

غَايَةُ الْمَرْامِ

فِي شَرْحِ شَرَايِعِ الْإِسْلَامِ

مُتَأَلَفٌ

الْفَقِيهَ الْمُحَقِّقَ

الْشَّيْخِ مُفْلِحِ الْيَمِينِيِّ الْبَغْدَادِيِّ

عَنِ أَصْلَامِ الْقُرْنِ الثَّامِسِ الْهَاجَرِيِّ

تَحْقِيقُ

الْشَّيْخِ جَعْفَرِ الْكُوَيْتِيِّ الْعَسَائِلِيِّ

الْجُزْءُ الثَّانِي


كَتَبَ الْهَيْسَلِيُّ

غَايَةُ الْمَجْلُودِ
فِي شَرْحِ شَرَايِعِ الْإِسْلَامِ

جميع الحقوق محفوظة

الطبعة الأولى

١٤٢٠م - ١٩٩٩م

 دار المشرق
للطباعة والنشر والتوزيع

تلفون: ٨٣٤٢٦٥ - ٨٢٠٣٢٠ - فاكس: ٦٠٣٣٧٩ - ٨٢١٢٠٣

ص.ب: ٢٨٦ / ٢٥ غبيري - بيروت - لبنان

غَايَةُ الْمُرَامِ فِي شَرْحِ شَرَايِعِ الْإِسْلَامِ

جمع عدد 5
✓
ش. اموال

تأليف
الفقيه المحقق

إشيع مفهَم الصُّمَيْرِي البَحراني
من أعلام القرن التاسع الهجري

أورد نسخة

تحقيق
إشيع جعفر الكوثري العسائلي

الجزء الثاني

بِإِذْنِ الْمَوْلَانِ

شبكة كتب الشيعة



shiabooks.net

رابطہ پیدل < mktba.net



كتاب التجارة

في ما يكتسب به

قال رحمه الله: وربما قيل بتحريم الأبوال كلها إلّا بول الابل خاصة، والأول أشبه.

أقول: القائل بالمتنع فيها^(١) عدا بول الابل هو الشيخ في النهاية، والمفيد وتلميذه سلاّر؛ لأن الأبوال من الفضلات فأشبهت البصاق والمخاط، فلا يجوز بيع ما عدا بول الإبل للاستشفاء عند الضرورة.

وقال في المبسوط بجواز بيع كل بول مأكول اللحم؛ لأصالة الجواز، ولأنها طاهرة كبول الابل.

واختاره ابن إدريس، والعلامة في المختلف، وذلك مع تقدير الانتفاع بها^(٢). قال رحمه الله: وفي القيل تردد، والأشبه جواز بيعه؛ للانتفاع بعظمه. وقيل: يجوز بيع السباع كلها؛ للانتفاع بمجلدها أو ريشها، وهو الأشبه. أقول: هنا مسألتان:

(١) - في «م» زيادة: في ما.

(٢) - قيد الانتفاع للعلامة خاصة، انظر المختلف: ٣٤٠.

الاولى: في المسوخ، ومنع من بيعها أكثر المتقدمين، وهو بناءً على القول بنجاستها.

وذهب أكثر المتأخرين إلى القول بجواز بيعها، من غير فرق بين الفيل وغيره، بل كل عين طاهرة تقبل الذكاة، وهي أعيان طاهرة على المختار، يستفح بجلودها إن كانت برية، ودهنها إن كانت بحرية، لكن يجب أن يقصد في البيع ما يجوز الانتفاع به من تلك الأعيان، لا ما لا يجوز.

الثانية: في السباع، وجوز ابن إدريس بيعها جميعاً؛ لطهارتها، وللانتفاع بريشها وجلودها، ولأصالة الجواز إلا ما قام الدليل على المنع منه.

وحرم الشيخ في النهاية والخلاف ما عدا الفهد.

وأجاز المفيد بيع الفهد وسباع الطير.

والمعتمد الجواز مطلقاً.

قال رحمه الله: والقضاء على تفصيل سيأتي، ولا بأس بأخذ الأجرة على عقد النكاح.

أقول: التفصيل هو أن القاضي إذا لم يتعين عليه القضاء وكان مضطراً، قيل: يجوز له أخذ الجعل من المتحاكمين، ومع عدم الضرورة أو التمين عليه لا يجوز له، وسيأتي تحقيق ذلك في باب القضاء إن شاء الله تعالى.

وأما الأجرة على إيقاع عقد النكاح وغيره من العقود فجائز، وهي المباشرة للإيقاع سواء كان نائباً عن الزوجة أو الزوج، أو البائع أو المشتري.

ولا يجوز أخذها على تعليم الصيغة وإلقائها على أحد^(٣) المتعاقدين؛ لأن ذلك من باب الواجب على الكفاية - كتغسيل الموتي ودفنهم وحملهم، وغير ذلك من الواجبات على الكفاية - لا يجوز أخذ الأجرة عليه.

فرع: يجوز للفاسل أخذ الأجرة على الفسلات المندوبة، ويجوز على تعميق القبر على القدر الواجب وإن زاد على المثل، إذا كان المقصود من الأجرة ذلك الفعل المندوب.

ويشترط إجازة جميع الورثة إن كانت الأجرة من التركة.

وإذا وقعت الإجارة على الفعل الواجب كان العقد باطلاً.

وهل يكون الفعل محرماً يأثم فاعله أم لا؟

يحتمل ذلك؛ لأنه فعله على وجه ليس بشرعي فيكون بدعة (وكل بدعة)^(٤) حرام.

ويحتمل إباحة الفعل؛ لأنه طاعة، ولا تحرم، ولا يلزم من تحريم الأجرة تحريم الفعل.

تنبية: قال فخر الدين رحمه الله في كتاب الإجارة (*) من شرح القواعد في شرح جواز أخذ الأجرة على تعليم الفقه: والحق عندي أن كل واجب على شخص معين لا يجوز للمكلف به أخذ الأجرة عليه.

والذي على الكفاية، فإن كان لو^(٥) أوقعه بغير نية لم يصح ولم يزل الوجوب به، لا يجوز أخذ الأجرة عليه؛ لأنه عبادة محضة^(٦)، وقال تعالى: ﴿وَمَا أُمِرُوا إِلَّا لِيُعْبَدُوا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ﴾^(٧). حصر غرض الأمر في انحصار غاية الفعل في الإخلاص، وما يفعل بالعوض لا يكون كذلك، فلا يصح.

(٤) - ما بين القوسين لم يرد في «ن»، وبدل (حرام)، (حراماً).

(*) - في جميع النسخ ورد: (التجارة) بدل (الإجارة)، والصحيح ما أثبتناه، وكلام فخر الدين (ره) المنقول هنا موجود في كتاب الإجارة دون التجارة.

(٥) - لم ترد في «ن».

(٦) - من «ي» و«م»، وفي باقي النسخ: مخصوصة.

(٧) - البيّنة: ٥.

وغير ذلك يجوز أخذ الأجرة عليه، إلا ما نص الشارع على تحريمه كالدفن^(٨) هذا آخر كلامه رحمه الله.

جعل الضابط في تحريم الأجرة على الأفعال الواجبة على الكفاية هو فعل مشروط بالنية، وما ليس مشروطاً بها لا تحرم الأجرة عليه، قال: إلا ما نص الشارع على تحريمه كالدفن، وقد ذكر في هذه المسألة أن جميع الصنائع واجبة، وأن كل ما ينتظم به أمور النوع^(٩) واجب على الكفاية مع عدم تحريم الأجرة على هذه الأشياء، فأراد أن يجعل ضابطاً لما يحرم الأجرة عليه منها.

وفي هذا الضابط نظر؛ لأن الضابط إنما يكون في الغالب للأشياء المتفرقة التي يعتبر حصرها، دون ما لا يعتبر حصره، والمشروط بالنية من الأفعال الواجبة على الكفاية التي يحرم أخذ الأجرة عليها فعلاً لم يحضرني الآن غيرهما، وهما: تفصيل الموتى والصلاة عليهم.

أما غير المشروط بالنية مع اشتها تحريم أخذ الأجرة عليه فهو كثير متعدد ربما يعسر حصره، وذلك مثل توجيه الميت حال الاحتضار، وحمله، وتكفينه، ودفنه، وحضر القبر، وتعليم الواجب من الفقه، والواجب من القرآن، والدلالة على المعارف الإلهية بطريق التنبيه، والقضاء، وتعليم صيغ العقود، وإلقائها على المتعاقدين حالة إيقاع العقد، وغير ذلك مما فيه الخلاف بين العلماء.

فان قيل: إن هذه الأفعال منصوص على تحريم الأجرة عليها، وهو قد استثنى ذلك.

قلنا: الأفعال كلها يجب أن تكون منصوصة أو متفرعة على المنصوص، وهذه وإن كانت منصوصة فهي كثيرة متفرقة، وهي أولى بالضابط من غير الكثير

(٨) - إيضاح الفوائد ٢ : ٢٦٤ .

(٩) - في «ن» و«ي» : (الشرع) . وما في المتن موافق للإيضاح المطبوع .

المتفرق مع كونه منصوباً يعرفه من له أدنى معرفة، مع أنه رحمه الله أطلق المنع من الأجرة على المشروط بالنية من واجب الكفاية، وعنده أن اليوم المتكسر على الأولياء واجب على الكفاية.

قال في القواعد: ولو انكسر يوم فكالواجب على الكفاية.

قال رحمه الله في شرحه: الأول: في كيفية وجوب ذلك اليوم عليها، ولا شك في سقوطه عن كل واحد بفعل الآخر، فهل عدم فعل كل^(١٠) واحد شرط في وجوبه على الآخر ويكون من قبيل الواجب المشروط وجوبه، أو من قبيل الواجب على الكفاية، فلذلك قال: فكالواجب على الكفاية. ولم يجزم بكونه واجباً على الكفاية، وليس من المباحث المهمة هنا، والأقوى أنه واجب على الكفاية^(*). وهو مشروط بالنية إجماعاً.

وقد ذهب الشهيد وأبو العباس إلى جواز استئجار بعض الأولياء لبعض على ما يخص المستأجر، فانخرمت القاعدة التي جعلها ضابطاً لتحريم الأجرة، لكن هو أعلم بما قال.

قال رحمه الله: لا يجوز بيع شيء من الكلاب إلا كلب الصيد، وفي كلب الماشية والزرع والحائط تردد، والأشبه المنع.

أقول: أما كلب الصيد فيمعه جائز قطعاً، سواء كان سلوقياً - وهو المنسوب إلى قرية من اليمن اسمها سلوق - أو غير سلوقي.

وأما كلب الماشية، والزرع، والحائط - وهو البستان - وكلب الدار أيضاً، فقد اختلف فيها.

فذهب الشيخان وابن البراج إلى عدم جواز بيع هذه الأربعة، لرواية

(١٠) - لم ترد في «ن».

(*) - ايضاح الفوائد ١: ٢٣٨.

السكوني^(١١) عن الصادق عليه السلام .

ولرواية الوليد القهاري : « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن ثمن الكلب الذي لا يصيد ؟ فقال : سحت »^(١٢) .

والجواز مذهب ابن الجنيد وابن حمزة .

واختاره ابن إدريس والعلامة وأبو العباس .

وهو المعتمد ؛ لأن العلة المسوغة لبيع كلب الصيد - وهي الانتفاع به - حاصلة في هذه الأربعة ، ولأنه يجوز اقتناؤها وإجارتها ، فيجوز بيعها ، ولأن لها ديات مقدرة^(١٣) في الشرع ، فيجوز بيعها .

(١١) - الوسائل ، كتاب التجارة باب ٥ من أبواب ما يكتسب به ، حديث ٥ .

(١٢) - الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ١٤ من أبواب ما يكتسب به ، حديث ٧ . وفيه « العياري » بدل « القهاري » ، وفي التهذيب « العامري » ، لاحظ التهذيب ٦ : ٣٦٧ / ١٠٦٠ .

(١٣) - في « ن » : متعددة .

في عقد البيع

قال رحمه الله: وهل يشترط تقديم الإيجاب على القبول؟ فيه تردد، والأشبه عدم الاشتراط.

أقول: الاشتراط مذهب الشيخ وابن حمزة وابن إدريس. واختاره فخر الدين؛ لأصالة بقاء الملك على مالكه، لا ينتقل عنه إلا بسبب شرعي صالح للنقل، ولم يثبت كون العقد المقدم فيه القبول سبباً شرعياً، فيبقى على الأصل.

وعدم الاشتراط مذهب ابن البراج، واختاره المصنف، والعلامة في التحرير، والشهيد. وهو المعتمد؛ لأصالة الجواز، ولأن الأصل اعتبار الرضى، ولا عبرة بترتيب^(١٤) الألفاظ، إذ الشرط الإيجاب والقبول وقد حصل، ولأنه غير معتبر في النكاح، فكذا هنا.

وأجيب بالفرق بين النكاح وغيره؛ لأن العلة المحجوزة في جوازه في الفاظ^(١٥) النكاح - وهي حياة المرأة - منتفية هنا.

(١٤) - في «ن»: بترتيب.

(١٥) - من «ن» و«ر».

قال رحمه الله: وكذا لو بلغ عشرأ عاقلاً على الأظهر.

أقول: وردت رواية بصحة بيعه إذا بلغ عشر سنتين رشيداً^(١٦)، وعمل أكثر الأصحاب على المنع من العمل بهذه الرواية.

قال رحمه الله: ولو أمر أمر أن يبتاع له نفسه من مولاه، قيل: لا يجوز، والجواز أشبه.

أقول: قال ابن البراج: لا يصح إلا أن يأذن له سيده في ذلك، فإن لم يأذن له لم يصح.

وقال في المبسوط: قيل: فيه وجهان:

أحدهما: يصح، كما لو وكله في شراء عبد آخر بإذن سيده، والثاني: لا يصح؛ لأن يد العبد كيد السيد، وإيجابه وقبوله كإيجاب سيده وقبوله، فإذا كان كذلك فأوجب السيد وقيل هو، صار كأن السيد الموجب القابل، وذلك لا يصح، قال: والأول أقوى.

وهذا يدل على المنع وإن أذن السيد، وهو بناء على عدم جواز أن يكون الانسان الواحد موجباً قابلاً.

والمعتمد الجواز مطلقاً، سواء أذن السيد أو لم يأذن، أما مع الإذن فظاهر؛ لأن عقود جائرة بإذن سيده، وأما مع عدم الإذن، يكون إيجاب السيد كالإذن، فلا مانع من ذلك، مع أن الأصل الجواز.

قال رحمه الله: ولو باع ملك غيره، وقف على إجازة المالك أو وليه على الأظهر.

أقول: وقوفه على الإجازة مذهب الشيخ في النهاية، وبه قال المفيد وابن الجنيد وابن حمزة. واختاره المصنف والعلامة والشهيد؛ لأنه بيع صدر من أهله

- وهو البائع العاقل المختار، وكل من كان فيه هذه الصفات كان أهلاً للبيع - في محله، وهي العين التي يصح تملكها ويتنفع بها قابلة للنقل من مالك إلى غيره.

والمانع عدم ملك البائع للمعين، وهو لا يصلح للمانعية؛ لأنه لو أذن له في البيع قبل العقد جاز قطعاً؛ فكذا مع الإجازة بعد العقد؛ إذ لا فرق بينها. ولما رواه عروة البارقى: «أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أعطاه ديناراً ليشتري به شاة فاشتري شاتين، ثم باع إحداها في الطريق، قال: فأتيت النبي صلى الله عليه وآله وسلم فأخبرته بالشاة والدينار، فقال: بارك الله لك في صفقة يمينك» (١٧).

وجه الاستدلال أنه باع الشاة الثانية من غير إذن النبي صلى الله عليه وآله وسلم، ثم أجازته النبي صلى الله عليه وآله وسلم، فلو كان البيع باطلاً لما أجازته النبي صلى الله عليه وآله وسلم.

وقال في المبسوط والخلاف: يقع باطلاً. واختاره: ابن إدريس وفخر الدين؛ للنهي عن التصرف في مال الغير (١٨)، والبيع تصرف. ولقوله عليه السلام لحكيم بن خزام: «لا تبع ما ليس عندك» (١٩)، والمعتمد الأول؛ لأن النهي عن التصرف في مال الغير إنما هو مع عدم الإذن، والإجازة إذن.

فروع:

الأول: على القول بصحة البيع مع الإجازة، هل ينتقل إلى المشتري من حين العقد، أو من حين الإجازة؟

يحتمل الأول؛ لأن سبب الانتقال هو العقد المرضي به، وقد علمنا بالإجازة حصول الرضى، فتكون الإجازة كاشفة عن حصول الملك من حين العقد، كالإذن

(١٧) - المستدرك، كتاب التجارة، باب ١٨ من أبواب عقد البيع وشروطه، حديث ١.

(١٨) - الوسائل، كتاب الصلاة، باب ٣ من أبواب مكان المصلي، حديث ١ و ٣.

(١٩) - سنن الترمذي، ج ٣، كتاب البيوع، باب كراهية بيع ما ليس عندك، حديث ١٢٣٢.

السابق عليه .

ويحتمل الثاني : لأن الإجازة إما شرط أو جزء ، والشرط مقدم على المشروط ، والمعلول مؤخر عن العلة ، فلا يحصل الملك قبلها ، وإلا لزم تقدم المشروط على شرطه ، والمعلول على علته ، وهو باطل .

وتظهر الفائدة في النماء ، فإن قلنا بالانتقال من حين العقد ، ثم حصل للمبيع نماء فيما بين العقد والإجازة ، كان للمشتري . وعلى القول من حين الإجازة فهو للبائع . وكذلك الثمن لو ^(٢٠) كان البيع بالعين ثم حصل نماء قبل الإجازة ، فعلى الأول النماء للبائع ، وعلى الثاني للمشتري ؛ لأن انتقال الثمن مترتب على انتقال الثمن .

الثاني : هل يشترط ثبوت المجيز لعقد الفضولي في الحال ؟ بمعنى أنه يشترط كون المالك بالغاً عاقلاً حتى تصح إجازته في الحال ، أو لا يشترط ، وتوقف الإجازة الى حين البلوغ والعقل ، فإن أجازته حينئذٍ جاز ، وإلا بطل ؟

يحتمل الاشتراط ؛ لأن البيع إذا بطل في وقت بطل دائماً ، وحال عدم المجيز تمتنع الصحة ؛ لأنه لو أجاز حالة الصغر أو الجنون لم تصح الإجازة ، وإذا بطل حالة العقد لعدم المجيز بطل فيما بعد ذلك ، فلا يؤثر فيه الإجازة بعد البطلان .

ويحتمل عدم الاشتراط ؛ لجواز تأخير الإجازة زماناً طويلاً بعد العقد ، وعدم وجوب مقارنتها للعقد ، وإذا جاز تأخيرها للبالغ عن زمان العقد اختياراً وإن طال الزمان ، ثم يميز بعد ذلك ما لم يرد ، جاز كون العقد ليس له مجيز في الحال ، لعدم اشتراط الإجازة في الحال . والأول مذهب القواعد ، والثاني مذهب الدروس .

وعلى القول بالثاني ، يمنع المشتري من التصرف في المبيع والثمن معاً إن اشترى بالعين ، أما منعه من المبيع فلاحتال عدم الإجازة ، وأما منعه من الثمن

فلاحتمال الإجازة.

ولو تصرف ضمن العين ومنافعها، ويرجع المالك على من شاء، ويستقر الضمان على المشتري. وكذا لو كان المالك بالغاً رشيداً.

الثالث: لو باع مال غيره^(٢١) ثم ملكه قبل فسخ المالك وإجازته، انتقر إلى الإجازة من البائع؛ لأنه باع وهو غير مالك، ولا بد من إجازة المالك، وقد صار مالاً فلا بد من إجازته.

واختار فخر الدين نفوذ البيع من غير توقف على الإجازة على القول بصحة بيع الفضولي؛ لأن إجازة المالك موجبة لصحة فعل المباشر، فملك المباشر أبلغ بإيجاب الصحة.

واشترط العلامة الشهيد الإجازة من غير تردد. وهو المعتمد؛ لما قلناه.

الرابع: لا فرق بين الفاصب وغيره في صحة بيعه مع الإجازة.

الخامس: قال صاحب الدروس: ولو رتبت العقود على العين والتمن، فللمالك إجازة ما شاء، ومهما أجاز عقداً على المبيع صح وما بعده خاصة، وفي التمن ينعكس. إنتهى كلامه رحمه الله.

بيانه: إذا باع الفضولي عبداً لزيد بجارية لعمره مثلاً، فالعبد هو المبيع والجارية هي التمن، فإذا بيع العبد مراراً، وبيعت الجارية مراراً، تخير زيد صاحب العبد في إجازة ما شاء من العقود المرتبة على المبيع وهو العبد، وعلى التمن وهو الجارية.

فإذا أجاز عقداً على المبيع صح وما بعده خاصة؛ لدخوله في ملك المشتري بالإجازة، فيصح تصرفه فيه.

وإذا أجاز عقداً على التمن، صح وما قبله خاصة؛ لتضمن الإجازة الملك، ولا

(٢١) - في «ي» «١»: الغريم.

يملك الثمن إلا بإجازة العقود السابقة، فتصح العقود السابقة وتبطل اللاحقة، لصدورها عن غير مالك ولا يعقبا إجازة مالك، فافهم ذلك.

قال رحمه الله: وقيل: لا يرجع بالثمن مع العلم بالغصب.

أقول: إذا باع الغاصب العين المفصولة ولم يحجز المالك، استردها وجميع منافعها، وإن تلفت تخير في الرجوع على أيهما شاء، فإن رجع على المشتري، رجع المشتري على الغاصب - مع الجهل بالغصب - بجميع ما غرمه.

وإن كان عالماً بالغصب، قال علماؤنا: لا يرجع على الغاصب بشيء؛ لأنه دفع المال بغير عوض، وأطلقوا القول في ذلك. وفصل العلامة، قال: إن كان الثمن موجوداً كان للمشتري أخذه، وإن كان تالفاً لم يكن عليه شيء. وهو المعتمد؛ لأنه ملك له لم ينتقل إلى البائع؛ لوقوع العقد باطلاً، فيتسلط على أخذه؛ لبقائه على ملكه، أما مع التلف فقد سلطه على تلفه مجاناً؛ لعلمه بعدم استحقاق المبيع، فلا يستحق مطالبته بشيء.

تنبيه: قال الشيخ في النهاية: من غصب غيره مائلاً واشترى به جارية، كان الفرج له حلالاً. قال العلامة في المختلف بعد أن ذكر مذهب ابن إدريس ومذهب الشيخ في المسائل الحائرية: كلام الشيخ في النهاية يحتمل أمرين:

أحدهما: ما ذكره في جواب المسائل الحائرية، فإن الشراء بالمال أعم من أن يكون بالعين أو في الذمة، وإن كان الأول هو الظاهر، لكن يمكن العدول عن الظاهر للعلم به.

الثاني: أن يكون البائع عالماً بأن المال غصب، فإن المشتري حينئذ يبيح وطى الجارية، وعليه وزر المال.

وكلام العلامة هذا يدل على حصول الملك للمشتري بالعين المفصولة مع

علم البائع بالغصب، وإلا لما جاز وطى الجارية، إذ جواز (أخذ الثمن مع جواز) (٢٢) الوطي للمشتري يترتب على ثبوت الملك، وهو مناقض لتفصيله الذي فصله، وهو جواز أخذ الثمن مع وجوده للعالم بغصب المبيع؛ لأن علة الجواز وقوع البيع فاسداً وعدم تملك البائع له.

ولا فرق بين غصب الثمن أو المثلن في عدم صحة البيع إذا وقع على العين، فالجمع بين جواز انتزاع عوض المصوب مع بقاء عينه والعلم بالغصب، وبين جواز وطئه، مناقضة بيّنة.

أما على إطلاق الأصحاب عدم جواز الرجوع بعوض المصوب مع العلم بالغصب، فربما يتمشى؛ لأنه قد ملك الجارية بغير عوض؛ لعلمه بعدم استحقاقه للعوض الذي قبضه مقابلها، فيكون قد دفعها إليه مجاناً.

والمعتمد عدم جواز وطى هذه الجارية، لتوقف الإباحة على الملك أو على عقد النكاح أو التحليل، ولا هنا شيء منها، فيبقى على أصالة التحريم، إلا أن يكون المشتري بالذمة، فيباح له حينئذٍ وإن دفع المصوب عوضاً.

قال رحمه الله: وهل يجوز أن يتولى طرفي العقد؟ قيل: نعم، وقيل: لا، وقيل: إن علم الموكل جاز، وهو أشبه.

أقول: قال الشيخ في المبسوط والخلاف: لا يجوز لغير الأب والجسد تولي طرفي العقد، نعم لو وكله في ذلك جاز.

وهو اختيار المصنف؛ لأنه اشترط إعلام الموكل، وكذلك العلامة في القواعد. احتج الشيخ بأنه لا دليل عليه، وتطرق التهمة إليه ببيعه على نفسه. وذهب أبو الصلاح إلى الجواز مطلقاً، واختاره العلامة في المختلف، وفخر الدين في شرحه؛ لأنه أذن له في البيع مطلقاً على كل مالك دافع للثمن،

فيدخل الوكيل في هذا الإذن، ولقوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع﴾ (٢٣). ولا امتناع من كونه موجباً قابلاً؛ لأنه موجب باعتبار البيع، قابل باعتبار الشري، فهو قائم مقام شخصين، فلا مانع حينئذ. وهذا هو المعتمد. وقد اطلق ابن الجنيد المنع، ولم يقيد به عدم الإعلام ولا غيره.

قال رحمه الله: والوصي لا يضي تصرفه إلا بعد الوفاة، والتردد في توليه لطرفي العقد كالوكيل. وقيل: يجوز أن يقوم على نفسه وأن يقترض إذا كان ملياً. أقول: ههنا مسألتان:

الأولى: في توليه طرفي العقد، والجواز مذهب الشيخ في النهاية، والعلامة وابنه والشهيد، وهو المعتمد؛ لما قلناه في حق الوكيل.

وقال ابن إدريس: الذي يقتضيه مذهبنا أنه لا يجوز أن يشتريه لنفسه بحال؛ لأن الإنسان لا يجوز أن يكون موجباً قابلاً في عقد واحد؛ لأن العقد لا يكون إلا بين اثنين، ولا يصح ذلك إلا ما خرج بإجماعنا، من الوالد إذا اشترى مال ولده الصغير، فلا نقيس غيره عليه بحال؛ لأننا لا نقول بالقياس في الشرعيات.

والجواب: عدم امتناع أن يكون موجباً قابلاً باعتبارين.

الثانية: في جواز الاقتراض مع الملاءة. وهو المشهور بين الأصحاب، وهو مذهب الشيخ، وجزم به العلامة في القواعد. وهو المعتمد؛ لأنه أمين، له التصرف بجميع ما فيه غبطته للمولى عليه، ولا يمنع جواز اقتراضه ما لم يخالف مصلحة المولى عليه.

ومنع من ذلك ابن إدريس وقال: هذا غير واضح ولا مستقيم، ولا يجوز له أن يستقرض شيئاً من ذلك، سواء كان متمكناً في الحال من ضمانه وغرامته، أو لم يكن؛ لأنه أمين، والأمين لا يجوز له أن يتصرف لنفسه على حال من الأحوال،

وانما أورد شيخنا ذلك إيراداً لا اعتقاداً. والجواب ما قدمناه.

قال رحمه الله: وأن يكون المشتري مسلماً إذا ابتاع مسلماً، وقيل: يجوز ولو كان كافراً، ويجبر على بيعه من مسلم، والأول أشبه.

أقول: عدم الجواز مذهب الشيخ رحمه الله، واختاره المصنف والعلامة والشهيد. وهو المعتمد، لقوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ (٢٤). ودخوله في ملك الكافر أعظم السبيل.

واحتج الجوزون بأن للكافر أهلية التملك، والعبد المسلم يصح تملكه، والسبيل ينتفي بإجباره على البيع، كما لو أسلم الكافر وهو في ملك كافر.

قال رحمه الله: ولو ابتاع أباه المسلم، هل يصح؟ فيه تردد، والأشبه الجواز؛ لانتفاء السبيل بالعق.

أقول: منع الشيخ وابن البراج من ذلك؛ لثبوت السبيل بدخوله في ملكه. وذهب المصنف والعلامة والشهيد إلى الجواز. وهو المعتمد؛ لأن في آن العقد لا سبيل له بدخوله عليه، وفي الآن الثاني يعتق عليه، فلا يتحقق ثبوت السبيل، فلا يتحقق المانع.

قال رحمه الله: والأرض المأخوذة عنوةً، وقيل: يجوز بيعها تبعاً لآثار المتصرف، وفي بيع بيوت مكة تردد، والمروى المنع.

أقول: من أصالة الجواز.

ومن أن المفتوحة عنوة (٢٥) ملك لجميع المسلمين، فلا يختص بها أحد دون غيره، فيصح بيع آثار المتصرف، كالجدران والسقوف وغير ذلك، فتدخل الأرض تبعاً لتلك الآثار.

(٢٤) - النساء : ١٤١ .

(٢٥) - في «ي» «١» بزيادة للناس .

وأما مكة فهي من المفتوحة عنوة أيضاً؛ لقوله تعالى: ﴿سواء العاكف فيه والباد﴾ (٢٦).

والمسجد الحرام اسم لجميع الحرم؛ لقوله تعالى: ﴿سبحان الذي أسرى بعبده ليلاً من المسجد الحرام إلى المسجد الأقصى﴾ (٢٧) والإسراء كان من بيت خديجة، وروي (٢٨) من شعب أبي طالب، وهما خارجان عن المسجد، فقد سماه الله تعالى مسجداً.

والمعتمد الجواز تبعاً للآثار، فلو أوقع العقد على الأرض خاصة، لم يصح وكان باطلاً، هذا على القول بأنها فتحت عنوة.

وعلى القول بأنها لم تفتح، بل طلبوا الأمان، فعقد لهم النبي صلى الله عليه وآله وسلم الأمان، وقال: «من دخل بيته فهو آمن، ومن ألقى سلاحه فهو آمن، ثم دخلها من غير قتال» (٢٩). فعلى هذا يجوز بيع رقبة الأرض إذا قلنا بالفرق بينها وبين المسجد، واختاره العلامة.

قال رحمه الله: فلا يصح بيع الوقف ما لم يؤدّ بقاؤه إلى خرابه (لاختلاف بين أربابه) (٣٠) ويكون البيع أعود، على الأظهر.

أقول: منع ابن الجنيّد وابن إدريس من بيع الوقف مطلقاً؛ لرواية علي بن رناب (٣١)، ولعدم الاختصاص؛ لمشاركة البطون المتجددة فيه، ولأنه مشروط بالتأييد، فلا يجوز تغيير شرطه.

(٢٦) - الحج : ٢٥.

(٢٧) - الإسراء : ١.

(٢٨) - البحار ١٨ : ٣٨٠.

(٢٩) - البحار ٢١ : ١١٩، ١٢٩.

(٣٠) - ما بين القوسين من الشرائع.

(٣١) - الوسائل. كتاب التجارة، باب ٦ من أحكام الوقوف والصدقات.

وأجاز المفيد والسيد بيعه إذا كان أنفع لأرباب الوقف من بقائه.
والمصنف اشترط في الجواز حصول الخراب مع إبقائه، واختاره العلامة وأبو
العباس. وهو المعتمد؛ لأنَّ الفرض الأقصى من الوقف تحصيل منافعهم، وقد
تعذرت، فيجوز بيعه، ويشتري بثمنه ملك يستغله^(٣٢) الموقوف عليهم، ومهما
أمكن المائلة بينه وبين الوقف كان أولى، ولا يجوز صرف ثمنه في غير ذلك مع
التمكن.

قال رحمه الله: ولا يجوز بيع أم الولد ما لم يمت، أو في ثمن رقبته، مع
إعسار مولاه، وفي اشتراط موت المالك تردد.

أقول: مشنؤه من عموم النهي عن بيع أمهات الأولاد، خرج منه جواز بيعها
في ثمن رقبته إذا مات مولاه ولم يخلف سواها، يبقى الباقي على المنع؛ ولأنَّ مع
حياة المولى للمال محل، وهو ذمة المولى. ومن إطلاق الأصحاب جواز بيعها عند
الإعسار بثمنها. وصرح ابن الجنييد بجواز بيعها في حال حياة سيدها مع الإعسار
بثمنها، ولرواية زرارة^(٣٣)، عن الباقر عليه السلام، وهذا هو المعتمد.

تنبيه: يجوز بيع أم الولد في أماكن:

الأول: في هذه الصورة المذكورة في هذا الكتاب.

الثاني: إذا مات ولدها جاز بيعها عند الخاصة. والعامة يشتون لها حكم
الاستيلاد مع موت ولدها.

الثالث: إذا أسلمت تحت الذمي بيعت عليه على المختار.

الرابع: إذا مات سيدها، وعليه دين يحيط بالتركة وإن لم يكن ثمنًا لها.

الخامس: إذا حملت بعد الإرتهان؛ لسبق حق المرتهن على الأقرب.

(٣٢) - من «م» وفي الباقي من النسخ: يشغله.

(٣٣) - الوسائل، كتاب التجارة، باب ٢٤ من بيع الحيوان، حديث ٣.

السادس: تباع في الجناية.

السابع: إذا أعسر مولاها عن نفقتها دفعاً للضرورة.

الثامن: تباع إذا حملت بعد التفليس والحجر على أمواله؛ لسبق حق الغرماء على الاستيلاء.

التاسع: تباع على من تتعق عليه بالملك على الأقرب؛ لحصول المطلوب، وهو العتق.

العاشر: تباع إذا ارتد ولدها عن فطرة؛ لمساواة الارتداد للموت.

الحادي عشر: تباع إذا كان ولدها كافراً وهناك ورثة مسلمون؛ لعدم إرثه منها.

الثاني عشر: تباع إذا كان ولدها قاتلاً عمداً، لعدم ميراثه منها أيضاً. وبالجملية: كل موضع يمنع ولدها من الارث فإنه يجوز بيعها؛ لأنها إنما تتعق من نصيب ولدها، فإذا لم يكن له نصيب لم تتعق وجاز بيعها. قال رحمه الله: ولا يمنع جناية العبد في بيعه ولا عتقه، عمداً كانت الجناية أو خطأ، على تردد.

أقول: البحث هنا في موضعين:

الأول: في بيع الجاني، ولا خلاف في جواز بيعه إذا كانت الجناية خطأً أو شبه العمد، ويضمن المولى أقل الأمرين من قيمته ودية الجناية، ولو امتنع كان للمجني عليه أو وليه ^(٣٤) انتزاع العبد، فيبطل البيع، وكذا لو كان المولى معسراً، وللمشتري الفسخ مع الجهالة؛ لتزلزل ملكه ما لم يفده المولى.

وإذا كانت الجناية عمداً، قال الشيخ: لا يصح بيعه؛ لأنه مستحق للقتل. والمشهور الجواز؛ لأنه لم يخرج باستحقاقه للقتل عن ملك مالكه، ولأصالة

الصحة، ولعدم إسقاطه^(٣٥) لحق المجني عليه، فلا مانع منه. وإذا باعه كأن مراعى، فإن قتل أو استرق بطل البيع، وإن عفى الولي أو صالح على مال التزمه^(٣٦) المالك لزوم البيع.

الموضع الثاني: في جواز عتق العبد الجاني، وقد اختلف الفقهاء في ذلك. قال الشيخ في المبسوط: الذي يقتضيه مذهبنا أن الجناية إن كانت عمداً نفذ العتق؛ لأن حق المجني عليه من القود لا يبطل بصيرورته حراً، وإن كانت خطأ لم ينقض؛ لأنها تعلقت برقبته، والعتق يمنع الاسترقاق. وقال في النهاية بجواز عتقه إذا كانت خطأ، ويلزم المعتق الدية؛ لأنه عاقلة العبد. وابن إدريس قوى مذهب المبسوط.

وقال العلامة في المختلف: المعتمد أن يقول: إن كانت عمداً لم يصح عتقه إلا أن يميز أولياء المقتول، وإن كانت خطأ وكان موسراً جاز، وإلا فلا. وفي القواعد أجاز العتق إن كانت خطأ بشرطين: إما دفع الدية قبل العتق، أو يضمنها ويرضى الولي بالضمان لا بدونها. وهو يدل على عدم جواز عتقه في العمد والخطأ معاً؛ لأن مع حصول أحد الشرطين لا كلام في صحة العتق؛ لزوال تعلق الجناية برقبة العبد، أما مع اداء المال فظاهر. وأما مع الضمان فلأن الضمان مع رضى الولي ناقل للأرش من رقبة العبد إلى ذمة المولى، فلا كلام في جواز العتق بعد أحد هذين الشرطين. وهذا هو المعتمد.

أما عدم جوازه في العمد؛ لأنه يؤدي إلى إسقاط حق المجني عليه؛ لأنه مخير بين قتله وبيمه واسترقاقه، والعتق يمنع من البيع والاسترقاق، وكل تصرف يمنع حق الغير فهو باطل.

(٣٥) - هامش «ر ٢»: استحقيقه.

(٣٦) - في «ن» و«ر ١»: ألزمه.

وأما عدم جوازه في الخطأ؛ [فـ] لأن الجناية متعلقة بقربته، ومع عدم افتكاك المولى له، فهو غير بين البيع والاسترقاق، والعق ينع من ذلك فيكون باطلاً.

قال رحمه الله: ولو باع ما يتعذر تسليمه إلا بعد مدة، فيه تردد، ولو قيل بالجواز مع ثبوت الخيار للمشتري كان قوياً.

أقول: منشؤه من أصالة الصحة، وكونه مالاً مملوكاً مقدوراً على تسليمه بعد مدة فيصح بيعه، ويثبت الخيار للمشتري مع عدم العلم. وهو المعتمد. ومن أن القدرة على تسليمه شرط في صحة البيع، وهو غير مقدور على تسليمه في الحال، فلا يصح بيعه.

قال رحمه الله: فلو باع بحكم أحدهما لم ينقذ، ولو تسلمه المشتري فتلف، كان مضموناً عليه بقيمته يوم قبضه، وقيل: بأعلى القيم من يوم قبضه إلى يوم تلفه، وإن نقص فله أرشه، وإن زاد بفعل المشتري كان له قيمة الزيادة وإن لم يكن غنياً.

أقول: إذا باع بحكم أحدهما أو ثالث، كان البيع باطلاً، فإن قبضه المشتري كان للبائع انتزاع العين مع بقائها، فإن تلفت كانت مضمونة على المشتري. وهل يضمها بأعلى القيم من يوم القبض إلى يوم التلف، أو بقيمتها يوم قبضها؟ اختلف الأصحاب في ذلك.

ذهب الشنخ إلى ضمانها بالصحة يوم قبضها؛ لأنه وقت الحيلولة. وذهب ابن إدريس إلى ضمانها بأعلى القيم؛ لأنها مضمونة عليه في جميع الحالات؛ لعدم انتقالها عن ملك البائع بالقبض، وعدم دخولها في ملك المشتري، ومن جملة الحالات الحالة العليا، فتكون مضمونة عليه بقيمتها تلك الحالة. وهذا هو المعتمد.

وإذا انتزع العين مع بقائها، هل يرد عليه ما زاد بفعله، سواء كان أثراً كتعليم الصنعة أو عيناً كالصبيغ؟ قولان:

أحدهما: لا يرد عليه شيئاً؛ لأنه وضعه في ملك غيره بغير إذنه، ولا يمكن انفصاله، فلا شيء له، سواء كان أثراً أو عيناً.

وقيل: يكون شريكاً بنسبة الزيادة، سواء كانت عيناً أو أثراً؛ لأنه لم يتبرع^(٣٧) بها، ولم يخرج عن ملكه بإضافتها إلى ملك الغير، والمنع من التصرف لا يرفع الملك عن مستحقه. أما لو كانت الزيادة لا يفعله كالسمن فإنه لا يكون شريكاً بشيء قطعاً. وهذا هو المعتمد.

قال رحمه الله: ولو اختلفا فيه، فالقول قول المبتاع مع يمينه، على تردد.

أقول: إذا شاهد المشتري المبيع، ثم اشتراه بعد مدة يمكن فيها تغييره عن الصفات التي شاهده عليها، ثم اختلفا في تغيير الصفات، احتمل أن يكون القول قول البائع؛ لأصالة بقاء الصفات المعلومة بينهما. واحتمل أن يكون القول قول المشتري، لوجوب تسليم المبيع على تلك الصفات المعهودة، ولم يثبت، فيكون القول قوله؛ لأصالة عدم وصول حقه إليه.

قال رحمه الله: وهل يصح شراؤه من غير اختبار ولا وصف على أن الأصل الصحة؟ فيه تردد، والأولى الجواز.

أقول: قال الشيخان: كل شيء من المطعوم والمشروب يمكن للإنسان اختباره من غير إفساد له، كالادهان الطبية المستخرجة بالشحم، وصنوف الطيب، والحلاوات، والحموضات، فإنه لا يجوز بيعه بغير اختبار^(٣٨)، وبه قال أبو الصلاح والقاضي وابن حمزة وسألا؛ لأن الاختبار شرط في صحة البيع مع إمكانه، وهذا

(٣٧) - في بعض النسخ: ينزع.

(٣٨) - في «ي» «١» و«م»: إلا بعد اختبار.

يمكن اختباره، فلا يصح بيعه من غير اختبار.

وذهب المصنف إلى صحة البيع وثبوت الخيار مع خروجه معيماً، واختاره العلامة؛ لأصالة الصحة، ولأنها عين مشاهدة فيصح بيعها؛ ولأنه لو باعها بالوصف مع غيبتها صح البيع، وثبت الخيار مع ظهورها على غير وصفها، فمع مشاهدتها يكون صحة البيع أولى؛ لزيادة العلم بالعين مع الحصول على العلم بالوصف مع الغيبة، فالفرق غير لائق. وهذا هو المعتمد، لكن إذا تصرف ثم ظهر معيماً ثبت الأرض دون الرد، ولا فرق في ذلك بين الأعمى وغيره، خلافاً لسألار حيث أثبت للأعمى الرد وإن تصرف.

قال رحمه الله: ولا يجوز بيع سمك الآجام وإن كان مملوكاً؛ لجهالته وإن ضم إليه القصب أو غيره، على الأصح.

أقول: جواز بيعه منضماً إلى القصب أو غيره مذهب الشيخ في النهاية، وبه قال ابن البراج وابن حمزة.

وعدم جوازه مطلقاً مذهب الشيخ في المبسوط، واختاره ابن إدريس والمصنف؛ لأن المجهول إذا اضيف إلى المعلوم أو بالعكس حصل جهالة الجميع، فيبطل البيع؛ لا اشتراط العلم بالمبيع.

وفصل العلامة في المختلف، قال: «إن كان المقصود بالبيع هو المضاف إلى السمك، ويكون السمك تابعاً صح البيع، وبالعكس لا يصح»، واختاره أبو العباس. وهو المعتمد؛ لأن المعلوم إذا كان هو المقصود من البيع لا يضر جهالة الضميمة، كالحامل مع حملها، والأرض مع البذر الذي فيها قبل نباته، وما شابه ذلك.

قال رحمه الله: وكذا الجلود والأصواف والأوبار والشعر على الأنعام. وإن ضم إليه غيره، وكذا ما في بطونها، وكذا إذا ضمهما، وكذا ما يلحق الفحل.

أقول: أما بيع الأصواف والأوبار والشعر على ظهور الأنعام، فقد منع منه

الشيخ وأبو الصلاح وابن البراج إلا مع الضميمة. والمصنف جزم بالمنع وإن ضم إليه غيره.

وجوّزه المفيد وابن إدريس وإن لم يضم إليه غيره، واختاره العلامة. وهو المعتمد؛ لأصالة الجواز، ولصدور العقد من أهله في محله، والمانع إنما هو الجهالة لا غير، والجهالة [غير] متيقنة؛ لحصول المشاهدة الراجعة للجهالة. لا يقال: إنه موزون، ولا يعرف وزنه وهو على ظهور الانعام، فلا يصح بيعه؛ لجهالته من حيث الوزن.

لأننا نقول: الوزن إنما يكون شرطاً فيه بعد جزؤه لا قبله، كالتمرّة، فإنه يجوز بيعها على رؤوس النخل مع المشاهدة، وهي مما يكال ويوزن. وقوله: (وكذا ما في بطونها وكذا إذا ضمها).

الضمير في (ضمها) عائد إلى (ما في البطن، وما على الظهر)، وليس مراده عدم جواز ضمها إلى ذوات البطن والظهر؛ لأن ذلك جائز قطعاً، بل مراده عدم جواز شراء ما على ظهور الأنعام متضمناً إلى ما في بطونها من غير أن تكون الأنعام داخلة في البيع؛ لأن انضمام المجهول إلى المجهول لا يصير معلوماً.

وقال الشيخ بالجواز لما رواه إبراهيم الكرخي: «قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: ما تقول في رجل اشترى من رجل أصواف مئة نعجة وما في بطونها من حمل بكذا وكذا درهما؟ قال: لا بأس بذلك إن لم يكن في بطونها حمل كان رأس ماله [في] الصوف» (٣٩).

وابن إدريس والمصنف والعلامة لم يقولوا على هذه الرواية. قال رحمه الله: المسك طاهر، ويجوز بيعه في فأره وإن لم تفتق، وفتقه أحوط.

أقول: البحث هنا في موضعين:

الأول: في طهارته، وهو المشهور بين الأصحاب؛ لأن الغزال تلقيه كما تلقي الولد، والدم النجس إنما هو الدم المسفوح؛ لأن الكبد حلال طاهر وهو دم. الثاني: في بيعه في فأره مع عدم الفتق، وإن كان الفتق أحوط، وهو قول الشيخ رحمه الله، وتابعه بقية الأصحاب؛ لأن البقاء في فأره مصلحة له؛ لأنه يحفظه رطوبته وذكاء رائحته. ومنع أكثر أصحاب الشافعي من بيعه قبل فتقه؛ لبقائه وبقاء رائحته مع خروجه من فأره، فلا يصح بيعه مستوراً في فأره لجهالة صفته.

قال رحمه الله: والربح على المؤمن إلا مع الضرورة.

أقول: يجوز الربح من غير كراهية في أماكن:

أحدها: حال ضرورة البائع.

الثاني: أن يشتري بأكثر من مئة درهم شرعية، وفي هذين يريح عليه (قوت يومه وليلته لا غير، والزيادة على ذلك مكروه.

الثالث: إذا اشترى المؤمن للتجارة، فهنا لا يكره الربح عليه^(٤٠) ولا يتقدر بقدر إلا أنه يستحب له أن يرفق به.

قال رحمه الله: الزيادة في السلعة وقت النداء، ودخول المؤمن في سوم أخيه على الأظهر، وأن يتوكل حاضر لباد، وقيل: يحرم، والأول أشبه.

أقول: هنا ثلاث مسائل:

الأولى: الزيادة وقت النداء، قال الشيخ في النهاية: فإذا نادى المتادي على المتاع، فلا يزيد في المتاع، فإذا سكت المتادي زاد حينئذ إن شاء. وظاهر هذا

(٤٠) - ما بين القوسين لم يرد في «ن».

الكلام تحريم الزيادة في السلعة وقت النداء عليها، لما رواه الشعري^(٤١) عن الصادق عليه السلام، «قال: إذا نادى المتادي فليس لك أن تريد، فإذا سكت فلك أن تريد»^(٤٢)، والمشهور الكراهية للأصل. وابن إدريس منع من الكراهية والتحريم معاً.

الثانية: الدخول في سوم المؤمن، وحرمة الشيخ في المبسوط؛ لقوله عليه السلام: «لا يسوم أحدكم على أخيه»^(٤٣). والمشهور الكراهية للأصل.

تنبيه: التحريم أو الكراهية على الخلاف، إنما يكون بعد تراضيهما على الثمن وقطع المزايدة والمجادبة بينهما، فإذا استقر البيع على ثمن وما عاد إلا إسقاط العقد بينهما، فحينئذٍ يحرم الدخول أو يكره على الخلاف.

وقيل: ذلك لا يحرم ولا يكره؛ لمصوم قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^(٤٤). وللأصل.

الثالثة: في توكل الحاضر للبادي، والبحث هنا في موضعين:

الأول: في أنه هل هو محرم أو مكروه؟ وبالتحريم قال الشيخ في الخلاف؛ لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: «لا يبيعن حاضر لباد»^(٤٥)، وظاهر النهي التحريم. والمشهور الكراهية للأصل.

الثاني: في تفسيره، قال في المبسوط: ولا يبيع حاضر لباد، ومعناه أن لا يكون سمساراً له، بل يتركه أن يتولى بنفسه ليرزق الله بعضهم من بعض، فإن

(٤١) - في المصدر الشعري.

(٤٢) - الوسائل، كتاب التجارة، باب ٤٩، آداب التجارة، حديث ١، وليس فيه قوله: «فإذا سكت... الخ».

(٤٣) - مستدرک الوسائل، كتاب التجارة، باب ٣٧، آداب التجارة، حديث ١.

(٤٤) - البقرة: ٢٧٥.

(٤٥) - الوسائل، كتاب التجارة، باب ٣٧، آداب التجارة، حديث ١.

خالف أثم وكان يبعه صحيحاً، وينبغي أن يتركه في المستقبل، هذا إذا كان ما معهم يحتاج أهل الحضرة إليه، وفي فقدّه إضرار لهم، فأما إذا لم يكن لهم حاجة ماسة، فلا بأس أن يبيع له. هذا آخر كلامه رحمه الله.

فيّده النهي بحاجة أهل البلد إلى ما عند البدوي. ومنع في الخلاف، سواء كان في الناس حاجة أو لم يكن. وابن حمزة قيده في البدو دون الحضرة (٤٦).

ولابن إدريس هنا كلام طويل تركنا إيراد حذراً من أن يطول الكتاب. والمعتمد ما قاله المصنف، ولا فرق بين الحضرة والسفر، ولا بين أن يكون في الناس حاجة أو لم يكن؛ لعموم النهي.

قال رحمه الله: ولا يثبت للبائع خيار، إلا أن يثبت الغبن الفاحش، والخيار فيه على الفور مع القدرة، وقيل: لا يسقط إلا بالإسقاط وهو الأشبه، وكذا حكم النجش، وهو أن يزيد لزيادة من واطأه البائع. أقول: هنا مسألتان:

الأولى: في تلقي الركبان، وجزم المصنف هنا بالكراهية، وصحة البيع ولزومه إلا مع الغبن، فيثبت الخيار على الفور. وقيل: لا يسقط إلا بالإسقاط لثبوته بظهور الغبن، والأصل بقاءه ما لم يسقطه مستحقه. والأول هو المعتمد؛ لأن ثبوت الخيار على خلاف الأصل؛ لأن الأصل في العقود لزوم، فإذا ثبت الخيار بالغبن دفعا للضرر المنفي، ثبت على الفور؛ للحصول الإتفاق على جواز الخيار حالة العلم بالغبن، فيقتصر عليه؛ لأن جوازه بعد ذلك مشكوك فيه، فلا يرجع عن الأصل المتيقن إلا إلى متيقن مثله، لا إلى ما هو مشكوك فيه.

وقال ابن إدريس: التلقي محرم، والبيع صحيح، ويتخير البائع. وقال ابن الجنيّد: يضي بيع من يلقى الركبان خارجاً عن المصير بأربعة

قراسخ.

فظهر أن مذهب ابن إدريس تحريم التلقي وصحة البيع مع ثبوت الخيار فيه مطلقاً، سواء كان فيه غبن أو لم يكن. ومذهب ابن الجنيدي التحريم وعدم صحة البيع. ومذهب العلامة إلى ما اختاره المصنف، وهو كراهية التلقي وصحة البيع ولزومه إلا مع الغبن، فيثبت الخيار، وهو المعتمد.

الثانية: في النجش: وهو أن يزيد الإنسان في سلعة وهو لا يريد الشراء، بل قصداً لتفريغ الغير ببذل الزيادة، وعده المصنف هنا من المكروهات، وأكثر فتاوي الأصحاب على التحريم، قال أبو العباس: ولا أعلم لتحريمه خلافاً.

وأما البيع مع النجش فقد أبطله ابن الجنيدي إذا كان من البائع، قال: لأنه يجري مجرى الغش والخديعة، فإذا كان من الواسطة لزم البيع، ولزمه الدرك إن أدخله على المشتري. وفي الخلاف أطلق ثبوت الخيار، قال: لأنه عيب، ولم يقيد بالغبن وعدمه، ثم قال بعد الإطلاق: وإن قلنا لا خيار؛ لأن العيب ما تعلق بالمبيع وهذا ليس كذلك، كان قوياً. والمعتمد ثبوت الخيار مع الغبن وإلا فلا. والخيار مع ثبوت^(٤٧) الغبن على الفور، كما ذهب إليه الشيخ وابن إدريس، واختاره العلامة لما قلناه في المسألة السابقة. وفخر الدين اختار ما رجحه المصنف، وهو ثبوته ما لم يسقطه مستحقه.

قال رحمه الله: الإحتكار مكروه، وقيل: حرام، والأول أشبه، وإنما يكون في الحنطة والشعير والتمر والزبيب والسمن، وقيل: وفي الملح بشرط أن يستبقها للزيادة في الثمن ولا يوجد باذل، وشرط آخرون أن يستبقها في الغلاء ثلاثة أيام، وفي الرخص أربعين يوماً، ويجبر المحتكر على البيع، وقيل: يسعر عليه، والأول أظهر.

(٤٧) - ما بين القوسين لم يرد في «ن».

أقول: البحث هنا في مسائل:

الأولى: في الإحتكار، هل هو محرم أو مكروه؟ وبالتحریم قال محمد بن بابويه وابن البراج، وهو ظاهر ابن إدريس. وبالكراهية قال الشيخان، واختاره المصنف والعلامة. واستدل الفريقان بالروايات^(٤٨)، مع اعتضاد الكراهية بأصالة عدم التحريم.

الثانية: في عمله، قال الشيخ في النهاية: إنما يكون في الخنطة والشعير والتمر والزبيب والسمن. وتبعه ابن البراج وابن إدريس على الاقتصار على هذه الخمسة. وأضاف ابن حمزة الملح إلى هذه الخمسة. واختاره (العلامة في القواعد، وابن بابويه أضاف الى الخمسة الزيت دون الملح، وظاهر المصنف اختيار مذهب النهاية. كذلك)^(٤٩) العلامة في المختلف.

الثالثة: في حدّ الاحتكار، وحدّه الشيخ في الغلاء بثلاثة أيام، وفي الرخص بأربعين يوماً، وتبعه ابن البراج. والمفيد لم يحده بشيء، بل اطلق كراهيته مع الغلاء، وجوازه من غير كراهية في الرخص، واختاره المصنف والعلامة.

الرابعة: يجبر المحتكر على البيع عند الحاجة إليه إجماعاً. وهل يسر عليه؟ فيه خلاف، وفي القواعد قال: يسر عليه إن اجحف لا مع عدم الإجحاف، وهو مذهب ابن حمزة، واختاره أبو العباس. وهو المعتمد، ومستند الجميع الروايات^(٥٠).

(٤٨) - الوسائل، كتاب التجارة، باب ٢٧، ٢٩، آداب التجارة.

(٤٩) - ما بين القوسين من «م» و«ر» و«ن».

(٥٠) - الوسائل، كتاب التجارة، باب ٢٩، ٣٠، آداب التجارة.

في الخيار

قال رحمه الله: ويسقط باشتراط سقوطه في العقد، وبمفارقة كل واحد صاحبه ولو بخطوة، وبإيجابها إياه أو أحدهما ورضي الآخر.

أقول: معنى الإيجاب هنا الإلزام بالعقد بعد وقوعه، بأن يقولوا: إلزمنا بالعقد أو يقول أحدهما ويرضي الآخر، وإنما سمي الإلزام إيجاباً؛ لأنه يوجب عليهما التمسك به، فهو من باب الواجب، وهو الإلزام للمكلف، لا من باب الإيجاب الموضوع لنقل الأعيان مع القبول.

تنبيه: إذا التزم بالعقد بعده، سقط خيار المجلس، وخيار الثلاثة في الحيوان، وخيار الشرط، إذا التزم بعده، ولا يسقط خيار الغبن ولا خيار العيب ولا خيار الرؤية، والفرق أن خيار خيار المجلس وخيار الثلاثة في الحيوان أثبتته الشارع للإرفاق بالمكلف، بحيث يتروى بما هو أصليح له، فيعمل عليه، فإذا أسقطاه بعد علمهما بثبوتها فقد اختارا ترك هذا الإرفاق فيسقط؛ لأن الإنسان مسلط على حقه، إن شاء أسقطه وإن شاء أبقاه، وكذلك خيار الشرط أيضاً؛ لأنه ثبت لها أو لأحدهما باختيارهما، فإذا اختارا إسقاطه سقط، وأما خيار العيب

والغبن والرؤية، فإن الشارع قد أثبتته دفْعاً للضرر، ولا يعلمان بثبوتة حالة العقد، فلا يسقط بالإلزام حينئذ، ولو شرطاً في العقد سقوط هذه الثلاثة، بطل الشرط والعقد على الخلاف، أمّا بطلان الشرط فلما يتضمن من الفرر المفضي إلى الضرر، وأمّا بطلان العقد فلعدم الرضى بدونه.

قال رحمه الله: ولو قال: اختر، فسكت، فخير الساكت باق، وكذا الآخر وقيل فيه: يسقط، والأول أشبه.

أقول: عدم السقوط مذهب الشيخ في الخلاف والمبسوط، واختاره المصنف والعلامة. وهو المعتمد؛ لعدم قوله عليه السلام: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا»^(٥١)، ولأنه خيرٌ فلم يختَر، فلم يؤثر الخيار.

وقيل: يسقط خيار القائل؛ لما روي عنه عليه السلام أنه قال: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا، أو يقول أحدهما لصاحبه: اختر»^(٥٢)، ولأنه جعل لصاحبه ما ملكه من الخيار، فيسقط خياره، ولا فرق بين قوله: اختر الفسخ أو الإمضاء، أو اختر واقتصر.

قال رحمه الله: ولو كان العاقد واحداً عن اثنين كالأب والجد، كان الخيار باقياً ما لم يشترط سقوطه، أو يلتزم به عنها بعد القعد، أو يفارق المجلس الذي عقد فيه على قول.

أقول: هذا القول نقله الشيخ في المبسوط ولم يسم قائله، وابن البراج نقل لفظ الشيخ بعينه، والعلامة نقل لفظ المصنف هنا، وظاهرها ترجيح هذا القول، وفرع العلامة احتمال ثبوت الخيار دائماً وعدم ثبوتة أصلاً. فأما وجه ثبوتة دائماً؛ [فـ] لأن العاقد عن اثنين قائم مقامهما، وخيار المجلس ما داماً مصطحبين، وهو

(٥١) - الوسائل، كتاب التجارة، باب ١، أبواب الخيار، حديث ٣.

(٥٢) - المستدرک، كتاب التجارة، باب ٢، أبواب الخيار، حديث ٣.

مصاحب لنفسه دائماً، فيثبت الخيار دائماً ما لم يسقطه أو يتلزم بالبيع.

وأما وجه سقوطه أصلاً كون الخيار على خلاف الأصل؛ لأن الأصل في العقود لزوم، وإنما يثبت خيار المجلس للمتبايعين، والعائد هنا واحد، فلا خيار في عقده لتقييد^(٥٣) الخيار بالإثنين، وهي منتفية هنا. ووجه سقوطه بمفارقة مجلس العقد؛ لأنه قائم مقام اثنين وقد فارق المجلس، فيبطل الخيار؛ لسقوطه بمفارقة المجلس إلا مع الاصطحاب، والاصطحاب هنا ممتنع؛ لكونه بين اثنين فصاعداً، فيمتنع بقاء الخيار. وهو المعتمد.

قال رحمه الله: خيار الحيوان: والشرط فيه كله ثلاثة أيام للمشتري خاصة دون البائع على الأظهر.

أقول: اختصاصه بالمشتري مذهب الشيخين وسألار وابن بابويه وابن الجنيد وابن البراج وابن إدريس والمصنف والعلامة.

وهو المعتمد؛ لأن حكمة ثبوته أن عيب الحيوان قد يخفى ولا يظهر كظهوره في غير الحيوان، فأثبت الشارع فيه الخيار مدة ثلاثة أيام، لإمكان ظهور عيب خفي في مدة الثلاثة، وهذه الحكمة منتفية عن البائع، لإطلاعه على عيوبه دون المشتري، فيختص الخيار بالمشتري دون البائع.

وقال المرتضى: إنه مشترك بينهما، لأنه أحد المتبايعين فكان له الخيار كالآخر، وفي الطرفين روايات^(٥٤).

فرع: إذا باعه حيواناً بحيوان، فعلى مذهب السيد لكل منهما الخيار ولا بحث، وعلى المشهور من اختصاصه بالمشتري، هل يختص به هنا؟

(٥٣) - في «ن»: لتقييد.

(٥٤) - الوسائل، كتاب التجارة، باب ١ من أبواب الخيار، ١ و ٣ و ٥، وباب ٣ حديث ٢، ١.

يحتمل ذلك؛ لعموم قولهم: للمشتري^(٥٤)، دون البائع، فيكون المشتري منشيء القبول. ويحتمل ثبوت الخيار لها؛ لاشتراكهما في الحكمة الموجبة ثبوت الخيار في الحيوان، وهي التروي مدة ثلاثة أيام، لإمكان الظهور فيها على عيب خفي في الحيوان لا يظهر حالة العقد، وإذا اشتركا في العلة الموجبة لثبوت الخيار اشتركا في الخيار. وهو المعتمد.

قال رحمه الله: ومن اشترى شيئاً، ولم يكن من أهل الخبرة، وظهر فيه غبن لم تجز العادة بالتغابن به، كان له فسخ العقد إذا شاء، ولا يسقط ذلك بالتصرف إذا لم يخرج عن الملك، أو يمنع مانع من رده، كالإستيلاد في الأمة والعق، ولا يثبت به أرش.

أقول: هذه المسألة لم يتردد المصنف فيها، ولكنها من المسائل الجلية التي تفتقر إلى كشف وإيضاح، فهي مشتملة على مباحث:

«أ»: حقيقة الغبن نقص قيمة أحد العوضين عن العوض المسمى في العقد نقصاً لا يتساح بمثله عادة، مع جهل من صار إليه الناقص، وإنما يثبت به الخيار دون الأرش؛ لأن الأرش عوض عن جزء فائت في العين أو صفاتها، والغبن ليس كذلك، فلهذا لم يثبت الأرش.

«ب»: ثبوت الخيار مع الغبن هو المشهور بين الأصحاب، ويظهر من كلام ابن الجنييد عدم ثبوته؛ لأن البيع مبني على المكاسب^(٥٥) والمغالبة، وثبوت الخيار مع الغبن ينفي ذلك. وقال الشهيد في الدروس: وربما قال المحقق (في الدرس)^(٥٦) بعدم خيار الغبن، إشارة إلى مصنف هذا الكتاب المشروح. والمعتمد الثبوت.

(٥٤) - الوسائل - كتاب التجارة - باب ٣ من أبواب الخيار.

(٥٥) - في «ن»: المكايسة.

(٥٦) - من «ن».

«ج»: لا يبطل هذا الخيار بالتصرف غير الناقل واللازم من المغبون، ولا يبطل بالتصرف الصادر من الغائب مطلقاً.

وتحقيق البحث أن التصرف لا يخلو إما أن يكون من الغائب فيما غيب فيه، أو من المغبون فيما غيب فيه.

الأول: أن يكون من الغائب في عوض ما دفعه إلى المغبون، بأن يشتري عيناً رخيصة ويتصرف فيها، والتصرف لا يخلو إما أن يكون ناقلاً أو غير ناقل، وعلى التقديرين لا يخلو، إما أن يتعلق بالعين أو بالمنافع، فالأقسام أربعة:

«أ»: أن يتعلق بالعين ويكون ناقلاً لازماً كالبيع بعد الخيار، والهبة مع القبض، والوقف والعتق وما شابه ذلك، وهذا التصرف لا يسقط حق المغبون من الفسخ، لكنه يسقط حقه من العين، وينبت له مع الفسخ القيمة للحيلولة، ولو كان خيار المجلس أو الحيوان أو الشرط باقياً أو الهبة لم تقبض، ألزم الغائب بالفسخ؛ لياخذ المغبون عين ماله، وللمغبون أن يفسخ بنفسه؛ لتعلق حقه بالعين مع إمكان انتزاعها وهو ممكن هنا، ولا يتوقف على إذن الغائب.

«ب»: أن يتعلق بالعين ولا يكون ناقلاً، كوطي الأمة مع عدم الإحبال، وقصارة الثوب وصبغه وخياطته، وهذا التصرف غير مانع من اخذ العين، ويكون شريكاً بنسبة الزيادة التي حصلت بفعله، سواء كانت عيناً كالصبغ والتطريز، أو أثرأ كتعليم الصنعة.

«ج»: أن يتعلق بالمنافع، ويكون ناقلاً لازماً كالإجارة، وهذا التصرف لا يمنع من الفسخ، ومع الفسخ لا يسقط حق المستأجر، بل يفيد نقل العين إلى المغبون، ويكون عليه الصبر مجاناً حتى تنتضي مدة الإجارة، ويجب عليه رد العوض عاجلاً من حين الفسخ لاتتقال العين إليه بالفسخ، فلا يجب على الغائب الصبر بالعوض، ولا يجوز له تأخير الفسخ إلى حين انقضاء مدة الإجارة؛ لأنه

على الفور.

«د»: أن يتعلق بالمنافع ولا يكون لازماً كالعارية، فللمغبون الفسخ وانتزاع العين.

الثاني: أن يكون التصرف من المغبون في عوض ما غبن فيه، وهو لا يخلو عن الأقسام الأربعة السابقة، لكن الحكم مختلف، فالتصرف إن كان لازماً أسقط الخيار، سواء كان وارداً على العين، كالبيع بعد مضي الخيار، والهبة مع القبض، والعق والوقف وما شابه ذلك، أو على المنافع كالإجارة إلا إذا لم يعلم بالغبن إلا بعد انقضاء مدة الإجارة فله الفسخ، وسواء كان ناقلاً للعين والمنافع، كالأمثال المتقدمة أو للعين خاصة، كمن باع واستثنى المنافع مدة معلومة، أو للمنافع خاصة، كالحبس مدة معلومة، أو كان لازماً غير ناقل للعين ولا للمنافع، كالإحبال للامة، فهذه الصور كلها مسقطه للفسخ، ولا يسقط بغير اللازم، سواء ورد على العين، أو المنافع، كالبيع في مدة الخيار، والهبة قبل القبض والعارية.

والضابط: كل موضع يتمكن من دفع العين حالة الفسخ، فالخيار ثابت، وما لا فلا، ولا يسقط الخيار بدفع الغابن التفاوت لتبوته بظهور الغبن، فلا يسقط إلا باختيار المغبون.

خيار التأخير

قال رحمه الله: من باع ولم يقبض الثمن، ولا سلّم المبيع، ولا اشترط تأخير الثمن، فالبيع لازم ثلاثة أيام، فإن جاء المشتري بالثمن، وإلا كان البائع أولى بالمبيع، ولو تلف كان من مال البائع في الثلاثة وبعدها، على الأنشبه.

أقول: لا خلاف في لزوم البيع إلى تمام ثلاثة أيام، وإنما الخلاف في موضعين:

الأول: هل يبطل العقد بعد الثلاثة، أو يصير الخيار للبائع، بين ابقاء العقد

وفسخه ؟ قال ابن الجنيدي بالاول ، لرواية زرارة^(٥٧) ، عن الباقر عليه السلام ، والمشهور الثاني ، وهو المعتمد ، لوقوع العقد صحيحاً ، والأصل بقاءه ما لم يحصل الفسخ .

الثاني : لو تلف المبيع قبل القبض فان كان بعد الثلاثة كان من مال البائع اجماعاً ؛ لأن الشارع قد جعل له مندوحة الفسخ والانتفاع بعينه فلم يفعل ، فكان التفريط مستنداً إليه ، ولعموم قوله عليه السلام : « كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه »^(٥٨) .

وان تلف في الثلاثة فقد اختلف الأصحاب في ذلك ، فذهب الشيخ واكثر المتأخرين الى انه من مال بائعه ، وهو المعتمد ، لعموم الخبر ، وقال المفيد : من مال المشتري ، لانتقال المبيع اليه بنفس العقد ، ومنع البائع من التصرف فيه ، ولأنه لو حصل نماء كان للمشتري ، وقال عليه السلام : « الحراج بالضمآن »^(٥٩) . واعترض عليه ابن ادريس بأن هذا لازم له بعد الثلاثة أيضاً ؛ لأنه في ملك المشتري ما لم يفسخ البائع والنماء له أيضاً .

وقد يجاب عن المفيد بأنه بعد الثلاثة ممنوع من التصرف في العين وهو ممنوع في الثلاثة ، فافترق الحكم بينهما ، وقال ابن حمزة : وهو من مال البائع ، الا ان يكون البائع عرض التسليم على المبتاع فلم يتسلمه ، فيكون التلف حينئذ من مال المشتري ، قال العلامة في المختلف : ولا بأس بقول ابن حمزة .

تنبيه : شروط هذا الخيار ان يكون المبيع معيناً فلو اشترى موصوفاً في الذمة لم يطرد الحكم فيه ، وان لا يحصل قبض احد العوضين ، فلو قبض احدهما لم

(٥٧) - الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٩ من الخيار ، حديث ١ .

(٥٨) - المستدرک ، كتاب التجارة ، باب ٩ من الخيار ، حديث ١ .

(٥٩) - المستدرک ، كتاب التجارة ، باب ٧ من الخيار ، حديث ٣ .

يطرد الحكم ، وللشيخ قول بجواز فسخ البائع في كل موضع يتعذر فيه قبض الثمن ، سواء قبض المشتري المبيع او لم يقبضه ، وقواه الشهيد ، ولا بد ان يكون العقد حالاً ، فلو كان أحد الموضين مؤجلاً سقط هذا الخيار .

فروع :

الأول : لو قبض الثمن ثم ظهر مستحقاً ، فكلا قبض ، ولا يسقط خياره بعد الثلاثة لفساد القبض .

الثاني : لو ظهر في المقبوض عيب يوجب الرد فلا فسخ ، لحصول القبض الصحيح ، والرد بالعيب لا يوجب فساد القبض .

الثالث : لو قبض بعض الثمن او قبض بعض المعيب ، فالخيار ثابت في الجميع .

الرابع : لو جاء بالثمن بعد الثلاثة قبل فسخ البائع ، قال العلامة لم يجز له الفسخ لزوال السبب ، ويحتل ثبوته ؛ لأنه قد ثبت بمضي الثلاثة ، والأصل بقاءه . قال رحمه الله : وان اشترى ما يفسد من يومه ، فان جاء بالثمن قبل الليل ، والا فلا بيع له .

أقول : اورد الأصحاب هذه المسألة بعبارات مختلفة ، قال الشيخ في النهاية : واذا باع الانسان ما لا يصح عليه البقاء كالحضرة وغيرها ، ولم يقبض المباع ولا قبض الثمن كان الخيار فيه يوماً ، فان جاء المبتاع بالثمن في ذلك اليوم ، والا فلا بيع له .

وابن ادريس نقل عبارة الشيخ ، إلا انه قال : فان جاء المبتاع بالثمن في ذلك اليوم ، والا فصاحبه بالخيار بين ان يفسخ البيع^(٦٠) وبين ان يطالبه بثمنه . قال العلامة في القواعد : ولو اشترى ما يفسد ليومه ، فالخيار فيه الى الليل ، فان تلف

فيه احتمال الخلاف ، وعبرة التحرير كالقواعد ، الا انه زاد فيه : فان جاء المشتري فيه لزم البيع ، والا تخير البائع ، وقال الشهيد : وخامسها خيار ما يفسده المبيت ، وهو ثابت للبائع عند انقضاء النهار .

اذا عرفت هذا ، فظاهر هذه العبارات الاختلاف في حكمين :

الأول : في محل الخيار ، وظاهر عبارة النهاية والسرائر والقواعد والتحرير دالة على ثبوت الخيار في ظرف اليوم ، وكذلك عبارة فخر الدين ؛ لأنه قال في شرحه قول أبيه : فان تلف فيه احتمال الخلاف . وجه الاحتمال انه تلف في مدة الخيار ، فكان كالثلاثة ، ومن حيث عدم النص عليه ، والأصح العدم ، وهذا آخر كلامه ، وهو دال على ثبوت الخيار في ظرف اليوم ؛ لأن الضمير في قول العلامة : (فان تلف فيه) ، عائد الى اليوم ، وقد نص فخر الدين انه مدة الخيار ، الا ان تعليل فخر الدين رحمه الله ينقض بعضه بعضاً .

بيان المناقضة انه قال : وجه الاحتمال انه تلف في مدة الخيار فكان كالثلاثة ، وعنى بالثلاثة المسألة السابقة التي اختلف الاصحاب فيها مع تلف المبيع في طرف الثلاثة ، هل يكون من مال البائع او المشتري ؟ وقد أجمع الأصحاب على عدم ثبوت الخيار في الثلاثة ، بل البيع فيها لازم وانما يثبت الخيار بانقضائها ، فقوله رحمه الله : (كالثلاثة) ينقض قوله : (لأنه تلف في مدة الخيار) ؛ لأن الثلاثة ليست مدة الخيار اجماعاً ، فقد ظهرت المناقضة .

واما عبارة الدروس فهي دالة على لزوم البيع الى الليل ، وكذلك عبارة عميد الدين في شرحه للمسألة التي شرحها فخر الدين ، وذكرنا عبارة فخر الدين . أما عبارة عميد الدين ، فقال : يريد اذا تلف في ذلك اليوم احتمال في ذلك ما ذكرناه^(٦١) من الخلاف في الثلاثة ، بمعنى انا ان قلنا بقول المفيد ان التلف في

الثلاثة من المشتري ، فهنا اذا تلف في اليوم كان من المشتري ، إذ العلة واحدة وهي لزوم البيع في تلك المدة ، أعني اليوم او الثلاثة ، وان قلنا بقول الشيخ - وهو الأصح - فالتلف من البائع ؛ لأنه لم يقبض .

وهذا آخر كلامه ، وهو دال على لزوم البيع الى الليل ، لكنه غير مطابق لكلام العلامة الذي هذا شرحه ؛ لأن العلامة لم يذكر لزوم البيع الى الليل ، بل ظاهره عدم اللزوم ، ولهذا قال فخر الدين انه تلف في مدة الخيار ؛ لأن عبارة القواعد دالة على ثبوت الخيار في ظرف اليوم ، فعميد الدين شرح على مدلول آخر كلام العلامة واغفل اوله ، وفخر الدين بالعكس ، فلهذا حصل عليها^(٦٢) الاعتراض .

واحسن عبارات الأصحاب في هذه المسألة عبارة المصنف في هذا الكتاب المشروح ؛ لأنه اقتصر على معنى الرواية ، والرواية هي رواية محمد بن يعقوب ، عن أبي حمزة او غيره ، عن ذكره ، عن أبي عبد الله عليه السلام : « فيمن يشتري ما يفسد من يومه ثم يتركه حتى ياتي به بالثمن ، فان جاء فيما بينه وبين الليل ، وإلا فلا بيع له »^(٦٣) ، وهذه الرواية وان كانت مرسلة فهي مؤيدة بعمل الأصحاب .

الثاني : في حكم البيع بعد انقضاء اليوم ، وظاهر النهاية والسرائر بطلانه بانقضاء اليوم ، وهو مدلول الرواية ، لقوله عليه السلام فيها : « فان جاء فيما بينه وبين الليل ، والا فلا بيع له » ونفي البيع يدل على بطلانه ، وعبارة السرائر والتحرير والدروس مصرحة بثبوت الخيار للبائع بعد دخول الليل ، وهو يدل على عدم بطلان البيع .

ويمكن الجمع بين عبارات الأصحاب في هذا الحكم بحمل نفي البيع بعد

(٦٢) - في « ن » : عليه وفي « ر » : عليها .

(٦٣) - الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ١١ ، أبواب الخيار ، حديث ١ ، مع إختلاف يسير .

دخول الليل على نفي الزوم دون البطلان ، وأما الجمع في الحكم الأول الذي هو محل الخيار فهو مشكل .

وانما طولنا البحث في هذه المسألة لاختلاف عبارات الأصحاب فيها فأحببنا ان نورد عباراتهم ليطلع على اختلافهم ، ويظهر تحقيق هذه المسألة لمن له قلب سليم ، واسأل الله المعونة والتوفيق والهداية الى التحقيق .

والتمهيد طرد الحكم في كل ما يسرع اليه الفساد ولم يقيد بالليل ، بل القيد عنده حصول الفساد ، وهو يحصل بنقص الوصف وقلة الرغبة ، كما في الخضروات واللحم والرطب والعنب .

وهل ينزل فوات السوق منزلة الفساد ؟ فيه نظر ينشأ من تطرق الضرر بنقص السعر ، ومن اقتضاء العقد الزوم والتفريط من البائع بترك اشتراط العقد . قال رحمه الله : خيار المجلس لا يثبت في شيء من العقود عدا البيع وخيار الشرط يثبت في كل عقد غير النكاح والوقف ، وكذا الإبراء والطلاق والعق ، إلا على رواية شاذة .

أقول : المقصود من هذه المسألة تبين العقود التي يثبت فيها الخيار وما لا يثبت فيه ، ونحن نذكر ان شاء الله كل خيار على حدة ، ونبين ما يثبت فيه الخيار وما لا يثبت على حسب الطاقة ، والله الموفق والمعين :

الأول : خيار المجلس ، ولا يثبت في شيء من العقود عدا البيع خاصة فهو ثابت فيه مطلقاً ، وبجامع خيار الرؤية وخيار الحيوان ، إلا في شراء القريب فانه لا خيار فيه مطلقاً لا للمجلس ولا لفيره ، ولا للبائع ولا للمشتري لعلهما بحصول العتق بنفس العقد ، وهو مبني على التغليب .

فرع : اذا انشأ العقد^(٦٤) من بعد مفراط بحيث يسمع كلاً منهما لفظ صاحبه

صع العقد قطعاً ، وهل يثبت خيار المجلس ؟ يحتمل ذلك ، لعموم^(٦٥) ثبوته ما لم ينتقلا من موضع العقد غير مصطحبين ، ويحتمل المنع ؛ لأنها لم يجمعها مجلس عرفاً .

الثاني : خيار الحيوان ، وهو شامل للإناسي وغيرها ، الا في شراء القريب كما قلناه ، وهو يحصل بالبيع دون الصلح والاجارة والصدّاق ، وغير ذلك من المعاوضات ؛ لأن الأصل في العقود اللزوم إلا ما اخرجته النص ، وهو لم يثبت الا في البيع ، فيبقى الباقي على الأصل .

الثالث : خيار الشرط ، وهو ثابت في البيع والاجارة والصلح ان وقع معاوضة دخله خيار الشرط ، وان وقع على ما في الذمم مع جهالته او على اسقاط الدعوى ، قبل ثبوتها لم يثبت فيه خيار الشرط ؛ لأن مشروعيته لقطع المنازعة فقط واشتراط الخيار لعود الخصومة ينافي مشروعيته ، وكل شرط ينافي مشروعية العقد غير جائز ، والرهن لا يدخله خيار الشرط للمرتن ؛ لأنه جائز من طرفه ، وفي الراهن اشكال من اصالة الجواز ، وعموم قوله عليه السلام : « المؤمنون عند شروطهم »^(٦٦) ، خرج منه ما نص على عدم دخوله ، ومن منافاته لعقد الرهن ؛ لأنه وثيقة لدين المرتن ، ومع حصول الخيار تنتفي الفائدة لاحتمال الفسخ بالخيار ، فيخرج المال عن الوثيقة ، والمعتمد الأول ؛ لأن خروج المال عن الوثيقة مستنداً الى فعل المرتن ، وهو الرضا بالشرط ، فهو كما لو لم يشترط الرهن ولا شك في جواز عدم اشتراط الرهن والحوالة والضمان يدخلها خيار الشرط ، وكذلك المساقاة والكتابة المشروطة يدخلها خيار الشرط للعبد والمولى

(٦٥) - المصدر المتقدم .

(٦٦) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٢٠ من ابواب المهور ، حديث ٤ ، والمستدرک ، كتاب التجارة ، باب ٥ ، أبواب الخيار ، حديث ٧ .

دون المطلقة لحصول الحرية فيها بمقدار ما يدفعه من مال الكتابة ، والصرف يدخله خيار الشرط خلافاً للشيخ ، وعقد السبق والرماية يدخله خيار الشرط ، (والصداق يدخله خيار الشرط) (٦٧).

والعقود المجائزة كالشركة والوكالة والمضاربة والعارية والوديعة والجمالة جواز الشيخ دخول الخيارين فيها ، خيار المجلس وخيار الشرط ، وتبعه ابن البراج وابن ادريس ، ومنع في الخلاف من دخول خيار المجلس دون خيار الشرط .

والعلامة منع من دخول الخيارين في هذه العقود ؛ لأنها عقود جائزة ، لكل منها الفسخ في كل آن ، فلا معنى لدخول الخيار فيها ، بل لو شرطاً عدم الفسخ لم يصح ، فلا فائدة في شرط الخيار ، فهذه العقود كلها يدخلها خيار الشرط ، والذي لا يدخله فهو النكاح والطلاق والخلع والوقف ، على خلاف يأتي ان شاء الله تعالى في بابه ، والعقود الا على رواية اسحق بن عمار ، وهي التي اشار اليها المصنف ، والاقالة والاجارة والشفعة والهبة والابراء ، وكل ما لا يدخله خيار الشرط لا يدخله خيار غيره .

الرابع : خيار المغبون ، وهو يثبت في كل عقد يشتمل على المعاوضة ، كالبيع والصلح ، الا اذا وقع على ما في الذم ، وكان مجهولاً ، فهذا لا يثبت فيه خيار الغبن اذا علم بعد عقد الصلح وظهر غبن احدهما ، وكذلك اذا وقع على اسقاط دعوى قبل ثبوتها ثم ظهر حقية ما يدعيه ، وكان مغبوناً فيما صالح عنه ، فلا خيار له ، لما قلناه في خيار الشرط ، ويثبت في الاجارة والمزارعة والمساقاة ، وما شاكل ذلك مع شروطه المعتبرة من جهالة المغبون ، وكون الغبن لم تجر به العادة بالتغابن بمثله ، واما خيار عدم التقابض وخيار الرؤية فهو مقيد بما يحصل هذان الشرطان فيه ،

فلا يفتر الى تفصيل .

قال رحمه الله : المبيع يملك بالعقد ، وقيل : به وبانقضاء الخيار ، والأول أظهر .

أقول : الأول هو المشهور بين الأصحاب ؛ لأن العقد سبب^(٦٨) انتقال الملك يدور معه وجوداً وعدماً ، ولعدم منافاة الخيار للملك ، والثاني مذهب الشيخ ، وظاهر ابن الجنيّد ، لقصور العقد المشترط فيه الخيار عن غير المشترط فيه ، والقصور سبب عدم^(٦٩) افادة الملك ، والا لزم المساواة وهو باطل ، والحق عدم المساواة ؛ لأن العقد المشترط فيه الخيار غير لازم ، بل هو متزلزل قابل للفسخ بخلاف غير المشترط فيه ، ففائدة الخيار عدم اللزوم لا عدم الملك .

قال رحمه الله : خيار الشرط يثبت من حين التفرق ، وقيل : من حين العقد ، وهو أشبه .

أقول : ثبوته من حين التفرق مذهب الشيخ وابن ادريس ، لثبوت خيار المجلس قبل التفرق ، فلو ثبت خيار الشرط قبل التفرق لزم اجتماع التلّين ، وهو غير جائز ، والمشهور ثبوته من حين العقد ، وهو المعتمد ؛ لأن اطلاق المدة يقتضي الاتصال بالعقد كغيره من الأزمنة المشترطة في العقود ، ويلزم من قول الشيخ الجهالة بالابتداء ؛ لأن وقت التفرق غير معلوم ، وجهالة احد الطرفين توجب بطلان العقد ، واجتماع التلّين غير مانع ؛ لأن الخيار واحد واسبابه مختلفة ، فلا مانع من ذلك ، كما لو ظهر عيب وهو في المجلس فان له الخيار بسبب العيب وسبب المجلس .

(٦٨) - في « م » : (يفيد) بدل (سبب) .

(٦٩) - لفظة (عدم) ليست في « م » و « ن » و « ر » .

فروع :

الأول : اذا قيد الفسخ برد الثمن فليس له الفسخ بدون رده او مثله ، ولو فسخ قبل ذلك كان لاغياً ، وان لم يقيد برد الثمن جاز الفسخ مع حضور الثمن وعدمه ، وكذا لو كان الخيار للمشتري ، فان قيده برد المبيع او مثله ^(٧٠) لم يجوز الفسخ قبل الرد ويجوز مع الاطلاق ، ولو أقي بيعض الثمن او بيعض المبيع لم يجوز له الفسخ الا مع اشتراطه مع الاتيان بذلك البعض ، ثم ان كانت المدة طرفاً للفسخ والاسترجاع كان له الفسخ متى جاء بالثمن ووجب قبوله ، وان كانت غاية لم يجب عليه قبض الثمن قبل مضيتها ولا يجوز الفسخ قبل ذلك .

الثاني : اذا جعل الخيار لعبد احدهما ملك مولاه الخيار ، وان جعلاه لعبد اجنبي لم يملكه مولاه ، ولو مات العبد لم ينتقل الى مولاه ، وكذا لو مات الاجنبي لم ينتقل الى وارثه ؛ لأنها لم يرضيا بغير نظره ، بخلاف ما لو كان لاحدهما ، فانه ينتقل الى وارثه ، واذا جعل الخيار لعبد الاجنبي لم يتوقف على رضا مالكة ، الا ان يمنع شيئاً من حقوقه ، فيتوقف حينئذ .

الثالث : لا يبطل الخيار بتلف المبيع ، فان كان مثلياً طالب بالمثل مع الفسخ ، والا بالقيمة .

الرابع : يجوز اشتراط مدة متأخرة عن العقد ويلزم بينها ، لأصالة الجواز ، ولعموم : « المؤمنون عند شروطهم » ^(٧١) ، ويحتمل العدم ؛ لأن الواجب لا ينقلب جائزاً .

الخامس : لو جعل الخيار لاثنين ، فاختر احدهما الإمضاء ، والآخر الفسخ انفسخ البيع ، وكان المحكم لمختار الفسخ ؛ لأن اختياره ناقل والآخر مقرر ،

(٧٠) - في « ن » و « ر » بزيادة : إن كان مثلياً .

(٧١) - تقدم فيما سبق ص ٤٤ .

والناقل أولى من المقرر مع التعارض .

السادس : اذا جعل الخيار لأجنبي ولأحد المتابعين معاً ، فاختلفا احتمل اختيار الأجنبي ، والا لم يكن لذكره فائدة ، واحتمل اختيار الفاسخ منها ، لما قلناه أولاً ، ولأنه مع اعتبار اختيار الأجنبي دون اختيار الآخر لم يكن في جعله للآخر مع الأجنبي فائدة ايضاً ، وهذا هو المعتمد .

في أحكام العقود

قال رحمه الله : ولو باع بثمن حال وبأزيد منه الى اجل قيل : يبطل ،
والمروي انه يكون للبائع أقل الثمنين في أبعد الأجلين .

أقول : العمل بمضمون الرواية مذهب المفيد والسيد المرتضى ، والرواية
اشارة الى ما رواه السكوني ، عن جعفر ، عن أبيه ، عن آبائه ، عن علي عليهم
السلام (٧٢) .

والبطلان مذهب الشيخ في المبسوط ، واختاره ابن ادريس والعلامة وابو
العباس ، لجهل (٧٣) الثمن حالة العقد ، فكان كما لو قال : بعثك هذا او هذا بكذا ، وهو
غير جائز ، وهذا هو المعتمد .

فرعان :

الأول : لو باعه بثمن واحد بعضه نقداً وبعضه نسيئة صح البيع قطعاً ، وكذا
لو باعه سلعتين في عقد واحد واشترط تأجيل احدهما وحلول الآخر بشرط

(٧٢) - الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٢ ، أحكام العقود ، حديث ٢ .

(٧٣) - في « ي ١ » و « ر ٢ » : لتجهيل .

تعيين المؤجل او النقد .

الثاني : لو طال الأجل بحيث يعلمان عدم بقائها اليه عادة كألف سنة مثلاً ،
احتمل بطلان العقد لخروج الثمن عن الانتفاع ، ويحتمل الصحة ؛ لأن الأصل
مضبوط ويحل^(٧٤) بموت المشتري ، وهذا اختيار الشهيد ، وابطله فخر الدين .
قال رحمه الله : وان ابتاعه بجنس ثمنه بزيادة او نقيصة ، فيه روايتان ،
اشبهها الجواز .

أقول : عدم الجواز مذهب الشيخ في النهاية لرواية خالد بن الحجاج^(٧٥) ،
عن أبي عبدالله عليه السلام ، والجواز مذهب ابن ادريس ، واختاره المصنف
والعلامة للأصل ، ولعموم قوله تعالى : ﴿ وَأَحْلَ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾^(٧٦) ولرواية عبيد بن
زرارة^(٧٧) .

قال رحمه الله : فان امتنع من اخذه ثم هلك من غير تفريط ولا تصرف من
المشتري كان من مال البائع على الأظهر .

أقول : كل من عليه حق حال فدفعه الى من له الحق وجب على صاحب
الحق قبضه ، فاذا امتنع من قبضه فعزله من عليه الحق ثم تلف من غير تفريط ، هل
يكون من مال مَنْ عليه الحق أو لا ؟ قال الشيخ في النهاية بالثاني ، وبه قال المفيد
وسلار وابن البراج وابن حمزة ، واختاره المصنف والعلامة في المختلف ؛ لأن
الدين يتعين بتعيين المديون ، فاذا هلك بعد تعيينه كان من المدين .
وفي المبسوط دفعه الى الامام او نائبه ليقبضه عن مالكة ؛ لأن الحاكم قائم

(٧٤) - في « ر » : ويحتمل ، وفي « ن » : ويحمل .

(٧٥) - الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ١٢ ، من أبواب السلف ، حديث ٣ .

(٧٦) - البقرة : ٢٧٥ .

(٧٧) - الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٢٦ من أحكام العقود ، حديث ٢ .

مقام المالك مع امتناع المالك من قبض الحق ، فان لم يدفعه الى الحاكم او نائبه ثم هلك كان من ضمان المديون ، فان الدين لا يتمين الا بقبض المدين او نائبه ، والتقدير انه لم يقبضه هو ولا نائبه ، فيكون من ضمان المديون ، وهذا هو الحق مع القدرة على الحاكم او نائبه ، والا اشهد على عزله وتعيينه ، فان تلف بعد ذلك من غير تفريط كان من مال المدين ، سمعناه مذاكرة .

قال رحمه الله : ومن ابتاع شيئاً بثمن مؤجل واراد بيعه مراجعة فليذكر الأجل ، فان باع ولم يذكر كان المشتري بالخيار بين رده وامساكه بما وقع عليه العقد ، والمروي انه يكون للمشتري من الأجل مثل ما كان للبائع .

أقول : القائل بثبوت الخيار هو الشيخ في الخلاف والمبسوط ، وبه قال ابن ادريس ، والمصنف والعلامة ؛ لأن الأجل له قسط من الثمن في عرف المعاملة ، فلما باعه بالثمن الذي اشتراه ولم يذكر الأجل كان مدلساً ، فيثبت الخيار بين الرد والامساك بجميع الثمن ، وذهب الشيخ في النهاية الى عدم الخيار ، ويثبت له من الأجل مثل ما للبائع ؛ لرواية هشام بن الحكم ^(٧٨) ، عن الصادق عليه السلام ، والأول هو المعتمد .

فما يدخل في المبيع

قال رحمه الله : وفي دخول المفاتيح ، تردد ، ودخولها أشبه .

أقول : من انها ليست من المبيع ولا من اجزائه فلا تدخل ، لأصالة بقاء الملك على مالكة ما لم يعلم الانتقال ، ومن اقتضاء العادة دخولها ، ولأنها من حقوقها فيدخل في المبيع .

قال رحمه الله : ولو كان في الدار نخل أو شجر لم يدخل في المبيع ، فإن قال بحقوقها ، قيل : يدخل ، ولا أرى هذا شيئاً .

أقول : القائل بالدخول هو الشيخ ، وتبعه ابن البراج وابن حمزة ، وهو ظاهر كلام ابن ادريس بناءً على ان النخل والشجر من حقوق الدار ، فظاهر المصنف عدم الدخول الا ان يقول : (وما اغلق عليه بابها) ، وهو اختيار العلامة ، لأصالة بقاء الملك على بانيه^(٧٩) ما لم يعلم السبب الناقل ، ولم يثبت ان النخل والشجر من حقوق الدار .

قال رحمه الله : ولو باع النخل ولم يكن مؤبراً فهو للمشتري على ما أفتى به

الأصحاب .

أقول : لا خلاف في ان الثمرة للمشتري مع عدم التأخير ، وانما استند المصنف الى فتوى الأصحاب ؛ لأن هذا الحكم يثبت باجماعهم إذ الروايات ^(٨٠) الدالة على هذا الحكم ليست مصرحة فيه ، بل هي دالة من حيث المفهوم ، ودلالة المفهوم ضعيفة ، لكن الاجماع عضدها ، فلذلك نسب الحكم الى فتوى الاصحاب لا الى الروايات الواردة فيه ، لضعف دلالتها عليه .

قال رحمه الله : الأحجار المخلوقة : في الأرض والمعادن تدخل في بيع الأرض ؛ لأنها من أجزائها ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه مما قاله المصنف : (لأنها من اجزائها) ، ومن عدم صدق اسم الأرض عليها ؛ لأنها بخلافه لها بالاسم وبالماهية ، والأصل بقاء الملك على مالكه .

في التسليم

قال رحمه الله : اطلاق العقد يقتضي تسليم المبيع والثمن ، فإن امتنعا أجبرا ، وإن امتنع أحدهما أجبر الممتنع ، وقيل : يجبر البائع أولاً ، والأول أشبه ، سواء كان الثمن عيناً أو ديناً .

أقول : إذا قال البائع : (لا اسلم المبيع حتى اقبض الثمن) ، وقال المشتري : (لا اسلم الثمن حتى اقبض المبيع) ، قال الشيخ في (المبسوط والخلاف) : الأولى ان يقال : على الحاكم ان يجبر البائع على تسليم المبيع ، ثم يجبر بعد ذلك المشتري على تسليم الثمن ؛ لأن الثمن تابع للمبيع ، وتبعه ابن البراج .

وذهب المصنف الى ان الحاكم يجبرهما معاً مع الامتناع دفعة واحدة . واختاره العلامة والشهيد ، وهو المعتمد ؛ لأن حالة انتقال المبيع الى المشتري هي حالة انتقال الثمن الى البائع ، فلا أولوية .

وقوله : (سواء كان الثمن عيناً أو ديناً) ، أراد بالدين الموصوف في الذمة مع كونه حالاً يجب تسليمه في الحال ، ولا يتوهم أحد ان مراده بالدين الموصوف بالذمة المؤجل ؛ لأن المؤجل لا يجب تسليمه الا مع حلول الأجل مع وجوب

تسليم عوضه حالا ، فلا يتصور إجبارهما معا ، ولا يتصور كون الثمن والمشمّن مؤجلين ؛ لأن ذلك بيع الدين بالدين فلا يجوز ، بل المراد ما قلناه .

قال رحمه الله : والقبض هو التخلية ، سواء كان المبيع مما لا ينقل كالعقار ، او مما ينقل ويحوّل كالثوب والجوهر والدابة . وقيل : فيما ينقل القبض باليد او الكيل فيما يكال او الانتقال في الحيوانات ، والأول أشبه .

أقول : التفصيل هو المشهور بين الأصحاب ، ذكره الشيخ في المبسوط ، وبه قال ابن البراج وابن حمزة ، واختاره العلامة وابو العباس ، وهو المعتمد ؛ لأنه المتعارف بين الناس وعادة الشرع رد الناس الى ما يتعارفونه فيما لم ينص على مقصوده باللفظ كالأحياء ، ويؤيده صحيحة معاوية بن وهب^(٨١) ، عن الباقر عليه السلام .

وقيل : هو التخلية بعد رفع اليد مطلقاً ، واختاره المصنف .

قال رحمه الله : واذا تلف المبيع قبل تسليمه الى المشتري فهو من مال بائعه ، وكذا ان نقصت قيمته بحدث فيه كان للمشتري رده ، وفي الأرض تردد . أقول : منشؤه من انه لو تلف اجمع لكان من مال البائع ، فكذا ابعاضه وصفاته ؛ لأن المقتضي لثبوت الضمان في الجميع - وهو عدم القبض - موجود في الصفات والأبعاض فثبت الحكم ، ومن أصالة عدم ثبوت الأرض .

وانما اوجبنا الخيار بين الرد والقبول بجميع الثمن لدفع الضرر اللاحق بايجاب القبول ، والأول مذهب الشيخ في النهاية وابن البراج وابو الصلاح ، واختاره العلامة وفخر الدين ، وهو المعتمد ، والثاني مذهب الشيخ في الخلاف ، واختاره ابن ادریس .

(٨١) - الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ١٦ من أحكام العقود ، حديث ١١ ، لكن الرواية فيه عن أبي عبدالله عليه السلام .

قال رحمه الله : إذا اختلط المبيع بغيره في يد البائع اختلاطاً لا يتميزان دفع الجميع إلى المشتري جاز ، وإن امتنع البائع قيل : يفسخ البيع لتعذر التسليم ، وعندني أن المشتري بالخيار إن شاء فسخ وإن شاء كان شريكاً للبائع ، كما إذا اختلطاً بعد القبض .

أقول : وجوب القبول مع دفع الجميع مذهب الشيخ ؛ لأنه زاده فضلاً فلا يتسلط على الفسخ ، لزوال العيب بزوال الشركة ، والمعتمد عدم وجوب القبول ؛ لأن الزيادة تكون هبة والهبة لا يجب قبولها ، ويثبت الخيار بين الفسخ - لحصول العيب بالشركة - وبين الامضاء ويكون شريكاً ، ولو كان الامتزاز بعد القبض لزم العقد ولم يثبت الفسخ وكان شريكاً ، فان علمت حصة كل واحد منها كانا شريكين بالنسبة ، والا وجب ان يصطلحا ، وهذا حكم مطرد في جميع ما يحصل معه الشركة .

قال رحمه الله : ولو باع شيئاً فغصب من يد البائع ، فإن أمكن استعادته في الزمن اليسير لم يكن للمشتري الفسخ ، وإلا كان له ذلك ولا يلزم البائع أجره المدة ، على الأظهر .

أقول : إذا لم يمكن استعادة العين إلا بعد فوات شيء من منافعتها ثبت خيار الفسخ ، فإذا لم يفسخ هل له ان يطالب البائع بالأجرة ؟ يحتمل ذلك ؛ لأنه ضامن للعين قبل القبض ، فيكون ضامناً للمنافع ، ومن أصالة براءة الذمة ، ولأنه لو لم يغصب وبقيت في يد البائع مدة طويلة لم يكن ضامناً للأجرة ما لم يطلبها المشتري فيمنعه فيضمن حينئذ ؛ لأنه كالتعاصب ، وقبل ذلك لا يضمن شيئاً ، سواء كانت في يده أو غصبت منه ، وذهب المصنف ، والعلامة في التحرير ، والشهيد إلى عدم الضمان .

قال رحمه الله : إذا ابتاع متاعاً ولم يقبضه ، ثم أراد بيعه كره ذلك إن كان مما

يكال او يوزن ، وقيل : إن كان طعاماً لم يجز ، والأول أشبه . وفي رواية : يختص التحريم بمن يبيعه بربح ، أما التولية فلا .

أقول : في هذه ثلاثة أقوال :

الأول : المنع في جميع ما يكال او يوزن ، وهو مذهب ابن أبي عقيل .

الثاني : اختصاص المنع بالطعام ، وهو مذهب الشيخ في المبسوط .

الثالث : الجواز في الجميع على كراهة فيما يكال او يوزن ، ويكون قبض المشتري نائباً عن قبض البائع ، لأصالة الجواز ، ولعموم : ﴿ وأحل الله البيع ﴾ ^(٨٢) ، وهو مذهب الشيخ في النهاية والمفيد ، واختاره المصنف والعلامة ، وهو المعتمد ، ورواية علي بن جعفر ، عن أخيه عليه السلام : « عدم جواز بيع الطعام قبل قبضه اذا كان بربح ، والجواز اذا كان تولية » ^(٨٣) . وبمضمونها افترى العلامة في التحرير .

قال رحمه الله : وكذا إذا دفع اليه مالاً ، وقال : اشتريه طعاماً ، فإن قال : اقبضه لي ثم اقبضه لنفسك ، صح الشراء دون القبض ؛ لأنه لا يجوز أن يتولى طرفي العقد ^(٨٤) ، وفيه تردد .

أقول : اذا دفع من عليه طعام الى ديانه مالاً ، وقال : (اشتريه طعاماً) ، فان قال : (اشتره لنفسك) بطل الشراء ؛ لأنه لا يجوز ان يشتري الانسان لنفسه بمال غيره .

وان قال : (اشتره لي واقبضه لنفسك) ، جاء الخلاف السابق في جواز بيع الطعام قبل قبضه ، اما الشراء للأمر فلا اشكال في صحته ؛ لأنه وكيل ، واما

(٨٢) - البقرة : ٢٧٥ .

(٨٣) - الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ١٦ من أحكام العقود . حديث ٩ .

(٨٤) - في الشرائع : القبض .

القبض لنفسه ففيه الخلاف ؛ لأنه قبضه عوضاً عما له عليه قبل ان يقبضه صاحبه .
وان قال : (اقبضه لي ثم اقبضه لنفسك) ، صح الشراء والقبض بلا خلاف ،
واما قبضه لنفسه من نفسه ، فهو مبنى على جواز تولي الواحد طرفي العقد وعدمه ،
وقد مضى الخلاف فيه في باب البيع ، وقد منعه هنا الشيخ وابن البراج ؛ لأن
الايجاب والقبول لا بد ان يكونا صادرين عن اثنين فلا يجوز فعلهما من واحد ،
والمعتمد الجواز .

قال رحمه الله : لو أسلفه في طعام بالعراق ، ثم طالبه بالمدينة ، لم يجب عليه
دفعه ، ولو طالبه بقيمته ، قيل : لم يجز^(٨٥) ؛ لأنه بيع الطعام (على من هو عليه)^(٨٦)
قبل قبضه ، وعلى ما قلناه يكره ، ولو كان قرضاً جاز أخذ العوض بسعر العراق ،
فإن كان غصباً لم يجب دفع المثل ، وجاز دفع القيمة بسعر العراق ، والأشبه جواز
مطالبة الغاصب بالمثل حيث كان ، وبالقيمة الحاضرة عند الإعواز .

أقول : هنا ثلاث مسائل :

الأولى : اذا أسلفه في طعام في العراق مثلاً ، ثم طالبه بالمدينة مثلاً وهذا لا
يجب عليه^(٨٧) الدفع ، لاختلاف القيمة في موضع الاسلاف وموضع المطالبة ، ولو اتفقا
على الدفع جاز ، فكما لا يجب على من عليه الطعام دفعه كذا لا يجب على من له
الطعام قبضه ؛ لأنه في حمله مؤنة ، ولو طالبه بالقيمة لم يجب دفعها ، قال الشيخ :
ولا يجوز ، بناءً على مذهبه من عدم جواز بيع الطعام قبل قبضه ، والمعتمد الجواز
على كراهية .

الثانية : اذا أقرضه طعاماً في العراق فطالبه في المدينة ، فالحكم فيه كما

(٨٥) - في « ي » : لم يجب .

(٨٦) - من الشرائع المطبوع .

(٨٧) - هذه اللفظة ليست في « ن » و « ر » .

سلف ، الا في اخذ القيمة ، فلا خلاف في جواز اخذها بسعر العراق ، ويجبر المقترض على دفعها اليه ؛ لأنه يجب عليه دفع حق المقرض مع المطالبة ، وقد تعذر المثل لعدم وجوب دفعه في المدينة ، فيجب القيمة بسعر العراق .

الثالثة : لو غصبه طعاماً في العراق ، ثم طالبه في المدينة ، فعند الشيخ وابن البراج حكمه كالقرض سواء ، وذهب المصنف الى جواز مطالبة الغاصب بالمثل ، ومع تعذر المثل يجب القيمة بسعر موضع المطالبة ، واختاره العلامة ، وهو المعتمد ؛ لان الغاصب مخاطب بأشق الأحوال ففي أي موضع طالبه برّد المقتضوب وجب عليه ، فان اعوز كان عليه قيمة موضع الاعواز .

في الشرط

قال رحمه الله : ويجوز ابتياع المملوك ، بشرط أن يعتقه أو يديره أو يكاتبه ولو شرط ان لا خسارة ، أو شرط أن لا يعتقها او لا يطأها ، قيل : يصح البيع ويبطل الشرط .

أقول : البحث هنا في مقامين :

الأول في اشتراط فعل احد هذه الأمور الثلاثة :

« أ » : ان يشترط عليه العتق ، ولا خلاف بين علمائنا في جواز هذا الشرط ؛ لأنه غير مخالف للكتاب ولا السنة فيجب الوفاء به ، فاذا باع بشرط العتق وجب الوفاء به ، وهل يكون حقاً لله ، أو للعبد ، أو للبائع ؟
يحتمل الأول ؛ لأنه كالملتزم بالنذر في حقهما ، ولأنه شرط يقتضي زوال الملك عن جميع الملاك ، فلا يكون حقاً لغير الله .

ويحتمل الثاني : لأن غايته ملك العبد نفسه وخروجه عن الرق وتسلطه على تصرفات الأحرار وتملكه لكسبه ، فكان حقاً له .

ويحتمل الثالث ؛ لأنه ثبت بفعل البائع لتعلق غرضه به ، وربما تسامح لأجل

هذا الشرط ببعض الثمن فيكون حقاً له ، وهو مذهب العلامة في القواعد ، وهو ظاهر التحرير ؛ لأنه استقرب عدم اجبار المشتري على العتق ، وهو يدل على انه حق للبائع لا لله ، وظاهر الشهيد انه حق لله .

فعلى القول بأنه حق لله تكون المطالبة للحاكم ويجبره مع الامتناع ، ولا يسقط باسقاط البائع .

وعلى القول بأنه للبائع تكون المطالبة له ويسقط باسقاطه ولا يجبر المشتري ، ومع الامتناع يتخير البائع بين الفسخ والامضاء .

وعلى القول بأنه للعبد يكون هو المطالب بالعتق ، ومع الامتناع يرافعه الى الحاكم ليجبره على ذلك ، وكسبه قبل العتق للمشتري على جميع التقادير . ويتفرع هنا فروع :

الأول : لو مات العبد او قتل ، قبل العتق فالخيار بحاله ، فان فسخ رد الثمن الذي اخذه وطالب المشتري بالقيمة يوم القبض ؛ لأنه وقت انتقال الضمان الى المشتري ، ويحتمل يوم التلف ؛ لأنه قبله كان يجب رد العين ، وانما وجبت القيمة بعد التلف ، وان امضى رجع بما يقتضيه شرط العتق ، فاذا قيل : (قيمته لو بيع مطلقاً مئة ، ويشترط العتق خمسة وسبعون) ، زيد على الثمن مثل ثلثه ، هذا مذهب العلامة في القواعد ، واستضعفه الشهيد ؛ لأن الشروط لا توزع عليها الثمن ، ومع الفسخ يتبين انه مات على ملك البائع ، فوئدة التجهيز عليه ، والمحكمة له لو كان قليلاً ، ومع عدم الفسخ ينعكس الحكم .

الثاني : هل يجوز اعتاقه عن الواجب على المشتري كالكفارة والنذر ، كما لو نذر عتق نسمة غير معينة ؟ نقول : ان اشترط (البائع عتقه عن الواجب جاز ذلك قطعاً ، ويكون فائدة هذا الشرط تخصيص هذا العبد بالعتق ، وان اشترط) (٨٨)

العتق مطلقاً لم يجوز ؛ لوجوب العتق عليه بمقتضى الشرط ، فلا يجوز عن واجب غيره .

الثالث : اثبت العلامة في القواعد الولاء للمشتري ، وهو مشكل ؛ لأنه عتق واجب ، والعتق الواجب لا يثبت فيه ولاء .

وقد يجاب بأن مذهب العلامة انه حق للبائع ، فلا يجبر المشتري على العتق ، بل هو غير ان شاء اعتق وان شاء ترك ، فيتخير البائع حيثنذ ، فاذا اعتق كان عتقه تبرعاً ، لكونه غير معين عليه لجواز الاخلال به ، اما على القول بأنه حق لله فلا يثبت فيه الولاء ، لاجباره على العتق لو اخل به .

الرابع : لو نكل به عتق ، ولم يجوز^(٨٩) عن الشرط فيتخير البائع بين الفسخ والامضاء ، كما لو مات ، او قتل ، وقد سبق^(٩٠) البحث فيه .

الخامس : لو باعه او وقفه تخير البائع ، فان اختار الامضاء نفذت العقود ، وان اختار الفسخ بطلت العقود ، لوقوعها في غير ملك تام ، ولو قلنا انه حق لله وقعت العقود باطلة من رأس ، لتحتم العتق ، فلا ينفذ تصرف غيره .

السادس : لو باعه بشرط العتق اجتمعت الصحة ، لحصول غرض البائع وهو العتق ، واحتمل البطلان ؛ لأن العتق حق واجب عليه ، فلا يجوز نقله الى غيره .
السابع : لو اشترى من ينعق عليه بالملك بشرط العتق لم يصح ، لتعذر الوفاء بالشرط وهو العتق بعد الملك ، وهذا ينعق عليه بنفس الملك من غير اعتاق بل قهراً .

« ب » : لو باعه بشرط التدبير ، صح هذا الشرط بلا خلاف ووجب الوفاء به ، فان دبره فلا بحث ، وان امتنع من تدبيره تخير البائع بين الفسخ واسترجاع

(٨٩) - في « ي ١ » : يخرج

(٩٠) - ص ٦٢ .

العبد ورد الثمن وبين الامضاء، فيرجع بالتفاوت بين قيمته لو بيع مطلقاً وقيمه بشرط التدبير، وهل يجوز الرجوع (في هذا التدبير؟) يحتمل ذلك؛ لأن التدبير عقد جائز يجوز الرجوع فيه^(٩١) فيتسلط البائع على الفسخ كما لو لم يدبره، ويحتمل العدم؛ لوجوب الوفاء بالشرط، ولأنه تدبير واجب بمقتضى العقد فهو كالمندور، فلا يجوز الرجوع فيه، ولأنه ابطال حق الغير وهو غير جائز.

ج : لو باعه العبد بشرط ان يكاتبه فان اطلق الشرط تخير في المكاتبه بأي قدر شاء، وإن عيّن قدراً^(٩٢) تعين، فلو كاتبه بأزيد تخير بين الاجازة والفسخ، وله إلزامه بالكتابة بالقدر المشترط، وكذا لو كاتبه في صورة الإطلاق^(٩٣) بأزيد من القيمة، ولم يرض العبد، فللبائع الخيار بين الفسخ والإمضاء، وبين إلزامه بالمكاتبه بالقيمة. فإن امتنع تعين الفسخ أو الإمضاء، ولا يجب على المشتري المكاتبه بأقل من القيمة إلا مع الشرط، ومع الإطلاق يتخير بين المطلقة والمشروطة، ولو عين أحدهما تعين.

المقام الثاني: لو اشترى جارية بشرط أن لا خسارة عليه لو باعها، أو^(٩٤) لا يطأها ولا يعتقها، فهذا الشرط ينافي عقد البيع؛ لأن مقتضاه التسلط على جميع التصرفات، وأن الربح له والخسران عليه، وإذا كان منافياً كان باطلاً. وإذا بطل الشرط، هل يبطل البيع؟ ذهب العلامة والشهيد إلى بطلانها معاً؛ لأن الشرط يزيد الثمن باعتباره وينقص، فإذا بطل الشرط بطل ما قبله من الثمن أو المثل، فيتطرق الجهالة إلى الباقي، وجهالة أحد العوضين توجب بطلان

(٩١) - ما بين القوسين من «ي» ، وفي باقي النسخ كلمة : (فيه) بدل ما بين القوسين .

(٩٢) - في «ن» : بقدر .

(٩٣) - في «ي» ١ «زيادة» : ويتخير .

(٩٤) - في «ي» ١ «وأن» بدل (أو) .

العقد ، ولعدم حصول الرضا بدون سلامة الشرط ، فع بطلانه تكون تجارة عن غير تراض .

وقال الشيخ وابن البراج وابن الجنيـد : يبطل الشرط دون العقد ؛ لأن الأصل صحة البيع ، ولعموم قوله تعالى : ﴿ واحلّ الله البيع وحرم الربا ﴾ (٩٥) ، ولأن الشرط فرع على صحة البيع ، فلو كان الحكم بصحة البيع موقوفاً على صحة الشرط لزم الدور .

تنبية : قال العلامة في المختلف (٩٦) : المشهور بين علمائنا الماضين ومن عاصرناهم الا من شذّ انه يجوز بيع الشيء اليسير بأضعاف قيمته بشرط ان يقرض البائع المشتري شيئاً ؛ لأنهم نصوا على جواز ان يبيع الانسان شيئاً ويشترط الاقتراض أو الاستقراض أو الاجارة أو السلف ، او غير ذلك من الشروط السائغة ، وكان بعض من عاصرناه يتوقف في ذلك . الى هنا كلامه .

وأشار بالمتوقف الى شيخه المحقق نجم الدين ابن سعيد مصنف هذا الكتاب المشروح ، نص على انه المحقق ، صاحبُ الدروس ، قال : ولو باعه بأضعاف القيمة ليقرضه او ليؤجل ما عليه صح ، وتوقف فيه المحقق ولا وجه له .

احتج القائل بالجواز بعموم قوله تعالى : ﴿ واحلّ الله البيع ﴾ (٩٧) ، وهذا بيع فيكون داخلاً في العموم ، وباجماع على جواز بيع الشيء بأضعاف قيمته وبدون قيمته ، وانضمام الشرط اليه لا يغير حكمه ؛ لأنه شرط سائغ يجوز انضمامه الى سائر عقود المعاوضة ، فلا مانع منه ، لعموم قوله عليه السلام : « المؤمنون عند

(٩٥) - البقرة : ٢٧٥ .

(٩٦) - في « ر ١ » : التحرير .

(٩٧) - البقرة : ٢٧٥ .

شروطهم» (٩٨).

ولهم على الجواز روايات^(٩٩) كثيرة، اعرضنا عنها لئلا يطول الكتاب .
واحتج المانع بالروايات الواردة بالمنع^(١٠٠) عن القرض اذا جَرَّ نفعاً .
واجيب بانه غير صورة النزاع ؛ لأن المنوع منه هو القرض مع اشتراط
البيع بالمحاباة ، والنزاع في العكس ، وهو البيع بالمحاباة مع اشتراط القرض ،
فالمانع لا يصلح للمناعية .

فروع :

الأول : قال العلامة في التذكرة : لو باعه شيئاً بشرط ان يبيعه إياه لم يصح ،
سواء اتحد الثمن قدرأً أو وصفاً أو عيناً أولاً ، والا جاء الدور ؛ لأن بيعه له يتوقف
على ملكه المتوقف على بيعه له فيدور ، واما لو شرط ان يبيعه على غيره صح
عندنا ، لعدم منافاته للكتاب والسنة .

لا يقال : ما ألزمتموه من الدور وارد هنا .

لأننا نقول : الفرق ظاهر لجواز ان يكون جارياً على حد التوكيل او عقد
الفضولي ، بخلاف ما لو شرط البيع على البائع . هذا آخر كلامه رحمه الله ، وهو
يشعر بعدم حصول الملك للمشتري قبل حصول الشرط ، لقوله في توجيه الدور :
لأن بيعه له يتوقف على ملكه المتوقف على بيعه ، فدل هذا على عدم حصول الملك
قبل حصول الشرط ، (والالم يتوقف على البيع الذي هو شرط^(١٠١) ، ويدل ايضاً

(٩٨) - تقدم ص ٤٤ .

(٩٩) - الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٦ ، أبواب الخيار .

(١٠٠) - الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ١٢ ، أبواب الربا .

(١٠١) - في « ر ٢ » : مشروط .

على عدم الانتقال قبل حصول الشرط (١٠٢).

قوله : (جارياً على حد التوكيل او عقد الفضولي) ، دل هذا الكلام على عدم انتقال الملك اليه وبقائه على ملك البائع ، والا لم يكن في بيعه على الغير وكيلاً ولا فضولياً ، وهذا واضح لا غبار عليه .

اذا ثبت هذا فالجمع بين تملك المشتري للنماء المتجدد بعد عقد البيع وقبل فعل الشرط ، واستقرار ملكه عليه لو فسخ البائع لأجل المخالفة بالشرط ، واخذ البائع العين مجردة دون النماء ، وبين عدم ملكه للمبيع قبل فعل الشرط مشكل ؛ لأن النماء تابع للأصل ، فكيف يملك النماء ولا يملك الاصل مع كونه قابلاً بهذه الأحكام ، ومع التحقيق يجب المصير الى عبارة الدروس ؛ لأنه قال : ولو شرط بيع المبيع على البائع بطل لا للدور ، بل لعدم قطع نية الملك ، وهذا هو الصحيح الذي لا غبار عليه .

الثاني : لو صالح على اسقاط الشرط بعوض صح الا ان يكون عتقاً ، وقلنا : انه حق لله ، ولو شرط في عقد آخر سقوط اللازم له بالعقد السابق صح ايضاً ، ولو شرط تأجيل الدين الحال او حلول الدين المؤجل لزم بنفس العقد .

الثالث : اذا شرط رهناً معيناً او ضميناً لزم الشرط ، فلو تلف الرهن او مات الضمين ، فان كان بعد الرهن والضمان لم يؤثر ، وان كان قبله كان له الفسخ .

الرابع : يجوز اشتراط رهن المبيع على ثمنه ، ومنعه الشيخ ، ولا يكفي عقد البيع عن عقد الرهن ، ولو جمع بينهما في عقد واحد وقدم الرهن بطل ، وان قدم البيع ، مثل ان يقول : (بعثك الدار بألف وارهننت العبد بها) ، فقال : (اشتريت ورهننت) ، فيه وجهان ، أقربهما المنع ، لعدم ثبوت الحق حال الرهن .

الخامس : لو شرط ان يبيعه على زيد ، فامتنع زيد من الشراء احتمل ثبوت

الخيار للبائع ، لعدم حصول الشرط ، واحتمل لزوم البيع ، اذ التقدير ان يبيعه على زيد ان اشتراه ، فاذا امتنع لزم العقد ؛ لأن الأصل في العقود اللزوم ، اما لو امتنع الضمين المشروط بعقد البيع كان له الفسخ ؛ لأن نفع الضمان عائد اليه ولم يرض بدونه ، وهو لم يحصل فتسلط على الفسخ .

قال رحمه الله : ولو باعه ارضاً على أنها جربان معينة ، وكانت أقل ، فالمشتري بالخيار بين الفسخ واخذها بحصتها من الثمن ، وقيل : بل بكل الثمن ، والأول أشبه . ولو زادت كان الخيار للبائع بين الفسخ والاجازة بالثمن .

أقول : اذا باعه عشرة اجربة مثلاً ، فظهرت خمسة ، قال الشيخ في النهاية : يتخير بين الفسخ واخذها بحصتها من الثمن ، وتبعه اكثر الأصحاب ، واختاره المصنف والعلامة في المختلف ، وقال في المبسوط بتخير المشتري بين فسخ البيع وبين الامضاء بجميع الثمن ، (وتبعه ابن البراج ، واختاره العلامة في القواعد وفخر الدين في شرحه وابو العباس في مقتصره ، وهو المعتمد ؛ لأن العقد وقع على المبيع بجميع الثمن)^(١٠٣) فليس له الا الفسخ او الامضاء بالجميع ، لوقوع العقد عليه .

واحتج الأولون بأنه وحده ناقصاً فله مقابله من الثمن ، كما لو اشترى الصبرة على انها عشرة اقفة فظهرت خمسة ، ولرواية عمر بن حنظلة ، عن الصادق عليه السلام ، وفي هذه الرواية : « ان كان للبائع ارض بجنب تلك الأرض لزم البائع ان يوفيه منها »^(١٠٤) .

واستقرب في القواعد ان الخيار في طرف النقيصة للمشتري بين الفسخ والامضاء بجميع الثمن في متساوي الأجزاء ومختلفها ، وفي طرف الزيادة للبائع الخيار كذلك في المتساوي والمختلف ، والمشهور ان متساوي الأجزاء يقسط الثمن

(١٠٣) - ما بين القوسين لم يرد في « ن » .

(١٠٤) - الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ١٤ من أبواب الخيار ، حديث ١ .

على اجزائه في الزيادة والنقصان .

فرع : على القول بأنه يرجع بالقسط من الثمن ، هل يثبت للبائع الخيار ؟
يحتمل ذلك ؛ لأنه انما رضي بيعها بالثمن اجمع ، فاذا لم يصل اليه كان له خيار
الفسخ ، فلو بذل المشتري جميع الثمن لم يملك الفسخ حينئذ لوصل ما رضيه اليه .

في أحكام العيوب

قال رحمه الله : التصرية تدليس يثبت بها الخيار بين الرد والامساك ، ويرد معها مثل لبنها او قيمته مع التعذر ، وقيل : يرد ثلاثة امداد من طعام ، وتختبر بثلاثة ايام وتثبت التصرية في الشاة قطعاً ، وفي الناقة والبقرة تردد .

أقول : التصرية تحقن الشاة وجمع لبنها في ضرعها بأن يتركها اوقاتاً لا يحلبها ثم يخرج بها الى السوق ، فيراها المشتري فيرغب في شرائها لظنه ان هذا قدر حلبها ، ولا خلاف في جواز ردّها مع تحقق ذلك ، وانما الخلاف في موضعين : الأول : في حكم اللبن المحتلب منها ، والمشهور رده ان كان موجوداً ، ومثله ان كان مفقوداً ، وقيمه مع التعذر ، وهذا هو المعتمد ؛ لأن اللبن من ذوات الأمثال ، فعند حضوره يجبر البائع على اخذه ؛ لأنه عين ماله ، ومع فقده يجب مثله ، فان تعذر المثل وجبت القيمة كغيره من الأعيان المضمونة .

وقال الشيخ في الخلاف والمبسوط يرد صاعاً من تمر أو بر على ما نص (١٠٥)

(١٠٥) - راجع الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ١٣ ، أبواب الخيار ، حديث ٣ ، ٢ وليس فيها البر ، والمستدرک باب ١١ ، أبواب الخيار ، حديث ١ ، ٣ ، ٤ ، ٥ .

عليه النبي صلى الله عليه وآله وسلم ، قال : دليلنا اجماع الفرقة واخبارهم ، فان الاخبار الواردة عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم تضمنت البر او التمر ، فمن قال بغيرهما فعليه الدلالة ، ومثله قال في المبسوط ، ثم قال فيه : فان تعذر - يعني الصاع - وجبت قيمته وان أقي على قيمة الشاة ، ثم تردد مع بقاء عين اللبن بين اجباره على اخذه ؛ لأنه عين ماله ، وبين عدم الزام المشتري بالصاع لعدم النص .

وجزم ابن البراج في المذهب على عدم اجبار البائع على اخذ عين اللبن ، وحمله العلامة في المختلف على تغير صفات اللبن ؛ لأن من شأنه التغير ، وهو يدل على انه مع التغير لا يجب على البائع اخذه ، والشهيد الزم اخذه^(١٠٦) مع الأرض ، وهو فتوى القواعد ، وهو المعتمد .

وقيل : رد معها ثلاثة امداد من طعام ، رواه الحلبي « فيمن اشترى شاة فأمسكها ثلاثة ايام ثم ردها وقد شرب لبنها »^(١٠٧) ، ولم يذكر المصرة ، ومثله قال الشيخ في النهاية . وابن ادريس قيده بالمصرة .

الثاني : في ثبوته في الناقة والبقرة ، وبعدم ثبوته قال الشيخ في المبسوط وابن البراج وابن الجنيد وابن ادريس ، وادعى الشيخ الاجماع ، واختاره العلامة في القواعد والتحرير ، وتوقف في المختلف ، لأصالة لزوم العقد وسقوط الخيار مع التصرف ، خرج منه الشاة لوقوع الاتفاق ، يبقى الباقي على الأصل ، وهو اختيار فخر الدين .

احتج المشتون باتحاد العلة .

تنبيه : مدة خيار التصرية ثلاثة ايام ، وهل هي الثلاثة الثابتة للحيوان ، أو

(١٠٦) - في « ن » : إجباره .

(١٠٧) - الوسائل ، كتاب التجارة باب ١٣ ، من الخيار ، حديث ١ .

هي ثابتة للتصيرية ؟ نص الشيخ على الأول ، وهو ظاهر التحرير ؛ لأنه قال فيه :
مدة الخيار في المصرة ثلاثة ايام كغيرها من الحيوانات ، وروى العامة انها ثابتة
للتصيرية (١٠٨) .

وتظهر الفائدة لو اسقط خيار الحيوان ، فان قلنا بالمغايرة فخيار التصيرية
باق ، وان قلنا بالاتحاد سقط .

والتصيرية تثبت باقرار البائع ، وينقص حليها في الثلاثة عن الحلبة
الاولى ، فان تساوت الحلبات ، او زادت الأخيرة فلا خيار ، واستشكل في
التحرير بثبوته قبل انقضاء الثلاثة بعد فتواه بعدم الثبوت .

وقال في القواعد : ولو علم بالتصيرية قبل الثلاثة تخير على الفور ، ولعل
فتوى التحرير اقرب ، لعدم ثبوت الخيار إلا بعد تحقق التصيرية ولا تتحقق الا
بنقص حليها في الثلاثة عن الحلبة الاولى ، فلا بد من الاختبار مدة الثلاثة ،
وتحمل فتوى القواعد على حصول العلم باقرار البائع ، فحينئذ تتحقق التصيرية
ويثبت الفسخ .

ولو تصرف بغير الحلب سقط الرد ولا يثبت بالتصيرية ارش ؛ لأنها
تدليس ، (وهو لا يثبت الارش ، بل الخيار بين الرد والامساك ، ويسقط خيار
التدليس) (١٠٩) بالتصرف عدا حلب المصرة .

قال رحمه الله : تحمير الوجه ووصل الشعر تدليس يثبت به الخيار دون
الأرض ، وقيل : لا يثبت به خيار ، والأول أشبه .

أقول : قال الشيخ في الخلاف : لو بيض وجهها بالطلاء ، ثم اسمر ، أو حمر
خديها بالذمار وهو الكلكون ، ثم اصفر لم يكن له خيار ، وقال في المبسوط :

(١٠٨) - سنن البيهقي ٥ : ٣١٨ - ٣١٩ .

(١٠٩) - ما بين القوسين سقط في « م » .

يثبت له الخيار ، ثم قال : ولو قلنا ليس له الخيار ؛ لأنه لا دليل في الشرع على كونه عيباً يوجب الرد ، كان قوياً .

وقال ابن البراج : له الخيار بين الرد والامساك ، واختاره ابن ادريس والمصنف والعلامة ، وهو المعتمد ؛ لأنه تدليس فأوجب الخيار كغيره ، ولأن الأغراض تختلف ، فربما شاهده المشتري على صفته ، فرغب اليه لتلك الصفة ، ولم يسلم له ، فيثبت له الخيار .

فرع : لو اشبع الشاة فامتلات خواصرها فظنها المشتري حبلى ، او سود انامل العبد أو ثوبه ، فظنه كاتباً فلا خيار ؛ لأنه لا يتعين في الجهة التي ظنها ، اذ قد يسود انامل غير الكاتب وتمتلي خاصرة غير الحبلى .

قال رحمه الله : إذا حدث العيب بعد العقد وقبل القبض ، كان للمشتري رده ، وفي الأرض تردد . ولو قبض بعضه وحدث في الباقي حدث ، كان الحكم كذلك فيما لم يقبض .

أقول : اما منشأ التردد في حدوث العيب بعد العقد وقبل القبض ، فقد مضى في باب قبض المبيع فلا وجه لاعادته ، واما قوله : لو قبض بعضه وحدث في الباقي حدث كان الحكم كذلك فيما لم يقبض فغير مسلم ، بل يتخير في الجميع ، لعدم جواز تبعض الصفة .

في المراجعة والمواضعة

قال رحمه الله : فلو باع مراجعة فبان رأس ماله أقل ، كان المشتري بالخيار بين رده واخذه بالثمن وقيل : يأخذه بإسقاط الزيادة ، ولو قال اشتريته بأكثر ، لم يقبل منه ولو أقام بينة ، ولا يتوجه على المبتاع يمين الا أن يدعي عليه العلم .
أقول : البحث هنا في موضعين :

الأول : اذا بان الثمن انقص مما وقع عليه العقد ، قال الشيخ في المبسوط وابن الجنييد : يأخذه بإسقاط الزيادة . واختلفا بما قابل الزيادة من الربح ، فالشيخ اسقطه تبعاً لمقابلته من الأصل ، وابن الجنييد اثبت ان كان درهما معيناً ؛ لأنه باع برأس ماله وربح هذا المعين ، فاذا ظهر الكذب في رأس المال سقطت الزيادة ، ولا يسقط شيء من الربح ؛ لأن الربح مقابل رأس المال ، والزيادة ليست من رأس المال ، فلا يقابلها شيء من الربح ، فان كان الربح غير معين بالدراهم ، بل بجزء من الثمن بأن يقول : بعثك برأس مالي وهو مئة مثلاً وربح ثلث الثمن ثم ظهرت الزيادة سقطت هي ومقابلها من الربح ، والمشهور ثبوت الخيار بين الفسخ والامضاء بجميع ما وقع عليه العقد ، وهو المعتمد ؛ لأن العقد يتناول هذا القدر ،

وقد رضي المشتري به وانعقد البيع على ذلك ، وظهور النقيصة لا يوجب البطلان ، بل يثبت الخيار .

الثاني : اذا ادعى الغلط وان رأس ماله اكثر مما ذكره ، فالمصنف لم يتردد في عدم قبول دعواه ولا بينته للتكذيب ، وقال الشيخ في المبسوط : (ولو قال وكيلي كان اشتراه بأزيد) واقام بذلك بينة ، قبلت بينته ، قال : ولو قلنا انها لا تقبل ؛ لأنه كذبها بالقول الاول كان قوياً ، والشهيد اختار قبولها اذا اقامها على مشتري الوكيل ، واختار العلامة في المختلف قبولها مطلقاً ؛ لأنه لو صدقه المشتري قبل ، فله اقامة البينة مع التكذيب ، وفي القواعد لم يتردد بعدم القبول ، بل نقل عبارة الشرائع كما هي ، وكذلك في التحرير ، الا انه زاد فيه ما قاله الشيخ في دعوى شراء الوكيل .

قال رحمه الله : اذا حطَّ البائع بعض الثمن ، جاز للمشتري أن يخبر بالأصل ، وقيل : ان كان قبل لزوم العقد ، صحت ولحق بالثمن ، واخبر بما بقي ، وإن كان بعد لزومه كانت هبة مجدّده وجاز الإخبار بأصل الثمن .

أقول : التفصيل مذهب الشيخ في المبسوط بناءً على مذهبه من ان المبيع لا ينتقل إلا بعد مدة الخيار ، والمشهور عدم التفصيل ، وهو المعتمد ؛ لأن العقد ناقل ، ومضي مدة الخيار سبب للزوم ، لا سبب النقل ، ولا لها مدخل فيه ، فالإسقاط بعد العقد هبة مجدّدة ، سواء كان في مدة الخيار او بعدها .

في الربا

قال رحمه الله : فيجوز بيع المتجانس وزناً بوزن نقداً ، ولا يجوز مع زيادة ، ولا إسلاف أحدهما في الآخر على الأظهر .

أقول : إذا تماثل الثمن والمتن في الجنس ، وكانا ربويين جاز البيع نقداً من غير زيادة في أحدهما بلا خلاف ، والمشهور بين الأصحاب عدم جواز اسلاف أحدهما في الآخر وإن لم تحصل الزيادة . قال العلامة في المختلف : ولا اعرف في ذلك خلافاً الا قولاً شاذاً للشيخ ذكره في الخلاف ، فانه قال فيه : ويجوز بيع الجنس بعضه ببعض مماثلأ يداً بيد ، ويكره نسيئة . قال : لكن الشيخ قد يطلق على المحرم اسم المكروه ، كما قال في هذا الكتاب : يكره الأكل والشرب من آنية الذهب والفضة ، وقصده التحريم .

قال رحمه الله : وإذا اختلف الجنس ان جاز التماثل^(١١٠) والتفاضل نقداً ، وفي النسيئة تردد ، والأحوط المنع .

أقول : إذا اختلف اجناس الربويات جاز البيع مع التفاضل نقداً بلا

خلاف، وهل يجوز نسيئة؟ قال الشيخ في النهاية: يجوز، وهو قول ابن حمزة، وقال المفيد وسلاح بالكراهة، وهو اختيار ابن ادريس والعلامة وأبي العباس في المختصر.

احتج ابن حمزة بقوله عليه السلام: «إذا اختلف الجنس فبيعوا كيف شئتم» (١١١).

واحتج المانعون بقوله عليه السلام: «أما الربا في النسيئة» (١١٢). واحتج القائلون بالكراهة بأنه جمع بين الأدلة.

وإذا كان الثمن والمثمن عوضين غير ربويين كالثياب والعبيد جاز البيع مع التفاضل بلا خلاف، وهل يجوز نسيئة؟ منعه الشيخ في النهاية والخلاف، وهو قول ابن أبي عقيل وابن الجنيد، وقال في المبسوط: أنه مكروه، وأبنا بابويه اطلقا الجواز، واستند الجميع الى الروايات (١١٣).

قال رحمه الله: والحنطة والشعير جنس واحد في الربا على الأظهر، لتناول اسم الطعام لهما.

أقول: هذا مذهب الشيخين وسلاح وأبي الصلاح وابن البراج وابن حمزة، واختاره المصنف والعلامة والشهيد، وهو المعتمد، ولهم عليه روايات (١١٤) كثيرة. وقال ابن الجنيد وابن أبي عقيل: إنها نوعان، واختاره ابن ادريس، لاختلافها صورة واسماً وطعماً.

قال رحمه الله: والحمام جنس واحد، ويقوى أن كل ما يختص باسم واحد

(١١١) - المستدرک، کتاب التجارة، باب ١٢، أبواب الربا، حدیث ٤.

(١١٢) - كنوز الحقائق، ص ٧٥.

(١١٣) - الوسائل، کتاب التجارة، باب ١٣ من الربا.

(١١٤) - الوسائل، کتاب التجارة، باب ٨ من الربا.

فهو جنس على انفراده^(١١٥) كالفخات والورشان وكذا السموك .

أقول : هنا مسئلتان :

الأولى : في الحمام ، ويحتمل ان يكون جنساً واحداً لشمول اسم الحمام له ، ويحتمل ان كل ما يختص باسم فهو جنس على انفراده ، لاختلاف لحوم الحيوان باختلاف اسمائه مع شمول اسم الحيوان لها ، والأول اختيار العلامة والشهيد ، وانما يتصور الربا في الطير اذا بيع لحمه وزناً .

الثانية : في السموك ، وقوى الشيخ انها جنس واحد ، وقواه الشهيد ، وجزم به العلامة في القواعد ، وقال في التحرير : كل ما اختص باسم وصفة فهو صنف مخالف للصنف الآخر .

قال رحمه الله : ويجوز التفاضل بينهما نقداً وفي النسيئة تردد .

أقول : قد سبق^(١١٦) البحث في ذلك .

قال رحمه الله : ولو كان معدوداً كالثوب بالثوبين والثياب ، والبيضة بالبيضتين والبيض نقداً ، وفي النسيئة تردد .

أقول : قد سبق^(١١٧) البحث فيه ايضاً .

قال رحمه الله : ويثبت في الطين الموزون كالأرمي على الأشبه .

أقول : هذا مذهب الشيخ في المبسوط ، وبه قال ابن البراج ، واما ما يدخل في الأدوية من الطين الأرمي والحراساني ، فلا يجوز بيعه ؛ لأنه حرام ، فلا معنى لدخول الربا فيه ، والمعتمد الأول ؛ لأن تحريم الأكل لا يستلزم تحريم البيع اذا كان فيه منفعة ، واذا جاز بيعه دخل الربا فيه اذا بيع وزناً ، والأرمي قيل : انه طين قبر

(١١٥) - (على انفراد) من الشرائع .

(١١٦) - ص ٧٧ .

(١١٧) - ص ٧٨ .

الاسكندر ، وقيل : انه طين أحمر يجلب من الأرمن يعالج به الاطباء .

قال رحمه الله : والاعتبار بعادة الشرع مما يثبت انه مكيل أو موزون في عصر النبي صلى الله عليه وآله وسلم نبي عليه ، وما جهلت الحال فيه رجع الى عادة البلد ، ولو اختلفت البلدان فيه كان لكل بلد حكم نفسه ، وقيل : تغلب جانب التقدير ونثبت التحريم عموماً .

أقول : قال الشيخ في المبسوط : المائلة شرط في الربا ، وانما تعتبر المائلة بعرف العادة بالحجاز على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ، فاذا كانت العادة فيه الكيل لم يجز الا كَيْلاً في سائر البلاد ، وما كان العرف فيه الوزن لم يجز الا وزناً في سائر البلاد ، والمكيال مكيال اهل المدينة ، والميزان ميزان اهل مكة ، هذا كله بلا خلاف ، فان كان مما لا يعرف عاداته في عهد النبي صلى الله عليه وآله وسلم حمل ذلك على عادة البلد الذي فيه ذلك الشيء ، فاذا ثبت ذلك الشيء فما عرف كيلاً لا يبيع الا كَيْلاً ، وما عرف فيه الوزن لا يبيع الا وزناً ، وتبعه ابن البراج ، واختاره المصنف والعلامة ، وهو المعتمد ؛ لأن لكل بلد عرفاً خاصاً ، فاذا اتفق العرف في عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم انصرف الى عرف ذلك البلد ، ولأصالة عدم التحريم ، فان كان عرف ذلك البلد يبيعه جزافاً جاز فيه التفاضل ، وان كان عرفه كيلاً او وزناً ، حرم فيه التفاضل .

وقال المفيد : يحكم بالأغلب عند الاختلاف ، فان كان الأغلب فيه الجزاف جاز فيه التفاضل ، وان كان الأغلب فيه الكيل او الوزن لم يجز ، وتبعه ابن ادريس ؛ لأن المعلوم من عادة الشرع اعتبار الاغلب واطراح النادر .

وفي النهاية غلب جانب التقدير وحرم التفاضل في الجميع ؛ لأن الأصل في الأشياء التقدير ، وللاحتياط حذراً من الوقوع في الربا ، وتبعه سلا .

قال رحمه الله : ولو باع لهما نياً بمقدّر متساويا ، جاز وكذا لو باع بـسراً

برطب ، وكذا لو باع حنطة مبلولة بياصة لتحقق المماثلة ، وقيل : بالمنع نظراً لتحقق النقصان عند الجفاف ، أو إلى انضياف أجزاء مائية مجهولة ، وفي تحریم بيع الرطب بالتمر تردد ، والأظهر إختصاصه بالمنع إعتقاداً على أشهر الروايتين .

أقول : هنا مسائل متعددة ، والعلة فيها متحدة ، وقد اختلف الأصحاب في جواز بيع الرطب باليابس من جنسه متساوياً نقداً ، مع اتفاقهم على المنع من بيعه نسيئة ومتفاضلاً .

فالمنع مطلقاً في كل رطب مع يابسه مذهب ابن الجنيّد ، واختاره العلامة ، للاشتراك في العلة المنصوصة^(١١٨) ، وهي النقص عند الجفاف .

والجواز مطلقاً في كل رطب مع يابسه مذهب الشيخ في الاستبصار ، وبه قال ابن ادریس ، قال : لأن بيع الجنس بالجنس مثلاً بمثل جائز سائغ ، والمنع يحتاج إلى دليل ، قال : وقول شيخنا في النهاية : - لا يجوز بيع التمر بالرطب (والزبيب بالعنب)^(١١٩) ؛ لأنه إذا جف نقص - ، غير واضح ، بل يجوز ذلك ، ومذهبنا ترك التعليل والقياس .

وابن حمزة اقتصر على المنع ، من بيع التمر بالرطب والزبيب بالعنب ، وهو مذهب الشيخ في النهاية .

وفي الخلاف اقتصر على المنع من بيع التمر بالرطب والحنطة المبلولة بالجافة ، لفقدان الطريق الى العلم بمقدار ما فيها من الماء ، قال : وأما الزبيب بالعنب او تمرة رطبة بياستها ، مثل التين الرطب بالجاف واللحم^(١٢٠) الرطب بالمقدد وما اشبه ذلك ، فلا نص لأصحابنا فيه ، والأصل جوازه ، لقوله تعالى : ﴿ واحل الله

(١١٨) - الوسائل ، كتاب التجارة . باب ١٤ من الربا حديث ١ و ٢ .

(١١٩) - لم يرد في « ٢ » .

(١٢٠) - (اللحم) من « ي » وفي البواقي (الخوخ) .

البيع ﴿١٢١﴾، والمصنف خصص المنع ببيع التمر بالرطب؛ للرواية ^(١٢٢) المشهورة عن الصادق عليه السلام وذكر عليه السلام علة المنع، وهي النقص عند الجفاف، فعدها ابن الجنيد والعلامة الى كل مشارك في العلة.

قال رحمه الله: اذ كانا في حكم الجنس الواحد واحدهما مكيل والآخر موزون، كالحنطة والدقيق فبيع أحدهما بالآخر وزناً جائز وفي الكيل تردّد، والأحوط تعديلهما بالوزن.

أقول: الحنطة من المكيل وكذا الدقيق؛ لأن أصله الحنطة، فاذا بيع الحنطة بالدقيق قال الشيخ وابن ادريس: يباع وزناً احتياطاً، واختاره المصنف والعلامة في التحرير؛ لأن الوزن أصل الكيل فيرجع اليه اذا حصل في الكيل تفاوت كالحنطة والدقيق فان الحنطة ثقيلة والدقيق خفيف، يتجافى في المكيال، فاذا بيعاً كيلاً حصل التفاضل المقتضي الى الربا، فلا يجوز بيع احدهما بالآخر كيلاً.

وقال العلامة في المختلف: لا يجوز بيع احدهما بالآخر وزناً، والا جاء الربا؛ لأن تساويهما في الوزن يقتضي التفاضل بينهما فيما جعله الشارع معياراً لهما، فلا ربا وان اختلفا فيما سواه؛ لأنه غير معيار لهما.

والأول أشهر بين الأصحاب أما لو بيع ما أصله الكيل كالحنطة بما أصله الوزن كالخبز، بيع وزناً ليزول ^(١٢٣) التفاضل.

قال رحمه الله: بيع الغنّب بالزبيب جائز، وقيل: لا طرداً لعله الرطب بالتمر، والأول أشبه، وكذا البحث في كل رطب مع يابسه.

(١٢١) - البقرة: ٢٧٥.

(١٢٢) - الوسائل، كتاب التجارة، باب ١٤ ابواب الربا، حديث ١.

(١٢٣) - في «م» و«ي» ١: لزوال.

أقول : سبق البحث في هذه ^(١٢٤) فلا وجه لاعادته .

قال رحمه الله : ويثبت بين المسلم والذمي ، على الأشهر .

أقول : بثبوت قال الشيخ وابن البراج وابن ادريس ، واختاره المصنف والعلامة والشهيد وأبو العباس ، وهو المعتمد ، لعموم ^(١٢٥) النهي عن الربا ، ولأن أموالهم معصومة ، فلا يجوز أخذها بعقد باطل كالمسلمين .

وبعد الثبوت قال المفيد والسيد المرتضى وأبنا بابويه ، لما رواه ابن بابويه عن الصادق عليه السلام « قال : ليس بين الذمي والمسلم ولا بين المرأة وزوجها ربا » ^(١٢٦) ، وحملت هذه الرواية على غير الملتزم بشرائط الذمة ؛ لأن غير الملتزمين بالشرائط لا تحرم أموالهم على المسلمين ، وحكمهم حكم أهل الحرب في حل أموالهم على المسلمين ، وعدم ثبوت الربا بينهم وبين المسلمين .

تنبيه : كل اثنين لا يثبت الربا بينهم كالوالد والولد والزوج والزوجة والعبد وسيده على القول بأن العبد يملك ، يجوز لكل واحد منها أخذ الفضل من صاحبه ، الدرهم بالدرهمين والدينار بالدينارين ، وغير ذلك إلا المسلم والمحربي فان المسلم يجوز له أخذ الفضل من المحربي ، ولا يجوز أن يعطيه بأن يأخذ منه درهما ويعطيه درهمن ، لما رواه ابن بابويه عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : « ليس بيننا وبين أهل حربنا ربا نأخذ منهم ولا نعطيهم » ^(١٢٧) .

ولا فرق في الزوجة بين الدائم والمنقطع ، قاله الشهيد ، وربما قيل باختصاص الدائم دون المنقطع ؛ لأن لها التصرف بماله بغير إذنه بمثل المأدوم

(١٢٤) - ص ٨١

(١٢٥) - البقرة : ٢٧٥ و ٢٧٨ ، آل عمران : ١٣٠ .

(١٢٦) - الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٧ أبواب الربا ، حديث ٥ .

(١٢٧) - الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٧ أبواب الربا ، حديث ٢ .

كالملح والخل واللحم ، وجميع ما يؤتدم به ، بخلاف المتمتع بها ، فانها لا يجوز لها التصرف بشيء من ماله .

قال رحمه الله : لا يجوز بيع لحم الحيوان من جنسه ، كلحم الغنم بالشاة ، ويجوز بغير جنسه ، كلحم البقر بالشاة ، لكن بشرط ان يكون اللحم حاضراً .

أقول : جزم المصنف بعدم جواز بيع اللحم بحيوان من جنسه ، وهو المشهور بين الأصحاب .

وقال ابن ادریس : يجوز ذلك اذا كان اللحم موزوناً ، سواء اتفق الجنس او لا يداً بيد ، وسلفاً ايضاً اذا كان اللحم معجلاً دون العكس ، اذ لا يجوز السلف في اللحم ويجوز في الحيوان ؛ لأن مقتضى وهو قوله تعالى : ﴿ واحل الله البيع ﴾ (١٢٨) موجود . والمانع وهو الربا منتف ، اذ الربا انما يشبث في الموزون والحيوان ليس بموزون ، واختاره العلامة في التحرير ، قال فيه : ومنعه الشيخ رحمه الله تعويلاً على رواية ضعيفة السند قاصرة عن افادة المطلوب .

والأول مذهب الشيخ والمفيد وسلاّر وابن البراج وابن الجنيد وابن حمزة ، واختاره المصنف والعلامة في المختلف والشهيد قال : قال العلامة في المختلف : لنا انه احوط واسلم من الربا ، ولم نقف هنا على مخالف ، وابن ادریس قوله محدث لا يعول عليه ولا يثلم في الاجماع ، ولأن الشيخ ادعى في الخلاف الاجماع ، وقوله حجة .

قال رحمه الله : ويشترط في صحة بيعها زائداً على الربويات التقابض في المجلس ، فلو تفرقا قبل التقابض يبطل الصرف على الأشهر (١٢٩) .

أقول : هذا هو المشهور حتى ان العلامة في التحرير ادعى عدم الخلاف في

(١٢٨) - البقرة : ٢٧٥ .

(١٢٩) - في « ر » : الأظهر .

اشتراط التقابض في المجلس ، وقال محمد بن بابويه بعده ، لأصالة الصحة واصالة عدم الاشتراط ، والمعتمد الأول ، لقوله عليه السلام : « الذهب والفضة يباعان يدأ بيد » (١٣٠) .

فرع : لو أوقعا العقد على دينار معلوم بدرهم معلوم ، ثم تقابضا جزافاً ليزناه في مكان آخر جاز والزائد يكون امانة ، وان نقص بطل البيع فيما قابل النقيصة ، وصح فيما قابل المقبوض ، ويثبت الخيار لتبعض الصفقة .

قال رحمه الله : لو كان له عليه دراهم ، فاشترى بها دنائير ، صح وإن لم يتقابضا ، وكذا لو كان له دنائير فاشترى بها دراهم ، لأن التقدين من واحد .

أقول : ظاهر المصنف ان الذي له الدراهم هو الذي باشر الشراء بمن عليه ، وهذا لا يصح الا مع قبض الدنانير التي هي عوض الدراهم في المجلس ، لاشتراط التقابض في الصرف ، اما لو أمر من له الدراهم من عليه تحويلها الى الدنانير ، كما جاء في الرواية (١٣١) فحينئذ يكون وكيلاً في الشراء والقبض ، وقد اجازه الشيخ في النهاية وابن الجنييد ، ومنعه ابن ادریس .

واحتج الشيخ برواية اسحاق بن عمار (١٣٢) ، ورواية عبيد بن زرارة (١٣٣) .

واحتج ابن ادریس باشتراط التقابض في الصرف ، فلا يصح بدونه .

وذهب فخر الدين الى اختيار ابن ادریس ؛ لأن العمل بمضمون الرواية

مترتب على قواعد وهي مشكوك فيها .

منها : ان ما في الذمة مقبوض .

(١٣٠) - الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٢ أبواب الصرف ، حديث ٣ .

(١٣١) - لاحظ المصدرين التاليين .

(١٣٢) - الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٤ أبواب الصرف ، حديث ١ .

(١٣٣) - الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٤ أبواب الصرف ، حديث ٢ .

ومنها : انه ليس بيع دين بدين .

ومنها : جواز تولي الواحد طرفي العقد .

ومنها : ان قبض الوكيل قبض الموكل ، وهذه القواعد التي ذكرها فخر الدين - وان كانت مشكوكاً فيها - فان عليها عمل اكثر الأصحاب ، واذا كانت الرواية من الصحاح المشاهير لا ينافيها الشك في هذه القواعد العامل بها اكثر الأصحاب ، بل لو لم يعمل بهذه القواعد احد وجب المصير الى النص ما امكن العمل به ولو على وجه من التأويل ، فكيف اذا كانت هذه الاصول مقوية للنص ؟! لأن اكثر الأصحاب على العمل بهذه الأصول ، وان وقع في بعضها خلاف فهو متروك عند الأكثر ، فلا يصلح لمعارضة النص .

قال رحمه الله : إذا اشترى دراهم في الذمة بمثلها ، ووجد ما صار إليه غير فضة قبل التفرق ، كان له المطالبة بالبدل ، فإن كان بعد التفرق يبطل الصرف ، وان كان البعض ، يبطل فيه ، وصح في الباقي ، فان لم يخرج بالعيب عن الجنسية كان مخيراً بين الرد والامساك بالثمن من غير أرض ، وله المطالبة بالبدل قبل التفرق قطعاً ، وفيما بعد التفرق تردد .

أقول : فرض المسألة ان الثمن والمثمن من جنس واحد ، فاذا تقابضا في المجلس ، ثم وجد احدهما فيما صار اليه عيباً من جنسه كخشونة الجواهر واضطراب السكة كان مخيراً بين ثلاثة اشياء : الفسخ ورد المبيع ، وبين الامساك مجاناً من غير أرض حذراً من الربا ، وبين المطالبة بالبدل ؛ لأن المعقود غير متعين فلا يتعين المعيب بالقبض ، واذا لم يتعين جاز له رده واخذ بدله ما دام في المجلس .

وهل يجوز اخذ البدل بعد التفرق من المجلس ؟ ذهب اليه الشيخ وابن حمزة والعلامة في القواعد ، ونازع في المختلف في جواز الفسخ الا مع تعذر

الابدال ! لأن المعيب لم يتعين بالقبض ، والعقد تناول السليم من العيب ، فله المطالبة بما تناوله العقد وليس له الفسخ ، لأصالة لزوم البيع .

وعلى قول المختلف بعدم جواز الفسخ بعد التفرق مع حصول البذل ، فعدم جوازه قبل التفرق مع حصوله أولى .

وتردد المصنف في جواز اخذ البذل بعد التفرق من ان البذل هو المبيع لظهور المعيب غير المبيع والا لم يحز البذل ، وإذا كان البذل هو المبيع وقد قبضه بعد التفرق بطل الصرف ، لعدم التقابض في المجلس .

ومن ان المبيع قد لازم لحصول^(١٣٤) القبض في المجلس ، ورده عليه واخذ بدله فسخ متجدد بعد انعقاد البيع ، فلا يقدح في الصحة ، وعلى المنع من اخذ البذل بعد التفرق يتعين الرد واخذ المبيع مجاناً ، وان كان الثمن والمثمن مختلفين كالذهب والفضة ثم ظهر العيب الجنسي في احدهما كان له اخذ الأرض ما دام في المجلس من الأثمان وغيرها ، وان فارقاه لم يحز اخذه من غير الأثمان .

وللعلامة في القواعد هنا عبارة موهمة ، قال : فان اخذ الأرض من جنس السليم بطل فيه ، وان كان مخالفاً صح ، وظاهر هذه العبارة جواز اخذ الأرض من جنس المعيب بعد التفرق ، وهو غير جائز ، لما قلناه من ان الأرض جزء من الثمن او المثلث فيجب قبضه في المجلس ، وقد صرح في التحرير بما قلناه . ولو فارقاه لم يحز أن يأخذ من الأثمان وجاز من غيرها ، وهذا هو المعتمد .

قال رحمه الله : اذا اشترى ديناراً بدينار فدفعه ، فزاد زيادة لا يكون الا غلطاً أو عمداً ، كانت الزيادة في يد البائع أمانة ، وكانت للمشتري في الدينار مُشاعة .

أقول : وجه كونها امانة عدم الضمان ، ولأنه لم يقبضها بالبيع الفاسد ولا

بالسوم فكانت امانة ، وهو مذهب الشيع والشيخ ، وقال في القواعد : ويحتمل ان تكون مضمونة ؛ لأنه قبضه على انه عوض ماله ، واختاره فخر الدين ، أما لو دفع اليه أزيد من الدينار ليزنه في وقت آخر كانت الزيادة امانة قطعاً .

قال رحمه الله : روي جواز ابتياع درهم بدرهم ، مع اشتراط صياغة خاتم ، وهل يتعدى الحكم ؟ الأشبه لا .

أقول : الرواية اشارة الى ما رواه الحسين بن سعيد ، عن محمد بن الفضل ، عن أبي الصباح الكناني ، « قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يقول للصانع : صغ لي هذا الخاتم وابدلك درهماً طازجاً بدرهم غيلة ، قال : لا بأس » (١٣٥) . والبحث هنا في موضعين :

الأول : في جواز بيع الدرهم بالدرهم مع اشتراط صياغة خاتم ، وجوزّه الشيخ في النهاية ، لهذه الرواية ، وهي كما تراها ليست دالة على البيع ، بل جعل ابدال الدرهم بالدرهم شرطاً في العمل وهو جائز اذا اشترطه الصانع على صاحب الخاتم مع استحقاقه لأجرة الصياغة .

ومنع العلامة العمل بما قاله الشيخ في النهاية ، ولأنه باع المثل بالمثل واشترط زيادة وهو غير جائز ، اذ لا فرق بين الزيادة الحكيمة والعينية .

الثاني : في تعدية هذا الحكم على القول بجوازه ، كما لو باع درهماً بدرهم واشترط صياغة سوار وخياطة ثوب أو غير ذلك ، او يتعدى الى الثمن والمثمن ، كما لو باع ديناراً بدينار واشترط العمل ، أو عشرة دراهم بعشرة دراهم ثم اشترط العمل ، فنقول : على الجواز يحتمل التعدية ؛ لأن الزيادة المذكورة ان اوجبت الربا لزم التحريم في الجميع ، وان لم توجهه جاز في الجميع ، ويحتمل عدم التعدية اقتصاراً على مورد النص ، اذ لولا النص في الأول لما جاز العمل به

فيقتصر عليه ، وترك العمل بهذه الرواية احوط .

تنبيه : قوله : (في الرواية درهما طازجا بدرهم غلة) الطازجة بالطاء غير المعجمة والزاي المعجمة والجيم ، الدراهم البيض الجيدة ، والدراهم الفضة هي المكسرة ، فيكون قد شرط له ان يعطيه درهماً أيضاً جيداً فيأخذ منه درهماً مكسوراً على ان يصوغ له خاتماً .

قال رحمه الله : وان بيعت بجنس الحلية ، قيل : يجعل معها شيء من المتاع ، ويباع بزيادة عما فيها تقريباً ، دفعاً لضرر النزاع .

أقول : أما مع العلم بمقدار الحلية ، فان باع بالجنس فلا بد من زيادة تقابل الفضل ، وان باع بغير الجنس باع كيف شاء ، واما مع الجهل بمقدار الحلية ، قال الشيخ في النهاية : يجعل معها شيئاً من المتاع ويباع بزيادة عما فيها ، ولعله سهو القلم ؛ لأن الضميمة يجب ان تكون الى الثمن ليسلم من الربا يقيناً ، ولعله أراد ذلك أو أراد مع الضميمة (يكثر الثمن) (١٣٦) فيكثر الثمن ، فزيد على قدر الحلية زيادة تقابل الفضل وان قلت الزيادة ، وان أراد ان يبيع الحلية منفردة غير جائز ، لجهالتها فيضم اليها المحل او غيره ، وهذه التأويلات كلها متعسفة .

قال رحمه الله : لو باع ثوباً بعشرين درهماً ، من صرف العشرين بالدينار ، لا يصح لجهالته .

أقول : اطلاق عدم الصحة غير جائز ، بل هو مقيد بتعدد الصرف بالسعر المذكور او مع جهله ، أما لو اتحد الصرف في نوع واحد من الدراهم بالسعر المذكور وهما يعلمانه حالة العقد صح البيع ، والمصنف رحمه الله تبع اطلاق الشيخ في المبسوط ؛ لأنه قال فيه : لو اشترى ثوباً بعشرين درهماً من صرف عشرين

درهماً بدينار لم يصح الشراء ؛ لأن الثمن غير معين ولا موصوف بصفة صيرها (١٣٧) معلوماً ، والمعتمد التفصيل الذي ذكرناه .

قال رحمه الله : لو باع مئة درهم بدينار الا درهماً لم يصح لجهالته . وكذا ذلك ثمناً لما لا ربا فيه ، ولو قدر قيمة الدرهم من الدينار جاز لارتفاع الجهالة .
أقول : هذا قول الشيخ في المبسوط لجهالة الثمن ؛ لأنه لا يدري كم حصة الدرهم من الدينار الا بالتقويم ، والرجوع الى اهل الخبرة ، فيكون مجهولاً حالة العقد .

والتحقيق : ان كان الثمن والمثمن ربويين ، وكانا يعلمان نسبة المستثنى من (١٣٨) المستثنى منه حالة العقد صح البيع ، وان كان احدهما غير ربوي وكان البيع نقداً فالحكم كذلك ، وان كان سلفاً ، فان شرطاً استثناء الدرهم المتعامل به وقت العقد ، او اطلقاً فكالأول ايضاً يصح مع العلم بنسبة المستثنى من المستثنى منه ، ويبطل مع الجهل ، وان شرطاً استثناء الدرهم المتعامل به وقت الحلول بطل البيع للجهالة ، ولقول علي عليه السلام : « لعل الدينار يصير بدرهم » (١٣٩) .

(١٣٧) - كذا .

(١٣٨) - في « ر » : (و) بدل (من) .

(١٣٩) - الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٢٣ ، أحكام العقود ، حديث ٢ .

في بيع الثمار

قال رحمه الله : فأما النخل فلا يجوز بيع ثمرته قبل ظهورها عاماً ، وفي جواز بيعها كذلك عامين فصاعداً تردد ، والمروي الجواز .

أقول : أما عدم الجواز قبل ظهورها عاماً واحداً فهو اجماع ، والمشهور عدم الجواز أزيد من عام ايضاً ، وادعى عليه ابن ادريس الاجماع ، قال : وقد يشتبه على كثير من اصحابنا ذلك ، ويظنون انها يجوز بيعها سنتين وان كانت فارغة وقت العقد . والمعتمد عدم الجواز قبل ظهورها مطلقاً ؛ لأنه بيع عين مجهولة معدومة ، فلا يصح العقد كغيرها من المجهولات .

وقال محمد بن بابويه في المقتع بالجواز ، لرواية يعقوب بن شعيب (١٤٠) ، وحملت على ظهور الثمرة قبل تأبيرها ، واحتمل ابن ادريس جواز بيعها قبل ظهورها عاماً واحداً منضمّة الى غيرها ، قال : فان قيل هذا غرر ، قلت : الشيء المنضم يخرج عن كونه غرراً ، ثم قال : والذي اعتمد عليه واعمل فيه وافقي به : انه لا يصح بيعها قبل ان تطلع ومعها شيء آخر ، وهذا هو المعتمد .

قال رحمه الله : ولا يجوز بيعها قبل بدو الصلاح عاماً ، إلا أن يضم إليها ما يجوز بيعه ، أو يشترط التقطع أو عامين فصاعداً ، ولو بيعت عاماً من دون الشروط الثلاثة ، قيل : لا يصح ، وقيل : يكره وقيل يراعى السلامة ، والأول أظهر .

أقول : لا خلاف في جواز بيعها مع احد الشروط ، وبدونها فيه ثلاثة أقوال :

الأول : الجواز على كراهيه ، وهو مذهب الشيخ في التهذيب والاستبصار ، وبه قال المفيد وسلار وابن ادريس ، واختاره المصنف والعلامة والشهيد ، وهو المعتمد ، لأصالة الجواز ، ولعموم : ﴿ واحل الله البيع ﴾ ^(١٤١) ولرواية الحلبي ^(١٤٢) ، عن الصادق عليه السلام .

الثاني : البطلان ، وهو مذهب الشيخ في النهاية والمبسوط والخلاف ، وبه قال الصدوق وابن الجنيد وابن حمزة ، والدليل الروايات ^(١٤٣) .

الثالث : قال سلار : يجوز البيع ويكون مراعى ، فان سلمت الثمرة فهي للمشتري ، وللبائع الثمن ، وان خاست كان الحاصل منها للبائع ، ويرجع به المشتري ، ودليله الجمع بين القولين .

تنبيه : قال العلامة في القواعد : (ولو بيعت على مالك الأصل او باع الأصل واستثنى الثمرة فلا شرط اجماعاً) .

مراده : اذا كانت الثمرة له والأصل لغيره ، فباع الثمرة بعد ظهورها وقبل بدو صلاحها على مالك الأصل صح البيع ، ولا يشترط ان يضم إليها أحد الشروط

(١٤١) - البقرة : ٢٧٥ .

(١٤٢) - الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ١ ، بيع الثمار ، حديث ٢ .

(١٤٣) - الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ١ و ٢ ، بيع الثمار .

الثلاثة المتقدمة ، ووجه الصحة انه كالجمع بين الأصل والثمرة في عقد واحد .
وقال في التحرير : (لا فرق عندنا بين بيعها على مالك الأصل والأجنبي) .
اراد : كما لا يجوز بيعها على الأجنبي لا يجوز على مالك الأصل) ، فقد
خالف ما قاله في القواعد ، مع انه لم يتردد في أحد القولين ، بل ادعى الاجماع على
مذهب القواعد ، ومذهبه في التحرير هو المعتمد ، لعدم وقوع العقد على الجميع ،
فلا تكون منضمة الى الأصل ، فلا فرق حينئذ بينه وبين مالك الأصل للمساواة في
عدم الضميمة ، فيتساويان في الحكم من غير فرق لعدم حصول الفارق .

قال رحمه الله : ولو أدركت بعض ثمرة البستان ، جاز بيع ثمرته أجمع ، ولو
أدركت ثمرة بستان ، لم يحجز بيع ثمرة بستان آخر ولو ضم اليه ، وفيه تردد .

أقول : هذا تفريع على اشتراط بدو الصلاح ومنشأ التردد ، من ان لكل
بستان حكم نفسه ، فكما لا يصح بيعه منفرداً لا يصح بيعه منضماً ، ولما رواه
عمار^(١٤٤) ، عن الصادق عليه السلام ، ومن الاجماع على جواز بيع ما لم يبد صلاحه
منضماً الى غيره ، ولا شك في جواز بيع ما بدا صلاحه ، فيجوز ضم ما لم يبد
صلاحه اليه ، لرواية اسمعيل بن الفضل^(١٤٥) ، عن ابي عبدالله عليه السلام ، وهذا هو
المعتمد .

قال رحمه الله : اما الأشجار : فلا يجوز بيعها حتى يبدو صلاحها ، وحده أن
ينعقد الحب ، ولا يشترط زيادة على ذلك ، على الأشبه .

أقول : قال الشيخ في المبسوط : بدو الصلاح يختلف ، فان كانت الثمرة مما
تحمر وتسود او تصفر ، فبدو الصلاح منها حصول هذه الألوان ، وان كانت مما
تبيض فبأن تنمو ، وهو ان ينمو فيه الماء الحلو ويصفو لونه ، وان كان مما لا يتلون

(١٤٤) - الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٢ ، بيع الثمار ، حديث ٥ .

(١٤٥) - الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٢ ، بيع الثمار ، حديث ٥ .

كالتفاح ، فبأن يحلو ويطيب اكله ، وان كان مثل البطيخ فبأن يقع فيه النضج^(١٤٦) ، قال : وقد روى أصحابنا ان التلون يعتبر في ثمرة النخل خاصة .

فأما ما يورد فبدو صلاحه ان ينتثر الورد وينعقد ، وفي الكرم ان ينعقد الحصرم^(١٤٧) . وهذا هو المشهور عند المتأخرين .

قال رحمه الله : وهل يجوز بيعها بسنتين فصاعداً قبل ظهورها ؟ قيل : نعم ، والأولى المنع لتحقيق الجهالة ، وكذا لو ضم اليها شيئاً قبل انعقادها .

أقول : الخلاف في ثمرة الأشجار كالخلاف في ثمرة النخل وقد سبق^(١٤٨) .

قال رحمه الله : ولو كان بعد القبض وهو التخلية لم يرجع على البائع بشيء ، وهو الأشبه .

أقول : هذا هو المعتمد ؛ لأن حكم القبض انتقال الضمان الى المشتري ، وقوى الشيخ انفساخ البيع في قدر التالف ورجوع المشتري بنسبته من الثمن .

قال رحمه الله : ويجوز بيع الثمرة على أصولها بالأثمان والعروض . ولا يجوز بيعها بثمرتها ، وهو المزابنة ، وقيل : بل هي بيع الثمرة في النخل بثمر ولو كان على الأرض ، وهل يجوز ذلك في غير ثمرة النخل من شجر الفواكه ؟ قيل : لا ، لأنه لا يؤمن الربا ، وكذا لا يجوز بيع السنبل بحب منها ، وهو المحاقلة ، وقيل : بل هي بيع السنبل بحب من جنسه كيف كان ، ولو موضوعاً على الأرض ، وهو الأظهر .

أقول : هنا ثلاث مسائل :

الأولى : في المزابنة ، وهي محرمة اجماعاً ، وفي تفسيرها خلاف ، قال الشيخ في النهاية : المزابنة بيع الثمرة في رؤوس النخل بالتمر من ذلك النخل ، وذهب في

(١٤٦) - في « ٢ » : النضج .

(١٤٧) - راجع المبسوط ٢ : ١١٤ ، والرواية في الكافي ٥ : ١٧٥ / ٣ .

(١٤٨) - ص ٩٣ .

الخلاف الى 'تحريم بيعها بالتمر مطلقاً، سواء اتحد الثمن والمثمن^(١٤٩) او اختلفا^(١٥٠)، وهو مذهب المفيد واختاره المصنف والعلامة والشهيد، وهو المعتمد حذراً من الربا.

احتج على مذهبه في النهاية بأصالة الصحة، وبالآية^(١٥١)، وفي الطرفين روايات^(١٥٢).

الثانية: في تعدية التحريم الى 'غير ثمرة النخل من شجر الفواكه بحث*، لا يجوز بيع ثمرة شجرة بثمر منها او ثمر من مثلها على الخلاف، يحتمل التعدية، فانه بيع احد המתاتين بالآخر وحينئذ لا يتساويان ويلزم الربا.

ومن حيث ان الربا انما يكون في المكييلين او الموزونين، وهي هنا ليس كذلك؛ لأن الثمرة على رأس الشجرة لا يشترط في بيعها الكيل ولا الوزن فلا ربا حينئذ، وذهب المصنف والعلامة الى التحريم.

الثالثة: في المحاكلة، ولا خلاف في تحريمها، وانما الخلاف في تفسيرها كالخلاف في تفسير المزانية، والمعتمد التحريم مطلقاً، سواء اتحد الثمن والمثمن او اختلفا اذا كان من الجنس.

قال رحمه الله: يجوز بيع العرايا بخرصها ثمراً، والعريه هي النخلة تكون في دار الانسان، قال أهل اللغة: أو في بستانه وهو حسن، وهل يجوز بيعها بخرصها من تمرها؟ الأظهر لا.

(١٤٩) - لم ترد في « ٢ ».

(١٥٠) - في « ٢ »: (إختلف) بدل (اختلفا).

(١٥١) - « وأحل الله البيع » البقرة: ٢٧٥.

(١٥٢) - الواسائل، كتاب التجارة، باب ١٣، بيع الثمار.

(*) - في بعض النسخ: (بحيث).

أقول : أجمع الأصحاب على استثناء العرية من المزابنة ، واختلفوا في محلها بعد اتفاقهم على انها النخلة ، قال الشيخ في المبسوط : العرايا جمع عرية ، وهي النخلة لرجل في بستان غيره يشق عليه الدخول اليها ، ومثله قوله في الخلاف ، واختاره ابن ادريس والمصنف والعلامة ووافقهم ابن البراج في المذهب ، وفي الكامل ، قال : هي النخلة تكون في دار الانسان لغيره .

والمعتمد الأول ، لنص اهل اللغة عليه ، ولاشتراك الموضعين في الحاجة الداعية المشروعة ، وهي كراهة صاحب الدار دخول مالك النخلة الى داره ، وهذه العلة حاصلة في ملك البستان ، ويحتمل الاختصاص بالدار لرواية السكوني^(١٥٣) المخصصة بكونها في الدار .

وهل يجوز بيعها بثمر منها ؟ ظاهر ابن حمزة تحريمه والا لزم اتحاد الثمن والمثمن وهو غير جائز ، ويحتمل الجواز ، لاطلاق الاذن به ، ولوجود المقتضي وهو الرخصة ، والمعتمد عدم الجواز ان شرطه في العقد ، وان لم يشرطه وصير عليه الى صيرورته ثمراً ، جاز دفع الثمن من ثمرها ، واما العقد فيجب ان يكون حالاً .

فروع :

الأول : لا فرق في جواز البيع على مالك الدار أو مستأجرها ومالك البستان ومشتري ثمرته ، للاشتراك في العلة وهي التضرر بدخول الغير .
الثاني : لو أجاز احد هؤلاء البيع على الغير ، احتمل الجواز لوجود المقتضي للاباحة - وهو دفع ضرر المالك بدخول الغير داره - اذ التقدير عدم تضرره عرض بدخول من اجازته ، ويحتمل العدم ، لعموم تحريم المزابنة خرج منها بيع العرية على أحد هؤلاء ، يبق الباقي على المنع .

الثالث : لو تعددت العرايا في الدار الواحدة وتعددت الملاك بتعدد العرايا جاز شراء الجميع ، ولو اتحد المالك لم يجز للاقتصار على مورد النص (١٥٤).

الرابع : هذا البيع رخصة لوجود المقتضي للمنع وهو تحريم المزبنة ، فلو نذر ان لا يفعل رخصة حث بايقاعه ، ولو نذر ان يفعل رخصة بر (١٥٥) بفعله .

قال رحمه الله : لو قال : (بعتك هذه الصبرة من التمر أو الغلة بهذه الصبرة من جنسها سواء بسواء) لم يصح ولو تساويا عند الاعتبار إلا أن يكونا عارفين بقدرهما وقت الابتياح ، وقيل : يجوز وإن لم يعلمها ، فإن تساويا عند الاعتبار صح وإلا بطل . ولو كانتا من جنسين جاز إن تساوتا وإن تفاوتتا ولم يتانعا بأن بذل صاحب الزيادة أو قنع صاحب النقيصة وإلا فسخ البيع ، والأشبه أنه لا يصح على تقدير الجهالة وقت الابتياح .

أقول : القائل بالجواز - مع عدم العلم حالة العقد إذا تساويا عند الاعتبار مع اتحاد الجنس ، ومع الاختلاف والتفاوت إذا لم يتانعا - هو الشيخ رحمه الله ، وهو بناءً على الاكتفاء بالمشاهدة فيما يكال أو يوزن ، والتامع أشار إليه المصنف ، وهو أن لا يقنع صاحب النقيصة ولا يبذل صاحب الزيادة ، وعدم التامع عكسه .

(١٥٤) - وهي رواية الكوفي المتقدمة .

(١٥٥) - في « ر » : برء .

في بيع الحيوان

قال رحمه الله : ويملك اللقيط من دار الحرب ، ولا يملك من دار الإسلام ، ولو بلغ فأقر بالرقية ، قيل : لا يقبل ، وقيل : يقبل ، وهو الأشبه .

أقول : قال ابن ادريس : لا يقبل اقراره عند محصلي اصحابنا ؛ لأن الشارع حكم عليه بالحرية ، والمشهور القبول ، لقوله عليه السلام : « اقرار العقلاء على انفسهم جائز » ، وحكم الشارع بالحرية بناءً على الأصل ما لم يُعرف^(١٥٦) بالعبودية ، ولا فرق بين اللقيط وغيره من المجهولين ، فلو جاء رجل مجهول النسب فأقر على نفسه بالعبودية قبل منه .

تنبيه : المراد بدار الاسلام التي يحكم بحرية لقيطها واسلامه : هي ما ينفذ فيها حكم الاسلام ولا يكون فيها كافر الا معاهداً . والمراد بدار الكفر : هي التي ينفذ فيها احكام الكفار ولا يكون فيها مسلم الا مسالماً لأهلها ، ولقيطها محكوم بكفره ورقه الا ان يكون فيها مسلم ولو تاجراً اذا كان مقيماً ، وكذا لو كان اسيراً أو محبوساً ، ولا يكفي مرور المسلمين فيها من غير اقامة ، ولو كانت الدار للمسلمين

فاستولى عليها الكفار فهي كدار الكفار الا ان يعلم فيها مسلم .

قال رحمه الله : وهل يملك هؤلاء من الرضاع ؟ قيل : نعم ، وقيل : لا ، وهو الأشهر .

أقول : القول بمساواة الرضاع للنسب قول الشيخ في النهاية والخلاف ، وهو اختيار ابن البراج وابن حمزة ، واختاره العلامة وفخر الدين ، لرواية عبدالله بن سنان في الصحيح ، « قال : سئل ابو عبدالله عليه السلام بمحزوري عن امرأة أرضعت غلاماً مملوكاً لها من لبنها حتى فطمته ، هل يحل لها بيع ؟ قال : لا وهو ابنها من الرضاع حرم عليها بيعه واكل ثمنه ، ثم قال عليه السلام : اليس قد قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ؟ ! » (١٥٧) .
والقول بعدم المساواة وجواز البيع قول المفيد في المقنعة وسلاح وابن أبي عقيل وابن ادريس ، لأصالة بقاء الرق ، ولهم عليه احاديث (١٥٨) .

قال رحمه الله : إذا حدث في الحيوان عيب ، بعد العقد وقبل القبض ، كان المشتري بالخيار بين رده وإسماكه ، وفي الأرض تردّد .

أقول : قد سبق البحث في باب القبض اذ لا فرق بين الحيوان وغيره هنا .
قال رحمه الله : ولو قبضه ثم تلف ، أو حدث فيه عيب في الثلاثة ، كان من مال البائع ، ما لم يحدث فيه المشتري حدثاً ، ولو حدث فيه عيب من غير جهة المشتري ، لم يكن ذلك العيب مانعاً من الرد ، وهل يلزم البائع أرشه ؟ فيه تردد ، والظاهر لا .

أقول : انما كان تلفه بعد القبض من مال البائع ، وحكم القبض انتقال الضمان الى المشتري ؛ لأنه تلف في مدة خيار المشتري ، فيكون تلفه من ليس له خيار ،

(١٥٧) - الوسائل ، كتاب العتق ، باب ٨ ، حديث ٣ مع اختلاف يسير .

(١٥٨) - المصدر ، حديث ٢ ، ١ ، وغيرهما فلاحظ .

ومنشأ التردد في جواز أخذ أرش العيب من ان الجملة مضمونة عليه ، وضمان الجملة يستلزم ضمان الأبعاض ، ومن اصالة عدم وجوب الأرض فيتخير المشتري بين الرد والامساك مجاناً ، وبالجملة الإشكال كالأشكال في تعيينه قبل القبض ، وقد سبق (١٥٩).

قال رحمه الله : واذا باع الحامل فالولد للبائع على الأظهر .

أقول : هذا مذهب الشيخ في النهاية والمفيد وسلاسل وابن ادريس والمصنف والعلامة ، وهو المعتمد ؛ لأن البيع تعلق بالأثم فلا يتناول الحمل ، لعدم دلالة اللفظ عليه ، والأصل بقاء الملك على المالك .

وقال الشيخ في المبسوط وابن البراج في المذهب : واذا باع دابة أو أمة حاملاً واستثنى الحمل لنفسه لم يجز ، وهو بناء على ان الحمل جزء من الحامل ، فهو كمضو من أعضائها ، فكما لا يصح استثناء العضو لا يصح استثناء الحمل . وقال ابن حمزة : يكون للمشتري الا ان يستثنيه البائع .

ويتفرع على مذهب الشيخ في المبسوط انه لو باع الجارية الحامل بحر لم يصح البيع ؛ لأن الحر لا يدخل في البيع فيكون مستثنى ، وهو لا يصح استثناءه ، فيبطل البيع .

قال رحمه الله : ولو باع واستثنى الرأس والجلد صح ، ويكون شريكاً بقدر قيمة ثنياه على رواية السكوني . وكذا لو اشترك اثنان أو جماعة ، وشرط أحدهم لنفسه الرأس أو الجلد ، كان شريكاً بنسبة ماله .

أقول : في هذه المسألة ثلاثة أقوال :

الأول : الصحة ، ويكون شريكاً بقيمة ثنياه ، فيقال : كم قيمة هذا الحيوان لو بيع جميعه ؟ فإذا قيل : عشرة مثلاً ، قيل : وكم قيمته منزوع الرأس والجلد ؟

فاذا قيل تسعة مثلاً صار البائع شريكاً بالعشر؛ لأنه أخذ قبعة تسعة اعشاره وبقي له عشرة ويلغو التعيين، وهو قول الشيخ في النهاية وفي المبسوط والخلاف، وبه قال ابن البراج.

الثاني: صحة البيع والشرط معاً، وهو مذهب السيد والمفيد وسلاح وابن الجنيد وابن ادریس؛ لأنه استثنى معلوماً من معلوم فلا مانع من صحته.

الثالث: بطلان البيع الا ان يكون الحيوان مذبوحاً أو المقصود منه الذبح، وهو مذهب العلامة، وهو المعتمد.

وأما وجه البطلان مع عدم الشرطين فلافضائه الى الضرر والتنازع؛ لأن المشتري قد يختار تبقيّة هذا الحيوان، وهو يؤدي الى عدم انتفاع البائع بحقه، وان اختار البائع ذبحه ليتوصل الى حقه كان فيه منع المشتري من التصرف بماله بما يختار من التصرفات، وربما كان التبقيّة انفع له من الذبح، فيؤدي الى التنازع.

وأما وجه الصحة مع الشرطين؛ لأنه استثناء المعلوم ولا غرر فيه ولا ضرر، فكان جائزاً.

فرع: لو استثنى رطلاً معلوماً من اللحم، ظاهر سلاح جوازه، وقال ابن الجنيد لا يجوز؛ لأن مواضع اللحم تتفاضل بالجودة وعدمها، فان عين المكان بما لا يختلط بغيره جاز، واستحسنه العلامة.

قال رحمه الله: ولو قال: (الربح لنا ولا خسران عليك)، فيه تردد، والمروي الجواز.

أقول: الجواز مذهب الشيخ في النهاية وابن البراج، واختاره العلامة في المختلف، وهو ظاهر الدروس؛ لأنه شرط سائغ فيجب الوفاء به، لقوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم»^(١٦٠) ولعموم ﴿واحل الله البيع﴾^(١٦١)، ولما

رواه رفاعه^(١٦٢)، عن أبي عبدالله عليه السلام، ومنع ابن ادريس من صحة هذا الشرط، ونسب قول الشيخ الى عدم الوضوح وعدم الاستقامة؛ لأن الخسران على رؤوس الأموال بلا خلاف، فاذا شرط على احد الشريكين كان هذا الشرط مخالفاً للكتاب والسنة، وقواه العلامة في التحرير، (واختاره العلامة في القواعد)، وابطله في المختلف.

قال رحمه الله: ويكره وطئ من ولدت من الزنا بالملك والعقد، على الأظهر.

أقول: منع ابن ادريس من ذلك بناءً على كفرها؛ لأنه يقول بكفر ولد الزنا، والمشهور الاباحة على كراهية.

اما الاباحة، فلعموم قوله تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾^(١٦٣) وأما الكراهة فلما رواه ابو خديجة، قال: «سمعت ابا عبدالله عليه السلام يقول: لا يطيب ولد الزنا ابدا»^(١٦٤).

قال رحمه الله: العبد لا يملك، وقيل: يملك فاضل الضريبة، وهو المروي، وأرشد الجناية على قول، ولو قيل: يملك مطلقاً، لكنه محجور عليه بالرق حتى يأذن المولى، كان حسناً.

أقول: نفي الملك عن العبد مطلقاً مذهب ابن ادريس والمصنف في المختصر، واختاره العلامة وابنه (فخر الدين)^(١٦٥) وأبو العباس، وهو المعتمد؛

(١٦٢) - الوسائل، كتاب التجارة، باب ١٤ بيع الحيوان، حديث ١.

(١٦٣) - النساء: ٤.

(١٦٤) - الوسائل، كتاب التجارة، باب ٩٦ من أبواب ما يكتسب به، حديث ٨.

(١٦٥) - كذا في هامش بعض النسخ.

لأنه مملوك ، والمملوك لا يكون مالكاً ولقوله تعالى: ﴿ ضَرْبُ اللَّهِ مِثْلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدَرُ عَلَى شَيْءٍ ﴾ (١٦٦).

وقال الشيخ : يملك فاضل الضريبة وأرض الجناية وما يملكه المولى ، لما رواه زرارة في الصحيح (١٦٧) ، عن الباقر عليه السلام ، وقال الصدوق وابن الجنيد : يملك لا مستقراً ، بل للسيد منعه من التصرف .

قال رحمه الله : من اشترى عبداً ، كان ماله لمولاه ، إلا أن يشترطه المشتري ، وقيل : إن لم يعلم به البائع فهو له ، وإن علم فهو للمشتري ، والأول أشهر .

أقول : التفصيل مذهب ابن البراج في المذهب ، وقال ابن الجنيد : إن علم البائع وسلمه مع العبد فهو للمشتري ، وإلا فهو للبائع ، والأول هو المشهور ؛ لأن البيع إنما يتناول رقبة العبد فلا يدخل ماله إلا مع الشرط ، فإذا اشترطه المشتري دخل .

وهل يشترط أن يكون الثمن أزيد من ماله ليسلم من الربا ؟ قال الشيخ في النهاية والمفيد وسالار : إذا اشترط المبتاع كان له ، سواء كان أكثر من ثمنه أو أقل ، وأطلقوا من غير تفصيل بين الربوي وغيره ، وفصل ابن الجنيد ، قال : إن كان الثمن وماله ربويين لا بد من زيادة عن ماله تقابل العبد ، وإن كان أحدهما غير ربوي لم يشترط الزيادة ، وهو مذهب الشيخ في الخلاف ؛ لأنه قال فيه : لو كان مع العبد مئة درهم وباعه بمئة درهم لم يصح ، ولو باعه بمئة ودرهم صح ، واختاره العلامة تفصيلاً من الربا ، وأطلق الجميع القول في ذلك .

وفصل الشهيد ، قال : ولو اشتراه وماله صح ، ولم يشترط علمه ولا

(١٦٦) - النحل : ١٦ .

(١٦٧) - الوسائل ، كتاب العتق ، باب ٢٤ ، حديث ١ .

التفصي من الربا ان قلنا : انه يملك ، وان احلنا ذلك اشترط^(١٦٨) ، وهذا التفصيل صحيح على مذهب المبسوط والقواعد ؛ لأن مذهبهما على القول بأن العبد يملك يكون اشترط المشتري للمال ابقاءً له على ملك العبد ولا يملكه المشتري ، فعلى هذا لا يكون جزءاً من المبيع ، فلا يجري فيه الربا ، ولا يشترط فيه العلم .

قال في المبسوط : واذا باع عبداً قد ملكه الفأ بخمس مئة صح البيع على قول من يقول انه يملك ، ولو باع الفأ بخمس مئة لم يصح ، والفرق بينهما انه اذا باع العبد انما يتبع رقبته مع بقاء ملكه عليه فيصح ذلك ، وفي القواعد : ولا يتناول ماله الذي يملكه مولاه الا ان يستثنيه المشتري ان قلنا ان العبد يملك وينتقل الى المشتري مع العبد ، وكان جعله للمشتري ابقاءً له على العبد ، فيجوز ان يكون مجهولاً أو غائباً ، فقد عرفت ان مذهب المبسوط والقواعد ، عدم انتقال مال العبد ، الى ملك المشتري وان اشترطه ، بل فائدة الشرط بقاءه على ملك العبد .

قال رحمه الله : ولو قال اشترني ولك علي كذا ، لم يلزمه وان اشتراه ، وقيل : إن كان له مال حين قال ، ألزم وإلا فلا ، وهو المروي .

أقول : الأول هو المشهور بين الأصحاب ؛ لأن العبد لا يملك شيئاً ، والثاني مذهب الشيخ في النهاية ، لرواية وردت عن أبي عبد الله عليه السلام^(١٦٩) .

قال رحمه الله : التفرقة بين الأطفال وأمهاتهم قبل استغنائهم ، محرمة ، وقيل : مكروه ، وهو الأظهر . والاستغناء يحصل ببلوغ سبع سنين . وقيل : يكفي استغناؤه عن الرضاع ، والأول أظهر .

أقول : البحث هنا في موضعين :

الأول : في تحريم التفرقة او كراهتها ، وبالتحريم قال الشيخ في باب بيع

(١٦٨) - في « ٢ » : « اشترطنا .

(١٦٩) - الواسائل ، كتاب التجارة ، باب ٩ من بيع الحيوان ، حديث ١ و ٣ .

الحيوان من النهاية، وبه قال المفيد وسلاح وابو الصلاح وابن الجنيد، وطرد الحكم الى الأخوة، ودليلهم الروايات^(١٧٠).

وحكم المفيد والشيخ في المبسوط والخلاف بفساد البيع، وهو ظاهر الروايات^(١٧١)، والكراهية مذهب الشيخ في باب العتق من النهاية، وتبعه ابن ادريس والمصنف والعلامة، وابو العباس في المختصر؛ لأن الناس مسيطون على اموالهم يتصرفون فيها حيث شاؤوا، وحملت الروايات الواردة بالمنع على الكراهة.

الثاني: في الغاية التي يزول معها التحريم او الكراهة، والخلاف هنا مبني على الخلاف في مدة الحضانة، والشيخ في النهاية يجعله مدة الحولين في الذكر وسبعاً في الانثى، وتبعه ابن ادريس وابن حمزة. وابن الجنيد جعلها سبع سنين في الذكر والانثى واختاره المصنف.

وقال المفيد: انها مدة الحولين في الذكر وتسعاً في الانثى. وقال ابن البراج في المذهب: هي سبع في الذكر وتسع في الانثى، واختاره ابو العباس في مختصره؛ لأن المقصود قيام الأم بالشفقة عليه وايناسه، ولا يحصل الاستغناء عن ذلك بأقل من هذه المدة.

قال رحمه الله: من اولد، ثم ظهر أنها مستحقة انتزاعها المالك، وعلى الواطيء عشر قيمتها ان كانت بكرة، ونصف العشر ان كانت ثيباً، وقيل: يجب مهر أمثالها، والأول مروى.

أقول: وجوب مهر المثل مذهب الشيخ وابن ادريس، والتفصيل مذهب العلامة.

(١٧٠) - الوسائل، كتاب التجارة، باب ١٣ من بيع الحيوان.

(١٧١) - نفس المصدر السابق.

قال رحمه الله : ويرجع على البائع بما اغترمه من قيمة الولد ، وهل يرجع بما اغترمه من مهر واجرة ، قيل : نعم ؛ لأن البائع أباحه بغير عوض وقيل : لا لحصول عوض في مقابلته .

أقول : عدم الرجوع مذهب ابن ادريس وهو بناءً على أن المغرور إنما (١٧٢) يرجع على الغار بما لم يحصل له في مقابلته نفع كالعبارة والنفقة وقيمة الولد ، أما ما حصل له في مقابلته نفع كالثمرة والسكنى وعوض البضع فلا ، والمعتمد الرجوع في الجميع ؛ لأنه دخل على إباحة هذه الأشياء بغير عوض ، فإذا غرم عوضها رجع به المغرور ، ولو كان المشتري عالماً بالاستحقاق والتحريم ، فهو زان وولده رق ، ولا يرجع بشيء إلا بالثمن مع بقاء عينه .

قال رحمه الله : ما يؤخذ من دار الحرب بغير إذن الإمام ، يجوز تملكه في حال الغيبة ووطيء الأمة ، ويستوي في ذلك ما يسييه المسلم وغيره ، وإن كان فيها حق للإمام ، أو كانت للإمام .

أقول : كل سرية غزت بغير إذن الامام كانت غنيمتها له ، فعلى هذا يكون جميع ما يسبى في الغيبة له ، لعدم اذنه في ذلك ، ولا فرق بين سبي المسلمين أو الكفار ، وقد أباحوا لشيعتهم المناكح والمساكن في حال الغيبة ، لتطيب ولادتهم ، وأما الذي فيه الخمس خاصة فهو ما أخذ من دار الحرب غيلةً أو نهباً من غير قتال فهو لآخذه ، وعليه فيه الخمس لأربابه ، فيكون للإمام فيه حق ، فلا يجب اخراج حصة الامام عليه السلام ولا حصة أرباب الخمس ، لعموم الاذن بإباحة الرقيق حال الغيبة ، ونازع ابن ادريس في ذلك ، ومنع من وطى ما يختص بالامام .

تنبيه : إذا ثبت أن المسيحية حالة الغيبة للإمام ، وإنما أباح تملكه لشيعة

خاصة ، للعلّة المذكورة ، ثبت ان المخالفين لا يملكون ما اختص بالامام عليه السلام ، ولا يباح لهم ما كان شريكاً فيه ، لعدم اباحته لهم ؛ لأنه مال الغير فيتوقف على تملكه واباحة التصرف فيه على اذن مالكة ، وهو لم ياذن لغير شيعته ، فلا يباح لغيرهم اقتصاراً على اذن المالك .

وهل يملكون ما اشتروه من الشيعة ؟ يحتمل ذلك ؛ لأن الشيعة ملكوه بالسبي او بالشراء ، فاذا اشتراه المخالف منهم فقد ملكه ؛ لأنه اشتراه من مالك بعقد صحيح ناقل فيملكه .

ويحتمل العدم ؛ لأن سبب التحريم قبل الشراء من الشيعي كونه مخالفاً لدين الشيعة ، وهذا السبب موجود بعد الشراء ، فيوجد المنع لوجود السبب ؛ لأن كل سبب مانع من شيء لا يباح ذلك الشيء مع ذلك السبب المانع من الاباحة ، والالم يكن مانعاً فيكون البيع باطلاً ؛ لأن بيع الشيء على من ليس يملكه بالشراء غير جائز ، هذا فيما كان جميعه للامام .

اما ما كان له بعضه كالمقتال والمنتهب ، فان المخالف يملك اربعة اخماسه وللامام وارباب الخمس الباقي ، فلا يجوز للمخالف الوطي قبل دفع الخمس الى اربابه ودفع حصة الامام الى من يقوم مقامه من فقهاء الشيعة ؛ لأنها قبل ذلك مشتركة ، والمشاركة لا يجوز وطؤها لأحد الشريكين وان اذن الآخر على الأقوى .

فعلى هذا التحرير يجوز للشيعي قهر المخالف على الرقيق المعلوم ان جميعه للامام ، لكونه مباحاً له محرم على المخالف ، ما لم يتر فتنه ، فلا يجوز حينئذ لتحريم اثارة الفتنة .

فرع : يحرم على الشيعي بيع الأمة على المخالف ، لما فيه من التسلط على الفروج المعصومة ، فيكون كالجامع بين اثنين للزنا ، بل ابلغ من ذلك لسقوط

اختيار الأمة بسبب فعل البائع ، فهو كالمكره لها على الزنا .

قال رحمه الله : إذا دفع إلى مأذون مالا ليشترى نسمة ، ويعتقها ، ويحج بباقي المال . فاشترى أباه ، ودفع اليه بقية المال يحج به . واختلف مولاه وورثة الأمر ومولى الأب فكل يقول اشترى بمالي . قيل : يُرد إلى مولاه رقاً ، ثم يحكم به لمن اقام البينة ، على رواية بن اشيم وهو ضعيف ، وقيل : يرد على مولى المأذون ما لم يكن هناك بينة ، وهو أشبه .

أقول : في هذه المسألة ثلاثة أقوال :

الأول : رده إلى مواليه رقاً ، وهو قول الشيخ في النهاية ، فمن اقام البينة بعد ذلك من ورثة الأمر ومولى المأذون أخذه ، وتبعه ابن البراج على ذلك لرواية موسى بن اشيم الدالة على هذا الحكم .

الثاني : كون المعتق رقاً لمولى المأذون وبطلان عتقه ؛ لأن جميع ما في يد العبد فهو لسيده ، وهو مذهب ابن ادريس واختاره المصنف هنا ، وبه قال العلامة .

الثالث : إمضاء ما فعله المأذون ، وهو الحكم بصحة البيع والعتق ، وهو مذهب المصنف في المختصر وقواه الشهيد ، ثم اعترض بما فيه من طرح الرواية المشهورة .

وانما كان قول المختصر قوياً ؛ لأن حكم المأذون حكم الوكيل فيقبل اقراره بما في يده ويمضي تصرفه فيه ، وظاهر الشهيد العمل على الرواية .

فرع : لو أقام كل واحد من الثلاثة بينة فان رجحنا بينة ذي اليد ، فالحكم لبينة مولى المأذون ؛ لأن ما في يد العبد في يد المولى ، وان قدمنا بينة الخارج اسقطنا بينة مولى المأذون ، وهل يقدم بينة دافع المال إلى المأذون أو بينة مولى الأب ؟ يحتمل الأول ؛ لأن العمل ببينة الدافع يقتضي صحة البيع ، فيكون

الترجيح لها ؛ لأن العمل بما يقتضي الصحة أولى من العمل بما يقتضي الفساد ،
ويحتمل الثاني ، لادعائه ما ينافي الأصل - وهو فساد البيع - فتكون بينته ناقلة
وبينة الأول مقررة ، والناقلة أولى من المقررة .

قال رحمه الله : إذا اشترى عبداً في الذمة ، ووضع البائع عبيدين ، وقال :
(اختر أحدهما) فأبقى واحداً . قيل : يرتجع نصف الثمن ، فإن وجده اختاره ، وإلا كان
الموجود لهما ، وهو بناءً على انحصار حقه فيها ، ولو قيل : التالف مضمون بقيمته
وله المطالبة بالعبد الثابت بالذمة كان حسناً ، أما لو اشترى عبداً من عبيدين ، لم
يصح العقد ، وفيه قول موهوم .

أقول : هنا مسألتان :

الأولى : إذا اشترى عبداً في الذمة ... المسألة ، والقول بارتجاع نصف الثمن
وكون الموجود لهما والتخيير مع وجود الآبق هو قول الشيخ في النهاية ، وتبعه ابن
البراج ، لرواية محمد بن مسلم ^(١٧٣) ، عن الباقر عليه السلام .

قال المصنف : وهو بناءً على انحصار حقه فيها ؛ لأنه مع انحصار حقه فيها
يكون شريكاً للبائع ، وإذا ذهب من الشريك بعض مال الشركة من غير تفرط
كان على جميع الشركاء ، ولو قيل : إن كان التالف مضموناً بقيمة وله المطالبة بالعبد
الثابت في الذمة كان حسناً .

أما كان حسناً ؛ لأن المقبوض بالسوم مضمون ، والثابت في الذمة غير
متعين ، فيضمن التالف ، لكونه مقبوضاً بالسوم ، ويطالب بالثابت في الذمة ، فإن
كانا متصفين بالصفات المذكورة في العقد اختار أحدهما ، فإن اختار التالف
تهاترا ، وإن اختار الموجود أخذه ودفع إلى البائع قيمة التالف ، وإن كانا غير
متصفين بالصفات المذكورة في العقد ضمن الآبق ودفع إليه الموجود وطالب

بالموصوف بالصفات المذكورة في العقد ، وهذا هو المعتمد .

الثانية : اذا اشترى حر^(١٧٤) عبداً من عبيدين معينين على ان يختار أحدهما ، فالمشهور في هذه المسألة البطلان ، لعدم تعيين المبيع عند المتبايعين حالة العقد ؛ وقال الشيخ في موضع من الخلاف بالجواز ، واستدل باجماع الفرقه ، وقوله عليه السلام : « المؤمنون عند شروطهم »^(١٧٥) ، وانما نسبته المصنف الى الوهم ؛ لأنه بيع مجهول ، والبيع المجهول لا يصح ، وحمل العلامة قول الشيخ على تساوي العبدین من كل وجه .

والمعتمد البطلان وان تساويا لعدم التعيين ، وهو شرط في صحة البيع المشاهد .

قال رحمه الله : إذا وطىء احد الشريكين مملوكة بينهما ، سقط الحد مع الشبهة ، ويثبت مع انتفائها ، لكن يسقط منه بقدر نصيب الواطىء ، ولا يقوّم عليه بنفس الوطىء ، على الأصح ، فلو حملت ، قوّمت عليه حصص الشركاء ، وانعقد الولد حراً ، وعلى أبيه قيمة حصصهم يوم ولد .

أقول : لا خلاف في سقوط الحد مع الشبهة كما لو توهم حل المشتركة وثبوت مقدار نصيب الشركاء مع انتفاء الشبهة ، وانما الخلاف في حكيين :

الأول : هل تقوم بنفس الوطىء او لا تقوم الا مع الحمل ؟ بالأول قال الشيخ في النهاية ، والمشهور عدم التقويم الا مع الحمل .

الثاني : هل تقوم بقيمتها العادلة يوم التقويم او باكثر الأمرين من القيمة يوم التقويم والثن الذي اشتريت به ؟ المشهور الاول ، وقال الشيخ بالثاني ،

(١٧٤) - من « ٢ » .

(١٧٥) - تقدم ص ٤٤ .

لرواية عبدالله بن سنان^(١٧٦)، عن الصادق عليه السلام: «إذا حملت تعلق بها حكم امهات الاولاد فتقوم عليه ؛ لأن الاستيلاد بمنزلة الاتلاف ، لتحريم بيعها ووجوب عتقها بموت سيدها ، ولا يدخل في ملكه بمجرد الحمل ، بل بالتقويم ودفع القيمة او الضمان مع رضا الشريك .

فروع :

الأول : قبل التقويم هي مشتركة لهم استخدامها وعليهم نفقتها ولهم كسبها .
الثاني : لو مات قبل التقويم اخذ القيمة من تركته ولا تحسب الجارية من التركة ؛ لأن الاستيلاد اتلاف ، فلو ضاقت التركة اختص الشركاء بالجارية ؛ لأنها تباع بثمن رقبته ، فان فضل منها شيء عن حصص الشركاء كان الباقي للفرماء .

الثالث : انما يجب عليه قيمة الولد يوم سقوطه حياً اذا لم تقوم عليه وهي حامل ، فاذا قومت عليه قبل الولادة صارت ملكه ، فلا يجب عليه قيمة الولد ، واذا لم تقوم حاملاً كانت عليه قيمة الولد يوم سقوطه حياً ، ويسقط عنه قدر نصيبه منه ، وتقوم الأم حينئذ بأعلى القيم من حين الاحبال الى حين التقويم ، ويسقط قدر نصيبه .

الرابع : لو كانت بكرأ وجب عليه أرش البكارة ، وان كانت ثيبأ وجب عليه المهر اذا كانت جاهلة او مكروهة ، لا مع العلم او المطاوعة .
الخامس : لو سقط الولد ميتاً لم يلزمه شيء .

السادس : لو سقط بجنابة جان لزم الجاني دية جنين حر^(١٧٧) للأب ، وعلى الأب لشركائه دية جنين الأمة عشر قيمة أمه الا قدر نصيبه ، ويحتمل ان لا يجب

(١٧٦) - الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ١٧ من بيع الحيوان ، حديث ١ .

(١٧٧) - في « ٢ » : حي .

على الأب شيء للشركاء ؛ لأنهم قالوا : (وعليه قيمة الولد يوم سقوطه حياً) ،
والمعتمد الأول ؛ لأن وجوب الدية على القاتل يقوم مقام سقوطه حياً .

قال رحمه الله : المملوكان المأذون لهما ، إذا ابتاع كل منهما صاحبه من مولاه
حكم بعقد السابق ، فإن اتفقا في وقت واحد ، بطل العقدان . وفي رواية يقرع
بينهما ، وفي أخرى : تذرع الطريق ويحكم للأقرب ، والأول أظهر .

أقول : لا يخلو الحال من ثلاثة وجوه : أما ان يعلم السبق او الاقتران او
يجهل الحال :

الأول : ان يعلم سبق احدهما فيصح عقد السابق ويبطل عقد المتأخر ،
لبطلان تصرفه بخروجه عن ملك مولاه .

الثاني : ان يعلم الاقتران ، وفيه ثلاثة أقوال .

« أ » : بطلان العقدین معاً ، لتدافعهما ، وهو قول ابن ادریس ، واختاره
المصنف .

« ب » : يقرع بينهما ، وهو اختيار الشيخ وابن البراج ؛ لأنه امر مشكل ،
وكل امر مشكل فيه القرعة (١٧٨) .

« ج » : قول العلامة في المختلف والقواعد ، وهو ان كانا وكيلين صح
العقدان ، وان كانا مأذونين كان العقدان موقوفين على الاجازة ؛ لأن كل واحد
بطل اذنه ببيع مولاه فاذا اشترى الآخر صار كالفضولي ، فيكون عقده موقوفاً ،
يصح مع الاجازة ويبطل مع الرد .

الثالث : ان يشتهب الحال بمعنى عدم العلم بالسبق والاقتران ، وفيه قولان :
احدهما : تمسح الطريق من موضع افتراقهما الى موضع سيدهما مع
تساويهما بالقوة ويحكم للأقرب منها ، ومع تساوي الطريقين يقرع ، وهو قول

الشيخ في الاستبصار ، لما رواه الشيخ ^(١٧٩) ، عن أبي جعفر عليه السلام .
والآخر البطان ، ولجواز سبق ذي الطريق البعيدة لسرعة سعيه ، وهو
مذهب العلامة .

قال رحمه الله : من اشترى جارية سرقت من أرض الصلح ، كان له ردها
على البائع ، ولو مات أحد من ورثته ، ولو لم يخلف وارثاً استسعت في ثمنها ،
وقيل : تكون بمنزلة اللقطة ، ولو قيل : تسلم الى الحاكم ولا تستسعى كان أشبه .
أقول : في هذه المسألة ثلاثة أقوال :

الأول : ردها على البائع واخذ الثمن منه ، فان مات فعلى ورثته ومع عدم
الورثة يستسعى ، وهو قول الشيخ والقاضي عبد العزيز بن البراج ، والمستند
رواية مسكين السمان ^(١٨٠) .

الثاني : يكون بمنزلة اللقطة ، وهو قول ابن ادریس ، لعدم جواز دفعها الى
البائع وهو يعلم انه غير مالکها ، ولا يجوز استسعاؤها وهي مملوكة الغير ، فابقي
إلا ردها الى مالکها ان عرفه ، والا عرفها كاللقطة ، او دفعها الى حاكم المسلمين ،
ويجتهد على ردها ممن سرقت منه ؛ لأنه الناظر في مثل ذلك .

الثالث : قول المصنف وهو ان يدفعها الى حاكم المسلمين ابتداءً ولا يجوز
التصرف بغير ذلك ؛ لأنها مال الغائب ، فيكون وليه الحاكم ، واختاره العلامة ،
وهو المعتمد ، وأما حكم الثمن ، فان كان المشتري عالماً بالحال فلا رجوع مع
ذهاب عينه ، وان كان جاهلاً رجع به ، فان تعذر سقط ولا يجوز استسعاؤها ؛
لأنها مملوكة الغير ، ونفقة الجارية من كسبها ان كانت ذات كسب ، والا فن بيت
مال المسلمين .

(١٧٩) - التهذيب ، ٧ : ٧٢ ، حديث ٣١٠ .

(١٨٠) - الوسائل ، كتاب التجارة باب ٢٣ من بيع الحيوان ، حديث ١ .

في السلف

قال رحمه الله : وهل ينعقد البيع بلفظ السلم ، كأن يقول : أسلمت اليك هذا الكتاب بهذا الدينار ؟ الأشبه نعم ، إعتباراً بقصد المتعاقدين .

أقول : يحتمل الانعقاد ؛ لأن السلم نوع من البيع فيجوز استعماله في الجنس مجازاً تبعاً للقصد ، واختاره المصنف والعلامة والشهيد ، ويحتمل العدم لعدم انتقال الملك الا بما جعله الشارع ناقلاً ، ولم يثبت ان الشارع جعل هذا اللفظ ناقلاً لغير هذا النوع المخصوص به ، وذهب الشيخ في المبسوط والخلاف الى عدم جواز استعمال السلم إلا مع ذكر الأجل .

قال رحمه الله : ولو شرط الأجود ، لم يصح لتعذره ، وكذا لو اشترط الأردأ ، فلو قيل في هذا بالجواز ، كان حسناً لا مكان التخلص .

أقول : أما عدم جواز اشتراط الأجود ؛ لانه ما من جيد إلا وفوقه أجود منه فيحصل الجهالة لعدم الضبط ، وهذا لاخلاف في عدم جوازه ، وأما لو شرط الأردأ فقد قال الشيخ : لا يصح للجهالة ايضاً ؛ لأن الأردأ لا يضبط بالوصف كالأجود . واستحسن المصنف الجواز لا مكان التخلص ؛ لأنه اذا دفع أجود من

المشترط وجب القبول فبأي صفة دفع كان اجود من المشترط، والمعتمد البطلان .
قال رحمه الله : وفي الجلود تردد ، وقيل : يجوز مع المشاهدة وهو خروج
عن السلم .

أقول : القول بالجواز مع المشاهدة قول الشيخ في النهاية وقول ابن البراج
في الكامل ، وعدم الجواز مذهب ابن ادريس واختاره العلامة ؛ لأن الجلود لا
يمكن ضبطها بالوصف لاختلاف خلقها .

واحتج المجوزون بإصالة الصحة ، وعموم الآية^(١٨١) ، ولهم عليه
روايات^(١٨٢) ، والعمل به ينافي حقيقة السلف ؛ لأنه بيع مضمون الى اجل معلوم ،
والمشاهد ليس كذلك .

قال رحمه الله : ويجوز في شاة معها ولدها ، وقيل : لا يجوز ، لأن ذلك مما لا
يوجد إلا نادراً ، وكذا التردد في جارية حامل لجهالة الحمل .
أقول : هنا مسألتان .

الأولى : في جواز الاسلاف في شاة معها ولدها ، والمراد ان يكون منفصلاً
عنها ، قال الشيخ : لا يجوز ، لعدم امكان ضبط الولد بالوصف ، لامكان ان لا تلد
كذلك وهو مما يعز وجوده .

والجواز مذهب المصنف والعلامة وفخر الدين ، لأصالة الصحة ، وامكان
وجوده على الصفات المذكورة في العقد .

الثانية : في جواز الاسلاف في شاة حامل او جارية كذلك ، قال الشيخ
وابن الجنيدي : انه مجهول لا يمكن ضبطه بالوصف ، والمعتمد الجواز ؛ لأن الحمل تابع
لا يضر جهالته ، والا لما جاز بيع الحبلى نقداً ، فلو كانت جهالة الحمل مانعة منعت

(١٨١) - البقرة : ٢٧٥ .

(١٨٢) - الوسائل . كتاب التجارة ، باب ٤ من السلف ، حديث ٧ .

في الموضعين .

قال رحمه الله : وفي الاسلاف في جوز القز تردد .

أقول : منشؤه من ان القز فيه دود ان كان حياً أفسده ؛ لأنه يقرضه ويخرج ، وان كان ميتاً فالميتة لا يجوز بيعها ، ومن ان الدود غير مقصود في البيع ، فلا فرق بين ان يكون حياً أو ميتاً ؛ لأصالة الصحة ، ولا بد أن يشترط كونه طرياً أو يابساً ، والأول مذهب الشيخ ، والثاني مذهب العلامة .

قال رحمه الله : ولو شرط ان يكون من الثمن من دين عليه ، قيل : يبطل ؛ لأنه بيع دين بمثله ، وقيل : يكره ، وهو أشبه .

أقول : القول بالبطان قول الشيخ وأبن ادريس ، واختاره العلامة في القواعد والمختلف والشهيد في دروسه ، لما قاله المصنف : (من انه بيع دين بمثله) ، وقيل بالكراهة ، واختاره المصنف ؛ لأن ما في الذمة مقبوض وبيع الدين بالدين المنهي عنه عند المصنف هو ما كان في ذمتين غير ذمتي المتبايعين ، أما ما كان في ذمتي المتبايعين لا يكون بيع دين بدين ، واختاره العلامة في التحرير .

ولو لم يعينه من الدين بل جعله موصوفاً في الذمة ثم حاسبه بعد العقد في المجلس صح على ما اختاره في القواعد ، ويلزمه ان العقد وقع على دين بدين ، فيشكل صحته .

قال رحمه الله : وهل يجوز الاسلاف في المعدود عدداً ؟ الوجه لا .

أقول : عدم لجواز مذهب الشيخ ، والجواز مذهب ابن الجنيدي ، وفصل العلامة ، قال : ان كان مما يتفاوت يسيراً كالجوز واللوز جاز وزناً وعدداً ، وان كان يتفاوت كثيراً كالبطيخ والبيض والباذنجان لا يجوز إلا وزناً ، واختاره الشهيد ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : ولو اشتراه حالاً ، قيل : يبطل ، وقيل : يصح ، وهو المروي .

أقول : قد تقدم^(١٨٣) البحث في هذه ، ويكون بيعاً بلفظ السلم .

قال رحمه الله : ولو قال الى شهرين فان كان في أول الشهر ، عد شهرين اهله ، وان اوقع العقد في أثناء الشهر ، أتم من الثالث بمقدار الفائت من شهر العقد ، وقيل : يتم ثلاثين يوماً ، وهو أشبه .
أقول : في هذه المسألة ثلاثة أقوال :

الأول : اتمام الناقص بقدر الفائت من شهر العقد ، فان كان وافياً أتمه ثلاثين ، وان كان ناقصاً أتمه تسعة وعشرين ، وقواه الشيخ بحصول اتمام الشهر باستثناء ما فات منه .

الثاني : عد المنكسر ثلاثين سواء كان ناقصاً أو تاماً ؛ لأن الشهر اما عدة بين الهلالين او ثلاثين يوماً ، والأول قد تعذر ، فيتعين الثاني .

الثالث : عد الجميع ثلاثين ثلاثين ؛ لأن الأول قد انكسر ولا يعقل دخول الثاني حتى يكمل الأول ، فيجب ان يكون اكماله مما يليه فينكسر الثاني ، وهكذا فينكسر الجميع ، فيجب اتمام الجميع ثلاثين ثلاثين .

والعمل على الأوسط من الأقوال ، ويلفق اليوم اذا وقع العقد في اثنائه ، بأن يأخذ من يوم آخر بقدر ما فات من يوم العقد ، ولا عبرة بقصر اليوم وطوله للتسامح بمثل ذلك .

قال رحمه الله : ولا يشترط ذكر موضع التسليم على الأشبه ، ولو كان في حمله مؤنة .

أقول : اشترط الشيخ في المبسوط والخلاف ذكر موضع التسليم اذا كان في حمله مؤنة ، ولم يشترط في النهاية غير ذكر الجنس والوصف والأجل ، وهو يدل على عدم اشتراط ذكر موضع التسليم ، ولم يشترطه ابن ادريس ، واختاره

المصنف ، لأصالة براءة الذمة من وجوب الاشتراط ، ولعموم : ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ ^(١٨٤) وعموم : ﴿ واحل الله البيع ﴾ ^(١٨٥) ، ولاقتضاء العقد التسليم في بلد العقد ، فلا يفتقر الى ذكر الموضع .

واحتج المشترطون بأن مع ذكر موضع التسليم يقطع بصحة العقد ، ومع عدمه لا دليل على صحته ، وقال العلامة : ان كان في برية او بلد ليس قصدهما الاجتماع فيه ، وجب ذكر موضع التسليم ؛ لأنه لا يمكن التسليم في موضع العقد وليس احد الأمكنة اولى من الآخر ، فاذا لم يذكر موضع التسليم افضى الى الجهالة والتنازع ، وان كان العقد في موضع هما مجتمعان فيه لم يجب ذكر موضع التسليم ، لاقتضاء العقد وجوبه في بلد العقد فلا يجب ذكره ، هذا مذهب العلامة في القواعد والمختلف ، وفي التحرير لم يشترطه وان كانا في برية ، فعلى هذا يجب التسليم في بلد البائع ، لأصالة براءة ذمته من وجوب حمله الى غير بلده ، ولو اشترطه في موضع غير بلد العقد وجب اتباع الشرط ، ومذهب القواعد هو المعتمد .

قال رحمه الله : اذا اشترى كراً من طعام بمئة ثم اشترط تأجيل خمسين ، بطل في الجميع على قول .

أقول : لا يجوز كون الثمن مؤجلاً في السلف ، لعدم جواز بيع الدين بالدين ، فاذا اشترط تأجيل البعض احتمل البطلان في الجميع ، لجهالة ما يقابل المقبوض ، ويحتمل الصحة ثم يوزع فيما بعد ، كما لو اشترى سلعتين بعقد واحد ثم استحق احدهما .

وعلى القول بالصحة والتنقيط يثبت الخيار لتبعض الصفقة عليهما .

(١٨٤) - المائدة : ١ .

(١٨٥) - البقرة : ٢٧٥ .

قال رحمه الله : ولو دفع خمسين ، وشرط الباقي في دين على المسلم إليه ،
صح فيما دفع ، ويبطل فيما قابل الدين ، وفيه تردد .
أقول : سبق ^(١٨٦) البحث في هذه .

قال رحمه الله : يجوز بيع الدين بعد حلوله ، على الذي عليه وعلى غيره ،
فإن باعه بما هو حاضر ، صح وإن باعه بمضمون حال ، صح ايضاً ، وإن اشترط
تأجيله ، قيل : يبطل ؛ لأنه بيع دين بدين ، وقيل : يكره ، وهو الأشبه .
أقول : البطلان مذهب ابن ادريس ؛ لأنه بيع الدين بالدين كما قاله
المصنف ، واختاره العلامة في المختلف والشهيد في الدروس ، وقال الشيخ في
النهاية : انه مكروه ، واختاره المصنف ، لأصالة الصحة ، ولأن بيع الدين بالدين
المنهي عنه هو ان يبيعه ديناً في ذمة زيد بدين في ذمة عمرو ، وهذا ليس كذلك ،
والأول أحوط .

وأما الدين المؤجل فقد جوز ابن ادريس بيعه على من هو عليه ومنع من
بيعه على الغير ، وجوزه العلامة في المختلف مطلقاً على من هو عليه وعلى غيره ،
لأصالة الجواز ، وفي التحرير منع من بيعه مطلقاً ، واختاره صاحب الدروس ، إلا
انه عكس مذهب ابن ادريس سهواً ؛ لأنه قال : قال ابن ادريس : لا خلاف في
تحريم بيعه على من هو عليه ، ويلزم بطريق التنبيه تحريمه على غيره ، وجوز
الفاضل بيعه على من هو عليه فيباع بالحال ، هذا كلامه رحمه الله .

وهو سهو ؛ لأن مذهبه العكس ، وهذه عبارته : الدين لا يخلو إما ان يكون
حالاً أو مؤجلاً ، فإن كان مؤجلاً فلا يجوز بيعه بغير خلاف على غير من هو في
ذمته ، وإن كان حالاً فلا يجوز بيعه بالدين بدين آخر لا ممن هو عليه ولا من
غيره بغير خلاف ايضاً ، هذا كلامه رحمه الله .

وخص المنع من البيع على غير من هو عليه ، يدل بمفهومه على جواز البيع على من هو عليه ، فلهذا قلنا انه يجوز بيعه على من هو عليه ، وتجوز العلامة بيعه على غير من هو عليه يدل على جوازه على من هو عليه بطريق الأولى ، وهو عكس ما نقله صاحب الدروس .

والظاهر ان سبب سهو الشهيد غلط نسخة المختلف التي نقل منها مذهب ابن ادریس ، ومذهب العلامة ، ولهذا قال : وجوز الفاضل بيعه على من هو عليه . ومراده بالفاضل العلامة ، مع انه مذهبه في المختلف جواز بيعه على غير من هو عليه ، وهذه عبارته : قال ابن ادریس : الدين المؤجل لا يجوز بيعه على غير من هو عليه بلا خلاف والوجه عندي الكراهية ، للأصل الدال على الجواز ، والاجماع ممنوع . هذا كلامه رحمه الله في المختلف ، وهو دال على جواز بيعه على غير من هو عليه .

لكن الظاهر ان النسخة التي نقل منها الشهيد محذوف منها (غير) من كلام ابن ادریس سهوا من الناسخ ، فحصل الغلط في نقله عن ابن ادریس ، وعن العلامة .

وابو العباس تابع الشهيد على سهوه في النقل عنها رحمهم الله جميعا وجزاهم الله عنا خيراً ، ونسأل من الله العصمة من الزلل الموجب للخلل .

تنبيه : لو باع الدين بأقل من ثمنه ، قال الشيخ وابن البراج : لم يلزم الغريم ان يدفع الى المشتري اكثر مما دفع الى البائع ويبرأ من الباقي ، لرواية محمد بن الفضل ، « قال : قلت للرضا عليه السلام رجل اشترى ديناً على رجل ، ثم ذهب الى صاحب الدين ، فقال له : ادفع ما لفلان عليك فقد اشتريته منه ، فقال : يدفع اليه قيمة ما دفع الى صاحب الدين ويبرأ الذي عليه المال من جميع ما بقي

عليه» (١٨٧).

وانكر ابن ادريس هذا إنكاراً عظيماً ، والمعتمد صحة البيع ووجوب دفع الجميع الى المشتري ، إذ لا خلاف في جواز بيع الدين بأقل من قيمته مع علم البائع بالقيمة .

فرع : اذا تعذر قبض المبيع من المديون لفلسه او هربه او دفعه للمشتري ، رجع على البائع بالتمن الذي دفعه اليه ، لعدم حصول العوض الذي قابله .

قال رحمه الله : إذا اسلف في شيء وشرط أصواف نعجات ، قيل : يصح ، وقيل : لا ، وهو الأشبه . ولو شرط أن يكون الثوب من غزل امرأة معينة ، أو الغلة من قراح معينة ، لم يضمن .

أقول : هنا مسألتان :

الأولى : اذا اسلف في غنم واشترط اصواف نعجات معينة مشاهدة ، وقد منع منه ابن ادريس واختاره المصنف ؛ لأن السلم في المشاهد لا يجوز ؛ لأنه بيع مضمون الي اجل ، والمشاهد ليس كذلك ، ولأن بيع الصوف على ظهور الغنم لا يجوز عنده للجهالة .

وجوزه الشيخ واختاره العلامة لمجواز البيع بلفظ السلم عنده ، وعدم اشتراط الأجل ، وصحة بيع الصوف على ظهور الغنم لمشاهدته وانتفاء الغرر فيه ، فلا مانع من ذلك ، وهو المعتمد .

الثانية : اذا اسند السلف الى معين ، كما لو شرط الثوب من غزل امرأة معينة او الغلة من قراح معين ، قال المصنف : لم يضمن ، وظاهره صحة البيع ، إلا انه لا يضمن من المعين ، وهو بناء على ان الشرط الفاسد لا يفسد العقد .

والمعتمد بطلان البيع ، وهو مذهب العلامة في قواعد ، والشهيد في دروسه ،

لبطلان الشرط الموجب لبطلان البيع .

اما بطلان الشرط فلمنافاته العقد ؛ لأن السلف ابتياع مضمون في الذمة ، والمضمون في الذمة لا يتشخص من دون القبض ، فتشخيصه بأحد الأمور المذكورة خروج عن حقيقة السلم فيكون منافياً ، ولأنه يؤدي الى الغرر ، لاحتمال موت المرأة او تلف غلة القراح ، فيتعذر التسليم ، اذ لا بد ان يكون وجود المسلم فيه عاماً عند الحلول ، وهذا الشرط ينافيه .

واما بطلان البيع فلعدم الرضا بدون سلامة الشرط ، فيكون تجارة من غير تراض ، فتكون باطلة .

قال رحمه الله : اذا تقايلا رجع كل عوض إلى مالكة ، فإن كان موجوداً أخذه ، وإن كان مفقوداً ضمن بمثله إن كان مثلياً ، وإلا بقيمته ، وفيه وجه آخر . أقول : المراد بالوجه الآخر عدم صحة التقاييل مع تلف العوض المتقاييل عليه ، لقوات محل ما وقع عليه الاقالة .

قال رحمه الله : ولو شرط الصحاح عوض المكسرة ، قيل : يصح ، والوجه المنع .

أقول : الجواز مذهب الشيخ في النهاية وابن البراج وإبي الصلاح وابن حمزة ، لرواية يعقوب بن شعيب في الصحيح ، « قال : سألت ابا عبد الله عليه السلام عن الرجل يقرض الرجل الدراهم الغلة فيأخذ الدراهم الطازجة طيبة بها نفسه ؟ قال : لا بأس ، وذكر ذلك عن علي عليه السلام »^(١٨٨) ، وليس في الحديث دلالة على ذكر الشرط .

والطازجة بالطاء المهملة والزاء المعجمة والجيم الدراهم البيض الجيدة ، ومنع ابن ادريس والمصنف من ذلك واختاره العلامة ، وهو المعتمد ، لما رواه

الحلبي في الحسن ، عن الصادق عليه السلام : « قال : اذا أقرضت الدراهم ثم اتاك بخير منها فلا بأس اذا لم يكن بينكما شرط »^(١٨٩) ، وهو يدل على ثبوت البأس مع الشرط .

تنبيه : جوز العلامة اشتراط ان يبيع المقرض المقرض سلعة أو يؤجره دار بتمن المثل وأجرة المثل ، أو ان يقرضه المقرض أو يبيع المقرض على زيد مثلاً أو يقرضه عمرواً ، ولو عين الثمن في اشتراط البيع على زيد لزم وان كان اقل من ثمن المثل ، ولو اشترط الرهن أو الكفيل على القرض لزم ، ولو اشترطه على دين آخر جوزة في القواعد ، ومنعه في التحرير ، لما فيه من جر النفع ، واذا فسد القرض بفساد الشرط كان مضموناً عليه ؛ لأنه قبضه على ان يكون ضامناً له ، وقال ابن حمزة : يكون أمانة ؛ لأنه لم يملكه فيكون أمانة ، لأصالة عدم الضمان .

قال رحمه الله : وما ليس كذلك ، يثبت في الذمة قيمته وقت التسليم ، ولو قيل : يثبت مثله ايضاً ، كان حسناً .

أقول : اذا اقترض المثلي وجب رد المثل اجمعاً ، فان تعذر المثل وجبت القيمة يوم القبض ؛ لأنه وقت ثبوته في الذمة ، ويحتمل وقت التعذر ؛ لأنه وقت الانتقال الى القيمة .

واذا اقترض القيمي وجب عليه القيمة يوم القرض على المشهور بين الأصحاب ، واستحسن المصنف رد المثل في القيمي ايضاً ، وهو ظاهر الشيخ في الخلاف ؛ لأن النبي صلى الله عليه وآله وسلم اخذ قصعة امرأة كسرت قصعة اخرى ، وضمن عائشة اناء حفصة وطعامها بمثلها^(١٩٠) ، وهو محمول على التراضي . وانما يحصل المماثلة مع الاشتراك في جميع الصفات التي لها مدخل في القيمة ،

(١٨٩) - الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٢٠ من الدين والقرض . حديث ١ .

(١٩٠) - سنن البيهقي ٦ : ٢١ و ٩٦ .

فاذا دفع المائل في جميع الصفات وجب قبوله على قول المصنف ، ولا يجب على المشهور بين الأصحاب ولو تغيرت اسعار القيمي وجبت القيمة يوم القبض على المشهور ، وعلى قول المصنف يجب القيمة يوم دفع العوض .

قال رحمه الله : ويجوز اقتراض الجواري . وهل يجوز اقتراض اللائسي ؟ قيل : لا ، وعلى القول بضمان القيمة ينبغي الجواز .

أقول : يجوز اقتراض المثلي اجماعاً ، وكذا القيمي الذي يمكن السلف فيه ، وفي ما^(١٩١) لا يضبطه الوصف ، ولا يجوز السلف فيه كاللآلي واللحم والجلود قولان ، مع اتفاقهم على جواز اقراض الخبز عدداً ووزناً عملاً بالعرف ، والمنع في الجواهر وشبهها مذهب الشيخ ، والجواز مذهب ابن ادريس ، لأصالة الجواز ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : القرض يملك بالقبض لا بالتصرف ؛ لأنه فرع التملك ، فلا يكون مشروطاً به . وهل للمقرض إرجاعه ؟ قيل : نعم ، ولو كرهه المقرض ، وقيل : لا ، وهو أشبه ؛ لأن فائدة الملك التسلط .

أقول : ذهب الشيخ في الخلاف الى اشتراط التصرف في حصول الملك ، والمشهور حصوله بالعقد ؛ لأن التصرف فرع الملك ، فلو كان مشروطاً به لزم الدور ، ويتفرع عليه جواز انتزاع العين ، فعلى اشتراط التصرف له ذلك قبله ، وليس له على عدم الاشتراط .

ويتفرع عليه ايضاً عتق القريب بنفس القبض ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : ولو شرط التاجيل في القرض لم يلزم ولو اجل الحال لم يتأجل ، وفيه رواية مهجورة .

أقول : الدين الحال لا يتأجل الا بأحد امور ثلاثة :

الأول : ان يشترط التأجيل في عقد لازم ، مثل ان يقول : (بعتك العبد مثلاً بمئة على ان تؤجلني بالدين او القرض او المهر سنة مثلاً) ، فيقول : (قبلت) ، وكلما يجوز تأجيله في العقد اللازم يجوز اسقاط الأجل فيه ايضاً ، ولو اقرضه واشترط تأجيل الحال عليه او حلول المؤجل على المقرض لم يصح وبطل القرض .

الثاني : يتأجل بالوصية ، فاذا اوصى بتأجيل ما على فلان سنة مثلاً تأجل ، ولا يحتسب الدين من الثلث ، لعدم خروجه عن ملك الورثة بالتأجيل ، بل يخرج من الثلث ما قابل الأجل ، فيقال : لو بيع هذا الدين الذي قيمته مئة مثلاً بمؤجل الى سنة بكم يباع ؟ فاذا قيل بمئة وخمسين علمنا ان قسط الأجل ثلث الثمن ، فيخرج ثلث الدين من الثلث وهكذا ؛ لأنه مقدار الفائت بالوصية ، فيقتصر عليه .

الثالث : يتأجل بالنذر والعهد واليمين .

قال رحمه الله : من كان عليه دين ، وغاب صاحبه غيبة منقطعة ، يجب أن ينوي قضاءه ، وأن يعزل ذلك عند وفاته ويوصي به ليصل الى ربه ، أو إلى وارثه إن ثبت موته ، وإن لم يعرفه اجتهد في طلبه ، ومع اليأس ، يتصدق به على قول . أقول : ما حكاه المصنف مذهب الشيخ في النهاية ، وهو مشتمل على أحكام :

الأول : وجوب نية القضاء .

الثاني : العزل عند الوفاة ، وهو واجب عند الشيخ والمصنف ، وانكره ابن ادريس وادعى الاجماع على عدم وجوبه .

الثالث : وجوب الوصية بدونه ، وهذا لا خلاف فيه .

الرابع : وجوب الصدقة مع اليأس من الوارث ، وهو مذهب الشيخ وابن البراج ، واختاره المصنف وابو العباس ، لئلا يتعطل المال ويخرج عن الانتفاع ،

ولاحتياج من هو عليه الى تفرغ الذمة ، ولا سبيل غير الصدقة ، فان ظفر بالوارث بعد ذلك قضاء دينه اذا لم يرض بالصدقة .

وقال ابن ادريس : يدفعه الى المحاكم اذا لم يعلم له وارثاً ، فان قطع بعدم الوارث كان للامام ، واختاره فخر الدين والمقداد ؛ لأن الامام وارث من لا وارث له ، وقال العلامة : اذا لم يعلم انتفاء الوارث وجب حفظه ؛ لأنه مال معصوم فيجب حفظه على مالكة ، فان ايس من وجوده والظفر به أمكن ان يتصدق به . قال رحمه الله : اذا باع الدين بأقل منه ، لم يلزم المديون أن يدفع إلى المشتري أكثر مما بذله على رواية .

أقول : سبق (١٩٢) البحث في هذه فائدة في الاعادة .

واعلم انه لو كان على الدين رهن انتقل الى المشتري تبعاً للدين ، نص عليه فخر الدين في شرح قواعد ابيه في باب الكفالة ، في قوله : (والأقرب انتقال حق الكفالة الى الوارث) ، فلما قرر المسألة : قال : وظهر الفرق بين الكفالة والرهن ؛ لأن الرهن تابع لاستحقاق الدين لتعلق نفس الدين بالرهن ، فالى من انتقل الدين انتقل الرهن بأي وجه كان ، ففي الوارث انتقل لسببين بانتقال نفس الرهن بالارث ، وبانتقال الدين الى مشتري الدين بسبب واحد وهو انتقال الدين ، انتهى كلامه رحمه الله .

في دين المملوك

قال رحمه الله : المملوك لا يجوز له أن يتصرف في نفسه بإجارة ولا إستدانة ولا في غير ذلك من العقود ، ولا بما في يده ببيع ولا هبة إلا بإذن سيده ، ولو حكم له بملكه ، وكذا لو أذن له المالك ان يشتري لنفسه ، وفيه تردد ، لأنه يملك ويطيء الأمة المشاعة مع سقوط التحليل في حقه .

أقول : العبد محجور عليه في انواع التصرفات بغير اذن سيده عدا الطلاق ، سواء قلنا : انه يملك او احلنا ذلك ، قال المصنف : (وكذا لو اذن له المالك ان يشتري لنفسه) . وهذه من المسائل الغامضة التي لا يدركها غير المحصل لهذا الفن ، فان مراده انه اذا دفع اليه السيد مالا ليشتري به العبد لنفسه فانه لا يملك التصرف فيه ايضا ، لفساد الاذن على كلا التقديرين ، اما على تقدير انه لا يملك فقد اذن له بالمحال ، فيكون الاذن باطلاً ، وأما على تقدير انه يملك فملكه محصور بما يملكه مولاه من فاضل الضريبة وأرش الجناية ، والسيد لم يملكه الثمن بل امره ان يشتري بما هو مملوك للسيد لنفسه ، فكان الاذن باطلاً ؛ لأنه يجري مجرى تمليكك لمال الغير ، وهو غير جائز .

وتردد المصنف في بطلان التصرف ؛ لأنه لو اذن له ان يشتري امة لنفسه فاشترى على ذلك الاذن ملك وطأها بسبب الاذن ، فلو لم يجز التصرف لما جاز الوطىء ؛ لأن علة جوازه اذنه بالملك المستلزم للتسلط على جميع التصرفات ومن جهلتها الوطىء ، ولا يكون حل الوطى من جهة التحليل ؛ لأنه متعذر في حقه ؛ لأن الأصحاب على قسمين ، منهم من منع جواز تحليل السيد امته لعبده ، ومنهم من جوز ذلك لكن شرط التعيين ، والأمر ليس كذلك ؛ لأنه قبل الشراء لم تكن معينة ولا مملوكة ، فلا وجه للتحليل ولم ينو غير الاذن .

قال العلامة : وهل يستبيح العبد البضع ؟ الأقرب ذلك لا من حيث الملك ، بل لاستلزامه الاذن .

وصاحب الترددات جعل منشأ التردد من ان العبد لا يملك ، ومن انه يستبيح الوطىء ولا سبيل غير الملك ، فيلزم انه يملك ، وهو غلط ؛ لأن قول المصنف : (وكذا لو اذن له بالشراء لنفسه) معطوف على المنع من التصرف وان حكم له بالملك ، وحكم المعطوف حكم المعطوف عليه ، فيكون المراد ما قلناه ، ويدل عليه قول العلامة : (لا من حيث الملك ، بل لاستلزامه الاذن) .

ومما يدل على ما قلناه استشكل العلامة صحة الشراء لبطلان الاذن المستلزم لتملك ما لا يصح تملكه ، والمعتمد صحة الشراء وعدم حل الوطىء ، أما صحة الشراء فلأنه مشتري مأذون فيه ، وجعله للعبد لا يبطله ؛ لأن جميع ما للعبد فهو لسيدته ، وأما عدم حل الوطىء فلانتفاء اسبابه ؛ لأن سببه العقد أو ملك الرقبة او المنفعة ، وليس ههنا شيء منها ، فلا يباح بدون السبب المبيح له .

قال رحمه الله : فإن اذن له في الاستدانة ، كان الدين لازماً للمولى إن استبقاه أو باعه ، وإن أعتقه ، قيل : يستقر في ذمة العبد ، وقيل : يكون باقياً في ذمة المولى ، وهو أشهر الروايتين .

أقول : كونه باقياً في ذمة المولى مذهب الشيخ في الاستبصار ، وبه قال ابن حمزة واختاره المصنف والعلامة في القواعد ، وأبو العباس في المقتصر ؛ لأن أذن السيد موجب لتعلق الدين في ذمته فلا ينتقل عنه بالعق ، وقال في النهاية : يستقر في ذمة العبد إذا اعتقه ، لرواية عجلان^(١٩٣) ، عن الصادق عليه السلام ، وتابعه ابن البراج ، واختاره العلامة في المختلف .

قال رحمه الله : ولو أذن له في التجارة دون الاستدانة ، فاستدان وتلف المال كان لازماً لذمة العبد ، وقيل : يستسعى فيه معجلاً .

أقول : السعي معجلاً مذهب الشيخ في النهاية ؛ لأن السيد قد غر الناس بالاذن بالتجارة ، ولصحيحة أبي بصير^(١٩٤) ، عن الصادق عليه السلام . والاستسعاء بعد العتق مذهب في المبسوط ، واختاره ابن إدريس ، وهو المعتمد ؛ لأن سعي العبد لمالكه ، فتصرفه فيما لم يأذن فيه غير جائز . وقال ابن حمزة : إن علم الديان أن المولى لم يأذن في الدين كان في ذمة العبد ، يتبع به بعد العتق ، وإن لم يعلم استسعى العبد عاجلاً .

وقال العلامة : إن كان الدين لضرورات التجارة لزم المولى ؛ لأن الأذن في التجارة يستلزم الأذن في الاستدانة لضرورتها ، وإن كان لغير ذلك يتبع به بعد العتق ، وهو حسن ، لكن العمل على الصبر إلى بعد العتق من غير تفصيل .

فرع : لا يثبت إذن العبد في التجارة بمجرد قوله ، لأصالة عدم الأذن ، وقوله غير حجة ، بل لابد من البيئة على الأذن أو الشيعاء على ما اختاره العلامة وابنه والشهيد ، لتعذر إقامة البيئة عند كل معامل .

قال رحمه الله : وإذا باع واشترى ، فأجرة ما يبيع على الأمر ببيعه ، وأجرة

(١٩٣) - الوسائل ، كتاب العتق ، باب ٥٤ من العتق حديث ١ .

(١٩٤) - الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٣١ من الدين والقرض حديث ١ .

الشراء على الأمر بالشراء ، ولا يتولاها الواحد .

أقول : السمسار في البيع والشراء فإذا باع كانت أجرته على البائع ، وإذا اشترى كانت أجرته على المشتري ، وقال المصنف هنا : (ولا يتولاها الواحد) ، وفي المختصر : ولا يجمع بينهما لواحد ، وعبارة القواعد كمبارة المصنف هنا ، وهي دالة على المنع من تولي الواحد ، ودلالتى البيع والشراء في سلعة واحدة ؛ لأن الوكيل يجب عليه مراعاة الأصلح لموكله ، وهو ممتنع هنا ، والا لزم اجتماع الضدين ، ولأنه يكون موجباً قابلاً ، وهو ممنوع عند بعضهم .

وأما عبارة المختصر النافع فهي دالة على عدم جواز أخذ الأجرتين لشخص واحد عن سلعة واحدة من البائع والمشتري ، بل يأخذ ممن هو وكيل له وعاقده ، فإن أمره بالبيع والابتياح كانت الأجرة على السابق بالأمر ، وقيل : يأخذ منها اجرة واحدة ، وكذا ان اقترنا في الأمر أو تعاقبا وكان الغرض مجرد العقد ، وان كان الغرض السمسرة لكل منهما كان للواسطة اجرتان على قدر عمله .

كتاب الرهن

في الرهن

قال رحمه الله : هل القبض شرط ؟ قيل : لا ، وقيل : نعم ، وهو الأصح .
أقول : باشتراط القبض قال الشيخ في النهاية وابن البراج وأبو الصلاح
والمفيد وابن الجنيد ، واختاره المصنف والشهيد ، لقوله تعالى : ﴿ فرهان
مقبوضة ﴾ ^(١) ولرواية محمد بن قيس ، عن الباقر عليه السلام ، « قال : لا رهن
الا مقبوضا » ^(٢) .

وبعدم الاشتراط قال الشيخ في الخلاف ، واختاره ابن ادريس والعلامة
وابنه وأبو العباس ، وهو المعتمد ، لأصالة عدم الاشتراط ، ولقوله تعالى :
﴿ أوفوا بالعقود ﴾ ^(٣) ، وهذا عقد فيجب الوفاء به .

وأجابوا عن الآية بكونها بياناً للإرشاد الى حفظ المال ، وهو لا يتم الا
بالقبض ، وعن الرواية بضعف السند ، وعلى القول باشتراط القبض لا يشترط

(١) - البقرة : ٢٨٣ .

(٢) - الوسائل ، كتاب الرهن ، باب ٣ في احكام الرهن ، حديث ١ .

(٣) - المائدة : ١ .

دوامه اجماعاً ، بل لو رده الى مالكه بعد القبض انعقد الرهن .

وقبضه كقبض المبيع الا انه يشترط فيه اذن الراهن بخلاف المبيع ، اذ لو قبضه بغير اذن البائع صح القبض ، والفرق بينهما ان القبض شرط في صحة العقد وهو من تمامه هنا ، فيقف على الرضى كالايجاب والقبول ، بخلاف البيع اذ القبض ليس شرطاً في انعقاده فلا يشترط اذن البائع ؛ لأنه قبض حقه ولا يفتقر الى رضى البائع في ذلك .

ولا يشترط مقارنة القبض لعقد الرهن ، بل لو طالبت المدة بعد العقد ثم قبض انعقد الرهن .

ويتفرع على اشتراط القبض وعدمه فروع كثيرة لا فائدة في ذكرها لظهورها عند ورودها .

قال رحمه الله : ولو أقر الراهن بالإقباض ، قضى عليه ، ما لم يعلم كذبه ، ولو رجع لم يقبل رجوعه . ويسمع دعواه لو ادعى المواطاة على الإشهاد ، ويتوجه اليمين على المرتهن ، على الأشبه .

أقول : هذا فرع على اشتراط القبض فلو أقر الراهن قضى عليه ، قال المصنف : (ما لم يعلم كذبه) وذلك مثل ان يقول بمكة : رهننت اليوم زيداً داري بالمدينة فاقبضته إياها ، وهذا يعلم كذبه ؛ لأن خرق العادة يلحق بالمحال ، فيكون محالاً ، فان رجع بعد اقراره الممكن ، وقال : اقررت مواطاة بيني وبينه ، لاقامة رسم القبالة ، او لورود خط وكيلي ، ثم ظهر الخلاف ، او ظننت ان القول كاف من دون التسليم ، هل يقبل رجوعه بمعنى انه تكون دعوى صحيحة بحيث يطالب بالبينة ومع عدمها يحلف المرتهن ، او تكون الدعوى باطلة لا يلتفت اليها ؟ يحتمل الأول ؛ لأنه ادعى شيئاً ممكناً قد جرت العادة به فيسمع ، ولأنه لو اعترف له المرتهن بما ادعاه ثبتت دعواه ، فع عدم الاعتراف يطالب بالبينة ، فان

لم يكن حلف المرتهن .

ويحتمل الثاني ؛ لأنه مكذب ، لاقاره بحق الغير ، فلا يقبل دعواه ولا يكون لها حكم ، والأول هو المعتمد .

قال رحمه الله : ولا يجوز تسليم المشاع إلا بإذن شريكه ، سواء كان مما ينقل أو لا ، على الأشباه .

أقول : قال الشيخ انما يعتبر اذن الشريك في المنقول كالجوهر والسيوف ، والمعتمد اعتبار اذنه مطلقاً ؛ لأن قبض المشاع انما يتم بتسليم الجميع ، فان كان مما ينقل فلا بد من نقل الجميع ، لعدم تمييز حق الشريك قبل القسمة ، وان كان مما لا ينقل فالقبض فيه التخلية - وهو ان يسلطه على التصرف بعد رفع يده عنه - وهو لا يتم الا بالتسليط على الجميع ، والتسليط على مال الغير بغير اذنه غير جائز ، فلا فرق بين المنقول وغيره .

تنبيه : اذا امتنع الشريك من الاذن في القبض ، فان رضي المرتهن بكونه في يد احدهما جاز ، وان امتنع ايضاً نصب الحاكم عدلاً من جهته يقبض لهما ، وحينئذ يسقط اعتبار رضي الجميع ، وهذا على القول باشتراط القبض او بكونه مشروطاً في العقد .

في شرائط الرهن

قال رحمه الله : وفي رهن المدير تردد ، والوجه أن رهن رقبته إبطال لتدييره . أما لو صرح برهن خدمته ، مع بقاء التدبير ، قيل : يصح إلتفاتاً إلى الرواية المتضمنة جواز بيع خدمته ، وقيل : لا ، لتعذر بيع المنفعة المنفردة ، وهو أشبه .

أقول : إذا رهن المدير قبل ابطال تدييره ، قال الشيخ في الخلاف : فإن لم يقصد في الرهن فسخ التدبير بطل الرهن ، ثم قال : ولا دلالة على بطلان التدبير ، ولا دلالة على صحة الرهن ، فينبغي أن يكون باطلاً ، ثم قال بعد ذلك : ولو قلنا انه يصح التدبير والرهن ؛ لأنه لا دلالة على بطلان واحد منهما كان قوياً .

وقال في المبسوط - بعد أن حكم ببطلان التدبير - : ولو قلنا الرهن صحيح والتدبير بحاله كان قوياً ، ومثله قال ابن ادريس ، وتردد المصنف من هذه الحثيثة ، ثم اختار أن رهن الرقبة ابطال للتدبير ، وهو يدل على اختياره صحة الرهن ، وبه قال العلامة وهو المعتمد ؛ لأن المدير مملوك يجوز التصرف فيه بأنواع التصرفات فلا مانع من صحة رهنه ، والتدبير وصية يجوز الرجوع فيها ،

والرجوع أعم من ان يكون بالقول أو الفعل ، فالرهن يكون رجوعاً في التدبير كما هو رجوع بالوصية ، لتعلق حق المرتهن فيه ، أما لو صرح برهن خدمته خاصة فقد ذكر المصنف وجهي الصحة والبطلان ، والبطلان هو المعتمد .

قال رحمه الله : ولو رهن المسلم خمرأً ، لم يصح ، ولو كان عند ذمي . ولو رهنها الذمي عند المسلم ، لم يصح ايضاً ، ولو وضعها على يد ذمي ، على الأثبة . أقول : قال الشيخ في المبسوط والخلاف : اذا استقرض الذمي من مسلم مالاً ورهن عنده بذلك خمرأً على يد ذمي آخر يبيعها عند محل الحق ، فباعها واتي بثمنها جاز له اخذه ولا يجبر عليه ، لعدم الدليل على اجباره ، وله ان يطالب بما لا يكون عوضاً عن محرم ، وفي هذا الكلام حكامان :

الأول : جواز ارتهان الخمر للمسلم اذا وضعه على يد ذمي ، والمعتمد عدم جوازه ؛ لأن يد الوكيل يد الموكل ، فكما لا يجوز له مباشرة لا يجوز توكيلاً .
الثاني : عدم اجبار المسلم على قبض ثمن الخمر من الذمي ، والمعتمد وجوب القبض او ابراء ذمته كما لو دفع من غير ذلك ؛ لأنه مال مملوك .

قال رحمه الله : ولو رهن ما لا يصح إقباضه ، كالطير في الهواء ، والسماك في الماء ، لم يصح رهنه . وكذا لو كان ممن يصح اقباضه ولم يسلمه ، وكذا لو رهن عند لكافر عبداً مسلماً أو مصحفاً ، وقيل : يصح ويضع على يد مسلم ، وهو أولى .

أقول : جواز رهن المصحف والعبد المسلم عند الكافر اذا وضعا على يد مسلم مذهب الشيخ في المبسوط ، واختاره العلامة في القواعد وابنه في شرحه والشهيد في دروسه ، وهو المعتمد ، لأصالة الجواز ، والمانع انما هو ثبوت السبيل وهو منتف هنا ؛ لأن الرهن ليس تملكاً ولا يوجب استحقاقاً ، بل يستلزم اشياء ، وهي غير مانعة :

الأول : ان يباع بالدين مع عدم الافتكاك ، وهو غير مانع ؛ لأن البائع هو

المسلم او وكيله او الحاكم ، فلا سبيل للكافر عليه .

الثاني : انه يستوفي دينه من ثمنه ، وهو غير مانع ايضاً ، اذ لا خلاف في جواز ابقاء الكافر دينه من ثمن العبد المسلم او المصحف .

الثالث : منع المسلم من التصرف وهو غير مانع ايضاً ؛ لأن الكافر ممنوع ايضاً من التصرف ، فلا سبيل له عليه ، وان لم يحصل سبيل يوجب السبيل للكافر ، فلا مانع من الجواز .

وظاهر ابن الجنييد المنع من ذلك ، واختاره العلامة في المختلف ، لما فيه من المنافاة لتعظيم ما يجب تعظيمه .

قال رحمه الله : ويصح الرهن في زمان الخيار ، سواء كان للبائع ، أو للمشتري او لهما ، لانتقال المبيع بنفس العقد على الأشبه .

أقول : سبق البحث في هذه المسألة في باب البيع ، اذ الجواز وعدمه مبني على ان انتقال المبيع هل هو بنفس العقد او بانقضاء الخيار ؟ وقد سبق ذلك ^(٤) .

قال رحمه الله : ويصح رهن العبد المرتد وان كان عند فطرة والجاني خطأ ، وفي العمد تردد ، والأشبه الجواز .

أقول : هنا مسألتان :

الأولى : في جواز رهن المرتد ، وقد اطلق الشيخ جواز رهنه ، واختاره المصنف والعلامة في القواعد والتحرير ، لأصالة الصحة ، ولعدم خروجه عن الملك بالارتداد من دون القتل ، والتقدير انه فات السلطان .

ومنع ابن الجنييد من جواز رهنه مطلقاً ، سواء كان عن فطرة او ملة ، لاشتراط كون ملك المرهون ثابتاً ، والمرتد مستحق للقتل فلا يصح رهنه .

وقصل العلامة في المختلف بين المرتد عن فطرة والمرتد عن ملة ، وبطل

رهن الأول وأجاز الثاني ، اما البطلان في الأول ، فلعدم جواز ابقائه فلا يجوز رهنه ، وأما الجواز في الثاني ، لأن وجوب قتله ليس مطلقا ، بل لعدم شرط الرجوع ، فقتله غير متحقق وهو لم يخرج بالارتداد عن الملك فيجوز رهنه ، وكذلك الجارية ، لعدم وجوب قتلها بالارتداد .

والمعتمد الأول ، فلو جهل المرتهن حاله كان له فسخ البيع المشروط فيه ارتهانه إلا أن يكون عن ملة ثم يتوب قبل علمه ، فلا خيار حينئذ ، لزوال العيب ، ولو علم فلا خيار ، سواء قتل او لم يقتل ، ولو لم يعلم حتى قتل احتمل ان يكون كما لو خرج مستحقا ، فيتخير في فسخ البيع المشروط فيه وامضائه ، وهو المعتمد ، ويحتمل عدم الفسخ كما لو خرج معيباً .

الثانية : في جواز رهن القاتل ، وابطله الشيخ في الخلاف مطلقا ، سواء كان القتل عمداً أو خطأ ؛ لأنه ان كان عمداً استحق القتل ، وان كان خطأ تعلقت برقبته فلا يصح^(٥) . وذهب المصنف والعلامة والشهيد الى الجواز مطلقا ، وهو المعتمد ، لعدم المنافاة ، اذ حق المجني عليه مقدم على الرهن ، فان قتل في العمد واسترق جميعه في الخطأ بطل الرهن ، وان فاداه مولاه او عفى المجني عليه بقي رهناً ، وان استرق بعضه كان الباقي رهناً ، ويثبت الخيار في امضاء البيع المشروط فيه وفسخه مع عدم العلم الا مع عفو المجني عليه قبل العلم ، ولو قتل في العمد قبل العلم ، فكما لو قتل المرتد .

فرعان :

الأول : اذا ظهر في الرهن عيب سابق على الرهانة كان له رده بالعيب ، فان كان البيع مشروطاً به تخير في فسخه وامضائه بغير رهن ، هذا اذا كان بالصفة التي قبضها ، أما لو حدث عنده عيب اخر او مات العبد لم يكن له رده بالعيب السابق ،

ولا أخذ الأرض ، بخلاف البيع ، وهو قول الشيخ في المبسوط .

ولو قيل : ان الموت وحدوث العيب عند المرتهن لا يمنع من الرد بالعيب السابق كان وجهاً ؛ لأنه لم يرض بالبيع الا مع الوثيقة على الثمن ، ولم يرض بالوثيقة الا مع كونها على الصفات المشترطة بها او المزية ، فاذا لم يظهر كذلك كان له ردها وفسخ البيع المشترط بها ؛ لأن حدوث العيب عنده وموت العبد من غير تفريط غير مضمون عليه ، لأنه أمانة عنده فلا يمنع من الرد ، بخلاف البيع اذا الثمن او المثلث مضمون على القابض ، فاذا حدث فيه عيب فهو من ضمانه ، فلا يجوز رده معيباً او ميتاً ، بل يأخذ ارض العيب السابق ، والرهن لا يجب فيه للعيب ارض ، ولا يجبر المرتهن على قبضه معيباً فلم يبق غير الرد او الرضا بغير رهن .

الثاني : لو اقر العبد المرهون بالجناية ، فان صدقاه كان الحكم فيه كما لو علما بالجناية قبل الرهانة ، فان قلنا بجواز رهن الجاني لم يبطل الرهن والا بطل ، وان صدقه الراهن خاصة لم يمض في حق المرتهن ولا يمين على المرتهن ، ما لم يدعي عليه العلم ويقدم حق المرتهن على حق المجني عليه ، فان افتك تعلقت به الجناية ، وان بيع بالدين غرم الراهن للمجني عليه ، لاعترافه بجناية المملوك ، وقد احوال بينه وبين حقه بالرهانة وان صدقه المرتهن خاصة لم يمض على الراهن .

وهل ينفسخ الرهن على القول بعدم جواز رهن الجاني ؟ يحتمل ذلك اذا لم يعف المجني عليه ، او يفتك احدهما ؛ لأنه اعترف بسبق حق الغير على حقه ، والتقدير انه مانع من صحة الرهن فيبطل ، ويحتمل العدم ، لأن اقراره غير مقبول في حق الراهن وهو معترف بصحة الرهن فلا يبطل ، والمعتمد الأول ؛ لأنه لو لم يفتكه الراهن لم يجز للمرتهن بيعه والاستيفاء من ثمنه ، لعلمه باستحقاق غيره له ، فلا يباح له بتكذيب الراهن .

قال رحمه الله : ولو رهن ما يسرع اليه الفساد قبل الأجل ، فان شرط بيعه ،

جاز . وإلا بطل ، قيل : يصح ويجبر على بيعه .

أقول : إذا رهن ما يسرع اليه الفساد كالأطعمة ، وكان الأجل متأخراً عن مدة بقائها ، فإن شرط بيعه وابقاء الثمن رهناً صح قطعاً ، وإن لم يشترط ذلك احتمل البطلان ، لاشتراط كون الرهن مما يصح الاستيفاء منه عند الأجل وهذا ليس كذلك ، ولعدم بقائه الى الأجل ، ويحتمل الصحة ؛ لأن الأصل في العقود الصحة ويكون الرهن قرينة دالة على البيع ، وجعل الثمن رهناً فهو كالأذن في ذلك صوناً لفعل العاقل عن اللغو والفساد والعبث ، إذ لو كان مقصوده الرهن على غير هذه الصفة كان عابثاً لاغياً لعلمه بفساد رهنه ، فحمله على الصحة مع الامكان اولى من الحمل على الفساد ، وهذا هو المعتمد .

فرع : لو رهن ما يصح عليه البقاء ثم طرأ عليه ما عرضه للفساد كتعقير الحنطة وتسويس التمر ، وجب بيعه وجعل ثمنه رهناً ويجبر المالك على البيع في موجهه ، فإن تعذر باع عليه الحاكم ، فإن تعذر باع المرتهن .

في الحق

قال رحمه الله : وكذا مال الكتابة ، ولو قيل بالجواز كان أشبه .

أقول : الكتابة المطلقة لا كلام في جواز اخذ الرهن على مالها ، اما المشروطة فقد اختلف فيها ، قال الشيخ وابن البراج وابن ادريس : لا يجوز ؛ لأن للمكاتب فسخ الكتابة بتعجيله نفسه ، فلا يكون المال ثابتا في الذمة ، ولانه لو امتنع من دفع مال الكتابة كان لسيده رده في الرق فلا فائدة في الرهن .

والمشهور عند المتأخرين جواز أخذ الرهن على ذلك ، وهو المعتمد ؛ لأنه مال ثابت في الذمة فيجوز اخذ الرهن عليه ، وليس له تعجيل نفسه مع القدرة ، بل يجبره الحاكم او المالك على السمي ؛ لأن الكتابة عقد لازم فليس له فسخها اختياراً ، ولو سلمنا جواز الفسخ لم نسلم بطلان الرهن لجوازه في مدة الخيار مع جواز الفسخ .

قال رحمه الله : ولا يصح على ما لا يمكن استيفاؤه من الرهن ، كالإجارة المتعلقة بعين المؤجر مثل خدمته . ويصح على ما هو ثابت بالذمة ، كالعمل المطلق .
أقول : ربما يشته تصوير هذه المسألة على المبتيء ، ومراده : ان الاجارة

إذا تناولت منفعة شيء معين لم يجوز أخذ الرهن على تلك المنفعة ، كما لو أجره عبداً معيناً للخدمة سنة ، أو داراً معينة للسكنى سنة ، أو دابة معينة لحمل شيء معين ، فإذا أراد أن يرهن عنده شيئاً على هذه المنافع لم يجوز ، لعدم جواز استيفاء المنفعة من غير المعين الذي وقع عليه العقد .

أما لو وقع العقد على منفعة في الذمة كخياطة ثوب ، أو بناء دار ، أو حمل شيء معين جاز أخذ الرهن على المنفعة ، ويباح عند تعذر العمل أو يستأجر من يفعل ذلك ، لعدم تعلقها بمعين ، بخلاف الصورة الأولى .

قال رحمه الله : ولو رهن على مال رهناً ، ثم استدان آخر ، وجعل ذلك الرهن عليهما ، جاز .

أقول : هذا إذا كان الدين الثاني من الديان الأول ، أما لو كان من غيره فإنه لا يصح إلا مع إجازة المرتهن الأول ، وإذا حصلت الإجازة من الأول احتتم بطلان حقه مطلقاً ، ويصير جميعه رهناً للتاني ؛ لأنه أجاز تعلق حق الغير به ، فينتفي تعلق حقه ، لحصول المنافاة ؛ لأن مقتضى الرهن اختصاص المرتهن وتقدمه على غيره من الغرماء بضمن الرهن ، فلا يجوز اجتماع حقين متصفين بهذه الصفة بعين واحدة لحصول المضادة .

ويحتتم البطلان فيما قابل دين الثاني خاصة ، كما لو كان دين الثاني عشرة مثلاً وكان قيمة الرهن عشرين مثلاً ، يكون قد سقط حق الأول من نصف الرهن ؛ لأن المقصود من الرهن عند الثاني والإجازة من الأول وفاء حقه من الرهن ، وهو يحصل بما قابله فيبقى الباقي على رهانة الأول ، لعدم المنافاة بينهما . ويحتتم عدم بطلان حق الأول مطلقاً ؛ لأنه لم يصرح بإسقاط حقه ، والاصل بقاءه ، وصدور الإجازة منه غير دالة على إسقاط حقه ، ولا منافاة لثبوته ، إذا لا مانع من تعلق دينين بعين واحدة مع تقدم أحدهما على الآخر ، فإن

فضل عن الأول شيء كان للثاني .

فروع :

الأول : لو اسقط الثاني حقه من الرهانة ، فان قلنا بسقوط حق الأول مع اجازته بقي الرهن مطلقاً لا حق متعلقاً فيه ، وان قلنا بسقوطه فيما قابل حق الثاني سقط ذلك القدر خاصة ، وان قلنا بعدم السقوط ، بل فائدة الاجازة تعلق حق الثاني فيما فضل عن الأول لم يسقط شيء باسقاط الثاني حقه وان زادت قيمة الرهن عن دين الأول ، لعدم تحقق الفضلة قبل الاستيفاء لاحتمال تلف الزائد قبله .

الثاني : لو لم يعلم الأول بالرهانة الثانية حتى مات الراهن ، هل يختص الثاني بالفاضل عن الأول ؟ يحتمل ذلك ؛ لأنه لازم من جهة الراهن ما لم يبطله الأول ، وهو لم يبطله ، فيكون لازماً من جهته ، والمانع من اختصاص الثاني تعلق حق الأول وقد زال ، فلا مانع حينئذ .

ويحتمل عدم الاختصاص ؛ لأن صحة رهانة الثاني مشروطة بالاجازة ، وهي لم تحصل فتنتفي الصحة لانقضاء شرطها ، والأصل عدم اختصاصه من دون الغرماء بشيء ما لم يتحقق السبب المخصص ، وهو لم يتحقق فلا تخصيص لشيء ، وهو المعتمد .

الثالث : لو اجاز المرتهن الأول الرهانة الثانية بعد موت الراهن ، لم تؤثر الاجازة شيئاً لخروج الرهن عن ملك الراهن بالموت ودخوله في ملك الغير ، فلا يؤثر في ملك من انتقل اليه ، لعدم رضاه بالرهانة ، وكذا^(٦) لو مات الفضولي البائع لمال الغير ، ثم أجاز المالك العقد بعد موت العاقد ، فان هنا يصح على القول بوقوف بيع الفضولي على الاجازة ؛ لأن المجيز هنا هو المالك والعاقد غيره ، فلا فرق بين موته وحياته ، لعدم تغير الحال في ذلك ، اذ لا حق للعاقد في المعقود

(٦) - في « ر ٢ » : ولا كذا .

عليه ، فلا يتغير الحكم بموته ، بخلاف الراهن ، اذ العاقد هو المالك والمجيز غيره ، ويموت المالك ينتقل الملك الى الغير فلا يؤثر اجازة غير المالك في ملك غير العاقد فافترقا .

قال رحمه الله : وليس للمالك فسخ الوكالة ، على تردد ، وتبطل مع موته ، دون الرهانة .

أقول : الرهن قابل للشروط السائفة ، فاذا شرط ان يكون وكيلاً في بيع الرهن عند حلول الأجل صح هذا الشرط ، وهل للراهن فسخه ؟ تردد المصنف في ذلك من ان الوكالة عقد جائز من الطرفين ، وقضية المجائز جواز الفسخ فيكون جائزاً هنا ، فاذا فسخ تخير البائع حينئذ في فسخ البيع المشروط فيه الرهن والوكالة ، وفي امضائه وبقاء الرهن بغير وكالة ، ومن انها اشترطت في عقد لازم فيلزم ؛ لأن كل جائز يشترط في عقد لازم صار لازماً ، لقوله عليه السلام : « المؤمنون عند شروطهم »^(٧) فلا يجوز فسخها ، وهو المعتمد ، فلو مات الراهن انفسخت الوكالة دون الرهانة ؛ لأن الوكالة تبطل بالموت .

فان قيل : ان الوكالة صارت عندكم لازمة ، والعقود اللازمة لا تبطل بالموت فبطلانها بالموت ينفي كونها لازمة .

لأننا نقول : تغير حكم الوكالة لا يوجب تغير حقيقتها ؛ لأن حقيقة التوكيل هي استنابة الوكيل بايقاع الفعل عن الموكل ، وهذه الحقيقة تنفي بالموت ، لعدم جواز ايقاع الفعل هنا عن الميت لانتقال متعلق الوكالة الى الغير ، ومع انتفاء الحقيقة ينتفي الحكم ؛ لأن الجواز واللزوم من احكام الوكالة ، ولا بقاء للحكم مع انتفاء الحقيقة ، وموت المرتن موجب لبطلان الوكالة ايضاً دون الرهانة ، إلا ان يشترط في العقد انتقالها الى ورثته بعد موته ، فتنتقل حينئذ .

فرع : لو أقر المرتهن بالدين الذي ارتهن عليه ، واشترط الوكالة فيه انتقل الدين والرهن الى المقر له دون الوكالة ، بل يبقى لمن اشترطت له ولا تبطل باقراره بالدين للغير ، وكذا لو اشترط غير الوكالة ، فانه يكون لمن اشترطت ولا تبطل^(٨) ولا ينتقل الى المقر له بالدين .

قال رحمه الله : والمرتهن أحق باستيفاء دينه من غيره من الغرماء ، سواء كان الراهن حياً أو ميتاً ، على الأشهر .

أقول : هذا هو المشهور بين الأصحاب ؛ لأن فائدة الرهن اختصاص المرتهن بالاستيفاء ، وتقديمه على غيره من الغرماء ، وقد وردت رواية بعدم الاختصاص اذا مات الراهن ، وهي رواية عبدالله بن الحكم ، « قال سألت ابا عبدالله عليه السلام عن رجل أفلس وعليه دين لقوم ، وعند بعضهم رهون وليس عند بعضهم ، فأتى ولا يحيط ماله بما عليه من الديون ؟ قال : تقسم جميع ما خلف من الرهون وغيرها على أرباب الدين بالحصص »^(٩) .

وربما عضد الرواية كون الموت موجباً لتعلق الدين بالتركة فيتساوى الجميع بأعيانها ، بخلاف حالة الحياة اذ الدين متعلق بالذمة فافترقا ، وقد يمكن استيفاء غير ذي الرهن حالة الحياة من الكسب المتجدد بعد قسمة امواله ، ولا يمكن ذلك في حالة الموت فيتضرر غير المرتهن بسقوط جميع حقه ، والمشهور هو المعتمد ، وإلا لانتفت فائدة الرهن .

قال رحمه الله : وإن كان للرهن مؤنة كالدابة ، أنفق عليها وتقاصاً ، وقيل : إذا أنفق عليها كان له ركوها أو يرجع على الراهن بما أنفق .

أقول : الاتفاق على ما يحتاج اليه الرهن واجب على المرتهن ؛ لأن حفظ

(٨) - لم يرد في « ٢ » .

(٩) - الوسائل ، كتاب الرهن ، باب ١٩ في أحكام الرهن ، حديث ١ .

الرهن واجب عليه ، وهو لا يتم إلا بالاتفاق فيكون واجباً ، فإذا أنفق ، قال في النهاية : له الانتفاع بالظهر والدار مقابل نفقته ، وهو قول أبي الصلاح الحلبي ، لرواية أبي ولاد حفص بن سالم^(١٠) ، عن الصادق عليه السلام .

وقال ابن ادريس : لا يجوز التصرف في ذلك ، لوقوع الاجماع على منع الراهن والمرتهن من التصرف ، ثم قال : فان أنفق تبرعاً فلا رجوع له ، وان نوى الرجوع واشهد على ذلك رجع بما أنفق اشترط في الرجوع الاشهاد ، والشهيد اشترط في الرجوع بالنفقة اذن المالك او الحاكم ، فان تعذر فالاشهاد ، والمصنف والعلامة اطلقا التقاص ولم يقيدا بشيء ، وصرح ابو العباس بعدم الاشتراط ، بل يرجع مع نيته ، ولا يفنقر الى اذن ولا اشهاد ؛ لأنه امين والاتفاق واجب عليه فيقبل قوله من غير بينة ، والأحوط مذهب الشهيد ، والاعتداد على عدم وجوب غير بينة الرجوع .

أما التصرف بالرهن بالركوب والحلب فانه لا يجوز إلا مع اذن المالك او الحاكم او افتقار الدابة الى ذلك وتضررها بتركه ، ويقضى حينئذ بالتقاص ويرجع صاحب الفضل بفضله .

قال رحمه الله : ولو وطئ المرتهن الأمة مُكْرَهاً ، كان عليه عشر قيمتها او نصف العشر ، وقيل : عليه مهر امثالها .

أقول : هذا مبني على ما يجب على الواطيء للأمة بشبهة او اكراه ، وسيأتي ان شاء الله تعالى في باب نكاح الاماء .

قال رحمه الله : ولو باع أو وهب ، وقف على إجازة المرتهن . وفي صحة العتق مع الإجازة تردد ، والوجه الجواز . وكذا المرتهن . وفي عتقه مع إجازة الراهن تردد ، والوجه المنع ، لعدم الملك ما لم يسبق الإذن .

أقول : هنا مسألتان :

الأولى : في تصرف الراهن في الرهن ، ولا شك في المنع منه بغير إذن المرتهن إذا كان التصرف ناقلاً للملك كالبيع والهبة ، أو ينقص به المال كالوطيء المفضي الى الاحبال الموجب لنقص المالية ، وأما ما ليس كذلك كتأجير النخل ، وختان العبد ومداواته ، ورم المستهدم من الدار ، وزرع الأرض ، وحلب الدابة وما شاكل ذلك فلا يمنع منه .

إذا عرفت هذا فان عقود الناقله كالبيع والهبة تصح مع اجازة المرتهن ، وهل عتقه يصح مع الاجازة ؟ تردد المصنف في ذلك من ان العتق لا يقع موقوفاً ولا يقبل التعليق فيقع باطلاً ، لاشتراط التنجيز فيه ، ومن ان العتق مبني على التغليب ، ولهذا يسري في ملك غيره ، فيقع صحيحاً ويكون مراعى ، والاجازة كاشفة ، فان أجاز المرتهن تبيناً وقوع العتق من حينه ، وان رد تبيناً بطلانه من رأس ، وهذا هو المعتمد ، وهو مذهب الشيخ في النهاية والمصنف والعلامة ، والمنع قول الشيخ في المبسوط .

فرع : لو انتفت الاجارة والرد ثم افتك الرهن لزمّت العقود ، لعدم وقوعها باطلة ، وهي لازمة من جهة الراهن ، وقد زال المانع فتلزم .

الثانية : في تصرف المرتهن ، وهو ممنوع من جميع التصرفات مطلقاً بغير إذن الامع افتقار الرهن الى التصرف فيه ، وحصول الضرر عليه مع عدم التصرف ، فهذا النوع من التصرف جائز بغير إذن المالك ، وهل يقف عتقه على اجازة المالك ؟ تردد المصنف في ذلك ، من حصول الاجازة من المالك وهي تقتضي صحة العتق^(١١) ، ومن ان العتق لا يكون إلا في ملك^(١٢) ، والمرتهن غير

(١١) - في « ٢ » : العتق .

(١٢) - الوسائل ، كتاب العتق ، باب ٥ من ابواب العتق .

مالك ، فيقع العتق باطلاً ، والاجازة لا تؤثر فيما يقع باطلاً ، بخلاف الراهن ، لوقوعه من المالك ، والمعتمد بطلان ما لم يسبق الاذن ، لكونه وكيلًا حينئذ .

قال رحمه الله : ولو وطئ الراهن فأحبها ، صارت ام ولد ، ولا يبطل الرهن ، وهل تباع ؟ قيل : لا ، مادام الولد حيًا ، وقيل : نعم ، لأن حق المرتهن أسبق ، والأول أشبه .

أقول : قال في المبسوط : لا يبطل الرهن ؛ لأنها مملوكة ، وتبعه ابن ادريس واختاره العلامة ، وهو مذهب المصنف ، لسبق حق المرتهن ، فلا تبطل بتعدي الراهن في الوطئ ، وهو المعتمد .

وقال في الخلاف : ان كان موسراً لزم قيمتها ويكون رهناً ويبطل الرهن فيها ، لحرية ولدها ، وان كان معسراً بقي الرهن بحاله وجاز بيعها بالدين .

والمصنف جمع بين عدم بطلان الرهن وعدم جواز بيعها بالدين وبه قال العلامة في التحرير ، فعلى هذا تكون الفائدة منع الراهن من التصرف بشيء من التصرفات ويجبر على فكها ، بخلاف غيرها من الرهون فان الراهن لا يجبر على الفك ، بل له ان يوفي الدين من الرهن ، والمعتمد اجباره على فكها مع القدرة عند حلول الدين لا قبله ، فان تعذر الفك جاز بيعها ، ولا يجب على المرتهن الصبر الى يسار المالك ، ولا فرق في عدم بطلان الرهن بين ان يكون الوطئ باذن المرتهن او بغير اذنه ، جزم به في القواعد .

قال رحمه الله : ولو غصبه ثم رهنه صح ، ولم يزل الضمان ، وكذا لو كان في يده بيع فاسد . ولو اسقط عنه الضمان صح .

أقول : في هذا الكلام ثلاث مسائل ، جزم المصنف بها ولم يتردد في شيء منها ، وكل مسألة لا تخلو من إشكال :

الأولى : اذا كان الرهن مغصوباً ، ثم رهنه المقصوب منه عند الغاصب صح

الرهن بلا خلاف وان اشترطنا القبض ؛ لأنه مقبوض في يد الغاصب .

وهل يزول الضمان بمجرد العقد ؟ جزم المصنف بعدم زواله ، وهو مذهب الشيخ في المبسوط والخلاف ، واختاره الشهيد ، وهو المعتمد ؛ لأنه قبل الرهن كان مضموناً على الغاصب فكذا بعده ، لأصالة بقاء الضمان ، ولقوله عليه السلام : « على اليد ما أخذت حتي تؤدي » (١٣) .

وذهب العلامة في القواعد الى زوال الضمان ؛ لأنه صار مأذوناً له في الامساك فلا تكون يده غاصبة ، وقوى في المختلف مذهب الشيخ .

الثانية : اذا كان مقبوضاً بالبيع الفاسد ثم رهنه المالك عند من هو في يده صح الرهن بلا خلاف ، وهل يزول الضمان ؟ جزم المصنف بعدم زواله ، ولم يفرق بينه وبين ما كان منصوباً للعلّة المذكورة في النصب ، وهو كونه مضموناً قبل الرهن ، فكذا بعده .

وذهب العلامة في القواعد الى زوال الضمان ، واختاره فخر الدين ، وهو المعتمد ؛ لأن ضمانه أخف من ضمان الغاصب ، ولأن قبضه السابق مأذون فيه من جهة المالك ، وانما كان مضموناً عليه ؛ لأنه قبضه لنفسه قبضاً فاسداً ، لكون العقد غير ناقل ، وبعد الارتهان صار مقبوضاً للمالكه فيصير امانة ، فهذا فرق بينهما .

الثالثة : اذا أبرأ الغاصب من ضمان النصب وهو في يد الغاصب ، هل يبرأ ام لا ؟ جزم المصنف هنا بصحة الابراء وسقوط الضمان وهو مذهب الشيخ رحمه الله ، (لوجوب رد) (١٤) السبب الموجب لضمان القيمة عند التلف ، وهو النصب . وذهب في القواعد الى عدم سقوط الضمان ، وهو المعتمد ؛ لأنه ليس له في ذمة الغاصب شيء ما دامت العين باقية ، بل حقه متعلق بالعين ، وانما ينتقل إلى

(١٣) - مستدرک الوسائل ، کتاب النصب ، الباب ١ ، حديث ٤ .

(١٤) - في « ر » : لوجود .

الذمة بعد تلف العين ، فاذا أبرأه والعين قائمة كان ابراءاً مما لم يجب ، وهو باطل .

فروع :

الأول : اذا أودع المغضوب منه العين المغصوبة عند الغاصب قبل ان يقبضها المالك ، او آجره اياها قبل قبضها صحت الوديعة والاجارة ، وهل يزول الضمان ؟ يحتمل عدم ، لما قلناه في الرهن ، ويحتمل الزوال ؛ لأن الاستئمان في الايداع اقوى منه في الرهن ؛ لأنه استئمان محض ، واستئانة في الحفظ والاستئجار مع كونه امانة فقد صرفه فيه ، وسلطه على منافعه ، وملكه اياها فيزول الضمان ، وهو المعتمد .

الثاني : اذا أعاد العين المغصوبة للغاصب ، هل يزول الضمان ؟ يحتمل ذلك ؛ لأنه قد سلطه على منافعه كالاجارة ، ويحتمل عدم ، لأصالة بقاء الضمان ، ولحصول الفرق بين امساك المستأجر والمستعير ، فان امساك المستأجر يحق لازم عقد مقابل العوض الذي دفعه الى المالك فصار قبضه كقبض المالك ، وامساك المستعير غير لازم ، وامساكه لنفسه بغير عوض ولا عقد لازم ، فامساكه اضعف من امساك المستأجر ، فلا يزول عنه الضمان ما لم يسلمه الى المالك ، وهو المعتمد .

الثالث : اذا اوكل الغاصب في بيع المغضوب او عتقه ، هل يزول الضمان بمجرد الوكالة قبل البيع والتسليم الى البائع او العتق ؟ يحتمل ذلك ؛ لأن الوكيل كالمستودع ، فيزول الضمان بمجرد الوكالة ؛ لأن يد الوكيل يد الموكل ، ويحتمل عدم ، لأصالة بقاء الضمان ، وللفرق بينه وبين المستودع لثبوت الأجرة له ما لم ينتزع ، والمعتمد عدم زوال الضمان .

قال رحمه الله : ولو حملت الشجرة أو المملوكة ، كان الحمل رهناً كالأصل على الأظهر .

أقول : النماء المتجدد بعد الإرهتان ، ان كان متصلاً اتصال ممازجة كالسمن

والطول دخل في الرهن إجماعاً ، وإن كان منفصلاً أو يقبل الانفصال كالثمرة والولد والصوف والشعر ، قال الشيخ في النهاية بدخوله ، وهو مذهب المفيد وابن البراج وأبي الصلاح وابن حمزة ، واختاره ابن ادريس وادعى عليه الاجماع ، واختاره المصنف .

وقال الشيخ في الخلاف والمبسوط بعدم الدخول ، واختاره العلامة وابنه ما لم يشترط دخوله ، لأصالة عدم الدخول وكونه غير جزء من الرهن ، ومذهب العلامة هو المعتمد .

قال رحمه الله : وإذا رهن النخل لم تدخل الثمرة ، وإن لم تؤبر . وكذا إن رهن الأرض لم يدخل الزرع ولا النخل والشجر ولو قال بجميع حقوقها دخل فيه ، وفيه تردد ، ما لم يصرح .

أقول : منشؤه من أنه قال بحقوقها فدخل جميع ما هو متصل فيها ، ومن أن الزرع والثمرة ليسا جزءاً من الأرض والنخل ، والأصل عدم دخوله ما لم يصرح مالكة بالدخول ، وهذا هو المعتمد .

فرع : إذا رهن الجدار ، هل يدخل الأس تحته ، أو يدخل المغرس تحت الشجرة إذا رهنها من دون الأرض ؟ يحتمل ذلك ؛ لأن منفعتها لا تتم الا بهما ، ولا يمكن وجود الرهن من دون المصاحبة لهما ، ويحتمل العدم ، لعدم دخولها في البيع من دون الشرط ، ولأنهما ليسا من اجزاء الرهن ولا من مساه ، والأصل عدم دخولها من دون الشرط وهو المعتمد ، نعم يجب ابقائهما فيها أبداً ما لم ينهدم الجدار وتنقلع الشجرة ، وليس له الاعادة حينئذ .

قال رحمه الله : وهل يجبر الراهن على الإزالة ، قيل : لا ، وقيل : نعم ، وهو الأشبه .

أقول : إذا نبت في الأرض شيء من الشجر المحترم بعد الرهن ، هل يجبر

الراهن على ازالته ؟ يحتمل ذلك ، سواء انبته الراهن او أجنبي او الله تعالى ما لم يكن من فروخ الشجر المرهون ؛ لأن بقاءه يضر^(١٥) في الأرض ، كما لو وضع متاعاً في الدار ، فانه يجبر على ازالته فكذا هنا ، وهو مذهب المصنف والعلامة وفخر الدين ، الا انه قيد وجوب الازالة عند الانتهاء عادة لئلا يخرج عن الانتفاء فيحصل الضرر ، وهو المعتمد .

وقال الشيخ في الخلاف : لا يجبر على الازالة ، واختاره العلامة في التحرير ؛ لأنه تصرف في المنافع ، وهي غير داخله في الرهن فلا يمنع منها ، ولا يجبر على ازالة ماله من ماله ، ولو كان الفرس من فروخ الشجر المرهون لم يمنع منه ، ولا يجبر على ازالته اذا كانت الفروخ موجودة حالة الارتهان ، لكونها داخله في الرهن ، فلا ضرورة على المرتن في ذلك ، بخلاف ما ليس داخلأ في رهنه .

قال رحمه الله : ولو رهن لقطة مما يلتقط كالحيار ، فان كان الحق يحل قبل تجدد الثانية ، صح ، وان كان متأخراً تأخراً يلزم منه اختلاط الرهن بحيث لم يتميز ، قيل : يبطل ، والوجه أنه لا يبطل .

أقول : القول بالبطلان قول الشيخ في المبسوط ، لعدم الاستيفاء من الرهن ؛ لأن كل ما يصح رهنه وجب ان يصح بيعه عند الأجل ، وعنده ان هذا لا يصح بيعه ، لعدم تمييزه من غيره ، وما لا يصح بيعه عند الأجل لا يصح رهنه ، لعدم الفائدة في ذلك واختار المصنف الصحة ، وكذا إختيار العلامة وابنه ، وهو المعتمد ، ويحكم فيه كما يحكم في الأموال المتزجة وهو القضاء بالصلح ؛ لأن مقدار كل لقطة غير معلوم ، وكذا حكم كل مالين امتزجا ولم يعلم المقدار فيهما ولا في احدهما .

قال رحمه الله : ولو رهن من مسلم خيراً ، لم يصح . فلو انقلب في يده خلاً ، فهو له على تردد ، وكذا لو جمع خيراً مُراقاً ، وليس كذلك لو غصب عَصيراً .
 أقول : منشأ التردد من ان الخمر لا يجوز اثبات اليد عليه لغير التخليل ، والأول قد أسقط حقه منه بدفعه الى المرتهن ، فاذا صار خلا في يده ملكه ؛ لأن قبل صيرورتها خلا لا ملك لأحد عليها ، فهي لمن تخللت في يده . ومن احتمال عود الملك الى الاول ؛ لأن يده اسبق عليها وكان له اثبات اليد عليها للتخليل ، وقد دفعها بغير نية الاعراض عنها ، لعدم سقوط حق الراهن من الرهن ، والأول هو المعتمد .

وكذا الخلاف لو كان معه خلا واراقه فجمعه جامع فتخلل في يده كان ملكه لمن تخلل في يده ، بل ملك الثاني هنا اقوى ؛ لأن الأول اراقه بنية الاعراض عنه . والمعتمد في المسألتين ان قبضه الثاني بنية التخليل كان احق به ؛ لأنه قبضه قبضاً مباحاً ، وان كان ليس كذلك فالأول احق به ؛ لأن الثاني قبضه قبضاً منهيأ عنه ، والأول يده اسبق ، ويقبل قوله في قصد نية التخليل وعدمه .

قوله : (وليس كذلك لو غصب عَصيراً) ، اي اذا غصب عَصيراً فتخلل في يده لم يملكه الثاني ؛ لأن العَصير مملوك للأول ، ولا يخرج عن الملك الا بصيرورته خيراً ، بل يكون للأول بغير خلاف ، ويضمن التفاوت لو نقصت قيمة الخل عن العَصير .

قال رحمه الله : اذا فرط في الرهن ، لزمه قيمة يوم قبضه ، وقيل : يوم هلاكه ، وقيل : أعلى القيم ، فلو اختلفا في القيمة ، كان القول قول الراهن ، وقيل : القول قول المرتهن ، وهو الأشبه .

أقول : هنا مسألتان :

الأولى : في القيمة التي يغرهما المرتهن اذا ثبت تفريطه باقراره او بالبينة ، في

ذلك خمسة أقوال :

الأول : قول المصنف ، وهو قيمته يوم قبضه ، وهو قول نادر لم يذكره غيره ، ونقله العلامة في القواعد . قال عميد الدين : وأما القول بأن عليه القيمة يوم قبضه فشيء نقله المصنف وابن سعيد ، ولم ينق على ذلك الا من نقلها .

الثاني : قيمته يوم هلاكه ، وهو قول المفيد والشيخ في النهاية ؛ لأنه يوم استقرار الضمان وانتقاله الى ذمة المرتهن .

الثالث : اعلى القيم من يوم القبض الى يوم التلف ، قال ابو العباس في مهذبه ومقتصره : نقله المصنف - يعني مصنف المختصر - وهو يشعر بأنه لم يقف عليه الا من قوله ، والظاهر انه اشتبه عليه بالقول الأول الذي اختاره المصنف هنا ، وهو ضمان القيمة يوم القبض ؛ لأنه لم يذكره غيره وغير العلامة ، وأما هذا القول فهو قول الشيخ في المبسوط ، وهو قول مشهور نقله عنه فخر الدين واختاره ، ونقله عنه المقداد ايضا ، وهو مشهور في المصنفات .

الرابع : اعلى القيم من يوم التلف الى يوم حكم الحاكم عليه بالقيمة ، وهو قول ابن الجنييد .

الخامس : اعلى القيم من يوم التفريط الى يوم التلف ، وهو قول العلامة في المختلف ، وهو المعتمد ؛ لأنه زمان الضمان ، اذ قبل التفريط لم يكن مضموناً ، وبعد التلف لا يلتفت الى زيادة القيمة ولا نقصانها ، لذهاب العين وانتقال الضمان الى الذمة .

الثانية : اذا اختلفا في القيمة ، قال الشيخ : القول قول الراهن ، وبه قال ابن البراج وابن الجنييد وسلار وابن حمزة وابو الصلاح الحلبي ، لسقوط عدالة المرتهن بتفريطه فلا يلتفت الى قوله ، وقال ابن ادريس : القول قول المرتهن ، واختاره المصنف والعلامة ، وهو المعتمد ؛ لأنه منكر ، وقال عليه السلام : « البينة على

المدعي واليمين على من انكر»^(١٦)، وسقوط عدالته لا يوجب سقوط هذا الحكم .
قال رحمه الله : ولو اختلفا فيما على الرهن ، كان القول قول الراهن ، وقيل :
قول المرتهن ، ما لم تستغرق دعواه ثمن الرهن ، والأول أشهر .

أقول : الأول مذهب جمهور الأصحاب وهو المعتمد ؛ لأن الراهن منكر
للزيادة فيكون القول قوله فيها ، لأصالة براءة الذمة من الزائد عما اعترف به .
والثاني : مذهب ابن الجنيد معولا على رواية السكوني^(١٧) ، عن الصادق
عليه السلام الدالة على مطلوبة ، وهي مع مخالفتها للأصل ضعيفة السند ؛ لأن
السكوني عامي المذهب .

قال رحمه الله : لو اختلفا في متاع ، فقال أحدهما : هو وديعة ، فقال المسك :
هو رهن ، فالقول قول المالك ، وقيل : القول قول المرتهن والأول أشبه .

أقول : الأول مذهب الشيخ في النهاية ، وبه قال ابو الصلاح وابن البراج
وابن ادريس واختاره المصنف والعلامة وهو المعتمد ؛ لأن المسك مدع والمالك
منكر .

والثاني : مذهب السيد المرتضى والشيخ في الاستبصار ، لرواية عبادة بن
صهيب في الموثق^(١٨) ، عن ابي عبد الله عليه السلام ، وشنع ابن ادريس هنا على
الشيخ تشنيعا عظيما ، ولم يذكر السيد بشيء مع انه اسبق من الشيخ .

(١٦) - الوسائل ، كتاب القضاء ، باب ٢ ، كيفية الحكم واحكام الدعوى ، حديث ٢ .

(١٧) - الوسائل ، كتاب الرهن ، باب ١٧ في احكام الرهن ، حديث ٤ .

(١٨) - الوسائل ، كتاب الرهن ، باب ١٦ في احكام الرهن ، حديث ٣ .

كتاب المفلس

في منع التصرف

قال رحمه الله : أما إذا أقر بدين سابق صح ، وشارك المقر له الغرماء ، وكذا لو أقر بعين دفعت الى المقر له ، وفيه تردد ، لتعلق حق الغرماء بأعيان ماله .
أقول : اختلف الأصحاب في هذه المسألة ، فالشيخ في المبسوط اختار قبول الاقرار بالدين والعين معاً ، وبه قال العلامة في التحرير ، الا انه استشكل إحلاف المقر مع تكذيب الغرماء انه لم يقر مواطاة ، ثم فرع على وجوب اليمين ونكوله عنها اشكالا في احلاف الغرماء على ان اقراره مواطاة او احلاف المقر له على عدم المواطاة .

والشيخ في الخلاف حكم بالمشاركة بالدين وتردد في العين ، والعلامة في الارشاد حكم بصحة الاقرار بالدين ومنع من مشاركة الغرماء بل يتبع به بعد فك الحجر عنه ، وابطل الاقرار بالعين .

ووجه قول المبسوط والتحرير عموم قوله عليه السلام : « اقرار العقلاء على انفسهم جائز »^(١) ، والمساواة الاقرار للبيئة ، اذ لو اقام المدعي بيئة بدعواه

(١) - المستدرک ، کتاب الاقرار ، الباب ٢ ، حديث ١ .

شارك الغرماء او يتبرع العين ، فكذا مع الاقرار ، ووجه المنع تعلق حق الغرماء بأعيان ماله ، وفي اقراره بالعين ضرر عليهم فلا يكون مقبولا .

ووجه الفرق بين العين والدين ان حق الغرماء تعلق في امواله ، فلو قبل اقراره بالدين لشارك المقر له الغرماء فيما ثبت انه ماله ، والعين لم يثبت انها ماله ، فاذا أقر بها ، قبل ، لعدم ثبوت ملكه لها ، وهو فرق ضعيف .

والمعتمد عدم الفرق بين الاقرار بالدين والعين ، فان لم يكن متهاً قبل اقراره فيها ، وان كان متهاً بطل بالنسبة الى الغرماء فيها ، وصح في حق نفسه يتبع بالدين بعد فك الحجر ، وتوخر العين ، فان فضلت عن الغرماء دفعت الى المقر له ، وان استغرقها حق الغرماء وجب عليه دفع قيمتها بعد فك الحجر الى المقر له .

قال رحمه الله : ولو قال هذا المال مضاربة لغائب ، قيل : يقبل قوله مع يمينه وأقر في يده . وإن قال لحاضر وصدقه ، دُفع إليه ، وإن كذبه قسّم بين الغرماء .
أقول : هذا قول الشيخ في المبسوط نقله المصنف هنا والعلامة في القواعد ، ولم يتعرض له بقوة ولا ضعف ، والمعتمد عدم الفرق بين هذا الاقرار والاقرار المذكور في المسألة السابقة ، لاتحاد العلة فيها فيتحدد الحكم في يمين (المقر هنا)^(٢) اثبات لحق الغير^(٣) ، وهو غير جائز ، فان قبل اقراره قبل بغير يمين ، وان لم يقبل لم يثبت باليمين .

(٢) - لم يرد في « ر » .

(٣) - كذا

في اختصاص الغريم بعين ماله

قال رحمه الله : ومن وجد منهم عين ماله ، كان له أخذها ، ولو لم تكن سواها ، وله أن يضرب مع الغرماء بدينه ، سواء كان وفاء أو لم يكن ، على الأظهر .

أقول : هذا مذهب الشيخ في الخلاف ، وبه قال ابن الجنييد وابن البراج وابن ادريس ، واختاره المصنف والعلامة وهو المعتمد ، لما رواه عمر بن يزيد في الصحيح ، عن الكاظم عليه السلام ، « قال : سألت عن الرجل يركبه الدين فيوجد متاع رجل عنده بعينه ، قال : لا يحاصه الغرماء »^(٤) ، ولأنه لم يسلم له العوض ، فكان له الرجوع الى المعوض .

وقال الشيخ في النهاية والاستبصار بعدم الاختصاص مع قصور مال المفلس عن اداء الدين ؛ لأن دينه دين غيره متعلق بذمته وهم مشتركون في ذلك ، فلا وجه للتخصيص ، ولأن المال قد انتقل الى المفلس بعقد البيع ، فلا يعود

الى مالكة الا بوجه شرعي ، لرواية ابي ولاد^(٥) ، عن الصادق عليه السلام .
قال رحمه الله : وهل الخيار في ذلك على الفور ؟ قيل : نعم ، ولو قيل
بالتراخي ، جاز .

أقول : اذا وجد الغريم عين ماله كان مخيراً بين اخذها والضرب مع
الغرماء ، وهل الخيار على الفور ؟ قال الشيخ في المبسوط : فيه قولان ، وجعل
الفورية احوط ، والعلامة في القواعد اختار الفورية ، وهو المعتمد ؛ لأن التأخير
يفضي الى تضرر الغرماء بتأخير حقهم فأشبهه الأخذ بالشفعة ، ولما في ذلك من
الأخذ بالاحتياط .

وظاهر المصنف هنا والعلامة في التحرير ان الخيار على التراخي ؛ لأن
الخيار قد ثبت له بالزمان الأول ، والأصل بقاؤه .

قال رحمه الله : ولو وجد بعض المبيع سليماً ، أخذ الموجود بحصته من الثمن ،
وضرب بالباقي مع الغرماء ، وكذا لو وجده معيباً معيب ، قد استحق أرشه ، ضرب
بأرش النقصان .

أقول : لم يتردد المصنف في هذه المسألة ، واطلق الضرب بأرش النقصان ،
وهي مسألة غامضة تحتاج الى كشف وايضاح .

وتحقيق البحث ان نقول : اذا وجد المبيع ناقصاً ، فان كان النقص يمكن
افراده بالبيع كالعبد من العبدین اخذ السليم بحصة من الثمن وضرب مع الغرماء بما
يخص التالف .

وان كان النقص لا يمكن افراده بالبيع كقطع اليد وقلع العين او ذهاب شيء
من جوارحه ، فهذا النقص لا يمكن افراده بالبيع ؛ لأنه لا يمكن تقسيط الثمن على
اطراف العبد ، فلا يصح افرادها بالبيع ، فلا يخلو اما ان توجب الجناية أرشاً كما

إذا كانت من اجنبي ، او لا يوجب كما اذا كانت من المشتري او من قبله تعالى ، فان كان الثاني فليس له إلا أخذه معيباً او الضرب بالثمن مع الغرماء ، وان كان الأول كان مخيراً بين الضرب بالثمن وترك العين ، وبين اخذ العين والضرب بجزء من الثمن على نسبة نقصان القيمة ان كان الثمن اقل من القيمة ، وان كان اكثر منها (أو مثلها) ^(٦) ضرب بنقصان القيمة دون الزائد عليها .

وقول المصنف : (ضرب بأرش النقصان) ، مراده نقصان القيمة لا أرش الجناية مطلقاً ؛ لأنه قد يكون كل الثمن كما لو اشترى عبداً بمئة يساوي مئتين ثم قطعت يده ، فان ارشها يكون مئة ، فلو اوجبنا الأرض لأخذ العبد الثمن وهو باطل .

والتحقيق ان نقول : لا يخلو اما ان يكون الثمن اقل من قيمة العبد ، او اكثر منها ، او مثلها .

الأول : ان يكون اقل من القيمة كما لو كانت قيمته عشرين ثم باعه بعشرة ثم قطعت يده ، فانه ينظر الى قدر ما نقص من قيمته بسبب الجناية ، فيضرب بنسبته من الثمن فان كان نصفاً ضرب بنصف الثمن وان كان ثلثاً ضرب بثلث الثمن ، وهكذا ، وان لم ينقص شيئاً بسبب الجناية لم يكن له الا الضرب بالثمن او اخذه مجاناً ، وهذا معنى قولنا : (ضرب بجزء من الثمن على نسبة نقصان القيمة) ولا يجوز هنا الضرب بما نقص من القيمة ؛ لأنه يؤدي الى اخذ الثمن والمثمن او ازيد من ذلك ، كما لو فرضنا انه نقص بالجناية ثلاثة ارباع القيمة ، فلو اوجبنا الضرب بنقصان القيمة لأخذ ثلثا ونصفا والمثمن ، وهو باطل .

فان قيل : انه يلزم في هذا الفرض ان يأخذ اكثر من الثمن على ما ذهبتم اليه ، فانه يأخذ العبد وقيمه خمسة ، ويأخذ ثلاثة ارباع الثمن ، وهو سبعة

ونصف ، فتجمع له اثنا عشر ونصفا ، وهو اكثر من الثمن بدرهمين ونصف ، فان الثمن عشرة دراهم .

فانا نقول : هذا غير مانع ؛ لأنه حكم اقتضاء التقسيط ^(٧) ؛ لأن كل جزئين من العبد يقابل جزءاً من الثمن ، فالراجع اليه من العبد خمسة ، وهو مقابل درهمين ونصف درهم من الثمن ، فاذا أخذ سبعة ونصفا لم يأخذ اكثر من الثمن لما بيناه ان الخمسة تقابل درهمين ونصف درهم ، ألا ترى لو كان العبد سليماً من العيب كان له أخذه وهو يساوي عشرين والثمن عشرة ، ولا يجب عليه ان يرد على الغرماء شيئاً ، فلو كان قدر المحاباة محسوبا عليه ، لما جاز اخذ العبد الا بعد رد عشرة دراهم .

وهذا لم يقل به احد غير العلامة في التذكرة ، فانه منع من اخذ العبد اذا زادت قيمتها لزيادة السعر او اشترت بدون ثمن المثل ، وهو قول نادر ولم اجد له موافقاً ، والخلاف انما هو اذا زادت القيمة للنماء المتصل كالسمن والطول لا مع الزيادة لغير ذلك ، وقد جزم في القواعد بالرجوع وان زادت لزيادة النماء المتصل . وقال في التحرير : واذا اختار الرجوع الى العين كانت له سواء كانت السلعة مساوية لثمنها او اقل او اكثر ، وهذا هو المعتمد .

الثاني : ان يكون الثمن اكثر من القيمة كما لو كانت القيمة عشرة فاشتراه بعشرين فاذا جني عليه فصار يساوي خمسة ضرب بنصف القيمة وهي خمسة ، ولا يضرب بنصف الثمن ؛ لأن العشرة الزائدة محاباة من المفلس لم يأخذ مقابلها عوضاً ، فلا يجب على الغرماء اداء تبرعاته ، بل اداء ما أخذ مقابلته عوضاً .

ولو لم ينقص من القيمة التي هي عشره شيء لم يضرب بشيء كما قلناه اولاً ، وهو معنى قولنا : (ضرب بنقصان القيمة دون الزيادة عليها) ، اي دون

(٧) - في « ر ٢ » : بالتقسيط .

نقصان الزائد من الثمن على القيمة .

الثالث : ان يكون الثمن بقدر القيمة ، فهنا يضرب بمقدار ما نقص من الثمن بسبب الجناية ، لعدم التفاوت بينه وبين القيمة ، وقال العلامة في التحرير : فينظر كم نقص من القيمة فيرجع بذلك الجزء من الثمن لا من القيمة ، واطلق القول في ذلك ولم يفصل بين ان يكون الثمن اقل من القيمة او اكثر ، والمصنف اطلق الرجوع بأرش النقصان ، وقد بينا ان مراده نقصان القيمة لا أرش الجناية ؛ لأن ذلك لم يقل به احد ، الا انه لم يفصل بين ان يكون الضرب بنقصان الثمن او نقصان القيمة ، ولا فرق بين ان يكون الثمن اقل من القيمة او اكثر ، والشيخ في المبسوط اطلق الرجوع بقسط ما نقص بالجناية من الثمن ولم يفصل ايضاً .

اذا عرفت هذا ، فعبارة المصنف والتحرير والنهاية^(٨) والمبسوط متفقة معنى وان اختلف اللفظ ، والمعتمد التفصيل الذي ذكرناه وحققناه ، وهو مذهب العلامة في القواعد ، الا ان عبارته فيها غامضة لا يدركها غير المحصل لهذا الفن المحقق له .

قال رحمه الله : ولو كان النماء متصلاً ، كالسمن أو الطول ، فزادت لذلك قيمته ، قيل : له أخذه ؛ لأن هذا النماء يتبع الأصل ، وفيه تردد .

أقول : اما النماء المنفصل فلا خلاف في كونه للمفلس لا يجوز الرجوع فيه ، واما المتصل الذي يزيد بسببه القيمة فقد اختلف فيه ، قال الشيخ في المبسوط : انه تابع للأصل ، فاذا فسخ البيع فيه تبعته الزيادة ، واختاره ابن البراج ، وجزم به العلامة في القواعد ، وقال ابن الجنييد : يأخذ العين بقيمتها ويرد الزيادة على الغرماء ، واختاره العلامة في المختلف ؛ لأن الزيادة مملوكة للمفلس ، فلا تخرج عن ملكه مجاناً ، واختار في الارشاد سقوط حقه من العين ، وهو يدل على المنع

وان بذل قيمة الزيادة ، وبالف في التذكرة بأن اسقط حقه من العين مع زيادة قيمتها لزيادة السعر او كان الشراء بدون ثمن المثل ، وهو نادر .
فقد ظهر ان للعلامة اربعة اقوال في هذه المسألة ، أشهرها قول القواعد ، وأقواها قول المختلف .

قال رحمه الله : اذا اشترى أرضاً ، يغرس المشتري فيها ثم أفلس ، كان صاحب الأرض أحق بها ، وليس له إزالة الغروس ولا الأبنية . وهل له ذلك مع بذل الأرض ؟ قيل : نعم ، والوجه المنع . نعم يباعان ويكون له ما قابل الأرض . أقول : اختيار المصنف هو المعتمد ، وقال في المبسوط : له الإزالة مع بذل الأرض .

قال رحمه الله : ولو اشترى زيتاً ، فخلطه بمثله ، لم يبطل حق البائع من العين ، وكذا لو خلطه بدونه ، لأنه رضي بدون حقه . وان خلطه بما هو اجود ، قيل : يبطل حقه من العين ، ويضرب بالقيمة مع الغرماء .

أقول : بطلان حقه من العين مع الخلط بالأجود مذهب الشيخ في المبسوط ، واختاره العلامة في القواعد والتحرير ، وهو المعتمد ؛ لأنها ليست موجودة من طريق المشاهدة ولا الحكم ؛ لأنه ليس له المطالبة بقيمتها اجماعاً ، بل بالثمن الذي وقع العقد عليه ، واذا لم تكن موجودة من الوجهين كانت بمنزلة التالف ، فيتعين الضرب مع الغرماء بالثمن .

وقيل : يباع الزيتان معاً ، فيؤخذ الثمن على قدر قيمة الزيتين ، فاذا كان قيمة العين درهما والممتزج فيها درهمن ، يباع واخذ ثلث الثمن ، ووجود عين ماله وامكان التوصل اليها بما قلناه .

وقال ابن الجنييد : لو كان المبيع مما يكال او يوزن فاختلف بما لا يتميز بمحضر من شهود ثم افلس المشتري ، كان للبائع ثمن متاعه به على الغرماء ، ولم

يفصل بين الاختلاط بالأجود أو الأرذأ أو المائل ، واختاره العلامة في المختلف .
ولا فرق بين الزيت وغيره من المكيلات والموزونات .

قال رحمه الله : ولو اسلم في متاع ، ثم أفلس المسلم اليه ، قيل : إن وجد رأس ماله أخذه ، وإلا ضرب مع الغرماء بالقيمة ، وقيل : له الخيار بين الضرب بالثمن وبقيمة المتاع ، وهو أقوى .

أقول : إذا اسلم في حنطة مثلاً ثم أفلس المسلم اليه ، فإن وجد عين الثمن الذي دفعه كان له أخذه وكان أحق به من سائر الغرماء ، وإن لم يجد عين ماله ضرب بقيمة الطعام الذي اسلم فيه مع الغرماء ، وهل له مع فقد عين ماله فسخ العقد والضرب بالثمن الذي هو رأس ماله ؟ قال الشيخ في المبسوط : قيل له ذلك ، وقواه المصنف هنا ، واختاره العلامة ، وهو المعتمد ؛ لأنه قد تعذر استيفاء المسلم فيه ، فكان للمشتري الفسخ كسائر اصناف السلم .

ويحتمل المنع ، لأصالة لزوم العقد وعدم وجود عين ماله ، فليس له الا الضرب بقيمة ما في ذمة المفلس - وهو المتاع المسلم فيه - فيقوم قيمة عادلة ثم يضرب بتلك القيمة ، سواء زادت عن الثمن الذي دفعه او نقصت .

تنبيه : لو وجد مثل المتاع الذي اسلم فيه في مال المفلس لم يكن له الاختصاص به ، ولا يتعين اخذ حقه منه ، لاشتراك الغرماء بأعيان امواله ، والدين انما يتعين بالقبض وهو لم يقبضه ، وكونه من جنس ماله لا يكفي في التعيين .

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

أقول : القول بمنع يمين الغرماء قول الشيخ رحمه الله ، وهو المعتمد ؛ لأنه لا

يصح للإنسان أن يحلف ليثبت ما لا لغيره ، والغرماء يحلفون ليثبتون ما لا للمفلس وهو غير جائز . وقال ابن المنجد : يجوز لهم الحلف ؛ لأنهم إذا حلفوا كان لهم المطالبة فكان النفع لهم ، والجواب أنهم يأخذون عن المفلس لا بالأصالة .
قال رحمه الله : وإذا مات المفلس حل ما عليه ، ولا يحل ماله ، وفيه رواية أخرى مهجورة .

أقول : قال الشيخ في النهاية : يحل ماله ، وبه قال أبو الصلاح وابن البراج لما رواه أبو بصير ، « قال : قال أبو عبد الله : إذا مات الميت حل ماله وما عليه من الدين » (٩) .

والمشهور حلول ما عليه دون ماله ، والفرق حصول الإجماع على حلول ما عليه ، قال السيد المرتضى في المسائل الناصرية : إلى الآن لا أعرف لأصحابنا فيه نصاً معيناً فاحكيه ، وفقهاء الأمصار كلهم يذهبون إلى أن الدين المؤجل يصير حالاً بموت من هو عليه . ويقوى في نفسي ما ذهب إليه الفقهاء ويمكن أن يستدل عليه بقوله تعالى : ﴿ من بعد وصية يوصي بها أو دين ﴾ (١٠) علق القسمة بقضاء الدين فلو أخرجت تضررت الورثة ، هذا كلامه رحمه الله .

نقل عن علماء الأمصار كلهم أنهم يذهبون إلى حلول الدين المؤجل بموت من هو عليه ، وهذا هو الإجماع بعينه ، ولأنه مع منع الورثة من التصرف في التركة قبل حلول الأجل يحصل الضرر عليهم ، ومع أمرهم بالتصرف يحصل الضرر على صاحب الدين ، فوجب أن يحل ما عليه دفعاً لهذه الضرورة اللاحقة بأحد الفريقين ، بخلاف ماله إذ لا مفسدة في تأخيرها إلى حين الأجل ، إذ الأصل عدم الحلول ، خرج ما وقع عليه الاتفاق ، يبقى الباقي على الأصل ، ولا فرق بين أن

(٩) - الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ١٢ أبواب القرض والدين ، حديث ١ .

(١٠) - النساء : ١١ .

يكون الدين سلماً او دية خطأ تعلق بمال الجاني او غير ذلك للعموم .
قال رحمه الله : وينظر المعسر ، ولا يجوز إزامه ولا مؤاجرته ، وفيه رواية أخرى مطرحة .

أقول : اختار المصنف مذهب الشيخ في الخلاف وابن ادريس ، واختاره الشهيد ؛ لأنه لم يوجب التكسب للدين ، وقال ابن حمزة : ان كان المديون معسراً صبر عليه من له الدين حتى يجد ، وان كان مكتسباً أمره بالانفاق على نفسه وعياله وصرف الفاضل في دينه ، وان كان غير مكتسب خلى سبيله حتى يجد ، لما رواه السكوني في الموثق ، عن جعفر ، عن ابيه عليهما السلام : « ان عليا عليه السلام كان يحبس في الدين ثم ينظر فان كان له مال دفعه الى الغرماء ، فيقول لهم : اصنعوا به ما شئتم واجروه ، وان شئتم استعملوه » (١١) .

واختاره العلامة في المختلف ، وهو ظاهر القواعد ؛ لأنه اوجب عليه السعي في الدين ، ويلزم منه جواز مؤاجرته مع الامتناع ؛ لأن القادر على التكسب غير معسر ولهذا يمنع من الزكاة ، وغير المعسر يجب عليه اداء الدين .
احتج المانعون بقوله تعالى : ﴿ وإن كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة ﴾ (١٢) ، وبأصالة براءة الذمة من وجوب السعي والمؤاجرة ، وهو المعتمد .

(١١) - الوسائل ، كتاب الحجر ، باب ٧ في احكام الحجر ، حديث ٣ .

(١٢) - البقرة : ٢٨٠ .

في قسمة ماله

قال رحمه الله : ولو اقتضت المصلحة تأخير القسمة ، قيل : يجعل في ذمة ملي احتياطاً ، وإلا جعل ودیعة ؛ لأنه موضع ضرورة .

أقول : اذا باع الحاكم مال المفلس فان كان الغريم واحدا دفع اليه المال ، وان تعدد وأمكنت القسمة عاجلا من غير ضرورة لم يجز التأخير ، وان تعذرت او اقتضت المصلحة التأخير كظن ظهور غريم أو الخوف من ظالم ، أو غير ذلك مما يراه الحاكم من المصلحة .

قال المصنف : (قيل : يجعل في ذمة ملي احتياطاً والا جعل ودیعة) ، ولم يجزم بذلك ، وجزم به العلامة في القواعد ، وجزم به في التحرير ايضاً ، الا انه قيد بتعذر القسمة ، وانما لم يجزم المصنف بذلك ، لاحتمال عدم جواز تأخير دفع الحق الى مستحقه مع الامكان .

قال رحمه الله : وهل يزول الحجر بمجرد الاداء ، أو يفتقر الى حكم الحاكم ، الأولي أنه يزول بالأداء ، لزوال سببه .

أقول^(١٣) : ومن ان حجره يثبت بحكم الحاكم فلا يرتفع الا بحكمه ، وهو مذهب المصنف .

كتاب الحجر

في موجباته

قال رحمه الله : وهو بلوغ خمس عشرة سنة للذكر ، وفي أخرى إذا بلغ عشرين وكان بصيراً ، أو بلوغ خمسة اشبار جازت وصيته ، وأقيمت عليه الحدود .
أقول : يفهم من كلام المصنف ان الرواية الواردة ببلوغ العشر سنين أو بلوغ الخمسة اشبار (واحدة ، و)^(١) انها تضمنت جواز وصيته واقامة الحدود عليه مع بلوغ العشر أو الخمسة اشبار ، وليس الأمر كذلك بل الوارد بالوصفين اللذين ذكرهما وهما بلوغ العشر أو الخمسة اشبار روايتان تضمنتا حكيم ، فرواية بلوغ العشر تضمنت جواز الوصية ، ورواية بلوغ الخمسة الاشبار تضمنت جواز ايقاع الحدود عليه ، فالرواية الأولى هي رواية الصدوق محمد بن بابويه ، عن عبد الرحمن بن ابي عبدالله ، عن الصادق عليه السلام ، « انه قال : اذا بلغ الغلام عشر سنين جازت وصيته »^(٢) .

وروى زرارة ، عن الباقر عليه السلام مثل ذلك الا انه زاد في روايته :

(١) - في « ن » : أو حدة .

(٢) - الوسائل ، كتاب الوصايا ، باب ٤٤ في احكام الوصايا ، حديث ٣ .

« فانه يجوز له في ماله اذا أعتق او تصدق او أوصى على حد معروف »^(٣).

واما الرواية الثانية التي تضمنت جواز اقامة الحدود عليه فهي رواية السكوني ، عن الصادق عليه السلام ، « في رجل وغلام اشتركا في قتل رجل فقتلاه ، فقال امير المؤمنين عليه الصلاة والسلام : اذا بلغ الغلام خمسة اشبار اقتص منه ، واذا لم يكن قد بلغ خمسة اشبار لم يقتص منه ، واذا لم يكن قد بلغ خمسة اشبار قضي بالدية »^(٤).

قال رحمه الله : الوصف الثاني الرشد : وهو ان يكون مصلحاً لماله ، وهل يعتبر العدالة ؟ فيه تردد .

أقول : إعتبار العدالة مذهب الشيخ في المبسوط والخلاف ؛ لأن غير العدل سفيه ، والسفيه ليس برشيد ، وقال ابن الجنيد : الرشد هو العقل واصلاح المال ، واختاره اكثر المتأخرين ، لأصالة عدم الزيادة على ذلك ، وهو المعتمد ؛ لأن المفهوم من الرشد هو اصلاح المال مع الأمن من الانخداع في المعاملات ، فاذا ثبت هذا ثبت الرشد ، لأصالة عدم اشتراط الزائد على ذلك .

قال رحمه الله : ولو باع فأجاز الولي ، فالوجه الجواز ، للأمن من الانخداع . أقول : الجواز مذهب المصنف والعلامة ، وهو المعتمد لما قاله المصنف . وقال الشيخ وابن البراج لا يصح ؛ لأنه محجور عليه وممنوع من التصرف ، فلا يكون تصرفه صحيحا ، وحكم الاذن له في البيع حكم الاجازة بعده ، ولا فرق بينهما الا في اشتراط تعيين من يبيع عليه او يشتري منه اذا كان الاذن سابقا .

تنبيه : اذا بلغ الصبي وصرف امواله في وجوه الخير كالصدقات ، وعتق الممالك ، وبناء القناطر والمساجد ، وما شابه ذلك ، هل يكون ذلك تبذيراً ؟

(٣) - الوسائل ، كتاب الوصايا ، باب ٤٤ في احكام الوصايا ، حديث ٤ .

(٤) - الوسائل ، كتاب القصاص ، باب ٢٦ أبواب القصاص في النفس ، حديث ١ .

قال في الارشاد: وصرف المال في وجوه^(٥) الخير ليس بتبذير مع بلوغه في الخير، والظاهر ان الضمير في (بلوغه) عائد الى الصارف، اي مع بلوغ ذلك الصارف في الخير المبلغ الذي يصير اهلاً ان يصرف جميع امواله في الخير، بأن يكون مبالغاً في صنوف اعمال الخير من العلم والزهد والتقوى والمواظبة على جميع الطاعات والقيام بالواجبات والمندوبات، فمن كان على هذه الصفة لا يكون صرفه جميع امواله في الخير تبذيراً؛ لأن همه اشتغاله في امر آخرته، وقد اعرض عن هذه الدنيا وكان رغبته فيما عند الله، فاجبت هذه الهمة وهذه الرغبة صرف جميع امواله الى ما هو مطلوبه ومقصوده فلا يكون مبدراً.

أما لو كان تاجراً همه جمع الأموال في الكدح بالبيع والشراء والأسفار وغير ذلك من اصناف التكسيات، فهذا اذا صرف امواله في افعال الخير كان مبدراً، كما لو القاه في البحر؛ لأنه صرفه بما ليس همته ولا مقصوده، ولا هو اهل لذلك؛ لأن عاداته وهمته ومقصوده في جمع الأموال، فاذا صرفه جميعه بما ليس بمقصود له ولا ملائم لطبعه، كان سقيماً مبدراً، وكان ذلك اما لاختلال في عقله او للرياء والسمعة، فلا يكون لغرض صحيح، وكل صرف لا يكون لغرض صحيح فهو تبذير، ولا أرى لتأويل عبارة الارشاد بغير هذا الوجه وجهاً.

ويحتمل ان يكون صرف التاجر وشبهه لجميع ماله في أفعال الخير لا يكون تبذيراً؛ لأن المقصود من المال الانتفاع به، ولا انتفاع ابلغ من صرفه في هذا الباب، وهو ظاهر القواعد، فانه قال فيه: وصرف المال الى الخيرات ليس بتبذير، واطلق، والأول هو المعتمد لما بيناه.

ويحتمل ان صرف الأول - وهو المبالغ في افعال الخير - جميع ماله في الخير تبذير، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَجْعَلْ يَدَكَ مَغْلُولَةً إِلَىٰ عُنُقِكَ وَلَا تَبْسُطْهَا كُلَّ الْبَسْطِ

فتتعد ملوما محسوراً ﴿٦١﴾ .

وهذا الخطاب للنبي صلى الله عليه وآله وسلم مع عظم مبالغته في افعال الخير ، فقد نهى عن صرف جميع ماله في الخير ، فكيف من يكون قاصراً عنه في المبالغة في أفعال الخير ؟! وقد اومى في التحرير الى شيء من هذا ، فقال : وصرف اكثر المال في صنوف الخير مع قناعته بالباقي ليس بتبذير ولا سرف ، وهو يدل بمفهومه على ان صرف الجميع يكون تبذيراً ، بل صرف الاكثر مع عدم القناعة بالباقي يكون تبذيراً وسرفاً ، وليس بعيداً من الصواب .

والمراد بالقناعة هنا قدر الكفاية ، اي لا ترك الا قدر كفايته ، وليس المراد رضى النفس اذ قد لا ترضى بالجميع .

قال رحمه الله : وفي منعه من التبرعات المنجزة الزائدة على الثلث ، خلاف بيننا ، والوجه المنع .

أقول : يأتي البحث في هذا انشاء الله تعالى في كتاب الوصايا .

في أحكام الحجر

قال رحمه الله : لا يثبت حجر المفلس ، إلا بحكم الحاكم . وهل يثبت في السفه بظهور سفهه ؟ فيه تردد ، والوجه أنه لا يثبت إلا بحكم الحاكم ولا يزول إلا بحكمه .

أقول : قال الشيخ في المبسوط : حجر السفه لا يثبت إلا بحكم الحاكم ولا يزول إلا بحكمه ، واختاره المصنف والعلامة ، وهو المعتمد ؛ لأن ثبوت الحجر على خلاف الأصل ؛ لأن الأصل صحة تصرفات البالغ العاقل ، فالمنع من ذلك يفتقر إلى حكم الحاكم ، وإذا ثبت الحجر بحكمه لا يزول إلا بحكمه ، لأصالة بقاء الحجر ، وزوال السفه امر خفي ، فيفتقر إلى نظر الحاكم كما يفتقر ثبوت الحجر إليه .

وقيل : يثبت الحجر بظهور السفه من دون حكم الحاكم ؛ لأن علة الحكم ظهور السفه فلا يحتاج إلى الحكم بالحجر ، والا لما كان السفه علة وهو ممنوع ، فكلما وجد السفه وجد الحجر ، وكلما زال الحجر فلا يفتقر في دفعه إلى حكم الحاكم مع زوال السفه ، لزوال^(٧) السبب الموجب للحجر .

(٧) - في « ر ٢ » بعض النسخ ، و « ن » : بزوال .

قال رحمه الله : فإذا حجر عليه ، فبايعه إنسان ، كان البيع باطلاً . وإن كان المبيع موجوداً إستعاده البائع وإن تلف وقبضه بإذن صاحبه كان تالفاً ، وإن فك حجره . ولو أودعه ودیعة ، فأتلفها ، ففيه تردد ، والوجه أنه لا یضمن .

أقول : التردد في ضمان الودیعة مع اتلافها انما هو اذا كان الايداع بعد الحجر عليه ، أما اذا اودعه قبل الحجر ثم اتلفه بعده كان مضموناً عليه قطعاً ، ومنشأ التردد في الأول من اسناد التفريط الى المالك في ايداعه للمحجور عليه ، فلا یضمن المحجور عليه ، فهو كما لو اودع الصبي او المجنون فأتلف ، ومن عموم ضمان المتلفات ، فان الصبي والمجنون یضمنان ما اتلفاه من المال في مالهما ان كان لهما مال ، وكذلك السفیه اذا اتلف مالا ضمنه ، فهنا یضمن ایضا .

والمعتمد عدم الضمان ، لحصول الفرق بين الاتلافيين ؛ لأن المالك هنا قد عرض ماله للاتلاف بسبب التسليط عليه ، بخلاف ما اذا اتلف مالا من غير تسليط مالکة عليه ، والأصل براءة الذمة ، فهو كما لو قبضه المشتري ثمن ما اشتراه منه ثم اتلفه ، فكما لا یضمن هناك لا یضمن هنا ، ولا فرق بين علم المشتري من السفیه والبائع عليه بالحجر وعدمه في عدم ضمان ما قبضه منها باختیارهما عوضا عما دفعه اليهما ، قاله العلامة في القواعد والتحرير ، وفيه نظر من استحالة تكليف الغافل .

قال رحمه الله : اذا حلف انعقد يمينه ، ولو حنث ، كفر بالصوم ، وفيه تردد .
أقول : لا خلاف في انعقاد يمين السفیه في موضع ینعقد فيه يمين غيره ، ولا في وجوب الكفارة عليه مع الحنث ، ولكن هل ینحصر الكفارة في الصيام دون غيره ؟

تردد المصنف في ذلك من انه غير ممنوع من اليمين ولا من التكفير مع الحنث ، فيكون محيراً في انواع الكفارة كغيره ، ومن انه محجور عليه في جميع

التصرفات المتعلقة باخراج المال ، وغير الصيام يتضمن اخراج المال فيكون ممنوعا منه ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : ويختبر الصبي قبل بلوغه ، وهل يصح بيعه ؟ الأشبه أنه لا يصح .

أقول : معنى الاختبار ان نفوض اليه تصرفات امثاله يتصرف فيها ، فولد التاجر يفوض اليه البيع والشراء ، فان سلم من المغالبة علم رشده ، واولاد الأشراف الذين يرتفع امثالهم عن المعاملات يدفع الى الصبي منهم نفقته مدة بعضها في مصالحه ، فان كان حافظا لها يحاسب وكيله ويستوفي منه ويأمره بشراء ما يليق بحاله وينهاء عما لا يليق عرف رشده .

والمرأة تختبر بما يلائم حالها من حرف النساء ، فان كانت من اهل الغزل والنساجة اختبرت بهما ، وان كانت مرتفعة عن الصنائع اختبرت بالولاية على الخدم في خدمة البيت ، فان امرتهم ونهتهم في محل الأمر والنهي ، ومكنتهم فيما شأنهم التمكن فيه ، ومنعتهم عما من شأنهم الامتناع عنه ، علم رشدها ، فاذا علم رشد الصبي قبل بلوغه لم يفتقر الى اختبار بعد البلوغ .

اذا عرفت هذا ، فهل تصح العقود التي يختبر فيها قبل بلوغه ام لا ؟ يبنى ذلك على ان بيع المميز وشراءه بأمر الولي هل هو صحيح ام لا ؟

قال العلامة في التحرير : وقت الاختبار قبل البلوغ مع التمييز ، ومع اذن الولي يصح تصرفه وبيعه ، فقد جزم بصحة البيع ، وذهب المصنف هنا الى عدم صحة البيع ، وهو مذهب العلامة في الارشاد ، قال فيه : ويختبر الصبي قبل بلوغه ولا يصح بيعه ، جزم بعدم صحة البيع ، وقال العلامة في القواعد : وفي صحة العقود حينئذ اشكال ، ولم ينص على الاختبار ، هل هو قبل البلوغ او بعده ، بل استشكل في صحة العقود .

واختلف الشارحان في منشأ الاشكال بعد اتفاقهما على كون الاختبار بعد البلوغ ، قال فخر الدين : ان ظهر رشده حالة العقود صحت العقود قطعاً ، وان ظهر سفهه او لم يتبين شيء بعد ، فهل يحكم بصحة العقود او لا ؟ والاشكال في هذين الموضعين .

ومنشؤه ان السفه يصح تصرفه باذن الولي ، وهذه العقود مأذون فيها شرعاً ، ومن حيث بطلان تصرفات السفه وهذا سفهه ، هذا كلامه رحمه الله . جعل منشأه من صحة بيعه باذن الولي ، ومن عدم الصحة .

وقال عميد الدين : منشؤه من ان تصرفه موقوف على ثبوت رشده وقبله لم يكن رشده ثابتاً ، فلا يكون تصرفه صحيحاً ، ومن استبانة رشده عند وقوع العقد ، فكان صحيحاً ، هذا تعليقه رحمه الله .

قلت : الذي اوجب لها الاختلاف في التعليل فهمها وقوع الاختبار بعد البلوغ ، فعمل كل واحد منها على قدر فهمه ، ومن العجب فهمها كون الاختبار بعد البلوغ ، وقد نص العلامة في ارشاده وتحريره انه قبل البلوغ ، ونص عليه نجم الدين هنا .

وقال الشهيد في شرح الارشاد : كونه بعد البلوغ مذهب بعض العامة ثم منعه ، قال : ولو كان بعد البلوغ لأدى ذلك الى الحجر على البالغ الرشيد ، وهو خلاف الاجماع .

قلت : قول الشهيد هنا منقوض بعدم ثبوت الرشد الا بعد الاختبار . فان قيل : انها تلامذة المصنف وربما انها سمعاً منه ان مراده في الاشكال اذا كان الاختبار بعد البلوغ .

قلنا : ان عبارة عميد الدين لا تدل على ذلك ، بل على ضده ؛ لأنه قال : قال صاحب الشرائع : يختبر الصبي قبل بلوغه ، وهل يصح بيعه ؟ الأشبه انه لا

يصح ، تردد في صحة العقد الصادر منه قبل بلوغه ، والمصنف لم يفصل هل ذلك قبل البلوغ او بعده ، والظاهر ان المراد ان بلغ الصبي وشك في رشده فانه يختبر حينئذ بما يلائمه من التصرفات ، هذا كلامه رحمه الله . وهو دال على انه لم يفهم ذلك الا من اطلاق المصنف ؛ لانه لو سمعه منه لأسنده الى سماعه لا الى الاطلاق ، وكأنه لم يقف على قول المصنف في الارشاد والتحرير حالة شرحه لهذه المسألة ، والا لكان ذكر مذهبه فيها كما ذكر مذهب الشرائع .

وعلى القول بان الاختبار بعد^(٨) البلوغ يكون تعليل عميد الدين أنسب للحكم وأليق بمذهب المصنف ، وتعليل فخر الدين غير مذهب المصنف ؛ لأن مذهب المصنف في القواعد وغيرها جواز بيع السفينة باذن الولي سواء وقع بعد الاذن او قبله ثم اجازه الولي ، ولم يتردد في ذلك ، فحمل هذا الاشكال عليه يخالف مذهبه رحمه الله ، بل حمل الاشكال على كون الاختبار قبل البلوغ كما نص عليه في الارشاد والتحرير ، وكون منشأه من صحة بيعه اذا كان باذن الولي كما هو مذهب في التحرير في هذه المسألة المشروحة ، ومن عدم الصحة كما هو مذهب في الارشاد اولى ؛ لأن حمل اطلاقه في القواعد على ما قيدها في غيرها اولى من حمله على ما ليس بمذكور في مصنف من مصنفات اصحابنا المتداولة بيننا الآن ، وليس هو مذهبنا لهم ، بل لبعض الجمهور ، كما قاله الشهيد في شرح الارشاد ، واذا ثبت ان الاختبار قبل البلوغ ثبت ان منشأ الاشكال ما قلناه ، فلا يحتاج الى تعسف .

كتاب الضمان

في تعريف الضمان

قال رحمه الله : وهو عقد شُرِّع للتعهد بمال او نفس . والتعهد قد يكون ممن عليه للمضمون عنه مال ، وقد لا يكون . فهنا ثلاثة اقسام : القسم الأول في ضمان المال ممن ليس عليه للمضمون عنه مال . وهو المسمّى بالضمان بقول مطلق .

أقول : التعهد ان كان بالنفس فهو الكفالة ، وان كان بالمال ممن عليه للمضمون مال مثله فهو الحوالة ، وان كان ممن ليس عليه مال فهو الضمان بقول مطلق ، والى هذا أشار بقوله : (فهنا ثلاثة اقسام) .

وقوله : (بقول مطلق) اي من غير تقييد بقولنا : ممن عليه مثله .

في ضمان المال

قال رحمه الله : ولا يشترط علمه بالمضمون له ، ولا بالمضمون عنه ، وقيل : يشترط ، والأول أشبه .

أقول : هذا مذهب الشيخ في الخلاف واختاره المصنف والعلامة ، وهو المعتمد ، لما روي : « ان علياً عليه السلام ضمن عن ميت درهين »^(١) ، وروي : « ان ابا قتادة ضمن عن ميت دينارين »^(٢) ، وكان ذلك منها بمحضرة النبي صلى الله عليه وآله وسلم ، ولم يسألها عن معرفة صاحب الدين ولا عن معرفة الميت ، بل لا بد من تمييز المضمون عنه ، كما قاله المصنف ليصح معه القصد الى الضمان عنه ، والمعرفة التي لا تشترط هي معرفة الاسم والنسب .

وقال في المبسوط : فيه ثلاثة أقوال ، احدها : يشترط معرفتها ، وهو الأظهر ، اما معرفة المضمون له لينظر هل هو سهل المعاملة او لا ؟ واما المضمون عنه لينظر هل يستحق ذلك عليه ام لا ؟ حذراً من الغرر .

(١) - الوسائل ، كتاب الضمان ، باب ٣ في احكام الضمان ، حديث ٢ .

(٢) - الوسائل ، كتاب الضمان ، باب ٣ في احكام الضمان ، حديث ٣ .

قال رحمه الله : ويشترط رضی المضمون له ، ولا عبء برضا المضمون عنه ؛ لأن الضمان كالتقضاء ، ولو أنكر بعد الضمان لم يبطل على الأصح .

أقول : مذهب الشيخ في الخلاف عدم اشتراط رضاها معاً ، لضمان علي عليه السلام وأبي قتادة^(٣) ، فإن النبي صلى الله عليه وآله وسلم لم يسأل عن رضی المضمون له ، ولا يمكن رضی المضمون عنه ؛ لأنه ميت .

وذهب في المبسوط الى رضی المضمون له دون^(٤) المضمون عنه ، واختاره المصنف والعلامة ، وهو المعتمد .

أما عدم اعتبار رضی المضمون عنه فلما قاله المصنف : من ان الضمان عنه كالتقضاء ، فكما لا يعتبر رضاه في القضاء لا يعتبر رضاه في الضمان .

وأما اعتبار رضی المضمون له ؛ لأن ذلك اثبات حق في الذمة بعقد فلا بد من رضی المتعاقدين فيما وقع العقد عليه كسائر الحقوق .

إذا عرفت هذا ، فإذا أنكر المضمون عنه الضمان اي لم يرض به هل يبطل ام لا ؟ ذهب الشيخ في النهاية الى بطلانه ، وبه قال المفيد في المقنعة ، وهو مذهب ابن البراج وابن حمزة ، وهو بناء على اشتراط الرضى بالضمان .

وقال ابن ادریس بعدم البطلان ، واختاره المصنف والعلامة ، وهو بناء على عدم اشتراط رضی المضمون عنه ، لقوله عليه السلام : « الزعيم غارم »^(٥) ، وهو عام .

قال رحمه الله : مع تحقق الضمان ، ينتقل المال الى ذمة الضامن ، ويبرأ

(٣) - الوسائل ، كتاب الضمان ، باب ٣ في احكام الضمان ، حديث ٢ و ٣ .

(٤) - في « ر » : لا .

(٥) - المستدرک ، كتاب الضمان ، باب ١ ، حديث ١ ، مع اختلاف في النص . وهو موجود في سنن الترمذي ، باب ٣٩ ، وسنن أبي داود ، كتاب الاجارة ، باب تضمين العارية .

المضمون عنه ، وتسقط المطالبة عنه ، ولو أبرأ المضمون له المضمون عنه ، لم يبرأ الضامن ، على قول مشهور لنا .

أقول : قال العامة : الضمان هو ضم ذمة الضامن الى ذمة المضمون عنه ، فيجوز له حينئذ (مطالبة ايها شاء)^(٦) . وقال أصحابنا : الضمان ناقل ما في ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن .

اذا عرفت هذا ظهرت فائدة الخلاف في مسائل :

الأولى : اذا أبرأ المضمون له المضمون عنه ، كما قاله المصنف ، فعلى قول اصحابنا لا يبرأ الضامن ؛ لأن المال قد انتقل الى ذمته (وبرأ المضمون عنه بنفس الضمان)^(٧) ، فقد أبرأه مما ليس في ذمته فكان الابراء باطلاً ، وعلى قول العامة يبرأ ، لعدم الانتقال الى ذمة الضامن ، ولو أبرأ الضامن براءاً عندنا ولا يبرأ عند العامة ؛ لأنه لم ينتقل المال الى ذمته ، فقد أبرأه مما ليس بلائم له .
الثانية : لو مات الضامن قبل الأداء بقي المال على المضمون عنه عندهم ، وعندنا يتعلق بتركة الضامن ، فان كان له تركة ، والاسقط حق المضمون له ، ولو مات المضمون عنه تخير المضمون له في الرجوع الى تركته ومطالبة الضامن عندهم ، وعندنا يتعين مطالبة الضامن ، وليس للمضمون له الرجوع على تركة المضمون عنه .

الثالثة : لو ضمن بغير سؤاله ثم ادى بسؤاله رجع عليه عندهم ؛ لأنه ادى دينه باذنه عندهم ، وعندنا لا يرجع عليه بشيء ، لانتقال المال الى ذمته بنفس الضمان ، فاذن لا يرجع على الآذن بشيء .

الرابعة : لو دفع الضامن الى المضمون له ، فأنكر فشهد المضمون عنه ،

(٦) - في « ن » : مطالبته ان شاء .

(٧) - ما بين القوسين لم يرد في « ن » .

فَعِنْدَهُمْ لَا تَقْبَلُ هَذِهِ الشَّهَادَةُ ؛ لِأَنَّهَا لَهُ فَلَا تَقْبَلُ شَهَادَتَهُ لِنَفْسِهِ ، وَعِنْدَنَا تَقْبَلُ مَا لَمْ تَحْصَلِ التَّهْمَةُ ، وَهِيَ تَتَصَوَّرُ فِي مَوَاضِعَ :

الأول : أن يجبر على الضامن للفلس ويكون المضمون عنه احد غرمانه ، ويكون الضمان تبرعاً بغير اذن المضمون ، فهنا تتحقق التهمة ؛ لأن شهادته بالأداء تمنع المضمون له من مخاصمة الغرماء وهو احدهم .

الثاني : أن يدفع عن الحق عوضاً اقل من قيمته ، فهنا تتحقق التهمة ؛ لأنه يرجع بقيمة المدفوع خاصة .

الثالث : أن يكون الضامن معسراً والمضمون له غير عالم بحاله ، فهنا تتحقق التهمة ايضاً ؛ لأن شهادته بالأداء تمنع رجوع المضمون له عليه .

قال رحمه الله : والضمان المؤجل جائز إجماعاً ، وفي الحال تردده ، أظهره الجواز . أقول : قال الشيخ في النهاية : لا يصح ضمان مال ولا نفس الا بأجل معلوم ، وهو قول المفيد في المقنعة ، وابن البراج في الكامل ومذهب ابن حمزة ؛ لأن الضمان ارفاق ، فيشترط فيه الأجل اذ الحال لا ارفاق فيه ؛ لأن الضمان الحال يسوغ تعجيل المطالبة بالحق المضمون فيتسلط الضامن على مطالبة المضمون عنه ، فتنتفي فائدة الضمان وهي الارفاق .

وقال الشيخ في المبسوط وابن البراج في المذهب بجواز الحال ، واختاره ابن ادريس والمصنف والعلامة وابو العباس ، وهو المعتمد ، لأصالة الجواز ، وعموم قوله عليه السلام : « الزعيم غارم »^(٨) ، وعموم : ﴿ وإنا به زعيم ﴾^(٩) .

وأجيب عن حجة المانعين بعدم انحصار الفائدة في التأجيل ، بل في تفاوت الغرماء بحسن القضاء والتقاضي .

(٨) - تقدم ص ١٩٤ .

(٩) - يوسف : ٧٢ .

تنبيه : مراد الشيخ في النهاية ومن تابعه بالمنع من الضمان الحال الاطلاق ، اي سواء كان الدين حالاً أو مؤجلاً ، وليس مرادهم تخصيص المنع بما اذا كان الدين مؤجلاً كما توهمه المقداد في شرح المختصر ؛ لأنه قسم الدين الى حال ومؤجل ، وقسم الضمان الى حال ومؤجل ، ثم قال : الثاني ان يكون مؤجلاً ويضمن حالاً ، وهذا منعه الشيخ في النهاية ، والمفيد في المقنعة ؛ لأن الضمان وضع للارفاق ، هذا كلامه رحمه الله .

حصر منع الشيخ والمفيد في النهاية والمقنعة فيما اذا كان الدين مؤجلاً وهو سهو القلم ؛ لأن المراد هنا الاطلاق واختصاص المنع بالمؤجل وهو مذهب الشيخ في المبسوط ، نقله العلامة عنه في المختلف ، وفي هذه المسألة مذهب فيه الجواز ضد مذهب في النهاية ، وفي النهاية اشترط تأجيل الضمان مطلقاً ، وفي المبسوط اشترط تأجيله اذا كان الدين مؤجلاً ، وجوز حله اذا كان الدين حالاً وتابعه المصنف هنا على مذهب فيه ، واختار في هذه جواز الحل ، واختار فيما اذا كان الدين مؤجلاً اشترط التأجيل ، ذكر ذلك في آخر باب الضمان في المسألة التي تلي الحوالة ، فقد ظهر فساد ما توهمه المقداد .

ومما يدل على فساده قول العلامة في التحرير ، قال : وللشيخ قول بالمنع من الضمان الحال مطلقاً ، وقول آخر بالمنع من الضمان المؤجل حالاً . اشارة بالاطلاق الى قوله في النهاية الذي توهمه المقداد انه مختص بالمؤجل ، واشارة بالمختص بالمؤجل الى قوله في المبسوط .

وانما نهبنا على ذلك ليحصل العلم بأن هذه المسألة^(١٠) والتي بعدها مسألتان متغايرتان ، وان مذهب المصنف غير متناقض ، وعلى ما قاله المقداد تكون مسألة

واحدة ، فليزِم حينئذ التكرار^(١١) لغير فائدة ، وحصول التناقض في قوله ؛ لأنه اختار هنا جواز الضمان حالاً واختار في التي بعدها عدم جوازه حالاً ، وهو تناقض على القول بأنها مسألة واحدة ، فقصدنا لهذا لتنبية تحقيق ذلك ، ونسال من الله المعونة والتوفيق ، (والهداية الى التحقيق والعصمة من الزلل الموجب للخلل في القول والعمل)^(١٢) .

فروع :

الأول : اذا اشترط في عقد الضمان الأداء من مال بعينه صح الضمان والشرط ، لتفاوت الأغراض في أعيان الأموال ، فلو تلف المال قبل الاداء من غير تفريط من الضامن ، هل يبطل الضمان ويرجع على الأصل اولا يبطل ويلزم الضامن بالاداء من غيره ؟ يحتمل البطلان ، لقوات الشرط وهو الاداء من ذلك المال المتعين ، وقد تلف فيبطل الضمان ، ويحتمل عدم البطلان ؛ لأن الضمان ناقل للمال من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن ، واشترط الضمان من مال بعينه لا ينافي ثبوته في ذمته ، واذا كان ثابتاً في الذمة لم يبطل بتلف المال المشترط اداء الدين منه .

والتحقيق : انه اذا اشترط الضمان من مال معين^(١٣) ، هل يتعلق الدين بذلك المال تعلق الدين بالرهن او تعلق الأرض برقبة الجاني ؟ فعلى الأول لا يبطل الضمان كما لو تلف الرهن ، وعلى الثاني يبطل كما لو تلف العبد الجاني ، فاذا بطل رد على الأصل ، والأول مذهب فخر الدين ، وهو المعتمد .
الثاني : لو لم يف المال الذي اشترط اداء الدين منه بقيمة الدين ، هل يرجع

(١١) - في « ن » : بغير .

(١٢) - ليس في « ن » و « ر » .

(١٣) - في « ن » : بعينه .

بالباقى على الضامن او الأصيل ؟ يبنى على الأصل الذي ذكرناه ، فان قلنا : انه يتعلق به تعلق الأرض برقبة الجاني لم يرجع على الضامن ، ويرجع على الأصيل ؛ لأن المال لم ينتقل الى ذمة الضامن ، بل يتعلق بعين المال فلا يلزمه أكثر من قيمته ، كما لا يلزم السيد أكثر من قيمة الجاني .

وان قلنا : تعلق الدين بالرهن ، رجع على الضامن ؛ لأن المال قد انتقل الى ذمته بنفس الضمان ، فاذا قصر ما اشترط الأداء منه عن الدين تم من غيره ، ورجع على المضمون عنه ان كان الضمان بسؤاله .

الثالث : لو بيع متعلق الضمان وهو المال الذي اشترط الاداء منه بأقل من قيمته لعدم الراغب احتمال الرجوع بتمام القيمة ؛ لأنه يرجع بما غرم ، ويحتمل الرجوع بالثمن خاصة ؛ لأنه القدر الذي قضاء ، قاله في القواعد .

وفي هذا الكلام دلالة على ان المديون يجب عليه بيع ماله بالدين وان كان بدون ثمن المثل ، والا لما احتتمل الرجوع بتمام القيمة ؛ لأنه لو باع بأقل من ثمن المثل مع عدم وجوب البيع عليه كان متبرعا ببيع غير واجب ، والمتبرع لا يرجع بما يتبرع به قطعاً .

وقوله : (ويحتمل الرجوع بالثمن خاصة) ، ليس لأن البيع غير واجب ، بل لما قاله ؛ لأنه القدر الذي قضاء ، والضامن يرجع بما قضاء لا بما ضمنه ، والمعتمد الأول ؛ لأن النقص حصل بسبب الضمان المأذون فيه ، اذ لو لا ذلك لما وجب عليه بيع ماله بأقل من ثمن المثل .

تنبيه : قال في القواعد : ولو ضمن كل من المديونين ما على صاحبه تعاكست الأصول والفرعية فيهما إن أجازهما ويتساقطان ، فان شرط الضمان من مال بعينه وحجر عليه للفلس قبل الاداء ، رجع على الموسر بما أدّى ، ويضرب الموسر مع الغرماء .

وهذه العبارة لا تخلو من إيهام وغموض ، وسبب الإيهام قوله : (حجر عليه للفلس قبل الاداء) ، ثم قال : (رجع على الموسر بما أدى ويضرب الموسر مع الغرماء) ، فإذا كان الحجر قبل الاداء فكيف يرجع بما أدى وهو لم يؤد شيئاً ؟
وبيان ذلك أن نقول إذا شرط الضمان من مال بعينه ثم حجر على ذلك الضامن للفلس اختص المضمون له بذلك المال دون سائر الغرماء ؛ لأن الضمان حينئذ إما ان يتعلق بذلك المال يتعلق الدين بالرهن ، أو يتعلق الأرض برقبة الجاني ، وكلاهما يوجب التخصيص ، فإذا اختص المضمون له بهذه العين رجع الضامن بقيمتها على المضمون عنه وتعلقت بها حقوق الغرماء ، ثم يضرب الموسر بما أداه عن المفلس مع الغرماء ، ولا يجوز له ان يقاصصه للمفلس بقيمة تلك العين التي دفعها عنه ، لعدم تشخيص ما يستحقه في ذمة المفلس ، فهو شريك للغرماء في قيمة العين وغيرها ، فليس لهما التساقط وان اتفقا عليه لتعلق حقوق الغرماء بما يستحقه في ذمة الموسر .

قال رحمه الله : وكما السبق والرمية ، على تردد .

أقول : إعلم ان الحقوق على أربعة أقسام :

الأول : حق لازم مستقر كالثمن بعد قبض المبيع ، ولزوم العقد والاجرة بعد العمل ، وهذا لا شك في جواز ضمانه .

الثاني : حق لازم ، ولكن غير مستقر كالثمن بعد قبضه وقبل إنقضاء مدة الخيار كالمهر قبل الدخول ، وكالأجرة قبل العمل ، وهذا يجوز ضمانه أيضاً وإن جاز أن تسقط ، إذ جواز السقوط غير مانع من صحة الضمان ، وإلا لكان مانعاً في المستقر أيضاً ، لجواز سقوطه بالابراء أو الرد بالعيب وغير ذلك .

الثالث : حق غير لازم ، ولا يؤل الى اللزوم عند بعضهم ، كمال الكتابة ، وهذا لا يجوز ضمانه عند من قال انه غير لازم للعبد ، ويجوز ضمانه عند من قال

بلزومه له ، وهو المعتمد .

الرابع : حق غير لازم ، ولكن يؤل الى اللزوم كمال الجعالة قبل الشروع في العمل ، هل يصح ضمانه ام لا ؟ اطلق الشيخ في المبسوط جواز ضمانه ، واختاره المصنف ، وجزم به العلامة في القواعد والتحرير ، وهو المعتمد للأصل ، ولعموم : « الزعيم غارم »^(١٤) ، ولانه مما ليس تمس الحاجة اليه ، كما لو قال : التى متاعك في البحر وعليّ ضمانه .

ويحتمل عدم الجواز قبل الشروع بالعمل ؛ لأنه ضمان ما لم يجب ؛ لأن العقد غير لازم ، والمال غير ثابت في الذمة فلا يصح ضمانه .

إذا عرفت هذا ، فالسبق والرماية إن قلنا ان العقد لازم صح ضمانه من غير تردد ، وإن قلنا انه عقد جائز كان حكمه حكم مال الجعالة ، والمعتمد جواز ضمانه أما لو ضمن العمل في الجعالة أو السبق والرماية فانه لا يصح قطعاً .
فرعان :

الأول : المنافع الثابتة في الذمة يجوز ضمانها كالأموال بخلاف ما لو كانت غير ثابتة في الذمة ، بل متعلقة بعين المؤجر ، كما لو استأجر عبداً معيناً للخدمة مدة معينة ، أو دابة معينة لحمل شيء معين ، فان هذه المنفعة لا يجوز ضمانها ، لعدم جواز استيفائها من غير العين المشخصة .

الثاني : لو ضمن المهر قبل الدخول فارتدت المرأة أو فسخت لعيب ، فان كان قبل أن يؤدي الضامن شيئاً سقط المال عنه وعن الأصيل ، وان كان بعد الأداء رجع الضامن على الأصيل إن كان الضمان باذنه ، ويرجع الأصيل على

المرأة .

قال رحمه الله : وفي ضمان الأعيان المضمونة ، كالغصب والمقبوضة بالبيع الفاسد تردد ، والأشبه الجواز .

أقول : منشأ التردد من انه مال مضمون على القابض فجاز ضمانه ، ولأصالة الجواز ، ومن انه غير ثابت في ذمة المضمون عنه ، ولا يمكن إنتقاله إلى ذمة الضامن ؛ لأن المضمون هي الأعيان المشخصة ، والواجب رد أعيانها ، فهي غير ثابتة في الذمة ، فلا يصح ضمانها ، وهو مذهب فخر الدين ، ومذهب المصنف والعلامة جواز ذلك ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : ولا يشترط العلم بكيفية المال ، ولو ضمن ما في ذمته ، صح على الأشبه ، ويلزمه ما تقوم البيّة به .

أقول : للشيخ قولان في هذه المسألة : أحدهما الصحة ، وهو قوله في النهاية ، وبه قال المفيد في المقنعة وابن الجنيّد وسلاّر وأبو الصلاح وابن زهرة ، وابن البراج في الكامل ، واختاره المصنف والعلامة وأبو العباس ، وهو المعتمد ولأصالة الصحة ، لعموم قوله تعالى : ﴿ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾ ^(١٥) ، وأشار إلى حمل البعير ، والأصل عدم تعينه ، وعموم قوله عليه السلام : « الزعيم غارم » ^(١٦) .

وقال في المبسوط والخلاف : لا يصح ، وبه قال ابن البراج في المذهب ، واختاره ابن ادريس ؛ لان ضمان المجهول غرر ؛ لأنه لا يدري كم المال الذي عليه .

وأجاب العلامة بأن الغرر إنما هو في المعاوضات التي تقضي إلى التنازع ، أما الاقرار والضمان وشبههما فلا ؛ لأن الحكم فيها معين ، وهو الرجوع الى المقر في

(١٥) - يوسف : ٧٢ .

(١٦) - تقدم ص ١٩٤ .

الاقرار، والى البينة في الضمان، فلا غرر حينئذ .

وقد يمكن للشيخ الجواب عن جواب العلامة : بأننا لا نسلم زوال الغرر مع الرجوع الى ما قامت فيه البينة ، لاحتمال قيامها بما يعجز عنه الضامن ، فيحصل الضرر المستند الى الغرر .

وقد يمكن للعلامة الجواب عن هذا الجواب : بأن هذا الضرر هو الذي أدخله على نفسه فهو مستند الى فعله ، وهو ضمانه للمجهول مع علمه بهذا الاحتمال ، وقد قدم على ذلك ، فيكون كما لو ضمن المعلوم مع عجزه عنه فاذا ضمن ما في ذمة زيد ، قال المصنف : (يلزمه ما تقوم به البينة) .

وقال ابو الصلاح : او اقربه الغريم ، وقال المفيد : او يحلف على ما يدعيه ، والمعتمد هو مذهب المصنف ، وهو اختيار العلامة ، والاقرار لا يلزم غير المقرر ، وأما مع عدم البينة ونكول الغريم عن اليمين ، وحلف المدعي ان قلنا ان يمينه هنا كالبينة وجب على الضامن دفع ما حلف عليه المدعي ، كما لو اقام البينة ، وان قلنا هي كاقرار الخصم ، لم يلزم الضامن شيء .

قال رحمه الله : اذا ضمن عهدة الثمن ، لزمه دركه في كل موضع يثبت فيه بطلان البيع من رأس ، أما لو تجدد الفسخ بالتقاييل ، أو تلف المبيع قبل القبض ، لم يلزم الضامن ورجع على البائع ، وكذا لو فسخ المشتري بعيب سابق ، أما لو طالب بالأرث رجع على الضامن ؛ لأنه استحقاقه ثابت عند العقد ، وفيه تردد .

أقول : معنى ضمان العهدة هو انه اذا باع الانسان شيئاً وخشي ان يظهر الثمن مستحقاً أو خشي بأن يظهر المبيع مستحقاً ، جاز لكل منهما ان يضمن رجلاً على درك الثمن والمثمن إن ظهر مستحقاً رجع المضمون له على الضامن متى شاء الضامن أو المضمون عنه ، فيكون هذا الضمان ضم ذمة إلى ذمة ، سواء قلنا انه ناقل أو غير ناقل ، لعدم امكان انتقال الحق هنا حالة الضمان ، وانما يصح ضمان

عهدة الثمن بعد قبضه لا قبل القبض اذا كان الضمان عن البائع للمشتري ، فاذا خرج المبيع مستحقا طالب ايها شاء ، وان كان الضمان عن المشتري للبائع وكان الضمان ثمن المبيع قبل ان يتسلمه البائع ولعهدة الدرك بعد ان يتسلمه ، فالضمان في الحالين لعهدة الثمن سواء كان للبائع او للمشتري .

والعهدة ، قال في التحرير : هي اسم للكتاب الذي يكتب فيه وثيقة البيع ، ويذكر فيه الثمن فنقل الى الثمن المضمون ، وقال صاحب الصحاح : يقال في الأمر عهدة ، وفي العقل عهدة أي ضعف ، وألفاظ ضمان العهدة ان تقول : ضمنت عهدة أو دركه ، أو يقول للمشتري : ضمنت خلاصك منه .

ولو ضمن خلاص المبيع لم يصح ؛ لأنه لو خرج حراً لم يجز تخليصه .

اذا عرفت هذا ، فاذا ضمن العهدة رجع على الضامن في كل موضع يثبت فيه بطلان البيع من أصله ، دون ما تجدد بسبب الفسخ ، كما قاله المصنف .
أما اذا كان الرد بسبب العيب السابق على العقد ، فقد جزم المصنف هنا بعدم جواز الرجوع على الضامن ، واختاره العلامة في التحرير .

ولو طالب بالأرث تردد المصنف في الرجوع على الضامن بعد أن حكم بالرجوع عليه ، واختار العلامة في التحرير عدم جواز الرجوع عليه .

ومنشأ التردد من أصالة براءة الذمة وان ضمان العهدة يستلزم الرجوع على الضامن مع خروج الثمن مستحقاً وفساد البيع من أصله ، والأمر ليس كذلك ومن أن أجزاء المبيع مقابلة لأجزاء الثمن ، فاذا ظهر في المبيع عيب سابق يقتضي نقص القيمة تبين ان تلك النقيصة ليست مستحقة للبائع وقد قبضها من غير استحقاق ، فكان البيع باطلاً في مقابلها من الثمن ، فيجوز له الرجوع على الضامن بتلك النقيصة ، لاستحقاقه لها حالة العقد ؛ لأن الأرث بدل جزء فائت حالة العقد ، فيكون له الرجوع فيه على الضامن ، وهو مذهب المصنف ، والعلامة في القواعد ،

وهو المعتمد .

قال رحمه الله : اذا ضمن ضامن للمشتري ، دَرَكَ ما يحدث من بناء أو غرس لم يصح ؛ لأنه ضمان ما لم يجب ، قيل : وكذا لو ضمنه البائع ، والوجه الجواز ؛ لأنه لازم بنفس العقد .

أقول : ذكر المصنف وجهي الصحة والبطالان ، واستشكل العلامة صحة ضمان البائع في القواعد ، وأبطله فخر الدين ، والعلامة في التحرير ؛ لأنه ضمان ما لم يجب .

قال رحمه الله : إذا ضمن المريض في مرضه ومات فيه ، خرج ما ضمنه من ثلث تركته ، على الأصح .

أقول : ضمان المريض صحيح فان برأ أو أجاز به الورثة خرج من الأصل ، ولو مات كان خروجه من الأصل أو الثلث مبنياً على تبرعاته ، هل هي من الأصل أو الثلث ؟ وسأقي البحث في ذلك انشاء الله تعالى .

قال رحمه الله : ولو كان الدين مؤجلاً وضمنه حالاً لم يصح ، وكذا لو كان الى شهرين وضمنه الى شهر ؛ لأن الفرع لا يرجع على الأصل ، وفيه تردد .

أقول : اختار المصنف مذهب الشيخ في المبسوط ؛ لأن الفرع لا يرجع على الأصل معناه ان الضامن^(١٧) فرع المضمون عنه ، والمال غير حال على المضمون عنه ، فلا يجوز ان يحل على فرعه ، وهو الضامن لعدم جواز رجحان الأضعف على الأقوى ؛ لأن الأصل اقوى من الفرع .

واختاره فخر الدين ، قال : لأن الحلول زيادة في الحق ، ولهذا يختلف الثمن به ، وهذه الزيادة غير لازمة للمديون ولا ثابتة في ذمته ، فيكون ضمان ما لم يجب ، فلا يصح عندنا .

وتردد المصنف لاحتمال الصحة؛ لأن المضمون عنه يصح له أن يدفع المؤجل حالا، فكذا الضامن؛ لأن الضمان كالتقضاء، وهو المعتمد، واليه ذهب العلامة رحمه الله.

وبقي هنا بحث، وهو اذا ضمن المؤجل حالا، هل له مطالبة الأصيل قبل حلول الأجل؟ فيقول: لا يخلو اما ان يكون الضمان بسؤاله أو غير سؤاله، فان كان الثاني فليس له الرجوع مطلقاً، وإن كان الأول فلا يخلو إما أن يأمره بالضمان مطلقاً أو حالا، فان أمره بالضمان مطلقاً فضمن حالا لم يحل على الأصيل إلا بعد حلول الأجل، وان أمره بالضمان حالا فضمن كذلك، لزم الغرم عاجلاً؛ لأنه أسقط حقه من الأصيل بالأمر بالضمان حالا، فهو كما لو قضاء من نفسه، وإلا لزم تضرر الضامن وقد قال عليه السلام: «لا ضرر ولا ضرار في الاسلام» (١٨).

في الحوالة

قال رحمه الله : ويشترط فيها رضى المحيل والمحال عليه والمحتال ومع تحققها يتحول المال الى المحال عليه ، ويبرأ المحيل وإن لم يبرأه المحتال على الأظهر .

أقول : هنا مسألتان :

الأولى : في اعتبار رضى الثلاثة ، وهو المشهور بين الأصحاب ، وقال المصنف في المختصر : وربما اقتصر بعض على رضى المحيل والمحتال ، قال أبو العباس في شرحه : اعتبار رضى الثلاثة هو المشهور ، واقتصر ابن ادريس على رضى المحيل والمحتال ، وهو ظاهر المفيد هذا كلامه في المختصر .

وفي المذهب مثله اسند الاقتصار على رضى المحيل والمحتال الى ابن ادريس ، مع ان مذهب ابن ادريس اعتبار رضى الثلاثة ، وهذه عبارته : والثلاثة يعتبر رضاهم في صحة عقد الحوالة ؛ لأنه اذا حصل رضاهم هؤلاء أجمع ، صحت الحوالة بلا خلاف ، وإلا لم يحصل فيه خلاف . هذا كلامه .

ثم تتبعت باب الحوالة في كتابه من أوله إلى آخره فلم أجد له قولاً يخالف

هذا القول .

والمقداد رحمه الله أسند الاقتصار على رضى المحيل والمحتمل إلى أبي الصلاح .

وقال العلامة في المختلف : وقال ابن حمزة : تصح الحوالة بشروط عشرة... إلى أن قال : ورضى المحال عليه على الصحيح . وهو يشعر بوجود قول لبعض أصحابنا أنه لا يعتبر ، هذا كلامه رحمه الله .

وهو دال على عدم وقوف العلامة على ذلك القول إلا من ظاهر كلام ابن حمزة ، وظاهر كلام المفيد ؛ لأنه استدل بظاهر كلامه أيضا على عدم اعتبار رضى المحال عليه ، ولو كان ذلك قول ابن إدريس لأسند ذلك إليه ؛ لأن الاسناد إلى الصريح أولى من الاسناد إلى الفحوى .

الثانية : في اشتراط إبراء المحتمل للمحيل ، وهو مذهب الشيخ في النهاية ، وبه قال ابن البراج وابن حمزة وأبو الصلاح وابن الجنييد ، وهو أن يقول : (أبرأتك مما لي عليك) ، ودليلهم رواية زرارة الحسنة ^(١٩) ، عن أحدهما عليهما السلام .

وأنكر ابن إدريس ذلك ، واختاره المصنف والعلامة .

وهو المعتمد ؛ لأن الحوالة تقتضي تحويل المال من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه ، والإبراء إسقاط لما في الذمة ، فإن وقع قبل الحوالة سقط ما في ذمة الغريم ، فلا معنى للحوالة بعد ذلك ، وإن وقع بعد الحوالة ، فقد انتقل المال إلى ذمة المحال عليه وبرأت ذمة المحيل ، فلا فائدة ، في الإبراء .

أما على القول بعدم اشتراط رضى المحال عليه وجواز الرجوع على المحيل ، يتصور للإبراء فائدة وهو عدم جواز الرجوع بعد الإبراء ، والعمل على غير ذلك . قال رحمه الله : ويصح أن يحيل على من ليس عليه دين ، لكن يكون ذلك

بالضمان أشبه .

أقول : ذهب الشيخ وابن البراج وابن حمزة الى عدم جواز الحوالة على من ليس عليه دين ؛ لأنها نوع معاوضة عندهم ، وذهب المصنف والعلامة الى الجواز ، لأصالة الصحة ، لكنها تشبه الضمان ؛ لأنه تحمل للبال عن من ليس له عليه مال ، فالحوالة مشابهة له

قال رحمه الله : ويشترط تساوي المالين جنساً ووصفاً تفصيلاً من التسلط على المحال عليه ، إذ لا يجب أن يدفع إلا مثل ما عليه ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه من انه لو لم يعتبر تساوي الحقين لأدى الى تسلط المحتال على المحال عليه بالزامه بأداء الحق من غير الجنس الذي عليه وهو غير جائز ، إذ لا يجب عليه الدفع إلا من الجنس الذي لزمه بالعقد السابق .

ومن أصالة الجواز ، ولأنه يجوز الحوالة على غير من عليه حق ، فعلى من عليه بالمخالق أولى ، والضرر مدفوع باعتبار رضاه ؛ لأننا نشترط رضى المحال عليه في صحة الحوالة ، فإذا رضى أن يدفع من غير الجنس الذي عليه فلا مانع ، كما لو تراضيا بقبض غير الجنس ، وهذا هو المعتمد .

قال رحمه الله : وتصح الحوالة بمال الكتابة بعد حلول النجم ، وهل تصح قبل حلوله ؟ قيل : لا يصح .

أقول : منع الشيخ رحمه الله من الحوالة على العبد بمال الكتابة ، بناءً على مذهبه من ان للعبد ان يعجز نفسه عند الحلول ، فيظهر عدم الاستحقاق ، وعلى القول بلزوم العقد يجوز قبل الحلول وبعده ؛ لأنه مال ثابت في ذمته ، فيجوز الحوالة به كغيره من الديون .

قال رحمه الله : اذا قال احلتك عليه ، فقبض ، وقال المحيل : قصدت الوكالة ، وقال المحتال : إنما أحلتني بما عليك ، فالقول قول المحيل ؛ لأنه أعرف

بلفظه ، وفيه تردد .

أقول : اذا اتفقا على ايقاع لفظ الحوالة ، ثم ادعى المحيل قصد الوكالة ، قال المصنف : (كان القول قوله) ، ثم تردد في ذلك من حيث انه أعرف بلفظه وقصده ، والأصل بقاء حق المحيل في ذمة المحال عليه ، وبقاء حق المحتال في ذمة المحيل ما لم يتفقا على الانتقال ولم يحصل .

ومن احتمال كون القول قول المحتال بشهادة اللفظ له ؛ لأنه أتى بلفظ موضوع للحوالة المقتضية لنقل المال من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه ، فلا يقبل دعواه في غير ذلك .

والأول هو المعتمد ، وهو اختيار العلامة في القواعد ، وبه قال الشيخ ، والثاني اختيار العلامة في التحرير . وعلى التقديرين ان كان الحق قد تلف بعد قبضه ، فقد بريء كل منهما من صاحبه وان كان التلف بتفريط القابض ؛ لأن المحتال إن كان محققاً فقد ألتف ماله .

وان كان مبطلاً ثبت لكل منهما في ذمة الآخر مثل ما للآخر في ذمته فيتقاصان وان كان بغير تفريط فالمحتال يقول : قبضت حقي وبرء المحيل بالحوالة والمحال عليه بالتسليم ، والمحيل يقول : تلف المال في يد وكيله من غير تفريط فلا ضمان ، وان لم يتلف المال في يد المحتال كان للمحيل الرجوع على المحتال ودفع حقه إليه من غيره ؛ لأنه مخير في قضاء الدين من أي مال شاء اذا كان من جنس الحق ، ولا يجوز للمحتال ان يقاصه بما قبضه إلا مع الامتناع من دفعه حقه .

قال رحمه الله : اذا كان له دين على إثنين ، وكل منهما كفيل لصاحبه ، وعليه لآخر مثل ذلك ، فأحاله عليهما صح وإن حصل الرفق في المطالبة .

أقول : المراد بالكفالة هنا كفالة المال ، لا كفالة البدن وكفالة المال ناقلة له من ذمة المكفول عنه الى ذمة الكفيل ، وهي ضمان بالحقيقة .

إذا عرفت هذا قال الشيخ في المبسوط : إذا كان له على رجلين ألف ، ولرجل عليه ألف ، فأحال بها على الرجلين وقبل الحوالة كانت جائزة ، فإن كان كل واحد منهما ضامناً عن صاحبه فأحاله عليهما لم يصح ؛ لأنه يستفيد بها مطالبة الاثنين كل واحد منهما بالألف ، وفي هذا زيادة في حق المطالبة بالحوالة ، وذلك لا يجوز ، وليس له أن يطالب كل واحد منهما بالألف ، وإنما يقبض الألف من أحدهما دون الآخر .

قوله : (وإن حصل الرفق في المطالبة) إشارة إلى ما قاله الشيخ وهو حصول الزيادة في حق المطالبة ؛ لأنه قبل الحوالة كان يستحق مطالبة واحد ، فصار بسبب الحوالة يستحق مطالبة اثنين ، وهذا هو معنى الرفق في المطالبة .

والتحقيق أن نقول : أن كفالة المال ناقله ، فإذا كفل كل من الرجلين صاحبه ، لا يخلو إما أن يرضى المكفول له بكفالتها أو لا يرضى ، أو يرضى بكفالة أحدهما دون الآخر ، فإن رضى بهما معاً أو لم يرض بشيء لم يكن له مطالبة أحد منهما بأكثر من النصف ، أما على تقدير عدم الرضى فظاهر ، وأما على تقديره فلا تنتقل ما في ذمة كل واحد منهما إلى ذمة الآخر ، فهو كما لو لم يكن كفالة ، وإن رضى بضمان أحدهما دون الآخر كان له مطالبته بألف ، فليس له على الآخر سبيل ، فلا يتصور التخيير بمطالبة كل واحد بالألف بحيث يحصل الإرفاق في أحدهما دون الآخر ، بل المعتمد ما حققناه .

قال رحمه الله : إذا أحال المشتري البائع بالثمن ، ثم رد المبيع بالعيب السابق ، بطلت الحوالة ؛ لأنها تبع للبيع ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه من أن الحوالة تبع للمبيع ، وقد بطل فتبطل الحوالة ، لاستحالة وجود التابع بدون متبوعه ، ومن أن الحوالة ناقله للمال وقد تحققت ، فيتحقق انتقال المال من ذمة المشتري إلى ذمة المحال عليه ، فلا يسقط بالفسخ

المتعقب، والأول مذهب الشيخ، واختاره العلامة بناءً على بطلان الحوالة وعدمه على أنها هل هي استيفاء أو اعتياض؟ ثم حكم بالبطلان على القول بالاستيفاء، وبعدمه على القول بالاعتياض، ووجه كونها استيفاءً عدم اشتراط التقابض في المجلس لو كان الحقان من الأثمان، ولأنه لو كان إعتياضاً لكان بيع الدين بالدين، ووجه كونها إعتياضاً أنه يقبض ما في ذمة المحال عليه مقابل ما في ذمة المحيل، وهو معنى الاعتياض.

ووجه البطلان على القول بالاستيفاء أنها نوع ارفاق، وإذا بطل الأصل بطل هبة الارفاق، ولأنه لو اشترى دراهم مكسورة فدفع اليه صحاحا، كان دفع الصحاح إرفاقاً، فإذا فسخ البيع رجع بالصحاح، فيبطل الارفاق.

ووجه عدم البطلان على القول بأنها إعتياض لزوم المعاوضة، كما لو اخذ ثمن المبيع ثوباً به عيب، ثم رد المبيع بالعيب، فانه يرجع بالثمن الذي وقع عليه العقد لا بالثوب الذي أخذه عوضاً عن المبيع، والمعتمد بطلان الحوالة.

ويتفرع على القول بالبطلان وعدمه:

فروع:

الأول: على القول بعدم البطلان يرجع المشتري على البائع خاصة دون المحال عليه، ولا يتعين حقه فيما قبضه البائع من المحال عليه؛ لأنه صار ملكه فله دفعه ودفع غيره.

الثاني: لو لم يقبض البائع الحق من المحال عليه، هل للمشتري الرجوع عليه قبل القبض؟ يحتمل ذلك؛ لأنه إذا أحاله بالثمن كان كما لو أقبضه إياه، ولهذا لا يجوز حبس المبيع بعد الحوالة على الثمن، ويحتمل العدم؛ لأن التبريم إنما هو للمقبوض ولو لم يحصل حقيقة القبض، وهذا الفرع على القول بعدم البطلان، ولو قلنا به كان له المطالبة، وإن لم يقبض.

الثالث : لو قلنا بعدم البطلان ومنعنا من المطالبة قبل القبض ، هل له إلزام البائع بالقبض من المحال عليه ليقبض المشتري من البائع ؟ يحتمل ذلك ؛ لأنه إذا ردّ المشتري المبيع ومنعناه من مطالبة المحال عليه - لانتقال ما كان له عليه الى البائع ، ومنعناه من مطالبة البائع لعدم القبض من المحال عليه ، ولم يوجب على البائع القبض من المحال عليه - ليرجع المشتري عليه لأدى ذلك الى بطلان حق المشتري ، وهو غير جائز ، ويحتمل العدم ؛ لأنه ليس للانسان ان يجبر غيره على قبض حق نفسه ، والتقدير ان الحق صار للبائع فلا يجبر على قبضه .

الرابع : على القول بالبطلان ، فان كان البائع قبض ما احاله المشتري به رده على المشتري ، ولا يرده على المحال عليه ويتعين حق المشتري في المقبوض ؛ لأننا تبينّا بقاءه على ملك المشتري وعدم استحقاق البائع له ، لبطلان البيع فإن تلف في يده كان مضموناً عليه ؛ لأنه قبضه لنفسه ، ولو لم يقبضه لم يجز قبضه ، ورجع المشتري على المحال عليه .

قال رحمه الله : أما لو أحال البائع أجنبياً بالثمن على المشتري ، ثم فسخ المشتري بالعيب السابق أو بأمر حادث ، لم تبطل الحوالة ؛ لأنها تعلقت بغير المتبايعين ، أما لو ثبت بطلان البيع ، بطلت الحوالة في الموضوعين .

أقول : هنا مسألتان :

الأولى : فيما اذا أحال البائع ثالثاً بالثمن ، وقد جزم المصنف بعدم بطلان الحوالة ، وهو مذهب الشيخ رحمه الله ، وادعى عليه الاجماع ، لتعلق حق الغير بالثمن ، ويحتمل البطلان ؛ لأن استحقاق المحال فرع على استحقاق المحيل ، وقد بطل الأصل ، فيبطل الفرع .

الثانية : فيما اذا ظهر فساد البيع من أصله ، فهنا تبطل الحوالة في الموضوعين ، موضع إحالة المشتري للبائع بالثمن ، وموضع إحالة البائع للأجنبي لظهور فساد

المحوالة ، لتعلقها بما لا يستحقه المحيل .

في الكفالة

قال رحمه الله : وتصح حالة ومؤجلة على الأظهر .

أقول : اشترط المفيد والشيخ في النهاية الأجل في الكفالة ، ولم يشترطه في المبسوط ، واختاره ابن ادريس والمصنف والعلامة وأبو العباس ، وهو المعتمد .
قال رحمه الله : ولو قال : (فان لم أحضره كان علي كذا) لم يلزمه إلا إحضاره دون المال ، ولو قال : (علي كذا إلى كذا إن لم أحضره) وجب عليه ما شرط من المال .

أقول : هذه المسألة اجماعية ، وليس الفرق من حيث تقدم حرف الشرط وتأخيرها ؛ لأن ذلك لا يوجب إفتراق الحكم عند اهل العربية ، وانما الفارق النص الوارد في ذلك ، وهو ما رواه أبو العباس عن الصادق عليه السلام « قال : سألته عن رجل تكفل بنفس رجل الى أجل ، فان لم يأت به فعليه كذا وكذا درهما ؟ قال : ان جاء به الى الأجل فليس عليه مال وهو كفيل بنفسه أبداً إلا ان يبدأ بالدرهم ، فان بدأ بالدرهم فهو لها ضامن ان لم يأت به الى الأجل الذي

أجله» (٢٠).

قال رحمه الله : ومن أطلق غريماً من يد صاحب الحق قهراً كان عليه إحضاره ، أو أداء ما عليه ، ولو كان قاتلاً ، لزمه إحضاره أو دفع الدية .

أقول : هذه المسألة اجماعية أيضاً ، ووجه الحكم انه رفع اليد المستولية على ما استحققت الاستيلاء عليه ، فكان عليه إعادة الاستيلاء باعادة الغريم والتكفين منه ، أو دفع الحق الذي بسببه تثبت اليد ، فان كان قاتلاً ولم يحضره ، دفع الدية وان كان القتل عمداً ؛ لأن القصاص إنما يجب على المباشر ، وقد تعذر استيفاؤه ، فيجب الدية على المانع منه .

هنا فروع :

الأول : لو دفع الدية ثم حضر القاتل كان لولي المقتول قتله ، ويدفع الدية الى من اخذها منه ؛ لأنه أخذها للحيلولة وقد زالت .

الثاني : لو تمكن من استيفاء القصاص بعد اخذ الدية من المخلص ولم يقتص ، وجب عليه دفع ما اخذه من المخلص ؛ لأنه أخذ المال للحيلولة وقد زالت ، فيجب رده الى مالكه .

الثالث : لو تراضى الوارث والمخلص بهذا المدفوع على ما يستحقه الوارث في ذمة القاتل من القصاص أو الدية لم يكن بعد ذلك للوارث مطالبة القاتل بشيء ؛ لأنه رضي بما صار إليه من المخلص مقابل حقه ، فيسقط ما يدعيه عن القاتل به ، وانما يتسلط على القاتل بعد الأخذ من المخلص اذا كان الأخذ غرامة بسبب الحيلولة لا للرضى بكونه عوضاً عن حقه ، وكما لا يجوز رجوع الوارث على القاتل مع التراضي بالمأخوذ ولا يجوز للمخلص أيضاً ؛ لأنه أدى دين الغير بغير اذنه ، فلا يجوز الرجوع عليه بشيء .

أما لو اخذ منه للمعجز عن القاتل بسبب الحيلولة ولم يحصل التراضي بينهما في المأخوذ، فانه يجوز للمخلص الرجوع على الذي خلصه قصاصاً .
قال رحمه الله : إذا حضر الغريم قبل الأجل وجب تسلمه إذا كان لا ضرر عليه ، ولو قيل : لا يجب كان أشبه .

أقول : إذا كفله مؤجلاً ثم حضره قبل الأجل ، هل يجب على المكفول له تسليمه ؟ قال الشيخ في المبسوط - وتبعه ابن البراج - : ان كان لا ضرر في تسليمه وجب ، وذهب المصنف الى عدم الوجوب ، واختاره العلامة ، وهو المعتمد ؛ لأن حقه تسليمه في الأجل ، فلا يجب عليه ان يقبض غير حقه ؛ لأن المقبوض قبل الأجل ليس حقه ، فلا يجب عليه قبضه .

قال رحمه الله : اذا تكفل بتسليمه مطلقاً إنصرف إلى بلد العقد ، فان عين موضعاً لزم . ولو دفعه في غيره لم يبرأ ، وقيل : اذا لم يكن في نقله كلفة ، ولا في تسليمه ضرر وجب تسليمه ، وفيه تردد .

أقول : القول المحكي هو قول الشيخ رحمه الله في المبسوط ، وتبعه ابن البراج ، وتردد المصنف من ان الشرط اقتضى تسليمه في موضع معين فلا يجب عليه ان يتسلمه في غيره ، كما قلنا في الأجل ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : اذا تكفل رجلان برجل ، فسلمه أحدهما لم يبرأ الآخر ، (ولو قيل بالبراءة كان حسناً) .

أقول : الأول قول الشيخ رحمه الله وابن البراج وابن حمزة ، والمعتمد ما استحسنته المصنف ؛ لأن المكفول لو سلم نفسه براء الكفيل ، فكذا لو سلم أحدهما ؛ لأن المقصود التسليم وقد حصل .

قال رحمه الله : لا تصح كفالة المكاتب ، (على تردد) (٢١) .

أقول : عدم جواز كفالة المكاتب مذهب الشيخ رحمه الله بناءً على أصالة عدم لزوم الكتابة ، والمعتمد الجواز ؛ لأنها عقد لازم عند الأكثر .

تنبيه : المشهور بين الأصحاب عدم جواز الكفالة بيد من عليه الحد ، سواء كان لله كالزنا وشرب الخمر ، أو لآدمي كالقذف ؛ لأن الكفالة انما تصح في موضع اذا تعذر الحضور وجب على الكفيل اداء الحق الذي على المكفول ، وحق الحد لا يمكن استيفاؤه من غير من وجب عليه ، وجوزوا^(٢٢) الكفالة بيد الزوج لمن يدعي زوجيتها ، مع انه لا يمكن استيفاء الحق الذي على الزوجة ، وهو تسليمها نفسها الى الزوج من غيرها .

وفي الجمع بين الحكمين تناقض ظاهر ، واعتمدوا في حكم الزوجة على وجوب حضورها مجلس الحكم ، وهذا الوجوب لازم لمن عليه الحق أيضاً .

كتاب الصلح

في تعريف الصلح

قال رحمه الله : وهو عقد شرع لقطع التجاذب ، وليس فرعاً على غيره ، ولو أفاد فائدته ويصح مع الاقرار والانكار ، إلا ما أحل حراماً أو حرم حلالاً ، وكذا يصح مع علم المصطلحين بما وقعت المنازعة فيه ، ومع جهلهما به .
أقول : الصلح عقد وضع لقطع المنازعة ، وهل هو أصل بنفسه ، أو فرع على غيره ؟ للشيخ في المبسوط قولان : أحدهما : انه فرع على غيره ، واختاره ابن البراج .

وعلى القول به فهو فرع على عقود خمسة : البيع والهبة والاجارة والعارية والابراء ؛ لأنه لا يخلو اما ان يتضمن تملكاً أو اسقاطاً ، فان كان الأول ، فلا يخلو اما ان يكون تملك عين او منفعة ، وعلى التقديرين اما ان يكون التملك بعوض او بغير عوض ، فان تضمن تملك عين بعوض فهو البيع ، وان كان بغير عوض فهو الهبة ، وان تضمن تملك منفعة بعوض فهو الاجارة وبغير العوض فهو العارية ، وان تضمن الاسقاط فهو الابراء .

وحجة القائل بالفرعية افادته فائدة هذه العقود الخمسة ، فيكون فرعاً

عليها.

والقول الآخر للشيخ انه عقد مستقل بنفسه ، واختاره ابن ادريس والمصنف والعلامة ، وهو المعتمد ؛ لأنه عقد منفرد له صيغة مخصوصة ، فيكون أصلاً بنفسه ، ولمخالفته لغيره في الحكم ، فان طلب البيع اقرار ، وطلب الصلح ليس باقرار ، والصلح جائز على المجهول مع تعذر استعماله والبيع غير جائز .

وقول المصنف (إلا ما أحل حراماً أو حرم حلالاً) ، كما لو اصطالحا على شرب الخمر أو الزنا ، فهذا يقتضى تحليل الحرام وهو غير جائز ، وكما لو اصطالح الزوجان على ترك الوطئ ، فهذا يقتضى تحريم الحلال ، وهو غير جائز .

وقوله : (ومع جهلهما) لا بد من جهل المصطلحين معا فيما وقع عليه عقد الصلح أو علمهما ، ولا يصح مع جهل أحدهما وعلم الآخر ، كما لو علم زيد أن في ذمته مئة لعمره ولم يعلم عمرو بها ، فصالحه زيد على أقل من المئة لم يجز ؛ لأنه يلزم منه تحليل الحرام ؛ لأن منع الحق حرام ، وهذا الصلح يقتضيه فيكون باطلاً . قال رحمه الله : ولو صالحه على دراهم بدنانير أو بدراهم صح ولم يكن فرعاً للبيع ، ولا يعتبر فيه ما يعتبر في الصرف ، على الأشبه .

أقول : هذا مبني على الأصالة والفرعية ، فن قال : انه فرع البيع ، اشترط فيه التقابض في المجلس ، ومن قال : انه اصل ، لم يشترط التقابض ، وهو المعتمد . قال رحمه الله : ولو أتلّف على رجل ثوباً قيمته درهم ، فصالحه على درهمين صح على الأشبه ؛ لأن الصلح وقع عن الثوب لا عن الدرهم .

أقول : ذهب الشيخ في المبسوط والخلاف الى عدم جواز هذا الصلح ؛ لأنه اذا أتلّف الثوب وجب عليه قيمته ؛ لأن الثوب من ذوات القيم ، ومن أتلّف قيمياً وجب عليه قيمته يوم تلفه ، واذا كان الثابت^(١) في ذمته القيمة - وهي درهم - لا

يجوز ان يصلحه على أكثر من ذلك حذراً من الربا ، وجوزه ابن ادریس ، واختاره المصنف والعلامة ؛ لأن الصلح وقع على الثوب لا على الدرهم .

وقول الشيخ لا يخلو من قوة على القول الصحيح ؛ لأن القيمي يضمن بالقيمة وان الربا شامل لجميع المعاوضات ، كما هو مذهب المصنف ، واختيار فخر الدين وأبي العباس .

قال رحمه الله : ولو ادعى داراً فأنكر من هي في يده ثم صالحه المنكر على سكنى سنة ، صح ، ولم يكن لأحدهما الرجوع ، وكذا لو أقر له بالدار ، ثم صالح ، وقيل له الرجوع ؛ لأنه هنا فرع العارية ، والأول أشبه .

أقول : الخلاف في قوله : (وكذا لو أقر بالدار ثم صالح) ؛ لأنه مع الاقرار يصير الدار للمدعي ، فاذا صالحه من هي في يده على ان يسكنها سنة صح الصلح بلا خلاف ، وإنما الخلاف في لزومه .

قال الشيخ في المبسوط : له الرجوع فيه ؛ لأن الصلح اذا كان لغير عوض كان فرع العارية وهي تقتضي جواز الرجوع ، والمعتمد عدمه ، وقد تقدم البحث في ذلك (*) .

في أحكام النزاع في الأملاك

قال رحمه الله : يجوز اخراج الرواشن والأجنحة الى الطرق النافذة اذا كانت عالية لا تضر بالمارة ، ولو عارض فيها مسلم على الأصح .
أقول : للشيخ قولان في هذه ، قال في المبسوط : اذا عارض مسلم وجب قلعه ، وتبعه ابن البراج ؛ لأن الطريق حق لجميع المسلمين فاذا انكر احدهم لم تنصب عليه .

وقال في الخلاف : لا يجب قلعه ، وهو اختيار ابن ادريس والمصنف والعلامة ، وهو المعتمد لجريان العادة في ذلك ، ولأن نفس الطريق ليس بمملوك ، وإنما يملك المسلمون منافعتها ، فلا يلتفت الى معارضة واحد منهم .
قال رحمه الله : ولو كانت مضرة وجب ازلتها ، ولو أظلم بها الطريق ، قيل : لا يجب ازلتها .

أقول : قال الشيخ : ظلمة الطريق بالروشن النافذ ليس إضراراً ، وقال العلامة انه إضرار ؛ لأن ضعيف البصر يتعذر عليه المشي فيه فيجب المنع منه ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : وأما الطرق المرفوعة^(٢) فلا يجوز أحداث باب فيها ولا جناح ولا غيره إلا بإذن أربابها ، سواء كان مضراً أو لم يكن ؛ لأنه مختص بهم ، وكذا لو أراد فتح باب لا يستطرق فيه دفعا للشبهة .

أقول : ربما يشته على المبتديء معرفة الطريق المرفوعة ، او معرفة الشبهة التي يمنع من فتح الباب لأجلها ، اما الطريق المرفوعة فهي منسدة الأسفل وهي ضد النافذة وهي مختصة بأهلها ، والنافذة لا تختص بأحد من المسلمين ، لاشتراك الجميع في استحقاق السلوك فيها بخلاف غير النافذة ، فانه يجوز لأهل تلك السكة المنسدة الأسفل منع الأجنبي من دخولها ، لكن يجوز دخولها ما لم يحصل المنع من أحد أربابها .

فاذا عرفت هذا ، فان أراد بعض اهل الطريق المرفوعة فتح باب للاستطراق غير بابه المعتادة ، جاز لأهل الطريق منعه ان كانت ادخل من بابه ، سواء سد الأول أو لا ؛ لأنه لا حق له في الداخل عن بابه ، بل يختص به من هو ادخل منه ، وكذا يمنع لو كانت لغير الاستطراق ، بل للاستضاءة دفعا للشبهة ، اي لئلا تحصل الشبهة على ممر الأوقات انها فتحت بحق يوجب استحقاق الاستطراق فعلة المنع دفع هذه الشبهة .

فروع : لو اذن اهل الأسفل في ادخال الباب في الطريق المرفوعة ، هل لأهل الأعلى المنع من ذلك ؟ يحتمل العدم لعدم استحقاقهم الاستطراق فيه ، فلا يكون المنع من الاذن فيه ، ويحتمل ان يكون لهم المنع من ذلك لاحتياجهم اليه عند ازدحام الناس والدواب ، وهو المعتمد ، ولهذا لو كان في اسفل الدرب فضلة فهم مشتركون فيها لارتقائهم بها .

قال رحمه الله : ولو صالحهم على أحداث روشن ، قيل : لا يجوز ؛ لأنه لا

يصح افراد الهواء بالبيع ، وفيه تردد .

أقول : القول بالمنع قول الشيخ في المبسوط ، بناءً على أصله من ان الصلح فرع البيع ، وقد مضى البحث فيه ، والمعتمد الجواز ، ومن انه اصل .
قال رحمه الله : ولو أذن جاز الرجوع قبل الوضع اجماعاً ، وبعد الوضع لا يجوز ؛ لأن المراد التأييد ، والجواز حسن مع الضمان ، أما لو إنهدم لم يعد الطرح إلا بإذن مستأنف ، وفيه قول آخر .
أقول : هنا مسألتان .

الأولى : في جواز الرجوع بعد الوضع ، وعدم الجواز مذهب الشيخ في المبسوط ، لما قاله المصنف من ان المراد به التأييد ، ولأن في القلع اضرار فلا يجوز ، والمعتمد الجواز ؛ لأن ذلك عارية ، والضرر ينتفي بضمان الأرض ان حصل عيب في المزدوع بسبب القلع ؛ لأن سبب العيب حصول الاذن بالوضع ثم الأمر بالقلع ، فيكون ضامناً لما يحدث في المزدوع من العيب للضرر .

الثانية : اذا انهدم الجدار ثم أعاده المالك ، هل يعود الوضع ؟ قال الشيخ في المبسوط : ان أعاده بتلك الآلة لم يكن له منعه من رد الخشب والسقف ، وهو بناءً على أصله من انه للتأييد ، والمعتمد ان له منعه لما بيناه من انه عاريه ولا أرض هنا لحصول التعيب بغير اختياره ، فلو كان هو الذي هدمه كان عليه الأرض .
قال رحمه الله : لو كان لأحدهما عليه جذع أو جذوع ، قيل : لا يقضى بها ، وقيل : يقضى مع اليمين ، وهو الأشبه .

أقول : اذا تداعيا جداراً مطلقاً ، أي غير متصل ببناء أحدهما ولا بينة ، فقد ذكر المصنف وجه الحكم فيه ، فلو كان عليه جذوع لأحدهما ، هل يقدم قول صاحب المزدوع ؟ قال الشيخ في الخلاف : لا يقدم ، وقال ابن ادريس : يقدم ، واختاره المصنف ، وهو المعتمد ؛ لأن له عليه يداً وتصرفاً فيقدم قوله لحصول

الرجحان .

قال رحمه الله : ولو اختلفا في خصّ قضي لمن اليه معاقد القمط للرواية .
أقول : الرواية رواية عمر بن سمرة ، عن جابر ، عن أبي جعفر عن ابيه ،
عن علي عليه السلام : « انه قضى في رجلين اختصما في خص ، فقال : الخص لمن
يليه القمط »^(٣) . وهي قصة في واقعة ، فلا تتعدى ، لاحتمال اطلاعه على ما
يوجب الحكم .

قال رحمه الله : ولو هدمه من غير اذن شريكه وجب عليه اعادته .
أقول : اذا هدم أحد الشريكين الجدار المشترك بغير اذن شريكه ، قال
المصنف : وجب عليه اعادته ، والمعتمد وجوب الأرض ؛ لان الجدار غير مثلي ،
وهو مذهب القواعد .

قال رحمه الله : ولو تنازعا في السقف ، قيل : إن حلفا قضي به لهما ، وقيل :
لصاحب العلو ، وقيل : هو بينهما ، وهو حسن .

أقول : اذا كان لرجل بيت وعليه غرفة لآخر وتنازعا في سقف البيت الذي
عليه الغرفة ولا بينة ، قال في المبسوط : يحلف كل واحد منهما على دعوى
صاحبه ، فان حلفا كان بينهما نصفين ، والأحوط ان يقرع بينهما وحكم له ، وقال
في الخلاف : يقرع بينهما ، فمن خرج اسمه حلف لصاحبه وحكم له ، وان قلنا انه
يقسم بينهما نصفين كان جائزاً ، واستحسنه المصنف ؛ لأنه ارض صاحب العلو
وسماء صاحب السفلى .

وقال ابن ادریس : يحكم به لصاحب الغرفة ، وهو المعتمد ؛ لأن الغرفة انما

(٣) - الوسائل . كتاب الصلح ، باب ١٤ ، حديث ٢ ، والفقير : ابواب القضايا والأحكام ، باب

٤٢ ، حديث ٢ ، باختلاف يسير ، إضافة إلى أن الراوي فيها هو (عمرو بن شمر) بدل

(عمر بن سمرة) .

تتحقق بالسقف ، إذ هو أرضها ، والفرقة لا تكون بغير أرض ، والبيت قد يكون بغير سقف ، وقد اتفقا على أن هنا غرفة لصاحبها ، وبدون السقف لا غرفة ؛ لأن تصرفه فيها دون صاحب السفلى . هذا في السقف الذي لا يمكن إحداثه بغير بناء السفلى ، أما مالا يمكن إحداثه كالازح الذي لا يمكن عقده على وسط الجدار بغير^(٤) إمتداده في العلو فهو لصاحب السفلى .

قال رحمه الله : ولو خرجت أغصان شجرة إلى ملك الجار وجب عطفها إن أمكن ، وإلا قطعت من حد ملكه ، وإن امتنع صاحبها ، قطعها الجار ولا يتوقف على إذن الحاكم ، ولو صالحه على إبقائه في الهواء لم يصح ، على تردد .
أقول : القول بعدم الصحة مذهب الشيخ رحمه الله ؛ لأنه إن كان رطباً فهو يزيد في كل حال ولا يعرف قدر الزيادة ، وإن كان يابساً ، فهو بيع الهواء من غير قرار ، وهو غير جائز ، والمعتمد الجواز لما قد ثبت أن الصلح عقد مستقل بنفسه .
قال رحمه الله : إذا تنازع راكب الدابة وقابض لجامها ، فهي للراكب مع يمينه ، وقيل : هما سواء في الدعوى ، والأول أقوى .

أقول : تساويهما في الدعوى مذهب الشيخ في الخلاف ، قال : لعدم دليل على وجوب تقديم أحدهما على الآخر ، والقضاء للراكب مذهب في المبسوط ، واختاره المصنف والعلامة ، وهو المعتمد لرجحان يد الراكب بالتصرف ، وهو الركوب .

كتاب الشركة

في أقسامها

قال رحمه الله : المشترك قد يكون عيناً وقد يكون منفعة وقد يكون حقاً ،
وسبب الشركة قد يكون إرثاً ، وقد يكون عقداً ، وقد يكون مزجاً ، وقد يكون
حيازةً ، والأشبه في الحيازة إختصاص كل واحد بما حازه .

أقول : ذكر المصنف ان الشركة تحصل في ثلاثة أشياء :

الأول : في الأعيان ، وهي تحصل بالارث ، كما لو ورثنا ما عن أبيهما ،
والعقد ، كما لو اشتريا عيناً صفقة أو اوصي لهما بعين فقبلا ، وبالاتزاج ، كما لو
امتزج مال مالكين بحيث لا يتميز احدهما عن الآخر ، سواء كان المزج اختياراً أو
غير اختيار .

وبالحيازة ، قال ابن ادريس : واما الشركة بالحيازة ، فهو ان يشتركوا في
الاحتطاب والاحتشاش والاصطياد والاستقاء بعد خلطه وحيازته ، فأما قبل
خلطه فلا شركة عندنا بينهم ؛ لأن الشركة بالأعمال والأبدان باطلة عندنا ؛ لأنها
لا تصح إلا بالأموال المتجانسة المتفقة الصفات بعد خلطها خلطاً لا يتميز . الى هنا
كلامه رحمه الله ، جعل الحيازة سبباً من الأسباب الموجبة للشركة ثم اشترط

الخلط بعد الحيابة ، فحينئذ لا تكون الحيابة سبباً إلا اذا اقتلعا شجرة دفعة ، او إغترفا ماءً كذلك ، كما قاله المصنف رحمه الله .

الثاني : في المنافع ، كالاشتراك في منفعة الوقف ، ومنفعة العين المستأجرة ، ولا سبب هنا غير العقد .

الثالث : في الحقوق ، مثل حق القصاص ، وحق الشفعة ، وحق القذف ، وخيار الرد بالعيب ، وخيار الشرط ، وحق الرهن ، وحق المرافق في الطرقات ، ومرافق الدار ، والضیعة ، والشرب ، والبئر والعين وما اشبه ذلك .

قال رحمه الله : ولو اشترط أحدهما زيادة في الربح مع تساوي المالين أو التساوي في الربح والخسران مع تفاوت المالين ، قيل : تبطل الشركة ، وقيل : تصح الشركة ، والأول أظهر .

أقول : مقتضى عقد الشركة كون الربح والخسران على قدر رؤوس الأموال ، فإذا حصل الشرط المنافي - كما فرضه المصنف - فلا يخلو إما ان يكونا عاملين ، أو يكون احدهما دون الآخر ، أو يكون العامل غيرهما ، فهنا ثلاثة اقسام :

الأول : ان يكونا عاملين وفيه ثلاثة أقوال :

« أ » : بطلان الشركة والشرط ، وهذا هو مذهب الشيخ في المبسوط والخلاف ، وبه قال ابن ادریس والمصنف ، ومعنى البطلان : هو بطلان الشرط وما اقتضاه من الاذن في التصرف ، لا بطلان حقيقة الشركة المحاصلة بعد المزج ؛ لأنه لا يمكن وصفها بالصحة والبطلان .

« ب » : صحة الشرط وما اقتضاه ، وهو مذهب السيد المرتضى ، واختاره العلامة ، وهو مذهب ابيه سديد الدين ، واختاره ابو العباس في مقتصره ، وهو

المعتمد ، لقوله تعالى : ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ ^(١) ، والوفاء بها اجراءها على ما وقعت عليه ، وقوله تعالى : ﴿ إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ ^(٢) ، والتراضي انما وقع على ما إشتراطه ، فلا يسوغ غيره ، وقوله عليه السلام : « المؤمنون عند شروطهم » ^(٣) .

واجاب الأولون بأن الشركة ليست عقداً ، لحصولها بغير العقد ، وهو الامتزاج ، فلا يدخل تحت الآية ، ولم يتعرض احد من قال بالصحة للجواب عن هذا الجواب ، مع كونه جواباً حسناً ، وحجة ظاهرة .

وأقول : قد يجاب عن هذا الجواب بأن حقيقة الشركة الحاصلة بالامتزاج مسلم انها ليست عقداً ، لكن الشرط الذي جرى بينها عقد لافتقاره الى التراضي ، ولا نعني بالعقد الذي استدللنا على صحته بالآية غير ذلك ، ولهذا ان القائل بالبطلان مراده بطلان الشرط وما اقتضاه من الاذن بالتصرف ، فيكون المراد بالصحة ذلك أيضاً ، وقد ثبت ان الشرط عقد ، فالإيراد غير وارد .

« ج » : كون الزيادة اباحة يجوز الرجوع فيها ما دامت العين باقية ، وهو قول أبي الصلاح الحلبي .

الثاني : ان يكون احدهما عاملاً ، والآخر غير عامل ، قال المصنف هنا : (اما لو كان العامل احدهما وشرطت الزيادة للعامل صح ويكون بالقراض أشبه) .

وقال ابو الصلاح : العامل اجرة عمله من الربح وبحسب ماله . ومذهب

(١) - المائدة : ١ .

(٢) - النساء : ٢٩ .

(٣) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٢٠ من ابواب المهور ، حديث ٤ . والمستدرك ، كتاب التجارة ، باب ٥ من ابواب الخيار ، حديث ٧ . وقد تقدم مراراً ، لاحظ ص ٤٤ .

العلامة صحة الشرط سواء عملا او عمل احدهما وسواء شرط الفضل للعامل او لغيره .

الثالث : ان يكون العامل غيرهما ، ويلزم القائل بالصحة مع عملها القول بها مع عمل غيرهما ؛ لأن الأدلة الواردة هناك وارادة هنا ، وهو ظاهر العلامة ؛ لأنه جوز اشتراط الزيادة لغير العامل مع عمل الآخر ، فيكون جوازها مع عدم عملها أولى .

تنبيه : قال العلامة في القواعد : وقيل : تبطل إلا ان يشترط الزيادة للعامل ، ولم يتعرض فخر الدين لذكر القائل ، وقال عميد الدين : وقوله : (وقيل يبطل الا ان يشترط الزيادة للعامل) إشارة الى قول أبي الصلاح ، وقد حكيناه والذي حكاه والذي رحمه الله ضد هذا القول ، وهذه صورة ما حكاه : (وقال ابو الصلاح : لا يلزم الشرط ولصاحب الزيادة الرجوع فيها ما دامت العين باقية ، ولو شرط التفاضل في عقد الشركة صحت الشركة وبطل الشرط ، ولو عمل احدهما وشرط له زيادة لم يلزم ، وكان له اجرة عمله من الربح وبحسب ماله) . وهذا الذي حكاه عن أبي الصلاح نقله من المختلف ، وهو ضد ما نقله في القواعد ؛ لأن القول الذي حكاه في القواعد يتضمن الصحة اذا شرط له الزيادة للعامل بدليل قوله : (وقيل تبطل إلا ان يشترط الزيادة للعامل) استثنى من البطلان الصحة اذا اشترطت الزيادة للعامل ، وقول أبي الصلاح يدل على البطلان مع اشتراطها للعامل بدليل قوله الذي حكاه عنه : (ولو عمل احدهما وشرط له زيادة ، لم يلزم وكان له اجرة عمله من الربح) ، فقد حكم بفساد الشرط والرجوع الى الأجرة .

ومن العجب اشتباه هذا على السيد مع ذكائه وفهمه وعظم نباهته ، وكون ذلك ليس محلاً للاشتباه والابهام لوضوحه وظهوره لمن هو ادنى من السيد ، لكن

السهو جائز على غير المعصوم ، وكأن الحكمة اقتضت وقوع مثل هذا الغلط الظاهر من هذا العالم المحقق ليظهر احتياج الامام الى العصمة ، وان غير المعصوم لا يجوز ان يكون إماماً ، فنسأل الله العصمة من الزلل الموجب للخلل .

وأقول الظاهر ان القول الذي حكاه في القواعد قول المصنف هنا ؛ لأن مذهبه هنا البطلان إلا مع كون الزيادة للعامل ، قال : (ويكون بالقراض أشبه) ، وانما كان أشبه ؛ لأن مقتضاه كون حصته من الربح تقابل عمله ، فهذه الزيادة استحقها بسبب عمله كالعامل بمال القراض .

في اللواحق

قال رحمه الله : وهل يفتر المحيز في قتلك المباح الى نية التملك ، قيل : لا ، وفيه تردد .

أقول : مذهب الشيخ في باب الشركة من المبسوط عدم اشتراط النية ، ومذهبه في باب احياء الموات منه اشتراط النية ، ومنشأ التردد من انه قبل الحيابة لم يكن مملوكاً ، والأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يتحقق الملك ، ولاتفاقهم - غير ابن ادريس - على ان ما يوجد في جوف السمكة للمشتري ، ولا يجب عليه تعريف الصائد ، ولو ان المباح يدخل في الملك من غير نية التملك لوجب ان يكون ما في جوف السمكة للصائد دون المشتري ، ومن انه بنفس الحيابة قد استولى عليه وجاز له التصرف فيه بجميع انواع التصرفات ، وهذا هو معنى الملك ، والأصل عدم الزيادة على ذلك ، وعلى القول باشتراط النية فهو باق على الاباحة ما لم تحصل النية .

قال رحمه الله : لو باع أحد الشريكين سلعة بينهما وهو وكيل في القبض وادعى المشتري تسليم اللهن الى البائع وصدقه الشريك براء المشتري من حقه ،

وقيل : تقبل شهادته على القابض في النصف الآخر وهو حصة البائع لارتفاع القيمة في ذلك القدر ، ولو إدعى تسليمه الى الشريك فصدقه البائع لم يبرأ المشتري بشيء من الثمن ؛ لأن حصة البائع لم تسلم اليه ولا الى وكيله ، والشريك ينكره فالقول قوله مع يمينه ، وقيل : تقبل شهادة البائع ، والمنع في المسألتين أشبه .
أقول : هنا مسألتان :

الأولى : في قبول شهادة الشريك على البائع في هذه الصورة التي فرضها المصنف ، ولا خلاف في سقوط حق الشريك عن حق المشتري لاعترافه أو بالدفع الى وكيله ، وانما الخلاف في قبول شهادته على البائع بالنسبة الى حصة البائع ، وبالقبول قال الشيخ في المبسوط ، وبه قال العلامة في القواعد والتحرير جزماً ، وهو المعتمد لعدم التهمة في ذلك ؛ لأن الأصل قبول شهادة العدل ما لم يحصل المانع من قبولها فيحلف معه ويبرأ منها ، فأما حصة الشريك فلا تثبت في ذمة البائع الا مع اقامة البينة بالقبض ، سواء اقامها المشتري او الشريك .
واختار المصنف المنع من قبولها ؛ لأنها غير مقبولة بالنسبة الى حصته فلا تكون مقبولة بالنسبة الى حصة شريكه ، والا لزم تبعض الشهادة ، وهو غير جائز .

والجواب المنع من حصول التبعض ؛ لأنه ليس شاهداً بالنسبة الى حصته ؛ لأن الانسان لا يكون شاهداً لنفسه ، وانما هو شاهد بالنسبة الى حصة شريكه فلا تبعض حينئذ .

الثانية : في قبول شهادة البائع على الشريك اذا اعترف البائع بوصول الثمن اليه ولم يكن وكيلاً للشريك في القبض ، وبالقبول قال الشيخ في المبسوط لارتفاع التهمة ؛ لأن البائع والمشتري معترفان بثبوت حق الشريك على المشتري ؛ لأن الدفع الى غير وكيله ولم يشارك البائع الشريك فيما قبضه ، فلا تهمة .

واختار المصنف عدم القبول ، وجزم به العلامة ، وهو المعتمد ؛ لأنه وإن لم يشارك في المقبوض ، فإنه يستفيد في هذه الشهادة اختصاصه بالباقي في ذمة المشتري ، فقد جَرَّ فيها نفعاً ، وكل شهادة جرت نفعاً فهي مردودة .

قال رحمه الله : ولو باع اثنان عبيدين كل واحد منهما بانفراده صفقة ، بثمن واحد من تفاوت قيمتهما ، قيل : يصح ، وقيل : تبطل ؛ لأن الصفقة تجري بعري عقدين ، فيكون ثمن كل واحد منهما مجهولاً .

أقول : القائل بالبطلان الشيخ رحمه الله ؛ لأن ثمنها يسقط على قدر قيمتها ، وذلك مجهول حالة العقد . وقيل بالصحة ، واختاره العلامة وهو المعتمد ؛ لأن كونها في حكم العقدين لا يقتضي كونها عقدين ، بل العقد واحد ، ولهذا لو فسخ البيع في أحدهما لم يميز أخذ الآخر ، وهو يدل على أن العقد واحد ولو كانا عقدين كان له رد أحدهما وامساك الآخر ، وليس كذلك .

كتاب المضاربة

في العقد

قال رحمه الله : ولو شرط أن يشتري اصلاً يشتركان في ثمائه ، كالشجر أو الغنم ، قيل : يفسد ؛ لأن مقتضاه التصرف في رأس المال ، وفيه تردد .

أقول : القائل بالبطلان هو الشيخ في المبسوط ، وتابعه ابن ادريس وتردد المصنف ، من أن المضاربة هي الاسترباح بالمال بالبيع والشراء ، وهذا الشرط منافي لها ، وكل شرط نافي العقد فهو باطل فتبطل المضاربة ، وهو المعتمد .

ومن أصالة الجواز ، ولحصول الثماء المتجدد بسبب سعي العامل ، إذ لولا شراءه لما حصل ذلك الثماء ، ولكونه شرطاً سائغاً ، فيكون صحيحاً .

قال رحمه الله : وينفق في السفر كمال نفقته من أصل المال على الأظهر .

أقول : هذا مذهب الشيخ في النهاية والخلاف ، وبه قال ابن الجنيدي وابن البراج وابن حمزة وابن ادريس ، واختاره المصنف والعلامة وفخر الدين ، وهو المعتمد ؛ لأن سفره لأجل مال المضاربة ، فكانت نفقته من أصله ، ولما رواه علي بن جعفر في الصحيح ، عن أخيه موسى عليه السلام « قال : في المضاربة ما اتفق في

سفره فهو من جميع المال ، فإذا قدم بلده فما أنفق فن نصيبه »^(١).

وقال في المبسوط : ان نفقته من خاصته دون مال القراض ؛ لأنه دخل على ان يكون له من الربح سهم معلوم ، فليس له اكثر من ذلك ؛ لأنه ربما لم يربح سوى ذلك القدر .

قال رحمه الله : ولو كان لنفسه مال غير مال القراض ، فالوجه التقييط . أقول : هذا تفريع على وجوب النفقة من مال القراض ، ووجه كون سفره لأجل المالين ، فتكون النفقة عليها بالحصص ، ويحتمل كون النفقة عليه خاصة ، كما ذكره عميد الدين رحمه الله .

قال العلامة في القواعد : ونفقة الحاضر على نفسه ، وفي السفر من اصل القراض كمال النفقة على رأي ، ولو كان معه غيره قسطن ، ويحتمل مساواة الحاضر واحتساب الزائد على القراض .

وقد اختلف الشارحان في تأويل الاحتمال ، فعميد الدين رحمه الله جعله مختصاً في المسألة الثانية ، وهي قوله : (ولو كان معه غيره قسطن) ، قال بعد ان ذكر وجه التقييط : ويحتمل مساواته للحاضر ؛ لأنه لم يسافر للقراض وانما سافر في تجارته ، وأراد ان يزداد في الربح فاخذ مال القراض من غيره مستصحباً ، إذ السفر لأجله فكانت نفقة في خاصته ، كما لو كان حاضراً ، ويحتمل ان ينفق من مال القراض ما زاد عن نفقة الحاضر ؛ لأنه مشغول بمصلحته كما لو كان حاضراً ، وانما لزمه بسبب السفر القدر الزائد عن نفقة الحاضر ، فكان اتفاق ذلك القدر لا غير من مال القراض . إلى هنا كلامه رحمه الله ، حمل الاحتمال على المسألة الثانية دون الاولى .

وفخر الدين حمل الاحتمال على المسألة الاولى ؛ لأنه قال : البحث هنا في

(١) - الوسائل ، كتاب المضاربة ، باب ٦ ، حديث ١ ، باختلاف يسير .

مقامين : الأول : هل نفقة العامل في السفر للتجارة على مال القراض او على نفسه؟ ثم ذكر قولي الشيخ رحمه الله ، ثم قال : المقام الثاني : على القول بوجوب النفقة على مال القراض ، هل يستحق كمال النفقة ، او ما زاد بسبب السفر ؟ اختار والذي المصنف الأول ، جعل الاحتمال عائداً الى الأول ، وهو انسب ، وعليه دلت عبارة التحرير ؛ لأنه قال فيه : وعلى ما اخترناه هل يأخذ كمال النفقة من مال القراض أو الزائد على نفقة الحاضر ؟ الأقرب الأول ، وقوى الشيخ الثاني على تقدير القول بالنفقة . هذا كلامه في التحرير ، وهو موافق لاختيار فخر الدين وهو انسب الى الأصل ، وكلام عميد الدين انسب الى متن القواعد .

تنبيه : المراد بالنفقة نفقة امثاله من المأكل او المشروب والملبس والركوب ، من غير اسراف ولا تقتير ، فلو اسرف حسب عليه ، ولو قتر لم يحسب له .

والمراد بالسفر هو السفر العرفي سواء اوجب القصر او لم يوجب كما لو وصل ملكا استوطنه ستة اشهر ، او نوى الاقامة عشرين يوماً وهو مشغول بالبيع والشراء ، أما لو انقضت بيعه وشراؤه لم يتأخر الرجوع الى بلده لعارض فان نفقته تكون على نفسه والا لزم تضرر المالك لاحتمال طول المدة بسبب العارض بحيث يستغرق جميع المال بالنفقة .

قرع : اذا رجع الى بلده سقطت النفقة عن مال القراض ، فلو بقي عليه ثياب من مال القراض لها قيمة ردت الى مال القراض ، وله ان يأخذ نفقة كل يوم من مال القراض ثم ينفق من غيره ويستقر ملكه على ذلك ، كما لو دفع الى زوجته نفقة فقبضتها وانفقت من غيرها ؛ لأنه يستحق النفقة في هذا المال ، فله أخذها ولا يتعين عليه الاتفاق ، بل له ان ينفق من غيرها ، ويملك ما اخذه كالزوجة .

ولو لم يميز النفقة من مال القراض ثم أنفق على نفسه من خاصته^(٢) على أن يرجع بما أنفقه على مال القراض ، فله ذلك ، كالزوجة اذا أنفقت على نفسها بنية الرجوع ؛ لأن النفقة حق للعامل تعلقت في مال القراض فله اخذه متى شاء ما لم يسقطه ، جزم بذلك في القواعد .



(٢) - في « ن » و « ر » : خاصة .

في مال القراض

قال رحمه الله : وفي القراض بالنقرة تردد .

أقول : قال صاحب الصحاح : النقرة هي السبيكة ، قال الشهيد : وربما كانت في عرف الفقهاء هي الدراهم المضروبة من غير سكة ، فيكون التردد عائداً الى عرف الفقهاء ، فيكون منشؤه من اصالة الجواز ، ولأنها مما يتعامل بها كالمنقوشة بسكة المعاملة ولعموم : « المؤمنون عند شروطهم »^(٣) ، ومن الاختصار على مورد الشرع ، وهو لم يثبت إلا في المنقوشة .

وعلى القول بأن المراد بالنقرة السبيكة يكون منشؤه من أنها تضمن بالقيمة فهي كالثوب ، ومن كونها أصلاً للدراهم فتصح بها كما تصح بالدراهم ، وإلى هذا المعنى ذهب صاحب الترددات ، والأول أحسن ، والمعتمد عدم الجواز على التعريفين .

قال رحمه الله : ولا يكفي المشاهدة ، وقيل : يصح مع الجهالة ، ويكون

(٣) - الوسائل . كتاب النكاح ، باب ٢٠ من ابواب المهور ، حديث ٤ . والمستدرک ، كتاب التجارة ، باب ٥ من أبواب الخيار ، حديث ٧ .

القول قول العامل مع التنازع في قدره .

أقول : للشيوخ في ذلك قولان أحدهما البطلان مع جهالة رأس المال ، وهو قوله في الخلاف ، واختاره المصنف والعلامة في أكثر كتبه لحصول الغرر ، وإفضائه الى التنازع ، وهو المعتمد .

ونقل في المبسوط عن قوم الصحة ويكون القول قول العامل ثم قواه ، واختاره العلامة في المختلف ، لأصالة الجواز ، ولقوله عليه السلام : « المؤمنون عند شروطهم »^(٤) .

في الربح

قال رحمه الله : ويلزم المحصة بالشرط دون الأجرة على الاصح .

أقول : المشهور بين الأصحاب ان للعامل ما شرطه من الربح نصفاً او ثلثاً او ربعاً او اقل او اكثر اذا بقي للمالك شيء ، ذهب اليه الشيخ في الخلاف والاستبصار وابن حمزة وابن الجنيد وابن ادریس ، واختاره المصنف والعلامة ، وهو المعتمد لقوله تعالى : ﴿ أوفوا بالعقود ﴾^(٥) وهذا عقد ، وقوله عليه السلام : « المؤمنون عند شروطهم » ، ولهم عليه روايات^(٦) .

وقال الشيخ في النهاية والمفيد وابن البراج : يكون له الأجرة ؛ لأن النماء تابع للأصل فيكون الربح للمالك ، كما ان الأصل له وعليه الأجرة ، ولأنها معاملة فاسدة ، لجهالة العوض ، فتبطل ، ويكون الربح بأجمعه لصاحب المال ، وعليه الأجرة للعامل .

قال رحمه الله : ولا بد أن يكون الربح مشاعاً ، فلو قال : خذه قراضاً والربح لي فسد ، ويمكن أن يجعل بضاعة نظراً الى المعنى ، وفيه تردد ، وكذا التردد لو قال :

(٥) - المائدة : ١ .

(٦) - الوسائل ، كتاب المضاربة ، باب ٣ .

والريح لك .

أقول : منشوء التردد في الصورتين من ان عقد القراض يقتضي المشاركة في الربح ، فاذا اختص باحدهما دون الآخر احتمل البطلان ؛ لأنه شرط مخالف لمقتضى العقد فيكون باطلاً ، واذا بطل الشرط بطل القراض ، فيكون للعامل الأجرة والربح للمالك ، ويحتمل جعله^(٧) بضاعة مع اختصاص المالك بجميع الربح نظراً الى المعنى ، وجعله قراضاً مع اختصاص العامل بالجميع نظراً الى المعنى أيضاً ، والمعتمد انه إن دخل على ان الربح كله للمالك لم يكن له اجرة ؛ لأنه دخل على ذلك ، فكان متبرعاً بالعمل فلا اجرة له ، وإن دخل على أنه له كله ، كان له الأجرة خاصة لفساد العقد .

قال رحمه الله : ولو شرط لغلامه حصة معها صح ، عَمِلَ الغلام أو لم يعمل ، ولو شرط الأجنبي وكان عاملاً صح ، وإن لم يكن عاملاً فسد ، وفيه وجه آخر .

أقول : المراد بالغلام هنا المملوك ، والمراد بالأجنبي ما عداه وإن كان رجلاً كالولد والوالد ، وواجب النفقة كالزوجة ، ووجه الصحة في الغلام ان جميع ما للمملوك فهو لمالكه ، فلاشترط له كالاشرط لنفسه .

واما الأجنبي اذا لم يكن عاملاً فلا يجوز الاشرط له ؛ لأنه لا مال له ولا عمل ، وعقد المضاربة يقتضي اختصاص الربح فيها ، فاذا اشترط لغيرهما كان مخالفاً لمقتضى العقد فيكون باطلاً ، وهذا هو المعتمد .

ويحتمل الجواز لكونه شرطاً سائغاً ، فيدخل تحت قوله عليه السلام : « المؤمنون عند شروطهم »^(٨) .

(٧) - في « ر ٢ » : ان يكون .

(٨) - تقدم ص ٢٤٩ .

في اللواحق

قال رحمه الله : وقوله مقبول في التلف ، وهل يقبل في الرد ؟ فيه تردد ،
أظهره أنه لا يقبل .

أقول : عدم القبول الا مع البيئة هو المشهور وهو المعتمد ؛ لأنه مدع ، وقال
في المبسوط بالقبول ، وكأن وجهه كونه أميناً كالمستودع ، والفرق ظاهر ، فان
المستودع قبض المال لمصلحة المودع خاصة ، والعامل قبضه لمصلحتها .

قال رحمه الله : اذا اشترى من يعتق على رب المال فان كان بإذنه صح
وانعتق ، فإن فضل من المال عن ثمنه شيء كان القاضل قراضاً ، ولو كان في العبد
المذكور فضل ، ضمن رب المال حصة العامل من الزيادة ، والوجه الأجرة ، وإن
كان بغير إذنه ، وكان الشراء بعين المال ، بطل ، وإن كان في الذمة وقع الشراء
للعامل ، إلا أن يذكر رب المال . ولو كان المال لامرأة ، فاشترى زوجها ، فإن كان
بإذنها ، بطل النكاح ، وإن كان بغير إذنها ، قيل : يصح الشراء ، وقيل : يبطل ؛ لأن
عليها في ذلك ضرراً ، وهو أشبه إذا اشترى العامل أباه .
أقول : هنا ثلاث مسائل :

الأولى : ان يشتري العامل أبا رب المال ، ولا يخلو إما ان يكون الشراء باذنه او بغير إذنه ، فان كان باذنه صح الشراء وعق وطلت المضاربة بمقدار الثمن . وقال الشيخ : ان كان فيه ربح ضمن المالك حصة العامل من الربح ، وان لم يكن فيه ربح فلا شيء له ، ووجهه ان المضاربة تبطل بالانعتاق لتلف المال بإذن المالك وأن العامل يملك حصته من الربح بالظهور ، فيكون شريكا للمالك بملك الحصة ، وحصة المالك قد عتقت باختياره ، فيشتري عليه حصة العامل ويضمن له قيمتها ، فأما مع عدم ظهور الربح فقد اتلف المالك مال المضاربة ولا ربح فيه ، فلا شيء للعامل ؛ لأنه لا نصيب له في غير الربح .

واختار المصنف وجوب الأجرة للعامل ، واختاره العلامة أيضا ، وهو المعتمد ، لبطلان المضاربة بالشراء المأذون فيه ، فيكون له الأجرة ؛ لأنه لم يتبرع بالعمل .

وان كان الشراء بغير اذنه فلا يخلو اما ان يكون بالعين او بالذمة ، فان كان الشراء بالعين بطل ؛ لأنه دفع اليه المال ليشتري له ما يربح فيه وينتفع به ، وهذا الشراء يستتضربه لتلف ماله به ، فلا يكون لازماً ، لكونه غير مأذون فيه ، ويكون موقوفاً على الاجازة على الصحيح من المذهب .

وان كان بالذمة فلا يخلو اما ان يذكر رب المال أو لا يذكره ، فان ذكره كان موقوفاً على اجازته ، فان اجازته والابطل ، فلو ادعى البائع الاذن في الشراء كان القول قول المالك ، وان لم يذكر رب المال كان الشراء للعامل ظاهراً ولا يقبل دعواه القصد انه للمالك .

فرع : اذا اشترى ابا المالك بغير اذنه ، وهو جاهل في النسب بينها او جاهل في الحكم - أي لا يعلم انه يعتق على المالك - احتمل الصحة وكان حكمه كما لو اذن له في الشراء ؛ لأن عقد المضاربة اقتضى شراء ما يرجو في الربح ، وهو

هنا كذلك ، فيقع صحيحا وينتق على المالك ويكون كما لو امره ، وإلا لزم تكليف ما لا يطاق ؛ لأنه غير مكلف بالعلم بكيفية نسب كل رقيق يشتريه وربما تعذر ذلك .

ويحتمل البطلان لظهور التضرر بهذا العقد الموجب لتلف جميع ما يضمه من المال ، إذ لو اشترى بأكثر من ثمن المثل كان باطلاً ، لتلف بعض المال في غير مصلحة ، فيكون بطلانه بتلف الجميع اولى .

الثانية : اذا كان رب المال امرأة ولها زوج مملوك فاشترى العامل ، فان كان باذنها صح الشراء ، وملكته وانفسخ النكاح وكان من مال القراض ، وإن كان بغير اذنها ، فان اشترى بعين المال ، ففيه قولان :

احدهما : البطلان ، وهو قول الشيخ في المبسوط ؛ لأن عقد المضاربة اقتضى أن يشتري العامل ما ليس فيه ضرر على رب المال ، وهذا فيه ضرر ، لانفساخ نكاحها بملكها لزوجها وسقوط مهرها ونفقتها فلا يكون صحيحاً .

وقيل بالصحة ؛ لأن القصد من القراض ان يشتري ما يحصل فيه الربح ، وربما كان الربح حاصل في هذا العبد فيكون الشراء صحيحا ، والمعتمد وقوفه على الاجازة ، وان كان الشراء بالذمة كان موقوفاً على اجازتها ان كان ذكر ان الشراء لها ، والا كان كما قلناه في شراء القريب .

وعلى القول بالصحة من غير افتقار الى اجازتها يكون العامل ضامناً لمهرها مع علمه بالزوجية والحكم .

الثالثة : ان يشتري العامل ابا نفسه ، فان لم يكن فيه ربح صح الشراء قطعاً لعدم المانع حينئذ ، فانه في الحقيقة كالوكيل عن المالك ، ولا خلاف في جواز شراء القريب للغير ، لعدم دخوله في ملك المشتري .

ثم ان ظهر فيه ربح بعد الشراء ، فان قلنا ان العامل لا يملك حصته بعد

الربح الا بعد الانقضاء والقسمة كانت المضاربة بحالها ، وان قلنا انه يملك بالظهور ملكاً مترزلاً عتق عليه حصته ، واختاره العلامة ؛ لأن الشراء به انما يكون مع الملك الاختياري وهذا لم يملك باختياره ؛ لأن الملك تجدد بعد العقد بسبب زيادة السعر ولا اختيار له في الزيادة ، ويحتمل التقويم مع اليسار ؛ لأنه اختار السبب - وهو الشراء - واختيار السبب يجري مجرى اختيار المسبب وهو الملك .

وان كان فيه ربح حالة الشراء ، فان قلنا : انه لا يملك بالظهور صح الشراء قطعاً أيضاً ، وان قلنا انه يملك ، فالأقرب الصحة ايضاً ؛ لأنه لا ضرر على المالك ؛ لأنه ان كان العامل موسراً سرى العتق وأخذ حصته منه ، وان كان معسراً ، فحصة المالك باقية على الرق فلا مانع من صحة الشراء .

ويحتمل عدم الصحة ؛ لأنه يؤدي الى زوال الملك عن المالك قهراً ، وهو مخالف للتجارة ، والمصنف أطلق صحة الشراء ووجوب السمي على العبد مع ظهور الربح ، لاختصاص النص^(٩) الوارد في السراية بالعتق ، ولأصالة براءة الدمة من اشتغالها بحق للغير ما لم يتحقق السبب الشاغل ، وهو هنا غير متحقق . قال رحمه الله : اذا فسخ المالك صح ، وكان للعامل أجرة المثل الى ذلك الوقت ، ولو كان بالمال عروض ، قيل : كان له أن يبيع ، والوجه المنع ، ولو أزمه المالك ، قيل : يجب أن ينضّ المال ، والوجه أنه لا يجب وإن كان سلفاً كان عليه جبايته ، وكذا لو مات رب المال وهو عروض كان للعامل البيع إلا أن يمنعه الوارث ، وفيه قول آخر .

أقول : هنا أربع مسائل :

الأولى : في استحقاق العامل للأجرة مع فسخ المالك قبل ظهور الربح ، والمصنف جزم بالاستحقاق ، واستشكله العلامة في القواعد والتحرير ، من أنه

(٩) - الوسائل ، كتاب المضاربة ، باب ٨ ، حديث ١ .

رضي بالعمل في مقابل الربح ولم يحصل ، فليس له شيء ، والفسخ حصل باذن الشارع ، لجواز العقد ، فلا ضمان على المالك .

ومن انه عمل عملاً محترماً غير متبرع ، ولم يسلم له عوضه - وهو حصول الربح بسبب الفسخ الصادر من المالك - فكان له اجرة مثل ذلك العمل ، واختاره فخر الدين .

الثانية : اذا فسخ وبالمال عروض ، وطلب العامل بيع العروض ، هل يجب على المالك اجابته ؟ قال الشيخ : للعامل ان يبيع ، سواء ظهر ربح أو لا ، لجواز ان يرغب فيه من يشتره بربح . وقال المصنف : الوجه المنع ، واطلق .

وذهب العلامة في القواعد الى اجبار المالك على الاجابة مع ظهور الربح ووجود من يشتره بربح ، ثم استشكل ذلك من انه اذا انفسخ العقد لم يجبر المالك على تمكين الغير من بيع ماله ، ومن انه يملك حصته من الربح بالظهور ، ولا يتحقق إلا بالبيع فالمنع منه اضرار بالعامل ، وهو غير جائز ، وهذا هو المعتمد ، الا ان يقوم المالك العروض على نفسه ثم يدفع حصة العامل من الربح اليه ، فيمنع من البيع حينئذ لوصول حقه اليه .

الثالثة : اذا ألزمه المالك بالبيع بعد الفسخ ، هل يجب عليه ذلك ام لا ؟ فنقول : فان كان فيه ربح ولم يسقط حقه منه وجب عليه البيع قطعاً ، اما اذا لم يكن فيه ربح ، أو كان واسقط العامل حقه منه ، فانه يحتمل عدم وجوب البيع عليه ؛ لأنه انما يجب عليه البيع مع بقاء عقد المضاربة ، أو فسخه مع ظهور الربح ليتوصل الى حقه ، فع انتفائها لا يجب عليه ، وهو اختيار المصنف ، ويحتمل الوجوب ؛ لأنه اخذ المال ناصاً ، فيجب عليه ان يرده كما اخذه ، ولأن في رده الى تلك الحالة مؤنة على المالك لا يجب عليه دفعها ، وهو مذهب الشيخ رحمه الله ، واختاره العلامة في القواعد .

الرابعة : اذا مات رب المال وهو عروض انفسخ القراض وكان للوارث مطالبة العامل بالانضاض ، وهل له البيع وان كره الوارث ؟ قال المصنف : (وله البيع الا ان يمنعه الوارث ، وفيه قول) .

قال صاحب الترددات : ان القول يمكن ان يقال : انه يمنع من البيع لانفساخ المقارضة بالموت الا مع اذن الوارث . وهو غلط ؛ لأن هذا هو مذهب المصنف الذي ذكره ؛ لأنه قال : (وله البيع إلا أن يمنعه الوارث) ، والقول الذي اشار اليه المصنف هو ان له البيع وان منعه الوارث ، فهو ضد ما اختاره ، اذ لو كان القول هو الذي اختاره كان قال : (على قول) ؛ لأن المصنف اذا قال : (على قول) كان مذهبه ذلك القول ، واذا قال : (وفيه قول) كان مذهبه ضد ذلك ، وهذا مما ليس يشتهه على من له ادنى تحصيل .

والمصنف بنى هذه المسألة على مذهبه ، من انه اذا انفسخ القراض وفيه عروض لا يجب على المالك اجابة العامل الى البيع ، والقول المشار اليه ، قول الشيخ رحمه الله بناءً على مذهبه ايضا من وجوب اجبار المالك على الاجابة ، كما حكيناه عنه في المسألة الثانية وذكرنا الوجه في ذلك .

والوجه في هذه المسألة ان الفسخ بالموت ليس ابلغ من فسخ المالك فكما يجبر المالك على اجابة العامل الى البيع ، فكذا يجبر الوارث ، وهو المعتمد ، مع ظهور الربح او وجود من يشتريه بربح .

قال رحمه الله : وإن كان بغير اذنه لم يصح القراض الثاني ، فان ربح كان نصف الربح للمالك والنصف الآخر للعامل الأول وعليه أجرة الثاني ، وقيل : للمالك ايضاً ؛ لأن الأول لم يعمل ، وقيل : بين العاملين ويرجع الثاني على الأول بنصف الأجرة ، والأول أحسن (١٠) .

أقول : اذا قارض العامل غيره بغير اذن المالك بطل القراض الثاني ؛ لأن المالك لم يرض بنظر غير العامل ، فان عمل الثاني ولم يربح شيئاً أخذ المالك المال ولا بحث .

وان ربح شيئاً ، فقد ذكر المصنف فيه ثلاثة أقوال ، والثلاثة ذكرها الشيخ رحمه الله :

الأول : ان نصف الربح للمالك والنصف الآخر للعامل الأول ، وعليه أجره الثاني ، ووجهه ان المالك دخل على ان يكون له نصف الربح فلا يستحق اكثر من ذلك ، والعامل الثاني اشترى للأول ، فكان الربح له وعليه للثاني اجرة عمله ؛ لأنه بذل منفعة على عوض ولم يسلم له العوض فكان له الأجرة .

الثاني : ان النصف الآخر للمالك ايضاً ؛ لأن العامل الأول لا مال له ولا عمل ، فلا يستحق شيئاً ، والثاني تصرفاً غير مأذون فيه ، فلا يستحق شيئاً ايضاً ، فيكون الجميع للمالك .

الثالث : النصف بين العاملين ، ويرجع الثاني على الأول بنصف اجرته ، ووجهه ان الثاني دخل على ما رزق الله من ربح فهو بينهما ، والذي رزق الله هو هذا النصف ، ووجه رجوع الثاني على الأول بنصف اجرته ؛ لأنه بذل منفعة تقابل نصف الجميع ولم يحصل له غير النصف فيرجع بأجرة النصف .

والمعتمد ان نقول : لا يخلو اما ان يشتري بعين المال او في الذمة ، فان كان الأول ، فلا يخلو اما ان يكون الثاني عالماً بالفساد او لم يكن ، فان كان عالماً كان العقد عقد فضول للمالك اجازته وفسخه ، ولا أجره لعدم الغرر ، وان كان جاهلاً كان له الأجرة على العامل الأول ؛ لأنه غرّه ، وان كان الشراء في الذمة كان الربح كله للعامل الثاني ؛ لأنه اشترى في ذمته فيكون الملك له ، الا ان يذكر القراض في العقد فيكون له النصف ، وللمالك النصف فان تلف المال رجع المالك على من شاء

منها ، فان رجع على الأول رجع الأول على الثاني مع علمه ؛ لأن التلف حصل في يده ، وان رجع على الثاني رجع على الأول مع جهله ؛ لأنه غره .

قال رحمه الله : اذا تلف مال القراض أو بعضه ، بعد دورانه في التجارة ، احتسب التالف من الربح ، وكذا لو تلف قبل ذلك ، وفي هذا تردد .

أقول : اذا تلف بعد دورانه في التجارة كان التالف محسوباً من الربح إجماعاً ؛ لأن الربح وقاية لرأس المال فان قيل اما مع تلف البعض فانه يتقدر أنه يبقى ربح يجبر به رأس المال ، فع تلف الجميع كيف يتقدر ذلك ؟

فانا نقول : يتقدر ذلك كما لو ظهر في مال القراض ربح ثم تلف مقدار رأس المال وبقي مقدار الربح ، فان ذلك الربح يصير رأس المال ، والتالف هو الربح .

أما اذا تلف رأس المال أو بعضه قبل دورانه في التجارة ، أي قبل ان يشتري به مالا للقراض ، فقد تردد المصنف في انه هل يحسب ذلك من الربح أم لا ؟ ومنشأ التردد من ان عقد القراض اقتضى ان لا يكون للعامل شيء من الربح إلا بعد رأس المال ، فيجب أن يكون التالف محسوباً من الربح ؛ لأن العامل دخل على ذلك .

ومن ان المال اذا تلف قبل دورانه في التجارة يكون قد تلف عين رأس المال ، واذا تلف عين رأس المال انفسخ القراض فيه ، فلا يكون محسوباً من الربح ويتقدر ذلك كما لو اذن له بالشراء في الذمة فاشترى كذلك ثم تلف المال قبل دفعه الى البائع ، فهنا يجب على رب المال ان يدفع اليه الثمن ثانياً ؛ لأن الشراء وقع له باذنه كالوكيل ، فيجب عليه نقد ثمنه .

فعلى الأول يكون الجميع رأس المال ، وعلى الثاني يكون رأس المال هو الأول .

واعلم ان الأصحاب اختلفوا هنا ، قال الشيخ في المبسوط : اذا دفع اليه القأ

قراضاً ، فاشترى به عبداً للقراض ، فهلك الألف قبل ان يدفعه ، قال قوم : المبيع للعامل والتمن عليه ، ولا شيء على رب المال . وقال قوم : المبيع لرب المال ، وعليه ان يدفع اليه الفأ أخرى ليقضى بها دينه ، ويكون الألف الأول والثاني قراضاً ، وهما معاً رأس المال .

واختاره ابن البراج ، وحكى في الخلاف القولين ، ثم اختار فيه ان يكون المبيع للعامل ، وعليه الثمن ، وقال ابن ادريس : فان اشترى في الذمة فان الشراء له وان اشترى بالعين وتلف المال بطل العقد .

وقال العلامة في المختلف : اذا كان اذن له بالشراء في الذمة ، فاشترى في الذمة فالحق ما قاله في المبسوط ، وان اشترى في الذمة بغير اذنه فالحق ما قاله في الخلاف ، وان اشترى بالعين فتلف قبل القبض ، فالحق ما قاله ابن ادريس من بطلان البيع ، وهذا هو المعتمد .

قال رحمه الله : اذا قارض اثنان واحداً وشرط له النصف منها وتفاضلا في النصف الآخر مع التساوي في المال كان فاسداً ، لفساد الشرط ، وفيه تردد . أقول : هذه المسألة مبنية على جواز اشتراط التفاوت في الربح والخسران مع تساوي المالين ، أو التساوي مع تفاوتهما ، وقد سبق البحث في ذلك ^(١١) ، فلا وجه لاعادته .

قال رحمه الله : إذا اشترى عبداً للقراض فتلف الثمن قبل قبضه ، قيل : يلزم صاحب المال ثمنه دائماً ويكون الجميع رأس ماله ، وقيل : إن كان اذن له في الشراء في الذمة فكذلك ، وإلا كان باطلاً ولا يلزم الثمن احدهما .

أقول : قد ذكرنا ذلك ، والقول الأول قول الشيخ في المبسوط ، والقول الثاني قول ابن ادريس ، وقد سبق ^(١٢) .

(١١) - ص ٢٣٤ .

(١٢) - ص ٢٦٠ .

قال رحمه الله : اذا دفع مالا قراضاً ، و شرط أن يأخذ له بضاعة ، قيل : لا يصح ؛ لأن العامل في القراض لا يعمل ما لا يستحق عليه أجراً ، وقيل : يصح القراض ويبطل الشرط ، ولو قيل بصحتها كان حسناً .

أقول : البضاعة هو ان يدفع الانسان الى غيره مالا أمانة على ان يتجر له فيه ولا حصة له في الربح ، فاذا شرط رب المال على العامل ان يأخذ له بضاعة ، قال الشيخ في المبسوط : لا يصح ، وقد ذكر المصنف وجهه ، ثم قال في المبسوط أيضاً : ولو قلنا : ان القراض صحيح والشرط جائز لكنه لا يجب الوفاء به ؛ لأن البضاعة لا يلزم القيام بها ، كان قوياً

والمعتمد ما استحسنته المصنف ؛ لأنه لا مانع من ان يعمل العامل في مال بعوض وفي آخر بغير عوض لوجود المقتضي ، وهو الشرط الساتع فدخل تحت عموم قوله عليه السلام : « المؤمنون عند شروطهم »^(١٢) ، وهو مذهب العلامة . قال رحمه الله : ولا يجوز للمضارب أن يشتري جارية يطؤها وإن أذن له المالك ، وقيل : يجوز مع الإذن ، أما لو أحلها بعد شرائها ، صح .

أقول : القول بالجواز هو قول الشيخ في النهاية ، معولاً على ما رواه مرفوعاً الى الكاهل ، عن أبي الحسن عليه السلام ، « قال : قلت : رجل سألني أن أسألكم ، ان رجلاً أعطاه مالا مضاربة يشتري ما يرى من شيء ، وقال : اشتر جارية تكون معك ، والجارية انما هي لصاحب المال ان كان فيها وضیعة فعليه ، وان كان فيها ربح فله ، فللمضارب ان يطأها ؟ قال : نعم »^(١٣) . وفي طريقها سماعه ، وهو

(١٢) - الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٢٠ من ابواب المهور ، حديث ٤ . والمستدرك ، كتاب التجارة ، باب ٥ من ابواب الخيار . حديث ٧ .

(١٣) - التهذيب ، كتاب التجارات ، باب الشركة والمضاربة . حديث (٣١) (٨٤٥) . وفي الوسائل ، كتاب المضاربة ، باب ١١ ، حديث ١ .

واقفي .

والمعتمد عدم الجواز ؛ لأنه لا يخلو إما ان يظهر فيها ربح أو لا ، فان ظهر فيها ربح وقلنا : انه يملك حصته بالظهور فهي مشتركة ، والمشاركة لا يجوز وطؤها لأحد الشريكين على ما يأتي في كتاب النكاح ان شاء الله تعالى . وان قلنا : انه لا يملك بالظهور او لم يكن فيها ربح ، فهي ملك لرب المال حصل بعد الإذن ، والإذن السابق لا يقبل الإباحة ؛ لأنه لم يصادف ملكاً ، أما لو لم يكن فيها ربح وحصل التحليل بعد الشراء ، فانه يجوز الوطي قطعاً .

كتاب المزارعة والمساواة

في المزارعة

قال رحمه الله : أما لو شرط احدهما على الآخر شيئاً يضمنه له من غير الحاصل مضافاً الى الحصة ، قيل : يصح ، وقيل : يبطل ، والأول اشبه .

اقول : القائل بالصحة على كراهية هو الشيخ رحمه الله ، وتابعه ابن البراج ، واختاره المصنف والعلامة ، ونقل المصنف والعلامة قولاً بالمنع ولم يسميا قائله . والمعتمد الأول ، لعموم قوله عليه السلام : « المؤمنون عند شروطهم »^(١) ، فإن هلك الزرع بشيء من الآفات سقط الشرط .

قال رحمه الله : ويكره اجارة الأرض للزراعة بالحنطة أو الشعير مما يخرج منها ، والمنع أشبه ، وان يؤجرها بأكثر مما استأجرها به إلا أن يحدث بها حدثاً أو يؤجرها بجنس غيره .

أقول : هنا مسألتان :

الأولى : ان يؤجر الارض بحنطة او شعير مما يخرج منها ، والمشهور في هذه عدم الجواز ، لاحتمال ان لا يخرج منها شيء فتسقط الأجرة ، وهو غير جائز ،

(١) - مستدرک الوسائل ، کتاب التجارة ، الباب ٥ ، من ابواب الخيار ، حدیث ٧ .

وقيل بالجواز على كراهية ، لأصالة الجواز ، ولعموم : « المؤمنون عند شروطهم » ،
والأول هو المعتمد ؛ لأن هذا الشرط مشتمل على غرر فيكون باطلاً .

الثانية : في جواز أن يؤجر الأرض الذي استأجرها بأكثر مما استأجرها به
إذا كان من جنس ما استأجرها ولم يحدث فيها حدثاً ، وبعدم الجواز قال الشيخ
والسيد المرتضى وابن الجنيد : حذرا من الربا ، ولهم عليه روايات ^(٢) .

وقال المفيد وابن ادریس : انه مكروه . واختاره العلامة ، لأصالة الجواز ،
ولهم عليه روايات كثيرة ^(٣) ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : ولو مضت المدة والزرع باق كان للمالك إزالته على الأئمة .
أقول : المعتمد وجوب تعيين المدة في العقد ، فإذا عينا مدة يمكن ادراك
الزرع فيها ثم انقضت ولم يدرك ، هل للمالك إزالته ؟ يحتمل ذلك ؛ لأن العقد لم
يتناول غير المدة المعينة ، فلا يجب على المالك إبقاء الزرع بعدها ، لكن يجب عليه
ارش النقص بسبب القلع ، والأرض هو نقص قيمته مقلوعاً عن قيمته قائماً ؛ لأنه
نقص دخل على ملك الغير بسبب تخليص ملكه ، فيكون مضموناً .

ويحتمل عدم جواز الإزالة ؛ لأنه تصرف تصرفاً مأذوناً فيه ، والقلع فيه
ضرر على الزارع ، وقد قال عليه السلام : « لا ضرر ولا ضرار في الاسلام » ^(٤) ،
ولأنه ليس لعرق ظالم ، ويحتمل وجوب التبقية بالأجرة ، جمعاً بين الحقيين .

فرع : إذا عينا مدة فأدرك الزرع في بعضها ، فإن كان قد عينا المزروع لم
يجز للعامل أن يزرع الأرض مرة ثانية وإن كان يدرك عند انتهاء تلك المدة ، وإن
لم يعينا المزروع جاز أن يزرع الأرض مرة ثانية ، لأنه يملك التصرف بما شاء من

(٢) - الوسائل ، كتاب الاجارة ، باب ٢٢ ، حديث ٢ ، وباب ٢٠ .

(٣) - الوسائل ، كتاب الاجارة ، باب ٢٢ ، وكتاب المزارعة والمساقاة ، باب ١٥ .

(٤) - الوسائل ، كتاب الشفعة ، باب ٥ ، حديث ١ وغيره .

الزراع تلك المدة المعينة .

قال رحمه الله : ولو استأجر للزراعة (ما لا ينحصر عنه الماء لم يجوز لعدم الانتفاع ، ولو رضي بذلك المستأجر)^(٥) جاز ، ولو قيل : بالمنع لجهالة الأرض كان حسناً .

أقول : قد ذكر المصنف وجهي المنع والجواز ، والمعتمد الجواز ان كانت الأرض معلومة أو كان الماء صافياً يمكن مشاهدتها أو كان قليلاً يمكن معه بعض الزرع ، وإلا فلا .

قال رحمه الله : اذا استأجر أرضاً مدة معينة ليغرس فيها ما يبقى بعد المدة غالباً ، قيل : يجب على المالك ابقاؤه أو ازالته بعد الأرض ، وقيل : له أزالته كما لو غرس بعد المدة ، والأول أشبه .

أقول : لا خلاف في جواز الغرس ، وانما الخلاف في ان الفارس هل يجبر بعد انقضاء المدة على قلع غرسه مجاناً أو لا يجبر إلا مع بذل أرض النقصان ، وهو التفاوت بين قيمته مقلوعاً وقيمته قائماً ؟ فنقول : لا يخلوا اما ان يشترط القلع بعد انقضاء المدة او يطلق العقد ، فان اشترط القلع وجب ، ولا أرض حينئذ ؛ لأنه دخل على ذلك .

وان اطلق العقد ، قال الشيخ : لم يجبر على قلعه مجاناً ، ويجبر المالك بين اخذ الغرس بالقيمة ويجبر المستأجر على القبول ، وبين الاجبار على القلع مع دفع أرض نقص الغرس ، وبين التبقية بأجرة المثل .

ووجهه انه من استأجر شيئاً ليشغله بحق له انما يجبر على ازالة حقه منه على ما جرت العادة بنقله منه ، والعادة لم تجر بنقل الغرس إلا بعد جفافه ، فلا يجبر على نقله قبل ذلك ، ولا يجبر مالك الأرض على شغلها بمال الغير بغير عوض ، لما في

ذلك من الضرر المنفي ، فوجه الجمع بين الحقيين ما قاله الشيخ .

قال العلامة في التحرير بعد ان حكى قول الشيخ : وعندي في اجباره على قبول القيمة نظر . وجه النظر ان المعاوضة عقد يفتقر الى التراضي والاجبار ينافيه ، وقيل : يجبر على الازالة ، كما لو غرس بعد انقضاء المدة ؛ لأن العقد لم يتناول غير المدة المعينة ولا أرض على مالك الأرض ؛ لأن تفريغ الأرض واجب عليه ، وكما قبضها فارغة يجب تسليمها فارغة ، فلا يستحق على فعل الواجب عليه أرضاً ، واختاره العلامة في القواعد ، واختار المصنف مذهب الشيخ .

قال رحمه الله : اذا تنازعا في المدة فالقول قول منكر الزيادة مع يمينه ، وكذا لو اختلفا في قدر الحصة فالقول قول صاحب البذر ، فإن أقام كل واحدٍ منهما بينة ، قدمت بينة العامل ، وقيل : يرجعان الى القرعة ، والأول أشبه .

أقول : انما كان القول قول صاحب البذر مع عدم البينة ؛ لأن النماء تابع للأصل ، فيقتضي ان الجميع لصاحب البذر إلا ما أخرجه الشرط ، فاذا ادعى زيادة عما اعترف به صاحب البذر كان القول قول المالك وهو صاحب البذر مع عدم البينة وانما كان البينة بينة العامل ؛ لأنه الخارج ولأن القول قول صاحب البذر مع عدم البينة ، فيكون البينة بينة الآخر .

وقال الشيخ رحمه الله : يقرع بينها ؛ لأن الربح تابع للعمل ورأس المال ولا ترجيح ، فيقرع بينهما ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : ولو اختلفا ، فقال الزارع : أعرتها ، فأنكر المالك وادعى الحصة أو الأجرة ولا بينة ، فالقول قول صاحب الأرض ويثبت له أجرة المثل مع يمين الزارع ، وقيل : يستعمل القرعة ، والأول أشبه .

أقول : انما كان القول قول صاحب الأرض ؛ لأن المنافع مملوكة له كالعين فكما ان القول قوله لو ادعى عليه تملك العين ، فكذا القول قوله اذا ادعى عليه

تمليك المنافع ، وقيل بالقرعة ؛ لأنها اتفقا على حدوث المنافع في ملك الزارع ، وصاحب الأرض يقول بأجرة ، والأصل عدم التبرع ، والزارع يقول مجاناً والأصل براءة الذمة ، ولا ترجيح لأحد الأصلين على الآخر ، فيقرع بينهما ، والمعتمد الأول .

في المساقاة

قال رحمه الله : ويصح قبل ظهور الثمرة ، وهل تصح بعد ظهورها ؟ فيه تردد ، والأظهر الجواز إن بقي للعامل عمل ، وإن قل بما يستزاد به الثمرة .
أقول : المساقاة جائزة قبل ظهور الثمرة إجماعاً ، أما بعد ظهورها إذا بقي للعامل عمل يستزاد به الثمرة ، فقد تردد فيه المصنف ثم اختار الجواز ، ومنشأ التردد من أصالة الصحة ، ولأن المقصود من المساقاة زيادة النماء بسبب فعل العامل ، والتقدير أنه حاصل ، وبه قال الشيخ في الخلاف محتجاً بعموم الأخبار^(٦) الدالة على جواز المساقاة من غير تفصيل ، واختاره المصنف والعلامة ، وهو المعتمد .

ومن أن المساقاة معاملة على مجهول فيقتصر فيها على محل الوفاق ، وهو الصحة قبل الظهور دون ما بعده ، ولأن الثمرة إذا ظهرت كانت ملكاً للمالك ، فإذا ساقاه عليها وشرط له منها جزءاً كان قد شرط جزءاً من ماله له ، فلا يصح المضاربة .

(٦) - الوسائل ، كتاب المزارعة والمساقاة ، باب ٩ ، حديث ٢ .

فرع : على الجواز بعد الظهور لو حصلت بعد بدو الصلاح كان زكاة الجميع على المالك خاصة لبدو الصلاح على ملكه من غير مشارك .

قال رحمه الله : ولا تبطل بموت المساقى ولا بموت العامل على الأ شبه .

أقول : المساقاة عقد لازم كالاجارة ، والخلاف في بطلانها بالموت كالخلاف في بطلان الاجارة به ، فالقائل بالبطلان هناك قائل به هنا ، ومن لا فلا . وعلى القول بعدم البطلان - وهو المعتمد - يقوم الوارث مقام العامل ان كان هو الميت ، فان امتنع الوارث من العمل لم يجبر عليه ؛ لأن العمل غير واجب عليه ؛ لأن الأعمال الواجبة على الانسان اذا تعلقت ببذنه لا يجب على وارثه القيام بها عدا الصلاة على ما تقدم ، فع امتناع الوارث من العمل يستأجر الحاكم من تركته ان كان له تركة ، ومع عدم التركة او تعذر الاستئجار يفسخ المالك ان شاء وعليه اجرة العامل الى حين الموت اذا لم تظهر الثمرة ، وان كانت قد ظهرت بيعت حصة العامل منها ودفعت الى ورثته ، ولا أجرة حينئذ .

قال رحمه الله : وفيها لا ثمرة له اذا كان له ورق ينتفع به كالحناء والتوت

تردد .

أقول : منشؤه من ان المساقاة المشروعة انما هي على الأصول التي لها ثمرة ينتفع بها مع بقاء اصلها ، والورق لا يسمى ثمرة لا باللغة ولا بالعرف . ومن ان الورق هنا يجري مجرى الثمرة المتجددة كل عام مع بقاء اصله وهو ينتفع به كالانتفاع^(٧) بالثمرة ، فيصح المساقاة عليه ، وهو اختيار السلامة في القواعد والتحرير^(٨) ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : والكش للتلقيح ، وقيل : يلزم ذلك العامل ، وهو حسن .

(٧) - في « ن » : كإنتفاعه .

(٨) - (التحرير) لم ترد في « ر » .

أقول : كون الكشف على المالك مذهب الشيخ في المبسوط ، واختاره العلامة ؛ لأنه عين ماله ، والعامل لا يجب عليه غير العمل ، وكونه على العامل مذهب ابن ادريس ؛ لأن العمل لا يتم إلا به ، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب ، واستحسنه المصنف والعلامة ، والأول هو المعتمد .

والخلاف في الثور الذي يدير الدولاب ، كالحلاف في الكشف .

قال رحمه الله : ولو شرط ان يعمل غلام المالك معه جاز ؛ لأنه ضم مال الى مال ، ولو شرط ليعمل الغلام لخاص العامل لم يجز ، وفيه تردد .

أقول : هنا مسألتان :

الأولى : ان يشترط ان يعمل غلام المالك لخاص العامل ، ومنشأ التردد فيه من انه شرط سائع فيدخل في عموم : « المؤمنون عند شروطهم » ، وهذا الشرط يقتضي كون الحصة مقابل بعض العمل ، وهو جائز ، وهو ظاهر المصنف واختيار العلامة ، وهو المعتمد .

ومن انه اشترط ان العوض له والعمل على غيره ، وهو غير جائز .

الثانية : اذا شرط على رب المال اجرة الأجراء ، أو شرط خروج اجرتهم من وسط الثمرة والباقي بينهما ، وهو لا يخلو اما ان يشترط اجرة الاجراء الذين جرت العادة باستجارهم والاستعانة بهم وباقي العمل على العامل ، او يشترط ان يستأجر على جميع العمل ولم يبق للعامل غير الاستعمال خاصة ، فان كان الأول فقد قال الشيخ في المبسوط بالبطلان ؛ لأن المساقاة موضوعة على أن من رب المال المال ومن العامل العمل ، فان اشترط أن أجرة الأجراء على رب المال أو من الوسط إقتضى ان يكون على رب المال المال والعمل ، وهو غير جائز ، وتردد المصنف مما قاله الشيخ ، ومن أنه شرط سائع فيجب الوفاء به .

والمعتمد الجواز بشرطين : ان تكون الأجرة معلومة مقدرة حالة العقد ،

وان يبق للعامل شيء من العمل وإن قل ، وان كان الثاني وهو أن يشترط الاستتجار على جميع العمل ولم يبق غير الاستعمال ، وهذا استشكله العلامة في القواعد : من ان العامل لا يملك الحصة ويستحقها الا بعمل الجميع او البعض ، وهذا لا يعمل شيئاً ، والاستعمال لا يسمى عملاً .

ومن ان الاستعمال يجري مجرى العمل ، لحصوله بواسطة الاستعمال ، والمعتمد البطلان ؛ لأن المساقة معاملة على مجهول فيقتصر فيها على موضع الوفاق ، فيكون له اجرة الاستعمال ؛ لأنه يجري مجرى الوكيل بجعل .

ونفقة الغلمان الذين يشترط عملهم على سيدهم ، فان اشترطها على العامل جاز مع التقدير لا مع عدمه ، ونفقة الأجراء على انفسهم الا مع الشرط ، فيجب تقديرها .

قال رحمه الله : ولو شرط مع الحصة من النماء حصة من الأصل الثابت لم يصح ؛ لأن مقتضى المساقة جعل الحصة من الفائدة ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه من انه شرط يقتضي مخالفة العقد ، وكل شرط يقتضي مخالفة العقد فهو باطل ؛ لأن مقتضى عقد المساقة كون الحصة من النماء دون الأصل ، فاذا اشترط من الأصل شيئاً ، فهو كما لو اشترط العامل في مال القراض شيئاً من رأس المال مضافاً إلى حصته من الربح ، وهو باطل ، فكذا هنا ، وبه قال الشيخ وابن ادریس وفخر الدين ، وهو المعتمد .

ومن انه شرط سائغ فيدخل في عموم : « المؤمنون عند شروطهم » ، ولأنه كما لو اشترط شيئاً غير الحصة من غير الأصل - كما لو اشترط ذهباً أو فضة أو غير ذلك - فهو جائز ، فكذا هنا .

والجواب حصول الفرق بين ان يكون الشرط من غير المال الذي يعمل به ، وبين ان يكون منه ؛ لأن جعل العوض الحاصل للعامل - وهو الحصة من النماء -

مقابل العمل بجميع المال المعقود عليه ، فإذا صار له جزء من الأصل لم يحصل العمل بجميع المال للمالك ، وإذا لم يعمل بجميع المال المملوك للمالك لم يستحق مجموع الحصة المشتركة لاختلاله بالشرط ، وهو العمل بالجميع فيبطل العقد ويكون للعامل اجرة مثل عمله ، وللمالك مجموع الفائدة .

قال رحمه الله : ولو ساقاه بالنصف إن سقى بالناضح ، وبالثالث إن سقى بالسائح بطلت المساقاة ؛ لأن الحصة لم تتعين ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه من اصاله الصحة وعدم حصول الجهالة لتعيين العاملين والحصتين ، فأني عمل عمله كانت الحصة عليه معلومة . ومن أن التردد بين العاملين والحصتين يقتضي عدم تعيين المعقود عليه من العمل والحصة ، ومع عدم التعيين يحصل الجهالة المفضية الى البطلان ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : إذا استأجر أجيراً للعمل بحصة منها ، فإن كان بعد بدو الصلاح جاز ، وإن كان بعد ظهورها ، وقيل : بدو صلاحها بشرط القطع صح إن استأجره بالثمرة أجمع ، ولو استأجره ببعضها ، قيل : لا يصح لتعذر التسليم ، والوجه الجواز .

أقول : صحة الإجارة وعدمها قبل بدو صلاحها مبني على صحة البيع قبله ، فمن قال بصحته بشرط القطع قال بالصحة هنا بشرط القطع ايضاً ، ومن قال بالصحة مطلقاً قال بها هنا ايضاً ، والمعتمد جواز الاستئجار لها بعد الظهور ، سواء كان بالكل أو البعض ، وسواء شرط القطع أو لم يشترطه ، لجواز البيع كذلك على الصحيح من المذهب .

قال رحمه الله : إذا قال : ساقيتك على هذا البستان بكذا على أن أساقيك على الآخر بكذا ، قيل : يبطل ، والجواز أشبه .

أقول : القائل بالبطلان الشيخ رحمه الله ، قال في المبسوط : إذا قال ساقيتك

على هذا الحائط بالنصف على ان اساقيك على هذا الحائط الآخر بالثلث ، بطل ؛ لأنه يبعان في بيعة واحدة ؛ لأنه ما رضي ان يعطيه هذا النصف إلا ان يأخذ منه الآخر بالثلث ، وهكذا في البيع اذا قال : بعتك عبدي هذا بألف على ان تبيعني عبدك بخمس مئة ، فالكل باطل ؛ لأن قوله : (على ان تبيعني عبدك بخمس مئة) ، وعد من صاحب العبد فهو بالخيار بين الوفاء وبين الترك ، والمعتمد الجواز في الموضعين البيع والمساقاة معاً ؛ لأنه شرط سائع ، فلا مانع منه ، فان حصل الوفاء به ، وإلا كان البائع والمساقى بالخيار بين الفسخ والإمضاء ، وبه قال المصنف والعلامة .

قال رحمه الله : اذا هرب العامل لم تبطل المساقاة فإن بذل العمل عنه باذل ، أو دفع إليه الحاكم من بيت المال ما يستأجر عنه ، فلا خيار وإن تعذر ذلك ، كان له الفسخ ، لتعذر العمل ولو لم يفسخ وتعذر الوصول الى الحاكم ، كان له أن يشهد أنه يستأجر عنه ، ويرجع عليه على تردد ، ولو لم يشهد ، لم يرجع .

أقول : المساقاة عقد لازم لا تبطل بهرب العامل ، ولكن صاحب النخل يحتاج الى ان يرفع امره الى الحاكم ليثبت عنده العقد ، فيطلبه الحاكم ، فان وجده الزمه العمل ، وان لم يجده وكان له مال استأجر منه من يقوم مقامه ، وان لم يكن له مال وكان في بيت المال شيء استأجر من بيت المال قرضاً على العامل ، فان لم يكن في بيت المال شيء ووجد من يتطوع بإقراضه استقرض عليه ، فان لم يجد المتطوع بالإقراض ولم يتطوع المالك بالإقراض ولا بالعمل ، قال له الحاكم : قد تعذر العمل من جهة العامل ، فلك ان تفسخ ، فاذا فسخ لا يخلو إما ان يكون الثمرة قد ظهرت أو لم تظهر ، فان لم تظهر بعد ، كان على المالك اجرة عمله الى حين الفسخ ؛ لأنه عمل عملا غير متبرع به ولم يسلم له الحصة المشترطة ، فيكون له الأجرة ، وان كانت قد ظهرت صار شريكاً فيها بنسبة حصته ، فيقال للمالك :

أختار ان يبيع نصيبك من الثمرة ؟ فإن قال : نعم ، بيعت في موضع يصح بيعها ، وقسمه بالقيمة على قدر المحصص ، وإلا بيعت حصة العامل على مالك النخل أو على غيره .

هذا كله مع وجود الحاكم ، وامكان الوصول اليه ، ومع غيبته او عدم التمكن من الوصول اليه ، قال المصنف : (كان له ان يشهد انه يستأجر عنه ويرجع عليه على تردد) . ومنشؤه من انه اتفق على مال غيره بغير اذنه ولا اذن الحاكم ، فلا رجوع له لأصالة براءة الذمة .

ومن ان الرجوع هنا لمكان الضرورة ؛ لأنه لو لم يجز الرجوع عليه بما انفق مع وجوب دفع حصته اليه ، لزم الضرر المنفي ، أما لو كان الإنفاق بغير اذن الحاكم مع القدرة على استدانه ، فانه لا يرجع اجماعاً ، وإن شهد .

فرع : اذا لم يشهد على ان هذه النفقة دين على العامل ، ونوى ذلك في نفسه ، هل له ان يرجع عليه ؟ استشكل ذلك العلامة في القواعد ، ومنشؤه : من ان الإشهاد ، هل هو شرط في جواز الرجوع ، أو الشرط هو نية الرجوع ، والإشهاد لأجل الثبوت ؟

الظاهر الأول ؛ لأن الشارع علق جواز الرجوع على استئذان الحاكم مع امكانه ، او الاشهاد مع عدمه ، والمشروط عدم عند عدم شرطه ، ولأصالة براءة الذمة من اشتغالها بحق للغير ما لم يعلم السبب ، وهو غير معلوم ، مع عدم هذين الشرطين .

ويحتمل الرجوع بمجرد النية ؛ لأن الإشهاد لا يفيد اثبات حق في ذمة الغير ، وانما فائدته اثبات عدم التبرع ، وعدم التبرع يحصل بنية الرجوع ، فالفيد للرجوع هو نية عدم التبرع ، فاذا ثبت ذلك باقرار الخصم جاز له الرجوع ، والأول ظاهر المصنف ؛ لأنه اطلق عدم الرجوع مع عدم الإشهاد ، وهو اختيار

العلامة وفخر الدين ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : ومع ثبوت الخيانة هل يرفع يده أو يستأجر من يكون معه من اصل الثمرة ؟ والوجه أن يده لا ترفع عن حصته من الربح ، وللمالك رفع يده عما عداه ، ولو ضم المالك اليه اميناً كان أجرته على المالك خاصة .

أقول : اذا ثبت خيانة العامل إما باقراره او بالبينة او بنكوله عن اليمين مع يمين صاحب النخل ، قال المصنف : (الوجه انه لا يرفع يده عن حصته) ، ووجه هذا الوجه ان الخيانة توجب رفع اليد عن مال الغير لا عن مال نفسه .

ويحتمل رفع يده عن الجميع ؛ لأنه لا يتم رفع اليد عن مال الغير إلا مع رفع يده عن الجميع ، وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب .

والأول إختيار المصنف والعلامة وفخر الدين ، وهو المعتمد .

تنبيه : صورة رفع يده عن حصة المالك مع بقائها على حصته هو ان يضم اليه من يشاركه في العمل بمقدار حصة المالك ويكون مستولياً على حصة المالك وعاملاً بها ، والعامل يختص من العمل بمقدار حصته مع اشتراك الثمرة بينهما ، ويكون استيلاء العامل الثاني على العمل بمقدار حصة المالك ، وتصرفه بها رفعاً ليد العامل الأول عنها وان كانت لا تتميز عن حصة العامل ، ولا يتوهم احد ان رفع يده عن حصة المالك مع بقاء حصته هو ان يقسم الثمرة ثم يتصرف كل واحد منها بحصته ؛ لأن قسمة الثمن قبل الفراغ من جميع ما يحتاج اليه من العمل غير جائز ؛ لأن العامل لا يستقر ملكه على حصته منها إلا بتمام العمل جميعه على وجه الشيعاء ؛ لأن من شرط صحة المساقاة كون الحصة مشاعة الى حين الفراغ من العمل ليكون النالف منها والباقي لها ، فالقسمة قبل ذلك تنافي هذا الحكم ، لإحتمال تلف احد النصيبين او بعضه دون الآخر فيختص الآخر بمجموع الباقي او بأكثر مما شرط له ، وهو غير جائز .

فاذا عرفت هذا فأجرة هذا الأجير من اصل الثمرة كما قاله المصنف ؛ لأن عمله لها ، أما كونه للعامل فلأن جميع العمل واجب عليه ، وهذا قد عمل بعضه ، وأما كونه للمالك فلأن العمل لمصلحة ليسلم ماله من الخيانة ، اذ لولا مصلحته لما جاز ضم هذا الأجير الى العامل ، واذا كان العمل لها كانت الأجرة عليها .
ويحتمل كون الأجرة من خاص العامل ؛ لأن العمل واجب عليه ، وقد تعذر استيفاؤه منه بسبب خيانتة ، فيجب عليه بذل العوض ، وهو اجرة العامل ، وهو قوي .

أما لو ضم المالك اليه اميناً حافظاً من غير ان يعمل شيئاً ولا يرفع يده العامل عن شيء كانت اجرتة على المالك خاصة ؛ لأن عمله له خاصة .
ولو عجز العامل عن القيام بالعمل او بعضه مع كونه اميناً استؤجر من يعمل جميع العمل او بعضه ، وكانت الأجرة من خاص العامل ؛ لأن مجموع العمل له .

فرع : لو لم يمكن الأمين الحفظ لكون العامل قوياً باطشاً لا يمكن التحرز منه رفعت يده عن الجميع ، والزم اجرة عامل يقوم مقامه ليحصل الجمع بين العمل وحفظ مال المالك .

قال رحمه الله : وقيل له الرجوع على العامل بالجميع ان شاء ؛ لأن يده عادية ، والأول أشبه ، إلا بتقدير ان يكون العامل عالمأ به .

أقول : مذهب المصنف ، وهو الرجوع على العامل بالنصف خاصة ، وهو مذهب الشيخ في المبسوط ؛ لأنه لم يقبض الثمرة كلها ، وانما كان حافظاً لها نائباً عن الغاصب .

وقيل : يرجع عليه بالجميع لما قاله المصنف : (لأن يده عادية) ثم يرجع على الغاصب ؛ لأنه غرّه ، واختاره العلامة ، وهو المعتمد ؛ لأن الأيدي اذا تعاقبت

على المصوب تخيير المالك في تضمين من شاء .

كتاب الودعة

في العقد

قال رحمه الله : ولو عين له موضع الاحتفاظ ، اقتصر عليه ، ولو نقلها ضمن الا الى الأحرز أو مثله على قول .

أقول : اذا دفع اليه الوديعة لا يخلو إما ان يعين له الحرز او لا يعينه ، بل جعل النظر اليه أو يعين حرزاً ولم ينه عن النقل عنه او نهاه ، واطلق أى لم يقل : وان تلفت ، أو قال : ولا ينقلها عنه وان تلفت ، فالأقسام اربعة :

الأول : ان لا يعين موضع الحفظ ، فاذا تركها في موضع جاز له نقلها الى غيره ، سواء كان مثل الأول أو أعلى أو أدون اذا كان حرز مثلها ؛ لأن الايداع اقتضى حفظ الوديعة في حرز مثلها ، والمالك قد وكل النظر اليه ورضي باجتهاده حيث لم يعين موضع الحفظ ، فله الوضع حيث شاء بشرط ان يكون حرز مثلها ، ولا ضمان عليه في ذلك .

الثاني : عين الحرز ولم ينه عن النقل عنه ، قال الشيخ في المبسوط : فان نقلها الى ما يماثله لم يضمن ؛ لأن صاحبها رضي بأن يكون في ذلك الموضع أو مثله ، فصار كما لو استأجر ارضاً ليزرعها طعاماً فله ان يزرع ما يكون ضرره

مثل ضرر الطعام او دونه .

واختاره المصنف والعلامة في القواعد ، واختار في المختلف عدم جواز النقل والضمان به ، بناءً على ان الأمر بالشيء يستلزم النهي عن ضده . هذا مع عدم الخوف عليها في ذلك الموضع الذي عينه المالك ، أما مع الخوف فانه يجب نقلها ولو ترك النقل مع المكنة ضمن ان تلفت .

الثالث : ان يعين الموضع ويمنعه من النقل الى غيره ، ويطلق المنع ، أي لم يقل : وان تلفت ، هذا يضمن بالنقل ، سواء كان الى الأعلى او الأدنى او المثل ؛ لأن صاحبها قطع اجتهاد المستودع حيث عين الموضع ونهاه عن النقل .

ولو حصل خوف من نهب او لص او حريق وجب النقل ، فلو لم ينقلها مع الخوف احتمل الضمان ؛ لأنه كان مأموراً بالنقل ولم يفعله ، فيكون ضامناً وهو المعتمد .

ويحتمل عدم الضمان ؛ لأن المالك نهاه عن النقل ، فاذا امتثل امره لم يكن ضامناً .

الرابع : اذا قال : لا تنقلها وإن تلفت ، فحصل الخوف ، جاز نقلها وتركها ، ولو تلفت في أحد الوجهين فلا ضمان ؛ لأن الشارع أذن له بالنقل عند الخوف ، والمالك أذن له بالترك عنده ، فهو كما لو سلطه على تلفه ، فلا ضمان مع اتباع احد الأمرين .

فرع : قال الشيخ في المبسوط : اذا ادعى الودعي النقل خوف الحريق او النهب او الفرق ، فانه لا يقبل قوله إلا بالبينة ؛ لأن مثل ذلك لا يخفى ، وكل موضع يدعي السرقة أو الغصب او يقول : تلفت من غير تفریط ، فانه لا يقبل قوله إلا مع اليقين ، والفرق امكان اقامة البينة على الأول دون الثاني .

وقال العلامة : يقبل قوله مطلقاً ، سواء ادعى أمراً خفياً أو ظاهراً ، لما رواه

الحلبي في الحسن ، عن الصادق عليه السلام « قال : صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان »^(١).

قال رحمه الله : ولو كان الغاصب مزجها بماله ، ثم اودع الجميع فان امكن المستودع تمييز المالين رد عليه ماله ومنع الآخر ، وان لم يمكن تمييزها وجب اعادتها على الغاصب .

أقول : هذه المسألة مخالفة للأصل ؛ لأنها تتضمن دفع مال الغير الى غير مالكة مع كونه غاصباً ، وهو غير جائز إلا أن عمل اكثر الأصحاب على ذلك . قال ابن ادریس : ولو كانت الوديعة من حلال وحرام لا يتميز احدهما عن الآخر رد جميعها الى المودع متى طلبها بدليل اجماع اصحابنا . فقد ظهر ان المسألة اجماعية ، والعلامة حكم في القواعد بما هو فتوى الأصحاب ، ثم استشكل ذلك .

قال فخر الدين : منشؤه من قول الأصحاب ، ثم نقل قول ابن ادریس هذا الذي نقلناه ، ثم قال : ومن انه رد الغصب الى الغاصب وهو لا يجوز ، والأولى رده الى الحاكم . هذا كلامه رحمه الله ، ولا بأس بالعمل على ما اجمعت عليه الأصحاب ؛ لأن الاجماع حجة .

في اللواحق

قال رحمه الله : اذا انكر الوديعة أو اعترف وادعى التلف أو الرد ولا بينة ، فالقول قوله ، وللمالك اخلافه على الأشبه ، أما لو دفعها الى غير المالك وادعى الاذن (فانكر ، فالقول قول المالك مع يمينه ، وان صدقه على الاذن)^(٢) لم يضمن وان ترك الاشهاد على الأشبه .

أقول : في هذا الكلام مباحث :

الأول : اذا ادعى عليه الوديعة فانكر ، كان القول قوله مع اليمين بلا خلاف ، لقوله عليه السلام : « البينة على المدعي واليمين على من انكر »^(٣) .
الثاني : اذا اعترف بالوديعة ثم ادعى التلف كان القول قوله ، وظاهر المصنف قبول قوله مطلقاً ، كما هو مذهب العلامة . والشيخ فرق بين ان يدعي التلف بسبب ظاهر كالنهب والحرق والفرق ، وبين ان يدعيه بسبب خفي كالسرقة وما شابه ذلك ، وحكم بعدم قبول قوله بالأول من غير بينة ، لا مكان إقامتها على

(٢) - ما بين القوسين لم يرد في الشرائع .

(٣) - المستدرک ، باب ٣ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعاوى ، حديث ٤ .

ما یدعیه ، ولقبوها بالثانی من غیر بینة مع الیمین ، وقد اشرنا الى ذلك فیما مضى .
 الثالث : اذا اعترف بالودیعة ثم ادعی الرد ، قال المصنف فالقول قوله ،
 وللمالك احلافه علی الأشبه ، وظاهر قوله : (علی الأشبه) عائد الى احتمال عدم
 احلافه ، وليس كذلك ؛ لأنه لا خلاف فی ایجاب الیمین علیه علی القول بأن القول
 قوله ، بل عائد الى قوله : (فالقول قوله علی الأشبه وللمالك احلافه) .

اذا عرفت هذا : فالقول بأن القول قوله هو المشهور بین الأصحاب ، وعلیه
 فتوى الجميع وان استشكله بعضهم بعد الفتوى ، لاحتمال ان يكون القول قول
 المالك ؛ لأنه منكر ، وقد قال علیه السلام : « البينة علی المدعی والیمین علی من
 انكر » ^(٤) ، ولم اجد قائلاً بهذا الإحتمال ، بل الفتاوی متطابقة علی ان القول قول
 الودعی ؛ لأنه امین قبض المال لمصلحة المالك ، فيكون قوله مقبلاً بالرد ، وهو
 المعتمد .

تنبيه : انما یقبل قوله بالرد علی من ائتمنه خاصة ، أما لو مات المالك
 فادعی الودعی الرد علی وارثه لم یقبل إلا بالبينة ؛ لأنه غیر امین للوارث ، وكذا
 لو مات الودعی فادعی وارثه الرد علی المالك ؛ لأنه لم یكن امیناً للمالك ، ولو اراد
 السفر فاودعها ثقة لتعذر المالك والوكیل والحاکم ، فادعی الثقة ردها علی المالك
 لم یقبل إلا ببينة لما قلناه ، ولو ادعی ردها الى المستودع الأول ، قبل قوله مع
 الیمین ؛ لأنه ادعی علی من ائتمنه ، ولو ادعی من طیر الریح ثوباً الى داره رده الى
 مالكه لم یقبل إلا بالبينة ؛ لأنه لم یكن امیناً له باختیاره .

ولو قال المالك : (اذا سافرت اودعها فلاناً) ، فاودعه ، فادعی الرد علی
 المالك قبل قوله مع الیمین ؛ لأنه ادعی الرد الى من ائتمنه ، ولو ادعی دفعها الى
 المستودع الأول لم تقبل إلا بالبينة ؛ لأنه لم یكن امیناً له ، بل هو امین للمالك .

واذا ادعى الاذن بالدفع الى غيره فصدقه على الاذن وانكر الدفع ، قال المصنف : (لم يضمن وان ترك الاشهاد على الأشبه) ، واختاره العلامة في القواعد ؛ لأنه قال : ولو صدق الإذن وانكر التسليم فكدعوى الرد أي كدعوى الرد على المالك ، وقد اختار ان القول قول المستودع في الرد ، وجزم في التحرير بعدم الضمان وان ترك الاشهاد ، ووجهه كونه أميناً ، والإحتال الوارد في دعوى الرد على المالك وارد هنا ، فلهذا قال : (على الأشبه) .

وفرق الشيخ بين ان يكون الأمر بالدفع الى الغير على سبيل الايداع له ، وبين ان يكون على سبيل الإبقاء ، وقوى في الأول عدم الضمان مع ترك الاشهاد ، وحكم في الثاني الضمان مع تركه ؛ لأن الإذن بقضاء الدين للبراءة منه ، وهي لم تحصل بدون الإشهاد ، بخلاف الوداعة فانها مبنية على الاخفاء ، ولا يشترط الإشهاد .

قال رحمه الله : اذا أقام المالك البينة على الوديعة بعد الانكار فصدقها ثم ادعى التلف قبل الانكار لم تسمع دعواه (وعدم قبول بينته)^(٥) ، لاشتغال ذمته بالضمان ، ولو قيل : تسمع دعواه وتقبل بينته كان حسناً .

أقول : عدم سماع دعواه وعدم قبول بينته مذهب الشيخ رحمه الله ؛ لأنه بانكار الوديعة مكذب لدعوى الهلاك ولا تقبل هذه الدعوى ، واذا كانت الدعوى غير مسموعة لم تقبل البينة بها ؛ لأن البينة فرع الدعوى .

وقال ابن الجنيدي : يقبل دعواه ؛ لأن انكاره يجوز ان يكون عن سهو أو نسيان . والمعتمد ان كان صورة الإنكار نفي الإيداع لا تقبل دعواه ولا يسمع بينته .

قال رحمه الله : اذا اعترف بالوديعة ثم مات ، وجهلت عينها ، قيل : تخرج

من أصل تركته ، ولو كان له غرماء وضافت التركة حاصهم المستودع ، وفيه تردد .

أقول : اذا حضرته الوفاة وعنده وديعة كان حكمها كما لو أراد السفر وعنده وديعة ، وهو ردها الى مالكها أو وكيله ، فان فقدتها فالى الحاكم ، فان تعذر الجميع وجب عليه اظهار امرها والإشهاد عليها والإيصاء بها الى الثقة ليدفعها الى صاحبها ، فان لم يفعل ذلك يكون قد اتلفها على صاحبها ، لانتقال التركة الى الورثة بالموت ، وقولهم مقبول بعدم الوديعة فلو لم يوص كان ضامناً ، وكذا لو اوصى الى الفاسق .

اذا عرفت هذا فاذا اعترف بالوديعة ووصفها بصفتها المميزة لها عن غيرها ثم مات ، وجهلت عينها ، هل يخرج من اصل تركته ويكون صاحبها شريكاً للغرماء لو كان عليه ديون ؟ تردد المصنف في ذلك ، والظاهر ان تردد المصنف من احتمال الضمان وعدمه .

ووجه الضمان انه اعترف بوجود الوديعة عنده ، والأصل بقاؤها ، وجهل عينها لا يوجب عدم الضمان ، لعموم قوله عليه السلام : « على اليد ما اخذت حتى تؤدي » (٦) .

ووجه احتمال عدم الضمان ان الودعي امين لا يضمن إلا مع التعدي او التفريط ، والأصل عدمه لاحتمال تلف الوديعة من غير تفريط ، والأصل براءة الذمة .

واعلم ان العلامة ذكر هذه المسألة في موضعين من القواعد ، قال في الأول : أما لو قال : (عندي ثوب) ولم يوجد في التركة ثوب ، لم يضمن تنزيلاً على التلف قبل الموت على إشكال ، وفي الثاني : لو مات المستودع ولم توجد الوديعة في

تركته ، فهي والدين سواء على اشكال ، فعميد الدين رحمه الله لم يفرق بينها ، وجعل منشأ الإشكال فيها من احتمال الضمان وعدمه ، وفخر الدين رحمه الله فرق بينها ، وجعل منشأ الإشكال في الأول من احتمال الضمان وعدمه ، وجعل موضوعها اصل الضمان ، وجعل موضوع الثانية كيفية الضمان ، بمعنى ان الوديعة ، هل تقدم على الدين ويخرج قيمتها او لا والنقص يدخل على الغرماء او حكمها حكمه ؟ ثم اختار تقديمها عليه لتعلقها بعين التركة كالرهن .

ولمانع ان يمنع حجة فخر الدين ؛ لأن الدين متعلق بعين التركة أيضاً بلا خلاف ، وانما الخلاف في صفة تعلقه ، هل هو كتعلق الدين بالرهن او كتعلق الأرض برقبة الجاني ؟ واذا ثبت ان الدين متعلق بالتركة فلا ترجيح ، والقياس على الرهن باطل ؛ لأن تقديم صاحب الرهن لتعلق حقه بعين مشخصة مميزة عن غيرها ، بخلاف الوديعة ؛ لأنها غير متميزة ولا مقطوع ببقائها فافترقا ، فكما لو كان الرهن مقبوضاً بيد المالك ثم مات ولم يوجد في التركة فانه لا يختص بقيمته فكذا في الوديعة ، وهذا ظاهر لا يحتاج الى تأمل .

وقطع العلامة في التحرير بمشاركة الغرماء من غير تردد ، وهذا الحكم يختص فيما اذا اعترف بالوديعة حال موته اذا قامت اليينة انه مات وهي عنده . اما لو كان عنده وديعة حال حياته ، ثم مات ولم يعترف بها ، ولا قامت اليينة بأنه مات وهي عنده ، هل يكون ضامناً لها ؟ استشكله في القواعد والتحرير ، من عموم قوله عليه السلام : « على اليد ما اخذت حتى تؤدي » (٧) ، ومن اصالة البراءة ما لم يتحقق السبب ، وهو غير متحقق .

فروع :

الأول : لو وجد كيس مختوم في التركة وعليه مكتوب : بانه وديعة فلان ، لم

يجب تسليمه اليه إلا بالبينة ، لاحتمال ان يكون اشتراه من مالكه ، وترك العلامّة عليه .

الثاني : لو قال : (عندي ثوب وديعة) ، ولم يصفه ، وفي تركته أثواباً ، كان ضامناً لتفريطه بعدم التمييز ، فهو كما لو خلط الوديعة بغيرها .

ولو وجد في التركة ثوب واحد احتمال تنزيل الوصية عليه ، ويجب دفعه الى الموصى له ، ويحتمل الضمان لعدم التبيين ، وعدم وجوب دفع الثوب الموجود ، لاحتمال ان يكون غير الموصى به ، وهو قوي .

الثالث : يجب ان يميزها حالة الوصية ، إما بالإشارة الى عينها بحضرة الشهود ، او بذكر الجنس والوصف الراجع للجهالة ، فلو قال : (عندي وديعة) ، ولم يميزها بما ذكرناه فهو كما لو لم يوص لعدم الفائدة حينئذ ، ويكفي ذكر الجنس من دون الوصف ، ويكفي الإشارة وان لم يذكر الجنس والوصف .

قال رحمه الله : اذا قرط واختلفا في القيمة ، فالقول قول المالك مع يمينه ، وقيل : القول قول الغارم مع يمينه ، وهو اشبه .

أقول : قال الشيخان : القول قول المالك ؛ لأن المستودع صار خائناً ، فلا يكون قوله مسموعاً . وقال ابو الصلاح : القول قول المستودع . وبه قال ابن حمزة وابن ادريس ، واختاره المصنف والعلامة ، وهو المعتمد ؛ لأنه غارم ، والأصل براءة ذمته .

كتاب العارية

في المستعير

قال رحمه الله : ولو استعار من الغاصب وهو لا يعلم ، كان الضمان على الغاصب ، وللمالك الزام المستعير بما استوفاه من النفقة ، ويرجع على الغاصب ؛ لأنه أذن له في استيفائها بغير عوض ، والوجه تعلق الضمان بالغاصب حسب .

أقول : يحتمل تعلق الضمان بالغاصب حسب وليس للمالك ان يرجع على المستعير بشيء ، مع جهله بالغصب ؛ لأنه تصرف تصرفاً مشروعاً في ظاهر الشرع ، فلا يتعقبه ضمان ، وإلا لزم تكليف العاقل ، وهو محال ، والمعتمد كونه مخيراً بتضمين المنافع والعين مع تلفها بين ان يضمن الغاصب أو المستعير ؛ لأن كل يد تترتب على الغاصب يد ضمان ، فان ضمن الغاصب لم يرجع على المستعير مع جهله ، ويرجع عليه مع علمه ، ولو ضمن المستعير لم يرجع على الغاصب مع علمه ، ويرجع عليه مع جهله ؛ لأنه غره .

فرع : اذا استعار من الغاصب وهو جاهل بالغصب استقر الضمان على الغاصب ؛ لأنه لو رجع على المستعير رجع المستعير على الغاصب ، فلو كانت العين ذهباً أو فضة أو شرط الغاصب الضمان على المستعير ، هل يستقر الضمان على

المستعير مع جهله ؟ يحتتمل ذلك ، لأنه دخل على انه ضامن ، ويحتتمل العدم لظهور فساد الشرط لوقوعه من غير المالك ، والفساد لا يترتب عليه اثر ، والضمان أثر الشرط ، وقد بان فساد .

والمعتمد استقرار ضمان العين ان تلفت على المستعير ؛ لأنه دخل على ان يكون ضامناً لها مع التلف ، وقد حصل ، فلا يكون مغروراً .

وأما ضمان المنافع ونقص العين بالاستعمال ، فهو يستقر على الغاصب ؛ لأن المستعير دخل على عدم الضمان فيهما .

في العين المعارة

قال رحمه الله : ويصح استعارة الأرض للزرع والغرس والبناء ، ويقتصر المستعير على القدر المأذون فيه ، وقيل : يجوز أن يستبيح ما دونه في الضرر ، كأن يستعير أرضاً للغرس فيزرع ، والأول أشبه .

أقول : قال ابن ادريس : فإذا أذن صاحب الأرض للمستعير في الغراس أو البناء ، فزرع جاز ؛ لأن ضرر الزرع أخف من ضرر ما أذن فيه . وهو اختيار العلامة في القواعد ، قال : ولو أذن له في زرع الحنطة تخطى إلى المساوي والأدون لا الأضر .

والمصنف اقتصر على مورد الإذن ؛ لأن التصرف في مال الغير بغير إذنه غير جائز ، وإذا تصرف في غير المأذون فيه يصدق عليه أنه تصرف بمال الغير بغير إذنه .

تنبيه : لا يجب في العارية تعيين جهة الإنتفاع وإن تعددت وتفاوتت ، فإذا أعاره أرضاً وأطلق ، جاز البناء والغرس والزرع ، وإن عين الغرس وأطلق غرس ما شاء من الأشجار والنخل ، ولا يجوز البناء لاختلاف ضررها ؛ لأن

ضرر الغراس تحت الأرض أكثر لانتشار عروقه في الأرض ، وضرره فوق الأرض أقل من البناء ؛ لأنه يمكن الزرع تحته ، والبناء بالعكس ؛ لأنه لا يمكن الزرع تحته فيكون ضرره فوق الأرض أكثر وليس له عروق تمتد تحت الأرض ، فيكون ضرره تحت أقل .

ولو أذن في الزرع واطلق ، زرع ما شاء وليس له الغرس ، وإذا انتهى الزرع لم يكن له أن يزرع غيره إلا بإذن جديد ، قال في التذكرة : وفيه نظر ؛ لأن للمستعير الانتفاع بالعارية المطلقة ما لم ينه المالك .

قال رحمه الله : ولو أذن له بالبناء والغرس ، ثم أمره بالإزالة ، وجبت الإجابة ، وكذا في الزرع ، ولو قبل ادراكه على الأشبه ، وعلى الآذن الارش .

أقول : فرق الشيخ وابن ادريس بين الزرع وبين البناء والغرس ، وجوز الرجوع في إذن البناء والغرس بعد الفعل ؛ لأنها للتأييد ، فلا يجب على المعير الصبر في ذلك ، ولم يجوز الرجوع في إذن الزرع بعده قبل انتهائه ؛ لأن له وقتاً ينتهي اليه ، فلا يجوز الرجوع قبله ، لما في ذلك من الضرر على المستعير .

والمصنف اختار عدم الفرق ، وهو مذهب العلامة وابنهما ؛ لأن العارية ليست لازمة ، فللمعير الرجوع متى شاء والضرورة تزول ببذل الأرض ، وهو التفاوت بين قيمته قائماً وبين قيمته مقلوعاً .

والتحقيق : انه لا يخلو اما ان يكون الرجوع في الاذن قبل الفعل أو بعده ، فان كان قبل الفعل ، ثم زرع او غرس او بنى بعد ذلك ، كان حكمه حكم الغاصب اذا كان عالماً بالرجوع ، ولو لم يعلم بالرجوع فبني او غرس او زرع بعده ، فهل للمالك الإزالة من غير ارش ؟ يبني على ان المأذون في امره ، هل يبطل تصرفه مع رجوع الإذن وان لم يعلم المأذون له بالرجوع ؟ يأتي ذلك انشاء الله تعالى في باب الوكالة (*) .

والمعتمد عدم وجوب الإزالة من غير أرض ، وإلا لزم تكليف الغافل وهو محال ، وان كان الرجوع بعد الفعل ، فلا يخلو إما ان يقيد الإذن بمدة معلومة او لا ، وعلى التقديرين إما ان يشترط القلع بعد انتهاء المدة في صورة تقديرها ، أو متى شاء في صورة عدم التقدير ، أو لا يشترط القلع ، فالأقسام أربعة :

الأول : ان لا يعين مدة ولا يشترط القلع ، وهذا لا خلاف في جواز القلع ، وانما الخلاف في استحقاق الأرض ، قال قوم : لا يجب الأرض ؛ لأن له المطالبة بتفريغ ملكه متى شاء ؛ لأنه غير مستحق للبقاء ، والعارية لا يتعقبها ضمان ، وقيل : ليس له الإزالة إلا مع ضمان الأرض ؛ لأنه غرس مأذون فيه ، وفي الإزالة ضرر على مالكه ، فيجب الأرض على المزيل ؛ لأنه لتفريغ ملكه ، وهو المعتمد .

فرع : لو اختار المستعير القلع وَكَّرَهُ المالك ذلك ، كان له القلع إجماعاً ، وهل عليه طم الحفر ؟ يحتمل ذلك ؛ لأنه نقص ادخله على مال الغير من غير اذنه لتخليص ماله ، فكان عليه ارشه ، وهو طم الحفر ليعيد الأرض كما كانت .
ويحتمل العدم ؛ لأن المالك لما اعاره الأرض للغرس مع علمه ان له اخذ غروسه متى شاء ، وذلك تشويش الأرض وحفرها كان ذلك اذناً في القلع ، فلا يجب عليه الطم .

الثاني : ان لا يعين مدة ويشترط القلع متى شاء ، وهنا لا يجب على المالك أرض الغرس ولا على المستعير طم الحفر ؛ لأن المستعير دخل على انه متى امره المعير بالإزالة أزاله ، وهو يعلم ان ازالته تقتضي نقص الغرس ، والمعير أذن في ذلك مع علمه ان الإزالة تقتضي تشويش الأرض ، فهو كما لو اعاره ثوباً فلبسه حتى خلق ثم رده عليه ، فكما لا يضمن ما نقص من الثوب بالاستعمال لعلم المعير بالنقص ، كذلك لا يضمن نقص الأرض بالحفر لعلم المعير به .

الثالث : ان يتقيد الإذن^(١) بمدة معلومة ولا يشترط القلع بعدها ، وهنا هل يجوز القلع قبل انتهاء المدة ؟ قال الشيخ وابن الجنيد لا يجوز ، وقال العلامة بالجواز ، وهو ظاهر المصنف ؛ لأنه اطلق ذلك لكن بشرط الأرض ، وهو التفاوت بين قيمته مقلوعاً وقيمه قائماً الى انتهاء المدة ، وأما بعد انقضاء المدة فلا خلاف في جواز القلع ، وإنما الخلاف في الأرض .

واختار العلامة في القواعد والتحرير وجوب القلع مجاناً ، ولو اختار المالك الإزالة قبل انتهاء المدة او بعدها ، كان له ذلك ، وهل يجب عليه طم الحفر ؟ سبق احتمال ذلك في الفرع السابق ، والمعتمد وجوبه ؛ لأنه نقص دخل على مال الغير لتخليص ماله .

الرابع : ان يقيد بمدة معلومة ثم يشترط القلع بعدها ، وهنا لا يجب ارش نقص الغرس ، ولا يجب طم الحفر سواء اتفقا على القلع بعد انقضاء المدة او اختلفا ، لاتفاقها عند الاذن على ذلك ، فلا يؤثر اختلافها بعده .

قال رحمه الله : ولو اعاره حائطاً ليطح خشبة ، وطالبه بالازالة كان له ذلك ، إلا أن تكون أطرافها الأخر مثبتة في بناء المستعير فيؤدي الى خرابه ، واجباره على ازالة جذوعه عن ملكه ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه مما قاله المصنف ، ومن ان العارية عقد جائز ، لكل منها الرجوع ، والنقص الذي يدخل على ملك الغير يجبر بالأرض . وعدم جواز الإزالة مذهب الشيخ وابن ادريس ، وجوازها مع ضمان الأرض مذهب العلامة ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : ولو اذن له في غرس شجرة ، فانقلعت جاز أن يغرس غيرها استصحاباً للأذن الأول ، وقيل : يفتقر الى اذن مستأنف ، وهو أشبه .

(١) - في « ن » و « ر » : الأول .

أقول : المعتمد عدم جواز الغرس إلا بأذن جديد ؛ لأن الاذن لم يتناول غير تلك الشجرة المعنية ، وهو اختيار المصنف والعلامة ، أما لو انقلعت الشجرة الماذون في غرسها في غير الوقت المعتاد قلعها فيه ، فله ان يفرسها ثانياً من غير اذن ان كانت صالحة للغرس .

في الأحكام المتعلقة بها

قال رحمه الله : ويجوز للمستعير ان يبيع غروسه وأبنيته في الأرض المستعارة للمعير ولغيره ، على الأشبه .

أقول : قوى الشيخ رحمه الله عدم جواز بيعها على غير مالك الأرض لعدم امكان التسليم ، وهو مبني على عدم دخول صاحب الغرس اليه بعد رجوع المعير في العارية ، فيمتنع التسليم حينئذ ، والمصنف والعلامة جوزا البيع بناءً على جواز الدخول اذا كان لمصلحة الغرس كالسقي والتلقيح ، فان اتفقا على بيع الأرض والغراس معاً يباعا بثمن واحد ثم يقسط على القيمتين ، فيقال : كم قيمة هذه الأرض لو بيعت منفردة عن الغراس مع كون الغراس فيها الى ان يموت ؟ فاذا قيل : مئة مثلاً ، قيل : كم قيمة هذا الغراس لو بيع منفرداً عن الأرض مع استحقاقه للبقاء في الارض الى حين يموت ويستقلع ؟ فاذا قيل : خمسون مثلاً ، قسط الثمن على القيمتين ، وكان لكل منهما قيمة حقه .

ولو بيع الغرس منفرداً عن الأرض قوّم مستحقاً للبقاء في ملك الغير حتى يستقلع ، واذا امتنع من البيع وامتنع المعير من بذل الأرض في موضع يجب عليه بذله عند ارادة القلع ، كان للمعير الدخول الى ارضه والاستظلال بالشجر دون

الانتفاع به من ربط دابة وغيرها ، وله الانتفاع بالأرض كيف شاء ، وهل للمستعير الدخول الى شجره ؟ يقول ان كان الدخول للتفرج والتزهر منع منه قطعاً ؛ لأن الأرض ملك لغيره ، وقد رجع في اعارتها ، فلا يجوز الدخول اليها لغير حاجة .

وان كان ارادة الدخول لسقي الفرس وتلقيح النخل وجذاذ الثمرة ، ولقط الرطب وما شاكل ذلك ، هل يجوز له ذلك أم لا ؟ قوى الشيخ رحمه الله عدم الجواز ؛ لأن المعير قد رجع في العارية فيبطل حكمها ، إلا في مخارس الشجر خاصة لتعلق حق المستعير بها حتى يقطع .

ونص العلامة على جواز الدخول ؛ لأن مالك الأرض لما اعارها للفراس مع علمه ان الفراس يقر في ارضه وهو يفتقر الى السقي والتلقيح والجذاذ وغير ذلك تضمن اذن المستعير الدخول لذلك ، والا تضرر المستعير ، وقد قال عليه السلام : « لا ضرر ولا إضرار »^(١) ، وهذا هو المعتمد .

قال رحمه الله : ولو قال الراكب : أعرتنيها ، وقال المالك : أجرتكها ، فالقول قول الراكب ؛ لأن المالك مدعي الأجرة ، وقيل : القول قول المالك في عدم العارية ، فاذا حلف سقطت دعوى الراكب ، ويثبت عليه أجرة المثل لا المسمى ، وهو أشبه .

أقول : القول بأن القول قول الراكب ، هو قول الشيخ رحمه الله لاتفاقها على اباحة المنفعة ، والأصل براءة الذمة من وجوب الأجرة ، والقول بان القول قول المالك فيحلف ويرجع الى اجرة المثل هو قول ابن ادريس ، واختاره المصنف والعلامة في التحرير .

واختار في القواعد والمختلف انهما يتخالفان ويثبت له الأقل من اجرة

في الأحكام المتعلقة بها ٣٠٧.

المثل ومما ادعاه ، هذا وإذا كان التنازع بعد استيفاء المنافع او بعضها ، أما لو كان قبل استيفاء شيء من المنافع كان القول قول المستعير ، لأصالة عدم العقد .

قال رحمه الله : لو فرط في العارية كان عليه قيمتها يوم التلف ، إذا لم يكن لها مثل ، وقيل : أعلى القيم من حين التفريط الى وقت التلف ، والأول أشبه .
أقول : هنا مسألتان :

الأولى : في ان المضمون هل هو القيمة يوم التلف أو أعلى القيم من حين التفريط الى حين التلف ؟ المشهور الأول ؛ لأن العين ما دامت باقية لا يجب غير ردها ولا ينتقل الى القيمة الا مع التلف ، فيكون الواجب قيمتها يوم ضمانها بالقيمة ، وهو يوم التلف .

وقيل : أعلى القيم من يوم التفريط الى يوم التلف ؛ لأنه من حين التفريط صار قبضه مضموناً عليه كالقاصب ؛ لأنها بعد التفريط مضمونة عليه في جميع الحالات ، ومن جملتها الحالة العليا .

الثانية : فيما اذا اختلفا في القيمة ، قال الشيخان وسار وابن حمزة وابن البراج : القول قول المالك ؛ لأن المستعير صار خائناً بالتفريط فلا يكون قوله مقبولاً . وقال ابن ادريس : القول قول المستعير ؛ لأنه منكر به ، واختاره المصنف والعلامة^(٣) ، وهو المعتمد .

فروع :

الأول : لو كانت العين مضمونة لا للتفريط ، بل للشرط ثم تلفت واختلفا في القيمة كان القول قول المستعير قطعاً لعدم الحيانة ؛ لأن حجة القائل بان القول قول المالك صيرورة المستعير خائناً بالتفريط ، فلا يكون قوله مسموعاً ، وهذه الحجة منتفية هنا ، اذ التقدير انه لم يفرط ، وانما ضمن لاشتراط الضمان عليه .

الثاني : لو نقصت العين بالاستعمال ثم تلفت ، وكانت مضمونة عليه لاشتراط الضمان او للتفريط ضمن قيمتها يوم التلف دون ما نقص بالاستعمال ؛ لأنه مأذون فيه ، إلا على القول بأن المفرط يضمن أعلى القيم من حين التفريط الى حين التلف .

الثالث : لو تلفت العين بالاستعمال كثوب ابله اللبس ، احتمل عدم الضمان لاستناد التلف الى فعل مأذون فيه ، ويحتمل الضمان لانصراف الإذن غالباً ، إلى استعمال غير متلف ، فعلى هذا يضمن قيمة آخر حالات التقويم ، وهي القيمة التي لا يفرض له بعدها قيمة .

الرابع : اذا استعار شيئاً ليرهنه جاز وكان مضموناً على المستعير وان لم يشترط المعير ضمانه ، ولا فرط المستعير ؛ لأنه معرض للتلف ، ولأنه ربما يبيع بدينه فكان عوضاً عن دينه ، فيكون مضموناً عليه ، نص الأصحاب على ذلك ، وذكره العلامة في كتاب الرهن من القواعد والتحرير ، وقال في كتاب العارية من التحرير : ولو تلف من غير تفريط لم يكن على احدهما ضمانه ، يعني الراهن والمرتهن ، والعمل على الأول .

اذا عرفت هذا فان عين المعير قدر الدين او جنسه او عين المرتهن او الحلول او الأجل لم يجز المخالفة ، فان خالف كان للمعير فسخ الرهن وانتزاع رهنه ، وان عين اجلاً فرهنه الى اقل منه يكون قد خالف أيضاً ؛ لأنه ربما لم يجد ما يفتكه عند ذلك الأجل القريب ، فيتسلط المرتهن على العين ، بخلاف ما لو عين قدراً فرهنه على اقل منه ؛ لأنه من رضي بالأكثر يكون قد رضي بالأقل ، وان لم يعين شيئاً كان ذلك تفويضا الى المستعير فيرهنه على ما شاء الى أي امد شاء ، وليس له المطالبة قبل الأجل ، لأنه المالك اذن بمقد لازم ، فليس له المطالبة بغير اختيار المتعاقدين .

كتاب الاجارة

في عقد الاجارة

قال رحمه الله : والعبارة الصريحة عن الايجاب : آجرتك ، ولا يكفي : ملكك ، أما لو قال : ملكك سكنى هذه الدار سنة مثلاً ، صح ، وكذا اعرتك ، لتحقيق القصد الى المنفعة ، ولو قال : بعتك هذه الدار ونوى الاجارة لم يصح ، وكذا لو قال : بعتك سكنها سنة لاختصاص لفظ البيع بنقل الأعيان ، وفيه تردد .
أقول : للاجارة عبارتان صريحتان : آجرتك وأكريتك ، بأيهما اتى انعقدت الاجارة اجماعاً ، وكذا لو قال : ملكتك سكنى هذه الدار سنة بكذا .

ولو قال : اعرتك هذه الدار سنة بكذا ، هل يصح ذلك ؟ جزم المصنف بالصحة ، قال : (لتحقيق القصد الى المنفعة) ، وجزم العلامة بعدم الصحة ، واستشكل في التحرير ، والمعتمد عدم الصحة لاصالة بقاء الملك على مالكة ، وانما ينتقل عنه مع تحقق الناقل وهو اللفظ المتفق عليه ، ولفظ العارية موضوع لنقل المنافع بغير عوض نقلاً غير لازم ، ولفظ الاجارة موضوع لنقل المنافع بعوض نقلاً لازماً ، فلا يفيد كل منها حكم الآخر .

ولو قال : بعتك سكنها ، تردد المصنف في الصحة وعدمها ، من ان

الاجارة تمليك المنافع بعوض ، والبيع موضوع لنقل الأعيان والمنافع ، فلا مانع من استعماله في نقل المنافع منفردة عن الأعيان ، ومن أنه لفظ موضوع لنقل الأعيان ، والمنافع تبعاً لها ، فلا يجوز استعماله في نقل المنافع خاصة ، لأصالة بقاء الملك على مالكة ما لم يعلم السبب الناقل ، والعقود متلقاة من الشرع ، فيجب الاقتصار على مورد الاذن فيها ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : وهل تبطل بالموت ؟ المشهور بين الأصحاب نعم ، وقيل : لا تبطل بموت المؤجر ، وتبطل بموت المستأجر ، وقال آخرون : لا تبطل تموت أحدهما ، وهو الأشبه .

أقول : الاجارة من العقود اللازمة التي لا تبطل إلا بالتقاييل ^(١) ، أو بأحد الأسباب الموجبة للفسخ ، كتجدد العيب المانع من الانتفاع كغرق الأرض وانهدام الدار وما شابه ذلك ، ولا تبطل بالبيع ، بل يتخير المشتري مع عدم العلم ، ولا تبطل بالعذر ، كما لو اكرئى جملاً للحج ثم بدا له أو مرض ولم يخرج ، لم يكن له فسخ الاجارة ، وكذا لو استأجر دكاناً للتجارة ثم تلف قاشه فليس له فسخ الاجارة ، وكذا لو اجر جملة للحج ثم بدا للمؤجر ، أو اجر دكانه أو داره وأراد السفر ثم بدا له عن السفر ، لم يكن له فسخ الاجارة في هذه المواضع وما شاكلها . وقال ابو حنيفة : يفسخ بمثل هذه الاعذار .

ولو حصل الخوف في الطريق كان لكل من المؤجر والمستأجر الفسخ حذراً من التغرير ، سواء كان الخوف على النفس أو المال لوجوب حفظهما ، وعدم جواز التغرير فيهما .

وهل الموت موجب للفسخ ؟ اختلف الأصحاب في الموت على ثلاثة

أقوال :

(١) - في « ر ٢ » : إلا بالموت أو التقاييل .

الأول : البطلان بالموت من أيها اتفق ، وهو مذهب الشيخ وسلاح وابن البراج وابن حمزة ، لتعذر استيفاء المنفعة ان كان الموت للمؤجر ، وتعذر استيفاء الإجارة ان كان الموت للمستأجر ، أما تعذر استيفاء المنفعة ؛ لأن المستأجر استحق إستيفاءها على ملك المؤجر ، وبالموت ينتقل الى الورثة ويحدث المنافع على ملكهم ، فلا يجوز استيفاء ما ليس بمملوك للمؤجر ، وأما تعذر استيفاء الأجرة ؛ لأنه استحق من مال المستأجر وبالموت تنتقل التركة الى الورثة ، ولأنه ربما كان غرض المالك تخصيص المستأجر لتفاوت الأغراض بتفاوت المستأجرين ، وقد تعذر ذلك بالموت ، فتبطل الإجارة .

الثاني : بطلانها بموت المستأجر دون موت المؤجر ، نقله الشيخ في المبسوط والخلاف عن الأصحاب ، وقال في المبسوط : وهو الأظهر عندهم ، أي عند الأصحاب ، ووجهه ما قلناه أولاً : من انه ربما كان غرضه تخصيص المستأجر دون غيره لتفاوت الأغراض بتفاوت المستأجرين .

الثالث : عدم البطلان بالموت مطلقاً ، وهو مذهب السيد المرتضى وإبي الصلاح وابن ادریس ، واختاره المصنف والعلامة ، وهو المعتمد ؛ لأن الإجارة عقد ناقل بالاجماع ، وقد اقتضى نقل المنافع الى المستأجر مدة الإجارة ونقل الأجرة الى المؤجر ، والأصل البقاء ، والموت لا يسقط حق الغير المتعلق بمال الميت ، ويكون المنتقل الى الورثة العين مسلوية المنافع مدة الإجارة ان كان الموت للمؤجر ، وبمجموع التركة مع استحقاق الأجرة فيها ان كان الموت للمستأجر ، وتكون الأجرة ديناً على المستأجر ، وينتقل حق الميت الى وارثه .

ولو آجر البطن الأول الوقف ثم انقضوا قبل انتهاء المدة ، استقرب العلامة بطلان الإجارة ؛ لأن البطن الثاني يتلقى الوقف عن الواقف لا عن البطن الأول ، فالبطن الأول قد انقضت مدتهم لانقراضهم ، وصار المالك الى غيرهم من

غيرهم ، بخلاف الوارث فانه يتلقى الملك عن الميت .
 قال رحمه الله : والعين المستأجرة أمانة لا يضمنها المستأجر إلا بتعداً أو
 تفريط ، وفي اشتراط ضمانها من غير ذلك تردد ، أظهره المنع .
 أقول : اذا شرط المؤجر على المستأجر ضمان العين المستأجرة ، هل يصح
 هذا الشرط ؟ تردد المصنف من عموم قوله عليه السلام : « المؤمنون عند
 شروطهم »^(٢) ، ولأنه شرط سائع فيجب الوفاء به ؛ لأنه غير مخالف للكتاب ولا
 للسنة ، ومن كونه شرطاً مخالفاً لمقتضى العقد ؛ لأن عقد الإجارة يقتضي كون العين
 أمانة في يد المستأجر لا يضمنها إلا بتعداً أو تفريط ، وهذا يقتضي ضمانها مطلقاً
 فكان مخالفاً لمقتضى العقد ، فيكون باطلاً ، واذا بطل الشرط بطل العقد ، لعدم
 حصول الرضى بدونه ، وهو المعتمد .

في شرائط الاجارة

قال رحمه الله : وكذا المميز إلا باذن الولي ، وفيه تردد .

أقول : اذا أوقع الصبي المميز العقد باذن الولي ، هل تصح الاجارة ؟ تردد المصنف في ذلك ، ومنشؤه من عموم النص^(٣) على عدم اعتبار عبارة الصبي ، ومن انه مميز قد اذن له الولي فانجبر نقصه ، والمعتمد عدم الصحة .

فرع : لو اجر الولي الصبي أو ماله مدة يعلم بلوغه فيها بطلت الاجارة فيما زاد على خمس عشرة سنة من عمره ، وصحت في الباقي ، فلو اجر ابن عشر عشراً ، صحت الاجارة في خمس سنين وبطلت في خمس ، ولو اجره خمساً من عشرة ، فبلغ في اتنائها ، قال الشيخ وابن ادريس : لم يكن للصبي الفسخ ؛ لأن العقد وقع صحيحاً على الصبي او ماله ، فن ادعى أن له الفسخ بعد البلوغ كان عليه الدلالة .

وقال العلامة : له الفسخ ؛ لأن الولاية تابعة للصغر ، وقد زال فتزول

(٣) - الوسائل ، كتاب التجارة ، الباب ١٤ من ابواب عقد البيع وشروطه ، حديث ٣ ، وكتاب الحجر ، الباب ١ و ٢ ، وكتاب الوصايا ، الباب ٤٥ ، ٤٦ من ابواب احكام الوصايا .

الولاية، والعقد تابع لها ، فاذا زالت زال العقد ، ولأنه اذا أوقع العقد الى مدة يعلم بلوغه في بعضها بطل العقد في الزائد قطعاً ، فكذا اذا حصل البلوغ في اثناء المدة التي يمكن بلوغه فيها .

قال رحمه الله : الثاني أن تكون الاجرة معلومة بالوزن أو الكيل فيما يكال أو يوزن ليتحقق انتفاء الغرر ، وقيل : تكفي المشاهدة ، وهو حسن ، وتملك الأجرة بنفس العقد .

أقول : هنا مسائل .

الأولى : هل يكفي المشاهدة في مال الاجارة ؟ اكتفى بها الشيخ في المبسوط ، واستحسنه المصنف لأصالة الجواز وانتفاء الغرر لحصول العلم بالمشاهدة . ومنع ابن ادريس من ذلك ، وأوجب العلم بالكيل أو الوزن ، واختاره العلامة ، وهو المعتمد ؛ لأن الجهالة مبطله بالاجماع ، وهي متحققة هنا ؛ لأن المعهود من عرف الشرع ان المكيل والموزون انما يصح المعاوضة عليه بالكيل أو الوزن ، ولم يكتف الشارع بالمشاهدة في البيع ولا مانع غير الجهالة ، وهي ثابتة هنا فتكون مانعة من الاجارة .

الثانية : اطلق الأصحاب وجوب تعجيل الأجرة ما لم يشترط التأجيل ، والمعتمد التفصيل ، وهو ان وقعت الإجارة على عين ذات منافع كالدار والعبد والدابة وما شاكل ذلك ملك الموجز الأجرة بنفس العقد ، واستحق تسليمها اليه ، ولا يشترط استيفاء المدة ولا مضي مدة يمكن فيها ذلك ، وان وقعت على عمل كخياطة ثوب او نساجة غزل او بناء دار ملك الأجير الأجرة بنفس العقد ايضاً ، لكن لا يجب تسليمها إلا بتسليم العمل ، فان كان العمل بمنزل المستأجر استحق الأجرة بنفس الفراغ ، وان كان في منزل الأجير لم يستحق إلا بعد تسليم العين .

الثالثة : اذا استأجر شيئاً ، هل يجوز ان يؤجره بأكثر مما استأجره مع اتحاد الجنس قبل ان يحدث فيه حدثاً ؟ منع المصنف من ذلك ، وهو مذهب الشيخين والسيد المرتضى وابي الصلاح وابن البراج في المذهب لثبوت الربا ، ولهم عليه

روايات^(٤).

وأجازه ابن ادريس ، واختاره العلامة وابنه ؛ لأنه قد ملك المنافع بالمقد وصارت ملكه ، فله المعاوضة عليها بمأشاء ، ولهم عليه روايات^(٥) ، وهو المعتمد .

الرابعة : اذا سكن بعض الدار وآجر الباقي بمقدار الأجرة او اكثر ، هل يجوز ذلك ام لا ؟ منع الشيخ منه ، واختاره المصنف هنا لثبوت الربا ، واجازه ابن البراج وابن ادريس والعلامة ، وهو المعتمد لما تقدم .

الخامسة : اذا استأجره ليحمل له متاعا الى موضع معين بأجرة معينة في وقت معين فان قصر عنه نقص من أجرته شيئا ، هل يجوز ذلك ؟ جزم المصنف بالجواز ، وهو المشهور في كتب الأصحاب ، والمستند رواية محمد الحلبي في الموثق ، « قال : كنت قاعداً عند قاض وعنده أبو جعفر عليه السلام جالس ، فأتاه رجلان ، فقال أحدهما : إني تكراريت إيل هذا الرجل ليحمل لي متاعاً الى بعض المعادن ، واشترطت عليه ان يدخلني المعدن يوم كذا وكذا ؛ لأنه سوق اتخوف ان تفوتني ، فان أحتبستُ عن ذلك حططت من الكرى عن كل يوم احتبسته كذا وكذا ، وانه حبسني عن ذلك الوقت كذا وكذا يوماً ؟ فقال القاضي : هذا شرط فاسد ، أوفه كراه ، فلما قام الرجل أقبل الى أبي جعفر عليه السلام ، فقال : شرطه بهذا جائز ما لم يحط بجميع كرائه »^(٦) .

ونقل ابو العباس في هذه المسألة أربعة أقوال : الأول : صحة هذا الشرط والعمل بموجبه ما لم يحط بالأجرة فيجب اجرة المثل ، نقله عن الشيخ في النهاية ،

(٤) - الوسائل ، كتاب الاجارة ، باب ٢٠ وباب ٢١ وباب ٢٢ .

(٥) - الوسائل ، كتاب الاجارة ، باب ٢٠ وباب ٢١ وباب ٢٢ .

(٦) - الوسائل ، كتاب الاجارة ، باب ١٣ . حديث ٢ .

قال : وافتي به العلامة ، وهو المعتمد .

الثاني : صحة هذا الشرط والعمل بموجبه ما لم يحط بالأجرة ، فيجب القضاء بالصلح ، نقله عن ابن الجنيـد .

الثالث : بطلان الشرط وصحة العقد ، فيجب الأجرة بكما لها ، نقله عن ابن ادريس .

الرابع : بطلانها معاً ، فيجب اجرة المثل ، سواء اوصله في الوقت المعين او في غيره ، وسواء احاط بالأجرة او لا ، نقله عن العلامة وفخر الدين .

السادسة : اذا قال : (آجرتك كل شهر بكذا) ، قال المصنف : صح في شهر بكذا وله في الزائدة اجرة المثل ، وهو مذهب الشيخ في النهاية ، والمفيد في المنفعة . وقال ابن ادريس : تبطل في الجميع ، ويلزم اجرة المثل في الجميع ، واختاره العلامة ، وهو المعتمد ؛ لأن العلم بقدر المنفعة شرط ، وهي مقدرة هنا بالمدة ، والمدة مجهولة فتبطل الاجارة .

احتج الشيخ بأن الشهر الأول معلوم وما عداه مجهول ، فيصح في المعلوم وتبطل في المجهول . والجواب ان المعلوم اذا اضيف الى المجهول صار مجهولاً . قال رحمه الله : لو قال ان خطته فارسياً فلك درهم ، وان خطته رومياً فلك درهمان صح .

أقول : الصحة مذهب الشيخ في الخلاف ، واختاره المصنف لعموم «المؤمنون عند شروطهم»^(٧) ، وهذا شرط سائغ ، ولأنه استأجره على كل واحد من الفعلين بأجرة معلومة ، فيكون صحيحاً .

وقال ابن ادريس : لا يصح هذا العقد ، واختاره العلامة ، وهو المعتمد ؛ لأنه عقد مجهول لم يعين فيه العوض ولا المعوض ؛ لأن العقد لم يوجب شيئاً معيناً

فكان باطلاً.

والفارسي هو ما يكون بدرز واحد ، والرومي هو ما يكون بدرزين .
قال رحمه الله : لو قال ان عملت هذا العمل في هذا اليوم فلك درهمان وفي غدٍ درهم ، فيه تردد ، أظهره الجواز .

أقول : الجواز مذهب الشيخ في الخلاف ، ودليله ما تقدم ، واختاره المصنف ، واختار ابن ادريس المنع ، وهو المعتمد ، ووجهه انه عقد واحد اختلف فيه العوض بالتقديم والتأخير فلا يصح ، كما لو قال : بعتك هذا بدرهم نقداً وبدرهمين نسيئة شهرين .

قال رحمه الله : ويستحق الأجير الأجرة بنفس العمل سواء كان في ملكه أو في ملك المستأجر ، ومنهم من فرق .

أقول : قد سبق^(٨) البحث في هذه المسألة ، والفرق هو المعتمد ، وهو مذهب العلامة في التحرير ؛ لأن العمل اذا كان في ملك المستأجر كان كالمقبوض في يده ، فلا يتوقف استحقاق الأجرة بعد الفراغ من العمل الى التسليم لكونها في ملكه ، وتحت يده ، واذا كانت العين مقبوضة في ملك الأجير وفي تصرفه ، فلا يستحق تسليم الأجرة إلا بعد تسليم العمل ، ولا يحصل الا بتسليم العين الى مالكها .

والمصنف اختار الاستحقاق بنفس الفراغ ؛ لأنه قد ملك الأجرة بالعقد واستحقها بالعمل ، واذا استحق الإنسان شيئاً وجب تسليمه اليه عند طلبه له ، ولا يجوز تأخيره ، وهو مذهب قوي .

ويتفرع على المذهبين : ما لو تلفت العين بعد الفراغ من العمل وقبل التسليم من غير تفریط ، فعلى القول بالاستحقاق بنفس الفراغ لم تسقط أجرته ، وعلى القول بعدم الاستحقاق قبل التسليم تسقط الأجرة ، كسقوط الثمن مع تلف المبيع

قبل قبضه .

قال رحمه الله : ويكره أن يستعمل الأجير قبل أن يقاطع على الأجرة وأن يضمن إلا مع التهمة .

أقول : الذي سمعناه من مشايخنا عليهم رضوان الله وحشرهم مع الائمة الطاهرين ان مراد المصنف في كراهة التضمين مع عدم التهمة ، كما اذا ادعى المستأجر رد العين فانكر المالك ، فهنا يكون القول قول المالك فانه يكره ان يحلف المالك على عدم الرد ثم يغرّم المستأجر مع كونه ثقة غير متهم ، وكما اذا تلفت العين المستأجرة فادعى المالك انها تلفت بتفريط من المستأجر فانكر المستأجر التفريط ، فهنا يكون القول قول المستأجر ، فلو نكلا عن اليمين كره للمالك تفريعه مع كونه ثقة ، ونقل العلامة عبارة المصنف في القواعد من غير زيادة ولا نقصان . والذي قاله مشايخنا جيد ، ويدل عليه عبارة الشيخ في النهاية ، قال : ولا ينبغي لأحد ان يضمن صانعا شيئاً إلا اذا اتهمه في قوله ، فاما اذا كان ثقة مأموناً وجب ان يصدقه ولا يغرّمه شيئاً . وهذه العبارة تدل على ما قاله مشايخنا ، وقول الشيخ : (وجب ان يصدقه) ، ليس مراده بالوجوب اللزوم ، بل الأولوية والاستحباب .

وليس مراد المصنف بالتضمين ان يشترط عليه الضمان في العقد ؛ لأن ذلك يؤدي الى بطلان العقد عند المصنف ، وقد ذكره آنفاً .

قال رحمه الله : ولو اجر غير المالك تبرعاً ، قيل : بطلت ، وقيل : وقفت على اجازة المالك ، وهو حسن .

أقول : قد سبق الخلاف في باب البيع في عقد الفضولي* ، هل هو باطل من اصله او موقوف على الاجازة ؟ والحكم فيها واحد .

قال رحمه الله : ولو قدر المدة والعمل ، مثل أن يستأجره ليخيط هذا الثوب

في هذا اليوم ، قيل : يبطل ؛ لأن استغناء العمل في المدة قد لا يتفق ، وفيه تردد .
أقول : من شرط صحة الاجارة كون المنفعة معلومة لينتفي الغرر والعلم يحصل بأن تكون المدة معلومة والعمل مجهولاً ، مثل ان يقول : (آجرتك نفسي شهراً مثلاً لأبني أو لأخيط) ، او يكون العمل معلوماً والمدة مجهولة مثل : (آجرتك نفسي لأخيط لك هذا الثوب او لأتسخ لك هذا الكتاب) ، فلو قال : (آجرتك نفسي لأخيط لك هذا الثوب في هذا اليوم) ، هل يصح ذلك ؟ قال الشيخ وابن ادريس : لا يصح ؛ لأنه ربما خلاص منه قبل الغروب ، فيبقى بعض المدة مستحقة بلا عمل ، او لا يخلص منه في ذلك اليوم ، فيحتاج الى مدة اخرى فيحصل جهالة المدة والعمل معاً وذلك غير جائز .

وتردد المصنف من هذه الحثية ، ومن احتمال الصحة ؛ لأن العقد قد وقع على العمل ، والمدة ذكرت للتعجيل ، فان فرغ من العمل قبل انتهاء المدة لم يكن له ان يلزمه في باقيها بعمل غيره ، وان لم يفرغ منه فيها كان المستأجر مخيراً بين الفسخ والزامه بالعمل في غيرها ، فان فسخ قبل ان يعمل شيئاً فلا اجرة ، وان فسخ بعد بعض العمل كان له من الأجرة بنسبته ، وإن اختار الصبر لم يكن للأجير الفسخ ، والأول هو المعتمد .

وان كان العين مما له عمل كالحیوان جاز تقدير المنفعة بأي الوجهين شاء ، وان كان مما ليس له عمل كالدار والأرض لم يجبر الا بالمدة خاصة .

قال رحمه الله : هل يشترط اتصال مدة الاجارة بالعقد ؟ قيل : نعم ، ولو أطلق بطلت ، وقيل : الاطلاق يقتضي الاتصال ، وهو اشبه . ولو عين شهراً متأخراً عن العقد ، قيل : بطل ، والوجه الجواز .

أقول : هنا مسألتان :

الأولى : في وجوب الاتصال بالعقد ، وبلاشروط قال الشيخ رحمه الله ،

قال في الخلاف والمبسوط : اذا استأجر الدار شهراً ولم يقل من هذا الوقت واطلق ، بطلت الإجارة .

وقال ابن البراج وابن ادريس : لا يبطل ، وينصرف الاطلاق الى الاتصال بالعقد ، واختاره المصنف والعلامة في اكثر كتبه ، وقال في المختلف : والتحقيق ان كان العرف في الاطلاق يقتضي الاتصال فالحق ما قاله ابن البراج ، وان كان لا يقتضيه فالحق ما قاله الشيخ ، لحصول الجهالة على التقدير الثاني دون الأول ، ومذهب المصنف هو المعتمد .

الثانية : لو عين شهراً متأخراً عن العقد ، هل يصح ام لا ؟ قال الشيخ في المبسوط والخلاف : لا يصح وهو فرع على اشتراط الاتصال ، ولأن عقد الإجارة حكم شرعي فيقف على الدلالة الشرعية ، ولا دليل على ثبوت الإجارة على هذا الوجه .

وقال ابن البراج وابن ادريس بالصحة ، واختاره المصنف والعلامة ، لعموم قوله تعالى : ﴿ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ ^(٩) وهذا عقد ، فيجب الوفاء به ، ولعموم : « المؤمنون عند شروطهم » ^(١٠) ، وهذا شرط سائع فيكون لازماً ، ولأنها معاوضة على مدة معلومة بأجرة معلومة فتكون صحيحة .

قال رحمه الله : واذا سلم العين المستأجرة ومضت مدة يمكن فيها استيفاء المنفعة وجبت الأجرة ، وفيه تفصيل .

أقول : أطلق اكثر الأصحاب لزوم الأجرة ، وكذلك المصنف في المختصر ، وفصل هنا ، ومراده بالتفصيل ان كانت الأجرة مقدرة بالزمان ومضى ذلك الزمان لزمت الأجرة المعينة ولم يجز له استيفاء المنفعة بعدها ، وان لم تكن مقدرة

(٩) - المائدة : ١ .

(١٠) - تقدمت الاشارة الى مصدره ص ٤٤ .

بالزمان، بل بالعمل ثم سلم العين ومضت مدة يمكن فيها استيفاء العمل ولم يعمل شيئاً وجب عليه في تلك المدة الماضية اجرة المثل لها ، وله استيفاء المنفعة المقدرة بالأجرة المسماة .

وهو تفصيل حسن ؛ لأن العقد وقع على استيفاء منفعة معينة فلا يجوز للمالك الفسخ قبل استيفائها ، بل كل ما مضت مدة يمكن الاستيفاء فيها ولم يستوف وجب عليه اجرة مثل تلك المدة ، فاذا استوفى المنفعة المعقود عليها وجب عليه المسمى .

قال رحمه الله : اما لو انقضى بعض المدة ثم تلف أو تجدد فسخ الأجرة صح فيما مضى وبطل في الباقي ، ويرجع من الأجرة بما قابل المتخلف من المدة .

أقول : حكم المصنف بالرجوع من الأجرة بما قابل المتخلف من المدة ولم يذكر كيفية التقسيط على المدتين ، وربما يتوهم الناظر ان الأجرة توزع^(١١) على المدتين ، فما قابل المستوفي منهما فهو للمالك ، وما قابل الباقي فهو للمستأجر ، وليس كذلك .

قال الشيخ وابن البراج وابن ادریس : واذا استأجر عبداً سنة ثم مات بعد مضي نصفها ، فان العقد يصح فيما مضى ويبطل فيما بقي ، وله المطالبة بأجرة المثل ، فان تساويا اخذه ، وان كان اجرة الباقي اكثر استحق الزيادة ، مثل ان يكون اجرة الماضي مئة والباقي مئتين ، فانه يستحق عليه مئتين ، وبالعكس لو انعكس ، هذا كلامهم رحمهم الله .

وفيه نظر ؛ لأنه ربما^(١٢) اجرة مثل الباقي تحيط بمجموع الأجرة ، فلا يبقى للمالك مقابل المدة الماضية شيء ، كما لو كانت الأجرة مئتين وكان اجرة مثل المدة

(١١) - في « ر ٢ » زيادة : سهياً .

(١٢) - (ربما) لم ترد في « ر ٢ » .

الباقية ميتين فحينئذ يخرج المالك بغير شيء ، بل الأجود ان يقال : ينسب المسمى الى مثل اجرة المدتين ، ثم يسقط ما قابل المتخلف من المدة ، وهو ظاهر العلامة رحمه الله .

قال رحمه الله : ويلزم مؤجر الدابة كلما يحتاج اليه في امكان الركوب من الرجل والقطب وآلته والحزام والزام ، وفي رفع المحمل وشده تردد ، اظهره اللزوم .

أقول : التردد في رفع المحمل وشده ، هل هو على المكري او المكتري ؟ ومنشأ التردد من اصالة براءة الذمة من وجوب ذلك عليه ، ولأن المحمل غير واجب عليه ولا يجب عليه شده وحله ، ومن انه من المحمولة ، وجميع الأحمال يجب على المكاري رفعها وحطها وشدها وحلها فيكون ذلك واجبا عليه ، وهو المشهور بين الأصحاب ، وهو المعتمد .

فروع :

الأول : كلما يمكن فعله على الراحة كصلاة التوافل والأكل والشرب لا يجب على المكاري ان يوقفها لأجله ، وما لا يمكن فعله عليها كالصلاة اليومية الفرض ، وقضاء الحاجة يجب عليه ان يوقفها لذلك ، وليس للمصلي ان يطول صلاته ، بل يقتصر على اتمام^(١٣) الأفعال ويختصر الأذكار ؛ لأن حق الغير قد تعلق به .

الثاني : على الجمال^(١٤) ان يترك البعير لركوب المرأة وتزولها ؛ لأنها ضعيفة الخلق ، ولأنها عورة ربما انكشفت ، والرجل ان كان مريضاً أو سميناً لا يقدر على الركوب ، كان حكمه حكم المرأة ، وإلا فلا ، عملاً بالعرف والعادة .

(١٣) - في « ر » : تمام .

(١٤) - « ر » : الجمال .

الثالث : لو كانت العادة تقتضي النزول والمشي عند قرب بعض المنازل لم يجب على الراكب النزول فيه وان كان جلدأ على المشي .

الرابع : اذا استأجر بهيمة ثم ذكر انها متعبة ، نظر في حاله فان كان ذلك من قبله ، مثل ان يكون لاعادة له بالركوب ولا صبر له عليه ، لم يكن له خيار ، وان كان ذلك من قبل البهيمة كالعثار والصعوبة فان كان قد إكترها بعينها خيراً بين الفسخ والإمضاء ، ولا يجب على المالك ابدالها ، وان كان في الذمة ردها واخذ بدلها ؛ لأن ذلك عيب .

الخامس : لو اختلفا في اوقات السير واماكن النزول ، بأن اختار احدهما السير بالليل والآخر بالنهار ، كان المرجع الى العادة .

قال رحمه الله : لو حفر بعض ما قوطع عليه ثم تعذر حفر الباقي إما لصعوبة الأرض أو مرض الأجير أو غير ذلك قوم حفرها وما حفر منها ورجع عليه بنسبته في الأجرة ، وفي المسألة قول آخر مستند الى رواية مهجورة .

أقول : روى الشيخ في النهاية عن ابي شعيب المحاملي ، عن الرفاعي ، « قال : سألت ابا عبدالله عليه السلام عن رجل قبل رجلاً يحفر له بئراً عشر قامات بعشرة دراهم ، فحفر له قامته ثم عجز ، قال يقسم على خمسة وخمسين جزءاً ، فما اصاب واحدا فهو للقامة الأولى والاثنين للثانية والثلاثة للثالثة ، وعلى هذا الحساب على عشرة »^(١٥) ، ولم يتعرض الشيخ للافتاء وعدمه .

وقال في المبسوط : يقسط المسمى على اجرة المثل ؛ لأن الحفر يختلف فحفر ما قرب من الأرض اسهل ؛ لأنه يخرج التراب من قرب ، وحفر ما هو ابعد اصعب ، فان كان اجرة مثل ما بقي عشرة واجرة مثل ما حفر خمسة كان له ثلث

(١٥) - الوسائل . كتاب الاجارة ، باب ٣٥ ، حديث ٢ ، وفي التهذيب ٦ : ٢٨٧ ، كتاب القضايا والاحكام ، باب ٩٢ في الزيادات في القضايا والاحكام ، حديث ١ (٧٩٤) .

المسمى . واختاره ابن ادريس والعلامة والمصنف ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : ويجوز استئجار المرأة للرضاع لمدة معينة باذن الزوج ، فان لم يأذن فيه تردد ، والجواز أشبه اذا لم يمنع الرضاع حقه .

أقول : ذهب الشيخ الى اشتراط اذن الزوج ؛ لأن منافع المرأة مملوكة له بعقد النكاح ، فلا يجوز لها العقد على شيء منها بغير اذنه ، واختاره ابن ادريس ، وذهب المصنف الى الجواز ما لم يمنع الرضاع حقه وهو الاستمتاع ، واختاره العلامة لأصالة الجواز ، وعموم قوله تعالى ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ ^(١٦) ، ولأن المملوك للزوج منفعة الإستمتاع خاصة ، فاذا لم تمنع الاجارة من الاستمتاع كانت صحيحة لامانع منها ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : وهل يشترط ذكر الموضع الذي يرضع فيه ؟ قيل : نعم ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه من اصالة الصحة واصالة عدم اشتراط الموضع ، ومن اختلاف الأغراض في ذلك ؛ لأن الرضاع في بيت المرضعة اسهل عليها ليحصل الجمع بين الرضاع وبين اصلاح منزلها ، والرضاع في بيت الطفل اصلح للطفل لاشراف ابيه عليه وهو اشق على المرضعة ، فيحصل الغرر بعدم اشتراط الموضع ، وبلا اشتراط قال الشيخ ، واختاره العلامة ، وهو المعتمد .

فروع :

الأول : لو استأجرها للرضاع لم يكن عليها حضائته ولا غسل خرقة ، ولا غسل الصبي وتنظيفه ما لم يشترط ذلك عليها ، لعدم تناول العقد لغير الرضاع .

الثاني : لو استأجرها بالأكل والكسوة مدة معلومة جاز بشرط تعيين الكسوة وتعيين نفقة كل يوم .

الثالث : لو استأجر زوجته لارضاع ولده جاز ، وقال الشيخ : لا يجوز ما دامت في حباله .

الرابع : على المرضعة ان تأكل وتشرب ما يكثر به اللبن ويدبر ويصلح ، وللمستأجر ان يطالبها به ، لتوقف استيفاء المنفعة عليه .

قال رحمه الله : ولو مات أبوه هل يبطل ؟ يبنى على القولين .
أقول : المراد بالقولين ان الإجارة هل تبطل بموت المستأجر أو لا ؟ وقد تقدم البحث^(١٧) في ذلك .

قال رحمه الله : وهل يجوز إجارة الحائض المزوّق للتزوّج ؟ قيل : نعم ، وفيه تردد .

أقول : القول بالمجواز قول ابن ادريس اذا كان فيه غرض وهو التعلم من البناء المحكم ، كما يجوز إجارة كتاب فيه خط جيد للتعلم منه ؛ لأن فيه غرضاً صحيحاً ؛ ولأنه لا مانع يمنع منه ، وقال الشيخ : لا يجوز للمالك المنع من النظر اليه والتفرج عليه ، وكل منفعة ليس للمالك منع المستنفع بها لا يجوز اجارتها كالاستغلال بالحائط ، واختاره العلامة في المختلف ، واختار في القواعد والتحرير مذهب ابن ادريس .

قال رحمه الله : ولو آجر عبداً أبقاً لم تصح وان ضم اليه شيء ، وفيه تردد .
أقول : منشؤه من اشتراط القدرة على تسليم المنفعة ، والآبق لا يقدر على تسليمه ، ومن جواز بيعه مع الضميمة فيجوز اجارته معها ؛ لأن الإجارة ليست ابلغ من البيع ، وظاهر القواعد المجواز مع الضميمة .

قال رحمه الله : ولو منعه المؤجر منه سقطت الأجرة ، وهل له أن يلتزم ويطالب المؤجر بالتفاوت ؟ فيه تردد ، والأظهر نعم .

أقول : منشؤه من أن المستأجر قد ملك المنافع بنفس العقد فان منعه المالك منها كان غاصباً ، له ان يرجع عليه بالتفاوت بين^(١٨) المسمى واجرة المثل ان كانت اكثر ، ومن أن استمرار القبض شرط في صحة الاجارة ، ولهذا تبطل مع تلف العين وان كان بعد قبضها ، واذا لم يحصل القبض كانت الاجارة باطلة ، واذا بطلت لم يصح الالتزام بالباطل ، والأول هو المعتمد كما لو كان المانع أجنبياً ، ويختص البطلان بالتلف دون المنع من التسليم .

قال رحمه الله : ولو انهدم المسكن كان للمستأجر فسخ الاجارة ، إلا أن يعيده صاحبه ويمكنه منه ، وفيه تردد .

أقول : اذافات شيء من المنافع جاز الفسخ قطعاً ، والتردد (انما هو)^(١٩) اذا اعاده قبل فوات شيء من المنافع .

ومنشؤه من وجود سبب الفسخ ، والأصل بقاءه ، ومن زوال السبب المبيح للفسخ قبل فوات شيء من المنافع فيزول اثره ، والمعتمد بقاء الخيار .

(١٨) - في « ن » و « ر ٢ » : من .

(١٩) - لم يرد « ن » و « ر ٢ » .

في أحكامها

قال رحمه الله : اذا تعدى في العين المستأجرة ضمن قيمتها وقت العدوان ، ولو اختلفا في القيمة كان القول قول المالك إن كانت دابة ، وقيل : قول المستأجر على كل حال ، وهو أشبه .

أقول : قال الشيخ في النهاية : القول قول المالك ان كانت دابة ، وان كانت غير الدابة ، فالقول قول الغارم ، ومستنده رواية أبي ولاد^(٢٠) ، عن الصادق عليه السلام .

وقال ابن ادریس : القول قول الغارم مطلقاً ، واختاره المصنف والعلامة ، وهو المعتمد لعموم قوله عليه السلام : « البينة على المدعي واليمين على من انكر »^(٢١) ، والغارم منكر لما يدعيه المالك من الزيادة على ما اعترف به فيكون القول قوله .

(٢٠) - الوسائل ، كتاب الأجرة ، باب ١٧ في احكام الأجرة ، حديث ١ .

(٢١) - الوسائل ، كتاب القضاء ، باب ٣ ابواب كيفية المحكم وأحكام الدعوى مع اختلاف في

المتن ، الوسائل ، كتاب القضاء ، باب ٢٥ ابواب كيفية المحكم وأحكام الدعوى حديث ٣ .

قال رحمه الله : من تقبل عملاً لم يجز أن يقبله غيره بنقيصة على الأشهر ، إلا أن يحدث فيه ما يستتبع به الفضل ، ولا يجوز تسليمه الى غيره إلا أن يأذن له المالك ، ولو سلم من غير إذن ضمن .

أقول : اذا تقبل عملاً كخياطة ثوب بدينار^(٢٢) مثلاً ، هل يجوز ان يقبله غيره بأنقص من الدينار ، ويأخذ هو الفاضل قبل ان يحدث فيه حدثاً كتفصيله او خياطة شيء منه ؟ منع المصنف من ذلك ، وهو مذهب الشيخ رحمه الله ، ومنع العلامة في التحرير اذا قبله بالجنس ، وجوزه اذا كان بغير الجنس ، واطلق الجواز في القواعد .

ودليل الشيخ والمصنف الروايات^(٢٣) ، ودليل العلامة ان المالك استحق عليه العمل المطلق ، فيكون له الاستنابة والاستتجار عليه والفاضل له بمقتضى العقد ، وهو المعتمد ، إلا انه ان يكون ضامناً مع عدم الإذن ؛ لأن المالك لم يرض بغير أمانته ، ويحتمل عدم الضمان ؛ لأنه عمل ما هو مأذون فيه شرعاً ، وإذن الشارع لا يتعقبه ضمان .

قال رحمه الله : أما لو تلف في يد الصانع لا بسببه من غير تعدٍ ولا تفريط لم يضمن على الأصح ، وكذا المكاري والملاح لا يضمنان إلا ما يتلف عن تفريط على الأشهر .

أقول : اختلف اصحابنا في تضمين الصانع كالحياطين والقصارين والمحجابين والفصادين واشباههم ، وفي تضمين الملاحين والمكاريين ، قال المفيد والسيد المرتضى : انهم ضامنون لجميع الأمتعة وعليهم البينة إلا ان يظهر هلاكه ويشتهر بما لا يمكن دفاعه ، مثل الحريق العام والنهب العام .

(٢٢) - في « ن » زيادة : أو خياطة شيء منه .

(٢٣) - الوسائل ، كتاب الاجارة ، باب ٢٣ في أحكام الاجارة .

وقال الشيخ وابو الصلاح وابن ادريس : لا ضمان عليهم إلا فيما جنت ايديهم او فرطوا في حفاظه . واختاره المصنف والعلامة ، وهو المعتمد ؛ لأنهم امانة ، والأصل براءة الذمة ، ورواية معاوية بن عمار في الصحيح^(٢٤) ، عن الصادق عليه السلام دالة على عدم الضمان .

احتج الأولون بعموم قوله عليه السلام : « على اليد ما اخذت حتى تؤدي »^(٢٥) ، فعلى قول الأولين لا يقبل قول الصانع والمكاريين بالتلف إلا مع البينة العادلة ، او الإشتهار بما لا يمكن رده ، وعلى قول الآخرين يقبل قولهم مع اليمين بالتلف من غير تفريط إلا مع قيام البينة بالتفريط وبعدم التلف ، ولو تلف بسبب فعلهم ضمنوا ، سواء كان بتفريط او غير تفريط .

فرع : اذا استأجر عيناً لينتفع بها مدة معلومة ثم انقضت المدة ، هل يجب عليه ردها ومؤنة ردها الى مالكها أو لا يجب ، بل الواجب عليه ان يرفع يده عنها اذا طلبها مالكها ؟

قال الشيخ في المبسوط : يجب ، ويكون ضامناً مع التأخير ، قال : لأن الامساك بعد مضي المدة غير مأذون فيه ، ومن امسك شيئاً بغير اذن صاحبه وتمكن من رده ولم يرده فهو ضامن ، قال : وفي الناس من قال : لا يصير ضامناً ولا يجب عليه الرد ولا مؤنة الرد ، واكثر ما يلزمه ان يرفع يده عنه اذا أراد صاحبه استرجاعه ؛ لأنه امانة في يده ، فلا يجب عليه رده كالوديعة ، وإلى هذا ذهب ابن ادريس والعلامة في القواعد ، واستشكله في التحرير والمختلف ، والمعتمد مذهب ابن ادريس .

قال رحمه الله : ولو آجر الوصي صبيبا مدة يعلم بلوغه فيها بطلت في المتيقن

(٢٤) - الوسائل ، كتاب الاجارة ، باب ٢٩ في أحكام الاجارة حديث ١٤ .

(٢٥) - تقدم ص ٢٩٢ .

وصحت في المحتمل ، ولو اتفق البلوغ فيه ، فهل للصبي الفسخ بعد بلوغه ؟ قيل : نعم ، وفيه تردد .

أقول : قال الشيخ في الخلاف وابن ادريس : ليس له الفسخ ؛ لأن العقد على الصبي او ماله وقع صحيحاً بلا خلاف ، فمن ادعى ان له الفسخ بعد بلوغه فعليه الدلالة .

وقال الشيخ في المبسوط : كان له فسخها ، وقيل : ليس له ذلك ، وهو الأقوى ، قال العلامة في المختلف : والحق ان له الفسخ ؛ لأن الولاية تابعة للصغر وقد زال فتزول الولاية ، والعقد تابع لها فيزول بزوالها ، ولأنه لو عقد عليه مدة يعلم بلوغه في بعضها بطل في الزائد ، وكذا المجهول مع وقوعه ؛ لأن العلم والجهل لا مدخل لهما في ثبوت الولاية . انتهى كلامه رحمه الله ، وهو المعتمد .

في التنازع

قال رحمه الله : اذا ادعى الصانع أو الملاح أو المكاري هلاك المتاع وانكر المالك كلفوا البينة ، ومع فقدها يلزمهم الضمان ، وقيل : القول قولهم مع اليمين ؛ لأنهم أمناء ، وهو أشهر الروايتين .

أقول : وقد سبق^(٢٦) البحث في هذه ايضا .

قال رحمه الله : لو قطع الخياط ثوباً قبأً ، فقال المالك : أمرتك بقطعه قيصاً فالقول قول المالك مع يمينه ، وقيل : قول الخياط ، والأول أشبه .

أقول : قال الشيخ في كتاب الاجارة من الخلاف وابن ادريس : القول قول المالك ، واختاره المصنف والعلامة ، وهو المعتمد ؛ لأن الأصل عدم الإذن الذي يدعيه الخياط ، ولأنه لو اختلفا في الإذن كان القول قول المالك ، فكذا اذا اختلفا في صفته .

وقال الشيخ في كتاب الوكالة من الخلاف : القول قول الخياط ؛ لأن الأصل عدم تفريطه ، فعلى الأول يجب عليه الأرش والأجرة له ، وعلى الثاني لا ارش

عليه ، وله اجرة المثل دون المسمى ان زاد ؛ لأنه يثبت (٢٧) بقوله .

كتاب الوكالة

في العقد

قال رحمه الله : ومن شرطها أن تقع منجزة ، فلو علقت بشرط متوقع أو وقت متجدد لم تصح ، نعم لو نجز الوكالة وشرط تأخير التصرف جاز .

أقول : لا خلاف في بطلان الوكالة اذا علقت على شرط ، مثل ان يقول : (اذا قدم زيد من السفر فأنت وكيلي) ، وكذا اذا علقت على صفة ، مثل ان يقول : (اذا هل الشهر فأنت وكيلي) ، او (اذا كان يوم الجمعة فأنت وكيلي) .

ومع بطلان الوكالة لتعليقها على شرط او صفة ، هل يصح تصرف الوكيل ويكون لازماً للموكل ؟ يحتمل العدم ؛ لأن الفاسد لا يترتب عليه اثره ، وهذا عقد فاسد فلا يجوز للوكيل التصرف كما لا يجوز للمشتري بشراء فاسد أن يبيع ما اشتراه ، ولا يجوز للبائع التصرف في ثمنه ، وكل واحد من المتبايعين قبض ما صار اليه بإذن مالكة ، فكما لا يجوز للمتبايعين التصرف بما صار اليهما مع فساد العقد كذا لا يجوز للوكيل التصرف لفساد عقد الوكالة .

ويحتمل الجواز ؛ لأن الموكل قد اذن له في التصرف ، والاذن باق لم يزل بفساد العقد ، واذا لم يزل الإذن جاز التصرف ، وهو اختيار العلامة في التذكرة ، وكذلك في المختلف ؛ لأنه حكم فيه بصحة تصرف الوكيل بعد عزله نفسه عن

الوكالة اعتماداً على الإذن السابق ، ولا خلاف في بطلان الوكالة اذا عزل الوكيل نفسه عنها .

والفرق بين الوكالة الفاسدة والبيع الفاسد ظاهر ، فان البيع الفاسد وان تضمن الاذن في قبض الثمن والمثمن فهو باعتبار تملك الثمن للبائع والمثمن للمشتري ، وكل منهما يتصرف فيما قبضه لنفسه فاذا تبين انه غير مملوك كان تصرفه باطلاً ، بخلاف الوكيل فانه يتصرف للاذن لا لنفسه ، فكان تصرفه مأذوناً فيه .

فان قيل : اذا جاز التصرف في الوكالة الفاسدة كما يجوز في الوكالة الصحيحة ، فما الفارق بينهما وما فائدة الصحة ؟

قلنا : فائدة الصحة استحقاق الوكيل للجعل المسمى على تقدير الصحة ان كانت بجعل وبطلان المسمى والرجوع الى اجرة المثل على تقدير الفساد كالعامل في المضاربة ، وهذا هو المعتمد .

ولو قال : (وكلتك في بيع هذا العبد مثلاً ولا تبعه حتى يدخل الشهر الفلاني) ، جاز قطعاً ، وكذا لو قال : (وكلتك في البيع شهراً) صح ، ولا يجوز التصرف بعده .

قال رحمه الله : ولو وكله في شراء عبد إفتقر الى وصفه ليتقن الغرر ، ولو وكله مطلقاً لم يصح على قول ، والوجه الجواز .

أقول : المراد بالإطلاق بأن وكله في شراء عبد ولم يصفه ، بل اطلق ، قال الشيخ في المبسوط : لا يصح للغرر ؛ لأنه ربما اشترى له ما ليس بمطلوبه ، وذهب المصنف الى الجواز واختاره العلامة ، وهو المعتمد ؛ لأن الموكل قد أقام الوكيل مقام نفسه وفوض اليه الاختيار فتصرف الوكالة الى شراء العبد الصحيح بنقد البلد ، والخيار في النوع والصفات الى الوكيل لأصالة صحة الوكالة .

قال رحمه الله : وللموكل ان يعزله بشرط أن يعلمه العزل ، ولو لم يعلمه لم ينعزل بالعزل ، وقيل : إن تعذر إعلامه فأشهد انعزل بالعزل والإشهاد ، والأول أظهر .

أقول : للأصحاب هنا ثلاثة أقوال :

الأول : عدم الانعزال الا مع العلم وتصرفه قبل العلم ماض ، وهو مذهب ابن الجعيد ، واختاره المصنف والعلامة في الارشاد ، وابو العباس في المقتصر ، وهو المعتمد ؛ لأنه من التكاليف الشرعية وهي لا تلزم إلا بعد الإعلام بها ، وإلا لزم تكليف الغافل ، ولأن في ذلك ضرراً ، إذ قد يتصرف تصرفاً يؤدي بطلانه الى الضرر ، كما لو باع جارية فوطأها المشتري ، أو طعماً فأكله ، أو تلف المبيع في يد المشتري ، فان استرجاع ذلك يؤدي الى ضرر المشتري ، ولرواية هشام بن سالم^(١) ، عن الصادق عليه السلام الدالة على المطلوب .

الثاني : أن ينعزل مع الاشهاد على العزل وان لم يعلم اذا تعذر علمه ، وهو مذهب الشيخ في النهاية وابن البراج وابن حمزه وابي الصلاح وابن ادريس ، ووجهه الجمع بين الأحاديث^(٢) .

الثالث : انعزاله بنفس العزل من غير شرط الاشهاد والإعلام ، وهو مذهب العلامة في القواعد ؛ لأن الوكالة من العقود المجازة ، فلكل منها فسخها وان لم يعلم صاحبه ، وإلا كانت لازمة ، ولأن العزل رفع عقد لا يفتقر الى رضى صاحبه ، فلا يفتقر الى علمه .

قال رحمه الله : اذا باع الوكيل بثمن فأنكر المالك الإذن في ذلك القدر كان القول قوله مع يمينه ، ثم تستعاد العين إن كانت باقية ومثلها أو قيمتها ان كانت

(١) - الوسائل ، كتاب الوكالة ، باب ٢ في أحكام الوكالة حديث ١ .

(٢) - الوسائل ، كتاب الوكالة باب ١ ، ٢ .

تالفة ، وقيل : يلزم الدلال اتمام ما حلف الموكل عليه ، وهو بعيد .

أقول : هذا قول الشيخ في النهاية ، ووجه بعده ظهور بطلان البيع لمخالفة الوكيل اذن الموكل ، واذا بطل البيع ردت العين او مثلها او قيمتها - على التفصيل - الى المالك ، فلا وجه لغرامة الوكيل ، ويحمل قول النهاية على ما اذا تعذر استعادة العين وقيمتها من المشتري ، فيغرم الوكيل القيمة ويكون موافقة لما ادعاه المشتري ، وما اختاره المصنف^(٣) وهو مذهب الشيخ في المبسوط ، وهو المعتمد . ولو اشترى جارية بعشرين ، فقال : ما اذنت إلا بعشرة ، قدم قول الموكل ، فان كان الشراء بالعين فذكر ان الشراء للموكل ردت الجارية على البائع ، واسترجع الثمن ، وان لم يذكر ان الشراء للموكل ، فان صدقه البائع للمشتري في دعواه ان الشراء لغيره ، وانه لم يرض بالشراء بهذا الثمن ردت الجارية ايضا الى البائع وان كذبه ، فان ادعى عليه العلم حلقه على نفيه ، ويلزم البيع للوكيل ويغرم للموكل ، فان كان الوكيل كاذباً فالجارية للبائع ، وعليه دفع الثمن في الباطن لوقوع العقد باطلاً ، لمخالفة امر الموكل ، وان كان صادقاً والموكل كاذباً كانت الجارية للموكل .

فعلى التقديرين لا يحل للوكيل وطى الجارية لعلمه بعدم استحقاقها ، إلا أن يشتريها ممن له باطلاً ، فان كان الموكل ، قال : (ان كنت اذنت لك بعتك بعشرين) ويقبل الوكيل ، وان كان البائع ، قال : (ان كنت صادقاً ان الشراء للغير ، وهو باطل فقد بعتك بعشرين) فحينئذ يحل له الوطى ، ولا يقدح هذا الشرط في صحة البيع ؛ لأنه ليس شرطاً حقيقياً وان كان بصيغة الشرط ؛ لأن الشرط الحقيقي هو المتوقع الذي يمكن وقوعه ويمكن عدم وقوعه ، وهذا واقع في الماضي فلا يكون شرطاً ، فان امتنع من هي له من البيع ، جاز للحاكم ان يتولى بيعها .

وان كان الشراء في الذمة وأطلق لزمه البيع ، وان ذكر ان الشراء للموكل بطل ، وكل موضع بطل فيه البيع ترجع العين الى البائع ، وكل موضع يصح البيع يكون العين للموكل ، وانما يلزم الوكيل البيع ظاهراً ، وطريق الاستحلال ما ذكرناه .

في ما لا تصح فيه الوكالة

قال رحمه الله : والالتقاط والاحتطاب والاحتشاش .

أقول : ذهب المصنف الى عدم جواز التوكيل في حيازة المباحات ، وهو بناءً على أنها تملك بالحيازة من دون النية ، فإذا ملكها بالاستيلاء لم ينتقل عنه الى الموكل ، ومن قال ان تملك المباحات يفتقر الى النية أجاز التوكيل في ذلك وكان ما يحوزه للموكل ؛ لأنه حازه انه لموكله ، فلا يدخل في ملك الوكيل ؛ لأنه لم ينو التملك لنفسه ، وقد سبق * البحث في تحقيق افتقار تملك المباحات الى النية في باب الشركة ، فلا وجه لإعادته .

قال رحمه الله : وفي الجهاد على وجه .

أقول : قال الشيخ في المبسوط : وأما الجهاد ، فلا يصح فيه النيابة بحال ؛ لأن كل من حضر الصف توجه عليه فرض القتال وكيلًا كان او موكلاً ، وقد روي^(٤) انه يدخله النيابة ، وقال ابن البراج : تدخله النيابة ، واختاره العلامة ، قال : ولهذا قال : صح الاستجار عليه .

(*) - تقدم ص ٢٣٩ .

(٤) - الوسائل ، كتاب الجهاد ، باب ٨ جهاد العدو وما يناسبه حديث ١ .

وقوله : (على وجه) أي اذا لم يتعين عليه ، مثل ان يستتيب قبل ان يحضر الصف ولم يكن عينه الإمام للخروج ، فهذا يجوز ان يستتيب في الجهاد لعدم تعينه . قال رحمه الله : ولو وكله على كل قليل أو كثير ، قيل : لا يصح لما يتطرق من [إحتمال] الضرر ، وقيل : يجوز ، ويندفع الحال باعتبار المصلحة ، وهو بعيد عن موضع الفرض ، نعم لو وكله على كل ما يملكه صح ؛ لأنه يناط بالمصلحة .

أقول : القول بعدم الصحة قول الشيخ في الخلاف ؛ لأن في ذلك ضرراً عظيماً ؛ لأنه ربما الزمه بالعقود بما لا يمكنه الوفاء به ، أو يؤدي الى ذهاب جميع ماله ، مثل ان يزوجه بأربع حرائر ويطلقهن قبل الدخول ، فيلزمه نصف مهورهن ثم يزوجه بأربع حرائر أخرى ويطلقهن قبل الدخول ، وهكذا ، أو يشتري له من الأرضين والعقارات وغيرها ما لا حاجة له فيه ، وفي ذلك ضرر عظيم ، وما يؤدي الى الضرر فهو باطل ، واختاره فخر الدين .

وقال الشيخ في النهاية والمفيد وسلاسل وابن البراج وابن ادریس بالجواز ، واختاره العلامة في الإرشاد والمختلف ؛ لأن كل واحد من الأفعال التي تدخله النيابة يصح التوكيل فيه على حدته ، فاذا عم الوكالة دخل الجميع تحتها ، والضرر الذي ذكره الشيخ مدفوع ؛ لأن فعل الوكيل منوط بالمصلحة ، سواء كانت عامة أو خاصة ، فكل فعل يفعله ان كان فيه مصلحة للموكل كان صحيحاً وإلا كان باطلاً ، وهذا هو المعتمد .

وقول المصنف : (وهو بعيد عن موضع الفرض) مراده إذا خصصنا فعل الوكيل بما فيه مصلحة كان بعيداً عن موضع الفرض ، إذ الفرض انه وكيل في كل قليل وكثير مما للموكل ان يفعله ، وذلك ليس مقيداً بالمصلحة ، فالتقييد بالمصلحة اخراج للمسألة عن موضعها .

والجواب يعلم مما سبق^(٥) من ان فعل الوكيل منوط بالمصلحة بخلاف الموكل ، فلو وكل في بيع عين مشخصة لم يجز للوكيل ان يبيعها بأقل من ثمن المثل والموكل له ذلك فقد ظهر انه ليس للوكيل ان يفعل كل ما يفعله الموكل إذ له ان يتصدق ويهب ويحايي ، وليس للوكيل ذلك سواء كانت الوكالة عامة او خاصة . وقوله : (نعم لو وكله على ما يملك صح ؛ لأنه يناط بالمصلحة) الضمير في ذلك عائد الى الوكيل ، اي لو قال : وكلتك على قليل وكثير مما يملك فعله ، صح ؛ لأن الوكيل لا يملك فعل ما ليس بمصلحة فيكون وكالة صحيحة لتقييدها بالمصلحة ، ولا يجوز عود الضمير الى ما يملكه الموكل من التصرفات ؛ لأنه يملك كل قليل وكثير مما فيه مصلحة ومما ليس فيه مصلحة ، فلا فرق حينئذ بين المسألتين .

قال رحمه الله : ولو بلغ عشرين جاز أن يوكل فيما له التصرف فيه ، كالوصية والصدقة والطلاق على رواية .

أقول : جواز الوكالة في هذه الأشياء مبني على جواز مباشرتها من الموكل ، وقد سبق البحث في ذلك في باب البيع ، والمعتمد عدم الجواز مباشرة وتوكيلا . قال رحمه الله : وتصح الوكالة في الطلاق للغائب إجماعاً ، وللحاضر على الأظهر .

أقول : منع الشيخ في النهاية من توكيل الحاضر في الطلاق ، وبه قال ابو الصلاح وابن البراج ، لرواية سماعة عن الصادق عليه السلام « قال : لا يجوز الوكالة في الطلاق »^(٦) . فحملوها على الحاضر ، وحملوا الروايات^(٧) الدالة على

(٥) - ص ٣٤٤ .

(٦) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ٣٩ ابواب مقدماته وشرائطه ، حديث ٥ وفيه عن ابن سماعة .

(٧) - الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ٣٩ من ابواب مقدماته وشرائطه .

المجواز على الغائب جمعاً بين الأدلة .

وقال ابن ادريس بالمجواز ، واختاره المصنف والعلامة ، وهو المعتمد لأصالة الصحة ، ولأنه من الأفعال القابلة للنيابة لوقوع الاجماع على جواز توكيل الغائب في الطلاق ، واذا ثبت قبوله للنيابة جاز نيابة المحاضر فيه ، إذ لا مانع من ذلك غير الرواية المذكورة ، وهي مع ضعف سندها غير دالة على مطلوب الشيخ ؛ لأنها دالة على المنع مطلقاً وهو لا يقول به .

والمراد بالحضور هو المحضور في البلد وان كان غائباً عن مجلس الطلاق ، فعلى القول بالمنع من وكالة المحاضر لا يصح وكالته مع غيبته عن مجلس الطلاق وحضوره في البلد .

في الوكيل

قال رحمه الله : ويجوز للمرأة ان تتوكل في طلاق غيرها ، وهل يجوز في طلاق نفسها ؟ قيل : لا ، وفيه تردد .

أقول : قال الشيخ في المبسوط : وأما المرأة فانها تتوكل لزوجها في طلاق نفسها عند الفقهاء ، وفيه خلاف بين اصحابنا ، والأظهر انه لا يصح ، وتبعه ابن ادريس على عدم الصحة . قال العلامة : والوجه الجواز ؛ لأنه فعل يقبل النيابة صدر من اهله فكان واقما عملاً بالأصل ، وهذا هو المعتمد .

قال رحمه الله : ولا يتوكل الذمي على المسلم للذمي ولا للمسلم على القول المشهور ، وهل يتوكل المسلم للذمي على المسلم ؟ فيه تردد ، والوجه الجواز على كراهية .

أقول : لا يخلو حال الوكيل والموكل والموكل عليه عن ثمانية اقسام :
الأول : ان يتوكل المسلم للمسلم على المسلم ، وهذا لا نزاع فيه .
الثاني : ان يتوكل المسلم للمسلم على الذمي ، وهذا لا نزاع في صحته أيضاً .

الثالث : ان يتوكل المسلم على الذمي للذمي ، وهذا صحيح أيضاً .

الرابع : ان يتوكل الذمي للذمي على ذمي ، وهذا صحيح ايضاً .

الخامس : ان يتوكل الذمي للمسلم على الذمي ، وهذا لا شك في صحته .

السادس : ان يتوكل الذمي للذمي على مسلم ، ولا شك في بطلان هذا

القسم .

السابع : ان يتوكل الذمي على مسلم لمسلم . ذهب المصنف الى عدم

الجواز ، وهو المشهور بين اصحابنا لاثبات السبيل على المسلم^(٨) ، وهو غير

جائز .

الثامن : ان يتوكل المسلم للذمي على مسلم ، وقد تردد المصنف في صحة

هذه الوكالة ثم اختار الجواز ، ومنشأ التردد من اصالة الجواز ، ولأن للذمي

مطالبة المسلم بالحقوق ، فيكون تولي المسلم لذلك أولى ، وهو مذهب ابن ادريس

والمصنف والعلامة .

ومن ان في ذلك سلطنة وسيلا ، فكما لا يجوز ان يتسلط الذمي على المسلم

كذا لا يجوز أن يسلم المسلم على المسلم وهو مذهب الشيخ في النهاية والخلاف ،

وبه قال المفيد وابو الصلاح وسلا .

في ما به تثبت الوكالة

قال رحمه الله : ولا بشاهد ويمين على قول مشهور .

أقول : المشهور بين الأصحاب عدم ثبوت الوكالة بشاهد ويمين ، ولا اعلم في ذلك خلافا ؛ لأن جميع الولايات لا تثبت بغير الشاهدين العدلين الذكرين ، والمصنف لما لم يقف على دليل مقنع عنده على ذلك نسبه الى القول المشهور ، كما جرت عادته في ذلك من ان كل قول يجده مشهوراً بين الأصحاب لا يختلفون فيه ولم يجد عليه دليلاً أشار اليه بالمشهور ، وقد اشرنا الى ذلك في اول هذا الشرح^(٩) .
والظاهر ان الذي منع المصنف من الجزم في هذه المسألة نظره الى قاعدتين : احدهما ان الولايات لا تثبت إلا بالشاهدين ، والأخرى كلما كان مالاً أو المقصود منه المال يثبت بشاهد ويمين ، والوكالة قد يكون المقصود منها المال ، كما لو وكل وكيلاً في قبض دينه من زيد ، فدفع زيد الى الوكيل فأنكر الموكل الوكالة ، فأقام الغريم شاهداً واحداً بالوكالة ، فانه يحتمل ثبوتها بالشاهد واليمين ؛ لأن المقصود هنا اثبات دفع المال وما شابه ذلك ، فلما عمل الأصحاب بالقاعدة

الأولى وتركوا الثانية - مع احتمال جواز العمل بها - لم يجزم بما عملوا به لعدم ترجيح قاعدتهم التي بنوا عليها على القاعدة التي تركوها .

قال رحمه الله : ولو اختلفا في لفظ العقد بأن شهد أحدهما أن الموكل قال : وكلتك ، وشهد الآخر انه قال استئبتك ، لم تقبل ؛ لأنها شهادة على عقدين ، إذ صيغة كل واحد منهما مخالفة للآخرى ، وفيه تردد ؛ إذ مرجعه الى أنها شهدا في وقتين .

أقول : قال الشيخ بعدم القبول لما ذكره المصنف ، وقال ابن الجنيّد بالقبول ، والمعتمد ان شهدا على الانشاء لم يقبل وكان الحق ما قاله الشيخ ، وان شهدا على الاقرار قبل وكان الحق ما قاله ابن الجنيّد ، ولو قال أحدهما : (اشهد انه وكله) ، وقال الآخر : (اشهد انه استئبته) ولم يحكما قول الموكل جاز بغير خلاف .

قال رحمه الله : لو ادعى الوكالة عن غائب في قبض ماله من غريم فأنكر الغريم فلا يمين عليه ... الى آخر المسألة .

أقول : لا يخلو المال الذي ادعى الوكالة في قبضه من ان يكون عيناً أو ديناً ، وعلى التقديرين إما ان يعترف الغريم بالوكالة او لا ، والأول ان يكون المال عيناً وينكر الغريم الوكالة ولا يمينه ، فليس لهذه الدعوى حكم في وجوب الدفع اجماعاً ، سواء صدقه الغريم او كذبه ، فلا يجب التسليم اليه مع التصديق ؛ لأن تصادق الغريم والوكيل على ثبوت الوكالة لا ينفذ^(١٠) على الموكل ، وهل يجوز الدفع ؟ قال الشيخ في المبسوط بالجواز ، والمشهور العدم .

الثاني : ان يكون المال ديناً وينكر الغريم الوكالة ولا يمينه ، وهنا لا يخلو إما ان يدعي عليه العلم او لا ، فان ادعى عليه العلم لا يخلو إما ان يعترف بالوكالة او ينكرها ، فان اعترف بها ، هل يجب التسليم اليه ام لا ؟ قال الشيخ في الخلاف : لا

(١٠) - في « ر » : (يتعلق بحق له) بدل : (ينفذ) .

يجب ، وهو اختيار المصنف والعلامة . وقال ابن ادريس : يجب الدفع اليه ؛ لأنه صار وكيلاً عليه بتصديقه إياه ؛ لأن اقرار العقلاء على نفوسهم جائز^(١١) .

ووجه الأول انه لا يجبر على دفع غير مبريء ، وهذا الدفع غير مبريء ، لاحتمال انكار الوكالة فيكون القول قوله في ذلك ، ومن هذين الوجهين نشأ التردد ، والمعتمد عدم وجوب الدفع .

وان انكر العلم ، هل يجب اليمين ؟ قال ابن ادريس : يجب اليمين وهو بناءً على قاعدته من وجوب الدفع مع الإعراف ، وهذه قاعدة مطردة في جميع الأحكام ان كل موضع يجب الحق مع الاقرار يجب اليمين مع الانكار ، ومالا فلا .
فرعان :

الأول : اذا ادعى احالة الغائب عليه فصدقه احتمل وجوب الدفع ؛ لأن الحوالة ناقله للمال من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه ، وقد اعترف الغريم بالحوالة فيكون قد اعترف بمال في ذمته فيجب دفعه اليه ، وهو المعتمد .

ويحتمل عدم وجوب الدفع ، لاحتمال انكار المحيل الحوالة فلا يجبر الغريم بالدفع ، وهو ضعيف ؛ لأن احتمال انكار الحوالة - بل تحقق انكارها - لا يوجب اسقاط حق المحتال عليه ، والفرق بين دعوى الحوالة ودعوى الوكالة ظاهر ؛ لأن دعوى الحوالة يتضمن اثبات حق لنفسه وقد اعترف له ، فيجب دفعه اليه ، ودعوى الوكالة تتضمن استحقاق اثبات يده على مال الغير .

الثاني : لو ادعى انه وارث الغريم ولا وارث سواء ، فان صدقه وجب الدفع وان كذبه وجبت اليمين ، فان دفع المال وظهر وارث سواء فلا غرم ، فان كان لتصديقه إياه غرم حصة الوارث .

في اللواحق

قال رحمه الله : ولو ادعى بعد ذلك ان تلف المال قبل الامتناع ، أو ادعى الرد قبل المطالبة ، قيل : لا تقبل دعواه ولو أقام بينة ، والوجه أنها تقبل .
أقول : اذا طالب الموكل الوكيل بالرد فقال : (غداً أردّه عليك) مع تمكنه من رده في الحال كان ضامناً ، فان ادعى بعد ذلك التلف ، وذكر انه قبل المطالبة وادعى انه رده قبل ^(١٢) لم يقبل قوله ؛ لأنه صار ضامناً بتأخيره للرد مع الامكان ، فان اقام بينة قال الشيخ : فيه وجهان :
احدهما : انها تقبل ، وهو الصحيح ، واختاره المصنف ؛ لأنه اقامها على تلف او رد ، ولو صدقه عليه لا يدفع عنه الضمان ، فع التّكذيب تقبل البينة ، وقيل : لا تقبل دعواه ولا بينة ^(١٣) ؛ لأنه مكذب لها بقوله : (اردّه عليك) فلا تكون مقبولة ، وهو اختيار العلامة في المختلف .
قال رحمه الله : كل من في يده مال لغيره أو في ذمته له أن يمتنع من التسليم

(١٢) - في « ن » و « ر » : قبلها .

(١٣) - كذا في النسخ .

حتى يشهد صاحب الحق بالقبض ، ويستوي في ذلك ما يقبل قوله في رده وما لا يقبل إلا بيينة ... الى آخر المسألة .

أقول : هذا هو المشهور بين الأصحاب ، وجزم به العلامة في القواعد والتحرير ، إلا أنه قيد في التحرير ما لم يؤد الإشهاد الى تاخير الحق ، قال : فان ادعى الى التأخير ، فالوجه وجوب الدفع فيما يقبل قوله فيه مع اليمين ، فان أخر ضمن ، واطلق في القواعد كما اطلق المصنف .

وقيل بالتفصيل فان كان الحق مما يقبل القول في رده مع اليمين من غير بيينة ليس له الامتناع من التسليم لأجل الإشهاد ، لعموم وجوب دفع الحق الى مستحقه عند الطلب ، خرج منه ما لا يقبل القول برده إلا بالبيينة حذراً من الانكار المؤدي الى غرم المال ، وان كان الحق مما يقبل القول برده جاز ذلك ، والمشهور الجواز مطلقاً ؛ لأن مع الانكار يفتقر الى اليمين وهي محظورة^(١٤) ، وهذا هو المعتمد .

قال رحمه الله : الوكيل في الايداع اذا لم يشهد على الودعي لم يضمن ، ولو كان وكيلاً في قضاء الدين فلم يشهد بالقبض ضمن ، وفيه تردد .

أقول : الفرق بينهما ان الوداعة مبنية على الاخفاء والكتان ؛ وقضاء الدين مبني على الظهور والاعلان ، قال الشيخ رحمه الله : ولو امره بقضاء الدين فلم يشهد ضمن بترك الاشهاد وان صدقه على القضاء ؛ لأنه فرط حيث دفع دفعاً غير مبريء ، ومنشأ التردد من الوجه الذي ذكره بترك الاشهاد الشيخ ، ومن انه امثل ما امره به وهو القضاء ، والجحود من القابض لا يوجب الضمان على الدافع ، والبراءة في نفس الأمر قد وقعت ، والأول هو المشهور .

فروع : لو انكر الودعي الوديعة فصدقه الموكل ، وادعى على الوكيل عدم

الايداع ، كان القول قول الوكيل ؛ لأنها اختلفا في تصرفه فيما هو وكيل فيه وليس للوكيل ان يحلف الودعي ؛ لأنه لا يدعي عليه حقاً لنفسه ولا لموكله ؛ لأن موكله لا يدعي عليه شيئاً ؛ لأنه مصدقه على عدم دفع الوكيل اليه ، والوكيل لا يغرم شيئاً بحيث يرجع عليه فيه ، ومع عدم تصديق الموكل للودعي تكون المخاصمة للموكل دون الوكيل .

قال رحمه الله : اذا اذن الموكل لوكيله في بيع ماله من نفسه فباع جاز ، وفيه تردد ، وكذا في النكاح .

أقول : قد مضى البحث في هذا في كتاب البيع^(١٥) ، والمنع مذهب الشيخ وابن ادريس وابن الجنيّد ، والجواز مذهب المصنف والعلامة ، ومنشأ التردد من ان البيع يقتصر الى ايجاب وقبول ، ولا يتصور إلا من اثنين ، فالشخص الواحد لا يكون موجباً قابلاً .

واجيب بأن الشخص الواحد اذا كان موجباً باعتبار البيع قابلاً باعتبار الشراء كان قائماً مقام اثنين .

وصورة العقد هنا أن يقول : بعت هذه العين عن موكلي من نفسي بدينار مثلاً ، قبلت البيع لنفسي ، وكذا النكاح ، فيقول : زوجت موكلتي من نفسي بكذا ، قبلت الزواج لنفسي .

في التنازع

قال رحمه الله : اذا اختلفا في رد المال الى الموكل ، فان كان يجعل كلف البينة ؛ لأنه مدعي ، وان كان بغير جعل ، قيل : القول قوله كالوديعة ، وهو قول مشهور ، وقيل : القول قول المالك ، وهو الأشبه .

أقول : لا يخلو الوكيل من احد امرين اما ان يكون وكيلا يجعل او بغير جعل : الأول ان يكون يجعل ، وقد افتى المصنف في كتابيه ان القول قول الموكل ، وهو المشهور ، وقال الشيخ في المبسوط : فيه وجهان : أحدهما أن القول قول الموكل ؛ لأن الوكيل قبض المال لمنفعة نفسه وهو الجعل فهو كالمرتهن والمستعير . والثاني : ان القول قول الوكيل ؛ لأنه قبض العين لمنفعة الموكل ، بخلاف المرتهن والمستعير ؛ لأن حقهما متعلق بالعين .

الثاني : ان يكون بغير جعل ، وهذا^(١٦) - قال^(١٧) الشيخ - : يكون قوله مقبولا في الرد ؛ لأنه قبض العين لمنفعة الموكل دون منفعة نفسه فهو كالمدع ، واختاره

(١٦) - في « ٢ » : وبهذا .

(١٧) - في « ن » : قول .

المصنف في المختصر . وقال ابن ادريس : القول قول الموكل لعموم قوله عليه السلام : « البينة على المدعي واليمين على من انكر »^(١٨) ، خرج منه الودعي بالاجماع ، يبق الباقي داخلا في العموم ، واختاره المصنف هنا ، وهو مذهب العلامة وقواه فخر الدين .

قال رحمه الله : اذا ادعى الوكيل التصرف وأنكر الموكل ، مثل ان يقول : بعت أو قبضت ، قيل : القول قول الوكيل ؛ لأنه أقر بما له أن يفعله ، ولو قيل : أن القول قول الموكل أمكن ، لكن الأول أشبه .

أقول : اذا ادعى الوكيل بيع العين التي وكل في بيعها او قبض الثمن الذي وكل في قبضه ، وادعى انه قد تلف بعد القبض فانكر الموكل دعواه ، كان القول قول الوكيل على قول مشهور بين الأصحاب ، وقد ذكر المصنف وجهه ، ويحتمل ان يكون القول قول الموكل ؛ لأنه اقرار في حق الغير فلا يلزم به ، لكن الأول هو المشهور .

قال رحمه الله : اذا زوجه امرأة فانكر الوكالة ولا بينة كان القول قول الموكل مع يمينه ، ويلزم الوكيل مهرها ، وروي نصف مهرها ، وقيل : يحكم ببطان العقد في الظاهر ، ويجب على الموكل أن يطلقها إن كان يعلم صدق الوكيل وان يسوق لها نصف المهر ، وهو قوي .

أقول : في هذه المسألة ثلاثة أقوال :

الأول : وجوب المهر كاملا على الوكيل ، وهو مذهب الشيخ في النهاية ، وتبعه ابن البراج وقواه ابن ادريس ؛ لأن المهر يثبت جميعه بالعقد وانما ينتصف بالطلاق ، وليس هنا طلاق ؛ لأن^(١٩) الوكيل منع حقها بترك الاشهاد على الوكالة

(١٨) - الوسائل ، كتاب الفضاء ، باب ٢٥ كيفية الحكم وأحكام الدعوى ، حديث ٣ .

(١٩) - في « ر » : ولأن .

فيكون ضامناً.

الثاني : وجوب نصف المهر على الوكيل ، وهو مذهب الشيخ في المبسوط ، واختاره ابن ادريس ؛ لأنها فرقة قبل الدخول ، فيكون كالطلاق ، ولرواية عمر بن حنظلة^(٢٠) ، عن الصادق عليه السلام .

الثالث : بطلان العقد في الظاهر ، ولا يجب على الوكيل شيء ، كما لو اشترى عيناً مدعياً وكالته فأنكر الوكالة ، فان القول قوله ويبطل البيع ولا يغرم الوكيل شيئاً ، ولأن التفريط ليس من الوكيل ، بل هو منسوب اليها كيف أجابت الى التزويج بمن لم تثبت وكالته شرعاً .

واذا حكم ببطلان العقد في الظاهر يبقى الموكل فيما بينه وبين الله تعالى ، فان كان وكل وجب عليه ان يطلقها ويدفع اليه نصف مهرها ، فان لم يفعل كان مأثوماً عند الله تعالى ، وهذا القول نقله المصنف هنا والعلامة ، ولم يسميا قائله ، وقواه المصنف هنا ، والعلامة في المختلف ، وهو قوي لمناسبته لأصول المذهب ، ولا يضمن الوكيل شيئاً إلا ان يضمن لها بعد العقد ، فحينئذ يغرم الجميع ، وله مقاصة^(٢١) الموكل ان كان صادقاً في الوكالة واذن له في الضمان ، وإلا فلا .

فروع :

الأول : اذا لم تعلم المرأة صدق الوكيل جاز لها التزويج ظاهراً ، وان علمت صدقه لم يجز لها ان تزوج إلا مع الطلاق ، فلو لم يطلق لم يجبر عليه وفسخ الحاكم العقد ، فان لم يكن هناك حاكم فسخت هي دفعاً للضرورة .

الثاني : لو طلقها وسماها عند الطلاق ، بأن قال : (زوجتي فلانة طالق) ، كان اقراراً بالنكاح ، ويجب دفع نصف المهر الى الوكيل ان كان قد غرمه ، وإلا الى

(٢٠) - الوسائل ، كتاب الوكالة ، باب ٤ في احكام الدعوى ، حديث ١ .

(٢١) - في « ر » و « ن » : معاوضة .

المرأة .

الثالث : لا يجوز للوكيل ان يتزوجها في موضع يحكم ببطالان العقد ظاهراً من غير طلاق ، ولا فسخ ان كان صادقاً في دعواه لعلمه انها ذات بعل ما لم يميت الموكل ، فتحل له حينئذ بعد العدة بالنسبة اليه لا اليها .

الرابع : لو ادعى أن فلاناً الغائب وكله في زواج امرأة فزوجها له ، ثم مات الغائب لم ترثه إلا ان يصدقه الورثة او تقوم بذلك بينة ، ويجب عليها العدة للزوم العقد قبل موته وانكاره ، وانما منعت من الارث ؛ لأن الأصل عدمه ما لم يتحقق السبب الموجب له وهو غير متحقق ، وليس كذلك لو زوجها فضولياً ثم مات الزوج قبل الاجازة او الفسخ ، فان هنا لا يجب عليها العدة وان كان العقد لازماً من جهتها ؛ لأنها هنا أوقعت عقداً غير لازم للزوج حالة وقوعه ، وانما هو موقوف على اجازته ، وهناك أوقعت عقداً لازماً له في زعمها حالة وقوعه ، وانما تجدد له الفسخ ظاهراً بسبب الانكار للوكالة ، والأصل عدمه ، فالفرق حاصل بين عقد يعتقد لزومه حالة وقوعه ، وبين عقد يعتقد عدم لزومه حالة وقوعه .

قال رحمه الله : لو وكل بقبض دينه من غريم له ، فأقر الوكيل بالقبض وصدقه الغريم وأنكر الموكل ، فالقول قول الموكل ، وفيه تردد .

أما لو أمره ببيع سلعة وتسليمها وقبض ثمنها ، فتلّف من غير تفريط فأقر الوكيل بالقبض وصدقه المشتري وأنكر الموكل ، فالقول قول الوكيل ؛ لأن الدعوى هنا على الوكيل من حيث انه سلم المبيع لم يتسلم الثمن ، فكأنه يدعي ما يوجب الضمان ، وهناك الدعوى على الغريم ، وفي الفرق نظر .

أقول : هنا مسألتان :

الأولى : اذا وكل وكيلاً في استيفاء دين له على انسان ، فقال : استوفيته وصدقه الغريم وأنكر الموكل ، نظر فان قال : استوفيته وهو قائم بيدي فحده ، كان

عليه قبضه من الوكيل ولا معنى لهذا الاختلاف ، وإن قال استوفيته وتلف من غير تفريط ، وأنكر الموكل الاستيفاء احتمل أن يكون القول قول الموكل ، لأصالة بقاء الحق فلا يقبل تصادق الوكيل والغريم إلا بينة ؛ لأن قولها على خلاف الأصل ، ويحتمل أن يكون القول قول الوكيل ؛ لأنه اختلاف في التصرف المأذون فيه ، وهو أمين فيكون قوله مقبولاً فيه .

وفتوى الأصحاب على أن القول قول الموكل في هذه المسألة إلا فخر الدين ، فإنه اختار أن القول قول الوكيل ، واتفقت فتاويهم على أن القول قول الوكيل ، إذا اختلفا في التصرف المأذون فيه .

الثانية : إذا أمره ببيع سلعة وتسليمها إلى المشتري وقبض الثمن منه فادعى أنه باعها وقبض ثمنها ثم تلف الثمن من غير تفريط ، فأنكر الموكل قبض الثمن من المشتري ، فالقول قول الوكيل على ما تطابقت عليه فتاوي الأصحاب ؛ لأن الوكيل لا يجوز أن يسلم المبيع حتى يتسلم الثمن ، فلو فعل ذلك كان مفراطاً فيصير ضامناً فإذا أنكر الموكل قبض الوكيل للثمن بعد ثبوت قبض المشتري للسلعة يكون قد ادعى خيانة الوكيل وتفريطه حيث قدم على فعل غير جائز ، وهو تسليم المبيع قبل قبض الثمن ، والأصل عدم الخيانة والتفريط .

قال المصنف : (وفي الفرق نظر) ، وجه النظر أن الدعوى هنا على المشتري أيضاً ، كما أن الدعوى هناك على الغريم ، وجه قبول قول الموكل في صورة استيفاء الدين كون الدعوى على غير الوكيل وهي هنا كذلك . هذا وجه عدم الفرق الذي نظره رحمه الله ، وهو ضعيف ؛ لأنه لو قلنا أن القول قول الموكل هنا ، وتعذر استيفاء الثمن من المشتري رجع على الوكيل لتفريطه بخلاف صورة استيفاء الدين فإنه إذا تعذر استيفاؤه من الغريم ليس على الوكيل شيء ، فالفرق ظاهر . قال رحمه الله : ولو ظهر في المبيع عيب ، ردّها على الوكيل دون الموكل ؛

لأنه لم يثبت وحول الثمن اليه ، ولو قيل برد المبيع على الموكل كان أشبه .
أقول : وجوب رده على الوكيل مذهب الشيخ رحمه الله ، وذهب المصنف
والعلامة وفخر الدين الى رده على الموكل ، وهو المعتمد ؛ لأنه ملك للموكل
فيكون الرد عليه مع ثبوت الوكالة شرعاً ؛ لأنه قد صار في يد وكيله ، فهو كما لو
كان في يده ؛ لأن يد الوكيل يد الموكل ، والمخاصمة بين المشتري والموكل اذا
تحققت الوكالة ، فلا وجه لرده على الوكيل .

فرع : اذا رده على الوكيل لجهل المشتري بالوكالة ، فان صدقه الوكيل على
سبق العيب لزمه قبوله ولا يمضي تصديقه على الموكل ، فان صدقه الموكل ايضاً او
قامت بذلك بينة رده الوكيل على الموكل ، وان كذبه وكان العيب مما يمكن حدوثه
ولا بينة ، كان القول قول الموكل ، فاذا احلفه لم يملك الوكيل رده عليه ، وان كذب
الوكيل المشتري حلف ، فان نكل الوكيل عن اليمين وحلف المشتري رده على
الوكيل ، وهل يملك الوكيل رده على الموكل ؟ فان قلنا ان اليمين المردودة على
المدعى كإقرار الخصم لم يملك رده على الموكل ، وان قلنا انها كالبينه كان له رده
عليه .

كتاب الوقوف والصدقات

في العقد

قال رحمه الله : ولو قال : حبست وسبّلت ، قيل : يصير وقفاً وإن تجرد ، لقوله عليه السلام : « حبس الأصل ، واطلق الثمرة » ، وقيل : لا يكون وقفاً إلا مع القرينة ، إذ ليس ذلك عرفاً مستقراً بحيث يفهم من الاطلاق ، وهذا أشبه .

أقول : القول بحصول الوقف بقوله : (حبست وسبّلت) مجرداً عن القرينة ، قول الشيخ في الخلاف ، وبه قال السيد المرتضى وابن زهرة ، واختاره العلامة في القواعد ، فالصرح عندهم ثلاثة : (وقفت وحبست وسبّلت) ؛ لأن (حبست وسبّلت) ثبت لهما عرف الإستعمال بين الناس ، وللخبر الذي ذكره المصنف .

وقال الشيخ في المبسوط : الذي يقوى في نفسي ان صريح الوقف قول واحد وهو : (وقفت) لا غير ، وبه يحكم بالوقف ، وأما غيره من الألفاظ فلا يحكم به الا بدليل ، واختاره ابن ادريس والمصنف ، والعلامة في الارشاد ، وقواه في التحرير ، وبه قال فخر الدين والشهيد ، وهو المعتمد ، لأصالة بقاء الملك على صاحبه ما لم يتحقق السبب المزيل ، وهو غير متحقق هنا ، والموضوع للقدر المشترك لا دلالة له على التخصيص ، ولفظ (حبست وسبّلت) موضوع للتأييد وغير التأييد فهو

مشترك ، فلا يحمل على التأييد من غير قرينة دالة عليه ، كما روي عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه تصدق بداره في بني زريق ، وكتب :

« بسم الله الرحمن الرحيم

هذا ما تصدق به أمير المؤمنين على بن أبي طالب ، وهو حي سوي ، تصدق بداره التي في بني زريق صدقة لاتباع ولا توهب حتى يرثها الله الذي يرث السموات والأرض ، واسكن هذه الصدقة خالاته ما عشن وعاش عقبهن ، وإذا انقضوا فهي لذوي الحاجة من المسلمين »^(١).

فغير لفظ الوقف يحتاج الى قرينة دالة على التأييد ، كما في كتاب أمير المؤمنين عليه السلام مثل : « لا تباع ولا توهب حتى يقبض الله الارض ومن عليها » ، وبالجملية كل ما يدل على التأييد .

وألفاظ الوقف ستة : (وقفت وحبست وسبلت وحرمت وتصدقت وأبدت) وكلها تفتقر الى القرينة عدا (وقفت) .

قال رحمه الله : أما لو وقف في مرض الموت ، فإن أجاز الورثة ، وإلا اعتبر من الثلث كالهبة والمحابة في البيع ، وقيل : يمضي من اصل التركة . والأول أشبه ، ولو وقف ووهب واعتق فحاي ولم يحجز الورثة ، فإن خرج ذلك من الثلث صح ، وإن عجز بُدِيَء بالأول فالأول حتى يستوفي قدر الثلث ، ثم يبطل ما زاد ، وهكذا لو أوصى بوصايا ، ولو جهل المتقدم قيل : يقسم على الجميع بالحصص . أقول : يأتي تحقيق البحث في هذه انشاء الله تعالى في باب الوصايا^(٢).

(١) - الوسائل ، كتاب الوقوف والصدقات ، باب ٦ أحكام الوقوف والصدقات ، حديث ٤ .

(٢) - ص ٤٥١ من هذا الجزء ، تصرفات المريض .

في الشرائط

قال رحمه الله : وهل يصح وقف الدنانير والدراهم ؟ قيل : لا ، وهو الأظهر ؛ لأنه لا نفع لها الا التصرف فيها ، وقيل : يصح ؛ لأنه قد يفرض لها نفع مع بقائها .

أقول : الذهب والفضة اذا كان حلياً صح وقفه اجماعاً ، والخلاف انما هو في الدراهم والدنانير ، ونقل في المبسوط الاجماع ، إلا من شذ على عدم جواز وقفها ، وهو المشهور بين الأصحاب ؛ لأن نفعها في إخراجها ، وهو مناف للوقف . وقيل : يصح مع تقدير المنفعة الحكيمة كالتحلي بها . قال العلامة في التحرير : ولو سوغناه ففي جواز عمله حلياً للموقوف عليه نظر ، والمعتمد عدم الجواز على القول بالصحة ؛ لأنه يؤدي الى تغيير عين الوقف ، وهو غير جائز ، ويحتمل الجواز ؛ لأنه نوع انتفاع مع بقاء العين .

قال رحمه الله : ولو وقف ما لا يملكه لم يصح وقفه ، ولو أجاز المالك ، قيل : يصح ؛ لأنه كالوقف المستأنف ، وهو حسن .

أقول : استقرب العلامة في القواعد صحة الوقف مع الإجازة ، وهو ظاهر

الارشاد ومنع منه في التحرير ، وهو مذهب الشهيد رحمه الله ، وقواه فخر الدين ، قال : لعدم صحة التقرب بمال الغير .

قال رحمه الله : وفي وقف من بلغ عشرين ترده ، والمروي جواز صدقته ، والأولى المنع .

أقول : جواز وقف من بلغ عشرين مذهب الشيخ رحمه الله وأبي الصلاح وابن الجنيد ، لرواية زارة^(٣) عن الصادق عليه السلام المتضمنة جواز صدقته والوقف صدقة ، والمنع مذهب سلال وابن ادريس والمصنف والعلامة ، وهو المعتمد ، لعدم الحجر عليه قبل البلوغ^(٤) .

قال رحمه الله : ولو بدأ بالمعدوم ثم بعده بالموجود ، قيل : لا يصح ، وقيل : يصح على الموجود ، والأول أشبه .

أقول : اذا كان الوقف منقطع الابتداء متصل الانتهاء ، كأن يقف أولاً على من لا يصح الوقف عليه ، ثم على من يصح ، كأن يقف على نفسه او عبده او المجهول كأحد هذين ، او المعدوم ، ثم على الفقراء والمساكين ، قال الشيخ في الخلاف : يبطل الوقف فيمن بدأ بذكره ؛ لأنه لا يصح الوقف عليه ويصح^(٥) في حق الباقيين ، لأنه يصح الوقف عليهم ، وقواه في المبسوط ؛ لأنه ذكر نوعين احدهما لا يصح الوقف عليه والآخر يصح الوقف عليه فيبطل في حق من لا يصح الوقف عليه ، ويصح في حق من يصح في حقه ؛ لأن تفريق الصفقة جائز ، فلا مانع من صحة هذا الوقف ، واختار المصنف البطلان ، وهو مذهب العلامة

(٣) - الوسائل ، كتاب الوقوف والصدقات ، باب ١٥ في أحكام الوقوف والصدقات ، حديث ١

(٤) - الوسائل ، كتاب الحجر ، الباب ١ ، حديث ٤ .

(٥) - من « ن » ، وفي « ر » : وهل يصح ، وباقى النسخ : فيبطل .

وفخر الدين ، وهو المعتمد ؛ لأنه لا مقر له في الحال ، فيكون باطلاً .

فروع :

الأول : اذا قلنا بصحة الوقف فيمن يصح في حقهم ، هل تصرف منفعة الوقف اليهم في الحال ؟ قال الشيخ في المبسوط : ينظر فان كان الذي بطل الوقف في حقه لا يمكن انقراضه كالمعدوم والميت فان منفعة الوقف تصرف الى من يصح في حقهم في الحال ، ويكون أولئك بمنزلة المعدوم الذي لم يذكر في الوقف ، فان كان الموقوف عليه أولاً يمكن انقراضه كالعبد ، فنه من قال يصرف اليهم في الحال ؛ لأنه لا مستحق غيرهم ، وهو الأصح ، ومنهم من قال لا يصرف اليهم في الحال ؛ لأنه انما جعل منفعة الوقف لهم بشرط انقراض من قبلهم ، والشرط لم يوجد ، فيصرف الى الفقراء والمساكين مدة بقاء الموقوف عليه أولاً ، ثم اذا انقضى رجعت اليهم ، هذا جميعه قول الشيخ في المبسوط ، وهذا الفرع ساقط سقوط اصله .

الثاني : لو انقطع وسط الوقف ، كما لو وقف على زيد ثم على عبده ثم على الفقراء والمساكين ، احتل الصحة في الطرفين فيصرف ^(٦) منفعته في الوسط الى الواقف او وارثه ولو كان منقطع الطرفين ، فهو كمنقطع الأول .

الثالث : اذا وقف على ما ولده سنة ثم على الفقراء والمساكين صح ، لأنه مؤبد في طريقه ووسطه .

الرابع : اذا وقف على اولاده وشرط ان يكون غلة العام الأول لزيد ، والعام الثاني لعمرو ، وهكذا ، وبعدهم على الفقراء والمساكين ، العام الأول لعليانهم ، والثاني لزهادهم ، والثالث لعبادهم ، صح ولزم الشرط .

قال رحمه الله : ولو وقف على المؤمنين انصرف الى الاثني عشرية ، وقيل :

(٦) - من « ن » ، وفي « ر » : وتصرف ، وفي الباقي من النسخ : وصرف .

الى مجتنبى الكبائر ، والأول اشبه .

أقول : لا خلاف في انصرافه الى الاثني عشرية القائلين بامامة الاثني عشر عليهم السلام ، وانما الخلاف في اشتراك الجميع او اختصاص مجتنبى الكبائر منهم .

قال الشيخ في النهاية والمفيد وابن البراج وابن حمزة : باختصاص مجتنبى الكبائر منهم ، وقال سلاّر وابن ادریس : باشتراك الجميع ، واختاره المصنف والعلامة ، وهو المعتمد ؛ لأن الفسق لا يخرج المؤمن عن ايمانه .

وقال العلامة في المختلف : والتحقيق ان الإيمان ان جعلناه مركباً من الإعتقاد القلبي والعمل بالجوارح لم يكن الفاسق مؤمناً ، وان جعلناه عبارة عن الأول كان مؤمناً ، قال : وهو الحق عندي .

قال رحمه الله : ويشترك الذكور والاناث المتسبون إليه من جهة الأب نظراً إلى العرف ، وفيه خلاف للأصحاب .

أقول : إذا قال : وقفت على الهاشمين أو العلويين أو الحسينيين ، كان لمن انتسب الى هاشم او علي او الحسين بن علي ، ويشترك الذكور والاناث في ذلك ما لم يحصل التفصيل ، وهل يشترط الانتساب بالأب او يدخل المنتسب بالأم ؟ .

اختلف الأصحاب في ذلك ، والمشهور اختصاص المنتسب بالأب والأم او الأب خاصة دون المنتسب بالأم خاصة ، وقال السيد المرتضى : يدخل المنتسب بالأم خاصة ، ويشارك اهل الوقف ، وقد مضى تحقيق ذلك في باب الخمس^(٧) فلينظر من هناك .

قال رحمه الله : ولو وقف على جيرانه يرجع إلى العرف ، وقيل : لمن يلي داره الى اربعين ذراعاً ، وهو حسن ، وقيل : الى أربعين داراً من كل جانب ، وهو

مطرح .

أقول : هنا ثلاثة أقوال :

الأول : الرجوع الى العرف ، وهو مذهب المصنف والعلامة ؛ لأن مع تعذر الحقيقة الشرعية يرجع الى العرف .

الثاني : مذهب الشيخين وسلاار وابن البراج وابن حمزة وابن زهرة وابن ادريس .

الثالث : قول بعض الأصحاب ، وهو منقول عن عائشة ، وهو متروك .

فروع :

الأول : هل يشترط ملك الجار للدار ، حتى لو كان مستأجراً أو مستعيراً لم يستحق من الوقف شيئاً ؟ يحتمل ذلك ؛ لأن الجار الحقيقي هو مالك^(٨) الدار دون مستعيرها ومستأجرها . ويحتمل استحقاق المستعير والمستأجر لصديق اسم المجاورة عرفاً ، اما الغاصب فالأقرب عدم دخوله ؛ لأنه مأمور بالخروج في كل آن فلا يصدق عليه المجاورة ، وعلى القول باستحقاق المستأجر والمستعير لو خرجا خرجا عن الوقف .

الثاني : اذا باع الملك^(٩) خرج عن الوقف ويصير للمشتري لصيرورته جاراً .

الثالث : لو لم تكن الدار مسكونة ، هل يستحق مالکها شيئاً من الوقف ؟ يحتمل ذلك لصديق اسم المجاورة بالملك ، فانه يجوز ان يقال : فلان جار فلان اذا كانت داره الى جانب داره وان لم تكن مسكونة ، ويحتمل العدم ؛ لأن المجاورة في العرف انما تكون مع السكنى به دون الملك ، ولهذا يصدق على المستأجر والمستعير

(٨) - من « ن » ، وفي النسخ : المالك .

(٩) - من « ن » ، وفي النسخ : مالك .

بأنه جار .

الرابع : لو كان في داره اثنان فصاعداً دخلوا في الوقف لصدق المجاوزة .
الخامس : لا يخرج صاحب الدار عن الوقف بسفـره المتقطع ، ولا في تـرده بالسكنى بينها وبين غيرها .

قال رحمه الله : ولو وقف على بني تميم صح ويصرف الى من يوجد منهم ، وقيل : لا يصح لأنهم مجهولون ، والأوّل هو المذهب .

أقول : قال الشيخ في المبسوط والخلاف : اذا وقف على بني تميم او بنى هاشم صح الوقف ، وان كانوا غير محصورين كالفقراء والمساكين ، قال : وفي الناس من قال : انه لا يصح ؛ لأنه مجهول . وقال ابن حمزة : لا يجوز الوقف على بنى فلان ، وهم غير محصورين في البلاد ، والمشهور الجواز ، وهو المعتمد لوقوع الاجماع على صحة الوقف على الفقراء والمساكين وعلى المسلمين والمؤمنين ، ولا شك في انتشارهم وعدم انحصارهم .

ويجب اعطاء ثلاثة فما زاد ولا يجزي أقل من ثلاثة ، ولا يجب الزائد عليها ، وكذا حكم كل قبيلة منتشرة ، ولا يجب التسوية بين المدفوع إليهم ، بخلاف المحصورين فانه يجب التسوية والاستيعاب^(١٠) ، ولو كانوا منحصرين ثم انتشروا وجب استيعاب ما امكن ؛ لأن الواقف أراد التسوية والتعميم في ابتداء وقفه لكونه ممكناً لانحصار الموقف عليه ، فاذا تعذر بعد ذلك وجب العمل بما امكن بخلاف المنتشرين ابتداءً ؛ لأن الواقف لم يقصد التعميم ولا التسوية لتعذره في حق المنتشرين ، فلا يجب اكثر من أقل الجمع ، ولا يكفي دونه .

قال رحمه الله : ولو وقف على الذمي جاز ؛ لأن الوقف تملك فهو كإباحة المنفعة ، وقيل : لا يصح ؛ لأنه يشترط فيه نيّة القرابة إلا على أحد الأبوين ، وقيل :

يصح على ذوي القرابة ، والأول أشبه ، وكذا يصح على المرتد ، وفي الحربي تردد ،
أظهره^(١١) المنع .

أقول : هنا ثلاث مسائل :

الأولى : في جواز الوقف على الذمي ، وقد اختلف الأصحاب في ذلك على
أربعة أقوال :

الأول : الجواز مطلقاً ، وهو مذهب المصنف والشهيد ، لقوله تعالى : ﴿ لا
ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم ان تبرؤهم
وتقسطوا إليهم ﴾^(١٢) .

الثاني : انه يصح على ذي الرحم دون الأجنبي ، وهو مذهب الشيخين
للحث على صلة الأرحام .

الثالث : يصح على الوالدين دون غيرهم ، واختاره ابن ادريس ، لقوله
تعالى : ﴿ وصاحبهما في الدنيا معروفا ﴾^(١٣) ، وللحث على برهما ، ثم رجع بعد
ذلك الى مذهب الشيخين ، وهو يدل على اضطرابه في هذه المسألة .

الرابع : المنع مطلقاً ، واختاره فخر الدين لقوله تعالى : ﴿ لا تجدد قوماً
يؤمنون بالله واليوم الآخر يوادون من حاد الله ورسوله ﴾^(١٤) الآية وهي دالة
على النهي عن مودة الكافر وان كان أباً .

الثانية : في المرتد عن غير فطرة ، ذهب المصنف والعلامة في القواعد الى
جواز الوقف عليه ، ووجه الصحة كون الوقف صدقة ، وهي جائزة على المرتد

(١١) - في بعض النسخ : أشبهه .

(١٢) - المتحنة : ٨ .

(١٣) - لقمان : ١٥ .

(١٤) - المجادلة : ٢٢ .

من غير فطرة ؛ لأنه له اهلية التملك ، ولعموم : « على كل كبد حرى أجر » (١٥) .
ويحتمل المنع لكونه كافراً ، واختاره فخر الدين .

الثالثة : في الحربي ، لا خلاف في عدم جواز الوقف على الأجانب ، وإنما الخلاف في جوازه على الأقارب ، قال الشيخان : بجوازه عليهم سواء كانوا أبوين أو غيرهما من ذوي الأرحام ، وكذا أبو الصلاح وابن حمزة ، وقال سلار : ووقف المؤمن على الكافر باطل ، وقد روي انه ان كان الكافر احد ابوي الواقف أو من ذوي رحمه كان جائزاً ، والأول لم يثبت ، ومثله قال ابن البراج .

وجزم المصنف في المختصر بعدم جواز الوقف على الحربي ، وهو مذهب العلامة ، ووجه الجواز والمنع ما تقرر في الذمي .

قال رحمه الله : وكذا لو جعله لمن ينقرض غالباً ، كأن يقفه على زيد ويقتصر أو يسوقه الى بطون تنقرض غالباً ، أو يطلقه في عقبه ولا يذكر ما يصنع به بعد الانقراض ، ولو فعل ذلك ، قيل : يبطل الوقف ، وقيل : يجب إجراؤه حتى ينقرض المستون ، وهو الأشبه فإذا انقرضوا رجع الى ورثة الواقف ، وقيل : الى ورثة الموقوف عليهم ، والأول أظهر .

أقول : هنا مسألتان :

الأولى : من شرط في الوقف التأييد فاذا جعله لمن ينقرض غالباً ، كما وصفه المصنف ولم يسقه بعد ذلك الى من لا ينقرض كالفقراء والمساكين والمساجد والمشاهد ، هل يصح ذلك ؟ قال الشيخ في المبسوط والخلاف : اذا وقف على من يصح انقراضه في العادة مثل ان يقف على ولده وله ولد وسكت ، فن أصحابنا من قال : لا يصح الوقف ، ومنهم من قال : يصح ، والمشهور الصحة ، وهو مذهب الشيخين وابن الجنييد وسلار وابن ادريس وابن حمزة ، واختاره المتأخرون ،

ويكون حبساً أو سكنى أو عمرى بلفظ الوقف ؛ لأنه نوع تمليك وصدقة ، فيتبع اختيار المالك في التخصيص وغيره ، ولأن تمليك الأخير ليس شرطاً في تمليك الأول ، وإلا لزم الدور ؛ لأن تمليك الأول شرط في تمليك الثاني ، فلو كان تمليك الثاني شرطاً في تمليك الأول لزم الدور .

واحتج المانعون بأن الوقف مقتضاء التأييد ، فإذا كان منقطعاً صار وقفاً على مجهول ، فلا يصح كما لو وقفه على مجهول في الابتداء .

الثانية : إذا انقرض الموقوف عليهم ، هل يرجع الوقف الى وريثة الواقف او وريثة الموقوف عليهم أو الى وجوه البر ؟ فيه ثلاثة اقوال :

الأول : الى وريثة الواقف ، وهو مذهب الشيخ وابن البراج وسلا ، واختاره المصنف والعلامة ، وهو المعتمد ؛ لأنه حبس في الحقيقة لانقراض أربابه ، وحكم الحبس رجوعه الى وريثته عند انقراض المحبّس عليهم لعدم خروجه عن ملكه بالكلية .

الثاني : الى وريثة الموقوف عليهم ، وهو مذهب المفيد (وابن ادريس) (١٦) ؛ لأن الوقف خرج عن ملك الواقف فلا يعود اليه ولا الموقوف عليه تملك الوقف فينتقل الى وريثته بعد موته .

والجواب عدم انتقال الرقبة الى الموقوف عليه هنا لما بينا من انه حبس في الحقيقة ، وانما ينتقل الوقف الى الموقوف عليه في صورة التأييد .

الثالث : قال ابن زهرة : ينتقل الى وجوه البر لان انتقال الوقف عن الواقف وزواله عن ملكه ، ومال اليه العلامة في المختلف .

قال رحمه الله : ولو وقف على أولاده الأصاغر فقبضه يكون قبضه عنهم ، وكذا الجدة للأب ، وفي الوصي تردد ، أظهره الصحة .

أقول : منشؤه : من انه قائم مقام الأب والجد مع فقدهما ، فيكون حكمه حكمهما ، ومن انه لا يجوز ان يتولى طرفي العقد عند الشيخ وابن ادريس ، وهذا عقد ، والمعتمد الجواز .

قال رحمه الله : ولو وقف على نفسه لم يصح ، وكذا لو وقف على نفسه ثم على غيره ، وقيل : يبطل في حق نفسه ويصح في حق غيره ، والأول أشبه .

أقول : هذا منقطع الابتداء ، وقد مضى^(١٧) البحث فيه .

قال رحمه الله : وقيل : اذا وقف على أولاده الأصاغر جاز أن يشرك معهم وإن لم يشترط ، وليس بمعتمد .

أقول : الجواز مذهب الشيخ في النهاية ، وتبعه ابن البراج لرواية عبد الله بن الحجاج^(١٨) ، عن الصادق عليه السلام ، والمشهور المنع ، وهو المعتمد لعدم جواز تغيير الوقف ، ولرواية جميل بن دراج^(١٩) ، عن الصادق عليه السلام .

(١٧) - ص ٣٦٨ .

(١٨) - الوسائل . كتاب الوقوف والصدقات ، باب ٥ أحكام الوقوف والصدقات ، حديث ٣ .

(١٩) - الوسائل ، كتاب الوقوف والصدقات ، باب ٤ في أحكام الوقوف والصدقات حديث ٢ .

في اللواحق

قال رحمه الله : ولو وقف حصته من عبده ثم اعتقه لم يصح العتق لخروجه عن ملكه ، ولو اعتقه الموقوف عليه لم يصح أيضا لتعلق حق البطلون به ، ولو اعتقه الشريك مضى العتق في حصته ولم يقوم عليه ؛ لأن العتق لا ينفذ فيه مباشرة ، فالأولى أن لا ينفذ فيه سراية ، ويلزم من القول بانتقاله الى الموقوف عليهم افتكاكه من الرق ، ويفرق بين عتقه مباشرة وعتقه سراية بأن العتق مباشرة يتوقف على انحصار الملك في المباشر او فيه وفي شريكه ، وليس كذلك إفتكاكه فإنه ازالة للرق شرعاً فيسري في باقيه ويضمن الشريك القيمة ؛ لأنه يجري مجرى الاتلاف ، وفيه تردد .

أقول : منشأ التردد من عدم ترجيح أحد الاحتمالين وقد بين وجهها ، وعدم نفوذ العتق مباشرة وسراية مذهب الشيخ في المبسوط ، واختاره العلامة في مصنفاته ، وهو المعتمد ، وعلى القول بالانتقال الى الله تعالى لا يتوجه احتمال الافتكاك ، وانما يتوجه على القول بانتقاله الى الموقوف عليهم .

قال رحمه الله : اذا وقف مملوكا كانت نفقته في كسبه ، اشترط ذلك أو لم

يشترط ، ولو عجز عن الاكتساب كانت نفقته على الموقوف عليهم ، ولو قيل في المسألتين كذلك كان أشبه .

أقول : قال الشيخ في المبسوط : نفقة العبد الموقوف في كسبه اذا لم يشترط او شرطها في الكسب ؛ لأن الغرض بالوقف انتفاع الموقوف عليه ، وانما يمكن ذلك ببقاء عينه ، وانما يبقى بالنفقة ، فقتضى العقد يوجب كون النفقة في كسبه ، هذا اذا كان ذا كسب ، واما اذا عجز عن الكسب فالنفقة على الموقوف عليهم على القول بانتقال الملك اليهم ، وعلى القول بانتقاله الى الله تعالى فهي من بيت المال مع عجز العبد عن التكسب .

وظاهره ترجيح كون النفقة على الموقوف عليهم ، سواء كان ذا كسب او لم يكن لكونه مملوكا لهم والنفقة تابعة للملك ، واختاره العلامة ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : لو جنى العبد الموقوف عمداً لزمه القصاص ... الى آخر

المسألة .

أقول : هنا مسألتان :

الأولى : اذا جنى العبد الموقوف ، فان كانت الجناية عمداً فلا خلاف في جواز الاقتصاص منه وبطلان الوقف ، واذا كانت خطأ لم يتعلق برقبته ؛ لأنه انما يتعلق برقبته من يباع بالأرض ، أما رقبة من لا يباع بالأرض فلا يتعلق بها ، وهذا اجماع وانما الخلاف في محل الدية ، هل هو كسب العبد او مال الموقوف عليه او مال الواقف او بيت المال ؟ فيه أقوال :

الأول : تعلقها بمال الموقوف عليه ، وهو بناءً على انتقال الملك إليه ، وقد تعذر استيفاء الدية من رقبة المملوك لعدم جواز بيعه ، ولا سبيل إلى إهدار الجناية فيكون في مال المالك .

الثاني : تعلقها بمال الواقف ، وهو بناءً على انتقال الملك الى الله تعالى ؛ لأنه

الذي منع الرقبة من تعلق الأرض بها بالعتق ، فيكون ضامنا .

الثالث : تعلقها ببيت المال كالحرم المعسر ، وهو بناءً أعلى انتقال الملك الى الله تعالى ايضاً .

الرابع : تعلقها بكسبه ؛ لأنه اقرب الأشياء الى رقبته ، فاذا تعذر تعلقها برقبته تعلقت بما هو اقرب الأشياء اليها ، وهذا هو المعتمد ؛ لأنه لا يجوز اهدار الجناية ولا تعلقها برقبة العبد لعدم جواز بيعه بها ولا بمال المولى ؛ لأن المولى لا يعقل عبداً ، فوجب تعلقها بالكسب ، وقال العلامة في المختلف : ويحتمل تعلقها بالرقبة وتباع فيه كما تقبل في العمد والبيع ادون من القتل ، وهذا الاحتمال لم يقل به احد ، ولو لم يكن له كسب كان الاحتمال قوياً .

فرع : لو كانت الجناية عمداً هل يتخير المجني عليه بين القتل والعفو والاسترقاق كما يتخير في الطلق او يتحتم القتل أو العفو دون الاسترقاق ؟ يحتمل ذلك لوجوب دوام الوقف بدوام الحياة في الحيوان ؛ لأنه يقتضي التأيد ، وهو مانع من تملك غير الموقوف عليه للوقف ما دام موجوداً ، ويحتمل جواز الاسترقاق ؛ لأن له ابطال الوقف بقتله ، فابطاله مع بقاء الحياة أولى ؛ لأنه عفو ، وهو حسن ، والأول أقوى .

الثانية : في الجناية على العبد الموقوف ، فاذا جنى عليه فلا خلاف في وجوب ارش الجناية على الجاني ، وانما الخلاف في مصرفها ، قال الشيخ في المبسوط : قال قوم يشترى بها عبداً آخر ويقام مقامه ، سواء قيل بانتقال الملك الى الله تعالى او الى الموقوف عليه ؛ لأن حق البطون الآخر متعلق برقبة العبد ، فاذا فاتت اقيم غيرها بقيمتها مقامها ، ومنهم من قال بنقل القيمة اليه ، قال : وهو الأقوى ؛ لأننا قد بينا ان ملكه له ، والوقف لم يتناول القيمة . هذا كلامه في المبسوط ، وهو يدل على اختياره انتقال القيمة الى الموقوف عليه ، ويكون ملكاً

له كالفاء ، واختاره المصنف .

والعلامة اختار ان يشتري بها غيره ويقام مقامه ؛ لأن البطن الأول لا يملك الوقف على الخصوص ، ولهذا ان البطن الثاني يتلقى الوقف من الواقف لا من البطن الأول .

وهنا فروع :

الأول : على القول بتملك البطن الأول للقيمة يجوز لهم العفو ، وعلى القول بوجوب شراء بدله ليس لهم العفو .

الثاني : على القول بوجوب الشراء يتولاه الناظر الخاص ، وهو الذي جعل الواقف النظر اليه ، ومع فقدته يتولاه الناظر العام ، وهو الامام عليه السلام او من يقوم مقامه ، وهو حاكم الشرع ، ومع التعذر يتولاه الموقوف عليه .

الثالث : لا يفتقر هذا العبد المشتري الى وقف جديد ، بل يصير وقفاً بنفس الشراء ؛ لأنه بدل من الوقف ؛ لأنه انما اشتري ليكون وقفاً فلا يفتقر الى وقف ، وهو مذهب فخر الدين ، والشهيد في شرح الارشاد .

الرابع : يجب ان يكون البدل من جنس المبدل ، ويجب المائثلة ما امكن حتى في الذكورة والأنوثة .

الخامس : لو لم تف قيمة الأول بعبد اشترى بها شقص عبد يكون وقفاً ، ولو فضل عن قيمة العبد اشترى بها شقص (٢٠) .

قال رحمه الله : اذا كان له موالٍ من أعلى - وهم المعتقون له - وموالٍ من اسفل - وهم الذين أعتقهم - ثم وقف على مواليه ، فإن علم أنه أراد أحدهما انصرف إليه ، وإن لم يعلم انصرف إليهما .

أقول : هذا هو المشهور بين الأصحاب ، وهو مذهب الشيخ وابن ادريس

والمصنف ؛ لأن الاسم متناولها ، وذهب العلامة الى البطلان عند عدم القرينة الدالة على ارادة احدهما ؛ لأنه ليس احدهما أولى من الآخر ، فلا يمكن حمله عليها ؛ لأن الاسم يقع عليها بمعنيين مختلفين كالاسماء المشتركة مثل العين ، والاسم المشترك لا يمكن حمله على جميع مسمياته ، وحمله على البعض دون البعض من غير قرينة ترجيح^(٢١) من غير مرجح ، فيبطل ؛ لأنه يجري مجرى الوقف على احد هذين .

قال رحمه الله : ولو وقف على اولاده انصرف الى اولاده لصلبه ولم يدخل معهم اولاد الأولاد ، وقيل : بل يشترك الجميع ، والأول أظهر .

أقول : اذا قال : (وقفت على اولادي) ، فلا يغلو إما ان يحصل قرينة دالة على اختصاص البطن الأول ، مثل ان يقول : (على اولادي لصلبي او الذي يلوني) ، او تحصل قرينة دالة على التشريك ، كما لو قال : (وقفت على اولادي) ، وليس له اولاد لصلبه ، بل اولاد اولاد ، او قال : (ويفضل اولاد الأكبر أو الأعلم على غيرهم) ، او قال : (فإذا خلت الأرض من عقبي فهو للمساكين) ، او قال : (او يفضل اولاد الذكور على اولاد الاناث) ، او قال : (ويفضل الأعلى من يليه) ، أو ما شابه ذلك من القرائن الدالة على التشريك ، او يتجرد اللفظ عن القرائن الدالة ، ولا شك في وجوب اتباع القرائن في التخصيص والتشريك .

والبحت انما هو مع تجرد اللفظ عن القرائن ، وهنا قال الشيخ في المبسوط وابن الجنيذ بتخصيص البطن الأول ، واختاره المصنف ، والعلامة في القواعد والمختلف ، وهو المعتمد ؛ لأن اللفظ اذا اطلق حمل على الحقيقة دون المجاز ، ولا يجوز ان يعدل عن الحقيقة الى المجاز بغير قرينة دالة على المجاز وليس .

ولا شك في ان الولد حقيقة هو ولد الصلب المتكون من نطفته دون ولد

الولد ؛ لأن إطلاق اسم الولد عليه مجاز ، ولهذا يصح سلبه عنه ، فانه يصح ان يقال : (هذا ليس : بولدي ، بل ولد ولدي) ، وصحة النفي من علامات المجاز .
وقال المفيد وابن البراج وابن ادريس يشترك الأولاد واولاد الأولاد ، واختاره العلامة في التحرير ؛ لأن اسم الولد شامل للولد من الصلب ولولد الولد ، ولقوله تعالى : ﴿ يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين ﴾ (٢٢) ، وهو شامل لأولاد البنين وإن سفلوا ، ولقوله تعالى : ﴿ حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم ﴾ (٢٣) ، وهو شامل للبنات وبنات البنات وإن نزلت ، ومثل هذا كثير في القرآن ، والمطلق من كلام الآدمي اذا خلا عن قرينة ينهي ان يحمل على المطلق من كلام الله تعالى ، ومطلق كلام الله تعالى دال على دخول اولاد الأولاد في لفظ الأولاد ، فيحمل عليه كلام الآدمي .

قال رحمه الله : ولو قال : علي أولادي فإذا انقرضوا وانقرض أولاد أولادي فعلى الفقراء ، فالوقف لأولاده ، فإذا انقرضوا ، قيل : يصرف إلى أولاد أولاده ، فإذا انقرضوا فإلى الفقراء ، وقيل : لا يصرف الى أولاد الأولاد ؛ لأن الوقف لم يتناوهم لكن يكون انقراضهم شرطاً لصرفه إلى الفقراء ، وهو أشبه .
أقول : القولان نقلهما الشيخ في المبسوط عن قوم ، ثم قوى الأول ؛ لأنه شرط انقراض اولاد الأولاد ، وذلك بظاهره يدل على انه وقف عليهم ، فهو كما لو صرح به ، والمصنف ذهب الى الثاني ، وهو مذهب العلامة ، وهو المعتمد ، ووجه ما قاله المصنف فيكون الوقف منقطع الوسط ، ففي حال انقطاعه تصرف غلته الى الواقف ، ان كان ، وإلا إلى ورثته .

قال رحمه الله : واذا وقع بين الموقوف عليهم خلف بحيث يخشى خرابه جاز

(٢٢) - النساء : ١١ .

(٢٣) - النساء : ٢٣ .

بيعه ، ولو لم يقع خلف ولا خشي خرابه ، بل كان البيع أنفع ، قيل : يجوز بيعه ، والوجه المنع ، ولو انقلعت شجرة من الوقف ، قيل : يجوز بيعها لتعذر الانتفاع الا بالبيع ، وقيل : لا يجوز لإمكان الانتفاع بالإجارة للسقف وشبهه ، وهو أشبه .
أقول : هنا مسألتان :

الأولى : في جواز بيع الوقف اذا وقع بين الموقوف عليهم خلف وخشي خرابه ، وتحقيق البحث ان الأصحاب قد اختلفوا هنا على ستة اقوال :
الأول : جواز بيعه اذا حدث^(٢٤) للموقوف عليهم ما يمنع الشرع عن معونتهم والقربة الى الله تعالى بصلتهم ، وهو قول المفيد رحمه الله ، وهو محمول على ان الواقف قصد معونة الموقوف عليهم لصلاحهم وديانتهم ثم يخرج اربابه عن هذا الوصف الى حد الكفر ، فحينئذ يمكن خروجهم عن الاستحقاق ، ولأن الوقف صدقة والصدقة يشترط التقرب بها الى الله تعالى ، فن لا يصح التقرب عليه لا يصح الوقف عليه ، فيبطل الوقف في حقهم ويرجع طلقا .

الثاني : جواز بيعه اذا كان البيع انفع لهم وأردف^(٢٥) عليهم من تركه ، وهو قول المفيد ايضا ، وكأنه عوّل على رواية جعفر بن حسان ، « قال : سألت ابا عبدالله عليه السلام عن رجل وقف غلة على قرابته من أبيه وقرابته من امه ، فللورثة ان يبيعوا الأرض اذا احتاجوا أو اختلفوا ولم يكنهم ما يخرج من الغلة ؟ قال : نعم اذا رضوا كلهم وكان البيع خيراً باعوا »^(٢٦) ، فهذه الرواية دالة على جواز البيع اذا كان انفع لهم من بقاءه .

(٢٤) - في « ر » : أحدث .

(٢٥) - في « ن » و « ر » : وأردف .

(٢٦) - الوسائل ، كتاب الوقوف والصدقات ، باب ٦ أحكام الوقوف والصدقات ، حديث ٨ مع ، وفيه (حنان) بدل (حسان) .

الثالث : جواز بيعه اذا حصل لأربابه ضرورة شديدة الى ثمنه ، ولا يجوز لهم ذلك مع فقد الضرورة ، وهو قول السيد المرتضى والمفيد وسلاّر وابن حمزة ؛ لأن الواقف قصد بالوقف نفع الموقوف عليهم ودفع حاجتهم ، واذا لم يمكن دفع حاجتهم الا بالثمن جاز بيعه .

الرابع : جواز بيعه اذا وقع بين اربابه فتنة وخشي خرابه ، ولا يمكن انسدادها بدون بيعه ، وهو قول الشيخين ، واختاره العلامة ، وهو ظاهر المصنف ؛ لأن المقصود من الوقف استيفاء منفعته فاذا تعذرت جاز بيعه تحصيلاً للغرض ، ولأن الجمود على العين مع تعطيلها تضييع للمال وتعطيل لغرض الواقف ، ولرواية علي بن مهزيار (٢٧) .

الخامس : التفصيل ، وهو ان كان الوقف مؤبداً لم يجز بيعه بحال ، وان كان حبساً على اقوام معينين ، وليس فيه ما يقتضي تأييده جاز بيعه عند خوف هلاكه ، وافساده اذا كان بأربابه حاجة ضرورية ، وهو قول ابن البراج ، وابي الصلاح ومحمد بن بابويه ، ويمكن استدلالهم برواية جعفر بن حسان المتقدمة التي استدلتنا بها على مذهب المفيد ؛ لأن مفهومها دال على عدم التأيد .

السادس : عدم جواز البيع مطلقاً ، وهو مذهب ابن الجنيد وابن ادريس ، واختاره فخر الدين لما رواه علي بن راشد ، « قال : سألت ابا الحسن عليه السلام ، قلت : جعلت فداك اشتريت ارضاً الى جنب ضيعتي ، فلما وزنت المال خبرت ان الضيعة وقف ، قال : لا يجوز شراء الوقف ولا يدخل الغلة في مالك ، ادفعها الى من اوقفت عليه ، قلت : لا اعرف لها رباً ، قال : تصدق بغلتها » (٢٨) ،

(٢٧) - الوسائل ، كتاب الوقوف والصدقات ، باب ٦ أحكام الوقوف والصدقات ، حديث ٦ .

(٢٨) - الوسائل ، كتاب الوقوف والصدقات ، باب ٦ أحكام الوقوف والصدقات ، حديث ٦ .

وما لا يجوز بيعه مع بقاء منافعه لا يجوز بيعه مع تعطيلها ، والمعتمد مذهب المصنف والعلامة .

الثانية : اذا اتلفت نخلة من الوقف ، قال الشيخ : يجوز بيعها ؛ لأنه لا يمكن الانتفاع بهذه النخلة إلا على هذا الوجه ، وقال ابن ادریس : يمكن الانتفاع بهذه النخلة من غير بيعها بأن يعمل جسراً أو زورقاً^(٢٩) ، إلى غير ذلك من المنافع مع بقاء عينها ، ومنع من بيعها ، والمعتمد جواز بيعها مع خروجها عن المنافع بالكلية ، وعدم الجواز مع فرض المنفعة .

تنبيه : اذا بيع الوقف بحيث يجوز بيعه ما يصنع بثمنه ؟ قال المرتضى والمفيد : يدفع الى الموجودين ينتفعون به ، وقال العلامة : والأقوى عندي ان امكن شراء شيء بالثمن يكون وفقاً على اربابه كان اولي ، فان اتفق مثل هذا الوقف كان اولي ، وإلا جاز شراء مهما كان مما يجوز وقفه ، وان لم يكن^(٣٠) صرف الثمن الى التابعين^(٣١) ينتفعون به مهما شاءوا ، ولأن فيه جمعا بين التوصل الى غرض الواقف من نفع الموقوف عليه على الدوام ، وبين النص الدال على عدم جواز مخالفة الواقف حيث شرط التأييد .

واذا لم يمكن تأييده بحسب الشخص وامكن بحسب النوع وجب ؛ لأنه موافق لفرض الواقف وداخل تحت الأول الذي وقع العقد عليه ، ومراعاة الخصوصية بالكلية تفضي الى فوات الفرض بأجمعه ، ولأن قصر الثمن على التابعين يقتضي خروج باقي البطون عن الاستحقاق بغير وجه ، مع انهم

(٢٩) - في النسخ : ردنوقاً ، وما أثبتناه من السرائر ج ٣ ص ١٦٧ .

(٣٠) - كذا في النسخ ، ولعل الصحيح : يمكن .

(٣١) - في « ر » : « ٢ » : التابعين .

يستحقون من الوقف كما يستحق البطن الأول ، تعذر وجودهم حالة الاستحقاق .
الى هنا كلام العلامة ، وهو المعتمد .

ويتولى البيع والشراء البطن الذي اشترطه الواقف ، فان لم يكن فالحاكم
فان لم يكن فالموقوف عليهم ، ويصير وفقاً بنفس الشراء على ما اختاره فخر
الدين والشهيد ، ولا يفتقر الى احداث عقد الوقف بعد الشراء .

قال رحمه الله : ولو أجر البطن الأول الوقف إلى مدة ثم انقضوا في
اثنائها ... الى آخر المسألة .

أقول : (على القول)^(٣٢) بأن الموت لا يبطل الاجارة ، واختار^(٣٣) المصنف
والعلامة وابنه بطلانها هنا ، ووجهه ما قاله المصنف ، وقد سبق البحث في هذه في
باب الاجارة^(٣٤) ، واختيار المصنف هو المعتمد .

قال رحمه الله : وهل تصير ام ولد ؟ قيل : نعم وتنعتق بموته وتؤخذ القيمة
من تركته لمن يليه من البطون ، وفيه تردد .

أقول : اذا وطأ الامة الموقوفة احد من ارباب الوقف فأحببها ، فلا يخلو إما
أن يكون الوقف عاماً كالوقف على الفقراء والمساكين ، او خاصاً كالوقف على
اقوام معينين وعلى عقبهم وما تعاقبوا ، وعلى التخصيص لا يخلو إما ان يكون في
طبقة الواطية او غيره او لم يكن ، فالأقسام ثلاثة :

الأول : ان يكون الوقف عاماً كالوقف على الفقراء والمساكين فيطأها
احدهم فيحببها ، فهنا لا تصير ام ولد اجماعاً ، ولو كان هناك شبهة وجب المهر
جميعه على الفقير الواطية يقبضه الحاكم ، وله دفعه الى غيره من الفقراء ، ويجوز

(٣٢) - كذا . وفي « ر ٢ » : لم يرد .

(٣٣) - في « ر ٢ » : واختيار .

(٣٤) - ص ٣١٢ .

ان يدفع اليه بعضه لكونه فقيراً ولا يجوز دفع جميعه اليه ؛ لأن الوقف العام لا يجوز صرف غلته الى اقل من ثلاثة .

الثاني : ان يكون الوقف خاصاً ولا يكون في طبقة الواطي غيره ، فهنا لا يلزمه عمر^(٣٥) ؛ لأنه لا يتعلق بذمته شيء لنفسه ، فاذا احبلها هل تصير ام ولد ام لا ؟ فيه اشكال ينشأ من انها ملكه ، وقد علقته منه فتصير ام ولد ، ومن ادائه الى بطلان حق باقي البطون بعقبتها بموت مولاها ، واختار فخر الدين صيرورتها ام ولد ؛ لأن الاستيلاد مبني على التغليب ، وعلى القول به تنعق بموت مولاها ويؤخذ قيمتها من تركته ؛ لأنه اتلفها على من بعده من البطون بعد موته ، وهذا على القول بعدم اختصاص البطن الأول بعوض الموقوف ، وعلى القول بالاختصاص لا يؤخذ شيء لاستحالة غرمه لنفسه ، قاله الشهيد في شرح الارشاد ، وهو معارض بأن الغرم انما يتحقق بعد موته ، وهو لا يملك شيئاً حينئذ ، فلا يتصور غرمه لنفسه بل لغيره من البطون ، وهو مذهب فخر الدين ، وهو لا يتوجه إلا على القول بأن السبب اذا كان عدواناً ضمن فاعله ما يتلف به ، وان كان بعد موته كمن حفر بئراً عدواناً في ملك غيره ، فوقع فيها انسان بعد موت المخافر فان الدية تؤخذ من تركه المخافر على ما هو مشهور بين الأصحاب .

وقال عميد الدين : انما يتوجه عتقها بعد موت سيدها ، ويؤخذ ثمنها من تركته اذا كان ولده منها داخلاً في الوقف ، فاما اذا لم يكن داخلاً في الوقف فانها تعتق لعدم انتقالها الى الولد ، بل الى البطون ، ومذهب فخر الدين عتقها بعد موت الواطي واخذ قيمتها من تركته مطلقاً ، سواء كان ولدها داخلاً في الوقف او لم يكن .

وجرى بين السيد عميد الدين وبين الشهيد بحث في هذه المسألة ذكره

الشهيد في شرح الارشاد ، قال : قلت له ان الأصحاب اطلقوا انها تصير ام ولد ، وحكم امهات الأولاد العتق بموت المولى من نصيب الولد ، فقال : اذا لم يكن له نصيب منها ، فكيف يقال انها تعتق من نصيبه ؟ ! فقلت : اذا حكم بأنها ام ولد اقتضى موت المولى جري^(٣٦) المواريث فيها فصار له فيها نصيب وتعتق من نصيبه ، وطول البحث هنا .

والمعتمد اختيار فخر الدين ، فان كان الولد غير داخل في الوقف جعلت في نصيبه لصيرورتها ام ولد ، وام الولد موروثه بعد موت المولى وان كان داخلا في الوقف ، هل يحسب القيمة من نصيبه ؟ يحتمل ذلك لعموم النص^(٣٧) ، واختاره فخر الدين .

ويحتمل العدم ؛ لأن الوقف صح فيها ولا ينفك إلا بخروجها عن صلاحية الملك ، وهذا الاحتمال ذكره فخر الدين ، وهو ضعيف .

الثالث : ان يكون الوقف خاصاً ويكون في طبقة الواطيء غيره ، والحكم على القول بنفوذ الاستيلاء دفع قيمة حصص الشركاء اليهم في الحال او يشتري به شيء يكون وقفاً ، ولا يجب الصبر الى بعد الوفاة ، وأما حصة الواطيء فلا إشكال فيها بعد وفاته كما تقدم ، ويجب عليه حصص الشركاء من المهر يختصون به ؛ لأنه كان كالمنافع ، وكذا حصصهم من قيمة الولد يوم سقوطه حياً .

(٣٦) - في « ن » : كون .

(٣٧) - الوسائل ، كتاب التدبير والمكاتبة والاستيلاء ، احاديث الباب ٦ .

في العطيّة

قال رحمه الله : ولا يجوز الرجوع في الصدقة بعد القبض سواء عوّض عنها أو لم يعوض ، لرحم كانت أو لأجنبي ، على الأصح .
أقول : المشهور بين الأصحاب عدم جواز الرجوع في الصدقة بعد القبض ، سواء كانت فرضاً أو نفلاً ، وقال الشيخ في المبسوط : صدقة التطوع بمنزلة الهبة في جميع الأحكام ، فكل موضع يجوز الرجوع في الهبة يجوز الرجوع في الصدقة .
والمعتمد الأول لما قاله المصنف : من أن المقصود منها الثواب ، وقد حصل فهي كالمعوض عنها ، وادعى ابن ادریس الاجماع على ذلك ، ولا فرق بين الرحم والأجنبي .

كتاب السكنى والحبس

قال رحمه الله : فيلزم بالقبض ، وقيل : يلزم ان قصد به القرية ، والأول أشهر .

أقول : المشهور بين الأصحاب والمول عليه عندهم اللزوم بالقبض بعد الإيجاب والقبول ، ولا يجوز الرجوع بعد القبض مطلقاً ، سواء نوى القرية او لم ينو ، وهذه الأقوال التي نقلها المصنف ، نقلها العلامة في كتبه ، وفخر الدين وعميد الدين في شرحيهما ، وابو العباس في المذهب ، كما نقلها المصنف من غير اشارة الى تخصيص القائل ، ولم ينسبوا شيئاً من هذه الأقوال الى شخص معين ، ونسب المقداد رحمه الله في شرح المختصر القول بعدم اللزوم مطلقاً الى الشيخ ، ونسب القول باللزوم مع القرية الى ابي الصلاح ، والمعتمد ما هو مشهور بين الأصحاب . قال رحمه الله : ولو قال لك سكنى هذه الدار ما بقيت أو حييت ، جاز وترجع الى المسكن بعد موت الساكن على الأشبه .

أقول : حكى الشيخ رحمه الله في المبسوط أن في هذه المسألة قولين : أحدهما بطلان الوقف ، والآخر الصحة ، ثم القائلون بالصحة اختلفوا فمنهم من

قال : يكون للمعمر مدة حياته ولورثته بعده ، ومنهم من قال : يكون له مدة حياته ، فاذا مات رجعت الى المعمر او ورثته ان كان مات ، ثم قال : وهذا هو الصحيح على مذهبنا . هذا قوله رحمه الله في المبسوط ، ولم أجد في هذه المسألة خلافاً لأصحابنا ، والخلاف الذي ذكره رحمه الله للجمهور ، ذكره شارح مختصر الشافعي .

قال رحمه الله : ولو قال اعمرتك هذه الدار لك ولعقبك ، كان عمري ولم تنتقل الى المعمر ، وكان كما لو لم يذكر العقب .

أقول : اذا قال : (اعمرتك هذه الدار لك ولعقبك) ، هل يرجع الى المالك بعد انقراض العقب او يصير ملكاً للمعمر ولا يرجع الى المالك الأول ؟ المشهور رجوعها الى المالك بعد انقراض المعمر وعقبه ، لأصالة بقاء الملك على ماله ، وظاهر الشيخ في المبسوط وابن البراج في المذهب ان المعمر يملكها ولا يرجع الى المالك ؛ لأنه اعطى اعطاءً يجرى فيه الارث ، وانما يورث المملوك ، ولما رواه جابر : « ان النبي صلى الله عليه واله وسلم قال : أيما رجل عمر عمرى له ولعقبه ، فانما هي للذي يعطاها ، ولا يرجع الى الذي اعطاها ، فانه اعطاها اعطاءً وقعت فيه المواريث » (٣٨) .

قال رحمه الله : ولا تبطل بالبيع ، بل يجب أن يوفى للمعمر ما شرط له .
أقول : هذه العبارة تقتضي جواز البيع مطلقاً سواء كان مقروناً بالمدة او بالعمر ، ولا خلاف في جواز البيع اذا كان الاسكان مقروناً بالمدة ، وكذلك الحبس اذا كان الى مدة معلومة ، ومع عدم العلم يتخير المشتري ، اما اذا كان الحبس او الاسكان مقروناً^(٣٩) بالعمر ، هل يجوز بيعه ام لا ؟ قال ابن الجنييد بالجواز ، وهو

(٣٨) - صحيح مسلم ٢ : ٦٤ ، كتاب الهبات ، باب ٤ حديث ٢٢ مع اختلاف في المتن .

(٣٩) - من « ن » و « ر » وفي الباقي : غير مقرون .

ظاهر المصنف لاطلاقه الجواز .

وأطلق العلامة في الارشاد كإطلاق المصنف هنا ، ورواية الحسن بن أبي نعيم^(٤٠) ، عن أبي الحسن الكاظم عليه السلام دالة على جواز البيع ، وهي حجة القائلين به . واستشكل العلامة صحة البيع في القواعد والمختلف ، واستقرب في التحرير عدمه ، واستشكله الشهيد أيضاً ، ومنشؤه جهالة وقت الانتفاع ، ولأنهم قد منعوا من بيع المسكن الذي تعتد فيه المرأة بالاقراء بجهالة وقت الانتفاع ، وهذه العلة سارية هنا .

وجوز الشيخ في المبسوط بيع العبد الموصى بخدمته على التأييد ، ويلزم منه جواز البيع هنا ، ومنع العلامة في القواعد من بيعه ، ويلزم منه عدم جواز البيع هنا .

والذي سمعناه من مشايخنا جواز البيع على المحبس عليه والمعمر دون الغير ، ولعل وجهه انتفاء المانع ، وهي جهالة وقت الانتفاع ؛ لأن المنافع مملوكة في الحال ، فإذا ملك الرقبة صارت المنافع والرقبة ملكاً له مقبوضة في يده ، فلا مانع حينئذ ، وهو حسن .

کتاب الہیات

في الحقيقة

قال رحمه الله : ولو وهب ما في الذمة ، فان كان لغير من عليه الحق لم يصح على الأشبه .

أقول : ذهب الشيخ وابن ادريس والعلامة في المختلف الى صحة هبة الدين بغير من هو عليه لصحة بيعه والمعاوضة عليه كالعين فيصح هبته . نعم يشترط في اللزوم القبض ، فاذا قبضه الموهوب له ممن هو عليه لزمت الهبة ، وذهب المصنف والعلامة في القواعد والارشاد والتحرير الى عدم الجواز على غير من هو عليه ، والدليل ما ذكره المصنف في المتن ، وهو اشتراط القبض ، وهذا الدليل غير ناهض بطلوبهم ؛ لأن القبض كما هو ممكن في العين هو ممكن في الدين فالفرق ضعيف ؛ لأنه كما هو شرط في العين وهو شرط في الدين ، فلو جعلوا دليلهم حصول الجهالة لعدم التعيين كان أقوى ؛ لأن الدين غير متعين قبل قبضه ولو وهبه شيئاً غير معين كشاة من قطع أو أحد العبدین بطلت الهبة اجماعاً ، نصوا على ذلك في مصنفاتهم ، وعللوا بحصول الجهالة ، وهي سارية في الدين ولم يعللوا بها ، بل بما لا يصلح أن يكون علة .

قال رحمه الله : ولا يشترط في الإبراء القبول على الأصح .

أقول : ذهب الشيخ في المبسوط وابن زهرة وابن أدریس الى اشتراط القبول في الإبراء لإشتماله على المنة ، ولا يجبر على قبولها كالعین فلو لم يعتبر قبوله أجبر على قبول المنة ، وذهب المصنف والعلامة الى عدم اشتراط القبول ، واستدل القائلون بعدم اشتراط القبول بقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ تَصَدَّقُوا خَيْرَ لَكُمْ ﴾ ^(١) ، ومن العجب استدلالهم بهذه الآية على عدم القبول ، وهم اجمعوا على اشتراط القبول في الصدقة ، واذا كان الإبراء صدقة اشترط فيه القبول ، والآية وان كانت مطلقة فانها دلت على ان الإبراء صدقة ، وقد ثبت افتقار الصدقة الى القبول والقرآن مخصص بالاجماع ، وقد اجمعوا على افتقار الصدقة الى القبول ، فلا تكون الآية دليلاً ، والدليل ان الإبراء اسقاط حق ، فلا يفتقر الى القبول كالعق والطلاق بخلاف الهبة ، فانها تمليك ، والتقليك يفتقر الى القبول .

قال رحمه الله : ولو وهب ما هو في يد الموهوب له صح ، ولا يفتقر الى اذن الواهب في القبض ولا مضي زمان يمكن فيه القبض ، وربما صار الى ذلك بعض الأصحاب .

أقول : الصائر الى ذلك الشيخ في المبسوط ، ومذهب المصنف هو المعتمد ؛ لأن اقرار يده عليه بعد العقد دليل على الرضا بالقبض السابق .
قال رحمه الله : واذا قبضت الهبة فان كانت للأبوين لم يكن للواهب الرجوع اجماعاً ، وكذا اذا كان ذا رحم غيرها ، وفيه خلاف .

أقول : عبارة المصنف هنا وفي المختصر دالة على اختصاص الاجماع بالمنع من الرجوع بالهبة اذا كانت لأحد الأبوين اولها ، ويفهم منه وقوع الخلاف اذا كانت الهبة للأولاد لتخصيص الاجماع بالأبوين ، وكذلك عبارة العلامة في

التحرير ؛ لأنها كعبارة المصنف هنا .

وقال العلامة في المختلف : وإذا وهب ولده الصغير أو الكبير واقبضه لم يكن للأب الرجوع في الهبة اجماعاً ولو كانت لغير الولد من ذوي الأرحام للشيخ قولان ، وهذه العبارة دالة على عدم وقوع الخلاف إذا كانت الهبة من الأب للأولاد ، ودالة على وقوع الخلاف إذا كانت الهبة من الأولاد لأبائهم ، وهو عكس مذهب المصنف .

والشاهد قصر الاجماع بعدم الرجوع على هبة الأب لولد الصغير ، ويفهم منه وقوع الخلاف في الكبير وفي الآباء ، والمقتضي للجمع بين الأقوال وقوع الاجماع على عدم جواز الرجوع إذا كانت لأحد الأبوين وإن علا والأولاد وإن نزلوا ، وهو مذهب ابن حمزة .

وأما غير العمودين من ذوي الأرحام ففيه خلاف ، قال الشيخ في المبسوط والخلاف : بجواز الرجوع ، وهو مذهب السيد المرتضى وابن الجنيد ، واختاره ابن ادریس ، وقال الشيخ في النهاية والمفيد وسار وابن البراج بعدم جواز الرجوع ، واختاره المصنف والعلامة والشهيد وأبو العباس ، وهو المعتمد لرواية محمد بن مسلم ، عن الباقر عليه السلام : « قال : الهبة والنحلة يرجع فيها صاحبها حيزت أو لم تحز ، إلا لذي رحم ، فإنه لا يرجع فيها » (٢) .

قال رحمه الله : وهل يلزم بالتصرف ، قيل : نعم ، وقيل : لا ، وهو الأشبه . أقول : اللزوم مع التصرف مذهب الشيخ في النهاية ، واختاره ابن حمزة وابن البراج وابن ادریس والعلامة ، وأبو العباس في المقتصر ، وقال سار وأبو الصلاح بجواز الرجوع ما دامت العين باقية وإن تصرف ، واختاره المصنف والعلامة ، والمعتمد الأول ؛ لأن المتهم قد ملك الهبة بالعقد والاقباض ، وقد ظهر

أثر الملك بالتصرف ، فيقوى وجود السبب وكان تاماً ، وإذا ملك ملكاً تاماً افتقر في خروجه عنه الى سبب ، والرجوع هنا ليس سبباً لاستقرار الملك بالتصرف ، ولهم عليه روايات (٣).

واستدل المجوزون برواية محمد بن مسلم المتقدمة (٤) في مسألة ذوي الأرحام ، وإطلاق التصرف اعم من ان يكون مخرجاً للعين عن الملك كالبيع والهبة ، او لا يكون مخرجاً كالرهن والكتابة ، وسواء غير صفته كقسارة الثوب وعمل الخشب باباً او سريراً ، او لم يغير صفته كاستخدام العبد والوطيء ولبس الثوب ، وبالجمله كل تصرف يفتقر الى الملك واذن المالك فانه مانع من الرجوع على اطلاق الشيخ وابن ادريس والعلامة في القواعد والمختلف والارشاد ، وقسم ابن حمزة التصرف غير المخرج عن الملك الى ما يحصل معه تغيير الصفة ، كقسارة الثوب ونسج الغزل ، والى ما لا يحصل معه التغيير كالرهن والكتابة ، ومنع الرجوع في الأول ، وجوزّه في الثاني .

تنبيه : انما تملك الهبة وتلزم بالقبض ان كانت لرحم ، وبالتصرف ان كانت لأجنبي اذا تمت بشروطها من الايجاب والقبول والقبض ، فلو كانت معاطاة من غير عقد لم يحصل الملك ، بل يباح التصرف ، وللمالك الرجوع ما دامت العين باقية سواء كانت لرحم أو لأجنبي ، فلو نقلها الى غيره بعقد لازم او ألتفها سقط الرجوع ، وقد اشار العلامة في القواعد الى ذلك ، قال : ولا يكفي المعاطاة ولا الأفعال الدالة على الايجاب ، نعم يباح التصرف .

قال رحمه الله : ويكره الرجوع فيما تهبه الزوجة لزوجها والزوج لزوجته ، وقيل : يجري مجرى ذوي الرحم ، والأول أشبه .

(٣) - الوسائل ، كتاب الهبات ، باب ٨ في احكام الهبات ، حديث ١ .

(٤) - ص ٣٩٩ .

أقول : جواز الرجوع لكل من الزوجين على صاحبه مذهب الشيخ وابن ادريس ، واختاره المصنف لرواية محمد بن مسلم المتقدمة ، فانه حكم فيها بجواز الرجوع في حق غير ذوي الرحم ، وهو عام وليس الزوج رَحماً .

ونقل الشيخ في الخلاف عن بعض الأصحاب تحريم الرجوع ، واختاره العلامة في التذكرة ، وفخر الدين في شرح القواعد وابو العباس في المقتصر ، لرواية زرارة الصحيحة ، عن ابي عبدالله عليه السلام : « قال : ولا يرجع الرجل فيما يهبه لزوجته ، ولا المرأة فيما تهبه لزوجها خیرت او لم تحر ، أليس الله تعالى يقول : ﴿ ولا يحل لكم ان تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً ﴾ ^(٥) ، وقال تعالى : ﴿ فان طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً ﴾ ^(٦) وهذا يشمل الصداق والهبة » ^(٧).

فرع : استقرب العلامة في القواعد والتحرير عدم انتقال حق الرجوع بالهبة الى الوارث ، واختاره فخر الدين ؛ لأن الموهوب قد مَلَكَ الهبة بالقبض واستحقاق الرجوع على خلاف الأصل ، فيقتصر فيه على مورد النص ، وانما ورد في الواهب خاصة ، فلا يستحق غيره ذلك .

(٥) - البقرة : ٢٢٩ .

(٦) - النساء : ٤ .

(٧) - الوسائل ، كتاب الهبات ، باب ٧ أحكام الهبات ، حديث ١ .

في حكم الهبات

قال رحمه الله : ولو تلفت والحال هذه أو عابت لم يضمن الموهوب له ؛ لأن ذلك حدث في ملكه ، وفيه تردد .

أقول : إذا اشترط عليه الثواب ولم يشبه حتى تلفت العين أو عابت ، هل يضمن المتهب قيمة العين في صورة التلف ، والأرض في صورة العيب ؟ تردد المصنف في ذلك بعد الفتوى بعدم الضمان ، ومنشأ التردد من أن التلف أو التعيب حصل في العين المملوكة للمتهب بغير عوض لازم له ؛ لأنه مخير بين دفع العوض وبين عدم دفعه فلا يلزم ضمان ، ومن أنه لم يملكها مجاناً ، بل بشرط دفع العوض ، ولو كان العوض غير لازم له قبل التلف وقد صار لازماً له بعده ؛ لأن المالك يتسلط على استرجاع العين مع عدم دفع العوض إذا كانت باقية ، وهذا التسلط قد تعذر بتلف العين فيتحتم العوض إذا كانت العين باقية ، وهكذا التسلط ، وكذا الأرض لحصول النقص في يده ، وهذا هو المعتمد ، فحينئذ لا يخلو إما أن يكون العوض مقدراً أو غير مقدّر ، فإن كان مقدراً كان عليه أقل الأمرين من المقدّر ومن قيمة العين ؛ لأنه إن كانت القيمة أقل فهي اللازمة له ؛ لأن العوض غير لازم له ؛ لأنه كان مخيراً بين دفع العوض وبين عدم دفعه ، فيتسلط المالك على العين ،

وان كان العوض اقل من قيمة العين فقد رضي المالك به عوضاً عن عينه فليس له ازيد منه .

فان قيل : اذا كان العوض غير مقدر تخير المتهب بدفع ما شاء ، وان قل ، نص عليه المصنف والعلامة مع بقاء الدين ، فكيف يتحتم مع التلف قيمة المثل ؟ قلنا : الجواب : الفرق بين الصورتين حاصل ، فان في صورة بقاء العين اذا دفع ما شاء يتخير المالك بين قبوله وبين استرجاع العين اذا كان اقل من القيمة ، فاذا اختار القبول فقد رضي بترك الزائد مع قدرته على اخذه باسترجاع العين ، أما في صورة تلف العين فقد تعذر الاسترجاع فتمتعن القيمة ؛ لأنه قبضها على انها مضمونة عليه ، وضمان القيمي بقيمته ، فهذا فرق بين الصورتين .

قال رحمه الله : اذا وهب في مرضه المخوف فبرأ صحت الهبة ، وان مات في مرضه ولم يجز الورثة اعتبرت من الثلث على الأظهر .

أقول : منجزات المريض تلزم مع البرء اجماعاً ، فاذا مات في ذلك المرض اختلف في خروجها من الثلث أو الأصل ، وسيأتي البحث في تحقيق ذلك انشاء الله تعالى في باب الوصية .

قرع : حكم الهدية حكم الهبة ، والمشهور افتقارها الى الايجاب والقبول والقبض كالهبة ، ومن دون الايجاب والقبول نطقاً بيباح للمهدى اليه التصرف فيها مع بقائها على ملك المهدى ، فلو كانت جارية لم يجز له وطؤها ؛ لأن الاستمتاع لا يحل بالاباحة ، فن اراد تملك المهدى اليه وكل رسوله في الايجاب والاقباض ، ويحتمل عدم الحاجة الى الايجاب والقبول نطقاً ، ويكفي الفعل الدال عليها ؛ لأن الهدايا كانت تحمل الى رسول الله صلى الله عليه واله وسلم ، ولم ينقل انه راعى العقد ، وكان يتصرف فيها تصرف المالك ، وعلى هذا الناس في سائر الأمصار والأعصار ، وهذا الاحتمال ظاهر العلامة في التحرير .

كتاب السبق والرواية

في الألفاظ المستعملة فيه

قال رحمه الله : فالسابق هو الذي يتقدم بالعنق والكتد ، وقيل : بإذنه ، والأول أكثر .

أقول : الكتد - بفتح التاء وكسرهما والأول أشهر - مجمع الكتفين من أصل العنق والظهر ، والسبق به مذهب الشيخ وابن إدريس ، واختاره المصنف والعلامة ، واعتبار الأذن مذهب ابن الجنيد ، لقوله عليه السلام : « بعثت والساعة كفرنسي رهان كاد أحدهما يسبق الآخر بإذنه »^(١) .

في عقد المسابقة

قال رحمه الله : عقدا المسابقة والرماية يفتقر الى إيجاب وقبول ، وقيل : هي جمالة ، فلا يفتقر الى قبول ، فيكفي البذل .

أقول : اختلف في عقد المسابقة ، هل هو لازم أم جائز ؟ قال ابن ادريس : انه لازم ، وهو اختيار المصنف في المختصر ، وظاهره هنا اختيار اللزوم ايضاً لصوم : ﴿ أو فوا بالعقود ﴾ ^(٢) ، وقال الشيخ انه جائز ، واختاره العلامة ، لأصالة عدم اللزوم ؛ لأنه نوع جمالة ؛ لأن قوله : (من سبق فله كذا) هو عين الجمالة .

قال رحمه الله : وهل يشترط التساوي في الموقف ، قيل : نعم ، والأظهر لا ؛ لأنه مبني على التراضي .

أقول : المشهور بين الأصحاب عدم اشتراط التساوي في الموقف ، واختاره المصنف والعلامة وابو العباس ، وهو المعتمد ؛ لأنه مبني على التراضي كما قاله المصنف ، وقيل بالاشتراط ؛ لأنه اقرب الى العدل .

قال رحمه الله : وفي اشتراط المبادرة والمحاطة تردد ، والأظهر أنه ^(٣) لا يشترط .

أقول : المبادرة مثل من سبق الى اصابة خمسة من عشرين فقد نضل صاحبه ، فان كان الرشق عشرين والاصابة خمسة ، أو شرطاً المبادرة ، فمن بدر الى اصابة الخمسة قبل صاحبه فقد نضله ، ولا يجب الاكمال .

والمحاطة ^(٤) اسقاط ما تساويا فيه شيئاً بشيء حتى ينتهي العدد .

اذا عرفت هذا ، هل يشترط المبادرة او المحاطة في العقد ؟ تردد المصنف ثم اختار عدم الاشتراط ، ومنشأ التردد من أصالة الصحة ، وحمل الاطلاق على المحاطة ، واختاره ابو العباس في مقتصره ، ومن حصول الجهالة المنفضية الى التنازع .

(٣) - في الشرائع : والظاهر .

(٤) - من « ن » و « ر » وفي باقي النسخ : المحاطة .

في أحكام النضال

قال رحمه الله : ولو شرط في العقد إطعامه لحربه لم أستبعد صحته .
أقول : قال الشيخ في الخلاف : يكون النضال صحيحاً والشرط باطلاً ،
وقال في المبسوط : النضال باطل ، وظاهر المصنف صحة النضال والشرط معاً ،
واختاره العلامة .

کتاب الوصایا

في الوصية

قال رحمه الله: ولا ينتقل منفرداً عن القبول على الأظهر.

أقول: ذهب الشيخ في الخلاف الى انتقالها بالموت منفرداً عن القبول؛ لأنه لا يمكن بقاء الموصي به على ملك الميت؛ لأن الميت لا يملك ولا يمكن انتقاله الى الوارث؛ لقوله تعالى: ﴿من بعد وصية يوصي بها أو دين﴾^(١)، جعل الميراث لهم بعد الوصية، ولم يقل بعد وصية الموصي وقبول الموصي له، فكانت ملك الموصي له بنفس الموت وإن لم يقبل.

ونقل في المبسوط ثلاثة اقوال:

أحدها: انتقال الملك بموت الموصي وقبول الموصي له، فإذا وجد الشرطان انتقل الملك عقيب القبول.

والثاني: أنه من ادعى أنه قبل الوصية تبيناً أنه انتقل إليه بوفاء الموصي، وإن لم يقبل تبيناً أنه انتقل الى الورثة.

والثالث: أنه ينتقل الى الموصي له بوفاء الموصي كالميراث،

والمعتمد ان نقول: الوصية إن كانت لمن لا يمكن حصرهم كالفقراء

والمساكين، أو لقبيلة منتشرة كبنى هاشم، أو كانت للمساجد والمدارس وشبه ذلك، فإنها تنتقل بنفس الموت؛ لعدم اعتبار القبول هنا، وإن كانت لمعين لم تنتقل إلا بالموت والقبول معاً؛ لأن القبول هنا معتبر، فلا يحصل الملك قبله كسائر العقود المفتقرة الى الإيجاب والقبول، ولا يشترط القبول لفظاً، بل يكفي الفعل الدالّ عليه. قال رحمه الله: ولو قبل قبل الوفاة جاز، وبعد الوفاة أكد.

أقول: نقل ابن إدريس عن بعض علمائنا عدم الاعتداد بالقبول قبل الوفاة، واختاره العلامة في المختلف؛ لأنه أوجب له بعد الموت، فقبله ليس محلاً للقبول فهو كما لو قبل [قبّل] الإيجاب.

وقال في القواعد: وقبوله بعد الموت لا اثر له لو تقدم. فهو موافق لمذهبه في المختلف، ثم رجع عنه في ثاني سطر الى اختيار المصنف هنا، قال: فلو قبل بعد الموت بمدة أو في الحياة بعد مدة صح. وهو مذهبيه في التحرير والارشاد. وهو المعتمد؛ لعدم اشتراط مقارنته للإيجاب، فهو كما يجوز تأخيره عن الموت يجوز تقديمه عليه؛ إذ لا مانع من ذلك، وهو اختيار ابن إدريس أيضاً. قال رحمه الله: ولو ردّ بعد الموت والقبول وقبل القبض، قيل: تبطل، وقيل: لا تبطل، وهو أشبه.

أقول: قال الشيخ في المبسوط وابن حمزة: تبطل الوصية إذا ردها قبل القبض بعد الموت والقبول؛ لأن ملكه لا يستقر إلا بالقبض كالموقوف عليه. وقيل: لا تبطل، واختاره المصنف والعلامة وفخر الدين.

وهو المعتمد؛ لحصول الملك بالموت والقبول فلا يزول إلا بسبب ناقل، والرد ليس شيئاً ناقلاً للملك عن مالكه.

في الموصي

قال رحمه الله: ولا الصبي ما لم يبلغ عشرة، فإن بلغها فوصيته جائزة في وجوه المعروف لأقاربه وغيرهم على الأشهر إذا كان بصيراً، وقيل: تصح وإن بلغ ثمانياً، والرواية شاذة.

أقول: الصحة مع بلوغ العشر مذهب الشيخ وأبي الصلاح، والصحة مع بلوغ الثمان مذهب ابن الجنيد، وعدم الصحة قبل البلوغ مذهب ابن ادريس، وعليه عمل المتأخرين؛ للحجر عليه قبل البلوغ، ودليل المجوزين الروايات^(٢).

(٢) - الوسائل، كتاب الوصايا، باب ٤٤ في أحكام الوصايا، وباب ١٥ من ابواب الوقوف والصدقات، حديث ٣.

في الموصى به

قال رحمه الله: وإجازة الوارث تعتبر بعد الوفاة، وهل تصح قبل الوفاة؟ فيه قولان: أشهرهما أنه يلزم الوارث.

أقول: اختلف الأصحاب في اعتبار الإجازة ولزومها قبل الوفاة.

قال المفيد وسلار وابن إدريس بعدم اللزوم، واختاره فخر الدين؛ لأن الورثة قبل الوفاة لا يستحقون شيئاً، فلا تعتبر إجازتهم فيما لا يستحقونه.

وقال الشيخ وابن حمزة وابن الجنيد والعلامة في المختلف بلزومها، وهو ظاهر المصنف، واختيار أبي العباس والمقداد.

وهو المعتمد؛ لأن الرد حق الورثة، فإذا رضوا بالوصية سقط حقهم.

ولما رواه منصور بن حازم في الصحيح^(٣)، ومحمد بن مسلم في الحسن^(٤)، عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل أوصى بوصية وورثته شهود، فأجازوا ذلك، فلما مات الرجل نقضوا الوصية، هل لهم أن يردوا ما أقرؤا به؟ قال: ليس لهم ذلك، الوصية جائزة عليهم إذا أقرؤا بها في حياته»، وبمعناها روايات^(٥).

(٣) - الوسائل، كتاب الوصايا، باب ١٣ في أحكام الوصايا، حديث ٢ (مع اختلاف في المتن).

(٤) - المصدر المتقدم، حديث ١.

(٥) - الوسائل، كتاب الوصايا، باب ١١ حديث ١٩، وباب ١١، أيضاً حديث ١ و١٦ و١٧ و١٨.

وادعى الشيخ الاجماع على ذلك.

قال رحمه الله: ولو أوصى الى إنسان بالمضاربة بتركته أو ببعضها على أن الربح بينه وبين ورثته نصفان صح، وربما يشترط كونه قدر الثلث فأقل، والأول مروى.

أقول: المشهور بين الأصحاب صحة هذه الوصية إذا كان الأولاد صفاراً ودليلهم الروايات^(٦).

وقال ابن إدريس: الوصية لا تنفذ إلا بالثلث قبل موته والربح قد تجدد بعد موته فلا تنفذ فيه وصية، وقد سبق البحث في هذه في باب المضاربة.

قال رحمه الله: ولو أوصى بثلثه لواحد، وبثلثه لآخر كان ذلك رجوعاً عن الأول إلى الثاني.

أقول: هذا مذهب الشيخ في الخلاف، وادعى عليه الإجماع، وبه قال ابن إدريس والمصنف؛ لأن الإنسان لا يستحق في ماله بعد موته غير الثلث، فإذا أوصى به لزيد ثم أوصى به بعد ذلك لعمرو، فقد نقل الثلث الذي يستحقه من زيد إلى عمرو، ولأنه يعلم أنه لا يستحق في ماله غير الثلث، فتكون الوصية الثانية ناسخة للأولى.

وقيل: لا يكون رجوعاً واختاره العلامة في المختلف، وفخر الدين في شرح القواعد؛ لأصالة بقاء الوصية الأولى، والثانية لا تنافيا؛ لأنه مع الإجازة تصح الوصيتان إجماعاً، فلو كانت الثانية ناسخة للأولى لم تؤثر الإجازة فيها؛ لأنها تتعقد بفعل^(٧) الموصي لا^(٨) ابتداء عطية، فلو أوصى لزيد بشيء ثم رجع عنه وأجاز

(٦) - الوسائل، كتاب الوصايا، باب ٩٢ في أحكام الوصايا، حديث ١ و ٢.

(٧) - من «ر ٢» وفي الباقي: لفعل.

(٨) - في «ن» له.

الورثة الوصية لم تتم الاجازة ملكاً اجماعاً، فدل على ان الوصية الثانية ليست رجوعاً عن الأولى، والا لم تفد الإجازة سبباً. هذا إذا لم تحصل قرينة دالة على الرجوع مثل ان يقول: (اعطوا عمرواً الثلث الذي اوصيت به لزيد)، او يوصي لزيد بثلث ولعمرو بثلث، ثم يقول: (هما ثلث واحد)، أو يقال له عقيب الوصيتين: (أضررت بالورثة)، فيقول: (انما اوصيت بالثلث) فان حصلت قرينة دالة على الرجوع كان رجوعاً، والا ففيه الاشكال.

وعلى القول بعدم الرجوع إذا لم يميز الورثة كان الثلث للأول، لمعوم قولهم: «إذا زادت الوصايا عن الثلث ولم يميز الورثة بدىء بالأول فالأول حتى يستوفي الثلث ويدخل النقص على الأخير»^(٩).

ولو ردة احدهما الوصية ولم يقبلها كان الثلث للآخر مع الإجازة وعدمها. وعلى القول بكون الثانية رجوعاً ولم يميز الورثة، فان ردة الأول فلا حكم لرده؛ لبطان وصيته بالوصية الثانية، وان رد الثاني رجع المال الى الورثة وبطلت الوصيتان معاً، تبطل الأولى بالثانية، والثانية بالرد. ومذهب المختلف قوي.

قال رحمه الله: ولو أوصى بعق ممالكه دخل في ذلك من يملكه منفرداً ومن يملك بعضه أعتق نصيبه حسب، وقيل: يقوم عليه حصة شريكه إن احتمل ثلثه ذلك، وإلا أعتق منهم من يحتمله الثلث، وبه رواية ضعيفة.

أقول: عدم التقويم مذهب الشيخ في المبسوط، واختاره المصنف، والعلامة في القواعد والارشاد؛ لأن ملكه قد زال بالموت فلا يسري عليه حينئذ. وقال الشيخ في النهاية وابن البراج: يقوم عليه؛ لأنه أوجد سبب السراية

(٩) - الوسائل، كتاب الوصايا، باب ١١ في أن من اوصى بأكثر من الثلث صحت الوصية في الثلث.

لاستناد العتق في الحقيقة اليه، ولرواية احمد بن زياد^(١٠)، عن أبي الحسن عليه السلام.

قال رحمه الله: ولو أوصى بنصف ماله مثلاً، فأجاز الورثة ثم قالوا: ظننا أنه قليل، قضى عليهم بما ظنوه واحلفوا على الزائد، وفيه تردد، أما لو أوصى بعبد أو دار فأجازوا الوصية... الى آخره.

أقول: فترق الأصحاب هنا بين الوصية بالجزء المشاع كالنصف مثلاً، وبين الوصية بالمعين كالعبد والدار مثلاً، وفتواهم على قبول دعوى الورثة ظن القلة اذا كانت بجزء مشاع، وعدم قبول دعواهم ظن الكثرة اذا كانت بمعين، إلا أنهم اختلفوا في الجزم وعدمه، فالمصنف هنا جزم بعدم الالتفات الى دعواهم اذا كانت الوصية بمعين، وتردد في قبول دعواهم اذا كانت بمشاع.

والعلامة في القواعد والتحرير جزم بقبول دعواهم اذا كانت بمشاع، ولم يجزم بعدم القبول إذا كانت بمعين، بل يحتمل عنده القبول ايضاً، كما لو كانت بمشاع، عكس مذهب المصنف.

ووجه الفتوى: ان الوصية اذا كانت بجزء مشاع من التركة كنصفها مثلاً، كان العلم بمقداره موقوفاً على العلم بالجميع، والأصل عدم كونه معلوماً، فيقبل دعوى الجهالة فيه مع اليقين، بخلاف ما اذا كانت بمعين؛ لحصول العلم بمقدار ما تضمنته الوصية.

ووجه تردد المصنف في عدم قبول الدعوى اذا كانت الوصية بمشاع - كما لا تقبل اذا كانت بمعلوم؛ لأن الوصية قد لزمتم بالاجازة فيلزمهم العمل بها، ولا تقبل دعواهم ما يبطلها - لأصالة عدم البطلان بعدم اللزوم.

ووجه احتمال قبول قولهم في المعين كقبوله في المشاع - كما ذهب اليه العلامة -

دفع ضرر الوارث؛ لأنه إنما يسمح بذلك المعين ظناً منه أنه يبقى له من المال ما يكفيهِ، فإذا بان خلاف ذلك لحقه الضرر بالإجازة، وقد قال عليه السلام: «لا ضرر ولا إضرار»^(١١).

قال رحمه الله: ولو لم يكن له عود إلا عود اللهو، قيل: يبطل، وقيل: يصح، وتزال عنه الصفة المحرمة أما لو لم يكن فيه منفعة إلا المحرمة بطلت الوصية.

أقول: نقل العلامة في التحرير هذا القول، كما نقله المصنف هنا. وظاهر القواعد والإرشاد صحة الوصية مع إمكان إزالة الصفة المحرمة؛ لأنه شرط في البطلان عدم إمكان إزالة الصفة المحرمة.

واشترط الشهيد في الصحة قصد الرضا في الوصية، فلو لم يقصده كانت باطلة.

قال رحمه الله: لو أوصى بجزء من ماله، فيه روايتان، أشهرهما العشر، وفي رواية سبع الثلث.

أقول: ورد في هذه المسألة ثلاث روايات:

الأولى: تضمنت العشر، وهي صحيحة عبدالله بن سنان: «قال: إن امرأة أوصت إليّ، وقالت: ثلثي تقضي به ديني، وجزء منه لفلان، فسألت عنه ابن أبي ليلى، فقال: ما أرى لها شيئاً ما أدري ما الجزء! فسألت أبا عبدالله عليه السلام بعد ذلك وخبرته كيف قالت المرأة وما قال ابن أبي ليلى، فقال: كذب ابن أبي ليلى، لها عشر الثلث، إن الله أمر إبراهيم عليه السلام وقال: ﴿اجعل على كل جبلٍ منهمنً﴾

(١١) - الوسائل، كتاب إحياء الموات، باب ١٢، حديث ٣، ٥، وكتاب الشفعة، باب ٥ من أبواب الشفعة، حديث ١.

جزءاً^(١٢) والجبال كانت عشرة، فالجزء هو العشر من الشيء»^(١٣).

وبعضونها أفتى ابن بابويه، والشيخ في التهذيب والاستبصار، وهو اختيار المصنف، والعلامة في المختلف.

الثانية: تضمنت السبع، وهي صحيحة أحمد بن محمد البرنطي، «قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل أوصى بجزء من ماله، فقال واحد من سبعة، ان الله تعالى يقول: ﴿لَهَا سَبْعَةُ ابْوَابٍ لِكُلِّ بَابٍ مِنْهُمْ جُزْءٌ مَقْسُومٌ﴾»^(١٤)»^(١٥).

وبعضونها أفتى الشيخ في النهاية والخلاف، والمفيد والسيد وسأار وابن الجنيد وابن حمزة وابن البراج وابن إدريس، والعلامة في القواعد.

الثالثة: سبع الثلث، وهي رواية الحسن بن خالد، عن أبي الحسن عليه السلام^(١٦)، ذكرها ابن بابويه في من لا يحضره الفقيه.

قال رحمه الله: ولو أوصى بوجوه فنسي الوصي وجهاً، جعله في وجوه البر، وقيل: يرجع ميراثاً.

أقول: جعله في وجوه البر مذهب الشيخين، ومحمد بن بابويه وابن البراج واختاره المصنف والعلامة؛ لأنه خرج عن ملك الورثة بالوصية وخفي ماله ومستحقه فيصرف في وجوه البر؛ لأن الغالب قصد القرية، ولأن الوصية قد لزممت فلا يجوز تغييرها.

(١٢) - البقرة: ٢٦٠.

(١٣) - الوسائل، كتاب الوصايا، باب ٥٤ الوصايا، حديث ٢.

(١٤) - الحجر: ٤٤.

(١٥) - الوسائل، كتاب الوصايا، باب ٥٤ من أحكام الوصايا، حديث ١٢.

(١٦) - من لا يحضره الفقيه ٤: ١٥٥، حديث ٥٤٧٧، والوسائل، كتاب الوصايا، باب ٥٤ أحكام الوصايا، حديث ١٤.

والقول برجوعه ميراثا مذهب ابن إدريس، نقله عن الشيخ في الحائريات؛
لتعذر القيام بالوصية، فيبطل ويصير ميراثاً.
والأول هو المعتمد.

قال رحمه الله: ولو أوصى بسيف معين وهو في جفن، دخل الجفن والحلية
في الوصية، وكذا لو أوصى بصندوق وفيه ثياب، أو بسفينة وفيها متاع، أو
جراب وفيه قماش، فإن الوعاء وما فيه داخل في الوصية، وفيه قول آخر بعيد.
أقول: اختيار المصنف هو المشهور بين الأصحاب، وهو مذهب الشيخين
ومحمد بن بابويه وأحمد بن المجنيد وأبي الصلاح وابن البراج، واختاره العلامة في
الارشاد، وجزم به في التحرير.

ومستند الحكم في السيف والصندوق رواية أبي جميلة، عن الرضا عليه
السلام، «قال: سألته عن رجل أوصى بسيف كان في جفن وعليه حلية، فقال له
الورثة: إنما لك التصل وليس لك المال، فقال: بل السيف بما فيه له، قال: قلت:
رجل أوصى لرجل بصندوق وكان فيه مال، فقال له الورثة إنما لك الصندوق،
وليس لك المال، قال: فقال أبو الحسن عليه السلام: الصندوق بما فيه له» (١٧).
وأبو جميلة كذاب معلون، إلا أن أكثر الأصحاب على العمل بهذه الرواية،
وعمل الأصحاب وإن لم يستند إلى نص فهو حجة.

ومستندهم في السفينة رواية عقبة بن خالد، عن الصادق عليه السلام،
«قال: سألته عن رجل قال: هذه السفينة لفلان، ولم يسم ما فيها وفيها طعام،
أعطها الرجل وما فيها؟ فقال: هي للذي أوصى له بها، إلا أن يكون صاحبها

(١٧) - الوسائل، كتاب الوصايا، باب ٥٧ في أحكام الوصايا، حديث ١ مع اختلاف يسير في
المتن.

استثنى ما فيها» (١٨).

وقول المصنف: (وفيها قول آخر بعيد)، أي بعدم دخول الجميع، ونقله أبو العباس في المختصر عن ابن إدريس، ونقل عنه في المذهب دخول الجميع، كما هو المشهور وهو الصحيح، وهذا مذهبه في السرائر، ولم أعلم له كتاباً غيره. وظاهر العلامة في المختلف عدم دخول الجميع إلا مع القرينة الدالة على الدخول - واختاره فخر الدين في شرح القواعد، وأبو العباس في المختصر - ؛ لأن الجفن والطعام والمتاع ليس داخلياً في مسمى الوصية، ولا هو جزء من أجزائها فلا يدخل في الوصية.

والشهادت حكم بدخول الجفن والحلية في السيف والمتاع في التصديق، ولم يحكم بدخول الطعام في السفينة، قال: والعمل بالقرينة هنا متوجه.

تنبيه: اشترط الشيخ وابن البراج في الموصي في هذه الأشياء العدالة، قال: فإن لم يكن عدلاً وكان متهماً لم تمض الوصية بأكثر من الثلث. وباقي الأصحاب على عدم الاشتراط، وأن الوصية لا تمضي بأكثر من الثلث، سواء كان الموصي عدلاً أو فاسقاً. واطلق الشيخ ذكر الصندوق والجراب. وقيد المفيد وأبو الصلاح الصندوق بالقفل والجراب المشدود.

وقال فخر الدين: والبحث إنما هو في المشار إليه.

قال رحمه الله: ولو أوصى بإخراج بعض ولده من تركته لم تمض، وهل يلغو اللفظ؟ فيه تردد بين البطلان وإجرائه مجرى من أوصى بجميع ماله لمن عدا الولد، فتمضي في الثلث ويكون للمخرج نصيبه من الباقي بموجب الفريضة، والوجه الأول، وفيه رواية بالمجواز متهورة.

(١٨) - الوسائل، كتاب الوصايا، باب ٥٩ في أحكام الوصايا، حديث ١ مع اختلاف في المتن، وفي من لا يحضره الفقيه بنفس المتن ٤: ١٦٣.

أقول: البحث هنا في موضعين:

الأول: في صحة هذه الوصية، وأكثر الأصحاب على عدم الصحة؛ لأن النسب اذا ثبت شرعاً ثبت الارث شرعاً أيضاً، فلا يملك الانسان إزالته ولا تغييره.

وقد وردت رواية بلزوم هذه الوصية، رواها محمد بن بابويه، عن وصي علي بن السري، «قال: قلت لأبي الحسن عليه السلام: إن علي بن السري توفي وأوصى إليّ، فقال: رحمه الله، قلت: وإن ابنه جعفر أوقع على أم ولد له، فأمرني أن أخرج من الميراث، فقال لي: أخرج من كنت صادقاً فسيصيه خبل، قال: فرجعت فقدمني إلى أبي يوسف القاضي، فقال له: أصلحك الله أنا جعفر بن علي بن السري، وهذا وصي أبي، فره فليدفع إليّ ميراثي (من أبي)»^(١٩)، فقال لي: ما تقول؟ فقلت: نعم هذا جعفر بن علي بن السري وأنا وصي علي بن السري، قال: فادفع اليه ماله، فقلت: أريد أن أعلمك^(٢٠)، قال: فادن، فدنوت حيث لا يسمع أحد كلامي، فقلت له: هذا وقع على أم ولد أبيه^(٢١) فأمرني أبوه، وأوصى إليّ أن أخرج من الميراث ولا أورثه شيئاً، فأتيت موسى بن جعفر عليه السلام بالمدينة فأخبرته وسألته، فأمرني أن أخرج من الميراث ولا أورثه شيئاً، فقال: الله، قسماً أن ابا الحسن عليه السلام أمرك؟ قلت: نعم، فاستحلفني ثلاثاً، ثم قال: أنفذ ما أمرك به فالقول قوله، قال الوصي: فأصابه الخبل بعد ذلك»^(٢٢).

قال محمد بن بابويه عقيب إيراد هذه الرواية: من أوصى بإخراج ابنه من

(١٩) - من المصدر.

(٢٠) - في المصدر: أكلمك.

(٢١) - في المصدر: لأبيه.

(٢٢) - الفقيه ٤: ١٦٥، حديث ٥١٥٥، ورواه في الوسائل كتاب الوصايا، باب ٩٠، أحكام الوصايا حديث ٢.

الميراث ولم يكن أحدث هذا الحدث لم يجز للوصي إنفاذ وصيته في ذلك. وهو يدل على أنه إن فعل ذلك جاز إخراجه من الميراث.

وقال الشيخ في الاستبصار: هذا الحكم مقصور على هذه الوصية فلا يتعدى الى غيرها. وهو المعتمد.

الثاني: هل تلغو هذه الوصية ويكون وجودها كعدمها، أو يختص الورثة دونه بالثلث ويشاركهم بالثلثين؟ اختار المصنف الأول، وهو اختيار فخر الدين. وهو المعتمد؛ لأنه لفظ لا يعتبره الشارع فلا يكون له أثر.

واختار العلامة في المختلف الثاني؛ لأن إخراجه من تركته يستلزم تخصيص باقي الورثة فيها، فيمضي من الثلث.

قال رحمه الله: ولو قال: أعطوه كثيراً، قيل: يُعطى ثمانين درهماً كما في النذر، وقيل: يختص هذا التفسير بالنذر اقتصاراً على موضع النقل.

أقول: الأول قول الشيخ ومحمد بن بابويه وابن البراج؛ لأن الكثير ثمانون فما زاد، لقوله تعالى: ﴿لقد نصركم الله في مواطن كثيرة﴾ (٢٣) وكانت ثمانين موطناً.

والثاني قول ابن إدريس، واختاره العلامة وابنه؛ لأن الرواية وردت في من نذر أن يتصدق بمال كثير، ولم يرد في الوصية، فيقتصر بالرواية على مورد النص، ويرجع في الوصية الى تفسير الوارث كما لو قال: (اعطوه حظاً او قسطاً) فإن للورثة ان يعطوا ما شاؤوا.

قال رحمه الله: ولو أوصى بخدمة عبد مدة معينة فنفتته على الورثة؛ لأنها تابعة للملك، أو ثمة بستان أو سكنى دار، أو غير ذلك من المنافع على التأبيد أو مدة معينة، قومت المنفعة فان خرجت من الثلث، وإلا كان للموصي له ما يحتمله

الثالث، وإذا أوصى بخدمة عبده.

أقول: لا خلاف في جواز الوصية بالمنافع على التأبيد والتأقيت، وقد اختلف في كيفية التقويم في الحالين.

أما المؤقتة، فقد قيل: إنها تقوم بنفسها من دون الرقبة؛ لأن قيمة المنفعة المؤقتة معلومة بدون تقويم الرقبة؛ لأن قيمتها أجرة المثل تلك المدة، فيحسب من الثالث. وقيل: تقوم الرقبة بمنافعها، ثم تقوم مسلوبة المنافع تلك المدة، فالناقص يخرج من الثالث، وهذا هو المشهور.

وهو المعتمد؛ لأن هذه الوصية تنقص قيمة العين قطعاً، فيكون النقص محسوباً على الموصى له.

وأما المؤبدة فيمتنع تقويمها بمنفعتها دون العين؛ لأن المراد بالتأبيد هنا ما دامت العين باقية، ومدة بقائها غير معلومة، فلا يمكن تقويمها بنفسها، فلا بد من تقويمها مع العين.

إذا عرفت هذا فقد نقل الشيخ في المبسوط في كيفية التقويم ثلاثة أقوال: أحدها: أن تقوم الرقبة والمنفعة، ويعتبر خروج الرقبة ومنافعها من الثالث، فإن خرج من الثالث صحت الوصية بمنافعها، وإن لم تخرج من الثالث صحت فيما يخرج منها من الثالث، وبطلت في الباقي.

ووجه هذا القول: أن استحقاق منفعة العين على التأبيد بمنزلة إتلاف الرقبة؛ لأن المقصود من الأعيان المنافع، فتقوم العين ومنافعها على الموصى له.

والثاني: تقوم المنفعة من الثالث والرقبة من الثلثين على الورثة. ووجهه: أن الرقبة تنتقل إلى الورثة كما تنتقل المنفعة إلى الموصى له، فتكون الرقبة مقومة على من انتقلت إليه. وطريق التقويم أن يقوم العين بمنافعها، فإذا قيل: منة، قومت العين مسلوبة المنافع، فإذا قيل: عشرة علم أن قيمة المنفعة تسعون، فالمحسوب على

الورثة قيمة الرقبة، والمحسوب من الثلث قيمة المنفعة.

وهذا هو المعتمد إن فرض للرقبة قيمة، وإلا كان الأول هو المعتمد.

الثالث: الرقبة لا تقوم لا على الوارث ولا على الموصى له، واختاره الشيخ؛ لأن الرقبة إذا كانت مسلوية المنافع فلا قيمة لها كالحشرات. والمصنف هنا لم يتعرض لكيفية التقويم، بل قال: (قومت المنفعة) ولم يذكر الرقبة، ويفهم من تقييده وجوب النفقة على الوارث في المؤقتة، وعدم وجوبها عليهم في المؤبدة. وقد جزم العلامة في التحرير بوجوبها في الحالين على الورثة.

فروع:

الأول: لو كان الموصى بخدمته على التأبيد أمة، لم يملك الوارث وطء الجارية؛ لأنه إنما يملك الرقبة مسلوية المنافع، والوطء من المنافع فلا يملكه، ولا يملكه الموصى له أيضاً وإن كان من جملة المنافع؛ لأن النكاح إنما يستباح بملك الرقبة أو التحليل أو عقد النكاح، والكل مفقود هنا، وليس لها أن تتزوج إلا باذنها.

الثاني: لو وطئت بشبهة، هل يكون المهر للوارث أو للموصى له بالخدمة على التأبيد؟ قال الشيخ: إنه للموصى له؛ لأنه من جملة المنافع. وحكم العلامة في التحرير بأنه للوارث؛ لأنه عوض منفعة البضع، وهي لم تدخل بالوصية. وكذلك حكم الصداق لو زوّجهاها.

الثالث: لو أتت بولد من الزنا كان مملوكاً، وهل يكون للوارث أو للموصى له؟ جزم في التحرير بأنه للوارث. واستشكله في القواعد؛ من أن الولد كالجزم من أمته، والأثم ملك الوارث، ومن أنه كالنماء.

الرابع: لو قتل العبد الموصى بخدمته على التأبيد، فإن كان القتل موجباً للقصاص كان المطالبة للوارث، وإن كان موجباً للدية احتل صرفها إلى الوارث؛

لانتهاه الوصية بانتهاه العمر.

واحتمل ان يشترى بها من يكون حكمه حكم المقتول، واحتمل تقسيطها على قيمة الرقبة والمنفعة؛ لأن الدية قيمة الجميع، فيكون للوارث ما قابل الرقبة، وللموصى له ما قابل المتافع.

قال رحمه الله: ولا تثبت الوصية بالولاية إلا بشاهدين، ولا تقبل شهادة النساء في ذلك، وهل تقبل شهادة شاهد مع اليمين؟ فيه تردد، أظهره المنع.

أقول: منشؤه من ان ثبوت الولاية حكم شرعي فيقف على الدلالة الشرعية، والمشهور عدم ثبوتها بغير الشاهدين الذكركين، ومن أن كل ما كان مالا أو المقصود منه المال فانه يثبت بالشاهد واليمين، والولاية هنا قد يستفيد منها مالا؛ لأنه يستحق أجرة مثله أو قدر نفقته مع الحاجة، على الخلاف بين الأصحاب. والشيخ في المبسوط قوى ثبوتها بشاهد وامرأتين، ويلزم منه ثبوتها بشاهد ويمين. والمعتمد عدم ثبوتها بغير الشاهدين الذكركين العديلين.

قال رحمه الله: ولو أشهد إنسان عبيدين له على حمل أمته أنه منه، ثم مات فأعتقا، فشهدا بذلك، قبلت شهادتهما ولا يسترقهما المولود، وقيل: يكره، وهو أشبه.

أقول: اطلاق المصنف القول بأنه: (لا يسترقهما المولود) لا وجه له؛ لأنه يفهم منه انه يجب على المولود إمضاء العتق الذي صدر من الوارث بعد موت مولاهما الذي شهدا على إقراره، وليس كذلك، بل الخلاف فيما إذا ادعيا أن مولاهما الذي أشهدهما اعتقهما.

قال الشيخ في النهاية: إذا أشهد رجل عبيدين له على نفسه بالإقرار لوارث فردت شهادتهما وحاز الميراث غير المقر له فأعتقهما بعد ذلك فشهدا للمقر له، قبلت شهادتهما له، ورجع بالميراث على من كان اخذه، ورجعا عبيدين، فان ذكرا

أن مولاها كان اعتقها في حال ما كان أشهدهما، لم يميز للمقر له أن يردهما في الرق ويقبل شهادتهما في ذلك؛ لأنها أحيا حقه، هذا قول الشيخ في النهاية، وهو مراد المصنف في قوله: (ولا يسترقها المولود)، إلا أنه غير مفهوم من لفظه.

وقال ابن إدريس: قول الشيخ هذا غير واضح ولا مستقيم؛ لأن هذه الشهادة الأخيرة شهادة على سيدهما، وقد ثبت أنه لا يجوز شهادة العبيد على ساداتهم.

والمعتمد كراهية استرقاقها إن ادعى أن مولاها اعتقها.

قال رحمه الله: ولو أوصى بعق عدد مخصوص من عبيده، استخرج ذلك العدد بالقرعة، وقيل: يجوز للورثة أن يتخيروا بقدر ذلك العدد، والقرعة على الاستحباب. وهو حسن.

أقول: وجه القرعة: أن الوصية بالعق مع عدم التشخيص حق للجميع، وتخصيص البعض دون البعض من غير قرعة ترجيح من غير مرجح. ووجه القول بالتخير: أن الواجب على الورثة اعتاق العدد المعين من غير تخصيص فيكون التخصيص اليهم. واستحسنه المصنف هنا، واستجوده العلامة في التحرير.

قال رحمه الله: ولو اعتق مملوكه عند الوفاة منجزاً وليس له سواه، قيل: عتق كله، وقيل: يعتق ثلثه ويسعى للورثة في باقي قيمته. وهو أشهر.

أقول: الخلاف هنا مبني على أن منجزات المريض، هل هي من الأصل أو الثلث؟ وسيأتي^(٢٤) تحقيق البحث في ذلك، إن شاء الله تعالى.

قال رحمه الله: ولو أوصى بعق رقبة مؤمنة وجب، فإن لم يجد اعتق من لا يعرف بنصب.

أقول: البحث هنا في موضعين:

الأول: في جواز عتق المخالف غير الناصب عند تعدد المؤمنين، وبالجواز قال الشيخ في النهاية، واختاره المصنف؛ لرواية علي بن حمزة^(٢٥)، عن أبي الحسن عليه السلام. ومنع ابن إدريس من ذلك، واختاره العلامة في المختلف، وهو مذهب فخر الدين؛ لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَأِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ﴾^(٢٦)، والوصية تضمنت عتق المؤمن فإذا أعتق المخالف كان تبديلاً للوصية، بل يتوقع الرقبة المؤمنة. وهو المعتمد.

الثاني: في تفسير الناصب، وقد حكى المقداد رحمه الله في شرح المختصر في تفسيره وجوهاً:

الأول: أنه الخارجي الذي يقول في علي عليه السلام.

الثاني: أنه الذي ينسب إلى أحد المعصومين ما يسقط العدالة.

الثالث: من إذا سمع فضيلة لعلي عليه السلام أو لغيره من المعصومين أنكروها.

الرابع: من اعتقد أفضلية غير علي عليه السلام.

الخامس: من سمع النص على علي عليه السلام من النبي، أو سمعه متواتراً

بطريق يعتقد ضحته، فأنكر.

قال: والحق صدق النصب على الجميع، أما من يعتقد إمامة غيره للاجماع أو

لمصلحة^(٢٧)، ولم يكن من أحد الأقسام الخمسة، فليس بناصر، ثم نقل عن

المرتضى وابن إدريس أنها أطلقا النصب على غير القائل بإمامة الاثني عشر عليهم

السلام.

(٢٥) - الوسائل، كتاب الوصايا، باب ٧٤ أحكام الوصايا، حديث ١ و ٢.

(٢٦) - البقرة: ١٨١.

(٢٧) - في «ن»: مصلحته.

في الموصى له

قال رحمه الله: وتصح الوصية للذمي ولو كان أجنبياً، وقيل: لا يجوز مطلقاً. ومنهم من خص الجواز بذوي الأرحام، والأول أشبه، وفي الوصية للحربي تردد، أظهره المنع.
أقول: هنا مسألتان:

الأولى: في الوصية للذمي، وقد حكى المنصف هنا ثلاثة أقوال:
الأول: صحة الوصية له مطلقاً سواء كان رحمياً أو أجنبياً، وهو مذهب ابن إدريس، واختاره المصنف والعلامة؛ لأنها نوع عطية، وهي جائزة له، ولرواية محمد بن مسلم، عن أحدهما عليهما السلام^(٢٨).
الثاني: عدم الجواز مطلقاً؛ لتحريم مودة الكافر^(٢٩)، وهو قول ابن البراج.
الثالث: جوازها للرحم دون الأجنبي، حكاه الشيخ في الخلاف عن بعض أصحابنا؛ للحث على صلة الأرحام.

(٢٨) - الوسائل، كتاب الوصايا، باب ٣٢ في أحكام الوصايا، حديث ١.

(٢٩) - المجادلة: ٢٢.

الثانية: في الوصية للحربي، والمشهور بين الأصحاب عدم جوازها، وتردد المصنف. ومنشأ التردد من أن الوصية نوع صلة ومودة، وهي غير جائزة للكافر، ومن كونها نوع عطية، وهي جائزة.

والمعتمد عدم الجواز للحربي سواء كان رحماً أو اجنبياً.

قال رحمه الله: ويعتبر ما يوصى به لمملوكه بعد خروجه من الثلث فإن كان بقدر قيمته أعتق وكان الموصى به للورثة، وإن كان قيمته أقل أعطي الفاضل، وإن كانت أكثر سعى للورثة فيها بقي ما لم تبلغ قيمته ضعف ما أوصى به له، فإن بلغت ذلك بطلت الوصية، وقيل: يصح ويسعى في الباقي كيف كان، وهو حسن. أقول: إذا أوصى لمملوك نفسه بجزء مشاع كثلث التركة أو نصفها أو ربعها مثلاً صحت الوصية إجماعاً، وكان الحكم ما قاله المصنف من أن الوصية إن كانت بقدر قيمته أعتق، وإن كانت أقل من القيمة سعى بالباقي، وإن كانت أكثر اخذ الفاضل سواء كانت الوصية أكثر من القيمة أو أقل. وهذا هو المعتمد.

وقال الشيخ في النهاية والمفيد في المقنعة: إن كانت قيمته ضعف الوصية، أي بقدرها مرتين بطلت الوصية.

ومستندهما رواية الحسن بن صالح^(٣٠)، عن الصادق عليه السلام المتضمنة مطلوبيهما، وهو زيدي إليه تنسب الصالحية.

وإذا أوصى لعبده بشيء معين من التركة، هل يصح أم لا؟ استشكله العلامة في القواعد، واختار في المختلف عدم الصحة؛ لأنه إذا أوصى له بجمع لم يميز صرف ذلك المعين إلى قيمة رقبته؛ لما فيه من تبديل الوصية، وهو غير جائز، ولأنه يكون قد قصد تملكه لتلك العين والعبد لا يملك شيئاً، وإنما صحت الوصية، بالجزء

(٣٠) - الوسائل، كتاب الوصايا، باب ٧٩ في أحكام الوصايا، حديث ٢.

المشاع؛ لتناولها رقبة العبد، فهو كما لو أوصى بعتقه.

والأصحاب اطلقوا جواز الوصية ولم يفضلوا بين المعين وغيره، وحكموا بصرف ما أوصى له سيده الى قيمة نفسه من غير تفصيل. وانما فصل ابن الجنييد والعلامة في المختلف. وفخر الدين اختار اطلاق الأصحاب، وكذا الشهيد. وهو المعتمد.

قال رحمه الله: وإذا أوصى بعق مملوكه وعليه دين، فإن كانت قيمة العبد بقدر الدين مرتين أعتق وسعى في خمسة أسداس قيمته، وإن كانت قيمته أقل بطلت الوصية بعتقه. والوجه ان الدين يقدم على الوصية فيبدأ به ويعتق منه الثلث مما فضل عن الدين، أما لو أنجز عتقه عند موته كان الأمر كما ذكرنا أولاً؛ عملاً برواية عبدالرحمن، عن أبي عبدالله عليه السلام. أقول: هنا مسألتان:

الأولى: اذا أوصى بعق عبده المستوعب وعليه دين. وما حكاه المصنف من اشتراط كون قيمته ضعف الدين مذهب الشيخ في النهاية، وتبعه ابن البراج؛ لحسنة الحلبي^(٣١)، عن أبي عبدالله عليه السلام. وما اختاره من تقديم الدين على الوصية مذهب ابن إدريس، واختاره العلامة.

وهو المعتمد؛ لأن الدين من الأصل، والوصية من الثلث.

الثانية: إذا أنجز عتق المستوعب وعليه دين، فإن قلنا: إن المنجزات من الأصل، مضى العتق في جميعه وسقط الدين، وإن قلنا المنجزات من الثلث، فيه قولان:

أحدهما: اختيار المصنف، وهو إن كانت قيمته بقدر الدين مرتين، نفذ العتق في سدسه وسعى بنصف قيمته للدين وبثلث قيمته للورثة، وإن كان الدين أكثر من

(٣١) - الوسائل، كتاب الوصايا، باب ٣٩ أحكام الوصايا، حديث ٣.

نصف قيمته، بطل العتق واسترق أهل الدين بقدر دينهم وللورثة الباقي، وهو مذهب المفيد، واختاره أبو العباس في المختصر؛ لرواية عبد الرحمن بن الحجاج^(٣٢)، عن الصادق عليه السلام.

والثاني: الحكم بصحة العتق من ثلث الفاضل عن الدين وإن قل، ويستسمى للدين والورثة على النسبة، واختاره العلامة في المختلف.

قال رحمه الله: ولو أوصى الانسان لأم ولده، صحت الوصية، وهل تعتق من الوصية أو من نصيب ولدها؟ قيل: تعتق من نصيب ولدها ويكون لها الوصية، وقيل: تعتق من الوصية؛ لأنه لا ميراث إلا بعد الوصية.

أقول: القول بأنها تعتق من نصيب ولدها وتأخذ الوصية قول الشيخ في النهاية، واختاره العلامة في المختلف؛ لأن التركة تنقل إلى الورثة بنفس الموت، فثبت ملك الولد على جزء من أمه فتعتق عليه وتستحق الوصية.

والقول بأنها تعتق من الوصية، وإن فضل منها شيء أعتق من نصيب الولد، قول ابن إدريس، واختاره العلامة في التحرير وأبو العباس في المختصر؛ لأن الارث متأخر عن الوصايا. لقوله تعالى: ﴿من بعد وصية يوصي بها أو دين﴾^(٣٣).

قال رحمه الله: وكذا لو أوصى لأعمامه وأخواله، كانوا سواء على الأصح، وفيه رواية مهجورة.

أقول: إذا وصى لأعمامه وأخواله وأطلق الوصية، قال الشيخ في النهاية وابن الجنيد وابن البراج بتفصيل الأعمام على الأخوال كالميراث. ومستندهم رواية زرارة^(٣٤)، عن الباقر عليه السلام، وهي التي أشار إليها المصنف بالهجر.

(٣٢) - الوسائل، كتاب الوصايا، باب ٣٩ أحكام الوصايا، حديث ٥.

(٣٣) - النساء: ١٢.

(٣٤) - الوسائل، كتاب الوصايا، باب ٦٢ أحكام الوصايا، حديث ١.

وذهب ابن إدريس إلى التسوية، واختاره المصنف والعلامة؛ لأن الإطلاق يقتضي التسوية، فما اقتضى التسوية بين الذكور والإناث من الأولاد اقتضى التسوية بين الأعمام والأخوال. وهو المعتمد.

قال رحمه الله: ولو أوصى لذوي قرابته كان للمعروفين بنسبه مصيراً إلى العرف، وقيل: كان لمن يتقرب إليه إلى آخر أب وأم له في الإسلام، وهو غير مستند إلى شاهد.

أقول: التفسير الأول مذهب الشيخ في المبسوط والخلاف، وبه قال ابن إدريس، واختاره المصنف والعلامة؛ حملاً للفظ على المعنى العربي عند تعذر النص الشرعي. والتفسير الثاني مذهب المفيد، ومعناه الارتقاء إلى أبعد جد في الإسلام وإلى فروعه، ولا يرتقى إلى أب المشرک.

قال الشيخ في الخلاف: ولم أجد به نصاً، ولا عليه دليلاً مستخرجاً، وهو معنى قول المصنف: (وهو غير مستند إلى شاهد) أي لا يشهد به نص ولا دليل.

قال رحمه الله: ولو أوصى لقومه قيل: هو لأهل لغته.

أقول: قال الشيخان: قومه جماعة أهل لغته من الذكور والإناث. وبه قال ابن حمزة وابن البراج. وقال أبو الصلاح: يعمل بالمعلوم من قصده، فإن لم يعلم قصده عمل بعرف قومه في ذلك الإطلاق. وقال ابن إدريس: الذي يقتضيه أصول المذهب، ويشهد بصحته الأدلة الظاهرة أنه يكون مصروفاً إلى الرجال من قبيلته ممن يطلق العرف أنهم أهله وعشيرته دون غيرهم ممن سواهم، هذا الذي تشهد به اللغة، وعرف العادة وفحوى الخطاب، قال الشاعر:

قومي هم قتلوا أميم أخي فإذا رميت يصيبني سهمي
واختار العلامة مذهب الشيخين، قال: لأنها أعرف باللغة ومقاصد العرب، والمرجع في ذلك إليهم أي إلى العرب.

قال رحمه الله: ولو قال: لجيرانه، قيل: كان لمن يلي داره إلى أربعين ذراعاً من كل جانب، وفيه قول آخر مستبعد.

أقول: القول المستبعد اربعون داراً، وهو مروي عن عائشة (٣٥)، وقد سبق البحث في ذلك في باب الوقف فيطلب من هناك.

قال رحمه الله: ولو أوصى لإنسان مات قبل الموصي، قيل: بطلت الوصية، وقيل: إن رجع الموصي بطلت الوصية، سواء رجع قبل موت الموصي له أو بعده، وإن لم يرجع كانت الوصية لورثة الموصي له، وهو أشهر الروايتين.

أقول: كون الوصية لوارثه مع عدم رجوع الموصي هو المشهور بين الأصحاب لرواية محمد بن قيس (٣٦)، عن الباقر عليه السلام.

وقال ابن الجنييد: تبطل الوصية، واختاره العلامة في المختلف؛ لما رواه أبو بصير ومحمد بن مسلم معاً، عن الصادق عليه السلام (٣٧).

قال رحمه الله: ولو أوصى في سبيل الله صرف إلى ما فيه أجر، وقيل: يختص بالفزاة، والأول أشبه.

أقول: القائل باختصاص الفزاة الشيخ في الخلاف؛ لأن عرف الشرع يقتضي حمل السبيل على الفزاة، وحكم كلام الآدميين إذا أطلق حمل على عرف الشرع. والمعتمد اختيار المصنف؛ لأن سبيل الله كل طريق يؤدي إلى الأجر.

(٣٥) - الوسائل، كتاب الحج، باب ٨٦ أحكام العشرة، حديث ١ وباب ٩٠، حديث ١ و ٢ و ٣ و ٤، والمستدرك، كتاب الحج باب ٧٦ من أحكام العشرة، حديث ١ و ٢ و ٣، وليس في المصدرين عن عائشة.

(٣٦) - الوسائل، كتاب الوصايا، باب ٣٠ أحكام الوصايا، حديث ١.

(٣٧) - الوسائل، كتاب الوصايا، باب ٣٠ أحكام الوصايا، حديث ٤ و ٥.

في الاوصياء

قال رحمه الله: وهل تُعتبر العدالة؟ قيل: نعم تعتبر؛ لأن الفاسق لا أمانة له، وقيل: لا؛ لأن المسلم محل للأمانة كالوكالة والاستيداع.

أقول: اشتراط العدالة هو المشهور بين الأصحاب، وهو مذهب الشيخ في المسبوط، والمفيد في المقنعة، وابن البراج وابن حمزة وسلار، واختاره العلامة في القواعد والإرشاد، وفخر الدين والشهيد. وعدم اشتراط العدالة مذهب ابن إدريس، واختاره المصنف في المختصر والعلامة في المختلف، وقد ذكر المصنف دليل الفريقين.

والفرق بين الوصية الى الفاسق ووكالته وإيداعه ظاهراً؛ لأن الوكالة والإيداع ولاية على مال نفسه، والوصية اليه ولايته على مال غيره، فافترق الحكم.

والعمل على المشهور مع كونه احوط.

اما اذا اوصى الى عدل ففسق، أجمع الأصحاب على بطلان وصيته، إلا ابن إدريس فإنه لم يبطلها، قال: لأن الأصل عدم تبديل الوصية، وبطلانها تبديلها،

وهو حرام.

قال رحمه الله: ولو مرض أحدهما أو عجز ضمّ إليه الحاكم من يقويه، أما لو مات أو فسق لم يضم الحاكم الى الآخر، وجاز له الإنفراد؛ لأنه لا ولاية للحاكم مع وجود وصي، وفيه تردد.

أقول: منشؤه من اطلاق أكثر الأصحاب أنه يستند من غير ضم، ولأنه مع وجود الوصي لا ولاية للحاكم، والوصي هنا موجود، ومن احتمال وجوب الضم؛ لأن الموصي لم يرض برأي أحدهما بانفراده، والوصي إنما هو هما معاً، لا أحدهما بانفراده، فلا بد من ضم آخر إليه، وهو اختيار الصلابة في القواعد والتحرير وفخر الدين والشهيد.

وهو المعتمد.

فرعان:

الأول: على وجوب الضم، هل يجوز للحاكم أن يجعل جميع الولاية للباقي منها؟ فيه وجهان، أحدهما: عدم الجواز؛ لأن الموصي لم يرض برأيه منفرداً، فليس للحاكم أن يفوض إليه الجميع، والآخر الجواز؛ لأن النظر قد صار للحاكم. والأول هو المعتمد.

الثاني: لو تغيّر حالهما معاً وصرفهما الحاكم، جاز له نصيب واحد، ولا يجب التعدد، والفرق أن الباقي منها في الصورة الأولى منصوب الموصي، وهو لم يرض برأيه وحده، وهنا قد انقطع نظر الموصي وصار النظر الى الحاكم، فله نصب ما شاء، وهو اختيار الشهيد.

قال رحمه الله: ولو كان للوصي دين على الميت، جاز أن يستوفي مما في يده من غير إذن حاكم إذا لم يكن له حجة، وقيل: يجوز مطلقاً، وفي شرائه لنفسه من نفسه تردد، والأشبه الجواز.

أقول: هنا مسألتان:

الأولى: في جواز استيفاء دينه مما في يده، قال الشيخ في النهاية: لا يجوز أن يأخذ مما في يده إلا ما تقوم به البيّنة، وتبعه ابن البراج. وقال ابن إدريس: يجوز وإن لم يكن له بيّنة؛ لأن من له على غيره مال ولا له عليه بيّنة ولا يقدر على أخذه ظاهراً فله أخذه باطناً. وقيل: ليس له الأخذ بغير إذن الحاكم إلا مع عدم البيّنة، فأما إذا كانت له بيّنة فليس له ذلك؛ لأنه قادر على استيفاء حقه ظاهراً فليس له أخذه باطناً، وهو ظاهر المصنف هنا.

وذهب العلامة إلى جواز الأخذ بغير إذن الحاكم مطلقاً: سواء كان له بيّنة أو لم يكن.

الثانية: في جواز بيعه من نفسه، وقد سبق^(٣٨) البحث في ذلك.

والمعتمد الجواز.

قال رحمه الله: وإذا أذن الموصي للموصي أن يوصي جاز إجماعاً.

أقول: لا خلاف في عدم جواز الإيصاء إذا منعه منه، كما لا خلاف في جوازه مع الأمر به، وإنما الخلاف في الإطلاق، فهل يجوز للموصي أن يوصي؟ قال الشيخ في النهاية: نعم، ووجهه أنه ملك ولاية فيملك الإيصاء بها. ولرواية محمد بن الحسن الصفار^(٣٩)، عن الحسن بن علي عليها السلام، وهي مشتملة على المكاتبه. وقال المفيد: لا يجوز، وبه قال أبو الصلاح وابن إدريس، واختاره المصنف والعلامة وأبو العباس.

وهو المعتمد؛ لبطلان ولايته بالموت، والأصل عدم جواز تسليط الغير على حق الأطفال ما لم يحصل الإذن الشرعي، وولاية الوصي تابعة لإذن الموصي، وهو

(٣٨) - ص ١٨.

(٣٩) - الوسائل، كتاب الوصايا، باب ٧٠ في أحكام الوصايا، حديث ١.

مقصود على تصرفه دون تصرف غيره .

قال رحمه الله : ولو لم يكن هناك حاكم جاز أن يتولاه من المؤمنين من يوثق به ، وفي هذا تردد .

أقول : منشؤه من أن الولاية الشرعية إنما تثبت للأب أو الجد أو الحاكم ، فلا يجوز لغيرهم ، ومن أنه محل ضرورة ، فتجاوز الولاية مع فقدهم لغيرهم من المؤمنين ، وهو المشهور بين الأصحاب . والمراد بالحاكم هنا السلطان العادل الأصلي أو نائبه ، فإن تعذر فالفقيه الجامع شرائط الفتوى .
قوله : (فإن لم يكن حاكم) ، المراد فقد هؤلاء الثلاثة .

قال رحمه الله : وإذا أوصى بالنظر في مال ولده الى أجنبي وله أب لم يصح وكانت الولاية الى جد اليتيم دون الوصي ، وقيل : يصح ذلك في قدر الثلث مما ترك ، وفي أداء الحقوق .

أقول : في هذه المسألة ثلاثة أقوال :

الأول : بطلانها مطلقاً ، وهو قول الشيخ في المبسوط والخلاف ، والعلامة وابنه ، وهو مذهب المصنف ؛ لأن ولاية الجد ثابتة بالأصل وهي مساوية لولاية الأب أو أقوى منها ، فكما لا يصح وصية الجد مع بقاء الأب كذلك العكس .
الثاني : عدم جواز العمل بالوصية مع وجود الجد ، فإذا مات أو حدث عليه أمر يمنع ولايته ، جاز للوصي العمل بوصية الأب اليه ، وهو منقول عن بعض الأصحاب .

الثالث : ذهب الشيخ في موضع من المبسوط إلى صحة الوصية بالثلث ؛ لأن له إخراجاً عن ملك الوارث بإزالة الولاية أولى .
والمعتمد الأول .

أما الوصية بإخراج الحقوق الى الأجنبي مع وجود أب^(٤٠) الموصي فهي صحيحة .

قال رحمه الله: الصفات المعتبرة في الوصي تعتبر حال الوصية، وقيل: حين الوفاة، فلو أوصى الى صبي فبلغ ثم مات الوصي صحّت الوصية، وكذا الكلام في الحرية والعقل، والأول أشبه .

أقول: الصفات المعتبرة في الوصي وهي: البلوغ والعقل والحرية، والاسلام - اذا كان الموصي مسلماً - والعدالة، على القول باشتراطهما^(٤١) تعتبر حالة موت الموصي إجماعاً، وهل تعتبر حالة الوصية؟ في هذه المسألة ثلاث اقوال:

الأول: اعتبارها حالة الموت خاصة، لا قبل ذلك؛ لأن الوصية إنما تلزم بالموت ويثبت للوصي^(٤٢) النظر والتصرف في تلك الحالة، فالشرائط معتبرة حينئذ؛ لأن قبل ذلك لا تصرف ولا ولاية، فلا فائدة في اعتبار الشرائط قبله .

الثاني: لا بدّ أن تكون ثابتة حالة الوصية والموت معاً، أما حالة الموت فلها تقدم، وأما حالة الوصية؛ لأنها حالة الإيجاب والقبول والركون اليه، ولأنه لو مات بعد الوصية بلا فصل كان للموصي التصرف، فلا بد من ان يكون جامعاً للصفات حالة الوصية .

الثالث: حالة الوصية والموت، وما بينهما وما بعدهما، فلو أوصى الى عاقل فجئ بعد الوصية ثم زال العذر قبل موت الموصي، صحّ على القولين الأولين دون الثالث. وقوى الشيخ وابن إدريس الوسط، واختاره المصنف والعلامة . وهو المعتمد .

(٤٠) - من «ر ٢» و«ن» .

(٤١) - كذا في النسخ .

(٤٢) - في «ن»: الموصى إليه .

قال رحمه الله: يجوز لمن يتولى أموال اليتيم أن يأخذ أجره المثل عن نظره في ماله، وقيل: يأخذ قدر كفايته، وقيل: أقل الأمرين، والأول أظهر.

أقول: نقل المصنف هنا ثلاثة أقوال:

الأول: أجره المثل، واختاره المصنف والعلامة والشهيد وابو العباس؛ لأنه عمل عملاً محترماً لم يتبرع به، فكان له أجره مثله.

الثاني: قدر الكفاية، وهو قول ابن إدريس بشرط الحاجة؛ لصحيفة عبدالله بن سنان^(٤٣)، عن الصادق عليه السلام.

الثالث: أقل الأمرين من قدر الكفاية وأجره المثل، قاله الشيخ في المبسوط والتبيان.

وهذا البحث إذا كان الوصي محتاجاً، فإذا كان غنياً، هل يجوز له ذلك، أو يجب عليه الاستعفاف؟

أوجبه ابن إدريس عملاً بظاهر الآية، وهي قوله تعالى: ﴿وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾^(٤٤).

وحمل الشيخ وابن الجنيد والعلامة الاستعفاف على الندب، واختاره ابو العباس في المقتصر؛ لرواية هشام بن الحكم، «قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام فيمن تولى مال اليتيم، ما له أن يأكل منه؟ فقال: ينظر إلى ما كان غيره يقوم به من الأجر لهم، فليأكل بقدر ذلك»^(٤٥)، وهي عامة.

(٤٣) - الوسائل، كتاب التجارة، باب ٧٢ ما يكتسب به، حديث ١.

(٤٤) - النساء: ٦.

(٤٥) - الوسائل، كتاب التجارة، باب ٧٢ ما يكتسب به، حديث ٥.

في اللواحق

قال رحمه الله : ولو كان له زوجة وبنت ، وقال : مثل نصيب بنتي ، فأجاز الورثة ، كان له سبعة أسهم وللبنات مثلها وللزوجة سهمان ، ولو قيل : لها سهم واحد من خمسة عشر كان أولى .

أقول : كونها من ستة عشر ، قول الشيخ ، وهو سهو القلم ؛ لأن الزوجة اذا اخذت سهمين من ستة عشر خرجت الوصية جميعها من نصيب البنت دون نصيب الزوجة ؛ لأن السهمين ثمن الستة عشر من غير نقص ، بل يجب ان يكون من خمسة عشر ؛ لأن اصل الفريضة ثمانية ، للزوجة سهم وللبنات سبعة ، فاذا زاد عليها سبعة أخرى صارت خمسة عشر ، فيصير سبعة الموصى له خارجة من الجميع . هذامع الاجازة .

ومع الرد تكون المسألة من اثني عشر ، للموصى له اربعة وللبنات والزوجة ثمانية ، سهم للزوجة وسبعة للبنات ، فلو اجازت احدهما وردت الاخرى ضربت وفق مسألة الاجازة في مسألة الرد أو بالعكس ، والوفق هنا بالثلث ، فاذا ضربت ثلث احدى المسألتين بالأخرى بلغت ستين ، فن اجاز منها اخذ نصيبه

من مسألة الاجازة مضروباً في وفق مسألة الرد ، ومن ردّ اخذ نصيبه من مسألة الرد مضروباً في وفق مسألة الاجازة ، فع اجازة الزوجة ورد البنت تأخذ الزوجة نصيبها من مسألة الاجازة ، وهو سهم مضروباً في وفق مسألة الرد وهو اربعة ، فيكون لها اربعة ، وتأخذ البنت نصيبها من مسألة الرد وهو سبعة مضروباً في وفق مسألة الاجازة وهو خمسة ، يكون لها خمسة وثلاثون يبقى من ستين احد وعشرون للموصى له .

ومع اجازة البنت ورد الزوجة تأخذ البنت نصيبها من مسألة الاجازة وهو سبعة مضروباً في ثلث مسألة الرد وهو اربعة يكون لها ثمانية وعشرون ، وتأخذ الزوجة نصيبها من مسألة الرد وهو سهم مضروباً في ثلث مسألة الاجازة وهو خمسة ، فيكون لها خمسة يبق من الستين سبعة وعشرون للموصى له .

وهذه قاعدة مطردة مع اختلاف الورثة بالرد والاجازة ، فانه ينظر الى مسألة الرد ومسألة الاجازة ثم ينظر الى الموافقة بينهما ، فتضرب جزء الوفق من احدهما بالآخرى ، فما اجتمع فَرَض فيه كما فرضناه في هذه المسألة .

قال رحمه الله : ولو كان له اربع زوجات وبنت ، فأوصى بمثل نصيب احدها ، كانت الفريضة من اثنين وثلاثين ، يكون للزوجات الثمن أربعة بينهم بالسوية ، وله سهم كواحدة ، يبقى سبعة وعشرون للبنت ، ولو قيل : من ثلاثة وثلاثين كان أشبه .

أقول : كونها من اثنين وثلاثين قول الشيخ ، وهو مردود بما قلناه في المسألة السابقة ؛ لأن الوصية كلها تكون من نصيب البنت خاصة ، وهو غير جائز ، بل السهم الموصى به يكون على الجميع فيزاد على اصل الفريضة فتصير ثلاثة وثلاثين ، للبنت ثمانية وعشرون ، ولكل واحدة من الزوجات والموصى له سهم . قال رحمه الله : ولو اوصى لأجنبي بنصيب ولده ، قيل : تبطل الوصية ؛

لأنها وصية بمستحقة ، وقيل : تصح فيكون كما لو أوصى بمثل نصيبه ، وهو أشبه .
أقول : القول بالبطلان قول الشيخ في المبسوط والخلاف ، ولم يختر في
القواعد والارشاد والتحرير شيئاً ، بل قال : احتمل الصحة والبطلان . وفخر
الدين اختار البطلان ، وهو قوي ؛ لأن قوله : (أوصيت لزيد بنصيب ابني) ،
يجري مجرى قوله : (أوصيت لزيد بدار ابني) ، ولا شك في بطلان هذه الوصية ؛
لأنها وصية بما يستحقه الغير ، وكذلك الوصية بنصيبه ؛ لأنه مستحق له ، كما ان
داره مستحقة له .

ونقل الشيخ عن بعض علمائنا صحة الوصية ، وتكون بمنزلة من قال : (بمثل
نصيب ولدي) ، واختاره المصنف ؛ لأن اللفظ يحمل على مجازة عند تعذر حمله
على حقيقته صوتاً لكلام العقلاء عن الهذر .

قال رحمه الله : ولو كان له ابن قاتل وأوصى له بمثل نصيبه ، قيل : صحت
الوصية ، وقيل : لا تصح ؛ لأنه لا نصيب له ، وهو أشبه .

أقول : عدم الصحة قول الشيخ في المبسوط ، وقيل : يصح ويقدر كما لو لم
يكن قاتلاً صوتاً لكلام العاقل عن الهذرية ، وقال في المختلف : ان علم انه قاتل
وان القاتل لا يستحق شيئاً بطلت الوصية ، وان جهل احدهما صحت الوصية ،
واختاره فخر الدين ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : اذا أوصى بضعف نصيب ولده كان له مثله ، ولو قال :
ضعفاه كان أربعة ، وقيل : ثلاثة ، وهو أشبه .

أقول : اذا أوصى بضعفي نصيب ولده للشيخ فيه قولان :
احدهما : يكون له أربعة أمثاله ؛ لأن ضعف الشيء مثله ، فاذا تناه وجب
ان يكون أربعة أمثاله وللآخر ثلاثة أمثاله ، واختاره المصنف والعلامة ، وهو
المعتمد ؛ لأن ضعف الشيء ضم مثله اليه فاذا تناه فكأنه ضم مثليه اليه .

قال رحمه الله : وهل يجب ان يعطي ثلاثة فصاعداً ؟ قيل : نعم ، وهو الأشبه .

أقول : الخلاف هنا مبني على ان الفقراء اسم جمع او اسم جنس ؟ فعلى الأول يكون اقله ثلاثة ، وعلى الثاني يكفي الواحد ؛ لأن اسم الجنس يصدق على القليل كما يصدق على الكثير ، والأصل براءة الذمة من الزائد .

قال رحمه الله : اذا اوصى له بدار فانهدمت ، وصارت براحاً ثم مات الموصي بطلت الوصية ؛ لأنها خرجت عن اسم الدار ، وفيه تردد .

أقول : منشؤه من ان الاعتبار بالوصية ما يقع عليه الاسم عند لزوم الوصية ، والبراح لا يصدق عليه اسم الدار ، فتبطل ، ومن ان الوصية بالدار تتضمن الوصية بالبراح ، فالوصية انما هي بالبراح والمجدران والسقوف ، فلا تبطل الوصية بالمجموع بفوات بعض الأجزاء ، كما لو اوصى له بعبدين فمات احدهما ، فان الوصية ثابتة في الباقي منها اجماعاً .

قال رحمه الله : اذا قال : اعطوا زيداً والفقراء كذا ، كان لزيد النصف من الوصية ، وقيل : الربع ، والأول أشبه .

أقول : وجه الأول انه اضاف الوصية اليه واليهم فوجب ان يساوهم وحده ، ووجه الثاني ان الفقراء اسم جمع ، واقله ثلاثة ، فكأنه اوصى له ولثلاثة ، فيكون له الربع ، ويحتمل ان يكون كأحدهم للتسوية بينهم وبينه ، واختاره فخر الدين ، فعلى هذا يعطى كواحد منهم ويكون فائدة ذكره عدم جواز الاخلال به ، وجوب الدفع اليه وان كان غنياً .

في تصرفات المريض

قال رحمه الله : منجزات المريض اذا كانت تبرعاً كالمحابة في المعاوضات والهبة والوقف والعق ، فقد قيل : انها من اصل المال ، وقيل : من الثلث .
أقول : القول انها من الأصل قول الشيخ في النهاية والمفيد في المقنعة وابن الجراح وابن ادريس ؛ لأنه مالك تصرف في ملكه فكان تصرفه ماضياً كالصحيح ؛ لأن الأصل عدم الحجر على البالغ العاقل ، لقوله عليه السلام : « الناس مسلطون على أموالهم »^(٤٦) .

وقال الشيخ في المبسوط ومحمد بن بابويه وابن الجنيد : انها من الثلث ، واختاره المصنف والعلامة ، وهو المعتمد ، والمستند الروايات^(٤٧) .

قال رحمه الله : كل مرض لا يؤمن معه الموت غالباً فهو مخوف ، كحصى الدق والسل وقذف الدم والأورام السوداوية والدموية والاسهال المتتن والذي يمازجه دهنية أو براز أسود يغلي على الأرض وما شاكله ، وأما الأمراض التي

(٤٦) - بحار الانوار ٢ : ٢٧٢ .

(٤٧) - الوسائل ، كتاب الوصايا ، باب ١٠ وباب ١١ وباب ١٧ .

الغالب فيها السلامة فحكمها الصحة ، كحصى يوم ، وكالصداع عن مادة أو غير مادة والدمل والرمد والسلاق ، وكذا ما يحتمل الأمرين كحصى العفن والزحير والأورام البلغمية ، ولو قيل : يتعلق الحكم بالمرض الذي يتفق به الموت سواء كان مخوفاً بالعادة أو لم يكن ، كان حسناً .

أقول : إذا ثبت أن المنجزات الواقعة تخرج من الثلث اقتصر على بيان المرض ، فإن المرض فيه مخوف وغير مخوف ، وقد بينه المصنف في المتن ، والشيخ في المبسوط علق الخروج من الثلث على المرض المخوف دون ما ليس بمخوف ، لرواية علي بن يقطين : « قال : سألت أبا الحسن عليه السلام ، ما للرجل من ماله عند موته ؟ قال : الثلث ، والثلث كثير » (٤٨) .

فقوله : (عند موته) لا يكون الا عند اشارة الموت ، والامارات انما تكون بالمرض المخوف دون غيره .

وذهب المصنف والعلامة الى تعليق الحكم بكل مرض اتفق فيه الموت سواء كان مخوفاً أو غير مخوف لصدق اسم المرض عليه ، فيدخل تحت قوله عليه السلام : « المريض مجبور عليه الا في ثلث ماله » (٤٩) ، والوصف هنا سبب ، فاذا اتصف بالمرض وحصل الموت ثبت الحكم ، وهو المعتمد .

قال رحمه الله : اذا أعتقها في مرض الموت وتزوج ودخل بها ، صح العتق والعقد وورثت ان خرجت من الثلث ، وان لم تخرج فعلى ما مر من الخلاف .

أقول : المراد بالخلاف المشار اليه ان منجزات المريض ، هل هي من الأصل أو من الثلث ؟ فعلى القول بأنها من الأصل ينفذ العتق والنكاح سواء خرجت من

(٤٨) - الوسائل ، كتاب الوصايا ، باب ١٠ في أحكام الوصايا ، حديث ٨ .

(٤٩) - الوسائل ، كتاب الوصايا ، باب ١٠ في أحكام الوصايا ، حديث ٤ و ٧ و ٨ مع اختلاف

الثالث او لم تخرج ، وعلى القول بأنها من الثلث فان خرجت منه فلا بحث ، وان لم تخرج منه افتقرنا الى البحث ، فان لم تكن سواها ولم يدخل عتق ثلثها ، واسترق ثلثاها ، وبطل النكاح ، وان كان قد دخل بها ومهرها نصف قيمتها مثلاً عتق منها ثلاثة اسباعها واسترق اربعة اسباعها .

وطريقه ان نقول : عتق منها شيء ولها بصدقتها نصف شيء وللورثة شيان ، فيجمع ذلك فتكون ثلاثة اشياء ونصف ، فاذا بسطانها انصافاً كانت سبعة ، لها منها ثلاثة ولهم اربعة تسعى فيها للورثة .

قال رحمه الله : ولو اعتق امته وقيمتها ثلث تركته ، ثم اصدقها الثلث الآخر ودخل ثم مات ، فالتكاح صحيح ، ويبطل المسمى ؛ لأنه زائد عن الثلث وترثه وفي ثبوت مهر المثل تردد ، وعلى القول الآخر يصح الجميع .

أقول : أما وجه بطلان المسمى ؛ لأن ثبوته يتوقف على صحة العقد المتوقف على العتق المتوقف على الخروج من الثلث المتوقف على بطلان المسمى .

وأما وجه التردد في ثبوت مهر المثل ؛ لأنه مع ثبوت المهر لم يبق هنا ثلث ينفذ عتقها فيه ، واذا لم تعتق لم يصح النكاح ولا الصداق ، فلا بد من ابطال المهر حتى يصح العتق والنكاح .

ومن حيث ان مهر المثل كأرض الجناية فلا يجوز اسقاطه ، وهو المعتمد ، وحينئذ لا تعتق بجملتها ، وإلا لوجب لها مهر المثل كمالاً ، فينقص الثلث عن قيمتها ، فلا ينفذ العتق ، فلا يشب جميع مهر المثل ، بل يعتق بعضها ويشب لها من مهر المثل بازاء ما عتق ، فحينئذ يدخلها الدور ؛ لأن نقصان مهر المثل يستلزم زيادة التركة فيزيد العتق فيزيد مهر المثل ، فيتوقف معرفة مهر المثل على معرفة قدر العتق ومعرفة قدر العتق ، على معرفة مهر المثل ، وهو دور .

وطريق التخلص ان نقول : عتق منها شيء ولها من مهر المثل شيء بازاء ما

عتق منها وللورثة شيان يقابلان ما عتق منها دون ما حصل لها من مهر المثل ؛ لأنه كأرش الجناية فهو لا يجب^(٥٠) على أحد .

والتركة حينئذ في تقدير أربعة أشياء : شيان للجارية ، وشيآن للورثة ، وقيمة الجارية ثلث التركة فيعتق ثلاثة أرباعها ؛ لأن ربع الجمع ثلاثة أرباع الثلث ، ويحصل لها ثلاثة أرباع الثلث الآخر ، مهر المثل تؤدي منه ثلثه تمام قيمتها ، ويبقى معها نصف الثلث ومع الورثة ثلث ونصف ثلث بقدر ما عتق منها مرتين ؛ لأن الذي عتق منها ثلاثة أرباعها وهو سدس التركة ونصف سدسها ، ومهر المثل غير محسوب عليها ، فلا يجب مقابله^(٥١) شيء للورثة .

تم الجزء الأول^(٥٢) من كتاب غاية المرام في شرح شرائع الإسلام ، ويتلوه الجزء الثاني ان شاء الله تعالى والحمد لله حق حمده ، وصلى الله على محمد عبده ورسوله وآله الطيبين الطاهرين ، والحمد لله رب العالمين .

(٥٠) - في « ر ٢ » : يحسب .

(٥١) - في « ر ٢ » : في مقابله .

(٥٢) - هذا بحسب تقسيم الشارح رضوان الله تعالى عليه .

محتويات الجزء الثاني

كتاب التجارة

الموضوع	الصفحة
<u>فيما يكتسب به</u>	
بيع الأبوال	٥
مسألة في بيع المسوخ	٥
مسألة في بيع السباع	٦
أخذ الاجره على القضاء ، فرع	٦
تنبيه في الضابط الذي جعله فخر المحققين لما يحرم أخذ الاجرة عليه	٧
حكم بيع الكلب	٩
<u>في عقد البيع</u>	
في اشتراط تقديم الايجاب على القبول	١١
في نفوذ بيع الصبي وعدمه	١٢
في صحة ابتياع العبد نفسه في غيره	١٢
<u>البيع الفضولي</u>	
فروع خمسة وفي الأول منها فائدة	١٣
في عدم الرجوع بالتمن مع العلم بالغصب	١٦

الموضوع	الصفحة
تنبيه وفيه بيان لعباره للشيخ في النهاية	١٦
جواز تولي طرفي العقد وعدمه	١٧
مسألتان : في تولي الوصي طرفي العقد ، واقتراضه مع الملاءة	١٨
في لزوم كون المشتري مسلماً إذا ابتاع مسلماً	١٩
حكم الارض المأخوذة عنوة ، وحكم بيوت مكة	١٩
بيع الوقف	٢٠
بيع ام الولد	٢١
تنبيه في مواضع بيع أم الولد	٢١
حكم بيع العبد الجاني	٢٢
حكم عتق العبد الجاني	٢٣
حكم بيع ما يتعذر تسليمه الا بعد مدة	٢٤
حكم ما لو باع بحكم احدهما	٢٤
حكم اختلاف البائع والمشتري في المبيع	٢٥
حكم شراء ما يمكن اختباره من غير اختبار	٢٥
حكم بيع سمك الآجام والجلود والأوبار على الانعام	٢٦
طهارة المسك وحكم بيعه	٢٧
حكم الربح على المؤمن مع الاضرار وعدمه	٢٨
مسألة : في الدخول في سوم المؤمن ، وفيها تنبيه	٢٩
مسألة : في توكل الحاضر للبادي	٢٩
مسألة في تلقي الركبان	٣٠
مسألة في حرمة التجش وحكم البيع معه	٣١

الموضوع الصفحة

مسائل أربعة في حكم الاحتكار ومحلّه وحده والاجبار على البيع معه ٣٢

في الخيار

في ما يسقط به خيار المجلس ٣٣

حكم مالو قال: اختر، فسكت ٣٤

في حكم خيار المجلس إذا كان العاقد واحد ٣٤

خيار الحيوان ٣٥

فرع: فيما إذا باعه حيواناً بحيوان ٣٥

كشف وإيضاح في خيار الغبن، حقيقته، ثبوته وعدمه ٣٦

في أن التصرف غير الناقل لا يبطل هذا الخيار ٣٧

في صحة العقد إذا لم يقبض الثمن مع عدم اشتراط

تأخيرهِ وعدم تسليم المبيع ٣٨

حكم مالو تلف المبيع قبل القبض ٣٩

تنبيه ٣٩

فروع أربعة ٤٠

حكم ما يفسد من يومه، وفيه بحث طويل وتحقيق ٤٠

في محل هذا الخيار، وبيان مناقضة في عبارته فخر المحققين ٤١

في حكم البيع بعد انقضاء اليوم، والجمع بين عبارات الاصحاب ٤٢

في العقود التي يثبت فيها خيار المجلس ٤٣

فرع: في من انشأ العقد من بعد مفروط ٤٣

الكلام في العقود التي يثبت فيها خيار الحيوان وخيار الشرط ٤٤

الموضوع	الصفحة
الكلام في العقود التي يثبت فيها خيار المغبون	٤٥
في أن المبيع يملك بالعقد أو به ويانقضاء الخيار ؟	٤٦
في أن خيار الشرط يثبت من حين التفريق أو من حين العقد	٤٦
فروع ستة	٤٧

في احكام العقود

حكم مالو باع بثمن حال وبأزيد منه الى أجل	٤٩
فرعان	٤٩
حكم مالو ابتاعه بمجنس ثمنه بزيادة أو تقيصة	٥٠
في أن قبض الحق واجب على صاحبه ، وحكم امتناعه منه	٥٠
حكم من ابتاع شيئاً بثمن مؤجل وأراد بيعه مراجعة	٥١
فما يدخل في المبيع	٥٣

في التسليم

في معنى القبض	٥٦
حكم تلف المبيع قبل تسليمه الى المشتري	٥٦
حكم اختلاط المبيع بغيره	٥٧
حكم مالو باع شيئاً ففصب من يد البائع	٥٧
حكم مالو ابتاع متاعاً ولم يقبضه ثم أراد بيعه	٥٧
حكم مالو دفع من عليه طعام الى ديانه مالاً وقال : اشتر به طعاماً	٥٨
مسألتان : في الاسلاف والاقرض في بلد والمطالبة في آخر	٥٩

الموضوع الصفحة

مسألة : في الفصّب في بلد ومطالبة المخصوب منه في آخر ٦٠

في الشرط

في جواز ابتياع المملوك بشرط أن يعتقه وعدمه ، وفيه مقامان ، الاول ٦١

فروع سبعة ٦٢

لو باعه بشرط التدبير ٦٣

حكم مالو باع العبد بشرط ان يكاتبه ٦٤

المقام الثاني : حكم مالو اشترى جارية بشرط منافٍ لعقد البيع ٦٤

تنبيه : في جواز بيع الشيء اليسير بأضعاف قيمته ٦٥

فروع خمسة ، وبيان اشكال في عبارة التذكرة ٦٦

حكم مالو باعه أرضاً أنها جربان معينة وكانت أقل ٦٨

فرع ٦٩

في احكام العيوب

معنى التصرية وأن فيها الخيار ، وحكم اللبن المحتلب منها ٧١

في ثبوت هذا الخيار في الناقة والبقرة وعدمه ٧٢

تنبيه في مدة هذا الخيار ٧٣

في أن الخيار يثبت بتحمير الشعر وتدليس الوجه ٧٣

فرع ، حكم حدوث العيب بعد العقد وقبل القبض ٧٤

في المراجعة والمواضعة

إذا باع الثمن أنقص مما وقع عليه العقد ٧٥

الموضوع الصفحة

إذا ادعى الغلط وأن رأس ماله أكثر مما ذكره ٧٦

حكم مالو حط البائع بعض الثمن ٧٦

في الربا

حكم بيع المتائلين في الجنس والمختلفين مع كونها ربويين ٧٧

في كون المنطه والشعير جنساً واحداً وعدمه ٧٨

مسألتان : في كون كل من الحمام والسموك جنساً واحداً وعدمه ٧٩

في ثبوت الربا في الطين الموزون كالارمني وعدمه ٧٩

في حكم المكيل والموزون مع العلم بالحال في عصر النبي أو الجهل به ٨٠

في بيان حكم بيع الرطب باليابس من جنسه متساوياً نقداً ،

وفيه عدة مسائل ٨١

حكم مالو كان المبيعان في حكم الجنس الواحد واحدها

مكيل والآخر موزون ٨٢

في ثبوت الربا بين المسلم والذمي ٨٣

تنبيه ٨٣

في جواز بيع لحم الحيوان من جنسه وعدمه من غيره ٨٤

بيع الصرف

في أن التقابض شرط من بيع الصرف ٨٤

فرع ٨٤

حكم مالو كان له عليه دراهم فاشتر بها دنانير ٨٥

حكم ما اذا اشتر دراهم في الذمة بمثلها ٨٦

الموضوع	الصفحة
بيان عبارة موهمة للعلامة في القواعد	٨٦
إذا اشترى ديناراً بدينار فدفعه فزاد	٨٧
حكم بيع الدرهم بالدرهم مع شرط صياغة خاتم،	
وحكم تعديته الى باقي الشروط	٨٨
تنبيه	٨٩
بيع المراكب المحلاة بمجنس الحلية	٨٩
لو باع ثوباً بعشرين درهماً	٨٩
تحقيق في حكم بيع مئة درهم بدينار إلا درهماً	٩٠

بيع الثمار

حكم بيع النخل قبل ظهورها عاماً واحداً	٩١
حكم بيع النخل قبل بدو صلاحها عاماً	٩٢
تنبيه في بيان مراد العلامة في قواعده وتحريره	٩٢
تفريع على اشتراط بدو الصلاح، وأنه يختلف باختلاف محله	٩٣
مسألة في المزابنة	٩٤
مسألة في تعديده التحريم إلى غير ثمره النخل من الفواكه	٩٥
مسألة في الماكلة، في حكم بيع العرايا	٩٥
فروع أربعة	٩٧

بيع الحيوان

في قبول اقرار لقيط دار الحرب بالرقية وعدمه	٩٩
تنبيه في بيان المراد بدار الاسلام	٩٩

الموضوع الصفحة

- ١٠٠ في تسوية الرضاع بالنسب في عدم جواز الملك
- ١٠١ حكم تبعية الحمل للمبيع
- ١٠١ حكم مالو باع واستثنى الرأس والجلد
- ١٠١ فرع
- ١٠٢ حكم مالو قال الربيع لنا والخسران عليك
- ١٠٣ حكم وطئ من ولدت من الزنا
- ١٠٣ بيان الخلاف في أن العبد يملك أولاً
- ١٠٤ حكم مال العبد المباع
- ١٠٥ حكم مالو قال اشترني ولك علي كذا
- ١٠٥ البحث في تحريم التفرقة وكراهتها
- ١٠٦ البحث في الغاية التي يزول معها التحريم او الكراهة
- ١٠٦ من أولد ثم ظهر أنها مستحقة ، وحكم الرجوع على البائع بما اغترمه
- ١٠٧ حكم ما يؤخذ من دار الحرب بغير إذن الامام
- ١٠٧ تنبيه
- ١٠٨ فرع
- ١٠٩ إذ دفع الى مأذون مالاً ليشترى نسمة ويعتقها ويحج ... ، وهنا فرع
- ١١٠ مسألة فيمن اشترى عبداً في الذمة ووضع البائع عبيدين ...
- ١١١ مسألة فيما اذا اشترى عبداً من عبيدين معينين على أن يختار أحدهما
- ١١١ حكم ما إذا وطأ أحد الشريكين مملوكة بينهما
- ١١٢ فروع ستة
- ١١٣ المملوكان المأذون لهما إذا ابتاع كل منهما صاحبه من مولاه

بيع السلف

مسألتان في جواز الاسلاف في شاة معها ولدها أو

الموضوع الصفحة

- في أن القرض يملك بالقبض لا بالتصرف ١٢٥
- في شرط التأجيل في القرض وأنه لا يتأجل إلا بأمور ثلاثة ١٢٥
- حكم الدين الذي غاب صاحبه غيبة منقطعة ١٢٦
- لو كان على الدين رهن ١٢٧

دين المملوك

في أن المملوك محجور عليه في انواع التصرفات

- ولا يجوز له التصرف في نفسه ١٢٩
- في بيان غلط صاحب الترددات ١٣٠
- حكم الدين مع الاذن للعبد في الاستدانة ١٣٠
- حكم تلف المال مع الاذن له في الاستدانة دون التجارة ويليه فرع ١٣١
- في أن أجرة البيع أو الشراء على الأمر بأحدهما ١٣٢

كتاب الرهن

- في شرطية القبض وعدمه ١٣٥
- فما لو أقر الراهن بالاتباض ١٣٦
- في اعتبار اذن الشريك في جواز تسليم المشاع ١٣٧
- تنبيه : في امتناع الشريك من الاذن في القبض ١٣٧

في شرائط الرهن

- في رهن المدبر ١٣٩

الموضوع الصفحة

حكم رهن المسلم خمرا ، حكم رهن ما لا يصح قبضه	١٤٠
في صحة الرهن زمن الخيار	١٤١
مسألة في جواز رهن العبد المرتد	١٤١
مسألة في جواز رهن العبد القتاتل	١٤٢
فرعان	١٤٢
حكم ما لو رهن ما يسرع إليه الفساد قبل الأجل	١٤٣
فرع	١٤٣

ففي الحق

في جواز أخذ الرهن على مال الكتابة	١٤٥
في عدم صحة الرهن على ما لا يمكن استيفاءه من الرهن وصحته على ما هو ثابت في الذمة	١٤٥
في حكم الاستدانة بعد الرهن وجعل الرهن على المالكين	١٤٦
فروع ثلاثه	١٤٧
في أن ليس للمالك فسخ الوكالة في بيع الرهن وأن الوكالة تبطل مع الموت دون الرهانة	١٤٨
فرع	١٤٩
في أن المرتهن أحق من غيره في استيفاء دينه	١٤٩
في حكم الرهن ذي المؤنة كالدابة	١٤٩
مسألتان في تصرف الراهن والمرتهن في الرهن وهنا فرع	١٥١
في حكم رهن الامة بعد وطأ الراهن لها	١٥٢

الموضوع	الصفحة
مسألة في رهن المفصوب عند الغاصب	١٥٢
مسألة في رهن المقبوض بالبيع الفاسد	١٥٣
مسألة في ابراء الغاصب من ضمان الغصب وهو في يده	١٥٣
فروع ثلاثة	١٥٤
في أن حل الشجرة والمملوكة رهن كالأصل	١٥٤
في دخول الثمرة في رهن النخل وعدمه	١٥٥
فرع	١٥٥
في اجبار الراهن على ازالة الثابت بعد الرهن وعدمه	١٥٥
حكم مالو رهن لقطة مما يلتقط كالخيار	١٥٦
حكم مالو رهن من مسلم خيرا	١٥٧
مسألة في القيمة التي يفرمها المرتهن إذا ثبت تفريطه	١٥٧
مسألة في لو اختلف الراهن والمرتهن في القيمة	١٥٨
حكم مالو اختلفا على الرهن او في متاع	١٥٩

كتاب المفلس

في منع التصرف

حكم إقرار المفلس بالدين أو العبن	١٦٣
فيما لو ادعى المفلس أن هذا المال مضاربة لغائب	١٦٤

في اختصاص الغريم بعين ماله

في أن من وجد من الغرماء عين ماله كان له أخذها أو الضرب مع الغرماء	١٦٥
---	-----

الموضوع الصفحة

- ١٦٦ حكم الخيار في ذلك ، وأنه على الفور أو لا ؟
مسألة فيمن وجد بعض المبيع سليماً أو معيماً
- ١٦٦ بعيب قد استحق أرشه
- ١٦٧ تحقيق وفيه بيان لعبارة غامضة في القواعد
- ١٦٩ حكم مالو كان النماء متصلاً فزادت قيمته
- ١٧٠ حكم مالو اشترى أرضاً بفرس المشتري فيها ، أو زيتاً فخلطه بمثله
- ١٧١ حكم مالو أسلم في متاع ثم أفلس المسلم إليه
- ١٧١ تنبيه
- ١٧١ فيما لو شهد للمفلس شاهد بمال
- ١٧٢ في أن المفلس إذا مات هل يحل ماله وما عليه ؟
- ١٧٣ في وجوب إنظار المعسر وعدم جواز إلزامه ولا مؤاجرته

في قسمة ماله

- ١٧٥ فيما لو اقتضت المصلحة تأخير القسمة
- ١٧٥ في زوال الحجر بمجرد الأداء أو أنه يفتقر الى حاكم

كتاب الحجر

في موجباته

- ١٧٩ في السن الذي يعلم به البلوغ
- ١٨٠ الوصف الثاني : الرشد
- ١٨٠ حكم مالو باع فأجاز الولي

الموضوع الصفحة

تنبيه في حكم حرف الصبي امواله في وجوه الخير بعد البلوغ ١٨١

احكام الحجر

في أن حجر المفلس يثبت بحكم الحاكم أو بظهور السفه ١٨٣

حكم ضمان الوديعة مع اتلافها قبل الحجر وبعده ١٨٤

حكم نذر السفه وبعينه ١٨٤

في اختبار المرأة ، والصبي قبل البلوغ ١٨٥

بيان وجه استشكل العلامة في القواعد في صحة بيع الصبي قبل البلوغ ١٨٥

كتاب الضمان

في تعريف الضمان ، وأنه ثلاثة أقسام ١٩١

ضمان المال

في اشتراط العلم بالمضمون له أو المضمون عليه ١٩٤

في اشتراط رضى المضمون له وأنه لا عبرة برضى المضمون عنه ١٩٤

مسائل أربعة متفرعة على أن الضمان ناقل للذمة لا ضام إليها ١٩٥

حكم الضمان المؤجل والحال ١٩٦

تنبيه ١٩٧

فروع ثلاثة وفي الاول منها تحقيق ١٩٨

تنبيه في شرح بمارد غامضة للعلامة في القواعد ١٩٩

حكم ضمان مال السبق والرماية ، وبيان أن الحقوق على اربعة اقسام ٢٠٠

الموضوع الصفحة

فرعان ٢٠١

حكم ضمان الاعيان المضمونة ٢٠٢

في عدم اشتراط العلم بكيفية المال المضمون ٢٠٢

إذا ضمن عهدة الثمن ، معنى ضمان العهد ٢٠٣

في بيان معنى العهد ٢٠٤

حكم مالو ضمن ضامن للمشتري درك ما يحدث ٢٠٥

ضمان المريض ٢٠٥

حكم مالو كان الدين مؤجلاً وضمنه حالاً ٢٠٥

بحث في أنه ضامن المؤجل حالاً هل له مطالبة الاصيل قبل حلول الأجل ٢٠٦

في الحوالة

مسألة في اعتبار رضى الثلاثة ٢٠٧

مسألة في اشتراط ابراء المحتال للمحيل ٢٠٨

مسائل في شروط الحوالة ٢٠٩

تحقيق في احكام الحوالة ٢١١

حكم إحالة المشتري البائع بالثمن ثم رد المبيع بالعيب السابق ٢١١

فروع أربعة ٢١٢

مسألة فيما اذا أحال البائع ثمناً ، وفيما اذا ظهر فساد البيع ٢١٣

في الكفالة

في صحتها حالة ومؤجلة ٢١٥

حكم من أطلق غريباً من يد صاحب الحق قهراً عليه ٢١٦

الموضوع	الصفحة
فروع ثلاثة	٢١٦
في وجوب تسلم الغريم إذا أحضر قبل الأجل	٢١٧
مسائل في لواحق الكفالة	٢١٧
تنبيه في حكم الكفالة بيد من عليه الحد	٢١٨

كتاب الصلح

في تعريف الصلح	٢٢١
حكم مالو أتلّف على رجل ثوباً قيمته درهم فصالحه على درهمين	٢٢٢
لو ادعى داراً فأنكر من هي في يده ثم صالحه المنكر على سكنى سنة	٢٢٣
<u>في أحكام النزاع في الأملاك</u>	
حكم اخراج الرواشن والأجنحة الى الطرق مع الضرر وعدمه	٢٢٥
في حكم الاستطراق من غير الباب المعتادة في الطرق المرفوعة	٢٢٦
فرع	٢٢٦
مسألة في جواز الرجوع بعد وضع الجذوع في حائط الجار	٢٢٧
مسألة فيما إذا انهدم الجدار ثم أعاده المالك ، هل يعود للوضع ؟	٢٢٧
في بقية مسائل النزاع	٢٢٨

كتاب الشركة

أقسام الشركة

في أن الشركة تحصل في ثلاثة أشياء	٢٣٣
--	-----

محتويات الجزء الثاني ٤٧١

الموضوع الصفحة

حكم اشتراط احدهما الزيادة في الربح مع تساوي المالين أو العكس ٢٣٤

تنبيه على ما وقع لعميد الدين في شرح القواعد مع ذكائه وعظم

نباهته ٢٣٦

في اللواحق

في افتقار التملك بالحيازة إلى نية وعدمه ٢٣٩

مأثنتان ٢٤٠

لوباع اثنان عبيدين كل واحد منهما بانفراده صفقة بثمن واحد ٢٤١

كتاب المضاربة

فيما لو شرط أن يشتري أصلاً يشتركان في غمائه ٢٤٥

حكم مالوكان لنفسه مال غير مال القراض ٢٤٦

حكومة الشارح بين شارحي القواعد ٢٤٦

تنبيه في معنى النفقة والسفر ٢٤٧

فرع ٢٤٧

في مال القراض

حكم القراض بالنقرة ٢٤٩

في كفاية المشاهدة وعدمها ٢٥٠

في الربح

في اللازم بالشرط ٢٥١

الموضوع	الصفحة
مسائل في الربح	٢٥٢

في اللواحق

في قبول قول المضارب في التلف والرد	٢٥٣
مسألة	٢٥٤
شراء العامل أبا رب المال	٢٥٤
فرع	٢٥٤
مسألتان	٢٥٥
مسائل أربعة وفي الأخيرة مباحثة مع صاحب الترددات	٢٥٦
فيما اذا قارض العامل غيره بغير إذن المالك	٢٥٨
فيما اذا تلف مال القارض أو بعضه بعد دورانه في التجارة	٢٦٠
فيما لو شرط أن يأخذ له بضاعة	٢٦٢
حكم شراء المضارب الجارية التي يطؤها	٢٦٢

كتاب المزارعة

فيما لو شرط أحدهما على الآخر شيئاً يضمنه	٢٦٧
مسألة في إجارة الارض بمنطة أو شعير يخرج منها	٢٦٧
مسألة في الارض بأكثر مما استأجرها به	٢٦٨
حكم الازالة فيما لو مضت المدة والزرع باق ، فرع	٢٦٨
إذا استأجر أرضاً ليغرس فيها ما يبقى بعد المدة	٢٦٩

كتاب المساقاة

كتاب الوديعة

الموضوع الصفحة

فرع ٢٨٦

حكم ايداع الغاصب المقتضوب الممزوج بماله ٢٨٧

في اللواحق

حكم مالو ادعى عليه الوديعة فأنكر ، ومالو اعترف بها ثم ادعى التلف ٢٨٩

حكم مالو اعترف بالوديعة ثم ادعى التلف ٢٩٠

تنبيه فيه فروع ٢٩٠

إذ أقام المالك البينة على الوديعة بعد الانكار ٢٩١

إذا حضرته الوفاة وعنده وديعة ، أو اعترف بها وبصفتها ٢٩٢

في الهاكمة بين فخر الدين وعبيد الدين ٢٩٣

فروع ثلاثة ٢٩٣

إذا فرط واختلفا في القيمة ٢٩٤

كتاب العارية

حكم الضمان لو استعار من الغاصب وهو لا يعلم ٢٩٧

فرع ٢٩٧

في العين المعارة

حكم استعارة الارض للزراع والفرس والبناء ٢٩٩

تنبيه ٢٩٩

تحقيق في الامر بالازالة بعد الاذن بالبناء أو الفرس ٣٠٠

الموضوع الصفحة

في أن أقسام المسألة أربعة، وفي الأول منها فرع ٣٠١

حكم مالو أذن له في غرس شجرة فانقلعت ٣٠٢

في الاحكام المتعلقة بها

حكم بيع المستعير غروسه وأبنيته في الارض المستعارة ٣٠٥

حكم اختلاف المالك وراكب الدابة ٣٠٦

مسألة في أن المضمون هل هو قيمة يوم التلف أو أعلى القيم ؟ ٣٠٧

مسألة في الاختلاف في القيمة ٣٠٧

فروع أربعة ٣٠٧

كتاب الاجارة

في عقد الاجارة

في الفاظ العقد ٣١١

في بطلان الاجارة بالموت وعدمه ٣١٢

في أن العين المستأجرة أمانة ٣١٤

في شرائط الاجارة

في عقد المميز ٣١٥

فرع في إجارة الولي الصبي ٣١٥

مسألة في كفاية المشاهدة في مال الاجارة ٣١٦

مسألة في حكم التمجيل لو لم يشترط التأجيل ٣١٦

مسألة في جواز إيجار شيء بأكثر مما استأجر مع اتحاد الجنس ٣١٦

الموضوع الصفحة

مسألة في ما اذا سكن بعض الدار وآجر الباقي ٣١٧

مسألة فيما اذا استأجره ليحمل له متاعاً ٣١٧

مسألة فيما اذا قال : آجرتك كل شهر بكذا ٣١٨

فما لو قال إن خطته فارسياً فلك درهم ورومياً قدرهمان ٣١٨

فما لو قال إن عملت اليوم فلك درهمان وغداً قدرهم ٣١٩

حكم استعمال الاجير قبل المقاطعة على الاجرة

وأنه لا يضمن الامع التهمة ٣٢٠

حكم ما لو قدر المدة والعمل ٣٢٠

مسألة في اشتراط اتصال مدة الاجارة بالعقد ٣٢١

مسألة فيما لو عين شهراً متأخراً عن العقد ٣٢٢

فما اذا سلم العين المستأجرة ومضت مدة ٣٢٢

فما لو انقضى بعض المدة ثم تلف او تجدد فسخ الاجرة ٣٢٣

في أن كل ما يحتاج اليه في إمكان الركوب لازم على مؤجر الدابة ٣٢٤

فروع خمسة ٣٢٤

حكم مالو حفر بعض ما قوطع عليه ثم تعذر حفر الباقي ٣٢٥

حكم استئجار المرأة للرضاع ٣٢٦

فروع أربعة ٣٢٦

حكم اجارة الحائض المزوّق للتنزه ٣٢٧

وحكم اجارة العبد الآبق ٣٢٧

حكم مالو انهدم المسكن ٣٢٨

في أحكامها

حكم الاختلاف في القيمة	٣٢٩
حكم تقبيل الغير العمل الذي تقبله	٣٣٠
حكم تضمين الصناع	٣٣٠
فرع	٣٣٠
فرع	٣٣١
حكم مالو آجر الوصي صياً	٣٣١

في التنازع

فيا لو قطع الخياط ثوباً قباً فقال المالك أمرتك بقطعه قيصاً	٣٣٣
--	-----

كتاب الوكالة

في العقد

في صحة الوكالة معلقة	٣٣٧
في ترطبة الوصف لانتفاء الغرر وحكم عدمه	٣٣٨
حكم العزل	٣٣٩
فيا لو باع الوكيل بثن فانكر المالك الاذن في ذلك القدر	٣٤٠

في ما لا تصح فيه الوكالة

حكم التوكيل في حيازة المباحات	٣٤٣
حكم التوكيل على كل قليل أو كثير	٣٤٤

الموضوع الصفحة

حكم الوكالة في الطلاق ٣٤٥

في التوكيل

حكم توكل المرأة في طلاق نفسها وغيرها ٣٤٧

حكم توكل المسلم والذمي على المسلم والذمي ٣٤٧

في ما به تثبت الوكالة

في ثبوت الوكالة بشاهد وبميين ٣٤٩

حكم الاختلاف في لفظ العقد ٣٥٠

حكم ادعاء الوكالة عن غائب في قبض ماله من غريم فأنكر الغريم ٣٥٠

فرعان ٣٥١

في اللواحق

حكم مالو ادعى بعد زوال العذر وتأخر التسليم تأخر

الامتناع عن تلف المال ٣٥٣

في أن كل من في يده مال لغيره له أن يمتنع من التسليم

حتى يشهد على القبض ٣٥٣

في حكم الوكيل في الايداع اذا لم يشهد على الودعي ٣٥٤

فرع ٣٥٤

حكم ما إذا أذن الموكل لوكيله في بيع ماله من نفسه فباع ٣٥٥

في التنازع

في الاختلاف في رد المال الى الموكل	٣٥٧
فيما لو ادعى الوكيل التصرف وانكر الموكل	٣٥٨
فيما اذا زوجه امرأة فانكر الوكالة ولا بينة	٣٥٨
فروع أربعة	٣٥٩
مسألة في من وكل وكيلاً في استيفاء دين ثم صدقه الغريم وأنكر الموكل	٣٦٠
مسألة فيمن أمر ببيع سلعة وتسليمها الى المشتري وقبض الثمن منه ففعل ثم ادعى التلف من غير تغريط	٣٦١
في حكم الرد لو ظهر في المبيع عيب	٣٦١
فروع	٣٦٢

كتاب الوقوف والصدقات

في العقد

في الفاظ العقد	٣٦٥
----------------------	-----

في الشرائط

حكم وقف الدنانير والدراهم	٣٦٧
حكم وقف ما لا يملك	٣٦٧
حكم وقف وصدة من بلغ عشرين	٣٦٨
حكم مالو بدأ الوقف بالمعدوم ثم بعده بالموجود	٣٦٨
فروع أربعة	٣٦٩

الموضوع الصفحة

٣٦٩	في أنه اذا وقف على المؤمنين انصرف الى الاثني عشرية
	في اشتراك الذكور والاناث في المنسبين ، واختلاف
٣٧٠	حكم المنتسب بالأب او الام
٣٧٠	حكم ماله وقف على جيرانه
٣٧١	فروع خمسة
٣٧٢	حكم الوقف على غير المحصور والذمي
٣٧٣	مسألة في الوقف على المرتد عن غير فطرة
٣٧٤	مسألة في الوقف على الحربي
٣٧٤	مسألة في شرطية التأييد
٣٧٥	مسألة في حكم الوقف اذا انقرض الموقوف عليهم
٣٧٥	في حكم قبض الواقف على أولاده الاصاغر

في اللواحق

٣٧٧	في حكم نفقة المملوك الموقوف
٣٧٨	مسألة فيما اذا جنى العبد الموقوف
٣٧٩	فرع ، مسألة في الجنابة على العبد الموقوف
٣٨٠	فروع خمسة
٣٨١	فيما لو وقف على أولاده
٣٨٢	فيما لو قال على أولادي فاذا انقرضوا فعلى الفقراء
٣٨٣	تحقيق في جواز بيع الوقف مع الخلاف وخشية الخراب
٣٨٥	مسألة في ما إذا انتقلت نخلة من الوقف

الموضوع الصفحة

تنبيه فيما يصنع بثمان الوقف لو جاز بيعه ٣٨٥

في مال ووطاً الأمانة الموقوفة واحد من أرباب الوقف ٣٨٦

مباحنة بين الشهيد والسيد عميد الدين ٣٨٧

في العطية ٣٨٩

كتاب السكنى والحبس

في ما تلزم به ٣٩١

في البطلان بالبيع وعدمه ٣٩٢

في جواز البيع على الحبس عليه والمعر وعدمه ٣٩٣

كتاب الهبات

في الحقيقة

حكم مال و هب ما في الذمة ٣٩٧

في اشتراط القبول في الابرأ وعدمه ٣٩٨

في حكم الرجوع بالهبة بعد القبض ٣٩٨

في لزوم الهبة بالتصرف وعدمه ٣٩٩

في حكم رجوع الزوج في يهبه لزوجته والعكس ٤٠٠

فرع في انتقال حق الرجوع بالارث ٤٠١

في حكم الهبات

- حكم الضمان في مالوا اشتراط عليه الثواب ولم يثبه حتى تلفت أو عابت ٤٠٣
- حكم الهبة إذ وهب في مرضه المخوف ٤٠٤
- فرع في حكم الهدية ٤٠٤

كتاب السبق والرماية

- في الالفاظ المستعملة فيه ٤٠٧

في عقد المسابقة

- في افتقاره الى الايجاب والقبول وعدمه ٤٠٩
- في اشتراط التساوي في الموقف ٤٠٩
- في اشتراط المبادرة والمحاطة ٤١٠
- في احكام النضال ٤١١

كتاب الوصايا

في الوصية

- في الانتقال بالموت منفرداً عن القبول ٤١٥
- حكم مالو قبل قبل الوفاة وبعدها ٤١٦
- حكم مالو رد بعد الموت والقبول وقبل القبض ٤١٦

الموضوع

الصفحة

٤١٧..... في الموصي

في الموصى به

٤١٩..... في اعتبار إجازة الوارث بعد الوفاة

٤٢٠..... لو أوصى بثلته لواحد وبثلته لآخر

٤٢١..... لو أوصى بعتق ماله

٤٢٢..... لو أوصى بنصف ماله فأجاز الورثة ثم قالوا ظننا أنه قليل

٤٢٣..... لو أوصى بجزء من ماله

٤٢٤..... لو أوصى بوجود فني الوصي وجهاً

٤٢٥..... لو أوصى بسيف معين وهو في جفن

٤٢٦..... تنبيه

٤٢٦..... في صحة الوصية باخراج بعض الولد من التركه

٤٢٨..... حكم ما لو قال أعطوه كثيراً

٤٢٨..... في الوصية بالمنافع مؤقتاً ومؤبداً وكيفية التقويم في الحالين

٤٣٠..... فروع أربعة

٤٣٠..... فيما تثبت به الوصية

٤٣١..... لو أشهد عبيدين له على حمل أمته منه

٤٣١..... لو أوصى بعتق عدد مخصوص من عبيده

٤٣٢..... لو أوصى بعتق رقبة مؤمنة

٤٣٢..... في جواز عتق المخالف عند تعذر المؤمن

٤٣٣..... في تفسير الناصب

في الموصي له

٤٣٥	مسألة في الوصية للذمي
٤٣٦	مسألة في الوصية للحربي
٤٣٦	فيما يوصى به للمملوك
٤٣٧	مسألة فيما إذا أوصى بعق عبده المستوعب وعليه دين
٤٣٧	مسألة فيما إذا انجز عتق المستوعب وعليه دين
٤٣٨	حكم الوصية لأُم الولد والاعمام والاخوان
٤٣٩	حكم الوصية لذوي القرابة والقوم والجيران
٤٤٠	لو أوصى لانسان فمات قبل الموصي
٤٤٠	لو أوصى في سبيل الله

في الاوصياء

٤٤١	في اعتبار العدالة
٤٤١	حكم مالو مرض أحد الموصي اليها أو عجز أو مات أو فسق
٤٤٢	فرعان
٤٤٢	مسألة في جواز استيفاء الوصي دينه مما في يده
٤٤٣	إذا اذن الموصي للموصي أن يوصي
٤٤٣	في جواز تولي المؤمنين وصاية من لا وصي له
٤٤٤	إذا أوصى بالنظر في حال ولده الى أجنبي وله أب
٤٤٤	في اعتبار الصفات في الوصي حال الموت والوصية
٤٤٥	في جواز أخذ أجرة المثل من مال اليتيم لمن يتولى أمواله

في اللواحق

- ٤٤٧ فيمن كان له زوجة وبنت وقال : مثل نصيب بنتي ، فأجاز الورثة
- ٤٤٨ فيمن كان له أربع زوجات وبنت فأوصى بمثل نصيب إحداهن
- ٤٤٨ فيمن أوصى لأجنبي بنصيب ولده
- ٤٤٩ لو أوصى لابنه القاتل
- ٤٤٩ لو أوصى بضعفي نصيب ولده
- ٤٥٠ لو أوصى للفقراء
- ٤٥٠ لو أوصى بدار فأنهدمت
- ٤٥٠ لو قال : أعطوا زيدا والفقراء كذا

في تصرفات المريض

- ٤٥١ في أن تصرفات المريض التبرعية تخرج من الثلث أو الاصل
- ٤٥١ في بيان المرض الخوف
- ٤٥٢ إذا أعتقها في مرض الموت وتزوج ودخل بها
- ٤٥٣ لو أعتقها وقيمتها ثلث تركته ثم أصدقها الثلث الآخر ودخل ومات

