



الروضية البهية

في شرح

اللمعة الدمشقية

الشرح من الدرر النجاشية

(الشيخ العلامة)

الجزء الثاني

تمت

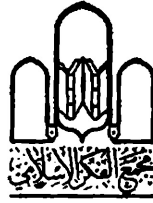
مجمع الفكر الإسلامي

الروضة البهيمة

في فتح

المعجم المشتمل

على اللغة العربية



٤١

الروضة البهيمة

في شرح

المعجم للمشتقَات

الشيخ زين الدين العاملي



(الطبعة الثانية)



الجزء الثاني

تحقيق

مجمع الفكر الإسلامي

شهيد ثاني، زين الدين بن علي، ٩١١ - ٩٦٦ ق.
الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (شهيد اول) زين الدين العاملي؛ المؤلف مجمع الفكر
الاسلامي. - قم: مجمع الفكر الاسلامي، ١٤٢٤ ق. ١٣٨٢.

ج
ISBN 964 - 5662 - 44 - 3 (دوره) ISBN 964 - 5662 - 45 - 1 (ج. ١)
ISBN 964 - 5662 - 46 - X (ج. ٢) ISBN 964 - 5662 - 47 - 8 (ج. ٣)
ISBN 964 - 5662 - 48 - 6 (ج. ٤)

عربي.

فهرستويسی بر اساس اطلاعات فييا.

کتابنامه به صورت زیر نویس.

١. شهيد اول، محمد بن مكي، ٧٣٤ - ٧٨٦ ق.

اللمعة الدمشقية - نقد و تفسير. ٢. فقه جعفري - قرن ٨ ق. الف. شهيد اول، محمد بن مكي،
٧٣٤ - ٧٨٦ ق. اللمعة الدمشقية. شرح. ب. مجمع الفكر الاسلامي.

ج. عنوان. د. عنوان: اللمعة الدمشقية. شرح.

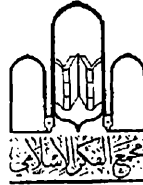
٢٩٧ / ٣٤٢

BP ١٨٢ / ٣ / ٩ ش ٨٨.٢١٥٥

١٣٨٢

م ٨٢ - ٩٦٩٤

کتابخانه ملی ایران



قم - ص. ب ٣٦٥٤ - ٣٧١٨٥ - ت : ٣٧٧٤٤٨١٠

الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية / ج ٢

المؤلف : شيخ زين الدين العاملي (شهيد ثاني)

الناشر : مجمع الفكر الإسلامي

الطبعة : الثاني عشر / ١٤٣٧ هـ. ق

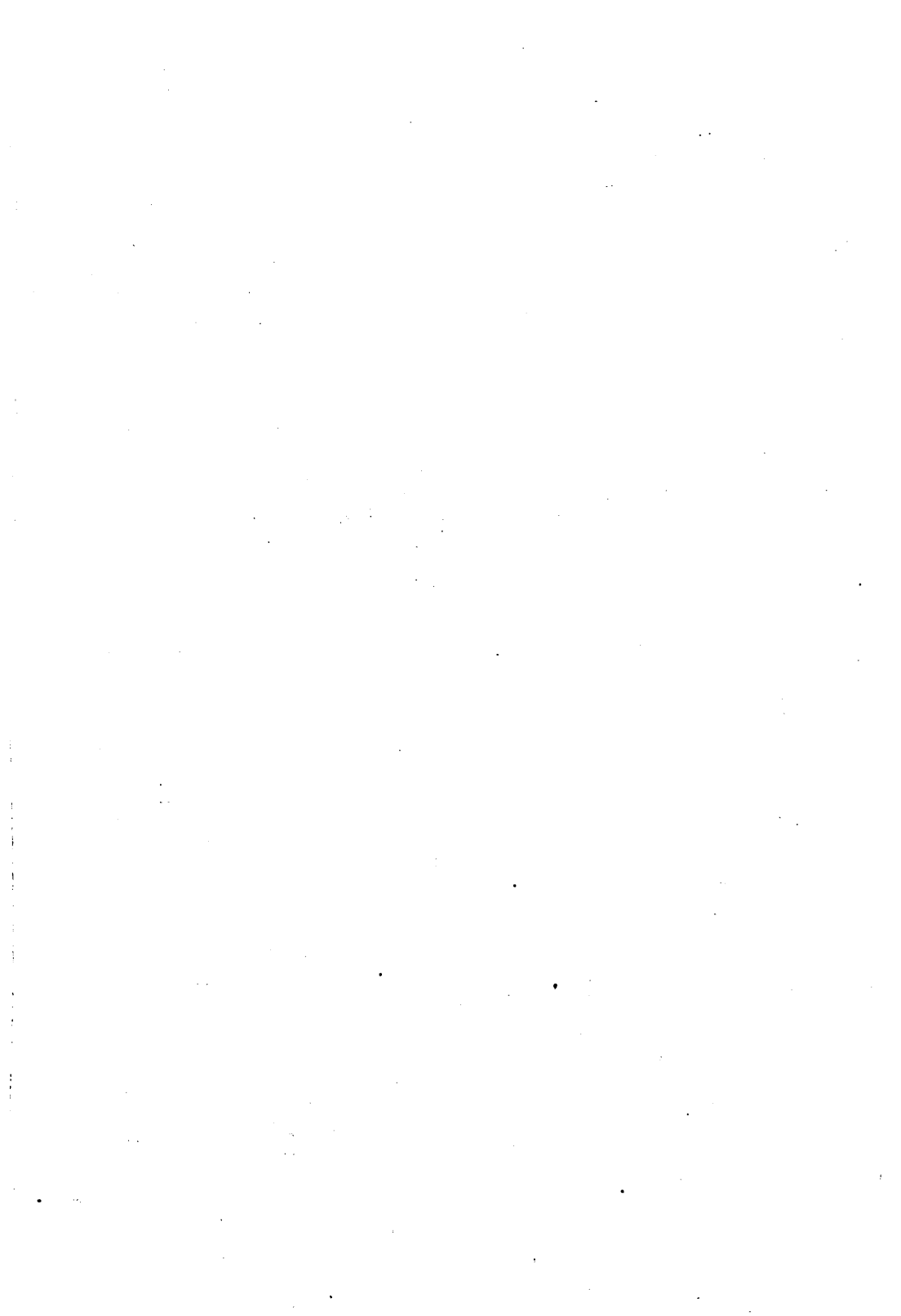
تنضيد الحروف : رؤيا كامبيوتر

المطبعة : شريعت - قم

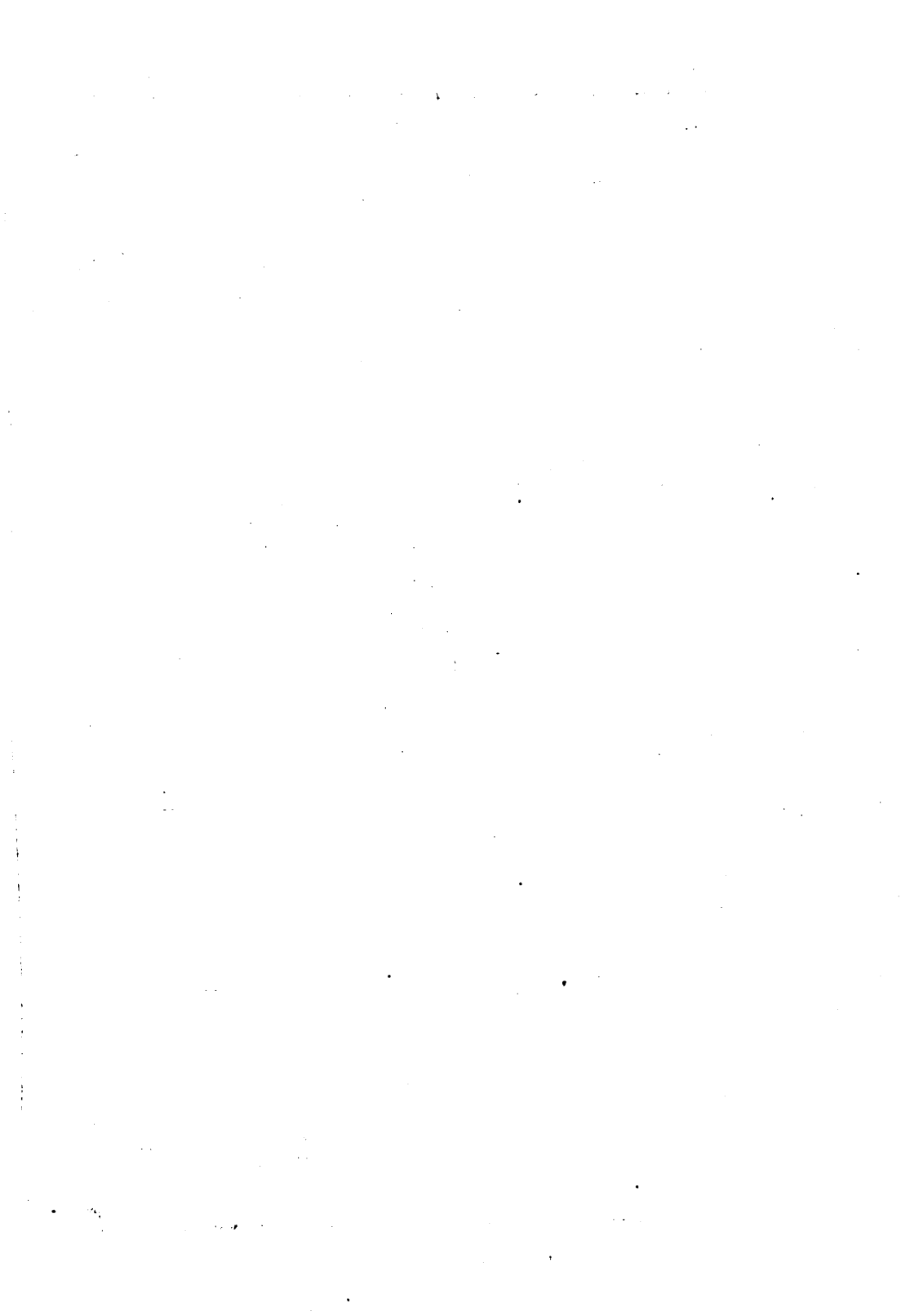
الكمية المطبوعة : ٢٠٠٠ نسخة

جميع الحقوق محفوظة لمجمع الفكر الاسلامي

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



﴿ كتاب الجهاد ﴾

وهو أقسام : جهاد المشركين ابتداءً لدعائهم إلى الإسلام، وجهاد من يذهم على المسلمين من الكفار بحيث يخافون استيلاءهم على بلادهم أو أخذ مالهم وما أشبهه وإن قلّ، وجهاد من يريد قتل نفس محترمة أو أخذ مال أو سبي حريم مطلقاً، ومنه جهاد الأسير بين المشركين للمسلمين دافعاً عن نفسه. وربما أُطلق على هذا القسم «الدفاع» لا الجهاد، وهو أولى، وجهاد البُغاة على الإمام.

والبحث هنا عن الأوّل، واستطرد ذكر الثاني من غير استيفاء، وذكر الرابع في آخر الكتاب، والثالث في كتاب الحدود.

و ﴿ يجب على الكفاية ﴾ بمعنى وجوبه على الجميع إلى أن يقوم به منهم من فيه الكفاية، فيسقط عن الباقي سقوطاً مراعى باستمرار القائم به إلى أن يحصل الغرض المطلوب به شرعاً. وقد يتعيّن بأمر الإمام عليه السلام لأحد على الخصوص وإن قام به من فيه كفاية.

وتختلف الكفاية ﴿ بحسب الحاجة ﴾ بسبب كثرة المشركين وقتلتهم وقوتهم وضعفهم.

﴿ وأقله مرّة في كلّ عام ﴾ لقوله تعالى : (فإذا انسَلَخَ الأشهر الحرم فاقتلوا

المشركين)^(١) أو جب بعد انسلاخها الجهاد، وجعله شرطاً فيجب كلما وجد الشرط، ولا يتكرّر بعد ذلك بقيّة العام؛ لعدم إفادة مطلق الأمر التكرار. وفيه نظرٌ يظهر من التعليل^(٢).

هذا مع عدم الحاجة إلى الزيادة عليها في السنة - وإلاّ وجب بحسبها - وعدم العجز عنها فيها أو رؤية الإمام عدمه صلاحاً، وإلاّ جاز التأخير بحسبه. وإنما يجب الجهاد ﴿ بشرط الإمام ﴾ العادل ﴿ أو نائبه ﴾ الخاصّ، وهو المنصوب للجهاد أو لما هو أعمّ. أمّا العامّ كالفقيه فلا يجوز له تولّيه حال الغيبة بالمعنى الأوّل ولا يشترط في جوازه بغيره من المعاني ﴿ أو هجوم عدوّ ﴾ على المسلمين ﴿ يخشى منه على بيضة الإسلام ﴾ وهي: أصله ومجمّعه، فيجب حينئذٍ بغير إذن الإمام أو نائبه.

ويفهم من القيد كونه كافراً؛ إذ لا يخشى من المسلم على الإسلام نفسه وإن كان مبدعاً. نعم، لو خافوا على أنفسهم وجب عليهم الدفاع. ولو خيف على بعض المسلمين وجب عليه، فإن عجز وجب على من يليه مساعدته، فإن عجز الجميع وجب على من بعد، ويتأكّد على الأقرب فالأقرب كفايةً.

﴿ ويشترط ﴾ في من يجب عليه الجهاد بالمعنى الأوّل ﴿ البلوغ والعقل والحرية والبصر والسلامة من المرض ﴾ المانع من الركوب والعدو ﴿ والعرج ﴾

(١) التوبة: ٥.

(٢) جاء في هامش بعض نسخ المسالك - في توضيح النظر - ما يلي: « فإنّ ذلك يقتضي عدم وجوب تكراره مطلقاً، كما في قول السيّد لعبدّه: إذا دخلت السوق فاشترِ اللحم. منه »

البالغ حدّ الإقعاد، أو الموجب لمشقة في السعي لا تتحمّل عادة، وفي حكمه الشيخوخة المانعة من القيام به ﴿ والفقر ﴾ الموجب للعجز عن نفقته ونفقة عياله وطريقه وثمان سلاحه .

فلا يجب على الصبيّ والمجنون مطلقاً، ولا على العبد وإن كان مبيعاً، ولا الأعمى وإن وجد قائداً ومطيّة، وكذا الأعرج . وكان عليه أن يذكر الذكوريّة، فإنّها شرط فلا يجب على المرأة .

هذا في الجهاد بالمعنى الأوّل . أمّا الثاني فيجب الدفع على القادر، سواء الذكر والأنثى، والسليم والأعمى، والمريض والعبد، وغيرهم .

﴿ ويحرم المقام في بلد الشرك لمن لا يتمكّن من إظهار شعار* الإسلام ﴾ من الأذان والصلاة والصوم، وغيرها . سُمّي ذلك شعاراً؛ لأنّه علامة عليه، أو من الشعار الذي هو الثوب الملاصق للبدن، فاستعير للأحكام اللاصقة اللازمة للدين .

واحترز بغير المتمكّن ممّن يمكنه إقامتها لقوّة أو عشيرة تمنعه، فلا تجب عليه الهجرة . نعم، تستحبّ لئلاّ يكثر سوادهم . وإنّما يحرم المقام مع القدرة عليها، فلو تعدّرت لمرض أو فقر ونحوه فلا حرج .

والحقّ المصنّف - فيما نقل عنه^(١) - ببلاد الشرك بلاد الخلاف التي لا يتمكّن فيها المؤمن من إقامة شعار^(٢) الإيمان مع إمكان انتقاله إلى بلد يتمكّن فيه منها .

(*) في (ق) : شعائر . وهكذا في (ر) من نسخ الروضة .

(١) لم نظفر بالناقل بلا واسطة . نعم، قال المحقّق الكركي : يُنقل عن شيخنا الشهيد ذلك وهو

حسن . جامع المقاصد ٣ : ٣٧٤ .

(٢) في (ر) : شعائر .

﴿ وللأبوين منع الولد ﴾ من الجهاد بالمعنى الأول ﴿ مع عدم التعيين ﴾ عليه بأمر الإمام له، أو بضعف المسلمين عن المقاومة بدونه، إذاً يجب عليه حينئذٍ عيناً، فلا يتوقف على إذنهما كغيره من الواجبات العينية. وفي إلحاق الأجداد بهما قول قوي^(١) فلو اجتمعوا توقف على إذن الجميع.

ولا يُشترط حرّيتهما على الأقوى. وفي اشتراط إسلامهما قولان^(٢) وظاهر المصنّف عدمه.

وكما يعتبر إذنهما فيه يعتبر في سائر الأسفار المباحة والمندوبة والواجبة كفاية مع عدم تعيينه^(٣) عليه؛ لعدم من فيه الكفاية، ومنه السفر لطلب العلم، فإن كان واجباً عيناً أو كفاية - كتحصيل الفقه ومقدّماته مع عدم قيام من فيه الكفاية وعدم إمكان تحصيله في بلدهما وما قاربه ممّا لا يعدّ سفرّاً على الوجه الذي يحصل مسافراً - لم يتوقف على إذنهما، وإلاّ توقف.

﴿ والمُدين ﴾ بضمّ أوّله، وهو مستحقّ الدين ﴿ يمنع ﴾ المديون ﴿ الموسر ﴾ القادر على الوفاء ﴿ مع الحلول ﴾ حالّ الخروج إلى الجهاد، فلو كان معسراً أو كان الدين مؤجّلاً وإن حلّ قبل رجوعه عادة لم يكن له المنع، مع احتمالها في الأخير.

(*) في (ق) : التعيين.

(١) قرّبه العلامة في التذكرة ٩ : ٣١.

(٢) صرّح بالاشتراط الشيخ في المبسوط ٢ : ٦، والعلامة في التذكرة ٩ : ٣٠. وأمّا القول بعدم الاشتراط فلم يصرّح به أحد من فقهاءنا. نعم، هو مقتضى إطلاق من أطلق، مثل الماتن هنا، وفي الدروس ٢ : ٢٩، والمحقّق في الشرائع ١ : ٣٠٨، والعلامة في القواعد ١ : ٤٧٨، وابن سعيد في الجامع للشرائع : ٢٣٤.

(٣) في (ع) و (ف) : تعيينه.

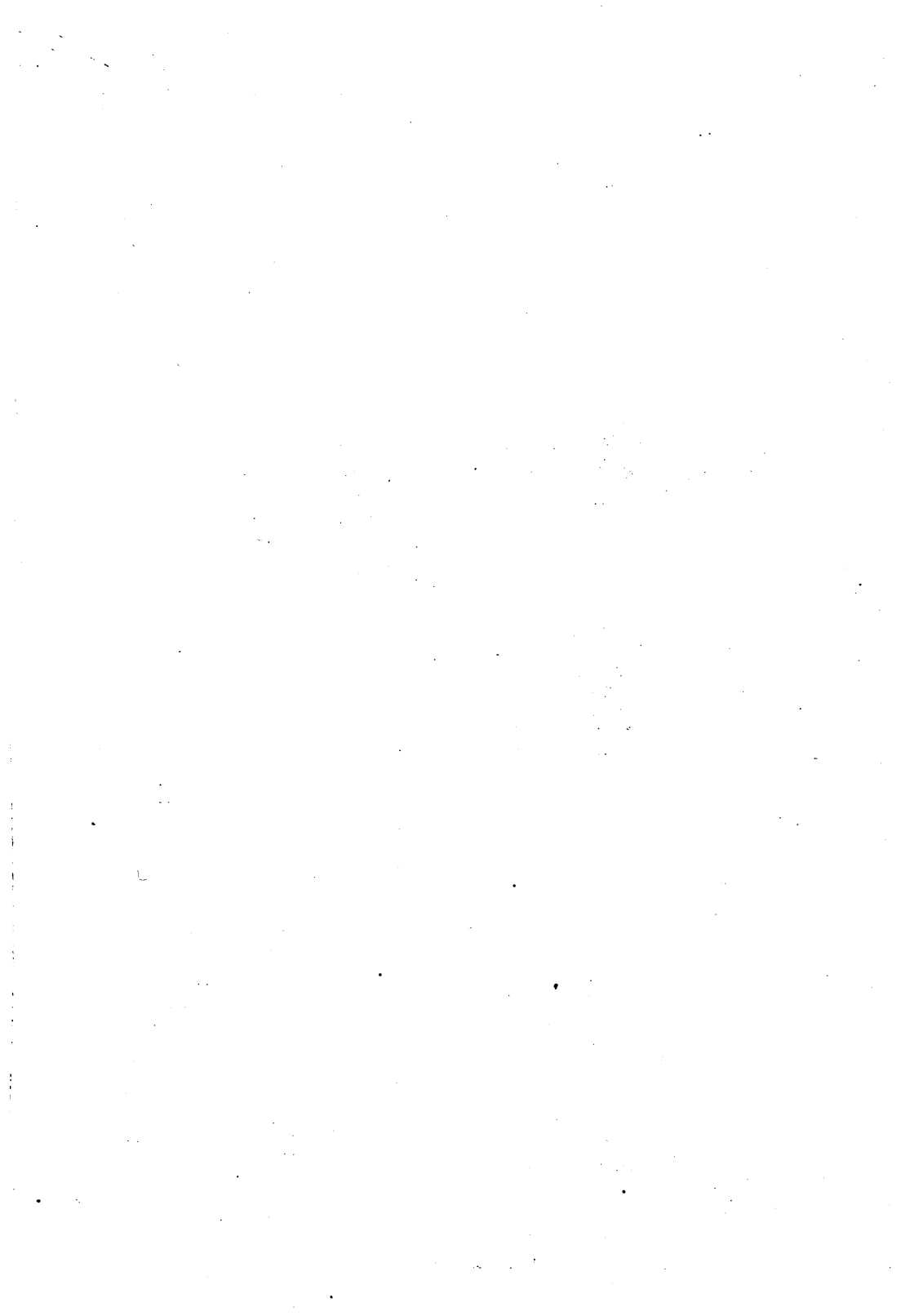
﴿ والرباط ﴾ وهو الإِرْصَاد في أطراف بلاد الإسلام للإعلام بأحوال المشركين على تقدير هجومهم ﴿ مستحب ﴾ استحباباً مؤكداً ﴿ دائماً ﴾ مع حضور الإمام وغيبته. ولو وطن ساكن الثغر نفسه على الإعلام والمحافظة فهو مرابط.

﴿ وأقله ثلاثة أيام ﴾ فلا يستحقّ ثوابه ولا يدخل في النذر والوقف والوصية للمرابطين بإقامة دون ثلاثة. ولو نذره وأطلق وجب ثلاثة بليتين بينها، كالاكتاف ﴿ وأكثره أربعون يوماً ﴾ فإن زاد ألحق بالجهاد في الثواب، لا أنه يخرج عن وصف الرباط.

﴿ ولو أعان بفرسه أو غلامه ﴾ لينتفع بهما من يرابط ﴿ أثيب ﴾ لإعانتته على البرّ، وهو في معنى الإباحة لهما على هذا الوجه.

﴿ ولو نذرها ﴾ أي نذر المرابطة التي هي الرباط المذكور في العبارة ﴿ أو نذر صرف مال إلى أهلها وجب ﴾ الوفاء بالنذر ﴿ وإن كان الإمام غائباً ﴾ لأنّها لا تتضمن جهاداً، فلا يشترط فيها حضوره. وقيل: يجوز صرف المنذور للمرابطين في البرّ حال الغيبة إن لم يخف الشنعة بتركه^(١) لعلم المخالف بالنذر ونحوه. وهو ضعيف.

(١) قاله الشيخ في المبسوط ٢: ٨-٩.



﴿ وهنا فصول ﴾ :

﴿ الأول ﴾

فيمن يجب قتاله

وكيفية القتال ، وأحكام الذمة

﴿ يجب قتال الحربي ﴾ وهو غير الكتابي من أصناف الكفار الذين لا ينتسبون إلى الإسلام، فالكتابي لا يطلق عليه اسم الحربي وإن كان بحكمه على بعض الوجوه، وكذا فرق المسلمين وإن حُكم بكفرهم كالخوارج، إلا أن يبغوا على الإمام فيقاتلون من حيث البغي - وسيأتي حكمه - أو على غيره فيدافعون كغيرهم.

وإنما يجب قتال الحربي ﴿ بعد الدعاء إلى الإسلام ﴾ بإظهار الشهادتين والتزام جميع أحكام الإسلام. والداعي هو الإمام أو نائبه. ويسقط اعتباره في حق من عرفه بسبق دعائه في قتال آخر أو بغيره، ومن ثم غزا النبي ﷺ بني المصطلق من غير إعلام واستأصلهم^(١) نعم، يستحب الدعاء حينئذٍ كما فعل عليّ عليه السلام وعمرو^(٢) وغيره مع علمهم بالحال.

﴿ وامتناعه ﴾ من قبوله، فلو أظهر قبوله ولو باللسان كُفَّ عنه.

ويجب قتال هذا القسم ﴿ حتى يُسلم أو يُقتل ﴾ ولا يُقبل منه غيره.

(١) راجع السيرة النبوية لابن كثير ٣ : ٢٩٨.

(٢) راجع بحار الأنوار ٢٠ : ٢٢٧.

﴿ والكتابي ﴾ وهو اليهودي والنصراني والمجوسي ﴿ كذلك ﴾ يُقاتل حتى يُسلم أو يُقتل ﴿ إلا أن يلتزم بشروط الذمة ﴾ فيقبل منه .

﴿ وهي : بذل الجزية ، والتزام أحكامنا* وترك التعرض للمسلمات بالنكاح ﴾ وفي حكمهنّ الصبيان ﴿ وللمسلمين ﴾ مطلقاً ذكوراً وإناثاً ﴿ بالفتنة ﴾ عن دينهم ﴿ وقطع الطريق ﴾ عليهم وسرقة أموالهم ﴿ وإيواء عين المشركين ﴾ وجاسوسهم ﴿ والدلالة على عورة المسلمين ﴾ وهو ما فيه ضرر عليهم كطريق أخذهم وغيلتهم ولو بالمكاتبة ﴿ وإظهار المنكرات ﴾ في شريعة الإسلام كأكل لحم الخنزير وشرب الخمر وأكل الربا ونكاح المحارم ﴿ في دار الإسلام ﴾ .

والأولان لا بدّ منهما في عقد الذمة ، ويخرجون بمخالفتها عنها مطلقاً . وأما باقي الشروط فظاهر العبارة أنّها كذلك ، وبه صرّح في الدروس^(١) وقيل : لا يخرجون بمخالفتها إلا مع اشتراطها عليهم^(٢) وهو أظهر^(٣) .

﴿ وتقدير الجزية إلى الإمام ﴾ ويتخيّر بين وضعها على رؤوسهم وأراضيهم وعليهما على الأقوى . ولا تتقدّر بما قدره عليّ عليه الصلاة والسلام^(٤) فإنّه مُنزّل على اقتضاء المصلحة في ذلك الوقت .

﴿ وليكن ﴾ التقدير ﴿ يوم الجباية ﴾ لا قبله ؛ لأنّه أنسب بالصغار

(*) في نسخة بدل (ق) : أحكامها .

(١) الدروس ٢ : ٣٤ .

(٢) قاله العلامة في المختلف ٤ : ٤٤٣ .

(٣) في (ر) : الأظهر .

(٤) الوسائل ١١ : ١١٥ ، الباب ٦٨ من أبواب جهاد العدو ، الحديث ٥ .

﴿ ويؤخذ منه صاغراً ﴾ فيه إشارة إلى أن الصغار أمر آخر غير إيهام قدرها عليه، فقيل: هو عدم تقديرها حال القبض أيضاً، بل يؤخذ منه إلى أن ينتهي إلى ما يراه صلاحاً^(١) وقيل: التزام أحكامنا عليهم مع ذلك^(٢) أو بدونه^(٣) وقيل: أخذها منه قائماً والمسلم جالس^(٤) وزاد في التذكرة: أن يخرج الذميّ يده من جيبه ويحني ظهره ويطأ طئ رأسه ويصب ما معه في كفة الميزان، ويأخذ المستوفي بلحيته ويضربه في لَهْزَمَتِيه، وهما مجتمع اللحم بين الماضغ والأذن^(٥).

﴿ ويبدأ بقتال الأقرب ﴾ إلى الإمام أو من نصبه ﴿ إلا مع الخطر ﴾ في البعيد فيبدأ به، كما فعل النبي ﷺ بالحارث بن أبي ضرار لما بلغه أنه يجمع له، وكان بينه وبينه عدوٌّ أقرب^(٦) وكذا فعل بخالد بن سفيان الهذلي^(٧) ومثله ما لو كان القريب مهادناً.

﴿ ولا يجوز الفرار ﴾ من الحرب ﴿ إذا كان العدو ضعفاً ﴾ للمسلم المأمور بالثبات، أي قدره مرتين ﴿ أو أقلّ ﴾، إلا لمتحرّفٍ لقتال ﴿ أي منتقلٍ إلى حالة

(١) استفاد هذا القول من كلٍّ من قال بعدم التقدير كالمفيد والشيخ والقاضي وابن حمزة وسألر والمحقق والعلامة، أنظر المقنعة: ٢٧٢، والنهاية: ١٩٣، والمهذب: ١ - ١٨٤ - ١٨٥، والوسيلة: ٢٠٥، والمراسم: ١٤١، والشرائع: ١ - ٣٢٨، والمختلف: ٤ - ٤٣٦. وراجع المهذب البارع: ٢ - ٣٠٣ - ٣٠٦.

(٢) قاله ابن إدريس في السرائر: ١ - ٤٧٣ - ٤٧٤ ونسبه في المسالك (٣: ٧١) إلى المشهور.

(٣) قاله الشيخ في المبسوط: ٢ - ٣٨.

(٤) نسبه الشيخ إلى بعض الناس، راجع المصدر السابق.

(٥) التذكرة: ٩ - ٣٢٧.

(٦) و (٧) السنن الكبرى للبيهقي: ٩ - ٣٧ و ٣٨، باب من يُبدأ بجهاده من المشركين.

أمكن من حالته التي هو عليها، كاستدبار الشمس وتسوية اللامة^(١) وطلب السعة ومورد الماء ﴿ أو متحيزٍ ﴾ أي منضمٍ ﴿ إلى فئة ﴾ يستنجد بها في المعونة على القتال، قليلة كانت أم كثيرة مع صلاحيتها له وكونها غير بعيدة على وجهٍ يخرج عن كونه مقاتلاً عادةً.

هذا كله للمختار. أمّا المضطرّ - كمن عرض له مرض أو نفذ^(٢) سلاحه - فإنه يجوز له الانصراف.

﴿ ويجوز المحاربة بطرق الفتح، كهدم الحصون والمنجنيق وقطع الشجر ﴾ حيث يتوقّف عليه ﴿ وإن كره ﴾ قطع الشجر، وقد قطع النبي ﷺ أشجار الطائف^(٣) وحرّق على بني النضير وخرّب ديارهم^(٤).

﴿ وكذا يكره بإرسال^(٥) الماء ﴾ عليهم ومنعه عنهم ﴿ و ﴾ إرسال النار، وإلقاء السمّ ﴿ على الأقوى، إلا أن يؤدي إلى قتل نفس محترمة فيحرم إن أمكن بدونه، أو يتوقّف عليه الفتح فيجب. ورجّح المصنّف في الدروس تحريم إلقاءه مطلقاً^(٦) لنهي النبي ﷺ عنه^(٧) والرواية ضعيفة السند بالسكوني.

﴿ ولا يجوز قتل الصبيان والمجانين والنساء وإن عاونوا، إلا مع الضرورة ﴾ بأن تترسوا بهم وتوقّف الفتح على قتلهم.

(١) أي الدرّع.

(٢) في (ر) : فقد.

(٣) و (٤) راجع السنن الكبرى للبيهقي ٩ : ٨٣ - ٨٤، باب قطع الشجر وحرق المنازل. ولم نجد في الباب تصريحاً بتخريب ديارهم.

(٥) في (ر) : إرسال.

(٦) الدروس ٢ : ٣٢.

(٧) الوسائل ١١ : ٤٦، الباب ١٦ من أبواب جهاد العدو، الحديث الأوّل.

﴿ و ﴾ كذا ﴿ لا ﴾ يجوز قتل ﴿ الشيخ الفاني ﴾ إلا أن يعاون برأي أو قتال ﴿ و ﴾ لا ﴿ الخنثى المشكل ﴾؛ لأنه بحكم المرأة في ذلك.

﴿ ويقتل الراهب والكبير ﴾ وهو دون الشيخ الفاني، أو هو، واستدرك الجواز بالقيد وهو قوله: ﴿ إن كان ذا رأي أو قتال ﴾ وكان يغني أحدهما عن الآخر.

﴿ و ﴾ كذا يجوز قتل ﴿ الثرس ممن لا يقتل ﴾ كالنساء والصبان ﴿ ولو تترسوا بالمسلمين كُفَّ ﴾ ﴿ عنهم ﴾ ما أمكن، ومع التَعذُّر ﴿ بأن لا يمكن التوصل إلى المشركين إلا بقتل المسلمين ﴾ فلا قود ولا دية ﴿ للإذن في قتلهم حينئذٍ شرعاً^(١) ﴾ ﴿ نعم، تجب الكفارة ﴾ وهل هي كفارة الخطأ أو العمد؟ وجهان: مأخذهما كونه في الأصل غير قاصد للمسلم وإنما مطلوبه قتل الكافر، والنظر إلى صورة الواقع فإنه متعمد لقتله، وهو أوجه. وينبغي أن تكون من بيت المال؛ لأنه للمصالح، وهذه من أهمها؛ ولأنَّ في إيجابها على المسلم إضراراً يوجب التخاذل عن الحرب لكثير.

﴿ ويكره التبييت ﴾ وهو النزول عليهم ليلاً ﴿ والقتال قبل الزوال ﴾ بل بعده؛ لأنَّ أبواب السماء تفتح عنده وينزل النصر وتقبل الرحمة^(٢) وينبغي أن يكون بعد صلاة الظهرين. ولو اضطرَّ إلى الأمرين زالت.

﴿ وأن يُعرقب ﴾ المسلم ﴿ الدابة ﴾ ولو وقفت به أو أشرف على القتل. ولو رأى ذلك صلاحاً زالت، كما فعل جعفر بمؤتة^(٣) وذبحها أجود. وأمَّا دابة

(*) في (ق) و (س): اجتنب.

(١) الوسائل ١١: ٤٦، الباب ١٦ من أبواب جهاد العدو، الحديث ٢.

(٢) نفس المصدر: الباب ١٧ من أبواب جهاد العدو، الحديث ١ و ٢.

(٣) راجع بحار الأنوار ٢١: ٥٠.

الكافر فلا كراهة في قتلها، كما في كلِّ فعل يؤدي إلى ضعفه والظفر به .
 ﴿ والمبارزة ﴾ بين الصَّفين ﴿ من دون إذن الإمام ﴾ على أصحِّ القولين،
 وقيل : تحرم^(١) ﴿ وتحرم إن منع ﴾ الإمام منها ﴿ وتجب ﴾ عيناً ﴿ إن أُلزم ﴾ *
 بها شخصاً معيَّناً، وكفاية إن أمر بها جماعة ليقوم بها واحد منهم . وتستحبُّ إذا
 ندب إليها من غير أمر جازم .

﴿ وتجب موازاة المسلم ﴾ المقتول في المعركة، دون الكافر ﴿ فإن **
 اشتبه ﴾ بالكافر ﴿ فليوار كميّش الذكر ﴾ أي صغيره؛ لما روي من فعل النبي ﷺ
 ذلك في قتلى بدر، وقال : « لا يكون ذلك إلّا في كرام الناس »^(٢) وقيل : يجب دفن
 الجميع احتياطاً^(٣) وهو حسن، وللقرعة وجه^(٤) وأمّا الصلاة عليه فقيل : تابعة
 للدفن^(٥) وقيل : يُصلّى على الجميع ويُفردُ المسلم بالنية^(٦) وهو حسن .

(١) قاله الشيخ في النهاية : ٢٩٣، وابن إدريس في السرائر ٢ : ٨ .

(*) في (ق) : لو أُلزم .

(**) في (ق) : فلو، وفي (س) : ولو .

(٢) الوسائل ١١ : ١١٢، الباب ٦٥ من أبواب جهاد العدو، الحديث الأوّل .

(٣) حسّنه السيوري في التنقيح الرائع ١ : ٥٨٩ .

(٤) كما قوّاه ابن إدريس في السرائر ٢ : ٢٠ .

(٥) قاله الشيخ في المبسوط ١ : ١٨٢ .

(٦) اختاره ابن إدريس في السرائر ٢ : ٢٠ وقوّاه الشيخ، راجع المصدر السابق .

﴿ الفصل الثاني ﴾

﴿ في ترك القتال ﴾

﴿ ويُترك ﴾ القتال وجوباً ﴿ لأُمور ﴾ :

﴿ أحدها : الأمان ﴾ وهو الكلام وما في حكمه الدالّ على سلامة الكافر نفساً ومالاً، إجابةً لسؤاله ذلك. ومحلّه : من يجب جهاده، وفاعله : البالغ العاقل المختار، وعقده : ما دلّ عليه من لفظٍ وكتابهٍ وإشارةٍ مفهومة .

ولا يشترط كونه من الإمام بل يجوز ﴿ ولو من آحاد المسلمين لآحاد الكفار ﴾ والمراد بالآحاد العدد اليسير، وهو هنا العشرة فما دون ﴿ أو من الإمام أو نائبه ﴾ عامّاً أو في الجهة التي أذم^(١) فيها ﴿ للبلد ﴾ وما هو أعمّ منه، وللآحاد بطريق أولى .

﴿ وشرطه ﴾ أي شرط جوازه ﴿ أن يكون قبل الأسر ﴾ إذا وقع من الآحاد، أمّا من الإمام فيجوز بعده، كما يجوز له المنّ عليه .

﴿ وعدم المفسدة ﴾ وقيل : وجود المصلحة^(٢) كاستمالة الكافر ليرغب في

(١) أذمّه أي أجاره وأذمّ له عليه : أخذ له الذمّة .

(٢) قاله العلامة في التذكرة ٩ : ٨٦ .

الإسلام، وترفيه^(١) الجند وترتيب أمورهم، وقتلتهم، ولينتقل الأمر منه إلى دخولنا دارهم فنطلع على عورتهم^(٢).

ولا يجوز مع المفسدة ﴿ كما لو آمن الجاسوس ، فإنه لا ينفذ ﴾ وكذا من فيه مضرة.

وحيث يختل شروط الصحة يرد الكافر إلى مأمنه، كما لو دخل بشبهة الأمان، مثل أن يسمع لفظاً فيعتقده أماناً، أو يصحب رفقة فيظنها كافية، أو يقال له: « لا ندّمك » فيتوهم الإثبات. ومثله الداخل بسفارة^(٣) أو ليسمع كلام الله^(٤).

﴿ وثانيهما : النزول على حكم الإمام أو من يختاره ﴾ الإمام. ولم يذكر شرائط المختار اتكالاً على عصمته المقتضية لاختيار^(٥) جامع الشرائط، وإنما يفترق إليها من لا يشترط في الإمام ذلك ﴿ فينفذ حكمه ﴾ كما أقر النبي ﷺ بني قريضة حين طلبوا النزول على حكم سعد بن معاذ، فحكم فيهم بقتل الرجال وسبي الذراري وغنيمة المال، فقال له النبي ﷺ: « لقد حكمت بما حكم الله تعالى به من فوق سبعة أرقعة »^(٦) وإنما ينفذ حكمه ﴿ ما لم يخالف الشرع ﴾ بأن يحكم

(١) في (ع) : ترفية، وفي (ف) : ترقية.

(٢) في (ر) : عوراتهم.

(٣) سفر بينهم... سفارة : أصلح.

(٤) كما في قوله تعالى : (وَإِنْ أَخَذَ مِنَ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّى يَسْمَعَ كَلَامَ اللَّهِ ثُمَّ أَبْلِغْهُ مَأْمَنَهُ ...) التوبة : ٦.

(٥) في (ر) : لاختياره.

(٦) بحار الأنوار ٢٠ : ٢٦٢.

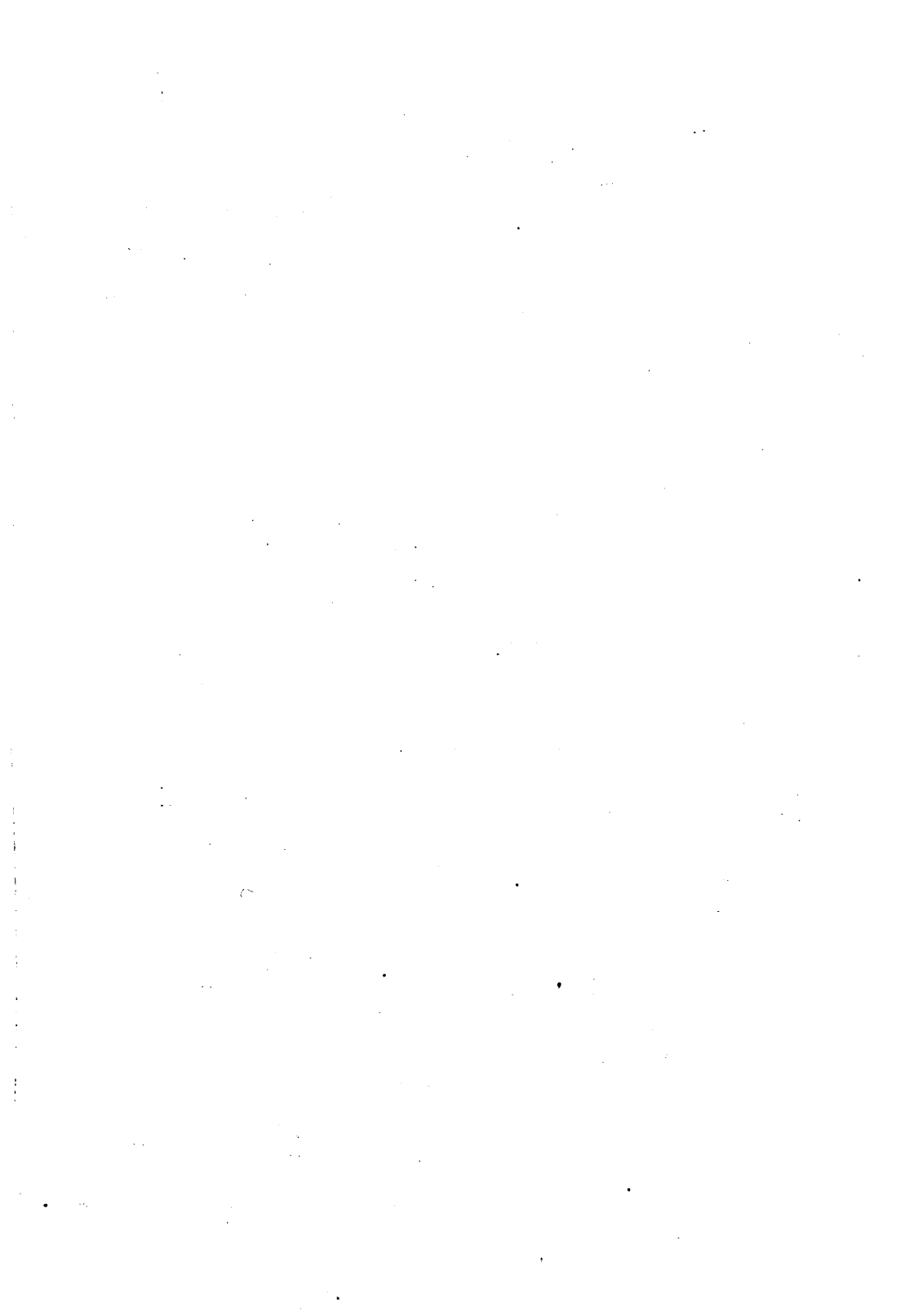
بما لا حظ فيه للمسلمين أو ما ينافي حكم الذمة لأهلها.

﴿ الثالث والرابع : الإسلام، وبذل الجزية ﴾ فمتى أسلم الكافر حرم قتاله مطلقاً، حتى لو كان بعد الأسر الموجب للتخيير بين قتله وغيره^(١) أو بعد تحكيم الحاكم عليه فحكم بعده بالقتل. ولو كان بعد حكم الحاكم بقتله وأخذ ماله وسبي ذراريه سقط القتل وبقي الباقي. وكذا إذا بذل الكتابي ومن في حكمه الجزية وما يعتبر معها من شرائط الذمة. ويمكن دخوله في الجزية؛ لأن عقدها لا يتم إلا به، فلا يتحقق بدونه.

﴿ الخامس : المهادنة ﴾ وهي المعاقدة من الإمام عليه السلام أو من نصبه لذلك مع من يجوز قتاله ﴿ على ترك الحرب مدة معينة ﴾ بعوض وغيره بحسب ما يراه الإمام قلة، و ﴿ أكثرها عشر سنين ﴾ فلا تجوز الزيادة عنها مطلقاً، كما يجوز أقل من أربعة أشهر إجماعاً، والمختار جواز ما بينهما على حسب المصلحة.

﴿ وهي جائزة مع المصلحة للمسلمين ﴾ لقتلهم، أو رجاء إسلامهم مع الصبر أو ما يحصل به الاستظهار. ثم مع الجواز قد تجب مع حاجة المسلمين إليها، وقد تباح لمجرد المصلحة التي لا تبلغ حد الحاجة، ولو انتفت انتفت الصحة.

(١) وهو قطع أيديهم وأرجلهم وتركهم حتى يموتوا، ولا ينافيه كون القطع أيضاً قتلاً، فإنّ التخيير بين نحوي القتل. وللسلطان العلماء عليهم السلام بيان آخر، راجع هامش (ر).



﴿ الفصل الثالث ﴾

﴿ في الغنيمة ﴾

وأصلها المال المكتسب، والمراد هنا ما أخذته الفئة المجاهدة على سبيل الغلبة، لا باختلاس وسرقة فإنه لآخذه، ولا بانجلاء أهله عنه بغير قتال فإنه للإمام. ﴿ وتملك النساء والأطفال بالسبي ﴾ وإن كانت الحرب قائمة. ﴿ والذكور البالغون يُقتلون حتماً إن أخذوا والحرب قائمة، إلا أن يسلموا ﴾ فيسقط قتلهم، ويتخير الإمام حينئذٍ بين: استرقاقهم، والمنّ عليهم، والفداء. وقيل: يتعين المنّ عليهم هنا؛ لعدم جواز استرقاقهم حال الكفر فمع الإسلام أولى^(١).

وفيه: أن عدم استرقاقهم حال الكفر إهانة ومصير إلى ما هو أعظم لإكرام، فلا يلزم مثله بعد الإسلام؛ ولأن الإسلام لا ينافي الاسترقاق. وحيث يجوز قتلهم يتخير الإمام تخيير شهوة بين ضرب رقابهم، وقطع أيديهم وأرجلهم وتركهم حتى يموتوا إن اتفق، وإلا أُجهز عليهم. ﴿ وإن أخذوا بعد أن وضعت الحرب أوزارها ﴾ أي أُنقأها من السلاح وغيره، وهو كناية عن تقضيها ﴿ لم يُقتلوا، ويتخير الإمام فيهم ﴾ تخيير نظرٍ

(١) قاله المحقق الكركي في حاشيته على الشرائع (مخطوط) الورقة: ٩٢.

ومصلحة ﴿ بين المنّ ﴾ عليهم ﴿ والفداء ﴾ لأنفسهم بما ل حسب ما يراه من المصلحة ﴿ والاسترقاق ﴾ حرباً كانوا أم كتابيين .

وحيث تُعتبر المصلحة لا يتحقق التخيير إلاّ مع اشتراك الثلاثة فيها على السواء، وإلاّ تعيّن الراجع، واحداً كان أم أكثر .

وحيث يختار الفداء أو الاسترقاق ﴿ فيدخل ذلك في الغنيمة ﴾ كما دخل من استرقّ ابتداءً فيها من النساء والأطفال .

﴿ ولو عجز الأسير ﴾ الذي يجوز للإمام قتله ﴿ عن المشي لم يجز قتله ﴾ لأنه لا يُدرى ما حكم الإمام فيه بالنسبة إلى نوع القتل؛ ولأنّ قتله إلى الإمام وإن كان مباح الدم في الجملة، كالزاني المُحصن . وحينئذٍ فإن أمكن حَمَلَه، وإلاّ ترك؛ للخبر^(١) ولو بدر مسلم فقتله فلا قصاص ولا دية ولا كفّارة، وإن أثم، وكذا لو قتله من غير عجز .

﴿ ويعتبر البلوغ بالإنبات ﴾ لتعذّر العلم بغيره من العلامات غالباً، وإلاّ فلو اتّفق العلم به بها كفى، وكذا يقبل إقراره بالاحتلام بغيره . ولو ادّعى الأسير استعجال إنباته بالدواء فالأقرب القبول؛ للشبهة الدارئة للقتل .

﴿ وما لا ينقل و ﴾ لا ﴿ يُحوّل ﴾ من أموال المشركين، كالأرض والمساكن والشجر ﴿ لجميع المسلمين ﴾ سواء في ذلك المجاهدون وغيرهم .
﴿ والمنقول^(٢) ﴾ منها ﴿ بعد الجعائل ﴾ التي يجعلها الإمام للمصالح، كالدليل على طريق أو عورة وما يلحق الغنيمة من مؤونة حفظ ونقل وغيرهما .
﴿ والرّضخ ﴾ والمراد به هنا العطاء الذي لا يبلغ سهم من يُعطاه لو كان

(١) الوسائل ١١ : ٥٣ ، الباب ٢٣ من أبواب جهاد العدو ، الحديث ٢ .

(٢) يأتي خبره بقوله : يُقسّم .

مستحقاً للسهم، كالمراة والخنثى والعبد والكافر إذا عاونوا، فإنَّ الإمام عليه السلام يعطيهم من الغنيمة بحسب ما يراه من المصلحة بحسب حالهم.

﴿ والخمس ﴾ ومقتضى الترتيب الذكري أنَّ الرضخ مقدّم عليه، وهو أحد الأقوال في المسألة^(١) والأقوى أنَّ الخمس بعد الجعائل وقبل الرضخ، وهو اختياره في الدروس^(٢) وعطفه هنا بالواو لا ينافيه، بناءً على أنَّها لا تدلُّ على الترتيب.

﴿ والنفل ﴾ بالتحريك، وأصله الزيادة، والمراد هنا زيادة الإمام لبعض الغانمين على نصيبه شيئاً من الغنيمة لمصلحة، كدلالة وإمارة وسريّة وتهجّم على قرن أو حصن وتجسّس حال، وغيرها ممّا فيه نكاية الكفّار.

﴿ وما يصطفيه الإمام ﴾ لنفسه من فرس فاره وجارية وسيف، ونحوها بحسب ما يختار، والتقيد بعدم الإجحاف ساقط عندنا. وبقي عليه تقديم السلب المشروط للقاتل، وهو ثياب القتيل والخفّ، وآلات الحرب كدرع وسلاح ومركوب وسرج ولجام وسوار ومنطقة وخاتم ونفقة معه وجنيبة^(٣) تقاد معه، لا حقيبة مشدودة على الفرس بما فيها من الامتعة والدراهم.

فإذا أخرج جميع ذلك ﴿ يُقسّم ﴾ الفاضل ﴿ بين المقاتلة ومن حضر ﴾

(١) قال الفاضل السيوري: قيل إخراج الخمس قبل هذه المذكورات من أصل الغنيمة وهو قول الشيخ في الخلاف، وقيل بعد هذه، وبه قال في المبسوط، وهو الوجه، التنقيح الرائع ١ : ٥٨٤. لكنّ الموجود في الخلاف خلاف ما نسبه إليه، راجع الخلاف ٤ : ١٩٨، والمبسوط ٢ : ٧٠.

(٢) الدروس ٢ : ٣٥.

(٣) الجنيبة: الدابة، وجنبت الدابة، أي تقودها إلى جنبك.

القتال ليقَاتِل وإن لم يقاتِل ﴿ حَتَّى الطِفْلِ ﴾ الذكر من أولاد المقاتلين، دون غيرهم ممَّن حضر لصنعة أو حرفة، كالبيطار والبقال والسائس والحافظ إذا لم يقاتلوا ﴿ المولود بعد الحيَازة وقبل القسمة، وكذا المدد الواصل إليهم ﴾ ليقَاتِل معهم فلم يدرك القتال ﴿ حينئذٍ ﴾ أي حين إذ يكون وصوله بعد الحيَازة قبل القسمة.

﴿ للفارس سهمان ﴾ في المشهور، وقيل: ثلاثة^(١) ﴿ وللراجل ﴾ وهو من ليس له فرس سواء كان راجلاً أم راكباً غير الفرس ﴿ سهم، ولذي الأفراس ﴾ وإن كثرت ﴿ ثلاثة ﴾ أسهم ﴿ ولو قاتلوا في السفن ﴾ ولم يحتاجوا إلى أفراسهم، لصدق الاسم. وحصول الكلفة عليهم بها.

﴿ ولا يُسهم للمخدِّل ﴾ وهو الذي يُجَبِّن عن القتال ويُخَوِّف عن لقاء الأبطال ولو بالشبهات الواضحة والقرائن اللائحة، فإنَّ مثل ذلك ينبغي إلقاؤه إلى الإمام أو الأمير إن كان فيه صلاح، لا إظهاره على الناس.

﴿ و ﴾ لا ﴿ المرجف ﴾ وهو الذي يذكر قوَّة المشركين وكثرتهم بحيث يُوَدِّي إلى الخذلان، والظاهر أنَّه أخصَّ من المخدِّل. وإذا لم يُسهم له فأولى أن لا يُسهم لفرسه.

﴿ ولا للقمح ﴾ بفتح القاف وسكون الحاء، وهو الكبير الهرم ﴿ والصرع ﴾ بفتح الضاد المعجمة والراء، وهو الصغير الذي لا يصلح للركوب، أو الضعيف

(١) حكاها العلامة عن ابن الجنيدي في المختلف ٤ : ٤٠٥، ونسبه في التنقيح الرائع (١ : ٥٨٥)

إلى المرتضى أيضاً.

(*) في (ق) : لذوي الأفراس.

﴿ وَالْحَطِيم ﴾ بفتح الحاء وكسر الطاء، وهو الذي ينكس من الهُزال^(١).
﴿ وَالرَّازِح ﴾ بالراء المهملة ثم الزاء بعد الألف ثم الحاء المهملة، قال الجوهرى:
هو الهالك هُزالاً^(٢) وفي مجمل ابن فارس: رَزَحَ: أَعْيَى^(٣) والمراد هنا الذي
لا يقوى بصاحبه على القتال، لهُزال على الأوّل، أو إعياء على الثاني، الكائن في
الأربعة ﴿ من الخيل ﴾.

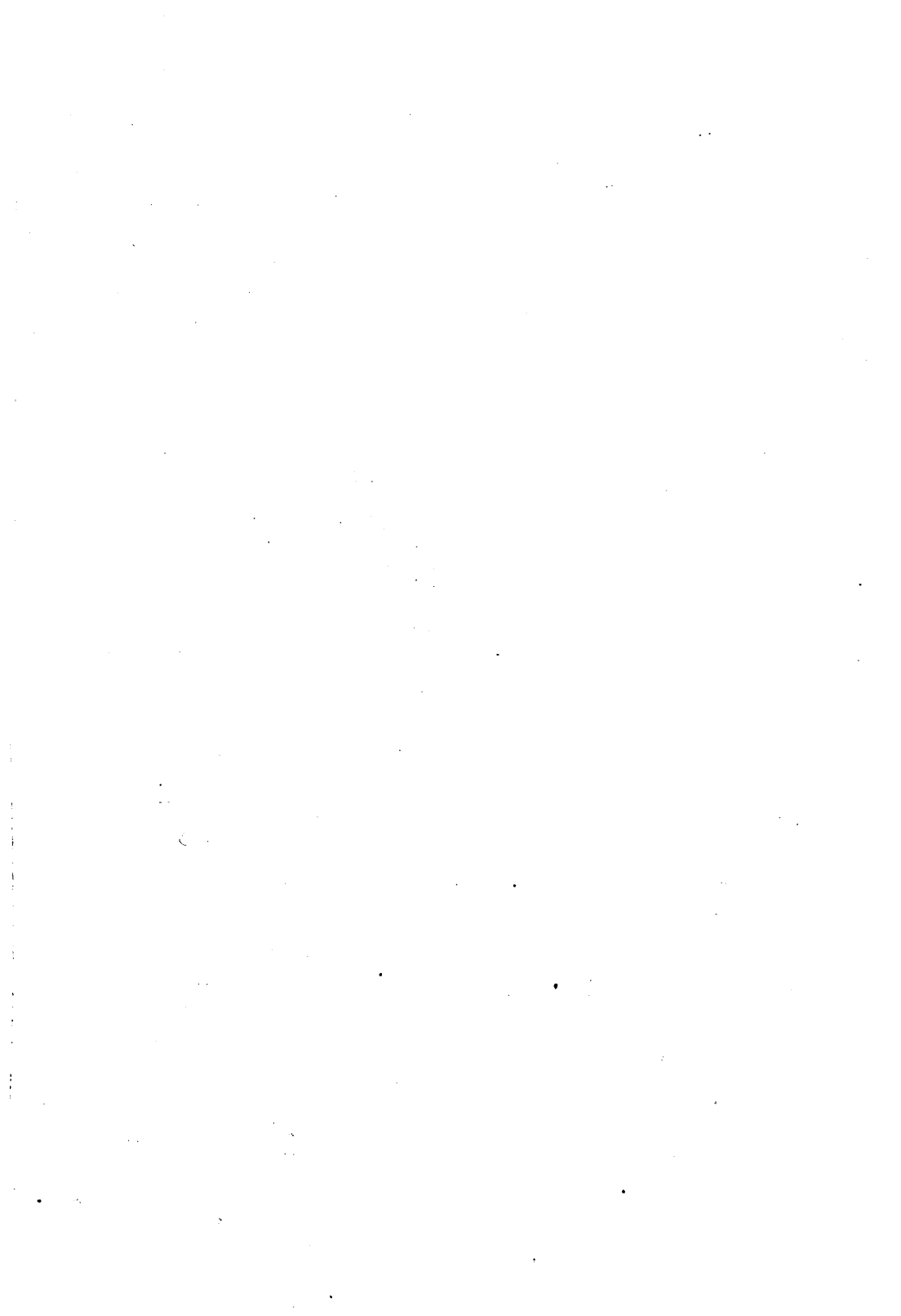
وقيل: يُسهم للجميع^(٤) لصدق الاسم. وليس ببعيد.

(١) وفي لسان العرب، (حطم) نقلاً عن الأزهري: فرس حطيم: إذا هُزِلَ وأسنّ فضعف.

(٢) الصحاح ١: ٣٦٥ (رزح).

(٣) مجمل اللغة: (رزح).

(٤) قاله الشيخ في المبسوط ٢: ٧١، والحلي في السرائر ٢: ١٠.



﴿ الفصل الرابع ﴾

﴿ في أحكام البغاة ﴾

﴿ مَنْ * خرج على المعصوم من الأئمة عليهم السلام فهو باغ ﴾ واحداً كان،
كابن ملجم - لعنه الله - أو أكثر، كأهل الجمل وصفين ﴿ يجب قتاله ﴾ إذا ندب إليه
الإمام ﴿ حتى يفيء ﴾ أي يرجع إلى طاعة الإمام ﴿ أو يُقتل ﴾ وقاتله ﴿ كقتال
الكفار ﴾ في وجوبه على الكفاية، ووجوب الثبات له، وباقي الأحكام السالفة .
﴿ فذو الفئدة ﴾ كأصحاب الجمل ومعاوية ﴿ يُجهز على جريحهم ويُتبع
مُدبرهم ويُقتل أسيرهم ﴾ .

﴿ وغيرهم ﴾ كالخوارج ﴿ يُفَرِّقون ﴾ من غير أن يُتبع لهم مُدبر أو يُقتل
لهم أسير أو يُجهز على جريح . ولا تُسبى نساء الفريقين ولا ذراريهم في المشهور،
ولا تُملك أموالهم التي لم يحوها العسكر إجماعاً وإن كانت ممّا يُنقل ويُحوّل،
ولما حواه العسكر إذا رجعوا إلى طاعة الإمام، وإتّما الخلاف في قسمة أموالهم
التي حواها العسكر مع إصرارهم ﴿ والأصحّ عدم قسمة أموالهم مطلقاً ﴾ عملاً
بسيرة عليّ عليه السلام في أهل البصرة، فإنّه أمر بردّ أموالهم، فأخذت حتى القدر كفاها
صاحبها لَمّا عرفها ولم يصبر على أربابها^(١) .

(*) في (س) و (ق) : ومن .

(١) راجع المبسوط ٧ : ٢٦٦ ، والمغني لابن قدامة ٨ : ١١٥ .

والأكثر - ومنهم المصنّف في خمس الدروس^(١) - على قسمته كقسمة الغنيمة عملاً بسيرة عليّ عليه السلام المذكورة، فإنّه قسّمها أولاً بين المقاتلين ثمّ أمر بردها^(٢) ولولا جوازه لما فعله أولاً.

وظاهر الحال وفحوى الأخبار أنّ ردّها على طريق المنّ^(٣) لا الاستحقاق، كما منّ النبي صلى الله عليه وآله على كثير من المشركين، بل ذهب بعض الأصحاب إلى جواز استرقاقهم^(٤) لمفهوم قوله: «مننت على أهل البصرة كما منّ النبي صلى الله عليه وآله على أهل مكة»^(٥) وقد كان له صلى الله عليه وآله أن يسبي، فكذا الإمام، وهو شاذّ.

(١) الدروس ١ : ٢٥٨.

(٢) أمّا مستند الردّ فقد تقدّم، وأمّا مستند تقسيمه عليه السلام فهو : ما روي أنّ رجلاً من عبد القيس قام يوم الجمل فقال : « يا أمير المؤمنين ما عدلت حين تقسّم بيننا أموالهم ولا تقسّم بيننا نساءهم... » المختلف ٤ : ٤٥١.

(٣) راجع الوسائل ١١ : ٥٧، الباب ٢٥ من أبواب جهاد العدو.

(٤) نقله ابن أبي عقيل عن بعض الشيعة، راجع المختلف ٤ : ٤٥٣.

(٥) الاحتجاج للطبرسي ١ : ٤٤٥.

﴿ الفصل الخامس ﴾

﴿ في الأمر بالمعروف ﴾ وهو الحمل على الطاعة قولاً أو فعلاً.

﴿ والنهي عن المنكر ﴾ وهو المنع من فعل المعاصي قولاً أو فعلاً.

﴿ وهما واجبان عقلاً ﴾ في أصحّ القولين^(١) ﴿ ونقلاً ﴾ إجماعاً.

أما الأوّل: فلاّنهما لطف وهو واجب على مقتضى قواعد العدل، ولا يلزم من ذلك وجوبهما على الله تعالى اللّازم منه خلاف الواقع إن قام به، أو الإخلال بحكمته تعالى إن لم يقم، لاستلزام القيام به على هذا الوجه الإلجاء الممتنع في التكليف. ويجوز اختلاف الواجب باختلاف محالّه، خصوصاً مع ظهور المانع، فيكون الواجب في حقّه تعالى الإنذار والتخويف بالمخالفة لئلاّ يبطل التكليف، وقد فعل.

وأما الثاني: فكثير في الكتاب والسنة، كقوله تعالى: (وَلْتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ

(١) قوَى الشيخ رحمه الله القول بوجوبهما عقلاً في الاقتصاد: ٢٣٧، واختاره العلامة في المختلف

٤: ٤٥٦، وفصل ابن إدريس في السرائر ٢: ٢١ - ٢٢ وقال بوجوبهما عقلاً فيما إذا وقعا

على وجه المدافعة وإلاّ فلا. والقول الآخر بوجوبهما سمعاً، وبه قال السيّد المرتضى

وأبو الصلاح والأكثر، كما في المختلف ٤: ٤٥٦.

يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ... (١) وقوله ﷺ :
 «لتأمرن بالمعروف ولتنهين عن المنكر، أو ليسلطن الله شراركم على خياركم
 فيدعوا خياركم فلا يستجاب لهم» (٢) ومن طرق أهل البيت عليه السلام فيه ما يقصم
 الظهور، فليقف عليه من أرادته في الكافي (٣) وغيره (٤).

ووجوبهما ﴿على الكفاية﴾ في أجود القولين (٥) للآية السابقة، ولأنَّ
 الغرض شرعاً وقوع المعروف وارتفاع المنكر من غير اعتبار مباشر معين،
 فإذا حصل ارتفع، وهو معنى الكفاية. والاستدلال على كونه عينياً بالعمومات
 غير كافٍ؛ للتوفيق (٦)، ولأنَّ الواجب الكفائي يخاطب به جميع المكلفين كالعيني
 وإنما يسقط عن البعض بقيام البعض، فجاز خطاب الجميع به. ولا شبهة على
 القولين في سقوط الوجوب بعد حصول المطلوب؛ لفقد شرطه الذي منه إصرار
 العاصي، وإنما تختلف فائدة القولين في وجوب قيام الكلِّ به قبل حصول الغرض
 وإن قام به من فيه الكفاية وعدمه.

﴿ويستحبُّ الأمر بالمندوب والنهي عن المكروه﴾ ولا يدخلان في

(١) آل عمران : ١٠٤ .

(٢) بحار الأنوار ٩٣ : ٣٧٨ ، الحديث ٢١ .

(٣) راجع الكافي ٥ : ٥٥ - ٦٠ .

(٤) راجع الوسائل ١١ : ٣٩٣ - ٣٩٩ ، الباب الأوّل من أبواب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر .

(٥) القول بوجوبهما كفاية هو للسيد المرتضى على ما حكى عنه العلامة في المختلف ٤ :

٤٥٧ ، وأبو الصلاح الحلبي في الكافي : ٢٦٧ ، والعلامة في المختلف ٤ : ٤٥٧ وغيرهم ،

وأما القول الآخر فهو أنّهما من فروض الأعيان ، كما قاله ابن حمزة في الوسيلة : ٢٠٧ ،

وقوّاه الشيخ في الاقتصاد : ٢٣٧ .

(٦) أي الجمع بين الأدلّة .

الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر؛ لأنَّهما واجبان في الجملة إجماعاً، وهذان غير واجبين، فلذا أفردهما عنهما، وإن أمكن تكلف دخول المندوب في المعروف؛ لكونه الفعل الحسن المشتمل على وصف زائد على حسنه من غير اعتبار المنع من النقيض. أمَّا النهي عن المكروه فلا يدخل في أحدهما، أمَّا المعروف فظاهر، وأمَّا المنكر فلأنَّه الفعل القبيح الذي عرف فاعله قبحه أو دُلَّ عليه، والمكروه ليس بقبيح.

﴿ وإنما يجبان مع علم ﴾ الأمر والنهي ﴿ المعروف والمنكر ﴾ شرعاً لتلا يأمر بمنكر أو ينهي عن معروف، والمراد، العلم هنا بالمعنى الأعم^(١) ليشمل الدليل الظني المنصوب عليه شرعاً.

﴿ وإصرار الفاعل أو التارك ﴾ فلو علم منه الإقلاع والندم سقط الوجوب، بل حرم. واكتفى المصنّف في الدروس^(٢) وجماعة^(٣) في السقوط بظهور أمانة الندم.

﴿ والأمن من الضرر ﴾ على المباشر أو على بعض المؤمنين نفساً أو ماله أو عرضاً، فبدونه يحرم أيضاً على الأقوى.

﴿ وتجويز التأثير ﴾ بأن لا يكون التأثير عنده ممتنعاً، بل ممكناً بحسب ما يظهر له من حاله. وهذا يقتضي الوجوب ما لم يعلم عدم التأثير وإن ظنَّ عدمه؛ لأنَّ التجويز قائم مع الظنّ. وهو حسن؛ إذ لا يترتب على فعله ضرر، فإن نجح، وإلا فقد أدّى فرضه؛ إذ الفرض انتفاء الضرر.

(١) في (ر): والمراد بالعلم هنا المعنى الأعم.

(٢) الدروس ٢ : ٤٧.

(٣) مثل المحقّق في الشرائع ١ : ٣٤٢، والعلامة في التحرير ٢ : ٢٤١.

واكتفى بعض الأصحاب في سقوطه بظنّ العدم^(١) وليس بجيّد. وهذا بخلاف الشرط السابق، فإنه يكفي في سقوطه ظنّه؛ لأنّ الضرر المسوّغ للتحرّز منه يكفي فيه ظنّه. ومع ذلك فالمرتفع مع فقد هذا الشرط الوجوب دون الجواز، بخلاف السابق.

﴿ ثمّ يتدرّج ﴾ المباشر ﴿ في الإنكار ﴾ فيبتدئ ﴿ بإظهار الكراهة ﴾ والإعراض عن المرتكب متدرّجاً فيه أيضاً، فإنّ مراتبه كثيرة ﴿ ثمّ القول اللين ﴾ إن لم ينبج الإعراض ﴿ ثمّ الغليظ ﴾ إن لم يؤثّر اللين متدرّجاً في الغليظ أيضاً ﴿ ثمّ الضرب ﴾ إن لم يؤثّر الكلام الغليظ مطلقاً. ويتدرّج في الضرب أيضاً على حسب ما تقتضيه المصلحة ويناسب مقام الفعل، بحيث يكون الغرض تحصيل الغرض.

﴿ وفي ﴾ التدرّج إلى ﴿ الجرح والقتل ﴾ حيث لا يؤثّر الضرب ولا غيره من المراتب ﴿ قولان ﴾: أحدهما الجواز، ذهب إليه المرتضى^(٢) وتبعه العلامة في كثير من كتبه^(٣) لعموم الأوامر أو إطلاقها. وهو يتمّ في الجرح دون القتل، لفوات معنى الأمر والنهي معه؛ إذ الغرض ارتكاب المأمور وترك المنهيّ، وشرطه تجويز التأثير، وهما منتفیان معه. واستقرب في الدروس تفويضهما إلى الإمام^(٤) وهو حسن في القتل خاصّة.

﴿ ويجب الإنكار بالقلب ﴾ وهو أن يُوجَد فيه إرادة المعروف وكراهة

(١) كالمحقّق في الشرائع ١: ٣٤٢.

(٢) كما حكاه عنه الشيخ في الاقتصاد ٢٤١.

(٣) المختلف ٤: ٤٦١، التحرير ٢: ٢٤١، والمنتهى ٢: ٩٩٣-٩٩٤.

(٤) الدروس ٢: ٤٧.

المنكر ﴿ على كلِّ حال ﴾ سواء اجتمعت الشرائط أم لا، وسواء أمر أو نهى بغيره من المراتب أم لا؛ لأنَّ الإنكار القلبي بهذا المعنى من مقتضى الإيمان ولا تلحقه مفسدة، ومع ذلك لا يدخل في قسمي الأمر والنهي، وإِنَّمَا هو حكم يختصُّ^(١) بمن أطلع على ما يخالف الشرع بإيجاد الواجب عليه من الاعتقاد في ذلك. وقد تجوَّز كثير من الأصحاب في جعلهم هذا القسم من مراتب الأمر والنهي^(٢).

﴿ ويجوز للفقهاء حال الغيبة إقامة الحدود مع الأمن ﴾ من الضرر على أنفسهم وغيرهم من المؤمنين.

﴿ و ﴾ كذا يجوز لهم ﴿ الحكم بين الناس ﴾ وإثبات الحقوق بالبيِّنة واليمين وغيرهما ﴿ مع اتِّصافهم بصفات المفتي، وهي الإيمان والعدالة ومعرفة الأحكام ﴾ الشرعيَّة الفرعيَّة ﴿ بالدليل ﴾ التفصيلي ﴿ والقدرة على ردِّ الفروع ﴾ من الأحكام ﴿ إلى الأصول ﴾ والقواعد الكلِّية التي هي أدلَّة الأحكام. ومعرفة الحكم بالدليل يعني عن هذا لاستلزامه له، وذكره تأكيد.

والمراد بالأحكام العموم، بمعنى التهيؤ لمعرفة بالليل إن لم نجوِّز تجزِّي الاجتهاد، أو الأحكام المتعلقة بما يحتاج إليه من الفتوى والحكم إن جَوَّزناه. ومذهب المصنِّف جوازه^(٣) وهو قويٌّ.

﴿ ويجب ﴾ على الناس ﴿ الترافع إليهم ﴾ في ما يحتاجون إليه من الأحكام فيعصي مؤثر المخالف ويفسق، ويجب عليهم أيضاً ذلك^(٤) مع الأمن

(١) في (ش) و (ع): مختصٌّ.

(٢) منهم الشيخ في النهاية: ٢٩٩، والمحقق في الشرائع ١: ٣٤٣، والعلامة في التحرير ٢٤١: ٢.

(٣) الدروس ٢: ٦٦.

(٤) يعني يجب على الفقهاء أيضاً قبول الترافع والحكم بينهم.

﴿ ويأثم الراذّ عليهم ﴾ لأنّه كالردّ على نبيهم ﷺ وأئمتهم عليهم الصلاة والسلام وعلى الله تعالى، وهو على حدّ الكفر بالله على ما رود في الخبر^(١).

وقد فهم من تجويز ذلك للفقهاء المستدلّين عدمُ جوازه لغيرهم من المقلّدين، وبهذا المفهوم صرّح المصنّف^(٢) وغيره^(٣) قاطعين به من غير نقل خلاف في ذلك، سواء قلّد حيّاً أو ميتاً. نعم، يجوز لمقلّد الفقيه الحيّ نقل الأحكام إلى غيره، وذلك لا يُعدّ إفتاءً. أمّا الحكم فيمتنع مطلقاً^(٤) للإجماع على اشتراط أهليّة الفتوى في الحاكم حال حضور الإمام وغيبته.

﴿ ويجوز للزوج إقامة الحدّ على زوجته ﴾ دواماً ومتعة مدخولاً بها وغيره، حرّين أو عبيدين أو بالتفريق ﴿ والوالد على ولده ﴾ وإن نزل ﴿ والسيد على عبده ﴾ بل رقيقه مطلقاً فيجتمع على الأمة ذات الأب المزوجة ولاية الثلاثة، سواء في ذلك الجلد والرجم والقطع. كلّ ذلك مع العلم بموجبه مشاهدة أو إقراراً من أهله، لا بالبيّنة، فإنّها من وظائف الحاكم. وقيل: يكفي كونها ممّا يثبت بها ذلك عند الحاكم^(٥).

وهذا الحكم في المولى مشهور بين الأصحاب لم يخالف فيه إلاّ الشاذ^(٦)

(١) الوسائل ١٨ : ٩٩، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي، الحديث الأوّل، وفيه : وهو على حدّ الشرك بالله.

(٢) الدروس ٢ : ٦٥.

(٣) كالمحقّق في الشرائع ٤ : ٦٧، والعلامة في القواعد ٣ : ٤٢١.

(٤) سواء أسنده إلى نفسه أو إلى غيره.

(٥) لم نظفر بقائله.

(٦) المخالف هو سلّار في المراسم : ٢٦٤.

كتاب الجهاد / الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ٣٩

وأما الآخرا فذكره^(١) الشيخ^(٢) وتبعه جماعة منهم المصنّف^(٣) ودليله غير واضح، وأصالة المنع تقتضي عدم. نعم، لو كان المتولّي فقيهاً فلا شبهة في الجواز، ويظهر من المختلف أنّ موضع النزاع معه لا بدونه^(٤).

﴿ ولو اضطّره السلطان إلى إقامة حدٍّ أو قصاص ظلماً، أو ﴾ اضطّره
﴿ لحكمٍ ﴾ مخالف للمشروع ﴿ جاز ﴾ لمكان الضرورة ﴿ إلا القتل، فلا تقيّة
فيه ﴾ ويدخل في الجواز الجرح؛ لأنّ المرويّ أنّه لا تقيّة في قتل النفوس^(٥)
فهو خارج. وأحقه الشيخ بالقتل مدّعياً أنّه لا تقيّة في الدماء^(٦) وفيه نظر.

(١) كذا في النسخ، والمناسب: فذكرهما.

(٢) النهاية: ٣٠١.

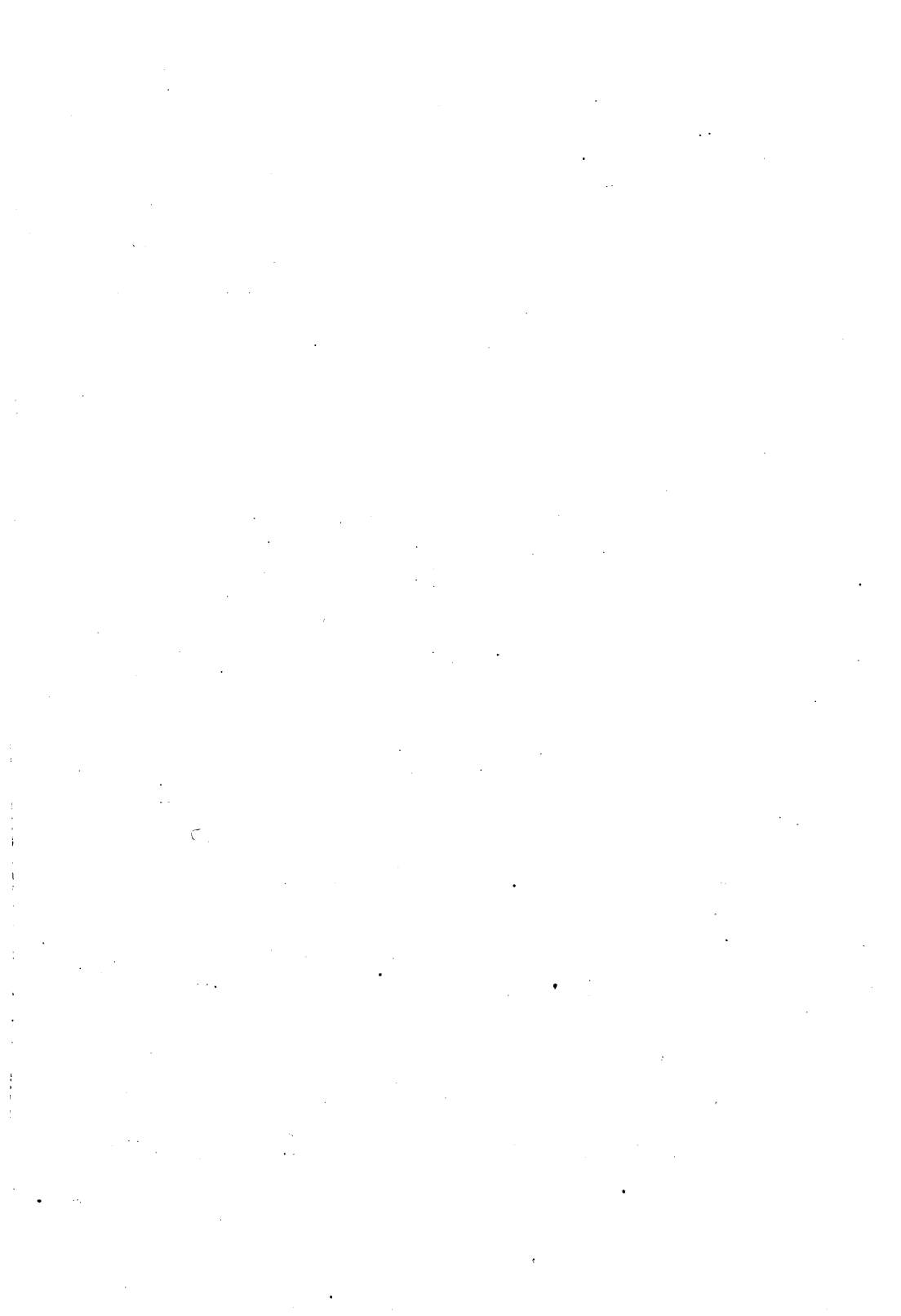
(٣) هنا وفي الدروس ٢: ٤٨، ومنهم ابن البرّاج في المهذب ١: ٣٤٢.

(٤) أنظر المختلف ٤: ٤٦٢.

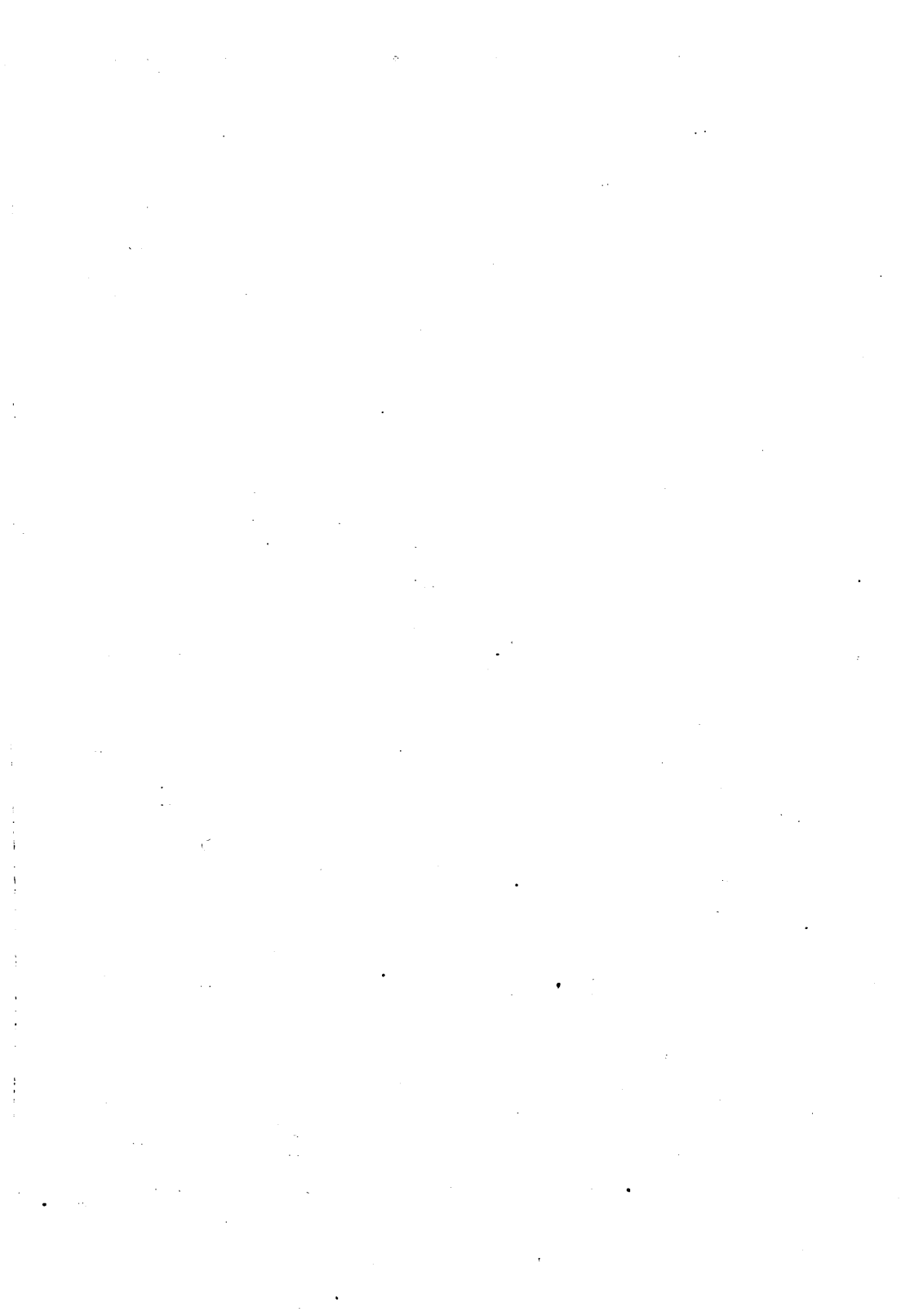
(*) في (ق) و (س): الحكم.

(٥) الوسائل ١١: ٤٨٣، الباب ٣١ من أبواب الأمر والنهي، الحديث ١ و ٢.

(٦) لم نعر عليه في كتب الشيخ.



كتاب الفوائد



﴿ كتاب الكفّارات ﴾

﴿ الكفّارات ﴾ وهي تنقسم إلى معيّنة كبعض كفّارات الحجّ - ولم يذكرها هنا اكتفاءً بما سبق - وإلى مرتّبة، ومخيّرة، وما جمعت الوصفين، وكفّارة جمع.

﴿ والمرتبّة ﴾ ثلاث: ﴿ كفّارة الظهر، وقتل الخطأ - وخصالها^(١) ﴾ المرتبّة ﴿ خصال كفّارة الإفطار في ﴾ شهر ﴿ رمضان : العتق ﴾ أوّلاً ﴿ فالشهران ﴾ مع تعذّر العتق ﴿ فالستون ﴾ أي إطعام الستين لو تعذّر الصيام - ﴿ و ﴾ الثالثة ﴿ كفّارة من أفطر في قضاء ﴾ شهر ﴿ رمضان بعد الزوال، وهي : إطعام عشرة مساكين، ثم صيام ثلاثة أيّام ﴾ مع العجز عن الإطعام.

﴿ والمخيّرة : كفّارة شهر رمضان ﴾ في أجود القولين^(٢) ﴿ و ﴾ كفّارة ﴿ خُلف النذر والعهد ﴾ إن جعلناهما ككفّارة رمضان، كما هو أصحّ الأقوال رواية^(٣).

(١) في (ر) : خصالهما.

(٢) هذا هو المشهور، ويقابله قول ابن عقيل بالتعيين، راجع المختلف ٣ : ٤٣٨.

(٣) في المسالك ١٠ : ١٧ : اختلف الأصحاب في كفّارة خلف النذر على أقوال :

أحدها : أنّها كفّارة رمضان مطلقاً، ذهب إليه الشيخان، وأتباعهما والمصنّف والعلامة في

﴿ وفي كفارة جزاء الصيد ﴾ وهو الثلاث الأولى من الثلاثة الأولى^(١) ممّا ذكر في الكفّارات، لا مطلق جزائه ﴿ خلاف ﴾ في أنّه مرتّب أو مخيّر. والمصنّف اختار فيما سبق الترتيب^(٢) وهو أقوى. ومبنى الخلاف على دلالة ظاهر الآية^(٣) العاطفة للخصال بـ«أو» الدالّة على التخيير، ودلالة الخبر على أنّ ما في القرآن بـ«أو» فهو على التخيير^(٤) وعلى ما روي نصّاً من أنّها على الترتيب^(٥) وهو مقدّم. ﴿ و ﴾ التي جمعت الوصفين ﴿ كفارة اليمين ﴾ وهي ﴿ إطعام عشرة مساكين، أو كسوتهم، أو تحرير رقبة ﴾ مخيّر بين الثلاث ﴿ فإن عجز فصيام ثلاثة أيّام ﴾.

﴿ وكفارة الجمع لقتل المؤمن عمداً ظلماً، وهي عتق رقبة وصيام شهرين ﴾ متتابعين ﴿ وإطعام ستين مسكيناً ﴾ وقد تقدّم أنّ الإفطار في شهر

المختلف وأكثر المتأخّرين؛ لصحيحة عبد الملك بن عمرو... وثانيها: أنّها كفارة يمين مطلقاً، ذهب إليه الصدوق والمصنّف [صاحب الشرائع] في النافع؛ لحسنة الحلبي... ثالثها: التفصيل، فإن كان النذر لصوم فأفطره فكفارة رمضان، وإن كان لغير ذلك فكفارة يمين، ذهب إلى ذلك المرتضى وابن إدريس والعلامة في غير المختلف.

(١) كذا في (ع) التي قوبلت مع نسخة المؤلف ﷺ، وفي (ش) و (ر): «الثلاث الأولى من الثلاثة الأولى» وفي (ف): «الثلاث الأولى من الثلاثة الأولى» والمراد من الثلاث الأولى: البدنة والفضّ والصيام، والبقرة والفضّ والصيام، والشاة والفضّ والصيام. والمراد من الثلاثة الأولى: النعامة، والبقرة ومثله، والطبي ومثله. راجع هامش (ر).

(٢) سبق في كتاب الحجّ، الجزء الأول: ٥٥٥.

(٣) المائة: ٩٥.

(٤) الوسائل ٩: ٢٩٥، الباب ١٤ من أبواب بقيّة الكفّارات، الحديث الأوّل.

(٥) راجع الوسائل ٩: ١٨٣، الباب ٢ من أبواب كفّارات الصيد.

رمضان على محرّم مطلقاً يوجبها أيضاً^(١) فهذه جملة الأقسام .
 وبقي هنا أنواع اختلف في كفّارتها^(٢) أتبعها بها، فقال: ﴿ والحالف بالبراءة
 من الله تعالى ورسوله صلّى الله عليه وآله والأئمّة عليهم السلام ﴾ على الاجتماع
 والانفراد ﴿ يأثم ﴾ صادقاً كان أم كاذباً، وفي الخبر: أنه يبرأ بذلك منهم صادقاً
 وكاذباً^(٣) واختلف في وجوب الكفّارة به مطلقاً أو مع الحنث فنقل المصنّف هنا
 قولين من غير ترجيح، وكذا في الدروس^(٤) ﴿ و ﴾ هو أنّه ﴿ يكفّر كفارة ظهار*
 فإن عجز فكفّارة يمين على قول ﴾ الشيخ في النهاية^(٥) وجماعة^(٦) ولم نقف على
 مستنده، وظاهرهم وجوب ذلك مع الحنث وعدمه ومع الصدق والكذب .
 ﴿ وفي توقيع العسكري عليه السلام ﴾ إلى محمّد بن الحسن الصفّار الذي
 رواه محمّد بن يحيى في الصحيح أنّه مع الحنث ﴿ يطعم عشرة مساكين ﴾ لكلّ
 مسكين مدّ ﴿ ويستغفر الله تعالى ﴾^(٧) والعمل بمضمونها حسن؛ لعدم المعارض
 مع صحّة الرواية. وكونها مكاتبة ونادرة لا يقدر مع ما ذكرناه. وهو اختيار العلامة
 في المختلف^(٨).

(١) تقدّم في كتاب الصوم، الجزء الأوّل : ٤٠٨ .

(٢) في (ر) : كفّاراتها .

(٣) الوسائل ١٦ : ١٢٦ ، الباب ٧ من أبواب الأيمان ، الحديث ٢ و ٤ .

(٤) الدروس ٢ : ١٦٣ .

(*) في (س) : الظهار ، وهكذا في (ع) من نسخ الشرح .

(٥) النهاية : ٥٧٠ .

(٦) منهم القاضي في المهذب ٢ : ٤٢١ ، ولم نقف على غيره .

(٧) الوسائل ١٦ : ١٢٦ ، الباب ٧ من أبواب الأيمان ، الحديث ٣ .

(٨) المختلف ٨ : ١٤١ .

وذهب جماعة إلى عدم وجوب كفّارة مطلقاً^(١) لعدم انعقاد اليمين؛ إذ لا حلف إلا بالله تعالى. واتفق الجميع على تحريمه مطلقاً.

﴿ وفي جزّ المرأة شعرها في المصاب كفّارةٌ ظهار ﴾ على ما اختاره هنا وقبله العلامة في بعض كتبه^(٢) وابن إدريس^(٣) ولم نقف على المأخذ. ﴿ وقيل ﴾ : كبيرة^(٤) ﴿ مخيّرة ﴾ ذهب إليه الشيخ في النهاية^(٥) استناداً إلى رواية ضعيفة^(٦). وفي الدروس نسب القول الثاني إلى الشيخ ولم يذكر الأوّل^(٧).

والأقوى عدم الكفّارة مطلقاً؛ لأصالة البراءة. نعم يستحبّ لصلاحيّة الرواية لأدلة السنن. ولا فرق في المصاب بين القريب وغيره؛ للإطلاق.

وهل يُفرّق بين الكلّ والبعض؟ ظاهر الرواية اعتبار الكلّ؛ لإفادة الجمع المعرّف أو المضاف^(٨) العموم. واستقرب في الدروس عدم الفرق^(٩) لصدق « جزّ

(١) منهم الشيخ في المبسوط ٦ : ١٩٤، وابن إدريس في السرائر ٣ : ٤٠، والعلامة في القواعد ٣ : ٢٩٧.

(٢) لم نقف عليه.

(٣) السرائر ٣ : ٧٨، قال : « عليها كفّارة قتل الخطأ » وقد ساوى بين كفّارة الظهار وكفّارة قتل الخطأ في الصفحة : ٦٩.

(٤) يعني كفّارة قتل الخطأ.

(٥) النهاية : ٥٧٣.

(٦) الوسائل ١٥ : ٥٨٣، الباب ٣١ من أبواب الكفّارات، وفيه حديث واحد. ولعلّ ضعفه بخالد بن يزيد. راجع المسالك ١٠ : ٢٧.

(٧) و (٩) الدروس ٢ : ١٧٨.

(٨) المراد بالجمع المعرّف أو المضاف ما ورد في الرواية من قوله ﷺ : « جزّت شعرها ... ففي جزّ الشعر » فإن كلمة « شعر » اسم جنس جمعي.

الشعر» و«شعرها» عرفاً باليعض. وكذا الإشكال في إلحاق الحلق والإحراق بالجزء، من مساواته له في المعنى واختاره في الدروس^(١) ومن عدم النصّ وأصالة البراءة وبطلان القياس وعدم العلم بالحكمة الموجبة للإلحاق. وكذا في إلحاق جزئه في غير المصاب به من عدم النصّ، واحتمال الأولوية، وهي ممنوعة.

﴿ وفي نتفه ﴾ أي نتف شعرها ﴿ أو خدش وجهها أو شقّ الرجل ثوبه في موت ولده أو زوجته كفارة يمين على قول ﴾ الأكثر، ومنهم المصنّف في الدروس^(٢) جازماً به من غير نقل خلاف، وكذلك العلامة في كثير من كتبه^(٣) ونسبته هنا إلى القول يشعر بتوقّفه فيه، وهو المناسب؛ لأنّ مستنده الرواية التي دلّت على الحكم السابق، والمصنّف اعترف بضعفها في الدروس^(٤) وليس بين المسألتين فرق إلّا تحقّق الخلاف في الأولى دون هذه. والكلام في نتف بعض الشعر كما سبق^(٥).

ولا فرق بين الولد للصلب وولد الولد وإن نزل، ذكراً أو أنثى لذكر^(٦) وفي ولد الأنثى قولان^(٧) أجودهما عدم اللحوق. ولا في الزوجة بين الدائم والمستمتع

(١) و (٢) الدروس ٢ : ١٧٨.

(٣) القواعد ٣ : ٢٩٧، والإرشاد ٢ : ٩٧، والتبصرة : ١٥٩.

(٤) الدروس ٢ : ١٧٨.

(٥) في جزّ بعض الشعر.

(٦) في مصحّحة (ع) : ذكرٍ أو أنثى لذكر.

(٧) قول باللحوق للسيد في رسائله ٤ : ٣٢٨، وقول بعدم اللحوق لابن إدريس في السرائر

٣ : ١٥٧، والعلامة في المختلف ٦ : ٣٣٠، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد ٩ : ٩٣، وقد

تعرّضوا لذلك في مبحث الوقف.

بها^(١) والمطلقة رجعيًا زوجةً، ولا يلحق بها الأمة وإن كانت سُريّة أو أمّ ولد. ويعتبر في الخدش الإدماء، كما صرّحت به الرواية^(٢) وأطلق الأكثر^(٣) وصرّح جماعة منهم العلامة في التحرير^(٤) بعدم الاشتراط. والمعتبر منه مسّاه، فلا يشترط استيعاب الوجه، ولا شقّ جميع الجلد. ولا يلحق به خدش غير الوجه وإن أدمى، ولا لطمه مجرّداً.

ويعتبر في الثوب مسّاه عرفاً، ولا فرق فيه بين الملبوس وغيره، ولا بين شقّه ملبوساً ومنزوعاً، ولا بين استيعابه بالشقّ وعدمه.

ولا كفارة بشقّه على غير الولد والزوجة، وأجازه جماعة على الأب والأخ^(٥) لما نقل من شقّ بعض الأنبياء والأئمّة عليهم السلام فيهما^(٦) ولا في شقّ المرأة على الميّت مطلقاً وإن حرم.

﴿ وقيل : من تزوّج امرأة في عدّتها فارقتها وكفّر بخمسة أصوع * دقيفاً ﴾

(١) في (ر) : المتمتّع بها.

(٢) الوسائل ١٥ : ٥٨٣، الباب ٣١ من أبواب الكفّارات، الحديث الأوّل.

(٣) كالمحقّق في الشرائع ٣ : ٦٨، والعلامة في الإرشاد ٢ : ٩٧، والشهيد في الدروس ٢ : ١٧٨.

(٤) التحرير ٤ : ٣٦٩ ولم نعثر على التصريح به لغيره، ونسبه ابن فهد الحلّي إلى التحرير

فقط، راجع المهدّب البارع ٣ : ٥٦٩.

(٥) منهم سلّار في المراسم : ١٩٠، والقاضي في المهدّب ٢ : ٤٢٤ بزيادة «الوالدة» وابن

سعيد في الجامع للشرائع : ٤١٩ بزيادتها والقريب.

(٦) راجع الوسائل ٢ : ٩١٦، الباب ٨٤ من أبواب الدفن، وج ١٥ : ٥٨٢، الباب ٣١ من

أبواب الكفّارات.

(**) في (ق) : أصواع.

(٧) قاله المفيد في المقنعة : ٥٧٢، والشيخ في النهاية : ٥٧٢، والقاضي في المهدّب ٢ : ٤٢٣.

نسب ذلك إلى القول متوقفاً فيه، وجزم به في الدروس^(١) ومستنده رواية أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام^(٢) وهي مع تسليم سندها لا تصريح فيها بالوجوب، فالقول بالاستحباب أوجه. وفي الرواية تصريح بالعالم، وأطلق الأكثر. ولا حجة في لفظ «الكفّارة» على اختصاصها بالعالم. ولا فرق في العدة بين الرجعية والبائن، وعدة الوفاة وغيرها، وفي حكمها ذات البعل وهو مصرّح في الرواية، ولا بين المدخول بها وغيرها. والدقيق في الرواية والفتوى مطلق. وربما قيل باختصاصه بنوع يجوز إخراجه كفّارة وهو دقيق الحنطة والشعير^(٣).

﴿ ومن نام عن صلاة العشاء حتى تجاوز نصف الليل أصبح صائماً ﴾
 ظاهره كون ذلك على وجه الوجوب؛ لأنه مقتضى الأمر. وفي الدروس نسب القول به إلى الشيخ^(٤) وجعل الرواية^(٥) به مقطوعة^(٦)، وحيثئذٍ فلا استحباب أقوى. ولا فرق بين النائم كذلك عمداً وسهواً. وفي إلحاق السكران به قول ضعيف^(٧) وكذا من تعمّد تركها أو نسيه من غير نوم. ولا يلحق^(٨) ناسي غيرها قطعاً. ولو أفطر ذلك اليوم ففي وجوب الكفّارة من حيث تعيّن على القول

(١) الدروس ٢ : ١٧٨ .

(٢) الوسائل ١٨ : ٣٩٧ ، الباب ٢٧ من أبواب حدّ الزنا ، الحديث ٥ .

(٣) قاله الفاضل المقداد في التنقيح الرائع ٣ : ٣٩٧ .

(٤) الدروس ٢ : ١٧٨ ، النهاية : ٥٧٢ .

(٥) الوسائل ٣ : ١٥٧ ، الباب ٢٩ من أبواب المواقيت ، الحديث ٨ .

(٦) الحقّ أنّها مرسلة لا مقطوعة؛ لأنّ راويها عبد الله بن مغيرة عمّن حدّثه عن الصادق عليه السلام .
 (منه عليه السلام) .

(٧) لم نظفر بقائله .

(٨) في (ر) زيادة : به .

بوجوبه، أولاً، بناءً على أنه كفارة فلا كفارة في تركها، وجهان أجودهما الثاني. ولو سافر فيه مطلقاً أظفهره وقضاه. وكذا لو مرض، أو حاضت المرأة، أو وافق العيد أو أيام التشريق، مع احتمال سقوطه حينئذٍ. ولو صادف صوماً متعيّناً تداخلاً مع احتمال قضائه.

﴿ وكفارة ضرب العبد فوق الحد ﴾ الذي وجب عليه بسبب ما فعله من الذنب أو مطلقاً ﴿ عتقه مستحباً ﴾ عند الأكثر^(١) وقيل: وجوباً^(٢) وتردّد المصنّف في الدروس^(٣) مقتصراً على نقل الخلاف.

وقيل: المعتبر تجاوز حدّ الحرّ؛ لأنّه المتيقّن والمتبادر عند الإطلاق^(٤) ولو قتله فكفّارته كغيره.

﴿ وكفارة الإيلاء كفارة اليمين ﴾ لأنّه يمين خاصّ.

﴿ ويتعيّن العتق في المرتبة بوجدان الرقبة ملكاً أو تسيباً ﴾ كما لو ملك الثمن ووجد الباذل لها زيادة على داره وثيابه اللاتقين بحاله، وخادمه اللائق به أو المحتاج إليه، وقوت يوم وليلة له ولعياله الواجبي النفقة، ووفاء دينه وإن لم يُطالب به. نعم لو تكلف العادمُ العتقَ أجزاءه، إلّا مع مطالبة الديّان، للنهي عن العتق حينئذٍ^(٥) وهو عبادة. والعبرة بالقدرة عند العتق، لا الوجود.

﴿ ويشترط فيها الإسلام ﴾ وهو الإقرار بالشهادتين مطلقاً على الأقوى

(١) نفى عنه الوجود ابن إدريس في السرائر ٣: ٧٩، وصرّح بالاستحباب المحقّق في الشرائع ٣: ٧٧، والعلامة في القواعد ٣: ٢٩٧.

(٢) القائل فخر الدين [في الإيضاح ٤: ٨٤] وتردّد والده [في القواعد ٣: ٢٩٧]. (منه رحمته).

(٣) الدروس ٢: ١٧٩.

(٤) قاله فخر المحقّقين في الإيضاح ٤: ٨٤.

(٥) الوسائل ١٣: ٩٤، الباب ١١ من أبواب الدين والقرض.

وهو المراد من الإيمان المطلوب في الآية^(١) ولا يشترط الإيمان الخاص - وهو الولاء - على الأظهر.

وظل أحد المسلمين بحكمه، وإسلام الأخرس بالإشارة، وإسلام المسيبي بالغاً بالشهادتين، وقبله بانفراد المسلم به عند المصنّف^(٢) وجماعة^(٣) وولد الزنا بهما بعد البلوغ، وبتبعية السابي على القول. وفي تحقّقه بالولادة من المسلم وجهان: من انتفائه شرعاً، وتولّده منه حقيقة، فلا يقصر عن السابي. والأوّل أقوى.

﴿ والسلامة من ﴾ العيوب الموجبة للعتق، وهي: ﴿ العمى والإقعاد والجذام والتنكيل ﴾ الصادر عن مولاة، وهو أن يفعل به فعلاً فظيماً، بأن يجدع أنفه، أو يقطع^(٤) أذنيه ونحوه؛ لانعتاقه بمجرد حصول هذه الأسباب على المشهور، فلا يتصور إيقاع العتق عليه ثانياً.

ولا يشترط سلامته من غيرها من العيوب، فيجزئ الأعور، والأعرج، والأقرع، والخصي، والأصم، ومقطع أحد الأذنين واليدين ولو مع إحدى الرجلين، والمريض وإن مات في مرضه، والهَرَم، والعاجز عن تحصيل كفايته. وكذا من تشبّت بالحرية مع بقائه على الملك، كالمدبّر وأمّ الولد وإن لم يجز بيعها؛ لجواز تعجيل عتقها. وفي أجزاء المكاتب الذي لم يتحرّر منه شيء قولان^(٥)

(١) النساء : ٩٣.

(٢) الدروس ٢ : ٣٩.

(٣) الشيخ في المبسوط ٢ : ٢٣، والقاضي في المهذب ١ : ٣١٨، وابن الجنيدي على ما نقله عنه العلامة في المختلف ٤ : ٤٢١.

(٤) في (ر) : يقلع .

(٥) قول بالإنجاز وهو الظاهر من النهاية : ٥٦٩ والشرائع ٣ : ٧١، وقول بعدم الإنجاز وهو للشيخ في الخلاف ٤ : ٥٤٤، المسألة ٢٩.

وإجراؤه لا يخلو من قوّة. دون المرهون إلّا مع إجازة المرتهن، والمندور عتقه، والصدقة به وإن كان معلّقاً بشرطٍ لم يحصل بعدُ على قولٍ رجّحه المصنّف في الدروس^(١).

﴿ والخلو عن العوض ﴾ فلو أعتقه وشرط عليه عوضاً لم يقع عن الكفّارة، لعدم تمخّض القربة. وفي اعتاقه بذلك نظر، وقطع المصنّف في الدروس بوقوعه^(٢) وكذا لو قال له غيره: أعتقه عن كفّارتك ولك عليّ كذا، واعترف المصنّف هنا بعدم وقوع العتق مطلقاً^(٣) نعم لو أمره بعتقه عن الأمر بعوض أو غيره أجزاء، والنّيّة هنا من الوكيل. ولا بدّ من الحكم بانتقاله إلى ملك الأمر ولو لحظة، لقوله ﷺ: « لا عتق إلّا في ملك »^(٤) وفي كونه هنا قبل العتق، أو عند الشروع فيه، أو بعد وقوع الصيغة ثم يعتق، أو بكون العتق كاشفاً عن ملكه بالأمر أوجه، والوجه انتقاله بالأمر المقترن بالعتق.

﴿ والنّيّة ﴾ * المشتملة على قصد الفعل على وجهه متقرّباً، والمقارنة للصيغة.

﴿ والتعيين ﴾ للسبب الذي يكفر عنه، سواء تعدّدت الكفّارة في ذمّته أم لا وسواء تغاير الجنس أم لا، كما يقتضيه الإطلاق وصرّح به في الدروس^(٥) ووجهه: أنّ الكفّارة اسم مشترك بين أفراد مختلفة، والمأمور به إنّما يتخصّص بمميّزاته عن غيره ممّا يشاركه.

(١-٣) الدروس ٢: ١٨٣.

(٤) الوسائل ١٦: ٧، الباب ٥ من أبواب العتق، الحديث ٢ و ٦.

(*) في (ق) و (س) زيادة: تجب.

(٥) الدروس ٢: ١٨٤.

ويشكل بأنّه مع اتّحادهما في ذمّته لا اشتراك، فتجزى نيّته عمّا في ذمّته من الكفّارة؛ لأنّ غيره ليس مأموراً به، بل ولا يتصوّر وقوعه منه في تلك الحالة شرعاً، فلا وجه للاحتراز عنه، كالقصر والتمام في غير موضع التخيير.

والأقوى: أنّ المتعدّد في ذمّته مع اتّحاد نوع سببه، كإفطار يومين من شهر رمضان وخلف نذرين كذلك. نعم لو اختلفت أسبابه توجّه ذلك ليحصل التمييز وإن اتّفق مقدار الكفّارة. وقيل: لا يفتقر إليه مطلقاً^(١).

وعلى ما اخترناه لو أطلق برئت ذمّته من واحدة لا بعينها، فيتعيّن في الباقي الإطلاق، سواء كان بعثق أم غيره من الخصال المخيرة أو المرتبة على تقدير العجز. ولو شكّ في نوع ما في ذمّته أجزاء الإطلاق عن الكفّارة على القولين، كما يُجزّيه العتق عمّا في ذمّته لو شكّ بين كفّارة ونذر. ولا يجزي ذلك في الأوّل كما لا يجزي العتق مطلقاً، ولا بنيّة الوجوب.

﴿ ومع العجز ﴾ عن العتق في المرتبة ﴿ يصوم شهرين متتابعين ﴾ هلالين وإن نقصا إن ابتداء من أوّله، ولو ابتداء من أثنائه أكمل ما بقي منه ثلاثين بعد الثاني، وأجزأه الهلالي في الثاني. ولو اقتصر هنا على شهر ويوم تعيّن العددي فيهما. والمراد بالتتابع أن لا يقطعهما ولو في شهر ويوم بالإفطار اختياراً ولو بمسوّغه كالسفر.

ولا يقطعه غيره كالحيض والمرض والسفر الضروري والواجب، بل يبني على ما مضى عند زوال العذر على الفور.

هذا إذا فاجأه السفر، أمّا لو علم به قبل الشروع لم يُعذر، للقدرة على التتابع في غيره، كما لو علم بدخول العيد: بخلاف الحيض؛ للزومه في الطبيعة عادة،

(١) قاله الشيخ في المبسوط ٦ : ٢٠٩.

والصبر إلى سنّ اليأس تغرير بالواجب وإضرار بالمكلف.

وتجب فيه النيّة والتعيين، كالعتق وما يعتبر في نيّته. ولو نسيها ليلاً جدّها

إلى الزوال، فإن استمرّ إليه لم يُجزر، ولم يقطع التابع على الأقوى.

﴿ ومع العجز ﴾ عن الصيام ﴿ يطعم ستين مسكيناً ﴾ فيما يجب فيه ذلك،

ككفّارة شهر رمضان وقتل الخطأ والظهار والنذر، لا في مطلق المرتبة، فإنه في

كفّارة إفطار قضاء رمضان وكفّارة اليمين إطعام عشرة. وأطلق الحكم اتكالا على

ما علم ﴿ إماماً شباعاً ﴾ في أكلة واحدة ﴿ أو تسليم مدّ إلى كل واحد ﴾ على أصحّ

القولين فتوى^(١) وسنداً^(٢) وقيل: مُدّان مطلقاً^(٣) وقيل: مع القدرة^(٤).

ويتساوى في التسليم الصغير والكبير من حيث القدر، وإن كان الواجب في

الصغير تسليم الولي، وكذا في الإشباع إن اجتمعوا. ولو انفرد الصغار احتُسب

الاثنتان بواحد، ولا يتوقّف على إذن الولي. ولا فرق بين أكل الصغير كالكبير

ودونه؛ لإطلاق النصّ^(٥) وندوره^(٦).

والظاهر أنّ المراد بالصغير غير البالغ، مع احتمال الرجوع إلى العرف.

ولو تعذّر العدد في البلد وجب النقل إلى غيره مع الإمكان، فإن تعذّر كرّر

على الموجودين في الأيام بحسب المتخلف.

(١) نسبه في المسالك ١٠ : ٩١ إلى المشهور خصوصاً بين المتأخّرين.

(٢) وهو صحيح عبد الله بن سنان، الوسائل ١٥ : ٥٥٩، الباب ١٠ من أبواب الكفّارات، الحديث الأوّل.

(٣) قاله الشيخ في الخلاف ٤ : ٥٦٠، لكنّه لم يصرّح بالإطلاق، بل أطلق.

(٤) قاله الشيخ في النهاية : ٥٦٩، والمبسوط ٥ : ١٧٧.

(٥) الوسائل ١٥ : ٥٧٠، الباب ١٧ من أبواب الكفّارات، الحديث ٣.

(٦) يعني ندور أكل الصغير كالكبير.

والمراد بالمسكين هنا : من لا يقدر على تحصيل قوت سنته فعلاً وقوّةً، فيشمل الفقير. ولا يدخل الغارم وإن استوعب دينه ماله. ويعتبر فيه الإيمان، وعدم وجوب نفقته على المعطي، أما على غيره فهو غنيّ مع بذل المنفق، وإلا فلا. وبالطعام : مسّاه كالحنطة والشعير ودقيهما وخبزهما وما يغلب على قوت البلد، ويجزي التمر والزبيب مطلقاً^(١).

ويعتبر كونه سليماً من العيب والمزج بغيره، فلا يجزي المسوس^(٢) والممتزج بزوان^(٣) وتراب غير معتادين.

والنيّة مقارنة للتسليم إلى المستحقّ أو وكيله أو وليّه، أو بعد وصوله إليه قبل إتلافه أو نقله عن ملكه، أو للشروع في الأكل. ولو اجتمعوا فيه ففي الاكتفاء بشروع واحد أو وجوب تعدّدها مع اختلافهم فيه وجهان.

﴿ وإذا كسا الفقير فثوب ﴾ في الأصح^(٤) والمعتبر مسّاه من إزار ورداء وسراويل وقميص ﴿ ولو غسلاً إذا لم ينخرق ﴾ أو ينسحق جدّاً بحيث لا ينتفع به إلا قليلاً، وفاقاً للدروس^(٥).

(١) سواء كان غالباً على قوت البلد أم لا.

(٢) يعني ما وقع فيه السوس، وهو دود يقع في الصوف والثياب والطعام. تاج العروس: (سوس).

(٣) الزوان : حبّ يخالط البُرّ. الصحاح : (زون).

(٤) قاله الشيخ في المبسوط ٦ : ٢١١ وابن إدريس في السرائر ٣ : ٧٠ والعلامة في الإرشاد

٢ : ١٠٠، وفي مقابلة القول بوجود الثوبين، قاله المفيد في المقنعة : ٥٦٨، وسلار في

المراسم : ١٨٩. ومنهم من فضّل فاعتبر الثوبين مع القدرة واكتفى بالثوب مع العجز،

كالشيخ في النهاية : ٥٧٠، وابن البرّاج في المهذب ٢ : ٤١٥، وأبي الصلاح في الكافي :

٢٢٧، والعلامة في القواعد ٣ : ٣٠٥.

(٥) الدروس ٢ : ١٨٨.

وجنسه القطن والكتان والصوف والحرير الممتزج، والخالص للنساء وغير البالغين دون الرجال والخناثى، والفرو والجلد المعتاد لبسه، والقُنب والشعر كذلك. ويكفي ما يُسمّى ثوباً للصغير وإن كانوا منفردين. ولا يتكرّر على الموجود لو^(١) تعذّر العدد مطلقاً^(٢) لعدم النصّ، مع احتمالها.

﴿ وكلّ من وجب عليه صوم شهرين متتابعين فعجز ﴾ عن صومهما أجمع
 ﴿ صام ثمانية عشر يوماً ﴾ وإن قدر على صوم أزيد منها ﴿ فإن عجز ﴾ عن
 صوم الثمانية عشر أجمع ﴿ تصدّق عن كلّ يوم ﴾ من الثمانية عشر ﴿ بمدّ ﴾ من
 طعام. وقيل: عن السّتين^(٣) ويضعّف بسقوط حكمها^(٤) قبل ذلك، وكونه خلاف
 المتبادر، وعدم صحّته في الكفّارة المخيّرة؛ لأنّ القادر على إطعام السّتين يجعله
 أصلاً لا بدلاً، بل لا يُجزّيه الثمانية عشر مع قدرته على إطعام السّتين؛ لأنّها بدل
 اضطراريّ، وهو بدل اختياريّ ﴿ فإن عجز ﴾ عن إطعام القدر المذكور وإن قدر
 على بعضه ﴿ استغفر الله تعالى ﴾ ولو مرّةً بنية الكفّارة.

(١) في (ع) : ولو.

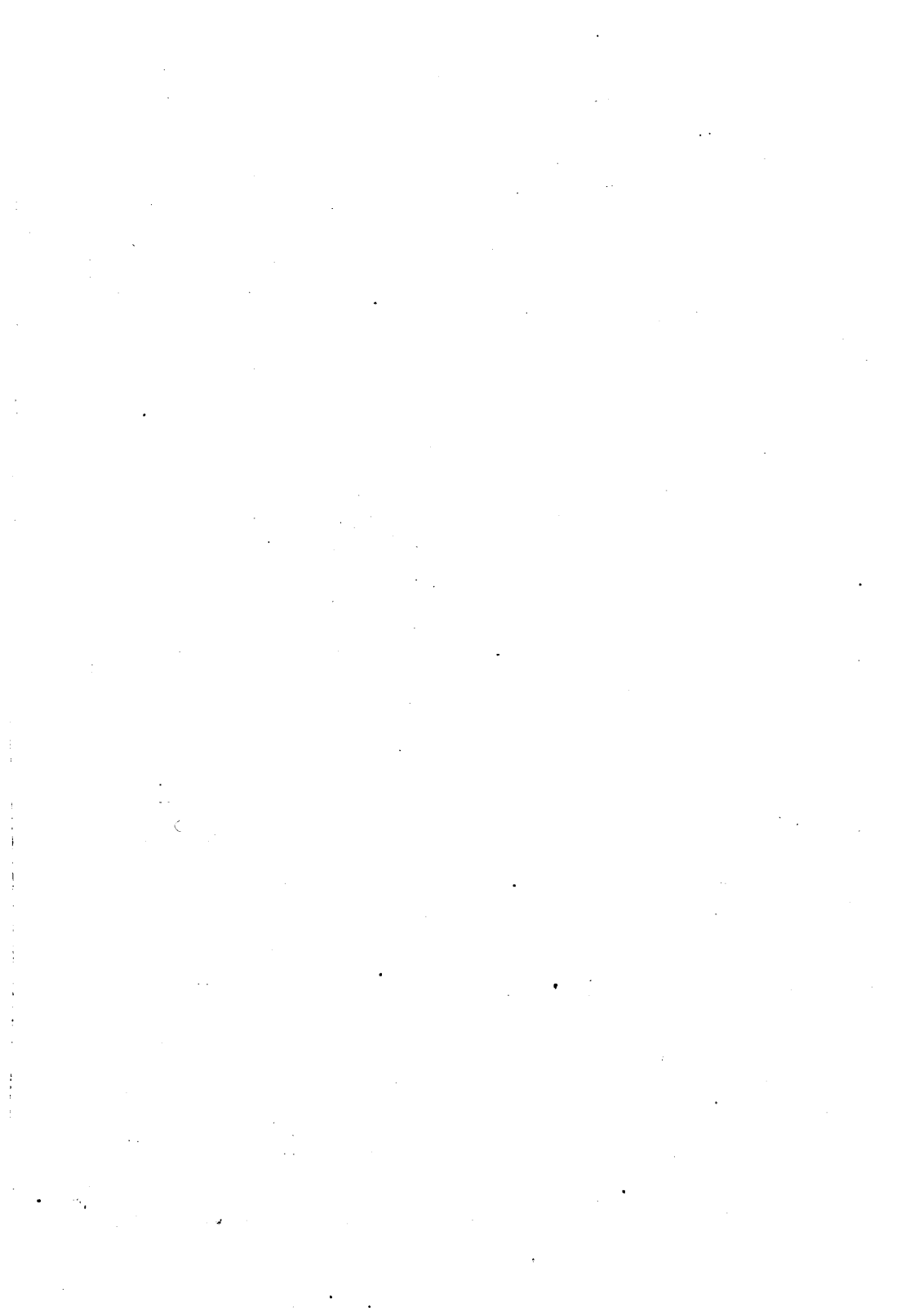
(٢) سواء كان الجنس متفقاً كإزارين، أم لا، كإزار وقميص.

(٣) لم نظفر بالقائل. قال في المسالك ١٠ : ١٢٠ : وفهم بعضهم أنّ الصدقة بعد العجز عن صوم

الثمانية عشر عن كلّ يوم من أيام السّتين، لا الثمانية عشر.

(٤) في (ف) : حكم السّتين.

کتاب النذر و نوافعها



﴿ كتاب النذر وتوابعه ﴾

من العهد واليمين

﴿ وشرط الناذر : الكمال ﴾ بالبلوغ والعقل ﴿ والاختيار ، والقصد ﴾ إلى مدلول الصيغة ﴿ والإسلام ، والحرية ﴾ فلا ينعقد نذر الصبي والمجنون مطلقاً ، ولا المكروه ، ولا غير القاصد كموقع صيغته عابثاً أو لاعباً أو سكراناً^(١) أو غاضباً غضباً يرفع قصده إليه ، ولا الكافر مطلقاً ؛ لتعدّر القرية على وجهها منه وإن استحَب له الوفاء به لو أسلم ، ولا نذر المملوك ﴿ إلا أن يجيز المالك ﴾ قبل إيقاع صيغته ، أو بعده على المختار عند المصنّف^(٢) ﴿ أو تزول الرقبة ﴾ قبل الحل ؛ لزوال المانع . والأقوى وقوعه بدون الإذن باطلاً ؛ لنفي ماهيته في الخبر^(٣) المحمول على نفي الصحة ؛ لأنه أقرب المجازات إلى الحقيقة حيث لا يراد نفيها . وعموم الأمر بالوفاء بالنذر^(٤) مخصوص بنذر المذكور^(٥) كما دلّ عليه الخبر ، لا بنذره مع النهي .

(١) في (ف) : سكراناً .

(٢) راجع غاية المراد ٣ : ٤٣٦ .

(٣) الوسائل ١٦ : ١٩٨ ، الباب ١٥ من أبواب النذر والعهد ، الحديث ٢ .

(٤) مثل قوله تعالى : ﴿ وليوفوا نذورهم ﴾ الحجّ : ٢٩ .

(٥) أي أن عموم الأمر بالوفاء مخصّص بنذر العبد غير المأذون لا نذر العبد المنهي ، فإنه خارج

عن العموم قطعاً .

﴿ وإذن الزوج كإذن السيّد ﴾ في اعتبار توقّفه عليها سابقاً، أو لحوقها له قبل الحلّ، أو ارتفاع الزوجيّة قبله. ولم يذكر توقّف نذر الولد على إذن الوالد؛ لعدم النصّ الدالّ عليه هنا، وإتّما ورد في اليمين^(١) فيبقى على أصالة الصّحّة.

وفي الدروس ألحقه بهما^(٢) لإطلاق اليمين في بعض الأخبار على النذر، كقول الكاظم عليه السلام لما سئل عن جارية حلف منها بيمين، فقال: الله عليّ أن لا أبيعها، فقال: «فِ الله بنذرك»^(٣) والإطلاق وإن كان من كلام السائل، إلّا أنّ تقرير الإمام له عليه كتنلّفه به، ولتساويهما^(٤) في المعنى.

وعلى هذا لا وجه لاختصاص الحكم بالولد، بل يجب في الزوجة مثله؛ لاشتراكهما في الدليل نفيّاً وإثباتاً. أمّا المملوك فيمكن اختصاصه بسبب الحجر عليه، والعلامة اقتصر عليه هنا^(٥) وهو أنسب، والمحقّق شرّك بينه وبين الزوجة في الحكم كما هنا وترك الولد^(٦) وليس بوجه.

﴿ والصيغة: إن كان كذا فلله عليّ كذا ﴾ هذه صيغة النذر المتّفق عليه بواسطة الشرط. ويستفاد من الصيغة أنّ القربة المعتبرة في النذر إجماعاً لا يشترط كونها غاية للفعل لغيره من العبادات، بل يكفي تضمّن الصيغة لها، وهو هنا موجود

(١) الوسائل ١٦: ١٢٨، الباب ١٠ من أبواب الأيمان، الحديث ١ و ٢ و ٣.

(٢) استظهر إلحاقه بهما في حلّ النذر، لا في توقّف النذر على الإذن، راجع الدروس ٢: ١٤٩.

(٣) الوسائل ١٦: ٢٠١، الباب ١٧ من أبواب النذر، الحديث ١١.

(٤) عطف على قوله: لإطلاق اليمين.

(٥) بل شرّك بينه وبين الزوجة - مثل المحقّق - في القواعد ٣: ٢٨٤، والتبصرة: ١٥٨. وفي الإرشاد ٢: ٩٠ شرّك الولد أيضاً.

(٦) الشرائع ٣: ١٨٥.

بقوله: «الله عليّ» وإن لم يتبعها بعد ذلك بقوله: «قربة إلى الله» أو «الله» ونحوه، وبهذا صرّح في الدروس وجعله أقرب^(١) وهو الأقرب.

ومن لا يكتفي بذلك ينظر إلى أنّ القربة غاية الفعل^(٢) فلا بدّ من الدلالة عليها، وكونها شرطاً للصيغة والشرط مغاير للمشروط.

ويضعّف بأنّ القربة كافية بقصد الفعل لله في غيره كما أشرنا، وهو هنا حاصل، والتعليل لازم، والمغايرة متحقّقة؛ لأنّ الصيغة بدونها «إن كان كذا فعليّ كذا» فإنّ الأصل في النذر الوعد بشرط، فتكون إضافة «الله» خارجة.

﴿وضابطه﴾ أي ضابط النذر، والمراد منه هنا المنذور، وهو الملتزم بصيغة النذر ﴿أن يكون طاعة﴾ واجباً كان أو مندوباً ﴿أو مباحاً راجحاً﴾ في الدين أو الدنيا، فلو كان متساوي الطرفين أو مكروهاً أو حراماً التزم فعلهما لم ينعقد، وهو في الأخيرين وفاقيّ، وفي المتساوي قولان^(٣) فظاهره هنا بطلانه، وفي الدروس رجّح صحّته^(٤) وهو أجود.

هذا إذا لم يشتمل على شرط، وإلّا فسيأتي اشتراط كونه طاعة لا غير. وفي الدروس ساوى بينهما في صحّة المباح الراجح والمتساوي^(٥) والمشهور ما هنا.

(١) الدروس ٢: ١٥٠.

(٢) في (ر): للفعل.

(٣) قول بالصحة وهو للعلامة في التحرير ٤: ٣٤٦ والقواعد ٣: ٢٨٥، وأمّا القول بعدم الصحة فلم نقف على من صرّح به، نعم ذهب يحيى بن سعيد الحلبي إلى عدم صحّة نذر المباح. راجع الجامع للشرائع: ٤٢٣.

(٤) و (٥) الدروس ٢: ١٥٠.

﴿ مقدوراً للناذر ﴾ بمعنى صلاحية تعلق قدرته به عادةً في الوقت المضروب له فعلاً أو قوة، فإن كان وقته معيناً اعتبرت فيه، وإن كان مطلقاً فالعمر. واعتبرنا ذلك مع كون المتبادر القدرة الفعلية؛ لأنها غير مرادة لهم، كما صرّحوا به كثيراً، لحكمهم بأنّ من نذر الحجّ وهو عاجز عنه بالفعل لكنّه يرجو القدرة ينعقد نذره ويتوقّعها في الوقت، فإن خرج وهو عاجز بطل، وكذا لو نذر الصدقة بمال وهو فقير، أو نذرت الحائض الصوم مطلقاً أو في وقتٍ يمكن فعله فيه بعد الطهارة، وغير ذلك. وإتّما أخرجوا بالقيّد الممتنع عادةً، كنذر الصعود إلى السماء، أو عقلاً، كالكون في غير حيزّ والجمع بين الضدّين، أو شرعاً، كالاتكاف جنباً مع القدرة على الغسل. وهذا القسم يمكن دخوله في كونه طاعة أو مباحاً فيخرج به أو بهما.

﴿ والأقرب احتياجه إلى اللفظ ﴾ فلا يكفي النية في انعقاده وإن استحبّ الوفاء به؛ لأنّه من قبيل الأسباب، والأصل فيها اللفظ الكاشف عمّا في الضمير، ولأنّه في الأصل رعدٌ بشرطٍ أو بدونه، والوعد لفظيٌّ، والأصل عدم النقل.

وذهب جماعة^(١) - منهم الشيخان^(٢) - إلى عدم اشتراطه؛ للأصل وعموم الأدلّة ولقوله ﷺ: «إتّما الأعمال بالنيّات» و«إتّما لكلّ امرئٍ ما نوى»^(٣) و«إتّما» للحصر، والباء سببيّة، فدلّ على حصر السببيّة فيها. واللفظ إتّما اعتبر في العقود ليكون دالّاً على الإعلام بما في الضمير، والعقد هنا مع الله العالم

(١) كالتفاصي في المهذب ٢: ٤٠٩، والكيدري في إصباح الشيعة: ٤٨٣، وابن حمزة في الوسيلة: ٣٥٠.

(٢) المقنعة: ٥٦٢، النهاية: ٥٦٢.

(٣) الوسائل ١: ٣٤ - ٣٥، الباب ٥ من أبواب مقدّمة العبادات، الحديث ٧ و ١٠.

بالسرائر.

وتردّد المصنّف في الدروس^(١) والعلامة في المختلف^(٢) ورجّح في غيره الأوّل^(٣).

﴿ و ﴾ كذلك الأقرب ﴿ انعقاد التبرّع ﴾ به من غير شرط؛ لما مرّ من الأصل والأدلة المتناولة له.

وقول بعض أهل اللغة: إنّه وعد بشرط^(٤) والأصل عدم النقل، معارض بنقله أنّه بغير شرط أيضاً. وتوقّف المصنّف في الدروس^(٥) والصحّة أقوى.

﴿ ولا بدّ من كون الجزاء طاعة ﴾ إن كان نذر مجازاة بأن يجعله أحد العبادات المعلومة، فلو كان مرجوحاً أو مباحاً لم ينعقد؛ لقول الصادق عليه السلام في خبر أبي الصباح الكناني: «ليس النذر بشيء حتى يسمّى شيئاً لله صياماً أو صدقة أو هدياً أو حجّاً»^(٦) إلّا أنّ هذا الخبر يشمل المتبرّع به من غير شرط، والمصنّف لا يقول به. وأطلق الأكثر اشتراط كونه طاعة^(٧) وفي الدروس استقرب في الشرط والجزاء جواز تعلقهما بالمباح^(٨) محتجّاً بالخبر السابق في بيع الجارية^(٩) والبيع

(١) الدروس ٢: ١٤٩ - ١٥٠.

(٢) المختلف ٨: ١٩٥.

(٣) القواعد ٣: ٢٨٥، والإرشاد ٢: ٩٦، والتبصرة: ١٥٩.

(٤) قاله ثعلب، حكاه عنه في الخلاف ٦: ١٩٢.

(٥) الدروس ٢: ١٤٩.

(٦) الوسائل ١٦: ١٨٣، الباب الأوّل من أبواب النذر، الحديث ٢.

(٧) منهم المحقّق في الشرائع ٣: ١٨٦، والعلامة في القواعد ٣: ٢٨٥.

(٨) الدروس ٢: ١٥٠.

(٩) سبق في الصفحة ٦٠.

مباح، إلا أن يقترن بعوارض مرجحة.

﴿ و ﴾ كون ﴿ الشرط ﴾ وهو ما علق الملتزم به عليه ﴿ سائغاً ﴾ سواء كان راجحاً أم مباحاً ﴿ إن قصد ﴾ بالجزاء ﴿ الشكر ﴾ كقوله: إن حجبت أو رُزقت ولداً أو ملكت كذا، فله عليّ كذا من أبواب الطاعة ﴿ وإن قصد الزجر ﴾ عن فعله ﴿ اشترط كونه معصية أو مباحاً راجحاً فيه المنع ﴾ كقوله: إن زنيْتُ أو بعْتُ داري - مع مرجوحته - فله عليّ كذا. ولو قصد في الأوّل الزجر وفي الثاني السكر لم ينعقد، والمثال واحد وإنما الفارق القصد. والمكروه كالمباح المرجوح وإن لم يكنه، فكان عليه أن يذكره. ولو انتفى القصد في القسمين لم ينعقد؛ لفقد الشرط.

ثم الشرط إن كان من فعل الناذر فاعتبار كونه سائغاً واضح، وإن كان من فعل الله - كالولد والعافية - ففي إطلاق الوصف عليه تجوّز. وفي الدروس اعتبر صلاحيته لتعلق الشكر به^(١) وهو حسن.

﴿ والعهد كالنذر ﴾

في جميع هذه الشروط والأحكام ﴿ وصورته : عاهدت الله ، أو عليّ عهد الله ﴾ أن أفعل كذا أو أتركه ، أو إن فعلت كذا أو تركته أو رُزقت كذا فعليّ كذا ، على الوجه المفضل في الأقسام. والخلاف في انعقاده بالضمير ومجرداً عن الشرط مثله.

(١) الدروس ٢ : ١٤٩.

﴿ واليمين هي الحلف بالله ﴾

أي بذاته تعالى من غير اعتبار اسم من أسمائه ﴿ كقوله : ومُقلَّب القلوب والأبصار ، والذي نفسي بيده ، والذي فلق الحَبَّة وبرأ النَّسَمَة ﴾ لأنَّ المُقسم به فيها مدلول المعبود بالحقِّ، إله من في السماوات والأرض من غير أن يجعل اسماً لله تعالى ﴿ أو ﴾ الحلف ﴿ باسمه ﴾ تعالى المختصَّ به ﴿ كقوله : والله وتالله وبالله وأيمن الله ﴾ بفتح الهمزة وكسرها مع ضمِّ النون وفتحها ، وكذا ما اقتطع منها للقسام ، وهو سبع عشرة صيغة^(١) ﴿ أو * أقسم بالله ، أو * بالقديم ﴾ بالمعنى المتعارف اصطلاحاً ، وهو الذي لا أوَّل لوجوده ﴿ أو الأزلي ، أو الذي لا أوَّل لوجوده ﴾ .

وما ذكره هنا - تبعاً للعلامة والمحقق^(٢) - قد استضعفه في الدروس بأنَّ مرجع القسم الأوَّل إلى أسماء تدلُّ على صفات الأفعال كالخالق والرازق التي هي أبعد من الأسماء الدالَّة على صفات الذات كالرحمن^(٣) الرحيم التي هي دون اسم

(١) هي إبدال الهمزة لأمًّا مكسورة أو مفتوحة مع ضمِّ النون وفتحها ، وحذفها مع فتح النون وضمِّها ، و « أيم » بفتح الهمزة وكسرها مع ضمِّ الميم وفتحها خاصَّة مع فتح الميم ، و « أم » بكسر الميم وضمِّها مع كسر الهمزة ، و « من » بضمِّها وفتحها وكسرها ، و « م » بحركات الميم الثلاث . فهذه سبع عشرة مضافة إلى ما ذكر في لغات أيمن الأربع وذلك إحدى وعشرون . (منه ﷻ) وراجع المسالك ١١ : ٢٠١ .

(*) و (***) في نسختي المتن : و .

(٢) أنظر القواعد ٣ : ٢٦٥ ، والشرائع ٣ : ١٦٩ .

(٣) في (ش) و (ر) زيادة : و .

الذات وهو الله جلّ اسمه، بل هو الاسم الجامع. وجعل الحلف بالله هو قوله: والله وبالله وتالله - بالجرّ - وأيمن الله وما اقتضب منها^(١).

وفيه: أنّ هذه السمات المذكورة في القسم الأوّل لا تتعلّق بالأسماء المختصّة ولا المشتركة؛ لأنّها ليست موضوعة للعلميّة، وإنّما هي دالّة على ذاته بواسطة الأوصاف الخاصّة به، بخلاف غيرها من الأسماء، فإنّها موضوعة للاسميّة ابتداءً، فكان ما ذكره أولى ممّا تعقّب به.

نعم لو قيل بأنّ الجميع حلف بالله من غير اعتبار اسم، جمعاً بين ما ذكرناه وحقّقه - من أنّ الله جلّ اسمه هو الاسم الجامع ومن ثمّ رجعت الأسماء إليه ولم يرجع إلى شيء منها، فكان كالذات - كان حسناً، ويراد بأسمائه ما ينصرف إطلاقاً إليه من الألفاظ الموضوعّة للاسميّة وإن أمكن فيها المشاركة حقيقة أو مجازاً، كالقديم والأزلي والرحمن والرّبّ والخالق والبارئ والرازق.

﴿ ولا ينعقد بالموجود والقادر والعالم ﴾ والحيّ والسميع والبصير وغيرها من الأسماء المشتركة بينه وبين غيره من غير أن تغلب عليه وإن نوى بها الحلف؛ لسقوط حرمتها بالمشاركة. ﴿ ولا بأسماء المخلوقات الشريفة ﴾ كالنبيّ والأنبياء والكعبة والقرآن؛ لقوله ﷺ: «من كان حالفاً فليحلف بالله، أو يذر»^(٢).

﴿ وإتباع مشيئة الله تعالى ﴾ لليمين ﴿ يمنع الانعقاد ﴾ وإن علمت مشيئته لمتعلقه - كالواجب والمندوب على الأشهر - مع اتّصالها به عادة ونطقه بها ولا يقدح التنفّس والسعال، وقصده إليها عند النطق بها وإن انتفت عند اليمين، دون

(١) الدروس ٢: ١٦١ و ١٦٢.

(٢) عوالي اللآلئ ١: ٤٤٥، الحديث ١٦٨، وفيه: أو ليذر.

العكس. ولا فرق بين قصد التبرك، والتعليق هنا؛ لإطلاق النص^(١) وقصره العلامة على ما لا تعلم^(٢) مشيئة الله فيه كالمباح، دون الواجب والندب وترك الحرام والمكروه^(٣) والنص مطلق، والحكم نادر، وتوجيهه حسن، لكنّه غير مسموع في مقابلة النصّ.

﴿ والتعليق على مشيئة الغير يحبسها ﴾ ويوقفها على مشيئته إن علّق عقدها عليه كقوله: « لأفعلن^(٤) كذا إن شاء زيد» فلو جهل الشرط لم ينعقد. ولو أوقف حلّها عليه كقوله: «إلا أن يشاء زيد» انعقدت ما لم يشأ حلّها، فلا تبطل إلا بعلم^(٥) الشرط. وكذا في جانب النفي كقوله: « لا أفعل إن شاء زيد» أو «إلا أن يشاء» فيتوقف انتفاؤه على مشيئته في الأوّل، وينتفي بدونها في الثاني، فلا يحرم الفعل قبل مشيئته ولا يحلّ قبلها.

﴿ ومتعلّق اليمين كمتعلّق النذر ﴾ في اعتبار كونه طاعة، أو مباحاً راجحاً ديناً أو دنياً، أو متساوياً. إلا أنه لا إشكال هنا في تعلّقها بالمباح، ومراعاة الأولى فيهما^(٦) وترجيح مقتضى اليمين عند التساوي.

وظاهر عبارته هنا عدم انعقاد المتساوي؛ لإخراجه من ضابط النذر، مع

(١) الوسائل ١٦ : ١٥٧، الباب ٢٨ من أبواب الأيمان، الحديث الأوّل، ومسند أحمد ٢ :

٣٠٩، راجع المسالك ١٢ : ١٩٣.

(٢) في (ر) : ما لم يعلم.

(٣) القواعد ٣ : ٢٦٧.

(٤) في (ر) : والله لأفعلنّ.

(٥) في (ر) : أن يعلم.

(٦) في الفعل والترك.

أنّه لا خلاف فيه هنا، كما اعترف به في الدروس^(١).

والأولويّة متبوعة ولو طرأت بعد اليمين، فلو كان البرّ أولى في الابتداء ثم صارت المخالفة أولى أتبع ولا كفّارة. وفي عود اليمين بعودها بعد انحلالها وجهان. أمّا لو لم ينعقد ابتداءً للمرجوحية لم تعدّ وإن تجددت بعد ذلك، مع احتمالها.

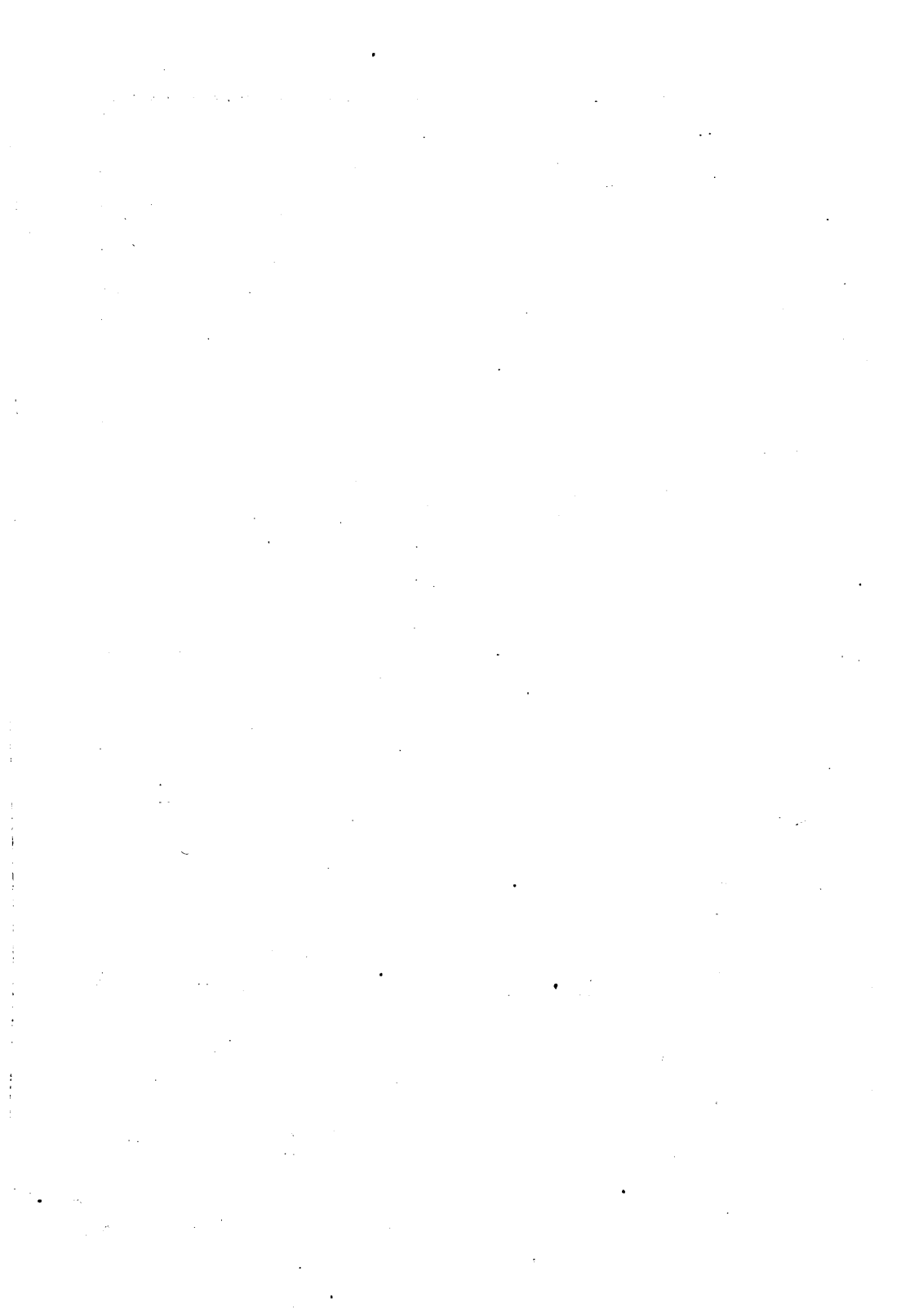
واعلم أنّ الكفّارة تجب بمخالفة مقتضى الثلاثة عمداً اختياراً، فلو خالف ناسياً أو مكرهاً أو جاهلاً فلا حنث؛ لرفع الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه. وحيث تجب الكفّارة تنحلّ. وهل تنحلّ في الباقي^(٢)؟ وجهان، واستقرب المصنّف في قواعده الانحلال؛ لحصول المخالفة وهي لا تتكرّر^(٣) - كما لو تعمّد - وإن افرقا بوجوب الكفّارة وعدمها.

(١) الدروس ٢ : ١٦٦.

(٢) يعني لو خالف ناسياً أو جاهلاً أو مكرهاً.

(٣) القواعد والفوائد ٢ : ٢٠٨.

کتاب القضاة



﴿ كتاب القضاء ﴾

أي الحكم بين الناس ﴿ وهو ﴾ واجب كفايةً في حقّ الصالحين له، إلا أنه مع حضور الإمام ﴿ وظيفة الإمام ﷺ أو نائبه ﴾ فليزمه نصب قاضٍ في الناحية ليقوم به، ويجب على من عيّنه الإجابة، ولو لم يعيّن وجبت كفايةً. فإن لم يكن أهلاً إلا واحداً^(١) تعيّن عليه. ولو لم يعلم به الإمام لزمه الطلب. وفي استحبابه مع التعدّد عيناً قولان^(٢) أجودهما ذلك مع الوثوق من نفسه بالقيام به.

﴿ وفي الغيبة ينفذ قضاء الفقيه الجامع لشرائط الإفتاء ﴾.

وهي: البلوغ والعقل والذكورة والإيمان والعدالة وطهارة المولد إجماعاً.
والكتابة والحرية والبصر على الأشهر.
والنطق وغلبة الذكر.

(١) في (ف) و (ر): واحد.

(٢) ممن قال بالاستحباب عيناً الشيخ في المبسوط ٨ : ٨٢، والمحقق في الشرائع ٤ : ٦٨، والعلامة في القواعد ٣ : ٤٢٠. قال في المسالك ١٣ : ٣٣٧: وخالف في استحبابه أو وجوبه بعض العامة فحكم بكرأهته نظراً إلى الأحاديث المحذّرة عنه، كما روي عنه ﷺ قال: « من جعل قاضياً فقد ذبح بغير سكّين ».

والاجتهاد في الأحكام الشرعيّة وأصولها. ويتحقّق بمعرفة المقدّمات الستّ، وهي: الكلام والأصول والنحو والتصريف ولغة العرب وشرائط الأدلة^(١). والأصول الأربعة وهي الكتاب والسنة والإجماع ودليل العقل.

والمعتبر من الكلام: ما يُعرف به الله تعالى وما يلزمه من صفات الجلال والإكرام وعدله وحكمته. ونبوّة نبينا ﷺ وعصمته وإمامة الأئمة عليهم السلام كذلك، ليحصل الوثوق بخبرهم ويتحقّق الحجّة به. والتصديق بما جاء به النبي ﷺ من أحوال الدنيا والآخرة، كلّ ذلك بالدليل التفصيلي.

ولا يشترط الزيادة على ذلك بالاطلاع على ما حقّقه المتكلّمون: من أحكام الجواهر والأعراض، وما اشتملت عليه كتبه: من الحكمة والمقدّمات والاعتراضات وأجوبة الشبهات وإنّ وجب معرفته كفايةً من جهة أخرى^(٢) ومن ثمّ صرّح جماعة من المحقّقين^(٣) بأنّ الكلام ليس شرطاً في التفقه، فإنّ ما يتوقّف عليه منه مشترك بين سائر المكلفين.

ومن الأصول: ما يُعرف به أدلة الأحكام: من الأمر والنهي، والعموم والخصوص، والإطلاق والتقييد، والإجمال والبيان، وغيرها ممّا اشتملت عليه مقاصده.

ومن النحو والتصريف: ما يختلف المعنى باختلافه، ليحصل بسببه معرفة المراد من الخطاب. ولا يعتبر الاستقصاء فيه على الوجه التامّ، بل يكفي الوسط منه فما دون.

(١) يعني علم المنطق.

(٢) من جهة وجوب إرشاد الضالّين وردّ شبهات المضلّين على علماء الدين.

(٣) منهم العلامة في نهاية الوصول (مخطوط): الورقة ٤٢٩.

ومن اللغة : ما يحصل به فهم كلام الله ورسوله ونوابه عليهم السلام بالحفظ ، أو الرجوع إلى أصل مصحح يشتمل على معاني الألفاظ المتداولة في ذلك .
ومن شرائط الأدلة : معرفة الأشكال الاقتراية والاستثنائية ، وما يتوقف عليه من المعاني المفردة وغيرها . ولا يشترط الاستقصاء في ذلك ، بل يقتصر على المجزئ منه ، وما زاد عليه فهو مجرد تضييع للعمر وترجئة للوقت .

والمعتبر من الكتاب الكريم : معرفة ما يتعلّق بالأحكام وهو نحو من خمسمئة آية ، إمّا بحفظها ، أو فهم مقتضاها ليرجع إليها متى شاء . ويتوقف على معرفة الناسخ منها من المنسوخ ، ولو بالرجوع إلى أصل يشتمل عليه .

ومن السنّة : جميع^(١) ما اشتمل منها على الأحكام ولو في أصل مصحح رواه عن عدلٍ بسند متصل إلى النبيّ والأئمّة ، ويعرف الصحيح منها والحسن ، والموثق والضعيف والموقوف والمرسل والمتواتر والآحاد ، وغيرها من الاصطلاحات التي دونت في دراية الحديث ، المفتقر إليها في استنباط الأحكام . وهي أمور اصطلاحية توقيفية ، لا مباحث علمية .

ويدخل في أصول الفقه معرفة أحوالها^(٢) عند التعارض وكثير من أحكامها . ومن الإجماع والخلاف : أن يعرف أنّ ما يُفتي به لا يخالف الإجماع ، إمّا بوجود موافق من المتقدمين ، أو بغلبة ظنّه على أنّه واقعة متجدّدة لم يبحث عنها السابقون بحيث حصل فيها أحد الأمرين ، لا معرفة كلّ مسألة أجمعوا عليها أو اختلفوا .

ودلالة العقل من الاستصحاب والبراءة الأصلية وغيرها داخلّة في

(١) في (ف) و (ش) : جمع .

(٢) أحوال السنّة .

الأصول، وكذا معرفة ما يحتجّ به من القياس. بل يشتمل كثير من مختصرات أصول الفقه - كالتهذيب^(١) ومختصر الأصول لابن الحاجب - على ما يحتاج إليه من شرائط الدليل المدوّن في علم الميزان. وكثيرٌ من كتب النحو على ما يحتاج إليه من التصريف.

نعم يشترط مع ذلك كلّهُ أن يكون له قوّة يتمكّن بها من ردّ الفروع إلى أصولها واستنباطها منها. وهذه هي العمدة في هذا الباب، وإلاّ فتحصيل تلك المقدمات قد صارت في زماننا سهلة^(٢) لكثرة ما حقّقه العلماء والفقهاء فيها وفي بيان استعمالها، وإتّما تلك القوّة بيد الله تعالى يؤتيها من يشاء من عباده على وفق حكمته ومراده، ولكثرة المجاهدة والممارسة لأهلها مدخل عظيم في تحصيلها (وَالَّذِينَ جَاهَدُوا فِينَا لَنَهْدِيَنَّهُمْ سُبُلَنَا وَإِنَّ اللَّهَ لَمَعَ الْمُحْسِنِينَ)^(٣).

وإذا تحقّق المفتي بهذا الوصف وجب على الناس الترافع إليه وقبول قوله والتزام حكمه؛ لأنّه منصوب من الإمام عليه السلام على العموم بقوله: «انظروا إلى رجل منكم قد روى حديثنا وعرف أحكامنا فاجعلوه قاضياً، فإنّي قد جعلته قاضياً، فتحاكموا إليه»^(٤).

وفي بعض الأخبار: «فارضوا به حكماً، فإنّي قد جعلته عليكم حاكماً،

(١) للعلامة رحمته الله.

(٢) كذا، والمناسب: صار... سهلاً.

(٣) العنكبوت: ٦٩.

(٤) راجع الكافي ٧: ٤١٢، باب كراهية الارتفاع إلى قضاة الجور، الحديث ٤ و ٥. والوسائل

١٨: ٤، الباب الأوّل من أبواب صفات القاضي، الحديث ٥. و ٩٩، الباب ١١ منها،

الحديث الأوّل.

فإذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه، فإنما بحكم الله استخفّ وعلينا ردّ، والرّادُّ علينا رادّ على الله، وهو على حدّ الشرك بالله عزّ وجلّ»^(١).

﴿ فمن عدل عنه إلى قضاة الجور كان عاصياً ﴾ فاسقاً؛ لأنّ ذلك كبيرة عندنا، ففي مقبول عمر بن حنظلة السابق: «من تحاكم إلى طاغوتٍ فحكم له فإنما يأخذ سُحتاً وإن كان حقّه ثابتاً؛ لأنّه أخذه بحكم الطاغوت، وقد أمر الله أن يكفر بها»^(٢) ومثله كثير.

﴿ وثبت ولاية القاضي ﴾ المنصوب من الإمام ﴿ بالشياع ﴾ وهو إخبار جماعة به يغلب على الظنّ صدقهم ﴿ أو بشهادة عدلين ﴾ وإن لم تكن بين يدي حاكم، بل يثبت بهما أمره عند كلٍّ من سمعهما. ولا يثبت بالواحد، ولا بقوله وإن شهدت له القرائن، ولا بالخطّ مع أمن التزوير، مع احتماله.

﴿ ولا بدّ ﴾ في القاضي المنصوب من الإمام ﴿ من الكمال ﴾ بالبلوغ والعقل وطهارة المولد ﴿ والعدالة ﴾ ويدخل فيها الإيمان ﴿ وأهليّة الإفتاء ﴾ بالعلم بالأمر المذكورة ﴿ والذكورة، والكتابة ﴾ لعسر الضبط بدونها لغير النبي ﷺ ﴿ والبصر ﴾ لافتقاره إلى التمييز بين الخصوم، وتعذر ذلك مع العمى في حقّ غير النبي. وقيل: إنّهما ليسا بشرط^(٣) لانتهاء الأوّل في النبي ﷺ. والثاني في شعيب عليه السلام، ولا يمكن الضبط بدونها بالحفظ والشهود.

وبقي من الشرائط التي اعتبرها المصنّف وغيره: غلبة الحفظ، وانتهاء

(١) و (٢) راجع الكافي ٧: ٤١٢، باب كراهية الارتفاع إلى قضاة الجور، الحديث ٥. والوسائل ١٨: ٩٩، الباب ١١ منها، الحديث الأوّل.

(٣) لم نعر على من قال بعدم اشتراطها باتّاً، نعم أشكل في اشتراطها العلامة في القواعد ٤٢١: ٣، وتردّد في اشتراط الكتابة المحقّق في الشرائع ٤: ٦٧.

الخَرَس، والحرّية، على خلافٍ في الأخير. ويمكن دخول الأوّل في شرط الكمال، وعدم اعتبار الأخير هنا، مع أنّه قطع به في الدروس^(١) وليس دخول الثاني في الكمال أولى من دخول «البصر» و«الكتابة» فكان اللازم ذكره، أو إدخال الجميع في الكمال.

وهذه الشروط كلّها معتبرة في القاضي مطلقاً ﴿إلا في قاضي التحكيم﴾ وهو الذي تراضى به الخصمان ليحكم^(٢) بينهما مع وجود قاضٍ منصوبٍ من قِبَل الإمام عليه السلام وذلك في حال حضوره، فإنّ حكمه ماضٍ عليهما وإن لم يستجمع جميع هذه الشروط.

هذا مقتضى العبارة، ولكن ليس المراد أنّه يجوز خلوه منها أجمع، فإنّ اجتماعه لشروط الفتوى شرط إجماعاً، وكذا بلوغه وعقله وطهارة مولده وغلبة حفظه وعدالته، وإنّما يقع الاشتباه في الباقي. والمصنّف في الدروس قطع بأنّ شروط قاضي التحكيم هي شروط القاضي المنصوب أجمع من غير استثناء^(٣) وكذلك قطع به المحقّق في الشرائع^(٤) والعلامة في كتبه^(٥) وولده فخر المحقّقين في الشرح، فإنّه قال فيه: التحكيم الشرعي هو أن يُحكّم الخصمان واحداً جامعاً لشروط الحكم سوى نصّ من له توليته شرعاً عليه بولاية القضاء^(٦).

(١) الدروس ٢ : ٦٥.

(٢) في (ر) : للحكم.

(٣) الدروس ٢ : ٦٨.

(٤) الشرائع ٤ : ٦٨.

(٥) القواعد ٣ : ٤١٩، والإرشاد ٢ : ١٣٨، والمختلف ٨ : ٤٤١.

(٦) الإيضاح ٤ : ٢٩٦.

ويمكن حمل هذه العبارة على ذلك بجعله استثناءً من اعتبار جميع الشرائط كلّها التي من جملتها توليته المدلول عليه بقوله أولاً: «أو نائبه» ثم قوله: «وتثبت ولاية القاضي...» ثم ذكر باقي الشرائط، فيصير التقدير: أنه يشترط في القاضي اجتماع ما ذكر إلا قاضي التحكيم، فلا يشترط فيه اجتماعها؛ لصحّته بدون التولية. وهذا هو الأنسب بفتوى المصنّف والأصحاب.

ويمكن على بعدٍ أن يستثنى مع الشرط المذكور أمر آخر، بأن لا يعتبر المصنّف هنا فيه «البصر» و«الكتابة» لأنّ حكمه في واقعة أو وقائع خاصّة يمكن ضبطها بدونهما، أو لا يجب عليه ضبطها؛ لأنّه قاضي تراضٍ من الخصمين، فقد قدما على ذلك، ومن أراد منهما ضبط ما يحتاج إليه أشهد عليه؛ مع أنّ في الشرطين خلافاً في مطلق القاضي، ففيه أولى بالجواز؛ لانتفاء المانع الوارد في العامّ بكثرة الوقائع وعسر الضبط بدونهما.

وأما الذكوريّة: فلم ينقل أحد فيها خلافاً، ويبعد اختصاص قاضي التحكيم بعدم اشتراطها وإن كان محتملاً، ولا ضرورة بنا إلى استثنائها؛ لأنّ الاستثناء هو المجموع، لا الأفراد.

واعلم أنّ قاضي التحكيم لا يتصوّر في حال الغيبة مطلقاً؛ لأنّه إن كان مجتهداً نفذ حكمه بغير^(١) تحكيم، وإلّا لم ينفذ حكمه مطلقاً إجماعاً، وإنّما يتحقّق مع جمعه للشرائط حال حضوره ^{عليه السلام} وعدم نصبه، كما بيّناه.

وقد تحرّر من ذلك: أنّ الاجتهاد شرط في القاضي في جميع الأزمان والأحوال، وهو موضع وفاق.

وهل يشترط في نفوذ حكم قاضي التحكيم تراضٍ الخصمين به بعده؟

(١) في (ف): من غير.

قولان^(١) أجودهما عدم عملاً بإطلاق النصوص^(٢).

﴿ ويجوز ارتزاق القاضي من بيت المال مع الحاجة ﴾ إلى الارتزاق لعدم المال أو الوصلة إليه، سواء تعين القضاء عليه أم لا؛ لأن بيت المال مُعدّ للمصالح وهو من أعظمها. وقيل: لا يجوز مع تعيينه عليه لوجوبه^(٣) ويضعف بأن المنع حينئذٍ من الأجرة، لا من الرزق.

﴿ ولا يجوز الجعل ﴾ ولا الأجرة ﴿ من الخصوم ﴾ ولا من غيرهم؛ لأنه

في معنى الرشا.

﴿ والمرتزة ﴾ من بيت المال: ﴿ المؤذن، والقاسم، والكاتب ﴾ للإمام

أو لضبط بيت المال أو الحجج، ونحوها من المصالح ﴿ ومعلم القرآن والآداب ﴾ كالعربية وعلم الأخلاق الفاضلة، ونحوها ﴿ وصاحب الديوان ﴾ الذي بيده ضبط القضاة والجند وأرزاقهم ونحوها من المصالح ﴿ ووالي بيت المال ﴾ الذي يحفظه ويضبطه ويعطي منه ما يؤمر به ونحوه. وليس الارتزاق منحصراً فيمن ذكر، بل مصرفه كلّ مصلحة من مصالح الإسلام ليس لها جهة غيره أو قصرت جهتها عنها.

﴿ ويجب على القاضي التسوية بين الخصمين في الكلام ﴾ معهما،

﴿ والسلام ﴾ عليهما، وردّه إذا سلماً ﴿ والنظر ﴾ إليهما ﴿ و ﴾ غيرها من

(١) قوى الاشتراط الشيخ في المبسوط ٨: ١٦٥، ولم يشترطه في الخلاف ٦: ٢٤١،

واستجوده العلامة في المختلف ٨: ٤٤٢. وصرح المحقق في الشرائع ٤: ٦٨ بعدم اشتراط

التراضي بعد الحكم.

(٢) مثل قوله عليه السلام: «... فإذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فإنما استخفّ بحكم الله وعلينا ردّ...»

الوسائل ١٨: ٩٩، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي، الحديث الأوّل.

(٣) قاله العلامة في التحرير ٥: ١١٤.

﴿ أنواع الإكرام ﴾ كالإذن في الدخول والقيام والمجلس وطلاقة الوجه
 ﴿ والإنصات ﴾ لكلامها ﴿ والإنصاف ﴾ لكلّ منهما إذا وقع منه ما يقتضيه. هذا
 هو المشهور بين الأصحاب.

وذهب سلّار والعلامة في المختلف إلى أنّ التسوية بينهما مستحبة^(١) عملاً
 بأصالة البراءة، واستضعافاً لمستند الوجوب^(٢).

هذا إذا كانا مسلمين أو كافرين ﴿ و ﴾ لو كان أحدهما مسلماً والآخر
 كافراً كان ﴿ له أن يرفع المسلم على الكافر في المجلس ﴾ رفعاً صورياً، أو
 معنوياً، كقربه إلى القاضي أو على يمينه، كما جلس عليّ عليه السلام بجانب شريح في
 خصومة له مع يهوديّ^(٣) ﴿ وأن يجلس المسلم مع قيام الكافر ﴾. وهل تجب
 التسوية بينهما فيما عدا ذلك؟ ظاهر العبارة وغيرها ذلك، ويحتمل تعديده إلى غيره
 من وجوه الإكرام.

﴿ ولا تجب التسوية ﴾ بين الخصمين مطلقاً ﴿ في الميل القلبي ﴾
 إذ لا غضاضة فيه على الناقص، ولا إدلال للمتّصف؛ لعدم اطلاعهما ولا غيرها

(١) المراسم : ٢٣١، والمختلف ٨ : ٤٠٣.

(٢) المستند رواية السكوني عن الصادق عليه السلام : أنّ عليّاً عليه الصلاة والسلام قال : من ابتلي
 بالقضاء فليؤاس في الإشارة وفي النظر وفي المجلس [الوسائل ١٨ : ١٥٧، الباب ٣ من
 أبواب آداب القاضي، الحديث الأول] ولا يخفى ضعف السند، ولو تمّ فالأصل في الأمر
 الوجوب، فما قاله في المختلف [٨ : ٤٠٤] إنّ المستند لو تمّ لا يدلّ المتن على الوجوب
 ليس بجيد على أصله. (منه عليه السلام).

(*) كذا في نسختي المتن، وفي نُسَخ الشرح : المجالس.

(٣) مستدرک الوسائل ١٧ : ٣٥٩، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٥، نقلاً عن
 غارات الثقفي في خصومة له عليه السلام مع نصرانيّ.

عليه . نعم تستحبّ التسوية فيه ما أمكن .

﴿ وإذا بدر أحد الخصمين بالدعوى * سمع منه ﴾ وجوباً تلك الدعوى لاجمیع ما يريده منها، ولو قال الآخر : «كنت أنا المدّعي» لم يلتفت إليه حتى تنتهي تلك الحكومة ﴿ ولو ابتدرا ﴾ معاً ﴿ سُمع من الذي على يمين صاحبه ﴾ دعوى واحدة، ثم سُمع دعوى الآخر؛ لرواية محمّد بن مسلم عن الباقر عليه السلام ^(١) وقيل : يُقرع بينهما ^(٢) لورودها لكلّ مشكل ^(٣) وهذا منه . ومثله ما لو تزاحم الطلبة عند مدرّسٍ والمستفتون عند المفتي مع وجوب التعليم والإفتاء، لكن هنا يقدّم الأسبق، فإن جُهل، أو جاؤوا معاً أقرع بينهم، ولو جمعهم على درسٍ واحد مع تقارب أفهامهم جاز، وإلا فلا .

﴿ وإذا سكتا ﴾ فله أن يسكت حتى يتكلّما، وإن شاء ﴿ فليقل : ليتكلّم المدّعي منكما، أو تكلمّا ﴾ أو يأمر من يقول ذلك ﴿ ويكره تخصيص أحدهما بالخضاب ﴾ لما فيه من الترجيح الذي أقلّ مراتبه الكراهة .

﴿ وتحرم الرشوة ﴾ - بضمّ الراء وكسرهما - وهو أخذه مالاً من أحدهما أو منهما أو من غيرهما على الحكم أو الهداية إلى شيءٍ من وجوهه سواء حكم لباذلهما بحقّ أم باطل . وعلى تحريمها إجماع المسلمين، وعن الباقر عليه السلام «أنّه الكفر بالله ورسوله» ^(٤) وكما تحرم على المرتشي تحرم على المعطي؛ لإعانتة على

(*) كذا في نسختي المتن، وفي نسخ الشرح : بدعوى .

(١) الوسائل ١٨ : ١٦٠، الباب ٥ من أبواب آداب القاضي، الحديث ٢ .

(٢) قوّه الشيخ في الخلاف ٦ : ٢٣٤، المسألة ٣٢ .

(٣) لاحظ روايات القرعة في الوسائل ١٨ : ١٨٧، الباب ١٣ من أبواب كيفة الحكم وأحكام

الدعوى .

(٤) الوسائل ١٢ : ٦٣، الباب ٥ من أبواب ما يكتسب به، الحديث الأوّل .

الإثم والعدوان، إلا أن يتوقف عليها تحصيل حقه، فتحرم على المرتشي خاصة ﴿ فتجب إعادتها ﴾ مع وجودها، ومع تلفها المثل أو القيمة.

﴿ وتلقين أحد الخصمين حجته ﴾ أو ما فيه ضرر على خصمه.

وإذا ادعى المدعي ﴿ فإن وضع الحكم لزم القضاء إذا التمسه المقضي له ﴾ فيقول: حكمت أو قضيت أو أنفذت أو مضيت أو ألزمت، ولا يكفي « ثبت عندي » أو « أن دعواك ثابتة » وفي « أخرج إليه من حقه » أو أمره بأخذه العين أو التصرف فيها قول جزم به العلامة^(١) وتوقف المصنف^(٢).

﴿ ويستحب ﴾ له قبل الحكم ﴿ ترغيبهما في الصلح ﴾ فإن تعذر حكم بمقتضى الشرع، فإن اشبهه أرجأ حتى يتبين، وعليه الاجتهاد في تحصيله.

﴿ ويكره أن يشفع ﴾ إلى المستحق ﴿ في إسقاط ﴾ حق ﴿ أو ﴾ إلى المدعي في ﴿ إبطال ﴾ دعوى ﴿ أو يتخذ حاجباً وقت القضاء ﴾ لنهي النبي ﷺ عنه^(٣) ﴿ أو يقضي مع اشتغال القلب بنعاسٍ أو همٍّ ﴾ أو غمٍّ ﴿ أو غضبٍ أو جوعٍ ﴾* ﴿ أو شبعٍ مفرطين أو مدافعة الأخبثين أو وجع، ولو قضى مع وجود أحدها نفذ.

(١) القواعد ٣: ٤٣٤.

(٢) حيث نسب كفاية هذه الصيغ إلى القليل، راجع الدروس ٢: ٧٦.

(٣) عوالي اللآلئ ٢: ٣٤٣، الحديث ٦.

(* في (ق) و (س): بنعاسٍ أو جوعٍ أو همٍّ أو غضب.

﴿ القول في كيفية الحكم ﴾^(١)

﴿ المدعي هو الذي يُترك لو ترك ﴾ الخصومة، وهو المعبر عنه بأنه الذي يُخلى وسكوته. وقيل: هو من يخالف قوله الأصل أو الظاهر^(٢) ﴿ والمنكر مقابله ﴾ في الجميع. ولا يختلف موجبها غالباً، كما إذا طالب زيد عمراً بدين في ذمته أو عين في يده فأنكر، فزيد لو سكت ترك، ويخالف قوله الأصل؛ لأصالة براءة ذمة عمرو من الدين وعدم تعلق حق زيد بالعين، ويخالف قوله الظاهر من براءة عمرو. وعمرو لا يُترك، ويوافق قوله الأصل والظاهر. فهو مدعى عليه وزيد مدع على الجميع.

وقد يختلف، كما إذا أسلم زوجان قبل الدخول، فقال الزوج: «أسلمنا معاً فالنكاح باقٍ» وقالت: «مرتباً، فلا نكاح» فهي على الأولين مدعية؛ لأنها لو تركت الخصومة لترك واستمرّ النكاح المعلوم وقوعه. والزوج لا يُترك لو سكت؛ لزعماً انفساخ النكاح، والأصل عدم التعاقب؛ لاستدعائه تقدّم أحد الحادّين على الآخر والأصل عدمه. وعلى الظاهر الزوج مدع، لبعده التساوق. فعلى الأولين يحلف الزوج ويستمرّ النكاح، وعلى الثالث تحلف المرأة ويبطل. وكذا لو ادعى الزوج الإنفاق مع اجتماعهما ويساره وأنكرته، فمعه الظاهر، ومعها الأصل.

(١) وإنما جعل تعريف المدعي والمنكر من مباحث كيفية الحكم؛ لأنها متوقفة عليه؛ لأنّ ترتب أحكام كلٍّ منهما عليه، من كون الدعوى مضبوطة جازمة ونحوه، وترتب أحكام المنكر على جوابه ونكوله يتوقف على معرفتهما، فكان كالمقدمة لكيفية الحكم. (منه ﷺ).

وحيث عُرف المدعي فادعى دعوى ملزمة معلومة جازمة قُبلت اتفاقاً. وإن تخلف الأول - كدعوى هبة غير مقبوضة، أو وقف كذلك أو رهن عند مشروطه^(١) - لم تُسمع. وإن تخلف الثاني - كدعوى شيء وثوب وفرس - ففي سماعها قولان :

أحدهما - وهو الذي جزم به المصنّف في الدروس^(٢) - العدم؛ لعدم فائدتها وهو حكم الحاكم بها لو أجاب المدعى عليه بنعم، بل لا بدّ من ضبط المثلي بصفاته والقيمي بقيمته والأثمان بجنسها ونوعها وقدرها، وإن كان البيع وشبهه ينصرف إطلاقة إلى نقد البلد؛ لأنّه إيجاب في الحال وهو غير مختلف، والدعوى إخبار عن الماضي وهو مختلف.

والثاني :- وهو الأقوى - السماع؛ لإطلاق الأدلة الدالة على وجوب الحكم وما ذُكر^(٣) لا يصلح للتقييد؛ لإمكان الحكم بالمجهول، فيُحبس حتى يُبيّنه كالإقرار؛ ولأنّ المدعي ربما يعلم حقّه بوجهٍ ما خاصّة، بأن يعلم أنّ له عنده ثوباً أو فرساً، ولا يعلم [شخصهما ولا صفتهما]^(٤) فلو لم تُسمع دعواه بطل حقّه، فالمقتضي له موجود، والمانع مفقود. والفرق بين الإقرار والدعوى بأنّ المقرّ لو طُوب بالتفصيل ربما رجح والمدعي لا يرجع لوجود داعي الحاجة فيه دونه، غير كافٍ في ذلك؛ لما ذكرناه.

وإن تخلف الثالث وهو الجزم - بأن صرّح بالظنّ أو الوهم - ففي سماعها

(١) أي عند مشروط القبض.

(٢) الدروس ٢ : ٨٤.

(٣) وهو قوله : لعدم فائدتها

(٤) في المخطوطات : شخصها ولا صفتها.

أوجه، أو جهها السماع فيما يعسر الاطلاع عليه - كالقتل والسرقة - دون المعاملات، وإن لم يتوجه على المدعي هنا الحلف برداً ولا نكول ولا مع شاهد، بل إن حلف المنكر أو أقر أو نكل وقضينا به، وإلا وقفت الدعوى.

إذا تقرّر ذلك فإذا ادّعى دعوى مسموعة طُوب المدعي عليه بالجواب.

﴿ وجواب المدعي عليه إما إقرار ﴾ بالحق المدعي به أجمع. ﴿ أو إنكار ﴾ له أجمع، أو مركب منهما، فيلزمه حكمهما ﴿ أو سكوت ﴾ وجعل السكوت جواباً مجازاً شائع في الاستعمال، فكثيراً ما يقال: ترك الجواب جواب المقال.

﴿ فالإقرار يمضي ﴾ على المقر ﴿ مع الكمال ﴾ أي كمال المقر على وجه يُسمع إقراره، بالبلوغ والعقل مطلقاً، ورفع الحجر فيما يمنع نفوذه به، وسيأتي تفصيله.

فإن التمس المدعي حينئذ الحكم حكم عليه فيقول: ألزمتك ذلك، أو قضيت عليك به.

﴿ ولو التمس المدعي من الحاكم ﴾ كتابة إقراره كتب وأشهد مع معرفته^(١) أو شهادة عدلين بمعرفته، أو اقتناعه بحليلته^(٢) لا بمجرد إقراره وإن صادقه المدعي، حذراً من تواطئهما على نسب لغيرهما، ليلزما ذا النسب بما لا يستحق عليه.

﴿ فإن ادّعى الإعسار ﴾ وهو عجزه عن أداء الحق، لعدم ملكه لما زاد عن داره وثيابه اللاتفة بحاله ودابته وخادمه كذلك وقوت يوم وليلة له ولعياله الواجبي النفقة ﴿ وثبت صدقه ﴾ فيه ﴿ بيينة مظلعة على باطن أمره ﴾ مراقبة له في خلواته واجدة، صبره على ما لا يصبر عليه واجد المال عادة حتى ظهر لها

(١) معرفة الحاكم للمدعي عليه.

(٢) حلية الإنسان: ما يرى من لونه وظاهره وهيئته.

قرائن الفقر ومخايل^(١) الإضاقة، مع شهادتها على نحو ذلك ممّا^(٢) يتضمّن الإثبات، لا على النفي الصّرف ﴿ أو بتصديق خصمه ﴾ له على الإعسار ﴿ أو كان ﴾ أصل ﴿ الدعوى بغير^(٣) مال ﴾ بل جنابة أوجبت مالاً أو إتلافاً، فإنّه حينئذٍ يُقبل قوله فيه؛ لأصالة عدم المال، بخلاف ما إذا كان أصل الدعوى مالاً، فإنّ أصالة بقاءه تمنع من قبول قوله، وإنّما يثبت إعساره بأحد الأمرين: البيّنة أو تصديق الغريم، وظاهره أنّه لا يتوقّف مع البيّنة على اليمين وهو أجدود القولين^(٤) ولو شهدت البيّنة بالإعسار في القسم الثاني^(٥) فأولى بعدم اليمين. وعلى تقدير كون الدعوى ليست مالاً ﴿ وحلف ﴾ على الإعسار ﴿ تُرك ﴾ إلى أن يقدر، ولا يُكفّف التكبّسب في المشهور وإن وجب عليه السعي على وفاء الدين.

﴿ وإلا ﴾ يتفق ذلك بأن لم يُقَمَّ بيّنة ولا صادقه الغريم مطلقاً^(٦) ولا حلف حيث لا يكون أصل الدعوى مالاً ﴿ حُبس ﴾ وُبُحِث عن باطن أمره ﴿ حتى يُعلم حاله ﴾ فإن عُلِم له مالٌ أمر بالوفاء، فإن امتنع باشره القاضي ولو ببيع ماله إن كان مخالفاً للحقّ. وإن عُلِم عدم المال أو لم يفِ الموجود بوفاء الجميع أُطلق بعد صرف الموجود.

(١) جمع «مخيلة» بمعنى المظنة.

(٢) في (ر): بما.

(٣) كذا في نسختي المتن أيضاً، وفي (ش) و (ع): لغير.

(٤) اختاره العلامة في التذكرة ٢: ٥٩ (الحجرية) وأمّا القول بتوقّفه على اليمين، فقد نسبته

المحقّق الكركي إلى الأكثر، أنظر جامع المقاصد ٥: ٣٠١.

(٥) يعني ما إذا كان أصل الدعوى بغير مال.

(٦) سواء كان أصل الدعوى مالاً أو لا. وقال بعض المحسّنين: أي لا على الإعسار ولا على

﴿ وأما الإنكار : فإن كان الحاكم عالماً ﴾ بالحق ﴿ قضى بعلمه ﴾ مطلقاً^(١) على أصح القولين^(٢) ولا فرق بين علمه به في حال ولايته ومكانها وغيرها، وليس له حينئذٍ طلب البيّنة من المدّعي مع فقدها قطعاً، ولا مع وجودها على الأقوى وإن قصد دفع التهمة، إلا مع رضاء المدّعي. والمراد بعلمه هنا العلم الخاص وهو الاطلاع الجازم، لا بمثل وجود خطّه به إذا لم يذكر الواقعة وإن أمن التزوير. نعم، لو شهد عنده عدلان بحكمه به ولم يتذكّر فالأقوى جواز القضاء، كما لو شهدا بذلك عند غيره. ووجه المنع إمكان رجوعه إلى العلم؛ لأنّه فعله، بخلاف شهادتهما عند الحاكم على حكم غيره، فإنّه يكفي الظنّ، تنزيلاً لكلّ بابٍ على الممكن فيه، ولو شهدا عليه بشهادته به، لا بحكمه فالظاهر أنّه كذلك.

﴿ وإلا ﴾ يعلم الحاكم بالحق ﴿ طلب البيّنة ﴾ من المدّعي إن لم يكن عالماً بأنّه موضع المطالبة بها، وإلا جاز للحاكم السكوت ﴿ فإن قال : لا بيّنة لي عرفه أنّ له إحلافه، فإن طلبه ﴾ أي طلب إحلافه ﴿ حلفه ﴾ الحاكم ﴿.

﴿ ولا يتبرّع ﴾ الحاكم ﴿ بإحلافه ﴾ لأنّه حقّ للمدّعي فلا يستوفى بدون مطالبته وإن كان إيقاعه إلى الحاكم، فلو تبرّع المنكر به أو استحلفه الحاكم من دون التماس المدّعي لغا.

﴿ و ﴾ كذا ﴿ لا يستقلّ به الغريم من دون إذن الحاكم ﴾ لما قلناه : من أن إيقاعه موقوف على إذنه وإن كان حقّاً لغيره؛ لأنّه وظيفته.

(١) سواء كان من حقوق الله تعالى أم من حقوق الآدميين، وسواء كان الحاكم معصوماً أم غيره.

(٢) اختاره المحقّق في الشرائع ٤ : ٧٥ وقال في المسالك ١٣ : ٣٨٣ : وقيل : لا يجوز

مطلقاً، وقال ابن إدريس : يجوز في حقوق الناس دون حقوق الله، وعكس ابن الجنيد في

كتابه الأحمدي.

(*) في (ق) و (س) : أحلفه.

﴿ فَإِنْ حَلَفَ ﴾ المنكر على الوجه المعتبر ﴿ سَقَطَتِ الدَّعْوَى عَنْهُ ﴾ وإن بقي الحقّ في ذمّته ﴿ وَحَرَمَ مَقَاصَّتَهُ ﴾ به لو ظفر له المدّعي بما لا كان مماثلاً لحقّه، إلّا أن يكذّب المنكر نفسه بعد ذلك.

﴿ وَ ﴾ كَذَا ﴿ لَا تَسْمَعُ الْبَيِّنَةَ ﴾ من المدّعي ﴿ بَعْدَهُ ﴾ أي بعد حلف المنكر على أصحّ الأقوال^(١) لصحيحة ابن أبي يعفور عن الصادق عليه السلام « إِذَا رَضِيَ صَاحِبُ الْحَقِّ بِيَمِينِ الْمُنْكَرِ لِحَقِّهِ فَاسْتَحْلَفَهُ، فَحَلَفَ أَنْ لَا حَقَّ لَهُ قَبْلَهُ^(٢) وَإِنْ أَقَامَ بَعْدَ مَا اسْتَحْلَفَهُ خَمْسِينَ قَسَامَةً، فَإِنَّ الْيَمِينَ قَدْ أَبْطَلَتْ كُلَّ مَا ادَّعَاهُ^(٣) وَغَيْرَهَا مِنَ الْأَخْبَارِ^(٤) .

وقيل : تُسْمَعُ بَيِّنَتُهُ مَطْلَقاً^(٥) وقيل : مع عدم علمه بالبيّنة وقت تحليفه ولو بنسيانها^(٦) والأخبار^(٧) حجة عليهما.

﴿ وَإِنْ ﴾ لم يحلف المدّعي عليه و ﴿ رَدَّ الْيَمِينَ ﴾ على المدّعي ﴿ حَلَفَ الْمُدَّعِي ﴾ إن كانت دعواه قطعية، وإلّا لم يتوجّه الردّ عليه كما مرّ^(٨) وكذا لو كان

(١) وهو اختيار الشيخ في الخلاف ٦ : ٢٩٣، المسألة ٤٠، والعلامة في المختلف ٨ : ٣٩٦، وسيأتي قولان آخران من الشيخ عليه السلام.

(٢) قد سقط هنا من النسخ كلمات من الخبر، وهي هذه «...ذهبت اليمين بحق المدّعي فلا دعوى له. قلت له : وإن كانت عليه بيّنة عادلة ؟ قال : نعم» وإن أقام....

(٣) الوسائل ١٨ : ١٧٩، الباب ٩ من أبواب كَيْفِيَّةِ الْحُكْمِ والدعوى، الحديث الأوّل.

(٤) المصدر السابق، الحديث ٢. والباب ١٠ من أبواب كَيْفِيَّةِ الْحُكْمِ والدعوى.

(٥) قاله الشيخ في موضع من المبسوط ٨ : ١٥٨.

(٦) قوّه الشيخ في موضع آخر من المبسوط ٨ : ٢١٠.

(٧) المشار إليها آنفاً.

(٨) مرّ في الصفحة ٨٤، قوله : وإن لم يتوجّه على المدّعي هنا الحلف بردّ ولا نكول.

المدعي ولياً أو وصياً، فإنه لا يمين عليه وإن علم بالحال، بل يلزم المنكر بالحلف، فإن أبي حُيس إلى أن يحلف، أو يُقضى بنكوله.

﴿ فإن امتنع ﴾ المدعي من الحلف حيث يتوجه عليه ﴿ سقطت دعواه ﴾ في هذا المجلس قطعاً، وفي غيره على قول مشهور، إلا أن يأتي بيينة. ولو استمهل أمهل، بخلاف المنكر.

ولو طلب [المدعي] (١) إحضار المال قبل حلفه، ففي إجابته قولان: أجمدهما عدم (٢) (٣) ومتى حلف المدعي ثبت حقه، لكن هل يكون حلفه كإقرار

(١) لم يرد في المخطوطات.

(٢) حكم به العلامة في المختلف ٨: ٤٠٢، وفي مقابله قول أبي الصلاح بلزوم الإجابة، راجع الكافي في الفقه: ٤٤٧.

(٣) منشأ الخلاف من أنه صادر عن المدعي، فكان كالبيينة، ومن أن سببه النكول وهو من المنكر، فكان كالإقرار. وتظهر فائدة الخلاف في مواضع، منها: ما لو أقام المنكر بيينة بالأداء أو الإبراء بعد حلف المدعي، فإن قلنا: إن اليمين كالبيينة سمعت بيينة المنكر، وإن قلنا كالإقرار لم تسمع؛ لأن بيئته مكذبة لإقراره. ومنها: أنه هل يحتاج مع اليمين إلى حكم الحاكم؟ فإن قلنا: إنها كالبيينة توقّف عليه، أو كالإقرار فلا. ومنها: ما لو أنكر المفلس فحلف غريمه، فإن قلنا: إنها كالبيينة شاركه، أو كالإقرار ففيه ما سيأتي من الخلاف. ومنها: ما لو أنكر الوكيل في البيع العيب فحلف المشتري عليه بعد نكوله عن اليمين، فإن قلنا: إنه كالبيينة فللوكيل رده على الموكل، وإن قلنا: كالإقرار فلا. ومنها: لو ادعى البائع تولية كثرة الثمن وأقام بيينة فإنها لا تسمع؛ لأنه مكذب لها بقوله الأول، ولكن له إحلاف المشتري على عدم العلم بذلك، وهل للمشتري رد اليمين عليه أم لا يبنى على القولين، إن قلنا بإقرار المنكر فله الرد؛ لأن المشتري لو أقر نفعه، وإن قلنا إنه كبيينة المدعي فلا؛ لأن بيئته غير مسموعة. (منه ﷺ).

الغريم أو كالبينة؟ قولان: أجودهما الأول^(١).

وتظهر الفائدة في مواضع كثيرة مفرقة^(٢) في أبواب الفقه.

﴿ وإن نكل ﴾ المنكر عن اليمين وعن ردها على المدعي بأن قال: «أنا ناكل» أو قال: «لا أحلف» عقيب قول الحاكم له: «أحلف» أو «لا أرد» ﴿ ردت اليمين أيضاً ﴾ على المدعي بعد أن يقول الحاكم للمنكر: «إن حلفت، وإلا جعلتك ناكلًا ورددت اليمين» مرة، ويستحب ثلاثاً، فإن حلف المدعي ثبت حقه، وإن نكل فكما مر^(٣).

﴿ وقيل ﴾ والقائل به الشيخان^(٤) والصدوقان^(٥) وجماعة^(٦): ﴿ يُقضى ﴾ على المنكر بالحق ﴿ بنكوله ﴾ لصحيفة محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام أنه حكى عن أمير المؤمنين عليه الصلاة والسلام أنه أزم أخرس بدين ادّعي عليه فأنكر ونكل عن اليمين، فألزمه بالدين بامتناعه عن اليمين^(٧).
﴿ والأول أقرب ﴾ لأن النكول أعم من ثبوت الحق؛ لجواز تركه إجلاً،

(١) ذهب إلى ذلك العلامة في التحرير ٥ : ١٨١، وفي مقابله قول المحقق الكركي: إنَّها بالنسبة إلى المدعى عليه كالبينة. جامع المقاصد ٦ : ٥٣.

(٢) في (ر): متفرقة.

(٣) يعني سقطت دعواه.

(٤) المقنعة: ٧٢٤، والنهاية: ٣٤٠.

(٥) المقنع: ٣٩٦. وحكاه العلامة في المختلف ٨ : ٣٨٠ عن الصدوق وال والده.

(٦) منهم سلار في المراسم: ٢٣٢، وابن زهرة في الغنية: ٤٤٥، والكيدري في إصباح الشيعة: ٥٣٣. ولا يخفى أن هؤلاء الأعلام والصدوقين والشيخين قدس سرهم بعد الحكم بذلك قالوا بتوجه اليمين على المدعي إذا التمس المنكر من الحاكم أن يحلف الخصم.

(٧) الوسائل ١٨ : ٢٢٢، الباب ٣٣ من أبواب كَيْفِيَّةِ الْحُكْمِ وأحكام الدعوى، الحديث الأول.

ولا دلالة للعام على الخاص، ولما روي عن النبي ﷺ أنه ردّ اليمين على طالب الحق^(١) وللأخبار الدالة على ردّ اليمين على المدعي من غير تفصيل^(٢) ولأنّ الحكم مبني على الاحتياط التام، ولا يحصل إلا باليمين، وفي هذه الأدلة نظر بين.

﴿ وإن قال ﴿ المدعي مع إنكار غريمه : ﴿ لي بيّنة، عرفه ﴿ الحاكم ﴾ أن له إحضارها، وليقل : أحضرها إن شئت ﴾ إن لم يعلم ذلك ﴾ فإن ذكر غيبتها خير بين إحلاف الغريم والصبر ﴾ وكذا يتخير بين إحلافه وإقامة البيّنة وإن كانت حاضرة. وليس له طلب إحلافه ثم إقامة البيّنة، فإن طلب إحلافه ففيه ما مر^(٣) وإن طلب إحضارها أمهله إلى أن يحضر ﴾ وليس له إلزامه بكفيل ﴾ للغريم ﴿ ولا ملازمته ﴾ لأنّه تعجيل عقوبة لم يثبت موجبها. وقيل : له ذلك^(٤).

﴿ وإن أحضرها وعرف الحاكم العدالة ﴾ فيها ﴿ حكم ﴾ بشهادتها بعد التماس المدعي سؤالها والحكم. ثم لا يقول لهما : « اشهدا » بل « من كان عنده كلام أو شهادة ذكر ما عنده إن شاء » فإن أجابا بما لا يثبت به حقّ طرح قولهما، وإن قطعاً بالحقّ وطابق الدعوى وعرف العدالة حكم كما ذكرنا.

﴿ وإن عرف الفسق ترك ﴾ ولا يطلب التزكية؛ لأنّ الجارح مقدّم ﴾ وإن جهل ﴿ حالها ﴾ استزكى ﴿ أي طلب من المدعي تزكيتها، فإن زكّاها بشاهدين على كلّ من الشاهدين يعرفان العدالة ومزيلها أثبتها ﴾ ثم سأل الخصم عن

(١) أنظر السنن الكبرى للبيهقي ١٠ : ١٨٤.

(٢) راجع الوسائل ١٨ : ١٧٠، الباب ٣ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى.

(٣) من سقوط دعوى المدعي بعد حلف المنكر.

(٤) قاله الشيخ في النهاية : ٣٣٩.

﴿ الجرح ﴾ فإن اعترف بعدمه حكم كما مرّ ﴿ وإن ﴾ استنظر أمهله ثلاثة أيام ﴿ (١) فإن أحضر الجارح نظر في أمره على حسب ما يراه من تفصيل وإجمال وغيرهما فإن قبله قدمه على التزكية؛ لعدم المنافاة ﴿ فإن لم يأت بالجارح ﴾ مطلقاً أو بعد المدّة ﴿ حكم عليه بعد الالتماس ﴾ أي التماس المدعي الحكم.

﴿ وإن ارتاب الحاكم بالشهود ﴾ مطلقاً ﴿ فرّقهم ﴾ استحباباً ﴿ وسألهم عن ﴾ مشخّصات ﴿ القضية ﴾ زماناً ومكاناً وغيرهما من المميّزات ﴿ فإن اختلفت أقوالهم سقطت ﴾ شهادتهم. ويستحبّ له عند الريبة وعظهم وأمرهم بالتنبّت والأخذ بالجزم ﴿ ويكره ﴾ له ﴿ أن يعنّت الشهود ﴾ أي يدخل عليهم العنت وهو المشقّة ﴿ إذا كانوا من أهل البصيرة بالتفريق ﴾ وغيره من التحزير ﴿ (٢) ﴾ ﴿ ويحرم ﴾ عليه ﴿ أن يتعتع ﴾ الشاهد، أصل التعتعة في الكلام: التردّد فيه ﴿ وهو ﴾ هنا ﴿ أن يداخله في الشهادة ﴾ فيدخل معه كلماتٍ توقعه في التردّد أو الغلط، بأن يقول الشاهد: «إنّه اشترى كذا» فيقول الحاكم: «بمئة» أو «في المكان الفلاني» أو يريد أن يتلفّظ بشيء ينفعه فيداخله بغيره ليمنعه من إتمامه، ونحو ذلك ﴿ أو يتعقّبه ﴾ بكلامٍ يجعله تمام ما يشهد به، بحيث لو لاه لتردّد أو أتى بغيره، بل يكفّ عنه حتى ينتهي ﴿ (٣) ما عنده وإن لم يفد أو تردّد،

(*) في (ق) و(س): فإن.

(١) هكذا أطلق الأصحاب من غير فرقٍ بين من قال: إن شهودي على الجرح في مسافة لا يصلون إلّا بعد ثلاثة، وغيره. وينبغي لو عيّن مكاناً بعيداً أن يمهل بقدره إذا لم يؤدّ إلى البعد المفرط الموجب لتأخير الحقّ. (منه ﷺ).

(٢) بالمعجمتين، التعسّف في الكلام، وفي (ش) و(ف): التحرير.

(٣) في (ش) و(ف): ينهي.

ثم يرتب عليه ما يلزمه ﴿ أو يرغبه في الإقامة ﴾ إذا وجدته متردداً ﴿ أو يزهده لو توقف . ولا يقف ^(١) عزم الغريم عن الإقرار إلا في حقه تعالى ﴾ فيستحب أن يعرض المقرّ بحدّ الله تعالى بالكفّ عنه والتأويل ﴿ لقضية ما عزمه عند النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ حين أقرّ عنده بالزنا في أربعة مواضع ، والنبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ يردده بوقف عزمه تعريضاً لرجوعه ، ويقول له : « لعلك قبّلت ، أو غمزت ، أو نظرت » قال : لا ، قال : « أفنكتها لا تُكني ؟ » قال : نعم ، قال : « حتى غاب ذلك منك في ذلك منها ؟ » قال : نعم ، قال : « كما يغيب المِرود ^(٢) في المُكحلة والرِشا ^(٣) في البئر ؟ » قال : نعم ، قال : « هل تدري ما الزنا ؟ » قال : نعم أتيت منها حراماً ما يأتي الرجل من امرأته حلالاً ، فعند ذلك أمر برجمه ^(٤) .

وكما يستحبّ تعريضه للإنكار ، يكره لمن علمه منه غير الحاكم حثّه على الإقرار ؛ لأنّ هزلاً قال لما عزم : بادر إلى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ قبل أن ينزل فيك قرآن ، فقال له النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ لما علم به : « ألا ^(٥) سترته بثوبك كان خيراً لك » ^(٦) .
واعلم أنّ المصنّف رحمه الله ذكر أولاً : أنّ جواب المدّعى عليه إمّا إقرار ، أو إنكار ، أو سكوت ^(٧) ولم يذكر القسم الثالث ، ولعلّه أدرجه في قسم الإنكار على

(١) يُستعمل لازماً ومتعدّياً .

(٢) الميل يُكتحل به .

(٣) الحبل عموماً ، أو خصوص حبل الدلو .

(٤) راجع عوالي اللآلئ ٣ : ٥٥١ ، الحديث ٢٤ ، والسنن الكبرى للبيهقي ٨ : ٢٢٦ - ٢٢٧ .

(٥) قال بعض المحشّين : بكسر الهزمة وتشديد اللام على أن تكون مركّبة من « إن » الشرطيّة و « لا » الزائدة .

(٦) السنن الكبرى للبيهقي ٨ : ٣٣١ ، وفيها : « لو كنت سترته بثوبك كان خيراً لك » .

(٧) راجع الصفحة ٨٤ .

تقدير النكول؛ لأنّ مرجع حكم السكوت على المختار إلى تحليف المدّعي بعد إعلام الساكت بالحال.

وفي بعض نسخ الكتاب^(١) نقل أنّ المصنّف ألحق بخطّه قوله: ﴿ وأما السكوت فإن كان لآفة ﴾ من طَرَشٍ أو خَرَسٍ ﴿ توصل ﴾ الحاكم ﴿ إلى ﴾ معرفة ﴿ الجواب ﴾ بالإشارة المفيدة لليقين ولو بترجمين عدلين ﴿ وإن كان ﴾ السكوت ﴿ عناداً حبس حتى يجيب ﴾ على قول الشيخ في النهاية^(٢) لأنّ الجواب حقّ واجب عليه، فإذا امتنع منه حبس حتى يؤدّيه ﴿ أو يحكم عليه بالنكول بعد عرض الجواب عليه ﴾ بأن يقول له: إن أجبت وإلا جعلتك ناكلاً، فإن أصرّ حكم بنكوله على قول من يقضي بمجرد النكول^(٣) ولو اشترطنا معه إحلاف المدّعي أحلف بعده. ويظهر من المصنّف التخيير بين الأمرين والأولى جعلهما إشارة إلى القولين. وفي الدروس اقتصر على حكايتهما قولين^(٤) ولم يرجّح شيئاً. والأوّل أقوى.

(١) الملحق الآتي موجود في النسختين الخطّيتين من المتن، المتوفّرتين لدينا.

(٢) النهاية: ٣٤٢.

(٣) تقدّم ذلك عن الشيخين والصدوقين وجماعة.

(٤) الدروس ٢: ٨٧.

﴿ القول في اليمين ﴾

﴿ لا تتعد اليمين الموجبة للحق ﴾ من المدعي ﴿ أو المسقطه للدعوى ﴾ من المنكر ﴿ إلا بالله تعالى ﴾ وأسمائه الخاصة ﴿ مسلماً كان الحالف أو كافراً ﴾ ولا يجوز بغير ذلك كالكتب المنزلة والأنبياء والأئمة؛ لقول الصادق عليه السلام: « لا يحلف بغير الله - وقال -: اليهودي والنصراني والمجوسي لا تحلفوهم إلا بالله »^(١) وفي تحريمه بغير الله في غير الدعوى نظر، من ظاهر النهي في الخبر، وإمكان حمله على الكراهة. أمّا بالطلاق والعناق والكفر والبراءة فحرام قطعاً ﴿ ولو أضاف مع الجلالة « خالق كل شيء » في المجوسي كان حسناً ﴾ إمطاً لتأويله. ويظهر من الدروس^(٢) تعين إضافة نحو ذلك فيه؛ لذلك، ومثله « خالق النور والظلمة ».

﴿ ولو رأى الحاكم ردع الذمي يمينهم فعل، إلا أن يشتمل على محرّم ﴾ كما لو اشتمل على الحلف بالأب أو الابن ونحو ذلك، وعليه حُمل ما روي أنّ علياً عليه السلام استحلف يهودياً بالتوراة^(٣) وربما يشكل^(٤) تحليف بعض الكفار بالله تعالى؛ لإنكارهم له، فلا يرون له حرمة، كالمجوس، فإنهم لا يعتقدون وجود إله خلق^(٥) النور والظلمة، فليس في حلفهم به عليهم كلفة، إلا أن النصّ

(١) الوسائل ١٦ : ١٦٤، الباب ٣٢ من أبواب الأيمان، الحديث ٢.

(٢) الدروس ٢ : ٩٦.

(٣) الوسائل ١٦ : ١٦٥، الباب ٣٢ من أبواب الأيمان، الحديث ٤.

(٤) في غير (ع) : أشكل.

(٥) في (ش) و (ر) : خالق.

ورد بذلك^(١).

﴿ وينبغي التعليل بالقول ﴾ مثل : والله الذي لا إله إلا هو الرحمن الرحيم، الطالب الغالب، الضارّ النافع، المدرك المهلك، الذي يعلم من السرّ ما يعلمه من العلانية ﴿ والزمان ﴾ كالجمعة والعيد^(٢) وبعد الزوال، و^(٣)العصر ﴿ والمكان ﴾ كالكعبة والحطيم والمقام والمسجد الحرام والحرم، والأقصى تحت الصخرة، والمساجد في المحراب. واستحباب التعليل ثابت ﴿ في الحقوق كلّها، إلا أن ينقص المال عن نصاب القطع ﴾ وهو ربع دينار. ولا يجب على الحالف الإجابة إلى التعليل، ويكفيه قوله : والله ما له عندي حقّ.

﴿ ويستحبّ للحاكم وعظ الحالف قبله ﴾ وترغيبه في ترك اليمين، إجلالاً لله تعالى، أو خوفاً من عقابه على تقدير الكذب، ويتلو عليه ما ورد في ذلك من الأخبار والآثار، مثل ما روي عن النبي ﷺ « من أجلّ الله أن يحلف به أعطاه الله خيراً ممّا ذهب منه »^(٤) وقول الصادق عليه السلام : « من حلف بالله كاذباً كفر، ومن حلف بالله صادقاً أثم، إن الله عزّ وجلّ يقول : (ولا تجعلوا الله عرضة لأيمانكم) »^(٥) وعنه عليه السلام قال : « حدّثني أبي أن أباه كانت عنده امرأة من الخوارج ففضى لأبي أنه طلقها، فادّعت عليه صداقها، فجاءت به إلى أمير المدينة تستعديه، فقال له

(١) تقدّم في أوّل البحث.

(٢) في (ش) و (ر) : العيدين.

(٣) في (ر) : أو.

(٤) الوسائل ١٦ : ١١٥، الباب الأوّل من أبواب الأيمان، الحديث ٣.

(٥) الوسائل ١٦ : ١١٦، الباب الأوّل من أبواب الأيمان، الحديث ٦. والآية ٢٢٤ من سورة

البقرة.

(٦) ظاهر السياق رجوع الضمير إلى الصادق عليه السلام والخبر مروى عن أبي جعفر الباقر عليه السلام.

أمير المدينة : يا عليّ إمّا أن تحلف أو تعطيها، فقال لي يا بُنيّ : قم فأعطاها أربعمئة دينار، فقلت : يا أبة جعلت فداك ! ألسنت محقّقاً؟ قال : بلى ولكنّي أجللت الله عزّ وجلّ أن أحلف به يمين صبر»^(١).

﴿ ويكفي ﴾ الحلف على ﴿ نفي الاستحقاق وإن أجاب ﴾ في إنكاره ﴿ بالأخص ﴾ كما إذا ادّعى عليه قرضاً فأجاب بأنّي ما اقترضت؛ لأنّ نفي الاستحقاق يشمل المتنازع وزيادة؛ ولأنّ المدّعي قد يكون صادقاً فعرض ما يُسقط الدعوى، ولو اعترف به وادّعى المُسقط طولب بالبيّنة وقد يعجز عنها، فدعت الحاجة إلى قبول الجواب المطلق.

وقيل : يلزمه الحلف على وفق ما أجاب به^(٢) لأنّه بزعمه قادر على الحلف عليه حيث نفاه بخصوصه إن طلبه منه المدّعي. ويضعّف بما ذكرناه، وبإمكان التسامح في الجواب بما لا يتسامح في اليمين.

﴿ و ﴾ الحالف ﴿ يحلف ﴾ أبداً ﴿ على القطع في فعل نفسه وتركه وفعل غيره ﴾ لأنّ ذلك يتضمّن الاطلاع على الحال الممكن معه القطع ﴿ وعلى نفي العلم في نفي فعل غيره ﴾ كما لو ادّعى على مورّثه مالاً، [فكفاه]^(٣) الحلف على أنّه لا يعلم به؛ لأنّه يعسر الوقوف عليه، بخلاف إثباته، فإنّ الوقوف عليه لا يعسر.

(١) الوسائل ١٦ : ١١٧، الباب ٢ من أبواب الأيمان، الحديث الأوّل.

(٢) نسبه في المسالك ١٣ : ٤٨٩ إلى الشيخ رحمته الله، والموجود في المبسوط ٨ : ٢٠٧ نسبة هذا القول إلى قوم، من دون اختياره.

(٣) في المخطوطات : فيكفاه. وفي (ع) منها المقابلة على الأصل : كذا بخطّه.

﴿ القول في الشاهد واليمين ﴾

﴿ كل ما يثبت بشاهد وامرأتين يثبت بشاهد ويمين ، وهو كل ما كان مالا ، أو ﴾ كان ﴿ المقصود منه المال كالدين والقرض ﴾ تخصيص بعد التعميم ﴿ والغصب ، وعقود المعاوضات كالبيع والصلح ﴾ والإجارة ، والهبة المشروطة بالعوض ﴿ والجناية الموجبة للدية كالخطأ ، وعمد الخطأ ، وقتل الوالد ولده ، وقتل الحرّ العبد ﴾ والمسلم الكافر ﴿ وكسر العظام ﴾ وإن كان عمداً ﴿ و ﴾ كذا ﴿ الجايفة والمأمومة ﴾ والمنقلة^(١) لما في إيجابها القصاص على تقدير العمد من التغيرير .

﴿ ولا يثبت ﴾ بالشاهد واليمين ﴿ عيوب النساء ﴾^(٢) وكذا عيوب الرجال ؛ لاشتراكهما في عدم تضمّنهما المال ﴿ ولا الخلع ﴾ لأنه إزالة قيد النكاح بفدية وهي شرط فيه ، لا داخله في حقيقته ، ومن ثمّ أطلق المصنّف والأكثر . وهذا يتمّ مع كون المدعي هو المرأة ، أما لو كان الرجل فدعواه تتضمّن المال وإن انضمّ إليه أمر آخر ، فينبغي القطع بثبوت المال ، كما لو اشتملت الدعوى على الأمرين في غيره^(٣) كالسرقة ، فإنّهم قطعوا بثبوت المال ، وهذا قويّ وبه جزم في

(*) لم يرد في (ق) و (س) : قتل الحرّ .

(١) يأتي توضيح هذه الثلاث في كتاب الديات .

(٢) أكثرهم عبّروا بعيوب النساء ومنهم المصنّف هنا . وفي الدروس [٩٧ : ٢] ذكر عيوب

الرجل والمرأة ، وهو أولى ؛ لاشتراكهما في العلة . (منه ﷺ) .

(٣) يعني غير الخلع .

الدروس^(١) ﴿ والطلاق ﴾ المجرد عن المال، وهو واضح ﴿ والرجعة ﴾ لأنّ مضمون الدعوى إثبات الزوجية^(٢) وليست مالاّ وإنّ لزمها النفقة؛ لخروجها عن حقيقتها ﴿ والعق على قولٍ ﴾ مشهور؛ لتضمّنه إثبات الحرية، وهي ليست مالاّ. وقيل: يثبت بهما^(٣) لتضمّنه المال، من حيث إنّ العبد مال للمولى فهو يدّعي زوال المالية ﴿ والكتابة والتدبير والاستيلاء ﴾ وظاهره عدم الخلاف فيها، مع أنّ البحث آتٍ فيها. وفي الدروس ما يدلّ على أنّها^(٤) بحكمه^(٥) لكن لم يصرّحوا بالخلاف، فلذا أفردوها ﴿ والنسب ﴾ وإنّ ترتّب عليه وجوب الإنفاق، إلاّ أنّه خارج عن حقيقته كما مرّ ﴿ والوكالة ﴾ لأنّها ولاية على التصرف وإن كان في مالٍ ﴿ والوصية إليه^(٦) ﴾ كالوكالة ﴿ بالشاهد واليمين ﴾ متعلّق بالفعل السابق، أي لا تثبت هذه المذكورات بهما.

﴿ وفي النكاح قولان ﴾: أحدهما - وهو المشهور - عدم الثبوت مطلقاً^(٧) لأنّ المقصود الذاتي منه الإحصان وإقامة السنّة وكفّ النفس عن الحرام والنسل، وأمّا المهر والنفقة فإنّهما تابعان. والثاني القبول مطلقاً نظراً إلى تضمّنه المال ولا نعلم قائله. وفي ثالث قبوله من المرأة دون الرجل؛ لأنّها تثبت النفقة والمهر،

(١) الدروس ٢ : ٩٧.

(٢) في (ف) : حقّ الزوجية.

(٣) قاله العلامة في القواعد ٣ : ٢٠٨، والتحرير ٤ : ٢٠٠.

(*) الظاهر أنّ «الاستيلاء» من الماتن، لكنّها لا توجد في (ق) و (س).

(٤) أي الثلاثة بحكم العتق في كونه خلافاً.

(٥) الدروس ٢ : ٩٧.

(٦) يعني الوصية إلى شخص بكونه وصياً.

(٧) قاله الشيخ في المبسوط ٨ : ١٨٩، وهو ظاهر أبي الصلاح في الكافي : ٤٣٨.

ذهب إليه العلامة^(١) والأقوى المشهور.

﴿ ولو كان المدعون جماعة ﴾ وأقاموا شاهداً واحداً ﴿ فعلى كل واحد يمين ﴾ لأن كل واحد يثبت حقاً لنفسه، ولا يثبت مالاً لأحدٍ يمين غيره.

﴿ ويشترط شهادة الشاهد أولاً وتعديله ﴾ والحلف بعدهما ﴿ ثم الحكم يتم بهما لا بأحدهما، فلو* رجع الشاهد غرّم النصف ﴾ لأنه أحد جزئي سبب فوات المال على المدعى عليه ﴿ والمدعي لو رجع غرّم الجميع ﴾ لاعترافه بلزوم المال له مع كونه قد قبضه. ولو فرض تسلّم الشاهد المال ثم رجع أمكن ضمانه الجميع إن شاء المالك؛ لاعترافه بترتب يده على المغصوب، فيتخير المالك في التضمن.

﴿ ويقضى على الغائب عن مجلس القضاء** ﴾ سواء بعد أم قرب وإن كان في البلد ولم يتعدّر عليه حضور مجلس الحكم على الأقوى؛ لعموم الأدلة^(٢) ولو كان في المجلس لم يقض عليه إلا بعد علمه.

ثم الغائب على حجّته لو حضر، فإن ادعى بعده قضاءً أو إبراءً أقام به البيّنة، وإلا أحلف المدعي^(٣).

ومحلّه حقوق الناس، لا حقوق الله تعالى؛ لأنّ القضاء على الغائب

(١) القواعد ٣ : ٤٤٩.

(*) في (ق) : ولو.

(**) في (ق) : مجلس الحكم.

(٢) الوسائل ١٨ : ٢١٦، الباب ٢٦ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى، الحديث ١ و ٢

و ٣.

(٣) في مصحّحة (ع) : المدعى عليه.

احتياط، وحقوق الله تعالى مبنية على التخفيف، لغنائه. ولو اشتمل على الحقيين - كالسرقة - قُضي بالمال دون القطع.

﴿ وتجب اليمين مع البيّنة على بقاء الحقّ ﴾ إن كانت الدعوى لنفسه، ولو كانت لموكله، أو للموّلّى عليه فلا يمين عليه، ويسلّم المال بكفيل إلى أن يحضر المالك، أو يكمل ويحلف ما دام المدّعى عليه غائباً.

﴿ وكذا تجب ﴾ اليمين مع البيّنة ﴿ في الشهادة على الميّت والطفل أو المجنون ﴾ أمّا على الميّت فموضع وفاق، وأمّا على الغائب والطفل والمجنون فلمشاركتهم له في العلة المؤمى إليها في النصّ^(١) وهو أنّه لا لسان له للجواب فيستظهر الحاكم بها؛ إذ يحتمل لو حضر كاملاً أن يجيب بالإيفاء أو الإبراء، فيتوجّه اليمين، وهو من باب اتّحاد طريق المسألتين، لا من باب القياس.

وفيه نظر، للفرق - مع فقد النصّ - وهو أنّ الميّت لا لسان له مطلقاً في الدنيا، بخلاف المتنازع، فيمكن مراجعته إذا حضر أو كمل^(٢) وترتيب^(٣) حكم على جواب، بخلاف الميّت، فكان أقوى في إيجاب اليمين، فلا يتّحد الطريق.

وإطلاقه يقتضي عدم الفرق بين دعوى العين والدين. وقيل بالفرق وثبوت اليمين في الدين خاصّة^(٤) لاحتمال الإبراء منه وغيره من غير علم الشهود، بخلاف العين فإنّ ملكها إذا ثبت استُصحب. ويضعف بأنّ احتمال تجدد نقل الملك ممكن في الحالتين، والاستظهار وعدم اللسان آتٍ فيهما.

(١) أي النصّ الوارد في الميّت، راجع الوسائل ١٨ : ١٧٣، الباب ٤ من أبواب كيفية الحكم.

(٢) حضر الغائب أو كمل الناقص.

(٣) في (ش) و (ر) : ترتّب.

(٤) قاله العلامة في القواعد ٣ : ٤٤١.

﴿ القول في التعارض ﴾

أي تعارض الدعوى في الأموال.

﴿ لو تداعيا ما في أيديهما ﴾ فادعى كلّ منهما المجموع ولا يبيّنه ﴿ فادعى كلّ منهما على نفي استحقاق الآخر ﴾ واقتسامه ﴿ بالسوية ﴾، وكذا لو نكلا بين يمينين ولو حلف أحدهما ونكل الآخر فهو للحالف، فإن كانت يمينه بعد نكول صانعاً ليمينه يميناً واحدة تجمع النفي والإثبات، وإلا افتقر إلى يمين أخرى للإثبات ﴿ ولو نكل يميناً يقتسمانه ﴾ إن أقاما بيّنة ويَقْضَى لكلّ منهما بما في يد صاحبه ﴿ بناءً على ترجيح بيّنة الخارج. ولا فرق هنا بين تساوي البيّنتين عدداً وعدالّةً واختلافهما.

﴿ ولو خرّجا ﴾ فذو اليد من صدّقه من هي يده مع اليمين وعلى المصدّق اليمين للآخر، فإن امتنع حلف الآخر وأغرّم له؛ لحيلولته بينه وبينها بإقراره الأوّل. ولو صدّقهما فهي لهما بعد حلفهما أو نكولهما، ولهما إحلافه إن ادّعى علمه. ولو أنكرهما قدّم قوله بيمينه.

ولو كان لأحدهما بيّنة في جميع هذه الصور ﴿ فهي لذي البيّنة ﴾ مع يمينه. ﴿ ولو أقامها رجّح الأعدل ﴾ شهوداً، فإن تساوا في العدالة ﴿ فالأكثر ﴾ شهوداً، فإن تساوا فيهما ﴿ فالقرعة ﴾ فمن خرج اسمه حلف وأعطى الجميع، فإن نكل أحلف الآخر وأخذ، فإن امتنعا قسّمت نصفين. وكذا يجب اليمين على من رجّحت بيّنته. وظاهر العبارة عدم اليمين فيهما، والأوّل مختاره في الدروس^(١) في الثاني قطعاً وفي الأوّل ميلاً.

﴿ ولو تشبّث أحدهما ﴾ أي تعلق بها، بأن كان ذا يدٍ عليها ﴿ فاليمين عليه ﴾

إن لم يكن للآخر بيّنة، سواء كان للمتشبّث بيّنة أم لا ﴿ ولا يكفي بيّنته عنها ﴾ أي عن اليمين؛ لأنّه منكر فيدخل في عموم «اليمين على من أنكر»^(١) وإن كان له بيّنة، فلو نكل عنها حلف الآخر وأخذ، فإن نكل أقرت في يد المتشبّث.

﴿ ولو أقاما ﴾ أي المتشبّث والخارج ﴿ بيّنة في الحكم لأيهما خلاف ﴾
 فقيل: تقدّم بيّنة الداخل مطلقاً^(٢) لما روي أنّ عليّاً عليه السلام قضى بذلك^(٣) ولتعارض البيّنتين فيرجع إلى تقديم ذي اليد، وقيل: الخارج مطلقاً^(٤) عملاً بظاهر الخبر المستفيض، من أنّ القول قول ذي اليد، والبيّنة بيّنة المدعي^(٥) الشامل لموضع النزاع. وقيل: تقدّم بيّنة الخارج إن شهدتا بالملك المطلق أو المسبّب أو بيّنته خاصّة بالسبب، ولو انفردت به بيّنة الداخل قدّم^(٦) وقيل: مع تسببهما تقدّم بيّنة الداخل أيضاً^(٧) وتوقف المصنّف هنا وفي الدروس^(٨) مقتصرأ على نقل الخلاف،

(١) الوسائل ١٨ : ٢١٥، الباب ٢٥ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى، الحديث ٣.

(٢) هو قول الشيخ في كتاب دعاوي من الخلاف ٦ : ٣٤٢، المسألة ١٥.

(٣) الوسائل ١٨ : ١٨٢، الباب ١٢ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى، الحديث ٣.

(٤) ذهب إلى ذلك الصدوق في المقنع : ٣٩٩، وسأدر في المراسم : ٢٣٦، وابن زهرة في

الغنية : ٤٤٣، وابن إدريس في السرائر ٢ : ١٦٨.

(٥) راجع الوسائل ١٨ : ١٧٠، الباب ٣ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى.

(٦) قال في المسالك: وهذا هو الذي اختاره المصنّف رحمه الله وقبله الشيخ في النهاية وكتابي الأخبار

وتلميذه القاضي وجماعة، راجع المسالك ١٤ : ٨٤، وانظر النهاية : ٣٤٤، والتهذيب ٦ :

٢٣٧ ذيل الحديث ٥٨٣، والاستبصار ٣ : ٤٢، ذيل الحديث ١٤٢، والمهذّب ٢ : ٥٧٨.

(٧) أدرج في المسالك ١٤ : ٨٤ هذا القول في القول الثالث السابق بقوله: «سواء انفردت به أم

شهدت بيّنة الخارج به أيضاً».

(٨) الدروس ٢ : ١٠١.

وهو في موضعه؛ لعدم دليل متين في^(١) جميع الجهات. وفي شرح الإرشاد رجّح القول الثالث^(٢) وهو مذهب الفاضلين^(٣) ولا يخار من رجحان.

﴿ ولو تشبّثا وادّعى أحدهما الجميع والآخر النصف ﴾ مشاعاً ﴿ ولا بيّنة اقتسماها ﴾ نصفين ﴿ بعد يمين مدّعي النصف ﴾ للآخر من دون العكس، لمصادقته إياه على استحقاق النصف الآخر. ولو كان النصف المتنازع معيّناً اقتسامه بالسوية بعد التحالف فيثبت لمدّعيه الربع، والفرق: أن كلّ جزءٍ من العين على تقدير الإشاعة يدّعي كلّ منهما تعلق حقّه به فلا ترجيح، بخلاف المعين؛ إذ لا نزاع في غيره. ولم يذكروا في هذا الحكم خلافاً، وإلا فلا يخلو من نظر.

﴿ ولو أقاما بيّنة فهي للخارج على القول بترجيح بيّنته، وهو مدّعي الكل ﴾ لأنّ في يد مدّعي النصف النصف، فمدّعي الكل خارج عنه ﴿ وعلى القول بالآخر ﴾ يقسّم ﴿ بينهما ﴾ نصفين كما لو لم يكن بيّنة؛ لما ذكرناه من استقلال يد مدّعي النصف عليه، فإذا رجّحت بيّنته به أخذه. ولو أقام أحدهما خاصّة بيّنة حكم بها.

﴿ ولو كانت في يد ثالث وصدّق أحدهما صار صاحب اليد ﴾ فيترتب عليه ما فصل ﴿ وللآخر إحلافهما ﴾ ولو أقاما بيّنة فللمستوعب النصف، وتعارضت البيّتان في الآخر، فيحكم للأعدل فالأكثر فالقرعة، ويقضى لمن خرج بيمينه، فإن امتنع حلف الآخر، فإن نکلا قسّم بينهما، فللمستوعب ثلاثة أرباع وللآخر الربع. وقيل: يقسّم على ثلاثة، فلمدّعي الكلّ اثنان ولمدّعي النصف واحد^(٤) لأنّ

(١) في سوى (ع): من.

(٢) غاية المراد ٤: ٧٣.

(٣) أنظر الشرائع ٤: ١١١، والإرشاد ٢: ١٥٠.

(٤) احتمله العلامة في القواعد ٣: ٤٧١، ولم نظفر بمن قاله جزءاً.

المنازعة وقعت في أجزاء غير معيّنة، فيقسّم على طريق العول على حسب سهامهما وهي ثلاثة، كضرب الديّان مع قصور مال المفلس.

وكلّ موضع حكماً بتكافؤ البيّنات أو ترجيحها بأحد الأسباب إنّما هو مع إطلاقها أو اتّحاد التاريخ ﴿ ولو كان تاريخ إحدى البيّتين أقدم قدّمت ﴾ لثبوت الملك بها سابقاً فيستصحب.

هذا إذا شهدتا بالملك المطلق أو المسبّب أو بالتفريق، أمّا لو شهدت إحداهما باليد والأخرى بالملك، فإن كان المتقدّم هو اليد رجّح الملك؛ لقوّته وتحقّقه الآن. وإن انعكس ففي ترجيح أيّهما قولان للشيخ^(١) وتوقّف المصنّف في الدروس^(٢) مقتصرأ على نقلهما.

(١) رجّح قديم الملك على اليد في المبسوط ٨ : ٢٨٠، وعكس في الخلاف ٦ : ٣٤٢،

المسألة ١٥.

(٢) الدروس ٢ : ١٠١.

﴿ القول في القسمة ﴾

﴿ وهي تمييز ﴾ أحد ﴿ النصيين ﴾ فصاعداً ﴿ عن الآخر، وليست بيعاً ﴾ عندنا ﴿ وإن كان فيها ردٌّ ﴾ لأنها لا تفتقر إلى صيغة، ويدخلها الإيجاب ويلزمها، ويتقدّر أحد النصيين بقدر الآخر، والبيع ليس فيه شيء من ذلك، واختلاف اللوازم يدلّ على اختلاف الملزومات. واشتراك كلّ جزءٍ يفرض قبلها بينهما اختصاص كلّ واحد بجزءٍ معيّن وإزالة ملك الآخر عنه بعدها بعوض مقدّر بالتراضي ليس حدّاً لبيع حتى يدلّ عليه. وتظهر الفائدة في عدم ثبوت الشفعة للشريك بها^(١) وعدم بطلانها بالتفرّق^(٢) قبل القبض فيما يعتبر فيه التقابض في البيع، وعدم خيار المجلس، وغير ذلك.

﴿ ويجبر الشريك ﴾ على القسمة ﴿ لو التمس شريكه ﴾ القسمة ﴿ ولا ضرر ﴾ ولا ردّ. والمراد بالضرر: نقص قيمة الشقص بها عنه منضماً، نقصاً فاحشاً على ما اختاره المصنّف في الدروس^(٣) وقيل: مطلق نقص القيمة^(٤) وقيل: عدم الانتفاع به منفرداً^(٥) وقيل: عدمه على الوجه الذي كان ينتفع به

(١) يعني بالقسمة.

(٢) في (ع): بالتفريق.

(٣) الدروس ٢: ١١٧.

(٤) قوّه الشيخ في المبسوط ٨: ١٣٥، وقال المحقّق: «وهو أشبه» الشرائع ٤: ١٠١،

واختاره العلامة في القواعد ٣: ٤٦٢.

(٥) قاله الشيخ في الخلاف ٦: ٢٢٩، المسألة ٢٧، وقوّه في المبسوط ٨: ١٣٥.

قبل القسمة^(١) والأجود الأول.

﴿ ولو تَضَمَّنَتْ رَدًّا ﴾ أي دفعٍ عوضٍ خارجٍ عن المال المشترك من أحد الجانبين ﴿ لم يجبر ﴾ الممتنع منهما؛ لاستلزامه المعاوضة على جزءٍ من مقابله صوريًّا أو معنويًّا وهو غير لازم ﴿ وكذا ﴾ لا يجبر الممتنع ﴿ لو كان فيها ضرر، كالجواهر والعضائد^(٢) الضيقة والسيف ﴾ والضرر في هذه المذكورات يمكن اعتباره بجميع المعاني عدا الثالث في السيف، فإنه ينتفع بقسمته غالباً في غيره مع نقصٍ فاحش.

﴿ فلو طلب ﴾ أحدهما ﴿ المهايأة ﴾ وهي قسمة المنفعة بالأجزاء أو بالزمان ﴿ جاز، ولم يجب ﴾ إجابته، سواء كان ممّا يصحّ قسمته إجباراً أم لا. وعلى تقدير الإجابة لا يلزم الوفاء بها، بل يجوز لكلٍّ منهما فسخها، فلو استوفى أحدهما ففسخ الآخر أو هو كان عليه أجرة حصّة الشريك.

﴿ وإذا عدّلت السهام ﴾ بالأجزاء إن كانت في متساويها كيلاً أو وزناً أو ذرعاً أو عدداً بعدد الأنصاء، أو بالقيمة إن اختلفت، كالأرض والحيوان ﴿ واتفقا على اختصاص كلٍّ واحد بسهم لزم ﴾ من غير قرعة، لصدق «القسمة» مع التراضي الموجبة لتمييز الحقّ، ولا فرق بين قسمة الردّ وغيرها ﴿ وإلا ﴾ يتّفقا على الاختصاص ﴿ أقرع ﴾ بأن يكتب أسماء الشركاء أو السهام كلُّ في رقعة وتُصان ويؤمر من لم يطلّع على الصورة بإخراج إحداها^(٣) على اسم أحد

(١) جعله في المسالك ١٤ : ٣٤ ثالث الأقوال، ولم ينسبه إلى قائل.

(٢) جمع عضادة، عضاداتا الباب : خشبته من جانبيه. والمراد بها هنا «الدكاكين» كما في

هامش النسخ.

(٣) في (ف) و (ر) : إحداهما.

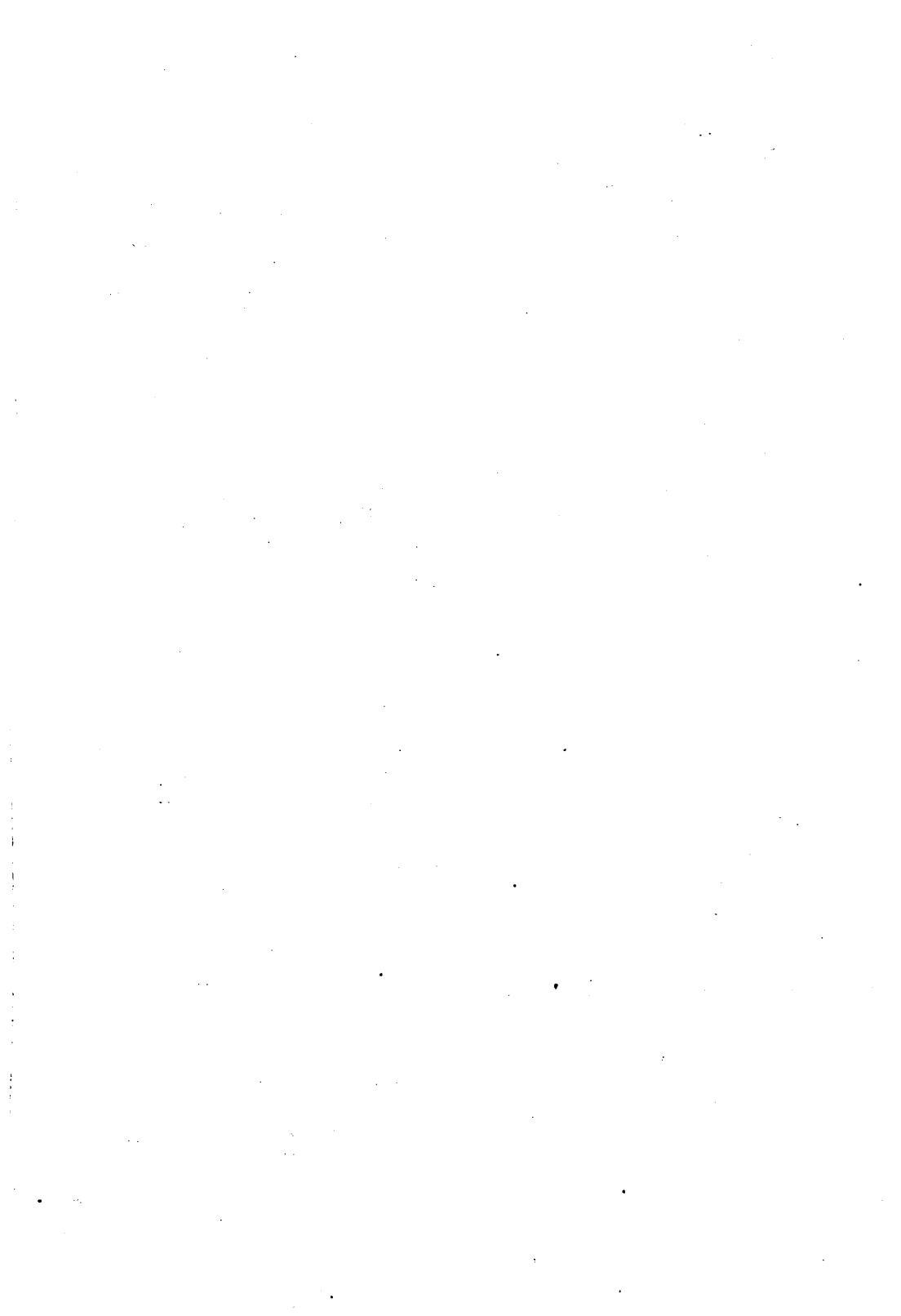
المتقاسمين أو أحد السهام. هذا إذا اتفقت السهام قدراً.

ولو اختلفت قسّم على أقلّ السهام وجعل لها أولّ يعيّنه المتقاسمون وإلاّ الحاكم، وتُكتب أسماؤهم لا أسماء السهام حذراً من التفريق، فمن خرج اسمه أولاً أخذ من الأوّل وأكمل نصيبه منها على الترتيب، ثم يخرج الثاني إن كانوا أكثر من اثنين، وهكذا.

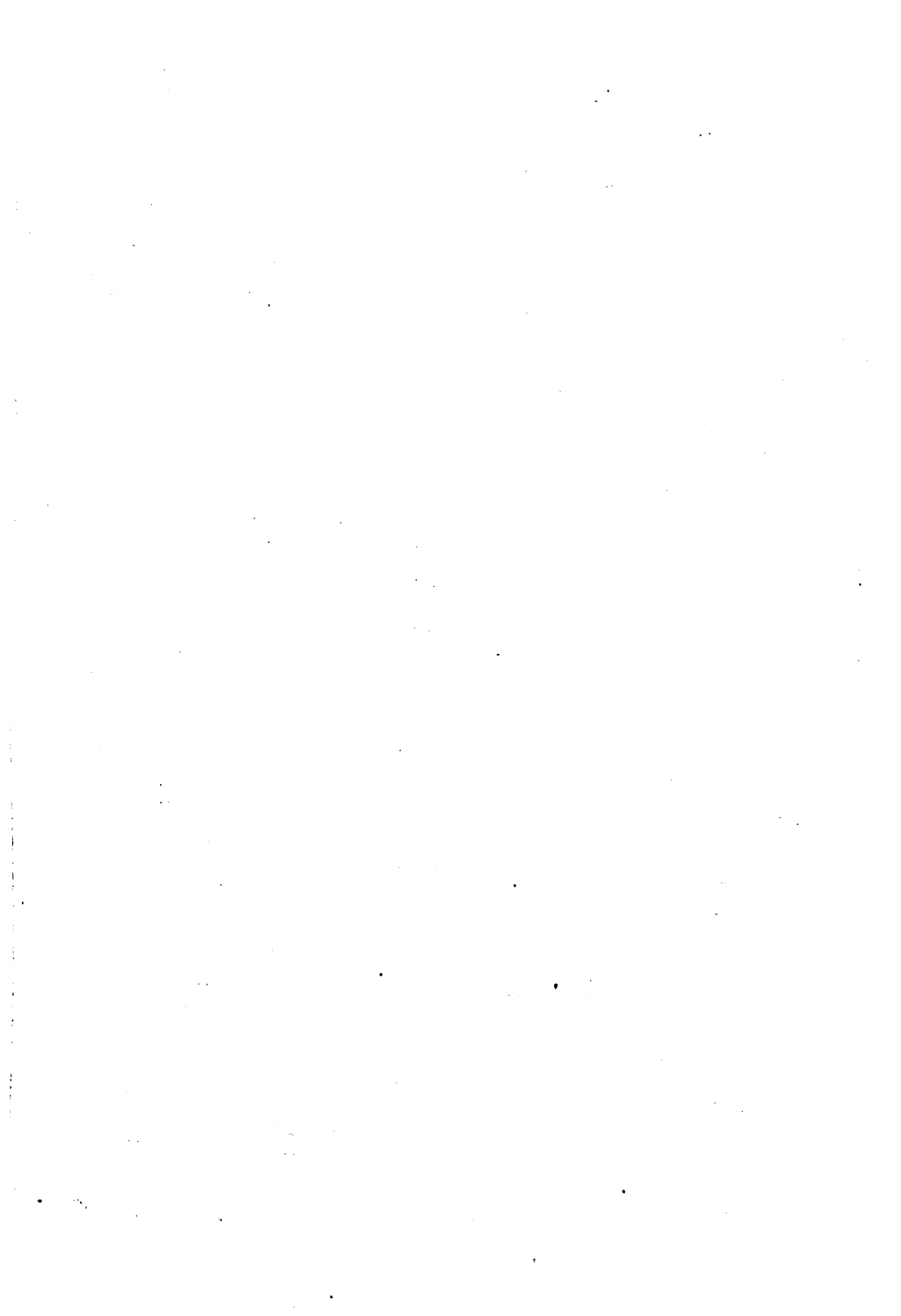
ثم إن اشتملت القسمة على ردّ اعتبر رضاها بعدها، وإلاّ فلا.

﴿ ولو ظهر غلط ﴾ في القسمة بيّنة أو باطلاع المتقاسمين ﴿ بطلت .
ولو ادّعاه ﴾ أي الغلط ﴿ أحدهما ولا بيّنة حلف الآخر ﴾ لأصالة الصّحة ﴿ فإن
حلف تمّت ﴾ القسمة ﴿ وإن نكل ﴾ عن اليمين ﴿ حلف المدّعي ﴾ إن لم يقضَ
بالنكول ﴿ ونقضت ﴾ .

﴿ ولو ظهر ﴾ في المقسوم ﴿ استحقاق بعض معيّن بالسويّة ﴾ لا يخلّ
إخراجه بالتعديل ﴿ فلا نقض ﴾ لأنّ فائدة القسمة باقية، وهو أفراد كلّ حقّ على
حدة ﴿ وإلاّ ﴾ يكن متساوياً في السهام بالنسبة ﴿ نقضت ﴾ القسمة؛ لأنّ ما يبقى
لكلّ واحد لا يكون بقدر حقّه، بل يحتاج أحدهما إلى الرجوع على الآخر وتعود
الإشاعة. ﴿ وكذا لو كان ﴾ المستحقّ ﴿ مشاعاً ﴾ لأنّ القسمة حينئذٍ لم تقع
برضاء جميع الشركاء.



کتاب الفیاض



﴿ كتاب الشهادات ﴾

﴿ وفصوله أربعة ﴾ :

﴿ الأوّل ﴾

﴿ الشاهد ﴾

﴿ وشرطه : البلوغ، إلا في ﴿ الشهادة على ﴾ الجراح ﴾ ما لم يبلغ النفس، وقيل : مطلقاً^(١) ﴾ بشرط بلوغ العشر ﴾ سنين ﴾ وأن يجتمعوا على مباح، وأن لا يتفرّقوا ﴾ بعد الفعل المشهود به إلى أن يؤدّوا الشهادة. والمراد حينئذٍ أن شرط البلوغ ينتفي ويبقى ما عداه من الشرائط التي من جملتها العدد - وهو اثنان في ذلك - والذكوريّة، ومطابقة الشهادة للدعوى وبعض الشهود لبعض، وغيرهما. ولكن روي هنا الأخذ بأوّل قولهم لو اختلف^(٢) والتهجّم على الدماء في غير محلّ الوفاق ليس بجيّد. وأمّا العدالة : فالظاهر أنّها غير متحقّقة؛

(١) ذهب إليه الشيخ في النهاية : ٣٣١.

(٢) أنظر الوسائل ١٨ : ٢٥٢ - ٢٥٣، الباب ٢٢ من أبواب الشهادات، الأحاديث ١ و ٢ و ٤.

لعدم التكليف الموجب للقيام بوظيفتها من جهة التقوى. والمروءة غير كافية، واعتبار صورة الأفعال والتروك لا دليل عليه. وفي اشتراط اجتماعهم على المباح تنبيه عليه^(١).

﴿ العقل ﴾ فلا تقبل شهادة المجنون حال جنونه، فلو دار جنونه قبلت شهادته مفياً بعد العلم باستكمال فطنته في التحمّل والأداء. وفي حكمه الأبله والمغفل الذي لا يتفطن لمزايا الأمور.

﴿ والإسلام ﴾ فلا تقبل شهادة الكافر وإن كان ذمياً ﴿ ولو كان المشهود عليه كافراً على الأصح ﴾ لا تصافه بالفسق والظلم المانعين من قبول الشهادة. خلافاً للشيخ رحمته الله حيث قبل شهادة أهل الذمّة لملّتهم وعليهم^(٢) استناداً إلى رواية ضعيفة^(٣) وللصدوق حيث قبل شهادتهم على مثلهم وإن خالفهم في الملة^(٤) كاليهود على النصارى.

ولا تقبل شهادة غير الذمّي إجماعاً، ولا شهادته على المسلم إجماعاً ﴿ إلا في الوصيّة عند عدم ﴾ عدول ﴿ المسلمين ﴾ فتقبل شهادة الذمّي بها. ويمكن أن يريد اشتراط فقد المسلمين مطلقاً بناءً على تقديم المستورين^(٥) والفاستقين الذين لا يستند فسقهما إلى الكذب، وهو قول العلامة في التذكرة^(٦) ويضعّف باستلزامه

(١) يعني عدم تحقّق العدالة في غير البالغين.

(٢) النهاية : ٣٣٤ والخلاف ٦ : ٢٧٣، المسألة ٢٢.

(٣) الوسائل ١٨ : ٢٨٤، الباب ٣٨ من أبواب الشهادات، الحديث ٢. وضعفها لزراعة؛ فإنّه واقفي، وسماعة فإنّه ضعيف. راجع فهارس المسالك ١٦ : ٢٨٩.

(٤) الفقيه ٣ : ٤٧، الحديث ٣٢٩٩.

(٥) أي الذين لا يعلم حالهم من العدل والفسق.

(٦) التذكرة (الحجريّة) ٢ : ٥٢١.

التعميم في غير محلّ الوفاق. وفي اشتراط السفر قولان^(١): أظهرهما العدم. وكذا الخلاف في إحلافهما^(٢) بعد العصر، فأوجه العلامة^(٣) عملاً بظاهر الآية. والأشهر العدم، فإن قلنا به فليكن بصورة الآية بأن يقول بعد الحلف بالله: (لَا نَشْتَرِي بِهِ ثَمَنًا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَلَا نَكْتُمُ شَهَادَةَ اللَّهِ إِنَّا إِذًا لَمِنَ الْآثِمِينَ)^(٤).

﴿ والإيمان ﴾ وهو هنا الولاء، فلا تقبل شهادة غير الإمامي مطلقاً مقلداً كان أم مستدلاً.

﴿ والعدالة ﴾ وهي هيئة نفسانية راسخة تبعث على ملازمة التقوى والمروّة ﴿ وتزول بالكبيرة ﴾ مطلقاً وهي ما توعدّ عليها بخصوصها في كتاب أو سنة، وهي إلى سبعمئة أقرب منها إلى سبعين وسبعة.

ومنها: القتل والربا والزنا واللواط والقيادة والدياثة وشرب المسكر والسرقة والقتل والفرار من الزحف وشهادة الزور وعقوق الوالدين والأمن من مكر الله واليأس من روح الله والغضب والغيبة والنميمة واليمين الفاجرة وقطيعة الرحم وأكل مال اليتيم وخيانة الكيل والوزن وتأخير الصلاة عن وقتها والكذب خصوصاً على رسول الله ﷺ^(٥) وضرب المسلم بغير حقّ وكتمان الشهادة والرشوة

(١) القول بالاشتراط للإسكافي كما نقله في المختلف ٨ : ٥٠٥، وأبي الصلاح في الكافي : ٤٣٦، والشيخ في المبسوط ٨ : ١٨٧. والقول بالعدم للشيخين في المقنعة : ٧٢٧، والنهاية : ٣٣٤، والمحقق في الشرائع ٤ : ١٢٦، والعلامة في التحرير ٥ : ٢٤٥، والقواعد ٢ : ٥٦٨، وغيرهم.

(٢) يعني الشاهدين الذميين.

(٣) التحرير ٥ : ٢٤٦.

(٤) المائة : ١٠٦.

(٥) في (ر) : على الله ورسول الله.

والسعاية إلى الظالم ومنع الزكاة وتأخير الحجّ عن عام الوجوب اختياراً والظهار وأكل لحم الخنزير والميتة والمحاربة بقطع الطريق والسحر، للتوعدّ على ذلك كلّه، وغيره. وقيل: الذنوب كلّها كبائر^(١) ونسبه الطبرسي في التفسير إلى أصحابنا^(٢) مطلقاً^(٣) نظراً إلى اشتراكها في مخالفة أمر الله تعالى ونهيه، وتسمية بعضها صغيراً بالإضافة إلى ما هو أعظم منه، كالثبلة بالإضافة إلى الزنا وإن كانت كبيرة بالإضافة إلى النظرة، وهكذا....

﴿ والإصرار على الصغيرة ﴾ وهي ما دون الكبيرة من الذنب. والإصرار إمّا فعليّ كالمواطبة على نوع أو أنواع من الصغائر، أو حكميّ وهو العزم على فعلها ثانياً بعد وقوعه وإن لم يفعل. ولا يقدر ترك السنن إلاّ أن يؤدّي إلى التهاون بها^(٤) وهل هذا هو مع ذلك من الذنوب أم مخالفة المروءة؟ كل محتمل وإن كان الثاني أوجه.

﴿ وبترك المروءة ﴾ وهي التخلّق بخلق أمثاله في زمانه ومكانه، فالأكل في السوق والشرب فيها لغير سوقي إلاّ إذا غلبه العطش، والمشي مكشوف الرأس بين الناس، وكثرة السخريّة والحكايات المضحكة، ولبس الفقيه لباس الجندي وغيره ممّا لا يعتاد لمثله بحيث يسخر منه، وبالعكس ونحو ذلك يسقطها. ويختلف الأمر فيها باختلاف الأحوال والأشخاص والأماكن. ولا يقدر فعل

(١) قاله جماعة، منهم: المفيد وابن إدريس، أنظر أوائل المقالات (مصنفات المفيد) ٤: ٨٣، والسرائر ٢: ١١٨.

(٢) مجمع البيان ٢: ٣٨ ذيل الآية ٣١ من سورة النساء.

(٣) أي غير مشير إلى تحقّق الخلاف فيها.

(٤) في (ف) و(ر): فيها.

السنن وإن استهجنها العامة وهجرها الناس كالكحل والحنّاء والحنك في بعض البلاد، وإنما العبرة بغير الراجح شرعاً.

﴿ وطهارة المولد ﴾ فتردّ شهادة ولد الزنا ولو في اليسير على الأشهر. وإنما تردّ شهادته مع تحقّق حاله شرعاً، فلا اعتبار بمن تناله الألسن وإن كثرت ما لم يحصل العلم.

﴿ وعدم التّهمة ﴾ بضمّ التاء وفتح الهاء، وهي أن يجرّ إليه بشهادته نفعاً أو يدفع عنه بها ضرراً. ﴿ فلا تقبل شهادة الشريك لشريكه في المشترك بينهما ﴾ بحيث يقتضي الشهادة المشاركة ﴿ و ﴾ لا شهادة ﴿ الوصي في متعلّق وصيّته ﴾ ولا يقدر في ذلك مجرد دعواه الوصاية، ولا مع شهادة من لا تثبت بها؛ لأنّ المانع ثبوت الولاية الموجبة للتّهمة بإدخال المال تحتها ﴿ و ﴾ لا شهادة ﴿ الغرماء للمفلس ﴾ والميت ﴿ والسيد لعبده ﴾ على القول بملكه، للانتفاع بالولاية عليه. والشهادة في هذه الفروض جالبة للنفع.

﴿ و ﴾ أمّا ما يدفع الضرر: فشهادة ﴿ العاقلة بجرح شهود الجنائية ﴾ خطأً. وغرماء المفلس بفسق شهود دين آخر؛ لأنّهم يدفعون بها ضرر المزاحمة، ويمكن اعتباره في النفع. وشهادة الوصي والوكيل بجرح الشهود على الموصي والموكّل. وشهادة الزوج بزنا زوجته التي قدّفها لدفع ضرر الحدّ.

ولا يقدر مطلق التّهمة، فإنّ شهادة الصديق لصديقه مقبولة، والوارث لمورّثه بدين وإن كان مشرفاً على التلف ما لم يرثه قبل الحكم بها، وكذا شهادة رفقاء القافلة على اللصوص إذا لم يكونوا مأخوذين ويتعرّضوا للذكر ما أخذ لهم^(١). ﴿ والمعتبر في الشروط ﴾ المعبرة في الشهادة ﴿ وقت الأداء، لا وقت

(١) اللام بمعنى «من» أي منهم.

التحمّل ﴿ فلو تحمّلها ناقصاً ثم كمل حين الأداء سمعت. وفي اشتراط استمرارها إلى حين الحكم قولان^(١) اختار المصنّف في الدروس ذلك^(٢) ويظهر من العبارة عدمه.

﴿ وتمنع العداوة الدنيوية ﴾ وإن لم تتضمن فسقاً، وتحقّق ﴿ بأن يعلم منه السرور بالمساءة، وبالعكس ﴾ أو بالتقاذف. ولو كانت العداوة من أحد الجانبين اختصّ بالقبول الخالي منها، وإلا لَمَلِكْ كُلٌّ غريم ردّ شهادة العدل عليه بأن يقذفه ويخاصمه ﴿ ولو شهد ﴾ العدو ﴿ لعدوّه قُبِلَ إذا كانت العداوة لا تتضمن فسقاً ﴾ لانتفاء التهمة بالشهادة له. واحترز بالدنيوية عن الدينية فإنّها غير مانعة؛ لقبول شهادة المؤمن على أهل الأديان، دون العكس مطلقاً.

﴿ ولا تقبل شهادة كثير السهو بحيث لا يضبط المشهود به ﴾ وإن كان عدلاً، بل ربما كان ولياً ومن هنا قيل: «نرجو شفاعته من لا تقبل شهادته».

﴿ ولا ﴾ شهادة ﴿ المتبرّع بإقامتها ﴾ قبل استنطاق الحاكم، سواء كان قبل الدعوى أم بعدها؛ للتهمة بالحرص على الأداء. ولا يصير بالردّ مجروحاً، فلو شهد بعد ذلك غيرها^(٣) قبلت. وفي إعادتها في غير ذلك المجلس وجهان.

والتبرّع مانع ﴿ إلا أن يكون في حقّ الله تعالى ﴾ كالصلاة والزكاة والصوم بأن يشهد بتركها - ويعبّر عنها ببيّنة الحسبة - فلا يمنع؛ لأنّ الله أمر بإقامتها، فكان

(١) القول بالاشتراط للشيخ في موضع من المبسوط ٨: ٢٣٣، والعلامة في المختلف ٨: ٥٣٥. والقول بعدم الاشتراط للشيخ في الخلاف ٦: ٣٢٠، المسألة ٧٣، وقوّه في موضع من المبسوط ٨: ٢٤٤، وابن إدريس في السرائر ٢: ١٧٩، والعلامة في القواعد ٣: ٥١٥.

(٢) الدروس ٢: ١٣٣.

(٣) غير هذه الدعوى.

في حكم استنطاق الحاكم قبل الشهادة. ولو اشترك الحقّ - كالعقّ والسرقه والطلاق والخلع والعفو عن القصاص - ففي ترجيح حقّ الله تعالى أو الآدمي، وجهان. أمّا الوقف العامّ فقبولها فيه أقوى، بخلاف الخاصّ على الأقوى.

﴿ ولو ظهر للحاكم سبق القادح في الشهادة على حكمه ﴾ بأن ثبت كونهما صبيّين أو أحدهما، أو فاسقين أو غير ذلك ﴿ نقض ﴾ لتبيّن الخطأ فيه.

﴿ ومستند الشهادة العلم القطعي ﴾ بالمشهود به ﴿ أو رؤيته فيما يكفي

فيه ﴾ الرؤية، كالأفعال من الغصب والسرقه والقتل والرضاع والولادة والزنا واللواط. وتقبل فيه شهادة الأصمّ؛ لانتفاء الحاجة إلى السمع في الفعل

﴿ أو سماعاً في ﴾ الأقوال ﴿ نحو العقود ﴾ والإيقاعات والقذف ﴿ مع الرؤية

أيضاً ﴾ ليحصل العلم بالمتلفّظ، إلّا أن يعرف الصوت قطعاً فيكفي على الأقوى.

﴿ ولا يشهد إلّا على من يعرفه ﴾ بنسبه أو عينه، فلا يكفي انتسابه له، لجواز

التزوير. ﴿ ويكفي معرّفان عدلان ﴾ بالنسب ﴿ و ﴾ يجوز أن ﴿ تسفّر المرأة

عن وجهها ﴾ ليعرفها الشاهد عند التحمّل والأداء، إلّا أن يعرف صوتها قطعاً.

﴿ ويثبت بالاستفاضة ﴾ وهي استفعال من الفيض، وهو الظهور والكثرة،

والمراد بها هنا شياع الخبر إلى حدّ يفيد السامع الظنّ الغالب المقارب للعلم،

ولا تنحصر في عددٍ بل يختلف باختلاف المخبرين. نعم يعتبر أن يزيدوا عن عدد

الشهود المتدّلين ليحصل الفرق بين خبر العدل وغيره.

والمشهور أنّه يثبت بها ﴿ سبعة : النسب والموت والملك المطلق

والوقف وإنكاح والعقّ وولاية القاضي ﴾ لعسر إقامة البيّنة في هذه الأسباب

مطلقاً.

﴿ ويكفي ﴾ في الخبر بهذه الأسباب ﴿ متاخمة العلم ﴾ أي مقاربتة

﴿ على قولٍ قويٍّ، وبه جزم في الدروس ^(١) وقيل : يشترط أن يحصل العلم ^(٢) وقيل : يكفي مطلق الظن حتى لو سمع من شاهدين عدلين صار متحتملاً؛ لإفادة قولهما الظن ^(٣) وعلى المختار لا يشترط العدالة ولا الحرية والذكورة؛ لإمكان استفادته من نقائضها. واحترز بالملك المطلق عن المستند إلى سبب كالبيع، فلا يثبت السبب به، بل الملك الموجود في ضمنه، فلو شهد بالملك وأسنده إلى سبب يثبت بالاستفاضة كالإرث قبل، ولو لم يثبت بها كالبيع قبل في أصل الملك، لا في السبب.

ومتى اجتمع في ملكٍ استفاضةٌ ويدٌ وتصرفٌ بلا منازع فهو منتهى الإمكان، فللشاهد القطع بالملك. وفي الاكتفاء بكل واحد من الثلاثة في الشهادة بالملك قول ^(٤) قويٍّ.

﴿ ويجب التحمّل للشهادة ﴿ على من له أهلية الشهادة ﴾ إذا دعي إليها خصوصاً أو عموماً ﴿ على الكفاية ﴾ لقوله تعالى : (وَلَا يَأْتِ الشُّهَدَاءُ إِذًا مَّا دُعُوا) ^(٥) فسره الصادق عليه السلام بالتحمّل ^(٦) ويمكن جعله دليلاً عليه وعلى الإقامة، فيأثم الجميع لو أخلوا به مع القدرة ﴿ فلو فقد سواه ﴾ فيما يثبت به وحده ولو مع

(١) الدروس ٢ : ١٣٤.

(٢) وهو الظاهر من المحقق في الشرائع ٤ : ١٣٣، والعلامة في التحرير ٥ : ٢٦١، وصرح به الفاضل المقداد في التنقيح الرائع ٤ : ٣١١.

(٣) قاله الشيخ في المبسوط ٨ : ١٨١ و ١٨٣.

(٤) قاله الشهيد في الدروس ٢ : ١٣٤، وقاله العلامة في القواعد ٣ : ٥٠٢، في مجرد اليد.

(٥) البقرة : ٢٨٢.

(٦) أنظر الوسائل ١٨ : ٢٢٥ - ٢٢٧، الباب الأوّل من كتاب الشهادة، الأحاديث ١ و ٢ و ٥

اليمين أو كان تمام العدد ﴿ تعين ﴾ الوجوب كغيره من فروض الكفاية إذا لم يتم به غيره. ﴿ ويصحّ تحمّل الأخرس ﴾ للشهادة ﴿ وأداؤه بعد القطع بمراده ﴾ ولو بترجمين عدلين، وليسافر عشرين عليه^(١) ولا يكفي الإشارة في شهادة الناطق. ﴿ وكذا يجب الأداء ﴾ مع القدرة ﴿ على الكفاية ﴾ إجماعاً، سواء استدعاه ابتداءً أم لا على الأشهر ﴿ إلا مع خوف ضررٍ غير مستحقّ ﴾ على الشاهد أو بعض المؤمنين. واحترز بغير المستحقّ عن مثل ما لو كان للمشهود عليه حقّ على الشاهد لا يطالبه به فينشأ^(٢) من شهادته المطالبة، فلا يكفي ذلك في سقوط الوجوب؛ لأنّه ضرر مستحقّ.

وإنما يجب الأداء مع ثبوت الحقّ بشهادته لانضمام من يتمّ به العدد، أو حلف المدّعي إن كان ممّا يثبت بشاهد ويمين. فلو طلب من اثنين يثبت بهما، لزمهما. وليس لأحدهما الامتناع بناءً على الاكتفاء بحلف المدّعي مع الآخر؛ لأنّ من مقاصد الإشهاد التورّع عن اليمين.

ولو كان الشهود أزيد من اثنين فيما يثبت بهما وجب على الاثنين^(٣) منها كفايةً. ولو لم يكن إلا واحد لزمه الأداء إن كان ممّا يثبت بشاهد ويمين، وإلا فلا. ولو لم يعلم صاحب الحقّ بشهادة الشاهد وجب عليه تعريفه إن خاف بطلان الحقّ بدون شهادته.

﴿ ولا يقيمها ﴾ الشاهد ﴿ إلا مع العلم ﴾ القطعي.

(١) يعني ليست ترجمة عدلين بمنزلة الشهادة على الشهادة، حيث إنّ الثانية فرع على الأولى، كما يأتي في الفصل الثالث.

(٢) في غير (ع)؛ وينشأ.

(٣) في غير (ع)؛ اثنين.

﴿ ولا يكفي الخطُّ ﴾ بها وإن حفظه بنفسه وأمن التزوير ﴿ ولو* شهد معه ثقة ﴾ على أصحّ القولين^(١) لقول النبي ﷺ لمن أراه الشمس: « على مثلها فاشهد أو دع»^(٢) وقيل^(٣): إذا شهد معه ثقة وكان المدّعي ثقة أقامها بما عرفه من خطّه وخاتمه استناداً إلى رواية شاذة^(٤).

﴿ ومن نقل عن الشيعة جواز الشهادة بقول المدّعي إذا كان أماً في الله معهود الصدق^(٥) فقد أخطأ في نقله ﴾ لإجماعهم على عدم جواز الشهادة بذلك

(*) في المخطوطتين من المتن: وإن.

(١) قاله الشيخ في الاستبصار ٣: ٢٢، ذيل الحديث ٦٨، والحلي في الكافي: ٤٣٦.

والعلامة في المختلف ٨: ٥٢٠، وولده في الإيضاح ٤: ٤٤٣.

(٢) كنز العمال ٧: ٢٣، الحديث ١٧٧٨٢، وعوالي اللآلئ ٣: ٥٢٨، الحديث الأوّل.

(٣) قاله الإسكافي وعلي بن بابويه كما نقله عنهما العلامة في المختلف ٨: ٥١٧، والمفيد في

المقنعة: ٧٢٨، والشيخ في النهاية: ٣٢٩ - ٣٣٠ وغيرهم.

(٤) هي رواية عمر بن يزيد، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يشهدني على الشهادة

فأعرف خطّي وخاتمي، ولا أذكر قليلاً ولا كثيراً، قال: فقال لي: إذا كان صاحبك ثقة ومعه

رجل ثقة فاشهد له [الوسائل ١٨: ٢٣٤، الباب ٨ من أبواب الشهادات، الحديث الأوّل مع

اختلاف] وهذا الخبر مع شدوذه، في طريقه الحسن بن فضال [ولكن في طريقه: حسن بن

علي بن النعمان راجع الوسائل وهامش (ر)] وحمله العلامة في المختلف [٨: ٥٢٠] على

ما إذا حصل من القرائن الحالّية والمقالّية للشاهد ما استفاد به العلم، فحينئذٍ شهادته مستندة

إلى العلم لا إلى خطّه، والشيخ في النهاية [٣٣٠] عمل بإطلاق الخبر ولم يقيد بالخاتم كما

ذكر وكان اللازم ذلك وقوفاً فيما خالف الأصل على مورده مع معارضته بأخبار كثيرة

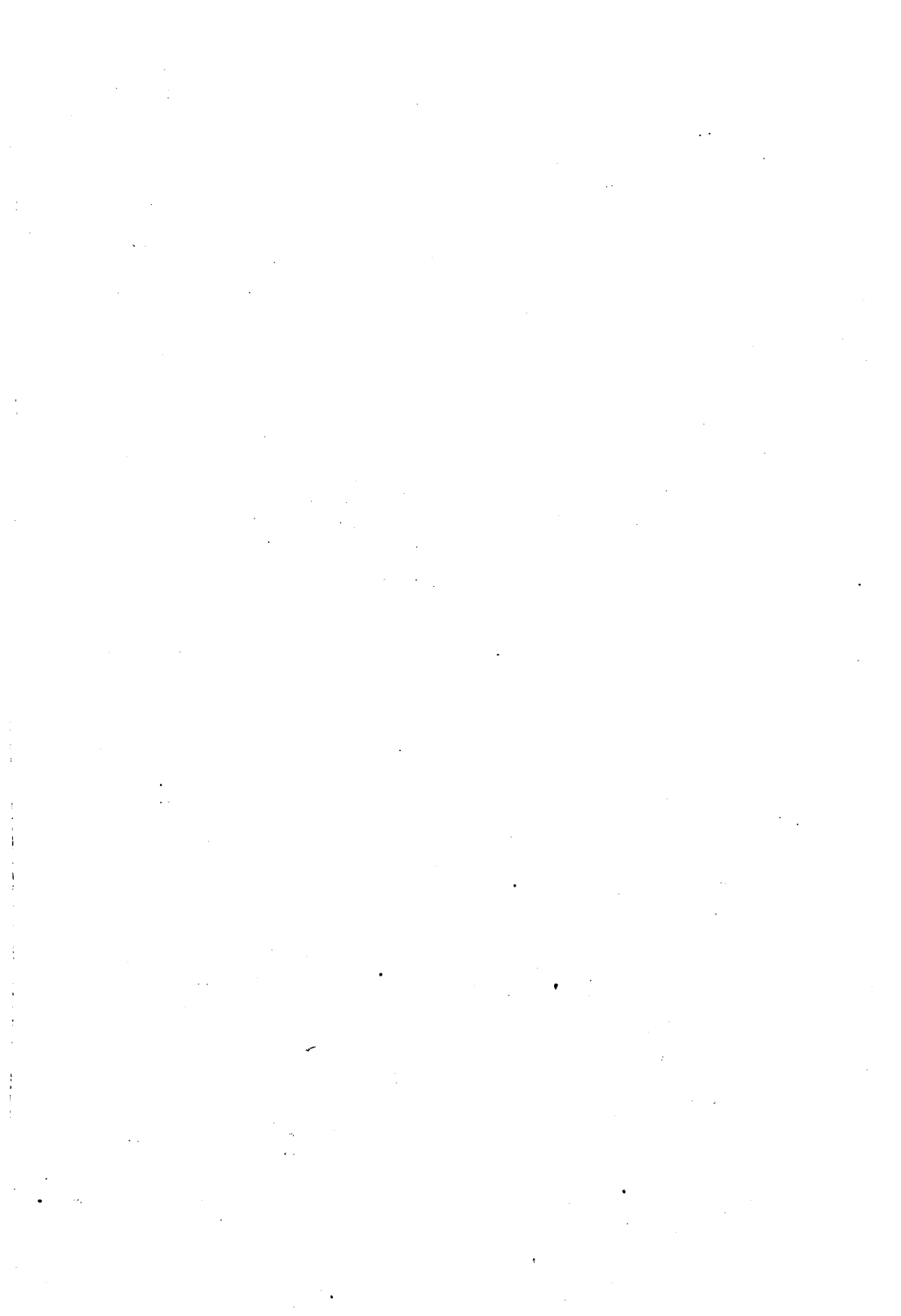
[المصدر المتقدّم، الحديث ٢ و ٣] دلّت على عدم الاكتفاء بذلك مطلقاً. (منه عليه السلام).

(٥) لم نعر على الناقل.

﴿ نعم هو مذهب ﴾ محمد بن عليّ الشلمغاني ﴿ العزاقرى ﴾ نسبة إلى « أبي العزاقر » بالعين المهملة والزاي والقاف والراء أخيراً ﴿ من الغلاة ﴾ لعنه الله . ووجه الشبهة على من نسب ذلك إلى الشيعة أنّ هذا الرجل الملعون كان منهم أولاً ، وصنّف كتاباً سمّاه « كتاب التكليف » وذكر فيه هذه المسألة ثم غلا ، وظهر منه مقالات منكّرة ، فتبرّأت الشيعة منه ، وخرج فيه توقيعات كثيرة من الناحية المقدّسة على يد أبي القاسم ابن روح وكيل الناحية ، فأخذ السلطان وقتله^(١) فمن رأى هذا الكتاب - وهو على أساليب الشيعة وأصولهم - توهم أنّه منهم ، وهم بريئون منه . وذكر الشيخ المفيد رحمته الله أنّه ليس في الكتاب ما يخالف سوى هذه المسألة^(٢) .

(١) أنظر الغيبة لشيخ الطائفة الطوسي : ٤٠٦ .

(٢) لم نعر عليه فيما بأيدينا من كتبه ، والظاهر أن الأصل في النقل العلامة في رجاله : ٢٥٤ .



﴿ الفصل الثاني ﴾

﴿ في تفصيل الحقوق ﴾

بالنسبة إلى الشهود، وهي على ما ذكره في الكتاب خمسة أقسام :
﴿ فمنها ﴾ : ما يثبت ﴿ بأربعة رجال ، وهو الزنا واللواط والسحق .
ويكفي في ﴿ الزنا ﴾ الموجب للرجم ثلاثة رجال وامرأتان ، وللجلد رجلان
وأربع نسوة ﴿ ولو أفرد هذين عن القسم الأوّل وجعل الزنا قسماً برأسه - كما
فعل في الدروس ^(١) - كان أنسب ؛ لاختلاف حاله [بالنظر إلى الأوّل ؛ فإن الأوّلين
لا يشبان إلا بأربعة رجال ، والزنا يثبت بهم وبمن ذكر] ^(٢) .

﴿ ومنها ﴾ : ما يثبت ﴿ برجلين ﴾ خاصة ﴿ وهي الردّة والقذف
والشرب ﴿ شرب الخمر وما في معناه ﴿ وحدّ السرقة ﴿ احتراز به عن نفس
السرقة ، فإنّها تثبت بهما وبشاهد وامرأتين وبشاهد ويمين بالنسبة إلى ثبوت المال
خاصة ﴿ والزكاة والخمس والنذر والكفّارة ﴿ وهذه الأربعة ألحقها المصنّف
بحقوق الله تعالى وإن كان للآدمي فيها حظّ ، بل هو المقصود منها ، لعدم تعيين

(١) الدروس ٢ : ١٣٦ .

(٢) ما بين المعقوفتين لم يرد في (ش) و (ف) ، وفي (ع) كتب عليه : هذه العبارة في نسخة
الأصل التي بخطّ الشارح رحمته مضمومة .

المستحقّ على الخصوص . وضابط هذا القسم - على ما ذكره بعض الأصحاب^(١) - ما كان من حقوق الآدمي ليس مالاً ولا المقصود منه المال . وهذا الضابط لا يدخل تلك الحقوق الأربعة [فيه]^(٢) ﴿ و ﴾ منه ﴿ الإسلام والبلوغ والولاء والتعديل والجرح والعفو عن القصاص والطلاق والخلع ﴾ وإن تضمّن المال، لكنّه ليس نفس حقيقته ﴿ والوكالة والوصيّة إليه ﴾ احترز به عن الوصيّة له بمال، فإنّه من القسم الثالث ﴿ والنسب* والهِلال ﴾ وبهذا يظهر أنّ الهلال من حقّ الآدمي، فيثبت فيه الشهادة على الشهادة، كما سيأتي .

﴿ ومنها : ما يثبت برجلين ورجل وامرأتين وشاهد ويمين، وهو ﴾ كلّ ما كان مالاً أو الغرض منه المال، مثل ﴿ الديون والأموال ﴾ الثابتة من غير أن تدخل في اسم الدين ﴿ والجناية الموجبة للدية ﴾ كقتل الخطأ والعمد المشتمل على التغيرير بالنفس كالهاشمة والمنقّلة، وما لا قود فيه، كقتل الوالد ولده والمسلم الكافر، والحرّ العبد، وقد تقدّم في باب الشاهد واليمين^(٣) .

ولم يذكر ثبوت ذلك^(٤) بامرأتين مع اليمين، مع أنّه قوّى في الدروس ثبوته بهما^(٥) للرواية^(٦) ومساواتهما للرجل حالة انضمامهما إليه في ثبوته بهما من غير يمين .

(١) ذكره ابن إدريس في السرائر ٢ : ١١٥، والشهيد في الدروس ٢ : ١٣٧ .

(٢) لم يرد في المخطوطات .

(*) لم يرد « والنسب » في (ق) .

(٣) تقدّم في كتاب القضاء، الصفحة ٩٧ .

(٤) أي ما ذكر في القسم الثالث من الحقوق .

(٥) الدروس ٢ : ١٣٧ ولكن حكم به جزماً .

(٦) الوسائل ١٨ : ١٩٧ - ١٩٨، الباب ١٥ من أبواب كيفية الحكم، الأحاديث ١ و ٣ و ٤ .

وبقي من الأحكام أمور تجمع حقّ الآدمي المالي وغيره كالنكاح والخلع والسرقة، فيثبت بالشاهد واليمين المال دون غيره. واستبعد المصنّف ثبوت المهر دون النكاح؛ للتنافي^(١).

﴿ ومنها ﴾ : ما يثبت ﴿ بالرجال والنساء ولو منفردات ﴾ وضابطه : ما يعسر اطلاع الرجال عليه غالباً ﴿ كالولادة والاستهلال ﴾ وهو ولادة الولد حياً ليرث، سمّي ذلك استهلالاً، للصوت الحاصل عند ولادته ممّن حضر عادةً، كتصويت من رأى الهلال، فاشتقّ منه ﴿ وعيوب النساء الباطنة ﴾ كالقرن والرّق. دون الظاهرة كالجدام والبرص والعمى، فإنّه من القسم الثاني ﴿ والرضاع ﴾ على الأقوى ﴿ والوصيّة له ﴾ أي بالمال، احتراز عن الوصيّة إليه. وهذا الفرد خارج من الضابط، ولو أفردّه قسماً - كما صنع في الدروس^(٢) - كان حسناً، ليرتّب عليه باقي أحكامه، فإنّه يختصّ بثبوت جميع الوصيّة برجلين وبأربع نسوة، وثبوت^(٣) ربعها بكلّ واحدة، فبالواحدة الربع، وبالاثنتين^(٤) النصف، وبالثلث ثلاثة الأرباع من غير يمين، وباليمين مع المرأتين ومع الرجل^(٥) وفي ثبوت النصف بالرجل أو الربع من غير يمين أو سقوط شهادته أصلاً، أوجه : من مساواته للثنتين، وعدم النصف، وأنّه لا يقصر عن المرأة،

(١) الدروس ٢ : ١٣٨ .

(٢) الدروس ٢ : ١٣٩ .

(٣) في (ش) : بثبوت .

(٤) في غير (ف) : بالاثنتين .

(٥) عطف على قوله : « بثبوت جميع الوصيّة برجلين » يعني وثبوت جميع المال باليمين مع المرأتين واليمين مع رجل واحد .

والأوسط أوسط. وأشكل منه الخنثى، وإحاقه بالمرأة قوي. وليس للمرأة تضعيف المال؛ ليصير ما أوصى به ربيع ما شهدت به، للكذب. لكن لو فعلت استباح الموصى له الجميع مع علمه بالوصية، لا بدونه. وكذا القول فيما لا يثبت بشهادته الجميع.

﴿ ومنها ﴾ : ما يثبت ﴿ بالنساء منضّمات ﴾ إلى الرجال ﴿ خاصة ﴾ أو إلى اليمين على ما تقدّم ﴿ وهو الديون والأموال ﴾ وهذا القسم داخل في الثالث. قيل: وإنما أفرد ليعلم احتياج النساء إلى الرجال فيه صريحاً^(١) وليس بصحيح؛ لأنّ الانضمام يصدق مع اليمين. وفي الأوّل^(٢) تصريح بانضمامهنّ إلى الرجل صريحاً، فلو عكس المعتذر كان أولى، ولقد كان إيداله ببعض ما أشرنا إليه من الأقسام سابقاً^(٣) التي أدرجها، وإدراجه^(٤) هو أولى كما فعل في الدروس^(٥).

(١) لم نعتز على القائل.

(٢) يعني ما ذكره أولاً في القسم الثالث.

(٣) أشار إليه في أوّل الفصل بقوله: «ولو أفرد هذين عن القسم الأوّل...» ويقول في الوصية بالمال: «ولو أفرده قسماً...».

(٤) عطف على قوله: «إيداله» ومرجع الضمير هذا القسم المبحوث عنه.

(٥) الدروس ٢: ١٣٧ - ١٣٨.

﴿ الفصل الثالث ﴾

﴿ في الشهادة على الشهادة ﴾

﴿ ومحلها حقوق الناس كافة ﴾ بل ضابطه : كل ما لم يكن عقوبة لله تعالى مختصة به إجماعاً، أو مشتركة على الخلاف ﴿ سواء كانت ﴾ الحقوق ﴿ عقوبة كالتقصاص ، أو غير عقوبة ﴾ مع كونه حقاً غير مالي ﴿ كالطلاق والنسب والعق ، أو مالاً كالقرض وعقود المعاوضات وعيوب النساء ﴾ هذا وما بعده من أفراد الحقوق التي ليست مالاً رتبها مشوثة ﴿ والولادة ، والاستهلال ، والوكالة والوصية بقسميها ﴾ وهما : الوصية إليه ، وله .

﴿ ولا يثبت في حق الله تعالى محضاً كالزنا واللواط والسحق ، أو مشتركاً كالسرقة والقتل على خلاف ^(١) ﴾ منشؤه مراعاة الحقيين ، ولم يرجح هنا شيئاً ، وكذا في الدروس ^(٢) والوقوف على موضع اليقين أولى ، وهو اختيار الأكثر فبقي

(١) القول بعدم الإثبات للأكثر كما هنا وفي الإيضاح ٤ : ٤٤٤ ، واختاره هو والده أيضاً ، ومثله في النسبة والاختيار في التنقيح الرائع ٤ : ٣١٧ . والقول بالإثبات للشيخ في المبسوط ٨ : ٢٣١ ، ولكن في مورد القذف دون السرقة ، ونسبه في غاية المراد إلى ابن حمزة ، واختاره هو أيضاً أنظر غاية المراد ٤ : ١٥٩ - ١٦٠ .

(٢) الدروس ٢ : ١٤١ .

ضابط محلّ الشهادة على الشهادة ما ليس بحدّ.

﴿ ولو اشتمل الحقّ على الأمرين ﴾ كالزنا ﴿ ثبت ﴾ بالشهادة على الشهادة ﴿ حقّ الناس خاصّة، فيثبت بالشهادة ﴾ على الشهادة ﴿ على إقراره بالزنا نشر الحرمة ﴾ لأنّها من حقوق الآدميين ﴿ لا الحدّ ﴾ لأنّه عقوبة لله تعالى، وإنّما افتقر إلى إضافة الشهادة على الشهادة ليصير من أمثلة المبحث. أمّا لو شهد على إقراره بالزنا شاهدان فالحكم كذلك على خلاف، لكنّه من أحكام القسم السابق^(١) ومثله ما لو شهد على إقراره بإتيان البهيمه شاهدان يثبت بالشهادة عليهما^(٢) تحريم البهيمه وبيعها، دون الحدّ.

﴿ ويجب أن يشهد على ﴾ كلّ ﴿ واحد عدلان ﴾ لتثبت شهادته بهما. ﴿ ولو شهدا على الشاهدين فما زاد ﴾ كالأربعة في الزنا والنسوة ﴿ جاز ﴾ لحصول الغرض، وهو ثبوت شهادة كلّ واحد بعدلين. بل يجوز أن يكون الأصل فرعاً لآخر، فيثبت بشهادته مع آخر. وفيما يقبل فيه شهادة النساء يجوز على كلّ امرأة أربع - كالرجال - وقيل: لا يكون النساء فرعاً^(٣) لأنّ شهادة الفرع تثبت شهادة الأصل لا ما شهد به.

﴿ ويشترط ﴾ في قبول شهادة الفرع ﴿ تعذّر ﴾ حضور ﴿ شاهد الأصل بموت أو مرض أو سفر ﴾ وشبهه^(٤) ﴿ وضابطه: المشقّة في حضوره ﴾ وإن

(١) القسم الثاني من الفصل الثاني المتقدم في الصفحة ١٢٣.

(٢) يعني شاهدي الإقرار.

(٣) وهو احتياط الشيخ في المبسوط ٨: ٢٣٤، واختاره ابن إدريس في السرائر ٢: ١٢٨ -

١٢٩، والمحقّق في الشرائع ٤: ١٤٠، والعلامة في القواعد ٣: ٥٠٥، والتحرير ٥: ٢٨٣ -

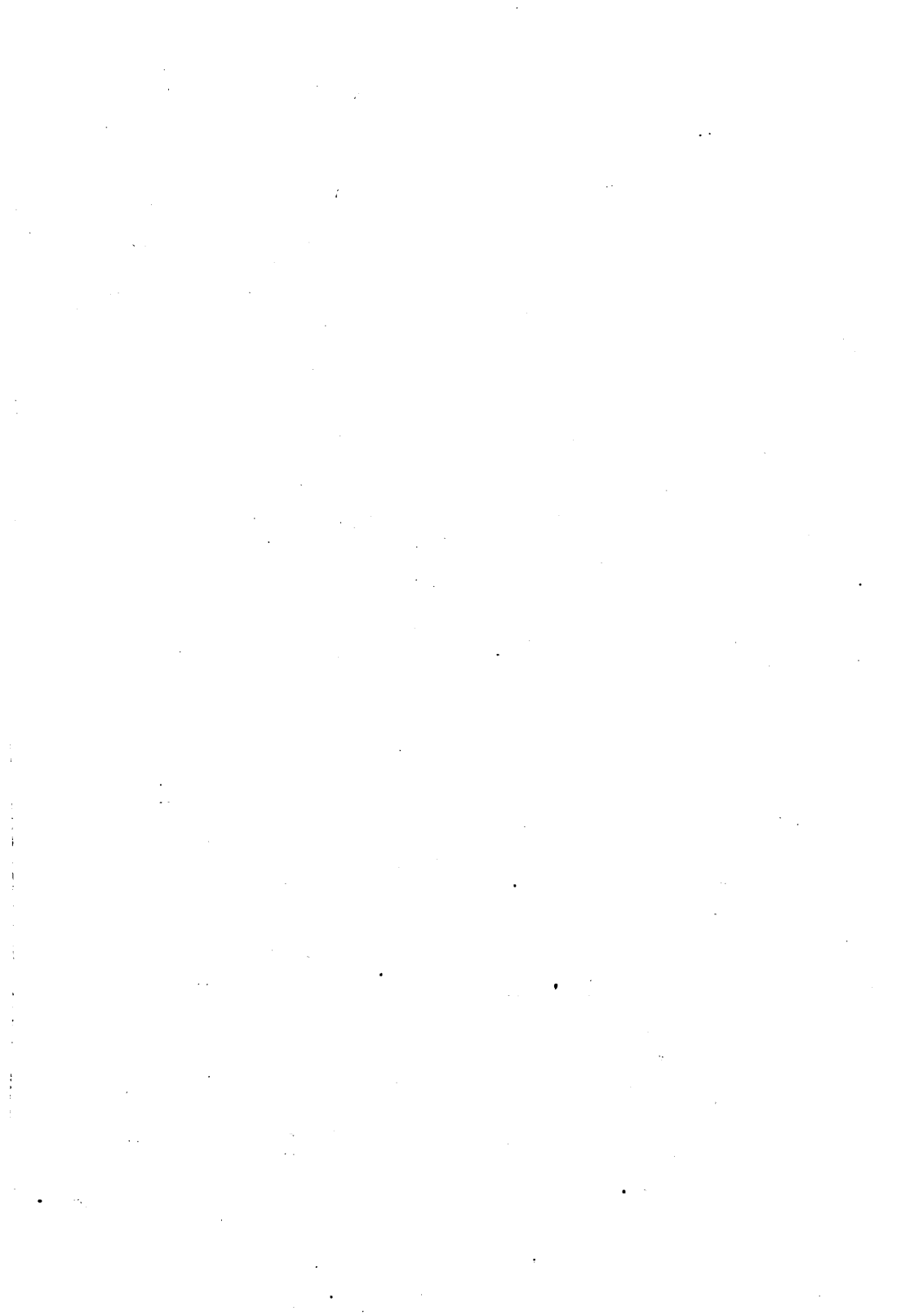
٢٨٤، وغيرهم.

(٤) مثل أن يكون مسجوناً.

لم يبلغ حدّ التعذّر.

واعلم أنّه لا يشترط تعديل الفرع للأصل، وإنّما ذلك فرض الحاكم. نعم يعتبر تعيينه، فلا تكفي «أشهدنا عدلان». ثم إن شهداهما قالا: «أشهدنا فلان أنّه يشهد بكذا» وإن سمعاهما يشهدان جازت شهادتهما عليهما وإن لم تكن شهادة الأصل عند حاكم على الأقوى؛ لأنّ العدل لا يتسامح بذلك بشرط ذكر الأصل للسبب، وإلا فلا، لاعتیاد التسامح عند غير الحاكم به.

وإنّما تجوز شهادة الفرع مرّة واحدة ﴿ ولا تقبل الشهادة الثالثة ﴾ على شاهد الفرع ﴿ فصاعداً ﴾.



﴿ الفصل الرابع ﴾

﴿ في الرجوع ﴾ عن الشهادة

﴿ إذا رجعا ﴾ أي الشاهدان فيما يعتبر فيه الشاهدان، أو الأكثر حيث يعتبر
﴿ قبل الحكم امتنع الحكم ﴾ لأنه تابع للشهادة وقد ارتفعت؛ ولأنه لا يدرى
أصدقوا في الأول أو في الثاني؟ فلا يبقى ظنّ الصدق فيها ﴿ وإن كان ﴾ الرجوع
﴿ بعده لم ينقض الحكم ﴾ إن كان مالملاً ﴿ وضمن ﴾ الشاهدان ﴿ ما شهدا به من
المال ﴾ سواء كانت العين باقية، أو تالفة ﴿ على أصحّ القولين ^(١) وقيل : تستعاد
العين القائمة ^(٢).

﴿ ولو كانت الشهادة على قتل، أو رجم، أو قطع ﴾ أو جرح أو حدّ وكان
قبل استيفائه لم يستوف؛ لأنها تسقط بالشبهة والرجوع شبهة، والمال لا يسقط
بها. وهو في الحدّ في معنى النقض، وفي القصاص قيل : ينتقل إلى الدية؛ لأنها بدل

(*) في (ق) : يضمن .

(١) ذهب إليه الشيخ في المبسوط ٨ : ٢٤٦ - ٢٤٧، والخلاف ٦ : ٣٢١ المسألة ٧٥ من

الشهادات، وابن إدريس في السرائر ٢ : ١٤٦، والمحقق في الشرائع ٤ : ١٤٣ .

(٢) قاله الشيخ في النهاية : ٣٣٦، والقاضي في المهذب ٢ : ٥٦٤، وابن حمزة في الوسيلة :

ممكن عند فوات محلّه^(١) وعليه لا ينقض. وقيل: تسقط؛ لأنها فرعه، فلا يثبت الفرع من دون الأصل^(٢) فيكون ذلك في معنى النقض أيضاً. والعبارة تدلّ بإطلاقها على عدم النقض مطلقاً واستيفاء متعلّق الشهادة وإن كان حدّاً، والظاهر أنّه ليس بمراد. وفي الدروس: لا ريب أنّ الرجوع فيما يوجب الحدّ قبل استيفائه يبطل الحدّ، سواء كان لله تعالى أو للإنسان؛ لقيام الشبهة الدارئة^(٣) ولم يتعرّض للقصاص. وعلى هذا فإطلاق العبارة إمّا ليس بجيد أو خلاف المشهور.

ولو كان بعد استيفاء المذكورات واتفق موته بالحدّ ﴿ ثم رجعوا واعترفوا بالتعمّد اقتصّ منهم ﴾ أجمع إن شاء وليّه، وردّ على كلّ واحد ما زاد عن جنايته كما لو باشروا ﴿ أو ﴾ اقتصّ ﴿ من بعضهم ﴾ وردّ عليه ما زاد عن جنايته ﴿ ويردّ الباقيون نصيبهم ﴾ من الجناية ﴿ وإن قالوا: أخطأنا فالدية عليهم ﴾ أجمع موزّعة. ولو تفرّقوا في العمد والخطأ فعلى كلّ واحد لازم قوله، فعلى المعترف بالعمد القصاص بعد ردّ ما يفضل من ديته عن جنايته، وعلى المخطئ نصيبه من الدية.

﴿ ولو شهدا بطلاق ثم رجعا، قال ﴿ الشيخ ﴾ في النهاية: تردّ إلى الأوّل ويغرمان المهر للثاني^(٤) وتبعه أبو الصلاح ﴿^(٥) استناداً إلى رواية حسنة^(٦) حملت

(١) لم نثر على القائل به.

(٢) قال الشيخ في المبسوط ٨: ٢٤٦، وابن حمزة في الوسيلة: ٢٣٤، ويحيى بن سعيد في الجامع للشرائع: ٥٤٥، وغيرهم.

(٣) الدروس ٢: ١٤٣.

(٤) النهاية: ٣٣٦.

(٥) الكافي في الفقه: ٤٤١.

(٦) الوسائل ١٨: ٢٤١ الباب ١٣ من أبواب الشهادات، الحديث الأوّل.

على تزويجها بمجرد سماع البيّنة، لا بحكم الحاكم ﴿ و ﴾ قال ﴿ في الخلاف :
 إن كان بعد الدخول فلا غرم ﴿ للأوّل لاستقرار المهر في ذمّته به فلا تفويت،
 والبضع لا يضمن بالتفويت، وإلّا لحُجر على المريض بالطلاق إلّا أن يخرج البضع
 من ثلث ماله، ولأنّه لا يضمن له لو قتلها قاتل أو قتلت نفسها، أو حرّمت نكاحها
 برضاع ﴿ وهي زوجة الثاني ﴿ لأنّ الحكم لا ينقض بعد وقوعه.

﴿ وإن كان قبل الدخول غرماً ﴿ للأوّل ﴿ نصف المهر^(١) ﴿ الذي غرّمه؛
 لأنّه وإن كان ثابتاً بالعقد كتبوت الجميع بالدخول، إلّا أنّه كان معرّضاً للسقوط
 بردّتها أو الفسخ لعيب، بخلافه بعد الدخول لاستقراره مطلقاً. وهذا هو الأقوى،
 وبه قطع في الدروس^(٢) ونقله هنا قولاً كالآخر يدلّ على تردّده فيه، ولعلّه
 لمعارضة الرواية المعتمدة^(٣).

واعلم أنّهم أطلقوا الحكم في الطلاق من غير فرق بين البائن والرجعيّ،
 ووجه حصول السبب المزيل للنكاح في الجملة، خصوصاً بعد انقضاء عدّة
 الرجعيّ، فالتفويت حاصل على التقديرين. ولو قيل بالفرق واختصاص الحكم
 بالبائن كان حسناً، فلو شهدا بالرجعيّ لم يضمننا؛ إذ لم يفوتاً شيئاً، لقدرته على
 إزالة السبب بالرجعة. ولو لم يراجع حتى انقضت العدّة احتّمل إلحاقه بالبائن
 والغرم وعدمه، لتقصيره بترك الرجعة.

ويجب تقييد الحكم في الطلاق مطلقاً بعدم عروض وجه مزيل للنكاح،
 فلو شهدا به ففرّق فرجعا قفّمت بيّنة أنّه كان بينهما رضاع محرّم فلا غرم؛

(١) الخلاف ٦ : ٣٢٢ - ٣٢٣، المسألة ٧٧ و ٧٨.

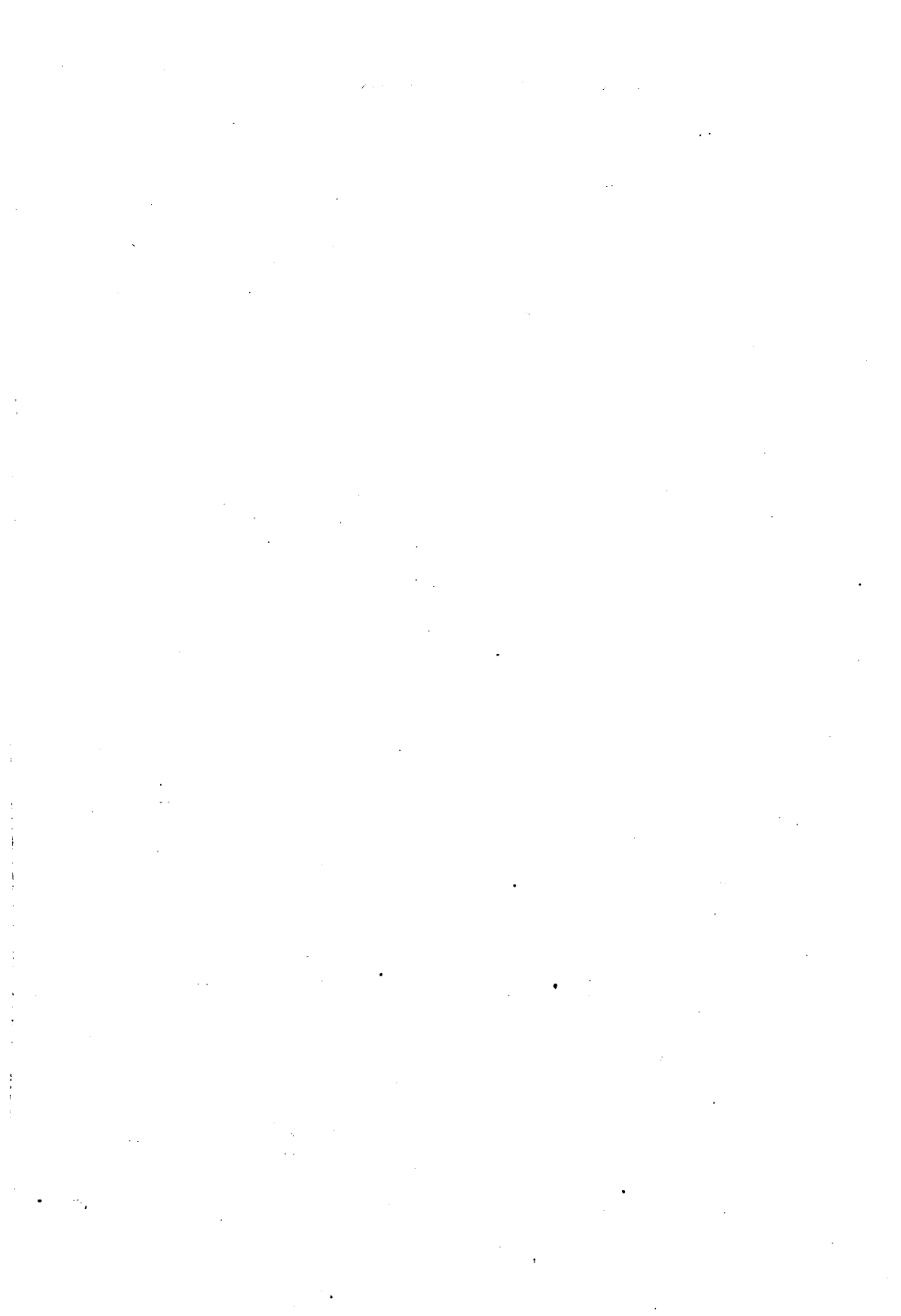
(٢) الدروس ٢ : ١٤٤.

(٣) الوسائل ١٨ : ٢٤١، الباب ١٣ من أبواب الشهادات.

إذ لا تفويت.

﴿ ولو ثبت تزوير الشهود ﴾ بقاطع - كعلم الحاكم به - لا بإقرارهما؛ لأنه رجوع، ولا بشهادة غيرهما؛ لأنه تعارض ﴿ نقض الحكم ﴾ لتبين فساده ﴿ واستعيد المال ﴾ إن كان المحكوم به مالا ﴿ فإن تعذر اغرموا ﴾ وكذا يلزمهم كل ما فات بشهادتهم ﴿ وعزروا على كل حال ﴾ سواء كان ثبوته قبل الحكم أم بعده، فات شيء أم لا ﴿ وشهروا ﴾ في بلدهم وما حولها، لتجنب شهادتهم ويرتدع غيرهم. ولا كذلك من تبين غلظه أو ردت شهادته لمعارضة بيّنة أخرى أو ظهور فسق أو تهمة، لإمكان كونه صادقاً في نفس الأمر فلم يحصل منه بالشهادة أمر زائد.

كتاب الوقف



﴿ كتاب الوقف ﴾

﴿ وهو تحييس الأصل ﴾ أي جعله على حالة لا يجوز التصرف فيه شرعاً على وجه ناقل له عن الملك إلا ما استثنى^(١) ﴿ وإطلاق المنفعة ﴾ وهذا ليس تعريفاً، بل ذكر شيء من خصائصه، أو تعريف لفظي موافق للحديث الوارد عنه ﷺ: «حبس الأصل وسبل الثمرة»^(٢) وإلا لانتقض بالسكنى واختيها^(٣) والحبس، وهي خارجة عن حقيقته كما سيشير إليه.

وفي الدروس عرّفه بأنّه الصدقة الجارية^(٤) تبعاً لما ورد عنه ﷺ: «إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية...»^(٥).

﴿ ونلفظه الصريح ﴾ الذي لا يفتقر في دلالاته عليه إلى شيء آخر

(١) يأتي موارد الاستثناء في كتاب المتاجر، الصفحة ٢٠١.

(٢) المستدرک ١٤ : ٤٧، الباب ٢ من كتاب الوقوف، الحديث الأول.

(٣) العمري والرقبي.

(٤) الدروس ٢ : ٢٦٣.

(٥) المستدرک ١٢ : ٢٣٠، الباب ١٥ من أبواب الأمر بالمعروف والنهي، الحديث ٦. وفيه :

(عن) بدل (من).

﴿ وقفت ﴾ خاصة على أصح القولين^(١) ﴿ وأما حبست وسببت وحرمت وتصدقت فمفتقر إلى القرينة ﴾ كالتأييد ونفي البيع والهبة والإرث، فبصير بذلك صريحاً. وقيل: الأوّلان صريحان أيضاً بدون الضميمة^(٢) ويضعف باشتراكهما بينه وبين غيره، فلا يدلّ على الخاصّ بذاته، فلا بدّ من انضمام قرينة تعيّنهُ. ولو قال: « جعلته وقفاً » أو « صدقة مؤبّدة محرّمة » كفى، وفاقاً للدروس^(٣) لأنّه كالصريح. ولو نوى الوقف فيما يفتقر إلى القرينة وقع باطلاً ودوّين بنيته لو ادّعاه أو ادّعى غيره.

ويظهر منه عدم اشتراط القبول مطلقاً، ولا القرية.

أما الثاني فهو أصحّ الوجهين، لعدم دليلٍ صالحٍ على اشتراطها وإن توقّف عليها الثواب.

وأما الأوّل فهو أحد القولين^(٤) وظاهر الأكثر؛ لأصالة عدم الاشتراط، ولأنّه إزالة ملك، فيكفي فيه الإيجاب كالعقود. وقيل: يشترط إن كان الوقف على من يمكن في حقّه القبول^(٥) وهو أجد وبذلك دخل في باب العقود؛ لأنّ إدخال

(١) اختاره الشيخ في المبسوط ٣: ٢٩٢، والراوندي في فقه القرآن ٢: ٢٩٢، وابن إدريس في السرائر ٣: ١٥٥، والمحقّق في الشرائع ٢: ٢١١، والنافع ١٥٦، والعلامة في الإرشاد ١: ٤٥١، والتحرير ٣: ٢٨٩، وغيرهم.

(٢) قاله الشيخ في الخلاف ٣: ٥٤٢، المسألة ٨ من الوقف، وابن زهرة في الغنية: ٢٩٦، والكيدري في الإصباح: ٣٤٥، ويحيى بن سعيد في الجامع للشرائع: ٣٦٩، وغيرهم.

(٣) الدروس ٢: ٢٦٣.

(٤) وهو ظاهر المقنعة والكافي والمراسم والنهاية والخلاف والمبسوط وغيرها، أنظر للتفصيل مفتاح الكرامة ٩: ٩.

(٥) قاله الشهيد في الدروس ٢: ٢٦٤.

شيء في ملك الغير يتوقف على رضاه؛ وللشك في تمام السبب بدونه فيستصحب . فعلى هذا يعتبر فيه ما يعتبر في العقود اللازمة : من اتصّاله بالإيجاب عادةً، ووقوعه بالعريّة وغيرها .

نعم، لو كان على جهة عامّة أو قبيلة - كالفقراء - لم يشترط وإن أمكن قبول الحاكم له، وهذا هو الذي قطع به في الدروس^(١) وربما قيل باشتراط قبول الحاكم فيما له ولايته^(٢) وعلى القولين لا يعتبر قبول البطن الثاني ولا رضاه؛ لتأميّة الوقف قبله فلا ينقطع؛ ولأنّ قبوله لا يتّصل بالإيجاب، فلو اعتبر لم يقع له .

﴿ ولا يلزم ﴾ الوقف بعد تمام صيغته ﴿ بدون القبض ﴾ وإن كان في جهة عامّة قبضها الناظر فيها أو الحاكم، أو القيمّ المنسوب من قبل الواقف لقبضه . ويعتبر وقوعه ﴿ بإذن الواقف ﴾ كغيره؛ لامتناع التصرف في مال الغير بغير إذنه، والحال أنّه لم ينتقل إلى الموقوف عليه بدونه ﴿ فلو مات ﴾ الواقف ﴿ قبله ﴾ أي قبل قبضه المستند إلى إذنه ﴿ بطل ﴾ ورواية عبيد بن زرارة^(٣) صريحة فيه . ومنه يظهر أنّه لا تعتبر فوريتّه .

والظاهر أنّ موت الموقوف عليه كذلك، مع احتمال قيام وارثه مقامه . ويفهم من نفيه اللزوم بدونه أنّ العقد صحيح قبله، فينتقل الملك انتقالاً

(١) الدروس ٢ : ٢٦٤ .

(٢) وهو ظاهر العلامة في القواعد ٢ : ٣٨٨، حيث استقرب اشتراط قبول الولي، وفي التذكرة (الحجرية) ٢ : ٤٢٧ حيث جعل نيابة الحاكم في القبول في الوقف على جهة عامة وجهاً، وقال المحقّق الثاني في جامع المقاصد ٩ : ١٢ : ولا ريب أنّه أولى .

(٣) الوسائل ١٣ : ٢٩٩، الباب ٤ من أحكام الوقوف، الحديث ٥ .

متزلزلاً يتمّ بالقبض. وصرّح غيره^(١) وهو ظاهره في الدروس^(٢) أنّه شرط الصحة. وتظهر الفائدة في النماء المتخلّل بينه وبين العقد. ويمكن أن يريد هنا باللزوم الصحة، بقرينة حكمه بالبطان لو مات قبله، فإنّ ذلك من مقتضى عدم الصحة، لا اللزوم، كما صرّح به في هبة الدروس^(٣) واحتمل إرادته^(٤) من كلام بعض الأصحاب فيها^(٥).

﴿ ويدخل في وقف الحيوان لبنه وصوفه ﴾ وما شاكله ﴿ الموجودان حال العقد ما لم يستثنهما ﴾ كما يدخل ذلك في البيع؛ لأنّهما كالجزم من الموقوف بدلالة العرف، وهو الفارق بينهما وبين الثمرة، فإنّها لا تدخل وإن كانت طلعاً لم يؤبّر.

﴿ وإذا تمّ ﴾ الوقف ﴿ لم يجز الرجوع فيه ﴾ لأنّه من العقود اللازمة.

﴿ وشرطه ﴾

مضافاً إلى ما سلف ﴿ التنجيز ﴾ فلو علّقه على شرط أو صفة بطل، إلا أن يكون واقعاً والواقف عالم^(٦) بوقوعه كقوله: «وقفت إن كان اليوم الجمعة» وكذا في غيره من العقود.

﴿ والدوام ﴾ فلو قرنه بمدّة أو جعله على من ينقرض غالباً لم يكن وقفاً،

(١) صرّح به المحقّق في الشرائع ٢ : ٢١٧ والعلامة في القواعد ٢ : ٣٨٩.

(٢) الدروس ٢ : ٢٦٦.

(٣) و (٥) الدروس ٢ : ٢٨٥ - ٢٨٦.

(٤) أي الصحة من اللزوم، والمناسب تأنيث الضمير.

(٦) في (ش) و (ف) : عائماً.

والأقوى صحته حسباً يبطل بانقضائها وانقراضه^(١) فيرجع إلى الواقف أو وارثه حين انقراض الموقوف عليه كالولاء. ويحتمل إلى وارثه عند موته ويسترسل فيه إلى أن يصادف الانقراض، ويسمى هذا منقطع الآخر. ولو انقطع أوله أو وسطه أو طرفاه فالأقوى بطلان ما بعد القطع، فيبطل الأول والأخير ويصح أول الآخر^(٢).

﴿ والإقباض ﴾ وهو تسليط الواقف للقابض عليه^(٣) ورفع يده عنه له، وقد يغير الإذن في القبض الذي اعتبره سابقاً، بأن يأذن فيه ولا يرفع يده عنه.

﴿ وإخراجه عن نفسه ﴾ فلو وقف على نفسه بطل وإن عقبه بما يصح الوقف عليه؛ لأنه حينئذٍ منقطع الأول. وكذا لو شرط لنفسه الخيار في نقضه متى شاء أو في مدة معينة. نعم، لو وقفه على قبيل هو منهم ابتداءً أو صار منهم شارك. أو شرط عوده إليه عند الحاجة فالمروي^(٤) والمشهور أتباع شرطه، ويعتبر حينئذٍ قصور ماله عن مؤونة سنته فيعود عندها. ويورث عنه لو مات وإن كان قبلها^(٥).

ولو شرط أكل أهله منه صح الشرط، كما فعل النبي ﷺ بوقفه وكذلك فاطمة عليها السلام^(٦) ولا يقدر كونهم واجبي النفقة، فتسقط نفقتهم إن اكتفوا به.

(١) يعني بانقضاء المدة وانقراض الموقوف عليه.

(٢) وهو المنقطع الوسط.

(٣) على المال الموقوف.

(٤) الوسائل ١٣ : ٢٩٧، الباب ٣ من أبواب أحكام الوقوف، الحديث ٣.

(٥) قال سلطان العلماء رحمته الله : أي وإن لم يصر محتاجاً أيضاً يورث لو مات الواقف، بناءً على كون هذا الوقف حسباً حقيقة لا وقفاً (هامش ر).

(٦) أنظر الكافي ٧ : ٤٧ باب صدقات النبي ﷺ وفاطمة والأئمة عليهم السلام، والوسائل ١٣ : ٣١١،

الباب ١٠ من أبواب الوقوف والصدقات.

ولو وقف على نفسه وغيره صحّ في نصفه على الأقوى إن اتّحد، وإن تعدّد فبحسبه. فلو كان جمعاً - كالفقراء - بطل في ربه، ويحتمل النصف والبطلان رأساً.

﴿ وشرط الموقوف ﴾

﴿ أن يكون عيناً ﴾ فلا يصحّ وقف المنفعة ولا الدين ولا المبهم؛ لعدم الانتفاع به مع بقائه، وعدم وجوده خارجاً، والمقبوض والمعين بعده غيره^(١).

﴿ مملوكة ﴾ إن أريد بالملوكية صلاحيتها له بالنظر إلى الواقف ليحترز عن وقف نحو الخمر والخنزير من المسلم، فهو شرط الصحة. وإن أريد به الملك الفعلي ليحترز به عن وقف ما لا يملك وإن صلح له، فهو شرط اللزوم. والأولى أن يراد به الأعمّ وإن ذكر بعض تفصيله بعد.

﴿ ينتفع بها مع بقائها ﴾ فلا يصحّ وقف ما لا ينتفع به إلاّ مع ذهاب عينه كالخبز والطعام والفاكهة. ولا يعتبر في الانتفاع به كونه في الحال، بل يكفي المتوقّع كالعبد والجحش الصغيرين، والزمن الذي يرجى زوال زمانته. وهل يعتبر طول زمان المنفعة؟ إطلاق العبارة والأكثر يقتضي عدمه، فيصحّ وقف ربحانٍ يسرع فساده. ويحتمل اعتباره، لقلة المنفعة ومنافاتها للتأييد المطلوب من الوقف. وتوقف في الدروس^(٢) ولو كان مزروعاً صحّ، وكذا ما يطول نفعه كمسكٍ وعنبر.

(١) أي المقبوض في الدين والمعين في المبهم يكون غير الموقوف من الدين والمبهم، وبهما يتغيّر الموضوع.

(٢) الدروس ٢ : ٢٦٨.

﴿ ويمكن إقباضها ﴾ فلا يصحّ وقف الطير في الهواء، ولا السمك في ماءٍ لا يمكن قبضه عادةً، ولا الآبق والمغصوب، ونحوها. ولو وقفه على من يمكنه قبضه فالظاهر الصحة؛ لأنّ الإقباض المعتبر من المالك هو الإذن في قبضه وتسليطه عليه، والمعتبر من الموقوف عليه تسلّمه وهو ممكن.

﴿ ولو وقف ما لا يملكه وقف على إجازة المالك ﴾ كغيره من العقود؛ لأنّه عقد صدر من صحيح العبارة قابل للنقل وقد أجاز المالك فيصحّ. ويحتمل عدمها هنا وإن قيل به في غيره؛ لأنّ عبارة الفضولي لا أثر لها، وتأثير الإجازة غير معلوم؛ لأنّ الوقف فكّ ملكٍ في كثير من موارد، ولا أثر لعبارة الغير فيه. وتوقّف المصنّف في الدروس^(١) لأنّه نسب عدم الصحة إلى قولٍ ولم يفت بشيءٍ؛ وكذا في التذكرة^(٢) وذهب جماعة^(٣) إلى المنع هنا. ولو اعتبرنا فيه التقرب قوي المنع؛ لعدم صحّة التقرب بملك الغير.

﴿ ووقف المشاع جائز كالمقسوم ﴾ لحصول الغاية المطلوبة من الوقف، وهو تحبّيس الأصل وإطلاق الثمرة به. وقبضه كقبض المبيع في توقّفه على إذن المالك والشريك عند المصنّف مطلقاً^(٤) والأقوى أنّ ذلك في المنقول وغيره لا يتوقّف على إذن الشريك؛ لعدم استلزام التولية التصرف في ملك الغير.

(١) الدروس ٢ : ٢٦٤.

(٢) التذكرة (الحجرية) ٢ : ٤٣١.

(٣) قوّاه فخر المحققين في الإيضاح ٢ : ٣٨٩، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد ٩ : ٥٧،

وهو ظاهر القاضي في المهذب ٢ : ٨٦، وابن حمزة في الوسيلة : ٣٦٩، ويحيى بن سعيد

في الجامع للشرائع : ٣٦٩.

(٤) منقولاً كان أو غير منقول.

﴿ وشرط الواقف ﴾

﴿ الكمال ﴾ بالبلوغ والعقل والاختيار ورفع الحجر.
 ﴿ ويجوز أن يجعل النظر ﴾ على الموقوف ﴿ لنفسه، ولغيره ﴾ في متن
 الصيغة ﴿ فإن أطلق ﴾ ولم يشترطه^(١) لأحد ﴿ فالنظر في الوقف العام إلى
 الحاكم ﴾ الشرعي ﴿ وفي غيره ﴾ وهو الوقف على معين ﴿ إلى الموقوف
 عليهم ﴾ والواقف مع الإطلاق كالأجنبي.

ويشترط في المشروط له النظر: العدالة، والاهتداء إلى التصرف،
 ولو عرض له الفسق انعزل، فإن عاد عادت^(٢) إن كان مشروطاً من الواقف.
 ولا يجب على المشروط له القبول، ولو قبل لم يجب عليه الاستمرار؛ لأنه في
 معنى التوكيل. وحيث يبطل النظر يصير كما لو لم يشترط. ووظيفة الناظر مع
 الإطلاق العمارة والإجارة، وتحصيل الغلة وقسمتها على مستحقها. ولو فوّض
 إليه بعضها لم يتعدّه. ولو جعله لاثنين وأطلق لم يستقلّ أحدهما بالتصرف.

وليس للواقف عزل المشروط في العقد، وله عزل المنسوب من قبله
 لو شرط النظر لنفسه فولّاه؛ لأنه وكيل. ولو آجر الناظر مدة فزادت الأجرة في
 المدّة أو ظهر طالب بالزيادة لم يفسخ العقد؛ لأنه جرى بالغبطة في وقته، إلا أن
 يكون في زمن خياره فيتعيّن عليه الفسخ. ثم إن شرط له شيء عوضاً عن عمله
 لزم وليس له غيره، وإلا فله أجرة المثل عن عمله مع قصده الأجرة به.

(١) في (ش) و (ر): لم يشترطه.

(٢) إن عاد الشخص المشروط له النظر إلى العدالة عادت التولية.

﴿ وشرط الموقوف عليه ﴾

﴿ وجوده، وصحة تملكه، وإباحة الوقف عليه ﴾ .

﴿ فلا يصح ﴾ الوقف ﴿ على المعدوم ابتداءً ﴾ بأن يبدأ به ويجعله من الطبقة الأولى فيوقف على من يتجدد من ولد شخص ثم عليه مثلاً ﴿ ويصح تبعاً ﴾ بأن يوقف عليه وعلى من يتجدد من ولده. وإنما يصح تبعية المعدوم الممكن وجوده عادة كالولد. أمّا ما لا يمكن وجوده كذلك - كالميت - لم يصح مطلقاً فإن ابتداء به بطل الوقف، وإن أخره كان منقطع الآخر أو الوسط. وإن ضمّه إلى موجود بطل فيما يخصه خاصة على الأقوى.

﴿ ولا على ﴾ من لا يصح تملكه شرعاً مثل ﴿ العبد ﴾ وإن تشبث بالحرية كأمّ الولد ﴿ وجبريل ﴾ وغيره من الملائكة والجنّ والبهائم. ولا يكون وقفاً على سيّد العبد ومالك الدابة عندنا. وينبغي أن يستثنى من ذلك العبد المعدّ لخدمة الكعبة والمشهد والمسجد ونحوها من المصالح العامة، والدابة المعدّة لنحو ذلك أيضاً؛ لأنّه كالوقف على تلك المصلحة.

ولمّا كان اشتراط أهلية الموقوف عليه للملك يودم عدم صحته على ما لا يصح تملكه من المصالح العامة - كالمسجد والمشهد والقنطرة - نبه على صحته وبيان وجهه بقوله: ﴿ والوقف على المساجد والقناطر في الحقيقة ﴾ وقف ﴿ على المسلمين ﴾ وإن جعل متعلّقه بحسب اللفظ غيرهم ﴿ إذ هو مصروف إلى مصالحهم ﴾ وإنما أفاد تخصيصه بذلك تخصيصه ببعض مصالح المسلمين، وذلك لا ينافي الصحة.

ولا يرد أنّ ذلك يستلزم جواز الوقف على البيع والكنائس كما يجوز الوقف

على أهل الذمّة؛ لأنّ الوقف على كنائسهم وشبهها وقف على مصالحهم، للفرق؛ فإنّ الوقف على المساجد مصلحة للمسلمين وهي مع ذلك طاعة وقربة، فهي جهة من جهات المصالح المأذون فيها، بخلاف الكنائس، فإنّ الوقف عليها وقف على جهة خاصّة من مصالح أهل الذمّة لكنّها معصية؛ لأنّها إعانة لهم على الاجتماع إليها للعبادات المحرّمة والكفر، بخلاف الوقف عليهم أنفسهم؛ لعدم استلزامه المعصية بذاته؛ إذ نفعهم من حيث الحاجة وأنهم عباد الله ومن جملة بني آدم المكرّمين ومن يجوز أن يتولّد منهم المسلمون لا معصية فيه. وما يترتّب عليه من إعانتهم به على المحرّم - كشرب الخمر وأكل لحم الخنزير والذهاب إلى تلك الجهات المحرّمة - ليس مقصوداً للواقف، حتى لو فرض قصده له حكمنا ببطلانه. ومثله الوقف عليهم لكونهم كفّاراً، كما لا يصحّ الوقف على فسقة المسلمين من حيث هم فسقة.

﴿ ولا على الزناة والعصاة ﴾ من حيث هم كذلك؛ لأنّه إعانة على الإثم والعدوان فيكون معصية. أمّا لو وقف على شخص متّصف بذلك لا من حيث كون الوصف مناط الوقف صحّ، سواء أطلق أم قصد جهة محلّلة.

﴿ والمسلمون : من صلّى إلى القبلة ﴾ أي اعتقد الصلاة إليها وإن لم يصلّ، لا مستحلّاً. وقيل: يشترط الصلاة بالفعل^(١) وقيل: يختصّ بالمؤمن^(٢) وهما ضعيفان ﴿ إلا الخوارج والغلاة ﴾ فلا يدخلون في مفهوم المسلمين وإن صلّوا إليها للحكم بكفرهم. ولا وجه لتخصيصه بهما، بل كلّ من أنكر ما علم من الدين

(١) وهو المنسوب إلى المفيد أنظر المختلف ٦ : ٣٠٩، والمقنعة : ٦٥٤.

(٢) قاله ابن إدريس في السرائر ٣ : ١٦٠ - ١٦١.

ضرورةً كذلك عنده^(١) والنواصب كالخوارج فلا بدّ من استثنائهم أيضاً. وأمّا المجسّمة: فقطع المصنّف بكفرهم في باب الطهارة من الدروس وغيرها^(٢) وفي هذا الباب منها نسب خروج المشبّهة منهم إلى القيل^(٣) مشعراً بتوقّفه فيه. والأقوى خروجه.

إلّا أن يكون الواقف من إحدى الفرق فيدخل فيه مطلقاً^(٤) نظراً إلى قصده. ويدخل الإناث تبعاً، وكذا من بحكمهم كالأطفال والمجانين، ولدلالة العرف عليه.

﴿ والشيعّة: من شايح عليّاً عليه السلام ﴾ أي أتبعه ﴿ وقدمه ﴾ على غيره في الإمامة وإن لم يوافق على إمامة باقي الأئمّة بعده، فيدخل فيهم الإماميّة، والجاروديّة من الزيديّة، والإسماعيليّة غير الملاحدة منهم، والواقفيّة، والفظحيّة، وغيرهم. وربما قيل بأنّ ذلك مخصوص بما إذا كان الواقف من غيرهم، أمّا لو كان منهم صرف إلى أهل نحلته خاصّة، نظراً إلى شاهد حاله وفحوى قوله^(٥) وهو حسن مع وجود القرينة، وإلّا فحمل اللفظ على عمومه أجود.

﴿ والإماميّة: الاثنا عشرية ﴾ أي القائلون بإمامة الاثني عشر المعتقدون لها، وزاد في الدروس اعتقاد عصمتهم عليه السلام أيضاً^(٦) لأنّه لازم المذهب.

(١) يعني عند المصنّف، كما صرّح بذلك في الدروس ١: ١٢٤، والبيان: ٩١.

(٢) الدروس ١: ١٢٤، والبيان: ٩١.

(٣) الدروس ٢: ٢٧٢.

(٤) سواء قلنا بخروج هذه الفرق أم لم نقل.

(٥) قاله ابن إدريس في السرائر ٣: ١٦٢، ونفى عنه البأس في التذكرة (الحجريّة) ٢: ٤٣٠.

(٦) الدروس ٢: ٢٧٢.

ولا يشترط هنا اجتناب الكبائر اتفاقاً وإن قيل به في «المؤمنين»^(١) وربما أوهم كلامه في الدروس^(٢) ورود الخلاف هنا أيضاً، وليس كذلك، ودليل القائل يرشد إلى اختصاص الخلاف بالمؤمنين.

﴿ والهاشميّة : من وُلدَه هاشم بأبيه ﴾ أي اتّصل إليه بالأب وإن علا، دون الأمّ على الأقرب ﴿ وكذا كلّ قبيلة ﴾ - كالعلوية والحسينية - يدخل فيها من اتّصل بالمنسوب إليه بالأب دون الأمّ، ويستوى فيه الذكور والإناث.

﴿ وإطلاق الوقف ﴾ على متعدّد ﴿ يقتضي التسوية ﴾ بين أفرادهِ وإن اختلفوا بالذكورية والأنوثة؛ لاستواء الإطلاق والاستحقاق بالنسبة إلى الجميع. ﴿ ولو فضل ﴾ بعضهم على بعض ﴿ لزم ﴾ بحسب ما عيّن، عملاً بمقتضى الشرط.

﴿ وهنا مسائل ﴾

الأولى :

﴿ نفقة العبد الموقوف والحيوان ﴾ الموقوف ﴿ على الموقوف عليهم ﴾ إن كانوا معيّنين؛ لانتقال الملك إليهم وهي تابعة له. ولو كان على غير معيّنين ففي كسبه مقدّمةً على الموقوف عليه. فإن قصر الكسب ففي بيت المال إن كان، وإلاّ وجب كفاية على المكلفين كغيره من المحتاجين إليها. ولو مات العبد فمؤونة تجهيزه كنفقته. ولو كان الموقوف عقاراً فنفقته حيث شرط الواقف، فإن انتفى

(١) قاله المفيد في المقنعة : ٦٥٤، والشيخ في النهاية : ٥٩٧، والقاضي في المهذب : ٢ : ٨٩.

(٢) الدروس : ٢ : ٢٧٢.

الشرط ففي غلته، فإن قصرت لم يجب الإكمال. ولو عدت لم تجب عمارته، بخلاف الحيوان، لوجوب صيانة روحه ﴿ ولو عمي العبد أو جذم ﴾ أو أقعد ﴿ انعتق ﴾ كما لو لم يكن موقوفاً ﴿ وبطل الوقف ﴾ بالعتق ﴿ وسقطت النفقة ﴾ من حيث الملك^(١) لأنها كانت تابعة له فإذا زال زالت.

﴿ الثانية ﴾ :

﴿ لو وقف في سبيل الله انصرف إلى كل قرية ﴾ لأن المراد من «السبيل» الطريق إلى الله تعالى أي إلى ثوابه ورضوانه، فيدخل فيه كل ما يوجب الثواب: من نفع المحاويج^(٢) وعماراة المساجد، وإصلاح الطرقات وتكفين الموتى. وقيل: يختصّ الجهاد^(٣) وقيل: بإضافة الحجّ والعمرة إليه^(٤) والأوّل أشهر ﴿ وكذا ﴾ لو وقف في ﴿ سبيل الخير، وسبيل الثواب ﴾ لاشتراك الثلاثة في هذا المعنى. وقيل: سبيل الثواب: الفقراء والمساكين ويبدأ بأقاربه، وسبيل الخير: الفقراء والمساكين وابن السبيل والغارمون الذين استدانوا لمصلحتهم، والمكاتبون^(٥) والأوّل أقوى، إلا أن يقصد الواقف غيره.

(١) قيده بالحيثية للتنبيه على أن نفقة هذا العبد مع عجزه - كما هو الغالب بالنسبة إلى مرضه - يجب على المسلمين كفاية مع عدم بيت المال، كغيره من المضطرين. والموقوف عليهم من الجملة، ما يجب عليهم من هذه الحيثية وإن سقطت من حيث الملك. (منه ﷺ).

(٢) جمع الموحج، أي المحتاج.

(٣) في (ر): بالجهاد. والقائل ابن حمزة في الوسيلة: ٣٧١.

(٤) قاله الشيخ في الخلاف ٣: ٥٤٥، المسألة ١٢ من الوقف.

(٥) قاله الشيخ في المبسوط ٣: ٢٩٤.

﴿ الثالثة ﴾ :

﴿ إذا وقف على أولاده اشترك أولاد البنين والبنات ﴾ لاستعمال «الأولاد» فيما يشمل أولادهم استعمالاً شائعاً لغةً وشرعاً، كقوله تعالى: (يَا بَنِي آدَمَ) ^(١) (يَا بَنِي إِسْرَائِيلَ) ^(٢) و (يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ) ^(٣) وللإجماع على تحريم حليمة ولد الولد ذكراً وأنثى من قوله تعالى: (وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ) ^(٤) وقوله ﷺ: «لا تزرموا ابني» ^(٥) يعني الحسن، أي لا تقطعوا عليه بولّه لَمَّا بال في حجره، والأصل في الاستعمال الحقيقة. وهذا الاستعمال كما دلّ على دخول أولاد الأولاد في الأولاد دلّ على دخول أولاد الإناث أيضاً، وهذا أحد القولين في المسألة ^(٦).

وقيل: لا يدخل أولاد الأولاد مطلقاً في اسم الأولاد، لعدم فهمه عند الاطلاق، ولصحة السلب فيقال في ولد الولد: ليس ولدي بل ولد ولدي ^(٧) وأجاب

(١) الأعراف: ٢٦، ٢٧، ٣١، ٣٥.

(٢) البقرة: ٤٠، ٤٧، ١٢٢.

(٣) النساء: ١١.

(٤) النساء: ٢٣.

(٥) الوسائل ٢: ١٠٠٨، الباب ٨ من أبواب النجاسات، الحديث ٤.

(٦) قاله المفيد في المقنعة: ٦٥٣، والقاضي في المهذب ٢: ٨٩، وابن إدريس في السرائر ٣: ١٥٧، وغيرهم.

(٧) وهو قول الإسكافي كما نقل عنه في المختلف ٦: ٣٠٦، والشيخ في المبسوط ٣: ٢٩٦، والمحقق في الشرائع ٢: ٢١٩ - ٢٢٠، والعلامة في القواعد ٢: ٣٩٧، والإرشاد ١: ٤٥٥، وتلخيص المرام: ١٥٣، والمصنف في غاية المراد ٢: ٤٤٦.

المصنّف في الشرح عن الأدلّة الدالّة على الدخول بأنه ثمّ من دليل خارج، وبأنّ اسم الولد لو كان شاملاً للجميع لزم الاشتراك وإن عورض بلزوم المجاز فهو أولى^(١) وهذا أظهر. نعم لو دلّت قرينة على دخولهم كقوله: «الأعلى فالأعلى» اتّجه دخول من دلّت عليه. ومن خالف في دخولهم - كالفاضلين - فرضوا المسألة فيما لو وقف على أولاد أولاده^(٢) فإنّه حينئذٍ يدخل أولاد البنين والبنات بغير إشكال. وعلى تقدير دخولهم بوجه فاشترآكهم ﴿ بالسويّة ﴾ لأنّ ذلك مقتضى الإطلاق، والأصل عدم التفاضل ﴿ إلا أن يفضل ﴾ بالصريح^(٣) أو بقوله: «على كتاب الله» ونحوه ﴿ ولو قال: «على من انتسب إليّ» لم يدخل أولاد البنات ﴾ على أشهر القولين^(٤) عملاً بدلالة اللغة والعرف والاستعمال.

﴿ الرابعة ﴾ :

﴿ إذا وقف مسجداً لم ينفك وقفه بخراب القرية ﴾ للزوم الوقف وعدم صلاحية الخراب لزواله، لجواز عودها أو انتفاع المازّة به؛ وكذا لو خرب

(١) غاية المراد ٢: ٤٤٧-٤٤٨.

(٢) في الدروس لم يذكر هذه المسألة، والظاهر أنّه استضعاف للحكم، وفي شرح الإرشاد مال إلى عدم دخولهم. (منه ﷺ).

(٣) في (ر): بالتصريح.

(٤) ذهب إليه المحقّق في الشرائع ٢: ٢١٩، والعلامة في القواعد ٢: ٣٩٧، والمختلف ٦: ٣٣٠، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد ٩: ٩٣، وغيرهم. وذهب إلى غير الأشهر السيد المرتضى وابن إدريس، أنظر رسائل الشريف المرتضى (المجموعة الرابعة): ٣٢٨، و (المجموعة الثالثة): ٢٦٢-٢٦٥، ومسائل الناصريّات: ٤١٢، المسألة ١٩٢، والسرائر

المسجد^(١) خلافاً لبعض العامة^(٢) قياساً على عود الكفن إلى الورثة عند اليأس من الميِّت، بجامع استغناء المسجد عن المصلين كاستغناء الميِّت عن الكفن. والفرق واضح؛ لأنَّ الكفن ملك للوارث وإنَّ وجب بذله في التخنين، بخلاف المسجد، لخروجه بالوقف على وجه فكِّ الملك كالتحرير، ولإمكان الحاجة إليه بعمارة القرية، وصلاة المارِّ^(٣) بخلاف الكفن.

﴿ وإذا وقف على الفقراء أو * العلوية انصرف إلى من في بلد الواقف منهم ومن حضره * ﴾ بمعنى جواز الاقتصار عليهم من غير أن يتتبع غيرهم ممَّن يشمله الوصف، فلو تتبَّع جاز. وكذا لا يجب انتظار من غاب منهم عند القسمة.

وهل يجب استيعاب من حضر؟ ظاهر العبارة ذلك، بناءً على أنَّ الموقوف عليه يستحقُّ على جهة الاشتراك لا على وجه بيان المصرف، بخلاف الزكاة، وفي الرواية^(٤) دليل عليه. ويحتمل جواز الاقتصار على بعضهم، نظراً إلى كون الجهة المعيّنة مصرفاً، وعلى القولين^(٥) لا يجوز الاقتصار على أقلَّ من ثلاثة، مراعاةً

(١) نعم، أو كان في الأرض المفتوحة عنوةً أتجه خروجه عن الوقف بالخراب؛ لأنَّ صحَّة الوقف تابعة لأثر المتصرِّف. (منه للَّهِ).

(٢) وهو محمد بن الحسن الشيباني أنظر المغني ٥ : ٦٣٢، والمجموع ١٦ : ٣٣١.

(٣) في (ش) و (ر) : المارّة.

(* في (ق) : و. وهكذا في (ع) من الشرح.

(* في (ق) : حضرهم.

(٤) الوسائل ١٣ : ٣٠٨، الباب ٨ من أبواب الوقوف، وفيه حديث واحد.

(٥) القول بوجود الاستيعاب هو الظاهر من كلام المحقِّق في الشرائع ٢ : ٢٢١، وصريح

الفخر في شرح الإرشاد على ما حكى عنه في الجواهر ٢ : ١١٥، وأمَّا جواز الاقتصار على

بعض من حضر فلم نتحقَّق قائله.

لصيغة الجمع. نعم لا تجب التسوية بينهم، خصوصاً مع اختلافهم في المزية. بخلاف الوقف على المنحصرين فيجب التسوية بينهم والاستيعاب.

واعلم أن الموجود في نسخ الكتاب بلد الواقف، والذي دلت عليه الرواية^(١) وذكره الأصحاب^(٢) ومنهم المصنّف في الدروس^(٣) اعتبار بلد الوقف، لا الواقف. وهو أجود.

﴿ الخامسة ﴾ :

﴿ إذا أجر البطن الأوّل الوقف ثم انقضوا تبين بطلان الإجارة في المدّة الباقية ﴾ لا انتقال الحقّ إلى غيرهم، وحقّهم وإن كان ثابتاً عند الإجارة إلاّ أنّه مقيد بحياتهم، لا مطلقاً، فكانت الصّحة في جميع المدّة مراعاةً باستحقاقهم لها، حتى لو أجرها مدّة يُقطع فيها بعدم بقائهم إليها عادة فالزائد باطل من الابتداء، ولا يباح لهم أخذ قسطه من الأجرة، وإتّما أبيح في الممكن استصحاباً للاستحقاق بحسب الإمكان، ولأصالة البقاء.

وحيث تبطل في بعض المدّة ﴿ فيرجع المستأجر على ورثة الآجر^(٤) ﴾ بقسط المدّة الباقية ﴿ إن كان قد قبض الأجرة وخلف تركة ﴾ فلو لم يخلف مالاً لم يجب على الوارث الوفاء من ماله كغيرها من الديون.

(١) المتقدّمة أنفأ.

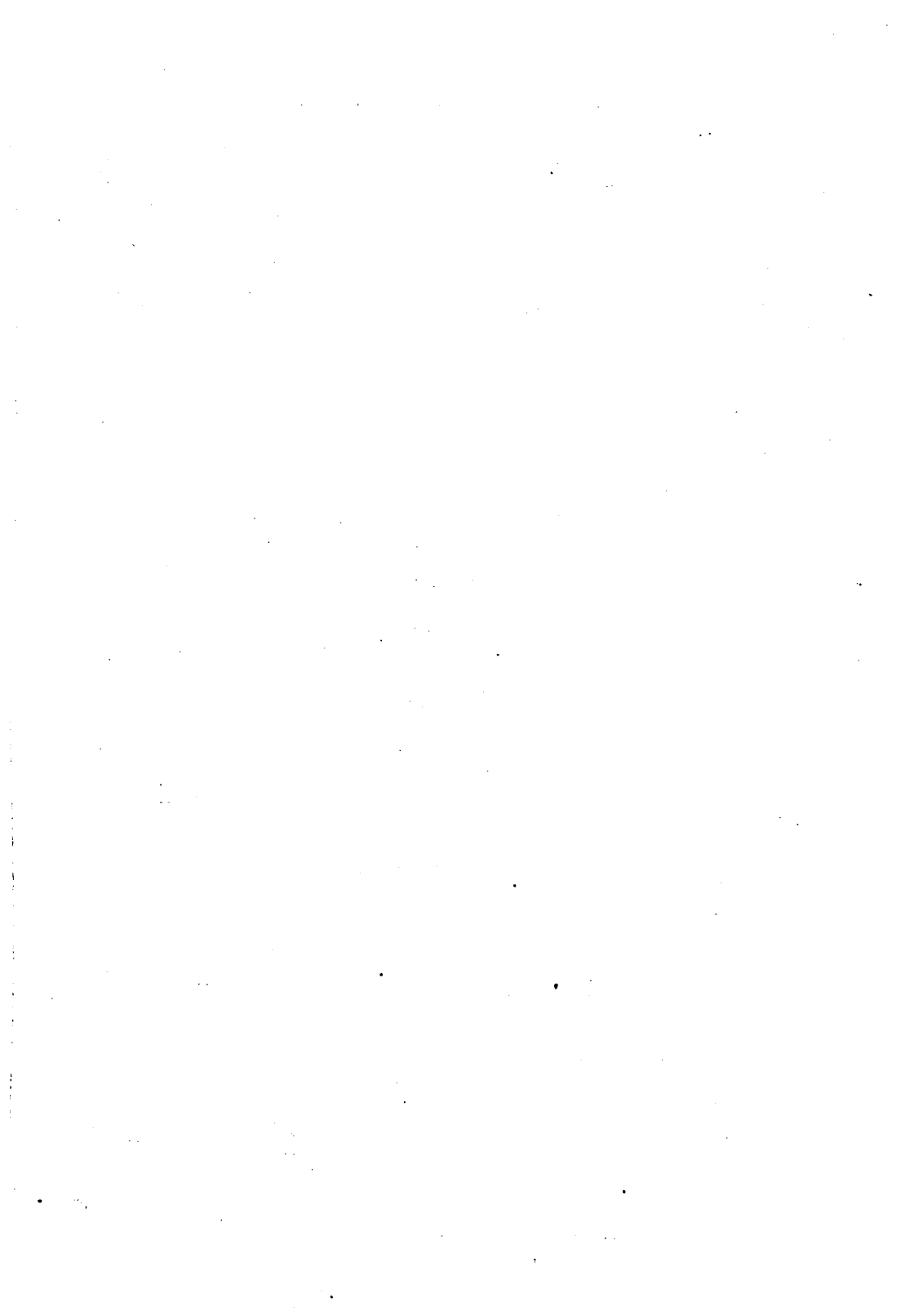
(٢) أنظر الشرائع ٢ : ٢٢١، والقواعد ٢ : ٣٩٩، وجامع المقاصد ٩ : ١٠٠، وغيرها.

(٣) الدروس ٢ : ٢٧٤.

(٤) اسم فاعل بمعنى الموجر من «أجر» بمعنى «آجر» كما ورد في الكتاب العزيز : (على أن تأجرني ثماني حجج) . القصص : ٢٧ .

هذا إذا كان قد آجرها لمصلحته أو لم يكن ناظراً، فلو كان ناظراً وآجرها لمصلحة البتون لم تبطل الإجارة، وكذا لو كان المؤجر هو الناظر في الوقف مع كونه غير مستحقّ.

كتاب العطية



﴿ كتاب العطيّة ﴾

﴿ وهي ﴾ أي العطيّة باعتبار الجنس ﴿ أربعة ﴾ :

﴿ الأوّل : الصدقة ﴾

﴿ وهي عقد يفتقر إلى إيجاب وقبول ﴾ إطلاق العقد على نفس العطيّة لا يخلو من تساهل، بل في إطلاقه على جميع المفهومات المشهورة من البيع والإجارة وغيرهما، وإنما هو دالّ عليها. ويعتبر في إيجاب الصدقة وقبولها ما يعتبر في غيرها من العقود اللازمة ﴿ وقبضٌ بإذن الموجب ﴾ بل إذن^(١) المالك، فإنّه لو وكلّ في الإيجاب لم يكن للوكيل الإقباض ﴿ ومن شرطها القرابة ﴾ فلا تصحّ بدونها وإن حصل الإيجاب والقبول والقبض؛ للروايات الصحيحة^(٢) الدالّة عليه.

﴿ فلا يجوز الرجوع فيها بعد القبض ﴾ لتمام الملك وحصول العوض وهو

(١) في غير (ع) : بإذن.

(٢) الوسائل ١٣ : ٣١٩، الباب ١٣ من أبواب الوقوف.

القربة، كما لا يصح الرجوع في الهبة مع التعويض. وفي تفريعه بالفاء إشارة إلى أن القربة عوض، بل العوض الأخرى أقوى من العوض الدنيوي.

﴿ ومفروضها محرّم على بني هاشم من غيرهم إلا مع قصور خمسهم ﴾ لأنّ الله تعالى جعل لهم الخمس عوضاً عنها وحرّمها عليهم، معللاً بأنّها أوساخ الناس^(١) والأقوى اختصاص التحريم بالزكاة المفروضة، دون المنذورة والكفّارة وغيرهما، والتعليل بالأوساخ يرشد إليه.

﴿ وتجاوز الصدقة على الذمي ﴾ رحماً كان أم غيره، وعلى المخالف للحقّ ﴿ لا الحربي ﴾ والناصب. وقيل: بالمتع من غير المؤمن وإن كانت ندباً^(٢) وهو بعيد.

﴿ وصدقة السرّ أفضل ﴾ إذا كانت مندوبة، للنصّ عليه في الكتاب^(٣) والسنة^(٤) ﴿ إلا أن يتهم بالترك ﴾ فالإظهار أفضل، دفعاً لجعل عرضه عرضةً للتهم، فإنّ ذلك أمر مطلوب شرعاً، حتى للمعصوم، كما ورد في الأخبار^(٥) وكذا الأفضل إظهارها لو قصد به متابعة الناس له فيها؛ لما فيه من التحريض^(٦) على نفع الفقراء.

(١) الوسائل ٦: ١٨٦، الباب ٢٩ من أبواب المستحقين للزكاة الحديث ٢.

(٢) قاله العماني كما نقل عنه العلامة في المختلف ٣: ٢١١.

(٣) البقرة: ٢٧١.

(٤) أنظر الوسائل ٦: ٢٧٥، الباب ١٣ من أبواب الصدقة.

(٥) لم نعثر عليها في المندوبة، نعم وردت في الواجبة، الوسائل ٦: ٢١٥ - ٢١٦، الباب ٥٤

من أبواب المستحقين للزكاة.

(٦) في سوى (ش): التحريض.

﴿ الثاني : الهبة ﴾

﴿ وتسمّى نحلة وعطيّة ، وتفتقر إلى الإيجاب ﴾ وهو كلّ لفظ دلّ على تمليك العين من غير عوض ، كوهبتك وملّكتك وأعطيتك ونحلتك وأهديت إليك وهذا لك مع يتّها ، ونحو ذلك ﴿ والقبول ﴾ وهو اللفظ الدالّ على الرضا .

﴿ والقبض بإذن الواهب ﴾ إن لم يكن مقبوضاً بيده من قبل ﴿ ولو وهبه ما بيده لم يفتقر إلى قبض جديد ، ولا إذن ﴾ فيه ﴿ ولا مضيّ زمان ﴾ يمكن فيه قبضه ، لحصول القبض المشترط^(١) فأغنى عن قبض آخر وعن مضيّ زمان يسعه ؛ إذ لا مدخل للزمان في ذلك مع كونه مقبوضاً ، وإنّما كان معتبراً مع عدم القبض ؛ لضرورة امتناع حصوله بدونه . وإطلاق العبارة يقتضي عدم الفرق بين كونه بيده بإيداع أو عارية أو غصب أو غير ذلك ، والوجه واحد . وقيل : بالفرق بين القبض بإذن وغيره^(٢) وهو حسن ؛ إذ لا يدّ للغاصب شرعاً ﴿ وكذا إذا وهب الوليّ الصبيّ ﴾ والصبيّة ﴿ ما في يد الوليّ كفى الإيجاب والقبول ﴾ من غير تجديد القبض ، لحصوله بيده وهي بمنزلة يده ، ولا مضيّ زمان . وقيل : يعتبر قصد القبض عن الطفل^(٣) لأنّ المال مقبوض بيد الوليّ له فلا ينصرف إلى الطفل إلا بصارف وهو القصد ، وكلام الأصحاب مطلق .

﴿ ولا يشترط في الإبراء ﴾ وهو إسقاط ما في ذمّة الغير من الحقّ

(١) في (ر) : المشروط خ ل .

(٢) وهو الظاهر من يحيى بن سعيد في الجامع للشرائع : ٣٦٦ .

(٣) قاله المحقّق الثاني في جامع المقاصد ٩ : ١٥٢ .

﴿ القبول ﴾ لأنه إسقاط حقّ، لا نقل ملك. وقيل: يشترط لاشتماله على المنّة ولا يجبر على قبولها كهبة العين^(١) والفرق واضح.

﴿ و ﴾ كذا ﴿ لا ﴾ يشترط ﴿ في الهبة القربة ﴾ للأصل، لكن لا يثاب عليها بدوها، ومعها تصير عوضاً كالصدقة.

﴿ ويكره تفضيل بعض الولد على بعض ﴾ وإن اختلفوا في الذكورة والأنوثة؛ لما فيه من كسر قلب المفضّل عليه وتعريضهم للعداوة. وروي أنّ النبي ﷺ قال لمن أعطى بعض أولاده شيئاً: «أكلّ ولدك أعطيت مثله؟» قال لا، قال: «فاتقوا الله واعدلوا بين أولادكم» فرجع في تلك العطيّة^(٢) وفي رواية أخرى^(٣) «لا تشهدني على جور»^(٤) وحيث يفعل يستحبّ الفسخ مع إمكانه؛ للخبر^(٥).

وذهب بعض الأصحاب إلى التحريم^(٦) وفي المختلف خصّ الكراهة بالمرض أو الإعسار^(٧) لدلالة بعض الأخبار^(٨) عليه. والأقوى الكراهة مطلقاً. واستثني من ذلك ما لو اشتمل المفضّل على معنى يقتضيه، كحاجة زائدة

(١) قاله ابن زهرة في الغنية: ٣٠١، والحلي في السرائر ٣: ١٧٦.

(٢) راجع السنن الكبرى ٦: ١٧٦، وكنز العمال ١٦: ٥٨٥، الرقم ٤٥٩٥٧.

(٣) لم ترد «أخرى» في (ع).

(٤) و (٥) راجع السنن الكبرى ٦: ١٧٦، وكنز العمال ١٦: ٥٨٥، الرقم ٤٥٩٥٦-٧.

(٦) نسبه المحقق إلى الإسكافي في جامع المقاصد ٩: ١٧٠ بتاً، وقال الشارح في المسالك

(٦: ٢٨): ويظهر من ابن الجنيّد، وانظر كلامه في المختلف ٦: ٢٧٧.

(٧) في (ر): و.

(٨) المختلف ٦: ٢٧٨.

(٩) أنظر الوسائل ١٣: ٣٨٤، الباب ١٧ من أبواب الوصايا، الحديثين ١١ و ١٢.

وزمانة واشتغال بعلم، أو نقص المفضّل عليه بسفه أو فسق أو بدعة، ونحو ذلك.

﴿ ويصحّ الرجوع في الهبة بعد الإقباض ما لم يتصرّف ﴾ الموهوب تصرّفاً متلفاً للعين، أو ناقلاً للملك، أو مانعاً من الردّ كالاستيلاد، أو متغيّراً للعين كقسارة الثوب ونجارة الخشب وطحن الحنطة، على الأقوى من الأخير. وقيل: مطلق التصرّف^(١) وهو ظاهر العبارة. وفي تنزيل موت المتّهب منزلة التصرّف قولان^(٢) من عدم وقوعه منه فتناوله الأدلّة المجوّزة للرجوع، ومن انتقال الملك عنه بالموت بفعله تعالى وهو أقوى من نقله بفعله وهو أقوى وخيرة المصنّف في الدروس والشرح^(٣).

﴿ أو يعوّض ﴾ عنها بما يتفقان عليه أو بمثلها أو قيمتها مع الإطلاق ﴿ أو يكن رحماً ﴾ قريباً وإن لم يحرم نكاحه، أو يكن زوجاً أو زوجةً على الأقوى؛ لصحيحة زارة^(٤).

﴿ ولو عابت لم يرجع بالأرث على الموهوب ﴾ وإن كان بفعله؛ لأنّها غير مضمونة عليه وقد سلّطه على إتلافها مجّاناً، فأبعاضها أولى ﴿ ولو زادت زيادة متّصلة ﴾ كالسّمّن وإن كان بعلف المتّهب ﴿ فللواهب ﴾ إن جوّزنا الرجوع حينئذٍ ﴿ والمنفصلة ﴾ كالولد واللبن ﴿ للموهوب له ﴾ لأنّه نماء حدث في ملكه

(١) قاله الشيخ في النهاية : ٦٠٣، والقاضي في المهذّب : ٢ : ٩٥، وابن إدريس في السرائر : ٣ : ١٧٣.

(٢) الأوّل ليحيى بن سعيد في الجامع للشرائع : ٣٦٦، والعلامة في القواعد : ٢ : ٤٠٨، والتحرير : ٣ : ٢٨٠، وغيرهما. ولم نعثر على الثاني.

(٣) الدروس : ٢ : ٢٨٨، وغاية المراد : ٢ : ٤١٩.

(٤) الوسائل : ١٣ : ٣٣٩، الباب ٧ من أحكام الهبات، الحديث الأوّل.

فيختصّ به سواء كان الرجوع قبل انفصالها بالولادة والحلب^(١) أم بعده؛ لأنّه منفصل حكماً. هذا إذا تجددت الزيادة بعد ملك المتّهب بالقبض، فلو كان قبله فهي للواهب.

﴿ ولو وهب أو وقف أو تصدّق في مرض موته فهي من الثلث ﴾ على أجود القولين^(٢) ﴿ إلا أن يجيز الوارث ﴾ ومثله ما لو فعل ذلك في حال الصحة وتأخّر القبض إلى المرض. ولو شرط في الهبة عوضاً يساوي الموهوب نفذت من الأصل؛ لأنّها معاوضة بالمثل كالبيع بثمن المثل.

(١) لم ترد «والحلب» في (ف)، ووردت في هامش (ع) تصحيحاً.

(٢) ذهب إليه الشيخ في المبسوط ٤ : ٤٤، والصدوق وابن الجنيد كما نقل عنهما العلامة في المختلف ٦ : ٤٣١، واختاره هو أيضاً، وانظر المقنع : ٤٨١ و ٤٨٣ و ٤٨٥. وذهب إلى القول الثاني الشيخان في المقنعة : ٦٧١، والنهاية : ٦٢٠، والقاضي في المهذب ١ : ٤٢٠، وابن إدريس في السرائر ٣ : ١٩٩ و ٢٢١، والفاضل الآبي في كشف الرموز ٢ : ٩١.

﴿ الثالث : السكنى ﴾ وتوابعها

وكان الأولى عقد الباب للعُمرى؛ لأنّها أعمّ موضوعاً كما فعل في الدروس^(١) ﴿ ولا بدّ فيها من إيجاب وقبول ﴾ كغيرها من العقود ﴿ وقبض ﴾ على تقدير لزومها. أمّا لو كانت جائزة كالمطلقة^(٢) كان الإقباض شرطاً في جواز التسلّط على الانتفاع. ولما كانت الفائدة بدونه منتفية أطلق اشتراطه فيها^(٣).

ويفهم من إطلاقه عدم اشتراط التقرب، وبه صرّح في الدروس^(٤) وقيل: يشترط^(٥) والأوّل أقوى. نعم حصول الثواب متوقّف على نيّته.

﴿ فإن أقتت بأمدٍ ﴾ مضبوطٍ ﴿ أو عمر أحدهما ﴾ المسكن أو الساكن ﴿ لزمت ﴾ تلك المدّة وما دام العمر باقياً ﴿ وإلا ﴾ تؤقت بأمد ولا عمر أحدهما ﴿ جاز* الرجوع فيها ﴾ متى شاء ﴿ وإن مات أحدهما ﴾ مع الإطلاق ﴿ بطلت ﴾ وإن لم يرجع، كما هو شأن العقود الجائزة، بخلاف الأوّلين^(٦).

﴿ ويعبّر عنها ﴾ أي عن السكنى ﴿ بالعمري ﴾ إن قرنت بعمر أحدهما ﴿ والرقبي ﴾ إن قرنت بالمدّة. ويفترقان عنها بوقوعهما على ما لا يصلح

(١) الدروس ٢ : ٢٨١.

(٢) يعني غير المقيّدة بأمد مضبوط ولا بعمر أحدهما، كما سيأتي.

(٣) يعني اشتراط القبض في السكنى.

(٤) الدروس ٢ : ٢٨١.

(٥) قاله ابن حمزة في الوسيلة : ٣٨٠، والعلامة في القواعد ٢ : ٤٠٢.

(*) في (ق) و (س) زيادة : له.

(٦) يعني المؤقت بأمدٍ، أو عمر أحدهما.

للسكنى، فيكونان أعمّ منها من هذا الوجه، وإن كانت أعمّ منهما من حيث جواز إطلاقها في المسكون مع اقترانها بالعمر والمدة والإطلاق، بخلافهما.

﴿ وكلّ ما صحّ وقفه ﴾ من أعيان الأموال ﴿ صحّ إعمارها ﴾ وإرقابه وإن لم يكن مسكناً، وبهذا ظهر عموم موضوعهما.

﴿ وإطلاق السُّكنى ﴾ الشامل للثلاثة حيث يتعلّق بالمسكن ﴿ يقتضي سكناه بنفسه ومن جرت عاداته ﴾ أي عادة الساكن ﴿ به ﴾ أي بإسكانه معه، كالزوجة والولد والخادم والضيف والدابة إن كان في المسكن موضع معدّ لمثلها؛ وكذا وضع ما جرت العادة بوضعه فيها^(١) من الأمتعة والغلّة بحسب حالها.

﴿ وليس له أن يؤجرها ﴾ ولا يعيرها ﴿ ولا أن يسكن غيره ﴾ وغير من جرت عاداته به ﴿ إلا بإذن المُسكِن ﴾ وقيل: يجوزان مطلقاً^(٢) والأوّل أشهر. وحيث تجوز الإجارة فالأجرة للساكن.

(١) مرجع الضمير «الدار» المفهومة من المقام.

(٢) قاله ابن إدريس في السرائر ٣: ١٦٩.

﴿ الرابع : التحبّيس ﴾

﴿ وحكمه حكم السكنى في اعتبار العقد والقبض والتقييد بمدة ﴿ والإطلاق . ومحلّه كالوقف ﴾ وإذا حبّس عبده أو فرسه ﴾ أو غيرهما ممّا يصلح لذلك ﴿ في سبيل الله أو على زيد ، لزم ذلك ما دامت العين باقية ؛ وكذا لو حبّس عبده أو أمته في خدمة الكعبة أو مسجد أو مشهد ﴾ .

وإطلاق العبارة يقتضي عدم الفرق بين إطلاق العقد وتقييده بالدوام ، ولكن مع الإطلاق في حبسه على زيد سيأتي ما يخالفه^(١) وفي الدروس : أنّ الحبس على هذه القرب غير زيد يخرج عن الملك بالعقد^(٢) ولم يذكر هو ولا غيره حكم ذلك لو قرنه بمدة ولا حكم غير المذكورات ؛ وبالجمله فكلّاهم في هذا الباب غير منقّح .

﴿ ولو حبس على رجل ولم يعيّن وقتاً ومات الحابس كان ميراثاً ﴾ بمعنى أنّه غير لازم كالسكنى فتبطل بالموت ، ويجوز الرجوع فيه متى شاء . ولو قرن فيه بمدة لزم فيها ورجع إلى ملكه بعدها .

واعلم أنّ جملة أقسام المسألة كالسكنى ، إمّا أن يكون على قرية كالمسجد أو على آدمي . ثم إمّا أن يطلق أو يقرنه بمدة أو يصرّح بالدوام . والمحبّس إمّا أن يكون عبداً أو فرساً أو غيرهما من الأموال التي يمكن الانتفاع بها في ذلك الوجه .

(*) في (ق) و (س) : على خدمة الكعبة أو مشهد أو مسجد .

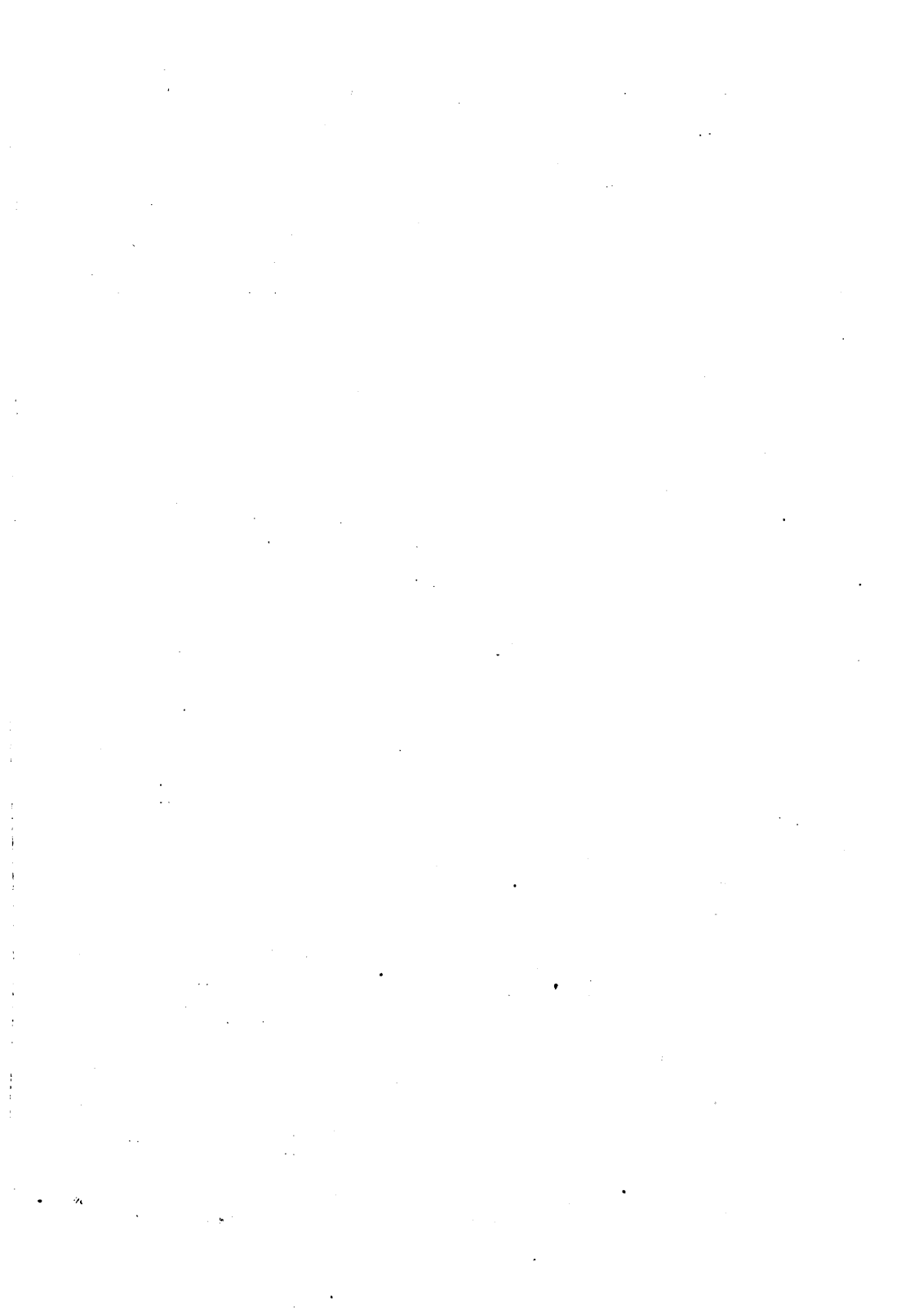
(١) يأتي في قول الماتن : ولو حبس على رجل

(٢) الدروس ٢ : ٢٨٢ .

ففي الآدمي يمكن فرض سائر الأموال ليستوفي منافعتها. وفي سبيل الله يمكن فرض العبد والفرس والبعير والبغل والحمار وغيرها. وفي خدمة المسجد ونحوه يمكن فرض العبد والأمة والدابة إذا احتيج إليها في نقل الماء ونحوه، وغيره من الأملاك ليستوفي منفعتها بالإجارة، ويصرف^(١) على مصالحه. وكلامهم في تحقيق أحكام هذه الصور قاصر جداً، فينبغي تأمله.

(١) كذا في النسخ، والظاهر «تُصرف» لرجوع الضمير على المنفعة.

کتابت المصنف



﴿ كتاب المتاجر ﴾

المتاجر : جمع متجر ، وهو مَفْعَلٌ من التجارة ، إمّا مصدر ميمي بمعناها كالمقتل ، وهو هنا نفس التكتّسب . أو اسم مكان لمحلّ التجارة ، وهي الأعيان المكتسب بها . والأوّل أليق بمقصود العلم ، فإنّ الفقه^(١) يبحث عن فعل المكلف والأعيان متعلّقات فعله ، وقد أشار المصنّف إلى الأمرين معاً ، فالإلى الثاني بتقسيمه الأوّل^(٢) وإلى الأوّل بقوله أخيراً : « ثم التجارة^(٣) تنقسم بأقسام^(٤) الأحكام الخمسة^(٥) » والمراد بها هنا التكتّسب بما هو أعمّ من البيع ، فعقد الباب بعد ذكر الأقسام للبيع خاصّة غير جيّد ، وكان أفرادها بكتاب ثم ذكر البيع في كتاب كغيره ممّا يحصل به الاكتساب - كما صنع في الدروس^(٦) - أولى .

(١) كذا في نسخة (ع) التي قوبلت بالأصل ، وفي سائر النسخ : الفقيه .

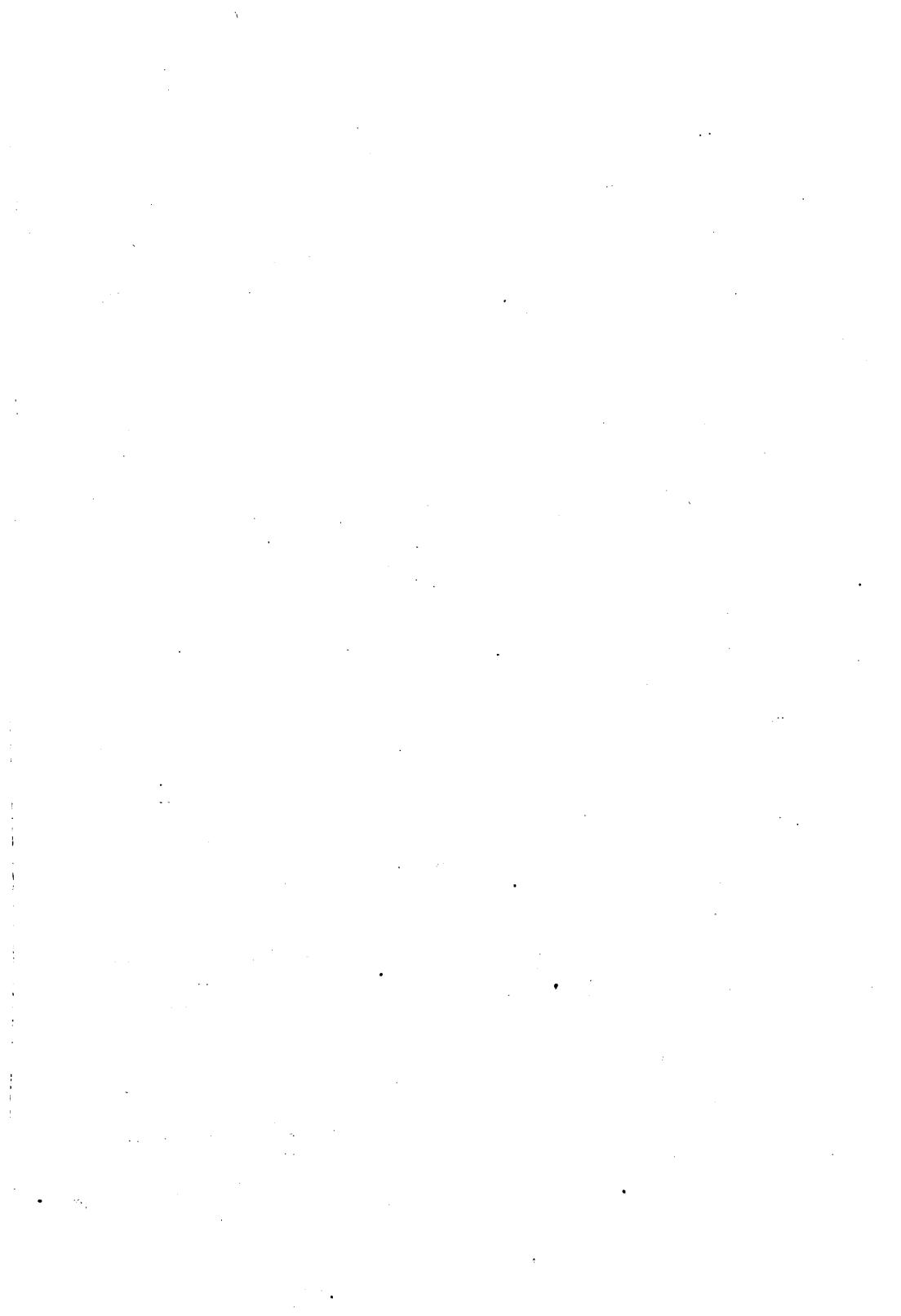
(٢) وهو قوله فيما سيأتي : ينقسم موضوع التجارة .

(٣) في (ع) : التجارات .

(٤) في (ر) : بانقسام .

(٥) يأتي في الصفحة ١٨٢ .

(٦) أنظر الدروس ٣ : ١٥٩ و ١٩١ .



﴿ وفيه فصول ﴾ :

﴿ الأوّل ﴾

﴿ ينقسم موضوع التجارة ﴾ وهو ما يكتسب به ويبحث فيها عن عوارضه اللاحقة له من حيث الحكم الشرعي ﴿ إلى محرّم ومكروه ومباح ﴾ ووجه الحصر في الثلاثة : أنّ المكتسب به إمّا أن يتعلّق به نهى أو لا ، والثاني المباح . والأوّل إمّا أن يكون النهي عنه مانعاً من النقيض أو لا ، والأوّل الحرام والثاني المكروه . ولم يذكر الحكمين الآخرين ، وهما : الوجوب والاستحباب ؛ لأنّهما من عوارض التجارة ، كما سيأتي في أقسامها^(١) .

﴿ فالمحرّم ﴾ :

﴿ الأعيان النجسة كالخمر ﴾ المتّخذ من العنب ﴿ والنبيذ ﴾ المتّخذ من التمر ، وغيرهما من الأنبذة : كالبتع والميزر والجمعة والفضيخ والنقيع^(٢) وضابطها المسكر وإن لم يكن مائعاً كالحشيشة ، إن لم يفرض لها نفع آخر وقصد بيعها

(١) يأتي في الصفحة ١٨٢ .

(٢) البتع من العسل ، والميزر من الحنطة ، والجمعة من الشعير ، والفضيخ من البُسر ، والنقيع من

الزبيب . هامش (ر) .

المنفعة المحلّلة. ﴿ والفُقَاع ﴾ وإن لم يكن مسكراً؛ لأنّه خمر استصغره الناس^(١).
 ﴿ والمائعِ النجس غير القابل للطهارة ﴾ إمّا لكون نجاسته ذاتيّة كآليات
 الميتة والمبانة من الحيّ، أو عرضيّة كما لو وقع فيه نجاسة وقتلنا بعدم قبوله للطهارة
 كما هو أصحّ القولين^(٢) في غير الماء النجس ﴿ إلاّ الدهن ﴾ بجميع أصنافه
 ﴿ للضوء تحت السماء ﴾ لا تحت الظلال في المشهور. والنصوص^(٣) مطلقة،
 فجوّاه مطلقاً متّجه، والاختصاص بالمشهور تعبّد، لأنّ نجاسة دخانه، فإنّ دخان
 النجس عندنا طاهر؛ لاستحالته.

وقد يعلّل بتصاعد شيء من أجزائه مع الدخان قبل إحالة النار له بسبب
 السخونة إلى أن يلقى الظلال فتتأثّر بنجاسته^(٤).

وفيه عدم صلاحيّته - مع تسليمه - للمنع؛ لأنّ تنجيس مالك العين لها
 غير محرّم. والمراد الدهن النجس بالعرّض كالزيت تموت فيه الفأرة ونحوه،
 لا بالذات كآلية الميتة، فإنّ استعماله محرّم مطلقاً؛ للنهي عن استعماله كذلك^(٥).
 ﴿ والميتة ﴾ وأجزائها التي تحلّها الحياة، دون ما لا تحلّه مع طهارة أصله

(١) كما ورد في الخبر الوارد في الوسائل ١٧ : ٢٩٢، الباب ٢٨ من أبواب الأشربة المحرمة،
 الحديث الأوّل.

(٢) لم نعثر على القائل بعدم قبوله للتطهير حتى بالكثير، نعم يظهر من بعض مثل الشهيد في
 الدروس ٣ : ١٨ والبيان : ٩٥ والمحقّق الثاني في جامع المقاصد ١ : ١٨٣، الميل إلى
 عدم. وأمّا قبوله للتطهير بالكرّ فقد ذهب إليه العلامة في التذكرة ١ : ٨٨.

(٣) أنظر الوسائل ١٢ : ٦٦، الباب ٦ من أبواب ما يكتسب به.

(٤) علّل به العلامة في المختلف ٨ : ٣٣٣.

(٥) أنظر الوسائل ١٦ : ٢٩٥، الباب ٣٠ من أبواب الذبائح الحديث ١، و ٣٦٨، الباب ٣٤ من

أبواب الأطعمة المحرمة، الحديثين ١ و ٢.

كتاب المتاجر / أقسام موضوع التجارة ١٧٣
بحسب ذاته.

﴿ والدم ﴾ وإن فرض له نفعٌ حكمي كالصنغ.
﴿ وأرواث وأبوال غير المأكول ﴾ وإن فرض لهما نفع، أمّا هما ممّا يؤكل
لحمه فيجوز مطلقاً؛ لطهارتهما ونفعهما وقيل: بالمنع مطلقاً إلا بول الإبل
للاستشفاء به^(١).

﴿ والخنزير والكلب ﴾ البريان مطلقاً ﴿ إلا كلب الصيد والماشية والزرع
والحائط ﴾ - كالبستان - والجرو^(٢) القابل للتعليم. ولو خرجت الماشية عن ملكه
أو حصد الزرع أو استغلّ الحائط لم يحرم اقتناؤها رجاءً لغيرها ما لم يطل الزمان
بحيث يلحق بالهراش.

﴿ وآلاتُ اللّهُ ﴾^(٣): من الدفّ والمزمار والقصب وغيرها.

﴿ والصنم ﴾ المتخذ لعبادة الكفار.

﴿ والصليب ﴾ الذي يبتدعه النصارى.

﴿ وآلات القمار كالنرد ﴾ بفتح النون ﴿ والشطرنج ﴾ بكسر الشين
فسكون الطاء ففتح الراء ﴿ والبقيري ﴾ - بضمّ الباء الموحّدة وتشديد القاف
مفتوحةً وسكون الياء المثناة من تحت وفتح الراء المهملة - قال الجوهري: هي
لعبة للصبيان وهي كومة من تراب حولها خطوط^(٤) وعن المصنّف رحمته الله: أنّها
الأربعة عشر^(٥).

(١) قاله المفيد في المقنعة: ٥٨٧، والشيخ في النهاية: ٣٦٤، والديلمي في المراسم: ١٧٢.

(٢) مثلث الجيم: ولد الكلب والسباع.

(٣) عطف على قوله: الأعيان النجسة.

(٤) الصحاح ٢: ٥٩٤، (بقر).

(٥) لم نعر عليه فيما بأيدينا من كتبه.

﴿ وبيع السلاح ﴾ - بكسر السين - من السيف والرمح والقوس والسهام، ونحوها ﴿ لأعداء الدين ﴾ مسلمين كانوا أم كفّاراً - ومنهم قطاع الطريق - في حال الحرب أو التهيؤ له، لا مطلقاً. ولو أرادوا الاستعانة به على قتال الكفّار لم يحرم. ولا يلحق بالسلاح ما يعدّ جنّة للقتال كالدرع والبيضة وإن كره.

﴿ وإجارة المساكن والحمولة ﴾ - بفتح الحاء - وهي الحيوان الذي يصلح للحمل كالإبل والبغال والحمير، والسفن داخله فيه ^(١) تبعاً ﴿ للمحرّم ﴾ كالخمر وركوب الظلمة وإسكانهم لأجله ونحوه.

﴿ وبيع العنب والتمر ﴾ وغيرهما ممّا يعمل منه المسكر ﴿ ليعمل مسكراً ﴾ سواء شرطه في العقد أم حصل الاتفاق عليه. ﴿ والخشب ليصنع صنماً ﴾ أو غيره من الآلات المحرّمة. ﴿ ويكره بيعه لمن يعمله ﴾ من غير أن يبيعه لذلك إن لم يعلم أنّه يعمله وإلاّ فالأجود التحريم، وغلبة الظنّ كالعلم. وقيل: يحرم ممّن يعمله مطلقاً^(٢).

﴿ ويحرم عمل الصور المجسّمة ﴾ ذوات الأرواح. واحترز بالمجسّمة عن الصور المنقوشة على نحو الوسادة والورق. والأقوى تحريمه مطلقاً. ويمكن أن يريد ذلك بحمل الصفة على الممثل لا المثال.

﴿ والغناء ﴾ - بالمدّ - وهو مدّ الصوت المشتمل على الترجيع المطرب، أو ما سمي في العرف غناءً وإن لم يطرب، سواء كان في شعر أم قرآن أم غيرهما.

(١) الضمير راجع إلى الحيوان، ووجه التبعيّة أنّها حاملة كالحيوان.

(*) في (ق): ليُعمل.

(٢) قاله العلامة في المختلف ٥ : ٢٢.

واستثنى منه المصنّف (١) وغيره (٢) الحداء للإبل. وآخرون (٣) ومنهم المصنّف في الدروس (٤) فعله للمرأة في الأعراس إذا لم تتكلّم بباطل ولم تعمل بالملاهي - ولو بدفّ فيه صنّج (٥) لا بدونه - ولم يسمع صوتها أجنب الرجال. ولا بأس به.

﴿ ومعونة الظالمين بالظلم ﴾ كالكتابة لهم وإحضار المظلوم ونحوه، لا معونتهم بالأعمال المحلّلة كالخياطة، وإن كره التكبّب بماله.

﴿ والنوح بالباطل ﴾ بأن تصف (٦) الميت بما ليس فيه. ويجوز بالحقّ إذا لم تسمعها الأجنب.

﴿ وهجاء المؤمنين ﴾ - بكسر الهاء والمدّ - وهو ذكر معايبهم بالشعر. ولا فرق في المؤمن بين الفاسق وغيره. ويجوز هجاء غيرهم كما يجوز لعنهم.

﴿ والغيبة ﴾ - بكسر المعجمة - وهو القول وما في حكمه في المؤمن بما يسوؤه لو سمعه، مع اتّصافه به. وفي حكم القول الإشارة باليد وغيرها من الجوارح، والتحاكي بقول أو فعل كمشية الأعرج، والتعريض كقوله: «أنا لست متّصفاً بكذا»، أو «الحمد لله الذي لم يجعلني كذا»، معرّضاً بمن يفعله. ولو فعل

(١) الدروس ٢: ١٢٦.

(٢) مثل المحقّق في الشرائع ٤: ١٢٨، والعلامة في القواعد ٣: ٤٩٥، وغيرهما.

(٣) مثل الشيخ في النهاية ٣٦٧، والمحقّق في المختصر ١١٦ - ١١٧، والعلامة في القواعد

٢: ٨، وغيره، والمحقّق الكركي في جامع المقاصد ٤: ٢٤، وغيرهم.

(٤) الدروس ٣: ١٦٢.

(٥) ما يجعل في إطار الدفّ من النحاس المدوّر صغاراً.

(٦) فاعل الفعل «النائحة» واختصاصها بالذكر لورودها في الأخبار، والوجه في ذلك عدم كون النياحة في ذلك الزمن من دأب الرجال.

ذلك بحضوره أو قال فيه ما ليس به فهو أغلظ تحريماً وأعظم تأثيماً وإن لم يكن غيبة اصطلاحاً.

واستثني منها: نصح المستشير، وجرح الشاهد والتظلم وسماعه، وردّ من ادّعى نسباً ليس له، والقدح في مقالة أو دعوى باطلة في الدين^(١) والاستعانة على دفع المنكر، وردّ العاصي إلى الصلاح، وكون المقول فيه مستحقاً للاستخفاف؛ لتظاهره بالفسق، والشهادة على فاعل المحرّم حسبة. وقد أفردنا لتحقيقها رسالة شريفة^(٢) من أراد الإطلاع على حقائق أحكامها فليقف عليها.

﴿ وحفظ كتب الضلال ﴾ عن التلف، أو عن ظهر القلب ﴿ ونسخها ودرسها ﴾ قراءة ومطالعة ومذاكرة ﴿ لغير النقض ﴾ لها ﴿ أو الحجّة ﴾ على أهلها بما اشتملت عليه ممّا يصلح دليلاً لإثبات الحقّ أو نقض الباطل لمن كان من أهلها ﴿ أو التقيّة ﴾ وبدون ذلك يجب إتلافها إن لم يمكن أفراد مواضع الضلال، وإلا اقتصر عليها.

﴿ وتعلّم السحر ﴾ وهو كلام أو كتابة يحدث بسببه ضرر على من عمل له في بدنه أو عقله، ومنه عقد الرجل عن حليلته وإلقاء البغضاء بينهما، واستخدام الجنّ والملائكة، واستنزال الشياطين في كشف الغائبات، وعلاج المصاب، وتلبّسهم ببدن صبيّ أو امرأة في كشف أمر على لسانه ونحو ذلك. فتعلّم ذلك كله وتعليمه حرام والتكسّب به سُحت، ويقتل مستحلّه.

والحقّ أنّ له أثراً حقيقياً وهو أمر وجدانيّ، لا مجرد التخيل كما زعم

(١) لم يرد «في الدين» في (ش).

(٢) المسماة بـ «كشف الريبة عن أحكام الغيبة».

كثير^(١) ولا بأس بتعلّمه ليتوقّى به أو يدفع سحر المتنبيّ به، وربما وجب على الكفاية؛ لذلك، كما اختاره المصنّف في الدروس^(٢).

﴿ والكهانة ﴾ - بكسر الكاف - وهي عمل يوجب طاعة بعض الجانّ له فيما يأمره به، وهو قريب من السحر، أو أخصّ منه.

﴿ والقيافة ﴾ وهي الاستناد إلى علامات وأمارات يترتب عليها إلحاق نسب ونحوه، وإنّما يحرم إذا رتبّ عليها محرّم أو جزم بها.

﴿ والشعبذة ﴾ وهي الأفعال العجيبة المترّبة^(٣) على سرعة اليد بالحركة فيلبس^(٤) على الحسّ. كذا عرّفها المصنّف^(٥) ﴿ وتعليمها ﴾ كغيرها من العلوم والصنائع المحرّمة.

﴿ والقمار ﴾ بالآلات المعدّة له، حتى اللعب بالخاتم والجوز والبيض، ولا يملك ما ترتّب^(٦) عليه من الكسب وإن وقع من غير المكلف، فيجب ردّه على مالكة. ولو قبضه غير مكلف فالمخاطب برده الوليّ، فإن جهل مالكة تصدّق به عنه، ولو انحصر في محصورين وجب التخلّص منهم ولو بالصلح.

﴿ والغشّ ﴾ بكسر الغين ﴿ الخفيّ ﴾ كشوب اللبن بالماء، ووضع الحرير في البرودة ليكتسب ثقلاً. ويكره بما لا يخفى، كمزج الحنطة بالتراب والتبن

(١) منهم الراوندي في الخرائج والجرائح ٣: ١٠١٨ - ١٠٢١، والعلامة في القواعد ٢: ٩،

والمصنّف في الدروس ٣: ١٦٤.

(٢) الدروس ٣: ١٦٤.

(٣) في (ش) و (ع): المترّبة.

(٤) في (ر): فيلبس.

(٥) الدروس ٣: ١٦٤.

(٦) في (ش) و (ر): ما يترتب.

وجيّدھا برديتها.

﴿ وتدلّيس الماشطة ﴾ بإظهارها في المرأة محاسن ليست فيها : من تحمير وجهها ووصل شعرها، ونحوه ومثله فعل المرأة له من غير ماشطة. ولو انتفى التدليس - كما لو كانت مزوّجة - فلا تحريم.

﴿ وتزيين كلّ من الرجل والمرأة بما يحرم عليه ﴾ كلبس الرجل السوار والخلخال والثياب المختصة بها عادة، ويختلف ذلك باختلاف الأزمان والأصقاع. ومنه تزيينه بالذهب وإن قلّ والحرير إلّا ما استثنى. ولبس المرأة ما يختصّ بالرجل، كالمنطقة والعامة.

﴿ والأجرة على تغسيل الموتى وتكفينهم ﴾ وحملهم إلى المغتسل وإلى القبر، وحفر قبورهم ﴿ ودفنهم، والصلاة عليهم ﴾ وغيرها من الأفعال الواجبة كفاية. ولو اشتملت هذه الأفعال على مندوب - كتغسيلهم زيادة على الواجب، وتنظيفهم ووضوئهم، وتكفينهم بالقطع المندوبة، وحفر القبر زيادة على الواجب الجامع لو صفي كتم الريح وحراسة الجثة إلى أن يبلغ القامة، وشقّ اللحد، ونقله إلى ما يدفن فيه من مكان زائد على ما يمكن دفنه فيه - لم يحرم التكسّب به.

﴿ والأجرة على الأفعال الخالية من غرض حكيم، كالعبث ﴾ مثل الذهاب إلى مكان بعيد أو في الظلمة، أو رفع صخرة، ونحو ذلك ممّا لا يعتدّ بفائدته عند العقلاء.

﴿ والأجرة على الزنا ﴾ واللواط وما شاكلهما.

﴿ ورُشا القاضي ﴾ - بضمّ أوّله وكسره مقصوراً - جمع رشوة بهما وقد تقدّم^(١).

(١) تقدّم في الصفحة ٨٠.

﴿ والأجرة على الأذان والإقامة ﴾ على أشهر القولين^(١) ولا بأس بالرزق بالرزق من بيت المال. والفرق بينهما أنّ الأجرة تفتقر إلى تقدير العمل وال عوض والمدة والصيغة الخاصّة، والرزق منوط بنظر الحاكم. ولا فرق في تحريم الأجرة بين كونها من معيّن ومن أهل البلد والمحلّة وبيت المال. ولا يلحق بها أخذ ما أعدّ للمؤذنين من أوقاف مصالح المسجد وإن كان مقدّراً وباعثاً على الأذان. نعم لا يثاب فاعله إلاّ مع تمحّض الإخلاص به كغيره من العبادات.

﴿ والقضاء ﴾ بين الناس؛ لوجوبه، سواء احتاج إليها أم لا، وسواء تعيّن عليه القضاء أم لا ﴿ ويجوز الرزق من بيت المال ﴾ وقد تقدّم في القضاء^(٢) أنّه من جملة المرتزقة منه.

﴿ والأجرة على تعليم الواجب من التكليف* ﴾ سواء وجب عيناً كالفاتحة والسورة وأحكام العبادات العينيّة، أم كفاية كالتفقه في الدين وما يتوقّف عليه من المقدّمات علماً وعملاً، وتعليم المكلفين صيغ العقود والإيقاعات، ونحو ذلك.

(١) ذهب إلى الأشهر الشيخ في النهاية : ٣٦٥، والخلاف : ١ : ٢٩٠، المسألة ٣٦ من كتاب الصلاة، وابن إدريس في السرائر : ٢ : ٢١٧، والمحقّق في المختصر : ١١٧، والعلامة في المختلف : ٢ : ١٣٤، والقواعد : ٢ : ١٠، وغيرهم. وأما غير الأشهر وهو كراهة أخذ الأجرة على الأذان فقد نسبه المحقّق في المعبر : ١١٧ والعلامة في المختلف : ٢ : ١٣٤ إلى السيّد المرتضى في المصباح.

(٢) تقدّم في الصفحة ٧٨.

(*) في (ق) : التكاليف.

﴿ وأما المكروه ﴾ :

﴿ فكالتصرف ﴾ وعلل في الأخبار بأنه لا يسلم فاعله من الربا^(١).

﴿ وبيع الأكفان ﴾ لأنه يتمنى كثرة الموت والوباء^(٢) ﴿ والرقيق ﴾^(٣) فشرّ

الناس من باع الناس^(٤).

﴿ واحتكار الطعام ﴾ وهو حبسه بتوقع زيادة السعر. والأقوى تحريمه مع

استغنائه عنه وحاجة الناس إليه، وهو اختياره في الدروس^(٥) وقد قال ﷺ :

« الجالب مرزوق والمحترق ملعون »^(٦) وسيأتي الكلام في بقية أحكامه^(٧).

﴿ والذباحة ﴾ لإفضائها إلى قسوة القلب وسلب الرحمة^(٨).

وإنما تكره إذا اتخذها حرفة وصنعة، لا مجرد فعلها، كما لو احتاج إلى

صرف دينار أو بيع كفن أو ذبح شاة، ونحو ذلك، والتعليل بما ذكرناه في الأخبار

يرشد إليه.

﴿ والنساجة ﴾ والمراد بها ما يعم الحياكة، والأخبار متضاربة بالنهي عنها

والمبالغة في ضعتها ونقصان فاعلها حتى نهى عن الصلاة خلفه^(٩) والظاهر

(١) و (٢) راجع الوسائل ١٢ : ٩٧ - ٩٨، الباب ٢١ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١ و ٤.

(٣) في (ر) زيادة : قوله ﷺ .

(٤) راجع الحديث الأول من التخريج المتقدم آنفاً.

(٥) الدروس ٣ : ١٨٠، ولكن خالياً عن قيد الاستغناء.

(٦) الوسائل ١٢ : ٣١٣، الباب ٢٧ من أبواب آداب التجارة، الحديث ٣.

(٧) في الصفحة ٢٢٦.

(٨) راجع الوسائل ١٢ : ٩٨، الباب ٢١ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٤.

(٩) أنظر الوسائل ١٢ : ١٠٠، الباب ٢٣ من أبواب ما يكتسب به، والمستدرک ١٣ : ٩٧،

الباب ٢٠ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٥.

اختصاص النِّساجة والحياكة بالمغزول ونحوه، فلا يكره عمل الخوص ونحوه، بل روي أنه من أعمال الأنبياء والأولياء^(١).

﴿ والحجامة ﴾ مع شرط الأجرة، لا بدونها، كما قيده المصنّف في غيره^(٢) وغيره^(٣) ودلّ عليه الخبر^(٤) وظاهره هنا الإطلاق.

﴿ وضراب الفحل ﴾ بأن يؤجره لذلك مع ضبطه بالمرّة والمرّات المعيّنة أو بالمدّة. ولا كراهة في ما يدفع إليه على جهة الكرامة لأجله.

﴿ وكسب الصبيان ﴾ المجهول أصله؛ لما يدخله من الشبهة الناشئة من اجترأ الصبيّ على ما لا يحلّ؛ لجهله أو علمه بارتفاع القلم عنه، ولو علم اكتسابه من محلّ فلا كراهة وإن أطلق الأكثر^(٥) كما أنه لو علم تحصيله أو بعضه من محرّم وجب اجتنابه أو اجتناب ما علم منه أو اشتبه به. ومحلّ الكراهة تكسّب الوليّ به، أو أخذه منه، أو الصبيّ بعد رفع الحجر عنه.

﴿ و ﴾ كذا يكره كسب ﴿ من لا يجتنب المحرّم ﴾ في كسبه.

﴿ والمباح ما خلا عن وجه رجحان ﴾ من الطرفين، بأن لا يكون راجحاً، ولا مرجوحاً لتتحقّق الإباحة^(٦).



(١) أنظر البحار ١٤ : ١٥، الحديث ٢٥، و ٨٣، الحديث ٢٩.

(٢) قيده في الدروس ٣ : ١٨٠.

(٣) أنظر النهاية : ٣٦٦، والسرائر ٢ : ٢٢٣، والشرائع ٢ : ١١، والقواعد ٢ : ٥، وغيرها.

(٤) أنظر الوسائل ١٢ : ٧١ - ٧٣، الباب ٩ من أبواب ما يكتسب به، الحديثين ١ و ٩.

(٥) مثل المحقّق في الشرائع ٢ : ١١، والعلامة في القواعد ٢ : ٦، وغيره، والشهيد في

الدروس ٣ : ١٨٠، وغيرهم.

(٦) في (ر) زيادة: بالمعنى الأخصّ.

﴿ ثم التجارة ﴾ وهي نفس التكبّب ﴿ تنقسم بأقسام ^(١) الأحكام الخمسة ﴾ .

فالواجب منها : ما توقّف تحصيل مؤنّته ومؤونة عياله الواجب النفقة عليه، ومطلق التجارة التي يتمّ بها نظام النوع الإنساني، فإنّ ذلك من الواجبات الكفائيّة وإن زاد على المؤونة.

والمستحبّ ما يحصل به المستحبّ، وهو التوسعة على العيال، وذنوع المؤمنين، ومطلق المحاويج غير المضطّرين.

والمباح ما يحصل به الزيادة في المال من غير الجهات الراجعة والمرجوحة.

والمكروه والحرام التكبّب بالأعيان المكروهة والمحرمّة، وقد تقدّمت.

(١) في سوى (ع) : بانقسام.

﴿ الفصل الثاني ﴾

﴿ في عقد البيع وآدابه ﴾

﴿ وهو ﴾ أي عقد البيع ﴿ الإيجاب والقبول الدالّان على نقل الملك بعوض معلوم ﴾ وهذا كما هو تعريف للعقد يصلح تعريفاً للبيع نفسه؛ لأنّه عند المصنّف^(١) وجماعة^(٢) عبارة عن العقد المذكور، استناداً إلى أنّ ذلك هو المتبادر من معناه، فيكون حقيقة فيه. ويمكن أن يكون الضمير عائداً إلى البيع نفسه وأن يكون إضافة البيع بيانيّة. ويؤيّد أنّه في الدروس عرّف البيع بذلك مزيداً قيد التراضي.

وجعل جنس التعريف «الإيجاب والقبول» أولى من جعله «اللفظ الدالّ» كما صنع غيره^(٣) لأنّهما جنس قريب و«اللفظ» بعيد. وباقي القيود خاصّة مركّبة، يخرج بها من العقود ما لا نقل فيه كالوديعة والمضاربة والوكالة، وما تضمّن نقل الملك بغير عوض كالهبة والوصيّة بالمال. وشمل ما كان ملكاً للعاقّد وغيره،

(١) الدروس ٣ : ١٩١.

(٢) منهم المحقّق في المختصر : ١١٨، والفاضل المقداد في التنقيح الرائع ٢ : ٢٤، وابن فهد

الحلّي في المهذب البارع ٢ : ٣٥٥.

(٣) صنعه المحقّق في الشرائع ٢ : ١٣.

فدخل بيع الوكيل والوليّ. وخرج بالعوض المعلوم^(١) الهبة المشروط فيها مطلق الثواب، وبيع المكره حيث يقع صحيحاً؛ إذ لم يعتبر التراضي - وهو وارد على تعريفه في الدروس - وبيع الأخرس بالإشارة وشرائه، فإنه يصدق به^(٢) الإيجاب والقبول. ويرد على تعريف أخذ «اللفظ» جنساً كالشرائع.

وبقي فيه دخول عقد الإجارة؛ إذ الملك يشمل العين والمنفعة، والهبة المشروط فيها عوض معيّن، والصلح المشتمل على نقل الملك بعوض معلوم، فإنه ليس بيعاً عند المصنّف^(٣) والمتأخرين^(٤).

وحيث كان البيع عبارة عن الإيجاب والقبول المذكورين ﴿ فلا يكفي المعاطاة ﴾ وهي إعطاء كلّ واحد من المتبايعين ما يريده من المال عوضاً عما يأخذه من الآخر باتفاقهما على ذلك بغير العقد المخصوص، سواء في ذلك الجليل والحقير على المشهور بين أصحابنا، بل كاد يكون إجماعاً.

﴿ نعم يباح ﴾ بالمعاطاة ﴿ التصرف ﴾ من كلّ منهما فيما صار إليه من العوض؛ لاستلزام دفع مالكة له على هذا الوجه الإذن في التصرف فيه. وهل هي إباحة، أم عقد متزلزل؟ ظاهر العبارة الأوّل؛ لأنّ الإباحة ظاهرة فيها. ولا ينافيه قوله: ﴿ ويجوز الرجوع ﴾ فيها ﴿ مع بقاء العين ﴾ لأنّ ذلك

(١) لم يرد «المعلوم» في (ش).

(٢) في (ر) عليه.

(٣) كما صرح به في الدروس ٣: ٣٢٧.

(٤) مثل ابن إدريس في السرائر ٢: ٦٤، والمحقق في الشرائع ٢: ١٢١، والعلامة في القواعد

٢: ١٧٢، والتحرير ٣: ٧، وغيرهما، والفاضل المقداد في التنقيح الرائع ٢: ١٩٩،

وغيرهم.

لا ينافي الإباحة. وربما ظهر من بعض الأصحاب^(١) الثاني؛ لتعبيره بجواز فسخها الدالّ على وقوع أمر يوجهه.

وتظهر الفائدة في النماء، فعلى الثاني هو للقباض متى^(٢) تحقّق اللزوم بعده. وعلى الأوّل يحتمله وعدمه.

ويفهم من جواز الرجوع مع بقاء العين عدمه مع ذهابها، وهو كذلك. ويصدق بتلف العينين، وإحداهما، وبعض كلّ واحدة منهما، ونقلها عن ملكه، وتغيّرها كطحن الحنطة، فإنّ عين المنتقل غير باقية، مع احتمال العدم. أمّا لبس الثوب مع عدم تغيّره فلا أثر له. وفي صبغه وقصره وتفصيله وخياطته - ونحو ذلك من التصرفات المغيّرة للصفة مع بقاء الحقيقة - نظر.

وعلى تقدير الرجوع في العين وقد استعملها من انتقلت إليه يأخذها بغير أجر؛ لإذنه في التصرف مجاناً. ولو نمت وتلف النماء فلا رجوع به كالأصل، وإلا فالوجهان.

وهل تصير مع ذهاب العين بيعاً، أو معاوضة خاصة؟ وجهان: من حصرهم المعاوضات وليست أحدها، ومن اتّفاقهم على أنّها ليست بيعاً بالألفاظ الدالّة على التراضي، فكيف تصير بيعاً بالتلف؟

ومقتضى المعاوضة أنّها مفاعلة من الجانبين، فلو وقعت بقبض أحد العوضين خاصّة مع ضبط الآخر على وجه يرفع الجهالة، ففي لحوق أحكامها نظر، من عدم تحقّقها، وحصول التراضي، وهو اختياره في الدروس^(٣) على تقدير دفع

(١) مثل العلامة في التحرير ٢: ٢٧٥.

(٢) في (ر): مع.

(٣) الدروس ٣: ١٩٢.

السِّلعة دون الثمن .

﴿ ويشترط وقوعهما ﴾^(١) الإيجاب والقبول ﴿ بلفظ الماضي ﴾ العربيّ
﴿ كبتعت ﴾ من البائع ﴿ واشتريت ﴾ من المشتري، وشريت منهما؛ لأنّه مشترك
بين البيع والشراء ﴿ وملكت ﴾ بالتشديد من البائع، والتخفيف من المشتري
وتملّكت .

﴿ ويكفي الإشارة ﴾ الدالّة على الرضا على الوجه المعين ﴿ مع العجز ﴾
عن النطق لخرس وغيره، ولا تكفي مع القدرة، نعم تفيد المعاطاة مع الإفهام
الصريح .

﴿ ولا يشترط تقديم الإيجاب على القبول وإن كان ﴾ تقديمه ﴿ أحسن ﴾
بل قيل : بتعيينه^(٢) ووجه عدم الاشتراط أصالة الصحة وظهور كونه عقداً فيجب
الوفاء به، ولتساويهما في الدلالة على الرضا وتساوي المالكين في نقل ما يملكه
إلى الآخر . ووجه التعيين : الشكّ في ترتّب الحكم مع تأخّره، ومخالفته للأصل،
ولدلالة مفهوم القبول على ترتّبه على الإيجاب؛ لأنّه رضى به . ومنه يظهر وجه
الحسن .

ومحلّ الخلاف ما لو وقع القبول بلفظ «اشتريت» كما ذكره أو «ابتعت» أو
«تملّكت» ... لا بـ«قبلت» وشبهه وإن أضاف إليه باقي الأركان؛ لأنّه صريح في
البناء على أمر لم يقع .

(١) في (ر) زيادة : أي

(٢) قاله الطوسي في الوسيلة : ٢٣٧، وابن إدريس في السرائر ٢ : ٢٤٣، والعلامة في

المختلف ٥ : ٥٢، والتذكرة ١٠ : ٨، وغيرهم .

﴿ ويشترط في المتعاقدين ﴾ :

﴿ الكمال ﴾ برفع الحجر الجامع للبلوغ والعقل والرشد.

﴿ والاختيار، إلا أن يرضى المكره بعد زوال إكراهه ﴾ ﴿ لأنه بالغ رشيد قاصد إلى اللفظ دون مدلوله، وإنما منع عدم الرضا، فإذا زال المانع أثمر العقد، كعقد الفضولي حيث انتفى القصد إليه من مالكة مع تحقق القصد إلى اللفظ في الجملة، فلما لحقته إجازة المالك أثمرت. ولا تعتبر مقارنته للعقد؛ للأصل. بخلاف العقد المسلوب بالأصل كعبارة الصبي، فلا تجبره إجازة الولي، ولا رضاه بعد بلوغه. ﴿ والقصد، فلو أوقعه الغافل أو النائم أو الهازل لغى ﴾ وإن لحقته الإجازة؛ لعدم القصد إلى اللفظ أصلاً، بخلاف المكره.

وربما أشكل الفرق في الهازل من ظهور قصده إلى اللفظ من حيث كونه عاقلاً مختاراً، وإنما تخلف قصد مدلوله. وألحق المصنّف بذلك المكره على وجه يرتفع قصده أصلاً، فلا يؤثر فيه الرضا المتعقب كالغافل والسكران^(١) وهو حسن مع تحقق الإكراه بهذا المعنى، فإنّ الظاهر من معناه: حمل المكره للمكره على الفعل خوفاً على نفسه أو ما في حكمها مع حضور عقله وتميزه.

واعلم أنّ بيع المكره إنّما يقع موقوفاً مع وقوعه بغير حقّ، ومن ثمّ جاز بيعه في مواضع كثيرة: كمن أجبره الحاكم على بيع ماله لوفاء دينه ونفقة واجب النفقة، وتقويم العبد على معتق نصيبه منه وفكّه من الرقّ ليرث، وإذا أسلم عبد الكافر أو اشتراه وسوّغناه أو اشتري المصحف، وبيع الحيوان إذا امتنع مالكة من القيام بحقّ نفقته، والطعام عند المخمصة يشترط خائف التلف، والمحتكر مع عدم وجود غيره

(*) في (س): الإكراه. وفي (ر) من نسخ الشرح: الكراهة.

(١) الدروس ٣: ١٩٢.

واحتياج الناس إليه، ونحو ذلك.

﴿ ويشترط في لزوم الملك ﴾ لكل من البائع والمشتري لما ينقله من العوض ﴿ أو إجازة المالك ﴾ فبدونه يقع العقد موقوفاً على إجازة المالك، لا باطلاً من أصله على أشهر القولين^(١) ﴿ وهي ﴾ أي الإجازة اللاحقة من المالك ﴿ كاشفة عن صحة العقد ﴾ من حين وقوعه، لا ناقلة له من حينها؛ لأنَّ السبب الناقل للملك هو العقد المشروط بشرائط^(٢) وكلها كانت حاصلة إلا رضاء المالك، فإذا حصل الشرط عمل السبب التام عمله، لعموم الأمر بالوفاء بالعقود^(٣) فلو توقّف العقد على أمر آخر لزم أن لا يكون الوفاء بالعقد خاصّة، بل هو مع الأمر^(٤) ووجه الثاني^(٥) توقّف التأثير عليه، فكان كجزء السبب.

وتظهر الفائدة في النماء، فإن جعلناها كاشفة ﴿ فالنماء ﴾ المنفصل ﴿ المتخلل ﴾ بين العقد والإجازة الحاصل من المبيع ﴿ للمشتري، ونماء الثمن المعين للبائع ﴾ ولو جعلناها ناقلة فهما للمالك المجيز.

ثم إن اتّحد العقد بالحكم كما ذكر، وإن ترتّب العقود على الثمن أو المثلن أو هما وأجاز الجميع صحّ أيضاً. وإن أجاز أحدها، فإن كان المثلن صحّ في

(١) ذهب إليه المفيد في المقنعة: ٦٠٦، والطوسيان في النهاية: ٣٨٥، والوسيلة: ٢٤٩، والمحقّق في الشرائع ٢: ١٤، والعلامة في المختلف ٥: ٥٣، وغيرهم. والقول بالبطلان للشيخ في الخلاف ٣: ١٦٨، المسألة ٢٧٥، وابن زهرة في الغنية: ٢٠٧ - ٢٠٨، وابن إدريس في السرائر ٢: ٢٧٤ - ٢٧٥.

(٢) في (ف) و (ر): بشرائطه.

(٣) الوارد في سورة المائدة الآية الأولى.

(٤) في (ف) و (ر): الآخر.

(٥) يعني كون الإجازة ناقلة.

المجاز وما بعده من العقود، أو الثمن صحّ وما قبله.

والفرق: أن إجازة المبيع توجب انتقاله عن ملك المالك المجيز إلى المشتري فتصحّ العقود المتأخّرة عنه وتبطل السابقة؛ لعدم الإجازة. وإجازة الثمن توجب انتقاله إلى ملك المجيز فتبطل التصرفات المتأخّرة عنه حيث لم يجزها وتصحّ السابقة؛ لأنّ ملك الثمن المتوسّط يتوقّف على صحّة العقود السابقة، وإلّا لم يمكن تملك ذلك الثمن.

هذا إذا بيعت الأثمان في جميع العقود، أمّا لو تعلّقت العقود بالثمن الأوّل مراراً كان كالثمن في صحّة ما أُجيز وما بعده. وهذا القيد وارد على ما أطلقه الجميع^(١) في هذه المسألة كما فصلناه أولاً. مثاله: لو باع مال المالك بثوب، ثم باع الثوب بمئة، ثم باعه المشتري بمئتين، ثم باعه مشتريه بثلاثمئة، فأجاز المالك العقد الأخير، فإنّه لا يقتضي إجازة ما سبق، بل لا يصحّ سواه، ولو أجاز الوسط صحّ وما بعده كالثمن. نعم لو كان قد باع الثوب بكتاب، ثم باع الكتاب بسيف، ثم باع السيف بفرس، فأجازة بيع السيف بالفرس تقتضي إجازة ما سبقه من العقود؛ لأنّه إنّما يملك السيف إذا ملك العوض الذي اشترى به وهو الكتاب، ولا يملك الكتاب إلّا إذا ملك العوض الذي اشترى به وهو الثوب، فهنا يصحّ ما ذكره.

﴿ ولا يكفي في الإجازة السكوت عند العقد ﴾ مع علمه به ﴿ أو عند عرضها ﴾ أي الإجازة ﴿ عليه ﴾ لأنّ السكوت أعمّ من الرضا فلا يدلّ عليه، بل لا بدّ من لفظ صريح فيها كالقيد ﴿ ويكفي أجزت ﴾ العقد أو البيع ﴿ أو أنفذت، أو أمضيت، أو رضيت، وشبهه ﴾ كأقزرته، وأبقيته، والتزمت به.

(١) مثل عبارة الإيضاح ١: ٤١٨، والدروس ٣: ١٩٣.

﴿ فإن لم يجز انتزعه من المشتري ﴾ لأنه عين ماله ﴿ ولو تصرف ﴾ المشتري ﴿ فيه بما له أجرة ﴾ كسكنى الدار وركوب الدابة ﴿ رجع بها عليه ﴾ بل له الرجوع بعوض المنافع وإن لم يستوفها مع وضع يده عليها؛ لأنه حينئذ كالغاصب وإن كان جاهلاً. ﴿ ولو نما كان ﴾ النماء ﴿ لمالكه ﴾ متصلاً كان أم منفصلاً، باقياً كان أم هالكاً، فيرجع عليه بعوضه وإن كان جاهلاً، وكذا يرجع بعوض المبيع نفسه لو هلك في يده أو بعضه مع تلف بعضه بتفريط وغيره.

والمعتبر في القيمي قيمته يوم التلف إن كان التفاوت بسبب السوق، وبالأعلى إن كان بسبب زيادة عينية.

﴿ ويرجع المشتري على البائع بالثمن إن كان باقياً، عالماً كان أو جاهلاً ﴾ لأنه ماله ولم يحصل منه ما يوجب نقله عن ملكه، فإنه إنما دفعه عوضاً عن شيء لم يسلم له.

﴿ وإن تلف، قيل ﴾ والقائل به الأكثر^(١) - بل ادعى عليه في التذكرة الإجماع^(٢) -: ﴿ لا رجوع ﴾ به ﴿ مع العلم ﴾ بكونه غير مالك ولا وكيل؛ لأنه سلطه على إتلافه مع علمه بعدم استحقاقه له، فيكون بمنزلة الإباحة، بل ظاهر كلامهم عدم الرجوع به مطلقاً؛ لما ذكرناه من الوجه ﴿ وهو ﴾ مع بقاء العين في غاية البعد، ومع تلفه ﴿ بعيد مع توقع الإجازة ﴾ لأنه حينئذ لم يباح له مطلقاً بل دفعه متوقعاً لكونه عوضاً عن المبيع فيكون مضموناً له، ولتصرف البائع فيه تصرفاً ممنوعاً منه فيكون مضموناً عليه. وأما مع بقاءه فهو عين مال المشتري، ومع

(١) منهم العلامة في القواعد ٢: ١٩، وولده في الإيضاح ١: ٤٢١، والمحقق الثاني في جامع

المقاصد ٤: ٧٧.

(٢) التذكرة ١٠: ١٨.

تسليم الإباحة لم يحصل ما يوجب الملك، فيكون القول بجواز الرجوع به مطلقاً قوياً وإن كان نادراً، إن لم يثبت الإجماع على خلافه، والواقع خلافه، فقد ذهب المحقق إلى الرجوع به مطلقاً^(١) وكيف يجتمع تحريم تصرف البائع فيه مع عدم رجوع المشتري به في حال؟ فإنه حينئذ لا محالة غاصب، آكل للمال بالباطل. ولا فرق في هذا الحكم بين الغاصب محضاً والبائع فضولياً مع عدم إجازة المالك. ﴿ ويرجع ﴾ المشتري على البائع ﴿ بما اغترم ﴾ للمالك حتى بزيادة القيمة عن الثمن لو تلفت العين فرجع بها عليه على الأقوى؛ لدخوله على أن تكون له مجاناً. أما ما قابل الثمن من القيمة فلا يرجع به؛ لرجوع عوضه إليه، فلا يجمع بين العوض والمعوّض.

وقيل: لا يرجع بالقيمة مطلقاً^(٢) لدخوله على أن تكون العين مضمونة عليه، كما هو شأن البيع الصحيح والفاسد، كما لو تلفت العين. وفيه: أن ضمانه للمثل أو القيمة أمر زائد على فوات العين الذي قدم على ضمانه وهو مغرور من البائع بكون المجموع له بالثمن، فالزائد بمنزلة ما رجع عليه به، وقد حصل له في مقابلته نفع، بل أولى. هذا إذا كانت الزيادة على الثمن موجودة حال البيع. أما لو تجددت بعده

(١) لم نعثر عليه فيما بأيدينا من كتبه ونسبه في جامع المقاصد ٤: ٧٧ إلى رسالة منه، وفي المسالك ٣: ١٦١ قال: وهو الذي اختاره المصنف رحمته في بعض تحقيقاته، وقال السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٤: ١٩٤: كذا نقل عنه المحقق الثاني فكان كلامه ليس بتلك المكانة من الظهور أو الصراحة، وأما العبارة المستظهر منها فالظاهر هي المسألة الرابعة من المسائل الطبرية المطبوعة ضمن الرسائل التسع للمحقق: ٣٠٦.

(٢) قاله المحقق في الشرائع ٣: ٢٤٥.

فحكمتها حكم الثمرة، فيرجع بها أيضاً كغيرها ممّا حصل له في مقابلته نفع على الأقوى، لغروره ودخوله على أن يكون ذلك له بغير عوض.

أمّا ما أنفقه عليه ونحوه ممّا لم يحصل له في مقابلته نفع فيرجع به قطعاً ﴿ إن كان جاهلاً ﴾ بكونه مالكاً أو مأذوناً، بأن ادّعى البائع ملكه أو الإذن فيه، أو سكت ولم يكن المشتري عالماً بالحال.

﴿ رلو باع غير المملوك مع ملكه ولم يجز المالك صحّ ﴾ البيع ﴿ في ملكه ﴾ ووقف في ما لا يملك على إجازة مالكة، فإن أجاز صحّ البيع ولا خيار. ﴿ و ﴾ إن ردّ ﴿ تخيّر المشتري مع جهله ﴾ بكون بعض المبيع غير مملوك للبائع، لتبعض الصفقة أو الشركة. ﴿ فإن ﴾ فسخ رجع كلّ مال إلى مالكة، وإن ﴿ رضي صحّ ﴾ البيع ﴿ في المملوك ﴾ للبائع ﴿ بحصّته من الثمن ﴾. ويعلم مقدار الحصّة ﴿ بعد تقويمهما جميعاً ثم تقويم أحدهما ﴾ منفرداً ثم نسبة قيمته إلى قيمة المجموع، فيخصّه من الثمن مثل تلك النسبة، فإذا قوّم جميعاً بعشرين وأحدهما بعشرة صحّ في المملوك بنصف الثمن كائناً ما كان، وإنما أخذ بنسبة القيمة ولم يخصّه من الثمن قدر ما قوّم به لاحتمال زيادتها عنه ونقصانها، فربما جمع في بعض الفروض بين الثمن والمثمن على ذلك التقدير كما لو كان قد اشترى المجموع في المثال بعشرة.

وإنّما يعتبر قيمتهما مجتمعين إذا لم يكن لاجتماعهما مدخل في زيادة قيمة كلّ واحد كثنوين، أمّا لو استلزم ذلك كمصراعي باب لم يقوّم مجتمعين؛ إذ لا يستحقّ مالك كلّ واحد ما له إلاّ منفرداً، وحيثنّ فيقوّم كلّ منهما منفرداً، وينسب قيمة أحدهما إلى مجموع القيمتين، ويؤخذ من الثمن بتلك النسبة. نعم لو كانا لمالك واحد فأجاز في أحدهما دون الآخر أمكن فيه ما أطلقوه، مع احتمال ما قيّدناه.

﴿ وكذا لو باع ما يُملك ﴾ مبنياً للمجهول ﴿ وما لا يُملك ، كالعبد مع الحرّ والخنزير مع الشاة ﴾ فإنه يصحّ في المملوك بنسبة قيمته إلى مجموع القيمتين من الثمن ﴿ ويقوم الحرّ لو كان عبداً ﴾ على ما هو عليه من الأوصاف والكيفيات ﴿ والخنزير عند مستحليّه ﴾ إمّا بإخبار جماعة منهم كثيرة يؤمن اجتماعهم على الكذب ويحصل بقولهم العلم أو الظنّ المتأخّم له ، أو بإخبار عدلين مسلمين يطلّعان على حاله عندهم ، لا منهم مطلقاً ؛ لا شرطاً عدالة المقوم .
 هذا مع جهل المشتري بالحال ليتمّ قصده إلى شرائها ويعتبر العلم بثمن المجموع لا الأفراد ، فيوزّع حيث لا يتمّ له .

أما مع علمه بفساد البيع فيشكل صحّته ؛ لإفضائه إلى الجهل بثمن المبيع حال البيع ؛ لأنه في قوّة «بعثك العبد بما يخصّه من الألف» إذا وزّعت عليه وعلى شيء آخر لا يعلم مقداره الآن . أمّا مع جهله فقصده إلى شراء المجموع ومعرفة مقدار ثمنه كافٍ وإن لم يعلم مقدار ما يخصّ كلّ جزء .

ويمكن جريان الإشكال في البائع مع علمه بذلك . ولا بعد في بطلانه من طرف أحدهما دون الآخر . هذا إذا لم يكن المشتري قد دفع الثمن أو كانت عينه باقية أو كان جاهلاً ، وإلا جاء فيه مع علمه بالفساد ما تقدّم في الفضولي بالنسبة إلى الرجوع بالثمن^(١) .

﴿ وكما يصحّ العقد من المالك يصحّ من القائم مقامه ، وهم ﴾ أي القائم - جمعه باعتبار معنى الموصول ، ويجوز توحيدَه نظراً إلى لفظه - ﴿ ستّة : الأب والجدّ ﴾ له وإن علا ﴿ والوصيّ ﴾ من أحدهما على الطفل والمجنون الأصلي ومن طرأ جنونه قبل البلوغ ﴿ والوكيل ﴾ عن المالك أو من له الولاية حيث يجوز

(١) راجع الصفحة ١٩٠ .

له التوكيل ﴿ والحاكم ﴾ الشرعي حيث تفقد الأربعة ﴿ وأمينه ﴾ وهو منصوبه لذلك أو ما هو أعمّ منه .

﴿ ويحكم الحاكم المقاص ﴾ وهو من يكون له على غيره مال فيجحده أو لا يدفعه إليه مع وجوبه، فله الاستقلال بأخذه من ماله قهراً من جنس حقّه إن وجده، وإلاّ فمن غيره بالقيمة، مخيراً بين بيعه من غيره ومن نفسه. ولا يشترط إذن الحاكم وإن أمكن لوجوده ووجود البيّنة المقبولة عنده في الأشهر^(١) ولو تعذّر الأخذ إلاّ بزيادة جاز، فتكون في يده أمانة في قول^(٢) إلى أن يتمكّن من ردّها، فيجب على الفور.

ولو توقّف أخذ الحقّ على نقب جدار أم كسر قفل جاز، ولا ضمان على الظاهر. ويعتبر في المأخوذ كونه زائداً على المستثنى في قضاء الدين. ولو تلف من المأخوذ شيء قبل تملكه ففي ضمانه قولان^(٣) ويكفي في التملك النية، سواء كان بالقيمة أم بالمثل.

وفي جواز المقاصّة من الوديعة قولان^(٤) والمروّي العدم^(٥) وحمل على

(١) ذهب إليه المحقّق في الشرائع ٤ : ١٠٩، والعلامة في القواعد ٣ : ٤٤٨، وغيرهما. والقول

الآخر للمحقّق في المختصر : ٢٨٤، وفخر المحقّقين في الإيضاح ٤ : ٣٤٦.

(٢) قاله العلامة في التحرير ٥ : ١٥٤، والقواعد ٣ : ٤٨٤.

(٣) القول بعدم الضمان للشيخ في المبسوط ٨ : ٣١١. والقول بال ضمان للمحقّق في الشرائع

٤ : ١٠٩، وقوّيه العلامة في القواعد ٣ : ٤٤٨.

(٤) القول بالجواز للشيخ في الاستبصار ٣ : ٥٣ ذيل الحديث ١٧٢، والمحقّق في الشرائع ٤ :

١٠٩، والعلامة في التحرير ٥ : ١٥٤، والقواعد ٣ : ٤٤٨، وغيرهم. والقول بعدم للشيخ

في النهاية : ٣٠٧، والحلي في الكافي : ٣٣١، وابن زهرة في الغنية : ٢٤٠، وغيرهم.

(٥) أنظر الوسائل ١٢ : ٢٠٢ - ٢٠٤، الباب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به، الحديثين ٣ و ٧.

الكراهة. وفي جواز مقاصّة الغائب من غير مطالبته وجهان، أجودهما العدم إلاّ مع طولها بحيث يؤدي إلى الضرر. ولو أمكن الرجوع هنا إلى الحاكم فالأقوى توقّفه عليه.

﴿ ويجوز للجميع ﴾ أي جميع من له الولاية ممّن تقدّم ﴿ تولّي طرفي العقد ﴾ بأن يبيع من نفسه وممّن له الولاية عليه ﴿ إلاّ الوكيل والمقاصّ ﴾ فلا يجوز تولّيها طرفيه، بل يبيعان من الغير. والأقوى كونهما كغيرهما، وهو اختياره في الدروس^(١) لعموم الأدلّة^(٢) وعدم وجود ما يصلح للتخصيص ﴿ ولو استأذن الوكيل جاز ﴾ لانتفاء المانع حينئذٍ.

﴿ ويشترط كون المشتري مسلماً إذا ابتاع مصحفاً أو مسلماً ﴾ لما في ملكه للأول من الإهانة، وللثاني من الإذلال وإثبات السبيل له عليه (ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً)^(٣) وقيل : يصحّ ويؤمر بإزالة ملكه^(٤) وفي حكم المسلم ولده الصغير والمجنون ومسيّه المنفرد به - إن ألحقناه به فيه^(٥) - ولقيط يحكم بإسلامه ظاهراً ﴿ إلاّ في من ينعق عليه ﴾ فلا منع، لانتفاء السبيل بالعتق^(٦) وفي حكمه مشروط العتق عليه في البيع، ومن أقرّ بحرّيته وهو في يد غيره. وضابطه : جواز شرائه حيث يتعقّبه العتق قهراً.

(١) أنظر الدروس ٢ : ٨٥ و ٣ : ١٩٤ .

(٢) يعني أدلّة جواز بيع من له الولاية مال المولّي عليه .

(٣) النساء : ١٤١ .

(٤) لم نعثر على القائل بعينه .

(٥) يعني إن ألحقنا المسيّ بالسابي في الإسلام .

(٦) في (ر) زيادة : عليه .

وفي حكم البيع تملكه له اختياراً كالهبة، لا بغيره كالإرث وإسلام عبده، بل يجبر على بيعه من مسلم على الفور مع الإمكان، وإلا حيل بينهما بوضعه على يد مسلم إلى أن يوجد راغب. وفي حكم بيعه منه إجارته له الواقعة على عينه لا على ذمته، كما لو استدان منه.

وفي حكم المصحف أبعاضه. وفي إلحاق ما يوجد منه في كتاب غيره شاهداً ونحوه نظر: من الجزئية، وعدم صدق الاسم. وفي إلحاق كتب الحديث النبوية به وجه.

﴿ وهنا مسائل ﴾

﴿ الأولى ﴾ :

﴿ يشترط كون المبيع ممّا يملك ﴾ أي يقبل الملك شرعاً ﴿ فلا يصحّ بيع الحرّ، وما لا نفع فيه غالباً كالحشرات ﴾ - بفتح الشين - كالحيات والعقارب والفتران^(١) والخنافس^(٢) والنمل ونحوها؛ إذ لا نفع فيها يقابل بالمال، وإن ذكر لها منافع في الخواصّ^(٣) وهو الخارج بقوله: «غالباً» ﴿ وفضلات الإنسان ﴾ وإن كانت طاهرة ﴿ إلاّ لبن المرأة ﴾ فيصحّ بيعه والمعاوضة عليه مقدّراً بالمقدار المعلوم أو المدّة، لعظم الانتفاع به ﴿ و ﴾ لا ﴿ المباحات قبل الحيّزة ﴾ لانتهاء الملك عنها حينئذٍ، والمتبايعان فيها سيّان، وكذا بعد الحيّزة قبل نيّة التملك إن اعتبرناها فيه، كما هو الأجود ﴿ ولا الأرض المفتوحة عنوة ﴾ بفتح العين أي قهراً، كأرض العراق والشام؛ لأنّها للمسلمين قاطبة لا تملك على الخصوص ﴿ إلاّ تبعاً لآثار المتصرّف ﴾ من بناءٍ وشجر [فيه] ^(٤) فيصحّ في ^(٥) الأقوى، وتبقى تابعة له ما دامت الآثار، فإذا زالت رجعت إلى أصلها. والمراد منها المحياة وقت الفتح، أمّا الموات فيملكها المحيي ويصحّ بيعها كغيرها من الأملاك.

(١) جمع فأرة.

(٢) جمع: خُنْفَسَاء، دويبة سوداء أصغر من الجُعَل كربيهة الرائحة.

(٣) أي في الكتب التي يذكر فيها منافع الحيوانات وخواصّها.

(٤) لم يرد في المخطوطات.

(٥) في (ر) : على.

﴿ والأقرب عدم جواز بيع ربيع مكّة ﴾ ^(١) أي دورها ﴿ زادها الله شرفاً، لنقل الشيخ في الخلاف الإجماع ﴾ على عدم جوازها ^(٢) ﴿ إن قلنا إنّها فتحت عنوة ﴾ لاستواء الناس فيها حينئذٍ، ولو قلنا: إنّها فتحت صلحاً جاز. وفي تقييد المنع بالقول بفتحها عنوة مع تعليقه بنقل الإجماع المنقول بخبر الواحد تنافر؛ لأنّ الإجماع إن ثبت لم يتوقف على أمر آخر، وإن لم يثبت افتقر إلى التعليل بالفتح عنوة وغيره. ويبقى فيه: أنّه على ما اختاره سابقاً من ملكه تبعاً للآثار ينبغي الجواز، للقطع بتجدد الآثار في جميع دورها عمّا كانت عليه عام الفتح. وربما علّل المنع بالرواية عن النبي ﷺ بالنهي عنه ^(٣) وبكونها في حكم المسجد، لآية الإسراء ^(٤) مع أنّه كان من بيت أمّ هانئ ^(٥) لكن الخبر لم يثبت، وحقيقة المسجديّة منتفية، ومجاز المجاورة والشرف والحرمة ممكن والإجماع غير متحقق، فالجواز متّجه.

﴿ الثانية ﴾ :

﴿ يشترط ﴾ في المبيع ﴿ أن يكون مقدوراً على تسليمه، فلو باع الحمام الطائر ﴾ أو غيره من الطيور المملوكة ﴿ لم يصحّ، إلا أن تقضي العادة بعوده ﴾ فيصح؛ لأنّه حينئذٍ كالعبد المنفذ في الحوائج والدابّة المرسلة ﴿ ولو باع ﴾

(١) وفي الدروس [٣ : ٢٠٠] نقل الخلاف من غير فتوى. (منه ﷺ).

(٢) الخلاف ٣ : ١٨٨ - ١٩٠، المسألة ٣١٦ من كتاب البيوع.

(٣) أنظر السنن الكبرى ٦ : ٣٥، وكنز العمال ١٢ : ٢٠٦ - ٢٠٧، الحديثين ٣٤٦٨٣ و ٣٤٦٨٥.

(٤) الإسراء : ١.

(٥) كما نسبه في مجمع البيان ٣ : ٣٩٦، إلى أكثر المفسرين.

المملوك ﴿ الآبق ﴾ المتعذر تسليمه ﴿ صحّ مع الضميمة ﴾ إلى ما يصحّ بيعه منفرداً ﴿ فإن وجدته ﴾ المشتري وقدّر على إثبات يده عليه ﴿ وإلا كان الثمن بإزاء الضميمة ﴾ ونزل الآبق بالنسبة إلى الثمن منزلة المعدوم، ولكن لا يخرج بالتعذر عن ملك المشتري، فيصحّ عتقه عن الكفارة وبيعه لغيره مع الضميمة. ﴿ ولا خيار للمشتري مع العلم بإباقه ﴾ لقدومه على النقص، أمّا لو جهل جاز الفسخ إن كان البيع صحيحاً.

ويشترط في بيعه ما يشترط في غيره: من كونه معلوماً موجوداً عند العقد وغير ذلك سوى القدرة على تسليمه، فلو ظهر تلفه حين البيع أو استحقاقه لغير البائع أو مخالفاً للوصف بطل البيع فيما يقابله في الأولين وتخير المشتري في الأخير على الظاهر.

﴿ ولو قدر المشتري على تحصيله ﴾ دون البائع ﴿ فالأقرب عدم اشتراط الضميمة ﴾ في صحّة البيع؛ لحصول الشرط وهو القدرة على تسلّمه. ووجه الاشتراط: صدق «الإباق» معه الموجب للضميمة بالنص^(١) وكون الشرط التسليم، وهو أمر آخر غير التسلم. ويضعف بأنّ الغاية المقصودة من التسليم حصوله بيد المشتري بغير مانع وهي موجودة، والموجبة للضميمة العجز عن تحصيله وهي مفقودة ﴿ وعدم لحوق أحكامها لو ضمّ ﴾ فيوزع الثمن عليهما لو لم يقدر على تحصيله أو تلف قبل القبض، ولا يتخير لو لم يعلم بإباقه.

ولا يشترط في الضميمة صحّة أفرادها بالبيع؛ لأنّه حينئذٍ بمنزلة المقبوض، وغير ذلك من الأحكام. ولا يلحق بالآبق غيره ممّا في معناه، كالبعير الشارد والفرس [العائر]^(٢) على الأقوى، بل المملوك المتعذر تسليمه بغير الإباق،

(١) أنظر الوسائل ١٢: ٢٦٢، الباب ١١ من أبواب عقد البيع وشروطه.

(٢) في المخطوطات: الغاير. وعار الفرس إذا ذهب على وجهه وتباعد عن صاحبه.

اقتصاراً فيما خالف الأصل^(١) على المنصوص.

﴿ أما الضالّ والمجهود ﴾ من غير إباق ﴿ فيصحّ البيع ، ويراعى بإمكان التسليم ﴾ فإن أمكن في وقت قريب لا يفوت به شيء من المنافع يعتدّ به أو رضي المشتري بالصبر إلى أن يسلمّ لزم ﴿ وإن * تعذّر فسخ المشتري إن شاء ﴾ وإن شاء التزم وبقي على ملكه ينتفع به بالعتق ونحوه. ويحتمل قوياً بطلان البيع ، لفقد شرط الصحة ، وهو إمكان التسليم. وكما يجوز جعل الآبق مثمناً يجوز جعله ثمناً ، سواء كان في مقابله^(٢) آبق آخر أم غيره ؛ لحصول معنى البيع في الثمن والمثمن .

﴿ وفي احتياج العبد الآبق المجعول ثمناً إلى الضميمة احتمال ﴾ لصدق « الإباق » المقتضي لها ﴿ ولعلّه الأقرب ﴾ لاشتراكهما في العلة المقتضية لها ﴿ وحينئذٍ يجوز أن يكون أحدهما ثمناً والآخر مثمناً مع الضميتين ﴾ .

﴿ ولا يكفي ﴾ في الضميمة في الثمن والمثمن ﴿ ضمّ آبق آخر إليه ﴾ لأنّ الغرض من الضميمة أن تكون ثمناً إذا تعذّر تحصيله ، فتكون جامعة لشرائطه التي من جملتها إمكان التسليم ، والآبق الآخر ليس كذلك .

﴿ ولو تعدّدت العبيد ﴾ في الثمن والمثمن ﴿ كفت ضميمة واحدة ﴾ لصدق « الضميمة مع الآبق » ولا يعتبر فيها كونها متموّلة إذا وزّعت على كلّ واحد ؛ لأنّ ذلك يصير بمنزلة ضمائم ، مع أنّ الواحدة كافية .

وهذه الفروع من خواصّ هذا الكتاب^(٣) ومثلها في تضاعيفه كثير ننبّه عليه إن شاء الله تعالى في مواضعه .

(١) وهو اشتراط القدرة على التسليم .

(*) في (ق) و (س) : فإن .

(٢) في (ع) و (ش) : مقابلته ، وفي (ر) مقابلة .

(٣) أي اللعة .

﴿ الثالثة ﴾ :

﴿ يشترط ﴾ في المبيع ﴿ أن يكون طلقاً، فلا يصح بيع الوقف ﴾ العامّ مطلقاً إلا أن يتلاشى ويضمحلّ بحيث لا يمكن الانتفاع به في الجهة المقصودة مطلقاً، كحصير يبلى ولا يصلح للانتفاع به في محلّ الوقف، وجذع ينكسر كذلك ولا يمكن صرفهما بأعيانهما في الوقود لمصلحه كآجر المسجد، فيجوز بيعه حينئذٍ وصرفه في مصلحه، إن لم يمكن الاعتياض عنه بوقف. ولو لم يكن أصله موقوفاً بل اشترى للمسجد مثلاً من غلته أو بذله له باذل، صحّ للناظر بيعه مع المصلحة مطلقاً^(١).
﴿ ولو أدّى بقاؤه إلى خرابه لخلف بين أربابه ﴾ في الوقف المحصور^(٢)
﴿ فالمشهور الجواز ﴾ أي جواز بيعه حينئذٍ. وفي الدروس اكتفى في جواز بيعه بخوف خرابه أو خلف أربابه المؤدّي إلى فساد^(٣) وقلّ أن يتفق في هذه المسألة فتوى واحدٍ، بل في كتاب واحدٍ في باب البيع والوقف، فتأملها أو طالع شرح المصنّف للإرشاد^(٤) تطّلع على ذلك.

والأقوى في المسألة ما دلّت عليه صحيحة عليّ بن مهزيار عن أبي جعفر الجواد عليه السلام من جواز بيعه إذا وقع بين أربابه خلفٌ شديد، وعلّله عليه السلام بأنّه ربما جاء فيه تلف الأموال والنفوس^(٥) وظاهره أنّ خوف أدائه إليهما أو إلى أحدهما ليس بشرط، بل هو مظنةٌ لذلك. ومن هذا الحديث اختلفت أفهامهم في الشرط

(١) وإن لم يتلاش ولم يضمحلّ.

(٢) أي الوقف الخاصّ.

(٣) الدروس ٢ : ٢٧٩.

(٤) أنظر غاية المراد ٢ : ٢٣ - ٢٩ و ٤٥١.

(٥) الوسائل ١٣ : ٣٠٥، الباب ٦ من أبواب أحكام الوقوف والصدقات، الحديث ٦.

المسوّغ للبيع، ففهم المصنّف هنا أنّ المعتبر الخلف المؤدّي إلى الخراب نظراً إلى تعليله بتلف المال، فإنّ الظاهر أنّ المراد بالمال «الوقف» إذ لا دخل لغيره في ذلك.

ولا يجوز بيعه في غير ما ذكرناه وإن احتاج إلى بيعه أرباب الوقف ولم تكفهم غلّته، أو كان يبيعه أعوداً، أو غير ذلك مما قيل^(١) لعدم دليل صالح عليه. وحيث يجوز بيعه يشتري بثمنه ما يكون وقفاً على ذلك الوجه إن أمكن، مراعيّاً للأقرب إلى صفته فالأقرب، والمتولّي لذلك: الناظر إن كان، وإلّا الموقوف عليهم إن انحصروا، وإلّا فالناظر العام.

﴿ ولا بيع ﴾ الأمة ﴿ المستولدة ﴾ من المولى. ويتحقّق الاستيلاء المانع من البيع بعلوقها في ملكه وإن لم تلجه الروح كما سيأتي، فقوله: ﴿ ما دام الولد حياً ﴾ مبنيّ على الأغلب أو على التجوّز؛ لأنّه قبل ولوج الروح لا يوصف بالحياة إلّا مجازاً، ولو مات صارت كغيرها من إمائه عندنا. أمّا مع حياته فلا يجوز بيعها ﴿ إلّا في ثمانية مواضع ﴾ وهذا الجمع من خواصّ هذا الكتاب^(٢).

﴿ أحدها: في ثمن رقبته مع إعسار مولاها، سواء كان حياً أو ميتاً ﴾ أمّا مع الموت فموضع وفاق، وأمّا مع الحياة فعلى أصحّ القولين^(٣) لإطلاق

(١) راجع غاية المراد ٢: ٢٣ وما بعدها من الصفحات، والمقنعة: ٦٥٢.

(٢) أي اللمة.

(٣) القول بالجواز مطلقاً هو المشهور كما في كنز الفوائد ١: ٣٩٤، ونسبه الصيمري في غاية المرام ١: ٢٩٤ إلى الأكثر. وأمّا القول باشتراط الموت فلم نعثر على قائل به نعم نسبه السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٤: ٢٦٢، إلى السيد المرتضى ولكن لم نعثر عليه في كتبه ولا على ناقل عنه، وتردّد المحقّق في الشرائع ٢: ١٧، ومثله العلامة في التحرير ٢: ٢٨٠، والقواعد ٢: ٢٣.

النص^(١). والمراد بإعساره: أن لا يكون له من المال ما يوفي ثمنها زائداً على المستثنيات في وفاة الدين.

﴿ وثانيها: إذا جنت على غير مولاها ﴾ فيدفع ثمنها في الجناية أو رقبته
إن رضي المجني عليه. ولو كانت الجناية على مولاها لم يجز؛ لأنه لا يثبت له
على ماله مال.

﴿ وثالثها: إذا عجز ﴾ مولاها ﴿ عن نفقتها ﴾ ولو أمكن تأديتها ببيع بعضها
وجب الاقتصار عليه، وقوفاً فيما خالف الأصل على موضع الضرورة.

﴿ ورابعها: إذا مات قريبها ولا وارث له سواها ﴾ لتعتق وترثه، وهو
تعجيل عتق أولى بالحكم من إبقائها لتعتق بعد وفاة مولاها.

﴿ وخامسها: إذا كان علوقها بعد الارتهان ﴾ فيقدم حق المرتهن لسبقه.
وقيل: يقدم حق الاستيلاد^(٢) لبناء العتق على التغليب، ولعموم النهي عن بيعها^(٣).

﴿ وسادسها: إذا كان علوقها بعد الإفلاس ﴾ أي بعد الحجر على المفلس،
فإن مجرد ظهور الإفلاس لا يوجب تعلق حق الديان بالمال. والخلاف هنا^(٤)
كالرهن.

﴿ وسابعها: إذا مات مولاها ولم يخلف سواها وعليه دين مستغرق وإن
لم يكن ثمناً لها ﴾ لأنها إنما تعتق بموت مولاها من نصيب ولدها ولا نصيب له مع
استغراق الدين، فلا تعتق وتصرف في الدين.

﴿ وثمانها: بيعها على من تنعتق عليه، فإنه في قوة العتق ﴾ فيكون تعجيل

(١) الوسائل ١٣ : ٥١، الباب ٢٤ من أبواب بيع الحيوان، الحديث ٢.

(٢) قاله المحقق في الشرائع ٢ : ٨٢، والعلامة في التحرير ٢ : ٤٨٨.

(٣) أنظر الوسائل ١٣ : ٥١، الباب ٢٤ من أبواب بيع الحيوان، الحديث الأول.

(٤) راجع القواعد ٢ : ١٤٧، وجامع المقاصد ٥ : ٢٥٦.

خير يستفاد من مفهوم الموافقة، حيث إن المنع من البيع لأجل العتق .
 ﴿ وفي جواز بيعها بشرط العتق نظر، أقربه الجواز ﴾ لما ذكر^(١) فإن لم يفِ
 المشتري بالشرط فسخ البيع وجوباً، وإن لم يفسخه المولى احتتمل انفساخه
 بنفسه، وفسخ الحاكم إن اتفق^(٢) وهذا موضع تاسع. وما عدا الأوّل من هذه
 المواضع غير منصوص بخصوصه، وللنظر فيه مجال. وقد حكاه في الدروس
 بلفظ « قيل » وبعضها جعله احتمالاً^(٣) من غير ترجيح لشيء منها.

وزاد بعضهم مواضع أخرى: عاشرها: في كفن سيدها إذا لم يخلف سواها
 ولم يمكن بيع بعضها فيه، وإلا اقتصر عليه^(٤) وحادي عشرها: إذا أسلمت قبل
 مولاه الكافر^(٥) وتاني عشرها: إذا كان ولدها غير وارث، لكونه قاتلاً أو كافراً^(٦)
 لأنها لا تنعتق بموت مولاه حينئذٍ؛ إذ لا نصيب لولدها. وثالث عشرها: إذا
 جنت على مولاه جناية تستغرق قيمتها^(٧) ورابع عشرها: إذا قتلتها خطأ^(٨)

(١) من أنه تعجيل خير .

(٢) في (ش) : إن أمكن .

(٣) الدروس ٢ : ٢٢٢ .

(٤) لم نعثر على من صرح بجواز بيعها في كفن سيدها ونسبه في المسالك ٣ : ١٧٠ إلى
 الأصحاب، وقال التستري في مقابس الأنوار : ١٦٨ : والقول بجوازه حينئذ مع استيعاب
 قيمته لقيمتها مأخوذ من القول به في الصورة السابقة [أي الدين] مع الاستيعاب، فإن
 الكفن مقدّم على الدين .

(٥) جامع المقاصد ٤ : ٩٨ .

(٦) غاية المرام ٢ : ٢٢ .

(٧) و (٨) أنظر كنز العرفان ٢ : ١٢٩، وغاية المرام ٢ : ٢٢، والمهذب البارع ٤ : ١٠٦،
 وجامع المقاصد ٤ : ٩٨ .

وخامس عشرها : إذا حملت في زمن خيار البائع أو المشترك ثم فسخ البائع بخياره^(١) وسادس عشرها : إذا خرج مولاها عن الذمة وملكت أمواله التي هي منها. وسابع عشرها : إذا لحقت هي بدار الحرب ثم استرقت. وثامن عشرها : إذا كانت لمكاتب مشروط ، ثم فسخ كتابته . وتاسع عشرها : إذا شرط أداء الضمان منها قبل الاستيلاء ثم أولدها ، فإن حق المضمون له أسبق من حق الاستيلاء ، كالرهن والفلس السابقين . والعشرون : إذا أسلم أبوها أو جدّها وهي مجنونة أو صغيرة ثم استولدها الكافر بعد البلوغ قبل أن تخرج عن ملكه ، وهذه في حكم إسلامها عنده .

وفي كثير من هذه المواضع نظر .

﴿ الرابعة ﴾ :

﴿ لو جنى العبد خطأ لم تمنع ﴾ جنائته ﴿ من بيعه ﴾ لأنه لم يخرج عن ملك مولاها بها ، والتخير في فكّه للمولى ، فإن شاء فكّه بأقلّ الأمرين ، من أرش الجناية وقيمته ، وإن شاء دفعه إلى المجنيّ عليه أو وليّه ليستوفي من رقبته ذلك . فإذا باعه بعد الجناية كان التزاماً بالفداء على أصحّ القولين^(٢) ثم إن فداه ، وإلاّ جاز للمجنيّ عليه استرقاقه ، فيفسخ البيع إن استوعبت قيمته ؛ لأنّ حقّه أسبق . ولو كان المشتري جاهلاً بعيبه تخير أيضاً .

(١) جامع المقاصد ٤ : ٩٩ ، ويراجع لسائر الموارد كنز العرفان ٢ : ١٢٩ ، والمهذب البارع ٤ :

١٠٣ - ١٠٦ ، وغاية المرام ٢ : ٢١ - ٢٢ ، وجامع المقاصد ٤ : ٩٨ - ٩٩ .

(٢) اختاره العلامة في التذكرة ١٠ : ٤٣ ، والتحرير ٢ : ٢٨٠ ، وغيرهما . وأمّا عدم التزام

السيد بالفداء فقد احتمله في نهاية الإحكام ٢ : ٤٨٤ .

﴿ ولو جنى عمداً فلا أقرب أنه ﴾ أي البيع ﴿ موقوف على رضا المجني عليه ، أو وليه ﴾ لأنَّ التخيير في جناية العمد إليه وإن لم يخرج عن ملك سيده ، فبالثاني يصح البيع ، وبالأول يثبت التخيير ، فيضعف قول الشيخ بطلان البيع فيه ^(١) نظراً إلى تعلق حق المجني عليه قبله ورجوع الأمر إليه ، فإنَّ ذلك لا يقتضي البطلان ، ولا يقصر عن بيع الفضولي . ثم إن أجاز البيع ورضي بفدائه بالمال وفكّه المولى لزم البيع ، وإن قتله أو استرقه بطل . ويتخيّر المشتري قبل استقرار حاله مع جهله للعيب المعروض للفوات . ولو كانت الجناية في غير النفس واستوفى فباقيه مبيع ، وللمشتري الخيار مع جهله ؛ للتبعيض ، مضافاً إلى العيب سابقاً .

﴿ الخامسة ﴾ :

﴿ يشترط علم الثمن قدرأً وجنسأً ووصفاً ﴾ ^(٢) قبل إيقاع عقد البيع ﴿ فلا يصحّ البيع بحكم أحد المتعاقدين أو أجنبي ﴾ اتفاقاً ، وإن ورد في رواية شاذة جواز تحكيم المشتري ^(٣) فيلزمه الحكم بالقيمة فما زاد ﴿ ولا بثمن مجهول القدر وإن شوهد ﴾ لبقاء الجهالة وثبوت الغرر المنفي ^(٤) معها . خلافاً للشيخ في

(١) المبسوط ٢ : ١٣٥ ، والخلاف ٣ : ١١٧ ، المسألة ١٩٨ من كتاب البيوع .

(٢) أي من المشتري والبائع ، وكذا المثلث ولو بإخبار البائع كما يدلّ عليه بعض الأخبار ، أو الاكتفاء بالوصف ولو في المثلث ، فكان المراد بالعلم ما يشمل مثل ذلك ، والله أعلم . (منه ﷺ) .

(٣) وهي رواية رفاة النخاس ، أنظر الوسائل ١٢ : ٢٧١ ، الباب ١٨ من أبواب عقد البيع وشروطه ، وفيه حديث واحد .

(٤) أنظر الوسائل ١٢ : ٣٣٠ ، الباب ٤٠ من أبواب آداب التجاره ، الحديث ٣ .

الموزون^(١) وللمرتضى في مال السَّلَم^(٢) ولا بن الجنيد في المجهول مطلقاً إذا كان المبيع صبرة مع اختلافهما جنساً^(٣) ﴿ ولا مجهول الصفة ﴾ كمنة درهم وإن كانت مشاهدة لا يعلم وصفها مع تعدد النقد الموجود ﴿ ولا مجهول الجنس وإن علم قدره ﴾ لتحقق الجهالة في الجميع .

فلو باع كذلك كان فاسداً وإن اتّصل به القبض . ولا يكون كالمعاطاة؛ لأنّ شرطها اجتماع شرائط صحّة البيع سوى العقد الخاصّ ﴿ فإن قبض المشتري المبيع والحال هذه كان مضموناً عليه ﴾ لأنّ «كلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» وبالعكس فيرجع به وبزوائده متّصلة ومنفصلة، وبمنافعه المستوفاة وغيرها على الأقوى، ويضمنه ﴿ إن تلف ﴾ بقيمته يوم التلف على الأقوى . وقيل : يوم القبض^(٤) وقيل : الأعلى منه إليه^(٥) وهو حسن إن كان التفاوت بسبب نقص في العين أو زيادة، أمّا باختلاف السوق فالأوّل أحسن . ولو كان مثلياً ضمنه بمثله، فإن تعذّر فقيمته يوم الإيعاز على الأقوى .

﴿ السادسة ﴾ :

﴿ إذا كان العوضان من المكيال أو الموزون أو المعدود، فلا بدّ من اعتبارهما بالمعتاد ﴾ من الكيل والوزن والعدد، فلا يكفي المكيال المجهول،

(١) المبسوط ٣ : ٢٢٣ .

(٢) الناصريّات : ٣٦٩، المسألة ١٧٥ .

(٣) حكاها بعينه في الدروس ٣ : ١٩٥، وانظر المختلف ٥ : ٢٤٥ و ٢٤٧ .

(٤) قاله المحقّق في الشرائع ٢ : ١٧ .

(٥) قاله ابن إدريس في السرائر ٢ : ٢٨٥، والصيمري في غاية المرام ٢ : ٢٤ .

كقصعة حاضرة وإن تراضيا به. ولا الوزن المجهول، كالاتماد على صخرة معيّنة وإن عرفا قدرها تخميناً. ولا العدّ المجهول بأن عوّلا على ملء اليد أو آلة يجهل ما تشتمل عليه ثم اعتبرا العدّ به؛ للغرر المنهوي عنه^(١) في ذلك كلّه.

﴿ ولو باع المعدود وزناً صحّ ﴾ لارتفاع الجهالة به وربما كان أضبط. ﴿ ولو باع الموزون كيلاً أو بالعكس أمكن الصحة فيهما ﴾ للانضباط، ورواية وهب عن الصادق عليه السلام^(٢) ورجّحه في سلم الدروس^(٣) ﴿ ويحتمل صحة العكس ﴾ وهو بيع المكيل وزناً ﴿ لا الطرد؛ لأنّ الوزن أصل للكيل ﴾ وأضبط منه، وإنما عدل إلى الكيل تسهياً.

﴿ ولو شقّ العدّ ﴾ في المعدود لكثرتة أو لضرورة ﴿ اعتبر مكيال ونسب الباقي إليه ﴾ واغتفر التفاوت الحاصل بسببه، وكذا القول في المكيل والموزون حيث يشقّ وزنهما وكيلهما. وعبر كثير من الأصحاب في ذلك بتعدّد العدّ^(٤) والاكتفاء بالمشقة والعسر - كما فعل المصنّف - أولى، بل لو قيل بجوازه مطلقاً؛ لزوال الغرر وحصول العلم واغتفار التفاوت كان حسناً، وفي بعض الأخبار^(٥) دلالة عليه.

(١) الوسائل ١٢ : ٣٣٠، الباب ٤٠ من أبواب آداب التجارة، الحديث ٣.

(٢) الوسائل ١٣ : ٦٣، الباب ٧ من أبواب السلف، الحديث الأوّل.

(٣) الدروس ٣ : ٢٥٣.

(*) في (س) : أصل الكيل.

(٤) مثل الشيخ في النهاية : ٤٠٠، وابن إدريس في السرائر ٢ : ٣٢١، والمحقق في الشرائع

٢ : ١٨، والعلامة في القواعد ٢ : ٢٢، وغيرهم.

(٥) الوسائل ١٢ : ٢٥٥، الباب ٥ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث الأوّل.

﴿ السابعة ﴾ :

﴿ يجوز ابتياع جزء معلوم النسبة ﴾ كالنصف والثلث ﴿ مشاعاً تساوت أجزاؤه ﴾ كالحبوب والأدهان ﴿ أو اختلفت ﴾ كالجواهر والحيوان ﴿ إذا كان الأصل ﴾ الذي يبيع جزؤه ﴿ معلوماً ﴾ بما يعتبر فيه من كيل أو وزن أو عدّ أو مشاهدة ﴿ فيصحّ بيع نصف الصبرة المعلومة ﴾ المقدار والوصف ﴿ و ﴾ نصف الشاة* المعلومة ﴿ بالمشاهدة أو الوصف .

﴿ ولو باع شاة غير معلومة من قطيع بطل ﴾ وإن علم عدد ما اشتمل عليه من الشياه وتساوت أثمانها؛ لجهالة عين المبيع .

﴿ ولو باع قفيزاً من صبرة صحّ ، وإن لم يعلم كمّية الصبرة ﴾ لأنّ المبيع مضبوط المقدار وظاهره الصحة وإن لم يعلم اشتمال الصبرة على القدر المبيع ﴿ فإن نقصت تخيّر المشتري بين الأخذ ﴾ للموجود منها ﴿ بالحصّة ﴾ أي بحصّته من الثمن ﴿ وبين الفسخ ﴾ لتبعض الصفقة .

واعتبر بعضهم العلم^(١) باشتمالها على المبيع أو إخبار البائع به^(٢) وإلا لم يصح . وهو حسن . نعم ، لو قيل بالاكْتفاء بالظنّ الغالب باشتمالها عليه كان متّجهاً ، وتفّرّع عليه ما ذكره أيضاً .

واعلم أنّ أقسام بيع الصبرة عشرة ذكر المصنّف بعضها منطوقاً وبعضها مفهوماً .

(*) في (ق) : الشياه .

(١) اعتبره العلامة في القواعد ٢ : ٢٤ ، ونقله فخر المحقّقين في الإيضاح ١ : ٤٣٠ عن الشيخ ، ولكن لم نعثر عليه في ما بأيدينا من كتبه .

(٢) لم نعثر على من اعتبر إخبار البائع .

وجملتها: أنها إما أن تكون معلومة المقدار، أو مجهولته. فإن كانت معلومة صحَّ بيعها أجمع، وبيع جزء منها معلوم مشاع، وبيع مقدار - كقفيز - تشتمل عليه، وبيعها كلَّ قفيز بكذا، لا يبيع كلَّ قفيز منها بكذا. والمجهولة يبطل بيعها في جميع الأقسام الخمسة إلا الثالث^(١).

وهل ينزل القدر المعلوم في صورتين على الإشاعة، أو يكون المبيع ذلك المقدار في الجملة؟ وجهان، أجودهما الثاني. وتظهر الفائدة فيما لو تلف بعضها، فعلى الإشاعة يتلف من المبيع بالنسبة، وعلى الثاني يبقى المبيع ما بقي قدره.

﴿ الثامنة ﴾ :

﴿ يكفي المشاهدة عن الوصف ولو غاب وقت الابتياح ﴾ بشرط أن لا يكون ممّا لا^(٢) يتغيّر عادة، كالأرض والأواني والحديد والنحاس، أو لا تمضي مدة يتغيّر فيها عادة ويختلف باختلافه زيادة ونقصاناً، كالفاكهة والطعام والحيوان، فلو مضت المدة كذلك لم يصحَّ؛ لتحقق الجهالة المترتبة على تغيّره عن تلك الحالة. نعم لو احتمل الأمرين صحَّ، عملاً بأصالة البقاء.

﴿ فإن ظهر المخالفة ﴾ بزيادته أو نقصانه، فإن كان يسيراً يتسامح بمثله عادة فلا خيار، وإلاَّ ﴿ تخيّر المغبون ﴾ منهما، وهو البائع إن ظهر زائداً، والمشتري إن ظهر ناقصاً ﴿ ولو اختلفا في التغيّر قدّم قول المشتري مع يمينه ﴾*

(١) وهو بيع مقدار تشتمل عليه.

(٢) كذا في نسخة (ع) أيضاً التي قوبلت بنسخة المؤلف بذكر «لا» في الموضعين. ولا يخفى أن إحداهما زائدة، قال بعض المحشّين: «والحقّ في العبارة حذف «لا» الأولى كما في نسخة عندي» راجع هامش (ر).

(*) في (ق) و (س): بيمينه. وهكذا في (ف) من الشرح.

إن كان هو المدعي للتغيير الموجب للخيار والبائع ينكره؛ لأنّ البائع يدعي علمه بهذه الصفة وهو ينكره، ولأنّ الأصل عدم وصول حقه إليه، فيكون في معنى المنكر، ولأصالة بقاء يده على الثمن. وربما قيل بتقديم قول البائع^(١) لتحقيق الاطلاع المجوّز للبيع، وأصالة عدم التغيير.

ولو انعكس الفرض بأن ادعى البائع تغييره في جانب الزيادة وأنكر المشتري، احتمال تقديم قول المشتري أيضاً، كما يقتضيه إطلاق العبارة؛ لأصالة عدم التغيير ولزوم البيع. والظاهر تقديم قول البائع؛ لعين ما ذكر في المشتري.

وفي تقديم قول المشتري فيهما جمع بين متنافيين مدعىً ودليلاً. والمشهور في كلامهم هو القسم الأوّل^(٢) فلذا أطلق المصنّف هنا^(٣) لكن نأفوه تعميمه الخيار للمغبون منهما قبله^(٤) وعطفه عليه مطلقاً.

ولو اتّفقا على تغييره لكن اختلفا في تقدّمه على البيع وتأخّره فإن شهدت القرائن بأحدهما حكم به، وإن احتمل الأمران فالوجهان، وكذا لو وجداه تالفاً وكان ممّا يكفي في قبضه التخلية واختلفا في تقدّم التلف عن البيع وتأخّره أو لم يختلفا، فإنّه يتعارض أصلاً عدم تقدّم كلّ منهما فيتساوقان ويتساقطان، ويتّجه تقديم حقّ المشتري، لأصالة بقاء يده وملكه للثمن والعقد الناقل قد شكّ في تأثيره؛ لتعارض الأصلين.

(١) قاله العلامة في المختلف ٥ : ٢٩٧.

(٢) وهو ما إذا كان المشتري مدعىً للتغيير.

(٣) حيث قال : « قدّم قول المشتري مع يمينه » ولم يقيدّه بما إذا كان هو المدعى للتغيير.

(٤) يعني قبل قوله : « قدّم قول المشتري » حيث قال : فإن ظهر المخالفة تخير المغبون.

﴿ التاسعة ﴾ :

﴿ يعتبر ^(١) ما يراد طعمه ﴾ كالدبس ﴿ وريحه ﴾ كالمسك، أو يوصف، على الأولى ^(٢) ﴿ ولو اشتراه ﴾ من غير اختبار ولا وصف ﴿ بناءً على الأصل ﴾ وهو الصحة ﴿ جاز ﴾ مع العلم به من غير هذه الجهة، كالقوام واللون وغيرهما مما يختلف قيمته باختلافه.

وقيل: لا يصح بيعه إلا بالاعتبار أو الوصف كغيره؛ للغرر ^(٣).

والأظهر جواز البناء على الأصل إحالة على مقتضى الطبع، فإنه أمر مضبوط عرفاً لا يتغير غالباً إلا لعيب فيجوز الاعتماد عليه؛ لارتفاع الغرر به، كالاكتفاء برؤية ما يدلّ بعضه على باقيه غالباً، كظاهر الصبرة وأنموذج المتماثل. وينجبر النقص بالخيار.

﴿ فإن خرج معيماً تخير المشتري بين الردّ والأرش ﴾ إن لم يتصرّف فيه تصرّفاً زائداً على اختباره ﴿ ويتعيّن الأرش لو تصرّف فيه ﴾ كما في غيره من أنواع المبيع ﴿ وإن كان ﴾ المشتري المتصرّف ﴿ أعمى ﴾ لتناول الأدلة له. خلافاً لسألار حيث خير الأعمى بين الردّ والأرش ^(٤) وإن تصرّف.

﴿ وأبلغ في الجواز ﴾ من غير اعتباره ﴿ ما يفسد باختباره، كالبطيخ

(١) يعني: يختبر.

(٢) يعني الاعتبار والتوصيف على وجه الأولوية، لا الاشتراط.

(٣) قاله المفيد في المقنعة: ٦٠٩، والشيخ في النهاية: ٤٠٤، ومثله في الكافي: ٣٥٤، والمراسم: ١٨٠، والوسيلة: ٢٤٦، ولكن لم يتعرضوا هؤلاء للوصف. نعم، نسب ذلك في

التنقيح الرابع ٢: ٢٨ إلى التقي والقاضي وسألار.

(٤) المراسم: ١٨١.

والجوز والبيض ﴿ لمكان الضرورة والحرص ﴾ ﴿ فإن ﴾ اشتراه فظهر صحيحاً فذاك، وإن ﴿ ظهر فاسداً ﴾ بعد كسره ﴿ رجع بأرشه ﴾ - وليس له الرد، للتصرف - إن كان له قيمة ﴿ ولو لم يكن لمكسوره قيمة ﴾ كالبيض الفاسد ﴿ رجع بالثمن ﴾ أجمع، لبطان البيع حيث لا يقابل الثمن مال.

﴿ وهل يكون العقد مفسوخاً من أصله ﴾ نظراً إلى عدم المائية من حين العقد فيقع باطلاً ابتداءً ﴿ أو يطرأ عليه الفسخ ﴾ بعد الكسر وظهور الفساد التفاتاً إلى حصول شرط الصحة حين العقد وإنما تبيّن الفساد بالكسر فيكون هو المفسد؟ ﴿ نظر ﴾ ورجحان الأوّل واضح؛ لأنّ ظهور الفساد كشف عن عدم المائية في نفس الأمر حين البيع، لا أحدث عدمها حينه، والصحة مبنية على الظاهر. وفي الدروس جزم بالثاني وجعل الأوّل احتمالاً وظاهر كلام الجماعة^(١).

﴿ و ﴾ تظهر ﴿ الفائدة في مؤونة نقله عن الموضع ﴾ الذي اشتراه فيه إلى موضع اختباره، فعلى الأوّل على البائع، وعلى الثاني على المشتري؛ لوقوعه في ملكه. ويشكل بأنّه وإن كان ملكاً للبائع حينئذٍ لكن نقله بغير أمره، فلا يتجّه الرجوع عليه بالمؤونة. وكون المشتري هنا كجاهل استحقات المبيع - حيث يرجع بما غرم - إنما يتّجه مع الغرور، وهو منفيّ هنا؛ لاشتراكهما في الجهل.

ولو أريد بها مؤونة نقله من موضع الكسر - لو كان مملوكاً وطلب مالكة نقله أو ما في حكمه - انعكس الحكم واتّجه كونه على البائع مطلقاً؛ لبطان البيع على التقديرين. واحتمال كونه على المشتري؛ لكونه من فعله وزوال المائية عنهما مشترك أيضاً بين الوجهين، وكيف كان فبناء حكمها على الوجهين ليس بواضح. وربما قيل بظهور الفائدة أيضاً في ما لو تبرّأ البائع من عيبه، فيتّجه كون

تلفه من المشتري على الثاني^(١) دون الأول^(٢) ويشكل صحّة الشرط^(٣) على تقدير فساد الجميع؛ لمنافاته لمقتضى العقد؛ إذ لا شيء في مقابلة الثمن فيكون أكل مال بالباطل.

وفي ما لو رضي به المشتري بعد الكسر^(٤) وفيه أيضاً نظر؛ لأنّ الرضا بعد الحكم بالبطان لا أثر له.

﴿ العاشرة ﴾ :

﴿ يجوز بيع المسك في فأره ﴾ بالهمز، جمع فأرة، به أيضاً، كالفأرة في غيره^(٥) وهي الجلدة المشتملة على المسك ﴿ وإن لم تفتق ﴾ بناءً على أصل السلامة، فإن ظهر بعد فتقه معيباً تخيّر ﴿ وفتقه - بأن يدخل فيه خيط ﴾ بإبرة ثم يخرج ﴿ ويشمّ - أحوط ﴾ لترتفع الجهالة رأساً.

﴿ الحادية عشرة ﴾ :

﴿ لا يجوز بيع سمك الآجام، مع ضميمة القصب، أو غيره ﴾ للجهالة ولو في بعض المبيع ﴿ ولا اللبن في الضرع ﴾ بفتح الضاد، وهو الثدي لكلّ

(١) يعني على القول بطروء الفسخ بعد الكسر وظهور الفساد.

(٢) لم نعثر عليه. نعم، قال الشيخ في النهاية : ٣٩٢ بأنّ مع تبرؤ البائع من العيوب جميعاً لم يكن للمبتاع الرجوع، ولكن لم يفصل. ومثله قاله أتباعه كما نقله الشهيد في الدروس ٣ : ١٩٨.

(٣) يعني تبرّي البائع من عيبه.

(٤) لم نظفر به.

(٥) يعني في غير هذا المعنى، وهو الحيوان المعروف.

ذات خفّ أو ظلف ﴿ كذلك ﴾ أي وإن ضمّ إليه شيئاً ولو لبناً محلوباً؛ لأنّ ضميمة المعلوم إلى المجهول تصيّر المعلوم مجهولاً. أمّا عدم الجواز بدون الضميمة فموضع وفاق، وأمّا معها فالمشهور أنّه كذلك.

وقيل: يصحّ^(١) استناداً إلى رواية ضعيفة^(٢) وبالغ الشيخ فجوز ضميمة ما في الضرع إلى ما يتجدّد مدّة معلومة^(٣) والوجه المنع. نعم لو وقع ذلك، بلفظ الصلح اتّجه الجواز.

وفصل آخرون^(٤) فحكموا بالصحة مع كون المقصود بالذات المعلوم وكون المجهول تابعاً، والبطلان مع العكس وتساويهما في القصد الذاتي. وهو حسن، وكذا القول في كلّ مجهول ضمّ إلى معلوم.

﴿ ولا الجلود والأصواف والأشعار على الأنعام ﴾ وإن ضمّ إليه غيره أيضاً؛ لجهالة مقدراه، مع كون غير الجلود موزوناً فلا يباع جزافاً ﴿ إلا أن يكون الصوف ﴾ وشبهه ﴿ مستجزاً أو شرط* جزّه فالأقرب الصحة ﴾ لأنّ المبيع حينئذٍ مشاهد، والوزن غير معتبر مع كونه على ظهرها وإن استجزّت، كالثمرة على الشجرة وإن استجدّت.

(١) قاله الشيخ في النهاية : ٤٠٠ - ٤٠١، والطوسي في الوسيلة : ٢٤٦، وغيرهما كما نقله

العلامة في المختلف : ٥ - ٢٤٧ - ٢٤٨.

(٢) الوسائل ١٢ : ٢٥٩، الباب ٨ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ٢. ولعلّ الضعف

مستند إلى سماعه، أنظر المسالك : ٢ : ٤٨٠، و ١٤ : ٢٠٧.

(٣) أنظر النهاية : ٤٠٠.

(٤) وهم : العلامة في المختلف : ٥ : ٢٤٨ و ٢٥٤، وأبو العباس في المقتصر : ١٦٧، والصيمري

في غاية المرام : ٢ : ٢٦.

(*) في (ق) : يشترط.

وينبغي على هذا عدم اعتبار اشتراط جزئه؛ لأنّ ذلك لا مدخل له في الصحة، بل غايته مع تأخيره أن يمتزج بمال البائع، وهو لا يقتضي بطلان البيع، كما لو امتزجت لقطة الخضر بغيرها، فيرجع إلى الصلح.
ولو شرط تأخيره مدّة معلومة وتبعيّة المتجدّد بني على القاعدة السالفة، فإن كان المقصود بالذات هو الموجود صحّ، وإلا فلا.

﴿ الثانية عشرة ﴾ :

﴿ يجوز بيع دود القزّ ﴾ لأنّه حيوان طاهر ينتفع به منفعة مقصودة محلّلة
﴿ ونفس القزّ وإن كان الدود فيه؛ لأنّه كالنوى في التمر ﴾ فلا يمنع من بيعه.
وربما احتمل المنع؛ لأنّه إن كان حيّاً عرّضه^(١) للفساد، وإن كان ميتاً دخل في عموم النهي عن بيع الميتة^(٢).
وهو ضعيف؛ لأنّ عرضة الفساد لا يقتضي المنع، والدود لا يقصد بالبيع حتى تمنع ميتته^(٣) وإلى جوابه أشار المصنّف بقوله: «لأنّه كالنوى». وقد يقال:
إنّ في النوى منفعة مقصودة كعلف الدوابّ، بخلاف الدود الميت. وكيف كان لا تمنع من صحّة البيع.

(١) كذا في (ع) التي قوبلت بنسخة المؤلّف رحمه الله، وهكذا في (ش) و (ف). وفي (ر) عرضة، وكتب عليه بعض المحشّين: الأولى أنّه مرفوع خبر لمبتدأ محذوف، والتقدير: فهو عرضة، والجملة جزاء الشرط.

(٢) مثل ما ورد في المروري عن تحف العقول أنظر الوسائل ١٢ : ٥٤، الباب ٢ من أبواب ما يكتسب به والنبوي المشهور: «إنّ الله إذا حرم شيئاً حرّم ثمّنه». أنظر عوالي اللآلئ ٢ : ١١٠، الحديث ٣٠١، والمروري في دعائم الإسلام ٢ : ١٨، الحديث ٢٣ وغيرها.

(٣) في (ر) ميتته.

﴿ الثالثة عشرة ﴾ :

﴿ إذا كان المبيع في ظرف ﴾ جاز بيعه مع وزنه معه و ﴿ أسقط ما جرت العادة به للظرف ﴾ سواء كان ما جرت به زائداً عن وزن الظرف قطعاً أم ناقصاً. ولو لم تطرد العادة لم يجز إسقاط ما يزيد إلا مع التراضي. ولا فرق بين إسقاطه بغير ثمن أصلاً وبثمن مغاير للمظروف.

﴿ ولو باعه مع الظرف ﴾ من غير وضع جاعلاً مجموع الظرف والمظروف مبيعاً واحداً بوزن واحد ﴿ فالأقرب الجواز ﴾ لحصول معرفة الجملة الرافعة للجهالة. ولا يقدر الجهل بمقدار كلٍّ منهما منفرداً؛ لأنّ المبيع هو الجملة، لا كلٌّ فرد بخصوصه.

وقيل: لا يصحّ حتى يعلم مقدار كلٍّ منهما^(١) لأنّهما في قوّة مبيعين^(٢) وهو ضعيف.

(١) لم نعثر عليه في كتب فقهاءنا كما اعترف السيد العاملي أيضاً في مفتاح الكرامة ٤ : ٢٩٦، نعم نسبه في التذكرة ١٠ : ٩٠ إلى بعض الشافعية والحنابلة أنظر المغني ٤ : ١٤٨، والمجموع ٩ : ٣٨٨.

(٢) راجع الوسائل ١٢ : ٢٨٢، الباب الأوّل من أبواب آداب التجارة.

﴿ القول في الآداب ﴾

﴿ وهي أربعة وعشرون ﴾ :

﴿ الأول* : التفقه فيما يتولاه ﴾ من التكبّب، ليعرف صحيح العقد من فاسده، ويسلم من الربا ﴿ و ﴾ لا يشترط معرفة الأحكام بالاستدلال كما يقتضيه ظاهر الأمر بالتفقه^(١) بل ﴿ يكفي التقليد ﴾ لأنّ المراد به هنا معرفتها على وجه يصحّ. وقد قال عليّ عليه السلام : « من أتجر بغير علم فقد ارتطم في الربا ثم ارتطم »^(٢).
 ﴿ الثاني : التسوية بين المعاملين في الإنصاف ﴾ فلا يفرّق بين المماكس وغيره، ولا بين الشريف والحقير. نعم لو فاوت بينهم بسبب فضيلة ودين^(٣) فلا بأس. لكن يكره للأخذ قبول ذلك، ولقد كان السلف يوكّلون في الشراء ممّن لا يعرف، هرباً من ذلك.

﴿ الثالث : إقالة النادم ﴾ فقد قال الصادق عليه السلام : « أيّما عبد مسلم أقال مسلماً في بيع أقال الله عثرته يوم القيامة »^(٤) وهو مطلق في النادم وغيره، إلا أنّ ترتّب الغاية مشعر به.

﴿ وإيما يفترق إلى الإقالة ﴾ إذا تفرّقا من المجلس أو شرطاً عدم الخيار ﴿

(*) وردت الأعداد في (ق) بحروف أ، ب، ج، د....

(١) الوسائل ١٢ : ٢٨٢ - ٢٨٣، الباب الأوّل من أبواب آداب التجارة، الحديث ١ و ٤.

(٢) الوسائل ١٢ : ٢٨٣، الباب الأوّل من أبواب آداب التجارة، الحديث ٢.

(٣) في (ش) : أو دين.

(٤) الوسائل ١٢ : ٢٨٦، الباب ٣ من أبواب آداب التجارة، الحديث ٢.

فلو كان للمشتري خياراً فسخ به ولم يكن محتاجاً إليها.

﴿ وهل تشرع الإقالة في زمن الخيار ؟ الأقرب : نعم ﴾ لشمول الأدلة له ، خصوصاً الحديث السابق ، فإنه لم يتقيد بتوقف المطلوب عليها ﴿ ولا يكاد تتحقق الفائدة ﴾ في الإقالة حينئذٍ ﴿ إلا إذا قلنا هي بيع ﴾ فيترتب عليها أحكام البيع من الشفعة وغيرها ، بخلاف الفسخ ﴿ أو قلنا بأن الإقالة من ذي الخيار إسقاط للخيار ﴾ لدالاتها على الالتزام بالبيع . وإسقاط الخيار لا يختص بلفظ ، بل يحصل بكل ما دل عليه من قول وفعل ، وتظهر الفائدة حينئذ فيما لو تبين بطلان الإقالة فليس له الفسخ بالخيار .

﴿ ويحتمل سقوط خياره بنفس طلبها مع علمه بالحكم ﴾ لما ذكرناه من الوجه ، ومن ثم قيل بسقوط الخيار لمن قال لصاحبه : اختر^(١) وهو مروى^(٢) أيضاً . والأقوى عدم السقوط في الحالين^(٣) لعدم دلالاته على الالتزام حتى بالالتزام . ويجوز أن يكون مطلوبه من الإقالة تحصيل الثواب بها فلا ينافي إمكان فسخه بسبب آخر ، وهو من أتم الفوائد .

﴿ الرابع : عدم تزيين المتاع ﴾ ليرغب فيه الجاهل مع عدم غاية أخرى للزينة . أمّا تزيينه لغاية أخرى كما لو كانت الزينة مطلوبة عادة فلا بأس .

﴿ الخامس : ذكر العيب ﴾ الموجود في متاعه ﴿ إن كان ﴾ فيه عيب

(١) لم نعثر عليه ونسبه المحقق الثاني في جامع المقاصد ٤ : ٢٨٥ ، والشارح في المسالك ٣ :

١٩٧ إلى الشيخ ، ولكن لم نظفر به في كتب الشيخ ، كما استغرب السيد العاملي في مفتاح

الكرامة ٤ : ٥٤٤ هذه النسبة وأن الشيخ صرح بخلافها في المبسوط والخلاف .

(٢) أنظر السنن ٥ : ٢٦٩ ، وكنز العمال ٤ : ٩٢ ، الحديث ٩٦٩٠ .

(٣) الإقالة وطلب الإقالة .

ظاهراً كان أم خفياً؛ للخبر^(١) ولأن ذلك من تمام الإيمان والنصيحة.

﴿ السادس : ترك الحلف على البيع والشراء ﴾ قال ﷺ : « ويل للتاجر من لا والله وبلى والله »^(٢) وقال ﷺ : « من باع واشترى فليحفظ خمس خصال، وإلا فلا يشتري ولا يبيع : الربا، والحلف، وكتمان العيب، والمدح إذ باع، والذم إذا اشترى »^(٣) وقال الكاظم عليه السلام : « ثلاثة لا ينظر الله إليهم : أحدهم رجل اتخذ الله عز وجل بضاعة لا يشتري إلا بيمين ولا يبيع إلا بيمين »^(٤) وموضع الأدب الحلف صادقاً، أما الكاذب فعليه لعنة الله.

﴿ السابع : المسامحة فيهما وخصوصاً في شراء آلات الطاعات ﴾ فإن ذلك موجب للبركة والزيادة، وكذا يستحب في القضاء والاقضاء^(٥) للخبر^(٦).

﴿ الثامن : تكبير المشتري ﴾ ثلاثاً ﴿ وتشهده الشهادتين بعد الشراء ﴾ وليقل بعدهما : « اللهم إنني اشتريته التمس فيه من فضلك فاجعل لي فيه فضلاً، اللهم إنني اشتريته التمس فيه رزقاً فاجعل لي فيه رزقاً »^(٧).

﴿ التاسع : أن يقبض ناقصاً ويدفع راجحاً، نقصاناً ورجحاناً لا يؤدي إلى الجهالة ﴾ بأن يزيد كثيراً بحيث يجهل مقداره تقريباً.

(١) أنظر الوسائل ١٢ : ٢٨٤ - ٢٨٥، الباب ٢ من أبواب آداب التجارة الحديثين ٢ و ٣.

(٢) الوسائل ١٢ : ٣١٠، الباب ٢٥ من أبواب آداب التجارة، الحديث ٥.

(٣) الوسائل ١٢ : ٢٨٤، الباب ٢ من أبواب آداب التجارة، الحديث ٢.

(٤) الوسائل ١٢ : ٣٠٩ - ٣١٠، الباب ٢٥ من أبواب آداب التجارة، الحديث ٢.

(٥) القضاء هنا بمعنى أداء الدين، والاقضاء : أخذ الحق.

(٦) أنظر الوسائل ١٢ : ٣٣٢، الباب ٤٢ من أبواب آداب التجارة.

(٧) كما في الخبرين المرويين في الوسائل ١٢ : ٣٠٤، الباب ٢٠ من أبواب آداب التجارة

ولو تنازعا في تحصيل الفضيلة قدّم من بيده الميزان والمكيال؛ لأنّه الفاعل
المأمور بذلك، زيادة على كونه معطياً وآخذاً.

﴿ العاشر: أن لا يمدح أحدهما سلعته ولا يذمّ سلعة صاحبه ﴾ للخبر
المتقدّم وغيره^(١) ﴿ ولو ذمّ سلعة نفسه بما لا يشتمل على الكذب فلا بأس ﴾.

﴿ الحادي عشر: ترك الربح على المؤمنين ﴾ قال الصادق عليه السلام: «ربح
المؤمن على المؤمن حرام، إلا أن يشتري بأكثر من مئة درهم فاربح عليه قوت
يومك، أو يشتريه للتجارة فاربحوا عليهم وارفقوا بهم»^(٢) ﴿ إلا مع الحاجة فيأخذ
منهم نفقة يوم ﴾ له ولعياله ﴿ موزّعة على المعاملين ﴾ في ذلك اليوم مع
انضباطهم، وإلا ترك الربح على المعاملين بعد تحصيل قوت يومه. كل ذلك مع
شرائهم للقوت، أمّا للتجارة فلا بأس مع الرفق، كما دلّ عليه الخبر.

﴿ الثاني عشر: ترك الربح على الموعود بالإحسان ﴾ بأن يقول له: «هلمّ
أحسن إليك» فيجعل إحسانه الموعود به ترك الربح عليه، قال الصادق عليه السلام: «إذا
قال الرجل للرجل هلمّ أحسن بيعك يحرم عليه الربح»^(٣) والمراد به الكراهة
المؤكّدة.

﴿ الثالث عشر: ترك السبق إلى السوق والتأخّر فيه ﴾ بل يبادر إلى قضاء
حاجته ويخرج منه؛ لأنّه مأوى الشياطين كما أنّ المسجد مأوى الملائكة^(٤)
فيكون على العكس. ولا فرق في ذلك بين التاجر وغيره، ولا بين أهل السوق

(١) الوسائل ١٢: ٢٨٥، الباب ٢ من أبواب آداب التجارة، الحديث ٣.

(٢) المصدر السابق: ٢٩٣، الباب ١٠ من أبواب آداب التجارة، الحديث الأوّل.

(٣) الوسائل ١٢: ٢٩٢، الباب ٩ من أبواب آداب التجارة، الحديث الأوّل.

(٤) أنظر الوسائل ١٢: ٣٤٤-٣٤٥، الباب ٦٠ من أبواب آداب التجارة.

عادةً وغيرهم.

﴿ الرابع عشر : ترك معاملة الأذنين ﴾ وهم الذين يحاسبون على الشيء الدون^(١) أو من لا يسره الإحسان ولا تسوؤه الإساءة، أو من لا يبالي بما قال ولا ما قيل فيه ﴿ والمحارفين ﴾ - بفتح الراء - وهم الذين لا يبارك لهم في كسبهم، قال الجوهرى : رجل محارف - بفتح الراء - أي محدود محروم، وهو خلاف قولك : مبارك، وقد حورف كسب فلان : إذا شدد عليه في معاشه، كأنه ميل برزقه عنه^(٢) ﴿ والمؤوفين ﴾ أي ذوي الآفة والنقص في أبدانهم، للنهي عنه في الأخبار، معللاً بأنهم أظلم شيء^(٣) ﴿ والأكراد ﴾ للحديث عن الصادق عليه السلام، معللاً بأنهم حيي من أحياء الجن كشف الله عنهم الغطاء^(٤) ونهي فيه أيضاً عن مخالطتهم^(٥) ﴿ وأهل الذمة ﴾ للنهي عنه^(٦) ولا يتعدى إلى غيرهم من أصناف الكفار؛ للأصل، والفارق ﴿ وذوي الشبهة^(٧) في المال ﴾ كالظلمة؛ لسريان شبههم إلى ماله.

﴿ الخامس عشر : ترك التعرض للكيل أو* الوزن إذا لم يحسن ﴾ حذراً من الزيادة والتقصان المؤدبين إلى المحرّم. وقيل : يحرم حينئذٍ؛ للنهي عنه في

(١) في مصححة (ر) : الأدون.

(٢) الصحاح ٤ : ١٣٤٢، (حرف).

(٣) أنظر الوسائل ١٢ : ٣٠٧، الباب ٢٢ من أبواب آداب التجارة.

(٤) المصدر السابق : الباب ٢٣ من أبواب آداب التجارة.

(٥) أنظر الوسائل ١٢ : ٣٠٨، الباب ٢٣ من أبواب آداب التجارة.

(٦) أنظر الوسائل ١٢ : ٣٠٨ - ٣٠٩، الباب ٢٤ من أبواب آداب التجارة، الحديثين ١ و ٧.

(٧) في (ش) و (ف) : الشبه.

(*) في (ق) و (س) بدل «أو» : و.

الأخبار^(١) المقتضي للتحريم. وحمل على الكراهة.

﴿ السادس عشر : ترك الزيادة في السلعة وقت النداء ﴾ عليها من الدلائل، بل يصبر حتى يسكت ثم يزيد إن أراد، لقول علي عليه السلام : « إذا نادى المنادي فليس لك أن تزيد، وإنما يحرم الزيادة النداء ويحلها السكوت »^(٢).

﴿ السابع عشر : ترك السوم ﴾ وهو الاشتغال بالتجارة ﴿ ما بين طلوع الفجر إلى طلوع الشمس ﴾ لنهي النبي صلى الله عليه وآله وسلم عنه^(٣) ولأنه وقت دعاءٍ ومسألةٍ لله تعالى، لا وقت تجارة، وفي الخبر: « أن الدعاء فيه أبلغ في طلب الرزق من الضرب في البلاد »^(٤).

﴿ الثامن عشر : ترك دخول المؤمن في سوم أخيه ﴾ المؤمن ﴿ بيعاً وشراءً ﴾ بأن يطلب ابتياع الذي يريد أن يشتريه ويبدل زيادة عنه ليقدمه البائع، أو يبذل للمشتري متاعاً غير ما اتفق هو والبائع عليه؛ لقول النبي صلى الله عليه وآله وسلم : « لا يسوم الرجل على سوم أخيه »^(٥) وهو خبرٌ معناه النهي، ومن ثم قيل: بالتحريم^(٦) لأنه الأصل في النهي. وإنما يكره أو يحرم ﴿ بعد التراضي أو قربه ﴾ فلو ظهر له

(١) قال في مفتاح الكرامة (٤ : ١٣٧) : ولم نجد القائل بالتحريم ولا النهي، نعم في المرسل

[الوسائل ١٢ : ٢٩٢، الباب ٨ من أبواب آداب التجارة وفيه حديث واحد] هذا لا ينبغي

له، وهو مع إرساله غير ظاهر في التحريم، بل يعطي الكراهية كما عليه الجماعة.

(٢) الوسائل ١٢ : ٣٣٧، الباب ٤٩ من أبواب آداب التجارة، الحديث الأول.

(٣) المصدر السابق : ٢٩٥، الباب ١٢ من أبواب آداب التجارة، الحديث ٢.

(٤) الوسائل ٤ : ١١١٧، الباب ٢٥ من أبواب الدعاء، الحديث الأول.

(٥) الوسائل ١٢ : ٣٣٨، الباب ٤٩ من أبواب آداب التجارة، الحديث ٣ وانظر السنن ٥ : ٣٤٥.

(٦) قاله الشيخ في المبسوط ٢ : ١٦٠، والراوندي في فقه القرآن ٢ : ٤٥، وابن إدريس في

السرائر ٢ : ٢٣٥، وصححه المحقق الثاني في جامع المقاصد ٤ : ٥١.

ما يدلّ على عدمه فلا كراهة ولا تحريم.

﴿ ولو كان السوم بين اثنين ﴾ سواء دخل أحدهما على النهي أم لا، بأن ابتدأ فيه معاً قبل محلّ النهي ﴿ لم يجعل نفسه بدلاً من أحدهما ﴾ لصدق الدخول في السوم.

﴿ ولا كراهية فيما يكون في الدلالة ﴾ لأنّها موضوعة عرفاً لطلب الزيادة ما دام الدلال يطلبها، فإذا حصل الاتفاق بين الدلال والغريم^(١) تعلّقت الكراهة؛ لأنّه لا يكون حينئذ في الدلالة وإن كان بيد الدلال.

﴿ وفي كراهية طلب المشتري من بعض الطالبين الترك له نظر ﴾ من عدم صدق الدخول في السوم من حيث الطلب منه، ومن مساواته له في المعنى حيث أراد أن يحرمه مطلوبه. والظاهر القطع بعدم التحريم على القول به في السوم، وإنّما الشكّ في الكراهة ﴿ ولا كراهية في ترك الملتمس منه ﴾ لأنّه قضاء حاجة لأخيه، وربما استحبتّ إجابته لو كان مؤمناً، ويحتمل الكراهة لو قلنا بكراهة طلبه؛ لإعانتته له على فعل المكروه. وهذه الفروع من خواصّ الكتاب.

﴿ التاسع عشر: ترك توكلّ حاضر لبادٍ ﴾ وهو الغريب الجالب للبلد وإن كان قروياً، قال النبي ﷺ: « لا يتوكلّ حاضر لباد، دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض »^(٢) وحمل بعضهم النهي على التحريم^(٣) وهو حسن لو صحّ الحديث،

(١) معناه: الدائن، المديون، الخصم. ويصحّ استعماله في المشتري باعتبار كلّ من المعاني.

(٢) الوسائل ١٢: ٣٢٨، الباب ٣٧ من أبواب آداب التجارة، الحديث ٣، وفيه: « لا يبيع حاضر لباد » ولم نعثر على غيره.

(٣) وهو الشيخ في المبسوط ٢: ١٦٠، والخلاف ٣: ١٧٢، المسألة ٢٨١ من كتاب البيوع،

وابن إدريس في السرائر ٢: ٢٣٦، وغيرهما، وقال المحقّق الثاني في جامع المقاصد ٤:

٥٢: والأصحّ التحريم.

وإلا فالكره أوجه، للتسامح في دليلها.

وشروطه: ابتداء الحضريّ به، فلو التمس منه الغريب فلا بأس به. وجهل الغريب بسعر البلد، فلو علم به لم يكره، بل كانت مساعدته محض الخير. ولو باع مع النهي انعقد وإن قيل بتحريمه، ولا بأس بشراء البلديّ له؛ للأصل.

﴿ العشرون: ترك التلقّي ﴾ للركبان^(١) وهو الخروج إلى الركب القاصد إلى بلد للبيع عليهم أو الشراء منهم ﴿ وحده: أربعة فراسخ ﴾ فما دون، فلا يكره ما زاد؛ لأنّه سفر للتجارة. وإنّما يكره ﴿ إذا قصد ﴾ الخروج لأجله، فلو اتّفق مصادفة الركب في خروجه لغرض لم يكن به بأس. و ﴿ مع جهل البائع أو المشتري ﴾ القادم ﴿ بالسعر ﴾ في البلد، فلو علم به لم يكره، كما يشعر به تعليقه ﷺ في قوله: « لا يتلقّ أحدكم تجارة خارجاً من المصر، والمسلمون يرزق الله بعضهم من بعض »^(٢) والاعتبار بعلم من يعامله خاصّة.

﴿ و ﴾ كذا ينبغي ﴿ ترك شراء ما يتلقّي ﴾ ممن اشتراه من الركب بالشرائط ومن ترتبت يده على يده وإن ترامى، لقول الصادق عليه السلام: « لا تلقّ ولا تشتري ما يتلقّى ولا تأكل منه »^(٣) وذهب جماعة إلى التحريم^(٤) لظاهر النهي في هذه الأخبار.

(١) لم يرد « للركبان » في (ش) و (ف).

(٢) أورد صدره في الوسائل ١٢: ٣٢٦، الباب ٣٦ من أبواب آداب التجارة، الحديث ٥، وذيله في ٣٢٧، الباب ٣٧ من الأبواب، الحديث الأول.

(٣) الوسائل ١٢: ٣٢٦، الباب ٣٦ من أبواب آداب التجارة، الحديث ٢.

(٤) منهم الشيخ في المبسوط ٢: ١٦٠، والخلاف ٣: ١٧٢، المسألة ٢٨٢ من كتاب البيوع، وابن إدريس في السرائر ٢: ٢٣٧ - ٢٣٨، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد ٤: ٣٧ وغيرهم.

وعلى القولين يصحّ البيع ﴿ ولا خيار ﴾ للبائع والمشتري ﴿ إلا مع الغبن ﴾ فيختير المغبون على الفور في الأقوى.

ولا كراهة في الشراء والبيع منه بعد وصوله إلى حدود البلد بحيث لا يصدق التلقّي وإن كان جاهلاً بسعره؛ للأصل. ولا في بيع نحو المأكول والعلف عليهم وإن تلقّى.

﴿ الحادي والعشرون : ترك الحُكْرة ﴾ - بالضمّ - وهو جمع الطعام وحبسه يتربّص به الغلاء. والأقوى تحريمه مع حاجة الناس إليه؛ لصحة الخبر بالنهي عنه عن النبيّ (١) ﷺ وأنه « لا يحتكر الطعام إلاّ خاطئ » (٢) و« أنّه ملعون » (٣).

وإنّما تثبت الحُكْرة ﴿ في ﴾ سبعة أشياء : ﴿ الحنطة والشعير والتمر والزبيب والسمن والزيت والملح ﴾ وإنّما يكره إذا وجد باذل غيره يكتفي به الناس ﴿ ولو لم يوجد غيره وجب البيع ﴾ مع الحاجة. ولا يتقيّد بثلاثة أيّام في الغلاء وأربعين في الرخص. وما روي من التحديد بذلك (٤) محمول على حصول الحاجة في ذلك الوقت؛ لأنّه مظنتّها ﴿ ويسعّر* عليه ﴾ حيث يجب عليه البيع ﴿ إن أجحف ﴾ في الثمن؛ لما فيه من الإضرار المنفيّ ﴿ وإلا فلا ﴾ ولا يجوز التسعير في الرخص مع عدم الحاجة قطعاً. والأقوى أنّه مع الإجحاف

(١) أنظر الوسائل ١٢ : ٣١٥، الباب ٢٧ من أبواب آداب التجارة، الحديث ١٣ وغيره في

نفس الباب، وكنز العمال ٤ : ١٨٢، الحديث ١٠٠٦٩ و ١٠٠٧١.

(٢) الوسائل ١٢ : ٣١٤، الباب ٢٧ من أبواب آداب التجارة، الحديث ٨.

(٣) المصدر المتقدم : ٣١٣، الحديث ٣.

(٤) الوسائل ١٢ : ٣١٢-٣١٣، الباب ٢٧ من أبواب آداب التجارة، الحديث الأوّل.

(*) في (ق) و (س) : سعّر.

حيث يؤمر به لا يسعّر عليه أيضاً، بل يؤمر بالنزول عن المجحف وإن كان في معنى التسعير، إلا أنه لا يحصر في قدر خاص.

﴿ الثاني والعشرون : ترك الربا في المعدود على الأقوى ﴾ للأخبار الصحيحة الدالة على اختصاصه بالكيل والموزون^(١) وقيل : يحرم فيه أيضاً^(٢) استناداً إلى رواية^(٣) ظاهرة في الكراهة ﴿ وكذا في النسيئة ﴾ في الربوي ﴿ مع اختلاف الجنس ﴾ كالتمر بالزبيب. وإما كرهه فيه؛ للأخبار الدالة على النهي عنه^(٤) إلا أنها في الكراهة أظهر؛ لقوله ﷺ : « إذا اختلف الجنس فبيعوا كيف شئتم »^(٥) وقيل : بتحريمه^(٦) لظاهر النهي، كالسابق.

﴿ الثالث والعشرون : ترك نسبة الربح والوضيعة إلى رأس المال ﴾ بأن يقول : بعتك بمئة وربح المئة عشرة، أو وضيعتها؛ للنهي عنه^(٧) ولأنه بصورة الربا. وقيل : يحرم^(٨) عملاً بظاهر النهي. وترك نسبته كذلك أن يقول : بعتك بكذا وربح كذا، أو وضيعته.

(١) أنظر الوسائل ١٢ : ٤٣٤، الباب ٦ من أبواب الربا.

(٢) قاله المفيد في المقنعة : ٦٠٥، والديلمى في المراسم : ١٨٠، ونسبه في المختلف ٥ : ٨٤ إلى الإسكافي.

(٣) الوسائل ١٢ : ٤٤٩، الباب ١٦ من أبواب الربا، الحديث ٧.

(٤) الوسائل ١٢ : ٤٤٢ - ٤٤٣ الباب ١٣ من أبواب الربا، الحديث ٢، و ٤٥٣ الباب ١٧ الحديث ١٤.

(٥) عوالي اللآلئ ٣ : ٢٢١ الحديث ٨٦. وفيه : « الجنسان ».

(٦) قاله الشيخ في المبسوط ٢ : ٨٩.

(٧) الوسائل ١٢ : ٣٨٥ - ٣٨٦، الباب ١٤ من أبواب أحكام العقود.

(٨) قاله الشيخ في النهاية : ٣٨٩.

﴿ الرابع والعشرون : ترك بيع ما لم يقبض ^(١) ممّا يكال أو يوزن ﴾ للنهي عنه في أخبار صحيحة ^(٢) حملت على الكراهة، جمعاً بينها وبين ما دلّ على الجواز ^(٣) والأقوى التحريم، وفاقاً للشيخ رحمته الله في المبسوط مدّعياً للإجماع ^(٤) والعلامة رحمته الله في التذكرة والإرشاد ^(٥) لضعف روايات الجواز المقتضية لحمل النهي في الأخبار الصحيحة على غير ظاهره.

(١) كذا في نسختي المتن ومصحّحة (ش) من الشرح، وفي سائر نسخه: ما لا يقبض.

(٢) الوسائل ١٢ : ٣٨٧ - ٣٩٢، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١ و ٥ و ١١ وغيرها.

(٣) المصدر المتقدم: الحديث ٦ و ١٩.

(٤) المبسوط ٢ : ١١٩.

(٥) التذكرة ١٠ : ١٢٢، والإرشاد ١ : ٣٨٢.

﴿ الفصل الثالث ﴾

﴿ في بيع الحيوان ﴾

وهو قسمان : أناسي^(١) وغيره . ولما كان البحث عن البيع موقوفاً على الملك وكان تملك الأول موقوفاً على شرائط نبه عليه أولاً ثم عقبه بأحكام البيع . والثاني وإن كان كذلك ، إلا أن لذكر ما يقبل الملك منه محلاً آخر بحسب ما اصطالحوا عليه ، فقال :

﴿ والأناسي تملك بالسبي مع الكفر الأصلي ﴾ وكونهم غير ذمة . واحترز بالأصلي عن الارتداد ، فلا يجوز السبي وإن كان المرتد بحكم الكافر في جملة من الأحكام ﴿ و ﴾ حيث يملكون بالسبي ﴿ يسري الرق ﴾ في أعقابهم ﴿ وإن أسلموا بعد ﴾ الأسر ﴿ ما لم يعرض ﴾ لهم ﴿ سبب محرر ﴾ من عتق أو كتابة أو تنكيل ، أو رحم على وجه .

﴿ والملقوظ في دار الحرب رقّ إذا لم يكن فيها مسلم ﴾ صالح لتولده منه ﴿ بخلاف ﴾ لقيط ﴿ دار الإسلام ﴾ فإنه حرّ ظاهراً ﴿ إلا أن يبلغ ﴾ ويرشد على الأقوى ﴿ ويقرّ على نفسه بالرقّ ﴾ فيقبل منه على أصحّ القولين^(٢) لأن « إقرار

(١) بفتح الهمزة ، جمع إنسيّ بكسر الهمزة وفتحها .

(٢) القائل بالقبول هو العلامة في المختلف ٥ : ٢٣٧ ، والقواعد ٢ : ٢٨ ، وبعدم القبول هو ابن

العقلاء على أنفسهم جائز»^(١) وقيل: لا يقبل؛ لسبق الحكم بحرّيته شرعاً ولا يتعقبها الرقّ بذلك^(٢) وكذا القول في لقيط دار الحرب إذا كان فيها مسلم. وكلّ مقرّ بالرقية بعد بلوغه ورشده وجهالة نسبه مسلماً كان أم كافراً، لمسلم أقرّ أم كافر، وإن بيع على الكافر لو كان المقرّ مسلماً.

﴿ والمسيبي حال الغيبة يجوز تملكه، ولا خمس فيه ﴾ للإمام عليه السلام ولا لفريقه وإن كان حقّه أن يكون للإمام عليه السلام خاصة؛ لكونه مغنوماً بغير إذنه، إلاّ أنّهم عليهم السلام أذنوا لنا في تملكه كذلك^(٣) ﴿ رخصة ﴾ منهم لنا. وأمّا غيرنا فتقرّ يده عليه ويحكم له بظاهر الملك؛ للشبهة^(٤) كتملك الخراج والمقاسمة، فلا يؤخذ منه بغير رضاه مطلقاً.

﴿ ولا يستقرّ للرجل ملك الأصول ﴾ وهم الأبوان وآبأؤهما وإن علوا
﴿ والفروع ﴾ وهم الأولاد ذكوراً وإناثاً وإن سفلن ﴿ والإناث المحرّمات ﴾
كالعمّة والخالة والأخت ﴿ نسباً ﴾ إجماعاً ﴿ ورضاعاً ﴾ على أصحّ القولين^(٥)
للخبر الصحيح معللاً فيه بأنّه «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»^(٦) ولأنّ الرضاع لحمة كلحمه النسب.

(١) الوسائل ١٦ : ١١١، الباب ٣ من كتاب الإقرار، الحديث ٢.

(٢) القائل ابن إدريس وسبق التخرّيج في الهامش رقم ٢ من الصفحة المتقدّمة.

(٣) راجع الوسائل ٦ : ٣٧٨ - ٣٨٦، الباب ٤ من أبواب الأتفال وما يختص بالإمام.

(٤) يعني الشبهة الاعتقاديّة.

(٥) من القائلين بعدم الملك الصدوق في المقنع : ٤٦٨، والشّيخ في النهاية : ٥٤٠،

وابن حمزة في الوسيلة : ٣٤٠. والقائل بالملك هو المفيد في المقنعة : ٥٩٩، والديلمي في

المراسم : ١٧٨، وابن إدريس في السرائر ٢ : ٣٤٣، وغيرهم.

(٦) الوسائل ١٦ : ١٢، الباب ٨ من كتاب العتق، الحديث ٣.

﴿ ولا ﴾ يستقرّ ﴿ للمرأة ملك العمودين ﴾ الآباء وإن علوا والأولاد وإن سفلوا، ويستقرّ على غيرهما وإن حرم نكاحه كالأخ والعَمّ والخال وإن استحدّ لها إعتاق المحرم.

وفي إحقاق الخنثى هنا بالرجل أو المرأة نظر، من الشكّ في الذكورية التي هي سبب عتق غير العمودين فيوجب الشكّ في عتقهم والتمسك بأصانة بقاء المنك، ومن إمكانها فيعتقون؛ لبنائه على التغليب. وكذا الإشكال لو كان مملوكاً. وإحقاقه بالأنتى في الأوّل وبالذكر في الثاني^(١) لا يخلو من قوّة، تمسكاً بالأصل فيهما. والمراد بعدم استقرار ملك من ذكر: أنّه يملك ابتداءً بوجود سبب الملك أنّاً قليلاً لا يقبل غير العتق ثم يعتقون؛ إذ لولا الملك لما حصل العتق. ومن عبّر من الأصحاب بأنّهما لا يملكان ذلك^(٢) تجوّز في إطلاقه على المستقرّ. ولا فرق في ذلك كلّ بين الملك القهريّ والاختياريّ، ولا بين الكلّ والبعض، فيقوم عليه باقبة إن كان مختاراً على الأقوى.

وقرابة الشبهة^(٣) بحكم الصحيح، بخلاف قرابة الزنا على الأقوى؛ لأنّ الحكم الشرعي يتبع الشرع، لا اللغة.

ويفهم من إطلاقه - كغيره - الرجل والمرأة أنّ الصبيّ والصبيّة لا يعتق عليهم ذلك لو ملكوه إلى أن يبلغوا، والأخبار^(٤) مطلقة في الرجل والمرأة كذلك. ويعضده أصالة البراءة وإن كان خطاب الوضع غير مقصور على المكلف.

(١) المراد بالأوّل كون الخنثى مالكا، وبالثاني كونه مملوكاً.

(٢) كالصدوق في المقنع: ٤٦٨، والمحقّق في الشرايع ٥٦: ٢.

(٣) أي الحاصلة بالوطء بالشبهة.

(٤) الوسائل ١٣: ٢٩، الباب ٤ من أبواب بيع الحيوان.

﴿ ولا تمنع الزوجية من الشراء فتبطل ﴾ الزوجية ويقع الملك، فإن كان المشتري الزوج استباحها بالملك، وإن كانت الزوجة حرم عليها وطء مملوكها مطلقاً^(١) وهو موضع وفاق. وعلل ذلك بأن التفصيل في حلّ الوطء^(٢) يقطع الاشتراك بين الأسباب، وباستلزامه اجتماع علتين على معلول واحد. ويضعف بأنّ علل الشرع معرّفات.

وملك البعض كالكل؛ لأنّ البضع لا يتبعّض.

﴿ والحمل يدخل ﴾ في بيع الحامل ﴿ مع الشرط ﴾ أي شرط دخوله، لا بدونه في أصحّ القولين^(٣) للمغايرة، كالثمرة. والقائل بدخوله مطلقاً ينظر إلى أنّه كالجزء من الأمّ، وفرّج عليه عدم جواز استثنائه، كما لا يجوز استثناء الجزء المعيّن من الحيوان. وعلى المختار لا تمنع جهالته من دخوله مع الشرط؛ لأنّه تابع، سواء قال: «بعتكها وحملها» أم «وشرطت لك حملها» ولو لم يكن معلوماً وأريد إدخاله فالعبارة الثانية ونحوها، لا غير. ولو لم يشترطه واحتمل وجوده عند العقد وعدمه فهو للمشتري؛ لأصالة عدم تقدّمه. فلو اختلفا في وقت العقد قدّم قول البائع مع اليمين وعدم البيّنة؛ للأصل.

والبيض تابع مطلقاً، لا كالحمل، كسائر الأجزاء وما يحتويه البطن.

(١) تزويجاً وملكاً.

(٢) يعني التفصيل في قوله تعالى: (إِلَّا عَلَىٰ أَرْوَاحِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ) المؤمنون: ٦.

(٣) القول بدخول الحمل في البيع مع الشرط للمفيد في المقنعة: ٦٠٠، والشيخ في النهاية: ٤٠٨، وسلار في المراسم: ١٧٨. والقول بأنّ الحمل تابع للحامل مع الإطلاق للشيخ في المبسوط ٢: ١٥٦، وأتباعه كالقاضي في جواهر الفقه: ٦٠، المسألة ٢٢١، وابن حمزة في الوسيلة: ٢٤٨.

﴿ ولو شرط فسقط قبل القبض رجع ﴾ المشتري من الثمن ﴿ بنسبته ﴾ لفوات بعض المبيع ﴿ بأن يقوّم حاملاً ومجهضاً ﴾ أي مسقطاً، لا حائلاً؛ للاختلاف ومطابقة الأوّل للواقع. ويرجع بنسبة التفاوت بين القيمتين من الثمن.

﴿ ويجوز ابتياع جزء مشاع من الحيوان ﴾ كالنصف والثلث ﴿ لا معيّن ﴾ كالرأس والجلد، ولا يكون شريكاً بنسبة قيمته على الأصحّ؛ لضعف مستند الحكم بالشركة^(١) وتحقّق الجهالة، وعدم القصد إلى الإشاعة، فيبطل البيع بذلك، إلا أن يكون مذبوحاً، أو يراد ذبحه، فيقوى صحّة الشرط.

﴿ ويجوز النظر إلى وجه المملوكة إذا أراد شراءها، وإلى محاسنها ﴾ وهي مواضع الزينة - كالكفّين والرجلين والشعر - وإن لم يأذن المولى. ولا تجوز الزيادة عن ذلك إلا بإذنه، ومعه يكون تحليلاً يتبع ما دلّ عليه لفظه حتّى العورة. ويجوز مسّ ما أبيح له نظره مع الحاجة. وقيل: يباح له النظر إلى ما عدا العورة بدون الإذن^(٢) وهو بعيد.

﴿ ويستحبّ تغيير اسم المملوك عند شرائه ﴾ أي بعده، وقوى في الدروس اطّراده في الملك الحادث مطلقاً^(٣) ﴿ والصدقة عنه بأربعة دراهم ﴾ شرعيّة ﴿ وإطعامه ﴾ شيئاً ﴿ حلواً ﴾.

﴿ ويكره وطء ﴾ الأمة ﴿ المولودة من الزنا بالملك أو بالعقد ﴾ للنهي عنه

(١) مستنده رواية السكوني، راجع الوسائل ١٣ : ٤٩، الباب ٢٢ من أبواب بيع الحيوان، الحديث ٢.

(٢) قد يستفاد هذا القول من كلام العلامة في التذكرة ١٠ : ٣٣٨، كما نسبه إليه في المسالك ٣ : ٣٨١.

(٣) الدروس ٣ : ٢٢٤.

في الخبر، معللاً بأنّ ولد الزنا لا يفلح وبالعار^(١) وقيل : يحرم بناءً على كفره^(٢) وهو ممنوع.

﴿ والعبد لا يملك ﴾ شيئاً مطلقاً على الأقوى، عملاً بظاهر الآية^(٣) والأكثر على أنه يملك في الجملة، فقيل : فاضل الضريبة^(٤) وهو مروّي^(٥) وقيل : أرش الجناية^(٦) وقيل : ما ملّكه مولاه معهما^(٧) وقيل : مطلقاً^(٨) لكنّه سجور عليه بالرقّ، استناداً إلى أخبار^(٩) يمكن حملها على إباحة تصرّفه في ذلك بالإذن، جمعاً.

وعلى الأوّل ﴿ فلو اشتراه ومعه مال فللبايع ﴾ لأنّ الجميع مال المولى، فلا يدخل في بيع نفسه؛ لعدم دلالته عليه ﴿ إلا بالشرط، فيراعى فيه شروط

(١) مستدرک الوسائل ١٧ : ٤٣٣، الباب ٢٥ من أبواب كتاب الشهادات، الحديث ٥،

والوسائل ١٤ : ٣٣٨، الباب ١٤ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، الحديث ٨.

(٢) قاله ابن إدريس في السرائر ٢ : ٣٥٣.

(٣) النحل : ٧٥.

(٤) ذهب إليه المحقق في المختصر النافع : ١٣٢.

(٥) الوسائل ١٣ : ٣٤، الباب ٩ من أبواب بيع الحيوان، الحديث الأوّل.

(٦) نسب ذلك الفاضل الآبي والصيمري إلى الشيخ، أنظر النهاية : ٥٤٣، وكشف الرموز ١ :

٥١٢، وغاية المرام ٢ : ١٠٤.

(٧) يعني مع فاضل الضريبة وأرش الجناية، قاله الشيخ في النهاية : ٥٤٣ كما نسبه إليه الشهيد

في غاية المرام ٢ : ١٣٠، والصيمري في غاية المرام ٢ : ١٠٤، إلا أنه قال : يملك التصرف

لا رقية المال.

(٨) قاله المحقق في الشرايع ٢ : ٥٨.

(٩) أنظر الوسائل ١٦ : ٢٨ - ٢٩، الباب ٢٤ من كتاب العتق، و ٥٥، الباب ٥١.

المبيع ﴿ من كونه معلوماً لهما أو ما في حكمه ^(١) وسلامته من الربا - بأن يكون الثمن مخالفاً لجنسه الربويّ، أو زائداً عليه - وقبض مقابل الربويّ في المجلس، وغيرها.

﴿ ولو جعل العبد ﴿ لغيره ﴿ جُعلاً على شرائه لم يلزم ﴿ لعدم صحّة تصرّفه بالحجر وعدم الملك. وقيل: يلزم إن كان له مال بناءً على القول بملكه ^(٢) وهو ضعيف.

﴿ ويجب ﴿ على البائع ﴿ استبراء الأمة قبل بيعها ﴿ إن كان قد وطئها وإن عزل ﴿ بحيضة أو مضيّ خمسة وأربعين يوماً في من لا تحيض وهي في سنّ من تحيض * . ويجب على المشتري أيضاً استبرائها ﴿.

﴿ إلا أن يخبره الثقة بالاستبراء ﴿ والمراد بالثقة: العدل، وإتّما عبّر به تبعاً للرواية ^(٣) مع احتمال الاكتفاء بمن تسكن النفس إلى خبره. وفي حكم إخباره له بالاستبراء إخباره بعدم وطئها. ﴿ أو تكون لامرأة ﴿ وإن أمكن تحليلها لرجل؛ لإطلاق النصّ ^(٤) ولا يلحق بها العتّين والمجبوب والصغير الذي لا يمكن في حقّه الوطء وإن شارك فيما ظنّ كونه علّة؛ لبطان القياس. وقد يجعل بيعها من امرأة ثم شراؤها منها وسيلة إلى إسقاط الاستبراء، نظراً إلى إطلاق النص، من غير التفات إلى التعليل بالأمن من وطئها؛ لأنّها ليست منصوطة، ومنع العلّة المستنبطة وإن

(١) مثل أن يكون تابعاً، أو ممّا تكفي فيه المشاهدة.

(٢) النهاية: ٤١٢.

(*) في (ق) و (س): وهي في سنّ المحيض.

(٣) الوسائل ١٤: ٥٠٣، الباب ٦ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الأحاديث ١ و ٣ و ٤.

(٤) المصدر المتقدم: ٥٠٤، الباب ٧، الحديث الأوّل.

كانت مناسبة ﴿ أو تكون يائسة ﴾ أو صغيرة، أو حائضاً، إلاّ زمان حيضها وإن بقي منه لحظة.

﴿ واستبراء الحامل بوضع الحمل ﴾ مطلقاً؛ لإطلاق النهي عن وطئها في بعض الأخبار حتى تضع ولدها^(١) واستثنى في الدروس ما لو كان الحمل عن زنا فلا حرمة له^(٢) والأقوى الاكتفاء بمضيّ أربعة أشهر وعشرة أيّام لحملها وكراهة وطئها بعدها، إلاّ أن يكون من زنا فيجوز مطلقاً على كراهية، جمعاً بين الأخبار الدالّ بعضها على المنع مطلقاً كالسابق، وبعض على التحديد بهذه الغاية^(٣) بحمل الزائد على الكراهة.

﴿ ولا يحرم في مدّة الاستبراء غير الوطء ﴾ قبلاً ودبراً من الاستمتاع على الأقوى، للخبر الصحيح^(٤) وقيل: يحرم الجميع^(٥) ولو وطئ في زمن الاستبراء أثم وعزّر مع العلم بالتحريم، ولحق بها الولد؛ لأنّه فراش كوطئها حائضاً. وفي سقوط الاستبراء حينئذ وجه؛ لانتفاء فائدته حيث قد اختلط الماءان. والأقوى وجوب الاجتناب بقيّة المدّة؛ لإطلاق النهي فيها. ولو وطئ الحامل بعد مدّة الاستبراء عزل، فإن لم يفعل كره بيع الولد، واستحبّ له عزل قسط من ماله يعيش به؛ للخبر معللاً بتغذيته بنطفته وأنّه شارك في إتمامه^(٦) وليس في الأخبار تقدير القسط.

(١) الوسائل ١٤ : ٥٠٥، الباب ٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث الأوّل.

(٢) الدروس ٣ : ٢٢٨.

(٣) الوسائل ١٤ : ٥٠٥، الباب ٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث ٣.

(٤) المصدر السابق : ٥٠٤، الباب ٦ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث ٥.

(٥) قاله الشيخ في المبسوط ٢ : ١٤٠.

(٦) الوسائل ١٤ : ٥٠٧، الباب ٩ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث ٢.

وفي بعضها: أنه يعتقه ويجعل له شيئاً يعيش به؛ لأنه غذاه بنطفته^(١).

وكما يجب الاستبراء في البيع يجب في كل ملك زائل وحادث بغيره من العقود وبالسبي والإرث، وقصره على البيع ضعيف. ولو باعها من غير استبراء أثم وصح البيع وغيره. ويتعين حينئذ تسليمها إلى المشتري ومن في حكمه إذا طلبها؛ لصيرورتها ملكاً له. ولو أمكن إيقاؤها برضاه مدة الاستبراء - ولو بالوضع في يد عدل - وجب، ولا يجب على المشتري الإجابة.

﴿ ويكره التفرقة بين الطفل والأم قبل سبع سنين ﴾ في الذكر والأنثى. وقيل: يكفي في الذكر حولان^(٢) وهو أجود؛ لثبوت ذلك في حضانة الحرّة، ففي الأمة أولى؛ لفقد النصّ هنا. وقيل: يحرم التفريق في المدّة^(٣) لتضافر الأخبار بالنهي عنه^(٤) وقد قال ﷺ: «من فرّق بين والدته وولدها فرّق الله بينه وبين أحبّته»^(٥) ﴿ والتحرّيم أحوط ﴾ بل أقوى.

وهل يزول التحريم أو^(٦) الكراهة برضاها أو رضى الأم؟ وجهان، أجودهما ذلك. ولا فرق بين البيع وغيره على الأقوى. وهل يتعدّى الحكم إلى غير الأمّ من الأرحام المشاركة لها في الاستئناس

(١) الوسائل ١٤ : ٥٠٧، الباب ٩ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث ١ و ٣.

(٢) ذهب إليه الشيخ في النهاية : ٥٠٣ - ٥٠٤، وابن إدريس في السرائر ٢ : ٦٥١ وغيرهما.

(٣) قاله المفيد في المقنعة : ٦٠١، والشيخ في النهاية : ٤١٠، وسأّر في المراسم : ١٧٨، وغيرهم.

(٤) الوسائل ١٣ : ٤١، الباب ١٣ من أبواب بيع الحيوان.

(٥) مستدرک الوسائل ١٣ : ٣٧٥، الباب ١٠ من أبواب بيع الحيوان، الحديث ٤، وفيه: «وبين أحبّائه في الجنة».

(٦) في (ع) بدل «أو»: و.

والشفقة، كالأخت والعمة والخالة؟ قولان^(١) أجودهما ذلك؛ لدلالة بعض الأخبار^(٢) عليه. ولا يتعدى الحكم إلى البهيمية؛ للأصل، فيجوز التفرقة بينهما بعد استغنائه عن اللبن مطلقاً، وقبله إن كان ممّا يقع عليه الذكاة، أو كان له ما يمونه من غير لبن أمّه. وموضع الخلاف بعد سقي الأمّ اللباً^(٣) أمّا قبله فلا يجوز مطلقاً؛ لما فيه من التسبب إلى هلاك الولد، فإنّه لا يعيش بدونه، على ما صرح به جماعة^(٤).

﴿ وهنا مسائل ﴾

﴿ الأولى ﴾ :

﴿ لو حدث في الحيوان عيب قبل القبض فللمشتري الردّ والأرش ﴾ أمّا الردّ فموضع وفاق، وأمّا الأرش فهو أصحّ القولين^(٥) لأنّه عوض عن جزء فائت، وإذا كانت الجملة مضمونة على البائع قبل القبض فكذا أجزاءها. ﴿ وكذا ﴾ لو حدث ﴿ في زمن الخيار ﴾ المختصّ بالمشتري أو المشترك بينه وبين البائع أو غيره؛ لأنّ الجملة فيه مضمونة على البائع أيضاً. أمّا لو كان الخيار مختصّاً بالبائع

(١) قول بالتحريم أو الكراهة، كما في المبسوط ٢: ٢١، والتذكرة ١٠: ٣٣٦، وجامع المقاصد

٤: ١٥٨ - ١٥٩. وقول بالجواز وعدم التحريم والكراهة، كما في التحرير ٢: ٤٠٩.

(٢) أنظر الوسائل ١٣: ٤١، الباب ١٣ من أبواب بيع الحيوان، الحديث الأوّل.

(٣) اللبأ - كعنب - أوّل اللبن عند الولادة.

(٤) منهم العلامة في التذكرة ١٠: ٣٣٥، والكركي في جامع المقاصد ٤: ١٥٨.

(٥) القول بجواز أخذ الأرش للشيخ في النهاية: ٣٩٥، والمحقّق في الشرايع ٢: ٣٦، والعلامة

في التذكرة ١١: ٨٣. وأمّا القول بعدم الأرش فهو للشيخ في الخلاف ٣: ١٠٩، المسألة

١٧٨، وابن إدريس في السرائر ٢: ٣٠٥، واختاره المحقّق في نكت النهاية ٢: ١٦٢.

أو مشتركاً بينه وبين أجنبيّ، فلا خيار للمشتري.

هذا إذا كان التعيب من قبل الله تعالى أو من البائع. ولو كان من أجنبيّ فللمشتري عليه الأرش خاصّة ولو كان بتفريط المشتري فلا شيء ﴿ وكذا ﴾ الحكم في ﴿ غير الحيوان ﴾.

بل في تلف المبيع أجمع، إلا أن الرجوع فيه بمجموع القيمة. فإن كان التلف من قبل الله تعالى والخيار للمشتري ولو بمشاركة غيره فالتلف من البائع، وإلا فمن المشتري. وإن كان التلف من البائع أو من أجنبيّ وللمشتري خيار واختار الفسخ والرجوع بالثمن، وإلا رجع على المتلف بالمثل أو القيمة. ولو كان الخيار للبائع والمتلف أجنبيّ أو المشتري تخيّر ورجع على المتلف.

﴿ الثانية ﴾ :

﴿ لو حدث ﴾ في الحيوان ﴿ عيب من غير جهة المشتري في زمن الخيار فله الردّ بأصل الخيار ﴾ لأنّ العيب الحادث غير مانع منه هنا؛ لأنّه مضمون على البائع فلا يكون مؤثراً في رفع الخيار. ﴿ والأقرب جواز الردّ بالعيب أيضاً ﴾ لكونه مضموناً.

﴿ وتظهر الفائدة لو أسقط الخيار الأصلي والمشترط ﴾ فله الردّ بالعيب. وتظهر الفائدة أيضاً في ثبوت الخيار بعد انقضاء الثلاثة وعدمه، فعلى اعتبار خيار الحيوان خاصّة يسقط الخيار، وعلى ما اختاره المصنّف رحمته الله يبقى؛ إذ لا يتقيّد خيار العيب بالثلاثة وإن اشترط حصوله في الثلاثة فما قبلها، وغايته ثبوته فيها بسببين، وهو غير قادح، فإنّها معرّفات يمكن اجتماع كثير منها في وقت واحد، كما في خيار المجلس والحيوان والشرط والغبن إذا اجتمعت في عين واحدة قبل التفرّق.

﴿ وقال الفاضل نجم الدين أبو القاسم ﴿ جعفر بن سعيد رحمته الله ﴿ في
الدرس ﴿ على ما نقل عنه ^(١): ﴿ لا يردّ إلا بالخيار، وهو ينافي حكمه في الشرائع
بأنّ الحدث ﴿ الموجب لنقص الحيوان ﴿ في الثلاثة من مال البائع ﴿ وكذا
التلف ^(٢) ﴿ مع حكمه ﴿ فيها بعد ذلك بلا فصل ﴿ بعدم الأرش فيه ﴿ فإنه إذا كان
مضموناً على البائع كالجمله لزمه الحكم بالأرش - إذ لا معنى لكون الجزء مضموناً
إلا ثبوت أرشه؛ لأنّ الأرش عوض الجزء الفاتت - أو التخيير بينه وبين الردّ،
كما أنّ ضمان الجمله يقتضي الرجوع بمجموع عوضها وهو الثمن.

والأقوى التخيير ^(٣) بين الردّ والأرش كالمتقدّم ^(٤) لاشتراكهما في ضمان
البائع وعدم المانع من الردّ، وهو المنقول عن شيخه نجيب الدين بن نما رحمته الله ^(٥).
ولو كان حدوث العيب بعد الثلاثة منع الردّ بالعيب السابق، لكونه غير
مضمون على البائع مع تعيّر المبيع، فإنّ ردّه مشروط ببقائه على ما كان فيثبت في
السابق الأرش خاصّة.

﴿ الثالثة ﴾ :

﴿ لو ظهرت الأمة مستحقّة فأغرم ﴿ المشتري ﴿ الواطئ العشر ﴿ إن
كانت بكرة ﴿ أو نصفه ﴿ إن كانت ثيباً؛ لما تقدّم من جواز رجوع المالك على

(١) لم نظفر بمن نقل ذلك عن المحقق في من تقدّم على الشهيد الأوّل.

(٢) الشرائع ٢ : ٥٧.

(٣) في (ف) و (ر) : التخيير.

(٤) يعني كالعيب المتقدّم على البيع أو القبض إذا ظهر بعد القبض، فإنه يوجب التخيير.

(٥) نقله عنه في الدروس ٣ : ٢٨٩.

المشتري - عالماً كان أم جاهلاً - بالعين ومنافعها المستوفاة وغيرها، وأن ذلك هو عوض بضع الأمة، للنصّ الدالّ على ذلك^(١) ﴿ أو مهر المثل ﴾ لأنّه القاعدة الكلّيّة في عوض البُضع بمنزلة قيمة المثل في غيره، وإطراحاً للنصّ الدالّ على التقدير بالعشر أو نصفه^(٢) وهذا التردد توقّف من المصنّف في الحكم، أو إشارة إلى القولين^(٣) لا تخيير بين الأمرين، والمشهور منهما الأوّل ﴿ و ﴾ أغرم ﴿ الأجرة ﴾ عمّا استوفاه من منافعها أو فاتت تحت يده ﴿ وقيمة الولد ﴾ يوم ولادته ولو كان قد أحبلها وولده حيّاً ﴿ رجع بها ﴾ أي بهذه المذكورات جُمع ﴿ على البائع مع جهله ﴾ بكونها مستحقّة؛ لما تقدّم من رجوع المشتري الجاهل بفساد البيع على البائع بجميع ما يغرّمه^(٤).

والغرض من ذكر هذه هنا التنبيه على مقدار ما يرجع به مالك الأمة على مشتريها الواطئ لها مع استيلادها. ولا فرق في ثبوت العقر^(٥) بالوطء بين علم الأمة بعدم صحّة البيع وجهلها على أصحّ القولين^(٦) وهو الذي يقتضيه إطلاق

(١) و (٢) الوسائل ١٤ : ٥٧٧ - ٥٧٨، الباب ٦٧ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث الأوّل.

(٣) قول بغير العشر إن كانت بكرًا ونصف العشر إن كانت ثيباً، وهو للشيخ في الخلاف ٣ : ١٥٨، المسألة ٢٥١، والمحقّق في الشرايع ٢ : ٥٩، والعلامة في التحرير ٢ : ٤٠٩. وقول بغير مهر المثل، وهو لابن إدريس في السرائر ٢ : ٣٤٧ - ٣٤٨ و ٥٩٧.

(٤) تقدّم في الصفحة ١٩١ - ١٩٢.

(٥) لهذه الكلمة معان، والمراد بها هنا ما يؤخذ بإزاء الوطء.

(٦) اختاره العلامة في المختلف ٦ : ١٢٥ - ١٢٦، والتذكرة (الحجريّة) ٢ : ٣٩٦، وأمّا القول بعدم العقر حالة علمها فهو للكركي في جامع المقاصد ٤ : ٣١٦.

العبارة؛ لأنّ ذلك حقّ للمولى (وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى) ^(١) ولا تصير بذلك أمّ ولد؛ لأنّها في نفس الأمر ملك غير الواطئ.

وفي الدروس ^(٢): لا يرجع عليه بالمهر إلّا مع الإكراه استناداً إلى أنّه لا مهر لبغي ^(٣) ويضعّف بما مرّ ^(٤) وأنّ المهر المنفيّ مهر الحرّة بظاهر الاستحقاق ^(٥) ونسبة المهر، ومن ثمّ يطلق عليها المهيرة. ولو نقصت بالولادة ضمن نقصها مضافاً إلى ما تقدّم. ولو ماتت ضمن القيمة.

وهل يضمن مع ما ذكر أرش البكارة لو كانت بكرة، أم يقتصر على أحد الأمرين؟ ^(٦) وجهان، أجمدهما عدم التداخل؛ لأنّ أحد الأمرين عوض الوطاء وأرش البكارة عوض جنائية، فلا يدخل أحدهما في الآخر.

ولو كان المشتري عالماً باستحقاقها حال الانتفاع لم يرجع بشيء. ولو علم مع ذلك بالتحريم كان زانياً والولد رقّ، وعليه المهر مطلقاً. ولو اختلفت حاله - بأن كان جاهلاً عند البيع ثم تجدد له العلم - رجع بما غرمه حال الجهل وسقط الباقي.

﴿ الرابعة ﴾ :

﴿ لو اختلف مولى مأذون ﴾ وغيره ﴿ في عبد أعتقه المأذون عن الغير، ولا بيّنة ﴾ لمولى المأذون ولا للغير ﴿ حلف المولى ﴾ أي مولى المأذون واسترقّ

(١) الأنعام : ١٦٤ .

(٢) الدروس ٣ : ٢٣٠ .

(٣) السنن الكبرى للبيهقي ٦ : ٦ .

(٤) من أنّ المهر حقّ للمولى .

(٥) المستفاد من اللام في قوله : « لبغي » .

(٦) العشر إن كانت بكرة، ونصف العشر إن كانت ثيباً .

العبد المعتق؛ لأنَّ يده على ما بيد المأذون فيكون قوله مقدماً على من خرج عند عدم البيّنة.

﴿ ولا فرق بين كونه ﴾ أي العبد الذي أعتقه المأذون ﴿ أباً للمأذون أو لا ﴾ وإن كانت الرواية^(١) تضمّنت كونه أباه، لاشتراكهما في المعنى المقتضي لترجيح قول ذي اليد ﴿ ولا بين دعوى مولى الأب شراءه من ماله ﴾ بأن يكون قد دفع للمأذون مالاً يتّجر به فاشترى أباه من سيّده بماله ﴿ وعدمه ﴾ لأنّه على التقدير الأوّل يدّعي فساد البيع، ومدّعي صحّته مقدّم. وعلى الثاني خارج؛ لمعارضة يده القديمة يد المأذون الحادثة فيقدّم، والرواية تضمّنت الأوّل ﴿ ولا بين استتجاره على حجّ وعدمه ﴾ لأنّ ذلك لا مدخل له في الترجيح وإن كانت الرواية تضمّنت الأوّل.

والأصل في هذه المسألة رواية عليّ بن أشيم عن الباقر عليه السلام في من دفع إلى مأذون ألفاً ليعتق عنه نسمة ويحجّ عنه بالباقي فأعتق أباه وأحجّه بعد موت الدافع، فادّعى وارثه ذلك، وزعم كلّ من مولى المأذون ومولى الأب أنّه اشتراه بماله، فقال: «إنّ الحجّة تمضي ويردّ رقاً لمولاه حتى يقيم الباقر بيّنة»^(٢) وعمل بمضمونها الشيخ^(٣) ومن تبعه^(٤) ومال إليه في الدروس^(٥) والمصنّف هنا وجماعة أطحوا الرواية، لضعف سندها ومخالفتها لأصول المذهب في ردّ العبد إلى مولاه

(١) سيأتي ذكرها.

(٢) الوسائل ١٣ : ٥٣، الباب ٢٥ من أبواب بيع الحيوان، الحديث الأوّل.

(٣) النهاية : ٤١٤.

(٤) وهو القاضي ابن البرّاج على ما نسب إليه في المختلف ٥ : ٢٤١.

(٥) الدروس ٣ : ٢٣٣.

مع اعترافه ببيعه ودعواه فساد، ومدّعي الصحة مقدّم، وهي^(١) مشتركة بين الآخرين، إلا أنّ مولى المأذون أقوى يداً، فيقدّم.

واعتذر في الدروس عن ذلك بأنّ المأذون بيده مالٌ لمولى الأب وغيره، وبتصادم الدعاوي المتكافئة يرجع إلى أصالة بقاء الملك على مالكة، قال: ولا تعارضه فتواهم بتقديم دعوى الصحة على الفساد؛ لأنّها مشتركة بين متقابلين متكافئين، فتساقط^(٢).

وفيها نظر؛ لمنع تكافئها مع كون من عدا مولاة خارجاً والداخل مقدّم فسقطا، دونه، ولم يتمّ الأصل. ومنه يظهر عدم تكافؤ الدعويين الآخرين، لخروج الأمر وورثته عمّا في يد المأذون التي هي بمنزلة يد سيّده، والخارجة لا تكافئ الداخل فتقدّم. وإقرار المأذون بما في يده لغير المولى غير مسموع فلزم إطراح الرواية. ولاشتمالها على مضيّ الحجّ، مع أنّ ظاهر الأمر حجّه بنفسه ولم يفعل، ومجامعة صحّة الحجّ لعوده رقاً وقد حجّ بغير إذن سيّده فما اختاره هنا أوضح.

ونبه بقوله: «ولا بين دعوى مولى الأب شراءه من ماله وعدمه» على خلاف الشيخ ومن تبعه^(٣) حيث حكموا بما ذكر مع اعترافهم بدعوى مولى الأب فساد البيع. وعلى خلاف العلامة^(٤) حيث حملها على إنكار مولى الأب البيع لافسادّه، هرباً من تقديم مدّعي الفساد، والتجاءً إلى تقديم منكر بيع عبده.

(١) أي دعوى الصحة.

(٢) الدروس ٣: ٢٣٣.

(٣) راجع الهامش رقم ٣ و ٤ من الصفحة السابقة.

(٤) المختلف ٥: ٢٤٢.

وقد عرفت ضعف تقديم مدّعي الفساد. ويضعّف الثاني بمنافاته لمنطوق الرواية الدالّة على دعوى كونه اشترى بماله.

هذا كلّ مع عدم البيّنة، ومعها تقدّم إن كانت لواحد. ولو كانت لاثنين أو للجميع بني على تقديم بيّنة الداخل أو الخارج عند التعارض، فعلى الأوّل الحكم كما ذكر، وعلى الثاني يتعارض الخارجان. ويقوى تقديم ورثة الأمر بمرجّح الصحّة.

واعلم أنّ الاختلاف يقتضي تعدّد المختلفين، والمصنّف اقتصر على نسبه إلى مولى المأذون، وكان حقّه إضافة غيره معه، وكأّنه اقتصر عليه لدلالة المقام على الغير، أو على ما اشتهر من المتنازعين في هذه المادّة.

﴿ الخامسة ﴾ :

﴿ لو تنازع المأذونان بعد شراء كلّ منهما صاحبه في الأسبق ﴾ منهما ليظل بيع المتأخّر؛ لبطان الإذن بزوال الملك ﴿ ولا بيّنة ﴾ لهما ولا لأحدهما بالتقدّم ﴿ قيل : يقرع ﴾ والقائل بها مطلقاً غير معلوم، والذي نقله المصنّف وغيره^(١) عن الشيخ : القول بها مع تساوي الطرفين^(٢) عملاً برواية وردت بذلك^(٣) وقيل بها مع اشتباه السابق أو السبق^(٤).

﴿ وقيل : يمسح الطريق ﴾ التي سلكها كلّ واحد منهما إلى مولى الآخر،

(١) الدروس ٣ : ٢٣٣، والمختلف ٥ : ٢٣٢.

(٢) النهاية : ٤١٢، والاستبصار ٣ : ٨٣، ذيل الحديث ٢٧٩.

(٣) الوسائل ١٣ : ٤٦، الباب ١٨ من أبواب بيع الحيوان، الحديث ٢.

(٤) المختلف ٥ : ٢٣٤.

ويحكم بالسبق لمن طريقه أقرب مع تساويهما في المشي، فان تساويا بطل البيعان، لظهور الاقتران^(١).

هذا إذا لم يجز المولى ان يبيع عقدهما فلا إشكال ﴿ في صحتهما .
 ﴿ ولو تقدّم العقد من أحدهما صحّ خاصّة ﴾ من غير توقّف على إجازة
 ﴿ إلا مع إجازة الآخر ﴾ فيصحّ العقدان . ولو كانا وكيلين صحّا معاً .

والفرق بين الإذن والوكالة : أنّ الإذن ما جعلت^(٢) تابعة للملك، والوكالة ما أباحت التصرف المأذون فيه مطلقاً . والفارق بينهما مع اشتراكهما في مطلق الإذن إمّا تصريح المولى بالخصوصيّتين، أو دلالة القرائن عليه . ولو تجرّد اللفظ عن القرينة لأحدهما فالظاهر حمله على الإذن، لدلالة العرف عليه .

واعلم أنّ القول بالقرعة مطلقاً لا يتمّ في صورة الاقتران؛ لأنّها لاظهار المشتبه، ولا اشتباه حينئذٍ، وأولى بالمنع تخصيصها في هذه الحالة . والقول بمسح الطريق مستند إلى رواية^(٣) ليست سليمة الطريق . والحكم للسابق مع علمه لإشكال فيه .

كما أنّ القول بوقوفه مع الاقتران كذلك، ومع الاشتباه تتجّه القرعة . ولكن مع اشتباه السابق يستخرج برقتين لإخراجه، ومع اشتباه السابق والاقتران ينبغي ثلاث رقع في إحداها الاقتران ليحكم بالوقوف معه .

(١) قاله المحقّق في المختصر النافع : ١٣٣ .

(٢) تأنيث الفعل باعتبار معنى الإذن، يعني الرخصة .

(٣) أنظر الوسائل ١٣ : ٤٦، الباب ١٨ من أبواب بيع الحيوان، الحديث الأوّل . ولعلّ عدم سلامة طريقها بالحسين بن محمّد وهو مشترك بين الثقة والضعيف ومعلّى بن محمّد فإنّه ضعيف وأبي خديجة أو أبي سلمة فإنّه مجهول . أنظر فهارس المسالك ١٦ : ٢٨٨، ٢٩٧ وجامع الرواة ٢ : ٣٨٣ و ٣٩١ .

هذا إذا كان شراؤهما لمولاهما. أمّا لو كان لأنفسهما - كما يظهر من الرواية - فإن أحلنا ملك العبد بطلا، وإن أجزناه صحّ السابق وبطل المقارن واللاحق حتماً، إذ لا يتصور ملك العبد لسيّده.

﴿ السادسة ﴾ :

﴿ الأمة المسروقة من أرض الصلح لا يجوز شراؤها ﴾ لأنّ مال أهلها محترم به ﴿ فلو اشتراها ﴾ أحد من السارق ﴿ جاهلاً ﴾ بالسرقة أو الحكم ﴿ ردّها ﴾ على بائعها ﴿ واستعاد ثمنها ﴾ منه ﴿ ولو لم يوجد الثمن ﴾ بأن أعسر البائع، أو امتنع عن ردّه ولم يمكن إجباره، أو بغير ذلك من الأسباب ﴿ ضاع ﴾ على دافعه. ﴿ وقيل ^(١) : تسعى ﴾ الأمة ﴿ فيه ﴾ لرواية مسكين السّمان عن الصادق عليه السلام ^(٢).

ويضعّف بجهالة الراوي، ومخالفة الحكم للأصول، حيث إنّها ملك للغير وسعيها كذلك، ومالكها لم يظلمه في الثمن فكيف يستوفيه من سعيها؟ مع أنّ ظالمه لا يستحقّها ولا كسبها، ومن ثمّ نسبه المصنّف إلى القول، تمريراً له.

ولكن يشكل حكمه بردّها إلاّ أن يحمل على ردّها على مالكها، لا على البائع، طرحاً للرواية ^(٣) الدالّة على ردّها عليه. وفي الدروس استقرب العمل بالرواية المشتملة على ردّها على البائع واستسعائها في ثمنها ^(٤) لو تعدّر على المشتري أخذه من البائع ووارثه مع موته. واعتذر عن الردّ إليه بأنّه تكليف له

(١) قائم الشيخ في النهاية : ٤١٤.

(٢) و (٣) الوسائل ١٣ : ٥٠، الباب ٢٣ من أبواب بيع الحيوان، الحديث الأوّل.

(٤) الدروس ٣ : ٢٣٢.

ليردّها إلى أهلها، إمّا لأنه سارق، أو لآثته ترتبت يده عليه، وعن استسعاتها بأنّ فيه جمعاً بين حق المشتري وحقّ صاحبها، نظراً إلى أنّ مال الحربي فيء في الحقيقة وإنّما صار محترماً بالصلح احتراماً عرضياً، فلا يعارض ذهاب مال محترم في الحقيقة.

ولا يخفى أنّ مثل ذلك لا يصلح لتأسيس مثل هذا الحكم، وتقريبه للنصّ إنّما يتمّ لو كانت الرواية ممّا تصلح للحجّة، وهي بعيدة عنه. وتكليف البائع بالردّ لا يقتضي جواز دفعها إليه كما في كلّ غاصب. وقدم يده لا أثر له في هذا الحكم، وإلّا لكان الغاصب من الغاصب يجب عليه الردّ إليه، وهو باطل. والفرق في المال بين المحترم بالأصل والعارض لا مدخل له في هذا الترجيح مع اشتراكهما في التحريم وكون المتلف للثمن ليس هو مولى الأمة، فكيف يستوفى من ماله؟ وينتقض بمال أهل الذمّة، فإنّ تحريمه عارض ولا يرجّح عليه مال المسلم المحترم بالأصل عند التعارض.

والأقوى إطراح الرواية بواسطة «مسكين» وشهرتها لم تبلغ حدّ وجوب العمل بها، وإنّما عمل بها الشيخ^(١) على قاعدته^(٢) واشتهرت بين أتباعه^(٣) وردّها المستنبطون^(٤) لمخالفتها للأصول.

والأقوى وجوب ردّ المشتري لها على مالكها أو وكيله أو وارثه، ومع

(١) النهاية : ٤١٤ .

(٢) وهي العمل بالرواية الضعيفة إذا حصل بها الوثوق في الجملة .

(٣) نقل العلامة في المختلف ٥ : ٢٤٠ عن ابن البرّاج القول بها تبعاً للشيخ .

(٤) أي الحلّيون كما في الدروس ٣ : ٢٣٣، وهم ابن ادريس في السرائر ٢ : ٣٥٦، والمحقّق

في السرائر ٢ : ٦١، والعلامة في المختلف ٥ : ٢٤٠ .

التعذر على الحاكم. وأما الثمن فيطالب به البائع مع بقاء عينه مطلقاً، ومع تلفه إن كان المشتري جاهلاً بسرقتها، ولا تستسعي الأمة مطلقاً.

﴿ السابعة ﴾ :

﴿ لا يجوز بيع عبد من عبيد ﴾ من غير تعيين، سواء كانا متساويين في القيمة والصفات أم مختلفين؛ لجهالة المبيع المقتضية للبطان ﴿ ولا ﴾ بيع ﴿ عبيد ﴾ كذلك؛ للعلّة. وقيل: يصحّ مطلقاً^(١) استناداً إلى ظاهر رواية ضعيفة^(٢) وقيل: يصحّ مع تساويهما من كلّ وجه كما يصحّ بيع قفيز من صبرة متساوية الأجزاء^(٣) ويضفّ بمنع تساوي العبدین علی وجه يلحق بالمثلّي. وضعف الصحة مطلقاً واضح.

﴿ ويجوز شراؤه ﴾ أي شراء العبد ﴿ موصوفاً ﴾ على وجه ترتفع الجهالة ﴿ سلماً ﴾ لأنّ ضابط المسلم فيه ما يمكن ضبطه كذلك، وهو منه كغيره من الحيوان إلا ما يستثنى ﴿ والأقرب جوازه ﴾ موصوفاً ﴿ حالاً ﴾ لتساويهما في المعنى المصحح للبيع ﴿ فلو ﴾ باعه عبداً كذلك و ﴿ دفع إليه عبيدین للتخيّر ﴾^(٤) أي ليتخيّر ما شاء منهما ﴿ فأبق أحدهما ﴾ من يده ﴿ بُني ﴾ ضمان الآبق ﴿ على

(١) قاله الشيخ في الخلاف ٣: ٣٨ المسألة ٥٤.

(٢) الوسائل ١٣: ٤٤، الباب ١٦ من أبواب بيع الحيوان وفيه حديث واحد. ولعلّ ضعفها بابن أبي حبيب في طريق الكافي والفقيه وهو مجهول. أنظر جامع الرواة ٢: ٤٢٨ أو بالسكوني في طريق الشيخ وهو ضعيف عامي. راجع فهارس المسالك ١٦: ٣٠١.

(٣) المختلف ٥: ٢٣١.

(٤) في (ف) و (ر): للتخيير، وفي نسخة (س) من المتن: ليتخيّر.

ضمان المقبوض بالسوم ﴿ وهو الذي قبضه ليشتريه فتلف في يده بغير تفريط ، فإن قلنا بضمانه - كما هو المشهور - ضمن هنا ؛ لأنه في معناه ؛ إذ الخصوصية ليست لقبض السوم ، بل لعموم قوله ﷺ : « على اليد ما أخذت حتى تؤدِّي » (١) وهو مشترك بينهما . وإن قلنا بعدم ضمانه - لكونه مقبوضاً بإذن المالك والحال أنه لا تفريط ، فيكون كالودعي - لم يضمن هنا .

بل يمكن عدم الضمان هنا وإن قلنا به ثم ؛ لأن المقبوض بالسوم مبيع بالقوة أو مجازاً بما يؤول إليه ، وصحيح المبيع وفاسده مضمون . بخلاف صورة الفرض ؛ لأن المقبوض ليس كذلك ، لوقوع البيع سابقاً وإنما هو محض استيفاء حق . لكن يندفع ذلك بأن المبيع لما كان أمراً كلياً وكان كل واحد من المدفوع صالحاً لكونه فرداً له كان في قوة المبيع ، بل دفعهما للتخير حصر له فيهما ، فيكون بمنزلة المبيع حيث إنه منحصر فيهما ، فالحكم هنا بالضمان أولى منه .

﴿ والمروي ﴾ عن الباقر عليه السلام بطريق ضعيف (٢) - ولكن عمل به الأكثر - ﴿ انحصار حقه فيهما ﴾ على سبيل الإشاعة ، لا كون حقه أحدهما في الجملة ﴿ وعدم ضمانه ﴾ أي الآبق ﴿ على المشتري ، فينسخ نصف المبيع ﴾ تنزيلاً للآبق منزلة التالف قبل القبض ، مع أن نصفه مبيع ﴿ ويرجع ﴾ المشتري ﴿ بنصف الثمن على البائع ﴾ وهو عوض التالف ﴿ ويكون ﴾ العبد ﴿ الباقي بينهما ﴾ بالنصف ﴿ إلا أن يجد الآبق يوماً فيتخير ﴾ في أخذ أيهما شاء ، وهو مبني على كونهما بالوصف المطابق للمبيع وتساويهما في القيمة .

(١) مستدرک الوسائل ١٤ : ٧ - ٨ ، الباب الأوّل من کتاب الوديعة ، الحديث ١٢ .

(٢) الوسائل ١٣ : ٤٤ - ٤٥ ، الباب ٦ من أبواب بيع الحيوان وفيه حديث واحد ، ولعلّ الضعف

بجهالة ابن أبي حبيب الواقع في سندها . راجع جامع الرواة ٢ : ٤٢٨ .

ووجه انحصار حقه فيهما كونه عيّنهما للتخيّر، كما لو حصر الحقّ في واحد. وعدم ضمان الآبق إمّا لعدم ضمان المقبوض بالسوم، أو كون القبض على هذا الوجه يخالف قبض السوم، للوجه الذي ذكرناه، أو غيره، أو تنزيلاً لهذا التخيّر منزلة الخيار الذي لا يضمن الحيوان التالف في وقته.

ويشكل بانحصار الحقّ الكلّي قبل تعيّن^(١) في فردين، ومنع ثبوت الفرق بين حصره في واحد وبقائه كلياً، وثبوت المبيع في نصف الموجود المقتضي للشركة مع عدم الموجب لها ثم الرجوع إلى التخيّر لو وجد الآبق، وأنّ دفعه الاثنين ليس تشخيصاً وإن حصر الأمر فيهما؛ لأصالة بقاء الحقّ في الذمة إلى أن يثبت المزيل شرعاً، كما لو حصره في عشرة وأكثر. هذا مع ضعف الرواية عن إثبات مثل هذه الأحكام المخالفة للأصول.

﴿ وفي انسحابه في الزيادة على اثنين إن قلنا به ﴾ في الاثنين وعملنا بالرواية ﴿ تردّد ﴾ من صدق العبد في الجملة وعدم ظهور تأثير الزيادة مع كون محلّ التخيّر زائداً عن الحقّ، والخروج عن المنصوص المخالف للأصل. فإن سحبنا الحكم وكانوا ثلاثة فأبق واحد فأتى المبيع وارتجع ثلث الثمن إلى آخر ما ذكر. ويحتمل بقاء التخيّر وعدم فوات شيء، سواء حكمنا بضمان الآبق أم لا؛ لبقاء محلّ التخيّر الزائد عن الحقّ.

﴿ وكذا لو كان المبيع غير عبد، كأمة ﴾ فدفع إليه أمتين أو إماء، وقطع في الدروس بثبوت الحكم هنا^(٢) ﴿ بل ﴾ في انسحاب الحكم في ﴿ آية^(٣) عين

(١) في سوى (ع) : تعيّنه.

(٢) الدروس ٣ : ٢٣١.

(٣) في نسخ الشرح : « أي » والصواب ما أثبتناه من نسختي المتن .

كانت ﴿ -كثوب وكتاب إذا دفع إليه منه اثنين أو أكثر - التردد : من المشاركة فيما ظنّ كونه علّة الحكم، وبطلان القياس. والذي ينبغي القطع هنا بعدم الانسحاب؛ لأنّه قياس محض لا نقول به.

ولو هلك أحد العبدین ففي انسحاب الحكم الوجهان : من أن تنزيل الإباق منزلة التلف يقتضي الحكم مع التلف بطريق أولى، ومن ضعفه بتنجيز التنصيف من غير رجاء لعود التخيّر، بخلاف الإباق. والأقوى عدم اللحاق.

هذا كلّه على تقدير العمل بالرواية نظراً إلى انجبار ضعفها بما زعموه من الشهرة. والذي أراه منع الشهرة في ذلك، وإنّما حكم الشيخ بهذه ونظائرها على قاعدته، والشهرةُ بين أتباعه خاصّة، كما أشرنا إليه في غيرها^(١).

والذي يناسب الأصل أن العبدین إن كانا مطابقين للمبيع تخيّر بين اختيار الآبق والباقي، فإن اختار الآبق ردّ الموجود ولا شيء له، وإن اختار الباقي انحصر حقه فيه وبني ضمان الآبق على ما سبق^(٢) ولا فرق حينئذ بين العبدین وغيرهما من الزائد والمخالف وهذا هو الأقوى.

(١) أشار إليه في الصفحة ٢٤٨ في رواية مسكين السّمان.

(٢) سبق في الصفحة ٢٤٩ - ٢٥٠.

﴿ الفصل الرابع ﴾

﴿ في بيع (١) الثمار ﴾

﴿ ولا يجوز بيع الثمرة قبل ظهورها ﴾ وهو بروزها إلى الوجود وإن كانت في طلع (٢) أو كمام (٣) ﴿ عاماً ﴾ واحداً، بمعنى ثمرة ذلك العام وإن وجدت في شهر أو أقل، سواء في ذلك ثمرة النخل وغيرها - وهو موضع وفاق - وسواء ضم إليها شيئاً أم لا ﴿ ولا ﴾ يبيعا قبل ظهورها أيضاً ﴿ أزيد ﴾ من عام ﴿ على الأصح ﴾ للغرر، ولم يخالف فيه إلا الصدوق (٤) لصحيفة يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام الدالة على الجواز (٥) ولا يخلو من قوة إن لم يثبت الإجماع على خلافه.

(١) لم يرد «بيع» في سوى (ع).

(٢) ما يطلع من النخلة ثم يصير ثمرها إن كانت أنثى، وإن كانت النخلة ذكراً لم يصير ثمرها بل يؤكل طرياً، ويترك على النخلة أياماً معلومة حتى يصير فيه شيء أبيض مثل الدقيق، وله رائحة ذكية، فيلقح به الأنثى، المصباح المنير (طلع).

(٣) الكيم - بالكسر - وعاء الطلع وغطاء النور، والجمع: أكمام، والكيم والكيمامة - بكسرهما - مثله، وجمع الكيم: أكمة، مثل سلاح وأسلحة، المصباح المنير (كم).

(٤) أنظر المقنع: ٣٦٦، والفتاوى: ٣: ٢٤٩، الحديث ٣٩٠٣.

(٥) الوسائل ١٣: ٤ - ٥، الباب الأول من أبواب بيع الثمار، الحديث ٨.

﴿ ويجوز ﴾ بيعها ﴿ بعد بدو صلاحها ﴾ إجماعاً ﴿ وفي جوازه قبله بعد الظهور ﴾ من غير ضميمة ولا زيادة عن عام ولا مع الأصل ولا بشرط القطع ﴿ خلاف ، أقربه الكراهة ﴾ ﴿ جمعاً بين الأخبار بحمل ما دلّ منها على النهي على الكراهة . والقول الآخر للأكثر : المنع .

﴿ وتزول ﴾ الكراهة ﴿ بالضميمة ﴾ إلى ما يصحّ إفراده بالبيع ﴿ أو شرط القطع ﴾ وإن لم يقطع بعد ذلك مع تراضيها عليه ﴿ أو بيعها مع الأصول ﴾ وهو في معنى الضميمة .

﴿ وبدو الصلاح ﴾ المسوّغ للبيع مطلقاً أو من غير كراهة هو ﴿ احمرار التمر ﴾ بالمشثاة من فوق مجازاً في ثمرة النخل باعتبار ما يؤول إليه^(١) ﴿ أو اصفراره ﴾ فيما يصفر ﴿ أو انعقاد ثمرة غيره ﴾ من شجر الفواكه ﴿ وإن كانت في كمام ﴾ بكسر الكاف جمع أكمة^(٢) - بفتح الهمزة وكسر الكاف وفتح الميم مشددة - وهي غطاء الثمرة والنور كالرمان ، وكذا لو كانت في كمامين كالجوز واللوز ، وهذا هو الظهور المجوز للبيع أيضاً .

وإنما يختلف بدو الصلاح والظهور في النخل . ويظهر في غيرها عند جعله تناثر الزهر بعد الانعقاد ، أو تلون الثمرة ، أو صفاء لونها ، أو الحلاوة وطيب الأكل في مثل التفاح ، أو النضج في مثل البطيخ أو تناهي عظم بعضه في مثل القثاء ، كما زعمه الشيخ رحمته الله في المبسوط^(٣) .

(*) في (ق) و (س) : الكراهية .

(١) يعني إطلاق التمر على ثمرة النخل في حالة احمراره مجاز باعتبار ما يؤول إليه ، فإنها في حالة الإحمرار يقال لها : بُسر .

(٢) تقدّم في الهامش رقم ٣ في الصفحة السابقة عن المصباح المنير عكس هذا .

(٣) المبسوط ٢ : ١١٤ .

﴿ ويجوز بيع الخضر بعد انعقادها ﴾ وإن لم يتناه عظمها ﴿ لقطّة ولقطة ﴾ معيّنة ﴿ أي معلومة العدد ﴾ كما يجوز شراء الثمرة الظاهرة وما يتجدّد في تلك السنة وفي غيرها ﴿ مع ضبط السنين؛ لأنّ الظاهر^(١) منها بمنزلة الضميمة إلى المعلوم، سواء كانت المتجدّدة من جنس الخارجة أم غيره.

﴿ ويرجع في اللقطة إلى العرف ﴾ فما دلّ على صلاحيّته للقطع يقطع، وما دلّ على عدمه لصغره أو شكّ فيه لا يدخل. أمّا الأوّل فواضح. وأمّا المشكوك فيه فلاصالة بقائه على ملك مالكة وعدم دخوله فيما أخرج باللقط ﴿ ولو امتزجت الثانية ﴾ بالأولى لتأخير المشتري^(٢) قطعها في أوانه ﴿ تخيّر المشتري بين الفسخ والشركة ﴾ للتعيّب بها، ولتعذرّ تسليم المبيع منفرداً. فإن اختار الشركة فطريق التخلّص بالصلح ﴿ ولو اختار الإمضاء فهل للبائع الفسخ، لعيب الشركة؟ نظر، أقربه ذلك إذا لم يكن تأخّر القطع بسببه ﴾ بأن يكون قد منع المشتري منه.

﴿ وحينئذ ﴾ أي حين إذ يكون الخيار للبائع ﴿ لو كان الاختلاط بتفريط المشتري مع تمكين البائع وقبض المشتري أمكن عدم الخيار ﴾ للمشتري؛ لأنّ التعيّب جاء من قبله فيكون دركه عليه، لا على البائع كما لو حصل مجموع التلف من قبله ﴿ ولو قيل: بأنّ الاختلاط إن كان قبل القبض تخيّر المشتري ﴾ مطلقاً، لحصول النقص مضموناً على البائع كما يضمن الجملة كذلك ﴿ وإن كان بعده فلا خيار لأحدهما ﴾ لاستقرار البيع بالقبض وبراءة البائع من دركه بعده ﴿ كان

(*) في نسختي المتن: أو.

(١) في (ر): الظاهرة.

(٢) أورد المحشون على هذا التقييد بأنّه يوجب اختصاص مفروض المسألة فيما لو كان التأخير

بسبب المشتري مع أنّه أعمّ، كما يظهر بالتأمّل في كلام المصنّف. راجع هامش (ر).

قويًا ﴿ وهذا القول لم يذكر في الدروس غيره جازماً به ^(١) وهو حسن إن لم يكن الاختلاط قبل القبض بتفريط المشتري، وإلاّ فعدم الخيار له أحسن ^(٢) لأنّ العيب من جهته فلا يكون مضموناً على البائع.

وحيث يثبت الخيار للمشتري بوجه لا يسقط ببذل البائع له ما شاء ولا الجميع على الأقوى؛ لأصالة بقاء الخيار وإن انتفت العلة الموجبة له، كما لو بذل للمغبون التفاوت، ولما في قبول المسموح به من المنة.

﴿ وكذا يجوز بيع ما يخرط ﴾ أصل الخرط: أن يقبض باليد على أعلى القضيب ثم يمرّها عليه إلى أسفله ليأخذ عنه الورق، ومنه المثل السائر «دونه خرط القتاد» والمراد هنا ما يقصد من ثمرته ورقه ﴿ كالحنّاء والتوت ﴾ بالتاءين المثنّتين من فوق ﴿ خرطة وخرطات، وما يجزّ كالرطبة ﴾ - بفتح الراء وسكون الطاء - وهي الفصة ^(٣) والقضب ^(٤) ﴿ والبقل ﴾ كالنعناع ﴿ جزّة وجزّات ﴾.

﴿ ولا تدخل الثمرة ﴾ بعد ظهورها ﴿ في بيع الأصول ﴾ مطلقاً ولا غيره من العقود، ﴿ إلاّ في ﴾ ثمرة ﴿ النخل ﴾ فإنّها تدخل في بيعه خاصّة ﴿ بشرط عدم التأبير ﴾ ولو نقل أصل النخل بغير البيع فكغيره من الشجر.

﴿ ويجوز استثناء ثمرة شجرة معيّنة أو شجرات ﴾ معيّنة ﴿ وجزء مشاع ﴾ كالنصف والثلث ﴿ وأرطال معلومة. وفي هذين ﴾ الفردين - وهما استثناء الجزء المشاع والأرطال المعلومة - ﴿ يسقط من الثنيا ﴾ وهو المستثنى ﴿ بحسابه ﴾

(١) الدروس ٣ : ٢٣٩.

(٢) في (ر) : حسن.

(٣) أصله : الفِصّة، والفِصّة لغة عاميّة، ويقال لها بالفارسيّة : يونجه.

(٤) ما يؤكل من النبات غضّاً طريّاً.

أي بنسبته إلى الأصل ﴿ لو خاست الثمرة ﴾ بأمر من الله تعالى ﴿ بخلاف المعين ﴾ كالشجرة والشجرات، فإن استثناءها كبيع الباقي منفرداً، فلا يسقط منها بتلف شيء من المبيع شيء؛ لامتياز حق كل واحد منهما عن صاحبه. بخلاف الأول؛ لأنه حق شائع في الجميع فيوزع الناقص عليهما إذا كان التلف بغير تفریط. قال المصنّف رحمته الله في الدروس: وقد يفهم من هذا التوزيع تنزيل شراء صاع من الصبرة على الإشاعة^(١) وقد تقدّم ما يرجّح عدمه^(٢) ففيه سؤال الفرق. وطريق توزيع النقص على الحصّة المشاعة: جعل الذاهب عليهما والباقي لهما على نسبة الجزء.

وأما في الأبطال المعلومة: فيعتبر الجملة بالتخمين وينسب إليها المستثنى، ثم ينظر الذاهب فيسقط منه بتلك النسبة.

(١) الدروس ٣: ٢٣٩.

(٢) الظاهر أنّ المراد: تقدّم من المصنّف في الدروس (٣: ٢٠١) ما يرجّح عدمه.

مسائل

[الأولى] (١):

﴿ لا يجوز بيع الثمرة بجنسها ﴾ أي نوعها الخاص كالغنب بالغنب والزبيب، والرطب بالرطب والتمر ﴿ على أصولها ﴾ أمّا بعد جمعها فيصحّ مع التساوي ﴿ نخلاً كان ﴾ المبيع ثمره ﴿ أو غيره ﴾ من التمار، إجماعاً في الأوّل وعلى المشهور في الثاني، تعدية للعلّة المنصوصة في المنع من بيع الرطب بالتمر (٢) وهي نقصانه عند الجفاف إن بيعت يابس، وتطرّق احتمال الزيادة في كلّ من العوضين الربويين. ولا فرق في المنع بين كون الثمن منها ومن غيرها، وإن كان الأوّل أظهر منعاً.

﴿ ويسمّى في النخل مزابنة ﴾ وهي مفاعلة من «الزبن» وهو الدفع، ومنه «الزبانية» سمّيت بذلك لبنائها على التخمين المقتضي للغبن، فيريد المغبون دفعه والغابن خلافه، فيتدافعان.

وخصّ التعريف بالنخل، للنصّ عليه بخصوصه مفسّراً به «المزابنة» في صحيحة عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن الصادق عليه السلام (٣) وألحق به غيره، لما ذكرناه (٤) وفي إلحاق اليابس وجه، والرطب نظر.

(١) لم يرد في المخطوطات.

(٢) الوسائل ١٢: ٤٤٥-٤٤٦، الباب ١٤ من أبواب الربا، الأحاديث ١ و ٢ و ٦ و ٧.

(٣) الوسائل ١٣: ٢٣، الباب ١٣ من أبواب بيع التمار، الحديث الأوّل.

(٤) وهو قوله: تعدية للعلّة المنصوصة.

﴿ ولا ﴾ بيع ﴿ السنبِل بحبّ منه أو من غيره من جنسه، ويسمّى محاقلَة ﴾ مأخوذة من الحقل جمع حَقلة^(١) وهي الساحة التي تزرع، سمّيت بذلك لتعلّقها بزرع في حقله، وخرج بالسنبِل يبعه قبل ظهور الحبّ، فإنّه جائز؛ لأنّه حينئذ غير مطعوم.

﴿ إلاّ العريّة ﴾ هذا استثناء من تحريم بيع المزابنة، والمراد بها النخلة تكون في دار الإنسان أو بستانه، فيشتري مالكهما أو مستأجرهما أو مستعيرهما رُطبها ﴿ بخرصها تمراً من غيرها ﴾ مقدّراً موصوفاً حالاً، وإن لم يقبض في المجلس، أو بلغت خمسة أوسق^(٢) ولا يجوز بتمر منها؛ لثلاثاً يتحدّ العوضان. ولا يعتبر مطابقة ثمرتها جاقّة لثمرتها في الواقع، بل تكفي المطابقة ظناً، فلو زادت عند الجفاف عنه أو نقصت لم يقدح في الصحّة.

ولا عريّة في غير النخل، فإنّ ألحقناه بالمزابنة وإلاّ لم يتقيّد بقيودها.

﴿ الثانية ﴾ :

﴿ يجوز بيع الزرع قائماً ﴾ على أصوله سواء أحصد^(٣) أم لا، قصد قصله أم لا؛ لأنّه قابل للعلم مملوك فتتناوله^(٤) الأدلّة، خلافاً للصدوق حيث شرط كونه

(١) كذا، و «حقله» واحدة من الجنس، والجمع: حقول. أنظر أساس البلاغة: ٩١، والمصباح المنير (حقل).

(٢) إشارة إلى خلاف بعض العامّة حيث خصّ الرخصة بما إذا كانت دون خمسة أوسق. أنظر الأمّ ٣: ٥٦، والخلاف ٣: ٩٥-٩٦، المسألة ١٥٤ و ١٥٦.

(٣) أحصد الزرع: حان حصاده.

(٤) في (ف) و (ع): فتناوله.

سنبلاً أو القصل^(١) ﴿ وحصيداً ﴾ أي محصوداً وإن لم يعلم مقدار ما فيه؛ لأنه حينئذ غير مكيل ولا موزون، بل يكفي في معرفته المشاهدة ﴿ وقصيلاً ﴾ أي مقطوعاً بالقوة، بأن شرط قطعه قبل أن يحصد لعلف الدواب، فإذا باعه كذلك وجب على المشتري قصله بحسب الشرط.

﴿ فلو لم يقصله المشتري فللبائع قصله ﴾ وتفريغ أرضه منه؛ لأنه حينئذ ظالم، ولا حق لعرق ظالم^(٢) ﴿ وله المطالبة بأجرة أرضه ﴾ عن المدة التي بقي فيها بعد إمكان قصله مع الإطلاق، وبعد المدة التي شرطاً قصله فيها مع التعيين. ولو كان شراؤه قبل أو أن قصله وجب على البائع الصبر إلى أوانه مع الإطلاق، كما لو باع الثمرة والزرع للحصاد.

ومقتضى الإطلاق جواز تولي البائع قطعه مع امتناع المشتري منه وإن قدر على الحاكم، وكذا أطلق جماعة^(٣).

والأقوى توقّفه على إذنه حيث يمتنع المشتري مع إمكانه، فإن تعدّد جاز له حينئذ مباشرة القطع، دفعاً للضرر المنفي^(٤) وله إيقاؤه والمطالبة بأجرة الأرض عن زمن العدوان، وأرض الأرض إن نقصت بسببه إذا كان التأخير بغير رضاه.

(١) المقنع: ٣٩٢.

(٢) كما ورد في الخبر، راجع الوسائل ١٧: ٣١١، الباب ٣ من أبواب الغصب، الحديث الأول.

(٣) أنظر النهاية: ٤١٥، والشرائع ٢: ٥٥، والقواعد ٢: ٣٤.

(٤) بقوله ﷺ: «لا ضرر...». راجع الوسائل ١٢: ٣٦٤، الباب ١٧ من أبواب الخيار،

﴿ الثالثة ﴾ :

﴿ يجوز أن يتقبل أحد الشريكين بحصة صاحبه من الثمرة ﴾ بخرص معلوم وإن كان منها ﴿ ولا يكون ﴾ ذلك ﴿ بيعاً ﴾ ومن ثم لم يشترط فيه شروط البيع، بل معاملة مستقلة، وفي الدروس أنه نوع من الصلح^(١) ﴿ و ﴾ يشكل بأنه ﴿ يلزم بشرط السلامة ﴾ فلو كان صلحاً للزم مطلقاً.

وظاهر المصنّف رحمته الله والجماعة: أن الصيغة بلفظ القَبالة^(٢) وظاهر الأخبار^(٣) تأديده بما دلّ على ما اتّفقا عليه. ويملك المتقبّل^(٤) الزائد ويلزمه لو نقص. وأمّا الحكم بأنّ قراره مشروط بالسلامة فوجهه غير واضح، والنصّ خال عنه. وتوجيهه بأنّ المتقبّل^(٥) لما رضي بحصة معينة في العين صار بمنزلة الشريك، فيه: أنّ العوض غير لازم كونه منها، وإن جاز ذلك فالرضا بالقدر، لا به مشتركاً، إلاّ أن ينزّل على الإشاعة كما تقدّم^(٦) ولو كان النقصان لا بأفة بل لخلل في الخرص لم ينقص شيء، كما لا ينقص لو كان بتفريط المتقبّل. وبعض الأصحاب سدّ باب هذه المعاملة، لمخالفتها للأصول الشرعيّة^(٧).

والحقّ أنّ أصلها ثابت، ولزومها مقتضى العقد، وباقي فروعها لا دليل عليه.

(١) الدروس ٣: ٢٣٨.

(٢) منهم المحقّق في الشرائع ٢: ٥٥، ويحيى بن سعيد الحلّي في الجامع للشرائع: ٢٦٥، والعلامة في القواعد ٢: ٣٦.

(٣) الوسائل ١٣: ١٨ - ٢٠، الباب ١٠ من أبواب بيع الثمار.

(٤) و (٥) في (ش) و (ف): المقبّل.

(٦) تقدّم في الصفحة ٢٥٦ - ٢٥٧.

(٧) أنظر السرائر ٢: ٤٥٠ - ٤٥١.

﴿ الرابعة ﴾ :

﴿ يجوز الأكل ممّا يمرّ به من ثمر النخل والفواكه والزرع، بشرط عدم القصد وعدم الإفساد ﴾ أمّا أصل الجواز فعليه الأكثر^(١) ورواه ابن أبي عمير مرسلًا عن الصادق عليه السلام^(٢) ورواه غيره^(٣).

وأما اشتراط عدم القصد فلدلالة ظاهر «المرور عليه» والمراد كون الطريق قريبة منها بحيث يصدق «المرور عليها» عرفاً، لا أن يكون طريقه على نفس الشجرة.

وأما الشرط الثاني فرواه عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام، قال: «يأكل منها ولا يفسد»^(٤) والمراد به أن يأكل كثيراً بحيث يؤثّر فيها أثراً يبتأ ويصدق معه «الإفساد» عرفاً، ويختلف ذلك بكثرة الثمرة والمارة وقلتهما.

وزاد بعضهم عدم علم الكراهة ولا ظنّها، وكون الثمرة على الشجرة^(٥).

﴿ ولا يجوز أن يحمل ﴾ معه شيئاً منها وإن قلّ؛ للنهي عنه صريحاً في الأخبار^(٦) ومثله أن يطعم أصحابه، وقوفاً فيما خالف الأصل على موضع الرخصة، وهو أكله بالشرط.

(١) منهم الشيخ في الخلاف ٦ : ٩٨، المسألة ٢٨، وابن إدريس في السرائر ٢ : ٣٧١، والمحقّق في الشرائع ٢ : ٥٥.

(٢) الوسائل ١٣ : ١٤، الباب ٨ من أبواب بيع الثمار، الحديث ٣.

(٣) المصدر المتقدم، أحاديث الباب نفسه.

(٤) الوسائل ١٣ : ١٧، الباب ٨ من أبواب بيع الثمار، الحديث ١٢.

(٥) أنظر المهذبّ البارع ٢ : ٤٤٦، والدروس ٣ : ٢١.

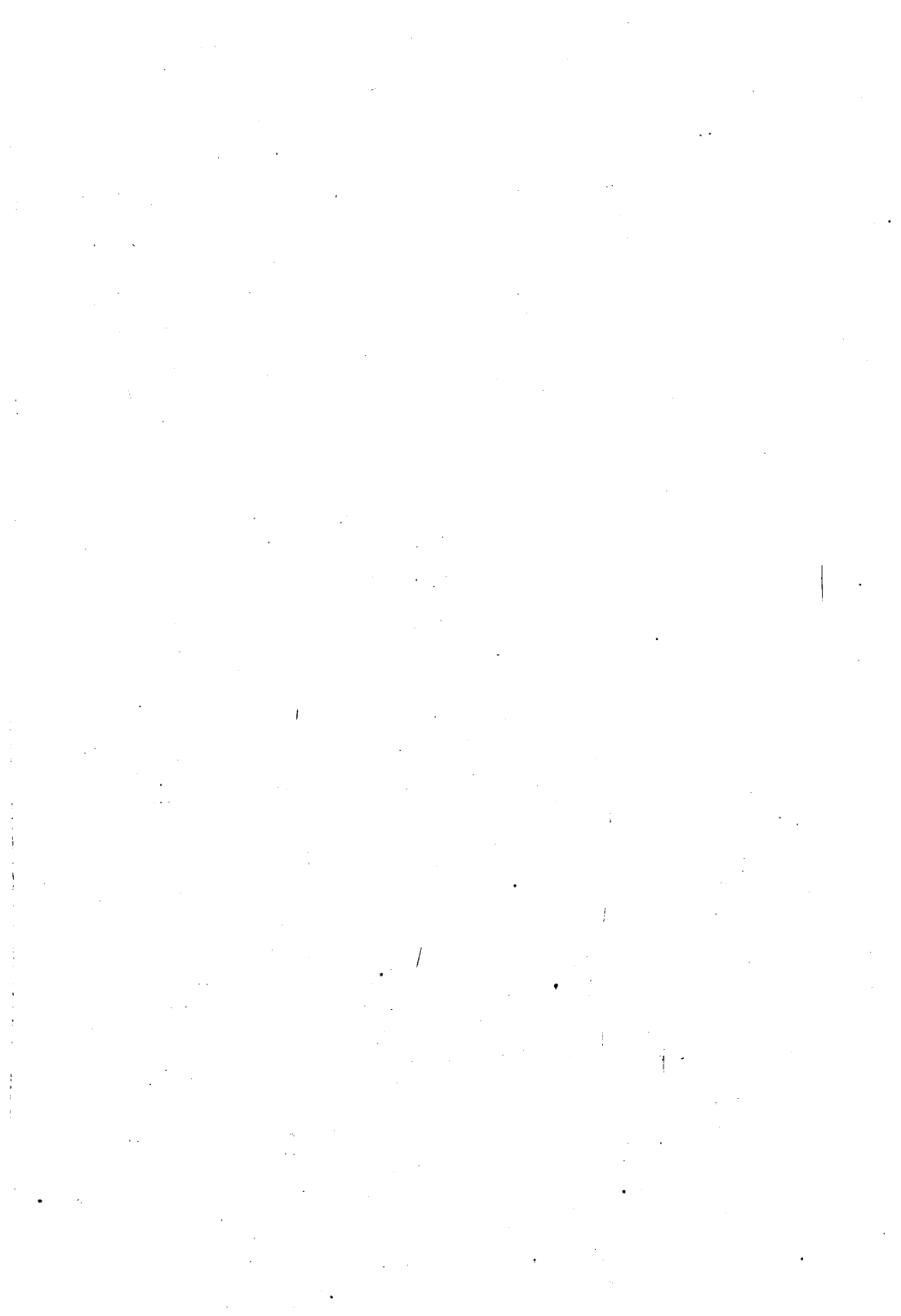
(٦) الوسائل ١٣ : ١٤ - ١٦، الباب ٨ من أبواب بيع الثمار، الأحاديث ٤ و ٥ و ٨ و ٩.

﴿ وتركه بالكلية أولى ﴾ للخلاف فيه، ولما روي أيضاً من المنع منه^(١) مع اعتضاده بنص الكتاب^(٢) الدالّ على النهي عن أكل أموال الناس بالباطل وبغير تراض، ولقبح التصرف في مال الغير، وباشتمال أخبار النهي على الحظر، وهو مقدّم على ما تضمّن الإباحة والرخصة، ولمنع كثير من العمل بخبر الواحد فيما وافق الأصل فكيف فيما خالفه^(٣).

(١) الوسائل ١٣ : ١٥ ، الباب ٨ من أبواب بيع الثمار ، الحديث ٧ .

(٢) إشارة إلى قوله تعالى : (وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ) . النساء : ٢٩ .

(٣) مثل السيد المرتضى في رسائله ١ : ٢٠٢ ، وابن إدريس في السرائر ١ : ٥٠ ، وابن زهرة في الغنية ٢ : ٣٥٦ ، فإنهم قالوا بعدم حجّية أخبار الآحاد مطلقاً .



﴿ الفصل الخامس ﴾

﴿ في الصرف ﴾

﴿ وهو بيع الأثمان ﴾ وهي الذهب والفضة ﴿ بمثلها ﴾ .

﴿ ويشترط فيه ﴾ زيادة على غيره من أفراد البيع ﴿ التقابض في المجلس ﴾ الذي وقع فيه العقد ﴿ أو اصطحابهما ﴾ في المشي عرفاً وإن فارقاه ﴿ إلى ﴾ حين ﴿ القبض ﴾ ويصدق الاصطحاب بعدم زيادة المسافة التي بينهما عنها وقت العقد، فلو زادت ولو خطوة بطل ﴿ أو رضاه ﴾ أي رضا الغريم الذي هو المشتري - كما يدلّ عليه آخر المسألة - ﴿ بما في ذمّته ﴾ أي ذمّة المديون الذي هو البائع ﴿ قبضاً ﴾ أي مقبوضاً، أقام المصدر مقام المفعول ﴿ بوكالته ﴾ إياه ﴿ في القبض ﴾ لما في ذمّته . وذلك ﴿ فيما إذا اشترى ﴾ من له في ذمّته نقد ﴿ بما في ذمّته ﴾ من النقد ﴿ نقداً آخر ﴾ فإنّ ذلك يصير بمنزلة المقبوض .

مثاله : أن يكون لزيد في ذمّة عمرو دينار فيشترى زيد من عمرو بالدينار عشرة دراهم في ذمّته ويوكّله في قبضها في الذمّة بمعنى رضاه بكونها في ذمّته ، فإنّ البيع والقبض صحيحان ؛ لأنّ ما في الذمّة بمنزلة المقبوض بيد من هو في ذمّته ، فإذا جعله وكيلاً في القبض صار كأنّه قابض لما في ذمّته ، فصدق التقابض قبل التفرّق .

والأصل في هذه المسألة ما روي في من قال لمن في ذمّته دراهم : « حوّلها

إلى دنانير» أنّ ذلك يصحّ وإن لم يتقابضا، معللاً بأنّ النقدين من واحد^(١) والمصنّف رحمه الله عدل عن ظاهر الرواية إلى الشراء بدل «التحويل» والتوكيل صريحاً^(٢) في القبض والرضا فيه بكونه في ذمّة الوكيل القابض؛ لاحتياج الرواية إلى تكلف إرادة هذه الشروط بجعل الأمر بالتحويل توكيلاً في تولّي طرفي العقد، وبناءه^(٣) على صحّته وصحة القبض إذا توقّف البيع عليه بمجرد التوكيل في البيع. نظراً إلى أنّ التوكيل في شيء إذن في لوازمه التي يتوقّف عليها. ولما كان ذلك أمراً خفياً عدل المصنّف رحمه الله إلى التصريح بالشروط.

﴿ ولو قبض البعض ﴾ خاصة قبل التفرّق ﴿ صحّ فيه ﴾ أي في ذلك البعض المقبوض وبطل في الباقي ﴿ وتخييراً ﴾ معاً في إجازة ما صحّ فيه وفسخه؛ لتبعض الصفة ﴿ إذا لم يكن من أحدهما تفريط ﴾ في تأخير القبض، ولو كان تأخيره بتفريطهما فلا خيار لهما. ولو اختصّ أحدهما به سقط خياره، دون الآخر.

﴿ ولا بدّ من قبض الوكيل ﴾ في القبض عنهما أو عن أحدهما ﴿ في مجلس العقد قبل تفرّق المتعاقدين ﴾. ولا اعتبار بتفرّق الوكيل وأحدهما أو هما، أو الوكيلين. وفي حكم مجلس العقد ما تقدّم^(٤) فكان يغني قوله: «قبل تفرّق المتعاقدين» عنه، لشمول الثاني لما في حكم المجلس. هذا إذا كان وكيلاً في انقبض، دون الصرف.

(١) الوسائل ١٢: ٤٦٣ - ٤٦٤، الباب ٤ من أبواب الصرف، الحديث الأوّل.

(٢) أي عدل عن ظاهر الرواية وهو التوكيل ضمناً في القبض إلى التوكيل صريحاً فيه (هامش ر).

(٣) أي التوكيل.

(٤) وهو اصطحابهما في المشي.

﴿ ولو كان وكيلاً في الصرف ﴾ سواء كان مع ذلك وكيلاً في القبض أم لا
 ﴿ فالمعتبر مفارقتة ﴾ لمن وقع العقد معه، دون المالك. والضابط: أنّ المعتبر
 التقابض قبل تفرّق المتعاقدين، سواء كانا مالكين أم وكيلين.

﴿ ولا يجوز التفاضل في الجنس الواحد ﴾ لأنّه حينئذ يجمع حكم الربا
 والصرف، فيعتبر فيه التقابض في المجلس نظراً إلى الصرف، وعدم التفاضل نظراً
 إلى الربا، سواء اتّفقا في الجودة والرداءة والصفة أم اختلفا، بل ﴿ وإن كان أحدهما
 مكسوراً أو رديئاً ﴾ والآخر صحيحاً أو جيّد الجوهر.

﴿ وتراب معدن أحدهما يباع بالآخر أو بجنسٍ غيرهما ﴾ لا بجنسه؛
 لاحتمال زيادة أحد العوضين عن الآخر، فيدخل الربا. ولو علم زيادة الثمن
 عمّا في التراب من جنسه لم يصحّ هنا وإن صحّ في المغشوش بغيره؛ لأنّ التراب
 لا قيمة له ليصلح في مقابلة الزائد.

﴿ وترابهما ﴾ إذا جُمعا أو أريد بيعهما معاً ﴿ يباعان بهما ﴾ فينصرف كلّ
 إلى مخالفه. ويجوز بيعهما بأحدهما مع زيادة الثمن على مجانسه بما يصلح عوضاً
 في مقابل الآخر، وأولى منهما بيعهما بغيرهما.

﴿ ولا عبرة باليسير من الذهب في النحاس ﴾ بضمّ النون ﴿ واليسير من
 الفضة في الرصاص ﴾ بفتح الراء ﴿ فلا يمنع من صحّة البيع بذلك الجنس ﴾ وإن
 لم يعلم زيادة الثمن عن ذلك اليسير ولم يقبض في المجلس ما يساويه؛ لأنّه
 مضمحلّ وتابع غير مقصود بالبيع. ومثله المنقوش منهما على السقوف والجدران
 بحيث لا يحصل منه شيء يعتدّ به على تقدير نزعه.

ولا فرق في المنع من الزيادة في أحد المتجانسين بين العينيّة - وهي

الزيادة في الوزن - والحكمية كما لو بيع المتساويان وشرط مع أحدهما شرطاً^(١) وإن كان صنعة.

﴿ وقيل : يجوز اشتراط صياغة خاتم في شراء درهم بدرهم^(٢) للرواية ﴾ التي رواها أبو الصباح الكناني رحمته الله عن الصادق عليه السلام قال : « سألته عن الرجل يقول للصانع : صنع لي هذا الخاتم ، وأبدل لك درهماً طازجياً^(٣) بدرهم غلّة؟ قال عليه السلام : لا بأس^(٤) » واختلفوا في تنزيل الرواية .

فقيل : إنّ حكمها مستثنى من الزيادة الممنوعة ، فيجوز بيع درهم بدرهم مع شرط صياغة الخاتم ، ولا يتعدى إلى غيره ، اقتصاراً فيما خالف الأصل على موضع النصّ ، وهو القول الذي حكاه المصنّف رحمته الله . وقيل : يتعدى إلى كلّ شرط ؛ لعدم الفرق^(٥) وقيل : إلى كلّ شرط حكمي^(٦) .

والأقوال كلّها ضعيفة ؛ لأنّ بناءها على دلالة الرواية على أصل الحكم ﴿ وهي غير صريحة في المطلوب ﴾ لأنّها تضمّنت إبدال درهم طازج بدرهم غلّة مع شرط الصياغة من جانب الغلّة وقد ذكر أهل اللغة أنّ « الطازج » هو الخالص ،

(١) كذا في النسخ ، والمناسب لقوله : « بيع » بصيغة المجهول قراءة « شرط » أيضاً بالمجهول ورفع « شرطاً » .

(٢) قاله المحقّق في المختصر النافع : ١٢٩ ، والفاضل الآبي في كشف الرموز ١ : ٥٠٠ ، والعلامة في التحرير ٢ : ٣١٦ .

(٣) سيأتي بيان معنى « طازجي » ومعنى « غلّة » عن أهل اللغة .

(٤) الوسائل ١٢ : ٤٨٠ ، الباب ١٣ من أبواب الصرف ، وفيه حديث واحد .

(٥) النهاية : ٣٨١ .

(٦) أنظر السرائر ٢ : ٢٦٧ .

و «العِلَّة» غيره وهو المغشوش^(١) وحينئذ فالزيادة الحكيمية وهي الصياغة في مقابلة الغش، وهذا لا مانع منه مطلقاً وعلى هذا يصح الحكم ويتعدى، لا في مطلق الدرهم كما ذكروه ونقله عنهم المصنّف ﷺ ﴿ مع مخالفتها ﴾ أي الرواية ﴿ للأصل ﴾* لو حملت على الإطلاق كما ذكروه؛ لأن الأصل المطرد عدم جواز الزيادة من أحد الجانبين، حكمية كانت أم عينية، فلا يجوز الاستناد فيما خالف الأصل إلى هذه الرواية؛ مع أن في طريقها من لا يعلم حاله^(٢).

﴿ والأواني المصوغة من النقدين إذا بيعت بهما ﴾ معاً ﴿ جاز ﴾ مطلقاً ﴿ وإن بيعت بأحدهما ﴾ خاصة ﴿ اشترطت زيادته على جنسه ﴾ لتكون الزيادة في مقابلة الجنس الآخر، بحيث تصلح ثمناً له وإن قلّ. ولا فرق في الحالين بين العلم بقدر كل واحد منهما وعدمه، ولا بين إمكان تخليص أحدهما عن الآخر وعدمه، ولا بين بيعها بالأقلّ ممّا فيها من النقدين والأكثر.

﴿ ويكفي غلبة الظن ﴾ في زيادة الثمن على مجانسه من الجوهر، لُعسر العلم اليقيني بقدره غالباً، ومشقة التخليص الموجب له^(٣) وفي الدروس اعتبر القطع بزيادة الثمن^(٤) وهو أجود.

﴿ وحلية السيف والمركب يعتبر فيهما العلم إن أُريد بيعها ﴾ أي الحلية ﴿ بجنسها ﴾ والمراد بيع الحلية والمحلى، لكن لما كان الغرض التخلص من الربا

(١) النهاية لابن الأثير ٢: ١٢٣، ولسان العرب ٨: ١٦٠ (طرج) و ١٠: ١٠٦ (غل).

(*) في (ق) و (س) ونسخة (ف) من الشرح: الأصل.

(٢) وهو محمد بن فضيل؛ فإنه مشترك بين الثقة وغيره. المسالك ٧: ٤٧٣.

(٣) أي للعلم.

(٤) الدروس ٣: ٣٠١.

والصرف خصّ الحلية. ويعتبر مع بيعها بجنسها زيادة الثمن عليها، لتكون الزيادة في مقابلة السيف والمركب إن ضمّهما إليها ﴿ فإن تعذّر ﴾ العلم ﴿ كفى الظنّ الغالب بزيادة الثمن عليها ﴾.

وانّ وجود اعتبار القطع، وفاقاً للدروس^(١) وظاهر الأكثر^(٢) فإن تعذّر بيعت بغير جنسها، بل يجوز بيعها بغير الجنس مطلقاً كغيرها، وإنّما خصّ المصنّف موضع الاشتباه^(٣).

﴿ ولو باعه بنصف دينار فشقّ ﴾ أي نصف كامل مشاع؛ لأنّ النصف حقيقة في ذلك ﴿ إلا أن يراد ﴾ نصف ﴿ صحيح عرفاً ﴾ بأن يكون هناك نصف مضروب بحيث ينصرف الإطلاق إليه، ﴿ أو نطقاً ﴾ بأن يصرّح بإرادة الصحيح وإن لم يكن الإطلاق محمولاً عليه فينصرف إليه. وعلى الأوّل فلو باعه بنصف دينار آخر تخيّر بين أن يعطيه شقيّ دينارين ويصير شريكاً فيهما، وبين أن يعطيه ديناراً كاملاً عنهما. وعلى الثاني لا يجب قبول الكامل.

﴿ وكذا ﴾ القول في ﴿ نصف درهم ﴾ وأجزائهما غير النصف. ﴿ وحكم تراب الذهب والفضّة عند الصياغة ﴾ بفتح الصاد وتشديد الياء جمع صائغ ﴿ حكم ﴾ تراب ﴿ المعدن ﴾ في جواز بيعه مع اجتماعهما بهما وبغيرهما، وبأحدهما مع العلم بزيادة الثمن عن مجانسه، ومع الانفراد بغير جنسه. ﴿ ويجب ﴾ على الصائغ ﴿ الصدقة به مع جهل أربابه ﴾ بكلّ وجه.

^(١) الدرر المنجدة، ص ٣٠٤.

^(٢) انظر النهاية: ٢٨٣ - ٣٨٤، ونكت النهاية ٢: ١٣٣، وكشف الرموز ١: ٥٠١، والقواعد

^(٣) ص ٣١٤.

ولو علمهم في محصورين وجب التخلّص منهم ولو بالصلح مع جهل حقّ كلّ واحد بخصوصه. ويتخيّر مع الجهل بين الصدقة بعينه وقيمته.

﴿ والأقرب الضمان لو ظهروا ولم يرضوا بها ﴾ أي بالصدقة؛ لعموم الأدلّة الدالّة على ضمان ما أخذت اليد^(١) خرج منه ما إذا رضوا أو استمرّ الاشتباه، فيبقى الباقي. ووجه العدم إذن الشارع له في الصدقة^(٢) فلا يتعقّب الضمان. ومصرف هذه الصدقة الفقراء والمساكين.

ويلحق بها ما شابهها من الصنائع الموجبة لتخلّف أثر المال، كالجدادة والطحن والخياطة والخبازة.

﴿ ولو كان بعضهم معلوماً وجب الخروج من حقّه ﴾ وعلى هذا يجب التخلّص من كلّ غريم يعلمه، وذلك يتحقّق عند الفراغ من عمل كلّ واحد، فلو أخر حتى صار مجهولاً أثم بالتأخير ولزمه حكم ما سبق.

(١) مستدرك الوسائل ١٤ : ٧-٨، الباب الأوّل من أبواب الوديعة، الحديث ١٢.

(٢) الوسائل ١٢ : ٤٨٤-٤٨٥، الباب ١٦ من أبواب الصرف، الحديث ١ و ٢.

﴿ خاتمة ﴾

﴿ الدراهم والدنانير يتعيّنان بالتعيين ﴾ عندنا ﴿ في الصرف وغيره ﴾
 لعموم الأدلة الدالة على التعيين والوفاء بالعقد، ولقيام المقتضي في غيرها^(١) ﴿ فلو
 ظهر عيب في المعين ﴾ ثمناً كان أم مثنياً ﴿ من غير جنسه ﴾ بأن ظهرت الدراهم
 نحاساً أو رصاصاً ﴿ بطل ﴾ البيع ﴿ فيه ﴾ لأنّ ما وقع عليه العقد غير مقصود
 بالشراء والعقد تابع له ﴿ فإن كان بإزائه مجانسه ﴾ بطل البيع من أصله ﴿ إن ظهر
 الجميع كذلك، وإلاّ فبالنسبة ﴾ كدراهم بدراهم. وإن كان ﴿ [ما]^(٢) بإزائه
 ﴿ مخالفاً ﴾ في الجنس ﴿ صحّ ﴾ البيع ﴿ في السليم وما قابله، ويجوز ﴾ لكلّ
 منهما ﴿ الفسخ مع الجهل ﴾ بالعيب؛ لتبعّص الصفقة.

﴿ ولو كان العيب من الجنس ﴾ كخشونة الجوهر واضطراب السكّة
 ﴿ وكان بإزائه مجانس، فله الردّ بغير أرش ﴾ لثلاً يلزم زيادة جانب المعيب
 المفضي إلى الربا؛ لأنّ هذا النقص حكميّ فهو في حكم الصحيح.

﴿ وفي المخالف ﴾ بإزاء المعيب ﴿ إن كان صرفاً ﴾ كما لو باعه ذهباً بفضّة
 فظهر أحدهما معيباً في الجنس ﴿ فله الأرش في المجلس والردّ ﴾ أمّا ثبوت
 الأرش فللعيب، ولا يضرّ هنا زيادة عوضه؛ للاختلاف. واعتبر كونه في المجلس؛

(١) أي في غير الدراهم والدنانير.

(*) في (ق) و (س) : مجانس.

(٢) لم يرد في المخطوطات.

للصرف. ووجه الردّ ظاهر؛ لأنّه مقتضى خيار العيب بشرطه.

﴿ وبعد التفرّق له الردّ، ولا يجوز أخذ الأرش من النقدين ﴾ لتلاّ يكون صرفاً بعد التفرّق ﴿ ولو أخذ ﴾ الأرش ﴿ من غيرهما قيل ﴾ والقائل العلامة رحمته الله: ﴿ جاز ﴾ ^(١) لأنّه حينئذ كالمعاوضة بغير الأثمان، فيكون جملة العقد بمنزلة بيع و صرف، والبيع ما أخذ عوضه بعد التفرّق.

ويشكل بأنّ الأرش جزء من الثمن والمعتبر فيه النقد الغالب، فإذا اختار الأرش لزم النقد حينئذ، واتّفاقيهما على غيره معاوضة على النقد الثابت في الذمّة أرشاً لا نفس الأرش.

ويمكن دفعه بأنّ الثابت وإن كان هو النقد لكن لما لم يتعيّن إلاّ باختياره الأرش - إذ لو ردّ لم يكن الأرش ثابتاً - كان ابتداء تعلّقه بالذمّة الذي هو بمنزلة المعاوضة اختياره، فيعتبر حينئذ قبضه قبل التفرّق مراعاة للصرف، وكما يكفي في لزوم معاوضة الصرف دفع نفس الأثمان قبل التفرّق كذا يكفي دفع عوضها قبله، بل مطلق براءة ذمّة من يُطلب منه منه، فإذا اتّفقا على جعله من غير النقدين جاز وكانت المعاوضة كأنّها واقعة به.

وفيه: أنّ ذلك يقتضي جواز أخذه في مجلس اختياره من النقدين أيضاً ولا يقولون به. ولزومه وإن كان موقوفاً على اختياره، إلاّ أنّ سببه العيب الثابت حالة العقد، فقد صدق التفرّق قبل أخذه وإن لم يكن مستقراً.

والحقّ أنّا إن اعتبرنا في ثبوت الأرش السبب لزم بطلان البيع فيما قابله بالتفرّق قبل قبضه مطلقاً ^(٢) وإن اعتبرنا حالة اختياره أو جعلناه تمام السبب على

(١) التحرير ٢: ٣١٧.

(٢) سواء كان الأرش من النقدين أم من غيرهما.

وجه النقل لزم جواز أخذه في مجلسه مطلقاً وإن جعلنا ذلك كاشفاً عن ثبوته بالعقد لزم البطلان فيه أيضاً.

وعلى كلِّ حال فالمعتبر منه النقد الغالب، وما اتفقا على أخذه أمر آخر. والوجه الأخير^(١) أوضح، فيتَّجه مع اختياره البطلان فيما قابله مطلقاً، وإن رضي بالمدفوع لزم.

فإن قيل: المدفوع أرشاً ليس هو أحد عوضي الصرف، وإنما هو عوض صفة فائتة في أحد العوضين، ويترتب استحقاقها على صحة العقد وقد حصل التقابض في كلِّ من العوضين فلا مقتضي للبطلان، إذ وجوب التقابض إنما هو في عوضي الصرف، لا فيما وجب بسببهما.

قلنا: الأرش وإن لم يكن أحد العوضين، لكنّه كالجزء من الناقص منهما، ومن ثمَّ حكموا بأنّه جزء من الثمن نسبته إليه كنسبة قيمة الصحيح إلى المعيب^(٢) والتقابض الحاصل في العوضين وقع منزلاً؛ إذ يحتمل ردّه رأساً وأخذ أرش النقصان الذي هو كتّمّة العوض الناقص، فكان بمنزلة بعض العوض، والتخيير^(٣) بين أخذه والفقو عنه وردّ المبيع لا ينافي ثبوته، غايته التخيير بينه وبين أمر آخر، فيكون ثابتاً ثبوتاً تخييرياً بينه وبين ما ذكر.

﴿ ولو كان ﴾ العيب الجنسي في ﴿ غير صرف ﴾ بأن كان العوض الآخر عرضاً ﴿ فلا شكّ في جواز الردّ والأرش ﴾ إعطاء للمعيب حكمه شرعاً، ولا مانع

(١) أي جعله كاشفاً.

(٢) كما في القواعد ٢ : ٧٤، والدروس ٣ : ٢٨٧، وجامع المقاصد ٤ : ٣٣٥، وغيرها.

(٣) في (ر) : التخيير.

منه هنا ﴿ مطلقاً ﴾ سواء كان قبل التفرّق أم بعده .

﴿ ولو كانا ﴾ أي العوضان ﴿ غير معيّنين فله الإبدال ﴾ مع ظهور العيب جنسياً كان أم خارجياً؛ لأنّ العقد وقع على أمر كليّ والمقبوض غيره، فإذا لم يكن مطابقاً لم يتعيّن لوجوده في ضمنه، لكن الإبدال ﴿ ما دام في المجلس في الصرف ﴾ أمّا بعده فلا؛ لأنّه يقتضي عدم الرضا بالمقبوض قبل التفرّق وأنّ الأمر الكليّ باق في الذمّة فيؤدّي إلى فساد الصرف .

هذا إذا كان العيب من الجنس . أمّا غيره فالمقبوض ليس ما وقع عليه العقد مطلقاً فيبطل بالتفرّق؛ لعدم التقابض في المجلس .

ويحتمل قوياً مع كون العيب جنسياً جواز إيداله بعد التفرّق؛ لصدق التقابض في العوضين قبله، والمقبوض محسوب عوضاً وإن كان معيباً، لكونه من الجنس فلا يخرج عن حقيقة العوض المعين، غايته كونه مفوّتاً لبعض الأوصاف فاستدراكه ممكن بالخيار، ومن ثمّ لو رضي به استقرّ ملكه عليه، ونماؤه له على التقديرين، بخلاف غير الجنسي . وحينئذ إذا فسخ رجع الحقّ إلى الذمّة، فيتعيّن حينئذ كونه^(١) عوضاً صحيحاً، لكن يجب قبض البدل في مجلس الردّ بناءً على أنّ الفسخ رفع العوض، فإذا لم يقدح في الصحّة سابقاً يتعيّن القبض حينئذ ليتحقّق التقابض .

ويحتمل قوياً سقوط اعتباره أيضاً؛ لصدق التقابض في العوضين الذي هو شرط الصحّة، وللحكم بصحّة الصرف بالقبض السابق فيستصحب إلى أن يثبت خلافه . وما وقع غير كافٍ في الحكم بوجود التقابض؛ لأنّه حكم طارئ

(١) لم يرد «كونه» في (ع) و(ف) .

بعد ثبوت البيع .

﴿ وفي غيره ﴾ أي غير الصرف له الإبدال ﴿ وإن تفرّقا ﴾ لانتفاء المانع منه مع وجود المقتضي له وهو العيب في عين لم يتعيّن عوضاً .

﴿ الفصل السادس ﴾

﴿ في السلف ﴾

وهو بيع مضمون في الذمة مضبوط بمال معلوم مقبوض في المجلس إلى أجل معلوم بصيغة خاصة ﴿ وينعقد بقوله ﴾ أي قول المسلم وهو المشتري : ﴿ أسلمت إليك ، أو أسفلتك ﴾ أو سلفتك بالتضعيف ، وفي سلمتك وجه ﴿ كذا في كذا إلى كذا ، ويقبل المخاطب ﴾ وهو المسلم إليه وهو البائع بقوله : قبلت وشبهه ، ولو جعل الإيجاب منه جاز بلفظ البيع والتملك واستلمت منك واستلفت وتسلفت ، ونحوه .

﴿ ويشترط فيه ﴾ شروط البيع بأسرها و [يختص بشروط]^(١) ﴿ ذكر الجنس ﴾ والمراد به هنا^(٢) الحقيقة النوعية كالحنطة والشعير ﴿ والوصف الرفع للجهالة ﴾ الفارق بين أصناف ذلك النوع ، لا مطلق الوصف ، بل ﴿ الذي يختلف لأجله الثمن اختلافاً ظاهراً ﴾ لا يتسامح بمثله عادةً ، فلا يقدح الاختلاف اليسير غير المؤدّي إليه . والمرجع في الأوصاف إلى العرف ، وربما كان العامي أعرف بها من الفقيه ، وحظّ الفقيه منها الإجمال . والمعتبر من الوصف ما يتناول الاسم

(١) لم يرد في (ش) و (ف) وشطب عليه في (ع) .

(٢) في (ع) بدل « به هنا » : بها .

المزبل لاختلاف أثمان الأفراد الداخلة في المعين ﴿ ولا يبلغ فيه الغاية ﴾ فإن بلغها وأفضى إلى عزة الوجود بطل، وإلا صح.

﴿ و ﴾ اشتراط ﴿ الجيد والردىء جائز ﴾ لإمكان تحصيلهما بسهولة، والواجب أقلّ ما يُطلق عليه اسم الجيد، فإن زاد عنه زاد خيراً، وما يصدق عليه اسم الردىء، وكلّما قلّ الوصف فقد أحسن.

﴿ و ﴾ شرط ﴿ الأجود والأردأ ممتنع ﴾ لعدم الانضباط؛ إذ ما من جيد إلا ويمكن وجود أجود منه، وكذا الأردأ، والحكم في الأجود وفاق، وأمّا الأردأ فالأجود أنه كذلك.

وربما قيل بصحّته والاكتفاء بكونه في المرتبة الثانية من الردىء وبتحقّق^(١) الأفضليّة^(٢).

ثمّ إذا كان الفرد المدفوع أردأ فهو الحقّ، وإلا فدفع الجيد عن الردىء جائز وقبوله لازم، فيمكن التخلّص بخلاف الأجود.

ويشكل بأنّ ضبط المسلم فيه معتبر على وجه يمكن الرجوع إليه عند الحاجة مطلقاً، ومن جملتها ما لو امتنع المسلم إليه من دفعه فيؤخذ من ماله بأمر الحاكم قهراً، وذلك غير ممكن هنا؛ لأنّ الجيد غير متعيّن عليه فلا يجوز لغيره دفعه فيتعذّر التخلّص، فعدم الصحّة أوضح. وتردّد المصنّف في الدروس^(٣).

(١) كذا في (ع) التي قولت بالأصل، وفي سائر النسخ بدل « وبتحقّق » : ليتحقّق.

(٢) قاله العلامة في الإرشاد ١ : ٣٧١ واستقره في التحرير ٢ : ٤١٦ وقال العملي في مفتاح

الكرامة ٤ : ٤٤٣ : لم أجد قبله [العلامة] من صحيحه. نعم، قال المحقّق في الشرائع ٢ :

٦٢ : لو قيل به كان حسناً.

(٣) الدروس ٣ : ٢٤٨.

﴿ وكلّ ما لا يضبط وصفه يمتنع السّلم فيه ، كاللحم والخُبز والنبل المنحوت ﴾ ويجوز قبله ؛ لإمكان ضبطها^(١) بالعدد والوزن ، وما يبقى فيه من الاختلاف غير قادح ؛ لعدم اختلاف الثمن بسببه ، بخلاف المعمول ﴿ والجلود ﴾ لتعدّر ضبطها ، وبالوزن لا يفيد الوصف المعتمد ؛ لأنّ أهمّ أوصافها السّمك^(٢) ولا يحصل به . وقيل : يجوز ؛ لإمكان ضبطه بالمشاهدة^(٣) ورُدّ بأنّه خروج عن السّلم ؛ لأنّه دين ، ويمكن الجمع بمشاهدة جملة يدخل المسلم فيه في ضمنها من غير تعيين ، وهو غير مُخرَج عن وضعه ، كاشتراطه من غلّة قرية معيّنة لا تخيس عادة ، وحينئذٍ فيكفي مشاهدة الحيوان عن الإمعان في الوصف . والمشهور المنع مطلقاً .

﴿ والجواهر واللائئ الكبار ؛ لتعدّر ضبطها ﴾ على وجه يرفع بسببه اختلاف الثمن ﴿ وتفاوت الثمن فيها ﴾ تفاوتاً باعتبارات لا تحصل بدون المشاهدة . أمّا اللائئ الصغار التي لا تشتمل على أوصاف كثيرة تختلف القيمة باختلافها ، فيجوز مع ضبط ما يعتبر فيها ، سواء في ذلك المتخذة للدواء وغيرها ؛ وكذا القول في بعض الجواهر التي لا يتفاوت الثمن باعتبارها تفاوتاً بيناً كبعض العقيق ، وهو خيرة الدروس^(٤) .

﴿ ويجوز ﴾ السّلم ﴿ في الحبوب والفواكه والخُصر والشحم والطيب

(١) مرجع الضمير : النبل ، وهي مؤنثة .

(٢) يعني الثخن ، والسميك ضدّ الرقيق .

(٣) قاله الشيخ في النهاية : ٣٩٧ ، والقاضي في الكامل على ما نقل عنه العلامة في المختلف

١٤٤ : ٥ .

(٤) الدروس ٣ : ٢٤٨ .

والحيوان كلّهُ ﴿ ناطقاً وصامتاً ﴾ حتّى في شاةٍ لبون ﴿ لا إمكان ضبطها وكثرة وجود مثلها. وجهالة مقدار اللبن غير مانعة على تقدير وجوده؛ لأنّه تابع ﴿ ويلزم تسليم شاةٍ يمكن أن تُحلب في مقارب* زمان التسليم ﴿ فلا يكفي الحامل وإن قرب زمان ولادتها.

﴿ ولا يشترط أن يكون اللبن حاصلًا بالفعل حينئذٍ، فلو حلبها وسلّمها أجزاء** ﴾ ﴿ لصدق اسم الشاة اللبون عليها بعده ﴿ أمّا الجارية الحامل أو ذات الولد أو*** الشاة كذلك، فالأقرب المنع ﴿ لا اعتبار وصف كلّ واحد منهما فيعزّ اجتماعهما في واحد، ولجهالة الحمل وعدم إمكان وصفه.

وقيل: يجوز في الجميع^(١) لا مكانه من غير عسر واغتفار الجهالة في الحمل؛ لأنّه تابع. وفي الدروس جوز في الحامل مطلقاً، وفي ذات الولد المقصود بها الخدمة دون التسرّي^(٢) والأجود الجواز مطلقاً؛ لأنّ عزّة وجود مثل ذلك غير واضح، وعموم الأمر بالوفاء بالعقد يقتضيه.

﴿ ولا بدّ من قبض الثمن قبل التفرّق أو المحاسبة ﴿ به ﴿ من دين عليه ﴿ أي على المسلم^(٣) ﴿ إذا لم يشترط ذلك في العقد ﴿ بأن يجعل الثمن نفس ما في الذمّة ﴿ ولو شرطه ﴿ كذلك ﴿ بطل؛ لأنّه يبيع دين بدين ﴿ أمّا كون المسلم فيه

(*) في (ق) : مقارن. وفي (س) : تقارب، وفي هامشها : مقارب، خ ل.

(**) في (ق) : احتلبها وتسلمها اجترأت.

(***) في (ق) بدل «أو» : و.

(١) قاله المحقّق الثاني في جامع المقاصد ٤ : ٢١٤ - ٢١٥.

(٢) الدروس ٣ : ٢٤٩.

(٣) الصواب «المسلم إليه» بدل «المسلم» إلا أن يكون «المسلم» بفتح اللام، وهو خلاف

الاستعمال (سلطان العلماء - هامش ر).

ديناً فواضح، وأما الثمن الذي في الذمّة فلاّنه دين في ذمّة المسلم، فإذا جعل عوضاً للمسلم فيه صدق «بيع الدين بالدين»؛ لأنّ نفس الدين قد قرّن بالباء فصار ثمناً، بخلاف المحاسبة عليه قبل التفرّق إذا لم يشترط؛ لأنّه استيفاء دين قبل التفرّق مع عدم ورود العقد عليه، فلا يقصر عمّا لو أطلقاه ثمّ أحضره قبل التفرّق، وإّما يفترق إلى المحاسبة مع تخالفهما جنساً أو وصفاً، أمّا لو اتّفق ما في الذمّة والثمن فيهما وقع التهاتر قهريّاً ولزم العقد.

ولكنّ المصنّف في الدروس استشكل على هذا^(١) صحّة العقد، استناداً إلى أنّه يلزم منه كون مورد العقد ديناً بدين^(٢) ويندفع بأنّ بيع الدين بالدين لا يتحقّق إلاّ إذا جعلامعاً في نفس العقد متقابلين في المعاوضة قضيةً للباء، وهي متفية هنا؛ لأنّ الثمن هنا أمر كليّ، وتعيينه بعد العقد في شخصٍ لا يقتضي كونه هو الثمن الذي جرى عليه العقد، ومثل هذا التقاصّ والتحاسب استيفاء، لا معاوضة. ولو أثر مثل ذلك لأثر مع إطلاقه ثمّ دفعه في المجلس؛ لصدق بيع الدين بالدين عليه ابتداءً. بل قيل بجواز الصورة الثانية أيضاً^(٣) وهي ما لو جعل الدين ثمناً في العقد، نظراً إلى أنّ ما في الذمّة بمنزلة المقبوض.

﴿ وتقديره* ﴾ أي المسلم فيه أو ما يعمّ الثمن ﴿ بالكيل أو الوزن المعلومين ﴾ في ما يكال أو يوزن وفيما لا يُضبط إلاّ به، وإن جاز بيعه جزافاً

(١) أي على فرض اتّفاق ما في الذمّة والثمن في الجنس والوصف.

(٢) الدروس ٣: ٢٥٦.

(٣) قاله المحقّق في الشرائع ٢: ٦٣، والعلامة في التحرير ٢: ٤٢٥، والفاضل الآبي في كشف

الرموز ١: ٥٢٤.

(*) في (س) ونسخة (ش): تقريره.

كالحطب والحجارة؛ لأنّ المشاهدة ترفع الغرر، بخلاف الدين. واحترز بالمعومين عن الإحالة على مكيال وصنجة مجهولين فيبطل.

﴿ أو العدد* ﴾ في المعدود ﴿ مع قلّة التفاوت ﴾ كالصنف الخاصّ من الجوز واللوز، أمّا مع كثرته - كالرمان - فلا يجوز بغير الوزن. والظاهر أنّ البيض ملحق بالجوز في جوازه مع تعيّن^(١) الصنف. وفي الدروس قطع بإلحاقه بالرمان الممتنع به^(٢).

وفي مثل التوب يعتبر ضبطه بالذرع وإن جاز بيعه بدونه مع المشاهدة، كما مرّ. وكان عليه أن يذكره أيضاً؛ لخروجه عن الاعتبارات المذكورة. ولو جعلت هذه الأشياء ثمناً فإن كان مُشاهداً لحقه حكم البيع المطلق، فيكفي مشاهدة ما يكفي مشاهدته فيه واعتبار ما يعتبر.

﴿ وتعيين الأجل المحروس من التفاوت ﴾ بحيث لا يحتمل الزيادة والنقصان إن أُريد موضوعه. ولو أُريد به مطلق البيع لم يشترط وإن وقع بلفظ السلم.

﴿ والأقرب جوازه ﴾ أي السلم ﴿ حالاً مع عموم الوجود ﴾ أي وجود المسلم فيه ﴿ عند العقد ﴾ ليكون مقدوراً على تسليمه حيث يكون مستحقاً.

ووجه القرب: أنّ السلم بعض جزئيات البيع، وقد استعمل لفظه في نقل الملك على الوجه المخصوص فجاز استعماله في الجنس؛ لدلالته عليه حيث يصرّح بإرادة المعنى العامّ، وذلك عند قصد الحلول، كما ينعقد البيع بـ«ملكك

(*) في (ق) و (س) : بالعدد.

(١) في (ش) و (ف) : تعيين.

(٢) الدروس ٣ : ٢٥٣.

كذا بكذا»، مع أن التملك موضوع لمعنى آخر، إلا أن قرينة العوض المقابل عينته للبيع، بل هذا أولى؛ لأنه بعض أفراده، بخلاف التملك المستعمل شرعاً في الهبة بحيث لا يتبادر عند الإطلاق غيرها، وإنما صرفه عنها القيود الخارجية.

ومثله القول فيما لو استعملا السلم في بيع عين شخصية، وأولى بالجواز؛ لأنها أبعد عن الغرر. والحلول أدخل في إمكان التسليم من التأجيل.

ومن التعليل^(١) يلوح وجه المنع فيهما^(٢) حيث إن بناءه على البيع المؤجل ثمثنه الثابت في الذمة، وقد قال النبي ﷺ: «من أسلف فليُسلف في كيل معلوم، أو وزن معلوم، أو أجل معلوم»^(٣).

وأجيب بتسليمه حيث يُقصد السلم الخاصّ والبحث فيما لو قصد به البيع الحالّ.

واعلم أنّ ظاهر عبارة المصنّف هنا وفي الدروس^(٤) وكثير^(٥) أنّ الخلاف مع قصد السلم، وأنّ المختار جوازه مؤجلاً وحالاً مع التصريح بالحلول ولو قصداً، بل مع الإطلاق أيضاً، ويحمل على الحلول. والذي يرشد إليه التعليل والجواب أنّ الخلاف فيما لو قصد به البيع المطلق واستعمل السلم فيه بالقرائن، أمّا إذا أريد به السلف المطلق اشترط ذكر الأجل.

﴿ ولا بدّ من كونه عامّ الوجود عند رأس الأجل إذا شرط الأجل ﴾ في

(١) المذكور في وجه القرب.

(٢) في مسألتي السلم حالاً مع عموم الوجود، واستعمال السلم في عين شخصية.

(٣) الترمذي ٣: ٦٠٢-٦٠٣، الحديث ١٣١١ مع اختلاف يسير.

(٤) الدروس ٣: ٢٥٤.

(٥) أنظر القواعد ٢: ٥٢، وجامع المقاصد ٤: ٢٣٤، وكنز الفوائد ١: ٤٢٨.

البلد الذي شرط تسليمه فيه، أو بلد العقد حيث يُطلق - على رأي المصنف هنا - أو فيما قاربه بحيث ينقل إليه عادةً، ولا يكفي وجوده فيما لا يعتاد نقله منه إليه إلا نادراً، كما لا يشترط وجوده حال العقد حيث يكون مؤجلاً، ولا فيما بينهما. ولو عيّن غلّة بلد لم يكف وجوده في غيره وإن اعتيد نقله إليه. ولو انعكس بأن عيّن غلّة غيره مع لزوم التسليم به شارطاً نقله إليه، فالوجه الصحة وإن كان يبطل مع الإطلاق. والفرق أن بلد التسليم حينئذٍ بمنزلة شرط آخر، والمعتبر هو بلد المسلم فيه.

﴿ والشهور يُحمل ﴾ إطلاقها ﴿ على الهلائية ﴾ مع إمكانه كما إذا وقع العقد في أول الشهر، ولو وقع في أثنائه ففي عدّه هلائياً يجبره مقدار ما مضى منه، أو إكمال ثلاثين [يوماً^(١)] أو انكسار الجميع لو كان معه غيره، وعدّها ثلاثين [يوماً^(٢)] أوجه، وأوسطها الوسط، وقوّاه في الدروس^(٣) ويظهر من العبارة الأولى. ﴿ ولو شرط تأجيل بعض الثمن بطل في الجميع ﴾ أمّا في المؤجّل فظاهر؛ لا اشتراط قبض الثمن قبل التفريق المنافي له، وعلى تقدير عدم منافاته - لقصر الأجل - يمتنع من وجه آخر؛ لأنّه يبيع الكالئ بالكالئ، فقد فسره أهل اللغة بأنّه يبيع مضمون مؤجّل بمثله^(٤) وأمّا البطلان في الحالّ على تقدير بطلان المؤجّل فلجهالة قسطه من الثمن وإن جعل كلاًّ منهما قدرأ معلوماً كتأجيل خمسين من مئة؛ لأنّ المعجّل يقابل من المبيع قسطاً أكثر ممّا يقابله المؤجّل؛ لتقسيت الثمن على الأجل أيضاً، والنسبة عند العقد غير معلومة.

(١) و (٢) لم يرد في المخطوطات.

(٣) الدروس ٣: ٢٥٤.

(٤) أنظر الصحاح ١: ٦٩ (كلاً)، والمصباح المنير: ٥٤٠ (كلاً).

وربما قيل بالصحة^(١) للعلم بجملة الثمن، والتقسيت غير مانع، كما لا يمنع لو باع ماله ومال غيره فلم يُجز المالك، بل لو باع الحرّ والعبد بثمان واحد مع كون بيع الحرّ باطلاً من حين العقد كالمؤجل هنا.

﴿ ولو شرط موضع التسليم لزم ﴾ لوجوب الوفاء بالشرط السائغ ﴿ وإلا ﴾ يشترط^(٢) ﴿ اقتضى ﴾ الإطلاق التسليم في ﴿ موضع العقد ﴾ كظائره من المبيع المؤجل.

هذا أحد الأقوال في المسألة^(٣) والقول الآخر: اشتراط تعيين موضعه مطلقاً^(٤) وهو اختياره في الدروس^(٥) لاختلاف الأغراض باختلافه الموجبة لاختلاف الثمن والرغبة، ولجهالة موضع الاستحقاق؛ لابتناؤه على موضع الحلول المجهول. وبهذا فارق القرض المحمول على موضعه؛ لكونه معلوماً. وأمّا النسبته فخرج بالإجماع على عدم اشتراط تعيين محلّه.

وفصل ثالث باشتراطه إن كان في حملة مؤونة، وعدمه بعدمه^(٦) ورابع بكونهما في مكانٍ قصدُهما مفارقتة وعدمه^(٧) وخامس باشتراطه فيهما^(٨) ووجه

(١) احتملها في الدروس ٣: ٢٥٦.

(٢) في (ر) وظاهر (ع): يشترط.

(٣) قاله العلامة في القواعد ٢: ٥٣.

(٤) وهو مختار الشيخ في الخلاف ٣: ٢٠٢، المسألة ٩.

(٥) الدروس ٣: ٢٥٩.

(٦) قاله الشيخ في المبسوط ٢: ١٧٣، وتبعه ابن حمزة في الوسيلة: ٢٤١.

(٧) أنظر التذكرة ١١: ٣٤٥-٣٤٦، والقواعد ٢: ٥٣.

(٨) يعني في فرض لزوم المؤونة، وقصد المفارقة. قاله العلامة في التذكرة: ١١: ٣٤٣-٣٤٤.

وفي الميسية، أنه أولى، نقل عنه العملي في المفتاح ٤: ٤٧٠.

الثلاثة مركّب من الأوّلين^(١) ولا ريب أنّ التعيين مطلقاً أولى.

﴿ ويجوز اشتراط السائغ في العقد ﴾ كاشتراط حمله إلى موضع معيّن، وتسليمه كذلك ورهن وضمين، وكونه من غلّة أرض أو بلد لا تخيس فيها غالباً، ونحو ذلك.

﴿ و ﴾ كذا يجوز ﴿ يبعه بعد حلّوله ﴾ وقبل قبضه ﴿ على الغريم وغيره على كراهية ﴾ للنهي عن ذلك في قوله ﷺ: « لا تبيعن شيئاً حتّى تقبضه »^(٢) ونحوه^(٣) المحمول على الكراهة.

وخصّها بعضهم بالمكيل والموزون^(٤) وآخرون بالطعام^(٥) وحرّمه آخرون فيهما^(٦) وهو الأقوى، حملاً لما ورد صحيحاً من النهي على ظاهره؛ لضعف المعارض^(٧) الدالّ على الجواز الحامل للنهي على الكراهة. وحديث النهي عن بيع مطلق ما لم يقبض لم يثبت.

(١) أي من دليل مذهب عدم الاشتراط مطلقاً - وهو كونه كمنظّاره - ومن دليل مذهب الاشتراط مطلقاً (سلطان العلماء - هامش ر).

(٢) كنز العمال ٤ : ٨٧، الحديث ٩٦٦٢.

(٣) الوسائل ١٢ : ٣٨٧ - ٣٩٢، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١ و ٥ و ١١ و ١٤ و ٢١.

(٤) كالشيخ في النهاية : ٣٩٨، والعلامة في التحرير ٢ : ٣٣٨.

(٥) كالمحقّق في المختصر النافع : ١٣٤.

(٦) كابن أبي عقيل على ما حكى عنه العلامة في المختلف ٥ : ٢٨١.

(٧) الوسائل ١٢ : ٣٨٨، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٣ و ٦ و ١٩، وفي سندها عليّ بن حديد وابن الحجّاج الكرخي، والأوّل ضعيف، والثاني مجهول، راجع

وأما بيعه قبل حلولة فلا؛ لعدم استحقاقه حينئذٍ. نعم لو صالح عليه فالأقوى الصحة.

﴿ وإذا دفع ﴾ المسلم إليه ﴿ فوق الصفة وجب القبول ﴾ لأنه خير وإحسان، فالامتناع منه عناد؛ ولأنَّ الجودة صفة لا يمكن فصلها، فهي تابعة، بخلاف ما لو دفع أزيد قدرًا يمكن فصله ولو في ثوب. وقيل: لا يجب^(١) لما فيه من المنّة ﴿ ودونها ﴾ أي دون الصفة المشترطة ﴿ لا يجب ﴾ قبوله وإن كان أجود من وجه آخر؛ لأنه ليس حقّه مع تضرّره به.

ويجب تسليم الحنطة ونحوها عند الإطلاق نقيّة من الزوان^(٢) [والمدر]^(٣) والتراب والقشر غير المعتاد. وتسليم التمر والزبيب جافّين. والعنب والرطب صحيحين. ويُعفى عن اليسير المحتمل عادة.

﴿ ولو رضى ﴾ المسلم ﴿ به ﴾ أي بالأدون صفة ﴿ لزم ﴾ لأنه أسقط حقّه من الزائد برضاه، كما يلزم لورضي بغير جنسه.

﴿ ولو انقطع ﴾ المسلم فيه ﴿ عند الحلول ﴾ حيث يكون مؤجلاً ممكن الحصول بعد الأجل عادةً فاتفق عدمه ﴿ تخيير ﴾ المسلم ﴿ بين الفسخ ﴾ فيرجع برأس ماله؛ لتعذر الوصول إلى حقّه وانتفاء الضرر ﴿ و ﴾ بين ﴿ الصبر ﴾ إلى أن يحصل. وله أن لا يفسخ ولا يصبر، بل يأخذ قيمته حينئذٍ؛ لأنّ ذلك هو حقّه. والأقوى أنّ الخيار ليس فورياً، فله الرجوع بعد الصبر إلى أحد الأمرين ما لم يُصرّح بإسقاط حقّه من الخيار.

(١) قاله ابن الجنيّد على ما حكاه عنه العلامة في المختلف ٥ : ١٥٣.

(٢) مثلثة الزاي، نبات ينبت غالباً بين الحنطة، وحبه يشبه حبّها، إلاّ أنّه أصغر.

(٣) شُطب عليه في (ع) ولم يرد في (ش) و (ف).

ولو كان الانقطاع بعد بذله له ورضاه بالتأخير سقط خياره، بخلاف ما لو كان بعدم المطالبة أو بمنع البائع مع إمكانه.

وفي حكم انقطاعه عند الحلول موت المسلم إليه قبل الأجل وقبل وجوده، لا العلم قبله بعدمه بعده، بل يتوقف الخيار على الحلول على الأقوى؛ لعدم وجود المقتضي له الآن؛ إذ لم يستحق شيئاً حينئذٍ.

ولو قبض البعض تخير أيضاً بين الفسخ في الجميع والصبر، وبين أخذ ما قبض والمطالبة بحصة غيره من الثمن أو قيمة المثلن على القول الآخر^(١) وفي تخير المسلم إليه مع الفسخ في البعض وجه قوي؛ لتبعض الصفقة عليه، إلا أن يكون الانقطاع من تقصيره فلا خيار له.

(١) المشار إليه آنفاً بقوله: وله أن لا يفسخ ولا يصبر، بل يأخذ قيمته حينئذٍ.

﴿ الفصل السابع ﴾

﴿ في أقسام البيع ﴾

﴿ بالنسبة إلى الإخبار بالثمن وعدمه ﴾

﴿ وهو أربعة ﴾ أقسام :

لأنه إما أن يُخبر به أو لا، والثاني «المساومة» والأوّل إمّا أن يبيع معه برأس المال، أو بزيادة عليه، أو نقصان عنه، والأوّل «التولية» والثاني «المرابحة» والثالث «المواضعة».

وبقي قسم خامس وهو إعطاء بعض المبيع برأس ماله، ولم يذكره كثير وذكره المصنّف هنا^(١) وفي الدروس^(٢) وفي بعض الأخبار دلالة عليه^(٣).

وقد تجتمع الأقسام في عقد واحد، بأن اشترى خمسة ثوباً بالسويّة، لكن ثمن نصيب أحدهم عشرون، والآخِر خمسة عشر، والثالث عشرة، والرابع خمسة، والخامس لم يُبيّن، ثمّ باع مَنْ عدا الرابع نصيبهم بستّين بعد إخبارهم بالحال، والرابع شَرِك في حصّته، فهو بالنسبة إلى الأوّل «مواضعة» والثاني «تولية» والثالث «مرابحة» والرابع «تشريك» والخامس «مساومة». واجتماعُ

(١) يأتي في آخر الفصل بقوله: والتشريك جائز.

(٢) الدروس ٣ : ٢٢١.

(٣) الوسائل ١٣ : ١٧٤ - ١٧٥، الباب الأوّل من أحكام الشركة، الحديث ١ و ٥ و ٦ و ٨.

قسمين وثلاثة وأربعة منها على قياس ذلك.
والأقسام الأربعة :

﴿ أحدها : المساومة ﴾ :

وهي البيع بما يتفقان عليه من غير تعرّض للإخبار بالثمن، سواء علمه المشتري أم لا، وهي أفضل الأقسام.

﴿ وثانيها : المراجعة ﴾ :

﴿ ويشترط فيها العلم ﴾ أي علم كلّ من البائع والمشتري ﴿ بقدر الثمن، و ﴿ قدر ﴾ الربح ﴿ والغرامة والمؤن إن ضمّها ﴾ ويجب على البائع الصدق ﴿ في الثمن، والمؤن، وما طرأ من موجب النقص، والأجل، وغيره.

﴿ فإن لم يحدث فيه زيادة قال : اشتريته، أو هو عليّ، أو تقوم ﴾ بكذا.
﴿ وإن زاد بفعله ﴾ من غير غرامة مائيّة ﴿ أخبر ﴾ بالواقع، بأن يقول : اشتريته بكذا وعملت فيه عملاً يساوي كذا، ومثله ما لو عمل فيه متطوّع.

﴿ و ﴿ إن زاد ﴾ باستجاره ﴿ عليه ﴾ ضمّه، فيقول : تقوم عليّ ﴾ بكذا
﴿ لا اشتريت ﴾ به؛ لأنّ الشراء لا يدخل فيه إلا الثمن، بخلاف «تقوم عليّ» فإنه يدخل فيه الثمن وما يلحقه من أجرة الكيال والدلال والحارس والمحرّس والقصار والرقاء^(١) والصباغ، وسائر المؤن المرادة للاسترباح، لا ما يُقصد به استبقاء الملك دون الاسترباح، كنفقة العبد وكسوته وعلف الدابة. نعم العلف الزائد على المعتاد للتسمين يدخل. والأجرة وما في معناها لا تُضمّ إلى «اشتريت

(١) الرفاء بالمدّ من رفات الثوب بالهمز، وربما قيل بالواو (هامش ر).

بكذا» ﴿ إلا أن يقول : واستأجرت بكذا ﴾ فإنَّ الأجرة تنضم حينئذٍ إلى الثمن؛ للتصريح بها.

واعلم أنَّ دخول المذكورات ليس من جهة الإخبار، بل فائدته إعلام المشتري بذلك ليدخل في قوله : بعتك بما اشتريت، أو بما قام عليّ، أو بما اشتريت واستأجرت وربح كذا.

﴿ وإن طرأ عيب وجب ذكره ﴾ لنقص المبيع به عمّا كان حين شراؤه ﴿ وإن أخذ أرشاً ﴾ بسببه ﴿ أسقطه ﴾ لأنَّ الأرش جزءٌ من الثمن، فكأنَّه اشتراه بما عده، وإن كان قوله : « اشتريته بكذا » حقّاً؛ لطرؤ النقصان الذي هو بمنزلة الجزء. ولو كان الأرش بسبب جنائية لم يسقط من الثمن؛ لأنَّها حقٌّ متجدّد لا يقتضيها العقد كنتاج الدابة. بخلاف العين وإن كان حادثاً بعد العقد حيث يُضمن؛ لأنَّه بمقتضى العقد أيضاً فكان كالموجود حالته. ويُفهم من العبارة إسقاط مطلق الأرش وليس كذلك. وبما قيّدناه صرّح في الدروس^(١) كغيره^(٢).

﴿ ولا يقوم أبعاض الجملة ﴾ ويُخبر بما يقتضيه التقسيط من الثمن وإن كانت متساوية أو أخبر بالحال؛ لأنَّ المبيع المقابل بالثمن هو المجموع، لا الأفراد وإن يُقسّط الثمن عليها في بعض الموارد، كما لو تلف بعضها أو ظهر مستحقّاً. ﴿ ولو ظهر كذبه ﴾ في الإخبار بقدر الثمن أو ما في حكمه^(٣) أو جنسه أو وصفه ﴿ أو غلطه ﴾ بيّنة أو إقرار ﴿ تخيير المشتري ﴾ بين ردّه وأخذه بالثمن

(١) الدروس ٣ : ٢١٩.

(٢) مثل المحقّق في الشرائع ٢ : ٤١، والعلامة في القواعد ٢ : ٥٧.

(٣) كأجرة الدّالّ والكيال.

الذي وقع عليه العقد؛ لغروره. وقيل: له أخذه بحطّ الزيادة وربحها^(١) لكذبه مع كون ذلك هو مقتضى المراجعة شرعاً. ويضعّف بعدم العقد على ذلك فكيف يثبت مقتضاه!

وهل يشترط في ثبوت خيار المشتري على الأوّل بقاؤه على ملكه؟ وجهان، أجمدهما عدم؛ لأصالة بقائه مع وجود المقتضي وعدم صلاحية ذلك للمانع، فمع التلف أو انتقاله عن ملكه انتقالاً لازماً، أو وجود مانع من ردّه كالاستيلاء يردّ مثله أو قيمته إن اختار الفسخ، ويأخذ الثمن أو عوضه مع فقده.

﴿ ولا يجوز الإخبار بما اشتراه من غلامه ﴾ الحرّ ﴿ أو ولده ﴾ أو غيرهما ﴿ حيلة؛ لأنّه خديعة ﴾ وتدليس، فلو فعل ذلك أتمّ وصحّ البيع، لكن يتخيّر المشتري إذا علم بين ردّه وأخذه بالثمن، كما لو ظهر كذبه في الإخبار. ﴿ نعم لو اشتراه ﴾ من ولده أو غلامه ﴿ ابتداءً من غير سابقة بيع عليهما ﴾ ولا مواطأة على الزيادة وإن لم يكن^(٢) سبق منه بيع ﴿ جاز ﴾ لانتفاء المانع حينئذٍ؛ إذ لا مانع من معاملة من ذكر.

﴿ و ﴾ كذا ﴿ لا ﴾ يجوز ﴿ الإخبار بما قوّم عليه التاجر ﴾ على أن يكون له الزائد من غير أن يعقد معه البيع؛ لأنّه كاذب في إخباره؛ إذ مجرد التقويم لا يوجب. ﴿ والثمن ﴾ على تقدير بيعه كذلك ﴿ له ﴾ أي للتاجر ﴿ وللدلال الأجرة ﴾ لأنّه عمل عملاً له أجرة عادةً، فإذا فات المشتري رجوع إلى الأجرة. ولا فرق في ذلك بين ابتداء التاجر له به واستدعاء الدلال ذلك منه. خلافاً

(١) القائل هو ابن الجنيّد على ما حكاه عنه العلامة في المختلف ٥ : ١٦٥.

(٢) مُحيت لفظة «لم» في (ر).

للشيخين رحمهما الله (١) حيث حكما بملك الدلال الزائد في الأوّل استناداً إلى أخبار صحيحة (٢) يمكن حملها على الجعالة، بناءً على أنّه لا يقدر فيها هذا النوع من الجهالة.

﴿ وثالثها : المواضعة ﴾ :

﴿ وهي كالمراوحة في الأحكام ﴾ من الإخبار على الوجوه المذكورة ﴿ إلاّ أنّها بنقيصة معلومة ﴾ فيقول : بعتك بما اشتريته أو تقوّم عليّ ووضيعة كذا، أو حطّ كذا. فلو كان قد اشتراه بمئة فقال : « بعتك بمئة ووضيعة درهم من كلّ عشرة » فالثمن تسعون، أو « لكلّ عشرة » زاد عشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم؛ لأنّ الموضوع في الأوّل من نفس العشرة عملاً بظاهر التبويض، وفي الثاني من خارجها، فكأنّه قال : « من كلّ أحد عشر ».

ولو أضاف الوضيعة إلى العشرة احتمل الأمرين، نظراً إلى احتمال الإضافة لـ « اللام » و « من ».

والتحقيق هو الأوّل؛ لأنّ شرط الإضافة بمعنى « من » كونها تبيينيّة لا تبعضيّة، بمعنى كون المضاف جزئياً من جزئيات المضاف إليه بحيث يصحّ إطلاقه على المضاف وغيره والإخبار به عنه كخاتم فضّة، لا جزءاً من كلّ كبعض القوم ويد زيد، فإنّ كلّ القوم لا يطلق على بعضه ولا زيدٌ على يده، والموضوع هنا بعض العشرة فلا يخبر بها عنه، فتكون بمعنى اللام.

(١) المقنعة : ٦٠٥، والنهية : ٣٨٩ - ٣٩٠.

(٢) الوسائل ١٢ : ٣٨١، الباب ١٠ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١ و ٢.

﴿ ورابعها : التولية ﴾ :

﴿ وهي الإعطاء برأس المال ﴾ فيقول بعد علمهما بالثمن وما تبعه :
« وليتك هذا العقد » فإذا قبل لزمه مثله جنساً وقدرأً وصفة . ولو قال : « بعتك »
أكمله بالثمن ، أو بما قام عليه ونحوه . ولا يفتقر في الأوّل إلى ذكره^(١) ولو قال :
« وليتك السلعة » احتمل في الدروس الجواز^(٢) .

﴿ والتشريك جائز وهو ﴾ أن يجعل له فيه نصيباً بما يخصّه من الثمن
بـ ﴿ أن يقول : شرّكتك ﴾ بالتضعيف ﴿ بنصفه بنسبة ما اشتريت ، مع علمهما ﴾
بقدره . ويجوز تعديته بالهمزة . ولو قال : « أشركتك بالنصف » كفى ولزمه نصفُ
مثل الثمن . ولو قال : « أشركتك في النصف » كان له الربع ، إلّا أن يقول : « بنصف
الثمن » فيتعيّن النصف . ولو لم يبيّن الحصّة كما لو قال : « في شيء منه » أو أطلق
بطل ؛ للجهل بالمبيع . ويحتمل حمل الثاني^(٣) على التنصيف .

﴿ وهو* ﴾ أي التشريك ﴿ في الحقيقة بيع الجزء المشاع برأس المال ﴾
لكنّه يختصّ عن مطلق البيع بصحّته بلفظه .

(١) أي ذكر الثمن .

(٢) الدروس ٣ : ٢٢١ .

(٣) أي الإطلاق .

(* في (ق) و (س) : وهي .

﴿ الفصل الثامن ﴾

﴿ في الربا ﴾

بالقصر، وألفه بدل من «واو» ﴿ ومورده ﴾ أي محلّ وروده ﴿ المتجانسان إذا قُدِّرا بالكيل أو الوزن وزاد^(١) أحدهما ﴾ عن^(٢) الآخر قدراً ولو بكونه مؤجلاً. وتحريمه مؤكّد، وهو من أعظم الكبائر ﴿ والدرهم منه أعظم ﴾ وزراً ﴿ من سبعين زنية ﴾ - بفتح أوّله وكسره - كلّها بذات محرم، رواه هشام بن سالم عن الصادق عليه السلام^(٣).

﴿ وضابط الجنس ﴾ هنا: ﴿ ما دخل تحت اللفظ الخاص ﴾ كالتمر والزبيب واللحم ﴿ فالتمر جنس ﴾ لجميع أصنافه ﴿ والزبيب جنس ﴾ كذلك ﴿ والحنطة والشعير ﴾ هنا ﴿ جنس ﴾ واحد ﴿ في المشهور ﴾ وإن اختلفا لفظاً واشتملا على أصناف؛ لدلالة الأخبار الصحيحة على اتّحادهما^(٤) الخالية عن

(١) في (ع) و (ش) : زيادة.

(٢) في (ع) : من، وفي (ر) : على.

(٣) الوسائل ١٢ : ٤٢٢ - ٤٢٣، الباب الأوّل من أبواب الربا، الحديث الأوّل.

(٤) الوسائل ١٢ : ٤٣٨، الباب ٨ من أبواب الربا.

المعارض، وفي بعضها «أنّ الشعر من الحنطة»^(١) فدعوى اختلافهما - نظراً إلى اختلافهما صورةً وشكلاً ولوناً وطعماً وإدراكاً وحساً واسماً - غير مسموع. نعم هما في غير الربا - كالزكاة - جنسان إجماعاً.

﴿ واللحوم تابعة للحيوان ﴾ فلهن الضأن والمعز جنس؛ لشمول «الغنم»

لهما، والبقر والجاموس جنس، والعراب والبخاتي جنس.

﴿ ولا ربا في المعدود ﴾ مطلقاً على أصحّ القولين^(٢) نعم يُكره.

﴿ ولا بين الوالد وولده ﴾ فيجوز لكلّ منهما أخذ الفضل على الأصحّ^(٣)

والأجود اختصاص الحكم بالنسبي مع الأب، فلا يتعدى إليه مع الأمّ، ولا مع الجدّ ولو للأب، ولا إلى ولد الرضاع، اقتصاراً بالرخصة على مورد اليقين. مع احتمال التعدي في الأخيرين لإطلاق اسم «الولد» عليهما شرعاً.

﴿ ولا بين الزوج وزوجته ﴾ دواماً وتمعنً على الأظهر.

﴿ ولا بين المسلم والحربي، إذا أخذ المسلم الفضل ﴾ وإلا ثبت.

ولا فرق في الحربي بين المعاهد وغيره، ولا بين كونه في دار الحرب والإسلام.

﴿ ويثبت بينه ﴾ أي بين المسلم ﴿ وبين الذمّي ﴾ على الأشهر. وقيل:

(١) الوسائل ١٢: ٤٣٨، الباب ٨ من أبواب الربا، الحديث ١ و ٢.

(٢) ذهب إليه الشيخ في النهاية: ٣٧٩. والقول الآخر للمفيد في المقنعة: ٦٠٥، وسلار في

المراسم: ١٨٠، وهو اختيار ابن الجنيّد على ما نقل عنه العلامة في المختلف ٥: ٨٤.

(٣) وأدعى عليه الإجماع في الانتصار: ٤٤١، والغنية: ٢٢٦، والتنقيح الرائع ٢: ٩٤.

ومقابل الأصحّ قول ابن الجنيّد على ما حكى عنه العلامة في المختلف ٥: ٧٩، فإنه فصل

فقال: لا ربا بين الوالد وولده إذا أخذ الوالد الفضل.

لا يثبت^(١) كالحرابي؛ للرواية المخصصة له^(٢) كما خصصت غيره^(٣) وموضع الخلاف ما إذا أخذ المسلم الفضل، أمّا إعطاؤه إيّاه فحرام قطعاً.

﴿ ولا في القسمة ﴾ لأنها ليست بيعاً ولا معاوضة، بل هي تمييز الحقّ عن غيره. ومن جعلها بيعاً مطلقاً^(٤) أو مع اشتمالها على الردّ^(٥) أثبت فيها الربا.

﴿ ولا يضرّ عقّد الثّبن والثّوان ﴾ بضمّ الزاي وكسرها وبالهمز وعدمه ﴿ اليسير ﴾ في أحد العوضين دون الآخر، أو زيادةً عنه؛ لأنّ ذلك لا يقدر في إطلاق المثليّة والمساواة قدرأً، ولو خرجا عن المعتاد ضرّاً، ومثلهما يسير التراب وغيره ممّا لا ينفكّ الصنف عنه غالباً كالذّرديّ^(٦) في الدّبس والزيت.

﴿ ويتخلّص منه ﴾ أي من الربا إذا أريد بيع أحد المتجانسين بالآخر متفاضلاً ﴿ بالضميمة ﴾ إلى الناقص منهما، أو الضميمة إليهما مع اشتباه الحال، لتكون^(٧) الضميمة في مقابل الزيادة.

(١) قاله الصدوق في المقنع : ٣٧٤، وحكاه في المختلف ٥ : ٨١ عن ابن بابويه والمفيد ولكن لم نعرث عليهما، وأيضاً نسب إلى السيّد المرتضى وهو وإن مال إليه في الموصليّات رسائل الشريف المرتضى (المجموعة الأولى) : ١٨٣ - ١٨٥ لكنّه وافق المشهور في الانتصار : ٤٤٢ فراجع.

(٢) الوسائل ١٢ : ٤٣٧، الباب ٧ من أبواب الربا، الحديث ٥.

(٣) المصدر المتقدم : الحديث ٢.

(٤) لم نجده في مصادرنا ولكن الشافعي جعلها في أحد قوليه كالبيع يثبت فيه الربا، أنظر الأمّ ٣ : ٢٨ ومختصر المزني : ٧٧، والمغني ١١ : ٤٩١.

(٥) لم نعرث عليه من أصحابنا. نعم، ذهب إليه بعض العامّة، أنظر المغني ١١ : ٤٩٢.

(٦) من الزيت ونحوه : الكدّر الراسب في أسفله.

(٧) في سوى (ع) : فتكون.

﴿ ويجوز بيع مُدَّ عَجْوَةٍ ^(١) ودرهم بمُدِّين أو درهمين ، وبمُدِّين ودرهمين ، وأمداد ودرهم . ويُصرف كلُّ إلى مخالفه * ﴾ وإن لم يقصده ؛ وكذا لو ضَمَّ غيرُ ربويِّ .

ولا يشترط في الضميمة أن تكون ذات وقع في مقابل الزيادة ، فلو ضمَّ ديناراً إلى ألف درهم ثمناً لألفي درهم جاز ؛ للرواية ^(٢) وحصول التفاوت عند المقابلة . وتوزيع الثمن عليهما باعتبار القيمة على بعض الوجوه لا يقدر ؛ لحصوله حينئذٍ بالتقسيط لا بالبيع ، فإنه إما وقع على المجموع بالمجموع ، فالتقسيط غير معتبر ولا مفتقر إليه . نعم لو عرض سبب يوجب - كما لو تلف الدرهم المعين قبل القبض أو ظهر مستحقاً وكان في مقابله ما يوجب الزيادة المفضية إلى الربا - احتمال بطلان البيع حينئذٍ ؛ للزوم التفاوت في الجنس الواحد . والبطلانُ في مخالف التالف خاصة ؛ لأنَّ كلاً من الجنسين قد قوبل بمخالفه ، فإذا بطل بطل ما قوبل به خاصة . وهذا هو الأجود والموافق لأصول المذهب والمصحح لأصل البيع وإلا كان مقتضى المقابلة لزوم الربا من رأس .

﴿ و ﴾ يتخلَّص أيضاً من الربا ﴿ بأن يبيعه بالمماثل ويهبه الزائد ﴾ في عقد واحد أو بعد البيع ﴿ من غير شرط ﴾ للهبة في عقد البيع ؛ لأنَّ الشرط حينئذٍ زيادة في العوض المصاحب له ﴿ أو ﴾ بأن ﴿ يُقرض كلَّ منهما صاحبه ويتبارء ﴾ بعد التقابض الموجب لملك كلِّ منهما ما اقترضه وصيرورة عوضه في الذمة . ومثله ما لو وهب كلَّ منهما الآخر عوضه .

ولا يقدرح في ذلك كله كون هذه العقود غير مقصودة بالذات ، مع أنَّ العقود

(١) نوع من التمر .

(*) في (ق) و (س) : إلى ما يخالفه .

(٢) الوسائل ١٢ : ٤٦٦ - ٤٦٧ ، الباب ٦ من أبواب الصرف ، الحديث الأوَّل .

تابعة للقصد؛ لأنَّ قصد التخلُّص من الربا الذي لا يتمُّ إلاَّ بالقصد إلى بيع صحيح أو قرضٍ أو غيرهما كافٍ في القصد إليها؛ لأنَّ ذلك غاية مترتبة على صحَّة العقد مقصودة، فيكفي جعلها غاية؛ إذ لا يعتبر قصد جميع الغايات المترتبة على العقد.

﴿ ولا يجوز بيع الرطب بالتمر ﴾ للنصِّ المعلل بكونه ينقص إذا جفَّ^(١)
 ﴿ وكذا كلُّ ما ينقص مع الجفاف ﴾ كالعنب بالزبيب تعديةً للعلة المنصوصة إلى ما يشاركه فيها. وقيل: يثبت في الأوَّل من غير تعدية^(٢) ردًّا لقياس العلة. وقيل: بالجواز في الجميع^(٣) ردًّا لخبر الواحد واستناداً إلى ما يدلُّ بظاهره على اعتبار المماثلة بين الرطب واليابس. وما اختاره المصنَّف أقوى. وفي الدروس جعل التعدية إلى غير المنصوص أولى^(٤).

﴿ ومع اختلاف الجنس ﴾ في العوضين ﴿ يجوز التفاضل نقداً ﴾ إجماعاً
 ﴿ ونسيئة ﴾ على الأقوى؛ للأصل، والأخبار^(٥) واستند المانع^(٦) إلى خبرٍ دلَّ بظاهره على الكراهة^(٧) ونحن نقول بها.

(١) الوسائل ١٢: ٤٤٥-٤٤٦، الباب ١٤ من أبواب الربا، الحديث ١ و ٢ و ٦.

(٢) قاله الشيخ في الخلاف ٣: ٦٤، المسألة ١٠٥، والمحقق في الشرائع ٢: ٤٦.

(٣) ذهب إليه ابن إدريس في السرائر ٢: ٢٥٨-٢٥٩، وقبله الشيخ في الاستبصار ٣: ٩٢-

(٤) الدروس ٣: ٢٩٦.

(٥) الوسائل ١٢: ٤٤٢-٤٤٥، الباب ١٣ من أبواب الربا.

(٦) هو المفيد في المقنعة: ٦٠٣، وسلار في المراسم: ١٨٠، وغيرهما.

(٧) قال في المختلف ٥: ٨٧: احتجَّ المانعون بالحديث المشهور «إنَّما الربا في النسيئة»

(سنن البيهقي ٦: ١٤١)، وبما رواه الحلبي في الصحيح (الوسائل ١٢: ٤٤٢-٤٤٣،

الباب ١٣ من أبواب الربا، الحديث ٢).

﴿ ولا عبرة بالأجزاء المائيّة في الخبز والخَلّ والدقيق ﴾ بحيث يُجهل مقداره في كلِّ من العوضين الموجب لجهالة مقدارهما، وكذا لو كانت مفقودة من أحدهما كالخبز اليابس واللين؛ لإطلاق الحقيقة عليهما، مع كون الرطوبة يسيرة غير مقصودة، كقليل الزّوان والتبن في الحنطة ﴿ إلا أن يظهر ذلك للحسّ ظهوراً بيّناً ﴾ بحيث يظهر التفاوت بينهما فيمنع، مع احتمال عدم منعه مطلقاً، كما أطلقه في الدروس^(١) وغيره^(٢) لبقاء الاسم الذي يترتب عليه تساوي الجنسين عرفاً.

﴿ ولا يباع اللحم بالحيوان مع التماثل ﴾ كلحم الغنم بالشاة إن كان مذبوحاً؛ لأنّه في قوّة اللحم، فلا بدّ من تحقّق المساواة. ولو كان حيّاً فالجواز قويٌّ؛ لأنّه حينئذٍ غير مقدّر بالوزن ﴿ ويجوز ﴾ بيعه به ﴿ مع الاختلاف ﴾ قطعاً؛ لانتفاء المانع مع وجود المصحّح.

(١) الدروس ٣ : ٢٩٧، إلا أنّه قيّده بما « إذا لم يزد عن العادة ».

(٢) الشرائع ٢ : ٤٦، والقواعد ٢ : ٦٢.

﴿ الفصل التاسع ﴾

﴿ في الخيار ﴾

﴿ وهو أربعة عشر ﴾ قسماً، وجمعه بهذا القدر من خواصّ الكتاب.

﴿ الأوّل * : خيار المجلس ﴾

أضافه إلى موضع الجلوس مع كونه غير معتبر في ثبوته، وإنّما المعتبر عدم التفرّق، إمّا تجوّزاً في إطلاق بعض أفراد الحقيقة، أو حقيقة عرفيّة. ﴿ وهو مختصّ بالبيع ﴾ بأنواعه، ولا يثبت في غيره من عقود المعاوضات وإن قام مقامه، كالصلح.

ويثبت للمتبايعين ما لم يفترقا ﴿ ولا يزول بالحائل ﴾ بينهما غليظاً كان أم رقيقاً مانعاً من الاجتماع أم غير مانع؛ لصدق عدم التفرّق معه ﴿ ولا بمفارقة ﴾ كلّ واحد منهما ﴿ المجلس مصطحين ﴾ وإن طال الزمان ما لم يتباعد ما بينهما عنه حالة العقد. وأولى بعدم زواله لو تقاربا عنه. ﴿ ويسقط باشتراط سقوطه في العقد ﴾ عنهما أو عن أحدهما بحسب

(*) في (ق) وبعض نسخ الشرح بدل «الأوّل، والثاني...»: أ، ب...

الشرط ﴿ وبإسقاطه بعده ﴾ بأن يقول: أسقطنا الخيار، أو أوجبنا المنع، أو التزمنه، أو اخترناه، أو ما أدى ذلك. ﴿ وبمفارقة أحدهما صاحبه ﴾ ولو بخطوة اختياراً، فلو أكرها أو أحدهما عليه لم يسقط مع منعها من التخاير، فإذا زال الإكراه فلهما الخيار في مجلس الزوال. ولو لم يُمنع من التخاير لزم العقد.

﴿ ولو التزم به أحدهما سقط خياره خاصة ﴾ إذ لا ارتباط لحق أحدهما بالآخر ﴿ ولو فسخ أحدهما وأجاز الآخر قُدِّم الفاسخ ﴾ وإن تأخر عن الإجازة؛ لأنَّ إثبات الخيار إنما قصد به التمكن من الفسخ دون الإجازة؛ لأصالتها. ﴿ وكذا ﴾ يقدِّم الفاسخ على المجيز ﴿ في كلِّ خيار مشترك ﴾ لاشتراك الجميع في العلة التي أشرنا إليها.

﴿ ولو خيَّره فسكت فخيرهما باقٍ ﴾ أمَّا الساكت فظاهر؛ إذ لم يحصل منه ما يدلُّ على سقوط الخيار. وأمَّا المخير فلأنَّ تخييره صاحبه أعمُّ من اختياره العقد فلا يدلُّ عليه. وقيل: يسقط خياره^(١) استناداً إلى رواية^(٢) لم تثبت عندنا.

﴿ الثاني : خيار الحيوان ﴾

﴿ وهو ثابت للمشتري خاصة ﴾ على المشهور وقيل: لهما^(٣) وبه رواية

(١) نسب ذلك إلى الشيخ في جامع المقاصد ٤ : ٢٨٥، والمسالك ٣ : ١٩٧، ولكن صريح

عبارته في المبسوط ٢ : ٨٢ والخلاف ٣ : ٢١ خلاف ذلك.

(٢) المستدرک ١٣ : ٢٩٩، الباب ٢ من أبواب الخيار، الحديث ٣. ورد في هامش بعض نسخ

المسالك بخطَّ الشهيد الثاني عن هذه الرواية أنَّها مجهولة السند. راجع المسالك ٣ : ١٩٧.

(٣) ذهب إليه السيّد في الانتصار : ٤٣٣.

صحيحة^(١) ولو كان حيواناً بحيوان قوي ثبوته لهما، كما يقوى ثبوته للبائع وحده لو كان الثمن خاصة - وهو ما قرن بالباء - حيواناً.

ومدة هذا الخيار ﴿ ثلاثة أيام مبدؤها من حين العقد ﴾ على الأقوى. ولا يقدر اجتماع خيارين فصاعداً. وقيل: من حين التفرق^(٢) بناءً على حصول الملك به.

﴿ ويسقط باشتراط سقوطه ﴾ في العقد ﴿ أو إسقاطه بعد ﴾ العقد كما تقدم^(٣) ﴿ أو تصرفه ﴾ أي تصرف ذي الخيار، سواء كان لازماً كالبيع، أم لم يكن كالهبة قبل القبض، بل مطلق الانتفاع، كركوب الدابة - ولو في طريق الرد - ونعلها، وحلب ما يحلب [ولبس الثوب وقصارتها، وسكنى الدار]^(٤).

ولو قصد به الاستخبار ولم يتجاوز مقدار الحاجة ففي منعه من الرد وجهان. أما مجرد سوق الدابة إلى منزله، فإن كان قريباً بحيث لا يعد تصرفاً عرفياً فلا أثر له، وإن كان بعيداً مفراطاً احتمل قوياً منعه. وبالجملة فكل ما يعد تصرفاً عرفياً يمنع، وإلا فلا.

﴿ الثالث : خيار الشرط ﴾

﴿ وهو بحسب الشرط إذا كان الأجل مضبوطاً ﴾ متصلاً بالعقد أم منفصلاً،

(١) الوسائل ١٢ : ٣٤٩، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

(٢) ذهب إليه الشيخ في الخلاف ٣ : ٣٣، المسألة ٤٤، والمبسوط ٢ : ٨٥، وابن زهرة في الغنية : ٢٢٠.

(٣) تقدم في خيار المجلس.

(٤) ما بين المعقوفتين لم يرد في (ش) و (ف)، وكتب عليه في (ع) : ز، رمز الزيادة.

فلو كان منفصلاً صار العقد جائزاً بعد لزومه مع تأخره عن المجلس .

﴿ ويجوز اشتراطه لأحدهما ولكلّ منهما، ولأجنبيّ عنهما أو عن أحدهما ﴾ ولأجنبيّ مع أحدهما عنه، وعن الآخر، ومعهما. واشتراط الأجنبيّ تحكيم لا توكيل عمّن جعل عنه، فلا اختيار له معه.

﴿ واشتراط المؤامرة ﴾ وهي مفاعلة من الأمر، بمعنى اشتراطهما أو أحدهما استثمار من سبّاه والرجوع إلى أمره مدة مضبوطة، فيلزم العقد من جهتهما ويتوقّف على أمره، فإن أمر بالفسخ جاز للمشروط له استثماره الفسخ. والظاهر أنّه لا يتعيّن عليه؛ لأنّ الشرط مجرد استثماره، لا التزام قوله. وإن أمره بالالتزام لم يكن له الفسخ قطعاً وإن كان الفسخ أصح عملاً بالشرط؛ ولأنّه لم يجعل لنفسه خياراً.

فالحاصل: أنّ الفسخ يتوقّف على أمره؛ لأنّه خلاف مقتضى العقد، فيرجع إلى الشرط، وأمّا الالتزام بالعقد فلا يتوقّف.

وظاهر معنى «المؤامرة» وكلام الأصحاب: أنّ المستأمر - بفتح الميم - ليس له الفسخ ولا الالتزام، وإنّما إليه الأمر والرأي خاصّة، فقول المصنّف ﷺ: ﴿ فإن قال المستأمر: فسخت أو أجزت فذاك، وإن سكت فالأقرب للزوم، ولا يلزم ﴾ المستأمر ﴿ الاختيار ﴾ إن قرئ المستأمر بالفتح - مبنياً للمجهول - أشكل بما ذكرناه، وإن قرئ بالكسر - مبنياً للفاعل - بمعنى المشروط له المؤامرة لغيره، فمعناه: إن قال: «فسخت» بعد أمره له بالفسخ، أو «أجزت» بعد أمره له بالإجازة لزم. وإن سكت ولم [يلتزم] ^(١) ولم يفسخ - سواء فعل ذلك بغير استثمار

(*) في (ق) و (س): فلا.

(١) في المخطوطات: لم يلزم.

أم بعده ولم يفعل مقتضاه - لزم؛ لما بيّناه من أنه لا يجب عليه امتثال الأمر، وإنما يتوقف فسخه على موافقة الأمر.

وهذا الاحتمال أنسب بالحكم. لكن دلالة ظاهر العبارة على الأول أرجح، خصوصاً بقرينة قوله: «ولا يلزم الاختيار» فإنّ الزوم المنفيّ ليس إلاّ عمّن جعل له المؤامرة، وقوله: ﴿ وكذا ﴾ كلّ ﴿ من جعل له الخيار ﴾ فإنّ المجمعول له هنا الخيار هو الأجنبيّ المستشار، لا المشروط له إلاّ أنّ للمشروط له حظاً من الخيار عند أمر الأجنبيّ [له] ^(١) بالفسخ.

وكيف كان: فالأقوى أنّ المستأمر - بالفتح - ليس له الفسخ ولا الإجازة وإنما إليه الأمر، وحكم امتثاله ما فضلناه. وعلى هذا فالفرق بين اشتراط المؤامرة لأجنبيّ وجعل الخيار له واضح؛ لأنّ الغرض من المؤامرة الانتهاء إلى أمره لا جعل الخيار له، بخلاف من جعل له الخيار.

وعلى الأول ^(٢) يشكل الفرق بين المؤامرة وشرط الخيار. والمراد بقوله: «وكذا كلّ من جعل له الخيار» أنّه إن فسخ أو أجاز نفذ، وإن سكت إلى أن انقضت مدّة الخيار لزم البيع، كما أنّ المستأمر هنا لو سكت عن الأمر أو المستأمر - بالكسر - لو سكت عن الاستثمار لزم العقد؛ لأنّ الأصل فيه اللزوم إلاّ بأمر خارج وهو منتفٍ.

﴿ ويجب اشتراط مدّة المؤامرة ﴾* بوجه منضبط، حذراً من الغرر. خلافاً للشيخ ^(٣) حيث جوّز الإطلاق.

(١) لم يرد في المخطوطات.

(٢) يعني قراءة «المستأمر» بالفتح.

(*) في (ق): للمؤامرة.

(٣) المبسوط ٢: ٨٦.

﴿ الرابع : خيار التأخير ﴾

أي تأخير إقباض الثمن والمثمن ﴿ عن ثلاثة أيام فيمن باع ولا قبض ﴾ الثمن ﴿ ولا قبض ﴾ المبيع ﴿ ولا شرط التأخير ﴾ أي تأخير الإقباض والقبض، فللبائع الخيار بعد الثلاثة في الفسخ. ﴿ وقبض البعض كإقباض ﴾ لصدق عدم قبض الثمن وإقباض المثمن مجتمعاً ومنفرداً. ولو قبض الجميع أو أقبضه فلا خيار وإن عاد إليه بعده.

وشرط القبض المانع كونه بإذن المالك، فلا أثر لما يقع بدونه؛ وكذا لو ظهر الثمن مستحقاً أو بعضه. ولا يسقط بمطالبة البائع بالثمن بعد الثلاثة وإن كان^(١) قرينة الرضا بالعقد.

ولو بذل المشتري الثمن بعدها قبل الفسخ ففي سقوط الخيار وجهان: ومنشؤهما الاستصحاب، وزوال الضرر.

﴿ وتلفه ﴾ أي المبيع ﴿ من البائع مطلقاً ﴾ في الثلاثة وبعدها؛ لأنه غير مقبوض، وكل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه. وتبه بالإطلاق على خلاف بعض الأصحاب^(٢) حيث زعم أن تلفه في الثلاثة من المشتري؛ لانتقال المبيع إليه وكون التأخير لمصلحته^(٣) وهو غير مسموع في مقابلة القاعدة الكلية

(*) في (ق) : لا قبض .

(١) كذا، ولعل الأنسب : كانت .

(٢) لم يرد «الأصحاب» في (ع) .

(٣) ذهب إليه المفيد في المقنعة : ٥٩٢، وتبعه السيّد في الانتصار : ٤٣٧ - ٤٣٨، المسألة ٢٤٩ .

الثابتة بالنص^(١) والإجماع.

﴿ الخامس : خيار ما يفسد ليومه ﴾

﴿ وهو ثابت بعد دخول الليل ﴾ هذا هو الموافق لمدلول الرواية^(٢) ولكن يُشكل بأن الخيار لدفع الضرر، وإذا توقّف ثبوته على دخول الليل مع كون الفساد يحصل في يومه لا يندفع الضرر، وإنما يندفع بالفسخ قبل الفساد. وقرّضه المصنّف في الدروس « خيار ما يفسده المبيت »^(٣) وهو حسن وإن كان فيه خروج عن النصّ؛ لتلافيه بخبر الضرار^(٤) واستقرب تعديته إلى كلّ ما يتسارع إليه الفساد عند خوفه ولا يتقيّد بالليل. واكتفى في الفساد بنقص الوصف وفوات الرغبة كما في الخضراوات واللحم والعنب وكثير من الفواكه. واستشكل فيما لو استلزم التأخير فوات السوق. فعلى هذا^(٥) لو كان ممّا يفسد في يومين تأخّر الخيار عن الليل إلى حين خوفه. هذا كلّه متّجه وإن خرج عن مدلول النصّ الدالّ على هذا الحكم؛ لقصوره عن إفادة الحكم متناً^(٦) وسنداً^(٧). وخبر «الضرار» المتفق عليه يفيد في الجميع:

(١) المستدرک ١٣ : ٣٠٣، الباب ٩ من أبواب الخيار.

(٢) الوسائل ١٢ : ٣٥٨ - ٣٥٩، الباب ١١ من أبواب الخيار، الحديث الأوّل.

(٣) الدروس ٣ : ٢٧٤.

(٤) الوسائل ١٧ : ٣٤٠ - ٣٤١، الباب ١٢ من أبواب إحياء الموات.

(٥) أي على ما استقربه المصنّف من التعديّة.

(٦) ووجه ضعفه دلالةً هو ظهوره في انفساخ البيع لا الخيار (راجع هامش ر).

(٧) لكونه مرسلًا. راجع المسالك ٣ : ٢١٠.

﴿ السادس : خيار الرؤية ﴾

﴿ وهو ثابت لمن لم يرَ ﴾ إذا باع أو اشترى بالوصف. ولو اشترى برؤية قديمة فكذلك يتخيّر لو ظهر بخلاف ما رآه. وكذا من طرف البائع، إلا أنه ليس من أفراد هذا القسم بقريئة قوله: «ولا بدّ فيه من ذكر الجنس...» فإنه مقصور على ما لم يرَ أصلاً؛ إذ لا يشترط^(١) وصف ما سبقت رؤيته.

وإنما يثبت الخيار فيما لم يرَ ﴿ إذا زاد في طرف البائع، أو نقص في طرف المشتري ﴾ ولو وُصف لهما فزاد ونقص باعتبارين تخيّرًا وقُدّم الفاسخ منهما.

وهل هو على الفور أو التراخي؟ وجهان: أجودهما الأوّل وهو خيرته في الدروس^(٢).

﴿ ولا بدّ فيه ﴾ أي في بيع ما يترتب عليه خيار الرؤية وهو العين الشخصية الغائبة ﴿ من ذكر الجنس والوصف ﴾ الرافعين للجهالة ﴿ والإشارة إلى معيّن ﴾ فلو انتفى الوصف بطل، ولو انتفت الإشارة كان المبيع كلياً لا يوجب الخيار لو لم يطابق المدفوع، بل عليه إيداله.

﴿ ولو رأى البعض ووصف الباقي تخيّر في الجميع مع عدم المطابقة ﴾ وليس له الاقتصار على فسخ ما لم يرَ؛ لأنه مبيع واحد.

(١) في (ع): ولا يشترط.

(٢) الدروس ٣: ٢٧٦.

﴿ السابع : خيار الغبن ﴾

بسكون الباء. وأصله الخديعة، والمراد هنا البيع أو الشراء بغير القيمة ﴿ وهو ثابت ﴾ في المشهور لكل من البائع والمشتري ﴿ مع الجهالة ﴾ بالقيمة ﴿ إذا كان ﴾ الغبن وهو الشراء بزيادة عن القيمة أو البيع بنقصان عنها ﴿ بما لا يُتغابن ﴾ أي يُتسامح ﴿ به غالباً ﴾ والمرجع فيه إلى العادة؛ لعدم تقديره شرعاً. وتعتبر القيمة وقت العقد، ويرجع فيها إلى البيّنة عند الاختلاف، وفي الجهالة إليها للمطلع على حاله. والأقوى قبول قوله فيها بيمينه مع إمكانها في حقّه.

ولا يسقط الخيار ببذل الغابن التفاوت وإن انتفى موجبُه، استصحاباً لما ثبت قبله. نعم لو اتفقا على إسقاطه بالعوض صحّ كغيره من الخيار.

﴿ و ﴾ كذا ﴿ لا يسقط بالتصرّف ﴾ سواء كان المتصرّف الغابن أم المغبون، وسواء خرج به عن الملك كالبيع أم منع مانع من ردّه كالاستيلاد، أم لا ﴿ إلا أن يكون المغبون المشتري وقد أخرجه عن ملكه ﴾ فيسقط خياره؛ إذ لا يمكنه ردّ العين المنتقلة إليه ليأخذ الثمن. ومثله ما لو عرض له ^(١) ما يمنع من الردّ شرعاً كالاستيلاد وإن لم يخرج عن الملك. هذا هو المشهور وعليه عمل المصنّف رحمته الله في غير الكتاب ^(٢).

﴿ وفيه نظر؛ للضرر ﴾ على المشتري مع تصرّفه فيه على وجه يمنع من ردّه لو قلنا بسقوط خياره به ﴿ مع الجهل ﴾ بالغبن أو بالخيار والضرر منفيّ

(١) لم يرد «له» في (ع).

(٢) الدروس ٣ : ٢٧٥، وغاية المراد ٢ : ٩٩.

بالخبر^(١) بل هو مستند خيار الغبن؛ إذ لا نصّ فيه بخصوصه، وحينئذٍ ﴿ فيمكن
الفسخ ﴾ مع تصرّفه كذلك ﴿ وإلزامه بالقيمة ﴾ إن كان قيمياً ﴿ أو المثل ﴾ إن
كان مثلياً جمعاً بين الحقّين. ﴿ وكذا لو تلفت ﴾ العين ﴿ أو استولد الأمة ﴾ .

كما يثبت ذلك لو كان المتصرّف المشتري والمغبونُ البائع، فإنّه إذا فسخ
فلم يجد العين يرجع إلى المثل أو القيمة. وهذا الاحتمال متوجّه، لكن لم أقف
على قائل به. نعم لو عاد إلى ملكه بفسخ أو إقالة أو غيرها أو موت الولد جاز له
الفسخ إن لم ينافِ الفوريّة.

واعلم أنّ التصرّف مع ثبوت الغبن إمّا أن يكون في المبيع المغبون فيه، أو
في ثمنه، أو فيهما. ثمّ إمّا أن يخرج عن الملك، أو يمنع من الردّ كالاستيلاد، أو
يرد على المنفعة خاصّة كالإجارة، أو يوجب تغيير العين بالزيادة العينية كغرس
الأرض، أو الحكميّة كقسارة الثوب، أو المشوبة كصبغه، أو النقصان بعيب ونحوه،
أو بامتزاجها بمثلها بما يوجب الشركة بالمساوي أو الأجود أو الأردأ، أو بغيرها
أو بهما على وجه الاضمحلال كالزيت يعمل صابوناً، أو لا يوجب شيئاً من ذلك.
ثمّ إمّا أن يزول المانع من الردّ قبل الحكم بطلان الخيار، أو بعده، أو
لا يزول، والمغبون إمّا البائع، أو المشتري، أو هما.

فهذه جملة أقسام المسألة، ومضروبها يزيد عن مثني مسألة، وهي ممّا تعمّم
بها البلوى، وحكمها غير مستوفى في كلامهم.

وجملة الكلام فيه: أنّ المغبون إن كان هو البائع لم يسقط خياره بتصرّف
المشتري مطلقاً. فإن فسخ ووجد العين باقية على ملكه لم تتغيّر تغييراً يوجب

(١) الوسائل ١٧: ٣٤٠ - ٣٤٢، الباب ١٢ من أبواب إحياء الموات.

زيادة القيمة ولا يمنع من ردّها، أخذها. وإن وجدها متغيّرة بصفة محضة - كالطحن والقصار - فللمشتري أجره عمله. ولو زادت قيمة العين بها شاركه في الزيادة بنسبة القيمة. وإن كان صفةً من وجه وعيناً من آخر - كالصبغ - صار شريكاً بنسبته كما مرّ، وأولى هنا. ولو كانت الزيادة عيناً محضة - كالغرس - أخذ المبيع وتخيّر بين قلع الغرس بالأرث وإيقائه بالأجرة؛ لأنّه وضع بحقّ. ولو رضي ببقائه بها واختار المشتري قلعه فالظاهر أنّه لا أرث له، وعليه تسوية الحفر حينئذٍ. ولو كان زرعاً وجب إيقاؤه إلى أوان بلوغه بالأجرة.

وإن وجدها ناقصة أخذها مجاناً كذلك إن شاء.

وإن وجدها ممتزجة بغيرها فإن كان بمساوٍ أو أردأ صار شريكاً إن شاء، وإن كان بأجود ففي سقوط خياره أو كونه شريكاً بنسبة القيمة أو الرجوع إلى الصلح، أوجه. ولو مزجها بغير الجنس بحيث لا يتميّز فكالمدومة.

وإن وجدها منتقلة عن ملكه بعقد لازم - كالبيع والعتق - رجع إلى المثل أو القيمة؛ وكذا لو وجدها على ملكه مع عدم إمكان ردّها كالمستولدة.

ثمّ إن استمرّ المانع استمرّ السقوط. وإن زال قبل الحكم بالعوض - بأن رجعت إلى ملكه أو مات الولد - أخذ العين. مع احتمال عدم؛ لبطلان حقّه بالخروج فلا يعود. ولو كان العود بعد الحكم بالعوض، ففي رجوعه إلى العين وجهان: من بطلان حقّه من العين، وكون العوض للحيلولة وقد زالت.

ولو كان الناقل ممّا يمكن إبطاله - كالبيع بخيار - ألزم بالفسخ، فإن امتنع فسخه الحاكم، فإن تعذّر فسخه المغبون.

وإن وجدها منقولة المنافع جاز له الفسخ وانتظار انقضاء المدّة، وتصير ملكه من حينه. وليس له فسخ الإجارة. ولو كان النقل جائزاً - كالسكنى المطلقة -

فله الفسخ.

هذا كله إذا لم يكن تصرف في الثمن تصرفاً يمنع من رده، وإلا سقط خياره، كما لو تصرف المشتري في العين. والاحتمال السابق^(١) قائم فيهما، فإن قلنا به دفع مثله أو قيمته.

وإن كان المغبون هو المشتري لم يسقط خياره بتصرف البائع في الثمن مطلقاً، فيرجع إلى عين الثمن أو مثله أو قيمته. وأما تصرفه فيما عُين فيه فإن لم يكن ناقلاً عن الملك على وجه لازم ولا مانعاً من الرد ولا منقّصاً^(٢) للعين فله ردها. وفي الناقل والمانع ما تقدّم^(٣).

ولو كان قد زادها فأولى بجوازها^(٤) أو نقصها أو مزجها أو أجرها فوجهان، وظاهر كلامهم أنه غير مانع. لكن إن كان النقص من قبلة ردها مع الأرش، وإن كان من قبل الله تعالى فالظاهر أنه كذلك كما لو تلفت.

ولو كانت الأرض مغروسة فعليه قلعه من غير أرش إن لم يرض البائع بالأجرة.

وفي خلطه بالأردأ الأرش. وبالأجود إن بذل له بنسبته فقد أنصفه، وإلا فإشكال.

(١) وهو إمكان الفسخ وإلزامه بالقيمة أو المثل، الاحتمال الذي ذكره المصنف بقوله: فيمكن الفسخ وإلزامه بالقيمة أو المثل، راجع الصفحة ٣١٠.

(٢) في (ع): منقّصاً.

(٣) من قول المشهور بعدم جواز الرد، والاحتمال الذي ذكره المصنف بقوله: فيمكن الفسخ وإلزامه بالقيمة أو المثل.

(٤) أي جواز الرد.

﴿ الثامن : خيار العيب ﴾

﴿ وهو كل ما زاد عن الخلقة الأصلية ﴾ وهي خلقة أكثر النوع الذي يعتبر فيه ذلك ذاتاً وصفة ﴿ أو نقص ﴾ عنها ﴿ عيناً كان ﴾ الزائد والناقص ﴿ كالإصبع ﴾ زائدة على الخمس أو ناقصة منها ﴿ أو صفة كالحُمى ولو يوماً ﴾ بأن يشتره فيجده محموماً أو يحمّ قبل القبض وإن برئ ليومه. فإن وجد ذلك في المبيع سواء أنقص قيمته أم زادها فضلاً عن المساواة ﴿ فللمشتري الخيار مع الجهل ﴾ بالعيب عند الشراء ﴿ بين الردّ والأرش، وهو ﴾ جزء من الثمن، نسبه إليه ﴿ مثل نسبة التفاوت بين القيمتين ﴾ فيؤخذ ذلك ﴿ من الثمن ﴾ بأن يُقوّم المبيع صحيحاً ومعيباً ويؤخذ من الثمن مثل تلك النسبة، لا تفاوت ما بين المعيب والصحيح؛ لأنّه قد يحيط بالثمن أو يزيد عليه، فيلزم أخذه العوض والمعوّض، كما إذا اشتراه بخمسين وقوّم معيباً بها وصحيحاً بمئة أو أزيد، وعلى اعتبار النسبة يرجع في المثال بخمسة وعشرين وعلى هذا القياس.

﴿ ولو تعدّدت القيم ﴾ إمّا لاختلاف المقومين، أو لاختلاف قيمة أفراد ذلك النوع المساوية للمبيع، فإنّ ذلك قد يتفق نادراً، والأكثر - ومنهم المصنّف رحمته الله في الدروس^(١) - عبّروا عن ذلك باختلاف المقومين: ﴿ أخذت قيمة واحدة متساوية النسبة إلى الجميع ﴾ أي منتزعة منه نسبتها إليه بالسوية ﴿ فمن القيمتين ﴾ يؤخذ ﴿ نصفهما ﴾ ومن الثلاث ثلثها ﴿ ومن الخمس خمسها ﴾ وهكذا...

وضابطه: أخذ قيمة منتزعة من المجموع نسبتها إليه كنسبة الواحد إلى عدد تلك القيم، وذلك لاتقاء الترجيح.

وطريقه: أن تُجمع القيم الصحيحة على حدة والمعيبة كذلك، وتُنسب إحداهما إلى الأخرى ويؤخذ بتلك النسبة.

ولا فرق بين اختلاف المقومين في قيمته صحيحاً ومعيباً، وفي إحداهما. وقيل: يُنسب معيب كل قيمة إلى صحيحها ويجمع قدر النسبة ويؤخذ من المجتمع بنسبتها. وهذا الطريق منسوب إلى المصنّف^(١) وعبارته هنا وفي الدروس^(٢) لا تدلّ عليه^(٣).

وفي الأكثر يتّحد الطريقتان. وقد يختلفان في يسير، كما لو قالت إحدى

(١) لم نظفر به في كتبه التي بأيدينا.

(٢) الدروس ٣: ٢٨٧.

(٣) إنّما كانت العبارة لا تدلّ عليه، مع أنّ ظاهر الطريق الأول لا يقتضي أخذ النصف من القيمتين، ولا الثلث من الثلث. بل أخذ نسبة المجموع إلى المجموع؛ لأنّ ما لهما واحد، فإنّ لك في الطريق المطابق للعبارة على الأول أن تجمع القيم الصحيحة جملةً وتأخذ نصفها أو ثلثها كما مرّ وتجمع المعيبة كذلك وتأخذ منها كذلك، ثمّ تنسب إحدى القيمتين المنتزعتين إلى الأخرى وتأخذ من الثمن بتلك النسبة فتأخذ في المثال الأول نصف الصحيحتين عشرةً ونصف المعيبتين سبعةً ونصفاً وتنسبها إلى العشرة وذلك ربع، كما أنّ نسبة الخمسة عشر إلى العشرين ربع. وفي مثال الثلاثة تأخذ ثلث القيم الصحيحة وهي ثلاثون فثلثها عشرة، وثلث القيم المعيبة جملةً وهي أربعة وعشرون، فثلثها ثمانية وتأخذ من الثمن بنسبة ما بين الثمانية والعشرة وهو الخمس، كما أنّك بالطريق الذي ذكرناه تأخذ بنسبة الأربعة والعشرين إلى الثلاثين وهو الخمس كذلك، وبهذا يظهر أنّ عبارة المصنّف يحتمل كلّ واحد من الطريقتين فلم تدلّ على الثاني بخصوصه (منه ﷺ).

البيئتين: إن قيمته اثنا عشر صحيحاً وعشرة معيباً، والأخرى: ثمانية صحيحاً وخمسة معيباً، فالتفاوت بين القيمتين الصحيحتين ومجموع المعيبتين الربع، فيرجع برقع الثمن، وهو ثلاثة من اثني عشر لو كان كذلك. وعلى الثاني يؤخذ تفاوت ما بين القيمتين على قول الأولى^(١) وهو السدس، وعلى قول الثانية ثلاثة أثمان، ومجموع ذلك من الاثني عشر ستة ونصف، يؤخذ نصفها: ثلاثة وربع، فظهر التفاوت.

ولو كانت ثلاثاً، فقالت إحداها كالأولى، والثانية: عشرة صحيحاً وثمانية معيباً، والثالثة: ثمانية صحيحاً وستة معيباً. فالصحيحة ثلاثون، والمعيبة أربعة وعشرون، والتفاوت ستة هي الخمس. وعلى الثاني يجمع سدس الثمن وخمسه وربعه ويؤخذ ثلث المجموع، وهو يزيد عن الأول بثلث خمس.

ولو اتفقت على الصحيحة كاثني عشر، دون المعيبة، فقالت إحداهما: عشرة. والأخرى: ستة، فطريقه: تنصيف المعيبتين ونسبة النصف إلى الصحيحة، أو تجمع المعيبتين مع تضعيف الصحيحة وأخذ مثل نسبة المجموع إليه، وهو الثلث. وعلى الثاني يؤخذ من الأولى السدس ومن الثانية النصف ويؤخذ نصفه، وهو الثلث أيضاً.

ولو انعكس بأن اتفقتا على الستة معيباً، وقالت إحداهما: ثمانية صحيحاً وأخرى: عشرة، فإن شئت جمعتهما وأخذت التفاوت وهو الثلث، أو أخذت نصف الصحيحتين ونسبته إلى المعيبة وهو الثلث أيضاً. وعلى الثاني يكون التفاوت ربعاً وخمسين فنصفه - وهو ثمن وخمس - ينقص عن الثلث بنصف خمس. وعلى هذا القياس.

(١) أي البيئة الأولى.

﴿ ويسقط الردّ بالتصرّف ﴾ في المبيع، سواء كان قبل علمه بالعيب أم بعده، وسواء كان التصرّف ناقلاً للملك أم لا، مغيّراً للعين أم لا، عاد إليه بعد خروجه عن ملكه أم لا. وما تقدّم في تصرّف الحيوان^(١) آتٍ هنا.

﴿ أو حدوث عيب بعد القبض ﴾ مضمون على المشتري، سواء كان حدوثه من جهته أم لا. واحترزنا بالمضمون عليه عمّا لو كان حيواناً وحدث فيه العيب في الثلاثة من غير جهة المشتري، فإنّه حينئذٍ لا يمنع من الردّ ولا الأرش؛ لأنّه مضمون على البائع. ولو رضي البائع برده مجبوراً بالأرش أو غير مجبور جاز.

وفي حكمه ما لو اشترى صفقة متعدّداً وظهر فيه عيب وتلف أحدها، أو اشترى اثنان صفقة فامتنع أحدهما من الردّ، فإنّ الآخر يُمنع منه وله الأرش وإن أسقطه الآخر، سواء اتّحدت العين أم تعدّدت، اقتسماها أم لا.

وأولى بالمنع من التفرّق الوراث عن واحد؛ لأنّ التعدّد هنا طارئ على العقد، سواء في ذلك خيار العيب وغيره.

وكذا الحكم لو اشترى شيئين فصاعداً فظهر في أحدهما عيب، فليس له رده، بل ردهما أو إمساكهما وأرش المعيب.

وكذا يسقط الردّ دون الأرش إذا اشترى من ينعق عليه؛ لانعاقه بنفس الملك. ويمكن رده إلى التصرّف. وكذا يسقط الردّ بإسقاطه مع اختياره الأرش أو لا معه.

﴿ و ﴾ حيث يسقط الردّ ﴿ يبقى الأرش ﴾.

(١) من أنّه لو قصد به الاستخبار ولم يتجاوز مقدار الحاجة ففي منعه من الردّ وجهان، راجع

﴿ ويستقطن ﴾ أي الردّ والأرش معاً ﴿ بالعلم به ﴾ أي بالعيب ﴿ قبل العقد ﴾ فإنّ قدومه عليه عالماً به رضا بالمعيب ﴿ وبالرضا به بعده ﴾ غير مقيد بالأرش، وأولى منه إسقاط الخيار ﴿ وبالبراءة ﴾ أي براءة البائع ﴿ من العيوب ولو إجمالاً ﴾ كقوله: «برئت من جميع العيوب» على أصحّ القولين^(١) ولا فرق بين علم البائع والمشتري بالعيوب وجهلها والتفريق، ولا بين الحيوان وغيره، ولا بين العيوب الباطنة وغيرها، ولا بين الموجودة حالة العقد والمتجدّدة حيث تكون مضمونة على البائع؛ لأنّ الخيار بها ثابت بأصل العقد وإن كان السبب حينئذٍ غير مضمون.

﴿ والإباق ﴾ عند البائع ﴿ وعدم الحيض ﴾ ممّن شأنها الحيض بحسب سنّها ﴿ عيب ﴾ ويظهر من العبارة الاكتفاء بوقوع الإباق مرّة قبل العقد، وبه صرح بعضهم^(٢) والأقوى اعتبار اعتياده، وأقلّ ما يتحقّق بمرتين. ولا يشترط إباقه عند المشتري، بل متى تحقّق ذلك عند البائع جاز الردّ. ولو تجدد عند المشتري في الثلاثة من غير تصرّف فهو كما لو وقع عند البائع.

ولا يعتبر في ثبوت عيب الحيض مضيّ ستّة أشهر كما ذكره جماعة^(٣) بل يثبت بمضيّ مدة تحيض فيها أسنانها في تلك البلاد ﴿ وكذا الثقل ﴾ بضمّ المثلثة وهو ما استقرّ تحت المائع من كُدرة ﴿ في الزيت ﴾ وشبهه ﴿ غير المعتاد ﴾ أمّا

(١) ذهب إليه المفيد في المقنعة: ٥٩٨، والشيخ في النهاية: ٣٩٢، وابن إدريس في السرائر: ٢٩٦: ٢. ومقابل الأصحّ هو قول ابن الجنيد على ما حكاه عنه في المختلف ٥: ١٧٠،

والقاضي في المهذب ١: ٣٩٢.

(٢) مثل العلامة في التذكرة ١١: ١٩١.

(٣) كالشيخ في النهاية: ٣٩٥، وابن حمزة في الوسيلة: ٢٥٦، والمحقّق في الشرائع ٢: ٣٧.

المعتاد منه فليس بعيب؛ لاقضاء طبيعة الزيت وشبهه كون ذلك فيه غالباً. ولا يشكل صحة البيع مع زيادته عن المعتاد بجهالة قدر المبيع المقصود بالذات فيجهل مقدار ثمنه؛ لأنّ مثل ذلك غير قادح مع معرفة مقدار الجملة، كما تقدّم في نظائره^(١).

﴿ التاسع : خيار التدليس ﴾

وهو تفعيل من الدّلس محرّكاً، وهو الظلمة، كأنّ المدّلس يُظلم الأمر ويُبهمه حتّى يوهم غير الواقع.

ومنه اشتراط صفة فتوت، سواء كان من البائع أم المشتري ﴿ فلو شرط صفة كمال كالبكارة أو توهّمها ﴾ المشتري كما لا ذاتياً ﴿ كتحمير الوجه ووصل الشعر فظهر الخلاف تخيّر ﴾ بين الفسخ والإمضاء بالثمن ﴿ ولا أرش ﴾ لا اختصاصه بالعيب والواقع ليس بعيب، بل فوات أمر زائد. ويشكل ذلك في البكارة من حيث إنّها بمقتضى الطبيعة وفواتها نقص يحدث على الأمة ويؤثر في نقصان القيمة تأثيراً بيّناً فيتخيّر بين الردّ والأرش. بل يحتمل ثبوتها وإن لم يشترط؛ لما ذكرناه، خصوصاً في الصغيرة التي ليست محلّ الوطء، فإنّ أصل الخلقة والغالب متطابقان في مثلها على البكارة فيكون فواتها عيباً. وهو في الصغيرة قويّ وفي غيرها متّجه، إلّا أنّ الغالب لما كان على خلافه في الإماء كانت الثبوتية فيهنّ بمنزلة الخلقة الأصليّة وإن كانت عارضة.

(١) تقدّم في الصفحة ٢٩٧.

وإنما يثبت الحكم مع العلم بسبق الثبوتة على البيع بالبيّنة، أو إقرار البائع، أو قرب زمان الاختبار إلى زمان البيع بحيث لا يمكن تجدد الثبوتة فيه عادة، وإلا فلا خيار؛ لأنّها قد تذهب بالعلّة والنزوة^(١) وغيرهما. نعم لو تجددت في زمن خيار الحيوان أو خيار الشرط ترتّب الحكم.

ولو انعكس الفرض - بأن يشترط الثبوتة فظهرت بكرةً - فالأقوى تخييره أيضاً بين الردّ والإمساك بغير أرش؛ لجواز تعلق غرضه بذلك، فلا يقدر فيه كون البكر أتمّ غالباً.

﴿ وكذا التصرية ﴾ وهو جمع لبن الشاة وما في حكمها في ضرعها بتركها بغير حلب ولا رضاع، فيظنّ الجاهل بحالها كثرة ما تحلبه فيرغب في شرائها بزيادة، وهو تدليس محرّم، وحكمه ثابت ﴿ للشاة ﴾ إجماعاً ﴿ والبقرة والناقة ﴾ على المشهور، بل قيل: إنه إجماع^(٢) فإن ثبت فهو الحجّة، وإلا فالمنصوص الشاة^(٣) وإلحاق غيرها بها قياساً، إلا أن يُعلّل بالتدليس العامّ فيلحقان بها، وهو متّجه. وطرّد بعض الأصحاب الحكم في سائر الحيوانات حتّى الآدمي^(٤) وفي الدروس: أنّه ليس بذلك البعيد؛ للتدليس^(٥).

وتثبت التصرية إن لم يعترف بها البائع ولم تقم بها بيّنة ﴿ بعد اختبارها ثلاثة

(١) الوثبة.

(٢) ادّعاه الشيخ في الخلاف ٣: ١٠٥، المسألة ١٧٠.

(٣) سنن أبي داود ٣: ٢٧٠، الحديث ٣٤٤٤ - ٣٤٤٥، لكنّ الصدوق روى حديثاً جاء فيه ذكر الإبل أيضاً، راجع معاني الأخبار: ٢٨٢.

(٤) وهو الإسكافي على ما حكاه العلامة عنه في المختلف ٥: ١٧٧.

(٥) الدروس ٣: ٢٧٧.

أيام ﴿ فإن اتفقت فيها الحلبات عادةً أو زادت اللاحقة فليست مصرّاةً. وإن اختلفت في الثلاثة فكان بعضها ناقصاً عن الأولى نقصاناً خارجاً عن العادة وإن زاد بعدها في الثلاثة ثبت الخيار بعد الثلاثة بلا فصل على الفور. ولو ثبتت بالإقرار أو البيّنة جاز الفسخ من حين الثبوت مدّة الثلاثة ما لم يتصرّف بغير الاختبار بشرط النقصان. فلو تساوت أو زادت هبةً من الله تعالى فالأقوى زواله، ومثله ما لو لم يعلم بالعيب حتّى زال.

﴿ ويردّ معها ﴾ إن اختار ردّها ﴿ اللبن ﴾ الذي حلبه منها ﴿ حتّى المتجدّد ﴾ منه بعد العقد ﴿ أو مثله لو تلف ﴾. أمّا ردّ الموجود فظاهر؛ لأنّه جزء من المبيع، وأمّا المتجدّد فلاّطلاق النصّ بالردّ^(١) الشامل له.

ويشكل بأنّه نماء المبيع الذي هو ملكه والعقد إنّما يفسخ من حينه، والأقوى عدم ردّه. واستشكل في الدروس^(٢).

ولو لم يتلف اللبن لكن تغيّر في ذاته أو صفته بأن عمل جُبناً أو مخيضاً ونحوهما، ففي ردّه بالأرث إن نقص، أو مجاناً، أو الانتقال إلى بدله أوجه: أجودها الأوّل.

واعلم أنّ الظاهر من قوله: «بعد اختبارها ثلاثة» ثبوت الخيار المستند إلى الاختبار بعد الثلاثة كما ذكرناه سابقاً، وبهذا يظهر الفرق بين مدّة التصرية وخيار الحيوان، فإنّ الخيار في ثلاثة الحيوان فيها وفي ثلاثة التصرية بعدها.

ولو ثبت التصرية بعد البيع بالإقرار أو البيّنة فالخيار ثلاثة، ولا فور فيه

(١) الوسائل ١٢ : ٣٦٠، الباب ١٣ من أبواب الخيار.

(٢) الدروس ٣ : ٢٧٧.

فيها^(١) على الأقوى، وهو اختياره في الدروس^(٢).

ويشكل حينئذٍ الفرق، بل ربما قيل: بانتفاء فائدة خيار التصرية حينئذٍ^(٣) لجواز الفسخ في الثلاثة بدونها.

ويندفع بجواز تعدد الأسباب، وتظهر الفائدة فيما لو أسقط أحدهما. ويظهر من الدروس تقييد^(٤) خيار التصرية بالثلاثة مطلقاً^(٥) ونقل عن الشيخ أنها لمكان خيار الحيوان^(٦).

ويشكل بإطلاق توقفه على الاختبار ثلاثة، فلا يجامعها حيث لا تثبت بدونه. والحكم بكونه يتخير في آخر جزء منها يوجب المجاز في الثلاثة.

﴿ العاشر : خيار الاشتراط ﴾

حيث لا يسلم الشرط لمشرطه بائعاً ومشترياً ﴿ ويصح اشتراط سائغ في العقد إذا لم يؤدَّ إلى جهالة في أحد العوضين، أو يمنع منه الكتاب والسنة ﴾ وجعل ذلك شرطاً بعد قيد السائغ تكلف ﴿ كما لو شرط تأخير المبيع ﴾ في يد البائع ﴿ أو الثمن ﴾ في يد المشتري ﴿ ما شاء ﴾ كل واحد منهما، هذا مثال

(١) يعني لا فور في الخيار في الثلاثة.

(٢) الدروس ٣ : ٢٧٩.

(٣) لم نعثر عليه.

(٤) في (ش) و (ر) : تقييد.

(٥) الدروس ٣ : ٢٧٩.

(٦) الناقل هو المصنّف في الدروس ٣ : ٢٧٩، وراجع الخلاف ٣ : ١٠٣ - ١٠٤، المسألة ١٦٨.

ما يؤدي إلى جهالة في أحدهما، فإنَّ الأجل له قسط من الثمن، فإذا كان مجهولاً يُجهل الثمن، وكذا القول في جانب المعوّض ﴿ أو عدم وطء الأمة، أو ﴾ شرط ﴿ وطء البائع إياها ﴾ بعد البيع مرّةً أو أزيد أو مطلقاً. هذه أمثلة ما يمنع منه الكتاب والسنة.

﴿ وكذا يبطل ﴾ الشرط ﴿ باشتراك غير المقدور ﴾ للمشروط عليه ﴿ كاشتراط حمل الدابة فيما بعد، أو أنّ الزرع يبلغ السنبل ﴾ سواء شرط عليه أن يبلغ ذلك بفعله أم بفعل الله؛ لاشتراكهما في عدم المقدورية.

﴿ ولو شرط تبقية الزرع ﴾ في الأرض إذا بيع أحدهما دون الآخر ﴿ إلى أو ان السنبل جاز ﴾ لأنَّ ذلك مقدور له. ولا يعتبر تعيين مدة البقاء، بل يحمل على المتعارف من البلوغ؛ لأنَّه منضبط.

﴿ ولو شرط غير السائغ بطل ﴾ الشرط ﴿ وأبطل ﴾ العقد في أصحّ القولين ^(١) لامتناع بقائه بدونه؛ لأنَّه غير مقصود بانفراده وما هو مقصود لم يسلم، ولأنَّ للشرط قسطاً من الثمن فإذا بطل يُجهل الثمن. وقيل: يبطل الشرط خاصة؛ لأنَّه الممتنع شرعاً دون البيع، ولتعلق التراضي بكلّ منهما ^(٢) ويضعف بعدم قصده منفرداً، وهو شرط الصحة.

﴿ ولو شرط عتق المملوك ﴾ الذي باعه منه ﴿ جاز ﴾ لأنَّه شرط سائغ، بل راجح، سواء شرط عتقه عن المشتري أم أطلق، ولو شرطه عنه ^(٣) ففي صحته

(١) ذهب إليه العلامة في القواعد ٢ : ٩٠، والمختلف ٥ : ٢٩٨.

(٢) ذهب إليه الشيخ في المبسوط ٢ : ١٤٩، وكذلك ابن الجنيّد وابن البرّاج على ما حكاه العلامة عنهما في المختلف ٥ : ٢٩٨.

(٣) أي عن البائع.

قولان^(١) أجودهما المنع؛ إذ لا عتق إلا في ملك ﴿ فإن أعتقه ﴾ فذاك ﴿ وإلا تخير البائع ﴾ بين فسخ البيع وإمضائه، فإن فسخ استردّه وإن انتقل قبله عن ملك المشتري، وكذا يتخير لو مات قبل العتق، فإن فسخ رجع بقيمته يوم التلف؛ لأنّه وقت الانتقال إلى القيمة؛ وكذا لو انعتق قهراً.

﴿ وكذا كل شرط لم يسلم لمشرطه، فإنّه يفيد تخيره ﴾ بين فسخ العقد المشروط فيه وإمضائه.

﴿ ولا يجب على المشتري عليه فعله ﴾ لأصالة العدم ﴿ وإنما فائدته جعل البيع عرضةً للزوال ﴾ بالفسخ ﴿ عند عدم سلامة الشرط، ولزومه ﴾ أي البيع ﴿ عند الإتيان به ﴾ وقيل: يجب الوفاء بالشرط ولا يتسلطّ المشروط له على الفسخ إلا مع تعذر وصوله إلى شرطه^(٢) لعموم الأمر بالوفاء بالعقد^(٣) الدالّ على الوجوب، وقوله ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم إلا من عصى الله»^(٤) فعلى هذا لو امتنع المشروط عليه من الوفاء بالشرط ولم يمكن إجباره رفع أمره إلى الحاكم ليُجبره عليه إن كان مذهبه ذلك، فإن تعذر فسخ حينئذٍ إن شاء.

وللمصنّف ﷺ في بعض تحقیقاته^(٥) تفصيل، وهو أنّ الشرط الواقع في العقد

(١) قول بالصحة للعلامة في التذكرة ١٠ : ٢٦٦، وقول بالطلان للفاضل المقداد في التنقيح

الرائع ٢ : ٧٣.

(٢) لم نعر عليه بعينه، أنظر غاية المرام ٣ : ٦٢ - ٦٣.

(٣) المائة : ١.

(٤) الوسائل ١٥ : ٣٠، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤، ولا يوجد الاستثناء في

المصادر الروائية.

(٥) لم نظفر به.

اللازم إن كان العقد كافياً في تحقّقه ولا يحتاج بعده إلى صيغة فهو لازم لا يجوز الإخلال به كشرط الوكالة في العقد، وإن احتاج بعده إلى أمر آخر وراء ذكره في العقد كشرط العتق فليس بلازم، بل يقرب العقد اللازم جائزاً، وجعل السرّ فيه أنّ اشتراط «ما العقدُ كافٍ في تحقّقه» كجزء من الإيجاب والقبول، فهو تابع لهما في الزوم والجواز، واشتراط «ما سيوجد» أمر منفصل عن العقد وقد علّق عليه العقد، والمعلّق على الممكن ممكن، وهو معنى قلب اللازم جائزاً. والأقوى الزوم مطلقاً وإن كان تفصيله أجود ممّا اختاره هنا.

﴿ الحادي عشر : خيار الشركة ﴾

﴿ سواء قارنت العقد كما لو اشترى شيئاً فظهر بعضه مستحقاً، أو تأخّرت بعده إلى قبل القبض كما لو امتزج ﴾ المبيع ﴿ بغيره بحيث لا يتميّز ﴾ فإنّ المشتري يتخيّر بين الفسخ لعب الشركة، والبقاء فيصير شريكاً بالنسبة، وقد يطلق على الأوّل تبعض الصفة أيضاً ﴿ وقد يُسمّى هذا عيباً مجازاً ﴾ لمناسبته للعب في نقص المبيع بسبب الشركة؛ لاشتراكهما في نقص وصفٍ فيه، وهو هنا منع المشتري من التصرف في المبيع كيف شاء، بل يتوقّف على إذن الشريك، فالتسلّط عليه ليس بتامّ، فكان كالعيب بفوات وصفٍ، فيُجبر^(١) بالخيار. وإنّما كان إطلاق العيب في مثل ذلك على وجه المجاز؛ لعدم خروجه به عن خلقته الأصليّة؛ لأنّه قابل بحسب ذاته للتملّك منفرداً ومشاركاً فلا نقص في خلقته، بل في صفته على ذلك الوجه.

(١) في (ف) و(ش): فينجبر.

﴿ الثاني عشر : خيار تعذر التسليم ﴾

﴿ فلو اشترى شيئاً ظناً^(١) إمكان تسليمه * ﴾ بأن كان طائراً يعتاد عوده أو عبداً مطلقاً^(٢) أو دابةً مرسلة ﴿ ثم عجز بعد^(٣) ﴾ بأن أبق وشردت ولم يعد الطائر ونحو ذلك ﴿ تخيير المشتري ﴾ لأن المبيع قبل القبض مضمون على البائع ولما لم ينزل ذلك منزلة التلف - لإمكان الانتفاع به على بعض الوجوه - جُبر بالتخير، فإن اختار التزام البيع صحّ.

وهل له الرجوع بشيء؟ يحتمله^(٤) لأنّ فوات القبض نقص حدث على المبيع قبل القبض فيكون مضموناً على البائع. ويضعّف بأنّ الأرش ليس في مقابلة مطلق النقص؛ لأصالة البراءة وعملاً بمقتضى العقد، بل في مقابلة العيب المتحقّق بنقص الخلقة، أو زيادتها كما ذكر وهو هنا منفيّ.

﴿ الثالث عشر : خيار تبويض الصفقة ﴾

﴿ كما لو اشترى سلعتين فُتسحقّ إحداهما ﴾ فإنّه يتخير بين التزام الأخرى

(١) في (ع) : ظنّ.

(*) في (س) : التسليم.

(٢) أي مسرّحاً.

(٣) كذا في (ف) طبقاً لنسختي المتن، وفي سائر النسخ : بعده.

(٤) في (ع) : احتمله.

بقسطها من الثمن والفسخ فيها. ولا فرق في الصفقة المتبعضة بين كونها متاعاً واحداً فظهر استحقاق بعضه أو أمتعة - كما مثل هنا - لأن أصل الصفقة: البيع الواحد، سُمي البيع بذلك؛ لأنهم كانوا يتصافقون بأيديهم إذا تبايعوا، يجعلونه دلالة على الرضاء به؛ ومنه قول النبي ﷺ لعروة البارقي لما اشترى الشاة: «بارك الله لك في صفقة يمينك»^(١) وإنما خص تبعض الصفقة هنا بالسلعتين لإدخاله الواحدة في خيار الشركة. ولو جعل موضوع تبعض الصفقة أعم - كما هو - كان أجود، وإن اجتمع في السلعة الواحدة خياران: بالشركة وتبعض الصفقة، فقد تجتمع أنواع الخيار أجمع في بيع^(٢) واحد؛ لعدم التنافي.

﴿ الرابع عشر: خيار التفليس ﴾

إذا وجد غريم المفلس متاعه، فإنه يتخير بين أخذه مقدماً على الغرماء وبين الضرب بالثمن معهم، وسيأتي تفصيله في كتاب الدين.
ومثله غريم الميِّت مع وفاء التركة بالدين.
وقيل: مطلقاً^(٣) وكان المناسب جعله قسماً آخر، حيث تحرى الاستقصاء هنا لأقسام الخيار بما لم يذكره غيره.

(١) المستدرک ١٣ : ٢٤٥ ، الباب ١٨ من أبواب عقد البيع وشروطه وفيه حديث واحد .

(٢) كذا في (ع) ، وفي سائر النسخ : مبيع .

(٣) حكاه العلامة عن الإسكافي في المختلف ٥ : ٤٤٤ .

﴿ الفصل العاشر ﴾

﴿ في الأحكام ﴾

﴿ وهي خمسة ﴾ .

﴿ الأوّل : النقد والنسيئة ﴾

أي البيع الحالّ والمؤجّل، سُمّي الأوّل نقداً باعتبار كون ثمنه منقوداً ولو بالقوّة، والثاني مأخوذ من «النسيء» وهو تأخير الشيء تقول: «أنسأت الشيء إنساءً» إذا أخرته. والنسيئة: اسم وُضع موضع المصدر. واعلم أنّ البيع بالنسيئة إلى تعجيل الثمن والمثمن وتأخيرهما والتفريق أربعة أقسام:

فالأوّل «النقد». والثاني «بيع الكائي بالكائي» - بالهمز - اسم فاعل أو مفعول، من «المراقبة» لمراقبة كلٍّ من الغريمين صاحبه لأجل دينه. ومع حلول المثمن وتأجيل الثمن هو «النسيئة» وبالعكس «السلف». وكلّها صحيحة عدا الثاني فقد ورد النهي عنه^(١) وانعقد الإجماع على فساده.

(١) المستدرك ١٣ : ٤٠٥، الباب ١٥ من أبواب الدين. قال السيّد العاملي : والظاهر أنّ النهي

عنه بهذا اللفظ إنّما هو من طريق العامة، والذي في أخبارنا إنّما هو النهي عن بيع الدين بالدين، مفتاح الكرامة ٤ : ٤٢٥.

و ﴿ إطلاق البيع يقتضي كون الثمن حالاً وإن شرط تعجيله ﴾ في متن العقد ﴿ أكدّه ﴾ لحصوله بدون الشرط ﴿ فإن وقت التعجيل ﴾ بأن شرط تعجيله في هذا اليوم مثلاً ﴿ تخيير ﴾ البائع ﴿ لو لم يحصل ﴾ الثمن ﴿ في الوقت ﴾ المعين. ولو لم يعين له زماناً لم يفد سوى التأكيد في المشهور. ولو قيل بثبوته مع الإطلاق أيضاً لو أخلّ به عن أول وقته كان حسناً؛ للإخلال بالشرط.

﴿ وإن شرط التأجيل اعتبر ضبط الأجل، فلا يناط ﴾ أي لا يُعلّق ﴿ بما يحتمل الزيادة والنقصان كمقدم الحاج ﴾ وإدراك الغلّة ﴿ ولا بالمشترك ﴾ بين أمرين أو أمور حيث لا مخصّص لأحدها ﴿ كنفيرهم ﴾ من منى، فإنّه مشترك بين أمرين ﴿ وشهر ربيع ﴾ المشترك بين شهرين، فيبطل العقد بذلك؛ ومثله التأجيل إلى يوم معين من الأسبوع كالخميس.

﴿ وقيل ﴾ : يصحّ و ﴿ يحمل على الأول ﴾ في الجميع^(١) لتعليقه الأجل على اسم معين وهو يتحقّق بالأوّل، لكن يعتبر علمهما بذلك قبل العقد ليتوجّه قسدهما إلى أجل مضبوط، فلا يكفي ثبوت ذلك شرعاً مع جهلها أو أحدهما به، ومع القصد لا إشكال في الصحة وإن لم يكن الإطلاق محمولاً عليه. ويحتمل الاكتفاء في الصحة بما يقتضيه الشرع في ذلك، قصده أم لا، نظراً إلى كون الأجل الذي عيّناه مضبوطاً في نفسه شرعاً، وإطلاق اللفظ منزّل على الحقيقة الشرعية.

﴿ ولو جعل لحالّ ثمناً ولمؤجّل أزيد منه، أو فوات بين أجلين ﴾ في الثمن بأن قال: بعتك حالاً بمئة ومؤجلاً إلى شهرين بمئتين، أو مؤجلاً إلى شهر بمئة وإلى شهرين بمئتين ﴿ بطل ﴾ لجهالة الثمن بتردده بين الأمرين. وفي المسألة قول

(١) قال السيّد العاملي: ولم نظفر بقائله بعد تتبّع تامّ، راجع مفتاح الكرامة ٤: ٤٢٨.

ضعيف بلزوم أقل الثمنين إلى أبعد الأجلين^(١) استناداً إلى رواية ضعيفة^(٢).

﴿ ولو أجل البعض المعين ﴾ من الثمن وأطلق الباقي، أو جعله حالاً
 ﴿ صح ﴾ للانضباط. ومثله ما لو باعه سلعتين في عقدٍ ثمن إحداهما نقدًا
 والأخرى نسيئة؛ وكذا لو جعله أو بعضه نجومًا معلومة.

﴿ ولو اشتراه البائع ﴾ في حالة كون يبعه الأوّل ﴿ نسيئة صح ﴾ البيع
 الثاني ﴿ قبل الأجل وبعده بجنس الثمن وغيره بزيادة ﴾ عن الثمن الأوّل
 ﴿ ونقصان ﴾ عنه؛ لانتفاء المانع في ذلك كله، مع عموم الأدلة على جوازه.
 وقيل: لا يجوز يبعه بعد حلوله بزيادة عن ثمنه الأوّل، أو نقصان عنه مع اتّفاقيهما
 في الجنس^(٣) استناداً إلى رواية^(٤) قاصرة السند والدلالة ﴿ إلا أن يشترط في
 يبعه ﴿ الأوّل ﴾ ذلك ﴿ أي يبعه من البائع ﴾ فيبطل ﴿ البيع الأوّل، سواء كان
 حالاً أم مؤجلاً، وسواء شرط يبعه من البائع بعد الأجل أم قبله على المشهور
 ومستنده غير واضح.

فقد علّل باستلزامه الدور^(٥) لأنّ يبعه له يتوقّف على ملكيّته له المتوقّفة على

يبعه.

(١) قاله المفيد في المقنعة: ٥٩٥، والشيخ في النهاية: ٣٨٧ - ٣٨٨.

(٢) الوسائل ١٢: ٣٦٧، الباب ٢ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٢، والظاهر أنّ ضعفها
 بالسكوني، راجع المسالك ١: ٩٩.

(٣) قاله الشيخ في التهذيب ٧: ٣٣، ذيل الحديث ١٣٧.

(٤) التهذيب ٧: ٣٣، الحديث ١٣٧، والظاهر أنّ ضعفها بمجهوليّة خالد بن الحجّاج الواقع في
 سندها، راجع المسالك ٣: ٢٤٧.

(٥) المعلّل هو العلامة في التذكرة ١٠: ٢٥١.

وفيه: أن المتوقّف على حصول الشرط هو لزوم البيع لا انتقاله إلى ملكه، كيف لا! واشتراط نقله إلى ملك البائع من المشتري مستلزم لانتقاله إليه، غايته أن تملكّ البائع موقوف على تملكّ المشتري، وأما إن تملكّ المشتري موقوف على تملكّ البائع فلا؛ ولأنّه وارد في باقي الشروط خصوصاً شرط بيعه للغير مع صحّته إجمالاً. وأوضح لملك المشتري ما لو جعل الشرط بيعه من البائع بعد الأجل؛ لتخلّل ملك المشتري فيه.

وعُلّل بعدم حصول القصد إلى نقله عن البائع^(١).

ويضعّف بأن الغرض حصول القصد إلى ملك المشتري وإنما رتبّ عليه نقله ثانياً، بل شرط النقل ثانياً يستلزم القصد إلى النقل الأوّل؛ لتوقّفه عليه. ولا تفاقهم على أنّهما لو لم يشترط ذلك في العقد صحّ وإن كان من قصدهما ردّه، مع أنّ العقد يتبع القصد، والمصحّح له ما ذكرناه: من أنّ قصد ردّه بعد ملك المشتري له غير منافعٍ لقصد البيع بوجه، وإنما المانع عدم القصد إلى نقل الملك إلى المشتري أصلاً بحيث لا يترتب عليه حكم الملك.

﴿ ويجب قبض الثمن لو دفعه إلى البائع ﴾ مع الحلول مطلقاً^(٢) و ﴿ في الأجل ﴾ أي بعده ﴿ لا قبله ﴾ لأنّه غير مستحقّ حينئذٍ وجاز تعلق غرض البائع بتأخير القبض إلى الأجل، فإنّ الأغراض لا تنضبط ﴿ فلو امتنع ﴾ البائع من قبضه حيث يجب ﴿ قبضه الحاكم ﴾ إن وُجد ﴿ فإن تعذّر ﴾ قبض الحاكم

(١) راجع غاية المراد ٢ : ٧٨.

(٢) قال بعض المحشّين: أي سواء كان العقد مطلقاً أو مقيداً بالحلول. هذا إن كان الإطلاق قيداً للحلول كما هو ظاهر، وإن رجع إلى ما قبله كان له وجه آخر، وهو أنّه: سواء تعلق غرضه بتأخير القبض إلى زمان آخر أم لا (هامش ر).

ولو بالمشقة البالغة في الوصول إليه، أو امتناعه من القبض ﴿ فهو أمانة في يد المشتري لا يضمنه لو تلف بغير تفريطه ؛ وكذا كل من امتنع من قبض حقه ﴾ .

ومقتضى العبارة أن المشتري يُبقيه بيده مُمَيَّزاً على وجه الأمانة، وينبغي مع ذلك أن لا يجوز له التصرف فيه، وأن يكون نماؤه للبائع، تحقيقاً لتعيينه له .

وربما قيل ببقائه على ملك المشتري وإن كان تلفه من البائع (١) وفي الدروس : أن للمشتري التصرف فيه فيبقى في ذمته (٢) .

﴿ ولا حَجَرَ في زيادة الثمن ونقصانه ﴾ على البائع والمشتري ﴿ إذا عرف المشتري القيمة ﴾ وكذا إذا لم يعرف ؛ لجواز بيع الغبن إجماعاً، وكأنه أراد نفي الحَجْر على وجه لا يترتب عليه خيار . فيجوز بيع المتاع بدون قيمته وأضعافها ﴿ إلا أن يؤدي إلى السفه ﴾ من البائع أو المشتري فيبطل البيع . ويرتفع السفه بتعلق غرض صحيح بالزيادة والنقصان، إما لقلتهما أو لترتب غرض آخر يقابله كالصبر بدينٍ حالٍ ونحوه .

﴿ ولا يجوز تأجيل الحالّ بزيادة ﴾ فيه ولا بدونها، إلا أن يُشْرَطَ (٣) الأجل في عقد لازم، فيلزم الوفاء به . ويجوز تعجيله بنقصان منه بإبراءٍ أو صلح .

﴿ ويجب ﴾ على المشتري إذا باع ما اشتراه مؤجلاً ﴿ ذكر الأجل في غير المساومة، فيتخير المشتري بدونه ﴾ أي بدون ذكره بين الفسخ والرضاء به حالاً ﴿ للتدليس ﴾ وروي أن للمشتري من الأجل مثله (٤) .

(١) لم نعثر عليه .

(٢) الدروس ٢ : ٢٠٥ .

(٣) في (ر) : يشترط .

(٤) الوسائل ١٢ : ٤٠٠ ، الباب ٢٥ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٢ .

﴿ الثاني : في القبض ﴾

﴿ إطلاق العقد ﴾ بتجريده عن شرط تأخير أحد العوضين أو تأخيرهما إذا كانا عينين أو أحدهما ﴿ يقتضي قبض العوضين ، فيتقاضان معاً لو تمانعا ﴾ من التقدّم ﴿ سواء كان الثمن عيناً أو ديناً ﴾ وإنّما لم يكن أحدهما أولى بالتقديم ، لتساوي الحقيين في وجوب تسليم كلّ منهما إلى مالكة .

وقيل : يُجبر البائع على الإقباض أولاً؛ لأنّ الثمن تابع للمبيع^(١).

يُضَعَّف باستواء العقد في إفادة الملك لكلّ منهما ، فإن امتنعا أجبرهما الحاكم معاً مع إمكانه ، كما يُجبر الممتنع من قبض ماله . [فإن تعذّر فكالدين إذا بذله المديون فامتنع من قبوله] ^(٢).

﴿ ويجوز اشتراط تأخير إقباض المبيع مدّة معيّنة ﴾ كما يجوز اشتراط تأخير الثمن ﴿ والانتفاع به منفعة معيّنة ﴾ لأنّه شرط سائح فيدخل تحت العموم ^(٣).

﴿ والقبض في المنقول ﴾ كالحيوان والأقمشة والمكيل والموزون والمعدود ﴿ نقله . وفي غيره التخلية ﴾ بينه وبينه بعد رفع اليد عنه . وإنّما كان القبض مختلفاً كذلك ؛ لأنّ الشارع لم يحدّه ، فيرجع فيه إلى العرف ، وهو دالّ على ما ذكر .

(١) قاله الشيخ في المبسوط ٢ : ١٤٨ .

(٢) ما بين المعقوفتين لم يرد في المخطوطات .

(٣) أي عموم «المؤمنون عند شروطهم» راجع الوسائل ١٥ : ٣٠ ، الباب ٢٠ من أبواب

وفي المسألة أقوال أخر^(١) هذا أجودها :

فمنها : ما اختاره في الدروس : من أنه في غير المنقول التخلية، وفي الحيوان نقله، وفي المعتبر^(٢) كيله أو وزنه أو عدّه أو نقله، وفي الثوب وضعه في اليد^(٣) واستند في اعتبار الكيل أو الوزن في المعتبر بهما إلى صحيحة معاوية بن وهب عن الصادق عليه السلام^(٤) وفي دلالتها عليه نظر، وإلحاق المعدود بهما قياس، والفرق بين الحيوان^(٥) وغيره ضعيف.

ومنها الاكتفاء بالتخلية مطلقاً ونفى عنه البأس في الدروس بالنسبة إلى نقل الضمان، لا زوال التحريم والكرهية عن البيع قبل القبض^(٦) والعرف يأباه، والأخبار^(٧) تدفعه.

وحيث يكفي بالتخلية، فالمراد بها : رفع المانع للمشتري من القبض بالإذن فيه ورفع يده ويد غيره عنه إن كان. ولا يشترط مضيّ زمان يمكن وصول المشتري إليه، إلا أن يكون في غير بلده بحيث يدلّ العرف على عدم القبض بذلك. والظاهر أن اشتغاله بملك البائع غير مانع منه وإن وجب على البائع التفريغ.

(١) لم يرد «أخر» في (ع) و (ف).

(٢) قال بعض المحشّين : أي وفيما يُعتبر باعتبار مخصوص لرفع الجهالة، كيله أو وزنه ... (هامش ر).

(٣) الدروس ٣ : ٢١٣، وفيه : التخلية بعد رفع اليد.

(٤) الوسائل ١٢ : ٣٨٩، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١١.

(٥) في (ع) المعدود، وكُتِب عليه : الحيوان، ل.

(٦) الدروس ٣ : ٢١٣.

(٧) الوسائل ١٢ : ٣٨٩، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود.

ولو كان مشتركاً ففي توقّفه على إذن الشريك قولان^(١) أجودهما عدم؛ لعدم استلزامه التصرف في مال الشريك. نعم لو كان منقولاً توقّف على إذنه؛ لافتقار قبضه إلى التصرف بالنقل. فإن امتنع من الإذن نصب الحاكم من يقبضه أجمع بعضه أمانةً وبعضه لأجل البيع. وقيل: يكفي حينئذٍ التخلية وإن لم يُكتَفَ بها قبله^(٢).

﴿ وبه ﴾ أي بالقبض كيف فرض ﴿ ينتقل الضمان إلى المشتري إذا لم يكن له خيار ﴾ مختصّ به أو مشترك بينه وبين أجنبيّ، فلو كان الخيار لهما فتلفه بعد القبض زَمَنَه^(٣) منه أيضاً.

وإذا كان انتقال الضمان مشروطاً بالقبض ﴿ فلو تلف قبله فمن البائع ﴾ مطلقاً ﴿ مع أنّ النماء ﴾ المنفصل المتجدّد بين العقد والتلف ﴿ للمشتري ﴾ ولا يُبعد في ذلك؛ لأنّ التلف لا يبطل البيع من أصله، بل يفسخه من حينه، كما لو انفسخ بخيار.

هذا إذا كان تلفه من الله تعالى. أمّا لو كان من أجنبيّ أو من البائع تخيّر المشتري بين الرجوع بالثمن - كما لو تلف من الله تعالى - وبين مطالبة المتلف بالمثل أو القيمة. ولو كان التلف من المشتري فهو بمنزلة القبض ﴿ وإن تلف بعضه، أو تعيّب ﴾ من قبل الله أو قبل البائع ﴿ تخيّر المشتري في الإمساك مع الأرش وانفسخ ﴾ ولو كان العيب من قبل أجنبيّ فالأرش عليه للمشتري إن

(١) القول بالتوقّف على إذن الشريك للشيخ في باب الهبة في المبسوط ٣: ٣٠٦، والعلامة في

رهن التحرير ٢: ٤٦٥، ولم نعر على القول بعدم التوقّف على إذنه.

(٢) قاله العلامة في المختلف ٦: ٢٨٢.

(٣) يعني زمن الخيار.

التزم، وللبائع إن فسخ.

﴿ ولو عُصِبَ من يد البائع ﴾ قبل إقباضه ﴿ وأسرع عودده ﴾ بحيث لم يفت من منافعه ما يُعتدُّ به عرفاً ﴿ أو أمكن ﴾ البائع ﴿ نزعه بسرعة ﴾ كذلك ﴿ فلا خيار ﴾ للمشتري؛ لعدم موجهه ﴿ وإلا ﴾ يمكن تحصيله بسرعة ﴿ تخيير المشتري ﴾ بين الفسخ والرجوع على البائع بالثمن إن كان دفعه، والالتزام بالمبيع وارتقاب حصوله، فينتفع حينئذٍ بما لا يتوقَّف على القبض، كعتق العبد.

ثم إن تلف في يد الغاصب فهو ممَّا تلف قبل قبضه فيبطل البيع وإن كان قد رضي بالصبر، مع احتمال كونه قبضاً، وكذا لو رضي بكونه في يد البائع، وأولى بتحقق القبض هنا.

﴿ ولا أجرة على البائع في تلك المدة ﴾ التي كان في يد الغاصب وإن كانت العين مضمونة عليه؛ لأنَّ الأجرة بمنزلة النماء المتجدد وهو غير مضمون. وقيل يضمنها؛ لأنَّها بمنزلة النقص الداخل قبل القبض وكالنماء المتصل^(١) والأقوى اختصاص الغاصب بها ﴿ إلا أن يكون المنع منه ﴾ فيكون غاصباً إذا كان المنع بغير حق. فلو حبسه ليتقابضاً أو ليقبض الثمن حيث شرط تقدّم قبضه فلا أجرة عليه؛ للإذن في إمساكه شرعاً.

وحيث يكون المنع سائغاً فالنفقة على المشتري؛ لأنَّه ملكه. فإن امتنع من الإنفاق رفع البائع أمره إلى الحاكم ليُجبره عليه، فإن تعذّر أنفق بنية الرجوع ورجع، كنظائره.

﴿ وليكن المبيع ﴾ عند إقباضه ﴿ مفراًغاً ﴾ من أمتعة البائع وغيرها ممَّا

(١) قال السيّد العاملي: « لكنَّا لم نجد القائل بالإلزام وإن حكاه الشهيد الثاني » راجع مفتاح

لم يدخل في المبيع، ولو كان مشغولاً بزرع لم يبلغ وجب الصبر إلى أوانه إن اختاره البائع. ولو كان فيه ما لا يخرج إلا بهدم وجب أرشه على البائع. والتفريغ وإن كان واجباً إلا أن القبض لا يتوقف عليه، فلو رضي المشتري بتسليمه مشغولاً تم القبض ويجب التفريغ بعده.

﴿ ويكره بيع المكيل والموزون قبل قبضه ﴾ للنهي عنه^(١) المحمول على الكراهة جمعاً ﴿ وقيل: يحرم إن كان طعاماً^(٢) ﴾ وهو الأقوى، بل يحرم بيع مطلق المكيل والموزون؛ لصحة الأخبار الدالة على النهي وعدم مقاومة المعارض^(٣) لها على وجهٍ يوجب حمله على خلاف ظاهره، وقد تقدّم^(٤).

﴿ ولو ادّعى المشتري نقصان المبيع ﴾ بعد قبضه ﴿ حلف إن لم يكن حضر الاعتبار ﴾ لأصالة عدم وصول حقه إليه ﴿ وإلا ﴾ يكن كذلك بأن حضر الاعتبار ﴿ أحلف البائع ﴾ عملاً بالظاهر: من أن صاحب الحق إذا حضر اعتباره يحتاط لنفسه ويعتبر مقدار حقه. ويمكن موافقة الأصل للظاهر باعتبار آخر، وهو أن المشتري لما قبض حقه كان في قوة المعترف بوصول حقه إليه كلاً، فإذا ادّعى بعد ذلك نقصانه كان مدّعياً لما يخالف الأصل. ولا يلزم مثله في الصورة الأولى؛ لأنه إذا لم يحضر لا يكون معترفاً بوصول حقه؛ لعدم اطلاعه عليه، حتى لو فرض اعترافه فهو مبني على الظاهر، بخلاف الحاضر.

(١) الوسائل ١٢: ٣٨٧ - ٣٨٩، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود.

(٢) حكاة العلامة عن العماني في المختلف ٥: ٢٨١.

(٣) الوسائل ١٢: ٣٨٨ - ٣٩١، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٣ و ٦ و ١٩

وغيرها.

(٤) تقدّم في باب السلف، وكذا في آداب البيع.

﴿ ولو حوّل المشتري الدعوى ﴾ حيث لا يقبل قوله في النقص ﴿ إلى عدم إقباض الجميع ﴾ من غير تعرّض لحضور الاعتبار وعدمه أو معه ﴿ حلف ﴾ لأصالة عدم وصول حقه إليه ﴿ ما لم يكن سبق بالدعوى الأولى ﴾ فلا تسمع الثانية؛ لتناقض كلاميه. وهذه من الحيل التي يترتب عليها الحكم الشرعي، كدعوى براءة الذمة من حقّ المدعي لو كان قد دفعه إليه بغير بينة، فإنّه لو أقرّ بالواقع لزمه.

﴿ الثالث : في ما يدخل في المبيع ﴾

عند إطلاق لفظه

﴿ و ﴾ الضابط : أنّه ﴿ يُراعى فيه اللغة والعرف ﴾ العامّ أو الخاصّ ؛ وكذا يُراعى الشرع بطريق أولى ، بل هو مقدّم عليهما ، ولعلّه أدرجه في العرف ؛ لأنّه عرف خاصّ . ثمّ إن اتّفقت ، وإلاّ قدّم الشرعي ، ثمّ العرفي ، ثمّ اللغوي .

﴿ ففي بيع البستان ﴾ بلفظه تدخل : ﴿ الأرض ، والشجر ﴾ قطعاً ﴿ والبناء ﴾ كالجدار وما أشبهه من الركائز المثبتة في داخله لحفظ التراب عن الانتقال . أمّا البناء المعدّ للسكنى ونحوه ، ففي دخوله وجهان : أجودهما اتّباع العادة . ويدخل فيه الطريق والشرب ؛ للعرف . ولو باعه بلفظ « الكرم » تناول شجر العنب ؛ لأنّه مدلوله لغة ، وأمّا الأرض والعريش^(١) والبناء والطريق والشرب فيُرجع فيها إلى العرف ؛ وكذا ما اشتمل عليه من الأشجار غيره ، وما شكّ في تناول اللفظ له لا يدخل .

(١) العريش : البيت الذي يستظلّ به - شبه الخيمة - والمراد به هنا ما يُصنع من الخشب

ونحوه لإلقاء أغصان الكرّم عليه .

﴿ و ﴾ يدخل ﴿ في الدار : الأرض ، والبناء أعلاه وأسفله ، إلا أن ينفرد الأعلى عادة ﴾ فلا يدخل إلا بالشرط أو القرينة ﴿ والأبواب ﴾ المثبتة ، وفي المنفصلة - كألواح الدكاكين - وجهان : أجودهما الدخول ؛ للعرف ، وانفصالها للارتفاق ^(١) فتكون كالجزء وإن انفصلت ، وإطلاق العبارة يتناولها ، وفي الدروس قيدها بالمثبتة ^(٢) فيخرج ﴿ والأغلاق المنصوبة ﴾ دون المنفصلة كالأقفال ﴿ والأخشاب المثبتة ﴾ كالمثخدة لوضع الأمتعة وغيرها ، دون المنفصلة وإن انتفع بها في الدار ؛ لأنها كالألات الموضوعة بها ﴿ والسلم المثبت ﴾ في البناء ؛ لأنه حينئذ بمنزلة الدرجة ، بخلاف غير المثبت ؛ لأنه كآلة ؛ وكذا الرف ^(٣) وفي حكمها الخوابي ^(٤) المثبتة في الأرض والحيطان ﴿ والمفتاح ﴾ وإن كان منقولاً ؛ لأنه بمنزلة الجزء من الأغلاق المحكوم بدخولها . والمراد غير مفتاح القفل ؛ لأنه تابع لغلّقه ، ولو شهدت القرينة بعدم دخوله لم يدخل .

وكذا يدخل الحوض والبئر والحمام المعروف بها ^(٥) والأوتاد . دون الرّحى وإن كانت مثبتة ؛ لأنها لا تعدّ منها ، وإثباتها لسهولة الارتفاق بها .
﴿ ولا يدخل الشجر ﴾ الكائن ﴿ بها إلا مع الشرط ، أو يقول : بما أغلق عليه بابها ، أو ما دار عليه حائطها ﴾ أو شهادة القرائن بدخوله كالمساومة عليه وبذل ثمن لا يصلح إلا لهما ، ونحو ذلك .

(١) يعني سهولة الانتفاع .

(٢) الدروس ٣ : ٢٠٧ .

(٣) الرف بالفتح : خشبة أو نحوها تُشدّ إلى الحائط فتوضع عليها طرائف البيت .

(٤) جمع خابية ، وهي الحُبّ ، إناء ضخمة من خزف ، له بطن كبير وعروتان وفم واسع .

(٥) يعني الحمام الذي يُعرف أنه لهذه الدار وإن كان خارجاً عنها .

﴿ و ﴾ يدخل ﴿ في النخل الطلع إذا لم يؤبّر ﴾ بتشقيق طلع الإناث وذّرّ طلع الذكور فيه ليجيء ثمره أصلح ﴿ ولو أُبّر فالثمرة للبائع ﴾ ولو أُبّر البعض فلكلّ حكمه على الأقوى، والحكم مختصّ بالبيع فلو انتقل النخل بغيره لم يدخل الطلع مطلقاً متى ظهر كالثمرة.

﴿ و ﴾ حيث لا يدخل في المبيع^(١) ﴿ يجب تبقيتها إلى أوان أخذها عرفاً ﴾ بحسب تلك الشجرة، فإن اضطرب العرف فالأغلب، ومع التساوي ففي الحمل على الأقلّ أو الأكثر أو اعتبار التعيين وبدونه يبطل، أوجه.

﴿ وطلع الفحل للبائع ﴾ متى ظهر ﴿ وكذا باقي الثمار مع الظهور ﴾ وهو انعقادها، سواء كانت بارزة أم مستترة في كمام أم وُرد؛ وكذا القول فيما يكون المقصود منه الوُرد أو الورق. ولو كان وجوده على التعاقب فالظاهر منه حال البيع للبائع، والمتجدّد للمشتري. ومع الامتزاج يرجع إلى الصلح.

﴿ ويجوز لكلّ منهما ﴾ أي من البائع الذي بقيت له الثمرة والمشتري ﴿ السقي ﴾ مراعاةً لملكه ﴿ إلا أن يستضراً ﴾ معاً فيمنعان ﴿ ولو تقابلا في الضرر والنفع رجّحنا مصلحة المشتري ﴾ لأنّ البائع هو الذي أدخل الضرر على نفسه ببيع الأصل وتسليط المشتري عليه الذي يلزمه جواز سقيه. وتوقّف في الدروس حيث جعل ذلك احتمالاً ونسبه إلى الفاضل واحتمل تقديم صاحب الثمرة؛ لسبق حقّه^(٢) ويشكل تقديم المشتري حيث يوجب نقصاً في الأصل يحيط بقيمة الثمرة وزيادة، فينبغي تقديم مصلحة البائع مع ضمانه لقيمة الثمرة جمعاً بين الحقيين.

﴿ و ﴾ يدخل ﴿ في القرية البناء ﴾ المشتمل على الدور وغيرها

(١) في سوى (ع): البيع.

(٢) الدروس ٣: ٢٠٩.

﴿ والمرافق ﴾ كالطرق والساحات، لا الأشجار والمزارع إلا مع الشرط أو العرف كما هو الغالب الآن، أو القرينة، وفي حكمها الضيعة في عرف الشام.

﴿ و ﴾ يدخل ﴿ في العبد ﴾ والأمة ﴿ ثيابه الساترة للمعورة ﴾ دون غيرها، اقتصاراً على المتيقّن دخوله؛ لعدم دخولها في مفهوم العبد لغة. والأقوى دخول ما دلّ العرف عليه من ثوب وثوبين وزيادة، وما يتناوله بخصوصه من غير الثياب كالحزام والقنسوة والخفّ وغيرها. ولو اختلف العرف بالحرّ والبرد دخل ما دلّ عليه حال البيع، دون غيره. وما شكّ في دخوله لا يدخل؛ للأصل. ومثله الدابة فيدخل فيها^(١) النعل دون آلاتها، إلا مع الشرط أو العرف.

﴿ الرابع : في اختلافهما ﴾

﴿ ففي قدر الثمن يحلف البائع مع قيام العين، والمشتري مع تلفها ﴾ على المشهور، بل قيل: إنّه إجماع^(٢) وهو بعيد، ومستنده رواية مرسلّة^(٣) وقيل: يقدر قول المشتري مطلقاً لأنّه ينفي الزائد، والأصل عدمه وبراءة ذمّته. وفيه قوّة إن لم يثبت الإجماع على خلافه، مع أنّه خيرة التذكرة^(٤) وقيل: يتحالفان ويبطل البيع؛ لأنّ كلّاً منهما مدّع ومنكر؛ لتشخصّ العقد بكلّ واحد من الثمنين، وهو خيرة

(١) في (ع): فيه.

(٢) الخلاف ٣: ١٤٧-١٤٨، المسألة ٢٣٦.

(٣) الوسائل ١٢: ٣٨٣، الباب ١١ من أبواب أحكام العقود، الحديث الأوّل. ومرسلها

أحمد بن [محمد بن] أبي نصر، راجع المسالك ٣: ٢٥٨.

(٤) أنظر التذكرة ١٣: ٨٦.

المصنّف في قواعده^(١) وشيخه فخر الدين في شرحه^(٢) وفي الدروس نسب القولين إلى الدور^(٣).

وعلى المشهور لو كانت العين قائمة لكنّها قد انتقلت عن المشتري انتقالاً لازماً - كالبيع والعتق - ففي تنزيه منزلة التلف قولان^(٤) أجودهما عدم؛ لصدق القيام عليها وهو البقاء، ومنع مساواته للتلف في العلة الموجبة للحكم.

ولو تلف بعضه ففي تنزيه منزلة تلف الجميع أو بقاء الجميع أو إلحاق كلّ جزء بأصله، أو جهه الأوّل؛ لصدق عدم قيامها الذي هو مناط تقديم قول البائع.

ولو امتزج بغيره فإن بقي التمييز - وإن عسر التخليص - فالعين قائمة، وإلا فوجهان، وعدمه أو جهه؛ لعدم صدق القيام عرفاً، فإنّ ظاهره أنّه أخصّ من الوجود.

﴿ و ﴾ لو اختلفا ﴿ في تعجيله ﴾ أي الثمن ﴿ وقدر الأجل ﴾ على تقدير اتّفاقيهما عليه في الجملة ﴿ وشرط رهن أو ضمين عن البائع يحلف ﴾ البائع؛ لأصالة عدم ذلك كلّ. وهذا مبنيّ على الغالب: من أنّ البائع يدّعي التعجيل وتقليل الأجل حيث يتفقان على أصل التأجيل. فلو اتّفق خلافه فادّعى هو الأجل أو طوله - لغرض تعلّق بتأخير القبض - قُدّم قول المشتري؛ للأصل ﴿ وكذا ﴾ يقدّم قول البائع لو اختلفا ﴿ في قدر المبيع ﴾ للأصل. وقد كان ينبغي مثله في

(١) القواعد والفوائد ١: ٣٠٥، القاعدة ١٠٣.

(٢) أي في شرحه لقواعد أبيه العلامة. راجع الإيضاح ١: ٥٢٠.

(٣) الدروس ٣: ٢٤٢.

(٤) لم نعرث عليهما، قال بعض المحشّين: المناسب أن يقال وجهان؛ فإنّ هذا الفرع غير مذكور. (هامش ر).

قدر الثمن بالنسبة إلى المشتري لولا الرواية^(١).

ولا فرق بين كونه مطلقاً ومعيناً، كهذا الثوب فيقول: بل هو والآخر.

هذا إذا لم يتضمّن الاختلاف في الثمن، كبعثك هذا الثوب بألف، فقال:

بل هو والآخر بألفين. وإلّا قوّي التحالف؛ إذ لا مشترك هنا يمكن الأخذ به.

﴿ وفي تعيين المبيع ﴾ كما إذا قال: بعثك هذا الثوب، فقال: بل هذا

﴿ يتحالفان ﴾ لادّعاء كلّ منهما ما ينفيه الآخر بحيث لم يتّفقا على أمر ويختلفا

فيما زاد، وهو ضابط التحالف، فيحلف كلّ منهما يميناً واحدة على نفي ما يدّعيه

الآخر، لا على إثبات ما يدّعيه، ولا جامعةً بينهما، فإذا حلّفا انفسخ العقد، ورجع

كلّ منهما إلى عين ماله أو بدلها. والبادي منهما باليمين من ادّعي عليه أولاً، فإن

حلف الأوّل ونكل الثاني وقضينا بالنكول يثبت ما يدّعيه الحالف، وإلّا حلف يميناً

ثانية على إثبات ما يدّعيه.

ثمّ إذا حلف البائع على نفي ما يدّعيه المشتري بقي على ملكه، فإن كان

الثوب في يده، وإلّا انتزعه من يد المشتري. وإذا حلف المشتري على نفي

ما يدّعيه البائع وكان الثوب في يده لم يكن للبائع مطالبته به؛ لأنّه لا يدّعيه،

وإن كان في يد البائع لم يكن له التصرف فيه؛ لاعترافه بكونه للمشتري، وله ثمنه

في ذمّته. فإن كان قد قبض الثمن ردّه على المشتري وله أخذ الثوب قصاصاً، وإن

لم يكن قبض الثمن أخذ الثوب قصاصاً أيضاً، فإن زادت قيمته عنه فهو مال

لا يدّعيه أحد.

وفي بعض نسخ الأصل: ﴿ وقال الشيخ والقاضي: يحلف البائع كالاختلاف

في الثمن^(٢) ﴾ وضُرب عليه في بعض النسخ المقرّوة على المصنّف ﷺ.

(١) الوسائل ١٢: ٣٨٣، الباب ١١ من أبواب أحكام العقود، الحديث الأوّل.

(٢) المبسوط ٢: ١٤٦، وجواهر الفقه: ٥٩.

﴿ و ﴾ حيث يتحالفان ﴿ يبطل العقد من حينه ﴾ أي حين التحالف
 ﴿ لا من أصله ﴾ فناء الثمن المنفصل المتخلل بين العقد والتحالف للبائع، وأما
 المبيع فيشكل حيث لم يتعين. نعم لو قيل به في مسألة الاختلاف في قدر الثمن
 توجه حكم نماء المبيع.

﴿ و ﴾ اختلافهما ﴿ في شرط مفسد يقدم مدعي الصحة ﴾ لأنها الأصل
 في تصرفات المسلم.

﴿ ولو اختلف الورثة نزل كل وارث منزلة مورثه ﴾ فتحلف ورثة البائع
 لو كان الاختلاف في قدر المبيع والأجل وأصله^(١) وقدر الثمن مع قيام العين،
 وورثة المشتري مع تلفها. وقيل: يقدم قول ورثة المشتري في قدر الثمن مطلقاً^(٢)
 لأنه الأصل، وإنما خرج عنه مورثهم بالنص^(٣) فيقتصر فيه على مورده المخالف
 للأصل. وله وجه، غير أن قيام الوارث مقام المورث مطلقاً أجود؛ لأنه بمنزلة.
 ولو قلنا بالتحالف ثبت بين الورثة قطعاً.

﴿ الخامس ﴾

﴿ إطلاق الكيل والوزن ﴾ والنقد ﴿ ينصرف إلى المعتاد ﴾ في بلد العقد
 لذلك المبيع إن اتحد ﴿ فإن تعدد فالأغلب ﴾ استعمالاً وإطلاقاً، فإن اختلفا في
 ذلك ففي ترجيح أيهما نظر، ويمكن حينئذٍ وجوب التعيين كما لو لم يغلب ﴿ فإن

(١) أي أصل الأجل.

(٢) قاله العلامة في التحرير ٢: ٣٦٢.

(٣) الوسائل ١٢: ٣٨٣، الباب ١١ من أبواب أحكام العقود، الحديث الأول.

تساوت ﴿ في الاستعمال في المبيع الخاصّ وجب التعيين؛ لاستحالة الترجيح بدونه واختلاف الأغراض ﴾ و ﴿ لو ﴾ لم يعيّن بطل البيع ﴿ لما ذكر.

﴿ وأجرة اعتبار المبيع ﴾ بالكيل أو الوزن أو النقد ﴿ على البائع ﴾ لأنّه لمصلحته ﴿ واعتبار الثمن على المشتري، وأجرة الدّلال على الأمر ﴾ ولو أمراه فالسابق إن كان مراد كلّ منهما الماكسة معه ﴿ ولو أمراه بتولّي الطرفين ﴾ الإيجاب والقبول ﴿ فعليهما ﴾ أجرة واحدة بالتنصيف، سواء اقترنا أم تلاحقاً. ولو منعنا من تولّي الطرفين من الواحد امتنع أخذ أجرتين. لكن لا يتّجه حمل كلام الأصحاب: «أنّه لا يجمع بينهما لواحد»^(١) عليه؛ لأنّه قد عبّر به من يرى جوازه^(٢) بل المراد: أنّه لا يجمع بينهما لعمل واحد وإن أمره البائع بالبيع والمشتري بالشراء، بل له أجرة واحدة عليهما أو على أحدهما، كما فصلناه^(٣).

﴿ ولا يضمن ﴾ الدّلال ما يتلف بيده من الأمتعة ﴿ إلا بتفريط ﴾ والمراد به ما يشمل التعديّ مجازاً أو اشتراكاً ﴿ فيحلف على عدمه ﴾ لو ادّعي عليه التفريط؛ لأنّه أمين، فيقبل قوله في عدمه ﴿ فإن ثبت ﴾ التفريط في حقّه وضمن القيمة ﴿ حلف على ﴾ مقدار ﴿ القيمة لو خالفه البائع ﴾ فادّعي أنّها أكثر ممّا اعترف به؛ لأصالة البراءة من الزائد. ولا ينافيه التفريط وإن أوجب الإثم، كما يقبل قول الغاصب فيها على أصحّ القولين^(٤).

(١) ممّن عبّر بذلك المحقّق في المختصر: ١٣٦، والفاضل المقداد في التنقيح الرائع ٢: ١٦٢.

(٢) مثل المحقّق في الشرائع ٢: ١٥، والعلامة في المختلف ٥: ٥٧ - ٥٨.

(٣) لم يتقدّم تفصيل، ولعلّ المراد به هو قوله: أجرة واحدة بالتنصيف ...

(٤) كما اختاره الشيخ في المبسوط ٣: ٧٥، وابن إدريس في السرائر ٢: ٤٩٠، والمحقّق

في الشرائع ٣: ٢٤٩. والقول بتقديم قول المالك للشيخ في النهاية: ٤٠٢، والمفيد في

﴿ خاتمة ﴾

﴿ الإقالة فسخ لا بيع ﴾ عندنا، سواء وقعت بلفظ الفسخ أم الإقالة ﴿ في حق المتعاقدين والشفيع ﴾ وهو الشريك؛ إذ لا شفعة هنا بسبب الإقالة، وحيث كانت فسخاً لا بيعاً ﴿ فلا يثبت بها شفعة ﴾ للشريك؛ لاختصاصها بالبيع. ونبه بقوله: « في حق المتعاقدين » على خلاف بعض العامة حيث جعلها بيعاً في حقهما^(١) وبقوله: « والشفيع » على خلاف آخرين، حيث جعلوها بيعاً في حقّه، دونهما^(٢) فيثبت له بها الشفعة ﴿ ولا تسقط أجره الدّلال ﴾ على البيع ﴿ بها ﴾ لأنّه استحقّها بالبيع السابق، فلا يُبطله الفسخ اللاحق؛ وكذا أجره الوزان والكيّال والناقد بعد صدور هذه الأفعال؛ لوجود سبب الاستحقاق.

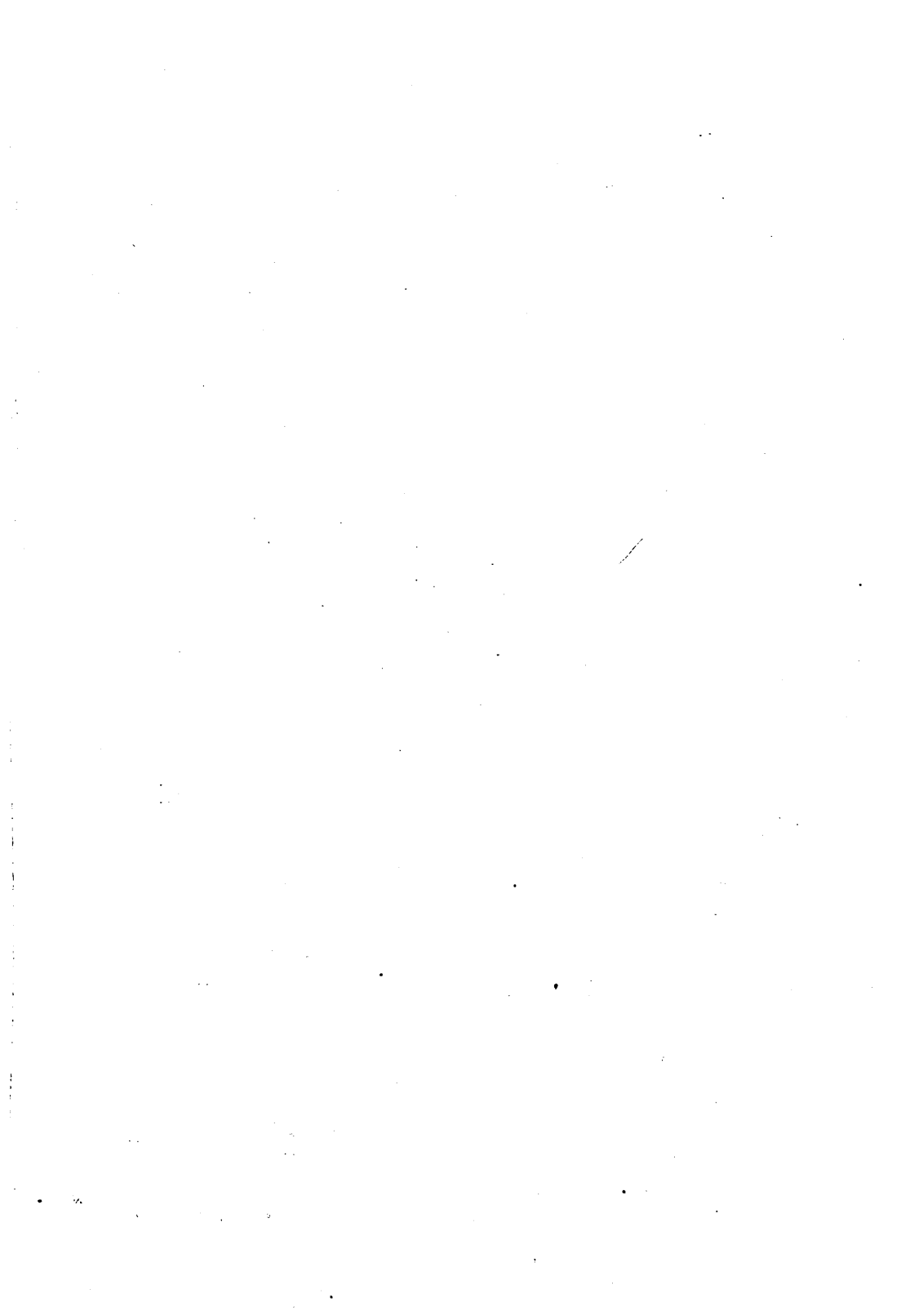
﴿ ولا تصحّ بزيادة في الثمن ﴾ الذي وقع عليه البيع سابقاً ﴿ ولا نقيصته ﴾ لأنّها فسخ ومعناه: رجوع كلّ عوض إلى مالكه، فإذا شرط فيها ما يخالف مقتضاها فسد الشرط وفسدت بفساده، ولا فرق بين الزيادة العينية والحكميّة كالإنظار بالثمن.

(١) راجع المغني لابن قدامة ٤ : ١٣٥ .

(٢) راجع المجموع ١٢ : ٢٥٠ .

﴿ ويرجع ﴾ بالإقالة ﴿ كلّ عوض إلى مالكة ﴾ إن كان باقياً، ونماؤه المتّصل تابع له، أمّا المنفصل فلا رجوع به وإن كان حملاً لم ينفصل ﴿ فإن كان تالفاً فمثله ﴾ إن كان مثلياً ﴿ أو قيمته ﴾ يوم التلف إن كان قيمياً أو تعدّر المثل. ولو وجدته معيباً رجع بأرشه؛ لأنّ الجزء أو الوصف الفائت بمنزلة التالف. وألفاظها: تفاسخنا، وتقايلنا، معاً أو متلاحقين من غير فصل يعتدّ به، أو يقول أحدهما: أقلتك، فيقبل الآخر وإن لم يسبق التماس. واحتمل المصنّف في الدروس الاكتفاء بالقبول الفعلي^(١).

كتاب الين



﴿ كتاب الدين ﴾

﴿ وهو قسمان ﴾ :

﴿ الأوّل : القرض ﴾

بفتح القاف وكسرهما، وفضله عظيم ﴿ والدرهم ﴾ منه ﴿ بثمانية عشر درهماً^(١) مع أنّ درهم الصدقة بعشرة^(٢) ﴾ قيل : والسرف فيه : أنّ الصدقة تقع في يد المحتاج وغيره، والقرض لا يقع إلا في يد المحتاج غالباً، وأنّ درهم القرض يعود فيقرض^(٣) ودرهم الصدقة لا يعود^(٤).

واعلم أنّ القرض لا يتوقّف على قصد القربة، ومطلق الثواب يتوقّف عليها، فليس كلّ قرض يترتّب عليه الثواب. بخلاف الصدقة، فإنّ القربة معتبرة فيها. فإطلاق كون درهم القرض بثمانية عشر إمّا مشروط بقصد القربة، أو تفضّل من الله

(١) و (٢) الوسائل ١١ : ٥٤٦، الباب ١١، من أبواب فعل المعروف، الحديثان ٣ و ٥.

(٣) في (ر) زيادة : ثانياً.

(٤) أنظر تفسير علي بن إبراهيم ٢ : ٣٥٠ - ٣٥١، والهداية : ١٨١، والدروس ٣ : ٣١٨،

والتنقيح الرائع ٢ : ١٥٣.

تعالى من غير اعتبار الثواب بواسطة الوجهية^(١) وقد يقع التفضل على كثير من فاعلي الرب من غير اعتبار القربة كالكرم.

ويفتقر القرض إلى إيجاب وقبول. ﴿ والصيغة أقرضتك ، أو انتفع به ، أو تصرف فيه ﴾ أو ملكتك أو أسلفتك ، أو خذ هذا ، أو اصرفه ﴿ وعليك عوضه ﴾ وما أدى هذا المعنى ؛ لأنه من العقود الجائزة ، وهي لا تنحصر في لفظ ، بل تتأدى بما أفاد معناها . وإنما يحتاج إلى ضمنية « وعليك عوضه » ما عدا الصيغة الأولى ، فإنها صريحة في معناه لا تفتقر إلى انضمام أمر آخر ﴿ فيقول المقرض : قبلت وشبهه ﴾ مما دل على الرضا بالإيجاب . واستقرب في الدروس الاكتفاء بالقبض ؛ لأن مرجعه إلى الإذن في التصرف^(٢) وهو حسن من حيث إياحة التصرف . أما إفادته للملك المترتب على صحة القرض فلا دليل عليه ، وما استدلل به لا يؤدي إليه .

﴿ ولا يجوز اشتراط النفع ﴾ للنهي عن قرضٍ يجزّ نفعاً^(٣) ﴿ فلا يفيد الملك ﴾ لو شرطه ، سواء في ذلك الربوي وغيره ، وزيادة العين والمنفعة ﴿ حتى ﴾ لو شرط ﴿ الصحاح عوض المكسرة . خلافاً لأبي الصلاح ﴾ الحلبي رحمته الله^(٤) وجماعة^(٥) حيث جوزوا هذا الفرد من النفع ، استناداً إلى

(١) كذا في نسخة (ع) التي قوبلت بنسخة الأصل ، وفي سائر النسخ : بالوجهين .

(٢) الدروس ٣ : ٣١٨ .

(٣) أنظر السنن الكبرى ٥ : ٣٥٠ ، والمستدرک ١٣ : ٤٠٩ ، الباب ١٩ من أبواب الدين والقرض ، الحديث ٣ .

(٤) الكافي في الفقه : ٣٣١ .

(٥) منهم الشيخ في النهاية : ٣١٢ ، وابن حمزة في الوسيلة : ٢٧٣ ، ونسبه في المختلف ٥ : ٣٩٠ ، والتنقيح الرائع ٢ : ١٥٤ إلى القاضي ولم نعثر عليه في كتبه .

رواية^(١) لا تدلّ على مطلوبهم، وظاهرها إعطاء الزائد الصحيح بدون الشرط، ولا خلاف فيه، بل لا يُكره، وقد روي أن النبي ﷺ اقترض بَكَراً^(٢) فردّ بازلاً^(٣) رباعياً، وقال: «إنّ خير الناس أحسنهم قضاءً»^(٤).

﴿ وإنما يصحّ إقراض الكامل ﴾ على وجهٍ يرتفع عنه الحجر في المال، وأراد كمال المتعاقدين معاً، بإضافة المصدر إلى الفاعل والقابل.

﴿ وكلّ ما تتساوى أجزاؤه ﴾ في القيمة والمنفعة وتتقارب صفاً. كالحبوب والأدهان ﴿ يثبت في الذمّة مثله، وما لا يتساوى ﴾ أجزاؤه كالحيوان ﴿ تثبت قيمته يوم القبض ﴾ لأنّه وقت الملك.

﴿ وبه ﴾ أي بالقبض ﴿ يملك ﴾ المقرض القرض على المشهور، لا بالتصرّف. قيل: لأنّه فرع الملك فيمتنع كونه شرطاً فيه^(٥) وإلاّ دار، وفيه: منع تبعيته للملك مطلقاً؛ إذ يكفي فيه إذن المالك وهو هنا حاصل بالعقد، بل بالأيجاب.

وحيث قلنا بملكه بالقبض ﴿ فله ردّ مثله ﴾ مع وجود عينه ﴿ وإن كره

(١) الوسائل ١٢: ٤٧٧، الباب ١٢ من أبواب الصرف، الحديث ٥.

(٢) الفتى من الإبل.

(٣) بزل البعير بُزولاً فطر نأبه بدخوله في السنة التاسعة، فهو «بازل» يستوى فيه الذكر والأنثى. والرباعي من الإبل: ما دخل في السنة السابعة؛ لأنّه ألقى رباعيته. مجمع البحرين (ربع) و (بزل).

(٤) كنز العمال ٦: ٢٢٥، الحديث ٥ - ١٥٤٥٤، والسنن الكبرى ٥: ٣٥٢ - ٣٥٣، مع اختلاف يسير.

(٥) قاله المحقّق في الشرائع ٢: ٦٨.

المقرض ﴿ لأنَّ العين حينئذٍ تصير كغيرها من أمواله، والحقّ يتعلّق بذمّته فيختير في جهة القضاء. ولو قلنا بتوقّف الملك على التصرّف وجب دفع العين مع طلب مالكها. ويمكن القول بذلك وإن ملكناه بالقبض، بناءً على كون القرض عقداً جائزاً ومن شأنه رجوع كلّ عوض إلى مالكة إذا فُسخ، كالهبة والبيع بخيار.

﴿ ولا يلزم اشتراط الأجل فيه ﴾ لماله^(١) ولا لغيره؛ لأنّه عقد جائز، فلا يلزم ما يشترط فيه إلحاقاً لشرطه بجزئه^(٢) نعم لو شرط أجل القرض في عقدٍ لازم لزم على ما سبق^(٣).

﴿ ويجب ﴾ على المديون ﴿ نيّة القضاء ﴾ سواء قدر على أدائه أم لا، بمعنى العزم - وإن عجز - على الأداء إذا قدر، وسواء كان صاحب الدين حاضراً أم غائباً؛ لأنّ ذلك من مقتضى الإيمان، كما يجب العزم على أداء كلّ واجب وترك كلّ محرّم. وقد زوي «أنّ من عزم على قضاء دينه أُعين عليه وأنّه ينقص من معونته بقدر قصور نيّته»^(٤).

﴿ وعزله عند وفاته، والإيصال به لو كان صاحبه غائباً ﴾ لتمييز الحقّ ويسلم من تصرّف الوارث فيه، ويجب كون الوصاية به إلى ثقة؛ لأنّه تسليط على مال الغير وإن قلنا بجواز الوصاية إلى غيره في الجملة.

﴿ ولو ﴾ جهله و ﴿ يئس منه تصدّق به عنه ﴾ في المشهور. وقيل: يتعيّن

(١) يعني لمال القرض.

(٢) وهو الإيجاب والقبول، فكما أنّ الجزءين جائزان كذلك الشرط.

(٣) سبق في كتاب المتاجر مبحث خيار الاشتراط، راجع الصفحة ٣٢٣ - ٣٢٤.

(٤) الوسائل ١٣ : ٨٦، الباب ٥ من أبواب الدين والقرض، الحديث ٣ تقييداً بالمعنى.

دفعه إلى الحاكم^(١) لأنَّ الصدقة تصرف في مال الغير بغير إذنه. ويضعف بأنَّها إحسان محض إليه؛ لأنَّه إن ظهر ولم يرضَ بها ضمن له عوضها، وإلاَّ فهي أنفع من بقاء العين المعزولة المعرَّضة لتلفها بغير تفريط المسقط لحقِّه. والأقوى التخيير بين الصدقة، والدفع إلى الحاكم، وإبقائه في يده.

﴿ ولا تصحَّ قسمة الدين ﴾ المشترك بين شريكين فصاعداً على المشهور ﴿ بل الحاصل ﴾ منه ﴿ لهما، والتاوي ﴾ بالمشثاة - وهو الهالك - ﴿ منهما ﴾ . وقد يحتال للقسمة بأن يحيل كلَّ منهما صاحبه بحصَّته التي يريد إعطاءها صاحبه ويقبل الآخر، بناءً على صحَّة الحوالة من البريء؛ وكذا لو اصطلحا على ما في الذم بعضاً ببعض وفاقاً للمصنَّف في الدروس^(٢).

﴿ ويصحَّ بيعه بحالٍ ﴾ وإن لم يقبض من المديون وغيره، حالاً كان الدين أم مؤجَّلاً. ولا يمنع تعذُّر قبضه حال البيع من صحَّته؛ لأنَّ الشرط إمكانه في الجملة لا حالة البيع. ولا فرق في بيعه بالحال بين كونه مشخَّصاً ومضموناً على الأقوى، للأصل وعدم صدق اسم الدين عليه.

﴿ لا بمؤجَّل ﴾ لأنَّه يبيع دين بدين. وفيه نظر؛ لأنَّ الدين الممنوع منه: ما كان عوضاً حال كونه ديناً بمقتضى تعلُّق الباء به، والمضمون عند العقد ليس بدين وإتِّمَّ يصير ديناً بعده، فلم يتحقَّق بيع الدين به؛ ولأنَّه يلزم مثله في بيعه بحالٍ، والفرق غير واضح. ودعوى إطلاق اسم الدين عليه إن أرادوا به قبل العقد فممنوع، أو بعده فمشترك، وإطلاقهم له عليه عرفاً إذا بيع به فيقولون:

(١) قاله ابن إدريس في السرائر ٢ : ٣٧.

(٢) الدروس ٣ : ٣١٤.

« باع فلان ماله بالدين » مجاز بقصد أن الثمن بقي في ذمته ديناً بعد البيع. ولو اعتبر هذا الإطلاق جاء مثله في الحال إذا لم يقبضه، خصوصاً إذا أمهله به من غير تأجيل.

﴿ وبزيادة ﴾ عن قدره ﴿ ونقيصة، إلا أن يكون ربوياً ﴾ فتعتبر المساواة. ﴿ ولا يلزم المديون أن يدفع إلى المشتري إلا ما دفع المشتري ﴾ إلى البائع ﴿ على رواية محمد بن الفضيل عن أبي الحسن الرضا عليه السلام ﴾ ^(١) وقريب منها رواية أبي حمزة عن الباقر عليه السلام ^(٢) وإنما اقتصر على الأولى؛ لأنها أصرح، وعمل بمضمونها الشيخ ^(٣) وجماعة ^(٤) ويظهر من المصنّف الميل إليه، وفي الدروس لا معارض لها ^(٥) لكن المستند ضعيف، وعموم الأدلة ^(٦) تدفعه. وحُمل على الضمان مجازاً، لشبهه [بالبيع] ^(٧) في المعاوضة، أو على فساد البيع للربا وغيره، فيكون الدفع مأذوناً فيه من البائع في مقابلة ما دفع، ويبقى الباقي لمالكه. والأقوى مع صحة البيع لزوم دفع الجميع، ويجب مراعاة شروط الربا والصرف. ولو وقع صلحاً اغتفر الثاني ^(٨) خاصة.

(١) الوسائل ١٣ : ١٠٠، الباب ١٥ من أبواب الدين والقرض، الحديث ٣.

(٢) المصدر السابق : ٩٩، الحديث ٢.

(٣) النهاية : ٣١١.

(٤) منهم ابن البرّاج حسب ما نقل عنه العلامة في المختلف ٥ : ٣٧١، وقد مال إليه المحقق في

الشرائع ٢ : ٦٩، والشهيد في غاية المراد ٢ : ١٧٧، وراجع مفتاح الكرامة ٥ : ٢٢.

(٥) الدروس ٣ : ٣١٣.

(٦) الأدلة الدالة على وجوب الوفاء بالعقد.

(٧) في المخطوطات : للبيع.

(٨) يعني مراعاة شرط الصرف.

﴿ ومنع ابن إدريس من بيع الدين على غير المديون ^(١) ﴾ استناداً إلى دليلٍ قاصر ^(٢) وتقسيمٍ غير حاصر ﴿ والمشهور الصحة ﴾ مطلقاً؛ لعموم الأدلة.

﴿ ولو باع الذمي ما لا يملكه المسلم ﴾ كالخمر والخنزير ﴿ ثم قضى منه دين المسلم صحَّ قبضه ولو شاهده ﴾ المسلم؛ لإقرار الشارع له على ذلك ^(٣) لكن يشترط استتاره به كما هو مقتضى الشرع، فلو تظاهر به لم يجز، ومن ثمَّ يقيّد

(١) السرائر ٢ : ٣٨.

(٢) حاصل استدلال ابن إدريس على المنع من بيعه على غير المديون يرجع إلى حصر ادّعى صحته : فهو إنَّ المبيع إما عينٌ معينةٌ أو في الذمة ، والأوّل إمّا بيع عين مرثية مشاهدة فلا يحتاج إلى وصفٍ وإمّا عين غير مشاهدة فيحتاج إلى وصفها وذكر جنسها وهو بيع خيار الرؤية ، وأمّا الذي في الذمة فهو السلف المفتقر إلى الأجل المعين والوصف الخاص . قال : والدين ليس عيناً مشاهدة ولا معينة موصوفة ؛ إذ للمديون التخيير في جهات القضاء وليس بسلمٍ إجماعاً ولا قسمٍ رابعٍ هنا لنا . ثمَّ اعترض على نفسه بأنّه خلاف الإجماع ، لانعقاده على صحّة بيع الدين . ثمَّ أجاب بأنّ العمومات قد يخصّ والأدلة هنا عامّة نخصّها ببيعه على غير من هو عليه . ثمَّ عقّب ذلك بأنّه تحقيقٌ لا يبلغه إلّا محصّل أصول الفقه وضابط فروع المذهب ، عالم بأحكامه ، محكّم لمداره وتقريراته وتقسيماته ثمَّ استدلّ أيضاً بالإجماع على عدم صحّة جعل الدين مضاربةً إلّا بعد قبضه . ثمَّ أطنب في ذلك بما لا محصّل له . وأنت خبيرٌ بأنّ التقسيم الذي ادّعى فيه الحصر لا دليل عليه . وما ادّعاه من الإجماع واردٌ عليه وما اعتذر عنه من التخصيص متوقّف على قيام المخصّص وهو مفقود ، والمنع من المضاربة على الدين لا مدخل له في المنع من بيعه أصلاً ، وإلّا لَمنع من بيعه على من هو عليه كما يمنع من مضاربه به . وإنّما المانع عندهم من المضاربة أمر آخر أشرنا إليه في بابه ولا فرق بين البيع للدين والسلم إلّا بالأجل وهو لا يصير المجهول معلوماً . (منه ﷺ) .

(٣) أنظر الوسائل ١٢ : ١٧١ ، الباب ٦٠ من أبواب ما يكتسب به .

بالذمي؛ لأنّ الحربي لا يقرّ على شيء من ذلك، فلا يجوز تناوله منه.
 ﴿ ولا تحلّ الديون المؤجّلة بحجر المفلس ﴾ عملاً بالأصل ﴿ خلافاً لابن الجنيد رضي الله عنه ﴾ حيث زعم أنّها تحلّ قياساً على الميت^(١) وهو باطل، مع وجود الفارق بتصرّر الورثة إن مُنعوا من التصرف إلى أن يحلّ، وصاحب الدين إن لم يُمنعوا. بخلاف المفلس؛ لبقاء ذمّته.

﴿ وتحلّ ﴾ الديون المؤجّلة ﴿ إذا مات المديون ﴾ سواء في ذلك مال السلم والجناية المؤجّلة وغيرهما؛ للعموم^(٢) وكون أجل السلم يقتضي قسطاً من الثمن وأجل الجناية بتعيين الشارع وليتحقّق الفرق بين الجنائيات، لا يدفع عموم النصّ ﴿ ولا تحلّ بموت المالك ﴾ دون المديون؛ للأصل، خرج منه موت المديون فيبقى الباقي. وقيل: تحلّ^(٣) استناداً إلى رواية مرسلّة^(٤) وبالقياس على موت المديون. وهو باطل.

﴿ وللمالك انتزاع السلعة ﴾ التي نقلها إلى المفلس قبل الحجر ولم يستوف عوضها مع وجودها، مقدّماً فيها على سائر الدّيّان ﴿ في الفلّس إذا لم تزد زيادة متّصلة ﴾ كالسمن والطول، فإن زادت كذلك لم يكن له أخذها، لحصولها على ملك المفلس، فيمتنع أخذ العين بدونها ومعها.

(١) نقله العلامة في المختلف ٥ : ٤٥٣.

(٢) عموم الروايات الواردة في المقام، راجع الوسائل ١٣ : ٩٧، الباب ١٢ من أبواب الدين والقرض.

(٣) قاله الشيخ في النهاية : ٣١٠، والحلي في الكافي في الفقه : ٣٣٣، ونسبه إليهما وإلى ابن البرّاج والطبرسي في المختلف ٥ : ٣٨٣.

(٤) الوسائل ١٣ : ٩٧، الباب ١٢ من أبواب الدين والقرض، الحديث الأوّل.

﴿ وقيل : يجوز ﴾ انتزاعها ﴿ وإن زادت ﴾ ^(١) لأنّ هذه الزيادة صفة محضة وليست من فعل المفلس فلا تُعدّ مالاً له، ولعموم «من وجد عين ماله فهو أحقّ بها» ^(٢) وفي قول ثالث : يجوز أخذها، لكن يكون المفلس شريكاً بمقدار الزيادة ^(٣) ولو كانت الزيادة منفصلة - كالولد وإن لم ينفصل، والثمرة وإن لم تُقطف - لم يمنع من الانتزاع، وكانت الزيادة للمفلس. ولو كانت بفعله - كما لو غرس، أو صبغ الثوب أو خاطه، أو طحن الحنطة - كان شريكاً بنسبة الزيادة.

﴿ وغرماء الميّت سواء في تركته مع القصور ﴾ فيقسّم على نسبة الديون، سواء في ذلك صاحب العين وغيره ﴿ ومع الوفاء لصاحب العين أخذها في المشهور ﴾ سواء كانت التركة بقدر الدين أم أزيد، وسواء مات محجوراً عليه أم لا. ومستند المشهور صحيحة أبي ولّاد عن الصادق عليه السلام ^(٤).

﴿ وقال ابن الجنيد : يختصّ بها وإن لم يكن وفاء ﴾ ^(٥) كالمفلس، قياساً واستناداً إلى رواية ^(٦) مطلقة في جواز الاختصاص. والأوّل باطل، والثاني يجب

(١) قاله الشيخ في المبسوط ٢ : ٢٥٢، وابن سعيد في الجامع للشرائع : ٣٦٢، والعلامة في القواعد ٢ : ١٥٠.

(٢) لم نعثر عليه بعينه، نعم يقرب منه ما أخرجه في كنز العمال ٤ : ٢٧٧ - ٢٧٨، الرقم ١٠٤٧٢ و ١٠٤٧٥ و ١٠٤٧٨ و ١٠٤٧٩، والمستدرك ١٣ : ٤٣٠، الباب ٤ من أبواب الحجر، الحديث الأوّل.

(٣) قاله العلامة تبعاً للاسكافي أنظر المختلف ٥ : ٤٤٧.

(٤) الوسائل ١٣ : ١٤٦، الباب ٥ من أبواب الحجر، الحديث ٣.

(٥) نقله عنه العلامة في المختلف ٥ : ٤٤٤.

(٦) الوسائل ١٣ : ١٤٥، الباب ٥ من أبواب الحجر، الحديث ٢.

تقييده بالوفاء، جمعاً. وربما قيل باختصاص الحكم بمن مات محجوراً عليه، وإلا فلا اختصاص مطلقاً^(١) وصحيح النص^(٢) يدفعه.

﴿ ولو وُجِدَت العين ناقصة بفعل المفلس ﴾ أخذها إن شاء و ﴿ ضرب بالنقص مع الغرماء مع نسبته ﴾ أي نسبة النقص ﴿ إلى الثمن ﴾ بأن تُنسب قيمة الناقصة إلى الصحيحة ويضرب من الثمن الذي باعه به بتلك النسبة كما هو مقتضى قاعدة الأرش، ولثلاً يجمع بين العوض والمعوّض في بعض الفروض، وفي استفادة ذلك من نسبة النقص إلى الثمن خفاء.

ولو كان النقص بفعل غيره فإن وجب أرشه ضرب به قطعاً. ولو كان من قبل الله تعالى فالأقوى أنه كذلك، سواء كان الفأنت مما يتقسّط عليه الثمن بالنسبة، كعبد من عبيد، أم لا، كيد العبد؛ لأن مقتضى عقد المعاوضة عند فسخه رجوع كلّ عوض إلى صاحبه أو بدله.

واعلم أنّ تخصيص النقص بفعل المفلس لا يظهر له نكتة؛ لأنّه إمّا مساوٍ لما يحدث من الله تعالى أو الأجنبيّ على تقدير الفرق، أو حكم الجميع سواء على القول القويّ.

﴿ ولا يقبل إقراره في حال التفليس بعين، لتعلّق حقّ الغرماء ﴾ بأعيان ماله قبله، فيكون إقراره بها في قوّة الإقرار بمال الغير، وللحجر عن التصرف المالي المانع من نفوذ الإقرار ﴿ ويصحّ ﴾ إقراره ﴿ بدين ﴾ لأنّه عاقل مختار فيدخل في عموم «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز»^(٣) والمانع في العين منتفٍ هنا؛ لأنّه

(١) لم نعر عليه.

(٢) المتقدم أنفاً.

(٣) الوسائل ١٦ : ١١١، الباب ٣ من أبواب الإقرار، الحديث ٢.

في العين منافٍ لحقّ الديان المتعلّق بها ﴿ و ﴾ هنا ﴿ يتعلّق بذمّته ، فلا يشارك المقرّ له ^(١) ﴾ جمعاً بين الحقّين ﴿ وقوى الشيخ ﷺ ﴾ وتبعه العلامة في بعض كتبه ^(٢) ﴿ المشاركة ﴾ للخبر ولعموم الإذن في قسمة ماله بين غرمائه ^(٣) وللفرق بين الإقرار والإنشاء ، فإنّ الإقرار إخبار عن حقّ سابق والحجر إنّما يبطل إحداث الملك ؛ ولأنّه كالبيّنة ، ومع قيامها لا إشكال في المشاركة .

ويشكل بأنّ ردّ إقراره ليس لنفسه ، بل لحقّ غيره فلا ينافيه الخبر ^(٤) ونحن قد قبلناه على نفسه بإلزامه بالمال بعد الحجر ، ومشاركة المقرّ له للغرماء هو المانع من النفوذ الموجب لمساواة الإقرار للإنشاء في المعنى . وكونه كالبيّنة مطلقاً ممنوع ، فما اختاره المصنّف أقوى .

وموضع الخلاف ما لو أسنده إلى ما قبل الحجر ، أمّا بعده فإنّه لا ينفذ معجلاً قطعاً . نعم لو أسنده إلى ما يلزم ذمّته - كإتلاف مال أو جناية - شارك ؛ لوقوع السبب بغير اختيار المستحقّ فلا تقصير ، بخلاف المعامل .

﴿ ويُمْنَعُ المِفْلَسُ مِنَ التَّصَرُّفِ ﴾ المبتدأ ﴿ في أعيان أمواله ﴾ المنافي لحقّ الغرماء ، لا من مطلق التصرّف ، واحترزنا بالمبتدأ عن التصرّف في ماله بمثل الفسخ بخيار ؛ لأنّه ليس بابتداء تصرّف ، بل هو أثر أمر سابق على الحجر .

وكذا لو ظهر له عيب فيما اشتراه سابقاً فله الفسخ به . وهل يعتبر في جواز

(١) يعني لا يشارك المقرّ له الغرماء .

(٢) حكم به الشيخ في المبسوط ٢ : ٢٧٢ ، صريحاً وقربه العلامة في التذكرة (الحجرية) ٢ :

٥٣ ، وحكم به صريحاً في التحرير ٢ : ٥٠٩ .

(٣) و (٤) الوسائل ١٣ : ١٤٦ ، الباب ٦ من أبواب الحجر ، الحديث الأوّل .

الفسخ الغبطة، أم يجوز اقتراحاً؟ الأقوى الثاني، نظراً إلى أصل الحكم، وإن تخلّفت الحكمة. وقيل^(١): تعتبر الغبطة في الثاني، دون الأوّل^(٢).

وفرّق المصنّف رحمته بينهما بأن الخيار ثابت بأصل العقد لا على طريق المصلحة، فلا يتقيّد بها، بخلاف العيب^(٣) وفيه نظر بين؛ لأنّ كلاّ منهما ثابت بأصل العقد على غير جهة المصلحة وإن كانت الحكمة المسوّغة له هي المصلحة، والإجماع على جواز الفسخ بالعيب وإن زاد القيمة، فضلاً عن الغبطة فيه.

وشمل التصرّف في أعيان الأموال ما كان بعوض وغيره، وما تعلق^(٤) بنقل العين والمنفعة. وخرج به التصرّف في غيره، كالنكاح والطلاق، واستيفاء القصاص والعفو عنه، وما يفيد تحصيله^(٥) كالاحتطاب والانتهاب وقبول الوصية وإن منع منه بعده^(٦) وبالمنافي^(٧) عن وصيته وتدييره، فإنّهما يُخرجان من الثلث بعد وفاء الدين، فتصرّفه في ذلك ونحوه جائز، إذ لا ضرر على الغرماء فيه.

﴿ وتُباع ﴾ أعيان أمواله القابلة للبيع، ولو لم تقبل كالمنفعة، أوجرت أو صولح عليها وأضيف العوض إلى أثمان ما يباع ﴿ وتقسّم على الغرماء ﴾ إن وفي، وإلا فعلى نسبة أموالهم. ﴿ ولا يدّخر للمؤجّلة ﴾ التي لم تحلّ

(١) قاله العلامة في القواعد ٢ : ١٤٥، والإرشاد ١ : ٣٩٨.

(٢) المراد بالثاني الفسخ بظهور العيب، وبالأوّل الفسخ بسائر الخيارات.

(٣) نقله عن حواشيه في مفتاح الكرامة ٥ : ٣١٥.

(٤) في (ع) يتعلّق.

(٥) مرجع الضمير «المال» المستفاد من سياق العبارة.

(٦) يعني مُنَع من المال المحصّل بعد تحصيله.

(٧) يعني احترزنا بقولنا: «المنافي لحقّ الغرماء» عن وصيته وتدييره.

حال القسمة ﴿ شيء ﴾ ولو حلّ بعد قسمة البعض شارك في الباقي، وضرب بجميع المال، وضرب باقي الغرماء ببقية ديونهم ﴿ ويحضر كل متاع في سوقه ﴾ وجوباً مع رجاء زيادة القيمة وإلا استحباباً؛ لأنّ بيعه فيه أكثر لطلّابه وأضبط لقيّمته.

﴿ ويحبس لو ادّعى الإعسار حتى يثبته ﴾ باعتراف الغريم، أو بالبيّنة المطلّعة على باطن أمره إن شهدت بالإعسار مطلقاً^(١) أو بتلف المال حيث لا يكون منحصراً في أعيان مخصوصة، وإلا كفى اطلاعها على تلفها. ويعتبر في الأولى - مع الاطلاع على باطن أمره بكثرة مخالطته وصبره على ما لا يصبر عليه ذوو اليسار عادةً - أن تشهد بإثبات يتضمّن النفي، لا بالنفي الصّرف، بأن يقول: إنّه معسر لا يملك إلاّ قوت يومه وثياب بدنه، ونحو ذلك. وهل يتوقّف ثبوته مع البيّنة مطلقاً^(٢) على اليمين؟ قولان^(٣).

وإنّما يحبس مع دعوى الإعسار قبل إثباته لو كان أصل الدين مالاً كالقرض، أو عوضاً عن مال كثمن المبيع، فلو انتفى الأمران - كالجناية والإتلاف - قبل قوله في الإعسار بيمينه؛ لأصالة عدم المال وإنّما أطلقه المصنّف اتّكالاً على مقام الدين في الكتاب.

(١) أي من دون ذكر السبب.

(٢) سواء كان بالإعسار أم بالتلف.

(٣) القول باليمين للشيخ في الخلاف ٣: ٢٧٦ المسألة ٢٣ من كتاب التفليس، والمحقّق في الشرائع ٢: ٩٥، والعلامة في القواعد ٢: ١٥٣، وائتحرير ٢: ٥٢٧، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد ٥: ٣٠٠ ونسبه إلى الأكثر. والقول بعدم اليمين للعلامة في التذكرة (الحجريّة) ٢: ٥٩.

﴿ فإذا ثبت ﴾ إعساره ﴿ خَلِي سَبِيلَهُ ﴾ ولا يجب عليه التكبُّب؛ لقوله تعالى (وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ) (١).

﴿ وعن عليٍّ عليه الصلاة والسلام ﴾ بطريق السكوني : أنه كان يحبس في الدين ثم ينظر، فإن كان له مال أعطى الغرماء، وإن لم يكن له مال دفعه إلى الغرماء فيقول : اصنعوا به ما شئتم ﴿ إن شئتم فأجروه، وإن شئتم استعملوه (٢) وهو يدل على وجوب التكبُّب ﴿ في وفاء الدين ﴾ واختاره ابن حمزة (٣) ﴿ والعلامة في المختلف (٤) ﴾ ومنعه الشيخ (٥) وابن إدريس (٦) ﴿ للآية (٧) وأصالة البراءة. ﴾ والأوّل أقرب ﴿ لوجوب قضاء الدين على القادر مع المطالبة، والمتكسِّب قادر، ولهذا تحرم عليه الزكاة، وحينئذٍ فهو خارج من الآية. وإثماً يجب عليه التكبُّب فيما يليق بحاله عادة ولو بمؤاجرة نفسه، وعليه تحمل الرواية.

﴿ وإثماً يحجر على المديون إذا قصرت أمواله عن ديونه ﴾ فلو ساوته أو زادت لم يُحجر عليه إجمالاً، وإن ظهرت عليه أمارات الفلّس. لكن لو طولب بالدين فامتنع تخيّر الحاكم بين حبسه إلى أن يقضي بنفسه، وبين أن يقضي عنه من

(١) البقرة : ٢٨٠.

(٢) الوسائل ١٣ : ١٤٨، الباب ٧ من كتاب الحجر، الحديث ٣.

(٣) الوسيلة : ٢٧٤.

(٤) المختلف ٥ : ٣٨٦.

(٥) الخلاف ٣ : ٢٧٢، المسألة ١٥ من كتاب التفليس.

(٦) نقله العلامة في المختلف ٥ : ٣٨٥، وانظر السرائر ٢ : ٣٣ - ٣٤.

(٧) المتقدمة آنفاً.

ماله ولو يبيع ما خالف الحق ﴿ وطلب الغرماء الحجر ﴾ لأنَّ الحقَّ لهم، فلا يتبرَّع الحاكم به عليهم. نعم لو كانت الديون لمن له عليه ولاية كان له الحجر، أو بعضها مع التماس الباقيين. ولو كانت لغائب لم يكن للحاكم ولايته؛ لأنَّه لا يستوفي له بل يحفظ أعيان أمواله. ولو التمس بعض الغرماء، فإن كان دينهم يفي بماله ويزيد جاز الحجر وعمِّ، وإلا فلا على الأقوى.

﴿ بشرط حلول الدين ﴾ ﴿ فلو كان [كله] ^(١) أو بعضه مؤجلاً لم يُحجَّر، لعدم استحقاق المطالبة حينئذٍ. نعم لو كان بعضها حالاً جاز مع قصور المال عنه والتماس أربابه.

﴿ ولا تباع داره ولا خادمه ولا ثياب تجمله ﴾ ويعتبر في الأوَّل والأخير ما يليق بحاله كمأً وكيفاً. وفي الوسط ذلك ^(٢) لشرفٍ أو عجزٍ؛ وكذا دابة ركوبه. ولو احتاج إلى المتعدِّد استثنى كالمتَّحد. ولو زادت عن ذلك في أحد الوصفين وجب الاستبدال ^(٣) أو الاقتصار ^(٤) على ما يليق به.

﴿ وظاهر ابن الجنيدي بيعها ﴾ في الدين ﴿ واستحبَّ للغريم تركه ^(٥) والروايات متضاربة بالأوَّل ^(٦) ﴿ وعليه العمل.

(*) في (ق) و (س) : الديون.

(١) لم يرد في المخطوطات.

(٢) أي ما يليق بحاله كمأً وكيفاً.

(٣) في الكيف.

(٤) في الكمِّ.

(٥) أنظر كلامه المنقول في المختلف ٥ : ٤٥١.

(٦) أنظر الوسائل ١٣ : ٩٤، الباب ١١ من أبواب الدين والقرض.

وكذا تجرى عليه نفقة^(١) يوم القسمة ونفقة واجبي النفقة. ولو مات قبلها قدّم كفته، ويقتصر منه على الواجب وسطاً ممّا يليق به عادةً، ومؤونة تجهيزه. وهذه الأحكام استطردّها في كتاب الدين لمناسبته - وإن جرت العادة باختصاص الفليس بباب - ورعايةً لإدراج الأحكام بسبيل الاختصار.

(١) في (ر) : نفقته .

﴿ القسم الثاني : دين العبد ﴾

خصّه بناءً على الغالب من تولّيه ذلك، دون الأمة، ولو أبدله بالمملوك كما عبّر غيره^(١) عمّ.

﴿ لا يجوز له التصرف فيه ﴾ أي في الدين بأن يستدين، لا فيما استدانه وإن كان حكمه كذلك؛ لدخوله في قوله: ﴿ ولا فيما بيده ﴾ من الأموال ﴿ إلا بإذن السيّد ﴾ سواء قلنا بملكه أم أحلناه ﴿ فلو استدان بإذنه ﴾ أو إجازته ﴿ فعلى المولى وإن اعتقه ﴾ وقيل: يتبع به مع العتق^(٢) استناداً إلى رواية^(٣) لا تهض حجة فيما خالف القواعد الشرعيّة، فإنّ العبد بمنزلة الوكيل وإنفاقه على نفسه وتجارته بإذن المولى إنفاق لمال المولى، فيلزمه كما لو لم يُعتق. ولو كانت الاستدانة للمولى فهو عليه قولاً واحداً.

﴿ ويقتصر ﴾ المملوك ﴿ في التجارة على محلّ الإذن ﴾ فإن عيّن له نوعاً أو مكاناً أو زماناً تعيّن، وإن أطلق تخيّر ﴿ وليس له الاستدانة بالإذن في التجارة ﴾ لعدم دلالتها عليها إلا أن تكون لضرورتها، كنقل المتاع وحفظه مع الاحتياج إليه ﴿ فتلزم ذمّته ﴾ لو تعدّى المأذون نطقاً أو شرعاً ﴿ لو تلف، يتبع به بعد عتقه ﴾ ويساره ﴿ على الأقوى ﴾ وإلاّ ضاع. ولو كانت عينه باقية رجع إلى

(١) مثل المحقّق في الشرائع ٢ : ٦٩، والعلامة في التحرير ٢ : ٤٥٩.

(٢) قاله الشيخ في النهاية: ٣١١، والخلبي في الكافي: ٣٣١، والعلامة في المختلف ٥ : ٣٨٦.

(٣) أنظر الوسائل ١٦ : ٥٧، الباب ٥٤ من أبواب العتق، و ١٣ : ١١٨ - ١١٩، الباب ١٣ من

مالكه، لفساد العقد ﴿ وقيل : يسعى فيه ﴾ العبد معجلاً^(١) استناداً إلى إطلاق رواية أبي بصير^(٢) وحملت على الاستدانة للتجارة^(٣) لأن الكسب للمولى، فإذا لم يلزمه فعله لا يدفع من ماله.

والأقوى أن استدانته لضرورة التجارة إنما يلزم ممّا في يده، فإن قصر استسعى في الباقي، ولا يلزم المولى من غير ما في يده، وعليه تحمل الرواية.

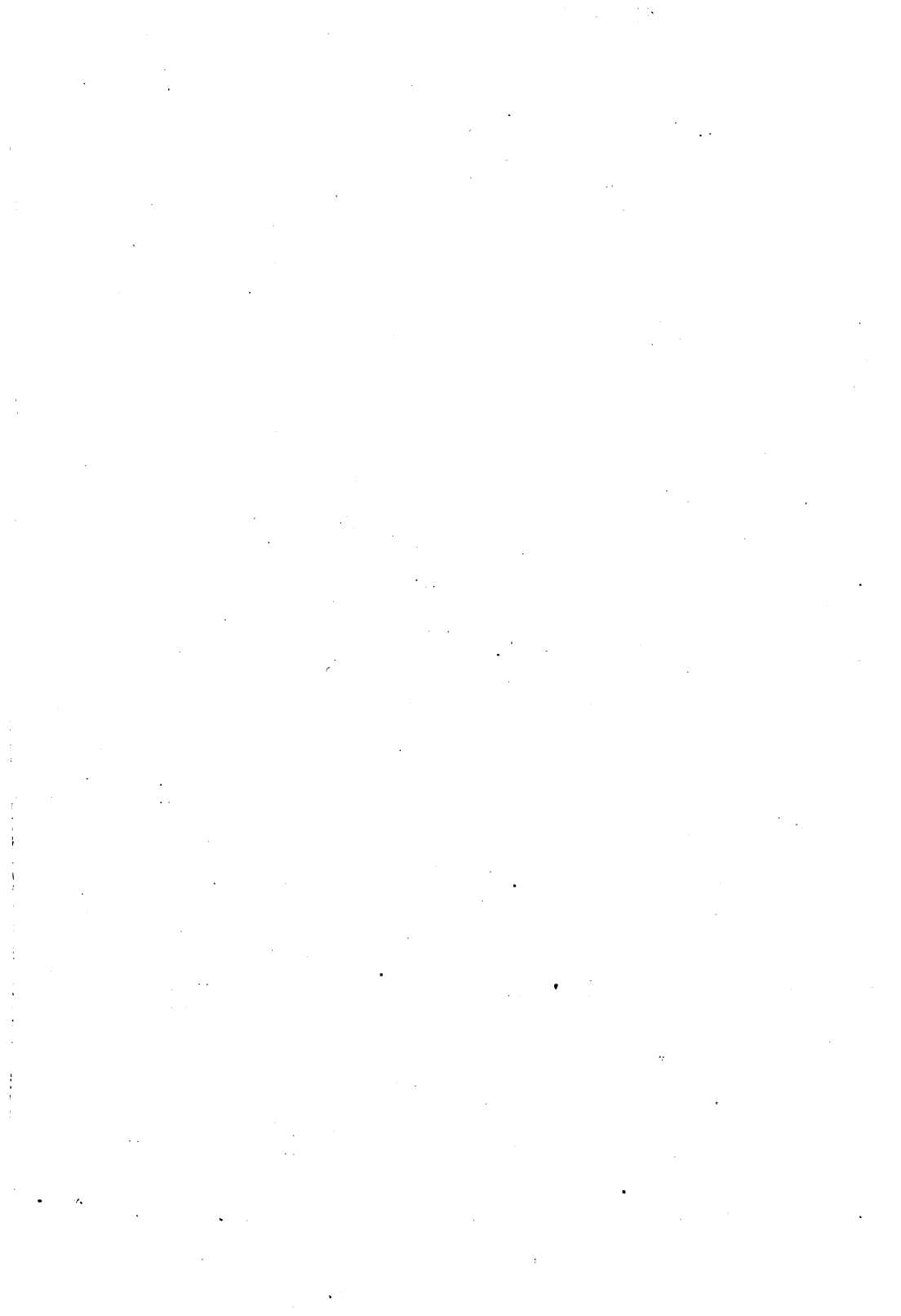
﴿ ولو أخذ المولى ما اقترضه ﴾ المملوك بغير إذنه أو ما في حكمه ﴿ تخيّر المقرض بين رجوعه على المولى ﴾ لترتب يده على ماله مع فساد القرض ﴿ وبين اتباع العبد ﴾ بعد العتق واليسار؛ لأنّه كالغاصب أيضاً. ثم إن رجع على المولى قبل أن يُعتق المملوك لم يرجع المولى عليه؛ لأنّه لا يثبت له في ذمّة عبده مال. وإن كان بعده وكان عند أخذه للمال عالماً بأنّه قرض فلا رجوع له على المملوك أيضاً، لتفريطه، وإن كان قد غرّه بأنّ المال له اتّجه رجوعه عليه؛ لمكان الغرور. وإن رجع المقرض على العبد بعد عتقه ويساره فله الرجوع على المولى، لاستقرار التلف في يده، إلّا أن يكون قد غرّ المولى فلا رجوع له عليه.

(١) قاله الشيخ في النهاية : ٣١١.

(٢) الوسائل ١٣ : ١١٨، الباب ٣١ من أبواب الدين والقرض، الحديث الأوّل.

(٣) حملها العلامة في المختلف ٥ : ٣٨٨.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



﴿ كتاب الرهن ﴾

﴿ وهو وثيقة للدين ﴾ والوثيقة فعيلة بمعنى المفعول أي موثوق به لأجل الدين، والتاء فيها لنقل اللفظ من الوصفية إلى الاسمية، كناء «الحقيقة» لا للتأنيث، فلا يرد عدم المطابقة بين المبتدأ والخبر في التذكير والتأنيث. وأتى بالدين معرفاً من غير نسبة له إلى المرتهن حذراً من الدور باعتبار أخذه في التعريف، وفي بعض النسخ: لدين المرتهن.

ويمكن تخلّصه^(١) منه بكشفه^(٢) بصاحب الدين أو من له الوثيقة، من غير أن يؤخذ الرهن في تعريفه.

والتخصيص بالدين إمّا مبني على عدم جواز الرهن على غيره وإن كان مضموناً كالغصب، لكن فيه: أن المصنّف قائل بجواز الرهن عليه^(٣) وعلى ما يمكن تطرّق ضمانه كالمبيع وثمنه^(٤) لاحتمال فساد البيع باستحقاقهما ونقصان

(١) تخلّص التعريف على بعض النسخ.

(٢) يعني بتفسير «المرتهن» بصاحب الدين أو من له الوثيقة.

(٣) أي على الغصب كما قواه في الدروس ٣ : ٤٠١.

(٤) الدروس ٣ : ٤٠٢.

قدرهما. أو على أن الرهن عليها^(١) إنما هو لاستيفاء الدين على تقدير ظهور الخلل بالاستحقاق أو تعذر العين.

وفيه^(٢) تكلف، مع أنه قد يبقى بحاله فلا يكون ديناً.

وفيه^(٣) على تقدير عدم الإضافة إلى المرتهن إمكان الوثيقة بدون الرهن، بل بالوديعة والعارية ومطلق وضع اليد، فيؤخذ مقاصّة عند جحود المديون الدين، وهو توثق في الجملة.

ويفتقر الرهن إلى إيجاب وقبول كغيره من العقود.

﴿ والإيجاب رهنتك، أو وثقتك ﴾ بالتضعيف، أو أرهنتك بالهمزة ﴿ أو هذا رهن عندك، أو على مالك ﴾ أو وثيقة عندك، أو خذه على مالك أو بمالك، أو أمسكه حتى أعطيك مالك، بقصد الرهن ﴿ وشبهه ﴾ ممّا أدّى المعنى^(٤). وإنما لم ينحصر هذا العقد في لفظ - كالعقود اللازمة - ولا في الماضي؛ لأنّه جائز من طرف المرتهن الذي هو المقصود الذاتي منه، فعُلب فيه جانبُ الجائز مطلقاً^(٥) وجوّزه المصنّف في الدروس بغير العربية^(٦) وفاقاً للتذكرة^(٧).

﴿ وتكفي الإشارة في الأخرس ﴾ وإن كان عارضاً ﴿ أو الكتابة معها ﴾ أي مع الإشارة بما يدلّ على قصده، لا بمجرد الكتابة؛ لإمكان العيب أو إرادة

(١) أي الغصب والمبيع وثمانه.

(٢) أي في كلّ واحد من الوجهين المذكورين للتخصيص بالدين.

(٣) أي في تعريف المصنّف بأنّه وثيقة للدين.

(٤) في (ر) : ممّا أدّى هذا المعنى.

(٥) قال بعض المحشّين : أي الجائز من الجانبين، راجع هامش (ر).

(٦) الدروس ٣ : ٣٨٣.

(٧) التذكرة ١٣ : ٩٢.

أمر آخر.

﴿ فيقول المرتهن : قبلت وشبهه ﴾ من الألفاظ الدالة على الرضا بالإيجاب. وفي اعتبار المضي والمطابقة بين الإيجاب والقبول وجهان. وأولى بالجواز هنا؛ لوقوعه ممن هو ليس بلازم من طرفه.

ويشترط دوام الرهن بمعنى عدم توقيته بمدة. ويجوز تعليق الإذن في التصرف على انقضاء أجل وإطلاقه، فيتسلط عليه من حين القبول والقبض إن اعتبرناه.

﴿ فإن ذكر أجلاً ﴾ للتصرف ﴿ اشترط ضبطه ﴾ بما لا يحتمل الزيادة والنقصان، أما لو شرطه للرهن بطل العقد.

﴿ ويجوز اشتراط الوكالة ﴾ في حفظ الرهن وبيعه وصرفه في الدين للمرتهن وغيره والوصية له ولوارثه ﴿ على تقدير موت الراهن قبله.

﴿ وإتما يتم ﴾ الرهن ﴿ بالقبض على الأقوى ﴾ للآية^(١) والرواية^(٢) ومعنى عدم تماميته بدون كونه جزء السبب، للزومه من قبل الراهن، كالقبض في الهبة بالنسبة إلى المتهب.

وقيل : يتم بدون^(٣) للأصل، وضعف سند الحديث ومفهوم الوصف في الآية واشتراطه بالسفر فيها وعدم الكاتب يرشد إلى كونه للإرشاد. ويؤيده كون استدامته

(١) البقرة : ٢٨٣.

(٢) الوسائل ١٣ : ١٢٣ - ١٢٤ ، الباب ٣ من أبواب الرهن ، الحديث ١ . وسندها ضعيف بحسن بن محمد بن سماعة ومحمد بن قيس وهو مشترك بين الثقة والضعيف . راجع المسالك ٦ : ١٢٨ و ١٣ : ١٢٢ .

(٣) قاله الشيخ في الخلاف ٣ : ٢٢٣ ، المسألة ٥ من كتاب الرهن ، وابن إدريس في السرائر ٢ : ٤١٧ ، والعلامة في المختلف ٥ : ٣٩٩ ، وولده في الإيضاح ٢ : ٢٥ .

ليست بشرط، بل قبض المرتهن^(١) لجواز توكيله الراهن فيه. وهذا أقوى.
 وعلى اشتراطه ﴿ فلو جُنَّ ﴾ الراهن ﴿ أو مات، أو أغمي عليه، أو رجع ﴾
 فيه ﴿ قبل إقباضه بطل ﴾ الرهن، كما هو شأن العقود الجائزة عند عروض
 هذه الأشياء.

وقيل: لا يبطل؛ للزومه من قبل الراهن فكان كاللازم مطلقاً، فيقوم وليه
 مقامه، لكن يراعي وليّ المجنون مصلحته، فإن كان الحظّ في إلزامه بأن يكون
 شرطاً في بيع يتضرّر بفسخه أقبضه وإلاّ أبطله^(٢).
 ويضعّف بأنّ لزومه على القول به مشروط بالقبض، فقبله جائز مطلقاً،
 فيبطل كالهبة قبله.

ولو عرض ذلك للمرتهن فأولى بعدم البطلان لو قيل به ثمّ. ولو قيل به في
 طرف الراهن فالأقوى عدمه هنا. والفرق تعلق حقّ الورثة والغرماء بعد موت
 الراهن بماله، بخلاف موت المرتهن، فإن الدين يبقى فتبقى وثيقته؛ لعدم المنافي.
 وعلى هذا لا يُجبر الراهن على الإقباض؛ لعدم لزومه بعد، إلاّ أن يكون مشروطاً
 في عقد لازم، فيبني على القولين.

﴿ ولا يشترط دوام القبض ﴾ للأصل بعد تحقّق الامتثال به ﴿ فلو أعاده
 إلى الراهن فلا بأس ﴾ وهو موضع وفاق.

﴿ ويقبل إقرار الراهن بالإقباض ﴾ لعموم «إقرار العقلاء...» ﴿ إلاّ أن يعلم
 كذبه ﴾ كما لو قال: رهنته اليوم داري التي بالحجاز - وهما بالشام - وأقبضته
 إيّاها، فلا يقبل؛ لأنّه محال عادة، بناءً على اعتبار وصول القابض أو من يقوم

(١) يعني ليس بشرط.

(٢) أنظر المبسوط ٢: ١٩٨، والتذكرة ١٣: ٢٠١ المسألة ١٤٧.

مقامه إلى الرهن في تحقّقه ﴿ فلو ادّعى ﴾ بعد الإقرار بالقبض ﴿ المواطأة ﴾ على الإقرار والإشهاد عليه إقامة لرسم الوثيقة حذراً من تعذّر ذلك إذا تأخّر إلى أن يتحقّق القبض سُمعت دعواه، لجريان العادة بذلك ﴿ فله إحلاف المرتهن ﴾ على عدمها وأنّه وقع موقعه.

هذا إذا شهد الشاهدان على إقراره. أمّا لو شهدا على نفس الإقباض لم تُسمع دعواه ولم يتوجّه اليمين؛ وكذا لو شهدا على إقراره به فأنكر الإقرار؛ لأنّه تكذيب للشهود. ولو ادّعى الغلط في إقراره وأظهر تأويلاً ممكناً فله إحلاف المرتهن أيضاً، وإلا فلا على الأقوى.

﴿ ولو كان ﴾ الرهن ﴿ بيد المرتهن فهو قبض ﴾ لصدق كونه رهناً مقبوضاً، ولا دليل على اعتباره مبتدأً بعد العقد. وإطلاق العبارة يقتضي عدم الفرق بين المقبوض بإذن وغيره كالمغصوب، وبه صرّح في الدروس^(١) والوجه واحد، وإن كان منهيّاً عن القبض هنا؛ لأنّه في غير العبادة غير مفسد.

وقيل: لا يكفي ذلك^(٢) لأنّه على تقدير اعتباره في اللزوم ركن فلا يعتدّ بالمنهيّ عنه منه، وإنّما لا يقتضي الفساد حيث تكمل الأركان، ولهذا لا يعتدّ به لو ابتدأه بغير إذن الراهن.

﴿ و ﴾ على الاكتفاء به ﴿ لا يفتقر إلى إذن ﴾ جديد ﴿ في القبض، ولا إلى مضيّ زمان ﴾ يمكن فيه تجديده؛ لتحقّق القبض قبله، فاعتبار أمر آخر تحصيل للحاصل، وللأصل.

(١) الدروس ٣ : ٣٨٥.

(٢) لم نعرش عليه فيما بأيدينا من كتب أصحابنا الإمامية، ونسبه العلامة في التذكرة ١٣ : ١٩٣

إلى أحد قولي الشافعي، وانظر المغني ٤ : ٣٧٠.

وقيل : يشترطان^(١) في مطلق القبض السابق وقيل : في غير الصحيح^(٢)؛ لأنّ المعبر منه ما وقع بعد الرهن وهو لا يتمّ إلاّ بإذن كالمبتدأ، والإذن فيه يستدعي تحصيله، ومن ضروراته مضيّ زمان، فهو دالٌّ عليه بالمطابقة وعلى الزمان بالالتزام، لكن مدلوله المطابقي منتف، لإفضائه إلى تحصيل الحاصل واجتماع الأمثال، فيبقى الالتزامي.

ويُضَعَّف بمنع اعتبار المقيّد بالبعديّة، بل الأعمّ، وهو حاصل، والزمان المدلول عليه التزاماً من توابعه ومقدّماته، فيلزم من عدم اعتباره انتفاؤه. نعم لو كان قبضه بغير إذن توجّه اعتبارهما؛ لما تقدّم^(٣) وعلى تقديره^(٤) فالضمان باقي إلى أن يتحقّق ما يزيله من قبل المالك على الأقوى.

﴿ ولو كان ﴾ الرهن ﴿ مشاعاً فلا بدّ من إذن الشريك في القبض، أو رضاه بعده ﴾ سواء كان ممّا ينقل أم لا؛ لاستلزامه التصرف في مال الشريك، وهو منهبيّ عنه بدون إذنه، فلا يعتدّ به شرعاً.

ويشكل فيما يكفي فيه مجرد التخلية، فإنّها لا تستدعي تصرفاً، بل رفع يد الراهن عنه وتميكنه منه.

(١) في (ع) : يشترطان.

(٢) لم نعر على القولين، نعم نسب في الدروس ٣ : ٣٨٤ إلى الشيخ الافتقار إلى إذن جديد في القبض، وانظر المبسوط ٢ : ٢٠٢، وفي التذكرة ١٣ : ١٩٣ نسب الشرطين في غير الصحيح إلى أحد قولي الشافعي.

(٣) وهو كون القبض ركناً في لزوم الرهن، راجع الصفحة ٣٧١.

(٤) الظاهر معناه : على تقدير اعتبار الإذن الجديد فالضمان باقي. لكن في نسخة (ف) : « على تقدير عدمه » فعلى فرض صحّتها معناه : على تقدير عدم حصول القبض.

وعلى تقدير اعتباره، فلو قبضه بدون إذن الشريك وفعل محرماً فهل يتم القبض؟ قولان^(١)، منشؤهما النهي المانع، كما لو وقع بدون إذن الراهن، وهو اختيار المصنّف وأنّ النهي إنّما هو لحقّ الشريك فقط، للإذن من قبل الراهن الذي هو المعبر شرعاً. وهو أجود. ولو اتّفقا على قبض الشريك، جاز فيعتبر سماعه الإذن فيه.

﴿ والكلام إمّا في الشروط، أو اللواحق ﴾ :

﴿ الأوّل ﴾

﴿ شرط الرهن ﴾ :

﴿ أن يكون عيناً مملوكة يمكن قبضها ويصحّ بيعها ﴾ هذه الشرائط منها ما هو شرط الصحة وهو الأكثر. ومنها ما هو شرط في اللزوم كالمملوكيّة، باعتبار رهن ملك الغير، ولا يضرّ ذلك؛ لأنّها شروط في الجملة، ولأنّ المملوكيّة تشمل على شرط الصحة في بعض محترزاتها^(٢) ﴿ فلا يصحّ رهن المنفعة ﴾ كسكنى الدار وخدمة العبد، لعدم إمكان قبضها؛ إذ لا يمكن إلاّ بإتلافها، ولتعدّر تحصيل المطلوب في الرهن منها وهو استيفاء الدين منه، وهي إنّما تستوفى شيئاً فشيئاً، وكلّمّا حصل منها شيء عدم ما قبله. كذا قيل^(٣)

(١) وهو اختيار المصنّف في الدروس ٣ : ٣٨٤. وأمّا القول بالتمام فهو للعلامة في القواعد ٢ :

١١٧ - ١١٨، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد ٥ : ١٠٧.

(٢) فإنّ ممّا يحترز بقيد المملوكيّة عنها: الحرّ مطلقاً، والخمر والخنزير للمسلم، فالمملوكيّة بهذا المعنى من شروط الصحة.

(٣) قاله المحقّق الثاني في جامع المقاصد ٥ : ٤٨.

وفيه نظر^(١) ﴿ ولا الدين ﴾ بناءً على ما اختاره من اشتراط القبض؛ لأن الدين أمر كلي لا وجود له في الخارج يمكن قبضه، وما يقبض بعد ذلك ليس نفسه وإن وجد في ضمنه. ويحتمل جوازه على هذا القول، ويكتفى بقبض ما يعينه المديون، لصدق قبض الدين عليه عرفاً، كهبة ما في الذمة.

وعلى القول بعدم اشتراط القبض لا مانع من صحة رهنه، وقد صرح العلامة في التذكرة ببناء الحكم على القول باشتراط القبض وعدمه، فقال: لا يصح رهن الدين إن شرطنا في الرهن القبض؛ لأنه لا يمكن قبضه^(٢) لكنه في القواعد جمع بين الحكم بعدم اشتراط القبض، وعدم جواز رهن الدين^(٣) فتعجب منه المصنف في الدروس^(٤) وتعجبه في موضعه. والاعتذار له عن ذلك بعدم المنافاة بين عدم اشتراطه واعتبار كونه ممّا يقبض مثله - مع تصريحه بالبناء المذكور - غير مسموع. ﴿ ورهن المدبر إبطال لتدييره على الأقوى ﴾ لأنه من الصيغ الجائزة، فإذا تعقبه ما ينفيه أبطله؛ لكونه رجوعاً؛ إذ لا يتم المقصود من عقد الرهن^(٥)

(١) وجه النظر: أن استيفاء الدين من عين الرهن ليس بشرط، بل منه أو من عوضه ولو ببيعه قبل الاستيفاء، كما لو رهن ما يتسارع إليه الفساد قبله، والمنفعة يمكن فيها ذلك بأن يؤجر العين ويجعل الأجرة رهنًا. وقريبٌ منه القول في القبض؛ لإمكانه بتسليم العين ليستوفي منها المنفعة ويكون عوضها رهنًا. إلا أن يقال: إن ذلك خروجٌ عن المتنازع؛ لأن رهن الأجرة جائز، إنما الكلام في المنفعة نفسها. والفرق بينها وبين ما يتسارع إليه الفساد إمكان رهنه، والمانع عارض بخلاف المنفعة فتأمل. (منه ﷺ).

(٢) التذكرة ١٣: ١٢٧، المسألة ١١١.

(٣) أنظر القواعد ٢: ١٠٩ و ١١٦.

(٤) الدروس ٣: ٣٨٧.

(٥) وهو استيفاء الدين منه.

إلا بالرجوع. وقيل: لا يبطل به؛ لأنَّ الرهن لا يقتضي نقله عن ملك الراهن، ويجوز فكّه، فلا يتحقّق التنافي بمجردّه، بل بالتصرّف. وحينئذٍ فيكون التدبير مراعى بفكّه فيستقر، أو يأخذه في الدين فيبطل^(١) واستحسنه في الدروس^(٢).

﴿ ولا رهن الخمر والخنزير إذا كان الراهن مسلماً، أو المرتهن ﴾ وإن وضعهما على يد ذمّي؛ لأنَّ يد الودعي كيد المستودع. خلافاً للشيخ حيث أجازّه كذلك، محتجاً بأنَّ حقَّ الوفاء إلى الذمّي فيصحّ، كما لو باعها وأوفاه ثمنهما^(٣) والفرق واضح.

﴿ ولا رهن الحرّ مطلقاً ﴾ من مسلم وكافر، عند مسلم وكافر؛ إذ لا شبهة في عدم ملكه.

﴿ ولو رهن ما لا يملك ﴾ الراهن وهو مملوك لغيره ﴿ وقف على الإجازة ﴾ من مالكة فإن أجازّه صحّ على أشهر الأقوال من كون عقد الفضولي موقوفاً مطلقاً^(٤) وإن ردّه بطل.

(١) قوّاه الشيخ في المبسوط ٢: ٢١٣، والخلاف ٣: ٢٣٨، ذيل المسألة ٣١ من كتاب الرهن.

(٢) الدروس ٣: ٣٩١.

(٣) الخلاف ٣: ٢٤٨، المسألة ٥٢ من كتاب الرهن.

(٤) اختار هذا القول: الحسن والمفيد والمرضى والشيخ في النهاية وسلار والقاضي والتنقي والمحقّق والعلامة، راجع المختلف ٧: ١٠٢، والمقنعة ٦: ٦٠٦، والناصرات ٣٣٠: المسألة ١٥٤، والنهاية ٣٨٥: ٤٦٥، والمراسم ١٥٠: ١، والمهذّب ١: ٣٥٠ و ٢: ١٩٧، والكافي في الفقه ٢٩٢ و ٣٥٢، والشرائع ٢: ١٤ و ٢٧٨، والقواعد ٢: ١٩ و ٣: ١٥. وقيل بطلانه مطلقاً وهو قول الشيخ في المبسوط ٢: ١٥٨ و ٤: ١٦٣. وقيل بطلانه في البيع وصحّته في النكاح وهو قول ابن إدريس في السرائر ٢: ٢٧٤ و ٥٦٤. وقيل بطلانه في نكاح غير البكر الرشيدة مع حضور الوليّ عقد الأبوين على الصغير والجدّ مع عدم الأب وعقد الأخ والأُمّ على الصبيّة... وهو قول ابن حمزة في الوسيلة: ٣٠٠.

﴿ ولو استعار للرهن صح ﴾ ثم إن سوغ له المالك الرهن كيف شاء جاز مطلقاً، وإن أطلق ففي جوازه فيتخير - كما لو عمم - أو المنع للغرر، قولان اختار أولهما في الدروس^(١) وعلى الثاني فلا بد من ذكر قدر الدين وجنسه ووصفه وحلوله أو تأجيله وقدر الأجل، فإن تخطى حينئذ كان فضولياً، إلا أن يرهن على الأقل فيجوز بطريق أولى.

ويجوز الرجوع في العارية ما لم تُرهَن، عملاً بالأصل ﴿ وتلزم بعقد الرهن ﴾ فليس للمعير الرجوع فيها بحيث يفسخ الرهن وإن جاز له مطالبة الراهن بالفك عند الحلول. ثم إن فكّه وردّه تاماً برئ ﴿ ويضمن الراهن لو تلف ﴾ وإن كان بغير تفريط ﴿ أو بيع ﴾ بمثله إن كان مثلياً، وقيمته يوم التلف إن كان قيميّاً. هذا إذا كان التلف بعد الرهن، أمّا قبله فالأقوى أنّه كغيره من الأعيان المعارة. وعلى تقدير بيعه فاللازم لمالكة ثمنه إن بيع بثمان المثل، ولو بيع بأزيد فله المطالبة بما بيع به.

﴿ ويصحّ رهن الأرض الخراجيّة ﴾ كالمفتوحة عنوةً، والتي صالح الإمام أهلها على أن تكون ملكاً للمسلمين، وضرب عليهم الخراج، كما يصحّ بيعها ﴿ تبعاً للأبنية والشجر ﴾ لا منفردة.

﴿ ولا رهن الطير في الهواء ﴾ لعدم إمكان قبضه، ولو لم يشترطه أمكن الجواز؛ لإمكان الاستيفاء منه ولو بالصلح عليه ﴿ إلا إذا اعتيد عوده ﴾ كالحمام الأهلي فيصحّ؛ لإمكان قبضه عادة.

(١) الدروس ٣: ٣٨٨، والثاني للعلامة في التذكرة ١٣: ١٢٢، والمحقق الثاني في جامع

﴿ ولا السمك في الماء إلا إذا كان محصوراً مشاهداً ﴾ بحيث لا يتعدّر قبضه عادة ويمكن العلم به .

﴿ ولا رهن المصحف عند الكافر أو العبد المسلم ﴾ لاقتضائه الاستيلاء عليهما والسبيل على بعض الوجوه ببيع ونحوه ﴿ إلا أن يوضعا على يد مسلم ﴾ لانقضاء السبيل بذلك وإن لم يشترط^(١) بيعه للمسلم؛ لأنه حينئذ لا يستحق الاستيفاء من قيمته إلا ببيع المالك أو من يأمره أو الحاكم مع تعذّره، ومثله لا يعدّ سبيلاً؛ لتحققه وإن لم يكن هناك رهن .

﴿ ولا رهن الوقف ﴾ لتعذّر استيفاء الحقّ منه بالبيع، وعلى تقدير جواز بيعه بوجهٍ يجب أن يُشترى بثمنه ملكاً يكون وقفاً، فلا يتّجه الاستيفاء منه مطلقاً، نعم لو قيل بعدم وجوب إقامة بدله أمكن رهنه حيث يجوز بيعه .

﴿ ويصحّ الرهن في زمن الخيار ﴾ لثبوت الثمن في الذمّة وإن لم يكن مستقرّاً ﴿ وإن كان ﴾ الخيار ﴿ للبائع؛ لانتقال المبيع ﴾ إلى ملك المشتري ﴿ بالعقد على الأقوى ﴾ لأنّ صحّة البيع تقتضي ترتّب أثره؛ ولأنّ سبب الملك هو العقد، فلا يتخلّف عنه المسبّب . وعلى قول الشيخ بعدم انتقاله إلى ملك المشتري إذا كان الخيار للبائع أولهما^(٢) لا يصحّ الرهن على الثمن قبل انقضائه .

﴿ ويصحّ رهن العبد المرتدّ ولو عن فطرة ﴾ لأنه لم يخرج بها عن الملك وإن وجب قتله؛ لأنه حينئذٍ كرهن المريض المأيوس من برئه، ولو كان امرأةً أو مملّياً فالأمر أوضح؛ لعدم قتلها مطلقاً، وقبول توبته .

(١) في (ش) و (ر) : لم يشترط .

(٢) أنظر قول الشيخ في الخلاف ٣ : ٢٢ ، المسألة ٢٩ من كتاب البيوع .

﴿ والجاني مطلقاً ﴾ عمداً وخطأً؛ لبقاء المايّة وإن استحقّ العامد القتل، ولجواز العفو. ثمّ إن قُتل بطل الرهن، وإن فداه مولاه أو عفى الوليّ بقي رهناً ولو أُسْتُرقَّ بعضه بطل الرهن فيه خاصّة. وفي كون رهن المولى له في الخطأ التزاماً بالفداء وجهان كالبيع ﴿ فإن عجز المولى عن فكّه قدّمت الجناية ﴾ لسبقها، ولتعلّق حقّ المجنّي عليه بالرقبة؛ ومن ثمّ لو مات الجاني لم يُلزم السيّد، بخلاف المرتهن، فإنّ حقّه لا ينحصر فيها بل تشركها ذمّة الراهن.

﴿ ولو رهن ما يتسارع إليه الفساد قبل الأجل ﴾ بحيث لا يمكن إصلاحه كتجفيف العنب والرّطب ﴿ فليشترط بيعه ورهن ثمنه ﴾ فيبيعه الراهن ويجعل ثمنه رهناً، فإن امتنع منه رفع المرتهن أمره إلى الحاكم لبيعه، أو يأمر به، فإن تعذّر جاز له البيع، دفعاً للضرر والحرص.

﴿ ولو أطلق ﴾ الرهن ولم يشترط بيعه ولا عدمه ﴿ حمل عليه ﴾ جمعاً بين الحقيين مع كونه حالة الرهن صالحاً له. وقيل: يبطل^(١) لعدم اقتضاء الإطلاق البيع، وعدم صلاحيّته لكونه رهناً على الدوام، فهو في قوّة الهالك. وهو ضعيف؛ لكونه عند العقد مالاّ تاماً وحكم الشارع ببيعه على تقدير امتناعه منه صيانةً للمال جائز، لفساده. واحترز بقوله: «قبل الأجل» عمّا لو كان لا يفسد إلاّ بعد حلوله بحيث يمكن بيعه قبله فإنّه لا يُمنع؛ وكذا لو كان الدين حالاً؛ لإمكان حصول المقصود منه. ويجب على المرتهن السعي على بيعه بأحد الوجوه، فإن ترك مع إمكانه ضمن، إلاّ أن ينهأ المالك فينتفي الضمان. ولو أمكن إصلاحه بدون البيع لم يجز بيعه بدون إذنه. ومؤونة إصلاحه على الراهن، كنفقة الحيوان.

(١) قاله الشيخ في المبسوط ٢: ٢١٦، والخلاف ٣: ٢٤١، المسألة ٣٨ من كتاب الرهن.

﴿ وأما المتعاقدان ﴾ :

﴿ فيشترط فيهما الكمال ﴾ بالبلوغ والعقل والرشد والاختيار ﴿ وجواز التصرف ﴾ برفع الحجر عنهما في التصرف المالي .

﴿ ويصح رهن مال الطفل للمصلحة* ﴾ كما إذا افتقر إلى الاستدانة لنفقته وإصلاح عقاره ولم يكن يبيع شيء من ماله أعود أو لم يمكن وتوقفت على الرهن . ويجب كونه على يد ثقة يجوز إيداعه منه ﴿ و ﴾ كذا يصح ﴿ أخذ الرهن له ، كما إذا أسلف ماله مع ظهور الغبطة ، أو خيف على ماله من غرق ، أو نهب ﴾ والمراد بالصحة هنا الجواز بالمعنى الأعم ، والمقصود منه الوجوب .

ويعتبر كون الرهن مساوياً للحق أو زائداً عليه ، ليتمكن استيفاءه منه . وكونه بيد الولي أو يد عدلٍ ، ليتم التوثق . والإشهاد على الحق لمن يثبت به عند الحاجة إليه عادة . فلو أخل ببعض هذه ضمن مع الإمكان .

﴿ ولو تعذر الرهن هنا ﴾ وهو في موضع الخوف على ماله ﴿ أقرض من ثقة عدلٍ غالباً ﴾ هكذا اتفقت النسخ ، والجمع بين العدل والثقة تأكيد ، أو حاول تفسير الثقة بالعدل ؛ لوروده كثيراً في الأخبار^(١) وكلام الأصحاب^(٢) محتملاً

(*) في (ق) : مع المصلحة .

(١) وردت كلمة « ثقة » في الأخبار الكثيرة المتفرقة في أبواب مختلفة : منها ما وردت في الوسائل ١٧ : ٤٢٠ ، الباب ٤ من أبواب موجبات الإرث ، و ١٨ : ٨٧ ، الباب ٩ من أبواب صفات القاضي ، الحديث ٤١ و ١٠٧ ، الباب ١١ من الأبواب ، الحديث ٣٣ و ٢٣٤ ، الباب ٨ من الشهادات الحديث الأول و ١٠٨ - ١٠٩ ، الباب ١١ من صفات القاضي الحديث ٤٠ وغيرها من الموارد .

(٢) كما في المبسوط ٢ : ٢٠١ ، والشرائع ٢ : ٧٩ ، والقواعد ٢ : ١٣٥ ، والتحرير ٢ : ٤٧٥ .

لما هو أعمّ منه .

ووصف الغلبة للتنبيه على أنّ العدالة لا تعتبر في نفس الأمر ولا في الدوام؛ لأنّ عروض الذنب ليس بقادح على بعض الوجوه كما عرفته في باب الشهادات والمعتبر وجودها غالباً .

﴿ وأما الحق ﴾ :

﴿ فيشترط ثبوته في الذمّة ﴾ أي استحقاقه فيها وإن لم يكن مستقرّاً
 ﴿ كالقرض وثن المبيع ﴾ ولو في زمن الخيار ﴿ والدية بعد استقرار الجناية ﴾
 وهو انتهاءؤها إلى الحدّ الذي لا يتغيّر موجبها لا قبله؛ لأنّ ما حصل بها في معرض الزوال بالانتقال إلى غيره . ثم إن كانت حالة أو لازمة للجاني كشيبه العمد جاز الرهن عليها مطلقاً ﴿ وفي الخطأ ﴾ المحض لا يجوز الرهن عليها قبل الحلول؛ لأنّ المستحقّ عليه غير معلوم؛ إذ المعتبر من وجد منهم عند حلولها مستجمعاً للشرائط، بخلاف الدين المؤجّل؛ لاستقرار الحقّ والمستحقّ عليه . ويجوز الرهن ﴿ عند الحلول على قسطه ﴾ وهو الثلث بعد حلول كلّ حول من الثلاثة .

﴿ ومال الكتابة وإن كانت مشروطة على الأقرب ﴾ لأنّها لازمة للمكاتب مطلقاً على الأصح . والقول الآخر أنّ المشروطة جائزة من قبل المكاتب فيجوز له تعجيز نفسه، ولا يصحّ الرهن على مالها؛ لانتفاء فائدته؛ إذ له إسقاطه متى شاء^(١) .

(١) وهو للشيخ في المبسوط ٢ : ١٩٧ ، والقاضي في المهذب ٢ : ٤٤ ، وابن إدريس في

السرائر ٢ : ٤١٧ ، ويحيى بن سعيد في الجامع للشرائع : ٢٨٧ .

وهو على تقدير تسليمه غير مانع منه، كالرهن على الثمن في مدة الخيار. وفي قول ثالث: أنّ المشروطة جائزة من الطرفين، والمطلقة لازمة من طرف السيّد خاصّة^(١) ويتوجّه عدم صحّة الرهن أيضاً كالسابق.

﴿ ومال الجعالة بعد الردّ ﴾ لثبوته في الذمّة حينئذٍ ﴿ لا قبله ﴾ وإن شرع فيه؛ لأنّه لا يستحقّ شيئاً منه إلّا بتمامه. وقيل: يجوز بعد الشروع؛ لأنّه يؤول إلى اللزوم كالثمن في مدة الخيار^(٢) وهو ضعيف، والفرق واضح؛ لأنّ البيع يكفي في لزومه إيقاؤه على حاله فتنقضي المدة، والأصل عدم الفسخ، عكس الجعالة.

﴿ ولا بدّ من إمكان استيفاء الحقّ من الرهن ﴾ لتحصل الفائدة المطلوبة من التوثّق به ﴿ فلا يصحّ ﴾ الرهن ﴿ على منفعة المؤجر عينه ﴾ مدة معيّنة؛ لأنّ تلك المنفعة الخاصّة لا يمكن استيفاؤها إلّا من العين المخصوصة، حتى لو تعذّر الاستيفاء منها بموت ونحوه بطلت الإجارة ﴿ فلو أجره في الذمّة جاز ﴾ كما لو استأجره^(٣) على تحصيل خياطة ثوب بنفسه أو غيره، لإمكان استيفائها حينئذٍ من الرهن، فإنّ الواجب تحصيل المنفعة على أيّ وجه اتّفق.

﴿ وتصحّ زيادة الدين على الرهن ﴾ فإذا استوفى الرهن بقي الباقي منه متعلّقاً بزمّته ﴿ وزيادة الرهن على الدين ﴾ وفائدته سعة الوثيقة ومنع الراهن من التصرّف في المجموع، فيكون باعثاً على الوفاء، وإمكان تلف بعضه، فيبقى الباقي حافظاً للدين.

(١) وهو قول ابن حمزة في الوسيلة: ٣٤٥.

(٢) قاله العلامة في التذكرة ١٣: ١٨٢.

(٣) في (ر): أجره.

﴿ وأما اللواحق ﴾

﴿ تمسائل ﴾

الأولى :

﴿ إذا شرط الوكالة في الرهن لم يملك عزله ﴾ على ما ذكره جماعة^(١) منهم العلامة^(٢) لأن الرهن لازم من جهة الراهن وهو الذي شرطها على نفسه، فيلزم من جهته.

﴿ ويضعف بأن المشروط في اللازم يؤثر جواز الفسخ لو أخل بالشرط، لا وجوب الشرط ﴾ كما تقدم من أن المشروط في العقد اللازم يقبله جائزاً عند المصنف وجماعة^(٣) فحينئذ إنما يفيد إخلال الراهن بالوكالة تسلط المرتهن على فسخ العقد، وذلك لا يتم في عقد الرهن؛ لأنه دفع ضرر بضرر أقوى. وإنما تظهر الفائدة فيما لو كان [الراهن]^(٤) قد شرطها في عقد لازم كبيع ﴾ فحينئذ لو فسخ الراهن ﴾ الوكالة فسخ المرتهن البيع المشروط بالرهن ﴾ والوكالة ﴾ إن كان هناك بيع مشروط فيه ذلك، وإلا فإفادات الشرط على المرتهن بغير فائدة.

(١) مثل الشيخ في المبسوط ٢ : ٢١٧، والخلاف ٣ : ٢٤٣، المسألة ٤١ من كتاب الرهن، وابن إدريس في السرائر ٢ : ٤٢٨، والشهيد في الدروس ٣ : ٣٩٩، والصيمري في غاية المرام ٢ : ١٤٨.

(٢) القواعد ٢ : ١١٤، والتحرير ٢ : ٤٨١.

(٣) تقدم في الصفحة ٣٢٣، وانظر التنقيح الرائع ٢ : ٧١ أيضاً.

(٤) لم يرد في المخطوطات.

ويشكل بما تقدّم من وجوب الوفاء بالشرط، عملاً بمقتضى الأمر^(١) خصوصاً في ما يكون العقد المشروط فيه كافياً في تحقّقه، كالوكالة على ما حقّقه المصنّف: من أنّه يصير كجزء من الإيجاب والقبول يلزم حيث يلزمان^(٢). ولما كان الرهن لازماً من جهة الراهن فالشرط من قبّله كذلك، خصوصاً هنا، فإنّ فسخ المشروط فيه - وهو الرهن - إذا لم يكن في بيع لا يتوجّه؛ لأنّه يزيد ضرراً فلا يؤثّر فسخه لها وإن كانت جائزة بحسب أصلها؛ لأنّها قد صارت لازمة بشرطها في اللازم على ذلك الوجه.

﴿ الثانية ﴾ :

﴿ يجوز للمرتهن ابتياعه* ﴾ من نفسه إذا كان وكيلاً في البيع، ويتولّى طرفي العقد؛ لأنّ الغرض بيعه بثمن المثل وهو حاصل، وخصوصيّة المشتري ملغاة حيث لم يتعرّض لها. وربما قيل بالمنع^(٣) لأنّ ظاهر الوكالة لا يتناوله. وكذا يجوز بيعه على ولده بطريق أولى. وقيل: لا^(٤) ﴿ وهو مقدّم به على الغرماء ﴾ حيث كان الراهن أم مبيّناً، مفلساً كان أم لا؛ لسبق تعلّق حقّه ﴿ ولو أعوز ﴾ الرهن^(٥) ولم يف بالدين ﴿ ضرب بالباقي ﴾ مع الغرماء على نسبته.

(١) وهو قوله تعالى (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) المائدة : ١ .

(٢) نقله عنه في الصفحة ٣٢٣ - ٣٢٤ بلفظ : وللمصنّف ﷺ في بعض تحقيقاته تفصيل .

(*) في (ق) و (س) : ابتياع الرهن .

(٣) و (٤) قالهما الإسكافي كما نقل عنه العلامة في المختلف ٥ : ٤٢٨ .

(٥) أي رخصت قيمته .

﴿ الثالثة ﴾ :

﴿ لا يجوز لأحدهما التصرف فيه ﴾ بانتفاع ولا نقل ملك ولا غيرها إذا لم يكن المرتهن وكيلًا، وإلاّ جاز له التصرف بالبيع والاستيفاء خاصة كما مرّ^(١) ﴿ ولو كان له نفع ﴾ كالدابة والدار ﴿ أو جر ﴾ باتفاقهما، وإلاّ أجره الحاكم. وفي كون الأجرة رهناً كالأصل قولان^(٢) كما في النماء المتجدد مطلقاً^(٣). ﴿ ولو احتاج إلى مؤونة ﴾ كما إذا كان حيواناً ﴿ فعلى الراهن ﴾ مؤونته؛ لأنّه المالك، فإن كان في يد المرتهن وبذلها الراهن أو أمره بها أنفق ورجع بما غرم، وإلاّ استأذنه، فإن امتنع أو تعذر استئذانه لغيبه أو نحوها رفع أمره إلى الحاكم، فإن تعذر أنفق هو بنية الرجوع وأشهد عليه ليثبت استحقاقه بغير يمين ورجع،

(١) أنظر الصفحة ٣٧١.

(٢) القول بأنّها للراهن للشيخ في الخلاف ٣ : ٢٥٢، المسألة ٥٩، والمبسوط ٢ : ٢٣٨، والعلامة في التحرير ٢ : ٥٠٠. وأمّا القول بالدخول في الرهن فهو قول المفيد والإسكافي والشيخ وغيرهم القائلين بدخول النماء المتجدد المنفصل في الرهن، راجع المقنعة : ٦٢٣، والمختلف ٥ : ٤٣٧ نقلاً عن الإسكافي، والنهاية : ٤٣٤.

(٣) متصلاً أم منفصلاً، أما النماء المتصل فلا بحث فيه كما قاله الشهيد في غاية المراد ٢ : ١٩١، وإتّما البحث في المنفصل فالمشهور كما في المسالك ٤ : ٥٩، بل الإجماع كما فيه عن المرتضى وابن إدريس إلى دخوله في الرهن، وانظر الانتصار : ٤٧٤ المسألة ٢٦٧، والسرائر ٢ : ٤٢٤، وذهب إليه المفيد في المقنعة : ٦٢٣، والشيخ في النهاية : ٤٣٤، والحلي في الكافي : ٣٣٤، وغيرهم. والقول بعدم الدخول للشيخ في المبسوط ٢ : ٢٣٧، والخلاف ٣ : ٢٥١، المسألة ٥٨، والعلامة في القواعد ٢ : ١٢٤، والإرشاد ١ : ٣٩٤، وولده في الإيضاح ٢ : ٣٦، والمحقق الثاني في جامع المقاصد ٤ : ١٣٢.

فإن لم يُشهِد فالأقوى قبول قوله في قدر المعروف منه يمينه، ورجوعه به.
 ﴿ ولو انتفع المرتهن ﴾ به بإذنه على وجه العوض أو بدونه مع الإثم
 لزمه الأجرة أو عوض المأخوذ كاللبن و ﴿ تقاصاً ﴾ ورجع ذو الفضل بفضله.
 وقيل : تكون النفقة في مقابلة الركوب واللبن مطلقاً^(١) استناداً إلى رواية^(٢) حملت
 على الإذن في التصرف والإنفاق مع تساوي الحقيين^(٣) ورجح في الدروس
 جواز الانتفاع بما يخاف فوته على المالك عند تعذر استئذانه، واستئذان الحاكم^(٤)
 وهو حسن.

﴿ الرابعة ﴾ :

﴿ يجوز للمرتهن الاستقلال بالاستيفاء ﴾ إذا لم يكن وكيلاً ﴿ لو خاف
 جحود الوارث ﴾ ولا يبيته له على الحق ﴿ إذ القول قول الوارث مع يمينه في عدم
 الدين وعدم الرهن ﴾ لو ادعى المرتهن الدين والرهن. والمرجع في الخوف إلى
 القرائن الموجبة للظنّ الغالب بجحوده، وكذا يجوز له ذلك لو خاف جحود الراهن
 ولم يكن وكيلاً. ولو كان له بيّنة مقبولة عند الحاكم لم يجز له الاستقلال بدون إذنه.
 ولا يلحق بخوف الجحود احتياجه إلى اليمين لو اعترف، لعدم التضرر باليمين
 الصادق وإن كان تركه تعظيماً لله أولى.

(١) وهو للشيخ في النهاية : ٤٣٥، والحلي في الكافي : ٣٣٤، وظاهر غيرهما كما قاله في
 مفتاح الكرامة ٥ : ١٨٢.

(٢) الوسائل ١٣ : ١٣٤، الباب ١٢ من أبواب الرهن، الحديث الأول.

(٣) حملها على ذلك الفاضل القطيفي في إيضاح النافع حسب ما نقله عنه في مفتاح الكرامة
 ٥ : ١٨٢.

(٤) أنظر الدروس ٣ : ٣٩٥.

﴿ الخامسة ﴾ :

﴿ لو باع أحدهما ﴾ بدون الإذن ﴿ توقّف على إجازة الآخر ﴾ فإن كان البائع الراهن بإذن المرتهن أو إجازته بطل الرهن من العين والتمن، إلا أن يشترط كون الثمن رهناً - سواء كان الدين حالاً أم مؤجلاً - فيلزم الشرط. وإن كان البائع المرتهن كذلك بقي الثمن رهناً وليس له التصرف فيه إذا كان حقه مؤجلاً إلى أن يحلّ. ثم إن وافقه جنساً ووصفاً صحّ، وإلا كان كالرهن.

﴿ وكذا عتق الراهن ﴾ يتوقّف على إجازة المرتهن، فيبطل برده ويلزم بإجازته أو سكوته إلى أن فكّ الرهن بأحد أسبابه. وقيل: يقع العتق باطلاً بدون الإذن السابق^(١) نظراً إلى كونه لا يقع موقوفاً ﴿ لا ﴾ إذا أعتق ﴿ المرتهن ﴾ فإنّ العتق يقع باطلاً قطعاً متى لم يسبق الإذن؛ إذ « لا عتق إلا في ملك »^(٢) ولو سبق وكان العتق عن الراهن أو مطلقاً صحّ. ولو كان عن المرتهن صحّ أيضاً وينتقل ملكه إلى المعتق قبل إيقاع الصيغة المقترنة بالإذن كغيره من المأذونين فيه.

﴿ ولو وطئها الراهن ﴾ بإذن المرتهن أو بدونه - وإن فعل محرماً - صارت مستولدة مع الإحبال ﴿ لأنّها لم تخرج عن ملكه بالرهن وإن مُنع من التصرف فيها ﴾ وقد سبق ﴿ في شرائط المبيع ﴾ جواز بيعها ﴿ حينئذٍ^(٣) لسبق حقّ المرتهن على الاستيلاء المانع منه.

(١) قاله الشيخ في المبسوط ٢: ٢٠٠، وسلّار في المراسم: ١٩٦، وابن زهرة في الوسيلة: ٢٦٦.

(٢) الوسائل ١٦: ٧، الباب ٥ من أبواب كتاب العتق.

(٣) راجع الصفحة ٢٠٣، المورد الخامس من الموارد المستثناة من المنع عن بيع أمّ الولد.

وقيل : يمتنع مطلقاً^(١) للنهي عن بيع أمهات الأولاد^(٢) المتناول بإطلاقه هذا الفرد. وفصل ثالث بإعسار الراهن فتباع، ويساره فتلزمه القيمة تكون رهناً، جمعاً بين الحقين^(٣) وللمصنّف في بعض تحقیقاته^(٤) تفصيل رابع، وهو بيعها مع وطئه بغير إذن المرتهن، ومنعه مع وقوعه بإذنه.

وكيف كان، فلا تخرج عن الرهن بالوطء، ولا بالحَبَل، بل يمتنع البيع ما دام الولد^(٥) لأنّه مانع طارٍ، فإن مات بيعت للرهن، لزوال المانع.

﴿ ولو وطئها المرتهن فهو زانٍ ﴾ لأنّه وطأ أمة الغير بغير إذنه ﴿ فإن أكرهها فعليه العُشر إن كانت بكرًا، وإلا ﴾ تكن بكرًا ﴿ فنصفه ﴾ للرواية^(٦) والشهرة. ﴿ وقيل : مهر المثل ﴾ لأنّه عوض الوطء شرعاً. وللمصنّف في بعض حواشيه قول بتخيير المالك بين الأمرين^(٨) ويجب مع ذلك أرش البكارة، ولا يدخل في المهر ولا العشر؛ لأنّه حقّ جنائية وعوض جزء فائت، والمهر على التقديرين عوض الوطء.

(١) قاله المحقّق في الشرائع ٢ : ٨٢، والعلامة في التحرير ٢ : ٤٨٨.

(٢) يدلّ عليه ما في الوسائل ١٣ : ٥١، الباب ٢٤ من أبواب بيع الحيوان.

(٣) فصله الشيخ في الخلاف ٣ : ٢٢٩، المسألة ١٩ من كتاب الرهن، والعلامة في التذكرة ٢ : ٢٨.

(٤) نسبه في المسالك ٤ : ٥٠، إلى بعض حواشيه، والظاهر أنّها حاشية القواعد ولا توجد لدينا.

(٥) في مصحّحه (ع) و (ر) زيادة : حيّاً.

(٦) الوسائل ١٤ : ٥٣٧، الباب ٣٥ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث الأوّل.

(٧) نسبه في مفتاح الكرامة ٥ : ١٨٥ إلى الشيخ في المبسوط والعلامة في التذكرة، وانظر

المبسوط ٢ : ٢٠٨ و ٤ : ١٩٩، والتذكرة ١٣ : ٢٣٩.

(٨) لم نعرث عليه فيما بأيدينا من كتبه.

ولا يشكل بأنّ البكارة إذا أخذ أرشها صارت ثيباً فينبغي أن يجب مهر الثيب؛ لأنّه قد صدق «وطئها بكراً وفوّت منها جزءاً» فيجب عوض كلّ منهما؛ لأنّ أحدهما عوض جزء، والآخر عوض منفعة.

﴿ وإن طاوعت ﴾ هـ ﴿ فلا شيء ﴾ لأنّها بغيّ ولا مهر لبغّي.

وفيه: أنّ الأمة لا تستحقّ المهر ولا تملكه، فلا ينافي ثبوته لسيدّها مع كون التصرف في ملكه بغير إذنه (ولا تزر وازرة وزر أخرى)^(١) والقول بثبوته عليه مطلقاً أقوى؛ مضافاً إلى أرش البكارة كما مرّ وقد تقدّم مثله^(٢).

﴿ السادسة ﴾ :

﴿ الرهن لازم من جهة الراهن حتى يخرج عن الحقّ ﴾ بأدائه ولو من متبرّع غيره. وفي حكمه ضمان الغير له مع قبول المرتهن، والحوالة به، وإبراء المرتهن له منه. وفي حكمه الإقالة المسقطّة للثمن المرهون به، أو المثمن المسلم فيه المرهون به. والضابط: براءة ذمّة الراهن من جميع الدين.

ولو خرج من بعضه، ففي خروج الرهن أجمع أو بقائه كذلك أو بالنسبة، أوجه ويظهر من العبارة بقاءه أجمع، وبه صرح في الدروس^(٣) ولو شرط كونه رهناً على المجموع خاصّة تعيّن الأوّل، كما أنّه لو جعله رهناً على كلّ جزء منه فالثاني.

وحيث يحكم بخروجه عن الرهانة ﴿ فيبقى أمانة في يد المرتهن ﴾

(١) الأنعام: ١٦٤.

(٢) في بيع الحيوان في المسألة الثالثة، راجع الصفحة ٢٤٠ - ٢٤٢.

(٣) الدروس ٣: ٤٠٢ - ٤٠٣.

مالكيّة لا يجب تسليمه إلاّ مع المطالبة؛ لأنّه مقبوض بإذنه وقد كان وثيقة وأمانة، فإذا انتفى الأوّل بقي الثاني. ولو كان الخروج من الحقّ بإبراء المرتهن من غير علم الراهن وجب عليه إعلامه به أو ردّ الرهن، بخلاف ما إذا علم.

﴿ ولو شرط كونه مبيعاً عند الأجل بطلا ﴾ الرهن والبيع؛ لأنّ الرهن لا يؤقّت والبيع لا يعلّق. ﴿ و ﴾ لو قبضه كذلك ﴿ ضمنه بعد الأجل ﴾ لأنّه حينئذ بيع^(١) فاسد، وصحيحه مضمون ففاسده كذلك ﴿ لا قبله ﴾ لأنّه حينئذٍ رهن فاسد، وصحيحه غير مضمون ففاسده كذلك، قاعدة مطرّدة. ولا فرق في ذلك بين علمهما بالفساد، وجهلها، والتفريق.

﴿ السابعة ﴾ :

﴿ يدخل النماء المتجدّد ﴾ المنفصل كالولد والثمرة ﴿ في الرهن على الأقرب ﴾ بل قيل: إنّه إجماع^(٢) ولأنّ من شأن النماء تبعيّة الأصل ﴿ إلاّ مع شرط عدم الدخول ﴾ فلا إشكال حينئذٍ في عدم دخوله، عملاً بالشرط، كما أنّه لو شرط دخوله ارتفع الإشكال. وقيل: لا يدخل بدونه للأصل ومنع الإجماع والتبعيّة في الملك، لا في مطلق الحكم^(٣) وهو أظهر. ولو كان متّصلاً - كالطول والسمن - دخل إجماعاً.

﴿ الثامنة ﴾ :

﴿ ينتقل حقّ الرهانة بالموت ﴾ لأنّه مقتضى لزوم العقد من طرف الراهن؛

(١) في (ف) ومحمّتل (ع) : مبيع .

(٢) قاله ابن إدريس في السرائر ٢ : ٤٢٤ .

(٣) قاله العلامة في القواعد ٢ : ١٢٤ .

ولأنّه وثيقة على الدين، فيبقى ما بقي ما لم يسقطه المرتهن ﴿ لا الوكالة والوصيّة ﴾ لأنّهما إذن في التصرف يقتصر بهما على من أذن له، فإذا مات بطل، كظائره من الأعمال المشروطة بمباشرٍ معيّن ﴿ إلاّ مع الشرط ﴾ بأن يكون للوارث بعده، أو لغيره فيلزم عملاً بالشرط.

﴿ وللراهن الامتناع من استئمان الوارث ﴾ وإن شرط له وكالة البيع والاستيفاء؛ لأنّ الرضا بتسليم المورث لا يقتضيه، ولاختلاف الأشخاص فيه ﴿ وبالعكس ﴾ للوارث الامتناع من استئمان الراهن عليه ﴿ فليتّفقا على أمين ﴾ يضعانه تحت يده وإن لم يكن عدلاً؛ لأنّ الحقّ لا يعدوهما فيتقيّد برضاهما ﴿ وإلاّ ﴾ يتّفقا ﴿ فالحاكم ﴾ يعيّن له عدلاً يقبضه لهما. وكذا لو مات الراهن فلورثته الامتناع من إيقائه في يد المرتهن؛ لأنّه في القبض بمنزلة الوكيل تبطل بموت الموكل وإن كانت مشروطة في عقد لازم، إلاّ أن يشترط استمرار الوضع بعد موته، فيكون بمنزلة الوصيّ في الحفظ.

﴿ التاسعة ﴾ :

﴿ لا يضمن* المرتهن ﴾ الرهن إذا تلف في يده ﴿ إلاّ بتعدّ أو تفريط ﴾ ولا يسقط بتلفه شيء من حقّ المرتهن، فإن تعدّى فيه أو فرّط ضمنه ﴿ فتلزم قيمته يوم تلفه ﴾ إن كان قيمياً ﴿ على الأصحّ ﴾ لأنّه وقت الانتقال إلى القيمة، والحقّ قبله كان منحصراً في العين وإن كانت مضمونة.

ومقابل الأصحّ اعتبار قيمته يوم القبض أو أعلى القيم من يوم القبض إلى

(*) في (ق) و(س): لا يضمنه.

يوم التلف، أو من حين التلف إلى حين الحكم عليه بالقيمة كالغاصب .
ويضعف بأنه قبل التفريط غير مضمون فكيف تعتبر قيمته فيه؟ وبأن
المطالبة لا دخل لها في ضمان القيمي [فالأقوى الأول مطلقاً]^(١).
هذا إذا كان الاختلاف بسبب السوق أو نقص في العين غير مضمون. أما
لو نقصت العين بعد التفريط بهزال ونحوه ثم تلف، اعتبر أعلى القيم المنسوبة إلى
العين من حين التفريط إلى التلف. ولو كان مثلياً ضمنه بمثله إن وجد، وإلا فقيمة
المثل عند الأداء على الأقوى؛ لأنّ الواجب عنده^(٢) إنّما كان المثل وإن كان
متعدراً، وانتقاله إلى القيمة بالمطالبة، بخلاف القيمي؛ لاستقرارها في الذمة من
حين التلف مطلقاً.

﴿ ولو اختلفا في القيمة حلف المرتهن ﴾ لأنّه المنكر، والأصل برائته من
الزائد. وقيل: الراهن^(٣) نظراً إلى كون المرتهن صار خائناً بتفريطه، فلا يقبل قوله.
ويضعف بأنّ قبول قوله من جهة إنكاره، لا من حيث كونه أميناً أو خائناً.

﴿ العاشرة ﴾ :

﴿ لو اختلفا في ﴾ قدر ﴿ الحقّ المرهون به حلف الراهن على الأقرب ﴾
لأصالة عدم الزيادة وبراءة ذمته منها، ولأنّه منكر، وللرواية^(٤) وقيل: قول

(١) لم يرد في (ف). وفي (ع) و (ش) ورد في الهامش بلفظ «والأقوى...» وشُطب عليه في
الأول منهما.

(٢) أي عند الأداء.

(٣) قاله الإسكافي، نقله عنه وعن جمع آخر العلامة في المختلف ٥ : ٤٠١.

(٤) اللوسائل ١٣ : ١٣٧، الباب ١٧ من أبواب الرهن، الحديث الأول.

المرتهن^(١) استناداً إلى رواية ضعيفة^(٢).

﴿ ولو اختلفا في الرهن والوديعة ﴾ بأن قال المالك : هو وديعة ، وقال الممسك : هو رهن ﴿ حلف المالك ﴾ لأصالة عدم الرهن ، ولأنه منكر ، وللرواية الصحيحة^(٣) وقيل : يحلف الممسك^(٤) استناداً إلى رواية ضعيفة^(٥) وقيل : الممسك إن اعترف له المالك بالدين ، والمالك إن أنكره^(٦) جمعاً بين الأخبار وللقرينة^(٧) وضعف المقابل يمنع من تخصيص الآخر^(٨).

﴿ ولو اختلفا في عين الرهن ﴾ فقال : رهنتك العبد ، فقال : بل الجارية ﴿ حلف الراهن ﴾ خاصة ﴿ وبطلا ﴾ لانتفاء ما يدعيه الراهن بإنكار المرتهن ؛ لأنه جائز من قبله فيبطل بإنكاره لو كان حقاً ، وانتفاء ما يدعيه المرتهن بحلف الراهن .

(١) قاله الإسكافي حسب ما نقله العلامة في المختلف ٥ : ٤٠٢ .

(٢) الوسائل ١٣ : ١٣٨ ، الباب ١٧ من أبواب الرهن ، الحديث ٤ . وضعفها للسكوني ، راجع فهارس المسالك ١٦ : ٣٠١ .

(٣) الوسائل ١٣ : ١٣٦ ، الباب ١٦ من أبواب الرهن ، الحديث الأول .

(٤) قاله الصدوق في المقنع : ٣٨٤ - ٣٨٥ ، والشيخ في الاستبصار ٣ : ١٢٣ .

(٥) الوسائل ١٣ : ١٣٦ - ١٣٧ ، الباب ١٦ من أبواب الرهن ، الحديث ٢ و ٣ . وضعف الحديث ٢ بحسن بن محمد بن سماعة ، والحديث ٣ بعباد بن صهيب . راجع فهارس المسالك ١٦ : ٢٨٨ ، وجامع الرواة ١ : ٤٣٠ .

(٦) قاله ابن حمزة في الوسيلة : ٢٦٦ .

(٧) لأن الاعتراف بالدين قرينة على أن المال في يد الممسك رهن .

(٨) قال بعض المحشيين : هذا ردّ للقولين ، فإن ضعف الرواية الضعيفة يمنع من تخصيص الخبر الصحيح ، فإنه عامٌ والتفصيل بالجمع يخصّصه ، ويمكن أن يريد بالمقابل ما يشمل القرينة ، فإن كون اعتراف المالك بالدين قرينة على ذلك ضعيف (هامش ر) .

﴿ ولو كان ﴾ الرهن ﴿ مشروطاً في عقد لازم تحالفا ﴾ لأن إنكار المرتهن هنا يتعلّق بحقّ الراهن حيث إنّه يدّعي عدم الوفاء بالشرط الذي هو ركن من أركان ذلك العقد اللازم، فيرجع الاختلاف إلى تعيين^(١) الثمن؛ لأنّ شرط الرهن من مكملاته، فكلُّ يدّعي ثمناً غير ما يدّعيه الآخر، فإذا تحالفا بطل الرهن وفسخ المرتهن العقد المشروط فيه إن شاء ولم يمكن استدراكه كما لو مضى الوقت المحدود له. وقيل: يقدّم قول الراهن كالأول^(٢).

﴿ الحادية عشرة ﴾ :

﴿ لو أدّى ديناً وعيّن به رهناً ﴾ بأن كان عليه ديون وعلى كلّ واحد رهن خاصّ فقصد بالمؤدّي أحد الديون بخصوصه ليفكّ رهنه ﴿ فذاك ﴾ هو المتعيّن؛ لأنّ مرجع التعيين إلى قصد المؤدّي ﴿ وإن أطلق ﴾ ولم يسمّ أحدها لفظاً لكن قصده ﴿ فتخالفا في القصد ﴾ فادّعى كلّ منهما قصد الدافع ديناً غير الآخر ﴿ حلف الدافع ﴾ على ما ادّعى قصده؛ لأنّ الاعتبار بقصده وهو أعلم به، وإنما احتيج إلى اليمين مع أنّ مرجع النزاع إلى قصد الدافع ودعوى الغريم العلم به غير معقولة^(٣) لإمكان اطلاعه عليه بإقرار القاصد. ولو تخالفا فيما تلفّظ بإرادته فكذلك، ويمكن ردّه إلى ما ذكره من التخالف في القصد؛ إذ العبرة به، واللفظ كاشف عنه. ﴿ وكذا لو كان عليه دين خال* ﴾ عن الرهن، وآخر به رهن ﴿ فادّعى

(١) في (ع) : تعيّن.

(٢) قاله العلامة في القواعد ٢ : ١٢٨.

(٣) في (ع) و (ر) : غير معقول.

(*) في (ق) و (س) ونسخة (ع) من الشرح : حالّ. لكنّ عبارة الشارح ثلاثم ما أثبتناه.

الدفع عن المرهون به ﴿ ليفكّ الرهن، وادّعى الغريم الدفع عن الخالي ليبقى الرهن فالقول قول الدافع مع يمينه؛ لأنّ الاختلاف يرجع إلى قصده الذي لا يعلم إلاّ من قبله كالأول^(١).

﴿ الثانية عشرة ﴾ :

﴿ لو اختلفا فيما يباع به الرهن ﴾ فأراد المرتهن بيعه بنقد، والراهن بغيره ﴿ بيع بالنقد الغالب ﴾ سواء وافق مراد أحدهما أم خالفهما. والبائع المرتهن إن كان وكيلًا والغالب موافق لمراده أو رجع إلى الحقّ، وإلاّ فالحاكم ﴿ فإن غلب نقدان بيع بمشابه الحقّ ﴾ منهما إن اتّفق ﴿ فإن باينهما عيّن الحاكم ﴾ إن امتنعا من التعيين.

وإطلاق الحكم بالرجوع إلى تعيين الحاكم يشمل ما لو كان أحدهما أقرب إلى الصرف إلى الحقّ^(٢) وعدمه. وفي الدروس: لو كان أحدهما - وعنى به المتباينين - أسهل صرفاً إلى الحقّ تعيّن^(٣) وهو حسن. وفي التحرير: لو بايناه بيع بأوفرهما حظاً^(٤) وهو أحسن، فإنّه ربما كان عسر الصرف أصلح للمالك، وحيث يباع بغير مراده^(٥) ينبغي مراعاة الحظّ له كغيره ممّن يلي عليه الحاكم.

(١) يعني مثل الصورة السابقة.

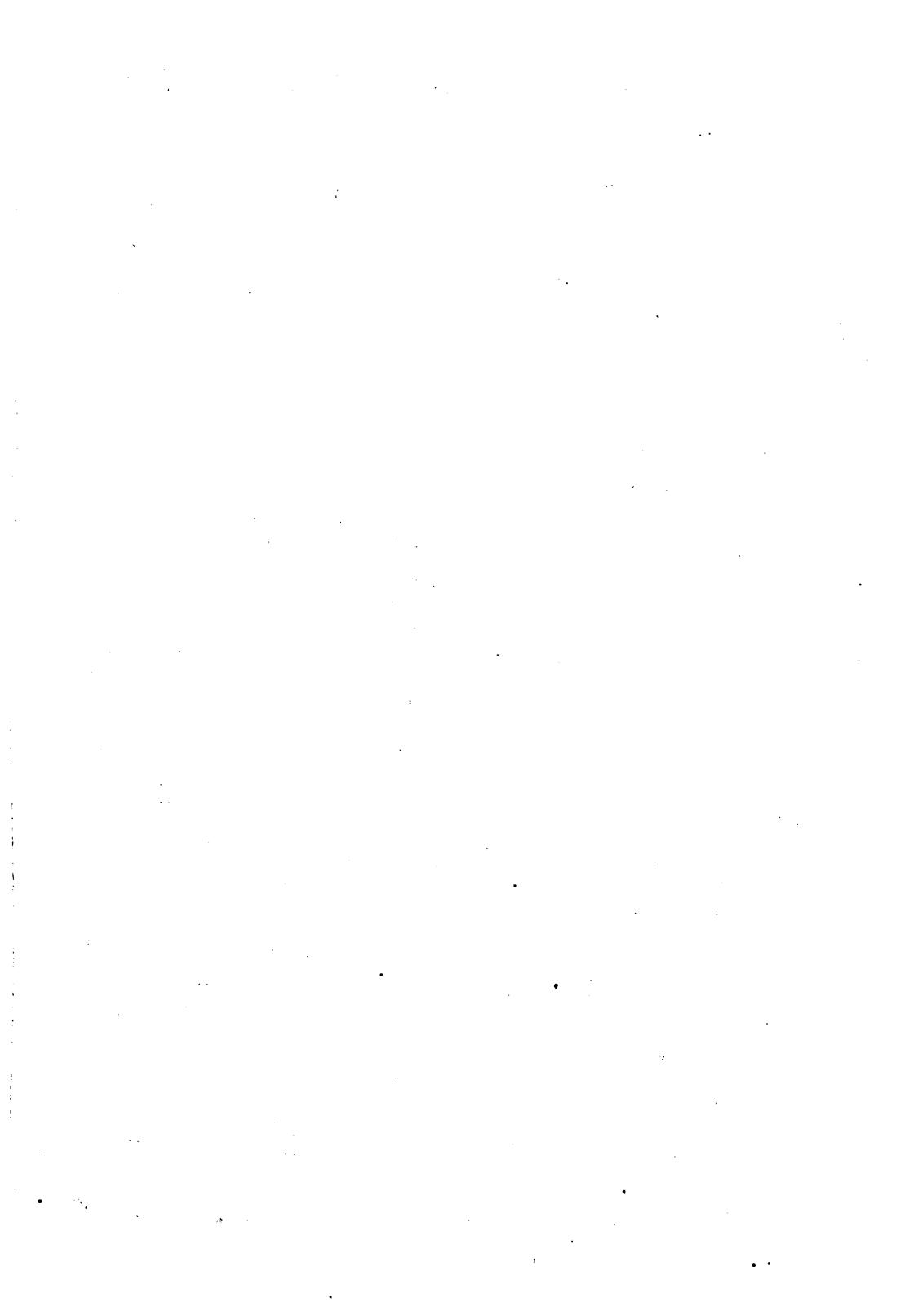
(٢) يعني حقّ المرتهن.

(٣) الدروس ٣ : ٤٠٠.

(٤) التحرير ٢ : ٤٨٤، المسألة ٣٧١٧ وفيه : فإن تساويا بيع

(٥) يعني المالك الراهن.

كتاب الحجامة



﴿ كتاب الحجر ﴾

﴿ وأسبابه ستّة ﴾ بحسب ما جرت العادة بذكره في هذا الباب، وإلاّ فهي أزيد من ذلك مفرّقة في تضاعيف الكتاب، كالحجر على الراهن في المرهون، وعلى المشتري فيما اشتراه قبل دفع الثمن، وعلى البائع في الثمن المعين قبل تسليم المبيع، وعلى المكاتب في كسبه لغير الأداء والنفقة، وعلى المرتدّ الذي يمكن عوده إلى الإسلام.

والستّة المذكورة هنا هي: ﴿ الصغر، والجنون، والرقّ، والفلس، والسفه، والمرض ﴾ المتصلّ بالموت.

﴿ ويمتدّ حجر الصغير حتى يبلغ ﴾ بأحد الأمور المذكورة في كتاب الصوم^(١) ﴿ ويرشد، بأن يُصلح ماله ﴾ بحيث يكون له ملكة نفسانيّة تقتضي إصلاحه وتمنع إفساده وصرفه في غير الوجوه اللائقة بأفعال العقلاء، لا مطلق الإصلاح. فإذا تحقّقت الملكة المذكورة مع البلوغ ارتفع عنه الحجر ﴿ وإن كان فاسقاً ﴾ على المشهور؛ لإطلاق الأمر بدفع أموال اليتامى إليهم بإيناس الرشد^(٢)

(١) راجع الجزء الأوّل : ٤٢٥.

(٢) النساء : ٦.

من غير اعتبار أمر آخر معه. والمفهوم من الرشد عرفاً هو إصلاح المال على الوجه المذكور وإن كان فاسقاً.

وقيل: يعتبر مع ذلك العدالة^(١) فلو كان مصلحاً لماله غير عدل في دينه لم يرتفع عنه الحجر، للنهي عن إيتاء السفهاء المال^(٢) وما روي أن شارب الخمر سفیه^(٣) ولا قائل بالفرق. وعن ابن عباس أن الرشد هو الوقار والحلم والعقل^(٤).
وإنما يعتبر على القول بها في الابتداء، لافي الاستدامة، فلو عرض الفسق بعد العدالة قال الشيخ: الأحوط أن يُحجر عليه^(٥) مع أنه شرطها ابتداءً. ويتوجه على ذلك أنها لو كانت شرطاً في الابتداء لاعتبرت بعده لوجود المقتضي.

﴿ ويختبر ﴾ من يراد معرفة رشده ﴿ بملائمه ﴾ من التصرفات والأعمال، ليظهر اتصافه بالملكة وعدمه، فمن كان من أولاد التجار فوض إليه البيع والشراء بمعنى مماكسته فيهما على وجههما، ويراعى إلى أن يتم مساومته ثم يتولاه الولي إن شاء، فإذا تكرّر منه ذلك وسلم من الغبن والتضييع في^(٦) غير وجهه فهو رشيد. وإن كان من أولاد من يُصان عن ذلك^(٧) اختبر بما يناسب حال أهله، إما بأن يسلم إليه نفقة مدّة لينفقها في مصالحه أو مواضعها التي عُيّن له، أو بأن

(١) قاله الشيخ في المبسوط ٢: ٢٨٤، والخلاف ٣: ٢٨٣ - ٢٨٤ المسألة ٣ من كتاب الحجر.

(٢) النساء: ٥

(٣) الوسائل ١٣: ٤٤٢، الباب ٥٣ من أبواب الوصية، الحديث ٢، وتفسير العياشي ١: ٢٢٠، الحديث ٢٢.

(٤) الدر المنثور ٢: ١٢١.

(٥) الخلاف ٣: ٢٨٩، المسألة ٨ من كتاب الحجر.

(٦) في (ع) بدل «في»: من.

(٧) يعني ليس شغله التجارة.

يستوفي الحساب على معاملتهم، أو نحو ذلك، فإن وفي بالأفعال الملائمة فهو رشيد. ومن تضييعه: إنفاقه في المحرمات، والأطعمة النفسية التي لا تليق بحاله بحسب وقته وبلده وشرفه وضعته، والأمتعة واللباس كذلك.

وأما صرفه في وجوه الخير من الصدقات وبناء المساجد وإقراء الضيف، فالأقوى أنه غير قاذح مطلقاً؛ إذ لا سرف في الخير، كما لا خير في السرف^(١).

وإن كان أنتى اخترت بما يناسبها من الأعمال، كالغزل والخياطة، وشراء آلاتهما المعتادة لأمثالها بغير غبن، وحفظ ما يحصل في يدها من ذلك، والمحافظة على أجرة مثلها إن عملت للغير، وحفظ ما تليه من أسباب البيت ووضعها على وجهه، وصون أطعمته التي تحت يدها عن مثل الهرة والفأر ونحو ذلك، فإذا تكرّر ذلك على وجه الملكة ثبت الرشد، وإلا فلا.

ولا يقدر فيها وقوع ما ينافيها نادراً من الغلط والانخداع في بعض الأحيان؛ لوقوعه كثيراً من الكاملين. ووقت الاختبار قبل البلوغ، عملاً بظاهر الآية^(٢).

﴿ ويثبت الرشد ﴾ لمن لم يختبر ﴿ بشهادة النساء في النساء لا غير ﴾ لسهولة اطلاعهنّ عليهنّ غالباً عكس الرجال ﴿ وبشهادة الرجال مطلقاً ﴾ ذكراً كان المشهود عليه أم أنتى؛ لأنّ شهادة الرجال غير مقيدة. والمعتبر في شهادة الرجال اثنان وفي النساء أربع. ويثبت رشد الأنتى بشهادة رجل وامرأتين أيضاً وبشهادة أربع خنثي.

﴿ ولا يصحّ إقرار السفية بمال ﴾ ويصحّ بغيره كالنسب وإن أوجب النفقة.

(١) عوالي اللآلئ ٢: ٢٩١، مع تفاوت يسير.

(٢) النساء: ٦.

وفي الإنفاق عليه^(١) من ماله أو بيت المال قولان^(٢) أجودهما الثاني، وكالاتي قرار بالجنانية الموجبة للقصاص وإن كان نفساً ﴿ ولا تصرفه في المال ﴾ وإن ناسب أفعال العقلاء.

ويصح تصرفه فيما لا يتضمّن إخراج المال كالطلاق والظهار والخلع. ﴿ ولا يسلم عوض الخلع إليه ﴾ لأنّه تصرف ماليّ ممنوع منه.

﴿ ويجوز أن يتوكّل لغيره في سائر العقود ﴾ أي جميعها وإن كان قد ضعف إطلاقه عليه^(٣) بعض أهل العريية، حتى عدّه في «درّة الغواص» من أوهام الخواص^(٤) وجعله مختصّاً بالباقي أخذاً له من السور وهو البقية، وعليه جاء قول النبي ﷺ لابن غيلان لما أسلم على عشر نسوة: «أمسك عليك أربعاً، وفارق سائرهن»^(٥) لكن قد أجازهم بعضهم^(٦) وإنما جاز توكيل غيره له؛ لأنّ عبارته ليست مسلوقة مطلقاً، بل ممّا يقتضي التصرف في ماله.

﴿ ويمتدّ حجر المجنون ﴾ في التصرفات الماليّة وغيرها ﴿ حتى يفيق ﴾ ويكمل عقله.

﴿ والولاية في مالهما ﴾ أي الصغير والمجنون ﴿ للأب والجدّ ﴾ له

(١) أي على المقرّ له بالنسب.

(٢) القول بالإنفاق من بيت المال للشيخ في المبسوط ٢: ٢٨٧، والعلامة في القواعد ٢: ١٣٨، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد ٥: ٢٠١. وأمّا القول بأنّه من ماله فلم نعثر عليه، نعم نقل في جامع المقاصد ٥: ٢٠١ عن حواشي الشهيد: بأنه لو قيل يكون من ماله لكان حسناً.

(٣) يعني إطلاق «سائر» على «جميع».

(٤) أنظر تاج العروس ٣: ٢٥١.

(٥) كنز العمال ١٦: ٣٣٠، الحديث ٤٤٧٦٥.

(٦) أنظر صحاح اللغة ٢: ٦٩٢، وتاج العروس ٣: ٢٥١.

وإن علا ﴿ فيشتركان في الولاية ﴾ لو اجتمعا، فإن اتفقا على أمر نفذ، وإن تعارضا قدّم عقد السابق، فإن اتفقا ففي بطلانه أو ترجيح الأب أو الجدّ أوجه ﴿ ثم الوصي ﴾ لأحدهما مع فقدهما ﴿ ثم الحاكم ﴾ مع فقد الوصي.

﴿ والولاية في مال السفية الذي لم يسبق رشده كذلك ﴾ للأب والجدّ إلى آخر ما ذكر، عملاً بالاستصحاب ﴿ فإن سبق ﴾ رشده وارتفع الحجر عنه بالبلوغ معه ثم لحقه السفه ﴿ فللحاكم ﴾ الولاية دونهم؛ لارتفاع الولاية عنه بالرشد فلا تعود إليهم إلاّ بدليل، وهو منتفٍ. والحاكم وليّ عام لا يحتاج إلى دليل وإن تخلّف في بعض الموارد. وقيل: الولاية في ماله للحاكم مطلقاً^(١) لظهور توقّف الحجر عليه ورفعها على حكمه في كون النظر إليه.

﴿ والعبد ممنوع ﴾ من التصرف ﴿ مطلقاً ﴾ في المال وغيره سواء أحلنا ملكه أم قلنا به، عدا الطلاق فإنّ له إيقاعه وإن كره المولى.

﴿ والمريض ممنوع ممّا زاد عن الثلث ﴾ إذا تبرّع به، أمّا لو عاوض عليه بثمان مثله نفذ ﴿ وإن نجّز ﴾ ما تبرّع به في مرضه، بأن وهبه أو وقفه أو تصدّق به أو حابى به في بيع أو^(٢) إجارة ﴿ على الأقوى ﴾ للأخبار الكثيرة الدالّة عليه^(٣)

(*) في (ق) و (س): وإن.

(١) قاله الشيخ في المبسوط ٢: ٢٨٦، والمحقّق في الشرائع ٢: ١٠٣، والعلامة في القواعد ٢: ١٣٨ وغيرهم.

(٢) في (ش) و (ف): بدل «أو»: و.

(٣) أنظر الوسائل ١٣: ١٤٤، الباب ٣ من أحكام الحجر، و ٣٨٤، الباب ١٧ من الوصايا، الحديث ١١ و ١٣-١٦، و ٣٦٥-٣٦٧ الباب ١١ من الأبواب الحديث ٦ و ١١، و ٣٦٣، الباب ١٠ من الأبواب، الحديث ٨، و ٤٢٢-٤٢٣ الباب ٣٩ من الأبواب الأحاديث ١ و ٢ و ٤ وغيرها من الأحاديث.

منطوقاً ومفهوماً وقيل: يمضي من الأصل^(١) للأصل، وعليه شواهد من الأخبار^(٢).
 ﴿ ويثبت الحجر على السفه بظهور سفهه وإن لم يحكم الحاكم به ﴾ لأنَّ
 المقتضي له هو السفه، فيجب تحقُّقه بتحقُّقه، وظاهر قوله تعالى: (فإن كان الذي
 عليه الحقَّ سفيهاً)^(٣) حيث أثبت عليه الولاية بمجردده ﴿ ولا يزول ﴾ الحجر عنه
 ﴿ إلاَّ بحكمه ﴾ لأنَّ زوال السفه يفترق إلى الإجتهد وقيام الأمارات؛ لأنَّه أمر
 خفيّ فيناط بنظر الحاكم.

وقيل: يتوقَّفان على حكمه^(٤) لذلك. وقيل: لا فيهما^(٥) وهو الأقوى؛ لأنَّ
 المقتضي للحجر هو السفه فيجب أن يثبت بثبوتة ويزول بزواله، وظاهر قوله
 تعالى: (فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم)^(٦) حيث علّق الأمر بالدفع
 على إيناس الرشد، فلا يتوقَّف على أمر آخر.

﴿ ولو عامله العالم بحاله استعاد ماله ﴾ مع وجوده؛ لبطان المعاملة ﴿ فإن
 تلف فلا ضمان ﴾ لأنَّ المعامل قد ضيِّع ماله بيده، حيث سلّمه إلى من نهى الله
 تعالى عن إيتائه^(٧) ولو كان جاهلاً بحاله فله الرجوع مطلقاً؛ لعدم تقصيره. وقيل:

(١) قاله المفيد في المقتنة: ٦٧١، والشيخ في النهاية ٦١٨ و ٦٢٠، والقاضي في المهذب
 ١: ٤٢٠، وابن حمزة في الوسيلة: ٣٧٢، وابن إدريس في السرائر ٣: ١٤ - ١٥ و ١٧٦
 و ٢٠٠ - وفيها وهو الأظهر في المذهب - و ٢٢١، وغيرهم.

(٢) أنظر الوسائل ١٣: ٣٨١، الباب ١٧ من أبواب أحكام الوصايا الأحاديث ١ - ١٠.

(٣) البقرة: ٢٨٢.

(٤) قاله الشيخ في المبسوط ٢: ٢٨٦، والعلامة في القواعد ٢: ١٣٧، والإرشاد ١: ٣٩٧.

(٥) جامع المقاصد ٥: ١٩٦.

(٦) النساء: ٦.

(٧) في قوله تعالى (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم) النساء: ٥.

لا ضمان مع التلف مطلقاً^(١) لتقصير من عامله قبل اختباره. وفصل ثالث فحكم بذلك مع قبض السفية المال بإذن مالكه، ولو كان بغير إذنه ضمنه مطلقاً^(٢) لأنَّ المعاملة الفاسدة لا يترتب عليها حكم فيكون قابضاً للمال بغير إذن فيضمنه، كما لو أتلف مالاً أو غصبه بغير إذن مالكه. وهو حسن.

﴿ وفي إيداعه أو إعارته أو إجارته فيتلف العين نظر ﴾ من تفریطه بتسليمه وقد نهى الله تعالى عنه بقوله: (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم)^(٣) فيكون بمنزلة من ألقى ماله في البحر، ومن عدم تسليطه على الإتلاف؛ لأنَّ المال في هذه المواضع أمانة يجب حفظه، والإتلاف حصل من السفية بغير إذن، فيضمنه كالغصب والحال أنه بالغ عاقل. وهذا هو الأقوى.

﴿ ولا يرتفع الحجر عنه ببلوغه خمساً وعشرين سنة ﴾ إجماعاً منّا؛ لوجود المقتضي للحجر وعدم صلاحية هذا السنّ لرفعه. وتبّه بذلك على خلاف بعض العامة^(٤) حيث زعم أنه متى بلغ خمساً وعشرين سنة يفكّ حجره وإن كان سفهياً.

﴿ ولا يمنع من الحجّ الواجب مطلقاً ﴾ سواء زادت نفقته عن نفقة الحضر

(١) وهو للشيخ في المبسوط ٢ : ٢٨٥، والمحقق في الشرائع ٢ : ١٠٢، والعلامة في القواعد ٢ : ١٣٨، والمحقق الثاني في جامع المقاصد ٥ : ١٩٧، وغيرهم.

(٢) الظاهر من العبارة أن القائل بهذا التفصيل مقابل للقولين الأولين، وليس كذلك، بل يمكن أن يكون القائل بالقول الثاني مفصلاً هنا. وقد أشار إلى هذا السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٥ : ٢٧٨ بقوله: وقد جعله في الروضة قولاً ثالثاً مقابلاً للقولين الأولين وليس كذلك، بل لم يخالف فيه أحد منّا ولا من العامة.

(٣) النساء : ٥.

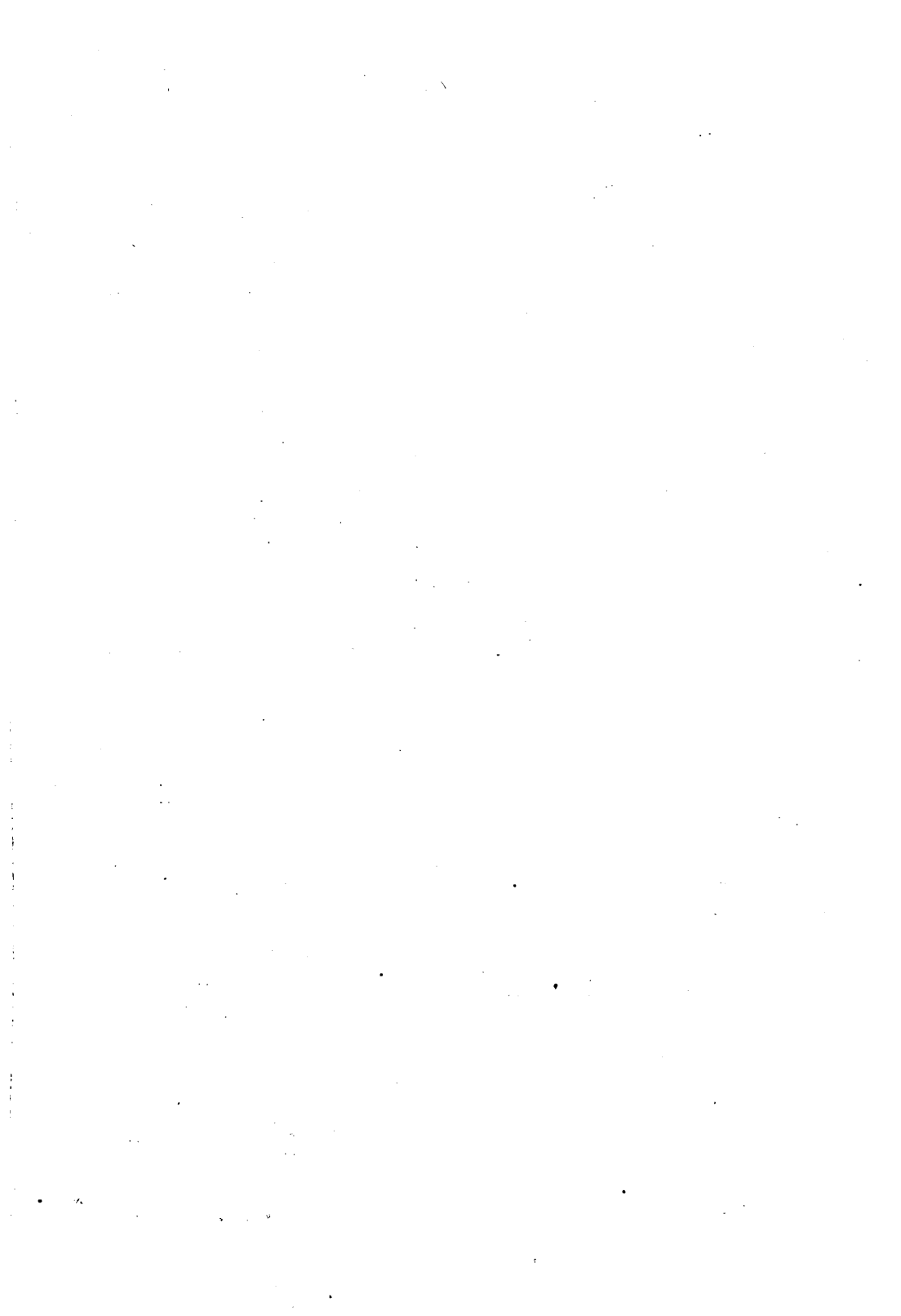
(٤) وهو أبو حنيفة كما في بداية المجتهد ٢ : ٢٧٩، والفتاوى الهندية ٥ : ٥٦.

أم لا، وسواء وجب بالأصل أم بالعارض - كالمندور قبل السفه - لتعيّنه عليه. ولكن لا يسلم النفقة، بل يتولّاها الوليّ أو وكيله ﴿ ولا من ﴾ الحجّ ﴿ المندوب إذا* استوت نفقته ﴾ حضراً وسفراً. وفي حكم استواء النفقة ما لو تمكّن في السفر من كسب يجبر الزائد بحيث لا يمكن فعله في الحضر.

﴿ وتنعقد يمينه ﴾ لو حلف ﴿ ويكفر بالصوم ﴾ لو حنث؛ لمنعه من التصرف المالي. ومثله العهد والنذر، وإنّما ينعقد ذلك حيث لا يكون متعلّقه المال. ويمكن الحكم بالصحة، فلو حلف أو نذر أن يتصدّق بمال لم ينعقد نذره؛ لأنّه تصرف مالي.

هذا مع تعيّنه، أمّا لو كان مطلقاً لم يبعد أن يراعى في إنفاذه الرشد. ﴿ وله العفو عن القصاص ﴾ لأنّه ليس بماليّ ﴿ لا الدية ﴾ لأنّه تصرف ماليّ، وله الصلح عن القصاص على مال، لكن لا يسلم إليه.

کتاب الضمان



﴿ كتاب الضمان ﴾

والمراد به الضمان بالمعنى الأخصّ قسيم الحوالة والكفالة، لا الأعمّ الشامل لهما ﴿ وهو التعهّد بالمال ﴾ أي الالتزام به ﴿ من البريء ﴾ من مال مماثل لما ضمنه للمضمون عنه. وبقيد «المال» خرجت الكفالة فإنّها تعهّد بالنفس، وب«البريء» الحوالة بناءً على اشتراطها بشغل ذمّة المحال عليه للمحيل بما أحال به.

﴿ ويشترط كماله ﴾ أي كمال الضامن المدلول عليه بالمصدر^(١) أو اسم الفاعل^(٢) أو المقام ﴿ وحرّيته ﴾ فلا يصحّ ضمان العبد في المشهور؛ لأنّه لا يقدر على شيء. وقيل: يصحّ ويتبع به بعد العتق^(٣) ﴿ إلا أن يأذن المولى فيثبت ﴾ المال ﴿ في ذمّة العبد ﴾ لا في مال المولى؛ لأنّ إطلاق الضمان أعمّ من كلّ منهما، فلا يدلّ على الخاصّ. وقيل: يتعلّق

(١) يعني «الضمان» في قوله: كتاب الضمان.

(٢) يعني «البريء» في كلام الماتن.

(٣) قاله العلامة في المختلف ٥ : ٤٦٨.

بكسبه^(١) حملاً على المعهود من الضمان الذي يستعقب الأداء. وربما قيل بتعلقه بمال المولى مطلقاً، كما لو أمره بالاستدانة^(٢) وهو متّجه. ﴿إِلَّا أَنْ يَشْتَرَطَ﴾ كونه ﴿مِنْ مَالِ الْمَوْلَى﴾ فيلزم بحسب ما شرط ويكون حينئذٍ كالوكيل. ولو شرطه من كسبه فهو كما لو شرط من مال المولى؛ لأنّه من جملته. ثمّ إن وفي الكسب بالحقّ المضمون، وإلّا ضاع ما قصر. ولو أُعتق العبد قبل إمكان تجدد شيء من الكسب ففي بطلان الضمان أو بقاء التعلّق به وجهان.

﴿وَلَا يَشْتَرَطُ عِلْمُهُ بِالْمُسْتَحَقِّ﴾ للمال المضمون وهو المضمون له بنسبه ووصفه؛ لأن الغرض إيفاؤه^(٣) الدين، وهو لا يتوقّف على ذلك. وكذا لا يشترط معرفة قدر الحقّ المضمون. ولم يذكره المصنّف، ويمكن إرادته من العبارة بجعل المستحقّ مبنياً للمجهول^(٤) فلو ضمن ما في ذمّته صحّ على أصحّ القولين^(٥)

(١) لم نعر على القائل كما اعترف به السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٥ : ٣٥٩، نعم نقله الشيخ في المبسوط ٢ : ٣٣٥ بلفظ « قيل » وجعله العلامة في القواعد ٢ : ١٥٦، احتمالاً، ومثله المحقّق الثاني في جامع المقاصد ٥ : ٣١٣، ونقله العلامة في التذكرة (الحجرية) ٢ : ٨٧ عن بعض العامة.

(٢) قاله الإسكافي على ما نقل عنه العلامة في المختلف ٥ : ٤٦٨.

(٣) في (ع) : إيفاء.

(٤) في (ش) و (ر) : للمفعول.

(٥) وهو للشيخ المفيد في المقنعة : ٨١٥، والشيخ في النهاية : ٣١٥، والسيد ابن زهرة في الغنية : ٢٦٠، والمحقّق في الشرائع ٢ : ١٠٩، وغيرهم. والقول الآخر أنّه لا يصحّ؛ لأنّه مجهول فيلزم الغرر وهو للشيخ في المبسوط ٢ : ٣٣٥، والخلاف ٣ : ٣١٩، المسألة ١٣، وابن إدريس في السرائر ٢ : ٧٢.

للأصل، وإطلاق النصّ^(١) ولأنّ^(٢) الضمان لا ينافيه الغرر؛ لأنّه ليس معاوضة، لجوازه من المتبرّع. هذا إذا أمكن العلم به بعد ذلك كالمثال، فلو لم يمكن ك«ضمنت لك شيئاً ممّا في ذمّته» لم يصحّ قطعاً، وعلى تقدير الصحّة يلزمه ما تقوم به البيّنة أن^(٣) كان لازماً للمضمون عنه وقت الضمان، لا ما يتجدّد، أو يوجد في دفتر، أو يقرّ به المضمون عنه، أو يحلف عليه المضمون له بردّ اليمين من المضمون عنه؛ لعدم دخول الأوّل في الضمان، وعدم ثبوت الثاني، وعدم نفوذ الإقرار في الثالث على الغير، وكون الخصومة حينئذٍ مع الضامن والمضمون عنه^(٤) فلا يلزمه ما يثبت بمنازعة غيره - كما لا يثبت ما يقرّ به - في الرابع.

نعم، لو كان الحلف بردّ الضامن ثبت ما حلف عليه.

﴿ و ﴾ كذا ﴿ لا ﴾ يشترط علمه بـ ﴿ الغريم ﴾ وهو المضمون عنه؛ لأنّه وفاء دين عنه، وهو جائز عن كلّ مديون. ويمكن أن يريد به الأعمّ منه ومن المضمون له، ويريد بالعلم به الإحاطة بمعرفة حاله من نسب أو وصفٍ بسهولة الاقتضاء وما شاكله؛ لأنّ الغرض إيفاؤه الدين، وذلك لا يتوقّف على معرفته كذلك ﴿ بل تميّزهما ﴾^(٥) أي المستحقّ والغريم، ليتمكن توجّه القصد إليهما. أمّا

(١) أنظر الوسائل ١٣ : ١٥١، الباب ٣ من أبواب الضمان، الحديث الأوّل، و ١٥٣، الباب ٥ من الأبواب، الحديث الأوّل، و ٩٢، الباب ٩ من أبواب الدين، الحديث ٥. والمستدرك ١٣ : ٤٣٥، الباب الأوّل من أبواب الضمان، الحديث ٢.

(٢) في (ع) و (ش) : وأنّ.

(٣) في (ر) : أنّه.

(٤) كذا في النسخ، ولعلّ الأنسب : المضمون له. راجع هامش (ر).

(٥) يعني يشترط تميّزهما.

الحقّ فليمكن أدائه، وأمّا المضمون له فليمكن إيفاؤه، وأمّا المضمون عنه فليمكن القصد إليه.

ويشكل بأنّ المعبر القصد إلى الضمان، وهو التزام المال الذي يذكره المضمون له، وذلك غير متوقّف على معرفة من عليه الدين، فلو قال شخص: «إني أستحقّ في ذمّة آخر مئة درهم» مثلاً، فقال آخر: «ضمنتها لك» كان قاصداً إلى عقد الضمان عمّن كان عليه الدين مطلقاً، ولا دليل على اعتبار العلم بخصوصيته^(١). ولا بدّ له من إيجاب وقبول مخصوصين؛ لأنّه من العقود اللازمة الناقلة للمال من ذمّة المضمون عنه إلى ذمّة الضامن ﴿والإيجاب ضمنت، وتكفّلت﴾ ويتميّز عن مطلق الكفالة بجعل متعلّقها المال ﴿وتقبّلت، وشبهه﴾ من الألفاظ الدالّة عليه صريحاً ﴿ولو قال مالك عندي، أو عليّ، أو ما عليه عليّ، فليس بصريح﴾ لجواز إرادته أنّ للغريم تحت يده مالاً، أو أنّه قادر على تخليصه، أو أنّ عليه السعي أو المساعدة، ونحوه.

وقيل: إنّ «عليّ» ضمان؛ لاقتضاء «عليّ» الالتزام، ومثله «في ذمّتي»^(٢). وهو متّجه. أمّا «ضمانه عليّ» فكافٍ؛ لانتهاء الاحتمال مع تصريحه بالمال. ﴿فيقبل المستحقّ﴾ وهو المضمون له ﴿وقيل: يكفي رضاه﴾ بالضمان وإن لم يصرّح بالقبول^(٣) لأنّ حقّه يتحوّل من ذمّة إلى أخرى، والناس يختلفون في حسن المعاملة وسهولة القضاء، فلا بدّ من رضاه به. ولكن لا يعتبر القبول، للأصل؛ لأنّه وفاء دين.

(١) في (ف) و(ر): بخصوصه.

(٢) قاله العلامة في التذكرة (الحجريّة) ٢: ٨٥ ولكن ليس فيه «في ذمّتي» ولم نعره عليه.

(٣) لم نعره على القائل بتأ، نعم ذهب فخر المحقّقين في الإيضاح ٢: ٨٤ إلى أنّ الأولى عدم اشتراط القبول.

والأقوى الأول؛ لأنه عقد لازم فلا بد له من إيجاب وقبول لفظيين^(١) صريحين متطابقين عربيين، فعلى ما اختاره من اشتراطه يعتبر فيه ما يعتبر في العقود اللازمة. وعلى القول الآخر ﴿ فلا يشترط فورية القبول ﴾ للأصل وحصول الغرض.

وقيل: لا يشترط رضاه مطلقاً^(٢) لما روي من ضمان علي عليه الصلاة والسلام دين الميت الذي امتنع النبي ﷺ من الصلاة عليه؛ لمكان دينه^(٣). ﴿ ولا عبرة بالغريم ﴾ وهو المضمون عنه؛ لما ذكرناه من أنه وفاء عنه، وهو غير متوقف على إذنه ﴿ نعم لا يرجع عليه مع عدم إذنه ﴾ في الضمان وإن أذن في الأداء؛ لأنه متبرّع. والضمان هو الناقل للمال من الذمة ﴿ ولو أذن ﴾ له في الضمان ﴿ رجع ﴾ عليه ﴿ بأقلّ الأمرين مما أدّاه، ومن الحقّ ﴾ فإن أدّى أزيد منه كان متبرّعاً بالزائد، وإن أدّى أقلّ لم يرجع بغيره، سواء أسقط الزائد عنه بصلح أم إبراء. ولو وهبه بعد ما أدّى الجميع البعض أو الجميع جاز رجوعه به. ولو أدّى عرضاً رجع بأقلّ الأمرين من قيمته ومن الحقّ، سواء رضي المضمون له به عن الحقّ من غير عقد، أو بصلح.

﴿ ويشترط فيه ﴾ أي في الضامن ﴿ الملاءة ﴾ بأن يكون مالكا لما يوفي به الحقّ المضمون فاضلاً عن المستثنيات في وفاء الدين ﴿ أو علم المستحقّ بإعساره ﴾ حين الضمان، فلو لم يعلم به حتى ضمن تخير المضمون له في الفسخ. وإنما تعتبر الملاءة في الابتداء، لا الاستدامة، فلو تجدد إعساره بعد الضمان

(١) في (ع) التي قبلت بالأصل: لفظين.

(٢) قاله الشيخ في الخلاف ٣: ٣١٣، المسألة ٢ من كتاب الضمان.

(٣) أنظر الوسائل ١٣: ١٥١، الباب ٢ من أبواب الضمان، الحديث ٢، وسنن النسائي ٤: ٦٥،

لم يكن له الفسخ، لتحقق الشرط حالته. وكما لا يقدر تجدد إعساره فكذا تعذر الاستيفاء منه بوجه آخر.

﴿ ويجوز الضمان حالاً ومؤجلاً، عن حالٍ ومؤجلٍ ﴾ سواء تساوى المؤجلان في الأجل أم تفاوتتا؛ للأصل.

ثم إن كان الدين حالاً رجع مع الأداء مطلقاً، وإن كان مؤجلاً فلا رجوع عليه إلا بعد حلوله وأدائه مطلقاً.

﴿ والمال المضمون : ما جاز أخذ الرهن عليه ﴾ وهو المال الثابت في الذمة وإن كان متزلزلاً ﴿ ولو ضمن للمشتري عهدة الثمن ﴾ أي دركه على تقدير الاحتياج إلى رده ﴿ لزمه ﴾ ضمانه ﴿ في كلّ موضع يبطل فيه البيع من رأس كالأستحقاق ﴾ للمبيع المعين ولم يجز المالك البيع، أو أجازته ولم يجز قبض البائع الثمن. ومثله تبين خلل في البيع اقتضى فساده من رأس، كتخلف شرط أو اقتران شرط فاسد، لا ما تجدد فيه البطلان كالفسخ بالتقاييل والمجلس والحيوان والشرط وتلف المبيع قبل القبض؛ لعدم اشتغال ذمة المضمون عنه حين الضمان على تقدير طروء الانفساخ. بخلاف الباطل من أصله ولو في نفس الأمر.

﴿ ولو ضمن له ﴾ أي للمشتري ضامن عن البائع ﴿ درك ما يحدثه ﴾ المشتري في الأرض ﴿ من بناءٍ أو غرس ﴾ على تقدير ظهورها مستحقة لغير البائع وقلعه لها أو أخذه أجرة الأرض ﴿ فالأقوى جوازه ﴾ لوجود سبب الضمان حالة العقد، وهو كون الأرض مستحقة للغير.

وقيل : لا يصحّ الضمان هنا؛ لأنّه ضمان ما لم يجب^(١) لعدم استحقاق

المشتري الأرض على البائع حينئذٍ، وإنما استحقّه بعد القلع

(١) قاله المحقق في الشرائع ٢ : ١١١، والعلامة في القواعد ٢ : ١٦٠.

وقيل : إنّما يصحّ هذا الضمان من البائع ؛ لأنّه ثابت عليه بنفس العقد^(١) وإن لم يضمن ، فيكون ضمانه تأكيداً .

وهو ضعيف ؛ لأنّه لا يلزم من ضمانه لكونه بائعاً مسلطاً على الانتفاع مجاناً ضمانه بعقده مع عدم اجتماع شرائطه التي من جملتها كونه ثابتاً حال الضمان .

وتظهر الفائدة فيما لو أسقط المشتري عنه حقّ الرجوع بسبب البيع ، فيبقى له الرجوع بسبب الضمان لو قلنا بصحّته ، كما لو كان له خياران فأسقط أحدهما .

ونظير ضمان غير البائع درك الغرس ضمانه عهدة المبيع لو ظهر معيباً فيطالب المشتري بالأرش ؛ لأنّه جزء من الثمن ثابت وقت الضمان . ووجه العدم هنا أنّ الاستحقاق له إنّما حصل بعد العلم بالعيب واختيار أخذ الأرش ، والموجود من العيب حالة العقد ما كان يلزمه تعيّن الأرش ، بل التخيير بينه وبين الردّ ، فلم يتعيّن الأرش إلاّ بعد الضمان .

والحقّ أنّه أحد الفردين الثابتين تخييراً حالة البيع ، فيوصف بالثبوت قبل اختياره ، كأفراد الواجب المخيّر .

﴿ ولو أنكر المستحقّ القبض ﴾ من الضامن ﴿ فشهد عليه الغريم ﴾ وهو المضمون عنه ﴿ قبل ﴾ لأنّه إن كان أمراً بالضمان فشهادته عليه شهادة على نفسه باستحقاق الرجوع عليه وشهادة لغيره فتسمع . وإن كان الضامن متبرّعاً عنه فهو أجنبّي فلا مانع من قبولها ؛ لبراءته من الدين أدّى أم لم يؤدّ . لكن إنّما تقبل ﴿ مع عدم التهمة ﴾ بأن تفيده الشهادة فائدة زائدة على ما يغرمه لو لم يثبت الأداء ، فتردّ ، وللتهمة صور :

منها : أن يكون الضامن معسراً ولم يعلم المضمون له بإعساره ، فإنّ له

(١) قاله المحقّق في الشرائع ٢ : ١١١ .

الفسخ حيث لا يثبت الأداء، ويرجع على المضمون عنه فيدفع بشهادته عود الحق إلى ذمته.

ومنها: أن يكون الضامن قد تجدد عليه الحجر للفلس، وللمضمون عنه عليه دين، فإنه يوقر بشهادته مال المفلس فيزداد ما يضرب به.

ولا فرق في هاتين بين كون الضامن متبرعاً وبسؤال؛ لأنّ فسخ الضمان يوجب العود على المديون على التقديرين، ومع الإفلاس ظاهر.

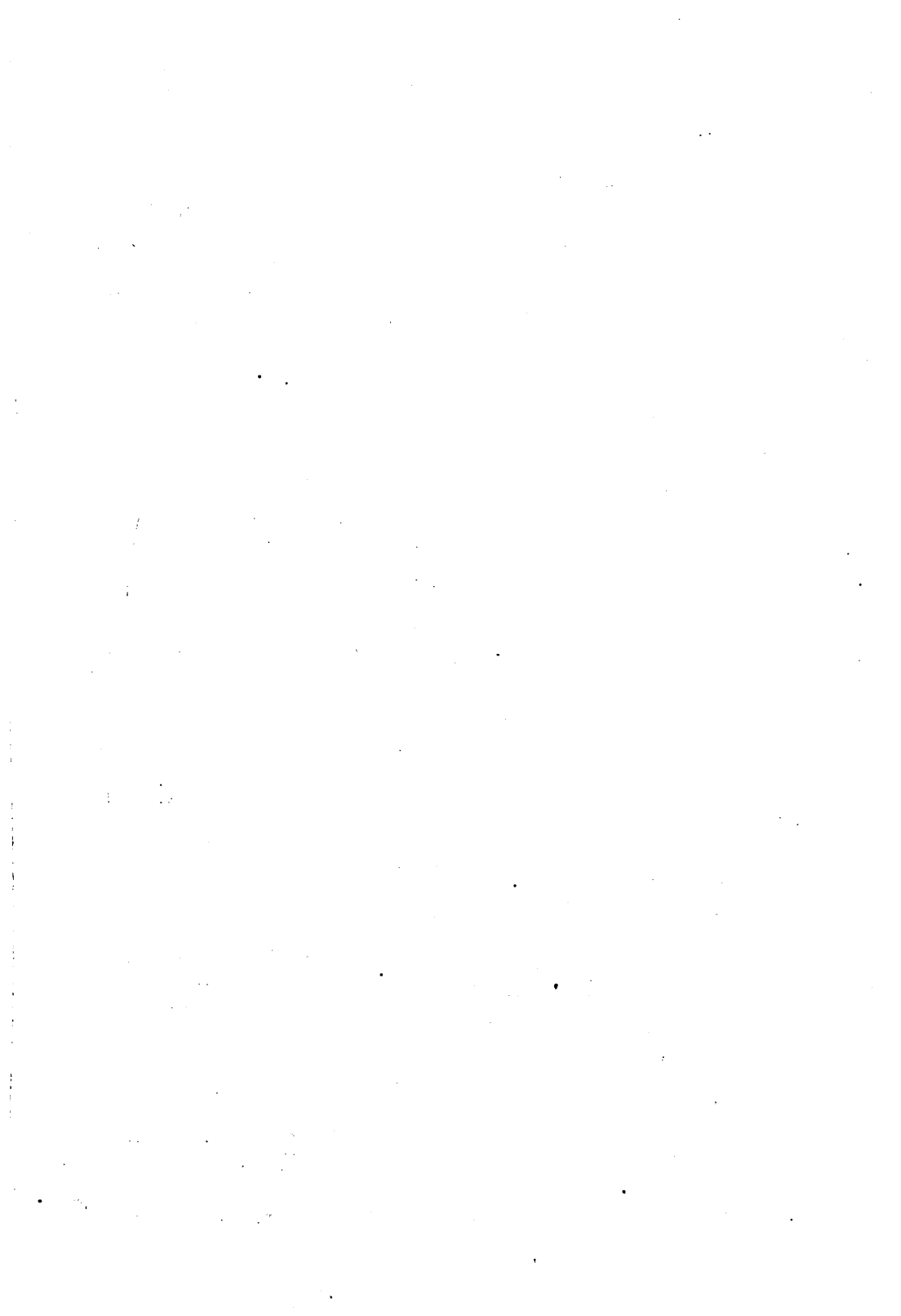
وجعل بعضهم^(١) من صور التهمة: أن يكون الضامن قد صالح على أقلّ من الحق، فيكون رجوعه على تقدير كونه بسؤال إنما هو بالمدفوع، فتجرّ شهادة المضمون عنه تهمة بتخفيف الدين عنه.

وفيه نظر؛ لأنّه يكفي في سقوط الزائد عن المضمون عنه اعتراف الضامن بذلك، فلا يرجع به وإن لم يثبتته فتدفع التهمة وتقبل الشهادة كما تبه عليه المصنّف بقوله: ﴿ ومع عدم قبول قوله ﴾ للتهمة أو لعدم العدالة ﴿ لو غرم الضامن رجوع ﴾ على المضمون عنه ﴿ في موضع الرجوع ﴾ وهو ما لو كان ضامناً بإذنه ﴿ بما أدّاه أولاً ﴾ لتصادقهما على كونه هو المستحقّ في ذمّة المضمون عنه واعترافه بأنّ المضمون له ظالم بالأخذ ثانياً. هذا مع مساواة الأوّل للحقّ أو قصوره، وإلاّ رجع عليه بأقلّ الأمرين منه ومن الحقّ؛ لأنّه لا يستحقّ الرجوع بالزائد عليه.

ومثله ما لو صدّقه على الدفع وإن لم يشهد، ويمكن دخوله في عدم قبول قوله. ﴿ ولو لم يصدّقه على الدفع ﴾ الذي ادّعاه ﴿ رجوع ﴾ عليه ﴿ بالأقلّ ﴾ ممّا ادّعى أدّاه أولاً وأدّاه أخيراً؛ لأنّ الأقلّ إن كان هو الأوّل فهو يعترف بأنّه لا يستحقّ سواه وأنّ المضمون له ظلمه في الثاني، وإن كان الثاني فلم يثبت ظاهراً سواه، وعلى ما بيّناه يرجع بالأقلّ منهما ومن الحقّ.

(١) أنظر جامع المقاصد ٥ : ٣٥٠، والمهذب البارع ٢ : ٥٢٣.

كتاب الحوائج



﴿ كتاب الحوالة ﴾

﴿ وهي التعهّد بالمال من المشغول بمثله ﴾ للمحيل . هذا هو القدر المتفق عليه من الحوالة، وإلاّ فالأقوى جوازها على البريء؛ للأصل لكنّه يكون أشبه بالضمان؛ لاقتضائه نقل المال من ذمّة مشغولة إلى ذمّة بريئة، فكانّ المحال عليه بقبوله لها ضامن لدين المحتال على المحيل، ولكنها لا تخرج بهذا الشبه عن أصل الحوالة، فتلحقها أحكامها .

﴿ ويشترط فيها رضی الثلاثة ﴾ أمّا رضی المحيل والمحتال فموضع وفاق، ولأنّ من عليه الحقّ مخيّر في جهات القضاء من ماله، ودينه المحال به من جملتها. والمحتال حقّه ثابت في ذمّة المحيل فلا يلزمه نقله إلى ذمّة أخرى بغير رضاه. وأمّا المحال عليه فاشترط رضاه هو المشهور؛ ولأنّه أحد أركان الحوالة، ولاختلاف الناس في الاقتضاء سهولةً وصعوبةً .

وفيه نظر؛ لأنّ المحيل قد أقام المحتال مقام نفسه في القبض بالحوالة، فلا وجه للافتقار إلى رضی مَنْ عليه الحقّ، كما لو وكلّه في القبض منه . واختلاف الناس في الاقتضاء لا يمنع من مطالبة المستحقّ ومن نصبه خصوصاً مع اتّفاق الحقّين جنساً ووصفاً، فعدم اعتباره أقوى .

نعم، لو كانا مختلفين وكان الغرض استيفاء مثل حقّ المحتال توجّه اعتبار

رضى المحال عليه؛ لأنّ ذلك بمنزلة المعاوضة الجديدة فلا بدّ من رضى المتعاضين، ولو رضى المحتال بأخذ جنس ما على المحال عليه زال المحذور أيضاً. وعلى تقدير اعتبار رضاه ليس هو على حدّ رضاهما؛ لأنّ الحوالة عقد لازم لا يتمّ إلاّ بإيجاب وقبول، فالإيجاب من المحيل والقبول من المحتال. ويعتبر فيهما ما يعتبر في غيرهما: من اللفظ العربي، والمطابقة، وغيرهما. وأما رضى المحال عليه فيكفي كيف اتّفق، متقدّماً ومتأخراً ومقارناً. ولو جوّزنا الحوالة على البريء اعتبر رضاه قطعاً.

ويُستثنى من اعتبار رضى المحيل ما لو تبرّع المحال عليه بالوفاء، فلا يعتبر رضى المحيل قطعاً؛ لأنّه وفاء دينه بغير إذنه. والعبارة عنه حينئذٍ أن يقول المحال عليه للمحتال: «أحلتك بالدين الذي لك على فلان على نفسي» فيقبل، فيقومان بركن العقد.

وحيث تتمّ الحوالة تلزم ﴿ فيتحوّل فيها المال ﴾ من ذمّة المحيل إلى ذمّة المحال عليه ﴿ كالضمان ﴾ عندنا، ويبرأ المحيل من حقّ المحتال بمجردّها وإن لم يُبرئه المحتال؛ لدلالة التحوّل عليه في المشهور.

﴿ ولا يجب ﴾ على المحتال ﴿ قبولها على الملىء ﴾ لأنّ الواجب أداء الدين، والحوالة ليست أداءً وإنما هي نقل له من ذمّة إلى أخرى فلا يجب قبولها عندنا. وما ورد من الأمر بقبولها على الملىء^(١) على تقدير صحّته محمول على الاستحباب.

﴿ ولو ظهر إعساره ﴾ حال الحوالة بعدها ﴿ فسخ المحتال ﴾ إن شاء، سواء شرط يساره أم لا، وسواء تجدد له اليسار قبل الفسخ أم لا وإن زال الضرر،

(١) أنظر سنن الكبرى ٦ : ٧٠، وكنز العمال ٥ : ٥٧٥، الرقم ١٤٠١٥.

عملاً بالاستصحاب. ولو انعكس بأن كان مؤسراً حالتها فتجدد إعساره فلا خيار؛ لوجود الشرط.

﴿ ويصحّ ترامي الحوالة ﴾ بأن يحيل المحال عليه المحتال على آخر ثمّ يحيل الآخر محتاله على ثالث، وهكذا... ويبرأ المحال عليه في كلّ مرتبة كالأوّل ﴿ ودورها ﴾ بأن يحيل المحال عليه في بعض المراتب على المحيل الأوّل. وفي صورتين المحتال متّحد، وإنّما تعدّد المحال عليه.

﴿ وكذا الضمان ﴾ يصحّ تراميه بأن يضمن الضامن آخر ثم يضمن الآخر ثالث، وهكذا... ودوره بأن يضمن المضمون عنه الضامن في بعض المراتب.

ومنعه الشيخ رحمته الله؛ لاستلزامه جعل الفرع أصلاً، ولعدم الفائدة^(١) ويضعّف بأنّ الاختلاف فيهما غير مانع، وقد تظهر الفائدة في ضمان الحال مؤجّلاً وبالعكس، وفي الضمان بإذنٍ وعدمه. فكلّ ضامن يرجع مع الإذن على مضمونه، لا على الأصيل. وإنّما يرجع عليه الضامن الأوّل إن ضمن بإذنه.

وأما الكفالة فيصحّ تراميها، دون دورها؛ لأنّ حضور المكفول الأوّل يبطل ما تأخر منها.

﴿ وكذا تصحّ الحوالة بغير جنس الحقّ ﴾ الذي للمحتال على المحيل، بأن يكون له عليه دراهم فيحيله على آخر بدنانير، سواء جعلنا الحوالة استيفاءً أم اعتياضاً؛ لأنّ إيفاء الدين بغير جنسه جائز مع التراضي، وكذا المعاوضة على الدراهم بالدنانير.

ولو انعكس فأحاله بحقه على من عليه مخالف صحّ أيضاً بناءً على اشتراط رضی المحال عليه، سواء جعلناها استيفاءً أم اعتياضاً بتقريب التقرير. ولا يعتبر

التقايض في المجلس حيث تكون صرفاً؛ لأنّ المعاوضة على هذا الوجه ليست بيعاً. ولو لم يعتبر رضى المحال عليه صحّ الأوّل دون الثاني؛ إذ لا يجب على المديون الأداء من غير جنس ما عليه.

وخالف الشيخ رحمته الله^(١) وجماعة^(٢) فيهما، فاشتروا تساوى المال المحال به وعليه جنساً ووصفاً، استناداً إلى أنّ الحوالة تحويل ما في ذمّة المحيل إلى ذمّة المحال عليه، فإذا كان على المحيل دراهم مثلاً وله على المحال دنانير، كيف يصير حقّ المحتال على المحال عليه دراهم ولم يقع عقد يوجب ذلك؟ لأنّنا إن جعلناها استيفاءً كان المحتال بمنزلة من استوفى دينه وأقرضه المحال عليه، وحقّه الدراهم لا الدنانير. وإن كانت معاوضة فليست على حقيقة المعاوضات التي يقصد بها تحصيل ما ليس بحاصل من جنس مال، أو زيادة قدر أو صفة، وإنّما هي معاوضة إرفاق ومسامحة للحاجة، فاعتبر فيها التجانس والتساوي. وجوابه يظهر ممّا ذكرناه.

﴿ و ﴾ كذا تصحّ ﴿ الحوالة بدين عليه لو اُحد على دين للمحيل على اثنين متكافلين ﴾ أي قد ضمن كلّ منهما ما في ذمّة صاحبه دفعة واحدة أو متلاحقين مع إرادة الثاني ضمان ما في ذمّة الأوّل في الأصل، لا مطلقاً؛ لئلا يصير المآلان في ذمّة الثاني. ووجه جواز الحوالة عليهما ظاهر؛ لوجود مقتضى للصحة وانتفاء المانع؛ إذ ليس إلاّ كونهما متكافلين، وذلك لا يصلح مانعاً. وتبّه بذلك على خلاف الشيخ رحمته الله حيث منع منه، محتجاً باستلزامها زيادة الارتفاق، وهو ممتنع في

(١) المبسوط ٢: ٣١٢.

(٢) منهم ابن حمزة في الوسيلة: ٢٨٢، والسيد ابن زهرة في الغنية: ٢٥٨، والعلامة في

التذكرة (الحجرية) ٢: ١٠٨.

الحوالة^(١) لوجوب موافقة الحقّ المحال به للمحال عليه من غير زيادة ولا نقصان قدرأً ووصفاً.

وهذا التعليل إنّما يتوجّه على مذهب من يجعل الضمان ضمّ ذمّة إلى ذمّة^(٢) فيتخيّر حينئذٍ في مطالبة كلّ منهما بمجموع الحقّ. أما على مذهب أصحابنا من أنّه ناقل للمال من ذمّة المحيل إلى ذمّة المحال عليه فلا ارتفاق، بل غايته انتقال ما على كلّ منهما إلى ذمّة صاحبه، فيبقى الأمر كما كان. ومع تسليمه لا يصلح للمانعيّة؛ لأنّ مطلق الارتفاق بها غير مانع إجماعاً، كما لو أحاله على أملى منه وأحسن وفاءً.

﴿ ولو أدّى المحال عليه فطلب* الرجوع ﴾ بما أذاه على المحيل
 ﴿ لاإنكاره الدين ﴾ وزعمه أنّ الحوالة على البريء بناءً على جواز الحوالة عليه
 ﴿ وادّعاء المحيل، تعارض الأصل ﴾ وهو براءة ذمّة المحال عليه من دين
 المحيل ﴿ والظاهر ﴾ وهو كونه مشغول الذمّة؛ إذ الظاهر أنّه لو لا اشتغال ذمّته
 لما أحيل عليه ﴿ والأوّل ﴾ وهو الأصل ﴿ أرجح ﴾ من الثاني حيث يتعارضان
 غالباً، وإنّما يتخلّف في مواضع نادرة ﴿ فيحلف ﴾ المحال عليه على أنّه بريء
 من دين المحيل ﴿ ويرجع ﴾ عليه بما غرم ﴿ سواء كان ﴾ العقد الواقع بينهما
 ﴿ بلفظ الحوالة أو الضمان ﴾ لأنّ الحوالة على البريء أشبه بالضمان، فتصحّ
 بلفظه، وأيضاً فهو يطلق على ما يشملهما^(٣) بالمعنى الأعمّ، فيصحّ التعبير به عنها.

(١) المبسوط ٢ : ٣١٨.

(٢) وهو مذهب أكثرالعامة كما في المسالك ٤ : ١٧١، وانظر المغني لابن قدامة ٤ : ٥٩٠.

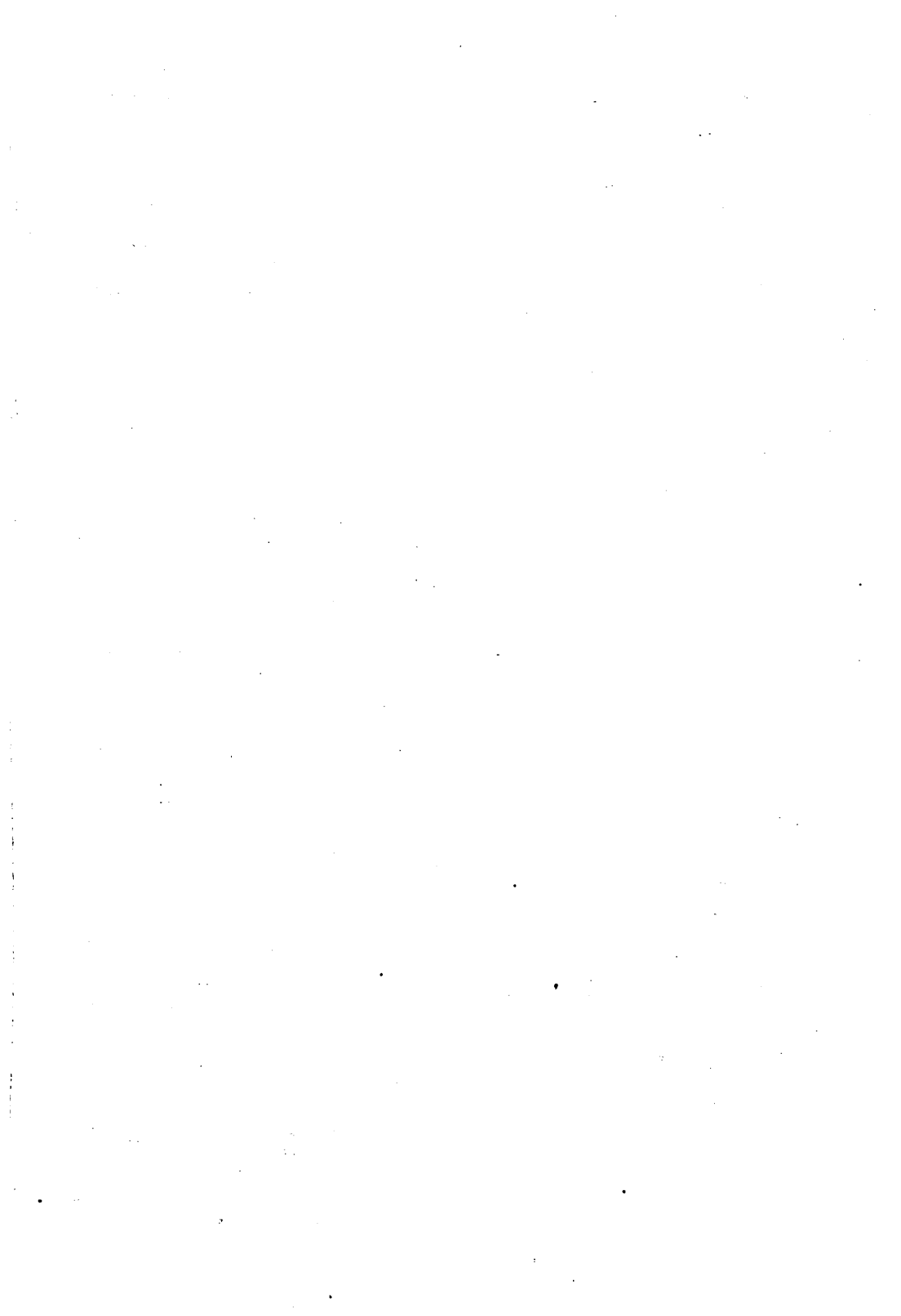
والمجموع ١٣ : ١٣٩.

(*) في (ق) و (س) : وطلب.

(٣) في (ف) يشملها.

ويحتمل الفرق بين الصيغتين، فيقبل مع التعبير بالضمان دون الحوالة، عملاً بالظاهر. ولو اشترطنا في الحوالة اشتغال ذمّة المحال عليه بمثل الحقّ تعارض أصل الصحّة والبراءة فيتساقطان، ويبقى مع المحال عليه أداء دين المحيل بإذنه فيرجع عليه. ولا يمنع وقوع الإذن في ضمن الحوالة الباطلة المقتضي بطلانها لبطلان تابعها؛ لا تفاقهما على الإذن، وإنما اختلفا في أمر آخر، فإذا لم يثبت يبقى ما اتفقا عليه من الإذن في الوفاء المقتضي للرجوع. ويحتمل عدم الرجوع ترجيحاً للصحّة المستلزمة لشغل الذمّة.

كتاب التفسير



﴿ كتاب الكفالة ﴾

﴿ وهي التعهّد بالنفس ﴾ أي التزام إحضار المكفول متى طلبه المكفول له .
وشرطها رضی الكفيل والمكفول له ، دون المكفول ؛ لوجوب الحضور عليه
متى طلبه صاحب الحقّ ولو بالدعوى ، بنفسه أو وكيله ، والكفيل بمنزلة الوكيل
حيث يأمره به .

ويفتقر إلى إيجاب وقبول بين الأوّلين صادرين على الوجه المعتبر في العقد
اللازم .

﴿ وتصحّ حالة ومؤجّلة ﴾ أمّا الثاني فموضع وفاق ، وأمّا الأوّل فأصحّ
القولين ^(١) لأنّ الحضور حقّ شرعيّ لا ينافيه الحلول . وقيل : لا تصحّ إلاّ مؤجّلة ^(٢)
﴿ إلى أجل معلوم ﴾ لا يحتمل الزيادة والنقصان كغيره من الآجال المشتركة
﴿ ويبرأ الكفيل بتسليمه ﴾ تسليمًا ﴿ تامًّا ﴾ بأن لا يكون هناك مانع من تسلّمه
كمتغلّب أو حبس ظالم ، وكونه في مكان لا يتمكّن من وضع يده عليه ؛ لقوّة

(١) ذهب إلى ذلك الشيخ في المبسوط ٢ : ٣٣٧ وابن إدريس في السرائر ٢ : ٧٧ والعلامة في
المختلف ٥ : ٤٥٩ .

(٢) قاله المفيد في المقنعة : ٨١٥ والشيخ في النهاية : ٣١٥ وابن حمزة في الوسيلة : ٢٨١ .

المكفول وضعف المكفول له. وفي المكان المعين إن بيناه في العقد، وبلد العقد مع الإطلاق. و ﴿ عند الأجل ﴾ أي بعده إن كانت مؤجلة ﴿ أو في الحلول ﴾ متى شاء إن كانت حالة، ونحو ذلك. فإذا سلّمه كذلك برئ، فإن امتنع سلّمه إلى الحاكم وبرئ أيضاً. فإن لم يمكن أشهد عدلين بإحضاره إلى المكفول له وامتناعه من قبضه^(١).

﴿ ولو امتنع ﴾ الكفيل من تسليمه ألزمه الحاكم به، فإن أبى ﴿ فللمستحق ﴾ طلب ﴿ حبسه ﴾ من الحاكم ﴿ حتى يُحضره، أو يؤدّي ما عليه ﴾ إن أمكن أداءه عنه كالدين. فلو لم يمكن - كالتقصص، والزوجية، والدعوى بمقوبة توجب حداً أو تعزيراً - ألزم بإحضاره حتماً مع الإمكان، وله عقوبته عليه كما في كل ممّتنع من أداء الحقّ مع قدرته عليه. فإن لم يمكنه الإحضار وكان له بدل - كالدية في القتل وإن كان عمداً، ومهر مثل الزوجة - وجب عليه البدل.

وقيل: يتعيّن إلزامه بإحضاره إذا طلبه المستحقّ مطلقاً؛ لعدم انحصار الأغراض في أداء الحقّ^(٢) وهو قويّ.

ثمّ على تقدير كون الحقّ مالاً وأداه الكفيل، فإن كان قد أدّى بإذنه رجع عليه، وكذا إن أدّى بغير إذنه مع كفالته بإذنه وتعذّر إحضاره، وإلا فلا رجوع.

والفرق بين الكفالة والضمان في رجوع من أدّى بالإذن هنا وإن كفل بغير الإذن، بخلاف الضمان: أنّ الكفالة لم تتعلّق بالمال بالذات وحكم الكفيل

(١) في نسخة بدل (ر) زيادة: وكذا يبرأ بتسليم المكفول نفسه تاماً وإن لم يكن من الكفيل على الأقوى، وتسليم غيره له كذلك.

(٢) قاله العلامة في التذكرة (الحجرية) ٢: ١٠٢، وقال المحقّق الثاني في جامع المقاصد

بالنسبة إليه حكم الأجنبي، فإذا أدّاه بإذن المديون فله الرجوع. بخلاف الضامن؛ لانتقال المال إلى ذمته بالضمان، فلا ينفعه بعده الإذن في الأداء؛ لأنّه كإذن البريء للمديون في أداء دينه. وأمّا إذنه في الكفالة إذا تعذّر إحضاره واستثذانه في الأداء فذلك من لوازم الكفالة، والإذن فيها إذن في لوازمها.

﴿ ولو علّق الكفالة ﴾ بشرط متوقّع أو صفة مترقّبة ﴿ بطلت ﴾ الكفالة ﴿ وكذا الضمان والحوالة ﴾ كغيرها من العقود اللازمة ﴿ نعم لو قال : « إن لم أحضره إلى كذا كان عليّ كذا » صحّت الكفالة أبداً ولا يلزمه المال المشروط، ولو قال : « عليّ كذا إن لم أحضره » لزمه ما شرط من المال إن لم يحضره ﴿ على المشهور.

ومستند الحكمين رواية داود بن الحصين عن أبي العباس عن الصادق عليه السلام (١). وفي الفرق بين الصيغتين من حيث التركيب العربي نظر. ولكنّ المصنّف والجماعة (٢) عملوا بمضمون الرواية جامدين على النصّ مع ضعف سنده (٣) وربما تكلف متكلّف (٤) للفرق بما لا يسمن ولا يغني من جوع، وإن أردت الوقوف على

(١) الوسائل ١٣ : ١٥٧، الباب ١٠ من أبواب الضمان، الحديث ٢.

(٢) منهم الشيخ في النهاية : ٣١٥، والمحقّق في الشرائع ٢ : ١١٥، والعلامة في التذكرة (الحجريّة) ٢ : ١٠٢، والقواعد ٢ : ١٦٩، وغيرهما، وأبي العباس في المهذب ٢ : ٥٣٢ وغيرهم ويراجع للتفصيل مفتاح الكرامة ٥ : ٤٣٦.

(٣) جاء في بعض نسخ المسالك عن الشهيد الثاني أنّ الرواية ضعيفة بـداود بن الحصين، راجع المسالك ١٣ : ٣٣٥، الهامش رقم ٢. وقال في موضع آخر (المسالك ٦ : ٢٠) :
إنّه واقفي.

(٤) أنظر جامع المقاصد ٥ : ٣٩٣.

تحقيق الحال فراجع ما حرّراه في ذلك بشرح^(١) الشرائع^(٢) وغيره^(٣).

﴿ وتحصل الكفالة ﴾ أي حكم الكفالة ﴿ بإطلاق الغريم من المستحقّ قهراً ﴾ فيلزمه إحضاره، أو أداء ما عليه إن أمكن، وعلى ما اخترناه^(٤) مع تعذّر إحضاره. لكن هنا حيث يؤخذ منه المال لا رجوع له على الغريم إذا لم يأمره بدفعه؛ إذ لم يحصل من الإطلاق ما يقتضي الرجوع.

﴿ فلو كان ﴾ الغريم ﴿ قاتلاً ﴾ عمداً كان أم شبهه ﴿ لزمه إحضاره، أو الدية ﴾ ولا يقتصّ منه في العمد؛ لأنّه لا يجب على غير المباشر.

ثمّ إن استمرّ القاتل هارباً ذهب المال على المخلّص. وإن تمكّن الوليّ منه في العمد وجب عليه ردّ الدية إلى الغارم وإن لم يقتصّ من القاتل؛ لأنّها وجبت لمكان الحيلولة وقد زالت، وعدم القتل الآن مستند إلى اختيار المستحقّ. ولو كان تخليص الغريم من يد كفيله وتعذّر استيفاء الحقّ - من قصاص أو مال - وأخذ الحقّ من الكفيل، كان له الرجوع على الذي خلّصه، كتخليصه من يد المستحقّ.

﴿ ولو غاب المكفول ﴾ غيباً يُعرف موضعه ﴿ أنظر ﴾ الكفيل بعد مطالبة المكفول له بإحضاره و ﴿ بعد الحلول ﴾ إن كانت مؤجّلة ﴿ بمقدار الذهاب ﴾ إليه ﴿ والإياب ﴾ فإن مضت ولم يُحضره حُبس وألزم ما تقدّم. ولو لم يُعرف موضعه لم يُكفّف إحضاره؛ لعدم إمكانه، ولا شيء عليه؛ لأنّه لم يكفل المال ولم يقصر في الإحضار.

(١) في (ع) : لشرح.

(٢) أنظر المسالك ٤ : ٢٣٩ - ٢٤٥.

(٣) أنظر حاشية الإرشاد المطبوعة مع غاية المراد ٢ : ٢٢٧ - ٢٢٩.

(٤) حيث قوّى ما ذكره بلفظ : وقيل يتعيّن إلزامه ...، راجع الصفحة ٤٢٨.

﴿ وينصرف الإطلاق إلى التسليم في موضع العقد ﴾ لأنه المفهوم عند الإطلاق. ويشكل لو كانا في برّية [أو] (١) بلد غربة قصدتهما مفارقتة سريعاً، لكنّهم لم يذكروا هنا خلافاً كالسلم. والإشكال يندفع بالتعيين.

﴿ ولو عيّن غيره ﴾ أي غير موضع العقد ﴿ لزّم ﴾ ما شرط. وحيث يعيّن أو يطلق ويحضره في غير ما عيّن شرعاً لا يجب تسلّمه وإن انتفى الضرر.

﴿ ولو قال الكفيل: لا حقّ لك ﴾ على المكفول حالة الكفالة فلا يلزمني إحضاره فالقول قول المكفول له؛ لرجوع الدعوى إلى صحّة الكفالة وفسادها، فيقدّم قول مدّعي الصحّة و﴿ حلف المستحقّ ﴾ وهو المكفول له ولزّمه إحضاره. فإن تعذّر لم يثبت الحقّ بحلفه السابق؛ لأنّه لإثبات حقّ يصحّح الكفالة، ويكفي فيه توجّه الدعوى. نعم لو أقام بيّنة بالحقّ وأثبتته عند الحاكم ألزم به كما مرّ (٢) ولا يرجع به على المكفول؛ لاعترافه ببراءة ذمّته، وزعمه بأنّه مظلوم.

﴿ وكذا لو قال ﴾ الكفيل للمكفول له: ﴿ أبرأته ﴾ من الحقّ، أو أفاكّه؛ لأصالة بقاءه.

ثمّ إن حلف المكفول له على بقاء الحقّ برئ من دعوى الكفيل ولزّمه إحضاره، فإن جاء بالمكفول فادّعى البراءة أيضاً لم يُكتفَ باليمين التي حلفها للكفيل؛ لأنّها كانت لإثبات الكفالة، وهذه دعوى أخرى وإن لزمت تلك بالعرض. ﴿ فلو ﴾ لم يحلف و﴿ ردّ اليمين عليه ﴾ أي على الكفيل فحلف ﴿ برئ من الكفالة والمال بحاله ﴾ لا يبرأ المكفول منه؛ لاختلاف الدعويين كما مرّ، ولأنّه لا يبرأ بيمين غيره.

(١) في المخطوطات بدل «أو»: و.

(٢) مرّ في القضاء في الصفحة ٩٠.

نعم لو حلف المكفول اليمينَ المردودة على البراءة برئاً معاً؛ لسقوط الكفالة بسقوط الحقِّ كما لو أدّاه، وكذا لو نكل المكفول له عن يمين المكفول فحلف برئاً معاً.

﴿ ولو تكفّل اثنان بواحد كفى تسليم أحدهما ﴾ إياه تاماً؛ لحصول الغرض، كما لو سلّم نفسه أو سلّمه أجنبيّاً.

وهل يشترط تسليمه عنه وعن شريكه، أم يكفي الإطلاق؟ قولان^(١) أجودهما الثاني، وهو الذي يقتضيه إطلاق العبارة. وكذا القول في تسليم نفسه وتسليم الأجنبيّ له.

وقيل^(٢): لا يبرأ مطلقاً؛ لتغاير الحقيّن. وضعفه ظاهر.

وتظهر الفائدة لو هرب بعد تسليم الأوّل.

﴿ ولو تكفّل بواحد لاثنين فلا بدّ من تسليمه إليهما ﴾ معاً؛ لأنّ العقد للواحد هنا بمنزلة عقدين، كما لو تكفّل لكلّ واحد على انفراده، أو ضمن دينين لشخصين فأدّى دين أحدهما، فإنّه لا يبرأ من دين الآخر. بخلاف السابق، فإنّ الغرض من كفالتهما للواحد إحضاره وقد حصل.

﴿ ويصحّ التعبير ﴾ في عقد الكفالة ﴿ بالبدن والرأس والوجه ﴾ فيقول: «كفّلت لك بدن فلان أو رأسه أو وجهه» لأنّه يعبر بذلك عن الجملة، بل عن الذات

(١) لم نعثر على المشتراط، وأمّا القول بكفاية الإطلاق فقد اختاره في الشرائع ٢: ١١٧،

والقواعد ٢: ١٦٩، والإيضاح ٢: ١٠١.

(٢) قاله الشيخ في المبسوط ٢: ٣٣٩، وابن حمزة في الوسيلة: ٢٨١، والقاضي في جواهر

الفقه ٧٢: المسألة ٢٧٠.

(*) في (ق): التعيين، وكذا في نسخة (ف) من الشرح.

عرفاً، وألحق به الكبد والقلب، وغيرهما من الأجزاء التي لا تبقى الحياة بدونها^(١) والجزء الشائع فيه - ككُلته وربعه - استناداً إلى أنه لا يمكن إحضار المكفول إلا بإحضاره أجمع. وفي غير البدن نظر.

أما الوجه والرأس، فإنهما وإن أُطلقا على الجملة، لكن يطلقان على أنفسهما إطلاقاً شائعاً متعارفاً إن لم يكن أشهر من إطلاقهما على الجملة، وحمل اللفظ المحتمل للمعنيين على الوجه المصحح - مع الشك في حصوله وأصالته البراءة من مقتضى العقد - غير جيد. نعم لو صرح بإرادة الجملة من الجزأين اتجهت الصحة كإرادة أحد معنيي المشترك، كما أنه لو قصد الجزء بعينه فكقصد الجزء الذي لا يمكن الحياة بدونه.

وأما ما لا تبقى الحياة بدونه مع عدم إطلاق اسم الجملة عليه حقيقة، فغايته أن إطلاقه عليها مجاز، وهو غير كافٍ في إثبات الأحكام الشرعية ويلزم مثله في كل جزء من البدن؛ فالمنع في الجميع أوجه، أو إلحاق الرأس والوجه مع قصد الجملة بهما.

﴿ دون اليد والرجل ﴾ وإن قصدتها بهما مجازاً^(٢) لأن المطلوب شرعاً كفالة المجموع باللفظ الصريح الصحيح كغيره من العقود اللازمة. والتعليل بعدم إمكان إحضار الجزء المكفول بدون الجملة - فكان في قوة كفالة الجملة - ضعيف؛ لأن المطلوب لما كان كفالة المجموع لم يكن البعض كافياً في صحته وإن توقّف

(١) في (ر): بدونها.

(٢) فيه نظر واضح؛ إذ ليس كل جزء يصح إطلاق اسمه على الكل مجازاً، كما حقق في محله، وذلك هو المقتضي للفرق بين الأجزاء الثلاثة الأول وبين الآخرين لا كون الأول حقيقةً والآخرين مجازاً، وأي مانع من استعمال المجاز في مثله مع القرينة؟ فتأمل. (منه ﷺ).

إحضاره عليه؛ لأنّ الكلام ليس في مجرد الإحضار، بل على وجه الكفالة الصحيحة، وهو منتفٍ.

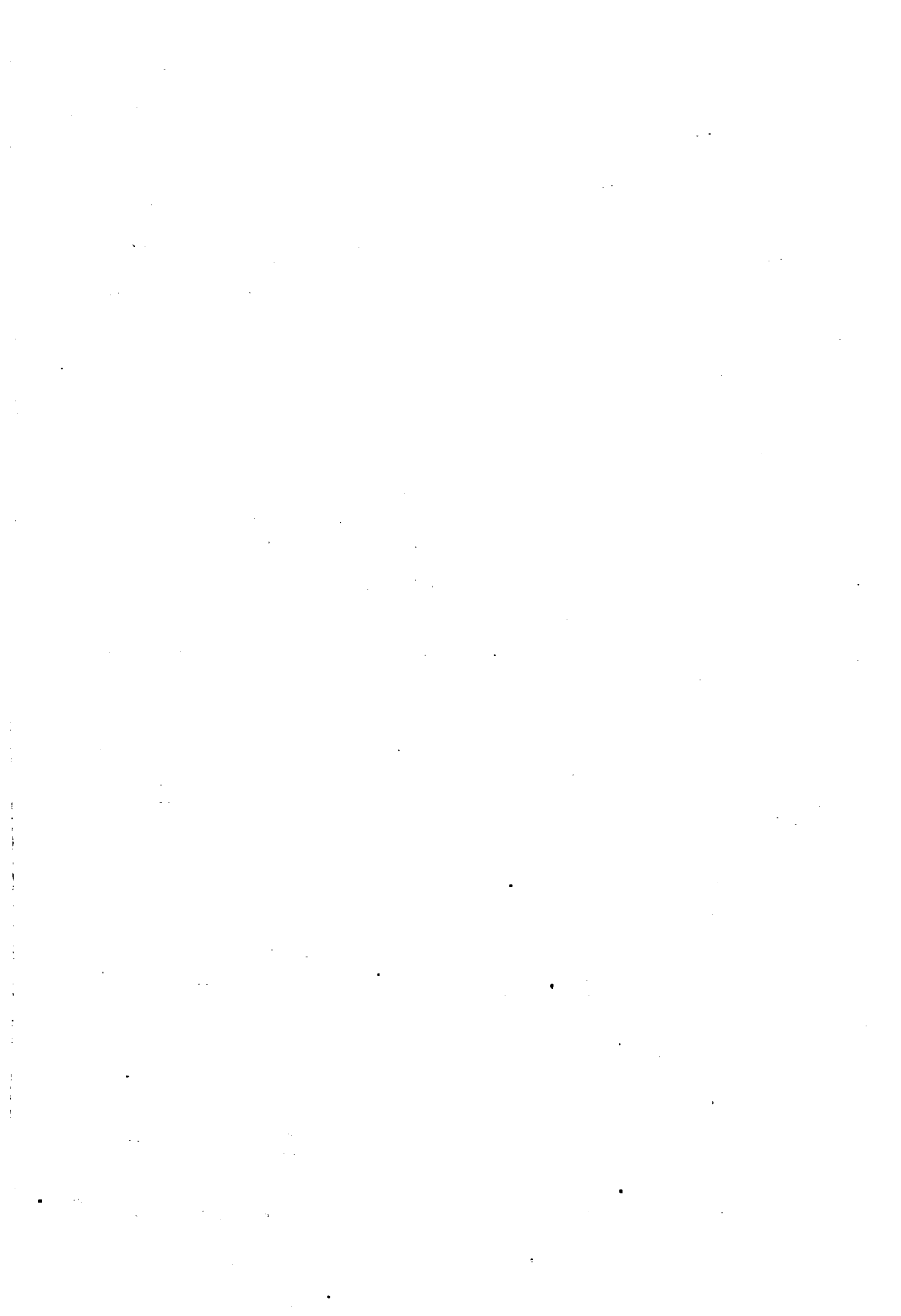
﴿ ولو* مات المكفول ﴾ قبل إحضاره ﴿ بطلت ﴾ الكفالة؛ لفوات متعلّقها وهو النفس، وفوات الغرض لو أُريد البدن. ويمكن الفرق بين التعبير بـ«كفلت فلاناً» و«كفلت بدنه» فيجب إحضاره مع طلبه في الثاني، دون الأوّل، بناءً على ما اختاره المحقّقون من أنّ الإنسان ليس هو الهيكل المحسوس.

ويضعّف بأنّ مثل ذلك منزّل على المتعارف، لا على المحقّق عند الأقلّ، فلا يجب على التقديرين ﴿ إلاّ في الشهادة على عينه^(١) ﴾ ليحكم عليه ﴿ بإتلافه، أو المعاملة ﴾ له إذا كان قد شهد عليه من لا يعرف نسبه، بل شهد على صورته، فيجب إحضاره مبيّناً حيث يمكن الشهادة عليه بأن لا يكون قد تغيّر بحيث لا يعرف. ولا فرق حينئذ بين كونه قد دفن وعدمه؛ لأنّ ذلك مستثنى من تحريم نبشه.

(*) في (ق) و (س) : وإذا.

(١) أي على شخصه.

كتاب الصلح



﴿ كتاب الصلح ﴾

﴿ وهو جائز مع الإقرار والإنكار ﴾ عندنا مع سبق نزاع ولا معه .
ثم إن كان المدعي محققاً استباح ما دفع إليه المنكر صلحاً وإلا فهو حرام باطناً، عيناً كان أم ديناً، حتى لو صالح عن العين بمال فهي بأجمعها حرام، ولا يستثنى له منها مقدار ما دفع من العوض؛ لفساد المعاوضة في نفس الأمر. نعم لو استندت الدعوى إلى قرينة كما لو وجد بخط مورثه أن له حقاً على أحد فأنكر وصالحه على إسقاطها بمال فالمتجه صحة الصلح. ومثله ما لو توجهت الدعوى بالتهمة؛ لأن اليمين حق يصح الصلح على إسقاطه.

﴿ إلا ما أحلّ حراماً، أو حرّم حلالاً ﴾ كذا ورد في الحديث النبوي ﷺ^(١)
وقُسر تحليل الحرام بالصلح على استرقاق حرّ أو استباحة بضع لا سبب لاستباحته غيره، أو ليشرب الخمر، ونحوه. وتحريم الحلال بأن لا يظأ أحدهما حلّيته، أو لا ينتفع بماله، ونحوه. والصلح على مثل هذه باطل ظاهراً وباطناً.
وقُسر بصلح المنكر على بعض المدعى أو منفعتة أو بدله مع كون أحدهما

(١) الوسائل ١٣ : ١٦٤، الباب ٣ من كتاب الصلح، الحديث ٢.

عالمًا ببطلان الدعوى^(١) لكنّه هنا صحيح ظاهراً وإن فسد باطناً، وهو صالح للأمرين معاً؛ لأنّه محلّل للحرام بالنسبة إلى الكاذب، ومحرمّ للحلال بالنسبة إلى المحقّق.

وحيث كان عقداً جائزاً في الجملة ﴿ فيلزم بالإيجاب والقبول الصادرين من الكامل ﴾ بالبلوغ والرشد ﴿ الجائز التصرف ﴾ برفع الحجر، وتصحّ وظيفة كلّ من الإيجاب والقبول من كلّ منهما بلفظ «صالحت» و«قبلت». وتفريع الزوم على ما تقدّم^(٢) غير حسن؛ لأنّه أعمّ منه ولو عطفه بـ«الواو» كان أوضح. ويمكن التفاته إلى أنّه عقد والأصل في العقود الزوم إلاّ ما أخرجه الدليل، للأمر بالوفاء بها في الآية المقتضي له.

﴿ وهو أصل في نفسه ﴾ على أصحّ القولين وأشهرهما^(٣) لأصالة عدم الفرعية، لافرع البيع والهبة والإجارة والعارية والإبراء، كما ذهب إليه الشيخ^(٤) فجعله فرع البيع إذا أفاد نقل العين بعوض معلوم، وفرع الإجارة إذا وقع على منفعة معلومة بعوض معلوم، وفرع العارية إذا تضمّن إياحة منفعة بغير عوض، وفرع الهبة إذا تضمّن ملك العين بغير عوض، وفرع الإبراء إذا تضمّن إسقاط دين، استناداً إلى إفادته فائدتها حيث يقع على ذلك الوجه، فيلحقه حكم ما لحق به.

وفيه: أنّ إفادة عقد فائدة آخر لا تقتضي الاتحاد، كما لا تقتضي الهبة

(١) ورد التفسيران في القواعد ٢: ١٧٢، والتنقيح الرائع ٢: ٢٠١-٢٠٢.

(٢) يعني قول الماتن بَيِّنَةٌ : وهو جائز مع الإقرار والإنكار إلاّ...

(٣) ذهب إليه المحقّق في الشرائع ٢: ١٢١، والعلامة في القواعد ٢: ١٧٢، والشهيد في

الدروس ٣: ٣٢٧.

(٤) أنظر الموارد في المبسوط ٢: ٢٨٨-٢٨٩.

بعوض معين [فائدة^(١)] البيع .

﴿ ولا يكون طلبه إقراراً ﴾ لصحته مع الإقرار والإنكار. وتبته به على خلاف بعض العامة الذاهب إلى عدم صحته مع الإنكار^(٢) حيث فرّع عليه أن طلبه إقرار؛ لأنّ إطلاقه ينصرف إلى الصحيح وإّما يصحّ مع الإقرار، فيكون مستلزماً له .

﴿ ولو اصطح الشريكان على أخذ أحدهما رأس المال والباقي للآخر ربح أو خسر صحّ عند انقضاء الشركة ﴾ وإرادة فسخها، لتكون الزيادة مع من هي معه بمنزلة الهبة، والخسران على من هو عليه بمنزلة الإبراء .

﴿ ولو شرطا بقاءهما على ذلك ﴾ بحيث يكون ما يتجدّد من الربح والخسران لأحدهما، دون الآخر ﴿ ففيه نظر ﴾ من مخالفته لوضع الشركة حيث إنّها تقتضي كونهما على حسب رأس المال، ومن إطلاق الرواية بجوازه بعد ظهور الربح^(٣) من غير تقييد بإرادة القسمة صريحاً، فيجوز مع ظهوره أو ظهور الخسارة مطلقاً .

ويمكن أن يكون نظره في جواز الشرط مطلقاً وإن كان في ابتداء الشركة، كما ذهب إليه الشيخ^(٤) وجماعة^(٥) زاعمين أنّ إطلاق الرواية يدلّ عليه، ولعموم

(١) لم يرد في المخطوطات .

(٢) وهو الشافعي كما في المغني لابن قدامة ٤ : ٥٢٧، وانظر المجموع ١٣ : ٧٠، ومغني

المحتاج ٢ : ١٧٩ - ١٨٠ .

(٣) أنظر الوسائل ١٣ : ١٦٥، الباب ٤ من أبواب الصلح .

(٤) لم نعثر عليه في كتب الشيخ ولا على من حكى ذلك عنه، كما اعترف به السيد العاملي في

مفتاح الكرامة ٥ : ٤٦٩ .

(٥) لم نعثر على الجماعة أيضاً كما اعترف به السيد العاملي، نعم هو لازم الإطلاق في الشرائع

١٢١ : ٢، والمختصر النافع : ١٤٤، والقواعد ٢ : ١٧٣، والإرشاد ١ : ٤٠٤، والتحرير ٣ :

١٦، وغيرها، وانظر التفصيل في مفتاح الكرامة ٥ : ٤٦٨ - ٤٦٩، والمناهل : ٣٤٩ .

«المسلمون عند شروطهم»^(١) والأقوى المنع، وهو مختاره في الدروس^(٢).

﴿ ويصحّ الصلح على كلّ من العين والمنفعة بمثله وجنسه ومخالفه ﴾ لأنّه بإفادته فائدة البيع صحّ على العين، وإفادته فائدة الإجارة صحّ على المنفعة، والحكم في المماثل والمجانس والمخالف فرع ذلك والأصل والعموم يقتضيان صحّة الجميع، بل ما هو أعمّ منها كالصلح على حقّ الشفعة والخيار وألويّة التحجير والسوق والمسجد بعين ومنفعة وحقّ آخر؛ للعموم.

﴿ ولو ظهر استحقاق العوض المعين ﴾ من أحد الجانبين ﴿ بطل الصلح ﴾ كالبيع، ولو كان مطلقاً رجع ببدله، ولو ظهر في المعين عيب فله الفسخ. وفي تخييره بينه وبين الأرش وجه قويّ. ولو ظهر غبن لا يتسامح بمثله ففي ثبوت الخيار - كالبيع - وجه قويّ، دفعاً للضرر المنفيّ الذي ثبت^(٣) بمثله الخيار في البيع.

﴿ ولا يعتبر في الصلح على النقدين القبض في المجلس ﴾ لاختصاص الصرف بالبيع وأصالة الصلح، ويجيء على قول الشيخ اعتباره. وأما من حيث الربا - كما لو كانا من جنس واحد - فإنّ الأقوى ثبوته فيه، بل في كلّ معاوضة؛ لإطلاق التحريم في الآية^(٤) والخبر^(٥).

(١) الوسائل ١٢ : ٣٥٣، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

(٢) الدروس ٣ : ٣٣٣.

(٣) في سوى (ع) : يثبت.

(٤) البقرة : ٢٧٥.

(٥) أنظر الوسائل ١٢ : ٤٢٢، الباب الأوّل من أبواب الربا وغيره من الأبواب.

﴿ ولو أتلّف عليه ثوباً يساوي درهمين فصالح على أكثر أو أقلّ فالمشهور الصلحة ﴾ لأنّ مورد الصلح الثوب، لا الدرهمان.

وهذا إنّما يتمّ على القول بضمان القيمي بمثله، ليكون الثابت في الذمة ثوباً فيكون هو متعلّق الصلح. أمّا على القول الأصحّ من ضمانه بقيمته فاللازم لذمته إنّما هو الدرهمان، فلا يصحّ الصلح عليهما بزيادة عنهما ولا نقصان مع اتّفاق الجنس، ولو قلنا باختصاص الربا بالبيع توجّه الجواز أيضاً، لكن المجوّز لا يقول به.

﴿ ولو صالح منكر الدار على سكنى المدّعي سنّة فيها صحّ ﴾ للأصل، ويكون هنا مفيداً فائدة العارية ﴿ ولو أقرّ بها ثمّ صالحه على سكنى المقرّ صحّ ﴾ أيضاً ﴿ ولا رجوع ﴾ في الصورتين؛ لما تقدّم من أنّه عقد لازم وليس فرعاً على غيره ﴿ وعلى القول بفرعية العارية^(١) له الرجوع ﴾ في الصورتين؛ لأنّ متعلّقه المنفعة بغير عوض فيهما، والعين الخارجة من يد المقرّ ليست عوضاً من المنفعة الراجعة إليه، لثبوتها للمقرّ له بالإقرار قبل أن يقع الصلح، فلا يكون في مقابلة المنفعة عوض^(٢) فيكون عارية يلزمه حكمها من جواز الرجوع فيه عند القائل بها.

﴿ ولما كان الصلح مشروعاً لقطع التجاذب ﴾ والتنازع بين المتخاصمين بحسب أصله وإن صار بعد ذلك أصلاً مستقلاً بنفسه لا يتوقّف على سبق خصومة ﴿ ذكر فيه أحكام من التنازع ﴾ بحسب ما اعتاده المصنّفون.

(١) كذا، والأولى في التعبير: بفرعيته للعارية.

(٢) في (ع): عوضاً.

﴿ ونُشِرَ ﴾ في هذا المختصر ﴿ إلى بعضها في مسائل ﴾ :

﴿ الأولى ﴾ :

﴿ لو كان بيدهما درهمان فادّعاهما أحدهما، وادّعى الآخر أحدهما ﴾ خاصة ﴿ فللثاني نصف درهم ﴾ لاعترافه باختصاص غريمه بأحدهما ووقوع النزاع في الآخر مع تساويهما فيه يداً، فيُقَسَّم بينهما بعد حلف كلٍّ منهما لصاحبه على استحقاق النصف، ومن نكل منهما قُضي به للآخر. ولو نكلا معاً أو حلفا قُسم بينهما نصفين ﴿ وللأول الباقي ﴾ قال المصنّف في الدروس: ويشكل إذا ادّعى الثاني النصف مشاعاً، فإنّه تقوى القسمة نصفين، ويحلف الثاني للأول، وكذا في كلّ مشاع، وذكر فيها أنّ الأصحاب لم يذكروا هنا يميناً، وذكروا المسألة في باب الصلح، فجاز أن يكون الصلح قهرياً، وجاز أن يكون اختيارياً، فإن امتنعا فاليمين^(١) وما حكيناه نحن من اليمين ذكره في التذكرة أيضاً^(٢) فلعلّ المصنّف يريد أن الكثير لم يذكره.

﴿ وكذا لو أودعه رجل درهمين وآخرُ درهماً وامتزجا لا بتفريط وتلف أحدهما ﴾ فإنّه يختصّ ذو الدرهمين بواحد، ويقسّم الآخر بينهما.

هذا هو المشهور بين الأصحاب، ورواه السكوني عن الصادق عليه السلام^(٣).

ويشكل هنا - مع ضعف المستند^(٤) - بأنّ التالف لا يحتمل كونه لهما، بل من أحدهما خاصة؛ لامتناع الإشاعة هنا، فكيف يقسّم الدرهم بينهما مع أنّه

(١) الدروس ٣: ٣٣٣.

(٢) التذكرة (الحجرية) ٢: ١٩٥.

(٣) الوسائل ١٣: ١٧١، الباب ١٢ من أبواب الصلح، الحديث الأول.

(٤) والظاهر أنّ ضعفه بالسكوني، راجع المسالك ١: ٩٩.

مختص بأحدهما قطعاً؟

والذي يقتضيه النظر وتشهد له الأصول الشرعيّة: القول بالقرعة في أحد^(١) الدرهمين، ومال إليه المصنّف في الدروس^(٢) لكنّه لم يجسر على مخالفة الأصحاب.

والقول في اليمين كما مرّ من عدم تعرّض الأصحاب له، وربما امتنع هنا إذا لم يعلم الحالف عين حقّه.

واحترز بالتلف لا عن تفريط عمّا لو كان بتفريط، فإنّ الودعي يضمن التالف فيضمّ إليهما ويقتسمانها من غير كسر، وقد يقع مع ذلك التعاسر على العين فيتّجه القرعة. ولو كان بدل الدراهم مالاً يمتزج أجزاءه بحيث لا يتميّز - وهو متساويها كالحنطة والشعير - وكان لأحدهما قفيزان مثلاً وللآخر قفيز وتلف قفيز بعد امتزاجهما بغير تفريط فالتلف على نسبة المالين وكذا الباقي، فيكون لصاحب القفيزين قفيز وتُلت وللآخر ثلثا قفيز. والفرق: أنّ الذاهب هنا عليهما معاً، بخلاف الدراهم؛ لأنّه مختصّ بأحدهما قطعاً.

﴿ الثانية ﴾ :

﴿ يجوز جعل السقي بالماء عوضاً للصلح ﴾ بأن يكون مورده أمراً آخر من عين أو منفعة ﴿ و ﴾ كذا يجوز كونه ﴿ مورداً له ﴾ وعوضه أمراً آخر كذلك، وكذا لو كان أحدهما عوضاً والآخر مورداً. كلّ ذلك مع ضبطه بمدّة معلومة. ولو تعلق بسقي شيء مضبوط دائماً أو بالسقي بالماء أجمع دائماً وإن جهل المسقى لم يبعد الصحة.

(١) في (ع) و (ش) ونسخة بدل (ر): أخذ.

(٢) الدروس ٣ : ٣٣٤.

وخالف الشيخ رحمته في الجميع محتجاً بجهالة الماء^(١) مع أنه جوّز بيع ماء العين والبئر وبيع جزء مشاع منه وجعله عوضاً للصلح^(٢) ويمكن تخصيصه المنع هنا بغير المضبوط كما اتفق مطلقاً^(٣) في عبارة كثير^(٤).

﴿ وكذا ﴾ يصحّ الصلح على ﴿ إجراء الماء على سطحه أو ساحته ﴾ جاعلاً له عوضاً ومورداً ﴿ بعد العلم بالموضع الذي يجري منه الماء ﴾ بأن يقدر مجراه طولاً وعرضاً، لترفع الجهالة عن المحلّ المصالح عليه. ولا يعتبر تعيين العمق؛ لأنّ من ملك شيئاً ملك إقراره مطلقاً. لكن ينبغي مشاهدة الماء أو وصفه، لاختلاف الحال بقلّته وكثرتة. ولو كان ماء مطر اختلف أيضاً بكونه ما يقع عليه وصغره، فمعرفة تحصل بمعرفة محلّه.

ولو سقط السطح بعد الصلح أو احتاجت الساقية إلى إصلاح فعلى مالكهما؛ لتوقّف الحقّ عليه، وليس على المصالح مساعدته.

﴿ الثالثة ﴾ :

﴿ لو تنازع صاحب السفلى والعلوّ في جدار البيت حلف صاحب السفلى ﴾ لأنّ جدران البيت كالجزم منه، فيحكم بها لصاحب الجملة. وقيل: تكون بينهما؛ لأنّ حاجتهما إليه واحدة^(٥) والأشهر الأوّل.

﴿ و ﴾ لو تنازعا ﴿ في جدران الغرفة يحلف صاحبها ﴾ لما ذكرناه من الجزئية، ولا إشكال هنا؛ لأنّ صاحب البيت لا تعلق له به إلاّ كونه موضوعاً على

(١) و (٢) المبسوط ٢ : ٣١٠ و ٣١١.

(٣) أي ورد المنع مطلقاً من غير تقييد بعدم المضبوطية، مع أنّ المراد هو المقيد بذلك.

(٤) لم نعثر عليه.

(٥) قاله ابن الجنيّد على ما حكاه عنه في المختلف ٦ : ٢٢٦، وارتضاه العلامة.

ملكه، وذلك لا يقتضي الملكية، مع معارضة اليد ﴿ وكذا ﴾ يقدم قول صاحب الغرفة لو تنازعا ﴿ في سقفها ﴾ الذي هو فوقها؛ لاختصاص صاحبها بالانتفاع به كالجدار وأولى.

﴿ ولو تنازعا في سقف البيت ﴾ المتوسط بينهما الحامل للغرفة ﴿ أقره ﴾ بينهما ﴿ لاستوائهما في الحاجة إليه والانتفاع به، والقرعة لكل أمر مشتبه.

ويشكل بأنّ مورد القرعة المحل الذي لا يحتمل اشتراكه بين المتنازعين^(١) بل هو حقّ لأحدهما مشتبه، وهنا ليس كذلك؛ لأنّه كما يجوز كونه لأحدهما يجوز كونه لهما معاً، لاستوائهما فيه؛ لأنّه سقف لصاحب البيت وأرض لصاحب الغرفة فكان كالجزم من كلّ منهما. وفي الدروس قوى اشتراكهما فيه مع حلفهما أو نكولهما، وإلا اختصّ بالحالف^(٢) لما ذكر من الوجه.

وقيل: يقضى به لصاحب الغرفة؛ لأنّها لا تتحقّق بدونه، لكونه أرضها، والبيت يتحقّق بدون السقف، وهما متصادقان على أنّ هنا غرفة فلا بدّ من تحقّقها، ولأنّ تصرّفه فيه أغلب من تصرّف الآخر^(٣) وليس ببعيد.

وموضع الخلاف في السقف الذي يمكن إحداثه بعد بناء البيت. أمّا ما لا يمكن كالأزج^(٤) الذي لا يعقل إحداثه بعد بناء الجدار الأسفل؛ لاحتياجه إلى إخراج بعض الأجزاء عن سمت وجه الجدار قبل انتهائه ليكون حاملاً للعقد

(١) في (ع): المتقارعين.

(٢) الدروس ٣: ٣٥٠.

(٣) قاله ابن إدريس في السرائر ٢: ٦٧، وقال العلامة في المختلف ٦: ٢٢١؛ وهو المعتمد.

(٤) بالتحريك، ضرب من الأبنية يُسمّى سقفه بالفارسيّة «طاق».

فيحصل به التصريف^(١) بين السقف والجدران، فهو لصاحب السفلى يمينه؛ لدلالة ذلك على جزئيته منه.

﴿ الرابعة ﴾ :

﴿ إذا تنازع صاحب عُرف الخان وصاحب بيوته في المسلك ﴾ والمراد به هنا مجموع الصحن بدليل قوله: ﴿ حلف صاحب العُرف في قدر ما يسلكه، وحلف الآخر على الزائد ﴾ لأنّ النزاع لو وقع على مسلك في الجملة أو معيّن لا يزيد عن القدر لم يكن على الآخر حلفاً؛ لعدم منازعته له في الزائد.

ووجه الحكم للأعلى بقدر المسلك كونه من ضرورة الانتفاع بالغرف وله عليه يد في جملة الصحن، وأمّا الزائد عنه فاختصاص صاحب البيوت به أقوى؛ لأنّه دار لبيوته، فيقدّم قول كلّ منهما فيما يظهر اختصاصه به.

وفي الدروس رجّح كون المسلك بينهما واختصاص الأسفل بالباقي^(٢) وعليه جماعة^(٣) لأنّ صاحب السفلى يشاركه في التصرف فيه وينفرد بالباقي، فيكون قدر المسلك بينهما. واحتمل الاشتراك في العرصة أجمع؛ لأنّ صاحب الأعلى لا يكلف المرور على خط مستوٍ، ولا يمنع من وضع شيءٍ فيها، ولا من الجلوس قليلاً، فله يد على الجميع في الجملة كالأعلى.

(١) هو ضمّ أجزاء البناء بعضها إلى بعض.

(٢) الدروس ٣: ٣٥١.

(٣) مثل المحقّق في الشرائع ٢: ١٢٦، والعلامة في القواعد ٢: ١٧٩، والكركي في جامع

ثم إن كان المرقى في صدر الصحن تشاركاً في الممرِّ إليه^(١) أو اختصَّ به الأعلى^(٢) وإن كان المرقى في دهليزه خارجاً لم يشارك الأسفل في شيءٍ من الصحن؛ إذ لا يد له على شيء منها، ولو كان المرقى في ظهره اختصَّ صاحب السفلى بالصحن والدهليز أجمع.

﴿ و ﴾ لو تنازعا ﴿ في الدرجة يحلف العلوي ﴾ لاختصاصه بالتصرف فيها بالسلوك وإن كانت موضوعة في أرض صاحب السفلى، وكما يحكم بها للأعلى يحكم بمحلها.

﴿ وفي الخزانة تحتها يُقرع ﴾ بينهما؛ لاستوائهما فيها بكونها متصلة بملك الأسفل بل من جملة بيوته، وكونها هواءً لملك الأعلى وهو كالقرار، فيقرع. ويشكل بما مرَّ في السقف، ويقوى استوائهما فيها مع حلف كلِّ لصاحبه، وهو اختياره في الدروس^(٣) ولا عبرة بوضع الأسفل آلاته تحتها.

ويشكل أيضاً الحكم في الدرجة مع اختلافهما في الخزانة؛ لأنه إذا قُضي بالخزانة لهما أو حُكم بها للأسفل بوجه تكون الدرجة كالسقف المتوسط بين الأعلى والأسفل، لعين ما ذكر - خصوصاً مع الحكم بها للأسفل وحده - فينبغي حينئذٍ أن يجري فيها الخلاف السابق ومرجَّحه. ولو قضينا بالسقف للأعلى زال الإشكال هنا، وإنما يأتي على مذهب المصنِّف هنا وفي الدروس، فإنه لا يجامع اختصاص العلوي بها مطلقاً^(٤).

(١) على ما رجَّحه في الدروس.

(٢) على ما ذكره في الكتاب.

(٣) الدروس ٣ : ٣٥١.

(٤) بل في بعض الأحوال، أمّا على مذهبه هنا ففيما إذا خرج القرعة باسم العلوي، وإنما على

مذهبه في الدروس ففيما إذا نكل السفلي وحلف العلوي (هامش ر).

﴿ الخامسة ﴾ :

﴿ لو تنازع راكب الدابة وقابض لجامها ﴾ فيها ﴿ حلف الراكب ﴾ لقوة

يده وشدة تصرفه بالنسبة إلى القابض .

وقيل : يستويان في الدعوى ؛ لاشتراكهما في اليد وقوتها لا مدخل له في الترجيح ، ولهذا لم تؤثر في ثوبٍ بيد أحدهما أكثره - كما سيأتي - وما مع الراكب من زيادة نوع التصرف لم يثبت شرعاً كونه مرجحاً ، وتعريف « المدعي » و« المنكر » منطبق عليهما^(١) وهو قوي ، فيحلف كل منهما لصاحبه إن لم يكن بينة . وأما اللجام فيقتضى به لمن هو في يده ، والسراج لراكبه .

﴿ ولو تنازعا ثوباً في يد أحدهما أكثره ، فهما سواء ﴾ لاشتراكهما في اليد ولا ترجيح لقوتها ، والتصرف هنا وإن اختلف كثرة وقلة لكنّه من وادٍ واحد ، بخلاف الركوب وقبض اللجام . نعم لو كان أحدهما ممسكاً له والآخر لابساً فكمسألة الراكب والقابض ، لزيادة تصرف اللابس على اليد المشتركة .

﴿ وكذا ﴾ لو تنازعا ﴿ في العبد وعليه ثياب لأحدهما ﴾ ويدهما عليه ، فلا يرجح صاحب الثياب كما يرجح الراكب بزيادة ذلك على يده ؛ إذ لا دخل للابس في الملك بخلاف الركوب ، فإنه قد يلبسها بغير إذن مالِكها أو بقوله أو بالعارية . ولا يرد مثله في الركوب ؛ لأنّ الراكب ذو يدٍ ، بخلاف العبد ، فإنّ اليد للمدعي ، لا له . ويتفرّع عليه ما لو كان لأحدهما عليه يد وللآخر ثياب خاصة ، فالعبرة بصاحب اليد .

﴿ ويرجح صاحب الحمل في دعوى البهيمه الحاملة ﴾ وإن كان للآخر

(١) قاله الشهيد في غاية المراد ٢ : ٢٣٥ .

عليها يد أيضاً بقبض زمام ونحوه؛ لدلالة الحِمل على كمال استيلاء مالكة عليها، فيرجح.

[وفي الدروس سوى بين الراكب ولابس الثوب وذو الحمل في الحكم^(١) وهو حسن]^(٢) ﴿ و ﴾ كذا يرجح ﴿ صاحب البيت في ﴾ دعوى ﴿ الغرفة ﴾ الكائنة ﴿ عليه وإن كان بابها مفتوحاً إلى ﴾ المدعي ﴿ الآخر ﴾ لأنها موضوعة في ملكه وهو هواء بيته، ومجرد فتح الباب إلى الغير لا يفيد اليد. هذا إذا لم يكن من إليه الباب متصرفاً فيها بسكنى وغيرها، وإلا قدم؛ لأنّ يده عليها بالذات لاقتضاء التصرف له، ويد مالك الهواء بالتبعية، والذاتية أقوى. مع احتمال التساوي، لثبوت اليد من الجانبين في الجملة وعدم تأثير قوة اليد.

﴿ السادسة ﴾ :

﴿ لو تداعيا جداراً غير متصلّ ببناء أحدهما، أو متصلاً ببنائهما ﴾ معاً اتصال ترصيف - وهو تداخل الأحجار ونحوها على وجه يبعد كونه محدثاً بعد وضع الحائط المتصلّ به - ﴿ فإن حلفا أو نكلا فهو لهما، وإلا ﴾ بأن^(٣) حلف أحدهما ونكل الآخر ﴿ فهو للحالف، ولو اتصل بأحدهما ﴾ خاصة ﴿ حلف ﴾ وقضى له به.

ومثله ما لو كان لأحدهما عليه قبة، أو غرفة أو سترة؛ لصيرورته بجميع ذلك ذا يد فعلية اليمين مع فقد البينة.

﴿ وكذا لو كان ﴾ لأحدهما خاصة ﴿ عليه جذع ﴾ فإنه يُقضى له به يمينه،

(١) الدروس ٣: ٣٥٢.

(٢) ما بين المعقوفتين لم يرد في المخطوطات.

(٣) كذا في (ع) التي قولت بالأصل ونسخة بدل (ر)، وفي باقي النسخ: فإن.

أولهما فلهما. ولو اتّصل بأحدهما وكان للآخر عليه جذع تساويا على الأقوى. وكذا لو كان لأحدهما واحدة من المرجّحات ومع الآخر الباقية؛ إذ لا أثر لزيادة اليد كما سلف.

﴿ أما الخوارج ﴾ من أحد الجانبين أو منهما من نقش ووتد ورفّ ونحوها
 ﴿ والروازن ﴾ كالطاقات ﴿ فلا ترجيح بها ﴾ لإمكان إحداثها من جهة واضعها
 من غير شعور الآخر ﴿ إلاّ معاهد القمط ﴾ بالكسر وهو الحبل الذي يشدّ به
 الخُصّ^(١) وبالضمّ جمع قِمَاط وهي شداد الخُصّ من ليف وخوص وغيرها^(٢) فإنّه
 يقضى بها فيرجّح من إليه معاهد القمط لو تنازعا ﴿ في الخُصّ ﴾ بالضمّ وهو البيت
 الذي يُعمل من القَصَب ونحوه على المشهور بين الأصحاب، ومنهم من جعل حكم
 الخُصّ كالجدار بين الملكين^(٣) وهو الموافق للأصل.

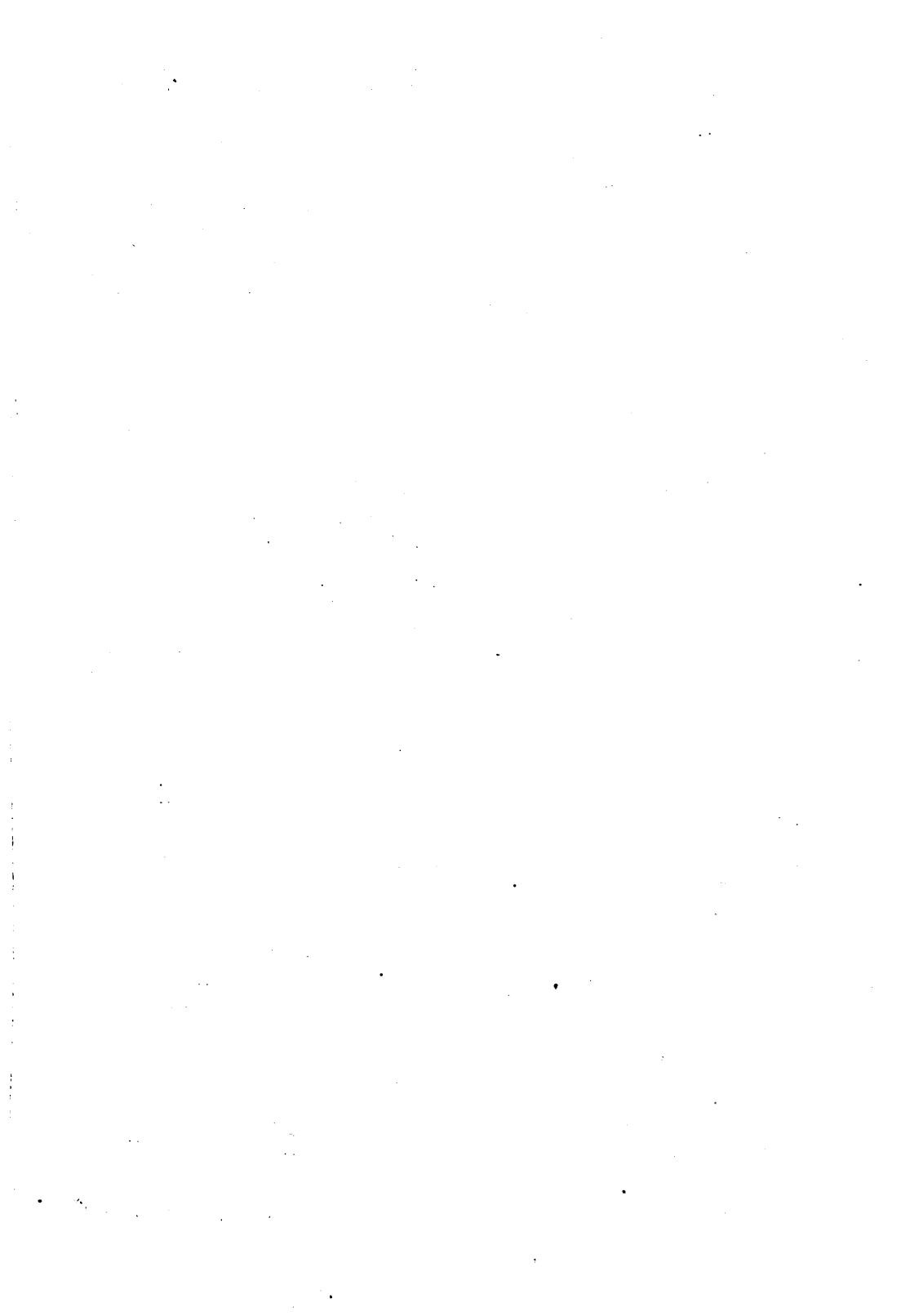
(١) بالضمّ والتشديد : البيت من قصب أو شجر .

(٢) كذا في المخطوطات ، وفي (ر) : غيرهما .

(٣) مثل فخر المحققين في الإيضاح ٢ : ١١٢ وهو الظاهر من الصيمري في غاية المرام ٢ :

٢٢٨ ، ومن ابن فهد في المهذّب ٤ : ٤٨٨ ، والمقتصر : ٣٨٢ ، وراجع للتفصيل مفتاح

كتاب الشكر



﴿ كتاب الشركة ﴾

بفتح الشين فكسر الراء، وحكي فيها كسرُ الشين فسكون الراء ﴿ وسببها قد يكون إرثاً ﴾ لعين أو منفعة أو حق، بأن يرثا مالاً أو منفعة دار استأجرها مورثهم أو حق شفعة وخيار ﴿ وعقداً ﴾ بأن يشتريا داراً بعقد واحد، أو يشتري كل واحد منهما جزءاً مشاعاً منها ولو على التعاقب، أو يستأجراها، أو يشتريا بخيار لهما ﴿ وحيازة ﴾ لبعض المباحات ﴿ دفعة ﴾ بأن يشتركا في نصب حباله ورمي سهم مثبت فيشتركان في ملك الصيد. ولو^(١) حاز كل واحد شيئاً من المباح منفرداً عن صاحبه اختص كل بما حازه إن لم يكن عمل كل واحد بنيت الوكالة عن صاحبه في تملك نصف ما يحوزه، وإلا اشتركا أيضاً على الأقوى، فالحيازة قد توجب الاشتراك مع التعاقب، وقد لا توجهه في الدفعة ﴿ ومزجاً ﴾ لأحد ماليهما بالآخر بحيث ﴿ لا يتميز ﴾ كل منهما عن الآخر بأن يكونا متفقين جنساً ووصفاً، فلو امتزجا بحيث يمكن التمييز^(٢) وإن عسر كالحنطة بالشعير أو الحمراء من الحنطة غيرها أو الكبيرة الحب بالصغيرة - ونحو ذلك - فلا اشتراك. ولا فرق هنا بين وقوعه اختياراً واتفاقاً.

(١) في (ر) : فلو.

(٢) في (ع) و (ش) : التمييز.

﴿ والشركة ﴾ قد تكون عيناً ﴿ أي في عين، كما لو اتفق الاشتراك بأحد الوجوه السابقة في شيء من أعيان الأموال ﴾ ومنفعة ﴿ كالاشتراك في منفعة دار استأجرها أو عبد أوصي لهما بخدمته ﴾ وحقاً ﴿ كشفعة وخيار ورهن. وهذه الثلاثة تجري في الأولين، وأما الأخيران فلا يتحققان إلا في العين. ويمكن فرض الامتزاج في المنفعة، بأن يستأجر كل منهما دراهم للتزئين بها - حيث نجوزُه - متميزة ثم امتزجت بحيث لا تتميز.

﴿ والمعتبر ﴾ من الشركة شرعاً عندنا ﴿ شركة العنان ﴾ بكسر العين، وهي شركة الأموال، نُسبت إلى العنان - وهو سير اللجام الذي يمسك به الدابة - لاستواء الشريكين في ولاية الفسخ والتصرف، واستحقاق الربح على قدر رأس المال كاستواء طرفي العنان، أو تساوي الفارسين فيه إذا تساويا^(١) في السير، أو لأن كل واحد منهما يمنع الآخر من التصرف حيث يشاء كما يمنع العنان الدابة، أو لأن الأخذ بعنانها يحبس إحدى يديه عليه ويطلق الأخرى كالشريك يحبس يده عن التصرف في المشترك مع انطلاق يده في سائر ماله.

وقيل: من «عن» إذا ظهر؛ لظهور مال كل من الشريكين لصاحبه، أو لأنها أظهر أنواع الشركة^(٢) وقيل: من المعانئة وهي المعارضة؛ لمعارضة كل منهما بما أخرجه الآخر^(٣).

﴿ لا شركة الأعمال ﴾ بأن يتعاقدا على أن يعمل كل منهما بنفسه ويشتركا

(*) في (ق) ونسخة بدل (س): المشترك.

(١) لم يرد «إذا تساويا» في (ش).

(٢) نقله العلامة في التذكرة (الحجربة) ٢: ٢١٩ بلفظ (وقيل)؛ ولكن لم نعثر على القائل.

(٣) أظن تاج العروس ٩: ٢٨٢، ونقله الشيخ في المبسوط ٢: ٣٤٧ بلفظ (وقيل).

في الحاصل، سواء اتفق عملهما قدرأً ونوعاً أم اختلف فيهما أم في أحدهما، وسواء عملا في مال مملوك أم في تحصيل مباح؛ لأن كل واحد^(١) متميز ببيدنه وعمله فيختص بفوائده، كما لو اشتركا في مالين وهما متميزان.

﴿ و ﴾ لا شركة ﴿ المفاوضة ﴾* وهي أن يشترك شخصان فصاعداً بعقد لفظي على أن يكون بينهما ما يكتسبان ويربحان ويلتزمان من غرم ويحصل لهما من غنم، فيلتزم كل منهما للآخر مثل ما يلتزمه من أرس جناية وضمان غصب وقيمة مُتلف وغرامة ضمان وكفالة، ويقاسمه فيما يحصل له من ميراث أو يجده من ركاز ولقطة، ويكتسبه في تجارة، ونحو ذلك.

ولا يستثنيان من ذلك إلا قوت اليوم وثياب البدن وجارية يتسرى بها، فإن الآخر لا يشارك فيها. وكذا يستثنى في هذه الشركة من الغرم: الجناية على الحرّ وبذل الخلع والصدّاق إذا لزم أحدهما.

﴿ و ﴾ لا شركة ﴿ الوجوه ﴾ وهي أن يشترك اثنان وجيهان لا مال لهما بعقد لفظي لبيتاعا في الذمة على أن ما يبتاعه كل منهما يكون بينهما فيبيعان ويؤديان الأثمان، وما فضل فهو بينهما. أو أن يبتاع وجيه في الذمة ويفوض بيعه إلى خامل، على أن يكون الربح بينهما. أو أن يشترك وجيه لا مال له وخامل ذو مال ليكون العمل من الوجيه والمال من الخامل ويكون المال في يده لا يُسلمه إلى الوجيه، والربح بينهما. أو أن يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح، ليكون بعضه له. وهذه الثلاثة بمعانيها عندنا باطلة.

﴿ و ﴾ المشتركان شركة العنان ﴿ يتساويان في الربح والخسران مع

(١) في (ر) زيادة: منهما.

(*) في (ق) و (س): والوجوه والمفاوضة.

تساوي المالين. ولو اختلفا ﴿ في مقدار المال ﴾ اختلف ﴿ الربح بحسبه. والضابط: أنّ الربح بينهما على نسبة المال متساوياً ومتفاوتاً، فلو عبّر به لكان أخصر وأدلّ على المقصود؛ إذ لا يلزم من اختلاف الربح مع اختلاف المالين كونه على النسبة.

﴿ ولو شرطاً غيرهما ﴾ أي غير التساوي في الربح على تقدير تساوي المالين - بأن شرطاً فيه تفاوتاً حينئذٍ - أو غير اختلاف استحقاقهما في الربح مع اختلاف المالين كميّة ﴿ فالأظهر البطلان ﴾ أي بطلان الشرط، ويتبعه بطلان الشركة بمعنى الإذن في التصرف، فإن عملاً كذلك فالربح تابع للمال وإن خالف الشرط، ويكون لكلّ منهما أجرة عمله بعد وضع ما قابل عمله في ماله.

ووجه البطلان بهذا الشرط أنّ الزيادة الحاصلة في الربح لأحدهما ليس في مقابلها عوض، ولا وقع اشتراطها في عقد معاوضة تُضمّ إلى أحد العوضين، ولا اقتضى تملكها عقد هبة، والأسباب المثمرة للملك معدودة وليس هذا أحدها، فيبطل الشرط ويتبعه العقد المتضمن للإذن في التصرف؛ لعدم تراضيهما إلا على ذلك التقدير ولم يحصل. وينبغي تقييده بعدم زيادة عملٍ ممّن شرطت له الزيادة، وإلا اتّجه الجواز.

وقيل: يجوز مطلقاً؛ لعموم الأمر بالوفاء بالعقود^(١) والمؤمنون عند شروطهم^(٢) وأصالة الإباحة، وبناء الشركة على الإرفاق، ومنه موضع النزاع^(٣).

(١) المائدة: ١.

(٢) الوسائل ١٥: ٣٠، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤.

(٣) قاله السيد المرتضى في الانتصار: ٤٧٠ - ٤٧١، المسألة ٢٦٥، والعلامة ووالده وولده في

المختلف ٦: ٢٣١، والإيضاح ٢: ٣٠١، وابن فهد في المقتصر: ١٩٩، والصيمري في

غاية المرام ٢: ٢٣٤ - ٢٣٥.

﴿ وليس لأحد الشركاء التصرف ﴾ في المال المشترك ﴿ إلا بإذن الجميع ﴾
 لقبح التصرف في مال الغير بغير إذنه عقلاً وشرعاً ﴿ ويقتصر من التصرف على
 المأذون ﴾ على تقدير حصول الإذن ﴿ فإن تعدى ﴾ المأذون ﴿ ضمن ﴾ .
 واعلم أنّ الشركة كما تُطلق على اجتماع حقوق الملاك في المال الواحد
 على أحد الوجوه السابقة، كذلك تُطلق على العقد المثمر جواز تصرف الملاك في
 المال المشترك، وبهذا المعنى اندرجت الشركة في قسم العقود وقبلت الحكم
 بالصحة والفساد، لا بالمعنى الأول. والمصنّف ﷺ أشار إلى المعنى الأول
 بما افتتح به من الأقسام، وإلى الثاني بالإذن المبحوث عنه هنا.
 ﴿ ولكلّ ﴾ من الشركاء ﴿ المطالبة بالقسمة، عرضاً ﴾ بالسكون وهو
 ما عدا النقدين ﴿ كان المال، أو نقداً ﴾ .

﴿ والشريك أمين ﴾ على ما تحت يده من المال المشترك المأذون له في
 وضع يده عليه ﴿ لا يضمن إلا بتعدّ ﴾ وهو فعل ما لا يجوز فعله في المال ﴿ أو
 تفريط ﴾ وهو التقصير في حفظه وما يتمّ به صلاحه ﴿ ويقبل يمينه في التلف ﴾
 لو ادّعه بتفريط وغيره ﴿ وإن كان السبب ظاهراً ﴾ كالحرق والغرق. وإنّما خصّه
 لإمكان إقامة البيّنة عليه، فربما احتتمل عدم قبول قوله فيه كما ذهب إليه بعض
 العامة^(١) أمّا دعوى تلفه بأمر خفيّ كالسرّقة فمقبول إجماعاً.

﴿ ويكره مشاركة الذمّي وإبضاعه ﴾ وهو أن يدفع إليه مالاً يتجر فيه
 والربح لصاحب المال خاصّة ﴿ وإيداعه ﴾ لقول الصادق عليه السلام: « لا ينبغي
 للرجل المسلم أن يشارك الذمّي، ولا يُبضعه بضاعة، ولا يُودعه وديعة،

(١) قاله الشيرازي صاحب المهذب وشارحه النووي، أنظر المجموع ١٤ : ٧٦. وانظر مغني

ولا يضافيه المودّة»^(١).

﴿ ولو باع الشريكان سلعةً صفقةً ، وقبض أحدهما من ثمنها شيئاً شاركه الآخر فيه ﴾ على المشهور، وبه أخبار كثيرة^(٢) ولأنّ كلّ جزءٍ من الثمن مشترك بينهما، فكلّ ما حصل منه بينهما كذلك.

وقيل: لا يشاركه؛ لجواز أن يبرئ الغريم من حقه ويصالحه عليه من غير أن يسري إلى الآخر، فكذا الاستيفاء، ولأنّ متعلّق الشركة هو العين وقد ذهبت، والعوض أمر كلي لا يتعيّن إلاّ بقبض المالك أو وكيله، ولم يتحقّق هنا بالنسبة إلى الآخر؛ لأنّه إنّما قبضه لنفسه^(٣).

وعلى المشهور لا يتعيّن على الشريك غير القابض مشاركته، بل يتخيّر بينها وبين مطالبة الغريم بحقه، ويكون قدر حصّة الشريك في يد القابض كقبض الفضول^(٤) إن أجازته ملكه وتبعه النماء، وإن ردّه ملكه القابض، ويكون مضموناً عليه على التقديرين. ولو أراد الاختصاص بالمقبوض بغير إشكال فليبع حقه للمديون على وجه يسلم من الربا بتمنّ معين فيختصّ به، وأولى منه الصلح عليه، أو يُبرئه من حقه ويستوهب عوضه، أو يحيل به على المديون، أو يضمّنه له ضامن. وموضع الخلاف مع حلول الحقيّن، فلو كان أحدهما مؤجّلاً لم يشارك

(١) الوسائل ١٣ : ١٧٦ ، الباب ٢ من أحكام الشركة ، الحديث الأوّل .

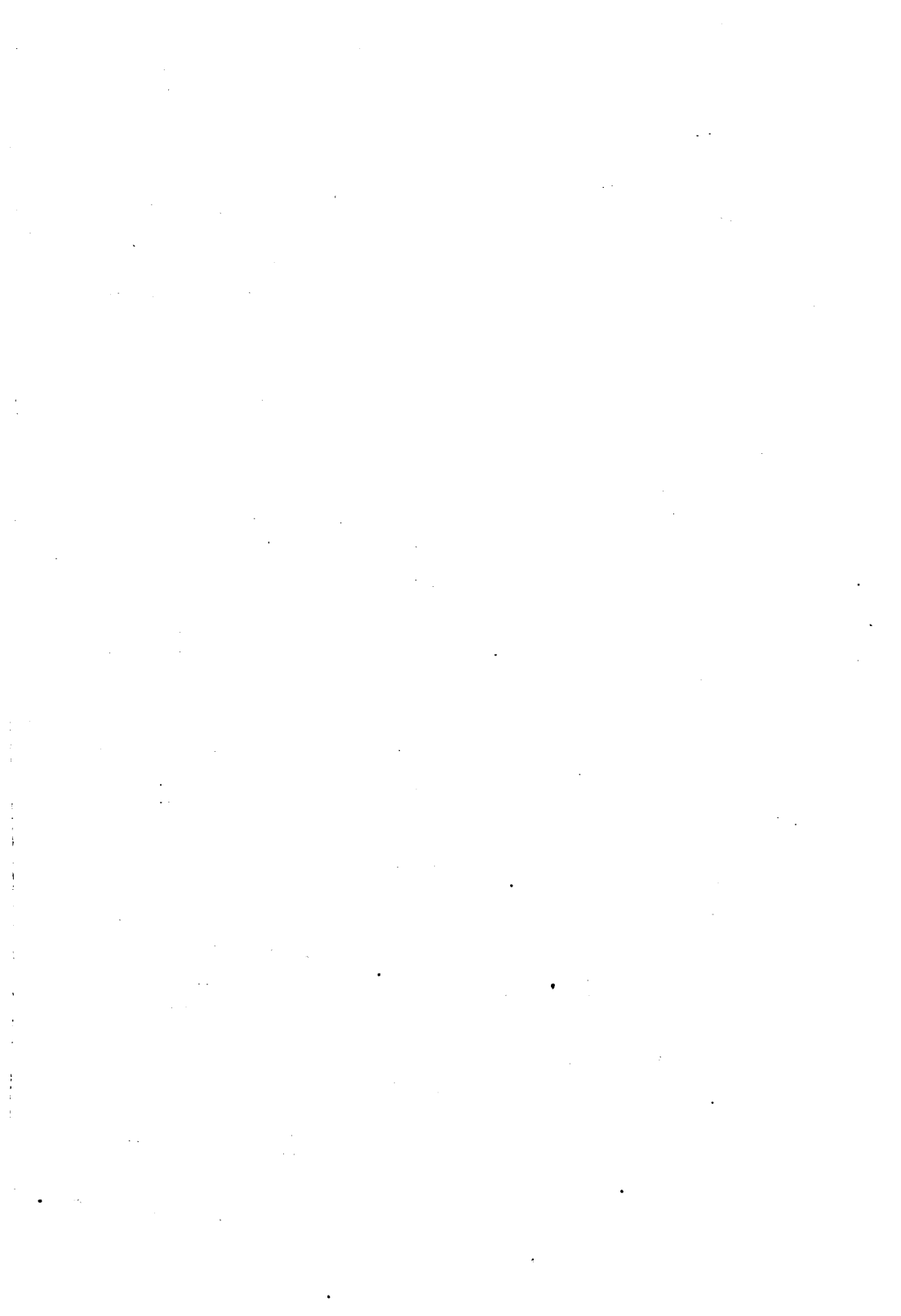
(٢) أنظر الوسائل ١٣ : ١٧٩ ، الباب ٦ من أبواب الشركة ، و ١٥٩ ، الباب من أحكام الضمان ، و ١١٦ ، الباب ٢٩ من أبواب الدين ، الحديث الأوّل .

(٣) قاله ابن إدريس في السرائر ٢ : ٤٠٢ - ٤٠٣ ، وقوّاه المحقّق الثاني في جامع المقاصد

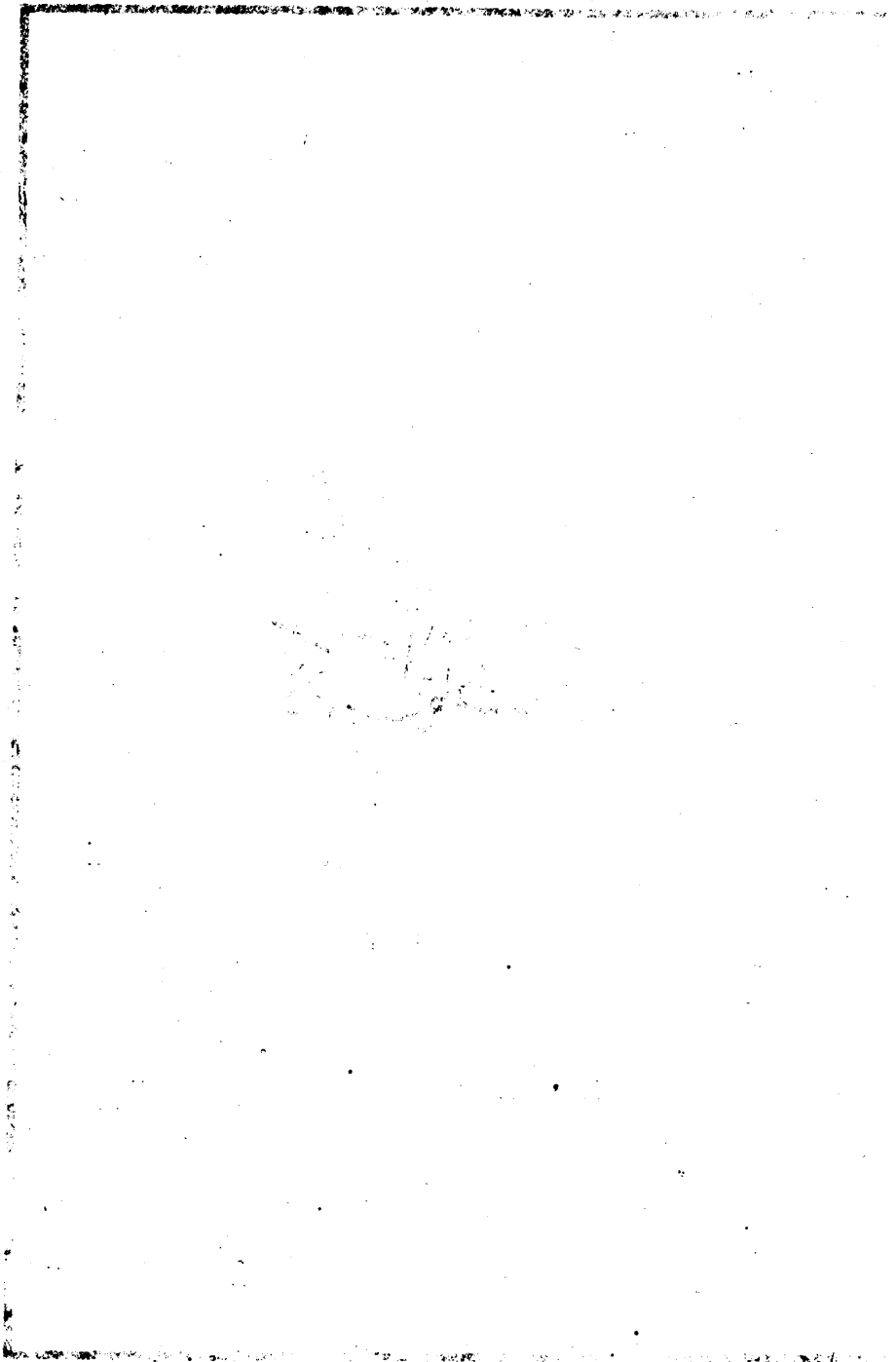
فيما قبضه الآخر قبل حلول الأجل .

واحترز ببيعهما صفقة عمّا لو باع كلّ واحد نصيبه بعقد وإن كان لواحد .
كما لا فرق في الصفقة بين كون المشتري واحداً ومتعدداً؛ لأنّ الموجب للشركة
هو العقد الواحد على المال المشترك . وفي حكم الصفقة ما اتحد بسبب شركته ،
كالميراث والإتلاف والاقتراض من المشترك .

﴿ ولو ادعى المشتري ﴾ من المشتركين المأذونين ﴿ شراء شيء لنفسه
أولهما حلف ﴾ وقَبْلَ يمينه ؛ لأنّ مرجع ذلك إلى قصده وهو أعلم به ، والاشتراك
لا يعيّن التصرف بدون القصد ، وإنّما لزمه الحلف - مع أنّ القصد من الأمور الباطنة
التي لا تُعلم إلاّ من قبله - لا إمكان الاطلاع عليه بإقراره .



کتاب المصابیر



﴿ كتاب المضاربة ﴾

﴿ وهي أن يدفع مالاً إلى غيره لِيَعْمَلَ فِيهِ بِحِصَّةٍ مَعِيْنَةٍ مِنْ رِبْحِهِ ﴾ مأخوذة من الضرب في الأرض؛ لأنَّ العامل يضرب فيها للسعي على التجارة وابتغاء الربح بطلب صاحب المال، فكأنَّ الضرب مسبَّب عنهما فتحققت المفاعلة لذلك، أو من ضرب كلَّ منهما في الربح بسهم، أو لما فيه من الضرب بالمال وتقليبه. وأهل الحجاز يسمونها قراضاً من القرض وهو القطع، كأنَّ صاحب المال اقتطع منه قِطْعَةً وسلَّمها إلى العامل، أو اقتطع له قِطْعَةً من الربح في مقابلة عمله، أو من المقارضة، وهي المساواة، ومنه: «قارض الناس ما قارضوك، فإن تركتهم لم يتركوك»^(١).

ووجه التساوي هنا: أنَّ المال من جهة والعمل من أخرى، والربح في مقابلهما، فقد تساويا في قوام العقد أو أصل استحقاق الربح، وإن اختلفا في كميته. ﴿ وهي جائزة من الطرفين ﴾ سواء نضَّ المال^(٢) أم كان به عروض، يجوز لكلَّ منهما فسخها. ومن لوازم جوازها منهما وقوع العقد بكلِّ لفظٍ يدلُّ عليه.

(١) غريب الحديث ٤ : ١٤٩، في حديث أبي الدرداء.

(٢) والمراد بإنضاض المال صيرورته دراهم أو دنانير كما كان أولاً.

وفي اشتراط وقوع قبوله لفظياً أو جوازه بالفعل أيضاً قولان^(١) لا يخلو ثانيهما من قوّة.

﴿ ولا يصحّ اشتراط اللزوم أو الأجل فيها ﴾ بمعنى أنّه لا يجب الوفاء بالشرط ولا تصير لازمة بذلك ولا في الأجل، بل يجوز فسخها فيه عملاً بالأصل و ﴿ لكن ﴾ اشتراط الأجل ﴿ يثمر المنع من التصرف بعد الأجل إلا بإذن جديد ﴾ لأنّ التصرف تابع للإذن ولا إذن بعده. وكذا لو أجل بعض التصرفات، كالبيع أو الشراء خاصّة أو نوعاً خاصّاً.

ويفهم من تشريكه بين اشتراط اللزوم والأجل تساويهما في الصحة وعدم لزوم الشرط.

والمشهور: أنّ اشتراط اللزوم مبطل؛ لأنّه منافٍ لمقتضى العقد، فإذا فسد الشرط تبعه العقد، بخلاف شرط الأجل، فإنّ مرجعه إلى تقييد التصرف بوقت خاصّ وهو غير منافٍ. ويمكن أن يريد المصنّف ذلك، وإنّما شرّك بينهما في عدم صحّة الشرط مطلقاً وإن افترقا في أمر آخر.

﴿ ويقتصر ﴾ العامل ﴿ من التصرف على ما أذن المالك له ﴾ من نوع التجارة ومكانها وزمانها ومن يشتري منه ويبيع عليه، وغير ذلك. فإن خالف ما عيّن له ضمن المال، لكن لو ربح كان بينهما بمقتضى الشرط؛ للأخبار الصحيحة^(٢) ولولاها لكان التصرف باطلاً أو موقوفاً على الإجازة.

(١) القول بالاشتراط منسوب في المناهل : ١٩٧ إلى العلامة في القواعد ٢ : ٣٣١، والتحرير ٣ : ٢٤٤، وهو الظاهر من الفاضل المقداد في التنقيح الرابع ٢ : ٢١٥. والقول بعدم العلامة أيضاً في التذكرة (الحجرية) ٢ : ٢٢٩، والمحقق الثاني في جامع المقاصد ٨ : ٥٣.

(٢) أنظر الوسائل ١٣ : ١٨١ - ١٨٣، الباب الأوّل من المضاربة، الأحاديث ١ و ٢ و ٥ و ٦

﴿ ولو أطلق ﴾ له الإذن ﴿ تصرف بالاسترباح ﴾ في كل ما يظن فيه حصول الربح من غير أن يتقيّد بنوع أو زمان أو مكان. ويتولّى أيضاً بالإطلاق ما يتولّاه المالك في التجارة بنفسه : من عرض القماش على المشتري ونشره وطيه وإحرازه وبيعه وقبض ثمنه، ولا أجرة له على مثل ذلك، حملاً للإطلاق على المتعارف. وله الاستتجار على ما جرت العادة به، كالدلالة ووزن الأمتعة الثقيلة التي لم تجر عاداته بمباشرة مثلها.

﴿ وينفق في السفر كمال نفقته من أصل المال ﴾ والمراد بالنفقة ما يحتاج فيه إليه من مأكول وملبوس ومشروب ومركوب، وآلات ذلك، وأجرة المسكن ونحوها. ويراعي فيها ما يليق به عادة مقتصداً، فإن أسرف حُسب عليه، وإن قتر لم يحسب له. وإذا عاد من السفر فما بقي من أعيانها - ولو من الزاد - يجب ردّه إلى التجارة أو تركه إلى أن يسافر إن كان ممّن يعود إليه قبل فساده.

ولو شرط عدمها لزم، ولو أذن له بعده فهو تبرّع محض، ولو شرطها فهو تأكيد، ويشترط حينئذٍ تعيينها لئلا يتجهّل الشرط، بخلاف ما ثبت بأصل الشرع. ولا يعتبر في ثبوتها حصول ربح، بل ينفق ولو من الأصل إن لم يربح، وإلا كانت منه.

ومؤونة المرض في السفر على العامل، وكذا سفر لم يؤذن فيه وإن استحقّ الحصة^(١) والمراد بالسفر: العرفي، لا الشرعي - وهو ما اشتمل على المسافة - فينفق وإن كان قصيراً أو أتمّ الصلاة، إلا أن يخرج عن اسم المسافر، أو يزيد عمّا تحتاج التجارة إليه فينفق من ماله إلى أن يصدق الوصف.

واحترز بكمال النفقة عن القدر الزائد عن نفقة الحضر، فقد قيل: إنّه لا ينفق

(١) أي حصّته من الربح.

فيه سواء^(١) ونبّه بأصل المال على أنّه لا يشترط حصول ربح، كما مرّ.

﴿ وليشتر نقداً بنقد البلد، بثمن المثل فما دون ﴾ فلو اشترى نسيئة، أو بغير نقد البلد، أو بأزيد من ثمن المثل كان فضولياً، فإن أجازته المالك صحّ، وإلّا بطل؛ لما في النسيئة من احتمال الضرر بتلف رأس المال فيبقى عهدة الثمن متعلّقة بالمالك وقد لا يقدر عليه، أو لا يكون له غرض في غير ما دفع، وحملأ في الأخيرين على المتعارف وما فيه الغبطة، كالوكيل.

﴿ وليبع كذلك ﴾ بنقد البلد نقدأ ﴿ بثمن المثل فما فوقه ﴾ لما في النسيئة من التغيرير بمال المالك، وحملأ للإطلاق على المتعارف وهو نقد البلد، كالوكالة. وقيل: يجوز بغيره وبالعرض مع كونه مظنة للربح؛ لأنّ الغرض الأقصى منها ذلك، بخلاف الوكالة^(٢) وفيه قوّة.

ولو أذن المالك في شيء من ذلك خصوصاً أو عموماً كـ «تصرّف برأيك» أو «كيف شئت» جاز بالعرض قطعاً، أمّا النقد وثمان المثل فلا يخالفهما إلّا مع التصريح. نعم يُستثنى من ثمن المثل نقصان يتسامح به عادةً.

﴿ وليشتر بعين المال ﴾ لا بالذمّة ﴿ إلّا مع الإذن في الذمّة ﴾ ولو بالإجازة، فإن اشترى فيها بدونه ولم يذكر المالك لفظاً ولا نيّة وقع له ولو ذكره لفظاً فهو فضوليّ، وتبيّة خاصّة للعامل ظاهراً وموقوفاً باطناً، فيجب التخلص من حقّ البائع.

﴿ ولو تجاوز ما حدّ له المالك ﴾ من الزمان والمكان والصنف ﴿ ضمن،

(١) قاله الشيخ في المبسوط ٣: ١٧٢.

(٢) قاله العلامة في التذكرة (الحجرية) ٢: ٢٣٦، وتبعه المحقّق الثاني في جامع المقاصد ٨:

والربح على الشرط ﴿ كما مرَّ. أمَّا لو تجاوز بالعين ^(١) والمثل والنقد وقف على الإجازة، فإن لم يُجز بطل.

﴿ وإمَّا تجوز ﴿ المضاربة ﴿ بالدرهم والدنانير ﴿ إجماعاً، وليس ثمة علة مقنعة غيره، فلا تصحّ بالعروض ولا الفلوس ^(٢) ولا الدين وغيرها، ولا فرق بين المعين والمشاع.

﴿ وتلزم الحصّة بالشرط ﴿ دون الأجرة؛ لأنّها معاملة صحيحة فيلزم مقتضاها، وهو ما شرط للعامل من الحصّة. وفي قول نادر: أنّ اللازم أجرة المثل، وأنّ المعاملة فاسدة، لجهالة العوض ^(٣) والنصوص الصحيحة ^(٤) على صحتها، بل إجماع المسلمين يدفعه.

﴿ والعامل أمين لا يضمن إلاّ بتعدّد أو تفريط ﴿ ومعهما يبقى العقد ويستحقّ ما شرط له وإن ضمن المال.

﴿ ولو فسخ المالك للعامل أجرة مثله إلى ذلك الوقت ﴿ الذي فسخ فيه ﴿ إن لم يكن ﴿ ظهر ﴿ ربح ﴿ وإلاّ فله حصّته من الربح.

وربما أشكل الحكم بالأجرة على تقدير عدم الربح ^(٥) بأنّ مقتضى العقد استحقاق الحصّة إن حصلت لا غيرها، وتسلّط المالك على الفسخ من مقتضياتها، فالعامل قادم على ذلك فلا شيء له سوى ما عُيّن.

(١) بأن اشترى بالذمّة.

(٢) المسكوكات غير الذهب والفضّة.

(٣) قاله المفيد في المقنعة: ٦٣٣، والشيخ في النهاية: ٤٢٨، والديلمى في المراسم: ١٨٣، والحلبى في الكافى: ٣٤٤ و ٣٤٧، وغيرهم.

(٤) أنظر الوسائل ١٣: ١٨٥، الباب ٣ من أبواب المضاربة.

(٥) استشكل به العلامة في القواعد ٢: ٣٤٥، والتحرير ٣: ٢٥٦.

ولو كان المال عروضاً عند الفسخ، فإن كان به ربح فللعامل بيعه إن لم يدفع المالك إليه حقه منه، وإلا لم يجز إلا بإذن المالك وإن رجا الربح حيث لا يكون بالفعل. ولو طلب المالك إنضاضه، ففي إجبار العامل عليه قولان^(١) أجمعهما العدم. ولو انفسخ العقد من غير المالك إما بعارض^(٢) يفسد العقد الجائز أو من قبل العامل فلا أجر له، بل الحصّة إن ظهر ربح. وقيل: له الأجرة أيضاً^(٣).

﴿ والقول قول العامل في قدر رأس المال ﴾ لأنّه منكر للزائد والأصل معه ﴿ و ﴾ في ﴿ قدر الربح ﴾ لأنّه أمين فيقبل قوله فيه.

﴿ وينبغي أن يكون رأس المال معلوماً عند العقد ﴾ لترفع الجهالة عنه، ولا يُكتفى بمشاهدته. وقيل^(٤): تكفي المشاهدة وهو ظاهر اختياره هنا، وهو مذهب الشيخ^(٥) والعلامة في المختلف^(٦) لزوال معظم الغرر بالمشاهدة، وللأصل، وقوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم»^(٧) فإن قلنا به فاختلفا في قدره فالقول قول

(١) القول بالإجبار للشيخ في المبسوط ٣: ١٧٩، ويحيى بن سعيد في الجامع للشرائع:

٣١٥، والعلامة في القواعد ٢: ٣٤٥. والقول بالعدم للمحقق في الشرائع ٢: ١٤٣.

(٢) في (ع) و (ف): لعارض.

(٣) لم نعر على المصرّح به. نعم، أطلق في التذكرة الحكم بثبوت الأجرة له لو فسخا العقد أو أحدهما. أنظر التذكرة (الحجريّة) ٢: ٢٤٦.

(٤) لم نعر على القائل. نعم، قال الفاضل الآبي في كشف الرموز ٢: ١٥: هذا القول حكى شيخنا عن المرتضى في الدرر وما وقفت عليه.

(٥) نسبه غير واحد إلى مبسوطه ولم نعر عليه. نعم، حكى العلامة عن الشيخ القول بجواز

المضاربة بالجزاف من غير تقييد بالمشاهدة. راجع المختلف ٦: ٢٥٣.

(٦) المختلف ٦: ٢٥٣.

(٧) الوسائل ١٥: ٣٠، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤.

العامل كما تقدّم؛ للأصل. والأقوى المنع.

﴿ وليس للعامل أن يشتري ما فيه ضرر على المالك، كمن ينعق عليه ﴾ أي على المالك؛ لأنّه تخسير محض، والغرض من هذه المعاملة الاسترباح، فإن اشتراه بدون إذنه كان فضولياً مع علمه بالنسب والحكم. أمّا مع جهله بهما أو بأحدهما ففي صحّته وعتقه عن المالك أو إلحاقه بالعالم وجهان، مأخذهما: انصراف الإذن إلى ما يمكن بيعه والاسترباح به فلا يدخل هذا فيه مطلقاً، ومن كون الشرط بحسب الظاهر؛ لاستحالة توجّه الخطاب إلى الغافل كما لو اشترى معيباً لا يعلم بعيبه فتلف به ﴿ و ﴾ كذا ﴿ لا يشتري من ربّ المال شيئاً ﴾ لأنّ المال له ولا يشتري مال الإنسان بماله.

﴿ ولو أذن في شراء أبيه ﴾ وغيره ممّن ينعق عليه ﴿ صحّ وانعق ﴾ كما لو اشتراه بنفسه أو وكيله، وبطلت المضاربة في ثمنه؛ لأنّه بمنزلة التالف، وصار الباقي رأس المال إن كان ﴿ وللعامل الأجرة ﴾ سواء ظهر فيه ربح أم لا، أمّا مع عدمه فظاهر إلّا على الاحتمال السابق^(١) فيما لو فسخ المالك بنفسه، وأمّا مع ظهوره فلبطلان المضاربة بهذا الشراء، لعدم كونه من متعلّق الإذن؛ لأنّ متعلّقه ما فيه ربح ولو بالمظنّة وهو منفيّ هنا، لكونه مستعقياً للعتق، فإذا صرف الثمن فيه بطلت. ويحتمل ثبوت الحصّة إن قلنا بملكها بالظهور؛ لتحقّقه، ولا يقدر عتقه القهري؛ لصدوره بإذن المالك، كما لو استردّ طائفة من المال بعد ظهوره. وحينئذٍ فيسري على العامل مع يسار المالك إن قلنا بالسراية في العتق القهري، أو مع اختيار الشريك السبب.

﴿ ولو اشترى ﴾ العامل ﴿ أبا نفسه ﴾ وغيره ممّن ينعق عليه ﴿ صحّ ﴾

(١) في قوله: وربما أشكل الحكم بالأجرة....

إذ لا ضرر على المالك ﴿ فإن ظهر فيه ربح ﴾ حال الشراء أو بعده ﴿ انعتق نصيبه ﴾ أي نصيب العامل؛ لاختياره السبب المفضي إليه كما لو اشتراه بماله ﴿ ويسعى المعتق ﴾ وهو الأب ﴿ في الباقي ﴾ وإن كان الولد موسراً؛ لصحیحة محمد بن أبي عمير عن الصادق عليه السلام^(١) الحاكمة باستسعائه من غير استفصال.

وقيل: يسري على العامل مع يساره^(٢) لاختياره السبب، وهو موجب لها كما سيأتي^(٣) إن شاء الله تعالى. وحملت الرواية على إعساره؛ جمعاً بين الأدلة. وربما فرّق بين ظهور الربح حالة الشراء وتجددّه، فيسري في الأوّل دون الثاني ويمكن حمل الرواية عليه أيضاً.

وفي وجه ثالث بطلان البيع؛ لأنّه منافٍ لمقصود القراض؛ إذ الغرض هو السعي للتجارة التي تقبل التقلب للاسترباح، والشراء المتعقب للمعتق ينافيه. والوسط قويّ لولا معارضة إطلاق النصّ الصحيح^(٤).

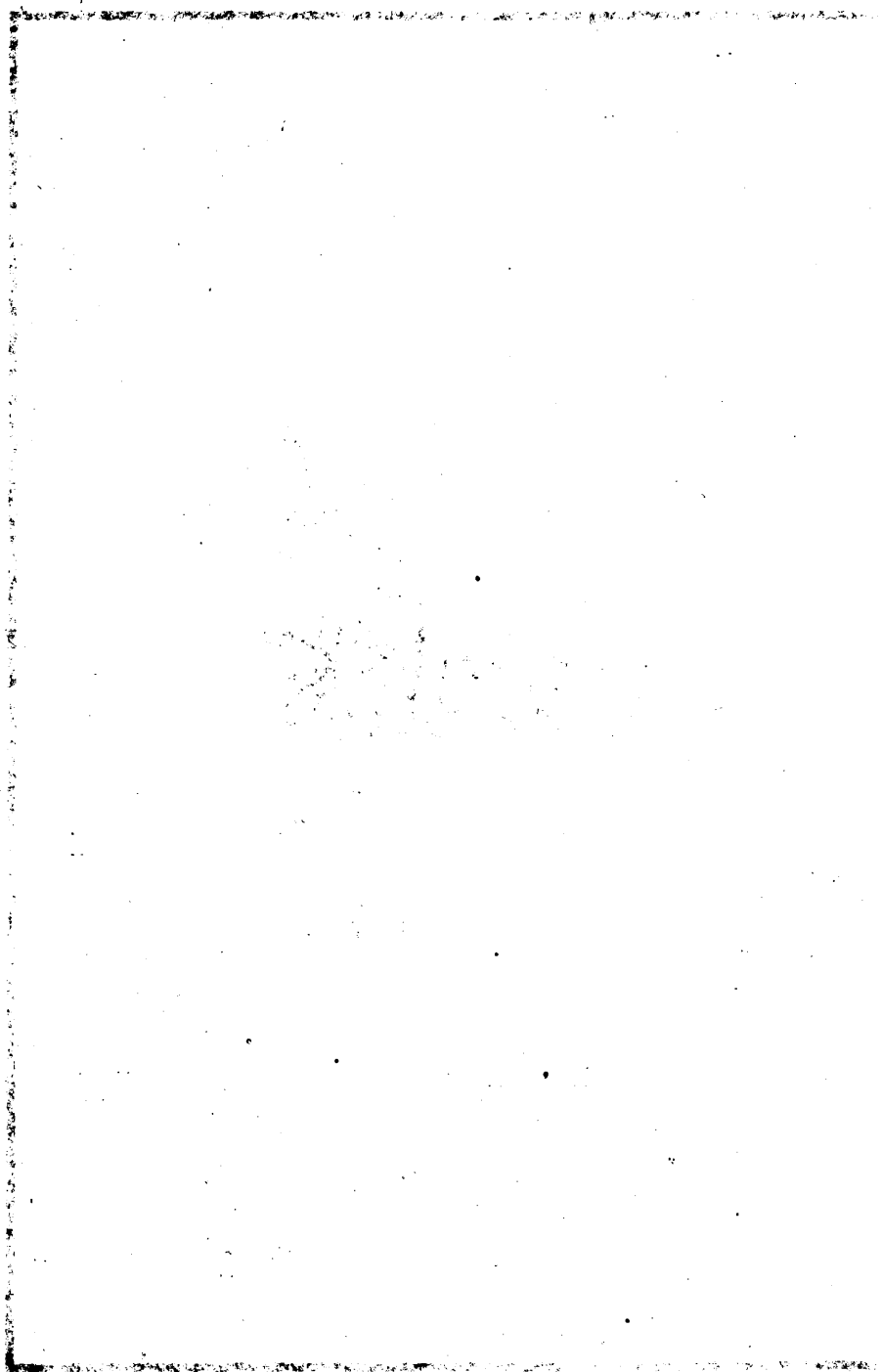
(١) الوسائل ١٣ : ١٨٨ ، الباب ٨ من أبواب المضاربة ، الحديث الأوّل .

(٢) قاله الشيخ في المبسوط ٣ : ١٧٧ - ١٧٨ ، ويحيى بن سعيد في الجامع للشرائع : ٣١٥ ، وغيرهما .

(٣) راجع الجزء الثالث : كتاب العتق ، السراية .

(٤) صحیحة ابن أبي عمير المتقدّمة .

كتاب الاربعة



﴿ كتاب الوديعة ﴾

﴿ وهي استنابة في الحفظ ﴾ أي استنابة فيه بالذات، فلا يرد مثل الوكالة في بيع شيء أو شرائه مع إثبات اليد عليه، فإنها تستلزم الاستنابة فيه إلا أنّها بالعرض، والقصد بالذات الإذن فيما وكلّ فيه.

ثمّ الاستنابة إنّما تكون من المودع. والوديعة لا تتمّ إلاّ بالمتعاقدين، فلا تكون الوديعة هي الاستنابة، بل هي وقبولها وإن اكتفينا بالقبول الفعلي. وكانّ التعريف لما كان لعقدها - كما علم من مذهب المصنّف^(١) - وكان المعبر منه الإيجاب تسامح في إطلاقها عليه، أو لأنّ الاستنابة تستلزم قبولها، فإنّها لو تجرّدت عنه لم تؤثّر.

﴿ وتفتقر إلى إيجاب وقبول ﴾ كغيرها من العقود ﴿ ولا حصر في الألفاظ الدالّة عليها ﴾ كما هو شأن العقود الجائزة من الطرفين، فيكفي كلّ لفظ دلّ عليها، بل التلويح والإشارة المفهمة لمعناها اختياراً.

﴿ ويكفي في القبول الفعل ﴾ لأنّ الغرض منه الرضا بها، وربما كان الفعل - وهو قبضها - أقوى من القول باعتبار دخولها في ضمانه، والتزامه بحفظها

(١) مضى في باب البيع أنّه يريد بهذه الألفاظ نفس العقود.

بواسطة القبض وإن لم يحصل الإيجاب فيه أولى، إلا أنّ فيه خروجاً عن باب العقود التي لا تتمّ إلا بصيغة من الطرفين. ومن ثمّ قيل: إنّها إذن مجردة لا عقد^(١) وكيف كان: لا تجب مقارنة القبول للإيجاب قولياً كان أم فعلياً.

﴿ ولو طرحها عنده ﴾ ولم يحصل منه ما يدلّ على الرضا ولا قبضها ﴿ أو أكرهه على قبضها لم تصر ودیعة ﴾ لانتفاء القبول الشرعي فيهما. وأمّا الإيجاب فقد يحصل بالطرح بأن يضمّ إليه قولاً أو ما في حكمه يفيد، وقد لا يحصل بأن يقتصر على مجرد الطرح. وفي الثاني لا تصير ودیعة وإن قبل قولاً أو فعلاً، لكن في الثاني يجب عليه الحفظ للبد، لا للودیعة. وفي الأوّل تتمّ بالقبول بهما^(٢) فيجب عليه الحفظ.

وحيث لا يجب لعدم القبول قد يجب لأمر آخر، كما لو غاب المالك وتركها وخيف عليها الذهاب، فيجب من باب المعاونة على البرّ كفايةً، لكن لا ضمان بتركه.

وأما مع الإكراه ﴿ فلا يجب حفظها ﴾ مطلقاً، بل يجوز تركها وإن قبضها به في حضور المالك وغيبته، إلا أن يكون المكره مضطراً إلى الإيداع، فيجب إعانته عليه كالسابق.

فقوله: «فلا يجب حفظها» مطلق في الثاني من حيث الودیعة، ومع عدم القبول أو القبض في الأوّل على ما فصل.

﴿ ولو قبل ﴾ الودیعة قولاً أو فعلاً ﴿ وجب ﴾ عليه ﴿ الحفظ ﴾ ما دام مستودعاً، وكذا بعده إلى أن يؤدّي إلى المالك أو من في حكمه. وبذلك يظهر

(١) لم نعره عليه.

(٢) أي بأحدهما من القول أو الفعل.

عدم المنافاة بین وجوب الحفظ وعدم وجوب البقاء على الودیعة من حیث إنَّها عقد جائز.

﴿ ولا ضمان علیه ﴾ لو تلفت أو عابت ﴿ إلا بالتعدی ﴾ فیها بأن ركب الدابة أو لبس الثوب أو فتح الكیس المختوم أو المشدود ﴿ أو التفريط ﴾ بأن قصر فی الحفظ عادةً ﴿ فلو أخذت منه قهراً فلا ضمان ﴾ إن لم یكن سبباً فی الأخذ القهري، بأن سعی بها إلى الظالم، أو أظهرها فوصل إليه خبرها مع مظنته؛ ومثله ما لو أخبر بها اللصّ فسرقها.

ولا فرق بین أخذ القاهر لها بیده وأمره له بدفعها إليه كرهاً؛ لانتهاء التفريط فیهما، فینحصر الرجوع على الظالم فیهما على الأقوى.

وقیل: یجوز له الرجوع على المستودع فی الثاني وإن استقرّ الضمان على الظالم^(١).

﴿ ولو تمكّن ﴾ المستودع ﴿ من الدفع ﴾ عنها بالوسائل الموجبة لسلامتها ﴿ وجب ما لم یؤدّ إلى تحمّل الضرر الكثير، كالجرح وأخذ المال ﴾ فیجوز تسليمها حیثئذٍ وإن قدر على تحمّلها. والمرجع فی الكثرة والقلة إلى حال المکره، فقد تعدّد الكلمة الیسيرة من الأذى كثيراً فی حقّه؛ لكونه جليلاً لا یلیق بحاله ذلك، ومنهم من لا یعتدّ بمثله.

وأما أخذ المال: فإن كان مال المستودع لم یجب بذله مطلقاً، وإن كان من الودیعة فإن لم یستوعبها وجب الدفع عنها ببعضها ما أمکن، فلو ترك مع القدرة على سلامة البعض فأخذ الجميع ضمن ما یمكن سلامته. وإن لم یمكن إلاّ بأخذها أجمع فلا تقصیر. ولو أمکن الدفع عنها بشيء من ماله لا یستوعب قیمتها جاز.

(١) قاله الحلبي فی الكافي: ٢٣٠، والعلامة فی التذكرة (الحجرية) ٢: ٢٠٥.

ورجع مع نيّته^(١).

ولو أمكن حفظها عنه بالاستتار منه وجب، فيضمن بتركه ﴿ نعم يجب عليه اليمين لو قنع بها الظالم فيورّي ﴾ بما يخرجه عن الكذب، بأن يحلف أنّه ما استودع من فلان، ويخصّه بوقت أو جنس أو مكان أو نحوها مغاير لما استودعه، وإنّما تجب التورية عليه مع علمه بها، وإلّا سقطت؛ لأنّه كذب مستثنى للضرورة، ترجيحاً لأخفّ القبيحين حيث تعارضا.

﴿ وتبطل ﴾ الوديعة ﴿ بموت كلّ منهما ﴾ المودع والمستودع، كغيرها من العقود الجائزة ﴿ وجنونه وإغمائه ﴾ وإن قصر وقتها ﴿ فتبقى ﴾ في يد المستودع على تقدير عروض ذلك للمودع، أو يد وارثه أو وليّه أو يده بعد صحّته على تقدير عروضه له ﴿ أمانة شرعيّة ﴾ أي مأذوناً في حفظها من قبل الشارع، لا المالك، لبطان إذنه بذلك. ومن حكم الأمانة الشرعيّة وجوب المبادرة إلى ردّها وإن لم يطلبها المالك.

و ﴿ لا يقبل قول الودعي ﴾ وغيره ممّن هي في يده ﴿ في ردّها إلاّ بيّنة ﴾ بخلاف الأمانة المستندة إلى المالك، فإنّه لا يجب ردّها بدون الطلب أو ما في حكمه كانتقضاء المدّة المأذون فيها، وقد يقبل قوله في ردّها كالوديعة، وقد لا يقبل كما إذا قبضها لمصلحته كالعارية والمضاربة.

ومن الأمانة الشرعيّة: ما بطل من الأمانة المالكيّة كالشركة والمضاربة بموت ونحوه، وما تُطيره الريح إلى دار الغير من الأمتعة، وما يُنزَع من الغاصب بطريق الحسبة، وما يؤخذ من الصبيّ والمجنون من مال الغير وإن كان كسباً من قمار كالجوز والبيض، وما يؤخذ من مالهما وديعة عند خوف تلفه بأيديهما،

(١) في (ش) زيادة: وفي وجوبه نظر.

وما يتسلّمه منهما نسياناً، وما يوجد فيما يشتري من الأمتعة - كالصندوق - من مال لا يدخل في المبيع، واللقطة في يد الملتقط مع ظهور المالك. وضابطه: ما أذن في الاستيلاء عليه شرعاً ولم يأذن فيه المالك.

﴿ ولو عيّن ﴾ المودع ﴿ موضعاً للحفاظ اقتصر ﴾ المستودع ﴿ عليه ﴾ فلا يجوز نقلها إلى غيره وإن كان أحفظ، عملاً بمقتضى التعيين، ولاختلاف الأغراض في ذلك.

وقيل: يجوز إلى الأحفظ؛ لدلالته عليه بطريق أولى^(١) وهو ممنوع. وجوز آخرون التخطّي إلى المساوي^(٢) وهو قياس باطل. وحينئذٍ فيضمن بنقلها عن المعين مطلقاً ﴿ إلا أن يخاف تلفها فيه فينقلها ﴾ عنه إلى الأحفظ، أو المساوي مع الإمكان، فإن تعذّر فالأدون ﴿ ولا ضمان ﴾ حينئذٍ؛ للإذن فيه شرعاً، وإنما جاز المساوي هنا لسقوط حكم المعين بتعذّره، فينتقل إلى ما في حكمه وهو المساوي أو ما فوقه. ويمكن شمول كلامه للأدون عند الخوف وإن وُجد المساوي، كما يشمل المنع من الأعلى عند عدمه، ويشمل أيضاً فيهما^(٣) ما لو نهاه عن غير المعين وعدمه. وهو كذلك.

﴿ ويحفظ الودیعة بما جرت العادة به ﴾ في مكان الودیعة وزمانها؛ لأنّ

(١) قاله جماعة منهم ابن البرّاج في جواهر الفقه: ١٠٤، المسألة ٣٨٠، والمهذّب ١: ٤٢٦، والمحقّق في الشرائع ٢: ١٦٤، والعلامة في القواعد ٢: ١٨٦، والإرشاد ١: ٤٣٧، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد ٦: ٢٩.

(٢) جوّزه الشيخ في المبسوط ٤: ١٤٠، والعلامة في التذكرة (الحجرية) ٢: ٢٠٢، وهو الظاهر من الفاضل المقداد في التنقيح الرائع ٢: ٢٣٩.

(٣) جواز النقل عند الخوف، وعدم جوازه عند عدمه.

الشارع لم يحدّها حدّاً، فيرجع إلى العادة ﴿ كالثوب والتقد في الصندوق ﴾ المقفل أو الموضوع في بيت محرز عن الغير ﴿ والدابة في الاصطبل ﴾ المضبوط بالعلق ﴿ والشاة في المراح ﴾ كذلك أو المحفوظ بنظر المستودع.

هذه الثلاثة ممّا جرت العادة بكونها حرزاً لما ذكر. وقد يفتقر إلى أمر آخر أو يقوم غيرها مقامها عادة.

ولا فرق في وجوب الحرز على المستودع بين من يملكه وغيره، ولا بين من يعلم أنّه لا حرز له وغيره.

﴿ ولو استودع من طفل أو مجنون ضمن ﴾ لأنّهما ليسا أهلاً للإذن، فيكون وضع يده على مالهما بغير إذن شرعي، فيضمن. إلا أن يخاف تلفها في أيديهما فيقبضها بنية الحسبة، فالأقوى عدم الضمان، لكن يجب مراجعة الولي ما أمكن. ولا فرق بين كون المال لهما و^(١) لغيرهما وإن ادّعى إذنه لهما في الإيداع.

﴿ و ﴾ حيث يقبض الوديعة منهما مع جوازه أو لا معه ﴿ يبرأ بالردّ إلى وليّهما ﴾ الخاصّ أو العامّ مع تعذّره، لا إليهما.

﴿ ويجب إعادة الوديعة على المودع ﴾ مع المطالبة في أوّل وقت الإمكان، بمعنى رفع يده عنها والتخلية بين المالك وبينها، فلو كانت في صندوق مقفل ففتحه عليه، أو بيت محرز فكذلك، لا نقلها إلى المالك زيادةً على ذلك.

والعذر الشرعي كإكمال الصلاة وإن كانت نفلاً على الأقوى ما لم يتضرّر المالك بالتأخير، والعادي كانتظار انقطاع المطر ونحوه، كالعقلي. وفي إكمال الطعام والحمام وجهان. والمعتبر في السعي القصد وإن قدر على الزيادة.

(١) في (ر): أو.

والحكم ثابت كذلك ﴿ وإن كان ﴾ المودع ﴿ كافرًا ﴾ مباح المال كالحربي؛ للأمر بأداء الأمانة إلى أهلها^(١) من غير قيد. وروى الفضيل عن الرضا عليه السلام قال: «سألته عن رجل استودع رجلاً من مواليك مالاً له قيمة، والرجل الذي عليه المال رجل من العرب يقدر أن لا يُعطيه شيئاً، والمودع رجل خارجي شيطان، فلم أَدع شيئاً، فقال عليه السلام: قل له: يردّ عليه، فإنّه ائتمنه عليه بأمانة الله»^(٢) وعن الصادق عليه السلام «أدّوا الأمانات إلى أهلها وإن كانوا مجوساً»^(٣).

﴿ ويضمن لو أهمل ﴾ الردّ ﴿ بعد المطالبة ﴾ وإمكان الردّ على الوجه السابق؛ لأنّه من أسباب التقصير، ولو كان التأخير لعذر وجب في أوّل أوقات إمكانه ﴿ أو أودعها ﴾ لغيره ولو لزوجته أو ثقة ﴿ من غير ضرورة ﴾ إلى الإيداع. فلو اضطرّ إليه - بأن خاف عليها من حرق أو سرق أو نهب لو بقيت في يده وتعذّر ردّها إلى المالك والحاكم - أودعها العدل. وفي حكم إيداعها اختياراً إشراك^(٤) الغير في اليد - ولو زوجةً وولداً - ووضّعها في محلّ مشترك في التصرف بحيث لا يلاحظها في سائر الأوقات ﴿ أو سافر بها كذلك ﴾ أي من غير ضرورة إلى استصحابها في السفر، بأن أمكنه عند إرادة السفر إيصالها إلى المالك أو وكيله عامّاً أو خاصّاً أو إيداعها العدل، فترك وأخذها معه فيضمن.

(١) كما في الآية ٥٨ من سورة النساء.

(٢) التهذيب ٧: ١٨١، الحديث ٧٩٥، والوسائل ١٣: ٢٢٣ - ٢٢٤، الباب ٢ من أحكام

الوديعه، الحديث ٩.

(٣) الوسائل ١٣: ٢٢٣، الباب ٢ من أبواب أحكام الوديعه، الحديث ٥.

(٤) في سوى (ف): اشترك.

أما مع الضرورة، بأن تعذر جميع ما تقدم وخاف عليها في البلد، أو اضطر إلى السفر فلا ضمان، بل قد يجب؛ لأنه من ضروب الحفظ.

والمعتبر في تعذر التوصل إلى المالك ومن بحكمه المشقة الكثيرة عرفاً، وفي السفر العرفي أيضاً، فما قصر عنه كالتردد إلى حدود البلد وقرى لا يطلق على الذهاب إليها السفر يجوز فيه مصاحبته مع أمن الطريق. ولا يجوز إيداعها في مثله مع إمكان استصحابها.

واستثني منه ما لو أودعه مسافراً، أو كان المستودع منتجعاً فإنه يسافر بها من غير ضمان؛ لقدوم المالك عليه.

﴿ أو طرَحَها في موضع تتعفن فيه ﴾ وإن كان حرزاً لمثلها؛ لما عرفت من أنّ الحرز مشروط بأمر آخر هذا منها. وفي حكم العفن الموضع المفسد كالندى للكتب. وضابطه: ما لا يصلح لتلك الوديعة عرفاً بحسب مدة إقامتها فيه.

﴿ أو تَرَكَ سقي الدابة أو علفها ما لا تصبر عليه عادة ﴾ ومثلها المملوك. والمعتبر السقي والelf بحسب المعتاد لأمثالها، فالتقصان عنه تفریط، وهو المعبر عنه بعدم صبرها عليه، فيضمنها حينئذٍ وإن ماتت بغيره.

ولا فرق في ذلك بين أن يأمره بهما ويطلق وينهاه؛ لوجوب حفظ المال عن التلف. هذا هو الذي يقتضيه إطلاق العبارة، وهو أحد القولين في المسألة^(١).

(١) لم نعثر على القول بال ضمان، حتى في صورة نهي المالك، وقال العلامة في التذكرة (الحجرية) ٢: ٢٠٣: وقال بعضهم يجب عليه الضمان، وظاهره أنّ القائل هو بعض العامة، ونقله في المجموع ١٥: ٢٨. وأما القول بعدم الضمان فهو المعروف، وقد ذهب إليه الشيخ في المبسوط ٤: ١٣٩، والمحقق في الشرائع ٢: ١٦٤، والعلامة في التحرير ٣: ١٩٨، والقواعد ٢: ١٨٦.

والأقوى أنه مع النهي لا یضمن بالترك؛ لأنّ حفظ المال إنما یجب علی مالکة، لا علی غیره. نعم یجب فی الحيوان مطلقاً؛ لأنّهُ ذو روح، لكن لا یضمن بتركه كغيره.

واعلم أنّ مستودع الحيوان إن أمره المالك بالإنفاق أنفق ورجع علیه بما غرم، وإن أطلق توصل إلى استئذانه، فإن تعذر رفع أمره إلى الحاكم، فإن تعذر أنفق هو وأشهد علیه ورجع به، ولو تعذر الإشهاد اقتصر علی نيّة الرجوع إن أراد، وقبّل قوله فيها وفي القدر بالمعروف؛ وكذا القول مع نهي المالك له عنه. وفي حكم النفقة ما تفتقر إليه من الدواء وغيره. وفي حكم الحيوان الشجر المفتقر إلى الحرث والسقي وغيرهما.

﴿ أو تَرَكَ نشر الثوب ﴾ الذي یفسده طول مكثه كالصوف والإبريسم ﴿ للريح ﴾ حتّى لو لم یندفع بنشره وجب لبسه بمقدار ما یندفع الضرورة عنه، وكذا عرضة علی البرد.

ومثله توقّف نقل الدابة إلى الحرز أو العلف أو السقي علی الركوب والكتاب علی تقلیه والنظر فيه، فیجب ذلك كلّهُ، ویحرم بدونه.

﴿ أو انتفع بها ﴾ لا لذلك ﴿ أو مزجها ﴾ بماله أو بمال غیره بحيث لا یتمیّز، سواء مزجها بأجود أم ما دونه، بل لو مزج إحدى الودیعتین بالأخرى ضمنهما معاً وإن كانا لواحد؛ ومثله خلطها بمالٍ لمالكها^(١) غیر مودع عنده، للتعدي في الجميع.

﴿ وليردّ ﴾ الودیعة حيث یؤمر به أو یریده هو ﴿ إلى المالك أو وكيله ﴾

(١) في (ر) : لو خلطها بمال مالكها.

المتناول وكالته مثل ذلك، مخير^(١) فيهما ﴿ فإن تعذر ﴾ المالك أو وكيله ﴿ فالحاكم ﴾ الشرعي ﴿ عند الضرورة إلى ردّها ﴾ لا بدونه؛ لأنّ الحاكم لا ولاية له على من له وكيل، والودعي بمنزلته. وإنما جاز الدفع إليه عند الضرورة، دفعاً للحرص والإضرار، وتنزيلاً له حينئذٍ منزلةً من لا وكيل له.

وتتحقق الضرورة بالعجز عن الحفظ، وعروض خوفٍ يفتقر معه إلى التستر المنافي لرعايتها، أو الخوف على أخذ المتغلب لها تبعاً لماله أو استقلالاً، أو الخوف عليها من السرقة أو الحرق أو النهب، ونحو ذلك. فإن تعذر الحاكم حينئذٍ أودعها الثقة. ولو دفعها إلى الحاكم مع القدرة على المالك ضمن، كما يضمن لو دفعها إلى الثقة مع القدرة على الحاكم أو المالك.

﴿ ولو أنكر الوديعة حلف ﴾ لأصالة البراءة ﴿ ولو أقام ﴾ المالك ﴿ بها بيّنة قبل حلفه ضمن ﴾ لأنّه متعدّد بجحوده لها ﴿ إلا أن يكون جوابه : « لا تستحقّ عندي شيئاً » وشبهه ﴾ كقوله : « ليس لك عندي وديعة يلزمني ردّها ولا عوضها » فلا يضمن بالإنكار، بل يكون كمدعي التلف يُقبل قوله بيمينه أيضاً؛ لإمكان تلفها بغير تفريط، فلا تكون مستحقةً عنده، ولا يناقض قوله البيّنة. ولو أظهر لإنكاره الأوّل تأويلاً، كقوله : « ليس لك عندي وديعة يلزمني ردّها، أو ضمائها » ونحو ذلك، فالأقوى القبول أيضاً، واختاره المصنّف رحمته في بعض تحقیقاته^(٢).

﴿ والقول قول الودعي في القيمة لو فرط ﴾ لأصالة عدم الزيادة

(١) في (ر) : مخيراً.

(٢) لم نعر عليه.

عمّا يعترف به. وقيل: قول المالك؛ لخروجه بالتفريط عن الأمانة^(١).
ويضعّف بأنّه ليس مأخذ القبول^(٢).

﴿ وإذا مات المودع سلّمها ﴾ المستودع ﴿ إلى وارثه ﴾ إن اتّحد
﴿ أو إلى من يقوم مقامه ﴾ من وكيلٍ ووليٍّ، فإن تعدّد سلّمها إلى الجميع إن
اتفقوا في الأهليّة، وإلاّ فالإهل والأهل ووليّ الناقص ﴿ ولو سلّمها إلى البعض ﴾
من دون إذن الباقيين ﴿ ضمن للباقي ﴾ بنسبة حصّتهم؛ لتعدّيه فيها بتسليمها
إلى غير المالك. وتجب المبادرة إلى ردّها إليهم حينئذٍ كما سلف، سواء علم
الوارث بها أم لا.

﴿ ولا يبرأ ﴾ المستودع ﴿ بإعادتها إلى الحرز لو تعدّى ﴾ فأخرجها منه
﴿ أو قرّط ﴾ بتركه غير مقفل ثمّ قفله ونحوه؛ لأنّه صار بمنزلة الغاصب
فيستصحب حكم الضمان إلى أن يحصل من المالك ما يقتضي زواله برده عليه ثمّ
يجدّد له الوديعة، أو يجدّد له الاستئمان بغير ردّها كأن يقول له: «أودعتكها» أو
«استأمنتك عليها» ونحوه على الأقوى. وقيل: لا يعود بذلك^(٣) كما لا يزول
الضمان عن الغاصب بإيداعه؛ أو يبرئه من الضمان على قول قويّ.

﴿ ويقبل قوله بيمينه في الردّ ﴾ وإن كان مدّعياً بكلّ وجه على المشهور؛
لأنّه محسن وقابض لمحض مصلحة المالك والأصل براءة ذمّته.

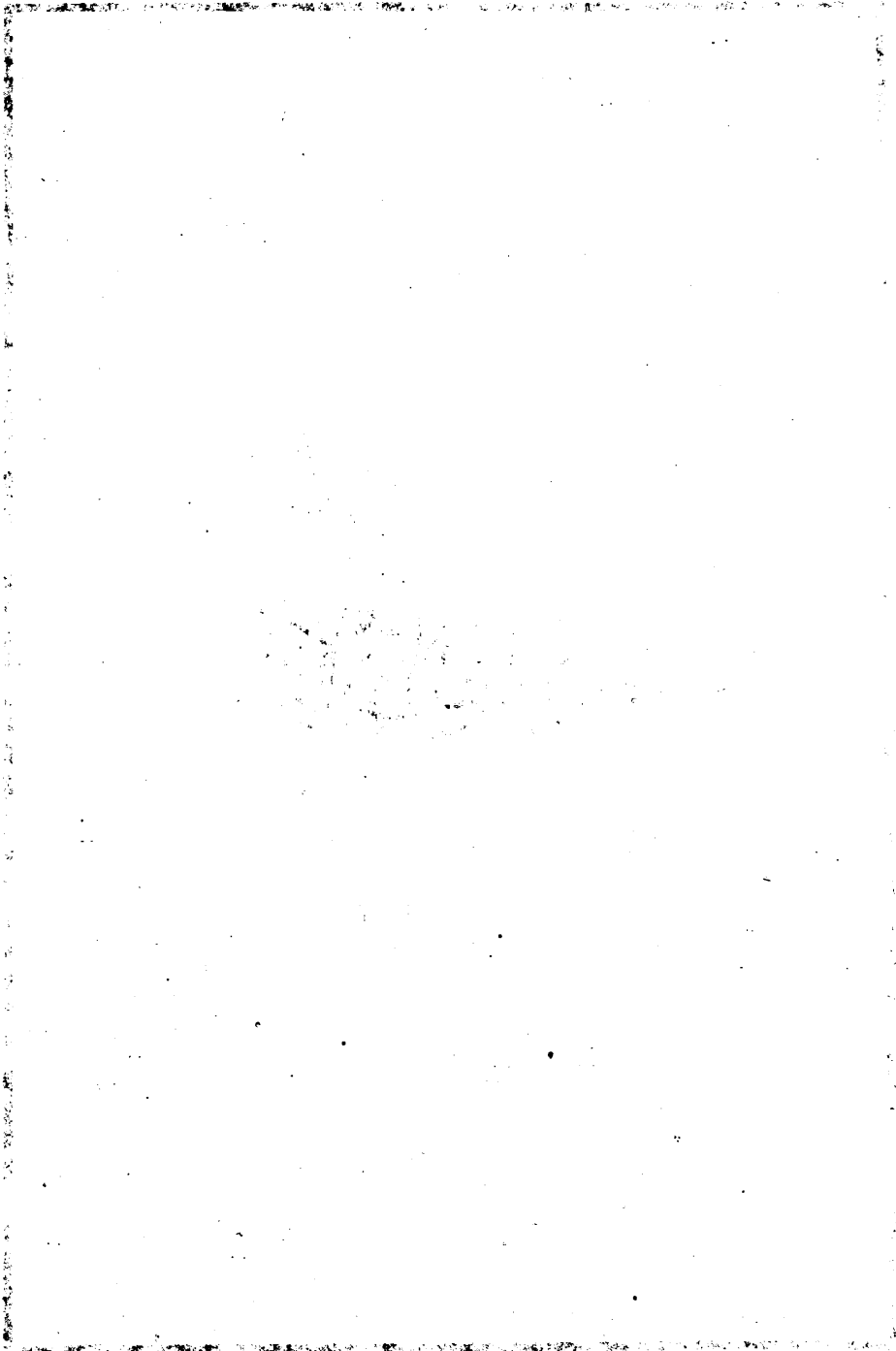
(١) قاله المفيد في المقنعة: ٦٢٦، والشيخ في النهاية: ٤٣٧، وابن زهرة في الغنية: ٢٨٤.

(٢) يعني أنّ مأخذ قبول قول الودعيّ ليس كونه أميناً ليخرج بالتفريط عن الأمانة، بل كونه
منكراً للزائد.

(٣) قاله ابن حمزة في الوسيلة: ٢٧٥.

هذا إذا ادّعى ردها على من ائتمنه. أمّا لو ادّعاه على غيره - كوارثه -
فكغيره من الأمانة؛ لأصالة عدمه، وهو لم يَأتمنه فلا يكلف تصديقه.
ودعوى ردها على الوكيل كدعواه على الموكل؛ لأنّ يده كيده.

كتاب العائنة



﴿ كتاب العارية ﴾

بتشديد الياء، وتخفف، نسبة إلى «العار»؛ لأن طلبها عار، أو إلى «العار» مصدر ثانٍ لأعرته إعاره، كالجابة للإجابة، أو من «عار» إذ جاء وذهب لتحويلها من يد إلى أخرى، أو من «التعاور» وهو التداول. وهي من العقود الجائزة تتمر جواز التصرف في العين بالانتفاع مع بقاء الأصل غالباً.

﴿ ولا حصر أيضاً ﴾ أي عوداً إلى ما ذكر في الوديعة ﴿ في ألفاظها ﴾ إيجاباً وقبولاً، بل كل ما دلّ على الإذن من طرف المعير فهو إيجاب. ويكفي الفعل في القبول، بل لو استفيد رضاه من غير الألفاظ - كالكتابة والإشارة - ولو مع القدرة على النطق كفى.

ومثله ما لو دفع إليه ثوباً حيث وجده عارياً أو محتاجاً إلى لبسه، أو فرش لضيفه فراشاً، أو ألقى إليه وسادة أو مخدّة. واكتفى في التذكرة بحسن الظن بالصديق في جواز الانتفاع بمتاعه^(١) وينبغي تقييده بكون منفعه ممّا يتناوله الإذن الوارد في الآية بجواز الأكل من بيته^(٢) بمفهوم الموافقة، وتعديده إلى من تناولته من

(١) التذكرة (الحجرية) ٢ : ٢١١.

(٢) النور : ٦١.

الأرحام، لا مطلق حسن الظن؛ لعدم الدليل؛ إذ المساوي قياس والأضعف ممتنع بطريق أولى.

﴿ ويشترط كون المعير كاملاً جائز التصرف، ويجوز إعاره الصبي بإذن الولي ﴾ لمال نفسه ووليّه؛ لأنّ المعير إذن الولي وهو كافٍ في تحقّق هذا العقد. هذا إذا علم المستعير بإذن الولي، وإلّا لم يُقبل قول الصبي في حقّه، إلّا أن تنضمّ إليه قرائن تفيد الظنّ المتأخّم للعلم به، كما إذا طلبها من الولي فجاء بها الصبي وأخبر أنّه أرسله بها، ونحو ذلك؛ كما يُقبل قوله في الهدية والإذن في دخول الدار بالقرائن.

ولا بدّ مع إذن الولي له في إعاره ماله من وجود المصلحة بها بأن تكون يد المستعير أحفظ من يد الولي في ذلك الوقت، أو لانتفاع الصبي بالمستعير بما يزيد عن منفعة ماله، أو تكون العين ينفعها الاستعمال ويضرّها الإهمال، ونحو ذلك.

﴿ وكون العين ممّا يصحّ الانتفاع بها مع بقائها ﴾ فلا يصحّ إعاره ما لا يتمّ الانتفاع به إلّا بذهاب عينه كالأطعمة. ويستثنى من ذلك المنحة وهي الشاة المستعارة للحلب؛ للنصّ^(١) وفي تعديّه إلى غيرها من الحيوان المتخذ للحلب وجهان، والاقتصار فيما خالف الأصل على موضع اليقين أجود.

﴿ وللمالك الرجوع فيها متى شاء ﴾ لاقتضاء جواز العقد ذلك ﴿ إلّا في الإعارة للدفن ﴾ أي دفن الميت المسلم ومن بحكمه^(٢) فلا يجوز الرجوع فيه ﴿ بعد الطمّ ﴾ لتحريم نبشه وهتك حرمة إلى أن تدرس عظامه. ولو رجع قبله جاز وإن كان الميت قد وُضع على الأقوى؛ للأصل.

(١) أنظر الوسائل ١٢ : ٢٦٠، الباب ٩ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ١ و ٤،

والمستدرک ١٣ : ٣٩٣، الباب ٤ من أبواب الدين والقرض، الحديث ٤.

(٢) كالطفل والمجنون واللقيط بشرطه.

فمؤونة الحفر لازمة لولي الميِّت؛ لقدومه على ذلك، إلا أن يتعذّر عليه غيره ممّا لا يزيد عوضه عنه، فيقوى كونه من مال الميِّت؛ لعدم التقصير، ولا يلزم وليّه طمّهُ؛ للإذن فيه.

ويُستثنى آخران أيضاً:

أحدهما: إذا حصل بالرجوع ضرر على المستعير لا يستدرك، كما لو أعاره لوحاً رَقَع به سفينته ولجَّجَ في البحر، فلا رجوع للمعير إلى أن يمكنه الخروج إلى الشاطئ، أو إصلاحها مع نزعها من غير ضرر، ولو رجع قبل دخول السفينة أو بعد خروجها فلا إشكال في الجواز. مع احتمال الجواز مطلقاً وإن وجب الصبر بقبضه إلى أن يزول الضرر.

والثاني: الاستعارة للرهن بعد وقوعه، وقد تقدّم^(١).

﴿ وهي أمانة ﴾ في يد المستعير ﴿ لا يضمن إلا بالتعدّي أو التفريط ﴾ إلا ما سيُستثنى^(٢).

﴿ وإذا استعار أرضاً ﴾صالحة للزرع والغرس والبناء عادة ﴿ غرس أو زرع أو بنى ﴾ مخيّر^(٣) فيها مع الإطلاق أو التصريح بالتعميم. وله الجمع بينها بحسب الإمكان؛ لأنّ ذلك كلّ انتفاع بتلك العين يدخل في الإطلاق أو التعميم، ومثله ما لو استعار دابةً صالحة للركوب والحمل.

﴿ ولو عيّن له جهة لم يتجاوزها ﴾ ولو إلى المساوي والأدون عملاً بمقتضى التعيين واقتصاراً على المأذون.

(١) تقدّم في كتاب الرهن : ٣٧٨.

(٢) من الذهب والفضّة، كما سيأتي.

(٣) في (ر) : مخيّرأ.

وقيل: يجوز التخطي إلى المساوي والأقل ضرراً^(١) وهو ضعيف. ودخول الأدون بطريق أولى ممنوع؛ لاختلاف الغرض في ذلك. نعم لو علم انتفاء الغرض بالمعنى اتجه جواز التخطي إلى الأقل، أما المساوي فلا مطلقاً، كما أنه مع النهي عن التخطي يحرم مطلقاً.

وحيث يتعين المعنى فتعدى إلى غيره ضمن الأرض ولزمه الأجرة لمجموع ما فعل من غير أن يسقط [منها]^(٢) ما قابل المأذون على الأقوى؛ لكونه تصرفاً بغير إذن المالك فيوجب الأجرة، والقدر المأذون فيه لم يفعله فلا معنى لإسقاط قدره.

نعم لو كان المأذون فيه داخلاً في ضمن المنهي عنه، كما لو أذن له في تحميل الدابة قدراً معيناً فتجاوزه، أو في ركوبها بنفسه فأردف غيره تعين إسقاط قدر المأذون؛ لأنه بعض ما استوفي من المنفعة وإن ضمن الدابة أجمع.

﴿ ويجوز له بيع غروسه وأبنيته ولو على غير المالك ﴾ على المشهور؛ لأنه مالك غير ممنوع من التصرف فيه فيبيعه ممن شاء.

وقيل: لا يجوز بيعه على غير المعير؛ لعدم استقرار ملكه برجوع المعير^(٣) وهو غير مانع من البيع، كما يُباع المشرف على التلف ومستحقّ القتل قصاصاً.

ثم إن كان المشتري جاهلاً بحاله فله الفسخ للعيب، لا إن كان عالماً بل ينزل منزلة المستعير.

ولو اتفقا على بيع ملكهما معاً بثمن واحد صحّ ووزع الثمن عليهما، فيقسط

(١) قاله العلامة في التحرير ٣: ٢١٢، والتذكرة (الحجرية) ٢: ٢١١، وأجاز الشيخ التخطي إلى الأقل، أنظر المبسوط ٣: ٥٣.

(٢) في المخطوطات: منه.

(٣) قوّاه الشيخ في المبسوط ٣: ٥٦.

على أرضٍ مشغولةٍ به على وجه الإعارة مستحقّ القلع بالأرث أو الإبقاء بالأجرة أو التملك بالقيمة مع التراضي، وعلى ما فيها مستحقّ للقلع^(١) على أحد الوجوه، فلكلّ قسط ما يملكه.

﴿ ولو نقصت العين المعارة ﴾ بالاستعمال لم يضمن ﴿ المستعيرُ النقص؛ لاستناد التلف إلى فعلٍ مأذونٍ فيه ولو من جهة الإطلاق. وتقييده بالنقص قد يفهم أنّها لو تلفت به ضمنها، وهو أحد القولين^(٢) في المسألة؛ لعدم تناول الإذن للاستعمال المتلف عرفاً وإن دخل في الإطلاق، فيضمنها آخرَ حالات التقويم. وقيل: لا يضمن أيضاً كالنقص^(٣) لما ذكر من الوجه، وهو الوجه.

﴿ ويضمن العارية باشتراط الضمان ﴾ عملاً بالشروط المأمور بالكون معه^(٤) سواء شرط ضمان العين أم الأجزاء أم هما، فيتبع شرطه.

﴿ ويكونها ذهباً أو فضة ﴾ سواء كانا دنائير ودراهم أم لا على أصحّ القولين^(٥) لأنّ فيه جمعاً بين النصوص^(٦) المختلفة.

(١) في (ش): القلع.

(٢) لم نعثر عليه.

(٣) وهو المشهور كما قال الفاضل المقداد في التنقيح الرائع ٢: ٢٤٩، وراجع الشرائع ٢: ١٧٢، والمختصر: ١٥١، والقواعد ٢: ١٩٧ وغيرها.

(٤) في قوله ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم». الوسائل ١٥: ٣٠، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤.

(٥) القول بالضمان هو المعروف المصرّح به في كلام بعض مثل المحقق الثاني في جامع المقاصد ٦: ٨٠، وغيره، وهو الظاهر من المبسوط ٣: ٤٩، والشرائع ٢: ١٧٤، والتحرير ٣: ٢١٧، وغيره. وراجع للتفصيل مفتاح الكرامة ٦: ٧٠.

(٦) أنظر الوسائل ١٣: ٢٣٥ و ٢٣٩، الباب ١ و ٣ من أحكام العارية.

وقيل: يختص بالنقدين^(١) استناداً إلى الجمع أيضاً، وإلى الحكمة الباعثة على الحكم، وهي ضعف المنفعة المطلوبة منهما بدون الإنفاق، فكانت عاريتهما موجبةً بالذات لما يوجب التلف، فيضمنان بها.

ويضعف بأن الشرط الانتفاع بهما مع بقائهما، وضعف المنفعة حينئذٍ لا مدخل له في اختلاف الحكم، وتقدير منفعة الإنفاق حكم بغير الواقع.

﴿ ولو ادعى ﴾ المستعير ﴿ التلف حلف ﴾ لأنه أمين فيقبل قوله فيه كغيره سواء ادّعه بأمر ظاهر أم خفي، ولا إمكان صدقه، فلو لم يُقبل قوله لزم تخليده الحبس.

﴿ ولو ادعى الردّ حلف المالك ﴾ لأصالة عدمه وقد قبضه لمصلحة نفسه فلا يقبل قوله فيه، بخلاف الودعي.

ومعنى عدم قبول قوله فيه: الحكم بضمانه للمثل أو القيمة حيث يتعذر العين، لا الحكم بالعين مطلقاً، لما تقدّم في دعوى التلف.

﴿ وللمستعير الاستئصال بالشجر ﴾ الذي غرسه في الأرض المعارة للغرس وإن استلزم التصرف في الأرض بغير الغرس، لقضاء العادة به. كما يجوز له الدخول إليها لسقيه وحرثه وحراسته، وغيرها. وليس له الدخول لغير غرض يتعلّق بالشجر كالنفرج.

﴿ وكذا ﴾ يجوز ﴿ للمعير ﴾ الاستئصال بالشجر المذكور وإن كان ملكاً لغيره؛ لأنه جالس في ملكه كما لو جلس في غيره من أملاكه فاتفق له التظلل بشجر غيره، أو في المباح كذلك؛ وكذا يجوز له الانتفاع بكل ما لا يستلزم التصرف في الشجر.

(١) قاله فخر المحققين في الإيضاح ٢: ١٣٠.

﴿ ولا يجوز ﴾ للمستعير ﴿ إعاره العين المستعارة إلا بإذن المالك ﴾ لأن الإعارة إنما تناولت الإذن له خاصة. نعم يجوز له استيفاء المنفعة بنفسه ووكيله، لكن لا يُعدّ ذلك إعارة؛ لعود المنفعة إليه، لا إلى الوكيل.

وحيث يعبر يضمن العين والمنفعة، ويرجع المالك على من شاء منهما، فإن رجع على المستعير الأول لم يرجع على الثاني الجاهل، إلا أن تكون العارية مضمونة فيرجع عليه ببدل العين خاصة، ولو كان عالماً استقرّ الضمان عليه كالغاصب. وإن رجع على الثاني رجع على الأول بما لا يرجع عليه به لو رجع عليه؛ لغروره ﴿ ولو شرط سقوط الضمان في الذهب والفضة صحّ ﴾ عملاً بالشرط.

﴿ ولو شرط سقوطه مع التعدي أو التفريط احتمل الجواز ﴾ لأنه في قوة الإذن له في الإلتاف فلا يستعقب الضمان ﴿ كما لو أمره بإلقاء متاعه في البحر ﴾ ويحتمل عدم صحّة الشرط؛ لأنّهما من أسباب الضمان، فلا يعقل إسقاطه قبل وقوعه؛ لأنه كالبراءة ممّا لم يجب. والأوّل أقوى.

﴿ ولو قال الراكب : أعرتنيها، وقال المالك : آجرتكها حلف الراكب ﴾ لاتفاقهما على أنّ تلف المنافع وقع على ملك المستعير، وإنّما يختلفان في الأجرة، والأصل براءة ذمّته منها.

﴿ وقيل ﴾ : يحلف ﴿ المالك ﴾ لأنّ المنافع أموال كالأعيان فهي بالأصالة لمالك العين، فادّعاء الراكب ملكيتها بغير عوض على خلاف الأصل، وأصالة براءة ذمّته إنّما تصحّ من خصوص ما ادّعاه المالك، لا من مطلق الحقّ بعد استيفائه منفعة ملك غيره^(١) ﴿ وهو أقوى، ولكن ﴾ لا يقبل قوله فيما يدّعيه من الأجرة؛

(١) قاله ابن إدريس في السرائر ٢ : ٤٣١، والمحقق في الشرائع ٢ : ١٧٥، والعلامة في

لأنه فيها مدّع، كما أن الراكب بالنسبة إلى العارية مدّع، بل يحلف على نفي العارية و ﴿ يثبت له أجره المثل ﴾ لثبوت أن الراكب تصرف في ملك غيره بغير تبرّع منه ﴿ إلا أن تزيد ﴾ أجره المثل ﴿ على ما ادّعاه ﴾ المالك ﴿ من المسمّى ﴾ فيثبت المسمّى؛ لا اعترافه بعدم استحقاقه سواه.

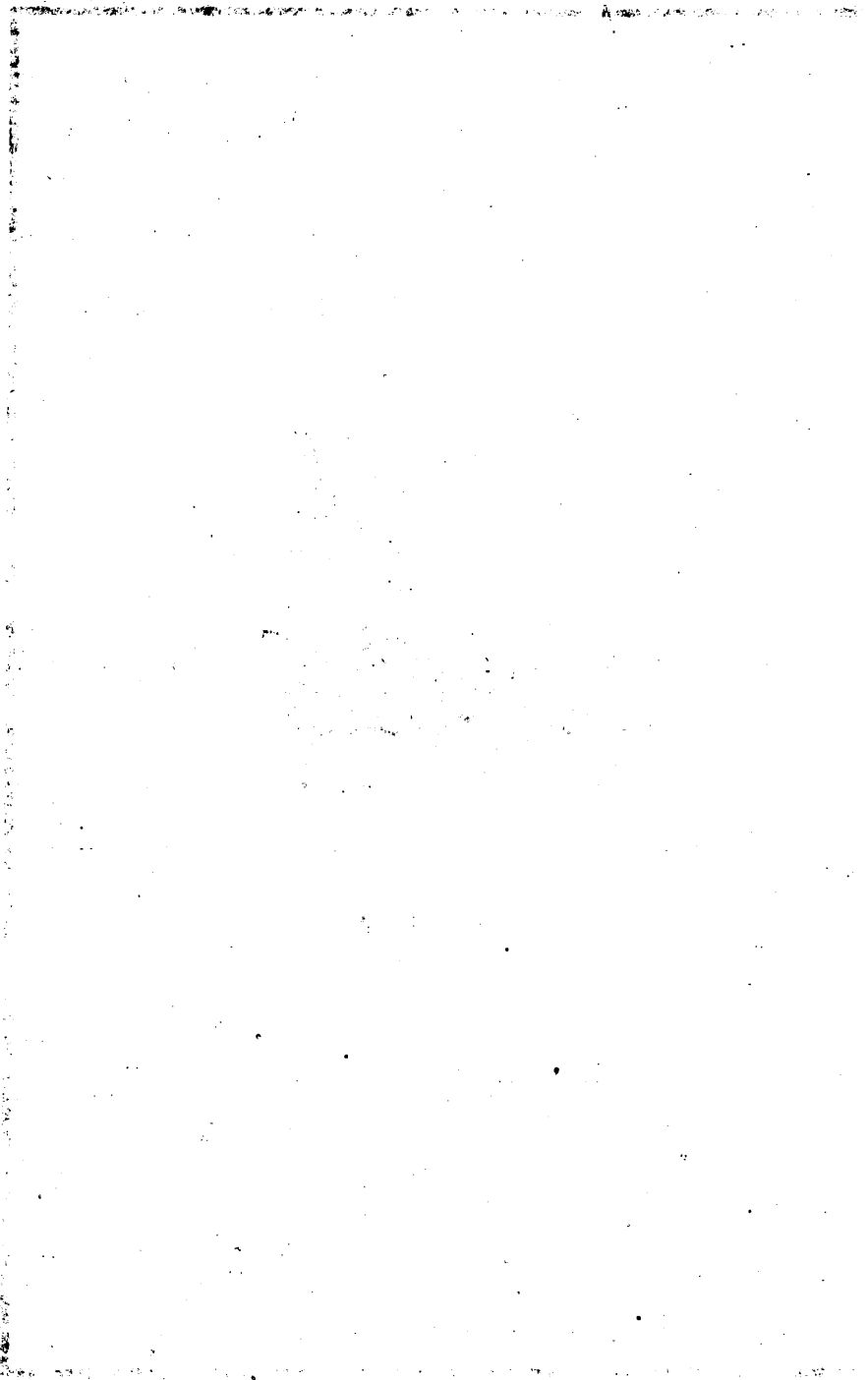
ويشكل بأن المالك يدّعي الزائد من الأجرة على تقدير زيادة ما يدّعيه عن أجره المثل، والراكب ينفيه، فلا بد من وجه شرعي يقتضي نفيه، وحلفه على نفي الإعارة لم يدلّ على نفي الإجارة كما لم يدلّ على إثباتها، وإثبات أقلّ الأمرين باليمين مسلم، لكن يبقى النزاع في الزائد على تقديره، لا يندفع إلا بحلف الراكب على نفي الإجارة أو نكوله، فيحلف المالك عليها ويأخذ الزيادة.

فالأقوى حينئذٍ أنّهما يتحالفان؛ لأنّ كلّاً منهما مدّع ومدّعي عليه، فيحلف المالك على نفي الإعارة والراكب على نفي الإجارة، ويثبت أقلّ الأمرين؛ لانتفاء الزائد من المسمّى بيمين المستعير والزائد من أجره المثل باعتراف المالك. وهذا هو الذي اختاره المصنّف في بعض تحقیقاته^(١).

هذا إذا وقع الاختلاف بعد انقضاء مدّة لها أجره عادةً، أو ما يدّعي كونها مدّة الإجارة، أمّا قبله فالقول قول الراكب في نفي الإجارة، وتُستردّ العين.

(١) الظاهر أنّه اختاره في حواشيه على القواعد حسب ما نقل عنه في مفتاح الكرامة ٦ : ٨٣، وفي مبحث المزارعة من غاية المراد ٢ : ٣٣٢ ما يؤيد المنقول المختار.

كتاب النزهة



﴿ كتاب المزارعة ﴾

﴿ وهي لغة مفاعلة من الزرع، وهي تقتضي وقوعه منهما معاً، لكنّها في الشرع صارت ﴿ معاملة على الأرض بحصّة من حاصلها إلى أجل معلوم ﴾ وتُسبب الفعل إليهما بفعل أحدهما مع طلب الآخر فكأنّه لذلك فاعل كالمضاربة. وخرج بالمعاملة على الأرض المساقاة، فإنّها بالذات على الأصول. وبالحصّة إجارة الأرض للزراعة أو الأعم؛ إذ لا تصحّ بحصّة من الحاصل. وقيدُ الأجل لبيان الواقع أو تخصيص للصحيحة، أو استطراد لبعض الشرائط التي يحصل بها الكشف عن الماهية وإن لم يكن ذكرها من وظائف التعريف.

﴿ وعبارتها: زارعتك أو عاملتك أو سلّمتها إليك، وشبهه ﴿ كقبّلتك هذه الأرض، ونحوه من صيغ الماضي الدالة على إنشاء العقد صريحاً.

والمشهور جوازها بصيغة «ازرع هذه الأرض» استناداً إلى رواية^(١) قاصرة الدلالة عن إخراج هذا العقد اللازم عن نظائره، فالمنع أوجه ﴿ فيقبل ﴿ الزارع ﴿ لفظاً ﴿ على الأقوى كغيره.

(١) الوسائل ١٣: ٢٠٠-٢٠١، الباب ٨ من كتاب المزارعة، الحديثان ٥ و ١٠.

﴿ وعقدها لازم ﴾ لعموم الأمر بالوفاء بالعقود^(١) إلا ما أخرجه الدليل، وليس هذا منه إجماعاً.

﴿ ويصحّ التقايل ﴾ فيه؛ لأنّه معاوضة محضة، فيقبلها كالبيع ﴿ ولا تبطل بموت أحدهما ﴾ لأنّ ذلك من مقتضى لزوم.

ثمّ إن كان الميّت العامل قام وارثه مقامه في العمل، وإلا استأجر الحاكم عليه من ماله أو على ما يخرج من حصّته. وإن كان المالك بقيت بحالها، وعلى العامل القيام بتمام العمل. واستثني من الأوّل ما لو شرط عليه العمل بنفسه فمات قبله.

ويشكل لو مات بعده خصوصاً بعد ظهور الثمرة وقبل تمام العمل؛ لأنّه قد ملك الحصّة.

﴿ ولا بدّ من كون النماء مشاعاً ﴾ بينهما ﴿ تساويا فيه، أو تفاضلاً ﴾ فلو شرط لأحدهما شيء معيّن وإن كان البذر وللآخر الباقي أو لهما بطل سواء كان الغالب أن يخرج منها ما يزيد على المشروط وعدمه ﴿ ولو شرط أحدهما على الآخر شيئاً يضمنه* مضافاً إلى الحصّة ﴾ من ذهب أو فضّة أو غيرها ﴿ صحّ ﴾ على المشهور ويكون قراره مشروطاً بالسلامة، كاستثناء أرتال معلومة من الثمرة في البيع. ولو تلف البعض سقط من الشرط بحسابه؛ لأنّه كالشريك وإن كانت حصّته معيّنة مع احتمال أن لا يسقط شيء بذلك؛ عملاً بإطلاق الشرط.

﴿ ولو مضت المدّة والزرع باقي، فعلى العامل الأجرة ﴾ لما بقي من المدّة

(١) المائدة: ١.

(* في (س) ونسخة (ع) من الشرح: يضمّه، وفي (ق): بضميمة.

﴿ وللمالك قلعه ﴾ إذ لا حقّ للزارع بعدها، فيتخيّر المالك بين القلع والإبقاء بالأجرة إن رضي العامل بها، وإلاّ قلع. ولا أجرة للمالك على ما مضى من المدّة لو لم ينتفع بالمقلوع؛ لأنّ مقتضى العقد قصر الحقّ على الحصّة مع احتمال وجوبها على الزارع لو كان التأخير بتفريطه؛ لتضييعه منفعة الأرض بتأخيرها. ولا فرق في كون المقلوع بينهما بين كون البذر من مالك الأرض والزارع.

وهل يستحقّ المالك قلعه بالأرض، أو مجاناً؟ قولان^(١) وظاهر العبارة ككثيرٍ عدّمه. وعلى القول به، فطريق معرفته: أن يقرّ الزرع قائماً بالأجرة إلى أوان حصاده ومقلوعاً.

﴿ ولا بدّ من إمكان الانتفاع بالأرض ﴾ في الزراعة المقصودة منها، أو في نوع منها مع الإطلاق ﴿ بأن يكون لها ماء من نهر أو بئر أو مصنع، أو تسقيها الغيوت غالباً ﴾ أو الزيادة كالنيل. والضابط: إمكان الانتفاع بزرعها المقصود عادةً، فإن لم يمكن بطلت المزارعة وإن رضي العامل.

﴿ ولو انقطع ﴾ الماء ﴿ في جميع المدّة ﴾ مع كونه معتاداً لها قبل ذلك ﴿ انفسخت ﴾ المزارعة ﴿ وفي الأثناء يتخيّر العامل ﴾ لظروء العيب. ولا يبطل العقد؛ لسبق الحكم بصحّته فيستصحب، والضرر يندفع بالخيار ﴿ فإن فسخ فعليه ﴾ من الأجرة ﴿ بنسبة ما سلف ﴾ من المدّة؛ لانتفائه بأرض الغير بعوضٍ لم يسلم له وزواله باختياره الفسخ.

(١) القول بالأرض للعلامة في القواعد ٢: ٣١٢، والصيمري في غاية المرام ٢: ٢٦٨. وأمّا القول الآخر فلم نعثر على المصرّح به. نعم، نسب في مفتاح الكرامة ٧: ٣١٠ إلى ظاهر المقنعة والشرائع والتحرير والإرشاد وغيرها، أنظر المقنعة: ٦٣٦، والشرائع ٢: ١٥٠، والتحرير ٣: ١٣٩، والإرشاد ١: ٤٢٧.

ويشكل بأن فسخه لعدم إمكان الإكمال، وعمله الماضي مشروط بالحصّة لا بالأجرة، فإذا فاتت بالانقطاع ينبغي أن لا يلزمه شيء آخر. نعم لو كان قد استأجرها للزراعة توجّه ذلك.

﴿ وإذا أطلق المزارعة زرع ﴾ العامل ﴿ ما شاء ﴾ إن كان البذر منه - كما هو الغالب - أو بذل المالك ما شاء إن شرط عليه. وإنما تخيّر مع الإطلاق؛ لدلالة المطلق على الماهية من حيث هي، وكلّ فرد من أفراد الزرع يصلح أن يوجد المطلق في ضمنه. وأولى منه لو عمّم الإذن؛ لدلالته على كلّ فردٍ فردٍ.

وربما فُرق^(١) بين الإطلاق والتعميم؛ بناءً على أن الإطلاق إنّما يقتضي تجويز القدر المشترك بين الأفراد، ولا يلزم من الرضا بالقدر المشترك الرضا بالأقوى، بخلاف التعميم. ومما ذكرناه^(٢) يظهر ضعفه.

﴿ ولو عيّن ﴾ شيئاً من الزرع ﴿ لم يتجاوز ﴾ ما عيّن له، سواء كان المعيّن شخصياً كهذا الحبّ، أم صنفياً كالحنطة الفلاتية، أم نوعياً، أم غيره، لاختلاف الأغراض باختلافه، فيتعيّن ما تعلق به ﴿ فلو ﴾ خالف و ﴿ زرع الأضرّ قيل : تخيّر المالك بين الفسخ، فله أجرة المثل ﴾ عمّا زرعه ﴿ وبين الإبقاء، فله المسمّى مع الأرض ﴾^(٣).

ووجه التخيير: أن مقدار المنفعة المعقود عليها قد استوفي بزيادة في ضمن

(١) قوّاه في التذكرة (الحجرية) ٢ : ٣٤٠، وتبعه في جامع المقاصد ٧ : ٣٢٧، وقال : والأصحّ وجوب التعيين إن لم يعمّم.

(٢) وهو قوله : لدلالة المطلق على الماهية من حيث هي .

(٣) قاله المحقّق في الشرائع ٢ : ١٥١، والعلامة في القواعد ٢ : ٣١٣، والتحرير ٣ : ١٤٠، والإرشاد ١ : ٤٢٧، وغيرها .

زرع الأضرّ، فيتخيّر بين الفسخ لذلك فيأخذ الأجرة لما زرع، لوقوعه أجمع بغير إذنه؛ لأنّه غير المعقود عليه، وبين أخذ المسمّى في مقابلة مقدار المنفعة المعيّنة مع أخذ الأرش في مقابلة الزائد الموجب للضرر.

ويشكل بأنّ الحصّة المسماة إنّما وقعت في مقابلة زرع المعيّن ولم يحصل، والذي زرع لم يتناوله العقد ولا الإذن، فلا وجه لاستحقاق المالك فيه الحصّة، ومن ثمّ نسبه إلى القيل تنبيهاً على تمييزه.

والأقوى وجوب أجرة المثل خاصّة.

﴿ ولو كان ﴾ المزروع ﴿ أقلّ ضرراً ﴾ من المعيّن ﴿ جاز ﴾ فيستحقّ ما سمّاه من الحصّة ولا أرش ولا خيار؛ لعدم الضرر.

ويشكل بأنّه غير معقود عليه أيضاً، فكيف يستحقّ فيه شيئاً؟ مع أنّه نماء بذر العامل الذي لا دليل على انتقاله عن ملكه.

والأقوى ثبوت أجرة المثل أيضاً كالسابق.

﴿ ويجوز أن يكون من أحدهما الأرض حسبّ، ومن الآخر البذر والعمل والعوامل ﴾ وهذا هو الأصل في المزارعة. ويجوز جعل اثنين من أحدهما والباقي من الآخر، وكذا واحد وبعض الآخر. ويتشعب من الأركان الأربعة^(١) صور كثيرة لا حصر لها بحسب شرط بعضها من أحدهما والباقي من الآخر.

﴿ وكلّ واحدة من الصور الممكنة جائزة ﴾ متى كان من أحدهما بعضها - ولو جزء من الأربعة - ومن الآخر الباقي، مع ضبط ما على كلّ واحد.

﴿ ولو اختلفا في المدّة حلف منكر الزيادة ﴾ لأصالة عدمها، فإن بقي

(١) الأرض، البذر، العمل، العوامل.

الزرع بعد ما ثبت منها فكما سبق^(١) ﴿ و ﴾ لو اختلفا ﴿ في الحصة ﴾ حلف ﴿ صاحب البذر ﴾ لأنّ النماء تابع له، فيقدّم قول مالكة في حصة الآخر؛ لأصالة عدم خروج ما زاد عن ملكه وعدم استحقاق الآخر له، واتّفاقهما على عقد تضمّن حصةً إنّما نقل عنه في أصل الحصة، لا في الحصة المعيّنة، فيبقى حكم إنكار الزائد بحاله، لم يخرج عن الأصل.

﴿ ولو أقاما بيّنة قدّمت بيّنة الآخر ﴾ في المسألتين وهو العامل في الأولى؛ لأنّ مالك الأرض يدّعي تقليل المدّة فيكون القول قوّاه والبيّنة بيّنة غريمه العامل. ومنّ ليس له بذر في الثانية - من العامل ومالك الأرض - لأنّه الخارج بالنظر إلى البادر حيث قدّم قوله مع عدم البيّنة.

﴿ وقيل : يقرع^(٢) ﴾ لأنّها لكلّ أمر مشكل.

ويشكل بأنّه لا إشكال هنا، فإنّ من كان القول قوله فالبيّنة بيّنة صاحبه، فالقول بتقديم بيّنة المدّعي فيهما أقوى.

﴿ وللمزارع أن يزارع غيره أو يشارك غيره ﴾ لأنّه يملك منفعة الأرض بالعقد اللازم فيجوز له نقلها ومشاركة غيره عليها؛ لأنّ الناس مسلّطون على أموالهم. نعم لا يجوز له تسليم الأرض إلاّ بإذن مالكةا.

وربما اشترط كون البذر منه ليكون تمليك الحصة منوطاً به، وبه يفرّق بينه وبين عامل المساقاة حيث لم يجز له أن يساقي غيره. وهو يتمّ في مزارعة غيره لا في مشاركته. ويمكن الفرق بينهما بأنّ عمل الأصول في المساقاة مقصود

(١) سبق عند قول الماتن بُذِرَ : « ولو مضت المدّة والزرع باقٍ ... » راجع الصفحة ٤٩٨ - ٤٩٩.

(٢) قاله الشيخ في الخلاف ٣ : ٥٢١، المسألة ١٠ من كتاب المزارعة.

بالذات كالثمرة فلا يتسلط عليه من لا يسلطه المالك، بخلاف الأرض في المزارعة، فإنَّ الغرض فيها ليس إلاَّ الحصَّة، فلما لكها أن ينقلها إلى من شاء.

﴿ إلا أن يشترط عليه المالك الزرع بنفسه ﴾ فلا يجوز له إدخال غيره مطلقاً عملاً بمقتضى الشرط.

﴿ والخراج على المالك ﴾ لأنَّه موضوع على الأرض ابتداءً، لا على الزرع ﴿ إلا مع الشرط ﴾ فيتَّبِع شرطه في جميعه وبعضه، مع العلم بقدره أو شرطٍ قدرٍ معيَّن منه. ولو شرط الخراج على العامل فزاد السلطان فيه زيادة فهي على صاحب الأرض؛ لأنَّ الشرط لم يتناولها^(١).

﴿ وإذا بطلت المزارعة فالحاصل لصاحب البذر وعليه الأجرة ﴾ للباقي، فإن كان البذر من صاحب الأرض فعليه أجرة مثل العامل والعوامل. ولو كان من الزارع فعليه لصاحب الأرض أجرة مثلها ولما شرط عليه من الآخريين^(٢) ولو كان البذر منهما فالحاصل بينهما، ولكلٍّ منهما على الآخر أجرة مثل ما يخصه من الأرض وباقي الأعمال.

﴿ ويجوز لصاحب الأرض الخرص على الزارع ﴾ بأن يُقدَّر ما يخصه من الحصَّة تخميناً ويُقَبَّل به بحبٍّ - ولو منه - بما خرصه به ﴿ مع الرضا ﴾ وهذه معاملة خاصَّة مستثناة من المحاقلة^(٣) إن كانت بيعاً أو صلحاً ﴿ فيستقر ﴾ ما اتَّفقا عليه ﴿ بالسلامة. فلو تلف ﴾ الزرع أجمع من قبل الله تعالى ﴿ فلا شيء ﴾ على

(١) في (ع): لا يتناولها.

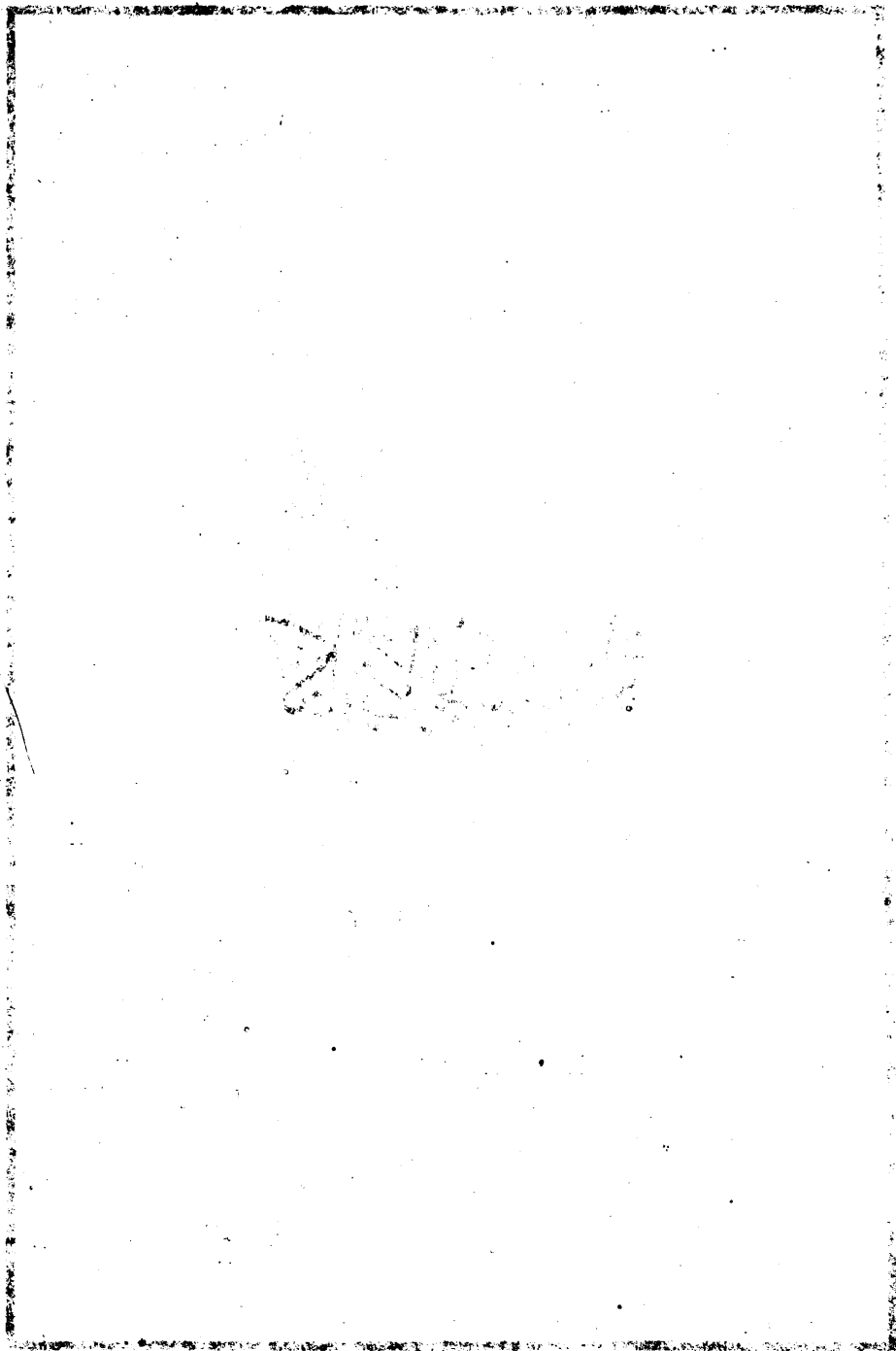
(٢) العمل والعوامل.

(٣) تقدَّم شرحها في كتاب المتاجر: ٢٥٩.

الزارع، ولو تلف البعض سقط منه بالنسبة. ولو أتلفه متلف ضامن لم تتغير
المعاملة، وطالب المتقبل المتلف بالعرض، ولو زاد فالزائد للمتقبل، ولو نقص
بسبب الخرص لم يسقط بسببه شيء.

هذا إذا وقعت المعاملة بالتقيل، ولو وقعت بلفظ البيع اشترط فيه شرائطه،
مع احتمال كونه كذلك. ولو وقع بلفظ الصلح فالظاهر أنه كالبيع؛ وقوفاً فيما خالف
الأصل على موضع اليقين. وقد تقدم الكلام على هذه القبالة في البيع^(١).

کتابت المسافر



﴿ كتاب المساقاة ﴾

﴿ رهي ﴾ لغةً مفاعلةً من السقي، واشتقّ منه دون باقي أعمالها؛ لأنّه أنفعها وأظهرها في أصل الشرعيّة^(١) وهو نخل الحجاز الذي يُسقى من الآبار مع كثرة مؤنثته.

وشرعاً ﴿ معاملة على الأصول بحصّة من ثمرها ﴾ فخرجت بالأصول المزارعة، وبالحصّة الإجارة المتعلّقة بها فإنّها لا تقع بالحصّة. والمراد بالثمرة^(٢) معناها المتعارف؛ لتردّده^(٣) في المعاملة على ما يقصد ورَقّه ووَرَدّه، ولو لوحظ إدخاله أريد بالثمرة نماء الشجر، ليدخل فيه الورق المقصود والورد. ولم يقيّد الأصول بكونها ثابتة - كما فعل غيره^(٤) - لأنّ ذلك شرط لها وذكره في التعريف غير لازم أو معيب، ومن قيّد به جعله وصفاً للشجر مخصّصاً لموضع البحث، لا شرطاً.

(١) في (ر) : الشريعة، وكُتِبَ عليها : الشرعيّة خ ل.

(٢) في (ش) زيادة : هنا.

(٣) أي الماتن مكتوب.

(٤) كما في الشرائع ٢ : ١٥٤، والجامع للشرائع : ٢٩٩، والقواعد ٢ : ٣١٦، والتحرير ٣ :

١٤٩ وغيرها.

﴿ وهي لازمة من الطرفين ﴾ لا تنفسخ اختياراً إلا بالتقابل. ﴿ وإيجابها ساقيتك، أو عاملتك، أو سلّمت * إليك، أو ما أشبهه ﴾ من الألفاظ الدالّة على إنشاء هذا العقد صريحاً، كـ «قبّلتك عملَ كذا» أو «عقدت معك عقدَ المساقاة» ونحوه من الألفاظ الواقعة بلفظ الماضي. وزاد في التذكرة «تعهّد نخلي» أو «اعمل فيه»^(١) وإخراج هذا العقد عن نظائره من العقود اللازمة بوقوعه بصيغة الأمر من غير نصّ مخصّص مشكل. وقد نوقش في أمر المزارعة^(٢) مع النصّ عليه، فكيف هذا؟

﴿ والقبول الرضا به ﴾ وظاهره الاكتفاء بالقبول الفعلي^(٣) إذ الرضا يحصل بدون القول. والأجود الاختصار على اللفظ الدالّ عليه؛ لأنّ الرضا أمر باطني لا يعلم إلا بالقول الكاشف عنه، وهو السرّ في اعتبار الألفاظ الصريحة الدالّة على الرضا بالعقد، مع أنّ المعتبر هو الرضا، لكنّه أمر باطني لا يعلم إلا به. ويمكن أن يريد هنا ذلك.

﴿ وتصحّ ﴾ المساقاة ﴿ إذا بقي للعامل عمل تزيد به الثمرة ﴾ سواء ﴿ ظهرت ﴾ قبل العقد ﴿ أو لا ﴾.

والمراد بما فيه مستزاد الثمرة، نحو الحرث والسقي ورفع أغصان الكرم على الخشب وتأبير ثمرة النخل. واجترزبه عن نحو الجذاذ والحفظ والنقل وقطع

(*) في (ق) : سلّمته إليك.

(١) التذكرة (الحجريّة) ٢ : ٣٤٢.

(٢) ناقش فيه العلامة في القواعد ٢ : ٣١١، وقرّره على ذلك السيّد العميدي في كنز الفوائد

٢ : ٤٤، وقال الفخر في الإيضاح ٢ : ٢٨٤ - ٢٨٥ بعد بيان وجهي الإشكال : والأصحّ

أنّه لا يصحّ إلا بلفظ الماضي.

(٣) في (ر) زيادة : كما مرّ في المزارعة.

الحطب الذي يعمل به الدبس من الأعمال التي لا يستزاد^(١) بها الثمرة، فإنّ المساقاة لا تصحّ بها إجماعاً. نعم تصحّ الإجارة حينئذٍ على بقيّة الأعمال بجزءٍ من الثمرة، والجماعة، والصلح.

﴿ ولا بدّ ﴾ في صحّة المساقاة ﴿ من كون الشجر ﴾ المساقى عليه ﴿ نابتاً ﴾ * بالنون، أو بالثاء المثلثة. ويخرج على الأوّل^(٢) المساقاة على الودّي^(٣) غير المغروس، أو المغروس الذي لم يتعلّق بالأرض، والمغارسة^(٤) وبالثاني^(٥) ذلك، وما لا يبقى غالباً كالخضراوات. ويمكن خروجها بالشجر، فيتحد المعنيان ﴿ ينتفع بثمرته مع بقاء عينه ﴾ بقاءً يزيد عن سنةٍ غالباً. واحترز به عن نحو البطيخ والبادنجان والقطن وقصب السكر، فإنّها ليست كذلك، وإن تعدّدت اللقطات مع بقاء عينه ذلك الوقت وبقي القطن أزيد من سنة؛ لأنّه خلاف الغالب. ﴿ وفيما له ورق ﴾ لا يُقصد من عمله بالذات إلاّ ورقه ﴿ كالحنّاء نظر ﴾ من أنّه في معنى الثمرة فيكون مقصود المساقاة حاصلاً به، ومن أنّ هذه المعاملة على خلاف الأصل - لاشتمالها على جهالة العوض - فيقتصر بها على موضع الوفاق، ومثله ما يُقصد ورّده. وأمّا التوت: فمنه ما يُقصد ورقه وحكمه كالحنّاء. ومنه ما يقصد ثمره، ولا شبهة في إلحاقه بغيره من شجر الثمر. والقول بالجواز في الجميع متّجه.

(١) في (ع): لا تزداد.

(*) في (ق) و (س): بالثاء.

(٢) أي «نابتاً» بالنون.

(٣) صغار النخل.

(٤) يأتي معناها عند قول الماتن: والمغارسة باطلة.

(٥) يعني «ثابتاً» بالثاء المثلثة.

﴿ ويشترط تعيين المدّة ﴾ بما لا يحتمل الزيادة والنقصان، ولا حدّ لها في جانب الزيادة، وفي جانب النقصان أن يغلب فيها حصول الثمرة.

﴿ ويلزم العامل مع الإطلاق ﴾ أي إطلاق المساقاة بأن قال: «ساقيتك على البستان الفلاني سنة بنصف حاصله» فقبل ﴿ كلّ عمل متكرّر * كلّ سنة ﴾ ممّا فيه صلاح الثمرة أو زيادتها كالحرث والحفر حيث يحتاج إليه، وما يتوقف عليه من الآلات والعوامل، وتهذيب الجريد بقطع ما يحتاج إلى قطعه منه - ومثله أغصان الشجر المضرب بقاؤها بالثمرة أو الأصل^(١) - والسقي ومقدّماته المتكرّرة كالدلو والرّشا^(٢) وإصلاح طريق الماء و [استنقاؤه]^(٣) وإدارة الدولاب، وفتح رأس الساقية وسدّها عند الفراغ، وتعديل الثمرة بإزالة ما يضرّها من الأغصان والورق ليصل إليها الهواء، وما يحتاج إليه من الشمس، وليتيسّر قطعها عند الإدراك، ووضع الحشيش ونحوه فوق العناقيد صوتاً لها عن الشمس المضرة بها، ورفعها عن الأرض حيث تضرّها، ولقاطها بمجرى العادة بحسب نوعها، فما يؤخذ للزبيب يقطع في الوقت الصالح له وما يعمل ديساً فكذلك، وهكذا... وإصلاح موضع التشميس ونقل الثمرة إليه، وتقليبها ووضعها على الوجه المعبر، وغير ذلك من الأعمال.

﴿ ولو شرط بعضه على المالك صحّ ﴾ بعد أن يكون مضبوطاً ﴿ لا جميعه ﴾ لأنّ الحصّة لا يستحقّها العامل إلّا بالعمل، فلا بدّ أن يبقى عليه منه شيء فيه

(*) في (س): يتكرّر.

(١) في (ر) زيادة: ومنه زيادة الكرم.

(٢) جمع أرشية: الحبل.

(٣) في المخطوطات: استنقاؤه.

مستزاد الثمرة وإن قلّ.

﴿ وتعيين الحصّة بالجزء المشاع ﴾ كالنصف والثلث ﴿ لا المعين ﴾ كمنة رطل والباقي للآخر أو بينهما.

﴿ ويجوز اختلاف الحصّة في الأنواع ﴾ كالنصف من العنب، والثلث من الرطب أو النوع الفلاني ﴿ إذا علماها ﴾ أي الأنواع، حذراً من وقوع أقلّ الجزأين لأكثر الجنسين مع الجهل بهما فيحصل الغرر.

﴿ ويكره أن يشترط ربّ المال على العامل ﴾ مع الحصّة ﴿ ذهباً أو فضّة ﴾ ولا يكره غيرهما؛ للأصل ﴿ فلو شرط ﴾ أحدهما ﴿ وجب ﴾ ما شرطه ﴿ بشرط سلامة الثمرة ﴾ فلو تلفت أجمع أو لم تخرج لم يلزم؛ لأنّه حينئذٍ أكل مال بالباطل، فإنّ العامل لم يحصل له عوض ما عمل، فكيف يخسر مع عمله الفاتئ شيئاً آخر؟ ولو تلف البعض فالأقوى عدم سقوط شيء عملاً بالشرط، كما لا يسقط من العمل شيء بتلف بعض الثمرة.

﴿ وكلّما فسد العقد فالثمرة للمالك ﴾ لأنّها تابعة لأصلها ﴿ وعليه أجرة مثل العامل ﴾ لأنّه لم يتبرّع بعمله ولم يحصل له العوض المشروط، فيرجع إلى الأجرة.

هذا إذا لم يكن عالماً بالفساد ولم يكن الفساد بشرط عدم الحصّة للعامل، وإلا فلا شيء له؛ لدخوله على ذلك.

﴿ ولو شرط عقد مساقاة في عقد مساقاة فالأقرب الصحّة ﴾ لوجود المقتضي وانتفاء المانع. أمّا الأوّل فهو اشتراط عقد سائغ في عقد سائغ لازم، فيدخل في عموم «المؤمنون عند شروطهم»^(١) وأمّا الثاني فلأنّ المانع لا يُتخيّل

(١) الوسائل ١٥ : ٣٠، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤.

إلاّ كونه لم يرض أن يعطيه من هذه الحصّة إلاّ بأن يرضى منه من الآخر بالحصّة الأخرى، ومثل هذا لا يصلح للمنع كغيره من الشروط السائغة الواقعة في العقود. والقول بالمنع للشيخ رحمته الله ^(١) استناداً إلى وجهٍ ضعيف يظهر - مع ضعفه - ممّا ذكر في وجه الصّحة.

﴿ ولو تنازعا في خيانة العامل حلف ﴾ العامل؛ لأنّه أمين فيقبل قوله بيمينه في عدمها، ولأصالته.

﴿ وليس للعامل أن يساقي غيره ﴾ لأنّ في المساقاة تسليطاً على أصول الغير وعملها والناس يختلفون في ذلك اختلافاً كثيراً، فليس لمن رضي المالك بعمله وأمانته أن يوّلّي من لم يرضه المالك له. بخلاف المزارعة، فإنّ عمل الأرض غير مقصود وحصّة المالك محفوظة على التقديرين.

وأما الفرق بأنّ النماء تابع للأصل وهو من مالك الأصول في المساقاة ومن الزارع في المزارعة فلمالك الأصل تسليط من شاء دون غيره، فإنّما يتمّ مع كون البذر من العامل، والمسألة مفروضة في كلامهم أعمّ منه، ومع ذلك فإنّ العقد اللازم يوجب الحصّة المخصوصة لكلّ منهما، فله نقلها إلى من شاء وإن لم يكن البذر. وكونها غير موجودة حين المزارعة الثانية غير مانع؛ لأنّ المعاملة ليست على نفس الحصّة، بل على الأرض والعنل والعوامل والبذر بالحصّة، فمن استحقّ بالعقد اللازم شيئاً تسلّط على نقله مع انتفاء المانع.

﴿ والخراج على المالك ﴾ لأنّه موضوع على الأرض والشجر، فيكون على مالهما ﴿ إلاّ مع الشرط ﴾ بأن يكون على العامل أو بعضه، فيصحّ مع ضبط المشروط.

(١) قاله في المبسوط ٣: ٢١١.

﴿ وتملك الفائدة بظهور الثمرة ﴾ عملاً بالشرط، فإنّ العقد اقتضى أن يكون بينهما، فمتى تحققت ملكت كذلك.

﴿ وتجب الزكاة على كلّ من بلغ نصيبه النصاب ﴾ من المالك والعامل؛ لوجود شرط الوجوب وهو تعلّق الوجوب بها على ملكه ﴿ ولو كانت المساقاة بعد تعلّق الزكاة وجوّزناها ﴾ بأن بقي من العمل ما فيه مستزاد الثمرة حيث وجّزناها مع ذلك ﴿ فالزكاة على المالك ﴾ لتعلّق الوجوب بها على ملكه.

﴿ وأثبت السيّد ﴾ أبو المكارم حمزة ﴿ بن زهرة الزكاة على المالك في المزارعة والمساقاة، دون العامل ﴾ مطلقاً محتجاً بأنّ حصّته كالأجرة^(١) وهو ضعيف؛ لأنّ الأجرة إذا كانت ثمرة أو زرعاً قبل تعلّق الوجوب وجبت الزكاة على الأجير، كما لو ملكها كذلك بأيّ وجه كان. وإن أراد كالأجرة بعد ذلك فليس محلّ النزاع. إلا أن يذهب إلى أنّ الحصّة لا يملكها العامل بالظهور، بل بعد بدوّ الصلاح وتعلّق الزكاة. لكنّه خلاف الإجماع، ومعه لا يتمّ التعليل بالأجرة بل يتأخّر ملكه عن الوجوب.

﴿ والمغارسة باطلة ﴾ وهي أن يدفع أرضاً إلى غيره ليغرسها على أنّ الغرس بينهما ﴿ ولصاحب الأرض قلعه، وله الأجرة ﴾ عن الأرض ﴿ لطول بقائه ﴾ فيها ﴿ ولو نقص بالقلع ضمن أرشه ﴾ وهو تفاوت ما بين قيمته مقلوعاً وبقاياً في الأرض بالأجرة. ولو كان الغرس من مالك الأرض وقد شرط على العامل غرسه وعمله بالحصّة، فهو لمالكة وعليه أجرة الغارس وما عمل فيه من الأعمال.

﴿ و ﴾ على تقدير كونه من العامل ﴿ لو طلب كلّ منهما ما لصاحبه ﴾ فطلب الغارس الأرض بالأجرة على أن يبقى الغرس فيها أو أن تكون ملكه ﴿ بعوض ﴾ و^(١) طلب صاحب الأرض الغرس بقيمته ﴿ لم يجب على الآخر إجابته ﴾ لأنّ كلّاً منهما مسلّط على ماله .

وحيث يقلعه الغارس يجب عليه طمّ الحفر، وأرّش الأرض لو نقصت به، وقلع العروق المتخلّفة عن المقلوع في الأرض . ولم يفرّق المصنّف - كما أكثر - في إطلاق كلامه بين العالم بالفساد والجاهل في استحقاق الأرش وثبوت أجرته لو كان الغرس لمالك الأرض . وليس يبيد الفرق ؛ لتبرّع العالم بالعمل ووضعه الغرس بغير حقّ . وبه فارق المستعير للغرس ؛ لأنّه موضوع بحقّ وإذن صحيحة شرعاً ، بخلاف هذا الغرس .

﴿ ولو اختلفا في الحصّة حلف المالك ﴾ لأنّ النماء تابع للأصل ، فيرجع إلى مالكة في مقدار ما أخرج منه عن ملكه ، مع أصالة بقاء غيره وعدم انتقاله وملك الغير له ﴿ وفي المدّة يحلف المنكر ﴾ لأصالة عدم ما يدّعيه الآخر من الزيادة .

تمّ الجزء الأوّل من « الروضة البهية » في شرح « اللمعة الدمشقيّة » ويتلوه في الثاني كتاب الإجارة على يد مصنّفها العبد الفقير إلى الله تعالى زين الدين بن عليّ بن أحمد الشامي العاملي ، عامله الله بلطفه ، وعفى عنه وعنهم بمنّه وكرمه .

[واتفق الفراغ منه يوم الثلاثاء سادس شهر جمادى الأخرى ، سنة ستّ وخمسين وتسعمئة ، حامداً لله تعالى ، مصلياً على رسوله وآله ، مسلماً ، مستغفراً . اللهم وفق لإكماله واجعله خالصاً لوجهك الكريم بمحمّد وآله الطيبين الطاهرين]^(٢) .

(١) في سوى (ش) : أو .

(٢) ما بين المعقوفين لم يرد في (ع) التي قوبلت بالأصل بخطّ مؤلّفه رحمه الله .

فهرس المحتويات

٧	□ كتاب الجهاد
٩	أقسام الجهاد
١٠	شروط وجوبه
١٥	الفصل الأول - في من يجب قتاله وكيفيّة القتال وأحكام الذمّة
٢١	الفصل الثاني - في ترك القتال
٢٥	الفصل الثالث - في الغنيمه
٣١	الفصل الرابع - في أحكام البغاة
٣٣	الفصل الخامس - في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر
٣٥	شروط وجوبهما
٣٦	مراتب الإنكار
٣٧	حكم إقامة الحدود في زمن الغيبة
٤١	□ كتاب الكفارات
٤٣	أقسام الكفارات
٤٥	انواع اختلف في كفّارتها
٥٠	حكم الكفارات المرتبة
٥٧	□ كتاب النذر وتوابعه من العهد واليمين
٥٩	شروط الناذر
٦٠	صيغة النذر
٦١	ضابط النذر
٦٤	العهد
٦٥	اليمين
٦٩	□ كتاب القضاء
٧١	شروط القاضي

٧٦	الكلام في قاضي التحكيم
٧٨	حكم ارتزاق القاضي وأجرته
٧٨	المرتزقة من بيت المال
٧٨	الكلام في ما يجب على القاضي
٨٠	حرمة الرشوة
٨٢	القول في كيفية الحكم
٨٣	المراد من المدعي والمنكر
٨٤	جواب المدعى عليه
٨٤	الإقرار
٨٦	الإنكار
٩٣	السكوت
٩٤	القول في اليمين
٩٧	القول في الشاهد واليمين
٩٩	القضاء على الغائب عن مجلس القضاء
١٠٠	موارد وجوب اليمين مع البيئة
١٠١	القول في التعارض
١٠٥	القول في القسمة
١٠٩	□ كتاب الشهادات
١١١	الفصل الأول - الشاهد
١١١	شروطه
١١٧	مستند الشهادة
١١٨	تحمل الشهادة وأداؤها
١٢٣	الفصل الثاني - في تفصيل الحقوق
١٢٧	الفصل الثالث - في الشهادة على الشهادة
١٣١	الفصل الرابع - في الرجوع عن الشهادة
١٣٥	□ كتاب الوقف
١٣٧	تعريفه وألفاظه
١٣٩	لزوم القبض فيه

٥١٧ فهرس المحتويات
١٤٠ شرط الوقف
١٤٢ شرط الموقوف
١٤٤ شرط الواقف
١٤٥ شرط الموقوف عليه
١٤٨ مسائل
١٤٨ الأولى - نفقة العبد والحيوان الموقوفين
١٤٩ الثانية - الوقف في سبيل الله
١٥٠ الثالثة - الوقف على الاولاد
١٥١ الرابعة - عدم زوال الوقف بخراب القرية
١٥٢ الوقف على الفقراء والعلويين
١٥٣ الخامسة - إيجار البطن الأول الوقف وانقراضهم
١٥٥ □ كتاب العطيّة
١٥٧ الأول - الصدقة
١٥٩ الثاني - الهبة
١٦٣ الثالث - السكنى وتوابعها
١٦٥ الرابع - التحبيس
١٦٧ □ كتاب المتاجر
١٧١ الفصل الأول - في أقسام موضوع التجارة
١٧١ المحرّم
١٨٠ المكروه
١٨١ المباح
١٨٢ أقسام التجارة
١٨٣ الفصل الثاني - في عقد البيع وآدابه
١٨٣ اعتبار الإيجاب والقبول فيه
١٨٤ الكلام في المعاطاة
١٨٧ شروط المتعاقدين
١٨٨ بيع الفضولي
١٩٢ بيع ما يملك وما لا يملك

- ١٩٣ بيع ما يملك وما لا يملك
- ١٩٣ صحّة العقد من القائم مقام المالك
- ١٩٥ بيع المصحف والمسلم
- ١٩٧ مسائل في شروط العوضين
- ١٩٧ الأولى - يشترط كون المبيع مما يملك
- ١٩٨ الثانية - يشترط أن يكون مقدوراً على تسليمه
- ٢٠١ الثالثة - يشترط أن يكون طلقاً
- ٢٠٥ الرابعة - جناية العبد لا تمنع من بيعه
- ٢٠٦ الخامسة - يشترط العلم بالثمن
- ٢٠٧ السادسة - ما يشترط في بيع المكيل والموزون والمعدود
- ٢٠٩ السابعة - حكم ابتياع الجزء مشاعاً
- ٢١٠ الثامنة - كفاية المشاهدة عن الوصف
- ٢١٢ التاسعة - جواز اختبار ما يراد طعمه وريحه
- ٢١٤ العاشرة - جواز بيع المسك في فأرة
- ٢١٤ الحادية عشرة - عدم جواز بيع مجهول المقدار
- ٢١٦ الثانية عشرة - جواز بيع دود القزّ
- ٢١٧ الثالثة عشرة - حكم ظرف المبيع
- ٢١٨ القول في الآداب
- ٢٢٩ الفصل الثالث - في بيع الحيوان
- ٢٢٩ بيع الأناسيّ
- ٢٣٨ مسائل
- ٢٣٨ الأولى - حدوث العيب في الحيوان قبل القبض
- ٢٣٩ الثانية - حدوث العيب في زمن الخيار
- ٢٤٠ الثالثة - لو ظهرت الأمة مستحقة للغير
- ٢٤٢ الرابعة - اختلاف المولى المأذون وغيره في عتق العبد
- ٢٤٥ الخامسة - حكم تنازع المأذونين
- ٢٤٧ السادسة - عدم جواز شراء الأمة المسروقة من أرض الصلح
- ٢٤٩ السابعة - عدم جواز بيع عبد من عبيد

٥١٩ فهرس المحتويات
٢٥٣ الفصل الرابع - في بيع الثمار
٢٥٨ مسائل
٢٥٨ الأولى - عدم جواز بيع الثمرة بجنسها على أصولها
٢٥٩ الثانية - جواز بيع الزرع قائماً
٢٦١ الثالثة - جواز تقبّل أحد الشريكين بحصة صاحبه من الثمرة
٢٦٢ الرابعة - حكم أكل المارّة
٢٦٥ الفصل الخامس - في الصرف
٢٧٢ خاتمة - حكم العيب في الدرهم والدينار المعيّنين
٢٧٧ الفصل السادس - في السلف
٢٨٩ الفصل السابع - في أقسام البيع بالنسبة إلى الإخبار بالثمن وعدمه
٢٩٠ القسم الأوّل - المساومة
٢٩٠ القسم الثاني - المراجعة
٢٩٣ القسم الثالث - المواضعة
٢٩٤ القسم الرابع - التولية
٢٩٥ الفصل الثامن - في الربا
٣٠١ الفصل التاسع - في الخيار
٣٠١ القسم الأوّل - خيار المجلس
٣٠٢ القسم الثاني - خيار الحيوان
٣٠٣ القسم الثالث - خيار الشرط
٣٠٦ القسم الرابع - خيار التأخير
٣٠٧ القسم الخامس - خيار ما يفسد ليومه
٣٠٨ القسم السادس - خيار الرؤية
٣٠٩ القسم السابع - خيار الغبن
٣١٣ القسم الثامن - خيار العيب
٣١٨ القسم التاسع - خيار التدليس
٣٢١ القسم العاشر - خيار الاشتراط
٣٢٤ القسم الحادي عشر - خيار الشركة
٣٢٥ القسم الثاني عشر - خيار تعدّد التسليم

- ٣٢٥ القسم الثالث عشر - خيار تبعض الصفقة
- ٣٢٦ القسم الرابع عشر - خيار التفليس
- ٣٢٧ الفصل العاشر - في الأحكام
- ٣٢٧ الأول - النقد والنسيئة
- ٣٣٢ الثاني - في القبض
- ٣٣٧ الثالث - في ما يدخل في المبيع عند إطلاق لفظه
- ٣٤٠ الرابع - في اختلاف البائع والمشتري
- ٣٤٣ الخامس - في إطلاق الكيل والوزن والنقد
- ٣٤٥ خاتمة - في الإقالة
- ٣٤٧ □ كتاب الدين
- ٣٤٩ القسم الأول - القرض
- ٣٥٠ صيغته
- ٣٥٠ أحكامه
- ٣٥٦ حكم دين المحجور
- ٣٦١ دعوى الإعسار
- ٣٦٥ القسم الثاني - دين العبد
- ٣٦٧ □ كتاب الرهن
- ٣٦٩ تعريفه
- ٣٧٠ صيغته
- ٣٧١ الكلام في اشتراط القبض فيه
- ٣٧٥ الشروط
- ٣٧٥ شروط الرهن
- ٣٨١ شروط المتعاقدين
- ٣٨٢ شروط انحق
- ٣٨٤ اللواحق
- ٣٨٤ مسائل
- ٣٨٤ الأولى - شرط الوكالة في الرهن
- ٣٨٥ الثانية - جواز ابتياع الرهن للمرتهن مع الوكالة

٥٢١ فهرس المحتويات
٣٩٠ السادسة - لزوم الرهن من جهة الراهن
٣٩١ السابعة - دخول النماء المتجدد في الرهن
٣٩١ الثامنة - انتقال حق الرهانة بالموت
٣٩٢ التاسعة - عدم ضمان المرتهن
٣٩٣ العاشرة - حكم اختلاف الراهن والمرتهن
٣٩٥ الحادية عشرة - لو أدى ديناً وعين به رهناً
٣٩٦ الثانية عشرة - لو اختلفا في ما يباع به الرهن
٣٩٧ □ كتاب الحجر
٣٩٩ أسبابه
٤٠٧ □ كتاب الضمان
٤٠٩ المراد به
٤٠٩ شروط الضامن
٤١٢ اشتراط الإيجاب والعقول فيه
٤١٥ صور تهمة الضامن
٤١٧ □ كتاب الحوالة
٤١٩ تعريفها
٤١٩ شروطها
٤٢٠ أحكامها
٤٢٥ □ كتاب الكفالة
٤٢٧ تعريفها وشروطها
٤٢٧ أحكام الكفالة
٤٣٠ مسائل في الكفالة
٤٣٥ □ كتاب الصلح
٤٣٧ أحكام الصلح
٤٤٢ مسائل في بعض أحكام التنازع
٤٥١ □ كتاب الشركة
٤٥٣ أسباب الشركة
٤٥٤ مورد الشركة
٤٥٤ الشركات الباطلة
٤٥٥ أحكام الشركة

٤٦١	□ كتاب المضاربة
٤٦٣	تعريفها
٤٦٣	شروطها وأحكامها
٤٧١	□ كتاب الوديعة
٤٧٣	تعريفها
٤٧٣	الايجاب والقبول
٤٨٥	□ كتاب العارية
٤٨٧	تعريفها
٤٨٧	الايجاب والقبول
٤٨٨	شروط العارية
٤٨٨	احكام العارية
٤٩٥	□ كتاب المزارعة
٤٩٧	تعريفها وصيغتها
٤٩٨	شروطها
٥٠٠	أحكامها
٥٠٥	□ كتاب المساقاة
٥٠٧	تعريفها
٥٠٨	الايجاب والقبول
٥٠٩	شروط المساقاة
٥١١	بعض أحكامها
٥١٣	بطلان المغارسة
	فهرس المحتويات