

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

فِي سَعَى الْوَاعِدِ

تَالِيٌّ

الْحَقُوقُ الْمُلْكُ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الْوَفْيُ ١٤٥٩

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

جَعْلَيْهِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



32101 014260721

## PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY

This book is due on the latest date  
stamped below. Please return or renew  
by this date.

DUE JUN 15 1990

DUE JUN 15 1991





جَامِعُ الْمَفَاتِحِ

فِي شِرْحِ الْقَوْلَعَةِ





M. Karaki

٤٧

# جَلْقَاعُ الْمَفَاصِدِ

فِي شَرْحِ الْقَوْلَةِ

تأليف

الْمُحَقِّقُ الثَّانِي

الشِّيخُ عَلَى بْنُ الْحُسَينِ الْكَرَكِيِّ

الموافق سنة ٩٤٠ هـ

الْجَزْعُ الْخَامِسُ

تحقيق

مُؤْسِسَةُ الْبَيْتِ عَلِيٌّ لِلْأَحْيَا، الْمَرْأَةُ

2271  
409367  
. 752  
1987  
juz' 5

جميع الحقوق محفوظة ومسجلة  
لمؤسسة آل البيت - عليهم السلام - لإحياء التراث

الكتاب:	جامع المقاصد في شرح القواعد - الجزء الخامس
المؤلف:	الحق الثاني ، الشيخ علي بن الحسين الكركي
تحقيق ونشر:	مؤسسة آل البيت (عليهم السلام) لإحياء التراث - قم المشرقية
الطبعة:	الأولى - شوال - ١٤٠٨ هـ . ق.
المطبعة:	المهدية - قم
الكتبة:	نسخة ٢٠٠٠
السعر:	١٧٠٠ ريال

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY

PAIR>



32101 014260721



تنبيه

النسخة المعتمدة التي اعتمدناها في تحقيقنا لكتاب القواعد  
هي غير النسخة التي اعتمدناها الحقن الكركي في شرحه  
للكتاب، وهناك اختلافات بينة لا تخفي على القارئ

اللبيب

مؤسسة آل البيت - عليهم السلام - لإحياء التراث

قم - صفائية - ممتاز - بلاك ٧٣٧ - ص. ب ٩٩٦ - هاتف ٣٧١٨٥ - ٢٣٤٥٦

## كتاب الدين و توابعه

وفي مقدمة :

الأول : في الدين ، وفيه مطلبان :

الأول : تكره الاستدامة اختياراً ، وتحفظ الكراهة لو كان له ما

يرجع اليه لقضائه ،

قوله : (تكره الاستدامة اختياراً).

أي : مع الغناء عنها ، وتفاوت الكراهة بالشدة وضدها باعتبار كونه قادراً على الوفاء ، أو له من يقضي عنه بعد الموت وعدمه ، ففي الأخير تشتد ولا تحرم خلافاً لأبي الصلاح ، حيث حرمتها على غير القادر على القضاء<sup>(١)</sup> ، والأخبار الواردة في تغليظ أمر الاستدامة لا تبلغ التحريم<sup>(٢)</sup>.

قوله : (وتحفظ الكراهة لو كان له ما يرجع اليه لقضائه).

ظاهر اطلاق العبارة يقتضي كراهة الاستدامة كراهة مخففة اذا كان له ما يقضي منه ، سواء كان غنياً أو محتاجاً ، ونحوه اطلاق عبارة الدروس<sup>(٣)</sup> ، وفي التذكرة : نفي الكراهة مع الحاجة اذا كان له وفاء ، أو كان له من يقوم مقامه في الاداء<sup>(٤)</sup>.

ويمكن أن يكون قيد الاختيار في الأولى مراداً هنا ، فلا تكون العبارة

(١) الكافي في الفقه: ٣٣٠.

(٢) الكافي: ٥: ٩٥ حديث ١١، الفقيه: ٣: ١١١ حديث ٤٦٨ ، التهذيب: ٦: ١٨٣ حديث ٣٧٦.

(٣) الدروس: ٣٧٢.

(٤) التذكرة: ٢: ٢.

وتزول مع الاضطرار اليه ، فيقتصر على كفایته ومؤونة عائلته على الاقتصاد ،

مطلقة ، والرواية عن الرضا عليه السلام تدل على جواز الاستدانة مع الحاجة<sup>(١)</sup> ، ورواية سلمة تدل على تقيد ذلك بوجود ما يوفي به ، أو الولي الذي يقضي عنه<sup>(٢)</sup> ، فحينئذ المعتمد ما في التذكرة .

**قوله : ( وتزول مع الاضطرار اليه ) .**

أي : وتزول الكراهة مع الاضطرار الى الدين ، فلا مرجع في اللفظ لهذا الضمير ، ولو خاف على نفسه وعياله وجبت الاستدانة ، يدل على الاول أن النبي صلى الله عليه وآله والحسنين عليهمما السلام ماتوا وعليهم دين<sup>(٣)</sup> . والظاهر أنه لا فرق بين أن يكون له وفاء أو ولی وعدمه . نعم ، لو تمكّن من الصدقة حيث لا وفاء ولا ولی كرهت .

**قوله : ( فيقتصر على كفایته ومؤونة عائلته على الاقتصاد ) .**

قد يستفاد من العبارة : الاقتصاد في الاستدانة حينئذ على ما تندفع به حاجته ، وإن لم يبلغ مرتبة الاقتصاد في النفقه ، أما بالنسبة الى عياله فيستدين ما يبلغ مرتبة الاقتصاد ، ولا يتتجاوز الى التوسيعه بناء على أن قوله : ( على الاقتصاد ) مقصور على مؤونة عائلته . ولو جعل قياداً فيها امكن أن تتخيل منافاة قيد الكفاية له ، من حيث أن قيد الكفاية دون مرتبة الاقتصاد ، إلا أن تنزل الكفاية على الكفاية عادة ، فيكون لقيد الاقتصاد حينئذ موضع .

والذي ينبغي أن يقال : إن سقوط كراهة الاستدانة منوط بالحاجة ، فالمقدار المحتاج اليه بالنسبة الى نفسه وعياله لا كراهة فيه ، مع رعاية وجود أحد

(١) الكافي ٥ : ٩٣ حديث ٣ ، التهذيب ٦ : ١٨٤ حديث ٣٨١ .

(٢) التهذيب ٦ : ١٨٥ حديث ٣٨٣ .

(٣) المحسن : ٣١٩ حديث ٤٦ ، الكافي ٥ : ٩٣ حديث ٢ ، الفقيه ٣ : ١١١ حديث ٤٦٩ ، علل الشرائع : ٥٩٠ حديث ٣٧ ، التهذيب ٦ : ١٨٣ حديث ٣٧٨ .

ويجب العزم على القضاء.

ويكره لصاحب الدين النزول عليه، فإن فعل فلا يقيم أكثر من ثلاثة أيام.

وينبغي له احتساب ما يهديه إليه مما لم تخبر له به عادة من الدين، والأفضل للمحتاج قبول الصدقة ولا يتعرض للدين.

الأمرین: الوفاء، والولي، وما عداه يكره بغير تفاوت.

قوله: (ويجب العزم على القضاء).

بالنص والإجماع، فقد روى: أنه يعان عليه، وأنه ينقص من المؤونة بقدر نقصان النية<sup>(١)</sup>.

قوله: (ويكره لصاحب الدين النزول عليه).

أي: على المديون، وإن لم يجر له ذكر بخصوصه؛ لدلالة ما سبق عليه.

قوله: (فإن فعل فلا يقيم أكثر من ثلاثة أيام).

وحرم الحلبي ما زاد عليها<sup>(٢)</sup>، وال الصحيح أنه مكره كراهة شديدة، وفي روایة سماعة<sup>(٣)</sup>، وغيرها: النبي عن أكل طعامه بعد الثلاثة<sup>(٤)</sup>، وهي الكراهة الشديدة.

قوله: (وينبغي له احتساب ما يهديه إليه، مما لم تخبر له به عادة من الدين).

هذا الحكم للاستحباب؛ لأمر علي عليه السلام بذلك<sup>(٥)</sup>، وهو للاستحباب قطعاً؛ لأن المهدية يجوز<sup>(٦)</sup> قبوها مطلقاً.

(١) الكافي ٥: ٩٥ حديث ١، الفقيه ٣: ١١٢ حديث ٤٧٣ ، التهذيب ٦: ١٨٥ حديث ٣٨٤.

(٢) الكافي في الفقه: ٣٣١.

(٣) الكافي ٥: ١٠٢ حديث ٢، الفقيه ٣: ١١٥ حديث ٤٩١ ، التهذيب ٦: ١٨٨ حديث ٣٩٤.

(٤) الكافي ٥: ١٠٢ حديث ١ ، التهذيب ٦: ١٨٨ حديث ٣٩٣.

(٥) الكافي ٥: ١٠٣ حديث ١ ، التهذيب ٦: ١٩٠ حديث ٤٠٤ ، الاستبصار ٣: ٩ حديث ٢٣.

(٦) في «م»: يجب، وما ثبتناه من النسخة الحجرية، وهو الصحيح.

**ولو التجأ المديون الى الحرم لم تجز مطالبته، أما لو استدان فيه فالوجه الجواز.**

---

**قوله : (ولو التجأ المديون الى الحرم لم تجز مطالبته).**

ظاهر هذه العبارة: أنه التجأ الى الحرم متخصصاً به من المطالبة بالدين ، اذ لا يقال لمن دخل حصناً اتفاقاً ، أو لحاجة أخرى ، ولا لمن جاء شخصاً مهاباً لا لغرض التحصل به ملتجئاً اليه.

فعلى هذا لو دخل الحرم لنسك ونحوه، لا على قصد الالتجاء تحوز مطالبته اذا كان موسراً، واختاره في التحرير<sup>(١)</sup> وهو فتوى ابن ادريس<sup>(٢)</sup>.

وذهب المصنف في المختلف: الى كراهية المطالبة وإن اداهه خارج الحرم<sup>(٣)</sup>. وألحق بعض الأصحاب مسجد النبي صلى الله عليه وآله والمشاهد المشرفة بالحرم<sup>(٤)</sup>.

واطلاق قوله تعالى: (ومن دخله كان آمنا)<sup>(٥)</sup> ، وتصريح قول الصادق عليه السلام في الغريم يطوف: «لا تسلم عليه ولا ترغمه حتى يخرج من الحرم»<sup>(٦)</sup> يقتضي التحرم مطلقاً، وهو المتوجه ، لكن يُضيق على الممتنع بالحرم في المأكل والمشرب ، بان يمنع منه ومن أسباب النقل كما دلت عليه الرواية<sup>(٧)</sup>، وقد سبق التنبيه عليها في كتاب الحج.

**قوله : (أما لو استدان فيه فالوجه الجواز).**

**لأنّ سبب المطالبة - وهو الاستدانة - قد تتحقق في الحرم.**

فإن قيل: قد بطلت سببته بكونه في الحرم.

(١) تحرير الأحكام ١: ١٩٩.

(٢) السرائر: ١٦٢.

(٣) المختلف: ٤١٠.

(٤) منهم: أبوالصلاح في الكافي في الفقه: ٣٣١.

(٥) آل عمران: ٩٧.

(٦) الكافي ٤: ٢٤١ ، التهذيب ٦: ١٩٤ حديث ٤٢٣ ، وفيها: ولا تروعه.

(٧) الكافي ٤: ٢٢٨ ، حديث ٤ ، التهذيب ٥: ٤١٩ حديث ١٤٥٦.

ويجب على المدين السعي في قضاء الدين، وترك الإسراف في النفقة، بل يقنع بالقليل.

---

قلنا: فتمنع المطالبة مطلقاً، وهو باطل بالإجماع.

فان قيل: بطلان سببته ما دام في الحرم.

قلنا: اذا لم يستحق المطالبة حين القرض لم يستحقها أصلاً؛ لانتفاء سبب آخر يقتضيها.

فان قيل: اقتضى استحقاق المطالبة بعد الخروج.

قلنا: لا دليل على ذلك إلا عموم (ومن دخله كان آمنا) <sup>(١)</sup>. وليس التمسك به في هذا الفرد بأولى من التمسك بعموم النصوص الدالة على استحقاق المطالبة بالدين، والإجماع الواقع على ذلك ، مع أن ذلك مفضٍ إلى منع المدانية في الحرم؛ لأن المدين اذا علم منعه من المطالبة امتنع من الادانة، وفي ذلك ضرر وتضييق على الناس ، ولأن الجنائية الواقعة في الحرم تجوز المطالبة بها ، فالدين أولى؛ لانه اخف.

واعلم أن ظاهر عبارة المصنف: أن غير الملتجئ إلى الحرم لا تحرم مطالبه، فقوله بعد ذلك : (اما لو استدان...) ليس بذلك الفصيح، فان المستدين في الحرم أحد قسمي غير الملتجئ.

قوله : (ويجب على المدين السعي في قضاء الدين).

ظاهر هذا الاطلاق وجوب السعي مطلقاً حتى بالتكسب، وسيأتي في أحكام الفلس عدم وجوب التكسب عند المصنف ، واختيار في الدروس وجوب ما يليق بحاله <sup>(٢)</sup> ، وفيه قوة، وسيأتي بيان ما فيه إن شاء الله تعالى.

قوله : (وترک الإسراف في النفقة، بل يقنع بالقليل).

بين مفهومي هذين الكلامين تناقض، فان تحريم الاسراف يفهم منه حل

(١) ال عمران: ٩٧

(٢) الدروس: ٣٧٢

ولا يجب أن يُضيق على نفسه، ولو طلب وجب دفع ما يملكه أجمع عدا دار السكنى ، وعبد الخدمة ، وفرس الركوب ، وقوت يوم وليلة له ولعياله إن كان حالاً ، وعند حلول الأجل مع المطالبة إن كان موجلاً .

**ولا تصح صلاته في أول وقتها ، ولا شيء من الواجبات الموسعة**

ما عداه ، ووجوب القناعة بالقليل يقتضي المنع مما سواه وإن لم يكن سرفاً . والذى يقتضيه النظر وجوب الكف عما عدا المستنى له من قوته وقوت عياله بالمعروف ، ولا يجب عليه أن يقنع بما دون ذلك .

عبارة التحرير<sup>(١)</sup> والدروس: يجب الاقتصاد في النفقة<sup>(٢)</sup> ، ولعله المراد من قوله: (يقنع بالقليل) وإن لم يكن متبارداً منه ، فيكون المنوع منه هو التوسيعة التي هي فوق الاقتصاد وإن لم يعد سرفاً .

ويبعد أن يراد قناعته بالقليل: الذي يسد رمقه بالنسبة إلى نفسه ، وإن كان بالنسبة إلى عياله يراعى الاقتصاد ، اذ لا دليل يدل على ذلك .  
قوله : (وقوت يوم وليلة له ولعياله) .

الاقتصاد من غير تفاوت بينه وبينهم ، وكذا تستثنى له ثياب بدنه ، ولو كانت هذه نفيسة ، فهل يجب استبدال أدون منها ، وصرف تفاوت القيمتين في الدين؟ فيه خلاف ، ولا شبهة أنها لو كانت مع نفاستها لائقة بحاله لم يجب البيع .  
قوله : (وعند حلول الأجل مع المطالبة...).

قيل: لا حاجة إلى قوله: (مع المطالبة)؛ لأن ذلك في حيز قوله: (ولو طلب).

قلنا: تجوز اعادته؛ بعد العهد به.

قوله : (ولا تصح صلاته في أول وقتها...).

لأنَّ الأمر بالإداء على الفور يقتضي النهي عن ضده ، والنهي في العبادة

(١) تحرير الأحكام ١: ١٩٩ .

(٢) الدروس: ٣٧٢ .

المنافية في أول أوقاتها قبل القضاء مع المطالبة، وكذا غير الدين من الحقوق كالزكوة والخمس.

---

يقتضي الفساد، وكل من المقدمتين تبين في الاصول. وفي الاولى كلام، فإن الذي يقتضي الأمر بالاداء النهي عنه هو ترك الاداء، وهو الضد العام الذي يسميه أهل النظر النقيض، أما الضد الخاص، كالصلة مثلاً فلا.

فإن قيل: الضد العام إنما يقوم بالاضداد الخاصة، فيكون الضد الخاص أيضاً منيأً عنه.

قلنا: المطلوب في النهي هو الكف عن الشيء، والكف عن الأمر العام غير متوقف على شيء من الامور الخاصة، حتى يكون شيء منها متعلق النهي؛ لإمكان الكف عن الأمر الكلي من حيث هو هو، وليس ذلك كالأمر بالكلي؛ لأن إيجاد الكلي بدون أحد جزئياته ممتنع، على أن المحقق بين حذاق الاصوليين: أن الأمر بالكلي ليس أمراً بشيء من جزئياته وإن توقف عليها من باب المقدمة؛ لأن وجوبه حينئذ من باب المقدمة، لا من نفس الأمر.

فإن قيل: يمكن الاحتجاج بأن أداء الدين مأمور به على الفور، ولا يتم إلا ترك العبادة الموسعة، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، وما وجب تركه ففعله منيأ عنه، فتشتبث الصغرى.

قلنا: في قوله: وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب بحث، فإنه إن أريد بذلك العموم منع؛ لأن الواجب الموسوع لم يقم دليل على أن تركه يكون مقدمة لواجب آخر مضيق. وظاهر الأوامر الواردة به: الإطلاق في جميع وقته، إلا ما أخرجه دليل.

وإن أريد به ما سوى ترك الواجب فهو حق، إلا أن المتنازع فيه من قبيل ما كان ترك الواجب فيه هو المقدمة.

فإن قيل: وجوب القضاء على الفور ينافي وجوب الصلاة في الوقت الموسوع؛ لأنه حين وجوب الصلاة اذا تحقق وجوب القضاء على الفور يلزم تكليف ما لا يطاق، وهو باطل، وإن لم يبق خرج الواجب بما ثبت له من صفة الوجوب

الفوري.

قلنا: لا نسلم لزوم تكليف ما لا يطاق، اذ لا يتنع أن يقول الشارع: اوجبت عليك كلاماً من الأمرين، لكن أحدهما مضيق، والآخر موسع، فان قدمت المضيق فقد امثلت [وسلمت من الإثم، وإن قدمت الموسع فقد امثلت] <sup>(١)</sup> وأثبتت بالمخالفة في التقدم.

والحاصل: أن الأمر يرجع الى وجوب التقدم، وكونه غير شرط في الصحة، والامتناع مع انتقاده بتضييق الوقت، فإنه إن بقي الوجوب لزم ما سبق، وإن خرج لزم خروج الواجب عن صفة الوجوب، مع أنه لا دليل على الترجح، إذ هما واجبان مضيقان قد تعارضا.

فلا بد من خروج أحدهما عن صفة الوجوب؛ لئلا يلزم المذور، والدلائل تدل على خلافه، ومع تسليمه فلا دليل يقتضي خروج واحد بعينه من الصلاة في آخر الوقت وقضاء الحق المضيق، فالحكم بصحة الصلاة في آخر الوقت أيضاً باطل؛ لأنه يستلزم الترجح بلا مرجع، ولا انتقاده بمناسك يوم النحر، فإن الترتيب فيها واجب، ولو خالف اجزاء عن الواجب الذي في الذمة.

وإنما تجزئ أن لو كانت واجبة مع عدم الترتيب؛ لامتناع اجزاء غير الواجب عن الواجب، وإنما يعقل الوجوب على التقديرتين، والتأثر على تقدير واحد بخصوصه بناء على ما قدمناه.

فلو كان وجوب شيء يقتضي إيجاب ما يتوقف عليه وإن كان مقابلة واجبا، لامتنع الإجزاء هنا وفي كل موضع اشبهه، وهذا من غواصات التحقيقـات، وهذا أصل تبنيـي عليه كثير من المسائل، فيجب التنبيـه له.

ولاشك أن الحكم بعدم الصحة احـوط، وازجر للنفوس عن التهاون في اداء الحقوق الفورية، وإن كان الفقه هو القول بالصحة.

(١) ما بين المعقوفين لم يرد في «م»، وأثبتناه من الحجري لتوضيح المطلب.

وتبع دار الغلة، وفاضل دار السكنى ، ودار السكنى إن كانت رهناً.

ولوغاب المدين وجب على المديون نية القضاء ، والعزل عند وفاته ، والوصية به ليوصل الى مالكه أو وارثه . ولو جهله اجتهد في طلبه ، فإن أيس منه قيل : يصدق به عنه .

---

**قوله :** (وتبع دار الغلة) .

المراد بها : الدار المرصدة للناء ، كالبيت المعد للاجارة ونحو ذلك .

**قوله :** (ولوغاب المدين وجب على المديون نية القضاء) .

قد يقال : سبق وجوب العزم على القضاء مطلقاً ، فلا معنى لذكره هنا ، إلا أن يقال : الحكم هنا آكد ، أو يحمل على ارادة وجوب تجديده ، وفيه شيء .

**قوله :** (والعزل عند وفاته) .

فلا يجب قبل ذلك عند الغيبة ، خلافاً لظاهر عبارة الشيخ<sup>(١)</sup> ، وظاهرهم أن وجوب العزل عند الوفاة اجماعي ، ووجهه ظاهر ، فانه أبعد عن تصرف الورثة فيه ، واقى للتعليق في ادائه .

**قوله :** (ليوصل الى مالكه أو وارثه) .

المراد : عند فقد المالك ، وهو ظاهر .

**قوله :** (فإن أيس قيل : يصدق به) .

ظاهره التوقف في ذلك ، وكذا فعل في التذكرة<sup>(٢)</sup> ، وذهب في المختلف الى الجواز<sup>(٣)</sup> تبعاً للشيخ<sup>(٤)</sup> وجماعة ، وظاهر الرواية الصحيحة مشعر بالمنع ؛ للأمر بطلب المدين عند قول السائل : فاصدق به<sup>(٥)</sup> . ولا دلالة فيها ؛ لأنّ وجوب الطلب

---

(١) النهاية : ٣٠٧ .

(٢) التذكرة : ٢ . ٣

(٣) المختلف : ٤١ .

(٤) النهاية : ٣٠٧ .

(٥) التهذيب : ١ : ١٨٨ . حديث ٣٩٦ .

والمعسر لا تخل مطالبته ولا حبسه، ويجوز له الإنكار والخلف إن خشي الحبس مع الاعتراف، ويؤري وينوي القضاء مع المكنة. ولو استدانت الزوجة النفقة الواجبة وجب على الزوج دفع عوضه.

---

كما يحتمل وجوبه دائمًا يحتمل وجوبه إلى زمان اليأس منه. وذهب ابن ادريس إلى وجوب الدفع إلى الحاكم<sup>(١)</sup>، ولا شبهة في جوازه، أما الوجوب فلا دليل عليه، مع أن أكثر الأصحاب على خلافه، والقول بالصدقة لا يحيد عن جوازه عند فقد الحاكم.

ومع وجوده فيمكن أولوية الصدقة على الدفع إلى الحاكم؛ لأنها إحسان محض بالنسبة إلى المالك؛ لأنه مع وجوده يجب ضمان العوض، ومع عدم الظرف به هو عبادة وبر بالنسبة إليه، و(ما على الحسنين من سبيل)<sup>(٢)</sup>.

فإذا دفع إلى الحاكم لم يؤمن تلفه بغير تفريط فيفوت الامران، هذا مع اعتضاده بالشهرة، والاذن بالصدقة في عدة نظائر لهذا، فالعمل به هو الأصح. نعم، الأولى مراجعة الحاكم في الصدقة؛ لأنه أبصر بواقعها، وهذه الصدقة من قبيل المندوبات، فتصرف إلى مستحقها، ووجوبها على المديون بالعارض لا يصيرها واجبة، إذ هو منزلة الوكيل والوصي.

قوله: (ويوري).

أي: يقصد بإنكاره وخلفه على نفي الاستحقاق ما يخرجه عن الكذب، وهذا الحكم على سبيل الوجوب؛ لأن الكاذب ملعون. والتورية: أن يقصد باللفظ خلاف ظاهره، كأن يقصد بقوله: لا دين لك علي: لا دين يجب أداؤه الآن.

قوله: (ولو استدانت الزوجة النفقة الواجبة وجب على الزوج دفع عوضه).

---

(١) السرائر: ١٦٣

(٢) التوبة: ٩١

ولا تصح المضاربة بالدين قبل قبضه؛ لأن تعينه بقبضه، فإن فعل فالربح بأجمعه للمديون إن كان هو العامل، وإلا فللمالك وعليه الأجرة.

---

المتبدار من دفع العوض: دفعه إلى المدين، وهو قول الشيخ<sup>(١)</sup>، وظاهر روایة السكوني دال عليه<sup>(٢)</sup>، وانکره ابن ادریس، وقصر الوجوب على الدفع إلى الزوجة والقضاء عليها؛ لأنها الغريم دونه<sup>(٣)</sup>.

ووجه في المختلف كلام الشيخ: بأن الزوجة كالوكيل عن الزوج، فيجب عليه القضاء<sup>(٤)</sup>. وفيه منع؛ لأن استحقاقها النفقة لا يصيّرها كالوكيل، وكلام ابن ادریس هو المتّجه، وإن كان العدول عن ظاهر الرواية لا يخلو من شيء. ولو حمل الأمر بقضاء الزوج عنها على دفع ذلك إليها - لأنّه حينئذ يتمكّنه إياها من القضاء كأنّه قضى عنها. لكن عدولاً عن الظاهر وارتکاباً للمجاز قوله: (إلا فللمالك).

أي: إن اشتري بالعين واجاز المالك؛ لبطلان الإذن السابق بفساد المضاربة، وإن اشتري في الذمة فالربح للعامل، وإنما ثبت له الأجرة على تقدير ثبوت الربح للمالك.

وتقدير قوله: (إلا فللمالك): وإن لم يكن المديون هو العامل بل كان ثالثاً، والفرق: أنه إذا كان هو المديون لم يتّبع المال للمالك؛ لكونه إلى الآن في يد المديون، بخلاف ما إذا كان قبضه الثالث، فإنه وكيل للمالك.

فإن قلت: أذنه في القبض له إنما يثبت بالمضاربة الفاسدة، فلا يعتد به، كما لا يعتد به بسائر الأشياء التي تضمّنها العقود الفاسدة.

قلنا: هذا مخصوص بما إذا كانت تلك الامور المضمنة من توابع العقود

(١) النهاية: ٣٠٧.

(٢) التهذيب ٦: ١٩٤ حدث ٤٢٦.

(٣) السرائر: ١٦٣.

(٤) المختلف: ٤١٢.

ويصح بيع الدين على من هو عليه وعلى غيره، فيجب على المديون دفع الجميع الى المشتري وإن كان الثمن أقل على رأي. ولو باع الذمي على مثله خمراً، أو خنزيراً جازأخذ الثمن في الجزية والدين، ولو كان البائع مسلماً لم يحل. ولا تصح قسمة الدين، فلو اقتسما ما في الذمم كان الحاصل لها والتالف منها، نعم لو أحال كل منها صاحبه بحصته وقبل المدينان صح.

---

ال fasde، أما اذا اقتضى اللفظ مضاربة وكالة؛ لاستعماله على الاستنابة في التصرف، فان فساد المضاربة لا يقتضي فساد الوكالة، كما لو باعه وآجره في عقد واحد، واختل بعض شروط البيع، فان الاجارة صحيحة وإن فسد البيع.

**قوله:** (ويصح بيع الدين على من هو عليه وعلى غيره، فيجب على المديون دفع الجميع الى المشتري...).

هذا هو الأصح خلافاً للشيخ، حيث أوجب قيمة ما دفعه المشتري الى صاحب الدين<sup>(١)</sup> تعويلاً على رواية ضعيفة<sup>(٢)</sup> ، والاكثر على خلافه، ودلائل الكتاب<sup>(٣)</sup> والسنة تدل على استحقاق الجميع<sup>(٤)</sup>.

ولا يخفى أنه لابد من رعاية السلامة من الربا لو كانوا ربوبين، وقد نبه عليه المصنف في كلامه بعد، وكذا يشترط رعاية شروط الصرف لو كانوا من الاثمان، ومنع ابن ادريس من بيع الدين على غير من هو عليه<sup>(٥)</sup> ، وهو ضعيف.

**قوله:** (ولا تصح قسمة الدين، فلو اقتسما ما في الذمم كان الحاصل لها، والتالف منها، نعم، لو أحال كل منها صاحبه بحصته، وقبل المدينان صح).

---

(١) النهاية: .٣١١

(٢) الكافي ٥: ١٠٠ حديث ٣، التهذيب ٦: ١٩١ حديث ٤١٠.

(٣) البقرة: .٢٨٣

(٤) الكافي ٥: ١٠٠ حديث ٢ و ٣، التهذيب ٦: ١٨٩ حديث ٤٠١.

(٥) السرائر: .١٦٣

ولا يصح بيع الدين بدين آخر، ولا بيعه نسيئة، ولو كان المثل  
والمشمن من الربويات اشترط في بيعه بجنسه التساوي قدرًا، والحلول.  
وأرزاق السلطان لا يصح بيعها إلا بعد قبضها، وكذا السهم من  
الزكاة والخمس.

### **المطلب الثاني: في القرض:**

وفيه فضل كثير، وهو أفضل من الصدقة بمثله في الثواب.

---

لكن الحوالة الأولى حوالة من ليس في ذمته دين، فيبيغ على صحتها،  
وسيأتي تحقيقها، إلا أن يفرض سبق دين له عليه، والعبارة حالية من هذا  
القيد، وذهب في الدروس إلى جواز الصلح على ما في الذمم ببعضًا ببعض<sup>(١)</sup>،  
وهو محتمل.

**قوله:** (ولا يصح بيع الدين بدين آخر، ولا بيعه نسيئة).

أما الأول: فلأنه بيع الكالئ بالكالئ، كأن يبيع ما في ذمة زيد بما في  
ذمة عمرو. وأما الثاني، فقد قال الشيخ فيه بالكراهية<sup>(٢)</sup>، ومنعه ابن  
ادريس<sup>(٣)</sup>، وهو الأصح؛ لكونه بيع دين بدين.

**قوله:** (وارزاق السلطان...).

لأن ذلك كله غير ملوك ، وإنما يملك بالقبض.

**قوله:** (وهو أفضل من الصدقة بمثله في الثواب).

الجار في (بمثله) يحتمل أن يتعلق بـ (الصدقة)، فيكون المعنى: القرض  
بشيء أفضل من الصدقة بمثل ذلك ، وفضليته في الثواب، فيكون الجار في  
قوله: (في الثواب) متعلقاً بـ (أفضل).

وقد يقال: إن الأفضلية هنا لا تكون إلا باعتبار الثواب ، فقد يقال: إن  
في الثواب مستدرك . ويحتمل أن يكون الجار الأول متعلقاً بـ (أفضل) أيضًا ،

---

(١) الدروس: ٣٨٠

(٢) قاله في النهاية: ٣١٠

(٣) السرائر: ١٦٨

ولا بد فيه من ايجاب صادر عن أهله ، كقولك : اقرضتك ، أو تصرف فيه ، أو انتفع به ، أو ملكتك وعليك رد عوضه ، وشبهه . وقبول ، وهو ما يدل على الرضى قولهً أو فعلًا .

ويكون المعنى المراد: أن القدر المقرض افضل من المتصدق به بمقدار مثله في الثواب.

ويرد عليه: أن المتفاضل به هو مقدار ثواب المتصدق به لا مقدار مثله ، فيكون فاسدًا ، وهذا اللفظ المذكور في العبارة نقله الشيخ رحمه الله رواية<sup>(١)</sup> . قوله: (ولا بد فيه من ايجاب صادر عن أهله - إلى قوله: - وقبول ، وهو: ما يدل على الرضى قولهً أو فعلًا) . ظاهر عباراتهم: أنه لا بد من الإيجاب القولي ، وعبارة التذكرة أدل على ذلك<sup>(٢)</sup> .

ويرد عليه: أنه قد سبق في البيع الاكتفاء بالمعاطة ، التي هي عبارة عن الأخذ والاعطاء ، فان اكتفى في العقد اللازم بالإيجاب والقبول الفعليين ، فحقه أن يكتفي بها هنا بطريق أولى.

وليس ببعيد أن يقال: إن انتقال الملك الى المقترض بمجرد القبض موقف على هذا ، لا إباحة التصرف اذا دلت القرائن على ارادتها . قوله: (وعليك رد عوضه) .

هذا معتبر فيما عدا (اقرضتك)؛ لأن الإذن في التصرف والانتفاع والتمليك اعم من استحقاق رد العوض ، الذي هو جزء مفهوم القرض ، فلا بد من لفظ يدل عليه ليكون قرضاً ، فيكون التقدير: أو تصرف فيه وعليك رد عوضه ، أو انتفع به وعليك رد عوضه ، وكذا الباقي . قوله: (وشبهه) .

يمكن عود الضمير الى قوله، أي: لا بد من ايجاب كقوله كذا وشبه هذا

(١) النهاية: ٣١٢ .

(٢) التذكرة ٢: ٥ .

وشرطه عدم الزيادة في القدر أو الصفة ، فلو شرطها فساد ، ولم يفد جواز التصرف وإن لم يكن ربوياً .

ولو تبرع المقترض بالزيادة جاز .

ولو شرط رد المكسرة عوض الصححة ، أو الأنصاص ، أو تأخير القضاء لغا الشرط وصح القرض؛ لأنه عليه لا له .

القول ، ويمكن عوده إلى قوله: (وعليك رد عوضه) بتأويل هذا ، والمعنى وشبه هذا ، والأول أدل؛ لأنه اشمل .

قوله: (فلو شرطها فساد ، ولم يفد جواز التصرف وإن لم يكن ربوياً) .

أي: فلو شرط الزيادة في قدر المقرض ، أو في صفتة كاثني عشر في عشرة ، والصححة في المكسرة فسد القرض؛ للنوصوص الدالة على صحته مع الزيادة اذا لم يشترطها<sup>(١)</sup> ، ولا تفيد المقترض جواز التصرف؛ لأن العقد المتضمن للاذن في التصرف بجهة القرض قد فساد ، فانتفت جهة الاذن ، فانتف الاذن .

وقوله: (وإن لم يكن ربوياً) حاول به التنبيه على أن القرض منع فيه من الزيادة مطلقاً ، لا كالبائع الذي إنما يمنع فيه من الزيادة في الربويات ، ولعل السر فيه: أن البيع مبني على المغالبة والمكايضة ، والقرض إنما جعل للارتفاع ومحض الإحسان .

قوله: (ولو شرط رد المكسرة عوض الصححة - إلى قوله: - لغا الشرط وصح القرض؛ لأنه عليه لا له) .

قيل عليه: الدليل لا يرتبط بالدعوى ، فأن تكون الشرط عليه لا له اذا كان فاسداً لاغياً كيف يصح القرض؟ مع أنه لم يقع التراضي إلا على الوجه المتضمن للشرط .

وجوابه: أن في ذلك تنبيهاً على أن هذا الشرط كما دل على الرضى

(١) الكافي ٥ : ٢٥٤ حديث ٣ ، ٤ ، ٦ ، التهذيب ٦ : ٢٠١ حديث ٤٤٩ - ٤٥١ .

ولو شرط رهناً أو كفيلاً به جاز؛ لأنَّه إِحْكَام ماله. أما لو شرط  
رهناً بدين آخر فالأقرب الجواز،

بالقرض معه دل على الرضى به بدونه؛ لأنَّه إذا رضي بما عليه رضي بما له  
بطريق أولى، فيكون الرضى بالقرض واقعاً على وجهين:  
أحدُهما: مدلوُل عليه بمنطق اللفظ، والآخر: مدلوُل عليه بمفهوم الموافقة،  
فإذا امتنع أحدُهما لغَا وصَحَ القرض باعتبار الوجه الآخر.  
واعلم أنَّ المصنف قال في التذكرة في هذه المسألة: والأقوى عندى  
صحته لا لزومه، كما لو شرط التأجيل<sup>(١)</sup>.

وتنقیح هذا: أنَّ الشرط المنهي عنه هو المتضمن للزيادة في العين أو  
الصفة بالنسبة إلى المقرض. أما ما يقتضي الزيادة للمقترض فليس منه عنه،  
بل هو من كمال المعروف، وإنما لم يلزم؛ لأنَّ القرض مبني على المماشة بين  
القرض والعوض حالاً، فإذا شرط له ترك البعض أو التأخير فقد وعده  
بإحسان، ولا يجب الوفاء به، إنما الواجب أداء ما اقتضاه القرض.

قوله: (ولو شرط رهناً أو كفيلاً به جاز؛ لأنَّه إِحْكَام ماله).  
يجب أن تكسر همزة (إِحْكَام)، أي: لو شرط رهناً بالقرض أو كفيلاً به  
جاز ذلك، ولم يعد زيادة، إذ هو تأكيد لمقتضى القرض، اعني برد العوض،  
 فهو إِحْكَام ماله، وجعله على وجه الحكمة.

قوله: (أما لو شرط رهناً بدين آخر فالأقرب الجواز).  
أي: بخلاف ما لو شرط في القرض رهناً بدين آخر، فإنه موضع خلاف،  
والأقرب جوازه، وجاه القرب: أنَّ ذلك ليس زيادة في مال القرض، وإنما هو  
شرط خارج عنه، وإن كان زيادة بحسب الواقع، فإنَّ المنهي عنه هو الزيادة في  
مال القرض.

نعم، ظاهر ما رواه العامة من قول النبي صلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «كل

وكذا يجوز لو اقرضه بشرط أن يقترض منه، أو يقرضه آخر، أو يبيعه بشمن المثل، أو بدونه، أو يسلفه، أو يستلف منه. ولو قال: اقرضتك بشرط أن اقرضك غيره صحيحة ولم يجب الوعد،

قرض يجر منفعة فهو حرام»<sup>(١)</sup> مناف له. ويحتمل ضعيفاً التحرم؛ لتحقيق زيادة المنفعة.

قوله: (وكذا يجوز لو اقرضه بشرط أن يقترض منه، أو يقرضه آخر).

أي: يجوز أن يقرضه شيئاً بشرط أن يقرضه شيئاً آخر، وبما قيد بأن يكون ذلك لمحض الإحسان لا لخوف ونحوه يحصل بالقرض مصلحة ونفع للمقرض، وقد عرفت أن الزيادة الممنوع من اشتراطها هي ما كانت في مال القرض.

قوله: (أو يبيعه بشمن المثل، أو بدونه).

قيل بالمنع فيما إذا اشترط أن يبيعه بدونه لجر المنفعة، وهو مردود بما ذكرناه.

قوله: (ولو قال اقرضتك بشرط أن اقرضك غيره صحيحة، ولا يجب الوعد).

قد سبقت هذه المسألة في قوله: (أو يقرضه آخر) ولعله إنما اعادها لبيان عدم وجوب الشرط؛ لأنّه وعد. وتنقيحه: أن هذه زيادة مشروطة من قبل المقرض، فهي عليه، فلا يلزم، ولكنها تجوز كما في اشتراط الأجل، ولا يلزم فساد العقد، بخلاف ما لو كانت الزيادة مشروطة للمقرض، فإن العقد يفسد؛ للنبي عن الشرط المقتضي لفساده، وانتفاء رضى المقرض بدونه، وفي الشرط الذي عليه رضاه ثابت معه وبدونه بطريق أولى، فلا يفسد، ولا يلزم.

(١) الجامع الصغير ٢: ٢٨٤ حديث ٦٣٣٦ . وفيه: «كل قرض جرّ منفعة فهو ربا».

بخلاف البيع.

ويصح قرض كل ما يضبط وصفه وقدره، فإن كان مثلياً ثبت في ال dette مثله كالذهب والفضة وزناً، والخنطة والشعير كيلاً وزناً، والخبز وزناً وعدداً؛ للعرف. وغير المثلي ثبت قيمته وقت القرض لا يوم المطالبة،

قوله : (بخلاف البيع).

لأنه عقد لازم من الطرفين، فما تضمنه من الشروط الصحيحة معتبرة في العوضين ، فيلزم.

قوله : (والخبز وزناً وعدداً للعرف).

(للعرف) متعلق بقوله : (عدداً) أي: يجوز اقتراضه عدداً وإن كان فيه أكبر وأصغر، لابتناء العرف على المساحة في ذلك ، ومثله الجوز، وبه رواية عن الصادق عليه السلام<sup>(١)</sup>.

قوله : (وغير المثلي ثبت قيمته وقت القرض ، لا يوم المطالبة).  
وذلك ؛ لأنّ ما كان من ذوات القيم إنما تعتبر فيه القيمة ، نظراً إلى أنه الذي يقابل به ويعد عوضاً عنه ، ولأنه اضبط لبعده عن الزيادة والنقصان.  
وفي التذكرة: أن ما يضبط بالوصف - وهو ما يصلح للسلم - الأقرب أنه يضممه بمثله من حيث الصورة<sup>(٢)</sup> ؛ استدلاً بأن النبي صلى الله عليه وآله استقرض بكرأ ورد بازلأ<sup>(٣)</sup> . ولا دلالة فيه؛ لأنّه أعم من الوجوب ، فانها اذا تراضيا لا بحث.

وأيضاً فإنه صلى الله عليه وآله قصد اعطاءه خيراً مما افترض منه ، فيتتحقق أنه غير الواجب ، اذا ثبت هذا فالواجب قيمة وقت القرض؛ لأنّه وقت الشبوت في ال dette لا قيمة يوم المطالبة.

(١) الفقيه ٣: ١١٦ حديث ٤٩٣ .

(٢) التذكرة ٢: ٥ .

(٣) سنن البهقي ٥: ٣٥٣ .

ولو تعذر المثل في المثل وجبت القيمة يوم المطالبة.  
ويجوز اقراض الجواري والآلئ؛ لما قلناه من ضمان القيمة.  
ويملأ المقترض القرض بالقبض، فليس للمقرض ارجاعه، بل  
للمقترض دفع المثل مع وجود الأصل، فلو اقراض من ينعتق عليه انعقد  
بالقبض.  
ولو شرط الأجل في القرض لم يلزم، لكن يصح أن يجعل أجره  
شرطًا في عقد لازم فيلزم.

---

قوله : (ولو تعذر المثل في المثل وجبت القيمة يوم المطالبة).  
لأنه وقت الانتقال الى القيمة، وسيأتي في آخر الفروع في الدراهم ثبوت  
القيمة وقت التعذر.  
قوله : (ويجوز اقراض الجواري والآلئ؛ لما قلناه من ضمان  
القيمة...).

وإن لم يجز السلف فيها؛ لأن ضبطها بالوصف غير محتاج اليه للاستغناء  
بوجوب القيمة.

قوله : (لكن يصح أن يجعل أجره شرطًا في عقد لازم ، فيلزم).  
أورد شيخنا الشهيد في بعض حواشيه على ذلك اشكالاً، حاصله: أنه إن  
أريد بنزومه توقف العقد المشروط فيه عليه فسلّم ، لكنه خلاف المتأذد من كونه  
لازمًا ، ولا يقتضيه كما هو ظاهر، اذ العقود المشروط فيها شروط لا تقتضي  
لزومها ، بل فائدتها تسلط من تعلق غرضه بها على الفسخ بالاخلال بها.  
وإن أريد لنزوم ذلك الشرط في نفسه -يعنى أنه لا سبيل إلى الاخلال  
به- لم يطرد ، إلا أن يفرق بين اشتراط ما سيقع وما هو واقع ، ويجعل التأجيل من  
قبيل الواقع ، فيتم هذا.

ويمكن الجواب بأن المراد بكون الشرط لازماً: وجوب الوفاء به ، كما  
وجب الوفاء بالعقد اللازم؛ لأنه من جملة مقتضياته.

## وكذا لا يلزم لتأجل الحال بزيادة فيه، ولا تثبت الزيادة،

وتسلط من تعلق غرضه [به على الفسخ بدونه لا ينافي هذا المقدار من اللزوم من طرف العقد الآخر، فيكون الشرط] <sup>(١)</sup> والعقد لازماً من طرف المشترط له، ومن طرف من تعلق به غرضه يكون العقد لازماً مع الاتيان بالشرط لا بدونه، وهذا معنى واضح صحيح.

نعم، ما سبق من أن اشتراط العتق في العبد المبيع إذا أخل به المشتري يسلط البائع على الفسخ، وليس له إجبار المشتري مناف لهذا، وإن كان الخيار أن له الإجبار فلا منافاة.

وما ذكره من الفرق بين الشرط الذي سيفعل وغيره أيضاً متوجه، فلا يبعد أن يقال: إذا شرط تأجيل الحال في عقد لازم كان كما لو شرطه في العوض الواقع في ذلك العقد، فيلزم بهذا الاشتراط.

وهذا هو المفهوم من اطلاق الاصحاب تأجيل الحال في عقد لازم، وليس هو كاشتراط أن يفعل الفعل الفلاني، ومثله ما لو باعه بكذا واشترط له سكنى الدار سنة، فإن ذلك يصير حقاً له كاستحقاق العوض.

قوله: (وكذا لا يلزم لتأجل الحال بزيادة فيه، ولا تثبت الزيادة).

ولا يحل أخذها لو بذلك بمجرد جعلها في مقابل التأجيل، نعم لو شرط التأجيل مع الزيادة في عقد لازم صح. وقيد في التذكرة <sup>(٢)</sup> بما إذا كانت الزيادة في ثمن ذلك المبيع الذي تضمن عقده الشرط لا في الدين، لأن ذلك ربا، كما علل به في موضع آخر، وهو متوجه.

وهنا فائدة، وهي: أن الشروط الواقعة في عقد القرض أقسام:  
 الأول: ما يفسده، وهو اشتراط الزيادة للمقرض في نفس مال القرض.  
 الثاني: ما يكون لغواً أو وعداً، وهو الزيادة للمقرض من غير أن يكون

(١) ما بين المعقودتين لم يرد في «م»، وأثبتناه من الحجري لاقتضاء السياق له.

(٢) التذكرة ٢: ٧

وله تعجيل المؤجل باسقاط بعضه مع التراضي.

---

للقرض زيادة.

الثالث: ما يكون مؤكداً كاشتراط رهن، وهو صحيح قطعاً.

الرابع: ما يكون زيادة للقرض، لكن لا في مال القرض، وفي صحته تردد، والأصح الصحة.

الخامس: ما يكون وعداً محضاً، كما لو اقرضه شيئاً، وشرط له أن يقرضه شيئاً آخر لمحض الإحسان.

اذا عرفت ذلك فلا بد من الفرق بين هذه الشروط في الأحكام.

ففي الأول: معلوم بقاء مال القرض على ملك المقرض.

وفي الثاني: إن كان الشرط لغوياً فلا بحث، وإن كان وعداً فمعناه: إن وفي به كان حسناً، وإلا لم يأثم. ووجهه: أن المقرض أحسن إلى المقترض، وشرط له في ذلك الإحسان أحساناً آخر لنفعه فقط، فلا يجب عليه؛ لانتفاء المقابلة المقتضية للوجوب.

وفي الثالث، والرابع: يجب عليه الوفاء؛ لأن المقرض لم يرض بالقرض إلا على ذلك التقدير المشترط، وقد رضي المقترض به على ذلك الوجه، فيجب الوفاء به. وإن لم يفعل أثم، ولم يكن له اجباره قطعاً؛ لأن القرض عقد جائز من الطرفين لكل منها فسخه، فله أن يفسخه حالاً.

وهل يتوقف وجوب الدفع على المطالبة بمال القرض، أم يجب دفعه بمجرد المطالبة بالشرط مع عدم الوفاء به؟ وجهان، وفي الأول قوة.

قوله: (وله تعجيل المؤجل باسقاط بعضه مع التراضي).

لأن ذلك حق لها، فلا بد من تراضيها بالاسقاط، ولا فرق في اعتبار التراضي بين تعجيل بغير شيء أو باسقاط البعض؛ لأن الأجل حق لها لتربت حق كل منها عليه، فإنه كما قد تضر المطالبة بمن له الأجل قبله، كذا قد يضر التسليم حالاً بالأخر.

**فروع : أ :** لو قال : ملكتك وعليك رد عوضه فهو قرض .  
**ولو قال :** ملكتك وأطلق ، ولم توجد قرينة دالة على القرض  
 كسبق الوعد به فهو هبة ، فإن اختلفا احتمل تقديم قول الواهب ؛ لأنّه  
 أبصر بنيته ، وتقديم [قول] المتهب قضية ؛ للظاهر من أن التمليل من غير  
 عوض هبة .

---

**قوله :** (لو قال : ملكتك وعليك رد عوضه ...).  
 قد سبقت هذه المسألة ، وإنما أعادها ليبني عليها ما بعدها .  
**قوله :** (ولو قال : ملكتك وأطلق ، ولم توجد قرينة دالة على  
 القرض كسبق الوعد به فهو هبة .)

**المراد بقوله :** (اطلق) : تجريده عن ذكر رد العوض ، وقيد بعدم وجود  
 القرينة ؛ لأنّه مع وجودها يجب حمل اللفظ على مقتضاه ؛ لأن القرائن تقييد  
 الأشياء المطلقة وتصرف اللفظ عن ظاهره إلى غيره ، فيكون معها قرضاً ، وبدونها  
 هبة .

**قوله :** (فإن اختلفا احتمل تقديم قول الواهب<sup>(١)</sup> لأنّه أبصر بنيته ،  
 وتقديم قول المتهب قضية للظاهر من أن التمليل من غير<sup>(٢)</sup> عوض هبة ).  
 اختلافها يكون على وجهين :

أحدّهما : أن يختلفا في التعرض إلى اشتراط رد العوض ، فالقول قول  
 منكرة ، وهذا غير المذكور في العبارة ؛ لأنّ الظاهر منها أن اختلافها فيما لو قال :  
 ملكتك وأطلق .

---

(١) عبر بالواهب والمتهب باعتبار تعلق الدعوى بذلك ) ، وردت هذه العبارة في «م» ، والظاهر أنها  
 حاشية دخلت في المتن لعدم وجودها في النسخة الخطية للقواعد .  
 (٢) في «م» : غيره ، وفي الحاشية ورد ما لفظه : وفي نسخة أخرى : (من غير عوض) باسقاط الهاء من  
 (غير) .

ب: لورد المفترض العين في المثلثي وجب القبول وإن رخصت،

الثاني: وهو مسألة الكتاب. أن يختلفا في القصد، وينبه على ارادته مع ما قلناه قوله: (لأنه أبصر بنيته).

ووجه الاحتمال الأول: أن الدافع أبصر بنيته، فيكون القول قوله مع اليدين. ويشكل بأنه لا يلزم من كونه أبصر بنيته تقديم قوله بيمينه، وارتكاب خلاف ظاهر اللفظ، فإن الواجب إنما هو استعمال الألفاظ في معانها إذا جررت عن القرائن في الإيقاعات والعقود، ولا يلتفت إلى قول أحد المتعاقدين أنه لم يقصد مدلوها، وإن كان القصد بحسب الواقع معتبراً، إلا أن الظاهر أنه لم ينطوي بها إلا وهو مريد لمعناها، فلا يلتفت إلى خلافه.

نعم لو شهدت قرينة كالاكراه وغلبة المرض سمع قوله بيمينه، وسبق الوعد بالقرض في مسألتنا من هذا القبيل، فلو اختلفا في القصد حينئذ قدم قول الدافع بيمينه؛ عملاً بالقرينة.

ولا يتحقق أن لفظ التقليل المجرد عن رد العوض حقيقة في الهبة ومجاز في القرض؛ لأن جزء مفهومه؛ لأن جزءه الآخر رد العوض، وربما استدل بقوله عليه السلام: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»<sup>(١)</sup>، وبأن الأصل بقاء الملك على مالكه ونحو ذلك. ولا دلالة فيه؛ لأن ذلك كله مع عدم وجود ما يعد سبباً ناقلاً شرعاً لا معه، فيكون الاحتمال الأول أقوى.

قوله: (لورد المفترض العين في المثلثي وجب القبول وإن رخصت).

رخصت - بضم عين الفعل - معناه: نقصت قيمتها السوقية بما كانت، مع بقاء العين بحالها، وإنما يجب القبول؛ لأن الواجب أمر كلي في الذمة، والعين أحد افراده، والتعيين إلى من عليه الحق.

وكذا غير المثل على اشكال ، منشأة: ايجاب قرضه القيمة .  
 ج: للمقرض مطالبة المقترض حالاً بالجميع وإن أقرضه تفاريق ،  
 ولو أقرضه جملة فدفع اليه تفاريق وجب القبول .

---

**قوله :** (وكذا غير المثل على اشكال ، منشأة: ايجاب قرضه القيمة) .

والوجه الآخر: مساواة المدفوع للمأخذوذ ، وأن القيمة إنما اعتبرت لتعذر المثل ، والحق أن هذا الإشكال لا وجه له بعد تحقيق أن الواجب في فرض القيمي هو القيمة وقت القرض ، فإذا دفع العين فقد دفع غير الواجب ، فيكون القبول مشروطاً بالتراسي ، وهذا اظهر ، وكون القيمة إنما اعتبرت لتعذر المثل: أولاً غير معلوم ، وثانياً لا يضرنا؛ لأن الكلام إنما هو في الثابت في الذمة الآن ، لا فيما كان حقه الثبوت ، وقد عدل عن ثبوته لدليل ، نعم لو كان الواجب المثل ومع التعذر القيمة تم هذا .

**قوله :** (للمقرض مطالبة المقترض حالاً بالجميع ، وإن أقرضه تفاريق) .

(حالاً) في عبارة الكتاب مخففة ، أي: في الوقت الحالي ، المراد بقوله: (وإن أقرضه تفاريق): أقراضه الجملة في دفعات ، وجه استحقاق ذلك أن الجميع حال ، فله المطالبة به كما هو واضح .

**قوله :** (ولو أقرضه جملة ، فدفع اليه تفاريق وجب القبول) .

المراد: أنه لو أقرضه شيئاً جملة ، فدفع اليه بعضه وجب قبول ذلك البعض المدفوع؛ لأنه حق له استحق أخذه ، وليس له الامتناع من أخذه إلى أن يسلم الجميع ، اذ لا صفة هنا. بخلاف البيع فان كلاماً من المبيع والثمن إنما يجب تسليم جميعه؛ نظراً إلى اتحاد الصفقة ، على أنه مع وجوب قبول البعض المدفوع في مسألة الكتاب له المطالبة بالباقي حالاً ، ولا يجب على المقترض التأخير وإن قلل الزمان ، إلا مع الإعسار .

د: لو افترض جارية كان له وظتها وردها، اذا لم تنقص على المالك مجاناً.

ولو حملت صارت أم ولد يجب دفع قيمتها، فإن دفعها جاهلاً لحملها ثم ظهر استردها، وفي الرجوع بمنافعها إشكال، ويدفع قيمتها يوم القرض لا يوم الاسترداد.

قوله: (لو افترض جارية كان له وظتها، وردها اذا لم تنقص على المالك مجاناً).

أما أن له وظها؛ فلأنها بالقرض تملك ، وقول بعض العامة: إن الملك بالقرض سبب ضعيف، فلا يحيل به الوطء، حتى أنه متى كانت الجارية بحيث يحيل للمقترض وظتها بالملك أو بالعقد لا يصح قرضه إليها؛ نظراً إلى ما ذكر: من ضعف السبب، وإمكان ردها، فيشبه عارية الجواري للوطء ، وهو منهي عنه<sup>(١)</sup> من قبيل الهدىانات.

لكن قول المصنف: إن له ردها اذا لم تنقص مشكل؛ لأنه إن أراد ردها وإن لم يرض المقرض فهو مشكل، لما عرفت من أن الواجب هو القيمة، لا المثل. وقد سبق آنفاً تردد المصنف في وجوب قبول العين، ويعود رجوعه عن ذلك في هذه المسافة القصيرة . وإن أراد جواز الرد اذا رضي فهو حق، لكن لا حاجة الى التقييد بعدم النقص كما هو معلوم، فإنه اذا رضي به صح قطعاً.

قوله: (وفي الرجوع بمنافعها إشكال).

ينشأ: من أن دفعها على أن منافعها للمقرض مجاناً، فلا يستحق الرجوع بها، ومن أنه إنما دفعها عوضاً عما له في ذمته، وكون المنافع مجاناً إنما هو على ذلك التقدير، وقد انقى ، فينتفي ما ترتب عليه، ولعموم قوله عليه السلام: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»<sup>(٢)</sup>، ولأنه قد تبين أن يد المقرض على الجارية بغير حق ، ف تكون يد عدوان ، اذا لا واسطة بينها ، غاية ما في الباب أن ذلك لم يكن

(١) أنظر المجموع ١٦٩: ١٣.

(٢) سنن الترمذى ٣٦٨: ٢ حديث ١٢٨٤.

هـ: لو اقرضه دراهم أو دنانير غير معروفة الوزن، أو قبة من طعام غير معلوم الكيل، أو قدرها بمكيال معين، أو صنجة معينة غير معروفيـن عند الناس لم يصح؛ لتعذر رد المثل.  
وـ: ينصرف اطلاق القرض الى أداء المثل في مكانه، فلو شرطـا  
القضاء في بلد آخر جاز،

---

معلوماً بحسب الظاهر، فإذا علم ترتـب عليه أثره. وما اشبه هذه المسـألة بـمسـألة منافع المـبيع بـيـعاً فـاسـداً، وقد سـبق استحقاق الرجـوع بـهـا، فيـكون استـحقـاق الرجـوع هنا لا يـخلـو من قـوـةـ.  
قولـهـ: (أـوـ قـدـرـهـ بـمـكـيـالـ مـعـيـنـ،ـ أـوـ صـنـجـةـ مـعـيـنـةـ غـيرـ مـعـرـوفـيـنـ عـنـدـ النـاسـ لـمـ يـصـحـ).  
إـنـ فـرـضـ حـفـظـهـ؛ـ لـأـنـ شـرـطـ صـحـةـ الـقـرـضـ الـعـلـمـ بـالـقـدـرـ،ـ وـإـنـماـ يـتـحـقـقـ

بـكـونـ الـمـكـيـالـ عـامـاًـ،ـ وـكـذـاـ الـوـزـنـ،ـ وـالـمـكـيـالـ وـالـصـنـجـةـ فـيـ مـسـأـلـةـ الـكـتـابـ لـاـ يـخـرـجـ  
الـمـقـدـرـ بـهـاـ عـنـ الجـهـالـةـ مـعـ أـنـهـاـ بـعـرـضـ التـلـفـ،ـ فـلـاـ يـقـيـ اـلـىـ الـعـلـمـ بـالـمـقـدـارـ طـرـيـقـ.  
قولـهـ: (لـتـعـذـرـ رـدـ المـثـلـ).

قـيلـ عـلـيـهـ:ـ هـذـاـ غـيرـ وـاضـحـ؛ـ لـأـنـ الـمـكـيـالـ وـالـصـنـجـةـ مـعـ حـفـظـهـ لـاـ يـتـعـذـرـ رـدـ  
المـثـلـ،ـ فـكـانـ عـلـيـهـ أـنـ يـعـلـلـ بـغـيرـ ذـلـكـ.

وـجـوابـهـ:ـ إـمـكـانـ إـرـادـةـ كـوـنـهـ بـعـرـضـ التـلـفـ،ـ فـيـكـونـ شـائـنـهـ تـعـذـرـ رـدـ المـثـلـ  
بـاعتـبارـ تـلـفـهـاـ.

قولـهـ: (يـنـصـرـفـ اـطـلـاقـ الـقـرـضـ اـلـىـ رـدـ المـثـلـ فـيـ مـكـانـهـ).  
وـذـلـكـ لـأـنـهـ مـوـضـعـ الـوـجـوبـ اـذـ الـقـرـضـ عـلـىـ طـرـيـقـ الـحـلـولـ،ـ وـلـوـ اـجـلـ  
بـسـبـبـ لـازـمـ فـوـضـعـ الرـدـ مـكـانـ الـحـلـولـ عـلـىـ الـظـاهـرـ.  
قولـهـ: (فـلـوـ شـرـطـ الـقـضـاءـ فـيـ بـلـدـ آـخـرـ جـازـ)  
لـعـمـومـ:ـ «ـالـمـؤـمـنـوـنـ عـنـدـ شـرـوـطـهـمـ»ـ (١ـ).

سواء كان في حمله مؤونة أو لا.

ولو طالبه المقرض من غير شرط في غير البلد، أو فيه مع شرط  
غيره وجوب الدفع مع مصلحة المقرض.

قوله : (سواء كان في حمله مؤونة ، أو لا).

سواء كانت المصلحة في ذلك في جانب المقرض أم المقرض، لكن لو  
كانت مصلحة الأداء في بلد آخر بالنسبة إلى المقرض ، كالخلاص من مؤونة  
الحمل ، أو السلامة من خوف النهب ونحوه، جاء احتمال فساد القرض بجر  
النفع ، وقد صرّح به شيخنا الشهيد في بعض فوائده .  
وقد عرفت أن الممنوع منه الزيادة في مال القرض عيناً أو صفة ، وليس  
هذا واحداً منها .

قوله : (ولو طالبه المقرض من غير شرط في غير البلد ، أو فيه مع  
شرط غيره وجوب الدفع مع مصلحة المقرض).

هنا مسألتان:

الاولى: أن يطالب المقرض المقترض بمال القرض في غير بلد القرض ،  
والحال أنه لم يشترط أداءه في غير بلد القرض ، فاختار المصنف أنه إنما يجب عليه  
الدفع مع مصلحة المقرض لا بدونها .

أما إذا لم تكن له مصلحة؛ فلأنه ضرر لم يقتضيه عقد القرض ولم يلتزمه ،  
فلا يجب عليه الالتزام به؛ لظاهر: «لا ضرر ولا ضرار»<sup>(١)</sup>.

وأما إذا كان له مصلحة؛ فلأن القرض حال ، اذ هو المفروض ، فيجب  
اداؤه عند المطالبة ، حيث لا مانع يمنع شرعاً ، وليس إلا الضرر ، والفرض عدمه ،  
وظاهر اختيار المصنف في المختلف وجوب الدفع وقت المطالبة مطلقاً كالغصب<sup>(٢)</sup> ،  
وقد سبق تحقيق المسألة ، وأن اختيار وجوب الدفع مالم مختلف قيمة المثلثي ،

(١) الكافي ٤: ٢٩٢ حديث ٢، و ٥: ٢٨٠ حديث ٤ ، الفقيه ٣: ٤٥، ١٤٧ ، ٦٥١ حديث ١٥٤ ، ٦٤٨ ، ٧٢٧ التهذيب ٧: ١٤٦ ، ١٦٤ حديث

(٢) المختلف: ٤١٤ .

ولو دفع في غير بلد الإطلاق، أو الشرط وجب القبول مع مصلحة المقرض.

ز: لو اقترض نصف دينار، فدفع ديناراً صحيحاً وقال: نصفهقضاء ونصفه أمانة جاز، ولم يجب القبول.

فتكون قيمة مكان المطالبة أكثر، فإنه لا يجب الدفع حينئذ للضرر، إلا أنه يرضى المقرض بقيمة موضع القرض جمعاً بين الحدين، وهذا هو المعتمد، والظاهر أنه مراد المصنف هنا، وإن كان قول المصنف: (مع مصلحة المقرض) قد تظهر منه مخالفة ذلك.

ولو قال بدلـه: مع عدم ضرر على المقرض لكان أدل على المراد وأولـى، فإن مصلحة المقرض قد تكون في عدم الدفع وإن لم يكن ثم ضرر.  
الثانية: أن يطالب في بلد القرض، وقد شرط الأداء في غيره، وحكمها حكم الأولى؛ لأن الشرط لا يصير المال مؤجلاً، ولا سبيل إلى اطراح الشرط بالكلية؛ لعموم قوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم»<sup>(١)</sup> فيجمع بين الحدين، وكل ما ذكر هناك فهو آت أيضاً هنا.  
قولـه: (ولو دفع في غير بلد الإطلاق أو الشرط وجب القبول مع مصلحة المقرض).

هــنا أيضاً مــسائلتان كما ســبق، والمــحصل: أنه لما كان الحق حالاً، وكان بلد الإطلاق وبــلد الشرط عــلامــة بــوجــوب الدفع فيه جــمعــنا بين الأمــرينــ، بأنه إن كان على المــقرــض ضــرورة كالاحتــياــج إــلــى هــمــلهــ، حيث كان ذــا مــؤــونــةــ، أو الخــوفــ من النــبــ ونــحوــهــ لمــيــجــبــ القــبــولــ، وإــلاــ وجــبــ. وتنــقــيــحــ الــبــحــثــ هــنــاــ كــمــاــ ســبــقــ. وكــذــاــ اــبــدــاــ اــشــتــرــاطــ المــصــلــحــةــ بــعــدــ الضــرــرــ. وذهــبــ شــيخــناــ الشــهــيدــ فيــ حــواــشــيهــ إــلــىــ اــعــتــبــارــ مــوــضــعــ الشــرــطــ وــالــإــطــلــاقــ فــيــ وجــوبــ الدــفــعــ وــالــقــبــولــ، ســوــاءــ كــانــ للــمــمــتــنــعــ مــصــلــحــةــ أــمــ لــاــ.

أما لو كان له نصف آخر فدفعه عنها وجب القبول.

ح: لو دفع ما افترضه ثمناً عن سلعة اشتراها من المقرض فخرج الثمن زيفاً، فإن كان المقرض عالماً، وكان الشراء بالعين صحيحاً، وعلى المقرض رد مثل الزيف، وإن كان في الذمة طالبه بالثمن سليماً، وللمشتري احتساب ما دفعه ثمناً عن القرض.

**قوله:** (أما لو كان له نصف آخر، فدفعه عنها وجب القبول).

لأن الجموع مستحق له عنده، وليس بعيد أنه لو كان نصف الدينار مضروباً على حدة، واستحق عنده نصفين كذلك لا يجب القبول؛ لأنه غير الحق. وفي التذكرة صور المسألة بما إذا افترض نصف دينار مكسوراً<sup>(١)</sup>، وهو يومئى إلى ما ذكرناه.

**قوله:** (فإن كان المقرض عالماً، وكان الشراء بالعين صحيحاً، وعلى المقرض رد مثل الزيف).

أي: إن كان المقرض عالماً بكون المدفوع ثمناً، وإن كان خلاف ما يظن بحسب الظاهر؛ لأن ضرر ذلك مع الجهل عليه، وقد اندفع بعلمه، وحينئذ فيجب على المقرض رد مثل الزيف.

فإن قلت: كيف صح القرض مع أنه إنما أخذها على أنها خالصة؟ قلت: الفرض أنه لم يقع هذا الشرط في عقد القرض ليكون منافياً، وإنما افترض الموجود، غاية ما في الباب أنه ظنها خالصة، وذلك لا ينافي صحة القرض.

**قوله:** (وإن كان في الذمة طالبه بالثمن سليماً، وللمشتري احتساب ما دفعه ثمناً عن القرض).

أما الأول؛ فلأن البيع إنما جرى على نقد خصوص غير معين بالمدفوع، فينصرف اطلاقه إلى الحالص، فلا يصلح دفعه ثمناً؛ لعدم المطابقة. وأما الثاني؛

ولوم يكن عالماً، وكان الشراء بالعين كان له فسخ البيع.  
 ط: لو قال المقرض: اذا مت فأنت في حل كان وصية، ولو  
 قال: إن مت كان إبراء باطلأً، لتعلقه على الشرط.  
 ي: لو افترض ذمي من مثله خمراً، ثم أسلم أحدهما سقط  
 القرض، ولو كان خنزيراً فالقيمة.

---

فلائنه حق له في يد البائع، وعليه مثله بالقرض، فيسوغ له احتسابه عنه.  
 قوله: (ولوم يكن عالماً، وكان الشراء بالعين، كان له فسخ  
 البيع).

أي: لوم يكن البائع عالماً بكون المدفوع زيفاً، وكان الشراء بعين  
 الزيوف، لم يجب على البائع الرضى بكون الزيوف ثمناً للبيع. ويشكل؛ بأن الثمن  
 المعين اذا خرج من غير الجنس بطل البيع، ولو خرج بعضه بطل في ذلك  
 البعض، فحقه بطلان البيع فيما كان من غير الجنس، لا التسلط على الفسخ.  
 قوله: (لو قال المقرض: اذا مت فأنت في حل كان وصية، ولو  
 قال: إن مت كان إبراء باطلأً، لتعلقه على الشرط).

أي: ولو قال بدل (اذا مت): (إن مت...)، والفرق بينها: أن (اذا)  
 ظرف في الأصل وإن عرض لها معنى الشرط، فكأنه قال: وقت موتي أنت في  
 حل، وذلك مجزوم، غير مشكوك فيه، فلا تعليق فيه فيصح. وإن حرف وضع  
 للشرط.

فإذا قال: (إن مت) كان مقتضاياً للشك في كونه إبراء؛ لأن مقتضى  
 تعليق الموت بكلمة (إن) الشك في حصوله، ومتى كان المعلق عليه مشكوكاً فيه،  
 فالمعلق بطريق أولى.

ولا يضر كون الموت بحسب الواقع مقطوعاً به؛ لأن الاعتبار في الجزم  
 وعدمه بالصيغة الواقعية ابراء، فتى لم تكن واقعة على وجه الجزم لم تكن صحيحة.  
 قوله: (لو افترض ذمي من مثله خمراً، ثم أسلم أحدهما سقط  
 القرض، ولو كان خنزيراً فالقيمة).

يا: لو دفع المديون أعواضًا على التفاريق من غير جنس الدين  
قضاء، ثم تغيرت الأسعار كان له سعر يوم الدفع، لا وقت الحاسبة وإن  
كان مثلياً.

ولو كان الدفع قرضاً لا قضاء كان له المثل إن كان مثلياً، وإلا  
فالقيمة وقت الدفع، لا وقت الحاسبة في البابين معاً.

---

الفرق، أن الخنزير لو كان مالاً لكان قيمياً، كما لا يتحقق، كغيره من  
الحيوان ، بخلاف الخمر فانه مثلي ، فبناء على أن اقتراض القيمي يجب ثبوت  
قيمتها في الذمة وقت القرض تبقى قيمة الخنزير؛ لأن الاسلام ينافي استحقاق  
الخنزير، لا استحقاق قيمته بخلاف الخمر.

قوله: (لو دفع المديون أعواضًا على التفاريق من غير جنس الدين  
قضاء، ثم تغيرت الأسعار كان له سعر يوم الدفع، لا وقت الحاسبة وإن  
كان مثلياً).

لأن المدفوع إنما يعد قضاء اذا كان من جنس الدين ، فلا بد من احتسابه  
على وجه يعد من الجنس في وقت كونه قضاء وذلك حين الدفع ، ولا أثر لكونه  
مثلياً أو قيمياً بخصوصه؛ لما قلناه.

قوله: (ولو كان الدفع قرضاً لا قضاء كان له المثل إن كان  
مثلياً، وإلا فالقيمة وقت الدفع، لا وقت الحاسبة في البابين معاً).

لأن الواجب في قرض القيمي هو القيمة كما علم غير مرة.

وأعلم أن قوله: (في البابين) ينزل على أن المراد به: الجنس وغيره، على  
معنى أن المراد سواء كان المدفوع قرضاً من جنس القرض الأول ، أم من غيره.  
وينزل أيضا على أن المراد: المثلي والقيمي ، ولا يستقيم؛ لأن القيمة وقت الدفع  
إنما تجحب في القيمي خاصة، أما المثلي فالواجب فيه المثل.  
وينزل أيضا على أن المراد: القرض والقضاء، وفيه مع التكرار أنه في  
المدفوع قضاء لا يختص هذا الحكم بما اذا كان قيمياً، فحينئذ الأول أوجه.

يب: يجوز بيع الدين بعد حلوله على الغريم وغيره، بحاضر أو مضمون حال ، لا بمؤجل.

قوله : (يجوز بيع الدين بعد حلوله على الغريم وغيره ، بحاضر أو مضمون حال ، لا بمؤجل).

احترز بالحلول عما قبله ، فلا يصح؛ لعدم استحقاق شيء في الذمة حينئذ. ويشكل بأنه حق فيجوز بيعه على حاليه التي هو عليها وإن لم تجز المطالبة به قبل الأجل. ورد بقوله: (وغيره) على ابن ادريس المانع من بيعه على غير الغريم<sup>(١)</sup>. وقد عرفت ضعف قوله سابقاً.

واراد بقوله: (أو مضمون): ما قابل الحاضر، فان ما في الذمة يعبر عنه بكونه مضموناً.

واحترز بقوله: (لا بمؤجل) عن البيع بالمؤجل ، فانه لا يجوز بيع دين بدين ، لأن المؤجل يقع عليه اسم الدين ، واختاره معنى في التذكرة<sup>(٢)</sup> ، وهو الظاهر.

فان قلت: المضمون في الذمة أيضاً دين ، فيجب أن لا يصح بيع الدين

بـ.

قلنا: إنما يعد ديناً اذا ثبت في الذمة ، فقبل ثبوته لا يعد ديناً ، ولا يثبت إلا بعقد البيع ، فحين جعله عوضاً لم يعد ديناً ، فلم يصدق بيع الدين بالدين. فان قلت: فالمؤجل كذلك بعين ما ذكر ، فيكون البيع به جائزًا ، كما اختاره الشيخ في النهاية<sup>(٣)</sup>.

قلنا: اسم الدين واقع على المؤجل وإن لم يكن قد ثبت في الذمة بعد؛ لأن الحقين من أهل اللغة فسروا الكالئ بالمؤخر ، وقد اطبق جميع الفقهاء على أن بيع المؤجل الموصوف بمثله باطل ، أما الحال فالامر فيه اسهل.

(١) المسائل: ١٦٧

(٢) التذكرة: ٢: ٣

(٣) النهاية: ٣١٠

يج: لا يجُب دفع المؤجل، سواء كان ديناً، أو ثمناً، أو قرضاً، أو غيرها قبل الأجل، فإن تبرع لم يجُب أخذه وإن انتقى الضرر بأخذه، ومع الحلول يجُب قبضه، فإن امتنع دفعه إلى الحاكم ويكون من ضمان صاحبه.

وكذا البائع سلماً يدفع إلى الحاكم مع الحلول، ويبرأ من ضمان المشتري.

إذا عرفت هذا، فلا بد أن تعلم أن المراد بالمضمون: ما ليس ديناً للمشتري في ذمة آخر، فان ذلك بيع دين بدين، ومثله ما لو كان لكل منها على الآخر دين، فتباعا بالدينين على الأظهر. وقد سبق التنبية على هذه في الصرف. قوله: (لا يجُب دفع المؤجل، سواء كان ديناً، أو ثمناً، أو قرضاً، أو غيرها قبل الأجل).

مقتضاه أن الدين مباین للقرض والثمن، وكلامه في أول الكتاب يقتضي أن الدين واقع على كل ثابت في الذمة، سواء كان قرضاً أم لا، وهذا جعل في الدين مطلبين، ثانية في القرض.

وفي كون الثمن لا يعد ديناً ما لا يتحقق، فان اسم الدين واقع على جميع ما ثبت في الذمة ببيع، أو قرض، أو غيره من عقود المعاوضات، أو اتلاف، أو تسبب فيه أو نذر ونحو ذلك.

وفي قوله: (أو غيرها) ما يقتضي مغایرة الدين للحقوق الثابتة في الذمة بما سوى هذه الأمور.

قوله: (فإن تبرع لم يجُب أخذه وإن انتقى الضرر بأخذه). خلافاً لبعض العامة<sup>(١)</sup>.

قوله: (وكذا البائع سلماً يدفع إلى الحاكم مع الحلول). مقتضى العبارة: أن حكم البائع سلماً لم يندرج في عموم ما سبق،

وكذا كل من عليه حق حال ، أو مؤجل فحل فامتنع صاحبه من أخذه ، ولو تعذر الحاكم وامتنع صاحبه من أخذه فالأقرب أن هلاكه منه لا من المديون .

---

وليس كذلك ؛ لأن دراجه في عموم المؤجل ، فيكون تكراراً .  
ويمكن الجواب بأن ذكره بخصوصه لا يقتضي عدم اندراجه في عموم السابق ؛ لأنه ربما كان ذكره اعتناءً بحاله .  
قوله : ( ولو تعذر الحاكم ، فامتنع صاحبه من أخذه فالأقرب أن هلاكه منه ، لا من المديون ) .

وجه القرب : أن هلاكه من المديون ضرر عظيم ، فيكون منفياً ، للنص الدال على نفيه ، وهذا هو الأصح .

فإن قيل : الدين إنما يتquin بقبض المالك ، أو من يقوم مقامه ، ومن ثم كان للمديون تغييره ما لم يقبض ، فكيف يتquin التاليف للمدين ؟ وهو وجه الاحتمال الآخر الضعيف .

قلنا : التعيين كما يتوقف على قبض المالك يتوقف على تعيين المديون ، فإذا امتنع أحدهما في محل الوجوب وجب أن يسقط اعتباره ؛ حذراً من لزوم الضرر ، ومن ثم يجوز أخذ الدين إذا ظفر المالك بمال للمديون الممتنع من الأداء ، وتعذر الأخذ بالحاكم ، ويكون تعيين المالك كافياً .

ولا يتحقق أنه إنما يجب القبض في الحال إذا ساوي المدفوع الدين جنساً ووصفاً وقدراً ، فلو فقد أحد الأمور الثلاثة لم يجب القبض قطعاً .  
وهل يعتبر الشهاد في ذلك ؟ الذي يقتضيه النظر اعتباره ؛ لثبت الدعوى بالتعيين عند الامتناع لو أنكره المدين ، لا لتحقيق ذلك في نفس الأمر .  
واعلم أن في انسحاب هذا الحكم فيما اجبره الظالم على دفع نصيب شريكه الغائب في مال على حكم الاشاعة ، بحيث يتquin المدفوع للشريك ، فلا يتلف منها معاً ترددأً .

يد: لو أسقط المديون أجل الدين الذي عليه لم يسقط ، وليس لصاحب المطالبة في الحال.

يه: لو اقترض دراهم ثم اسقطها السلطان وجاء بدراهم غيرها لم يكن عليه إلا الدرهم الأولى ، فإن تعذرت فقيمتها وقت التعذر.

ومثله ما لو تسلط الظالم بنفسه ، وأخذ قدر نصيب الشريك ، لم أجد للاصحاب فيه تصريحاً بنفي ولا إثبات ، مع أن الضرر قائم هنا أيضاً ، والتجه عدم الانسحاب.

بقي شيء، وهو أن المالك اذا امتنع من قبض حقه في موضع واجب القبض وتعذر الحاكم ، قد بينما زوال الضمان عنه بتعيينه ، فهل انتفاء ضمانه مشروط بالحفظ بجري العادة ، فيكون أميناً ، أم لا ، فلا يكون الحفظ واجباً عليه؟

لم أجد به تصريحاً ، لكن قوة كلام الأصحاب تشهد للثاني ، حيث اطلعوا نفي الضمان عنه؛ دفعاً للضرر ولو وجب الحفظ الدائم لباقي الضرر المذكور ، ويلزم الضمان بالتقدير فيه . ويتجه الفرق بين ما اذا عرضه على البائع بعد تعيينه ، ولم يأت به لكنه اعلمه بالحال ، وبين ما اذا اتاها به وطرحه عنده ، فينتفي وجوب الحفظ في الثاني دون الأول وإن اشتراكاً في عدم الضمان.

قوله: (لو أسقط المديون أجل الدين الذي عليه لم يسقط ، وليس لصاحب المطالبة في الحال).

لأن ذلك قد ثبت بالعقد اللازم ، لأن المفروض ، فلا يسقط بمجرد الاسقاط ، ولأن في الأجل حقاً لصاحب الدين ، ولهذا لا يجب عليه قبوله قبل الأجل.

أما لو تقليلاً في الأجل فانه يصح ، ولو نذر التأجيل فانه يلزم ، وينبغي أن لا يسقط بتقليلهما ، اذ الإقالة في العقود ، لا في النذور.

قوله: (فإن تعذر فقيمتها وقت التعذر).

## ويحتمل وقت القرض

هذا مختار الشيخ<sup>(١)</sup> و ابن البراج<sup>(٢)</sup>؛ لأنه وقت الانتقال إلى البدل الذي هو القيمة. ويشكل؛ بأن التعتذر ب مجرده لا يوجب الانتقال إلى القيمة؛ لعدم وجوب الدفع حينئذ، فلامقتضي له، والأصلبقاء ما كان على ما كان، ولا محدود في كون الشيء ثابتاً في الذمة وإن تعذر تسليمه ما لم يجب دفعه. ولا وجوب إلا بالمطالبة، وهو المفهوم من فتوى الدرس، فإنه صرخ فيه بوجوب قيمتها وقت الدفع، لا وقت التعتذر، ولا وقت القرض<sup>(٣)</sup>، ولا يريد بها إلا قيمة وقت المطالبة، وإن كان في عبارته تساهل، وما اختاره هو الأصح. قوله : (ويحتمل وقت القرض).

أي: ويحتمل وجوب القيمة يوم القرض؛ لسبق علم الله بتعذر المثل وقت الأداء، فيكون الواجب حينئذ هو القيمة، وبه روایة صحيحة<sup>(٤)</sup>. وليس بشيء، اذ لا ملازمة بينها ، ولا محدود في أن الثابت في الذمة وقت القرض المثل، وينتقل بالتعذر عند المطالبة إلى القيمة، فلا دليل على اخراج هذا من عموم وجوب المثل في المثلي ، وما قدمناه هو الأصح.

وفي روایة عن الرضا عليه السلام: أن عليه دراهم تجوز بين الناس كما أخذ ما ينفق بين الناس<sup>(٥)</sup>، ونزلها الشيخ على أنه يؤخذ منه ما ينفق بين الناس بقيمة الدرادم الأولى بما ينفق بين الناس؛ لأنه قد تسقط الدرادم الأولى حتى لا تكاد توجد أصلاً، فلا يلزمها أخذها ، وهو لا ينفع بها<sup>(٦)</sup>، وبضمون الروایة افني ابن بابويه<sup>(٧)</sup>، والمتوجه ما قدمناه.

(١) النهاية: ٣٨٤.

(٢) نقله عنه في المختلف: ٤١٥.

(٣) الدرس: ٣٧٧.

(٤) الكافي ٥: ٢٤٨ حديث ١٦ ، الفقيه ٣: ١٨٤ حدیث ٨٢٩.

(٥) الكافي ٥: ٢٥٢ حديث ١ ، الفقيه ٣: ١١٨ حدیث ٥٠٣ ، التهذیب ٧: ١١٦ حدیث ٥٠٥ ، الاستبصار ٣: ١٠٠ حدیث ٣٤٥.

(٦) قاله الشيخ في الاستبصار ٣: ١٠٠ ذیل حدیث ٣٤٥.

(٧) الفقيه ٣: ١١٨ ذیل حدیث ٥٠٣.

من غير الجنس لا من الدرهم الثانية، حذراً من التفاضل في الجنس المتشد، وكذا لو جعل قيمتها أقل.

ولو ضارب فالأقرب أن رأس المال الدرهم الساقطة، مع احتمال جبر النقص بالربح.

ولو سقطت أو نقصت بعد البيع لم يكن للبائع إلا النقد الأول.

---

**قوله : (من غير الجنس...).**

الجار متعلق بمحذوف، على أنه مع الجرور حال من قيمتها أو صفة لها، وإنما يلزم الربا لأن الظاهر أنه إذا بطل رواجها دراهم لم تبق إلا باعتبار النقد، وهو انقص باعتبار أن لسلكة اعتباراً، فتزيد بها القيمة.

**قوله : (وكذا لو جعل قيمتها أقل).**

أي: ومثل ما لو اسقطها ما إذا جعل قيمتها أقل مما كانت، فإن أخذ القيمة من غير الجنس - حذراً من الربا - متعين.

**قوله : (ولو ضارب ، فالأقرب أن رأس المال الدرهم الساقطة).**

وجه القرب: أنها رأس المال ، فكيف تتصور المطالبة بغيرها؟ ولأن المضاربة إنما انعقدت بالنسبة إليها ، والأصلبقاء ما كان.

**قوله : (مع احتمال جبر النقص بالربح).**

ووجهه: أنه نقص حصل بعد الدوران في التجارة. ويضعف؛ بأن رأس المال بحاله ، والنقص الذي يجب جبرانه هو النقص عن رأس المال ، ولم يحصل ، فإن نقصان قيمة رأس المال لا يعد نقصاناً في رأس المال ، وهو ظاهر، والأول أصح.

**قوله : (ولو سقطت أو نقصت بعد البيع ، لم يكن للبائع إلا النقد الأول).**

أي: ولو سقطت الدرهم ، أو جعلت قيمتها ناقصة بعد صدور بيع بشمن من الدرهم لم يستحق البائع إلا النقد الذي كان وقت البيع؛ لوجوب حمل اطلاق

ولو تعاملنا بعد النقص والعلم فلا خيار، وإن كان قبل العلم فالوجه ثبوت الخيار للبائع، سواء تباعياً في بلد السلطان أو غيره.

**المقصد الثاني:** في الرهن: وهو وثيقة لدين المرهن، وأركانه أربعة: الصيغة، والمحل، والعائد، والحق. فهنا فصول:

العقد على المتعارف حينئذ أو الغالب.

**قوله:** (ولو تباعياً بعد النقص والعلم ...).

أي: علم البائع؛ لأنَّه لا ضرر على المشتري لو لم يعلم.

**قوله:** (وإنْ كانَ قَبْلَ الْعِلْمِ فَالْوَجْهُ ثَبَوتُ الْخِيَارِ لِلْبَائِعِ ...).

لأنَّه نقص سابق على العقد، ولم يعلم به فيكون عيباً أو كالعيوب؛ لثبوت نقص المالية به. ويحتمل العدم؛ لعدم الزيادة والنقيصة عن المجرى الطبيعي.

ويضعف؛ بأنَّ المراد بالنقيصة والزيادة باعتبار الغالب، وهذا يعد كون

الضيحة منزلة الجيوش عيباً مع عدم نقصان قيمتها ولا زيادة، وهذا المعنى ثابت هنا؛ لأنَّ الساقط أو الذي نقصت قيمته قد صار ناقصاً باعتبار العرف الغالب.

ولا يتفاوت هذا الحكم بكون البلد بلد السلطان وغيره؛ للاستواء فيما

قلناه، وتفاوت البلدان بكون الأمر في ذلك متفاوتاً بالظهور والخفاء لا أثر له.

**قوله:** (وهو وثيقة لدين المرهن).

ما كانت التاعي (وثيقة) لنقل اللفظ من الوصفية إلى الاسمية المضمة - كالتاء

في لفظ الحقيقة - لم يرد عدم المطابقة بين المبتدأ والخبر في التذكير والتأنيث، ولا

يرد عليه لزوم الدور، باعتبارأخذ المرهن في التعريف؛ لإمكان كشفه بصاحب

الدين، أو بمن له الوثيقة، فلا يلزم توقيه على معرفة مفهوم الرهن.

وعرفه في الدروس: بأنه وثيقة للمدين، يستوفي منه المال<sup>(١)</sup> ويرد عليه

الرهن على الدرك وعلى الصنجة، اذ لا دين هناك إلا أن يقال: هو رهن

لاستيفاء الدين على تقدير ظهور الخلل في الصنجة، والاستحقاق في المبيع؛ لثبوت

الدين حينئذ . وفيه تكلف، مع أنَّ الثمن قد يبقى بحاله، فلا يكون ديناً.

**الأول :** الصيغة: ولا بد فيه من ايجاب كقوله: رهنتك ، أو هذا وثيقة عنك على كذا، أو ما أدى معناه من الألفاظ، وتكفي الاشارة مع العجز كالكتابة وشبيها. وقبول كقوله: قبلت ، أو ما يدل على الرضى.

---

قوله : (ولا بد فيه من ايجاب ، كقوله: رهنتك ، أو هذا وثيقة).

قال في التذكرة: الخلاف في الاكتفاء فيه بالمعاطاة، والاستيصال والإيجاب عليه المذكورة في البيع بجملته آت هنا<sup>(١)</sup>. ويشكل؛ بان باب البيع ثبت فيه حكم المعاطاة بالإجماع بخلاف ما هنا، أما الاستيصال والإيجاب فنعم.

قوله : (وتكتفي الاشارة مع العجز، كالكتابة وشبيها).

ليست الكتابة من أفراد الإشارة، فيكون ذكرها بالكاف للتتشبيه في الحكم لا للتمثيل ، واعتبر في التذكرة مع الكتابة الإشارة الدالة على الرضى ، فلا تكتفي الكتابة من دونها<sup>(٢)</sup>، وهو حق؛ لعدم العلم بثبت القصد الى الرهن؛ لإمكان العبث ، أو ارادة أمر آخر.

قوله : (وقبول ، كقوله: قبلت ، أو ما يدل على الرضى).

مثل: رضيت ونحوه، ولا بد في الإيجاب والقبول من كونها بلفظ الماضي؛ لأنه صريح في الإنشاء. ولعدم الدليل الدال على ثبوت الرهن من دونه ، صرح به في التذكرة<sup>(٣)</sup>.

وكذا لا بد فيها من التطابق، ووقوع القبول مع الإيجاب ، بحيث يعد معه جزءاً، فلو تراخي أحدهما عن الآخر كثيراً لم يعتد به، قال في التذكرة: وهل يشترط في الصيغة اللفظ العربي ؟ الأقرب عدم<sup>(٤)</sup>.

قلت: يشكل؛ بأن الإطلاق محمول على المتعارف من العربي ، وأن هذا من العقود الالزمة ، فيتوقف لزومه على العربية؛ لأصلالة العدم بدونه.

---

(١) التذكرة ٢: ١٢.

(٢) المصدر السابق.

(٣) المصدر السابق.

(٤) التذكرة ٢: ١٢.

وهل يقوم شرط الرهن في عقد البيع مقام القبول؟ نظر، وشرط ما هو من قضايا الرهن كعدمه، كقوله: على أن يباع في الدين، أو يتقدم به على الغرماء.

ولو شرط ما ينافي العقد بطل كالمぬ من بيعه في حقه. أما لو شرط في البيع إذن فلان، أو بكذا فالوجه الصحة. وكذا يصح لو شرط أن ينتفع به المرتهن، أو يكون النماء المتجدد رهنا.

لا يقال: عموم (أوفوا بالعقود)<sup>(١)</sup> ينافي الاشتراط.

لأننا نقول: منع صدق العقد بالعجمية مع إمكان العربية.

قوله: (وهل يقوم شرط الرهن في عقد البيع مقام القبول؟ نظر).

لا يخفى أنه لا بد من تصوير المسألة، بما إذا كان إيجاب الرهن عقيب ايقاع البيع، بحيث لا يقع بينها تراخي، يمنع كون أحدهما مع الآخر جزءاً للعقد؛ لاشتراط وقوع أحدهما عقيب الآخر على الفور عادة.

وتحصل ما هنا: أن الواقع في عقد البيع من الرضى بالرهن الذي دل عليه

الاشتراط، هل يكون قبولاً معتبراً أم لا، باعتبار تقدمه على الإيجاب؟

ومنشأ النظر من: أصلية عدم اشتراط التأخر عن الإيجاب، ومن أن صحة الرهن موقوفة على حصول الصيغة المعتبرة شرعاً، والأصل عدم اعتبار ما تقدم فيه القبول على الإيجاب، ولأن القبول عبارة عن الرضى بالإيجاب، فقبل حصول الإيجاب لا يتحقق الرضى به، اذ ليس ثمة شيء يرضى به، فالأخير عدم الاكتفاء به.

قوله: (أما لو شرط في البيع إذن فلان، أو بيعه بكذا فالوجه الصحة).

أي: لو شرط في عقد الرهن أن لا يباع إلا باذن فلان مثلاً، أو شرط أن لا يباع إلا بكذا، فإن الوجه عند المصنف الصحة؛ لعدم المنافاة لمقصود الرهن؟

ولو شرط عليه رهن في بيع فاسد، فظن اللزوم فرهن، فله الرجوع.  
ويصح الرهن سفراً وحضوراً، وهو عقد لازم من جهة الراهن  
خاصة، فإن أدى، أو أبرئ، أو أسقط المرتهن حقه من الرهن كان له  
أخذه، ولا يجب على المرتهن دفعه مع خروجه عن الرهانة، إلا بعد المطالبة  
به، ويقي أمانة في يده.

---

لأن الأول توكيل، وقد يتعلق بالثمن المقصود غرض الراهن ، وبدونه يحصل عليه  
ضرر. ويحتمل العدم؛ لأن فلاناً قد لا يأذن، والثمن المعين قد لا يبلغه الرهن ،  
فيتعدّر أخذ الدين من قيمته، فينتفي مقصوده، فيكون الشرط منافياً ، والمسألة  
موضع تردد، والبطلان لا يخلو من قوة.

**قوله :** (ولو شرط عليه رهن في بيع فاسد، فظن اللزوم فرهن ، فله  
الرجوع).

وجه ذلك : أنه مساواً لما لوباع مال أبيه على ظن أنه حي ، فبان ميتاً.  
وفي نظر؛ لأن هذا غير قاصد إلى البيع، وفي مسألة الرهن قاصد إلى الرهن. غاية  
ما في الباب أنه اوقعه على اعتقاد وجوبه عليه؛ لكون سببه صحيحاً.  
ويجيء في نظائره مثله، كما لو أبرئت ذمة الزوج بظن صحة الطلاق ،  
فتبيّن الفساد، أو وهب من واهبه بظن صحة الهبة الأولى ، وإن قارن الثانية ما  
يقتضي اللزوم ، وامثال ذلك .

**قوله :** (فإن أدى أو أبرئ ...).

أي: فإن أدى الراهن الدين ، أو ابرأه المرتهن ، أو أسقط المرتهن حقه من  
الرهن ، فيكون (أبرئ ) و (أسقط) قد تنازعا المرتهن.

**قوله :** (ولا يجب على المرتهن دفعه مع خروجه عن الرهانة، إلا بعد  
المطالبة).

وكان كل حق كان ثبوته في اليدي باذن شرعى كالمستأجر.

**الثاني : الحل :** وشروطه أربعة: أن يكون عيناً، مملوكة ، يصح قبضه للمرهن ، ويمكن بيعه . فلا يصح رهن المنافع ، ورهن المدبر إبطال للتدبير على رأي ، فلو شرط رهن الخدمة فيه بطل على رأي .

---

**قوله : (مملوكة...).**

المبادر من قوله: (مملوكة) مع قوله فيما بعد: (ولا ما لا يملك) كونها مملوكة للراهن ، ويرد عليه المستعار ، ولو أراد بذلك كونها مما يملك لم يكن لقوله: (ولا ما لا يملك ، فيقف على الإجازة) وجه .

فلا يصح رهن المنافع؛ لأن المطلوب بالرهن لا يحصل بها ، اعني: التوثق؛ لأنها تستوفى شيئاً فشيئاً ، وكلما حصل منها شيء عدم ما قبله والمطلوب الراهن ، بحيث متى تعذر استيفاء الدين استوفي من قيمته .  
**قوله :** (ورهن المدبر إبطال للتدبير على رأي) .

هذه المسألة لا ارتباط لها برهن المنافع ، إلا باعتبار ما بعدها . واعلم أن المخالف في ذلك الشيخ<sup>(١)</sup> وجماعة<sup>(٢)</sup> . ومني القولين على أن التدبير عتق بصفة ، فلا يبطل بالرجوع ، أو وصية فيبطل به ، والأصل الثاني . وإنما كان الرهن رجوعاً؛ لأن مقصوده استيفاء الدين من قيمته ، فهو منافٍ للوصية باعتبار مقصوده .  
**قوله :** (فلو شرط رهن الخدمة فيه ، بطل على رأي) .

أي: بناء على بطلان التدبير بالرهن لو شرط رهن الخدمة في المدبر ، سواء رهنه مع ذلك أم لا ، بطل الشرط والرهن ، إلا أن ابتناءه على بطلان التدبير غير واضح ، وإن كان الشيخ<sup>(٣)</sup> وجماعة قد حكموا بانصراف الرهن إلى خدمة المدبر إذا رهنه نفسه ، بناء على عدم بطلان تدبیره والحكم بصحة الرهن .

---

(١) الميسوط ٢: ٢١٣ .

(٢) منهم: ابن ادریس في السرائر: ٢٦١ .

(٣) الميسوط ٢: ٢١٣ .

ولا رهن الدين ، ولا ما لا يملك فيقف على الإجازة . ولو ضمه مع المملوك مضى فيه ، ووقف الآخر على اجازة المالك .  
ولا رهن ما لا يصح تملكه كالخشرات ، ولا ما لا يملكه المسلم إن كان أحدهما مسلماً كالخمر وإن كان المرتهن ذميًّا أو الراهن عبداً مسلماً ، وإن وضعها على يد ذمي على رأي .

---

ولا يقال: إن هذا متفرع على قوله: (فلا يصح رهن المنافع) ، لأن اختصاص هذا الفرد بالذكر لا وجه له ، ولأن توسيط قوله: (ورهن المدبر...) يكون لغواً محضاً .  
قوله: (ولا رهن الدين) .

لأن مقصود الرهن لا يحصل به؛ لأن المراد: الاستئثار بما يرجع إلى قيمته عند الاحتياج إليه ، وذلك إنما يكون في الأعيان ، ولظاهر قوله تعالى: (فرهان مقبضة)<sup>(١)</sup> وليس شأن الدين أن يكون مقبوضاً ، إذ هو أمر كلي لا وجود له في الخارج .

وتعجب شيخنا الشهيد في الدروس<sup>(٢)</sup> من المصنف ، حيث حكم بعدم صحة رهن الدين مع قوله: بان القبض ليس شرطاً في الرهن ، وتعجبه في غير موضعه؛ لأن قوله: بان القبض غير شرط في تحقق عقد الرهن ، والحكم بصحته لا ينافي اشتراط كون الرهن مما لا يقبض مثله ، نظراً إلى أن مقصوده لا يحصل إلا بكوبنه مما يقبض ، كما أرشدت إليه الآية الكريمة<sup>(٣)</sup> ، وأحدهما غير الآخر ، إذ الأول ناظر إلى الحكم بصحة الرهن من دونه ، إذا كان المرهون مما يقبض ، والثاني ناظر إلى أن ما لا يقبض مثله عادة لا يصح رهنه ، وأين هذا من ذاك ؟

قوله: (وإن كان المرتهن ذميًّا ، أو الراهن عبداً مسلماً ، وإن وضعها

---

(١) البقرة: ٢٨٣ .

(٢) الدروس: ٣٩٧ .

(٣) البقرة: ٢٨٣ .

ولا الأرض المفتوحة عنوة، ويصح رهن الأبنية والأشجار فيها.  
ولا رهن الطير في الهواء، ولا السمك في الماء،

---

على يد ذمي على رأي).

عطف بـ(إن) الوصلية للتتبّيه على اندراج هذه المسائل التي هي في محل الخفاء في اطلاق قوله: (ولا مالا يملكه المسلم إن كان أحدهما مسلماً) فان كون المرهن ذميًّا قد تتخيل بسببه صحة الرهن؛ لأن مقصوده عائد عليه. وليس كذلك؛ لأن الرهن إذاً كان للراهن سلطنة ملك على الرهن، أو مافي حكم ذلك كالمستعار من غير المالك ، وقد عرفت انتفاء الأمررين . وكذا لو كان الراهن عبداً مسلماً، وهو ذمي ، فإن يده يد مولاه ، وكذا لو وضع المسلم الخمر على يد ذمي ، لأن الذمي حينئذ وكيل المسلم ، فيده يده.

وفي بعض النسخ: (أو الرهن عند المسلمين) بمحذف الف الراهن وقراءة عند بالنون ، لكن في هذه العبارة حينئذ قبح؛ إذ ليس هذا فرداً خفياً، فان جعل الخمر مرهونة عند المسلمين ليس انفع ليعطف على المعطوف بـ(إن).

ولوضم إليه (وضعها على يد ذمي) لوجب إسقاط (إن) الأخرى ، ولو أنه قال: وإن كان المرهن ذميًّا ، أو الرهن عبد المسلمين على يد ذمي ، إلى آخره لكان أولى ، والسائل بصحة الرهن للخمر عند المسلمين إذا وضعت على يد ذمي هو الشيخ في الخلاف<sup>(١)</sup> والأصح خلافه.

وعبارة المصنف تتحتمل ارادة عود الرأي إلى جميع ما تقدم ، وإلى الآخر خاصة.

قوله : (ولا رهن الطير في الهواء).

ينبغي أن يقال: إذا كان مملوكاً ، ووثق بعوده عادة يصح رهنه.

قوله : (ولا السمك في الماء).

إذا كان غير مملوك ، أو مملوكاً لا يقدر عليه ، وإلا صح.

ولا العبد المسلم ، أو المصحف عند الكافر، فإن وضعا على يد مسلم فالأقرب الجواز . وكذا يجوز رهن الحسناء عند الفاسق لكنه يكره .  
و لا رهن الوقف ، ولا المكاتب وإن كان مشروطاً ،

**قوله :** (ولا العبد المسلم ، أو المصحف عند الكافر، فإن وضعا على يد مسلم فالأقرب الجواز).

هذا هو الأصح ، واطلق في البيع المعنون ؛ نظراً إلى أنه سبيل للكافر على المسلم . وفيه نظر؛ لأنه اذا لم يكن تحت يده فاما يستحق الاستيفاء من قيمته ببيع المالك أو وكيله أو الحاكم ، وذلك لا يعد سبيلاً بوجه من الوجوه ، فان هذا المقدار مستحق له وإن لم يكن هناك رهن ، وثمرة الرهن الاختصاص بالاستيفاء من قيمته ببيع من له ذلك من دونسائر الغراماء .

**قوله :** (وكذا يجوز رهن الحسناء عند الفاسق ، لكنه يكره).

رد بذلك على بعض العامة ، المانع من الصحة إلا مع المحرمية<sup>(١)</sup> ، ومثل الجارية الحسناء الغلام .

**قوله :** (ولا رهن الوقف).

وإن بلغ مرتبة يجوز بيعه ، إما خلف بين أربابه ، أو لغير ذلك ؛ لأن ما يباع للخلف يشتري بشمنه ما يوقف ، وما يباع للحاجة قد يتطرق اليه في وقت الاحتياج الى بيعه للرهن عدمها ، فلا يكون مقصود الرهن حاصلاً .

**قوله :** (ولا المكاتب ، وإن كان مشروطاً).

لأن الكتابة عقد لازم لا يمكن استيفاء الدين معها ، فلو كانت مشروطة ، وعجز فهل يصح رهنها حينئذ؟ لأن للمالك الفسخ ، ويكون الرهن فسخاً؟ قال في التذكرة: الأقرب ذلك<sup>(٢)</sup> وما اشبه هذا بتصرف ذي الخيار ، وقد سبق صحته .

(١) قاله القاضي أبو الطيب ، انظر: الجموع ١٣ : ٢٢١ .

(٢) التذكرة ٢ : ٢٢ .

وفي رهن أُم الولد في ثمن رقبتها مع اعسار المولى اشكال، ومع يساره اشكال،

وتكون ارادة العقد المستلزم كونها معتبرة للفسخ فسخاً، اذا قارنها التصرف، وتكون مقارنة التصرف كاشفة عن تأثيرها الفسخ، ولا استبعاد في ذلك؛ صيانة للعقد الصادر من له اهلية عن اللغو.

قوله: (وفي رهن أُم الولد في ثمن رقبتها مع اعسار المولى اشكال).

ينشأ: من جواز بيعها فالرهن أولى، ومن أن الرهن يقتضي جواز البيع عند العجز، أو امتناع الراهن من الأداء بشروط البيع، والاستيلاد سبب مانع من البيع موجود حال الرهن.

والاعسار عن ثمنها مانعيته حال الرهن لا تقتضي بطلانها مطلقاً، بل الأصل عدم بطلان مانعيته في وقت الاحتياج الى بيعه؛ للشك في السبب، فلا يتحقق مقصود الرهن المطلوب منه، فيكون باطلاً.

فإن قلت: فلا يجوز رهن المرتد عن فطرة والجاني؛ لوجود السبب المانع من البيع في الجملة، فيكون كالاستيلاد، وسيأتي ما يقتضي جوازه.

قلت: بينها فرق، فإن الاستيلاد مانع من البيع، غاية ما في الباب أن مانعيته قد بطلت بالاعسار في ثمن أُم الولد، فتتحقق متحققة فيما عدا ذلك بخلاف الردة والجناية، فإنها غير مانعين من البيع لبقاء الماليّة.

غاية ما في الباب أن ذلك سبب لاستحقاق القتل والاسترقاء المانع من مقصود الرهن، وهذا غير موجود، ولا معلوم الوجود، فلا مانع حينئذ، بل المانع متوقع الوجود، فهو كرهن المريض، فاتضح الفرق. وفي عدم جواز رهن أُم الولد مطلقاً قوّةً.

قوله: (ومع يساره اشكال).

لامتناع البيع حينئذ، فيكون جواز الرهن مع اليسار أبعد، ووجه الصحة: أن الرهن ليس بيعاً، وقد لا يفضي الى البيع، فلا يجب الحكم ببطلانه فيما لا يصح بيعه؛ لإمكان حصول الفائدة منه، وهي معنى التوثق بوجه آخر، فإن

وغير المثل أشد اشكالاً.

ويصح رهن ذي الخيار لأيّها كان،

المالك اذا صار ممحوراً عليه في ماله، بحيث يمنع من نحو العتق مثلاً، كان ذلك سبباً باعثاً له على أداء الدين وزوال الحجر. ويضعف؛ بأن المقصود الأصلي من الرهن استيفاء الدين من قيمته، فلابد في الرهن من صلاحيته لذلك؛ لانه معرض لذلك ، وإن كان قد يحصل الأداء بوجه آخر.

وقد بنى الشارح ولد المصنف هذه المسألة على أن صحة الرهن مشروطة بإمكان البيع بالفعل دائماً، أو امكانه في الجملة<sup>(١)</sup>، وفي هذا البناء للنظر مجال. واعلم أن في بعض حواشي شيخنا الشهيد: أن في قوله: (شكل) نظراً؛ لأن أ فعل التفضيل لا يبني من رباعي ، إلا ما شذ نحو: ما اعطاه ، قال: ولو قرئ بالفتح على أنه فعل ماضي لجاز ، لكنه يفوت المعنى . قلت: فيه مع فوات المعنى سماحة العبارة ، وخلوها عن حسن النظم . قوله : (وغير المثل أشد اشكالاً).

إنما كان الجواز أشد اشكالاً حينئذ للبعد عن الجواز باعتبار انتفاء كل من جزئي السبب ، فإنه مع بقاء أحدهما يكون أقرب اليه؛ لتوقفه على حصول الجزء الآخر فقط.

بخلاف ما اذا لم يكن واحد منها موجوداً ، فإنه يتوقف على وجودهما معاً ، والأصح عدم الجواز مطلقاً ، وقول ابن الجنيد بجواز رهن أم الولد مطلقاً ضعيف<sup>(٢)</sup>.

قوله : (ويصح رهن ذي الخيار لأيّها كان).

يمكن أن يكون المصدر مضافاً إلى مفعوله ، والمعنى: يصح رهن ما فيه الخيار لأي المتعاقدين كان الخيار له ، فيكون الخيار متعلقاً بـ(يصح) ، أي: يصح ذلك لكل من ثبت له الخيار منها ، فيكون المحرر في خبر (كان) هو العائد. وفيه

(١) ايضاح الفوائد ٢: ١٢.

(٢) نقله عنه في المختلف: ٤٢٢.

ورهن الأم دون ولدها الصغير وإن حرمنا التفرقة، وحينئذ إما أن يبيع الأم خاصة ويقال: تفرقة ضرورية ،

تكلف؛ لأن ذا الخيار هو صاحبه، فيكون المصدر مضافاً إلى فاعله، أي: يصح رهن صاحب الخيار ما فيه الخيار، ومتصل الجار في (لأيها) مخدوف ، والجار والمحرر في موضع الوصل ، و (كان) فيه ناقصة ، وهي صلة الموصول . والتقدير: وإن كان الخيار لأي المتعاقددين كان له.

ويمكن أن يكون متصل الجار مخدوفاً ، على أنه حال من الخيار، والتقدير: ويصح رهن ذي الخيار ثابتاً لأيها كان الخيار له ، والعائد في الموضعين هو الضمير المحرر في الخبر.

ولا يجوز أن تكون (كان) تامة؛ لثلا يق الموصول بغير عائد ، سواء كان للبائع أم للمشتري ، فإن كان صاحب الخيار البائع فرهنه يعد فسخاً على المتوجه ، وإن كان المشتري كان اجازة.

وفي الدروس أسد الحكم في ذلك إلى الفاضلين ، ولم يفت بشيء<sup>(١)</sup> . أما رهن المشتري في مدة خيار البائع فينبغي أن يكون كبيعه ، وقد سبق عدم صحته من دون الإجازة.

قوله : (ورهن الأم من دون ولدها الصغير وإن حرمنا التفرقة).  
لأن الرهن لا يعد تفرقة ، نعم لو قلنا بجواز بيعها منفردة بعد الرهن احتمل عدم جواز إفرادها بالرهن؛ لأن ذلك يفضي إلى التفرقة المحرمة.  
قوله : (و حينئذ إما أن يبيع الأم خاصة ، ويقال: تفرقة ضرورية ).

أي: و حين رهنا منفردة لجوازه إما أن يبيع المرهون بإذن الراهن ، أو تكون قراءته بالنون ، على معنى: نحن نبيع - أي: نأمر بالبيع على حد: (أو نقول: بيعان) - الأم خاصة.

ولا مانع من التفرقة حينئذ ، لأنها ليست مستندة إلى اختيار الراهن ، بل

أو نقول: يباعان ثم يختص المرتهن بقيمة الأم فتقوم منفردة ، فإذا قيل: مائة ، ومنضمة يقال: مائة وعشرون ، فقيمة الولد السدس. ويحتمل تقدير قيمة الولد منفرداً حتى تقل قيمته ، فإذا قيل: عشرة فهو جزء من أحد عشر.

هي ضرورية بسبب الرهن. وفيه نظر؛ لأن الرهن اقتضى بيعها ، لا بيعها منفردة ، والتفرقة محظمة بالنصل ، فيجب بيع الولد معها ، اذا لا ضرورة حينئذ الى التفرقة ، فيكون استحقاق بيعها مستنداً الى الرهن ، ووجوب بيع الولد مستنداً الى تحريم التفرقة.

**قوله :** (أو نقول: يباعان ، ثم يختص المرتهن بقيمة الأم).  
وجهه يظهر مما سبق ، وهو أقوى.

**قوله :** (فتقوم منفردة ، فإذا قيل: مائة ، ومنضمة يقال: مائة وعشرون ، فقيمة الولد السدس).

أي: بناء على بيعها معاً ، واحتياط المرتهن بقيمة الأم إنما يختص بقيمتها منفردة؛ لأن استحقاقه المتعلق بها مستند الى رهنها ، وليس له تعلق بولدها ، فيجب أن تقوم منفردة عن ولدتها ليفوز الحق الثابت له بالرهانة ، فتنظر قيمتها منفردة ، وقيمتها مع الولد ، فما زاد على قيمتها حال الانفراد يكون للراهن ، والقيمة للمرتهن.

واعلم أن تقدير عبارة الكتاب: فإذا قيل: قيمتها منفردة مائة ، وقيمتها منضمة مائة وعشرون إلى آخره ، فحذف منفردة لدلالة منضمة عليه ، ولأن قوله: (فتقوم منفردة) يرشد إليه أيضاً.

لكن في العبارة مناقشة؛ لأن مائة وعشرون ليست قيمتها منضمة ، أي: حال الانضمام ، بل قيمتها وقيمة الولد معاً ، وإنما قيمتها منضمة من ذلك مائة وتسعة وجزء من أحد عشر جزءاً من درهم ، فتسامح في العبارة.

**قوله :** (ويحتمل تقدير قيمة الولد منفرداً حتى تقل قيمته ، فإذا قيل: عشرة ، فهو جزء من أحد عشر).

## فرع :

**أ:** يصح رهن المشاع أو بعضه على الشريك وغيره ،

وجه هذا الاحتمال: أن الزيادة الحاصلة بالضمية مستندة إلى كل من الأم والولد، فيجب تقسيطها على قيمتها. وفيه نظر؛ لأن الزيادة وإن استندت إلى كل منها، لكن لا حق للمرتهن فيها؛ لأنها يستحق قيمة الرهن، وهو الأم في حال انفرادها.

فان قيل: هو يستحق قيمة الأم باعتبار كونها مرهونة، فإذا زادت بالضمية لم تخرج الزيادة عن كونها قيمة لها.

قلنا: هو لا يستحق قيمة الأم مطلقاً، بل قيمتها على حال تعلق الرهن بها، وإنما تعلق بها منفردة، فالزيادة الحاصلة بالضمية لمالكها؛ لأنها زيادة لم يتعلق الرهن بها.

فان قيل: وصف الانفراد هو حالها في وقت تعلق الرهن بها، وليس معتبراً في تعلقه بها، فلا يكون معتبراً في تتحقق قيمتها حال الانضمام.

قلنا: بل يجب اعتباره؛ لأن الزيادة حاصلة بسبب الانضمام الذي لا حق للمرتهن فيه، وإنما هو مختص بالراهن.

فان قيل: هو كما لو ضم كل من الشخصين ماله إلى مال الآخر، فحصل بسبب الضمية زيادة في القيمة كما في مصراعي باب، فإن الزيادة لها.

قلنا: والفرق أن المالين لشخصين، وفي محل النزاع الأمة والولد لشخص واحد، واستحقاق المرتهن في الأمة إنما هو في حال الوصف الذي لا يقتضي زيادة القيمة، ف تكون الزيادة في مال المالك -أعني: الراهن-. خالصة له إذا لم يتعلق بها حق المرتهن، وهذا هو الأصح.

## فرع :

لونقصت قيمة الأم مع الضمية عن حال الانفراد لم يدخل النقص على المرتهن؛ لاستحقاقه قيمتها منفردة، والضمية حق وجب على الراهن.

قوله: (يصح رهن المشاع أو بعضه على الشريك وغيره).

ويكون على المهاية كالشركاء.

ب: يصح رهن المرتد وإن كان عن فطرة على اشكال ، والجاني عمداً وخطأً، ولا تبطل الحقوق بل تقدم على الرهن ،

أي: يصح رهن الجزء المشاع إلى آخره، ويكون قبضه بقبض المجموع، وخالف أبوحنيفة في الصحة<sup>(١)</sup>.

قوله : (ويكون على المهاية كالشركاء).

أي: ويكون ذلك الجزء، أو يكون رهن ذلك الجزء واقعاً على المهاية بين المرتهن والشركاء بالنسبة إلى القبض، وكونه تحت اليد وذلك كالشركاء، أي: كمهاية الشركاء، فكما يكون المالك الرابع ربع الزمان الذي جعل للمهاية، كيوم من أربعة ينتفع بالمشترك فيه، يكون للمرتهن ثبات اليد عليه كذلك ، فتكون المهاية فيه بالنسبة إلى المرتهن مع الشركاء لإثبات اليد، ولا امتناع في ذلك .

قوله : (يصح رهن المرتد وإن كان عن فطرة على اشكال).

الظاهر أن الاشكال في المرتد عن فطرة مع احتمال تعلقه بها ، ومنشأه من جواز بيده فيجوز رهنه بطريق أولى ، ومن أن مقصود البيع حاصل ، وأما مقصود الرهن فقد لا يحصل لقتل الفطري حتماً ، والآخر قد لا يتوب. وما ذكرناه في حكم أم الولد من التوجيه يظهر أن الأقوى هنا الجواز، ومثله الجاني ، وعبارة المصنف فيه تحتمل ارادة بغيء الاشكال فيها.

فائدة : الردة الفطرية من المرأة كغيرها ، فلا بد من استثنائها من اطلاق المرتد عن فطرة إن خصصنا الاشكال فيه.

قوله : (ولا تبطل الحقوق ، بل تقدم على المرتهن).

في بعض النسخ: بل تقدم على الرهن ، ووجه حسن ما هنا، أن ضمير (كان، وعلم ، وتخير) في الكلام الذي بعده لا مرجع له إلا المرتهن ، نعم لا بد من

فإن كان عالماً بالعيوب، أو تاب، أو فداء مولاه ثم علم فلا خيار؛ لزوال العيوب، وإلا تخير في فسخ البيع المشروط به؛ لأن الشرط اقتضاه سليماً، فإن اختيار إمساكه فليس له أرش، وكذا لا أرش لقتل قبل علمه.

---

تقدير شيء هنا، وهو: بل تقدم على حق المرتهن.  
قوله: (فإن كان عالماً بالعيوب أو تاب، أو فداء مولاه، ثم علم فلا خيار لزوال العيوب).

أي: فإن كان المرتهن عالماً بالعيوب في المرتد والجاني فلا خيار له، وهو ظاهر، وكذا إن تاب المرتد حيث تقبل توبته، أو فدى الجاني مولاه، ولم يكن عالماً بعيبه، ثم علم فلا خيار لزوال العيوب.

ولا يخفى أن قوله: (لزوال العيوب) لا يصلح تعليلاً لسقوط الخيار في المسائل الثلاث؛ لعدم صحته في الأولى، وهو معلوم.  
قوله: (وإلا تخير في فسخ البيع المشروط به، لأن الشرط اقتضاه سليماً).

أي: وإن لم يعلم بالعيوب، ولا حصلت التوبة، ولا الفداء تخير المرتهن في فسخ المشروط به، أي: بذلك الرهن؛ لأن الشرط اقتضى (رهنه) سليماً لتتنزيل الإطلاق على السلامة.

قوله: (فإن اختار إمساكه فليس له أرش).  
لأن الأرش لفائدة المبيع بحصول العيوب فيه.  
فإن قيل: لما اقتضى الشرط رهن سليماً وجب أن يبذل أرش الفائدة ليجعله رهنا.

قلنا: إنما وجب بالشرط رهن العبد، وقد حصل، وكونه معيناً لا يقتضي اشتراط رهن شيء آخر.  
قوله: (وكذا لا أرش لقتل قبل علمه).  
لنحو ما قلناه، ولو قتل بعده فبطريق أولى.

ولا يجبر السيد على فداء الجندي وإن رهنه أو باعه، بل يتسلط الجندي عليه، فإن استوعب الأرش القيمة بطل الرهن، وإلا ففي المقابل.

ج: لورهن ما يسرع اليه الفساد قبل الأجل، فإن شرط بيعه وجعل الثمن رهناً صحيحاً، وإن شرط منعه بطل، وإن أطلق فالأقرب الجواز، فيباع ويجعل الثمن رهناً،

قوله: (ولا يجبر السيد على فداء الجندي وإن رهنه أو باعه).

هذه المسألة استطرادية، وليس من توابع المسألة السابقة؛ بدليل قوله: (إإن رهنه) وهي من أحكام الجنایات.

قوله: (بل يتسلط الجندي عليه).

كان حقه: بل يتسلط الجندي عليه عليه بتكرير عليه، وكأنه كره التكرار، فاكتفى بواحدة.

قوله: (وإلا ففي المقابل).

أي: وإن لم يستوعب الأرش القيمة، فيبطل الرهن في مقابل الأرش.

قوله: (لورهن ما يسرع اليه الفساد قبل الأجل، فإن شرط بيعه، وجعل الثمن رهناً صحيحاً، وإن شرط منعه بطل).

وجه الأول: أنه شرط يحصل معه المقصود في رهن فيصح، بخلاف الثاني فإنه لمنافاته مقصود رهن العين يبطل.

قوله: (وإن أطلق فالأقرب الجواز، فيباع، ويجعل الثمن رهناً).

وجه القرب: أن المقصود من رهن العين إنما يتحقق على هذا التقدير، فيجب المصير اليه؛ صيانة لتصرفات من له اهلية التصرف عن الفساد، مع إمكان تنزيلها على وجه يصح معه من غير احتياج الى ارتكاب المجاز، أو حمل على ما لا يدل عليه العقد، فإن عقد الرهن يتضمن الاذن في البيع؛ لأن الغرض الأصلي من الرهن استيفاء الدين من ثمنه. ويحتمل العدم؛ لاقتضاءه البيع قبل المجل،

ولو طرأ ما عرضه للفساد فكذلك .

د: لو نذر العتق عند شرط ففي صحة رهنه قبله نظر.

وليس هو من مقتضيات الرهن .

قوله : (ولو طرأ ما عرضه للفساد فكذلك) .

وجهه: أن الرهن قد صح ولزム، فلا يفسد بطریان ما عرضه للفساد، والفرق بينه وبين ما سبق: أن المقتضي لطروع الفساد في الأول موجود وقت الرهن، وفي الثاني طارئ بعده.

قوله : (لو نذر العتق عند شرط ، ففي صحة رهنه قبله نظر) .

ينشأ: من بقاء الملك ، فإنه لم يخرج بالنذر عن كونه مملوكاً ، ومن أن المقصود بالرهن غير حاصل؛ لأن حصول الشرط المقتضي لخروجه عن الملك متربق ، فينتفي مقصود الرهانة فيكون باطلأً.

ويضعف: بأن توقع خروجه عن الملك بسبب يتجدد لا يمنع صحة الرهن ، كما لورهن مريضاً؛ لأن المعتبر في صحة الرهن استجمام شروطه حال العقد ، ولا أثر لما لم يكن تجدهه من المنافيات.

بل التحقيق: بناء المسألة على أن من نذر أن يفعل فعلًا عند شرط أو غداً، هل يحيث بفعل ما ينافي ذلك قبل الغد. كما لو نذر أو حلف ليأكلن هذا الطعام غداً مثلاً، هل يحيث باتفاقه الآن فيكون ذلك محظياً، ويلزم به الكفارة أم لا؟

للاصحاب في ذلك قولان<sup>(١)</sup> ، ووجه ابتناء هذه المسألة على ذلك ، أنه على تقدير الحيث يكون بيع العبد منوعاً منه ، فيمتنع الرهن لانتفاء مقصود الوثيقة حينئذ. وعلى العدم لا أثر للمنافي الذي تجدهه ممكناً ، ولا ريب أن الأحوط القول بعدم الصحة.

(١) قال بالحديث الشيخ في المبوسط ٦: ٢٢٨ ، ويحيى بن سعيد في الجامع للشرايع ، ٤٢١ . وأما القول بعدم الحيث فقد نسبة السيد العاملبي في مفتاح الكرامة ٥: ٩٤ إلى بعض الأصحاب.

هـ: لو رهن عصيراً فصار خمراً في يد المرتهن زال الملك ، فإن أريق بطل الرهن ، ولا يتخير المرتهن لحصول التلف في يده ، فإن عاد خلاً عاد الملك والرهن.

ولو استحال قبل القبض تخير المرتهن في البيع المشروط فيه ،

قوله : (لو رهن عصيراً ، فصار خمراً في يد المرتهن زال الملك ، فإن أريق بطل الرهن) .

لا يتحقق أن زوال الملك لا يقتضي زوال جميع آثاره ، فتبقى الأولوية لأن استبقاء الخمر للتخليل ، والتخليل جائز اتفاقاً ، فيبطل كونه رهناً ، لا على معنى اضمحلال أثره بالكلية ، بل علاقته باقية لبقاء الأولوية . ففي الحقيقة ، الملك والرهن موجودان بالقوة القريبة ، لأن تخلله متوقع ، وإنما الزائل كونه ملكاً ورهناً بالفعل ، لوجود الخمرية المنافية لذلك ، فإن أريق بطل الرهن لفوات محله . وفي العبارة لطيفة ، حيث قال : (زال الملك فيما إذا صار خمراً) ولم يقل بطل الرهن . ومع الارaque حكم ببطلان الرهن ، ايدناً بأن أثر الرهن لا يضمحل بالتخلص بالكلية ، كما حققناه .

قوله : (ولا يتخير المرتهن لحصول التلف في يده) .

المفهوم من هذه العبارة : أن المرتهن إذا اشتري أو باع بشرط رهن له ، فعرض للرهن التخمر في يده لا خيار له في فسخ ذلك البيع المشروط به ، بدليل ما سيأتي في العبارة .

لكن ما ذكره من التعليل غير جيد ، لأن مقتضاها : أنه لو تلف في يد الراهن يتخير في البيع ، وليس كذلك ، غاية ما في الباب : أنه لو عرض ذلك قبل القبض ، وقلنا بأن القبض شرط لصحة الرهن أثر ، وإلا فلا .

قوله : (فإن عاد خلاً عاد الملك والرهن) .

توجيهه معلوم مما سبق .

قوله : (ولو استحال قبل القبض ، تخير المرتهن في البيع المشروط

فيه) .

فإن عاد خلاً تعلق حق المرتهن به إن لم نشترط القبض في الرهن.  
ولو جمع خمراً مراقاً فتخلل في يده ملكه، ولو غصب خمراً فتخلل في  
يده فالأقرب أنه كذلك . أما لو غصبه عصيراً فصار خمراً في يده ثم تخلل  
فإنه يرجع إلى مالكه.

---

ينبغي أن يكون هذا متزلاً على القول باشتراط القبض في الرهن، أما  
على القول بعدم اشتراطه فلا وجه له، وبمثل ذلك صرخ في التحرير قال: لو رهنه  
عصيراً، فصار خمراً قبل القبض بطل الرهن، ولا خيار للمرتهن في البيع الذي  
شرط فيه ارتهانه عندنا ، ومن شرط القبض أثبت الخيار<sup>(١)</sup> . وعبارة التذكرة قريبة  
ما هنا<sup>(٢)</sup> .

قوله : (فإن عاد خلاً تعلق حق المرتهن إن لم يشرط القبض في  
الرهن) .

لأن الرهن قد تم ، لعدم توقف تمامه على القبض ، ولم يبطل بالكلية بمجرد  
صيروته خمراً كما عرفت.

قوله : (ولو جمع خمراً مراقاً، فتخلل في يده ملكه).  
لأن الأولوية تزول بالإراقة، كما لوزال أولويته في تحجير  
الأرض، ونحو ذلك ، فكل من حازه كان أحق به، فإذا تخلل في يده  
ملكه.

قوله : (ولو غصب خمراً، فتخلل في يده فالأقرب أنه كذلك) .  
وجه القرب: زوال ملك الأول عنها، فيكون لصاحب اليد كسائر  
المباحثات. ويحتمل عود الملك إلى المغصوب منه، فإن له حقاً، وهو ثبات اليد  
عليها.

والتحقيق: أن الخمر قسمان:

---

(١) تحرير الأحكام ١: ٢٠٣ .

(٢) التذكرة ٢: ١٩ .

و: يجوز أن يستعير مالاً ليرهنه، فيذكر قدر الدين، وجنسه، ومدة الرهن.

محترمة: وهي التي اخذت للتخليل، فإن إبقاءها لذلك جائز اجتماعاً، وأنه لو لا احترامها لأدى ذلك إلى تعدد اتخاذ الخل، لأن العصير لا ينقلب إلى الحموضة إلا بتوسط الشدة، فلولم تحترم، واريقت في تلك الحالة لتعد اتخاذ الخل، فهذه لو غصبتها غاصب يأثم، و يجب عليه ردها، وبالتدخل يضمن المثل لو تلفت.

وغير المحترمة: ما اخذت لغرض الخمرية. فما قربه المصنف صحيح في القسم الثاني، دون الأول.

واعلم: أن تأنيث الخمر سماعي، فالضمائر الواقعة في العبارة مذكورة عائدة إليها حقها أن تكون مؤنثة. وفي بعض النسخ (فتخللت) وهو الصواب. لكن يجب فيباقي التأنيث أيضاً.

قوله: (يجوز أن يستعير مالاً ليرهنه، فيذكر قدر الدين وجنسه ومدة الرهن).

ظاهر هذه العبارة: أن هذا على طريق الوجوب، فلا يكون الرهن صحيحاً بدونه، وإن كان ظاهر قوله فيما بعد: (ولوم يعين تخير الراهن...) المخالفة. ويبعد أن يقال: أن التعين واجب، ولو أخل به تخير، تمسكاً بظاهر الإطلاق، ويكون جمعاً بين الكلامين، فإنه جمع غير واضح.

وفي التذكرة صرحاً بأن الأقوى وجوب تعين قدر الدين، وجنسه، وصفته، في الحلول والتأجيل، وغيرهما، مستدلاً بلزم التغير بالمالك بدونه، لاحتمال أن يرهن ماله على اضعاف قيمته، وإلى مدة تزيد على عمره، ولا غرر أعظم من ذلك<sup>(١)</sup>.

وفي الدروس ذهب إلى عدم وجوب التعين إن جعلناه عارية<sup>(٢)</sup>.

(١) التذكرة: ٢: ١٥.

(٢) الدروس: ٣٩٧.

فإن خالف فللمالك فسخه، وإلا فلا.

ولورهن على أقل صح، وعلى أكثر يحتمل البطلان مطلقاً، وفيما زاد.

والأصح ما في التذكرة؛ لأنه مع اللزوم لا فرق بين كونه عارية وضماناً. وهل يجب تعين من يرهن عنده؟ حكى في التذكرة عن العامة خلافاً في ذلك<sup>(١)</sup>، ولم يفت بشيء. ولا بأس بوجوب تعينه، لما في ذلك من التفاوت المفضي إلى حصول الضرر.

قوله : (فإن خالف فللمالك فسخه، وإن لا فلا).

لكونه حينئذ تصرفًا فضوليًا.

قوله : (ولورهن على أقل صح).

لثبوت الإذن في الأقل بطريق أولى.

قوله : (وعلى أكثر يحتمل البطلان مطلقاً، وفيما زاد)<sup>(٢)</sup>.

ووجه الأول: أنه تصرف غير مأذون فيه، ووجه الثاني: أنه الذي لم يؤذن فيه، فأشبه ما لو جمع ما بين رهن المأذون وغيره. وكل من الوجهين محتمل. ولا يخفى أن المراد بالبطلان: عدم اللزوم، بدليل ما سبق، فيما لو خالف المأذون فيه. ويجب أن يستثنى من هذه المسألة ما لو رهنه بالزيادة، وبكل جزء منه فإنه رهن بالمقدار المأذون فيه على وفق الإذن، والزيادة موقوف. ويكون موضع الوجهين ما إذا رهنه بمجموع الزائد فقط.

ويشكل على الصحة: إن إذا حكمنا بتقسيط الأجزاء على الأجزاء، يكون

(١) فتح العزيز (مع المجموع) ١٠: ٢٣-٢٢، الوجيز ١: ١٦١.

(٢) «المتجه أنه إن رهن على الأكثر وعلى كل جزء منه فيصح في المأذون فيه ويطبل في الزائد وجهاً واحداً، وإن رهن على الأكثر مقتضاً على ذلك فالمتجه بالبطلان مطلقاً؛ لاستلزماته رهن البعض بالقدر المأذون فيه فلا يكون مأذوناً فيه إذ المأذون فيه المجموع بالقدر المعين لا بعضه. ولا يخفى أن المراد بالبطلان في العبارة الوقف على الإجارة بدليل ما سبق في قوله: (فإن خالف فللمالك فسخه)». هكذا ورد في نسخة «م»، والظاهر أنها هامش أدخل في المتن لاتخاذ المعنى مع ما بعدها.

ولو لم يعين تخير الراهن في رهنه بما شاء ، عند من شاء ، الى أي وقت شاء . وللمالك مطالبته بالفك عند الحلول ، وقبله على اشكال .

---

بعضه رهنا بالمؤذون فيه ، فيكون خلاف الاذن؛ لأن الاذن اقتضى رهن مجموعه بالمؤذون فيه من الدين المعين .

ولا يقال: يصح بطريق أولى؛ لأنه اذا رضي برهن جميعه بالكل ، فلئن يرضي برهن بعضه بالكل أولى . وليس بجيد؛ لأن الأولوية غير معلومة ، ولأن فيه تشقيقاً يثبت به العيب بالشركة .

**قوله :** (ولو لم يعين ، تخير الراهن في رهنه بما شاء ، عند من شاء ، الى أي وقت شاء) .

إن سوغ له الرهن كيف شاء ، فلا بحث في استناد ذلك الى اختياره . وإن أطلق الرهن ، ولم يفوض اليه ، فعلى وجوب التعيين ، المتوجه توقف صحته على التنصيص على شيء بخصوصه ، أو تفويض ذلك الى اختياره .

**قوله :** (وللمالك مطالبته بالفك عند الحلول) .  
لأن العارية وإن لزمت بالنسبة الى الرهن ، لكن لزومها غير مانع من المطالبة بالفك بعد الحلول؛ إذ لا دليل على انتفاء ذلك ، والاستصحاب يقتضي بقاءه .

**قوله :** (وقبله إشكال) .

أي: قبل الحلول ، ومنشأ الإشكال: البناء على أنه عارية ، فيثبت الرجوع فيه متى شاء ، أو ضمان دين في عين خاصة من غير تعلق بالذمة .  
والتحقيق: أنه عارية لازمة ، لأن الاذن في عقد لازم يوجب على الاذن الوفاء به . ولا استبعاد في إفراد هذا القسم من العارية بالتزوم عن معظم اقسامها ، كما في الاعارة للدفن ، لترحيم النبش بعده . فعلى اللزوم ليس له المطالبة قبل الأجل ، لمنافاته مقتضى الرهن المؤذون فيه ، وعلى العدم يثبت ، والأول أصلح .

وللمرتهن البيع لوم يقابله الغريم ، فيرجع المالك على الراهن بالأكثر من القيمة وما بيعت به ، وللمالك الرجوع في الاذن قبل العقد ، وبعده قبل القبض إن جعلنا القبض شرطاً .

---

قوله : (وللمرتهن البيع لوم يقابله الغريم) .

لأن ذلك مقتضى الرهن المأذون فيه .

قوله : (فيرجع المالك على الراهن بالأكثر من القيمة وما بيعت به) .

لأنه مضمون عليه ، فإن كان الأكثـر قيمـتها استحقـقـها المـالـك ، لأنـ بـيعـهـ باـنـقـصـ منـ الـقـيـمـةـ كـانـ لأـجـلـ مـصـلـحـةـ الـراـهـنـ فيـ وـفـاءـ دـيـنـهـ . وإنـ كـانـ ماـ بـيعـتـ بهـ أـكـثـرـ اـسـتـحـقـهـ ، لأنـ ثـمـنـ مـلـكـهـ ، لأنـ العـيـنـ باـقـيـةـ عـلـىـ مـلـكـهـ إـلـىـ زـمـانـ الـبـيـعـ ، وهـنـاـ اـشـكـالـانـ :

أ: أنـ الـقـيـمـةـ هيـ ماـ تـقـضـيـ الرـغـبـاتـ بـذـهـاـ فـيـ مـقـابـلـ الـعـيـنـ ، باـعـتـبـارـ الـزـمـانـ وـالـمـكـانـ ، فـلاـ تـتـصـورـ زـيـادـةـ الثـمـنـ عـلـىـ الـقـيـمـةـ ، وـلـاـ نـقـصـانـهـ عـنـهـ فـيـ الـفـرـضـ المـذـكـورـ ، لـوـجـبـ اـسـتـقـصـاءـ ذـوـيـ الرـغـبـاتـ فـيـ وـقـتـ الـبـيـعـ ، لأنـ مـاـ لـلـغـيرـ .  
ب: انـ الـبـيـعـ إـنـ كـانـ بـرـضـىـ الـمـالـكـ لـمـ يـسـتـحـقـ إـلـىـ الثـمـنـ ، وـإـلـاـ كـانـ باـطـلـاـ .

والجواب عن الأول: أنـ الـقـيـمـةـ هيـ ماـ يـلـيقـ بـالـمـالـ فـيـ الـزـمـانـ وـالـمـكـانـ عندـ ذـوـيـ الرـغـبـاتـ ، وـإـنـ كـانـ قدـ يـعـرـضـ لـهـمـ فـيـ ذـلـكـ الـوقـتـ ماـ قـدـ يـمـنـعـ منـ اـرـادـةـ الشـرـاءـ المـوـجـبـ لـقـلـةـ الـطـلـبـ ، فـيـخـلـ ذـلـكـ بـلـوغـ الـقـيـمـةـ الـلـائـقـةـ .

وعنـ الثـانـيـ: أنـ خـصـوصـ ذـلـكـ الـبـيـعـ لـيـسـ بـرـضـىـ الـمـالـكـ ؛ لأنـ قدـ صـارـ حـقـاـ لـازـماـ باـذـنـهـ الـأـوـلـ حـتـىـ لـوـصـرـحـ بـعـدـ الرـضـىـ لـمـ يـعـتـدـ بـهـ ، فـيـجـبـ حـيـئـذـ أـنـ يـضـمـنـ لـهـ كـمـاـ حـقـهـ حـذـرـاـ مـنـ الـضـرـرـ .

وـلـاـ يـخـقـيـ أـنـ ضـمـانـ الـقـيـمـةـ ، حـيـثـ يـكـوـنـ الثـمـنـ أـقـلـ مـنـهـ ، إـنـاـ هـوـيـ الـقـيـمـيـ ، فـلـوـ كـانـ أـقـلـ مـنـهـ فـيـ الـمـثـلـيـ فـالـضـمـانـ بـالـمـشـلـ .

## ولو تلف في يد المرتهن فالأقرب سقوط الضمان عنه ،

قوله : ( ولو تلف في يد المرتهن فالأقرب سقوط الضمان ) .

لأنه أمين ، قال الشارح عميد الدين : إن مراده : لو تلف الرهن المستعار في يد المرتهن فاقرب الوجهين : أنه لا ضمان على المرتهن ؛ لأنه أمن لا يضمن إلا بالتفريط . واضعفها الضمان ؛ لأن العارية للرهن مضمونة ، ويد المرتهن مرتبة على يد الراهن المستuir ، وهي يد ضمان ، فتكون المرتبة كذلك .

والشارح ولد المصنف قال : إن المسألة موضع اشتباه ، وحکى عن المصنف رحمه الله في الدرس في تحقيقها : أنها متفرعة على قوله : ( وللمالك مطالبته بالفك عند الحلول وبقبيله اشكال )<sup>(١)</sup> .

أما بعد الحلول ، فإن الراهن إذا كان موسرًا بالدين ، فللمالك الزامه بالإفتراك . فإذا جعلناه عارية ، أو غلبنا عليه العارية ، ففي صحة الرجوع فيها قبل الإفتراك وجهان : التفاتا إلى أن العارية مبنية على الجواز ، وإن ابتناء عقد لازم عليها اقتضى اللزوم بالعارض .

فإن قلنا بصحة الرجوع ، فهل له مطالبة المرتهن - على معنى أن يلزم المرتهن المديون بالدين ، أو يرهن آخر ، فيضمن بعد المطالبة له من المالك ، واهمال مطالبته الراهن ، وإمساك الرهن إلى أن تلفـ . أو لا؟ وجهان : أقرها الثاني عند المصنف ، لأنه اذن في عقد لازم فيلزم .

ولك أن تقول : إن كان هذا الحكم مبنياً على أن له الرجوع ، وتحب على المرتهن المطالبة بمال أو البدل ، فإن الأقرب الضمان ؛ لأن يده عادية حينئذ . وإن كان مبنياً على أنه ليس له ذلك فلا وجه ؛ لاحتمال الضمان على هذا

التقدير الخاص أصلاً ، فلا معنى لتخسيصه بترتيب الحكم المذكور عليه .

وأما قبل الحلول ، فعلى تقدير أن يدفع الراهن ، هل يجب على المرتهن القبول ، أم لا؟ وجهان : اصحهما العدم ، فعلى الوجوب إذا لم يأخذ المرتهن وتلف في يده يضمن ، وعلى العدم لاضمان .

وفي هذا نظر، لعدم مطابقة ذلك للعبارة، فإن الذي فيها: أن الأقرب عدم الضمان مع احتماله، فلابد من فرض المسألة في موضع يحتمل الضمان احتمالاً مرجحاً.

إلا أن يقال في الموضعين: بناء الأقرب على ثبوت الرجوع، ووجوب المطالبة في الأولى، ووجوب قبول المبدل في الثانية، وم مقابلته على عدمه. وهنا كلامان:

أ: انه اطلق وجوب القبول على المرتهن، فإن أراد تعميم الحكم في وجوب قبول عوض الرهن والدين فليس بجيد، لأن الدين قبل الأجل لا يجب قبولة بدون الرهن، فكيف يتصور وجوبه مع الرهن.

وإن أراد وجوب قبول عوض الرهن في ينبغي -تفريعاً على كونها عارية جائزة- وجوب القبول، بل جواز الرجوع يثبت مجاناً، وعلى اللزوم لا يجب بحال.

ب: تخصيص الحكم بما إذا دفع الراهن لا وجه له؛ لأنه إن حكم بكون العارية هنا جائزة فالجواز على كل حال، أو لازمة فاللزوم على كل حال، فلا وجه لما ذكره.

ثم حكى عن المصنف توجيهها آخر للمسألة، وهو: أنه على القول بكونها عارية جائزة لا يبطل الرهن بالرجوع، ولا يجوز للمرتهن امساك العين، بل يجعلها بقول الحاكم، أو باتفاقها عند عدل ينصبه الحاكم لقبضها، فإن لم يفعل المرتهن كان ضامناً<sup>(١)</sup>.

ولا يتحقق أن توجيه العبارة على هذا التقدير يحتاج إلى تكلف بناء المسألة على أن العارية للرهن جائزة أو لازمة.

وأعلم أن في العبارة من أهلها اشكالاً، فإن قوله أولاً: (فإن خالف فللمالك فسخه، وإن فلا) يقتضي أن تكون العارية للرهن لازمة من غير توقف. وقوله بعد: (وبقائه اشكال) يقتضي التردد في كونها لازمة، إلا أن يعتذر بأنه كما

(١) حكاه ولد المصنف في ايضاح الفوائد ٢: ١٧.

ويضمنه المستعير وإن لم يفرط بقيمتها. وكذا إن تعذر إعادته، ولو لم يرهن ففي الضمان اشكال.

لو قال: أذنت لي في رهنه بعشرة، فقال: بل بخمسة قدم قول المالك مع اليدين.  
ح: لا يصح رهن المجهول.

---

يختتم ذلك ، يحتمل فرض المسألة فيما إذا بدل المرهن قبول الدين أو البدل ، فلا يلزم تفريع الاشكال على التردد في لزوم العارية وجوازها .  
إلا أن هذا خلاف ظاهر العبارة ، وارتكابه لا يخلو من تعسف ، ومع ذلك فبناء كون الأقرب عدم ضمان المرهن ، على أن الأقرب لزوم هذه العارية ، والضمان على عدم اللزوم فيه من التعسف ما لا يتحقق ؛ لأن ظاهر السياق يقتضي بناء الحكم في الأقرب ، ومقابلة على اللزوم الذي أتى به على وجه الجزم . وفيه مع الأخلال بالفهم ، الاحتياج في بناء مقابل الأقرب على ما لا تشعر به العبارة أصلاً ، فما ذكره الشارح عميد الدين أولى مما نقل عن المصنف .

قوله : (ويضمنه المستعير وإن لم يفرط بقيمتها).

لأنها عارية أفضت إلى الإتلاف بسبب لزومها ، فيجمع بين مقتضى العارية من وجوب الرد ، وافتراضها إلى التلف بوجوب ضمان العوض . ولا يتحقق أن الضمان بالقيمة إنما هو في القيمي ، لا في المثلبي .

قوله : (ولو لم يرهن ففي الضمان اشكال).

أي: لو تلف المستعار للرهن ، في يد الراهن ، قبل الرهن . ومنشؤه: من أن المقتضي للضمان رهنه في الدين؛ لأن العارية بمطلقهاأمانة، ولم يحصل . ومن أن القبض لذلك ، فهو قبض ضمان ، فيكون المقتضي للضمان هو القبض لذلك ، لا الرهن في الدين ، كالمق卜ض بالرسوم ، وهو الأصح .

قوله : (لا يصح رهن المجهول).

المراد به: المجهول جهالة تمنع من توجيه القصد إليه ، كشاة من قطع

ط: لو غصب عيناً ثم باعها، أو رهنها، أو وهبها، أو أجرها ثم ظهر مصادفة التصرف الملك بميراث، أو شراء وكيل، وشبهه صلح التصرف.

مثلاً. أما المجهول لا كذلك، كهذه الصبرة اذا لم يعلم قدرها، فلا بأس؛ لأن عقد الرهن ليس من العقود المبنية على المغابنة والمايسة، لأن ذلك في عقود المعاوضات التي يطلب فيها كل من المعاوضين غبن صاحبه، فان الرهن مبني على قبول الغبن، إذ الراهن مغبون للمرتهن.

قال المصنف في التذكرة في باب بيع الغائب: الأقرب جواز هبة الغائب غير المرئي ولا الموصوف، ورنه، لأنها ليسا من عقود المغابنات، بل الراهن والواهب مغبونان، والمتب والمرتهن مرتفقان، ولا خيار لها عند الرؤية لانتفاء الحاجة اليه<sup>(١)</sup>.

قلت: باعتبار هذين العقدين لا خيار، نعم لو شرط كل من الهبة والرهن لموصوف في عقد البيع مثلاً، فظهر بخلاف الوصف يثبت الخيار بالعارض لتبعة المعاوضة.

قوله: (لو غصب عيناً ثم باعها، أو رهنها، أو وهبها، أو أجرها، ثم ظهر مصادفة التصرف الملك بميراث، أو شراء وكيل، وشبهه، صلح التصرف).

قد سبق أنه لو باع مال أبيه بطن حياته فبأن ميتا، وأن المبيع ملكه بالإرث ان الأقوى عند المصنف الصحة، فجرى في قوله هنا: (صح التصرف) على ما سبق في البيع، ولما اخترنا في البيع توقفه على الاجازة، فلا بد من القول بتوقفه عليها هنا، وكذا نقول في سائر العقود.

أما الرهن بالنسبة إلى مختار المصنف فقد سبق في كلامه: أنه لو شرط عليه رهناً في بيع فاسد، فطن النزوم فرهن له فله الرجوع. وهذا يقتضي كون هذا

ي: لو رهن ماله الرجوع فيه قبله لم يصح على اشكال، كموهوب له الرجوع فيه، وكالبائع مع افلاس المشتري، أما لورهن الزوج قبل الدخول نصف الصداق فإنه باطل.  
يا: لورهن الوارث التركة وهناك دين فالأقرب الصحة وإن استوعب، ثم إن قضى الحق والا قدم حق الديان.

---

العقد جائزًا من طرف الراهن أيضًا، نظرًا إلى أنه إنما أوقعه ظانًا لزوم البيع.  
ولا يخفى أن هذا غير ضائع، وبتقدير تأثيره فينبغي أن يكون تأثير ما إذا وقع العقد على أنه مال غيره، وأنه فضولي بطريق أولى.  
قوله: (لورهن ما له الرجوع فيه قبله لم يصح على اشكال،  
كموهوب له الرجوع فيه، وكالبائع مع افلاس المشتري).  
ينشأ: من أن صحة الرهن موقوفة على الرجوع ليكون مملوكًا، ولم يحصل قبله، فلا يكون صحيحاً. ومن أن عبارة العاقد الأصل فيها الصحة، فيجب تنزيلها على ما يتحقق معه، وهو الرجوع إلى الملك.  
ولا استبعاد في أن يكون القصد إلى الرهن المتصل بالعقد مقتضياً للرجوع والعود إلى الملك ، فيكون الرهن صحيحاً لوقوعه في ملوك ، وقد سبق مثله في الخيارات، وهو الأصح.  
قوله: (لو رهن الوارث التركة، وهناك دين فالأقرب الصحة وإن استوعبت).

وجه القرب: أنه مالك ، كما سيأتي إن شاء الله تعالى في الوصية وغيرها ، والتخير إليه في جهات الأداء، فيكون رهناً من أهله في محله. ويحتمل العدم لتعلق حق الديان بالتركة، أو لأن الوارث إنما يملك مع عدم الدين ، وكلامها ضعيف.

قوله: (ثم إن قضى الحق وإلا قدم حق الديان).  
أي: إن قضى حق الديان فلا بحث ، وإن لم يقضه فالديان أحق بالتركة ،

**الفصل الثالث : في العاقد:** ويشترط كمالية الموجب ، والقابل ، وتملك الموجب أو حكمه كالمستعير ، وولي الطفل مع المصلحة كالاقراظ في نفقته ، أو إصلاح عقاره . ولو استدانا ورهنا ، ثم قضى أحدهما صارت حصته طلقاً إن لم يشترط المرتهن رهنه على كل جزء من الدين ،

فيقدم حقه على حق المرتهن ؛ لتعلق حقه بها سابقاً .  
قوله : (وتملك الموجب).

لو قال : وملك الموجب لكان أولى وأخضر ، مع أن فيه إيهام الاكتفاء بتجدد تملكه .

قوله : (ولي الطفل مع المصلحة كالاقراظ في نفقته ، أو إصلاح عقاره) .

هو بفتح العين ، ومثله نفقة ملوكه ودابته ، وذلك حيث يتوقف الاقراظ على الارتهان .

قوله : (ولو استدانا ورهنا ، ثم قضى أحدهما صارت حصته طلقاً إن لم يشترط المرتهن رهنه على كل جزء من الدين) .

أي : لو استدان شخصان كل منها دينا ، ورهنا على الدينين رهناً لها ، بعقد واحد صادر منها مباشرة أو بالوكالة ، ثم قضى أحدهما ما عليه صارت حصته من الرهن طلقاً ، لافتاكها بأداء ما عليها من الدين .

وهذا اذا لم يجعلها في حال الرهن بمجموع كل من الاستحقاقين رهنا بمجموع الدين [وبكل جزء منه] . أما اذا جعلاه كذلك ظاهر ، لأن رهن الغير ملكه على مال آخر جائز . وأما اذا لم يجعلها ، فلأن مقابلة بمجموع [١) الرهن المملوك لها بمجموع دينها يقتضي مقابلة الأبعاض بالأبعاض . ولما كان رهن ملك الإنسان

(١) لم ترد في نسخة «م» .

ولو تعدد المرتهن واتحد العقد من الواحد فكل منها مرتهن للنصف خاصة.  
وفي التقسيط مع اختلاف الدين اشكال،

على دين غيره خلاف الأصل، احتيجه الى دليل يدل عليه من قبل المالك ، ولما  
انتفى الدليل هنا من المالك ، وجب أن يصرف رهن ملك كل منها الى ما عليه  
من الدين ، حذراً من ارتكاب خلاف الأصل من غير دليل . وحينئذ فيفتكم  
نصيب كل منها بأداء ما عليه ، اذ يمتنع بقاء الراهنة بعد اداء الحق.

قوله : ( ولو تعدد المرتهن ، واتحد العقد من الواحد ، فكل منها مرتهن  
للنصف خاصة).

هذه مقابلة للمسألة ، لاتحاد الراهن وتعدد المرتهن . وإنما كان كل منها  
مرتهناً للنصف ، لأنفراده بشطر الدين ، وينزل على الإشاعة ما لم يعين . ولا يخفى أن  
هذا اذا استوى قدر الدينين بدليل ما سيأتي من بيان حكم ما اذا تفاوتا .

قوله : (وفي التقسيط مع اختلاف الدين اشكال).

أي: مع اختلافه في القدر، سواء اختلف مع ذلك الجنس أم لا . ومنشأ  
الإشكال: من أنه مشترك بينها في الرهن ، والأصل في التشريح التنصيف ،  
ولأن دين كل منها سبب في الرهن مستقل ، والأسباب اذا اجتمعت تساوت في  
التقسيط لاعتبار سببية كل منها ، ومن أن التنصيف حيث لا يدل دليل على  
خلافه - والدليل على التقسيط قائم هنا ، لأن مقتضى الرهن قضاء الدين كله من  
ثمن المرهون اذا وفي به - ففي محل النزاع إن قضى الزائد من أحد الدينين على  
الآخر من ثمن الرهن ، اقتضى تعلق ذلك الزائد بالرهن ، فيكون متعلق بمجموع  
الدين الزائد من الرهن اكثر من متعلق الآخر . وإن لم يقض امتنع كونه رهناً  
بالمجموع ، وقد فرض كونه رهناً بالمجموع هنا .

واذا ثبت هذا ، كان التقسيط مستفاداً من خارج ، وهو جعل الرهن  
رهناً بالمجموع ، لا من أصل التشريح ، فعلى هذا إن وفي فلا بحث ، وإلا قسط  
عليها بحسبها .

فإن وفي أحدهما صار النصف طلقاً، فإن طلب قسمة المفوكك ولا ضرر على الآخر أجيبي، وإن لا فلا، بل يقر في يد المرتهن نصفه رهناً ونصفهأمانة . والمرتهن والراهن ليس لأحدهما التصرف إلا بإذن الآخر، فإن بادر أحدهما بالتصريف لم يقع باطلأً بل موقوفاً، إلا عتق المرتهن فإنه يبطل وإن أجازه الراهن، ولو سبق اذنه صحيحة فلو افتلك الرهن ففي لزوم العقود نظر،

**قوله:** (فإن وفي أحدهما صار النصف طلقاً).

يجب أن يقيد بما إذا تساوايا ، أو لم يقل بالتقسيط مع التفاوت.

**قوله:** (فإن طلب قسمة المفوكك ...).

أي: فإن طلب الراهن قسمة المفوكك من الرهن إلى آخره، حيث كان مشاعاً.

**قوله:** (فلو بادر أحدهما بالتصريف لم يقع باطلأً، بل يقع موقوفاً، إلا عتق المرتهن فإنه يبطل، وإن أجازه الراهن).

تردد في الشائع في صحة عتق المرتهن إذا أجازه الراهن، ثم حكم بعدم الصحة<sup>(١)</sup> ، وهو المعتمد؛ لأنه لا عتق إلا في ملك .

**قوله:** (ولو سبق اذنه صحيحة).

أي: لو سبق اذن الراهن للمرتهن في العتق صحيح. ويحتمل أن يكون المراد: لو سبق اذن أحدهما للاخر في التصرف صحيح تصرفة ، وفيه تكليف.

**قوله:** (فلو افتلك الرهن ففي لزوم العقود نظر).

أي: لو افتلك الراهن الرهن ، أو افتلكه مفتلك - بأن يقرأ للمجهول- ففي لزوم العقود الصادرة من الراهن نظر، ينشأ: من أنها وقعت جائزة ، فيتحقق جوازها مستصحباً ، ومن أنها لازمة في أصلها - لأنه الفرض- وجوازها إنما كان بسبب حق

## والأقرب للزرم من جهة الراهن قبل الفك.

المرتهن وقد زال، فيزول الجواز، ولأنها لازمة من طرف الراهن، لما سيأتي عن قريب إن شاء الله . والجواز إنما هو لعلاقة حق المرتهن، فإذا زال لم يبق للجواز مقتضى.

فإن قيل: حق التصرف مشترك بين الراهن والمرتهن، فتصرف الراهن وحده لا ينفذ، بالإضافة إلى المرتهن، لوجود حقه المنافي لذلك ، فيتوقف على اجازته ، فإذا زال حقه ، وانحصر الحق كله في الراهن، كان كما لو باع مال غيره فضولياً ثم اشتراه أو ورثه ، فكما يتوقف على الإجازة ثم ، او يحتمل البطلان ، فكذا هنا.

قلنا: الفرق واقع، لأن مال الغير غير مملوك للمتصرف ، فالمقتضي للصحة منتف ، اذ مجرد الصيغة لا يعد مقتضيا ، بخلاف ما نحن فيه ، لأن الملك منحصر في الراهن ، والمقتضي وهو العقد الصادر من أهله في مملوك موجود. غاية ما في الباب أن حق المرتهن مانع ، فإذا انقى عيم المقتضي عمله. وأيضاً فإنه لا سبيل إلى اعتبار اجازة المرتهن بعد انقطاع علاقته ، ولا إلى بطلان تصرف الراهن المالك ، اذ تصرفه قبل الانفكاك غير محكوم ببطلانه ، فكيف يحكم ببطلانه بعده؟ وبهذا يظهر أن الحكم بالزرم هو الأقوى.

قوله : ( والأقرب للزرم من جهة الراهن قبل الفك ).

وجه القرب: صدور العقد اللازم منه في حال كونه مالكاً ، فحقه أن يكون لازماً ، ولا مقتضي للجواز إلا حق المرتهن ، وهو منحصر في جانبه ، فيختص الجواز به.

والتحقيق أن يقال: إن الإجازة في العقد الفضولي إن جعلناها كاشفة ، فالجواز من طرف منْ وقع العقد فضولياً بالنسبة إليه خاصة ، دون العاقد الآخر مع الفضولي ، فالزرم هنا من طرف الراهن أظهر.

وإن جعلناها ناقلة وجاء للسبب ، اتجه في الفضولي الجواز أيضاً من طرف العاقد الآخر؛ نظراً إلى أن المتأتي به إنما هو جزء السبب فقط ، فهو منزلة

ولو أجاز الرهانة الثانية ففي كونه فسخاً لرهنه مطلقاً، أو فيما قابل الدين الثاني، أو العدم مطلقاً نظر.

الإيجاب وحده وأما هنا فيه تردد. واللزوم أيضاً على هذا التقدير متوجه هنا؛ لما عرفت من أن المأتبى به هنا سبب تمام، غاية ما في الباب أن المانع موجود وهو لا يخل بوجود السبب التام من الراهن الذي هو المالك . وما قربه أقرب، فإنما قد اسلفنا في الفضولي أن الإجازة كافية.

**قوله :** (ولو أجاز الرهانة الثانية، ففي كونه فسخاً لرهنه مطلقاً، أو فيما قابل الدين الثاني، أو العدم مطلقاً نظر).

هنا احتمالات ثلاثة، منشأ النظر من تعارض دلائلاً: أحدها: كون الإجازة موجبة لفسخ رهنه مطلقاً، أي: في مجموع الرهن، سواء ما قابل دينه وما زاد عليه.

ووجهه: أن مقتضى الرهن الاختصاص بمجموعه بالنسبة إلى الدين المرهون به، ليقضى ذلك الدين من ثمنه، واحتياط كل من الدينين بمجموع الرهن متنافيان؛ لأن اختصاص أحدهما بالمجموع على هذا الحكم ينافي اختصاص الآخر وقد ثبت الرهن الثاني بالسبب الطارئ، وإجازة المرهن الأول، فيبطل الأول، وفي المنافاة المذكورة نظر.

**الثاني:** كونها موجبة لفسخ رهنه فيما قابل الدين الثاني، لأن المنافاة باعتبار مقصود الرهن مختصة به، بخلاف ما زاد.

ويضعف: بأن الرهن متعلق بالمجموع، فإن اقتضى الاختصاص اقتضاه في المجموع، وإلا لم يقتضي في شيء منه، ولأن الثمن على تقدير اعتبار المقابلة والزيادة بالنسبة إليه لا ينضبط، فقد يكون في وقت الرهانة كثيراً يبق منه بقية بعد، وأما هنا فيه تردد. واللزوم أيضاً على هذا التقدير متوجه هنا، لما عرفت من أن المأتبى به هنا سبب تمام، غاية ما في الباب أن المانع موجود، وهو لا يخل بوجود الدين الثاني، ثم يتجدد النقصان وبالعكس. ويستحيل تجدد ثبوت الحق، بعد كون العقد حال وقوعه غير مقتض له.

## ويترتب حكم إسقاط الثاني حقه ،

الثالث: عدم الفسخ مطلقاً - أي: في شيء من الرهن- لعدم التنافي؛ لأنَّه لا يمتنع كون الشيء رهنا بمجموع لا يفي ثمنه بأدائه؛ لأنَّ الأداء ثمرة الرهن بعد تحققه، لا نفسه.

إنما يثبت الأداء بحسب حال المدين، باعتبار كثرته وقلته. وتقديم دين شخص في الأداء على دين آخر لا ينافي تعلق كل من المدينيين بالرهن، لما قلناه من أن ذلك ثمرة الرهن ومقصوده.

ولا محذور في أن يكون المقصود في بعض أولى وأسبق من البعض الآخر، وإن استويا فيما له المقصود والثمرة، لأنَّه لو تضمن عقد واحد رهناً بدينين وتقديم أحدهما في الأداء على الآخر، ثم تأدية الآخر بعد أداء الأول لم يكن ذلك باطلاً، ففي العقدتين المستقلتين أولى؛ لوقوع الثاني بعد القطع بصحة الأول، فلابد في طروء البطلان عليه من دليل أقوى من دليل الصحة، لا صحة أحدهما أو فساده، وفي العقد الواحد صحة كل من العقد والشرط وفساده لازم للآخر، فاما أن يصحا أو يفسدا.

والذي يقتضيه النظر الصحة وعدم الانفاسخ مطلقاً؛ لوجود الدلائل الدالة على وجوب الوفاء بالعقد، الشامل بعمومه لموضع النزاع، وعدم ثبوت مناف يقتضي البطلان.

**قوله : (ويترتب حكم إسقاط الثاني حقه).**

أي: ويترتب على الاحتمالات الثلاثة، حكم إسقاط المرهن الثاني حقه من الرهن، فعلى الأول لا حق للمرهن الأول؛ لبطلان حقه بوجود منافيه، وإن طرأ عليه البطلان.

وعلى الثاني، لا حق له فيما قبل الدين الثاني.

وعلى الثالث حقه بحاله؛ لأنَّ حق الرهانة بالنسبة إليه ثابت.

وتقديم الثاني في الاستيفاء قد انتفى باسقاط حقه، فيبقى حكم الرهن بالنسبة إلى الأول متوفراً.

ولوم يعلم الأول حتى مات الراهن ، ففي تخصيص الثاني بالفاضل عن دين الأول من دون الغرماء اشكال .

**قوله:** (ولوم يعلم الأول حتى مات الراهن ، ففي تخصيص الثاني بالفاضل عن دين الأول من دون الغرماء اشكال) .  
ينشأ: من أن الرهن الثاني لازم من طرف الراهن ، كما سبق بيانه آنفاً .  
ووقفه على إجازة المرتهن الثاني ، لتعلق حقه به من جهة استيفاء دينه من قيمته ، فإذا استوفى حقه من ثمنها بعد بيعها - كما يرشد إليه قوله: (ففي تخصيص الثاني بالفاضل عن دين الأول) - لم يبق له تعلق به ، فيكون الزائد بمقتضى اللزوم مختصاً بالثاني . ومن أن الرهن الثاني موقوف على الإجازة ، ولم يحصل ، فيبقى كما كان .

والتحقيق: أن نفوذ الرهن الثاني إنما يكون بأحد أمرين: إجازة الأول ، أو افتتاك العين ، بنحو أداء دينه لاختصاصه بجميع العين . فإذا لم تحصل الإجازة والافتتاك ، حتى بيعت العين في دين المرتهن الأول ، امتنع نفوذ الرهن الثاني؛ لفوات محله بالبيع .

وليس القيمة متعلق الرهن ، لأن متعلقه هو العين ، وإن استحق بسببه الاستيفاء من القيمة ، فلا وجه لنفوذ الرهن الثاني في الفاضل عن دين الأول في الفرض المذكور بحال .

نعم لو أجاز المرتهن الأول الرهانة الثانية ، بعد الموت معبقاء العين ، لم يمتنع القول بنفوذها؛ لتحقق المقتضي وزوال المانع حينئذ فيعمل عمله .  
وما قيل: من أن حق باقي الغرماء يتعلق بالتركة ، فلا أثر لإجازته إن قلنا بعدم اختصاص الثاني بالفاضل ، ولا لفسخه إن قلنا بعدم الاختصاص ، لا يكاد يحصل له معنى؛ لأن تعلق حق الغرماء وعدمه فرع الاختصاص بالفاضل وعدمه ، والاختلاف وعدمه فرع نفوذ الرهانة الثانية وعدم نفوذها .  
ونفوذها بالنسبة إلى العين ، إنما يكون بأحد أمرين: إما إجازته ، أو الافتتاك ، كما سبق ، فتكون إجازته بالنسبة إلى العين معتبرة بعد موت الراهن ،

ولا حكم لإجازة الأول، ولا فسخه بعد موت الراهن.  
ولو عتق الراهن بإذن المرتهن، وبالعكس سقط الغرم.  
ولو أذن في الهبة فوهب، فرجع قبل الإقاض صح الرجوع على  
اشكال، ينشأ: من سقوط حقه بالإذن، وعدمه.

---

كما كانت قبله، إذ لا دليل على زوال اعتبارها، فتكون إجازته كاشفة عن عدم  
تعلق حق باقي الغرماء، ورده كاشفاً عن التعلق.  
وبالنسبة إلى القيمة لا يعقل النفوذ أصلاً، كما حققناه من أن الرهانة  
متعلقة بالعين، وإنما يتضمن التعلق إلى القيمة بتوسيط التعلق بالعين، فإذا اتفق  
التعلق بالعين امتنع التعلق بالقيمة ليختص الثاني بالفاضل عن دين الأول.

وقول المصنف: (ولا حكم لإجازة الأول، ولا فسخه بعد موت الراهن، فلا  
تكون إجازته مقتضية للنفوذ، ولا فسخه مقتضاياً لعدمه) إنما يصبح على تقدير احتمال  
نفوذ رهن الثاني في قيمة الرهن، بعد بيعه لأداء دين الأول وعدمه، فإن النفوذ على  
هذا التقدير، وعدمه بعد انقطاع علاقة المرتهن الأول، فلا حق له حينئذ أصلاً،  
إلا أن هذا الاحتمال لا يتوجه أصلاً؛ لما حققناه، فلا يستقيم ما ذكره. والصحيح  
عدم اختصاص الثاني بالفاضل من دين الأول.

قوله: (لو اعتقد الراهن بإذن المرتهن، وبالعكس سقط الغرم).  
أما في الثاني فظاهر، وأما في الأول فلأن الإذن في التصرف المنافي  
لبقاء حق الرهانة لا يقتضي وجوب بذل القيمة ليكون رهناً.

قوله: (ولو أذن في الهبة فوهب، فرجع قبل الإقاض صح الرجوع  
على اشكال، ينشأ: من سقوط حقه بالإذن، وعدمه).

أي: ينشأ من التردد في سقوط حق الرهن بالإذن، وعدمه. ووجه  
التردد: أن الإذن في المسقط يدل على الرضى بالسقوط، فيمكن عده مسقطاً.  
وفيه نظر، لأن المنافي للرهن هو المقتضي للسقوط، لا الرضى به، فالأصح  
صحة الرجوع.

ولو أحبها الراهن لم يبطل الرهن ، وإن كان بإذن المرتهن ، وإن  
صارت أم ولده ، وفي بيعها إشكال .

**قوله :** (ولو أحبها الراهن لم يبطل الرهن ، وإن كان بإذن المرتهن ،  
وإن صارت أم ولده) .

لأن الرهن بعد تمامه ولزومه إنما يبطل بمنافيه ، والإحتجال وإن وقع  
بإذن غير مناف وإن صارت أم ولد ، اذ لا يمتنع بيعها اذا تعلق بها حق المرتهن  
سابقاً على الاستيلاد ، اما مطلقاً أو مع الاعسار .

ومع اليسار يجب بذل القيمة ليكون رهناً ، وذلك أثر بقاء الرهانة لا  
محالة ، فلا منافاة حينئذ ، نعم لو افتكتها امتنع البيع ، والرهانة بعد ذلك .  
**قوله :** (وفي بيعها إشكال) .

ينشأ: من تعلق حق المرتهن سابقاً ، فيقدم ، ومن عموم النهي عن بيع  
امهات الأولاد<sup>(١)</sup> . وللشيخ قولان في المسألة:

أحدهما قوله في الخلاف: بيعها مع اعسار الراهن ، ومع يساره يجب بذل  
القيمة ، ليكون رهناً جمعاً بين الحقين<sup>(٢)</sup> . ويضعف بان الرهانة إن بقيت فهي  
متعلقة بالعين ، وإلا فلا تعلق لها بالقيمة .

والثاني: قوله في المبسوط بجواز بيعها مطلقاً<sup>(٣)</sup> ، وهو اختيار ابن  
ادريس<sup>(٤)</sup> .

وحكى شيخنا في شرح الارشاد عن المبسوط خلاف ذلك ، والظاهر أنه  
وهم .

وتحقيق القول: أن عمومات بيع الراهن لأداء الدين ، وعمومات بيع أم  
الولد قد تعارضت ، فلابد من المرجح لتخصيص بعض ببعض آخر ، والمرجح هنا

(١) الكافي ٦ : ١٩٣ حديث ٥ ، الفقيه ٣ : ٨٣ حديث ٢٩٩

(٢) الخلاف ٢ : ٥٩ مسألة ١٩ كتاب الرهن .

(٣) المبسوط ٢ : ٢١٧

(٤) السرائر: ٢٥٩

ولو ماتت في الطلاق فعليه القيمة. وكذا لو وطأ أمة غيره لشبهة.  
ولا يضمن زوجته، ولا المزني بها الحرة المختارة؛ لأن الاستيلاد إثبات  
يد، والحرة لا تدخل تحت اليد.

هو سبق حق المرتهن، الذي لا دليل على بطلانه، فيكون القول ببقاء حق الرهانة،  
وجواز البيع مطلقاً أقوى، وإن كان تفصيل الخلاف أحوط.  
قوله : (ولو ماتت في الطلاق فعليه القيمة).

هذا إذا لم يكن الإحتجاج بالإذن، فاما معه فالصواب أن لا قيمة هنا.  
والمراد بوجوب القيمة: جعلها رهناً كالعين، محافظة على حق المرتهن.  
قوله : (وكذا لو وطأ أمة غيره لشبهة).

أي: وكذا تجب القيمة للملك لو وطأ شخص أمة غيره لشبهة، فماتت  
في الطلاق؛ لأن الأمة مال، فتدخل تحت اليد، وتصير مضمونة، فإذا استند تلفها  
إلى سبب صادر عنه، موجب للضمان عليه، وجبت عليه القيمة.  
ولا يضر في ذلك كون الوطء لشبهة؛ لأنها إنما تمنع الإمام، لا إسقاط  
ضمان مال الغير إذا استند إلتفافه إليه بكون سببه منه.

ولا فرق في هذا الحكم، بين كون الوطء لشبهة، وعلمه، فكان عليه أن  
يسكت عن قوله: (لشبهة)، لأنه يوهم عدم الضمان بدونها. إلا أن يقال: يدل  
على الضمان بدونها بطريق أولى، لأن ضمانه مع عدم التكليف يقتضي الضمان  
معه بطريق أولى.

قوله : (ولا يضمن زوجته).

لأن الوطء مستحق شرعاً، فكيف يعقل ترتب الضمان عليه، إذا لا  
عدوان من قبله.

قوله : (ولا المزني بها الحرة المختارة؛ لأن الاستيلاد إثبات يد،  
والحرة لا تدخل تحت اليد).

أي: الاستيلاد، وهو الوطء الذي ترتب عليه الإحتجاج، والطلاق تصرف  
يد، والحرة لا تدخل تحت اليد، لأن الذي يدخل تحت اليد هو المال دون الحر،

وفي اعتبار القيمة يوم التلف، أو الإحبال أو الأعلى نظر.  
ولو باع الراهن بإذن المرهن صح، ولا تجحب رهينة المثلن إلا أن  
يشترط.

---

ولهذا لا يضمن منافع الحرر، إلا بالاستيفاء. بخلاف منافع العبد، فانها تضمن  
بمجرد وضع اليدين عليه وإن لم يستوف؛ لأنها مال.  
واحتذر بـ(الحرر) عن الأمة، فانها تضمن مطلقاً، وبـ(المختارة) عن  
المكرهة.

فلو اكره حرر على الزنا، وأحبلها ضمانتها لومات في الطلاق، كما صرحت به  
المصنف في التذكرة<sup>(١)</sup>؛ لأنها أحدث سبب هلاكها فيها على كره منها، فيضمن  
ديتها التي تجحب على العاقلة.  
قوله: (وفي اعتبار القيمة يوم التلف، أو الإحبال، أو الأعلى  
نظر).

المراد بذلك: القيمة السوقية، فلو نقصت القيمة لنقصان في العين بعيوب  
ونحوه، فهو مضموناً قطعاً، أما تفاوت السوق باعتبار وقت التلف والإحبال وما  
يبينها، ففي اعتباره حيث تجحب القيمة في الموضع السالفه كلها، أو في الرهن  
الذى هو المقصود والباقي يحال عليه نظر، والأصح اعتبار قيمته حين التلف،  
لأنه حين الانتقال إلى ضمان القيمة.

وقد سبق لهذا نظائر في البيع الفاسد، والعين المغصوبة، وسيأتي بعد  
ذلك.

واعلم أن المراد بـ(الأعلى) في قول المصنف: (أو الأعلى)، الأعلى من يوم  
الإحبال إلى حين التلف؛ لأن جميع ذلك الزمان العين فيه مضمونة، وإن كان  
المتبدار من قوله: (الأعلى) بعد ذكر (يوم التلف)، وـ(الإحبال) أن المراد الأعلى  
منها.

---

ولو قال: أردت بالاطلاق أن يكون الثمن رهناً لم يقبل.  
 ولو ادعى شرط جعل الثمن رهناً حلف المنكر:  
 ولو انعكس الفرض لم يكن للمرتهن التصرف في الثمن قبل الأجل.  
 ولو باع الراهن، فطلب المرتهن الشفعة ففي كونه إجازة اشكال،

قوله: (ولو قال: أردت بالإطلاق أن يكون الثمن رهناً لم يقبل).  
 أي: بإطلاق الإذن، فيكون مقتضاه الاعتراف بإطلاق الإذن في البيع،  
 ودعوى إرادة كون الثمن رهناً بذلك اللفظ المطلق ولا أثر لهذا، لأن الاعتبار  
 بما دل عليه اللفظ، ولذلك لم تتجه له المطالبة بالثمن، ولا إثباته بيمينه.  
 قوله: (ولو ادعى شرط جعل الثمن رهناً حلف المنكر).  
 قيل: أي فائدة لقوله: (حلف المنكر)، ولم يقل: حلف الراهن، فإنه  
 أظهر، ولا تتصور إرادة غير الراهن بالمنكر هنا.  
 قلنا: فائدته أن فيه إشعاراً بعلة تقديم قوله بيمينه، وهي كونه منكراً  
 أخذها بعموم: «واليمين على من انكر»<sup>(١)</sup>.  
 قوله: (ولو انعكس الفرض، لم يكن للمرتهن التصرف في الثمن  
 قبل الأجل).

المراد بانعكاس الفرض: أن يبيع المرتهن بإذن الراهن، وإنما لم يكن له  
 التصرف بالثمن قبل الأجل؛ لعدم استحقاقه أخذ دينه حينئذ.

قوله: (لو باع الراهن، فطلب المرتهن الشفعة، ففي كونها إجازة  
 اشكال).

ينشأ: من كون اللفظ لا يدل على الإجازة بأحدى الدلالات، أما المطابقة  
 والتضمن ظاهر، وأما الالتزام فلا نتفاء اللزوم البين. ومن أن طلب الشفعة إنما  
 يكون طلباً صحيحاً حيث يستحق ذلك، وإنما يستحقه بعد تحقق البيع المعتبر

فإن قلنا به فلا شفعة،  
ولو اسقط حق الرهانة فله الشفعة إن قلنا بلزموم العقد.

---

شرعًا، وإنما يتحقق ذلك إذا أجازه المرتهن.

ويجب تنزيل طلب المكلف على الوجه الصحيح؛ لوجوب صيانة كلامه شرعاً عن المذرية مع الامكان، فيكون دالاً بالاقتضاء على الإجازة، ودلالة الاقتضاء معتبرة؛ لثبت الدال عليها، وإن لم تكن دلالة الالتزام، لأن هذه الدلالة لا تستفاد من اللفظ بمجرده، بل بمعونة شيء آخر.

ودلالة الالتزام تستفاد من اللفظ بمجرده، بشرط العلم بالوضع، وتحقيق اللازم، وهذا الأخير أقوى. وفي قول المصنف: (ففي كونه إجازة) تسامح؛ لأن طلب الشفعة ليس نفسه إجازة كما هو معلوم، وإنما هي من مقتضياته على الاحتمال.

**قوله : (فإن قلنا به فلا شفعة).**

أي: فإن قلنا بكون طلب الشفعة إجازة للبيع فلا شفعة؛ لأن الإجازة رضى بالبيع، والرضى بالبيع يسقط الشفعة.

واعلم أن الشارح ولد المصنف، بني المسألة على أن الشفعة تثبت بمجرد العقد أم بلزمومه؟ فعلى الأول: لا تكون إجازة؛ لعدم الاقتضاء، فلا تسقط الشفعة بطلبهما. وعلى الثاني: تكون إجازة فيسقط به، كما ببناه<sup>(١)</sup>. وفيه نظر؛ لأنه لا يعقل ثبوت الشفعة بمجرد العقد، الذي هو الإيجاب والقبول. لأن هذا بمجرده لا يقتضي البيع، وإنما البيع: هو نفس نقل الملك، أو نفس الإيجاب والقبول المقتضيين لنقل الملك أو الانتقال على اختلاف الآراء - وقد سبق بيانه في أول البيع - فكيف يعقل إثبات الشفعة التي هي تابع من توابع البيع بمجرد العقد، ومع ذلك فلا يشترط بعد تحقق صحة البيع لزمومه لثبوتها، فلا يستقيم ما ذكره.

ويجوز أن يشترط المرتهن الوكالة في العقد لنفسه، أو لغيره، أو وضعه على يد عدل، وليس للراهن فسخ الوكالة حينئذ، نعم لو مات بطلت دون الرهانة. ولو مات المرتهن، فإن شرط في العقد انتقال الوكالة إلى الوارث لزم، وإلا لم تنتقل،

وفي قول المصنف بعد هذا: (ولو أسقط حق الرهانة فله الشفعة إن قلنا بلزم العقد) ما يدل على عدم صحة بنائه، لأنه بعد إسقاطه الرهانة حكم بأنه يستحق الشفعة، على تقدير القول بلزم العقد؛ لأنه حينئذ يكون بيعاً صحيحاً، وبدونه هو كالفضولي لا يشعر ملكاً.

ومقتضاه أنه لا يستحق شفعة على القول بعد الالتزام، إذ ليس بيعاً، ولا يشعر ملكاً، فلو كان بناء الشارح للاشكال صحيحاً، لكان جزم المصنف باشتراط القول بلزم العقد في ثبوت الشفعة منافيًّا للتعدد المستفاد من الاشكال السابق، والمعتمد سقوطها بطلبها؛ لاقتضائه الإجازة كما قررناه. قوله: (وليس للراهن فسخ الوكالة حينئذ).

أي: حين اشتراطها في العقد لنفسه ولغيره، لوجوب الوفاء بالعقد اللازم وشروطه، وهذا مما يدل على أن بعض الشروط تصير لازمة، إذا لم يكن المشرط فعل شيء يتحقق فعله بعد العقد.

قوله: (نعم لو مات بطلت دون الرهانة).

هذا استدراك ، وبمعنى الاستثناء مما تقدم، أي: الوكالة المشروطة في العقد تبطل بموت الراهن؛ لأن الوكالة استنابة في فعل يختص بحال الحياة، فإن الوكيل ينعزل بموت الموكل.

قوله: (ولو مات المرتهن، فإن شرط في العقد انتقال الوكالة إلى الوارث لزم، وإلا لم تنتقل).

لأن اشتراط كون فلان وكيلًا، وانتقال الوكالة عنه في حال مخصوص لا ينافي مقتضى الرهن، ولا الوكالة، ولا شيئاً من شروطها، فيجب الوفاء به، ويكون لازماً. وإن لم يشترط الانتقال المذكور في العقد بطلت الوكالة بموت

أما الرهينة فتنتقل بالميراث كالمال بين الورثة.  
ولو أقر المرتهن بالدين انتقلت الرهينة، دون الوكالة والوصية.

---

المرتهن، لأن موت الوكيل يقتضي بطلان الوكالة.  
قوله : (أما الرهينة فتنتقل بالميراث ، كالمال بين الورثة).  
لما كانت الرهينة حقاً من الحقوق المتعلقة بالمال وجب انتقالها  
بالإرث كما ينتقل المال ، ويكون الحكم في استحقاقها كاستحقاق المال بين  
الورثة.

والميراث في قول المصنف: (فتنتقل بالميراث) يراد به: الإرث ، وهو  
سبب الاستحقاق ، فيكون مصدرأً ميمياً.  
قوله : (ولو أقر المرتهن بالدين انتقلت الرهينة دون الوكالة  
والوصية).

أي: لو أقر المرتهن بالدين - الذي وقع الرهن به- الآخر، وأنه كان وكيلًا  
في الراهنة به صح الإقرار، ويثبت كون الدين والرهانة به حقاً للمقر له؛ لأن  
إقرار العلاء على أنفسهم جائز، وقد انحصر الحق في ذلك بحسب الظاهر في  
المقر، فينفذ لا محالة.

ولو كان قد اشترط المرتهن في عقد الرهن ، أو غيره من العقود الالزمة  
كونه وكيلًا في البيع حال حياة الراهن ، ووصيأً في بيعه بعد موته لم ينتقل  
ذلك إلى المقر له؛ لأنه خلاف المشروط ، ولأن ذلك استثناء عن الراهن لا  
حق يختص به المرتهن ، ليعقل نفوذ اقراره فيه.

واعلم أن في عبارة المصنف عدة مناقشات:  
أ: قوله: (انتقلت الرهينة) فإنه لا انتقال هناك ، بل الرهينة بمقتضى  
الإقرار حق للمقر له من أول الأمر.

ب: انه إنما تثبت الرهينة للمقر له بشرط كونه وكيلًا عنه ، واعترافه بأنه  
أوقعها عنه ، وظاهر العبارة أن مجرد ايقاع الرهانة بين الراهن والمرتهن كاف  
في ثبوتها.

ولو امتنع الراهن من الأداء وقت الحلول باع المرتهن إن كان وكيلًا، وإلا فالحاكم، وله حبسه حتى يبيع بنفسه.

#### الفصل الرابع : الحق :

وشروطه ثلاثة: أن يكون ديناً لازماً، أو آثلاً إليه، يمكن استيفاؤه منه، فلا يصح الرهن على الأعيان وإن كانت مضمونة كالغصب، والمستعار مع الضمان، والمقبوض بالسوم على إشكال، ولا على ما ليس بثابت حالة الرهن، كما لو رهن على ما يستدinya، أو على ثمن ما يشتريه منه ،

ج: ان العبارة خالية من الدلالة على ما يراد بقوله: (والوصية)، فانه وإن جرى للوكالة في بيع الرهن ذكر، لكن لم يجر للوصية ذكر أصلاً، ففي دلالة اللفظ على المعنى المراد شدة خفاء.

قوله : (وإلا فالحاكم).

فإن لم يكن موجوداً باع بنفسه، ولو شهد شاهدي عدل كان أولى ، ولو تقدرت ثبات الرهانة عند الحاكم باع بنفسه وإن كان مع وجود الحاكم، لثلاثة يضيع حقه.

قوله : (وله حبسه حتى يبيع بنفسه).

لأن ذلك حق عليه، وكذا تعزيره.

قوله : (أن يكون ديناً لازماً، أو آثلاً إليه).

المراد بكونه لازماً: أن يكون ثابتاً في الذمة، فانه سيأتي أن الثمن يصح الرهن به في مدة الخيار، وبكونه آثلاً إلى اللزوم: أن يكون ثبوته في الذمة بالقوة القريبة من الفعل، كما في مسألة التشريح بين الرهن وسبب الدين.

قوله : (فلا يصح الرهن على الأعيان، وإن كانت مضمونة كالغصب، والمستعار مع الضمان، والمقبوض بالسوم على إشكال).

الإشكال في الأعيان المضمونة خاصة، ومنشئه: من أن مقتضى الرهن استيفاء المرهون، وفي الأعيان يمتنع ذلك لامتناع استيفاء العين الموجودة من

شيء آخر، ومن أن معنى التوثق حاصل باستحقاق أخذ عوض العين عند تلفها من المرهون، وذلك هو المقصود من الرهن، إذ المعقول منه كونه وثيقة للحق المرهون به على أن تستوفى منه عند الحاجة، وهذا كما يصدق في الرهن على الدين، يصدق على الرهن في محل النزاع.

فان قيل: فعلى هذا يجوز الرهن على غير المضمون من الأعيان، لثبت التوثق بهذا المعنى في الرهن عليها.

قلنا: لما لم تكن مضمونة لم يكن تلفها موجباً لثبت شيء في الذمة؛ لانتفاء الضمان، فلم يتحقق مقصود الرهن بالنسبة إليها.

فان قيل: حيث أن الرهن وثيقة تستوفى منه عند الحاجة، لزم القول بصحته هنا، لإمكان عروض الحاجة بالتلف بعد التعدي.

قلنا: لما لم يكن الضمان متحققاً، كان المعنى المصحح للرهن منتفياً، بخلاف المضمونة.

فان قيل: المصحح للرهن، كونه بحيث يستوفى منه عند الحاجة، وهو ثابت في الموضعين.

قلنا: لما كانت الأعيان مضمونة، كان المصحح للرهن موجوداً بالقوة القرية من الفعل، بخلاف غير المضمونة، فإنه لا مصحح فيها بالفعل، ولا بالقوة القرية.

ويمكن أن يقال: إن الرهن في الأعيان المضمونة على العهدة الثابتة، وهي تعلق ضمان الأعيان بالذمة على تقدير التلف؛ لأنها حق ثابت في الحال.

ولا يقال: إن المرهون به لا يمكن استيفاؤه هنا من المرهون؛ لأن المطلوب استيفاؤه هو المقصود من تلك العهدة، وهذا المعنى منتف في الأعيان الغير المضمونة.

أو يقال: إن الرهن على هذه الأعيان، من جهة تعلق عهدة ضمانها على تقدير التلف بالذمة، وهذا منتف أيضاً فيما ليست بمضمونة.

فلو دفعه الى المرتهن ثم افترض لم يصر بذلك رهنا.

والأوجه في الاستدلال أن يقال: ان الرهن في محل التزاع عقد صدر من أهله في محله، ولا مانع إلا تخيل كون هذه الأعيان لا تستوفى من الرهن، فانتفى مقصوده فامتنع صحته.

وهذا خيال ضعيف، فان استيفاءها إنما يكون عند الحاجة لا مطلقاً، ومحل الحاجة هنا: هو حال التلف، وفي تلك الحال هو ممكّن؛ لأن المراد باستيفائها: هوأخذ عوضها الواجب شرعاً، والا لامتنع الرهن على الثابت في الذمة مثله، اذ من المعلوم أن ذلك بعينه لا يستوفى بشيء من ثمن الرهن، فعلى هذا يجب الحكم بصحته، لثبتوت المقتضي بعموم النصوص وانتفاء المانع. ولا يرد لزوم مثل ذلك في غير المضمونة لوجهين:

أ: ثبوت الإجماع على عدم الجواز فيها، ووقوع الخلاف هنا.

ب: أن يكون الاعتبار المصحح للرهن في المضمونة منفيأً فيها، وهو تعلق عهدها في الذمة، وهذا القول قوي.

ومثله أخذ الرهن على الثمن للمشتري، أو المبيع للبائع على تقدير ظهور فساد البيع، وقد صرخ باستواهما في الحكم المصنف في التحرير<sup>(١)</sup>، وشيخنا الشهيد في الدرس<sup>(٢)</sup>.

وإن كان المصنف في التذكرة -مع قوله بصحة الرهن على الأعيان المضمونة- منع من الرهن بعهدة البيع<sup>(٣)</sup>، وليس بواضح. وما علل به من منعه الارتفاع مردود، لورود مثله في الرهن على ثمن المبيع مؤجلاً، والظاهر أن أخذ الرهن على الصحة حذراً من نقصانها كالرهن على المبيع.

قوله: (فلو دفعه الى المرتهن، ثم افترض لم يصر بذلك رهناً).

رد بذلك على أبي حنيفة، ومالك، وبعض الشافعية، حيث قالوا: ان من دفع الى غيره ثوباً، وقال: رهنتك هذا على عشرة دراهم تقرضنيها غداً، وسلم اليه

(١) تحرير الأحكام: ٢٠٥.

(٢) الدرس: ٤٠٢.

(٣) التذكرة: ٢: ٢٣.

ولو شرك بين الرهن وسبب الدين في العقد، ففي الجواز اشكال ينشأ: من جواز اشتراطه في العقد فتشريكه في متنه آكد، ومن توقف الرهن على تمامية الملك ، لكن يقدم السبب فيقول: بعتك هذا العبد بآلف ، وارتهنت الدار بها ، فيقول : اشتريت ورهنت ، ولو قدم

الثوب ، ثم اقرضه الدرهم لزم الرهن<sup>(١)</sup>.  
ووجه البطلان: مع اجماعنا أن العقود اذا شرط تأخير مقتضاها ، لم يتحقق الإنشاء الصريح للفعل ، المطلوب ثبوته حالاً ، المعترض فيه لفظ الماضي ، فلا تكون صحيحة.

قوله : (ولو شرك بين الرهن وسبب الدين في عقد ، ففي الجواز اشكال ، ينشأ: من جواز اشتراطه في العقد ، فتشريكه في متنه آكد ، ومن توقف الرهن على تمامية الملك ).

أما الوجه الأول: فما ادعاه فيه من الآكديمة غير واضح ، فإن اشتراط الرهن على ثمن المبيع في العقد ، الذي يقتضي وجوبه وثبوته ، غير انشاء عقد الرهن ، والمشروط بثبوت الحق في الذمة هو الثاني ، دون الأول.

ولأن اشتراط الرهن ، مقتضاه اثبات استحقاق الرهن على الثمن بعد ثبوته. وأما الرهن: فإنه انشاء التوثيق ، وإنما يكون بحق ثابت ، اذ لا يكاد يعقل معنى الوثيقة بحق لم يثبت بعد.

وأما الوجه الثاني ففيه نظر؛ لأن الرهن غير متوقف على تمامية الملك ، بل على أصل الاستحقاق والثبوت ، إلا أن يريد بتمامية الملك ذلك ، من حيث أنه لا يثبت إلا بكمالية سببه ، وهو خلاف المبادر.

ولوقيل في وجه الإشكال: إن منشأه: الشك في أن حصول سبب الوجوب كاف في صحة الرهن وعدمه.

قوله : (لكن يقدم السبب فيقول: بعتك هذا العبد بآلف وارتهنت الدار بها ، فيقول: اشتريت ورهنت ، ولو قدم الارتهان لم

(١) المغني لابن قدامة ٤: ٣٩٩ ، المجموع ١٣: ١٨٢ ، بداية المجتهد ٢: ٢٧٤ ، الوجيز ١: ١٦١ .

الارتهان لم يصح ، ولو رهن على الثمن في مدة الخيار ، أو على مال الجعالة بعد الرد ، أو على النفقة الماضية أو الحاضرة صح ، لا على المستقبلة .

يصح ) .

المراد : تقديم السبب ايجاباً وقبلاً ، فلو تأخر فيهما أو في أحدهما لم يصح ؛ لتقديم الرهن حينئذ على سبب الدين المقتضي لصحته ، وهو ظاهر اختياره في التذكرة (١) .

ويشكل على الصحة في المسألة تقديم قبول الرهن على ايجابيه ، وقد اسلفنا في أول الباب في الرهن والبيع عدم اعتباره لو تقدم واختار الشيخ الصحة هنا (٢) ، وفيما لو قال : بعتك هذا وارتهنته بكلذا ، فقال : قبلت ورهنت ، والشارح ولد المصنف فرق بينهما ، فحكم بالبطلان في الأولى ، والصحة في الثانية (٣) ، والفرق غير ظاهر .

والذي يقتضيه النظر البطلان ؛ لما قلناه من تقديم القبول ، ولأن مساواة هذا الرهن الأعيان المضمونة غير واضحة ، فإن هناك حقاً في الجملة ، بخلاف ما هنا .

إذا عرفت هذا ، فعلى تقدير البطلان هنا لا يبقى لاشترط أحد الأمرين : من كون الحق ثابتاً ، أو آثلاً إلى الثبوت وجه أصلاً . إلا أن يقال : أنه يتحقق في الأعيان المضمونة ، فإنها تكون الحق فيها آثلاً إلى الثبوت بوجود سببه ، يصح الرهن بها من هذه الجهة ، فلا يبقى مانع الا جهة كونها أعياناً .

قوله : ( ولو رهن على الثمن في مدة الخيار ، أو على مال الجعالة بعد الرد ، أو على النفقة الماضية أو الحاضرة صح لا على المستقبلة ) .

أما الثمن فإنه قد ثبت في الذمة ، وإن كان الفسخ بال الخيار جائزًا ؛ لأن

(١) التذكرة ٢ : ٢٣ .

(٢) الميسوط ٢ : ١٩٨-١٩٧ .

(٣) ايضاح الفوائد ٢ : ٢٤ .

والأقرب جواز الرهن على مال الكتابة.  
ولا يصح على مال الجعالة قبل الرد، ولا على الديه قبل استقرار  
الجناية.  
ويجوز على كل قسط بعد حلوله في الخطأ على العاقلة،

---

ذلك ابطال لما ثبت، طارئ على الشبوت، فهو منزلة عقد مستأنف. نعم لو قلنا:  
أن المبيع لا ينتقل إلا بانقضاض الخيار أتجه عدم جواز الرهن حينئذ؛ لانتفاء  
الشبوت.

وأما مال الجعالة فانه بعد الرد ثابت، بخلاف ما قبله، اذ لا شيء في  
الذمة من الجانبين؛ لأن ذلك عقد جائز، بخلاف الإجارة ومال السبق، فان  
الأصح أن عقد المسابقة لازم. وأما النفقة الماضية والحاضرة فانها واجبات،  
بخلاف المستقبلة.

قوله : ( والأقرب جواز الرهن على مال الكتابة).

أي: مطلقاً، وخالف الشيخ في جواز الرهن على مال المشروطة<sup>(١)</sup> ، ووجه  
القرب: أنه حينئذ مال ثابت في الذمة فساوى غيره. واحتجاج الشيخ بان للعبد  
تعجيز نفسه، ضعيف؛ لأن التعجيز الى المولى لا اليه، على أن التعجيز ابطال طارئ  
لما ثبت في الذمة بالعقد الصحيح، فلا اثر له، فالاصح الأول.

قوله : ( ولا على الديه قبل استقرار الجناية).

أي: قبل انتهائها الى الحد الذي يوجب الديه، وإن علم أنها تأتي على  
النفس لانتفاء الشبوت حينئذ.

قوله : ( ويجوز على كل قسط بعد حلوله في الخطأ على العاقلة).

وذلك لأنه حينئذ مال ثابت في الذمة، فجاز الرهن عليه، بخلاف ما  
قبل الحلول، لأن الحكم على عليه بالوجوب في دية الخطأ هو الكامل من العاقلة بعد  
الحلول، فربما كان قبل الحلول كاملاً، وخرج عن الوصف المقتضي لجواز

ومطلقاً في غيره. ومع فسخ المشروطة يبطل الرهن إن جوزناه. ولو رهن على الاجارة المتعلقة بعين المؤجر كخدمته لم يصح؛ لعدم تمكن الاستيفاء، ويصح على العمل المطلق الثابت في الذمة.

ولا يشترط كون الدين حالياً عن رهن، بل تجوز الزيادة في الرهن بدين واحد، وكذا تجوز زيادة الدين على مرهون واحد.

#### الفصل الخامس : في القبض.

وليس شرطاً على رأي ،

التقسيط بعده، كالغني يتجدد له الفقر بعد الحلول، وبالعكس، فلا يكون محل ثبوت مال الديمة متيناً، فلا يصح الرهن به.  
قوله : (ومطلقاً في غيره).

أي: ويصح الرهن بعد الحلول وقبله في غير الخطأ؛ لأن الديمة من مال الجاني حينئذ، والثبوت في ذمتها متحقق، والأجل في شبه العمد لا ينافي الثبوت.

قوله : (ويصح على العمل المطلق الثابت في الذمة).

لامكان استيفائه من قيمة الرهن بالاستئجار عليه منها، بخلاف المتعلقة بالعين عند الاحتياج، وهو تعذر استيفاء الحق.

قوله : (ولا يشترط كون الدين حالياً عن رهن، بل تجوز الزيادة في الرهن بدين واحد...).

لأن معنى التوثق بشيء لا ينافي التوثق له بشيء آخر، ومثله العكس.

قوله : (وليس شرطاً على رأي).

اختلف في أن القبض في الرهن يعتبر في تتحقق الرهانة، بحيث لا يحصل من دونه فيكون جزء السبب كالقبض في الهبة وعدمه على قولين، واطلاق الاشتراط عليه بطريق التوسع اذ لا يجب تقديميه على عقد الرهن.  
 وإنما اراد بكونه شرطاً عدم تمامية السبب بدونه، فالقولان يلتقيان الى

## وهل له المطالبة به؟ إشكال

قوله تعالى: (فرهان مقبوضة)<sup>(١)</sup> ، من حيث أنه أمر بالرهن المقبوض ، فلا يتحقق الرهن المطلوب شرعاً بدون القبض ، ولأن فائدة التوثق إنما تتحقق معه ، ولو رواية محمد بن قيس: «لا رهن إلا مقبوضاً»<sup>(٢)</sup> والنفي للصحة.

ويضعف بعدم الدلالة ، فإن الأمر اذا تعلق بالرهن والقبض لم يلزم أن يكون الرهن لا يتحقق بدونه . نعم ، الأمر بالقبض معه للارشاد الى كمال التوثق ، والظاهر أنه ليس المراد بالقبض مطلقه ، بل كون المرهون في يد المرهن إذ لا يحصل كمال التوثق بدونه ، وهذا غير شرط باتفاقنا؛ والرواية ضعيفة<sup>(٣)</sup> . ومن حيث أنه وصف الرهن بكونها مقبوضة ، فيجب أن يتحقق معنى الرهينة بدون القبض.

ويضعف بأن الصفة قد تكون كاشفة ، ونحوه قوله تعالى: (الآن تكون تجارة عن تراض)<sup>(٤)</sup> .

وال الأولى الاحتجاج بأصالة العدم ، وعدم الدليل ، وبالعمومات الدالة بظاهرها على الأمر بالوفاء بالعقد الشامل لحل النزاع . ولأن الحكم بفساد العقد ، بطروع ما يخرج العاقد عن أهلية التصرف يحتاج الى دليل ، والاقدام عليه مجرد هذه الحالات الضعيفة بعيد عن مرتبة الاستدلال ، والأصح عدم الاشتراط .

قوله: (وهل له المطالبة به؟ إشكال).

المراد بأن له المطالبة: أن له ذلك على طريق الاستحقاق ، والظاهر أن المراد بذلك : على تقدير عدم اشتراط القبض في صحة الرهن؛ لأنه على تقدير الاشتراط لا وجه لثبت المطالبة به بمجرد ايقاع العقد ، اذ لم يثبت حق الى الآن ، إلا أن تشترط الرهانة في عقد البيع.

(١) البقرة: ٢٨٣.

(٢) التهذيب ٧: ١٧٦ حديث ٧٧٩.

(٣) التهذيب ٧: ١٧٦ حديث ٧٧٩.

(٤) النساء: ٢٩.

وقيل: يشترط فيجب إذن الراهن فيه.

ولو قبض من دونه، أو إذن ثم رجع قبله، أو جن، أو أعمى عليه، أو مات قبله بطل.

ولا تشرط الاستدامة فلو استرجعه صح، ويكتفي الاستصحاب، فلو كان في يد المرتهن لم يفتقر إلى تجديد قبض، ولا مضي زمان يمكن فيه.

---

ومنشأ الاشكال من ظاهر قوله تعالى: (مقبوضة)<sup>(١)</sup>، فإنه أرشد إلى أن كمال التوثق لا يتحقق بدونه، وحيث استحق أصل التوثق بالعقد كان له المطالبة بالقبض الذي أمر الله به، ومن انتفاء المقتضي، اذ العقد لا يقتضيه، ولا سبب غيره. والارشاد إلى التوثق بالقبض في الآية لا يدل على كون ذلك مستحقاً للمرتهن على الراهن بمجرد العقد.

قوله: (وقيل: يشترط فيجب إذن الراهن فيه).

أي: قيل: إن القبض شرط في الرهن، أي: معتبر فيه على انه جزء السبب، فيجب إذن الراهن فيه، اي: فيشترط لصحته إذن الراهن، لأن القبض بدونه غير مستحق، اذ لم تحصل الرهانة الى الان فيكون عدواً، وما هذا شأنه كيف يكون معتبراً في السبب المشروط بالترافق؟

قوله: (ولو قبض من دون اذنه...).

هذا كله تفريع على أن القبض شرط كما في الهبة، والمعتمد خلافه.

قوله: (ولا تشرط الاستدامة).

أي: على شيء من القولين عندنا.

قوله: (ويكتفي الاستصحاب، فلو كان في يد المرتهن لم يفتقر إلى تجديد قبض، ولا مضي زمان يمكن فيه).

بناء على اشتراط القبض يكتفي استصحابه قبل العقد، لتحقق تمامية

ولو باع من المستودع دخل في ضمانه بمجرد البيع ، والأقرب زوال الضمان بالعقد لو كان غصباً.

---

السبب ، لأن استدامه القبض قبض ، فيصدق عليه أنه رهن مقبوض . ولا دليل يقتضي كون القبض واقعاً بعد الرهانة ، فيكتفي بالقبض المقارن للعقد ، فلا يشترط مضي زمان يمكن فيه .

وربما قيل باشتراط مضي الزمان؛ لأن الأمر بالقبض دل على اعتبار القبض بالفعل مطابقة ، وعلى اعتبار مضي الزمان إما بالالتزام أو بالاقتضاء . وإذا تعذر المعنى المطابقي -لامتناع تحصيل الحاصل- بقى المعنى الآخر . وضعفه ظاهر؛ لأن الزمان المدلول عليه ما كان من توابع القبض . وقد حققنا أن القبض المقارن لزمان كاف في الامتنال فلا معنى لاعتبار مضي الزمان بعده ، نعم لو كان تأخره عن العقد معتبراً لوجب اعتبار مضي الزمان .

**قوله :** (ولو باع من المستودع دخل في ضمانه بمجرد البيع).

المستودع بفتح الدال ، وهذا من الأحكام الاستطرادية ، وحاصله: انه لما كان القبض المقارن للعقد ، كافياً في صحة الرهن ، لكونه معتبراً ، وجوب الاكتفاء به في القبض المعتبر في البيع ، فيتحقق بمقارنته للعقد دخول المبيع في ضمان المستودع لو كان هو المشتري .

**قوله :** (والأقرب زوال الضمان بالعقد لو كان غصباً).

أي: لو كان مال الراهن مغصوباً ، فرهنه مالكه عند الغاصب فالأقرب زوال الضمان بمجرد العقد ، والظاهر أن هذا بناء على ما اختاره المصنف ، من أن القبض ليس شرطاً في الرهن؛ لظاهر قوله: (بالعقد) .

ووجه القرب: أن الرهن يقتضي كون المرهون مأذوناً في إبقاءه في يد المرتهن ، وفيه منع ظاهر . وأن الرهن مبني على كونه أمانة في يد المرتهن ، فإذا تحقق المقتضي للائتمان ارتفع الضمان؛ لأن وجود أحد المتناففين يقتضي رفع الآخر . وفيه نظر لما سيأتي من منع التنافي .

ويحتمل الضمان، لأن الابتداء أضعف من الاستدامة، ويمكن اجتماعه مع الرهن كما لو تعدد المرتهن فيه ، فلن لا يرفع ابتداء الرهن دوام الضمان أولى.

قوله : ( ويحتمل الضمان؛ لأن الابتداء أضعف من الاستدامة، ويمكن اجتماعه مع الرهن، كما لو تعدد المرتهن فيه ، فلن لا يرفع ابتداء الرهن ، دوام الضمان أولى).

هذا الاحتمال اختيار الشيخ في الخلاف<sup>(١)</sup> ، والمبسوط<sup>(٢)</sup> ، ويناسب أن يكون توجيهه هذا ، سندًا لمنع التنافي المدعى في وجه القرب . وتحقيقه أن يقال: أن لا نسلم أن الرهن ينافي الضمان؛ لأن الرهن قد يكونأمانة ، وقد يكون مضموناً فيمجتمعان . وحيث كان الابتداء أضعف من الاستدامة ، بناء على أنباقي مستغن عن المؤثر ، فإن المبتدأ -اعني المحدث - يحتاج إليه ، والمستغنی أقوى من الحاج ضرورة ، فعلى هذا يكون دوام الرهن أقوى من ابتدائه ، كما أن ابتداء الضمان أضعف من استدامته .

واذا طرأ الضمان -مع ضعفه بالتعدي- على استدامة الرهن ، ولم تكن الرهانة -مع قوتها- رافعة للضمان ، فلن لا ترفع الرهانة المبتدأة الضعيفة دوام الضمان الذي هو أقوى من ابتدائه أولى ، فيكون سندًا للمنع بابلغ الوجهين ، اذ يكفي فيه أن يقال: لا نسلم التنافي ، لإمكان اجتماعها فيما اذا تعدد المرتهن . ويمكن أن يجعل هذا دليلاً بالاستقلال على الاحتمال الذي هو مذهب الشيخ<sup>(٣)</sup> ، بان يقال: الضمان مع الرهن في المغصوب باق ، لأن دوام الرهن مع قوته لا يرفع ابتداء الضمان مع ضعفه ، فلن لا يرفع ابتداء الرهن الضعيف الضمان المستدام القوي بطريق أولى .

ولما كان هذا مبنياً على أحد القولين في المسألة الكلامية ، اقتضى ابتناء

(١) الخلاف : ٥٨ مسألة ١٧ كتاب الرهن .

(٢) المبسوط : ٢٠٤ .

(٣) المبسوط : ٢٠٤ .

## ولو أودع الغاصب أو آجره فالأقرب زوال الصمان،

الحكم في المسألة بعدم زوال الصمان عليه، مع أنه لا حاجة إلى هذا البناء، للاكتفاء بمنع التنافي، واستناد المنع بما ذكر.

وي يكن الاستدلال أيضاً بظاهر قوله عليه السلام: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»<sup>(١)</sup> فإنه لو زال الصمان بمجرد العقد، لم تكن الغاية المذكورة في الحديث غاية، ولو جوب استصحاب ما كان قبل الرهن إلى أن يحصل الناقل، وهذا القول أصح.

إذا عرفت هذا، فالشارح ولد المصنف يظهر من كلامه أن المسألة مفروضة فيما إذا أذن الراهن في ابقاءه في يد الغاصب<sup>(٢)</sup>، والعبارة تنافي ذلك؛ لظاهر قوله: (بمجرد العقد).

وذكر أيضاً أن في توجيه المصنف نظراً، وما ذكره غير ظاهر، لكن لو أذن الراهن للغاصب في القبض، ففي زوال الصمان نظر، ينشأ: من أن ذلك هل يعد استئنافاً في اليد، أم لا؟ وهو موضع اشكال.

قوله: (ولو أودع الغاصب، أو آجره فالأقرب زوال الصمان).

وجه القرب: أن كلاً منها أمانة، وهي منافية للصمان، ويحتمل ثبوته لما ذكر في الرهن.

والتحقيق أن يقال: إن الصمان ثابت إلى أن يؤدي العين إلى مالكها، كما دل عليه الحديث<sup>(٣)</sup> - ثم يزول. وتحقق التأدبة إلى المالك ، بالتأدية إلى وكيله في الحفظ واثبات اليد.

وحيثند، فكل موضع يجعل المالك الغاصب فيه نائباً له في الحفظ، واثبات اليد عليه يجب أن يزول الصمان، وما لا فلا. ولما كان المستودع مستنابةً في الحفظ، واثبات اليد عن المالك لمحض

(١) عوالي الالكي ٣: ٢٤٦ حديث ٢، المستدرك للحاكم ٤٧: ٢.

(٢) ايضاح الفوائد ٢: ٢٦.

(٣) عوالي الالكي ١: ٢٢٤ حديث ١٠٦، سنن البهقي ٦: ٩٥.

وفي العارية والتوكيل بالبيع أو الاعتقاق نظر. ولو أبراً الغاصب عن ضمان الغصب والمال في يده فاشكال، منشأة: الإبراء مما لم يجب، وجود سبب وجوبه؛ لأن الغصب سبب وجوب القيمة عند التلف. والأقرب أنه لا يبرأ، ولا تصير يده يدأمانة.

---

مصلحةه كانت يده يد المالك ، فوجب زوال الضمان الثابت على الغاصب بابداعه، لكون المال حيئذاً معدوداً في يد المالك ، لأن يد المستودع متهمضة للملودع في مصلحة الحفظ ، ومع ذلك فان المستودع بالتعدي يخرج عن كونه مستودعاً.

وأما المستأجر فان يده وإن كانت في الأصل يدأمانة، إلا أن الضمان قد يجتمع يد المستأجر اذا تعدى ، وليست يد نيابة عن المالك في الحفظ، إنما هي يد استيفاء للمنفعة، فهي لمصلحة المستأجر، فوجب أن يبقى الضمان معها الى أن تتحقق التأدية الى المالك بنفسه أو وكليه، كما دل عليه الحديث<sup>(١)</sup>.

قوله: (وفي العارية، والتوكيل بالبيع، والاعتقاق نظر).

ينشأ: من أنهاأمانة، وهي منافية للضمان، ولأن العارية كالإجارة في التسلط على الانتفاع، والتوكيل كالوديعة في الاستنابة في الحفظ ، ومن أن العارية لا تنافي الضمان كما في بعض اقسامها ، ومع اشتراط الضمان مطلقاً. وكذا القول في التوكيل؛ لأن الوكيل اذا تعدى لا ينزعز بمجرد التعدي ، ولما سبق في الرهن ، والظاهر عدم زوال الضمان بها ، نعم لو وكله في اثبات اليد مع التوكيل في البيع وعدهمه فان زوال الضمان هنا متوجه.

قوله: (لو أبراً الغاصب من ضمان الغصب ، والمال في يده فاشكال، منشأة: الإبراء مما لم يجب، وجود سبب وجوبه؛ لأن الغصب سبب وجوب القيمة عند التلف).

إنما كان إبراء مما لم يجب؛ لأن الوجوب إنما يتعلق به عند التلف ، لأن

(١) عوالي اللائي ١: ٢٢٤ حديث ١٠٦ ، سن البهقي ٦: ٩٥ .

العين مادامت موجودة، لا يتعلق بالذمة شيء سوى وجوب ردها، ومعلوم أن الإبراء ليس من هذا، إنما الإبراء من مقتضى الغصب، وهو ضمانها عند التلف.

فإن قلت: إذا كانت العين موجودة، فهنا أمران: وجوب ردها على الفور، لكون يد الغاصب يد عدوان، وضمانها عند التلف، وهو أثر ذلك ، فإذا أبرأه تعلق الإبراء بالأمر الأول ، فيسقط الثاني وهو أثره.

قلت: الضمان أثر يد العدوان، لا أثر وجوب الرد على الفور، والإبراء إنما يسقط به الحق الثابت في الذمة، لا كون اليد يد عدوان، ونحوه. وإنما يزول عدوان اليد، بان تصير يدأمانة، ولا دخل للإبراء في ذلك ، ومادام وصف العدوان ثابتاً فالضمان بحاله.

وما ذكره في توجيه الوجه الثاني من وجهي الأشكال لا محصل له؛ لأن وجود سبب وجوب الشيء لا يقتضي صحة تعلق الإبراء بذلك الشيء ، الذي لا تتحقق له ، فلهذا كان الأقرب أنه لا يبرأ بذلك ، ولا تصير يده يدأمانة، وإنما يبرأ بالرد إليه ، أو بأن يستثنيه في الحفظ عنه ، واثبات اليد على الظاهري الثاني ، لأن يده يده حينئذ.

ولا يقال: إن التأدية غير صادقة على هذا، لأننا نقول: يكفي فيها التأدية بالاعتبار ، فهو باعتبار كونه غاصباً مؤداً، وباعتبار كونه وكيلًا في اثبات اليد على المالك آخر.

فإن قيل: قد اختار فيها سبق أن ضمان الغاصب يزول بالرهن ، فكيف لا يزول بالإبراء؟

قلت: لو صح ذلك لم يكن بينه وبين هذا منافاة؛ لأن المقتضي للزوال هناك كون الرهنأمانة ، وهو سبب غير الإبراء ، ولا يمتنع إمكان أحد السببين وامتناع الآخر.

أما المستعير المفرط أو المشروط عليه الضمان، أو القابض بالسوم، أو الشراء الفاسد فالأقرب زوال الضمان عنهم بالارتهان؛ لأن ضمانهم أخف من ضمان الغاصب.

ولا يجبر الراهن على الإقباض، فلو رهن ولم يسلم لم يجبر عليه.  
نعم لو كان شرطاً في بيع فللباائع الخيار،

قوله : (أما المستعير المفرط ، أو المشروط عليه الضمان ، أو القابض بالسوم أو الشراء الفاسد فالأقرب زوال الضمان عنهم بالارتهان؛ لأن ضمانهم أخف من ضمان الغاصب).

وقد سبق أن ضمان الغاصب يزول بالارتهان ، فهذا أولى . وإنما كان ضمانهم أخف ، لأن لوازمه أقل ، فان الغاصب آثم ، ولا إثم في غير المفرط ، واثمه أخف .

والمشهور تضمين الغاصب أعلى القيم لوتلفت العين ، مؤاخذة له باشتق الأحوال ، بخلافهم ، ولا يضمنون المنافع ، وهو ضامن لها ، وحيث عرفت منع الحكم في الأصل انتقى ثبوته عن الفرع .

قوله : (ولا يجبر الراهن على الإقباض) .

هذا جزم بعد التردد؛ لأن الاشكال السابق في أن له المطالبة بالقبض ، يقتضي التوقف في عدم الاجبار ، فانه متى استحق المطالبة به ، اتجه أن يجبر الراهن عليه؛ لأنه حينئذ حق واجب عليه.

قوله : (فلو رهن ، ولم يسلم لم يجبر عليه).

سواء قلنا : الإقباض شرط لصحة الرهن ، أم لا . وفي العبارة مناقشة ؛ لأنه لا فرق بين هذا وبين ما فرع عليه ، وإنما هو عينه فلا يستقيم التفريع .

قوله : (نعم لو كان شرطاً في بيع فللباائع الخيار).

لأن التراضي بالعقد إنما وقع على هذا الشرط ، وهل له المطالبة به حينئذ فيجبر عليه أم لا ؟ عبارته تحتمل كلاً من الأمرين ، وما ذكره سابقاً في شرط

وكيفيته كما تقدم.

العقل، من أنه لا يجبر عليه، يؤذن بأن الحكم هنا كذلك لأنها من قبيل واحد، وقد صرخ شيخنا الشهيد بذلك<sup>(١)</sup>.

والأصح أن له الإجبار حينئذ؛ لأن مقتضى العقد اللازم وجوب الوفاء به، ولأن الإخلال بالشرط يقتضي المعصية، لقوله عليه السلام: «إلا من عصى الله»، وما كان الإخلال به معصية فعله واجب، والحق الواجب للأدمي يجبر عليه. نعم ينبغي أن يكون له الخيار مجرد الامتناع، للاتفاق على ثبوت الخيار بالامتناع، وقد الدليل الدال على اعتبار تعذر الإجبار.

**قوله : (وكيفيته كما تقدم).**

أي: وكيفية القبض هنا كما تقدم في البيع، من اعتبار الأخذ باليد لما يؤخذ باليد، والنقل فيما ينقل، والتخلية فيما لا ينقل؛ لأن المراد: الاكتفاء فيه بالتخلية مطلقاً على قول، فيكون الخلاف هناك آتياً هنا، لما حكى عن القاضي من عدم الاكتفاء بالتخلية هنا<sup>(٢)</sup>، وإن قلنا بالاكتفاء بها في البيع.

والفرق على ما ذكروه: أن البيع يوجب استحقاق القبض، فتكفي فيه التخلية، بخلاف الرهن، فإن القبض سبب في استحقاق الأمر المترتب عليه، وفي هذا الفرق نظر، لعدم ظهور الملازمة.

ويمكن أن يفرق بوجه آخر، وهو: أن القبض لما كان جزءاً السبب هنا -على القول باعتباره- وجب فيه الأخذ والنقل؛ لانتفاء المسمى بدونه. وفي البيع: لما كان المقصود به زوال الضمان عن البائع، وانقطاع سلطته حبسه إياه اكتفى بما تزول معه السلطة، وهو رفع اليد والتخلية. وإن كان لا يتم هذا؛ لأن انقطاع سلطنة البائع، والدخول في ضمان المشتري يحتاج إلى تحقق مسمى القبض.

(١) الدروس: ٣٩٦.

(٢) قال السيد العامل في مفتاح الكرامة ٥: ١٥١: قد حكى الشهيد في حواشيه عن القاضي ...

وإنما يصح القبض من كامل التصرف ، وتجري فيه النيابة كالعقد ، لكن لا يجوز للمرتهن استنابة الراهن . وهل له استنابة عبد الراهن ومستولدته ؟ اشكال ينشأ : من أن أيديهم يده ، ويستنيب مكاتبته .

---

قوله : ( وإنما يصح من كامل التصرف ).  
لأن فعل غيره لا يعتد به شرعاً ، فلا يكون مكملأً للسبب الشرعي .  
قوله : ( وتجزئ فيه النيابة ) .

الأولى قراءته بالراء المهملة ، اذ الإجزاء في مثل هذا الموضوع إنما يستعمل بطريق المحاذ ; لأن متعلقه العادات .

قوله : ( لكن لا يجوز للمرتهن استنابة الراهن ).  
لأن القبض المعتبر على القول به ، وهو ما به يتحقق معنى الاستئثار ،  
وذلك قبض المرتهن ، ووكيله دون الراهن ، اذ لا يظهر بقبضه معنى الاستئثار .  
ويضعف : بان القبض إن أريد به الدوام ، فهو غير معتبر أصلاً ، أو  
مسماه ، وهذا مع أنه لا يحصل به كمال معنى الاستئثار ، يصدق في قبض الراهن  
عن المرتهن ؛ لأنه بالوكالة عنه تصير يده يده ، فيكون مقبضاً لكونه راهناً ، وقابضاً  
لكونه وكيل المرتهن . والأصح جواز استنابته فيه ، واختاره في التحرير<sup>(١)</sup> .

قوله : ( وهل له استنابة عبد الراهن ، ومستولدته ؟ اشكال ، ينشأ :  
من أن يدهم يده ) .

ومن مغايرتها للراهن ، والأصح الاكتفاء باستنابتها . وكأنه حاول ادراج  
القن والقنة والمدبر بقوله : ( عبد الراهن ) ، حتى تكون عبارته شاملة لأقسام  
المملوك .

قوله : ( ويستنيب مكاتبته ).  
سواء كانت الكتابة مطلقة أو مشروطة ؛ لانقطاع سلطنة المولى عنه .

وكل تصرف يزيل الملك قبل القبض فهو رجوع كالبيع، والعتق، والإصدق، والرهن من آخر مع القبض، والكتابة، ويلحق به الإحباب، وإن لم يُزل فلا كالوطء من دون الإحباب أو التزويع، والاجارة، والتديير.

**ولو انقلب خمراً قبل القبض فالأقرب الخروج، ولو عاد افتقر إلى**

**قوله: (وكل تصرف يزيل الملك قبل القبض فهو رجوع كالبيع، والعتق، والإصدق، والرهن من آخر مع القبض).**

اذ لا حكم له بدونه لكونه شرطاً. وفي عد هذا من التصرفات المزيلة للملك مناقشة ظاهرة، لكن لما كان الرهن اذا تم أفاد منع الراهن من التصرف، اشبه المزيل للملك في منع التصرف بالإقبض عن الراهن السابق، فيبطل العقد السابق.

ولا تحسن قراءته بالرفع، على أنه مبتدأ محنثف الخبر تقديره: والرهن كذلك ، لأنّه يصير أجنبياً بين قوله: (وكل تصرف يزيل الملك ... ) ، وبين معادله وهو قوله: (إإن لم يُزل فلا) .

**قوله: (والكتابة، ويلحق به الإحباب).**

لأن كلاً منها يمنع المولى من التصرف، وما أحسن قوله: (ويلحق به الإحباب) ، فإنه لا يزيل الملك ، وإنما يمنع التصرف الخرج عن الملك .

**قوله: (ولو انقلب خمراً قبل القبض فالأقرب الخروج).**

أي: لو انقلب الرهن خمراً، وقد كان خلاً أو عصيراً قبل القبض، بناء على اشتراطه ، والمعين للمحنثفات السياق.

وفي قوله: (فالأقرب الخروج) مناقشة؛ لأن المبادر الخروج عن كونه رهناً.

ويرد عليه: أنه لم يصر رهناً بعد، فكيف يتصور خروجه عن ذلك وعدمه، والمطلوب إنما هو بطلان عقد الرهن، الواقع قبل الانقلاب من دون القبض ، بحيث اذا عاد خلاً يحتاج في كونه رهناً الى استئناف عقد آخر.

تجديد عقد، بخلاف ما لو انقلب خمراً بعد القبض فإنه يخرج عن الرهن ثم يعود اليه عند العود خلاً.

ووجه القرب: أن ما بقي - وهو القبض - جزء من أجزاء السبب، فيشترط فيه شروط ابتداء السبب، فكما لا يصح ابتداؤه على الخمر، لا يصح القبض وهو خمر. وفيه نظر؛ لأنّه لا يلزم من ذلك البطلان بالانقلاب، وإنما اللازم عدم جواز القبض في حال كونه خمراً، وهو خلاف المتنازع، ولأن الانقلاب خمراً موجب للخروج عن الملك.

وممّا تخلل بين أجزاء السبب مبطل للملك بطل؛ لخروج الجزء الحاصل عن الصلاحية بذلك. وفيه أيضاً نظر؛ لطرق المنع اليه، ولم لا يجوز أن يرقى العقد الواقع قبل الخمرية على الصلاحية، إلى أن يتضمّن القبض اليه بعدها؟ وما قربه المصنف هو مذهب معظم القائلين باشتراط القبض في الرهن، بل لا نجد الآن من يقول بعدم البطلان من اشتراط القبض في الرهن.

والمصنف في التحرير أسنداً البطلان، وعدم العود بزوال الخمرية إلى القائلين باشتراط القبض<sup>(١)</sup>، وصرح في الدروس بعدم العود<sup>(٢)</sup>، وحكي ذلك ولد المصنف في الشرح عن الشيخ، وأبي الصلاح<sup>(٣)</sup>. وهذا الفرع ساقط عندنا، إذ لا نشترط القبض.

واعلم أن قوله: (ولو عاد افتقر إلى تجديد عقد) بيان لحكم المسألة، الذي هو المراد من قوله: (فالأقرب الخروج)، إذ الخروج عن الرهانة في حال الخمرية لا شبهة فيه، إنما المطلوب أنه هل يعود بعده خلاً أو عصيراً، أم لا؟  
قوله: (أما لو انقلب خمراً بعد القبض، فإنه يخرج عن الرهن، ثم يعود اليه عند العود خلاً).

أما الحكم الأول، فلأنّ الخمر ليس مالاً، فيمتنع كونه رهناً ووثيقه،

(١) تحرير الأحكام: ٢٠٣

(٢) الدروس: ٣٩٦

(٣) إيضاح الفوائد ٢: ٢٩، والشيخ في المبسوط ٢: ٢١٣-٢١٤، وأبوصلاح في الكافي في الفقه:

ولا يجوز اقپاشه وهو خمر، ولا يحرم الامساك ، ولا العلاج ، ولا النقل الى الشمس.

ولورهن الغائب لم يصر رهناً حتى يقپصه هو أو وكيله ، ويحکم على الراهن لو أقر بالاقپاص ما لم يعلم كذبه ، فإن ادعى المواطأة فله الاحلاف .

فيخرج لا محالة .

وأما الحکم الثاني ، فلأن الملك وإن زال إلا أن توابعه باقية ، وهي الأولوية ، وهذا لا يجوز غصبها ، ولا ارافقته بدون رضى من هي بيده . فكما أن الأولوية باعتبار الملك باقية ، وإن خرجت عن الملك فيعود اليه بالعود ، فكذا الأولوية باعتبار التوثيق باقية ، لثبات الرهن واستكماله واصالة عدم الزوال أصلا ، فيعود بالعود .

قوله : (ولا يجوز اقپاشه وهو خمر) .

لما بيّنا من أن جزء السبب يعتبر فيه ما يعتبر في ابتدائه .

قوله : (ولورهن الغائب لم يصر رهناً حتى يقپصه هو أو وكيله) .  
هذا الحکم مبني على اشتراط القبض في الرهن ، وحينئذ فلا بد في حصول الرهن من عود الغائب إلى موضع الرهن ، ليتصور قبضه ایاه عادة ، أو توکيله في القبض لمن كان قريباً ، بحيث يتمكن منه ، سواء في ذلك ما ينقل وغيره ، نص على ذلك الأصحاب<sup>(١)</sup> وغيرهم<sup>(٢)(٣)</sup> .

قال المصنف في التذكرة: يقبل اقرار الراهن بالقبض ويلزمه حکمه بشرط

(١) منهم: الحقق في الشرائع ٢: ٧٥ ، وابن سعيد في الجامع للشرائع: ٢٨٩ .

(٢) منهم: الشافعي وأبوحنيفة كما في المغني لابن قدامة ٤: ٣٩٩ مسألة ٣٢٧٥ .

(٣) (فع: لو كان المرهون في بلاد بعيدة عن موضع المتعاقدين ، فهل يکفى في الاقپاص هنا مجرد لفظ التخلية ، أم لا بد من القرب الذي يتمکن معه من التصرف؟ صريح كلام التذكرة عدم تصوّر القبض مع البعد ، فإنه

قال: يقبل اقرار الراهن بالقبض ويلزمه حکمه بشرط الامکان .

هكذا ورد في النسخة الحجرية على أنه نسخة بدل .

ولا يجوز تسلیم المشاع إلا بإذن الشريك ، فلو سلم بدونه ففي الاكتفاء به في الانعقاد نظر ، أقربه ذلك ؛ للقبض وإن تعدى في غير الرهن .

ولورضي الراهن والمرهن بكونها في يد الشريك جاز ،

الإمكان ، ولا يقبل لوادعى الحال ، كما لوقال : رهنته داري اليوم بالحجز ، وهمما بالعراق ، واقبضتها إياه ، لم يلتفت اليه<sup>(١)</sup> .

وقال شيخنا في الدروس : لو أقر الراهن بالقبض حكم عليه به ، إلا أن يعلم عدمه ، مثل أن يقول بمكة : رهنته اليوم داري بمصر واقبضته ، لأن خرق العادة يلحق بالحال<sup>(٢)</sup> ، ونحو ذلك مذكور في كلام غيرهما . ووجهه : أن قبض الشيء الذي لا ينقل يكون بالسلط عليه بحيث يدخل تحت اليد ، ومع العادة يمتنع ذلك فيشرط لصحته شرعاً القرب عادة ، ولو قلنا بعدم اشتراط القبض في الراهن سقط ذلك .

قوله : (ولا يجوز تسلیم المشاع ، إلا بإذن الشريك ، فلو سلم بدونه ، ففي الاكتفاء به في الانعقاد نظر ، أقربه ذلك ؛ للقبض وإن تعدى في غير الرهن) .

منشأ النظر : أن ذلك قبض منهي عنه شرعاً ، فلا يكون معتبراً ، ومن أن النهي إنما هو لحق الشريك فقط ، للإذن في قبض حق الراهن . وربما بني الحكم في ذلك ، على أن النهي في غير العبادة هل يدل على الفساد أم لا ؟ ووجه البناء أنه إن لم يدل كان القبض صحيحاً ، فيقع عليه اسمهحقيقة ، والأصح الاكتفاء به .

والمراد بقول المصنف : (للقبض) ، حصول القبض المعتبر شرعاً .

قوله : (ولورضي الراهن والمرهن بكونها في يد الشريك جاز) .

(١) التذكرة ٢: ٤٣ .

(٢) الدروس : ٣٩٧ .

وناب عنه في القبض.

ولو تنازع الشريك والمرتهن نصب الحكم عدلاً يكون في يدها ، فيكون قبضاً عن المرتهن .

ولو تنازع الشريك والمرتهن في إمساكه انتزعه الحكم ، وآجره إن كان له أجرة ثم قسمها ،

---

الضمير في (بكونها) يعود إلى المشاع بتأويل العين ، ومثله جائز وواقع .  
قوله : (وناب عنه في القبض) .

أي : وناب الشريك في هذه الحالة عن المرتهن في القبض ، لكن لا بد من إذن الراهن . وهل يكفي إذنه للشريك في القبض ، وللمرتهن فيه أيضاً دون أن يأذن للمرتهن في توكيل الشريك فيه ، أم لا بد من ذلك ؟ فيه احتمال ، وفي الاكتفاء قوة ؛ لاستلزم الإذن لكل منها في القبض الإذن للمرتهن في توكيل الشريك ، نعم لو شرط عليه القبض بنفسه لم يكف .

قوله : (ولو تنازع الشريك والمرتهن نصب الحكم عدلاً يكون في يدها ، فيكون قبضاً عن المرتهن) .

بل مقتضى السياق أن التنازع هاهنا في القبض ، بان أراد المرتهن القبض ، ونازع في ذلك فنائزه الشريك ، وبهذا يفرق بينها وبين المسألة التي تليها ، وإن كان اطلاق العبارة واحلاؤها عن قيد صلحًا للتقييد بما يشتمل القبض والامساك .

ولا ريب في طول العبارة بغير فائدة ، وإنما كان قبض العدل قبضاً عن المرتهن ؛ لأنه نائب عنه بنصب الحكم . ولا بد من تقييد المسألة بكون الراهن قد أذن للمرتهن في القبض ، وإلا لم يعتد بمنازعته .

قوله : (ولو تنازع الشريك والمرتهن في إمساكه انتزعه الحكم ، وآجره إن كان له أجرة ، ثم قسمها) .

التنازع هنا في الإمساك بعد القبض ، وهو استدامة اليد ، وكأنه إنما أفرد

وإلا استأمن من شاء.

ولو حجر عليه لفلس لم يكن له الاقباض؛ لاستعماله على تخصيص بعض الغراماء.  
ولو كانا ساكنين في الرهن فخلي بينه وبينها صحة القبض مع خروج الراهن.  
ولو اختلفا في القبض قدم قول من هو في يده.

---

هذا بخصوصه؛ بعد تصور ثبوت الأجرة لزمان القبض لقصره، بخلاف زمان الإمساك ، ولا محصل لذلك ، لأن اشتراط ثبوت الأجرة عنه يدفع ذلك .  
فلو قال: ولو تنازع الشريك والمرتهن ، وأجره إن كان له أجرة ، وإلا نصب عدلاً ليكون في يدها ، لكن أخضر وتأدي به المراد .  
قوله : (وإلا استأمن من شاء).

أي: وإن لم يكن له أجرة إلى آخره.

قوله : (ولو حجر عليه لفلس لم يكن له الاقباض).  
أي: لو حجر على الراهن لفلس ، قبل اقراض المرتهن وبعد العقد لم يكن له الاقباض إلى آخره ، ولو اق卜ض لم يعتد به ، ولم يتم به الرهن ، لما فيه من تضييع حق الغراماء الباقيين.

قوله : (ولو كانا ساكنين في الرهن ، فخلي بينه وبينها صحة القبض مع خروج الراهن).

فلو لم يخرج لم يصح؛ لثبوت يده على الرهن حينئذ ، وهو مناف للتخلية.  
والضمير في (بينها) يعود إلى الرهن ، بتأويل الدار.

قوله : (ولو اختلفا في القبض قدم قول من هو في يده).

سواء كان في يد الراهن أم المرتهن . ويحتمل تقييد التقديم في العبارة بما إذا كان في يد المرتهن فاسد ، ويرشد إليه قوله بعد: (احتمل ذلك) اذا لا مقتضي للتخصيص هاهنا عملاً بالأصل لو كان في يد الراهن ، وبظاهر حال

ولو اختلفا في الاذن احتمل ذلك ، وتصديق الراهن مع اليدين.  
ولو تلف بعض الرهن قبل القبض ، وكان الرهن شرطاً في البيع  
تحتير البائع بين الفسخ والقبول للباقي ، وليس له المطالبة ببدل التالف ،  
ويكون الباقي رهناً بجميع الثمن ، ولا خيار لو تلف بعد القبض ، وكذا  
يتخير البائع لو تعيبت العين قبل القبض كانهدام الدار . وهذه الفروع

---

اليد - لو كان في يد المترهن -، من أنها يد شرعية واقعة بالاذن . وليس بشيء ، إذ  
الأصل بعد تحقق كون العين ملكاً للراهن ، كون اليد الطارئة يد عدوان ، إذ  
الأصل عدم اذن المالك قطعاً.

هذا إن كان المراد تقديم قول من هو في يده ، حيث لا يعلم سبق الاذن .  
فإن قيدت المسألة ، بما إذا علم سبق الاذن فسد الكلام ، إذ لا معنى للتقديم ولا  
للنزاع بعد تتحقق اليد وسبق الاذن ، ولأن المراد التقديم باليدين ، وهو غلط على هذا  
التقدير .

**قوله : ( ولو اختلفا في الاذن احتمل ذلك )**

أي : تقديم قول من هو في يده ، ووجهه : أن الأصل في اليد كونها شرعية  
بالاذن . وليس بشيء ، لأن ذلك في اليد التي لم يعلم ما ينافيها .  
وأما إذا علم سبق استحقاق شخص آخر ، فالأصل عدم الإذن ،  
والأصل عدم كونها شرعية كما هو ظاهر .

**قوله : ( وتصديق الراهن مع اليدين ) .**

أي : واحتتمل تصديق الراهن إلى آخره ، وهو الأصح : لأن الأصل في  
طرفه .

**قوله : ( وليس له المطالبة ببدل التالف ) .**

لأن الرهن لم يتم ، والاشترط إنما تعلق بالعين ، وقد تعذر بعضها بتلفه .

**قوله : ( ولا خيار لو تلف بعد القبض ) .**

الفرق : تتحقق حصول الشرط في الثاني دون الأول ، بناء على أن القبض  
شرط لانعقاد الرهن .

كلها ساقطة عندنا؛ لعدم اشتراط القبض، نعم لو شرطه وجب.

### فروع :

أ: لو شرطاً وضعه على يد غيرهما لزم، ويشرط فيه كونه من يجوز توكيله، وهو الجائز التصرف وإن كان كافراً أو فاسقاً أو مكاتبًا لكن يجعل، لا صبياً ولا عبداً إلا بإذن مولاه.

ب: لو جعلاه على يد عدلين جاز، وليس لأحدهما التفرد به ولا ببعضه.

ولو سلمه أحدهما إلى الآخر ضمن النصف.

---

**قوله : (نعم لو شرطه وجب).**

هذا ينافي ما ذكروه، من أن الشرط في العقد اللازم لا يجب، وإنما يسلط المشترط على الفسخ بالأخلاق به.

لكن قد ذكرنا فيما سبق، أن وجوبه من مقتضيات العقد، الذي يجب الوفاء به، فيثبت قوله: (أو مكاتبًا، لكن يجعل)؛ لأنه محجور عليه في منافعه، إذ لا يجوز له صرفها في غير الاتكـاسب.

ويجب في الجعل أن يكون بقدر أجرة المثل، مثل ما قلناه. ولو أذن له المولى زال الحجر؛ لأن الحق دائم بينها.

**قوله : (لو جعلاه على يد عدلين جاز، وليس لأحدهما التفرد به ولا ببعضه).**

هذا إذا اشترطاً عليها الاجتماع، أو اطلقا عملاً بظاهر الحال من اختيار الاثنين، لعدم الاتكـفاء بحفظ الواحد، فإن أذنا لها في الانفراد فعل حسب الأذن.

**قوله : (ولو سلمه أحدهما إلى الآخر ضمن النصف).**

لأنها منزلة أمين واحد، ولأن الواجب عوض واحد، وهو متساوٍ يان في ثبوت سبب الضمان، لأن أحدهما متعد والآخر مفترط. وليس بشيء؛ لأن

ويحتمل أن يضمن كل منها في الجميع، ففي استقراره على أيها كان اشكال.

تساويها في ثبوت سبب الضمان لا يقتضي التقسيط. وفمنع كونها بمنزلة أمين واحد، بل كل واحد أمين مستقل على الجميع، غاية ما في الباب، أنه قد شرط عليه انضمام يد أحدهما إلى يد الآخر، وحفظه إلى حفظه.

قوله: (ويحتمل أن يضمن كل منها الجميع).

وهو الأصح؛ لأن كل واحد منها أمين على الجميع، وقد حصل منه سبب الضمان، فيتخير المالك في تضمين من شاء منها.

قوله: (ففي استقراره على أيها اشكال).

أي: فعلى هذا الاحتمال، وهو ضمان كل منها الجميع على طريق البدل، فعل إى العدلين يستقر الضمان؟ فيه اشكال ينشأ: من أن المسلم مضيع بتسليميه، والمتسلم حافظ فقد عمل بمقتضى الاستئمان، فيكون قرار الضمان على المسلم.

ويضعف بأنه لو تم لم يجوز الرجوع عليه بشيء أصلاً، وليس كذلك ، بل يده يد عدوان؛ لأن الاذن لأحدهما في وضع اليد إنما هو مع يد الآخر. ومن أن المسلم مفرط ، والمتسلم عاد ، والعدوان أقوى ، لأن العادي مباشر للتلف ، والآخر سبب ومعد. وليس بشيء؛ لأن كلاً من التفريط والتعدى سبب مستقل في الضمان ، ولكل منها يد على العين ، فإذا تلفت كان التلف مضموناً على كل منها.

ويحتمل وجها ثالثاً ، وهو أن كل من ضمه المالك قرار الضمان عليه فلا يرجع على أحد ، لما قلناه من اشتراكتها في حصول سبب الضمان. ويظهر من كلام الشارحين: أن وجهي الاشكال هو الأول والثالث<sup>(١)</sup> ، والعبارة تأباه ، كما يظهر مما قدمناه.

ج: ليس لأحدهما، ولا للحاكم نقله عن العدل الذي اتفقا عليه ما دام على العدالة، ولم يُحدث له عداوة.

ولو اتفقا على النقل جاز، فإن تغيرت حاله أجيبي طالب النقل، فإن اتفقا على غيره، وإلا وضعه الحكم عند ثقة.

ولو اختلفا في التغير عمل الحكم على ما يظهر بعد البحث.

ولو كان في يد المرتهن فتغيرت حاله في الثقة، أو الحفظ نقله الحكم إلى ثقة.

ولومات العدل نقله إلى من يتلقان عليه، فإن اختلفا نقله الحكم.

---

وهكذا بخط شيخنا الشهيد، فإنه قال في بعض حواشيه: إن منشأ الاشكال من احتمال الوجهين الأولين، قال: وذكر بعض ثالثاً إلى آخره.

واعلم أن لي في أصل هذا الاشكال نظراً؛ لأن المعروف في المذهب في ابواب الغصب وغيرها: أنه اذا استوى شخصان في اثبات اليد عدواً وفي العلم بذلك وانفرد أحدهما بوقوع التلف في يده، أن قرار الضمان عليه.

قوله: (ما دام على العدالة، ولم يُحدث له عداوة).

أي: عداوة دنيوية على الظاهر، اذا لا يؤمن أن يرتكب بعض الحيل المترتب عليها ضرر لأحدهما، ويكتفي في العداوة عداوته للأحدهما.

وب مجرد حصول العداوة لا يخرج عن العدالة، مالم يفعل فعلًا من مقتضيات العداوة يوجب الفسق. ومن هذا يعلم أنه من أول الأمر لا ينعقد الشرط مع العداوة، ولا يسوغ للحاكم استئمان من كان عدواً لصاحب الأمانة.

قوله: (ولو كان في يد المرتهن، فتغيرت حاله في الثقة أو الحفظ نقله الحكم إلى ثقة).

لا يتحقق أن الحكم إنما ينقله مع اختلافهما، أما مع تراضيهما فلا.

ولو كان المترهن اثنين ، فمات أحدهما ضمّ الحاكم الى الآخر عدلاً للحفظ.

د: للعدل رده عليها لا على أحدهما إلا باتفاق الآخر، أو الى من يتفقان عليه ، ويجب عليها قبوليه.

ولو سلمه الى الحاكم ، أو الى أمين مع وجودهما وقبولهما للقبض من غير إذن ضمن ، فإن اختفيأ عنه سلمه الى الحاكم .

ولو كانوا غائبين ، أو أحدهما لم يجز له تسليمه الى الحاكم ولا غيره ، من غير ضرورة فيضمن.

ومع الحاجة سلمه الى الحاكم ، أو الى من يأذن له ، فإن سلمه الى الثقة من غير إذن الحاكم ضمن.

ولو تعذر الحاكم ، وافتقر الى الاريداع أودع من ثقة ولا ضمان .  
هـ: لوم يمتنعا من القبض ، فدفعه الى عدل بغير إذنها ضمن .  
ولو اذن له الحاكم ضمن أيضاً؛ لانتفاء ولايته عن غير الممتنع ،  
ويضمن القابض أيضاً.

---

قوله : ( وإن كان المترهن اثنين ، فمات أحدهما ضمّ الحاكم عدلاً للحفظ ).

لا يتحقق أن هذا حيث لا يكون كل منها مأذوناً له في الانفراد .

قوله : ( ولو اذن له الحاكم ضمن أيضاً...).

أي: ضمن الدافع؛ لأن تسليمه حينئذ عدوان وإن اغتر باذن الحاكم ،  
لكن في هذه الحالة يرجع على الحاكم إن تعمد ، وإلا فهو من خطأ الحاكم .

قوله : ( ويضمن القابض أيضاً).

لأن يده عادية ، ولا أثر لعدم علمه بالحال ، لكنه مع الجهل يرجع على

من غره .

ولو امتنعا لم يضمن بالدفع الى العدل مع الحاجة وتعذر الحاكم ،  
فإن امتنع أحدهما فدفعه الى الآخر ضمن . والفرق: ان العدل يقبض لها ،  
والآخر يقبض لنفسه .

و: لو أمر العدل بالبيع عند الحلول فله ذلك ، وللراهن فسخ  
الوكالة ، إلا أن يكون شرطاً في عقد الرهن . وليس للمرتهن عزله؛ لأن  
العدل وكيل الراهن لكن ليس له البيع إلا باذنه .

قوله : (والفرق: أن العدل يقبض لها ، والآخر يقبض لنفسه) .  
قيل عليه: لو قبض الآخر لنفسه ولآخر وجب أن يجوز التسليم اليه .  
قلنا: قبضه لنفسه أو لها مرجعه الى قصده ، وهو أمر خفي وليس هو  
المراد ، وإنما المراد: أن العدل الأجنبي لما لم يكن له في العين حق فهو لا يقبض  
إلا لها ، لعدم ظهور ما يقتضي خلاف ذلك . وأما أحدهما فان شأنه أن يقبض  
لنفسه ، وهذا ظاهر حاله باعتبار أن له في العين حقاً ، فلا يجوز تمكينه حينئذ  
منها ، نظراً الى هذا الظاهر .

قوله : (ال السادس: لو أمر العدل بالبيع عند الحلول فله ذلك) .  
صرح الأصحاب: بأنه لا بد لجواز البيع من اذن المرتهن ، لتعلق حقه  
بالعين من حيث كونها وثيقة ، فلا يسوغ التصرف بها على وجه يفضي الى ابطال  
التوثق ، ولأن البيع لحقه فيتوقف على اذنه<sup>(١)</sup> .

قوله : (وليس للمرتهن عزله؛ لأن العدل وكيل الراهن) .  
وذلك لأن المالك هو الراهن دون المرتهن ، وإن كان له حق التوثق ،  
فلا يكون له عزل الوكيل ، لأنه نائب عن المالك ، بل له منعه لحقه وثيق وكالته  
بحالها .

وتظهر الفائدة لو وكله في البيع - ولم يقيد بكونه لاداء دين الرهن - ثم  
حصل الافتراك فان الوكالة تبقى .

(١) منهم: الشيخ في المبسوط ٢: ٢١٧، والعلامة في التذكرة ٢: ٣٤، والشهيد في الدروس: ٤٠٥

ولو لم يعزله لم يبع عند الحلول إلا بتجديد إذن المرتهن؛ لأن البيع لحقه فلم يجوز حتى يأذن فيه، ولا يفتقر إلى تجديد إذن الراهن. ولو أتلف الرهن أجنبي فعليه القيمة، تكون رهناً في يد العدل، وله المطالبة بها. وهل له بيعها بالإذن في بيع الأصل؟ الأقرب المنع.

**قوله:** (ولو لم يعزله لم يبع عند الحلول، إلا بتجديد إذن المرتهن؛ لأن البيع لحقه، فلم يجوز حتى يأذن فيه).

في استناد نفي العزل إليها توسيع بين، فإن المرتهن ليس له عزله كما علم عن قريب، وإنما المراد بعدم العزل بالإضافة إلى المرتهن، عدم المنع من البيع ولا يتحقق ضعف ما ذكره من التعليل، فإن كون البيع لحقه لا يستلزم وجوب تجديد الإذن، استصحاباً لما كان كما في الراهن، والفرق غير ظاهر، لكن الشيخ ذكر ذلك<sup>(١)</sup> وتبعه الجماعة<sup>(٢)</sup>.

**قوله:** (ولو أتلف الرهن أجنبي فعليه القيمة، تكون رهناً في يد العدل).

هذا الحكم في الرهن المشروط وضعه على يد عدل في العقد، وإنما ثبت كونه في يد العدل؛ لأن القيمة بدل من العين المرهونة، وقائمة مقامها في الرهن.

**قوله:** (وله المطالبة بها).

لأنه أمين في حفظها، وذلك حق له وسلطنة.

**قوله:** (وهل له بيعها بالإذن في بيع الأصل؟ الأقرب المنع).

وجه القرب: أن الوكالة بالبيع إنما كانت في العين، وقد ذهبت ولم تتعلق بالقيمة، ولا دل دليل على تعلقها بها. ويحتمل أن له ذلك ، لمثل ما قلناه في ثبوت الاستثمار في القيمة، كما كان في الأصل.

والفرق: أن الاستثمار مخصوص نفع، اذ هو حفظ للعين وصيانتها ، فلا

(١) المبسوط : ٢٠١٧

(٢) منهم: الشهيد في الدروس : ٤٠٥

ز: لو عينا له ثمناً لم يجز له التعدي، فإن اختلفا لم يلتفت إليها، إذ للراهن حق ملكية المثلث، وللمرتهن حق الوثيقة، فيبيعه بأمر الحاكم بنقد البلد، وافق الحق أو قول أحدهما أو لا، فإن تعدد فبالأغلب، فإن تساويما فبمساوي الحق، وإن باليها عين له الحاكم. ولو باعه نسيئة لم يصبح إلا بإذن.

ح: كل موضع يحكم فيه ببطلان البيع يجب رد المبيع، فإن تلف تخير المرتهن في الرجوع على من شاء من العدل والمشترى

يحتاج إلى مزيد احتياط، بخلاف البيع؛ لأنّه بمعرض حصول الضرر، وحاله ليس كحال الحفظ، فلا يكتفى في جوازه بالسبب الضعيف، بل لا بد من رعاية الاحتياط بتتجدد الاذن، وهو الأصح.

قوله: (لو عينا له ثمناً لم يجز له التعدي).

هذا في جانب النقيصة، أما الزيادة فسيأتي في الوكالة: أنه يجوز البيع بزيادة عما قال الموكل، لكن هذا حيث لا يمنع من الزيادة.

قوله: (فإن تعدد فبالأغلب).

أي: فإن تعدد النقد، كما لو صدر الأمر بالبيع بمائة درهم، والدرارهم متعددة، وهذا صالح لما إذا عينا المثلث، وما إذا اختلفا فعيّن الحاكم، وإن كان قوله بعد: (وإن باليها عين له الحاكم) يشعر بعوده إلى ما إذا عين له الحاكم إذ مع التعدد وكون تعين القدر منها يرجع إليها في تعين النقد.

والضمير المشى في قوله: (وإن باليها) يعود إلى التقدين، والأول يعود إلى الحق.

قوله: (فإن تلف تخير المرتهن في الرجوع على من شاء، من العدل والمشترى).

إن قيل: إن يد العدل يد أمانة، فكيف يضمن؟

قلنا: دفعه بالبيع الفاسد غير مأذون فيه، إذ لا يتناوله العقد الصحيح

بالأقل من الدين والقيمة؛ لأنَّه يقبض قيمة الراهن مستوفياً لحقه لا رهناً، فإنَّ فضل من القيمة عن الدين فللراهن الرجوع به على من شاء من العدل والمشتري.

ولو استوفى المرتهن من الراهن دينه رجع الراهن بالقيمة على من شاء، ومتى ضمن العدل رجع به على المشتري، ولا يرجع المشتري عليه لو ضمن.

ط: لو عيَّنا له قدرًا لم يجوز بيعه بأقل، ولو اطلقًا باع بشمن المثل، أو زيادة خاصة.

ولو باع بأقل مما لا يتغابن الناس به بطل البيع وضمن، ولو كان مما يتغابن به صح ولا ضمان.

والتسليم به، فيكون مضموناً حينئذ.

قوله: (بالأقل من الدين والقيمة؛ لأنَّه يقبض قيمة الراهن مستوفياً لحقه لا رهناً).

لأنَّ الفرض: أنَّ البيع لوفاء دينه، وذلك لا يكون غالباً إلا بعد الحلول، والجار متعلق بالرجوع.

قوله: (ومتى ضُمِّنَ العدل رجع به على المشتري، ولا يرجع المشتري عليه لو ضُمِّنَ).

يجب أن يقرأ (ضمن) في الموضعين مشدداً مبنياً للمجهول، والفرق: أن تلف البيع لما كان بيد المشتري كان قرار الضمان عليه.

قوله: (ولو باع بأقل مما لا يتغابن الناس به بطل البيع وضمن). أي: مما لا يتسامح الناس به في غبن بعض بعضاً، كنقصان عشرين في المائة. والمرجع في ذلك العرف، فيضمن العين لو ذهبت للتعدي.

ي: لو تلف الثمن في يده من غير تفريط فلا ضمان، والأقرب انه من ضمان الراهن؛ لأن وكيله. ويحتمل المرتهن؛ لأن البيع لأجله. ويقبل قوله مع اليدين لو ادعى التلف، ولو ادعى قبضه من المشتري وخالفاه احتمل المساواة؛ لأنه أمين فيبدأ بيمينه دون المشتري، وتقديم قولهما؛ لأنها منكران.

---

**قوله: (والاقرب أنه من ضمان الراهن؛ لأن وكيله).**

قد تقرر أنه وكيل الراهن في التصرف خاصة، اذ ليس للمرتهن إلا حق الوثيقة كما سبق، فيكون قبضه له، فاذا تلف بغير تفريط كان من مال الراهن، إذ لا ضمان على الأمين اذا لم يُفرط، وهذا هو الأصح.

**قوله: (ويحتمل المرتهن؛ لأن البيع لأجله).**

أي: ويحتمل كونه من ضمان المرتهن؛ لأن البيع لما كان لأجله كان وكيلًا له في قبض الثمن. وليس بشيء، إذ لا يلزم من كونه وكيلًا له في حفظ الرهن من جهة استحقاق الاستئثار أن يكون له وكيلًا في قبض الثمن، وهو ظاهر.

**قوله: (ويقبل قوله مع اليدين لو ادعى التلف).**

حيث لا بينة، ولم يصدقه المالك لأنه أمين، فيقبل قوله باليدين، بناء على ظاهر حال المسلم من أداء الأمانة، ولأنه لو لا ذلك لأدى الحال إلى تنفر الناس من قبول الوكالة، فيلزم ضيق الأحوال على الناس.

**قوله: (ولو ادعى قبضه من المشتري، وخالفاه احتمل المساواة؛ لأنه أمين فيبدأ بيمينه دون المشتري، وتقديم قولهما؛ لأنها منكران).**

أي: لو ادعى العدل قبض الثمن من المشتري، وتلفه بغير تفريط، وإن لم يذكر في العبارة، لأن ما قيل يدل على ارادته.

**(وخالفاه) أي: الراهن والمرتهن، احتمل المساواة لمسألة السابقة، في قبول قوله بيمينه نظراً إلى كونه أميناً، فلا يختلف الحال في دعوى التلف بين كون**

القبض معلوماً، أولاً، واذا برأ العدل بيمينه - نظرأ لما قلناه - لم يلزم براءة المشتري من الدعوى؛ لأن مين العدل إنما هو لدفع الغرم عن نفسه بمقتضى اقراره بالقبض، لا لدفع الدعوى عن المشتري.

ولا يلزم من اقراره بالقبض تحققه؛ لإمكان كونه كاذباً، فتبقى الدعوى على المشتري بحالها، ولأن مين شخص عن الدعوى المتعلقة به لا يسقط الدعوى عن غيره. ويحتمل تقديم قوله - أي الراهن والمرتهن - لأنها منكران. وفي هذا الاحتمال مناقشة؛ لأن تقديم قوله إن كان بالنسبة إلى تضمين العدل فليس بظاهر؛ لأن العدل أمين، وقوله في التلف مصدق. وأما إقراره بالقبض، فإن كان مصدقاً فلا بحث في تصديقته في التلف بيمينه، وإن لم يكن مصدقاً فلا حاجة إلى مينه للتلف، والمدين منحصر في جانبها مع عدم البينة، فيكون الغرم على المشتري. وهذا بالنسبة إلى العدل.

وأما بالنسبة إلى المشتري، فقد ذكر أنه على تقدير تصديق العدل في ذلك بيمينه لا يبرأ بذلك ولا يصدق باليمن، فالحال بالنسبة إليه منحصر في عدم قبول قوله بيمينه، وإنما المصدق باليمن قوله ، فلا معنى لهذا الاحتمال. ويحتمل أن يكون الاحتمال الأول متزلاً على أن تصديق العدل في دعوى القبض والتلف بيمينه موجباً للبراءة وبراءة المشتري، لاستلزماته ذلك . بخلاف المشتري لو ادعى ذلك ، فإنه لا يصدق باليمن. إلا أن هذا مستبعد من وجهين: الأول: بعده عن العبارة، فإنه لا يتبادر منها إلى الفهم ، والمتبادر خلافه، وفهمه منها يحتاج إلى تقدير حذف كثير.

الثاني: ان الحكم بحسب الواقع لا يطابق ذلك ؛ لأن اقرار العدل بالقبض لا يوجب القطع بوقوعه ، لتدفع الدعوى عن المشتري. وربما حصلت التهمة عند الراهن والمرتهن في صدق العدل والمشتري في وقوع القبض ، فلا تسقط الدعوى عنه. وأيضاً فإن مين العدل إنما هو لحصول التلف؛ لأن القبض يكفي فيه اقراره، فلا يحتاج إلى مين لأجله بالنسبة إليه.

يا: لو خرج الرهن مستحقا فالعهدة على الراهن لا العدل ان علم المشتري بوكالته فان علم بعد تلفه الثمن في يده رجع على الراهن.

---

لأنه بدون اقراره بالقبض لا يتوجه عليه طلب الثمن، ليدفعه عن نفسه بدعوى التلف واليمين عليه، فلا وجه حينئذ للتردد في قبول قوله في ذلك بيمنيه، والإتيان بالحكم احتمالاً. وبالجملة فالعبارة لا تخلو من شيء.

**قوله:** (لو خرج الرهن مستحقاً فالعهدة على الراهن لا العدل إن علم المشتري بوكالته).

حال العقد؛ لأنه لم يبأيه إلا على أنه نائب عن الغير، فكان العقد في الحقيقة من الراهن، واقباض الثمن له، والعدل وسيط ليس له في الاقباض اعتبار، حيث أن يده للغير يد نيابة عنه.

ولا يرد: أن تضمينه فيها لو ظهر البيع فاسداً، وتلف المبيع في يد المشتري يقتضي التضمين هنا؛ لأن هناك متعد بالتسليم، اذ ليس مأذوناً فيه، وليس يده يد نيابة عن الغير، وهنا لا عدوان منه؛ لأن يده يد نيابة للغير، وتسليم باذن المشتري لمالك المبيع، وإن كان المشتري إنما سلم الثمن ظناً منه أن البيع صحيح؛ لأن هذا الظن لا يخل بكون التسلیم بالاذن في الجملة، ولا بكون التسلیم إنما هو للراهن في الحقيقة.

والوكيل وسيط، فهو بنزلة الناقد لو نقد الثمن وسلمه إلى البائع، والدلال سلم إليه أيضاً بالإذن فلا يتوجه عليه ضمان.

**قوله:** (فإن علم بعد تلف الثمن في يده، رجع على الراهن).

ينبغي أن يقرأ (علم) مبنياً للمجهول، لئلا يتوهم عود الضمير إلى المشتري فيفسد المعنى؛ لأن العلم المؤثر من المشتري بكون العدل وكيلًا إنما هو حالة البيع - كما سيأتي - لا بعده. والمعنى: فإن علم الاستحقاق بعد تلف الثمن في يد العدل فالرجوع على الراهن؛ لأن القبض له كما بيناه، لا على العدل.

ولو علم بعد دفع الثمن الى المرتهن رجع المشتري عليه لا على العدل ، ولو رده بعيب رجع على الراهن خاصة لأن العدل وكيل والمرتهن قرض بحق .

ولو لم يعلم المشتري بوكالة العدل حالة البيع فله الرجوع على العدل ،

---

قوله : ( ولو عُلم بعد دفع الثمن الى المرتهن رجع المشتري عليه لا العدل ) .

ينبغي أن يقرأ (علم) مبنياً للمجهول أيضاً مثل ما سبق ، وإنما استحق المشتري الرجوع على المرتهن؛ لأنَّه قبض ما لا يستحقه ، لكونه باقياً على ملك المشتري ، لفساد البيع .

وأما عدم الرجوع على العدل فقد سبق تقريبه ، وفي عبارة المصنف مساعدة ، للعطف على الضمير المجرور بدون شرطه .

قوله : ( ولو رده بعيب رجع على الراهن خاصة؛ لأن العدل وكيل ، والمرتهن قرض بحق ) .

الفرق بين الرد بالعيوب ، وظهور الاستحقاق: أن الرد بالعيوب يقتضي فسخ العقد الواقع من حينه على تقدير صحته ، فلا ينافي وقوعه صحيحاً ، ومتى وقع العقد صحيحاً كان قبض المرتهن للثمن بحق؛ لكونه ملك الراهن ، وتعلق حكم الاستئناف به ، بخلاف ظهور الاستحقاق ، فإن العقد المترتب عليه باطل ، فلا يدخل الثمن في ملك الراهن ، فلا يصح قبض المرتهن له .

قوله : ( ولو لم يعلم المشتري بوكالة العدل حالة البيع فله الرجوع على العدل ) .

يمكن أن يكون هذا من أقسام مسألة العيب ، كما يقتضيه باقي الكلام؛ لاختصاص باقيه بالعيوب . ويمكن عوده الى الأولى ، لأنَّه معادل لقوله: (إن علم المشتري) وهو المبادر الى الفهم ، لولا ما يقتضيه آخر الكلام .

ويرجع العدل على الراهن إن اعترف بالعيوب أو قامت به ببينة ،

ولا يبعد عوده إلى كل من المُسأليْن ، فالي الأولى بقرينة المعادلة ، والى الثانية بمقتضى باقي الكلام .

اذا تقرر هذا ، فعدم علم المشتري بوكالة العدل يقتضي كون المعاوضة باعتقاده جارية بينها ، وأن الثمن المدفوع اليه مملوك له ، فيكون مضموناً عليه بمقتضى ذلك الاعتقاد .

وكذا كل وكيل باع مال غيره ولم يعلم المشتري ، ويجبيء في شرائه لغيره مثل ذلك ، لكن قول المصنف : (حالة البيع) يقتضي أنه لوم يعلم حالة البيع ، لكن علم حال الاقباض للثمن بكونه وكيلًا يستحق الرجوع عليه . وفيه نظر؛ لأن الاقباض له لم يكن لنفسه فيكون مضموناً ، بل للموكل ، وهو الراهن ، فيكون اعتبار يده بالنسبة اليه ساقطاً ، اذ يده في الحقيقة إنما هي للراهن .

وفي التذكرة اطلق العباره ولم يقييد بحاله البيع ، فانه قال : فان كان العدل قد أعلم المشتري أنه وكيل الراهن ، فإن العهدة على الراهن<sup>(١)</sup> ، وفي هذا الاطلاق أيضا شيئاً ، وكأنه هنا بنى على ما هو الغالب ، من أن الاقباض للثمن متصل بالعقد - خصوصاً في البيع - بالوكالة ، فالعلم بكونه وكيلًا في حال العقد والقبض واحد عرفاً .

قوله : (ويرجع العدل على الراهن إن اعترف بالعيوب ، أو قامت به ببينة) .

لا يتحقق أن الضمير المستكثن في (اعترف) للعدل لا للراهن ، ليكون قوله : (فإن انكر) معادلاً له . ويكتنع عود ضمير (أنكر) ، إلى غير العدل ، كما سيأتي ، وإن كان مع ذلك اعتراف الراهن ، أو قيام البينة ، أو حلف العدل اليدين المردودة شرعاً لرجوعه بحسب الواقع .

فان انكر فالقول قول العدل مع يمينه فان نكل فحلف المشتري رجع على العدل ولا يرجع العدل على الراهن لاعترافه بالظلم.

يب: لو تلف العبد في يد المشتري ، ثم بان مستحقاً قبل أداء الثمن رجع المالك على من شاء من الغاصب ، والعدل ، والمرهن القابض ، والمشتري ،

---

قوله : (فان انكر فالقول قول العدل مع يمينه).

أي: فان انكر العدل العيب الذي ادعاه المشتري ، والحال أنه لم يعلم بوكلته ، ولم يقم به بينة فالقول قوله بيمينه كما هو ظاهر. ولا يجوز عود الضمير الى الراهن؛ لأنه لا معنى لكون القول قوله بيمينه حينئذ ، وليس صحيحاً.

قوله : (فان نكل ، فحلف المشتري رجع على العدل).

أي: فان نكل العدل عن اليدين ، وقد انكر العيب ، فحلف المشتري بالرد رجع على العدل ، وهو ظاهر.

قوله : (ولا يرجع العدل على الراهن؛ لاعترافه بالظلم).

لأنه انكر العيب ، وذلك يقتضي بطلان دعوى المشتري ، وكونه ظالماً ، فلا توسيع له المطالبة بما أقر بكون المطالبة به ظالماً ، ومن ثم لا تسمع دعواه ولا بینته.

ولو أظهر تأويلاً ، كان قال: إن إنكار العيب كان جرياً على الظاهر من أن الأصل الصحة لم يبعد استحقاق المطالبة على تقدير الإثبات ، وقد سبق مثله في بيع المغصوب في أول كتاب التجارة.

قوله : (لو تلف العبد في يد المشتري ، ثم بان مستحقاً قبل أداء الثمن رجع المالك على من شاء من الغاصب ، والعدل ، والمرهن القابض ، والمشتري).

لا خصوصية للعبد في فرض المسألة فيه ، وإنما ذلك على طريق التمثيل . وإنما اعتباري المرهن كونه قابضاً؛ لأنه اذا لم يقبض لم يكن له يد على المغصوب.

ويستقر الضمان على المشتري للتلف في يده، ولو لم يعلم بالغصب  
استقر الضمان على الغاصب.

يج: لو ادعى العدل دفع الثمن الى المرهن قبل قوله في حق  
الراهن؛ لأنّه وكيله على اشكال ،

وليس من لوازم الرهن قبضه، إما بناء على كون القبض ليس شرطاً ظاهراً، وإما  
على الآخر فلإمكان التوكيل فيه.

قوله : (ويستقر الضمان على المشتري؛ للتلف في يده).

هذا اذا كان المشتري عالماً بالغصب؛ لمساواته للغاصب في العلم  
بالعدوان، وانفراده بالتلف في يده الموجب لانحصار الغرم في جانبه. ويعلم هذا  
القيد من قوله بعد: (لو لم يعلم ...).

قوله : (لو لم يعلم بالغصب استقر الضمان على الغاصب).

هذا اذا لم يكن العدل، والمرهن القابض عالماً بالغصب أيضاً؛ لأن  
المشتري مغور حينئذ، فإن علموا جميعاً كان له الرجوع على من غرّه منهم ، وعليه  
يستقر الضمان على الظاهر؛ لاستوائهم في يد العدون ، والعلم بالحال ، وانفراده  
بتغيريـر. ولو اشتركوا فيه كان له الرجوع على من شاء ، ولا يرجع على غيره لما  
قلناه. ومنه ما لو باعه واحد وسلمه آخر على الظاهر.

قوله : (لو ادعى العدل دفع الثمن الى المرهن قبل قوله في حق  
الراهن؛ لأنّه وكيله على اشكال).

قال الشارح: إن الاشكال هنا في مسائلتين: أحدهما: أن الوكيل في  
الدفع اذا دفع من غير اشهاد، هل يكون ضامناً ، أم لا؟<sup>(١)</sup> وفي دلالة العبارة على  
ما ذكره نظر.

نعم يستفاد من كلام المصنف الآتي ثبوت اشكال في المسألة، وإن لم  
تفده هذه العبارة، على أنه لا دخل لذلك في أن القول قوله أو قول الراهن؛ لأن

ولا يقبل قوله في حق المرتهن؛ لأنّه وكيله في الحفظ خاصة فلا يقبل قوله في غيره، كما لو وَكِلَ رجلاً في قضاء دين فادعى تسليمه إلى صاحب الدين.

---

هذا هل يعد تفريطاً أم لا؟ سواء كان القول قوله أم قول الراهن. نعم قد يتصرّر له اعتبار، وهو أنه على تقدير عده تفريطاً لا تكون دعواه الأداء تامة، إلا إذا قال: وآشهدت في وقت الأداء؛ لأنّه ما دام لا يقول ذلك لم يدع دعوى على تقدير صحتها تكون مسقطة للمطالبة والرجوع، فلا تكون مسومة ولا يترتب عليه جواب.

ويكفي قوله: وآشهدت، وما أدى معناه كأدّيت على الوجه الشرعي، ومع هذا فلا ربط للعبارة بهذا، ولا اشعارها به بوجه من الوجوه.

ومنشأ الاشكال: من حيث أنه أمين، فظاهر حاله أداء الأمانة، ولأنه لولا ذلك لادى إلى عدم قبول الوكالة، فيفضي إلى الضرر، ومن أن الأصل عدم.

وسيأتي في الوكالة إن شاء الله، أن الوكيل إذا ادعى الرد كان القول قوله بيّmine، إذا لم تكن الوكالة بجعل، فعلى هذا تكون الفتوى هنا كذلك ، ومتى لم يشهد ، وقلنا بأن ذلك تفريط كان موجباً لضمانه.

قوله: (ولا يقبل في حق المرتهن؛ لأنّه وكيله في الحفظ خاصة، فلا يقبل في غيره).

هذا أقوى؛ لانتفاء الوكالة في الأداء من طرفه. قوله: (كما لو وَكِلَ رجلاً في قضاء دين، فادعى تسليمه إلى صاحب الدين).

فإن القول قول صاحب الدين بيّmine قطعاً، وحال المرتهن لا ينقص عن ذلك.

ويحتمل قبول قوله على المرتهن في إسقاط الضمان عن نفسه لا عن غيره، فعلى هذا إن حلف العدل سقط الضمان عنه، ولم يثبت على المرتهن أنه قبضه. وعلى الأول يحلف المرتهن فيرجع على من شاء، فإن رجع على العدل لم يرجع العدل على الراهن؛ لاعترافه بالظلم، وإن رجع على الراهن لم يرجع على العدل إن كان دفعه بحضورته، أو ببينة ماتت، أو غابت لعدم التفريط في القضاء،

**قوله : (ويحتمل قبول قوله على المرتهن في إسقاط الضمان عن نفسه لا عن غيره).**

لأنه أمين فيقبل قوله في إسقاط الضمان عن نفسه. ولا دلالة فيه؛ لأن مقتضاه قبول قوله في حق من هو أمين عنه، وليس أميناً عن المرتهن فيما عدا حفظ الوثيقة، لا في الأداء ولا في القبض، فلا وجه لقبول قوله في حق المرتهن.

**قوله : (فعلى هذا إن حلف العدل سقط الضمان عنه، ولم يثبت على المرتهن أنه قبضه).**

أي: فعلى الاحتمال الثاني يتغى الضمان عنه بالنسبة إلى الراهن والمرتهن معاً؛ لقبول قوله في حقها، ولا يثبت على المرتهن أنه قبضه؛ لأن اليمين شيء لا يقتضي ثبوت شيء آخر، والأصل بقاء حقه فيرجع على الراهن، وللراهن إخلاف المرتهن حينئذ على عدم القبض.

**قوله : (وعلى الأول يحلف المرتهن فيرجع على من شاء).**

من العدل والراهن، لأصالة عدم الأداء بالنسبة إليه، وله حق متعلق بعين ثمن الرهن فلا يسقط. ولا بد في هذه اليمين من طلب العدل أو الراهن؛ لأن الدعوى لها، لكن لو أحلفه أحدهما، هل يعني عن يمين الآخر؟ فيه تردد، ينشأ: من أن الدعوى واحدة، ومن أن لكل منها حقاً. والظاهر أنه لو أحلفه أحدهما قبل انشاء الدعوى من الآخر بقي حق الآخر، فله الدعوى والإخلاف.

**قوله : (وإن رجع على الراهن لم يرجع على العدل إن كان دفع بحضورته، أو ببينة، ماتت أو غابت، لعدم التفريط في القضاء).**

وإلا رجع على اشكال منشأه التفريط ، وكونه أميناً له اليدين عليه إن كذبه .

يد: لو غصبه المرتهن من العدل ، ثم أعاده اليه زال الضمان عنه:

أما مع الدفع بالبينة؛ فلأنه قد حافظ على طريق الاحتياط ، وأما مع الدفع بحضوره الراهن ، فإن التقصير يترك الاشهاد حينئذ مستند إلى الراهن ، لعلمه بالحال ، وسكته عليه ، فلا يعد العدل مفرطاً حينئذ. وإنما فرض البينة غائبة أو ميتة ليتم له انكار المرتهن ، وعدم امكان اثباته عليه.

قوله: (وإلا رجع على اشكال ، منشأه التفريط).

وإن انتقى الأمران: اشهاد ببينة ماتت ، أو غابت ، ودفعه بحضوره الراهن ، رجع الراهن على العدل على اشكال ، ينشأ: من ان التردد في كونه مفرطاً يترك الاشهاد ، وعدمه.

وربما بني الاشكال على كونه وكيلًا في ابراء ذمته في نفس الأمر فقط ، أو في الإبراء باطنًا وظاهراً ، وفي استعلام ذلك من التوكيل تأمل . وليس ببعيد أن يقال: إن الوكيل يجب عليه رعاية الغبطة والمصلحة ، بالنسبة إلى الموكل ، والأخذ بما يكون سليماً عن التضييع ، وهذا لا يجوز له البيع نسيئة ، ولا التسلیم قبل التسلیم.

ولا ريب أن الدفع بغير اشهاد معرض للانكار ، وموت القابض ، وعدم علم الوارث بالقبض ، فعد ذلك تفريطاً موجباً للضمان لا يخلو من قوة . واعلم أن قوله: (وكونه أميناً له اليدين عليه إن كذبه) ، ظاهر العبارة أنه من جملة منشأ الإشكال ، فيكون وجه الشق الآخر ، وهو عدم استحقاق الرجوع . ولا يكاد يستقيم ، لأن كونه أميناً - وكون الأمين إنما عليه اليدين إذا كذبه مستأمنه في الأداءـ إنما يكون مع عدم تقصيره وتفريطيه ، فإذا قصر وفرط يضمن ، وإن حصل القطع بصحة قوله فلا يثبت به المدعى .

قوله: (لو غصبه المرتهن من العدل ثم اعاده اليه زال الضمان) . لأن الغاصب يبدأ بالتسليم إلى المالك ، أو إلى وكيله في القبض ، والعدل

## الفصل السادس : في اللواحق:

لو مات المرتهن ولم يعلم الرهن كان كسبيل ماله، ويجوز للمرتهن

وكيل فيه فييراً بالتسليم اليه، ويخرج عن الغصب والضمان به.

قوله : (لو مات المرتهن ولم يعلم الرهن كان كسبيل ماله).

المراد من العبارة: أنه اذا كان الرهن في جملة تركة المرتهن بحسب الواقع، ومات المرتهن، ولم يكن ذلك معلوماً، فما تركه من الاعيان بحسب الظاهر ماله، وإن كان في نفس الأمر بعضها مال الراهن؛ لأن المكلف به هو العمل بالظاهر.

وقول المصنف: (كان كسبيل ماله) حاول به افاده هذا المعنى؛ لأنه ليس مالاً له في الواقع، وإنما هو ماله ظاهراً، هذا هو المراد من العبارة، وإن كانت دلالتها عليه لا تخفي من خفاء؛ لأنه ربما أو همت أن الرهن اذا لم تعلم عينه في التركة، ولكن علم حصوله في الجملة يكون كسبيل ماله، والمتصور هنا ثلاثة صور:

أ: ما ذكرناه أولاً.

ب: أن يعلم رهن في التركة، ولا تعلم عينه، فلا طريق إلا الصلح إن لم يعلم القدر والقيمة.

ج: أن يعلم في يد الميت قبل موته رهن، ولم يوجد في التركة، واحتتمل الحال تلفه بغير تفريط وبقاوته عنده. وإن لم تعلم عينه، أو تصرفه فيه على وجه يكون مضموناً فيعارض أصلان: أصل البراءة، وأصل بقاء ملك الراهن وعدم طروع ما يتضمني خروجه عنه.

وعند التحقيق: أصل بقاء الملك لا يعارض أصل البراءة، لأن أصلالة بقاء الملك لا تقضي شغل ذمة المرتهن به، وسيأتي نظير هذه المسألة في الفراغ ان شاء الله تعالى.

إذا تقرر هذا، فالذى يمكن حمل عبارة الكتاب عليه، هو المسألة الأولى، لامتناع انطباقها على واحدة من الآخرين.

ابتياع الرهن ، فإن كان وكيلًا فالأقرب جواز بيعه من نفسه بشمن المثل ، وحق المرتهن أقدم من حق الحي والميت ، فإن قصر الثمن ضرب بفاضل دينه مع الغرماء ، والرهنأمانة في يده لا يضمن إلا بالتفريط ، ولا يسقط من دينه شيء .

فإن تصرف بركوب ، أو سكني ، أو لبن وشبهه فعليه الأجرة والمثل ، ويقاص في المؤونة ،

---

قوله : (فإن كان وكيلًا فالأقرب جواز بيعه من نفسه بشمن المثل) .

وجه القرب : أن الغرض - وهو البيع بالثمن المطلوب - حاصل ، وخصوص المشتري غير منظور اليه . ويجتهد العدم : لأن ظاهر الوكالة لا يتناوله ، والأصح أنه إنما يجوز بالاذن ، أو وجود قرينة تدل عليه .

قوله : (وحق المرتهن أقدم من حق الحي والميت) .

أي : استحقاق المرتهن بالرهن في الاستيفاء من قيمته مقدم على استحقاق باقي الغرماء ، من جهة الحي وإن حجر عليه والميت .

قوله : (ولا يسقط من دينه شيء) .

أي : لو تلف بغير تعد ، ولا تفريط .

قوله : (فإن تصرف بركوب ، أو سكني ، أو لبن وشبهه فعليه الأجرة والمثل) .

الاجرة في مثل الركوب ، والمثل في مثل أخذ اللبن ، فاللطف والنشر مرتب .

قوله : (ويقاص في المؤونة) .

أي : إذا انفق المرتهن على الرهن ما يحتاج اليه من المؤن ، وتصرف في منافعه يقاص الراهن في ذلك . وإنما يقع التقاص إذاً انفق بأذن المالك ، ومع تعذرها فبأذن الحاكم ، ومع التعذر فلا بد من الاشهاد ، ليثبت له استحقاق الرجوع . وإنما يجوز له استيفاء المنافع إذاً اذن المالك ، أو من يقوم مقامه .

فإن تلف ضمن قيمته إن لم يكن مثلياً قيل: يوم قبضه، وقيل: يوم هلاكه، وقيل: الأرفع.

ولو علم جحود الوراث استقل بالاستيفاء. ولو اعترف بالرهن لم يصدق في الدين إلا بالبينة، وله أحوال الوراث على عدم العلم. ويجب على المرتهن بالوطء العشر أو نصفه، ولو طاوعت فلا شيء.

---

قوله: (فإن تلف ضمن قيمته إن لم يكن مثلياً، قيل: يوم قبضه، وقيل: يوم هلاكه، وقيل: الأرفع).

هذه الأقوال الثلاثة في هذه المسألة وفي نظائرها، والأصح هو القول الثاني. ويجب أن تعتبر قيمته وقت التلف. ومتى تعذر المثل في المثلية انتقل إلى القيمة فتعتبر قيمته حين المطالبة على الظاهر.

قوله: (ولو علم جحود الوراث استقل بالاستيفاء).  
المراد بالعلم: هو الظن الغالب، والظاهر أنه غير شرط، بل يكفي خوف جحوده دفعاً للضرر المخوف، كما صرخ في الدروس، قال: ومن عنده رهن، وخاف جحود الوراث أو وارثه فله المقاصلة<sup>(١)</sup>.

قوله: (ويجب على المرتهن بالوطء العشر، أو نصفه).  
العشر في البكر، ونصفه في الثيب.  
قوله: (ولو طاوعت فلا شيء).

قوله عليه السلام: «لا مهر لبغي»<sup>(٢)</sup> لكن لو كانت بكرًا وجب أرش البكار، لأنها جنائية على مال الغير.

---

(١) الدروس: ٤٠٥.

(٢) صحيح البخاري: ٧، ٧٩، سنن الترمذى: ٢: ٣٠٠ حديث ١١٤٣، وفيها: «نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ثمن الكلب ومهر البغي...»

ولو شرط كون الرهن مبيعاً عند تuder الأداء بعد الحلول بطلاء، فإن تلف قبل مدة الحلول لم يضمن، ولو تلف بعدها ضمن. وفوائد الرهن للراهن، ولا تدخل فيه إن كانت موجودة. والأقرب عدم دخول المتتجدة إلا مع الشرط، أو كانت متصلة. ولو أدى ما يخص أحد الرهنين لم يجز إمساكه بالآخر، ولا بالحالي، ويقدم قول الدافع.

**قوله:** (ولو شرط كون الرهن مبيعاً عند تuder الأداء، بعد الحلول بطلاء. فإن تلف قبل مدة الحلول لم يضمن، ولو تلف بعدها ضمن).

أما بطلانها: فلأن البيع مشروط بمضي زمان، وأما الرهن فلأنه مؤقت، وأما الضمان بالتلف بعد الحلول لا قبله، فللفرق بأنه بعد الحلول مبيع فاسد، فيكون مضموناً؛ لأن كل عقد يضمن بصريحه يضمن بفاسدته، ولأن الصحيح إذا أوجب الضمان فال fasid أولى، وأنها تراضيا على ذلك لتراضيها على البيع الصحيح، ولعموم: «على اليد ما اخذت»<sup>(١)</sup>، وقبله رهن فاسد، وكل عقد لا يضمن بصريحه لا يضمن بفاسدته، لأن التسلیم إنما وقع على اعتقاد صحة العقد، فلم يقصد المسلم ضماناً، بل سلم على قصد العدم، ولم يلتزم المتسلیم ضماناً، فانتقى المقتضي له.

**قوله:** (والأقرب عدم دخول المتتجدة، إلا مع الشرط، أو كانت متصلة).

وجه القرب: عدم دلالة اللفظ على دخولها بشيء من الدلالات، والأصل العدم، والأكثر على دخولها، والأصح الأول. ولو شرط دخولها، أو عدمه فلا اشكال في ثبوت الشرط.

**قوله:** (ويقدم قول الدافع).

أي: في أن المدفوع عن أي الدينين؛ لأن المعتبر نيته، وهو أعرف بها.

(١) سنن ابن ماجة: ٢: ٨٠٢، حديث ٢٤٠٠، المستدرک للحاکم: ٢: ٤٧.

ولا تدخل الثرة غير المؤبرة في رهن النخلة، ولا الشجر في رهن الأرض وإن قال: بحقوقها، إلا مع الشرط. وكذا ما ينبت بعد رهنها، سواء أنبته الله تعالى، أو الراهن، أو أجنبي، إلا أن يكون الغرس من الشجر المرهون.

وفي دخول الأُس تحت الجدار، والمغرس تحت الشجرة، واللبن في الضرع، والصوف المستجزر على ظهر الحيوان، واغصان الشجر نظر.

قوله: (ولا تدخل الثرة غير المؤبرة في رهن النخلة).

لأنها غير داخلة في مسماها، ودخولها في المبيع قبل التأثير للنص<sup>(١)</sup>، على خلاف الأصل.

قوله: (ولا الشجر في رهن الأرض، وإن قال بحقوقها، إلا مع الشرط).

لأنه ليس من حقوق الأرض، ومع الشرط فلا اشكال في الدخول. ولو قال: وما اشتملت عليه، لم يبعد الدخول كالبيع.

قوله: (وكذا ما نبت بعد رهنها...).

عدم دخوله فيها، فلا يعد ذلك نماء الأرض، ليجيء فيه خلاف الماء المتجدد وإن نبت فيها. ولو كان الغرس من الشجر المرهون فهو رهن.

قوله: (وفي دخول الأُس تحت الجدار، والمغرس تحت الشجر، واللبن في الضرع، والصوف المستجزر على ظهر الحيوان، واغصان الشجر نظر).

في بعض حواشى شيخنا الشهيد: أن للأُس تعبيرين، أحدهما: ما هو مستور من الحائط، والثاني: أنه موضع الأساس. والذي في القاموس<sup>(٢)</sup>،

(١) الكافي ٥: ٢٩٧ حديث ٣، التهذيب ٧: ٩٠ حديث ٣٨٢.

(٢) القاموس الحيط (أُسِّي) ٢: ١٩٧.

والأقرب جواز اجبار الراهن على الإزالة.  
ولو رهن ما يمتزج بغيره، كلقطة من الباذنجان صح إن كان الحق

---

والصحاح<sup>(١)</sup> هو الأول.  
ووجه الدخول على الأول: أنه جزء الحائط، فهو مدلول عليه تضمناً،  
ووجه العدم: أن الإشارة الحسية إنما تتعلق بما ظهر.  
وعلى الثاني: فوجه الدخول كونه تابعاً، إذ لا بد منه للجدار. ووجه  
العدم انتفاء دخوله في مسمى اللفظ، والأصح على الأول الأول، وعلى الثاني  
الثاني.

وتردد المصنف في المغرس يشعر بأن المراد بالأَس موضع الأساس، إذ  
يبعد ترددده في دخول بعض الجدار، ولأن الموضع شبيه بالمغرس.  
وأما اللبن في الصرع، فنشأ النظر فيه: التردد في أنه جزء، نظراً إلى أنه  
من جملة رطوبات البدن، وأن العادة قاضية باختذه، وكونه منظوراً إليه بخصوصه،  
فلا يكون داخلاً في مسمى اللفظ عرفاً.  
ومثل هذا يأتي فيما لوباع شاة في ضرعها لبن، وقريب منه الصوف  
المستجز، وهو الذي بلغ مبلغاً يجوز عند بلوغه عرفاً، إلا أن الظاهر دخول الصوف،  
لكونه جزءاً حقيقة، وإنما يخرج عن الجزئية بعد الانفصال، ومثله أغصان الشجر.  
ولا يتحقق أن المراد به: ما كان من الأغصان يابساً، وما جرت العادة  
بقطعه، من سعف النخل وغيره، ودخول هذين قوي.

**قوله: (والأقرب جواز اجبار الراهن على الإزالة).**

هذا فيما لا يدخل في الرهن من المتجدد وغيره، ووجه القرب: أن ابقاءه  
تصرف في الرهن، وكل من الراهن والمرتهن من نوع من التصرف، ولأنه لا ينفك  
من الأضرار بالرهن غالباً. ويحتمل ضعيفاً العدم للأصل، والأصح الأول.  
**قوله: (ولو رهن ما يمزج بغيره، كلقطة من الباذنجان صح إن كان**

---

يحل قبل تجدد الثانية، أو بعدها وإن لم يتميز على رأي. ويقدم حق الجندي عليه وإن تأخر على حق المرهن، فيقتصر في العمد، أو يسترق الجميع، أو مساوي حقه فالباقي رهن وفي الخطأ إن فكه مولاه فالرهن بحاله، وإن سلمه فللمجندي عليه استرقاء، وبيعه، أو بيع مساوي حقه فالباقي رهن.

الحق يحل قبل تجدد الثانية، أو بعدها وإن لم يتميز على رأي).

أما إذا كان الحق يحل قبل تجدد الثانية، أو بعده مع التمييز فلا بحث في الجواز، إذ لا مانع. وأما مع عدم التمييز، وكون الحلول متاخرًا فان في الصحة قولين: أحدهما: العدم، وهو اختيار الشيخ<sup>(١)</sup>، لتعذر الاستيفاء. وليس بشيء؛ لأن المانع منتف في وقت انشاء الرهن، وتتجدد لا يقتضي منع الصحة من الأصل. على أن حصوله غير مقطوع به؛ لإمكان التخلف. مع أن عدم التمييز لا يقتضي تعذر الاستيفاء، لتحقق ثبوت الحق، وإن كان الطريق الى تعينه هو الصلح، والأصح الصحة.

قوله : (ويقدم حق الجندي عليه وإن تأخر على حق المرهن).

الجار الثاني يتعلق بـ(يقدم).

قوله : (فيقتصر في العمد، أو يسترق الجميع، أو مساوي حقه ...).

وإن كانت الجنائية قتلاً أو جرحاً وطلب الدية، وأحاطت بقيمة فله استرقاء، وإلا استرق منه مساوي الجنائية، وحينئذ فيكون الباقي منه بعد وجوب الجنائية رهناً.

وهذا كله إذا لم يأمره السيد بالجنائية، فإن أمره ولم يكن مميزاً، أو كان ولكن كان اعجمياً، يعتقد وجوب طاعة السيد في جميع أوامره، فالجاني هو السيد، وعليه القصاص أو الضمان، صرح به في التذكرة<sup>(٢)</sup>.

(١) المبسوط ٢: ٤٤٢

(٢) التذكرة ٢: ٣٩

ولو جرح مولاه عمدًا اقتص ، ولا يخرج عن الرهن ، وإن قتله فللورثة قتله ، والعفو فييق رهناً . ولو جرح خطأ لم يثبت مولاه عليه شيء ، فييق الرهن بحاله . ولو جنى على مورث المالك فللمالك القصاص ، أو الافتراك من الرهن فيه ، وفي الخطأ مع الاستيعاب ، والمقابل مع عدمه فالباقي رهن .

---

**قوله :** ( ولو جنى على مورث المالك فللمالك القصاص ، أو الافتراك فيه من الرهن ، وفي الخطأ مع الاستيعاب ) .

الضمير في قوله : ( فيه ) يعود إلى العمد ، أي : هذا الحكم المذكور في الجنائية عمدًا . ولو قدم الجار والجرور على القصاص ، أو آخره عن الرهن لكان أولى ، فالمالك مخير بين القصاص والافتراك في العمد ، وفي الخطأ الافتراك إذ لا قصاص .

وهذا إذا استوعبت الجنائية قيمته ، وإنما كان للمالك الافتراك من الرهن ؛ لأن الجنائية إذا استوعبت قيمتها استرق بها ، كما سبق .

والفرق بين الجنائية على المولى ، وعلى مورثه - وإن كان الحق للمولى في الموضعين - أن الجنائية على المولى الواجب فيها للمولى ابتداء ، ويتمنع أن يجتب للمولى على عبده مال أذ هو مال له . وفي الجنائية على مورثه ، الحق فيها ابتداء للمجنى عليه ؛ لأن الوارث إنما تنتقل إليه الديمة عن مورثه ، لأنها محسوبة تركة توفي منها ديونه وتتفقد وصاياته .

ومعلوم أنه لا يمتنع ثبوت مال مورث مولى العبد على العبد ، فينتقل إلى المولى عن مورثه ، فيفك من الرهن .

**قوله :** ( والمقابل مع عدمه ، فالباقي رهن ) .

أي : وله افتراك المقابل للجنائية في العمد والخطأ ، على المورث مع عدم الاستيعاب ، فالباقي من العبد بعد مقابل الجنائية رهن كما كان .

ولو جنى على عبد مولاه فكمولاه، إلا أن يكون رهناً من غير المرتهن فله قتله، ويبطل حق المرتهن والعفو على مال فيتعلق به حق المرتهن الآخر.

ولو عفا بغير مال فكعفو المحجور عليه ،

قوله : ( ولو جنى على عبد مولاه فلمولاه ).  
أي : فيقتضي منه في العمد خاصة ، لامتناع أن يجب للممولى على عبده مال .

قوله : ( إلا أن يكون رهناً من غير المرتهن فله قتله ، ويبطل حق المرتهن ) .

تفريع ثبوت قتله للممولى على المستishi غير جيد؛ لأن هذا ثابت على كل حال ، فإن للممولى القصاص مع الرهن ، وبدونه لمرتهن واحد وغيره .

قوله : ( والعفو على مال ، فيتعلق به حق المرتهن الآخر ) .

أي : وله العفو على مال على العبد ، وكذا لو كانت الجنائية خطأ ، فإن الديمة تحجب على العبد في رقبته؛ لأن السيد لو جنى على عبده المرهون وجوب عليه أرش الجنائية ، لحق المرتهن ، فإن ثبت على عبده أولى ، فيتعلق المال حينئذ برقبة العبد ، لحق المرتهن الآخر ، اعني : مرتهن المقتول .

قوله : ( ولو عفا بغير مال فكعفو المحجور ) .

أي : المحجور بالفلس ، كما صرحت في التذكرة<sup>(١)</sup> : بكل موضع فيه يصح العفو من المحجور ، وهو حيث لا يكون المعفو ما لا يصح ، وما لا فلا .

فإن قلنا : إن الجنائية عمداً موجبة لأحد الأمررين : من القصاص ، والدية لم يكن للممولى إلا أحدهما ، وليس له العفو مجاناً . وإن قلنا : توجب القصاص فقط تخفيضاً في كل من الأمور الثلاثة .

وحيث قلنا : ليس له العفو مجاناً ، فلا بد في صحته من وقوع العفو على

ولو أوجبت أرشاً فلثاني.

الدية.

قوله : ( ولو أوجبت أرشاً فلثاني ).

أي: لو كانت الجناءة خطأ، بحيث توجب الأرش فحق الرهانة فيه للمرتهن الثاني ، حيث أن الجناءة مضمونة لحقه ، فيتعلق الأرش المذكور برقبة القاتل ، ويتعلق به حقه.

فعلى هذا في الجناءة خطأ ، وفي العمد اذا عفا المولى على مال يجب أن ينظر، إن كان الواجب فيها أكثر من قيمة القاتل ، أو بقدرها هل يباع؟ فيه وجهان:

أحدهما - وهو قول الشيخ رحمه الله - : نعم<sup>(١)</sup> ، لأنها ربما رغب فيه راغب بزيادة يتوقف بها مرتهن القاتل.

والثاني: لا ، بل ينقل الى يد مرتهن الجنيء عليه رهناً ، وينفك من رهن مرتهنه؛ لأنها لا فائدة في بيعه. وقوى في التذكرة الأول ، محتاجاً بأن حق مرتهن المقتول بسبب الجناءة في مالية العبد ، لا في العين<sup>(٢)</sup> . وهو متوجه ، إذ لم يجر الرهن عليها ، وإنما تعلق بها حق مرتهن المقتول بسبب الجناءة.

وإن كان الواجب فيها أقل من قيمتها ، فعلى الوجه الثاني ينقل من القاتل بقدر الواجب الى مرتهن القتيل. وعلى الأول بيع منه قدر الواجب ، ويبيّن الباقى رهناً . فان تعذر بيع البعض ، أو نقص بالتشخيص بيع الكل ، وجعل الزائد على الواجب عند مرتهن القاتل.

قال في التذكرة: وهذا الوجهان إنما يظهران فيما اذا طلب الراهن النقل ، وطلب مرتهن القتيل البيع ، ففي وجه يحاب بهذا ، وفي وجه يحاب ذاك . أما اذا طلب الراهن البيع ، ومرتهن المقتول النقل يحاب الراهن؛ لأنه لا حق لصاحبها في عينه<sup>(٣)</sup> .

(١) قاله في المسوط ٢: ٢٢٩ .

(٢) التذكرة ٢: ٣٩ .

(٣) المصدر السابق.

ولو اتخد المرهن وتغير الدين فله بيعه، وجعل ثمنه رهناً بالدين الآخر،

ولقائل أن يقول: على الوجه الثاني يجاب مرهن المقتول الى النقل، لأنه إن تم دليله، وهو: أن البيع لافائدة فيه، فيفك من رهن الأول ويتعلق به حقه، تعينت اجابته.

وما علل به، من أنه لا حق له في عينه، هو دليل الوجه الأول، فإن تم اقتضى ترجيح الوجه الأول على الثاني؛ لأن الوجهين لا يظهران اذا طلب مرهن القتيل النقل .

ولو اتفق الراهن والمرهنان على أحد الفعلين تعين، ولو اتفق الراهن ومرهن القتيل على النقل فعند بعض العامة: ليس لمرهن القاتل المناقشة فيه، وطلب البيع<sup>(١)</sup>. ومقتضى دليل الوجه الأول أن له ذلك .

قوله: (ولو اتخد المرهن وتغير الدين فله بيعه، وجعل ثمنه رهناً بالدين الآخر).

أي: لو اتخد مرهن العبد الجناني والجنبي عليه، وكان كل منها مرهوناً بدين، فان اختلف الدينان بالحلول والتراجيل، واختار المالك العفو على الديه، وتعلقت برقبة الجناني، أو كانت خطأ على ما سبق فللراهن أن يتوثق لدين القتيل بالقاتل؛ لأنه إن كان الحال دين المقتول، فقد يريده استيفاءه من ثمنه في الحال، وإن كان الحال دين القاتل، فقد يريده الوثيقة للمؤجل، ويطالب الراهن بالحال في الحال. ومثله ما لو كانوا مؤجلين، وأحد الأجلين أطول.

وإن اتفقا حلولاً وتراجيلاً، فاما أن يتفقا جنساً وقدراً، أو يختلفا.

فإن اتفقا، واحتل العبدان في القيمة، وكانت قيمة المقتول أكثر لم نقل الوثيقة؛ لانتفاء الفائدة، لأنه بعد النقل إنما يتعلق به دين القتيل، والفرض

(١) ذهب اليه الجويوني ، انظر: فتح العزيز مع المجموع ١٠: ١٥٦ .

عدم الاختلاف بينه وبين دين القاتل. وكذا لو تساويا في القيمة.  
وإن كانت قيمة القاتل أكثر نقل منه قدر قيمة القتيل إلى دين القتيل،  
وبقي الباقي رهناً بما كان.

وإن اختلف الدينان قدرًا لا جنساً، فإن تساوت قيمة العبددين، أو كان  
القتيل أكثر قيمة، فإن كان المرهون بأكثر الدينين القتيل فله التوثق بالقاتل؛ لأن  
التوثق لأكثر الدينين في نفسه فائدة مطلوبة، بخلاف ما لو كان القتيل مرهوناً  
باقلها ، فلا فائدة في النقل حينئذ.

وإن كان القتيل أقل قيمة، وكان مرهوناً بأقل الدينين فلا فائدة في  
النقل أيضا. وإن كان مرهوناً بالأكثر نقل من القاتل قدر قيمة القتيل إلى الدين  
الآخر، ويقع الباقي رهناً بما كان.

وإن اختلف الدينان في الجنس فهو كالاختلاف في القدر، أوفي الحال  
والتأجيل.

وإن اختلفا في الاستقرار وعدمه، كما لو كان أحدهما عوض ما يتوقع رده  
بعيب أو صداق قبل الدخول: فإن كان القاتل مرهوناً بالمستقر فلا فائدة في  
النقل، وإن كان مرهوناً بالآخر فالاصح ثبوته، وهو مختاره في التذكرة<sup>(١)</sup>.

إذا عرفت هذا، فحيث قلنا بنقل التوثيق فيباع ويقام ثمنه مقام القتيل،  
أو يقام عينه مقام القتيل؟ فيه الوجهان السابقان، كذا ذكر في التذكرة<sup>(٢)</sup>،  
وجزم هنا بأن له البيع، وجعل الثمن رهناً.

ويمكن توجيهه: بأن تعلق الأرش برقبة الجاني يوجب تسلط مستحق  
الأرش على الجاني بالبيع، والمرهون مستحق الاستيثاق بالأرش، فإن تعلقه برقبة  
الجاني هنا إنما كان لحقه، لامتناعه لولا ذلك ، فله حينئذ تحصيل الأرش ببيعه  
فيكون؛ خصوصاً إذا أمكن تصور فائدة أخرى بالنسبة إلى الدين الآخر بأن يطلبه

(١) التذكرة: ٢ : ٤٠

(٢) المصدر السابق.

وفي الخطأ مع الاستيعاب، والمقابل مع عدمه فالباقي رهن.  
ويتعلق الرهن بالقيمة لو أتلفه المرتهن أو أجنبي، ولا تتعلق بها الوكالة.

---

طالب بزيادة.

ولو اتفقا على البيع فلا بحث، ولو تساوى الدينان في الأوصاف، وحكم بعدم النقل، فقال المرتهن: إني لا آمنه وقد جنى فيبيعوه وضعوا ثمنه مكانه فالأقرب اجابت به دفعاً لاحتمال الضرر عنه.

ولا يتحقق بعد هذا البيان ما في عبارة الكتاب من القصور عن تأدية أحكام المسألة. ثم اطلاق البيع في العبارة بمجرد العبارة لا يستقيم، كما هو معلوم بأدنى تأمل.

قوله: (وفي الخطأ مع الاستيعاب).

أي: الحكم فيه كالحكم في العمد اذا عفا المولى على الديمة، وتأتي جميع الأحكام السالفة. ويمكن أن يكون (مع الاستيعاب) قيداً في العمد والخطأ، لا في الخطأ وحده، وهو الأوجه؛ لأن جنائية العمد قد لا تستوعب، كما هو ظاهر. وفي بعض النسخ هذه الزبادة متروكة، على ما ذكره شيخنا الشهيد في بعض حواشيه.

قوله: (والمقابل مع عدمه، فالباقي رهن).

أي: وللمرتهن بيع مقابل الجنائية مع عدم الاستيعاب.

قوله: (ويتعلق الرهن بالقيمة لو أتلفه المرتهن أو أجنبي).

وكذا لو أتلفه الراهن، وإنما تعلق بالقيمة - وإن كان العقد إنما جرى على العين- لأن الرهن معناه: الاستئثار بالعين لمستوفى الدين من قيمته.

قوله: (ولا تتعلق بها الوكالة).

لأن الوكالة إنما تعلقت بالعين، ولم يدل دليل على تعلقها بالقيمة.

ولو صارت البيضة فرخاً، أو الحب زرعاً فالرهن بحاله، وإذا لزم الرهن استحق المرتهن إدامه اليد، وعلى الراهن مؤونة المرهون، وأجرة الاصطبل، وعلف الدابة، وسقي الأشجار، ومؤونة الجداد من خالص ماله.

---

**قوله :** (ولو صارت البيضة فرخاً، أو الحب زرعاً فالرهن بحاله).  
لأن العين لا تذهب بتغير الأوصاف، والحق متعلق بها.

**قوله :** (وإذا لزم الرهن، استحق المرتهن إدامه اليد).  
ظاهر هذه العبارة مشكل؛ لأنه قد سبق تردد المصنف في أن للمرتهن مطالبة الراهن بالقبض، فكيف يستحق إدامه اليد؟  
ويمكن أن يقال: يراد باستحقاقه إدامه اليد: أصل الاستحقاق وإن كان غير تمام، فإن الحق في ذلك لكل من الراهن والمرتهن، وهذا لا يجوز لأحدهما الاستقلال بثبات اليد عليه.

وفي التذكرة: ما لا منفعة فيه مع بقاء عينه كالنقد، والحبوب فلا تزال يد المرتهن عنه بعد استحقاقه لليد؛ لأن اليد هي الركن الأعظم في التوثيق فيه.  
وما له منفعة، إن أمكن تحصيل الغرض منه، مع بقائه في يد المرتهن وجب المصير إليه، جمعاً بين الحقيقين، وإن لم يمكن، واشتدت الحاجة إلى إزالة يده، جاز.  
فالعبد المحترف إذا تيسر استكسابه في يد المرتهن لم يخرج من يده<sup>(١)</sup>.

**قوله :** (وعلى الراهن مؤونة المرهون، وأجرة الاصطبل، وعلف الدابة، وسقي الأشجار، ومؤونة الجداد ومن خاص ماله).  
الجداد، بفتح الجيم وكسرها والدالين المهملتين: صرام النخل، وما ذكره كله داخل في المؤونة، ولكنه أراد ذكره صريحاً.

---

ولا يمنع من الفصد والحجامة والختان، ويعني من قطع السلع.  
 ولو رهن الغاصب فللمالك تضمين من شاء، ويستقر على  
 الغاصب. وكذا المودع، المستأجر، المستعير من الغاصب، هذا إن جهلو.  
 ولو علموا لم يرجعوا عليه.  
 وأحكام الوثيقة كما ثبتت في الرهن ثبتت في بدل الواجب  
 بالجناية على المرهون،

---

قوله : (ولا يمنع من الفصد والحجامة والختان).  
 وكذا المداواة بالأدوية التي لا خطر فيها.  
 قوله : (ويعني من قطع السلع).  
 لما فيه من الخطير المضر بالمرتدين.  
 فرع : قال في التحرير: لا يجوز للراهن ضرب الجارية للتأديب، وغيره،  
 إلا باذن المرهن<sup>(١)</sup>. ويجب أن يقيد هذا بالتأديب المختص جوازه بالمولى لا مطلقاً؛  
 لأن الأمر بالمعروف واجب عموماً.  
 قوله : (ولو رهن الغاصب فللمالك تضمين من شاء، ويستقر على  
 الغاصب).  
 هذا إذا لم يكن المرهن عالماً بالغصب، وإن استقر الضمان عليه إن استقر  
 التلف في يده.  
 قوله : (وكذا المودع والمستأجر والمستعير من الغاصب).  
 المودع بفتح الدال.  
 قوله : (هذا إن جهلو، ولو علموا لم يرجعوا عليه).  
 هذا إن حصل التلف في أيديهم.  
 قوله : (وأحكام الوثيقة كما ثبتت في الرهن ثبتت في بدل الواجب  
 بالجناية على المرهون).

---

والخاصم في بدل الراهن الراهن، فإن امتنع فالأقرب أن للمرتهن أن يخاصله.  
ولو نكل الغريم حلف الراهن، فإن نكل ففي احلاف المرتهن  
نظر، فإن عفا الراهن فالأقرب أخذ المال في الحال لحق المرتهن، فإن  
انفك ظهر صحة العفو وإلا فلا.

قد سبق مثل هذا، وإن كان ما هنا أشمل، فيخرج به عن التكرار،  
والتقريب واحد.

**قوله:** (والخاصم في بدل الراهن الراهن، فإن امتنع فالأقرب أن  
للمرتهن أن يخاصله).

وجهه: أن الراهن ملك للراهن، وكذا بده، فالخاصم في إثباته وانتزاعه  
هو، لكن لو امتنع من الخاصةمة فهل للمرتهن أن يخاصله؟ الأقرب عند المصنف  
ذلك، لما فيه من تعلق حقه به، فلا بد له من طريق إلى تحصيله، ولما في منعه  
من ذلك مع ترتب حصول حقه عليه من الضرر.  
ويحتمل العدم؛ لأنفقاء كونه ملكاً، فلا يستحق المطالبة. ويضعف: بأن  
استحقاق المطالبة دائر مع ثبوت الحق، وهو أعم من الملك.  
**قوله:** (ولو نكل الغريم حلف الراهن، فإن نكل، ففي احلاف  
المرتهن نظر).

لا ريب أنه مع نكول الغريم يرد اليدين على المالك، وهو الراهن، لكن  
مع نكوله هل يجعل للمرتهن طريق إلى تحصيل حقه، بأن يخلف هو؟ فيه نظر،  
ينشأ: من أن حقه متوقف على اليدين، وبدونه يلزم الضرر بضياعه، فيجوز له إثباته  
باليدين.

ويضعف: بأن التوصل إلى حقه إنما يسوغ حيث تكون الوسيلة جائزة  
شرعًا، أما العدم فلا. والفرق بين هذه وما قبلها: أن استحقاق المطالبة غير  
متوقف، بخلاف اليدين، ومن أن يدين شخص لإثبات مال غيره، مما أجمع على  
عدم شرعيتها، والأصح العدم.

**قوله:** (إإن عفا الراهن فالأقرب أخذ المال في الحال لحق المرتهن،

فإن انفك ظهر صحة العفو، وإلا فلا.

المراد بـ(المال): ما أوجبته الجنائية، أو الإتلاف. ووجه القرب في الأول: أن حق المرهن متعلق بالعين وأرشفها وبدها، وتصرفات الراهن، مما ينافي ذلك ، من نوع منها ، فلا يكون العفو مسقطاً لحق المرهن ، وهو الأصح.

ويحتمل ضعيفاً العدم؛ لأن العفو لا يقع باطلأً عند المصنف - كما سند كره- بل يقع مراعي ، ثم يظهر نفوذه عند انفكاك الرهن، فإذا وقع العفو بما نفذ ولم يظهر لنا؛ لتوقف الانكشاف على الانفكاك وعدمه، فكيف يؤخذ حق ربما لم يكن ثابتاً؟ وليس بشيء؛ لأن ثبوت حق الراهن مقطوع به، فكيف يترك لأمر محتمل.

ووجه القرب في الثاني: أن فيه جمعاً بين الحقين ، ولأنه لا مانع إلا حق المرهن ، فإذا انفك زال المانع. ويضعف بأنه لم يتحقق ثبوت حق للجاني إلى الآن ، ليجمع بينه وبين حق المرهن. ومانعية حق المرهن على صحة العفو يقتضي بطلانه وقت انشائه ، فكيف ينكشف بعد صحته في حال وجود المانع؟

قال الشارح: والتحقيق أن الامور العدمية لا توصف بأنها موقوفة ، بل تكون مراعاة ، وما يدل على صحتها كاشف ، والكاشف هو دليل على سبق العلة المؤثرة التامة. وأما الموقوف عليه فهو من تمام العلة ، أعني علة الصحة أو النزوم ، وهذا قال المصنف: ( ظهر صحة العفو )<sup>(١)</sup>.

هذا كلامه ، وأراد به بيان الفرق بين ما يمكن وقوعه موقوفاً ، وما يتمنع فيه ذلك ، فنبه على أن ما كان عديماً - أي: المراد منه العدم- لا يوصف بكونه موقوفاً ، والعفو عديمي؛ لأن المقصود منه الإسقاط ، وهو إعدام ما في الذمة ، فيكون مراعي ، بمعنى أن انكشاف حاله يظهر بعد بزوال المانع من بقائه ، بخلاف الموقوف الذي بقي من علته التامة جزء لم يتحقق بعد.

ولو أبراً المرتهن لم يصح ، والأقرب بقاء حقه ، فإن الإبراء الفاسد يفسد ما يتضمنه ، كما لو وهب الرهن من غيره .  
ولو اعتراض عن الدين ارتفع الرهن .

وهذا الذي ذكره تفسير لمعنى المراعي والموقف ، وليس فيه ما يدل على أنه كذلك . لكن يشكل الحكم الذي ذكره ، بان العفو إما أن يكون سبيلاً تماماً ، أو لا ، فان كان الأول لزم : إما تأثيره مع وجود المانع ، أو بطلانه . وإن كان الثاني لزم كونه موقوفاً .

ومثل هذا يأتي فيما لو أعتق الراهن ، إلا أن يفرق بأن عناية الشارع بالفك من الرق - فكان مبنياً على التغليب . أخرجته عن ذلك ، فيقيح الحكم هنا - الذي يدل عليه الدليل - هو البطلان ؛ لوجود حق المرتهن المنافي لوقوع العفو . ونقل الشارح عن المصنف وجهاً ثالثاً غريباً ، وهو صحة العفو ونفوذه ، ومع عدم الفك يضمن الراهن ؛ لأن مال الجاني ذهب في قضاء دينه<sup>(١)</sup> ، ولا يتحقق ما فيه .

**قوله :** (ولو أبراً المرتهن لم يصح ...).

أي : لو أبراً الجاني ، ووجهه ظاهر ، فإنه غير مالك لأرش الجنائية .

**قوله :** (والأقرب بقاء حقه ، فإن الإبراء الفاسد يفسد ما يتضمنه .)

هذا بيان وجه القرب ، وتوضيحه : أن الإبراء يضمن سقوط حقه ، لامتناع بقاء حقه مع صحة الإبراء ، فحيث وقع المضمن فاسداً ، فما في ضمه أيضاً كذلك ، إذ لا يثبت التابع من حيث هو تابع مع انتفاء متبعه . وإطلاق التضمن هنا بالمحاذ والتتوسيع ، لأن سقوط حقه لازم لصحة الإبراء ، إلا أن يحمل الإبراء على إبرائه مما في ذمته . ويحتمل ضعيفاً السقوط ؛ لأن الإبراء اذا اقتضى أمرين ، وامتناع صحة أحدهما لمانع يصح الآخر اقتصاراً بالبطلان على موضعه ، ومثله ما اذا وهب الراهن الرهن من غيره .

ولو أدى بعض الدين بقي كل المرهون رهناً بالباقي على اشكال ، أقربه ذلك إن شرط كون الرهن رهناً على الدين ، وعلى كل جزء منه .

ولورهن عبدين فكل منها رهن بالجميع ، إلا أن يتعدد العقد والصفقة ، أو مستحق الدين ، أو المستحق عليه .

---

قوله : ( ولو أدى بعض الدين بقي كل المرهون رهناً بالباقي على اشكال ، أقربه ذلك إن شرط كون الرهن رهناً على الدين ، وعلى كل جزء منه ) .

منشأ الإشكال : من أن رهن المجموع بالمجموع يقتضي مقابلة الأجزاء بالأجزاء ، إذ لا يظهر من مقابلة الجملة بالجملة مقابلة الجملة بالأبعاض ، ومن أن التقسيط يقتضي أنه إذا تلف جزء من المرهون لا يبق الباقي رهناً ، إلا على جزء يقتضيه الحساب ، وهو باطل قطعاً .

ووجه القرب : أنه مع عدم الشرط لا مقتضي لرهن المجموع بالأبعاض ، فينتفي بدون الشرط .

واعلم أنه قد يتوهم عدم إفتاء المصنف ، نظراً إلى أن المذكور في كلامه هو الحكم مع الاشتراط . ولا نزاع فيه؛ لأن النزاع مع عدم الشرط ، وليس كذلك ، لأن الأقرب يقتضي الفتوى ، إذ لا يتطرق الاحتمال مع الشرط ، إنما يتطرق بدونه .

قوله : ( ولو رهن عبدين فكل منها رهن بالجميع ) .  
هذا إما بناء على أنه مع الإطلاق يثبت رهن الجميع بالأبعاض ، أو على اشتراط ذلك .

قوله : ( إلا أن يتعدد العقد والصفقة ، أو مستحق الدين ، أو المستحق عليه ) .

الظاهر أن المراد بالصفقة هنا : الدين المرهون به ، وكذلك في البيع في

ولا اعتبار بتعدد الوكيل، ولا المالك في المرهون المستعار من شخصين.  
ولو دفع أحد الوارثين نصف الدين لم ينفك نصيبيه على اشكال ،  
أما لو تعلق الدين بالتركة ، فأدى أحدهما نصيبيه فالأقرب انفكاك حصته ،  
إذ لا رهن حقيقي هنا.

---

**قولهم:** بعض الصفة. وإنما عطف الصفة بالواو ؛ لأن تعدد العقد مع اتحاد العوض المرهون به لا يقتضي أن لا يكون كل من الرهنين رهناً بذلك الدين ، بخلاف مستحق الدين ، والمستحق عليه ، لأن تعددهما مخل بذلك . لكن فيه مناقشة؛ لأن تعدد العقد والاتحاد لا أثر له مع تعدد الصفة ، وظاهر العطف بـ(الواو) يشعر باعتبارهما ، إلا أن يقال: إنما يراد من ذلك رفع العناid.

**قوله:** (ولا اعتبار بتعدد الوكيل ولا المالك في المرهون المستعار من شخصين).

لأن الوكيل وإن تعدد يده يد الموكيل ، وكذا لو تعدد المعيير مع اتحاد الراهن؛ لأن الانتفاع بالعين المستعارة في جعلها رهناً حق للراهن.

**قوله:** (ولو دفع أحد الوارثين نصف الدين لم ينفك نصيبيه على إشكال).

أي: لو دفع أحد وارثي الراهن نصيبيه من الدين ، وهذا الاشكال بعد الفتوى المتقدمة - بأنه مع الاشتراط يكون الرهن رهناً بكل جزء ، وبدونه على ما يقتضيه التقسيط - لا وجه له ، إذ مع الاشتراط لا ينفك قطعاً ، وبدونه بمقتضى التقسيط يلزم الانفكاك .

**قوله:** (أما لو تعلق الدين بالتركة فأدى أحدهما نصيبيه فالأقرب انفكاك حصته ، إذ لا رهن حقيقي هنا).

وتعلق الدين بالتركة أضعف من تعلق الدين بالرهن ، وهذا يمنع الراهن من التصرف ، بخلاف الوارث. ويحتمل ضعيفاً العدم ، إذ لا إرث إلا بعد وفاء الدين.

وإذا انفك نصيب أحد مالكي المرهون، فأراد القسمة قاسم المرهون بعد إذن الشريك، سواء كان مما يقسم بالأجزاء كالمكيل والموزون، أو لا كالعبد.

وإذا قال المالك: بع الرهن لي واستوف الثمن لي، ثم اقبضه لنفسك فالأقرب صحة الجميع، لكن لا يكفي في الاستيفاء لنفسه مجرد الامساك، بل لا بد من وزن جديد أو كيل؛ لأن قوله: ثم استوف لنفسك يقتضي الأمر بتجديده فعل.

**قوله:** (وإذا انفك نصيب أحد مالكي المرهون، فأراد القسمة قاسم المرهون بعد إذن الشريك، سواء كان مما يقسم بالأجزاء كالمكيل والموزون، أو لا كالعبد).

لأن حق المرهون تعلق بملك الراهن فقط، وتمييز ملكه عن ملك شريكه إنما يكون برضاهما، ولا دخل للمرهون في ذلك؛ لأن استيفاقه بملك الراهن كما قلناه. لكن لو لزم من القسمة نقصان، ورضي به الشريكان توقف على رضى المرهون.

**قوله:** (ولو قال المالك: بع الرهن لي، واستوف الثمن لي، ثم اقبضه لنفسك، فالأقرب صحة الجميع).

وجه القرب: جواز كل منها مع الانفراد، فكذا مع الاجتماع، إذ لا مانع. ويحتمل المنع، نظراً إلى أن تولي طرف القبض لا يصح من شخص واحد، وهو ضعيف.

**قوله:** (لكن لا يكفي في الاستيفاء لنفسه مجرد الإمساك، بل لا بد من وزن جديد، أو كيل؛ لأن قوله: ثم استوف لنفسك يقتضي الأمر بتجديده فعل).

كذا علل في التذكرة أيضاً<sup>(١)</sup>، وفيه نظر، للمنع من كون الإذن في

ولو قال: بعه لي واقبضه لنفسك صح البيع دون القبض؛ لأنه لم يصح قبض الراهن، لكن ما قبضه يكون مضموناً عليه، فإن القبض الفاسد يشابه الصحيح في الضمان.

ولو قال: بعه لنفسك بطل الاذن، لأنه لا يتصور أن يبيع ملك غيره لنفسه.

ولو قال: بع مطلقاً صح.

---

الاستيفاء أمراً بتجديد فعل. ولو سلم، فإثبات اليد في كل زمان متجدد فعل جديد. ولو سلم أنه ليس كذلك فلا يتعين للفعل الجديد الكيل في المكيل، والوزن في الموزون.

قوله: (ولو قال: بعه لي واقبضه لنفسك صح البيع دون القبض، لأنه لم يصح قبض الراهن).

وقبض المرتهن فرعه، ولقائل أن يقول: إن قبض الراهن ليس شرطاً لصحة البيع، ولا لملك الثمن، فبمجرد البيع يملك الراهن الثمن، وأداء الدين بما يملكه الراهن صحيح.

قوله: (لكن ما قبضه يكون مضموناً عليه، فإن القبض الفاسد يشابه الصحيح في الضمان).

لأنه اذا قبضه على أنه لنفسه [اقتضى ملكه إياه، فإذا تلف يكون من ماله]. وهذا القدر هو المراد من الضمان بالقبض الصحيح، فإذا قبضه لنفسه<sup>(١)</sup> وكان القبض فاسداً اقتضى الضمان؛ لكونه قصد دخوله في ملكه المستلزم أنه اذا تلف يكون منه.

قوله: (ولو قال: بع مطلقاً صح).

تنزيلاً للمطلق على وجه يصح.

---

(١) ما بين المعقوتين لم يرد في «م».

### الفصل السابع : في التنازع:

لو اختلفا في عقد الرهن قدم قول الراهن مع يمينه .  
ولو ادعى دخول النخل في رهن الأرض قدم قول الراهن في إنكار  
الدخول والوجود عند الرهن ، فإن كذبه الحس وأصر جعل ناكلاً ،  
وردت اليدين على المرتهن ،

---

قوله : (لو اختلفا في عقد الرهن قدم قول الراهن مع يمينه ).  
أي: لو اختلفا في وقوع العقد وعدمه؛ لأن الاختلاف في أحواله سبأطي ،  
ولا يطرد فيها تقديم قول الراهن بيمينه .  
قوله : (فلو ادعى دخول النخل في رهن الأرض قدم قول الراهن في  
إنكار الدخول والوجود عند الرهن). .

أي: لو ادعى المرتهن دخول النخل في عقد الرهن الجاري على الأرض ،  
فإن انكر الراهن الدخول فالقول قوله بيمينه . وكذا لو أنكر وجود النخل في وقت  
رهن الأرض ، فإن ذلك كاف في الجواب؛ لاستلزماته نفي رهنه ، وتقدم قوله  
بيمينه .

قوله : (فإن كذبه الحس وأصر جعل ناكلاً ، وردت اليدين على  
المرتهن). .

أي: فإن كذب الحس الراهن في إنكاره وجود النخل عند رهن الأرض ،  
بأن كان النخل مقطوعاً بوجوده حينئذ لم يكن جوابه عن الدعوى بانكار وجوده  
حينئذ كافياً في الجواب؛ لكونه كذباً ، فلابد من أن يحيط - عن الدعوى بدخول  
النخل في الرهن- بجواب صحيح من إقرار وإنكار.

فإن أصر على الجواب بعدم الوجود ، بعد مطالبة المحاكم له بالجواب  
الصحيح جعله ناكلاً ، ورد اليدين على المرتهن ، فيحلف على الدخول . وفي حواشى  
الشهيد احتمال عدم اليدين؛ لظهور كذب الراهن . وليس بشيء؛ لأن اليدين

وإن عدل إلى نفي الرهن حلف.

ولو ادعى عليها رهن عبدهما فلأحدهما إذا صدقه أن يشهد على الآخر، ما لم يجبر نفعاً بأن يشهد بالرهن على الدين، وعلى كل جزء منه.

---

لثبوت رهن النخل، ولا يلزم من الكذب في عدم الوجود الكذب في عدم الدخول.

ولا يتحقق، أنه لو كذب الحس دعوى المرتهن الدخول، بان قطع بعدم وجوده وقت الرهن انتفت دعواه، ولا حاجة إلى اليمين.  
قوله: (وإن عدل إلى نفي الرهن حلف).

أي: وإن عدل الراهن عن الجواب -بانكار الوجود عند ظهور تكذيب الحس ايامه- إلى نفي رهن النخل كان جواباً صحيحاً، فيحلف عليه، وهذا عديل قوله: (فان أصر).

وإنما يصبح جوابه هذا ويعينه إذا لم يسبق منه ما ينافي، فإن سبق ما ينافيه كأن أقر بأنه رهنه الأرض ومدار عليه حائطها مثلاً فإنه لا يخلف حينئذ؛ لدخول النخل حينئذ بقتضى القطع بوجوده وقت العقد.

قوله: (ولو ادعى عليها رهن عبدهما فلأحدهما إذا صدقه أن يشهد على الآخر ما لم يجبر نفعاً، بان يشهد بالرهن على الدين، وعلى كل جزء منه).

وجه جر النفع بذلك، أنه مع كون الرهن كذلك يصير ما لكل منها رهناً لكل جزء من أجزاء الدين، فيكون سهم الآخر من العبد رهناً بما عليه من الدين، إن كان رهناً بدين في ذاته، ووثيقة بما على حصته من العبد رهن بها من الدين، وذلك نفع ورفق.

ولا ينحصر جر النفع فيها ذكره، فال الأولى أن يعبر بعبارة لا تقتضي الخصر، فيقول: كأن، ونحوه، ومع عدم جر النفع تقبل الشهادة مع العدالة وبباقي الشروط، اذ لا مانع، كأن تكون دعواه: أن كل حصته مرهونة بدين،

ولو كذبه كل منها عن نصيبيه، وشهد على شريكه لم تقبل شهادتها؛ لزعمه أنها كاذبان، إلا أن نقول: الصغيرة لا تطعن في العدالة والكذب منها.

ولو ادعيا على واحد رهن عبده عندهما، فصدق أحدهما خاصة فنصفه مرهون عند المصدق، فلو شهد للآخر فإشكال ينشأ: من تشارك

ولا يقترب بها جر النفع.

قوله: (ولو كذبه كل منها عن نصيبيه، وشهد على شريكه لم تقبل شهادتها؛ لزعمه أنها كاذبان، إلا أن نقول: الصغيرة لا تطعن في العدالة، والكذب منها<sup>(١)</sup>).

لا ريب أن الصغيرة لا تقدح في العدالة، والمصنف يقول بذلك ، وإن كانت عبارته هنا قد توهم خلاف ذلك ، فان ما توهمه غير مراد. وأما الكذب ، فإن كان على الله ، أو على رسوله ، أو على الأئمة عليه وعليهم السلام فهو من الكبائر ، وما عداه فهو من الصغار ينبغي أن لا يقدح في العدالة منه إلا ما أخرج عن المروءة ، وادن بالخسنة .

إذا عرفت هذا فنقول: لو سلم أن الكذب قادح في العدالة لم يكن هنا مانعاً من قبول الشهادة؛ لأن المانع من ذلك على هذا التقدير هو تعمد الكذب ، ولم لا يجوز أن يكون هذا الإنكار- الذي يزعمه أنه كذب- نشأ عن نسيان ، أو غلط ، ونحو ذلك ، وحينئذ فلا يلزم ما ذكره ، ومن هذا يعلم أن من أقر بفسق شاهده لا تقبل شهادته له.

قوله: (ولو ادعيا على واحد رهن عبده عندهما، فصدق أحدهما خاصة، فنصفه مرهون عند المصدق).

المصدق مفتوح الدال بصيغة اسم المفعول.

قوله: (فلو شهد للآخر، فاشكال ينشأ: من تشارك الشركين

(١) في نسخة جامع المقاصد: والكذب ليس منها، وما ثبناه من نسخة القواعد، وهو الصحيح.

الشريكين المدعين حقاً فيما يصدق الغريم أحدهما عليه، أو لا، فإن قلنا بالتشريك لم يقبل، وإلا قبلت.

ولو اختلفا في متعاف فادعى أحدهما أنه رهن، وقال المالك: وديعة قدم قول المالك مع اليدين على رأي.

المدعين حقاً، فيما يصدق الغريم أحدهما عليه، أو لا، فإن قلنا بالتشريك لم تقبل، وإلا قبلت).

محصل الكلام: أن منشأ الاشكال: التردد في أن تصدق الغريم لأحد الشريكين في شيء ادعياه عليه هل يقتضي أصل الشركة -اشراكهما في المصدق عليهـ أم لا؟ يدل على ذلك قوله: (فإن قلنا...).

وإنما لم يقبل على تقدير القول بالمشاركة؛ لأن الشاهد يدفع عن نفسه حينئذ مشاركته فيها اقر به المدعى عليه.

والتحقيق أن نقول: إن كان سبب الاستحقاق موجباً للتشريك ، ككون الدين المرهون بمستحقاً لها بالارث بتصدقها ، أو الرهن منتقل إليها بالإرث ، أو الدين من مال اشتراك فيه ، ونحو ذلك فلا إشكال في مشاركة الآخر للمصدق ، وعدم قبول الشهادة . وإن لم يكن ثم ما يقتضي التشريك في الدين ، ولا في الرهن فلا إشكال في عدم المشاركة ، وانتفاء المانع من قبول شهادته ، وسيأتي في الصلح ما يوافق ذلك .

قوله: (ولو اختلفا في متعاف، فادعى أحدهما أنه رهن، وقال المالك: وديعة قدم قول المالك على رأي).

هذا الرأي هو الأصح؛ لأن اليدين على من أنكر. وجماعة على أن المصدق المدعى اذا ادعى رهنه بمقدار قيمة المتعاف ، تعويلاً على رواية<sup>(١)</sup> فيها ضعف ، وعملاً بقول ذي اليد ، وضعفه ظاهر.

(١) الكافي ٥: ٢٣٨ حديث ٤ ، الفقيه ٣: ١٩٥ حديث ٨٨٨ ، التهذيب ٧: ١٧٦ حديث ٧٧٦ ، الاستبصار ٣: ١٢٢ حديث ٤٣٦ .

ولو قال: الرهن هو العبد، فقال: بل الجارية بطل رهن ما ينكره المرتهن، وحلف الراهن على الآخر وخلصا عن الرهن. أما لو ادعى البائع اشتراط رهن العبد على الثمن، فقال المشتري: بل الجارية احتمل تقديم قول الراهن وهو الأقوى، والتحالف، وفسخ البيع.

---

قوله: (ولو قال: الرهن العبد، فقال: بل الجارية بطل رهن ما ينكره المرتهن...).

إنما كان كذلك؛ لأن الرهن المحس حق المرتهن، وهو جائز من طرفه، فإذا نفي رهن العبد انتقى عنه، ولم يتحقق إلى اليدين، فيبقى اليدين على الراهن؛ لبني ما يدعى به من رهن الجارية.

قوله: (أما لو ادعى البائع اشتراط رهن العبد على الثمن، فقال المشتري: بل الجارية احتمل تقديم قول الراهن - وهو الأقوى - والتحالف، وفسخ البيع).

وجه الأول: أن انكار اشتراط الجارية، وانكار استحقاقه من المرتهن كاف في نفي استحقاقه، فيبيق النزاع في اشتراط رهن العبد، والقول قول الراهن فيه؛ لأنه منكر.

ويضعف: بأن انكار اشتراط رهن الجارية يقتضي انتفاء هذا الفرد من أفراد البيع الذي يدعى الراهن، وهو - للزومه من الجانبيين - لازم للمرتهن على تقدير وقوعه، فكيف ينتفي بمجرد الانكار، ويسقط حق الآخر من هذا العقد المدعى به؟

ووجه التحالف: أن اختلاف الشرط على الثمن من جملة مكملات الثمن، فكل واحد يدعى ثمناً، كما لو قال: بعتك بهذا العبد، فقال: بل بهذه الجارية. وليس هذا كما لو قال: بعتك بمائة وخمسين، فقال: بل بمائة؛ لا تتفاوتها على قدر متفق الأوصاف، واحتلافها في ثبوت الزائد ونفيه، فإن منكر الزائد قد يقال هو

ولو قال: رهنت العبد، فقال: بل هو والجارية قدم قول الراهن.  
 ولو قال: دفعت ما على الرهن من الدينين صدق مع اليدين دون  
 صاحبه، أما لو أنكر الغريم القبض قدم قوله.  
 ولا فرق بين الاختلاف في مجرد النية، أو في اللفظ.

---

المنكر، بخلاف ما هنا، وهذا قوي متين. وعلى ما قواه المصنف يحتمل بقاء عقد  
 البيع بعد انتفاء شرط كل من العبد والجارية، أحدهما بنفي المرهن، والآخر  
 باليدين. وفيه بعد؛ لاتفاقها على وقوع عقد مع شرط.  
 ويحتمل الفسخ؛ لفوات الشرط. ويبعد؛ لأن ثبوت الفسخ في عقد لازم  
 مجرد نفي المرهن اشتراط رهن الجارية، مما ينافي وجوب الوفاء بالعقد، الذي لم  
 يدل الدليل على ثبوت التسلط على الفسخ.  
 قوله : (ولو قال: رهنت العبد، فقال: بل هو والجارية قدم قول  
 الراهن).

لإنكاره رهن الجارية، ولا بد من اليدين.

قوله : (ولو قال: دفعت ما على الرهن من الدينين صدق مع اليدين  
 دون صاحبه).

لأن ذلك مستند إلى نيته، وهو أعرف بها، ولا طريق إلى العلم بها إلا  
 من قبله. ولو قال المرهن: انه كان قد أقر لي ، بأنه إنما دفع عن الدين الآخر  
 فالقول قوله باليدين أيضا.

قوله : (أما لو أنكر الغريم القبض قدم قوله).  
 من هذا يعلم: أن المسألة الأولى حيث يتصادقان على القبض، ويختلفان  
 في تعيين المقبوض عنه، فاما مع الاختلاف فيه فان القول قول منكره.

قوله : (ولا فرق بين الاختلاف في مجرد النية أو في اللفظ).

فلو قال الدافع: نويت الدين الفلاني ، وقال الآخر: بل نويت الفلاني  
 فله إحلافه، وإن كانت النية أمراً قليلاً لا يطلع عليه إلا من قبله؛ لأن الأمر

ولو قال: لم أنو عند التسلیم أحد الدينين احتمل التوزیع، وأن  
يقال له: إصرف الأداء الآن إلى ما شئت.

وكذا نظائره، كما لو تبایع مشرکان درهماً بدرهمین، وسلم  
مشتری الدرهم درهماً ثم أسلماً، فإن قصد تسلیمه عن الفضل فعليه  
الأصل، وإن قصد عن الأصل فلا شيء عليه، وإن قصدهما وزع وسقط  
ما بقي من الفضل، وإن لم يقصد فالوجهان.

الخفي تسمع الدعوى فيه بمجرد التهمة على الأصح، ويترتب عليها اليدين ولا تُرد.  
وستأتي هذه الأحكام كلها إن شاء الله في كتاب القضاء، وكلام المصنف هنا  
منزل على ذلك.

وأما الاختلاف في اللفظ ظاهر، كما لو قال: دفعته قائلاً إنه عن  
الفلاني، أو اقررت بذلك فانكر، وقال: إني قلت إنه عن الفلاني، ويقدم  
قوله بيمينه؛ لأنه منكر.

قوله: (ولو قال: لم أنو عند التسلیم أحد الدينين احتمل التوزیع،  
 وأن يقال له: إصرف الأداء الآن إلى ما شئت).

وجه الأول: أن القابض يلکه بالأأخذ قطعاً، لوجود المقتضي وهو  
الاستحقاق، وانتفاء المانع، فلا بد أن يسقط من الذمة من الدينين ما يقابلها، ولا  
ترجح لأحد الجنين، فتعین التوزیع، وهو الأقوى.

وجه الثاني: انتفاء النية حال الدفع فليتدارکها الآن، لأن المرجع في  
ذلك إلى اختياره، وحيث لم يسبق له اختيار شيء، فليتغیر متن شاء، ويدفعه  
اقتضاء ملك القابض للمقبوض وقوعه عن شيء.

قوله: (وكذا نظائره، كما لو تبایع مشرکان درهماً بدرهمین، وسلم  
مشتری الدرهم درهماً ثم أسلماً - إلى قوله: - وإن لم يقصد فالوجهان).

إذا فرض المسألة في المشرکين؛ لأنهما لو كانا مسلمين لكان الحال دائراً  
بين المنع من الربا في حقهما، أو الجواز الذي لا يتطرق إليه المنع. وتقريريه معلوم

ولو كان لزید عليه مائة، ولعمر و مثلها، ووكلا من يقبض لها  
دفع المديون لزید أو لعمر و فذاك ، وإلا فالوجهان.  
ولو أخذ من المماطل قهراً فالاعتبار بنية الدافع ، ويحتمل  
القابض ، ولو فقدت فالوجهان.

---

ما سبق ، والأصح التوزيع هنا أيضاً.  
قوله : (لو كان لزید عليه مائة، ولعمر و مثلها ووكلا من يقبض  
لها ، ودفع المديون لزید أو لعمر و فذاك ، وإلا فالوجهان).  
أي: وإن لم يكن كذلك ، بأن لم يدفع لواحد منها بعينه بدليل (أو)  
فالوجهان السابقان يأتيان هنا ، والأصح التوزيع. وفي العبارة مناقشة لطيفة ، وهو  
أن موضع الوجهين ما إذا دفع ولم ينوه شيئاً ، لا ما إذا لم ينوه واحداً بعينه ، اذ لو  
نوهما لم يطرد مجيء الوجهين فيه.  
قوله : (لو أخذ من المماطل قهراً فالاعتبار بنية الدافع ، ويحتمل  
القابض ، ولو فقدت فالوجهان).

الأخذ من المماطل يقتضي أن يكون الدافع هو المماطل ، فلا يرد عليه  
ما لو أخذ الحاكم ودفع ، حيث أن الوجهين لا يأتيان؛ لأن نية الحاكم قاعدة مقام  
نية المديون.

فإذا نوى الدافع - وهو المماطل- أحد الدينين ، ونوى القابض الآخر فيه  
احتمالاً: ترجيح نية الدافع؛ لأن الاعتبار إنما هو بنيته. وترجح نية القابض؛  
لأن الأخذ قهراً صيرها غير معتبرة ، كما في الزكاة إذا أخذت قهراً. وليس  
بشيء ، اذ القهر إن استمر الى حصول الدفع فلا نية للدافع أصلاً ، ليعتبر  
ترجحها وعدمه.

وإن حصلت النية عنده لم يكن الدفع قهراً؛ لأن المقهور المجرد لا يكون  
مريداً ولا ناوياً ، بل صدور النية منه ، مع كون الأخذ منه قهراً مما لا يجتمعان.  
وقوله: (لو فقدت) يريده به ما لو فقدت نية كل منها ، اذ لو وجدت  
النية من القابض فقط ، فرجحان اعتبارها عنده ظاهر ، ومع فقدها فأصح الوجهين

ولو كان التداعي في الإبراء قدّم قول المرهن في عدم الرد مع اليدين، وفي قدر الدين على رأي، وفي أن الرهن على نصف الدين لا كله، وعلى المؤجل منه لا الحال،

التوزيع، كما في باقي النظائر.

واعلم أن الشارح ولد المصنف زعم أن مجيء الوجهين احتمال ثالث في مسألة الأخذ من المماطل قهراً، التي هي موضع الوجهين الأولين<sup>(١)</sup>. وهو قريب؛ لأن موضع الوجهين مسألة أخرى، وهو ما إذا فقدت النية من كل منها، وهنا لا يجيء<sup>(٢)</sup> الاحتمالان الأولان.

**قوله:** (ولو كان التداعي في الإبراء قدّم قول المرهن).  
لأنه منكر، والأصل بقاء الدين.

**قوله:** (ويقدم قول الراهن في عدم الرد مع اليدين).

أي: في عدم رد الرهن إليه؛ لأن الأصل عدمه، واليدين على من أنكر، وفرق بينه وبين المستودع والوكيل؛ لأن كلاً منها قبض لصلاحة مالك العين، والمرهن قبض لصلاحته.

**قوله:** (وفي قدر الدين على رأي).

لأنه منكر للزائد، والأصل عدمه. وقال ابن الجنييد: يقدم قول المرهن ما لم ترد دعواه عن قيمة الرهن<sup>(٣)</sup>، تعويلاً على رواية<sup>(٤)</sup> فيها ضعف، مع مخالفتها لظاهر المتواتر.

**قوله:** (وفي أن الرهن على نصف الدين لا كله).  
لأن الراهن ينكر وقوع الرهن على الزائد على النصف.  
**قوله:** (وعلى المؤجل منه، لا الحال).

(١) ايضاح الفوائد : ٤٥ : ٢.

(٢) في «م»: يجيء.

(٣) نقله عنه في ايضاح الفوائد : ٤٥ : ٢.

(٤) التهذيب : ٧ : ١٧٥ حديث ٧٧٤.

وقول المرهن في عدم التفريط والقيمة، وفي ان رجوعه عن اذنه للراهن في البيع قبله ترجيحاً للوثيقة، ولأن الأصل عدم بيع الراهن في الوقت الذي يدعيه، وعدم رجوع المرهن في الوقت الذي يدعيه، فيتعارضان ويقى الأصل استمرار الرهن. ويحتمل تقديم قول الراهن عملاً بصححة العقد.

أي: ويقدم قول الراهن في أن الرهن على الدين المؤجل، لا الحال. وكذا العكس؛ لأن ما أنكر المرهن الرهن به يندفع بانكاره، وعليه في دفع الآخر اليدين، لكونه منكراً. وظاهر العبارة يقتضي ثبوت الرهن بالدين الخالف، لما يخلف الراهن على تقي كون الرهن به، وليس كذلك. وفي حواشى الشهيد: احتمال التحالف هنا، وليس بشيء كما لا يتحقق؛ لأن دفاع ما ينكره المرهن مجرد انكاره.

نعم، لو اختلفا في المشرط منها في عقد البيع جاء احتمال التحالف هنا، ويتجه كونه الأقوى.

**قوله:** (وقول المرهن في عدم التفريط والقيمة).

لكونه منكراً في كل من المتأثرين، إذ الأصل عدم تفريطه، والأصل عدم ما يدعيه الراهن عليه من زيادة القيمة، حيث لزمهه بتعد وتفريط.

**قوله:** (وفي أن رجوعه عن إذنه للراهن في البيع قبله ترجيحاً للوثيقة، ولأن الأصل عدم بيع الراهن في الوقت الذي يدعيه، وعدم رجوع المرهن في الوقت الذي يدعيه فيتعارضان، ويقى الأصل استمرار الرهن. ويحتمل تقديم قول الراهن، عملاً بصححة العقد).

ما افتقى به هنا هو مختاره في التحرير<sup>(١)</sup> والارشاد، وهو مذهب الشيخ<sup>(٢)</sup>، وأكثر المتأخرین<sup>(٣)</sup>. وفي التذكرة حکاه عن الشيخ، ولم يفت

(١) التحرير: ٢٠٨

(٢) المبسوط: ٢١٠

(٣) منهم: الشهيد في الدرسos: ٤٠٥

بشيء<sup>(١)</sup>.

واحتاج المصنف على ما أقى به بوجهين: الثاني منها ذكره الشيخ<sup>(٢)</sup> والجماعة<sup>(٣)</sup>، والأول لا يكاد يغايره.

الأول: ترجيح جانب الوثيقة عملاً بالاستصحاب.

الثاني: أن كلاً من دعوى الراهن والمرتهن قد استندت إلى أصل فيتكافئان، وتقى اصالة استمرار الرهن بغير معارض.

أما الأول: فلأن الراهن يدعى صدور البيع على وجه مخصوص، وهو قبل رجوع المرتهن، والأصل عدمه؛ لأن الأصل في كل أمر ممكن العدم حتى يعلم وجوده، والمرتهن يدعى صدور الرجوع منه، على وجه مخصوص أيضاً، وهو قبل صدور البيع، والأصل عدمه أيضاً، فوق التعارض.

وأما الثاني: فلأن المرجح ما ذكر، وفيه نظر من وجوه:

أ: إن الأصل وإن كان عدم صدور البيع على الوجه الذي يدعى الراهن، إلا أنه لا يتمسك به الآن؛ لحصول الناقل عنه، وهو صدور البيع مستجماً لجميع ما يعتبر فيه شرعاً، وليس هناك ما يخل بصحته، إلا كون الرجوع قبله. ويكتفي فيه عدم صدور العلم بوقوعه كذلك ، والاستناد إلى أن الأصل بقاء الإذن السابق؛ لأن المانع لا يشترط العلم بانتفاءه لتأثير المقتضي ، وإلا لم يكن القس克 بشيء من العلل الشرعية، اذ لا يقطع بنفي موانع تأثيرها بحسب الواقع ، وهو معلوم البطلان ، فان من صل مراجعاً للأفعال والشروط ، يكتفيه لصحة صلاته الاستناد إلى اصالة عدم طروع النجاسة المانعة من الصحة على ثوبه أو بدنه الطاهرين ، وإن لم يعلم انتفاءها بحسب الواقع قطعاً ، هذا مع اعتقاده بأن الأصل في البيع الصحة واللزوم . وحيث تتحقق الناقل عن الأصل امتنع

(١) التذكرة ٢: ٤٥.

(٢) الميسوط ٢: ٢١٠.

(٣) منهم: الحق في الشائع ٢: ٨٥، والشهيد في الدروس: ٤٠٥.

التمسك به، وخرج عن كونه حجة، فان أصل الطهارة في الماء -بعد ثبوت المقتضي للتبجيس مثلاً- لا يتمسك به، وحينئذ فينتفي حكم كل من الأصلين اللذين ذكرهما.

ب: إن ما ذكره من الاستدلال، إنما يتم على تقدير تسلیم بقاء الأصلين المذكورين مع الانحصار فيها، وفي الأصل الثالث الذي ذكره. وليس كذلك، فان لنا أصلاً آخر من هذا الجانب أيضاً، وهو أن الأصل في البيع الصحة واللزوم، ووجوب الوفاء بالعقد.

ج: إن ما ذكره من الاستدلال على اطلاقه يجري على ما إذا اطلقا الدعوى ولم يعيينا وقتاً للبيع أو الرجوع، وما إذا عينا لأحدهما وقتاً واحتلفا في الآخر. وليس بجيد، فانها اذا اتفقا على وقوع البيع يوم الجمعة، واحتلفا في تقدم الرجوع عليه وعدمه ، الأصل عدم التقدم.

وينعكس الحكم لواتفقاء على وقت الرجوع، واحتللفافي تقدم البيع عليه، فيحصل على هذا التقدير أصل آخر، وقد نبه على ذلك في الدرس<sup>(١)</sup>. واعلم أن المصنف في التذكرة حكى عن بعض العامة تفصيلاً، وهو: أنه لو قال الراهن أولاً: تصرفت باذنك ، ثم قال المرتهن: كنت رجعت قبله فالقول قول الراهن بيمنيه. وإن قال المرتهن أولاً: رجعت عما اذنت ، فقال الراهن: كنت تصرفت قبل رجوعك فالقول قول المرتهن بيمنيه؛ لأن الراهن حين ما أخبر لم يكن قادراً على الإنشاء<sup>(٢)</sup>.

قلت: ويقرب منه ما لو تصادقا على صدور البيع ، ثم اختلفا في حال الرجوع ، أو تصادقا على صدور الرجوع ، ثم اختلفا في حال البيع أخذ بالاقرار السابق.

(١) الدرس: ٤٠٥

(٢) التذكرة ٢: ٤٥ ، وذهب الى هذا القول الشافعي كما في المغني لابن قدامة ٤: ٤٨٨

ولو ادعى الراهن الغلط في إقراره بقبض المرتهن الرهن تعويلاً على كتاب وكيله فخرج مزوراً، أو قال: أقبضته بالقول وظننت الاكتفاء قدم قول المرتهن مع اليدين. وكذا لو قال: تعمدت الكذب إقامة لرسم القبالة. أما لو أقر في مجلس القضاء بعد توجيه دعواه فالوجه أنه لا يلتفت إليه، وكذا لو شهدت البيينة بمشاهدة القبض.

---

إذا تقرر هذا، علم أن مذهب الأصحاب تقديم قول المرتهن، فينبغي الوقوف معه، وإن كان الدليل يقتضي خلافه.

قوله: (ولو ادعى الراهن الغلط في إقراره بقبض المرتهن، تعويلاً على كتاب وكيله فخرج مزوراً، أو أقبضته بالقول، وظننت الاكتفاء قدم قول المرتهن مع اليدين).

وذلك؛ لأن الأصل في الإقرار الصحة، ومطابقة الواقع. واعلم أن في قول المصنف: (أو أقبضته) حذفا، تقديره: أو قال: أقبضته، ونحو ذلك . ومعنى أقبضته بالقول: قلت له: أقبضتك ، ونحوه من القول الذي ليس قبضاً، ظناً منه الاكتفاء به.

قوله: (وكذا لو قال: تعمدت الكذب إقامة لرسم القبالة).  
القبالة، فيما نسمعه، بفتح القاف: الوثيقة، والمعنى إني أردت إقامة رسم القبالة، وهي وثيقة الرهن، أي: كتبها، والشهادة بها، ولما لم يتم من دون الإقرار بالقبض أقررت به، ولم يكن في الواقع قبض، فإن المرتهن يخالف لا الراهن؛ لاعتراض المرتهن بالأصل، ومثل ذلك يجري كثيراً في العادة.

قوله: (أما لو أقر في مجلس القضاء بعد توجيه دعواه فالوجه أنه لا يلتفت إليه).

لأن الإقرار في مجالس الحكم بعد توجيه الدعوى، وطلب الجواب مما لم تخبر العادة بالمساحة فيه، والجاذفة والعقل يقتضي أن المدعى عليه لا يقر الآن إلا بما أقدم على المؤاخذة به والالتزام بمقتضاه، فلا يجيئ إلا بما هو محقق عنده، ولو لا

ولو اعترف الجنائي بالجناية على الراهن، فصدقه الراهن خاصة أخذ الأرش، ولم يتعلّق به المرتهن. ولو صدقه المرتهن خاصة أخذ الأرش، وكان رهنا إلى قضاء الدين، فإذا قضى من مال آخر فهو مال ضائع لا يدعنه أحد، ولو جنى العبد فاعترف المرتهن خاصة قدم قول الراهن مع اليدين.

---

ذلك لم يوثق بالأقارب الجنائية في مجالس الحكم.  
واحتذر بقوله: (بعد توجيه الدعوى) عمالو أقر في مجلس القضاء، لا مع توجيه الدعوى، بل إقامة لرسم القبالة مثلاً، فإن اليدين لا ينتفي عن المرتهن هنا.  
قوله: (ولو اعترف الجنائي بالجناية على الراهن، فصدقه الراهن خاصة أخذ الأرش، ولم يتعلّق به المرتهن).  
أي: ولم يكن للمرتهن به علاقة حق، لتکذیبه بالجناية المقتضي لنفي استحقاقه الاستئناق.

قوله: (ولو صدقه المرتهن خاصة أخذ الأرش و كان رهنا إلى قضاء الدين ، فإذا قضى من مال آخر فهو مال ضائع لا يدعنه أحد).  
قد يقال: أخذ المرتهن الأرش إنما يستقيم بناء على أن المرتهن يستحق إدامة اليد على الراهن، وقد عرفت سابقاً ما فيه. إلا أن يقال: الحكم باليد هنا ثبت مطلقاً، ضرورة تعذر إذن الراهن هنا؛ لإنكاره الجنائية. و قوله: (و كان رهنا إلى قضاء الدين...) لا محصل له؛ لأن كل رهن كذلك ، وكأنه أراد بكونه رهناً: مقتضاها السابق، وهو كونه في يده إلى حين قضاء الدين ثم هو مال ضائع، أي: لا يعرف مالكه فيسلم إلى الحاكم. وسيأتي ان شاء الله تعالى حكمه في الإقرار، فيما لو كذب المقر له المقر في إقراره. وقد يعلم من قوله: (إذا قضى من مال آخر) أنه يجوز القضاء منه، وهو صحيح لانتفاء المانع.

قوله: (ولو جنى العبد، فاعترف المرتهن خاصة قدم قول الراهن مع اليدين).

لأنه المالك ، فلا يثبت حق الجنائية عليه بمجرد إقرار المرتهن.

ولو اعترف الراهن خاصة قدم قول المرتهن مع العين ، فإن بيع في الدين فلا شيء للمقر له ، ولا يضمن الراهن . ويحتمل الضمان مع تمكنه من الفك لقضاء ثمنه في دينه .

**قوله :** ( ولو اعترف الراهن خاصة قدم قول المرتهن مع العين ) .  
لأن له حق الاستيقاظ ، فلا تثبت الجنائية المفضية إلى سقوطه بمجرد اقرار الراهن .

**قوله :** ( فان بيع في الدين فلا شيء للمقر له ، ولا يضمن الراهن ) .

لعدم تقصيره ، حيث انه أقر بالجنائية ، ولا تعديه ، إذ الفرض أن البيع ليس منه .

**قوله :** ( ويحتمل الضمان مع تمكنه من الفك لقضاء ثمنه في دينه ) .

كبرى القياس محدوفة وهي : كلما كان كذلك فهو مضمون ، وقد نقل الشارح الاجماع على حقيقة الكبرى<sup>(١)</sup> ، ومقتضى الدليل المذكور الضمان مع قضاء الدين به وأن يتمكن من الفك . ووجهه ظاهر ، فإن إقرار الراهن بالجنائية يقتضي استحقاق الجنبي عليه الجنائي لولا حق المرتهن ، فإذا قضى دين الراهن منه بأمره ، أو بأمر الحاكم الجاري مجرى أمره كان عليه الضمان ، وهذا قوي جداً .

لكن يرد عليه : أنه على تقدير وقوع الجنائية ، فبيع العبد في الدين غير صحيح ، إن كانت الجنائية عمداً ، وبقي استحقاق القصاص والاسترافق بحاله ، لأن الاختيار فيه إلى الجنبي عليه ، فلا يصح الاستدلال بالقياس المذكور على الضمان في هذا الفرد .

نعم ، لو كانت الجنائية خطأً ، وبيع بأمر الراهن فإن وجه الضمان هنا

ولو قال الراهن: أعتقته، أو غصبته، أو جنى على فلان قبل أن رهنت حلف المرتهن على نفي العلم، وغرم الراهن للمقر له للحيلولة.  
ولونكل فالأقرب إحلاف المقر له لا الراهن،

ظاهر؛ لأن الأمر بالبيع من الراهن يكون التزاماً للفداء فيضمنه. والظاهر أن أمر الحاكم بالبيع -لكونه لقضاء دين واجب عليه- متزل منزلة أمره، في ينبغي أن يلحظ ذلك ، وهذا اذا كانت الجنائية بعد الرهن.  
أما قبله فان عليه الضمان قطعاً، لأن تضييع حق المجنى عليه منه حيث رهن الجنائي، ولم يخبر بالحال.

واعلم أن في عبارة المصنف مناقشة، فإنه لا معنى لقضاء الثمن في الدين؛ لأن القضاء للدين لا للثمن، فكان حقه أن يقول: لقضاء دينه من ثمنه، فهو كلام مغلوب. ولعله ارتكبه لظهوره، كما في قوله: خرق الثوب المسamar، وهو فن من فنون كلامهم.

قوله: (ولو قال الراهن: أعتقته، أو غصبته، أو جنى على فلان قبل أن رهنت حلف المرتهن على نفي العلم، وغرم الراهن للمقر له للحيلولة).  
أي: لو قال الراهن كنت أعتقته، أي: العبد المرهون، أو غصبته من فلان، أو جنى على فلان، وكان ذلك قبل الرهن، فانكر المرتهن ذلك حلف على نفي العلم بما ادعاه.

والخصوصة كما تجري بين المرتهن والمعتق، والمغصوب منه والمجنى عليه، فكذا تجري بينه وبين الراهن؛ لأن تخلص نفسه من الإثم والغرم أمر مطلوب، فإذا حلف اندفعت الدعوى، فيغرم الراهن حينئذ للمعتق، وللمغصوب منه، وللمجنى عليه الذين هم المقر لهم، لحيلولته بينهم وبين حقهم برهنه قبل الإقرار وأثبات السلطة للمرتهن عليه ظاهراً.

قوله: (لونكل فالأقرب إحلاف المقر له لا الراهن).  
أي: لونكل المرتهن عن اليدين أحلف المقر له من الثلاثة المذكورين، لا

فيياع العبد في الجنائية والفضل رهن، أو العبد فيعتق.  
ولو نكل المقر له احتمل الضمان لاعترافه بالحيلولة، وعدهم  
لتقصيره بالنكول مع تمكين المقر باقراره، والمرهن بنكوله،

---

الراهن على الأقرب؛ لأن الحق للمقر له، فإذا نكل المدعى عليه ردت اليدين على  
من له الحق.

ويحتمل إخلاف الراهن؛ لأن الخصومة معه، وخلاصه من الضمان أمر  
مطلوب. والأصح الأول؛ لأن الحلف لإثبات مال الغير لا يجوز، والخلاص من  
الضمان فرع ثبوته.

قوله : (فيياع العبد في الجنائية ، والفضل رهن ، أو العبد فيعتق).  
اذا حلف المقر له اليدين المردودة ثبت الحق ، ففي الغصب يأخذ  
المغصوب من ماله وهو ظاهر ، وهذا لم يتعرض له المصنف . وفي الجنائية يياع العبد  
إن استوعبته ، أو لم يكن بيع ما تستدعيه الجنائية .

والفضل عنها من القيمة يكون رهنا ، وإن أمكن بيع مقدار الجنائية  
فالباقي كما كان رهن . وفي العتق تقطع السلطنة عن العبد المرهون ، بثبت عتقه  
وحرفيته . واعلم أن نظم العبارة ليس بحسن؛ لأن العبد مقر له ، فيندرج في قوله:  
(الأقرب إخلاف المقر له).

فلا يحسن قوله بعد: (أو العبد فيعتق) لأن ذلك تكرار بغير فائدة ، مع  
ابهامه عدم اندراجه في قوله: (المقر له) وليرأ قوله: (فيعتق) بفتح الياء وكسر  
التاء ، أي: فيظهر عتقه ، لأنه باقراره معتقد.

قوله : (ولو نكل المقر له احتمل الضمان؛ لاعترافه بالحيلولة ،  
وعدهم لتقصيره بالنكول مع تمكين المقر باقراره ، والمرهن بنكوله ).  
ولو نكل المقر له عن اليدين احتمل ضمان المقر له؛ لاعترافه بالحيلولة  
الموجبة لضمانه ، فلا يسقط الغرم الواجب بسببها بنكول المقر له . ويحتمل عدمه ،  
لتقصير المقر له بنكوله عن اليدين ، مع تمكين المقر اياه من اليدين باقراره والمرهن

وغرامته للعبد بفكه من الرهن عند الحلول، فإن تعذر وبيع وجب فكه بالقيمة مع البذل، وبالأزيد على اشكال.

---

بنكوله. وليس بشيء؛ لأن تقصيره في إثبات حقه على المرهن لا يُسقط حقه عن الراهن.

ولا محصل لقوله: (مع تمكين المقر باقراره) فإن رد اليدين على المقر له لا يتوقف على اقرار المقر. وكأنه أراد معنى آخر، وهو: أن المقر لم يقتصر فيما وجب عليه، حيث أقر بالصورة الواقعية، فلم تساعد هذه العبارة.

ويرد عليه: أن عدم تقصيره لا يُسقط ما وجب بالعدوان السابق حيث رهنها، ولم يخبر بالواقع، على أن النكول عن اليدين لا يعد تقصيراً، فإن الفرار من الحلف أمر مطلوب مرغب فيه في الكتاب والسنة، والحق أنه يضمن.

قوله: (وغرامته للعبد بفكه من الرهن عند الحلول).

أي: الغرامة للمجني عليه والمخصوص منه للحلولة حيث يجب معلوم، فلا يحتاج إلى التعرض لبيانه. وأما الغرم للعبد الذي أقر بأنه معتق، فحيث أنه ليس على نهج الغرم في الاولين تعرض لبيانه.

فغرامته له إنما تعقل بفكه من الرهن، إذ لا يعقل أمر آخر مثل غرم القيمة له مثلاً، إذ الحر لا قيمة له. قوله: (عند الحلول) مستدرك ، بل مفسد، لأن فكه واجب سواء كان قبل الحلول أو بعده. وإن كان بعد الحلول قد صار ممكناً من إلزام المرهن باستيفاء دينه، وفك الرهن، إلا أنه قبل الحلول لو امكنه ذلك ، بارضائه اياه ولو بذل زيادة وجب عليه.

قوله: (فإن تعذر وبيع وجب فكه بالقيمة مع البذل، أو بالأزيد على اشكال).

لا شبهة في وجوب الفك بالقيمة فما دون مع القدرة على البذل، وإنما الاشكال مع عدم القبول إلا بزيادة على القيمة.

ومنشئه: من أن بذل ما زاد على القيمة ضرر، فيكون منفياً ، ومن أن التخلص واجب، ولا يتم إلا بذلك فيجب، وهو الأصح؛ لأنه أدخل هذا

فإن أعتق فلا ضمان، إلا في المنافع التي استوفاها المشتري لا غيرها، إذ منافع الحر لا تضمن بالفوائد، وقبله يضمها لما يتبع به بعد العتق كالجناية.

الضرر على نفسه برهن الحر، نعم لو اجحف بماليه...<sup>(١)</sup>.

قوله: (فإن أعتق فلا ضمان، إلا في المنافع التي استوفاها المشتري لا غيرها، إذ منافع الحر لا تضمن بالفوائد).

إذا اعتق هذا العبد المقرب بحريته بسبب من الأسباب، فإن وجوب التخلص حينئذ يسقط عنه لحصوله بالعتق، ولا يجب على المقر ضمان شيء لأجله، سوى المنافع التي استوفاها المشتري لتقومها، وكون الراهن سبباً في تسلط المشتري على استيفائتها، سواء استوفاها بنفسه، أو بوكيله، أو بالأجرة، أو بالعارية، ونحو ذلك، والمبادر ضعيف بالغرور.

أما المنافع التي فاتت فانها لا يجب ضمانها؛ لأن منافع الحر لا تضمن بالفوائد، إذ لا يدخل الحر تحت اليد؛ لأن الذي يدخل تحت اليد هو المال.

ويظهر من العبارة أنه لو استوفى المنافع غير المشتري، بان غصب العبد غاصب، وانتفع به، أنه لا يجب ضمانها على المقر. وهو محتمل؛ لأن ذلك ليس ناشئاً عنه، إذ ليس بسبب تعديه برهن الحر، وإنما ذلك بدعوان الغاصب.

ويحتمل الضمان؛ لأن الظاهر غصبه لزعمه أنه مملوك ، وذلك الاعتقاد بسبب المقر.

قوله: (و قبله يضمها؛ لما يتبع به بعد العتق كالجناية).

أي: قبل العتق، أما عدم ضمان المنافع بعد عتق العبد، وزوال السلطنة الظاهرة عنه فواضح. وأما ضمانها قبل العتق في حال العبودية، وثبتوت السلطنة ظاهراً فقد يتوهם امتناعه؛ وذلك لأن المدفوع اليه اجرة منافعه ملك للمشتري ظاهراً، فيستحق انتزاعه، فلابد من ضمانه، فإذا دفع اليه انتزعه المشتري،

(١) هكذا في النسخة الخطية والحجرية.

وهكذا الى ما لا نهاية له، فيلزم التسلسل.

وهذا إنما يتم على تقدير أمرين:

أحدهما: أن كلام ضمن للعبد لابد من دفعه اليه على وجه يعلم به المشتري ، وليس ذلك بلازم؛ لإمكان ضمانه على وجه يرضى بيقائه في يده ، أو يد شخص آخر بالوكالة ، أو يسلمه اليه ، بحيث لا يعلم المشتري ، ويستره العبد عنه.

الثاني: أن كلام وصل الى المشتري من العبد يجب على المقر ضمانه ، ومقتضى كلام المصنف الآتي -فيما لوسعى العبد: أنه لا يضمن المقر الا اجرة المنافع ، دون ما دفعه بالكتابة- عدم الضمان ، وحينئذ فادا أخذه المشتري لا يجب ضمانه دفعه اخرى.

ولا يقال: إن بين هذا ، وبين ما زاد على أجرة منافعه من مال الكتابة فرقاً؛ لأن العبد التزم به ، ودفعه باختياره.

وأما هنا فان المأخذ منه قهراً، فلا يلزم من اسقاط الضمان هناك سقوطه هنا ، لأننا نقول: إن التزامه بمال الكتابة ليس باختياره قطعاً ، وإنما هو خلاص رقبته من سلطنة الرق بغير حق ، الناشئ عن تغیر المقر ورهنه ، فلا فرق.

إذا عرفت هذا ، فلتوهم امتناع هذا الضمان قيد المصنف الضمان بكونه لما يتبع به بعد العتق ، كالجناية التي يقرها العبد ، وينكرها المشتري ، ولا يمكن اثباتها ، وكذا لو أقر بها المشتري ، أو ثبتت وصرف ذلك فيها باذن العبد ، اذا كانت توجب المال ، أو وقع التراضي على المال.

وكذا لو اقر بمال ، أو اتلف مالاً ، أو تزوج امرأة بغير اذن المشتري ، وهي جاهلة بحاله ، فان المضمون للعبد حينئذ من المقر يرصده هذه بيد الحاكم ، ولا يتعين ، بل إن ممكن أن يرصد في يد شخص باذن العبد جاز ، بل هو متعين ، ومقدم على التسليم الى الحاكم ، وكذا صرفه الى المقر له باذن العبد حالاً.

وإن كوتب بالقيمة، أو بالأدون، أو بالأزيد مع عدم التخلص إلا به  
وجب على المقر تخلصه به،

فإن قلت: كيف يجوز للحاكم، أو الوكيل، أو المقر له أخذ هذا المال،  
الذى هو مال ملوك ظاهراً، فهو ملك للمشتري في الحقيقة بغير إذنه؟ إذا قال  
المقر له: هذا مالي، ضمنته لهذا العبد الذي اعتقته قبل الرهن بمقتضى الغرم، لم  
يكن للمشتري المطالبة به، ولا للحاكم، وللوكيل الاعتراض؛ لأنه إن كان  
صادقاً في قوله فلا بحث، وإن كان كاذباً فهو ماله يدفعه إلى من شاء، وقول  
الشارح: إن أجرة المنافع تعد عند الحاكم<sup>(١)</sup>، إن اراد به تعين ذلك فقد عرفت  
ما فيه، وإن لم يكن ذلك مراده فلا وجه لقصر الحكم عليه، بل إذا أمكن دفعه  
إلى وكيل العبد تعين كما قلناه.

بل قول المصنف: (يضمها لما يتبع به بعد العتق كالجناية) ليس مجيد؛  
لأن مقتضاه الحصر في ذلك . وليس مجيد؛ لأن هذا مال للعبد، وتتعذر اتصاله  
إليه على ما قرروه إن تم لا يقتضي حصره في المصرف المذكور؛ لانه لو صرف في  
مأكله وملبسه مع الحاجة جاز، ولو صرف في نفقة قريبه الحر إذا كان واجب  
النفقة جاز، إلى غير ذلك ، فلا وجه لما ذكره.

**قوله:** (وإن كوتب بالقيمة، أو بالأدون، أو بالأزيد مع عدم  
التخلص إلا به، وجب على المقر تخلصه).

هذا أيضا من أحوال العبد، وتقريره: أنه إذا لم يكن فكه، ولم يعتق،  
بل كوتب، سواء كانت بالقيمة، أو بالأدون، أو بالأزيد؛ لأن ذلك كله بحسب  
الواقع بمقتضى الإقرار بغير حق وجب على المقر تخلصه ببذل مال الكتابة، إن لم  
يمكن التخلص إلا به.

**قوله:** (مع عدم التخلص إلا به) قيد لقوله: (وجب على المقر تخلصه)  
 فهو في معنى الشرط.

## فإن سعى العبد ضمن الأجرة خاصة على الأقوى بخلاف الميراث.

فكأنه قال: وجوب تخلصه، وذلك لأنه لم يكن التخلص إلا به، والظرف متعلق بقوله: (وجب)، والضمير يعود إلى مذوف يدل عليه السياق، تقديره: وجوب تخلصه بذلك المذكور من القيمة، والأدون، والأزيد الذي هو مال الكتابة.

واعلم أن في قوله: (أو بالأزيد...) رجوعاً عن الاشكال السابق، في وجوب التخلص بالأزيد من القيمة.

قوله: (فإن سعى العبد ضمن الأجرة خاصة على الأقوى، بخلاف الميراث).

أي: فإن لم يخلصه، وسعى العبد في أداء مال الكتابة فالواجب على المقر حينئذ ضمان أجرة منافعه فقط، دون مازاد عليها، مما بذله في مال الكتابة؛ لأنه دفعه بغير اذنه في فك رقبة لم تدخل تحت ضمانه، فإن رقبة الحر لا تضمن.

ويضعف بأن الضمان غير منحصر سببه في الإذن بالدفع، فإن التسبب إلى الاتلاف موجب للضمان، حيث يكون المباشر ضعيفاً، وهاهنا كذلك، فإن العبد لما كان حرّاً بزعم المقر، وكان تحت سلطنة الرق بغير حق ناشئاً عن المقر كان كلما ينشأ عن الرقية من الاتلافات مستنداً إليه، والمباشر ضعيف بالغور، فيكون الضمان عليه.

ولا ريب أن الخلاص من الرق أمر مطلوب للعقلاء؛ لما فيه من الخلاص من الذل العظيم والحقوق الكثيرة، خصوصاً إذا كان الرق في نفس الأمر متنيفاً، فالأصح ضمان أكثر الأمرين.

ويحتمل ضعيفاً ضمان أقل الأمرين؛ لأنه إن كان المدفوع أقل فهو التالف، وإن كانت الأجرة أقل فهي المضمونة على ما سبق أولاً، وضعفه معلوم بما سبق.

وقوله: (بخلاف الميراث) أراد به على ما فسره به بعضهم: أنه لو مات، فأدى مال الكتابة من ميراثه وجب ضمانه للوارث، وإن كان أزيد من أجرة

وإن أعتق من الزكاة فلا ضمان فيه، وكذا لو أبرأه السيد.  
ولو عجز عن أداء الجميع وجب دفع ما يمكن منه،

المنافع؛ لأنه مدفوع بأمر الشارع، لا باختيار المكاتب، وأمر الشارع نشأ عن  
تسبيب المقر، فيكون عليه ضمان الجميع.

وحمله الشارح ولد المصنف على أن المراد به: ما يدفع من تركة مورث هذا  
العبد، إذا مات مورثه ولم يخلف وارثاً غيره<sup>(١)</sup>، فإن قيمته تدفع إلى المشتري،  
ويسلم باقي الارث إليه -على ما سيأتي بيانه في الميراث إن شاء الله تعالى-. فإن  
هذا المدفوع يجب ضمانه على المقر؛ لكونه ناشئاً عن رهنه إياه المفضي إلى بيعه،  
والدافع هو الحاكم دون العبد، وإنما كان هذا مخالف لحكم مال الكتابة، حيث  
لا يضمن المقر ثم إلا أجرة المنافع، وهذا مضمون عليه، مع كونه ليس من  
الأجرة.

والفرق ما قدمناه، من أن الدفع هنا بأمر الشارع الناشئ عن رهن المقر،  
والمدفوع هناك باختيار العبد، وعلى ما اخترناه فهذا ساقط.

**قوله:** (وإن أعتق من الزكاة فلا ضمان فيه).

أي: دفع مال الكتابة من الزكاة، واعتق من أول الأمر بدون الكتابة فلا  
ضمان في هذا إذا لم تكن هناك منافع مستوفاة، إذ لا تفويت هنا، ولم يدخل  
المأخذ في ملك العبد.

ويحتمل ضمانه للاصناف؛ لأن صرفه في غير وجهه مستند إلى تسببيه،  
وفيه قوة.

**قوله:** (وكذا لو أبرأه السيد).

أي: لا ضمان هنا أيضاً، مع عدم استيفاء شيء من المنافع، أو  
لا ضمان في هذا المال الذي أبرأه السيد، إذ لا مال بمقتضى الإقرار، ولا إبراء.

**قوله:** (ولو عجز عن أداء الجميع وجب دفع ما يمكن منه).

ولو كانت مشروطة فدفع القيمة لعجزه عن تمام مال الكتابة ثم استرق رجع المقر بما دفعه في التخلص.

ولو جنى على عبد المقر، أو نفسه، أو مورثه وكان عبداً، أو مكاتبأً أخلص منه بقدرها.

---

أي: لو عجز المقر عن أداء جميع مال الكتابة وجب عليه أن يدفع ما يمكن من دفعه، إذ لا يسقط الميسور بالمعسورة؛ ولأن فيه تخفيفا للأمر على العبد، وتقليلأً لدینه.

قوله: (ولو كانت مشروطة، فدفع القيمة لعجزه عن تمام مال الكتابة، ثم استرق رجع المقر بما دفعه في التخلص).

الضمير في (دفع) يعود إلى المقر، وكذا في قوله: (عجزه)، ولا يتحقق أن ضمير (استرق) يعود إلى المكاتب، والمعنى: أنه لو دفع القيمة لعجزه عما سواها من باقي مال الكتابة، ولا وجه لتعيين القيمة في الفرض، إذ الحكم آت في كل ما دفع من قليل وكثير، ثم استرق العبد، فإن المال المدفوع لم يتبع المقر به، ولا قضى به ديناً على العبد؛ لأن اقراره يقتضي فساد الكتابة وبراءة ذمته، وإنما حاول بهذا تخلص رقبة الحر، وافتداه من الرقية الشاتبة ظاهراً، فحيث لم يحصل رجع إلى ما دفعه. ويحتمل العدم؛ لأن المشتري ملكه بالدفع إليه، على أنه من مال الكتابة، فلا يثبت الرجوع به، فإن المأخذ من الزكاة لا يستعاد لو دفع إلى المكاتب المشروط، فدفعه إلى مولاه، أو دفع إلى المولى، فهنا أولى.

والحق أن يقال: إن له الرجوع فيما بينه وبين الله إن كان اقراره صحيحاً. وأما ظاهراً فإن دفع إلى المشتري ذلك، واحببه بالصورة حين الدفع فله الرجوع عليه، وكذا لو أقر بأن الدفع ما كان إلا لهذه الجهة، وإلا فلا.

قوله: (ولو جنى على عبد المقر، أو نفسه، أو مورثه وكان عبداً، أو مكاتبأً أخلص منه بقدرها).

من أحوال العبد المذكور: أنه لو جنى على عبد المقر، أو نفسه، أو مورثه

ولو أوصى لشخص بخدمته دائمًا، ولآخر برقبته فاعتق ضمن له  
أجرة المثل لكل خدمة مستوفاة.

---

وكان عبداً، أو مكاتبًا فانه يخلص منه - من سلطنة المشتري الثابتة عليه ظاهراً -  
مقدار ما أوجبه الجنائية، فيسقط حينئذ عن المقر واجب تخلص ذلك القدر،  
ويسعى في تخلص مابقي إن بقي منه بعد الجنائية بقية.  
وهذا لا يستقيم على اطلاقه، بل إنما يكون ذلك في الجنائية عمداً إن لم  
يقتضي ورضي بالاسترقة، أو خطأ وسلمه المشتري فلم يفده، فانه حينئذ يتسلط  
على تملكه بمقتضى الجنائية، فتنقطع سلطنة المشتري عنه، فيسقط واجب تخلصه  
لحصوله بذلك ، لكن لا يسقط ما وجب عليه من مال ، أو قصاص.

فلو ثبتت له عليه أجرة منافع تقاصاً ، حيث تجتمع شروط التقاص ، ولو  
فداء المشتري في الخطأ سقطت المطالبة بالجنائية ، ولا يجوز لهأخذ عوض الجنائية ،  
إلا أن يخبره بالحال ، ويدفع اليه تبرعاً ، ومتي لم يخلص بالجنائية ، فوجوب  
التخلص بحاله .

ولا يخفى أن جنائيته على مورث المقر إنما تسقط واجب التخلص ، اذا  
مات وورثه المقر قبل الاستيفاء ، والتقييد بكونه عبداً أو مكاتبـا ، لأن وجوب  
التخلص في هاتين الحالتين ، اذ لو كان حراً لم يعقل واجب تخلصـه ، والضمير في  
قوله : (بقدرها) يعود إلى الجنائية المذكورة في قوله : (جني) ضمناً.

**قوله :** (ولو أوصى لشخص بخدمته دائمًا ، ولآخر برقبته ، فاعتق  
ضمن له أجرة المثل لكل خدمة مستوفاة).

من احوال العبد المذكور: أنه لم يفتكه المقر ، وأوصى المشتري بخدمته  
دائماً ، ولآخر برقبته ، فاعتق الرقبة الموصى له بها ، فإن المقر يضمن له أجرة المثل  
لكل خدمة مستوفاة ، وعلى ما اختربناه من ضمان أكثر الأمرين يضمن له كل ما  
استوف منه ، مما له قيمة من خدمة ، وغيرها .

ولو مات عبداً ضمن لوارثه الحر أجرة منافعه المستوفاة، وما وصل الى مولاه من كسبه، ولو اعتقد فأخذ كسبه بالولاء ضمنه للامام. ولو انتقل الى مورث المقر فأعتقد في كفارة، أو نذر غير معين وحاز المقر التركة، أو بعضها اخرج الكفاره أو النذر. ولا يزاحم الديون والوصايا مع التكذيب.

---

**قوله :** (ولو مات عبداً ضمن لوارثه الحر أجرة منافعه المستوفاة، وما وصل الى مولاه من كسبه).

أي: لو مات العبد، وقد أوصى به على ما سبق قبل أن يعتق - وي يكن أن يكون هذا فرعاً برأسه منقطعاً؛ لصحته على كل من التقديرتين - ضمن لوارثه الحر الذي لا مانع له من الإرث، ولو سكت عن قوله: (الحر) لم يضر؛ لأن العبد لا يعد وارثاً.

والتقيد بـ(الحر) لا يكفي في كونه وارثاً أجرة منافعه المستوفاة على ما سبق، وما وصل الى مولاه من كسبه، وهذا الحكم لا يجري إلا على القول بضمان أكثر الأمرين.

**قوله :** (ولو اعتقد فأخذ كسبه بالولاء ضمنه للامام).

من أحوال هذا العبد: أن المشتري، أو الموصى له برقبته لو اعتقد تبرعاً، بحيث ثبت له عليه الولاء ظاهراً، فأخذ كسبه بالولاء إرثاً ضمنه المقر للامام، اذا كان المقر قد اعتقد سائبة، اذ لو اعتقد تبرعاً كان الولاء له، ولا يغرن لنفسه، فلا يتصور ضمان إلا في السائبة، وإطلاقه ضمان الكسب للامام يتخرج على ضمان أكثر الأمرين، وإلا ضمن اجرة المنافع خاصة.

**قوله :** (ولو انتقل الى مورث المقر، فأعتقد في كفارة، أو نذر غير معين، وحاز المقر التركة أخرج الكفاره أو النذر، ولا يزاحم الديون والوصايا مع التكذيب).

من أحوال هذا العبد: انه لو انتقل الى مورث المقر، فاعتقد في كفارة، أو

ولو استولدها المشتري لم يحسب على الولد نصيب المقر لو كان وارثاً،

نذر عتق غير معين - واحترز به عما لو كان نذر العتق معيناً بأن نذر عتقه بخصوصه - فإنه كما أن العتق باطل فكذا النذر؛ لتعلقه بعينه، وهو مفروض الحرية.

أما إذا كان النذر غير متعلق بعينه فإنه يلزم، ولا يجوز اعتاقه؛ لكونه حراً بزعم المقر الذي هو الوارث، أو أحد الوراث. فإذا مات مورث المقر، وحاز التركة، أو بعضها أخرج الكفار، أو النذر ما في يده؛ ليقائهما في ذمة مورثه. ولو أن مورثه قضى بالعبد المذكور بعض الحقوق الواجبة عليه، كأن اعتقه من زكاته الواجبة عليه وجب عليه أخراج تلك الزكاة أيضاً.

وقوله: (ولا يزاحم الديون والوصايا مع التكذيب) معناه: أنه لو كان على المورث ديون، أو أوصى لجماعة بوصايا لم تزاحم هذه الكفار ونذر العتق تلك الديون والوصايا، مع تكذيب أرباب الديون والموصى لهم، لو ضاقت التركة لنفوذ العتق ظاهراً، فلا يقبل أقرار المقر عليهم، وتصرف جميع التركة في الديون، وتبقى الكفار والنذر في ذمة الميت.

ولو أمكن أن يقتطع من التركة ما يقتضيه التقسيط للكفار والنذر، بحيث لا يعلم أرباب الديون فليس بعيد وجوبه.

أما الوصايا، فإن تصوير المسألة فيها بحيث تستوعب التركة، ولا تزاحمها الكفار والنذر ونحوهما، ولا ينفذ أقرار المقر على أربابها مشكل، فإنها من الثالث، فلابد أن تبقى بعدها بقية، فيصرف في النذر والكافار.

نعم قد يتصور قصور الباقي، فلا يزاحم في الثالث. ولا يقال: إنه قد تتصور اجازة الورثة الوصايا، فتستوعب التركة؛ لعدم جواز هذه الاجازة منه، إلا أنه قد يتصور وقوعها منه، فيؤخذ بها ظاهراً.

قوله: (ولو استولدها المشتري لم يحسب على الولد نصيب المقر لو كان وارثاً).

ولا يحسب من مال المشتري بالنسبة الى المقر، فلا يخرج ما أوصى له المشتري به منه، إلا في أخذه في دينه لو دفع اليه فيعتق عليه.

---

أي: لو كان المملوك الذي أقر الراهن بسبق عتقه أمة، وانتقلت الى المشتري، فاستولدها، ومات، وكان المقر وارثاً له، فإن نصيبيه من المستولة على تقدير الرق لا يحسب على الولد من نصيبيه من التركة؛ لاعترافه بكونها حرة.  
 قوله: (ولا يحسب من مال المشتري بالنسبة الى المقر، فلا يخرج ما أوصى له به منه، إلا في أخذه في دينه لو دفع اليه، فينعتق عليه).  
 من أحوال هذا العبد: أنه لو كان مشتريه قد مات، وأوصى للمقر المذكور بشيء من أمواله، ولم يجز الوارث، فاحتياج الى معرفة قدر الثالث، لتخرج منه الوصية لا يحسب ذلك العبد من التركة؛ لأنّه حر باقرار الموصى له، فلا يستحق باعتباره شيئاً من الوصية، إذ التركة بمقتضى اقراره ما عدا العبد، فيكون له بحساب الثالث ما سواه.

ولو كان ما أوصى له به المشتري ديناً عليه، فدفع اليه عن دينه وجب القبول، فيعتق عليه حينئذ بمقتضى اقراره.  
 فإن قلت: إنما يجب قبول المدفوع عن الدين اذا سواه جنساً وقدراً،  
 فكيف يجب قبول العبد؟

قلت: يمكن فرض المساواة، كما لو كان الدين عبداً ثبت بالسلف، وطابق الواجب ما في الذمة، ويجب أيضاً قبولي لو انحصر طريق تخلصه من الرق في قبولي عن الدين، لا إن أمكن تخلصه بوجه آخر، فاطلاق بعض الشارحين وجوب القبول لا يخلو من شيء.

إذا عرفت ذلك، فقوله: (فلا يخرج ما أوصى له به منه) المتبادر منه: أن ما أوصى به المشتري للمقر لا يخرج من العبد، فإن الضمير الأول للمقر، والثاني للوصية وهي: (... ما ...)، والثالث للعبد.  
 ولا محصل له؛ لأنّه لا يوصى له بعد يختاره الوارث، فدفع اليه هذا العبد لم يكن له الامتناع بعد قبول الوصية، خصوصاً إذا توافق تخلصه على القبول، فإنه

ولو اعترفا بقبض العدل الرهن لم يضر إنكاره في اللزوم إن  
شرطناه.

ولو اعترف أحدهما خاصة فالقول قول المنكر، ولا تقبل شهادة  
العدل عليه.

ولو قال المالك : بعتك السلعة بـألف ، فقال: بل رهنتها عندي

---

محب قطعاً، ومحسب من مال المشتري على هذا التقدير، فلا تخلو العبارة من  
شيء ، إلا أن ينزل من على معنى السبيبة ، وفيه ما لا يخفى .  
وليس الاستثناء منقطعاً؛ لأنه مما دل عليه قوله: (ولا يمحسب من مال  
المشتري بالنسبة إلى المقر) ، فكأنه قال: لا يمحسب منه في حال ، إلا في أخذه من  
دينه ، على تقدير دفعه . وعبارة الكتاب خالية من الدلالة على وجوب القبول؛ لأن  
كونه في حال الأخذ عن الدين محسوباً مالاً لا يستلزم وجوب الأخذ .

قوله : (ولو اعترفا بقبض العدل الرهن لم يضر انكاره في اللزوم إن  
شرطناه).

أي: لو اعترف كل من الراهن والمرهن بقبض العدل عن المرهن باذن  
الراهن ، وانكر هو لم يضر انكاره في صحة الرهن ولزومه؛ لأن تصديقه لا أثر له  
في ذلك ، إذ يعتبر إقرارهما ، وهذا على تقدير اشتراط القبض في لزوم الرهن.

قوله : (ولو اعترف أحدهما خاصة فالقول قول المنكر).  
فإن كان هو الراهن فلا بد من اليمين لنفي دعوى المرهن ، وإن كان  
المرهن انتقى بغير يمين ، لأن الحق له .

قوله : (ولا تقبل شهادة العدل عليه).  
أي: على المنكر ، لأن الفرض كونه وكيلًا في القبض الذي به لزوم  
الرهن ، ولا تقبل شهادة الوكيل فيما هو وكيل فيه .

قوله : (ولو قال المالك : بعتك السلعة بـألف ، فقال: بل رهنتها

بها فالقول قول كل منها في العقد الذي ينكره بعد اليمين، ويأخذ المالك سلطته.

### المقصد الثالث : في الحجر:

وهو المنع عن التصرف، وأسبابه ستة: الصغر، والجنون، والرق، والمرض، والسفه، والفلس. فهنا فصول:

**الأول : في الصغر:** ويحجر عليه في جميع التصرفات، ويعتبر باخباره عن الاذن في فتح الباب، والملك عند إيصال الهدية، وإنما يزول الحجر عنه بأمررين: البلوغ، والرشد. أما البلوغ فيحصل بأمور:

أ: إنبات الشعر الخشن على العانة، سواء كان مسلماً أو كافراً، ذكراً أو أنثى.

عندى بها ، فالقول قول كل منها في العقد الذي ينكره [بعد اليمين] <sup>(١)</sup> ويأخذ المالك سلطته).

الحاصل أن كل واحد منها مدعٍ لشيء ينكره الآخر، فيتحقق الفان، ويندفع كل من العقدين المدعى بها ، فيأخذ المالك سلطته.

قوله : (المقصد الثالث: في الحجر: وهو المنع عن التصرف، وأسبابه ستة: الصغر، والجنون، والرق، والمرض، والسفه، والفلس، فهنا فصول: الأول: الصغر: ويحجر عليه في جميع التصرفات، ويعتبر باخباره عن الاذن في فتح الباب، والملك عند إيصال الهدية، وإنما يزول الحجر عنه بأمررين: البلوغ والرشد، أما البلوغ فيحصل بأمور: أ: إنبات الشعر الخشن على العانة، سواء كان مسلماً أو كافراً، ذكراً أو أنثى).

رد بذلك على الشافعي في أحد قوله<sup>(٢)</sup> ، حيث لم يحكم بالبلوغ به في حق المسلمين.

(١) لم ترد في «م» و «ق» ، وأثبتناها من خطية القواعد لاقتضاء الشرح لها.

(٢) الوجيز ١: ١٧٦ ، السراج الوهاج: ٢٣٠ - ٢٢٩

والأقرب أنه أمارة ولا اعتبار بالزغب ، ولا الشعر الضعيف ،  
ولا شعر الابط .

ب: خروج المنى الذي يكون منه الولد من الموضع المعتاد ، سواء  
الذكر والاثني .

---

قوله : ( والأقرب أنه أمارة ) .

وجه القرب: أن الحجر مستمر في حق الصبي إلى أن يحتمل ، كما دل عليه الحديث<sup>(١)</sup> ، فلو كان الانبات بلوغاً بنفسه لم يكن الحجر مستمراً إلى الاحتلام ، فتعين أن يكون أمارة . ويجتاز كونه بلوغاً ، لترتب أحكام البلوغ عليه ، وضعفه ظاهر .

قوله : ( ولا اعتبار بالزغب ) .

في الجمهرة: الزغب: هو الريش الذي ينبت على الفرج قبل ريشه ،  
والشعر الضعيف الذي ينبت قبل الشعر الخشن .

قوله : ( خروج المنى الذي يكون منه الولد ) .

المراد: الذي من شأنه أن يتولد منه الولد غالباً وإن تختلف في بعض الأحوال لعارض ، والمراد به: الماء الدافق الذي تقارنه الشهوة .

قوله : ( من الموضع المعتاد ) .

فلو خرج من جرح أو نحوه - ومنه أحد فرجي المشكل - لم يكن بلوغاً ،  
لوجوب حمل إطلاق الشارع على المعهود .

قوله : ( سواء الذكر والاثني ) .

خلافاً للشافعي ، حيث أنكر في أحد قوله كونه بلوغاً في حق النساء<sup>(٢)</sup> .

---

(١) الكافي ٧: ١٩٧ حديث ١.

(٢) الأم ٣: ٢١٥ ، شرح الكبير (مع المغني لابن قدامة) ٤: ٥٥٨ .

ج: السن، وهو بلوغ خمس عشرة سنة في الذكر هلالية، وتسع في الأنثى. وفي رواية اذا بلغ الصبي عشرأً بصيراً جازت وصيته وصدقته واقيمت عليه الحدود التامة، وفي اخرى خمسة أشبار.  
د: الحيض والحمل دليلان على سبقه، ولا يعرف الحمل إلا

قوله : (السن).

وهو: دليل البلوغ عندنا، وبه قال جماهير العامة، حكاها في التذكرة<sup>(١)</sup>.  
قوله : (وهو: بلوغ خمس عشرة سنة في الذكر - هلالية - وتسمع في الأنثى).

لابد من استكمال السنة الأخيرة، فلا يكفي الطعن فيها، عملاً بالاستصحاب وفتوى الأصحاب، ولأنه لا يقال له: ابن خمس عشرة سنة إلا بالاستكمال.

قوله : (وفي رواية: إذا بلغ الصبي عشرأً جازت وصيته وصدقته واقيمت عليه الحدود التامة، وفي اخرى: خمسة أشبار).  
الأولى: إشارة إلى صحيحة عبد الرحمن بن أبي عبدالله عن الصادق عليه السلام<sup>(٢)</sup> ، ورواية زرارة عن الباقي عليه السلام<sup>(٣)</sup> ، وفي معناهما غيرهما<sup>(٤)</sup> .  
والثانية: إشارة إلى رواية السكوني عن الصادق عليه السلام، عن أمير المؤمنين عليه السلام<sup>(٥)</sup>.

والمراد من قوله: (اقيمت عليه الحدود التامة) أنه بعد بلوغ العشر يستوفى منه الحد بكماله، وبدونه إنما يضرب للتأديب، وذلك بعض الحد.

(١) التذكرة ٢: ٧٤.

(٢) الكافي ٧: ٢٨ حديث ٣، الفقيه ٤: ١٤٥ حدث ٥٠١.

(٣) الفقيه ٤: ١٤٥ ، ١٦٤ حدث ٥٠٢ ، ٥٧٣.

(٤) الفقيه ٤: ١٤٥ حدث ٥٠٣.

(٥) الكافي ٧: ٣٠٢ حدث ١ ، التهذيب ٩٢٢ حدث ٢٣٣: ١٠ ، الاستبصار ٤: ٢٨٧ حدث ٢٨٥.

بالوضع ، فيحکم حینئذ بالبلوغ قبل الوضع بستة أشهر وشيء . والختى المشکل إن أمنى من الفرجين ، أو حاض من فرج النساء وأمنى من الآخر حکم ببلوغه ، وإلا فلا .

وأما الرشد: فهو كيفية نفسانية تمنع من إفساد المال ، وصرفه في غير الوجوه اللائقة بأفعال العقلاء .

ولا تعتبر العدالة ، ويعلم باختباره بما يناسبه من التصرفات ، فإذا

قوله: (والختى المشکل إن أمنى من الفرجين ، أو حاض من فرج النساء وأمنى من الآخر حکم ببلوغه ، وإلا فلا) .

لو أمنى من فرج الرجال بعد تسع حيث يكون احتلام الذكر مكناً، وجب أن يحکم بالبلوغ ، لأنه إن كان امرأة فقد استکمل التسع ، وإن كان رجلاً فقد أمنى ، فيرد على قوله: (وإلا فلا) .

قوله: (وأما الرشد، فهو: كيفية نفسانية تمنع من إفساد المال وصرفه في غير الوجوه اللائقة بأفعال العقلاء) .

لابد في الكيفية من أن تكون ملکة ثابتة يعسر زوالها ، ولا بد في الإفساد من اعتباره في نظر العقلاء ، فالافراط في المعروف لا ينافي الرشد وإن تجاوز القدر المدحوح ، وربما عد إفساداً ، ولعل قوله: (وصرفه في غير الوجوه اللائقة بأفعال العقلاء) كالتفسير لإفساد المال .

قوله: (ولا تعتبر العدالة) .

خلافاً للشيخ<sup>(١)</sup> رحمه الله ، تعويلاً على دلائل ضعيفة ، مثل ظاهر قوله تعالى: (فإن آتتكم منهن رشدًا)<sup>(٢)</sup> فان الفسق غيّر لا رشد.

قوله: (ويعلم باختباره بما يناسبه من التصرفات) .

أي: ويعلم الرشد باختبار الصغير ، ذكرأً كان أو أنثى ، بدليل ما سيأتي

عرف منه جودة المعاملة وعدم المغابة إن كان تاجراً، والمحافظة على ما يتکسب به، والملازمة إن كان صانعاً وأشباء ذلك في الذكر، والاستغزال والاستنساج في الانشى إن كانت من أهلها، وآشياهه، حكم

من قوله: (وأشباء ذلك في الذكر، والاستغزال والاستنساج في الانشى) إذ هو المحدث عنه بما يناسبه من التصرفات، فان الغالب أن يكون للشخص استعداد ما يناسبه ويلازم حاله دون ما عداه.

ولا تكفي المرة، بل لابد من التكرار مراراً تحصل بها غلبة الظن، كما نص عليه في التذكرة<sup>(١)</sup>، إذ الملكة لا يعرف حصولها بمرة.

واعلم: أن الذي صرّح به المصنف في التذكرة<sup>(٢)</sup> والارشاد<sup>(٣)</sup> والتحrir<sup>(٤)</sup>: أن محل الاختبار قبل البلوغ، لقوله تعالى: (وابتلو اليتامي)<sup>(٥)</sup> والبالغ لا يعد يتيماً، وقوله تعالى: (حتى إذا بلغوا النكاح)<sup>(٦)</sup> معناه -والله اعلم-: مدة الابتلاء تمتد إلى بلوغ النكاح، ولأنه لو كان الاختبار بعد البلوغ لم يؤمن معه الحجر على البالغ الرشيد، وهو ظلم محروم، فيجب التحفظ عنه، ولا يكون إلا بالاختبار قبل البلوغ، وعبارة الكتاب يلوح منها ذلك ، لأن الضمير في قوله: (باختباره) يعود إلى الصغير، كما يقتضيه السياق، فيكون ما هنا مطابقاً للباقي، وهو الذي يتعين القول به.

**قوله : (وأشباء ذلك في الذكر).**

فلو كان من أولاد الدهاقين والوزراء والأكابر الذين يصانون عن الأسواق، فإن اختباره بأن تسلّم إليه نفقة مدة شهر ، لينفقها في مصالحه ، فان وجد قياماً بذلك يصرفها في مواضعها ، ويستوفى الحساب على وكيله ويستقصي

(١) التذكرة: ٢: ٧٨.

(٢) المصدر السابق.

(٣) الارشاد: ١٣١ (مخطوط).

(٤) التحرير: ١: ٢١٨.

(٥) النساء: ٦.

(٦) النساء: ٦.

بالرشد، وفي صحة العقد حينئذ إشكال.

عليه ، فهو رشيد.

**قوله : (وفي صحة العقد حينئذ إشكال).**

أي: الواقع حين الاختبار والأمر بايقاعه [و][١] حمل كل من الشارحين عبارة المصنف على كون العقد الواقع للاختبار بعد بلوغه<sup>(٢)</sup> ، واستثنى منه ولد المصنف ما إذا علم رشه حال العقود ، فإنها صحيحة قطعاً ، وخص الاشكال بما إذا ظهر عدم رشه ، أو لم يظهر شيء منها<sup>(٣)</sup> . ويظهر من عبارة الشارح الآخر عموم الاشكال للمسائل الثلاث<sup>(٤)</sup> ، وهذا غريب عجيب ، فإن العلم بكون العاقد رشيداً ليس شرطاً لصحة العقد قطعاً ، إنما الشرط كونه رشيداً في الواقع.

ثم إن عقد السفيه صحيح إذا أجازه الولي وكان بالغاً - كما سيأتي عن قريب ان شاء الله تعالى - فأي وجه للاشكال فيما إذا أذن له الولي ابتداء؟ والذى يتضمنه صحيح النظر وسوق العبارة: أن الاشكال في العقد الواقع للاختبار قبل البلوغ ، وهو المطابق لما في الشرائع ، حيث قال: يختبر الصبي قبل بلوغه ، وهل يصح بيعه؟ الأشبه أنه لا يصح<sup>(٥)</sup> . وفي التحرير: وقت الاختبار قبل البلوغ مع التمييز ، ومع إذن الولي يصح تصرفه وبيعه<sup>(٦)</sup> .

وعلى هذا فننساً الاشكال: من أنّ الأمر بالابتلاء يتضمن كون الفعل الصادر من الصبي معتبراً ، خصوصاً على القول بأنّ أفعال الصبي شرعية (ومن أن الصغر مانع من الصحة ، وأفعال الصبي واقواله غير شرعية)<sup>(٧)</sup> كما هو مبين

(١) لم يرد في الخطيبين ، وأثبتناه لضرورة السياق.

(٢) اياض الفوائد ٢: ٥٢ ، ونقل السيد العاملی قول الشارح الثاني - وهو السيد عمید الدين - في مفتاح الكرامة ٥: ٢٥٠ .

(٣) اياض الفوائد ٢: ٥٢ .

(٤) حکاه السيد العاملی في مفتاح الكرامة ٥: ٢٥١ .

(٥) شرائع الاسلام ٢: ١٠٣ .

(٦) التحریر ١: ٢١٨ .

(٧) ما بين القوسين لم يرد في «ق».

ولا يزول الحجر بفقد أحد الوصفين وإن طعن في السن، ويثبت الرشد في الرجال بشهادتهم، وفي النساء بها وبشهادتين. وصرف المال إلى وجوه الخيرات ليس بتبدير، وصرفه إلى الأغذية النفيسة التي لا تلقي

في موضعه، والأمر بالابتلاء لا يستلزم أزيد من كون ما به الابتلاء معتبراً في إفادة الرشد وعدمه، فلا يقتضي ترتيب أثراً آخر عليه، وليس هذا الاشكال ببعيد مما سيأتي في كلام المصنف من التردد في صحة بيع المميت.

والأصح بطلان العقد الواقع قبل البلوغ، ولو اعتبرنا ما ذكره الشارحان في حل العبارة، فالبيع الواقع بعد البلوغ صحيح على كل حال.

**فائدة:** يظهر رشد المختبر بجريان التصرف على قانون تصرفات العقلاء، فيتبين وقوع ذلك التصرف في حال الرشد، لأن الرشد ملكة، وهي لا تحدث في الزمان القصير، للقطع بأنها إنما تكون بالمرور المستفاد من تكرار الفعل في الأوقات المتواصلة.

**قوله:** (ولا يزول الحجر بفقد أحد الوصفين).

أي: بفقد الصغر وعدم الرشد، إذ لا بد منها في زوال الحجر، ولا بد في حمل الوصفين على الصغر وعدم الرشد من العناية، لأن عدم الرشد لم يجر له ذكر، ومعنى قوله: (إن طعن في السن) ذهابه فيه على نحو قوله: طعن في المفازة، أي: ذهب فيها، والمراد: أنه لو صار شيئاً، وهذه حالته فحجره باق.

**قوله:** (وصرف المال إلى وجوه الخيرات ليس بتبدير).

ظاهر إطلاقه أنه لا فرق بين الإفراط في ذلك وعدمه، ولا بين كون ذلك لائقاً بحاله أولاً، وظاهر كلامه في التذكرة<sup>(١)</sup> أن الثاني تبدير، لقوله تعالى: (ولا تبسطها كل البسط فتقعد ملوماً محسورة)<sup>(٢)</sup>، ولا دلالة في النهي على كون ذلك تبديراً، وربما فرقفارق بين كون هذا الفعل قبل زوال الحجر وبعده.

(١) التذكرة ٢: ٧٦.

(٢) الاسراء: ٢٩.

بحاله تبديزه . وولي الصبي أبوه ، أو جده لأبيه وإن علا ، ويشتركان في الولاية فإن فقدا فالوصي ، فإن فقد فالحاكم . ولا ولاية للأم ، ولا لغيرها من الأخوة ، والأعمام ، وغيرهم عدا من ذكرنا .  
وإنما يتصرف الولي بالغبطة ، فلو اشتري لا معها لم يصح ،  
ويكون الملك باقيا للبائع .

والوجه أن له استيفاء القصاص ، والعفو على مال لا مطلقاً ، ولا

قوله : (ولي الصبي أبوه وجده لأبيه وإن علا ، ويشتركان في الولاية ) .

الظاهر أن لكل منها أن يتصرف بالاستقلال ، لثبت الولاية ، والأصل عدم اشتراط الانضمام ، وهل يكون للجد الأعلى مع وجود الأدنى ولاية؟ فيه نظر ، قال في التذكرة : حكم الجد أولى لو عارضه الأب (١) .  
قوله : (والوجه أن له استيفاء القصاص) .

لأن له أهلية التصرف ، والفرض وجود الغبطة ، وقال الشيخ : ليس له ، لأنه للتشفى وهو منتف (٢) . والأصح الأول ، لأنه ربما ظهرت علامات موته ، وليس بظاهر انتفاء التشفى في الجملة إذا بلغ الطفل إدراك ذلك وعلم بفعل الولي .

قوله : (والعفو على مال لا مطلقاً) .

أي : ليس له العفو مطلقاً غير مقيد بالمال ، لانتفاء الغبطة في ذلك ، وقال في التذكرة ، وإن عفا مطلقاً فالأقرب اعتبار المصلحة أيضاً ، فان كانت المصلحة في العفو مجاناً اعتمدتها ، كما ان له الصلح ببعض ماله مع المصلحة (٣) ، وما قربه قوي متيقن .

(١) التذكرة ٢:٨٠.

(٢) المسوط ٧:٥٥ ، الخلاف ٣:١٠٤ مسألة ٤٣ كتاب الجنایات .

(٣) التذكرة ٢:٨٢ .

يعتق عنه إلا مع الضرورة، كالخلاص من نفقة الكبير العاجز، ولا يطلق عنه بعوض ولا غيره، ولا يغفو عن الشفعة إلا لمصلحة، ولا يسقط مالاً في ذمة الغير، وله أن يأكل بالمعروف مع فقره، وأن يستعفف مع الغنى.  
والوجه أنه لا يتجاوز أجرة المثل، ويجب حفظ مال الطفل واستئماؤه قدرًا لا تأكله النفقة على إشكال، فإن تبرم الولي به فله أن يستأجر من يعمل.

**قوله : (ولا يطلق عنه).**

إجماعاً، إذ لا مصلحة في ذلك.

**قوله : (ولا يسقط مالاً في ذمة الغير).**

الاًّ مع المصلحة.

**قوله : (وله أن يأكل مع فقره، وأن يستعفف مع الغنى).**

ظاهر العبارة أن الاستعفاف موكول إليه، والأصح أنه واجب، لظاهر

الآية<sup>(١)</sup>.

**قوله : (والوجه أنه لا يتجاوز أجرة المثل).**

لأنه أجرة عمل غير متبع به، ويحتمل جواز الأكل وإن زاد عن الأجرة، لظاهر الآية<sup>(٢)</sup>، وهو قول الشيخ<sup>(٣)</sup>. والأصح جواز أقل الأمراء من الأجرة وقدر الحاجة، لوجوب الاستعفاف مع الغنى لو اكتفى بأقل من الأجرة، وعدم جواز مازاد على مقابل العمل، لأن الاستحقاق إنما هو في مقابلة.

**قوله : ( واستئماؤه قدرًا لا تأكله النفقة على إشكال).**

ينشأ: من أن ذلك اكتساب مال الطفل ولا يجب، ومن أن ذهاب ماله في النفقة ضرر عظيم، وفائدة نصب الولي دفع الضرر. وربمابني الحكم على أن الواجب الأصلح، أم تكفي المصلحة، والأصح عدم الوجوب.

**قوله : (إن تبرم الولي به فله أن يستأجر من يعمل).**

(١) النساء: ٦، ٢.

(٢) قاله في المبسط: ٢، ٢٨٧، والنهاية: ٣٦١.

ويستحب له البيع اذا طلب متاعه بزيادة مع الغبطة، وكذا  
يستحب شراء الرخيص،

في الصحاح: برم به إذا سئمه، وتبّرّم به مثله، وأبرّم أي: أملأه  
وأضجّره<sup>(١)</sup>.

قوله: (ويستحب له البيع إذا طلب متاعه بزيادة مع الغبطة،  
وكذا يستحب شراء الرخيص).

في بعض النسخ عوض (يستحب) يجب في الموضعين، وفي حواشى  
شيخنا الشهيد أنها متوجهاً، لترددہ في الاستئاء بين الوجوب والاستحباب،  
فجاز كل من الأمرين هنا، لأن ذلك استئاء.

قلت: هذا العذر لا يجدي، لأن ما سبق تردد، وما هنا فتوى وجزم،  
فالمخالفة ثابتة.

نعم قد يقال: هو رجوع عن التردد إلى الجزم وإن قرب ما بينها. وقد  
يقال في الاعتذار لنسخة الاستحباب مع التردد السابق:- أن الاستئاء على تقدير  
وجوبه لا يستدعي أزيد من مراعاة حصول زيادة لا تذهب مال الطفل معها  
بالنفقة، أما البيع في وقت مخصوص والشراء على وجه معين فلا.

وعلى تقدير الوجوب، إن التردد في الاستئاء الذي يحتاج إلى توجه  
وسعي لتحصيل النماء، أما ما حصل بغير تكلف وسعي فانه واجب لا محالة.

وكيف كان فنسخة الاستحباب أوجه، إلا في شراء الرخيص على بعض  
الوجوه، فإن العدول عنه إلى شراء الغالي لا يجوز قطعاً، لكن هذا كالمستغنى  
عنه باشتراطه المصلحة في تصرفات الولي، وهي منافية عن مثل هذا، فلعل  
المراد بـ(شراء) حيث لا يكون حقاً، أو لا يلزم العدول إلى الغالي، أو تحمل  
العبارة على استحباب السعي في شراء الرخيص.

وإذا تبرع أجنبي بحفظ مال الطفل لم يكن للأبأخذ الأجرة على اشكال.

وله أن يرهن ماله عند ثقة الحاجة الطفل، والمضاربة به، وللعامل ما شرط له.

وهل للوصي أن يتجر بنفسه مضاربة؟ فيه اشكال، ينشأ: من أن له الدفع إلى غيره فجاز لنفسه، ومن أن الربح نماء مال اليتيم فلا يستحق عليه إلا بعقد.

ولا يجوز أن يعقد الولي المضاربة مع نفسه،

---

قوله: (وإذا تبرع أجنبي بحفظ مال الطفل، لم يكن للأبأخذ الأجرة على إشكال).

ينشأ: من وجود التبرع، فالعدول عنه إلى من يطلب الأجرة ضرر مناف للغبطة والمصلحة، ومن إطلاق الآية بالأكل مع الحاجة، فيتناول صورة النزاع، ولأن للأب مزيد شفقة وح奴 ليس للأجنبي، والعدول إلى ما فيه زيادة الشفقة وإن كان معه أجرة لا يعاد ضرراً، ولثبوت ولایته بالأصالة، وهو الأصح.

قوله: (وهل للوصي أن يتجر بنفسه مضاربة؟ فيه إشكال، ينشأ: من أن له الدفع إلى غيره فجاز لنفسه، ومن أن الربح نماء مال اليتيم فلا يستحق عليه إلا بعقد، ولا يجوز أن يعقد الولي المضاربة مع نفسه).

توضيح الوجه الأول: أن جواز الدفع إلى غيره جائز مع المصلحة، وإنما جاز لكونه منوطاً بنظره، فإذا كان بيده كان أدخل في الحفظ وأقرب إلى مقتضى الوصية، فيكون جوازه بطريق أولى.

ويرد عليه: أنه لابد في الجواز من تناول الاذن له، والمتبادر من الاذن في عقد المضاربة الدفع إلى آخر.

ويحاجب: بأن الوصية إليه إسناد التصرف إلى رأيه، وهو يعم ذلك .

ويجوز إبضاع ماله، وهو أن يدفع إلى غيره والربح كله للبيت، وأن يبني له عقاراً أو يشتريه.

ولا يجوز له بيع عقاره إلا للحاجة، ويجوز كتابة ريقه وعقه على مال مع الغبطة، وخلطه مع عياله في النفقة، وينبغي أن يحسب عليه أقل،

وتوضيح الوجه الثاني: أن الأصل في غاء المال أن يكون لمالكه، فلا يخرج عنه ويستحق عليه الآخر إلا بعد يقتضيه، ولا يعقد الولي لنفسه، إما لأن العقد يقتضي متعاقدين، أو لأنه لابد من الاذن في ذلك.

ويحاب عن الأول: بأن المتعاقدين يكفي حصولهما بالقوة وتغايرهما بالاعتبار. وعن الثاني: بما قدمناه، من أن إسناد التصرف بالوصية يتناول كل تصرف بالمصلحة.

قوله: (ويجوز إبضاع ماله، وهو: أن يدفع إلى غيره والربح كله للبيت).

البضاعة: طائفة من المال تبعثها للتجارة، ذكره في الصحاح<sup>(١)</sup>، وجواز ذلك منوط بالمصلحة، ولا فرق في ذلك بين أن يكون المتجر بمال الطفل متبرعاً، أو بالأجرة مع المصلحة.

قوله: (وأن يبني له عقاراً ويشتريه).

أي: وأن يشتريه، مبنياً كل ذلك مع المصلحة.

قوله: (وخلطه مع عياله في النفقة، وينبغي أن يحسب عليه أقل).

أي: أقل ما يحتاج إليه، وهذا الحكم على الاستحباب، لأن الواجب هو أن لا يزيد عليه.

و جعله في المكتب بأجرة ، أو في صنعة ، و قرض ماله إذا خشي تلفه من غرق ، أو نهب ، و شبهه فـ يأخذ عليه رهناً بحفظ قيمته فإن تعذر أقرضه من الثقة .

ولا يجوز قرضه مع الأمان ، ولو احتاج إلى نقله جاز إقراضه خوفاً من الطريق ، وكذا لو خاف تلفه بتطاول مدة و لم يتمكن من بيعه ، أو تعيبه كتسويس التمر ، وعفن الحنطة .

قوله : ( و قرض ماله إذا خشي تلفه من غرق أو نهب و شبهه ، فـ يأخذ عليه رهناً لحفظ قيمته ، فإن تعذر أقرض من الثقة ) .

ولا يبعد وجوب الإقراض إذا ظهرت امارات حصول التلف ، وإذا قلنا : أن أداء الدين من الوكيل به بغير إشهاد تفريط ، يلزم القول بوجوب الإشهاد هنا حذراً من التفريط ، وكما يجوز ذلك للوصي يجوز للحاكم مع عدمه ، بل أولى ، وكذا يجوز لعدول المؤمنين مع عدمها ، ولا ضمان في مواضع الجواز .

قوله : ( ولو احتاج إلى نقله جاز إقراضه خوفاً من الطريق ) .

فيفرضه من الثقة الملي ، وليكن إقراضه في هذه الحالة على قصد حفظه ، والفرق بين هذه والتي قبلها : أن الإقراض هناك من غير سفر مع ظهور علامات الخوف ، والإقراض هنا لأن الطريق مظنة السارق وقاطع الطريق ونحوهما ، وإن كانت امارات الأمان موجودة ، إذ لا يجوز السفر مع امارات الخوف .

قوله : ( وكذا إن خاف تلفه بتطاول مدة و لم يتمكن من بيعه ) .  
أي : وكذا يفرضه من الثقة الملي لو خاف تلفه بتطاول مدة ونحو ذلك  
إذا لم يتمكن من بيعه .

قوله : ( أو تعيبه كتسويس التمر وعفن الحنطة ) .  
معطوف على (تلفه ) ، أي : وكذا إن خاف تعيبه وإن لم يخف التلف  
يفرض من الثقة .

ولو أراد الولي السفر كان له إقراضه، فإن تمكّن منأخذ الرهن وجب وإلا فلا. وللأب الاستنابة فيما يتولى مثله فعله، والأقرب في الوصي ذلك.

ويقبل قول الولي في الإنفاق بالمعروف على الصبي، أو ماله،

قوله: (ولو أراد الولي السفر كان له إقراضه).

ولا يجوز له في هذه الحالة نقله، لأن الطريق مظنة العطّب، إلا مع الحاجة، وجواز القرض هنا غير مشروط بالخوف، إذ سفر الولي معرض المال للضياع، فيجوز إقراضه.

قوله: (إن تمكّن منأخذ الرهن وجب وإلا فلا).  
أي: إن تمكّن منأخذ الرهن في جميع ما سلف وجب، وبدونه يكون مفترطاً، وإلا سقط.

قوله: (وللأب الاستنابة فيما يتولى مثله فعله).

لأن ذلك مما جرت العادة به مثله، ولا يعد بذلك مقصراً.

قوله: (والأقرب في الوصي ذلك).

وجه القرب: أنه قائم مقام الأب، فيجوز له ما يجوز له، ولما قلناه من جريان العادة بالاستنابة في مثله، وهو الأصح. أما مالا يقدر مثله على فعله، أو لم تجر العادة بتوليه مثله له، فإنه تجوز الاستنابة له قطعاً.

قوله: (ويقبل قول الولي في الإنفاق بالمعروف على الصبي أو ماله).

أي: أو في الإنفاق على ماله، وإنما يقبل قوله باليمين، نص عليه في التذكرة<sup>(١)</sup>، ولا نه مدع، فلا أقل من اليمين في جانبه.

والبيع للمصلحة ، والقرض لها ، والتلف من غير تفريط ، سواء كان أباً أو غيره على إشكال .

وهل يصح بيع الميز وشراؤه مع إذن الولي ؟ نظر .

### **الفصل الثاني : في الجنون والسفيه :**

أما الجنون فهو منع من التصرفات جمع ، المالية وغيرها ، وأمره إلى الأب والجد له وإن علا ، فإن فقدا فالوصي ، فإن فقد فالحاكم ، وللولي التصرف في ماله بالغبطة .

قوله : (سواء كان أباً أو غيره على إشكال) .

الإشكال في غير الأب ، ومنشؤه : من أصالة الصحة في تصرف المسلم ، ولأنه منصب لفعل ما يعتقده مصلحة ، فليرجع إليه فيه إذا تعسر إقامة البينة على ذلك ، ولأنه أمين ، ومن أصالة بقاء الملك على مالكه إلى أن يثبت الناقل ، والأول أقوى .

قوله : (وهل يصح بيع الميز وشراؤه مع إذن الولي ؟ نظر) .

ينشأ : من أن البلوغ شرط ، لاعتبار الصيغة ، ومن أن إذن الولي مصير لها بمنزلة الصيغة من البالغ - وليس بعيد البناء على أن أفعال الصبي وأقواله شرعية أم لا - والأصح أنه لا يصح .

قوله : (وأمره إلى الأب والجد وإن علا ، فإن فقدا فالوصي ، فإن فقد فالحاكم) .

إن بلغ فاسد العقل فلا بحث في أن الولاية عليه (كما ذكره المصنف ، أما إذا كمل بالغاً ثم تجدد جنونه ، فالذى يقتضيه صحيح النظر أن الولاية عليه)(١) للحاكم ، لزوال ولاية الأب والجد بالكمال ، فثبوتها يحتاج إلى دليل .

(١) لم ترد في «ق» .

وحكمة حكم الصبي فيما تقدم، إلا الطلاق فإن للولي أن يطلق عنه، وإلا البيع فإنه لا ينفذ وإن أذن له الولي، وله أن يزوجه مع الحاجة لا بدهنها.

وأما السفيه فهو الذي يصرف أمواله على غير الوجه الملائم لأفعال العقلاء، وينع من التصرفات المالية، وإن ناسبت أفعال العقلاء

**قوله:** (وحكمة حكم الصبي فيما تقدم، إلا الطلاق، فإن للولي أن يطلق عنه، وإلا البيع فإنه لا ينفذ وإن أذن له الولي).

لما لم يكن الصبي في محل الاحتياج إلى الطلاق لم يتصور أن يتولاه الولي عنه، بخلاف الجنون، ولأن للصبا مدة ينتظر زواله بعدها، بخلاف الجنون فإنه لا أمد له يرتفب زواله فيه.

ولا يتحقق أن الطلاق عن الجنون إنما يسوغ مع المصلحة، وكما يستثنى الطلاق من مشابهة الجنون للصبي في الأحكام، فكذا البيع، فإنه لا ينفذ من الجنون وإن أذن له الولي، بخلاف الصبي، فقد سبق التردد فيه، والفرق أن الجنون كغير المميز، فلا أثر لعبارته ولا قصد له.

**قوله:** (وأما السفيه فهو: الذي يصرف أمواله على غير الوجه الملائم لأفعال العقلاء).

المراد: أن شأنه ذلك، فلا يعتد بوقوع ذلك مرة ونحوها، إذ الغلط والانخداع ساري في أكثر الناس.

**قوله:** (وينع من التصرفات المالية وإن ناسبت أفعال العقلاء).  
لا فرق في ذلك بين الذكر والأثني، بل الأثني أشد، إذ هي إلى نقصان العقل والانخداع أقرب، ومن ثم ذهب بعض العامة إلى بقاء الحجر عليها وإن بلغت رشيدة<sup>(١)</sup>.

(١) انظر: المغني لابن قدامة ٤: ٥٦٠، وشرح الكبير مع المغني ٤: ٣٤٧٣، مسألة ٤.

كالبيع و الشراء بالعين ، أو الذمة ، والوقف والهبة ، والاقرار بالدين والعين والنكاح ، فإن عقد لم يمض .

وهل يتوقف الحجر عليه على حكم الحاكم ، أو يكفي ظهور السفة ؟ الأقرب الأول ، ولا يزول إلا بحكمه ، فإن اشتري بعد الحجر فهو باطل .

---

قوله : ( والنكاح ) .

الظاهر أنه لا فرق فيه بين الرجل والمرأة ، لأن النكاح يقتضي الصداق ، فهو تصرف مالي من طرفهما ، فالزوج يتزمه والزوجة تجعل البعض في مقابلة ، فهو ملحق بالأشياء المقومة ، وهذا لو أنكحت نفسها بدون مهر المثل لا يصح ، بل الولي لا يصح منه ذلك إلا بالمصلحة ، فالحاصل أنه تصرف مالي .

قوله : ( وهل يتوقف الحجر عليه على حكم الحاكم أو يكفي ظهور السفة ؟ الأقرب الأول ، ولا يزول إلا بحكمه ) .

هنا أقوال :

أ : ما ذكره المصنف هنا .

ب : توقفه على حكم الحاكم وزواله بزوال السفة ، ويظهر من كلام الشهيد في شرح الرشاد وجوده قولًا .

ج : ثبوته بمجرد السفة ، وتوقف الزوال على الحكم يوجد في بعض كلام الشهيد<sup>(١)</sup> .

د : ثبوته بظهور السفة وانتفاءه بانتفاءه ، وذلك حيث يقطع بالأمرتين ، وهو الأصح ، لظاهر قوله تعالى : ( فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيًّا )<sup>(٢)</sup> الآية ، أثبتت عليه الولاية بمجرد السفة ، فتوقفها على أمر آخر يحتاج إلى دليل .

---

(١) اللمعة : ١٤٢

(٢) النساء : ٦

ويسترد البائع سلعته إن وجدتها، وإلا فهي ضائعة إن قبضها  
بإذنه، عالماً كان البائع أو جاهلاً وإن فك حجره،

إذا تقرر هذا ففي الذي يلي ماله قوله:

أ: أنه الحاكم، سواء تجدد السفه عليه بعد بلوغه أو بلغ سفيهاً، لتوقف  
الحجر وزواله على حكم الحاكم، فيكون النظر إليه.

ب: أنه إن بلغ سفيهاً فالولاية للأب والجد، (ثم وصي أحدهما، ثم  
الحاكم، وإن بلغ رسيداً ثم تجدد سفهه فالأمر فيه إلى الحاكم دون الأب  
والجد)<sup>(١)</sup>، وهذا هو الأصح.

نعم، لو قلنا بتوقف الحجر عليه على حكم الحاكم، اتجه كون الولاية له  
مطلقاً، مع إمكان كونها للأب والجد فيمن بلغ سفيهاً، إذ لا يُعد في اعتبار حكم  
الحاكم في ثبوت السفه وعدم زواله، لأن الامارات قد يقع الغلط فيها.

ويضعف: بأن البحث على تقدير الجزم، ثم إن من بلغ سفيهاً يكفي في  
حكمه استصحاب ما كان إذا لم يعلم الناقل.

وفي نظر، إذ لا بد من البحث عن زوال المقتضي للحجر و عدمه، فإذا  
اشتبه الأمر على الأب رجع إلى الحاكم، على أن التبذير وإصلاح المال من الأمور  
التي لا تكاد تخفي على ذي بصيرة.

قوله: (والاً فهي ضائعة إن قبضها بإذنه، عالماً كان البائع أو  
جاهلاً وإن فك حجره).

أي: وإن لم يجدها فهي ضائعة إن قبضها بإذنه، لأن قبضها بإذنه في  
البيع تسليط على التصرف والإتلاف، غاية ما في الباب أنه لم يكن مجاناً، بل  
بعوض، ووجود السفه مانع من ثبوت العوض. ولا فرق في ذلك بين كون البائع  
عالماً أو جاهلاً، لأن تسليطه غيره على إتلاف ماله قبل اختبار حاله، وعلمه بأن  
البعض المبذول منه ثابت أولاً تضييع ماله وتقصير في حفظه. وكذا لا فرق بين

(١) مابين القوسين لم يرد في «م» وأثبتناه من «ق».

وكذا لو اقرض وأتلف المال.

ولو أذن له الولي صح إن عين، وإلا فلغو، وكذا يجوز لوابع فأجاز الولي.

ولو أتلف ما اودع قبل الحجر، أو غصب بعده، أو أتلف مال غيره مطلقاً ضمن.

---

بقاء حجره بعد ذلك وفكه، لعدم النزوم في وقت الاتلاف، فلا يلزم بعد الفك ، فقول المصنف: (وان فك حجره) وصلي .

واعلم: أنه لو قبض بغير إذن المالك ، فهو ملحق بغيره من القبض عدواً، إذ التسلیط بالاقباض على الوجه المعین لا مجرد البيع .  
قوله: (وكذا لو اقرض وأتلف المال).

لأن الإقراض تسلیط على الاتلاف ، وكذا كل ما يضمن التسلیط على الاتلاف من المالك ، ومثل السفيه في ذلك الصبي والجنون بطريق أولى .  
قوله: (ولو أذن الولي صح إن عين، وإلا فلغو).

إذا أذن الولي للسفيه في التصرف ، فان أطلق كان لغواً - لأنه لو صحت فات الغرض من الحجر عليه . وإن عين نوعاً من التصرف وقدر العوض ، كأن قال له: بع الشيء الفلاني بكذا وانكح فلانة بكذا صح ، لأن المانع ليس إلا خوف الخذور من إتلاف المال وهو مندفع بما قلناه ، وقربه المصنف في التذكرة<sup>(١)</sup> .  
وعلمون أن اعتبار إذن الولي مشروط بالمصلحة كتصرفة ، بل أولى .  
قوله: (وكذا يجوز لوابع فأجاز الولي).

لما قلناه: من أنه بالغ مكلّف ، غاية ما في الباب منعه لخوف إتلاف المال ، وهو منتف هنا .

قوله: (ولو أتلف ما اودع قبل الحجر، أو غصب بعده، أو أتلف مال غيره مطلقاً ضمن).

أي: لو أتلف السفيه بعد الحجر ما أودعه قبل الحجر ضمن، إذ لا تسليط على الاتلاف هنا من المالك، ولا تعریض للاتلاف، لكونه حينئذ غير ممحور فيضمن، لأن إتلاف مال الغير سبب في الضمان.

ويفهم من قوله: (ما أودع قبل الحجر) أن ما أودعه بعد الحجر لا يضممه بالاتلاف، وهو فتوى الإرشاد<sup>(١)</sup>، لتعريفه بالكة اياه للاتلاف، ولظاهر قوله تعالى: (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم)<sup>(٢)</sup> واحتمله في التحرير<sup>(٣)</sup> ولم يصرّح بفتوى. واختار في التذكرة<sup>(٤)</sup> الضمان بما حصل في يده من المال باختيار صاحبه، من غير تسليط على الاتلاف، كالوديعة والعارية إن أتلفه أو أتلف بتغريمه، لعموم: «على اليد ما أخذت»<sup>(٥)</sup>، ولأن الاتلاف سبب الضمان، والمالك لم يسلط عليه، ولا يلزم من تسليمه باختيار صاحبه أن يكون الاتلاف باختياره.

لكن في قول المصنف: (أو أتلف مال غيره مطلقاً) - أي: قبل الحجر أو بعده - (ضمن) ما يقتضي أنه لو أتلف الوديعة أو العارية ونحوهما، مما لم يسلط المالك على الاتلاف فيه يضمن، فيبقى المفهوم في قوله: (قبل الحجر) مقصوراً على ما إذا فرط في الحفظ، فتكون فتوى القواعد تضمينه بالاتلاف لا بالغريطة، والأصح الضمان مطلقاً.

ولا يكاد يفرق بين الاتلاف والتغريط، فإنه إتلاف، ومن الأمور المستبعدة تضمينه بالغصب وعدم تضمينه بالاتلاف للوديعة، مع كونه أبلغ منه وأفحش، على أن وضع اليد حال الاتلاف غصب.

(١) الإرشاد: ١٣١ (مخطوط).

(٢) النساء: ٥.

(٣) التحرير: ١: ٢١٩.

(٤) التذكرة: ٢: ٧٨.

(٥) سنن الترمذى: ٢: ٣٦٨، سنن البيهقي: ٦: ٩٥، سنن ابن ماجة: ٢: ٨٠٢ حدیث ٢٤٠٠، مستند أَمْدَ: ٥: ٨، ١٢، ١٣، مستدرك الحاكم: ٢: ٤٧.

ولو أقرّ بدين لم ينفذ، سواء أسنده إلى ما قبل الحجر أو لا ، وكذا  
لو أقر باتفاق مال أو بجناية توجب مالاً .  
ويصح طلاقه ، ولعاته ، وظهاره ، ورجعته ، وخلعه ، ولا يسلم  
مال الخلع اليه ، واقراره بالنسبة ،

---

وحكم الصبي والجنون - لو أتلفا مال غيرهما ، أو غصباه فتلف في يدهما -  
في وجوب الضمان في مالهما كحكم السفيه ، وكذا في انتفاء الضمان فيما حصل  
في أيديهما باختيار صاحبه مع التسلیط على الاتلاف ، كالبيع والقرض .  
أما الوديعة والعارية ونحوهما إذا أتلفاها ، أو تلفت بتغريطها ، ففي  
الضمان تردد ، وقرب المصنف في التذكرة<sup>(١)</sup> والتحریر<sup>(٢)</sup> عدم الضمان ، لكن  
ضمان الصبي المميز إذا باشر الاتلاف قوي ، والتغريط لا يكاد يقصر عن  
الاتلاف ، أما غير المميز والجنون فهما كسائر الحيوانات .

قوله : ( ويصح طلاقه ) .

لأن التصرف فيه لا يصادف المال .

قوله : ( وإنقاره بالنسبة ) .

إذ لا يستلزم التصرف بالمال .

فرع : إنقار السفيه بالمال غير نافذ حال الحجر ، فإذا زال ظاهرهم أنه لا  
يؤخذ به ، لكن فيما بينه وبين الله يجب عليه الاداء إن كان حقاً ، صرح بذلك في  
التذكرة<sup>(٣)</sup> .

ويمكن توجيهه بكون إنقاره حينئذ لغوياً ، فلا يعتد به حال الحجر ولا  
بعده ، ولو ادعى عليه بمال ، فمع الحجة الشرعية يجب ، وهل يجب باليمين المردودة ؟  
يبنى على أنها كالبينة أو كالإنكار ، فيجب على الأول ، لا الثاني .

---

(١) التذكرة ٢ : ٧٨ .

(٢) التحرير ١ : ٢١٩ .

(٣) التذكرة ٢ : ٧٩ .

ويُنفق على من استلحقه من بيت المال، وبما يوجب القصاص، ولو صولح فيه على مال فالأقرب ثبوت المال.

ولو وكله غيره في بيع أو هبة جاز، لبقاء اهلية التصرف. وللمولي أن يشتري له جارية ينكحها مع المصلحة، فإن تبرم بها ابدرت، وهو في العادات كالرشيد، إلا أنه لا يفرق الزكاة بنفسه.

وينعقد إحرامه في الواجب مطلقاً،

**قوله:** (ويُنفق على من استلحقه من بيت المال).

جواب عن سؤال، تقديره: أن الاقرار بالنسبة يتضمن ثبوت النفقة، فيجب أن لا ينفذ، لأن إقرار ما يتضمن التصرف في المال. والجواب: أن النسبة يثبتت بالنسبة إلى ما عدا المال، فينفق حينئذ على المقربه من بيت المال، لعدم ثبوت استحقاق النفقة من مال السفيه.

وفي حواشى شيخنا الشهيد: أنه لو قيل: يكون من ماله لكن حسناً، لأن النسب قد ثبت، فثبتت النفقة تبعاً، وأن في ذلك إضراراً لجميع المسلمين لأجل قول واحد.

وجوابه: أن النسب إنما يثبتت بالنسبة إلى ما عدا المال، وبيت مال المسلمين لمصالح المسلمين، وهذا منهم، فلا يتصور أن يقال: وجوب النفقة إضرار بال المسلمين، وإنما قليل في كل فرد منهم مثل هذا.

**قوله:** (ولو صولح فيه على مال، فالأقرب ثبوت المال).

وجه القرب: أن فيه حفظ نفسه، وهو أولى من حفظ المال. وتحتمل العدم، لأن ذلك مفوت للغرض من الحجر، لامكان أن يتواتأ مع المقرب له على الإقرار، ثم الصلح توصلاً إلى الغرض الفاسد.

وجوابه: اندفاع ذلك بقرائن الأحوال، فإن المقدم على الاستيفاء لا يكاد يتحقق، ولا يلتبس من يحاول المال، فيصح الصلح، إلا مع حصول الريبة.

**قوله:** (وينعقد إحرامه في الواجب مطلقاً).

وفي التطوع إن استوت نفقته سفراً وحضرأً ، أو أمكنه تكسب الزائد ،  
وإلا حلله الولي بالصوم.

---

أي: سواء استوت النفقة ، أو زادت نفقة السفر.

قوله : (وفي التطوع إن استوت نفقته سفراً وحضرأً ، أو أمكنه  
تكسب الزائد).

لا بحث مع الاستواء ، أما مع تكسب الزائد ، فأنه يرد عليه: أن ما  
يكتسبه مال ، فيتعلق الحجر به.

وجوابه: أنه قبل الاكتساب لم يكن مالاً ، وبعده صار محتاجاً إلى زيادة  
النفقة. وأيضاً فأن الاكتساب غير واجب على السفيه ، وليس للولي قهره عليه ،  
فلا يلزم من صرف ما يحصل به إتلاف لشيء من المال الذي تعلق الحجر به.

قوله : (وإلا حلله الولي بالصوم).

أي: وإن لم تستو النفقتان ولا أمكنه تكسب الزائد ، حلله الولي بالصوم  
كالمحصور ، قال في التذكرة: إذا جعلنا لدم الاحسخار بدلاً<sup>(١)</sup> ، وظاهر قوله:  
(حلله) تعين ذلك ، وهو الذي يقتضيه الحجر ، لحفظ المال ، وظاهر التذكرة<sup>(٢)</sup>  
والتحرير<sup>(٣)</sup> أن له كلاماً من الأمرين.

إذا تقرر ذلك ، فالصوم الذي يحلله الولي به على ما سبق في الحج عشرة  
أيام ، وهي بدل الهدي ، كهدى المتع ، من غير اعتبار للتوكالي والزمان ، وكbone  
في الحج وعدم ذلك ، ونقل شيخنا الشهيد: أن في رواية ثمانية عشر يوماً .  
فإن قلنا ببدليه الصوم عن هدي الاحسخار فلا بحث ، وإلا فاللازم أحد  
الأمررين: إما بقاوه على إحرامه إلى زمان الفك ، أو القول بأن إحرامه في هذه  
الحالة فاسد ، لاستلزماته التصرف في المال.

---

(١) التذكرة ٢: ٨٠.

(٢) المصدر السابق.

(٣) التحرير ١: ٢١٩.

وينعقد يمينه ، فإن حنت كفر بالصوم ، وله أن يغفو عن القصاص لا الدية والأرش ، والولاية في ماله للحاكم خاصة.

ولوفك حجره ثم عاد التبذير أعيد الحجر ، وهكذا.

### الفصل الثالث : في المملوك :

المملوك منع من التصرف في نفسه ، وما في يده ببيع ، واجارة ، واستدانة ، وغير ذلك من جميع العقود ، إلا بإذن مولاه ، عدا الطلاق فإن له إيقاعه وإن كره المولى .

والأقرب أنه لا يملك شيئاً سواء كان فاضل الضريبة ، وأرش الجنائية على رأي ، أو غيرهما ، وسواء ملكه مولاه على رأي أو لا .

**قوله :** (والولاية في ماله للحاكم خاصة).

الأصح أن ذلك إذا تجدد سفهه بعد البلوغ رشيداً ، وإلا فالولاية للأب والجد له ، ثم لوصي أحدهما .

**قوله :** (عدا الطلاق ، فإن له إيقاعه وإن كره المولى).

لأن الطلاق يد من أخذ بالساق.

**قوله :** (والأقرب أنه لا يملك شيئاً ، سواء كان فاضل الضريبة وأرش الجنائية على رأي ، أو غيرهما ، وسواء ملكه مولاه على رأي أو لا).

الضريبة: فعيلة من الضرب ، وهو: ما يضربه المولى على العبد ، ويقاطعه عليه من كسبه ، في كل يوم أوفي كل أسبوع ، ونحو ذلك ، فان الفاضل عنه من الكسب هو فاضل الضريبة ، فقد قيل: بأن العبد يملكه<sup>(١)</sup> ، وكذا قيل: إنه يملك ارش الجنائية عليه ، وقيل: يملك اذا ملكه المولى . والأصح عدم ملكه بحال ، للآية<sup>(٢)</sup> الدالة على أن العبد المملوك لا يقدر على شيء ، ومن جملته القدرة على تلك المذكرات ، فيكون النفي شاملاً لذلك .

(١) قال به الصدوقي في المقنع: ١٦١ ، والمحقق في المختصر النافع: ١٣٢ .

(٢) النحل: ٧٥ .

ولا تصح له الاستدابة ، فإن استدان بدون إذن مولاه استعيد ، فإن  
تلف فهو في ذمته ، إن عتق أذاه وإلا ضاع ، سواء كان الدين جاهلاً  
بعموديه أو لا .

ولو أذن له مولاه في الاستدابة لزم المولى إن استيقاه ، أو باعه .  
ولو اعتقه فالأقوى الزام المولى ، ويشارك غرماؤه وغرماء المولى  
في التركة القاصرة على النسبة .

ولو أذن له في التجارة لم يجز التعدي فيما حده ، وينصرف الإذن  
في الابتياح إلى النقد ، وله النسبة إن أذن فيها ، فيثبت الثمن في ذمة المولى .

---

قوله : ( ولو أعتقه فالأقوى إلزام المولى ) .

هذا هو الأصح ، وللشيخ قول بلزوم العبد<sup>(١)</sup> ، واختاره المصنف في  
المختلف<sup>(٢)</sup> ، تعويلاً على رواية<sup>(٣)</sup> لا دلالة فيها .

واعلم : أن نظم العبارة غير حسن ، لأن ظاهر اشتراط استيقائه أو بيعه في  
لزوم الدين المولى يقتضي النفي عما عداهما ، مع أن مختاره مع العتق اللزوم أيضاً ،  
فلو قال : وكذا لو أعتقه على الأقوى لكان أحسن .

قوله : ( ويشارك غرماؤه وغرماء المولى ) .

الجميع غرماء المولى ، لأن الدين لزم ذمته ، فاطلاق غرماء العبد عليهم  
بالمحاز لوقوع الاستدابة منه .

قوله : ( وينصرف الإذن في الابتياح إلى النقد ) .  
لأنه الغالب ، وأن النسبة غير مرغوبة غالباً ، وأنها معرضة للتلف  
والضياع .

---

(١) النهاية : ٣١١

(٢) المختلف : ٤١٤

(٣) التهذيب ٨ : ٢٤٨ حدث ٨٩٥ ، الاستبصار ٤ : ٢٠ حدث ٦٤

ولو تلف الثمن قبل التسلیم فعلى المولى عوضه.

وليس له الاستدانا، إلا مع ضرورة التجارة المأذون فيها له  
فيلزم المولى، وغيره يتبع به بعد العتق، وإن أضاع، ولا يستسعي على رأي.

**قوله:** (ولو تلف الثمن قبل التسلیم فعلى المولى عوضه).

لأن تلفه بيد العبد كتلفه بيد السيد.

**قوله:** (وليس له الاستدانا، إلا مع ضرورة التجارة المأذون فيها  
له، فيلزم المولى، وغيره يتبع به بعد العتق).

أي: ليس للعبد الاستدانا مع عدم الأذن، بدليل ما سبق، إلا مع  
افتضاء ضرورة التجارة المأذون فيها الاستدانا، فحينئذ يلزم ما استدانا -للضرورة-  
المولى، لأن الأذن في التجارة يستلزم الأذن في جميع ضرورياتها، كنقل الماء،  
وحمله، وأجرة حافظه ونحوها، مع الاحتياج إلى ذلك.

وغير المستدانا لضرورة التجارة المأذون فيها إذا تلفت عينه، يتبع به العبد  
بعد العتق إن عتق، ويندرج في (غيره) شيئاً: ما استدانا لا لضرورة التجارة  
المأذون فيها، وما استدانا لغير المأذون فيها مطلقاً.

إذا عرفت ذلك ، فالضمير في قوله: (فيلزم المولى) يعود إلى مادل عليه  
قوله: (الا مع ضرورة التجارة المأذون فيها) أعني: ما استدانا، وكذا ضمير  
(غيره).

**قوله:** (**والا ضاع**).

معطوف على مذوف ، يدل عليه قوله: (بعد العتق) أي: ان أعتق ، وإن  
لم يعتق ضاع ذلك الدين في الدنيا.

**قوله:** (**ولا يستسعي على رأي**).

هذا هو الأصح ، لأن ما يحصل بسعيه ملك المولى ، وقد علم أن أداء هذا  
الدين ليس على المولى . وقال الشيخ: يستسعي<sup>(١)</sup> ، وابن حمزة: إن لم يعلم المدين

ولا يتعدى الاذن الى مملوك المأذون، ولو أخذ المولى ما استدانه وتلف في يده تخير المقرض بين اتباع العبد بعد العتق، والزام المولى معجلًا.

ويستعيد المقرض والبائع العين ل ولم يأذن المولى فيها ، فإن تلفت طلوب بعد العتق.

ولو أذن له المولى في الشراء لنفسه ففي تملكه إشكال.

عدم الاذن<sup>(١)</sup> ، وهو ضعيفان.

قوله : (ولو أخذ المولى ما استدانه وتلف في يده ، تخير المقرض بين إتباع العبد بعد العتق ، وإلزام المولى معجلًا).

لأن كلّ واحد منها أثبت يده على ماله عدواً ، فلو تبع العبد بعد العتق وأغرمه ، فله الرجوع على المولى ، لأن إقرار التلف في يده ، ولو غرّه العبد ، بأن قال : هذا ملكي أو كسيبي ، فلا رجوع له ، ولو أغرم المولى في هذه الحالة ، فإن أغرمه قبل العتق فلا شيء له ، وإن أغرمه بعد العتق فليس ببعيد رجوعه على العبد . ومثله : لو أخذه المولى ثم ردّه على العبد ، فتلف في يده .

قوله : (ويستعيد المقرض والبائع العين ل ولم يأذن المولى فيها) .

أي : في القرض والبيع ، للدلالة الكلام عليها .

قوله : (ولو أذن له المولى في الشراء لنفسه ، ففي تملكه إشكال) .

الضمير في (تملكه) يعود إلى (المولى) ، لأن العبد لا يملك عند المصنف كما سبق . ونشأ الاشكال : من أن الاذن في الشراء لنفسه فاسد ، فلا تترتب عليه صحة البيع ، فلا يثبت بيع الملك للمولى ، ومن حيث أن الاذن في الشراء لنفسه تضمن أمرتين : مطلق الاذن في الشراء ، وتقييده بكونه لنفسه ، فاذا بطل القيد بقي المطلق ، وإذا كان الشراء في الجملة مأذونا فيه ، أثمر الملك للمولى . وبضعف : بأن الاذن ، إنما تعلق بأمر واحد ، وهو شراء خصوص للعبد ،

وهل يستبيح العبد البعض؟ الأقرب ذلك ، لا من حيث الملك ، بل لاستلزماته الاذن.

و اذا اذن له في التجارة جاز كل ما يندرج تحت اسمها او استلزمته ، كحمل المتع الى المحرز ، والرد بالعيوب . وليس له أن ينكح ولا يؤاجر نفسه ،

وقد انتقى بامتناعه ، فيكون البيع الواقع غير مأذون فيه ، فلا يشمر ملكاً للمولى ، وهو الأصح .

قوله : ( وهل يستبيح العبد البعض؟ الأقرب ذلك ، لا من حيث الملك ، بل لاستلزماته الاذن ).

كأن قوله : ( لا من حيث الملك ... ) جواب عن سؤال ، تقديره : حيث انتقى الملك ، فكيف يستبيح الوطء؟

وجوابه : أن الاستباحة ليست من حيث الملك ، بل لاستلزم الاذن في الشراء لنفسه الاذن في الوطء ، لأنها إذا كانت مملوكة له كانت جميع التصرفات حلالاً له ، فإذا بطل الاذن الأول ، لم يلزم بطلان الثاني .

وليس بشيء ، لأن المأذون فيه هو الشراء لنفسه ، فإذا تحقق استلزم (١) إباحة التصرفات ، أما الاذن فيها فغير حاصل ، وهذا تفريع على ثبوت الملك للمولى ، وهو ضعيف مبني على ضعيف .

قوله : ( وإذا اذن له في التجارة ، جاز كلما يندرج تحت اسمها او استلزمته ، كحمل المتع الى المحرز والرد بالعيوب ).

كأنه أراد بالاندراج ما يعم الدلالة الالتزامية ، فإن حمل المتع إلى المحرز ليس من جملة أقسام التجارة ، إذ التجارة هي الاكتساب وهذا من مقدماته .

قوله : ( وليس له أن ينكح ولا يؤاجر نفسه ).

لعدم تناول الاذن في التجارة لشيء منها ، وأنه لا يملك التصرف في

(١) في «م» و «ق» : استلزم ، وما أثبتناه من الحجري ، وهو الصحيح .

والأقرب أن له أن يؤجر أموال التجارة.

ولو قصر الازن في نوع أو مدة لم يعم ، ولا يتصدق ، ولا ينفق  
على نفسه من مال التجارة ، ولا يعامل سيده بيعاً ولا شراءً - خلافاً  
للمكاتب -

منفعته ، فيتوقف على الازن.

إن قيل: الازن في التجارة يعم وجوه الاكتساب ، وهذا من جملتها .  
قلت: المبادر من الازن له في التجارة الاكتساب بشيء آخر ، فلا يكون  
اللفظ متناولاً للاكتساب بمنفعته .

قوله : ( والأقرب أن له أن يؤجر أموال التجارة ) .

وجه القرب: أن ذلك من جملة وجوه الاكتسابات بمال ، فيتناوله  
الازن . ويحتمل ضعيفاً العدم ، توهماً أن التجارة هي البيع ، فلا يتناول الازن فيها  
الاجارة ، والأصح الأول .

قوله : ( ولا يتصدق ) .

قال في التذكرة: إلا مع علم انتفاء كراهيته المولى<sup>(١)</sup> ، وهو حسن .

قوله : ( ولا ينفق على نفسه من مال التجارة ) .

لأنه مناف لمقصود التجارة ، وعند أبي حنيفة يجوز ، فان اضطرر ولم يمكنه  
الاستئذان فيه وفي القرض للإنفاق ، أمكن أن يكون ذلك من ضروريات  
التجارة . ولو استأذن الحاكم في الإقراض أو الإنفاق مع تعذره وتعذر مراجعة  
المولى ، فلا كلام في الجواز . وكذا لو تعذر ذلك كله وبلغ حد الضرورة ، فإنّ له  
دفعها .

قوله : ( ولا يعامل سيده بيعاً ولا شراءً خلافاً للمكاتب ) .

لأن تصرفه لسيده ، ولا كذلك المكاتب ، لانقطاع سلطنة المولى عنه  
وكون تصرفه لنفسه ، وقال أبوحنينية بالجواز<sup>(٢)</sup> .

(١) التذكرة ٢: ٩٠ .

(٢) بدائع الصنائع ٧: ١٧١ .

ولا يضم ما اكتسبه بالاحتطاب والاصطياد إلى مال التجارة.

وهل ينعزل بالإباق؟ نظر، ولا يصير مأذوناً بالسكتوت عند مشاهدة بيعه وشرائه، وإذا ركبته الديون لم يزل ملك سيده عما في يده، ويقبل إقراره بديون المعاملة في قدر ما أذن له لا أزيد،

**قوله:** (ولا ينضم ما اكتسبه بالاحتطاب والاصطياد إلى مال التجارة).

لعدم تعلق الأذن به، ولو عمم كان له أن يضمه.

**قوله:** (وهل ينعزل بالإباق؟ نظر).

ينشأ: من أن الأصل بقاء حكم الأذن عملاً بالاستصحاب، ومن شهادة الحال بأن السيد لا يرضى بالإذن بعد الإباق، ولأن الشارع نزله منزلة الموت، وهذا يزول نكاحه عن أمراته. ويضعف بأن التمسك بصرح الأذن أقوى، إلى أن يتحقق العزل.

**قوله:** (ولا يصير مأذوناً بالسكتوت عند مشاهدة بيعه وشرائه، وإذا ركبته الديون لم يزل ملك سيده عما في يده).

خالف في الحكمين أبو حنيفة<sup>(١)</sup>.

**قوله:** (ويقبل إقراره بديون المعاملة في قدر ما أذن له لا أزيد).

فإن أقرّ بأن في ذمته لزيد مقداراً من ثمن بيع، قيل: إن لم يتجاوز مقدار المأذون فيه، لأن المأذون فيه جائز له، فيكون مقبولاً، بخلاف ما سواه.

ويحتمل عدم القبول إن لم يصدقه المولى، لأن الإذن له في المعاملة لا يستلزم قبول إقراره على المولى.

والتحقيق، أن هذا البحث يحتاج إلى التحرير: فإن أريد: أن السيد إذا أذن لعبده في المعاملة بمقدار كذا، ودفع إليه مالاً ليتجر به، فعاد وبيده أغراض يدعى أنه اشتراها في ذمته، وأن دينها باق، وادعى تلف ما كان بيده، أنه يقبل

(١) بداع الصنائع: ٧، اللباب: ٢، المبسوط للسرخسي: ٦٧، ٢٥: ١١

سواء أقر للأجنبي أو لأبيه أو لابنه.

ولا تجوز معاملته بمجرد دعوه الاذن، ما لم يسمع من السيد أو تقوم به بينة عادلة،

إقراره هنا على السيد فهو مستبعد جداً مع إنكاره ذلك.

وإن أريد: أن السيد إذا أذن له في التجارة والمعاملة بمقدار كذا، ولم يدفع إليه شيئاً، فعاد وبيه أعراض، يتعي شراءها في ذمته وبقاء الثمن، أنه يقبل إقراره فهو قريب، نظراً إلى شهادة الحال ومقتضى الاذن، ولتضمر معاملية لم يقبل.

والأصح: أنه لا يرضي إقراره على المولى، وشهادة الحال ليست حجة، لشغل الذمة الخالية، والضرر<sup>(١)</sup> يندفع بالاشهاد، وليس إقرار العبد بأولى من إقرار الوكيل.

نعم، يشكل الحال لو أقر العبد المأذون: بأن ما في يده ملك لفلان (وديعة أو غصباً ونحوهما، فإن في القبول وعدمه إشكالاً، يلتفت إلى أن الإقرار على ما في يده)<sup>(٢)</sup> لا على المولى، وقد صارت يده بالاذن كيد الوكيل، وأن ما بيده لمولاه. قوله: (سواء أقر للأجنبي أو لأبيه أو لابنه).

وقال أبوحنيفة: لا يقبل اقراراه لها<sup>(٣)</sup>، ولا يخفي أن الاقرار لو كان بغير دين المعاملة، أو من غير المأذون لا يقبل.

فرع: لو أقر المأذون بدين اقتضته ضرورات التجارة، فعلى القول بالقبول في المسألة السابقة يجب القبول هنا، ولا يتقييد بمقدار المأذون بالتجارة فيه، لأن ضرورات التجارات لا تنحصر في مقدار.

قوله: (ولا تجوز معاملته بمجرد دعوه الاذن، ما لم يسمع من السيد، أو يقيم به بينة عادلة).

(١) في «س» و«م»: والضرورة، وما ثبناه هو الصحيح.

(٢) ما بين القوسين لم يرد في «ق».

(٣) المبوسط للسرخسي ٢٥ : ٨٠

والأقرب قبول الشياع.

ولو عُرف كونه مأذوناً، ثم قال: حجر على السيد لم يعامل،

أي: لا يجوز ذلك، ما لم يسمع مرید معاملته من السيد الاذن له، أو يقيم العبد بالاذن بینة عادلة، وعدم جزم (يقيم) لكون الجملة معطوفة على الجملة لا على المجزوم، ويكون الحكم مذوفاً، أي: أو يقيم به بینة عادلة فيجوز. قوله: (والأقرب قبول الشياع).

لأن إقامة البینة على الاذن عند كل معاملة مما يتذرع، ويرد عليه مثله في الشياع، لأن إخبار جماعة يثمر إخبارهم ظناً قوياً متاخماً للعلم عند كل معاملة، مما يتذرع أيضاً، وليس مطلقاً لإخبار شياعاً.

هذا مع أنه إن أريد قبول الشياع بحيث يحكم به على المولى لو أنكر فهو مشكل، لأنه سيأتي أن الشياع لضعفه لا يثبت به الملك الذي يد شخص آخر عليه، فكيف يحكم به على المولى في قطع سلطنة الحجر على عبده، وخروج أملاكه عنه بتصرفه؟ نعم لو اعتبرنا في الشياع حصول العلم بالاخبارات آتجه ذلك، لأنه أقوى من البینة حينئذ.

وإن أريد جواز المعاملة بسببه، بحيث يرتفع المنع، وتكون الدعوى بين المولى والعبد لو أنكر باقيه، فهو متوجه، لكن اشتراط حصول الشياع بجواز ذلك لا وجه له، بل لا يبعد الاكتفاء بخبر العدل الواحد، إذ الأصل في إخبار المسلم الصحة، وقد تأكد بالعدالة، بل لو أخبر من أثمر خبره الظن أمكن القبول، إذ ليس ذلك بأقل من خبر من يدعى الوكالة عن الغير في بيع ماله، وليس بأقل من خبر الصبي في المدية، ولو ظفرت بموافقة على هذا لم أعدل عنه.

قوله: (ولو عُرف كونه مأذوناً، ثم قال: حجر على السيد لم يعامل).  
قبول إقراره في عود الحجر، لأنه إقرار على نفسه.

فإن قال السيد: لم أحجر عليه احتمل أن لا يعامل لأن العاقد والعقد باطل بزعمه، والمعاملة أخذًا بقول السيد.

ولو ظهر استحقاق ما باعه المأذون بعد تلف الثمن في يده رجع المشتري على السيد، ولا يقبل إقرار غير المأذون بمال ولا حد، وهل يتعلق بذمته؟ نظر.

قوله: (فإن قال السيد: لم أحجر عليه احتمل أن لا يعامل، لأن العاقد، والعقد باطل بزعمه، والمعاملة أخذًا بقول السيد).

لا شبهة في أن الحجر فعل السيد وحق له، وليس للعبد فيه دخل ولا يعتبر رضاه، كما لا يعتبر في ثبوت الادن له إذا أذن له المولى، فلا يعتد بمخالفته فيه للسيد، لأن السيد أحقّ بنفسه منه. نعم قد يتخيّل أن صحة العقد منه متعدّرة، لأن العقد بزعمه باطل، فلا يكون قاصداً إلى عقد صحيح.

ويرده: أن الشرط لصحة العقد القصد إليه من حيث كونه صحيحاً، للقطع بصحّة مبایعة من ينكر صحة بيع الغائب - من العامة - هذا النوع من البيوع، ولتجاوز المتعة بالمرأة من الخالفين.

والأصح: أنه إن قصد إلى العقد ولم يقصد ايقاعه باطلًا يصح، ولا يلتفت إلى قول العبد.

قوله: (ولو ظهر استحقاق ما باعه المأذون بعد تلف الثمن في يده، رجع المشتري على السيد).

لأن العهدة عليه، فإن العبد لم يقبضه إلا للسيد، ويده يد ضمان.

قوله: (ولا يقبل إقرار غير المأذون بمال ولا حد).

في بعض النسخ: (بمال لا حد) بغير واو، وكلاهما غير حسن، لأن نفي قبول الحد سيأتي في كلامه، فعل نسخة ولا حد يلزم التكرار، ولا فائدة في التقييد للمال بكونه لأحد، بل يضر، لأن المال المقرّ به لنحو المسجد والبقة أيضاً لا يقبل، فالتقييد يمنع العموم.

قوله: (وهل يتعلق بذمته؟ نظر).

ولا يقبل إقرار المأذون وغيره بالجناية ، سواء أوجبت قصاصاً أو مالاً، ولا بالحد ، ولو صدقه المولى في ذلك فالأقرب النفوذ.

ينشأ: من التردد في كونه مسلوب أهلية الاقرار، فعبارته لاغية كعبارة الصبي ، أو الرقية مانعة من النفوذ لحق الغير. والحق الثاني ، للقطع بكونه كامل التصرف لولا حق المولى ، فلا تخرج بذلك عبارته عن الاعتبار، فتعد لغوأ، ولعموم: «إقرار العقلاء على انفسهم جائز»<sup>(١)</sup>، والعبد منهم ، فيقبل إقراره بالإضافة إلى نفسه ، وحينئذ فيؤخذ به بعد العتق.

**قوله : (ولا يقبل إقرار المأذون وغيره بالجناية ، سواء أوجبت قصاصاً أو مالاً).**

لأن الاذن إنما تعلق بالتجارة دون ما عدتها ، وإقرار العبد على نفسه إقرار على سيده فلا ينفذ ، لكن يتبع به.

**قوله : (ولا بالحد).**

لما قلناه: من أنه إقرار على المولى ، وهل يتبع به ، بحيث يكون هذا من جملة السبب المثبت للحد ، حيث يعتبر تعدد الاقرار؟ لا يبعد القول بذلك للعموم السابق ، نعم لو عدل عن الإقرار بعد العتق إلى تأويل اتجه السقوط؛ درءاً للحد بالشبهة.

**قوله : (ولو صدقه المولى في ذلك ، فالأقرب النفوذ).**

وجه القرب: أن المانع إنما كان حق المولى وقد زال بتصديقه. ويحتمل ضعيفاً- العدم ، لاحتمال سلب الأهلية ، ولأن المولى لا يملك ثبوت الحد والقصاصين عليه. وليس بشيء ، لأن المثبت إقراره ، ومانعية حق السيد زالت بتصديقه ، وقوله: (في ذلك) إشارة إلى ما سبق من الحد والقصاص.

(١) عвали اللائي ٣: ٤٤٢ حديث ٥.

### الفصل الرابع : في المريض :

ويحجر على المريض في التبرعات كالهبة، والوقف، والصدقة، والمحاباة، فلا تمضي إلا من ثلث تركته وإن كانت منجزة على رأي، بشرط موته في ذلك المرض، واقراره كذلك إن كان متهمًا، وإلا فلن الأصل، سواء كان لأجنبي أو وارث على رأي.

---

**قوله :** (ويحجر على المريض في التبرعات، كالهبة والصدقة والوقف والمحاباة).

المحاباة: مفعولة من الحبوبة، وهي: العطية، والمراد: أن يبيع بأقل من القيمة، أو يشتري بازيد منها، فإن ذلك إعطاء للزائد.

**قوله :** (وإن كانت منجزة على رأي، بشرط موته في ذلك المرض).

هذا هو الأصح، عملاً بصحيح الأخبار<sup>(١)</sup>، ولو برئ من مرضه ذلك ثم مات نفذت إجماعاً.

**قوله :** (وإقراره كذلك إن كان متهمًا، وإلا فلن الأصل، سواء كان لأجنبي أو وارث على رأي).

هذا أحد الأقوال، ووراءه أقوال اخر، وما اختاره هنا هو اختيار نجم الدين في الشرائع<sup>(٢)</sup>، وهو الأصح، عملاً بالخبر ومحافظةً على حق الوارث، ففيه جمع بين الحقين. والمراد بهمتة: أن تشهد قرينة بكذبه في إقراره، فلو كان عدلاً مأموناً اتجه منع التهمة، لأن العدالة تمنع من ارتكاب الخرم في تضييع حق الوارث حيث لا يجوز.

---

(١) الكافي ٧: ٨ حديث ١٠، الفقيه ٤: ١٤٩، حدیث ٥١٧، ٥١٨، التهذيب ٩: ١٨٦، ١٨٨ حدیث ٧٥١-٧٤٨، الاستبصار ٤: ١٢١ حدیث ٣٦٢.

(٢) شرائع الإسلام ٣: ١٥٢.

وإذا مات حلّ ما عليه من الديون دون ماله على رأي ، والأقرب إلهاق مال السلم والجناية به ،

قوله : (إذا مات حلّ ما عليه من الديون ، دون ماله على رأي) .

أما الأول فاجماع ، وأما الثاني فلانتفاء الدليل ، وتمسّك الشيخ<sup>(١)</sup> وجماة<sup>(٢)</sup> - على أن ماله يحلّ أيضاً - برواية أبي بصير ، عن أبي عبدالله عليه السلام<sup>(٣)</sup> . وفيه ضعف ، والأصح عدم .

قوله : (الأقرب إلهاق مال السلم والجناية به) .

وجه القرب : أنها من جملة الديون التي عليه ، فيحلان بالموت كغيرهما ، عملاً بعموم النص . ويختتم العدم ، لأن الأجل في السلم جزء من العوض ، فلو حلّ مال السلم بالموت لزم نقصان العوض ، وهو باطل ، لانتفاء العمل بمقتضى العقد على ذلك التقدير .

وكذا القول في مال الجناية - أعني : الديمة - فإن الأجل فيها بتعيين الشارع ، فبدونه لا يكون دية . ويضعف بأن ذلك حق أسقطه الشارع بعد ثبوته بالمعاوضة وضرب الديمة ، ودليل السقوط النص المذال بعمومه على الحلول<sup>(٤)</sup> ، فما ذكر اجتهاد في مقابل النص .

لا يقال : تعارض عمومان ، أعني : عموم حلول الديون ، وعموم تأجيل الديمة ومال السلم ، فيتسلطان ويرجع إلى الأجل .

لأننا نقول : ليسا عامين ، بل عام وخاص ، فإن الفردين من الديون أخص من مطلق الديون<sup>(٥)</sup> ، ولو تم ذلك لكان طريقة إلىبقاء الأجل في كل فرد من أفراد الديون ، والأصح حلولهما كغيرهما .

(١) في النهاية : ٣١٠ .

(٢) منهم : أبوالصلاح في الكافي في الفقه : ٣٣٣ ، وفخر الحققين في ايضاح الفوائد : ٢ : ٦١ .

(٣) الكافي : ٥ : ٩٩ حديث ١ ، الفقيه : ٣ : ١١٦ حديث ٤٩٦ ، التهذيب : ٦ : ١٩٠ حديث ٤٠٧ .

(٤) الكافي : ٥ : ٩٩ حديث ١ ، الفقيه : ٣ : ١١٦ حديث ٤٩٦ ، التهذيب : ٦ : ١٩٠ حديث ٤٠٧ .

(٥) في «م» : فإن الفردين من الديون مطلقاً .

فلا يحل المؤجل بالحجر.

وديون المتوفى متعلقة بتركته ، وهل هو كتعلق الأرش برقبة الجناني ،  
أو كتعلق الدين بالرهن؟ احتمال .

---

واعلم: أن الضمير في قوله: (به) راجع إلى ما في قوله: (ما عليه من  
الديون) .

قوله: (ولا يحل المؤجل بالحجر) .

لعدم الدليل ، والقياس لا نقول به .

قوله: (وديون المتوفى متعلقة بتركته ، وهل هو كتعلق الأرش برقبة  
الجناني ، أو كتعلق الدين بالرهن؟ احتمال) .

لا شك أنّ دين المتوفى يتعلق بعد موته بتركته ، لأنّ اختصار جهة الأداء فيها ،  
لكن هل تعلّقه بها تعلق الأرش برقبة الجناني ، أو الدين بالرهن؟ كلّ محتمل .

وجه الأول: أن الدين يسقط بتلف التركة من غير تفريرط من الوارث ،  
ولا يلزم الضمان ، كما لا يلزم ضمان الأرش المولى لوتلف الجناني لا من قبله .  
وفيه نظر ، فإنّ الدين لا يسقط من ذمة المتوفى ، بخلاف الأرش ، فأنّه يسقط بتلف  
الجناني ، ويندفع ببقائه في ذمة الجناني ، فيستويان في تعذر الاستيفاء في الدنيا ،  
وأيضاً فتعلقه بالتركة لا باختيار المالك ، كما أنّ تعلق الأرش برقبة الجناني  
كذلك . وأيضاً فإنه ليس للمدين إلا أقل الأمرين من الدين والتركة ، كما أنّ  
المجني عليه ليس له إلا أقل الأمرين من الأرش وقيمة الجناني ، وليس الرهن  
كذلك في شيء من الأمور المذكورة .

وجه الثاني: أنه يسبب دين في ذمة المالك الحرّ وهذا يستقيم إذا قلنا:  
أن الترفة باقية على حكم مال الميت مادام الدين لم يقض ، ولو قلنا: أن وجه  
الشبهة أن ثبوت هذا التعليق ناشئ عن دين سابق في ذمة من كان مالكاً استقام  
مطلقاً ، ولسقوط الدين هنا من ذمة المديون بالأداء ، وليس أرش الجنانية كذلك  
في شيء منها ، وإنما المساوي في ذلك دين الرهن .

ويظهر الخلاف فيما لو أعتق الوارث أو باع، نفذ على الأول دون الثاني.

---

ويضعفان: بأن مشابهة الدين المتعلق بالتركة لكل من الأرش ودين الرهن، يقتضي أن لا يكون من قبيل واحد منها. وأيضاً فأن مجرد المشاركة في شيء من الصفات لا يقتضي المساواة في الماهية ليشتركا في باقي الأحكام. والأصح أن هذا تعلق مستقل برأسه ليس من قبيل واحد منها.

قوله: (ويظهر الخلاف فيما لو أعتق الوارث أو باع، نفذ على الأول دون الثاني).

أثر الخلاف لا يظهر في الأحكام المشتركة بين الرهن والجاني اللاحقة لهما باعتبار تعلق الدين الجنائية، وإنما يظهر في الأحكام التي اختلفا فيها، فلو تصرف الوارث في التركة ببيع أو إعتاق أو هبة أو رهن ونحو ذلك ، ابتنى الحكم بالنفوذ وعدمه على القولين.

فإن قلنا: إن التعلق هنا كالتعلق في أرش الجنائية، صحت التصرفات من الوارث، وتحتم عليه أداء الدين إن ساوي التركة أو نقص، كما في الجنائي خطأ، فأن تصرف المولى فيه نافذ قطعاً، ويلزمه أقل الأمرتين من الأرش والقيمة. وإن قلنا: إن التعلق هنا كالتعلق في دين الرهن، لم ينفذ شيء من ذلك ، كما لا ينفذ تصرف الراهن في الرهن، بل يقع موقفاً.

وعلى ما اخترناه من أنه تعلق برأسه يحتمل النفوذ، تمسكاً بأصالة الصحة، وأصالة عدم بلوغ الحجر إلى مرتبة لا يكون التصرف معتبراً، ولأن في القول بالصحة جمعاً بين الحقين. ويحتمل العدم، لانتفاء فائدة التعلق بدونه، ولأداء النفوذ إلى ضياع الدين، وأيضاً فأن أصل التعلق يقتضي ثبوت حق سلطنة للمدين، ومع اجتماع الحقين لشخصين لا ينفذ تصرف أحدهما.

والكل ضعيف، فأن فائدة التعلق تحتم الأداء على الوارث إن تصرف، والسلط على الفسخ إن لم يؤد، ويعني الضياع مع النفوذ، وثبتت أصل السلطة لا يستلزم المنع كلياً، لانتقاده بالأرش المتعلق بالجاني ، وجزئياً لا يفيد. والتحقيق: أن القول بالنفوذ أقوى.

وهل يشترط استغراق الدين؟ إشكال، أقربه ذلك، فينفذ تصرف الولي في الزائد عن الدين،

**قوله:** (وهل يشترط استغراق الدين؟ إشكال، أقربه ذلك).

أي: هل يشترط لتعلق الدين بكل التركة - استغراقه إليها، بأن يكون بقدرها أو أزيد - حتى لو كان أدنى منها لم يتعلق إلا بقدرها - أم لا يشترط ذلك، فيتعلق الدين القليل جداً بجميع التركة، وإن تجاوزت الحد في الكثرة؟ إشكال، أقربه ذلك، حذف المشرط لظهوره.

ومنشأ الأشكال: من أن الحجر إنما وقع لأجل أداء الدين، وذلك يتحقق بقدرته فيختص الحجر بقدرها، وهذا هو وجه القرب، ومن أنه لا أولوية البعض على بعض في اختصاص التعلق به، ولأن الأداء لا يقطع بكونه بذلك البعض، لجواز التلف، ولظاهر قوله تعالى: (من بعد وصية يوصى بها أو دين)<sup>(١)</sup> ولأنه لما خرج الميت من صلاحية استقرار الدين بذمته، وجب أن يتعلق بكل ما يمكن أداؤه منه من أمواله، لأن حدوث تعلقه ببعض آخر عند تلف بعض معلوم انتفاءه، والأصح أنه لا يشترط ذلك، فيتعلق بالجميع مطلقاً.

**قوله:** (فينفذ تصرف الولي في الزائد عن الدين).

هذا تفريع على الأقرب، وهو: اشتراط الاستغراق، وعلى أن تعلق الدين بالتركة كتعلق الدين بالرهن، إذ لو كان تفريعاً على أنه كتعلق الأرث بالجاني لكان التصرفات نافذة مطلقاً.

وأراد بـ(الولي) المستحق للتركة، فأنه وليها وهو الوارث، والمعنى: أنه إذا كان الدين أقل من التركة يكون تعلقه بقدرها من التركة، ويبيّن الباقى طلقاً لا حجر على الوارث فيه، فينفذ تصرفه فيه.

وببناء على ما اخترناه، لو قلنا بأن تعلق الدين بالتركة كتعلقه بالرهن، لم ينفذ في شيء منها، لتعلقه بجميعها وثبت المنع.

فإن تلف الباقي قبل القضاء ضمن الوارث، فإن أعنصر فالوجه أن للمدين الفسخ.

وعلى القول ببطلان تصرف الوارث لوم يكن في التركة دين ظاهر فتصرف، ثم ظهر الدين، بأن كان قد باع متابعاً وأكل ثمنه فرد بالعيوب، أو تردى في بئر حفرها عدواناً، أو سرت جنائيته بعد موته احتمل فساد تصرفه لتقدم سبب الدين فأشبهه الدين المقارن، وعدمه، فإن أدى الوارث الدين، وإلا فسخ التصرف.

**قوله:** (فإن تلف الباقي قبل القضاء ضمن الوارث).

هذا تفريع على ما سبق أيضاً، فإنه في موضع يكون الدين أقل، إذا تصرف الوارث بما زاد، ثم تلف الباقي قبل قضاء الدين، يضمن الوارث الدين؛ لأن ذلك البعض الذي تصرف فيه الوارث متبع للقضاء لو بقي، فحيث تصرف فيه الوارث - وإنما يستقر استحقاقه أيامه بعد القضاء - تعين عليه ضمانه، وهذا دليل على أن التعلق بجميع التركة، والا فكيف يتعلق بما يمتنع حدوث تعلقه به، ليجب بدلها، حيث تعذر؟

**قوله:** (فإن أعنصر فالوجه أن للمدين الفسخ).

وجهه: أن تصرفه إنما جاز بشرط الأداء ولم يحصل. ويحتمل العدم، لشوت الاذن في التصرف، وقد امتنع التعلق به، لخروجه عن الملك، ودخوله في ملك آخر. والحق القطع بالأول، وهذا دليل على تعلق الدين بجميع التركة وإن قلل.

**قوله:** (وعلى القول ببطلان تصرف الوارث لوم يكن في التركة دين ظاهر، فتصرف الوارث ثم ظهر الدين، بأن كان قد باع متابعاً وأكل ثمنه فرد بالعيوب، أو تردى في بئر حفرها عدواناً أو سرت جنائيته بعد موته، احتمل فساد التصرف، لتقدم سبب الدين، فأشبهه الدين المقارن، وعدمه، فإن أدى الوارث الدين وإلا فسخ التصرف).

هذا تفريع على القول ببطلان تصرف الوارث ، بناء على أن تعلق الدين بالتركة كتعلقه بالرهن ، وبيانه أنه: (لوم يكن في التركة دين ظاهر) لو سكت عن قوله: (ظاهر) لكان أولى ، إذ ليس في هذا الفرض دين ظاهر ولا خفي .

(فتصرف الوارث ثم ظهر الدين) لو قال بذلك: ثم حدث لكان أولى ، لما قلنا من أنه لم يكن هناك دين ، ويتحقق ذلك : بأن يكون الميت قد باع متابعاً وأكل ثمنه ، إذ لو كان ثمنه موجوداً لوجب ردّه عليه عند الفسخ ، ولا يحتاج إلى تقييده بكون الميت قد أكل الثمن ، بل يكفي تصرف الوارث في الجميع أيضاً ، فإنه يجيء فيه ذلك أيضاً ، ثم بعد ذلك رد بالعيوب السابق ، لحدوث العلم به حينئذ ، وبأن يكون الميت قد حفر بئراً عدواً فتردى مترباً فيها بعد الموت ، وتصرف الوارث في التركة ، وبأن يكون قد جنى جنایة وودها ، ثم بعد الموت والتصرف سرت إلى النفس مثلاً ، فإنه حينئذ يحتمل فساد التصرف ، لتقديم سبب الدين ، فيكون ذلك بمنزلة تقدّم الدين ، فيكون كالدين المقارن في بطلان التصرف في التركة معه .

ويضعف: بأن تقدّم السبب لا يقتضي تقدّم المسبب ، والمنع من التصرف إنما هو مع وجود الدين ، لا لحدوثه ، لسبق وجود سببه . ويحتمل عدم الفساد ، لعموم: (أوفوا بالعقود)<sup>(١)</sup> ولتعلق حق ثالث بالمباع حين لم يكن حق آخر ، ولا مانع من صحة التعلق ، فإنطاله يحتاج إلى دليل ، وهو منتف ، وهذا هو الأصح . فعلى هذا إن أدى الوارث الدين فلا بحث ، وإلا فسخ الدين التصرف ، توصلاً إلىأخذ دينه من تركة المتوفى .

والتحقيق: أنه قد كان هناك عهدة ودرك ، حيث كان المبيع معيناً ، وبالبر المحفورة عدواً ، والجنائية في محل السراية ، وتلك العهدة كانت متعلقة بالذمة ، وبعد الموت يتعلق بالمال .

وعلى كل حال فللوارث إمساك عين التركة، وأداء الدين من خالص ماله.

وهل تتعلق حقوق الغرماء بزوائد التركة كالكسب، والنتائج، والثيرة؟ الأقرب المنع.

نعم لا يمكن أن يقال: إن الوارث منوع من التصرف هنا بمجرد وجود العهدة، إذ لا دين، ومقتضى العهدة ثبوت تعلق الواجب الحادث بالتركة.

واعلم أن قوله: (فإن أذى الوارث...) ، تفريع على الاحتمال الثاني، الذي أشار إليه بقوله: (وعدمه).

قوله: (وعلى كل حال فللوارث إمساك عين التركة، وأداء الدين من خالص ماله).

أي: على كل من احتمال كون تعلق الدين بالتركة كتعلق الأرش بالجاني، واحتمال كون تعلقه كتعلق الدين بالرهن، لأن التركة تنتقل إلى ملكه بالموت، فيتخير في جهات القضاء.

ولو قلنا ببقائها على حكم مال الميت، فتخييره في جهات القضاء ثابت، إذ لا ينتقل إلى ملك الدين.

قوله: (وهل تتعلق حقوق الغرماء بزوائد التركة، كالكسب والنتائج والثيرة؟ الأقرب المنع).

في بعض النسخ: إشكال أقربه المنع، ومنشأ الاشكال: من التردد في انتقال التركة إلى الوارث بالموت، وبقائها على ملك الميت.

ومنشأ التردد: أن الملك متمنع بقاوه بغير الملك ، والميت يتمنع تملكه، لانتفاء لوازم الملك عنه، من عدم ثبوت الزكاة عليه ونحوه، ولا ينتقل إلى ملك الديان قطعاً، فتعين انتقالها إلى ملك الوارث، ولأن المقتضي لتملك الوارث - وهو الميت - موجود، والمانع ليس إلا تعلق الدين بالتركة، وهو لا يصلح للمانعية، لعدم المنافاة، وإن كان

وتحسب من التركة الدية في الخطأ والعمد إن قبلها الوارث، ولا يلزمه ذلك وإن لم يضمن الدين على رأي.

#### الفصل الخامس: المفلس، وفيه مطالب:

**الأول: المفلس لغة:** من ذهب جيد ماله وبقي رديه، وصار ماله فلوساً وزيفاً.

مفهوم الآية الشريفة<sup>(١)</sup> يدل على عدم الانتقال إلا بعد أداء الدين والوصية، لكن المفهوم ضعيف، لأن مفهوم الخالفة، ويحيى على القول بأن تعلق الدين بالتركة كتعلقه بالرهن، وأن الدين يتعلق بزواجه المرهون تعلقه بزواجه التركة، وكيف كان فالأصح ما قرّبه المصنف.

**قوله:** (وتحسب من التركة الدية في الخطأ والعمد إن قبلها الوارث).

هذا شرط للعمد، إذ لا تثبت الدية في العمد إلا بقبول الوارث.

**قوله:** (ولا يلزمه ذلك وإن لم يضمن الدين على رأي).

قال الشيخ: لا يستوفي الوارث القود إلا بعد ضمان الدين<sup>(٢)</sup>، وهو ضعيف، والفتوى على ماهنا.

**قوله:** (المفلس من ذهب جيد ماله وبقي رديه، وصار ماله فلوساً وزيفاً).

هذا تعريفه لغة، بدليل قوله بعد: (وشرعًا)، يقال: مفلس ومفلس من أفلس: إذا لم يبق له مال، كأنما صارت دراهمه فلوساً، أو صار بحثت يقال له: ليس معه فلس. وفلسه القاضي تقليساً: حكم بافلسه. والدرارم الزيوف هي الدرارم المغشوشة.

(١) النساء: ١١.

(٢) النهاية: ٣٠٩.

وشرعًا: من عليه ديون ولا مال له يفي بها، وهو شامل لمن قصر ماله، ومن لا مال له، فيحجر عليه في المتجدد باحتطاب وشبهه. والفلس سبب في الحجر بشروط خمسة: المديونية، وثبوت الدين عند الحاكم، وحلوها، وقصور ما في يده عنها،

قوله: (وشرعًا: من عليه ديون ولا مال له يفي بها).

هذا (١) التعريف صادق على الصبي إذا استدان له الولي إلى هذه المرتبة، وكذا السفهية، وكذا المديون كذلك قبل الحجر، مع أن واحداً من هؤلاء لا يعذ مقلساً شرعاً، إذ التفليس إنما يكون بحكم الحاكم، والحجر بالفلس لا يثبت إلا بحكم الحاكم إجماعاً.

قوله: (وهو شامل لمن قصر ماله ومن لا مال له، فيحجر عليه في المتجدد باحتطاب وشبهه).

أي: يندرج في التعريف المذكور من لا مال له أصلاً، إذ يصدق عليه لا مال له يفي بيديونه، لأن السالبة لا تستدعي وجود الموضوع.

وقوله: (فيحجر عليه في المتجدد) كأنه جواب عن سؤال تقديره: إذا لم يكن له مال، فقي ماذا يكون الحجر؟

وجوابه: أن الحجر في المتجدد من أمواله الخاصة بمعاملة وغيرها، وهذا يدل على أن معنى الفلس شرعاً لا يتحقق إلا بالحجر من الحاكم.

قوله: (والفلس سبب في الحجر بشروط خمسة).

أي: ثبوت الفلس بالمعنى السابق - وهو حصول الدين وعدم ما يفي به - سبب في ثبوت استحقاق الحجر، لكن مع رعاية شروط خمسة.

قوله: (وقصور ما في يده عنها).

فلو لم يقصر لم يحجر عليه إجماعاً متى، سواء ظهرت عليه امارات الفلس،

(١) في «م»: لوقال: من عليه لكان اشمل، وهذا....

والتماس الغرماء الحجر أو بعضهم، وتحتسب من جملة ماله معوضات الديون.  
ولو حجر الحكم تبرعاً لظهور امارة الفلس، أو لسؤال المديون لم ينفذه،

---

مثل أن تكون نفقته من رأس ماله لا من حرفة ونحوها أولاً، خلافاً للشافعي<sup>(١)</sup> في الأول، وإنما يؤمر بأداء الدين مع طلب الغرماء، فإن ماطل تخير الحكم بين حبسه والبيع عليه.

قوله: (والتماس الغرماء الحجر أو بعضهم).

إنما يحجر مع التماس البعض إذا كان ديون ذلك البعض لا يفي ماله بها كما سيأتي، لانتفاء بعض الشروط لوفيق بها، لأن دين غير الملتمسين ليس للحاكم الحجر لأجله، فهو بالنسبة إلى الحجر منزلة المعدوم. وقرب في التذكرة جواز الحجر، وإن انتفى، ولا ينتظر التماس الباقي، لئلا يضيع على الملتمس ماله<sup>(٢)</sup>، وهو محتمل، وعموم الحجر للجميع -على ما سيأتي في كلامه- لا يكاد يتخرج إلا على هذا الوجه، وفي هذا الوجه قرب.

قوله: (وتحتسب من جملة ماله معوضات الديون).

المراد بمعوضات الديون: الأشياء التي تملكها بعوض وكان عوضها ديناً في ذمته، ووجهه: أنها مملوكة له وإن كان أربابها بالخيار بين الرجوع فيها وعدمه، ولا يخرج عن الملك إلا بالرجوع، وكما تحتسب هذه من جملة ماله، فكذا الدين الذي هو عوضها محسب من جملة ديونه. وعند بعض العامة<sup>(٣)</sup> لا يحتسب من أمواله، فيعتبر في الحجر قصور ما عداها من أمواله عمّا سوى الدين الذي عليها. واعلم: أن الضمير في قوله: (من جملة ماله) يرجع إلى (المديون) الذي يزيد تعلق الحجر به، وإن كانت العبارة لم تشتمل عليه صريحاً، بل سياقها يقتضي خلافه.

---

(١) كفاية الأخبار ١: ١٦٦.

(٢) التذكرة ٢: ٥٢.

(٣) كفاية الأخبار ١: ١٦٦.

نعم يحجر الحكم لديون المجانين والآيتام دون الغياب.  
 ولو كان بعض الديون مؤجلاً، فإن كانت الحالة يجوز الحجر بها  
 حجر مع سؤال أربابها، وإلا فلا. ثم يقسم في أرباب الحالة خاصة، ولا  
 يدخل للمؤجلة شيء، ولا يدام الحجر عليه لأربابها كما لا يحجر بها ابتداء.  
 أما لو سأله بعض أرباب الديون، الحالة حجر عليه إن كان ذلك  
 البعض يجوز الحجر به، ثم يعم الحجر الجميع.  
 ولو ساوي المال الديون، والمديون كسبه ينفق من كسبه فلا  
 حجر، بل يكلف القضاء، فإن امتنع حبسه الحكم أو باع عليه،

قوله : (نعم يحجر الحكم لديون المجانين والآيتام).  
 وكذا السفهاء، لكن بشرط ثبوت الولاية عليهم للحاكم، فإنه يتولاه  
 لصلحتهم، ولو كانت الولاية للأب أو الجد أو الوصي لم يكن له الحجر حينئذ،  
 إذ ليس له المطالبة.

قوله : (دون الغياب).

لأن الحكم لا يستوفي ما للغياب في الذمم، بل يحفظ أعيان أموالهم.  
 قوله : (ولو كان بعض الديون مؤجلاً) إلى قوله : (ولا يدخل  
 للمؤجلة شيء، ولا يدام الحجر عليه لأربابها كما لا يحجر بها ابتداء).  
 لعدم استحقاق المطالبة حينئذ.

قوله : (ثم يعم الحجر الجميع).

ثبتت الديون كلها، واستحقاق المطالبة للجميع، فلا يختص بأمواله من  
 اختص بالاتصال، ومن ثم لو ظهر غريم سابق على الحجر شارك.  
 قوله : (ولو ساوي المال الديون - إلى قوله : - حبسه الحكم أو باع  
 عليه).

مخيراً في الأمرين، خلافاً لابي حنيفة<sup>(١)</sup> في البيع.

وكذا غير الكسب إلى أن يقصر المال وإن قل التفاوت.

ويستحب اظهار الحجر لثلا يستضر معاملوه.

ثم للحجر أحكام أربعة: منعه من التصرف، وبيع ماله للقسمة، والاختصاص، والحبس.

**المطلب الثاني:** في المنع من التصرف: وينبع من كل تصرف مبتدأ في المال الموجود عند الحجر، بعوض أو غيره، ساوي العوض أو زاد أو قصر. ولا يمنع مما لا يصادف المال كالنكاح، والطلاق، واستيفاء

---

قوله: (وكذا غير الكسب إلى أن يقصر المال وإن قل التفاوت).  
أي: وكذا غير الكسب لا يحجر عليه إلى أن يقصر المال، فيحجر عليه  
عند القصور وإن قل التفاوت لاقبله، خلافاً للشافعية<sup>(١)</sup>.

قوله: (وينبع من كل تصرف مبتدأ في المال الموجود عند الحجر  
بعوض أو غيره ساوي العوض أو زاد أو قصر).

احتذر بالتصريف المبتدأ عن الفسخ بالعيوب والخيارات الثابتين ونحو ذلك،  
فأنه لا يمنع من هذا النوع من التصرف، لكن سيأتي أن الحجر لا يختص المال  
الموجود عند الحجر، بل يعم المتجدد.

ويمكن أن يجعل الظرف، وهو: (عند) متعلقاً بكل من (تصريف)  
و(الموجود) ليحسن كونه احترازاً عن التدبير والوصية. والجار في قوله: (بعوض أو  
غيره) يتعلق بـ (تصريف) ولا يتفاوت الحال بزيادة العوض وعدمها، لتحقيق  
الحجر مع الجميع.

قوله: (ولا يمنع مما لا يصادف المال، كالنكاح والطلاق).

أما الطلاق فواضح، فإن الحجر لم يتناول كل تصرف، بل التصرف في  
المال الموجود والمتجدد، وأما النكاح، فلأن الصداق إذا كان في النمة لم يصادف

القصاص، والعفو، واستلحاق النسب ونفيه باللعان، والخلع، وكذا ما يصادف المال بالتحصيل كالاحتطاب، والاتهاب، وقبول الوصية، ولا ما يصادف المال بالاتفاق بعد الموت كالتدبر، والوصية إذ لا ضرر فيه على الغرماء.

أما لو صادف المال في الحال، فإن كان مورده عين مال كالبيع، والهبة، والرهن، والعتق احتمل البطلان من رأس، والإيقاف. فإن

---

التصرف المال الموجود عند الحجر [وأما مؤنة النكاح]<sup>(١)</sup> سيأتي إن شاء الله تعالى بيان موضعها.

قوله: (والخلع).

أي: لا يمنع منه لكن هذا المحجور عليه بالفلس رجلاً، فلو كان امرأة منع.  
قوله: (وكذا ما يصادف المال بالتحصيل، كالاحتطاب والاتهاب وقبول الوصية).

أي: وكذا لا يمنع من هذا النوع من التصرف، لأن في ذلك جلب مال للغرماء، فكيف يمنع منه؟

قوله: (ولا ما يصادف المال بالاتفاق بعد الموت، كالتدبر والوصية).

لاريب أن التدبر إما وصية أو في معنى الوصية، وهي إنما تكون بعد أداء الدين، فلا يكون منافية أصلاً، وعبارة المفلس معتبرة فيها لا يكون مصادفاً للمال وقت الحجر من التصرفات.

قوله: (إذ لا ضرر فيه على الغرماء).

هذا تعليل للMZKورات في حيز قوله: (ولا يمنع مما لا يصادف المال...).  
قوله: (أما لو صادف المال في الحال، فإن كان مورده عين مال، كالبيع والهبة والرهن والعتق، احتمل البطلان من رأس والإيقاف، فإن

---

(١) في «م» و«ق»: مؤنة، وما أثبتناه من مفتاح الكرامة ٣٦:٥ عن جامع المقاصد.

فضل تلك العين من الدين لا رتفاع القيمة، أو لإبراء، أو غيرهما نفذ،

فضلت تلك العين من الدين لا رتفاع القيمة أو لإبراء أو غيرهما نفذ.  
هذا تفصيل لحال التصرفات المصادفة للمال حالاً، باعتبار كونها ممنوعاً منها.

وحاصله: أنه لو تصرف في المال، فاما أن يكون مورده عين مال من أمواله أو ذمته، فان كان الأول كالبيع لشيء من أعيان أمواله واهية والعتق، ففيه احتمالان:

أحدهما: بطلان التصرف من رأس، لأنّه ممنوع منه على وجه سلبٍ  
أهليته، وكانت عبارته كعبارة الصبي، فيقع تصرفه باطلًا. وفيه نظر، لأنّ منعه  
على هذا الوجه غير ظاهر، إذ مطلق المنع والحجر لا يستلزم ذلك، وليس هناك  
شيء بخصوصه يقتضيه.

فإن قيل: قول الحكم: حجرت عليك، معناه: منعتك من التصرفات،  
ولا معنى للمنع منها إلا تعذر وقوعها منه.

قلنا: الممنوع منه إنما هو التصرف المنافي لحق الغرماء، وذلك هو النافذ،  
أما غيره فلا دليل عليه، فالمتذرر وقوعه هو النافذ دون ما سواه، على أنّ الحجر لو  
اقتضى المنع المذكور لسقط به اعتبار عبارة السفيه، مع أنه لو باع فأجاز الولي نفذ،  
فيجب أن يكون الحكم هنا كذلك بطريق أولى، فإذا أجاز الغرماء ذلك  
التصرف حكم بنفوذه.

والثاني: جعله موقوفاً إلى انفصال أمر الديون، فإن صرف الجميع في  
الدين فلا بحث في البطلان، وإن فضل شيء فليجعل تلك العين التي تعلق بها  
التصرف.

وتصور كون الشيء فاضلاً: بارتفاع القيمة السوقية، وإبراء بعض  
الغرماء من حقه، وبغيرهما: كتجدد مال، وموت بعض الغرماء فورشه المدين.  
ووجهه: أنه لا يقتصر عن التصرف في مال غيره، فيكون كالفضولي، مع

فحينئذ يجب تأخير ما تصرف فيه، فإن قصر الباقي بطل الأضعف كالرهن، والهبة، ثم البيع والكتابة، ثم العتق،

بقاء ملكه إلى حين الأداء إلى الغرماء، ويعضده ظاهر قوله تعالى: (أوفوا بالعقود)<sup>(١)</sup>، (الآ لأن تكون تجارة عن تراض)<sup>(٢)</sup>، (وأحل الله البيع)<sup>(٣)</sup> وأمثال ذلك من عمومات الكتاب والسنة، وفي هذا قوة.

واعلم: أن تقسيم ما صادف المال في الحال من التصرف إلى: ما مورده العين، وما مورده الذمة غير مستقيم، إذ مورد القسمة غير مشترك بين القسمين، فان مامورده الذمة ليس مصادفاً للمال في الحال قطعاً، فإن البيع بشمن في الذمة كالصدق في النكاح إذا كان في الذمة، وأمثال هذين لاتعلق لهما بالمال الموجود عند الحجر، ولا يعد تصرفًا فيه كما لا يخفى، فلاتكون العبارة مستقيمة.

قوله: (فحينئذ يجب تأخير ما تصرف فيه، فإن قصر الباقي بطل الأضعف كالرهن والهبة، ثم البيع والكتابة، ثم العتق).

أي: فحين حكمنا بكون التصرف موقوفاً إلى أن ينظر - هل تفضل العين التي تعلق التصرف بها أم لا - يجب تأجير ما تصرف فيه، فلا يباع ولا يسلم إلى الغرماء إلى أن لا يبقى غيره من أموال المفلس، فإن قصر ما سواه عن الوفاء وكان التصرف متعدداً بطل الأضعف، ثم مايليه في الضعف.

وعلى هذا فلو اجتمعت من التصرفات الأنواع المذكورة، بطل الرهن والهبة، لأنهما أضعف من الباقي، باعتبار جواز الرهن من جانب المرهن، وكون الهبة موضوعة على الجواز، ثم البيع والكتابة، لأنهما وإن كانوا لازمين من الطرفين، إلا أن العتق لكونه في نظر الشارع على التغليب، وهذا كان من خواصه السراية، ولا يبعد على هذا أن يكون الوقف بنزلة العتق، لأنَّ كلاً منها لا يقبل الفسخ،

.١) المائدة: ١.

.٢) النساء: ٢٩.

.٣) البقرة: ٢٧٥.

وإن كان المورد في الذمة فيصح كما لو اشتري في الذمة، أو باع سلماً، أو افترض.

وليس للبائع الفسخ وإن كان جاهلاً، ويتعلق بالمتجدد

بخلاف باقي العقود.

ويحتمل إبطال أخير التصرفات، ثم ما يليه إلى آخرها، كما في تبرعات المريض، ووجهه: أن المزاحمة إنما وقعت بين ديون الغرماء والتصرف الأخير، فيكون السابق ماضياً لعدم مابينافيه.

ويمكن الفرق بين تصرفات المريض وهذه؛ لأن الحجر على المريض إنما هو فيما زاد على الثالث خاصة، فالتصرف بالزائد على الثالث هو الأخير، فيكون باطلاً دون ما سواه، بخلاف المفلس، فإنه محجور عليه في الجميع، فلا يظهر فرق بين الأخير وغيره، لأن الجميع كالفضولي.

وإذا احتج إلى بيع بعض الأعيان التي تعلق بها التصرف، أمكن أن يقال: إن جميع التصرفات موقوفة، ولا بد من إبطال بعضها، ولا أولوية لبعض على غيره بشيء من الاعتبارين المذكورين، فإن المتقدم والتأخر سواء في كونهما موقوفين، والضعيف والقوى سواء في كونهما غير نافذين.

نعم لما لم يتصور في العتق أن يكون موقوفاً، حكمنا بكونه مراعي، فحقه أن يكون نافذاً.

والتحقيق: أنا إن قلنا: أن الاجازة في الفضولي كاشفة لاناقلة، كانت جميع التصرفات مراعاة، ظهر للتقدم أثر حينئذ، وحيث أنا رجحنا هذا القول فيما سبق، كان هذا الاحتمال الأخير أقوى، وإليه مال في التذكرة<sup>(١)</sup> فعلى هذا لو وقعت التصرفات دفعة واحدة، احتمل القرعة والإبطال في الجميع.

قوله: (وإن كان المورد في الذمة فيصح، كما لو اشتري في الذمة أو باع سلماً أو افترض، وليس للبائع الفسخ وإن كان جاهلاً).

- كالقرض، والمبيع، والمتعب، وغيرها - الحجر.

ولو باعه عبداً بشمن في ذمته بشرط الاعتقاد، فإن أبطلنا التصرفات فالأقوى بطلان البيع، وإلا جاز العتق ويكون موقفاً، فإن قصر المال احتمل صرفه في الدين، لا رجوعه إلى البائع، والأقوى صحة عتقه في الحال.

---

لو قال: وإن كان المورد الذمة كان أفعى، قوله: (وليس للبائع الفسخ) يريده به: ولا للمشتري سلماً ولا للمقرض، ونبه به على حكم غيره، وإنما لم يكن له الفسخ مع جهله، لأن فرط إقدامه على معاملة من لم يعلم حاله، فكان كالراضي بعسره ويسره.

والأصل في العقد الملك، عدم التسلط على الفسخ والخروج من الملك، إلا بدليل شرعي، ولتعلق حقوق الغراماء بما دخل في ملكه، فلا يصح إبطاله.

ويعلم هذا من قوله (ويتعلق بالتجدد - كالقرض والمبيع والمتعب وغيرها - الحجر) لأنها أموال للمفلس، وقد حكم الحكم بتعلق الديون بأمواله، والحجر عليه منها، وهذا هو أصح الوجهين، والآخر عدم التعلق به، لأن الحجر معناه منع المفلس عن التصرف فيما بيده، فلا يتعدى إلى غيره. ويضعف: بأن فائدة الحجر إيصال حقوق المستحقين إليهم، فيثبتت في جميع أمواله إلى زمان فكه.

قوله: (ولو باعه عبداً بشمن في ذمته بشرط الإعناق، فإن أبطلنا التصرفات فالأقوى بطلان البيع، وإلا جاز العتق ويكون موقفاً، فإن قصر المال احتمل صرفه في الدين لا رجوعه إلى البائع، والأقوى صحة عتقه في الحال).

إذا باع بائع المفلس عبداً بشمن في ذمته، وشرط في البيع أن يعتقه، بني صحة البيع المذكور على أن تصرفاته المصادفة للمال الموجود عند الحجر هل هي باطلة أو موقفة؟

فإن قلنا بالبطلان، كان الأقوى هنا القول ببطلان البيع، لأن الشرط الواقع فيه مخالف لحكم السنة، حيث أنه اقتضى التصرف في المال الموجود حين الحجر، فإن العبد على تقدير صحة البيع مال للمفلس، لانتقاله إلى ملكه، والحجر يتعلق بالمتجدد كغيره على ما سبق، فيكون باطلًا، فيبطل البيع ببطلانه، لأن الشرط إذا بطل أبطل، خصوصا هنا، لأن إعناق العبد غرض مطلوب للبائع مقابل بعض، لأن الثمن حينئذ يكون أقل، فإذا فات فقد فات بعض الثمن، فتتمكن الصحة. ويتخرج على أن الشرط إذا بطل لا يلزم بطلان العقد بقاوئه، فيمكن تسلط البائع على الفسخ حينئذ.

وفي هذا التفريع نظر، إذ لا يلزم من بطلان التصرفات في الأموال التي تعلق بها حق الغرماء، بطلان ما ليس كذلك، فهو بنزلة ما إذا كان المورد الذمة، وهنا لم تتعلق حقوق الغرماء بالعبد على تقدير صحة البيع، لأن تعلق حقهم بالمتجدد إنما هو في المتجدد الذي لم يشترط في سبب انتقاله ما يمنع تعلق حق الغرماء به، وهنا كذلك، لأن انتقال العبد مشروط في سببه العتق، وهو مناف، لتعلق حق الغرماء به، وإلا لم ينفذ، فيتنافي المانع من صحة الشرط، فيصح البيع، واختيار المصنف آخرًا تنبية على هذا.

وإن قلنا بكون التصرفات موقوفة صح البيع، لانتفاء المانع حينئذ، وجاز العتق، على معنى أنه يكون موقوفا، أي: مراعي، فإن فضل نفذ العتق، وإن قصر المال احتمل صرفه في الدين، لأنه مال للمفلس.

ويحتمل رجوعه إلى البائع لفقد الشرط، فيتسلط على الفسخ، وإن كان المتبادر من عبارة الكتاب عدم بجيء هذا الاحتمال، ولا يخفى ضعف هذا التفريع، كما حققناه.

فلذلك قال المصنف في آخر البحث: (والأقوى صحة عتقه في الحال) أي: الأقوى صحة البيع والعتق في الحال، ولا يبني ذلك على كون التصرفات

ولو وهب بشرط الثواب، ثم أفلس لم يكن له إسقاط الثواب.  
ولو أقر بدين سابق لزمه،

باطلة أو موقوفة، إذ ليس للغرماء في ذلك تعلق أصلًا، وهذا هو الأصح.  
واعلم: أن نظم العبارة غير حسن، لما يظهر من المدافعة بين كون الأقوى  
بطلان البيع تفريعاً على كونها موقوفة، وبين ما صرخ به آخرًا من أن الأقوى صحة  
البيع والعتق في الحال، فلو قال: احتمل بناء البطلان هنا، ووقعه موقوفاً على  
القولين السابقين، والأقوى الصحة وجواز العتق في الحال، لكان أحسن وأبعد من  
الخلل في الفهم.

قوله: (ولو وهب بشرط الثواب لم يكن له إسقاط الثواب).  
لأنه مال ثبت عليه فلا يكون له إسقاطه، لأن تصرف في المال بالإسقاط،  
فيكون منوعاً منه، وهذا إنما يكون إذا كانت الهبة قبل الحجر، ولو شرط عليه في  
عقد لازم رهن عين من أمواله، فهل هو كاشتراض الثواب؟ يحتمل ذلك.

قوله: (ولو أقر بدين سابق لزمه).

أي: قوله: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز»<sup>(١)</sup> وليس الإقرار كالإنشاء، حيث أن فيه قوله بوجوهه باطلًا، فلا ينفذ أصلًا ولا بعد الحجر، والإقرار لا شك في نفوذه بعد الحجر، وفي نفوذه حالاً إشكال،  
سيأتي عن قريب إن شاء الله تعالى.

والفرق: أن مقصود الحجر المنع من التصرف، فيناسبه الغاء الإنشاء  
لكونه تصرفًا جديداً، وأما الإقرار فإنه إخبار عن تصرفات سابقة لم يتعلق بها  
الحجر، ولم يقتضي الحجر سلبأهلية العبارة عن المحجور.

(١) اختلف العلماء في أن هذا القول حديث أم قاعدة؟ فبالاضافة إلى جامع المقاصد ورد في المختلف، وأيضاً الفوائد بأنه حديث عنهم عليهم السلام وفي هامش الوسائل ورد تعليق بأنه ليس بحديث، انظر: الوسائل ١٦:١٣٣:٣ باب ٣ حديث ٢، وعواoli الالبي ٤٤٢:٣ حديث ٥، والختلف: ٤٤٣، وأيضاً الفوائد ٤٢٨:٢.

وهل ينفذ على الغرماء؟ اشكال ، ينشأ: من تعلق حقهم بماله كالمرهن ، ومن مساواة الاقرار للبينة ولا تهمة فيه.

ولو أُسندَه إلى ما بعد الحجر، فإنْ قالَ: عن معاملة لزمه خاصّة  
لأفي حق الغرماء،

قوله: (وهل ينفذ على الغراماء؟ إشكال، ينشأ: من تعلق حقهم بماله كالمترهن، ومن مساواة الإقرار للبيينة ولا تهمة فيه).

لاريب أن تعلق حق الغرماء بمال المفلس أقوى من تعلق حق المرتهن بمال الراهن، لثبتوت الحجر هنا بتصريح حكم الحكم، بخلافه هناك ، فكما أن الراهن لو أقر بسبق رهن العين لآخر أو بيعه إليها لا يسمع في حق المرتهن، فهنا كذلك بطريق أولى، ويعني مساواة الإقرار للبيينة في جميع الأحكام، والتهمة على الغرماء موجودة، لأنه يريد إسقاط حقهم.

وتخيل أن ضرر الإقرار في حقه أكثر منه في حق الغرماء - لأنه أثبت في ذمته مالاً للغير، ولا يُثبت أحد في ذمته مالاً لشخص كذباً فراراً من أداء مال ثابت، فتنتفي التهمة - ضعيف ، لإمكان الموافقة بينهما لقصد إضرار الغرماء بتأخير حقوقهم، ووقوع ذلك كثير، والأصح عدم النفوذ عليهم.

قوله: (ولو اسنده إلى ما بعد الحجر، فان قال: عن معاملة لزمه خاصة، لافي حق الغرماء).

أي: لو أُسند الدين المقربه إلى ما بعد الحجر، أي: إلى السبب الحاصل  
بعد الحجر، فلا يخلو إما أن يقول: عن معاملة، أو يقول: عن إتلاف أو جنائية، فان  
قال: عن معاملة لزمه حكم الاقرار خاصة.

وسر المراد من قوله: (خاصة) بقوله: (لا في حق الغرماء) وإنما لم ينفذ في حق الغرماء هنا جزماً، لأن المعاملة الواقعية بعد الحجر متى تعلقت بأعيان أمواله كانت باطلة أو موقوفة، فلا يكون الاقرار بها زائداً عليها.

وإن قال: عن اتلاف مال أو جنائية فكالسابق. وكذا الاشكال لو أقر بعين، لكن هنا مع القبول يسلم الى المقر له وإن قصر الباقي.

**قوله: (وإن قال: عن إتلاف مال أو جنائية فكالسابق).**

هذا هو القسم الثاني، وهو: ما إذا أقر بدين وأسنده إلى ما بعد الحجر وقال: انه لزمه باتلاف مال أو بجنائية، ولا شبهة في لزوم الاقرار له، لكن هل ينفذ على الغرماء؟ فيه الاشكال (السابق)، وهو المذكور فيها لوأقر بدين سابق على الحجر، فان في نفوذه على الغرماء إشكال<sup>(١)</sup>.

ومنشأ الاشكال في الموضعين واحد، وإنما فرق بين المعاملة (وين الاتلاف والجنائية، مع أن سبب الجميع بعد الحجر مقتضى الاقرار، لأن المعاملة<sup>(٢)</sup>) لما كانت صادرة عن الاختيار والرضى من الجانبين، لزم الصبر بها إلى الفك، وأما الجنائية والاتلاف فانهما ثبتا عن جهة القهر بغير رضى من المالك والجني عليه، وهذا إذا ثبت الجنائية والاتلاف، ثبت الضرب بموجتها مع الغرماء، وسيأتي عن قريب إن شاء الله تعالى.

**قوله: (وكذا الاشكال لو أقر بعين، لكن هنا مع القبول يسلم إلى المقر له وإن قصر الباقي).**

أي: وكذا يجيئ الاشكال السابق فيها لوأقر المفلس بعين من أعيان الأموال التي بيده لشخص، والراجح هناك راجح هنا، إلا أنه هنا مع قبول الاقرار يسلم العين إلى المقر له، ولا ينظر إلى كون باقي أموال المفلس قاصراً عن ديون الغرماء، لأن الضرب إنما هو بالدين، وصاحب العين مختص بها.

إذا عرفت ذلك، في العبارة مناقشة، فان قوله: (وإن قصر الباقي) يقتضي ثبوت الحكم بتسليم العين إن لم يقصر الباقي وإن قصر على ما هو مقتضى

(١) ما بين القوسين لم يرد في «ق».

(٢) ما بين القوسين لم يرد في «م».

ولو كذبه المقر له قسمت، ومع عدم القبول إن فضلت دفعت إلى المقر له قطعاً، بخلاف المبيع فإن فيه إشكالاً.

العطف بـ (أن) الوصلية، وليس بمستقيم، إذ مع عدم القصور كيف يتصور صحة الحجر؟ ويمكن أن تجعل الواو حالية، أي: تسلم العين إلى المقر له، والحال قصر باقي الأموال عن حقوق الغرماء لما قلناه، ولا يخفى ما فيه.

**قوله:** (ولو كذبه المقر له قسمت).

أي: لو كذب المقر له المحجور عليه في إقراره بكون العين له قسمت بين الغرماء، لتعلق حقوقهم بها سابقاً، وإخراجها عنهم إنما كان مع صحة الإقرار، ومع رد المقر له لا يكون الإقرار صحيحاً.

ولا يشكل بأن الإقرار على تقدير نفوذه على الغرماء لا يبطل برد المقر له وتكذيبه، بل تخرج العين عن المقر بالاقرار وإن لم يتعين مالكها، فيكون مالاً مجهول المالك، فكيف تعود إلى المقر وتقسم بين الغرماء؟ وسيأتي في الإقرار إن شاء الله تعالى تحقيق حال الإقرار إذا رد المقر له.

**قوله:** (ومع عدم القبول إذا فضلت دفعت إلى المقر له قطعاً، بخلاف المبيع فإن فيه إشكالاً).

هذا معادل قوله: (لكن هنا مع القبول) أي: ومع عدم قبول الإقرار بالعين -معنى عدم نفوذه على الغرماء- إذا فضلت العين عن الديون بارتفاع القيمة ونحو ذلك، دفعت إلى المقر له قطعاً بغير إشكال، لأن إقرار العقلاء على أنفسهم جائز وإن لم ينفذ على الغرماء، بخلاف المبيع، فان في دفعه إلى المشتري لو فضل عن ديون الغرماء إشكالاً، ينشأ من تكافؤ احتمالي بطلان التصرفات الواقعية، بعد الحجر المصادف للمال، وكونها موقوفة.

وقد بينما فيما مضى الفرق بين الأقارب والإنشاءات الصادرة من المفلس، حيث كانت الأولى لازمة له ونافذة عليه قطعاً، والثانية محل تردد بين البطلان والنفوذ عليه لو فضلت العين التي تعلق التصرف الانشائي بها، ولو قسمت بطلان

وكذا الاشكال لو ادعى أجنبي شراء عين في يده منه قبل الحجر فصدقه.  
ولو قال: هذا مضاربة لغائب، قيل: يقر في يده.

جزماً، فلا حاجة إلى إعادته.

إذا تقرر هذا، فلو قسمت العين المقر بها، حيث لم ينفذ الاقرار على الغرماء ولم تف أمواله بديونه، وجب عليه للمقر له قيمتها إن كانت قيمية وإلا فثلثها، لأداء دينه بالغير على قوله بأمر الشرع، فيلزمها الضمان.

**قوله:** (وكذا الإشكال لو ادعى أجنبي شراء عين في يده منه قبل الحجر فصدقه).

أي: وكذا الاشكال في النفوذ على الغرماء وعدمه لو ادعى أجنبي شراء عين في يد المفلس . ويحتمل أن يراد كونها في يد الأجنبي منه، أي: من المفلس، وفاعل المصدر، أعني: (شراء) مذوف، هو الأجنبي، فتحصل صورتان لا يختلف حكمهما:

أ: أن يدعى أجنبي شراءه من المفلس عيناً في يد المفلس فيصدقه.  
ب: أن يدعى الأجنبي شراءه من المفلس عيناً في يد الأجنبي فيصدقه،  
فإن في نفوذه ذلك على الغرماء الاشكال، أما نفوذه في حقه فلا إشكال فيه، وقد علم حكم ذلك بما مضى.

**قوله:** (ولو قال: هذا مضاربة لغائب، قيل: يقر في يده).

السائل بذلك هو الشيخ في المسوط، فإنه قال: يقبل إقراره مع اليدين، فإذا حلف يقر في يده للغائب ولا تعلق به للغرماء<sup>(١)</sup> . ويضعف بأن إقراره على الغرماء لا يسمع على الأصح، واليدين لا وجاه له مع الاقرار ولا يشرع لاثبات مال الغير، والأصح أنه لا يسمع، ولو قلنا بالسماع لم ينفذ إقراره في يده، إذ الأصل عدم كونها يدعوان.

ولو قال: لخاضر وصدقه دفع إليه، وإنّا قسّم، ويصبر من باعه بعد الحجر  
باثن إنّه كان عالماً.

ويحتمل في الجاهل بالحجر الضرب، والاختصاص بعين ماله،  
والصبر.

---

قوله: (ولو قال: لخاضر وصدقه دفع إليه، وإنّا قسّم).

أي: ولو قال هذا مضاربة لخاضر وصدقه نفذ على الغرماء ودفع إليه  
وفيه الاشكال السابق في قبول إقراره على الغرماء، والأصح عدم القبول - وإن لم  
يصدقه قسم بين الغرماء؛ لأنّ الإقرار يبطل بتكتنيف المقرّ له، وفيه الاشكال  
المتقدم.

قوله: (ويصبر من باعه بعد الحجر باثن إنّه كان عالماً).

أي: وجوباً، لرضاه بذاته حيث علم اعساره، وتعلق حقّ الغرماء  
بأمواله.

قوله: (ويحتمل في الجاهل بالحجر الضرب، والاختصاص بعين  
ماله، والصبر).

قد سبق في كلامه أنه ليس للبائع الفسخ وإنّه كان جاهلاً، وهنا رجع  
إلى التردد عن الجزم، حيث احتمل ثلاثة أمور:

أحدها: الفسخ والاختصاص بالعين، تمسكًا بعموم قوله عليه السلام:  
«من وجد عين ماله فهو أحق بها»<sup>(١)</sup>.

الثاني: أنه غريم، لأنّه صاحب دين، ولأنّه أدخل في مقابل الثمن مالاً،  
فليضرب باثن، إذ ليس فيه إضاعة على الغرماء، بل زيادة لهم.

الثالث: الصبر إلى الفكّ، لأنّ الفسخ على خلاف الأصل، فيقتصر فيه

---

(١) التهذيب ١٩٣:٦ حديث ٤٢٠، عوالي اللآلية ٢٥٦:٢ حديث ٢، سنن أبي داود ٣:٢٨٦ حديث ٣٥١٩، سنن الدارقطني ٣:٢٨٧ حديث ١٠٤، وفي الجميع اختلاف في الألفاظ والمعنى واحد.

وكذا المقرض، ويضرب المجنى عليه بعد الحجر بالأرش، وقيمة المتلف، وأجرة الكيتال والوزان والحمال، وما يتعلّق بمصلحة الحجر يقدم على سائر الديون،

على موضع الدليل، والعموم مننوع، فإن المورد من سبقت معاملته على الحجر، والضرب مع الغرماء يقتضي إبطال حقهم من عين المال التي سبق تعلق حقهم بها، ولأن البائع أضر بنفسه وغير ماله، حيث باع قبل أن يستعلم حال المشتري، فكان ذلك رضى منه بحاله، وأقرب الوجوه الأخير.

قوله: (وكذا المقرض).

أي: تحتمل فيه الوجوه الثلاثة، وتقريرها ما سبق، وأرجحها الأخير أيضاً.

قوله: (ويضرب المجنى عليه بعد الحجر بالأرش وقيمة المتلف).

أي: إن كانت الجنائية على نفس آدمي أو طرف فالواجب الأرش، وإن كانت على مال فالواجب عوض التالف مثلاً أو قيمة، وإنما يضرب المجنى عليه بأرش الجنائية وقيمة المتلف - مع كون الجنائية بعد الحجر - لانتفاء رضى المجنى عليه، فحقه ثبت عند المفلس على وجه قهري، فيثبت له استحقاق الضرب كسائر الغراماء.

قوله: (وأجرة الكيتال والوزان والحمال وما يتعلّق بمصلحة الحجر تقدم على سائر الديون).

لأنها لمصلحة الغرماء، فإنها وسيلة إلى إرياب<sup>(١)</sup> الديون إلى أربابها، ولو لم تقدم لم يرغب أحد في تلك الأعمال، فيحصل الضرر على المفلس والغرماء. قال المصنف في التذكرة، وهذا كله إذا لم يوجد متطوع بذلك ولا في بيت المال سعة له، فإن وجد متطوع أو كان في بيت المال سعة، لم يصرف مال

(١) تأريب الشيء: توفيره. انظر: الصحاح ٨٧: ١، القاموس المحيط ٣٦: ١

وله الرد بالعيب مع الغبطة لا بدونها، وله الفسخ بالخيار، والإمضاء من غير تقييد بشرط الغبطة.

المجلس إليها<sup>(١)</sup>.

أقول: إذا وجد المتطوع فلا شبهة في عدم جواز صرف الأجرة من مال المجلس، أما مع وجود بيت المال فيشكل المنع من صرف الأجرة من مال المجلس -فإن ذلك لضرورة وفاء دينه، فكيف لا يجوز صرفه من ماله -نعم يجوز ذلك. ومن مصالح الحجر: أجرة المنادي، والبيت الذي تحفظ فيه الأمة، والذكان ونحوها.

قوله: (وله الرد بالعيب مع الغبطة لا بدونها، وله الفسخ بالخيار والإمضاء من غير تقييد بشرط الغبطة).

قد عرفت فيما مضى أن المجلس إنما يمنع من التصرف المبتدأ، فا ثبت قبل الحجر لا يدفعه الحجر إذ ليس مبتدأ، فلو كان قد اشتري شيئاً ثم ظهر كونه معيباً، أو كان قد اشتري بخيار فله الفسخ في الموضعين والإمضاء، لكن يقيد الأول بوجود الغبطة في الفسخ، فلو كان المعيب يساوي أزيد من الثمن ولاضرر في بقائه منع من الفسخ، بخلاف الخيار، فإن له الفسخ مطلقاً، والفرق أن الخيار ثبت بأصل العقد لعلى طريق المصلحة، فلا يتقييد بها، بخلاف الرد بالعيب، فإنه ثبت على طريق المصلحة فيقيد بها، كذا قيل.

وفيه نظر، لأن كلاً من خيار العيب والشرط ثابت بأصل العقد، غاية ما في الباب أن أحدهما ثبت بالإشارة والآخر بمقتضى العقد، ولم يكن ثبوت أحدهما مقيداً بغربطة ولا بعدهما، فوجب أن لا يقيد جواز الفسخ بواحد منها بوجود الغبطة، وهو الأصح، وإليه مال المصنف في التذكرة في آخر كلامه<sup>(٢)</sup>.

(١) التذكرة: ٢: ٥٤.

(٢) التذكرة: ٢: ٥٤.

ويمتع من قبض بعض حقه، ولا يمنع من وطء مستولته، وفي  
وطء غيرها من إمائه نظر، فإن أحبل فهي أم ولد.  
ولا يبطل حق الغرماء منها مع القصور دونها.  
ولو أقر بمال وأطلق لم يشارك المقر له؛ لاحتمال كون السبب  
لا يقتضي الضرب.

---

**قوله:** (ويمتع من قبض بعض حقه).

وذلك حيث لا يلزم قبض البعض إذا بذله من عليه، فلو كان الحق عن  
إتلاف مال كان له قبض البعض، ولو كان عوضاً في بيع لم يكن له ذلك، لأن  
فيه إسقاطاً لحق يتعلق بالمال، فيمنع منه، لأنه تصرف مبتدأ.

**قوله:** (ولا يمنع من وطء مستولته).

لأن الحجر لا يتعلق بها، لما سيأتي من أنها لاتباع، والقول بوجوب  
مؤاجرتها لا يستلزم تعلق الحجر بها، إذ ذلك متعلق ببعض المنافع، ولو قلنا بوجوب  
بيعها جاء في المنع وجهان.

**قوله:** (وفي وطء غيرها من إمائه نظر).

ينشأ من أن منعه من التصرف في أمواله بالحجر، وأنه معرض للاتفاق  
بالإحباب، كذا قيل، ولا يتم إلا إذا أبطلنا حق الغرماء بالاحباب، وسيأتي أنه  
لا يبطل به.

ومن أنه لا يقتضي إخراج ملك، وأن الإحباب لا يمنع حق الغرماء،  
والأصح الأول لثبوت الحجر.

**قوله:** (ولا يبطل حق الغرماء منها مع القصور دونها).

تقييده بالقصور دونها يدل على أن بيعها في الديون يجب أن يكون آخرًا،  
لئلا يقدم على إبطال حق الاستيلاد بغير موجب.

**قوله:** (ولو أقر بمال وأطلق لم يشارك المقر له، لاحتمال كون  
السبب لا يقتضي الضرب).

ولو أقام شاهداً بدين وحلف معه جعل فيسائر أمواله، فإن نكل في احلاف الغرماء اشكال، وكذا لو كان الدين لميت ونكل الوارث.

---

هذا بناء على أن الاقرار بمال مستند إلى سبب قبل الحجر، أو إتلاف مطلق ماض على الغرماء، لكن في إطلاق المصنف عدم المشاركة بذلك مناقشة، لأنه إذا أمكن الاستفصال ينبغي أن يقال: يجب، ليعلم أيستحق الضرب أم لا؟ ويمكن أن يقال: نفي المشاركة بالاقرار المطلق لا ينافي وجوب الاستفصال.

قوله: (ولو أقام شاهداً بدين حلف معه).

لا شبهة أن الدعوى بالدين منه، لأنه مالكه، لكن إذا أعرض عن الدعوى للغرماء الدعوى به، وكذا لأحدهم، لأنه يستحق قسطاً لو ثبت.

قوله: (إن نكل في إحلاف الغرماء إشكال).

ينشأ: من أنه تعلق حقهم به فهو مال لهم بالقوة القريبة من الفعل، ومن أنه لا يمكِن لإثبات مال الغير، فان قلنا بحقهم فامتنع البعض، استحق الحالفون بالقسط، كما لو حلف بعض الورثة لدين الميت.

والظاهر أن كل واحد منهم يحليف على ثبوت جميع الدين في ذمة المديون، لأن استحقاقه الحصة المعينة فرع على ذلك، إذ لو حلف على ثبوت الحصة لم يستحق إلا بعضها.

ولا يقال: إن ذلك يستلزم إثبات باقي الدين لباقي الغرماء، لأننا نقول: إنما يثبت بذلك استحقاقه.

قوله: (وكذا لو كان الدين لميت ونكل الوارث).

أي: وكذا يجيء الاشكال لو كان الدين لميت له غرماء ونكل الوارث، والأصح في الموضعين عدم يمين الغرماء، لما قلناه من امتناع اليدين لإثبات مال الغير بالاجماع.

وينعنه صاحب الدين الحال من السفر قبل الايفاء لا المؤجل،  
ولا يطالبه بتکفیل ولا إشهاد وإن كان الدين يحل قبل الرجوع،

**قوله: (وينعنه صاحب الدين الحال من السفر قبل الايفاء  
لا المؤجل).**

هذه مسألة من أحكام الدين استطرد إليها فأدخلها في جملة أحكام الفلس للمشاركة، ومرجع الضمير في قوله: (وينعنه) اما المديون بدلالة صاحب الدين عليه أو بدلالة المفلس عليه، لأنه مثله على حد قوله سبحانه: (وما يعمّر من عمر ولا ينقص من عمره)<sup>(١)</sup> ، أي: من عمر آخر، لامتناع النقص من عمر من زيد في عمره بالتعميم، والحكم ظاهر، فان أداء الدين الحال مع المطالبة والتکن من الأداء واجب على الفور، فله المنع من كل ما ينافيء، بخلاف المؤجل، لانتفاء الاستحقاق.

**قوله: (ولا يطالبه بکفیل ولا إشهاد وإن كان الدين يحل قبل الرجوع).**

اما عدم المطالبة بالکفیل، فلا أنه ليس له المطالبة بالحق، فكيف يطالب بالکفیل لأجله وذلك فرعه، والتفریط من قبله، حيث رضي بالتأجیل من غير رهن ولا کفیل؟ ومثله المطالبة بالرهن والضامن.

واما عدم المطالبة بالإشهاد، فالأصل العدم، ولمثل ما قلناه سابقا، حيث رضي بالإدانة من دون إشهاد، والظاهر أن له ذلك، لأن في ترك الإشهاد ضرراً بيّناً، وهو منفي بالأیة<sup>(٢)</sup> والحديث<sup>(٣)</sup>، ولعموم: (واستشهدوا شهيدین من رجالکم)<sup>(٤)</sup> فيشمل ابتداء الإدانة، واستدامتها.

(١) فاطر: ١١.

(٢) الحج: ٢٢.

(٣) الكافي ٤: ٢٩٢، ٢٩٤ حديث ٢، ٨ و ٥: ٢٨٠ حديث ٤، التهذيب ٧: ١٤٦، ١٦٤ حدیث ٦٥١، سنن ابن ماجة ٢: ٧٨٤ حديث ٢، ٤٤٧، ٤٥: ١٤٧ مسنوناً، مسنوناً حديث ٢٣٤٠، مسنوناً حديث ٧٧٢، الفقيه ٣: ٤٥، ١٤٧ حديث ١٥٤.

.٣٢٧: ٥

(٤) البقرة: ٢٨٢.

ولا يمنع المالك من السفر معه ليطالبه عند الأجل، لكن لا يلزمه ملازمة الرقيب.

---

ومقى توجيه الأمر بالإشهاد إلى صاحب الدين، فلا بد من إيجاب ذلك على المديون، وإلا لم تكمل فائدة الأمر، ولأن حقيقة الدين ثابتة، إنما المنتفي استحقاق المطالبة قبل الأجل، فكل ما يفرغ على استحقاق الأخذ من الرهن والضمين والكفيل لا يجب، بخلاف ما كان مرتبًا على أصل الدين، وهو الإشهاد.

والحاصل: أن في منع ثبوت المطالبة بالاشهاد ضررًا عظيمًا، وليس فيه تكليف بأداء الدين ولا ما يجري مجرى، فلا أقل من القول بثبوت المطالبة به، وهو مقرّب المصنف في التذكرة<sup>(١)</sup>.

ولا فرق في هذه الأحكام بين كون الدين حلًّ قبل الرجوع أم لا، بل لو بقي من الأجل نصف نهار فأنشأ سفراً طويلاً لم يكن له المنع، لانتفاء الاستحقاق حينئذ، خلافاً لمالك<sup>(٢)</sup> ولبعض الشافعية<sup>(٣)</sup>.

قوله: (ولا يمنع المالك من السفر معه ليطالبه عند الأجل، لكن لا يلزمه ملازمة الرقيب).

أما الجواز مع عدم الملازمة ظاهر، وأما المنع من الملازمة فلما فيه من الضرار بالملازمة من غير استحقاق.

إذا ثبت هذا، فإذا حلّ الأجل وهو في السفر وتمكن من الأداء، وجب عليه: إما برجوعه، أو بإنفاذ وكيله، أو بإنفاذ رسالته، أو بغير ذلك من الوجوه التي تكون طريقاً إلى الأداء، كما قال في التذكرة<sup>(٤)</sup>، وهذا ناظر إلى عدم وجوب الأداء في غير بلد الدين، وقد حققنا ما فيه في كتاب البيع وكتاب الدين.

---

(١) التذكرة: ٥٥: ٢.

(٢) فتح العزيز مع المجموع ١٠: ٢١٥، وبلغة السالك ٢: ١٢٥.

(٣) ذهب إليه الروياني من الشافعية كما في فتح العزيز ١٠: ٢١٦.

(٤) التذكرة: ٢: ٥٥.

**المطلب الثالث: في بيع ماله وقسمته:**

ينبغي للحاكم المبادرة إلى بيع ماله لئلا تطول مدة الحجر،  
واحضار كل متاع إلى سوقه، واحضار الغرماء،

**قوله: (ينبغي للحاكم المبادرة إلى بيع ماله لئلا تطول مدة الحجر).**

صرح المصنف في التحرير بوجوب ذلك <sup>(١)</sup>، وفي التذكرة بالاستحباب <sup>(٢)</sup>، والوجوب أظهر، وعبارته هنا تحتمل الأمرين، وإن كانت أظهر في الاستحباب، إلا أن التعليل يرشد إلى الوجوب، فان المنع من التصرفات بالحجر على خلاف الأصل، فيجب الاقتصار فيه على قدر الحاجة، قال في التذكرة:  
ولا يفرط في الاستعجال لئلا يطبع فيه المشترون بحسن <sup>(٣)</sup>، وهو حسن.

**قوله: (وإحضار كل متاع إلى سوقه).**

هذا أيضاً يحتمل الأمرين، وقد صرخ في التذكرة بجواز بيع المتاع في غير سوقه بثمن مثله <sup>(٤)</sup>، ولا يبعد الوجوب، إلا أن يقطع بانتفاء الزيادة باحضاره في سوقه، فلو شقّ نقله إلى سوقه نودي عليه فيه.

**قوله: (وإحضار الغرماء).**

هذا أيضاً محتمل، وقد صرخ في التذكرة <sup>(٥)</sup> باستحباب إحضارهم وإحضار المفلس أو وكيله، ولا ريب لورجي بحضورهم زيادة نفع وجب، مع ما فيه من الفوائد، فان المفلس أخبر بمتاعه، وأعرف بجيده من ردّيه وثمنه، ويعرف

(١) التحرير ٢١٦:١

(٢) التذكرة ٥٥:٢

(٣) التذكرة ٥٥:٢

(٤) التذكرة ٥٦:٢

التذكرة ٥٥:٢

## والبدأة بالخوف تلفه، ثم بالرهن والجاني،

المعيب من غيره، ولأنه تكرر الرغبة بحضوره، فإن شراء المال من مالكه أحب إلى المشترين، ولأنه أبعد من التهمة، وأطيب لقلب المفلس، وليطلع على العيب إن كان، فيباع على وجه لا يرد، ومثل هذا في الرهون، وفي إحضار الغرماء طيب قلوبهم، والبعد من التهمة، ورجاء الزيادة منهم.

قوله: (والبدأة بالخوف تلفه).

لا ريب في وجوب هذا، لوجوب الاحتياط على الأمانة والوكلاء في أموال مستأمينهم، فالحاكم أولى، فإن تصرفه قهري، فلا يجوز له تعريض مال من حجر عليه للتلف، فيبيع الفاكهة والطعام ونحوهما أولاً.

وي يكن أن يقال: كون الشيء مخوفاً تلفه في نفسه لا يقتضي حصول خوف التلف في الوقت، فلا يلزم وجوب المبادرة إليه، لأن ذلك إنما هو عند خوف التلف، ولا يلزم من كون الشيء مخوف التلف باعتبار شأنه (وجنسه)، لأن يكون مخوف التلف في وقته.

قوله: (ثم بالرهن والجاني).

قال في التذكرة: ثم الحيوان حاجته إلى النفقة وكونه عرضة للهلاك<sup>(١)</sup>، ويظهر من التحرير<sup>(٢)</sup> موافقة التذكرة، وليس بعيداً ما قاله في التذكرة.

ثم يبيع الرهن والجاني، فربما بقي بقية عن الدين وعوض الجناية، فتصرف إلى الغرماء، أو يقصر الرهن عن الدين، فيضرب الدين بالزائد، وهذا الحكم كالذي قبله ينبغي أن يكون على الوجوب.

(١) التذكرة ٢: ٥٥.

(٢) التحرير ١: ٢١٦.

والتعويم على مناد مرضي عند الغرماء والمفلس، فإن تعاسروا عين الحاكم، وأجرته على المفلس.

---

قوله: (والتعويم على مناد مرضي عند الغرماء والمفلس، فإن تعاسروا عين الحاكم).

هذا الحكم أيضاً ينبغي أن يكون على طريق الوجوب، لأن الحق في ذلك للمفلس فإنه ماله، والغرماء لأنهم استحقوا صرفه إليهم بدينه، وإن كانت العبارة متحملاً، وفي التذكرة عبر بـ (ينبغي) <sup>(١)</sup>.

وجملة القول فيه: أن الحاكم يرده إليهم التعين، فإن اتفقوا على مناد و كان مرضياً - أي: ثقة - أمضاه الحاكم، وإلا رده وعى مرضياً، وليس ذلك كالرهن والمرتهن إذا اتفقا على غير ثقة لبيع الرهن، إذ لا نظر للحاكم معهما، بخلاف ما هنا، فإن للحاكم نظراً في مال المفلس، إذ الحجر بحكمه، وربما ظهر غريم فيتعلق حقه.

ولو اختار المفلس شخصاً واحتار الغرماء غيره، فإن كان أحدهما متطوعاً دون الآخر، قدم المتطوع إذا كان مرضياً، وإن كانوا متطوعين مرضيين، ضم أحدهما إلى الآخر أخذنا بجماع الاحتياط، وإن كانوا غير متطوعين اختار أو تقهما وأعرفهما وأقلهما أجرة ومن هذا يعلم أن عبارة الكتاب تحتاج إلى تنقية.

ثم إن كان المبيع رهناً أو جانيا، أمر بدفع الثمن إلى المرتهن، أو ولي المجنى عليه إن لم يزد على الحق، فإن زاد دفع ماعدا الزيادة، وإن لم يتعلق به إلا حق الغرماء، أمّهم باختيار ثقة يكون المال عنده مجموعاً إلى زمان القسمة.

قوله: (وأجرته على المفلس).

قد تقدم كلام التذكرة في أن أجرة الدلال ونحوه من بيت المال، ومع التعذر فن مال المفلس <sup>(٢)</sup>، وإطلاق هذه العبارة ينافيها.

---

(١) التذكرة ٥٦:٢

(٢) التذكرة ٥٦:٢

ولا يسلم المبيع قبل قبض الثمن، بل متأخراً أو معاً، وإنما يبيع بثمن المثل بنقد البلد حالاً، فإن خالف جنس الحق صرف إليه، ثم يقسم الثمن على نسبة الديون الحالة خاصة.

**قوله:** (ولا يسلم المبيع قبل قبض الثمن، بل متأخراً أو معاً).

هذا الحكم أيضاً على طريق الوجوب، عملاً بالاحتياط التام في حفظ المال، والظاهر أن رضى المفلس والغرماء لا أثر له في جواز التسلیم قبل القبض، لإمكان غريم آخر، فدينه متعلق بالمال.

**قوله:** (إنما يبيع بثمن المثل بنقد البلد حالاً).

لا يجوز البيع بدون ثمن المثل في ذلك الزمان والمكان، لما فيه من الضرر، بل يبيع بثمن المثل فصاعداً إن أمكن، حتى لو كان بقرب بلد المفلس بلد فيه قوم يشترون العقار في بلد المفلس - كذا قال في التذكرة<sup>(١)</sup>، ولا وجه لتخصيص العقار، بل وكذا غيره. أنفذ الحكم إليهم وأعلمهم ليحضروا للشراء، فيتوفّر الثمن على المفلس.

وكذا لا يبيع إلا بنقد البلد وإن كان من غير جنس حق الغراماء، لأنه أوفر، ولأن التصرف على الغير يراعي فيه المتعارف في المعاملة، ولا يبيع إلا حالاً، لما سبق من وجوب قبض الثمن أولاً، ولما في إدامة الحجر من الضرر.

**قوله:** (فإن خالف جنس الحق صرف إليه).

أي: إن خالف نقد البلد الذي وجب البيع به جنس حق الغراماء، صرف ما يبيع به إلى الجنس وجوباً، لكن إذا لم يرض به الغراماء، فإن رضوا جاز صرفه إليهم برضى المفلس، وإلا وجب الصرف، لأن ذلك معاوضة لا تجوز إلا بتراضيهما.

ولا يكلف الغرماء حجة على انتفاء غيرهم، بل يكتفي بإشاعة حالة بحيث لو كان لظاهر، فإن اقتضت المصلحة تأخير القسمة جعل في ذمة مليء احتياطاً، فإن تعذر أودع، ولا تباع دار السكني، ولا خادمه، وبيع فاضلها.

**قوله:** (ولا يكلف الغرماء حجة على انتفاء غيرهم، بل يكتفي بإشاعة حالة، بحيث لو كان لظاهر).

بخلاف الورثة، فانهم يتكلّفون إقامة البينة على أنه لا وارث غيرهم، والفرق أن الورثة أضيق من الغرماء، والاطلاع على انتفاء غيرهم أسهل من الاطلاع على انتفاء غريم آخر، وهذه شهادة على النفي يعسر تحصيلها ومدركتها، فلا يلزم من اعتبارها حيث كان الضبط أسهل اعتبارها حيث كان أيسر.

**قوله:** (فإن اقتضت المصلحة تأخير القسمة جعل في ذمة مليء احتياطاً، فإن تعذر أودع).

اعتبر في التذكرة<sup>(١)</sup> في المفترض مع الملاعة الأمانة، وصرح بأن ذلك على طريق الأولى، فلو أودع مع وجود المفترض الأمين المليء جاز، ولا يجوز تأجيل القرض بسبب يقتضيه من اشتراط في بيع ونحوه.

قال أيضاً: وينبغي أن يودع من يرتضيه الغرماء، فإن اختلفوا أو عينوا من ليس بعدل، لم يلتفت الحاكم وعين هو من أراد من الثقات، ولا يودع من ليس بعدل<sup>(٢)</sup>، ولم يعتبر رضى المفلس، وينبغي اعتباره.

**قوله:** (ولاتباع دار السكني ولا خادمه، وبيع فاضلها).

هذا إذا كان من أهل الأخدام، ومثله فرس ركوبه، وينبغي أن يراد بالفاضل: ما يعم الفاضل باعتبار العين وباعتبار القيمة، فإذا كانت الدار واسعة يكتفي بعضها، أو نفيسة يكتفيه دار بقيمة بعضها، أو الخادم متعددًا أو نفيسًا

(١) التذكرة ٥٦: ٢.

(٢) المصدر السابق.

ويجري عليه نفقته مدة الحجر، ونفقة من تجب عليه نفقته بالمعروف، وكسوته جاري عادة أمثاله إلى يوم القسمة، فيعطي نفقتهم ذلك اليوم خاصة.

**ولو اتفقت في طريق سفره فالأقرب الإجزاء إلى يوم وصوله،**

---

كذلك، وجب البيع والاقتصر على ما يكتفي، وكذا فرسه. ويجب أن يترك له دست ثوب يليق بحاله صيفاً وشتاءً، قال في التذكرة : والأولى الاعتبار بما يليق بحاله في إفلاسه لا في حال ثروته، ولو كان يلبس في حال الثروة دون ما يليق بحاله تقديرأً، لم يزد عليه في الإفلاس<sup>(١)</sup>. وينبغي أن يقيد بعدم زيادته على ما يليق بحال الإفلاس، ويترك لعياله من الثياب ما يترك له، ويسامح باللبد والخمير القليل القيمة، لا بالبسط ونحوها.

**فرع : لو كان شيء من هذه مرهوناً، بيع في الدين بمقتضى الرهانة.**  
 **قوله : (ويجري عليه نفقته مدة الحجر، ونفقة من تجب عليه نفقته بالمعروف وكسوته، جاري عادة أمثاله إلى يوم القسمة، فيعطي نفقتهم ذلك اليوم خاصة).**

(جاري عادة أمثاله) قيد في (نفقته ونفقة من تجب عليه نفقته) وقوله : (بالمعروف) كالمستغنى عنه، لأن اعتبار (جاري عادة أمثاله) يعني عنه، لأن الإسراف والتقصير خارج عن جاري العادة، ولومات بعض من ينفق عليه في أثناء النهار قيل : يرجع بنفقة الباقي.

**قوله : (لو اتفقت في طريق سفره، فالأقرب الإجزاء إلى يوم وصوله).**

ظاهر العبارة الانفاق إلى يوم وصوله إلى منزله، وهو مستقيم إن لم يكن دونه موضع آخر، فان كان دونه بلد آخر أو نحوه، في وجوب الإجزاء إلى وطنه المألف إشكال، ووجه القرب الضرار المؤدي إلى ال�لاك، أو المشقة العظيمة

ويقدم كفنه الواجب، فإن ظهر بعد القسمة غريم رجع على كل واحد بحصة يقتضيها الحساب.  
ويتحمل النقض،

لولاه، واحتمال العدم في هذه الصورة ضعيف جداً.

قوله: (ويقدم كفنه الواجب).

اجماعاً، وكذا كفن زوجته وملوکه لأقربيه، إذ لا يجب تكفين القريب على الموسر كما سبق في أول الكتاب.

قوله: (فإن ظهر بعد القسمة غريم، رجع على كل واحد بحصة يقتضيها الحساب، ويتحمل النقض).

وجه الأول: إن كل واحد من الغرماء ملك ما هو قدر نصيبيه بالاقباض الصادر من أهله في محله، فلا يجوز النقض، لأنه يقتضي إبطال الملك الثابت، أما الحصة الزائدة على قدر نصيبيه باعتبار الغريم الآخر، فانها غير مملوکة له فتستعاد. وجه الثاني: أن القسمة الواقعه وأحد المستحقين غائب باطلة، لتوقفها على رضى الجميع، فيجب نقضها.

ويضعف بان ذلك في الشركاء، وهنا لا شركة، إذ المال للمفلس، نعم يستحقون الایفاء، فلا يستحق الغريم الآخر سوى الحصة، وما سواها لاحق له فيه، فيكون صرفه إلى الديون معتبراً.

وبني الشارح الاحتمالين على أن الدين هل يتعلق بالتركة تعلق الدين بالرهن، أو الأرش برقبة الجاني؟ فعل الأولى يتخرج الاحتمال الأول، وعلى الثاني الثاني<sup>(١)</sup>.

وهذا البناء فاسد، لأنه لا يلزم من كون تعلقه بها كتعلق الأرش برقبة الجاني، ثبوت القسمة حقيقة، التي هي فرع الشركة الحقيقية، فإن الجني عليه لم

## في الشركة في النماء المتعدد إشكال.

---

يلك الجاني، ولا شيئاً منه بمجرد الجنابة، وإن استحق ذلك.  
ثم أعلم أن فائدة الاحتمالين تظهر في مواضع:

**أ :** إذا تصرف واحد في مقدار نصيبه، فعلى الأول يمضي، وعلى الثاني يجب بدله.

**ب :** وجوب الزكاة إذا بلغ النصيب النصاب واجتمعت الشروط على الأول، دون الثاني.

**ج :** إذا أتلف واحد ما أخذه وكان معسراً، فعلى الأول يرجع على الباقي بالحصة التي يقتضيها الحساب، وعلى الثاني ما أتلفه المعسر بالنسبة إلى باقي الغراماء بنزلة التالف، فيجمعون ما سواه ويقتسمونه بينهم سوى المعسر.

**د :** لو زادت القيمة الآن، فعلى الأول تعتبر قيمة الحصة خاصة، فإن ما سواها مملوك للقابض، فتستعاد الحصص وتعدل بين الغراماء. ويمكن أن يقال: لما زادت قيمة الحصص وهي في يد الغراماء وقد قبضوها عن دينهم، ملكوا منها الآن نصيبيهم بعد الحساب، فلا يستعاد منها إلا حق الغريم.

**ه :** لو حصل نماء، وهو في كلام المصنف.

**قوله:** (في الشركة في النماء المتعدد إشكال).

هذا متفرع على الاحتمالين السابقين، أي: فبناء على الرجوع بالحصة أو النقص، في حال النماء المتعدد في يد الغراماء إشكال، يلتفت إلى الاحتمالين المذكورين.

فعلى الرجوع بالحصة، النماء مشترك بين المفلس والغرماء على نسبة المملوك بالقبض، فإذا كان دين الغريم الظاهر بقدر عشر مجموع الديون كلها بعد اعتباره معها مثلاً، ملك كل واحد من القابضين تسعة أعشار المقبوض، فيملك تسعه أعشار النماء، ويبقى عشر المقبوض وعشرين النماء على ملك المفلس، فيجمع

ولو تلف المال بعد النقض في احتسابه على الغرماء اشكال.

الجميع ويدفع الحصة إلى الغريم الظاهر، ويقسم نماؤها بين الجميع.  
وعلى احتمال النقض لشركة، بل الأصل والنماء باق على ملك المفلس،  
فيقسم الجميع بين الغرماء.

واعلم: أن المتبادر من العبارة تفريع الشركة في النماء وعدمه على احتمال  
النقض، وليس مراداً ولا صحيحاً في نفسه، وهو ظاهر. وكذا المتبادر أن الشركة  
في النماء وعدهما بين الغريم الظاهر وباقى الغرماء، لا بينهم وبين المفلس، وهو  
الذى فهمه الشارح<sup>(١)</sup>، ولا شبهة في أنه غلط لا محصل له، يظهر ذلك بأدنى تأمل،  
بل المراد: الشركة بين المفلس والغرماء وعدهما، وإن صعب فهمه من العبارة،  
باعتبار عدم ذكر المفلس هنا.

ثم في كلام المصنف مناقشة، فإنه قد اختار الرجوع بالحصة وجعل النقض  
احتمالاً، فكيف يكون عنده في الشركة وعدهما إشكال؟ مع أن الإشكال  
يقتضي تكافؤ الطرفين عنده، والأصح الرجوع بالحصة والاشتراك في النماء.

قوله: (ولو تلف المال بعد النقض، في احتسابه على الغرماء  
إشكال).

هذا تفريع على احتمال النقض، أي: لو تلف المال في يد الغرماء بغير  
تفريط وظهر غريم بناء على النقض، في احتسابه عليهم بحيث يجب عليهم الغرم  
إشكال، ينشأ: من عدم التفريط وأصالة البراءة، ومن أنهم قبضوه للاستيفاء،  
والقبض يضمن بفاسدته كما يضمن بصحيحة، مع تأيده بظاهر قوله عليه السلام:  
«على اليد ما اخذت»<sup>(٢)</sup> وهو الأصح.

(١) إيضاح الفوائد ٧٠٢:٢

(٢) عواoli الالآل ٣:٢٥١ حديث، سنن البيهقي ٩٥:٦، سنن الترمذى ٣٦٨:٢ حديث ١٢٨٤، سنن ابن ماجة ٨:١٢، ١٣، ٢٤٠٠ حديث ٨٠٢:٢، مستند أحمد ٥:٨، ١٢، ١٣.

ولو خرج المبيع مستحقاً رجع على كل واحد بجزء من الثمن إن كان قد تلف، ويتحمل الضرب؛ لأنه دين لزم المفلس، والأقرب التقديم؛ لأنه من مصالح الحجر لثلا يرغب الناس عن الشراء.

---

واعلم أن في كلام المصنف مناقشتين:

إحداهما: أنه قد سلف في الرهن الجزء بالضمان بفاسد القبض للاستيفاء، وكذا في نظائره، فلا وجه للاشكال هنا.

الثانية: تقييده التلف بكونه (بعد النقض) لا محصل له، لأنه إن أراد بـ(النقض) تصريح المحاكم بقوله: نقضت القسمة، فلا أثر لهذا القول، والقسمة منقوضة مع هذا القول وعدمه، وإن أرادأخذ المال منهم ثم إعادته إليهم على طريق الاستئمان، فلا ضمان هنا قطعاً، أو يريد بـ(النقض) علمهم بوجود الغريم المقتضي له، فلا يخرج بذلك عن حكم القبض للاستيفاء، لأنه لم يدخل في أيديهم إلا على هذا الوجه.

قوله: (ولو خرج المبيع مستحقاً، رجع على كل واحد بجزء من الثمن إن كان قد تلف، ويتحمل الضرب، لأنه دين لزم المفلس، والأقرب التقديم، لأنه من مصالح الحجر، لثلا يرغب الناس عن الشراء).

أي: لو خرج المبيع من مال المفلس ظاهراً مستحقاً، فأخذه مالكه، رجع المشتري على كلّ واحد من الغرماء بجزء من الثمن، يقتضيه الحساب بعد ضميمة الثمن إلى الديون إذا تلف الثمن، فيقدم به على الغرماء.

ويتحمل الضرب به مع الغرماء، لأنه دين لزم المفلس، فهو من جملة الديون ، إذ المخلفات بعد الحجر يضرب مستحقها مع الغرماء.

والأقرب عند المصنف هو الاحتمال الأول، أعني: التقديم بالثمن على الغرماء، لما ذكره من أن ذلك من مصالح الحجر، فإنه لو لا ذلك لكان الناس - لتجويزهم ظهور الاستحقاق، وحصول التلف للثمن - يرغبون عن الشراء، خوفاً من فوات بعضه باستحقاق الضرب، فتقل الرغبات في شراء أموال المفلسين،

ولو بذل زيادة بعد الشراء استحب الفسخ، فإن بقي من الدين  
شيء لم يستكبس.

فتنقص القيمة، فيحصل الضرر للمفلس، فينحصر الضمان فيه فيقدم به، أو يضرب والغرماء ، بخلاف ما إذا أمنوا باعتقاد الرجوع إلى جميع الثن، وما قربه المصنف جيد.

إذا تقرر هذا، فلا بد من تحrir المسألة، فإن التلف للثمن إما أن يكون قبل قبض الغرماء إياه، أو بعده.

فإن كان الأول، فتلفه في يد الحكم أو الأمين كتلفه في يد المفلس، لأنها كيده، فينحصر الضمان فيه، فيقدم به، أو يضرب مع الغرماء على الاحتمالين، ولكن هذا إذا لم يكن الغصب معلوماً عند القابض، وإلا استقر الضمان عليه، لأنها غاصب.

وإن كان الثاني، فإن تلفه في يد الغرماء مضمون، لقبضهم إياه للاستيفاء، فيتخير المشتري في الرجوع عليهم جميعاً كل بقدر ما تلف في يده، والرجوع على المفلس، فيقدم به أو يضرب مع الغرماء.

فإن رجع على الغرماء لم يرجعوا على المفلس، سواء كانوا عالمين أو جاهلين، لأن قبضهم كان مضموناً، نعم له الرجوع بدينهم، لأن القبض لم يحصل به إيفاء الدين، لأن ذلك مال الغير.

وإن رجع على المفلس، رجع هو على الغرماء، لما قلناه.  
قوله: (ولو بذلت زيادة بعد الشراء استحب الفسخ).

أي: استحب للحاكم أن يفسخ العقد اللازم إذا رضي المشتري، ويستحب للمشتري الرضى، أما لو كان هناك ما يقتضي الفسخ كخيار، فلا إشكال في وجوب الفسخ.

قوله: ( فإن بقي من الدين شيء لم يستكبس).

وهل تبع أم ولده من غير رهن؟ نظر، فإن منعناه في مؤجرتها  
ومؤاجرة الضيعة الموقوفة نظر، ينشأ: من كون المنافع أموالاً كالأعيان،  
ومن كونها لا تعد مالاً ظاهراً، والأول أقوى.

لظاهر قوله تعالى: (فنظرة إلى ميسرة)<sup>(١)</sup> وللرواية عن علي عليه السلام<sup>(٢)</sup>، فلا يجبر على أخذ الزكاة والصدقة، ولا المرأة على التزويج لتأخذ المهر.

قوله: (وهل تباع أُم ولده من غير رهن ؟ نظر، فان معناه، في  
مؤاجرتها ومؤاجرة الضياعة الموقوفة نظر، ينشأ: من كون المنافع أموالاً  
كالاعيان، ومن كونها لا تعدد مالاً ظاهراً، والأول أقوى).

أما منشأ النظر الأول: فمن تعارض عمومي بيع أمواله -فإن أم الولد مال- ومنع بيع أمهات الأولاد إلا فيما استثناه النص، ولا نقص هنا.

و هذا النظر ينافي ما سبق من جزم المصنف بجواز وطء المفلس أم ولده، و تردد في وطء غيرها من الإماماء، فإنه على هذا التردد يجب التردد هناك أيضاً، إذ هي على أحد الاحتمالين من متعلقات الحجر.

ومنشأ النظر الثاني: من التردد في أن المنافع تعدّ أموالاً أم لا؟ وإن كان ما ذكره المصنف كالمتدافع. وقوله: (لاتعدّ مالاً ظاهراً) يريد به: أنها لا تعدّ في الظاهر بين الناس مالاً، أولاتعدّ من الأموال الظاهرة، بل هي من الأموال الحفة.

وبالجملة فالعبارة لا تخالو من تعقيد، والأولى توجيه النظر بما قلناه، وما قوته من وجوب المؤاجرة قوي.

فان قيل: لو كانت المنافع أموالاً، لوجب باعتبارها الحج.  
قلنا: يحتمل ذلك، ولو قلنا بالعدم أمكن التفصي من اللزوم، بأن الحج

٢٨٠ البقرة: (١)

(٢) الفقهاء حديث ١٩٦:٦، التذكرة حديث ٤٣٣، الاستبصار حديث ٤٧:٣، حدث ١٥٦.

وإذا لم يبق له مال، واعترف به الغرماء فك حجره، ولا يحتاج إلى إذن الحاكم، وكذا لو اتفقوا على رفع حجره.

إنما يجب بالمال الحاضر، والمنفعة تتجدد شيئاً فشيئاً، ولا يوثق ببقائها، بحيث يستوفى الجميع، فيستقر ملك الأجرة، فلا يوجب عليه الإقدام على ارتكاب هذا الأمر الخطير.

نعم لو أجر الأعيان بقدر المؤونة، وجب حينئذ، لكونه مالكاً.  
قوله: (وإذا لم يبق له مال، واعترف به الغرماء فك حجره، ولا يحتاج إلى إذن الحاكم).

المراد: إذا لم يبق له مال بعد القسمة للملك الموجود، وإنما فك حجره حينئذ لأن الحجر لحفظ المال على الغرماء، وقد حصل الغرض، فيزول الحجر، خلافاً للشافعي في أحد قوله<sup>(١)</sup>.

لكن يشكل على هذا الحجر على من لا مال له، فلو رفع عنه الحجر لانتفاء المال، وجب أن لا يصح الحجر على من لا مال له، إلا أن يقال: الحجر في هذا القسم لا يرتفع إلا بفك الحاكم عندما يقتضيه نظره واجتهاده.  
قوله: (وكذا لو اتفقا على رفع حجره).

هذا أحد الوجهين، وقد قوّاه المصنف في التذكرة، لأن الحجر لهم، وهو حقهم، وهم في أموالهم كالمرتدين في المرهون<sup>(٢)</sup>. ويحتمل التوقف على مراجعة الحاكم، لأن الحجر على المفلس لا يقتصر على الغريم الملتمس، بل يثبت على العموم، ومن الجائز أن يكون له غريم آخر.

قال في التذكرة: والوجهان مفرعان على أن بيع المفلس من الأجنبي لا يصح، فإن صح فهذا أولى<sup>(٣)</sup>، والذي يقتضيه النظر عدم التوقف، لأن الأصل

(١) فتح العزيز مع المجموع .٢٢٥:١٠

(٢) التذكرة ٢:٥٨.

(٣) المصدر السابق.

ولوباع من غير الغرماء بإذن فالأقرب الصحة، ولو باع من الغريم بالدين ولا دين سواه صح على الأقوى؛ لأن سقوط الدين يُسقط الحجر.

---

عدم غريم آخر.

ولو بقي الحجر لأجله، لزم استمراره بعد القسمة ما بقي الاحتمال، وهو ضرر منفي، على أنه لو بقي الحجر لأجله لم يكن للحاكم رفعه، كما أنه ليس له رفع الحجر قبل القسمة من دون رضى الغرماء.

قوله: (ولوباع من غير الغرماء بإذن فالأقرب الصحة).

وجه القرب يعلم مما سبق، فان الحجر لحقهم، والأصل عدم غريم آخر. ولقائل أن يقول: الحجر وإن كان لحقهم ظاهراً، إلا أنه من الممكن كونه لحقهم وحق غيرهم، بأن يكون للمفلس في الواقع غريم آخر، وبعد ظهوره يتبين عدم نفوذ البيع، فيكون عند إيقاعه غير معلوم الصحة، وهو الاحتمال الآخر. ويمكن أن يقال: عموم الحجر بالنسبة إلى غير الملتمس من الغرماء يقتضي المشاركة في الضرب، أما توقف صحة البيع على إذنه مع كونه غير معلوم فباطل، لامتناع الخطاب حينئذ، ولا دليل يدلّ على تعلقه بعد الظهور، ولا متناع إبطال تصرف ثبتت صحته، وكذا توقف صحة العقد على إذن الحاكم لا دليل عليه، مع كونه إنما حجر عليه حقوق الغرماء، والقول بالصحة قريب، وإن كان التوقف على إذن الحاكم أولى.

قوله: (ولوباع من الغرمي بالدين ولا دين سواه صح على الأقوى، لأن سقوط الدين يُسقط الحجر).

هذا فرع زوال الحجر بزوال الدين من غير توقف على حكم الحاكم، ووجه القوة: أن صحة البيع موجبة لسقوط الدين، فيسقط الحجر، كذا علل المصنف.

وفي نظر، فإن ذلك مسلم، ولا يلزم من كونه كذلك صحة البيع، لأنها

فرع زوال الدين، والدين لا يزول إلا إذا صحت البيع، فتكون صحة البيع موقوفة على زوال الدين المقتضي لزوال الحجر، وزوال الدين موقوف على صحة البيع، وذلك دور.

وإمكان اقتران صحة البيع وارتفاع الحجر لايقتضي الصحة، لوجوب تقديم الشرط، فان رفع الحجر شرط لصحة البيع.

ويكفي أن يقال: صحة البيع موقوفة على رضى الغريم به، وشراؤه من المفلس يستلزم رضاه، لوجوب حل الشراء على المعتبر شرعاً، وهذا إذا اتهد الغريم، أو كان المشتري الجميع، ويحتمل العدم، لامكان غريم آخر.

وجوابه: أن صحة التصرف غير موقوفة على إذن غريم غير ظاهر وقت التصرف، فعلى هذا لو ظهر غريم أخذ من المشتري حصة يقتضيها الحساب، ويحتمل بطلان البيع في مقدار تلك الحصة.

هذا إن لم نقل بالنقض، ولو قلنا به أمكن الحكم ببطلان البيع من رأس، لأن الدين لا يجوز جعله حينئذ ثمناً، إذ لا يستحق استيفاؤه والحالة هذه، فلا يجوز أن يقابل به مال.

واعلم: أنه لو كان شراء الغريم بغير الدين، فعلى ما سبق اختياره من صحة بيع الأجنبي، يجب الحكم بالصحة في الجميع وإن ظهر غريم. إذا تقرر هذا، فما قوله المصنف لا يخلو من نظر، إذ لو ظهر غريم والحالة هذه، لتطرق احتمال بطلان البيع في مقدار الحصة وإن أذن الحكم، لتين عدم صحة مقابلتها بمال.

واعلم: أن عبارة الشارح هنا مختلة، فإنه قال: سقوط الدين معلول صحة البيع، وهو مشروط بصحة البيع فيدور<sup>(١)</sup>، وهذا مختل، لأن كونه معلولاً لصحة البيع هو عبارة عن كونه مشروطاً به، وهذا لا يقتضي الدور.

والمحني عليه أولى بعده من الغريم، فإن طلب فكه للغريم منعه.  
ولو تلف من المال المودع قبل القسمة فهو من مال المفلس، سواء  
كان التالف الثمن أو العين.

#### **المطلب الرابع: في الاختصاص:**

من وجد من الغرماء عين ماله كان أحق بها من غيره وإن لم يكن سواها،

قوله: (والمحني عليه أولى بعده من الغريم، فإن طلب فكه للغريم  
منعه).<sup>(١)</sup>

إنما كان المحني عليه أولى من الغريم، لأن حقه متعلق بعين الجاني  
ولا يستحق سواه، فلذلك كان للغريم منعه لو طلب فكه.  
واعلم: أن في إضافة العبد إلى ضمير المحني عليه توسيعاً، بسبب علاقة  
جنايته عليه، فإن الإضافة يكفي فيها أدنى ملابسة.

قوله: (ولوتلف من المال المودع قبل القسمة فهو من مال المفلس،  
سواء كان التالف الثمن أو العين).

أما إذا كان التالف العين ظاهر، إذ هو مال المفلس تلف في يد أمينه  
المنصوب عنه شرعاً، وأما إذا كان التالف الثمن، فلأنه قد دخل في ملكه بالبيع  
عنه، ولم يملك الغرماء، لأنهم إنما يملكون بالدفع إليهم بعد القسمة، وقد تلف في  
يد أمينه، لكن لابد من التقييد بكون التلف بغير تفريط.

قوله: (ومن وجد من الغرماء عين ماله كان أحق بها من غيره  
وإن لم يكن سواها).

مستند ذلك النص والاجماع، ولا فرق بين أن يكون للمفلس مال سوى  
العين أم لا، تمسكا بعموم النص<sup>(١)</sup>.

(١) التهذيب ١٩٣:٦ حدیث ٤٢٠، الاستبصار ٨:٣ حدیث ١٩.

وله الضرب بالدين، والخيار على الفور على إشكال، سواء كان هناك وفاء أولاً.

---

**قوله: (وله الضرب بالدين).**

أي: مع كونه أحق بعينه -على معنى أنه لا حق لأحد معه فيها- له أيضاً أن يتركها مع الغرماء بالثمن الذي هو الدين.

**قوله: (والخيار على الفور على إشكال).**

هذه جملة معتبرة، ومنشأ الاشكال: من أن الأصل في البيع اللزوم، ولظاهر قوله تعالى: (أوفوا بالعقود)<sup>(١)</sup> فيقتصر في الخروج عن مقتضى الأصل، وظاهر الآية على ما به يندفع الضرورة.

ومن دلالة النص على ثبوت الخيار، فيكون مخرجاً لهذا الفرد من الآية، فلا دليل على عوده إليها، وأصل اللزوم معارض بأصلبقاء الخيار واستصحابه. ويمكن ترجيح الفورية، بأنها الأشهر في كلام الأصحاب<sup>(٢)</sup>، وفيها جمع بين الحقين، فالقول بالفورية قريب.

**قوله: (سواء كان هناك وفاء أولاً).**

هذا تعميم بعد التعميم الحاصل بقوله: (وإن لم يكن سواها) لكنه على الشق المذوق، أي: هو أحق إن كان سواها وإن لم يكن، وعلى تقدير أن يكون سواها فهو أحق، سواء كان هناك وفاء لباقي الديون أولاً، وقال الشيخ في المبسوط: إنه ليس له الرجوع، إلا إذا كان هناك وفاء لباقي الديون<sup>(٣)</sup>، بخلاف مالومات المفلس، فإن صاحب العين إنما يختص بها إذا كان في التركة وفاء لباقي الديون، على ما ذكره في التذكرة<sup>(٤)</sup>.

---

(١) المائدة: ١.

(٢) منهم: الشيخ في المبسوط ٢: ٢٥٠، والعلامة في التذكرة ٢: ٦٠.

(٣) المبسوط ٢: ٢٥٠.

(٤) التذكرة ٢: ٦٠.

ويفتقر الرجوع إلى أركان ثلاثة: العوض، والمعوض، والمعاوضة.

أما العوض فهو الثمن وشرطه أمران:

الأول: تغدر الاستيفاء بالافلاس، فلو وفى المال به فلا رجوع،

ولا يسقط الرجوع بدفع الغرماء للمنة، وتجويز ظهور غريم.

فإن قيل: كيف يتصور أن يكون في التركة وفاء لباقي الديون مع الحجر؟

قلنا: يمكن تجدد مال آخر للمفلس بارث أو اكتساب ونحوهما، أو بارتفاع قيمة أمواله أو نمائها، أو كون الديون إنما تزيد على أمواله مع ضميمة الدين المتعلق بمتاع واجده، فإذا أخرج الدين من بين ديونه والمتاع من بين أمواله، صارت وافية بالديون.

فإن قيل: مع الوفاء بجميع الدين لنماء ونحوه المانع زائل.

قلنا: ثبت الخيار بأول الحجر، والأصل بقاوه.

واعلم: أن الجملة المتضمنة لكون الخيار على الفور، معتبرضة بين هذا التعميم، وما قبل الجملة، إذ هو متعلق به من حيث أنه من جملة أحکامه، ولا ينبع فيه من حيث أنه جار على القواعد<sup>(١)</sup>.

قوله: (وشرطه أمران: تغدر الاستيفاء بالافلاس، فلو وفى المال به فلا رجوع).

لعدم تغدر الاستيفاء حينئذ.

قوله: (ولا يسقط الرجوع بدفع الغرماء، للمنة، وتجويز ظهور غريم).

لفرق في ذلك بين أن يكون دفع الغرماء لدين صاحب العين من مالهم أو من مال المفلس، سواء دفعوا إلى المفلس ليوفي عن نفسه صاحب العين، أو دفعوا

(١) في «م» وردت العبارة من قوله: (واعلم أن الجملة...) قبل قوله: (إن قيل...) وما أثبتناه من (ق) وهو الأنسب.

ولو امتنع المشتري الموسر من الدفع فلا رجوع، ويستوفيه القاضي.

إلى صاحب العين، وسواء كان في العين ما يقتضي رغبتهم في دفع القيمة، أو لا، لأن الخيار قد ثبت بالنص، فلا يسقط بما ذكر.

وتعليق المصنف بالأمرتين - أعني: المتن، وتجويز ظهور غريم آخر- لا يأتي على جميع الصور، فإن تجويز ظهور غريم آخر إنما يمنع لو دفعوا من مال المفلس، أو من أموالهم إلى المفلس هبة.

ولو دفعوا إليه هبة وشرطوا عليه إيفاء صاحب العين، فعلى ما قلناه من جواز الشراء بشرط الاعتقاق وتعيينه، لا اعتراض للغريم الظاهر.

وأما المتن، فاما تكون إذا قدموه بالدين، أو دفعوا اليه من أموالهم حيث لا يكون في العين زيادة تقتضي الرغبة في بذل العوض، فيكون مقتضى التعليلين المذكورين وجوب القبول مع انتفاءهما.

وقد صرخ في التذكرة: بأنه إذا كان في السلعة زيادة لغلاء السعر، أو كثرة الراغبين إليها بحيث يرجى صعود سعرها، يجب على أصحابهاأخذ دينه الذي بذله الغراماء<sup>(١)</sup>، وقد عرفت ضعف ذلك، فإن العدول عن ظاهر النص مثل هذه الأوهام لا يجوز.

قوله: (ولو امتنع المشتري الموسر من الدفع، فلا رجوع، ويستوفيه القاضي).

على الأصح، خلافاً للشيخ<sup>(٢)</sup> متأ والشافعي<sup>(٣)</sup>، فإن الأصل في البيع للزوم، فلا يعدل عنه إلا بنص، ولأن إقلاص البائع قبل قبض المشتري المتن يقتضي الرضى بذمته، فلا يبقى له فسخ، بل يرفع أمره إلى الحاكم ليجبره على الوفاء، أو يسلم عنه من ماله، وهذا في غير خيار التأخير حيث لم يقبض واحد

(١) التذكرة ٢:٦٠.

(٢) المبسوط ٢:١٤٨.

(٣) فتح العزيز مع الجموع ١٠:٢٣٦.

الثاني: الحلول، فلا رجوع لو كان مؤجلًا، ولو حل الأجل قبل فك حجره في الرجوع إشكال.

وأما المعاوضة فلها شرطان:

كونها معاوضة مخصصة، فلا يثبت الفسخ في النكاح، والخلع، والعفو عن القصاص على مال: وليس للزوجة فسخ النكاح، ولا للزوج فسخ الخلع،

منها، وقد سبق في البيع.

واعلم: أن هذا في جملة المتحرز عنه بقوله: (تعذر الاستيفاء بالافلاس) فان التعذر هنا ليس من جهة الافلاس.

قوله: (فلا رجوع لو كان مؤجلًا).

لعدم الاستحقاق حال الحجر، فيتعلق بالعين حق باقي الغرماء، ولا دليل على سقوطه.

قوله: (لو حل الأجل قبل فك الحجر، في الرجوع إشكال).  
ينشأ: من أن ظاهر الخبر يشمله عمومه - فانه غريم وجد عين ماله - ومن سبق تعلق الغرماء بها، فلا دليل على الابطال.

وأيضاً فان عموم النصوص<sup>(١)</sup> دال على تعلق حقوق الغرماء بأعيان أمواله، وهو يقتضي عدم اختصاص البائع بعد الحلول، لامتناع الاختصاص مع تعلق حقوق الغرماء، وهو الأصح.

قوله: (كونها معاوضة مخصصة).

هذا الشرط إيجاعي، ويؤيده أنَّ مالم يكن معاوضة مخصصة كالنكاح مثلاً ليس المال مقصوداً فيه، وهذا يجوز إخلاء العقد عنه، فلا يتسلط على الفسخ بتعذر الوصول إلى المال.

(١) التهذيب ٦: ١٩٣-١٩٩ حدث ٤٢١، ٤٤٣، الاستبصار ٣: ٨-١١ حدث ٢٠-٣٠.

ولا للعافي فسخ العفو بتعذر الأعواض.

ويثبت في الاجارة والسلم، فيرجع إلى رأس المال مع بقائه، أو يضرب بقيمة المسلم فيه مع تلفه، أو برأس المال على إشكال؛ لتعذر الوصول إلى حقه فيتمكن من فسخ السلم.

---

قوله: (بتعذر الأعواض).

أي: بتعذرها في كلّ من هذه المذكورات.

قوله: (ويثبت في الاجارة والسلم).

لأن كلاً منها معاوضة محضة.

قوله: (فيرجع إلى رأس المال مع بقائه، أو يضرب بقيمة المسلم فيه مع تلفه، أو برأس المال على إشكال، لتعذر الوصول إلى حقه، فيتمكن من فسخ السلم).

بعد أن ذكر ثبوت الاختصاص في الاجارة والسلم، اقتصر على بيان حكم السلم، لأن حكم الاجارة سيجيء بيانه.

فإذا كان رأس مال السلم باقياً فسخ ورجع إليه، وإن تلف فهو مخير بين أمرين: الضرب بقيمة المسلم فيه، والضرب برأس ماله بأن يفسخ عقد السلم، لكن على إشكال في الثاني، ينشأ: من تعذر الوصول إلى حقه، فيتمكن من فسخ السلم، كذا ذكره المصنف.

وفي نظر، لأن ما ذكره صغرى قياس حذفت كبراه، وتقديرها: وكلّ من تعذر وصوله إلى حقه فسخ المعاوضة المتضمنة له، ومعلوم عدم صحتها كليّة. ومن أنه عقد لازم، والمسلم فيه موجود، وإنما تعذر لإعسار المسلم إليه.

إذا عرفت هذا، فاعلم أن في عبارة المصنف شيئاً:

أحدهما: أنه لم يقييد التلف بكونه قبل الحجر أو بعده، ويجب التفريق بينهما، فإنه إذا تلف الثمن قبل الحجر لم يبق للمسلم إلا المسلم فيه، وبعد الحجر يستحق الضرب ليس إلا.

## ولو أفلس مستأجر الدابة، أو الأرض قبل المدة فللمؤجر فسخ الاجارة تزيلاً للمنافع منزلة الأعيان،

وأما إذا كان التلف بعد الحجر، فان الفسخ قد ثبت حال الحجر بوجдан عين ماله، فلا يسقط بتلفها استصحاباً لما كان، وهذا هو الأصح الذي لامعارض له، والاحتجاج بكون عقد السلم في هذه الصورة لازماً مصادرة، لأن ذلك هو المتنازع.

الثاني: إن قوله: (او يضرب بقيمة المسلم فيه مع تلفه) فيه شيء، لأن الذي يستحق الضرب به هو جنس الحق، حتى أن أموال المفلس وأثمانها إذا لم تكن من جنس الحق صرفت إليه، إلا مع رضى الغرماء بالاعتياد عن الحق. ولعله أراد بالضرب بالقيمة هنا: الضرب باعتبارها، لأنه إنما يعلم مقدار المستحق للمسلم من مال المفلس، باعتبار قيمة المسلم فيه، فكأنه قد ضرب بها، فتجاوز في العبارة.

والعجب أن الشارح<sup>(١)</sup> تخيل أن الاشكال في ضربه بالقيمة مع التلف، نظراً إلى أن بعض الفقهاء يمنع من المعاوضة على مال السلم قبل قبضه، فإن كلام المصنف لا يستقيم إلا بتأويل، إما التجوز، أو الحمل على رضى المسلم بأخذ القيمة، ومع ذلك فهو لا يرى المنع من هذه المعاوضة، فكيف يستشكل صحتها؟ فا ذكره غير مستقيم.

قوله: (ولو أفلس مستأجر الدابة أو الأرض قبل المدة، فللمؤجر فسخ الاجارة، تزيلاً للمنافع منزلة الأعيان).  
الافلاس الطارئ على الاجارة، إما أن يكون على المؤجر، أو على المستأجر، وعلى التقديرتين، إما أن يكون مورد الاجارة الذمة، أو العين، فالصور أربع.

(١) اياض الفوائد ٧٢: ٢

وله الضرب، فيؤجر الحاكم الدابة أو الأرض ويدفع إلى الغرماء، ولو بذلوا له الأجرة لم يجب عليه الامضاء.

---

فإذا أفلس المستأجر والحال أنه لم يسلم عوض الاجارة، ولا مضى شيء من المدة المضروبة، فلا فرق بين أن تكون الاجارة واردة على العين كأرض ودابة معينتين، فللمؤجر في الحالين فسخ الاجارة، تزيلاً للمنافع منزلة الأعيان. فكما ثبت الفسخ في الأعيان المتعاوض عليها، يجب أن يثبت في المنافع، لأنها أموال، وللاشتراك في الضرر في كل من الموضعين، مع أن الاجارة معاوضة محضة لا يقصد بها إلا العوضين، وذكرهما ركن في العقد.

**قوله:** (وله الضرب، فيؤجر الحاكم الدابة أو الأرض، ويدفع إلى الغرماء).

أي: وللمؤجر إبقاء الاجارة، فيضرب بالأجرة مع الغرماء، فعلى هذا يؤجر الحاكم العين المستأجرة كما يبيع أموال المفلس، ويؤجر أعيان أمواله التي لا يمكن بيعها، وما حصل من الأجرة فهو بين الغرماء، هذا إذا كانت الاجارة على عين أو في الذمة وحصل التعيين، ولو لم يكن قد عين ولم يفسخ، طالبه الحاكم بالتعيين، ثم يؤجر العين حينئذ.

**قوله:** (ولوبذل له الأجرة لم يجب عليه الامضاء).

أي: بعد ثبوت استحقاق الفسخ، لأن الأصل عدم الوجوب، ولا فرق بين كون البذل من مال المفلس أو من الغرماء، ولا بين أن يكون البذل لمصلحة الغرماء وبغبطهم أو لمحض مصلحته، لما قلناه.

ويجيء على ما ذكره المصنف في بذل الغرماء الثمن لمصلحتهم من ماهم، وجوب القبول هنا، وهو ضعيف. وهذا كله إذا لم يغض من المدة شيء، فلو مضى منها بعض، فكما لو تلف بعض المبيع.

ولو حجر عليه وهو في بادية ففسخ المؤجر نقلت العين إلى مأمون بأجرة المثل مقدمة على حق الغرماء.

ولو كان قد زرع الأرض ترك زرعه بعد الفسخ بأجرة مقدمة على الغرماء، إذ فيه مصلحة الزرع الذي هو حق الغرماء. ولو أفلس المؤجر بعد تعيين الدابة فلا فسخ، بل يقدم المستأجر بالمنفعة كما يقدم المرتهن.

---

قوله: (ولو حجر عليه وهو في بادية، ففسخ المؤجر، نقلت العين إلى مأمون بأجرة المثل، مقدمة على حق الغرماء).

أي: لو حجر على المستأجر، وهو في مكان مخوف كالبادية، واجتمعت شرائط الفسخ، ففسخ المؤجر، وكانت الإجارة لنقل متاع، لم يكن للمؤجر طرح المتاع في البادية المهلكة، ولا في موضع غير محترز، بل يجب عليه نقله إلى مأمون بأجرة المثل لذلك النقل من ذلك المكان.

ويقدم بها على الغرماء، لأنها لصيانة المال وحفظه، ليصل إلى الغرماء، فهو من صالح الحجر، فإذا نقله سلمه إلى الحاكم مع إمكانه، وإلا جعله على يد عدل. ولو كانت الإجارة لركوب المفلس وحصل الفسخ، فالأقرب أنه ينقل إلى المأمون بأجرة مقدمة، دفعاً للضرر عن نفسه، على تقدير حصوله بدون ذلك.

قوله: (ولو كان قد زرع الأرض ترك زرعه بأجرة مقدمة على الغرماء، إذ فيه مصلحة الزرع الذي هو حق الغرماء).  
وكذا كلما كان من هذا القبيل.

قوله: (ولو أفلس المؤجر بعد تعيين الدابة فلا فسخ، بل يقدم المستأجر بالمنفعة كما يقدم المرتهن).

هذا أحد قسمي ما إذا كان المفلس هو المؤجر، وهو ما إذا كان الإفلاس بعد تعيين محل الإجارة، سواء كان التعيين في أصل العقد أو بعد وروده على الذمة.

وإنما لم يكن للمستأجر الفسخ هنا، لأنه يتقدم بالمنفعة في هذه الصورة،

ولو كانت الاجارة على الذمة فله الرجوع إلى الأجرة إن كانت باقية، أو الضرب بقيمة المنفعة.

الثاني: سبق المعاوضة على الحجر، فالأقرب عدم تعلقه بعين ماله لو باعها عليه بعد الحجر.

للتصريف اللازم المتقدم على الحجر كالمترهن، فلا ضرر عليه ولا دين له على المفلس، وتباع العين، وهي كذلك إن حصل راغب، فإن لم يحصل آخر يبعها إلى اتفصاء الاجارة، وهل يبقى الحجر مستمراً إلى انقضائها؟ فيه تردد.

قوله: (ولو كانت الاجارة على الذمة، فله الرجوع إلى الأجرة إن كانت باقية، أو الضرب بقيمة المنفعة).

أي: لو كانت الاجارة واردة على الذمة، ولما يحصل التعين، فللمستأجر الرجوع إلى الأجرة مع بقائها، لأنه غريم ظفر بعين ماله، ولو كانت تالفة ضرب بقيمة المنفعة، وهل له الفسخ والضرب بالأجرة؟ فيه الاشكال السابق في السلم.

قوله: (سبق المعاوضة على الحجر، فالأقرب عدم تعلقه بعين ماله لو باعها عليه بعد الحجر).

قد سبقت هذه المسألة في بحث منع التصرف، وذكر المصنف فيها احتمالات ثلاثة، أحدها ما قربه هنا، فهو رجوع عن التردد إلى الجزم.

ووجه القرب: سبق تعلق حق الغرماء بأعيان أموال المفلس حين الحجر، وانتفاء المقتضي للرجوع بالعين، خصوصاً وقد تعلق بها حق الغرماء.

والخبر لا يتناوله، لأن الحديث الوارد عن أبي الحسن عليه السلام، عن (١) رجل يركبه الدين، فيوجد متاع رجل عنده بعينه، قال: «لا يحاصره الغرماء» يقتضي وجдан متاع الرجل عقيب ركوب الدين بلا فصل، عملاً بدلاله الفاء، والتردد إنما يجيء في الجاهل بحال المفلس، أما العالم فلا شيء له جزماً، وعبارة المصنف هنا مطلقة، وكأنه اكتفى بما سبق.

(١) التهذيب ١٩٣: ٦، حديث ٤٢٠، الاستبصار ٨: ٣، حديث ١٩.

ولو فسخ المستأجر بالانهدام بعد القسمة احتمل مزاحمة الغرماء بالباقي؛ لاستناده إلى عقد سابق على الحجر، والمنع، لأنه دين حدث بعد القسمة.

ولو باع عيناً بأخرى وتقابضاً، ثم أفلس المشتري وتلف العين في يده، ثم وجد البائع بعينه عيباً فله قيمة ما باعه، ويضرب مع الغرماء.

ويحتمل التقديم؛ لأنه أدخل في مقابلتها عيناً في مال المفلس.

قوله: (ولو فسخ المستأجر بالانهدام بعد القسمة، احتمل مزاحمة الغرماء بالباقي لاستناده إلى عقد سابق على الحجر، والمنع لأنه دين حدث بعد القسمة).

بني المصنف في التذكرة الوجهين في هذه المسألة على أن وجود السبب كوجود المسبب أو لا، قال: فإن قلنا بالأول رجع عليهم بما يخصه، لوجود سبب الوجوب قبل الحجر، وإن قلنا بالثاني لم يرجع، لأن دينه تجدد بعد الحجر<sup>(١)</sup>. ولقائل أن يقول: وجود السبب وإن كان كوجود المسبب لا يستلزم ما ذكره، لأنه لا يجري مجرها من جميع الوجوه قطعاً، ومن بعضها لا يفيد، وخصوصاً هذا الوجه لا دليل عليه، والمنع قريب.

قوله: (ولو باع عيناً بأخرى وتقابضاً، ثم أفلس المشتري وتلفت العين في يده، ثم وجد البائع بعينه عيباً فرد ، فله قيمة ما باعه ويضرب مع الغرماء، ويحتمل التقديم لأنه أدخل في مقابلتها عيناً في مال المفلس).

أي: يحتمل التقديم بقيمة عينه كملأ.

يرد على الثاني إشكال، فإن إدخال عين مال المفلس في مقابلة شيء لا يقتضي التقادم بذلك الشيء، بل ولا الضرب به، كما سبق فيمن باع المفلس

وأما الموضع فله شرطان:

بقاءه في ملكه فلو تلف، أو باعه، أو رهنه، أو أعتقه، أو كاتبه  
ضارب بالثمن، سواء زادت القيمة على الثمن أولاً.  
ولو عاد إلى ملكه بلا عوض كاهبة والوصية احتمل الرجوع لأنّه  
وجد متاعه، وعدهم لتليق الملك من غيره،

---

بعد الحجر جاهلاً، ولا ريب أن كلّيّتها منوعة، بل هذا الاحتمال ساقط.  
وي ينبغي بناء هذه المسألة أيضاً على ما بنيت عليه الأولى، من أن وجود  
السبب كوجود المسبب، أولاً، فيجيء احتمال عدم مزاحمة الغرماء على الثاني،  
لأنّه دين حدث بعد الحجر، وبالجملة فالمسألة موضوع توقف، وإن كان الثاني  
لا يخلو من قرب.

**قوله:** (بقاءه في ملكه).

هذا يدل على أن ما ذكره سابقاً - في السلم من الضرب بالثمن بعد الفسخ  
على إشكال - إنما هو إذا كان تلف العين بعد الحجر لا قبله.

**قوله:** (ولو عاد إلى ملكه بلا عوض كاهبة والوصية، احتمل  
الرجوع لأنّه وجد متاعه، وعدهم لتليق الملك من غيره).

أي: وكل من وجد متاعه فهو أحق به في الوجه الأول، وجود حديث  
يدل على أن كل من وجد متاعه فهو أحق<sup>(١)</sup> به عزيز، وحديث فيوجد متاع رجل  
عنه<sup>(٢)</sup> يقتضي وجданه عقيب الحجر بلا فصل.

أما ما علل به الوجه الثاني من تليق الملك من غيره فلا أثر له بخصوصه،  
فإنه لم تثبت ما نعيته، والتوقف في هذه المسألة إلى أن ينقطع الطمع في وجدان  
حديث أو دليل يدل على الثبوت.

---

(١) سنن الدارقطني ٢٨:٣ حديث ١٠٣.

(٢) التهذيب ١٩٣:٦ حديث ٤٢٠، الاستبصار ٨:٣ حديث ١٩.

ومعه، فإن عاد بعوض كالشراء فإن وفي البائع الثاني الثمن فكالاول، وإلا احتمل عوده إلى الأول لسبق حقه، وإلى الثاني لقرب حقه وتساويهما، فتضرب كل بنصف الثمن.

---

قوله: (ومعه فإن عاد بعوض كالشراء، فإن وفي البائع الثاني الثمن فكالاول).

أي: ومع الرجوع، أي: مع القول بالرجوع في مسألة العود بغير عوض لوعاد بعوض كالشراء، فاما أن يكون قد وفى المشتري البائع الثمن ثم أفلس أو لا. فإن كان قد وفاه، فالحكم فيه كالحكم في الأول، يعني العود بغير عوض، فيجيء فيه على تقدير ثبوت الرجوع في العود وجهان: الرجوع وعدمه، مثل الوجهين السابقين.

وجه عدم الرجوع: أن العود لما كان بمعاوضة توجب سلطنة البائع الثاني، - إذ المعاوضة مناط الرجوع له - فلا يبقى للأول رجوع، لامتناع ثبوت حق الثاني مع بقاء حق الأول.

ووجه الرجوع: أن استحقاق البائع الثاني الرجوع، إنما هو مع عدم توفيه الثمن، فإذا وفاه الثمن لم يبق له ما يقتضي استحقاق الرجوع، فيزول المانع من حق الأول.

وإنما يفرغ هذان الاحتمالان على تقدير ثبوت الرجوع في المسألة الأولى لا مطلقاً، لأنه على تقدير عدم الرجوع ثمة فعدمه هنا بطريق أولى، وعلى تقدير ثبوته ثمة لا يلزم ثبوته هنا كما بیناه، والفتوى في هذه كالتالي قبلها.

قوله: (وإلا احتمل عوده إلى الأول لسبق حقه، وإلى الثاني لقرب حقه وتساويهما، فتضرب كل بنصف الثمن).

أي: وإن لم يوف البائع الثمن فيما إذا عاد بمعاوضة، ففيه احتمالات

ثلاثة:

أحدها: استحقاق الأول الرجوع، لأن حقه سابق، وفيه نظر، فإن

الثاني: عدم التغير، فإن طرأ عيب بفعله، أو من قبله تعالى فليس له إلا الرضى به، أو يضارب بالثمن إن كان العيب لا يفرد بالعقد.

السابق معاوضة لأحقية الرجوع، فإنه حين صدور المعاملة الثانية لم يكن للأول حق الرجوع، فكيف يكون حقه أسبق؟  
نعم يجيء ذلك على القول بأن وجود السبب كوجود المسبب، وفيه ما عرفت.

الثاني: كون حق الرجوع للثاني لقرب حقه، لأن المقتضي لاستحقاق الرجوع إنما هو في طرفه، كما بيناه.

الثالث: تساويهما في الرجوع، فيكون لكل واحد منها الرجوع بنصف العين ويضرب بنصف الثمن، لتكافؤ السببين.

وفيه نظر، لما بيناه من أن الأول لا أحقية له حال المعاوضة الثانية، وبعد الفلس يمتنع ثبوتها، لأن حق الثاني الناشئ عن المعاوضة الثانية مانع، وذلك لأن ثبوتها يستلزم ثبوت لوازمهما، وإلا لم تكن صحيحة، إذ لا يعني بغير الصحيح إلا ما لم يترتب أثره عليه، وهذا من جملتها، وحينئذ فيجب ارتفاع لوازن الأولى، لأن السبب الطارئ مزيل للوازمن السبب السابق، وإنما لم يكن صحيحاً.

ولهذا لو انتقلت العين قبل الإفلاس ثم لم يعد، لم يكن للأول الرجوع قولاً واحداً، عملاً بمقتضى السبب الطارئ، ولو اعتبرنا السبق الذي ذكره لوجب اعتباره هنا.

وما قررناه يظهر أن الاحتمال الثاني أقوى، وهذا كله متفرع على القول بثبوت الرجوع في المسألة الأولى، فلو منعناه ثم امتنع هنا بالنسبة إلى الأول وجهاً واحداً بطريق أولى.

قوله: (الثاني: عدم التغير، فلو طرأ عيب بفعله أو من قبله تعالى، فليس له إلا الرضى به، أو يضارب بالثمن إن كان العيب لا يفرد بالعقد،

ولا ينقطط عليه الثمن، وهو نقصان الصفة،

ولا ينقطط عليه الثمن وهو نقصان الصفة).

من شرطي المعرض - من جملة شروط الرجوع - عدم تغير العين، فلو تغيرت، فإنما بالنقصان، أو بالزيادة، فإن كان بالنقصان بظهور عيب، فاما من قبل المشتري، أو من قبل البائع، أو من قبل أجنبي، أو من قبله تعالى وتقديره بأفة سماوية.

فإن كان بأفة سماوية فلا يخلو، إما أن يكون العيب -أعني: التالف منه، فكأنه إسم للمصدر أو استعمال مجازي - بحيث يمكن إفراده بالعقد. أي: بحيث يباع مستقلاً وينقطط عليه الثمن - أو لا.

فال الأول مثل عبد من عبدين، والثاني مثل يد العبد وحرفته، فإن اليد لا تفرد بالعقد ولا ينقطط عليها الثمن، فإن الثمن في مقابل العبد مثلاً، وبقواته يده لا يخرج عن كونه العبد المخصوص، وفيه ما فيه.

فإن كان الثاني لم يكن للبائع إلا الرضى به على تلك الحال، أو الضرب بالثمن مع الغرماء عند المصنف والشيخ<sup>(١)</sup> وأكثر الأصحاب<sup>(٢)</sup>، لأن البائع لاحق له في العين إلا بالفسخ المتجدد بعد العيب، وإنما حقه قبل الفسخ في الثمن، فلم تكن العين مضمونة، فلم يكن له الرجوع بأرش.

وأطلق ابن الجنيد<sup>(٣)</sup> القول باستحقاق أرش النقصان، وقواه المصنف في المختلف<sup>(٤)</sup>، وهو قوي متين، لأنه لما فسخ المعاوضة وجب أن يرد إلى كل واحد منها ماله، فإن كان باقياً رجع به، وإن كان تالفاً رجع بدلته كائناً ما كان، والفرق بين الكل والأبعاض ضعيف.

(١) المبسط: ٢٥٢.

(٢) منهم: المحقق في الشرائع: ٩١: ٢، والشهيد في اللمعة: ١٣٥.

(٣) المختلف: ٤٢٧.

(٤) المختلف: ٤٢٧.

وقولهم : إن البائع لم يكن له حق في العين إلا بعد الفسخ مسلّم ، لكن إذا فسخ وجب أن يعود إليه جميع ما جرى عليه العقد، عملاً بمقتضى إبطال المعاوضة.

وقولهم : إن العين في يد المشتري لم تكن مضمونة للبائع مسلّم ، لكنها مضمونة عليه في الجملة ، على معنى أنها لو تلفت أو شيء منها كان التلف من ماله ، لأن المقبوض بعقود المعاوضة كله مضمون بهذا المعنى ، فإذا ارتفع عقد المعاوضة وجب أن يرجع كل من العوضين إلى مالكه .

على أن هذا الدليل منقوص بالبعض الذي له قسط من الثن ، وبجناية الأجنبي ، فإن مقتضى الدليل عدم ضمانه ، وهم لا يقولون به ، على أن القول بأن يد العبد مثلاً لا قسط لها من الثن من الأمور المستحبنة .

فإن من المعلوم البديهي أنه لولا وجود اليد ، لم يبذل المشتري جميع الثن المخصوص في مقابلة العبد .

وإن كان التعيب بفعل المشتري - وهو المبادر من العبارة إرادته ، إذ السابق إلى الفهم أن الضمير في قوله : (بفعله) يعود إلى المشتري - فأصبح الوجهين عندهم أنه كالآفة السماوية ، لما سبق من التعليل ، ويحتمل كونه بجناية الأجنبي ، لأن إتلاف المشتري نقص واستيفاء ، فكأنه صرف جزأً من المبيع إلى غرضه ، كذا ذكر في التذكرة<sup>(١)</sup> ، وابن الجنيد<sup>(٢)</sup> على أصله من ثبوت الضمان هنا أيضاً ، بل يكون بطريق أولى .

وإن كان التعيب بفعل البائع فهو كال الأجنبية لمحالة ، لأنه جنى على ما ليس بملك له ولا في ضمانه ، وهذا لم يذكره المصنف ، ويمكن ادعاء اندراجه في قوله : ( وإن كان بجناية أجنبى ...).

(١) التذكرة ٦٤: ٢.

(٢) المختلف : ٤٢٧.

وإن كان بجناية أجنبى أخذه البائع وضرب بجزء من الثمن على نسبة نقصان القيمة، لا بأرش الجناية، إذ قد يكون كل الثمن، كما لو اشتري عبداً بمائة يساوي مائتين فقطعت يده فأخذ العبد والثمن، وهو باطل.

---

قوله: (وإن كان بجناية أجنبى أخذه البائع، وضرب بجزء من الثمن على نسبة نقصان القيمة، لا بأرش الجناية، إذ قد يكون كل الثمن، كما لو اشتري عبداً بمائة يساوي مائتين، فقطعت يده، فأخذ العبد والثمن، وهو باطل.).

هذا هو القسم الأخير وهو الرابع، وهو ثالث ما ذكره في العبارة، وهو أن يكون التعيب بجناية أجنبى، فإن الأجنبى يثبت عليه الأرش للمفلس، وهو ظاهر، فيثبت للبائع بعد الفسخ عوض الجناية على المفلس، فيضارب الغراماء به، لأن المشتري أخذ بدلاً للنقصان وكان مستحقاً للبائع، فلا يجوز تضييعه عليه.

بخلاف التعيب بالأفة السماوية، حيث لم يكن لها عوض، كذا علل في التذكرة<sup>(١)</sup>، وفيه نظر، فإن المشتري استحق أخذ بدل النقصان في وقت لم تكن العين مضمونة عليه، ولم يستحقها البائع إلاّ بعد الفسخ، ولم تكن حينئذ إلا معيية، فلم يكن له إلا الرضى بها إزاماً لهم بما ذكروه من التعليل سابقاً.

والتعليق الصحيح: أن الفسخ لالمعاوضة يوجب رجوع كل من المعاوضين إلى ماله، فيجب ردّه عليه كملأ، لأنّه إنما قبضه في مقابلة العوض الآخر، وقد فات بالفسخ، فإن فسخ المعاوضة يقتضي الفسخ في المجموع، لا في بعض دون بعض.

إذا عرفت ذلك، فبناء على قولهم: يرجع البائع على المفلس في الصورة المذكورة بجزء من الثمن، نسبته إليه كنسبة نقصان القيمة إليها، ولا يرجع بأرش الجناية كائناً ما كان، لإمكانه بقدر الثمن فيما لو كان العبد يساوي مائتين،

---

وقد اشتراه بعائة وجنى عليه بقطع يده، فان ارشها نصف القيمة وهو مائة. وربما كان نقصان القيمة السوقية كذلك، فلو استحق البائع الرجوع بالأرش لرجع بالعبد وبعائة، فيجتمع له الثمن والثمن، وهو معلوم البطلان.

وحكم المصنف في مختلف عن ابن الجنيد: أخذ العبد العيب بقيمه ورجوعه بقسط التالف من القيمة، وقواه<sup>(١)</sup>، وهو الموفق للأصول، فان الفسخ يوجب العود إلى عين المال، فا فات منها يجب الرجوع إلى قيمته في القيميّ.

وما ذكروه من لزوم الجمع بين الثمن والثمن من نوع، لأنه بعد الفسخ يأخذ بدل الجزء الفائت من العين، لا على أنه ثمن وإن كان بقدر الثمن، والممتنع إنما هو أخذ واحد العين كلها، وعواضها الذي هو محسوب ثمناً لها، وهذا هو المختار.

إذا ثبت هذا، فهل الرجوع بنقص القيمة السوقية، باعتبار العيب، المخصوص، أو بأرش الجنائية المقدر شرعاً من القيمة، حيث يكون لها مقدر؟ ظاهره عبارته في قوله: (والا في نقصان القيمة) الأول، وهو صريح كلامه في التذكرة<sup>(٢)</sup>، لأن التقدير إنما هو في الجنائيات، وأما الأعوااض فيقتصر بعضها على بعض باعتبار القيمة، وهذا لا يستحق المشتري على البائع في أرش العبد المبيع، إلا نقصان القيمة السوقية فقط، وهو متوجه بين.

واعلم: أن قول المصنف: (لابأرش الجنائية...) فيه قصور عن بيان مدعاه، لأن المدعى رجوعه بنسبة النقصان من الثمن، لا بنفس نقصان القيمة السوقية، ولا بأرش الجنائية، فكان عليه أن يقول: رجع بنسبة نقصان القيمة من الثمن، لا بنفس النقصان، ولا بقدر الجنائية، للزوم المحذور إلى آخره. فان المحذور لازم على التقديرتين، فإنه ربما كان نقصان القيمة السوقية أيضاً مستوياً للثمن، كمقدار الجنائية، فيجيء المحذور عنده.

(١) المختلف: ٤٢٧.

(٢) التذكرة: ٢: ٦٤.

هذا إن نقص الثمن عن القيمة، وإلا فبنقصان القيمة.  
ولو كان للتالف قسط من الثمن، كعبد من عبدين، فللباقي أخذ  
الباقي بحصته من الثمن، والضرب بثمن التالف.

---

قوله: (هذا إن نقص الثمن عن القيمة، وإلا فبنقصان القيمة).  
أي: هذا الحكم الذي ذكرناه - وهو: الرجوع بجزء من الثمن، نسبته إليه  
كنسبة نقصان القيمة إليها - إنما هو حيث يكون الثمن ناقصاً عن القيمة، حذراً من  
لزوم ما زعموا أنه لازم وباطل، وإن لم يكن الثمن أنقص من القيمة، سواء كان  
مساوياً أو أزيد، فالرجوع بنقصان القيمة، إذ هو عوض الفائت من العين، والمحذور  
المذكور منتف.

ولقائل أن يقول: إن كان الفسخ موجباً لقيمة الفائت من العين وجب  
اعتبار القيمة مطلقاً، أو لحصة من الثمن وجب أيضاً اعتباره مطلقاً، ولا وجه  
للمفاؤة بين الأقسام في الحكم أصلاً، والمحذور الذي ذكره ليس بشيء.  
قوله: (ولو كان للتالف قسط من الثمن كعبد من عبدين، فللباقي  
أخذ الباقي بحصته من الثمن، والضرب بثمن التالف).

إذا كان للتالف من المبيع في يد المفلس قسط من الثمن، حيث أنه يمكن  
إفراده بالبيع، فلا يكون اندراجها في المبيع بطريق التبعية، كما في اليدين التي لا تتابع  
إلا تبعاً للعبد، وليس لها قسط من الثمن على ما ذكروه، وذلك كعبد من عبدين،  
فإن للباقي الفسخ في الباقي، وأخذه بحسب حصته من الثمن ويقسط، ويضرب  
بحصة التالف من الثمن، هذا كلام المصنف، وفيه نظر من وجوه:

أ: إن أخذ الباقي بحصته من الثمن، إن كان على طريق المعاوضة، توقف  
على رضى المستحقين وصدور العقد على الوجه المعتبر شرعاً، ولا ي قوله أحد، وإن  
كان على جهة الفسخ، فلا معنى لأخذه بحصته من الثمن، بل يفسخ ويأخذه.  
ب: إن الفسخ فيه وحده يقتضي بعض الصفقة، وذلك غير جائز.  
ج: انه أطلق الضرب بحصته من الثمن، وذلك لا يستقيم على أصله، بل

يجب أن يقيده بما إذا كانت القيمة أزيد من الثمن هرباً من المذور السابق، فان ساوت أو نقصت فيجب عنده الضرب بنقصانها كما سبق.

والذي يقتضيه النظر أنه يفسخ المعاوضة مطلقاً أو يترك مطلقاً، حذراً من لزوم تبعيض الصفقة، أو يقال: ينظر حيث يكون على المفلس ضرر يفسخ في الموجود، فأخذته وتسقط حصته من الثمن ويبقى البيع في الآخر بحاله، فيضرب بحصته من الثمن، وذلك حيث تكون القيمة أزيد من الثمن.

أما إذا كانت أقصى أو مساوية، فإنه يأخذ حصته من القيمة ولا يمتنع ذلك، لكن العبدين بمنزلة مباعين، نظراً إلى أن لكل منها قسطاً من الثمن، وإن كان في الثاني مناقشة، لأن المنع من تبعيض الصفقة لحق كل منها.

وإطلاق كلام ابن الجنيد<sup>(١)</sup> يقتضي الفسخ في الجميع وأخذباقي بقيمتة ويضرب بقيمة التالف، وقواه المصنف في مختلف<sup>(٢)</sup>، وقوته بيته.

وعلى كل حال، فقول المصنف: (أخذ الباقي بحصته من الثمن) لا يستقيم على ظاهره.

واعلم: أنه لا فرق بين كون التلف والتغيب في هذه الصورة قبل الحجر أو بعده، لأن الفسخ يوجب الرجوع إلى جموع العين كما قلناه.

نعم قد يقال: ينبغي أن يكون ما ذكره المصنف والجماعة مخصوصاً بما إذا كان التلف قبل الحجر، أما بعده فيجب أن يجعلوه كتلف بعض المبيع في زمان الخيار.

واعلم: أن الاعتبار بالقيمة حيث يعتبر حين التلف، لأنه وقت الانتقال إلى البدل.

ولو قبض نصف الثمن، وتساوي العبدان قيمة، وتلف أحدهما احتمل: جعل المقبوض في مقابلة التالف فيضرب بالباقي أو يأخذ العبد الباقي، وعدم الرجوع أصلًاً بل يضرب بالباقي خاصة، لا التقسيط للتضرر بالشركة.

---

قوله: (ولو قبض نصف الثمن وتساوي العبدان قيمة وتلف أحدهما، احتمل جعل المقبوض في مقابلة التالف، فيضرب بالباقي أو يأخذ العبد الباقي، وعدم الرجوع أصلًاً، بل يضرب بالباقي خاصة لا التقسيط، للتضرر بالشركة).

### الأقوال ثلاثة :

الأول: جعل المقبوض في مقابلة التالف، ويتخير في الضرب بالباقي مع الغرماء، وفيأخذ العبد الباقي، وهو قول ابن الجنيد<sup>(١)</sup>، لأن له الرجوع في كل العين مع بقاء الحق كله، فليكن له الرجوع في الباقي منها إذا ساوت ما باقى من الحق، ولأن الباقي يتناوله عموم الخبر، فيثبت الرجوع فيه.

وإنما يتحقق استحقاق الرجوع إذا لم يكن قد قبض من ثمن العين شيئاً، فليجعل المقبوض في مقابل التالف، وكل ذلك ضعيف، لأن فيه مع بعض الصفقة مقابلة المقبوض بالتالف.

ولا مقتضي له، فإن جملة الثمن في مقابل جملة المبيع، ولا أولوية لكون المقبوض في مقابل التالف على كونه في مقابل الباقي، فيتعين التوزيع، وحينئذ فلا يكون الباقي عين مال لم يقبض عوضها.

الثاني: أن يرجع بنصف الموجود ويضرب بربع الثمن مع الغرماء إن شاء، أو يضرب بما باقي من الثمن، وهو قول ابن البراج<sup>(٢)</sup> عملاً بالتقسيط، لأنه باعتباره يكون نصف الباقي عين ماله التي لم يقبض عوضها، فيثبت له الرجوع فيها.

---

(١) نقله عنه العلامة في المختلف: ٤٢٧، وفخر المحققين في ايضاح الفوائد ٢: ٧٥.

(٢) نقله عنه العلامة في المختلف: ٤٢٧.

ولو تغير بالزيادة المتصلة كالسمن، والنحو، وتعلم الصنعة فللباائع الرجوع مجاناً. وبالمنفصلة كالولد والثرة يرجع في الأصل خاصة بجميع الثمن.

ويضعف بأن فيه مع الفسخ في البعض المقتضي لتبسيط الصفة لزوم ضرر الشركة، وكلها محذور.

الثالث: عدم الرجوع أصلاً، لانتفاء المقتضي، ومنع تناول الخبر لهذا الفرد، ولقول النبي صلى الله عليه وآله: « وإن كان قد قبض من ثمنه شيئاً فهو أسوة الغرماء »<sup>(١)</sup> والضمير يعود إلى المتع المبيع، فيقتضي تعلق الحكم بجميعه، على أننا قد بينا لزوم التقسيط.

واعلم: أن الأصحاب إنما فرضوا تساوي العدين قيمة، ليكون ما باقي من الثمن منطبقاً على الباقي، وهذا متتحقق لو بقي ثلث الثمن، وكان الباقي قيمة ثلث قيمة المجموع، وعلى هذا.

قوله: (ولو تغير بالزيادة المتصلة كالسمن والنحو وتعلم الصنعة، فللباائع الرجوع مجاناً).

أي: يأخذ العين مع الزيادة، ولا يجب عليه لأجلها عوض، وهذا قول الشيخ<sup>(٢)</sup> وجماعة، لأن هذه الزيادة محض صفة، وليس من فعل المفلس فتعد مالاً له.

وقال ابن الجنيد<sup>(٣)</sup>، واختاره المصنف في التذكرة<sup>(٤)</sup> والختلف<sup>(٥)</sup>: إن الزيادة للمفلس، لأنها نماء في ملكه، وليس كونها ملكاً له مشروطاً بكونها من

(١) سنن ابن ماجة ٢: ٧٩٠ حديث ٢٣٥٩ وفيه: .. فهو أسوة للغرماء.

(٢) قاله في المبسوط ٢: ٢٥٢.

(٣) نقله عنه في الختلف: ٤٢٧.

(٤) التذكرة ٢: ٦٥.

(٥) الختلف: ٤٢٧.

ولو صار الحب زرعاً، والبيضة فرخاً لم يرجع في العين.  
ولو حابت بعد البيع، أو حملت النخلة بعده لم يكن له الرجوع في  
الثمرة وإن لم تؤير، ولا في الولد وإن كان جنيناً،

---

فعله، ولأن الرجوع في العين على خلاف الأصل، فيقتصر فيه على ما إذا لم يلزم  
فوات مال المفلس، وهذا هو الأصح، فيجب إذا رجع في العين أن يكون شريكاً  
للمفلس بقدر الزيادة.

فان قيل: ما الفرق بين الزيادة هنا، وبينها في موضع الخيار، إذ يرجع بعد  
الفسخ في مجموع العين؟

قلنا: استحقاق الرجوع ثابت هناك في كل وقت بأصل العقد، بخلافه  
هنا، فان الاستحقاق طارئ بالحجر.

قوله: (ولو صار الحب زرعاً والبيضة فرخاً لم يرجع في العين).  
لأن هذا مال آخر وعين أخرى حيث صارت الحقيقة غير الحقيقة.

فان قيل: فلم يستحق الرجوع في الغصب؟

قلنا: لأن التغير هناك كان في ملك المغصوب منه، بخلاف ما هنا، لأن  
التغير في ملك المفلس.

قوله: (ولو حابت بعد البيع أو حملت النخلة بعده لم يكن له  
الرجوع في الثمرة وإن لم تؤير، ولا في الولد وإن كان جنيناً).

أي: لو كان المبيع جارية فحابت بعد البيع لاقبله، لأن الحمل حينئذ  
يكون جزءاً من المبيع فيستحق الرجوع به، أو كان نخلة فأثرمت بعده أيضاً لاقبله  
بمثل ما قلناه، لم يكن للغرم الرجوع في الثمرة وإن لم تؤير، بخلاف البيع حيث أنها  
للمشتري إذا لم تكن مؤيرة وقت العقد، لأن ذلك ثبت بالنص على خلاف  
الأصل فلا يتعدى.

وهذا هو سر تخصيص الحكم بالنخلة بالذكر، وإلا فسائل الأشجار المشمرة  
كذلك، لكن لما لم يكن فيها اختلاف بين البيع وغيره لم يتعرض إليها، فإنها متى

وعلى البائع إبقاءها إلى الجداد، وكذا إبقاء زرعه من غير أجرة لوفسخ بيع الأرض وقد شغلها.

أما لو آجر أرضاً فزرع المستأجر وأفلس ففسخ المؤجر ترك الزرع إلى الحصاد بأجرة المثل؛ لأن مورد المعاوضة هناك الرقبة وقد أخذها، وهذا المنفعة ولم يتمكن من استيفائها.

ووجدت الثمرة فهي ملك لمن حدثت في ملكه. وكذا القول في الولد لا يكون للغريم فيه حق، مثل ما قلناه، ولا فرق في ذلك بين انفصاله، وكونه جنينا وقت الرجوع، وقول الشيخ في البيع: إن الحمل جزء من الأم<sup>(١)</sup> ضعيف.

**فرع:** يجب في الرجوع بالأمة إذا تجدد ولدها مراعاة عدم التفريق بينها وبين الولد، على ما سبق في البيع<sup>(٢)</sup>.

**قوله:** (وعلى البائع إبقاءها إلى الجداد، وكذا إبقاء زرعه من غير أجرة لوفسخ بيع الأرض وقد شغلها، أما لو آجر أرضاً فزرع المستأجر وأفلس، ففسخ المؤجر، ترك الزرع إلى الحصاد بأجرة المثل، لأن مورد المعاوضة هناك الرقبة وقد أخذها، وهذا المنفعة ولم يتمكن من استيفائها).

الجداد بفتح أوله وكسره والمهملتين: الصرام، والمراد ثمرة النخلة، وكذا كل ثمرة يجب إبقاءها إلى أوان أخذها بغير أجرة، وإبقاء الحمل إلى أوان الوضع أمر معلوم.

وكذا إبقاء الزرع فيما لو كان المبيع أرضاً وفسخ البائع بعد شغل المفلس إياها بالزرع، فإنه في هذه الموضع كلها يجب الإبقاء إلى زمان الأخذ عرفاً بغير أجرة، وذلك لأنه دخل بالبيع على أن المنافع له، فلما زرع كان زرعه لملكه، وقد

(١) المبسوط ٢: ١٥٦.

(٢) هذا الفرع ورد في «م» قبل قوله: (ولوصار الحب زرعاً..) وأثبتناه هنا كما في «ق»، وهو الأنسب.

ولو أفلس بعد الغرس أو البناء فليس للبائع الإزالة، ولا مع الأرش على رأي،

استحق زرعه مجاناً واستوفى منفعة الأرض بذلك، فلا أجراة عليه إلى زمان الأخذ.  
بخلاف ما لو أفلس المستأجر للأرض بعد زرعه إليها، فإن المؤجر إذا فسخ يجب عليه الابقاء بأجراة المثل إلى زمان الحصاد.

أما وجوب الابقاء فلأنه زرع محترم، وأما كونه بأجراة المثل فلأن مورد المعاوضة هناك - أي: في مسألة شراء الأرض - الرقبة فإذا فسخ البائع أخذ الرقبة، فترتبط على الفسخ عود المبيع إلى ملك البائع، ولا يلزم عود المنفعة التي استحقها المفلس بالزرع.

وهنا - أي في مسألة إجارة الأرض - مورد العقد هو المنفعة، فإذا فسخ المؤجر ووجب عليه الابقاء لم يكن من استيفائها، فليستحق عوضها، وإلا لم يكن للفسخ فائدة، ولأن المنفعة بعد العقد لم يستحقها المفلس مجاناً، فكيف يستحقها بعد الفسخ بغير عوض؟ وما قورنناه يظهر دليل وجوب إبقاء الثمرة مجاناً.  
قوله: (ولو أفلس بعد الغرس أو البناء، فليس للبائع الإزالة ولا مع الأرش على رأي).

هذا اختيار الحق نجم الدين بن سعيد<sup>(١)</sup>، ووجهه أن هذا من جملة المنافع التي استحقها المشتري، وقد استوفاها بحق، وغرسه وبناوته صدر بحق، فلا تجوز إزالتها بدون الأرش ولا معه.

وقال الشيخ في المبسوط: إن له الإزالة مع الأرش<sup>(٢)</sup>، وقد يستدل عليه بظاهر الخبر، فإن المتادر من الرجوع إلى العين واستحقاقها الرجوع إليها بمنافعها، لأن العين التي قد استوفيت منافعها بمنزلة المعدومة.

(١) شرائع الإسلام ٩٢: ٢

(٢) المبسوط ٢: ٢٦٠ - ٢٥٩

بل يباعان فللباائع مقابل الأرض.

ولو امتنع بيعت الغروس والأبنية منفردة.

والفرق بين الغرس والبناء وبين الزرع والثمرة، أن لها أمداً قريباً ينتظر، فلا تعدد العين معه كالالتالفة بخلاف الغرس والبناء، ولما في ذلك من الضرر العظيم، وهو استحقاق منفعة الغير دائمًا، ومثله ما لو أجر العين مدة طويلة جداً ثم أفلس، وبالجملة فللتوقف في المسألة مجال.

ولا يخفى أنه ليس للبائع تملكها بالقيمة، وعلى القول بالإزالة مع الأرش فطريق تقديره، أن يقوم الغرس قائماً ومقلوعاً، فأرشه هو التفاوت لاقائماً بالأجرة، لأنها لا تجحب.

**قوله:** (بل يباعان، فللباائع مقابل الأرض).

أي: بناء على القول بعدم استحقاق البائع بعد الفسخ الإزالة ولا مع الأرش، الطريق في وصول الحق إلى مستحقة: أن تباع الأرض مع ما فيها من الغرس أو البناء، فللباائع ما يقابل الأرض.

وطريق معرفته: أن تقوم الأرض وما فيها معاً، ثم تقوم الأرض مشغولة بالبناء أو الغرس مع استحقاق الإبقاء مجاناً، وتنسب قيمتها إلى مجموع القيمتين، فما قابلها من الثمن بعد التقسيط هو مقابل الأرض، وما بقي لصاحب البناء أو الغرس.

**قوله:** (ولو امتنع بيعت الغرös والأبنية منفردة).

أي: لو امتنع البائع من بيع الأرض -فإن بيع ملكه عليه غير لازم- بيعت الغرس والأبنية منفردة -أي: وحدها- بدون الأرض التي عادت إلى البائع بالفسخ، حيث أنها مال المفلس، ولا بد من بيع أمواله لحقوق الغراماء، وإنما تباع على حالتها التي هي عليها من كونها في أرض الغير مستحقة للابقاء مجاناً، على ما اختاره المصنف.

ولو أفلس بثمن الغرس فلصاحب قلعه مع عدم الزيادة، وعليه تسوية الحفر.

ولو أفلس بثمن الغرس وثمن الأرض فلكل منها قلع الغرس اذا لم يزد، لكن لو قلع صاحب الأرض لم يكن عليه أرش؛ لأن صاحب الغرس دفعه مقلوعاً. وإن قلع صاحب الغرس ضمن طم الحفر؛ لأنه لتخليص ماله.

ويشكل على هذا: أنه يلزم<sup>(١)</sup> من بيع الغرس والأبنية منفردة نقصان في القيمة، ويرده أن استحقاقه إنما هو كذلك فلا يثبت غيره.  
قوله: (ولو أفلس بثمن الغرس، فلصاحب قلعه مع عدم الزيادة وعليه تسوية الحفر).

أي: لو اشتري غرساً وأفلس بثمنه، بأن قصر ماله عن الثمن مع ديون أخرى أو بدونها وحجر عليه، فلصاحب الغرس الرجوع به وله قلعه، لأن له تخليص ماله من ملك الغير، لكن يجب عليه تسوية الحفر التي احتفراها للقلع، لأن ذلك لصلاحته وتخليص ماله.

ويفهم من قوله: (مع عدم الزيادة) أنه لو زاد لم يكن له القلع، وهو مناف لما سبق في كلامه من كون الزيادة بالنحو للبائع إذا رجع، أما على ما قلناه من أن الزيادة للمفلس، فعها له الرجوع وليس له القلع، لأنه شريك.

قوله: (ولو أفلس بثمن الغرس وثمن الأرض، فلكل منها قلع الغرس إذا لم يزد، لكن لو قلع صاحب الأرض لم يكن عليه ارش، لأن صاحب الغرس دفعه مقلوعاً، وإن قلع صاحب الغرس ضمن طم الحفر، لأنه لتخليص ماله).

أي: إذا اشتري من رجل أرضاً فارغة، واشترى من آخر غرساً وغرسه في

(١) في «م» و «ق»: لويلزم، وما ثبتناه من الحجري، وهو الصحيح.

تلك الأرض، ثم أفلس بثمن كل من الأرض والغرس، حيث أنها دين عليه، فلكل من صاحب الأرض وصاحب الغرس الفسخ والرجوع إلى ما له، ولكل منها تخليص ما له من مال الآخر، لأن صاحب الغرس لم يكن يستحق منفعة الأرض، وإنما استحقها المفلس بالشراء، وقد زال هذا الاستحقاق بفسخ كل منها، فإن الغرس بعد الفسخ ليس للمفلس ليقي استحقاق المنفعة له في الأرض بعد فسخ بائتها.

فينظر حينئذ إن أراد القلع صاحب الأرض كان له ذلك، فإذا قلع بنفسه لم يكن عليه أرش، لأن صاحب الغرس إنما دفعه مقلوعاً، فالفسخ يستحقه كما كان، وإن أراد القلع صاحب الغرس كان له ذلك.

فإذا قلع بنفسه ضمن طم الحفر لصاحب الأرض، لأن ذلك إحداث في ملك الغير لتخليص ما له ومصلحته بسبب فعل غير مضمون، إذا لم يكن الغرس في الأرض عدواناً.

ويفهم من قول المصنف: (إذا لم يزد) أن الغرس لو زاد لم يكن له القلع، وهو صحيح على ما قلناه من أن الزيادة للمفلس، أما على قول المصنف فيشكل.

### فرعان:

أ: هل لكل منها مطالبة الآخر بتخلص ما له من مال الآخر؟ الظاهر لا، لأن الغرس لم يقع من واحد منها بغير حق، وإنما ذلك فعل المفلس حين كان مالكاً للعين والانتفاع، نعم لكل واحد تولي ذلك وإن لم ياذن الحاكم، ولو استأذنه كان أولى.

ب: لو كان الغرس حين بيع الأرض صالحًا للاستنبات، وحين الفسخ خرج عن تلك الصلاحية أو نقصت، هل يستحق صاحبه على صاحب الأرض الأرش لو قلعه صاحب الأرض؟

مقتضى تعلييل المصنف في المسألة السابقة - بكون صاحب الغرس دفعه

ولصاحب الزيت الرجوع وإن خلطه بمثله، أو أرداً لا بأجود.  
ويحتمل الرجوع، فيباعان ويرجع بنسبة عينه من القيمة، فلو كان  
قيمة العين درهماً والممزوج بها درهرين بيعتا وأخذ ثلث المثلث.

---

مقلوعاً - الاستحقاق، لأن دفعه مقلوعاً على حالة مخصوصة، وبالقلع الآن تزول  
تلك الحالة.

ويحتمل أن لا يكون له شيء، لأن منفعة الأرض بعد الفسخ لبائعها، لأن  
الغرس حينئذ ليس للمفلس فيستحق إيقاعه، لأن الفرض فسخ صاحب الأرض  
أيضاً.

قوله: (ولصاحب الزيت الرجوع وإن خلطه بمثله أو أرداً  
لا بالأجود، ويحتمل الرجوع، فيباعان ويرجع بنسبة عينه من القيمة،  
 ولو كانت قيمة العين درهماً والممزوج بها درهرين بيعتا وأخذ ثلث المثلث).  
اعلم: أن الأول الذي أفتى به المصنف هو مختار الشیخ<sup>(١)</sup> وجماعة، لأن  
الخلط بمثله لا يزيد به على الشركة، فيرجع بالعين ويفرزها بالقسمة، وكذا لو خلطت  
بالأرداً، لأنه قد رضي بدون مثل حقه، فاما إذا خلطت بالأجود فهي كالثالثة،  
فلا يكون له حق في العين. وهذا ضعيف جداً، فإن الخلط بالأجود لا يصير العين  
تالفة.

والاحتمال هو مختار ابن الجنيد<sup>(٢)</sup>، وإليه ذهب المصنف في المختلف<sup>(٣)</sup>،  
كذا حمل المصنف عبارة ابن الجنيد، فإن ظاهرها فيه احتمال، وهذه عبارته بعد  
سوق المسألة: كان للبائع ثمن متاعه مبتدأً به على الغرماء. وهو محتمل لثمن  
الأصل والقيمة.

---

(١) المبسط ٢ : ٢٦٢-٢٦٣.

(٢) المختلف : ٤٢٧.

(٣) المصدر السابق.

لكن يبطل الأول أن استحقاق الثمن كله لا وجه له، لامتناعه مع الفسخ،  
وعدم استحقاق الجميع مع عدمه، لأنه حينئذ أسوة الغراماء.  
فإن قيل: هل يجاب البائع لو طلب القسمة بعد الرجوع، والخلوط به المثل  
أو الأردا؟

قلت: يحتمل أن لا يجاب، لأن الخلط لم يكن على طريق الاشتراك ، وإنما  
وقع ذلك من المفلس حين كان مالكاً لكل من الخلوطين، فلو أجبناه إلى القسمة  
لزم تملكه بعض مال المفلس، لامتناع فصل ملكه، وهو باطل.  
ولأن القائلين باستحقاق القيمة بالبيع بعد الرجوع لم يفصلوا، فظاهرهم  
إطلاق الحكم في الحالات كلها، وفي التحرير أثبتت له المطالبة بالبيع في الخلط  
بالمثل والأردا<sup>(١)</sup>.

والحاصل أن قول الشيخ بسقوط الحق من الرجوع بالخلط بالأجود لأن  
العين كالتألفة ضعيف، لأن العين موجودة قطعاً، غاية ما هناك أنه تعذر تميزها،  
لكن لم يتعدر الرجوع إلى قيمتها بأن تباع، فكيف يسقط ذلك ، وينحصر الأمر في  
الضرب بالثمن مع الغراماء؟

ونقل الشيخ قولهً، أنه يدفع إليه من عين الزيت بنسبة ما يخصه من  
القيمة، فإذا خلطت جرته بجرة والقيمة ضعف، أعطي ثلثي جرة، ثم غلطه<sup>(٢)</sup>،  
والأصح هو الثاني، فحينئذ إذا كانت قيمة عين مال البائع درهماً والمزوج بها  
درهرين، بيعتا وأخذ ثلث الثمن.

وينبغي أن يقال: لو امتنع من البيع بيع حق المفلس وحده وإن لزم فيه  
نقصان عما لو بيعا جميعاً، لأن الخلط بفعله، ويلوح من كلام القائلين باستحقاق  
الخصة من القيمة أنه لابد من البيع، وكل محتمل.

(١) تحرير الأحكام ٢١٤:١، وقد أثبتت له المطالبة بالبيع في الخلط بالأردا فقط دون المثل، فتأمل.

(٢) المبسوط ٢٦٣:٢.

ولو كانت الزيادة صفة محضة كطحن الخنطة، وخبز الطحين، وقصارة الثوب، ورياضة الدابة، وما يستأجر على تحصيله سلمت إلى البائع مجاناً؛ لأنها كالمتعلقة من السمن وغيره. ويحتمل الشركة، لأنها زيادة حصلت بفعل متocom محترم فلا يضيع عليه، بخلاف الغاصب فإنه عدوان محض

قوله: (ولو كانت الزيادة صفة محضة، كطحن الخنطة، وخبز الطحين، وقصارة الثوب، ورياضة الدابة، وما يستأجر على تحصيله سلمت إلى البائع مجاناً، لأنها كالمتعلقة من السمن وغيره، ويحتمل الشركة، لأنها زيادة حصلت بفعل متocom محترم، فلا يضيع عليه، بخلاف الغاصب فإنه عدوان محض).

من الزيادة ما يكون عيناً محضة كالولد، ومنها ما يكون صفة محضة كطحن الخنطة وخبز الدقيق، ومنها ما يتراكب منها:  
فالأول : سبق حكمه.

والثاني: هو المذكور هنا، وقد ذكر المصنف فيه احتمالين:  
أحدهما : وهو ظاهر اختياره، أنه كالزيادة المتعلقة من السمن وغيره، فللبائع الرجوع بها مجاناً، وتقريريه ماسبق.

والثاني: الشركة بينه وبين المفلس، فيكون المفلس شريكاً بها، ووجهه ما ذكره من أنها زيادة حصلت بفعل متocom محترم، وكل ما كان كذلك يجب أن لا يضيع على فاعله، وهذا بخلاف الغاصب، فإن فعله عدوان محض، فلا يستحق باعتباره شيئاً.

فإن قيل: أي فرق بين هذا، وبين نحو السمن والكير والنفو، فإن ذلك آت؟

قلنا: قد فرق المصنف في التذكرة بينهما، بأن القصارة ونحوها فعل القصار، فإنه إذا قصر الثوب صار مقصوراً بالضرورة، وكذا الطحن والخبز، وأما

في باع المقصور، فللمفلس من الثن بنسبة مازاد عن قيمته، فلو كانت قيمة الثوب خمسة وبلغ بالقصارة ستة فله سدس الثن.  
ولو لم تزد القيمة فلا شركة،

السمن والكير فان العلف والسي قد يوجدان كثيراً ولا يحصل سمن ولا كير،  
فلا يكون السمن والكير أثراً للسي والعلف، فلا يكونان من فعل فاعلهمما، بل هما  
محض صنع الله تعالى، وهذا لا يجوز الاستئجار على تسمين الدابة وكبر الودي، ويجوز  
الاستئجار على القصارة ونحوها<sup>(١)</sup>.

هذا محصل ما فرق به، ولعله هنا حاول الاشارة إلى هذا الفرق بقوله:  
(وما يستأجر على تحصيله).

إذا عرفت هذا فلا حاجة بنا الى هذا البحث والفرق، لأننا نجعل الزيادة  
في الموضعين للمفلس.

قوله: (في باع المقصور، فللمفلس من الثن بنسبة مازاد من قيمته،  
لو كانت قيمة الثوب خمسة وبلغ بالقصارة ستة، فله سدس الثن).

هذا تفريع على الاحتمال الثاني، وهو الشركة، أي: فبناء على الشركة  
لا طريق إلى إيداع الحق إلى مستحقه إلا بيع المقصور، فيكون للمفلس من ثمنه  
الحاصل بالغاً ما بلغ بنسبة مازاد من قيمته بالقصارة، فلو كانت قيمة الثوب خمسة  
وبلغ بالقصارة ستة، فيبيع بما فوق الخمسة، فللمفلس سدس الثن، وعلى هذا  
القياس.

قوله: (ولو لم تزد القيمة فلا شركة).

أي: هذا الذي [ذكر]<sup>(٢)</sup> من احتمال الشركة إنما هو مع فرض زيادة  
القيمة بالصفة المذكورة، أما على تقدير عدم الزيادة - سواء حصل نقصان أو لا -  
فلا شركة قطعاً، لأن عين مال البائع موجودة إذا لم تتلف بانضمام الصفة إليها،

(١) التذكرة: ٦٩: ٢.

(٢) لم ترد في نسختي «ق» و «م»، أثبتناها من الحجري لاقتضاء السياق لها.

فإن الحقنا الصفة بالأعيان كان للأجير على الطحن والقصارة حبس الدقيق والثوب لاستيفاء الأجرة، كما أن للبائع حبس المبيع لاستيفاء الثمن، وإنّا فلا، فإن تلف الثوب في يده فإن الحقنا الصفة بالعين لم يستحق الأجرة قبل التسلیم كالبائع بتلف العين في يده قبل التسلیم فإنه يسقط ثمنه، وإنّا استحق كأنه صار مسلماً بالفراغ.

---

ولا قيمة للصفة، فتُمتنع الشركة لأنّ أثر الشركة إنما يظهر في القيمة. واعلم : أن الاعتبار بالقيمة مع الزيادة حين الرجوع، إلا أن تتجدد زيادة أخرى حين البيع فتعتبر، ولو زاد الثوب وحده فاما اعتبرت الزيادة، وكذا القصارة، ومع النقص فان كان طارئاً على القيمة الثابتة وقت البيع، فإنه يخل بالاستحقاق للقصارة، وإن كان زيادة حين الرجوع ثم طرأ النقصان، نظر إلى كل واحد منها منفرداً وأعطي حكمه.

قوله: (فإن الحقنا الصفة بالأعيان، كان للأجير على الطحن والقصارة حبس الدقيق والثوب لاستيفاء الأجرة، كما أن للبائع حبس المبيع لاستيفاء الثمن، وإنّا فلا).

هذا تفريع على الاحتمالين السابقين من الشركة وعدمهما، فان قلنا بالشركة فقد الحقناها بالأعيان، فحينئذ يثبت الحكم، بأن له حبس الدقيق والثوب، لاستيفاء الأجرة، ولو جعلناها أثراً محسناً لم يكن له ذلك. ووجه البناء المذكور: إنّها على تقدير إلحاقها بالأعيان يكون فعلاً له، فيستحق حبسه إلى أن يأخذ عوضه، وعلى الآخر لافعل أصلاً، ولا يجوز حبس مال الغير لحق آخر.

قوله: (فان تلف الثوب في يده، فإن الحقنا الصفة بالعين لم يستحق الأجرة قبل التسلیم، كالبائع بتلف العين في يده قبل التسلیم، فإنه يسقط ثمنه، وإنّا استحق، كأنه صار مسلماً بالفراغ).

ولو كانت الزيادة عيناً من وجه وصفة من وجه كصبع الثوب، فإن لم تزد القيمة فلا شركة، وإن زادت بقدر قيمة الصبع كما لو كانت قيمة الثوب أربعة، والصبع درهرين، والمصبوغ ستة فللمفلس ثلث المثلث. وإن زادت أقل، كما لو كان مصبوغاً بخمسة فالنقصان على الصبع هلاكه وقيام الثوب.

---

هذا تفريع آخر أيضاً على الاحتمالين السابقين، ووجهه: أنه على تقدير اللاحق بالأعيان، يكون فعله الذي يعده مالاً له مضموناً في يده إلى أن يسلمه إلى المستأجر، إذ هو أحد عوصي المعاوضة التي اقتضت وجوب التسليم من الطرفين، وبالضرورة يكون مضموناً عليه إلى أن يسلمه، فيستحق العرض الآخر في مقابلته، وعلى تقدير العدم استحق الأجرة بالفراغ من الاتيان بما استؤجر عليه، والعين في يدهأمانة، وقد عرفت الراجح ما تقدم.

قوله: (ولو كانت الزيادة عيناً من وجه وصفة من وجه آخر كصبع الثوب، فإن لم تزد القيمة فلا شركة، وإن زادت بقدر قيمة الصبع، كما لو كانت قيمة الثوب أربعة والصبع درهرين والمصبوغ ستة، فللمفلس ثلث المثلث).

هذا هو القسم الثالث من الأقسام المذكورة سابقاً، وهو ما تكون الزيادة عيناً من وجه وصفة من آخر، وذلك كصبع الثوب، فإن أجزاء الصبع عين قطعاً، وتلون الثوب بها صفة، وهنا أيضاً متى لم تزد القيمة بالصبع ونحوه انتفت الشركة قولاً واحداً، كما ذكرناه سابقاً.

وإن زادت، فاما أن تكون الزيادة بقدر قيمة الصبع، أو أقل، أو أكثر، فالأقسام ثلاثة، وفي الأول يستحق المفلس الزائد، وهو ثلث المثلث في المثال المذكور - قيمة الصبع - ولا يكون في مقابل الصفة شيء، لانتفاء الزيادة باعتبارها. قوله: (وإن زادت أقل، فالنقصان على الصبع، هلاكه وقيام الثوب).

ولو ساوي ثمانية، فإن الحقنا الصفة بالأعيان فالزيادة للمفلس، فالثمن نصفان، وإلا احتمل تخصيص البائع فالثمن أرباعاً، أو البسط فالثمن أثلاً ثاً.

---

هذا هو القسم الثاني من الأقسام المذكورة آنفاً، وحكمه ما ذكره، وتوضيح ما علل به: أنه لما كانت عين الثوب قائمة بحالها لم تتغير، وأجزاء الصبغ تفرقت في الثوب صارت كالمالكة، إذ لا يصبح بها شيء آخر، كانت نسبة النقصان إليها أولى من نسبته إلى الثوب.

لكن يجب أن يقيد هذا بما إذا لم يعلم استناد النقصان إلى الثوب أو إليها، بأن لم تبلغ قيمته خاماً لأن مقدار الأربع.

قوله: (ولو ساوي ثمانية، فإن الحقنا الصفة بالأعيان فالزيادة للمفلس، فالثمن نصفان، وإلا احتمل تخصيص البائع فالثمن أرباعاً، أو البسط فالثمن أثلاً ثاً).

هذا هو القسم الثالث، وهو أن تكون الزيادة بالصبغ أكثر من قيمة الصبغ، كأن يساوي الثوب في الفرض المذكور ثمانية دراهم، فيبني على ما سبق، فإن الحقنا الصفة بالأعيان، فقيمة الصبغ وقيمة الصفة كلاماً للمفلس، وهما عبارة عما زاد على قيمة الثوب، ووجه هذا التفريع ظاهر بعد الاحتاطة بما سبق.

وإن لم نقل باللاحق، ففيه احتمالان:

أحدهما: تخصيص البائع بالصفة على نهج ما سبق، فيكون ما قابلها من القيمة له، وللمفلس قيمة الصبغ، إذ لا مال له -على ذلك التقدير- سواه.

الثاني: بسط الزيادة على مال المفلس وهو الصبغ، ومال البائع وهو الثوب، لعدم الأولوية.

ولما كانت قيمة الثوب ثلثي مجموع القيمتين، كان للبائع ثلثي الزيادة وللمفلس ثلثها، وهذا لا يستقيم إلا على تقدير العلم بأن تلوّن الثوب بالصبغ لاحظ له من الزيادة.

ولا فرق بين عمل المفلس بنفسه، أو بالأجرة في الشركة.  
ولو أفلس قبل إيفاء الأجير أجرة القصارة، فإن الحقناها بالأعيان، فإن لم تزد قيمته مقصوراً على ما كان فهو فقد عين ماله، وإن زادت فلكل من البائع والأجير الرجوع إلى عين ماله، فلو ساوي قبل القصارة عشرة، والقصارة خمسة، والأجرة درهم قدم الأجير بدرهم، والبائع عشرة، وأربعة للغرماء.

واختار المصنف في التذكرة كون الزيادة كلياً للمفلس؛ لأنها عوض الصبغ والصفة جمياً، وهذا له لا شيء للبائع فيها<sup>(١)</sup>، فيكون احتمالاً رابعاً، ولا ريب أنه أقوى على كل تقدير.

واعلم أن قول المصنف: (فالثمن نصفان) بالرفع، قوله: (فالثمن أرباعاً)، قوله: (أو البسط فالثمن أثلاثاً) ليس على نهج واحد في الاعراب، فلا بد من تقدير عامل لنصب (أرباعاً) و (أثلاثاً) مثل: يبسط ونحوه. قوله: (ولا فرق بين عمل المفلس بنفسه، أو بالأجرة في الشركة). لأن ما عمله بالأجرة مملوك له بالمعاوضة.

قوله: (ولو أفلس قبل إيفاء الأجير أجرة القصارة، فإن الحقناها بالأعيان، فإن لم تزد قيمته مقصوراً على ما كان فهو فقد عين ماله، وإن زادت فلكل من البائع والأجير الرجوع إلى عين ماله، فلو ساوي قبل القصارة عشرة والقصارة خمسة والأجرة درهم، قدم الأجير بدرهم والبائع عشرة وأربعة للغرماء).

أي: لو أفلس في الصور المذكورة سابقاً، أعني: فيها تكون الزيادة صفة مخصصة قبل إيفاء الأجير أجرته، وكان قصراً مثلاً، فإن الحقنا الصفة بالأعيان، فإن لم تزد القيمة باعتبار القصارة فالعين للبائع، والأجير فقد عين ماله فهو أسوة الغراماء.

(١) التذكرة ٢: ٧٠، وفيها: (...لأنها عوض الصبغ والصنعة..).

ولبائع الجارية انتزاعها وإن حبت منه مع الافلاس بالثمن

لـ الولد،

وهذا تقيد ما سبق، من أن له أن يحبس الثوب إلى أن يأخذ الأجرة، تفريعاً على أن الصفة كالأعيان، إذ مع عدم الزيادة لـ مال له ليحبسه. وإن زادت، فلكل من البائع والأجير الرجوع إلى عين ماله، أما البائع فظاهر، وأما الأجير، فلان التفريع على أن الصفة كالإعيان. فإن قيل: لأن مال له، لأن المال حينئذ للمفلس، وهو إنما يستحق الأجرة.

قلنا: إنـا حيث أحقنا الصفة بالأعيان، لم نرد بذلك كونها عيناً في الحقيقة تفرد بالأخذ والرد، وإنـا أردنا أنها مشبهـة بالإعـيان من بعض الوجـوه، نظرـاً إلى كونـها مـتـقـوـمةـ مـقـابـلـةـ بـعـوـضـ، فـكـمـاـ لـاتـضـيـعـ الأـعـيـانـ عـلـىـ مـسـتـحـقـهـ لـاتـضـيـعـ هـذـهـ. وـليـسـ القـصـارـةـ مـورـدـ الـاجـارـةـ، بلـ مـورـدـهـاـ الفـعـلـ المـحـصـلـ لـلـقـصـارـةـ، لـكـنـ ذلكـ يـتـنـعـ الرـجـوعـ إـلـيـهـ، فـيـجـعـلـ الـخـاصـلـ بـفـعـلـهـ لـاـخـتـصـاصـهـ بـهـ مـتـعـلـقـ حـقـهـ، فـاـنـ لـهـ الحـبسـ إـلـىـ أـنـ يـقـبـضـ كـمـاـ سـبـقـ.

فحـينـئـذـ يـنـظـرـ قـيـمـةـ الثـوـبـ، وـمـقـابـلـ الصـفـةـ، وـقـدـرـ الـأـجـرـةـ، وـيـقـسـطـ الـخـاصـلـ بـعـدـ الـبـيـعـ، أـنـ يـدـفـعـ إـلـىـ الـبـائـعـ ثـمـنـ الثـوـبـ، وـالـىـ الـأـجـيرـ أـجـرـتهـ، وـالـبـاقـيـ لـلـمـفـلـسـ، فـيـصـرـفـ إـلـىـ الـغـرـماءـ.

إـذـاـ عـرـفـتـ ذـلـكـ، فـاعـلـمـ أـنـ قـوـلـ المـصـنـفـ: (فـلـكـلـ مـنـ الـبـائـعـ وـالـأـجـيرـ الرـجـوعـ إـلـىـ عـيـنـ مـالـهـ) فـيـهـ توـسـعـ بـالـنـسـبـةـ إـلـىـ الـأـجـيرـ.

قولـهـ: (ولـبـائـعـ الجـارـيةـ اـنـتـزـاعـهـاـ، وـإـنـ حـبـلتـ مـنـهـ مـعـ الـافـلاـسـ بالـثـمـنـ، لـ الـوـلـدـ).

أـيـ: لوـكـانـ الـبـيـعـ الـذـيـ حـصـلـ الـافـلاـسـ بـشـمـنـهـ جـارـيةـ، كـانـ لـلـبـائـعـ اـنـتـزـاعـهـاـ، وـإـنـ حـبـلتـ مـنـ الـمـفـلـسـ، وـلـاـ يـنـعـ الـاستـيـلـادـ مـنـ الـأـخـذـ، فـاـنـ أـمـ الـوـلـدـ تـبـاعـ فـيـ ثـمـنـ رـقـبـتهاـ، فـلـاـ يـكـوـنـ الـاستـيـلـادـ مـانـعـاـ مـنـ أـخـذـهـ بـاـعـتـبـارـ تـعـذـرـ أـخـذـ ثـمـنـهاـ،

ويتعلق حق الغرماء بعوض الجنائية خطأً لا عمداً إلا إذا رضي به ولا يجب عليه.

ويجب أن يؤجر الدابة، والدار، والمملوك وإن كانت أم ولد  
لنفسه،

فلا يمنع مانع من تناول الخبر الدال على الاختصاص لها<sup>(١)</sup>، أما الولد فانه حر  
يُسيّب، فلا سبيل له عليه.

قوله: (ويتعلق حق الغرماء بعوض الجنائية خطأً لا عمداً، إلا إذا  
رضي به، ولا يجب عليه).

أي: لا يتعلق حق الغرماء بعوض الجنائية عمداً على المفلس أو عبده من  
مثله، إلا إذا رضي المفلس بالعوض، لأن الواجب حينئذ هو القصاص لـ العوض،  
ولا يجب على المفلس الرضى بالعوض، عملاً بالأصل.

قوله: (ويجب أن يؤجر الدابة والدار والمملوك وإن كانت أم  
ولد).

هذا إذا كان كل واحد من هذه منوعاً من بيعه، لكونه موقفاً، وكانت  
الدابة والدار والمملوك -سوى ما يستثنى- له، وإنّ وجوب البيع فيما عدا  
المستثنىات، فلا يؤجر كما لا يباع.

ويمكن تزيل ذلك على زمان الحجر قبل البيع، فإن المحافظة على أمواله  
بضبط منافعه واجبة.

وهذا فيما عدا أم الولد، فإنها غنية عن التقييد، إذ لا تباع كما سبق، لـ حق  
الاستيلاد، نعم تؤجر، ولو كانت خدمته تحصل بها فليس بعيد وجوب بيع  
ما سواها، فحينئذ لا تؤجر أيضاً.

قوله: (لنفسه).

أي: لا يجب ذلك، كما لا يجب عليه التكسب ولا يلزم به، لظاهر قوله

ويتساوى غرماء الميت مع عدم الوفاء، ومعه لصاحب العين الاختصاص.

### المطلب الخامس: في حبسه:

ولا يجوز حبسه مع ظهور فقره، ويثبت باقرار الغريم،

تعالى: (فنظرة الى ميسرة) <sup>(١)</sup> وظاهر ما روى عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه اذا  
تبين الانفاس وال الحاجة أطلق المدينون <sup>(٢)</sup>.

قوله: (ويتساوى غرماء الميت مع عدم الوفاء، ومعه لصاحب العين الاختصاص بها).

أي: ومع الوفاء - أي: وفاء التركة بجميع الديون - يختص صاحب العين  
بها، وهذا في الميت مفلاً لا مطلقاً.

وفي حواشى شيخنا الشهيد استشكال ، ذلك لأن الوارث مخير في جهات  
القضاء.

وجوابه: أنه بعد ثبوت الحجر، وتعلق ديون الغرماء بالأموال، واحتياط  
الغريم بعين ماله -غاية ما في الباب، أنه في حال مخصوص- . كيف يكون الوارث  
مخيراً؟ ومستند ذلك النص <sup>(٣)</sup> ، ولعل السر فيه أن الحي لما رجى اكتسابه وأداؤه  
الدين، اختص صاحب العين بها مطلقاً، بخلاف الميت، فإنه مع عدم الوفاء يتزايد  
الضرر على الغرماء باختصاصه.

قوله: (ولا يجوز حبسه مع ظهور فقره).

الظاهر أن الضمير في (حبسه) لا يتسع لعوده إلى المفلس، فإن الحبس  
للمدينون إذا لم يؤد، ومنع الحبس مع الفقر ظاهر.

قوله: (ويثبت باقرار الغريم).

في حقه خاصة، إلا أن يتعدد مع العدالة، فإنه يثبت مطلقاً.

(١) البقرة: ٢٨٠

(٢) الفقيه ١٩٣:٣ حديث ٤٣، التهذيب ٦:٢٩٩ حديث ٨٣٤، الاستبصار ٣:٤٧ حديث ١٥٦.

(٣) التهذيب ٦:١٩٣ حديث ٤٢١، الاستبصار ٣:٨ حديث ٢٠.

أو البينة المطلعة على باطن أمره. ولو فقد الأمران فإن عرف له مال ظاهر ألزم التسليم، أو الحبس، أو يبيع الحكم عنه ويوفّي، وإن لم يظهر له مال ولا بينة على دعوى الاعسار حبس حتى يظهر إعساره إن عرف له أصل مال، أو كان أصل الدعوى مالاً، وإلا قبل قوله، ولا يكلف البينة بعد العين.

---

قوله: (أو البينة المطلعة على باطنها).

سيأتي أن اطلاعها على باطنها شرط فيما إذا شهدت بالاعسار لابتلف الأموال، والمراد من الاطلاع على باطنها: العلم بباطن أحواله، بسبب العاشرة الطويلة، بمسافة ومجاورة ونحوهما.

قوله: (ولو فقد الأمران، فان عرف له مال ظاهر ألزم التسليم، أو الحبس، أو يبيع الحكم عنه ويوفي).

أي: لو فقد إقرار الغريم، والبينة المطلعة على حاله، فان عرف له مال ظاهر - أي: جلي غير مستور - فان كان من جنس الحق ألزم الحكم بالتسليم وقهره عليه، ولو كان من غير الجنس قهره على البيع، أو حبسه إلى أن يبيع ويؤدي، أو يبيع الحكم عنه ويوفي، ويحلّ لصاحب الدين الاغلاظ له، ويحل ضربه بالعناد.

قوله: (وإن لم يظهر له مال ولا بينة على دعوى الاعسار، حبس حتى يظهر إعساره، إن عرف له أصل مال، أو كان أصل الدعوى مالاً). لأن الأصل بقاء المال وعدم تلفه.

قوله: (والا قبل قوله، ولا يكلف البينة بعد العين).

أي: وإن لم يعرف له أصل مال، ولا كان أصل الدعوى مالاً، بأن كان أجرة خدمة، أو عوض إتلاف، أو جنائية قبل قوله بيمنيه، لأنه في الحقيقة منكر للمال، والأصل عدمه.

ولو شهد عدلان بتلف ماله قبل بغير يمين وإن لم تكن مطلعة على باطنها.

ولو شهدا بالاعسار مطلقاً لم تقبل إلا مع الصحبة المؤكدة، وللغرماء احلافه مع البيينة،

---

قوله: (ولو شهد عدلان بتلف ماله قبل بغير يمين، وإن لم تكن مطلعة على باطنها).

المراد: شهادة عدلين بتلف جميع أمواله، لأن الشهادة بتلف مال في الجملة ليست مستلزمة لكونه فقيراً، فيثبت بذلك فقره، ولا حاجة إلى اليمين، لأن البيينة على المدعى واليمين على من أنكر، والتفصيل قاطع للشركة.

- ولا يشترط لقبول شهادة الشاهدين بتلف - العلم بكونهما مطلعين على باطن أحواله، لأنها إذا شهدا بتلف جميع الأموال كان ذلك كافياً في ثبوت المراد، لأن الفرض عدالهما، والعدل لا يجازف في شهادته.

وقال في التذكرة . بالزامه باليمين هنا خاصة، واحتج عليه بأن البيينة إذا شهدت بالتلف، كان كمن ثبت له أصل مال واعترف الغريم بتلفه وادعى مالاً غيره، فإنه يلزمها اليمين<sup>(١)</sup>.

وفي نظر، لأن البحث ليس فيمن شهدت له البيينة بتلف مال مخصوص، بل بتلف جميع أمواله، فإن سمعت فلامين، وإلا كان وجودها كعدمها، فلا يعتبر اليمين حينئذ.

قوله: (ولو شهدا بالاعسار مطلقاً، لم يقبل إلا مع الصحبة المؤكدة، وللغرماء إحلافه مع البيينة).

أي: لو شهد الشاهدان بالاعسار مطلقاً - أي: غير مقيد بتلف جميع الأموال - فلا بد في قبول هذه الشهادة من علمنا بكون الشاهدين لها صحبة مؤكدة

---

ومع قسمة ماله يجب اطلاقه، ويزول الحجر بالأداء لا بحكم الحاكم.

---

مع المشهود له، أي : مععاشرة كثيرة يطعن بها على أحواله.  
ولا يراد كون ذلك شرطاً في نفس الأمر فقط لا في علمنا، لأن اشتراط  
العلم بحقيقة الحال في نفس الأمر ثابت في كل مشهود له .

فإن قيل : مع عدالة الشاهدين لم يشترط هذا الأمر الزائد ؟

قلنا : لأن الشهادة على النفي حقّها أن لا تسمع ، فإذا سمعت لكونها قد  
ضبطت بما يلحقها بالاثبات ، لم تبلغ مرتبة الا ثبات ، فلا بد من تقويتها بالعلم  
بالصحبة المؤكدة ، حتى يعلم أنها لا ينفيان المال - بشهادتها بالاعسار - تعويلاً على  
ظاهر الحال .

ومن ثم كان للغرماء إخلاف المديون حينئذ مع البينة ، لأن شهادة النفي  
لا يزول معها الاحتمال بالكلية ، ولا صراحة لها في تلف الأموال ، بخلاف شهادة  
الاثبات ، فضعفها قائم ، فتجبر باليمين ، وهذا هو مختار الأكثر ، وعكس الحكم في  
التذكرة<sup>(١)</sup> ، وهو ضعيف كما قلناه .

قوله : ( ومع قسمة ماله يجب إطلاقه ) .

ينبغي أن يكون مرجع الضمير مطلق الديون بعونه المقام ، كما سبق في أول  
المبحث ، فيندرج فيه المفلس وغيره ، فإذا قسم جميع مال المديون ولم يبق له مال  
يصرف في الدين ، يجب على الحاكم اطلاقه من الحبس إذا كان محبوساً .

قوله : ( ويزول الحجر بالأداء ، لا بحكم الحاكم ) .

أي : باداء أمواله في الديون على الوجه السابق ، فحينئذ يزول حجر  
المجور ، ولا يتوقف على حكم الحاكم عندنا ، لأنما كان لحقوق الغرماء ليقسموا  
أمواله الموجودة ، وقد حصلت ، فيزول .

---

ويجوز الحبس في دين الولد، ولا تمنع الاجارة المتعلقة بعين المؤجر من حبسه.

**المطلب السادس:** في بقایا مباحث هذا الباب:

لو افلس المشتري بعد جنائية العبد فالأقرب أن للبائع الرجوع ناقصاً بأرش الجنائية، أو الضرب بشمنه مع الغرماء. ولا يسقط حق المجنى عليه من أخذ العين،

**قوله:** (ويجوز الحبس في دين الولد).

في رواية الحسين بن أبي العلاء عن الصادق عليه السلام<sup>(١)</sup> ما يدل على عدم الجواز، وإن كان في الحسين قول، لكن ظاهر قوله عليه السلام: «انت ومالك لا بيتك» ومؤكّدات القرآن في حق الوالدين<sup>(٢)</sup> مؤيدة لهذا الرواية، والقول بعدم الجواز لا يخلو من قوة، واختاره في التذكرة<sup>(٣)</sup>.

**قوله:** (ولا تمنع الاجارة المتعلقة بعين المؤجر من حبسه).

أي: من حبسه بدين شخص آخر مطالب، حيث يجوز الحبس، وفي المسألة تردد، ينشأ من تعارض إطلاق أوامر الحبس في الدين للمنتفع من الأداء مع المطالبة وعدم الاعسار، واحتياط المستأجر لعيته بمنافعه، ولا أولوية. ويحتمل اعتبار الأسبقية، وإن ضعف فيها إذا كان الدين أسبق دون المطالبة، وللتوقف مجال، والمسألة موضع إشكال، وهذا إذا لم يمكن الجمع.

**قوله:** (لو أفلس المشتري بعد جنائية العبد، فالأقرب أن للبائع الرجوع ناقصاً بأرش الجنائية، أو الضرب بشمنه مع الغرماء، ولا يسقط حق المجنى عليه من أخذ العين).

(١) الكافي ١٣٦:٥ حديث ٦، الفقيه ١٠٩:٣ حديث ٤٥٦، التهذيب ٣٤٤:٦ حديث ٩٦٦ الاستبصار ٤٩:٣ حديث ١٦٢.

(٢) منها ما ورد في سورة البقرة: ٨٣، والننساء: ٣٦، والأنعام: ١٥١، والاسراء: ٢٣.

(٣) التذكرة ٥٩:٢.

والأقرب تقديم حق الشفيع على البائع؛ لتأكد حقه حيث يأخذ من المشتري، ومن نقله إليه، وسبقه.

ويتحمل تقديم البائع؛ لانتفاء الضرر بالشفعة؛ لعود الحق كما كان، وأخذ الثمن من الشفيع فيختص به البائع جمعاً بين الحقين.

أي: لو أفلس المشتري بعد جنائية العبد المبيع بشمنه، فالأقرب أن للبائع الرجوع بالعبد ناقصاً بأرش الجنائية، أي: ناقصاً بتعلق أرش الجنائية به، لأن ذلك عيب، ولا يرجع بأرش هذا العيب، بناء على قاعدة المصنف والجماعة. وعلى ما اخترناه، فله الضرب بنقص القيمة، لكونه مضموناً عليه، أو الضرب بشمنه مع الغرماء، فيكون مخيراً بين الأمرين، الفسخ والرجوع إلى العبد، والضرب مع الغرماء بشمنه.

ووجه القرب: أن حق البائع سابق، ولعدم المنافاة، ويتحمل المنع، لأن حق المرتهن مانع من الرجوع كما سبق، وتعلق حق الجنبي عليه أقوى من تعلق حق المرتهن، فلا يرجع معه بطريق أولى.

ويضعف بأن الرجوع يقتضي إبطال الرهن لاحق الجنبي عليه، فلا منافاة، والأولوية غير ظاهرة، واعلم أن الجار في قوله: (بأرش الجنائية) يتعلق بقوله: (ناقصاً).

قوله: (والأقرب تقديم حق الشفيع على البائع لتأكد حقه، حيث يأخذ من المشتري ومن نقله إليه وسبقه، ويتحمل تقديم البائع، لانتفاء الضرر بالشفعة، لعود الحق كما كان، وأخذ الثمن من الشفيع، فيختص به البائع جمعاً بين الحقين).

لو كان المبيع شققاً مشفوعاً، وأفلس المشتري بالثمن، في الحكم احتمالات ثلاثة:

أقربها عند المصنف تقديم حق الشفيع، فيأخذ المبيع دون البائع، ويكون الثمن حينئذ كسائر أموال المشتري يشترك فيها الغرماء، والبائع كأحدهم، ووجه

هذا الاحتمال المصنف بوجهين:

أ: تأكيد حقه، أي: قوته بالنسبة إلى حق البائع، بدليل أنه يأخذ من المشتري، ومن نقل المشتري المبيع إليه، والبائع إنما يختص بالعين إذا لم يتعلق بها حق ثالث كما سبق، فلا يأخذ من المشتري المفلس<sup>(١)</sup> ولا من المتهب والمرهن، ولا ريب أن استحقاق من لا ينبغي استحقاقه بتعلق حق ثالث أقوى من ليس كذلك، ومع تعارض الحقين يقدم الأقوى.

ب: سبق حق الشفيع على حق البائع، وذلك لأن حقه ثبت من حين البيع، وحق البائع إنما يثبت بالتفليس، والأسبق مقدم ومانع من ثبوت الآخر، عملاً بالاستصحاب وللمنافاة بينهما، فلا يثبتان، وينبع ثبوت المتأخر ورفع المتقدم، لانتفاء المقتضي، بل المقتضي للعدم قائم، وهذا أقوى.

والشارح وجه السبق، بأن حق الشفيع لاحق للبيع لذاته، وحق البائع لاحق بواسطة الإفلاس، وما بالذات أسبق<sup>(٢)</sup>، وهذا سبق معنوي، وما ذكرناه أفقه.

الثاني: تقديم البائع، فيفسخ ويختص بالعين، ووجهه المصنف بزوال الضرر الحاصل بالشفعه به، فإن التسلط على مال الغير بغير رضاه ضرر، وما يزال به الضرر أقوى، فان الضرر منفي بالنص<sup>(٣)</sup>.

وإنما قلنا: أن الضرر يزول بذلك، لأن الأخذ بالشفعه يقتضي عود الحق كما كان قبل البيع، ويفيده عموم الخبر الدال على اختصاص البائع بعين ماله إذا أفلس المشتري بالثمن<sup>(٤)</sup>.

(١) في نسختي «م» و «ق»: من المفلس.

(٢) اياض الفوائد: ٢:٨٠.

(٣) هو حديث «الاضرار ولاضرار»، انظر: سنن ابن ماجة: ٢:٧٨٤، حديث ٢٣٤١ و ٢٣٤٠، سنن الدارقطني: ٤:٢٢٧، حديث ٨٣، مسنون أحمد: ١:٣١٣، الكافي: ٥:٥٣٢٧، حديث ٤:٢٨٠، الفقيه

٣:٦٥١، حديث ٤٥:١٥٤، التهذيب: ٧:١٤٦، حديث ٦٩١.

(٤) التهذيب: ٦:١٩٣، حديث ٤٢٠، الاستبصار: ٣:٨، حديث ١٩١.

## وليس للمحرم الرجوع في الصيد،

---

ويضعف بأن المنفي هو الضرر الذي لم يعلم ثبوته شرعاً، أما ما ثبت بالنص والاجماع فلا ينتفي إلا بدليل منها أقوى، وبنـعـشـمـوـلـ الـخـبـرـ هـذـاـ القـسـمـ، لـسـبـقـ حـقـ الشـفـعـةـ الثـابـتـ قـطـعاـًـ، فـلـابـدـ لـزـواـلـهـ ليـشـمـلـ الـخـبـرـ مـنـ قـاطـعـ، وـهـوـ مـنـفـ. ولا يقال: تعارض العامان، لأن ثبوت الشفعة أسبق.

الثالث: أخذ الثمن من الشفيع، فيقدم بعين المبيع على البائع، ويخص البائع بالثمن، حيث أنه عوض عن ماله، وحيث تذرع أحده للعين واحتضانه بها، فليجعل حقه في قيمتها.

ووجه المصنف، بأن فيه جمعاً بين الحقين، يعني حق البائع وحق الشفيع، حيث جعل لأحدهما العين وللآخر القيمة. وضعفه ظاهر، إذ البائع لا حق له إذا قدم الشفيع في العين عليه، وإنما الثمن من أموال المشتري، والبائع واحد من الغرماء، فيضرب معهم.

## قوله: (وليس للمحرم الرجوع في الصيد).

أي: لو باع صيداً، ثم أحرم وافلس المشتري بالثمن، لم يكن للبائع الرجوع في الصيد، لامتناع دخوله في ملك المحرم، بل يضرب بالثمن. وينبغي أن يقيد ذلك بالصيد الحاضر، أما النائي فإنه لا يمتنع دخوله في الملك، فينبغي أن لا يمتنع رجوعه به.

وهذا الذي ذكره المصنف، مبني على أن الصيد الحاضر لا يدخل في ملك المحرم، ويزول ملكه عنه بالاحرام، ولو قلنا ببقاء الملك وجب الارسال، فينبغي هنا ان يثبت له الرجوع، ثم يرسله بعده.

ولو انعكس الفرض، بأن كان المحرم هو المفلس انعكس الحكم، فيرجع به إن قلنا ببقاءه على ملك المحرم، وإنما الواجب الارسال، لانتفاء المانع حينئذ، وإلا ضرب بدينه.

والرجوع فسخ فلا يفتقر إلى معرفة المبيع، ولا القدرة على التسليم، فلو رجع في الغائب بعد مضي مدة يتغير فيها، ثم وجده على حاله صح، وإن تغير فله الخيار، ولو رجع في العبد بعد إباقه صح، فإن قدر عليه وإلا تلف منه.

**ولو ظهر تلفه قبل الرجوع ضرب بالثمن وبطل الرجوع**

قوله: (والرجوع فسخ، فلا يفتقر إلى معرفة المبيع، ولا القدرة على التسليم).

ولاغير ذلك من شروط البيع، وقد سبق في الأقالة حكاية قول بعض أهل الخلاف أنها بيع، فهل يجبه هنا؟  
يبعد ذلك، والفرق أنه لو كان الرجوع بيعاً، لم يستحقه البائع إلا برضى المفلس، وليس كذلك، لأنه قهري.

قوله: (لورجع في الغائب بعد مضي مدة يتغير فيها، ثم وجده على حاله صح، وإن تغير فله الخيار).

لأنه إنما رجع فيه بناء على أنه باق على ما كان عليه، فيكون الرجوع متزاللاً، فله إبطاله، وعند أحمد لا يصح الرجوع حينئذ، لفوات الشرط.  
وهنا إشكال، وهو أن الرجوع فسخ، وهو رفع العقد، فكيف يتصور الرجوع فيه؟

قوله: (ولورجع في العبد بعد إباقه، فإن قدر عليه وإلا تلف منه).

حيث أن الرجوع فسخ يصح، وإن كان المبيع عبداً قد أبقي، وحينئذ فإن قدر عليه فلا بحث، وإن لم يقدر عليه فهو تالف من مالكه، لكن يجب أن يقيد ذلك ببقاء العبد، فإن تلف بموت ونحوه قبل القدرة عليه، فسيأتي حكمه.

قوله: (ولو ظهر تلفه قبل الرجوع، ضرب بالثمن وبطل الرجوع).  
أي: لو ظهر موت العبد مثلاً قبل زمان رجوع البائع، فقد تبين بطلان

وبعده أمانة على إشكاو.

ولو تنازعا في تعين المبيع بعد الرجوع قدّم قول المفلس؛ لأنّه منكر، فيضرب بالثمن خاصة

الرجوع، لعدم ما يرجع فيه، فحينئذ يضرب بالثمن.  
قوله: (وبعده أمانة على إشكاو).

أي: لو ظهر موت العبد الآبق بعد الرجوع من البائع وقد أفلس المشتري بالثمن، فهو قبل التلف أمانة في يد المشتري، فيكون تلفه من البائع على إشكاو، ينشأ من أن المقتضي لكون العبد مضىموًّا على المشتري هو البيع، وقد زال بالفسخ وعاد الملك إلى البائع، فيكون تلفه منه، ومن أن المشتري قبضه مضىموًّا، فيكون كذلك إلى أن يقبضه البائع، عملاً بالاستصحاب، ولعموم قوله عليه السلام:  
«على اليد ما اخذت حتى تؤدي»<sup>(١)</sup> وهذا أقوى.

قوله: (ولو تنازعا في تعين المبيع بعد الرجوع قدّم قول المفلس، لأنّه منكر، فيضرب بالثمن خاصة).

أي: لو تنازع البائع والمفلس بعد تحقق الرجوع، مع الاتفاق على بقاء العين في تعين المبيع، فالقول قول المفلس بيمينه في أن المبيع ليس هو ما عينه البائع، لأنّه منكر والبائع مدع، فإذا حلف اندفعت دعواه، فيضرب بالثمن، لتعذر الوصول إلى العين.

ويشكل فرض المصنف، إن اراد بـ (الثمن) ما جرى عليه العقد - وهو المتبادر إلى الفهم - لأنّه بعد الفسخ والرجوع كيف يبق استحقاقه للثمن؟ فلابد لصحة هذا الفرض من حل الثمن على القيمة إن اتفقا عليها، او ما يختلف عليه المفلس، أو فرض التنازع في التعين قبل الرجوع والفسخ.

(١) سنن البيهقي ٩٥:٦، سنن ابن ماجة ٢:٨، ٢٤٠٠ حديث ٨٠٢:٢، مستند أحمـد ٥:١٣، مستدرـك الحاكم ٤٧:٢، وفي هذه المصادر: حتى تؤديـه، سنـن الترمـذـي ٣٦٨:٢ حدـيث ١٢٨٤، مستـند أـحمد

وكل ما يفعله قبل الحجر ماض.

#### المقصود الرابع: في الضمان:

وهو عقد شرع للتعهد بنفسه، أو مال من عليه مثله أولاً، فهنا

فصول ثلاثة:

**الأول:** الضمان بالمال من ليس عليه شيء، ويسمى ضماناً

بقول مطلق، وفيه مطلبان:

---

قوله: (وكل ما يفعله قبل الحجر ماض).

أي: ما يفعله المفلس قبل الحجر صحيح ماض، لأنه حينئذ كامل له  
أهلية التصرف.

قوله: (وهو عقد شرع للتعهد بنفسه أو مال من عليه مثله أولاً).

هذا التعريف شامل للضمان بالمعنى الأخص والحوالة والكفالة، ويحيط به

في قوله: (وهو عقد) ما سبق في البيع على القول بأنه العقد، فإن الضمان هو  
التعهد لانفس الإيجاب والقبول، وإنما الضمان أثرهما.

ويرد على هذا هنا وفي البيع، أن البيع والضمان وغيرهما قد يكون  
صحيحاً، وقد يكون فاسداً، ونقل الملك لا يكون إلا صحيحاً، وكذا التعهد.

ويجب بأن النقل لا يلزم أن يتربّط عليه الانتقال، وكذا التعهد،

فلا يتربّط عليه أثره، والتعهد بالنفس هو الكفالة، وبالمال من ليس عليه مثله هو  
الضمان، إن شرطنا في الحوالات اشتغال ذمة المال عليه، وإلا فهو أحد القسمين،

والقسم الآخر من الحوالات يتحقق بقوله: (من عليه مثله).

قوله: (ويسمى ضماناً بقول مطلق).

أي: غير محتاج إلى تقييده بكونه ضمان المال من ليس عليه مثله، فيكون

الضمان واقعاً على معنيين، وهذا بخلاف الكفالة، فانها لا تطلق على ضمان المال  
إلا بقيد، فيقال: كفالة بالمال.

**الأول:** في أركانه، وهي خمسة:

الصيغة: وهي ضمنت، وتحمّلت، وتكلفت، وما أدى معناه.

ولو قال: أؤدي، أو أحضر لم يكن ضامناً.

ولا تكفي الكتابة مع القدرة، وتكون غير كافية مع عدمها مع الاشارة الدالة على الرضى؛ لامكان العبث.

وشرطه التنجيز، فلو علّقه بمجيء الشهر، أو شرط الخيار في

وفي حواشي الشهيد: إن الكفالة والحوالة لا يطلق عليهما الضمان إلا مضافاً، فيقال في الكفالة: ضمان النفس، وفي الحوالة: ضمان المال من عليه مثله، فيكون قوله: (بقول مطلق) مشارياً إلى ذلك.

وفيه نظر، فإنه على هذا لا يكون صدق الضمان عليهم بطريق الحقيقة، وتعريف المصنف يقتضي الحقيقة، ومع ذلك فالحوالة لا تختص بن عليه مثله، كما سيأتي في كلام المصنف إن شاء الله تعالى، والصواب ما ذكرناه، وهو الذي ذكره في التذكرة<sup>(١)</sup>.

قوله: (ولاتكفي الكتابة مع القدرة).

لأن النطق معتبر في العقود الازمة بالاجماع.

قوله: (وتكون غير كافية مع عدمها مع الاشارة الدالة على الرضى، لامكان العبث).

أي: مع عدم القدرة لابد من الاشارة الدالة على رضاه بضمون ما كتبه، لانتفاء دلالة الكتابة، إذ يمكن وقوعها عبثاً أو لغرض آخر.

قوله: (أو شرط الخيار).

مختاره هنا فساد الضمان باشتراط الخيار فيه، وظاهر الكتاب في البيع

الصحة، وهو صريح التذكرة<sup>(٢)</sup> هناك ، وهو الأصح، للأصل ولانتفاء المانع.

(١) التذكرة ٢:٨٥.

(٢) التذكرة ١:٥٢٢.

## الضمان فسد. والإبراء كالضمان في انتفاء التعليق فيه، ولو شرط تأجيل الحال صحيحاً، والأقرب جواز العكس

---

فإن قيل: الضمان يتضمن إبراء ذمة المضمون عنه، والإبراء لا يدخله خيار الشرط.

قلنا: هو حكم من أحكام نقل المال، لا أنه يتضمنه، فإذا تحقق النقل غير متزلف تتحقق البراءة، وإلا فلا.

قوله: (ولو شرط تأجيل الحال صحيحاً).

ظاهرونهم أن صحة هذا بالاجماع، ويعيده أن نقل المال الحال إلى الذمة جائز، واستمرار الأجل في عقد لازم لامانع منه وإن كان أمراً زائداً.

قوله: (والآخر جواز العكس).

وجه الأقرب: أن الأداء معجلاً جائز، فكذا الضمان، لأنه كالإداء، وقال الشيخ: لا يصح، لأن الفرع لا يكون أقوى من الأصل<sup>(١)</sup>، وفي هذا التوجيه ضعف، ولأن الضمان نقل المال على ما هو به.

ولا يرد تأجيل الحال، لأن ذلك شرط زائد يستقل صاحب الحق بثباته في العقد اللازم، بخلاف الأجل الذي هو مشترك بين المضمون له والمضمون عنه، ولأن الحلول زيادة في الحق، وهذا مختلف الأثمان به، وهذه الزيادة غير واجبة على المديون ولا ثابتة في ذمته، فيكون ضمان مالم يجب، فلا يصح عندها، وهذا التوجيه الآخر ذكره الشيخ فخر الدين ولد المصنف<sup>(٢)</sup>، وحسنها في المختلف<sup>(٣)</sup>، وهو المختار.

(١) قال السيد العامل في مفتاح الكرمة ٣٥٣: (وقد نسب الخلاف في المختلف إلى الشيخ في المسوط أنه قال: لا يصح لأن الفرع لا يكون أقوى من الأصل، ولم أجده ذلك فيه... ونسب الخلاف جماعة إلى المفید في المقنعة والشيخ في النهاية ولم أجده ذلك في المقنعة وليس في النهاية إلا قوله: ولا يصح ضمان مال ولا نفس الأجل...). ولزيادة راجع عبارة المفتاح بأكملها.

(٢) ايضاح الفوائد ٢ : ٨٢-٨١.

(٣) المختلف: ٤٣٢.

فيحل مع السؤال على إشكال.

**الثاني:** الضمان: وشرطه البلوغ، والرشد، وجواز التصرف، والملاعة حين الضمان أو علم المستحق بالاعسار. ولا يشترط استمرار الملاعة، فلو تجدد لم يكن له فسخ الضمان، أما لوم عدم علم كان له الفسخ.

**قوله:** (فيحل مع السؤال على إشكال).

هذا فرع على صحة ضمان المؤجل، وإنما يكون ذلك مع السؤال لا في التبرع، وتحرير المسألة: أنه إذا سأله المضمون عنه غيره أن يضمن ما عليه مؤجلاً حالاً، فضمنه كذلك، فهل يحل ما عليه بذلك؟ فيه إشكال، ينشأ من أن الضمان في حكم الاداء، ومتى أذن المديون لغيره في قضاء دينه معجلاً فقضاه استحق مطالبه، ولأن الضمان بالسؤال موجب لاستحقاق الرجوع على وفق الأذن، ومن أن الأذن في الضمان حالاً إنما يتضمن حلول ما في ذمة الضمان، ولا يدل على حلول ما في ذمة المضمون عنه بحدى الدلالات.

ويمكن أن يقال: استحقاق الرجوع بما أداه بالاذن يتضمن الحلول.

**والتحقيق:** أنه إن كان الأذن في قضاء المؤجل في الحال موجباً لثبتوت الرجوع كذلك، قوي حلول المؤجل بما ذكر.

واعلم أن الشارح ولد المصنف قال: إن موضع الإشكال ما إذا أذن في الضمان وأطلق، أما إذا أذن فيه حالاً فلا إشكال في الحلول<sup>(١)</sup>، وليس بشيء، بل قد يقال: انه مع الاطلاق لا إشكال في عدم الحلول.

**قوله:** (وشرطه: البلوغ، والرشد).

يمحترز بذلك عن الصبي، والجنون، والمحجور بالسفه إذا لم يأذن له الولي.

**قوله:** (والملاعة حين الضمان، أو علم المستحق بالاعسار، ولا يشترط استمرار الملاعة، فلو تجدد لم يكن له فسخ الضمان، أما لوم عدم فان له الفسخ).

ويصح ضمان الزوجة بدون إذن الزوج، وفي صحة ضمان الملوك بدون إذن السيد إشكال، ينشأ: من أنه إثبات مال في الذمة بعقد فأشبه النكاح، وانتفاء الضرر على مولاه،

لا يخفى أن الشروط السابقة إنما تشرط حين الضمان، وإنما خص هذه بالتقيد لينبه على أن طروع الاعسار لا يثبت الفسخ، وإنما كان هذا موضع توهم ثبوت الفسخ دون غيره، لأن الضمان في معنى أداء الدين، والمقصود الأصلي منه الارتفاع بنقل الدين إلى ذمة الضامن، وإنما يكون ذلك إذا كان الأداء منه أيسراً.

فلا جرم إذا فات هذا المقصود الذي إنما يبني الضمان عليه، تخير المضمون له، لفوات المقصود منه، كما يتخير المشتري إذا ظهر في البيع عيب أو غبن، حيث كان المقصود هو الصحة والأخذ بالقيمة أو أدون، إذ البيع مبني على المكافسة. وهذا بخلاف ما إذا باع مؤجلاً فظاهر الاعسار، إذ ليس مقصود البيع الأصلي بالنسبة إلى أداء الثمن كما في الضمان، وظاهرهم أن هذا الحكم موضوع وفاق.

**قوله: (ويصح ضمان الزوجة بدون إذن الزوج).**

خلافاً لبعض العامة<sup>(١)</sup>، قيل: قد يفضي إلى تعطيل بعض حقوقه بنحو استحقاق الحبس، قلنا: هذا ليس من لوازمه، وإن كان قد يترتب عليه بمطل ونحوه، ولو كان هذا مانعاً لمنعت من جميع المعاوضات، لطرق المذور إليها.

**قوله: (وفي صحة ضمان الملوك بدون إذن السيد إشكال، ينشأ من أنه إثبات مال في الذمة بعقد فأشبه النكاح، وانتفاء الضرر على مولاه).**

توضيح الوجه الأول من وجهي الاشكال: أن النكاح منوع منه العبد،

(١) ذهب إليه مالك، انظر: المجموع ١٤: ١٠، الوجيز ١: ١٨٣، فتح العزيز ١٠: ٣٦١.

فإن جوزناه يتبع به بعد العتق.

ولو أذن احتمل تعلقه بكسبه وبذمته، ويتبع به بعد العتق.

لأنه يتضمن إثبات مال في ذمته، وهذه العلة قائمة في الضمان.  
وفيه - مع كونه قياساً باطلأ - منع كون المانع في النكاح هو إثبات المال  
في الذمة، وينقض بما إذا خلا العقد عن المهر، فان المنع من العقد ثابت مع انتفاء  
العلة.

وتوضيح الثاني: أن المانع هو تضرر المولى بتعطشه عن خدمته، وذلك  
منتف، لأن استحقاق المطالبة بعد عتقه.

وضعفه ظاهر، لأن المانع هو كونه لا يقدر على شيء بنص القرآن  
العزيز<sup>(١)</sup>، وإن ذمته مملوكة للمولى، فلا يملك إثبات شيء فيها بدون إذنه، وما  
ثبت قهراً من عوض إتلاف وجناية لا يقبح، لأن ذلك مبني على القهر بالنسبة  
إلى كل جان، وليس ذلك بالالتزام، والأصح عدم الصحة.  
قوله: (فإن جوزناه تبع به بعد العتق).

قطعاً، لأن كسبه مملوك للمولى، ولا يملك التصرف في مال مولاه.

قوله: (ولو أذن احتمل تعلقه بكسبه، وبذمته، فيتبع به بعد  
العقل).

أي: لو أذن المولى لل المملوك في الضمان وأطلق فلم يشترط الأداء من  
الكسب ونحوه، ولا الصبر إلى أن يعتق فيه احتمالاً:

الأول: تعلق الحق بكسبه، لأن إطلاق الأذن في الضمان إنما يحمل على  
الضمان الذي يستعقب الأداء، فإنه المعهود، والأداء من غير مال السيد ممتنع.  
وهذا التوجيه إن تم يقتضي عدم القصر على الكسب، بل يقتضي وجوب  
الأداء على السيد، وهو قريب من قول ابن الجينيد<sup>(٢)</sup>، ولا يخلو من قرب.

(١) سورة التحل: ٧٥

(٢) نقله عنه العلامة في المختلف: ٤٣١، وفخر الحمقين في ايضاح الفوائد: ٨٣: ٢

أما لو شرطه في الضمان بإذن السيد صح، كما لو شرط الأداء من مال بعينه.

والسفيه بعد الحجر كالمملوك ، وقبله كالحر. وكذا المفلس كالحر لكن لا يشارك .

---

الثاني : تعلقه بذمته، فيتع بـه، لأن الاذن في الضمان أعم من كل منها، والعام لا يدل على معين.

قوله: (أما لو شرطه في الضمان بإذن السيد صح، كما لو شرط الأداء من مال بعينه).

في صحته نظر، لأن ذمة العبد مملوكة للسيد، فكيف يثبت فيها مال باختيار العبد والسيد، ولا يكون على السيد مع كونه لا يقدر على شيء؟ ولا ينتقض بعض الالاف، لأنه قهري لا بقدره، وليس هو كما لو شرط الأداء من مال بعينه، لأن ذلك من جملة أموال السيد، ومال العبد بعد العتق ليس من جملة أمواله.

قوله: (والسفيه بعد الحجر كالمملوك وقبله كالحر).

هذا بناء على أن الحجر عليه لا يثبت بمجرد السفة، وهو مختار المصنف، وقد سبق في الحجر، وإنما كان بعد الحجر كالمملوك ، لأنه من نوع من التصرفات المالية، فيمكن القول بالبطلان لذلك والصحة، ويتع به بعده الحجر.

والأصح الأول، لأن الحجر مانع من إثبات مال في ذمته، ومن ثم لا يصح بيعه على أن يؤدي الثمن بعد الفك ، ولو أذن الولي صح.

قوله: (وكذا المفلس كالحر، لكن لا يشارك ).

يصح ضمان المفلس كما يصح ضمان غيره، لأنه إنما يمنع من التصرف في الأموال الموجودة عند الحجر، لامن إثبات مال في الذمة، ومن ثم لا يشارك المضمون له الغرماء، وفي العبارة مناقشتان:

أحداهما: أن قوله: (وكذا) مستدرك ، بل لولا قوله: (الحر) لاقتضى

ولا يصح من الصبي وإن أذن الولي، فإن اختلفا قدم قول الضامن؛ لأصالة براءة الذمة، وعدم البالغ. وليس لمدعى الأهلية أصل يستند إليه، ولا ظاهر يرجع إليه،

---

المساواة في الحكم بينهما، وهو فاسد.

الثانية: إن قوله: (لا يشارك) إن قرئ بصيغة البناء للفاعل وللمفعول، لم يكن لضميره مرجعاً، ولم يصح نظم العبارة، ويمكن جعله مصدرأً ولا جنسية. قوله: (ولا يصح من الصبي، وإن أذن الولي).

لأن عبارته مسلوبة الاعتبار، فلا يؤثر فيها إذن الولي، ولا فرق بين المميز وغيره، وإن جوزنا بيعه بالاذن، لأن الضمان التزام مال لفائدة له فيه، وإنما يؤثر إذن الولي فيما يضمن مصلحة الصبي.

قوله: (فإن اختلفا قدم قول الضامن، لأصالة براءة الذمة وعدم البلوغ، وليس لمدعى الأهلية أصل يستند إليه ولا ظاهر يرجع إليه). أي: فإن اختلف الضامن والمضمون له في وقوع الضمان من الضامن حال الصبا أو حال الكمال - ويرشد إلى مرجع الضمير في (اختلفا)، والمحذوف الذي هو المختلف فيه المقام - قدم قول الضامن في أنه كان صبياً وقت الضمان، لأن الأصل براءة الذمة، فيستصحب، وكذا الأصل عدم البالغ.

وليس لمدعى أهليته للضمان حين وقوعه - وهو المضمون له - أصل يستند إليه، ولا ظاهر يرجع إليه يكون معارضاً للإচلين السابقين.

فإن قيل: له أصالة الصحة في العقود، وظاهر حال العاقد الآخر أنه لا يتصرف باطلأً.

قلنا: الأصل في العقود الصحة بعد استكمال أركانها، ليتحقق وجود العقد، أما قبله فلا وجود للعقد، فلو اختلفا في كون المعقود عليه هو الحر أم العبد حلف منكر وقع العقد على العبد، وكذا الظاهر إنما يثبت مع الاستكمال المذكور لا مطلقاً.

بخلاف ما لو ادعى شرطاً فاسداً؛ لأن الظاهر أنها لا يتصرفان باطلأ، وكذا البحث فيمن عرف له حالة جنون، أما غيره فلا، والمكاتب كالعبد والمريض يمضي من الثالث، والأخرس إن عرف اشارته صحيحة ضمانه، وإلا فلا.

واعترف شيخنا الشهيد في حواشيه بوجود أصلية الصحة في العقود، لكن بمعارضة أصلية الصبا يتسلطان، ويبيّن أصل البراءة سليماً عن المعارض، فكأنه لا أصل له، وبأن وقوع العقد من بالغ مع صبي خلاف الظاهر. وما ذكرناه ثابت. قوله: (بخلاف ما لو ادعى شرطاً فاسداً، لأن الظاهر أنها لا يتصرفان باطلأ).

حيث كان المتعاقدان كاملين، تحقق الظاهر المذكور، وأصلية صحة العقود.

قوله: (وكذا البحث فيمن عرف له حالة جنون).

أي: ما سبق في الاختلاف في وقوع الضمان حالة الصبا أو البلوغ، آخر فيمن عرف له حالة جنون بعين ما ذكر، لكن لو حصل الاختلاف في وقوع العقد في يوم الجمعة وكان فيه كاملاً، أو في يوم الخميس قبله وكان باتفاقهما صبياً أو معنوأً، فهل هو كما سبق، أم يحتمل هنا التمسك بأصلية عدم التقدم؟ كل ممكن.

قوله: (اما غيره فلا).

أي: أما غير من عرف له حالة جنون فليس كذلك، لانتفاء ما يستند إليه في عدم كمال المتعاقدين.

قوله: (ومكاتب كالعبد).

لأنه محجور عليه في تصرفاته، كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

قوله: (ومريض يمضي من الثالث).

لاشك في صحة ضمان المريض، سواء كان مرض الموت أم لا، فإن لم يكن مرض الموت، أو عوفي من مرضه صحيحة ضمانه، وإلا نفذ من الثالث، لأن

**الثالث: المضمون عنه: وهو الأصيل، ولا يعتبر رضاه في صحة الضمان؛ لأنّه كالإداء فيصح ضمان المتبرع. ولو أنكر بعد الضمان لم يبطل على رأي، ويصبح الضمان عن الميت وإن كان مفلساً.**

منجزات المريض المتبرع بها، من الثالث عند المصنف، ولو قيل: بأنّها من الأصل نفذ منه.

قوله: (ولا يعتبر رضاه في صحة الضمان، لأنّه كالإداء).

لما كان الضمان كأداء الدين ولا يعتبر فيه رضى المديون، لم يعتبر في الضمان رضاه أيضاً، وهذا الحكم بالاجماع، ويدل عليه ضمان أمير المؤمنين عليه السلام ما في ذمة الميت ليصلّي عليه النبي صلّى الله عليه وآله<sup>(١)</sup>.

قوله: (فيصح ضمان المتبرع، ولو أنكر بعد الضمان لم يبطل على رأي).

المراد بـ(المتبرع): من لم يأذن له المضمون عنه في الضمان، فإذا ضمن ثم علم المضمون عنه وأنكر الضمان -أي: لم يرض به- لم يبطل على أصح القولين، لانتفاء المقتضي للبطلان، وقال الشيخ<sup>(٢)</sup> وجماعة<sup>(٣)</sup>: يبطل، وهو ضعيف. قوله: (ويصبح الضمان عن الميت وإن كان مفلساً).

لما روی من ضمان أمير المؤمنين عليه السلام<sup>(٤)</sup>، وقال أبو حنيفة: لا يصح الضمان عن الميت إذا لم يختلف وفاء، لأن الموت مع عدم الوفاء يسقط المطالبة بالحق<sup>(٥)</sup>، وبطلانه ظاهر، إذ لا يسقط بذلك ما في الذمة.

(١) سنن الدارقطني ٧٨:٣ حديث ٢٩٢-٢٩١

(٢) النهاية: ٣١٤

(٣) منهم: المفيد في المقنعة: ١٣٠، وابن حزوة في الوسيلة: ٣٢٧

(٤) سنن الدارقطني ٧٨:٣ حديث ٢٩٢-٢٩١

(٥) الجموع: ١٤، فتح العزيز: ٣٥٨:١٠، الوجيز: ١٨٣:١

ولا يشترط معرفة المضمون عنه، نعم لا بد من امتيازه عن غيره عند الضامن بما يمكن القصد معه إلى الضمان عنه.

**الرابع: المضمون له:** وهو مستحق الدين، ولا يشترط علمه عند الضامن بل رضاه.

وفي اشتراط قبوله احتمال،

**قوله:** (ولا يشترط معرفة المضمون عنه، نعم لا بد من امتيازه عن غيره عند الضامن بما يمكن القصد معه إلى الضمان عنه).

أما أنه لا يشترط معرفته، فلان الواجب بالضمان أداء الدين عن المضمون عنه، وليس فيه ما يقتضي معرفته، قال في التذكرة: وهل يشترط معرفة ما يميزه عن غيره؟ الأقرب العدم، بل لو قال: ضمنت لك الدين الذي لك على من كان من الناس، جاز على إشكال، نعم لا بد من معرفة المضمون عنه بوصف يميزه عند الضامن بما يمكن القصد معه إلى الضمان عنه<sup>(١)</sup>.

**قوله:** (ولا يشترط علمه عند الضامن، بل رضاه).

يدل عليه ضمان علي عليه السلام<sup>(٢)</sup>، ولأن المقصود أداء الحق، وهو لا يقتضي معرفته، ويحتمل اشتراطه، لتفاوت الناس في المعاملة والاقتضاء والاستيفاء تشديداً وتسهيلاً، واختلاف الأغراض في ذلك، واستشكله في التذكرة<sup>(٣)</sup>، والأكثر على عدم الاشتراط<sup>(٤)</sup>، وهو الاصح، نعم لا بد من تمييزه عند الضامن.

**قوله:** (وفي اشتراط قبوله احتمال).

(١) التذكرة ٢: ٨٨.

(٢) سنن الدارقطني ٧٨: ٣ حديث ٢٩٢-٢٩١.

(٣) التذكرة ٢: ٨٨.

(٤) منهم: الشيخ في الخلاف في المسألة ١ كتاب الضمان، وابن زهرة في الغنية: ٥٣٣، والمحقق في شرائع الإسلام ٢: ١٠٨.

فإن شرط اعتبر فيه التواصيل المعهود بين الإيجاب والقبول في العقود.

**الخامس:** الحق المضمون به، وشرطه المالية، والثبوت في الذمة وإن كان متزلزاً كالثمن في مدة الخيار، والمهر قبل الدخول، أو لم يكن لازماً لكن يؤول إليه كمال الجعالة قبل الفعل، ومآل السبق والرمادية.

ينشأ من واقعة علي عليه السلام<sup>(١)</sup> ، والتمسك بالأصل، والأصح الاشتراط، لأن الضمان عقد إجماعاً، فلا بد فيه من القبول، ولأن المال للمضمون له، فكيف يملك شخص نقله إلى ذمته بغير رضاه؟ وقضية علي عليه السلام واقعة في عين لاعmom لها، ولا أصل في هذا، بل الأصل عدم شرعيته إلى أن يثبت.

**قوله:** (فإن شرط، اعتبر فيه التواصيل المعهود بين الإيجاب والقبول في العقود).

لأنه عقد، فلا بد من رعاية ما يشترط في سائر العقود، وهو الأصح، وضابط التواصيل ما لا يخرج به القبول عن كونه قبولاً لذلك الإيجاب عرفاً، ولا بد من الولاة بحيث لا يتخلل كلام أجنبى، ويعتبر وقوعه بلفظ العربية.

**قوله:** (أو لم يكن لازماً لكن يؤول إليه، كمال الجعالة قبل الفعل، ومآل السبق والرمادية).

الجعالة - بفتح الجيم ويكسر - مبنية على الجواز، لكن تؤول إلى اللزوم بعد العمل، وقد اطلق المصنف هنا جواز ضمانه قبل الفعل، وقال في التذكرة ما محصله: أنه إن ضمن قبل الشروع في العمل لم يصح، لأنه ضمان مالم يجب، وإن ضمن بعد فراغ العمل واستحقاقه للمال صح قطعاً، وإن ضمن بعد الشروع في العمل وقبل إتمامه، فالأقرب جواز الضمان، لوجود سبب الوجوب، ولانتهاء الامر فيه إلى اللزوم، كالثمن في مدة الخيار<sup>(٢)</sup>.

(١) سنن الدارقطني ٧٨:٣ حديث ٢٩٢-٢٩١.

(٢) التذكرة ٢:٩٠.

والأقرب صحة ضمان مال الكتابة وإن كانت مشروطة، ويصح  
ضمان النفقة الماضية والحاضرة للزوجة لا المستقبلة، والحاضرة للقريب  
دونها.

وفي هذا القسم الأخير نظر، لانتفاء الثبوت، واللزوم فيما بقي من الجعل  
الذى لم يأت بمقابله من العمل، والفرق بينه وبين الثن في مدة الخيار ظاهر، لأن  
الثن حينئذ ثابت، غاية ما في الباب أنه متزلزل، بخلاف الجعل، فإنه لا ثبوت له  
أصلاً، والمتوجه عدم الجواز قبل الفعل.

وأما مال السبق والرماية، فإن الحقناه بمال الجعالة في عدم الثبوت بدون  
العمل لكون عقده جائزًا، فكما في الجعالة، وإن الحقناه بالاجارة وحكمنا بلزوم  
العقد - وهو الأصح على ما سيأتي إن شاء الله تعالى - فإنه يجوز.  
واعلم أنه لو قال المصنف: أو لم يكن ثابتاً لكن يقول إليه، لكان أوجه  
لأن عدوه إلى نفي اللزوم الذي هو أعم يوم أن الثبوت حاصل.

**قوله:** (والأقرب صحة ضمان مال الكتابة وإن كانت مشروطة).

(١) هذا هو الأصح، لأنه مال ثابت في الذمة بعقد لازم، ومنعه الشيخ<sup>(١)</sup>  
لأن للعبد تعجيز نفسه، وفيه نظر، للمنع من أن له ذلك، بل يجب عليه القيام  
بالمال، لأنه صار دينا عليه، ولو سلم فاقصى ما فيه أن يكون ثبوت المال في ذمته  
متزللاً.

**قوله:** (ويصح ضمان النفقة الماضية والحاضرة للزوجة  
لا المستقبلة).

نفقة الزوجة - لأنها كالعوض عن التمكين - دين ، فيصح ضمان  
ال الماضية والحاضرة منها، لا المستقبلة، لكونها لم تثبت بعد.  
**قوله:** (والحاضرة للقريب دونها).

أي: دون الماضية والمستقبلة، أما المستقبلة فظاهر، وأما الماضية، فلأن

ولو ضمن ما سيلزمه ببيع أو قرض بعده لم يصح، ولا ضمان الأمانة كالوديعة والمضاربة.

ويصح ضمان أرش الجنائية وإن كان حيواناً، ومال السلم والأعيان المضمونة كالغصب، والعارية المضمونة والأمانة مع التعدي على إشكال،

نفقة القريب على جهة المساواة لا في مقابل شيء، فتسقط بالفوات.  
قوله: (ولا ضمان الأمانة كالوديعة والمضاربة).

سواء ضمن الأعيان مطلقاً، أو ضمنها على تقدير التلف مضمونة، لانتفاء ثبوت شيء في الذمة الآن، إذ ليست مضمونة.

قوله: (ويصح ضمان أرش الجنائية وإن كان حيواناً).

أي: وإن كان الأرش حيواناً، كأرش الجزء من الإبل، لأنه مال ثابت في الذمة، ومنع بعض الشافعية<sup>(١)</sup> من ضمان إبل الديمة لجهالتها.

قوله: (ومال السلم).

لأنه مال ثابت.

قوله: (والأعيان المضمونة، كالغصب، والعارية المضمونة، والأمانة مع التعدي على إشكال).

أي: يصح ضمان كلّ من هذه على إشكال، ينشأ من أن ضمانها ثابت في الذمة، ولوجود سبب ضمان القيمة، ومن عدم ثبوت المضمون في الذمة، لأنها إنما تثبت مع التلف، ومع بقائها فالواجب هو رد العين.

وفي التذكرة<sup>(٢)</sup> صور المصنف لضمانها صورتين:

أ: ان يضمن رد أعيانها، وجوزه، لأنه ضمان مال مضمون على المضمون عنه.

(١) المجموع ١٤:١٨، فتح العزيز ٣٧١:١٠، وفيها: ان في ضمان إبل الديمة قولان أو وجهان.

(٢) التذكرة ٢:٩٠.

وضمان العهدة للبائع عن المشتري بأن يضمن الثمن الواجب بالبيع قبل تسليمه، وضمان عهده إن ظهر عيب أو استحق،

ويشكل بأنه ليس ثابتاً في الذمة، وإنما الثابت في الذمة هو وجوب ردّها، وليس بمال.

ب: أن يضمن قيمتها على تقدير التلف، وقوى صحته، لأن ذلك ثابت في ذمة الغاصب، فصح الضمان.

ويضعف بأن الثابت في الذمة هو كونها بحث لوتلفت ثبت في ذمة الغاصب قيمتها، والقيمة إنما ثبتت بعد التلف، فضمانها قبله ضمان مالم يجب. وأيضاً فان كونه بحث لوتلفت ضمانها، حكم شرعي تابع لوصف الغصب والاستعارة والتعدى في الأمانة، وهذا لا يمكن نقله بالضمان، لأن الذي ينقل بالضمان هو الحق لا الحكم الشرعي، فعدم صحة الضمان قوى.

قوله: (وضمان العهدة للبائع عن المشتري، بأن يضمن الثمن الواجب بالبيع قبل تسليمه).

أي: ويصبح ضمان العهدة، وفي حواشى الشهيد: أن العهدة إسم للوثيقة، ثم نقل إلى الثمن وغلب، ولا شبهة في صحة ضمان الثمن عن المشتري للبائع إذا كان ديناً، أما إذا كان عيناً، فهو من جملة الأعيان المضمنة، ولعل تحويلي ضمانه لعموم البلوى، ودعاء الحاجة إليه، وإبطاق الناس على ضمان العهدة. قوله: (وضمان عهده إن ظهر عيب أو استحق).

أي: ويصبح ضمان عهدة الثمن، أي: دركه على تقدير ظهور عيب فيه أو ظهور استحقاقه، والمراد: ضمان عهده عن المشتري للبائع، لأن الأرش على تقدير ظهور عيب فيه حق ثابت حين الضمان وإن كان متزلزاً، لجواز الفسخ قبل التصرف.

والبدل واجب على تقدير الاستحقاق إذا لم يجر العقد على عينه، ولا يضر كونه غير معلوم الثبوت حين الضمان، للضرورة وانكشاف ثبوته بعد.

وللمشتري عن البائع بأن يضمن عن البائع الثمن بعد قبضه متى خرج مستحقاً، أورد بعيب على إشكال،

قوله: (وللمشتري عن البائع، بأن يضمن عن البائع الثمن متى خرج مستحقاً، أورد بعيب على إشكال).

أي: ويصح ضمان عهدة الثمن للمشتري عن البائع - إذا كان قد قبضه البائع، كما صرّ به في التذكرة<sup>(١)</sup> - على تقدير خروج المبيع مستحقاً، لأنّه حينئذ مقبوض بيد البائع بغير استحقاق، ورده على المشتري حق ثابت، فيصح ضمانه. وأما إذا رد المبيع بعيب فيه إشكال، ينشأ من أن الثمن إنما وجب حينئذ بالفسخ، فيكون ضمانه ضماناً مال م يجب، ومن تقدم سبب الفسخ ودعاء الحاجة إليه، هذا هو المتبادر من العبارة.

ويرد عليه أنه سيأتي في العبارة بعد سطر أن الأقرب أنه لا يصح ضمان عهدة الثمن لو خرج معيّناً ورد بالعيب.

وحاول بعضهم الفرق، بأن المراد هنا أنه إذا ضمن عهدة الثمن للمشتري عن البائع طلوب به إذا خرج المبيع مستحقاً قطعاً، نظراً إلى أن ضمان عهدة الثمن معناه ضمان دركه، وأما المطالبة به على تقدير الرد بالعيب، نظراً إلى تناول ضمان عهدة الثمن لهذا القسم، فيه إشكال، فيكون هذا الإشكال في تناول اللفظ لهذا القسم.

وقد قال الشيخ: انه إذا ضمن عهدة الثمن، فخرج بعض المبيع مستحقاً، ففسخ المشتري لبعض الصفقة طالب الضامن بالثمن كله<sup>(٢)</sup> ، لكن عبارة المصنف تأبى هذا الحمل.

ومع ذلك فالإشكال في وجوب الثمن على الضامن هنا إنما يأتي على تقدير اللزوم لو صرّح بضمانه، إذا خرج عيب ورد به، والمصنف لا يقول به كما

(١) التذكرة ٩١: ٢

(٢) المسوط ٣٢٨: ٢

أو أرش العيب.

ويصح ضمان نقصان الصنجة في الثمن للبائع، وفي السلعة للمشتري، ورداة الجنس في الثمن والثمن.  
والأقرب أنه لا يصح ضمان عهدة الثمن لو خرج المبيع معيناً  
ورده،

---

سيأتي، وأيضاً فسيأتي في كلام المصنف بعد صفحة رد كلام الشيخ هذا.  
قوله: (أو أرش العيب).

أي: ويصح ضمان العهدة للمشتري بالنسبة إلى أرش عيب المبيع، فإنه جزء من الثمن ثابت حين الضمان، وإن لم يكن معلوماً حينئذ، فيكون ضمانه مندرجأً في ضمان عهدة الثمن.

قوله: (ويصح ضمان نقصان الصنجة في الثمن للبائع وفي السلعة للمشتري، ورداة الجنس في الثمن والثمن).  
الصنجة بفتح الصاد، وبالسين أ Finch ، قال في القاموس : سنجـة

الميزان<sup>(١)</sup>. وإنما صح ضمان ذلك، لأنـه على تقدير ظهور النقصان أو العيب، يتـبين ثـبوت الحق للمضمون له في ذمة المضمون عنه حين الضمان، وإن لم يكن معلوماً حينئذ فـصح، لـدعـاء الـضرـورة إـلـيـه.

قوله: (والأقرب أنه لا يصح ضمان عهدة الثمن لو خرج المبيع معيناً ورده).

أي: رـدـه البـائـع بـالـعـيبـ، لأنـ الثـمـن إـنـما يـجـبـ رـدـهـ فيـ هـذـهـ الحـالـةـ إـذـاـ رـدـ المـبـيعـ، وـإـلـاـ فـالـواـجـبـ الـأـرـشـ، وـوـجـهـ الـقـرـبـ أـنـ ضـمـانـ مـاـلـمـ يـجـبـ، لأنـ الثـمـن قـبـلـ الفـسـخـ حـقـ للـبـائـعـ، فـلاـ يـصـحـ ضـمـانـهـ لـلـمـشـتـريـ، وـيـحـتـمـلـ الصـحـةـ، لـلـضـرـورةـ، وـوـجـودـ سـبـبـ وجـوبـهـ، وـهـوـ العـيبـ الـجـوـزـ لـلـفـسـخـ، وـالـأـقـرـبـ قـرـيبـ.

---

(١) القاموس المحيط (سنج) ١٩٥.

والصحة لو بان فساده بغير الاستحقاق، كفوات شرط معتبر في البيع، أو اقتران شرط فاسد به، والأقوى صحة ضمان المجهول كما في ذمته،

---

قوله: (والصحة لو بان فساده بغير الاستحقاق، كفوات شرط معتبر في البيع أو اقتران شرط فاسد به).

أي: والأقرب الصحة في هذه الحالة، ووجه القرب أن الحق ثابت في وقت الضمان وإن لم يكن معلوماً، لأنكشافه بعد ذلك، فلا يكون ضمان مالم يجب، ويحتمل عدم الصحة، لأن المضمون لي ثابتاً في الذمة، لأنه عين موجودة. غاية ما في الباب أنها مضمونة على تقدير التلف، فيكون كضمان الأعيان المضمونة، وقد سبق ما فيه، بل وبعد، لأنه في وقت الضمان غير معلوم الثبوت، لأنه إنما يضمن على تقدير انكشاف الثبوت.

وقد جوز الأصحاب ضمان العهدة على تقدير الاستحقاق، لesis الحاجة، فلا يتعدى، وليس ببعيد الجواز، لدعاه الضرورة إلى ذلك، ولمشاركته الاستحقاق في المعنى، ولأن الاطلاع على صحة العقد وفساده مما قد يتعدى في الوقت، فيكون في ذلك مندوحة عن الضرر.

قوله: (والأقوى صحة ضمان المجهول كما في ذمته).

هذا قول الشيخ<sup>(١)</sup>، وأكثر الأصحاب<sup>(٢)</sup>، للأصل، ولقوله عليه السلام: «الزعيم غارم»<sup>(٣)</sup> وهو مطلق، ولأن الضمان عقد لا ينافي الغرر، وللشيخ<sup>(٤)</sup> قول آخر بعدم الجواز، لاختلاف الاحوال بقلة الحق المضمون وكثرته، والأول أقوى. وإنما يصح في صورة يمكن العلم فيها بعد ذلك، كقوله: أنا ضامن للدين

---

(١) النهاية: ٣١٥.

(٢) منهم: المفيد في المقنعة: ١٣٠، وابن زهرة في الغنية: ٥٣٣، وسلام في المراسم: ٢٠٠، والمحقق في شرائع الإسلام ١٠٩:٢.

(٣) سنن ابن ماجة ٨٠٤:٢ حديث ٢٤٠٥، مسنون أحمد ٥:٢٦٧.

(٤) الخلاف ٢:٨٠ مسألة ١٣ كتاب الضمان، والمبوسط ٢:٣٣٥.

فيليذه ما تقوم البينة على ثبوته وقت الضمان، لا ما يتجدد، ولا ما يوجد في دفتر وكتاب، أو يقر به المضمون عنه، أو يحلف عليه المالك برد اليدين من المديون.

الذى لك عليه، أما مالا ي肯 فيه العلم، كضمنت لك شيئاً مما في ذمته، فلا يصح قوله واحداً، لعدم إمكان العلم به، لصدق الشيء على القليل والكثير، وإلى هذا أشار المصنف بقوله: (كما في ذمته) أي: كضمان ما في ذمته؟ فان قيل: لم لا يصح ويليذه أقل ما يقع عليه اسم الشيء مما في ذمته؟ قلنا: ليس هذا الفرد هو المضمون، لانتفاء مانعيته، والواجب هو المضمون، ووجوب شيء فرع صحة الضمان.

قوله: (فيليذه ما تقوم البينة على ثبوته وقت الضمان).  
أي: حيث كان ضمان المجهول على الوجه المذكور صحيحاً، فاللازم ما يثبت بالبينة وجوبه وقت الضمان، لأنه الذي في الذمة حينئذ.  
قوله: (لاما يتجدد، ولا ما يوجد في دفتر وكتاب، أو يقر به المضمون عنه).

لان المتجدد غير ثابت حين الضمان، والموجود في دفتر وكتاب غير ثابت شرعاً، وإن المضمون عنه لا ينفذ على الضامن.

قوله: (أو يحلف عليه المالك برد اليدين من المديون).  
هذا أحد القولين للأصحاب، فان الشيخ<sup>(١)</sup> وابن البراج<sup>(٢)</sup> قيدا اللزوم باليدين المردودة، بما إذا كان الرد برضى الضامن، وقال المفید بلزوم ما يحلف عليه المضمون له<sup>(٣)</sup>، وفي المختلف: إن جعلنا اليدين المردودة كالبينة، لزم الضامن ما يحلف عليه المضمون له، وإن جعلناها كاقرار المنكر لم يليذه، إلا أن يكون

(١) النهاية: ٣١٦

(٢) نقله عنه العلامة في المخالف: ٤٣٠

(٣) المقمعة: ١٣٠

ولو ضمن ما تقوم به البينة لم يصح؛ لعدم العلم بشبنته حينئذ،  
ولا ضمنت شيئاً مالك عليه ويصح الإبراء من المجهول.

الخلف برضى الضامن<sup>(١)</sup>.

والتحقيق: أن الرضى لا أثر له، إنما المؤثر وقوع الرد منه، ولعلهم أرادوا بالرضى ذلك، وتقيد المصنف عدم اللزوم بخلف المضمون له بكون<sup>(٢)</sup> الرد من المديون يعطي هذا، فإنه متى كان الرد من الضامن، أو منه ومن المضمون عنه، لزم ما يختلف عليه، لأن كونها كالبينة إنما هو في حق راد اليمين، لأنها إذا كانت كالاقرار - وهو أضعف الاحتمالين في إثبات الحق هنا - يكون كاقرار الضامن. وسيأتي إن شاء الله تعالى تحقيق كونها كالبينة أو كالاقرار في كتاب القضاء.

**قوله:** (ولو ضمن ما تقوم به البينة لم يصح، لعدم العلم بشبنته حينئذ).

لوقال: لعدم دلالة عقد الضمان على ضمان ما في الذمة حينئذ لكان أولى، وتخرج العبارة على أن المراد لعدم العلم بشبنته من صيغة الضمان، إلى آخره.

**قوله:** (ويصح الإبراء من المجهول).

لأنه مبني على الغبن، إذ هو إسقاط للحق، نعم لا بد من قصده إلى الإبراء من المجموع، قليلاً كان أو كثيراً، فلوطن قلتـهـ فـبـاـنـ كـثـيـراًـ لـمـ يـقـعـ،ـ وـعـلـىـ هـذـاـ لـوـعـرـفـ مـنـ عـلـيـهـ الـحـقـ قـدـرـهـ عـرـفـهـ صـاحـبـهـ،ـ فـاـنـ لـمـ يـفـعـلـ وـأـبـرـاهـ مـنـهـ كـائـناًـ مـاـ كـانـ،ـ فـاـنـهـ يـبـرـأـ،ـ وـإـلـاـ فـفـيـهـ تـرـدـدـ.

**وفي التذكرة<sup>(٣)</sup>:** لو طلب منه الإبراء لأنه اغتابه، ولم يذكر ما اغتابه به،

(١) المختلف: ٤٣٠.

(٢) في «م» و «ق»: يكون، والمثبت من مفتاح الكرمة ٥: ٣٧٨، وهو الصحيح.

(٣) التذكرة ٢: ٩١.

ولو قال: ضمنت من واحد إلى عشرة احتمل لزوم العشرة، وثمانية، وتسعة باعتبار الطرفين.

### **المطلب الثاني: في الأحكام:**

الضمان ناقل وإن لم يرض المدينون، ولو أبرأه المستحق بعده لم يبرأ الضامن، ولو أبراً الضامن برئاً معاً، ولو ضمن الحال مؤجلاً تأجل.

وليس للضامن مطالبة المدينون قبل الأداء،

ذكر وجهين للشافعية في الصحة وعدمهما، ولم يرجح شيئاً.

قوله: (ولو قال: ضمنت من واحد إلى عشرة، احتمل لزوم العشرة وثمانية وتسعة، باعتبار الطرفين).

هذه مخرجة على الخلاف الأصولي في أن الغاية داخلة في المغى أم لا، فإن فيه أقوالاً: دخول الابتداء والانتهاء، وعدم دخولهما، والفرق فيدخل الابتداء، والتفصيل بكونها مميزة بفصل محسوس فلا يدخل، أولاً - كمن طرف الخشبة إلى طرفها - فيدخل.

ودخول الابتداء لا يخلو من قرب، لأن ابتداء الشيء من جملته، ولأن الاستعمال الكثير جار على ذلك، فان اخذت من واحد إلى عشرة واعطيت من واحد إلى عشرة ونحوهما، جاز على أن الواحد داخل في المأخذ والمعطى، ويحيىء مثله في الإقرار ان شاء الله تعالى.

قوله: (لو أبراً الضامن برئاً معاً).

لأن الضامن إنما يرجع على المضمون عنه بما أداه، ومع الإبراء لم يؤد شيئاً.

قوله: (لو ضمن الحال مؤجلاً تأجل).

بالنسبة إلى الضامن وفاء بالعقد الصحيح، وقد سبق بيان صحته.

قوله: (وليس للضامن مطالبة المضمون عنه قبل الأداء).

لأنه وإن كان الحق حالاً على المدينون - لعدم ما يقتضي تأجيله ، لأن

فإن مات الضامن حل، ولورثته مطالبة المضمون عنه قبل الأجل، ولو كان الأصل مؤجلاً لم يكن له ذلك.

ولومات الأصيل حينئذ خاصة حجر الحاكم من التركة بقدر الدين، فإن تلف فن الوارث كما أن النماء له،

---

المؤجل هو الدين الذي ثبت بالضمان، لا الذي في ذمة الأصيل - إلا أن الضامن لا يستحق الرجوع حيث ثبت له، إلا بعد الأداء.

قوله: (فإن مات الضامن حل، ولورثته مطالبة المضمون عنه قبل الأجل).

إذا مات الضامن في هذه الحالة حل دينه، فلا مانع من المطالبة للمضمون عنه حينئذ، لأن الدين الذي عليه حال كما قررناه، لكن لا بد في جواز المطالبة من الورثة للأصيل من الأداء، أو مطالبة المضمون له إياهم على احتمال سيأتي، ومثله ما لو تراضى الضامن والمضمون عنه على إسقاط الأجل.

قوله: (ولو كان الأصل مؤجلاً، لم يكن هم ذلك).

لأن الحلول على الضامن لا يستدعي الحلول على الأصيل، وقبل الحلول لا تحل المطالبة، ومثله لو ضمن المؤجل حالاً على القول بصحته.

قوله: (ولومات الأصيل حينئذ خاصة، حجر الحاكم من التركة بقدر الدين).

أي: منع الوارث من التصرف فيه، حذرًا من ضياع ما يؤديه الضامن بعد الحلول عليه، وإنما جاز ذلك لأن هذا القدر من التركة يستحق بالدين الذي في ذمة الأصيل، غاية ما في الباب أنه ليس للضامن أخذه إلا بعد الأداء المتوقف على الحلول.

قوله: (فإن تلف فن الوارث، كما أن النماء له).

لأنه باق على ملك الوارث، فإن الدين لا يملك إلا بعد القبض، والتركة مع الدين على ملك الوارث كما سبق، فعلى هذا يجب الأداء من باقي التركة وإن

ثم الضامن إن تبرع لم يرجع على المديون، وإن أذن له في الأداء، والآ رجع  
بالأقل من الحق وما أداه وإن أبريء.  
ولو أبراً من الجميع فلا رجوع، وإن لم يأذن له في الأداء.

تصرف فيها الوارث.

قوله: (ثم الضامن إن تبرع لم يرجع على المديون وإن أذن له في  
الأداء).

أشار بقوله: (ثم) إلى اتفاقيات هذا عما قبله، فان هذا الحكم شامل لمسائل  
الباب، ولا يخفى أن الأقسام بالنسبة إلى كون الضمان والأداء معاً باذن المديون،  
أو أحدهما خاصة، أو اتفاء الأذن عنها معاً اربعة، فذكر هنا حكم قسمين: تبرع  
الضامن بالضمان والأداء معاً، وتبرعه بالضمان مع إذن المديون في الأداء،  
والحكم عدم الرجوع فيها عند علمائنا، ذكره في التذكرة<sup>(١)</sup>، وإنما قلنا أنه ذكر  
قسمين، لأن جملة الوصيلية تقضي عدم الأذن في الأداء مع التبرع في الضمان  
المذكور في العبارة.

قوله: (وإلا رجع بالأقل من الحق وما أداه وإن أبريء، ولو أبراً  
من الجميع فلا رجوع وإن لم يأذن له في الأداء).

أي: وإن لم يتبرع بالضمان رجع على الأصيل بأقل الامرين من الحق  
المضمون وما أداه، أما إذا كان الحق أقل، فلأن الواجب أداؤه من غير زيادة،  
فالزيادة تبع.

وأما إذا كان ما أداه أقل من الحق، فلأن الضامن إنما يرجع بعد الأداء،  
فلا يرجع بالمل يؤده، ولا فرق في عدم رجوعه بزيادة الحق عما أدى بين أن يكون قد  
أبريء من الزيادة بصيغة المجهول - أي: أبرأه المضمون له، لئلا يختلف مرجع  
الضمير - وعدمه.

ويصح ترامي الضمان، ودوره، واشترط الأداء من مال بعينه، فإن تلف بغير تفريط الضامن في بطلان الضمان اشكال،

وللشافعية<sup>(١)</sup> وجه أنه يرجع بما أبرئ منه ونحوه، لأنه هبة ومساحة له من رب الدين، ولو أبرئ من الجميع، فلا رجوع لمثل ما قبلناه، ولا فرق في جواز الرجوع مع الاذن في الضمان، بين أن يأذن له في الأداء و عدمه. إذا عرفت ذلك، فاعلم أن قول المصنف: (وإن لم يأذن له في الأداء) وصلي لقوله: (والا رجع بالأقل...)، وما بينهما من قوله: (ولو ابرا من الجميع...) معتبر، وبهذه الوصيلية يندرج القسمان الباقيان من الأقسام الأربع السابقة.

قوله: (ويصح ترامي الضمان).

لإلى غاية، بأن يضمن الضامن ضامن آخر، والضمامن الثاني ثالث، وهكذا.

قوله: (ودوره).

أي: دور الضمان، بأن يضمن الضامن الأخير المضمون عنه الأول، ووجه صحتها إطلاق النص وعدم المانع.

قوله: (واشتراط الأداء من مال بعينه).

عملاً بعموم قوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم»<sup>(٢)</sup> والظاهر أنه لا بد أن يكون المال المشترط الأداء منه ملكاً للضامن.

قوله: (فإن تلف بغير تفريط الضامن، في بطلان الضمان إشكال).

احترز بتلفه بغير تفريط عنها إذا فرط، فإنه حينئذ يلزم الدين المتعلق به

(١) انظر: المجموع ٣٢: ١٤، الوجيز ١: ١٨٦.

(٢) التهذيب ٣٧١: ٧ حديث ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ حديث ٨٣٥

## ومع عدمه يتعلق به تعلق الدين بالرهن لا الأرث بالجاني،

---

بتفسيره، لكن ينبغي أن يكون ذلك المال المشترط بقدر الدين فصاعداً، فلونقص تطرق احتمال عدم لزوم مازاد عنه من الدين.

ومنشأ الاشكال: من أن الأداء إنما يجب من ذلك المال، عملاً بالشرط وقد تعذر، ولا سبيل إلى سقوط الدين، فتعين بطلان الضمان، لأنحصر الأقسام في ثلاثة، وقد بطل الأولان، ومن أن الضمان ناقل.

ولامنافاة بين ثبوته في الذمة واشتراط الأداء من مال بعينه، ولأنسلم بطلان القسم الأول، ولم لا يجوز أن يكون المال في ذمة الضامن، ويجب أداؤه من المال المعين بقتضى الشرط؟ فإذا تلف يبقى في موضعه ويجب الأداء من مال آخر، وهذا أقوى.

قوله: (ومع عدمه يتعلق تعلق الدين بالرهن، لا الأرث بالجاني).  
المتبدار عود الضمير في (عدمه) إلى البطلان لقربه، لكن الحكم بكون تعلق الدين به كتعلقه بالرهن بعد فرض تلفه غيرمنتظم، مع أن فيه فساداً آخر، وهو أنه على تقدير عدم البطلان، كيف يتصور الرجوع على المضمون عنه، على تقدير كون التعلق كتعلق الأرث برقبة الجاني؟

وتوهم أن المراد بالثاني الشق الثاني من الاشكال باطل، لأن الشق الثاني منه هو عدم بطلان الضمان كما لا يتحقق، وعلى هذا التقدير كيف يمكن الرجوع على المضمون عنه؟

ولو قدر عود الضمير إلى التلف، لسلم من هذا المحدود، لكن يقع في محدود آخر، وهو أن الرجوع على المضمون عنه على تقدير كون التعلق كتعلق الأرث برقبة الجاني، لا يستقيم على تقدير عدم التلف.

والحاصل أن العبارة لا تخلو من شيء، وإن كان سوق الكلام إنما يدل على إرادة المعنى الأول.

إذا تقرر هذا، فأصبح الاحتمالين أن تعلق الدين بالمال المشترط بالأداء

فيرجع على الضامن، وعلى الثاني يرجع على المضمون عنه، وكذا لو ضمن مطلقاً ومات معسراً على إشكال.

---

منه كتعلق الدين بالرهن، لا الأرش برقة الجاني، نظراً إلى أن الضامن ناقل للمال إلى ذمة الضامن، ولأن الدين موضعه الذمة، والأرش بالنسبة إلى الجاني ليس ديناً، وإنما هو حق ثبت من أول الأمر كذلك.

لكن على هذا لا يكون للإشكال في البطلان وعدمه عند المصنف وجه، بل يجب الجزم بالعدم، لأن الدين إذا كان موضعه الذمة، لا يزول بزوال تعلقه بعين مخصوصة.

**قوله:** (فيرجع على الضامن).

أي: يرجع المضمون له على الضامن، على المختار من كون التعلق كتعلق الدين بالرهن.

**قوله:** (وعلى الثاني يرجع على المضمون عنه).

أي: على تقدير كون التعلق كتعلق الأرش برقة الجاني، يرجع على المضمون عنه، لأنما انتقل من ذمته على هذا الوجه المخصوص، وقد تعذر أخذه على ذلك الوجه، ولا سبيل إلى سقوطه أصلاً.

والتحقيق: أن هذا ليس بشيء أصلاً، لأن حقيقة الضامن تقتضي إما نقل المال، أو ضم ذمة إلى ذمة، وعلى كل تقدير فكيف يكون التعلق بذلك المال المعين كتعلق الأرش برقة الجاني، مع أن الأرش لا تعلق له بذمة أحد؟ ثم إنه على هذا التقدير يجب أن لا يبقى في ذمة المضمون عنه شيء،

فكيف يعود إلى الذمة بالتلف بعد زواله بغير سبب يقتضي شغل الذمة؟

**قوله:** (وكذا لو ضمن مطلقاً ومات معسراً على إشكال).

أي: وكذا يرجع الضامن على المضمون عنه لو ضمن الضامن الدين مطلقاً - أي: لم يشترط الأداء من مال بعينه - ثم مات معسراً، ومنشأ الإشكال: من أنه لولا ذلك لضاع الدين، ومن انتقال المال بالضامن إلى ذمة الضامن

ولو بيع متعلق الضمان بأقل من قيمته لعدم الراغب رجع الضامن بتمام القيمة؛ لأنّه يرجع بما أدى. ويحتمل بالثمن خاصة؛ لأنّه الذي قضاه،

---

وبراءة المضمون عنه، فلا يعود. ومنع من أن المال ضائع بذلك، بل هو باق وإن تعذر الأخذ في الدنيا، ولو سلم فلان سلم امتناع ضياع المال، إذ لومات المديون معسراً لضياع الدين أيضاً، والحق أنه لا وجه لهذا الاشكال عندنا.

نعم على القول بأن الضمان ليس ناقلاً، فلا يرجع على المضمون عنه، لكن لا يجيء الاشكال على هذا التقدير أيضاً.

قوله: (ولو بيع متعلق الضمان بأقل من قيمته لعدم الراغب رجع الضامن بتمام القيمة، لأنّه يرجع بما أدى).

أي: لو كانت قيمة المال المشروط في عقد الضمان - الأداء منه باعتبار الزمان والمكان - أزيد مما بيع به، وببيع بالأنقص لفقد الراغب حينئذ على خلاف الغالب، فأدى ما بيع به في الدين، رجع الضامن على المضمون عنه بتمام القيمة، لأنّه يرجع بما أدى، وقد أدى ذلك.

وضعف هذا من وجهين:

أ: إنما يرجع بما أدى إذا كان بقدر الدين أو أقل، وليس كذلك هنا.

ب: أنا منع أنه أدى المال أو قيمته، وإنما أدى ما بيع به. والحق بطلان هذا الاحتمال أصلاً، ولو فرض ذلك فيما إذا كان الدين بقدر القيمة، فصالح بالقدر الذي بيع به المال عن ذلك الدين، لأمكن تخيل هذا الاحتمال تخيلاً ضعيفاً.

قوله: (ويحتمل بالثمن خاصة، لأنّه الذي قضاه).

قد علم وجده مما سبق، وهو الأصح.

وللضامن مطالبة الأصيل إن طلوب - كما أنه يغره إذا غرم - على إشكال، وليس له المطالبة بالتخليص قبل المطالبة.

ومن أدى دين غيره من غير ضمان ولا إذن لم يرجع، وإن أداه باذنه بشرط الرجوع رجع.

---

قوله: (وللضامن مطالبة الأصيل إن طلوب - كما أنه يغره إذا غرم - على إشكال).

(على) يتعلق بـ (مطالبة)، فان الاشكال في استحقاق المطالبة إذا طلوب، قوله: (كما أنه يغره إذا غرم) معترض بينهما، وهو دليل أحد طرفي الاشكال.

وتوضيحه: أن نسبة المطالبة إلى المطالبة كنسبة التغريم إلى الغرم، فكما ثبت استحقاق التغريم بالغرم، يجب أن يثبت استحقاق مطالبة الضامن للأصيل، بطالبة المضمون له الضامن.

ووجه العدم: أن المطالبة فرع استحقاق المال، وهو إنما يستحق بعد الأداء، لأن المال في ذمة الضامن، لانتقاله إليه بالضمان، ولا شيء في ذمة المضمون عنه، لكن بالأداء يحدث الاستحقاق، وهذا هو الأصح.

قوله: (وليس له المطالبة بالتخليص قبل المطالبة).

أي: ليس للضامن مطالبة المضمون عنه بتخليصه من الدين اللازم بالضمان، بأن يدفعه إليه ليدفعه إلى المضمون له، أو يدفعه الأصيل إلى المضمون له قطعاً، فتكون المسائل الثلاث على نظام حسن: مطالبته ورجوعه بعد الأداء حق ثابت قطعاً، مطالبته قبل الأداء وبعد المطالبة وفيه إشكال، مطالبته قبل المطالبة لا تجوز قطعاً.

قوله: (ومن أدى دين غيره من غير ضمان ولا إذن لم يرجع).

أي: ولا إذن في الأداء، ووجهه: أنه متبرع، خلافاً لمالك، فإنه جوز

ولو لم يشرط الرجوع احتمل عدمه، إذ ليس من ضرورة الأداء الرجوع وثبوته للعادة.

ولو صالح المأذون في الأداء بشرط الرجوع على غير جنس الدين احتمل الرجوع إن قال: أَدْ دِينِي أَوْ مَا عَلَيْيَ، بخلاف أَدْ مَا عَلَيْ من الدرارِم إن علق بالأداء وعدمه؛ لأنَّه أَذْنٌ في الأداء لا الصلح.

---

الرجوع، إِلَّا إِذَا أَدْى العدُو دِينَ عَدُوِّهِ، حَذْرًا مِنِ التَّسْلِطِ عَلَيْهِ بِالْمَطَالِبَةِ، وَلَيْسَ هَذَا كَمَا لَوْ جَرَ طَعَامَهُ الْمُضْطَرُ، فَإِنَّهُ يَرْجُعُ هُنَّا وَإِنْ لَمْ يَأْذُنْ الْمُضْطَرُ، لِأَنَّهُ لَيْسَ مَتَبْرِعًا، بَلْ ذَلِكَ وَاجِبٌ عَلَيْهِ.

قوله: (ولو لم يشترط الرجوع احتمل عدمه، إذ ليس من ضرورات الأداء الرجوع وثبوته للعادة).

يؤيد الأول أنَّ الْأَذْنَ فِي الْأَدَاءِ أَعْمَمُ مِنْ اشتراطِ الرجوع، وَالْعَامُ لَا يَدِلُ عَلَى الْفَرَدِ الْمُعْنَى، وَأَيْضًا فَانَّ الْأَذْنَ فِي الْأَدَاءِ لَا يَدِلُ عَلَى الرجوع بِاحْدَى الدَّلَالَاتِ الْثَّلَاثَ، وَالدَّلَالَةُ لَا تَنْحَصِرُ فِيهَا.

وَالْحَقُّ أَنَّ الْعَادَةَ إِنْ كَانَتْ مُضْبُوْتَةً، فِي أَنَّ مِنْ أَذْنَ فِي الْأَدَاءِ يَرِيدُ بِهِ الرجوع وَيَكْتَفِي بِالْأَذْنِ مُطْلَقًا، اسْتَحْقَقَ الرجوع، وَإِلَّا فَلَا.

قوله: (ولو صالح المأذون في الأداء بشرط الرجوع على غير جنس الدين احتمل الرجوع، إن قال: أَدْ دِينِي أَوْ مَا عَلَيْيَ، بخلاف أَدْ مَا عَلَيْ من الدرارِم، إن علق بالأداء وعدمه، لأنَّه أَذْنٌ في الأداء لا الصلح).

أَيْ: لو صالح من أَذْنَ لَهُ فِي أَدَاءِ دِينِ الْأَذْنِ، وَالْحَالُ أَنَّهُ قَدْ شَرَطَ لَهُ الرجوع على غير جنس الدين، كَالْدَنَانِيرِ عَنِ الدَّرَارِمِ، احْتَمَلَ ثَبَوتَ الرجوع، إِنْ كَانَ الْأَذْنَ قَدْ قَالَ فِي الْأَذْنِ: أَدْ دِينِي، أَوْ أَدْ مَا عَلَيْيَ، لِأَنَّ الْأَدَاءَ يَرَادُ بِهِ تَخْلِيْصُ الْذَّمَةِ مِنَ الدِّينِ.

وَهَذَا لَوْ حَلَفَ أَنْ يَؤْدِي دِينَ شَخْصٍ آخَرَ، بِرَئِسْ تَخْلِيْصِ ذَمَّتِهِ بِالصَّلْحِ

ولو صولح الضامن عن مائة بما يساوي تسعين رجع بالتسعين،  
وكذا لو صولح بحط قدر أو نقص صفة.

ولو صالح بالأزيد رجع بالدين، ويرجع على ضامن عهدة الثمن في  
كل موضع يبطل فيه البيع من رأس،

عنه، فان ذلك قضية العرف، وهذا بخلاف ما إذا قال: أَدْ ماعليَّ من الدرارِم،  
وعلق الجار بالأداء، لأن المراد حينئذ: كون الأداء من الدرارِم، وحيث نص على  
ذلك، امتنع العمل على المعنى الأعم.

وإنما قيد بقوله: (إن علق بالأداء) لأنه إن علق بمحذف، على أنه مع  
مرور حال أو وصف لـ(ما)، فإن الحكم فيه كالحكم فيما لو قال: أَدْ ماعليَّ، لأن  
الإداء المأمور به مطلق حينئذ.

ويحتمل عدم استحقاق الرجوع، لأن معنى أداء ما عليه: رد مثله جنساً  
وقدراً، لامتناع الحقيقة، إذ ما عليه أمر كلي، فيصار إلى أقرب المجازات.  
ولمانع أن يمنع أن هذا أقرب المجازات، لأن إرادة إبراء الذمة بهذا اللفظ  
أشيع في الاستعمال، بل يمكن ادعاء كونه حقيقة عرفية، فالأوجه الاول.  
إذا تقرر هذا فقوله: (إن علق) يمكن قراءته معلوماً، والضمير للاذن في  
الإداء، وبجهولاً والضمير للجار.

قوله: (ولو صولح الضامن عن مائة بما يساوي تسعين رجع  
بالتسعين، وكذا لو صولح بحط قدر أو نقص صفة).  
لأنه إنما يستحق شيئاً بالأداء، فيرجع بما أدى.

قوله: (ولو صالح بالأزيد رجع بالدين).

لأن الزائد تبع منه فلا يستحقه، إذ المأذون فيه إنما هو ضمان الدين.

قوله: (ويرجع على ضامن عهدة الثمن، في كل موضع يبطل فيه  
البيع من رأس).

أي: يكون البيع باطلًا حين إيقاعه، بفوات شرط معتبر فيه واقتراض شرط

لا ما يتجدد له الفسخ بالتقايل، أو العيب السابق، أو تلفه قبل قبضه بل يرجع على البائع.

ولو طالب بالأرش فالأقرب مطالبة الضامن.

ولو فسخ لاستحقاق بعضه رجع على الضامن بما قابل المستحق، وعلى البائع بالأخر.

---

fasد ونحوهما، لأنه حينئذ يكون الثمن مستحقاً للمشتري لم يخرج عن ملكه.  
 قوله: (لا ما يتجدد له الفسخ بالتقايل، أو العيب السابق، أو تلفه قبل قبضه، بل يرجع على البائع).

لأن الملك حينئذ يتجدد بعد الفسخ، فلا يكون مملوكاً للمشتري حين الضمان، فيكون ضمان ما لم يجب.

قوله: (ولو طالب بالأرش فالأقرب مطالبة الضامن).  
أي: لوم يفسخ فيما إذا ظهر المبيع معيماً ورضي بالأرش، فالأقرب أن له مطالبة ضامن العهدة، ووجه القرب: أنه مال ثابت حين الضمان، لأنه عوض جزء فائت من المبيع، حيث أن ذلك المقدار من الثمن لم يقع في مقابلة عوض، وسقوطه إنما يكون بالرضى بالعيب.

ويحتمل ضعيفاً العدم، لأن الأرش عوض مالا يفرد بالبيع، فلا يتقطط الثمن عليه، والأصح الأول، وقد سبق في كلام المصنف استحقاق المطالبة بالأرش على طريق الجزم.

واعلم أن قوله: (ولو طالب بالأرش) يريد به إرادة المطالبة به والرضى بالمطالبة مجازاً، لأنه حينئذ في قوة المطالبة به.

قوله: (ولو فسخ لاستحقاق بعضه، رجع على الضامن بما قابل المستحق وعلى البائع بالأخر).

أي: لو ظهر استحقاق بعض المبيع، فتبين بطلان البيع فيه، تبعضت

ولو أخذ بالشفعة رجع على الشفيع، دون الضامن والبائع.  
ولوباع أو أقرض بشرط رهن عين أو مطلقاً فضمن تسلیم الرهن  
لم يصح؛ لأن الأصيل لا يلزمه ذلك.

---

الصفقة، فللمشتري الفسخ بهذا العيب، فإذا فسخ لذلك رجع من الثن على  
الضمان بما قابل المستحق به، لأن الضمان صحيح بالنسبة إليه لكونه مملوكاً  
للمشتري حين الضمان، وما بقي منه فإنما يرجع به على البائع، لأنه حين الضمان  
لم يكن مملوكاً للمشتري فلم يصح ضمانه، إذ هو ضمان مالم يجب، وهذا هو أصح  
القولين.

وعن الشيخ في المبسوط<sup>(١)</sup> : صحة الضمان بالنسبة إليه أيضاً وجواز  
مطالبة الضامن به، فيطالبه بالجنيع.

قوله: (ولو أخذ بالشفعة رجع على الشفيع دون الضامن والبائع).  
أي: لو كان المبيع الذي ضمن الضامن فيه عهدة الثن للمشتري شقصا  
مشفوعاً، فأخذ الشفيع بالشفعة، رجع المشتري على الشفيع بالثن، لأن الشفيع إنما  
يأخذ منه، ولا يرجع على الضامن - لأن الذي ضمن البائع عهده هو الثن المدفوع  
إلى البائع - ولا على البائع، لأن الثن الذي تسلمه أخذه بحق ولم يبطل البيع فيه.  
قوله: (ولوباع أو أقرض بشرط رهن عين أو مطلقاً، فضمن تسلیم  
الرهن لم يصح، لأن الأصيل لا يلزمه ذلك).

أي: لو باع بائع أو أقرض مقرض بشرط رهن عين مخصوصة، أو بشرط  
رهن من غير تخصيص بعين معينة، فضمن الضامن تسلیم الرهن لم يصح الضمان،  
لأن الأصيل لا يلزمه ذلك - أي: التسلیم للرهن - بناء على أن الشرط في العقد  
اللازم لا يجب الوفاء به، لأنه يقلب اللازم جائزًا، وقد سبق في البيع والقرض  
تحقيق ذلك، وأن هذا منظور فيه.

ولو ضمن درك ما يحده المشتري من بناء أو غرس لم يصح؛  
لأنه ضمان ما لم يجب، وفي ضمان البائع ذلك إشكال.

---

والتعليق الصحيح: أنه لا يستحق العين، وإنما يستحق الاستيقاظ بها،  
وذلك ليس بالفيصح ضمانه.

قوله: (ولو ضمن درك ما يحده المشتري من بناء أو غرس لم  
يصح، لأنه ضمان ما لم يجب).

أي: لو ضمن ضامن للمشتري درك ما يحده المشتري في المبيع - لو كان  
أرضاً مثلاً من بناء وغرس، بحيث لو ظهر استحقاق المبيع ووجب القلع، فإنه  
يثبت للمشتري حينئذ على البائع أرش النقسان، وهو تفاوت ما بين قيمته قائماً  
ومقلوعاً، على أن يرجع بذلك على الضامن - لم يصح الضمان، ولم يستحق الرجوع  
به عليه لو ظهر الاستحقاق فقلع، لأنه ضمان ما لم يجب، لأنه حين الضمان لم يكن  
مستحقاً للأرش، إنما يستحقه بعد القلع.

قوله: (وفي ضمان البائع ذلك إشكال).

أي: وفي ضمان البائع عهدة ما ذكر للمشتري إشكال، ينشأ من أنه  
ضمان ما لم يجب فلا يصح، ومن وجود سببه وهو العقد واقتضاء ذلك، فإن بيع  
المغصوب مع جهل المشتري يقتضي رجوعه عليه بما يغمره.

والتحقيق: أن هذا الضمان لا أثر له، لأن ذلك واجب بدونه، فإنه من  
مقتضيات العقد، فلا معنى لضمانه، حتى لو ضمن مالاً يقتضي العقد الرجوع به، مما  
لو غرم المشتري بعد ظهور الاستحقاق - كعوض المنافع المستوفاة على قول - لم يصح  
الضمان، لأنه ضمان ما لم يجب.

بل لا معنى لهذا الإشكال، لأن الإشكال إن كان في ثبوت ذلك على  
البائع فلا وجه له، لأن ذلك واجب، وإن كان في اقتضاء هذا الضمان ثبوته  
أيضاً ليكون مؤكداً فلا وجه له أيضاً، لأنه ضمان ما لم يجب بعد.

## ولو ضمن اثنان طلب السابق، ومع الاقتران اشكال.

قوله: (ولو ضمن اثنان طلب السابق، ومع الاقتران إشكال).  
ينشأ: من احتمال أمور ثلاثة متكافئة هي أقوال للأصحاب:  
الأول: التخير في مطالبة من شاء منها، وهو قول ابن حمزة<sup>(١)</sup>، تمسكاً  
بصحة العقددين فانها الأصل.

ونقل الشارح عن المصنف في درسه توجيهه: بأن مثله واقع في العبادات،  
كالواجب على الكفاية، وفي الأموال كالغاصب من الغاصب<sup>(٢)</sup>.

وفي نظر، فإن العقددين المتنافيين يمتنع التمسك بصحتها، ووجه التنافي:  
أن انتقال المال إلى ذمة أحدهما يقتضي أن لا ينتقل إلى ذمة الآخر شيء فيكون  
ضمانه باطلًا لانتفاء مقتضاه، ولا يعني بالباطل إلا ما لا يترتب عليه أثره.

وهذا يصلح جواباً لما ذكره المصنف، وفي الغاصب من الغاصب لم يثبت  
المال في ذمم متعددة، وإنما وجب على من جرت يده على المغصوب ردّه على  
مالكه، عملاً بعموم: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»<sup>(٣)</sup> فان تعذر وجب البدل  
للحلولة.

وهذا لا يتفاوت الحال فيه ببقاء العين وتلفها، ومعلوم أنه مع بقائها  
لا يكون في ذمة أحد، وإنما الذي في الذمة وجوب ردّها، فظاهر أنه ليس هناك مال  
واحد في ذمم متعددة، ولو قدر أنه كذلك في هذا الفرد - على خلاف الأصل  
للنص والإجماع - لم تجز تعديته إلى غيره إلا بنص آخر.

الثاني: التنصيف، فيطالب كل واحد منها بنصف المال في هذا الفرض،  
ولو زادوا فالحصة بعد اعتبار العدد، لأن الأصل صحة الضمان، ولما امتنع  
انتقال المجموع إلى كل من الذمتين ولا أولوية، انتقل إلى كل واحدة منها

(١) قاله في الوسيلة: ٣٢٨.

(٢) ايضاح الفوائد: ٢: ٨٩.

(٣) سنن ابن ماجة: ٢: ٨٠٢: ٢ حديث ٢٤٠٠.

ولو ضمن كل من المديونين ما على صاحبه تعاكست الأصلية  
والفرعية فيها إن أجازهما ويتساقطان،

---

ما يقتضيه التحاصّ.

وفي نظر، لأنّ خلاف ما اقتضاه العقدان وأراده الضامنان، بل إنّ كان العقد صحّيحاً ترتب عليه مقتضاه، وإلاّ كان باطلّاً.

الثالث: البطلان، للحصر في الأمور الثلاثة، وقد بطل اثنان فتعين الثالث، وهو الأصح.

قوله: (ولو ضمن كل من المديونين ما على صاحبه، تعاكست الأصلية والفرعية فيها إن أجازهما ويتساقطان).

أي: لو ضمن كل من المديونين ما على صاحبه من الدين، انتقل ما في ذمة كلّ منها إلى ذمة الآخر، فيصير كل واحد بضمانيه فرعاً وبضمونيته أصيلاً، فتتعاكس الأصلية والفرعية، فيكون كل واحد منها فرعاً بالجهة التي يكون بها الآخر أصيلاً.

وهذا كله إذا أجاز المضمون له ضمانها معاً، ويتساقطان بعد أداء الدينين، إذا كان ضمانها بسؤال و كان الدينان مستويين، كما لو كان لواحد على اثنين عشرة بالسوية، فضمن كل منها ما على الآخر بسؤاله، فإذا أدياها ثبت لكل منها على الآخر ما أذاه، فاستوى الدينان قدرًا ووصفًا فيقع التقادص.  
ولا يتحقق أن هذا إذا كان الضمان دفعه، أما لو وقع على التعاقب، فإن الجميع على الآخر.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن قوله: (تعاكست الأصلية والفرعية فيها) فيه إشارة إلى فائدة هذا الضمان، فإنه وإن لم تكن له فائدة من جهة المطالبة - حيث أن المضمون له إنما يطالب كل واحد بمقدار ما كان يطالبه - لكن تترتب عليه فوائد أخرى باعتبار الأصلية والفرعية، ولو أبداً المضمون له أحدهما من شيء برأته ذمة الآخر منه، وغير ذلك.

فلو شرط أحدهما الضمان من مال بعينه، وحجر عليه لفلس قبل الأداء  
رجع على الموسر بما أدى، ويضرب الموسر مع الغرماء،

قوله: (ولو شرط الضمان من مال بعينه وحجر عليه لفلس قبل الأداء، رجع على الموسر بما أدى، ويضرب الموسر مع الغرماء).  
هذا أيضاً من فوائد الضمان، فإنه لو شرط أحدهما في العقد الأداء من مال بعينه، وحجر عليه لفلس قبل أداء الدين المضمون، فإن المضمون له مقدم على الغرماء بدينه، لتعلقه بالعين المشروط الأداء منها، كما في دين المرتهن بل أقوى، لما سبق من احتمال كونه كتعلق الأرض بالجانبي، وحق الجنائية مقدم على حق المرتهن كما سبق في الرهن، وحينئذ فإذا استوفاه من العين استحقه المفلس على الموسر، فيرجع عليه به.

ولا يتساقطان إذا أدى الموسر الدين الآخر، لعدم استواء الدينين حكماً، لأن أحدهما يستحق الجميع<sup>(١)</sup> ، والآخر له حكم الغرماء فيضرب معهم باللحصة، فالزائد على ما يقتضيه التحاصل غير مستحق الآن، فكيف تقع المساقطة به؟  
واعلم أنه لا بد في الحكم من قيدين:

الأول: كون المال المشروط الأداء منه بحيث يفي بذلك الدين، إذ لو قصر لكان الضامن بالزائد من جملة الغرماء، ولعله إنما لم يتعرض إليه اعتماداً على الغالب، من أنه إنما يشترط الأداء من مال يفي بالدين، على أنه ليس في العبارة ما ينافي، لأن قوله: (رجع على الموسر بما أدى) صادق في الجميع والأقل.

الثاني: كون أداء الموسر قبل الحجر، إذ لو كان بعده لا تتجه أن لا يزاحم الغرماء فلا يضرب، بل يصير إلى ما بعد الفك، كمن باع بعد الحجر على أصح الوجوه، لأن الضامن لا يستحق شيئاً على المضمون عنه إلاّ بعد الأداء عندنا، ولهذا لا يستحق الأخذ قبله.

وأيضاً فلابد من كون الإفلاس طارئاً بعد الضمان، أو كون المضمون

(١) في النسخ الخطيئة والنسخة الحجرية وردت هنا لفظة (العدم) والظاهر زيادتها

وإلا طولب من أجيزة ضمانه بالجميع خاصة، فإن دفع النصف انصرف إلى ما قصده، ويقبل قوله مع اليدين، فإن اطلق فالوجه التقسيط،

---

عالماً بتقدمه أو رضاه بعد علمه، فإنه لوم يكن عالماً وفسخ لما علم، لم يترتب عليه هذا الحكم.

قوله: (وإلا طولب من أجيزة ضمانه بالجميع خاصة).

أي: وإن لم يجز المضمون له ضمانها، بل أجاز ضمان أحدهما دون الآخر، طولب من أجيزة ضمانه بجميع الدين الذي عليها - بعض بالضمان، وبعض بأصل الاستدانة - دون الآخر، وهو معنى قوله: ( خاصة).

قوله: (فإن دفع النصف انصرف إلى ما قصده، ويقبل قوله مع اليدين).

أي: فإن دفع من أجيزة ضمانه دون صاحبه نصف الدين - وكان ينبغي أن يأتي بالبعض بدل (النصف) فإن الحكم لا يختص بالنصف - انصرف المدفوع إلى ما قصده الدافع من الدينين، فإن قصده عن نفسه لم يرجع على المضمون عنه، وإن قصده عنه رجع عليه، فإن وقع اختلاف بينه وبين المضمون عنه قدم قوله بيمنيه، لأنه أعرف بقصده، وصرفه إلى شيء بخصوصه إنما يكون به.

قوله: (فإن اطلق فالوجه التقسيط).

أراد بالاطلاق: دفعه من غير قصد شيء من الدينين، ولا قصد الجموع، فالوجه عند المصنف التقسيط - أي: توزيع المدفوع على الدينين بالنسبة لامتناع صرفه إلى أحدهما - نظراً إلى عدم الأولوية، فيتعين الأول لأنحصر الحال فيما. ويحتمل صرفه الان إلى ماشاء لعدم القصد، وامتناع وقوعه بدونه.

ويضعف بأن المدفوع إليه ملكه من حين القبض، فيمتنع أن لا يسقط شيء من الدين في مقابلة، لأن قبضه إنما كان عن جهته، فتعين التوزيع لما قلناه من انتفاء الأولوية، وهو الأصح.

وينصرف الإبراء إلى ما قصده المبرئ، فإن أطلق فالتقسيط.

ولو ادعى الأصليل قصده في توجيه اليدين عليه أو على الضامن إشكال، ينشأ: من عدم توجيه اليدين لحق الغير، وخفاء القصد.

واعلم أن المصنف تردد في الرهن في نظائر هذه المسألة، ثم رجع إلى الفتوى هنا.

قوله: (وينصرف الإبراء إلى ما قصده المبرئ، فإن أطلق فالتقسيط).

أي: فإن أطلق الإبراء وعراه عن قصد شيء مخصوص من واحد منها، أو من كل منها بالنسبة، فالحكم التقسيط المذكور في المسألة السابقة بعين ما ذكر.

قوله: (ولو ادعى الأصليل قصده، في توجيه اليدين عليه أو على الضامن إشكال، ينشأ: من عدم توجيه اليدين لحق الغير، وخفاء القصد).

أي: لو ادعى المضمون عنه على الضامن، أن المضمون له إنما أبرأ الضامن من الدين المضمن به، في توجيه اليدين على المبرئ أو على الضامن إشكال من أن اليدين لإثبات حق الغير لا تخوبز، فيمتنع توجهها على المبرئ، لأن إنما يثبت بها رجوع الضامن على المضمون عنه، فيكون مجرد إثبات حق الغير، فيكون اليدين في جانب الضامن.

ومن أن القصد أمر خفي على غير القاصد، فلا يحلف الضامن على قصد المبرئ، بل ينحصر اليدين في جانبه.

وحمل الشارح<sup>(١)</sup> الشق الثاني من شق الإشكال على التقسيط، وهو خلاف صريح العبارة، فإن قوله: (في توجيه اليدين عليه أو على الضامن) يتبادر منه كون أحد الشقين توجيه اليدين على المبرئ، وما ذكره في أول منشأ الإشكال صريحاً في ذلك، نعم يكون احتمال التقسيط احتمالاً ثالثاً، ويحتمل أيضاً

ولو ضمن الثالث المتبوع بسؤاله رجع عليه دون الأصيل وإن أذن له الأصيل في الضمان والأداء.

ولو دفع الأصيل إلى الضامن أو المستحق فقد برئ وإن لم يأذن

القرعة، لأن الواقع غير معلوم، فهو أمر مشكل.

والذي يقتضيه النظر أن يقال: إن المبرئ إن صرخ في عقد الإبراء بتعين الدين الذي ييرأ منه، بحيث علم الضامن بذلك، جاز حلفه على عدم سقوط الحق عن ذمة المضمون عنه، وإلا لم يحلف على البت بل على نفي العلم، لأن الاختلاف في فعل الغير، ولا يتوجه اليدين على المبرئ أصلاً، فاذا حلف على نفي العلم، انتفى المسقط للدين الذي في ذمة المضمون عنه، فيتمسك بأصله بقائه ولزوم كون الأداء عنه، فيستحق الرجوع عليه حينئذ.

وفيه نظر، لأن عدم علمه بالمسقط لا يقتضي عدمه، وأصله بقاء الدين زالت بالقطع بوجود مسقط أحد الدينين، كما زال أصل الطهارة عما اشتبه فيه الظاهر بالنسق، فإن الإبراء ثابت والمبرأ منه مشتبه، على أن رجوع الضامن على الأصيل واستحقاقه الدين إنما يكون بأداء ما ضمه، وهو غير معلوم، فيتمسك بأصله عدم الاستحقاق، ولا أرى هنا شيئاً أوجه من القرعة.

قوله: (ولو ضمن الثالث المتبوع بسؤاله، رجع عليه دون الأصيل، وإن أذن له الأصيل في الضمان والأداء).

أي: لو ضمن شخص ما في ذمة زيد تبرعاً، ثم سأله الضامن عمرأً أن يضمنه فضمنه، رجع الضامن الثاني على ذلك الشخص بالمال المضمن به إذا أداء، ولا يرجع على الأصيل -أعني: المضمون عنه أولاً- وإن أذن الأصيل للضامن الثاني في ضمان الضامن المتبوع وفي أداء المال، لأن ذمة الأصيل قد برئت بالضمان الأول، ولم يبق في ذمته حق، فلا أثر لإذنه في الضمان ولا في الأداء.

قوله: (ولو دفع الأصيل إلى الضامن أو المستحق فقد برئ).

هذا عود إلى أصل الباب، أي: بعد صحة الضمان، إذا دفع المضمون عنه

الضمان في الدفع، وعلى الضامن البينة بالإذن لو أنكره الأصيل، أو أنكر الدين.

ولو أنكر الضامن الضمان فاستوفى المستحق بالبينة لم يرجع على الأصيل إن أنكر الدين أيضاً أو إلاذن،

---

الدين - الذي وقع الضمان به - إلى الضامن، أو إلى المستحق فقد برئ.

أما إذا دفع إلى الضامن، فلأنه وإن لم يستحق عليه شيئاً إلاّ بعد الأداء، لكن دفعه إياه بجهة ذلك الدين، فإن أدى منه فواضح، وإن أدى من غيره قام هذا المدفوع مقام ما أداه، بل لو أدى أقل رجع عليه الأصيل بالزائد.

وأما إذا دفع إلى المستحق، فلأن أقصى ما فيه أن يكون قد أدى الدين الذي لزم الضامن بالضمان تبرعاً، فإنه لا يرجع عليه شيء إذا لم يؤدّ شيئاً.  
قوله: (وعلى الضامن البينة بالإذن لو أنكره الأصيل أو أنكر الدين).

لأنه مدعٍ على كل واحد من التقديرتين، فإن استحقاقه الرجوع مشروط بكل من الأمرين، وهو ظاهر.

قوله: (لو أنكر الضامن الضمان فاستوفى المستحق بالبينة، لم يرجع على الأصيل إن أنكر الدين أيضاً أو إلاذن).

أي: لو أنكر الضامن في نفس الأمر كونه ضامناً، فاقام المستحق للدين - وهو المضمون له - البينة بكونه ضامناً، واستوفى ما شهدت البينة بضمانته من الضامن، لم يرجع الضامن على الأصيل، لأنه بإنكاره الضمان مفترأ بأنه لا يستحق في ذمة المضمون عنه شيئاً، إذ وجه الاستحقاق على هذا التقدير إنما هو الضمان، وقد نفاه، ولا تنفعه البينة في ذلك، لتكذيبه إياها بنفي الضمان، واقتضاء نفيه كونه مظلوماً في المطالبة والأخذ.

ولافرق في ذلك بين أن ينكر الضامن الدين أيضاً - أي: مع إنكاره الضمان - أو ينكر إلاذن فيه من المضمون عنه مع إنكار الضمان وعدمه، كما هو

وإلا رجع اقتصاصاً، إلا أن ينكر الأصيل الإذن ولا بينة.

---

ظاهر، فلا يظهر لاشتراط المصنف لعدم الرجوع على الأصيل أحد الأمرين، أعني: إنكار الضامن الدين - فان الضمير في (أنكر) إنما يعود إليه لا إلى الأصيل، لأن مجرد إنكاره لا يمنع الرجوع، إنما يؤثر مع انتفاء البينة واليمين المردودة - أو إنكاره الإذن في الضمان وجه.

وكذا قوله: (وإلا رجع اقتصاصاً، إلا أن ينكر الأصيل الإذن ولا بينة) إذ المعنى: وإن لم ينكر واحداً من الأمرين، رجع على المضمون عنه اقتصاصاً، أي: باطناً على ما فسّره بعضهم.

ولا يستقيم غيره على تقدير فرض المسألة في الضمان، إلا أن ينكر الأصيل الإذن في الضمان ولا بينة، لأنه إذا كان رجوعه اقتصاصاً - أي: باطناً - فلا فرق بين إنكاره الدين أو الإذن أو إقراره بها، وإنما الشرط لرجوعه اقتصاصاً وقوع الضمان في نفس الأمر.

ويمكن تزيل العبارة على شيء آخر، وهو: أن يكون المراد بالضامن المأذون له من المديون في الأداء بشرط الرجوع.

وحينئذ نقول: إذا أنكر المأذون له في الأداء الضمان المدعى به عليه، فأقام المستحق للدين بينة به واستوفى منه، لم يرجع على الأصيل إن أنكر الضامن الدين أو أنكر الإذن، لانتفاء جهة الاستحقاق المنحصرة هنا في الضمان بسؤال، وفي الإذن في الأداء بشرط الرجوع المشروطين لشغل الذمة بالدين، فان لم ينكرهما، لم يقدح في جواز الرجوع إنكار الضمان، فيرجع اقتصاصاً - أي: أخذ الدين الذين يستحقه - إلا أن ينكر الأصيل الإذن ولا بينة.

ولسائل أن يقول: إن قوله (لو أنكر الضامن الضمان) ينافي ذلك، لأنه يقتضي ضامناً في نفس الأمر، فيمكن إجراء الفرض الأول على ما ذكر.

ويقال: انه إذا كان ضامناً في نفس الأمر بسؤال، لا يمتنع رجوعه على المضمون عنه بمجرد إنكار الضمان، إذا أدى الدين إلى المستحق ببينة، لأن

## ولو أنكر المستحق دفع الضامن بسؤال قدم انكاره،

لاستحقاق الرجوع طريقين:

أحدهما: الضمان بسؤال إذا أدى الضامن.

والثاني: أداء الدين بالاذن وشرط الرجوع.

فإذا انتفى الاستحقاق لإنكار أحدهما لم ينتف مطلقاً، إذ لا يلزم من نفي الأخص نفي الأعم كما هو ظاهر، فيرجع اقتصاصاً، أي: أخذآً لحق يستحقه في نفس الأمر بشروط:

أ: أن لا ينكر الضامن أصل الدين، فإنه لو أنكره امتنع استحقاق الرجوع بالطريق الثاني أيضاً.

ب: أن لا ينكر الإذن، فإن أنكره فكالأول.

ج: أن لا ينكر المضمون عنه الإذن، أو يثبت بحججة شرعية، فإن انتفت امتنع الرجوع أيضاً، وحينئذ فلا يكون المراد بالاقتصاص الرجوع باطنآً كما قيل، بل يرجع على هذا التقدير ظاهراً.

وطريق مطالبة الضامن المنكر للضمان في الفرض المذكور، أن يقول للمضمون عنه: إني أديت دينك على وجه يلزمك الأداء إلى، ويقيم عليه البينة بالاذن إن كانت، وإن كان وجه الاستحقاق هو الضمان بالاذن، لأن التوصل إلى الحق بطريق لا يكون مشتملاً على مخدر جائز.

فإن قيل: هل يسوغ أن تشهد له البينة بالاذن، على تقدير حصوله مع سؤال الضمان ووقوعه، مع العلم بأن طريق الاستحقاق إنما هو الضمان بسؤال، وقد امتنع بانكاره؟

قلنا: لا مخدر إذا كان مطابقاً للواقع، أما مع عدم المطابقة فهل تكفي شهادة البينة بالاستحقاق في الجملة من غير تقييد بواحد من الطريقين؟ الظاهر نعم، حتى لو طلب المضمون عنه التقييد بواحد منها لم يلزم.

قوله: (ولو أنكر المستحق دفع الضامن بسؤال قدم انكاره).

فإن شهد الأصيل ولا تهمة قبلت، ومعها يغرن ثانياً ويرجع على الأصيل  
بالأول مع مساواته الحق أو قصوره،

---

الباء في (سؤال) يتعلق بـ (الضامن) لا بـ (دفع) أي : لو انكر المستحق  
- وهو المضمون له - دفع الضامن لغيره بسؤال ذلك الغير قدم انكاره، تقدیماً لقول  
المنكر بيمنيه. وإنما قيد بكون الضمان بسؤال؛ لأنه لو كان تبرعا لم تتطرق اليه  
التهمة لبراءة ذمته.

قوله : (فإن شهد الأصيل ولا تهمة قبلت).

من صور التهمة: أن يكون معسراً ولم يعلم المضمون له باعساره، فان له  
فسخ الضمان حينئذ، ويرجع على المضمون عنه، فشهادة الأصيل تدفع عنه عود  
الحق الى ذمته.

ومنها: أن يكون الضامن قد صالح على أقل من الحق، فيكون رجوعه إنما  
هو بذلك المصالح عليه، فيقل ما يؤديه عن أصل الحق لوثب الأداء على هذا  
الوجه.

وفي كون ذلك موجباً للتهمة نظر، اذ يكفي لعدم وجوب الزائد اقرار  
الضامن بذلك ، ولا حاجة الى الثبوت ظاهرا، فتندفع التهمة فتقبل الشهادة.

ومنها: أن يكون الضامن قد تجدد المجر عليه للفلس، والمضمون عنه أحد  
غرماءه، فإنه بثبوت الأداء يقل الغرماء فيزداد ما يضرب به.

قوله : (ومعها يغرن ثانياً، ويرجع على الأصيل بالأول مع مساواة  
الحق أو قصوره).

أي : ومع التهمة يغرن الضامن ثانياً؛ لانتفاء ثبوت الأداء، ثم انه يرجع  
على الأصيل بالأول؛ لأنه الذي وقع به الأداء باعترافه. والثاني ظلم، فلا يتفاوت  
الحال بكون الأول أقل من الحق والثاني بقدرها، لكن يشترط أن لا يزيد على  
الدين؛ لأنه لا يستحق الرجوع بالزائد كما علم غير مرّة.

ولو لم يشهد رجع بالأقل من الثاني والأول والحق.

ولو ادعى القضاء المأذون له فيه فأنكر المستحق، فإن كان في غيبة الآذن فهو مقصّر برُك الإشهاد، إذ كان من حقه الاحتياط وتمهيد طريق الإثبات، فلا يرجع عليه إن كذبه، وإن صدقه احتمل ذلك حيث لم ينتفع به الأصيل،

---

قوله: (ولو لم يشهد رجع بالأقل من الثاني والأول والحق).

أما إذا كان الأول أقل فلأنه باعتراف الضامن لا يستحق غيره؛ لأنَّه بزعمه مظلوم في الأخذ ثانياً، فالأدلة الصحيح بزعمه هو الأول فيؤخذ به. وأما إذا كان الثاني أقل، فلأنَّ الأداء الأول الذي يدعى له لم يثبت، والثابت ظاهراً إنما هو الثاني.

وأما إذا كان الحق أقل منها، فلأنَّه إنما يرجع بالأقل من المدفوع والحق.

قوله: (ولو ادعى القضاء المأذون له فيه فأنكر المستحق، فإن كان في غيبة الآذن فهو مقصّر برُك الإشهاد، إذ كان من حقه الاحتياط أو تمهيد طريق الإثبات، فلا يرجع عليه إن كذبه، وإن صدقه احتمل ذلك حيث لم ينتفع به الأصيل).

فاعل (ادعى) هو (المأذون)، وأخره لأجل ضمير القضاء. أي: لو ادعى قضاء الدين الشخص المأذون له فيه فأنكر المستحق، أي: صاحب الدين فلا يخلو: إما أن يكون القضاء في غيبة الآذن في القضاء، أو في حضوره. فإن كان ذلك في غيبته فهو مقصّر برُك الإشهاد، فلم يؤد على الوجه المأذون فيه، فلا يرجع؛ لأنَّ من حق المأذون - أي: من حق الواجب عليه - الاحتياط للآذن في اسقاط حق الغير عنه ظاهراً وباطناً، وتمهيد طريق الإثبات بالإشهاد، لتنقطع عنه الدعوى. كما يجب على الوكيل الاحتياط، فلا يسلم المبيع حتى يتسلم الثمن ونحو ذلك، فحيث ترك الإشهاد كأنه لم يقض، فلا يستحق رجوعاً.

والرجوع لاعترافه ببراءة ذمته، وفعل ما اذن فيه، فلا يخرج استحقاق المأذون بظلم المستحق.

---

أو يقال: إن إطلاق الإذن لما حمل على القضاء الذي لا تبقى معه دعوى الدين ثانياً بحسب الإمكان، وذلك بالإشهاد كان قضاوه بدونه غير مأذون فيه فلم يستحق رجوعاً. وهذا التوجيه لا يفترق الحال فيه، بتصديق الآذن في الدفع وتکذيبه.

فلم يبق لقول المصنف: (إن كذبته) وجه، ولم يحسن قوله ( وإن صدقه...) لأنه مدافع للتعليل المذكور. وكان الأولى في العبارة أن يقول: فانكر المستحق، فإن كذبته ولا طريق إلى الإثبات لم يرجع قطعاً، وإن صدقه، فإن كان في غيبة الآذن، في الرجوع احتمالان ينشأان: من كونه مقصراً بترك الإشهاد، اذا كان من حقه الاحتياط وتمهيد طريق الإثبات. ولأنه كمن لم يقض اذ لم ينتفع به الأصيل وعدمه، لأن المأذون فيه القضاء وقد حصل. وفي الأول قوة ظاهرة، كما بيناه في كتاب الرهن.

واعلم أن قوله: (ذلك) يشير به إلى عدم الرجوع، وأن المراد بـ(الأصيل) هنا: المديون وهو الآذن بمحارزاً، اذ ليس هنا ضمان فيكون مضمون عنه.

قوله: (والرجوع لاعترافه ببراءة ذمته وفعل ما اذن فيه، فلا يخرج استحقاق المأذون بظلم المستحق).

هذا هو الاحتمال الثاني المعادل لقوله: (احتمل ذلك) ووجهه أنه حيث كان مصدقاً معترفاً ببراءة ذمته من الدين الذي كان، ويفعل المأذون ما اذن له فيه بجهولاً و معلوماً. فلا يخرج استحقاق المأذون عن الثبوت بظلم المستحق، وطلبه ثانياً. وضعفه ظاهر؛ لأن اعترافه إنما هو ببراءة ذمته باطنًا فقط، وفي كونه فعل ما اذن فيه منع، وقد سبق سنده.

وهل له احلاف الأصيل لو كذبه؟ إن قلنا بالرجوع مع التصديق حلفه على نفي العلم بالأداء.  
وإن قلنا بعده، فإن قلنا: اليدين المردودة كالاقرار لم يحلفه، لأن غايتها النكول، فيحلف الضامن فيصير كتصديق الأصيل.  
وإن قلنا كالبيينة حلفه، فلعله ينكث فيحلف.

---

قوله: (وهل له إحلاف الأصيل لو كذبه؟ إن قلنا بالرجوع مع التصديق حلفه على نفي العلم بالأداء).  
أي: هل للمأذون إحلاف الأصيل ، أي: الآذن على تقدير تكذيبه في الأداء؟ يبني على استحقاق الرجوع مع التصديق وعده، فإن قلنا باستحقاق الرجوع على ذلك التقدير، حلفه على نفي العلم بالأداء، لأن كل موضع لو أفرى المنكر لنفع المدعى يتوجه عليه اليدين، لعله يقر فيثبت الحق.  
وعندي في هذا الاحتمال نظر؛ لأن جواب المدعى عليه بإنكار أو اقرار فرع توجه الدعوى، فإذا ادعى المأذون الأداء باذنه، لم يطالب المدعى عليه بجواب، إلا إذا قلنا بأن الإشهاد غير واجب، اذ على القول بوجوبه لا يستحق شيئاً بمجرد الأداء حتى يقول : وشاهدت.

ومثله ما لو ادعى المبة ولم يذكر الاقباس، اذ لا حكم لها بدونه. فتى سمعت الدعوى، وأجاب المدعى عليه بالإنكار توجهت عليه اليدين، وحيث كان المدعى به فعل الغير يحلف على نفي العلم به.

قوله: (وان قلنا بعده، فإن قلنا: اليدين المردودة كالاقرار لم يحلفه؛ لأن غايتها النكول، فيحلف الضامن فيصير كتصديق الأصيل. وان قلنا كالبيينة حلف، فلعله ينكث فيحلف).

هذا معادل قوله: (إن قلنا بالرجوع مع التصديق) أي : وإن قلنا بعدم الرجوع مع تصديق الآذن - الذي سماه (الأصيل) - يخرج توجه اليدين عليه، وعدهم على قاعدة هي : ان اليدين المردودة كالبيينة أو كالاقرار، وفيه قولان مشهوران

ولو جحد الأصيل وصدقه المستحق احتمل الرجوع، لسقوط المطالبة باقراره الذي هو أقوى من البينة، وعدهم إذ قول المستحق ليس حجة على الأصيل.

---

يأتيان ان شاء تعالى في كتاب القضاء.

فإن قلنا: إنها كالاقرار لم يخالفه، أي: لم يخالف المأذون الآذن على عدم العلم بالأداء؛ لأن غايته - أي: غاية توجيهه - تحليفة، أي: اقصى احواله اذا خاف من اليدين، ولم يقر النكول عن اليدين فيها على الضامن، أي: المأذون سماه (ضامناً) مجازاً كما سمي الآذن (أصيلاً). فإذا حلف صار كما لو صدق الأصيل على الأداء، ولا رجوع مع تصديقه لأن المفرع عليه.

وإن قلنا: إن المردودة كالبينة توجهت اليدين عليه، فإذا كان كذلك فلعله ينكل فيخالف المأذون، فيكون كمالاً لأقام البينة بما يدعية. هذا محصل كلامه، وعندني فيه نظر؛ لأن الذي يخالف عليه إنما هو الذي ادعى به قطعاً، والحال لا يخلو من أن تكون دعواه أنه أدى باشهاد أو بدونه، فإن كانت دعواه الأولى فلا شبهة في ثبوت ذلك باليدين المردودة، سواء قلنا هي كالاقرار أم كالبينة، ومتى أقر بذلك الآذن كان الرجوع مستحقاً.

وإن كانت الدعوى الثاني، فإن قلنا باستحقاق الرجوع بهذا الأداء، وكونه غير مقصراً استحق الرجوع بتصديقه، وباليدين المردودة وإن قلنا: إنها كالإقرار. وإن قلنا بالعدم، وحكمنا بكونه مقصراً فلا رجوع، سواء أقر الآذن أو ثبت ذلك باليدين المردودة أو باليينة، فلا يظهر لهذا الذي ذكره وجه أصلاً.

قوله: (ولو جحد الأصيل وصدقه المستحق احتمل الرجوع؛ لسقوط المطالبة باقراره الذي هو أقوى من البينة وعدهم، إذ قول المستحق ليس حجة على الأصيل).

(أي: لو جحد الأصيل الدفع المأذون فيه، وصدق المأذون المستحق للدين

ولو كان الدفع بحضور الأصيل فلا ضمان، إذ التقصير ينسب اليه .  
ولا تفريط لو أشهد رجالاً وامرأتين، أو مستورين.

---

في القضاء والدفع، احتمل الرجوع على الأصيل<sup>(١)</sup>؛ لأن المطلوب بالقضاء سقوط المطالبة وقد حصل ذلك بوجه اقوى، فان اقرار المستحق اقوى من البينة التي يمكن ظهور فسقها. وفيه نظر لمنع كون المطلوب بالقضاء ذلك. وإنما يراد به براءة الذمة ظاهراً وباطناً وعدمه، أي: واحتمل عدم الرجوع؛ لأن قول المستحق ليس حجة على الأصيل. وفيه نظر؛ لأن اثبات ذلك بقوله إنما هو من جهة سقوط المطالبة، لامن حيث كونه حجة عليه. والأصح عدم الرجوع لعدم تحقق ما يقتضي الرجوع، وهو الأداء المأذون فيه واقرار المستحق لا يتحقق لاماكن كذبه، وجواز المواتأة بين المستحق والأصيل بالصبر عليه الى مدة، واخذه الان من المديون.

**قوله: (ولو كان الدفع بحضور الأصيل فلا ضمان، اذ التقصير ينسب اليه).**

هذا قسم قوله أولاً: (فإن كان في غيبة الآذن) أي: لو كان الدفع من المأذون - الذي سماه ضامنا - بحضور الأصيل، الذي هو الآذن، فلا ضمان عليه، حيث أنه غير مقصراً بترك الاشهاد، اذ التقصير الآن ينسب الى الآذن؛ لأن أمره بالدفع وهو حاضر، وسكتوته على ترك الاشهاد يؤذن برضاه به، فيكون هذا التقصير من قبله.

**قوله: (ولا تفريط لو أشهد رجالاً وامرأتين، أو مستورين).**

وذلك لأن الأموال تثبت بالرجلين اللذين قد حكم شرعاً بعد التهمة، وكذا الرجل مع امرأتين كذلك. فلا يكون مقصراً بترك الاشهاد، اذ قد مهد طريق الاثبات. وكون الشاهدين في نفس الأمر فاسقين لا يعد تقصيراً؛ لأن المكلف به هو العدالة ظاهراً.

---

(١) مابين القوسين لم يرد في «م».

وفي رجل واحد ليحلف معه نظر.

ولو اتفقا على الاشهاد وموت الشهد أو غيبتهم فلا ضمان.  
ولو ادعاه الدافع فأنكر الأصيل الاشهاد تعارض أصلا عدم  
الاشهاد وعدم التقصير؛ لكن تأيد الأول بأصالة براءة ذمته عن حق  
الدافع.

---

غاية ما في الباب أنها لا تثبت إلا بالمعاشرة الباطنة، ومعلوم أنها لا يعلم بها  
ما في نفس الأمر، نعم لابد من كونها عدلين في نظر الشرع حين الاشهاد.  
قوله: (وفي رجل واحد ليحلف معه نظر).

أي: وفي كونه مفترطاً لو أشهد رجلاً واحداً عدلاً ليحلف هو معه، عند  
ال الحاجة الى اثبات الدفع الى المستحق نظر ينشأ: من تمهد طريق الاثبات  
بذلك، فان الدفع يثبت بالشاهد واليمين. ومن أنه لم يشهد اشهاداً مثبتاً، لأن  
الدفع لا يثبت بشاهد واحد. وفيه نظر؛ لأن الواجب هو تمهد طريق الاثبات  
وهو حاصل بهذا، فان الاشهاد كذلك اذا انضم الى اليمين كان مثبتاً، لكن يرد  
عليه أن لو أمكنه الإثبات باليدين المردودة لم يعد مقصراً.  
ولا يستبعد أن يقال: الواجب هو الاشهاد الذي يستقل الاذن باثبات  
الدفع به.

فإن قيل: قد تغيب البينة أو تموت.

قلنا: هذا ليس بقدور للمأذون، وإنما يخاطب بقدوره.  
قوله: (ولو اتفقا على الاشهاد، وموت الشهد أو غيبتهم  
فلا ضمان).  
لعدم التفريط حينئذ؛ لأن بقاء الشهد ليس بقدوراً له.

قوله: (ولو ادعاه الدافع فأنكر الأصيل الإشهاد، تعارض أصلا  
عدم الاشهاد، وعدم التقصير. لكن تأيد الأول بأصالة براءة ذمته عن حق  
الدافع).

### الفصل الثاني: في الحالة:

وهي عقد شرع لتحويل المال من ذمة الى اخرى.

وشروطها ثلاثة: رضى الثلاثة،

أي: لوادعى الاشهاد الدافع وهو المأذون، فأنكر الأصيل وهو الآذن  
تعارض أصلان: أصل عدم الاشهاد، وأصل عدم التقصير الموجب لعدم استحقاق  
الرجوع، لكن الأصل الأول متأيد بأصل آخر، وهو أصالة براءة ذمة الأصيل عن  
حق الدافع فان شغل ذمته لم يكن ثابتاً ، وإنما يحدث بالقضاء المأذون  
فيه بالاشهاد، والأصل عدمه الى أن يثبت فيترجح جانب الأصيل، فيقدم انكاره  
باليمن.

قوله: (وهي عقد شرع لتحويل المال من ذمة الى ذمة اخرى).

قيل: هذا صادق على الضمان بالمعنى الأخص، فإنه عقد شرع لتحويل  
المال من ذمة الى اخرى؛ لأن المال ينتقل من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن.  
والسبب في هذا التعريف، أن المصنف لما لم يشترط في الحالة شغل ذمة  
الحال عليه، حاول في التعريف شموله لهذا القسم، أعني ما تكون ذمة الحال عليه  
فيه برئية، فترك القيد بقوله: مشغولة بمثله. ويمكن دفعه بأن المراد عقد مخصوص  
شرع لكذا الى اخره.

قوله: (شروطها ثلاثة).

المراد: شروط الصحة.

قوله: (رضى الثلاثة).

لأصحابنا قول: بأنه لا يشترط رضى الحال عليه، ويلوح من مختلف الميل  
اليه<sup>(١)</sup>، والمشهور اشتراطه . وجده: أن نقل المال من ذمة المحيل الى ذمة الحال

وعلمهم بالقدر، ولزوم الدين أو كونه صائراً إليه وعلم المحتال باعسارات الحال عليه لو كان أو رضاه به بشرط اللزوم.

---

عليه تابع لرضاه.

ولا ريب في متنانة دليل الأول، فإن التمسك بأصالة عدم الاشتراط، وبمنع كون الحوالة تقتضي النقل، بل هي ايفاء لما في ذمة الغير، فلا يقصر عن بيع ما في ذمة الغير . ولا يشترط فيه الرضى ، إلا أن الشهرة، ونقل الشيخ الاجماع<sup>(١)</sup> مرجح للاشتراط . وهذا كله اذا كانت الحوالة على مشغول الذمة، أما على البريء فلا بد من رضاه قطعاً.

قوله: (وعلمهم بالقدر).

لأن الحوالة إن كانت بيعاً فظاهر، وإن كانت استيفاء فلا بد من العلم، إذ لا يمكن استيفاء المجهول . واحتمل في التذكرة صحة الحوالة بالمجهول، ويلزم ما تقوم به البينة كما في الضمان<sup>(٢)</sup> ، والمشهور الأول.

قوله: (ولزوم الدين أو كونه صائراً إليه).

في اشتراط هذا، مع القول بأن الحوالة على بريء الذمة جائزه نظر.

قوله: (وعلم المحتال باعسارات الحال عليه، لو كان، أو رضاه به شرط اللزوم).

أي: ليس هذا شرطاً للصحة، فتى لم يعلم بالإعسارات ظهر وجوده حال العقد فله الفسخ، لرواية منصور بن حازم عن الصادق عليه السلام<sup>(٣)</sup>.

---

(١) الخلاف ٧٧: ٢ مسألة ٢، كتاب الحوالة.

(٢) التذكرة ١٠٧: ٢.

(٣) الكافي ١٠٤: ٥ حدث٤، التهذيب ٢١٢: ٦ حدث٤٩٨.

وهل يشترط شغل ذمة المال عليه بمثل الحق للمحيل؟ الأقرب عدمه، لكنه أشبه بالضمان، ولا يجب قبوها وإن كانت على ملي، فإن قبل لزم، وليس له الرجوع وإن افتقر.

---

**قوله:** (وهل يشترط شغل ذمة المال عليه بمثل الحق للمحيل؟ الأقرب عدمه، لكنه أشبه بالضمان).

يختلف كلام الأصحاب في اشتراط شغل ذمة المال عليه بدين المحتل لتصح الحالة، فجوازها الشيخ بدون الشغل تارة<sup>(١)</sup>، ومنع أخرى<sup>(٢)</sup>. والأقرب عند المصنف عدم الاشتراط؛ تمسكاً بأصل الجواز، وأصل عدم الاشتراط، وهذا إنما يجري على القول بأن الحالة استيفاء أما على القول باهراً بيع فلا.

وعلى الأقرب فعقد الحالة أشبه شيء بالضمان؛ لأن كل واحد منها اقتضى نقل المال من ذمة مشغولة إلى ذمة برئية، فكان المال عليه بقبوته لذلك ضامن لدین المحتال على المحتل.

**قوله:** (ولا يجب قبوها وإن كانت على ملي).

لأن الواجب أداء الدين، وليس الحالة أداء، وإنما هي نقل الدين من ذمة إلى ذمة<sup>(٣)</sup>، فيمتنع بدون رضى صاحبه، خلافاً لآحمد<sup>(٤)</sup>.

**قوله:** (فإن قبل لزم، وليس له الرجوع وإن افتقر).

لأن الحالة موجبة للبراءة من الحق، فلا يعود إلا بسبب، ولرواية عقبة بن جعفر، عن أبي الحسن عليه السلام<sup>(٥)</sup>، خلافاً لبعض العامة<sup>(٦)</sup>.

---

(١) المبسوط ٣١٣:٢، الخلاف ٧٧:٢ مسألة ٣ كتاب الحالة.

(٢) المبسوط ٣١٦:٢.

(٣) في «ق»: نقل من الذمة إلى الذمة.

(٤) المغني لابن قدامة ٦١:٥.

(٥) التهذيب ٢١٢:٦ حديث ٥٠١.

(٦) انظر: المغني لابن قدامة ٥٩:٥.

ولو ظهر له فقره حال الحوالة تخير في الفسخ.  
وهل يتخير لو تجدد اليسار والعلم بسبق الفقر؟ اشكال.  
وهي ناقلة، فيبراً المحيل عن دين المحتال وإن لم يبرئه المحتال على  
رأي،

قوله: (ولو ظهر له فقره حال الحوالة تخير في الفسخ).  
لرواية منصور بن حازم، عن الصادق عليه السلام، ولو وجود المقتضي  
للخيار.

قوله: (وهل يتخير لو تجدد اليسار والعلم بسبق الفقر؟ اشكال).  
أي: لو أحيل على شخص فاحتال عليه، وكان معسراً ولم يعلم باعساره  
حتى تجدد له اليسار، فهل يتخير في الفسخ أم لا؟ فيه اشكال ينشأ: من أن  
المقتضي له هو العيب بالفقر وقد زال فيزول الحكم.  
ومن أن الخيار قد ثبت من حين العقد، والأصل بقاوه. وهذا اظهر، فإن  
المقتضي ليس هو العيب في الجملة بالفقر، بل العيب بالفقر وقت الحوالة وهذا لم  
ينتف، فيبقى حكمه وهو ثبوت الفسخ.

قوله: (وهي ناقلة، فيبراً المحيل عن دين المحتال، وإن لم يبرئه  
المحتال على رأي).

هذا مذهب ابن ادريس<sup>(١)</sup>، وهو المشهور، وعليه الفتوى، لأن نقل الحق  
بالحوالة يقتضي عدم الاحتياج إلى الإبراء. وقال الشيخ: لا يبراً إلا أن يبرئه<sup>(٢)</sup>،  
محتجاً برواية زرارة في الحسن عن الصادق عليه السلام «(وإن لم يبرئه فله أن يرجع  
على الذي احاليه)<sup>(٣)</sup>. ويمكن تزيلها على ما إذا ظهر إعسار المحال عليه وقت  
الحوالة، جمعاً بين الأدلة.

(١) السراج: ١٧٣.

(٢) النهاية: ٣١٦.

(٣) الكافي ١٠٤:٥ حديث ٢، التهذيب ٢١١:٦ حدث ٤٩٦.

ويتحول حقه الى ذمة المحال عليه، ويبرأ المحال عليه عن دين المحيل.  
وتصح على من ليس عليه حق، أو عليه مخالف على رأي.

---

قوله: (ويتحول حقه الى ذمة المحال عليه، ويبرأ المحال عليه عن دين المحيل).  
هذا مما يتفرع على قوله: (وهي ناقلة) فهو من تتمة التفريع، ووجهه أنه

متى انتقل الحق من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه، صار ما في ذمته حقاً للمحتال، فامتنع بقاوئه على ملك المحيل.

قوله: (وتصح على من ليس عليه حق، أو عليه مخالف على رأي).  
قد سبق صحتها على من ليس عليه حق، والكلام هنا إنما هو في من عليه

مخالف، والمخالف فيه الشيخ رحمة الله، قال في المبسوط: لا تصح الحالة إلا بشرطين: اتفاق الحقين في الجنس والنوع والصفة، وكون الحق مما يصح فيهأخذ البدل قبل قبضه؛ لأنَّه لا تجوز الحالة بال المسلم فيه، لأنَّه لا تجوز المعاوضة عليه قبل قبضه<sup>(١)</sup>.

وتبعه ابن البراج<sup>(٢)</sup>، وابن حمزة<sup>(٣)</sup>، والمعتمد عدم اشتراط ما ذكره تمسكاً بالأصل، وبعموم (اوفوا بالعقود)<sup>(٤)</sup> وبأنَّ الحالة إنْ كانت استيفاء ظاهر، فإنَّ إيفاء الدين بغير جنسه جائز مع التراضي، وإنْ كانت بيعاً ظاهراً.  
وما ذكره في مال السلم ونحوه مبني على عدم جواز الاستبدال عنه قبل القبض، وهو ضعيف، مع أنَّ الحالة استيفاء لاماوضعة كما سيأتي.

---

(١) المبسوط ٣١٣:٢

(٢) لم نجد في مظانه، وقال السيد العامل في مفتاح الكرامة ٤١٠:٥: حكي عنه ذلك.

(٣) الوسيلة: ٣٢٩

(٤) المائدۃ: ١

ويصح ترامي الحالات، ودورها، والحوالة بما لا مثيل له، وبالثمن في مدة الخيارات، وبمال الكتابة بعد حلول النجم، وقبله على اشكال.

---

**قوله:** (ويصح ترامي الحالات ودورها).

تمسكاً بالأصل، وعموم (اوروا بالعقود) . والمراد بترامي الحالات : وقع الحوالة من الحال عليه على آخر من غير تقييد بغایة مخصوصة، فلو أحال المديون زيداً على عمرو، ثم أحال عمرو زيداً على بكر، ثم أحال بكر زيداً على خالد جاز، وهكذا لثبت الدين في كل مرتبة وتحقق الشروط.

ومتي أحال الحال عليه برأي كالأول، وقد علم أن المحال واحد والمحيل والحال عليه متعدد. والمراد بـ (دورها) : عودها إلى المحيل الأول، وفي المثال يحيل خالد على المديون الأول، فإن كانت ذمته مشغولة بثل ذلك الدين خالد فلا بحث في الصحة، وإلا فعل ما اختزناه من جواز الحوالة على البريء، وعلى من عليه مخالف يجوز هنا لو كان أحد هما.

**قوله:** (والحالات بما لا مثيل لها).

المراد به الحالات بالقيمي، فإنه الذي لا مثيل له، وهذا بناء على أن الواجب في القيمي مثله، ثم ينتقل إلى القيمة المتعذر حيث أنه لا مثيل له، وإن كان المذهب أن الواجب فيه من أول الأمر القيمة، لكن المصنف أراد ثبوت صحة الحالات فيه، وإن قلنا: أن الواجب فيه هو المثل ثم ينتقل إلى القيمة، لأن الوصول إلى الحق ممكن بالمثل، وبالقيمة فيها لا مثيل له، ومتي أمكن الوصول إلى الحق فلا مانع من صحة الحالات.

**قوله:** (وبالثمن في مدة الخيارات).

لأنه حق ثابت آهل إلى اللزوم، وتزويجه لا ينافي نقله إلى ذمة أخرى ولا استيفاؤه.

**قوله:** (وبمال الكتابة بعد حلول النجم، وقبله على إشكال).

أما بعد حلول النجم فلأنه مال ثابت في ذمة المكاتب، فصحت الحالات به

ولو أحوال المكاتب سيده بثمن ما باعه جاز، ولو كان له على  
اجنبي دين فأحوال عليه بال الكتابة صح؛ لأنه يجب تسليمه.  
ولو قضى المخيل الدين بمسألة الحال عليه رجع عليه، وإن تبرع لم  
يرجع ويبرأ الحال عليه.

---

على العبد. وأما قبله فاشكال عند المصنف، وقوى في التذكرة الجواز<sup>(١)</sup>، ومنع  
الشيخ من الحالة به على العبد، واطلق جواز تعجيز نفسه فلا يمكن الزامه  
بالأداء<sup>(٢)</sup>.

ومنشأ الاشكال الذي ذكره المصنف: من جواز تعجيز نفسه، وامكان  
موته قبل حلول النجم، فيظهر عدم الاستحقاق. ومن أنه مال ثبت بعقد لازم،  
ويمنع جواز تعجيز نفسه، ولو سلم فلا ينقص حاله عن الثمن في مدة الخيار،  
والأصح الجواز مطلقاً.

ولو أحوال المكاتب السيد على انسان بال الكتابة صحت الحالة عندنا،  
وعند كثير من العامة<sup>(٣)</sup>، ذكره المصنف في التذكرة<sup>(٤)</sup>، وهو المراد من قوله: (ولو  
احال المكاتب سيده بثمن ماباعه جاز).

وكذا قوله: (ولو كان له على اجنبي دين فأحوال عليه بال الكتابة صح)  
لأنه يجب تسليمه، وقد كان هذا الاخير مغنياً عما قبله، لأن الدين شامل للثمن  
وغيره.

قوله: (ولو قضى المخيل الدين بمسألة الحال عليه رجع عليه، وإن  
تبرع لم يرجع ويبرأ الحال عليه).

أي: بعد صحة الحالة، وتحول الدين من ذمة المخيل - الذي هو المدين -

---

(١) التذكرة ٢:١٠٧.

(٢) المبسوط ٢:٣٢٠.

(٣) انظر: المجموع ١٣:٤٢٧.

(٤) التذكرة ٢:١٠٧.

ولو طالب الحال عليه المحيل بما قبضه المحتال، فادعى شغل ذمته

قدم قول المنكر مع اليدين.

ولو احتال البائع ثم ردت السلعة بعيوب سابق، فإن قلنا: الحالة

استيفاء بطلت؛ لأنها نوع ارافق، فإذا بطل الأصل بطلت هيئة الارفاق،

إلى ذمة الحال عليه، والحكم ببراءة ذمة المحيل لوأن المحيل قضى الدين الذي أحاله به، فإن كان ذلك بمسألة الحال عليه على وجه يقتضي الرجوع رجع عليه، لأنه أوفى دينه بمسئنته المقتضية للرجوع.

وإن تبرع أي: لم يكن بمسئنته، فإن ذلك يعد تبرعاً، وإن لم يقصد التبرع

لم يرجع عليه أصلاً، ويبراً الحال عليه من الدين.

قوله: (ولو طالب الحال عليه المحيل بما قبضه المحتال، فادعى شغل

ذمته، قدم قول المنكر مع اليدين).

أي: لو أحال المديون على غيره، وقبل وأدى الدين، فطالب الحال عليه

(المحيل بما قبضه المحتال، فادعى المحيل شغل ذمة الحال عليه)<sup>(١)</sup> بمثل ما أدى

فانكر قدم قوله باليدين؛ لأنه منكر للدين، والحواله لا تقتضي شغل الذمة على

الأصل، ولو قلنا باقتضائها ذلك، فالاصل براءة ذمة المنكر فيحلف.

فإن قيل: الأصل صحة الحالة فيتعارضان.

قلنا: سيأتي إن شاء الله تعالى بيان عدم الاعتزاد بهذا الأصل عن قريب.

فرع: لا يرجع الحال عليه مع براءة ذمته إلا بعد الأداء لأن الحالة

حينئذ في معنى الضمان .

قوله: (ولو احتال البائع ثم ردت السلعة بعيوب سابق، فإن قلنا:

الحاله استيفاء بطلت؛ لأنها نوع ارافق، فإذا بطل الأصل بطلت هيئة

(١) مابين القوسين لم يرد في «م».

كما لو اشتري بدرارهم مكسرة فأعطيه صاححاً، ثم فسخ فإنه يرجع بال الصحيح.

الارفاق، كما لو اشتري بدرارهم مكسرة فأعطيها صاححاً ثم فسخ، فإنه يرجع بال الصحيح).

أي: لو احتال البائع بالثمن من المشتري على ثالث، ثم رد المشتري السلعة بوجود عيب سابق على العقد، بني الحكم على أن الحالة استيفاء أو بيع أو اعتراض. فان قلنا بالأول بطلت؛ لأن الحالة على هذا التقدير نوع إرافق، ومساحة للمديون يجعل ما في ذمة غيره وفاء لما في ذمته.

فإذا بطل الأصل - وهو الدين الذي وقع الارفاق بایفاء ما في ذمة الغير عنه - بطلت هيئة الإرافق التابعة له، لامتناع بقاء التابع بعد زوال المتبوع. وإنما قلنا: إن تلك الهيئة تابعة للدين، لأنها هيئة للايفاء التابع للدين قطعاً على القول المفروض، وهذا كما لو اشتري بدرارهم مكسرة شيئاً، ثم دفع عنها صاححاً تطوعاً، ثم رد بالعيوب فإنه يسترد الصحيح.

ولا يقال: يطالب بمثل المكسرة، ليبقى التابع بصفة الصحة، وإن كان لولا الفسخ لكان هذا الدفع لازماً. قال في شرح الارشاد في بيان وجهي بطلان الحالة بفسخ البيع وعدمه ما محصله: إن الحالة تابعة للبيع، فإذا بطل بطلت، لامتناع بقاء التابع بعد زوال<sup>(١)</sup> متبوعه، ووجه العدم أنها ناقلة للملال على وجه لازم، فلا يزيل ذلك الفسخ الطارئ.

والتحقيق: أن الحالة اقتضت مقابلة المال الحال به لما في ذمة المديون، فاما مقابلة معاوضة على أن أحدهما عوض عن الآخر، أو تعين الحق الذي في ذمة المحيل، وليس هنا قسم ثالث بل القسمة حاصرة.

بل الحال به: إما تعين للدين، كما يعين في أي جهة كانت من جهات

(١) في «م»: بزوال.

وإن قلنا: أنها اعتياد لم تبطل، كما لو استبدل عن الثمن ثوباً ثم رد بالعيوب فإنه يرجع بالثمن لا الثواب، فلللمشتري الرجوع على البائع خاصة إن قبض ولا يتعين المقبوض،

القضاء، أو تملك له في مقابل الآخر على جهة الاعتياض، ولا يخفى ضعف كونه معاوضة فتعين الآخر.

قوله: (وإن قلنا: أنها اعتياد لم تبطل، كما لو استبدل عن الثمن ثوباً، ثم رد بالعيوب فإنه يرجع بالثمن لا الثواب).

أي: وإن قلنا: أن الحالة عقد مقصود به مقابلة أحد العوضين بالأخر، على جهة الاعتياض فيكون بيعاً، لم تبطل، كما لو استبدل عن الثمن المقبوض ثوباً، بان باع أحدهما بالأخر، ثم رد المشتري المبيع بالعيوب فإنه يرجع بمثل الثمن - لأن الثمن قد صار ملكاً للأخر- لا بالثواب؛ لأنه مملوك بمعاوضة مستقلة.

ومما يدل على أن الحالة استيفاء: أنها لو كانت اعتياداً وبيعاً لكان بيع دين بدين، ولما جازت في النقود إلا مع التقادس قبل التفرق، ولو جب على المحيل تسليم ما احال به، كما يجب على البائع تسليم المبيع، فلا يبرأ بمجرد الحالة، وكل اللوازم باطلة، فظاهر أن القول بأنها استيفاء أقوى.

قوله: (فللمشتري الرجوع على البائع خاصة إن قبض).

هذا تفريع على القول بأنها اعتياد، أي: - فعل هذا - للمشتري الرجوع على البائع بالدين الحال به، لأنه قد صار ملكاً له بالحالة التي هي بيع خاصة، أي: لا على الحال عليه. كما لو باع ما في ذمته بعوض، ثم طرأ البطلان على المعاوضة الجارية على ذلك العوض، وقد قبض الدين المبيع فإنه يرجع على البائع لا على المديون. هذا إن كان قد قبض ذلك الدين، فان لم يكن قد قبض فسيأتي.

قوله: (ولا يتعين المقبوض).

أي: على تقدير قبض البائع ما احيل به، ثم فسخت المعاوضة بالعيوب

وإن لم يقبحه فله قبضه.

وهل للمشتري الرجوع قبل قبضه؟ فيه إشكال ينشأ: من أن الحالة كالقبض وهذا لا يحبس البائع بعدها السلعة، ومن أن التغريم للمقبوض ولم تحصل حقيقته،

---

لا يتعين ذلك المقبوض للمشتري؛ لأن ملوك للبائع بعقد معاوضة بالاستقلال، بل الواجب مثله.

قوله: (وإن لم يقبحه).

هذا في آخر على كون الحالة بيعاً، أي: وإن لم يكن البائع قد قبض ما أحيل به، ثم طرأ الفسخ بالعيوب فله قبضه، لأن ملكه بمعاوضة مستقلة.

قوله: (وهل للمشتري الرجوع قبل قبضه؟ فيه إشكال ينشأ: من أن الحالة كالقبض، وهذا لا يحبس البائع بعدها السلعة، ومن أن التغريم للمقبوض ولم تحصل حقيقته).

إذا فسخ المشتري بالعيوب، ولم يكن البائع قد قبض ما أحيل به عن الثمن، فبناء على أن الحالة بيع هل للمشتري الرجوع على البائع بمثل المال الحال به؟ فيه إشكال عند المصنف ينشأ: من أن الحالة كالقبض بدليل أن البائع إذا أحيل بالثمن وقبل لم يكن له حبس السلعة، ولو أنه كالقبض لم يكن له ذلك، فإنه يجوز له الحبس إلى أن يقبض بغير خلاف. ومن أن أخذ العوض من البائع إنما هو عن المقبوض، وإلى الان لم يحصل القبض حقيقة وإن حصل ما يقوم مقامه.

وليس هذا بشيء، لأن البائع حيث ملك الحال به بالحالة - التي هي بيع - خرج ذلك عن كونه ملكاً للمشتري، فلا بد أن يثبت عوضه في ذمة البائع، حيث حصل الفسخ وثبت الترداد في العوضين، ولا أثر للقبض وعدمه في ذلك.

(ولا يخفى أن التغريم)<sup>(١)</sup> ليس للمقبوض، بل لما ثبت في ذمة البائع بدلأ

(١) في «م»: ولأن التغريم.

فإن منعنا الرجوع فهل للمشتري مطالبه بتحصيل الحوالة ليرجع؟ إشكال.  
وعلى تقدير البطلان لا يرد البائع إلى الحال عليه، بل إلى  
المشتري، ويتعين حقه فيما قبضه،

عن الدين الذي كان ملكاً للمشتري. ومن هذا يعلم أن توجيهه الشق الأول من  
شيء الإشكال، بكون الحوالة كالقبض - في كلام المصنف - ضعيف، وال الصحيح  
ما قلناه، والأصح أن له الرجوع في هذه الحالة لو قلنا بأن الحوالة اعتراض.  
قوله: (فإن منعنا الرجوع، فهل للمشتري مطالبه بتحصيل الحوالة  
ليرجع؟ إشكال)

أي: فإن منعنا رجوع المشتري على البائع حيث حصل الفسخ، ولم يكن  
قبض إلى أن يقبض، فهل للمشتري مطالبة البائع بتحصيل الحوالة، أي: يقبض  
المال الحال به ليرجع عليه؟ إشكال عند المصنف ينشأ: من أنه ليس للإنسان قهر  
غيره على قبضه حقه، والحالة حق للبائع.

ولأن وجوب التغريم متوقف على القبض، واستحقاق المطالبة متوقف على  
وجوب التغريم، فلو توقف وجوب القبض على استحقاق المطالبة لزم الدور. ومن  
أنه لو لا ذلك لأمكن معاندة البائع إياه بتأخير قبض حقه، فيؤدي إلى ضياع ماله،  
وهو ضرر منفي بقوله عليه السلام: «لا ضرر ولا ضرار»<sup>(١)</sup>.

ولا يخفى ضعف هذا الإشكال، فإن للمشتري الرجوع وإن لم يقبض البائع  
كما قدمناه. لكن تفريعاً على الوجه الآخر - الثاني من شيء الإشكال - ضعيف؛  
لأن إيجاب قبض مال الإنسان عليه، ليترتب عليه حق لغيره لم يكن قبل ذلك  
ضرر، والضرر لا يزال بالضرر.

قوله: (وعلى تقدير البطلان لا يرد البائع على الحال عليه، بل يرد  
على المشتري، ويتعين حقه فيما قبضه).

هذا تفريغ على أن الحوالة استيفاء، رجع إليه بعد الفراغ من التفريغ على

(١) الكافي ٢٩٢:٥، حديث ٢، الفقيه ١٤٧:٣ حديث ٦٤٨، التهذيب ١٤٦:٧ حديث ٦٥١

فإن تلف فعليه بدلـه، وإن لم يقـبـصـه فلا يقـبـصـه، فإن قـبـصـه فـهـل يـقـعـ عنـ المشـتـرـيـ؟ يـحـتـمـلـ ذـلـكـ؛ لأنـهـ كـانـ مـأـذـونـاـ فيـ القـبـضـ بـجـهـةـ، فـاـذـاـ بـطـلـتـ بـقـيـ أـصـلـ الـإـذـنـ. وـالـأـصـحـ الـعـدـمـ؛ لأنـ الـإـذـنـ الـذـيـ كـانـ ضـمـنـاـ لـاـ يـقـومـ بـنـفـسـهـ.

### والوكالـةـ عـقـدـ مـخـالـفـ للـحـوـالـةـ،

أـنـهاـ اـعـتـيـاضـ. وـصـورـتـهـ: أـنـ الـبـائـعـ اـذـاـ قـبـصـ مـنـ الـحـالـ عـلـيـهـ ثـمـ طـرـأـ الـفـسـخـ، فـبـنـاءـ عـلـىـ بـطـلـانـ الـحـوـالـةـ - لـكـوـنـهـ اـسـتـيـفـاءـ لـاـمـتـنـاعـ الـاسـتـيـفـاءـ عـنـهـ- لـاـ يـجـزـ لـلـبـائـعـ أـنـ يـرـدـ ذـلـكـ الـمـقـبـصـ إـلـىـ الـحـالـ عـلـيـهـ؛ لأنـهـ مـالـ لـلـمـشـتـرـيـ قدـ تـعـيـنـ بـالـقـبـصـ عـنـ الـدـينـ الـذـيـ كـانـ عـلـيـهـ كـوـنـهـ لـهـ، وـإـلـاـ لـامـتـنـاعـ وـقـوعـهـ عـنـ دـيـنـهـ، فـلـاـ يـزـوـلـ ذـلـكـ بـزـوـالـ الـدـينـ، فـيـرـدـهـ عـلـىـ الـمـشـتـرـيـ، وـيـتـعـيـنـ حـقـ الـمـشـتـرـيـ فـيـ ذـلـكـ الـذـيـ قـبـصـ الـبـائـعـ لـاـ قـلـنـاهـ.

قولـهـ: (فـانـ تـلـفـ فـعـلـيـهـ بـدـلـهـ).

لـأـنـ قـبـصـهـ بـدـلـاـًـ عـنـ مـالـهـ - الـذـيـ هـوـ الـثـنـ - فـيـكـوـنـ مـضـمـنـاـًـ.

قولـهـ: (وـإـنـ لـمـ يـقـبـصـهـ فـلاـ يـقـبـصـهـ).

أـيـ: وـإـنـ لـمـ يـكـنـ الـبـائـعـ قـدـ قـبـصـ مـالـ الـحـوـالـةـ، حـتـىـ طـرـأـ الـفـسـخـ فـلـاـ يـقـبـصـهـ الـآنـ خـرـوجـهـ عـنـ الـاسـتـحـقـاقـ، لـاـمـتـنـاعـ الـاسـتـيـفـاءـ بـعـدـ سـقـوـطـ الـدـينـ.

قولـهـ: (فـانـ قـبـصـهـ فـهـلـ يـقـعـ عـنـ الـمـشـتـرـيـ؟ يـحـتـمـلـ ذـلـكـ، لأنـهـ كـانـ مـأـذـونـاـ فيـ القـبـضـ بـجـهـةـ، فـاـذـاـ بـطـلـتـ بـقـيـ أـصـلـ الـإـذـنـ. وـالـأـصـحـ الـعـدـمـ، لأنـ الـإـذـنـ الـذـيـ كـانـ ضـمـنـاـ لـاـ يـقـومـ بـنـفـسـهـ، وـالـوـكـالـةـ عـقـدـ مـخـالـفـ للـحـوـالـةـ).

أـيـ: فـانـ قـبـصـ الـبـائـعـ مـالـ الـحـوـالـةـ فـيـ هـذـهـ الـحـالـةـ - وـهـيـ طـرـوـءـ الـفـسـخـ قـبـصـهـ إـيـاهـ، وـقـدـ مـنـعـنـاهـ مـنـهـ - فـلـاـ يـقـعـ لـهـ قـطـعاـًـ، اـذـ لـاـ اـسـتـحـقـاقـ لـهـ. لـكـنـ هـلـ يـقـعـ عـنـ الـمـشـتـرـيـ بـجـيـثـ يـتـعـيـنـ لـهـ بـهـذـاـ الـقـبـصـ؟ فـيـ اـحـتمـالـاتـ:

أـحـدـهـماـ: نـعـمـ؛ لأنـهـ كـانـ مـأـذـونـاـ فيـ القـبـضـ، بـجـهـةـ مـخـصـوصـةـ وـهـيـ الـحـوـالـةـ، فـاـذـاـ بـطـلـتـ بـقـيـ أـصـلـ الـإـذـنـ، نـظـرـاـ إـلـىـ أـنـ الـخـاصـ إـذـاـ اـرـتـفـعـ يـبـقـيـ الـعـامـ|. وـأـصـحـهـماـ عـنـ الـمـصـنـفـ الـعـدـمـ، وـهـوـ الـأـصـحـ؛ لأنـ الـإـذـنـ الـعـامـ إـنـماـ كـانـ فـيـ ضـمـنـ الـإـذـنـ

بخلاف ما لو فسست الشركة والوكالة فإن الإذن الضمني يبقى ويصبح التصرف، ولأن المحتال يقبض لنفسه بالاستحقاق لا للمحيل بالإذن وهم مختلفان، فبطلان أحدهما لا يفيد حصول الآخر ، وفي الشركة يتصرف بالإذن فإذا بطل خصوص الإذن بقي عمومه.

الخاص، والإذن الضمني لا يقوم بنفسه، فيرتفع بارتفاع ما يضممه. ومعنى قوله: (والوكالة عقد مختلف للحالة) أنه لثبت الإذن في القبض هنا لكان وكالة؛ لأنه استنابة في القبض من المالك. فان الذي يحاوله - من يجوز القبض هنا - إنما هو القبض عن المشتري، وليس هذه الوكالة ما يقتضيها الحالة، ومعلوم انها عقدان مختلفان لا يقتضي أحدهما الآخر.

قوله: (بخلاف ما لو فسست الشركة والوكالة، فإن الإذن الضمني يبقى ويصبح التصرف؛ لأن المحتال يقبض لنفسه بالاستحقاق لا للمحيل بالإذن وهم مختلفان، فبطلان أحدهما لا يفيد حصول الآخر، وفي الشركة يتصرف بالإذن، فإذا بطل خصوص الإذن بقي عمومه).

أشار بقوله: (بخلاف) الى جواب سؤال مقدر صورته: أنه كيف انتفى الإذن في قبض المال الحال به بطريق بطلان الحالة، مع أن الإذن في التصرف يبقى في الوكالة والشركة الفاسديتين، كما لو وكله في التصرف إذا جاء رأس الشهر، وشاركه على الاستواء في الربح واحتصاص أحدهما بالخسران، فيعتبر الإذن الضمني فيما ويحكم ببقائه؟

والجواب: الاختلاف بينهما وبين الحالة، لأن المحتال يقبض لنفسه بالاستحقاق (للامحيل بالإذن، وهو أي: قبضه لنفسه بالاستحقاق)<sup>(١)</sup> وقبضه للمحيل بالإذن مختلفان؛ لأن أحدهما حالة والآخر وكالة، فبطلان أحدهما لا يفيد حصول الآخر قطعاً، إذ من المعلوم البين أن الحالة لم تتضمن التوكيل، كما أن

(١) ما بين القوسين لم يرد في «ق».

ولو أحال البائع رجلاً على المشتري فالأقرب عدم بطلان الحالة بتجدد الفسخ؛ لتعلق الحالة بغير المتعاقددين، سواء قبض أو لا.

البيع لم يتضمنه. فإذا بطلت الحالة توقف ثبوت الوكالة على مقتضٍ له كما في الشركة والوكالة.

واقتصر المصنف على الشركة إيشاراً للاقتصر، واعتماداً على حصول المراد بذكرها، فإنه يتصرف بالاذن حيث استتابه في التصرف، فإذا بطل خصوص الاذن لفساد العقد بقي عمومه، هذا محصل كلامه.

والحق أن الذي يتحصل مما ذكره، هو أن بقاء الاذن في التصرف في الوكالة والشركة اذا فسدت، أقرب من ثبوت الوكالة بفساد الحالة (لشدة البعد بينهما) <sup>(١)</sup>.

أما صحة بقاء الاذن الضمني فيها، بحيث يحكم بجواز التصرف بمجرد ادعاء بقاء عموم الاذن فليس بظاهر؛ لامتناع بقاء الضمني بعد ارتفاع المطابق، إلا بدليل يدل عليه غير كونه ضمنياً.

واعلم أن اللام في قوله: (لأن المحتال) تتعلق بالنسبة بين قوله: (بخلاف) وبين المذوف، والذي تقديره: وهذا بخلاف ما لو فسدت الشركة إلى آخره، ونحوه.

قوله: (ولو أحال البائع رجلاً على المشتري فالأقرب عدم بطلان الحالة بتجدد الفسخ؛ لتعلق الحالة بغير المتعاقددين، سواء قبض أو لا).

أي: لو انعكس الفرض، بأن أحال البائع رجلاً آخر بدينه له على المشتري بثمن المبيع، وبعد استكمال الحالة فسخ المشتري بالعيوب، فالأقرب عند المصنف عدم بطلان الحالة هنا بتجدد الفسخ، لتعلق الحالة بغير المتعاقددين، حيث أن الثمن صار مملوكاً للمحتال الأجنبي عوض دينه الذي على البائع، فلا يبطل

(١) ما بين القوسين لم يرد في «م».

ولو فسد البيع من أصله بطلت الحوالة في الصورتين، ويرجع المشتري على من شاء من المحتال والبائع.

حقه بطروع الفسخ، كما لو باع الثن البائع لشخص آخر، بخلاف ما سبق، فإن الحوالة ثم إنما كانت طريقاً لاستيفاء البائع الثن، فلم يتعلّق به حق ثالث، وهذا هو الأصح، ونقل الشيخ فيه الاجماع<sup>(١)</sup> حكاه الشارح<sup>(٢)</sup>. ولا فرق في ذلك بين أن يقبض وعدمه كما هو ظاهر، لانتقال الملك بدون القبض.

ويتحمّل ضعيفاً البطلان؛ لأن استحقاق المحتال فرع استحقاق المحيل، وقد بطل استحقاق المحيل، فيبطل استحقاق المحتال، وضعفه ظاهر؛ لأن فرعه وقت الحوالة لا مطلقاً.

قوله: (ولو فسد البيع من أصله بطلت الحوالة في الصورتين). أي: في صورة حواة المشتري البائع على ثالث، وفي صورة حواة البائع (ثالثاً)<sup>(٣)</sup> على المشتري.

ووجهه: أن الحوالة فرع ثبوت الثن، ومع فساد البيع لا ثمن. وقد كان الأحسن أن يقول: ولو فسد البيع فالحوالة باطلة، إذ لم يطرأ بطلانها.

وربما يتخيّل أن قوله: (في الصورتين) يراد بها كون الحوالة استيفاء، وكوّنها اعتياداً، وليس كذلك، إذ لا يقال: لها صورتان بل قولان، فلو أراد بها لقال على القولين. وأيضاً فإن ما ذكرناه أشمل، فإن البطلان في الصورتين يعم القولين.

قوله: (ويرجع المشتري على من شاء من المحتال والبائع). لأن كل واحد منها متصرف في ماله بغير حق، أما المحتال فظاهر، حيث

(١) الخلاف ٧٧:٢ مسألة ٤ كتاب الحوالة.

(٢) ايضاح الفوائد ٩٦:٢

(٣) لم ترد في «ق».

## فروع :

أ: لو أحال بثمن العبد على المشتري، وصدق الجميع العبد على الحرية بطلت الحالة، ويرد المحتال ما أخذه على المشتري، ويبيق حقه على البائع. وإن كذبها المحتال وأقام العبد ببينة، أو قامت ببينة الحسبة فكذلك.

وليس للمتباعين إقامتها لتكذيبها بالمبايعة إلا مع إمكان الجمع  
كادعاء البائع عتق وكيله، وادعاء المشتري عتق البائع مع جهله.

وضع يده على المال. وأما البائع فلأنه أوفاه للمحتال عما في ذمته، فقبضه منسوب  
إليه بل أقوى، ولهذا يمنع من حبس المبيع بعد الحالة بالثمن.  
قوله: (وإن كذبها المحتال، وأقام العبد ببينة، أو قامت ببينة الحسبة  
فكذلك).

أي: إن كذب المحتال البائع والمشتري في كون العبد المبيع حرًّا، فإنما أن  
تكون هناك بينة بالحرية أولاً. وفي الأول إما أن يقييمها العبد أو تقوم بنفسها  
حسبة لله، أي: قيامه بالواجب من دفع المنكر وإقامة المعروف، فتشهد عند  
الحاكم من دون دعوى مدع، فإن ذلك جائز محافظة على دفع المنكر.  
أو يقييمها المتباعان، فإن أقامها العبد أو قامت بنفسها فكذلك، أي:  
كان الحكم كذلك الذي سبق في بطلان الحالة، ووجوب رد ما أخذه المحتال  
على المشتري لأنه لا يستحقه.

قوله: (وليس للمتباعين إقامتها، لتكذيبها بالمبايعة، إلا مع إمكان  
الجمع، كادعاء البائع عتق وكيله وادعاء المشتري عتق البائع مع جهله).  
هذا هو القسم الثالث من أقسام الشق الأول، وهو أن يقيم البينة  
المتباعان، وحكمه أنه ليس لها ذلك ولا يصح منها؛ لأنها قد كذبها بالتبايع،

ولو فقدت البينة فلهم احلافي على نفي العلم، فيأخذ المال من المشترى.

إذا التباع يقتضي كون المبيع ملوكاً للبائع، فيبع أحدهما وشراء الآخر مقتضٍ للاعتراف بالرقية.

وكل من كذب بيته بقول أو فعل لا تسمع منه إقامتها اتفاقاً، وحين إقامتها منها أو من أحدهما فهي بينة وإن انتفع بها العبد؛ لأنها حينئذ لإثبات دعواه، وهذا ما لم يظهر ما يمكن معه الجمع بين فعلهما -أعني التباعي- وبين الحرية بحيث لا يكون اعتقادهما كون البيع حقيقياً، جارياً على ملوك منافياً للحرية بحسب الواقع.

أما لو أظهرها كما لو ادعى البائع عتق وكيله، وعدم علمه بوقوع العتق وقت البيع، فإن هذا مصحح لدعواه. وكما لو ادعى المشتري عتق البائع مع جهله، ثم تجدد له العلم بعد البيع فإنه مصحح لدعواه.

وكما لو ادعى البائع والمشتري عتق وكيل البائع (والمشتري)<sup>(١)</sup> وهم لا يعلمان، فإنه مصحح لدعواهما، فإن البينة تسمع حينئذ لأندفع المناقضة. قوله: (ولو فقدت البينة فلهم إحلافه على نفي العلم، فيأخذ المال من المشتري).

أي : ولو لم يكن لها بينة ، فلهم<sup>(٢)</sup> إحلاف المحتال على نفي العلم بالعتق  
لو ادعيا عليه العلم ، فإذا حلف أخذ المال من المشتري ؛ لأنه الحال عليه .  
لكن هل يشترط في صحة الدعوى وطلب حلفه على نفي العلم ، إظهار  
ما به يندفع التنافي ويكون الجمع أم لا ؟ عبارة المصنف هنا محتملة وإن كانت  
أظهر في اشتراط ذلك ، حيث أنه بناء على فقد البينة ، وجود البينة إنما يعتد به  
بالنسبة إليها بعد إظهار ما يدفع التنافي .

(١) لم ترد في «ق».

(۲) فی «ق»: فان همای.

وفي رجوع المشتري على البائع إشكال، ينشأ: من أن المظلوم يرجع على من ظلمه، ومن أنه قضى دينه بإذنه.

وفي التذكرة صرخ: بأنه لو نكل المحتال حلف المشتري، قال: ثم إن جعلنا اليدين المردودة كالاقرار بطلت الحالة، وإن جعلناها كالبينة فالحكم كما لوم يحلف، لأنه ليس للمشتري إقامة البينة<sup>(١)</sup>، هذه عبارته وفيها كلامان: هذا أحدهما، أعني تخليف المحتال، ومع نكوله فالمشتري، وإن لم يظهر العذر الرافع للتنافى.

الثاني: أنه حكم بجلقه على كل حال، ويكون وجود اليدين كعدمها على تقدير أن المردودة كالبينة، فلا يكون لهذه اليدين فائدة أصلاً على هذا التقدير.

والمعروف أن من كذب إقراره دعواه لا تسمع دعواه أصلاً، فينبغي تحقيق ذلك.

قوله: (وفي رجوع المشتري على البائع إشكال ينشأ: من أن المظلوم يرجع على منْ ظلمه، ومن أنه قضى دينه بإذنه).

إذا حلف المحتال على نفي العلم بالعتق، أخذ المال الحال به من المشتري، وهل يرجع به المشتري على البائع؟ فيه إشكال ينشأ: من أن الظالم للمشتري بزعمه إنما هو المحتال، حيث يقول: إن المبيع حر، والمظلوم إنما يرجع على من ظلمه لا على غيره. ومن أنه قضى دينه بإذنه، فإن الحالة تقتضي الاذن في القضاء، فإذا بطلت لم يرتفع عموم الإذن، وفيه نظر يعلم مما سبق.

والأصح أن له الرجوع من حيث أنه قضى دينه بإذن شرعى، فلا يكون تبرعاً، وكيف يكون كذلك، وهو واجب عليه شرعاً، وربما أجبره الحاكم عليه، وليس ذلك بابلغ من إطعام المضرر والرجوع عليه.

ولو صدقهما المحتال وادعى ان الحالة بغير الثن صدق مع اليمين؛  
لأن الأصل صحة الحالة،

قوله: (ولو صدقهما المحتال، وادعى أن الحالة بغير الثن صدق مع اليمين؛ لأن الأصل صحة الحالة).  
أي: لو صدق المحتال البائع والمشتري على أن العبد حر، وادعى أن

الحالة بغير الثن فقد اختلفا في صحة الحالة وفسادها، والأصل في العقود الصحة،  
فيقدم قوله بيمنيه لأن دعواه موافقة للأصل، هذا محصل كلامه.

وي ينبغي تنقیح المبحث بأن يقال: اذا ادعى الحالة بغير الثن، فاما أن  
يدعها بدين آخر في ذمة الحال عليه، أو مع خلو الذمة. فان ادعها بدين آخر، فاما  
أن يكون الحال عليه مع إنكاره الحالة به منكراً لأصل الدين، أو مقرأً به.  
فان أقر بالدين فتقديم قول مدعى الصحة متوجه، اذ ليس في طرف المدعى  
عليه أصل ولا ظاهر.

فان قيل: الأصل براءة ذمته من ثبوت دين المحتال.

قلنا: قد اعترف بالسبب المقتضي لذلك وهو الحالة، فان الأصل فيه  
الصحة، فنقل عن الأصل الأول، وبقي الاختلاف في الفساد موجباً لليمن على  
من أنكر. كما لو اختلفا في صحة البيع وفساده، فان القول قول مدعى الصحة  
بيمنيه، وإن كان الأصل بقاء الملك على مالكه لنجوماً قلناه.

ومثله ما لو ادعى المحتال وقوعها مع خلو الذمة سواء، وأما إذا ادعها  
بدين آخر وانكره الحال عليه، فقد تعارض أصل الصحة وأصل البراءة، كذا  
قيل.

وي يكن أن يقال: يمنع تعارض الأصلين، اذ لا يلزم من كون الحالة (غير  
دين في الذمة فسادها، بل هو أعم من الفساد، لما عرفت من أن صحة الحالة)<sup>(١)</sup>

(١) ما بين التوسيع لم يرد في «ن».

فإن أقاماً بینة أن الحالة بالثمن قبلت؛ لأنها لم يكذبها.

بـ: لو جرى لفظ الحالة واحتلما بعد القبض، فادعاهما المحتال، وادعى المحتيل قصد الوکالة فالأقرب تقديم قول المحتيل؛ لأنه أعرف بلفظه وقصده، واعتراضه بالأصل من بقاء حق المحتيل على الحال عليه، وحق المحتال على المحتيل، ويحتمل تصديق المستحق لشهادته للفظ له.

---

لاتستلزم شغل الذمة، فيبقى أصل البراءة بغير معارض، ف يقدم قول الحال عليه بيمينه، وهذا متوجه واحتاره في التذكرة<sup>(١)</sup>.

قوله: (فإن أقاماً بینة أن الحالة بالثمن قبلت؛ لأنها لم يكذبها).  
أي: على تقدير تصدق المحتال البائع والمشتري على حرية العبد المبيع، واحتلما بهم في أن الحالة بالثمن، وادعاء المحتال على أنها بغيره، لو أقام البائع أو المشتري أو كلاهما بینة بكون الحالة إنما هي بالثمن الذي يضممه البيع، فإنها تقبل كما تسمع دعواهما بذلك، لأنها لم يكذبها.

فإن كون المبيع حراً، لا يقتضي عدم وقوع الحالة بما سمي ثمناً في مقابلة، غایة ما هناك إنما يدعىان فساد الحالة فيثبت بالبينة.

قوله: (لو جرى لفظ الحالة واحتلما بعد القبض، فادعاهما المحتال، وادعى المحتيل قصد الوکالة فالأقرب تقديم قول المحتيل؛ لأنه أعرف بلفظه وقصده، واعتراضه بالأصل من بقاء حق المحتيل على الحال عليه، وحق المحتال على المحتيل، ويحتمل تصدق المستحق بشهادته للفظ له).

أي: لو جرى بين اثنين لفظ الحالة مع العقد، واحتلما بعد قبض ما جرى العقد عليه، فادعى المحتال أن الذي صدر بينهما من لفظ الحالة أريد به الحالة، وهو مدلوله الحقيقي، وادعى المحتيل قصد الوکالة بلفظ الحالة مجازاً، فالأقرب عند المصنف تقديم قول المحتيل، في أنه إنما قصد الوکالة لأنه أعرف بلفظه،

---

باعتبار استعماله في معناه الحقيقي وغيره.

وكذا هو أعرف بما قصد، إذ لا يعلم قصده إلا من قبله، فيكون قوله بيمينه مقدماً، ولاعتضاد قوله بالأصل من بقاء حق المحيل على الحال عليه، وحق المحتال على المحيل، وفيها نظر.

أما الأول: فلان اللفظ الواقع مجردأ عن القرائن، يجب حمله على حقيقته، لأن الواجب على المتكلم نصب القرينة اذا أراد المجاز، فالتجدد عنها دليل إرادة الحقيقة، حذراً من كون كلامه مشتملاً على الإغراء بجهل المقصود، والأصل خلافه.

فإذا كان الواجب حمله على ذلك، كان دعوه بعد ذلك مخالفة للأصل، على أن هذا لودح هنا، لودح في جميع الأبواب من بيع وصلاح وإقرار ونكاح وغيرها.

وأما الثاني: فلان الأصل الذي ادعاه زال بالحالة الصادرة بينهما، التي الأصل فيها الحقيقة والصحة، فلا يعتد به. ولو لودح هنا لودح في البيع وغيره، اذا وقع الاختلاف بعد صدوره كاملاً.

ويحتمل تصديق المستحق، وهو المحتال؛ لأن اللفظ الصادر بينها شاهد له، إذ الأصل فيه الحقيقة، وهذا هو الأصح، وما قربه المصنف ضعيف. ولو اختلفا في وجود القرينة فالقول قول من ينفيها بيمينه؛ لأن الأصل العدم.

واعلم أن اختلافهما قبل القبض وبعده لا ينجد فيه فرقا؛ لأن عقد الحالة من العقود الالزمه، فإذا صبح وحمل على الحقيقة تعين فيه الأداء إلى المحتال؛ لأنه صار ملكه، وكأن المصنف لحظ كون الحالة استيفاء.

والاستيفاء إنما يثمر الملك بالقبض، فقبله لا يتحقق الملك، فيكون الاختلاف قبل القبض في استحقاق ما هو مملوك للمحيل حين الاختلاف، وليس كذلك؛ لأن نفس الحالة استيفاء ومثمرة للملك وإن لم يحصل القبض، حتى لو أراد المحيل بعد كمال الحالة دفع البدل توقف على رضى المحتال. وليس هو

ولو لم يقبض قدم قول المحيل قطعاً، ولو انعكس الفرض قدم قول المحتال،

كالالية بغير الحالة، فإن الملك فيه متوقف على القبض، ومن ثم يجوز الابدال قبله.

فعلى هذا يكون قوله: (ولو لم يقبض قدم قول المحيل قطعاً) في غاية البعد، وما قطع به غير ظاهر.

قوله: (ولو انعكس الفرض قدم قول المحتال).

أي: لو قال المديون -بعد اتفاقهما على جريان لفظ الحالة-: أحلتك، فقال: بل وكلتني قدم قول مدعى الوكالة، وهو المحتال بيمنيه، عملاً بأصله بقاء الحقين، والمديون يدعى خلافهما وانتقاهم فكان عليه البينة.

وتظهر فائدة هذا الاختلاف عند إفلاس الحال عليه، ونحوه. وفي توجيهه نظر، لأن الأصل في اللفظ الحقيقة، والحمل على المجاز خلاف الأصل، والمحيل أعرف بلفظه وقصده.

والالأصل الذي ادعاه بالنسبة إلى الحقين زال بالسبب الواقع بينهما، ومن هذا علم أن ما اختاره هنا أيضاً في غاية البعد، مع مخالفته لما سبق من مجيء الوجهين في المسألة الأولى، فلا أقل من مجئها هنا وإن كان عنده أحدهما أرجح. وفي التذكرة جعل هذا الحكم فيما إذا لم يتفقا على لفظ مخصوص<sup>(١)</sup>، أما إذا اتفقا على الحالة واحتلفا هذا الاختلاف، فالوجهان في المسألة الأولى على العكس هنا.

وهذا كله إذا لم يأت باللفظ على وجه لا يتحمل المجاز، فإن اتي به كذلك، كما لو قال: أحلتك بمائة التي لك علي على المائة التي لي على زيد، ثم اختلفا الاختلاف السابق، فإن القول قول مدعى الحالة لامتناع ارادة المجاز، وقطع به في التذكرة<sup>(٢)</sup>.

(١) التذكرة ١١١: ٢.

(٢) المصدر السابق.

ولو لم يتفقا على جريان اللفظ بل قال المستحق: أحلتني، وقال المديون: وكلتك في استيفاء ديني صدق المديون، فإن لم يكن قبض فليس له ذلك لأنعزاله بانكاره الوكالة، وله مطالبة المديون بالمال لئلا يضيع حقه، ويحتمل العدم لاعترافه ببراءته بدعوى الحوالة.

---

قوله: (ولو لم يتفقا على جريان اللفظ، بل قال المستحق: أحلتني، وقال المديون: وكلتك في استيفاء ديني صدق المديون).

أي: لو لم يتفق الشخصان - اللذان جرى بينهما العقد - على جريان اللفظ، على جريان ما سبق ذكره من لفظ الحوالة - فاللام للعهد الذكري - بل قال المستحق للمديون: أحلتني بمالك على فلان، وقال المديون: وكلتك في استيفاء ديني، فان المديون مصدق بيمنه اذ الأصل عدم الحوالة.

وتظهر فائدة هذا فيما اذا كان الثمن باقياً وأراد الإبدال، أو أراد التأخير للدفع الى بلد الدين اذا كانا في غيره ولم يشترط الأداء في غيره. وفي ذلك دفع ضرره، (ولم يرض المدين بما يندفع به ضرره) <sup>(١)</sup>، سواء كان بالغاً أم لا.

قوله: (إن لم يكن قبض فليس له ذلك؛ لأنعزاله بانكار الوكالة، وله مطالبة المديون بالمال لئلا يضيع حقه، ويحتمل العدم لاعترافه ببراءته بدعوى الحوالة).

اذا حلف المديون على نفي الحوالة انتفت ظاهراً، فان لم يكن المستحق قد قبض الدين الذي وقع الاختلاف في الحوالة به والوكالة لم يكن له قبضه ظاهراً؛ لأن الوكالة تندفع بانكاره ايها، فينعزل على تقدير كونه وكيلًا والحوالة منتفية. لكن له مطالبة المديون بما له لئلا يضيع حقه، ولا انه إن كانت الحوالة هي الواقع، فقد دفعه عن المال الحال به، وصيره له ظاهراً بيمنه، فظلمه بذلك. وإن كان الواقع الوكالة، فظاهر لبقاء حقه عليه.

---

(١) ما بين القوسين لم يرد في «م».

أما لو قال المستحق: وكلتني، فقال: لا بل أحلتك صدق منكر الحالة باليمن، وليس للمستحق القبض؛ لأن إنكار الوكالة يتضمن العزل، وإن كان قبض فالأقرب أنه يمتلكه؛ لأنه جنس حقه وصاحبه يزعم أنه ملكه،

---

ويحتمل عدم استحقاق المطالبة؛ لأن الحالة تتضمن براءة ذمة المحيل، فبدعوه إياها معترف براءة ذمة المحيل فكيف يطالبه؟ وبما بيناه أولاً يعلم أنه لم يبرأ مطلقاً؛ لأنه ظالم له بتملك ما يستحقه بزعمه هذا الحكم في الظاهر، وفيما بينه وبين الله يعتمد ما يعلم إنه الحق.

قوله: (أما لو قال المستحق: وكلتني، فقال: بل أحلتك، صدق منكر الحالة باليمن، وليس للمستحق القبض؛ لأن إنكار الوكالة يتضمن العزل).

أي: لو قال المستحق للذين: وكلتني، فقال المديون: لا بل أحلتك عكس الأول، صدق منكر الحالة مثل ما سبق، فإن الأصل عدم، والأصل بقاء الحقوق كما كانت.

وفي العبارة مناقشة؛ لأن سوقها يشعر بمخالفة حكم هذا لما قبله، مع اتفاقهما في تصديق منكر الحالة.

ولو قال: فإن المصدق المديون ليكون الاختلاف بينها وبين ما سبق في تصديق المديون وعدمه، وحينئذ فليس للمستحق القبض ظاهراً؛ لاندفاع الحالة بإنكاره ويعينه، فالوكالة بإنكار المديون، لأن الإنكار يتضمن العزل لو كان وكيلاً.

قوله: (وإن كان قبض فالأقرب أنه يمتلكه، لأنه جنس حقه وصاحبه يزعم أنه ملكه).

فلا أقل من أن يكون ذلك إذناً في التملك، ويحتمل العدم لانتفاء المقتضي، وهذا الحكم ظاهراً وباطناً على تقدير صدقه في دعوى الوكالة، فاما على تقدير كون الواقع الحالة ظاهر أنه ملكه.

وان تلف احتمل عدم الضمان؛ لأن الوكيل أمين، وثبوته؛ لأن الأصل ضمان مال الغير في يد آخر.

ولا يلزم من تصديقه في نفي الحوالة تصديقه في إثبات الوكالة ليسقط عنه الضمان.

واعلم أن شيخنا الشهيد في بعض حواشيه جوز لقوله : (يتملكه) معنيين : أحدهما : إرادة الملك القهري؛ لأن المديون يزعم ذلك وهو من جنس الحق، فهو في قوة التعيين لجهة مخصوصة من جهات القضاء، فلا يحتاج إلى أمر آخر.

الثاني : إرادة جواز الملك ، فيتوقف حصول الملك على أحد أمرين : إما تصريح المديون بالتعيين ، كأن يقول : خذ ما في يدك ، أو ماطلته بدفع غيره فيأخذه قصاصاً.

وعندي أن الثاني بعيد، إذ المتبدار من كلام المصنف تملكه من غير توقف على شيء آخر ، فإما أن يجعل زعم المديون منزلة التعيين ، إن لم يكن أقوى فيملكه بالقبض على طريق القهر ، أو يجعل ادعاء الحوالة - المتضمنة لبراءة ذمته بحيث لا يستحق عليه المطالبة - بعد ماطلته ، حيث أنه أقوى من المماطلة ، اذ منكر الدين مماطل وزيادة ، فيسوغ له الأخذ مقاصلة . وعلى كل حال ، فما قربه المصنف هو المختار ، وكل من الأمرين الآخرين محتمل .

قوله : ( وإن تلف احتمل عدم الضمان لأن الوكيل أمين، وثبوته لأن الأصل ضمان مال الغير في يد آخر. ولا يلزم من تصديقه في نفي الحوالة تصديقه في إثبات الوكالة، ليسقط عنه الضمان ).

أي : وإن تلف المال المقبوض في يد المستحق ، في ضمانه وجهان . ولا يخفى أن في توجيه الاحتمال الأول ضعفاً؛ لأن صغرى القياس المضمرة يجب أن تكون هكذا : القابض وكيل ، ومعلوم ردها ، إذ الوكالة لم تثبت فيكون الاحتمال الثاني أقوى .

ج: لو شرط في الحالة القبض بعد شهر مثلاً فالأقرب الصحة وإن كان حالاً.

د: لو أحال البريء على مشغول الذمة فهي وكالة يثبت فيها أحکامها، وجازت بلفظ الحالة لاشراكهما في المقصود وهو استحقاق المطالبة.

وهذه المسألة مما تخرج على قاعدة معروفة بين الفقهاء وهي : ان اليدين لنفي شيء لا يكون لإثبات شيء آخر.  
(إن قيل: لاحاجة إلى تخريجها على هذه القاعدة.

قلنا : بل نحتاج، إذ يمكن أن يقال : إن الحال دائرة باعترافهما بين الحالة والوكالة، فإذا بطل أحدهما باليدين تعين الآخر؛ لأن اليدين حجة شرعية<sup>(١)</sup>.

ومن صورها : ما لو أقرَّ الوكيل بالبيع وقبض الثمن بها، وأنكر الموكِل القبض حلف الوكيل لاستئمانه. فلو خرج المبيع مستحقاً، ورجع المشتري على الوكيل بالثمن لعدم ثبوت الوكالة لم يرجع الوكيل على الموكِل؛ لأن اليدين كانت لدفع الغرم لا لإثبات المال على الموكِل، فالقول الآن قول الموكِل بيمينه.  
قوله: (لو شرط في الحالة القبض بعد شهر مثلاً فالأقرب الصحة وإن كان حالاً).

أي: وإن كان الحق المشروط قبضه وإن لم يكن مذكوراً لدلالة القبض عليه. ووجه القرب أنه شرط لا ينافي مقتضى العقد، فيكون اشتراطه سائغاً. ويتحمل العدم؛ لأن الحالة على حق حال. وضعفه ظاهر؛ لأن حلوله لا ينافي إشتراط الأجل، والأصح الصحة.

وتوجيه الشارح الصحة بكون الشرط سائغاً في معنى المصادرـة<sup>(٢)</sup>.

قوله: (جازت بلفظ الحالة لاشراكهما في المقصود، وهو

(١) ما بين القوسين لم يرد في «م».

(٢) اياضح القوائد ٩٧:٢

ولو انعكس الفرض، فإن شرطنا الشغل فهو اقتراض، فإن قبض المحتال رجع على المحيل، وإن أبرأه لم يصح؛ لأنَّه إبراء لمن لا دين عليه، وإن قبض منه ثم وبه إيهار رجع الحال عليه على المحيل؛ لأنَّه غرم عنه. ولو أحال من لا دين عليه على من لا دين عليه فهي وكالة في اقتراض.

### الفصل الثالث: في الكفالة:

وهي عقد شرع للتعهد بالنفس،

---

استحقاق المطالبة).

أي: في المقصود من الوكالة، إذ المقصود من الحوالة لا يشتركان فيه، فيكون حينئذ العقد بالجائز، ولا يمتنع ذلك خصوصاً في العقد الجائز، لأنَّه يسامح فيه مالا يسامح في اللازم.

قوله: (ولو انعكس الفرض، فإن شرطنا الشغل فهو اقتراض).

إنعكاس الفرض أن يحيط بلفظ الوكالة، فإن شرطنا شغل ذمة الحال عليه في الحوالة، ولم يكن الحال عليه مشغول الذمة، كان ذلك اقتراضًا بلفظ الحوالة مجازاً، فتجري عليه أحکامه. وإنما قلنا: إنه اقتراض، لأنَّه ليس معنى من المعاني أقرب إلى الوكالة والحوالة منه.

قوله: (فإن قبض المحتال رجع على المحيل، وإن أبرأه لم يصح؛ لأنَّه إبراء لمن لا دين عليه).

أي: فإن قبض المحتال من الحال عليه، رجع الحال عليه - وهو المفترض - على المحيل وهو المفترض، وإن أبرأه المحتال وقع لغوًا؛ لأنَّه لا دين له عليه، إذ المطلوب منه الاقراض.

قوله: (وهي عقد شرع للتعهد بالنفس).

سيأتي أنه يصح التكفل بالأعيان المضمونة، فلا يتناولها هذا التعريف.

ويعتبر فيها رضى الكفيل والمكفول له دون المكفول، وتعيين المكفول، فلو قال: كفلت أحدهما أو زيداً فإن لم آت به فبعمره أو بزيد أو عمره بطلت.

---

**قوله:** (ويعتبر فيها رضى الكفيل، والمكفول له، دون المكفول).

لأن إثبات حق على شخص لاعلى وجه يثبت كونه قهريا يتوقف على رضاه، وكذا المكفول له لأن إثبات حق له على شخص من دون رضاه باطل، دون المكفول عند علمائنا، قاله في التذكرة<sup>(١)</sup> وحکي في التحرير<sup>(٢)</sup> عن الشيخ في المبسوط<sup>(٣)</sup> اعتبار رضاه.

وكذا عن ابن ادريس قال: وفيه قوله<sup>(٤)</sup> ، وهو مذهب الشافعي<sup>(٥)</sup> ، ووجهه إمكان إحضاره، فإنه متى لم يرض لم يلزم الحضور معه. ويرد عليه أنه إن طلبه منه المكفول له وجب عليه الحضور، إذ لا أقل من أن يعد توكيلاً. وإن لم يطلبه، فيمكن أن يقال بذلك؛ لأن التكفيـل يقتضي التسلیط على الاحضار. وسيأتي في كلام المصنف: أنه لا يجب عليه الحضور مع التبرع، وعدم طلب المكفول له. ويشرط أيضا الإيجاب ككفلت لك بدن فلان، ونحوه. والقبول على الفور، وكونها بالعربية من كاملين.

**قوله:** (وتعيين المكفول، فلو قال: كفلت أحدهما، أو زيداً فإن لم آت به فبعمره أو بزيد أو عمره بطلت).

يشترط أيضاً تعيين المكفول على وجه يرتفع الإيهام، فلو قال: كفلت لك أحد هذين لم يصح؛ لأنه لا يعلم المكفول بعينه.

---

(١) تذكرة الفقهاء ٢:١٠٠.

(٢) تحرير الأحكام ١:٢٢٤.

(٣) المبسوط ٢:٣٣٧.

(٤) السرائر ١٧٣.

(٥) المغني لابن قدامة ٥:٩٦.

وتنجيز الكفالة، فلو قال: إن جئت فأنا كفيل به لم يصح على اشكال، ولو قال: أنا أحضره أو أؤدي ما عليه لم تكن كفالة.  
وتصح حالة ومؤجلة على كل من يجب عليه الحضور مجلس

### الحكم

وكذا لو قال: كفلت لك زيداً فان لم آت به فانا كفيل بعمرو، إذ مع عدم التزام إحضار أحدهما بعينه تعليق الكفالة في عمرو بشرط، والكفالة لاتعلق كما سيأتي. وكذا لا يصح لوقال: كفلت لك بزيد أو عمرو بمثل ما سبق.  
قوله: (وتنجيز الكفالة، فلو قال: إن جئت فأنا كفيل به لم يصح على اشكال).

ينشأ: من رواية أبي العباس، عن الصادق عليه السلام فيمن قال في الكفالة: إن جئت وإلا فعلي خسمائة درهم فقال: «لزمه الدرهم»<sup>(١)</sup>. ومن أن الأسباب الشرعية إنما هي بوضع الشارع، ولا يثبت الوضع بمثل هذه الرواية، خصوصاً ما علم عدم جواز مثله.

ولأن التعليق يقتضي عدم الجزم بالكفالة، ولأن أثر السبب يجب أن يترتب على وقوعه، وإلا لم يكن صحيحاً كما هو مقرر في الأصول، ومع التعليق يمتنع ذلك، ولأن المعلق عليه يمتنع كونه جزء السبب، وإلا لوجب كونه معه، فان تراخي القبول منع فكيف باقي الأجزاء؟

وإذا امتنع ذلك اعتباره في العقد، (فيجب تأثيره بدون المعلق عليه، والتعليق ينافيه لكونه مقصوداً، فلم يبق إلا بطلان العقد)<sup>(٢)</sup> وهو الأصح.  
قوله: (وتصح حالة ومؤجلة على كل من يجب عليه الحضور مجلس الحكم).

لأن الحضور حق شرعي، ولا مانع من اشتراط الأجل أو الحلول، واستشرط

(١) الكافي ٥: ١٠٤، حديث ٣، التهذيب ٦: ٢١٠، حديث ٤٩٣.

(٢) مابين القوسين لم يرد في «م».

من زوجة يدعى الغريم زوجيتها، أو كفيل يدعى عليه الكفالة ، أو صبي أو مجنون ، اذ قد يجب احضارهما للشهادة عليها بالاتفاق ، وبدن المحبوس لإمكان تسليمه بأمر من حبسه، ثم يعيده الى الحبس ، أو عبد أبق، أو من عليه حق لآدمي من مال أو عقوبة قصاص.

---

الشيخ لصحتها تأجيلها فيها<sup>(١)</sup>.

قوله: (من زوجة يدعى الغريم زوجيتها).

وгинئذ فيجب بالكفالة السعي في إحضارها، وللشافعية قول بالمنع<sup>(٢)</sup> ، بناء على أن الكفيل يغرن ماعلي المكفول لوم يرد لتعذرها هنا. قوله: (أو صبي أو مجنون، اذ قد يجب إحضارهما للشهادة عليها بالإتفاق).

فانه ربما لم يكن الشاهدان، بحيث يمكنها تمييزها في الشهادة بدون الاحضار.

قوله: (وبدن المحبوس لإمكان تسليمه بأمر من حبسه، ثم يعيده الى الحبس).

أي: تخوز الكفالة به؛ لأن تسليمه ممكن بأمر من حبسه، ثم يعيده الى الحبس إن أراد. ومثله الكفالة بالغائب، ومنع من كفالتها أبوحنيفة لتعذر التسليم في الحال<sup>(٣)</sup> ، ولا فرق في ذلك بين كون الحبس ظلماً أو بحق.

قوله: (أو عبد أبق).

أي: حين إبقاءه، ويلزمه حينئذ السعي في رده، وفي حاشية الشهيد كفالته من مولاه إذا كان معتمداً للاباق، وهو معنى صحيح أيضاً.

---

(١) النهاية: ٣١٥.

(٢) المغني لابن قدامة ٩٦:٥.

(٣) المغني لابن قدامة ٩٧:٥.

ولا يشترط العلم بقدر المال، فإن الكفالة بالبدن لا به، ولا تصح على حد الله تعالى.

والأقرب صحة كفالة المكاتب، ومن في يده مال مضمون كالغصب، والمستام، وضمان عين المغصوب، والمستام ليりدها على

قوله: (ولا يشترط العلم بقدر المال، فإن الكفالة بالبدن لا به).

ولو قلنا بلزوم الغرم لوم بحضور المكفل به، فوجوبه بذلك لا بالكفالة.

قوله: (ولا تصح على حد الله تعالى).

لأنه مبني على التخفيف، وأنه لا تأخير في حد، ولقضاء أمير المؤمنين عليه السلام إذ لا كفالة في حد.

قوله: (والأقرب صحة كفالة المكاتب).

وجه القرب: أنه إما عبد أو مديون، وكلاهما موجب للاحضار، وأنه يصح ضمانه فكفالته أولى، ومنع الشيخ<sup>(١)</sup> وابن البراج بناء على أن له تعجيز نفسه، والأقرب أقرب.

قوله: (ومن في يده مال مضمون كالغصب والمستام).

إن قلنا بصحة ضمانه فلا بحث في صحة الكفالة، وإن قلنا: لا يصح الضمان فالأقرب صحة الكفالة؛ لأن عليه حقاً فيكون هذا في حيز الأقرب. ويحتمل ضعيفاً العدم؛ لأن ما عليه ليس هو الأعيان، لتوخذ منه عند عدم الاحضار لو قلنا: يغرن.

قوله: (وضمان عين المغصوب والمستام ليريدها على مالكها).

أي: الأقرب صحة ضمان عين المغصوب والمستام، وغيرهما من الأعيان المضمنة ليريدها على مالكها، ووجه القرب: أن ردها واجب، فيصح ضمانها لذلك<sup>(٢)</sup>.

(١) المبسوط ٣٤٠: ٢

(٢) في «ق»: كذلك.

مالكها، فإن رد بريء من الضمان، وإن تلفت في الزامه بالقيمة وجهاً، الأقرب العدم، كموت المكفول دون الوديعة والأمانة.

وتصح كفالة من ادعى عليه وإن لم تقم البينة عليه بالدين وإن جحد لاستحقاق الحضور عليه والكافلة ببدن الميت، إذ قد يستحق حضاره لأداء الشهادة على صورته، والاطلاق يقتضي التعجيل، فإن شرطاً أجلأً وجوب ضبطه، والتسليم الكامل في بلد العقد، ولو عين غيره لزم. وللمكفول له مطالبة الكفيل بالمكفول في الحال مع التعجيل والاطلاق، وعند الأجل في المؤجلة.

ويشكل بأنه إن كان ضماناً، فشرطه كون المضمون به حقاً ثابتاً في الذمة. وإن كان كفالة، فشرطها التعهد بنفسه، وكلاهما منتف.

قوله: (فإن رد بريء من الضمان، وإن تلفت في إلزامه بالقيمة وجهاً، الأقرب العدم كموت المكفول).

وجه الإلزام: أن معنى ضمانها ردها مع البقاء، والقيمة مع التلف. وجه العدم: أن الواجب الرد؛ لأن الضمان إنما كان له فإذا تعذر بالتلف لم يجب شيء آخر، كما لو مات المكفول. ولو قلنا بالصحة كفالة اتجه الثاني، لكن القول به بعيد.

قوله: (والكافلة ببدن الميت، إذ قد يستحق إحضاره لأداء الشهادة على صورته).

حيث يكون الشاهد قد تحمل الشهادة على الصورة، ولم يعرف النسب.

قوله: (والتسليم الكامل في بلد العقد...).

أي: والتسليم الكامل إنما يكون في بلد العقد، ويمكن أن يكون معطوفاً على الفاعل، أعني ضبطه، أي: وجوب التسليم الكامل في بلد العقد إلى آخره. وسيأتي ما يعلم منه التسليم الكامل إن شاء الله تعالى، فتطلق مكان التسليم

ويخرج الكفيل عن العهدة بتسلیمه تماماً في المكان الذي شرطه، أو في بلدة الكفالة لو أطلق، اراده المستحق أو كرهه، وبموت المكفول في غير الشهادة على عينه أو فيها بعد الدفن إن حرمـنا النبش لأخذ المال،

انصرف الى بلد العقد، ولو شرطه كان آكـد، ولو عين غيره لزم وفاء بالشرط.  
قوله: (ويخرج الكفيل عن العهدة بتسلیمه تماماً في المكان الذي شرطه، أو في بلد الكفالة لو أطلق، اراده المستحق أو كرهـه).

يخرج التسلیم عن كونه تماماً، بأن يكون في يد ظالم، أو دونه من يحميه، ويحول دونه، ونحو ذلك. فإذا سلمه كذلك فلم يتسلـمه، قال في التذكرة: الأقوى أنه يكفي الاشهاد على الامتناع وأنه سلمـه اليـه فلم يتسلـمه<sup>(١)</sup>. ولا يجب دفعـه الى الحاكم؛ لأن مع وجود صاحب الحق لا يلزمـه دفعـه الى من ينوب عنه من حـاكم أو غيرـه، وهو متوجهـ.

قوله: (وموت المكـفـول في غير الشهـادـة على عـيـنهـ، أوـ فيهاـ بعد الدـفنـ إنـ حـرمـناـ النـ بشـ لأـخذـ المـالـ).

أـيـ: ويخرجـ الكـفـيلـ عنـ العـهـدةـ بـذـلـكـ؛ لأنـهـ لمـ يـتعـهـدـ بـمالـ بلـ بالـنـفـسـ وقدـ فـاتـتـ بـالـمـوـتـ؛ ولـأـنـ المـتـبـادـرـ مـنـ الـكـفـالـةـ إـنـماـ هوـ الإـحـضـارـ فـيـ حـالـ الـحـيـاةـ، وـهـوـ الـمـعـارـفـ بـيـنـ النـاسـ. فـيـحـمـلـ الـاطـلاقـ عـلـيـهـ.

وهـذاـ فـيـ غـيرـ الشـهـادـةـ عـلـيـ عـيـنهـ وـصـورـتـهـ، لـدـلـالـةـ ذـلـكـ عـلـىـ عـدـمـ الـاـخـتـصـاصـ بـحـالـ الـحـيـاةـ. هـذـاـ إـذـاـ لـمـ يـدـفـنـ، فـانـ دـفـنـ وـحـرـمـناـ النـ بشـ لأـخذـ المـالـ لـمـ يـنـبـشـ هـنـاـ أـيـضاـ، فـيـخـرـجـ عـنـ الـعـهـدةـ بـدـفـنـهـ.

ويـشـكـلـ: بـأـنـ نـبـشـ الـمـيـتـ لـلـشـهـادـةـ عـلـيـ عـيـنهـ مـنـ الـأـمـورـ الـمـسـتـشـنـاءـ بالـاستـقـلـالـ، غـيرـ مـتـفـرـعـةـ عـلـىـ جـواـزـ النـ بشـ لأـخذـ المـالـ، فـلاـ يـلـزـمـ مـنـ تـحرـيمـ النـ بشـ، ثـمـ تـحرـيمـهـ هـنـاـ. وـقـدـ سـبـقـ فـيـ أـحـكـامـ الـجـنـائزـ جـواـزـ النـ بشـ لـكـلـ مـنـهـاـ، فـلاـ يـرـأـ بـدونـهـ. نـعـمـ: لـوـ عـلـمـ تـغـيـرـ صـورـةـ الـمـيـتـ بـجـيـثـ لـاـ يـعـرـفـ، بـرـئـ الـكـفـيلـ حـيـنـئـ.

وبتسليمها نفسه، وبإبراء المستحق لأحدهما. ولا يبرأ بالتسليم ودونه يد غالبة مانعة، ولا بتسليمها قبل الأجل، أو في غير المكان المشترط وإن انتفى فيها الضرر على رأي،

قوله: (وبتسليمها نفسه).

أي: ويبرأ بتسليم المكفول به نفسه تسلیمًا تامًا إلى المكفول له؛ لأن القصد رده إلى المكفول له، فلا فرق بين حصوله في يده بالكفيل وبنفسه نائباً عنه<sup>(١)</sup>. لكن لابد أن يسلم نفسه عن جهة الكفيل، فلا يبرأ بدونه، لأنه لم يسلمه إليه ولا إلى أحد من جهته.

ولو سلمه أجنبي برئ الكفيل أيضاً، إذا كان عن جهة الكفيل، ويجب على المكفول له التسلیم لو كان التسلیم باذن الكفيل، لأن وكيله حينئذ. وإلا لم يجب، لعدم وجوب قبض الحق من غير من عليه، لكن لو قبل برئ الكفيل، وهل يجب عليه القبول لو سلم المكفول<sup>(٢)</sup> نفسه، أو يكون كالأجنبي؟ ظاهر اطلاقهم نعم، ولعله لوجوب التسلیم على كل منها، فاشتركا في ذلك. فتى أداه أحدهما برئ الآخر، ولا يضركون الوجوب على المكفول في الكفالة تبعاً للوجوب على الكفيل.

قوله: (وبإبراء المستحق لأحدهما).

أما للكفيل ظاهر، وأما للمكفول فلسقوط الحق المقتضي لبطلان الكفالة.

قوله: (ولا بتسليمها قبل الأجل، أو في غير المكان المشترط وإن انتفى الضرر فيها على رأي).

لأنه غير التسلیم الواجب، إذ لم يجب بعد، فلا يعتد به ولا يجب قبوله.

(١) ما بين القوسين لم يرد في «م».

(٢) في النسخ الخطية والحجرية: الكفيل، والصحيح ما ثبتناه.

ولا بتسليمها في حبس الظالم بخلاف حبس الحاكم.  
ويلزم الكفيل اتباعه في غيبته إن عرف مكانه، وينظر في  
احضاره بمقدار ما يمكنه الذهاب اليه والعود به، ولو كانت مؤجلة أخر  
بعد الحلول بقدر ذلك.  
ولو امتنع الكفيل من احضاره حبس حتى يحضره، أو يؤدي ما  
عليه.

وقال الشيخ<sup>(١)</sup> وابن البراج: يرأ مع انتفاء الضرر فيها، والأصح الاول.  
قوله: (ولا بتسليمها في حبس الظالم، بخلاف حبس الحاكم).  
لأن ذلك الحبس يمنعه من استيفاء حقه، ولأن التسلیم لا يعد تاماً حينئذ  
فلا يجب قبوله. بخلاف حبس الحاكم، فإنه لما كان بحق لم يمنعه من استيفاء  
حقه، إذ يمكن احضاره ومطالبته بالحقين ثم حبسه بها.  
قوله: (لو كانت مؤجلة أخر بعد الحلول بقدر ذلك).  
لأن الوجوب إنما يتحقق بعد الحلول، فحينئذ يعتبر ما لا بد منه في التسلیم.  
قوله: (لو امتنع الكفيل من احضاره، حبس حتى يحضره، أو  
يؤدي ما عليه).

هذا اذا كان ما عليه يمكن أخذنه من الكفيل، ولو لم يكن - كالقصاص  
وكروبية المرأة والدعوى بعقوبة كتعزير. أمكن أن يقال بالحبس الى الإحضار  
فيما لا بدل له. أما ما له بدل - كالدية في القتل - فسيأتي أنها تؤخذ منها اذا خلي القاتل  
من يد غريميه.

ويكفي أن يقال: بعد ثبوت الزوجية يؤخذ منه مهر مثل الزوجة.  
واعلم أن ظاهر العبارة أنه اذا أدى ما عليه وجب على المكفول له القبول،  
ويتراً الكفيل بذلك. وفي التذكرة<sup>(٢)</sup> اسنده الى ظاهر كلام الشيخ<sup>(٣)</sup> ، واختار

(١) المبسوط: ٢: ٣٣٨

(٢) التذكرة: ٢: ١٠٢

(٣) النهاية: ٣١٥

ولو قال: إن لم احضره كان على كذا لزمه الاحضار خاصة.  
ولو قال: على كذا إلى كذا إن لم احضره وجب عليه ما شرط  
من المال.

هو ان طلب المكفول له الإحضار لغير الزمه به، نظراً إلى أن ذلك مقتضى الكفالة، وأنه قد يكون له غرض لا يتعلّق بالأداء، وقد يرغب المكفول له في القبض من عين الغريم، وما اختاره هو المعتمد.

قوله: (ولو قال: إن لم احضره كان على كذا لزمه الاحضار خاصة، ولو قال: على كذا إلى كذا إن لم احضره وجب عليه ما شرط من المال).

هذا مروي من طرق الأصحاب<sup>(١)</sup>، وقد اطبقوا على العمل به، ولا يكاد يظهر الفرق بين الصيغتين باعتبار اللفظ. ومثل هذا مما يصار اليه من غير نظر الى حال اللفظ مصيراً الى النص والاجماع.

والمصنف في المختلف قال: عندي في هذه المسألة نظر، ثم حكى عن ابن الجنيد فيما اذا بدأ بالضمان للمال، ثم عقبه الكفالة أنه يصح ضماناً وكفالة، وإذا بدأ بالكفالة ثم علق الضمان ان الكفالة تصح ويبطل الضمان، وقال: ان كلامه انساب<sup>(٢)</sup>.

ويرد على الأول أنه اذا صح الضمان برئ المضمون عنه، فأي معنى للكفالة حينئذ؟

وي يكن أن يقال: إن السر في لزوم المال اذا قدمه براءة ذمة المضمون عنه فتمنع الكفالة، اذا قدم الكفالة كان الضمان المتعقب لها - لكونه معلقاً على شرط - باطلأ، ولمنافاة الضمان صحة الكفالة، وكيف كان فالذهب ما عليه الأصحاب.

(١) الكافي ٥:١٠٤، حديث ٣، الفقيه ٣:٥٤، حديث ١٨٧، التهذيب ٦:٢٠٩، ٢١٠، حديث ٤٨٨،

ولومات المكفول له فالأقرب انتقال الحق الى ورثته.  
ولو أطلق غريماً من يد صاحب الحق قهراً ضمن احضاره، أو  
أداء ما عليه.

ولو كان قاتلاً لزمه احضاره أو الديمة، فإن دفعها ثم حضر الغريم  
تسلط الوارث على قتله، فيدفع ما أخذه وجوباً وإن لم يقتل، ولا يتسلط  
الكافيل لورضي هو والوارث بالمدفوع على المكفول بديمة ولا قصاص.

---

قوله: (ولومات المكفول له فالأقرب انتقال الحق الى ورثته).  
أي: حق الكفالة، ووجه القرب أنها حق للميت فيورث؛ لعموم آية  
الإرث، ولأنه في معنى الحق المالي. ويحتمل العدم؛ لضعفها، ولاقتضائها  
الحضار اليه وتغدره. وليس بشيء إذ لا يسقط الحق بتغدر إياصاله الى مستحقه  
الأول.

قوله: (ولو أطلق غريماً من يد صاحب الحق قهراً ضمن  
احضاره، أو اداء ما عليه).

لأنه غصب اليد المستولية المستحقة من صاحبها فكان عليه اعادتها، أو  
أداء الحق الذي بسببه تثبت اليد عليه.

قوله: (ولو كان قاتلاً لزمه احضاره أو الديمة).  
وإن كان القتل عمداً، ولا يوجب عليه غير القصاص إذ لا يجب إلا على  
المباشر، فلما تغدر استيفاؤه وجبت الديمة كما لو هرب القاتل عمداً أو مات.

قوله: (فإن دفعها ثم حضر الغريم تسلط الوارث على قتله فيدفع ما  
أخذه وجوباً وإن لم يقتله).

لأن الديمة إنما أخذها لمكان الحيلولة وقد زالت، وعدم القتل الآن مستند  
إلى اختياره.

قوله: (ولا يتسلط الكافيل لورضي هو والوارث بالمدفوع على  
المكفول بديمة ولا قصاص).

## فروع :

أ: لو قال الكفيل: لاحق لك على المكفول قدم قول المكفول له؛ لاستدعاء الكفالة ثبوت حق، فإن أخذ منه المال لتعذر المكفول لم يكن له الرجوع لاعترافه بالظلم.

أي: لورضي الكفيل وولي الدم بالمدفوع للحيلولة، وترك القصاص لم يتسلط الكفيل على المكفول - وهو المطلق قهراً، سماه مكتفلاً مجازاً - بدية ولا قصاص؛ وذلك لأنه لم يكفله بقوله، ولم يدفع برضاه، ولم يكن المدفوع واجباً بالأصلية، وإنما وجوب بعارض وهو الحيلولة وقد زالت.

قال في التذكرة: ولو تعذر عليه استيفاء الحق من قصاص أو مال، وأخذنا المال أو الدية من الكفيل، كان للكفيل الرجوع على الغريم الذي خلصه قصاصاً<sup>(١)</sup>.

قوله: (لو قال الكفيل: لاحق لك على المكفول قدم قول المكفول له؛ لاستدعاء الكفالة ثبوت حق، فإن أخذ منه المال لتعذر المكفول لم يكن له الرجوع؛ لاعترافه بالظلم).

أي: لو تنازع الكفيل والمكفول له بعد صدور الكفالة، فقال الكفيل للمكفول له: لاحق لك على المكفول فالكفالة فاسدة، وادعى المكفول له الحق المصحح للكفالة قدم قول المكفول له بييمنه، لأن الكفالة لا تصح إلا مع ثبوت حق، والأصل في العقد الصحة.

فإن تعذر احضار المكفول، فهل يجب عليه أداء المال من غير بينة؟ ذكر في التذكرة إشكالاً أقربه عدم الوجوب<sup>(٢)</sup>، وذلك صحيح؛ لأن الكفالة

(١) التذكرة ٢: ١٠٣.

(٢) المصدر السابق.

ب: لو تكفل اثنان ب الرجل فسلمه أحدهما فالأقرب براءة الآخر، ولو تكفل لا ثنين فسلمه إلى أحدهما لم ييراً من الآخر.

ج: لو ادعى إبراء المكفول فرد المكفول له اليدين حلف وبرئ من الكفالة دون المكفول من المال.

---

لا تستدعي ثبوت المال، إنما تستدعي ثبوت حق في الجملة. فإن اوجبناه على الاحتمال المرجوح، أو قامت بينة به فدفعه لم يرجع به على المكفول؛ لاعترافه ببراءة ذمته وأنه مظلوم.

**قوله:** (لو تكفل اثنان ب الرجل فسلمه أحدهما فالأقرب براءة الآخر).

وجه القرب أنه تسلیم من عليه الحق في زمانه ومکانه فيجب قبوله، فإذا قصد أحد الكفiliين بالتسليم مع نفسه الكفيل الآخر برئ أيضاً؛ للاتيان بالواجب على وجهه، ولأن المكفول لو سلم نفسه عن الكفيل برئ فهنا أولى، لأن وجوب التسلیم عليه باعتبار الكفالة إنما هو باعتبار التبعية، وفي الكفiliين الوجوب على كل منها بالأصلية.

وقال الشيخ<sup>(١)</sup> وجماعة<sup>(٢)</sup>: لا ييراً؛ لأنه لا دليل عليه، وهو ضعيف، والمعتمد الأول.

**قوله:** (لو ادعى إبراء المكفول، فرد المكفول له اليدين حلف وبرئ من الكفالة، دون المكفول من المال).

أي: لو ادعى الكفيل أن المكفول له أبراً المكفول، وأنكر المكفول له ذلك فالقول قوله اذا لم يكن للكفيل بينة، فإذا حلف برئ من دعوى الكفيل، فإن جاء المكفول وادعى الإبراء لم يكتف باليدين التي حلفها المكفول له للكفيل، بل لابد من بين أخرى؛ لأن هذه دعوى أخرى مستقلة إذ دعوى الكفيل إنما

---

(١) المبوسط ٣٣٩: ٢.

(٢) منهم: ابن حزة في الوسيلة: ٣٢٩، وابن البراج في جواهر الفقه (ضمن الجوامع الفقهية): ٤٢٤.

د: لو ترامت الكفالات صحيحة، فإن أبْرئ الأصيل بِرئواً أجمع.  
 هـ: لو قال: أنا كفيل بفلان، أو بنفسه، أو ببدنه، أو بوجهه، أو  
 برأسه صحيحة، إذ قد يعبر به عن الجملة.  
 أما لو قال: كفلت كبده، أو غيره مما لا يمكن الحياة بدونه، أو

كانت لبراءة نفسه.

ولو ورد المكفول له اليدين على الكفيل فحلف بِرئ من الكفالة، ولا يبرأ  
 المكفول من المال بهذه اليدين، إذ لا يجوز أن يبرأ بيمين غيره، بخلاف ما لو حلف  
 المردودة المكفول فانها يبرآن.

ولونكل المكفول له عن يمين المكفول حلف المكفول، وبِرئ هو والكفيل  
 وإن كان قد حلف على عدم الإبراء له، كذا ذكره في التذكرة<sup>(١)</sup>.

قوله: (لو ترامت الكفالات صحيحة، فإن أبْرئ الأصيل بِرئواً أجمع).

أي: لو كفل الكفيل كفيل، ثم كفل هذا الكفيل كفيل، وهكذا صحيحة  
 لأن صحة الكفالة بثبوت حق وهو ثابت بالكفالة، فان أبْرئ المكفول له الأصيل  
 بِرئواً أجمع؛ لامتناعبقاء الكفالة مع سقوط الحق.

فإذا أحضر الكفيل الأول من عليه الحق بِرئ، وبِرئ<sup>(٢)</sup> الآخرين. وإن  
 أحضر الثاني الكفيل الأول بِرئ، وبِرئ الثالث دون الأول، دون من عليه  
 الحق.

ومتي مات واحد بِرئ من كان فرعاً له، فبموجب من عليه الحق يبرؤون  
 جميعاً، وكذا القول في البراءة.

قوله: (لو قال: أنا كفيل بفلان، أو بنفسه، أو ببدنه، أو بوجهه، أو  
 برأسه صحيحة، إذ قد يعبر به عن الجملة. أما لو قال: كفلت كبده، أو  
 غيره مما لا يمكن الحياة بدونه، أو ثلثه وما شابهه من المشاعة في الصحة

(١) التذكرة ١٠٣:٢.

(٢) في «م»: ويبرأ.

ثلثه وما شابهه من المشاعة في الصحة نظر، ينشأ: من عدم السريان كالبيع، ومن عدم إمكان احضار الجزء إلا بالجملة فيسري،

نظر، ينشأ: من عدم السريان كالبيع، ومن عدم إمكان احضار الجزء إلا بالجملة فيسري).

في التحرير جعل الرأس من القسم الثاني<sup>(١)</sup>، وهنا وفي الارشاد والتذكرة<sup>(٢)</sup> جعله مما يعبر به عن الجملة، وليس بعيد، فان التعبير بالوجه عن الجملة معروف والرأس ليس أبعد منه.

أما ما لا يعبر به عن الجملة، ولا يمكن الحياة بدونه كالكبد، والثلث، والربع ونحوهما في صحة الكفالة بكفالته نظر، ينشأ: من أن العقد الجاري على أحد هذه لا يسري الى المجموع، كما في البيع فانه اذا وقع على جزء معلوم بالإشاعة صح فيه، وعلى جزء معين يكون باطلًا ولا يسري.

ومن أن كفالة الجزء الذي لا يمكن الحياة بدونه يفضي الى كفالة المجموع؛ لأن احضاره لا يمكن إلا باحضار المجموع، واستقرب في التحرير الصحة<sup>(٣)</sup>.

ولقائل أن يقول: إن احضاره، وإن كان غير ممكن بدون احضار المجموع، لا يقتضي الصحة؛ لأن الاحضار فرع الكفالة، والمطلوب إنما هو صحة الكفالة، (واحضار ذلك العضو)<sup>(٤)</sup> وحيث أن صحتها إنما تكون بكفالة المجموع لم تصح هاهنا، إذ المتکفل به ليس هو المجموع ولا ما يستلزمها، وإن كان حكم الكفالة - وهو احضار ذلك العضو- غير ممكن إلا باحضار المجموع، والعقود أسباب متلقاة من الشرع، فلا بد في صحتها من النص.

(١) تحرير الأحكام ٢٢٤:١.

(٢) التذكرة ١٠٠:٢.

(٣) تحرير الأحكام ٢٢٤:١.

(٤) مابين القوسين لم يرد في «ق».

وكذا لو كان جزءاً يمكن الحياة مع انفصاله كيده ورجله.  
و: لو هرب المكفول، أو غاب غيبة منقطعة فالأقرب الزام  
الكافيل بالمال، أو احضاره مع احتمال براءته، ويتحمل الصبر.

---

فان قيل : يجوز التعبير بالجزء من الجملة مجازاً .  
قلنا : ما كان التعبير به عنها متعارفاً لا بحث فيه ، وإنما البحث فيما ليس  
بمعارف .

قوله : (وكذا لو كان جزءاً يمكن الحياة مع انفصاله كيده  
ورجله) .

أي : هذا كال الأول فيه وجهان ناشئان : من عدم السريان وإمكان  
الانفصال مع بقاء الحياة ، ومن أن احضار ذلك على صفتة لا يكون إلا باحضار  
البدن ، ولا شبهة في أن الصحة هنا أبعد ، والذي يتقتضيه النظر المنع .

قوله : (لو هرب المكفول ، أو غاب غيبة منقطعة فالأقرب الزام  
الكافيل بالمال ، أو احضاره مع احتمال براءته ، ويتحمل الصبر) .

وجه القرب : أن ذلك متضمن الكفالة ، فأنها تقتضي احضار الغريم ، أو  
أداء ما عليه من المال ، والأصل بقاء ذلك إلى أن يحصل المبرئ وهو المسقط  
للحق ، أو موت المكفول وهو الأصح . ويتحمل البراءة لأن الاحضار واجب مع  
الإمكان .

وإذا غاب غيبة انقطع بها خبره ، كان احضاره ممتنعاً ، فكان منزلة ما لو  
مات . ولأن وجوب الإحضار إذا سقط لم يجب المال ؛ لأنه لم يتعهد به ، ووجوبه  
مع وجوب الإحضار إذا لم يأت به لا يتقتضي وجوبه بدونه .  
ويضعف بمنع كون احضاره مع الغيبة المنقطعة ممتنعاً ، بل هو أمر ممكن ،  
فيجب على الكفيل تتبعه في البلاد ، أو أداء ما عليه .

ويتحمل وجوب الصبر توقعاً للمكنته ؛ لأن الإحضار في هذا الحال لما امتنع  
وجب الصبر إلى أن يعلم مكانه ، ولا تسقط الكفالة لعدم المسقط ، وضعفه يظهر مما

ز: يجب على المكفول الحضور مع الكفيل إن طلبه المكفول له منه، وإلا فلا إن كان متبرعاً، وإلا فكالأول.

---

سبق، ولو وقع في بلاد الكفر بحيث لا يقدر عليه، أو في حبس ظالم بحيث لا يمكن تخلصه وجب الصبر إلى زمان إمكان احضاره، ولو رجى تخلصه بوجه وجب عليه السعي فيه، ولو احتاج إلى بذل مال فاشكال، وغيبته حال الكفالة كغيبته بعدها.

ولو ماطل في احضاره حتى هرب، أو غاب غيبة منقطعة، أو هرّبه فان أوجبنا المال فلا بحث، وإن في الوجوب وعدمه هنا اشكال، ونحوه قال في التذكرة<sup>(١)</sup>.

واعلم أن جمع المصنف بين هرب وغاب غيبة منقطعة، يشعر بأن الهرب كالغيبة المنقطعة في احتمال البراءة، وإن علم موضعه وهو ممكّن إذا قطع بأنه متى توجه إليه الكفيل هرب عنه إلى موضع آخر، وهكذا.

قوله: (يجب على المكفول الحضور مع الكفيل إن طلبه المكفول له منه، وإن فلا إن كان متبرعاً، وإن فكالأول).

حيث أنه لا يشترط رضى المكفول في صحة الكفالة اذا وقعت بدون الاذن، فلا يخلو: إما أن يطلب المكفول (له من الكفيل احضار المكفول، أو لا، فإن طلبه وجب على المكفول)<sup>(٢)</sup> متابعة الكفيل اذا طلب حضوره؛ لأن طلب المكفول له المكفول منه توكيلاً له في احضاره، فلا يجوز له الامتناع.

وإن لم يطلب احضاره، فان قال : اخرج من حق في وجوب المتابعة وجهان: من أن ذلك ليس توكيلاً في الاحضار، إذ هو طلب الحق فلا تجب المتابعة، ومن أن المطالبة بمقتضى الكفالة وهو الاحضار، أو دفع من (اصل)<sup>(٣)</sup>

---

(١) التذكرة ٢: ١٠٢.

(٢) مابين القوسين ساقط من نسخة «م».

(٣) لم ترد في «م».

ح: لو أسلم الكفيل على الخمر بريء من الكفالة، ولو أسلم أحد الغرينين بريء الكفيل والمكفول على اشكال فيهما.

---

المال، وهذا الوجه ليس بذلك بعيد، وعبارة المصنف تقتضي الأول لقوله: (وإلا فلا...).

وإن لم يطلب منه الإحضار، ولا قال: له أخرج من حق، ولكن أراد هو احضاره فلا يجب عليه المتابعة؛ لأنه متبرع بالكفالة فلا حق له على المكفول، ولو كفل بالإذن وجب عليه المتابعة قطعاً.

وقول المصنف: (وإلا فكالأول) معناه وإن لم يكن متبرعاً، بل كانت الكفالة بالاذن فكالأول، اعني ما اذا طلب المكفول له من الكفيل احضار المكفول، إذ تجب عليه المتابعة حينئذ كما ذكرنا.

اذا تقرر هذا، فلو أدى المال عنه في شيء من هذه الموضع، فان كان متبرعاً بأدائه لم يرجع قطعاً، وإن كان قد كفل بالإذن سواء شرط الرجوع بما يؤديه أو مطلقاً على اظهر الوجهين، اذا ادى مع تعذر احضار المكفول، ومطالبة المكفول له وتضيقه فله الرجوع عليه؛ لأن الاذن في الكفالة اذن في لوازمهما، ومن جملة لوازمهما الأداء مع عدم الاحضار.

اما اذا تمكنت من الاحضار، وادى المال فقد قال في التذكرة: إن الأقرب أنه لا يرجع وإن كانت الكفالة باذنه؛ لأن الواجب في الكفالة الاحضار مع المكنة، وقد امكن فيكون في أداء المال متبرعاً، سواء حبس مع ذلك أم لا<sup>(١)</sup>، وما قربه قريب.

قوله: (لو أسلم الكفيل على الخمر بريء من الكفالة، ولو اسلم أحد الغرينين بريء الكفيل والمكفول على اشكال فيهما).

هنا مسألتان والاشكال فيها معاً، فهما مرجع الضمير في قوله: (على اشكال فيهما).

---

أ: اذا كانت الكفالة بين ذميين لمديون بخمر، واسلم الكفيل برئ من الكفالة على اشكال، ينشأ: من امتناع كون المسلم كفيلاً بالخمر، فتبطل ويبيق الحق بين ذميين كما كان. ومن أن الكفالة ليست بالخمر، بل من عليه الخمر. وهو حق بالنسبة الى الذميين يثبت في الذمة مع عدم التظاهر، وشرط صحة الكفالة ثبوت حق في الجملة فيتناول ذلك.

والحق أن الوجه الأول ضعيف جداً، لأن الاسلام لا يسقط حق الذمي وإن كان خمراً، فتجب قيمته عند مستحليه، فإنه محترم بالنسبة إليه.

وهذا يعني المسلم من التعرض اليه، ويضمن قيمته لو اتلفه مع عدم التظاهر، بل قد بالغ السيد الفاضل عميد الدين فجوز كفالة المسلم للذمي اذا كان في ذمته خمر أو خزير لذمي آخر، محتاجاً بأن الكفالة ليست بمال، بل بالنفس مع ثبوت الحق للمكفول له في ذمة المكفول، وهو هنا كذلك.

ولا شبهة في وجوب الحضور على المديون هنا الى مجلس الحكم لو طلبه المستحق، فلا مانع من صحة الكفالة أصلاً، وما ذكره حسن.

ب: الصورة بحالها واسلم أحد الغرين فقط، وفي الحكم اشكال ينشأ: من عدم وجوب الخمر على المسلم، وامتناع استحقاقه ايها فيبرؤون جميعاً. ومن أن الواجب بالنسبة الى المسلم هو القيمة عند مستحليه، والأصلبقاء الكفالة.

والتحقيق أن يقال: إن كان المسلم هو مستحق الخمر سقط، اذ الواجب قبل الاسلام إنما هو الخمر، وقد امتنع استحقاقه بالاسلام، لامتناع ملك المسلم إياه، والأصل براءة الذمة من وجوب القيمة على الذمي، وحيث كان المانع من جهة المسلم انتفى استحقاق القيمة.

وإن كان المسلم هو من عليه الخمر كان عليه القيمة عند مستحليه؛ لأنه باسلامه منع الخمر المستحق في ذمته لذمي مستتر، فيجب الانتقال الى القيمة، فتنتهي الكفالة هنا، وتزول في الفرض الأول ويبرؤون جميعاً.

أما لو كان ضامناً فإنه لا يسقط بإسلام المضمون عنه، وفي رجوع الضامن المأذون عليه بالقيمة نظر.

ط: لو خيف على السفينة الغرق فألقى بعض الركبان متاعه لتخف لم يرجع به الى أحد وإن قصد الرجوع به أو قال له بعضهم: ألقه فالقاها.

قوله: (أما لو كان ضامناً فإنه لا يسقط بإسلام المضمون عنه، وفي رجوع الضامن المأذون عليه بالقيمة نظر).

لما كان الضمان ناقلاً، لم يسقط حق المضمون له عن الضامن بإسلام المضمون عنه لو كان الدين خمراً؛ لأن انتقاله الى ذمة الضامن، وبراءته من حق المضمون له، لكن لو كان الضمان بالإذن وأدى الضامن الى المضمون له ما ضممه، فهل للضامن الرجوع عليه بالقيمة؟ نظرينشأ: من أنه أدى دينه باذنه فيستحق الرجوع، ولما تعذر الرجوع بالمثل لاسلامه استحق الرجوع بالقيمة، ولأنه باسلامه متلف لخمر محترمة على ذمي ف تكون مضمونة. ومن أن الرجوع إنما هو بما أدى، ولم يؤد إلا الخمر، ويتعذر الرجوع بها على المسلم بها، والقيمة لم يضمها ولم يؤدها.

ويضيق بأن الواجب هو الخمر، ولما تعذر على المسلم أداؤها تعذر المثل، فوجب الانتقال الى القيمة، فوجوب القيمة ليس بالأداء بل بأمر آخر، خصوصاً والمائع من حق الغير إنما هو اسلام المستحق عليه، فكيف يسقط لا إلى بدل، فوجوب القيمة أقوى.

قوله: (وإن قصد الرجوع به، أو قال له بعضهم: ألقه فالقاها).  
هذا وصلني لما قبله، ووجه عدم الرجوع في الأول أنه أتلف متاعه باختياره، من غير أن يتلزم له أحد بالرجوع به فلا يرجع، وليس هذا كايتجار المضرر الطعام؛ للاذن من الشارع حيث أوجبه وهو مقتضى<sup>(١)</sup> للرجوع، وفي

(١) في «ق»: متضمن.

أما لو قال له: ألقه وعلى ضمانه فألقاه فعلى القائل الضمان للحاجة.

ولو قال: على وعلى ركبان السفينة ضمانه فامتنعوا، فإن قال: أردت التساوي لزمه قدر نصيبه.

الثاني أن الأمر بالإلقاء باختياره لا يستلزم التزام الرجوع.

قوله: (أما لو قال: ألقه وعلى ضمانه فالقاه فعلى القائل الضمان للحاجة).

لا ريب أنه اذا قال: ألقه وعلى ضمانه يضمن ما القاه بالتزامه الضمان للحاجة<sup>(١)</sup>، وهذا وإن كان ضماناً لما لم يجب، لكنه حكم بصحته للحاجة الداعية اليه، فان فيه استنقاذآ للنفوس، وربما ضاق الوقت عن اجراء المعاملة فيه، وربما اقتضت تجاذباً فيفوت الغرض. هذا إن جعلناه ضماناً، وإن جعلناه جعلة لكون المجعل في مقابلة عملاً مقصوداً محلاً خلصنا من الإلزام، ونحوه قال في التذكرة<sup>(٢)</sup>.

فرع: لو قطع بغرق السفينة وهلاك بعض أهلها، وبسلامتها لوالق المال في البحر، في وجوب الإلقاء لإنقاذ الغير من الهلاك اشكال.

قوله: (ولو قال: على وعلى ركبان السفينة ضمانه فامتنعوا، فإن قال: أردت التساوي لزمه قدر نصيبه).

المراد بالتساوي: أن يكون هو كأحدهم فيما يصيبه من المال بعد التوزيع، فحينئذ يوزع ويلزم بقدر نصيبيه؛ لأن الاشتراك يقتضي ذلك.

وإن قال: أردت به ضمان اشتراك وانفراد، على معنى أن كل واحد ضامن للمجموع لزم القائل ضمان الجميع؛ ولا شيء على الباقي في الصورتين، سواء سمعوا وسكتوا أو قالوا: لأن ضمناً أعلم يسمعوا؛ لأن السكوت أعم من

(١) لم ترد في «م».

(٢) التذكرة ٢:١٠٣.

ولو قال: وعلى ضمانه وعلى الركبان فقد أذنوا لي فأنكرروا بعد الإلقاء ضمن الجميع بعد اليمين على اشكال، ينشأ: من استناد التفريط الى المالك. ولو لم يكن خوف فالأقرب بطلان الضمان.

الرضى.

وقول المصنف: (فامتنعوا) يحتمل أن يكون بعد الإلقاء فيشمل الصور الثلاث، أو قبله فيكون صورة واحدة وهي الرد، ولا يتحقق أنه لوادعى الأمر الأول ولم يصدقه صاحب المال كان له تحليفه.

قوله: (ولو قال: على ضمانه، وعلى ركبان السفينة فقد أذنوا لي فانكروا بعد الإلقاء ضمن الجميع بعد اليمين على اشكال...).

لا يتحقق أن الظرف الأول يتعلق بـ (أنكر)، واحتذر<sup>(١)</sup> به عما لو كان الإنكار قبل الإلقاء، فإنه لا يضمن حينئذ سوى حصته؛ لأن التفريط أو التضييع حينئذ من المالك، والظرف الثاني يتعلق بـ (ضمن)، والمراد أن ضمانه للجميع إنما يكون بعد يمينهم على عدم الإذن له في الضمان عنهم.

ومنشأ الاشكال مما ذكره المصنف، أعني استناد التفريط الى المالك حيث ألقى متعاه قبل الاستيقاظ، ومن أن المغرور يرجع على من غره. ويضعف بمنع الغرور هنا، فإنه قد يكون صادقاً فيما أخبر عنهم، والخيانة من قبلهم في الإنكار وترك الشهاد، والسؤال منهم مستند الى تقدير المالك فالأصح أنه لا يضمن إلا حصته.

بقي شيء، وهو أنه لو ثبت أنهم لم يأذنوا له بالبينة وإن عسر؛ لأنه شهادة على النفي أو باقراره، فهل يضمن لكونه قد غير المالك حينئذ؟ لا استبعد الضمان هنا.

قوله: (ولو لم يكن خوف فالأقرب بطلان الضمان).

وجه القرب أنه ضمان مالم يجب، ولم تمس الحاجة اليه إن جعلناه

(١) في «ق»: يحتذر.

وكذا مزق ثوبك وعلى الضمان، أو اجرح نفسك وعلى ضمانه، بخلاف طلاق زوجتك وعلى كذا.

ي: الأقرب انتقال حق الكفالة الى الوارث، ولو انتقل الحق عن المستحق ببيع أو إحالة وغيرها برئ الكفيل، وكذا لو أحال المكفول المستحق؛ لأنه كالقضاء.

ضماناً، وإن جعلناه جعالة فليست على عمل مقصود بخلاف محل الحاجة، ويحمل ضعيفاً الصحة للانتفاع بالالقاء<sup>(١)</sup> لففة السفينية، وليس بشيء.

قوله: (وكذا مزق ثوبك وعلى ضمانه، أو اجرح نفسك وعلى ضمانه).

أي: ضمان الثوب والجرح؛ لأنه مع كونه ضمان ما لم يجب يعد سفهاً.

قوله: (بخلاف طلاق زوجتك وعلى كذا).

وكذا اعتق عبدك وعلى كذا، فإنه يصح ذلك جعالة، فيلزم الجعل اذا أتى بالمحمول عليه، ودليل الصحة أنه عمل مقصود محلل، وربما كان عالماً بالتحرير بينهما فطلب التفرقة بالعوض، أو علم كون العبد حرّاً في الواقع، أو طلب ثواب العق، أو نحو ذلك من المقاصد الصحيحة للعقلاء.

قوله: (الأقرب انتقال حق الكفالة الى الوارث، ولو انتقل الحق عن المستحق ببيع أو إحالة وغيرها برئ الكفيل، وكذا لو أحال المكفول المستحق لأنه كالقضاء).

قد سبق ثبوت انتقال حق الكفالة بالإرث كسائر الحقوق، وذكرها هنا للفرق بين انتقال الحق عن المورث الى الوارث، وبين انتقال الحق من المستحق الى غيره ببيع ونحوه، فان الكفالة لا تنتقل حينئذ، كما لوباع الدين أو أحال به غيره، ونحو ذلك، فان الكفالة لا تنتقل الى من انتقل اليه الدين؛ لأنه لم ينتقل اليه

(١) في «م»: بالبقاء.

يب: لو أدى الكفيل لتعذر احضار المكفول كان له مطالبة المكفول بما أداه عنه، سواء كفل بإذنه أولاً.  
ولو ظهر بعد الأداء سبق موت المكفول رجع الكفيل على المكفول له.

**المقصد الخامس:** في الصلح : وفصوله ثلاثة:  
**الأول:** الصلح: عقد ساعي شرع لقطع التجاذب، إلا ما أحل

---

سواء، لاسائر الحقوق المتعلقة به، على أن الكفالة ليست حقاً قابلاً للنقل بالاختيار، بخلاف الإرث فإنه يتضمن نقل كل حق للورث، فينتقل الدين وما يتعلق به. ومثله ما لو أحال المكفول المستحق بالدين؛ لأن ذلك كالقضاء.

قوله: (لو أدى الكفيل لتعذر احضار المكفول كان له مطالبة المكفول بما أداه عنه، سواء كفل بإذنه أولاً).

لأنه أدى دينه باذن شرعي فيستحق الرجوع، فعلى هذا لا بد من تقييده بمطالبة المكفول له بحيث يكون واجباً عليه.

قوله: (الصلح عقد ساعي شرع لقطع التجاذب...).

ربما يقال عليه: إن هذا يتضمن اشتراطه بسبق الخصومة كما يراه بعض العامة<sup>(١)</sup>؛ لأن القاطع للتجاذب مسبوق بالتجاذب، فيحاب. بأن أصل شرعيته لذلك، ولا يلزم ثبوت التجاذب في كل فرد من أفراد الصلح، كما في القصر للمشقة في السفر.

فإن قيل: السفر المخصوص مظنة المشقة والقصر تابع له، بخلاف الصلح

---

(١) ذهب إليه الشافعي كما في الوجيز ١: ١٧٧.

حراماً أو حرم حلالاً، كالصلح على استرقاء حر، أو استباحة بضم، أو صالحه بخمر أو خنزير، أو صالحه - مع انكاره ظاهراً - على بعض ما عليه، سواء عرف المالك قدر حقه أولاً، فإن الصلح في مثل ذلك لا يشمر ملكاً ولا إبراء، إلا أن يعرف المالك ما عليه ويرضى باطنًا.

فإن الحكم لا يتعلق بما هو مظنة التجاذب كما هو ظاهر

قلنا: حيث ثبتت شرعية نقل الملك مع الخصومة ثبتت شرعية،  
والأصل عدم كون الخصومة شرطاً له.

قوله: (كالصلح على استرقاء حر، أو استباحة بضم).  
هذا صلح يحل الحرام.

قوله: (أو صالحه بخمر أو خنزير).

هذا يمكن جعله من قبيل ما يحرم الحلال، ويمكن أن يجعل كل من  
الأقسام محلاً للحرام ومحرماً للحلال باعتبار العوضين.

قوله: (أو صالحه - مع انكاره ظاهراً - على بعض ما عليه، سواء  
عرف المالك قدر حقه أولاً، فإن الصلح في مثل ذلك لا يشمر ملكاً  
ولا إبراء، إلا أن يعلم المالك ما عليه ويرضى باطنًا).

لا بحث في صحة الصلح مع الاقرار، أما مع الانكار فاذا انكر المدعى عليه  
المدعى به ظاهراً وصولح على بعض ما عليه - أي على قدر بعض ما عليه في الواقع،  
سواء كان من جنسه أم لا ، ومنه ما لا صالحه ببعض ما ادعى به - فان هذا  
الصلح باطل بحسب الواقع، ولا يشمر ملكاً إن كان المدعى به عيناً، ولا إبراء إن  
كان ديناً، سواء عرف المالك قدر حقه أم لا ، وسواء ابتدأ هو بطلب الصلح عن  
حقه أم لا؛ لأن صلحه ربما كان توصلاً إلىأخذ بعض حقه ، إلا أن يعلم أن  
المالك قد رضي باطنًا مع علمه بقدر الحق.

فلو كان له عليه دين لا يعلمه، فصالحه عليه بأقل منه من غير أن يعلمه

وكذا لو كان المدعى كاذباً فصالحه المنكر فإنه غير مباح، إلا مع الرضى الباطن، وهو أصل في نفسه ليس فرعاً على غيره وإن أفاد فائده.

بقدره لم يبرأ بذلك؛ لرواية علي بن أبي حزنة، عن أبي الحسن عليه السلام في يهودي أو نصراوي كان له عند السائل أربعة آلاف درهم ومات، اصلاح ورثته ولا اعلمهم كم كان؟ قال: «لا يجوز حتى تخبرهم»<sup>(١)</sup>، هذا حال الصلح في نفس الأمر، وأما ظاهراً فانه صحيح يحكم على كل منها به.

نعم لو اقر المدعى عليه بعد الصلح بصحة الدعوى وجب تسليم المدعى به ظاهراً أيضاً، ثم المدعى إن كان قد رضي بالصلح باطنًا لا يجوز له أخذه، وإلا أخذه.

**قوله:** (وكذا لو كان المدعى كاذباً فصالحه المنكر فانه غير مباح، إلا مع الرضى الباطن).

لأن الظاهر أنه يريد التخلص من عهدة دعوه الكاذبة، ولأنه مع عدم التراضي اكل مال بالباطل، هذا بحسب نفس الأمر، أما بحسب الظاهر فانه صلح صحيح. ولو ادعى مثلاً بحظ مرثه أو وكيله ونحوه، فاتجه على المنكر اليدين فأراد الصلح لقطع هذه الخصومة واسقاط اليدين، فليس بعيداً من الصواب صحته ظاهراً. وما في نفس الأمر تابع لصحة الدعوى وعدمها، ويحتمل الصحة مطلقاً؛ لأن اليدين حق فيصبح الصلح لا سقطتها.

**قوله:** (وهو أصل في نفسه ليس فرعاً على غيره، وإن أفاد فائده).

هذا هو المشهور والأصح، وللسفيه قول بأنه فرع على غيره<sup>(٢)</sup>، وهو مذهب الشافعي<sup>(٣)</sup>، فجعله فرع البيع اذا افاد نقل الملك، وفرع الاجارة اذا وقع على

(١) الكافي ٥:٢٥٩، حديث ٦، الفقيه ٣:٢١، حدیث ٥٤، التهذیب ٦:٢٠٦، حدیث ٤٧٢.

(٢) المبسوط ٢:٢٨٨.

(٣) الجموع ١٣: ٣٨٥-٣٨٧.

ويصح على الاقرار والانكار من غير سبق خصومة، ومع سبقها سواء علما بقدر ما تنازعا عليه أو جهلاه، ديناً كان أو عيناً، وهو لازم من الطرفين لا يبطل إلا باتفاقهما على فسخه.  
ولابد من متعاقدين كاملين، وما يتصالحان به، وعليه.

المنفعة، وفرع الإبراء اذا اقتضى اسقاط بعض الدين، وفرع المبة اذا تضمن هبة بعض العين، بان يصالح من العين على بعضها، وفرع العارية فيها اذا أقر له بدار في يده، وصالحه على سكناها سنة، وهو مردود، فان افاده عقد فائدة اخر لا يقتضي كونه من افراده.

**قوله:** (ويصح على الاقرار والانكار من غير سبق خصومة، ومع سبقها سواء علما بقدر ما تصالحا عليه أو جهلاه، ديناً كان أو عيناً).

خالف الشافعي في الصلح على الانكار فنفع منه، وكذا منع من الصلح من غير سبق خصومة<sup>(١)</sup>، وعندنا يصح الصلح في ذلك، ولا فرق بين علمهما بقدر ما تصالحا عليه وجهلها؛ لحسنة حفص بن البختري عن الصادق عليه السلام<sup>(٢)</sup>، ولو علم من عليه الحق وجب عليه إعلام الآخر.

ولا يحکم بصحة الصلح بدون الإعلام؛ لرواية علي بن أبي حزنة السالفة<sup>(٣)</sup>، ولعدم العلم بالرضى الباطئ، إلا أن يعلم أنه قد رضي بالصلح كائناً ما كان المصالح عليه، وقد صرحت به في التذكرة<sup>(٤)</sup>.

**قوله:** (ولابد من متعاقدين كاملين).

وكذا لابد من صيغة مشتملة على الايجاب والقبول، كسائر العقود اللازمة.

**قوله:** (وما يتصالحان به، وعليه).

(١) كفاية الأخبار ١: ١٦٧، الوجيز ١: ١٧٨، فتح العزيز ١٠: ٣٠١-٣٠٢ المجموع ١٣: ٣٩٠.

(٢) الكافي ٥: ٢٥٩ حديث ٥، التهذيب ٦: ٢٠٨ حديث ٤٧٩.

(٣) الكافي ٥: ٢٥٩ حديث ٦، الفقيه ٣: ٢١ حديث ٥٤، التهذيب ٦: ٢٠٦ حديث ٤٧٢.

(٤) التذكرة ٢: ١٧٨-١٧٩.

ويشترط فيها التملك، ولو صالح على عين بأخرى في الربويات  
ففي إلهاقه بالبيع نظر،

لأنه من عقود المعاوضات فلا بد من عوضين.

قيل عليه: إن الصلح اذا وقع موقع الإبراء، كما لو صالحه من الحق على بعضه فانه صحيح؛ لعموم شرعية الصلح وليس فيه عوضان.  
قلنا: تكفي في المغایرة الجزئية والكلية.

قوله: (ولو صالح على عين بأخرى في الربويات في إلهاقه بالبيع  
نظر).  
ينشأ: من امكان اختصاص الربا بالبيع، فيتمسك في الصلح باصالة

الجواز. ومن أن ظاهر قوله سبحانه: (وحرم الربا)<sup>(١)</sup> يقتضي تحريم الزيادة في المتماثلين في كل المعاوضات فلا يختص بالبيع، وفي هذا قوة وتمسك بجانب الاحتياط. ومن جعل الصلح بيعاً فلا اشكال عنده في تحريم الزيادة.

وقد قال الشارح الفاضل: إن الشيخ ألحقه بالربويات، واختاره ابن البراج، وهو يبني على قاعدتين:  
أ: الصلح بيع أم لا؟

ب: الربا يختص بالبيع أم يعم<sup>(٢)</sup>؟

وهذا كلام فاسد؛ لأنه لا معنى لإلهاقه بالربويات عند الشيخ وابن البراج، إذ هو بيع على قوتها.

ثم بني ذلك على قاعدتين أعجب، وإن كان المبني كلام المصنف فاغرب؛ لأن المصنف قد حكم سابقاً بأنه أصل برأسه لافرع على غيره، فكيف يكون ترددك لاحتمال كونه فرعاً، وإنما ترددك لاحتمال عدم اختصاص الربا بالبيع.

(١) البقرة: ٢٧٥.

(٢) إيضاح الفوائد ١٠٤: ٢.

وَكَذَا فِي الدِّينِ بِمُثْلِهِ، إِنَّ الْحَقْنَاهَ فَسَدٌ لَوْ صَالِحٌ مِنْ أَلْفِ مُؤْجَلٍ بِخَمْسَائِهِ  
حَالٌ.

وَلَوْ صَالِحٌ مِنْ أَلْفِ حَالٍ بِخَمْسَائِهِ مُؤْجَلٌ فَهُوَ إِبْرَاءٌ عَلَى  
اَشْكَالٍ، وَيُلَزِّمُ التَّأْجِيلَ،

---

قوله: (وَكَذَا فِي الدِّينِ بِمُثْلِهِ).

أَيْ: وَكَذَا يُجِيءُ النَّظَرُ فِي الصلَحِ عَنِ الدِّينِ بِمُثْلِهِ، أَيْ: بِدِينِ آخَرَ فَإِنَّهُ  
يُحْتَمِلُ عَدْمَ صَحَّتِهِ؛ نَظَرًا إِلَى مُشارِكتِهِ لِلْبَيْعِ فِي عَلَةِ الْمَنْعِ فَيُشَرِّكَانِ فِي الْحُكْمِ  
وَالْأَصْحَاحِ الْعَدْمِ.

قوله: (فَإِنَّ الْحَقْنَاهَ فَسَدٌ لَوْ صَالِحٌ مِنْ أَلْفِ مُؤْجَلٍ بِخَمْسَائِهِ  
حَالٌ).

أَيْ: فَإِنَّ الْحَقْنَاهَ الصلَحُ بِالْبَيْعِ فِي تَحْرِيمِ الرِّبَا، صَالِحٌ مِنْ أَلْفِ دَرْهَمٍ  
مُؤْجَلٌ بِخَمْسَائِهِ دَرْهَمٌ حَالَةٌ فَسَدٌ، كَمَا إِذَا بَاعَ أَلْفًا مُؤْجَلَةً بِخَمْسَائِهِ حَالَةٌ لِلرِّبَا.

قوله: (وَلَوْ صَالِحٌ مِنْ أَلْفِ حَالٍ بِخَمْسَائِهِ مُؤْجَلٌ فَهُوَ إِبْرَاءٌ عَلَى  
اَشْكَالٍ، وَيُلَزِّمُ التَّأْجِيلَ).

لَا كَانَ الصلَحُ قَدْ يُفْيِي فَائِدَةَ الإِبْرَاءِ احْتَمَلَ صَحَّتِهِ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ،  
وَهِيَ مَا لَوْ صَالِحٌ مِنْ أَلْفِ حَالٍ بِخَمْسَائِهِ مُؤْجَلٌ. وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ الَّتِي فَبَلَهَا:  
أَنَّهُ فِي الَّتِي قَبْلَهَا جَعَلَ الْحَلُولَ فِي مُقَابِلَةِ خَمْسَائِهِ فَامْتَنَعَ الإِبْرَاءُ فِيهَا؛ لِأَنَّ الإِبْرَاءَ  
اسْقَاطٌ مُحْضٌ، وَمَا كَانَ فِي مُقَابِلَهُ شَيْءٌ لَا اسْقَاطَ فِيهِ، بِخَلَافِ الْآخِيرَةِ؛ لِأَنَّ  
الْخَمْسَائِهِ الْمُسَقَّطَةُ لَا فِي مُقَابِلَهُ شَيْءٌ، إِذَا أَجَلَ الْمُشْرُوطَ نَقْصَانٌ أُخْرَى، وَضَعْفُ  
هَذَا الْفَرْقُ ظَاهِرٌ. وَمِنْشَأُ الْأَشْكَالِ: مِنْ أَنَّهُ إِبْرَاءٌ كَمَا ذَكَرْنَا، وَمِنْ أَنَّ الصلَحَ  
مَعَاوِضَةً بِالْاسْتِقْلَالِ لِثَبُوتِ الْمَغَايِرَةِ بَيْنِ الْعَوْضَيْنِ، وَوَقْعِ أَحَدِهِمَا فِي مُقَابِلَةِ الْآخِرِ.  
فَإِنْ قَلَنَا بِالصَّحَّةِ لَزِمَ الْأَجَلُ خَلَافًا لِلشَّافِعِي<sup>(١)</sup>، وَرَبَّما اسْتَدَلَ عَلَى الصَّحَّةِ

---

(١) الْوَجِيزُ ١٧٨: ١، فَتحُ الْعَزِيزِ ١٠: ٣٠٠.

وليس طلب الصلح اقراراً بخلاف بعني أو ملکني.  
ولو اصطلاح الشريكان على أن لأحدهما رأس ماله ولآخر الربح  
والخسران صحيحة.

ولو صالح عن الدنانير بدراهم، أو بالعكس صحيحة ولم يكن صرفاً،

بقول النبي صلى الله عليه وآله لکعب بن مالك : «اترك الشطر واتبعه ببقيته»<sup>(١)</sup>  
وروي ذلك عن الصادق عليه السلام.

وجوابه القول بالوجب، فان الترك ليس معاوضة وإنما هو تصرير  
بالابراء وكلامنا في المعاوضة، والذي يقتضيه النظر البطلان في الصورتين للزوم  
الربا المحرم.

قوله: (وليس طلب الصلح اقراراً بخلاف بعني أو ملکني).  
خلافاً لبعض العامة<sup>(٢)</sup>، فان الصلح قد يكون على الانكار، وأما البيع  
والتمليك فهما فرع الملك.

قوله: (ولو اصطلاح الشريkan على أن لأحدهما رأس ماله ولآخر  
الربح والخسران صحيحة).

هذا اذا انتهت الشركة وأريد فسخها وكان بعض المال ديناً؛ لصحيحه  
أبي الصباح عن الصادق عليه السلام في رجلين اشتراكاً في مال فرجحاً فيه رجلاً،  
وكان من المال دين وعين فقال أحدهما لصاحبه: اعطي رأس المال والربح لك  
وما توى<sup>(٣)</sup> فعليك فقال: «لابأس به اذا شرط»<sup>(٤)</sup> الحديث.

قوله: (ولو صالح عن الدنانير بدراهم، أو بالعكس صحيحة ولم يكن  
صارفاً).

لأن الصلح عقد مستقل بذاته، والصرف بيع فلا يتشرط في الصلح

(١) سنن أبي داود ٣: ٣٠٤ حديث ٣٥٩٥

(٢) نسب هذا الخلاف الى الشافعي في أحد وجهيه، انظر: فتح العزيز ١٠: ٣٠٢

(٣) توى المال: هلك، مجمع البحرين (توا) ١: ٧١

(٤) التهذيب ٦: ٢٠٧ حديث ٤٧٦

ولو ظهر استحقاق أحد العوضين بطل الصلح. ويصح على كل من العين والمنفعة، بجنسه أو مخالفه.

ولوصالح على ثوب أتلفه بدرهم على درهرين لزم.

**الفصل الثاني:** في تزاحم الحقوق: يجوز اخراج الروشن، والجناح، ووضع السباط، واستجداد الأبواب، ونصب الميازيب في

التقابض لو كان العوضان من الأثمان.

قوله: (ويصح على كل من العين والمنفعة بجنسه أو مخالفه). لأنه يفيد فائدة عقود متعددة كما سبق، ولو صالح على اسقاط خيار، أو على حق أولوية ونحو ذلك صح.

قوله: (ولوصالح على ثوب أتلفه بدرهم على درهرين لزم).

هذا إن لم نقل: إن الربا يعم الصلح، أو قلنا إن القيمي يثبت في الذمة مثله، ثم ينتقل إلى القيمة لتعذر المثل، واختار المصنف في مختلف الصحة<sup>(١)</sup> كما هنا، واستشكله شيخنا الشهيد في الدروس<sup>(٢)</sup>، ومنعه في الخلاف<sup>(٣)</sup> والمبسوط<sup>(٤)</sup>، وابن البراج<sup>(٥)</sup>، واحتج المصنف<sup>(٦)</sup> بعموم روايات<sup>(٧)</sup> معارضة بقوله تعالى: (ورحم الربا)<sup>(٨)</sup>، والأصح عدم الصحة.

قوله: (يجوز اخراج الروشن، والجناح، ووضع السباط).

لا فرق بين الروشن والجناح، فان كل واحد منها اخراج الخشب من الجدار والبناء عليه ونحوه، بحيث لا يصل إلى الجدار المقابل، فان وصل فهو

(١) المختلف: .٤٧٥

(٢) الدروس: .٣٧٨

(٣) الخلاف: ٢٧٦ مسألة ١٠ كتاب الصلح.

(٤) المبسوط: .٣٠٨: ٢

(٥) نقله عنه العلامة في المختلف: .٤٧٥

(٦) المختلف: .٤٧٥

(٧) الكافي ٥: ٢٥٩، حديث ٧، التهذيب ٦: ٢٠٦، ٤٧٣، حديث ٢٠٨ .٤٧٩

(٨) البقرة: .٢٧٥

الطرق النافذة مع انتفاء ضرر المارة وإن عارض مسلم.

أما لو كانت مضرة، أو أظلم بها الدرب على الأقوى، أو كانت في المرفوعة فإنه لا يجوز.

---

السابط، وفسر اللغويون الروشن بانه الكوة<sup>(١)</sup>.

قوله: (وإن عارض مسلم).

خلافاً للشيخ منا<sup>(٢)</sup>، وابي حنيفة من العامة<sup>(٣)</sup> فيما اذا عارض مسلم فانه منع، حكاه المصنف في التذكرة<sup>(٤)</sup>.

قوله: (أما لو كانت مضرة، أو أظلم بها الدرب على الأقوى، أو كانت في المرفوعة فإنه لا يجوز).

الصواب في الضرر وعدمه العرف، ويختلف باختلاف حال الطرق، وظلمة الدرب بها إن كانت بحيث يزول الضياء بالكلية مانعة اجتماعاً، وبدونه كذلك على الأقوى، خلافاً للشيخ<sup>(٥)</sup>؛ لأن ذلك يضر بضعف البصرية نهاراً وفي الليل مطلقاً.

ولو كان اخراج شيء من هذه في غير النافذة، وهي الطريق المرفوعة المسدودة لم يجز؛ لأنها ملوكه لأرباب الأبواب فيها، وهم محصورون فلا يجوز لأحد them التصرف فيها بدون إذن الباقيين.

---

(١) كما في الصحاح (رشن) ٥:٤٢٢، ولسان العرب (رشن) ١٣:١٨١.

(٢) المبسوط ٢:٩١، والخلاف ٢:٧٤، ٧٥:٧٤ مسألة ٢ كتاب الصلح.

(٣) فتح العزيز ١٠:٣٠٨، المجموع ١٣:٣٩٦.

(٤) التذكرة ٢:٢، ٢:١٨٠.

(٥) المبسوط ٢:٩١، علما بأن عبارته مطلقة تشمل زوال الضياء بالكلية أو قسما منه، فالشيخ لا يحسبه مانعا على ما يبذوا.

قال في المفتاح ٥:٤٧٤: (ولعل اطلاقه متزل على الظلمة الغير المزيلة للضياء بالكلية... وقد لا يكون الشيخ مخالفا عند التأمل)، فتأمل جيدا.

ولو أذن أرباب الدرج المرفع، أو فتح روزنة، أو شباكاً جاز،  
واذنهم إعارة يجوز الرجوع فيه.

ويمنع من استجداد باب في المروفة لغير الاستطراف دفعاً للشبهة،  
ويجوز الصلح بينه وبين أرباب المروف على إحداث روشن وشبهه على  
رأي، وليس لغيرهم مع رضاهم الاعتراض.

قوله: (ولو اذن أرباب الدرج المرفع، أو فتح روزنة، أو شباباً كاجاز).

لابحث في الجواز مع الإذن، ولو أراد فتح روزنة أو شباك جاز وإن لم يأذنوا أو نهوا؛ لأنَّه إنما يتصرف في جداره ولا ضرر عليهم.

قوله: (ويمنع من استجداد باب في المرفوعة لغير الاستطراف دفعاً للشبهة).

المراد بالشبهة: ما يشعر به الباب من ثبوت حق الاستطراف، فربما استدل به على ثبوت الاستحقاق بمرور الأيام، ولأن الباب بعد فتحه لا ينضبط عدم الاستطراف به، ولا يؤمن حصوله ليلاً ونهاراً. ويحتمل ضعيفا الجواز كما سيرأني.

قوله: (ويجوز الصلح بينه وبين أرباب المرفع على احداث روشن وشيه على رأي).

لعموم الدلائل الدالة على جواز الصلح<sup>(١)</sup> بحيث تتناول هذا، وهو مختار ابن ادريس<sup>(٢)</sup>، وهو الأصح. وقال الشيخ<sup>(٣)</sup> وابن البراج<sup>(٤)</sup>: لا يجوز لأن فيه افراداً للهؤاء بالبيع، وهو يقتضي البناء على أن الصلح فرع البيع وقد بينا ضعفه.

(١) منها: مارواه الكليني في الكافي ٢٥٩:٥ حديث ٥، والشيخ في التهذيب ٦:٢٠٨ حديث ٤٧٩.

(٢) لم نجد في السرائر، وقال السيد العاملی في مفتاح الكرامة ٥: ٤٧٦: (... موافق للسرائر فيها حکی لانی لم أجده).

٣) قاله في المسطوط ٢٩٢: ٢

(٤) نقله عنه فخر المحققين في اضاح الفوائد ١٠٦: ٢

ولكل من له الاستطراق فيه إزالة ما أحدثه بغير إذن، ولذوي الدارين المتلاصقين في دربين مرفوعين فتح باب بينهما. وفي استحقاق الشفعة حينئذ نظر،

قوله: (ولكل من له الاستطراق فيه ازالة ما أحدثه بغير اذن). لأنه تصرف في حقه بغير اذنه فكان له ازالته، ولا فرق بين أن يأذن الباقيون أو لا.

قوله: (ولذوي الدارين المتلاصقين في دربين مرفوعين فتح باب بينهما).

وليس لأحد من أهل واحدة من السكتين منعه؛ لأنه يستحق المرور في كل من السكتين، ورفع الجدار الحاليل بين الدارين وجعلها داراً واحدة جائزاً جماعاً، ففتح باب من أحدهما إلى الأخرى بطريق أولى، اذ هو عبارة عن رفع بعض الجدار.

ومنع منه بعض الشافعية<sup>(١)</sup>؛ لأن ذلك يثبت له حق الاستطراق من الدرج المسدود إلى دار لم يكن لها طريق منه، ولأن ذلك ربما أدى إلى اثبات الشفعة في قول من يثبتها بالطريق لكل واحد من الدارين في زقاق الأخرى.

وغلطهم المصنف في التذكرة بالأولوية السابقة الالزمة عن رفع الجدار كله، مع أن المحذور لازم<sup>(٢)</sup>.

قوله: (وفي استحقاق الشفعة حينئذ نظر).

أي: وفي بقاء استحقاق الشفعة بسبب الاشتراك في الطريق حينئذ نظر، ينشأ: من التردد في كون ذلك موجباً للاشتراك في الطريق من الجانبين الموجب للكثره وعدمه.

ويكون أن يكون المراد: وفي حدوث استحقاق الشفعة لكل من

(١) فتح العزيز ١٠: ٣١٣، المجموع ١٣: ٤١٢ - ٤١٣.

(٢) التذكرة ٢: ١٨٣.

الشريكين في الدارين المرفوعين بالنسبة الى الدار الاخرى نظر، ينشأ: من التردد في كون ذلك موجباً للاشتراك وعدمه، إلا أن هذا لا يستقيم إلا على القول بثبوت الشفعة مع الكثرة.

والأصح أن الشفعة على ما كانت قبل فتح الباب، وفتحه لا يوجب ثبوت الاستحقاق لواحدة من الدارين في طريق الأخرى.

ويكن أن يكون معنى العبارة: وفي بقاء استحقاق صاحب الدارين المفتوح بينهما، باعتبار كل منها الشفعة (على شريكه في كل من الدارين المرفوعين، لو باع داره وقلنا باستحقاق الشفعة<sup>(١)</sup> مجرد الاشتراك في الطريق، أو كانت الداران مشتركتين ثم ميزتا بالقسمة وبقي الطريق نظر، ينشأ: من أن مجاز تلك الدار في درب يشارك فيه آخر، غير الشريك في هذه الدرب فتكثر الشركاء، فينتفي استحقاق الشفعة حينئذ بناءً على المنع منه مع الكثرة. ومن أن شركته مع أزيد من واحد إنما هو باعتبار دارين، فلم يزد الشركاء باعتبار كل واحدة على اثنين.

ويكن أن يكون المراد: وفي استحقاق الشريك الشفعة لوباع ذو الدارين أحدهما نظر، من تخيل تكرر الشركاء، وعدمه، ويمكن أن يراد كل منها. فان قيل: على الفرض الثاني لا يجيء هذا النظر؛ لأن الاشتراك في الطريق اذا كان حادثاً بعد القسمة لا يعتد به، إنما المعتبر الاشتراك قبل القسمة، وتمييز الشخصين مع بقاء الاشتراك في الطريق.

قلنا: يمكن أن يكون الاشتراك في الطريقين لكل من الدارين قبل القسمة، فلما حصلت القسمة سد ما بينها، ثم طرأ فتح الباب. ولقائل أن يقول: على هذا التقدير الشريك متكرر لا محالة، ومع ذلك ففرض المسألة لا يطابق هذا، إذ المفروض داران لا حق لأحدهما في درب الأخرى،

(١) ما بين القوسين لم يرد في «م».

وينفرد الأدخل بما بين البابين، ويشاركان في الطرفين.  
ولكل منها الخروج ببابه مع سد الأول وعدمه،

---

فلا يجيء النظر في المسألة إلا على قول من يثبتها بطلاق الاشتراك في الطريق، كما ترشد إليه عبارة التذكرة<sup>(١)</sup>.

ولابد في مجيء النظر في استحقاق أحد الشركين الشفعة، لوباع أحد الدارين من التقييد بعدم اشتراط سد الباب بينهما، فإن شرطه فلا وجه للنظر أصلًا.

قوله: (وينفرد الأدخل بما بين البابين).

فيكون الخارج شريكاً إلى عند بابه، إذ المقتضي لاستحقاقه الشركة هو الاستطراق ونهايته الباب، وقوى في الدروس مشاركته للأدخل فيما دخل عن بابه، لا حتياجه إلى ذلك عند ازدحام الاموال ووضع الاتصال<sup>(٢)</sup>: وفيه نظر؛ لأنّه لا يلزم من الاحتياج الشركة، وإنما المقتضي للملك هو الإحياء، فإذا وضع الباب على وجه معين لم يكن لاستحقاقه فيما دخل عنه وجهه، والمشهور الأول، وعليه الفتوى.

قوله: (ويشاركان في الطرفين).

لانتفاء الأولوية لواحد على غيره بخلاف ما بين البابين؛ لأنّ ادخالية الباب تقتضي الاستطراق، وهو مختص به فيتحقق الترجيح.

قوله: (ولكل منها الخروج ببابه مع سد الأول وعدمه).

لأنّ حق الاستطراق ثابت له إلى بابه، فكل ما خرج عنه له فيه شركة، وتصرفه في جداره برفع كلّه أو بعضه لاشك في جوازه. ولا يقال: إنه بتكرر الأبواب يكثر المستطرقون؛ لأنّه لا يتفاوت الحال بكثرة المستطرقون والباب واحد،

---

(١) التذكرة ٢: ١٨٣.

(٢) الدروس: ٣٨١.

فإن سده فله العود اليه، وليس لأحدهما الدخول، ويحتمله إذ قد كان له ذلك في ابتداء الوضع، ورفع الحائط أجمع.

---

مع أن الازدحام ربما كان أكثر على هذا التقدير.  
قوله: (فإن سده فله العود اليه).

لأن حقه الثابت لا يسقط بسد الباب، بل ولا بالاسقاط.

قوله: (وليس لأحدهما الدخول).

أي: ببابه عن موضعه؛ لأنه لاحق له فيما دخل عنه.

قوله: (ويحتمله اذ كان له ذلك في ابتداء الوضع ورفع الحائط  
أجمع).

أي: ويحتمل جواز الدخول، والعبارة تحتمل أن يريد جواز الدخول  
بالباب من غير استطراق، وأن يريد مع ذلك جواز الاستطراق، وهو بعيد جداً.  
والوجه الأول من الوجهين اللذين استدل بهما لوم لدل على الثاني، بخلاف الوجه  
الثاني.

وتوضيح الأول: أنه قد كان في ابتداء الوضع مخيّراً بين وضع الباب  
داخلاً وخارجاً، والأصل بقاء ذلك. ويضعف بأن تملك المباح إنما يقع على  
الوجه الذي اتفق، فإنه قد كان له فتح باب من أي الجوانب شاء، وقد امتنع  
عليه الآن فتحه إلى بيت جاره.

وتوضيح الثاني: ان جعل الباب ادخل عبارة عن رفع بعض الجدار،  
ورفع جميعه جائز ببعضه أولى. ويضعف بأن رفع الجميع لا تتطرق اليه شبهة  
استحقاق الاستطراق، بخلاف جعل الباب ادخل.

قيل عليه: رفع الجميع قد تتطرق اليه شبهة كون الطرف الأدخل كله أو  
بعضه داخلاً في ملكه.

قلنا: ليس الرفع هو المحصل لهذه الشبهة، نعم هو غير مانع، بخلاف الباب

وليس للمحاذي في النافذ منع مقابله من وضع الروشن وإن استوعب الدرب، فإن خرب جاز لمقابله المبادرة فليس للأول منعه.

ويجوز جعل الدار اثنين، ويفتح في المرفوع آخر في موضع له استطرافقه، وفتح باب في النافذ لذات المرفوع دون العكس، إلا على الاحتمال،

فانه هو السبب في الشبهة ولا خفاء، لضعف هذا الاحتمال.

قوله: (وليس للمحاذي في النافذ منع مقابله من وضع الروشن وإن استوعب الدرب).

لما لم يكن الطريق النافذ حقاً لذوي الدور فيه، لم يكن للجبار المقابل ولا الغيره الاعتراض على بعض أهل الدرب، اذا وضع روشناً لا ضرر فيه على المارة، سواء استوعب الدرب أم لا، بشرط أن لا يضع شيئاً منه على جدار المقابل.

قوله: (إن خرب جاز لمقابله المبادرة فليس للأول منعه).

لأن الأول لم يملك الموضع بوضع الروشن فيه، فلما خرب بناؤه زالت الأولية وعاد الأمر (إلى ما كان)<sup>(١)</sup>.

قوله: (ويجوز جعل الدار اثنين ويفتح في المرفوع آخر في موضع له استطرافقه).

قد سبق أن له أن يفتح لذات الدرب المرفوع بباباً آخر أقرب إلى صدر الدرب، وهو الموضع الذي له استطرافقه، فإذا جعل الدار الواحدة اثنين، ثم فتح باباً للآخر في موضع له استطرافقه لم يكن مانع منعه.

قوله: (وفتح باب في النافذ لذات المرفوع دون العكس).

والفرق جواز احداث الأبواب، والاستطرافق في النافذ لكونه غير مملوك بخلاف المرفوع.

قوله: (إلا على الاحتمال).

(١) في «م»: كما كان.

والجدار المختص ليس للجار التصرف فيه بتسقيف، وطرح خشب، وغير ذلك.

ولا تجب عليه الإعارة لو استعاره الجار، بل تستحب.  
ولو أذن جاز له الرجوع قبل الوضع وبعده على الأقوى، لكن مع الأرش على اشكال.

---

أي: دون العكس، فلا يجوز إلا على الاحتمال السابق، من جواز دخال الباب في المرفوعة؛ نظراً إلى أن ذلك كان له في ابتداء الوضع وأن له رفع جميع الجدار، وقد علمت ضعفه.

قوله: (ولا تجب عليه الإعارة لو استعاره الجار بل تستحب).  
خلافاً لبعض العامة<sup>(١)</sup>.

قوله: (وبعده على الأقوى لكن مع الأرش على اشكال).  
اختل了一 في جواز الرجوع في عارية الجدار بعد وضع البناء عليه، فقال الشيخ<sup>(٢)</sup> وابن البراج<sup>(٣)</sup> بنعها؛ لأن الأذن اقتضى الدوام، وافضلي إلى اللزوم كالاذن في الدفن. وهو ضعيف، فان الأصل أن للملك التصرف في ملكه كما كان، والحاقة بالدفن قياس مع الفارق، فان تحريم النبش ثابت هنا اتفاقاً.  
والأصح أن له الرجوع، وهل يرجع مجاناً أم مع الأرش، وهو نقصان بناء الغير على الجدار؟ فيه اشكال ينشأ: من أنه إنما أذن له عارية، ومن خواص العارية الرجوع متى أراد، ومن أنه بناء محترم صدر بالاذن، فلا يجوز قلعه إلا بعد ضمان نقصنه، ولأنه فيه جمعاً بين الحقين، ولأنه سبب الاتلاف لإذنه، والماشر ضعيف لأنه بالأمر الشرعي، وهو الأصح.

---

(١) منهم: الشافعي في القديم ومالك وأحمد، راجع فتح العزيز ٣١٥:١٠، والمغني لابن قدامة ٣٨:٥، والمجموع ٤٠٥:١٣.

(٢) قاله في المبسوط ٢٩٧:٢.

(٣) قال العاملي في المفتاح ٤٨٢:٥: (.. وقد حكى ذلك عن القاضي).

ولو انهم افتقر في تحديد الوضع الى تحديد الإذن.  
ويجوز الصلح على الوضع ابتداءً بشرط عدد الخشب، وزنه،  
ووقته.

ولو كان مشتركاً لم يكن لأحد هما التصرف فيه بتسقيف وغيره  
إلا باذن شريكه،

وعلى القول بالأرشن فهل هو عوض ما نقصت الآلات بهدم أو تفاوت  
ما بين العامر والخراب؟ قال في الدروس: كل محتمل<sup>(١)</sup>. قلت: الثاني لا يخلو من  
قوة؛ لأن وصف العمارة حصل بسعيه وهو مملوك له.

قوله: (ولو انهم افتقر في تحديد الوضع الى تحديد الإذن).

لأن المأذون فيه وهو الوضع قد حصل، فلا يجوز وضع آخر بدون الإذن.

قوله: (ويجوز الصلح على الوضع ابتداءً بشرط عدد الخشب وزنه  
ووقته).

المراد بقوله: (ابتداء) قبل الوضع، فإنه اذا وضع وبني لم يجب إلا تعين  
المدة؛ لصيغة الباقي معلوماً، بخلاف ما اذا لم ينفع الضرر بتفاوت في ذلك  
تفاوتاً عظيماً، ولا ضابط يرجع اليه عند الاطلاق، وهذا في الخشب دون الأجر  
والبن ونحوهما؛ للعادة صرح به في التذكرة<sup>(٢)</sup>.

ولو كانت الآلات حاضرة استغنى بمشاهدتها عن كل وصف وتعريف،  
وقد صرح به في التذكرة<sup>(٣)</sup> أيضاً.

قوله: (ولو كان مشتركاً لم يكن لأحد هما التصرف بتسقيف  
وغيره إلا باذن شريكه).

كغيره من الاموال المشتركة، ويجوز الاستناد اليه واستناد المتعاليه مع

(١) الدروس: ٣٨٢.

(٢) التذكرة: ٢: ١٨٨.

(٣) المصدر السابق.

ولا يجبر أحدهما على الشركة في عمارته لو انهدم.  
ولو هدمه فالأقوى الأرشن، وكذا لا يجبر على الشركة في عمارة  
الدولاب والبئر وغيرهما،

---

انتفاء الضرر؛ لأنَّه بمنزلة الاستضاءة بسراج الغير، والاستظلال بجداره. ولو منع  
المالك حرم على الأقرب وفاقاً لما في التذكرة<sup>(١)</sup>؛ لأنَّه نوع تصرف بایجاد الاعتماد  
بخلاف الاستظلال، واختار في الدروس انه ليس له المنع اذا كان المجلس  
مباحاً<sup>(٢)</sup>.

قوله: (ولا يجبر أحدهما على الشركة في عمارته لو انهدم).  
إذ لا يجب على الشخص عمارة جداره المنهدم في الشركة أولى.  
قوله: (ولو هدمه فالأقوى الارشن).

لأن النقصان الفائت باهدم غير مثلي فيصار الى القيمة وهو الأرشن،  
وقال الشيخ: تجب إعادة<sup>(٣)</sup> ، وفي الدروس: عليه اعادته إن امكنت المماثلة<sup>(٤)</sup>،  
وهو بعيد إذ لا يعد الجدار مثلياً، على أن الأعيان باقية، وإنما الفائت صفتها،  
والمماثلة في الصفة في غاية الندرة.

قوله: (وكذا لا يجبر على الشركة في عمارة الدولاب والبئر  
وغيرهما).

لمثل ما قلناه، وخص بعض العامة هذه بوجوب العمارة والصلاح على  
الشريك؛ لعدم امكان القسمة في هذه فيحصل الضرر بخلاف الجدار<sup>(٥)</sup>، والفرق  
مردود.

---

(١) التذكرة ٢:١٨٥.

(٢) الدروس: ٣٨٢.

(٣) الميسوط: ٢:٣٠٣.

(٤) الدروس: ٣٨٣.

(٥) ذهب اليه أبي حنيفة، انظر: المجموع ١٣:٤١٦، وفتح العزيز ١٠:٣٢١.

ولو انفرد بها أحدهما لم يمنع.

**فرع:** لو أراد أحد الشريكين الضرار بصاحب في الجدار، والقناة، والدولاب ونحوها، فامتنع من العمارة وغيرها من الوجوه التي يمتنع الانتفاع بدون جميعها، فليس بعيد أن يرفع أمره إلى الحاكم ليخирه الشريك بين عدة أمور: من بيع، واجارة، وموافقة على العمارة، وغير ذلك من الأمور الممكنة في ذلك، عملاً بقوله عليه السلام: «لا ضرر ولا ضرار»<sup>(١)</sup>، ولأن في ترك جميع هذه الأمور اضاعة للمال وقد نهي عنها، ولم اظفر هنا بتصرير فينبغي أن يلمح.

**قوله:** (ولو انفرد بها أحدهما لم يمنع).

أي: لو انفرد بالعمارة أحدهما، والحال لا يخلو من أن تكون الاعادة بالآلات المشتركة، أو بما يختص بذلكه المعيد. وعلى كل تقدير فإما أن يكون الأساس والهواء الذي يكون فيه الجدار مملوكاً لها، أو للمنفرد بالعمارة، وليس الصور كلها سواء في الحكم، فإن الآلات المشتركة كيف يجوز الانفراد بالتصرف فيها بالعمارة من دون إذن المالك، وما المسلم لا يحل إلا عن طيب نفس منه. وكذا القول في الأساس والهواء إذا كان مشتركاً، واطلاق المصنف يقتضي عدم التوقف على الاذن مع الاشتراك، وحکى في الدروس عن الشيخ<sup>(٣)</sup> منع التوقف على اذن الآخر، والأصح التوقف لما قلناه، وقواه في الدروس<sup>(٤)</sup>.

نعم لو كانت الأرض موقوفة وقفًا عاماً، لم يتوقف على الاذن بالنسبة إليها، ومتى اعاده بغير اذن بالآلات نفسه والأساس مشتركة فللآخر الازلة، أو

(١) الكافي ٢٩٢:٥ حديث ٢، الفقيه ٣:٤٥ حديث ١٥٤، التهذيب ٧:١٦٤ حديث ٧٧٧، سنن ابن ماجة ٢:٧٨٤ حديث ٢٣٤١، ٢٣٤٠، سُنن الدارقطني ٤:٢٢٧ حديث ٨٣، مسند أحمد ١:٣١٣ و ٥:٣٢٧.

(٢) في «م»: التذكرة.

(٣) المبسوط ٢:٣٠١.

(٤) الدروس: ٣٨٣.

ولا يجبر صاحب السفل ولا العلو على عمارة الجدار الحامل للعلو.  
ولو طلبا قسمته طولاً أو عرضًا جاز، ولا يجبر أحدهما لو امتنع عن  
القسمة في كل الطول ونصف العرض، وكذا في نصف الطول وكل  
العرض، وتصح القرعة في الثانية دون الأولى، بل يختص كل وجه

---

بالآلات المشتركة فهو مشترك وإن أتم.

ولو طالبه الشريك بهدمه أمكن وجوب الاجابة؛ لأن تصرفه في الآلات  
كان منوعاً منه، وربما تعلق الغرض بها وطلبت قسمتها لذلك<sup>(١)</sup>.

قوله: (ولا يجبر صاحب السفل ولا العلو على عمارة الجدار الحامل  
للعلو).

إذا كان علو الجدار لواحد وسفلها لغيره، فانهدمت لم يكن لواحد منها  
مطالبة الآخر بالعمارة، أما صاحب العلو فلانه ملك غيره ولا يجب عليه عمارة  
ملك غيره، وأما صاحب السفل فلأنه لا يجب عليه عمارة ملكه لأجل الغير.  
لكن يجب أن يقيد ذلك بما إذا لم يكن حمل جدار العلو، أو سقفه واجباً  
عليه بعقد لازم، فإن وجب كذلك لزمه البناء، وقد نبه عليه في الدروس<sup>(٢)</sup>. ولو  
طلب صاحب العلو بناء جدران السفل قال في التحرير: لم يكن لصاحب السفل  
منعه<sup>(٣)</sup>. وظاهر سوق كلامه أن ذلك حيث يكون جدران السفل لصاحب  
السفل، ولم يكن حمل جدران العلو واجباً، وهو مشكل إذا كان الأساس ملكاً  
لصاحب السفل، أو مشتركاً كما نبهنا عليه سابقاً.

قوله: (ولو طلبا قسمته طولاً أو عرضًا جاز، ولا يجبر أحدهما لو  
امتنع عن القسمة في كل الطول ونصف العرض، وكذا في نصف الطول  
وكل العرض، وتصح القرعة في الثانية دون الأولى بل يختص كل وجه

---

(١) في «ق»: كذلك.

(٢) الدروس: ٣٨٣.

(٣) التحرير: ١٣٦: ٢.

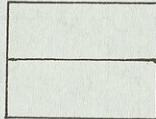
صاحبـه.

بـصاحبـه).

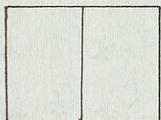
هـذا من أحـكامـ الجـدارـ المشـترـكـ ، فـهـوـ رـاجـعـ إـلـىـ أـوـلـ الـكـلامـ مـنـ قـوـلـهـ :  
(لوـ كـانـ مشـترـكـاـ)ـ وـ الضـمـيرـ لـلـشـرـيكـينـ المـذـكـورـينـ غـيرـ مـرـةـ ، وـ ماـ بـيـنـهـاـ مـنـ أحـكمـ  
الـدـوـلـابـ وـ الـبـئـرـ وـ الـعـلـوـ وـ السـفـلـ مـعـتـرـضـ .

وـ تـحـقـيقـهـ :ـ آـنـهـ لـوـ طـلـبـ كـلـ مـنـ الشـرـيكـينـ فـيـ الجـدارـ قـسـمـتـهـ طـلـاـًـ أـوـ عـرـضاـًـ  
جـازـ قـطـعاـًـ ؛ـ لـثـبـوتـ التـراـضـيـ ،ـ فـلاـ أـثـرـ لـحـصـولـ النـقـصـ مـعـهـ لـوـ نـشـرـاهـ أـوـ اـكـتـفـيـاـ<sup>(١)</sup>  
بـالـعـلـامـةـ فـانـ هـمـاـ هـدـمـهـ .

وـ لـوـ طـلـبـ أـحـدـهـاـ الـقـسـمـةـ وـ اـمـتـنـعـ الـآـخـرـ فـلاـ يـخـلـوـ :ـ إـمـاـ أـنـ يـطـلـبـ الـقـسـمـةـ فـيـ  
كـلـ الـطـوـلـ وـ نـصـفـ الـعـرـضـ هـكـذـاـ



أـوـ فيـ كـلـ الـعـرـضـ وـ نـصـفـ الـطـوـلـ هـكـذـاـ :



فـانـ كـانـ الـمـطـلـوبـ أـوـلـ مـنـ تـحـبـ الـإـجـابةـ وـ لـمـ يـجـبـ الـمـمـتـنـعـ قـطـعاـًـ ؛ـ لـآنـ لـوـ  
أـوـجـبـنـاـ الـقـسـمـةـ عـلـىـ هـذـاـ النـحـوـ لـاعـتـبـرـتـ الـقـرـعـةـ فـيـ التـخـصـيـصـ ،ـ لـآنـ الـأـخـذـ بـغـيرـ  
قـرـعـةـ وـ لـتـرـاضـيـ مـنـافـ لـلـقـسـمـةـ ،ـ وـ لـاـمـلـ لـهـ فـيـ الشـعـرـ .

وـ الـقـرـعـةـ رـبـماـ وـقـعـتـ لـأـحـدـهـاـ عـلـىـ الشـقـ الـذـيـ يـلـيـ الـآـخـرـ ،ـ فـلـاـ يـتـمـكـنـ مـنـ  
الـاـنـفـاعـ بـمـاـ وـقـعـ لـهـ ،ـ وـ لـعـدـ اـمـكـانـ فـصـلـ كـلـ سـهـمـ عـنـ الـآـخـرـ حـيـنـئـذـ ؛ـ لـآنـ إـنـ  
اـكـتـفـيـ بـالـعـلـامـةـ -ـ وـ هـوـ خـطـ بـيـنـ السـهـمـيـنـ -ـ كـانـ بـنـاءـ أـحـدـهـاـ عـلـىـ نـصـيـبـهـ مـوجـبـاـ

(١) فـيـ «ـقـ»ـ :ـ أـوـ اـكـتـفـيـنـاـ .

لتعدي الشقل، والتحامل الى الآخر، وإن كان بالنشر ضعف الجدار وتناقصت قوته. وإن كان المطلوب الثاني فقد اطلق المصنف عدم الاجبار على القسمة فيه أيضاً. وفي التذكرة قال: إن انتفاء الضرر عنها أو عن الممتنع أُجبر عليها، وإن تضرر الممتنع لم يجبر<sup>(١)</sup>.

ومقتضى كلام الدروس: الاجبار على القسمة في كل العرض ونصف الطول، مع انتفاء الضرر عن الممتنع فينشر الجدار<sup>(٢)</sup>، فكأنه يرى أن النشر وإن استلزم اتلاف شيء من الجدار إلا أنه هين؛ لأنه منزلة قسمة الشوب الصفيق، وليس بعيد.

إذا عرفت هذا فاعلم أن شيخنا الشهيد أورد في بعض حواشيه، أن القسمة طولاً وعرضًا هي القسمة في كل الطول ونصف العرض، وفي نصف الطول وكل العرض فيلزم التكرار. ثم أجاب باختلاف الحكمين، فان الأول يعطي الجواز، والثاني يعطي عدم الاجبار، فالفرق بينهما فرق ما بين العام والخاص.

وعندي أن السؤال والجواب كلاهما ليس بشيء، فان معنى العبارة أنها لو طلباً القسمة على واحدة من الصورتين طولاً أو عرضًا فلا بحث في الجواز؛ لأن لها نقض الجدار كله، فكيف قسمته على وجه مخصوص.

ولو طلب أحدهما القسمة وامتنع الآخر، فان طلبها في كل الطول ونصف العرض لم يجبر الممتنع قطعاً؛ للضرر بالتمييز، وإن طلبها في نصف الطول وكل العرض لم يجبر أيضاً، وإن كان هذا أولى من الأول بالاجبار؛ لانتفاء الضرر المعتد به، وإمكان القرعة التي هي معيار القسمة هنا بخلاف الاول، ولا تكرار في هذا بوجه من الوجوه.

(١) التذكرة ٢: ١٨٥.

(٢) الدروس: ٣٨٢.

ولو تعاونا على إعادة المشترك ، أو أعاده أحدهما بالآلة المشتركة فهو على الشركة، ولو طلب صاحب العلو عمارة السفل بنقض صاحبه كان له المنع.

ولو أعاده الآلة من عنده فله ذلك ، والمعاد ملكه . ولا يمنع صاحب السفل من الانتفاع بسفله ، لكن يمنع من فتح كوة ، أو ضرب وتد.

ولو انفرد أحد الشريكين بالاتفاق على البئر والقناة لم يكن له

واشار المصنف الى أولوية الصورة الثانية بالاجبار بقوله : (وكذا في نصف الطول وكل العرض) فان المشبه به اقوى من المشبه ، وبصحة القرعة فيها دون الأولى.

قوله : (ولو طلب صاحب العلو عمارة السفل بنقض صاحبه كان له المنع).

النقض بالكسر: المنقوض ذكره في الصحاح<sup>(١)</sup> وهي آلات البناء.

قوله : (ولو أعاده الآلة من عنده فله ذلك ) .  
ليس على اطلاقه ، بل هو مقيد بما اذا لم يكن الأساس للآخر ولا مشتركا بينهما ، وإلا لم يجز بدون الإذن.

قوله : (ولا يمنع صاحب السفل من الانتفاع بسفليه ، لكن يمنع من فتح كوة أو ضرب وتد).

الوتد بالكسر: واحد الأوتاد ، وبالفتح لغة ، واعلم أنه يمنع من التصرف المضرف للجدار الحامل للعلو؛ لأنه اضرار بصاحب العلو في أمر مستحق له.

منع الآخر من الانتفاع بالماء، ولا يجب على مستحق اجراء الماء في ملك غيره مشاركة المالك في عمارة سقف المجرى وان خرب من الماء، ولا على المالك إصلاح القناة لو خربت بغير سببه.

ويجوز لصاحب العلو الجلوس على السقف الحاليل بينه وبين السفل وإن كان مشتركاً، ووضع ما جرت العادة بوضعه للضرورة. ولصاحب السفل الاستكنان، وتعليق ما لا يتأثر به السقف المشترك كالثوب، أما ضرب الود في السقف فلا.

---

قوله: (ولا يجب على مستحق اجراء الماء في ملك غيره مشاركة المالك في عمارة سقف المجرى وإن خرب من الماء).

فإنه لا يجب عليه (أن يسقف المجرى، فلا يجب عليه)<sup>(١)</sup> عماراته لو خرب بأي سبب كان.

قوله: (ولا على المالك اصلاح القناة لو خربت بغير سببه).

لأن استحقاق الإجراء لا يقتضي استحقاق عمارة المجرى.

قوله: (ويجوز لصاحب العلو الجلوس على السقف الحاليل بينه وبين السفل وإن كان مشتركاً، ووضع ما جرت العادة بوضعه للضرورة).

إنما جاز الجلوس، ووضع ما جرت العادة بوضعه من آلات المنزل ونحوها للضرورة، فإن الساكن في مكان مضطر إلى ذلك لا بد له منه، أما ما لم تجر العادة بوضعه فلا يجب إذا كان مشتركاً قطعاً، ولو اختص به فله التصرف في ملكه كيف شاء.

قوله: (ولصاحب السفل الاستكنان، وتعليق ما لا يتأثر به السقف المشترك كالثوب، أما ضرب الود في السقف فلا).

اختار المصنف في التذكرة منع تعليق صاحب السفل الأمتعة في السقف،

---

(١) ما بين القوسين لم يرد في «م».

### فروع :

**أ:** اذا استحق وضع خشبة على حائط فسقطت، أو وقع الحائط استحق بعد عوده الوضع، بخلاف الاعارة. ولو خيف على الحائط السقوط في جواز الإبقاء نظر.

**ب:** لو وجد بناءه، أو خشبته، أو مجرى مائه في ملك غيره، ولم يعلم سببه فالأقرب تقديم قول مالك الأرض والجدار في عدم الاستحقاق.

سواء يتاثر به أولاً كالثوب ونحوه<sup>(١)</sup>. ومحترمه هنا قريب؛ لجريان العادة بذلك، نعم لا يجوز نحو ضرب الوند قطعاً.

**قوله:** (اذا استحق وضع خشبة على حائط فسقطت، أو وقع الحائط استحق بعد عوده الوضع ، بخلاف الإعارة).

والفرق أن الاعارة إذن في الوضع فلا يقتضي التكرر ما لم يصرح به، وبعد انقضاء المأذون فيه لا يبقى استحقاق، أما اذا كان الوضع مستحقاً بعقد لازم الى أمد معين فإنه يقتضي استحقاق الإعادة؛ للقطع ببقاء الاستحقاق بعد السقوط.

**قوله:** (ولو خيف على الحائط السقوط في جواز الإبقاء نظر).

ينشأ: من أن له حق الإبقاء فيستصحب، ومن أنه ضرر منفي . ويضعف بأن الازالة ضرر أيضاً، والضرر لا يزال بالضرر وهو الأصح. ولا فرق في ذلك بين استحقاق الوضع والإعادة، ما لم يبذل الأرش في الإعادة فتجب الازالة حينئذ.

**قوله:** (لو وجد بناءه، أو خشبته، أو مجرى مائه في ملك غيره ولم يعلم سببه فالأقرب تقديم قول مالك الأرض والجدار في عدم الاستحقاق).

ج : لا يجوز بيع حق الهواء، ولا مسيل الماء، ولا الاستطراف.

### الفصل الثالث: في التنازع :

لو صالح المتثبت المصدق لأحد المدعين لسبب يوجب التشيريك كالإرث على شيء شاركه الآخر إن كان بإذنه ، والأصح في الربع ولا شركة .

أي : لو وجد واحد بناءه، أو خشبته، أو جرى مائه كدولابه، ونحو ذلك في ملك غيره، ولم يعلم سببه كأن ينتقل اليه بالارث، فهل يكون ذلك مقتضياً للاستحقاق، بحيث لا يجوز للملك منعه من الإبقاء، ولا من الاعادة لوانهم أو لا فيكون له ذلك ؟ الأقرب الثاني تمسكاً بأصالة عدم الاستحقاق في ملك الغير، ولأن اليد تقتضي الاختصاص بالانتفاع، والوضع أعم من الاستحقاق.

وغاية ما في الباب أن يكون بحق، وهو أعم من العارية التي يجوز الرجوع فيها، وخالف الشيخ في ذلك نظراً إلى أن الظاهر أن ذلك وضع بحق، فلا يمنعه صاحب الملك من الإبقاء إلا إذا ثبت ذلك <sup>(١)</sup> ، وقول الشيخ ضعيف.

واعلم أن عبارة المصنف لا تخلو من مناقشة؛ لأن من لا يعلم سبب كون بنائه في ملك الغير مثلاً، مادام لا يعلم الاستحقاق فلا يدعوه، فلا يتصور منه اليدين عليه ليكون قول المالك يمينه مقدماً .

وقد كان الأولى أن يقول : لو اختلفا في الاستحقاق وعدمه، فيما إذا كان بناؤه في ملك الغير فالأقرب أن اليدين على المالك مع عدم البينة؛ لأنه المنكر. قوله : (لا يجوز بيع حق الهواء، ولا مسيل الماء، ولا الاستطراف).

لأنه ليس شيء من ذلك عيناً، لكن يجوز الصلح على ذلك بشرط التعين .

قوله : (لو صالح المتثبت المصدق لأحد المدعين، بسبب يوجب التشيريك كالإرث على شيء شاركه الآخر إن كان بإذنه، والأصح في

## ولو تغير السبب صح الصلح في حصته أجمع ولا شركة،

الربع ولا شركة).

أي: لو صالح المتثبت وهو صاحب اليد، وقد ادعى عليه مدعيان بأن العين الفلانية مثلاً ملك لها، بسبب يقتضي التشريك بينها في الملك كالإرث، كابنين يدعيان على زيد بأن الدار التي في يده ملك لها بالإرث من أبيها، فصدق أحدهما وكذب الآخر، فتحقق باقراره عدم ملكه لنصف الدار، والابنان متفقان على أن النصف كالكل مملوك لها بالإرث، فيمتنع استحقاق أحدهما النصف من دون الآخر.

بل كلما ثبت أنه مختلف عن أبيها، فهما مشتركان فيه إلى أن يعلم السبب الناقل، وقد ثبت باقرار ابن أن النصف مختلف عن أبيه، فامتنع انفراده بذلك، فيكون مشتركاً بينها، والتالف بانكار المتثبت منها.

فإن قيل: إنما أقر المتثبت باستحقاق واحد خاصة فلا يستحق الآخر شيئاً.

قلنا: الاستحقاق إنما ثبت من جهة أن سبب الملك مقتض للتشريك، ولا فرق بين أن يقولوا: ورثناها (وقبضناها)<sup>(١)</sup> ثم غصبها منا، وعدمه كما نص عليه في التذكرة<sup>(٢)</sup>; لأن سبب التشريك موجود، فإذا صالح المتثبت المقر له -والحالة هذه- عن النصف المقرب فإما أن يكون باذن شريكه أو لا.

فإن كان بالاذن صح الصلح واشتركا في العوض؛ لأنه عوض ما هما المشترك، والأصح في الرابع خاصة، وبقي الرابع على ملك ابن الآخر إن لم يُجز الصلح.

قوله: (ولو تغير السبب صح الصلح في حصته أجمع ولا شركة). المراد بتغيير السبب: أن يكون سبب ملك كل منها غير سبب ملك

(١) لم ترد في «ق».

(٢) التذكرة ١٨٩: ٢

الآخر، فلا يكون السبب مقتضياً للتشريك ، بل الشركة بسبب آخر وهو الشيع ، كأن يكون أحدهما مستحقاً للنصف بالإرث ، والآخر بالشراء مثلاً ، فان الاقرار لأحدهما لا يقتضي مشاركة الآخر اياه.

وهل يكون شراؤهما معاً ، واهابها ، وقضهما معاً اذا اقر به المصدق من المدعين كالإرث ، أم يلحق بالسبعين المتغيرين ؟ الأقرب عند المصنف في التذكرة الأولى ؛ لاعتراف المقر بأن السبب المقتضي لملكه مقتضٍ لملك الآخر<sup>(١)</sup> .

ويحتمل ضعيفاً عدم ؛ لأن البيع لاثنين منزلة الصفتين.

ولقائل أن يقول : لا فرق بين تغيير السبب ، وكونه مقتضياً للتشريك في عدم الشركة ؛ لأن الصلح إنما هو على استحقاق المقر له ، وهو أمر كلي يمكن نقله عن مالكه إلى آخر. وهذا لوباع أحد الورثة حصته من الإرث صحيحة ، ولم يتوقف على رضى الباقين.

فإن اجيب بأن الإنكار لاستحقاق الآخر صير النصف كالثالث ، فيجب أن يكون منها لامتناع تلف حصة أحدهما دون الآخر.

قلنا : فإذا تغایر السبب يجب أن يكون كذلك مع اعتراف المقر له بالشركة ، وقد سبق في البيع - فيما إذا قال : النصف لك والنصف الآخر لي ولشريكي - ما ينافي اطلاق ما هنا ، حيث أنه حكم بالتشريك بينهما في الحاصل والثالث .

وفي أحكام التنازع في الرهن تردد في التشريك وعدمه ، ونبه شيخنا الشهيد على ذلك في حواشيه على الكتاب ، والذي يقتضيه النظر أن الحكم في مسألة الإرث قبل قبض الوارثين صحيح ؛ لأن الحاصل من التركة قبل القبض هو المحسوب تركة بالنسبة إلى الورثة ، والثالث لا يحسب عليهم وكأنه لم يكن. وامتناع الوصول إليه كتلته في هذا الحكم ، والظاهر أنه لا خلاف في

(١) المصدر السابق.

ويعطى مدعى الدرهمين أحدهما ونصف الآخر ، ومدعى أحدهما الباقى مع التشبث.

ذلك ، أما بعد القبض واستقرار الملك لهم وانقطاع كل من الورثة عن حق الورثة إلى آخر.

ولا دليل على الحق تuder الوصول الى (حق)<sup>(١)</sup> بعضهم بالانكار مع عدم البيينة ، ونحوه بتلف البعض في هذا الحكم والأصل ، عدمه ، فينتفي التوقف فيه فيلحظ الحكم المذكور في البيع.

ولو كان المشترك ديناً فاقر لبعض وانكر بعضاً في التركة قبل القبض لا يبحث ، وبعد القبض وغير التركة من أقسام الشركة فيه الخلاف المشهور ، من أن الحاصل لها والتالف عليها ، وعدمه.

قوله : (ويعطى مدعى الدرهمين أحدهما ونصف الآخر ، ومدعى أحدهما الباقى مع التشبث).

اذا كان في يد شخصين درهماً فادعاهم أحدهما ، وادعى الآخر واحداً منها أعطى مدعاهما معاً درهماً ؛ لعدم منازعة الآخر فيه ، ويتساويان في الدرهم الآخر ، لأن كل واحد منها صاحب يد ودعوى لجميعه فيقسم بينهما ؛ لرواية عبدالله بن المغيرة ، عن غير واحد من اصحابنا ، عن الصادق عليه السلام<sup>(٢)</sup> .

قال في التذكرة : والأقرب أنه لا بد من اليدين ، فيحلف كل منها على استحقاق نصف الآخر ، الذي تصادمت دعواهما فيه وهو ما في يده ، فمن نكل منها قضي به للآخر ، ولو نكلا معاً أو حلفاً معاً قسم بينهما نصفين<sup>(٣)</sup> .

وما قربه جيد لعموم : «واليمين على من انكر»<sup>(٤)</sup> ، ومتى نكل أحدهما

(١) لم ترد في «م».

(٢) الفقيه ٢٢:٣ حديث ٥٩ ، التهذيب ٢٠٨:٦ حديث ٤٨١.

(٣) التذكرة ١٩٥:٢.

(٤) سنن البهقي ٢٥٢:١٠ اختلاف الحديث للشافعى : ١٩٦.

وكذا لو استودع من اثنين ثلاثة، ثم تلف واحد من غير تفريط واشتبه، بخلاف ممتزج الأجزاء.

رددت اليدين على الآخر؛ لأننا لانقضي بالنكول.

واعلم أن قول المصنف: (مع التثبت) تشبهها بأن تكون اليد لها معًا،

قال في الدروس: ويشكل اذا ادعى الثاني النصف مشاعاً، فإنه يقوى القسمة نصفين ويحلف الثاني للاول، وكذا في كل مشاع<sup>(١)</sup>. وما قاله متوجه، وانكر في الـدرـوس ذـكر الأـصـحـابـ اليـمـينـ هـنـاـ<sup>(٢)</sup>، وقد نقلنا عن التذكرة<sup>(٣)</sup> خلافـهـ.

قولـهـ: (وكـذاـ لوـ استـودـعـ منـ اـثـنـيـ ثـلـاثـةـ ثـمـ تـلـفـ وـاحـدـ منـ غـيرـ تـفـريـطـ وـاشـتبـهـ،ـ بـخـلـافـ مـمـتـزـجـ الأـجـزـاءـ).

أـيـ:ـ وـكـذاـ الحـكـمـ لـوـ استـودـعـ شـخـصـ مـثـلـاـ وـمـنـ آـخـرـ دـيـنـارـاـ،ـ ثـمـ اـمـتـزـجـاـ إـمـاـ بـغـيرـ تـفـريـطـ مـنـهـ أـوـ بـاـذـنـ الـمـالـكـيـنـ،ـ ثـمـ تـلـفـ وـاحـدـ بـغـيرـ تـفـريـطـ،ـ وـإـمـاـ اـعـتـبـرـنـاـ عـدـمـ التـفـريـطـ؛ـ لـأـنـهـ مـعـ التـفـريـطـ يـضـمـنـ التـالـفـ فـلـاـ حـاجـةـ إـلـىـ الـقـسـمـةـ.ـ فـأـمـاـ مـعـ عـدـمـهـ؛ـ فـلـاـنـهـ لـاـ ضـمـانـ عـلـيـهـ،ـ وـحـيـئـنـدـ فـيـدـعـ فـيـ صـاحـبـ الـدـيـنـارـيـنـ دـيـنـارـاـ؛ـ لـأـنـ الـآـخـرـ مـعـتـرـفـ لـهـ بـهـ،ـ وـبـيـقـ الـدـيـنـارـ الـآـخـرـ فـيـقـسـمـ بـيـنـهـيـنـاـ نـصـفـيـنـ،ـ لـرـوـاـيـةـ السـكـوـنـيـ عـنـ الصـادـقـ عـلـيـهـ السـلـامـ،ـ عـنـ آـبـائـهـ عـلـيـهـمـ السـلـامـ:ـ بـالـأـمـرـ بـاعـطـاءـ صـاحـبـ الـدـيـنـارـيـنـ دـيـنـارـاـ وـنـصـفـاـ وـلـلـآـخـرـ مـاـ بـقـيـ<sup>(٤)</sup>ـ.

واطلاق الرواية يقتضي دفع ذلك وإن لم تتصادم دعواهما في الدينار، فلذلك لم يحكم باليدين، ولم يذكر المصنف في التذكرة هنا يينا<sup>(٥)</sup>.

وفي الدروس قال: إن الأصحاب لم يذكروا يمينا هنا، وفي التي قبلها، وذكروها في باب الصلح، فجائز أن يكون ذلك الصلح قهرياً وجائز أن يكون

(١) الدروس: ٣٧٩.

(٢) الدروس: ٣٨٠.

(٣) التذكرة ٢: ١٩٥.

(٤) الفقيه ٣: ٢٣، حديث ٦٣، التهذيب ٦: ٢٠٨، حديث ٤٨٣.

(٥) التذكرة ٢: ١٩٥.

وي Bauer الشوبان مع الاشتباه معاً إن لم يكن الانفراد، ويقسط الثن على القيمتين مع التعاسر، فإن بيعا منفردين، فإن تساويا في الثن فلكل مثل صاحبه، وإن تفاوتا فالأقل لصاحبه.

اختياريا، فإن امتنعا فاليمن<sup>(١)</sup>.

قلت: ظاهر الرواية، وکلام الأصحاب أن ذلك قهري، وأنه بغيرين، بل ربما امتنعت اليمن اذا صرخ كل واحد بعدم العلم بعين حقه، قال: ولو قيل بالقرعة أمكن<sup>(٢)</sup>.

وما ذكره متوجه، إلا أن الخروج عما عليه أكثر الأصحاب بعيد. وهذا كله في غير متر济g الأجزاء، وهو متساويا كالمخطة والشیر فانها لو امتزجا مرجأً يرفع الامتیاز، وكان أحدهما قفیزین والآخر قفیزاً، ثم تلف قفیز فان التالف على نسبة المالين.

وكذا الباقي، فيكون لصاحب القفیزین قفیز وثنت، وللآخر ثلثا قفیز، فإن الفرض أن عین أحد الدينارین لاحق لصاحب الدينار فيه.

قوله: (وي Bauer الشوبان مع الاشتباه معاً إن لم يكن الانفراد، ويقسط الثن على القيمتين مع التعاسر فإن بيعا منفردين فإن تساويا في الثن فلكل مثل صاحبه، وإن تفاوتا فالأقل لصاحبه).

روى اسحاق بن عمار، عن الصادق عليه السلام أنه قال في ثوبين أحدهما بعشرين والآخر بثلاثين فاشتبها: «ي Bauerان فيعطي صاحب الثلاثين ثلاثة أحمس الثن، والآخر خمسي الثن، وإن خير أحدهما صاحبه فقد أنصفه»<sup>(٣)</sup> وعمل بضمونها أكثر الأصحاب.

(١) الدروس: ٣٨٠.

(٢) المصدر السابق.

(٣) الفقيه ٣:٢٣ حديث ٦٢، التهذيب ٦:٢٠٨ حديث ٤٨٢.

ولو كان عوض الصلح سقي الزرع، أو الشجر بمائه فالأقرب الجواز مع الضبط، كما في بيع الماء. وكذا لو صاحه على إجراء الماء إلى سطحه أو ساحتة صحيحة، بعد العلم بالوضع الذي يجري الماء منه.

وقال ابن ادريس بالقرعة<sup>(١)</sup> ، ورده المصنف، وحكم بأن التوين إن لم يكن افرادهما بان يباع كل واحد وحده؛ لعدم الراغب في واحد، وتعارض مالكا هما بأن لم يتتساها فيجبر احدهما صاحبه (يباعان ثم يبسط الثمن على القيمتين وإن أمكن بيعاً منفردين. ثم إن تساويَا في الثمن فلكل مثل صاحبه)<sup>(٢)</sup> وهو واضح، وإن تفاوتا فال أقل لصاحب الأقل قيمة عملاً بالظاهر وإن أمكن خلافه؛ لأنه نادر ولا تأثر للنادر في الشرع.

وشيخنا في الدروس -بعد أن حكى مختار المصنف أنه متى أمكن بيعهما منفردين امتنع الاجتماع-. قال: الرواية مطلقة في البيع، ويفيدها أن الاشتباه مظنة تساوي القيمتين<sup>(٣)</sup>.

قلت: فعلى هذا يكون مورد الرواية ما إذا تساوت القيمتان، فيبقى ما إذا تفاوتا خالياً عن النص، فيجب العمل فيه بما ذكره المصنف إذ لا راد له. وقول ابن ادريس بالقرعة وإن كان له وجه، إلا أن مخالفته النص وكلام الأصحاب مشكل.

فإن قلت: الرواية حكاية حال، لأنها حكم في واقعة.

قلت: الظاهر خلافه لعمل الأصحاب بضمونها.

قوله: (ولو كان عوض الصلح سقي الزرع أو الشجر بمائه فالأقرب الجواز مع الضبط كما في بيع الماء).

وجه القرب أنه مال مملوك يقصد نقله فجاز جعله عوضاً للصلح، وحكم

(١) السرائر: ١٧١.

(٢) ما بين القوسين لم يرد في «م».

(٣) الدروس: ٣٧٩.

ويصح جعل الخدمة المضبوطة بالعمل أو الزمان عوضاً، فإن اعتقه صحي، وفي رجوع العبد اشكال، ينشأ: من أن اعتقه لم يصادف الملك سوى الرقبة، فلا يؤثر إلا فيه، كما لو أوصى لرجل برقبته ولآخر بخدمته، فاعتق الأول، ومن اقتضاء العتق زوال الملك عن الرقبة والمنفعة، وقد حال بين العبد والمنفعة، حيث لم تحصل المنفعة للعبد.

الشارح قوله<sup>(١)</sup> بالمنع؛ لأنه فرع البيع ولا يصح بيع الماء،<sup>(٢)</sup> والمقدمتان منوعتان. قوله: (ويصح جعل الخدمة المضبوطة بالعمل أو الزمان عوضاً، فإن اعتقه صحي، وفي رجوع العبد اشكال ينشأ: من أن اعتقه لم يصادف الملك سوى الرقبة، فلا يؤثر إلا فيه، كما لو أوصى لرجل برقبته ولآخر بخدمته، فاعتق الأول، ومن اقتضاء العتق زوال الملك عن الرقبة والمنفعة، وقد حال بين العبد والمنفعة حيث لم تحصل المنفعة للعبد).

أي: يصح الصلح عن شيء مملوك على خدمة العبد، بشرط ضبطها بالعمل كعمارة بيت معين، أو بالزمان كسنة، ووجه الصحة ظاهر، لكن إذا اعتقد العبد في رجوعه على السيد (بعوض هذه المنفعة)<sup>(٢)</sup> اشكال ينشأ: من أن اعتقه لم يصادف في الملك سوى الرقبة فلا يؤثر إلا في ملكها فيزيله.

ومثله ما لو أوصى مالك العبد لشخص برقبة العبد، ولآخر بخدمته، فاعتقه الموصى له بالرقبة، فإنه لا يرجع على تركة الموصى بعوض الخدمة قطعاً لمثل ما قلناه.

ومن أن العتق يقتضي زوال الملك عن الرقبة والمنفعة فتصير مملوكة للعبد، وقد حال بينه وبينها حيث جعلها عوضاً في عقد الصلح فينتقل إلى البدل. ويضعف بأن العتق يزيل الملك عن الرقبة، والمنفعة التي لم يسبق

(١) إياض الفوائد ١٠٩: ٢.

(٢) مابين القوسين لم يرد في «م».

## والراكب أولى من قابض اللجام على رأي، وذو الحمل على الدابة أولى من غيره،

---

استحقاقها على العتق، أما التي سبق استحقاقها فان العتق لم يصادفها في ملك المعتق فكيف يزيل الملك عنها، والأصح الأول.

**قوله:** (والراكب أولى من قابض اللجام على رأي).

أي: لو اختلف قابض جام الدابة وراكبها في ملكها، فالراكب أولى على قول الشيخ في المبسوط وإن احتاط بجعلها بينهما نصفين<sup>(١)</sup>، واختاره نجم الدين<sup>(٢)</sup>، واختار في الخلاف كونها بينهما<sup>(٣)</sup>، وهو مختار ابن ادربيس<sup>(٤)</sup>.

وفي شرح الارشاد: لاشك أن كلاً منها مدع بتفسيرات المدعى ومنكر أيضاً لها، ولكل يد إلا أن يد الراكب تضاف إلى تصرفه، فان ثبت أن التصرف له مدخل في الرجحان رجح به.

أما الترجيح لقوة اليد فلا أثر له؛ لأن قوة سلطان اليد لم تؤثر في ثوب يد أحد المدعين اكثره، وما ذكره حق، والأصح أنها بينهما، لكن بعد أن يخلف كل لصاحبه اذا لم تكن بينة، كما ذكره في التذكرة قال فيها: إنه يبعد تمكين صاحب الدابة غيره من رکوبها وي يكن أخذ اللجام<sup>(٥)</sup>.

قلت: ما ذكره ليس بواضح؛ لأن الركوب واللجام يد المالك أمر سهل واقع كثيراً، نعم لو اختلف لابس الثوب وقابضه فقوية جانب اللباس اظهر؛ لأن الظاهر أنه لا يمكن من لبسه إلا وهو غالب قاهر مستقل باليد، وهذا الذي سبق حكم الدابة، أما اللجام فلمن في يده وكذا السرج للراكب.

**قوله:** (وذو الحمل على الدابة أولى من غيره).

(١) المبسوط ٢: ٢٩٦-٢٩٧.

(٢) شرائع الاسلام ١٢٦: ٢ وقال مع يمينه.

(٣) الخلاف ٢: ٧٥ مسألة ٥ كتاب الصلح.

(٤) السرائر: ١٧.

(٥) التذكرة ٢: ١٩٦.

ويتساویان في الثوب في أيديهما وإن كان في يد أحدهما أكثر، وفي العبد وإن كان لأحدهما عليه ثياب. والأسفل أولى من مدعى الغرفة بسبب فتح الباب إليه، ومع التصرف اشكال.

---

لأن جعل الحمل على الدابة يستدعي كمال الاستيلاء، ويظهر من الدروس المساواة بينه وبين راكب الدابة مع القابض باللجام ولا بس الثوب مع ممسكه<sup>(١)</sup>، وليس كذلك.

قوله: (ويتساویان في الثوب في أيديهما وإن كان في يد أحدهما أكثراً).

لثبوت أصل اليد.

قوله: (وفي العبد وإن كان لأحدهما عليه ثياب).

إذا كان في أيديهما، لأن كون ثياب أحدهما عليه لادخل له في السلطنة، إذ قد يلبسها بغير اذن، أو بمجرد القول، أو عارية ونحو ذلك.

قوله: (والأسفل أولى من مدعى الغرفة بسبب فتح الباب إليه).

لو تنازع صاحب البيت الذي الغرفة إليه، والجار الذي باب الغرفة مفتوح إليه في الغرفة فصاحب البيت أولى؛ لأن الغرفة واقعة في ملكه، فان هواء بيته مملوك له، لأن من ملك القرار ملك الهواء اتفاقاً.

قوله: (ومع التصرف اشكال).

ينشأ: من التصرف المقتضي لليد، وثبتت اليد الذي الهواء باعتبار تبعيته لملكه، وللتوقف مجال . وليس بعيد أن يقال : إن المتصرف ذو دلالة حقيقة، وصاحب السفل لا يد له إلا أن يده إنما هي بالتبعية لليد على القرار، والتبعية لضعفها إنما تشتبt مع عدم ثبوت يد أخرى، فإذا ثبتت يد أخرى وتصرف بالفعل لم يكن هناك يد بالتبعية، وهذا لا يخلو من قوة.

---

ولو صالح أجنبي عن المنكر صح، فإن كان عن دين بإذنه كان توكيلاً، والا تبرعاً في القضاء. وإن كان عن عين بإذنه فكالاول، وبغير اذنه افتداء للمنكر من الخصومة وابراء له من الدعوى، ويرجع بما أداه إن صالح بإذنه.

ولو صالح الأجنبي المدعى لنفسه لتكون المطالبة له صحة ديناً كانت الدعوى أو عيناً.

قوله: (وبغير اذنه افتداء للمنكر من الخصومة، وابراء له من الدعوى).

هذا واحد في المعنى، فإن افتدائـه بالصلـح من الخصـومة يقتضـي ابراءـه لهـ من الدعـوى.

قوله: (ويرجع بما أداه إن صالح بإذنه).

مفهومـه أنهـ لو صالحـ بغيرـ اذنهـ لاـ يرجعـ وإنـ أدىـ بالـاذـنـ،ـ وفيـ المـبـسوـطـ:ـ أنهـ يرجعـ إنـ أدىـ المـالـ بـالـاذـنـ،ـ سـوـاءـ صالحـ بـادـنـهـ أـمـ لاـ<sup>(١)</sup>ـ.ـ وـفـيـ نـظـرـ،ـ فـاـنـهـ إـذـاـ صـالـحـ بـغـيرـ اـذـنـ صـارـ الـمـالـ فـيـ ذـمـةـ الـمـصالـحـ وـبـرـئـ مـنـ عـلـيـهـ الـحـقـ،ـ فـكـيـفـ يـرـجـعـ عـلـيـهـ بـشـيـءـ إـذـاـ أـدـىـ بـالـاذـنـ.

قوله: (ولو صالح الأجنبي المدعى لنفسه لتكون المطالبة له صحة ديناً كانت الدعوى أو عيناً).

إذاـ صالحـ الأـجـنـيـ المـدـعـيـ عـلـيـ ماـ يـسـتـحـقـهـ فـيـ ذـمـةـ الـمـدـعـيـ عـلـيـهـ لـنـفـسـهـ صـحـ الـصـلـحـ،ـ وـتـكـونـ الـمـطـالـبـةـ لـهـ،ـ لـأـنـ الـحـقـ يـنـتـقـلـ حـيـنـئـذـ الـيـهـ.

ولاـ فـرقـ بـيـنـ أـنـ تـكـونـ الـدـعـوىـ دـيـنـاًـ أـوـ عـيـناًـ،ـ وـيـنـبـغـيـ أـنـ يـقـالـ:ـ لـاـ يـخـلـوـ الـحـالـ مـنـ أـنـ يـكـونـ الـمـدـعـيـ عـلـيـهـ مـقـرـأـ أـوـ مـنـكـرـأـ،ـ ثـمـ الـمـصالـحـ إـمـاـ أـنـ يـكـونـ عـالـماـ بـثـبـوتـ الـحـقـ فـيـ ذـمـةـ الـمـدـعـيـ عـلـيـهـ أـوـ لـاـ،ـ فـاـنـ كـاـنـ الـمـدـعـيـ عـلـيـهـ مـقـرـأـ فـلـاـ بـحـثـ فـيـ

صحة صلح الأجنبي لنفسه على كل حال.

ثم إن تمكّن من انتزاع ما صالح عليه فلا بحث، وإن فقد اطلق في الدروس أنه له الفسخ لعدم سلامـة العـوض<sup>(١)</sup>، وفي التحرير اطلق القول بصحة الصـلح اذا كانت الدعـوى دينـاً والغرـيم مـعترـفـاً<sup>(٢)</sup> وحـكـي عن الشـيخ القـول بـثـبـوتـ الفـسـخ لوـكـانـتـ عـيـناًـ والـغـرـيمـ مـعـتـرـفـاً<sup>(٣)</sup>، وـلـمـ يـصـرـحـ بشـيـءـ.

ويحتمـلـ عدمـ ثـبـوتـ الفـسـخـ فيـ وـاحـدـ مـنـ الـمـوـضـعـيـنـ؛ لأنـ الصـلـحـ عـقـدـ مـسـتـقـلـ بـنـفـسـهـ، وـلـيـسـ مـبـنيـاًـ عـلـىـ الـمـكـايـسـةـ وـالـمـغـابـنـةـ، وـهـذـاـ يـصـحـ مـعـ الـجـهـالـةـ، وـعـلـىـ مـاـ لـاـ يـعـدـ مـالـاـ، فـيـجـبـ التـسـكـ بـعـمـومـ (أـوـفـواـ بـالـعـقـودـ)ـ إـلـىـ أـنـ يـدـلـ دـلـيلـ عـلـىـ خـلـافـهـ.

ولـعـلـ الشـيخـ بـنـيـ الفـسـخـ عـلـىـ القـولـ بـأـنـ الصـلـحـ فـرعـ الـبـيـعـ وـإـنـ لمـ يـكـنـ الصـالـحـ عـالـمـاًـ بـثـبـوتـ الـحـقـ فـيـ ذـمـةـ الـمـدـعـىـ عـلـيـهـ وـهـوـ مـنـكـرـ، فـقـدـ مـالـ فـيـ التـحـرـيرـ إـلـىـ عـدـمـ جـوـازـ الصـلـحـ<sup>(٤)</sup>ـ، وـجـوـزـهـ فـيـ الدـرـوـسـ<sup>(٥)</sup>ـ، وـظـاهـرـهـ أـنـ إـذـ لـمـ يـتـمـكـنـ مـنـ اـثـبـاتـ الـحـقـ عـلـيـهـ يـفـسـخـ.

وـفـيـ التـذـكـرـةـ صـرـحـ بـأـنـ جـوـازـ الدـعـوىـ مـنـ الصـالـحـ مـشـرـوـطـ بـعـلـمـ صـدـقـ المـدـعـىـ الصـالـحـ، فـاـنـ لـمـ يـعـلـمـ لـمـ يـجـزـ لـهـ دـعـوىـ شـيـءـ لـاـ يـعـلـمـ ثـبـوـتـهـ<sup>(٦)</sup>ـ.

وـلـقـائـلـ أـنـ يـقـولـ: اـشـتـرـاطـ الدـعـوىـ بـعـلـمـ الـاسـتـحـقـاقـ غـيرـ وـاضـحـ، فـاـنـ الـوارـثـ يـدـعـيـ بـخـطـ مـورـثـهـ، وـالـوـكـيلـ يـدـعـيـ عـنـ موـكـلـهـ، وـقـدـ لـاـ يـعـلـمـانـ الـاسـتـحـقـاقـ. وـكـذـاـ الـمـوـكـلـ قـدـ يـدـعـيـ بـخـطـ وـكـيلـهـ، وـنـحـوـ ذـلـكـ فـيـدـعـيـ عـلـيـهـ أـنـ مـاـلـزـيدـ

(١) الدـرـوـسـ: ٣٧٧ـ.

(٢) تـحـرـيرـ الـأـحـكـامـ: ١ـ ٢٢٩ـ.

(٣) الـمـبـسـطـ: ٢ـ ٢٩٠ـ.

(٤) تـحـرـيرـ الـأـحـكـامـ: ١ـ ٢٢٩ـ.

(٥) الدـرـوـسـ: ٣٧٧ـ.

(٦) التـذـكـرـةـ: ٢ـ ١٩٢ـ.

ولو خرجت أغصان الجار اليه فله قطعها من حد ملكه إن لم يكن  
العطف وإن لم يأذن الحاكم،

عنه صار مستحقاً له بالصلاح، ويطلب منه اليدين مع الانكار وعدم البيينة،  
ولا يضر عدم امكان الرد، أو القضاء بالنكول كما في الوراث، والقيم على الطفل.  
وكذا لقائل أن يقول: لم لا يجوز الصلح على استحقاق الداعي فقط فان  
ذلك حق، ويجوز الصلح على كل حق، لكن يرد عليه حينئذ أنه لو ثبت الحق  
(امتنع اخذه لعدم جريان الصلح عليه).

ويجب بأن الصلح لو جرى على أصل الاستحقاق فان ثبت الحق<sup>(١)</sup>  
أخذه وإلا كان له استحقاق الداعي وطلب اليدين، وبالجملة فيقوم مقام المدعى،  
ولا بعد في ذلك، ويغتفر في الصلح ما لا يغتفر في غيره.  
قوله: (ولو خرجت أغصان الجار اليه فله قطعها من حد ملكه إن  
لم يكن العطف، وإن لم يأذن الحاكم).

أما أن له ذلك؛ فلأن شغله ملكه بغير حق فله تفريح ملكه منها، كما لو  
دخلت بهيمة داره، ولا موجب للتوقف على اذن الحاكم، فان ازالة العدوان عن  
ماله أمر جائز مع التكين، لكن هل يتوقف جواز الإزالة على مطالبة المالك  
وامتناعه؟ يظهر من عبارة التذكرة ذلك<sup>(٢)</sup>.

وفي الدروس: أنه يأمر صاحبها بقطعها، فان امتنع قطعها هو<sup>(٣)</sup>. واطلق  
في التحرير ثبوت الإزالة له<sup>(٤)</sup>، وهو أظهر لأن ازالة العدوان عليه أمر ثابت له  
وتوقفه على اذن الغير ضرر.

ولو توقف على اذن المالك لكان اذا امتنع يتوقف على اذن الحاكم،

(١) مابين القوسين ساقط من «م».

(٢) التذكرة ١٨٩:٢.

(٣) الدروس: ٣٨٤.

(٤) تحرير الأحكام ١٣٦:٢.

فإن صالحه على البقاء على الجدار صح مع تقدير الزيادة، أو انتهائها، والمدة، وكذا على البقاء في الهواء على الأقوى.  
وكذا البحث في العروق الممتدة، والخائط المائل إلى هواء غيره، والخشبة الواقعة على ملك غيره.

ولا يسوغ له التصرف في مال الغير بغير اذنه، واذن من يقوم مقامه مع التمكّن.  
وهل يجب على الجار الإزالة لوطالبه ذو الهواء بها؟ فظاهر التذكرة العدم،  
حيث حكم بأنه لا يجبر إذا امتنع لأنّه من غير فعله، وجعل الاجبار احتمالاً<sup>(١)</sup>.  
وصرح في التحرير بالوجوب ومع الامتناع بالاجبار<sup>(٢)</sup>، وهو المختار.  
ومثله ما لو مال جدار الجار، أو شرب عرق شجرته كما سيأتي، ولو  
قطعها مع امكان العطف ضمن، وهل يضمن المالك أجرة هواء الغير لو مضت  
مدة طويلة؟ لا شبهة في الضمان مع تفريطه ، قاله في الدروس<sup>(٣)</sup> ، وليس له ايقاد  
النار تحت الأغصان لتحترق بل القطع.

قوله: (فإن صالحه على الإبقاء على الجدار صح مع تقدير الزيادة  
أو انتهائها والمدة).

انتهاء الزيادة إنما هو بحسب ظن أهل الخبرة، فإن زادت على خلاف  
الظن فله في الزيادة ما ذكرناه.

قوله: (وكذا على الإبقاء في الهواء على الأقوى).

أي: وكذا يصح الصلح على الإبقاء على الهواء، كما يصح على الإبقاء  
على الجدار، ومنع الشيخ من ذلك معللاً بأنه بيع للهواء من غير قرار<sup>(٤)</sup> ، وهو  
ضعف لأن الصلح عقد مستقل بنفسه.

(١) التذكرة .١٨٩:٢

(٢) تحرير الأحكام .١٣٦:٢

(٣) الدروس : .٣٨٤

(٤) الميسوط .٣٠٣:٢

ويصح الصلح عن المجهول، ديناً كان أو عيناً إذا لم يكن معرفته، كما لو طحن قفيز حنطة وشعير مترجين، ولو علم أحدهما لم يصح إلا أن يعلم صاحبه.

ويصح الصلح عن كل ما يصح أخذ العوض عنه وإن لم يجز بيده، كدم العمد، وسكنى الدار. ولو صالح عن القصاص بعد فخرج مستحقاً أو حراً فالأقرب الرجوع بالقصاص.

**قوله:** (ويصح الصلح عن المجهول، ديناً كان أو عيناً، إذا لم يكن معرفته، كما لو طحن قفيز حنطة وشعير مترجين).

إذا كان مالك كل من الحنطة والشعير غير مالك الآخر فامتنزجاً وطحناً، سواء كان قدر كل منها معلوماً أم لا، صح الصلح لواحد من المالكين مع الآخر مع الجهة، سواء جهالة القدر وجهالة العين.

واعلم أنه لا أثر لجهالة العين أصلاً، فإنه يجوز بيع المشاع إذا كان معلوماً القدر وإن كان خليطه أعلى ومن غير الجنس، وإذا جاز البيع فالصلح أولى، أما مع جهالة القدر فإن البيع لا يجوز ويجوز الصلح.

**قوله:** (ولو علم أحدهما لم يصح إلا أن يعلم صاحبه).

أي: لو علم أحدهما فقط لم يصح؛ لأن في الصلح حينئذ خدعاً، ولرواية علي بن حمزة السالفة<sup>(١)</sup>، فلا بد أن يعلم صاحبه ولو رضي بالصلح كائناً ما كان، قليلاً كان المصالح عليه أو كثيراً جاز.

**قوله:** (ويصح الصلح عن كل ما يصح أخذ العوض عنه وإن لم يجز بيده كدم العمد، وسكنى الدار).

ومثله الصلح عن عيب المبيع، سواء قل العوض أو كثراً.

**قوله:** (ولو صالح عن القصاص بعد فخرج مستحقاً، أو حراً

(١) الكافي ٢٥٩:٥، حديث ٦، الفقيه ٣:٢١، حدیث ٥٤، التهذیب ٢٠٦:٦، حدیث ٤٧٢.

ولو صالح عن القصاص بحر يعلمأن حريته، أو بعد يعلمأن استحقاقه في بطلان استحقاق القصاص، ووجوب الانتقال إلى الديه نظر.

ولا يصح الصلح على ما لا يجوز أخذ العوض عنه، كالصلح مع امرأة لتر له بالزوجية، أو مع شاهد لم يمتنع من إقامة الشهادة، أو عن حد القذف.

فالأقرب الرجوع بالقصاص).

لأنه عقد باطل، فلا يترتب عليه سقوط القصاص، لأن سقوطه حينئذ اثر العقد الصحيح، والباطل لا يترتب عليه أثره. ويحمل ضعيفاً الانتقال إلى القيمة، لتضمن الصلح اسقاط القصاص على مال، فلا يعود القصاص بتعذرها بل ينتقل إلى قيمتها. ويحمل الرجوع إلى الديه، لأن المقدر بالتراضي قد فات فيرجع إلى المقدر الشرعي، وما قربه هو المختار.

قوله: (ولو صالح عن القصاص بحر يعلمأن حريته، أو بعد يعلمأن استحقاقه، في بطلان استحقاق القصاص ووجوب الانتقال إلى الديه نظر).

يتحمل بقاء استحقاق القصاص؛ لأن الصلح باطل، فلا يترتب عليه أثره، ويحمل الرجوع إلى الديه لتضمنه الرضى باسقاط القصاص على عوض، فإذا فات انتقال إلى المقدر الشرعي دون القيمة، لعدم ارادتها، لعلهما بامتناع كون المذكور عوضاً فكيف يراد قيمته.

ويتحمل السقوط لا إلى بدل، لأن التراضي على ما يمتنع كونه عوضاً بمنزلة التراضي على السقوط بغير عوض فيكون ابراء. وكلها ضعيف؛ لأن الباطل لا يؤثر ما تضمنه من الرضى، وارادة المجاز غير معلومة، والأصح بقاء القصاص. قوله: (أو عن حد القذف).

لأنه إن كان حقاً لله تعالى لم يصح الصلح عنه، وإن كان حقاً له

ولو تداعياً جداراً بين ملكيهم وهو في أيديهم فيحكم الذي البينة، فإن فقدت فلمن اتصل به بناؤه مع اليمين، أو من جذعه عليه على رأي، أو

فكذلك؛ لأنه ليس من الحقوق المالية، ولا من توابعها، وإنما شرع لتنزيه<sup>(١)</sup> العرض، فلا يجوز أن يعاوض عن عرضه، ولو صالح عنه لم يسقط الحد؛ لأن الباطل لا أثر له، وهو مقرب التذكرة<sup>(٢)</sup>.

قوله: (ولو تداعياً جداراً بين ملكيهم، وهو في أيديهم فيحكم الذي البينة، فإن فقدت فلمن اتصل به بناؤه مع اليمين....).

إذا تداعياً جداراً بين داريهما، فإما أن يكون متصلةً ببناء أحدهما اتصال توصيف، أي: تداخل الأحجار واللبن على وجه يبعد كونه محدثاً، أو كان له عليه قبة أو غرفة أو سترة أو جذع على ما سيجيء، أو لا يكون لأحدهما شيء من ذلك.

فإن لم يكن لأحدهما شيء من ذلك استوت نسبتها إليه، فهو في أيديهما، فن أقام البينة حكم له به، وإن كان لأحدهما به اتصال فهو صاحب اليد فعليه اليمين مع فقد البينة، ولو كان ذلك لكل منها فالحكم ما ذكره المصنف. لكن قول المصنف: (وهو في أيديهما) على إطلاقه بحيث يتناول ما إذا اتصل به ببناء أحدهما ليس بجيد؛ لأن اليد في هذا القسم لمن اتصل به بناؤه.

وإنما قلنا: أن العبارة تتناول هذا الفرد لقوله: (فيحكم الذي البينة فان فقدت فلمن اتصل به بناؤه) فإنه يقتضي الحكم بالبينة في جميع صور المسألة، ومع فقدها يحكم الذي البناء المتصل، فيكون من صور المسألة.

وفيه شيء آخر، وهو أنه باطلاقه يقتضي الحكم الذي البينة وإن كانت من اتصل بناؤه، المعتمد أن البينة إنما تعتبر من الخارج. قوله: (أو من جذعه عليه على رأي).

(١) في «م»: لتبرئة.

(٢) التذكرة ٢: ١٩٤.

بناؤه، أو عقده، أو قبته، أو سترته.

ولو كان متصلةً بها، أو محلولاً عنها ولا طرح لأحدهما ولا غيره  
فن حلف فهو له مع نكول صاحبه، فإن حلفاً أو نكلاً قضى لها به  
ولا يرجح بالداخل كالطاقات والمحاريب،

---

خالف في ذلك الشيخ، ومنع من كون الجذوع على الجدار سبباً  
للترجح<sup>(١)</sup>، وظن الشارح أن الرأي اشارة إلى قول الشيخ بان القول بالقرعة في  
هذه المسائل قوي<sup>(٢)</sup>. وليس بجيد؛ لأن من جملة المسائل التي قال الشيخ فيها  
بالقرعة ما اذا اتصل به بناؤه، أو عقده، أو قبته. والمصنف جعل الرأي في الجذع  
فقط، حيث قدمه على الباقي، فلا يكون اشارة إلى قول الشيخ هذا.

قوله: (ولو كان متصلةً بها، أو محلولاً عنها ولا طرح لأحدهما،  
ولا غيره فن حلف فهو له مع نكول صاحبه).

المراد بكونه (محلولاً عنها) مقابل كونه (متصلةً بها) والمراد بقوله:  
(لا طرح لأحدهما ولا غيره) أن لا يكون عليه جذوع ونحوها، فلو كان عليه شيء  
من ذلك كانت اليد لصاحب الطرح؛ لثبتت التصرف له، فإذا خلا من ذلك  
كله فن حلف أنه له مع نكول الآخر استحقه.

واعلم أنه لا بد في تصوير المسألة، من أن لا يكون موضع الجدار معلوماً  
كونه لها أو لأحدهما، فإن من كان في ملكه كله أو شيء منه فهو صاحب اليد.  
قوله: (إن حلفاً...).

أي: حلف كل منها أنه له.

قوله: (ولا يرجح بالداخل).

أي: في الجدار.

(١) المبسot ٢٩٦: ٢

(٢) ايضاح الفوائد ١١١: ٢

ولا بالخوارج كالصور والكتابات بمحض أو آجر، ولا بالروازن والشبايك  
وفي رواية يرجح في الشخص بمعاقد قطه.

---

قوله: (ولا بالخوارج).

أي: فيه بحيث يخرج عن سمت وجه الجدار كالنقوش بالمحض والأجر.

قوله: (وفي رواية يرجح في الشخص بمعاقد قطه).

هي رواية عمرو بن شمر، عن جابر، عن أبي جعفر عليه السلام، عن أبيه،  
عن علي عليه السلام: أنه قضى في رجلين اختصما في خص «أن الشخص للذي إليه  
القطم»<sup>(١)</sup> قال الشيخ في النهاية: قالوا: القطم هو الحبل، والشخص هو الذي يكون  
في السواد بين الدور، فكان من إليه الحبل هو أولى من غيره<sup>(٢)</sup>.

وقال في التذكرة: معاقد القطم تكون في الجدران المتخذة من القصب  
وشبهه، وأغلب ما يكون ذلك في السور بين السطوح، فتشد بحبال أو بخيوط،  
وربما جعل عليها خشبة معرضة، ويكون العقد من جانب الوجه المستوي من  
جانب<sup>(٣)</sup>.

ووجه الترجيح مع الرواية، أن الظاهر أن من كانت إليه المعاقد وقف في  
ملكه وعقد وهو المختار. وفي القاموس القطم بالكسر: حبل يشد به  
الأشخاص<sup>(٤)</sup>، وفي نهاية ابن الأثير: القطم جمع قاط: وهي الشرط التي يشد بها  
الشخص ويوثق من ليف أو خوص أو غيرهما، وmutaqatil لصاحب الشخص.  
والشخص: البيت الذي يعمل من القصب، هكذا قال المهوبي بالضم،  
وقال الجوهري: القطم بالكسر كأنه عنده واحد<sup>(٥)</sup>، هذا آخر كلام ابن الأثير.

---

(١) الفقيه ٥٧:٣ حديث ١٩٧.

(٢) النهاية: ٣٥١.

(٣) التذكرة ١٩١:٢.

(٤) القاموس المحيط (قط) ٣٨٢:٢.

(٥) النهاية: ٤: ١٠٨-١٠٩.

ولو شهدت البينة لأحدهما بالملك صار صاحب يد في الاس.  
ويحكم لصاحب الأسفل بجدران البيت مع اليدين، ولصاحب  
العلو بجدران الغرفة، أما السقف فإن لم يكن احداثه بعد بناء العلو  
كالازج الذي لا يمكن عقده على وسط الجدار بعد امتداده في العلو فهو  
لصاحب السفل؛ لاتصاله ببنائه على الترصيف،

---

ومثله ذكر الزمخشري في الفائق<sup>(١)</sup>.

قوله: (ولو شهدت لأحدهما البينة صار صاحب يد في الأسس).  
الظاهر أن المراد به مكان الأساس؛ لأن الأساس - وهو المستتر من المأهاط -  
داخل في شهادة البينة بكون الجدار له، فلا معنى لحصول اليد فيه بالبينة.  
قوله: (ويحكم لصاحب الأسفل بجدران البيت مع اليدين،  
ولصاحب العلو بجدران الغرفة).

أي: مع اليدين، نظراً إلى ما يبيده كل واحد منها، فإن جدران البيت جزءه  
وجدران الغرفة جزؤها، وهذا إنما هو مع عدم البينة.

قوله: (أما السقف فإن لم يكن احداثه بعد بناء العلو، كالازج  
الذي لا يمكن عقده على وسط الجدار بعد امتداده في العلو فهو لصاحب  
السفل، لاتصاله ببنائه على الترصيف).

الازج: بناء معروف يعقد فوق الجدران بالجص والآجر غالباً، ولا ريب  
أن هذا النوع من البناء إنما يفعل قبل امتداد الجدار في العلو؛ لأنه لا بد من اخراج  
بعض الأجزاء، ونحوه عن سمت وجه الجدار عند قرب محل العقد، ليكون حاملاً  
للعقد، فيحصل الترصيف بين السقف والجدران، وهو دخول آلات البناء من كل  
منها في الآخر، وذلك دليل على أنه لصاحب الأسفل، فإن اتصاله ببنائه اقتضى  
كون اليد له.

---

وإن كان بحيث يمكن أحدهاته كجذع يثبت له في وسط الجدار، ويجعل البيت بيتين، فهما مشتركان فيه فيحتمل التسوية؛ لأنه أرض لصاحب العلو، وسماء لصاحب السفل، واحتياص الأول والثاني.

فلو تنازع صاحب البيوت السفل وصاحب العلو في العرصة، فإن كان المرق في صدر الخان تساويًا في المسلك إلى العلو، واحتياص الأسفل

قوله: (وإن كان بحيث يمكن أحدهاته كجذع يثبت له في وسط الجدار، ويجعل البيت بيتين فهما مشتركان فيه، فيحتمل التسوية؛ لأنه أرض لصاحب العلو وسماء لصاحب السفل، واحتياص الأول والثاني).

أي: ويحتمل احتياص الأول به - وهو صاحب العلو - لأنه متصرف فيه دون الآخر، ولا نهَا متصادقان على أن الغرفة للأعلى، ويستحيل وجودها بدون أرض، بخلاف السفل فإنه يتصور بغير سقف وإن كان خلاف الغالب، وكونه سماء له لا يقتضي كونه ملكاً له ولا تحت يده.

ويحتمل احتياص الثاني به - وهو صاحب السفل - لشدة احتياجه إليه، ولأن الغرفة على البيت فلا تتحقق إلا بعده، والبيت لا يتم إلا بالسقف. وفيه نظر؛ لأن ذلك هو الغالب، ولا احتياص صاحب العلو بالتصرف، وعدم ثبوت ما يقتضي اليد لصاحب السفل، والأصل الثاني.

وذهب الشيخ في المسوط والخلاف إلى القرعة<sup>(١)</sup>، وما اخترناه هو المعتمد. وأعلم أن عبارة المصنف غير جيدة؛ لأن تفريغه احتمال التسوية واحتمال الاختصاص لكل منها على اشتراكيها فيه معلوم الفساد.

قوله: (ولو تنازع صاحب البيوت السفل وصاحب العلو في العرصة، فإن كان المرق في صدر الخان تساويًا في المسلك إلى العلو).

(١) المسوط ٢: ٣٠٠، والخلاف ٢: ٧٦ مسألة ٨ كتاب الصلح.

بالباقي. ولو كان في الدهلين، أو في أول الباب فن أول الباب إلى المرق بينهما، والباقي للأسفل.

ولو خرج المرق عن خطبة الخان فالعرصه بأجمعها للأسفل، ويقضى بالدرجة لصاحب العلو، ويتساويان في الخزانة تحتها، كل ذلك مع اليدين.

المراد بصدر الخان: نهايته في السعة، وهو آخر خطته في الجهة المقابلة للباب، وإنما تساويا في المسلك لأنه طريق لكل واحد منها إلى ملكه، فتكون اليد لها. واحتمل في الدروس الاشتراك بينها في العرصه؛ لأن صاحب الأعلى لا يكلف المرور على خط مستوي<sup>(١)</sup>، وفيه ما فيه.

قوله: (ولو كان في الدهلين، أو في أول الباب فن أول الباب إلى المرق بينهما، والباقي للأسفل).

الاشتراك إنما يأتي في الصورة الأولى، إذ المرق في الثانية في أول الباب، ويمكن أن يقال: لابد من الباب والصعود في المرق، فالاشتراك إلى أول المرق.

قوله: (ويتساويان في الخزانة تحتها).

لأن كلاً منها له شاهد بالملك، إذ الظاهر أن الدرج لصاحب العلو فيكون مكانه له، لأن الهواء تابع للقرار، وكذا الظاهر أن الخزانة كسائر البيوت السفلى، وهي متصلة بملك الأسفل.

واحتمل في التذكرة اختصاص الأعلى بها، واحتصاص الأسفل، والقول بالشركة هو المختار<sup>(٢)</sup>. والخزانة بالكسر ككتابة قاله في القاموس<sup>(٣)</sup>.

قوله: (كل ذلك مع اليدين).

أي: في جميع المسائل، سواء التي جعلناها معاً صاحب يد، والتي رجحنا

(١) الدروس: ٣٨٥.

(٢) التذكرة ٢: ١٩١-١٩٢.

(٣) القاموس الحيط (خزن) ٤: ٢١٩.

والمسناة بين الملکین كالجدار.

---

فيها واحداً، فان اليدين على صاحب اليد لأنه المنكر.

قوله: (والمسناة بين الملکین...).

المسناة اكبر من المرز.

\* \* \*

## فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
	الذين
٧	كرهة الاستدانة اختياراً
٩	كرهة نزول صاحب الدين على المدين
١٠	عدم جواز مطالبة المدين لو التجأ إلى الحرم
١١	وجوب السعي في قضاء الدين
١٢	حكم صلاة المدين في أول وقتها مع مطالبة صاحب الدين
١٥	حكم ما لو غاب صاحب الدين أو توفي
١٦	حكم ما لو استدانت الزوجة النفقة الواجبة
١٨	حكم بيع الدين
١٩	عدم جواز بيع أرزاق السلطان قبل قبضها
١٩	أفضلية القرض على الصدقة
٢٠	لابد في القرض من إيجاب وقبول
٢١	حكم ما لو شرط شرطاً في عقد القرض
٢٤	صحة القرض في كل ما ينضبط وصفه وقدره
٢٥	جواز اقتراض الجواري الالائى
٢٥	حكم اشتراط الأجل في القرض
٢٨	حكم ما لو قال: ملكتك ولم يقيده برد العوض
٢٩	حكم ما لوردة المقترض العين في المثل وغیره وقد رخصت

- ٣٠ حكم مطالبة المقرض المفترض حالاً بالجميع وإن أفرضه تفاريق، أو بالعكس
- ٣١ حكم وطء المفترض الجاري المفترضة
- ٣٢ عدم صحة إقراض المجهول وزنه أو عدده أو كيله
- ٣٢ إنصراف إطلاق القرض إلى أداء المثل في مكانه
- ٣٥ حكم مالو دفع ما افترضه ثمناً عن سلعة اشتراها من المقرض فخرج الثمن زيفاً
- ٣٦ حكم مالو قال المقرض: إذا مُثُّلت فأنت في حل
- ٣٦ لو افترض ذمي من مثله خمراً ثم أسلم أحد هما
- ٣٧ لو دفع المديون أعواضاً على التفاريق من غير جنس الدين قصاءً ثم تغيرت أسعار
- ٣٨ جواز بيع الدين بعد حلوله على الغرم وغيره
- ٣٩ عدم وجوب دفع المؤجل قبل الأجل وعدم وجوب أخذه إن تبع به الآخذ
- ٤١ لو افترض دراهم ثم أسقطها السلطان

### الرهن

- ٤٤ تعريف الرهن
- ٤٥ صيغة عقد الرهن، وما يتعلق بها من أحكام
- ٤٨ الشرائط التي يجب توفرها في العين المرهونة
- ٤٩ مالاً يصح رهنه
- ٥٤ صحة رهن الأم دون ولدها
- ٥٦ صحة رهن المشاع أو بعضه على الشريك وغيره
- ٥٧ صحة رهن المرتد والجاني عمداً وخطأ
- ٥٩ حكم رهن ما يسع إليه الفساد قبل الأجل
- ٦١ حكم مالو رهن عصيراً فصار خمراً في يد المرهن
- ٦٣ جواز استعارة المال لرهنه
- ٦٩ عدم صحة رهن المجهول
- ٧٠ لو غصب عليناً ثم رهناها فتبين أن مالكها
- ٧١ حكم ما لورهن ماله الرجوع فيه قبله
- ٧١ لو رهن الوارث التركة وهناك دين

٧٢	ما يشترط توفره في الموجب والقابل
٧٣	حكم ما لو تعدد المرهن واحد العقد من الواحد
٧٩	حكم ما لو تصرف الراهن بالعين المرهونة
٨٣	لوباع الراهن العين فطلب المرهن الشفعة
٨٥	جواز اشتراط المرهن الوكالة في العقد لنفسه
٨٧	ما يشترط توفره في الحق
٩٠	حكم ما لو شرك بين الرهن وسبب الدين في العقد
٩٢	ما يجوز رهنه من الأموال وما لا يجوز
٩٣	هل القبض شرط في الرهن أم لا؟ وما يتعلق بهذه المسألة من أحكام
٩٦	حكم الضمان فيما لوباع من المستودع
٩٨	حكم الضمان فيما لوأودع الغاصب أو آجره
١٠١	عدم جواز جبر الراهن على الإقاض
١٠٤	حكم التصرف الذي يزيل الملك قبل القبض
١٠٤	لو كان الرهن خلاً أو عصيراً فانقلب خمراً قبل القبض، أو بعده
١٠٦	حكم رهن الغائب
١٠٧	حكم رهن المشاع
١٠٩	لو حجر على الراهن لفلس بعد العقد وقبل إقاض الرهن
١١٠	لو تلف بعض الرهن قبل القبض
١١١	جواز جعل الرهن على يد عدلين، وما يتعلق بهذه المسألة من أحكام
١٢١	لو خرج الرهن مستحقةً
١٢٤	لو تلفت العين المرهونة ثم بانت مستحقة
١٢٩	حكم ما لو مات المرهن ولم يعلم الرهن
١٣١	لو وطأ المرهن الأمة المرهونة
١٣٢	لو شرط الراهن كون الرهن مبيعاً عند تعدد الأداء
١٣٣	ما يدخل في العين المرهونة بالتبعية وما لا يدخل
١٣٤	حكم ما لو رهن ما يمتزج بغيره
١٣٥	حكم جنائية العبد المرهون
١٣٩	لو اتحد مرهن العبد الجاني والجني عليه وتغيير الدين

١٤٢	لو تغيرت العين المرهونة
١٤٣.	حكم ما لو كانت العين المرهونة مغصوبة
١٤٤	لو نكل الغريم
١٤٧	حكم ما لو أدى الراهن بعض الدين
١٤٧	لو كان الرهن عبدين
١٤٩	في ما إذا وكلَّ الراهن المرهن ببيع العين المرهونة
١٥١	لو اختلف الراهن والمرهن في عقد الرهن
١٥١	لو ادعى المرهن دخول النخل في رهن الأرض
١٥٢	لو ادعى المرهن على مالكي العبد رهن عبدهما
١٥٣	لو ادعى اثنان على واحد رهن عبديه عندهما
١٥٤	لو اختلفا في العين هل هي رهن أم وديعة
١٥٥	لو اختلفا في تعين العين المرهونة
١٥٩	حكم ما لو كان التداعي في الإبراء
١٦٤	لو جنى العبد المرهون

### الحجر

١٨٠	معنى الحجر وأسبابه:
-----	---------------------

### الصغر

١٨٠	أسباب زوال الحجر عن الصبي
١٨٣	معنى الرشد
١٨٣	عدم اعتبار العدالة في زوال الحجر
١٨٤	ما يختبر به الصغير لمعرفة رشده
١٨٧	أولياء الطفل
١٨٧	كيفية تصرف الولي في مال الطفل

### الجنون والسلفه

١٩٤	منع الجنون من كل التصرفات، وانتقال أمره إلى الولي
-----	---

١٩٥

تعريف السفيه

١٩٦

توقف الحجر على السفيه على حكم الحاكم

١٩٧

حكم معاملات السفيه بعد صدور الحجر عليه

٢٠٠

ما يصح من السفيه بعد صدور الحجر عليه

### الرق

٢٠٣

منع الملوك من التصرف في نفسه أو ما في يده إلا بإذن مولاه عدا الطلاق

٢٠٧

حكم استباحة العبد البعض

٢٠٧

جواز فعل كل ما يتعلق بالتجارة إن أذن له السيد

٢٠٩

حكم انزال العبد بالإبقاء

٢٠٩

حكم اقرار العبد بديون المعاملة

٢١٠

ما يثبت به اذن السيد لعبدة بالتجارة

٢١١

في ما لو ادعى العبد المأذون بالتجارة الحجر

### المرض

٢١٤

يمجر على المريض في التبرعات

٢١٤

حكم اقرار المريض بحقوق عليه

٢١٥

حكم إلحاق مال المسلم والجناية بالدين الذي على المريض

٢١٦

تعلق الدين بأصل التركة لا بالثلث

٢١٨

لو استغرق الدين التركة، وعدمه

٢١٩

لو تصرف الوارث بالتركة ثم ظهر دين على الميت

٢٢٢

حكم تعلق الديمة بالتركة

### الفلس

٢٢٢

تعريف المفلس لغة

٢٢٣

تعريف المفلس شرعاً

٢٢٣

شروط الحجر بسبب الفلس

٢٢٥

حجر المحاكم على المفلس لديون المجانين والأيتام والسفهاء

٢٢٥	لو كانت بعض الديون مؤجلة
٢٢٥	لو ساوي المال الديون
٢٢٦	ما يمنع منه المفلس من التصرفات وما لا يمنع
٢٣٣	لو أقر المفلس بتدين سابق على الحجر أو لاحق له
٢٣٥	لو أقر المفلس بعين مال بيده لشخص
٢٣٧	لو ادعى أجنبي شراء عين بيد المفلس قبل الحجر
٢٣٧	لو قال المفلس عن مال بيده: هذا مضاربة
٢٣٩	حكم أجرة الكيال والوزان، والحمّال وما يتعلق بمصلحة الحجر
٢٤٠	ذكر بعض التصرفات التي لا يُمنع منها المفلس
٢٤٥	كيفية بيع مال المفلس وقسمته
٢٤٩	عدم بيع دار السكني والخادم
٢٥٠	حكم نفقة المفلس وعياله
٢٥١	لو ظهر بعد القسمة غريم
٢٥٤	لو خرج المبيع مستحقاً
٢٥٦	حكم بيع أم ولد المفلس
٢٦٠	لو وجد الغريم عين ماله عند المفلس
٢٦٢	ما يشترط توفره في العوض
٢٦٤	ما يشترط توفره في المعاوضة
٢٧١	ما يشترط توفره في المعوض
٢٩٨	ما يتعلق بحبس المفلس
٣٠٢	لو أفلس المشتري بعد جنائية العبد
٣٠٣	لو كان المبيع شخصاً مشفوعاً وأفلس المشتري
٣٠٥	لو كان المبيع صيداً فأحرم البائع وأفلس المشتري

### الضممان

تعريف الضمان ..... ٣٠٨

الضممان بالمال

## فهرس الموضوعات .....

٤٦١	صيغة الضمان وما يتعلق بها من أحكام
٣٠٩	ما يشترط توفره في الضامن
٣١١	ما يتعلق بأحكام المضمون عنه
٣١٧	ما يتعلق بأحكام المضمون له
٣١٨	ما يتعلق بأحكام المضمون به
٣١٩	حكم ما لو أبدأ المستحق المديون أو الضامن
٣٢٨	لومات الضامن أو المديون
٣٢٩	صحة ترامي الضمان ودوره، وشروط الأداء من مال بعينه
٣٣١	لو بيع متعلق الضمان بأقل من قيمته
٣٣٤	لو أدى شخص دين غيره من غير ضمان
٣٣٥	أحكام تتعلق بمصلحة الضامن
٣٣٧	لو أخذ الشفيع بالشفعية وكان المبيع شعضاً
٣٣٩	لو كان الضامن اثنين
٣٤١	لو ضمن كل من المديونين ما على صاحبه
٣٤٢	لو أطلق المضمون له الإبراء
٣٤٥	لو أنكر الضامن الضمان
٣٤٧	لو أنكر المستحق دفع الضامن
٣٤٨	

## الحالة

٣٥٧	تعريف الحالة وشروطها
٣٥٩	عدم اشتراط شغل ذمة المحال عليه بدلاً للمحيل
٣٥٩	عدم وجوب قبول الحالة وإن كانت على ملي
٣٦٠	الحالة نافلة
٣٦١	صحة الحالة على من ليس عليه حق أو عليه مخالف
٣٦٢	صحة ترامي الحالات ودورها
٣٦٢	بعض المصاديق التي تصح بها الحالة
٣٦٣	لو قضى المحيل الدين بمسألة الحال عليه
٣٦٤	لو احتال البائع ثم ردت السلعة بعيوب سابق

- لو أحال البائع بثمن العبد على المشتري  
لواختلف الحيل والمحтал بعد اجراء لفظ الحوالة والقبض  
حكم ما لو شرط في الحوالة القبض بعد مدة  
لو أحال البرئ على مشغول الذمة
- ٣٧٣  
٣٧٩  
٣٨٣  
٣٨٣

### الكفالة

- تعريف الكفالة  
ما يشترط في الكفالة  
صحة الكفالة حالة ومؤجلة  
من تصح كفالته  
ما يخرج به الكفيل عن العهدة  
لو امتنع الكفيل من احضار المكفول  
لومات المكفول له  
لو أطلق شخص غريباً من يد صاحب الحق  
لو تنازع الكفيل والمكفول له بعد صدور الكفالة  
لو تكفل اثنان برجل فمسئلته أحدهما  
لو ادعى الكفيل إبراء المكفول له  
صحة ترامي الكفالات  
لو عبر الكفيل عن الكفالة بكفالة جزء من جسم المكفول  
حكم ما لو هرب المكفول أو غاب غيبة منقطعة  
وجوب حضور المكفول مع الكفيل عند الطلب  
لو كانت الكفالة بين ذميين لمديون بخمر وأسلم الكفيل، أو أحد الغربيين  
لو خيف على السفينة الغرق فألقى بعض الركبان متاعه  
حكم انتقال حق الكفالة الى الوارث
- ٣٨٤  
٣٨٥  
٣٨٦  
٣٨٨  
٣٩٠  
٣٩٢  
٣٩٤  
٣٩٤  
٣٩٥  
٣٩٦  
٣٩٦  
٣٩٧  
٣٩٧  
٣٩٩  
٤٠٠  
٤٠١  
٤٠٣  
٤٠٦

### الصلح

- تعريف الصلح  
صحة الصلح على الإقرار والإنكار
- ٤٠٨  
٤١٠

٤١٠	ما يشترط في الصلح
٤١١	لو صالح على عين بأخرى من الربويات
٤١٢	حكم مصالحة دين بدين مثله
٤١٣	صحة مصالحة الشريكان
٤١٣	حكم مصالحة الدنانير بدراهم
٤١٤	لو ظهر استحقاق أحد العوضين
٤١٥	صحة الصلح على العين والمنفعة
٤١٥	ما يجوز اخراجه ونصبه في الطرق النافذة
٤١٧	ما يتعلق بذوي الدارين المتلاصقتين في دربين مرفوعين
٤٢١	جواز جعل الدار اثنين وفتح باب للدار المستحدثة
٤٢٢	أحكام تتعلق بالجدار المختص لأحد الدارين المتلاصقتين
٤٢٣	أحكام تتعلق بالجدار المشترك بين الدارين المتلاصقتين
٤٣٠	أحكام تتعلق بالسقف المشترك
٤٣١	ثلاثة فروع تتعلق بالباب
٤٣٢	أحكام متعددة تتعلق بالتنازع
٤٥٥	فهرس الموضوعات



