

الفتح الرابع

المختصر في الشريعة

القضية الكبرى والتكبير القسوة
بحال الذين ماتوا من عهد الله السيور واليه
الترجمة سنة ١٢٦٦ هـ

تصنيف
السيد عبد اللطيف الحسيني الكوه كرمي

بإتمام
السيد محمود المرعشي

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY

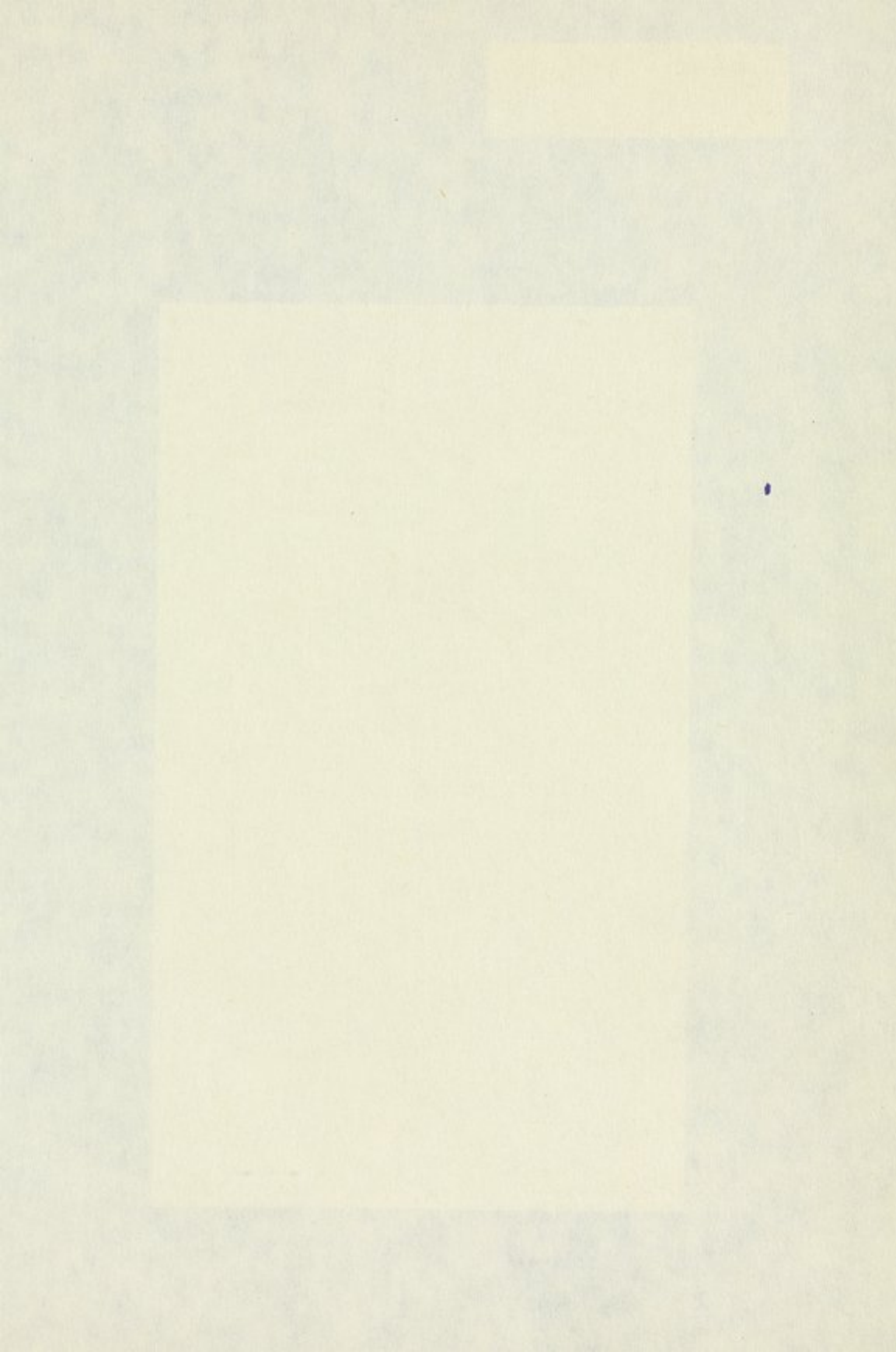


32101 015249228

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY

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

--	--



Suyuti

من مخطوطات
مكتبة آية الله المرعشي العامية

هدیه از کتابخانه عمومی آية الله العظمى
مرعشی نجفی قم یکتا بخانه

۱۳۵

الْبَيْضُوحُ الرَّابِعُ

مُخْتَصَرُ الشَّرْحِ

الفقيه الكبير والتكلم التحريز

بحال الذين مقادير عبد الله السيوري الحلي

من ايشان مستنساها من ايامه في النوقل سنة ٨٢٦ هجرية

في سنة ١٢٠٠ هجرية في دارالعلم في طهران

في سنة ١٢٠٠ هجرية في دارالعلم في طهران

(الجزء الثاني)

في سنة ١٢٠٠ هجرية في دارالعلم في طهران

(٠٠٠٢)

تحقيق

في سنة ١٣٠٠ هجرية في طهران

باهتمام

السيد محمود المرعشي

السيد عبد اللطيف الحسيني الكوه كرمي

2276

.065

.389

جزء 2

كتاب التفتيح

كتاب التفتيح

كتاب : التفتيح الرائع لمختصر الشرائع

تأليف : الفاضل المقداد بن عبدالله السيوري

نشر : مكتبة آية الله المرعشي

طبع : مطبعة الخيام - قم

العدد : (٢٠٠٠)

التاريخ : ١٤٠٤ هـ

الطبعة : الاولى



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب التجارة ، وفيه فصول :

الفصل الاول : فيما يكتسب به

كتاب التجارة ، وفيه فصول : الفصل الاول فيما يكتسب به

قد تقدم تعريف التجارة^(١) وأنها عقد معاوضة مالية محضة للاكتساب . وقيل هي انتقال عين مملوكة من شخص الى آخر بعوض مقدر على جهة التراضي للاكتساب .

فعلى التعريف الاول يكون بين البيع والتجارة عموم من وجه ، يجتمعان في البيع للاعيان المقصود بها التكسب ، ويصدق البيع بدونها كما في تملك أعيان القنية ، ويصدق التجارة بدون البيع كما في التكسب بالمنافع .

وعلى الثاني يكون بينهما عموم مطلق ، فان البيع أعم من أن يقصد به التكسب أو القنية أو الصدقة أو الاكل وغير ذلك . والتجارة هو الاول لاغير . والاكتساب اما أن يكون من جهة البائع والمشتري أو من جهة أحدهما ، فان كان الاول كان مال تجارة من الطرفين ، ويستحب فيه الزكاة ويثبت فيه أحكام

(١) راجع اول باب الزكاة : وهو ان المراد به مملك بعقد معاوضة مالية للاكتساب

عند التملك .

والمحرم منه انواع:

مال التجارة . وان كان الثاني كان مال تجارة بالنسبة الى أحدهما دون الاخر .
ثم التكبس فيه فضل كثير ، قال النبي صلى الله عليه وآله وسلم : الكاد على
عياله كالمجاهد في سبيل الله^(١) . وغير ذلك من الاخبار .

قوله : والمحرم منه انواع

اعلم أن التجارة تنقسم بانقسام الاحكام الخمسة :

« ١ » الواجب ، وهو ما اضطر الانسان اليه في معاشه ، فانه خلق لا كغيره
من الحيوانات بل يفترق الى المأكل والملبس والمسكن ، فاذا لم يحصل الا
بالمعاوضة وجب حصولها بالعقود الشرعية واذا غلب على ظنه البقاء مدة متطاولة
وعلم عدم تسكنه من التجارة وقتاً آخر وجب عليه التجارة في هذا الوقت لتحصيل
ما يحتاج اليه في تلك المدة .

ولا يجوز له ترك السعي اعتماداً على التوكل ، ولا سؤال الخلق مع تمكنه
من السعي ، لان الصدقة الواجبة تحرم عليه والمندوبة تكره .
ولولم يتمكن من السعي وجب السؤال ولم يجز الاتكال .

« ٢ » المندوب ، وهو ما لم يضطر اليه بل قصد التوسعة على العيال أو اعانة
ذوي الحاجة ، وعلم أو ظن عدم حصول هذين الا بالسعي ، فانه يستحب له حينئذ .

« ٣ » المباح ، وهو ما لم يضطر اليه ولا قصد به التوسعة والاعانة بل مجرد
التزيد في المال ولم يشمل على جهة من جهات القبح ، فان ذلك يكون مباحاً .

« ٤ » المكروه ، وهو ما اشتمل على نهي الشرع عنه نهي تنزيه وسيأتي .

« ٥ » المحرم ، وهو ما نهى الشارع عنه مانعاً من نقيضه ، وذلك اما لا يبيته
أي وجوده - كالبيع من المعتكف والبيع بعد النداء للجمعة ، أو لغايته كالتجارة

(١) الكافي ٥/٨٨ ، الوسائل ١٢/٤٢ .

(الاول) الاعيان النجسة ، كالخمر ، والانبذة والفقاع ،
والميتة ، والدم ، والارواث ، والابوال مما لا يؤكل لحمة .
وقيل بالمنع من الابوال مما لا يؤكل لحمة ، وقيل بالمنع من
الابوال الا ابوال الابل ، والخنزير والكلاب عدا كلب الصيد .

لتكسب ما يشرب به الخمر أو يقارف^(١) به المعاصي ، أو لموضوعه كالتجارة في
الاعيان المحرمة وما لا ينتفع به وما هو مشتمل على نوع من الضرر، وغير ذلك .
ولم يذكر المصنف القسمين الاولين هنا : أما الاول فلنقدمه في باب الجمعة
والاعتكاف ، وأما الثاني فاعتماداً على ما تقرر في الاصول من تحريم الوسائل
بتحريم المقاصد . واقتصر على الثالث .

قوله : الاول الاعيان النجسة كالخمر والانبذة

انما حرم بيعها لانها محرمة الانتفاع وكل محرمة الانتفاع لا يصح بيعه : أما
الصغرى فاجماعية ، وأما الكبرى فلقول النبي صلى الله عليه وآله وسلم « لعن
الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فباعوها »^(٢)، علل استحقاق اللعنة ببيع المحرم
فيتعدى الى كل محرمة الانتفاع به ، ولما رواه ابن عباس عن النبي صلى الله عليه
وآله وسلم : ان الله اذا حرم شيئاً حرم ثمنه^(٣) .

قول : وقيل بالمنع من الابوال الا ابوال الابل

هذا قول الشيخ رحمه الله ، وعلل ذلك باستحباثها وعدم الانتفاع بها بخلاف

- (١) قرف لاهله من باب ضرب واقترب : وهو ما استفدت من مال حلال او حرام .
- (٢) سنن ابن ماجه ٧٣٢/٢ ، سنن الترمذى ٥٩١/٣ وفيهما : قاتل الله اليهود ان الله
حرم عليهم الشحوم فأجملوه ثم باعوه فأكلوا ثمنه ، وسنن البيهقي ١٣/٦ ، كنز العمال ٨٠/٤ .
- (٣) الخلاف ٢٢٥/١ ط طهران ١٣٧٠ ، كنز العمال ٨٠/٤ .

وفى كلب الماشية والحائط والزرع قولان ،

أبوال ابل ، فانه ورد الاذن بالانتفاع بها ، كما روي أن أهل عرنة شكوا الى النبي « ص » الجوع والمرض فمنحهم ابلا وقال : : كلوا من ألبانها واستشفوا بأبوالها ، فأخذوها وهربوا ، فطلبهم النبي صلى الله عليه وآله وسلم وأخذهم ومثل بهم^(١) .

وقال المرتضى وابن ادريس بجواز بيع أبوال مايؤ كل لحمه ، لانها أعيان طاهرة ينتفع بها انتفاعاً محللاً فجاز بيعها ، أما الطهارة فلاجماع الاصحاب وأما الانتفاع فلانه التقدير ، وأما جواز البيع حينئذ فلان المانع ليس الانتجاسة وعدم الانتفاع والفرص عدمهما .

وهل حكم العذرات حكم الابوال ؟ الحق أنه لافرق بينهما ، لما عللنا به . وهو مذهب الشيخ في الخلاف وابن ادريس والعلامة في المختلف .

ومنع المفيد وسلار بيع العذرة والابوال كلها ابوال ابل ، لسرواية يعقوب بن شعيب عن الصادق عليه السلام أنه قال : ثمن العذرة من السحت^(٢) .
أجاب الشيخ بحملها على عذرة الانسان لنجاستها ، لما رواه محمد بن مضارب عن الصادق عليه السلام قال : لا بأس ببيع العذرة^(٣) .

قوله : وفى كلب الماشية والحائط والزرع قولان

منع الشيخان من بيع هذه الثلاثة ، وتبعهما القاضي ، لما رواه الوليد

(١) سنن ابن ماجه ١١٥٨/٢ ، سنن الترمذى ٢٨١/٤ وفيهما : ان اناساً من عرنة قدموا المدينة فاجتووها ، فبعثهم النبي صلى الله عليه وآله وسلم فى ابل الصدقة وقال : اشربوا من أبوالها وألبانها . اللفظ للترمذى .

(٢) التهذيب ٣٧٢/٦ ، الاستبصار ٥٦/٣ ، الوسائل ١٢٦/١٢ .

(٣) التهذيب ٣٧٢/٦ ، الاستبصار ٥٦/٣ ، الوسائل ١٢٦/١٢ .

والمائعات النجسة عدا الدهن لفائدة الاستصباح .

العماري قال : سألت الصادق عليه السلام عن ثمن الكلب الذي لا يصيد . فقال : سحت^(١) . ومثله رواه السكوني^(٢) .

وأجيب بضعف السند وعدم عموم لفظ « الكلب » فيهما ، فيحمل على كلب الهراش .

والحق جواز بيعها كما هو مذهب ابن الجنيد وابن ادريس وابن حمزة ، واختاره العلامة لان العلة المبيحة لبيع كلب الصيد هي الانتفاع المحلل ، وهو حاصل هنا عملاً بالمقتضي وانتفاء المانع ، ولاصالة الاباحة ، ولان لها ديات مقدرة شرعاً .

ويجوز اجارتها باتفاق الشيخ أيضاً فيجوز البيع لعدم الفارق . وأيضاً قال الشيخ في المبسوط : وروي جواز بيع كلب الماشية والحائط . ومثله لا يرسل الاعن ثقة .

قوله : والمائعات النجسة عدا الدهن لفائدة الاستصباح

المائعات التي عرض لها النجاسة اما أن يكون دهنأ أو غيره، والاول يجوز بيعه لفائدة الاستصباح به تحت السماء ، والثاني اما أن يكون قابلاً للتطهير أولاً والاول يجوز بيعه أيضاً ، والثاني لا يجوز .

نعم يشترط في جواز البيع في الاولين الاعلام للمشتري بذلك ، ومع عدم اعلامه يكون قد فعل حراماً والعقد صحيح ويملك البائع الثمن .

(١) الكافي ١٢٧/٥ ، التهذيب ٣٦٧/٦ ، الوسائل ٨٣/١٢ وفي الاخير : محمد بن الحسن عن احمد بن ابي عبدالله عن محمد بن علي عن عبدالرحمن بن القاسم عن القاسم ابن الوليد عن الوليد العماري قال : سألت . . . وليس « الوليد العماري » في التهذيب .

(٢) الكافي ١٢٦/٥ .

ولا يباع ولا يستصيح بما يذاب من شحوم الميتة وأليانها .
(الثاني) الآلات المحرمة كالعود والطبل والزمر وهياكل
العبادة المبتدعة ، كالصنم والصليب ، وآلات القمار ، كالنرد
والشطرنج .
(الثالث) ما يقصد به المساعدة على المحرم كبيع السلاح
لاعداء الدين في حال الحرب ، وقيل مطلقاً ،

وإذا عرف المشتري ذلك فيما بعد كان له الفسخ مع عدم التصرف ، ومع
التصرف يكون له الارش .

بقي هنا سؤال ، وهو أن دخان الأعيان النجسة عندنا طاهر فأى فائدة لاشرط
تحت السماء ؟ جواب ذلك تعبد شرعي لاغير .

قوله : كبيع السلاح لاعداء الدين في حال الحرب وقيل مطلقاً

الأول قول ابن ادريس ، واختاره العلامة ، لرواية ابي بكر الحضرمي عن
الصادق عليه السلام وقد سأله حكم السراج عما يحمل الى الشام من السروج
وآلاتها . فقال : لا بأس ، أنتم اليوم بمنزلة أصحاب رسول الله صلى الله عليه
 وآله وسلم ، انكم في هدنة فاذا كانت المباشنة حرم عليكم أن تحملوا السلاح
اليهم^(١) .

ومثله في رواية هند السراج عن الباقر عليه السلام التي يقول فيها : احمل
اليهم ، فان الله يدفع بهم عدونا وعدوكم - يعني الروم - فاذا كان الحرب
بيننا فمن حمل الى عدونا سلاحاً يستعينون به علينا فهو مشرك^(٢) .

(١) التهذيب ٦/٣٥٤ ، الكافي ٥/١١٢ ، الاستبصار ٣/٥٧ ، الوسائل ١٢/٦٩ .

(٢) التهذيب ٦/٣٥٤ ، الكافي ٥/١١٢ ، الاستبصار ٣/٥٧ ، الوسائل ١٢/٦٩ .

واجارة المساكن والحمولات للمحرمات ، وبيع العنب ليعمل
خمراً ، والخشب ليعمل صنماً ، ويكره بيعه ممن يعمله .

(الرابع) ما لا ينتفع به كالمسوخ ، برية كانت كالدب والقرد
أو بحرية كالجرى والسلاحف وكذا الضفادع والظافي .

وقال الشيخان والتميمي وسائر بالثاني ، وحمل الشيخ الرواية الاولى على
ما اذا علمنا أنهم يستعملونها في قتال الكفار كما دلت عليه الرواية الثانية .
وفيه نظر ، لان القيد غير مذكور في الاولى والثانية دلت على الجواز عند
القيد ولم تدل على التحريم عند عدمه الا بدليل الخطاب ، وهو ضعيف .

فوائد :

(الاولى) اعداء الدين اعم من أن يكونوا مشركين أو بغاءة ، بل اعم من ذلك
فلوباعه على قطاع الطريق وشبههم حرم أيضاً ، لان العلة قصد الاعانة على الحرام
وهو موجود .

(الثانية) لا بد في التحريم من قصد المساعدة ، فلولم يكن ثم قصد كان
مكروهاً . وكذا الكلام في بيع العنب ليعمل خمراً والخشب ليعمل صنماً وآلة لهو
أو غير ذلك مما يقصد به الحرام .

ويكره الامع القصد اذا كان المشتري ممن يظن استعماله في الحرام .

(الثالثة) لوباع الاشياء المذكورة مع القصد قد قلنا بالتحريم وثبوت الاثم
لكن هل يكون العقد صحيحاً ويملك البائع الثمن أم لا ؟ فيه نظر ، الاصح صحة
العقد وتملك الثمن وثبوت الاثم .

قوله : ما لا ينتفع به

ولا بأس بسباع الطير والهرة والفهد .
وفي بقية السباع قولان ، أشبههما الجواز .

كل واحد من الاعيان المبيعة لا يخلو اما أن لا يكون فيه نفع بوجه ما من الوجوه أو يكون ، فان كان الاول فلا يجوز بيعه كالخنافس والديدان ، وان كان الثاني فاما أن يكون كل منفعه محللة أو كل منفعه محرمة أو يكون بعضها محللا والبعض الاخر محرماً .

فالاول يجوز بيعه اجماعاً ، والثاني لا يجوز اجماعاً وألحق بمعدوم المنافع والثالث اما أن يعلم أن المقصود منه في نظر عقل المعاش والمعاوضة هو المنافع المحللة فيجوز [تبعاً] كالغيب أو المحارم المحرمة فلا يجوز كالخمر للاستخلال وان لم يعلم شيء من ذلك أشكل الامر وتوقف الفقيه حتى يظهر له وجه يعمل عليه .

قوله : ولا بأس بسباع الطير والهرة والفهد ، وفي بقية السباع قولان
أشبههما الجواز .

يريد بباقي السباع ما عدا الثلاثة المذكورة ، فقال المفيد والشيخ في النهاية وسنار وابن الجينيد بالتحريم ، اما لتحريم اللحم أو عدم الانتفاع أو النجاسة .
والكل ضعيف .

وقال الشيخ في المبسوط بالجواز بشرط الطهارة حال الحياة وامكان الانتفاع وتابعه ابن ادريس والمصنف والعلامة . وهو الحق ، لعموم « وأحل الله البيع » ولوجود المقتضي وهو الطهارة والانتفاع لانه الغرض ، وانتفاء المانع فانه ليس الا النجاسة أو عدم الانتفاع والفرض خلاف ذلك ، فانا انما جوزنا بيعها على تقدير الانتفاع بشئ من أعضائها جلدها أو عظمها أو شحمها المداواة بعض الامراض .

(الخامس) الاعمال المحرمة ، كعمل الصور المجسمة ، والغناء عدا المغنية لزف العرايس ، اذا لم تغن بالباطل ولم تدخل عليها الرجال ، والنوح بالباطل . أما بالحق فجايز .

قوله : كعمل الصور المجسمة

تحريمه بشرطين : أحدهما أن يكون مجسماً ، فلو كان غير مجسم كالمنقوش على الجدار والبساط فلا بأس ، وثانيهما أن يكون صورة لذي روح - أي لحيوان من الحيوانات - فلو كان صورة نخلة أو شجرة لم يحرم . هذا قول الشيخين ورأي المتأخرين .

وطرد القاضي التحريم في غير المجسم ، والتقي حرم التماثيل وأطلق ، وروى ابوبصير عن الصادق عليه السلام : لا بأس بما يسط منها ويفترش ويوطأ انما يكره منها ما نصب منها على الحائط والسرير^(١) وسأله عن الوسائد فيها التماثيل فقال : الق عليها شيئاً اذا صليت^(٢).

قوله : عدا المغنية لزف العرائس - الخ

المراد بالغناء ماسمي في العرف غناء ، وقيل هو مد الصوت المشتمل على الترجيع مع الاطراب . والاول أولى .

وأما استثناء المغنية للعرس فهو مذهب الشيخين ، وكرهه القاضي وحرمه ابن ادريس والعلامة في تذكرته ، لعموم النهي عن الغناء .

قال الشهيد : الاباحة اصح طريقاً وأخص دلالة ، وهي رواية ابي بصير عن الصادق عليه السلام^(٣).

(١) التهذيب ٦/٣٨١ ، الوسائل ١٢/٢٢٠ .

(٢) راجع الوسائل ٣/٣١٧ الباب ٤٥ من ابواب لباس المصلى .

(٣) التهذيب ٦/٣٥٧ ، الكافي ٥/١٢٠ ، الاستبصار ٣/٦٢ ، الوسائل ٢/٨٤ .

وهجاء المؤمنين ، وحفظ كتب الضلال ونسخها لغير النقض ،
وتعلم السحر والكهانة والقيافة والشعبذة والقمار والغش بما يخفى ،
وتدليس الماشطة ، ولا بأس بكسبها مع عدمه .

والاحوط قول ابن ادريس ، ولو قلنا بقول الشيخين فهو مشروط بالشرطين
المذكورين .

قوله : وحفظ كتب الضلال ونسخها لغير النقض

كتب الضلال أعم من أن يكون من الملل المنسوخة والمحرفة كالتوراة والانجيل
أو من النحل المتقدمة على هذه الملة الشريفة كمذاهب الحكماء وغيرهم ، أو من
البدع في هذه الملة ككتب أهل الخلاف . فان كتابة ذلك كله وحفظه واعتقاده
محرمة . اللهم الا لقصد النقض والمعارضة أو للاحتجاج به على الخصم أو للتقية
ليكون مستحضراً مذاهب أهل الخلاف في كيفية تعبداتهم .

قوله : وتعلم السحر والكهانة والقيافة والشعبذة والقمار

أما السحر فهو كلام يتكلم به الساحر أو يكتبه أوقية أو يعمل شيئاً يؤثر في بدن
المسحور أو قلبه أو عقله من غير مباشرة .

وعرفه بعضهم بأنه علم يستفاد منه حصول ملكة نفسانية يقتدر بها على أفعال
غريبة بأسباب خفية . وقد يوجه على وجه يدخل فيه علم الطلسمات والنيرنجيات
وغيرها ، وذلك بأن يقال : هو استحداث الخوارق اما بمجرد التأثيرات النفسانية
وهو السحر ، أو بالاستعانة بالفلكيات فقط وهو دعوة الكواكب ، أو على سبيل
تمزيج القوى السماوية بالقوى الارضية وهو الطلسمات ، أو على سبيل الاستعانة
بالارواح الساذجة وهو العزائم . والكل حرام في شريعة الاسلام ومستحل كافر .

وأما الكهانة فالمشهور أن الكاهن هو الذي له رئى^(١) - أي صاحب من الجن -
يأتيه بالاخبار بالمغيبات ، كما كان لعمر وبن لحي^(٢) رئى من الجن ، وهو أول من
بحر البحائر وسبب السوائب وغير دين اسماعيل عليه السلام .

وعند الحكماء ان من النفوس ما يقوى على الاطلاع على ما سيكون من الامور ،
فان كانت خيرة فاضلة فتلك نفوس الانبياء والاولياء ، وان كانت شريرة فهي نفوس
الكهنة .

وأما القيافة فهي التفرس للاحاق الابناء بالاباء بسبب اتفاقهم في صفة من
الصفات ، وهو حرام عندنا . وقال بعض أهل السنة بجوازه ، لان النبي صلى الله عليه
وآله وسلم سئل عن شخص ابن من هو ؟ فقال : ابن فلان . قالوا لقائف كان في
ذلك الزمان ، فقال كما قال النبي صلى الله عليه وآله ، فجاءا اليه وقالوا له
ذلك ، ففرح النبي «ص» فقالوا : لو كان حراماً لما أعجبه . قلنا : جاز أن يكون
فرحه من حيث ظهور صدقه لامن جهة القائف .

وبالجملة القيافة حرام ، سواء استعملت في الحاق الانساب أو قفو الاثار

(١) الرئى : الجنى يراه الانسان . وقيل : جنسى يتعرض للرجل يريد كهانة وطباً .
وهو فعيل أو فعول ، سمي به لانه يتراعى لمتبوعه ، أو هو من الرأى من قولهم « فلان رئى
قومه » اذا كان صاحب رأيهم .

(٢) فى بعض النسخ « عمر بن يحيى » فى اللسان : اول من بحر البحائر وحمى الحامى
وغير دين اسماعيل عمرو بن لحي بن قمعة بن جندب . والبحر : الشق . والبحيرة ، الشاة
اذا ولدت خمسة أبطن فكان آخرها ذكراً بحروا أذنها اى شقوها وتركت فلا يمسه احد .
وقال الفراء : البحيرة هى ابنة السائبة ، وقيل السائبة هى الناقة التى ولدت عشرة ابطن وكلهن
اناث سييت فلم تركب ولم يشرب لبنها الاولدها أو الضيف حتى تموت ، فاذا ماتت اكلها
الرجال والنساء جميعاً وبحرت اذن بنتها الاخيرة فسمى البحيرة ، وهى بمنزلة امها فى
أنها سائبة .

وتزيين الرجل بما يحرم عليه ،

وغير ذلك ، وكل ما يتكسب منها حرام أيضاً . وأما الشعبة فهي حركات سريعة جداً بحيث يخفى على الحس الفرق بين الشيء وشبهه لسرعة الانتقال من الشيء الى شبهه ، وكذا يحرم صناعة السيمياء^(١) ، وظهرها تصرف في الخيال ، وكذلك زغل الكيمياء^(٢) ، وأما صنعتها على وجه يسلب الاجساد خواصها ويفيدها خاصة أخرى حقيقية فغير مستبعد وقوعه وجوازه عقلاً وشرعاً . والله أعلم .

وأما القمار فهو اللعب بالنرد والشطرنج والاربعسة عشر ، وهي المسمى بالبقيرى^(٣) والبقارة حتى لعب الصبيان بالجوز والبيض والخاتم والخطة ، وكل ما يؤخذ بسبب ذلك حرام .

قوله : وتزيين الرجل بما يحرم عليه

(١) قد يطلق هذا الاسم على ما هو غير الحقيقي من السحر وهو المشهور ، وحاصله احداث مثالات خيالية في الجولا وجود لها في الحس . وقد يطلق على ايجاد صورها في الحس ، فحينئذ يظهر بعض الصور في جوهر الهواء فتزول سريعة لسرعة تغير جوهر الهواء ، ولا مجال لحفظ ما يقبل من الصورة في زمان طويل لرطوبته ، فيكون سريع القبول وسريع الزوال .

واما كيفية احداث تلك الصور وعللها فأمر خفى لا اطلاع عليه الا لاهله . قيل : هو لفظ عبرانى معرب اصله « سيميه » اى اسم الله .

(٢) وهو علم يعرف به طرق سلب الخواص من الجواهر المعدنية وجلب خاصة جديدة اليها . قال الصفدى فى شرح لامية العجم : وهذه اللفظة معربة من اللفظ العبرانى واصله « كيميه » معناه انه من الله .

(٣) البقيرى بضم الباء وفتح القاف والراء وسكون الياء : لعبة الصبيان ، وهى كومة مسن تراب وحوالها خطوط ، يأتون الى موضع قد خبىء لهم فيه شىء فيضربون بأيديهم بلا حفر يطلبونه .

وزخرفة المساجد والمصاحف ، ومعونة الظالم ، وأجرة الزانية .
(السادس) الأجرة على القدر الواجب من تغسيل الأموات
وتكفينهم وحملهم ودفنهم ، والرشاقى المحكم ، والأجرة على الصلاة
بالناس ، والقضاء .

ولأبأس بالرزق من بيت المال ، وكذا على الأذان .
ولا أبأس بالأجرة على عقد النكاح .
والمكروه : أما لأفضائه إلى المحرم غالباً كالصرف وبيع

ذلك كالحرير المحض والذهب كثيره وقليله حتى جزء لا يتجزى ، وكذا
تزيين المرأة بما يحرم عليها كاتخاذ المنطقه والسيف لها . ولأدري لم أهمل
المصنف ذلك ؟ .

قوله : والأجرة على القدر الواجب

احتراز من القدر المندوب من هذه الأشياء ، فإنه يجوز أخذ الأجرة عليه
كما لو استؤجر في الغسل على الغسلات المندوبة وفي الدفن على تعميق القبر
زائداً على الواجب وفي الحمل إلى أبعد من ظاهر يمكن فيه الدفن . أما ثمن
الكفن والكافور والماء فليس بحرام .

قوله : وكذا على الأذان

عطف القضاء في تحريم الأجرة على فعله وجواز الرزق من بيت المال .

قوله : ولأبأس بالأجرة على عقد النكاح

وكذا غيره من العقود ، بأن يكون العاقد وكيلاً عن أحد المتعاقدين .
أما تعليم الصيغة والقاؤها على المتعاقدين فلا يجوز أخذ الأجرة عليه . نعم
يجوز أخذ الأجرة على الخطبة والخطبة في الأملاك .

قوله : والمكروه - الخ

الاكفان، والطعام، والرقيق، والصباغة، والذباحة، وبيع ما يكن
من السلاح لاهل الكفر، كالحفنين والدرع.

واما لضيعة كالحياكة والحمامة اذا شرط الاجرة، وضراب
الفحل.

ولا بأس بالختانة وخفض الجوارى .
واما لتطرق الشبهة، ككسب الصبيان ومن لا يجتنب المحارم.
ومن المكروه الاجرة على تعليم القرآن ونسخه، وكسب القابلة

مع الشرط ولا بأس به لو تجرد.

الصنائع الدنية انما تكون مكروهة اذا لم يقصد بها الوجوب أو الندب ،
كتحصيل القوت أو التوسعة على العيال ، فان ذلك يخرجها عن الكراهة . نعم
اذا اضطر الى تحصيل القوت أو التوسعة وتعارض صنعتان أحدهما من المكروهات
والاخرى ليست منها كره له اختيار الاولى ، وأما اذا لم يحصل الا الاولى فان
الكراهة تزول حينئذ .

قوله : كسب الصبيان - الخ

فان الصبي اذا عرف رفع القلم عنه جاز أن يجترىء على ما ليس له فيأخذه
فتدخل الشبهة على كسبه من هذه الجهة . نعم لا يجوز الشراء منه للحجر عليه ،
بل الكراهة مع الشراء من وليه .

قوله : ومن المكروه الاجرة على تعليم القرآن ونسخه

انما قال «ومن المكروه» ولم يعطفه على ما تقدم لان هذين ليسا داخلين في
الاقسام الثلاثة المتقدمة بل هما مكروهان برأسهما، وانما كره أخذ الاجرة عليهما

لانهما عبادة فلا ينبغي أن يؤخذ عليهما نفع دينوي بل يقع على سبيل الاخلاص
لله تعالى .

واعلم أن ما ذكرناه من الكراهة قول الشيخ في النهاية والقاضي وابن
ادريس ، لانه يجوز أن يجعل القرآن مهراً اجمعاً فيجوز أخذ الاجرة عليه .
ويؤيده ما رواه الفضل بن ابى قره قال : قلت للمصدق عليه السلام : ان
هؤلاء يقولون ان كسب المعلم سحت . فقال : كذبوا أعداء الله ، أرادوا أن لا يعلموا
القرآن ، ولو أن المعلم أعطاه رجل دية ولده لكان للمعلم مباحاً^(١) .

وقال الشيخ في الاستبصار : يحرم مع الشرط ويكره بدونه . وأطلق النقي
تحريم الاجر على تلقين القرآن وتعليم المعارف والشرائع وكيفية العبادات
والفتوى ، محتجاً برواية زيد بن علي عن أبيه عن آبائه عن علي عليهم صلوات
الله وسلامه أنه اتاه رجل فقال : اني أحبك في الله . فقال : ولكني أبغضك لله .
فقال : ولم ؟ قال : لانك تبغي على الاذان وعلى تعليم القرآن أجراً^(٢) . وحمل
الشيخ النهي على الشرط كما قلناه عنه .

والحق التفصيل ، وهو أن تعلم القرآن منه واجب ومنه مندوب ، والواجب
منه ما هو واجب على الاعيان^(٣) عيناً وهو فاتحة الكتاب ، ومنه واجب على الاعيان
تخييراً وهو سورة تصح بها الصلاة وما يدل على التوحيد ، ومنه واجب على
الكفاية على عدد كثير لا يجزي أقل منه وهو القرآن كله حفظاً للمعجز تواتراً ،
ومنه واجب على الكفاية على كل واحد وهو القرآن أيضاً بعد حفظ المعجزة
كيلا يقل ذلك العدد ، ومنه واجب على الكفاية عينياً وهو ما يتعلق بالاجتهاد في
الاحكام الشرعية ، ومنه واجب على الكفاية تخييراً وهو ما اذا اتفق آيتان في الدلالة

(١) الكافي ١٢١/٥ ، التهذيب ٣٦٤/٦ ، الاستبصار ٦٥/٣ ، الوسائل ١١٢/١٢ .

(٢) التهذيب ٣٧٦/٦ ، الاستبصار ٦٥/٣ .

(٣) في بعض النسخ : ما هو واجب عينياً .

ولا بأس بأجرة تعليم المحكم والاداب .

وقد يكره الاكتساب بأشياء آخر تأتي ان شاء الله تعالى .

مسائل ست :

الاولى : لا يؤخذ ما ينشر فى الاعراس الا ما يعلم معه الاباحة .

الثانية : لا بأس ببيع عظام الفيل واتخاذ الامشاط منها .

الثالثة : يجوز أن يشتري من السلطان ما يأخذه باسم المقاسمة

واسم الزكاة من ثمرة وحبوب ونعم . وان لم يكن مستحقاً له .

على حكم شرعي . والمندوب ما عدا ذلك .

اذا عرفت هذا فالمعلم للقرآن ان كان معلماً لشيء من الاقسام الواجبة عينياً

فاما مع تعيين التعليم عليه بأن لا يوجد غيره ممن يقوم بذلك ، فهذا لا يجوز له

أخذ الاجرة على ذلك التعليم ، لانه مؤد لفرض عليه ، وان لم يكن جاز لكن

على كراهية ، وعليه يحمل ماورد من النهي ، أي على الواجب .

قوله : يجوز أن يشتري من السلطان ما يأخذه باسم المقاسمة واسم

الزكاة من ثمرة وحبوب ونعم وان لم يكن مستحقاً له

أفعال سلطان الجور كلها عندنا فاسدة ولايجوز اتباعها الا في صورتين :

احدهما المقاسمة ، وثانيتها الزكاة .

أما المقاسمة فهو أن يأخذ من الغلات باسم المقاسمة عن الارض ومن

الاموال باسم الخراج عن حق الارض ، وأما الزكاة فهو أن يأخذ من الانعام

والغلات والذهب والفضة باسم الزكاة . فقولنا باسم المقاسمة واسم الخراج

واسم الزكاة معناه أن يأخذ ما لو كان الامام العادل ظاهراً لاخذه من غير زيادة ،

أما الزكاة فهي أمور مضبوطة في كتب الفقه .
وأما المقاسمة والخراج فان علم لها تقدير في نظر الشرع وكتب الفقه فذلك هو المباح ، والافما يتراضى عليه السلطان في ذلك الزمان وملاك الارضين ، فلو أخذ الجائر زيادة عن ذلك كله حرم ذلك الزائد بعينه ان تميز والاحرام الكل .
وانما قلنا بجواز الشراء من الجائر مع كونه غير مستحق للنص الوارد عنهم عليهم السلام بذلك والاجماع وان لم يعلم مستنده ، ويمكن أن يكون مستنده أن ما يأخذ الجائر حق لائمة العدل وقد أذنوا لشيعتهم في شراء ذلك ، فيكون تصرف الجائر كتصرف الفضولي اذا انضم اليه اذن المالك .

فوائد :

(الاولى) لافرق في جواز الشراء بين قبض الجائر لها أو وكيله أو عدم القبض فلو أحاله بها وقبل الثلاثة أو وكله في قبضها أو باعها وهي في يد المالك أو في ذمته جاز التناول ، لان دليل الاباحة شامل لهذه الصور كلها .
(الثانية) لايجب رد المقاسمة وشبهها على المالك ، بل يحرم عليه منعها اذا انتقلت الى الغير ، ولايمنع تظلم المالك من الشراء .
(الثالثة) كما يجوز الشراء يجوز بسائر المعاضات والهبة والصدقة والوقف مع صدور ذلك كله من الجائر ، ولايجوز التناول بغير ذلك .
(الرابعة) جوائز الظالم والعامل من قبله يجوز قبولها والتصرف فيها الآن يعلم الظلم بعينه فلايجوز أخذه . قال ابن ادريس : وينبغي اخراج خمسها والصدقة على اخوانه منها . والظاهر أن مراده الاستحباب في الصدقة .
(الخامسة) ترك أخذ الجائزة من الظالم أفضل ، وكذا لو ترك معاملته أيضاً ولايكون ما بيده من الاموال محرماً بمجرد ظلمه ، لجواز أن يتملك شيئاً لا على

الرابعة : لو دفع اليه مالا ليصرفه في المحاويج وكان منهم فلا يأخذ منه الا باذنه على الاصح .

جهة الظلم، فلا يحرم حينئذ معاملته لقول الصادق عليه السلام : كل شيء فيه حلال وحرام فهو حلال حتى تعرف الحرام بعينه^(١) . نعم يكره ذلك مع الاختيار ، أما حال الضرورة فجائز .

ولا يعارض الاول أخذ الحسنين عليهما السلام جوائز معاوية لعنه الله ، لان ذلك حقهم بالاصالة .

قوله : لو دفع اليه مالا ليصرفه في المحاويج وكان منهم فلا يأخذ منه الا باذنه على الاصح

للشيخ هنا قولان ولابن ادريس قولان وللمصنف قولان :

أما الشيخ فأجاز في النهاية ومنع في المبسوط ، وأما ابن ادريس فأجاز في باب المكاسب ومنع في باب الزكاة ، وأما المصنف فمنع هنا وأجاز في الشرائع .

دليل المنع رواية عبد الرحمن بن الحجاج قال : سألته عن رجل أعطاه رجلا مالا ليقسمه في محاويج أو مساكين وهو محتاج يأخذ منه لنفسه ولا يعلمه؟ قال: لا يأخذ منه شيئاً حتى يأذن له صاحبها^(٢) . وحمل الشيخ ذلك على الكراهية لدليل الاباحة ، وهو أصالة الجواز للعلة المذكورة في العبارة ، وهو كونه للفقراء ولرواية أخرى صحيحة .

(١) التهذيب ٢٢٦/٧ ، ٧٩/٩ ، الفقيه ٢١٦/٣ ، البحار ٢٨٢/٢ ، الوسائل ١٦/٤٩٥

(٢) الكافي ٥٥٥/٣ ، التهذيب ١٠٤/٤ ، الوسائل ٢٠٠/٦ ، والحديث هكذا :

قال سألت ابا الحسن عليه السلام عن الرجل يعطى الرجل الدراهم يقسمها ويضعها فسي مواضعها وهو ممن تحل له الصدقة . قال: لا بأس ان يأخذ لنفسه كما يعطى غيره . قال: ولا يجوز له ان يأخذ اذا أمره ان يضعها في مواضع مسماة الا باذنه .

ولو أعطى عياله جاز اذا كانوا بالصفة ، ولو عين له لم يتجاوز .
الخامسة : جوائز الظالم محرمة ان علمت بعينها ، والا فهي
حلال .

السادسة : الولاية من العادل جائزة ، وربما وجبت ، وعن
الجائر محرمة الا مع الخوف .

نعم لو تيقن التخلص من المآثم والتمكن من الامر بالمعروف
والنهي عن المنكر استحببت .

ولو أكره لا مع ذلك أوجب دفعاً للضرر ، وينفذ أمره ولو
كان محرماً ، الا في قتل المسلم .

ولبعض الفضلاء هنا تفصيل ، وهو أنه اذا أعطاه وقال هو للفقراء مثلاً وكان
الاخذ فقيراً جاز له أن يأخذ منه ، وان قال اعطه للفقراء : فلا يخلو اما أن يعلم
المعطي فقر الاخذ أولاً ، فان كان الاول لم يجز له أن يأخذ منه ، لان المالك لو أراد
ذلك لخصمه بالذكر ، وان كان الثاني جاز له أن يأخذ على كراهية ، بشرط أن
لا يتخصص بزيادة في الكمية أو الوصف .

وفيه نظر ، لان قوله « لان المالك لو أراد ذلك لخصمه بالذكر » ممنوع
لجواز أن يريد ولا يخصص بالذكر ، لجواز أن يعلم منه ترفعاً عن القبول فلا
يخاطبه بالاخذ ويجعل قوله « اعطه للفقراء » قرينة على جواز أخذه منه بل على
كونه كله له لا بد لدفع هذا الاحتمال من دليل .

ومتهم من فصل غير ذلك فقال : اذا قال اصرفه في الفقراء أو وضعه أو فرقه فيهم
جاز أن يأخذ منه ، واذا قال ادفع هذا الى الفقراء لم يسخ له الاخذ . ففرق بين

الفصل الثاني

(في البيع وآدابه)

أما البيع - فهو الايجاب والقبول اللذان تنتقل بهما العين المملوكة من مالك الى غيره بعوض مقدر ، وله شروط :

الاول : يشترط في المتعاقدين كمال العقل والاختيار ، وأن يكون البائع مالكاً أو ولياً كالأب والجد للأب والجاكم وأمينه والوصى ، أو وكيلاً .

« الى الفقراء » و« في الفقراء » ففيكون منهم وبالي لا يكون . قال : وذلك معلوم بدليل المفهوم .

وفيه أيضاً نظر ، لان الفهم السليم لا يكاد يفرق بين العبارتين بدخوله في احدهما وخروجه عن الاخرى ، خصوصاً على الفتوى ، لجواز تولي طرفي القبض . والاحوط عدم جواز أخذه منه شيئاً الا مع قرينة حالية أو مقالية تبيح ذلك .

قوله : اما البيع فهو الايجاب والقبول اللذان ينتقل بهما العين المملوكة من مالك الى غيره بعوض مقدر

للاصحاب في تعريف البيع عبارات لا تخلو من نظر :

(الاول) قول الشيخ في المبسوط انه انتقال عين مملوكة من شخص الى

غيره بعوض مقدر على وجه التراضي .

وفيه نظر ، لان الانتقال ثمرة البيع لانفسه ، وذلك لان البيع عقد لفظي لا انتقال معنوي . وتابع ابن ادريس الشيخ في هذا التعريف .

(الثاني) قول ابن حمزة أنه عقد يدل على انتقال عين أو ما هو في حكمها من شخص الى غيره بعوض مقدر على جهة التراضي .
وفيه أيضاً نظر ، لانفاضه بالهبة المعوضة .

(الثالث) قول المصنف في الشرائع^(١) أنه اللفظ الدال على نقل الملك بعوض معلوم .

وفيه نظر من وجوه :

الاول : ان قولك « بعث » أو « اشتريت » اخبار لانشاء يدخل في الحد دون المحدود .

الثاني : انه غير مانع لدخول الاجارة ، لانه أيضاً لفظ دال على نقل الملك بعوض ، فان الملك أعم من أن يكون عيناً أو منفعة .

الثالث : ان العلم بقدر العوض شرط للبيع ، وشرط الشيء غير داخل في حقيقته بل خارج ، فلا يكون له دخل في معرفة ماهية البيع .

وان سلمنا ذلك لكن العين أيضاً يشترط فيها المعلومية وكان ينبغي ذكر معلوميتها بل ذكر باقي شرائط البيع من كمال المتعاقدين وغير ذلك والالزم التخصيص من غير مخصص .

(الرابع) قول المصنف هنا وقد تقدم ، فالايجاب والقبول جنس للعقود كلها وهو جنس قريب أحسن من قوله في الشرائع أنه اللفظ لانه جنس بعيد .

وقوله « ينتقل بهما العين » فصل يخرج به الاجارة ، فان عقدها ايجاب وقبول

(١) الشرائع ١/٩٤ قال فيه : هو اللفظ الدال على نقل الملك من مالك الى آخر بعوض معلوم .

ينتقل بهما المنفعة لالعين .

وقوله « بعوض مقدر » يخرج به الهبة ، فانها ايجاب وقبول ينتقل بهما

العين ولكن لا بعوض .

وفيه نظر ، لانه غير جامع لخروج بيع الوكيل والولي فانهما غير مالكين

ولو قال من مالك أو حكمه لدخل أمثال ذلك . فالاولى أن يقال انه الايجاب

والقبول الصادران من كامل الدالان على نقل العين المعالومة بعوض معلوم على

جهة التراضي ، وأردنا بالكامل الجنس الشامل للواحد واكثر ليدخل فيه من يتولى

طرفي العقد . ولا يرد البيع الضمني كقولك « اعتق عبدك عني وعلي دينار » فيقول

« عبدي حر » لانه بيع مجازاً لاحقيقة . وكذا بيع الحاكم عن المماطل والمفلس

فانه لارضاء فيه لان رضا الحاكم قائم مقامه .

وهنا فوائد :

(الاولى) يشترط الاتيان بهما لفظاً بصيغة الماضي لانه انشاء والماضي أقرب

شبهأبه ، فيقول البائع « بعث » أو « شريت » أو « ملكت » ، ويقول المشتري

« قبلت » أو « ابتعت » أو « اشتريت » أو « شريت » أو « تملكيت » . ولا ينعقدان

بلفظ الامر ولا المستقبل لما قلناه .

(الثانية) قيل لا يشترط فيهما الترتيب ، وهو قول القاضي ، واختاره الشهيد

كما في النكاح وعصمة الفرج أقوى من عصمة المال فيجوز هنا بطريق أولى .

والاولى خلافه ، لاصالة بقاء الملك ولم يثبت بدليل زواله مع تقدم القبول

مع الاجماع على حصوله مع تأخره ، فيكون أولى . وفرق بينه وبين النكاح ،

فان حياء المرأة يمنع من تقدم قبولها .

(الثانية) يشترط فيهما التطابق زماناً ومعنى : أما الاول فان لا يتأخر القبول

بحيث لا يعد جواباً ، ولا يضر تخلل آن وتنفس أو سعال ، وأما الثاني فاتفق مدلولهما

ولو باع الفضولي فقولان ، أشبههما وقوفه على الاجازة .
ولو باع مالا يملكه مالك كالمحر ، وفضلات الانسان ، والمخنافس
والديدان لم ينعقد .
ولو جمع بين ما يملك وما لا يملك في عقد واحد كعبده وعبد
غيره صح في عبده ، ووقف الاخر على الاجازة .

فلو قال « بعتك بألف » فقال « اشتريت بخمسائة » أونصفه بها أو بخمسائة اسم
يصح ، وكذا لو قال « بعكما العبدان بألف » فقبل واحد أحدهما بخمسائة ،
لان الايجاب لم يقع للقابل الاعلى نصف العبد قضية للاشاعة .
(الرابعة) لا يكفي مجرد الرضا في حصول الملك بدونهما في الجليل والحقير
لحصر الشارع أسباب الملك في العقود ، فالمعاطاة تفيد اباحة لا غير . نعم لو ذهبت
احدى العينين أو انتقلت عنه ملكت الاخرى .

قوله : ولو باع الفضولي فقولان اشبههما وقوفه على الاجازة

هذا قول الشيخين وابن الجنيد وابن حمزة لرواية عروة البارقي ان النبي
صلى الله عليه وآله وسلم أعطاه ديناراً يشتري به شاة فاشترى به شاتين ثم باع
احدهما بدينار في الطريق . قال : فأتيت النبي صلى الله عليه وآله وسلم بالدينار
والشاة فأخبرته ، فقال : بارك الله في صفقة يمينك^(١) ولان المقتضي لصحة البيع
وقوعه عن أهله في محله وقد حصل ، والمعارض ليس الاعدم الاذن وقد انتفى
لان الاذن قد حصل بعد البيع . واشترط كونه قبل البيع ممنوع .

وقال الشيخ في المبسوط والخلاف واختاره ابن ادريس وشيخنا السعيد
يظن ان لم يحصل اذن سابق ، لرواية حكيم بن حزام عن النبي صلى الله عليه

(١) المستدرک للنوری ٤٦٢/٢ ، سنن الترمذی ٥٥٩/٣ .

وآله وسلم أنه نهى عن بيع ما ليس عنده^(١) .
ولما رواه عمر بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وآله
وسلم أنه قال : لا تطلق الا فيما تملك ولا تعتق الا فيما تملك ولا بيع الا فيما
تملك^(٢) .

والجواب عن الاول أن النهي في المعاملات لا يستلزم الفساد، وحينئذ يكون
بيع الفضولي صحيحاً وان كان منهياً عنه كالبيع بعد النداء . أو يحمل على من
باع سلعة غيره لنفسه لا للمالك ثم يمضي الى المالك فيشتريها منه .
وعن الثاني أن النهي اذا دخل على حقيقة أريد به نفي صفة من صفاتها ،
فيكون المراد بقوله صلى الله عليه وآله وسلم « لا يبيع الا فيما تملك » لا لزوم
للبيع الا فيما تملك ، والالزم بطلان بيع الوكيل والولي والوصي ، فيكون
المراد لا يبيع الا في ما هو ملك أو كالمملك بسبب الاذن وقد حصل .
فروع : على القول بالصحة مع الاجازة :

(الاول) لا يشترط في الصحة حضور المميز في الحال لخبر البارقي ، فانه
أعلم النبي « ص » بعد وصوله اليه ، ولا يشترط كون المميز جائز التصرف حين
العقد، فيصح اجازة الصبي والمجنون بعد الكمال، وكذا نقول فيمن باع ملك
غيره ثم انتقل اليه فأجاز .

(الثاني) هل الاجازة جزء المملك أو كاشفة عن الملك حال العقد ؟ الاصح
الثاني والالزم وقوع البيع بالكناية ويترتب النماء ، فعلى الاول يكون للبائع
وعلى الثاني يكون للمشتري ، وهو الاصح .

(١) اخرجه في اسد الغابة ٤١/٢ ، الوسائل ٢٦٦/١٢ ، سنن ابن ماجه ٧٣٧/١ ،
الترمذي ٥٣٤/٣ .

(٢) سنن ابى داود ٢٥٨/٢ ، كنز العمال ٦٤١/٩ .

أما لو باع العبد والحر ، أو الشاة والمخنزير صح فيما يملك
وبطل في الآخر ، ويقومان ثم يقوم أحدهما ويسقط من الثمن ما
قابل الفاسد .

(الثالث) لا يشترط الفورية في الاجازة، لما قلنا في خبر البارقي فله الاجازة
مالم يرد أولاً . ولا يكفي فيها السكوت ولو كان حاضراً ، بل لا بد من لفظ يدل
عليها ، لانها كالبيع في استقرار الملك .

(الرابع) لو قبض الفضولي الثمن قال الشيخ وقع للمالك عند الاجازة، واشترط
العلامة اجازة القبض . وهو حسن ان كان الثمن في الذمة، أما لو كان البيع بالعين
الحاضرة فأجازة البيع اجازة القبض .

(الخامس) لا فرق بين كون الفضولي غاصباً أو غيره في توقف بيعه على
الاجازة، فلو كان غاصباً وباع بالعين الحاضرة وقبض البائع فأجاز المالك صارت
يده يد أمانة .

قوله : ويقومان ثم يقوم احدهما ويسقط من الثمن ما قابل الفاسد
بيان المسألة أن البائع باع الحر والعبد في صفقة واحدة مثلاً بأربعين ثم
علم المشتري أن أحدهما حر وبيعه فاسد ولم يفسخ البيع فكيف يسترد ما قابل
الفاسد ، فطريقه أن يقوموا معاً ثم يقوم كل واحد منهما على انفراده كما تقول
قيمتها معاً خمسون ثم تقوم الحر بثلاثين والعبد بعشرين، فنسبة العشرين الى الخمسين
فانها خمسان ، ونسبة الثلاثين فانها ثلاثة أخماس ، فعلم أن خمسي الثمن الذي
وقع عليه العقد - وهو أربعون - في مقابلة العبد وهو ستة عشر ، وثلاثة أخماسه
- وهو أربعة وعشرون - في مقابلة الحر .

وانما افتقرنا الى تقويمها مرة ثانية لانه لو بني على التقويم الاول ثم قوم
الحر على الانفراد أمكن أن يكون بالثمن كله ، فلا يكون شيء في مقابلة العبد

الثاني : الكيل أو الوزن أو العدد .

فلو بيع ما يكال أو يوزن أو يعد لا كذلك بطل .

ولو تعسر الوزن أو العدد اعتبر مكيال واحد بحسابه .

ولا يكفي مشاهدة الصبرة ولا المكيال المجهول .

ويجوز ابتياع جزء مشاع بالنسبة من معلوم وان اختلفت اجزائه .

الثالث : لاتباع العين الحاضرة الامع المشاهدة أو الوصف .

ولو كان المراد طعمها أو ريحها فلا بد من اختبارها اذالم يفسد به .

ولو بيع ولما يختبر فقولان ، اشبهما : الجواز ، وله الخيار لو

خرج معيباً ، ويتعين الارش بعد الاحداث فيه .

وهو باطل . وكذا الكلام في عبده وعبده غيره .

قوله : وان اختلفت اجزائه

مختلف الاجزاء هو ما لا يساوي جزؤه كله في الحد والاسم ومتفقها ما يساوي

جزؤه كله في الحد والاسم . مثال الاول الثوب والعبد والفرس ، ومثال الثاني

كالسمن والعسل والفضة والذهب .

قوله : ولو بيع ولما يختبر فقولان اشبهما الجواز

ما يراد طعمه وريحه ولم يكن اختباره مؤدياً الى افساده هل يصح بيعه من

غير اختبار ولا وصف بناء على أن الاصل الصحة أولاً ؟ ذهب التقي والقاضي

وسلار الى أنه لا يصح ، لانه مجهول فهو بيع غرر وقد نهى النبي «ص» عن بيع

الغرر^(١) . وذهب المصنف والعلامة والمتأخرون الى الصحة ، لانه معلوم الوصف من

(١) الترمذى ٥٣٢/٣ ، ابن ماجه ٧٣٩/٢ ، ابوداود ٢٥٤/٣ ، الوسائل ٣٣٠/١٢

ولو أدى اختباره الى افساده كالجوز والبطيخ جاز شراؤه .
ويثبت الارش لو خرج معيباً لا الرد ، ويرجع بالثمن ان لم يكن
لمكسوره قيمة .
وكذا يجوز بيع المسك في فأره وان لم يفتق .

حيث الصورة النوعية لانها علة في ترتب الاثارالمختصة بذلك النوع ، والمعلم
بالعلة - أي الطبيعة النوعية - يستلزم العلم بالمعلول وهو الصفة المقصودة من
تلك الطبيعة ، والاصل عدم سبب خارجي مزيل لحكم الطبيعة ، فلاغرر حينئذ
فان خرج معيباً تخير المشتري بين الرد وبين الامساك مع الارش .
قال الشيخان اذا بيع من غير اختبار كان غير صحيح والمتبايعان فيه بالخيار
ان تراضيا لم يكن به بأس .

وفي كلامهما نظر ، لان عدم الصحة مع ثبوت الخيار ممالا يجتمعان ، لانه
لاخيار في البيع الفاسد اجماعاً . وأيضاً مع الصحة لوجه لخيار البائع فيه .
قال بعض من تابع الشيخين في البطلان أنه قد روى الشيخ في التهذيب
في باب الزيادات عن محمد بن العيص قال : سألت الصادق عليه السلام عن
رجل يشتري ما يذوقه قبل أن يشتريه؟ قال : نعم فليذقه ولا يذوقن ما لا يشتري^(١)
ان الامر بالذوق يقتضي البطلان مع عدمه .

وفي قوله نظر ، لانا نمنع دلالتها على محل النزاع وهو البطلان مع عدم
الذوق ، والامر به لا يقتضي اشتراطه ، لجواز أن يكون على سبيل الارشاد الى
مصلحته واحتياطه في شراؤه .

(١) التهذيب ٧ / ٢٣٠ .

ولا يجوز بيع سمك الاجام لجهالته ولو ضم اليه القصب على الاصح ، وكذا اللبن في الضرع ولو ضم اليه ما يحتلب منه ، وكذا اصواف الغنم مع ما في بطونها ، وكذا كل واحد منها منفرداً ، وكذا ما يلقح الفحل ، وكذا ما يضرب الصياد بشبكته .

قوله : ولا يجوز بيع سمك الاجام لجهالته وان ضم اليه القصب على الاصح ، وكذا اللبن في الضرع ولو ضم اليه ما يحتلب (١) منه وكذا اصواف الغنم مع ما في بطونها

قال الشيخ والقاضي وابن حمزة ان المجهول اذا ضم الى معلوم كالامثلة المذكورة يجوز بيعه ، ومستندهم روايات بعضها مقطوعة وبعض عن سماعه وهو واقفي^(٢) ، مع مخالفة الجميع للاصول ، فلا اعتماد عليها . فلذلك قال « على الاصح » ، وهذا مذهب ابن ادريس والعلامة وعليه الفتوى .

قوله : وكذا كل واحد منهما منفرداً

يريد به القصب وحده والسمك وحده واللبن في الضرع وحده وما حلب وحده والاصواف على الظهر وحدها وما في البطون وحده ، لا يصح بيع شيء من ذلك للجهالة .

وفي اطلاقه نظر ، فان القصب مسع مشاهدته والاصواف على الظهر مسع مشاهدته يمنع عدم جواز بيعهما ، والالما جازيبيع الثمرة عن الشجرة . واللازم باطل اجماعاً فكذا الملزوم ، والملازمة ظاهرة .

وهذا مذهب المفيد واحد قولي ابن ادريس واستحسنه المصنف في النكت وتابع المصنف هنا وفي الشرائع الشيخ واتباعه في عدم الجواز ، وهو عجيب

(١) في المختصر النافع ط بمصر « يحتلب » .

(٢) راجع الوسائل الابواب : ١٠ ، ١١ ، ١٢ من ابواب عقد البيع وشروطه .

الرابع : تقدير الثمن وجنسه .
فلو اشتراه بحكم أحدهما فالبيع باطل ، ويضمن المشتري تلف
المبيع مع قبضه ونقصانه ، وكذا في كل ابتياع فاسد .

من الشيخ مع تجوز به البيع مع الضميمة الى السمك وما في البطون .
قوله : فواشتراه بحكم أحدهما فالبيع باطل
شراؤه بحكم أحدهما هو تفويض تقدير الثمن الى البائع خاصة أو المشتري
خاصة بل والى ثالث . وعلى التقدير يكون الثمن مجهولاً حال العقد ، فيدخل
تحت الفرر ، وقد تقدم أنه صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن الفرر^(١) .
وقال ابن الجنيدي^(٢) لو قال بسعر ما بعته مع جهالة المشتري صح ويكون
للمشتري الخيار ، وفي رواية رفاعة^(٣) جواز تحكيم المشتري فنلزمه القيمة .
وجوز المرتضى كون مال السلم مشاهداً وان لم يكن معلوماً ، وجوز ابن
الجنيد أيضاً بيع الصبرة مع المشاهدة جزافاً بثمن جزاف مع تغاير الجنس .
ومال في المبسوط الى صحة بيع الجزاف ، وفي صحيحته الحلبي كراهة بيع
الجزاف^(٤) . والفتوى على خلاف ذلك كله .
قوله : ويضمن المشتري تلف المبيع مع قبضه ونقصانه وكذا في كل
ابتياع فاسد .

لما بين فساد البيع مع جهالة الثمن أشار الى حكم المبيع الفاسد على

(١) راجع ص ٢٨ من هذا الجزء .

(٢) فانه قال : لو وقع البيع على مقدار معلوم بينهما والثمن مجهول لآحدهما جاز
اذا لم يكن يواجه كان للمشتري الخيار اذا علم وذلك كقول الرجل : بعني كراماً بسعر
ما بعته ، فأما اذا جهلاً جميعاً قدر الثمن وقت العقد لم يجوز كان البيع منفسخاً .

(٣) التهذيب ٦٩٧/٧ ، الكافي ٢٠٩/٥ ، الفقيه ٧٦/٣ ، الوسائل ٢٧١/١٢ .

(٤) التهذيب ٣٦٧/٧ : الكافي ١٧٩/٥ .

ويرد عليه ما زاد بفعله كتعليم الصنعة والصبغ على الاشبه ، واذا أطلق النقد انصرف الى نقد البلد ، وان عين نقداً لزم .

وجه كلي فقال : اذا تلف المبيع أو نقص بعد قبض المشتري له بالعقد الفاسد يكون مضموناً عليه .

واختلف في قدر المضمون ، فقال المقيد في المقنعة والشيخ في النهاية قيمته يوم البيع الا أن يحكم على نفسه بالاكتر فيجب أو يكون البائع حاكماً فيحكم بالاقل فيتبع . واختاره الشاميان . وقال ابن ادريس عليه الاعلى من يوم القبض الى يوم التلف .

والحق أنه ان كان مثلياً ضمنه بمثله ، وان كان قيمياً فبقيته يوم تلفه ، لان ذلك هو وقت تعلقه بذمته . والاصل براءة الذمة من الزائد .

وينبغي أن يقرأ قول المصنف « ونقصانه » بالنصب ليكون عطفاً على تلف المبيع لا بالجر عطفاً على قبضه ، فانه غلط .

هذا ، وأما منافعه فهي مضمونة مع التفويت ، خلافاً لابن حمزة محتجاً بأن الخراج بالضمن ونقض بالغايب مع ضمانه قطعاً ، وأما مع الفوات فوجهان من أصالة البراءة ومن أنها منافع عين مضمونة فتضمن .

قوله : ويرد عليه ما زاد بفعله كتعليم الصنعة والصبغ على الاشبه

هذا حكم آخر للمبيع الفاسد وهو متعلق بزيادته في يد المشتري .

واختلف في تلك الزيادة مع حصولها بفعل المشتري وجهله بالفساد ، فقال الشيخ في المبسوط لا ترد مطلقاً بل يكون للبائع لانها نماء ملكه ، وقال في النهاية والمفيد في المقنعة برد عليه مطلقاً لانها أثر فعله غير متبرع بها فيكون له .

وفصل ابن ادريس فقال : ان كانت الزيادة عيناً كالصبغ رد عليه ان أمكن فصله ، والا كان شريكاً بالنسبة من قيمته ، وان كانت صفة كتعليم الصنعة فلا يرد

ولو اختلفا في قدر الثمن فالقول قول البائع مع يمينه ، ان كان المبيع قائماً ، وقول المشتري مع يمينه ان كان تالفاً .

بل تكون تابعاً للعين فتكون للبائع .
والحق ما اختاره المصنف ، وهو الرد عليه . وأما ما لا تكون بفعله فانه للبائع وان كان منفصلاً ، لانه نماء ملكه من غير مشاركة أحد فيكون له .

قوله : ولو اختلفا في قدر الثمن فالقول قول البائع مع يمينه ان كان المبيع قائماً وقول المشتري مع يمينه ان كان تالفاً
للأصحاب هنا أقوال ثلاثة :

(الأول) ما ذكره المصنف من التفصيل ، وهو قول الشيخ في النهاية والمبسوط والخلاف . وتبعه القاضي .

ومستنده رواية محمد بن أحمد بن أبي نصر عن بعض أصحابه عن الصادق عليه السلام في الرجل يبيع الشيء فيقول المشتري هو بكذا وكذا بأقل مما قال البائع ؟ قال : القول قول البائع مع يمينه اذا كان الشيء قائماً بعينه^(١) .
وهو يدل بالمفهوم على أن القول قول المشتري مع التلف .

وفيها نظر : أما أولاً فلان دلالتها على قول المشتري بدليل الخطاب وليس بحجة . وأما ثانياً فلمخالفتها الأصول المقررة ، وهو كون البينة على المدعي واليمين على من أنكر ، وهنا قد حكم للبائع بقواه مع كونه مدعياً .

(الثاني) قول ابن الجنيد ان القول قول من كانت في يده ، ونقل ابن ادريس عن النبي مثله واختاره . ودليله أنه اذا كانت السلعة في يد البائع فالمشتري يدعي انتزاعها بذلك الثمن والبائع ينكر استحقاقه بذلك ، فالقول قوله . وان كانت

(١) الكافي ٥/١٧٤ ، الوسائل ١٢/٣٨٣ .

في يد المشتري فقد سلم له استحقاق السلعة وادعى ثبوت زائد في ذمته وهو منكر له ، فالقول قوله .

وفيه نظر ، لان النزاع ليس في انتزاع العين ، فانه أمر متفق عليه بين المتبايعين أنه حق للمشتري ، وانما النزاع في تقدير الثمن ، فالبائع يدعي الزيادة والمشتري منكر ، فالقول قوله مطلقاً .

(الثالث) قول العلامة ، وهو التحالف وبطلان البيع ، وذلك لان كلا منهما مدع ومنكر ، فان البائع يدعي البيع بعشرين مثلاً والمشتري ينكر ذلك ، والمشتري يدعي الشراء بعشرة والبائع ينكر ذلك . أو نقول ان العقد بقيد كونه بعشرة غير بقيد كونه بعشرين ، وكل منهما يدعي وقوع عقد والاخر ينكره فيحلفان .

(الرابع) قول آخر للعلامة يشتمل على تفصيل ، وهو أن الثمن : اما أن يكون معيناً أو في الذمة ، فان كان الاول فاما أن يكون الاول وهو مدعي المشتري مغايراً لاجزاء الاكثر أولاً ، فان كان مغايراً تحالفاً وفسخ البيع للتداعي من الطرفين ، وان لم يكن مغايراً فالقول قول المشتري ، وان كان الثاني فالقول قول المشتري أيضاً ، وذلك لكونه منكرًا لما يدعيه البائع من الزيادة . وهو تفصيل حسن لا غبار عليه .

وهنا فروع :

(الاول) لو اختلفا في وصف الثمن فكذلك لافرق بينهما وينسحب الاقوال فيه .

(الثاني) لو اختلف الوارثان أو أحدهما مع وارث الاخر فالبحث كما هو

بين المتبايعين .

(الثالث) لو اختلفا في تعيين الثمن على وجه يكون العقد صحيحاً على قول

واحد وفساداً على قول الاخر - كما لو قال بعثك بعبد فقال الاخر بل بحر -

ويوضع لظروف السمن والتمر ما هو معتاد لا ما يزيد .

الخامس : القدرة على تسليمه :

فلو باع الابق منفرداً لم يصح ، ويصح لو ضم اليه شيئاً .

فالقول قول مدعي الصحة ، أو قال بعتك بصبرة فقال بل بمكوك^(١) .

(الرابع) لو قال بعتك بمال في ذمتك فقال بل بمال في ذمة زيد ، فالقول

قول البائع لاصالة ثبوت الثمن في ذمة المشتري . ويحتمل التحالف لتغاير الثمن

بالمحل ، والاول أقوى .

قوله : **فلو باع الابق منفرداً لم يصح ويصح لو ضم اليه شيئاً**

بيع الابق مع الضميمة يصح اجماعاً ، ولا معها فاما أن يقدر المشتري على

تحصيله أولاً ، والثاني لا يصح الامعها أيضاً . واختلف في الاول ، وهو ما اذا

قدر المشتري على تحصيله ، فقال المرتضى يصح من غير ضميمة واختاره العلامة

وهو حسن لكونه عيناً مملوكة معلومة يمكن قبضها فيصح بيعها لعموم « وأحل

الله البيع » .

ومنع الشيخ من ذلك الامعها مستنداً في الموضوعين الى رواية سماعة قال

سألته عن رجل يشتري العبد وهو آبق من أهله . فقال : لا يصلح الا أن يشتري

معه شيئاً آخر ، فيقول اشترى منك هذا الشيء وعبدك بكذا وكذا ، فان لم يقدر

(١) المكوك بفتح الميم وضم الكاف المشددة : مكيال معروف لاهل العراق ، والجمع

مكاكيك ومكاكي على البدل كراهية التضعيف . وهو صاع ونصف ، وهو ثلاث كيلجات والكيلجة

منأ وسبعة اثمان منأ ، والمن رطلان ، والرطل اثنتا عشرة أوقية ، والاقية استار وثلاث استار

والاستار اربعة مثاقيل ونصف ، والمثقال درهم وثلاثة اسباع درهم ، والدرهم ستة دوانيق

والدانيق قيراطان ، والقيراط طسوجان ، والطسوج حبتان ، والحبة سدس ثمن درهم وهو

جزء من ثمانية وأربعين جزءاً من درهم .

على العبد كان ثمنه الذي نقد في الشيء^(١). وهذا أعم من أن يكون مقدوراً على قبضه أولاً .

وهذه الرواية وإن كانت ضعيفة ، أما أولاً فبسماحة ، وأما ثانياً فلعدم تعيين المسؤول فيها ، وأما ثالثاً فلكونها مخالفة للنظر من حيث أن جواز هذه المسألة مع كون الثمن في مقابلة الضميمة ومنع بيع المجهول منضمّاً إلى معلوم ولا يكون الثمن في مقابلة المعلوم مما لا يجتمعان ، وذلك لأن الجهل ببعض المبيع كما يستلزم الجهل بكلمة كذلك تعذر التسليم في بعض المبيع يستلزم تعذر تسليم كله من حيث الكل ، لكنها مؤيدة بالعمل من الأصحاب حتى أنه اجماع منهم .

فوائد :

(الأولى) لا خيار للمشتري مع العلم بابقه ، أما مع عدم علمه فله الخيار . ولا يكون الثمن في مقابلة الضميمة حينئذ .

(الثانية) لو جعل العبد الأبق ثمناً هل يصح ويفتقر إلى الضميمة أم لا؟ يحتمل البطلان ، لأنه خلاف النص والنظر . ويحتمل الصحة ، وهو الأقرب ، إذ لا تغاير بين العوضين إلا باعتبار عارض . وعلى هذا يجوز أن يكون أحداً البقين ثمناً والآخر مثنياً مع الضميمة إلى كل منهما .

(الثالثة) يشترط في الضميمة شرائط صحة البيع فيها من الملكية والمعلومية ومقدورية التسليم ، فلا يصح كونها آبقاً آخر .

(الرابعة) لو تعددت العبيد كفت ضميمة واحدة ثمناً كانت أو مثنياً .

(الخامسة) الأبق مادام آبقاً ليس مبيعاً في الحقيقة ولا جزء مبيع لكنه مشروط

(١) الكافي ٥/٢٠٩ ، التهذيب ٧/١٢٤ اللفظ للكافي ، وفي التهذيب ذيله هكذا :

كان الذي نقده فيما اشترى منه ، الوسائل ١٢/٢٦٣ .

وأما الآداب : فالمستحب التفقه فيه والتسوية بين المتبايعين
والإقالة لمن استقال ، والشهادتان ، والتكبير عند الإبتياح ، وان
يأخذ لنفسه ناقصاً ويعطى راجحاً .

والمكروه : مدح البائع ، وذم المشتري ، والحلف ، والبيع
في موضع يسترفيه العيب ، والربح على المؤمن الأعم الضرورة وعلى
من بعده بالأحسان ، والسوم ما بين طلوع الفجر إلى طلوع الشمس ،
ودخول السوق أولاً ، ومبايعة الأدين وذوي العاهات والإكراد ،
والتعرض للكيل أو الوزن إذا لم يحسن ، والاستحطاط بعد الصفقة ،

الملكية للمشتري ، كمن اشترى الحامل وشرط الحمل له ، فإن الحمل ليس
مبيعاً ولا جزء مبيع : أما أنه ليس مبيعاً بانفراده فظاهر ، وأما أنه ليس جزء مبيع
فلأنه ليس له شيء من الثمن ، فلو تلف قبل قبضه لم ينقص شيء من الثمن .
(السادسة) لو ظهر في الضميمة عيب فالمقسط لأجل الأرش كل الثمن على
هذه الضميمة ولا اعتبار بالابق .

(السابعة) لو كان في الأبق عيب لم يعلم به المشتري لم يكن له به أرش
ولارد ، ولا ينقص شيء من الثمن بسبب عيبه .

(الثامنة) إذا ردت الضميمة بعيب أو بخيار تبعها الأبق ، ولو كان البيع فاسداً
من أصله تبعها الأبق أيضاً .

(التاسعة) لا ينفرد للأبق حكم البتة إلا إذا غصبه غاصب أوجنى عليه جان .
فإن الأرش أو القيمة للمشتري ، فلو لم يتمكن المشتري من أخذ الجنابة لم ينقص
من الثمن شيء ، ولو يتمكن المشتري من استيفاء ذلك صار جزء من المبيع .
وكذا إذا جاء العبد وتمكن منه ، فإنه يصير جزء من المبيع ويكون له قسط من

والزيادة وقت النداء ، ودخوله في سوم أخيه ،

الثن لزوال العلة التي هي العجز عن قبضه .

قوله : ودخوله في سوم أخيه

الدخول في السوم اما بأن يرغب البائع في ثمن أعلى يبذله له ، أو يرغب المشتري في سلعة أجود من المسومة بذلك الثمن أو مثلها بأنقص منه . كلاهما منهي عنه .

وهل ذلك على سبيل التحريم أو الكراهية ؟ قال في المبسوط بالاول ، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : لايسوم الرجل على سوم أخيه^(١) . وهذا خبر يبراد به النهي ، كقوله صلى الله عليه وآله وسلم : لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها^(٢) . والنهي للتحريم .

وقال المصنف والعلامة بالثاني ، لاصالة الجواز والنهي المذكور محمول على الكراهة .

وهنا فوائد :

(الاولى) العقد الواقع عقيب السوم صحيح وان قلنا بالتحريم ، ويحصل الملك به ، لان النهي خارج عن المعاملة .

(الثانية) الدخول في السوم لا يختص بالبيع بل هو منهي عنه في سائر المعاضات والعقود ولو كانت جائزة ، كالمضاربة بالسدس وقد تقرر الثلث من العامل وبالعكس من المالك .

(الثالثة) قد يتصور الدخول في السوم وان لم يكن معاوضة كالعارية المطلقة فيقول « أعزني وأنا لها ضامن » أو الادانة من غير رهن فيطلبها مع بذل الرهن .

(١) ابن ماجه ٧٣٤/٢ ، الوسائل ٣٣٨/١٢ .

(٢) ابن ماجه ٦٢١/١ ، الترمذى ٤٣٢/٣ ، ابوداود ٢٢٤/٢ .

وأن يتوكل الحاضر للبادي ، وقيل يحرم . وتلقى الركبان ، وحده
أربعة فراسخ فما دون ، ويثبت الخيار ان ثبت الغبن ،

قوله : وان يتوكل الحاضر للبادي وقيل يحرم (١)

التوكل المذكور منهي عنه، سواء كان لبائع أوامشتر. ويحتمل أيضاً دخوله
في سائر العقود كما قلنا في الاول للعلة المتحدة في الكل، وعموم « دعوا الناس
بغفلاتهم يرزق الله بعضهم من بعض »^٢.

إذا تقرر هذا فالشيخ في المبسوط والخلاف قائل بالتحريم ، لقوله صلى
الله عليه وآله وسلم: لا يتوكل حاضر لباد^٣. والمصنف والعلامة على الكراهية
والتقرير كما تقدم .

قوله : وتلقى الركبان وحده أربعة فراسخ فما دون، ويثبت الخياران
ثبت الغبن

فوائد :

(الاولى) التلقي المذكور مكروه مع القصد لاما وقع اتفاقاً .

(١) قال في المسالك: المراد بالبادي الغريب الجالب للبلد، اعم من كونه من البادية
أو قروياً ، ومعناه أن يحمل البدوي أو القروي متاعه الى بلد فيأتيه البلدي ويقول : انا أبيع
لك بأعلا مما تبيعه به وقيل ان يعرفه السعر ويقول : انا ابيع لك واكون سمساراً ، وقد
ورد النهي عنه أيضاً ، قال صلى الله عليه وآله وسلم : لا يبيع حاضر لباد دعوا الناس يرزق
بعضهم من بعض .

(٢) الكافي ١٦٨/٥ ، التهذيب ١٥٨/٧ ، الوسائل ٣٢٧/١٢ .

(٣) الكافي ١٦٨/٥ ، التهذيب ١٥٨/٧ ، الوسائل ٣٢٧/١٢ ، ولفظ الحديث في
هذه الاصول: لا يبيع حاضر لبادي . وأيضاً ذكره الترمذي ٥٢٥/٣ بهذا اللفظ . وفي الخلاف
لا يجوز ان يبيع حاضر لباد سواء كان بالناس حاجة الى ما معهم أولم يكن لهم حاجة فان
خالف اثم ، دليلنا عموم الخبر في النهي عن ذلك من قوله صلى الله عليه وآله وسلم: لا يبيع
حاضر لباد .

والزيادة في السلعة مواطأة للبائع ، وهو النجش

(الثانية) الكراهة شاملة للبائع والمشتري لعموم العلة ، وهو غفلة البادي عن أحوال البلد وأسعاره .

(الثالثة) يثبت الخيار مع الغبن الفاحش لابدونه .

(الرابعة) اختلف في هذا الخيار هل هو على الفور أم لا ؟ قال العلامة بالاول حذراً من الاضرار المنفي لو تصرف الغابن ، وقال الشيخ بالثاني لكن حده بثلاثة أيام حملاً على الحيوان . واختار المصنف في الشرائع والسعيد بقاؤه الى حين اسقاطه لانه حق متملك فلا يسقط بالتأخير كغيره ممن الحقوق كخيار العيب ، وهو قوي .

(الخامسة) قول المصنف في الشرائع « ولا يثبت للبائع الخيار الا أن يثبت الغبن » يعطي اختصاصه بالبائع . وهو غير سديد ، بل هو شامل له وللمشتري كما قلناه ، وعبارته هنا شاملة ، فهي أسد .

قوله : **والزيادة في السلعة مواطأة للبائع وهو النجش**

النجش لغة الاستتار للمخاتلة^٣، ومنه نجش الصيد اذا استتر له ليختله فكأن الناجش يستتر ليخدع المشتري باغرائه له بالزيادة واخفائه عدم رغبته .

وشرعاً قال المصنف هنا أنه الزيادة في السلعة مواطأة للبائع ، وقال في الشرائع : هو أن يزيد لزيادة من اطاه البائع . ولا شك أن بينهما فرقاً ، وهو أنه على العبارة الاولى صفة للغار وهو المواطي للبائع ، وعلى الثانية هو صفة للمغرور وغير المواطي . ولا شك أن المتبادر الى الفهم هو الاول لانه مكروه ، ولا شيء من فعل المغرور بمكروه ، ينتج أنه لا شيء من فعله بنجش وهو المطلوب .

١) ختله يخته : خدعه . ختل الذئب الصيد : تخفى له ، فهو خاتل وختول . وختاتله مخاتلة : خادعه .

والاحتكار - وهو حبس الاقوات ، وقيل يحرم .
وانما يكون في الحنطة والشعير ، والتمر والزبيب ، والسمن
وقيل : وفي الملح ، وتحقق الكراهية اذا استبقاه لزيادة الثمن ،
ولم يوجد بائع غيره .
وقيل : أن تستبقه في الرخص أربعين يوماً ، وفي الغلاء ثلاثة .
ويجبر المحتكر على البيع . وهل يسعر عليه ؟ الاصح : لا .

فعبارة هنا أسد .

هذا ، والكلام في الكراهية وثبوت الخيار وفوريته أو عدمها كالتالي .
ثم يحتمل هنا عندي أيضاً عدم اختصاص النجش بالبيع ، بل يشمل الاجارة
والمزارعة والمساقاة وما يشبهها .

قوله : الاحتكار وهو حبس الاقوات وقيل يحرم

الى آخر الفصل .

الاحتكار لغة قال الجوهري : احتكار الطعام هو جمعه وحبسه يتربص به الغلاء
وهو الحكرة بالضم .

اذا عرفت هذا فهنا مسائل :

(الاولى) عرفه المصنف هنا بأنه حبس الاقوات ، والمراد بالقوت هنا ما
يكون مقصوداً بالتغذية ، وأما ما لا يكون مقصوداً فهو فاكهة أو خضراوات .
ثم المقصود بالتغذية به غالباً هو هذه الخمسة ، أعني الحنطة والشعير والتمر
والزبيب والسمن ، وما شابهه من الزيت والشبرج . وأضاف الشيخ في المبسوط
الملح ، وكان المصنف يستضعفه لعدم معنى القوتية فيه أولاً ولعدم الوقوف على
دليل ثانياً .

(الثانية) الحبس المذكور هل هو حرام أو مكروه؟ قال الشيخان بالثاني ،
للأصل، ولعموم «الناس مسلطون على أموالهم»^(١)، ولقول الصادق عليه السلام
يكره أن يحتكر الطعام ويترك الناس ليس لهم طعام^(٢).

وقال ابن بابويه محمد بالاول ، واختاره العلامة لقوله صلى الله عليه وآله
وسلم: لا يحتكر الطعام الا خاطيء^(٣)، وقول الصادق عليه السلام: المحتكر ملعون^(٤)
وللاضرار بالناس المنهي عنه بقوله «ص»: لا ضرر ولا ضرار في الاسلام^(٥).
وهو أقوى .

ويجاب عن الاول بأن الأصل يخرج عنه بالدليل وقد بيناه ، وعن الثاني
بأن الخاص يقدم وهو دليلنا، وعن الثالث بالحمل على التحريم جمعاً بين الأدلة
وللتقي القولان .

(الثالثة) يشترط في التحريم أو الكراهية أمران: «١» كون الاستبقاء للزيادة
في الثمن لا لقصده القوت أو الزرع أو غير ذلك. «٢» أن لا يوجد باذل ، فلو وجد
زال التحريم أو الكراهية . نعم يكره لكونه طعاماً يطلب في بيعه الغلاء غالباً .
وقال الشيخ حد الاستبقاء في الغلاء ثلاثة أيام وفي الرخص أربعون يوماً، والمعتمد
ما قلناه .

(الرابعة) لانعلم خلافاً في جبر المحتكر على البيع، وهو دليل على تحريمه
نعم مع الجبر هل يسرع عليه؟ فيه أقوال :

«١» قول الشيخ بعدمه مطلقاً ، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : السعر

(١) البحار ٢/٢٧٢، الفوالى ١/٤٥٧.

(٢) الكافي ٥/١٦٥، التهذيب ٧/١٦٠، الوسائل ١٢/٣١٣، الاستبصار ٣/١١٥.

(٣) الوسائل ١٢/٣١٤، التهذيب ٧/١٥٩، الاستبصار ٣/١١٤، ابن ماجه ٢/٧٢٨.

(٤) الكافي ٥/١٦٥، التهذيب ٧/١٥٩، الاستبصار ٣/١١٤، الوسائل ١٢/٣١٣.

(٥) الوسائل ١٧/٣٧٦.

الفصل الثالث

(في الخيار والنظر في اقسامه وأحكامه)

واقسامه ستة :

(الاول) خيار المجلس ، وهو ثابت للمتبايعين في كل مبيع لم يشترط فيه سقوط مالم يفترقا .

الى الله يرفعها اذا شاء ويضعها اذا شاء (١) ، ولعموم قوله «ص» : الناس مسلطون على أموالهم (٢) .

« ٢ » قول المفيد بالتسعير والالجاز أن يطلب الشطط (٣) فتنفي فائدة الجبر

« ٣ » قول ابن حمزة ، وهو التسعيران أفرط في طلب الزيادة والافلا . وهذا

قريب لكن مع الافراط يباع عليه .

قوله : في الخيار

الخيار والخيرة بمعنى واحد ، وهو المشية في ترجيح أحد الطرفين الجائزين

وشرعاً هو عبارة عن ملك اقرار العقد وازالته بعد وقوعه مدة معلومة ، وهو أقسام :

منها خيار المجلس ، ودليل ثبوته قوله صلى الله عليه وآله : البيعان بالخيار

حتى يفترقا (٤) ، وفيه فوائد :

« ١ » اختصاصه بالبيع ، فلا يثبت في غيره من العقود .

« ٢ » ثبوته للمتعاقدين معاً ، أي لكل منهما ذلك .

« ٣ » انه سمي المشتري بيعاً تغليباً للفظ البائع كالعمرين والقمرين ، وانما

(١) التهذيب ١٦١/٧ ، الاستبصار ١١٤/٣ ، الفقيه ١٦٨/٣ ، الوسائل ٣١٧/١٢

(٢) البحر ٢٧٢/٢ .

(٣) شط في السوم : افرط .

(٤) الكافي ١٧٠/٥ ، الوسائل ٣٤٥/١٢

(الثاني) خيار الحيوان ، وهو ثلاثة أيام للمشتري خاصة ،
على الاصح .

غلب البائع لانه الاصل في الخيار لجواز ندمه غالباً .

« ٤ » ما هنا بمعنى المدة ، أي مدة عدم افتراقهما ، فلا يقدر بزمان .

« ٥ » الافتراق هنا ليس باللفظ كما يقول ابو حنيفة بل بالابدان ولوبخطوة
وذلك لانه لما كان الاجتماع على التساوم وانما هو بالابدان كان الافتراق بالابدان
أيضاً . وأصله من الفرق ، وهو قسم الشعر وابعاد بعضه عن بعض .

« ٦ » هل عدم الافتراق هنا بمعنى السلب أو عدم الملكة ، أي عدم الافتراق
عما من شأنه ، كلاهما محتمل . وتظهر الفائدة في العاقد عن اثنين كالاب والجد
فانه على السلب يثبت الخيار مالم يشترط سقوطه أو يلتزم به عنهما بعد العقد
أو تفارق المجلس وهو قول الشيخ في المبسوط ، وعلى الثاني - وهو عدم الملكة -
لم يثبت لعدم تحقق الافتراق الابن اثنين .

قوله : خيار الحيوان وهو ثلاثة ايام للمشتري خاصة على الاصح
هنا مسألان :

(الاولى) هل الخيار هنا لكل من المتبايعين أم للمشتري خاصة ؟ المرتضى
على الاول ، لرواية محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام : المتبايعان بالخيار
ثلاثة ايام في الحيوان وفيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا^(١) . والبيعان حقيقة
في البائع والمشتري كما تقدم تقريره من التغليب ، أولكون كل منهما بائعاً لغة .
والشيخان وابن الجنيد وسلاروالصدوق وابن ادريس على الثاني ، لاصالة
لزوم البيع خرج المشتري للاجماع عليه فيبقى البائع على الاصل ، ولصحيحة
الحاجبي عن الصادق عليه السلام : في الحيوان كله شرط ثلاثة ايام للمشتري وهو

(١) التهذيب ٢٤/٧ ، الوسائل ٣٤٩/١٢ .

بالخيار ان اشترط أولم يشترط^(١).
ان قلت: نفي خيار البائع مستفاد من الرواية بالمفهوم وليس حجة عندنا .
قلت : ليس كذلك ، بل الرواية دلت على المشتري ، وأما البائع فنفي
بالاصل . وهذا هو المشهور وعليه الفتوى .

وأما رواية محمد بن مسلم فحملها العلامة على كون العوضين حيواناً عملاً
بالمقتضي لثبوته للمشتري ، وهو خفاء حال الحيوان .
(الثانية) وقع الاتفاق على كون الخيار هنا ثلاثة أيام ، لكن اختلف هل
مبدأها العقد أوحين الافتراق؟ قيل بالثاني والألزم اما اجتماع المثليين أو اجتماع
العلتين على معلول واحد شخصي، وكلاهما منفي. بيان^(٢) الملازمة أن مدة خيار
المجلس اما أن يكون الثابت فيها خيارين أو واحداً، فان كان الاول لزم اجتماع
المثليين ، وان كان الثاني لزم اجتماع العلتين على المعلول الواحد .

وقيل بالاول . وهو الحق، لانه العلة ، فلو تأخر عنه لتأخر المعلول عن علته .
والجواب عن الاول : لانا نختار ثبوت خيارين ونمنع كونهما مثليين، لان
أحدهما خيار المجلس وهو ثابت للمتبايعين والآخر خيار الحيوان وهو ثابت
للمشتري خاصة . أو واحد ولا يلزم ما ذكرتم، لان علل الشرع معارفات لأمور
وتظهر فائدة الخلاف أنه على تقدير كون مبدئه العقد يكون الخياران
ثابتين ، فلو أسقط أحدهما بقسي الآخر ، بخلاف ما لو قلنا بثبوت خيار واحد
وهو خيار المجلس، فانه لا يلزم من اسقاط أحدهما بقاء الآخر في ذلك الزمان .
وكذا الكلام في خيار الشرط والخلاف فيه أيضاً . والحق أيضاً أن مبدأه
العقد ، لان اطلاق المدة يقتضي الاتصال . وايضاً لو تأخر الى حين التفرق

(١) التهذيب ٢٤/٧ ، الفقيه ١٢٦/٣ ، الوسائل ٣٤٩/١٢ .

(٢) في بعض النسخ : بيان اللزوم .

ويسقط لو شرط سقوطه ، أو أسقطه المشتري بعد العقد ،
أو تصرف فيه المشتري ، سواء كان تصرفاً لازماً كالبيع أو غير لازم
كالوصية والهبة قبل القبض .

(الثالث) خيار الشرط وهو بحسب ما يشترط .

ولا بد أن تكون مدته مضبوطة .

ولو كانت محتملة لم تجز كقدوم الغزاة وادراك الثمرات .

ويجوز اشتراط مدة يرد فيها البائع الثمن ويرتجع المبيع .

لزم جهالة المدة . وهذا قول ابن ادريس ، وقال الشيخ في المبسوط والخلاف
وابن زهرة مبدؤه التفرق .

قوله : خيار الشرط وهو بحسب ما يشترط

يريد أن خيار الشرط ليس لازماً بالأصل بل هو تابع لإرادة المتبايعين ،

وهذه الجملة تشمل مسائل :

(الاولى) أنه يكون لكل من المتبايعين واحدهما خاصة .

(الثانية) انه قد لا يكون للمتبايعين بل للاجنبي خاصة وله مع أحد المتبايعين

ومعها معاً .

(الثالثة) أن المدة فيه ليس لها مقدر شرعي بل بحسب اشتراطها لكن مع

الضبط بحيث لا تحتمل زيادة ونقصاناً .

وخالف جماعة من الجمهور هنا حيث قيدوا المدة بثلاثة أيام . لنا على ذلك

كله قوله صلى الله عليه وآله وسلم : المؤمنون عند شروطهم^(١) .

قوله : ويجوز اشتراط مدة يرد فيها البائع الثمن ويرتجع المبيع

هذه المسألة توهم التكرار ، وليس به بل هو إشارة الى تفصيل خيار الشرط

(١) التهذيب ٢٢/٧ .

فلو انقضت ولما يرد لزم البيع .
ولو تلف في المدة تلف من المشتري . وكذالو حصل له نماء
كان له .
(الرابع) خيار الغبن . ومع ثبوته وقت العقد بما لا يتغابن فيه غالباً
وجهالة المغبون يثبت له الخيار في الفسخ والامضاء .

وذلك لانه تارة يذكر الخيار في فسخ العقد خاصة سواء أحضر الثمن أولاً .
وتارة يكون مع شرط احضار الثمن . وهو هذه المسألة ، فلو لم يحضر الثمن وفسخ
لم يكن لفسخه تأثير بل العقد باق على لزمه .

قوله : خيار الغبن - الخ

هنا فوائد :
(الاولى) ان هذا النوع من الخيار لم يذكره كثير من المتقدمين بل ذكره
المتأخرون عملاً بقوله صلى الله عليه وآله : لا ضرر ولا ضرار في الاسلام^(١) .
وبقوله : فقل اذا ابتعت لا خلابة^(٢) .
(الثانية) انه ثابت في كل معاوضة مالية محضة كالبيع والاجارة والمزارعة
والمساقاة والصلح وغيرها من المعاوضات المالية عملاً بالعلة .
(الثالثة) أنه لا يثبت به أرش ، بل اما الرد أو الالتزام بمقتضى العقد لزوال
الضرر بذلك وأصالة لزوم مقتضى العقد وعدم الالتزام بشيء ، ولانه ليس بعيب
والارش في مقابلة العيب .

(١) الوسائل ٣٧٦/١٧ ، الكافي ٢٩٢/٥ .

(٢) كنز العمال ٦١/٤ وفيه : بيع وقل لا خلابة ، ٩١ : اذا انت بايعت فقل : لا خلابة
١٥٥ من بايعت فقل : لا خلابة . والخلابة بكسر الخاء المعجمة : المخادعة ، وقيل : الخديعة
باللسان ، سنن ابى داود ٢٨٢/٣ ، البخارى بشرح الكرمانى ١٢/١٠ .

(الخامس) من باع ولم يقبض الثمن ولا قبض المبيع ولا اشترط التأخير فالبيع لازم ثلاثة أيام . ومع انقضائها يثبت الخيار للبائع . فان تلف ، قال المفيد : يتلف في الثلاثة من المشتري ، وبعدها من البائع .
والوجه تلفه من البائع في الحالين لان التقدير أنه لم يقبض . ولو اشترى ما يفسد من يومه ، ففي رواية يلزم البيع الى الليل ، فان لم يأت بالثمن فلا بيع له .
(السادس) خيار الرؤية :

(الرابعة) انه هل يسقط هذا الخيار بالتصرف أم لا ؟ اختلفت عبارة العلامة في ذلك ، وأما المصنف فقال في الشرائع لا يسقط ذلك الخيار بالتصرف اذا لم يخرج عن المالك أو يمنع مانع من رده كالاستيلاء في الامه والعتق .
والتحقيق هنا أن نقول : ان كان المغبون هو البائع لم يسقط بتصرف المشتري مطلقاً ، لاصالة بقاء حقه وعدم بطلانه بتصرف المشتري ، وان كان هو المشتري لم يسقط بتصرفه الا أن يخرج عن ملكه أو يمنع منه مانع .
قوله : من باع ولم يقبض الثمن ولا قبض المبيع ولا اشترط التأخير فالبيع لازم ثلاثة ايام
هنا مسائل :

(الاولى) هذا النوع من الخيار من خواص أصحابنا ، لم يقل به أحد من الجمهور . وشروطه ثلاثة : « ١ » عدم قبض الثمن ، أي كله ، فلو قبض البعض فالحكم كما لو لم يقبض . « ٢ » عدم تقييض المبيع كذلك ، أي كله أيضاً ، فتقييض

وهو يثبت في بيع الاعيان الحاضرة من غير مشاهدة .
ولا يصح حتى يذكر الجنس والوصف .
فان كان موافقاً لزم ، والا كان للمشتري الرد .
وكذا لو لم يره البائع واشترى بالوصف كان الخيار للبائع
لو كان بخلاف الصفة .

وسياتى خيار العيب ان شاء الله تعالى .
وأما الاحكام : فمسائل :

البعض كالتقبيض . « ٣ » عدم اشتراط التأخير في الامرين ، أعني الثمن والمثمن
احترازاً من النسبة والسلف .

(الثانية) لو تلف المبيع فاما من الثلاثة أو بعدها ، فان كان بعدها فمن البائع
اجماعات ، وان كان الاول فقال المفيد يكون من المشتري لانه ملكه وهو أحق به
ولان التأخير لمصلحته . وقال الشيخ - وهو اختيار المصنف - أنه يكون من
البائع أيضاً ، لقوله صلى الله عليه وآله : كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال
بائعه ، وهنا كذلك .

(الثالثة) لو كان المبيع والحالة هذه لا يبقى ثلاثة أيام فكثير من الاصحاب
عبر بالخيار الى الليل .

وأما المصنف فقال في الشرائع : لو اشترى ما يفسد من يومه فان جاء
بالثمن قبل الليل والافلا بيع له . وهو يدل على عدم ثبوت الخيار . قال الشهيد
وهو حسن لموافقة الرواية عن الصادق عليه السلام : ان جاءه بالثمن فيما بينه وبين
الليل والافلا بيع له . والتحقيق أن الفساد ليومه ليس ضابطاً بل الى أن يشرف
على الهلاك .

(الاولى) خيار المجلس ، يختص البيع دون غيره .

(الثانية) التصرف يسقط خيار الشرط .

(الثالثة) الخيار يورث ، مشروطاً كان أو لازماً بالاصل .

(الرابعة) المبيع يملك بالعقد . وقيل : به وبانقضاء الخيار .

ثم ان تسمية هذا خياراً مجاز من باب تسمية الشيء باسم ما يؤل اليه .

قوله : التصرف يسقط خيار الشرط

هنا فوائد :

(الاولى) يريد بالتصرف هنا ما لم يكن على وجه الاختبار ، كذوق الطعام وركوب الدابة لدفع الجموح^(١) وللنقل وأمثاله ، فانه غير مسقط للخيار ، بخلاف التصرف الناقل أو ما يؤذن باستقرار الملك .

(الثانية) انه لافرق بين خيار الشرط أو غيره فيما ذكرناه ، فلا وجه حيثئذ لتخصيصه بخيار الشرط .

(الثالثة) لو كان الخيار لهما وتصرف أحدهما سقط خياره خاصة ، ولو كان بأذن الآخر سقط الخياران .

قوله : المبيع يملك بالعقد ، وقيل : به وبانقضاء الخيار

الاول هو الحق ، وبه قال المحققون من الاصحاب لوجوه :

« ١ » - قوله تعالى « ولانأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم »^(٢)، علق اباحة التصرف بالتجارة على التراضي أعني البيع ، فلولم يكن مقيداً للملك لما جاز التعليق عليه .

(١) جمع الفرس يراكبه يجمع جماحاً بالكسر وجموحاً : استعصى حتى غلبه فهو جموح بالفتح وجامح .

(٢) سورة النساء : ٢٩ .

وإذا كان الخيار للمشتري، جاز له التصرف، وإن لم يوجب البيع على نفسه .

« ٢ » - قد تقر في الأصول أن الصحة عبارة عن ترتب الأثر، فحال وقوع العقد إن وصف بالصحة ثبت المطلوب وإن لم يوصف فلا خيار لترتبه على العقد الصحيح والفرض عدمه .

« ٣ » - إن المقضي للملك - وهو العقد - موجود، لأنه السبب الشرعي لنقل العين هنا، ولذلك عرفوه بأنه انتقال عين أو تمليك عين. والمانع مفقود، إذ ليس هنا الاثبات الخيار وهو غير مناف للملك كخيار العيب، فيكون الملك حاصلًا وهو المطلوب .

« ٤ » - إنه لو لم ينتقل بالعقد إلى المشتري لكان موقوفًا، وحينئذ لم يكن فرق بين بيع المالك وبيع الفضولي . واستحالة اللازم ظاهرة .

والثاني قول الشيخ في الخلاف، واحتج بأن البيع مع الخيار قاصر عن البيع من غير خيار، والقصور ليس بالعدم أفادة الملك، لأنه لو أفاده لما كان قاصرًا بل مساويًا . هذا خلف .

والجواب: بالمنع من كون القصور ليس بالعدم أفادة الملك، لجواز أن يكون لعدم اللزوم، وذلك كاف في الفرق .

ثم إن فائدة الخلاف تظهر فيما لو وقع الفسخ بعد حدوث النماء، فإنه على الملك بالعقد يكون للمشتري لكونه حدث على ملكه، وعلى قول الشيخ يكون للبائع لتوقف انتقال الأصل عنه على انقضاء الخيار ولم يحصل .

وعلمه في المبسوط في ضمان البائع فيكون النماء له، وفيما لو زاد في الثمن أو نقص في مدة الخيار فإن ذلك لازم عند الشيخ حتى أنه يلزم الشفعة به .

قوله: وإذا كان الخيار للمشتري جازله التصرف وإن لم يوجب البيع على نفسه

(الخامسة) اذا تلف المبيع قبل قبضه ، فهو من مال البائع وكذا بعد قبضه وقبل انقضاء خيار المشتري ، ما لم يفرض ، ولو تلف بعد ذلك كان من المشتري .

(السادسة) لو اشترى ضيعة رأى بعضها ووصف له سائرها كان له الخيار فيها أجمع ، ان لم يكن على الوصف .

الفصل الرابع

(في لواحق البيع وهي خمسة)

(الاول) النقد والنسيئة .

هذا فرع على القول بالملك بالعقد وعدمه ، فانه على الاول يجوز التصرف لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : الناس مسلطون على أموالهم^(١) . وعلى الثاني لا يجوز الاعلى تقدير ايجاب البيع على نفسه . ومعنى ايجاب البيع هو الالتزام بمقتضى العقد ورفع جميع الخيار ، ولما كان مذهب المصنف الملك بالعقد قال بجواز التصرف وان لم يوجب البيع على نفسه .

قوله : الاول النقد والنسيئة

البيع بالنسيئة الى تعجيل الثمن والمثمن أربعة أقسام : لانه اما أن يقع مطلقاً أو يشترط تعجيلهما أولاً ، والاولان هو بيع النقد ، والثالث اما أن يشترط تأخيرهما ويسمى بيع الكالي بالكالي وهو باطل اتفاقاً ، أو اشترط تأخير الثمن وهو بيع النسيئة أو تأخير المثمن وهو بيع السلف . فالبيع الصحيح حينئذ ثلاثة نقد ونسيئة وسلف .

(١) البحار ٢/٢٧٢ .

من ابتاع مطلقاً فالثمن حال ، كما لو شرط تعجيله .
ولو شرط التأجيل مع تعيين المدة صحح .
ولو لم يعين بطل . وكذا لو عين أجلاً محتملاً كقدوم الغزاة .
وكذا لو قال : بكذا نقداً ، وبكذا نسيئة ، وفي رواية : له أقل
الثمانين نسيئة . ولو كان الى أجلين بطل .
ويصح أن يبتاع ما باعه نسيئة قبل الاجل بزيادة ونقصان بجنس
الثمن غيره ، حالاً ومؤجلاً اذا لم يشترط ذلك .

أما تسمية الاولين نقداً فمن قولهم درهم نقد أى وازن جيد ، وأما تسمية
الثاني لان البائع والمشتري كل منهما يكلاً صاحبه أى يراقبه لاجل ماله عليه^(١)
فيكون اسم فاعل . وفي الكلام حينئذ اضمار ، أي يبيع مال الكالي بمال الكالي
لاستحالة ورود البيع على العاقدين . ويجوز أن يكون اسم مفعول كالدافق ،
وحيثئذ لا اضمار .

وعلى التقديرين هو مجاز من تسمية الشيء باسم ما يؤول اليه ، لان
حال العقد ليس هناك كالي .

ومنهم من فسره ببيع دين بدين^(٢) ، وحيثئذ يكون حقيقة .
وأما النسيئة فمن قولك نسأت الشيء نسيئاً : أي أخرته . والسلف يأتي .
قوله : وكذا لو قال بكذا نقداً وبكذا نسيئة ، وفي رواية له أقل
الثمانين نسيئة

(١) أى لاجل ماله الذى فى ذمته .

(٢) قال ابو عبيد: صورته ان يسلم الرجل الدراهم فى طعام الى أجل فاذا حل الاجل
يقول الذى عليه الطعام ليس عندى طعام ولكن بعنى اياه الى اجل فهذه نسيئة انقلبت
الى نسيئة ، فلو قبض الطعام ثم باعه منه او من غيره لم يكن كالكأ بكالى .

ولو حل فابتاعه من المشتري بغير جنس الثمن أو بجنسه من غير زيادة ولا نقصان صح .

ولو زاد عن الثمن أو نقص ففيه روايتان ، أشبههما : الجواز .

هذا عطف على قوله «ولو لم يعين بطل» فان التأخير غرض مقصود فيكون له دخل في الثمن زيادة ونقصاناً ، فمع عدم ضبطه لا يعلم قدر الثمن فيبطل [العقد] وكذا اذا لم يعين لزوم التأخر أو عدمه يستلزم تجهيل الثمن فيبطل أيضاً ، ولعدم الجزم ببيع واحد فكان باطلاً كما لو قال «بعتك هذا أو هذا» ، ولانه صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن بيعين في بيعة^(١) .

وهذا فتوى الشيخ في المسوط والقاضي وابن حمزة وابن ادريس ، أما الرواية المشار اليها فهي عن محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام عن علي عليه السلام^(٢) ، ومثلها رواية السكوني عن الصادق عن علي عليهما السلام^(٣) . وعمل بذلك الشيخ في النهاية اعتماداً على الروايتين وعلى أنه يجوز أن حطته فارسياً فدرهم ورومياً فدرهمان ، وان خطته اليوم فكذا وغداً فكذا .

والجواب : أما عن الروايتين فبضعفهما ، لان محمد بن قيس مشترك بين الضعيف وغيره ، وهو غير متعين في الرواية من هو ، والسكوني عامي . وأما عن الاستدلال فلانه قياس مع أن أصله ممنوع كما يجيء ، وان سلم صحته كان اللازم فيه أقل الاجرتين في أجدود العملين أو أبعدهما اجلاً ولا يقولون به .

قوله : ولو زاد عن الثمن أو نقص ففيه روايتان أشبههما الجواز

(١) الترمذى ٥٣٣/٣ ، التهذيب ٢٣٠/٧ .

(٢) الكافي ٢٠٦/٥ ، الفقيه ١٧٩/٣ .

(٣) التهذيب ٥٣/٧ .

ولا يجب دفع الثمن قبل حلوله وان طلب . ولو تبرع بالدفع لم يجب القبض ، ولو حل فدفع وجب القبض .
ولو امتنع البائع فهلك من غير تفريط من البازل تلف من البائع .
وكذا في طرف البائع لو باع سلماً .

أما رواية المنع فمن الحلبي عن الصادق عليه السلام^(١) ، وعمل بها الشيخ في النهاية . وأما رواية الجواز فعن ابان بن عثمان عن عبيد بن زرارة عن الصادق عليه السلام^(٢) .
وعمل بها المفيد وابن ادريس والعلامة ، وعليها الفتوى ، لانها وان كانت موثقة والاولى حسنة ، لكن النظر يؤيدها ، لاصالة الصحة ولقوله صلى الله عليه وآله وسلم : الناس مسلطون على أموالهم^(٣) . وتحمل الاولى على الكراهية .
قوله : ولو امتنع البائع فهلك من غير تفريط من البازل تلف من البائع وكذا في طرف البائع لو باع سلماً

هذا قول الشيخ في النهاية ، وقال في المبسوط يجب تسليم الحق في الصورتين الى الامام ليحفظه لمستحقه مع امتناعه من قبضه أو ابراء ذمة من عاينه .
ويؤيد الاول أصالة براءة الذمة من ذلك الوجوب ، ومن عليه الحق قد قام بما وجب عليه وهو التمكين التام ، ويؤيد الثاني كونه ولي من لاولي له وقائماً مقام صاحب الحق ، ولا يجب على من عليه ابقاء ذلك الحق عنده بل دفعه الى من هو له أو الى من يقوم مقامه . فالاولى حينئذ التفصيل ، وهو أنه مع امكان الحاكم ودفعه اليه

(١) التهذيب ٥٦/٧ ، الكافي ١٩٥/٥ ، الوسائل ٣٩٢/١٢ .

(٢) الكافي ١٨٦/٥ ، التهذيب ٣٣/٧ ، الوسائل ٧١/١٣ .

(٣) البحار ٢٧٢/٢ .

ومن ابتاع بأجل وباع مربحة فليخبر المشتري بالأجل .
ولو لم يخبره ، كان للمشتري الرد أو الامسك بالثمن حالا .
وفي رواية : للمشتري من الاجل مثله .

يجب ذلك والافالواجب تمكينه منه لاستلزام عدمه اضرار من عليه الحق ، وقال
صلى الله عليه وآله وسلم : لا ضرر ولا اضرار في الاسلام^(١) وكذا البحث في كل
من عليه حق حال أو عنده امانة امتنع صاحبها من قبضها .

قوله : ومن ابتاع بأجل وباع مربحة فليخبر المشتري بالأجل ولولم
يخبره كان للمشتري الرد أو الامسك بالثمن حالا وفي رواية للمشتري من
الاجل مثله .

هنا فوائد :

(الاولى) البيع ينقسم بالنسبة الى رأس المال اربعة : لانه لا يخلو اما أن يخبر
برأس المال أولاً ، والثاني يسمى مساومة من الاسامة ، وهو الارسال لارسال
البيع وعدم ذكر رأس ماله ، والاول لا يخلو اما أن يبيع بذلك أو بزيادة أو بنقص
والاول يسمى تولية ، والثاني مربحة ، والثالث مواضعة . والتسمية ظاهرة .

(الثانية) يجب في كل واحد من الاقسام الثلاثة الاخيرة ذكر رأس المال كما
هو من غير زيادة ولا نقیصة والالكان خديعة وخيانة ، والاجل وان لم يكن جزء من
رأس المال لكنه كالجاء لاختلاف الاغراض باختلافه في زيادة الثمن ونقيصته
فيجب ذكره حينئذ .

(الثالثة) لو باع ما اشتراه بأجل مربحة ولم يخبر المشتري بالأجل كان باخساً
له ، فللمشتري حينئذ الخيار بين الفسخ واسترجاع الثمن وبين الامسك للمبيع

(١) الكافي ٥ / ٢٩٢ ، الوسائل ١٧ / ٣٧٦ .

بجملة الثمن الذى وقع عليه العقد .

أما الاول فللخيانة المذكورة ، وأما الثانى فلانه عقد على مبيع معلوم بثمان معلوم حال العقد مقرون ذلك بالرضا منهما فيكون صحيحاً ، فيملك البائع جملة الثمن بذلك واخفاء الاجل لا يوجب أن يكون للمشتري مثله ، غاية ما في الباب يوجب له التخيير كالغيب اذا لم يعلم به. وهذا قول الشيخ في المبسوط والخلاف وأبى أدريس والعلامة .

(الرابعة) الرواية المشار إليها هي عن هشام بن الحكم عن الصادق عليه السلام^(١) ومثلها عن مسيربى الزطي عن الصادق عليه السلام : اذا بعته مرابحة كان له من النظره مثل مالك . قال : فاسترجعت وقلت هلكتنا ، فلما رأى ماشق علي قال : أفلا افتح لك باباً يكون لك خرج منه قل قام علي بكذا وأبيعتك بزيادة كذا ولا تقل بربح كذا^(٢).

وأجاب العلامة بأنها محمولة على ما اذا باعه بمثل ما اشتراه وأخفى عنه النسبة ولم يشترط النقد، فانه والحال هذه يكون له من الاجل مثل ما كان للبائع . وفيه نظر : أما اولاً فلان قوله «باعه بمثل ما اشتراه» ان أراد به أنه هكذا وقع العقد من غير تعيين كمية الثمن فالعقد باطل ، وان أراد مع تعيين الكمية وام يدع حلولاً ولا عدمه فهو المسألة المبحوث عنها، والرواية تدل على خلافه فلا تكون هي محملاً ، وان كان مع دعوى الحلول ثم يظهر خلافه فيكون له من الاجل مثله امكن أن يكون ذلك محملاً للرواية لكن لا تكون مسألة أخرى غير المبحوث عنها هي محمل للرواية ، فان المسألة المبحوث عنها شاملة للقسمين ، لانها عبارة عن أن يشتري سلعة بأجل ويبيع مرابحة ولم يخبر بالاجل وذلك أعم من أن يدعى الحلول

(١) الكافي ٢٠٨/٥ .

(٢) الكافي ١٩٨/٥ ، التهذيب ٥٦/٧ ، الفقيه : انظر روضة المتقين ٨٣/٧ .

مسألتان :

(الاولى) اذا باع مرابحة فلينسب الربح الى السلعة .

ولو نسبه الى المال فقولان ، أصحهما : الكراهية .

وعدمه ، فمحمل الرواية لاجوده .

وأما ثانياً فلانه لو كان كما قال لما استرجع السائل ولما احتاج الى المخلص

الذي ذكره الامام عليه السلام في الرواية الثانية .

وأما ثالثاً فلان قوله « ولم يشترط النقد » لاعمى له ، اذا طلاق العقد ينصرف

الى النقد لا الى النسبة ، فلا فرق بين اشتراط النقد وعدمه الا في تسلط البائع

على الفسخ لو شرط النقد و لم يحصل .

واعلم أنه قد يرجح العمل بالرواية نظراً الى وضع المرابحة وحذراً من

اطراحها مع صحتها : لكن العمل بها مشكل : أما أولاً فللذليل المذكور أولاً ،

وأما ثانياً فلان الرواية الثانية تضمنت مالا وجه له ، وهو أنه فرق بين قوله

« أبيعك بزيادة كذا » وبين « أبيعك بربح كذا » ولم نر أحداً فرق بينهما .

قوله : اذا باع مرابحة فلينسب الربح الى السلعة ولونسبه الى المال

فقولان اصحهما الكراهية

نسبة الربح الى السلعة هو أن يقول: رأس مالي في هذه السلعة كذا وبعثك اياها

بذلك وربح كذا، ونسبته الى المال هو أن يقول: بعثك اياها بذلك وربح درهم

في كل عشرة مثلاً .

والاول لاختلاف في صحته ، وأما الثاني فقال الشيخان في النهاية والمقنعة

(الثانية) من اشترى أمتعة صفقة ، لم يجز بيع بعضها مرابحة
سواء قومها أو بسط الثمن عليها وباع خيارها .
ولو أخبر بذلك جاز لكن يخرج عن وضع المرابحة .

لا يجوز لرواية الحلبي عن الصادق عليه السلام^(١) وهي قاصرة عن مرادهما ،
وان سلم فهي محمولة على الكراهية ، لرواية أبان عن محمد عن الصادق
عليه السلام : اني اكره عشرة بأحد عشرة وعشرة باثني عشرة^(٢) . وما حكى عن
ابن عباس أنه قال : اكره أبيع ده يازده وده دوازده لانه بيع الاعاجم .
قوله : من اشترى أمتعة صفقة لم يجز بيع بعضها مرابحة سواء قومها
أو بسط الثمن عليها وباع خيارها ، ولو أخبر بذلك جاز لكن يخرج عن وضع
المرابحة
هنا فوائد :

(الاولى) مراده بالصفقة أي في عقد واحد ، ويسمى العقد الواحد صفقة
اعتباراً بما كانوا يصنعونه من وضع أحد هما يده في يد صاحبه حالة البيع ،
أو أنه يصفق أحدهما على يد الآخر عند انتهاء العقد .
(الثانية) انما لم يجز بيع بعضها مرابحة لان المرابحة لا بد فيها من الاخبار
برأس المال ، وهو غير حاصل لانه لم يشتر تلك السلعة وحدها بشيء حتى يخبر به
ولم نعلم في ذلك خلافاً الا من ابن الجنيد ، وحيث جوز ذلك اذا كانت الأمتعة
لاتفاضل بينها . وما ذكره المصنف هو اختيار ابن ادریس والعلامة .
(الثالثة) أنه كما لا يجوز البيع في ذلك مرابحة كذا لا يجوز مواضعة وتولية
عملاً بالعلة .

(١) التهذيب ٥٤/٧ - ٥٥ ، الكافي ١٩٧/٥ .

(٢) الكافي ١٩٧/٥ ، التهذيب ٥٥/٧ .

ولو قوم على الدلال متاعاً ولم يواجبه البيع وجعل له الزائد
أو شاركه فيه أو جعل لنفسه منه قسطاً وللدلال الزائد، لم يجز بيع
ذلك مرابحة .

ويجوز لو أخبر بالصورة كما قلناه في الاول، ويكون للدلال
الاجرة .

والفائدة للتاجر ، سواء كان التاجر دعاه أو الدلال ابتدأه .
ومن الاصحاب من فرق .

(الرابع) لو استأجر أمكنة صفقة أو تقبل بأعمال صفقة وقلنا بجواز الايجار
بالزيادة مطلقاً هل لهذا الايجار على صفة المرابحة أم لا؟ يحتمل ذلك، والاقوى
عدمه عملاً بالعلة ، سواء قوم أو بسط .

(الخامسة) لو باعه عشرة أثواب مثلاً كل ثوب بخمسة مسع تساويها أو كل
جيد منها بسبعة وكل رديء بخمسة وكان معلومين، فالظاهر جواز الاخبار حينئذ
لكن مسع الاشارة الى كل واحد حال البيع لانه في حكم العقود المتعددة .
وكذا البحث في استيجار الامكنة المتعددة. ويحتمل ضعيفاً عدمه فيهما، والاول
أجود في المسألتين .

قوله : لو قوم على الدلال متاعاً. الى قوله : ومن الاصحاب من فرق
ما ذكره المصنف هو قول ابن ادريس ، وتقريره : انانمنع كون الزائد
للدلال لان مجرد التقويم ليس ببيع ولا اجارة ولا جعلالة لجهالة الغوض، بل الزائد
للتاجر لانه ثمن متاعه وعليه اجرة المثل للدلال ، لانه أمره بعمل له اجرة بالعادة .
وأما الفارق بين الصورتين فهو الشيخان ، فانهما قالا ان كان التاجر ابتدأ

(الثاني) فيما يدخل في المبيع .

من باع أرضاً لم يدخل نخلها ولا شجرها الا أن يشترط .
وفى رواية: اذا ابتاع الارض بحدودها وما أغلق عليه بابها فله
جميع ما فيها .

بالقول مع الدلال وقوم عليه المتاع بقدر وقال ان بعته بزيادة فهي لك وان بعته
بالقدر المعين فلا شيء فانه يلزم التاجر ذلك ، ولو باعه بتقيصة لزم الدلال التتمة
وان كان الدلال هو الذي ابتداءً بالقول لم يلزم التاجر شيء ويكون الزائد له .
واستدلا على الحكم الاول برواية محمد بن مسلم في الصحيح عن الصادق
عليه السلام أنه قال في رجل قال لرجل «بع ثوبى بعشرة دراهم فما فضل فهو لك»
قال : ليس به بأس^(١) . ومثله زرارة عنه عليه السلام^(٢) .

وأما الحكم الثاني فلم نجد لهما به نصاً ، بل النظر أداهما اليه . واعتذر
العلامة لهما بأنه في الحكم الاول يحتمل أن يكون على وجه الجمالة ، لانه انما
منع من جهانة مال الجمالة اذا أدى الى التنازع ، وهو هنا منفي ، اذ الدلال اذا
زاد في الثمن مهما زاد كانت الزيادة له ، والا فلا شيء له لانهما تراضيا على ذلك
بخلاف الجهالة المجهولة العوض المؤدية الى التنازع .

وفيه نظر ، لانه يمنع أن أداه الى التنازع هو العلة في المنع ، لجواز أن
يكون حصول الغرر للدلال ، وهو هنا ممكن لجواز توهمه قدرأ يزيد على ذلك
ولم يحصل فيقع في الغرر المنهي عنه .

قوله : من باع أرضاً لم يدخل نخلها ولا شجرها الا ان يشترط ، وفى
رواية اذا ابتاع الارض بحدودها وما اغلق عليه بابها فله جميع ما فيها

(١) الكافي ٥/١٩٥ ، التهذيب ٧/٥٤ .

(٢) التهذيب ٧/٥٤ .

لوباعه أرضاً بها شجر أونخل فهو على ثلاثة أقسام :
(الاول) أن يقول «بعتك هذه الارض بكذا» فهذا الكلام ولا خلاف في عدم دخول النخل والشجر .

(الثاني) أن يقول « بعتك هذه الارض بحدودها وحقوقها بكذا » فالاصح عدم دخول النخل والشجر ، اذ ليس ذلك من حقوق الارض ، لعدم دلالة الارض عليه بشيء من الدلالات ولحصول مفهومها والانتفاع بها بدون ذلك .
خلافاً للشيخ في المبسوط حيث قال بالدخول استدلالاً بالرواية المشار اليها وهي مكتوبة محمد بن الحسن الصفار عن العسكري عليه السلام^(١) .

وقوله ضعيف ، لعدم دلالة الرواية على ما ذهب اليه الشيخ ، لان الامام عليه السلام وقع بخطه الشريف فيها : اذا ابتاع الارض بحدودها وما أغلق عليه بابها فله جميع ما فيها . وهذا حق لدالتها بمفهومها على أنه اذا لم يذكر وما أغلق عليه بابها لم يدخل شيء من ذلك ، وهذا المفهوم يؤيده النظر .
وابن ادريس تابع الشيخ في قوله، وفسر قوله عليه السلام « وما أغلق عليه بابها» بأنه جميع حقوقها . وتفسيره ممنوع .

(الثالث) أن يقول «بعتكها بحدودها وحقوقها وما أغلق عليه بابها» ولا كلام حينئذ في دخول النخل والشجر لدلالة الرواية عليه .

وهنا فوائد :

(الاولى) حق الشيء ما يتوقف عليه مفهومه لغة أو عرفاً أو شرعاً ، أو يتوقف الانتفاع به كذلك عليه، ويقدم الشرع ثم العرف ثم اللغة .

(الثانية) ليس المراد بقولنا « ما أغلق عليه بابه » ما هو كذلك بالفعل حتى يشترط وجود باب وغلق ، بل ما هو أعم من ذلك، أعني ما لو كان له جدار وباب

(١) التهذيب ١٥٥/٧ .

ولو ابتاع داراً ، دخل الاعلى والاسفل ، الا أن تشهد العادة
للاعلى بالانفراد .

ولو باع نخلا مؤبراً ، فالثمرة للبائع ، الا أن يشترط .

لاغلق عليه .

(الثالثة) ما هو من المنقولات وليس بثابت في الارض ولا متصل بها لا يكون
داخلا في الارض ، ولو قال «وما أغلق عليه بابها» الامع قضاء العرف به أو وقعت
المساومة عليه أو ما أشبه ذلك .

(الرابعة) قال في المبسوط: لو باع أرضاً بها زرع تبقى عروقه ويجزرة بعد
أخرى ، فان كان مجزوزاً فهو للمشتري ، وان لم يكن مجزوزاً وكان ظاهراً فالجزر
الاول للبائع والباقي للمشتري . والحق خلافه ، بل الزرع كله للبائع وعليه قلعه
لاصالة بقاء الملك وعدم تناول الاسم له .

(الخامسة) قال أيضاً في المبسوط ان النخل والشجر يدخلان في بيع الدار
لانه من حقوقها ، وليس بشيء لما تقدم .

(السادسة) قال أيضاً تدخل الخوابي المدفونة لانها مخازن كالخزائن ، وتدخل
الرحى فوق وأسفل . والكل ممنوع لما تقدم .

(السابعة) ماء البئر يدخل في بيع الدار على الاصح لتبعيته للبئر التابعة
لدار وتسليمه بتسليمها وهو التخلية . وجهالة مقداره لا تمنع كأس الجدار .

(الثامنة) منع الشيخ في المبسوط من بيع ماء البئر منفرداً ، لان له مدداً فهو
معه مجهول وبيع الموجود غير سائغ لعدم امكان التسليم لاختلاطه بالنابع .

وتبعه القاضي ، وجوز العلامة بيع الموجود وتسليمه كتسليم المشاع . وهو
قريب ، لكن الاولى هنا الصلح لا البيع .

قوله : ولو باع نخلا مؤبراً فالثمرة للبائع

وكذالو باع شجرة مثمرة أو دابة حاملا على الاظهر .

ولو لم تؤبر النخلة فالطلع للمشتري .

(الثالث) فى القبض :

اطلاق العقد يقتضى تسليم المبيع والتمن .

لعدم تناول اسم النخل له ، ولقوله صلى الله عليه وآله وسلم: من باع نخلا مؤبراً فثمرته للبائع إلا أن يشترطه المشتري^(١).

قوله : وكذا لو باع شجرة مثمرة أو دابة حاملا على الاظهر

أما الشجرة فلم نعلم فيها خلافاً، وأما الدابة فقال الشيخ فى المبسوط والقاضى فى الجواهر بدخول الحمل لانه جزء منها . وهو ممنوع .

وقال فى النهاية وابن زهرة واختاره المصنف والعلامة بعدم الدخول بل هو للبائع ، لعدم دلالة اللفظ عليه بشىء من الدلالات الثلاث . وهو الاظهر .

قوله : اطلاق العقد يقتضى تسليم المبيع والتمن

هنا فوائد :

(الاولى) اطلاق العقد هو عدم تقييده بما يخالف مقتضاه من شرط أو صفة

أو غير ذلك مما تتعلق به الاغراض من الامور السائغة ، ومراده هنا ما لم يشتمل على اشتراط تأخير لاحد العوضين .

(الثانية) الحق عندنا أن اطلاق العقد بالمعنى المذكور يقتضى وجوب

التسليم على كل من البائع والمشتري للبيع والتمن من غير أولوية تقديم ، خلافاً

(١) الترمذى ٥٤٦/٣ ، ابن ماجة ٧٤٥/٢ ، شرح الكرماتى للبخارى ٥٩/١٠ ،

والقبض هو التخلية فيما لا ينقل كالعقار وكذا فيما ينقل .

وقيل : في القماش هو الامساك باليد ، وفي الحيوان هو نقله

لبعض الجمهور فانه اوجب تسليم المبيع أولاً لمستحق به الثمن .

وليس بشيء ، اذ لقائل ان يقول يجب تسليم الثمن أولاً ليستحق به البيع .

هذا والمراد بالثمن قيل هو النقدان اتفق والا هو ما يقرب بالباء ، وقيل هو

ما اتصل بالباء مطلقاً ، وقيل النقد مطلقاً . وتظهر الفائدة في بيع حيوان بحيوان

أو بيع نقد بحيوان والثاني أقوى ، لقولهم في التقسيم يصح بيع الاثمان بالاثمان

والاعراض بالاعراض والاعراض بالاثمان وبالعكس .

(الثالثة) لو تعاسر المتعاقدان في التسليم أولاً أجبرامعاً . لان وقت الانتقالين

واحد وبه قال ابن ادريس ، وقال الشيخ في الخلاف يجبر البائع أولاً وليس بشيء

(الرابعة) لو منع أحدهما من تسليم ما وجب عليه تسليمه مع بذل الاخر كان

غاصباً ضامناً لما عنده بأعلى القيم لو تلف لحصول الملك بنفس العقد .

(الخامسة) لو اشترط أحدهما تأخير ما عنده وجب على الاخر البذل ، ولو

امتنع أجبر ، ولو أجبر وتلف والحال هذه كان غاصباً .

قوله : والقبض هو التخلية فيما لا ينقل كالعقار وكذا فيما ينقل ، وقيل

في القماش هو الامساك باليد وفي الحيوان هو نقله

اختلف في حقيقة القبض على قولين :

« ١ » - أنه التخلية مطلقاً ، وهو قول الشيخ في المبسوط ، واختاره المصنف

محتجاً بأنه استعمال في التخلية اجماعاً فيما لا ينقل ويحول فيجب أن يكون كذلك

في غيره ويكون حقيقة في المعنى المشترك ، اذ لو استعمل في المنقول بمعنى

ويجب تسليم المبيع مفرغاً، فلو كان فيه متاع فعلى البائع ازالته .

آخر لكان اما حقيقة فيهما فيلزم الاشتراك أو مجازاً في الآخر فليزيم المجاز ، وكلاهما على خلاف الاصل .

« ٢ » - أنه التخلية فيما لا ينقل والنقل في الحيوان والامسك في اليد في غيره من المنقولات غير المكيلة والموزونة والكيل أو الوزن في المكيل أو الموزون وما في حكمهما . وهو قول الشيخ في الخلاف ، واختاره العلامة محتجاً بأنه لغة وعرفاً هو الامسك باليد وانما نقل الى التخلية فيما لا ينقل لتعذر ذلك فيه . ولا يلزم من ذلك اطراده في كل المبيعات لعدم اطراد العلة فيها أعني التعذر . وأيضاً كلما كان النقل عن الموضوع الاصيل أقل كان أولى . وهذا هو الحق وعليه الفتوى ، لوجوب حمل اللفظ على الحقيقة العرفية مع عدم الشرعية . اذا عرفت هذا فللقبض حكمان :

الاول : زوال الضمان عن البائع معه والدخول في ضمان المشتري ودركه وهذا في غير المنقول ظاهر ، أما المنقول فهل يخرج عن الضمان بالتخلية خاصة أم لا ؟ قال العلامة في القواعد لالعدم حصول مسمى القبض فيه مع دلالة النص على أنه في ضمان البائع ، وقال الشيخ الشهيد نعم ، وهو الاقوى .

الثاني : اباحة التصرف بالبيع من المشتري في المبيع مع حصول القبض فانه بدونه مكروه أو حرام على ماسيجي ، بيانه آنفاً .

قوله : ويجب تسليم المبيع مفرغاً فلو كان فيه متاع فعلى البائع ازالته

يريد بالمفرغ كونه غير مشغول بما يمنع انتفاع المشتري به ، ويختلف ذلك بحسب اختلاف المبيعات وبحسب اختلاف الانتفاعات . والمرجع في ذلك كله الى الحكم العرفي ، لكن لو سلمه البائع غير مفرغ وقبضه المشتري دخل في ضمانه وخرج عن عهدة البائع وان كان غير منتفع به لصدق مسمى القبض

ولا بأس ببيع ما لم يقبض ، ويكره فيما يكال أو يوزن
وتأكد الكراهية في الطعام ، وقيل يحرم .
وفي رواية لا تتبعه حتى تقبضه ، إلا أن توليه .

عليه خلافاً لبعض العامة . نعم له الزام البائع بازالة الشاغل على الفور .
قوله : ولا بأس ببيع ما لم يقبض ويكره فيما يكال أو يوزن وتأكد
الكراهية في الطعام ، وقيل يحرم وفي رواية لا تبعه حتى تقبضه إلا ان توليه
هنا فوائد :

(الاولى) لم يسمع خلافاً بين أصحابنا وغيرهم في جواز بيع الامانات قبل
قبضها التمام الملك وعدم كونها مضمونة على من هي في يده وكذا المملوك بالارث
الا أن يكون المورث ملكه بالشراء ولم يقبضه . وكذا لو اشترى من مورثه ثم
مات البائع قبل قبضه والمشتري وارث لجميع ماله فانه أيضاً يجوز بيعه قبل
قبضه لانه بحكم المقبوض .

(الثانية) لم نسمع خلافاً أيضاً بين أصحابنا في جواز بيع ما ملك لغير بيع
كالصلح وغيره من العقود قبل قبضه .

(الثالثة) ظاهر أصحابنا أيضاً - ويكاد أن يكون اجماعاً - أن ما ملك بالبيع
يجوز التصرف فيه ونقله قبل قبضه بما عدا البيع من النواقل والتصرفات كالصلح
والاجارة والمزارعة والمساقاة والكتابة والعنق والوقف والرهن والاصداق
والتزويج والصدقة والاقراض ، الامانقل عن الشيخ في المبسوط من منع الاجارة
والكتابة .

(الرابعة) لاختلاف أيضاً أن غير المكيل والموزون لا حجر فيه على حال الا

ما قلنا من منع الشيخ من كتابة العبد .

(الخامسة) محل الخلاف انما هو لو ملك المكيل أو الموزون بالبيع هل له

التصرف فيه بالبيع قبل قبضه أم لا؟ فيه أقوال :

« ١ » - للمفيد والشيخ في المبسوط يكره مطلقاً .
« ٢ » - للشيخ في المبسوط ان كان طعاماً لم يجز بيعه حتى يقبضه لقوله
صلى الله عليه وآله وسلم : من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه^(١) . وللقاضي
القولان .

« ٣ » - نقل الشهيد عن كثير من الاصحاب منهم ابن ابي عقيل القول
بالتحريم مطلقاً طعاماً وغيره ، قال وردت أحاديث في ذلك عامة .

« ٤ » - الرواية المشار اليها ، وهو انه يجوز تولية لاغيرها من أنواع البيع
هي مارواه معاوية بن وهب عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن الرجل يبيع
البيع قبل أن يقبضه . فقال : ما لم يكن كيل أو وزن فلا تبعه حتى تكيهه أو تزنه إلا
أن يوليه الذي قام عليه^(٢) . ومثلها رواية منصور بن حازم عنه عليه السلام أيضاً^(٣) .
والاولى الكراهية ، لاصالة الجواز ولرواية جميل بن دراج عن الصادق
عليه السلام في الرجل يشتري الطعام ثم يبيعه قبل أن يقبضه . قال : لا بأس^(٤) .
نعم الكراهية في الطعام أشد لما ورد من المنع فيه صريحاً ، فجمع بين
الروايات بشدة الكراهية فيه .

تتمة :

لوياع في موضع المنع وقلناه بالتحريم هل يكون البيع صحيحاً أم لا ؟
صرح ابن ابي عقيل بالبطان . قال الشهيد ولو قلنا بالمنع فهو باطل لتحقق النهي
عنه لمصلحة لا يتم الا باطاله . وقال العلامة في المختلف لا يلزم من النهي البطان .

(١) التهذيب ٢٣١/٧ ، ابن ماجه ٧٤٩/٢ وفيه : من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه

(٢) التهذيب ٣٥/٧ .

(٣) الوسائل ٣٨٧/١٢ ، التهذيب ٣٥/٧ .

(٤) الكافي ١٧٩/٥ ، التهذيب ٣٦/٧ .

ولو قبض المكيل وادعى نقصانه فان حضر الاعتبار فالقول
قول البائع مع يمينه .

وان لم يحضره فالقول قوله مع يمينه .

وكذا القول فى الموزون والمعدود والمذروع .

(الرابع) فى الشروط :

وهو الحق ، لما تقرر من كون النهي فى المعاملات لا يقتضى فساداً بنفسه .

قوله : ولو قبض المكيل وادعى نقصانه - الخ

الفرق بين حضوره وعدم حضوره أنه اذا حضر فالظاهر أنه لا يستوفى المبيع الا كاملاً ، فاذا ادعى نقصانه كان مدعياً خلاف الظاهر ، فيكون القول قول البائع مع يمينه ، لانه مدعى عليه الا أن يكون له بينة تشهد بما يوافق دعواه . واذا لم يحضر كان البائع مدعياً توفية حقه وهو ينكر ، فيكون القول قوله لانه مدعى عليه .

قوله : الرابع فى الشروط - الخ

عقد البيع قابل للشرط لالتعليق على الشرط : أما الاول فلقوله صلى الله عليه وآله وسلم : المؤمنون عند شروطهم^(١) ، ولادلة وجوب الوفاء بالعهد . وأما الثانى فلانه يعتمد الرضا ، لقوله « الا أن تكون تجارة عن تراض منكم »^(٢) ولارضا الامع الجزم ، ولا جزم مع التعليق ، لانه يعرضه عدم الحصول ، ولو قدر علم حصوله كالمعلق على الوصف ، نحو « ان طلعت الشمس أوجاء الشهر » ، لان الاعتبار بجنس الشرط دون أنواعه وأفراده ، فاعتبر المعنى العام دون خصوصيات الافراد .

(١) التهذيب ٢٢٧ .

(٢) سورة النساء : ٢٩ .

ويصح منها ما كان سائغاً داخلاً تحت القدرة كقصرارة الثوب.

ولا يجوز اشتراط غير المقدور ، كبيع الزرع على أن

يصيره سنبلاً .

ولا بأس باشتراط تبقيته .

ومع اطلاق الابتياح ، يلزم البائع ابقاؤه الى ادراكه ، وكذا

الثمرة ما لم يشترط الازالة .

إذا تقرر هذا فنقول : الشرط اما أن يقتضيه العقد أولاً ، فالاول ذكره تأكيد

والثاني اما أن يكون من مصلحة البائع أو المشتري من حيث هما كذلك كشرط

رهن وضمين بالدرك واشهاد وخيار زائد فذلك جائز اجماعاً ، أو لا يكون ممنه

مصلحتهما من حيث هما كذلك ، فاما أن يكون منافياً لمقتضى العقد لذاته كشرط

أن لا يبيع أو لا يطيأ أو لا يقبض المبيع فذلك فاسد ومفسد الاشتراط العتق كما يجيء

لخبر بريرة ، واما أن لا يكون منافياً بل يتعلق به غرض لهما أو لاجدهما فذلك صحيح

عندنا ، وهو المشار اليه في كلام المصنف .

ومنه نفي خيار المجلس والحيوان ، فانه عندنا صحيح ، لان لزوم العقد

هو المقصود بالاصل والخيار عارض ، ولذلك قيدنا في المنافي لمقتضى العقد

بقولنا « لذاته » .

وهذا القسم له شروط :

« ١ » - أن يكون داخلاً تحت القدرة ، فلو لم يكن كذلك فاسد .

« ٢ » - أن يكون معلوماً ، لانه كالجزم من أحد العوضين فجهالته يستلزم

جهالتهما فيفسد .

ويصح اشتراط العتق ، والتدبير ، والكتابة .

« ٣٣ » - أن يكون سائغاً شرعاً ، فلو منع منه كتاب أو سنة فسد . ثم انه يشترط في لزوم هذا الشرط ذكره في متن العقد ما بين الايجاب والقبول ، فلو تقدم او تأخر فلا اثر له .

قوله : ويصح اشتراط العتق والتدبير والمكاتبه

لما كان العتق مبنياً [مبتدئاً] على التغليب - بمعنى تعلق غرض الشارع بحصوله - صح اشتراطه ، ولقضية بريرة كما قيل ، ولعموم « المؤمنون عند شروطهم »^(١) .

ثم هنا فوائد :

(الاولى) هل هذا العتق واجب على المشتري فعله بحيث لو لم يفعل أجبره الحاكم أو غير واجب؟ يحتمل الاول عملاً بالشرط ووجوب الايفاء بمقتضى العقد ويحتمل الثاني . وهو الاصح ، لانه غير واجب عليه بالاصل وانما فائدة اشتراطه سوغان الفسخ من البائع لو لم يفعل لاجوبه ، لعموم « الناس مسطون على أموالهم »^(٢) والفرض أنه ملكه بالعقد .

ويتفرع على الاحتمالين أنه حق لله على الاول وللبيع على الثاني ، وهو

الاصح .

(الثانية) ايقاع العتق هنا حق للبائع ، فلو لم يوقعه المشتري تخير البائع ، فان وجده أخذه والا فان أتلفه المشتري أخذ قيمته ورد الثمن ، فان تساوبا جنساً تقاصا .

وهل القيمة يوم التلف لان به يتعين الرجوع اليها ، أو يوم قبضه لانه وقت

(١) التهذيب ٢٢٧/٧ .

(٢) البحار ٢٧٢/٢ .

دخوله في ضمان المشتري، أو الأعلى لان الرجوع عند الفسخ في العين ، أوقيمتها

شامل لجميع الاحوال التي من جملتها وقت الزيادة؟ الاصح الاول .
ثم المقوم هل هو عبد واجب العتق أم مجرد؟ يحتمل الاول لان التقدير ،
ويحتمل الثاني لان الشرط لم يحصل فهو كلا شرط كما في الرجوع مع بقاءه
ويؤيده عدم القول بوجوب عتقه ، اذ لو رجع بقيمة المشروط لم يفد الفسخ
غالباً ، ولو أنلفه غيره رجع بقيمة يوم الاتلاف قطعاً على المتلف ، وبالزيادة^(١)
لوقلتا به على المشتري .

(الثالثة) هل له الرجوع بما يقتضيه شرط العتق ولافسخ . قيل نعم ، وحكاه
في المبسوط قولاً .

وفي تصويره وجهان : الاول أن يرجع بالتفاوت بين القيمتين كائناً ما كان ،
الثاني أن تنظر قيمته لو بيع مطلقاً وليكن مائة وقيمته لو بيع بشرط العتق وليكن
ثمانين فالتفاوت ربع فيزداد على ما وقع عليه العقد فرجع على المشتري بقدر
ربع ما وقع عليه العقد . وهو اختيار العلامة في القواعد ، وجعله في التحرير
احتمالاً .

(الرابعة) لومات العبد قبل العتق فلبائع الخيار أيضاً لوجود المقتضي ،
وهو الشرط الذي لم يحصل وانتفاء المانع ، اذ ليس الا الموت . وليس بمانع
لجواز أن يتعلق غرضه بموته على ملكه فيحصل له العوض الزائد على الله تعالى ،
وحينئذ يرد الثمن على المشتري لو كان قد قبضه .

(الخامسة) لو تعيب عند المشتري بما يوجب العتق قبل العتق فكالثلث عند
وقد وتقدم حكمه .

ولو تعيب بما لا يوجب جاز اعتاقه لبقاء الرق ، ولو تفرق فيه ببيع أو وقف أو هبة

(١) في ب : « وبالزائد » .

ولو اشترط الا يعتق أولاً يبطأ الامة ، قيل يبطل الشرط دون البيع .

أو كتابة أو غيرها من النواقل فالخيار باق في الفسخ والامضاء .

(السادسة) العتق لو وقع كان عن المشتري لا البائع لثبوت ملك المشتري بالعقد وانتفائه عن البائع ، وحينئذ يكون الولاء للمشتري ، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : الولاء لمن اعتق^(١) . ولو شرطه البائع له لم يصح .

قوله : لو شرط ان لا يعتق أولاً يبطأ الامة قيل يبطل الشرط دون البيع

إذا فسد الشرط مطلقاً هل يلزم من فساده فساد العقد المتضمن له أم لا ؟ قال الشيخ الثاني ، وهو الذي أشار إليه المصنف بقوله « قيل » . اما بطلان الشرط فلمخالفته الكتاب والسنة ، وأما عدم بطلان العقد ببطلانه فلاصالة الصحة ولقوله « أوفوا بالعقود »^(٢) ، ولان عائشة اشترت بريرة بشرط أن تعتقها ويكون ولاؤها لمواليها فأجاز النبي صلى الله عليه وآله وسلم البيع وابطل الشرط^(٣) .

وقال العلامة بالاول ، لان الشرط له حظ من الثمن كالأجل فانه يزيد وينقص بحسبه ، فاذا كان فاسداً لاحكم له بطل بأزائه جزء من الثمن غير معلوم ، فيكون الثمن مجهولاً عن غير تراض ، فيبطل البيع . ولان الرضا بالثمن انما يحصل لأجل الشرط ، فاذا بطل بطل الرضا ، فتكون تجارة عن غير تراض فيبطل . ولان قضية الشرط أنه اذا بطل بطل المشروط به والالم يكن شرطاً .

وأجيب عن حجة الشيخ :

أما عن الاول - فلان الاصل يعدل عنه الدليل وقد بيناه .

(١) الكافي ١٩٧/٦ ، الوسائل ٤٧/١٦ .

(٢) سورة المائدة : ١ .

(٣) الوسائل ٤٧/١٦ ، ابن ماجه ٨٤٢/٢ .

ولو شرط في الامة الاتباع ولا توهب فالمروى : الجواز .
ولو باع أرضاً جر باناً معينة فنقصت فللمشتري الخيار
بين الفسخ والامضاء بالثمن .

وعن الثاني - بأن العقد الواجب الوفاء به هو الصحيح ، ونحن نمنع صحة
هذا العقد ، فيكون التمسك بالاية مصادرة على المطلوب .
وعن الثالث - بأن رواية الخبر غير معلومين ، منع أنه قد روى أخذ عائشة
لبريرة على غير ذلك الوجه ، وهو انما كاتبها موالها فطلبت من عائشة الاعانة
على أداء مال الكتابة فقالت عائشة : ان أحب أهلك أن أعد لهم مالهم ويكون
ولاؤك لي فعلت ، فذهبت بريرة اليهم ورجعت وقالت : أبوا الا أن يكون الولاء
لهم . فقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم : خذوها واشترطي لهم الولاء فانما
الولاء لمن أعتق . وليس في ذلك دلالة على الشراء وقوله صلى الله عليه وآله
« خذوها » لا يدل على أخذها بالبيع والكلام فيه .

قلت : وفي الجواب عن خبر بريرة نظر ، فان المشهور أنهم باعوها وشرطوا
على عائشة أن تعتقها ويكون ولاؤها لهم لأنهم كاتبوها كما ذكر في الرواية .
قوله : ولو شرط في الامة ان لاتباع ولا توهب فالمروى الجواز
رواه الشيخ في التهذيب عن صفوان بن سنان عن الصادق عليه السلام^(١)
وفي معناها رواية حماد عن الحلبي عنه عليه السلام .
واختار الشيخ في المبسوط بطلان الشرط دون البيع . والحق بطلانها
معاً كما تقدم .

(١) التهذيب ٦٧/٧ ، الكافي ٢١٢/٥ ، الوسائل ٤٣/١٣ .

وفي رواية، له أن يفسخ أو يمضى البيع بحصتها من الثمن.
وفي الرواية: أن كان للبائع أرض بجانب تلك الأرض لزم
البائع أن يوفيه منها.

قوله: وفي رواية له أن يفسخ أو يمضى البيع بحصتها من الثمن وفي
الرواية أن كان للبائع أرض بجانب تلك الأرض لزم البائع أن يوفيه منها
هذه رواها عمر بن حنظلة عن الصادق عليه السلام^(١) واستضعفها المصنف
هنا، لأن في طريقها داود بن الحصين، وقال الشيخ إنه واقفي.
لكن الشيخ عمل بها في النهاية وابن ادریس والمصنف في الشرائع والعلامة
لأن الثمن في مقابلة جملة المبيع، فاذا فات منه جزءاً سقط من الثمن مقابله، ولأنه
وجده ناقصاً في القدر فكان له أخذه بقسطه من الثمن، كما لو اشترى الصبرة^(٢)
على أنها عشرة فيانت تسعة، وكالمعيب له أمساكه وأخذ أرشه. نعم له الخيار لتبعض
الصفقة عليه.

وقال الشيخ في المبسوط: هو ظاهر اختيار المصنف هنا أنه مخير بين الفسخ
أو الأخذ بجملة الثمن، لأن العقد انما وقع على هذه الجملة المعينة فكان صحيحاً،
ويكون مجموع الثمن في مقابلة مجموع المبيع، ونقصان الأرض لا يقتضي
نقصان الثمن بل يقتضي خيار المشتري.

وفيه نظر، لأن قوله «نقصان الأرض لا يقتضي نقصان الثمن» ممنوع. وسند
المنع ما ذكرناه من مقابلة الثمن لأجزاء المبيع. نعم الرواية المشار إليها ضعيفة
لما ذكرناه أولاً، ولاشتمالها على ما لم يلزم المشتري من وجوب توفية البائع من

(١) التهذيب ١٥٣/٧، الفقيه ١٥١/٣، الوسائل ٣٦١/١٣.

(٢) اشترى الشيء صبرة كقرفة أي بلا كيل ولا وزن. وجمعها صبر كعرف.

ويجوز أن يبيع مختلفين صفقة ، وأن يجمع بين سلف وبيع .

أرض له أخرى بجانب تلك الأرض ثانياً ، لعدم تناول العقد لذلك ، فيمكن حملها على مالو كان البيع واقعاً في الذمة لا على العين ، واللام في الرواية للعهد ، لكن أولها يؤيد بالنظر وبعمل الاصحاب المذكورين .

فائدتان :

(الأولى) لو انعكس الحال فان زادت عن وصف البائع ، قال الشيخ في المبسوط يحتمل البطلان ، لان صحته يستلزم اجبار البائع على تسليم جملة المبيع لو امتنع . واللازم باطل ، لان الزائد ملكه ولا اجبار على تسليم ملكه ، فيبطل الملزوم وهو صحة البيع .

ويحتمل تخير البائع بين الفسخ والاجازة الجملة المبيع بالثمن ، لانه عكس المسألة السابقة ، وهناك الخيار للمشتري فيكون هنا للبائع .

وهذا خيرة القاضي وابن حمزة ، وقال ابن ادريس بل يتخير المشتري لعدم ملكه الزائد فيكون البائع شريكاً والشركة عيب ولم يكن عالماً به حال العقد . والوجه ثبوته لهما : أما المشتري فلما قلناه ، وأما البائع فلانه لا يجب عليه بذل الزائد مجاناً ، فلو بذله يحتمل زوال خيار المشتري لعدم العيب و ثبوته لاشتماله على المنة .

(الثانية) لا كلام أن متساوي الاجزاء مع الزيادة يردها المشتري ، ومع النقيصة يتخير بين الرد والاخذ بالنقص ، لان نسبة الثمن الى الاجزاء واحد .

قوله : ويجوز ان يبيع مختلفين صفقة وان يجمع بين سلف وبيع
أما المختلفان في الصفقة^(١) الواحدة فتعني بهما المختلفين في الاحكام كثررة

(١) صفقته على رأسه صفقاً من باب ضرب اي ضربته باليد ، و صفقت له بالبيعة اي ضربت بيدي على يده ، وكانت العرب اذا وجب البيع صرب احدهما يده على يد صاحبه ثم استعملت الصفقة في العقد قليل : بارك الله في صفقة يمينك . وتكون للبائع والمشتري .

(الخامس) في العيوب :

وضابطها ما كان زائداً عن الخلقة الاصلية أو ناقصاً .

واطلاق العقد يقتضى السلامة .

فلو ظهر عيب سابق تخير المشتري بين الرد والارش ولاخيرة

للبائع .

ويسقط الرد بالبراءة من العيب ولو اجمالاً ، وبالعلم به قبل

العقد ، وبالرضا بعده ، وبحدوث عيب عنده ، وباحدائه فى المبيع

حدثاً ، كركوب الدابة والتصرف الناقل ولو كان قبل العلم بالعيب .

أما الارش فيسقط بالثلاثة الاول ، دون الاخيرين .

ويجوز بيع المعيب وان لم يذكر عيبه ، وذكره مفصلاً أفضل .

ولو ابتاع شيئين فصاعداً صفقة فظهر العيب فى البعض ، فليس

له رد المعيب منفرداً ، وله رد الجميع أو الارش .

وثوب وحيوان وصبرة مكيلة أو موزونة ، وأما السلف والبيع فصورته أن يقول

« بعتك هذا الثوب وكارة من الحنطة الى شهر بعشرة » .

وكذا يجوز أيضاً أن يجمع بين بيع واجارة ، كأن يبيعه هذا الثوب ويؤجره

الدارسة بعشرة ، وبين بيع ومهر كأن يبيعه هذه الدار ويؤجره ابنته أو امته بألف ،

ويكون العوض فى الجميع مقسطاً على ثمن المثل وأجرته ومهره .

قوله : فليس له رد المعيب منفرداً وله رد الجميع أو الارش

هذا حكم عام فى سائر المبيعات متساويها ومختلفها ، وسواء بين فى العقد

ولو اشترى اثنان شيئاً صفقة فلهما الرد بالعيب أو الارش ؛
وليس لاحدهما الانفراد بالرد على الاظهر .
والوطء يمنع رد الامة الا من عيب الحبل ، ويرد معها نصف
عشر قيمتها .

قسط كل واحد من الثمن أولم يبين ، وذلك لان الصفقة واحدة ، فلورد المبيع
وحده يجهل ثمن كل واحد منهما فيقع النزاع .
وقال ابن الجيند : ان بين في العقد قسط كل واحد من الثمن كان المشتري
مخيراً بين بذل تلك المعيبة بنظيرة لها وبين ردها بثمنها .
وفيه نظر ، لان بيان قسط كل واحد لا يستلزم تعدد الصفقة ، ومع اتحادهما
لا يتوزع أجزاء الثمن على أجزاء المبيع وان بينه البائع مالم يقع عقد مستقل
على تلك العين .

قوله : ولو اشترى اثنان شيئاً صفقة فلهما الرد بالعيب أو الارش وليس
لاحدهما الانفراد بالرد على الاظهر

هذا قول اكثر الاصحاب ، لانه لو جاز لاحدهما الرد لزم تبعض صفقة
واحدة وهو باطل ، ولانه لو حدث عيب بعد الصفقة منع من الرد . وانفراد
أحدهما يوجب الشركة بين البائع والمشتري الاخر والشركة عيب فتمنع الرد .
وقال الشيخ فسي موضع من المبسوط والخلاف واختاره القاضي وابن
ادريس : لاحدهما الرد وللآخر الارش ، للمنع من كون الصفقة واحدة بل
متعددة بتعدد القابلين ، وعيب الشركة حادث بعد الرد لاقبله ، فلا يكون مانعاً
للرد والا لزم تأخر العلة عن معلولها ، ويقوله صلى الله عليه وآله وسلم : الناس

وهنا مسائل :

(الاولى) التصرية تدليس ، يثبت بها خيار الرد ، ويرد معها مثل لبنها أو قيمته مع التعذر . وقيل صاع من بر .

مسلطون على أموالهم^(١) ، ولا يجب على أحد اسقاط مصلحته لايجاد مصلحة غيره ، فلكل منهما أن ينفرد وان استلزم ضرر البائع ، لانه أدخله على نفسه ، لعلمه بأن المشتري اثنان وان لكل منهما أن ينفرد لان الاغراض مختلفة .
قوله : التصرية تدليس يثبت بها خيار الرد ويرد معها مثل لبنها أو قيمته مع التعذر ، وقيل صاع من بر
في هذه المسألة فوائد :

(الاولى) التصرية لغة جمع الماء ، ومنه الصراة اسم لموضع يجتمع فيه الماء ، وصرى الرجل الماء في فقار ظهره . والمصطرة هي الشاة أو الناقة هي التي تربط بأخلافها ثم يترك من الحلب اليوم واليومين والثلاثة حتى يجتمع لبنها فيراه المشتري كثيراً فيزيد في ثمنها لذلك . وتسمى أيضاً محفلة من التحفيل وهو الجمع^(٢) .

(الثانية) ان هذا الفعل - وهو التصرية - تدليس ، أخذاً من الدلس وهو الظلام ، فكان المدلس أتى بالشيء المدلس فيه في ظلام . والمراد به هنا اخفاء صفة غير مقصودة واظهار غيرها .

والعيب خروج عن المعجى الطبيعي زيادة أو نقصاناً فوق الفرق بينهما .
(الثالثة) مدة اعتبار التصرية وعدمها ثلاثة أيام ، بمعنى أنه لو نقص في مدة

(١) البخار ٢/٢٧٢ .

(٢) حفلت الشاة بالتشديد : تركت حلبها حتى اجتمع اللبن في ضرعها فهي محفلة .

الثلاثة عن الاول ثبت له الخيار وان صار عادة بعدها ، أما لو لم ينقص في الثلاثة - بمعنى أنه حلبها وهي مصراة ثم حلبها ثانياً فلم ينقص عن الاول ثم حلبها ثالثاً كذلك بحيث صار اللبن عادة لها لتغير المرعى أو لغيره قبل انقضاء الثلاثة - زال خياره لزوال العيب الموجب للفسخ. قاله الشيخ في المسوط ، وقوى في الخلاف عدم السقوط عملاً بعموم الاذن في الرد .

(الرابعة) قال الشهيد : لو لم يحلبها وعلم كونها مصراة قبل الحلب وبعد العقد ثبت له الخيار على الفور ، سواء حلبها ثانياً أنقص من الاول وثالثاً كالأول أولاً وان كان في الثلاثة ، ولا يترتب آخر الثلاثة .

والتحديد بالثلاثة في النص لمصلحته لتجوز أن تحلب في اليومين حلباً متساوياً ثم ينقص عنه في الثالث ، فانه يثبت له الخيار .

(الخامسة) ليس له مع ثبوت التصرية الامساك وطلب تفاوت الثمن ، لان ذلك من أحكام المعيب لا المدلس ، بل اما أن يلتزم بها بجملة الثمن أو يردّها .

(السادسة) اللبن الموجود حال العقد جزء من المبيع يجب رده معها مع وجوده وعدم نقص صفة فيه ، ومع النقص أرشه . ومع عدمه مثله ، ومع عدم المثل القيمة وقت التعذر .

أما المتجدد في الثلاثة قبل الرد فهل يجب رده مع وجوده وقيمه مع فقده أم لا ؟ اشكال مبني على أن الفسخ هل هو رفع للعقد من أصله أو من حينه ، فعلى الاول يردّه ، وعلى الثاني لا . وهو الحق ، لحصول الملك بالعقد فهو حادث على ملكه .

(السابعة) المراد بالقيمة عند التعذر هي السوقية كياقي المقومات المضمونة . وهو قول الدفيد وابن ادريس والقاضي . وقال في النهاية ثلاثة أمداد من طعام ، وقيل صاع من تمر أو بر كما ورد به النص عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم^(١) ،

(١) الوسائل ١٢ / ٣٦٠ .

(الثانية) الثيوبه ليست عيباً .

نعم لو شرط البكاره فثبت سبق الثيوبه كان له الرد .

ولو لم يثبت التقدم فلا رد ، لان ذلك قد يذهب بالنزوه .

وقيل درهم . والمعتمد الاول ، والنص محمول على كون القيمة ذلك .

(الثامنة) ثبوت حكم التصرية في الشاة قطعي ، أما الناقه والبقره فقد تردد

المصنف فيهما في الشرائع ، وكذا العلامة في اكثر تصانيفه من حيث أصالة لزوم

البيع وعدم الخيار خصوصاً مع التصرف ، فلا يثبت الا في محل الوفاق وهو

الشاة ، ومن أن المقتضي للخيار موجود في صورة النزاع فيتحقق الحكم ،

ولادعاء الشيخ الاجماع عليه ، وهو مذهب ابن الجنيد والقاضي وابن ادريس

والعلامة في التحرير ، ولم يذكر المفيد غير الشاة ، وابن الجنيد يثبتها في كل حيوان

آدمياً وغيره . قال العلامة بعد ترده في المختلف : لم أقف على نص من طرف

الاصحاب في المصراة .

قوله : الثيوبه ليست عيباً - الخ

لقائل أن يمنع كونها ليست عيباً ، لانها خارجه عن الخالقه الطبيعية بالنقصان

وينقص ثمن الجارية بسببها ، ولا نص على أنها ليست عيباً ، فما المانع من

جعلها عيباً . نعم روى احمد بن محمد عن الحسين عن زرعه عن سماعة قال :

سألته عن رجل باع جارية على أنها بكر فلم يجدها على ذلك . قال : لا ترد عليه

ولا يجب عليه شيء لانه يكون يذهب في حال المرض أو أمر يصيبها .

وهذا لا يدل على عدم كونها عيباً ، لجواز أن يكون عدم الرد سببه عدم

(١) الكافي ٢١٥/٥ فيه : ولا يوجب عليه شيء ، التهذيب ٦٥/٧ ، الاستبصار ٨٢/٣

الوسائل ٤١٨/١٢ .

(الثالثة) لا يرد العبد بالاباق الحادث عند المشتري. ويرد
بالسابق .

(الرابعة) لو اشترى أمة لا تحيض في ستة أشهر فصاعداً ومثلها
تحيض ، فله الرد ، لان ذلك لا يكون الا لعارض .
(الخامسة) لا يرد البزر والزيت بما يوجد فيه من الثفل المعتاد .
نعم لو خرج عن العادة جازرده ، اذا لم يعلم .

ثبوت سبقها كما حكى الشيخ في المبسوط بقوله : روى أصحابنا أنه ليس له
خيار وله الارش .

واختياره القاضي في المهذب يدل على كونها عيباً ، لان الارش لا يكون
الا في العيب .

واعلم أن الشيخ في النهاية قال : لارد فيها ولا أرش ، لانه قد يذهب من
العلة . واختاره القاضي في الكامل ، وقال ابن ادريس له الارش ، ثم قوى الخيار
بينه وبين الرد لانه تدليس .

والاولى أنه مع علم السبق يتخير بينهما ان لم يتصرف والا فالارش ،
والرواية بالارش تحمل على التصرف . وقول الشيخ في النهاية يحمل على عدم
ثبوت السبق ، وهذا اختيار العلامة في المختلف .

قوله : لو اشترى أمة لا تحيض في ستة أشهر فصاعداً ومثلها تحيض
فله الرد لان ذلك لا يكون الا لعارض

هذا الحكم ذكره الشيخ ، ومستنده رواية داود بن فرقد^(١) ، ومنعه ابن ادريس
وهو خطأ ، أما أولا فللرواية المسذكورة ، وأما ثانياً فلما علم من القواعد

(١) الكافي ٥/٢١٣ ، التهذيب ٧/٦٥ ، الوسائل ١٢/٤١٣ .

(السادسة) لو تنازعا في التبري من العيب ولا بينة ، فالقول قول منكره مع يمينه .

(السابعة) لو ادعى المشتري تقدم العيب ولا بينة ، فالقول قول

البائع مع يمينه ما لم يكن هنا قرينة حال تشهد لاحدهما .

(الثامنة) يقوم المبيع صحيحاً ومعيباً ، ويرجع المشتري على

البائع بنسبة ذلك من الثمن .

الطبية أن ذلك مرض فيكون عيباً .

قوله : لو تنازعا في التبري من العيب ولا بينة فالقول قول منكره

مع يمينه

الضمير في « منكره » عائد الى التبري ، وذلك هو المشتري لا البائع ، لأنه

لامصلحة له في انكاره .

وصورة التبري أن يقول « بعتك بالبراءة من العيب ان لا يلزمني دركه

برد أو أرش » .

وهو قد يكون اجمالاً كقوله « من سائر العيوب » ، وقد يكون تفصيلاً كقوله

« بالبراءة من عيب كذا وعيب كذا » .

ولا كلام في صحته مع التفصيل ، وأما مع الاجمال فمنعه ابن الجنيدي ، لان

الاجمال يستلزم كون المبيع مجهولاً ، ضرورة اختلاف الثمن باختلاف العيوب

فيبطل البيع . ومنع العلامة الجهالة لحصول المشاهدة . وقول ابن الجنيدي

لا يخلو من قوة ، لان من العيوب ما لا يعلم بالمشاهدة بل بالخبرة الكاملة .

قوله : يقوم المبيع صحيحاً ومعيباً ويرجع المشتري على البائع بنسبة

ذلك من الثمن

ولو اختلف أهل الخبرة رجع الى القيمة الوسطى .
(التاسعة) لو حدث العيب بعد العقد وقبل القبض ، كان
للمشتري الرد .
وفي الارش قولان ، أشبههما الثبوت .

يشير الى معرفة كيفية أخذ الارش ، وقال بعض العامة أرش المعاوضة هو
نقص قيمة العيب عن الصحيح . فأورد عليهم الشيخ : أنه يلزم في بعض الصور
أن يكون الارش كل الثمن ، كما لو كانت قيمة المبيع مائة فاشتراه بخمسين ،
وان كانت قيمته صحيحاً مائة ومعيباً خمسين فان النقص خمسون وهو كل
الثمن ، فالأولى حينئذ أن يقال : هو جزء من أحد العوضين ، وهو العوض
الصحيح نسبتاً اليه كنسبة نقص قيمة العوض الاخر عنه صحيحاً . وكلام المصنف
يرجع الى ما قلناه .

قوله : لو حدث العيب بعد العقد وقبل القبض كان للمشتري الرد ،
وفي الارش قولان أشبههما الثبوت
القولان للشيخ :

« ١ » - في النهاية^(١) ، وتابعه التقي ، وهو الخيار بين الرد والامساك مع
الارش ، لانه لو تلف جملة المبيع قبل القبض كان من ضمان البائع ، فأبعاضه
وبعض صفاته أولى بال ضمان .

« ٢ » - في المبسوط ، وهو الخيار بين الرد والامساك من غير أرش ، لاصالة
لزوم البيع . وانما تخير بين الرد والامساك لامر غير حاصل هنا ، وهو دفع الضرر

(١) النهاية ٣٩٥ ، قال فيه : ومن اشترى شيئاً ولم يقبضه ثم حدث فيه عيب كان له
رده وان اراد أخذه وأخذ الارش كان له ذلك .

وكذا لو قبض المشتري بعضاً وحدث في الباقي كان الحكم ثابتاً فيما لم يقبض .

الفصل الخامس

(في الربا)

وتحريمه معلوم من الشرع .

حتى ان الدرهم منه أعظم من سبعين زنية .

الحاصل بايجاب القبول .

والجواب : بالمنع من كون العلة ما ذكر والا لاكتفى الشارع بأحد الامرين مطلقاً ، لان الضرر يندفع بأحدهما . لكن ليس كذلك ، بل العلة دفع احتياج المشتري الى السلعة مع انتفاء الضرر عنه ، فالحكمة في تخييره أن حاجته ان اشتدت الى السلعة أخذ الارش والا الرد ، وهذه العلة موجودة قبل القبض ، فتخير بين الرد والارش ، وهو المطلوب .

قوله : وكذا لو قبض المشتري بعضاً وحدث في الباقي عيب كان الحكم ثابتاً فيما لم يقبض

يريد بالحكم هو الخيار بين الرد والارش ، لكن مع الرد يرد الجميع وليس له رد المعيب وحده .

قوله : الفصل الخامس في الربا

الربا أصله الزيادة ، يقال ربا الشيء يربو : اذاكثر وارتفع مقداره ، وكأنه من الربوة ، وهو ما ارتفع عن وجه الارض ، فكأن المال ارتفع بالربا عن مقداره الاصلي .

ويثبت في كل مكيل أو موزون مع الجنسية .
وضابط الجنس مايتناوله اسم خاص ، كالحنطة بالحنطة ،
والارز بالارز .

ويشترط في بيع المثليين التساوى في القدر .
فلو بيع بزيادة حرم نقداً ونسيئة .

وفي الشرع غالباً هو بيع أحد المتساويين جنساً بالآخر مع التفاضل حساً
أو حكماً ، مع شرائط تذكر في موضعها .

وتحريمه معلوم من الشرع لاغير ، اذ لا دليل عقلي يدل على تحريمه ، ودلالته
الشرعية من الكتاب والسنة والاجماع :

أما الكتاب فقوله تعالى « أحل الله البيع وحرم الربا »^(١) .

وأما السنة فقوله صلى الله عليه وآله وسلم : اجتنبوا السبع الموبقات .
وقيل : يا رسول الله ما هي ؟ قال : الشرك بالله ، والسحر ، وقتل النفس التي
حرم الله الا بالحق ، وأكل الربا ، وأكل مال اليتيم ، والتولي يوم الزحف ، وقذف
المحصنات الغافلات المؤمنات^(٢) .

ولعن رسول الله صلى الله عليه وآله الربا و آكله وبائعه ومشتريه وكاتبه
وشاهديه^(٣) .

وقال الصادق عليه السلام : درهم ربا أشد من سبعين زنية كلها بذات
محرم^(٤) .

(١) سورة البقرة : ٢٧٥ .

(٢) الخصال ١٢٢/٢ .

(٣) التهذيب ١٥/٧ ، الفقيه ١٧٤/٣ ، الوسائل ٤٣٠/١٢ .

(٤) التهذيب ١٤/٧ ، الكافي ١٤٤/٥ ، الفقيه ١٧٤/٣ ، الوسائل ٤٢٢/١٢ .

ويصح متساوياً يداً بيد ، ويحرم نسيئة .
ويحب إعادة الربا مع العلم بالتحريم .
فان جهل صاحبه وعرف الربا تصدق به ، وان عرفه و جهل
الربا صالح عليه .
وان مزجه بالحلال و جهل المالك والقدر تصدق بخمسه .
ولو جهل التحريم كفاه الانتهاء .

وهذا هو الحديث المشار اليه في كلام المصنف .
وأما الاجماع على تحريمه فظاهر ، حتى أنه من الضروريات الشرعية .
قوله : ويصح متساوياً يداً بيد ويحرم نسيئة
يريد بيع أحد المتماثلين بالآخر مع التساوي قدرأً يصح نقداً، وهو المراد
بقوله « يداً بيد » اجماعاً . وأما نسيئة فجزم هنا بتحريمه ، وقال في الشرائع :
على الاظهر ، لقول صلى الله عليه وآله : انما الربا في النسيئة^(١) . ولان النسيئة
يستلزم التفاضل ، ضرورة أن المعجل يزيد على المؤجل وقد انتقص ثمن السلعة
معجلاً عن ثمنها مؤجلاً .

وقال الشيخ في الخلاف يكره ذلك ، ويمكن أن يريد التحريم ، اذ هو
يطلق المكروه على المحرم كثيراً .

قوله : ولو جهل التحريم كفاه الانتهاء
أي من غير رد الربا على من أخذه منه ، يؤيد ذلك قوله تعالى « فمن جاءه
موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف »^(٢) .

(١) ابن ماجه ٧٥٨/٢ .

(٢) سورة البقرة : ٢٧٥ . وفي الخبر : الموعظة : التوبة .

وان اختلفت أجناس العروض جاز التفاضل نقداً .
وفي النسبثة قولان ، أشبههما : الكراهية .
والحنطة والشعير جنس واحد في الربا ، وكذا مايكون منهما
كالسويق والدقيق والخبز .

وقيل بل لا بد من رده اليه ، لظاهر قوله تعالى «وان يتم فلكم رؤس أموالكم»^(١) .
والاول قول الشيخ واتباعه والصدوق في المقتنع . والثاني قول ابن ادريس
واختاره العلامة وهو الحق ، لاصالة بقاء الملك على صاحبه وعدم انتقاله الاسبب
مبيح والغرض عدمه . والمراد من الاية سقوط الاثم بالتوبة التي هي الانتهاء ،
أي فله ما سلف من الاثم لأنه عليه .

قوله : وفي النسبثة قولان أشبههما الكراهية

قال الشيخ في النهاية وابن ادريس بالجواز لقوله صلى الله عليه وآله وسلم :
إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم^(٢) . وللاصل .

وقال المفيد وسلاز وابن زهرة والكيدري بالمنع ، لقوله صلى الله عليه
وآله : انما الربا في النسبثة^(٣) .

والاشبه الكراهية جمعاً بين الدليلين كما قال المصنف .

قوله : والحنطة والشعير جنس واحد في الربا

لاخلاف في كونهما جنسين في الزكاة ، بمعنى أنه لا يجبر جنس بالآخر
في اعتبار النصاب . وأما في الربا فقال ابن الجنيد وابن ابي عقيل وابن ادريس

(١) سورة البقرة : ٢٧٩ .

(٢) المستدرک ٢ / ٤٨٠ .

(٣) ابن ماجة ٢ / ٧٥٨ .

وثمره النخل وما يعمل منها جنس واحد، وكذا ثمرة الكرم
وما يكون منه .

واللحوم تابعة للحيوان في الاختلاف .

وما يستخرج من اللبن جنس واحد، وكذا الادهان تتبع
ما يستخرج منه .

وما لا كيل ولا وزن فيه فليس بربوى كالثوب بالثوبين والعبد
بالعبدین .

هما كذلك لاختلافهما حساً وطعماً واسماً وادراكاً وطبيعة ، وقال الشيخان
والتقي وسلاز والقاضي والمصنف والعلامة هما جنس واحد لشمول اسم الطعام
لهما واختصاص أحدهما لا يوجب الاختلاف كالبرني^(١) والطبرزد ، وكونهما
جنسين في الزكاة لا يوجب كونهما كذلك في كل الاحكام ، لانهما حكمان
شرعيان تابعان للمصالح للمحل الحكم .

وقولهم « انهما يختلفان حساً وطعماً » الخ ، معارض باختلاف أصناف
التمر ، وان سلمنا عدم لكن لم لا يجوز أن يكون لهما حكم الجنس الواحد
وان اختلفا بالاشياء المذكورة لدلالة الشرع . هذا والروايات متظافرة [بما ذكرناه]
والخاص مقدم .

قوله : وثمره النخل وما يعمل منها جنس واحد

جزم الشيخ في النهاية بمنع بيع الشيء بأصله كما في التمر والعنب بدبسهما

(١) البرني : نوع من اجود التمر، ونقل السهيلي انه اعجمي ومعناه حمل مبارك . قال :

«بر» حمل و «نبي» جيد . والطبرزد يقال لنوع من التمر لحلاوته، وقال ابو جاتم : الطبرزد :
نخلة بسررتها صفراء مستديرة .

وفي النسبته خلاف والاشبه : الكراهية .
وفي ثبوت الربا في المعدود تردد ، أشبهه : الانتفاء .
ولو بيع شيء كيلاً أو وزناً في بلد وفي بلد آخر جزافاً ، فلكل
بلد حكمه .

والسمسم بالشيرج ، إلا أن يقوم كل واحد منهما على انفراده . واختاره
ابن ادريس .

وقال العلامة في المختلف : الحق أنه لا يجوز بينهما التفاضل ويجوز
المساواة ، لأنهما اما متساويان في الجنس فيباع أحدهما بمساويه في المقدار أو
مختلفان فيباع أحدهما بالآخر مطلقاً .

وفيه نظر ، لان عشرة من السيلان لو بيع بعشرة من التمر زاد السيلان قطعاً
لوجود الغش في التمر ، وان زيد في التمر ليكون الزائد في مقابلة الغش لم يعلم
التماثل . وكذا نقول في العنب والسمسم وأمثالهما .

قوله : وفي النسبته خلاف والاشبه الكراهية ، وفي ثبوت الربا في
المعدود تردد أشبهه الانتفاء

المسألان في الحكم واحدة ، ومنشأ التردد والخلاف من أصالة الجواز
المعتضدة بعموم « وأحل الله البيع »^(١) ، ومن قوله صلى الله عليه وآله وسلم :
انما الربا في النسبته^(٢) ، ومن اشتراط الربا بالكيل والوزن اجماعاً ، فلذلك قال
الشيخ في النهاية بالمنع ، وقال المصنف في الشرائع انه أحوط ، وقال في
الخلاف بالجواز ، واختاره المصنف هنا . وهو أجود ، لرواية محمد بن مسلم
عن الصادق عليه السلام قال : سألت عن الثوبين الرديين بالثوب المرتفع والبعير

(١) سورة البقرة : ٢٧٥ .

(٢) ابن ماجه ٧٥٨/٢ .

وقيل يغلب تحريم التفاضل .

بالبعيرين والدابة بالدابتين . فقال : كره ذلك علي عليه السلام فنحن نكرهه
الا أن يختلف الصنفان^(١) . وهو صريح في الكراهية . ورواية منصور بن حازم
عن الصادق عليه السلام : اذا كان لا يكال ولا يوزن فليس به بأس اثنان بواحد^(٢) .

قوله : وقيل يغلب تحريم التفاضل

ما علم أنه كان في زمن النبي صلى الله عليه وآله وسلم مكيل أو موزون فهو
ربوي اجماعاً ، وما علم أنه غير مكيل ولا موزون فليس بربوي اجماعاً ، وما
لم يعلم حاله فان اتفقت البلدان على كيله أو وزنه فهو ربوي ، وان اتفقت على
عدمه فليس بربوي .

فخلص من هذا التقرير قسم خامس ، وهو المجهول حاله في زمنه « ص »
واختلف البلدان فيه ، فقال الشيخ في المبسوط لكل بلد حكمه لما ثبت من
تحكيم العرف والعوائد حيث لانص شرعي ، والالزم الخطاب بما لا يفهم .
ويتفرع على هذا القول لو اختلف حال البلد الواحد ، بأن يبيع تارة
جزافاً وتارة مكيلاً او موزوناً ان يعتبر الاغلب ولتساويا فكالبلدين . وقال
في النهاية يغلب جانب التحريم ، لانه أحوط ، ولقوله صلى الله عليه وآله :
ما اجتمع الحرام والحلال الاغلب الحرام الحلال^(٣) ، ولصدق كونه مكيلاً أو
موزوناً في الجملة .

أقول : ولو قيل عند اختلاف البلدان يعتبر اكثر البلدان كان قوياً .

(١) التهذيب ١٢٠/٧ ، الاستبصار ١٠١/٣ .

(٢) التهذيب ١١٩/٧ ، الاستبصار ١٠١/٣ .

(٣) البحار ٢٧٢/١ نقلاً عن الغوالي .

وفى بيع الرطب بالتمر روايتان ، أشهرهما المنع .
وهل تسرى العلة فى غيره كالزبيب بالعنب ، والبسر بالرطب؟
الاشبهه : لا .

قوله : وفى بيع الرطب بالتمر روايتان أشهرهما المنع
أما رواية الجواز فعن سماعة عن الصادق عليه السلام^(١) ، وأما رواية المنع
فعن ابن ابي عمير عن الصادق عليه السلام : لا يصلح التمر اليابس بالرطب من
أجل ان اليابس يابس والرطب رطب فاذا ييس نقص^(٢) .
وعمل ابن ادريس بالاول ، محتجاً بأنه لو حرم لزوم تحريم العنب بالزبيب
لاشتركاكهما فى العلة ، واللازم باطل فكذا الملازوم .
وأجيب بالمنع من بطلان اللازم ، بل نلتزم منعه أيضاً كما يجيب .
وعمل الشيخ فى النهاية وابن ابي عقيل والقاضي وابن الجنييد بالثاني ،
وعليه الفتوى ، لصحة الرواية وتأبيدها بعمل الاكثر ، ولقوله صلى الله عليه وآله
وسلم وقد سئل : أبيع الرطب بالتمر؟ فقال : أينقص اذا جف . فقالوا : نعم .
فقال : فلا اذن^(٣) .

ولقول الصادق عليه السلام فى رواية الحلبي عنه : لا يصلح بيع الرطب
بالتمر من أجل أنه اذا جف نقص^(٤) . وغير ذلك من الروايات .

قوله : وهل تسرى العلة فى غيره كالزبيب بالعنب والبسر بالرطب ؟
الاشبهه لا

(١) التهذيب ٩٧/٧ ، الكافي ١٩٠/٥ .

(٢) الوسائل ٤٤٥/١٢ .

(٣) ابن ماجه ٧٦١/٢ .

(٤) الوسائل ٤٤٥/١٢ .

لو باع حنطة يابسة بمبلولة أولحماً طرياً بمقدد أو بسراً برطب أو غير ذلك مما له حالتان هل يسري المنع اليه كما في التمر بالرطب . قال المصنف لا ، لانه قياس لانقول به، وهو قول الشيخ في المبسوط ، فانه قال : لانص لاصحابنا فيه والاصل الجواز .

وقال ابن ابي عقيل وابن الجنيد والقاضي بالسراية ، وهو اختيار العلامة وعليه الفتوى ، لانه وان لم يكن منصوصاً عليه لكنه مستلزم للمبطل على كل تقدير فيكون باطلاً ، ولانه منصوص على علته وهي الموجودة في الجميع ، والقياس^١ اذا كانت علته منصوصة نقول به لانه في الحقيقة يعود الى المنصوص ، والقياس المنكور هو ما استخرجت علة الحكم فيه بالسبر^٢ والتقسيم والطرْد^٣ والشبه^٤ وغيرها كما بين في الاصول .

١) القياس هو اثبات الحكم في محل بعلة لثبوته في محل آخر بتلك العلة . ولا خلاف بين الشيعة في عدم حجتيه ما لم ينص على العلة ، مثل أن يقول «حرمت الخمر لاسكاره» فهل يجوز القول بتحريم غيره من المسكرات بمجرد ذلك أولاً؟ اختلاف بين الاصحاب .
٢) سبرت القوم سبراً من باب قتل أو ضرب : تأملتهم واحداً بعد واحد لتعرف عددهم . ومن طرق العلم بالعلة عند القايسين : السبر والتقسيم ، وهو حصر الاوصاف الموجودة في الاصل الصالحة للتعليل في عدد ثم ابطال بعضها وهو ماسوى الذى يدعى أنه العلة ، كما يقال فى قياس الذرة على البر فى الربوية ان الاوصاف الصالحة للعلة فى البر ليس الا القوت والطعم والكيل لكن القوت والطعم لا يصلح للعلة فتعين الكيل .
٣) الطرد هو أن يكون الوصف بحيث يوجد الحكم بوجوده ويعدم بعده ، وهو المسمى بالدوران .

٤) الشبه هو كل قياس الحق الفرع فيه بالاصل بجامع يشبهه فيه . وقيل فى تعريفه غير ذلك من التعريفات وكذلك أخواته المذكورة ، ومن اراد التفصيل فليبه بكتاب « نهاية الوصول الى علم الاصول » للعلامة الحلى رحمه الله تعالى وشرح مختصر الاصول وغيرهما من الكتب الموضوعه فى علم الاصول .

ولا يثبت الربا بين الوالد والولد ، ولا بين الزوج والزوجة ،
ولا بين المملوك والمالك ، ولا بين المسلم والحربي .

قوله : ولا ربا (١) بين الوالد وولده - الخ

نفي الربا بين هؤلاء الأربعة^(٢) ومضائفهم^(٣) وان كان مخالفاً لعموم القرآن إلا أن الأصحاب أجمعوا على ذلك وخصصوا القرآن بالاحاديث الواردة عن الأئمة عليهم السلام . والمرضى رحمه الله حيث لا يقول بأخبار الاحاد ولا يخصص بها القرآن حكم بثبوت الربا في الموصليات ، وأول الاحاديث على تقدير عمله بها بأن المراد بقولهم « لا ربا » النهي وان كان بصورة الخبر ، لورود ذلك كقوله تعالى « لا رفا ولا فسوق ولا جدال في الحج » ثم ذكر أنه رجع الى قول الأصحاب لما رأهم مجمعين^(٤) على ذلك والاجماع يصلح

(١) في المختصر النافع المطبوع بمصر : ولا يثبت الربا بين الوالد والولد .

(٢) ان هؤلاء الأربعة : الوالد مع الولد ، والزوج مع الزوجة ، والمملوك مع المالك والمسلم مع الحربي .

(٣) في بعض النسخ : ومضائفهم .

(٤) قال في الجواهر ٣٧٨/٢٣ عند ذكر المسألة : اجماعاً محكياً مستفيضاً ان لم يكن متواتراً صريحاً وظاهراً ، بل يمكن تحصيله اذ لا خلاف فيه الا من المرتضى في الموصليات لكن في الانتصار بعد ان ذكر مما انفردت به الامامية القول بأنه لا ربا بين الولد ووالده ولا بين الزوج وزوجته ولا بين الذمي والمسلم ولا بين العبد ومولاه وخالف باقي الفقهاء قال : وقد كتبت قديماً في جواب مسائل وردت على من الموصلي وتأولت الاخبار التي يروونها اصحابنا المتضمنة لنفي الربا بين ما ذكرناه على ان المراد بذلك وان كان بلفظ الخبر معنى الامر كأنه قال : يجب أن يقع بين من ذكرناه ربا كما قال تعالى « من دخله كان آمناً » آل عمران ٩٧ ، وكقوله تعالى « فلا رفا ولا فسوق ولا جدال في الحج » البقرة ١٩٧ ، وقوله صلى الله عليه وآله : العارية مردودة والزعيم غارم . ومعنى ذلك كله الامر - الى أن قال - واعتمدنا في نصره هذا المذهب على عموم ظاهر القرآن ثم لما

وهل يثبت بينه وبين الذمي؟ فيه روايتان أشهرهما أنه يثبت .

لتخصيص القرآن والاصل عدم التأويل .

ويمكن أن تكون العلة في النفي المذكور كون مال الولد في حكم مال الوالد وان للوالد حكماً على الولد ، ولانه مأمور بالاحسان . والزوجة في حكم الزوج لاشتداد الاتحاد بينهما ، ومال الحربى مباح للمسلم فكيف لا يحل بعضه ، والعبد وما يملك لمولاه . ولنتمم هذا البحث بفوائد :

(الاولى) هل يثبت بين الجد وولد الولد ؟ اشكال من كون الجد والداً

مجازاً أو حقيقة ، والاولى ثبوت الربا بينهما .

(الثانية) يثبت الربا بين الام وولدها ، للاصل وعدم شمول النص لها .

(الثالثة) التعاكس في الاقسام كلها ثابت الا الحربى فانه لا يأخذ الفضل

سواء في ذلك دار الحرب ودار الاسلام .

(الرابعة) قيد ابن الجنيد العبد بكونه مختصاً ، فلو كان مشتركاً ثبت .

واختاره العلامة وهو حسن .

(الخامسة) الزوجة بالمنقطع يمكن شمول النفي لها ، اذ لا مانع عقلاً ولا

شريعاً ، لصدق اسم الزوجة مع احتمال ثبوته ، لعدم قوة الاتحاد بينهما ، اذ

لاتوارث ولا انفاق ، ولفهم الدائم مع الاطلاق مع أصالة عموم الاية .

قوله : وهل يثبت بينه وبين الذمي فيه روايتان أشهرهما أنه يثبت

تأملت ذلك رجعت عن هذا المذهب لاني وجدت أصحابنا مجمعين على نفي الربا بين من ذكرنا وغير مختلفين فيه في وقت من الاوقات واجماع هذه الطائفة قد ثبت انه حجة ويخص به ظاهر القرآن . قال صاحب الجواهر بعد نقله : هذا وهو كما ترى بعد اعترافه بالخطأ وانه مخالف للاجماع في فتواه السابقة لا يقدح في تحصيل الاجماع بل هو مؤكده . الى آخر مقاله رفع الله درجاته .

ويباع الثوب بالغزل ولو تفاضلا .
ويكره بيع الحيوان باللحم ولو تماثلا .
وقد يتخلص من الربا بأن يجعل مع الناقص متاع من غير جنسه
مثل درهم ومد من تمر بمدين ، أو يبيع أحدهما سلعته لصاحبه
ويشترى الأخرى بذلك الثمن .

أما رواية عدم الثبوت فرواها ابن بابويه عن الصادق عليه السلام : ليس بين
المسلم والذمي ربا^(١) . وأما رواية الثبوت فلم نقف عليها صريحاً ، إلا أن الشيخ
في الاستبصار ذكر رواية زرارة عن محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال :
قلت المشركون بيني وبينهم ربا . قال : نعم^(٢) . فحملها على الذمي لثلاث يلزم
طرحها مع صحتها ، وبؤيدها اطلاق الآية ، ولأن أموال أهل الذمة معصومة .
وبه قال الشيخ وابن ادریس والقاضي ، وبالأول قال المفيد والمرتضى .
والعمل على الثاني ، وتحمل الرواية الأولى على ذمي محارب له جمعاً
بين الروايات .

قوله : ويكره بيع الحيوان باللحم ولو تماثلا

بيع اللحم الحاضر بالحيوان المخالف له جنساً جائز اجماعاً ، وبيعه
بالحيوان المماثل له جنساً مختلف فيه . قال بالمنع الشيخ في النهاية ، وتبعه
المصنف في الشرائع ، لرواية غياث بن ابراهيم عن الصادق عليه السلام عن علي
عليه السلام^(٣) .

(١) الوسائل ٤٣٧/١٢ .

(٢) الاستبصار ٧١/٣ ، الوسائل ٤٣٦/١١ .

(٣) الوسائل ٤٤١/١٢ .

ومن هذا الباب ، الكلام فى الصرف .
وهو بيع الاثمان بالاثمان .
ويشترط فيه التقابض فى المجلس ، ويبطل لو افترقا قبله على
الاشهر .

وقال بالجواز ابن ادريس لعدم المانع ، اذ الحيوان الحي غير مكيل ولا
موزون ، وشروط ثبوت الربا كون العوضين كذلك مع التساوي جنساً .
وقال المصنف هنا بالكراهية ، لقوة حجة ابن ادريس وضعف الرواية ، لان
غياث المذكور بترى^١ ، فان كان ولا بد فتحمل على الكراهية .
قوله : ومن هذا الباب الكلام فى الصرف
الصرف لغة الصوت ، وسمى هذا النوع من البيع به لحصول التصويت
فى تقليب كل من النقدين .

قوله : ويبطل لو افترقا قبله على الاشهر
روايات البطلان كثيرة ، وعليها انعقد عمل الاصحاب ، لم يخالف الا ابن
بابويه معتمداً على روايات ضعيفة كرواية عمار الساباطي^٢ وهو فطحي وغياث بن
ابراهيم وهو بترى فاسد العقيدة .

(١) البتربة بضم الباء وسكون التاء قسم من الزيدية وهم اصحاب كثير النواء والحسن بن
صالح بن حى وسالم بن ابي حفصة والحكم بن عتيبة وسلمة بن كهيل وابى المقدم و ثابت
الحداد وهم الذين دعوا الى ولايته على عليه السلام ثم خلطوها بولاية ابي بكر وعمر
ويشتون لهما امامتهما ويغضون عثمان وطلحة والزبير وعائشة ويرون الخروج مع بطون ولد
على بن ابي طالب وقالوا كل من خرج من ولده فهو امام . وقيل منسوبون الى مغيرة بن
سعد الا بتر .

(٢) راجع الوسائل ٤٥٨/١٢ باب ٢ من ابواب الصرف .

ولو قبض البعض صح فيما قبض .
ولو فارقا المجلس مصطحبين لم يبطل .
ولو وكل أحدهما فى القبض فافترقا قبله بطل .
ولو اشترى منه دراهم ثم اشترى بها دنانير قبل القبض لم يصح
الثانى .

قوله : ولو اشترى منه دراهم ثم اشترى بها دنانير قبل القبض لم
يصح الثانى

هذه ذكرها الشيخ فى النهاية ، وعللها المصنف فى النكت بأن الصرف
مشروط بالتقبض ، فإذا لا يملك الدراهم حتى يقبضها ، فإذا اشترى بها دنانير فقد
اشترى بما لا يملك .

ويرد عليه أنه اختار فيما تقدم أن المبيع يملك بالعقد مطلقاً من غير تخصيص
بشئ ، واختار أيضاً أنه يجوز بيع ما لم يقبض وان كان مكيفاً أو موزوناً ، وههنا
قد رجح حيث قال : لم يصح الثانى لانه اشترى بثمن غير مملوك له ، لان الثانى
فرع على صحة البيع الاول بأنه لا يملك المبيع بمجرد العقد مطلقاً .

وأما ابن ادريس فرد على الشيخ وحكم بالصحة ان كانت الدراهم معينة وان
لم يحصل قبض الدنانير التى هي ثمن الدراهم الاولى المبتاعة فى المجلس ،
وان لم تكن الدراهم معينة بل تكون فى الذمة لم يصح البيع ، لانه بيع دين بدين .
وحيث لنا أن نقول على تعليل المصنف : ان بطلان البيع بالتفرق قبل القبض ،
وذلك لا يستلزم عدم تملك المشتري ، لجواز تملكه ملكاً متزلزلاً كالمبيع زمن
الخيار فان قبض لزم والابطال ، واذا ملك صح البيع الثانى لانه اشترى بثمن
مملوك له ، وصح البيع الاول أيضاً لانه وان لم يقبض الدراهم لكن قبض عوضها

ولو كان له عليه دنائير فأمره ان يحولها الى الدراهم وساعره
فقبل صح وان لم يقبض ، لان النقدين من واحد .
ولا يجوز التفاضل في الجنس الواحد منهما ، ويجوز في
المختلف .

ويستوى في اعتبار التماثل : الصحيح ، والمكسور ، والمصوغ .
واذا كان في احدهما غش لم يبع بجنسه الا أن يعلم مقدار ما
فيه ، فيزاد الثمن عن قدر الجوهر بما يقابل الغش .

وهو الدنانير وقبض العوض كقبض المعوض .
قوله : ولو كان له عليه دنائير فأمره ان يحولها الى الدراهم وساعره
فقبل صح وان لم يقبض لان النقدين من واحد
هذه رواية اسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام^(١) ، وعمل بها الشيخ .
وردها ابن ادريس ، لانه صرف فلا يجوز . وكذلك الشيخ في المبسوط في
باب السلم منه منع وعلل بأنه صرف .

والحق أنه وان كان صرفاً لكنه في حكم التقابض ، لكون النقدين من واحد
كما علله الامام عليه السلام في الرواية وأمره بأن يحولها توكيل له فهو بائع
ومشتر باعتبارين ، كالولي الذي يشتري مال الصغير . وحينئذ نقول : هذا موقوف
على مقدمات : «١» أنه يصح للانسان الواحد أن يتولى طرفي العقد ، «٢» أنه
يصح أن يتولى طرفي القبض ، «٣» ان مافي الذمة مقبوض ، «٤» ان هذا البيع
- وهو بيع مافي ذمته للغير من الدين بثن في ذمته - ليس بيع دين بدين . فاذا

(١) الوسائل ٤٦٣/١٢ .

ولا يباع تراب الذهب بالذهب ، ولا تراب الفضة بالفضة
وباع بغيره .

ولو جمعا جاز بيعه بهما .

وباع جوهر الرصاص والنحاس بالذهب أو الفضة وان كان
فيه يسير من ذلك .

ويجوز اخراج الدراهم المغشوشة اذا كانت معلومة الصرف .
ولو لم تكن كذلك لم يجوز الا بعد بيانها .

مسائل :

(الاولى) اذا دفع زيادة عما للبائع صح ، وتكون الزيادة أمانة .

وكذا لو بان فيه زيادة لا يكون الا غلطاً أو تعمداً .

ولو كانت الزيادة مما يتفاوت به الموازين لم تجب اعادته .

(الثانية) يجوز أن يبدل له درهماً بدرهم ، ويشترط صياغة

خاتم ، ولا يتعدى الحكم .

تقررت هذه المقدمات صحت المسألة .

قوله : يجوز ان يبدل له درهماً بدرهم ويشترط صياغة خاتم ، ولا

يتعدى الحكم

روى ابو الصباح الكناني قال : سألت الصادق عليه السلام عن الرجل

يقول للمصائغ صبغ لي هذا الخاتم وأبدل لك درهماً طازجاً بدرهم غلّة . قال :

لا بأس^(١) .

والمراد بالدرهم الطازج هو الجديد ، وهو معرب من تازا ، وهو الطري

(١) الكافي ٢٤٩/٥ .

من كل شيء باللغة الفارسية ، والغلة هو العتيق الذي هجر في المعاملة .

إذا عرفت هذا فهنا مسألتان :

(الأولى) ان الشيخ^(١) جوز بيع درهم بدرهم مع اشتراط البائع على صياغة خاتم ، اعتماداً على هذه الرواية . وعلله ابن ادريس^(٢) بأن الربا الممنوع زيادة في العين مع اتحاد الجنس ، والصياغة هنا ليست زيادة في العين بل في الصفة .

ومنع المصنف وقال الربا هو الزيادة مطلقاً ، أعم منه في العين أو الصفة ، ولذلك منعنا بيع أحد المتساويين بالآخر نسيئة ، ولذلك استضعف العمل بالرواية . وقال في الشرائع^(٣) بلفظ روي .

وأما العلامة^(٤) فمنع من جوازه وأجاب عن الرواية بأنه ليس فيها دلالة على البيع بل جعل ابدال الدرهم بالدرهم شرطاً في العمل ، فلا تكون دلالة على مراد الشيخ من البيع .

(الثانية) لو قيل بفتوى الشيخ هل يتعدى الحكم بأن يبيع ديناراً بدينار أودراهم بدراهم ويشترط عملاً أم لا يتعدى ؟ يحتمل التعدي طرداً للعلة ، وهو فتوى الشيخ . قال العلامة : لان الزيادة ان أوجبت الربا لزم التحريم في الجميع والا فلا في الجميع .

وأما المصنف فجزم هنا بعدم التعدي ، وقال في الشرائع بذلك على الاشبه ، نظراً الى عموم المنع والاقتصار على مورد النص ، اذ تجويزه في غيره قياس

(١) النهاية : ٣٨١ .

(٢) الشرائع : ٢١٨ .

(٣) الشرائع ١٠٧/١ .

(٤) المختلف ١٨٠/٢ ، وفي القواعد كالشرائع .

ويجوز أن يقرضه الدراهم ويشترط أن ينقدها بأرض أخرى .
(الثالثة) الاواني المصوغة من الذهب والفضة ان أمكن
تخليصها لم يبع بأحدهما ، وان تعذر وكان الغالب أحدهما بيعت
بالاقل ، وان تساويا بيعت بهما .

(الرابعة) المراكب والسيوف المحلاة .

ان علم مقدار الحلية بيعت بالجنس مع زيادة تقابل المراكب
أو النصل نقداً .

ولو بيعت نسيئة نقد من الثمن ما قابل الحلية .

وان جهل بيعت بغير الجنس .

وقيل : ان أراد بيعها بالجنس ضم اليها شيئاً .

وهو باطل عندنا .

وابن حمزة منع مطلقاً اعتماداً على عموم المنع للاية والروايات ، وتردد
ابن ادريس في العمل بالرواية . وقول ابن حمزة عندي قوي ، والرواية لادلالة
لها الاعلى ما ذكره العلامة .

قوله : وقيل : ان اراد بيعها بالجنس ضم اليها شيئاً

قال الشيخ في النهاية والمبسوط والخلاف . ونظر فيه ابن ادريس ولم يبين
وجه نظره ، ويمكن أن يكون وجهه أن الثمن ان علم أنه أزيد من الحلية في
الجملة لم يحتج الى الفسيميّة، اذ تلك الزيادة تكون في مقابلة السيف أو المراكب،
وان لم يعلم لم يكن في الانضمام فائدة سواء علم نقصان الثمن أو مساواته ، بل
يجب أن يضم الى الثمن لتكون الفضة في معاملة السيف والمضموم في مقابلة

- (الخامسة) لا يجوز بيع شيء بدينار غير درهم ، لانه مجهول .
 (السادسة) ما يجتمع من تراب الصياغة يباع بالذهب والفضة ،
 أو بجنس غيرهما ويتصدق به ، لان أربابه لا يتميزون .

الحلية لينتفي الربا .

- وتؤيده رواية ابي بصير قال : سألته عن السيف المفضض يباع بدراهم .
 قال : اذا كانت فضته أقل من النقد فلا بأس ، وان كانت اكثر فلا يصلح^(١) .

قوله : لا يجوز بيع شيء بدينار غير درهم لانه مجهول

- هذه المسألة لاتختص بالصرف ، ولهذا قال المصنف لايجوز بيع شيء .
 والتحقيق هنا أن نقول : الثمن على تقدير الاستثناء المذكور اما حال أو مؤجل ،
 وعلى التقديرين اما أن يكون الاستثناء من النقد الموجود حال العقد أو من نقد
 يتجدد ، وعلى التقادير اما أن يعلم النسبة من الدينار أولا . فالاقسام حينئذ ثمانية:
 « ١ » - الثمن حال والاستثناء من الموجود حال العقد والنسيئة معلومة ،

فيصح .

« ٢ » - الصورة بحالها والنسيئة مجهولة ، فيبطل .

« ٣ » - من المتجدد والنسيئة معلومة ، فيصح .

« ٤ » - من المتجدد والنسيئة مجهولة ، فيبطل .

« ٥ » - الثمن مؤجل والاستثناء من الموجود حال العقد والنسيئة معلومة ،

فيصح .

« ٦ » - الصورة بحالها والنسيئة مجهولة ، فيبطل .

« ٧ » - من المتجدد والنسيئة معلومة ، فيصح .

« ٨ » - من المتجدد والنسيئة مجهولة ، فيبطل .

(١) التهذيب ١١٣/٧ ، الاستبصار ٩٨/٣ .

الفصل السادس

(في بيع الثمار)

لا يصح بيع ثمرة النخل قبل ظهورها ولا بعد ظهورها ما لم
يبد صلاحها .

إذا عرفت هذا فالشيخ أطلق القول بعدم الصحة لو باع بدینار غير درهم للجهالة ، وابن الجنيد قال يجوز نقداً لأنسيئة لأنه لا يعلم قدره وقت الحلول . وأما العلامة فحكم في الصورة كلها بما قلناه إلا الثالث والسابع فإنه حكم فيهما بالبطان . وما قلناه أقرب .

قوله : لا يجوز بيع ثمرة النخل قبل ظهورها - الخ

بيع ثمرة النخل على أقسام :

- « ١ » - قبل الظهور عاماً واحداً لا يصح اجماعاً .
- « ٢ » - بعد ظهورها عامين يصح اجماعاً .
- « ٣ » - بعد ظهورها مع بدو صلاحها يصح اجماعاً .
- « ٤ » - بعد ظهورها ولم يبد صلاحها لكنه مع ضميمة أو يشترط القطع أو مع أصولها يصح اجماعاً .
- « ٥ » - قبل ظهورها عامين فصاعداً ، فيه تردد من أنه غرر وهو منهي عنه شرعاً ، ومن الرواية لو نقصت سنة تمت في أخرى^{١١} فيجوز . ويؤيده عموم قوله

(١) الوسائل ٣/١٣ - ٧ .

«وأحل الله البيع»^(١) والاصل الدال على الجواز ترك العمل به في العام الواحد للاجماع على منعه فيبقى معملاً في الباقي . قال المصنف في الشرائع : والمروي الجواز ، يشير الى رواية يعقوب بن شعيب عن الصادق عليه السلام^(٢) وغيرها من الروايات .

« ٦ » - بعد ظهورها عاماً واحداً لامع أحد الأمور الثلاثة ولم يبد صلاحها، فيه أقوال ثلاثة :

الاول : قول الشيخ في النهاية والمبسوط والخلاف لا يصح ، معتمداً على رواية ابي الربيع الشامي^(٣) وغيرها .

الثاني : قول المفيد وابن ادريس والشيخ في كتابي الاخبار والعلامة ، وهو الصحة على كراهية ، لعموم «وأحل الله البيع»^(٤) و« الا أن تكون تجارة عن تراض منكم»^(٥) ، وهو أيضاً جمع الروايات وأما المصنف فظاهر اختياره الاول . ويتم البحث بفوائد :

(الاولى) بدو الصلاح هو الاحمرار والاصفرار ، وقال في الشرائع أو يبلغ مبلغاً تؤمن عليه العاهة . وكلاهما موجود في الروايات :

أما الاول ففي رواية علي بن ابي حمزة عن الصادق عليه السلام^(٥) ، وقد علق البيهقي على الزهو ، فسأله عنه فقال : حتى يتلون . وفي حديث الوشا عن الرضا عليه السلام^(٦) تفسيراً له يحمر ويصفر ، وهو أيضاً مروي عن النبي صلى الله عليه

(١) البقرة : ٢٧٥ .

(٢) التهذيب ٨٧/٧ ، الاستبصار ٨٦/٣ .

(٣) التهذيب ٨٧/٧ ، الاستبصار ٨٦/٣ .

(٤) سورة النساء : ٢٩ .

(٥) التهذيب ٨٤/٧ ، الاستبصار ٨٦/٣ ، الكافي ١٧٦/٥ .

(٦) التهذيب ٨٥/٧ ، الاستبصار ٨٦/٣ ، الكافي ١٧٥/٥ .

وهو أن يحمر أو يصفر على الأشهر .
نعم لو ضم إليها شيء أو بيعت أزيد من سنة أو بشرط القطع
جاز .

ويجوز بيعها مع أصولها وان لم يبد صلاحها .
وكذا لا يجوز بيع ثمرة الشجر حتى تظهر ويبدو صلاحها وهو
أن ينقعد الحب .

وآله وسلم^(١) ، وكذلك فسره به أهل اللغة .
وأما الثاني ففي رواية أبي بصير عن الصادق عليه السلام^(٢) ، ورواه أبو سعيد
الخدري عنه صلى الله عليه وآله : لا يباع الثمرة حتى يبدو صلاحها . قالوا : وما
بدو صلاحها؟ قال : تذهب عاقتها ويخلص طيبها^(٣) . قال المصنف هنا : والاول أشهر .
(الثانية) يشترط في الضميمة أن يصح بيعها منفردة ، فلو ضم مالا يصح
بيعه لم يجز .

(الثالثة) بيعها مع القطع مشروط بإمكان الانتفاع ، فلو خلا عنه لم يجز .
(الرابعة) العام اشارة الى زمن الثمرة ، أي ثمرة عام أو عامين .
(الخامسة) كل موضع قلنا لا يصح البيع فيه يصح أن تجعل مشروطة التملك
في عقد آخر كما يصح اشتراط الحمل .
قوله : وكذا لا يجوز بيع ثمرة الشجر حتى تظهر ويبدو صلاحها وهو
أن ينقعد الحب

(١) الترمذى ٥٢٩/٣ ، ابن ماجة ٧٤٧/٢ .
(٢) التهذيب ٨٨/٧ ، ٩١ ، الاستبصار ٨٦/٣ ، ٨٨ .
(٣) ابن ماجة ٧٤٦/٢ ، الترمذى ٥٢٩/٣ ، شرح الكرماني لصحيح البخارى

وإذا أدرك ثمرة بعض البستان جاز بيع ثمرته أجمع .
وان أدرك ثمرة بستان ففى جواز بيع بستان آخر لم يدرك
منضمماً اليه تردد ، والجواز أشبه .
ويصح بيع ثمرة الشجر ولو كان فى أكمامه منضمماً الى أصوله
ومنفرداً .

وكذا يجوز بيع الزرع قائماً وحصيداً .
ويجوز بيع الخضر بعد انعقادها لقطعة ولقطات .
وكذا يجوز ، كالرطبة جزءة وجزات .
وكذا ما يخرط كالحناء والتوت خرطة وخرطات .

اختلف أيضاً فى بدو صلاح ثمرة الشجر على قولين :
« ١ » - ما ذكره المصنف ، وهو انعقاد الحب وتناثر الورد ، وهو المشهور .
« ٢ » - قول الشيخ فى المبسوط انه لا بد من الثمرة أى جريان الماء الحلو
فيما يقتضى الحلاوة وطيب الاكل مثل التفاح والنضج فى مثل البطيخ والتلون
فى ما يتلون وصفاء لونه . قال المصنف فى الشرائع : والاول أشبه ، لاصالة عدم
اشتراط زائد واقتصار على مورد النقل .

قوله : ففى جواز بيع بستان آخر لم يدرك منضمماً اليه تردد والجواز
اشبه

ينشأ من أن بعض المبيع مجهول وهو مقصود بالبيع فلا يصح ، وبه قال
فى المبسوط ، ومن أصالة الصحة وعموم الآية والرواية عن الصادق عليه السلام (١) .

(١) وهو عموم الروايات التى اوردها فى التهذيب ٨٤/٧ ، ٨٥ .

ولو باع الاصول من النخل بعد التأبير فالثمرة للبائع ،
وكذا الشجر بعد انعقاد الثمرة مالم يشترطها المشتري ، وعليه
تبقيتها الى أو ان بلوغها .
ويجوز أن يستثنى البائع ثمرة شجرات بعينها ، أو حصة مشاعة
أو أرتالا معلومة .
ولو خاست الثمرة سقط من الثنيا بحسابه .
ولا يجوز بيع ثمرة النخل بثمر منها وهي المزابنة .

والجواز أشبه ، لانا بينا أن غير المذكور يصح بيعه مع الضميمة ، وبيننا أن
الضميمة شيء يصح بيعه منفرداً والبستان المدرك يصح بيعه منفرداً ، فلزم من
هذه المقدمات الجواز وهو المطلوب .

قوله : بعد التأبير فالثمرة للبائع

لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : من باع نخلا مؤبراً فثمرته للبائع^(١) .
واتفق الكل على أن دلالة المفهوم هنا حجة ، وهو أنه اذا لم يؤبر يكون الثمرة
للمشتري وان أطلع ، ولم يذكر في متن العقد الا أن يشترطه البائع ، كما أنه
في الصورة الاولى يكون للبائع الا أن يشترطه المشتري .
ويتفرع على ذلك أنه لو أبر بعض البستان ثم باعه كان ثمرة المؤبر له
و ثمرة مالم يؤبر للمشتري عملاً بالمقتضي .

وهنا فوائد :

(الاولى) الابار لغة التلقيح ، قال الجوهرى أبر فلان نخله أي لقحه ، ومنه

(١) الوسائل ٤٠٧/١١ الباب ٣٢ من ابواب احكام العقود .

وهل يجوز بثمر من غيرها فيه قولان ، أظهرهما : المنع .
وكذا لا يجوز بيع السنبل بحب منه ، وهي المحاقلة .

سكة مأبورة .

(الثانية) يجب على المشتري تبقية الثمرة المؤبرة السى أو ان قطعها ،
والمرجع العادة في أخذ الثمرة .

(الثالثة) لو انتقل النخل بغير البيع لم تكن الثمرة للمنقول اليه . وان لم يؤبر ،
سواء كان بعقد معاوضة أو لا .

(الرابعة) لو انتقل غير النخل من أنواع الشجر بالبيع فالثمرة للنقل أبرت
أولا ، اقتصاراً على ما فهم من النقل .

(الخامسة) لو انتقل النخل باشرطه في عقد بيع ولم يكن مؤبراً فهل ثمرته
للمنتقل اليه أم لا ؟ فيه اشكال ، ينشأ من كون سبب الملك هنا هو البيع ، ومن
اختصاص السبب بمتعلقه وملك الاخر بالشرط والانتقال أقوى . والصلح ان قلنا
انه فرع فكالبيع والا فلا . وهو الاقوى .

قوله : وهل يجوز بثمر من غيرها ؟ فيه قولان اظهرهما المنع

ورد شائعاً أنه صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن المزبنة والمحاقلة^(١) .
أما المزبنة فهي لغة من الزبن ، وهو الدفع ، ومنه الزبانية لانهم يدفعون
الناس الى النار . والمتبايعان كل منهما يدفع عن نفسه غبن صاحبه لو وقع في
هذا البيع لاشتماله على الغبن غالباً .

وشرعاً هو بيع التمر على رؤس النخل بتمر ، فهل يشترط في النهي أن
يكون منهما أم لا يشترط حتى لو باعها بتمر موضوع على الارض كان منهياً عنه ؟

(١) التهذيب ٤٣/٧ ، الكافي ٢٧٥/٥ ، الاستبصار ٩١/٣ .

فيه قولان. قال الشيخ في النهاية والقاضي بالاول ، فعندهما يجوز بتمر من غيرها ،
لعموم « وأحل الله البيع » ، ولان التمر على النخل ليس بمكيل ولا موزون فهو
غير ربوي فيجوز ، ولرواية ابي الصباح عن الصادق عليه السلام : ان رجلا كان
له على رجل خمسة عشر وسقاً من تمر وكان له نخل فقال له خذ ما في نخلي
بتمرك ، فأبى أن يقبل فأتى النبي صلى الله عليه وآله وسلم فأمره بأخذه فامتنع
وقال : يا رسول الله لا يفي بمالي^(١) ولو كان محرماً لما أمره النبي «ص» .

وقال المفيد والشيخ في المبسوط وابن ادریس وابن حمزة والقاضي في
المهذب بالثاني ، لسرواية عبدالرحمن عن الصادق عليه السلام قال : نهى
رسول الله «ص» عن المزابنة والمحاولة . قلت : وما هو ؟ قال : أن تشتري
حمل النخل بالتمر والزرع بالمحنة^(٢) وهذا هو الحق .

والتحقيق أن نقول : ان المزابنة والمحاولة لا تكونان الا بأن يكون الثمن
تمراً أو حباً ، فان قيدهما بأصلهما الموجودين فذلك غير مملك ، لان الثمن لا بد
أن يكون مغائراً للثمن ، وعلى هذا الشرط يتحدان . وان لم يقيدا فهو المطلوب ،
سواء تقيد بغير أصلهما أو أطلقا .

وأما حجة الاول فضعيفة ، لان العموم يخص للدليل كما خص في غيره ،
ونمنع كونهما غير ربويين .

وأما الرواية فلا دلالة فيها على الجواز ، لان الاخذ المأمور به ليس ببيع
فجاز أن يكون صلحاً أو قبضاً عن دين ، وكلاهما غير ممنوع . هذا مع أن
الرواية ضعيفة السند ، لان في طريقها الحسن بن محمد بن سماعة ، وهو واقفي .

(١) الاستبصار ٩٢/٣ ، التهذيب ٩١/٧ .

(٢) التهذيب ١٤٣/٧ ، الكافي ٢٧٥/٥ ، الاستبصار ٩١/٣ .

وفى بيعه بحب من غيره قولان ، أظهرهما : التحريم .
ويجوز بيع العرية بخرصها ، وهى النخلة تكون فى دار آخر
فيشتريها صاحب المنزل بخرصها تمراً .
ويجوز بيع الزرع قصيلاً وعلى المشتري قطعه ، ولو امتنع
فللبائع ازالته .
ولو تركه كان له أن يطالبه بأجرة أرضه .

قوله : وفى بيعه بحب من غيره قولان أظهرهما التحريم
الكلام فى المحاكمة كالكلام فى المزابنة ، فلا وجه لاعادته . وهى مأخوذة
من الحقل^(١) ، وهو القراح ، لحصول البيع على ذلك الوجه فى القراح .
قوله : ويجوز بيع العرية بخرصها تمراً ، وهى النخلة تكون فى دار
آخر يشتريها صاحب المنزل بخرصها تمراً
قال أهل اللغة: العرية النخلة تكون لانسان فى بستان غيره أو فى داره فيشق
عليه دخوله إليها فيبتاعها منه بخرصها تمراً ، وأصله من التعرية، وهو ابراز الجسد
عرياناً ، فكأن الرطب اذا أخذ من النخل عري منه فقيل للنخل عرايا جمع
العرية .

وفى الشرع هى كذلك ، لكن يمكن أن يكسب تسميتها عرية لتعريفها عن
حكم المزابنة أو عن حكم الربا . اذا عرفت هذا فاعلم أن لبيعها شروطاً :
« ١ » - أن تكون واحدة ، فلو كانت اكثر لم يجوز . اللهم الا أن تكون فى
كل دار أو بستان واحدة .

(١) الحقل : الارض القراح وهى التى لاشجر بها، وقيل هو الزرع اذا تشعب ورقه
ومنه اخذت المحاكمة وهى بيع الزرع فى سنبله بحنطة وجمعه حقول مثل فلس وفلوس .

ويجوز أن يبيع ما ابتاعه من الثمرة بزيادة عن الثمن قبل قبضها على كراهية .

« ٢ » - أن يباع بالحلول لا بالتأخير .

« ٣ » - أن يكون الثمن تمراً من غيرها ، فلو كان منها لم يجز .

« ٤ » - أن يكون من النخل ، فلا عرية في الشجر .

وخالف الشافعي في الاول والرابع ، وشرط بلوغها خمسة أوسق . والحق خلافه تمسكاً بالنص في بيع العرية وتمسكاً بتحريم المزابنة فيما فوق الواحدة . نعم شرط الشيخ خامساً ، وهو التقابض قبل التفرق كالصرف . ومنعه ابن ادريس . وهو الحق ، لاصالة عدم الاشتراط وعدم الدليل الدال على مسدعه . نعم الحلول شرط كما قلناه لانه مزبون .

وقال المصنف والعلامة يحتمل الجواز في بيعها بتمر منها ، عملاً بآدم

المطلق .

وفيه نظر ، لانا نقيده بالدليل العقلي ، وهو وجوب معايرة الثمن والمثمن .

وبه قال ابن حمزة .

وقال بعض الفقهاء : يجب أن يماثل في الخرص بين ثمرتها عند الجفاف

وئمنها . وليس بشيء ، للاصل وعملاً بظاهر الخبر الدال على بيعها مطلقاً

قوله : ويجوز ان يبيع ما ابتاعه من الثمرة بزيادة عن الثمن قبل

قبضها على كراهية

يمكن أن تكون هذه المسألة من فروع جواز بيع الشيء قبل قبضه ، وقد

تقرر أنه جائز على كراهية ، خلافاً لمن منع ذلك مطلقاً أو في المكيل والموزون

والثمرة حيث انها والحالة هذه غير مكيلة ولا موزونة يمكن خروجها عن المنع ،

ولو كان بين اثنين نخل فتقبل أحدهما بحصة صاحبه من الثمرة

بوزن معلوم صح .

وإذا مر الانسان بثمره النخل جاز له أن يأكل ما لم يضر أو

يقصد .

فأشار المصنف الى عدمه لان جنسها مكيل وموزون .

قوله : ولو كان بين اثنين نخل فتقبل احدهما بحصة صاحبه من

الثمرة بوزن معلوم صح

هذا قول الشيخ رحمه الله اعتماداً على رواية يعقوب بن شعيب عن الصادق

عليه السلام^(١)، ورواية الحلبي عنه عليه السلام^(٢) أيضاً عن آبائه في قضية رسول الله

صلى الله عليه وآله وسلم مع أهل خيبر، ويكون ذلك التقبيل مشروطاً بالسلامة .

وقال ابن ادريس: ان كان ذلك بيعاً فهو مزبنة ، وان كان على وجه الصلح

فان كان بثمره في ذمة الشريك فهي لازمة له سواء بقيت الثمرة أو تلفت ، وان

كان بثمره منها فهو صلح باطل لانه غرر .

ويمكن أن يجاب بأنه ليس بصلح ولا بيع حتى يلزم ما ذكره ، وانما هو

مراضاة غير لازمة من الطرفين يستحب الوفاء بهما، لقوله صلى الله عليه

وآله وسلم: المؤمنون عند شروطهم^(٣) ولذلك قال المصنف رحمه الله « صح »

ولم يقل لزم .

(١) الفقيه ١٤٢/٣ ، الكافي ١٩٣/٥ ، التهذيب ٩١/٧ .

(٢) التهذيب ١٩٣/٧ ، الكافي ٢٦٦/٥ .

(٣) التهذيب ٢٢/٧ .

ولا يجوز أن يأخذ معه شيئاً .

وفى جواز ذلك فى غير النخل من الزرع والخضر تردد .

قوله: وفى جواز ذلك فى غير النخل من الزرع والخضر تردد

روى الشيخ وابن بابويه عن محمد بن مروان قال: قلت للصادق عليه السلام أمر بالثمرة فأكل منها . قال: كل ولا تحمل . قلت: جعلت فداك ان التجار قد اشتروها ونقدوا أموالهم فيها . قال: اشتروا ما ليس لهم^(١) .

وعن محمد بن ابى عمير عن بعض أصحابنا عنه عليه السلام: الرجل يمر بالنخل والسنبل والتمر فيجوز له أن يأكل منها من غير إذن صاحبها من ضرورة وغير ضرورة . قال: لا بأس^(٢) .

فأفتى الشيخ فى النهاية والمبسوط وكتابى الاخبار والقاضى بجواز الاكل من الثمرة وعداه الى الشجر والزرع ، وقال فى المسائل الحائرية بالتخصيص بالثمرة لتخصيص النص المذكور بها ، وهى تخص عرفاً بثمرة النخل . والمصنف تردد فى الزرع والخضر من كلامى الشيخ فى الموضوعين . نعم الزرع المذكور فى رواية ابن ابى عمير .

وأما العلامة فمنع فى الكل . وهو الاجود ، لاصالة عدم جواز التصرف فى مال الغير الا باذنه ، ولرواية الحسن بن يقطين صحيحاً قال : سألت ابا الحسن عليه السلام عن الرجل يمر بالثمرة من الزرع والنخل والكرم والشجر والمباطح وغير ذلك من الثمر أيجل له أن يتناول منه شيئاً؟ قال: لا يجل له أن يأخذ منه شيئاً^(٣) .

(١) التهذيب ٨٩/٧ ، الاستبصار ٩٠/٣ .

(٢) التهذيب ٩٣/٧ ، الاستبصار ٩٠/٣ .

(٣) التهذيب ٩٢/٧ ، الاستبصار ٩٠/٣ .

الفصل السابع

(في بيع الحيوان)

إذا تلف الحيوان في مدة الخيار فهو من مال البائع ، ولو كان بعد القبض ، إذا لم يكن بسببه ولا عن تفريط منه .
ولا يمنع العيب الحادث من الرد بالخيار .

ووجه الدلالة أن يأخذ في تقدير مصدر منكر وقع في سياق النفي ، فيعم الأخذ والاكل والحمل وغير ذلك ، والتخصيص يحتاج الى دليل .
ان قلت : لم لا يحمل الأخذ هنا على الحمل فلا يكون منافياً لقول الشيخ ولرواية ابن مروان .

قلت : لو كان المراد الحمل لكان أخص من السؤال ، فان السؤال وقع عن تناول وهو أعم من الحمل والاكل كما قلناه ، والاخص ليس بجواب تام . نعم قد يقع الاخص جواباً مع دلالة على المراد بالسؤال عن الاعم ، كما إذا سئل عن استعمال ماء البحر فيجاب بجواز الوضوء منه ، فانه لافرق بين الوضوء وغيره . وهنا ليس كذلك .

وأما الروايتان المذكورتان فحملهما العلامة على ما إذا علم بشاهد الحال الاباحة . وهو حسن .

قوله : ولا يمنع العيب الحادث من الرد بالخيار يريد به الحادث في الثلاثة لا يمنع من الرد بأصل خيار الحيوان ، ونقل المصنف في درسه عن شيخه ابن نما أن الرد بالعيب . وتظهر فائدة الخلاف

وإذا بيعت الحامل فالولد للبائع على الاظهر ، مالم يشترطه المشتري .

في جواز الرد بعد الثلاثة ان جعلناه بالعيب ، وكذا لو سقط الخيار الاصيلي يجوز عنده الرد بالعيب .

قوله: وإذا بيعت الحامل فالولد للبائع على الاظهر مالم يشترطه المشتري
هنا فوائد :

(الاولى) قد تقدم أن ما اختاره المصنف هو قول الشيخ رحمه الله في النهاية وعليه الفتوى ، وهو قول المفيد والتقي وسلاز والقاضي في الكامل . وقال في المبسوط والقاضي في الجواهر وابن حمزة أنه مع الاطلاق للمشتري لانه عضومنها .

قلنا : الفرق ظاهر بين الجنين والعضو ، ولذلك تصح الوصية له لو كان ولد أمة وتلحقه أحكام شرعية بخلاف العضو .

(الثانية) على قول المبسوط لا يصح افراد الحامل بالبيع عن الولد ، فيبطل البيع لو استثناه البائع وكذا يبطل عنده لو كان الحمل جزء . وهو بعيد بل يصح بيعها مع الولد ومنفردة ولا يصح بيعه منفرداً عنها .

(الثالثة) حيث يدخل في البيع فهو مضمون تبعاً لأمه ، فلو اجهضت^(١) قبل القبض أوفي خيار المشتري فله الرجوع بتفاوت ما بين الحمل والاجهاض . وعند الشيخ لا يرجع المشتري على البائع شيء بل له رد المبيع .

ومثار القولين أن الشيخ عنده أن المبيع قبل قبضه مضمون وكذا كل جزء منه يفرد بالبيع ، وما لا يفرد بالبيع لا يكون مضموناً الاتبعاً لضمان مجموع

(١) اجهضت الناقة والمرأة ولدها اجهاضاً : اسقطته ناقص الخلق فهي جهيض ومجهضة .

ويجوز ابتياع بعض الحيوان مشاعاً .
ولو باع واستثنى الرأس أو الجلد ففي رواية السكوني ، يكون
شريكاً بنسبة قيمة ثنياه .

العين ، ولما لم يكن الحمل يفرد بالبيع لم يكن مضموناً . وعند العلامة أن
المبيع وكل صفاته التي لها جزء من الثمن يسمى ما قابلها رأساً أو جزءاً بالتقسيم
وان لم يفرد بالبيع .

(الرابعة) في قول المصنف مالم يشترط المشتري فائدة ، وهو أن الحمل
وان لم يفرد بالبيع يصح اشتراطه في بيع صحيح ، كما لو باع سلعة وشرط في
البيع كون حمل دابة أو أمة للمشتري وان لم يكن الام مبيعة .

قوله : ويجوز ابتياع بعض الحيوان مشاعاً

كما يصح بيع كل الحيوان كذا يصح بيع بعضه لكن بشرطين :

(الاول) كونه مشاعاً ، فلا يصح معيناً كراسه ورجله ، لان مقدورية التسليم
وعدم الضرر شرطان في المعاملة الصحيحة ، وهما غير حاصلين مطلقاً على تقدير
كون المبيع جزء معيناً لجواز مطالبة المشتري بحقه .

(الثاني) كونه معلوماً بالنسبة كالربيع والثلث ، اذ الجهالة ملزومة للغرر
المنهي عنه .

اذا عرفت هذا فاعلم أنه كلما صح بيعه صح استثناءه ، فيصح بيع الدابة
الاربعة مشاعاً ، ومالا يصح بيعه لا يصح استثناءه فلا يصح بيعها الا رأسها ، اذ
الاجزاء غير معلوم وان كان مشاعاً . هذا كله في الحيوان الحي ، أما المذبوح
فيصح فيه بيع جزء المشاع والمعين بشرط المعلوماتية فيهما .

قوله : ولو باع واستثنى الرأس أو الجلد ففي رواية السكوني يكون

شريكاً بنسبة قيمة ثنياه (١)

هذه رواية النوفلي عن السكوني عن الصادق عليه السلام قال: اختصم الى علي عليه السلام رجلان اشترى أحدهما من الآخر بغيراً واستثنى البائع الرأس والجلد ثم بدال للمشتري أن يبيعه ، فقال للمشتري: هو شريكه في البعير على قدر الرأس والجلد^(٢). فعمل بها الشيخ في كتبه ومن تابعه .

وأما المفيد والمرضى والتقي وابن الجنيد وابن ادریس فقالوا بصحة الاستثناء من غير شركة ، وفصل العلامة فجوز الاستثناء المذكور في المذبوحة أو مشرطة الذبح ، ومنعه في غيرهما لما تقدم من لزوم الغور .
وأما الشهيد فوافق العلامة في اختياره في الاستثناء وخالفه في ما منعه في غير المذبوحة ، وقال فيه بمقالة الشيخ من أنه شريك بنسبة القيمة وقال في مشروط الذبح ان ذبح فالشرط لازم والاتخير بين الفسخ والشركة بالقيمة .
وأما سلارقال بمقالة المفيد والمرضى وزاد جواز استثناء اللحم بالوزن ومنعه ابن الجنيد لتفاوته .

وبعض الفضلاء المتأخرين قال: ان كان المستثنى الجلد أو ما منه الجلد فهو باطل لجهالته ، لان الجلد يتفاوت ثمنه بتفاوته في الثخن والرقه ، لكن لا يبطل البيع لان جهالة المستثنى في هذه الصورة لا تستلزم جهالة المبيع فيكون البائع شريكاً بنسبة قيمة المستثنى كما دلت عليه الرواية ، وان كان المستثنى هو الرأس وحده أو الرأس والقوائم فهو صحيح لانه استثناء معلوم من معلوم . والضرر الذي ذكره العلامة معارض باستثناء الجزء المشاع ، فانه جائز اتفاقاً مع أن الضرر المدعى حاصل فيه .

(١) الثنياه بضم الثاء والثنوى بالفتح اسم من الاستثناء ، وفي الحديث: من استثنى فله ثنياه اي ما استثناءه ، فالاستثناء هو صرف العامل عن تناول المستثنى .

(٢) الكافي ٣٠٤/٥ ، التهذيب ٨١/٧ .

ولو اشترك جماعة في شراء حيوان واشترط أحدهم الرأس
والجلد بماله ، كان له منه بنسبة ما نقل لا ما شرط .
ولو قال : اشتر حيواناً بشركتي صح ، وعلى كل واحد نصف
الثلث .

ولو قال : الربح لنا ولا خسران عليك ، لم يلزم الشرط .
وفي رواية : اذا شارك في جارية وشرط الشريك الربح دون
الخسارة جاز .

قلت : وعندي في كلام هذا الفاضل نظر :
أما أولاً : فلان حكمه بجهالة المستثنى مستلزم لجهالة قيمته فكيف يكون
البائع شريكاً بقدرها ، لانه رجوع الى جهالة .
وأما ثانياً : فلمنع المعارضة بالمشاع ، اذ الفرق حاصل بينه وبين المعين
فانه مع المعين للمشتري المطالبة بحقه لتعيينه فيتضرر لو أجب على ابقائه . وأما
المشاع فليس له المطالبة به لعدم تعيينه بل هو شائع في كل جزء .
قوله : وفي رواية اذا شارك في جارية وشرط الشريك الربح دون
الخسارة جاز

هذه رواها الشيخ في التهذيب والكليني عن ابن محبوب عن رفاة عن
الكاظم عليه السلام^(١) . وأفتى بمضمونها الشيخ والقاضي ، ونصره العلامة في
المختلف بدلالة « أوفوا بالعقود »^(٢) والمؤمنون عند شروطهم^(٣) وبأصالة الجواز .

(١) الكافي ٢١٢/٥ ، التهذيب ٧١/٧ .

(٢) سورة المائدة : ١ .

(٣) التهذيب ٢٢/٧ .

ويجوز النظر الى وجه المملوكة ومحاسنها اذا اراد شراءها .
ويستحب لمن اشترى رأساً أن يغير اسمه ويطعمه شيئاً حلواً
ويتصدق عنه بأربعة دراهم . ويكره أن يريه ثمنه في الميزان .
ويلحق بهذا الباب مسائل :

(الاولى) المملوك يملك فاضل الضريبة، وقيل : لا يملك شيئاً .

وفيه نظر ، لانه ان طرد الحكم في غير هذه الصورة المذكورة فهو خلاف
الاجماع والاكان الفرق محتاجاً الى دليل ، والعمومات المذكورة لادلالة لها
عليه . وأما الرواية فان منطوقها أنه سأله عن رجل شارك رجلاً في جارية وقال
ان ربحتنا فلك نصف الربح وان كانت وضيفة فليس عليك شيء . قال عليه السلام
لا أرى بهذا بأساً اذا طابت نفس صاحب الجارية . ونحن نقول بموجبها ، اذ
معناها أنه اذا شرط عدم الخسران عليه جاز له أن يفى بقوله . وهو صحيح ،
اذ الناس مسلطون على أموالهم^(١) ، فاذا ترك ماله لآخرج عليه فيه . وأما لزوم الشرط
وأنه لا يجوز له مخالفته فلادلالة للرواية عليه ، ولذلك أردف نفسي البأس بقوله
« اذا طابت نفس صاحب الجارية » .

وابن ادريس منع الرواية لمخالفتها أصول المذهب من أن الخسران على
رؤوس الاموال بغير خلاف .

قال الشهيد: لانسلم أن تبعية المال لازم لمطلق الشركة بل للشركة المطلقة
ثم قال : والاقترب تعدي الحكم الى غير الجارية من المبيعات .

قوله : المملوك يملك فاضل الضريبة ، وقيل لا يملك شيئاً
الاول للشيخ في النهاية ، لرواية ابن محبوب عن عمر بن يزيد عن الصادق

(١) البحار ٢/٢٧٢ .

عليه السلام^١ . وقال أيضاً بملك ارش الجناية ، لرواية اسحاق بن عمار عنه عليه السلام^٢ .

والثاني قوله في الخلاف ، محتجاً بوجوه :
(الاول) قوله تعالى « ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء »^٣ ، وليس المراد نفي القدرة على الفعل لبطلانه ، فيكون المراد نفي الملك مجازاً لتعذر الحقيقة ، فلا يلزم من تنكير العبد المملوك جواز تملك غيره من العبيد ، لان الحكم المعلق على الوصف يستلزم كونه علة للحكم ، كقولك « اكرم العلماء وأهن الجهال » ، فانه يدل على أن علة الاكرام والاهانة العلم والجهل ، فكذا في الآية علق عدم القدرة بوصف الملك .

(الثاني) قوله تعالى « ضرب لكم مثلاً من أنفسكم هل لكم مما ملكت أيمانكم من شركاء فيما رزقناكم فأنتم فيه سواء »^٤ « ووجه الاستدلال أنه شبه حاله مع عباده في نفي المشاركة في الملك بحال السادات مع ممالئهم ، ومعلوم أن عباده لا يشاركون الله في الملك فكذا الممالئ .

(الثالث) لوملك العبدلزم التناقض في الاحكام ، واللازم كالملزوم في البطلان بيان الملازمة : أنه لو ملك لجاز أن يملك عبداً و جاز أن يملك عبده مالا ، فجاز أن يشتري مولاه من سيده ، فيكون كل منهما عبداً سيدياً معاً ، وهو تناقض . وفيه نظر ، اذ لا يلزم من جواز تملكه مطلقاً جواز تملك خاص ، فانه لا يلزم من جواز تملك الحر مطلقاً جواز تملكه لابويه وأولاده .

(١) التهذيب ٢٢٤/٨ ، الفقيه ٧٤/٣ .

(٢) التهذيب ٢٢٥/٨ .

(٣) سورة النحل : ٧٥ .

(٤) سورة الروم : ٢٨ . وتام الآية الكريمة « تخافونهم كخيفتكم أنفسكم كذلك تفصل الايات لقوم يعقلون » .

واعلم أن بعض مخالفينا قال بجواز تملكه ، ولهم عليه أدلة أشرنا إليها في «كنز العرفان» وأجبنا عنها فليطلب هناك^(١).

نعم الفتوى على القول بعدم تملكه، وهو قول العجلي والعلامة. وأما المصنف

(١) قال في كنز العرفان ١١١/٢ : وقال - اى الشافعى - فى القديم : يملك اذا ملكه مولاه ، وقال مالك يملك وان لم يملكه مولاه . ووجه ما قلناه أنه ليس المراد من الآية « ضرب الله مثلا عبداً مملوكاً لا يقدر على شىء » النحل ٧٥ نفى القدرة على الفعل ، لانه معلوم البطلان ضرورة ، فيكون المراد أنه لا يملك وهو المطلوب . وأيضاً نفى عنه القدرة عموماً ، لان التكررة فى النفى يعم خرج من ذلك ما أخرجه الدليل فيبقى الباقي على النفى . ان قلت : ان النفى وان كان عاماً لكنه متعلق بعبد منكر ، وهو لا يدل على العموم فلا يلزم عدم تملك العبيد كلهم .

قلت : تعليق الحكم على المشتق يدل على كون المشتق منه علة فى الحكم ، كقولك « اكرم العلماء » فانه يدل على أن علة اكرامهم علمهم فيعم أينما وجد المشتق منه . وصورة النزاع كذلك ، فيعم أينما وجد الملك .

الى أن قال : احتج من قال بملكه بقوله تعالى « وأنكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم ان يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله » النور ٣٢ . وجه الدلالة أنه لو يصح تملكهم لم يصح اغناؤهم لكن صح فصح . وبما روى ان سلمان كان عبداً فأتى النبى صلى الله عليه وآله وسلم بشىء فقال هو صدقة ، فرد فأتاه ثانياً وقال هذه هدية فقبله ، فلو كان لا يملك لما قبله منه .

وأجاب الشيخ عن الاول بجواز أن يريد الله ان يغنيهم الله بالعتق ، وعن الثانى بالمنع من كون سلمان مملوكاً حقيقة بل كان محكوماً عليه من غير التملك الشرعى . وان سلم جاز أن تكون الهدية باذن سيده وعلم النبى صلى الله عليه وآله وسلم ذلك فقبلها .

وفى الجواب الاول نظر ، لانه ان توجه فانما يتوجه على تقدير تزويج العبيد والاماء بالاحرار ، لانه ربما يؤدى الى عتقهم بسبب اولادهم ، وأما اذا زوجوا بأمثالهم فلا .

وأيضاً لو كان العتق غنى كان الرق فقراً ، وحينئذ كان فقر العبد متحققاً فيكون حجة لنا وكلمة « ان » وان كان محلها المحتمل لكن جاز استعمالها فى المتحقق ، مثل قوله تعالى « وان يك صادقاً يصيبكم بعض الذى يعدكم » المؤمن : ٢٨ .

(الثانية) من اشترى عبداً له مال ، كان ماله للبائع ، الا مع الشرط .

(الثالثة) يجب على البائع استبراء الامة قبل بيعها بحيضة ، ان كانت ممن تحيض ، وبخمس وأربعين يوماً ، ان لم تحض وكانت في سن من تحيض .

وكذا يجب الاستبراء على المشتري اذا لم يستبرئها البائع .
ويسقط الاستبراء على الصغيرة واليائسة والمستبرأة ، وأمة المرأة .

ويقبل قول العدل اذا أخبر بالاستبراء .

فقال في الشرائع انه يملك لكنه محجور عليه .
والتحقيق أن نقول: ان أريد بالملك جواز الانتفاع فلاشك أنه يملك بهذا المعنى ، لان له الانتفاع بما يخصه به سيده ، ولهذا جاز تحليل أمته لبعده .
وأيضاً يجوز تمكينه من الهدي في الحج اجمعاً . وان أريد بالملك ما ليس لغيره منعه فهو غير مالك بهذا المعنى ، لان جميع ما يخصه به مولاه له منعه منه . والحاصل أنه يملك ملكاً غير تام .

قوله : وأمة المرأة ويقبل قول العدل اذا اخبر بالاستبراء
هذا قول الشيخ في النهاية ، واختاره العلامة ، لان الغرض من الاستبراء العلم بفراغ الرحم ، ومع كونها للمرأة لاوطني في البين ظاهراً ، فيحصل الظن بالفراغ وكذا مع اخبار العدل ، وتؤيده رواية ابن سنان عن الصادق عليه السلام^(١) .

(١) التهذيب ١٧٢/٨ ، الكافي ٤٧٣/٥ ، الاستبصار ٣٥٨/٣ .

ولا توطأ الحامل قبلاً حتى تمضي لحملها أربعة أشهر .
ولو وطئها عزل . ولو لم يعزل كره له بيع ولدها ، واستحب
أن يعزل له من ميراثه قسطاً .
(الرابعة) يكره التفرقة بين الاطفال وأمهاتهم حتى يستغنوا .
وحدده سبع سنين . وقيل : أن يستغنى عن الرضاع . ومنهم
من حرم .

ونازع ابن ادريس في المسألتين ، فأوجب فيهما الاستبراء ، لان فعل البائع
لا يسقط عن المشتري ما وجب عليه ، ولرواية ابن سنان الاخرى^(١) ، وحملها
العلامة على الكراهية .

قوله : ولا توطأ الحامل قبلاً حتى تمضي لحملها اربعة اشهر - الخ
هذا الكلام ليس على اطلاقه ، فان الحمل اذا كان من مولى أو زوج أو محلل
له فلا يجوز مطلقاً حتى تضع ولودبراً ، وان كان من شبهة فكذلك للحوقه بالصحيح
وكذا المجهول الحال . فلم يبق حينئذ الاتقييد ما ذكره بالزنا ، اذ هو وان لم
يكن محترماً لكن هذا الحكم مشهور بين الاصحاب وليس له محمل الاعليه ،
فيكون هو المراد .

نعم قال في الشرائع اربعة أشهر وعشراً ، وعليه الفتوى ، وذلك على التحريم
أما بعد المدة المذكورة قبل النوضع فهو مكروه ، ولو فعل عزل ، وان لم يعزل
كره بيع الولد .

قوله : ويكره التفرقة بين الاطفال وامهاتهم حتى يستغنوا ، وحدده سبع
سنين ، وقيل ان يستغنوا عن الرضاع ، ومنهم من حرم

(١) التهذيب ٢١٢/٨ ، الفقيه ٢٨٢/٣ .

هنا مسألتان :

(اولاهما) لاختلاف أنه لا يحرم التفرقة المذكورة بعد الاستثناء المذكور ،
أما قبله ففيه قولان : أحدهما الكراهية وهو قول الشيخ في النهاية في باب العتق
واختاره العجلي والمصنف والعلامة ، للاصل ولقوله صلى الله عليه وآله وسلم
الناس مسلطون على أموالهم^(١) . وثانيهما التحريم ، وهو قوله في النهاية في
البيع والمفيد والقاضي وابن الجنيد . وهو الحق لقوله صلى الله عليه وآله :
بيعهما جميعاً أو أمسكوهما جميعاً^(٢) ، لما باعوا جارية من السبي كانت أمهاتهم
معهم حين نفذت نفقاتهم ، فسمع النبي « ص » أمها تبكي . والامر الدال على
الامساك يقتضي تحريم ضده ، ولرواية ابن سنان عن الصادق عليه السلام^(٣) ،
ورواية سماعة عنه عليه السلام^(٤) أيضاً المصرحة بالتحريم . قال العجلي حد
الاستغناء سبع سنين ، وقال الثلاثة مدة الرضاع^(٥) ، والاول اقرب .
إذا عرفت هذا فهنا فوائد :

(الاولى) اذا قلنا بالتحريم كان البيع فاسداً ، قاله في المبسوط ، وهو ظاهر
الاخبار . وهو الحق ، لان النبي « ص » بعث ثمن الجارية وأتى بها^(٦) ، فلو كان
البيع صحيحاً لآقره واشترط الرضا من المشتري في الرد .
(الثانية) لو رضيت الام والولد بالتفرقة فلا تحريم ولا كراهية ، للتصريح
بذلك في رواية ابن سنان .

(١) البحار ٢/٢٧٢ .

(٢) التهذيب ٧/٧٣ ، الكافي ٥/٢١٨ ، الفقيه ٣/١٣٧ .

(٣) الكافي ٥/٢١٩ .

(٤) الكافي ٥/٢١٨ ، التهذيب ٧/٧٣ .

(٥) والمشهور مدة الرضاع في الذكر وسبع سنين في الانثى .

(٦) هي رواية معاوية بن عمار السالفة آنفاً .

(الخامسة) اذا وطىء المشتري الامة ثم بان استحقاتها انتزعاها المستحق .

وله عقرها نصف العشر ان كانت ثيباً والعشر ان كانت بكرأ .
وقيل : يلزمه مهر أمثالها وعليه قيمة الولد يوم سقط حياً .
ويرجع بالثمن وقيمة الولد على البائع .

(الثالثة) طرد في المبسوط الحكم في أم الولد ، وابن الجنيد طرده في من يقوم مقام الام في الشفقة وأفسد البيع في السبايا وكره ذلك في غيرهم . وخص الشيخ في النهاية الحكم بالام ، وعليه الحلون .

(الرابعة) ظاهر الاصحاح أن التفرقة بعد الاستغناء مباحة ، وقيل يكره أيضاً ويقرب التفصيل وهو أنه مع التميز والاضطلاع^(١) بالقيام بالضروريات لا كراهية والافالكراهية .

(الخامسة) لا يختص المنع من التفرقة بالبيع بل يعم كل انتقال باختيار المالك اما لو ظهر استحقات أحدهما بوجه شرعي فانتزعه المستحق فلان منع من ذلك .
قوله : وله عقرها (٢) نصف العشر ان كانت ثيباً والعشر ان كانت بكرأ ،
وقيل يلزمه مهر أمثالها

الاول قوله في المبسوط لانها جارية موطوءة بالشبهة وقد نقصت قيمتها بالوطي فيكون للمولى قدر النقصان ، كما يثبت ذلك في غيره من المواضع .
قال في الشرائع انه مروى .

(١) في بعض النسخ : والاصلاح بالقيام .

(٢) العقر بضم العين المهملة : دية فرج المرأة اذا غضبت على نفسها ثم كثر ذلك حتى استعمل في المهر .

وفي رجوعه بالعقر قولان ، أشبههما : الرجوع .
(السادسة) يجوز ابتياع ما يسببه الظالم وان كان للامام بعضه
أو كله .

وكانه اشارة الى رواية طلحة بن يزيد عن الصادق عليه السلام عن الباقر
عليه السلام عن علي عليه السلام^(١) . لكن طلحة ضعيف .
والثاني قول ابن ادريس ، ولأعرف له وجهاً سوى الحمل على الحره
الموطوءة بالشبهة . قيل انه قياس مع وجود النص على خلافه . قلت : يمنع
كون ذلك قياساً ، بل هو من اتحاد طريق المسألتين .

قوله : وفي رجوعه بالعقر قولان اشبههما الرجوع
لاخلاف في رجوعه بالثمن وقيمة الولد . وفي العقر قولان : قال ابن
ادريس لارجوع لحصول العوض في مقابلته وهو الانتفاع بالبيع ، وقال غيره
- وهو الاصح - له الرجوع ، لان البائع أباحه بغير عوض فهو حينئذ مغرور فيكون
الغرضامناً .

هذا البحث كله على تقدير الجهل من المشتري ، أما لو كان عالماً باستحقاقها
فلا رجوع له بشيء من العقر ولا الثمن مع نلفه في يد البائع والولد رق لسيدها
فان كان حاصلها عن وطئ اكراه كان للسيد مهر أمثالها على الواطي .

قوله : يجوز ابتياع ما يسببه الظالم وان كان للامام بعضه أو كله
لا فرق بين كون الظالم مسلماً أو كافراً ، فان ذلك كله مباح للشيعه حال الغيبة
سواء كان كله للامام كما اذا كان غزواً سرية بغير اذنه أو بعضه له كما في صورة

(١) التهذيب ٢٨١/٧ ، الفقيه ٢٦٦/٣ . وطلحة بن زيد بترى الا أنه قال في
القهرست : عامي المذهب الا ان كتابه معتمد .

ولو اشترى أمة سرقت من أرض الصلح ردها على البائع واستعاد ثمنها.

فان مات ولا عقب له سعت الامة في قيمتها على رواية مسكين السمان .

وقيل : يحفظها كاللقطة .
ولو قيل : يدفع الى الحاكم ولا تكلف السعي ، كان حسناً .

وجوب الخمس فيه فان نصفه للامام ، وذلك كالمأخوذ سرقة لامجاهرة .
قوله : ولو اشترى أمة سرقت من أرض الصلح ردها على البائع واستعاد ثمنها ، فان مات ولا عقب له سعت الامة في قيمتها على رواية مسكين السمان ، وقيل يحفظها كاللقطة ، ولو قيل تدفع الى الحاكم ولا تكلف السعي كان حسناً .

صورة رواية مسكين عن الصادق عليه السلام قال : سألت عن رجل اشترى جارية سرقت من أرض الصلح . قال : فليردها على الذي اشتراها منه ولا يقربها ان قدر عليه أو كان موسراً . قلت : جعلت فداك فانه قد مات ومات عقبه . قال فليستسرعها^(١) . وعمل بها الشيخ في النهاية كما صدر به المصنف المسألة ، ولا شك أنها مخالفة للاصول من وجوه :

(الاول) ردها على البائع ، وذلك غير جائز ، لان غير مالك لها والرد انما هو على المالك أو وارثه ، اذ الفرض أنها مملوكة لكن أموال أهل الذمة لهم .
(الثاني) انه يردها على الوارث مع عدم البائع ويأخذ الثمن منه . وهذا أيضاً مخالف للاصل ، بل يؤخذ من التركة ان وجدت .

(١) التهذيب ٨٣/٧ .

(الثالث) انه اذا تعذر الوارث استسعت في الثمن . وهو أيضاً باطل ، لانها مال لغير من عليه الثمن فلا يؤدى من كسبها المملوك لما لكها على غيره . فلذلك أفتى ابن ادريس بأنها يجب حفظها وردها على مالكها كاللقطة ولا تكلف السعي والمصنف قال تدفع الى الحاكم لجهالة مالكها ، وكذا أفتى به العلامة مع أنه قال في المختلف : ان مسكين السمان لا يحضرني الان حاله وباقي روايتها لا مطعن فيهم .

وأما شيخنا الشهيد فاختر أقربية العمل بالرواية ، وأجاب عن المخالفة للاصل ، أما ردها على البائع فلانه مكلف بردها على أهلها ، اما لانه السارق أولانه ترتبت يده عليه ، وأما استسعاؤها فللجمع بين حق المشتري وحق صاحبها والاصل فيه أن مال الحربى فىء في الحقيقة ، وبالصلح صار محترماً احتراماً عرضياً ، فلا يعارض ذهاب مال محترم في الحقيقة .

قلت : في كلامه نظر من وجوه :

(الاول) انه كما يكلف البائع بردها الى أربابها فكذا يكلف المشتري أيضاً ، لكونها مالا حصل بيده بغير رضاً ولا علم من مالكة فيجب عليه رده اليه . ان قال : للبائع يدسابقة فهو مخاطب بالرد أولاً .

قلت : لأثر لتقدم هذه اليد والالكان الغاصب من الغاصب يجب عليه الرد على الغاصب لو تعذر المالك ، وهو باطل اجماعاً .

(الثاني) ان ذلك البائع اما أن يكون سارقاً أولاً ، والاول لا يجوز الرد عليه لخيانته وعدم أمانته فيجوز أن يبيعه ثانياً وهو باطل ، والثاني لا يجوز أيضاً لانه ليس وكيلاً للمالك ولاولياً له ، مع أنه يلزمه أن يقول بذلك في كل مبيع يظهر استحقاقه ، وهو باطل اجماعاً .

(الثالث) ان قوله في الاستسعاء انه جمع بين حق المشتري وحق مالكها

(السابعة) اذا دفع الى مأذون مالا ليشتري نسمة ويعتقها ويحج ببقية المال فاشترى أباه وتحاق مولاه ومولى الاب وورثة الامر بعد العتق والحج ، وكل يقول : اشترى بمالي ، ففي رواية ابن أشيم مضت الحجة ويرد المعتق على مواليه رقاً .
ثم أى الفريقين أقام البينة ، كان له رقاً ، وفي السند ضعف وفي الفتوى اضطراب .
ويناسب الاصل الحكم بامضاء ما فعله المأذون ما لم يقم بينة تنافيه .

غلط اذا لضرورة ماسة الى ذلك « ولا تزر وازرة وزر أخرى »^(١) ، اذ الفرض أن الثمن لازم لذمة البائع وان أهل الذمة يجب الدفع عنهم مع القيام بشرائط الذمة والذب عن اموالهم ، مع أنه يلزم شيخنا رحمه الله ان كل مؤمن تلف له مال أو غصب منه وتعذر الرجوع على المتلف والغاصب أنه يجوز دفع عوضه من أموال أهل الذمة . وهو باطل اجماعاً ، فاذا الاجود ما قاله المصنف والعلامة .
قوله: اذا دفع الى مأذون مالا ليشتري نسمة ويعتقها ويحج ببقية المال فاشترى أباه وتحاق مولاه ومولى الاب وورثة الامر بعد العتق والحج وكل يقول اشترى بمالي - الى آخره

هذه المسألة ذكرها الشيخ في النهاية وتبعه القاضي ، وصورة الرواية أن علي بن احمد بن اشيم - بضم الهمزة واسكان الياء وقيل بفتح الهمزة والياء مهموزة - روى عن الباقر عليه السلام : سئل عن عبد لقوم مأذون له في التجارة

(١) سورة النجم : ٣٨ .

دفع اليه رجل ألف درهم وقال له اشتر بها نسمة وأعتقها عني وحج عني بالباقي
ثم مات صاحب الالف فانطلق العبد واشترى أباه فأعتقه عن الميت ودفع اليه
الباقي ليحج عن الميت، فحج عنه فبلغ ذلك موالى ابيه ومواليه وورثة الميت
جميعاً فاختصموا جميعاً في الالف فقالوا موالى معتق العبد انما اشترت اباك
بمالنا ، وقال الورثة انما اشترت اباك بمالنا ، وقال موالى العبد انما اشترت
أباك بمالنا . فقال الباقر عليه السلام : أما الحججة فقد مضت بما فيها لاترد ، وأما
المعتق فهو رد في الرق لموالى أبيه ، وأي الفريقين بعد أقاموا البينة أنه اشترى
أباه من أموالهم كان لهم رقاً^(١) .

قال المصنف: والعمل بالرواية مشكل : أما أولاً فلضعف ابن اشيم، لنبزه
بالغلو، ذكر ذلك الشيخ والنجاشي . وأما ثانياً فلان الفتوى فيها اضطراب من
حيث أن رد العبد الى مولاه رقاً مع حصول الشراء منه وعدم البينة بالمنافي لا
وجه له، وكذا الحكم بمضي الحججة لتفرغ صحتها على صحة العتق والاستيجاز
المنافيين لرد العبد رقاً .

ووجه الشهيد رد العبد الى مولاه بأنه مال تصادمت الدعاوي المتكاثرة فيه
فيرجع الى أصالة بقاء الملك على مالكة ، قال: ولا يعارضه فتواهم بتقديم دعوى
الصحة على الفساد ، لان دعوى الصحة هنا مشتركة بين متقابلين متكافئين
فتساقطا .

اذا عرفت هذا اختلف المتأخرون في المسألة ، فقال ابن ادريس القول
قول سيد المأذون ، لان الاصل أن جميع ما بيد عبده له وقول عبده غير نافذ في
حقه ، فالعتق باطل . واختاره المصنف في الشرائع والعلامة في كتبه ، وحمل
الرواية على انكار أصل البيع .

(١) التهذيب ١٧ / ٢٣٤ .

(الثامنة) اذا اشترى عبداً فدفعت البائع اليه عبدين ليختار
أحدهما فأبق واحد ، قيل : يرتجع نصف الثمن .
ثم ان وجدته تخير ، والا كان الاخر بينهما

وفيه نظر ، لانه ينافي منطوقها من وقوع العقد وادعاء فساد . وقال المصنف
هنا بمضي قول المأذون في الشراء والعتق ، لان قوله مقبول ، ولصحة
تصرف العاقل .

وفي القولين نظر : أما الاول فلانه ليس على اطلاقه ، بل اذا لم يسلم المولى
الاذن في تولي مال الغير ، أما مع حصول تسليم الاذن في ذلك فلا . وأما الثاني
فلان قول المأذون ليس مقبولا مطلقاً ، بل فيما يتعلق بالتجارة من كيل أو وزن
أو وقوع عقد أو عدمه . أما في اخراج ما بيده عن ملك سيده فلا ، بل يد العبد يد
سيده وقراره عليه غير مقبول الامع تصديقه عتقاً كان أو غيره ، وحينئذ فالتحقيق
أن المولى ان سلم الاذن في تولي مال الغير فالقول قول المأذون لكونه أميناً
مأذوناً له في التوكل ، وان لم يسلم ذلك فالقول قوله والمال له .

هذا كله مع عدم البيئة لاحد المتنازعين ، أما مع حصول البيئة : فأما الواحد
فالحكم له ، وأما لكل واحد فقال العلامة في القواعد ان رجحنا بيئة ذى اليد
فالحكم كالاول - أي يقضى به لسيد المأذون - ولم نرجح صاحب اليد فالقرب
ترجيح بيئة الدافع عملاً بمقتضى صحة البيع ، مع احتمال تقديم بيئة مولى
الاب لادعائه ما ينافي الاصل وهو الفساد ، فتكون بيئته واقفة على ما لم يقف عليه
باقي البيئات من ثبوت الفساد ، فترجح لذلك .

قوله : اذا اشترى عبداً فدفعت البائع اليه عبدين ليختار أحدهما فأبق
واحد قيل يرتجع نصف الثمن ثم ان وجدته تخير والا كان الاخر بينهما

نصفين ، وفي الرواية ضعف .

ويناسب الاصل أن يضمن الابق ويطالب بما ابتاعه .

نصفين ، وفي الرواية ضعف ، ويناسب الاصل أن يضمن الابق ويطلب
بما ابتاعه .

ذكر الشيخ في النهاية المسألة وتبعه القاضي وأفتيا بما حكاه المصنف اعتماداً
على رواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام المتضمنة لذلك، ومنع ذلك
ابن ادريس : أما أولاً فلأنها خبر واحد ، وأما ثانياً فلمنافاتها أصول المذهب لانه
مبيع مجهول، وأما ثالثاً فلان ارتجاع نصف الثمن لاوجه له لان المبيع ان كان
هو الابق فهو بكماله المشتري والا فهو للبائع فكيف يكون الباقي بينهما نصفين
قال : وانما أورد ذلك شيخنا ايراداً ورجع عنه في كتاب السلم من الخلاف .
وأما المصنف فحكم بضعف الرواية ، لان في طريقها ابن ابي حبيب وفيه
كلام ولاضطرار فيها كما قاله ابن ادريس ، وحكم بضمان التالف، لانه مقبوض
بالسوم ، وكذا حكم بضمانه على المشتري الا أنه قيد الضمان بكونه مورد العقد
ولولم يكن المعقود عليه فلا ضمان .

وحقق الشهيد وغيره موضوع المسألة بأنه اشترى عبداً موصوفاً في الذمة
فدفع اليه البائع عبدين ليختار أحدهما بناء على تساويهما في القيمة ومطابقتها
في الوصف وانحصار حقه فيهما ، وعدم ضمان المشتري هنا لانه لايزيد على
المبيع المعين الهالك في مدة الخيار ، فانه من ضمان البائع .

وقال بعض الفضلاء : التحقيق هنا أن نقول : ان الشيخ لم يحكم بجواز
بيع عبدين معينين من عبدين ولا الرواية تدل عليه، بل بجواز عبد موصوف كما
قلناه ، وتخيير البائع في أخذ أحد العبدتين لا يستلزم أن يكون واقعاً في نفس

(١) الكافي ٥/٢١٧ ، التهذيب ٧/٨٢ .

العقد ، وكذا انحصار حق المشتري فيهما ليس من العقد بل من رضا المشتري بأحدهما بعد العقد . وكما أنه اذا رضي بأحدهما بعينه ينحصر حقه فيه فكذلك اذا رضي بأحدهما لبعينه ، وكذلك يصير العبدان مشتركين بينهما ، فيجب أن يرد البائع نصف الثمن على المشتري ويكون العبد الموجود بينهما نصفين ، وكذا الأبق .

هذا اذا أبق قبل الاختيار ، وأما اذا أبق بعد الاختيار ، فإن كان اختياره للأبق فهو من ضمانه والموجود للبائع ، وان كان اختياره للموجود فهو له وعليه اليمين إن ادعاه البائع . وحينئذ لا يلزمه الأبق إلا مع التعدي أو التفريط . وقول المصنف بضمانه مطلقاً ممنوع لعدم الدليل ، وكذا قوله يطالب بما ابتاعه ، فإنه إنما يطالب قبل رضاه بأحدهما لا مع رضاه كما قلنا . قلت : وعندي في قوله « فكذلك اذا رضي بأحدهما لبعينه وكذلك يصير العبدان مشتركين بينهما » نظر :

أما أولاً : فلأن انحصار حق المشتري فيهما لا نسلم أنه منوط برضاه بل بحصر البائع حقه فيهما ، اذا فرض أن كلا منهما موصوف بما وقع عليه العقد والواجب على البائع دفع ما وقع عليه العقد .

وأما ثانياً : فلأننا لا نسلم أنه اذا رضي بأحدهما بعينه وانحصر حقه فيه أنه يلزم مثله لو اختار أحدهما لبعينه : أما أولاً فلأنه لا دلالة عليه في الرواية ولا في كلام البائع ، وأما ثانياً فلأن ذلك يستلزم الشركة المقتضية للتعييب والضرر الممنوعين شرعاً إلا برضا البائع ، وأما ثالثاً فلأنه خلاف موضوع المسألة ، وهو أنه باعه عبداً موصوفاً في الذمة بقيد الأفراد الأئمة التي الشخص الخارجى ، لا أنه باعه عبداً مشتركاً في عبيدين .

وحيثئذ نقول : التحقيق هنا أنه اذا باعه شيئاً موصوفاً في الذمة ولم يتشخص

ولو ابتاع عبداً من عبدين لم يصب، وحكى الشيخ في الخلاف:
الجواز .

تخير البائع في دفع أي جزئيات الكلي الواقع عليه البيع بصفات ما وقع عليه البيع ، فاذا دفع ذلك لم يكن للمشتري الإبدال الامع عيب أو اختلاف صفة لا بدونهما ، سواء رضي أولاً ، بل الخيار للبائع ، فلولم يعين البائع بل دفع إليه شخصين من ذلك الكلي لتخير أحدهما فلا يتعين المبيع الا بتعيين المشتري لاحدهما ، فاذا قبضهما لتخير أحدهما فإن اختار أحدهما لزم وإن تلف أحدهما قبل الاختيار كان مضموناً عليه ، لكن لا بمعنى أنه المبيع بل لقبضه بالسوم ، ولا يلزم المشتري رده والمطالبة ببده وإن كان بالصفات وكان للبائع أن يبيعه وليس للمشتري الخيار ، ولو كان ناقصاً صفة من الصفات جاز للمشتري رده ووجب على البائع ابداله .

إذا تقرر هذا فنقول : إذا اشترى عبداً موصوفاً على الوجه المذكور فدفع إليه عبدين ليختار أحدهما ، فاما أن يكونا بالصفة أو لا يكونا بالصفة أو يكون أحدهما بالصفة دون الآخر ، ففي الأول الحكم كما قلناه ، وفي الثاني يضمن التالف بقيمته ويطالب بحقه ، وفي الثالث لم يلزمه اختيار التالف بل يضمن قيمته ويرد الباقي إن كان بخلاف الصفة ويطالب بحقه . ولا فسخ له ، لأن المبيع غير معين ، وإن كان الباقي بالصفة ضمن التالف بقيمته وله أن يختاره لكنه يكون تبرعاً منه ، وللبائع حينئذ الزامه بالباقي لكونه بالصفة التي لزمته بالعقد . وبهذا التحقيق يظهر لك عدم الفرق بين العبيد وغيرها كالثياب ، أو كون المدفوع للخيار اثنين أو أكثر وحصول التلف بالاباق وغيره .

قوله: ولو ابتاع عبداً من عبدين لم يصب ، وحكى الشيخ في الخلاف
الجواز .

(التاسعة) اذا وطىء أحد الشركين الامة سقط عنه من الحد ما قابل نصيبه وحد بالباقي مع انتفاء الشبهة .
ثم ان حملت قومت عليه حصص الشركاء .
وقيل : تقوم بمجرد الوطء وينعقد الولد حراً .
وعلى الواطىء قيمة حصص الشركاء منه عند الولادة .

انما لم يصح ذلك لانه مجهول ، وبه قال الشيخ في الخلاف في باب السلم وحكى في موضع آخر منه جوازه .
قيل انه استخراج من الرواية المذكورة . وليس بشيء ، لانه ليست صريحة فيه .

قال العلامة : ويمكن القول بجواز ذلك اذا كانا متساويين من كل وجه ، فانه لاستبعاد في بيع أحدهما لابعينه ، كما لو باعه قفيزاً من الصبرة .
قلت : الاستبعاد في وقوع هذا الفرض لافي البيع على تقدير وقوع الفرض فانه جائز على الثاني .

قوله : وقيل تقوم بمجرد الوطىء
قاله الشيخ في النهاية^(١) استناداً الى رواية عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام^(٢) ومضمونها أن عليه اكثر الامرين من قيمتها يوم التقويم وثمنها الاصيلي .

وقال ابن ادريس : الصحيح أنه لا يلزم مع عدم الحمل الابعض الحد وبعض أرس البكارة ان كانت بكرأ والافلارش والامهر الآن تكون مكرهة فيلزمه قدر

(١) النهاية : ٤١٠ .

(٢) التهذيب ٧٢٧/٧ ، الكافي ٥/٢١٧ .

(العاشرة) المملوكان المأذون لهما في التجارة اذا ابتاع كل منهما صاحبه حكم للسابق .

ولو اشتبه مسحت الطريق وحكم للاقرب .

فان اتفقا بطل العقدان . وفي رواية يقرع بينهما .

حصص الشركاء منه ومع الاحبال يلزمه حصتهم يوم جني عليها .
واختاره المصنف عملاً بأصالة البراءة ، وبأن التقويم على خلاف الاصل
ترك العمل به في صورة الاحبال فبقي معمولاً به في غيرها . نعم لو كانت بكراً
لزمه الارش ، وهو ما بين القيمتين .

وقال العلامة - ونعم ما قال - يلزمه أعلى القيم من حين الاحبال الى حين
التقويم ، وقيمة الولد يوم سقوطه حياً ان لم تقوم عليه حبلى ، والمهر مع الاكراه
ولا يدخل فيه أرش البكارة بل يلزم الامران ، ثم انه يسقط من ذلك كله قدر
نصيب الواطي . ولو أراد بعض الشركاء أخذها بقيمتها فله ذلك الامع الاحبال ،
فانه صارت أم ولد .

قوله: المملوكان المأذون لهما في التجارة اذا ابتاع كل منهما صاحبه
حكم للسابق ، ولو اشتبه مسحت الطريق وحكم للاقرب ، فان اتفقا بطل
العقدان ، وفي رواية يقرع بينهما

كون الحكم للسابق ومع الاشتباه بمسح الطريق رواه ابو خديجة عن الصادق
عليه السلام^(١) وأما رواية القرعة بينهما^(٢) فهي مرسله ذكرها الشيخ في التهذيب
وعمل بها في النهاية والاستبصار على تقدير اتفاق العقدين .

(١) التهذيب ٧/٧٢ ، الاستبصار ٣/٨٢ ، الكافي ٥/٢١٨ ، وفيه « ابوسلمة » بدل

« ابي خديجة » .

(٢) الكافي ٥/٢١٨ ، التهذيب ٧/٧٣ ، الوسائل ١٣/٤٦ .

وأما المصنف وابن ادريس فحكما ببطلان العقدين على تقدير اتفاقهما ،
اذ القرعة فيما تستعمل في ما يمكن وقوعه صحيحاً ، وعلى تقدير اقرارهما لا يمكن
صحتها والا لتناقضا ، ولاصحة أحدهما والا لزم الترجيح من غير مرجح ، فلم
يبق الا بطلانها .

وأجاب المصنف عن هذا في النكت لجواز ترجيح أحدهما في نظر الشرع
فيقرع .

قال الشهيد : وهذا يشكل بأن التكليف منوط بأسبابه الظاهرة والا لزم
التكليف بالمحال ، وليس كالقرعة في العبيد ، لان الوصية بالعتق بل نفس العتق
قابل للابتهام ، بخلاف البيع وسائر المعاوضات^(١) .

وقال العلامة في المختلف : التحقيق أن نقول : ان اشبهه السابق أو السابق
حكم بالقرعة ، وان علم الاقراران - بأن قد اشترى كل واحد منهما لنفسه وقلنا
انه يملك - بطل العقدان ، وان قلنا انه لا يملك وان كلامهما اشتراه لمولاه فان
كانا وكيلين صح العقدان وكان كل واحد منهما عبداً لمولى الاخر ، وان كانا
مأذونين فالقرب ايقاف العقدين على الاجازة ، فان اجاز المولى صح العقدان
وانتقل كل واحد منهما الى مولى الاخر ، لان كل واحد منهما قد بطل اذنه
ببيع مولاه له ، فاذا اشترى الاخر لمولاه كان كالفضولي ، وان فسخه المولى
بطل^(٢) .

أقول : تظهر من كلامه رحمه الله فوائد في بعضها نظر :

(الاولى) ان السابق بالعقد يصح عقده وان المسبوق يبطل عقده .
وفيه نظر ، لانه لانسلم أن المسبوق يبطل عقده مطلقاً ، بل اذا اشترى كل

(١) قاله الشهيد في الدروس :

(٢) المختلف ٢/٢٠٥ .

منهما لنفسه وقلنا العبد لا يملك ، اما اذا اشترى للمولين فان عقد السابق يصح مطلقاً وعقد المسبوق يكون موقوفاً على اجازة مولاه كما حكم به في الاقتران وكذا نقول اذا اشترى أحدهما لنفسه والاخر لمولاه وقلنا العبد لا يملك ، فان السابق اذا اشترى لنفسه يبطل عقده والمسبوق اذا اشترى لمولاه يصح عقده .
(الثانية) حكمه أن مع اشتباه السبق أو السابق يحكم بالقرعة يستلزم طرح رواية المساحة بالكلية .

وفيه نظر ، لانها مع دلالتها على السبق لا وجه للقرعة ، كما اذا كان طريق أسرعهما عدواً أقصر أو مساوياً أو تساوياً عدواً وتفاوتاً طريقاً ، فانه يتعين العمل بها ، وأما مع عدم دلالتها - بأن يكون طريق أسرعهما عدواً أطول وطريق ابطأهما أقصر - فلا شك أن العمل بالقرعة أولى هنا .
(الثالثة) فرقه بين كونهما وكيلين أو مأذونين وان الثاني يتوقف على الاجازة دون الاول . مشكل فان الاقتران ان اقتضى بطلان الاذن فليقتض بطلان الوكالة وان لم يقتض لم يقتض بطلان الوكالة .
ويمكن أن يجاب عن هذا بأن العادة جارية باختصاص الاذن بالمملوك ، أما الوكالة فلا لجوازها لعبد غيره .

(الرابع) انه لم يذكر حكم مالو كان أحدهما وكيلاً والاخر مأذوناً ، فنقول حكمه على ما ذكر صحة شراء الوكيل مطلقاً ، وأما المأذن فان تقدم شراؤه للاخر على شراء الاخر له صحح والابطل .
وفيه نظر ، بل يكون موقوفاً على الاجازة كما قلناه .

الفصل الثامن

(في السلف)

وهو ابتياع مضمون الى أجل بمال حاضر أو في حكمه .

قوله : وهو ابتياع مضمون الى أجل بمال حاضر أو في حكمه

الابتياع كالجنس، وبقوله « مضمون » يخرج ابتياع عين حاضرة ، ومراده ابتياع شيء مضمون ، حذف الموصوف وأقام الصفة مكانه، وهو مجرور باضافة ابتياع اليه . وكان ينبغي أن يقول « مضمون في الذمة » ، اذ كل مبيع مضمون على بائعه حتى يسلمه .

وقوله « الى أجل » يخرج بيع الموصوف في الذمة حالا ، فانه لا يسمى

سلفاً .

وقوله « بمال حاضر » يخرج بيع الكالي بالكالي .

وقوله « أو في حكمه » ليشتمل المنفعة لو جعلت ثمناً فانها ليست حاضرة وقت العقد ، وكذا يشتمل مالا غائباً عن المجلس ثم أحضر وقبض ، وكذا ما كان ديناً على البائع على خلاف فيه . ولم يقيد المبيع والتمن بالمعلومية اعتماداً على ما سبق في عقد البيع .

نعم يرد عليه ذكر معلومية الاجل ، وكذا يرد أنه جعله صفة للمشتري ، ولو قال « وهو عقد على مضمون في الذمة موصوف بمال معلوم مقبوض في المجلس الى أجل معلوم » كان أجود .

ويسمى هذا العقد سلفاً وسلفاً وعينة^(١) ، وهو مشروع بالنص والاجماع .
وهنا فوائد :

(الاولى) ايجاب هذا العقد يصدر من كل من المتعاقدين ويقبل الاخر ،
فايجاب المسلم « أسلمت اليك » و« أسلفتك كذا في كذا » وايجاب المسلم اليه
اما لفظ « البيع » أو « التمليك » كما تقدم أو « استسلفت » أو « استسلمت فيك
في كذا » ، فيقول الاخر « قبلت » وشبهه [مثل رضيت] .

(الثانية) لوعري عن ذكر الاجل قال الشيخ في النهاية يبطل ، محتجاً برواية
ابن عباس عنه صلى الله عليه وآله : من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم
الى اجل معلوم^(٢) .

وأجيب بالقول بموجبه ، ولا يلزم من بطلان السلم بطلان مطلق البيع ،
فيصح حينئذ بيعاً لاسلماً . وقال في الخلاف : يصح ويلزم التسليم حالاً ويكون

(١) في القاموس : عين التاجر اى باع سلعة بثمن الى اجل ثم اشتراها منه بأقل من
ذلك الثمن .

وفي مجمع البحرين : العينة بالكسر السلعة وقد جاء ذكرها في الحديث ، واختلف
في تفسيرها ، فقال ابن ادريس في السرائر : معناها في الشريعة هو أن يشتري سلعة بثمن
مؤجل ثم يبيعها بدون ذلك الثمن نقداً ليقضى ديناً عليه لمن حل له عليه ، ويكون السدين
الثاني وهو العينية من صاحب الدين الاول مأخوذ من ذلك العين وهو النقد الحاضر .

وفي المصباح : العينة بالكسر ، وفسرها الفقهاء بأن يبيع الرجل متاعه الى اجل ثم
يشتره في المجلس بثمن حال ليسلم به من الربا ، وقيل لهذا البيع عينة لان مشتري السلعة
الى اجل يأخذ بدلها عيناً أى نقداً حاضراً .

(٢) سنن الترمذى ٦٠٢/٣ ، شرح الكرمانى للبخارى ٨٥/١٠ ، سنن ابن ماجه

. ٢٦٥/٢

بيعاً مطلقاً^(١). واختاره ابن ادريس والعلامة، وعليه الفتوى لاصالة الصحة ولرواية ابن سنان عن الصادق عليه السلام^(٢).

(الثالثة) لاحد للاجل قلة وكثرة بل ما تراضيا عليه مع معلوميته . وقال ابن الجنيد لا يجوز أقل من ثلاثة أيام ولا ثلاثة سنين فصاعداً ، فأقله عنده يومان وأكثره سنتان ان قيد بالسنين ، ويجوز عنده سنتين وأشهرأ . والاجماع والروايات على خلافه .

(الرابعة) قال الشيخ لو جعل محله في يوم كذا أو في شهر كذا أو في سنة كذا جاز ولزمه بدخول اليوم والشهر والسنة .

قال العلامة : فيه نظر ، من حيث أنه جعل الاجل مدة الشهر أو مدة السنة ولم يعينا جزءاً مضبوطاً ، فكان البطلان أقرب .

وفي نظره نظر ، اذ قول الشيخ لا يخلو من قوة ، فانه فسر مزاده بالاجل بقوله « ولزمه بدخول اليوم » ، الا أن يكون قصدهما ما ذكره العلامة فيبطل .

(الخامسة) قال في الخلاف : من شرائطه ذكر موضع التسليم ، وقال في المبسوط لا يجب الا اذا كان لحمله مؤنة ، وتبعه ابن حمزة وقال الحسن وفي النهاية ليس بشرط ، واختاره العجلي وادعى عليه الاجماع ونسب قوله في الخلاف الى الشافعي وانه لم يقل به أحد منا ولاورد به حديث .

والحق التفصيل ، وهو أنه ان وقع العقد في موضع قصدهما مفارقتة كبرية

(١) قال في الخلاف : السلم لا يكون الا مؤجلا ولا يصح ان يكون حالا قصر الاجل ام طال - انتهى . وليس فيه ما نقله الشارح عنه .

وقال العلامة في المختلف بعد نقل هذا القول عن الخلاف : والتحقيق أن نقول ان قصد السلم وجب الاجل ، اما لو قصد الحال مثل ان يقول « اسلمت اليك هذا الدينار في هذا الكتاب او في قفيز حنطة » فالاقرب الصحة وينتقد بيعاً لا سلماً .

(٢) اخرجه الفقيه ، انظر روضة المتقين ٢٢٨/٧ ، الوسائل ٧٥/١٣ .

والنظر في شروطه وأحكامه ولو احقه .

الاولى - الشروط . وهي خمسة :-

(الاول) ذكر الجنس والوصف .

فلا يصح فيما لا يضبطه الوصف كاللحم والخبز والجلود .

ويجوز في الامتعة والحيوان والحبوب وكل ما يمكن ضبطه .

(الثاني) قبض رأس المال قبل التفرق ، ولو قبض بعض

الثلث ثم افترقا صحح في المقبوض .

أوبلد غربة فلا بد من ذكره ، والابطال لعدم أولوية بعض الامكنة دون بعض ، ولادائه الى النزاع لولم يذكر ، لانه ربما يؤدي الى مؤنة حمل أو خوف في الطريق .

قوله : وكل ما يمكن ضبطه

يريد به من الامتعة لامطلقاً ، فانه لا يجوز في النقدين وان ضبطاً ، ولهذا يجوز اسلاف الاعراض بعضها في بعض واسلاف الاعراض في النقود وبالعكس ، ولا يجوز النقد في مثله .

ومنع الحسن من اسلاف غير النقدين ، وكذا منع ابن الجنيد من عرض في عرض اذا كانا مكيلين أو موزونين أو معدودين كالسمن في الزيت ، ومنع أيضاً من اسلاف الجازية . والكل ضعيف .

قوله : الثاني قبض رأس المال قبل التفرق (١)

(١) قال في الخلاف : من شرط صحة السلم قبض رأس المال قبل التفرق . وقال : دليلنا انا اجمعنا على انه من قبض الثمن صح العقد ولم يدل دليل على صحته قبل قبض الثمن فوجب اعتبار ما قلناه .

ولو كان الثمن ديناً على البائع صح على الاشبه لكنه يكره .
(الثالث) تقدير المبيع بالكيل أو الوزن ، ولا يكفى العدد ولو
كان مما يعد ، ولا يصح فى القصب أطناناً ولا فى الحطب حزماً ولا
فى الماء قرناً .

وكذا يشترط التقدير فى الثمن ، وقيل : تكفى المشاهدة .

هذا هو المشهور بين الاصحاب ، وقال ابن الجنيدي لا يختار تأخر قبضه اكثر
من ثلاثة أيام . وهذا يدل على أنه يجوز تأخيره .

وتوقف صاحب البشرى ، ولعله لعدم نص صريح يدل عليه ، مع أن الاصل
عدم الوجوب ، والعمل على المشهور .

قوله : ولو كان الثمن ديناً على البائع صح على الاشبه لكنه يكره
الصحة قول الشيخ ، لانه كالمقبوض ، ومنعه ابن ادريس محتجاً بأنه يبيع
دين بدين . وهو غير صواب ، لان المبيع انما يصير ديناً بعد البيع لاقبله . نعم
يكره لانه يشبه بيع الدين بالدين .

قوله : وقيل تكفى المشاهدة

الثمن اما أن يكون من شأنه الاعتبار بكيل أو وزن أو غير ذلك عرفاً أولاً ،
والثاني لاختلاف فى الاكتفاء بالمشاهدة فيه ، وأما الاول ففيه خلاف ، والقائل
هو المرتضى محتجاً بقوله صلى الله عليه وآله وسلم فى رواية ابن عباس عنه :
من أسلف فليسلف فى كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم^(١) . ولم يذكر
تقدير الثمن . فلو كان شرطاً لذكره كما ذكر غيره .

(١) سنن الترمذى ٦٠٢/٣ ، سنن ابن ماجة ٧٦٥/٢ ، شرح الكرماني لصحيح

البخارى ٨٥/١٠ .

(الرابع) تعيين الاجل بما يرفع احتمال الزيادة والنقصان .
(الخامس) أن يكون وجوده غالباً وقت حلوله ، ولو كان
معدوماً وقت العقد .
(الثاني) في أحكامه . وهي خمسة مسائل :
الاولى - لا يجوز بيع السلم قبل حلوله ويجوز بعده وان لم
يقبضه ، على كراهية في الطعام على من هو عليه وعلى غيره .

وأجيب بأنه «ص» نهى عن الغرر قبل ذلك ، ولاشك أن عدم تقدير
التمن غرر .

وتوقف العلامة في الاكتفاء بها في المذروع ، وقطع الشيخ باشتراط ذرعه
وفيه نظر من حيث عدم الاشتراط في بيعه وكذا هنا .
قوله : لا يجوز بيع السلم قبل حلوله ويجوز بعده وان لم يقبضه على
كراهية في الطعام على من هو عليه وعلى غيره
نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع السلم قبل حلوله ،
والمراد ببيع المسلم فيه ، سماه مسلماً تسمية الشيء بالمصدر . وانعقد الاجماع
على ذلك .

وأما بعد حلوله : فأما مع قبضه فيصح اجماعاً ، وأما مع عدم قبضه فيصح
على من هو عليه اجماعاً ، وأما على غيره ففيه خلاف : قال الشيخ يصح ، ومنعه
ابن ادريس محتجاً بأنه مجهول لانه ليس بحاضر ولا يعرفه البائع حتى يبيعه
بالوصف .

وهذا كلام في غاية السقوط ، لان المشتري لا بد أن يكون قد اشتراه بالوصف
والا لما صح بيعه ، وحينئذ يبيعه بذلك الوصف ، وهو المطلوب . وقد تقدم البحث

وكذا يجوز بيع بعضه وتولية بعضه . وكذا بيع الدين .
فان باعه بما هو حاضر صح . وكذا ان باعه بمضمون حال .
ولو شرط تأجيل الثمن قيل : يحرم ، لانه بيع دين بدين .
وقيل يكره ، وهو الاشبه .
أما لو باع ديناً في ذمة زيد ، بدين المشتري في ذمة عمرو فلا
يجوز لانه بيع دين بدين .

الثانية - اذا دفع دون الصفة وبرضى المسلم صح .

في بيع مال يقض فلاوجه لاعادته .
قوله : وكذا بيع الدين ، فان باعه بما هو حاضر صح وكذا ان باعه
بمضمون حال ، ولو شرط تأجيل الثمن قيل يحرم لانه بيع دين بدين ،
وقيل يكره وهو الاشبه
المشهور أن الدين المؤجل لايجوز بيعه قبل حلوله مطلقاً . قال ابن ادريس
لاخلاف في تحريم بيعه على من هو عليه ويلزمه بطريق التنبيه تحريم بيعه على
غيره بطريق الاولى .

وجوز العلامة بيعه على من هو عليه فيباع بالحال لا بالمؤجل .
أما الدين الحال فيجوز بيعه بالعين الحاضرة وكذا بالدين الحال ، وهو
الذي أشار اليه المصنف بقوله «بمضمون حال» ، أما بيعه بالمؤجل ففيه القولان
المشار اليهما ، والاول قول ابن ادريس وهو التحريم ، والثاني قول الشيخ
واختاره المصنف ، لاصالة الصحة وضعف حجة ابن ادريس كما مثله في بيع
الدين بالدين . نعم يكره ذلك لشبهه ببيع الدين بالدين .

ولو دفع بالصفة وجب القبول، وكذا لو دفع فوق الصفة، ولا
كذا لو دفع أكثر.

الثالثة - إذا تعذر عند الحلول أو انقطع فطالب، كان مخيراً

بين الفسخ والصبر.

قوله: ولا كذا لو دفع أكثر

الفرق بين وجوب قبول الأجل وعدم وجوب قبول الأكثر أن الزيادة العينية
تحتاج في تملكها إلى عقد غير العقد الواقع على الناقص ولا يجب قبوله، ولأنه
أما بعوض أو بغير عوض، والأول معاوضة جديدة وليس البحث فيها، والثاني
يكون هبة فيحتاج إلى عقد الهبة، فإن فعل فهو تملك بعقد ولا يجب قبوله أيضاً
ولا شتماله على المنة وإن لم يفعل كان إباحة ولا يجب قبولها أيضاً، ولا شتماله
على المنة.

وأما الزيادة في الصفة فلا يحتاج إلى عقد، بل هي تابعة للعقد الأول والمدفوع
جزء من جزئيات ما وقع عليه العقد إذا لم يشتمل على نقص يجب قبولها بدفع
البائع فمن ثم وقع الفرق.

قوله: إذا تعذر عند الحلول أو انقطع فطالب كان مخيراً بين الفسخ

والصبر.

هذا قول الشيخ معتمداً على رواية عبد الله بن سنان في الحسن عن الصادق
عليه السلام^(١) وعبد الله بن بكير في الصحيح عنه عليه السلام أيضاً^(٢).

نعم لا يفسخ العقد بمجرد التعذر، لاصالة بقائه على ما كان ولأن تناول التسليم

(١) الكافي ١٨٥/٥، التهذيب ٢٨/٧، الوسائل ٦٨/١٣.

(٢) التهذيب ٣١/٧، الاستبصار ٧٤/٣، الوسائل ٧٢/١٣.

هذه السنة لقضية الاجل وانما مورد العقد ما في الذمة، وانما حصل الخيار لمكان التعذر حذراً من الضرر المنفي بالحديث .

وقال ابن ادريس لاخيار، محتجاً بأن العقد ثابت ففسخه يحتاج الى دليل وبقوله تعالى « أفوا بالعقود »^(١).

والجواب قد بينا ذلك .

وهنا فوائد :

(الاولى) الخيار هناليس على الفور، لان تأخيره انتظار وتأجيل، والاجل لا يلحق بعد العقد، بخلاف خيار الغبن كما تقدم . نعم لو صرح بالامهال يبطل خياره؟ نظير من تجدد حقه حالافحالا فهو كخيار المولى منها ولانها كتأخير الدين المؤجل ، ومن أن الامهال أحد قسمي ما خيره وقد ارتضاه، فيلزم اما لو صرح بابطال خياره فانه يبطل بطريق الاولى .

(الثانية) لومات المسلم اليه قبل وجود المسلم فيه كان الخيار ثابتاً لحلول الدين بموت من عليه .

(الثالثة) انه مع الفسخ يرجع الى الثمن الذي وقع عليه العقد لاغيره من القيمة الزائدة فيما بعده .

(الرابعة) لو علم الانقطاع قبل الاجل هل له الخيار والحالة هذه أم لا ؟ وجهان : من العلم لحصول العلة الموجبة للتخيير فيثبت، ومن عدم استحقاق المطالبة حينئذ .

(الخامسة) لو كان يوجد في بلد آخر لم يجب نقله لامع المشقة ولا مع عدمها اذا كان قد عين البلد والا وجب .

(السادسة) لو عاوض المستحق لمن هو عليه عن حقه بعد انقطاعه جاز بغير

(١) سورة المائدة : ١ .

الرابعة - اذا دفع من غير الجنس ورضى الغريم ولم يساعره ،
احتسب بقيمة يوم الاقباض .

الخامسة - عقد السلف قابل لاشترط ما هو معلوم .
فلا يبطل باشرط بيع ، أو هبة ، أو عمل محلل ، أو صنعة .
ولو أسلف في غنم وشرط أصواف نعجات بعينها قيل : يصح .
والاشبه : المنع ، للجهالة .

الجنس مطلقاً ، أما بالجنس فمع التساوي يجوز ، ومع عدمه خلاف منعه الشيخ
محتجاً بالروايات ، وجوزه المفيد والحليون للاصل وعدم ما يدل على المنع
اذ المبيع هو السلعة الثابتة في ذمة البائع لا الثمن ، فلا يكون ربياً . وتؤيده
رواية ابن ابي عمير عن الصادق عليه السلام مرسل^(١) ، وحملوا الاول على
الكراهية .

(السابعة) لو تعذر البعض قبض الموجود وتخير في الباقي وطالب بحصته
من الثمن لو فسخ ، وهل للمسلم اليه حينئذ خيار ؟ يحتمل ذلك لتبعض الصفقة
عليه ، أما لو كان التعذر بتفريطه فلا خيار له .

قوله : ولو أسلف في غنم وشرط أصواف نعجات بعينها قيل يصح والاشبه
المنع للجهالة

القائل بالصحة الشيخ ، ويكون الصوف شرطاً لامعقوداً عليه ، فان المعقود
عليه لا يكون الاديناً . ولو كان جزء من المبيع جازاً أيضاً وتكفي مشاهدته ويكون
العقد مشتملاً على بيع وسلف ان شرط الاجل في الجزء الاخر .
وابن ادريس منع ذلك ، واختاره المصنف وعلله بالجهالة لكون الصوف

(١) الكافي ١٨٥/٥ ، التهذيب ٣٠/٧ ، الوسائل ٦٩/١٣ ، الاستبصار ٧٥/٣ .

ولو شرط ثوباً من غزل امرأة معينة أو غلة من قراح بعينه لم
يضمن .

النظر الثالث : فى لو احقه وهى قسمان :

(الاول) فى دين المملوك ، وليس له ذلك الا مع الاذن ، ولو
بادر لزم ذمته يتبع به اذا أعتق ولا يلزم المولى .

ولو أذن له المولى لزمه دون المملوك ان استبقاه أو باعه .

ولو أعتقه فروايتان : احدهما يسعى فى الدين ، والاخرى

لا يسقط عن ذمة المولى وهو الاشهر .

مجهولا ، وقد تقدم بطلان قولهما .

قوله : ولو شرط ثوباً من غزل امرأة معينة أو غلة من قراح (١) بعينه
لم يضمن

من شرائط صحة عقد السلم استناد المسلم فيه الى الملايحيل عادة ، فلو استنده
الى قراح بعينه أو بوستان بعينه أو قرية قليلة الزرع بطل العقد . ولا كذا لو استنده
الى رستاق كبير ، فانه يصح .

وقول المصنف «لم يضمن» يدل على أنه صحيح لكنه غير لازم للمسلم اليه
وليس بشيء ، بل الاجود ما ذكرناه .

قوله : ولو أعتقه فروايتان احدهما يسعى فى الدين والاخرى لا يسقط
عن ذمة المولى ، وهو الاشهر

أما رواية السعي فعن عجلان عن الصادق عليه السلام^(٢) ومثلها رواية الاكفاني

(١) القراح : المزرعة التى ليس فيها بناء ولا شجر ، والجمع اقرحه .

(٢) التهذيب ٢٤٨/٨ .

عنه عليه السلام^(١) أيضاً . وعمل على ذلك الشيخ في النهاية^(٢) .
وأما رواية لزوم المولى فلم نقف عليها بخصوصها، لكنه فتوى الشيخ في
الاستبصار^(٣) ، واختاره ابن حمزة وابن ادریس . نعم روى ابوبصير عن الباقر
عليه السلام قال : قلت له : الرجل يأذن لمملوكه في التجارة فيصير عليه دين .
قال : ان كان أذن له أن يستدين فالدين على مولاه ، وان لم يكن أذن له أن
يستدين فلا شيء على المولى ويستسعى العبد في الدين^(٤) فان كان اشارة المصنف
الى هذه فقيه نظر ، لانه تقرر في الاصول تخصيص المطلق بالمقيد اذا تعارضا
ويعمل بالمقيد ، فوجب حمل رواية ابى بصير على ما عدا العتق .
قال ابن ادریس : اذنه له في الاستدانة جار مجرى التوكيل ، ولا كلام أن
الوكيل في الاستدانة لا يلزمه الدين .
قال العلامة في المختلف : محل الخلاف اذا استدان العبد لنفسه للمولاه
وأما اذا استدان لمولاه فلا خلاف في أنه لازم لمولاه . واختار فيه قول الشيخ في
النهاية عملاً برواية عجلان .

وحمل الشيخ في الاستبصار رواية عجلان والاكفاني على عدم الاذن في
الاستدانة ، وحيثئذ تكون رواية ابى بصير مؤيدة لذلك . وبالجمله في المسألة
اشكال من اذن السيد في الاستدانة المقتضي للزوم الدين له عملاً بالاصل، ومن
روايتى عجلان وأختها .

(١) الكافي ٣٠٣/٥ ، التهذيب ١٩٩/٦ .

(٢) في النهاية ٣١١ : وان كان مأذوناً له في الاستدانة لزم مولاه ما عليه من الدين ان
استبقاه مملوكاً او أراد بيعه ، فان اعتقه لم يلزمه شيء مما عليه وكان المال في ذمة العبد .

(٣) في الاستبصار ١١/٣ : انما يلزم المولى او ورثته دين العبد اذا كان قد اذن له
في الاستدانة فاما اذا لم يكن اذن له في اكثر من الشراء والبيع فلا يلزمه ذلك .

(٤) الكافي ٣٠٣/٥ ، التهذيب ٢٠٠/٦ ، الاستبصار ١١/٣ .

ولو مات المولى كان الدين فى تركته .
ولو كان له غرماء كان غريم المملوك كأحدهم .
ولو كان مأذوناً فى التجارة فاستدان لم يلزم المولى .
وهل يسعى العبد فيه ؟ قيل : نعم . وقيل : يتبع به اذا اعتق وهو
الاشبه .

قوله : ولو كان مأذوناً فى التجارة فاستدان لم يلزم المولى ، وهل
يسعى فيه العبد ؟ قيل نعم ، وقيل يتبع به اذا اعتق ، وهو اشبه
الاول قوله فى النهاية^(١) والثاني فى المبسوط والخلاف ، وبه قال التقي
والعجلي ، وقال ابن حمزة ان علم أن الدين ليس باذن المولى فهو لازم للعبد
يتبع به وان لم يعلم يستسعى العبد .
وقال العلامة^(٢) ان استدان لضروريات التجارة لزم المولى والالزم العبد
ويتبع به بعد العتق .

قيل عليه : ان الاذن فى التجارة ان استلزم الاذن فى الاستدانة لضرورياتها
فهو خلاف الغرض ، لان الغرض أنه غير مأذون فى الاستدانة ، وان لم يستلزم
فلان سلم أنه يلزم المولى حينئذ ، لانه نفس المتنازع .
قلت : محل النزاع هو عدم حصول الاذن صريحاً لا عدم حصوله مطلقاً ،
وبينهما فرق .

(١) قال فى النهاية ٣١١ : وان كان مأذوناً له فى التجارة ولم يكن مأذوناً له فى
الاستدانة فما يحصل عليه من الدين استسعى فيه ولم يلزم مولاه من ذلك شيء .
(٢) قال فى المختلف فى كتاب الديون : والمعتمد ان نقول ان استدان لمصلحة
التجارة لزم المولى اداءه كالاجنبى وان لم يكن لمصلحتها لم يلزم مولاه منه شيء ويتبع
به بعد العتق عملاً باصالة براءة ذمة المولى ولانه فعل غير مأذون فيه .

القسم الثاني - فى القرض .

وفيه أجر ينشأ من معونة المحتاج تطوعاً .

قوله : وفيه أجر ينشأ من معونة المحتاج تطوعاً

لاشك أن القرض من المروءة والمعروف ومن التعاون على البر ، وقال تعالى « وتعاونوا على البر والتقوى »^(١) . وسماه الصادق عليه السلام معروفاً^(٢) . وهو أفضل من الصدقة العامة ، ففي الحديث عنه صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال : رأيت على باب الجنة مكتوباً الصدقة بعشرة والقرض بثمانية عشر^(٣) . وعلل ذلك بأن القرض يرد فيقرض دائماً ، والصدقة ينقطع .

ويحتمل عندي وجه آخر ، وهو أن القرض أعم نفعاً ، لأن كثيراً من يرى قبول القرض ولا يقبل الصدقة . وأيضاً أنه يكون للغني والفقير والصدقة غالباً لا تكون للفقير .

ان قلت : قد ورد في الحديث أن القرض مرتين بمثابة الصدقة مرة ، وهو خلاف ما تقدم .

قلت : يمكن حمل الصدقة هنا على الخاصة كالصدقة على الارحام والعلماء والاموات ، فان الاولى بأربعة وعشرين والثانية بسبعين والثالثة بسبعمئة كما ورد في الرواية .

(١) سورة المائدة : ٢ .

(٢) البحار ١٠٣ / ١٤٠ ، تفسير العياشى ١ / ٢٧٥ .

(٣) البحار ١٠٣ / ١٣٩ .

ويجب الاقتصار على العوض ولو شرط النفع ولو زيادة في
الصفة حرم .

نعم لو تبرع المقترض بزيادة في العين أو الصفة لم يحرم .

قوله : ويجب الاقتصار على العوض ولو شرط النفع ولو زيادة (١)
الوصف حرم

يريد بالعوض المثل من غير زيادة ، سواء كانت عيناً أو صفة : أما العين
فلانه الربا بعينه ، وأما الصفة فللنهي عن القرض اذا جرنفعاً . وقال صلى الله
عليه وآله وسلم : اذا جرنالقرض نفعاً فهو ربا^(٢) .
وهنا مسائل :

(الاولى) اذا جعل القرض شرطاً في البيع أو غيره ولم يشمل على محاباة
فليس بحرام ، أما مع المحاباة فتردد المصنف في ذلك في بعض تصانيفه .
وللعلامة قولان بمنعه لو شرط عليه رهناً بدين آخر أو كفيلاً أو بيعاً أو اجارة
بدون عوض المثل ، وللمصنف والعلامة في ذلك كلام واحتجاج من الطرفين
لا يحسن ذكره هنا لطوله .

(الثانية) قال الشيخ في النهاية والتقي والقاضي بجواز اشتراط اعطاء الصحاح
بدل المكسرة والغلة [أي الدراهم العتيقة] بدل الجديد، محتجين برواية يعقوب
ابن شعيب عن الصادق عليه السلام : الرجل يقرض الرجل الدراهم الغلة فيأخذ
منه الدراهم الطازجة بطيب نفس منه . قال : لا بأس^(٣) .

ومنع ذلك ابن ادريس والمصنف والعلامة، لرواية الحلبي في الحسن عن

(١) في المختصر النافع : ولو زيادة في الصفة حرم .

(٢) المستدرک ٤٩٢/٢ ، الجامع الصغير ٩٤/٢ .

(٣) التهذيب ٢٠١/٦ ، الكافي ٢٥٤/٥ .

ويقترض الذهب والفضة وزناً ، والحبوب كالحنطة والشعير
كيلاً ووزناً ، والخبز وزناً وعدداً .

الصادق عليه السلام: اذا اقترضت الدراهم ثم أتاك بخير منها فلا بأس ان لم يكن
بينكما شرطاً^(١).

والجواب عن رواية ابن شعيب القول بموجبها ، اذ ليس فيها ذكر الشرط
وكذا في روايته عن الصادق عليه السلام: خير القرض ما جرتفعاً ، بأنه محمول
على المتبرع به .

(الثالثة) لو أسقط السلطان الدراهم المقرضة وأجرى غيرها ، قال الشيخ
والقاضي والعجلي ليس له الا الاولى ، لرواية يونس صحيحاً عن الرضا عليه
السلام^(٢) ، وقال الصدوق في المقنع له الجائز بين الناس^(٣) لرواية محمد بن
عيسى عن يونس عن الرضا عليه السلام^(٤).

والاقوى الاول ، وان تعذر فقيمتها من غير الجنس حذراً من الربا ، ويكون
ذلك وقت الدفع لا وقت التعذر أو القرض .

وقال الشيخ في النهاية وقت القرض . وفيه نظر ، لان الثابت في الذمة في
المثلي المثل ولا ينتقل الى قيمته الا وقت تعذره .

قوله : والخبز وزناً وعدداً

هذا بشرط أن لا يتفاوت ، ومع التفاوت فلا بد من الوزن .

(١) التهذيب ٢٠١/٦ ، الكافي ٢٥٤/٥ .

(٢) التهذيب ١١٧/٧ ، الاستبصار ٩٩/٣ .

(٣) قال فيه ١٢٤ : فان استقرضت من رجل دراهم ثم سقطت تلك الدراهم وتغيرت

ولا يباع بها شيء فلصاحب الدراهم التي تجوز بين الناس .

(٤) التهذيب ١١٦/٧ ، الكافي ٢٥٢/٥ ، الاستبصار ١٠٠/٣ .

ويملك الشيء المقترض بالقبض ، ولا يلزم اشتراط الاجل فيه .
ولا يتأجل الدين الحال مهراً كان أو غيره .
فلو غاب صاحب الدين غيبة منقطعة نوى المستدين قضاءه
وعزله عند وفاته موصياً به .

قوله : ويملك الشيء المقترض بالقبض

خالف الشيخ في المبسوط والخلاف في ذلك ، وقال لا يملك الا بالتصرف
وهو ممنوع ، لان اباحة التصرف فرع الملك ، فلا يكون الملك مشروطاً به
والالزم الدور المحال .

ويتفرع على القولين أن له الامتناع من رد العين لو كانت موجودة بعينها ،
بل يدفع المثل في المثلي والقيمة في القيمي . ولورد العين في المثلي وجب
القبول ، أما لورد القيمي بعينه من غير تغير نقص قال الشيخ يجب القبول . وفيه
نظر ، اذ الاصح أن اقراضه موجب لثبوت قيمته في ذمة المقترض ، فالمدفوع
ليس عين الحق فلا يجب قبوله .

قال الشهيد يحتمل قبولها ان تساوت القيمة أوزادت وقت الرد ، وان نقصت
فلا . وفيه نظرينشأ من أنها ليست عين الحق . نعم ان قلنا ان قرضه يوجب
ثبوت مثله مشخصاً بصفاته الخاصة له وجب القبول .

قوله : ولا يؤجل (١) الدين الحال مهراً كان أو غيره

هذا اذا لم يحصل أحد أمور : « ١ » اشتراط تأجيله في عقد لازم ، « ٢ »
الايضاء بالصبر الى مدة معينة ، « ٣ » النذر أو العهد أو اليمين . فان الانظار طاعة
فيلزم بأحد هذه الثلاثة .

(١) في المختصر النافع : ولا يتأجل .

ولو لم يعرفه اجتهد في طلبه ، ومع اليأس قيل : يتصدق به عنه .
ولا يصح المضاربة بالدين حتى يقبض . ولو باع الذمي ما لا
يملكه المسلم وقبض ثمنه جاز أن يقبضه المسلم عن حقه .
ولو أسلم الذمي قبل بيعه قيل يتولاه غيره ، وهو ضعيف .

قوله : ومع اليأس قيل يتصدق به عنه

قاله الشيخ ، ولا يعلم له مستند صريح في ذلك . وقال ابن ادريس اذا لم
يعلم له وارثاً دفعه الى الحاكم ، فان قطع على أن لاوارث له كان للامام .
وهو الحق لكن على تقدير العلم بموته وعدم وارثه يكون للامام ، أما اذا
انتهى العلم بذلك فحفظه أولى حتى يظهر خبره أو خبر وارثه .

قوله : ولا تصح المضاربة بالدين

لان الدين لا يتعين لصاحبه الا بعد قبضه ، فقبل القبض يكون ماهية كلية .
ومال المضاربة يجب أن يكون معيناً لتلحقه أحكام المضاربة من اشتراك النماء
وكونه أمانة لاتضمن الابتعاد أو بتفريط أو غير ذلك ، فيصدق دليل هكذا : لاشيء
من الدين قبل قبضه يتعين لمالكه ، وكل مال مضاربة يجب تعيينه لمالكه ، فلا شيء
من الدين بمال مضاربة .

قوله : ولو أسلم الذمي قبل بيعه قيل يتولاه غيره ، وهو ضعيف

لانعلم القائل به ، لكن للشيخ قول في النهاية أنه اذا مات الذمي وعليه دين
وله خمر أو خنزير جاز أن يتولى بيعه من ليس بمسلم .

نعم روى في التهذيب رواية^(١) مقطوعة تدل على ما قاله المصنف . والعمل
بها باطل ، لانه لا يخلو اما أن يخرج الخمر عن ملك الذمي باسلامه أولاً ، فان

(١) التهذيب ١٣٨/٧ ، الكافي ٢٣٢/٥ .

ولو كان لاثنين ديون فاقتهما ، فما حصل لهما ، وما توى

منهما .

كان الاول فلا يجوز بيعه حياً وميتاً لابنفسه ولا بغيره ، لان فعل الوكيل فعل الموكل
وان كان الثاني جاز له بيعه بنفسه لكنه باطل اجماعاً .

قوله : ولو كان لاثنين ديون فاقتهما فما حصل لهما وماتوى (١)

منهما

لما كانت القسمة تميز حقوق الملاك لم يكن لقسمة الديون أثر في الاستحقاق
لعدم تعيين ما في الذمة فلا تميز فيه . وحينئذ نقول : اذا دفع المديون الى أحدهما
شيئاً فلا يخلو اما أن يدفعه على أنه لهما أو على أنه من أصل الدين ويطلق أو
يقول « هذا قدر نصيبك » ، فان كان الاولين فلا يخلو اما أن يكون ذلك القابض
وكيلاً لشريكه في القبض فيقع القبض لهما أولاً يكون وكيلاً ، فاما أن يقبضه
كذلك فيقع القبض لنفسه بقدر حصته مشاعاً والباقي قبضه بتوقف على الاجازة
فان اجاز الشريك أخذ حصته منه ، وان لم يجز كان الشريك مخيراً بين الرجوع
على شريكه أو على الدافع ، ويكون ذلك القدر أمانة بيد القابض لانه وكيل
للدافع فسي الايصال الى شريكه ، أو يقبضه لنفسه مضموناً عليه لانه يضمن
بصحيحه فيضمن بفاسده ، وان كان الثالث فاما أن يقبضه كذلك أي لنفسه فيقع
صحيحاً في قدر حصته والباقي لشريكه المطالبة به أو يرجع على المديون بمقابله
ولا يكون مضموناً على القابض ان كان الدافع عالماً بفساد القبض ، وان كان جاهلاً
ضمن ، وان قبضه على أنه له ولشريكه [وكان] وكيلاً وقع القبض موقعه ، وان
لم يكن وأجاز الشريك فكذلك ، وان لم يجز كان مضموناً عليه ان جهل الدافع

(١) التوى وزان الحصى وقد يمد : الهلاك .

ولو بيع الدين بأقل منه لم يلزم الغريم أن يدفع إليه أكثر مما

والا فلا .

إذا عرفت هذا فلو أراد اختصاص كل واحد منهما بواحد من تلك الديون
فلهما وسائل :

« ١ » - أن يصطلحا على اختصاص أحدهما بما على زيد والآخر بما على
عمرو على الأقر .

« ٢ » - أن يبيع أحدهما الآخر سلعة بقدر حصته من الدين على زيد فيقبل
ثم يبيع القابل عليه تلك السلعة بقدر حصته على عمرو فيقبل، فيختص القابل الأول
بما على زيد والثاني بما على عمرو .

« ٣ » - أن يبيع كل منهما حصته من الدين على صاحبه بمال معين أو دين
حال ويحيل به على الغريم الآخر .

« ٤ » - قال العلامة ان يحيل كل منهما صاحبه بحصته ويقبل المدينان
صح^(١) .

وفيه نظر، لأنه إذا لم يسبق دين فلا أثر له، لأنه توكيل في المعنى، وان سبق
دين فهو القسم الثالث .

وهذا البحث بطوله متفرع على قول الشيخ واتباعه من أنه إذا باع الشريكان
سلعة فما قبض من الثمن لهما . وابن ادريس منع ذلك ، بل إذا قبض أحدهما
حصته وقعت له كما لو أبرأ أو وهب أو صالح، فان حقه يسقط ويبقى حق صاحبه .
قال العلامة: الفرق حاصل، فان ما ذكره اسقاط بخلاف القبض فان المقبوض
عين المال المشترك .

قوله : ولو بيع الدين بأقل منه لم يلزم الغريم ان يدفع اكثر مما

(١) راجع كتاب الدين من القواعد .

دفع على تردد

منشأه من قول الشيخ والقاضي بذلك، لرواية محمد بن الفضيل قال: قلت للرضا عليه السلام: رجل اشترى ديناً على رجل ثم ذهب الى صاحب الدين فقال له ادفع الي ما لفلان عليك فقد اشتريته منه . فقال : يدفع اليه قيمة ما دفع الي صاحب الدين وبرأ الذي عليه المال من جميع ما بقي عليه^(١).

ومثله رواية ابي حمزة عن الباقر عليه السلام^(٢).

ومن قول ابن ادريس أن الدين ان كان ذهباً أو فضة فلا يجوز أن يشتري بأقل منه من جنسه ، وكذا لا يجوز بغير جنسه ، لان التقابض في المجلس شرط في الاثمان ، وان كان الدين من غير الاثمان فلا يتقدر فيه الاقلية والاكثرية . وأيضاً البيع ان كان صحيحاً فقد ملك المشتري جميع ما على المديون ، وان لم يكن صحيحاً لم يلزمه شيء مطلقاً .

واختار العلامة وجوب دفع المديون جميع ما عليه الى المشتري نظراً الى صحة البيع وأجاب عن الرواية بحمل البيع على الضمان مجازاً أو كونه فاسداً ، فلا يجب على الغريم حينئذ أن يدفع الى المشتري الا ما دفع الى البائع ويبرأ منه ويدفع الزائد الى البائع .

واستضعف شبهة ابن ادريس بأن الدين جاز أن يكون من الاثمان ويشتري بغيرها من الامتعة والعروض، وان كان من غيرها جاز أن يشتري بالذهب والفضة بلا خلاف فيه . ولا نسلم أن الاقلية والاكثرية لا يتقدران حينئذ بالنسبة الى القيمة .

(١) الكافي ١٠٠/٥ ، التهذيب ١٩١/٦ .

(٢) الكافي ١٠٠/٥ ، التهذيب ١٨٩/٦ .

خاتمة

أجرة الكيال ووزان المتاع على البائع .
وكذا أجرة بائع الامتعة وأجرة الناقد ووزان الثمن على
المشتري . وكذا أجرة مشتري الامتعة .
ولو تبرع الواسطة لم يستحق أجرة .
وإذا جمع بين الابتاع والبيع فأجرة كل عمل على الامر به ،
ولا يجمع بينهما لواحد .

أقول: في كلام العلامة جواباً عن الرواية نظر: بأن حمل البيع على الضمان
على تقدير جوازه مجازاً لا يوجب أن يدفع المديون ما عليه لا كله ولا بعضه ،
لكونه ضماناً حصل بغير اذنه كما دلت عليه الرواية، وكذا على تقدير الفساد، فإن
المشتري العالم بالفساد أدى دينه بغير اذنه فليس له الرجوع عليه. نعم مع جهله
له الرجوع على البائع ، ومع التذمر يأخذ من المديون قصاصاً قدر ما دفع .
وأما استضعافه للشبهة فحيد ، والاولى عندي حمل الرواية على أن البائع
شرط على المشتري ابراء المديون من الزائد أو شرط عليه أخذ قيمة المدفوع
ثمناً لا غير ، والشرط أملك ، وإنما يتناع لنا هذا الحمل جمعاً بين عموم « وأحل
الله البيع » المقتضي لتملك المبيع جملة وبين صحة الرواية القابلة للتأويل ،
والشرط غير ممتنع حصوله . وهو أولى من حملها على الضمان أو الفساد .
قوله : ولو جمع (١) بين الابتاع والبيع فأجرة كل عمل على الامر به
ولا يجمع بينهما لواحد

(١) في المختصر النافع : وإذا جمع .

ولا يضمن الدلال ما يتلف في يده مالم يفرط .

ولو اختلفا في التفريط ولا بينة ، فالقول قول الدلال مع يمينه .

وكذا لو اختلفا في القيمة .

في بعض نسخ الكتاب «ولا يجمع بينهما الواحد» أي لا يجمع بين الشراء والبيع الشخص الواحد فيكون موجبا قابلا . والمشهور « لو احد » بغير الف ، وله حينئذ تفسيران : أحدهما أنه لا يجمع بين الاجرتين لشخص واحد ، بمعنى أنه لا يأخذ أجره البيع من الاذن فيه كلها ولا أجره الشراء من الاذن فيه كلها بل يأخذ من كل واحد أجره ما فعل له ، فيأخذ أجره الايجاب من الاذن في البيع وأجره القبول من الاذن في الشراء . وثانيهما أنهما إذا أمراه بالبيع والابتياح فالأجره على السابق ، وان اقترنا وكان الغرض تولية طرفي العقد فالأجره عليهما وكذا ان تلاحقا وكان الغرض مجرد العقد ، وان لم يكن الغرض مجرد العقد بل السمسرة لكل واحد منهما فللواحدة أجرتان على قدر العملين .

كتاب الرهن

وأركانه أربعة :

الاول - فى الرهن : وهو وثيقة لدين المرتهن . ولا بد فيه من
الايجاب والقبول .

قوله : كتاب الرهن

وهو لغة اما مصدر رهن الشيء عند فلان ورهنه اياه ، ولا يقال أرهنه^(١)
الا فى لغة قليلة ، أو اسم للشيء المرهون . والثاني يجمع على رهان مثل جبل
وجبال ، وقال ابو عمرو رهن أيضاً جمع ، وقال الاخفش هي قبيلة لانه لا يجمع
فعل على فعل الا قليلا شاذاً كسقف وسقف ، بل هو جمع للرهان فرهن حينئذ جمع
الجمع وقرىء بهما .

(١) قال فى المصباح : ارهنته لغة قليلة ومنهها الاكثر ، وقالوا وجه الكلام أرهنه
زيداً الثوب اذا دفعته اليه ليرهنه عند أحد ، ورهنه الرجل كذا ورهنه عنده اذا وضعته
عنده ، فان اخذته منه قلت أرتهننته منه ، ثم اطلق الرهن على المرهون ، وجمعه رهون مثل
فلس وفلوس ورهان مثل سهم وسهام ، والرهن بضمين جمع رهان مثل كتب جمع كتاب .

وهل يشترط الاقباض ؟ الاظهر : نعم .
ومن شرطه أن يكون عيناً مملوكاً يمكن قبضه .
ويصح بيعه منفرداً كان أو مشاعاً .

وبالجملة هو مأخوذ من رهن أي ثبت ودام ، والرهن الثابت ، ومنه نعمة
راهنة .

وشرعاً عرفه المصنف بأنه «وثيقة لدين المرتهن» ، ولوقال «لدين المدين»
كان أحسن ، لان الرهن والمرتهن متضائقان فسي الاشتقاق فلا يؤخذ أحدهما
في تعريف الآخر . واختلف في معنى الوثيقة هنا : فقيل معناه ليستوفي دينه به
وقيل ليستوفي دينه منه .

وتظهر الفائدة في رهن ما لا يصح بيعه كأم الولد ، فعلى الاول يصح رهنها
لان منع المالك من التصرف فيها وامكان بيعها في الجملة لجواز زوال المانع
يدعو المالك الى القضاء ، وعلى الثاني لا يصح رهنها لعدم صحة بيعها والحالة
هذه . وكذا في الرهن على الاعيان المضمونة على الاول يصح ، وعلى الثاني
لا يصح لعدم امكان استيفاء تلك الاعيان لانحصار حق المالك فيها .

اذا عرفت هذا فالرهن جائز بالنص والاجماع ، والحكمة المعاشية تدعو
الى مشروعيته ، فانه قد يضطر الى الاستدانة ولا يوثق بالمديون فيؤخذ الرهن
على الدين .

قوله : وهل يشترط الاقباض الاظهر نعم

لاخلاف أن دوام القبض ليس شرطاً ، وانما الخلاف في شرطته في لزوم
العقد ، فقال الشيخ في النهاية والمفيد وابن الجنيد والتقي والقاضي والمصنف
والشاهد نعم لوجهين : «١» قوله تعالى «فرهان مقبوضة»^(١) ، «٢» رواية محمد

(١) سورة البقرة : ٢٨٣ .

ابن قيس عن الصادق عليه السلام : لارهن الاقبوضاً^(١).

وقال الشيخ في الخلاف وابن ادريس والعلامة وولده ليس بشرط لوجوه :

(الاول) أصالة عدم الاشرط .

(الثاني) عموم « أوفوا بالعقود »^(٢).

(الثالث) لو كان شرطاً كالايجاب والقبول لكان قوله « مقبوضة » تكراراً ،

كما أنه لا يحسن فرهن مقبولة . ولو سلمنا ذلك لم يلزم الاشرط ، لان الآية

سيقت ارشاداً الى حفظ المال، وهو انما يتم بالقبض كما أنه لا يتم الا بالارتهان

فلا احتياط يقتضي القبض كما أنه يقتضي الرهن، وكما أن الرهن ليس شرطاً في

جواز الادانة فكذا القبض .

(الرابع) لودلت الآية على الاشرط لكانت دلالتها من حيث دليل الخطاب

وليس بحجة .

(الخامس) ان الحديث المذكور ضعيف بضعف محمد بن قيس^(٣) ، فلا

حجة فيه .

أجاب الاولون عن « الاول » بأن الاصل يخالف للدليل، وعن « الثاني »

(١) التهذيب ١٧٦/٧ .

(٢) سورة المائدة : ١ .

(٣) محمد بن قيس مشترك بين اشخاص مجاهيل وثقات : اما هذا الرجل من الثقات

بقريئة الراوى عنه وهو عاصم بن حميد الحنط .

قال النجاشي : محمد بن قيس ابو عبدالله البجلي ثقة عين كوفي ، روى عن ابي جعفر

وابي عبدالله عليهما السلام ، له كتاب القضايا المعروف ، رواه عنه عاصم بن حميد الحنط .

وقال الشيخ في رجاله : محمد بن قيس البجلي كوفي اسند عنه ، صاحب المسائل

التي يرويها عنه عاصم بن حميد ، مات سنة ١٥١ . وقال في الفهرست : انه عين ثقة .

أن الوفاء بالعقد واجب إذا حصل شرطه لامطلقاً والالوجب الوفاء بالفاسد ،
وعن « الثالث » بالمنع من كون الإيجاب والقبول شرطين بل هما نفس الرهن
فلا يكون مشروطاً بنفسه أو أحدهما جزء ولا يوصف الشيء بجزئه ، وإن سلمنا
المغايرة وعدم الجزئية فلانسلم عدم حسن مقبولة .

والحق أن القبض أمر خارج عن حقيقة الرهن شرط فيه بخلاف الإيجاب
والقبول ، ولذلك يصح وصفه بالقبض للتأكيد كقوله تعالى « الهين اثنين »^١
« ونفخة واحدة »^٢ ، ولم يصح وصفه بالإيجاب والقبول لكونهما جزئية .

قوله : وكما أن الرهن ليس شرطاً في جواز الادانة - الخ
الملازمة ممنوعة إذا لم يدل عليها دليل . على انانقول: حفظ المال واجب
فتجب مقدمته .

وعن الرابع بأنالم نستدل بدليل الخطاب بل بالأصل ، وذلك أن شرعية
الرهن ولزومه ثبتا مع القبض ولم يثبتا مع عدمه ، فمدعيه يحتاج الى دليل
وليس .

وعن الخامس فإن ضعفه وإن ثبت لكنه انجبر بعمل الاصحاب وتلقيه بالقبول
واضمار الصحة فيه أولى .

وللشيخ في المبسوط القولان ، ولاشك أن القبول بالاشتراط أحوط ، لكن
عدم اشتراط دوامه يقتضي عدم حصول الحكمة في الوثيقة ، وحينئذ لا فرق بين
القبض وعدمه .

ويمكن الجواب بأن المنع من صحة التصرف كاف في الاستيثاق .

(١) سورة النحل : ٥١ .

(٢) سورة الحاقة : ١٣ .

ولو رهن مالا يملك وقف على اجازة المالك .
ولو كان يملك بعضه مضى في ملكه . وهو لازم من جهة
الراهن .
ولو شرطه مبيعاً عند الاجل لم يصح .
ولا يدخل حمل الدابة ولا ثمرة النخل والشجر في الرهن . نعم
لو تجدد بعد الارتهان دخل . وفائدة الرهن للراهن .

قوله : ولو شرطه مبيعاً عند الاجل لم يصح
أي لم يصح البيع لتعلقه على المدة، ويكون مضموناً لقبضه بالبيع الفاسد .
قوله : ولا يدخل حمل الدابة ولا ثمرة النخل والشجر في الرهن . نعم
لو تجدد بعد الارتهان دخل
لاخلاف في عدم دخول الزوائد الحاصلة عند الارتهان الامع اشتراطها ،
وان كان ابن الجنيدي قال بدخولها مطلقاً ، فان الاجماع انعقد بعده على عدم
الدخول . وانما الخلاف في ما تجدد منفصلاً كالولد والصوف لامتصلاً كالسمن
والطول ، فانه لاخلاف في دخوله .
ولو تجدد فقال الشيخ فسي النهاية والمفيد وابن الجنيدي والتقي والقاضي
وابن حمزة وابن ادريس بدخول المنفصل المتجدد، ولم نجد لهم دليلاً سوى
ادعاء بعضهم الاجماع .
واحتج بعض الفضلاء على الدخول بأنا اذا شككنا في مالك النماء في غير
هذه الصورة أهوزيد أو عمرو حكمننا بتبعيته لاصله ودخوله في ملك مالك أصله
ولهذا حكم الاصحاب أن حمل المدبرة بعد التدبير مدبر كانه عند الاطلاق ،
ولا قائل بالفرق .

ولو رهن رهينين بدينين ثم أدى عن أحدهما لم يجز امساكه
بالآخر .

ولو كان دينان ، وبأحدهما رهن لم يجز امساكه بهما .
ولم يدخل زرع الارض في الرهن سابقاً كان أو متجدداً .
الثاني - في الحق : ويشترط ثبوته في الذمة مالا كان أو منفعة .

قلت : فيه نظر ، اذ لا يلزم من تبعيته في الملك بتبعيته في تعلق الرهن به ،
وأما حمل المدبرة فتغليب لجانب العتق .

وقال الشيخ في المبسوط والخلاف بعدم دخوله ، واختاره العلامة . وهو
الاقوى ، لاصالة عدم الدخول .

قوله : ولا يدخل زرع الارض في الرهن سابقاً كان أو متجدداً
لم نسمع في ذلك خلافاً ، لكن لو تجدد الزرع هل يجبر الراهن على ازالته
قال الشيخ لا ، لانه تصرف في المنافع وهي غير داخله في الرهن ، ولاصالة
عدم الجبر . وقيل نعم ، لان بقاء الزرع تصرف في الارض ، وهو ممنوع كالمتاع
في الدار ، ولتضرر الدائن لو أراد بيع الارض المشغولة فيقل الراغب ، واختاره
المصنف في الشرائع .

قوله : ويشترط ثبوته في الذمة ما لا كان أو منفعة
للحق المرتهن عليه شرطان :

(الاول) ثبوته في الذمة ، فلو لم يكن ثابتاً في الذمة كالامانات بأسرها لم
يصح الارتهان عليها ، وكذا ما حصل سببه واسم يثبت بعد في الذمة كالدية قبل
استقرار الجناية .

ثم الثابت في الذمة قد يكون مالا وهو ما يلحقه الملك قائماً بذاته كالذنانير

ولو رهن على مال ثم استدان آخر فجعله عليهما صح .
الثالث - في الراهن : ويشترط فيه كمال العقل وجواز
التصرف .

وللولى أن يرهن لمصلحة المولى عليه .

والدراهم والحبوب وغيرها ، وقد يكون منفعة وهو ما يلحقه الملك قائماً بغيره
كالمنافع المطلقة .

(الثاني) مكان استيفائه من الرهن ، فلا يصح على مالا يمكن استيفاؤه منه ،
كالاجارة المتعلقة بعين المؤجر ، فان ما يؤخذ الرهن عليه يصح ضمانه ويصح
الابراء منه ولاشئ من الاجارة المذكورة كذلك .

قوله : ولو رهن على مال ثم استدان آخر فجعله عليهما صح

هذا اذا كان الدينان لواحد ، أما لو كان الثاني لغير الاول كان موقوفاً على
اجازة الاول ، ومع اجازته يحتمل بطلان رهائته ، لان لازم الرهن اختصاص
المرتهن وتقدمه بدينه ، وتنافي اللوازم يستلزم تنافي الملزومات ، وحيث أجاز
الاول الرهن الثاني فقد أبطل رهته .

ويحتمل البطلان فيما قابل دين الثاني ، اذ المقصود استيفاء الدين وهو
ممكن هنا فلانفاة .

ويحتمل عدم البطلان مطلقاً ، وهو الاصح ، لعدم الدلالة مطابقة وتضمناً
وهو ظاهر ، وكذا التزاماً لانه لامانع من تعلق دينين بعين واحدة ويقدم أحدهما
أويشتركان فيه وتكون الفائدة أنه لو قضى الراهن حق الثاني أو ابرأ منه أو أسقط
حق الرهانة بقي حق الاول .

وليس للراهن التصرف في الرهن باجارة ولا سكنى ولا وطاء ،
لانه تعريض للابطال ، وفيه رواية بالجواز مهجورة .
ولو باعه الراهن وقف على اجازة المرتهن .
وفي وقوف العتق على اجازة المرتهن تردد ، اشبهه : الجواز .

قوله : وفيه رواية بالجواز مهجورة

هي ما رواه الشيخ عن حماد عن الحلبي عن الصادق عليه السلام في رجل
رهن جاريتة عند قوم أيحل له أن يطأها ؟ قال : ان الذين ارتهنوها يحولون
بينه وبين ذلك . قلت : ارأيت ان قدر عليها خالياً ؟ قال : نعم لأرى هذا عليه
حراماً^(١) .

ورواها أيضاً ابن بابويه في من لا يحضره الفقيه والكليني عن محمد بن مسلم
عن الباقر عليه السلام ، والسندان صحيحان الآن الاصحاب هجروهما لمنا فاتهما
لاصول المذهب ولقوله صلى الله عليه وآله وسلم : الراهن والمرتهن ممنوعان
من التصرف .

بقي هنا مسألة ، وهي لو وطى فعل حراماً ولحق به الولد وصارت أم ولد ،
وهل يبطل الرهن ؟ الاصح لالسبقية الرهن على الاستيلاء ، وبه قال في المبسوط
وابن ادريس ، وقال في الخلاف ان كان مؤسراً ألزم قيمة الامة تكون مكانها رهناً
لحرمة الولد ، وان كان معسراً كانت بحالها رهناً . ولادليل على هذا التفصيل
فالفتوى على الاول .

قوله : وفي وقوف العتق على اجازة المرتهن تردد اشبهه الجواز
ينشأ من قولي الشيخ ومن أنه نوع تصرف وهو منهي عنه والنهي يدل على

(١) التهذيب ١٦٩/٧ ، الكافي ٢٣٥/٥ ، ٢٣٧ ، الفقيه ٢٠١/٣ .

(الرابع) فى المرتهن : ويشترط فيه كمال العقل وجواز التصرف .

ويجوز اشتراط الوكالة فى الرهن ، ولو عزل له لم ينزل .

وتبطل الوكالة بموت الموكل دون الرهانة .

ويجوز للمرتهن ابتياع الرهن .

والمرتهن أحق من غيره باستيفاء دينه من الرهن ، سواء كان

الراهن حياً أو ميتاً . وفى الميت رواية أخرى .

الفساد ، فلا تؤثر فيه الاجازة اللاحقة لتأخرها ، وهو قوله فى المبسوط . ومن أن المانع تعلق حق المرتهن وحيث أجاز ففسد زال المانع لدلالة الاجازة على الرضا .

والاشبه الجواز لابتناء العتق على التعليق مع حصول شرطه .

وهنا فوائد :

(الاولى) لوباع الراهن أو آجر ولم يجز المرتهن واتفق فك الرهن فهل تكون العقود لازمة أم لا ؟ يحتمل المنع ، لعدم الشرط واللزوم لانتفاء المانع وهو اختيار العلامة .

(الثانية) لوباع المرتهن فى غير موضع البيع فأجاز الراهن صح والابطل .

(الثالثة) لو عتق المرتهن تردد المصنف فى الشرائع من حصول الاجازة

ومن حيث النهي . والاقوى البطلان ، لعدم الملك الذى هو شرط .

قوله : وفى الميت رواية أخرى

هذه رواها الصدوق فى الفقيه عن محمد بن عيسى عن سليمان بن حفص

ولو قصر الرهن عن الدين ، ضرب مع الغرماء بالفاضل .
والرهن أمانة في يد المرتهن ، ولا يسقط بتلفه شىء من ماله
مالم يتلف بتعد أو تفريط .
وليس له التصرف فيه ، ولو تصرف من غير اذن ضمن العين
والاجرة .

ولو كان الرهن دابة قام بمؤنتها وتقاصا .
وفى رواية : الظهر يركب والدر يشرب ، وعلى الذى يركب
ويشرب النفقة .
وللمرتهن استيفاء دينه من الرهن ان خاف جمحود الوارث .

قال : كتبت الى الكاظم عليه السلام - وساق القول الى أن قال - فكتب عليه
السلام : جميع الديان فيه سواء يتوزعون بينهم بالحصص^(١) .
وكذا روى الشيخ في التهذيب بهذا السند وبسند آخر منه ابو عمران الارمني
عن عبدالله بن الحكم عن الصادق عليه السلام^(٢) .
وهما ضعيفان ، لان الشيخ ضعف ابن عيسى والارمني في كتابه . هذا مع
مخالفتهما للاصول ، فان فائدة الرهن التقدم به على الغرباء والالماكان وثيقة ،
مع اشتمال الاول على المكاتبه .
قوله : وفى رواية الظهر يركب والدر يشرب وعلى الذى يركب
ويشرب النفقة

(١) التهذيب ١٧٨/٧ ، الفقيه ١٩٨/٣ .

(٢) التهذيب ١٧٧/٧ ، الفقيه ١٩٦/٣ .

ولو اعترف بالرهن وادعى الدين ولاينة فالقول قول الوارث .
 وله احلافه ان ادعى عليه العلم .
 ولو باع الرهن وقف على الاجازة .
 ولو كان وكيلا فباع بعد الحلول صحح .
 ولو اذن الراهن في البيع قبل الحلول لم يستوف دينه حتى
 يحل .
 ويلحق به مسائل النزاع . وهي أربع : -

هذه رواية السكوني موثقاً عن الصادق عليه السلام عن النبي صلى الله عليه
 وآله وسلم : الظهر يركب اذا كان مرهوناً وعلى الذي يركبه نفقته والدر يشرب
 اذا كان مرهوناً وعلى الذي يشربه نفقته^(١) .

وأفتى بمضمونها الشيخ في النهاية والتقي . وقال ابن ادريس : لا يجوز
 للمرتهن التصرف فيه بالركوب ولا غيره ، للاجماع على أن الراهن والمرتهن
 ممنوعان من التصرف ، وأما الانفاق فان يتبرع به المرتهن فلا رجوع به والا
 فله الرجوع .

أقول : الحق أن الكلام ليس كما قاله الشيخ على اطلاقه ولا كما قاله ابن
 ادريس :

أما الاول فلانه ان أراد الشيخ أن مع عدم امكان استيذان الراهن أو من قام
 مقامه في الانفاق وفي التصرف يكون للمرتهن ذلك ولا يكون ثم زيادة على أحدهما
 فهو حق ، وعليه تحمل الرواية ، وان كان مع امكان ذلك والتفاوت فممنوع ،

(١) الفقيه ٣/١٩٥ ، التهذيب ٧/١٧٥ .

(الاولى) يضمن المرتهن قيمة الرهن يوم تلفه .
وقيل : أعلى القيم من حين القبض الى حين التلف .
ولو اختلفا ، فالقول قول الراهن . وقيل القول قول المرتهن ،
وهو أشبه .

لما تقدم من منع المرتهن من التصرف وأصالة عدم استباحة مال المسلم الاعن
طيب نفسه منه .

وأما الثاني فلان الانفاق لا بد منه ولا يجب التبرع به ، وربما يتعسر المالك
الراهن ومن قام مقامه ، فلولم يجز للمرتهن الركوب والشرب لزم تفويت المنفعة
على الراهن مع لزوم الانفاق له والرجوع عليه به .
قوله : يضمن المرتهن قيمة الرهن يوم تلفه ، وقيل أعلى القيم من
حين القبض الى حين التلف

الاول قول الشيخين في النهاية والمقنعة ، والثاني قوله في المبسوط . وقال
ابن الجنيدي يلزمه الأعلى من حين التلف الى أن يحكم عليه بقيمته . وقال العلامة
حكيمه كالفاسب في القيمة من حين تفريطه الى حين تلفه ، وان كان من ذوات
الامثال وجب المثل ، ومع تعذر القيمة وقت الاداء .

وهذا هو الحق وعليه الفتوى . وفي قول المبسوط نظر ، لانه غير مضمون
عليه قبل التفريط ، وكذا في قول ابن الجنيدي ، لان وقت الحكم عليه لا دخل
له في كمية المضمون ، لان الحكم عليه انما هو بالخروج الى الخصم من حقه
فالخروج متأخر ، فلوزادت القيمة حينئذ كانت مضمونة ان كان قيماً وان كان مثلياً
فالحكم انما هو بالخروج بالمثل ، وانما ينتقل الى قيمته حال ارادة الخروج
وذلك وقت الاداء .

قوله : ولو اختلفا فالقول قول الراهن ، وقيل القول قول المرتهن
وهو أشبه

(الثانية) لو اختلفا فيما على الرهن فالقول قول الراهن .
 وفي رواية القول قول المرتهن ما لم يدع زيادة عن قيمة الرهن .
 (الثالثة) لو قال القابض : هو رهن ، وقال المالك : هو ودیعة
 فالقول قول المالك مع يمينه . وفيه رواية أخرى متروكة .
 (الرابعة) لو اختلفا في التفريط فالقول قول المرتهن مع يمينه .

الاول قول الشيخين وابن الجنيد والقاضي والتقي وسلاوا بن حمزة نظراً
 الى كون المرتهن صار خائناً فيخرج عن الامانة فلا يقبل قوله . والثاني قول ابن
 ادریس ، لالكونه أميناً بل لكونه غارماً ومدعى عليه ، ولاصالة براءة الذمة من
 الزائد عما يدعيه .

قوله : لو اختلفا فيما على الرهن فالقول قول الراهن ، وفي رواية
 القول قول المرتهن ما لم يدع زيادة عن قيمة الرهن
 ما ذكره هو قول اكثر الاصحاب ، وتؤيده أصالة براءة الذمة من الزائد .
 وكذا ورد في رواية محمد بن مسلم صحيحاً عن الباقر عليه السلام^(١) ، وفي رواية
 عبيد بن زرارة موثقاً عن الصادق عليه السلام^(٢) .
 وأما الرواية المشار إليها فهي عن السكوني عن الصادق عليه السلام عن أبيه
 عليه السلام عن علي عليه السلام^(٣) ، وعمل عليها ابن الجنيد ، وهي ضعيفة بالسكوني
 ومنافاتها للأصل .

قوله : لو قال القابض هو رهن وقال المالك هو ودیعة فالقول قول
 المالك مع يمينه ، وفيه رواية أخرى متروكة

(١) الكافي ٢٣٧/٥ ، التهذيب ١٧٤/٧ .

(٢) التهذيب ١٧٤/٧ .

(٣) الفقيه ١٩٧/٣ ، التهذيب ١٧٥/٧ .

ما ذكره هو قول اكثر الاصحاب، لاصالة عدم الرهن ولكون المالك منكراً
وذي اليد مدعياً والقول قول المنكر مع يمينه . وتؤيده رواية محمد بن مسلم
عن الباقر عليه السلام^(١): البينة على الذي عنده الرهن ، وان لم تكن له بينة فعلى
الذي له الرهن اليمين .

وأما الرواية فرواها الشيخ في الموثق عن عباد بن صهيب عن الصادق
عليه السلام^(٢) مضمونها أن القسول قول الذي يقول هورهن ، ومثلها رواية ابن
ابي يعفور عن الصادق عليه السلام^(٣) أيضاً .

وهما ضعيفتان : أما الاولى فلان عباد بتري ، وأما الثانية ففي طريقها الحسن
ابن محمد بن سماعة وهو واقفي ، وعمل الشيخ بهما في الاستبصار وشنع عليه
ابن ادريس .

قال العلامة قول الشيخ ليس ببعيد : أما أولاً فللروايات ، وأما ثانياً فلانه
صاحب اليد فيسمع قوله اذ ليس يده عارية ، وأما ثالثاً فلانه يدعي الظاهر لان
الظاهر احتياط صاحب الدين على ماله ولان المالك اعترف له بالامانة وجعله
أميناً فقدم قوله في التلف .

أقول : كلام العلامة هذا تعصب على ابن ادريس ونصرة لسهوا الشيخ : أما
أولاً فلان الروايات قد عرفت ضعفها فلا يحسن الاعتماد عليها ، وأما ثانياً فلانا
لانسلم أن صاحب اليد يقبل قوله مطلقاً وان كانت غير عادية بل اذا لم يخالفه
الدليل والا لقبيل قول المرتهن في زيادة الدين كما تقدم لكن ليس فليس ، وأما
ثالثاً فلان الظاهر هنا معارض بالاصل وهو عدم الرهن ولانسلم أن المالك اعترف

(١) التهذيب ١٧٤/٧ ، الكافي ٢٣٧/٥ ، الاستبصار ١٢٦/٣ .

(٢) التهذيب ١٧٦/٧ ، الكافي ٢٣٨/٥ ، الفقيه ١٩٥/٣ .

(٣) التهذيب ١٧٤/٧ ، الاستبصار ١٢٢/٣ ، الكافي ٢٣٧/٥ ، الفقيه ١٩٩/٣ .

له بالامانة مطلقاً بل لولم يدع الارتهان. أما مع ادعائه فعنده أنه غاصب خصوصاً
لو كان الدين مؤجلاً لم يحل بعد .
ولابن حمزة هنا تفصيل استحسنة بعضهم، وهو أنه ان اعترف المالك بالدين
فالقول قول مدعي الارتهان عملاً بالقرينة، وان أنكر فالقول قوله في عدم الرهن .

بالحق والعدل

فالقول قول مدعي الارتهان عملاً بالقرينة، وان أنكر فالقول قوله في عدم الرهن .

فالقول قول مدعي الارتهان عملاً بالقرينة، وان أنكر فالقول قوله في عدم الرهن .

المحجور هو الممنوع من التصرف في ماله .
وأساببه ستة ، الصغر، والجنون، والرق، والمرض، والفلس،
والسفه .

كتاب الحجر

المحجور هو الممنوع من التصرف في ماله .
وأساببه ستة ، الصغر، والجنون، والرق، والمرض، والفلس،
والسفه .

قوله : المحجور هو الممنوع من التصرف في ماله

قال الجوهري الحجر مصدر قولك حجر عليه القاضي يحجر حجراً إذا منعه
من التصرف في ماله . وعرفه المصنف بذلك شرعاً ، ويرد عليه وجوه :
(الاول) ان العبد لا يملك على قول الاكثر فلا مال له فلا يدخل في المحجور
مع أنه عد الرق في أسباب الحجر .

(الثاني) ان اراد بقوله « في ماله » كل ماله ورد المريض فانه محجور على
ما قاله مع أنه غير محجور عليه في كل ماله بل في بعضه وهو ما زاد على الثلث
وان اراد بعضه فليس في لفظه دلالة عليه ، مع أنه يرد عليه الصبي والمجنون
فانهما ممنوعان في الكل .

ولا يزول حجر الصغير الا بوصفين :
(الاول) البلوغ . وهو يعلم بانبات الشعر الخشن على العانة ،
أو خروج المنى الذى منه الولد من الموضع المعتاد . ويشترك فى
هذين الذكور والاناث .
أو السنى وهو بلوغ خمس عشرة .
وفى رواية ، من ثلاث عشرة الى أربع عشرة .
وفى رواية أخرى ، بلوغ عشرة ، وفى الاثنى بلوغ تسع .

(الثالث) ان أراد بالتصرف أي تصرف كان لم يدخل أحد من المحجور
عليهم فى تعريفه ، لان كل واحد منهم لا بد أن يأكل ويلبس بمن ماله ، وذلك
تصرف غير ممنوع منه . وان أراد التصرف الناقل للملك بعوض ، ورد عليه
المريض فانه لوباع ماله كله بعوض المثل لم يمنع . وان أراد التصرف الناقل
بغير عوض ورد عليه ببيع الصبى بالعوض ومحابة المريض .
هذا والحجر مما تدعو الحكمة اليه مراعاة لمصالح العباد ، ودل على مشروعيه
النص والاجماع .

قوله : وفى رواية من ثلاثة عشرا الى اربع عشرة ، وفى اخرى ببلوغ
عشرة .
أما الاولى فرواها ابو حمزة الثمالي عن الباقر عليه السلام قال : قلت له :
جعلت فداك فى كم تجرى الاحكام على الصبيان ؟ قال : فى ثلاثة عشر سنة وأربع
عشرة سنة . قلت : فان لم يحتلم فيها ؟ قال : وان لم يحتلم ، فان الاحكام تجرى
عليه^(١) .

(١) اخرج العلامة فى المختلف فى بحث الحجر ، التهذيب ٦ / ٣١٠ .

وفي معناها رواية ابن سنان عن الصادق عليه السلام^(١) .

وأفتى بمضمونها ابن الجنيد .

وقال الابى في شرحه عند حكمه بأن البلوغ يحصل بخمسة عشر : لعل ما ورد بدون ذلك من الروايات يحمل على أنه احتلم أو أنبت ، وكأنه لم يقف على هذه الرواية أو أن الحسن قد يفلط .

وأما العلامة فقال انها ضعيفة السند ، فان في طريقها عبدالله بن جبلة وفيه

قول^(٢) . وفيه سندي بن الربيع ويحيى بن المبارك ولا أعرف حالهما .

ان قلت : يمكن حملها على الاستحباب - بمعنى أنه يستحب له التكليف

في ذلك السن .

قلت : فيه نظر ، فان في الرواية الثانية وجب عليه ما يجب على المحتملين

احتلم أولم يحتلم . مع ان هذا الحمل ليس ببعيد ، وحينئذ يحمل الوجوب المذكور على شدة الاستحباب .

وأما رواية العشر فرواها جماعة عن الصادق عليه السلام^(٣) عبدالرحمن^(٤) ابن

ابى عبدالله وابوبصير وابوايوب ومنصور بن حازم^(٥) ، لكنها في الوصية لا غير

والمصنف جعلها رواية في البلوغ ، لان جواز وصيته يدل على رفع الحجر

عنه .

(١) التهذيب ١٨٣/٩ ، الكافي ٦٩/٧ ، الفقيه ١٦٣/٤ .

(٢) قال في المختلف : وهو وان كان ثقة الا ان فيه قولاً وفي الطريق ايضاً سندي . الى آخره .

(٣) راجع الوسائل ٤٢٨/١٣ الباب ٤٤ من الوصايا .

(٤) كذا في النسخ . وفي نسخة : فرواها جماعة عن عبدالرحمن ابى عبدالله و . . .

(الثاني) الرشـد . وهو أن يكون مصلحاً لما له .
وفي اعتبار العدالة تردد .
ومع عدم الوصفين أو أحدهما يستمر الحجر ولو طعن في السن .
ويعلم رشـد الصبي باختباره بما يلائمه من التصرفات . ويثبت بشهادة رجلين في الرجال ، وبشهادة الرجال أو النساء في النساء .
والسفيه هو الذي يصرف الاموال في غير الاغراض الصحيحة .
فلو باع والحال هذه لم يمض ببعه . وكذا لو وهب أو أقر بمال .

ويصح طلاقه وظهاره واقاراره بما لا يوجب مالا .

قوله : وفي اعتبار العدالة تردد

ينشأ من عدم دليل يدل على ذلك وخلو كلام المفسرين من اعتبارها ، ومن قول الشيخ رحمه الله باعتبارها وضعف شبهته في ذلك وقد بينها في كتابنا «كنز العرفان في فقه القرآن»^(١) وببها ضعفها .
والتحقيق هنا أن نقول: لاشك أن المفهوم من الرشـد عرفاً هو اصلاح المال وعدم الانخداع في المعاملات ، ولم يرد عن الشارع في تحديد الرشـد زائد على ذلك فيحمل عليه . نعم ان استلزم الفسق اتلاف المال كان زواله معتبراً والا فلا .

(١) كنز العرفان ١٠٣/٢ .

والمملوك ممنوع من التصرفات الا باذن المولى .
والمريض ممنوع من الوصية بما زاد على الثلث . وكذا في
التبرعات المنجزة على الخلاف .
والاب والجد للاب يليان على الصغير والمجنون ، فان فقدا
فالوصى ، فان فقد فالحاكم .

قوله : وكذا في التبرعات المنجزة على الخلاف
سيأتي انشاء الله ذكر الخلاف في ذلك في كتاب الوصية .

عروة الغمامة بعد الزواج : حاشية

عروة الغمامة هي التي تكون بين الزوجين بعد الزواج ، وهي
منهية عن البيع والشراء والقبول والقبول والقبول ، كما
هو في كتابها .
والعروة الغمامة هي التي تكون بين الزوجين بعد الزواج ، وهي
منهية عن البيع والشراء والقبول والقبول ، كما
هو في كتابها .

عروة الغمامة بعد الزواج : حاشية

كتاب الضمان

وهو عقد شرع للتعهد بنفس أو مال . وأقسامه ثلاثة :

(الاول) ضمان المال .

ويشترط في الضامن التكليف ، وجواز التصرف .

قوله : كتاب الضمان

وهو عقد شرع للتعهد بنفس أو مال، قال الجوهري : ضمنت الشيء ضماناً كفلت به فأنا ضامن وضمين ، وضمنته الشيء تضميناً فتضمنه عني مثل عرفته .
وشرعاً يقال على معنيين : عام وهو التعهد بالنفس أو المال ، وخاص وهو التعهد بالمال ممن ليس عليه مثله ، فان كان عليه مثله فهو الحوالة . وأما التعهد بالنفس فهو الكفالة .

إذا عرفت هذا فهنا فوائد :

(الاولى) قوله « عقد » يستلزم حصول الإيجاب من الضامن والقبول من المضمون له ، إذ كل عقد هذا شأنه فإيجابه « ضمنت » أو « تعهدت » أو « التزمت » وقبوله « قبلت » و« رضيت » وشبهه . وهل يشترط فوريتها؟ نظر من كونه عقداً لازماً وفورية شرط فيه ، ومن أن الغرض الأهم رضاه .

ولا بد من رضا المضمون له ولا عبرة بالمضمون عنه .
ولو علم فأنكر لم يبطل الضمان على الاصح .

(الثانية) انه عقد لازم وليس للضامن فسخه ، وكذا المضمون له ليس له
أيضاً فسخه والرجوع على المضمون عنه .

(الثالثة) يجب أن يعتبر فيه ما يعتبر في العقود اللازمة من المطابقة للايجاب
واعتماد العربية اختياراً .

قوله : ولا بد من رضا المضمون له ولا عبرة بالمضمون عنه ، ولو علم
فأنكر لم يبطل الضمان على الاصح

رضا الضامن شرط اجماعاً لاستحالة اثبات مال في ذمة شخص بغير رضاه
بقي هنا مسائل :

(الاولى) هل يشترط رضا المضمون له أم لا ؟ قال الشيخ في المبسوط
والخلاف نعم ، ثم تردد من حيث أنه اثبات حق له في ذمة شخص فلا بد من
رضاه . وتؤيده رواية عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام في الرجل يموت
وعليه دين فيضمنه ضامن للغرماء . فقال : اذارضي به الغرماء فقد برئت ذمة الميت^(١)
وهو يدل بمفهومه على أنهم اذا لم يرضوا لم تبرأ ذمته .

ومن رواية ابي سعيد الخدري قال : كنا في جنتارة فلما وضعت قال رسول
الله صلى الله عليه وآله وسلم : هل على صاحبكم من دين ؟ قالوا : نعم درهمان
فقال : صلوا على صاحبكم . فقال علي عليه السلام : يا رسول الله أنا لهما ضامن
فصلى عليه رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ، ثم أقبل على علي عليه السلام

(١) الكافي ٩٩/٥ ، ٢٥/٧ ، التهذيب ١٨٧/٦ ، ١٦٧/٩ ، الفقيه - روضة المتقين

فقال : جزاك الله عن الاسلام خيراً وفك رهانك كما فككت رهان أخيك^(١).

فلو كان رضاه شرطاً لاستأذنه رسول الله « ص » .

وجزم المصنف باعتبار رضاه ، وقضية علي عليه السلام لادلالة فيها على عدمه ، لاحتمال حضوره ورضاه . وأيضاً عدم اعتبار رضاه في الميت لا يدل على عدم اعتباره مطلقاً ، لجواز خصوصية الميت . مع أن حكاية الحال لاتعم .

(الثانية) رضا المضمون عنه هل هو شرط أم لا .

ويتفرع أنه لو علم وأنكر فجزم الشيخ في الكتابين^(٢) بعدم اعتباره ، وقال في النهاية والمفيد في المقنعة أنه لو علم فأنكر لم يصح الضمان .

وفيه دلالة على وجوب اعتبار رضاه، والاصح الاول لعموم قوله صلى الله عليه وآله : الزعيم غارم^(٣)، ولأنه كقضاء الدين لا يشترط فيه اذن المديون.

قال الاوي^(٤) : ان المال بالضمان انتقل الى ذمة الضامن فاعادته الى ذمة المضمون عنه يحتاج الى دليل .

وفيه نظر ، لانه مصادرة على المطلوب، لان انتقال المال عن ذمة المضمون عنه يتوقف على صحة الضمان فكيف يجعل مقدمة في اثبات الصحة .

(١) اخرجه مجملاً في الخلاف ١٣٣/٢ ، ١٣٤ ، الوسائل ١٣١/١٣ .

(٢) المبسوط ٣٢٣/٢ قال فيه : فالمضمون عنه لا يحتاج الى رضاه لان ضمان دينه بمنزلة القضاء عنه ، الخلاف ١٣٣/٢ .

(٣) اخرجه في الخلاف ١٣٥/٢ ، سنن ابن ماجه ٨٠٤/٢ .

(٤) وهو الشيخ الفقيه العالم الجليل الحسن بن ابي طالب اليوسفي صاحب « كشف الرموز » في شرح المختصر النافع ويقال له : « الابي » ايضاً منسوب الى آية بليدة قرب ساوة تعرف عند العامه بأوة قالها في معجم البلدان وقال اهلها شيعة واهل ساوة سنة لاتزال الحروب بين البلديتين قائمة على المذهب .

وينقل المال من ذمة المضمون عنه الى الضامن وتبرأ ذمة
المضمون عنه .

(الثالثة) هل يشترط معرفة الضامن بالمضمون له وعنه ؟ قال في الخلاف^(١)
لا يشترط عملاً بقضية علي عليه السلام ، وقال في المبسوط يشترط معرفتهما :
أما المضمون له فلانه لولاه لزم الفرر لجواز ردائة معاملته وصعوبة اقتضائه ،
وأما المضمون عنه فليعرف هل يستحق عليه شيء أم لا .
وتابعه العلامة في الاول لا الثاني ، لانه لا بد من تمييزه عند الضامن وتخصيصه
عن غيره ليقع الضمان عنه .

والاقوى قوله في المبسوط : اما اذا لم يكن الضمان تبرعاً فظاهر ، وأما
اذا كان تبرعاً فلانه احسان لا بد في عقل المعاش من معرفة محله والالجاز وضع
ذلك في غيره ، وقد ورد النهي عن وضع المعروف عند غير أهله كما قال علي
عليه السلام : وليس لواضع المعروف في غير أهله الا محمداً اللثام^(٢) . وليس
في ضمان علي عليه السلام دلالة على عدم ذلك ، لجواز معرفتهما ولم ينقل .

قوله : [و]هل [٣] ينقل المال من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن
وتبرأ ذمة المضمون عنه
هنا فوائد :

(الاولى) قال الجمهور ان الضمان ضم ذمة الضامن الى ذمة المضمون عنه

(١) الخلاف ١٣٣/٢ .

(٢) نهج البلاغة « الفيض » ٤٢٢ ، الكافي ٣١/٤ : وليس لواضع المعروف في غير
حقه وعند غير أهله من الحظ فيما اتى الا محمداً اللثام وتناء الاشرار ومقالة الجهال مادام
منعماً عليهم . الى آخرها : واللفظ للنهج .

(٣) ليس « هل » في المختصر النافع ط بمصر .

فيجوز له حينئذ مطالبة أيهما شاء . وقال أكثر أصحابنا بأنه نقل المال من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن فليس للمضمون له مطالبة المضمون عنه ، ولو أبراه لم يبرأ الضامن ، ولو أبرأ الضامن برئاً معاً .

وهو الحق ، لرواية الخدري في فعل علي عليه السلام ، ورواية جابر بن عبدالله الانصاري أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم كان لا يصلي على رجل عليه دين ، فأتي بجنازة فقال : هل على صاحبكم دين ؟ فقالوا : نعم ديناران . فقال : صلوا على صاحبكم . فقال ابو قتادة : هما علي يارسول الله ، فلما فتح الله على رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال : انا أولى بالمؤمنين من أنفسهم فمن ترك مالا فهو لورثته ومن ترك ديناً فعلي^١ . فانهما يدلان على نقل المال من ذمة المضمون عنه والالما بقي فرق بين الحالين .

(الثانية) ضمان عهدة الثمن ضم ذمة الى ذمة على القولين ، ومعنى ضمان عهدة الثمن انه اذا باع انسان شيئاً وخشي أن يخرج الثمن مستحقاً أو المبيع كذلك فيضمن شخص آخر عهدة الثمن في الحالين ، فالمضمون له الرجوع على من شاء من الضامن والمضمون عنه الرجوع يكون بأقل الامرين من المضمون ومما دفع .

(الثالثة) الاعيان المضمونة كالغصب والمقبوض بالبيع الفاسد والسوم والعارية المضمونة هل يصح ضمان شيء من ذلك أم لا ؟ أما على القول بأنه ضم ذمة فيصح قطعاً ، وأما على القول بأنه نقل فيحتمل ضمانها لانه ثبت في ذمة المضمون : أما العين أو قيمتها ، فيجوز انتقال ذلك الى الضامن . ومن أن حق المالك منحصر في العين ولا تثبت في الذمة قيمتها الامع تعذر العين ، فيكون ضمان مالم يجب ، لان الفرض أن العين موجودة .

(١) الوسائل ١٣ / ٥١ .

ويشترط فيه الملاء أو علم المضمون له باعساره . ولو بان
اعساره كان المضمون له مخيراً .

والضمان المؤجل جائز . وفي المعجل قولان ، أصحهما :
الجواز .

ويرجع الضامن على المضمون عنه ، ان ضمن بسؤاله ، ولا
يؤدى أكثر مما دفع .

قوله : والضمان المؤجل جائز وفي المعجل قولان أصحهما الجواز
الدين اما حال أو مؤجل ، وعلى التقديرين فالضمان اما حال أو مؤجل .
فالأقسام أربعة :

(الاول) أن يكون حالاً ويضمن مؤجلاً ، فيصح اجماعاً .

(الثاني) أن يكون مؤجلاً ويضمن حالاً ، وهذا منعه الشيخ في النهاية^(١)
والمفيد في المقتعة ، لان الضمان وضع للارفاق وهذا لارفاق فيه ، فانه لو طالبه
حالاً لوجب على الضامن الاداء وحينئذ له الرجوع على المديون فيفوت الغرض .
وفيه نظر ، لانه ان ضمن بسؤاله فهو أدخل الضرر على نفسه ، وان لم يضمن
بسؤاله فليس له المطالبة بما أداه . واختار المصنف والعلامة الصحة ، لعدم
قوله صلى الله عليه وآله وسلم : الزعيم غارم^(٢) .

(الثالث) أن يكون مؤجلاً ويضمن مؤجلاً ، فالاجل الثاني ان كان أزيد
صح اجماعاً وان كان مساوياً فكذلك على الاقوى ، وان كان أنقص منه أو مما

(١) النهاية ٣١٥ قال فيه : ولا يصح ضمان مال ولا نفس الا بأجل .

(٢) الخلاف ١٣٥/٢ ، سنن ابن ماجه ٨٠٤/٢ .

ولو وهبه المضمون له أو أبرأه لم يرجع على المضمون عنه
بشيء ولو كان باذنه .

وإذا تبرع الضامن بالضمان فلا رجوع .
ولو ضمن ما عليه صح وان لم يعلم كميته على الاظهر .
ويثبت عليه ما تقوم به البيعة ، لا ما يثبت في دفتر وحساب ،
ولا ما يقربه المضمون عنه .

بقي منه ففيه الخلاف كما سبق . والاقوى الصحة .
(الرابع) أن يكون حالا ويضمن حالا ، فعند الشيخ لا يصح أيضاً ، وعند
المصنف والعلامة يصح . وهو الاقوى .

قوله : ولو ضمن ما عليه صح وان لم يعلم كميته على الاظهر
هذا قول الشيخ في النهاية وابن الجنيد والتقي وسلار وابن زهرة والقاضي
في الكامل ، واختاره العلامة ، لعموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم : الزعيم
غارم . وقوله « ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم »^(١) ، ولرواية عطاء عن الباقر
عليه السلام : ان من مات وعليه دين فرسول الله صلى الله عليه وآله وسلم كافله^(٢) .
وقال الشيخ في المبسوط والخلاف وتبعه ابن ادريس بعدم صحته ، لان
ذلك غرر وهو منتهي عنه .

أجاب العلامة^(٣) : بأن الغرر انما هو في المعاوضات التي تفضي الى التنازع

(١) سورة يوسف : ٧٢ .

(٢) التهذيب ٦ / ٢١١ .

(٣) راجع المختلف ، الضمان من كتاب الديون وتوابعها .

أما مثل الاقرار والضمان فلا، لان الحكم فيهما معين ، وهو الرجوع الى المقر في الاقرار والى البينة في الضمان فلاغرر هنا .

قلت : للشيخ أن يقول : الحظر لا يزول بقيام البينة ، لجواز قيامها بمال يعجز عنه الضامن ، فلو ألزماه لادى الى ضرره المنفي بقوله صلى الله عليه وآله وسلم : لا ضرر ولا ضرار^١ . نعم يمكن أن يجاب بأن الضامن أدخل الضرر على نفسه بعدم احتياطه .

إذا عرفت هذا فهنا فوائد :

(الاولى) اذا ضمن والحال هذه يلزمه ما قامت به البينة بتاريخ سابق على الضمان لا فيما بعده ، لان ذلك غير ثابت وقت الضمان .

(الثانية) لو أقر المضمون فان كان ذلك في تاريخ سابق على الضمان لزم الضامن والا فلا . وثبوت اقراره اما بالبينة أو بتصديق الضامن على السبق .

(الثالثة) لو لم تقم بينة بشيء من مال ولا اقرار وأنكر المضمون فتوجهت عليه اليمين فردها على المضمون له فحلف فهل يلزم الضامن ما حلف عليه أم لا؟ قال الشيخ والقاضي ان حلف برضا الضامن لزمه والا فلا، ويظهر من كلام المفيد لزومه وان لم يرض . والتحقيق ان جعلنا يمين السرد كالبينة لزمه وان جعلناها كالاقرار افنقر الى رضاه والا فلا ، وهذا أقوى .

(الرابعة) لاختلاف أنه مع عدم البينة والاقرار لا يلزمه ما يوجد في دفتر وحساب ، ويظهر من كلام التقي لزوم ما يقر به الغريم وقد تقدم أن ذلك ليس على اطلاقه .

(١) الكافي ٢٩٢/٥ ، الوسائل ٣٧٦/١٧ .

القسم الثاني : الحوالة .

وهي مشروعة لتحويل المال من ذمة الى ذمة مشغولة بمثله .

القسم الثاني الحوالة (١)

قوله : وهي مشروعة لتحويل المال من ذمة الى ذمة مشغولة بمثله .

هنا فوائد :

(الاولى) ذهب الشيخ في المبسوط والقاضي وابن حمزة الى اشتراط شغل

ذمة المحال عليه ، واختاره المصنف ، وبنوا ذلك على أنها معاوضة .

وقال في المبسوط أيضاً بعدم الاشتراط ، واختاره العلامة لاصالتي الصحة

وعدم الاشتراك لكنه أشبه شيء بالضمان .

ويتفرع على القولين أنه لو أدى المحال عليه المال ثم ادعى على المحيل

به فادعى المحيل شغل ذمته فأنكر فالقول قول المحيل على الاول وقول المحال

عليه على الثاني .

(الثانية) قال الشيخ في المبسوط: انما تصح الحوالة بذوات الامثال لابما

لا مثل له كالثياب والحيوان اذا ثبت في الذمة بالقرض ، وأما لو ثبت بالخيار

جاز كأرش الموضحة (٢) .

وقال ابن الجنيدي تصح بكل ما يصح السلم فيه ، واختاره العلامة . وهو الحق

لكونه معلوماً ثابتاً في الذمة قابلاً للنقل .

(١) قال في المبسوط ٣١٢/٢ : والحوالة مشتقة من تحويل الحق من ذمة ، ويقال

احاله بالحق عليه يحيله احالة ، واحتال الرجل اذا قبل الحوالة ، فالمحيل الذي عليه الحق

والمحتال الذي يقبل الحوالة والمحال عليه هو الذي عليه الحق للمحيل والمحال به هو

الدين نفسه .

(٢) الموضحة هي الجراحة التي تبلغ العظم وتوصحه اي تكشفه ، ديتهما خمسة ابرة

وصاحبها مخير بين أخذ الدية والقصاص .

ويشترط رضا الثلاثة ، وربما اقتصر بعض على رضا المحيل
والمحتال .

(الثالثة) على قول المصنف اذا اتحد الحقان جنساً ونوعاً وصفة صحت
الحوالة قطعاً ، أما لو اختلفا في واحد منها فهل تصح أم لا ؟ يظهر من اشتراط
المثلية عدمه ، ولانه لا يجب على المحال عليه اذا ما ليس عليه . وهو أحد قولي
الشيخ في المبسوط ، وقال في موضع آخر منه بالصحة .
واختاره العلامة لاصالة الجواز ولصحتها على البرى ، فعلى من عليه حق
مخالف أولى .

أقول : ان اشترطنا رضا المحال عليه فالحق الاخير لا يلزمه لوقوع العقد
برضاه ، وان لم نشترط فالحق الاول . نعم يرد على المصنف أنه يشترط رضا
الثلاثة ويشترط أيضاً اتحاد الحقيين ، وبينهما منافاة .

(الرابعة) شرط الشيخ في المبسوط كون الحق المحال به مما يصح فيه أخذ
البدل قبل قبضه ، لان الحوالة نوع معاوضة فلا تصح الا حيث تصح المعاوضة .
وتبعه القاضي وابن حمزة ، ولذلك قالوا لا تصح الحوالة بالمسلم فيه قبل
قبضه ، ثم رجع الشيخ عن ذلك وفوى أنها عقد آخر غير البيع فلا يترتب عليه
ما يترتب على البيع ، واختاره العلامة .

قوله : ويشترط رضا الثلاثة ، وربما اقتصر بعض على رضا المحيل

والمحتال

أما الاول فهو المشهور ، واحتج عليه الشيخ بأنه لا دليل على الصحة مع
عدم رضا المحال عليه . وأيضاً اثبات مال في ذمة الغير مع اختلاف الغرماء
في شدة الاقتضاء وسهولته تابع لرضاه . وأما الثاني فهو قول النقي وقواه العلامة
في المختلف محتجاً بأنه لو باعه بغير رضاه صح فكذا الحوالة لعدم الفارق .

ولا يجب قبول الحوالة ولو كان على مليء . نعم لو قبل لزممت .
ولا يرجع المحتمل على المحيل ولو افتقر المحال عليه .
ويشترط ملاءته وقت الحوالة أو علم المحتمل باعساره .
ولو بان فقره رجع ويبرأ المحيل وان لم يبرئه المحتمل .
وفى رواية : ان لم يبرئه فله الرجوع .

قال : ولم أفف على خبر يتضمن اعتبار رضاه كما قاله الاصحاب .
أقول : الحق أن نقول : ان اعتبرنا شغل ذمته والحوالة بمثل ما عليه فلا
يشترط رضاه قطعاً ، اذ للشخص استيفاء ماله بنفسه وبغيره . وأما اذا لم نشترط
الشغل أو كانت الحوالة بالمخالف فلا بد من رضاه قطعاً : اذ قد يستلزم ذلك
اضراره غالباً ، وقال صلى الله عليه وآله وسلم : لا ضرر ولا ضرار^(١) .

قوله : ولا يرجع المحتمل على المحيل ولو افتقر المحال عليه
أكثر علمائنا على هذا ، سواء قبض من الحوالة شيئاً أولاً . وقال سلال ان
أخذ شيئاً من الحوالة فليس له الرجوع ، وان لم يأخذ فله الرجوع .
والحق الاول ، لاصالة لزوم العقد وعدم اشتراط القبض ، فلا يرجع عن
الاصلين الا بدليل وليس .

**قوله : ويبرأ المحيل وان لم يبرئه المحتمل ، وفى رواية ان أم يبرئه
فله الرجوع**

الرواية ذكرها الشيخ والكليني بطريق حسن الى زرارة عن أحدهما عليهما
السلام في الرجل يحيل الرجل بما كان له على رجل آخر فيقول الذي احتال
برأت من مالي عليك . قال : اذا أبرأه فليس له أن يرجع عليه ، وان لم يبرئه

(١) الكافي ٢/٥٢٢ ، الوسائل ١٧/٣٧٦ ، سنن ابن ماجه ٢/٧٨٤ .

فله أن يرجع على الذي أحاله^(١).

وعمل بمضمونها الشيخ في النهاية والفاضي والتقي وابن حمزة وابن الجنيد والمفيد ، وقال ابن ادريس والمصنف انه يبرأ بنفس الحوالة وان لم يبرئه وليس عليه رجوع ، واختاره العلامة محتجاً بأن البراءة ان يكون قبل الانتقال من ذمة المحيل أو بعده ، والاول يستلزم تحصيل الحاصل لان ذمته برئت بالحوالة فلاحاجة الى ابراء آخر ، ولان الحوالة عقد قائم بنفسه يفيد تحويل الحق من ذمة الى أخرى ، فاذا تحققت وجب تحقق المعنى المشتق منه ، ولما رواه عقبة ابن جعفر عن الكاظم عليه السلام قال: سألته عن الرجل يحيل الرجل بمال على الصيرفي ثم يتغير حال الصيرفي أيرجع على صاحبه اذا احتال ورضي؟ فقال : لا^(٢) . وهو يدل بعمومه على صورة النزاع .

قلت فيه نظر :

أما أولاً - فلان هذا مبني على انتقال المال بالحوالة ، وهو عين النزاع ، بل الحوالة اثبات حق المحيل الذي ثبت على المحال عليه للمحتال . وأما سقوط حق المحتال الثابت في ذمة المحيل فلا تقتضيه الحوالة الا على القول بأنها عقد معاوضة ، والعلامة لا يقول به بل عنده انها اسقاط ، فلا بد حينئذ من البراءة لاسقاط حقه .

وأما ثانياً - فلان قوله اشتقاق الحوالة من التحويل^(٣) فلا يجتمع الحقان للمحتال فممنوع لاحتمال التجوز ثم صار في الشرع حقيقة في غير ذلك كما في النسخ فان الاشتقاق يقتضي أن يكون الناسخ قد نقل المكتوب الى كتابه ، وايس

(١) التهذيب ٢١١/٦ ، الكافي ١٠٤/٥ .

(٢) التهذيب ٢١٢/٦ .

(٣) في ب « من التحول » .

القسم الثالث : الكفالة :

وهي التعهد بالنفس .

ويعتبر رضا الكافل والمكفول له دون المكفول عنه .

وفى اشترط الاجل قولان .

وان اشترط أجلاً فلا بد من كونه معلوماً .

واذا دفع الكافل الغريم فقد برىء .

وان امتنع كان للمكفول له حبسه حتى يحضر الغريم ، أو ما

عليه .

كذلك بل هو مجاز بمعنى اثبات مثل صورة المكتوب في كتابه .

ان قلت : الاصل عدم المجاز .

قلت : مسلم لكنه لازم قطعاً ، لان أحد الحقين ليس هو الاخر حقيقة حتى

يتحقق التحويل بل غيره ، خصوصاً مع عدم اشتراط اتحاد الحقين جنساً ونوعاً

وصفة ، فيكون مجازاً أيضاً .

وأما ثالثاً - فلان الرواية غير معلومة الصحة ، لان عقبة مجهول الحال .

قوله : وفى اشترط الاجل قولان

قال الشيخ في النهاية والمفيد وابن حمزة وسلاار والقاضي في أحد قوله

لابد من الاجل ، وقال الشيخ في المبسوط واختاره ابن ادريس والمصنف

والعلامة^(١) تجوز حالة لاصالة الجواز وعدم المعارض .

(١) قال في المختلف : وسوغ في المبسوط الحالة وبه قال ابن ادريس وهو المعتمد

لنا الاصل الدال على الجواز وعدم الاشتراط .

ولو قال : ان لم احضره الى كذا كان علي كذا ، كان كفيلاً أبداً
ولم يلزمه المال .

ولو قال : علي كذا الى كذا ان لم احضره ، كان ضامناً للمال
ان لم يحضره في الاجل .

قوله : ولو قال ان لم احضره الى كذا كان علي كذا كان كفيلاً أبداً
ولم يلزمه المال ، ولو قال علي كذا الى كذا ان لم احضره كان ضامناً للمال
ان لم يحضره في الاجل

هذه المسألة ذكرها الاصحاح في كتبهم ، ومعتمدتهم رواية الشيخ في التهذيب
وابن بابويه في الفقيه عن داود بن الحصين عن ابي العباس عن الصادق عليه
السلام عن رجل يكفل بنفس الرجل الى أجل فان لم يأت به فعليه كذا وكذا
درهماً . قال : ان جاء به الى الاجل فليس عليه مال وهو كفيلاً بنفسه أبداً الا أن
يبدأ بالدرهم ، فان بدأ بالدرهم فهو له ضامن ان لم يأت به الى الاجل الذي
أجله^(١) . ورواها في التهذيب بطريق آخر الى ابي العباس عن الصادق عليه
السلام^(٢) .

اذا عرفت هذا فاعلم أنه لم يذكر الشيخ واتباعه وجه الفرق بين المسألتين
بل أفتوا بمضمونها جامدين عليها ، وليس في اللغة العربية وجه للفرق ، فانه
لا فرق عندهم من حيث المعنى بين تقديم الجزاء وتأخير الشرط ، فان الجزاء
وان تقدم فالمراد به التأخير ، فاذا قلت « اكرمك ان جئتني » فهو في المعنى « ان
جئتني اكرمك » .

وبذلك يظهر ضعف كلام ابن ادریس في الفرق بأنه يلزمه ضمان النفس

(١) الفقيه ٤٥/٣ ، التهذيب ٢٠٩/٦ .

(٢) التهذيب ٢١٠/٦ ، الكافي ١٠٤/٥ .

حيث بدأ بضمانها ويلزمه ضمان المال حيث بدأ بضمان المال. وهذا تعليل بنفس الدعوى ، فالسؤال بعد باق ، فالاولى حينئذ اما الجمود على النص أو نقول : أما الصورة الاولى فالعبارة المطابقة للرواية أن يقول « تكفلت نفس فلان الى شهر مثلا فان لم آت به فعلي مائة درهم مثلا » ، ولاشك أن الجملة الاولى صريحة في الكفالة والجملة الثانية وهي قوله « فان لم آت به » الخ ليست بضمان بل هي أمر لازم للكفالة وان لم يذكره ، فانه لا كلام أن الكفيل يلزمه عند الاجل اما احضار الغريم أو اداء ما عليه .

وذكر لازم الشيء غير مناف له بل مؤكدا له ، لو لم يذكر الكفالة أولا في عبارته بل قال « ان لم آت بفلان الى مدة كذا كان علي كذا » لكن أيضاً كفالة ، لان لزوم المال على تقدير عدم احضاره لازم للكفالة ، فجاز اطلاق اللزوم واردة الملزوم .

وأما قوله في الرواية « وهو كفيل بنفسه أبداً » فالمراد به القطع بأنه كفيل لاضامن ، بمعنى أن المال يلزمه من أول الوقت ، بل لا يتصور الا أنه كفيل ولا يلزم المال الامع انقضاء الاجل وعدم احضاره .

وأما الصورة الثانية - وهي أن يقول « علي مائة درهم الى شهر ان لم أحضره فيه » فهي ضمان مشروط بعدم احضاره ، فان قلنا بصحة الضمان المشروط فالضمان والشرط صحيحان وينتقل المال الى ذمته بعد الاجل وعدم احضاره ، وان قلنا ببطلانه فلا كلام لوتقدم الشرط أنه باطل . وليس ذلك منطوق الرواية حتى يكون مخالفاً لها وان تأخر الشرط كما هو المستفاد من الرواية ، فنقول :

ان الضمان قد انعقد بقوله كذا الى كذا ، ويكون ذكر الشرط بعده كالمنافي لانعقاده ، فلا يكون مسموعاً ، كما لو قال « له علي مائة من ثمن خمر » ، فان المال يثبت في ذمته بأول كلامه ولا يسقط بقوله « من ثمن خمر » فكذا هنا .

ومن خلى غريماً من يد غريمه قهراً لزمه اعادته أو أداء ما عليه .
ولو كان قاتلاً أعاده أو يدفع الدية .
وتبطل الكفالة بموت المكفول .

وتظهر من هذا الفرق بين الصورتين فائدة أخرى، وهي أنه لومات المكفول في الصورة الأولى قبل الاجل برىء الكفيل من الكفالة ولا يلزمه المال، وأما في الصورة الثانية فإن المال لازم له وان مات قبل الاجل . وهذا فرق حسن لم يذكره أحد من الاصحاب .

قوله : وتبطل الكفالة بموت المكفول

هذا هو المشهور بين الاصحاب ، ويظهر من كلام ابن الجنيدي أنه اذا شرط أن عليه ما عليه ان لم يحضره حياً وميتاً لزمه المال .

قال العلامة : الكفالة تبطل بالموت مطلقاً شرطاً أو لم يشترط ، لان ذلك

مقتضى الكفالة .

وفيه نظر، لان كون ذلك مقتضى الكفالة مسلم لكن مع الاطلاق، وأما مع

الشرط فلا ، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : المؤمنون عند شروطهم^(١) .

(١) التهذيب ٢٢/٧ ، الكافي ١٨٧/٦ .

كِتَابُ الصَّلْحِ

وهو مشروع لقطع المنازعة .
ويجوز مع الاقرار والانكار الا ما حرم حلالاً ، أو حلال حراماً .

قوله : وهو مشروع لقطع المنازعة ، ويجوز مع الاقرار والانكار الا ما
حرم حلالاً أو حلال حراماً

هنا فوائد :

(الاولى) ان الصلح عقد مستقل بنفسه ليس ببيع ولا يفرع على غيره من العقود كما هو المشهور لاصالة عدم الفرعية ، ولانه لو كان بيعاً أوفرعاً عليه لما صح الا حيث يصح ، واللازم باطل فكذا الملزوم . والملازمة ظاهرة ، وأما بطلان اللازم فانه يصح مع الجهل ومع الانكار .

وللشيخ هنا قولان : أحدهما أنه بيع ، والاخر أنه فرع على عقود خمسة هي البيع والصراف والاجارة والعارية والهبة وعلى الابرء ، وذلك لانه ان اقتضى اسقاطاً فهو فرع الابرء ، وان اقتضى تمليكاً فاما لعين أو لمنفعة ، وعلى التقديرين

فاما بعوض أو بغيره . فهذه أربعة، وتمليك العين بعوض اما أن يكون العوضان من الاثمان أولا ، فالاقسام حينئذ خمسة :

« ١ » - تمليك بعوض ، وهما من الاثمان ، وهو فرع الصرف .

« ٢ » - تمليك بعوض وليس من الاثمان ، وهو فرع البيع بقول مطلق .

« ٣ » - تمليك العين بغير عوض ، وهو فرع الهبة .

« ٤ » - تمليك المنفعة بعوض ، وهو فرع الاجارة .

« ٥ » - تمليك المنفعة بغير عوض ، وهو فرع العارية .

وليس للشيخ دليل على الفرعية الا كونه يترتب عليه فائدة هذه العقود ، وذلك ليس بدليل على الفرعية .

ثم انه بنى على قوله في المبسوط مسألتين :

احدهما - لو أئلف عليه ثوباً قيمته دينار فأقر له به وصالحه على دينارين لم يصح لانه ثبت له في ذمته قيمته وهي دينار ، فلو صالحه على دينارين كان رباً . وجوز ذلك ابن ادريس والمصنف والعلامة بناء على نفي الفرعية وعلى أنه صلح على الثوب لا الدينار .

وفيه نظر ، من أن القيمي يضمن بقيمته على الاصح فلا يصح .

وثانيهما - اذا ادعى على رجل بدراهم أو دنانير فاعترف له بها ثم صالحه بدراهم أو دنانير وتفرقا قبل القبض لم يصح لانه فرع الصرف ، وكذا لو صالحه على بعضها مع اتفاق الجنس لانه رباً ، أما لو قبض بعضها وابرأه من الباقي صح لانه فرع الابراء .

(الثانية) قوله « مشروع لقطع المنازعة » يشير الى غاية هذا العقد اللازمة

له غالباً، سواء تقدمت خصومة أولم تتقدم^(١)، بل يقدر أنه لولاه لحصلت كالصلح على العين المجهولة للمتصالحين، فإن النزاع يحصل فيها غالباً لولا عقد الصلح لحصول الحظر هنا .

وهل يشترط عدم امكان العلم ؟ الظاهر نعم ، أما لو تعذر المكياال أو الميزان ومست الحالة الى الانتقال ، فالاقرب الجواز لمساس الحاجة .

(الثالثة) قوله « ويجوز مع الاقرار والانكار » هذا مما انفردت به الامامية، فان اباحنية لايجوزه الامع الانكار ، والشافعي لايجوزه الامع الاقرار .

حجة أصحابنا : عموم قوله تعالى « والصلح خير »^(٢) وقوله صلى الله عليه وآله وسلم : الصلح جائز بين المسلمين الا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً^(٣) .

(الرابعة) ذكر في تفسير التحليل والتحريم المذكورين وجوه :

« ١ » : ما قاله المصنف التحليل هو ان يصطلحها على أن يشرياً أو أحدهما، الخمر أو يزينياً أو أحدهما ، والتحريم ان يصطلحها على أن لا يظاً أحدهما أو كلاهما الحليلة أو المملوكة .

« ٢ » - أن يصطلحها على معاملة تؤدي السى الربا أو على جارية يأخذها أحدهما بشرط أن لا يظاًها .

« ٣ » - أن يدعي شخص عيناً في يد آخر ويعلم أن صاحب اليد يستحقها

(١) قال في المسالك : لكنه عندنا قد صار عقداً مستقلاً بنفسه لا يتوقف على سبق خصومة بل لو وقع ابتداءً على عين بعوض معلوم كان كالبيع في افادة نقل الملك وعلى منفعة كان كالاجارة الى غير ذلك من احكامه لاطلاق النصوص بجوازه من غير تقييد بالخصومة كقول النبي صلى الله عليه وآله وسلم : الصلح جائز بين المسلمين الا صلحاً أحل حراماً او حرم حلالاً . وقول الصادق عليه السلام : الصلح جائز بين الناس .

(٢) سورة النساء : ١٢٨ .

(٣) الوسائل ١٣ / ١٦٤ .

ويصح مع علم المصطلحين بما وقعت المنازعة فيه . ومع
جهالتهما ديناً تنازعا أو عيناً . وهو لازم من طرفيه ، ويبطل بالتقابل .
ولو اصطاح الشريكان على أن الخسران على أحدهما والربح
له وللآخر رأس ماله صح .

وانما يدعيها ليصالحة المالك على بعضها أو على مال ، فان هذا الصلح اذا وقع
حرم الحلال وأحل الحرام . وهذا بالنسبة الى المدعي لا بالنسبة الى الحاكم ،
لانه انما يحكم بالظاهر . وكل واحد من التفسيرات حسن .

قوله : ومع جعلهما (١)

أما مع علم أحدهما وجهل الآخر - كما لو علم شخص شغل ذمته بمائة
مثلاً لزيد ولم يعلم زيد فصالحه على أقل - وان لم يكن ربوياً لم يصح ، لان
ذلك من قسم ما يحلل الحرام .

قوله : ولو اصطاح الشريكان على ان الخسران على احدهما (٢) وللآخر
رأس ماله صح

قال الشهيد ذلك جائز عند ارادة الفسخ ، للرواية الصحيحة عن الحلبي عن
المصادق عليه السلام^(٣) ، ولو جعل ذلك في ابتداء الشركة فالأقرب المنع لمنافاته
موضوعها والرواية لم تدل عليه .

أقول : أما الحكم الاول فهو مسلم لكن ليس على اطلاقه بل مع جهلها
بحال المال عند الفسخ أو مع علمهما ، أما لو جهل أحدهما وعلم الآخر وكان

(١) في المختصر النافع : ومع جهالتهما .

(٢) في المختصر النافع المطبوع : على ان الخسران على احدهما والربح له وللآخر

راس ماله صح .

(٣) التهذيب ٢/٢٠٧ ، الكافي ٥/٢٥٨ .

ولو كان بيد اثنين درهمان فقال أحدهما : همالي ، وقال
الآخر : هما بيني وبينك ، فلمدعي الكل درهم ونصف ، وللآخر
ما بقي .

وكذالو أو دعه انسان درهمين و آخر درهماً فامتزجت لا عن
تفريط وتلف واحد فلصاحب الاثنين ، درهم ونصف ، وللآخر
ما بقي .

هو الرابع فانه لا يصح لانه من قسم ما أحل الحرام . وأما الثاني فسيأتي
الخلاف فيه .

قوله : لو كان بيد اثنين درهمان فقال أحدهما همالي وقال الآخرهما
بينى وبينك فلمدعي الكل درهم ونصف وللآخر ما بقي
وكذا لو أودعه انسان درهمين و آخر درهماً فامتزجت لاعدن تفريط وتلف
واحد^(١) ، فلصاحب الاثنين درهم ونصف وللآخر ما بقي .
هنا مسألان :

(الاولى) الخالية من الايداع اما أن يكون الدرهمان بيدهما أو بيد أحدهما
أو بيد ثالث ، فان كان الثاني فان كانا بيد مدعيهما حلف للآخر وكاناله ، وان
كانا بيد مدعي أحدهما كان له درهم وعليه اليمين للآخر واعطاه درهماً ، وان
كان الثالث فالثالث ان كذبهما حلف لهما وأقر الدرهمان بيده ، وان صدق أحدهما
فكما تقدم وعليه اليمين للآخر . وان كان الاول فاما أن يقول مدعي أحدهما ان
لي درهماً معيناً منهما أو يدعي الاشاعة فيهما ، فان كان الاول فالعمل كما قال
المصنف ، وهو مدلول الرواية المشهورة ، وان كان الثاني فالاقوى قسمتهما

(١) فى بعض النسخ : احدهما .

ولو كان لواحد ثوب بعشرين درهماً ، وللآخر ثوب بثلاثين فاشتبهها ، فان خير أحدهما صاحبه فقد أنصفه والا بيعا وقسم الثمن بينهما أخماساً .

نصفين ويحلف مدعي الدرهم للآخر . وكذا كل مشاع حصل فيه التداعي هكذا (الثانية) ذات الأبداع فان كان التلف عن تفريط غرم المستودع التالف ، سواء اذنا في المزج أولاً ، وان كان لاعن تفريط وكان المزج بغير اذنهما فكذلك وان كان باذنهما أو حصل المزج بغير اختيار المستودع ففي الرواية عن السكوني^(١) لصاحب الدرهم نصف وللآخر الباقي . والعمل بها مشهور .

ولا يمكن هنا دعوى الأشاعة كما في الأولى ، لان ذلك خلاف الغرض ، لكن السكوني ضعيف والشهرة ليست حجة ، فالأجود حينئذ أن نقول : ان كان ذلك في أجزاء ممزجة قسم الباقي أثلاثاً ، وان كان في غير المتمزج فالعمل كما في الرواية .

وقال العلامة في التحرير : يقسم الباقي على نسبة المالكين كما قلنا في الممتزج وهو بعيد . نعم لو قيل بالقرعة هنا لم يكن بعيداً .

بقي هنا سؤال ، وهو أنه هل في العمل بمدلول الروايتين -في المسألتين يمين أم لا ؟ فنقول : لم يذكر الأصحاب فيهما يميناً وذكرهما في باب الصلح فجاز أن يكون الصلح قهرياً وجاز أن يكون اختيارياً ، فان امتنع فاليمين .

قوله : ولو كان لواحد ثوب بعشرين درهماً وللآخر ثوب بثلاثين فاشتبهها فان خير أحدهما صاحبه فقد أنصفه والا بيعا وقسم الثمن بينهما أخماساً .

(١) التهذيب ٢٠٨/٦ ، الفقيه ٢٣/٣ فيه : يعطى صاحب الدينارين ديناراً ويقسمان الدينار الباقي بينهما نصفين .

كذا روى اسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام^١ . وعلى ذلك عمل
الشيخ واتباعه .

وقال ابن ادريس العمل بالقرعة هنا أولى ، وردة العلامة بأن القرعة مسع
الاشكال ولا اشكال مع النقل . وأيضاً هذا المجموع بضاعة لشخصين لكل واحد
منهما قدر معين فيباع وييسط الثمن على نسبة المالين كغيرها من الاموال وكما
لواشترهما بالشركة مع الاذن، فان الشركة قد تحصل ابتداء وقد تحصل بالمزج
والموجب للاشتباه كما هو هنا . واذا كانا شريكين كان لكل منهما بقدر رأس
المال الذي له كما في الطعامين لو امتزجا .

أقول : على تقدير تسليم الشركة فوجوب البيع وقسمة الثمن كما ذكر
ممنوع، اذ مع امكان القسمة عيناً ولو بالتعديل لاوجه لوجوب البيع، خصوصاً
مع تعلق غرضهما أو أحدهما ببقاء الثوبين أما للقنية أو للكسوة ، فان اجارهما
على البيع منفردين أو مجتمعين حينئذ ضرر منفي بالخبر .

هذا مع أن قسمة الثمن أخماساً مع امكان شراء أحدهما بعشرين أو ان الرخص
وشراء الاخر بثلاثين أو ان الغلاء مع تساويهما في الكم والكيف لاوجه لها ،
اذ لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفس منه . فالاولى حينئذ ان الثوبين ان
تساويا من كل الوجوه الممكنة أعطي كل واحد منهما ثوب، اذ قد اشترى بمال
كل منهما ثوب منفرد ، وان تفاوتتا فالذي يقتضيه عقل المعاش غالباً أن الاجود
يكون لصاحب الثلاثين والاخر لصاحب العشرين . وما ذكر من الاحتمال نادر .
هذا وقول العلامة اذا كانا شريكين كان لكل منهما بنسبة رأس المال الذي
له كما في الطعامين ، مسلم اذا كانت الشركة في الثمن ، أما اذا كانت الشركة
في السلعة فممنوع ، والا لزم أنه لو اشترى واحد كراً من الطعام بمائة وآخر كراً

(١) التهذيب ٢٠٨/٦ ، الكافي ٤٢١/٧ .

وإذا ظهر استحقاق أحد العوضين بطل الصلح .

بمائتين مع تساويهما في الصفة ثم امتزجا طوعاً أو كرهاً ثم بيع الكران أن يقسم الثمن اثلاثاً على نسبة المالين . لكن ذلك قول باطل لم يقل به قائل . ان قلت : فعلى أي شيء تحمل الرواية .

قلت : تحمل على أمرين :

أحدهما - على امتزاج المالين قبل الشراء ، فان لفظ الرواية لا يدفع هذا الاحتمال، فان منطوقها الرجل يبضعه الرجل ثلاثين درهماً في ثوب و آخر عشرين درهماً في ثوب فبعث الثوبين فلم يعرف هذا ثوبه ولا هذا ثوبه . فقال عليه السلام : يباع الثوبان فيعطى صاحب الثلاثين ثلاثة أخماس الثمن والاخر خمسي الثمن . قال : قلت فان صاحب العشرين قال لصاحب الثلاثين اخترايها شئت . قال عليه السلام : قد أنصفه^(١) .

ثانيهما - حملها على الاستحباب ، فان ذلك تطبيقاً لنفس كل منهما ودفع ضرر الانغبان .

قوله : وإذا ظهر استحقاق أحد العوضين بطل الصلح

هذا اذا كانا معينين أو احدهما وظهر استحقاقه ، أما لو صالحه على عينين بدين في ذمته ثم دفع اليه شيئاً فظهر استحقاقه فان الصلح لا يبطل بل يرجع مال الصلح الى الذمة كما كان .

(١) هي رواية اسحاق بن عمار التي مرت آنفاً .

كتاب الشركة

وهي اجتماع حق مالكين فصاعداً في الشيء على سبيل الشيع.

قوله : وهي اجتماع حق مالكين فصاعداً في الشيء على سبيل الشيع
هنا فوائد :

(الاولى) الشركة قد تقع صفة للمكلف فيقال شرك يشرك شركة فهو شرك
وند تقع صفة للمال فيقال اشترك يشترك اشتركا فهو مشترك. فان أريد الاول هنا
كان المناسب أن يقال « جمع حق » الى آخره ، وان أريد الثاني فالمناسب أن
يقال اجتماع كما قال المصنف . وهو حسن لان المقصود من هذا الباب هو
ذلك، ولذلك قال فيما بعد وتصح مع امتزاج - الى آخره .

(الثانية) انما قال « حق » ولم يقل مال ليشمل الشركة في المنافع وفي
الحقوق ، كحق القصاص والولاء والخيار والشفعة .

(الثالثة) ان الشركة أمر حادث، وكل حادث لابد له من سبب ، والسبب هنا
قد يكون ارثاً وقد يكون حيازة ، كما لو اقتلعا شجرة أو اغتر فاماء^(١) بآنية ، وقد

(١) في بعض النسخ : ماء دفعة بآنية .

ويصح مع امتزاج المالمين المتجانسين على وجه لا يمتاز أحدهما
عن الآخر .

ولا ينعقد بالابدان والاعمال .
ولو اشتركا كذلك كان لكل واحد أجره عمله .
ولا أصل لشركة الوجوه والمفاوضة .

يكون مزجاً كما اذا امتزجت الاجزاء المتساوية المتصغرة بحيث لا يمتاز جزء
عن جزء كالادقة والادهان لكالحنطة والذرة والدخن والسسم والدرهم الجدد
والعتق ، وقد تكون عقداً كما لو اشترى سلعة في عقد أو باع أحدهما نصف سلعته
المخالفة بنصف الاخرى ، كنصف الدار بنصف الخان أو نصف الفرس بنصف
الحمار .

(الرابعة) انما قيد الاجتماع على وجه الشياخ احترازاً عن اجتماع لا يحصل
فيه ذلك ، والمراد بالشياخ أن لا يفرض جزء الا وفيه حق لهما .
قوله: وتصح مع امتزاج المالمين المتجانسين على وجه لا يمتاز أحدهما
عن الآخر

لا ينوهم أنه يلزم من قوله هذا انها لا يتحقق الامع الامتزاج ، فان ذلك التوهم
من باب دليل الخطاب وليس حجة .
وكذا عبارة الشيخ في الخلاف : لاتنعقد الشركة الا في مالمين متساويين .
فيها تساهل ، ومراده لاتنعقد الشركة في الاموال الا في مالمين - الى آخره .
ثم الامتزاج قد يكون اختيارياً وهو ظاهر ، وقد يكون قهرياً كما لو فعله غير
المالك بغير اذنه .

قوله : ولا تنعقد بالابدان والاعمال ، ولو اشتركا كذلك كان لكل
واحد أجره عمله ، ولا اصل لشركة الوجوه والمفاوضة

الشركة أربعة أقسام :

(الاول) شركة العنان ، وهي المذكورة أولاً ، وتلك هي المعتبرة شرعاً وصحتها اجماعية . وانما سميت بذلك لتساويهما في التصرف ، كالفارسين اذا تساويا في السير ، فان عنانيهما يكونان سواء . وقال الفراهي : مأخوذة من عن الشيء اذا عرض ، يقال عننت لي حاجة اذا عرضت ، وسميت الشركة بذلك لان كل واحد عننت له شركة صاحبه . وقيل من المعانة ، يقال عاننت فلاناً اذا عارضته بمثل ماله وفعاله ، وكل من الشريكين عارض صاحبه بمثل ماله وفعاله .

(الثاني) شركة الابدان والاعمال، وهما شيء واحد، وهي عقد لفظي يدل على تراضيهما واتفاقهما على اشتراكهما في حاصل الاعمال التي تصدر عنهما على حسب الشرط كالدلالتين والحمالين والخياطين، سواء كانا متفقين في السبب كخياطين أو مختلفين فيه كخياط ونساج .

وجوزها ابوحنيفة مطلقاً ، ومالك مع الاتفاق ، وجوز احمد في الصنائع ومنعها الشافعي . واتفقت الامامية على بطلانها ، فاما أن يتميز عمل كل واحد منهما فلكل منهما أجره عمله أو لا يتميز فالحاصل لهما يصطلحان .

(الثالث) شركة الوجوه ، ولها تفسيرات :

الاول - أن يشترك وجهان فيبتاع كل منهما في ذمته الى أجل على أن ما يبتاعه كل واحد على افراده يكون بينهما ويبيع كل منهما ما اشتراه ويؤدي منه الثمن وما فضل بينهما .

الثاني - أن يبتاع وجه في الذمة ويفوض مبيعه الى خامل والربح بينهما .

الثالث - يشترك وجه لامل له وخامل ذومال ، فالعمل من الوجه والمال من الخامل ودوفي يدالخامل لايسلمه الى الوجهيه .

الرابع - أن يبيع الوجهيه مال الخامل بزيادة ربح ليكون بعض الربح له .

وإذا تساوى المالان فى القدر فالربح بينهما سواء . ولو تفاوتتا فالربح كذلك ، وكذا الخسران بالنسبة .

ولو شرط أحدهما فى الربح زيادة . فالأشبه : أن الشرط لا يلزم . ومع الامتزاج ليس لاحد الشركاء التصرف الا مع الاذن من الباقيين .

ويقتصر فى التصرف على ما تناوله الاذن ولو كان الاذن مطلقاً صح .

وجوزها أيضاً ابوحنيفة والشافعي وابن الجنيدي منا ، وحصل الاجماع بعده على بطلانها .

والتحقيق أنه ان حصل اذن كل لصاحبه أن يشتري لهما واشترى كذلك وقع الشراء لهما وتحققت الشركة فى السلعة . هذا فى التفسير الاول ، وأما الثلاثة فان الحاصل لرب المال وللآخر الاجرة .

(الرابع) شركة المفاوضة ، وهى عقد لفظي يدل على اتفاقهما على اشتراكهما فى كل غنم وغرم يحدث لهما وعليهما ، بأن يقولوا « اشترى كذا شركة المفاوضة » أو « تفاوضنا » ، أو يوجب أحدهما بهذا اللفظ ويقبل الآخر . وجوزها ابوحنيفة أيضاً ، وهى عندنا وعند الشافعي ومالك واحمد باطلة .

وحجة أصحابنا على بطلان الجميع اجماعهم على ذلك أولاً ، وعدم الدليل ثانياً ، وأنها غرر والغرر منهي عنه ثالثاً ، وأصالة بقاء حق كل واحد منهما على ملكه فانتقاله يحتاج الى دليل وليس رابعاً .

قوله: وإذا تساوى المالان فى القدر فالربح بينهما سواء ، ولو تفاوتتا فالربح كذلك وكذا الخسران بالنسبة ، ولو شرط أحدهما فى الربح زيادة فالأشبه ان الشرط لا يلزم

ولو شرط الاجتماع لزم . المال المتنازع فيه صحيحاً كالمال
وهي جائزة من الطرفين . وكذا الاذن في التصرف .
وليس لاحد الشركاء الامتناع من القسمة عند المطالبة الا أن
يتضمن ضرراً .
ولا يلزم أحد الشريكين اقامة رأس المال ، ولا ضمان على أحد
الشركاء مالهم يكن بتعد أو تفريط .

ظاهر هذا الكلام أن الشركة تكون صحيحة لكن الشرط غير صحيح ، بمعنى
أنه لا يجب الوفاء به . وهذا قول النقي ، وقال الشيخ في المبسوط والخلاف^(١)
ببطلان الشركة والشرط ، اذ لا دليل على صحة ما هذا شأنه .
وقال المرتضى بصحتها ، واختاره العلامة^(٢) محتجاً بعموم قوله « أوفوا
بالعقود »^(٣) وقوله « الا أن تكون تجارة عن تراض »^(٤) ، والراضي انما وقع
على ما شرطاه ، وقوله صلى الله عليه وآله وسلم : المؤمنون عند شروطهم^(٥) .
ويقوى في نفسي أن المشروط له الزيادة ان كان مباشراً للعمل أو له خيرة
زائدة ، فالقول ما قاله المرتضى والافالقول ما قاله الشيخ ، والالكان أكلا للزيادة

(١) قال في الخلاف ٢ / ١٤٠ : لا يجوز ان يتفاضل الشريكان في الربح مع التساوي
في المال ولا ان يتساويا فيه مع التفاضل في المال متى شرط خلاف ذلك كانت الشركة
باطلة .

(٢) راجع المختلف ٢ / ٢١ .

(٣) سورة المائدة : ١ .

(٤) سورة النساء : ٢٩ .

(٥) التهذيب ٧ / ٢٢ ، الكافي ٦ / ١٨٧ .

ولا تصح مؤجلة ، وتبطل بالموت .
وتكره مشاركة الذمي ، وابضاعه ، وايداعه .

بالبطل ، وهو خلاف الاية . وهذا مفهوم من كلام صاحب الوسيلة .

قوله : ولا تصح مؤجلة

قال الشيخان الشركة بالتأجيل باطلسة ، ومرادهما بالبطلان بطلان التأجيل
لالشركة ، ولذلك قال المفيد بعد ذلك : ولكل واحد من الشريكين فراق صاحبه
وكذا قال النقي .

قال العلامة : والتحقيق أن للتأجيل فائدة ، وهي منع كل منهما عن التصرف
بعد الاجل الا باذن جديد وان لم يكن له مدخل في الامتناع من الشركة ولكل
منهما الفسخ قبل الاجل .

قوله : وتبطل بالموت

مراده يبطل التصرف المأذون فيه ، والا فالمال مشترك لهمم يقسم فكيف
تبطل الشركة .

كتاب المضاربات

وهي أن يدفع الانسان الى غيره مالا ليعمل فيه بحصة من ربحه .
ولكل منهما الرجوع سواء كان المال ناضباً أو مشتغلاً .

قوله : كتاب المضاربة

يقال مضاربة وقراض ، فالاول لغة أهل العراق مأخوذ من الضرب في الارض وهو السفر فيها لانها تقع غالباً في السفر ، ومن قولهم ضرب مع أصحابه بسهم لان كلام المالك والعامل يضرب في الربح بسهم . والثاني لغة الحجاز ، اما من القرض وهو القطع ، لان صاحب المال اقتطع بعض ماله ودفعه الى العامل ، واما من المساواة كما يقال تقارض الشاعران اذا وازن كل منهما صاحبه بشعره ، فكأن المالك باخراج ماله وازن العامل بعمله .

قوله: وهي ان يدفع الانسان الى غيره مالا ليعمل فيه بحصة من ربحه
هنا فوائد :

(الاولى) اذا دفع الانسان الى غيره مالا ليعمل فيه بالاسترباح : فاما أن يشترط الربح فيه للمدفع اليه فذاك قرض فسي المعنى ويكون المال مضموناً على القابض ، أو يشترط الربح لنفسه خاصة دون العامل فذاك بضاعة ، فان قال

مع ذلك « ولا أجرة لك » فهو توكيل في الاسترباح من غير رجوع عليه بأجرة وان قال « ولك أجرة كذا » فان عين عملاً مضبوطاً بالمدة أو العمل فذاك اجارة وان لم يعين فجعالة . وان سكت فان تبرع العامل بالعمل فلا أجرة له ، وان لم يتبرع وكان ذلك الفعل له أجرة عرفاً فله أجرة مثله ، أو يشترط الربح مشتركاً فذاك أقسام :

« ١ » - أن يعين حصة العامل بالجزئية المعلومة كالنصف والثلث ، فذاك المضاربة الصحيحة .

« ٢ » - أن يعين حصة المالك خاصة وسكت عن قدر حصة العامل ، فذاك مضاربة فاسدة .

« ٣ » - أن يقول الربح مشترك بيننا فذاك مضاربة صحيحة ويقضي بالنصف لكل منهما . ومثله لو قال مشترك على النصفية .

« ٤ » - أن يقول لك منه ألف ولي ألف والباقي مشترك ، ففاسدة أيضاً لعدم الوثوق بحصول الزيادة فلا اشترك حينئذ .

« ٥ » - أن يقول لك ربح نصفه ، تردد الشيخ في الخلاف في ذلك^(١) ، وحكي عن الشافعي البطلان وعن ابي حنيفة الجواز . ولم يفرق في المبسوط بين نصف ربحه وربح نصفه في الجواز ، وبه أفتى المصنف في الشرائع^(٢) والعلامة في القواعد^(٣) .

والتحقيق أنه ان لم يعين النصف فهي صحيحة ، اذ لا فرق بين العبارتين ،

(١) قال في الخلاف ١٩٩/٢ : اذا قال خذ الفأقراضاً على ان لك نصف ربحها صح بلا خلاف ، وان قال : على ان لك ربح نصفها كان باطلا .

(٢) في الشرائع ١٢٩ : ولو قال لك نصف ربحه صح وكذا لو قال ربح نصفه .

(٣) في القواعد في آخر الشرط الرابع من شروط الربح من كتاب القراض : ويصح لو قال على ان لك ربح نصفه او نصفه ربحه .

ولا يلزم فيها اشتراط الاجل . ويقتصر على ما تعين له من
التصرف .

ولو أطلق ، تصرف في الاستثمار كيف شاء . ويشترط كون
الربح مشتركاً .

وان عين نصفاً بعينه فذاك المعين له ربحه ويكون قرصاً والاخر بضاعة .
« ٦ » - أن يجعل لغلامه منه حصة والباقي بينهما ، أو يقول مع ذلك « ولك
حصة كذا » فتصح سواء عمل الغلام أولاً ، ويراد بالغلام هنا المملوك .
« ٧ » - أن يجعل لاجنبي حصة والباقي بينهما ، أو يقول « ولك حصة كذا »
فان كان الاجنبي عاملاً فصحح والافسد . وفيه وجه بالصحة لاعمل عليه .
(الثانية) المضاربة عقد لا بد فيه من الايجاب من المالك ، كقوله « قارضتك »
أو « ضاربتك » أو ما أدى معناه ، والقبول من العامل كقوله « قبلت » أو « رضيت »
وشبه ذلك ، وحيث في قول المصنف « وهي أن يدفع » تساهل .
(الثالثة) هذا العقد صحيح شرعاً للاجماع والاحاديث ، وهو جائز من
الطرفين لكل منهما الفسخ سواء كان المال ناضئاً^(١) وهو أن يكون دراهم أو دنانير
أو مشتغلاً وهو أن يكون به عروض ، فان كان الفاسخ العامل ولم يظهر ربح فلا شيء
له ، وان كان المالك فالحق أنه يضمن للعامل أجره المثل الى ذلك الوقت ، أما
لو ظهر ربح في صورتين فهو على الشرط لا غير .

قوله : ولو أطلق تصرف في الاستثمار (٢) كيف شاء

(١) في المصباح : واهل الحجاز يسمون الدراهم والدنانير نضاً وناضئاً قال ابو عبيد
انما يسمونه ناضئاً اذا تحول عينا بعد ان كان متاعاً لانه يقال ما نض بيدي منه شيء اى ما حصل .
(٢) في المختصر النافع : في الاستثمار .

ويثبت للعامل ما شرط له من الربح ما لم يستغرقه .
وقيل للعامل أجره المثل .

المقصود بالذات من هذا العقد هو التصرف بالاسترباح ، فالمالك إما أن يعين له نوعاً من التصرف أو يطلق ، فان كان الاول فاما ان يكون منافياً للاسترباح اولاً ، فان كان الاول فسدت المضاربة فان كان الثاني صححت واقتصر على ما أذن له ، وان أطلق له التصرف قال المصنف تصرف في الاستئمان كيف شاء وليس على اطلاقه بل مع مراعاة المصلحة لانه وكيل في الحقيقة وفعل الوكيل منوط بها ، وقال الشيخ في المبسوط والخلاف^(١) لو قال رب المال تصرف فيه كيف شئت لم يكن له أن يشتري الا بنقد البلد بضمن المثل .

وفيه نظر ، لان المصلحة لو اقتضت الشراء بغير نقد البلد أو البيع بغيره أي مانع يمنع من ذلك ، أما الشراء بضمن المثل فانه لازم قطعاً لان الشراء بالزائد خلاف المصلحة . اللهم الا أن يمكن تصور مصلحة استقبالية ، فيكون حينئذ جائزاً .

قوله : ويثبت للعامل ما شرط له من الربح ما لم يستغرقه وقيل للعامل
أجره المثل

الاول هو المشهور المفتى به . قاله الشيخ في المبسوط والخلاف وابن الجنيد وابن حمزة وابن ادريس وعليه أدلة عامة كقوله تعالى « أو فوا بالعقود »^(٢) كقوله : المؤمنون عند شروطهم^(٣) وخاصة وهي روايات كثيرة :

(١) في الخلاف ١٩٦/٢ : اذا دفع اليه مالا قراضاً فقال له اتجر به او قال له اصنع ما ترى او تصرف كيف شئت فانه يقتضى ان يشتري بضمن مثله نقداً بنقد البلد .

(٢) سورة المائدة : ١ .

(٣) التهذيب ٢٢/٧ ، الكافي ١٨٧/٦ .

وينفق العامل في السفر من الاصل كمال النفقة مالم يشترطه .

منها : رواية ابي بصير عن الصادق عليه السلام في الرجل يعطي الرجل مالا مضاربة وينهاه أن يخرج به الى أرض أخرى فعصاه . فقال : هو له ضامن والربح بينهما اذا خالف شرطه وعصاه^(١) .

ومنها : رواية الحلبي عن الصادق عليه السلام قال : المال الذي يعمل به مضاربة له من الربح وليس عليه من الوضعية شيء الا أن يخالف أمر صاحب المال^(٢) .

والثاني قول الشيخ في النهاية والمفيد وسلار والقاضي والتقني ، ولم نقف لهم على رواية تدل على مدعاهم ، وان كان قد وقف أحد على شيء فيمكن حمله على مضاربة فاسدة .

وان احتجوا بأن النماء يتبع الاصل وبأنها معاملة على مجهول ، أجبنا بأن الاصل يخالف للدليل والجهالة لا تضر كالمساقاة .

قوله : وينفق العامل في السفر من الاصل كمال النفقة

هذا قول الشيخ في النهاية والخلاف وابن الجنيدي وابن ادريس والقاضي وابن حمزة ، واختاره العلامة متحجاً بأنه مشغول بالعمل في مال القراض ، فكانت النفقة على المال كالعبد المستغرق وقته في خدمة سيده . وبما رواه علي بن جعفر عن أخيه الكاظم عليه السلام قال : في المضاربة ما انفق في سفره فهو من جميع المال واذا قدم بلده فما انفق فهو من نصيبه^(٣) .

(١) التهذيب ١٨٧/٧ .

(٢) التهذيب ١٨٧/٧ ، الاستبصار ١٢٦/٣ .

(٣) التهذيب ١٩١/٧ ، الكافي ٢٤١/٥ وليس فيه «فهو» الفقيه ١٤٤/٣ بسند آخز .

وقال الشيخ في المبسوط : ان نفقته من ماله سفرأ وحضراً ، لانه دخل على أن يكون له من الربح سهم معلوم ، فليس له أكثر من ذلك ، لانه ربما لا يربح المال اكثر من هذا .

وعبارة المصنف تحتل أمرين :

أحدهما - اختياره الاول ، لان قوله « كمال النفقة » يكون من باب اضافة الصفة الى موصوفها ، أي النفقة الكاملة .

وثانيهما - أن يريد أنه ينفق الزائد عن نفقة الحضر والباقي يكون من ماله .

واختار هذا بعض الفضلاء محتجاً عليه بأصالة بقاء مال المضاربة على ملك صاحبه خرج منه القدر المشترط للعامل من الحصة فيبقى الباقي على أصله فلا تكون النفقة منه . نعم الزائد باعتبار السفر يكون منه ، لانه كالأجرة اللاحقة بسبب الحمل وغيره .

وفيه نظر ، لان الاصل يخالف للدليل ، فالحق اذاً الاول للرواية المذكورة فان « ما » من أدوات العموم ، فتعم كل ما أنفقه في سفره . نعم دليل العلامة الاول قياس لانقول به ، وعلى تقدير القول به فكون المشترك المذكور علة ممنوع . سلمنا لكن الفرق حاصل ، فان عمل العبد لخاصة سيده وعمل العامل مشترك . وهنا فوائد :

(الاولى) على قول المبسوط لو شرط للعامل النفقة لزم ، و[على] قول النهاية لو شرط عدمها لزم .

(الثانية) النفقة اللازمة بالسفر تعم المأكل والمشرب والملبس والمركب فما يفضل معه يرده الى المال .

ولا يشتري العامل الا بعين المال .
ولو اشترى في الذمة وقع الشراء له والربح له .
ولو أمر بالسفر الى جهة فقصد غيرها ضمن ، ولو ربح كان
الربح بينهما بمقتضى الشرط .

(الثالثة) يراعى في ذلك الاقتصاد والاقتصار على نفقة أمثاله ، فلو أسرف
حسب عليه الزائد .

(الرابعة) ليس المراد بالسفر هنا الشرعي ، وهو ما يجب فيه التقصير بل العرفي
فلو أقام وأتم صلاة فله النفقة .
(الخامسة) لو انقضى غرضه سفرأ فأقسام لالضرورة فنفقة تلك المدة من
خاصته .

(السادسة) لو كان معه مال آخر لنفسه أو لغيره قسطت النفقة .
قوله : ولا يشتري العامل الا بعين المال ، ولو اشترى في الذمة وقع
الشراء له والربح له

لا كلام أن اطلاق العقد يقتضي أن يشتري نقداً بعين المال [لأنه لو اشترى
في الذمة فاما في ذمته أو ذمة المالك، والاول محال لاستحالة أن يملك الانسان
شيئاً وثمنه على غيره ، والثاني يقتضي اثبات دين على المالك من غير ضرورة ،
فلم يتناوله العقد مطابقة ولا تضماً ولا التزاماً ، ولأن المضاربة انما وقعت على
العين والدين غير العين ، فلو اشترى في ذمة المالك اشترى بغير مال المضاربة،
لان المضاربة يقتضي التصرف في المال الذي وقع عليه عقد المضاربة ولا يقتضي
التصرف في الذمة^(١)، ولأن خلافه غرر وخطر فيكون منافياً للاسترباح المقصود

(١) ما بين القوسين ليس في بعض النسخ .

وكذا لو أمره بابتياح شيء فعُدل إلى غيره .
وموت كل واحد منهما يبطل المضاربة .

هنا ، فلو اشترى كذلك واتفق تلفها انفسخ البيع والمضاربة وكان المبيع للمالكه سواء كان التلف قبل الشراء أو بعده .

ولو اشترى في الذمة فلا يخلو اما أن يكون باذن رب المال أولاً ، والثاني اما أن يضيف حال الشراء في العقد أنه لرب المال أولاً ، والثاني اما أن ينوي الشراء لرب المال أولاً ، والثاني اما أن يطلق أو ينوي لنفسه . فهنا اقسام خمسة : « ١ » - أن يشتري بأذنه ، فيقع للمضاربة ويلزم أداء الثمن من مال المضاربة ، فلو تلف قبل التسليم من غير تفريط من العامل لزم المالك دفع بدله ويكون المالك مال قراض . وهو قول الشيخ في المبسوط ، وحكى فيه وفي الخلاف هنا أقوالاً غير محصلة لافائدة بذكرها .

« ٢ » - أن يكون بغير اذنه ويضيف الشراء له لفظاً ، فهو كالفضولي ان أجاز فهو كالاول والابطال .

« ٣ » - بغير اذنه ولم يضيف لفظاً بل نية ، فيقع للعامل ظاهراً .

« ٤ » - بغير اذنه وقيل مطلقاً ، فيقع له شرعاً .

« ٥ » - بغير اذنه وأضاف العامل إلى نفسه ، فيقع له قطعاً .

وفي الاخيرين الربح له كله ولو دفع مال القراض فيهما ثمناً كان مضموناً عليه وفي الثالث لو دفع الثمن من مال القراض وأجاز المالك الشراء والدفع فالمبيع مال قراض والافهول للعامل والثمن عليه .

قوله : وموت كل واحد منهما يبطل المضاربة

إذا كان الميت العامل ولم يظهر ربح فلا كلام في البطلان ولا شيء لو ارثه

ويشترط في مال المضاربة أن يكون عيناً: دنانير أودراهم . ولا
تصلح بالعروض .

ولو قوم عروضاً وشرط للعامل حصة من ربحه كان الربح
للمالك ، وللعامل الاجرة .

وكذا اذا كان المالك ولم يظهر ربح ولا شيء للعامل . ولو ظهر ربح والحالة هذه
كان للعامل قدر نصيبه، ويكون معنى بطلانها عدم جواز التصرف الا باذن الوارث
وحيثئذ هنا مسائل :

(الاولى) هل يصح تقرير الوارث للعامل أم لا؟ الحق ان كان المال نقداً صح
وان كان عروضاً فلا .

(الثانية) فهل في صورة الجواز يصح بلفظ التقرير ؟ الاولى لا .

(الثالثة) لانفقة للعامل من حين موت المالك ، لحصول البطلان ظهر ربح
أولا .

(الرابعة) لومات والعامل في بلد آخر أو في بلده فساfer كان ضامناً علم بالموت
أولا . وقال القاضي لاضمان لو كان في بلد غير صاحب المال فساfer وخص الضمان
كانا سواء وكذا اذا لم يكن .

(الخامسة) لومات المالك والعامل في غربة فان وجد وكيل للوارث سلمه
اليه ، فان تعذر فالحاكم ، فان تعذر فنفقة . هذا مع اضطراره الى السفر ، والا
فلا يجوز التسليم . ولو سلم كان ضامناً ، وكذا لو خالف الترتيب في الاول .

قوله : ولا تصح (١) بالعروض

انما لا تصح لانه لا يتميز الربح حينئذ، لانه ربما ترتفع قيمتها فيستغرق الربح

(١) في المختصر النافع : ولا تصلح .

ولا يكفي مشاهدة رأس مال المضاربة ما لم يكن معلوم القدر،
وفيه قول بالجواز .

ولو اختلفا في قدر رأس المال فالقول قول العامل مع يمينه .

أوتنقص قيمتها فيصير رأس المال ربحاً، فلو وقع العقد على العروض كانت فاسدة
والربح لرب المال وللعامل الاجرة ولانفقة له في سفره .

قوله : ولا تكفي مشاهدة رأس مال المضاربة ما لم يكن معلوم القدر
وفيه قول بالجواز

قال الشيخ في الخلاف واتباعه لا بد من العلم به، وقال في المبسوط تبطل
إذا لم يكن معلوماً^(١)، وحكى فيه عن قوم أنه تكفي المشاهدة ويكون القول
قول العامل في قدره، فان أقامباينتين فالحكم لبينة المالك لانه الخارج. ثم قال
هذا هو الاقوى عندي .

ولعل القول المشار اليه هو هذا ، ومراد الشيخ بقوله « ويكون القول قول
العامل في قدره » أنه شرط ذلك في العقد .

قال العلامة في المختلف : ما قواه الشيخ هو الاجود، لاصالة الصحة ولقوله
عليه السلام : المؤمنون عند شروطهم ، وقد وجد شرط سائغ فيحكم به^(٢) .
وفيه نظر ، لانه غير مطابق ، لان الكلام في أصل العقد وقد فسد والعقد
غير الشرط .

وذكر الابي في كشفه ناقلاً عن المصنف في الدروس أن القول للمرتضى
والعهدة على الراوي .

(١) في ب : معلوم القدر .

(٢) المختلف ٢ / ٢٥ .

ويملك العامل نصيبه من الربح بظهوره وان لم ينض .
ولا خسران على العامل الا عن تعد أو تفريط .
وقوله مقبول في التلف ، ولا يقبل في الرد الا ببينة على الاشبه .

قوله : ويملك العامل نصيبه من الربح بظهوره وان لم ينض (١)
وقيل لا يملك الا بالانضاض . وتظهر الفائدة في العامل اذا اشترى أباه ، فان
قلنا بالظهور فحال ما يحصل فيه ربح ينعتق عليه قدر نصيبه ويسعى الاب في الباقي (٢)
وان قلنا بالانضاض فلا . واتفق القائلان أنه اذا ظهر الربح ومات العامل انتقل
نصيبه الى وارثه .

قوله : ولا يقبل في الرد الا ببينة على الاشبه
وجه الاشبهية أنه مدع ، فيكون كغيره من المدعين ، فلا يقبل قوله الا ببينة
وقال الشيخ في المبسوط يقبل قوله في الرد ، لانه أمين .
قلنا : أمانته ليست خالصة بل مشوبة بمنفعة نفسه كالمترهن ، فلا يقبل قوله
كالوكيل بجعل بخلاف من أمانته مشوبة بنفع نفسه كما في الودعي والوكيل
تبرعاً ، فان قولهما مقبول لكن مع اليمين في الجميع .

(١) اهل الحجاز يسمون الدراهم والدنانير نضاً وناضاً ، قال ابو عبيد انما يسمونه
ناضاً اذا تحول عيناً بعد ان كان متاعاً .

(٢) قال في التحرير ٢٧٨/١ : اذا اشترى العامل ابانفسه فان لم يكن فيه ربح صح
الشراء للقراض وجاز بيعه ، فان بيع قبل ظهور الربح فلا بحث وان بقى في يده حتى
ظهر ربح وقلنا انه يملك الحصة بالظهور - وهو الاقوى - عتق عليه قدر ما ملكه ويستسعى
العبد في الباقي وهل يقوم على العامل مع يساره ؟ قال الشيخ نعم ، والأقرب انه يستسعى
العبد وان كان العامل موسراً . وان اشتراه وكان فيه ربح فالوجه صحة الشراء أيضاً وان
قلنا انه يملك الحصة بالقسمة لم ينعتق عليه نصيبه .

ولو اشترى العامل أباه فظهر فيه ربح عتق نصيب العامل من
الربح وسعى العبد في باقى ثمنه .
ومتى فسخ المالك المضاربة صح وكان للعامل أجرته الى
ذلك الوقت .
ولو ضمن صاحب المال العامل صار الربح له .

قوله : ولو اشترى العامل اباه - الى آخره

قد تقدم مبنى هذه المسألة ، أما لو اشترى أب المالك أو ابنه مثلاً للمضاربة
فأما أن يكون بغير إذنه أو بإذنه : والاول لا تصح لان عقد المضاربة وكالة في
التجارة للاسترباح فيتناول الاذن في كل تصرف يمكن فيه الاسترباح ولو
بالامكان الاستقبالي ، ولا شيء من الاب يمكن فيه ذلك فلا يتناول الاذن . وهل يكون
موقوفاً على الاجازة ؟ قيل لا لانه أمر بمنافيه ، لان الامر بمنافيه الاسترباح ينافيه
ما لا يمكن فيه الاسترباح ، والامر بالشىء نهى عن منافياته أو مستلزم لها . وقيل
بل يقف ، لانه فضولي وعقد الفضولي موقوف على الاجازة .

والثاني كما اذا قال « اشترابى بهذا المال » ، فاذا اشتراه ملكه المالك نبي
آن ثم انعتق عليه بعده ، فمن حين ما وقع عليه الشراء وجد علة منافية للمضاربة
فانفسخت وبطلت ، وكلما أبطل المالك المضاربة لزمه أجره المثل كما تقدم ،
فيلزم المالك حينئذ أجره المثل للعامل سواء كان فيه ربح أو لا .

قوله : ولو ضمن صاحب المال العامل صار الربح له

ضمن بتشديد الميم أي جعله ضامناً ، فان بذلك يصير المال قرضاً على العامل
فيكون ملكاً له فربحه له .

ولا يطاء المضارب جارية القراض، ولو كان المالك أذن له .
وفيه رواية بالجواز متروكة .

قوله : ولا يطاء المضارب جارية القراض ولو كان المالك اذن له ، وفيه
رواية بالجواز متروكة

المضارب بكسر الراء هو العامل، وأما المالك فلم يشتق له من المضاربة
اسم . نعم اشتق له من القراض اسم، فيقال لرب المال مقارض بكسر الراء وللعامل
مقارض بفتحها .

إذا عرفت هذا فلو اشترى العامل جارية من مال القراض : فاما أن يظهر فيها
ربح أولا ، فان كان الاول فاما أن نقول يملك بالظهور فلا يجوز له وطأها وان
اذن المالك الا أن نقول بصحة الوطى باباحة الشريك فيجوز هنا ، وسيأتي
انشاء الله تحقيق هذه المسألة . وان قلنا لا يملك بالظهور أولم يظهر ربح أصلا
فيصح وطئها باذن المالك له بعد الشراء ، لانها اباحة صدرت من أهلها في محلها .
أما لو اذن له قبل الشراء فلا يصح ، لانه لم يصادف ملكاً ولا ينهض عقداً
وحل الفرج منحصر في العقد أو الملك .

ونقل عن الشيخ جواز الوطى بالاذن السابق اعتماداً على الرواية المشار
اليها، وهي ما رواها الكاهلي عن ابي الحسن عليه السلام قال : قلت رجل سألتني
أن أسألكم أن رجلاً أعطاه مالا مضاربة يشتري له ما يرى من شيء وقال : اشتر
جارية تكون معك والجارية انما هي لصاحب المال ان كان فيها وضيفة فعليه
وان كان فيها ربح فله للمضارب أن يطأها . قال : نعم^(١) .

قال المصنف : ان الرواية متروكة .

(١) التهذيب ١٩١/٧

ولا يصح المضاربة بالدين حتى يقبض .

ولو كان في يده مضاربة فمات ، فان عينها لواحد بعينه أو
عرفت منفردة والاتحاص فيه الغرماء .

أقول : لاشك أن كلام المصنف هنا خال عن ضبط أقسام هذه المسألة ،
لان ظاهره أنه لا يجوز وطى جارية القراض وان أذن المالك ، ولم يقيد الاذن
بكونه قبله أو بعده ولا يكون الربح ظهراً أولاً ، وقد عرفت ما ذكرنا من أقسام
المسألة .

ثم قوله « وفيه رواية بالجواز متروكة » يدل على أن الرواية تسدل على
نقيض ما ذكره ، ولاشك أن الرواية ليس فيها دلالة على ذلك .

أما أولاً - فلانه ليس فيها اذن في الوطى ، لان قوله « اشتر جارية تكون معك »
ليس فيه تصريح بالاذن ، لان كونها معه لا يستلزم وطئها .

وأما ثانياً - فلان السائل لم ينبه على الاذن في سؤاله ، بل قال « فللمضارب
أن يطأها » ولم يقل بالاذن السابق أو بالاذن المذكور .

وأما ثالثاً - فلانا ولو سلمنا دلالتها على الاذن في الوطى لكن ليس فيها
دلالة على أنها مال مضاربة ، لانه قال « والجارية انما هي لصاحب المال ان كان
فيها وضعية فعليه وان كان فيها ربح فله » ، وذلك صريح في أنها ليست مال
مضاربة ، لان مال المضاربة لا يختص المالك بربحه وعلى تقدير كونها مال مضاربة
تبطل المضاربة ، لاشتراطه الاختصاص بربح بعض المال .

واذا كان هذا حال الرواية فكيف تكون حجة هنا . هذا مع أن في طريقها
سماعة ، فهي حقيقة بالاعراض عنها طريقاً ومفهوماً .

قوله : ولا تصح المضاربة بالدين حتى يقبض

لاخلاف في ذلك فأحكيه . نعم قال الشيخ في المبسوط : لو قال للمديون
« اقبض لي الدين من نفسك وأفرده من مالك فاذا فعلت ذلك فقد قارضتك عليه »
لم يصح القبض ولم ينفع التمييز وذمته مشغولة كما كانت ، والمال المميز باق
على ملك المديون ، لان الانسان لا يكون وكيلا لغيره في القبض له من نفسه .
قال العلامة : الوجه عندي صحة التوكيل وصحة الافراد ، وأما القراض فلا
شك في بطلانه .

أقول : لاشك أنه اذا لم يكن وكيلا في مقارضة نفسه يكون القراض باطلا
لتعليقه على الشرط ولعدم المال حال العقد . وأما لو كله في عقد القراض مع
نفسه وعين له مقدار ما يجعل لنفسه فأى مانع يمنع من صحة ذلك اذ قبض وأوقع
العقد مع نفسه كما أمره .

قال العلامة في عقد القراض : عامة

في عقد القراض : ان يتقارن بينه وبين نفسه في الدين من نفسه فله ذلك القرض

بطلان

في عقد القراض : ان يتقارن بينه وبين نفسه في الدين من نفسه فله ذلك القرض

بطلان

في عقد القراض : ان يتقارن بينه وبين نفسه في الدين من نفسه فله ذلك القرض

بطلان

في عقد القراض : ان يتقارن بينه وبين نفسه في الدين من نفسه فله ذلك القرض

كتاب المزارعة والمساقاة

أما المزارعة : فهي معاملة على الارض بحصة من حاصلها .
وتلزم المتعاقدين ، لكن لو تقايلا صح ولا تبطل بالموت .
وشروطها ثلاثة :

- (١) أن يكون النماء مشاعاً ، تساويا فيه أو تفاضلا .
- (٢) وأن تقدر لها مدة معلومة .
- (٣) وأن تكون الارض مما يمكن الانتفاع بها .

قوله : كتاب المزارعة [والمساقاة] :

الاولى مفاعلة من الزرع ، وقد يسمى مخابرة من الخبر^(١) . وهي الارض
اللينسة .

والثانية مفاعلة من السقي ، سميت بذلك لكثرة احتياجهم الى ذلك في
الحجاز .

قوله : المزارعة فهي معاملة على الارض بحصة من حاصلها

-
- (١) في المصباح : خبرت الارض شقققتها للزراعة فانا خبير ، ومنه المخابرة وهي
المزارعة على بعض ما يخرج من الارض .

قوله « معاملة » يشمل الاجارة ، وبقوله « بحصة من حاصلها » خرجت .
وكان ينبغي ذكر أمور : أحدها معلومية الحصة بالجزء كالثالث مثلا ، وثانيها
مشاعيتها في كل ما يحصل ، وثالثها تقدير المدة .

فصورة عقدها الصحيح اجماعاً أن يقول مالك الارض « زارعتك على
هذه الارض مدة كذا لتزرع فيها كذا أو ماشئت على أن يكون لك النصف مثلا
من جميع حاصلها بعد المؤن » ، فيقول العامل « قبلت » أو « رضيت » وما عدا
ذلك أقسام :

(الاول) تجهيل الحصة كجزء أو نصيب ، فيبطل العقد .

(الثاني) عدم ضبط المدة ، فيبطل أيضاً .

(الثالث) تعيين الحصة لا بالجزء بل بالوزن المعلوم كألف رطل مثلا
سواء كان الباقي بينهما أولاً ، فانه يبطل أيضاً على الاقوى ، لجواز أن لا يحصل
غير ذلك المعين فيحصل الانغبان والضرر والخطر، ويظهر من كلام العلامة في
المختلف جواز ذلك .

(الرابع) تعيين الحصة المشاعة لكن بعد اخراج البذر، قال الشيخ يصح
ذلك . والفتوى على خلافه، لجواز أن لا يفضل شيء بعد البذر فيحصل الغرر .
(الخامس) لو زارع على أن يكون الحاصل قدر معلوم في ذمة المالك ولا
ينسبه الى حاصل الارض . قال الشيخ وابن حمزة يجوز ذلك على كراهية ،
قال العلامة ان قصدا المزارعة فهو ممنوع وان قصدا الاجارة فهو حق .

وفي كلامه تساهل ، لان ترديده لاوجه له، لان الظاهر أن مرادهم المزارعة،
اذلو قصدا الاجارة لما كانت مكروهة، لان اجارة العامل نفسه بالحنطة أو الشعير
أو بغيرهما لم يقل أحد بكراهته . نعم اجارة الارض للمزارعة بالحنطة أو الشعير
مكروهة كما يأتي . فالحق حينئذ بطلان هذا الحق ، ولا تصح مزارعة لكون

وله أن يزرع الارض بنفسه وبغيره ومع غيره الا أن يشترط
عليه زرعها بنفسه ، وأن يزرع ماشاء الا أن يعين له .
وخراج الارض على صاحبها الا أن يشترط على الزارع .
وكذا لو زاد السلطان زيادة .

ولصاحب الارض أن يخرض على الزارع ، والزارع بالخيار
في القبول ، فان قبل كان استقراره مشروطاً بسلامة الزرع .
وتثبت أجرة المثل في كل موضع تبطل فيه المزارعة .
وتكره اجارة الارض للزراعة بالحنطة أو الشعير .

الاجرة في الذمة ولا اجارة لعدم الاتيان بلفظها وشرائطها .

قوله : ولصاحب الارض أن يخرض على الزارع - الى آخره

تقدم في باب الثمار كلام الشيخ وابن ادريس ، فلاحاجة الى اعادته . نعم
قال العلامة انه صلح وجاز مسح الجهل ، لان الجهالة لاتنافي عقد المزارعة .
واستشكل ان الزائد اباحة أم لا: من حيث عدم الفائدة لو لم يكن مباحاً فلا يفتقر
الى عقد جديد مملك ، ومن أنه عقد فاسد فيحتاج الى اباحة جديدة .
هذا كله اذا لم نقل بمقالة الشيخ .

قوله : وتكره اجارة الارض للزراعة بالحنطة أو الشعير

لاتخلو هذه الاجارة اما أن تقع مقيدة بما يخرج من تلك الارض فذلك لا
يجوز قطعاً ، لرواية الفضيل بن يسار عن الصادق عليه السلام^(١) ، واما أن يقع
مطلقة أو بقيد كون ذلك من غيرها، وكلاهما جائز على كراهية .

(١) التهذيب ١٩٥/٧ ، الكافي ٢٦٥/٥ ، الاستبصار ١٢٨/٣ .

وأن يؤجرها بأكثر مما استأجرها به إلا أن يحدث فيها حدثاً ،
أو يؤجرها بغير الجنس الذي استأجرها به .
وأما المساقاة : فهي معاملة على الاصول بحصة من ثمرها .
ويلزم المتعاقدين كالأجارة .

وقال القاضي انه كالاول ، محتجاً برواية الحلبي عن الصادق عليه السلام
صحيحاً قال : لا تستأجر الارض بالحنطة ثم تزرعها حنطة^(١) .
وأجيب بالحمل على الكراهية أو بالحمل على ما يخرج منها .
قوله : وان يؤجرها بأكثر مما استأجرها به إلا ان يحدث فيها حدثاً
أويؤجرها بغير الجنس

الكراهية مذهب المفيد وسلاح وابن ادريس لروايات كثيرة ، وقال الشيخ
في النهاية^(٢) بالمنع ، لما رواه عن الصادق عليه السلام : اذا تقبلت أرضاً بذهب
أو فضة فلا تقبلها بأكثر مما تقبلتها^(٣) .

أجيب بالحمل على الكراهية جمعاً بين الروايات .
قوله : واما المساقاة فهي معاملة على الاصول بحصة من ثمرها
العقد الصحيح هنا جماعاً أن يقول المالك للعامل « ساقيتك على هذا البستان
أو البستان الفلاني مدة كذا على أن تعمل فيه كذا ويكون لك من ثمرته الثلث

(١) التهذيب ١٩٥/٧ ، الكافي ٢٦٥/٥ ، الاستبصار ١٢٨/٣ .

(٢) النهاية ٤٣٩ : ومن استأجر أرضاً بالنصف أو الثلث أو الربع جازله ان يؤجرها
غيره بأكثر من ذلك واقل ، وان استأجرها بالدرهم والدنانير لم يجز له ان يؤجرها بأكثر
من ذلك إلا ان يحدث فيها حدثاً - الى ان قال - ومتى استأجرها بالحنطة والشعير جاز
له ان يؤجرها بالدرهم والدنانير بما شاء .

(٣) الكافي ٢٧٣/٥ ، التهذيب ٢٠٤/٧ ، الاستبصار ١٣٠/٣ ، الوسائل ٢٦١/١٣ .

أو الربع» بحسب ما تراضيا عليه ، فيقبل العامل . ويشترط في الصحة ماتقدم في المزارعة .

إذا عرفت هذا فهنا فوائد :

(الاولى) لو ساقاه على بستان على أن يساقبه على آخر ، قال الشيخ في المبسوط لا يصح ، والحق الصحة لانه أمر مشروع فجاز اشتراطه .

(الثانية) قال ابن الجنيدي : لأجيز ايقاع المساقاة على قطع متفرقة مختلفة في مشقة العمل صفقة واحدة . والحق خلافه اذا كان العمل معلوماً .

(الثالثة) قال الشيخ في المبسوط : اذا ساقاه بالنصف على أن يعمل رب المال معه فالمساقاة باطلة ، لان موضوعها أن من رب المال المال ومن العامل العمل كالتقراض . والحق الصحة ، كما لو شرط أن يعمل معه غلامه وأن يكون على المالك بعض العمل ، وهذا كذلك بل هو نفسه .

(الرابعة) بستان بين اثنين ساقى أحدهما الآخر على أن له أزيد من النصف وعين الزائد صح ، وان شرط النصف أو مادون بطل ، لانه مساقاة بتغير عوض فلو عمله كانت الثمرة نصفين .

قال الشيخ في المبسوط : وللعامل أجره المثل ، وقال العلامة لاشيء لانه دخل على ذلك .

(الخامسة) المشهور أنه لا بد من المدة المعينة هنا ، وقال ابن الجنيدي يصح وان لم يحصر المدة ، بل اذا ضبطت بالثمرة فان ذلك يغني عن الاجل ، محتجاً برواية يعقوب بن شعيب عن الصادق عليه السلام : سألته الرجل يعطي الرجل أرضه فيها الرمان والنخل فيقول اسق من هذا الماء واعمره ولك نصف ما خرج . قال : لا بأس .^(١)

(١) التهذيب ١٩٨/٧ ، الكافي ٢٦٨/٥ واللفظ للتهذيب .

ويصح قبل ظهور الثمرة وبعدها اذا بقى للعامل عمل فيه
المستزاد .

ولا تبطل بموت أحدهما على الاشبه الا أن يشترط تعيين العامل .
وتصح كل على أصل ثابت له ثمرة ينتفع بها مع بقائه .

وأجيب : بأن نفي البأس على تقدير ضبط المدة أو على وجه المراضاة
لا اللزوم .

قوله : ولا يبطل بموت أحدهما على الاشبه لاصالة اللزوم
وخالف الشيخ في ذلك وحكم بالبطلان كالأجارة ، وسيأتي تمام البحث
في الاجارة . ونقول هنا : اذا ماتاً معاً قام ورثة كل واحد مقام مورثهم فيما يجب
عليه ، وان مات المالك قام العامل بما يجب عليه ، وان مات العامل فان قام
الورثة بالعمل فلهم ذلك والاستأجر الحاكم من التركة من يقوم بتمام العمل .
هذا كله مع الاطلاق ، أما مع اشتراط تعيين العامل فانها تبطل لو مات ويكون
لورثته أجرة ما سلف اذا لم تطلع الثمرة ومعه تكون مشتركة .

قوله : وتصح على كل اصل ثابت له ثمرة ينتفع بها مع بقائه
هنا فوائد :

(الاولى) يحترز بقوله أصل ثابت عن مثل البقل والرطوبة^(١) ، خلافاً للشيخ
فانه قال بجواز المساقاة على البقل الذي يجز^(٢) مرة بعد أخرى ، نظراً الى أن كل

(١) الرطوبة بفتح الراء : روضة النصفصة مادامت خضراء وقيل : هي النصفصة نفسها
وجمعها رطاب .

(٢) الجز : القطع في الصوف وغيره ، واجز البر والشعير بالالف حان جزازه اي
حصاده .

ويشترط فيها المدة المعلومة التي يمكن حصول الثمرة فيها
غالباً .

ويلزم العامل من العمل ما فيه مستزاد الثمرة .
وعلى المالك بناء الجدران وعمل النواضح ، وخراج الارض
الا أن يشترط على العامل .

ماله فائدة نافعة يقال له ثمرة ، فيصح على القول لان أصولها لها فائدة .
(الثانية) لاتصح المساقاة على الغرب^(١) وشبهه ، اذلا ثمرة له .
(الثالثة) هل تصح على الحناء والتوت والورد ؟ اشكال من صدق الثمرة
بالمعنى المذكور ، ومن أصالة عدم الصحة لانها معاملة على مجهول ، فيقتصر
على محل الوفاق .

(الرابعة) لايشترط وجود الثمرة بالفعل بل يكفي ولو بالامكان الاستقبالي ،
فلوساقاه على ودي^(٢) أول غرسه صح مع تقدير المدة بما يمكن فيه اطلاعه غالباً
وان لم يطلع .

قوله: ويشترط فيها المدة المعلومة
تقدم الخلاف في ذلك من ابن الجنيدي ، فلاحاجة الى اعادته .
قوله: ويلزم العامل من العمل ما فيه مستزاد الثمرة وعلى المالك بناء
الجدران وعمل النواضح وخراج الارض

ما يجب على العامل له ضابطان : « ١ » ما فيه مستزاد الثمرة ، « ٢ » ما كان

(١) الغرب بالتحريك : ضرب من الشجر ، واحدته غربة وهو « الاسبيد دار »
بالفارسية .

(٢) الودي بالياء المشددة : هو صغار النخل قبل ان يحمل ، الواحدة ودية ، ومنه لو
ساقاه على ودي غير مغروس ففاسد .

ولا بد أن تكون الفائدة مشاعة ، فلو اختلفت بهما أحدهما لم يصح . وتملك بالظهور .

وإذا اختلف أحد شروط المساقاة كانت الفائدة للمالك ، وللعامل الاجرة .

ويكره أن يشترط المالك مع الحصة شيئاً من ذهب أو فضة .
ويجب الوفاء به لو شرط ما لم تلتف الثمرة .

متكرراً كل سنة . وما يجب على المالك له أيضاً ضابطان : « ١ » ما يفتر إلى بذل المال ، « ٢ » ما لا يتكرر غالباً ويعد في الأصول .
واختلف في أمور :

(الاول) الكش^١ ، قال الشيخ على المالك ، وقواه العلامة لاصالة براءة ذمة العامل ولانه عين ، والذي يجب على العامل العمل . وقال ابن ادريس انه على ، العامل ونسب الاول الى بعض المخالفين^٢ .
(الثاني) قال ابن ادريس يلزم العامل مع الاطلاق آلات السقي من الدلاء والنواضح والبقر ، وقال الشيخ لا يلزمه ذلك مع الاطلاق بل مع الشرط ، واختاره العلامة .

(الثالث) قال ابن الجنيد : اذا بلغت الثمرة حالاً يأمن عليها الفساد كان العامل شريكاً ، فلا يلزمه حينئذ من العمل الا بقسطه الامع الشرط . وقال الشيخ :

(١) الكش بضم الاول وتشديد الشين : الذي يلحق به النخل .

(٢) قال في المختلف : وهو خطأ من ابن ادريس ، فان الشيخ أجل من ان يقلد مؤلفاً فكيف يقلد مخالفاً ، وقوله « لا دليل عليه » خطأ ، فان الدليل قائم وهو أصالة البراءة ولان العامل يجب عليه العمل لا غير وهذا عين مال فلا يجب عليه .

يلزم العامل مع الاطلاق جميع ما فيه صلاح الثمرة وان بلغت ذلك المبلغ من لقاط وتشميس وجداد ونقل وحفظ الى وقت القسمة الامع الشرط، والاول قوي^(١).
(الرابع) قال الشيخ : اذا شرط أن تكون أجرة الاجراء من الثمرة فسد العقد ، لان وضع المساقاة أن من المالك المال ومن العامل العمل ، فاذا كانت أجرتهم على المالك لزم أن يكون من المال والعمل معاً . وهو باطل .
وهذا مسلم اذا فوض العامل العمل كله الى الاجراء ، وأما اذا عمل بعضاً واستأجر في بعض صح العد، كما اذا شرط أن يكون بعض العمل على المالك نعم يشترط تعيين ما يعمل بنفسه وما يستأجر فيه لئلا يفسد العقد .

(الخامس) قال ابن الجنيد : ليس لصاحب الارض أن يشترط على العامل احداث أصل يأتي به من غرس أو حفر بئر ولا يكون للعامل في ثمرته شيء ولو جعل له على ذلك عوضاً في قسطه ، لان ذلك بيع الثمرة قبل خروجها. هذا عبارته ، وأطلق الشيخ في المبسوط جواز اشتراط بعض ما يلزم المالك على العامل ، واختاره العلامة^(٢).

(١) في ب : اقوى .

(٢) راجع المختلف ١٤/٢ .

كتاب الوديعة والعارية

أما الوديعة : فهي استئابة فى الاحتفاظ . وتفتقر الى القبول قولاً
كان أو فعلاً . ويشترط فىهما الاختيار .

قوله : كتاب الوديعة والعارية

الوديعة مأخوذ من ودع يدع اذا سكن واستقر ، وقال الكسائي يقال أودعته
اليه مالا أى دفعته يكون وديعة عنده ، وأودعته أيضاً اذا دفع اليك مالا يكون
وديعة عندك فقبلتها . وهو من الاضداد . واستودعته وديعة أى استحفظته ايها ،
قال الشاعر :

استودع العلم قرطاس فضيعها فبئس مستودع العلم القراطيس

والعارية مأخوذة من عار الشيء يعير : اذا ذهب وجاء ، وشددت الياء لانها
منسوبة الى العارة ، وهو اسم من قولك أعرته المتاع اعارة . فالعارة الاسم
والاعارة المصدر .

وقال الجوهري : العارية بالتشديد كأنها منسوبة الى العار لان طلبها عار
وعيب . قال : والعارية مثل العارية ، واستعاره ثوباً فأعاره .

قوله : أما الوديعة فهي استئابة فى الاحتفاظ

وتحفظ كل ودیعة بما جرت به العادة .
ولو عين المالك حرزاً اقتصر عليه ، ولو نقلها الى أدون أو أحرز
ضمن الامع الخوف .

یرید أنها استنابة في الاحتفاظ لا غير ، والا فالوكالة والمضاربة والاجارة
استنابة أيضاً في الاحتفاظ لكن مع التصرف .

قوله : ويحفظ كل ودیعة بما جرت به العادة

أي في عرف العقلاء في المعاش ، فان النقد لا يوضع في الاصطبل والدابة
لا توضع في البيت الداخل .

قوله : ولو عين المالك حرزاً اقتصر عليه ، ولو نقلها الى أدون أو
أحرز ضمن الامع الخوف

إذا لم يعين المالك حرزاً فقل كما قلنا أولاً من جعلها فيما جرت العادة به ،
وان عين فاما أن يقول مع ذلك « لا تخرجها منه » أو لا يقول ، فالاول لا يجوز
اخراجها الى مساو بل ولا الى احرز اجماعاً ، فلو فعل ضمن الا أن يطرأ خوف
أو سبب تلف . والثاني ان نقلها الى أدون ضمن ، وكذا لو نقلها الى مساو او
أحرز عند المصنف .

وبه قال العلامة محتجاً : بأن الامر بالشئ يستلزم النهي عن ضده ،
والاكوان متضادة فأمره بالكون في موضع معين يستلزم النهي عن الكون في
غير ذلك الموضع .

وقال الشيخ في المبسوط : إذا نقلها الى مماثل لم يضمن ويلزم أنه لو نقل
الى أحرز لم يضمن أيضاً بطريق الاولى ، محتجاً بأن صاحبها قد رضي بأن تكون
في ذلك الموضع وما هو مثله ، كما لو استأجر أرضاً ليزرعها طعاماً فان له أن
يزرع ما يكون مماثلاً في الضرر .

وهى جائزة من الطرفين . وتبطل بموت كل واحد منهما .

وقوى بعضهم قول الشيخ بأن خصوصية المكان المأمور به اما أن تكون مثل خصوصية المكان الاخر في حفظ الوديعة أولاً ، والثاني خلاف الفرض لانهما حينئذ غير متماثلين ، والاول لايتعلق به غرض المالك لان أقوال العقلاء وأفعالهم يجب أن تحمل على الاغراض الصحيحة .

كيف ، ولولزم الضمان بنقلها الى مكان مثله لزم الضمان بتحريكها الى حرز ملاصق للحرز المأمور به ، لعين ما قاله العلامة ، وهو أمر شنيع موجب للجرح .

ويرد على قوله « ان الامر انما يستلزم النهي المذكور » لولم يغفل الامر حال الامر عن ضده . فلم قلت أنه لم يغفل سلمنا لكن على تقدير كون الامر مقيداً بالدوام أو بأمد معين يكون مستلزماً لكنه غير محل النزاع ، اذ النزاع فيما اذا أطلق الامر ولم يقيد . وحينئذ نقول : انه مستلزم النهي في زمان يحصل فيه الامتثال ، وهو أقل جزء من الزمان ، فجاز الاتيان بضده في غير ذلك الزمان ، كما أنه اذا أمره بالعود في مكان مطلقاً فامتثل آنأ ثم انتقل الى غيره فانه يعد ممثلاً . فكذا هنا ، فان الودعي وان لزم نهييه عن الجعل في غير المأمور لكن لا دائماً بل في زمان حصول الامتثال ، فجاز جعله في مكان آخر بعده .

ان قلت : ان الامر وان كان مطلقاً لفظاً لكنه مقيد بأمد ارادة ، وهو من وقت التسليم الى وقت المطالبة .

قلت : ان أردت أن الامر المقيد بالامد المذكور في المكان المأمور به فهو نفس النزاع ، وان أردت أعم من أن يكون في ذلك المكان أو غيره فهو غير مانع ، لانه عين مدعى الشيخ .

قوله : وتبطل بموت كل واحد منهما

ولو كانت دابة وجب علفها وسقيها ، ويرجع به على المالك .
والوديعة أمانة لا يضمنها المستودع الا مع التفريط أو العدوان .
ولو تصرف فيها باكتساب ضمن ، ، وكان الربح للمالك .
ولا يبرأ بردها الى الحرز . وكذا لو تلفت في يده بتعد أو
تفريط فرد مثلها الى الحرز .

معنى بطلانها خروجها عن حكم الاستيمان الاول وتصير أمانة شرعية ،
وتترتب عليها أحكام :

- « ١ » - وجوب المبادرة الى اعلام الوارث لو لم يكن عالماً .
- « ٢ » - عدم قبول قول الودعي في الرد .
- « ٣ » - لو كان الميت المستودع وجب على الوصي أو الوارث المبادرة
الى اعلام المالك .
- « ٤ » - لو كان المالك قدرضي بحرزدون ثم مات وتعذر اعلام وارثه وجب
المبادرة الى جعلها في حرز أمثالهما .
- « ٥ » - لو كان المالك قد وكل في قبضها ثم مات قبل التسليم لم يجز التسليم
الى الوكيل لبطلان وكالته .

واعلم أن في حكم الموت خروج المالك عن أهلية التكليف والتصرف
كما اذا طرأ عليه جنون أو اغماء أو سفه أو فليس ، فيجب اعلام الحاكم حينئذ .
قوله : **والوديعة امانة لا يضمنها المستودع الا مع التفريط أو العدوان**
التفريط اهمال سبب الحفظ ، والعدوان مخالفة المالك فيما أمر به .
قوله : **ولو تصرف فيها باكتساب ضمن وكان الربح للمالك**
التصرف في الوديعة بالاكتساب أن يدفعها عوضاً عن عين مبتاعة للاسترباح

وهذا لا يخلو : اما أن يقع العقد على العين، بأن يبيعه هذه بهذه، أو يقع على ما في الذمة ، بأن يشتري سلعة بثمان معين مطلق ثم يدفع الوديعة قضسي عن ذلك الثابت في ذمته .

فهنا يكون الملك للمستودع والربح لسه وعليه ضمان المدفوع ، والا لو يكون العقد موقوفاً على اجازة المالك ، فان أجاز فالملك والربح له والا كان البيع فاسداً في نفسه وربح كل ملك لمالكه .

هذا تحقيق هذه المسألة، فقول المصنف ضمن وكان الربح للمالك وكذلك قول الشيخين والتقي والقاضي وسار فيه مساهلة، وليس على اطلاقه بل ينصب على صورة شرائه بالعين ويجوز المالك .

وأما رواية مسمع عن الصادق عليه السلام قال : قلت له : اني استودعت رجلا مالا فجحديني وحلف لي عليه ثم أنه جاءني بعد سنتين بالمال الذي استودعته اياه فقال : هذا مالك فخذ هذه أربعة آلاف درهم ربحتها في مالك فهي لك مع مالك واجعلني في حل ، فأخذت المال وأبيت أن آخذ الربح منه وأوقفته المال الذي كنت استودعته أتيك حتى استطلع رأيك فماتري. قال: فخذ نصف الربح منه واعطه الباقي وحله ، ان هذا الرجل تائب والله يحب التوابين^(١). فقد دلت على أمور :

« ١ » - أن الحالف اذا تاب واعترف بالمال جاز أخذه .

« ٢ » - صحة عقود الغاصب مع اجازة المالك .

« ٣ » - استحباب اعطائه نصف الربح وجعل ذلك كالمضاربة . وانما

قلنا بالاستحباب لتعليقه عليه السلام بأنه تائب والله يحب التوابين .

والشيخ عمل بهذه الرواية في الدين ، أي لو كان المعجود ديناً . وهو مع

(١) التهذيب ١٧/١٨٠ ، الوسائل ١٣/٢٣٥ .

بل لا يبرأ الا بالتسليم الى المالك أو من يقوم مقامه .
ولا يضمنها لوقهره عليها ظالم ، لكن ان أمكنه الدفن وجب .
ولو أحلفه أنها ليست عنده حلف مورياً . وتجب اعادتها الى
المالك مع المطالبة .

بعده خلاف منطوق الرواية .

وقال ابن الجنيدي : لو تعدى فيها بالتجارة كان الربح لصاحب المال ، الا أن
يكون صاحبها خيره على أنه ضمنه اياه ولو خيره على ذلك ولم يتجر فيها ولا
انتفع بها ولا تعدى لم يلزمه ضمانه اياها .

قال العلامة : ولا بأس بهذا القول ، لان التضمن وان لم يكن لازماً الا أنه
يفيد الاذن في التصرف ، وحينئذ يكون الربح للودعي ، لانه في الحقيقة استدانة^(١)
وما قاله حسن ، وقد تقدم في المضاربة مثله .

قوله : ولا يضمنها لوقهره عليها ظالم لكن ان امكنه الدفع وجب
هذا هو المشهور والمفتى به ، كما اذا خاف لو لم يدفعها حصول قتل أو ضرب
أو ذهاب مال .

وقال التقي ان سلمها بيده ضمن وان خاف التلف . وهو ممنوع ، لاصالة
البراءة وحصول الضرر بترك التسليم ، والضرر منفي بالحديث .

قوله : وتجب اعادتها على المالك مع المطالبة
ويكون ذلك على الفور ، ولا يصح معها الاشتغال بعبادة واجبة موسعة .
ولو فعل كان ضامناً للوديعة ، حتى أنه لو كان كافراً وجب الرد اليه .

نعم قال التقي ان كان المودع حربياً وجب على المستودع أن يحمل مسا
أودعه الى سلطان الاسلام العادل . وهو حسن ، ولا ينافيه رواية الفضيل عن الكاظم

(١) راجع المختلف ١/١٦٧ .

ولو كانت غصباً منعه وتوصل في وصولها الى المستحق .
ولو جهله ، عرفها كاللقطة حولا ، فان وجده والاتصدق بها
عن المالك ان شاء . ويضمن ان لم يرض .

عليه السلام^(١) وجوب ردها على الخارجي ، لان الخارجي أظهر كلمة الاسلام
فلا يحل ماله .

قوله: ولو كانت غصباً منعه وتوصل في وصولها الى المستحق، ولو جهله
عرفها كاللقطة حولا فان وجده والاتصدق بها عن المالك ان شاء ويضمن
ان لم يرض

هذا قول الشيخ معتمداً على رواية حفص بن غياث عن الصادق عليه السلام^(٢)
وهو ضعيف ، لكن النظر يؤيد روايته ، فانه مال مجهول المالك فيكون لقطه
فيعمل به ما يعمل بها .

وقال المفيد وسلار : اذا لم يعرف المالك أخرج خمسها لاربابه وتصدق
بالباقى على فقراء المؤمنين .

وقال التقي : بل يحملها الى الامام العادل ، فان تعذر فعله حفظها الى حين
تمكنه من ايصالها الى مستحقها والوصية بها الى من يقوم مقامه ، ولا يجوز ردها
الى الظالم مع الاختيار .

وهو اختيار ابن ادريس والعلامة . وهو الاقوى ، وكلام المصنف لا يدفع
هذا القول ، لانه قال تصدق بها ان شاء فاذا لم يشأ عمل كما قال التقي حتماً .

(١) التهذيب ١٨١/٧ .

(٢) التهذيب ١٨٠/٧ ، الكافي ٣٠٨/٥ ، الاستبصار ١٢٤/٣ ، الفقيه ١٩٠/٣ .
ليس في الكافي « حفص بن غياث » ومكانه « رجل » .

ولو كانت مختلطة بمال المودع ردها عليه ان لم يتميز .
وإذا ادعى المالك التفريط ، فالقول قول المستودع مع يمينه .

قوله : ولو كانت مختلطة بمال المودع ردها عليه ان لم يتميز
اذ لولم يرددها والحالة هذه لزم منع مال الغير ، وهو باطل . واستشكله
العلامة في القواعد^(١) من حيث استلزام ذلك رد المال المغصوب الى الغاصب
وهو باطل ، ومن نقل ابن ادريس الاجماع على وجوب رده اليه .
والاجود ان أمكن الحاكم سلمه اليه والارده الى الغاصب عملاً بالاجماع
المذكور ، لان الاجماع المنقول بخبر الواحد حجة .

قوله : ولو ادعى المالك التفريط فالقول قول المستودع مع يمينه
اذا تلفت الوديعة فاما أن يدعي المستودع تلفها بسبب خفي كالسرقة ، ولا
خلاف في أن القول قوله لمكان أمانته وتعذر اقامة البينة على مثل ذلك ، أو يدعي
سبباً ظاهراً كالحرقة والغريق والنهب . فالذي يظهر من كلام الشيخ عدم قبول
قوله بل يفتقر الى البينة لامكان اقامتها على مثل ذلك ، وقال العلامة يقبل قوله في
الظاهر والخفي ، لرواية الحلبي عن الصادق عليه السلام : ان صاحب الوديعة
والبضاعة مؤتمنان^(٢) .

وهل يفتقر الى يمين؟ قال الصدوق لامستدلاً برواية مرسله عن الصادق عليه
السلام قال : وروي في حديث آخر عنه عليه السلام أنه قال : لم يخنك الامين

(١) قال في القواعد : ولو مزجها الغاصب بماله فان تميزت وجب ردها على مالئها
دون المودع على اشكال .

(٢) الكافي ٢٣٨/٥ ، التهذيب ١٧٩/٧ ، الاستبصار ١٢٤/٣ ، الفقيه ١٩٣/٣ .

ولو اختلفا في مال ، هل هو ودیعة أودین ، فالقول قول المالك
مع یمینه أنه لم یودع اذا تعذر الرد أو تلف العین .

ولكنك ائتمنت الخائن^(١) . وبه قال الشيخ في النهاية^(٢) ، إلا أن يدعي المالك
التفريط ولا یبینه فان القول قول المودع مع یمینه .

والاشهر أن علیه الیمین في الموضوعین لانه مدع ، فاذا لم تكن علیه البینه
فلا أقل من الیمین . وقال ابن الجنید والتقی لا یمین علیه الامع التهمة .

اذا عرفت هذا فلواتفقا على التلف لكن ادعی المالك التفريط والمستودع
عدمه كان القول قوله ، لما قلنا من أمانته وأصالة براءة ذمته من الضمان .

قوله : ولو اختلفا في مال هل هو ودیعة أودین فالقول قول المالك
مع یمینه انه لم یودع اذا تعذر الرد أو تلفت العین

هذا قول الشيخ في النهاية^(٢) وابن الجنید ، وهو مؤید نظراً ورواية :
أما الاول : فلان ذالید أقر بوصول المال الیه ، وهو محتمل للاقتراض وعدمه
كالاستيداع ولا مرجح لاحد الاحتمالین على الآخر . ثم انه يدعی ما یزیل
الضمان عنه فعليه البینه ومع عدمها على المالك الیمین .

وأما الثاني : فعموم قوله صلى الله علیه وآله وسلم : على اليد ما أخذت
حتى تؤدي^(٣) . ورواية اسحاق بن عمار قال : سألت الكاظم علیه السلام عن رجل
استودع رجلاً ألف درهم فضاغت ، فقال الرجل كانت عندي ودیعة وقال الآخر
انما كانت عليك قرضاً . قال علیه السلام : المال لازم له إلا أن یقیم البینه أنها

(١) الكافي ٢٩٩/٥ ، الوسائل ٢٣٤/١٣ .

(٢) النهاية : ٤٣٦ .

(٣) سنن الترمذی ٥٦٦/٣ ، سنن ابی داود ٢٩٦/٣ ، سنن ابن ماجه ٨٠٢/٢ .

ولو اختلفا في القيمة فالقول قول المالك مع يمينه .

وقيل : القول قول المستودع ، وهو أشبه .

ولو اختلفا في الرد فالقول قول المستودع .

كانت ودیعة^(١) .

وقال ابن ادریس : هذا صحيح اذا أقرأوا بوصول المال اليه ثم ادعى بعد ذلك أنه ودیعة فلا يقبل الا بالبينة، وأما اذا لم يقرأوا بقبض المال وأجاب دعواه بأنه كانت ودیعة فيكون حينئذ القول قوله مع يمينه لانه لم يصدق دعواه بل انكرها ثم قال : وليلحظ ذلك ، فان فيه غموضاً .

والحق ما قاله الشيخ وأنه لا غموض في هذه المسألة ، وأنه لا فرق بين

البارتين .

قوله: ولو اختلفا في القيمة فالقول قول المالك مع يمينه، وقيل قول المستودع ، وهو أشبه

الاول قول الشيخين ، لان المستودع لخيانته خرج عن كونه أميناً فلا يقبل قوله . والثاني قول التقي وابن ادریس ، لانا انما نقبل قوله مع يمينه اذا عجز المالك عن البينة على القدر الزائد ، وهو حينئذ منكر وغارم فيكون القول قوله لا لانه أمين .

قوله : ولو اختلفا في الرد فالقول قول المستودع

هذا هو المشهور ، واستشكله العلامة في القواعد وارشاده من حيث أمانته فيقبل قوله ومن حيث كونه مدعياً فالقول قول المالك لانه منكر . والفتوى على الاول ، لابتناء الايداع على الاخفاء ، ولانه لولاه لامتنت هذه الوظيفة التي فيها ارفاق

(١) التهذيب ١٧٩/٧ ، الفقيه ١٩٤/٣ ، الكافي ٢٣٩/٥ .

ولومات المودع وكان الوارث جماعة دفعها اليهم أو الى من يرتضونه . ولو دفعها الى البعض ، ضمن حصص الباقيين .
وأما العارية : فهي الاذن في الانتفاع بالعين تبرعاً وليست لازمة لاحد المتعاقدين .

ويشترط في المعير كمال العقل وجواز التصرف .

ومعونة مع صعوبة الاشهاد غالباً . وهل يفتقر الى اليمين ؟ تقدم الخلاف .

قوله : ولودفعها الى البعض ضمن - الى آخره

قال الشيخ في النهاية^(١) أوعطي كل ذي حق حقه .

وهذا ليس بجيد على الاطلاق ، اذ ليس له القسمة .

واعتذر له العلامة بأن مراده تسليمها اليهم مشاعاً . وليس بشيء ، والا لزم تداخل الاقسام ، لانه قال بهذه العبارة لم يسلمها الا الى جماعتهم أو واحد يتفقون عليه أوعطي كل ذي حق حقه ، وانما يصح لو كان وصياً أو حاكماً والورثة صغار .

قوله : وليست لازمة لاحد المتعاقدين

هذا حكم كل عقد جائز ، غير أن هنا مسائل خرجت عن ذلك ، فبعضها

متفق عليه وهو الاعارة للدفن بعد الطم^(٢) والباقي وقع فيها نزاع .

(الاولى) قال الشيخ : اذا اعاره جداراً ليضع عليه خشبة وطرفه الاخر على

حائط المستعير لم يكن له بعد الوضع الازالة وان ضمن الارش ، لانه يؤدي الى

قلع جذعه من ملكه قهراً ، بخلاف الغرس لانه في ملك غيره .

(١) النهاية : ٤٣٨ .

(٢) قال في القواعد : لورجع في الاعارة للدفن بعد وضع الميت في القبر قبل الطم

جاز .

وللمستعير الانتفاع بما جرت به العادة .
ولا يضمن التلف ولا النقصان لو اتفق بالانتفاع .
بل لا يضمن الا مع تفريط أو عدوان أو اشتراط ، الا أن تكون
العين ذهباً أو فضة فالضمان يلزم وان لم يشترط .

(الثانية) قال أيضاً : لو أعاره أرضاً للزرع لم يكن له الزامه بالقلع قبل
ادراكه له ، لان له وقتاً ينتهي اليه ولودفع الارش . وتبعه ابن ادريس في
الحكمين معاً . وقال العلامة بجواز الرجوع كغيره من العواري وتخريب ملك
الغير مجبور بالارش .

(الثالثة) قال ابن الجنيدي : لو أعار قراحاً^(١) للبناء أو الغرس مدة معلومة لم يكن
له اخراجه عن بنائه أو غرسه كرهاً قبل انقضاء المدة ، فان فعل كان غاصباً عليه
ما على الغاصب ، وان كانت الاعارة غير موقنة جاز ذلك مع الارش . والحكم
الثاني مسلم ، وأما الاول فممنوع ، لان اشتراط المدة لا يخرج العارية عن حقيقتها
ويصيرها لازمة وضرر المستعير يتجبر بالارش .

(الرابعة) الاعارة للرهن على الدين المؤجل بعد رهن المستعير وقبض
المرتهن لازمة قبل الحلول وليس للمعير المطالبة بالفك حينئذ : وقال الشيخ في
المبسوط له ذلك ، وتبعه العلامة في التذكرة .

قوله : ولا يضمن التلف ولا النقصان لو اتفق بالانتفاع ، بل لا يضمن
الامع تفريط او عدوان او اشتراط الا ان تكون العين ذهباً او فضة فالضمان
يلزم وان لم يشترط

روى زرارة في الحسن عن الصادق عليه السلام قال: قلت العارية مضمونة

(١) القراح : المزرعة التي ليس فيها بناء ولا شجر والجمع اقرحه .

فقال: جميع ما استعرتَه فتوى فلا يلزمك [ما] تواه ، الا الذهب والفضة فانهما يلزمان الا أن يشترط أنه متى ماتوى لم يلزمك تواه، وكذلك جميع ما استعرت فاشترط عليك لزمتك ، والذهب والفضة لازم لك وان لم يشترط عليك^(١) .
اذا عرفت هذا فاعلم أن المشهور بين الاصحاب ما ذكره المصنف، وهو مفهوم من الرواية المذكورة وتفصيله بفوائد :

- (الاولى) الضمان بالتعدي والتفريط ، وهو اجماعي .
- (الثانية) ضمان الذهب والفضة مطلقاً الا أن يشترط عدمه .
- (الثالثة) الضمان مع الشرط ، وهو عام في الكل ويكون في النقدين تأكيداً .
- (الرابعة) عدم ضمان ماعدا النقدين مع الاطلاق .
- (الخامسة) التالف بالاستعمال غير مضمون مع الاطلاق وعدمه ، خلافاً للفتي فانه أوجب مع شرط الضمان ضمان التالف بالاستعمال والنقص . والفتوى على الاول ، لانه مأذون في اذها به .

وفيه نظر ، لانا لانسلم أنه مأذون في اذها به ، لان شرط العين أن ينتفع بها مع بقائها، فلا يكون الاذها مأذوناً فيه بل منهياً عنه، فيقوى حينئذ كلام التقي .
(السادسة) هل حكم المصوغ حكم النقدين في الضمان مع الاطلاق أم لا ؟ وجهان: أحدهما الضمان لاطلاق النص، وثانيهما العدم لان العلة في ضمان النقدين ضعف منفعتهما مع بقاء عينهما فأشبهه اعارتهما القرض فلذلك ضمنا ، بخلاف الحلبي فان الانتفاع به قوي وهو اللبس وما يضاهيه .

(السابعة) الحق ابن الجنيد الحيوان بالنقد في الضمان مع الاطلاق الامع اشتراط سقوطه ، لقوله عليه السلام : على اليد ما أخذت حتى تؤديه^(٢) . ورواية

(١) الكافي ٢٣٨/٥ ، التهذيب ١٨٣/٧ ، الاستبصار ١٢٦/٣ .

(٢) سنن ابن ماجه ٨٠٢/٢ ، سنن الترمذي ٥٦٦/٣ ، سنن ابى داود ٢٩٦/٣ .

ولو استعار من الغاصب مع العلم ضمن . وكذا لو كان جاهلاً
لكن يرجع على المعير بما يغترم .

وكل ما يصح الانتفاع به مع بقائه تصح اعارته . ويقتصر
المستعير على ما يؤذن له .

ولو اختلفا في التفريط ، فالقول قول المستعير مع يمينه .

ولو اختلفا في الرد ، فالقول قول المعير .

ولو اختلفا في القيمة فقولان ، اشبههما : قول الغارم مع يمينه .

وهب عن الصادق عليه السلام عن علي عليه السلام : من استعار عبداً مملوكاً
لقوم فعيب فهو ضامن ، ومن استعار حراً صغيراً فعيب فهو ضامن^(١) .

وأجيب عن الاول بأنها عامة وما رويناها عن زرارة خاص فيقدم، وعن الثاني
بضعف وهب أولاً وبحملها على التفريط ان صحت ثانياً . هذا وقد ذكرنا العلة
في ضمان التقدين وليست حاصلة في الحيوان .

قوله : ولو اختلفا في التفريط فالقول قول المستعير مع يمينه

هذا قول الشيخ والتقوي وابن حمزة والقاضي وابن ادريس، لكونه منكراً
للتفريط فيكون عليه اليمين مع عدم البينة. وقال المفيد وسلاح القول قول المالك
ولاوجه له .

قوله : ولو اختلفا في القيمة فقولان اشبههما قول الغارم مع يمينه

قال الشيخان والتقوي والقاضي وابن حمزة القول قول المالك لان امانة

(١) الكافي ٣٠٢/٥ ، التهذيب ١٨٥/٧ ، الاستبصار ١٢٥/٣ .

ولو استعار ورهن من غير اذن المالك ، انتزع المالك العين
ويرجع المرتهن بماله على الراهن .

المستعير بطلت، وقال ابن ادريس القول قول المستعير لا لانه أمين بل لانه منكر
وغارم، واختاره العلامة والمصنف ، وعليه الفتوى .

قوله كذا

قوله كذا

قوله كذا

قوله كذا

قوله كذا

قوله كذا

قوله كذا

قوله كذا

قوله كذا

قوله كذا

قوله كذا

قوله كذا

قوله كذا

قوله كذا

كتاب الاجارة

- وهي تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم .
- ويلازم من الطرفين وتفسخ بالتقابل .
- ولا تبطل بالبيع ولا بالعتق .

قوله : كتاب الاجارة

وهي تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم. قال الجوهري: آجرته الدار أكريتها
والعامة تقول واجرته .

وشرعاً ما قاله المصنف، فالتمليك جنس وتقيده بالمنفعة يخرج البيع ،
وكونها بعوض يخرج السكنى فانها تمليك منفعة بغير عوض . وينتقض بالجماعة
اذا كانت بالمنفعة ، كقوله « من رد عبدي له خدمته مدة كذا » .

هذا التملك لا بد له من ايجاب من المؤجر أو من قام مقامه كقوله « آجرتك
أواكرتتك أو ملكتك سكنى الدار أو ركوب الدابة مدة كذا » ، وقبول من المستأجر
كقوله « قبلت » وشبهه .

قوله : ولا تبطل بالبيع ولا بالعتق

هنا فوائد :

(الاولى) لا كلام أنه لو آجر العين ثم باعها على غير المستأجر فإنه لا تبطل الاجارة لسبقية حق المستأجر . ثم المشتري ان كان عالماً فلا خيار له والا كان له الخيار في فسخ البيع وامضائه والصبر حتى تنقضي مدة الاجارة .

(الثانية) اوباعها على المستأجر هل تبطل ويرجع المشتري بأجرة باقي المدة

أم لا ؟ فيه احتمالان :

أحدهما : نعم للمنافاة بين البيع والاجارة ، اذ البيع وارد على محلها ، ضرورة تبعية المنفعة للعين المملوكة بالبيع ، ولا يمكن بقاء الاجارة والاجتمع على المعلول الشخصي علتان ، كما لا يمكن الجمع بين الملك الحادث والنكاح واختاره العلامة في الارشاد ، لان ملك الرقبة مقتض لحديث المنفعة على ملكه بالتبعية ، واذا ملكت لم يبق عليها عقد اجارة فتبطل .

وثانيهما : لا لان البيع وان اقتضى ملك المنفعة الا أنه هنا تخلف لمانع وهو سبق ملكها ، فكان كما لو باع على أجنبي . واختاره في القواعد اجراء للمنفعة مجرى الثمرة غير المويرة^(١) المتقدم ملكها على ملك الاصل ، فإنه لولا التقدم لاقتضاها ملك الاصل . والتمثيل بالنكاح ثم الملك ، فان النكاح يزول بحديث الملك غير تام ، فان مورد البيع وان كان هو الرقبة في الموضوعين الا أنه في النكاح أقوى ، ولهذا يجوز للسيد حبس الامة المزوجة نهائراً وان قبض الصداق بخلاف الاجارة ومن ثم لو غصب البضع بالزنا قهراً ووطئت بالشبهة كان المهر للسيد لا للزوج ، بخلاف غصب العين المستأجرة فان منفعتها وعضها للمستأجر وهذا هو الاقوى .

(١) في الهامش : كما لو اشترى ثمرة سنتين بعد بدو صلاحها ثم باع المالك الاصل في السنة الثانية بعد ظهور الثمرة وبعد تأبيرها فانها تخلفت هنا عن تبع الاصل لمانع وهو سبق ملك المشتري .

وهل تبطل بالموت . قال الشيخان : نعم وقال المرتضى : لا تبطل ، وهو أشبه .

(الثالثة) لو آجر العبد ثم أعتقه فهل يرجع على المولى بأجرة باقي المدة حكى في المبسوط قولين : أحدهما نعم لدخول المدة في ملكه فيضمنها له السيد للحيلولة ، وثانيهما لا لانتقال المنفعة الى المستأجر وثبوت ملكه عليها وملك المؤجر على الاجرة ، ولان السيد انما ملكه نفسه مسلوب المنفعة ، فكان كما لو شرط عليه الخدمة . وهذا أقوى .

(الرابعة) نفقة العبد في باقي المدة ليس على المستأجر ، ولا يمكن العبد تحصيلها لاستغراق وقته في الخدمة ، فيحتمل حينئذ ثبوتها في ذمة السيد لاستيفائه عوض المنفعة وعدمه لزوال الملك حينئذ كونها في بيت المال .

قوله: وهل تبطل بالموت، قال الشيخان نعم وقال المرتضى لا تبطل وهو أشبه

وافق الشيخين على البطلان مطلقاً بموت أيهما كان سلاراً والقاضي وابن حمزة وهو مذهب ابي حنيفة .

واحتج الشيخ عليه في الخلاف^(١) باجماع الفرقة وأحاديثهم، وبأن المستأجر دخل على أن يستوفي المنفعة من ملك المؤجر فكيف يستوفي من ملك غيره . وأجيب عن الاجماع بعدم تحققه ، وعن الاحاديث بعدم الوقوف عليها ، وعن الثالث بمنع توقف استيفاء المنفعة على ملك الاصل والابطلت الاجارة من الاصيل ، أعني المستأجر الاول وان لم يمت أحدهما ، واللازم باطل فكذا الملزوم . وحينئذ نقول: ان المستأجر قد استحق جملة المنافع في حياة المؤجر فلا يستحقها وارث المؤجر وان استحق الاصل ، واستحقاق الاصل غير مانع

(١) راجع الخلاف ٢/٢٠٧ .

وكل ما تصح اعارته تصح اجارته .

من استحقاق المستأجر المنافع ، لما بيناه على أن ذلك لا يدل على البطلان مطلقاً .

ووافق المرتضى في عدم البطلان التقي وابن ادریس والمصنف والعلامة . وهو الأقوى ، لاصالة بقاء ما كان على ما كان .
وهنا قولان آخران :

(الاول) نقل عن الشيخ في المبسوط البطلان بموت المستأجر دون موت المؤجر .

(الثاني) نقل القاضي عن المرتضى أنه سوى بينهما في ذلك ، بأن بين أن الوجه فيهما واحد . والظاهر أن المراد أنه سوى بين المؤجر والمستأجر في البطلان ، وحينئذ نسبة القول بالصحة مطلقاً الى المرتضى - كما نقل ابن ادریس منظور فيه . نعم كلامه في الناصريات في المسألة المائتين يدل على عدم البطلان بموت المستأجر .

قوله : وكل ما تصح اعارته تصح اجارته

يريد به كل ما يصح الانتفاع به مع بقاءه تصح اعارته وتصح اجارته . واطلاق هذه القاعدة لا يتم على مذهب كل من الشيخ وابن ادریس :
أما الاول - فلانه منع فسي المبسوط والخلاف اجارة حائط مسروق^(١) أو محكم للنظر اليه والتفرج والتعلم منه ، لان المنع منه قبيح فاجارته قبيحة . وهذه العلة لاتسري في العارية ، وجوز ابن ادریس ذلك اذا كان الغرض التعلم ، كما

(١) زوقته تزويقاً مثل زينته وحسنه .

يجوز اجارة كتاب فيه خط جيد للتعلم منه . ورجح العلامة^(١) قول الشيخ، لانها منفعة ليس للمالك منعها فلا يصح اجارتها كالاستئجار بالحائط ، وليس كذا الكتاب لان المستأجر يتصرف فيه بالقبض والتقليب بخلاف الحائط . وفيه نظر، لان تزويق الحائط انما يكون غالباً الى جهة ملك مالكة لا الى الدرب وشبهه ، فله منعه واجارته للغرض الذي قاله ابن ادريس .

وأما الثاني - أعنى عدم تمامها على قول ابن ادريس^(٢) - فان الدراهم والدنانير تصح اعارتها عنده ولم تصح اجارتها ، على ما قواه أخيراً محتجاً بأنها عرفاً لا ينتفع بها الا باذهاب أعيانها ، وكذا لا يصح وقفها ولو صحت اجارتها لصح وقفها . نعم تصح اجارة المصاغ منها . وأيضاً لو كانت لها منفعة مقصودة شرعاً لالزم الغاصب لها بعوضها ، لكن لا يلزم اتفاقاً بل بأعيانها لا غير .

قال العلامة : هذا خطأ: أما أولاً فللمنع من الملازمة بين الوقف والاجارة فان الوقف تصح اجارته ولا يصح وقفه . وأما ثانياً فبالمنع من عدم الزام الغاصب بالاجرة .

والتحقيق أن نقول: ان كان لها منفعة مقصودة حكيمية صحت اجارتها والافلا^(٣) . وفيه أيضاً نظر :

أما الأول - فان الملازمة صحيحة ضرورة، فان المصحح لهما شيء واحد وهو جواز الانتفاع مع بقاء العين . وكون الوقف لا يصح وقفه مع صحة اجارته لا يقدح في الملازمة بل يشبهها، لانه لو لم يصح وقفه لما كان وقفاً ، وانما لم يصح وقفه ثانياً لان الوقف الثاني ان تعلق بعين ما تعلق به الوقف الاول فهو تحصيل

(١) المختلف : الجزء الثالث ٨ .

(٢) السرائر : ٢٧٤ ، ٢٧٥ .

(٣) المختلف : الجزء الثالث ٧ .

الحاصل والا لكان نقضاً للوقف لا وقفاً. وأيضاً انما لم يصح وقفه ثانياً لان شرط الوقف وروده على عين مملوكة ملكاً تاماً والموقوف ليس كذلك ، بخلاف الاجارة فانه ليس من شرطها ملك العين كما تقدم. ومراد ابن ادريس بقوله «لوصح اجارتها لصح وقفها» العين من حيث هي هي لاهي مع قيد كونها موقوفة أو موجرة، فلا منافاة حينئذ بين قولنا العين بقيد كونها موقوفة لا يصح وقفها ويصح اجارتها وبين قولنا كل عين تصح اجارتها يصح وقفها ، لتغاير المحكوم عليه فيهما، كما لا منافاة بين قولنا الجسم بقيد كونه أسود لا يقبل السواد ويقبل الحركة وبين قولنا الجسم من حيث هو يقبل السواد والحركة .

وأما الثاني فللاجماع على عدم الزام الغاصب بالاجرة ، فمنعه مكابرة . ثم قوله «ان كان لها منفعة» الى آخره ، شك والشك بمعزل عن التحقيق . ثم الذي يؤيد قول ابن ادريس أن الدراهم والدنانير منفعتهما الحكيمية دورانهما أثماناً للاعواض ، فكل ما ينافي ذلك يكون باطلا . ولما كان الوقف للتأبير والاجارة غير منحصرة في مدة فجاز طولها سنين كانا متنافيين ، ولذلك توعده على كثرهما وأمر بانفاقهما. وليس كذلك العارية، لانها عقد جائز لا لازم ، فلا يلزم من الاعارة الجنس المنافي للحكمة المذكورة .

فائدتان :

(الاولى) تصح اجارة المصوغ من النقدين، لقوة الانتفاع باللبس ولعدم وقوعهما أثماناً غالباً . وكذا يصح وقفه لكن ان وقف حلي النساء على النساء وحلي الرجال على الرجال .

(الثانية) قال الشيخ بناء على صحة اجارة النقدين انه لو لم يعين جهة الانتفاع بهما بطلت الاجارة وكانا قرضاً، لان العادة في دنانير الغير ودراهمه أن لا ينتفع بها الاعلى جهة القرض ، فاذا أطلق الانتفاع رجع الى المعتاد .

واجارة المشاع جائزة . والعين أمانة لا يضمنها المستأجر ولا
ما ينقص منها، الا مع تعد أو تفريط ، وشرائطها خمسة :

قال ابن ادريس : لانسلم البطلان على تقدير صحة الاجارة ، لانه وان أطلق
جهة الانتفاع فان قيد الاجارة يمنع من اذهاب العين .
قال العلامة اعتذاراً للمشيخ : فانه عول في ذلك على العرف وقد ثبت في
العرف الشرعي انصراف الاجارة الى الاعيان فيما الغالب فيه تناولها دون
المنافع ، كاستيجار المرضعة والشاة للحلب وأجرة الحمام ، فكذا هنا لما كانت
المنفعة المقصودة الانتفاع بأعيانها كانت الاجارة قاضية لجواز اتلافها، وحينئذ
تصير قرصاً بالاتلاف .
وفي هذا الاعتذار نظر :

أما أولاً : فلانه على تقدير انصراف الاجارة فيما ذكره الى الاعيان لا يلزم
مثله هنا ، لان انصراف الاجارة الى اللبن في المرضعة والماء في الحمام لعدم
امكان الاستباحة بالبيع أو القرض لعدم الضبط ، أما هنا فلا ، اذ يمكن الاستباحة
بالقرض أو البيع فلا ضرورة الى صرف الاجارة الى اتلاف العين .
على أنه قد قيل : ان الاجارة في المرضعة على وضع الثدي في الفم وفي
الحمام على اللبث واللبن والماء تابعان .

وأما ثانياً : فلان الاجارة فيما ذكره ليس فيها اذهاب العين المعقود عليها
بل استباحة العين ، بخلافه في محل النزاع .

قوله واجارة المشاع جائزة

لاصالة الجواز ، ويكون المستأجر شريكاً في المنفعة .

قوله : والعين امانة لا يضمنها المستأجر ولا ما ينقص منها الا مع تعد
او تفريط

تنقيح هذا البحث بفوائد :

(الاولى) لاختلاف في عدم ضمان العين مدة الاجارة الامع التعدي أو التفريط
اما بعد انقضائها وتلفها في يد المستأجر بغير تعد ولا تفريط هل يضمن أم لا ؟
قال الشيخ في المبسوط نعم ، لانه زمان غير مأذون له في امساكها ، ومن أمسك
شيئاً بغير اذن مالكة وأمكنه الرد ولم يرد ضممه . قال : ومن الناس من قال
لا يضمن .

وقال ابن ادريس: الاقوى عدم الضمان ولا يجب الرد الامع مطالبة المالك
لانها أمانة لا يجب ردها الا بعد المطالبة كالوديعة. قال وما ذكره الشيخ معارض
بالرهن ، فانه لاختلاف في عدم ضمانه لو أدى الدين ولم يطالب الراهن به .
وتردد العلامة في المختلف ولم يرجح شيئاً .

والاقوى الضمان ، لان الامساك موقت فلا بد من استيناف اذن بعد الاستيفاء
أو الرد أو العرض على المالك مع امكان ذلك لاحتمال النسيان من المالك. اللهم
الامع علم المالك بذلك واهماله الطلب . وليس كذلك الوديعة والرهن ، لان
الامساك مأذون فيه مطلقاً من غير مانع، ولهذا لومات المودع أو الراهن مع أداء
الدين ولم يعلم الوارث بالوديعة والرهن وجب الاعلام فوراً والاثبت الضمان .
(الثانية) لاختلاف في ضمان الصانع لو تلفت العين بخيانتة بصنعتة ، أما
لو تلفت في يده لا من قبله ففيه قولان : قال المرتضى والمفيد بالضمان الامع
اشتهار السبب كالحريق والغريق أو قيام البينة بأن التلف من غيره، واحتجا بقوله
صلى الله عليه وآله وسلم : على اليد ما أخذت حتى تؤدي^(١) ، ورواية مسمع
عن الصادق عليه السلام^(٢) .

(١) سنن ابى داود ٣/٢٩٦ ، ابن ماجة ٢/٨٠٢ ، سنن الترمذى ٣/٥٦٦ .

(٢) التهذيب ٧/٢١٦ ، الكافي ٥/٢٤٤ .

وقال الشيخ^(١) بعده، واختاره ابن ادريس والعلامة^(٢) لكونه أميناً، ولرواية
بكير بن حبيب عن الصادق عليه السلام: لا يضمن القصار الا ما جنت يده وان
اتهمته أحلفته^(٣). ومثله رواية معاوية عنه عليه السلام^(٤).

وأجاب العلامة عن حجة الاولين بأن قوله صلى الله عليه وآله وسلم « على
اليده ما أخذت » مجمل ، لاحتمال أن يراد به يجب أو يستحب أو ينبغي ، وعلى
تقدير الوجوب نقول به، فان اليرد يجب عليه ما أخذت مع وجوده، والاحاديث
محمولة على التعدي والتفريط .

وفيه نظر ، لان « على » ظاهره الوجوب ، كما يقال على فلان مال وعليه
صلاة أو زكاة أو ضمان ، فلا يكون مجملاً . نعم هو عام مخصوص بما لم يكن فيه
استيمان من المالك والا لضمنت الوديعة ، وهو باطل .

(الثالثة) لاختلاف في الضمان مع التفريط أو التعدي ، وقد تقدم معناهما .
نعم شرط الضمان بالتفريط الانفراد عن يد المالك ولا يشترط ذلك مع التعدي،
فلو تعدى وشارك المالك ضمن بقسطه ولو انفرد عن المالك اختص بالضمان .
وتفصيل هذه الجملة بصور :

« الاولى » لو نزل بالدابة في مسبعة أو مهلكة مع موافقة المالك فلا ضمان
ولو كان لامع موافقته فهو ضامن .

« الثانية » لو حمل على الدابة زائداً عن المشروط وباشر التحميل من دون
حضور المالك فتلفت ضمن قيمتها أجمع .

« الثالثة » لو كال الطعام المحمول وزاد في الكيل عن المشروط ولم يعلم

(١) راجع النهاية ٤٤٦ ، والقواعد الفصل الرابع من كتاب الاجارة في الضمان .

(٢) التهذيب ٢٢١/٧ ، الاستبصار ١٣٣/٣ ، وفيهما : بكير بن حبيب .

(٣) التهذيب ٢٢٠/٧ ، الاستبصار ١٣٢/٣ .

- (١) أن يكون المتعاقدان كاملين جائزى التصرف .
 (٢) وأن تكون الاجرة معلومة ، كيلاً أو وزناً . وقيل تكفى
 المشاهدة ولو كان مما يكال أو يوزن .

المالك وحمل المالك الحمل على الدابة بيده ضمن المستأجر الذى كال قسط
 الزيادة .

(الرابعة) اختلف الفقهاء في تقدير قسط الزيادة في الصورة المذكورة: فقبل
 النصف، لان الدابة تلفت بسببين أحدهما مباح والاخر محرم ، ومثاله في الجناية
 مالو جرح واحد مائة جرح وآخر جرحاً واحداً فسرى الكل كان على كل واحد
 نصف . وقيل يضمن بالنسبة ، لان التلف مستند الى الجملة ولا ترجيح باسناد
 الضمان الى واحد ، فلو ضمن الاقل مثل الاكثر أو بالعكس لزم تساوي الزائد
 والناقص وهو محال فيسقط ضمان المأذون ويبقى الزائد ، فلو كان المستأجر له
 مائة فزاد عشرة ضمن جزء من أحد عشر، وفرق بين المحمول والجراحات عدم
 ضيعة آثارها بخلاف المحمول .

(الخامسة) لو كانت الدابة للمالكين فاستأجرها للحمل مائة وزاد عشرة وحملها
 المالكان، فان كانت الدابة في يده ويد المالكين ضمن الثلث لانه صاحب يد ثالث
 وصار بالتعدي يده يد ضمان لما يده عليه والدابة اذا كانت في يد ثلاثة ففي يد كل
 واحد ثلثها، فالمستأجر في يده ثلث فيضمن الثلث بالتعدي لانه صير يده يد ضمان
 فيما في يده وهو الثلث ، وان لم يكن في يده شيء ضمن على أحد الاحتمالين
 النصف وعلى الاخر جزء من أحد عشر .

قوله : وقيل تكفى المشاهدة ولو كان مما يكال او يوزن
 هذا قول الشيخ في المبسوط . والحق خلافه ، للزوم الغرر المنهي عنه

وتملك الاجرة بنفس العقد معجلة مع الاطلاق أو اشتراط

التعجيل .

ويصح تأجيلها نجومياً ، أو الى أجل واحد .

والمشاهدة لاتدفعه .

ولما علم من عادة الشرع أن عقدالمعاوضة على المكيل والموزون لايصح

الابعد اعتبارهما بالكيل أوالوزن ، ولأن الجهالة تؤدي الى النزاع والغبن .

قوله : وتملك الاجرة بنفس العقد معجلة مع الاطلاق او اشتراط

التعجيل .

هنا مسألتان :

(الاولى) ان الاجرة تملك بنفس العقد كما تملك المنفعة به ، وسيجيء

تقريره .

(الثانية) انه اذا ملكت بنفس العقد هل يجب تسليمها مع الطلب أم لا .

نقول : لا يخلو اما أن تقع الاجارة على عين كسكنى الدار أو ركوب الدابة أو

على عمل كخياطة يوم أو ثوب ، فان كان الاول يجب التسليم بتسليم العين ، فاذا

استوفى المستأجر المنفعة استقر ملك المالك على الاجرة ، وان كان على عمل

لا يجب التسليم الا بعد العمل .

وهل يشترط تسليمه ؟ قيل لا مطلقاً واختاره المصنف في الشرائع ، وقال

الشيخ في المبسوط ان كان الاجير في دارالمستأجر ويعمل بين يديه لا يشترط لانه

في تسليمه ، وان كان في بيت الاجير اشترط تسليمه . وقيل يشترط ، وهو الاقوى :

لانها عقد معاوضة كالبيع ، وكما لا يجب تسليم أحسد العوضين فيه قبل تسليم

الآخر فكذا هنا .

ولو استأجر من يحمل له متاعاً الى موضع في وقت معين بأجرة معينة ، فان لم يفعل ، نقص من أجرته شيئاً معيناً صح ، ما لم يحط بالاجرة .

وتظهر فائدة الخلاف فيما لو تلف العمل قبل التسليم ، فانه كتلف المبيع فان شرطنا تسليمه فلاأجرة .

قوله : ولو استأجر من يحمل له متاعاً الى موضع في وقت معين بأجرة معينة فان لم يفعل نقص من أجره شيئاً معيناً صح ما لم يحط بالاجرة

هذه المسألة ذكرها الشيخ في الخلاف وابن الجنيد والقاضي واختارها المصنف والعلامة، ومستندهم رواية محمد الحلبي موثقاً عن الباقر عليه السلام^(١). وفي معناها رواية محمد بن مسلم أيضاً عنه عليه السلام^(٢)، ويؤيده قوله صلى الله عليه وآله وسلم : المؤمنون عند شروطهم^(٣).

ومنع ابن ادريس ذلك وقال: العقد صحيح والشرط باطل لانه غير شرعي ولم يدل عليه كتاب ولا سنة متواترة ولا اجماع ، بل لم يورده غير الشيخ في النهاية .

وكلامه ضعيف: أما أولاً فلما ذكرنا من الدلالة، وأما ثانياً فلانسلّم أنه شرط باطل وانما الباطل ما يخالف الكتاب والسنة وهذا لا يخالفهما ، وأما ثالثاً فلانه لو بطل لا بطل العقد أيضاً لان بطلان الشرط يقتضي بطلان المشروط عقلاً واللازم باطل باعتراه فكذا الملزوم، وأما رابعاً فلانه ليس الشرط الباطل الا يدل عليه

(١) التهذيب ٢١٤/٧ ، الفقيه ١٦٢/٣ ، الكافي ٢٩٠/٥ .

(٢) التهذيب ٢١٤/٧ ، الكافي ٢٩٠/٥ ، الفقيه ٢١/٣ .

(٣) التهذيب ٢٢/٧ ، الكافي ١٨٧/٦ ، اخرجه في الفقيه «روضة المتقين» ١٨/١٣ .

وفيه المسلمون .

كتاب ولاسنة بل الذي يدل الكتاب والسنة على بطلانه ، لان الاصل الجواز
ولادلالة للكتاب والسنة على بطلانه بل على صحته كما ذكرناه .

ويتفرع على المسألة فرعان :

(الاول) لو قال ان خطنه اليوم فلك درهم وان خطته في الغد فلك نصف

درهم .

(الثاني) لو قال ان خطنه رومياً وهو ما يكون بدرزين فلك درهمان وان خطته
فارسياً وهو الذي يكون بدرز واحد فلك درهم ، فمنع ابن ادريس ذلك وحكم
ببطلان العقد في الصورتين ، واختاره العلامة في المختلف^(١) محتجاً بأنه عقد
واحد واختلف فيه العوض بالتقديم والتأخير فلا يصح ، كما لو قال بعتك بدرهمين
نقدأً وبدرهم نسيئة ، وبأنه مجهول فلا يصح .

وفرق بين صورة النقل وصورة النزاع ، لان الاولى اوجب عليه أن يوافي
به في يوم بعينه وشرط ان لم يفعل ينقص من أجره شيئاً ، وصورة النزاع لم
يوجب عليه شيئاً معيناً فتطرق الجهالة اليه ، بخلاف الاول .

وأما الشيخ فلم يفرق في الخلاف بين الجميع في الصحة ، وقال في المبسوط
ان خاط في اليوم الاول فله الدرهم وان خاطه في الغد فله أجره المثل وهو ما
بين الدرهم والنصف ولا ينقص عن النصف ولا يبلغ الدرهم . وهو مذهب
ابى حنيفة .

قال ابن ادريس : ولو قلنا بصحة ذلك جعالة أمكن . وزده العلامة بأن الجعالة
يشترط فيها تعيين الجعل أيضاً فيبطل .

قال الشهيد : ويشكل بأن الجعل معلوم على كل واحد من التقديرين غاية
الجهل بوقوع أحد العملين تعييناً ، وذلك لا يخرج الجعالة عن الصحة ، فان

(١) راجع المختلف ٨/٢ .

(٣) وأن تكون المنفعة مملوكة للمؤجر أو لمن يؤجر عنه .
وللمستأجر أن يؤجر الا أن يشترط عليه استيفاء المنفعة بنفسه .

مناطها الجهالة في العمل .

والاجود ما قاله الشيخ في الخلاف، لعدم الفرق بين صورة الوفاق والنزاع الا في شيء لا مسدخ له في البطلان ، لان قوله ان خطته غداً فلك نصف في معنى ان لم تخطه اليوم ينقص من أجرتك نصفها، الا أنه عين ظرف هذا الشرط والتعيين لا يقتضي البطلان .

وما ذكره العلامة من الفرق ضعيف، لان قوله « وصورة النزاع لم يوجب شيئاً معيناً » ممنوع ، بل عينه بالنسبة الى اليوم وحده وكذا بالنسبة الى الغد وفوض الاختيار الى الخياط كما فوضه الى المؤجر في الصورة المنصوصة ، وحمل هذه الصورة على صورة البيع قياس أصله فيه خلاف .

قوله : وللمستأجر أن يؤجر الا ان يشترط عليه استيفاء المنفعة بنفسه
أما الثاني فاتفقي ، وأما الاول فان آجر بمثل ما استأجر جنساً وقدراً صح أيضاً اتفاقاً، وكذا لو خالف وعمل في العين زائداً. أما لو خالف مع عدم الاحداث فخلاف منعه الثلاثة والتقني وابن الجنيد وسلار والصدوق في المقنع والقاضي في المهذب ، وجوزه المفيد وابن ادريس على كراهية ، واختار المصنف في الشرائع الاول^(١) لكنه خصه بالمسكن والخان والاجير ، والعلامة^(٢) اختار الثاني .

(١) الشرائع ١٣٨/١ قال : ولا يجوز ان يؤجر المسكن ولا الخان ولا الاجير بأكثر مما استأجره الا ان يؤجر بغير جنس الاجرة او يحدث ما يقابل التفاوت .

(٢) راجع المختلف ٣/٢ .

وهو الحق ، لان المستأجر ملك المنفعة فله أن يؤجرها كيف شاء ، لمعوم قوله صلى الله عليه وآله وسلم : الناس مسلطون على أموالهم^(١) ، ولرواية ابي المغرا في الحسن عن الصادق عليه السلام^(٢) ومثله رواية ابي الربيع الشامي عنه عليه السلام^(٣) أيضاً وغيرهما من الروايات .

واحتج المانع بأنه ربا ، وبرواية اسماعيل بن الفضل الهاشمي عن الصادق عليه السلام^(٤) ، ورواية الحلبي عنه عليه السلام^(٥) أيضاً .

والجواب عن الاول بمنع لزوم الربا، اذ محله بيع أحد المقدرين المتساويين جنساً بالآخر . وعن الثاني بالحمل على الكراهية ، لما رواه ابو بصير قال : قال الصادق عليه السلام : اني لاكره أن استأجر رحي وحدها ثم أوجرها بأكثر مما استأجرتها به الا ان يحدث فيها حدثاً أو تغرم فيها غرامة^(٦) .
وهنا فوائد :

(الاولى) جوز الشيخ رحمه الله أن يؤجر بعضها بأكثر مال الاجارة ويتصرف هو في الباقي بجزء من ذلك وان قل ، لرواية محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام : الرجل يستكرى بمائة دينار فيكرى بقيتها بخمسة وتسعين ديناراً ويعمر هو بقيتها . قال : لا بأس^(٧) .

(١) البحار ٢/٢٧٢ .

(٢) الكافي ٥/٢٧٢ ، التهذيب ٧/٢٠٣ ، الاستبصار ٣/١٢٩ ، الوسائل ١٣/٢٦٠ .

(٣) الكافي ٥/٢٧١ ، التهذيب ٧/٢٠٣ ، الاستبصار ٣/١٢٩ ، الفقيه ٣/١٥٧ ،

الوسائل ١٣/٢٥٩ .

(٤) التهذيب ٧/٢٠٣ ، الكافي ٥/٢٧٢ ، الفقيه ٣/١٥٧ ، الاستبصار ٣/١٢٩ و١٣٠ .

(٥) التهذيب ٧/٢٠٤ ، الكافي ٥/٢٧٣ .

(٦) الكافي ٥/٢٧٣ ، التهذيب ٧/٢٠٤ .

(٧) التهذيب ٧/٢٠٥ ، الاستبصار ٣/١٣١ فيه : فيكرى نصفها . وليس « هو » في

الاول .

(٤) وأن تكون المنفعة مقدرة بنفسها كخياطة الثوب المعين ،
أو بالمدة المعينة كسكنى الدار .

(الثانية) قيل انما اقتصر المصنف في الشرائع على المسكن والخان والاجير
لدلالة الروايات عليها دون غيرها .

وفيه نظر ، لاني لم أجد المنع صريحاً الا في الاجير والخان ، فان رواية
ابى المغرا وابى الربيع عن الصادق عليه السلام: ان فضل الاجير والحانوت
حرام . هذا مع أنه ورد المنع في الارض الامع الحدث في رواية اسماعيل
ابن الفضل .

(الثالثة) اذا قيل بالتحريم فمن قال النهي في المعاملة يفيد الفساد كان العقد
فاسداً ، ومن قال بعدمه - وهو الحق - كان صحيحاً . ويحتمل الفساد ، لتعلق
النهي بجزء المعاوضة . أما مع القول بالكرامية فالعقد صحيح قطعاً .

قوله : وان تكون المنفعة مقدرة في نفسها كخياطة الثوب المعين
أو بالمدة المعينة كسكنى الدار .

لاخلاف في صحة تقديرها بالعمل المعين خاصة من غير زمان أو بالزمان
المعين خاصة من غير تقدير العمل فيه، واختلف في تقديرها بهما كخياطة الثوب
المعين في اليوم المعين ، فقال الشيخ وابن ادريس بالبطلان لان استيفاء العمل
في المدة قد لا يتفق ، وقيل يصح لامكانه .

والحق الاول ، للزوم الغرر، اذ يجوز أن يوقع ذلك العمل في بعض المدة،
فيبقى الزمان خالياً عن العمل ، فيدخل الضرر على المستأجر ، أو لا يتمكن من
عمله في تلك المدة فيحتاج الى صرف مدة أخرى ، فيدخل الضرر على الاجير
فاذا لا يخلو من غرر على أحدهما .

وهنا مسائل :

(الاولى) ان اطلاق عقد الاجارة هل يقتضى الاتصال الزماني، مثل أن يقول « آجرتك هذه الدار شهراً بأجرة كذا» هل يقتضي أن يكون أوله متصلاً بالعقد فيصح العقد حينئذ أولاً يقتضى ذلك فيكون شهراً مجهولاً فيبطل العقد؟

كلام الشيخ في المبسوط والخلاف^١ متردد بينهما، فانه قال فيهما يبطلان العقد في هذه الصورة، وانما يبطل على تقدير عدم تعيين الشهر وانما لم يتعين اذا لم يكن العقد مقتضياً للاتصال .

وقال في موضع آخر اذا آجره داراً شهراً مستقبلاً ولم يدخل بعد لم يصح، وانما لم يصح لاقتضاء العقد الاتصال، فيكون قد شرط ما ينافي مقتضى العقد فيبطل فجاء التردد في كلامه والتناقض .

وحكم القاضى وابن ادریس بعدم الاقضاء وصحة العقد في الصورة الثانية، واختاره العلامة واحتج بأن شرط الاتصال يقتضي عدمه فيكون باطلاً :

أما الاول فلان كل واحد من الاذمنة التي يشتمل عليها مدة الاجارة معقود عليها وليست متصلة بالعقد، فاتصال الجزء الاول منها يقتضي عدم اتصال الاخير به . وفيه نظر، لان الزمان عرفاً غير قار الذات يستحيل اجتماع أجزائه دفعة واحدة كالحركة، والاجزاء التي لم تتصل بالعقد اتصلت بالجزء المتصل به، فتكون متصلة أيضاً، اذ المراد بالاتصال هو عدم تخلل زمان لا يتناول العقد لاملق الزمان .

والتقي حكم بوجود الاتصال الزماني في سائر العقود .

(١) الخلاف ٢/٢٠٩ قال: اذا قال آجرتك هذه الدار شهراً ولم يقل من هذا الوقت واطلق فانه لا يجوز، وكذلك اذا آجره الدار في شهر مستقبل بعد ما دخل فانه لا يجوز . وقال : دليلنا ان عقد الاجارة حكم شرعى ولا يثبت الا بدلالة شرعية وليس على ثبوت ما قاله دليل فوجب ان لا يكون صحيحاً .

وتملك المنفعة بالعقد .

ويمكن أن يحتج له بأن العقود كلها انشاءات والانشاءات علل الاحكام والعلل تقتضي الاتصال الزماني ، ولذلك قالوا ان اطلاق عقد البيع يقتضى تسليم العوضين في الحال ولو قيد بزمان مستقبل فيهما بطل .

(الثانية) قال الشيخ : اذا استأجر سنة رجع الى الهلالية ، فان وافق أول الهلال كانت السنة كلها أهلة ، وان لم يوافق ذلك أول الهلال عد الباقي من ذلك الشهر وكان ما عداه بالاهلة ثم يكمل ذلك الشهر الاول من الاخير ثلاثين يوماً ، وان قلنا انه يكمل بقدر ماضى من ذلك الشهر كان قوياً .

وهو يدل على تردد ، والاجود هنا وفي السلف الاول مع احتمال كون الاشهر كلها بالعدد .

(الثالثة) قال الشيخان اذا قال «آجرتك كل شهر بكذا»^١ ولم يعين صح في شهر وبطل في الزائد ولزم فيه أجرة المثل ، وقال ابن ادريس يبطل في الكل ويلزم أجرة المثل .

وهو الحق ، لانه كلما انتفى شرط الصحة انتفت الصحة لكن المقدم حق فالتالي مثله والملازمة ظاهرة ، وأما حقيقة المقدم فلان العلم بقدر المنفعة شرط في العقد اجماعاً ، وهي انما تعلم هنا بالمدة وهي مجهولة فتجهلت المنفعة . ولا يلزم من مقابلة كل جزء من أجزاء المدة المجهولة بعوض معلوم صيرورة المدة معلومة .

قوله : وتملك المنفعة بالعقد

(١) قال في النهاية ٤٤٤ : ومتى استأجر الانسان داراً او مسكناً مشاهرة بأن يقول : كل شهر بكذا وكذا لم تنعقد الاجارة الا على شهر واحد وكان ما زاد عليه يلزمه فيه اجرة المثل . وقال في الخلاف ٢ / ٢٠٧ : اذا قال : آجرتك هذه المدار كل شهر بكذا كانت اجارة صحيحة .

وإذا مضت مدة يمكن استيفاء المنفعة والعين في يد المستأجر
استقرت الاجرة ولو لم ينتفع .

وإذا عين جهة الانتفاع لم يتعدها المستأجر ويضمن مع التعدي .

لا يقال : المنفعة معدومة ، ولا شيء من المعدوم يتعلق به الملك ، فلا شيء
من المنفعة يتعلق به الملك ، أما الصغرى فظاهرة ، إذ المعقود عليه هو المنافع
المستقبلية . وأما الكبرى فلان الملك نسبة بين مالك ومملوك يتوقف ثبوته على
ثبوت المنتسبين .

لانا نقول: الجواب موقوف على تقرير مقدمة، وهي ان الموجود المركب
على قسمين : أحدهما موجود توجد اجزائه دفعة واحدة كالجسم ، وثانيهما
موجود توجد اجزائه شيئاً فشيئاً كالزمان وما توجد فيه من الحركة . ويسمى
الاول دفعي الوجود ، والثاني تدريجي الوجود . والمنافع من القسم الثاني ،
وهي وان كانت معدومة في الحال الا أن لها قسطاً من الوجود في الجملة وليست
معدومة على الاطلاق . والشارع اعتبر هذا النحو من الموجود وجعل حكمه
حكم الموجود الاول في اجراء الاحكام عليه اذا وجد جزء منه لامطلقاً ، واسم
يعتبر وجوده بجميع اجزائه لاستحالة ، وذلك كما في الوصية بالمنفعة ، فانها
حين الوصية ليست موجودة بجميع اجزائها بل تتجدد شيئاً فشيئاً .

وحينئذ نقول : قوله « المنفعة معدومة » ان أرادها ما كان معدوماً بجميع
اجزائه فممنوع ، وان أراد ببعض اجزائه فمسلم ، وقوله في الكبرى « ولا شيء
من المعدوم » يتعلق به الملك ، وان أراد به الاول فمسلم ، وان أراد الثاني فممنوع
وسند المنع ما ذكرناه من اعتبار الشارع ما هذا شأنه .

ولو تلفت العين قبل القبض أو امتنع المؤجر من التسليم مدة
الاجارة بطلت الاجارة . ولو منعه الظالم بعد القبض لم تبطل وكان
الدرك على الظالم .

اذا عرفت هذا فكل من قال بملكية المنفعة بالعقد قال بملكية الاجرة به
دفعه ، لان الاجارة عقد معاوضة مالية محضة، وكل عقد معاوضة مالية انما يملك
للعوضان فيها معاً ولا يتقدم ملك أحدهما على الاخر وهو حكم اجماعي . ومن
قال بعدم ملكها - وهو ابوحنيفة - بل يتملكها تدريجاً قال ان الاجرة كذلك لا
يملكها المؤجر الا تدريجاً بحسب استيفاء المستأجر للمنفعة . والحق الاول
لما عرفت .

**قوله : ولو تلفت العين قبل القبض او امتنع المؤجر من التسليم مدة
الاجارة بطلت الاجارة**

اذا تعلقت الاجارة بالعين ثم تلفت قبل القبض فلا خلاف في بطلانها والرجوع
على المؤجر بالاجرة مع الاقباض، أما مع المنع فان كان قبل القبض فللمستأجر
الخيار في الفسخ والالزام بالتسليم ، وان كان بعده فالمانع غاصب يلزمه ما
يلزم الغاصب .

وعبارة المصنف تدل على البطلان مع المنع . وليس بشيء ، لانه ملك
بالعقد فله الالزام بالتسليم وله الخيار لتضرره بالمنع .

نعم قال القاضي : لومنه بعض المدة ثم سلم في الباقي فليس للمستأجر
الامتناع من قبضها باقي المدة . وليس بشيء أيضاً ، بل له خيار الفسخ لتبعض
الصفقة .

ولو انهدم المسكن تخير المستأجر في الفسخ وله الزام المالك
باصلاحه .

ولا يسقط مال الاجارة لو كان الهدم بفعل المستأجر .

(٥) وأن تكون المنفعة مباحة .

فلو آجره ليحمل الخمر وليعلمه الغناء لم تنعقد .

ولا تصح اجارة الابق .

ولا يضمن صاحب الحمام الثياب الا أن يودع فيفرط .

قوله: ولو انهدم المسكن [اوعاب] تخير المستأجر في الفسخ وله الزام
المالك باصلاحه

وكذا لو انهدم بعضه مما يفوت به الانتفاع، أمالوا ستأجر دارين صفقة فانهدم
احدهما أوداراً وعبداً صفقة فمات العبد أو انهدمت الدار ، قال القاضي كان
الباقي لازماً له بحصة . وليس بشيء بل له الفسخ لتبعض الصفقة وله الالتزام
بالحصة .

قوله : ولا يسقط مال الاجارة لو كان الهدم بفعل المستأجر

هذا اذا كان على جهة الانتفاع فانفق الهدم، أما لو كان تعدياً فان المستأجر
ضامن وبتقصان .

قوله : ولا تصح اجارة الابق

لعدم القدرة على التسليم ، وهل تصح مع الضميمة كالبيع ؟ نظرن عدم
التنصيب ومن جوازه في نقل العين الذي هو أقوى ، ففي المنافع أولى
بالجواز .

قوله : ولا يضمن صاحب الحمام الثياب الا ان يودع فيفرط

ولو تنازعا في الاستيجار فالقول قول المنكر مع يمينه .
ولو اختلفا في رد العين فالقول قول المالك مع يمينه . وكذا
لو كان في قدر الشيء المستأجر .
ولو اختلفا في قدر الاجرة فالقول قول المستأجر مع يمينه .
وكذا لو ادعى عليه التفريط .

هذا اشارة الى مذهب بعض العامة أظنه مالكا، وهو أن صاحب الحمام يضمن
الثياب مطلقاً فرط أولاً . وهو باطل ، لاصالة البراءة وعموم ثبوت السبب .
قوله : ولو تنازعا في الاستيجار فالقول قول المنكر مع يمينه
أما ان يكون هذا التنازع قبل استيفاء المنفعة فيحلف المنكر ولا شيء في
البين ، أو بعد استيفاء المنفعة فيحلف أيضاً ويثبت على المستوفي أقل الامرين
من أجره المثل وما ادعاه المؤجر ان كان هو المدعي ، واكثر الامرين من أجره
المثل وما ادعاه المستأجر ان كان هو المدعي .

قوله : ولو اختلفا في قدر الاجرة فالقول قول المستأجر مع يمينه
هنا أقوال :

(الاول) قول الشيخ في الخلاف تستعمل القرعة فمن خرج اسمه حلف
وحكم له .

(الثاني) قوله في المبسوط ان كان الاختلاف قبل مضي المدة تحالفا وان
كان بعدها في يد المكري لم يتحالفا وكان القول قول المكري ، كما في البيع
القول قول المشتري اذا كانت السلعة تالفة . ونقل هذا القول عن قوم، وقال هو
الذي يقتضيه مذهبنا ، وهو مذهب ابن الجنيدي .

(الثالث) قول القاضي ان لم تكن بينة تحالفا، فان نكل أحدهما عن اليمين

وتثبت أجره المثل في كل موضع تبطل فيه الاجارة .

ولو تعدى بالدابة المسافة المشترطة ضمن ، ولزمه في الزائد

أجره المثل .

كان القول قول الاخر مع يمينه ، فان حلفا جميعاً أو نكلا جميعاً انفسخ العقد في المستقبل وكان القول قول المالك مع يمينه في الماضي، فان لم يحلف كان له أجره المثل .

(الرابع) ما قاله ابن ادريس واختاره المصنف والعلامة ، سواء كان قبل المدة أو بعدها . ولا وجه للفرعة ، لانه لا اشكال هنا ، لانهما انفقا على الاجارة وعلى مطلق الاجرة ، وانما اختلفا في قدر الاجرة والمؤجر يدعي زيادة ينكرها المستأجر، فيكون على المدعي البينة فان عجز حلف المستأجر وبرىء من تلك الزيادة. هذا كله اذا لم تكن بينة لاحدهما ، فلو كانت لاحدهما حكم بها مطلقاً . ولو أقام كل منهما بينة فاحتمالات : « ١ » تقديم قول المدعي ، لان القول قول المنكر فلاحكم لبينته . « ٢ » التحالف ، لان كلامهما مدع باعتبار ومنكر باعتبار . « ٣ » الفرعة ، لان الاشكال حاصل مع البينة .

قوله : ولو تعدى بالدابة المسافة المشترطة ضمن ولزمه في الزائد
أجره المثل

ان لم تلتف الدابة ولم تنقص لزمه أجره المثل في الزائد مع المسمى، وان تلتف أو نقصت قال القاضي يلزم مع التلتف القيمة لاغير ومع النقص اما الاجرة أو قيمة الناقص .

والحق خلافه ، بل يلزمه القيمة للنقص والاجرة معاً، لاصالة عدم التداخل

وان اختلفا فى قيمة الدابة أو أرش نقصها فالقول قول الغارم .
وفى رواية ، القول قول المالك .
ويستحب أن يقاطع من يستعمله على الاجرة ويجب ايفاءه عند
فراغه .
ولا يعمل اجير الخاص لغير المستأجر .

ولان كلاهما يثبت بسبب النقص بالجناية^(١) والاجرة باستيفاء المنفعة .
قوله : ولو اختلفا فى قيمة الدابة او ارش نقصانها فالقول قول الغارم
وفى رواية القول قول المالك

ما أفتى به قول ابن ادريس ، لان المستأجر غارم ومنكر لزيادة يدعيها المالك
وأما الرواية فهي ما رواه احمد بن محمد عن ابن محبوب عن ابى ولاد عن
الصادق عليه السلام قال: اما أن يحلف هو- أي صاحبها - على القيمة فيلزمك
فان رد اليمين عليك حلفت على القيمة ولزمه ذلك ، أو يأتي صاحب البغل
ببينة^(٢) .

وعمل الشيخ عليها فى النهاية^(٣) فى الدابة، وقال: والحكم فيما سوى الدابة
مما يقع فيه الخلاف كون البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه . والحق
الاول .

قوله : ولا يعمل الاجير الخاص لغير المستأجر
الاجير قسمان: خاص وهو الذي يستأجر مدة معينة بالزمان لاي عمل تصح

(١) فى بعض النسخ : بالخيانة .

(٢) الكافى ٢٩٠/٥ ، التهذيب ٢١٥/٧ ، الاستبصار ١٣٤/٣ .

(٣) النهاية : ٤٤٦ .

الاجارة عليه ، ومشارك وهو الذي يستأجر لعمل معين مطلق أو لزمان مطلق مضبوط .

إذا عرفت هذا فالحر له ذمة تتعلق بها الحقوق اجماعاً وليس له رقة تتعلق بها الحقوق اجماعاً الا في الفصاص ، وهل له منافع يستحقها الغير بالعقد أم لا قولان ، قيل لا والا لساوى العبد في تملك منفعه ، وقيل نعم لصحة المعاوضة عليها .

وتظهر فائدة الخلاف في الاجير الخاص كما قلناه ، ان قلنا بتملك منفعه فتملك الاجارة كذلك ، وان قلنا لا تملك منفعه يكون ذلك العمل مستحقاً في ذمته . وعلى التقديرين يكون عمله لغير المستأجر في ذلك الزمان حراماً ، لاستلزامه اسقاط حق مضيق يجب اداؤه لمستحقه .

ويترتب على ذلك أنه لو آجر الاجير الخاص نفسه في ذلك اليوم لغير المستأجر فهنا حكمان :

« ١ » ان قلنا بتملك منفعه كان المستأجر الاول مخيراً بين ان يأخذ المسمى الثاني من المستأجر الثاني وبين ان يأخذ أجره مثل ذلك العمل ولو زاد على أجره الاولى ، وان قلنا انه حق ثابت في ذمته كانت الاجرة الثانية للاجير ويضمن للمستأجر الاول قسط ذلك الزمان - أي أجره مثله .

« ٢ » ان قلنا بتملك منفعه تخير المستأجر الاول في الرجوع بقيمة تلك المنافع على أيهما شاء من الاجير والمستأجر الثاني لكون ذلك غضباً ، وان قلنا انه حق ثابت في الذمة فليس له مطالبة المستأجر الثاني بشيء بل مطالبة الاجير خاصة .

وأما الاجير المشترك فيصح عمله لغير المستأجر وله أجره عمله من غير تعلق للمستأجر الاول بها .

(فائدة) العبد له منافع تتعلق بها الحقوق اجماعاً ، وكذا له ربة تتعلق
 بها الجنايات اجماعاً ، وليس له ذمة بالنسبة الى مولاه اجماعاً . وهل له ذمة
 بالنسبة الى غير مولاه ؟ قيل لا بل عند الاتلاف يستحق المستحق أن يستحق عليه
 عند حريره ، وليس له مال على القول الاصح من عدم تملكه حتى تتعلق به الحقوق
 وعلى القول بتملكه تتعلق الحقوق بأمواله .

تملك العبد

تملك العبد له منافع تتعلق بها الحقوق اجماعاً ، وكذا له ربة تتعلق
 بها الجنايات اجماعاً ، وليس له ذمة بالنسبة الى مولاه اجماعاً . وهل له ذمة
 بالنسبة الى غير مولاه ؟ قيل لا بل عند الاتلاف يستحق المستحق أن يستحق عليه
 عند حريره ، وليس له مال على القول الاصح من عدم تملكه حتى تتعلق به الحقوق
 وعلى القول بتملكه تتعلق الحقوق بأمواله .

تملك العبد له منافع تتعلق بها الحقوق اجماعاً ، وكذا له ربة تتعلق
 بها الجنايات اجماعاً ، وليس له ذمة بالنسبة الى مولاه اجماعاً . وهل له ذمة
 بالنسبة الى غير مولاه ؟ قيل لا بل عند الاتلاف يستحق المستحق أن يستحق عليه
 عند حريره ، وليس له مال على القول الاصح من عدم تملكه حتى تتعلق به الحقوق
 وعلى القول بتملكه تتعلق الحقوق بأمواله .

تملك العبد له منافع تتعلق بها الحقوق اجماعاً ، وكذا له ربة تتعلق
 بها الجنايات اجماعاً ، وليس له ذمة بالنسبة الى مولاه اجماعاً . وهل له ذمة
 بالنسبة الى غير مولاه ؟ قيل لا بل عند الاتلاف يستحق المستحق أن يستحق عليه
 عند حريره ، وليس له مال على القول الاصح من عدم تملكه حتى تتعلق به الحقوق
 وعلى القول بتملكه تتعلق الحقوق بأمواله .

كتاب الوكالة

وهي تستدعى فصولاً :

(الاول) الوكالة ، عبارة عن الايجاب والقبول الدالين على

الاستنابة في التصرف .

قوله : كتاب الوكالة

يقال وكلته توكيلاً ، والاسم الوكالة بفتح الواو وكسرها . والوكيل القائم

بالوكالة . ويقال له الجريء أيضاً .

والتوكيل اظهار العجز والاعتماد على غيرك ، والاسم التكلان^(١) .

قوله : الوكالة عبارة عن الايجاب والقبول الدالين على الاستنابة في

التصرف

(١) والتكلان بضم التاء البدلة من الواو . فان اصل اتكلت او تكلت قلبت الواو ياء لانكسار ما قبلها ثم ابدلت منها التاء فأدغمت في تاء الافتعال ، ثم بنيت على هذا الادغام اسما من المثال ، وان لم تكن فيها هذه العلة توهما ان التاء اصلية ، لان هذا الادغام لا يجوز اظهاره في حال ، فمن تلك الاسماء التكلة والتكلان والتخمة والنهمة والتجأة والتراث والتقوى ، واذا صغرت قلت تكيلاً وتخيمه ولا تعيد الواو لان هذه الحروف الزمت البدل فبقيت في التصغير والجمع .

في هذا التعريف نظر من وجوه :

(الاول) ان كان الوكالة لغة صفة قائمة بالوكيل والاستنابة صفة قائمة بالموكل فالمقصود بالتعريف : اما المفهوم اللغوي فهو صفة قائمة بالوكيل كما عرفت ، فلا يجوز تعريفها بالاستنابة التي هي صفة قائمة بالموكل لتباينهما أو العقد الشرعي وذلك هو التوكيل والتوكيل هو الاستنابة، فيبقى تقدير الكلام التوكيل هو الايجاب والقبول الدالين على التوكيل ، فيكون تعريفاً للشئ بنفسه . اللهم الا أن نعني بالايجاب والقبول لفظهما وبلاستنابة معناها فلا يفسد .

(الثاني) ان الوكالة كما تكون في الافعال كذا تكون في الاقوال، وكثير من الاقوال لا يطلق عليه التصرف عرفاً حقيقة بل مجازاً، والتعريفات تصان عن ذلك .
(الثالث) ان التصرف أعم من الصحيح وهو ظاهر والفاسد كالغصب وشراء الخمر والعقود الفاسدة . والمقصود هو الاول ، فيكون تعريفاً غير مانع .
والاجود في تعريفها أنها عقد يفيد نيابة الغير في شئ للمستنيب أن يتولاه بنفسه وبغيره . فالشئ يعم الاقوال والافعال ، وتقيده بماله ان يتولاه يخرج الفاسد من الاقوال والافعال . وقولنا « وبغيره » احتراز عما ليس له أن يتولاه بغيره كالواجبات العينية والنذور والايمان وغير ذلك .

وهنا فوائد :

(الاولى) الايجاب هنا « وكلتك » أو « استنبتك » أو الاستيجاب كقوله « وكلتني » فيقول نعم، أو أمره بالبيع أو الشراء والقبول: اما لفظاً كقوله « قبلت » وشبهه أو فعلاً كايقاع ما وكل فيه .

(الثانية) لا يشترط في القبول الفورية ، فيجوز تأخره ، فان الغائب يوكل والقبول يتأخر .

(الثالثة) لا يشترط وقوعهما باللفظ العربي وكذا سائر العقود الجائزة . نعم

ولا حكم لو كالة المتبرع .

ومن شرطها أن تقع منجزة . فلا يصح معلقة على شرط ولا صفة .

لوشهد الشاهدان بانشاءهما اشترط اتفاقهما على صيغة واحدة ، أما لو شهدا بالاقرار فلا يشترط . وكذا يشترط في الانشاء اتحاد الزمان لافي الاقرار .

قوله : ولا حكم لو كالة المتبرع

قبل معناه أن الوكالة عبارة عن الاستنابة ، وهي ثلاثة جعل وأجرة وتبرع وحكمها أنه اذا فعل ما استنيب فيه استحق الجعل معه والاجرة مع عدمه مالم يكن قد تبرع فانه لا شيء له .

وفيه اشارة الى أن الاستنابة تقتضي استحقاق اجرة على العمل ، لانه عمل محلل من مسلم محترم باذن الموكل .

ويحتمل أن الوكالة بمعنى التوكيل ، وحينئذ ان عنى بانتفاء الحكم كونها باطلة في نفس الامر نافي ذلك فتواه بوقوع عقد الفضولي موقوفاً أن عقد الفضولي ليس باطلاً مطلقاً ، وان عنى عدم نفوذها بل تكون موقوفة على اجازة الموكل عنه فمسلم لكن العبارة لاتفيد ذلك .

وهذا أولى من التفسير الاول ، لانه في غير محله ، فيكون ذكره كالاجنبي ، بخلاف التفسير الثاني . وحينئذ يمكن أن يريد به انتفاء لزوم فعله للموكل عنه .
قوله : ومن شرطها ان تقع منجزة فلا تقع (١) معلقة على شرط ولا صفة
الشرط ما يمكن وقوعه عادة ، كقوله « ان دخلت الدار فقد وكلتك » ،
والصفة ما يجب وقوعه عادة كقوله « اذا طلعت الشمس فقد وكلتك » .

(١) في المختصر النافع : فلا تصح .

ويجوز تنجزها وتأخير التصرف الى مدة . وليست لازمة لاحدهما .

ولا ينعزل مالم يعلم العزل وان أشهد بالعزل على الاصح .
وتصرفه قبل العلم ماض على الموكل .

قوله : ويجوز تنجزها وتأخير التصرف الى امد

كقوله « وكلتكت الان ولا تنصرف الا في الوقت الفلاني » .

قوله : ولا ينعزل مالم يعلم العزل وان أشهد بالعزل على الاصح وتصرفه
قبل العلم ماض على الموكل

هذا قول ابن الجنييد والشيخ في الخلاف^(١) ، واختاره المصنف والعلامة
في بعض كتبه . وهو فتوى الفاضل والشهيد لوجوه :

(الاول) لو انعزل ولما يعلم لزم تكليف الغافل ، لانه حكم شرعي والحكم
الشرعي لو ازم المكلف قبل علمه لزم تكليف الغافل . واللازم باطل فكذا الملزوم .
(الثاني) لو انعزل قبل العلم لزم الحرج والاضرار ، وهما منفيان بالكتاب
والسنة : أما الملازمة فلجواز أن يبيع ثوباً فيفصله المشتري أو داراً فيهدمها أو
غير ذلك مما يستلزم بطلان التصرف فيه الضرر .

(الثالث) ما احتج به الشيخ في الخلاف ، وهو أن النهي لا يتعلق حكمه
بالمضي الا بعد علمه ، ولذلك لما سمع أهل قبا وهم في الصلاة أن القبلة قد

(١) الخلاف ١٤٥/٢ قال فيه : ومن راعى العلم استدل على ذلك بأن قال : ان النهي
لا يتعلق به حكم في المنهي الا بعد حصول العلم به وهكذا أبواب نواهي الشرع كلها ،
ولهذا لما بلغ اهل قبا ان القبلة قد حوت الى الكعبة وهم في الصلاة داروا وبنوا على
صلاتهم ولم يؤمروا بالاعادة ، فكذا نهى الموكل وكيهه عن التصرف ينبغي ان لا يتعلق به
حكم في حق الوكيل الا بعد العلم .

حولت الى الكعبة داروا اليها ولم يعيدوا صلاتهم .

(الرابع) الروايات كرواية هشام بن سالم عن الصادق عليه السلام : ان الوكيل اذا وكل ثم قام عن المجلس فأمره ماض أبداً ، والوكالة ثابتة حتى يبلغه العزل عن الوكالة بثقة يبلغه أو شافهه بالعزل عن الوكالة^(١) . ومثله رواية ابي هلال الرازي عن الصادق عليه السلام^(٢) . وفي حديث العلاء بن سبابة عن الصادق عليه السلام : ان علياً عليه السلام قضى بذلك^(٣) .

وقال الشيخ في النهاية^(٤) وابن حمزة والتميمي والقاضي والقطب وابن ادريس والعلامة في القواعد^(٥) انه ينعزل بالعلم أو الاشهاد ، لكونه عقداً جائزاً ، ولانه لولاه لزم لزومها في ذلك وهو باطل ، ولانه لو أعتق العبد الذي وكله في بيعه أو عتقه أو باعه لانعزل ، فاذا لم يعتبر العلم في العزل الضمني ففي صريح العزل أولى .

والذي يظهر لي أنه ان أمكنه للموكل الاعلام ولم يعلمه فلا ينعزل الا بالاعلام ، وأما اذا لم يمكنه الاعلام وظهر له مصلحة في عزله فانه ينعزل بالعزل وان لم يعلم ، لكن مع امكان الاشهاد يجب الاشهاد .

وانما قلنا ذلك لئلا يلزم تحمل الضرر الحاصل تبعاً و كالتة وصيرورة الجائز لازماً ليس مقتضى ذلك ، والروايات نحملها على تمكنه من الاعلام ولم يعلمه . وقولهم : يلزم تكليف الغافل . قلنا : ممنوع ، لان العلم بكونها عقداً جائزاً

(١) التهذيب ٢١٣/٦ ، الفقيه ٤٩/٣ .

(٢) التهذيب ٢١٤/٦ ، الكافي ١٢٩/٦ ، الاستبصار ٢٧٨/٣ ، الفقيه ٤٨/٣ .

(٣) التهذيب ٢١٤/٦ ، الفقيه ٤٨/٣ .

(٤) النهاية : ٣١٨ .

(٥) المختلف ١٥٨/١ .

وتبطل بالموت والجنون والاعماء وتلف ما يتعلق به .
ولو باع الوكيل بثمن فأنكر الموكل الاذن بذلك القدر ،
فالقول قول الموكل مع يمينه .

وبامكان تغير المصالح يمنع ذلك ، وكذا قولهم يلزم الحرج والضرر. قلنا
معارض بأمرين :

« ١ » أنه لو ظهر المبيع مستحقاً وقد أتلفه المشتري أو غيره عن صورة .
« ٢ » ضرر الموكل بعدم العزل اذا فاتته مصلحة ضرورية ، ولا يلزم ذلك
في صورة تمكنه من الاعلام لانه هو الذي أدخل الضرر على نفسه .
وقول الشيخ في أهل قبا انهم لم يعتدوا . قلنا : التكليف مشروط بالعلم
ولما انتفى علمهم بالتحويل سقط بتكليفهم بالاعادة وأجزأهم ما فعلوه وليس
كذلك الوكالة ، بل هي مثل الطلاق الذي لا يشترط في وقوعه علم الزوجة .
قوله : ولو باع الوكيل بثمن فأنكر الموكل الاذن بذلك القدر
فالقول قول الموكل مع يمينه

هذا قول الشيخ في المبسوط وحكم باستعادة العين كما ذكره المصنف .
وقال في النهاية^(١) يلزم الدلال اتمام ما حلف عليه المالك .
قال العلامة والوجه الاول ، لانه يبيع ظهر بطلانه فكان للمالك العين .
ويحمل قول الشيخ في النهاية على تعذر استعادة العين من المشتري والقيمة

(١) النهاية ٤٠٧ قال فيه : واذا اختلف الواسطة وصاحب المتاع فقال الواسطة قلت
لى : بعه بكذا وكذا وقال صاحب المال : بل قلت : بعه بكذا واكثر من الذى قال ولم
يكن لاحدهما بينة على دعواه كان القول قول صاحب المتاع مع يمينه بالله ، وله أن يأخذ
المتاع ان وجده بعينه ، وان كان قد احدث فيه ما ينقصه أو استهلك ضمن الواسطة من الثمن
ما حلف عليه صاحب المتاع .

ثم تستعاد العين ان كانت موجودة ، ومثلها ان كانت مفقودة ،
أو قيمتها ان لم يكن لها مثل . وكذا لو تعذر استعادتها .

(الثاني) ما تصح فيه الوكالة .

وهو كل فعل لا يتعلق غرض الشارع فيه بمباشر معين ، كالبيع ،
والنكاح .

وتكون القيمة مساوية لما ادعاه المالك^(١) .

وكذا القول قول المالك لو وكل في شراء عبد فقال الوكيل اشتريته بمائة
وقال المالك بثمانين ، لانه غارم .

وقال الشيخ في المبسوط : القول قول الوكيل كما يقبل قوله في الرد
والتلف .

وهو أجود ، لان قوله مقبول فيما هو وكيل فيه ، أما لو ادعى عدم الاذن
في الشراء بمائة بل بثمانين مثلاً فالقول قوله لما تقدم .

قوله : ما تصح فيه الوكالة ، وهو كل فعل لا يتعلق غرض الشارع فيه
بمباشر معين

هكذا ضابط حسن لا يختل بشيء ، ولا بد فيه من شرائط ثلاثة (الاول) ان
يكون مملوكاً للموكل ، بمعنى امكان وقوعه منه شرعاً في حال توكيله (الثاني)
أن يكون قابلاً للنيابة (الثالث) أن يكون معلوماً نوعاً من العلم لينتفي معظم الغرر .
وتفصيله: أنه سائر العقود لازمة كانت أو جائزة وكذا سائر الفسوخ والايقاعات
الاظهار والايلاء والمعان والنذر والعهد واليمين ، وتصح أيضاً في طلب الحقوق

(١) المختلف ١/١٦١ ، وذكر فيه عن النهاية عين ما في المتن ، ولم اجد هذه العبارة
في النهاية لا في التجارة ولا في الوكالة بل فيه ما ذكرته لك .

مالية كانت وغيرها واستيفائها ، ولا تصح فيما تعلق غرض الشارع بوقوعه من مباشر بعينه كالعبادات البدنية حال الحياة والقسمة بين الزوجات وفعل المعاصي ويصح في الجهاد حال الحياة اختياراً أو الحجج مع العجز .
ووقع الخلاف في أشياء نذكرها :

(الاول) منع الشيخ منها في الاحتطاب والاحتشاش وحيازة المباحات ، وجوزها في احياء السموات . وتبعه ابن ادريس . قال العلامة وفي الجمع بين الحكمين نظر من حيث اشترك الكل في الاباحة وان الناس فيه شرع فالتخصيص ترجيح من غير مرجح .
والحق جواز ذلك فسي الكل ، لان المباحات الاصح أن تملكها تفتقر الى النية .

(الثاني) منع الشيخ وابن ادريس منها في اثبات الحدود الاحدود القذف قال لان الدعوى في غير القذف غير مسموعة . قال العلامة: فيه نظر ، لامكان استتباع الدعوى حقوقاً غير الحد كالمهر مع الاكراه والارش وفسخ النكاح .

(الثالث) منع الشيخ في المبسوط الوكالة في الجهاد ، لان كل من حضر الصف وجب عليه الجهاد وكيلا كان أو غيره . وقد روي أنه تدخله النيابة ، وقال القاضي تدخله الوكالة ، واختاره العلامة ، وقوى بعض الفضلاء كلام الشيخ بأنه مع الحضور يصير فرض عين وفرض العين لا تدخله النيابة وحمل الرواية المحكية على الاجارة ، لان الاجارة عقد لازم فلزومها يمنع من انقلاب الفرض . وهو حسن .
(الرابع) جوز الشيخ^(١) الاستنابة في صب الماء في الطهارة على كراهية للقادر ومعه القاضي وقال انه الظاهر من المذهب .

وليس بجيد ، لان الظاهر من المذهب هو تحريم التوكيل في فعل الطهارة

(١) النهاية : ١٧ .

وتصح الوكالة في الطلاق للغائب والمحاضر على الاصح .

للقادر ، وأما الصب فلا لانه غير جزء من الطهارة لامكانها بدونه فيجوز النيابة فيه .

(الخامس) قال الشيخ ^(١) يجوز لمستحقي الزكاة التوكيل لمن يقبض لهم سهماتهم ، ومنعه القاضي وابن ادريس ^(٢) الوجهين :

«الاول» - ان الزكاة في الذمة بيقين ولايقين بالبراءة مع دفعها الى الوكيل لانه ليس من الاصناف الثمانية .

«الثاني» - [المستحق] لا يملك قبل القبض فلا يملك المطالبة فلا يصح التوكيل لما تقدم من أن شرطها ملكية الوكيل لما يوكل فيه .

أجيب عن الاول : بأن يدالوكيل يد موكله ، فاذا دفع اليه بعد ثبوت وكالته برئت ذمته بيقين كغيرها من الحقوق ، وعن الثاني ان النزاع ان كان في بعض المستحقين فمن اختار المالك الدفع اليه بعينه فقد شارف التملك فتجوز له المطالبة بنفسه وتوكيله ، وان كان ممن لم يختر المالك الدفع ببل الى غيره فذلك لانزاع في عدم جواز توكيله وان كان النزاع في جملة المستحقين الحاضرين في البلد ، فلانسلم أنهم لا يملكون المطالبة ، وذلك لوجوب التفرقة فيهم حين الوجوب وتحريم النقل عنهم خصوصاً مع عزل المالك لها ، وحينئذ تكفي مشاركة المالك في جواز المطالبة .

قوله : وتصح الوكالة في الطلاق للغائب وللحاضر على الاصح هذا أيضاً مما وقع فيه الخلاف ، وتحريره : انه يصح التوكيل في الطلاق للغائب قطعاً ، وهل يصح للحاضر ان يوكل ؟ أما مع المعجز عن النطق فتصح

(١) المبسوط ٣٦١/٢ قال فيه : ويصح من اهل السهمين التوكيل في قبضها .

(٢) السرائر : ١٧٤ .

ويقتصر الوكيل على ما عينه الموكل .

أيضاً قطعاً، وانما النزاع في حال الاختيار، فمنعه الشيخ والتقي والقاضي لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : الطلاق بيد من أخذ بالساق^(١)، ولرواية زرارة عن الصادق عليه السلام: لاتجوز الوكالة في الطلاق^(٢). فحملت على الحاضر لئلا ينافي روايات جواز الوكالة في الطلاق مطلقاً .

وفيه نظر، لان المراد باليد القدرة والمكنة وهي حاصلة للموكل، والرواية ضعيفة لان في طريقها الى زرارة ابن سماعة وجعفر بن سماعة وهما واقفيان، مع مخالفتها للاجماع .

وقال في الخلاف والمبسوط والمفيد في المقنعة وابن ادريس بالجواز ، للاجماع على أن الحكمين في الشقاق اذا طلقا جاز مع حضور الزوج في البلد ، ولانه لو لم تجز الوكالة للحاضر لم تجز للغائب ، واللازم كالملزوم في البطلان والملازمة ظاهرة، فان مالاتجوز الوكالة فيه ومالا تجوز لا يختلف حكمه بالغيبة والحضور .

(فائدة) ومنع الشيخ أيضاً في المبسوط من توكيل الزوجة في طلاق نفسها قال : وهو مذهب الفقهاء . وللاصحاب فيه خلاف ، والاظهر أنه لاتصح، وتبعه ابن ادريس. وقال العلامة الوجه الجواز ، لانه فعل تدخله النيابة ، ولانه صدر من أهله ، لان فعل الوكيل فعل الموكل ، وصادف محله فيكون واقعاً ، وهو المطلوب .

قوله : ويقتصر الوكيل على ما عينه الموكل

انما يجب ذلك مع تساوي ما عينه وصدده في وجه المصلحة أو اختصاص

(١) كنز العمال ٦٤٠/٩ .

(٢) الكافي ١٣٠/٦ .

ما عينه بها ، أما لو صار ما عينه مرجوحاً في جانب المصلحة عرفاً أو شرعاً فإنه لا يجب الاقتصار على المعين بل لا يجوز، كما لو أمره بالبيع بعشرة فباع بعشرين أو الشراء بعشرة فاشترى بخمسة ، فان كل ذلك صحيح ولو خالف ضمن .

ولتتم هذا البحث بفوائد :

(الاولى) لو أمره بالبيع حالاً فباعه نسيئة خوفاً على الثمن لو قبضه من خطر صح ولا لذلك يبطل لانه غرر ومخالفة .

(الثانية) لو أمره بالبيع نسيئة خوفاً على الثمن فباع حالاً وقبض الثمن ضمن لوتلف .

(الثالثة) لو أمره بشراء ثوب بدينار فاشترى ثوبين به كل واحد يساوي ديناراً صح . ويدل عليه ما رواه الشيخ في الخلاف في قضية رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم مع عروة البارقي في الشاتين^(١) .

(الرابعة) ليس من هذا لو أمره بشراء خمر للاكتساب فاشترى خلافاً الوكالة في شراء الخمر باطلاً ، اذ لا يملك المسلم فعل ذلك حتى يوكل فيه . وحينئذ يكون شراؤه للخل فصولاً اما باطل أو موقوف على الخلاف .

(الخامسة) لو وكله في البيع الى أجل مجهول كقدوم الغزاة أو الشراء اليه فهل يملك البيع الصحيح أو الشراء كذلك أم لا؟ قال الشيخ في الخلاف لا يملكه^(٢) وهو مذهب الشافعي . والاقوى أنه يملكه ، وهو مذهب ابى حنيفة ، لانه أمره بشيء مركب من شئين البيع والاجل ، والاجل لا يدخل في حقيقة البيع ، وحينئذ

(١) الخلاف ١٤٩/٢ .

(٢) الخلاف ١٥٠/٢ قال فيه : اذا قال ان قدم الحاج اوجاء رأس الشهر فقد وكلتك في البيع فان ذلك لا يصح . وقال في ١٤٩ : اذا وكله في بيع فاسد مثل ان يوكله في البيع والشراء الى اجل مجهول مثل قدوم الحاج وادراك الثمار لم يملك بذلك التوكيل البيع الصحيح وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة يملك بذلك البيع الصحيح .

ولو عمم الوكالة صح الا ما يقتضيه الاقرار .

فساد أحدهما لا يستلزم فساد الآخر، كما اذا أمره بشراء شاة وخنزير . فاذا يكون مالكا للبيع المطلق ، فاذا باع مطلقاً صح وانصرف الى الحال ، لان اطلاق العقد يقتضي ذلك .

(السادسة) في الصورة المذكورة هل يملك البيع الى أجل معلوم؟ يحتمل أن يقال : ان باع الى أجل هو أقل مما يحتمله الاجل المجهول المأ موربه صح والابطل . اللهم الا أن يكون الثمن المأ موربه الى الاجل المجهول أزيد منه الى الاجل الأقل ، فانه لا يصح . أما لو تساوى الثمنان أو زاد فسي الأقل المعين فانه يصح . وأما صورة الشراء الى الاجل المجهول فانه لا يصح له الشراء حالا لان مصلحة الحلول مرجوحة بالنسبة الى الموكل . ويحتمل أن يملك أكثر أجل يحتمله الاجل المجهول كما قلناه في البيع ، لكن مع مساواة الثمن أو اقلية والا فلا .

(السابعة) لو أمره أن يصالح عن الدم بخمر فصالح به صح وحصل العفو ، ولا كذا لو صالح بخنزير : أما الاول فلان العفو عن القصاص مبني على التغليب وأما الثاني فلمخالفته أمر الموكل ، ولان الخمر مضمون لو كان للكافر ومحترم لو كان المقصود بابقائه التخليل .

قوله : ولو عمم الوكالة صح الا ما يقتضيه الاقرار

تعيين ما فيه الوكالة اما بحسب الشخص كقوله « و كلتك في بيع هذا الثوب » أو بحسب الصنف كقوله « و كلتك في بيع [كل] مالي بيعه » أو بحسب النوع كقوله « و كلتك في كل معاملاتي المالية أو كل مالي المعاملة به من أموالى » . ولا خلاف في صحة هذه الثلاثة .

أما لو أطلق كما لو قال «أقمتك مقامي في كل مالي فعله من كل قليل وكثير» قال الشيخ في الخلاف لاتصح^(١)، وهو قول جميع الفقهاء الا ابن ابي ليلى محتجاً بأنه غرر عظيم ، لانه ربما ألزمه بالعقد ما لا يمكنه الوفاء به ، وما يؤدي الى ذهاب أمواله مثل أن يزوجه بأربع حرائر ثم يطلقهن قبل الدخول فيلزمه نصف المهر ثم يزوجه بأربع اخر وهلم جراً ، ويشترى له من الارضين والعقارات ما لا حاجة له به ، وفي ذلك غرر عظيم.

وقال في النهاية والمفيد والقاضي وسلاار وابن ادريس تصح ويكون ذلك مقيداً بالمصلحة . وبه يجاب عن حجة الشيخ في الخلاف . قال المصنف في الشرائع^(٢) : وهو بعيد عن موضع الفرض ، يريد أن الاطلاق يتناول جميع ما يفسر وينفع ، والعقد اذا استلزم مثل هذا الضرر كان فاسداً وصرفه الى ما هو مصلحة خارج عن مقتضى العقد الذي أوقعه ، لان مقتضى العقد أعم من ذلك .

وجوزه هنا الا في الاقرار ، فانه لا يصح أن يقر عن موكله مطلقاً . وهو قول المفيد وأحد قولي الشيخ ، فانهما قالا اذا وكل الانسان غيره في الخصومة عنه والمطالبة والمحاکمة وقبل الوكيل ذلك يجب له ما يجب لموكله ويجب عليه ما يجب على موكله، الا ما يقتضيه الاقرار من الاداب والحدود والايمان، وحسن تخصيص المستثنى لاجل تخصيص المستثنى منه .

وهذا هو المفتى به : اما لانه لا يدخله النيابة، لان حكمه يختص بالمتكلم اذا أنبأ عن نفسه كما قال صلى الله عليه وآله وسلم : اقرار العقلاء على أنفسهم

(١) الخلاف ٢/١٤٨ .

(٢) الشرائع ١/١٤٣ .

جائز^(١) . وعلى غيرهم لا ، أولانه خلاف المصلحة ونحن قد شرطنا في تعميم
الوكالة مراعاة المصلحة .

هذا كله اذا لم يصرح له بالاقرار عنه ، أما لو صرح بالاقرار عنه فقال الشيخ
في الخلاف يصح اقراره ويلزم الموكل ما أقربه الوكيل ، فان كان معلوماً لزم
وان كان مجهولاً رجع في تفسيره الى الموكل دون الوكيل .

واحتج عليه بأنه لا مانع من ذلك ، والاصل جوازه . وأيضاً قوله صلى الله
عليه وآله وسلم: المؤمنون عند شروطهم وهذا شرط انه يلزمه ما يقربه الوكيل
فيجب أن يكون جائزاً^(٢) .

واستشكل ذلك العلامة في القواعد^(٣) من أنه اخبار عن حق على الموكل
ولا يلزم الغير خبر الغير الاعلى وجه الشهادة ، وهذا كما لو قال « رضيت بما
يشهد به علي فلان » فانه لا يلزمه ، ولان الوكالة في الانشاء لافي الاخبار ، ومن
أنه قول يلزم به الحق صدر باذنه فأشبهه الشراء وسائر الافعال . وللشافعي في
ذلك قولان .

ثم اختلف القائلون بعدم الصحة في أنه هل يكون بالتوكيل مقراً أم لا ؟
قيل نعم ، لانه أخبر عن حق عليه لنضمن وكالته ذلك . وقيل لا ، لان التوكيل في
الشيء لا يكون اثباتاً لنفس ذلك الشيء والا لكان التوكيل في البيع بيعاً . هذا
خلف ، ولان الامر بالامر ليس أمراً .

وهذا هو الحق ، لان التوكيل فيه انشاء والاقرار اخبار واللفظ الواحد لا يكون

(١) الوسائل ١٦ / ١٣٣ وفيه : روى جماعة من علمائنا في كتب الاستدلال عن النبي

صلى الله عليه وآله وسلم انه قال ...

(٢) الخلاف ١٤٥ / ٢ .

(٣) راجع القواعد ، آخر الشرط الثاني من الركن الرابع من كتاب الوكالة .

(الثالث) الموكل :

ويشترط كونه مكلفاً جائز التصرف .

ولا يوكل العبد الا باذن مولاه ، ولا الوكيل الا أن يؤذن له .

وللحاكم أن يوكل عن السفهاء والبله .

ويكره لذوى المروءات أن يتولوا المنازعة بنفوسهم .

اخباراً وانشاء معاً لاستلزام الاخبار سبق النسبة ، فان طابقها فصادق والافكاذب والانشاء لا يستلزم ذلك بل هو احداث للنسبة الواقعة .

قوله : الثالث الموكل ، ويشترط كونه مكلفاً جائز التصرف

لواقصر على قوله « جائز التصرف » لم يحتج الى ذكر المكلف ، لان كونه

جائز التصرف يشمل الجميع ، فان الصبي غير مكلف ولا جائز التصرف ، والسفيه

والمفلس والعبد مكلفون مع عدم جواز تصرفهم ، فقد اشترك الكل في عدم جواز

التصرف ، فكان ذكره وحده كافياً .

قوله : ولا يوكل العبد الا باذن مولاه ولا الوكيل الا ان يؤذن له

يجوز هنا كسر كاف « يوكل » وفتحها : أما الاول فمعناه لا يجوز للعبد والوكيل

أن يوكلا الا باذن السيد والموكل ، وأما الثاني فمعناه لا يجوز للانسان أن يوكل

عبد غيره ولا وكيل غيره الا بالاذن . لكن ذلك غير متوجه في الوكيل الا أن

يكون خاصاً بجعل فانه يكون أجيراً خاصاً ، وقد تقدم أن الاجير الخاص لا يعمل

لغير المستأجر . والاول أنسب لسباق الكلام .

اذا عرفت هذا فهنا فوائد :

(الاولى) انما لم يصح توكيل العبد لغيره لانه اما غير مالك كما هو الاصح

أو يملك لكنه محجور عليه ، فلا يصح توكيله حينئذ مطلقاً .

وفيه نظر ، لانه يجوز توكيله فيما له فعله كطلاق زوجته اجماعاً ، وكذا

(الرابع) الوكيل :

ويشترط فيه كمال العقل .

في استيفاء التعزير لو قذف ، أو في الدعوى على سيده بحق من حقوقه عليه .
(الثانية) على التفسير الثاني هل يجوز أن يتوكل لغيره بغير إذن مولاه اذالم يستلزم ابطال حق المولى أم لا ؟ يحتمل الجواز ، لما قلناه ، والمشهور المنع .
(الثالثة) لو وكله غيره في شراء نفسه لموكله من مولاه ، قال الشيخ في المبسوط: فيه وجهان الصحة كما لو وكله في شراء عبد آخر باذن سيده ، وعدمها لان يده يدسيده وإيجابه وقوله باذن سيده بمنزلة مباشرة السيد فيكون موجبا قابلا معاً وهو باطل . ثم قوى الاول .

واختار القاضي الثاني ان لم يأذن له سيده والاول ان أذن. والاصح الاول مطلقاً، لان بيع السيد يتضمن رضاه ويجوز كون الشخص الواحد موجبا قابلا لما تقدم مراراً .

(الرابعة) منع الشيخ من توكيل الوكيل غيره مطلقاً ، وجوزه ابن الجنيدي اذا كان الموكل غائباً وأراد الوكيل الغيبة ومنعه في غير ذلك الا بالاذن .
والحق التفصيل لاتفصيل ابن الجنيدي، وهو أن نقول: لايجوز الامع التصريح أو القرينة الدالة على ذلك، اما الاتساع ما وكل فيه أو ارتفاع الوكيل عن المباشرة عرفاً ، ومع عدم ذلك لا يصح .

(الخامسة) هل يجوز للوكيل تولي طرفي العقد، بأن يشتري من نفسه أو يبيع على نفسه؟ منعه في الخلاف مطلقاً وجوزه في المبسوط مطلقاً، وفي النهاية يجوز مع الاذن . وهو الاقوى للاصل والظاهر ، ولان المخاطب لا يدخل في أمر المخاطب اياه بأمر غيره الا بدليل خارج ، فكذا هنا لايجوز الا بالاذن .

قوله : الرابع الوكيل ، ويشترط فيه كمال العقل

ويجوز أن تلى المرأة عقد النكاح لنفسها ولغيرها .
والمسلم يتوكل للمسلم على المسلم والذمي ، وللذمي على
الذمي .

وفى وكالته له على المسلم تردد .
والذمي يتوكل على الذمي للمسلم والذمي ولا يتوكل على
مسلم .

هذا الشرط مما لاخلاف فيه، وقال التقي والقاضي لايجوز للمسلم أن يوكل
الامسلم العاقل الامين الحازم البصير بلحن حجته العالم بمواقع الحكم العارف
باللغة التي يحاور بها .

والحق أن اشتراط الاسلام انما يجب اذا كان الغريم مسلماً ، وأما اذا كان
كافراً فلا ، لاصالة الصحة وعدم المانع . وأما باقي الصفات فالمشهور
استحبابها .

قوله: والمسلم يتوكل للمسلم على المسلم والذمي للذمي على الذمي
وفى وكالته له على المسلم تردد ، والذمي يتوكل على الذمي للمسلم
والذمي ولا يتوكل على مسلم

الصور ثمان : « ١ » مسلم لمسلم على مسلم ، « ٢ » مسلم لذمي على ذمي
« ٣ » مسلم لمسلم على ذمي ، « ٤ » مسلم لذمي على مسلم « ٥ » ذمي لذمي على
ذمي « ٦ » ذمي لمسلم على مسلم ، « ٧ » ذمي لمسلم على ذمي ، « ٨ » ذمي
لذمي على مسلم .

صورتان فاسدتان اجماعاً ، وهما السادسة والثامنة . وواحدة مختلف فيها

والوكيل أمين لا يضمن الا مع تعدد أو تفريط .

(الخامس) فى الاحكام وهى مسائل :

(الاولى) لو أمره بالبيع حالا فباع مؤجلا ولو بزيادة لم تصح ووقف على الاجازة . وكذا لو أمره ببيعه مؤجلا بثمن فباع بأقل حالا .

ولو باع بمثله أو أكثر صح الا أن يتعلق بالاجل غرض .

ولو أمره بالبيع فى موضع فباع فى غيره بذلك الثمن صح .

ولا كذا لو أمره ببيعه من انسان فباع من غيره فانه يقف على

الاجازة ولو باع بأزيد .

وهي الرابعة ، فقال الشيخان في المقنعة والنهاية^(١) بالبطلان وقال سلالر بالصحة وقال الشيخ في الخلاف^(٢) والمبسوط بالكراهة ، واختاره ابن ادريس وهو حسن .

والخمسة الباقية صحيحة اجماعاً، وتردد المصنف من حيث منع الشيخين ولانه نوع سلطة ، اذ يد الوكيل يد الموكل الكافر فلا يصح عملا بالاية ، ومن أصالة الجواز وأنه لا خلاف في أن للذمي المطالبة بأي نوع كان اما بنفسه أو بغيره .

قوله : ولو أمره بالبيع فى موضع فباع فى غيره بذلك الثمن صح ، ولا كذا لو أمره ببيعه من انسان فباع من غيره فانه يقف على الاجازة ولو باع بأزيد

(١) النهاية : ٣١٧ . قال فيه : ولا يتوكل للذمي على المسلم .

(٢) الخلاف ١٤٨/٢ قال : يكره ان يتوكل مسلم لكافر على مسلم .

(الثانية) اذا اختلفا فى الوكالة ، فالقول قول المنكر مع يمينه .
ولو اختلفا فى العزل أو فى الاعلام أو فى التفريط فالقول قول
الوكيل . وكذا لو اختلفا فى التلف .

ولو اختلفا فى الرد فقولان :

أحدهما : القول قول الموكل مع يمينه .

والثانى : القول قول الوكيل ما لم يكن بجعل ، وهو أشبه .

الفرق بين الصورتين ان المكان لا يتعلق به غرض لذاته ، فاذا حصل المقصود
منه فى غيره جاز . بخلاف الاشخاص الانسانية ، فانه قد يتعلق غرض صحيح
بمعاملة شخص اما لسهولته فى المعلة أو لتوقيه^(١) الشبهات فيها فتطلب معاملته
لذلك .

ويحتمل أيضاً أن يكون قد وعده المالك بالبيع عليه والوفاء بالوعد حسن .
قوله : **ولو اختلفا فى الرد فقولان ، أحدهما القول قول الموكل
مع يمينه ، والثانى القول قول الوكيل ما لم يكن بجعل ، وهو أشبه**
الاول قول ابن ادريس ، واختاره العلامة^(٢) ، والمصنف فى الشرائع^(٣) ، لاصالة
عدم الرد ولان الوكيل مدع والمالك منكر فيكون القول قوله عملاً بالحديث .
والثانى قول الشيخ ، لانه أمين ، ولانه قبض المال لمصلحة غيره فجرى
مجرى الودعي . وأما اذا كان بجعل فقول الموكل ، لان قبض الوكيل لمصلحته
فهو كالمرتهن والمستعير . وهذا حسن .

(١) فى بعض النسخ : اول توجيه الشبهات فيها .

(٢) المختلف ١ / ١٦٠ .

(٣) الشرائع ١ / ١٤٥ .

(الثالثة) اذا زوجه مدعياً وكالته فأنكر الموكل فالقول قول المنكر مع يمينه ، وعلى الوكيل مهرها . وروى نصف مهرها لانه ضيع حقها .
وعلى الزوج أن يطلقها سرأً ان كان وكل .

قوله : اذا زوجه مدعياً وكالته فأنكر الموكل فالقول قول المنكر مع يمينه وعلى الوكيل مهرها ، وروى نصف مهرها لانه ضيع حقها وعلى الزوج ان يطلقها [سرأً] ان كان وكل
هنا أقوال :

(الأول) قول الشيخ في النهاية^(١) أنه مع عدم البينة يحلف المنكر ويلزم الوكيل المهر كاملاً للزوجة بالعقد وتفريط الوكيل بترك الأشهاد ولا يتنصف الا بالطلاق وليس .

(الثاني) قول الشيخ في المبسوط ، وهو ما ذكر الا أنه يلزم الوكيل النصف لانه فسخ قبل المدخول فيجب معه النصف كالطلاق ، وللرواية المشار اليها ، وهي رواية عمر بن حنظلة عن الصادق عليه السلام^(٢) .

(الثالث) نقل المصنف في الشرائع^(٣) الحكم ببطلان العقد ظاهراً ولا شيء على الوكيل ولا الموكل ، لان الإنكار مقتض لرفع العقد ولزوم المهر مقتض لثبوتة فلا يجتمعان ، ولان المهر عوض البضع والوكيل لم يصل اليه شيء . وهو فتوى العلامة ، ونقله عن بعض علمائنا ولم نقف عليه .

والذي يقتضيه النظر أن العقد لما بطل ظاهراً بانكار الخروج فلا يترتب

(١) النهاية : ٣١٩ ، وليس فيه حلف المنكر .

(٢) التهذيب ٢١٣/٦ ، الفقيه ٤٩/٣ .

(٣) الشرائع ١٤٦/١ .

عليه حكم الامع قيام البيينة والفرض عدمها ، ولا نسلم أن الوكيل فرط بل
الزوجة مفرطة بقبول قوله بغير بيينة . نعم ان كان قد ضمن المهر لزمه ، وعلى
ذلك تحمل .

ثم الموكل ان كان يعرف من نفسه الكذب وجب عليه باطناً أن يطلقها
ويسوق اليها نصف المهر .

وهنا فوائد :

(الاولى) لورد الموكل اليمين على الوكيل قبل ان حلف ثبت العقد والمهر
على الزوج .

وفيه نظر ، اذ لا يحلف لاثبات مال لغيره . ويمكن أن يقال : ان يمينه لاسقاط
الغرم عن نفسه ، وحيثئذ ينبغى أن تحلف المرأة على القول بلزوم المهر له .
(الثانية) لو ضمن الوكيل ماذا يلزمه ؟ الحق انه المهر كاملاً الا أن يطلق
الموكل فيلزمه النصف .

(الثالثة) اوطاق الموكل عند شاهدين وسمى المرأة كان اعترافاً منه بالعقد
فيلزمه النصف ظاهراً ، ولو لم يسمها لزمه باطناً خاصة .

(الرابعة) للمرأة أن تتزوج في ظاهر الامر الا أن تعلم صدق الوكيل بطريق ،
وحيثئذ لولم يطلقها الموكل يحتمل تسلطها على الفسخ للضرورة .

(الخامسة) لو كان الوكيل صادقاً وضمن المهر لزمه ذلك للمرأة وكان له
مقاصة الموكل بعد الاداء ان كان ضمن باذنه .

كتاب الوقوف والصدقات والهبات

أما الوقف : فهو تحبيس الاصل واطلاق المنفعة .
ولفظه الصريح « وقفت » وماعداه يفتقر الى القرينة الدالة على
التأييد .

قوله : أما الوقف فهو تحبيس الاصل واطلاق المنفعة، ولفظه الصريح
« وقفت » وماعداه يفتقر الى القرينة الدالة على التأييد
هنا فوائد :

(الاولى) قال الجوهري وقفت الدار للمساكين وقفاً وأوقفها بالالف لغة
ردية ، وليس في الكلام أوقفت الا حرف واحد أوقفت عن الامر الذي كنت
فيه أي أقلت ، وحكى ابو عمرو كلمتهم ثم اوقفت أي سكت ، وكل شيء
تمسك عنه تقول أوقفت .

(الثانية) في الحديث عنه صلى الله عليه وآله وسلم : اذامات ابن آدم
انقطع عمله الا من ثلاث: صدقة جارية، وعلم ينتفع به، وولد صالح يستغفر له^(١) .
قال العلماء : الصدقة الجارية هي الوقف ، ولذلك عرفه بعض مشائخنا بأنه
الصدقة الجارية .

(١) سنن ابي داود ١١٧/٣ ، سنن الترمذى ٦٦٠/٣ .

(الثالثة) عرفه المصنف بأنه تحبب الاصل واطلاق المنفعة . والمراد بالتحبب المنع من نقله عن جهته ، واطلاق المنفعة اباحة التصرف فيها لمستحقها كيف أراد من التصرفات .

وهذا تعريف بالغاية ، فان غاية الوقف هو ذلك ، وهو مأخوذ من الحديث ، أعني قوله عليه السلام : حبس الاصل وسبل المنفعة^(١) . وفي الحقيقة هو العقد الدال على التحبب والاطلاق المذكورين .

(الرابعة) ألفاظ ايجاب هذا العقد ثلاثة : « ١ » نصر وهو ما لا يحتمل غير المعنى ، « ٢ » صريح وهو ما يرجح المعنى فيه بحيث يحمل عند الاطلاق عليه : وقد يحمل غيره بقربة قريبة فيكون مجازاً في غيره ، « ٣ » كناية وهو المجمل الذي تساوى فيه المعنى وغيره ، فيحمل على الوقف بقربة بحيث يصير المجموع منها ومن اللفظ : أحد الاولين أي النص أو الصريح .

(الخامسة) وقفت صريح هنا ، فان ضم اليه قيد مؤبداً لا يباع ولا يوهب ولا يورث فكان نصاً ، وذلك اتفائي ، وتصدقت وحرمت لاغير كناية اتفاقاً ، فان ضم اليه صدقة لاتباع ولا توهب صار صريحاً ، كما ورد في صورة وقف علي عليه السلام « هذا ما تصدق به علي بن ابي طالب وهو حي سوي تصدق بداره التي في بنى زريق صدقة لاتباع ولا توهب حتى يرثها الله الذي يرث السماوات والارض ، وأسكن هذه الصدقة خالاته ماعشن وعاش عقبهن ، فاذا انقرضوا فهي لدوي الحاجة من المسلمين »^(٢) .

واختلف في حبست وسبلت ، فقال الشيخ في الخلاف^(٣) انهما صريحان

(١) المستدرک ٥١١/٢ ، ابن ماجه ٨٠١/٢ ، في الاول : « وسبل الثمرة » وفي الثاني : احبس اصلها وسبل ثمرتها .

(٢) التهذيب ١٣١/٩ ، الاستبصار ٩٨/٤ ، الفقيه ١٨٣/٤ .

(٣) الخلاف ٢٢٨/٢ .

ويعتبر فيه القبض .

ولو كان مصلحة كالقناطر أو موضع عبادة كالمساجد قبضه
الناظر فيها .

ولو كان على طفل قبضه الولي ، كالأب والجد للأب أو الوصي .
ولو وقف عليه الأب أو الجد صح ، لأنه مقبوض بيده .
والنظر اما فى الشروط أو اللواحق :
والشروط أربعة أقسام :

كوقفت وان ما عداها كذبة تفتقر الى القرينة ، وتبعه ابن زهرة والكيدري ،
لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : حبس - الحديث .

واقصر فى المبسوط على لفظ وقفت وما عداه يفتقر الى دليل ، وقواه ابن
ادريس واختاره المصنف والعلامة . وهو الحق ، لان لفظ وقفت يحصل به اليقين
بثبوت الوقف وما عداه مشترك بينه وبين غيره من حيث المعنى ، واللفظ الدال
على معنى مشترك لا يدل على جزء من جزئياته بشىء من الدلالات ، فلا يثبت
الوقف لاصالة بقاء الملك على مالكة مطلقاً .

(السادسة) لو نوى بتصدقته وحرمت الوقف من دون قرينة لفظية دين بنيته
فان اقرأه قصد ذلك حكم عليه بظاهر الاقرار . قال الشهيد : وظاهر عبارتهم
أنهما صيغة واحدة لاتغني الثانية عن الاولى وتغني الاولى وحدها مع القرينة ،
ولو قال جعلته وقفاً أو صدقة محرمة مؤبدة كفى .

(السابعة) لا بد هنا من ايجاب وهو ما تقدم ، وقبول كقبلت وشبهه مطابقاً مقارناً
وقصد وتقرب .

قوله : ويعتبر فيه القبض

(الاول) فى الوقف :

ويشترط فيه التنجيز والدوام ، والاقباض واخراجه عن نفسه
فلو كان الى امد كان حبساً .

هنا فوائد :

(الاولى) القبض شرط فيه اجماعاً وصفته كما فى البيع اما التخلية أو الامساك
باليد أو النقل بحسب حال الموقوف .

(الثانية) لا يشترط فوريته ، فلو تأخر عن العقد جاز . نعم لومات قبله بطل ،
خلافاً للفتي فانه قال بصحته مع الاشهاد قبل الموت اذا كان على مصلحة أو مسجد
وان كان على من يصح قبضه أو قبض وليه فهي وصية ، ورواية زرارة^(١) مصرحة
بأن الموت قبل القبض يبطله ، وهو يدل على كونه شرطاً فى الصحة . وقال الشيخ
فى الخلاف^(٢) هو شرط فى اللزوم .

(الثالثة) لا بد فيه من اذن الواقف ، فلا يقع موقعه لو كان بغير اذنه . وقال ابن
حمزة اذا كان الناظر الواقف فليس القبض شرطاً .

(الرابعة) القبض فى المسجد صلاة مسلم صلاة صحيحة ، وفى المقبرة دفنه .
وهل يكفى قبض الحاكم عنهما ؟ الاجود نعم ، لكونه قائماً مقام الموقوف عليهم
وهم المسلمون .

قوله : الاول فى الوقف ، ويشترط فيه التنجيز والدوام

التنجيز هنا له معنيان :

« ١ » عدم تعليقه على شرط أو صفة استقباليين ، فلو علقه على حاصل وهو

(١) التهذيب ١٣٧/٩ ، ١٤٥٥ ، الاستبصار ١٠٢/٤ . والرواية عن عبيد بن زرارة عنه

عليه السلام .

(٢) الخلاف ٢٢٧/٢ .

ولو جعاه لمن ينقرض غالباً صح ، ويرجع بعد موت الموقوف
عليه الى ورثة الواقف طلقاً .

وقيل : ينتقل الى ورثة الموقوف عليه . والاول مروى .

عالم بوقوعه لم يبطل ، كقوله « ان كان اليوم الجمعة فهو وقف » .
« ٢ » عدم اشتراط الخيار فيه ، فلو شرطه بطل ، وأما الدوام فهو شرط في
الوقف الحقيقي ، وهو ما حكم فيه بتأييد مصرفه بحيث يعلم عادة الاستمرار فيه
أما لولم يعلم ذلك بل وقف على من ينقرض غالباً ففي صحته قولان ، نقل في
المبسوط عن قوم من أصحابنا بطلانه ، وقال قوم يصح حبساً وعليه الفتوى .
قوله : ولو جعاه لمن ينقرض غالباً صح ويرجع بعد موت الموقوف
عليه الى ورثة الواقف طلقاً ، وقيل ينتقل الى ورثة الموقوف عليه ،
والاول مروى

اختار المصنف صحة الوقف على المنقرض غالباً ، وهو مذهب الشيخ^(١)
وابن حمزة وابن ادريس والعلامة^(١) ، لان استحقاق البطن السابق شرط في
استحقاق البطن اللاحق ، لوجوب اتصال الوقف كما يجيء ، فلو جعل الدوام
شرطاً لزم كون استحقاق المسبوق شرطاً في استحقاق السابق ، وهو دور .
وأيضاً لولم يصح التمايك الى أمد لم تصح الاجارة والسكنى ، واللازم
باطل فكذا الملزوم . واذا صح حبساً فاذا انقرض المحبوس عليه لمن يكون؟ فيه
قولان كما قال المصنف :

« ١ » - قول الشيخ والقاضي وسلاار وابن حمزة حيث جعله كالعمرى ،
واختاره العلامة لاصالة بقاء الملك وعدم انتقاله ، وانتقال المنافع لا يستلزم
انتقال الاصل فيكون له ولورثته . ولما قلنا أنه كالسكنى والعمرى ، وتؤيده

(١) الخلاف ٢/٢٢٩ ، المختلف ٢/٣٤ .

ولو شرط عوده عند الحاجة ، فقولان ، أشبههما : البطلان .

الرواية المشار اليها وهي رواية الحسن بن محبوب عن ابن رثاب عن جعفر بن حنان عن الصادق عليه السلام^(١) . نعم هي ضعيفة الدلالة والسند لكنها مؤيدة بالنظر .
« ٢ » - قول المفيد وابن ادريس ، لانتقاله عن الواقف كما هو القرض ، فرجوعه اليه يحتاج الى دليل ، ولان الموقوف عليه ملكه فيجري ارثه فيه .
والجواب بمنع الانتقال والملك المذكورين ، وانما ذلك في الوقف المؤبد .
وهنا فوائد :

(الاولى) تردد الشيخ في المبسوط في ذلك ولم يرجح ، وما حكيناه هو قوله في الخلاف والنهاية .

(الثانية) قال ابن زهرة في هذه المسألة انه يصرف في وجوه البر . قال العلامة في المختلف : ولا بأس به ، لانتقاله عن الواقف وزوال ملكه عنه . وفيه نظر ، لما عرفت من حكمه بعدم انتقاله .

(الثالثة) على القول الاول لومات الواقف قبل الموقوف عليه [ثم مات الموقوف عليه] قد قلنا برجوعه الى ورثة الواقف ، فهل هو الى ورثته حين موت الموقوف عليه ؟ يحتمل الاول ، لما قلنا انه ملكه فينتقل رقبته الى وارثه ويسترسل فيه الى أن يصادف الانقراض المذكور ، ويحتمل الثاني كالولاء فانه للورثة حين موت العتيق . ويظهر من الشهيد اختيار هذا ، والاول عندي قوي وفرق بينه وبين الولاء ، فان الولاء لا يورث بل يورث به ، بخلاف الحبس فانه موروث كما نقل أن علياً عليه السلام حكم برد الحبس وانفاذ الموارث^(٢) .

قوله : ولو شرط عوده عند الحاجة فقولان أشبههما البطلان

(١) التهذيب ١٣٣/٩ ، الفقيه ١٧٩/٤ ، الاستبصار ٩٩/٤ ، الكافي ٣٥/٧ :
عن جعفر بن حيان .

(٢) التهذيب ١٤٠/٩ ، الكافي ٣٤/٧ ، الفقيه ١٨١/٤ .

يريد أنه اذا وقف وحصلت جملة شرائطه الا أنه شرط عوده اليه عند الحاجة فهل يبطل بذلك أو يكون صحيحاً وله شرطه ، قال المرتضى بالثاني ، وقال انه مما انفردت به الامامية^(١) . ونقله العلامة في المختلف^(٢) عن المفيد والشيخ في النهاية^(٣) والقاضي وسلا ، واختاره واحتج له بالاصل وبقوله تعالى « أو فوا بالعقود »^(٤) وبقوله صلى الله عليه وآله وسلم : المؤمنون عند شروطهم^(٥) . يقول العسكري عليه السلام : الوقوف على حسب ما وقفها أهلها ، رواه محمد بن الحسن الصفار عنه مكتوبة^(٥) .

وقال الشيخ في المبسوط وابن ادريس وابن حمزة وابن الجنيد بالاول ، وهو الاشبه عند المصنف ، لمنافاته الوقف ، لان من شرطه اخراجه عن نفسه ، ولان الوقف ناقل الى الموقوف عليه فرجوعه يحتاج الى دليل ، ولانه صدقة ولا شيء من الصدقة يجوز الرجوع فيها والمقدمتان اجماعيتان .
والجواب عن حجة العلامة بأن الوفاء بالعقد والشرط انما يلزم مع صحتها لا مطلقاً ، والشرط المذكور نمنع صحته ، فانه نفس المتنازع .

وهنا فوائد :

(الاولى) قال العلامة في القواعد يصح الشرط ويصير حبساً ويبطل وقفاً ويرجع

(١) المختلف ٣٢/٢ .

(٢) النهاية ٥٩٥ قال فيه : ومتى شرط الواقف انه متى احتاج الى شيء منه كان له بيعه والتصرف فيه كان الشرط صحيحاً وكان له ان يفعل ما شرط الا انه اذا مات والحال ما ذكرناه رجع ميراثاً ولم يمض الوقف .

(٣) سورة المائدة : ١ .

(٤) التهذيب ٢٢/٧ ، الكافي ١٨٧/٦ ، الفقيه - روضة المتقين ١٨/١٣ .

(٥) التهذيب ١٢٩/٩ ، الكافي ٣٧/٧ ، الفقيه ١٧٦/٤ .

(الثانى) فى الموقوف :

ويشترط أن يكون عيناً مملوكة ينتفع بها مع بقائها انتفاعاً

محللاً .

ويصح اقباضها ، مشاعة كانت أو مقسومة .

(الثالث) فى الواقف :

ويشترط فيه البلوغ وكمال العقل وجواز التصرف .

وفى وقف من بلغ عشرين عاماً ، المروى : جواز صدقته

والاولى : المنع .

اليه عند الحاجة ويورث^(١) . وهذا هو الاقوى عندي .

(الثانية) يحتمل فى الحاجة المذكورة تفسيرها بقصور ماله عن سنة لدخوله

فى اسم الفقر والمسكنة ، ويحتمل بقصوره عن يوم أو بسؤال غيره . والثاني

قريب .

(الثالثة) لو لم يشترط عوده عند الحاجة ثم انه وقفه على الفقراء فصار فقيراً

فانه يشارك فى الحاصل عند المصنف ، وكذا لو وقف على الفقهاء وأطلق وهو

فقيه حينئذ فانه يشارك ، لحصول المعنى المذكور فى المصرف ، فهو حينئذ راجع

بدليل من خارج لابلوقف الصادر عنه .

قوله : وفى وقف من بلغ عشرين عاماً ، والمروى جواز صدقته ،

والاولى المنع

ينشأ من كونه محجوراً عليه فلا يصح منه ، ومن فتوى الاصحاب بجواز

(١) القواعد ، اواخر المطلب الاول من كتاب الوقوف .

ويجوز أن يجعل الواقف النظر لنفسه على الاشبه .

صدقته والوقف صدقة كما تقدم فتكون داخلا . والرواية المشار اليها عن زرارة عن الباقر عليه السلام^(١) ، ومثلها عن زرعة عن سماعة عن الصادق عليه السلام^(٢) . ولم ترد رواية بالصریح في جواز وقفه ، ولذلك قال المصنف والمروي جواز صدقته . والحق ما قاله المصنف ، وهو المنع من وقفه : أما أولا فلكون الوقف تصرفاً مالياً والحجر عليه يمنع ذلك ، وأما ثانياً فلضعف سماعة ، وأما ثالثاً فلأنه ليس في الروايات لفظ العشر^(٣) ، وإنما قل الشيخ في الاستبصار وقد حد ذلك بالعشر^(٤) ، وإنما في الرواية لفظ « الغلام » ، قال : سألته عن طلاق الغلام [قبل] أن يحتلم وصدقته . فقال : إذا هو طلق للسنة ووضع الصدقة في موضعها وحقها فلا بأس وهو جائز^(٥) فيحتمل أن يكون قد بلغ بالسن أو الأنبات ولم يحتلم .

قوله : ويجوز ان يجعل الواقف النظر لنفسه على الاشبه
وجه الاشبهية أن النظر لا يستلزم التملك والمنافاة للوقف . فجاز اشتراطه

(١) الكافي ٢٨/٧ ، التهذيب ١٨١/٩ ، الفقيه ١٤٥/٤ .

(٢) الاستبصار ٣/٣٠٣ .

(٣) الا رواية زرارة عن الباقر عليه السلام قال : اذا اتى على الغلام عشر سنين فانه يجوز له في ماله ما اعتق وتصدق واوصى على حد معروف وحق فهو جائز . ورواية عبد الرحمن بن ابي عبدالله عن الصادق عليه السلام في الوصية وكذا رواية ابي بصير عنه عليه السلام فيها رواها في الكافي ٢٨/٧ .

(٤) الاستبصار ١٣/٣٠٣ قال فيه : وقد حد ذلك بعشر سنين فصاعداً على اورده في

كتابنا الكبير .

(٥) التهذيب ٧٦/٨ ، الكافي ١٢٤/٦ ، الاستبصار ٣/٣٠٣ ، ليس « قبل » في

التهذيب .

وان أطلق فالنظر لارباب الوقف .

(الرابع) فى الموقوف عليه :

ويشترط وجوده وتعيينه .

لنفسه كما جاز اشتراطه لغيره . ولم نسمع فيه خلافاً الا ان ابن ادريس جعل من شرائط الوقف أن لا يتولى الواقف الوقف بنفسه ، وما ينفرد به ليس به اعتبار .

قوله : وان أطلق فالنظر لارباب الوقف

يجىء قريباً أن الوقف هل ينتقل الى الموقوف عليه أو الى الله تعالى ؟ فعلى الاول يكون النظر مع الاطلاق للموقوف عليه لانه ملكه ، ولما كان ذلك هو مذهب المصنف قال ان النظر للموقوف عليه . وعلى الثانى يكون النظر للحاكم .

هذا فى الوقف الخاص ، أما العام - كالوقف على الفقراء - فالنظر للحاكم قطعاً ، وكذا الوقف على المسجد مع عدم الناظر .

قوله : ويشترط وجوده وتعيينه

هذان شرطان :

« ١ » - كون الموقوف عليه موجوداً ، وهذا شرطه فى ابتداء الوقف لافى دوامه ، فان الوقف على الموجود وبعده على من سيوجد جائز .

« ٢ » - كونه معيناً ، فلو وقف على رجل من بني آدم أو على أحد هذين بطل ، وكذا لو وقف على أحد المشهدين أو المسجدين من غير تعيين .

وهنا فوائد :

(الاولى) لو وقف على معدوم ابتداء للشيخ قولان: أحدهما الصحة لانه ذكر نوعين أحدهما يصح فيه والآخر لا يصح فى من يصح ويبطل فى الآخر، وثانيهما

وأن يكون ممن يملك ، والا يكون الوقف عليه محرماً .

فلو وقف على من سيوجد لم يصح .

ولو وقف على موجود وبعده على من يوجد صح .

والوقف على البر يصرف الى الفقراء ووجه القرب .

البطلان وهو اختيار المصنف والعلامة . وعليه الفتوى ، لان الوقف انشاء والانشاءات علل الاحكام والعلل يجب اتصالها بمعلولاتها زماناً والمعلول هنا استحقاق منافع الوقف فوجب أن يكون المسحوق حاصلًا حال الوقف لكنه غير حاصل في الحال : أما الاول فلان الفرض عدسه ، وأما التابع له فلان استحقاقه في الحال مخالف لشرط الواقف ، فانه شرط أن يكون الاستحقاق بعد انقراض الاول .

(الثانية) تقدم حكم منقطع الاخير ، كما لو وقفه على من يقرض غالباً بقي لو

انقطع وسطه ، كما لو وقف على زيد ثم على العنقاء ثم على المساكين . فيه أيضاً احتمالان البطلان والصحة في الطرفين . وتصرف غلته في الوسط الى الواقف أو وارثه وقيل الى ورثة الطرف الاول ، وقيل الى الاخير لتملكهم ، وقيل الى الفقراء .

(الثالثة) لو وقف على موجود ومعدوم معاً احتمال اختصاص الموجود به ،

لان العطف يقتضي تساوي النسبة والموقوف وهو المجموع ، فهو يقتضي ثبوته لكل واحد واحد ، لكن ثبوته للمعدوم باطل فيكون للموجود . واحتمل أن يكون للموجود النصف ، لاقتضاء العطف التشريك ، ولانه اضافة الى المجموع من حيث هو مجموع فلا يعطى لواحد . والثاني أقرب .

قوله : وان يكون ممن يملك

هنا فوائد :

(الاولى) لا كلام في تملك الموقوف عليه للمنافع ، وحيثئذ يشترط كونه

ممن يملك، فلو وقف على الجدار أو الدابة أو على من لا يمكن نسبة الملك إليه كجبريل والجن بطل .

(الثانية) لو وقف على الحمل أمكن الصحة لتملكه الوصية والبطلان لعدم القطع بحياته ولأنه لم يثبت ملكه ابتداءً إلا في الوصية. وفرق بينها وبين الوقف لأن الوقف يملك في الحال والوصية تملك في المال .

(الثالثة) اختلف في الوقف الخاص هل ينتقل إلى الموقوف عليه أو إلى الله تعالى أو يبقى في ملك الواقف؟ قال الشيخ في المبسوط بالاول، واختاره ابن ادريس والعلامة في المختلف، محتجاً بأن الوقف سبب قطع تصرف الواقف في الرقبة والمنفعة فوجب أن يزول ملكه عنه كالعتق وينتقل إلى الموقوف عليه لأنه مال لثبوت أحكام المالية فيه. ولهذا يضمن بالقيمة [فكان ملكاً] كأم الولد^(١)، وليس للواقف لما بيناه ولا غيره من الناس اجماعاً، فيكون للموقوف عليه .

وفيه نظر، لانتقاضه لحصر المسجد وبواريه، فإنها مال يضمن وليست ملكاً لغير الله .

ونقل ابن ادريس القول الثاني واحتج من قال به بأنه صدقة وكل صدقة فهي لله تعالى، ولأنه إزالة ملك على وجه القرية لتلك المنفعة فانتقل إلى الله تعالى، وبأن لازم الملك جواز البيع لقوله صلى الله عليه وآله : الناس مسلطون على أموالهم^(٢). وهو منفي هنا فالملك منفي .

وفيه أيضاً نظر :

أما الاول: فلمنع الكبرى، وسند المنع قوله « انما الصدقات للفقراء »^(٣)

(١) المختلف ٢/٣٣ .

(٢) البحار ٢/٢٧٢ .

(٣) سورة التوبة : ٦٠ .

ولا يصح وقف المسلم على البيع والكنائس .
ولو وقف على ذلك الكافر صح ، وفيه وجه آخر .

الاية . وأما الثاني: فلان الانتقال الى الله نفس النزاع . وفرق بينه وبين العتق
فان المعتق ليس لاحد عليه تسلط بخلاف الوقف .

وأما الثالث : فلمنع كون جواز التصرف لازماً للملك ، لان الرهن ملك
الراهن ولا يجوز له بيعه، فكذلك الوقف ملك البطن الاول ولا يجوز له بيعه لتعلق
حق الباقيين به .

وهذا القول حكاه الشيخ في المبسوط أيضاً ، والثالث قاله النفسي واحتج
بقوله صلى الله عليه وآله وسلم : حبس الاصل وسبل الثمرة^(١) .

وفيه نظر ، لمنع دلالة الحديث عليه ، لجواز الحبس على الموقوف
عليه . والاقوى الاول استدلالاً بالمعلول على العلة ، ولاختصاصه بأرش الجنابة .
والنقض ممنوع ، لان ذلك ليس خاصاً .

(الرابعة) الوقف العام ان كان مسجداً فهو فك ملك كالعق، وان كان على
جهة عامة فالاقرب أنه لله لتساوي نسبته الى الكل واستحالة ملك واحد بعينه والا
لزم الترجيح من غير مرجح ، مع احتمال انتقاله الى المسلمين لانه في الحقيقة
وقف عليهم .

(الخامسة) لو وقف على من لا يملك ابتداء ثم على من يملك فهو منقطع الاول
وقد تقدم حكمه .

قوله: ولا يصح وقف المسلم على البيع والكنائس ولو وقف على ذلك
الكافر صح ، وفيه وجه آخر

(١) المستدرک ٥١١/٢ ، ابن ماجة ٨٠١/٢ .

اليوت ثلاثة أقسام :

« ١ » بيوت عبادة الله باقية المحكم كالكعبة والمساجد. فهذه يصح الوقوف عليها مطلقاً.

« ٢ » بيوت يعبد فيها غير الله كبيوت البددة^(١) والنيران والكواكب ، فذلك لا يصح الوقوف عليها مطلقاً لامن مسلم ولا كافر .

« ٣ » بيوت عبادة منسوخة كالكنيسة لليهود والبيعة للنصارى، فذلك لا يصح وقف المسلم عليها قطعاً لما فيه من تشييد المذهب الباطل . ولا أعرف مخالفاً في ذلك. وهل يصح وقف الذمي عليها؟ الحق نعم لجواز ابقائها ورقها^(٢) ولا قرارهم على دينهم فلا بد لهم من متعبد .

قال المصنف وفيه وجه آخر ، قال الابى^(٣) اني سألت المصنف عنه فقال : هو عدم الصحة لتعذرنية القرية من الكافر وهي شرط في الوقف .

وفيه نظر ، لانا لانسلم تعذرنية القرية من الكافر مطلقاً ، لقوله تعالى « وما نعبدهم الا ليقربونا الى الله زلفى »^(٤). نعم ذلك متعذر في حق المعطلة كأرباب الطبيعة والدهرية .

وأورد بعض الفضلاء على المصنف أنه جوز الوقف على الذمي كما يجيء

(١) البد بضم الاول : بيت فيه اصنام وتساويروهو معرب « بت » بالفارسية . وقال ابن دريد : البد الصنم نفسه الذي يعبد لا اصل له في اللغة فارسي معرب والجمع البددة .
(٢) اي اصلاحها .

(٣) راجع كشف الرموز : كتاب الوقوف والصدقات . قال فيه : سألت المصنف عن ذلك فأجاب بأنه يمكن ان يقال ان نية القرية شرط في الوقف ولا يمكن ذلك في الكافر فلا تصح منه الوقف .

(٤) سورة الزمر : ٣ .

ولا يقف المسلم على الحربى ولو كان رحماً ويقف على الذمى
ولو كان أجنبياً .

ولو وقف المسلم على الفقراء انصرف الى فقراء المسلمين .
ولو كان كافراً انصرف الى فقراء نحلته .

ومنع منه على البيع والكنائس ، فما الفرق اذ الوقف على المتعبد هو وقف في
الحقيقة على المتعبد فيه .

وفيه نظر ، لوجود الفرق بأن الوقف على الذمى صدقة عليه وهي جائزة
وعلى البيعة والكنيسة تشييد للمذهب الباطل وهو معصية ، حتى أنه لو وقف على
الذمى لكونه ذمياً بطل ، لانه اعانة له على كفره فيكون معصية .

قوله: ولا يقف المسلم على الحربى ولو كان رحماً ويقف على الذمى
ولو كان أجنبياً

أما الاول فلان الحربى يجب قتله فلا يجوز اعانته، ولانه لا يملك مال المسلم
وشرط الوقف امكان الملك، ولان الوقف نوع مودة وهو ظاهر ولا مودة للحربى
لقوله تعالى «ولا تجد قوماً يؤمنون بالله واليوم الاخر يوادون من حاد الله ورسوله
ولو كانوا آباؤهم أو أبناءهم أو اخوانهم أو عشيرتهم»^(١).

وأما الثاني فيه أقوال :

« ١ » الجواز مطلقاً ، كما اختاره المصنف لانه نوع صدقة .

« ٢ » المنع مطلقاً ، وبه قال سلالر والقاضي ، اذ لا يتقرب بمثل ذلك مع

امكان غيره مما هو أعظم منه .

(١) سورة المجادلة : ٢٢ .

والمسلمون من صلى الى القبلة .

« ٣ » قول الشيخين ^(١) والتقي وابن حمزة بجوازهم في حق الاقارب ، وهو

الاولى للحث على صلة الرحم .

ولابن ادريس هنا اضطراب: فتارة خص الجواز بالوالدين لقوله «وصاحبهما

في الدنيا معروفاً» ^(٢) وتارة جوزه في الرحم مطلقاً للحث على المذكور .

قوله : والمسلمون من صلى الى القبلة

هذه عبارة سلا، وقال الشيخ في النهاية ^(٣) من أقر بالشهادتين وأركان الشريعة

وبه قال القاضي . وكذا عبارة المفيد ، الا أنه يظهر من عبارته أن فعل الصلاة

جزء من الاسلام وقال ابن حمزة من أقر بالشهادتين ومن هو بحكمه من أطفالهم

ومجانينهم ، والتقي يظهر من كلامه أنه لا يجوز الوقف لغير المؤمن ، وقال ابن

ادريس اذا كان الواقف مؤمناً محققاً فالمسلم يراد به المؤمن عملاً بالقربة .

والتحقيق أن الاسلام هو اللفظ بالشهادتين مع الاقرار بكل ما جاء به محمد

صلى الله عليه وآله وسلم ، فان كان الواقف خالياً عن الاعتقاد انصرف الى

ما ذكرناه ، وان كان معتقداً لمذهب من المذاهب الاسلامية انصرف الى

معتقده .

(١) قال في الخلاف ٢/٢٣٠ : يجوز الوقف على اهل الذمة اذا كانوا اقاربه . وقال

في النهاية : ٥٩٧ : ولا بأس ان يقف المسلم على والديه او ولده او من بينه وبينه رحم وان كانوا كفاراً .

(٢) سورة لقمان : ١٥ .

(٣) النهاية : ٥٩٧ .

واعلم أن الغلاة^(١) والخوارج^(٢) والنواصب^(٣) غير داخلين في اسم الاسلام

(١) هم الذين غلوا في القول حتى قالوا ان الائمة آلهة وملائكة وانبياء ورسلا واعتقدوا التناسخ في الأرواح والدور والكور في هذه الدار وابطال القيامة والبعث والحساب والجنة والنار، وزعموا ان لا دار الا الدنيا وان القيامة خروج الروح من بدن ودخوله في بدن آخران خيراً فخيروا وشرأ فشرسورون في هذه الابدان او معذبون فيها ان كانوا اهل خيبر ينقلون في الاجسام الانسية المنعمة وان كانوا اهل شرب ينقلون الى الاجسام الردية المشوجة من كلاب وقردة وخنازير وغيرها . المقالات والفرق : ٤٤ .

وقال في ص ٦٢ : وحكى محمد بن عيسى بن عبيد بن يقطين عن يونس بن عبد الرحمن

ان الغلاة يرجعون على اختلافهم الى مقالتين هما اصلهم في التوحيد :

فاحدى المقالتين انهم يقولون ان الله يتراعى لما شاء فيما شاء كيف شاء في عدله

اذ يرى من نفسه ما يرى من خلقه فلم يجز ان يتراعى لهم في مثل ما يعرفونه لكي يكونوا

آنسين بهم ولما يدعوهم اليه اسرع فلقوله اقبل فيريهم في مرأى العين نفسه انساناً وليس

هو بانسان من جهة اقتداره على ما أراهم نفسه به .

والمقالة الثانية انهم قالوا انه في ذاته وكنهه روح القدس ساكن في مسكون فيه

والمسكون حجاب به ولا يوجد ابدأ الا بصفته وصفة غيره غير انه في وقت احتجابه على خلقه

لم يجد بدأ من ان يغير عن ذاته وهياته بألة معروفة جسدية، والدليل على ذلك انه لانطق

معروف معقول الا بجسد معروف فمن ادرك الله بغير الله فقد ادركه . الخ .

(٢) قال في المقالات والفرق ٥ : ثم خرجت فرقة ممن كان مع على عليه السلام

وخالفته بعد تحكيم الحكمين بينه وبين معاوية واهل الشام وقالوا : لاحكم الله وكفروا على

عليه السلام وتبرأوا منه وامروا عليهم ذا الثدية وهم المارقون فخرج على عليه السلام

فحاربهم بنهران فقتلهم وقتل ذا الثدية فسموا الحرورية لوقعة « حرورا » وسموا جميعاً

« الخوارج » .

(٣) قال في مجمع البحرين : قال بعض الفضلاء اختلف في تحقيق الناصبي فزعم

البعض ان المراد من نصب العداوة لاهل البيت صلوات الله عليهم وزعم آخرون انه من

نصب العداوة لشيعتهم، وفي الاحاديث ما يصرح بالثاني فمن الصادق عليه السلام ليس الناصب

من نصب لنا اهل البيت لانه لا تجد رجلاً يقول انا أبغض محمداً وآل محمد ولكن الناصب

من نصب لكم وهو يعلم انكم تولونا وانتم من شيعتنا .

والمؤمنون الاثنا عشرية وهم الامامية . وقيل : مجتنبو الكبائر
خاصة . والشيعية : الامامية والجارودية .

لاعتقادهم ما علم بطلانه من دين محمد صلى الله عليه وآله وسلم ضرورة ، وكذا
قيل يخرج المجبرة والمشبهة .

قوله : والمؤمنون الاثنا عشرية وكذا الامامية ، وقيل مجتنبو الكبائر
لا كلام أن الامامية يراد به الاثنا عشرية ، أعني المعتقدين لامامة الاثني عشر
وعصمتهم والنص عليهم والقول بوجود الامامة في كل زمان ، لوقوع الاتفاق
على أن هذا الاسم لا يطلق الاعلى من اعتقد هذا الاعتقاد سواء كانت مجتنبى
الكبائر أولا .

وأما المؤمنون فهل هم من ذكرناه أولا بد مع ذلك من اجتناب الكبائر ؟
قال سلا رابن ادريس والمصنف والعلامة بالاول ، وهو الحق لما ثبت في علم
الكلام^(١) . وقال الشيخان^(٢) والقاضي وابن حمزة بالثاني ، والخلاف مبني على
أن العمل ثلث الايمان أو ثمرته لا جزؤه . وقد حققنا ذلك في كتاب الموامع .

قوله : والشيعية الامامية والجارودية^(٣)

(١) قال الخاجا نصير الدين الطوسى فى تجريد الكلام : والايان التصديق بالقاب
واللسان ولا يكفى الاول لقوله تعالى «وجحدوا بها واستيقنتها انفسهم» ونحوه ، ولا يكفى الثانى
لقوله تعالى قل لم تؤمنوا - الى ان قال - : والفاسق مؤمن لوجود حده فيه . وقال العلامة
الحلى فى شرحه : والحق ما ذهب اليه المصنف وهو مذهب الامامية والمرجئة واصحاب
الحديث وجماعة الاشعرية من انه مؤمن والدليل عليه ان حد المؤمن موجود فيه .

(٢) النهاية ٥٩٧ قال فيه : فان وقف على المؤمنين كان ذلك خاصاً لمجتنبى الكبائر
من اهل المعرفة بالامامة دون غيرهم .

(٣) فى المقالات والفرق ١٨ : الجارودية اصحاب ابى الجارود زياد بن المنذر بن
زياد الاعجمى فقالوا بتفضيل على عليه السلام ولم يروا مقامه لاحد سواء وزعموا ان من

والزيدية : من قال بامامة زيد .

للناس في تفسير التشيع أقوال :

« ١ » قال الفخر الرازي: الشيعة جنس تحته أربعة أنواع: الامامية، والزيدية والغلاة ، والاسماعيلية .

وهو بمعزل عن التحقيق ، لان الغلاة والاسماعيلية خارجون عن الاسلام فضلا عن التشيع ، وكذا الصالحية والسليمانية من الزيدية لاعتقادهم خلافة الشيخين ايس لهم في التشيع نصيب .

« ٢ » أنه اسم لمن شايح علياً عليه السلام في الامامة بغير فصل ، وقد جعلهم ابن نوبخت هم المسلمين وكمل منهم الفرق الثلاث والسبعين .

« ٣ » أنه اسم للامامية والجارودية لاغير ، وهو قول الشيخين وسلاروالقاضي وابن حمزة ، واختاره المصنف والعلامة .

والذي يظهر أن التشيع لا يطلق في الحقيقة الاعلى الامامية كما بيناد في اللوامع وأما في الوقف فانه يتبع ما يعتقد الواقف ، ان كان ممن ليس له اطلاع على المذاهب والافوال والاتباع الاسم . ولاشك أن كل من قال بامامة علي عليه السلام بعد النبي صلى الله عليه وآله وسلم بلا فصل يدعي أنه شيعي فيصرف اليه .

قوله : والزيدية من قال بامامة زيد

الزيدية في التحقيق كل من قال بامامة علي والحسين عليهم السلام وامامة كل من خرج من نسل أحد الحسين عالماً زاهداً شجاعاً داعياً الى نفسه ، فلذلك قالوا بامامة زيد . ولم يقولوا بامامة أبيه سيد العابدين عليه السلام لعدم قيامه .

رفع علياً عن هذا المقام فهو كافروان الامة كفرت وضلت في تركها بيعته ثم جعلوا الامامة بعده في الحسن ثم في الحسين عليهما السلام ثم هي شوري بين اولادهما فمن خرج منهم وشهر سيفه ودعا الى نفسه فهو مستحق للامامة .

والفطحية : من قال بالافطح . والاسماعيلية : من قال باسماعيل
ابن جعفر عليه السلام . والناووسية : من وقف على جعفر بن محمد .
والواقفية من وقف على موسى بن جعفر عليهما السلام . والكيسانية :
من قال بامامة محمد بن الجنفية .

ولو وصفهم بنسبة الى عالم ، كان لمن دان بمقالته ، كالحنفية .
ولو نسبهم الى أب ، كان لمن انتسب اليه بالابناء دون البنات
على الخلاف ، كالعلووية والهاشمية . ويتساوى فيه الذكور والاناث .
وقومه أهل لغته ، وعشيرته الادنون في نسبه .

وما أطرف قول الابى في شرحه انهم يقولون بامامة علي بن الحسين عليهما
السلام ، وكأنه لم يقف على شيء من كتب المذاهب والمعتقدات .
اذا عرفت هذا فعند ابن ادريس ان كان الواقف زيدياً انصرف وقفه الى من
ذكرناه ، وان كان امامياً لم يصح وقفه .

وفيه نظر ، لانه يصح الوقف على الذمي فكيف لا يصح على الزيدي .
قوله : ولو نسبهم الى أب كان لمن انتسب اليه بالابناء دون البنات
على الخلاف

تقدم الخلاف في ذلك ، ويؤيد ما قاله قول الشاعر :

بنونا بنو ابنائنا وبناتنا بنودن أبناء الرجال الابعاد

وقد يحتج المخالف بأن عيسى ابن آدم عليهما السلام والحسين ابناء رسول
الله « ص » .

قوله : وقومه أهل لغته وعشيرته الادنون في نسبه

مسألتان :

(الاولى) القوم ، والاكثر على أنهم أهل لغته ، ثم انه هل يستوي في ذلك الذكور والاناث أويختص الذكور ؟ عبارة سلار تسدل على الاول ، واطلاق المصنف يقتضي ذلك . وقال الشيخان^(١) والفاضي وابن حمزة بالثاني ، وقال التقي ان علم قصده لشيء أتبع والأتبع عرف قومه في ذلك الاطلاق ، وقال ابن ادريس لو وقف على قومه يصرف الى الرجال من قبيلته ممن يقضي العرف بأنهم اهله وعشيرته ويشهد بذلك العرف وفحوى الخطاب . قال دريد :

قومي هم قتلوا أميم اخي فاذا رميت يصيبني سهمي

وهو المختار ، لان اللغة لامدخل لها في ذلك . وانما قلنا باختصاص الرجال لان اسم القوم لغة يتناولهم ، ولقوله تعالى « لايسخر قوم من قوم ولا نساء من نساء »^(٢) ، وقال زهير :

فما أدري ولست^(٣) أخال أدري أقوم آل حصن أم نساء

ومستمسك الشيخين الرواية ، وهي ان صحت تحمل على كل عشيرة لرجل لهم لغة يختصون بها لا مطلقاً ، فانه كم من عشيرة رجل يشارك عشيرة غيره في اللغة .

(الثانية) العشيرة قال الشيخان^(٤) هم الخاص من قومه الذين هم أقرب الناس اليه ، وبه قال الفاضلي وسلار وابن ادريس ، وفصل التقي كما تقدم ، وهو أحد

(١) النهاية ٥٩٩ : وان وقف على قومه ولم يسمهم كان ذلك على جماعة اهل لغته من الذكور دون الاناث .

(٢) سورة الحجرات : ١١ .

(٣) في بعض النسخ : وسوف اخالي .

(٤) النهاية ٥٩٩ : فان وقفه على عشيرته كان على الخاص من قومه الذين هم اقرب الناس اليه في نسبه .

ويرجع بالجيران الى العرف ، وقيل بمن يلى داره الى أربعين ذراعاً ، وقيل الى أربعين داراً . وهو مطرح .

قولي الكيدري ، وفي الاخر أنه لافرق بينهم وبين القوم .

والاولى أنهم الذرية والخاص من قومه . وحصرهم ابن زهرة في الذرية ، وهو ضعيف فان العرف يدفعه .

(فائدة):

العترة قال الجوهري عترة الرجل نسله ورهطه الادنون ، وقال ابن ادريس هم الاخص من قومه وعشيرته استدلالاً بقول تغلب وابن الاعرابي ، وقال ابن زهرة والكيدري هم الورثة . وما قاله الجوهري أجود ، فهي أعم من الذرية وأخص من العشيرة .

قوله : ويرجع في الجيران الى العرف ، وقيل بمن يلى داره الى أربعين ذراعاً ، وقيل الى أربعين داراً ، وهو مطرح

الاول قول المصنف ، والثاني للشيخين^(١) والنقي وأتباعهم ، والثالث منقول عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم^(٢) . ويمكن حمله على أربع جهات فيكون كل جهة عشرة دور فيقارب أربعين ذراعاً^(٣) من كل جهة . والفتوى على الثاني ، لان العرف ليس له تقدير مخصوص فلا يناط به حكم شرعي .

وهنا فوائد :

(١) النهاية ٥٩٩ قال : كان مصروفاً الى أربعين ذراعاً من اربع جوانبها وليس لمن بعد عن هذا الحد شيء .

(٢) المغني لابن قدامة ٥٥٦/٦ طبع دار الكتب العربية بيروت سنة ١٣٩٠ .

(٣) وكل ذراع اربعة وعشرون اصبعاً ، وقيل : الذراع ست قبضات والقبضة اربع اصابع .

ولو وقف على مصلحة فبطلت قيل يصرف الى البر .
وإذا شرط ادخال من يوجد مع الموجود صح .
ولو أطلق الوقف وأقبض لم يصح ادخال غيرهم معهم ، أولاداً

(الاولى) الذراع هنا هو الشرعي ، وقد تقدم ذكره في تحديد المسافة .

(الثانية) ان ذلك معتبر من كل جهة من الاربعة .

(الثالثة) هل يعطى من هو على رأس الاربعة ، بمعنى أنه غاية الذراع الى جداره أم لا . ومبنى ذلك على دخول الغاية في المغيب . وصرح القاضي بدخوله ، قال الشهيد وهو قوي . والاجود عدمه ، لان المفصل محسوس لا يدخل في مغيبه .

قوله : ولو وقف على مصلحة فبطلت قيل يصرف الى البر

انقول للشيخين^(١) وابن ادريس ، والمصنف يستضعف ذلك . وبيانه : ان مذهب الشيخ أن الوقف على من ينقرض غالباً يرجع الى الواقف أو وارثه بعد الانقراض ، فلم لا يكون هنا كذلك .

قلت : في ذلك نظر ، اذ للشيخ ان يجيب بأن الوقف على المسجد مثلاً أو القنطرة وقف في الحقيقة على المسلمين فاذا بطلت لم ينقرض المسلمون فيصرف الى مصالحهم في غيرها لكن الى ما هو أقرب تشبهاً بتلك المصلحة ، كما اذا وقف على مسجد فبادأهله أو على قنطرة فانقطع الماء فانه يصرف الى مسجد آخر أو قنطرة أخرى ، لانه لا يلزم من زوال الشخص زوال الصنف ، لجواز تعلق غرض الواقف به أو بنوعه ، فلا يتعدى الى الجنس مع امكان الاقرب .

قوله : ولو أطلق الوقف وأقبض لم يصح ادخال غيرهم معهم اولاداً

(١) النهاية ٦٠٠ : واذا وقف المسلم شيئاً على مصلحة فبطل رسمها جعل في وجه البر .

كانوا أو أجانب. وهل له ذلك مع أصاغروالده؟ فيه خلاف ، والجواز مروى . أما النقل عنهم فغير جائز .

كانوا أو أجانب ، وهل له ذلك مع اصاغروالده ؟ فيه خلاف والجواز مروى
أما النقل عنهم فغير جائز

هنا مسائل :

(الاولى) لاختلاف أن مع اطلاق الوقف والموقوف عليهم بالغون وحصلت الشرائط كلها لايجوز ادخال غيرهم . نعم عند المفيد أنه لو حدث في الموقوف عليه حدث يمنع الشرع من معونته والصدقة عليه والتقرب الى الله بصلته جاز التغيير لان الوقف صدقة فلا يستحقه من لا يستحقها ، فاذا حدث في الموقوف عليه كفر أو فسق بحيث يستعان بذلك المال عليهما جاز حينئذ للواقف التغيير والادخال . وليس بعيداً من الصواب وان منعه ابن ادريس وغيره .

هذا مع حدوث المانع أما لو كان حاصل حال الوقف فلا .

(الثانية) لو وقف على أولاده الصغار وأطلق وقبض عنهم هل له ادخال غيرهم معهم ؟ قال الشيخ في النهاية^(١) نعم ، للرواية المشار اليها ، وهي عن عبدالرحمن ابن الحجاج عن الصادق عليه السلام في الرجل يجعل لولده شيئاً وهم صغار ثم يبدوله أن يجعل معهم غيرهم من ولده . قال: لا بأس^(٢) .

ومثله عن محمد بن سهل عن ابيه عن الرضا عليه السلام عن الرجل تصدق على بعض ولده بطرف من ماله ثم يبدو له بعد ذلك أن يدخل معه غيره من ولده قال : لا بأس به^(٣) .

(١) النهاية : ٥٩٦ .

(٢) الكافي ٣١٧/٢ ، التهذيب ١٣٥/٩ ، الاستبصار ١٠٠/٤ .

(٣) التهذيب ١٣٦/٩ ، الاستبصار ١٠١/٤ .

وأطلق الباقر المنع من ذلك للزوم الوقف ولقول العسكري عليه السلام
الوقوف على ما وقفها أهلها^(١) ، وهو يفيد الوجوب. ولرواية جميل بن دراج
عن الصادق عليه السلام: رجل تصدق على ولده بصدقة وهم صغار له أن يرجع
فيها؟ قال: لا الصدقة لله عز وجل^(٢).

وأجابوا عن الأولى بأنه لادلالة فيها على الوقف، لجواز أن يكون وصية
وكذا عن الثانية. وأيضاً الصدقة لا يستلزم الوقف مع الاطلاق كما تقدم، وحينئذ
تكون صدقة جائزة النقل فيقبل بعضها ثم ينقله الى أولاده الاخر.

(الثالثة) اتفق الكل على أنه لا يجوز النقل عن الاصاغر وغيرهم، لما تقدم
من لزوم الوقف وقول العسكري عليه السلام.

(الرابعة) لو شرط الواقف وصفاً كاملاً كصلاح وفقه وغير ذلك فزال جاز
النقل، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: المؤمنون عند شروطهم^(٣). وحينئذ نقول
إذا زال ذلك الوصف في الجملة فهنا مسائل:

« الأولى » أن يزول عن بعضهم فيكون للمباقيين ، « الثانية » أن يزول عن
الكل ويوجد في البطن التي يليهم فيكون لهم ، « الثالثة » أن لا يوجد في البطن
الثانية يصرف في البر ، « الرابعة » إذا صرف في البر وعاد الوصف الى البطن
الأولى عاد الاستحقاق ، « الخامسة » صرف في البر ولم يعد الوصف في الأولى
انظر البطن الاخرى فان وجدت وفيها الوصف بطل البر واستحقت وهكذا .
ويحتمل ان مع زوال الوصف عن احد البطن يكون الحاصل للغاية الابدية

(١) الكافي ٣٧/٧ ، التهذيب ١٢٩/٩ ، الفقيه ١٧٦/٤ ، الوسائل ٢٩٥/١٣ .

(٢) الكافي ٣١/٧ ، التهذيب ١٣٥/٩ ، الاستبصار ١٠٢/٤ .

(٣) التهذيب ٢٢/٧ ، الكافي ١٨٧/٦ ، الفقيه - روضة الواعظين - ١٨/١٣ .

وفيه : المسلمون .

وأما اللواحق فمسائل :

(الاولى) اذا وقف فى سبيل الله ، انصرف الى القرب ، كالحج ،
والجهاد ، والعمرة ، وبناء المساجد .
(الثانية) اذا وقف على مواليه دخل الاعلون والادنون .

المتناسبة لا أي بر كان ، كما لو كانت الغاية الابدية الصرف في حج أو غزواً
زواراً وغير ذلك من أصناف البر ، فانه يختص بها دون باقي الاصناف . وكان
هذا أقوى .

قوله : اذا وقف فى سبيل الله انصرف الى القرب كالحج والجهاد
والعمرة وبناء المساجد

خصه الشيخ في المبسوط والخلاف^(١) بالحج والعمرة والجهاد ، وابن حمزة
بالجهاد . والحق أنه لادليل على هذا التخصيص بل كل ما يتوسل به الى شيء
فهو سبيل الى ذلك الشيء ، وحيث أن يكون كل ما يتوسل به الى الله فهو سبيل
اليه تعالى .

وللشيخ في المبسوط تفصيل وافق فيه الشافعي ، وهو أن سبيل الله هو ما تقدم
وسبيل الثواب هو الفقراء والمساكين ويبدأ بأقاربه ، وسبيل الخير هو الاصناف
الخمسة الفقراء والمساكين وابن السبيل والغارمون لمصلحتهم والمكاتبون . ثم
قال : ولوقيل بتداخلها كان قوياً . وهو الاصح الامع معرفة قصد الواقف .

قوله : اذا وقف على مواليه دخل الاعلون والادنون

المولى يقال لغة على معنيين : « ١ » المعتق بكسر التاء وهو المولى الاعلى
« ٢ » المعتق بفتح التاء وهو المولى الادنى .

(١) الخلاف ٢٢٩/٢ قال : اذا وقف وقفاً وشرط ان يصرف منفعة فى سبيل الله جعل
بعضه للغزاة المطوعة دون العسكر المقاتل على باب السلطان وبعضه فى الحج والعمرة
لانهما من سبيل الله .

فاذا وقف الواقف على مواليه فلا يخلو من أحوال ثلاثة : « ١ » أن يكون له المولى الأعلى لا غير فينصرف الاطلاق اليه، « ٢ » أن يكون له الاسفل لا غير فينصرف أيضاً الاطلاق اليه ، « ٣ » أن يكون له الموليان معاً .

فان وجدت قرينة حالية أو مقالية اتبعت ، وان لم توجد قرينة قال الشيخ في المبسوط والخلاف^(١) وابن ادريس والمصنف دخلاً معاً واستحقاقاً . واستدل عليه في الخلاف بأن ذلك ليس ببعيد ، كما أن الوقف على الاخوة مع الاطلاق يتناول الاخوة اختلفين . واستدل عليه بأزه جمع مضاف فيعم كغيره .

وقال العلامة^(٢) : مع انتفاء القرينة واللفظ مفرد يبطل الوقف وان كان جمعاً ومنعنا من اطلاق المشترك على جميع معانيه يبطل أيضاً كالمفرد . قال : وانما قلنا ذلك لان لفظ « المولى » مشترك بين معان متضادة كالمعتق والمعتق ، وقد ثبت في الاصول امتناع اطلاق المشترك على جميع معانيه .

وأجاب عن حجة الشيخ بأن الفرق حاصل بين المولى والاخ ، لان الاخ مقول بالتواطى ، وعن الثانية بأن العام لفظ مستغرق لجميع ما يصلح له بوضع واحد والمشارك ليس كذلك فلا يكون المتنازع عاماً .

أقول : ويمكن أن ينتصر للشيخ بوجهين :

« ١ » - انا لانسلم أن تسميتهما مولى باعتبار العتق حتى يكون مشتركاً بين ضدين ، لاحتمال أن يكون باعتبار معنى موجود فيهما وهو الولاية : أما وجودها في السيد قبل العتق فظاهر ، وأما بعده فلبتوت الولاية عليه ، وأما في العبد فلان له الولاية على نفسه بعد العتق . فيكون الاشتراك معنوياً وتكون لفظة « المولى »

(١) الخلاف ٢ / ٢٣٠ قال : اذا وقف على مولاة وله موليان مولى من فوق ومولى من اسفل ولم يبين انصرف اليهما . وقال : لان اسم المولى يتناولهما فوجب صرفه اليهما .

(٢) المختلف ٢ / ٣٨ .

(الثالثة) اذا وقف على اولاده ، اشترك اولاده البنون والبنات ،
الذكور والاناث بالسوية .

مفعلا بمعنى الفاعل .

« ٢ » - سلمنا أن الاشتراك لفظي لكن الممنوع في الاصول على الخلاف هو الاستعمال على طريق الحقيقة ، أما على المجاز فلا خلاف في جوازه .

ان قلت : المجاز يستدعي قرينة فأبي قرينة هنا ؟

قلت : القرينة اما في المفرد فيتعذر حمله على الحقيقة ، وأما في الجميع فنقول : اذا تعدد المولى من الطرفين أو اتحد من طرف وتعدد من الآخر فانه يحمل على الجميع مجازاً ، والقرينة اما استحالة الترجيح من غير مرجح كما في الاول أو تعذر الحقيقة كما في الثاني أو امكان ارادة الجمع والمفرد فلا يتيقن البراءة الا بالحمل على الكل فتحمل .

واعلم أن لابن حمزة هنا تفصيلا استحسنه العلامة في المختلف^(١) وهو أنه قال : اذا وقف على مولاة اختص بمولى نفسه دون موالى أبيه وبمولاه الذي أعتقه دون مولى نعمته ، الا اذا لم يكن له مولى عتق وكان له مولى نعمة ، وان قال « على موالى » دخل فيه مولى العتاقة ومولى النعمة .

قال السعيد : وهو مبني على أن لفظه « المولى » مقولة بالتشكيك المعنوي ومقوليتها على الذي أعتقه هو أولى من ولي نعمته وانه يحمل لفظ الجمع عليهما .

قلت : هذا يستلزم الاشتراك المعنوي كما قلناه ، اذ التشكيك أحد أقسامه .
قوله : اذا وقف على اولاده اشترك اولاده البنون والبنات الذكور
والاناث بالسوية

(١) المختلف ٢/٣٨ .

هذه الجملة تقتضي مسائل :
(الاولى) اذا وقف على اولاده ولم يقل لصلبي هل يدخل فيه اولاده ام لا ،
وكذا لو قال على اولادي واولاد اولادي هل يختص بالبطنين أم يدخل فيه البطن
الثالث والرابع وهكذا ؟

قال المفيد والنجي والقاضي وابن ادريس تدخل اولاد الاولاد في الاولى
والبطن الثالث والرابع وهكذا في الثانية. واحتجوا بالاستعمال كقوله « يا بني
آدم » « يا بني اسرائيل يوصيكم الله في اولادكم »^١ وغير ذلك من الايات ،
وقوله صلى الله عليه وآله وسلم : ارموا بنى اسماعيل فان اباكم كان رامياً^٢ .
وقوله صلى الله عليه وآله وسلم للحسين عليهما السلام : هما ولدادي^٣ .

وقال الشيخ وابن الجنيد بخلاف ذلك في المسألتين ، لان اسم الولد لا
يصدق حقيقة الاعلى من ولد من صلبه ، فان أطلق على ولد الولد فمجاز لصحة
سلبه عنه ، تقول « هذا ليس ولدي بل ولد ولدي » ، ولا يحمل الكلام على المجاز
الامع القرينة .

وبه يجاب عن حجة المفيد ، فان الاطلاق فيما ذكره مجاز للقرينة .
واختار المصنف هنا مذهب المفيد والعلاة مذهب الشيخ ، وهو أقوى .
(الثانية) اذا قلنا بدخول اولاد الاولاد هل تدخل اولاد البنات ؟ الحق ذلك
ويقع الفرق بين قوله « اولاد اولادي » وقوله « من انتسب الي » فتدخل اولاد
البنات في الاول وفي الثاني خلاف تقدم .

(١) سورة النساء : ١١ .

(٢) ابن ماجه ٩٤١/٢ فيه : رمياً بنى اسماعيل فان اباكم كان رامياً . اخرجه البخارى

- شرح الكرماني ١٦٤/١٢ .

(٣) قاله صلى الله عليه وآله وسلم مراراً . انظر كنز العمال ١١٢/١٢ ، ١٣٤/١٣ ،

وما بعدهما .

(الرابعة) اذا وقف على الفقراء انصرف الى فقراء البلد ومن يحضره .

وكذا كل قبيل متبدد كالعلوية والهاشمية والتميمية .

ولا يجب تتبع من لم يحضره .

(الخامسة) لا يجوز اخراج الوقف عن شرطه ، ولا بيعه الا أن يقع خلف يؤدي الى فسادة على تردد .

(الثالثة) اذا أطاق الاولاد وأولاد الاولاد اشترك الذكور والاناث بالسوية عند اكثر الاصحاب ، لاصالة عدم التفصيل . وقال ابن الجنيد للذكر مثل حظ الانثيين كالارث . والحق الاول كالوصية والاقرار .

(الرابعة) لو وقف على اولاده أو المنسوب اليه دخل الخنثى قطعاً، أما لو قال على البنين أو البنات يحتمل عدم الدخول . والاقرب القرعة ، لانها في نفس الامر من أحد الصنفين .

قوله : ولا يجب تتبع من لم يحضره

أي في جميع الصور بل يصرف الى الحاضرين وقت القسمة ، لاصالة استحقاقهم وأصالة عدم وجوب التتبع . وهنا مسائل :

(الاولى) هل يجوز النقل الى بلد آخر؟ قال الشهيد لو تتبعه جاز ولا ضمان في الاقرب ، والاولى أنه مع وجود المستحق لا يجوز النقل ويجوز مع عدمه ولا ضمان .

(الثانية) لا يجزي اعطاء أقل من ثلاثة مراعاة لاقبل الجمع .

(الثالثة) لا يجب التسوية في الوقف العام المنتشر بل يجوز ولوم تفاوتاً، أما

الخاص المنحصر فيجب فيه التساوي ، خصوصاً على القول بملكهم .

قوله : ولا يجوز اخراج الوقف عن شرطه ولا بيعه الا ان يقع خلف فيؤدي الى فسادة على تردد

أما الاول فلما تقدم من خبر العسكري عليه السلام^(١) ، فلو خرب المسجد لم تخرج العرصه عن الوقف لرجاء عمارته وعمارة القرية أو صلابة المارة به ، وكذا لو خربت الدار أو القرية .

وأما الثاني - وهو عدم جواز بيعه - فقال ابن ادريس لا يجوز بيعه مطلقاً سواء خرب أولاً وسواء وقع فتنة بين أربابه أولاً، محتجاً برواية ابي علي بن راشد عن الكاظم عليه السلام : لا يجوز شراء الوقف^(٢) .

وقال الثلاثة بجواز بيعه اذا آل الى الخراب، وزاد المفيد والمرضى وسلار وابن حمزة أوتكون لهم حاجة ضرورية داعية الى بيعه. واحتجوا برواية علي ابن مهزيار عن ابي جعفر عليه السلام^(٣) وانه كتب بخطه جواباً لسؤاله : ان رائي له ان كان قد علم الاختلاف ما بين أصحاب الوقف أن بيع الوقف أمثل فانه ربما جاء في الاختلاف تلف الاموال والنفوس .

وفصل النقي والقاضي وابن بابويه فقالوا ان كان مؤبداً لا يجوز بحال وان كان حبساً جاز بيعه بالشرط الذي ذكره واحتجوا برواية جعفر بن حنان عن الصادق عليه السلام : ادا رضوا كلهم وكان البيع خيراً لهم باعوا^(٤) . فان مفهومها يدل على عدم التأييد وبأنه جمع بين الروايتين الاولتين .

ومنشأ تردد المصنف الخلاف المذكور. والحق أنه في صورة الحبس لا يجوز للمحبوس عليهم البيع ، لانه ليس ملكاً لهم لما تقدم. اللهم الا اذا اتفقوا

(١) الكافي ٣٧/٧ ، التهذيب ١٢٩/٩ .

(٢) التهذيب ١٣٠/٩ ، الكافي ٣٧/٧ ، الاستبصار ٩٧/٤ .

(٣) التهذيب ١٣٠/٩ ، الفقيه ١٧٨/٤ ، الكافي ٣٦/٧ ، الاستبصار ٩٨/٤ .

(٤) التهذيب ١٣٣/٩ ، الاستبصار ٩٩/٤ ، الكافي ٣٥/٧ ، وفيه عن جعفر بن حيان

الفقيه ١٧٩/٤ .

(السادسة) اطلاق الوقف يقتضى التسوية ، فان فضل لزم .

مع الحابس أو وارثه على البيع ، فانه جائز لبقائه على ملك الحابس أو وارثه .
وأما المؤبد فلا يجوز بيعه قطعاً في صورة كونه أنفع ، لمنا فاته قصد الواقف
ومفهوم الوقف ولعدم اختصاصهم بتملكه بل هو ملك أيضاً لباقي البطون، والرواية
منافية فلا يعمل بها . وأما إذا آل الى الخراب لاجل الاختلاف بحيث يتعطل
ولا ينتفع به أصلاً فيجوز بيعه والألکان ابقاؤه اتلاًفاً واضاعة للمال وهو منهي
عنه شرعاً .

ثم هنا فوائد :

(الاولى) اذا بيع وأمكن شراء غيره يكون وقفاً وجب لكونه أوفق لقصد
الواقف ، فانه اذا لم يكن تأبيده بحسب الشخص فليكن بحسب النوع .
(الثانية) اذا أمكن شراء مثله يكون أولى ، لما قلناه من كونه أشبه بغرض
الواقف .

(الثالثة) ان كان ثم ناظر شرعي تولى البيع والشراء المذكورين والا
فالحاكم .

(الرابع) هل بمجرد الشراء بالعين يصير وقفاً أو يفتقر الى ايقاع صيغة شرعية
الظاهر الثاني .

(الخامسة) لو انكسرت خشبة من الوقف بحيث لا يمكن الانتفاع بها الا للنار
جاز بيعها واشترى بثمانها ما يصير وقفاً كما قلناه .

قوله : اطلاق الوقف يقتضى التسوية فان فضل لزم

تقدم خلاف ابن الجنيدي ، أما لوقال «على كتاب الله» فانه يكون للذكر سهمان
وللأنثى سهم ، ولونص معه الواقف على العكس جاز .

(السابعة) اذا وقف على الفقراء وكان منهم جازان يشر كهم .

قوله : اذا وقف على الفقراء ، وكان منهم جازان يشر كهم

هنا أقوال :

(الاول) قول الشيخ في المبسوط اذا وقف عاماً - مثل أن يقف على المسلمين جاز له الانتفاع به بلا خلاف ، لانه يعود الى أصل الاباحة فيكون هو وغيره فيه سواء .

(الثاني) قال ابن الجنيدي : اذا وقف ولم يخرج من يده جاز له أن يأكل وينتفع به ويكون رجوعاً ، وان لزم الوقف بالخراج أو كان في واجب عليه وكان ما تصدق به غير مخصوص به أحداً بل عام كالمسجد جاز له أن يصلي فيه وأن يأكل عند الحاجة اليه منه وكره له الاكل مع الغداء .

(الثالث) قول ابن ادريس الذي يقوى عندي أن الواقف لا يجوز له الانتفاع بما وقفه على حال ، لانه لا يصح أن يقف الانسان على نفسه بالاجماع وقد خرج عن ملكه فلا يجوز عوده اليه بحال .

وقول الشيخ حق ، لان الوقف العام كالمسجد وخان السبيل ازالة الملك لا تمليك الغير فيكون حكمه حكم سائر المباحات الواقف وغيره فيه سواء ، بخلاف الوقف الخاص كبني فلان فانه تمليك لهم فلا يجوز للواقف أن يدخل معهم .

أما قول المصنف « وكان منهم جاز أن يشر كهم » فيه نظر ، لانه قد تقدم في كلامه أنه اذا وقف على الفقراء ينصرف الى فقراء بلده ، فانه حينئذ يكون قد ملكهم اياه ، فلم يعد اليه ولا يدخل فيهم ، وان عمه اللفظ لخروجه بالقرينة - وهو امتناع وقف الانسان على نفسه - سواء خص نفسه أو درجه تحت العام .

ومن اللواحق : مسائل السكنى والعمرى .

قوله : مسائل السكنى والعمرى (١)

يعبر عن هذا الحكم بثلاث عبارات :

« ١ » السكنى ، وهي مشتقة من الاسكان ، ويختص بالدار والبيت ، فان لم يقيد بمدة اكتفى في حصولها صدق مفهومها ، وان قيدها بمدة لزمت قدرها .
« ٢ » العمرى ، وهي مشتقة من العمر ، ولا تختص شيئاً بل بكل عين ينتفع بها مع بقائها ، وصورتها أن تقول «أعمرتك هذه الدار مدة حياتك أو مدة حياتي» ويقتصر .

« ٣ » الرقبى ، وصورتها «أرقتك هذه الدار أو هذا العبد مدة كذا» واشتقاقها امان الارتقاب أو من رقبة الملك ، ويجمعها كلها حد واحد ، وهو تملك الغير منفعة عين معينة مدة مخصوصة بغير عوض .
وهنا فوائد :

(الاولى) لا بد من تعيين المدة في غير العمرى ومطلق السكنى ، لما علم من قاعدة الشرع أن كل ما يكون الى أجل لا بد أن يكون معيناً مضبوطاً .
خالفنا ذلك في العمرى بحكم الاشتقاق . نعم لو قال « أعمرتك » وأطلق بطل لجهالة صرفه الى عمر أحدهما . ويحتمل كونه كالاسكان المطلق . والاول أقوى للفرق .

(الثانية) لا تخرج العين بالاعمار أو الاسكان أو الارقاب عن ملك صاحبها ،

(١) قيل في الفرق بين السكنى والعمرى والرقبى : العمرى ان يجعل منفعة داره او ضيعته لغيره مدة حياته ، والرقبى ان يجعلها مدة معلومة ، والسكنى ان يجعل سكنها لغيره مدة عمر احدهما . وقيل : العمرى ان يسكنه فيها طول عمر المعمر اى الغير، والرقبى ان يسكنه فيها مدة حياة المالك ، والسكنى ان يجعل منفعة سكنها لغيره مدة معلومة .

وهي تفتقر الى الايجاب والقبول والقبض .
وفائدتهما التسليط على استيفاء المنفعة تبرعاً مع بقاء الملك
للمالك . وتلزم لوعين المدة ، وان مات المالك .

بل ترجع اليه اوالى ورثته بعد انقضاء الامد المعلق به ذلك .
(الثالثة) لوقال « هي لك عمرك ولعقبك » لم يملكها الم عمر ، لاصالة بقاء
الملك كما قلناه وترجع بعد موت العقب الى المالك . فظاهر الشيخ عدم
الرجوع لخبر جابر عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم: أيمارجل أعمار عمرى
له ولعقبه فانما هي للذي أعطاها لاترجع للذي أعطاه^(١) . فانه أعطى عطاء وقعت
فيه الموارث .

قوله : وهي تفتقر الى الايجاب والقبول والقبض

هنا فوائد :

(الاولى) يشترط في الايجاب والقبول كونهما لفظين متطابقين ، وصورة
الايجاب تقدم والقبول « قبلت » و « رضيت » وشبههما .
(الثانية) اذا حصل الايجاب والقبول والقبض لزم العقد ، وقال الشيخ^(٢)
لا يلزم ، وقال التقي يلزم مع القرية . والاول أشهر لرواية الحلبي عن الصادق
عليه السلام^(٣) .

(١) اخرجه في كنز العمال ١٦ / ٢٤٤ .

(٢) قال في الخلاف ٢ / ٢٣٤ : العمرى عندنا جائزة ومعناها اذا قال الرجل لغيره :
اعمرتك هذه الدار مدة حياتك او مدة حياتى او اسكنتك او جعلت لك هذه الدار في حياتك
فان هذه الالفاظ اذا اتى بواحدة منها واقضه فقد ازم العمرى . وقال : وتسمى عندنا ايضاً
سكنى .

(٣) الكافي ٧ / ٣٤ ، الفقيه ٤ / ١٨٦ ، التهذيب ٩ / ١٤٠ ، الاستبصار ٤ / ١٠٤ ،

الموسائل ١٣ / ٣٢٥ .

وكذا لو قال له : عمرك ، لم تبطل بموت المالك .
وتبطل بموت الساكن . ولو قال : حياة المالك ، لم تبطل بموت
الساكن وانتقل ما كان له الى ورثته .
وان أطلق ولم يعين مدة ولا عمراً تخير المالك في اخراجه
مطلقاً .

ولو مات المالك - والحال هذه - كان المسكن ميراثاً لورثته
وبطلت السكنى .
ويسكن الساكن معه من جرت العادة به كالولد والزوجة
والخادم .

(الثالثة) شرط العلاءة في القواعد^(١) نية التقرب ، والاقوى عدم اشتراطها .
نعم معها تصير صدقة .

قوله : وكذا لو قال له عمرك لم تبطل بموت المالك
هذا قول الاكثر ، لانه عقد منجز مع صحة العاقد فلم تبطل بموته . وقال
ابن الجنيدي ان كانت العين تقصر عن الثلث لم يكن للورثة اخراج الساكن ،
وان زادت كان لهم ذلك ، محتجاً برواية خالد بن نافع البجلي عن الصادق
عليه السلام^(٢) وليس فيها دلالة على أن المالك اسكنه في حياته فتحمل على الوصية
مع أن في فقهاء اضطراباً ، لان العين اذا لم تنتقل الى المعمر لوجه لتقويمها ،
فان كان ولا بد تقوم المنفعة .

قوله : ويسكن الساكن من جرت العادة به كالولد والزوجة والخادم

(١) قال في القواعد في المقصد الثاني من كتاب الوقوف : السكنى ولا بد فيها من
ايجاب وقبول وقبض ونية التقرب .

(٢) الكافي ٣٨/٧ ، التهذيب ١٤٢/٩ ، الفقيه ٨٦/٤ ، الاستبصار ١٠٥/٤ .

وليس له أن يسكن معه غيره الا باذن المالك .

وليس له ان يسكن غيره الا باذن المالك

هذا قول الشيخ في النهاية^(١) والقاضي، وقال ابن ادريس : للساكن الاجارة واسكان الغير وان لم يكن ولداً ولازوجة سواء اذن له المالك أولاً ، لانه ملك المنفعة وصارت من حقوقه فله استيفاءها كيف شاء بنفسه وبغيره .

والمشهور قول الشيخ، وعليه الفتوى، لان المنفعة من كل وجه كانت للمالك ولادابيل على انتقالها من كل وجه ، فان مفهوم عقد السكنى جعل الغير ساكناً في الدار ، فلا يملك غير ذلك من الاجارة واسكان الاجنبى .

ان قلت : لو لم يملكها الساكن من كل وجه لكان للمالك أن يسكن معه غيره ، لعدم المنافاة بين الساكنين حينئذ . لكن اللازم باطل اجماعاً فكذا الملزوم ، والملازمة ظاهرة ، فان الملك من وجه لا ينافي عدم تملكها من وجه آخر .

قلت : نمنع الملازمة ، وانما تصح لو لم يستلزم ذلك اضرار الساكن، أما معه فلا . والفرق قاض بالاضرار .

ولنتمم البحث بفوائد:

(الاولى) هل للساكن ادخال الضيف ؟ الظاهر نعم مالم يطل زمانه بحيث يعد عرفاً أنه غير ضيف .

(الثانية) هل له أن يحرز^(٢) فيها طعاماً أو ادخال دابة أو دواب؟ الظاهر في الطعام

(١) النهاية ٦٠١ : لم يجز للساكن ان يسكن معه غيره الا ولده واهله ولا يجوز له سواهم، ولا يجوز للساكن ايضاً ان يؤجره ولا ان ينتقل عنه فيسكن غيره الا باذن صاحب المسكن .

(٢) احرز المتاع : جعله في الحرز اى المكان الذى يحفظ فيه .

ولو باع المالك الاصل لم تبطل السكنى ان وقتت بأمد أو عمر.

جواز احراز قدر الحاجة لاغير ، وأما الدابة فان كان ذلك المسكن جعل لمثلها جازواً والأفلا .

(الثالثة) لو أعمره أو أرقبه أرضاً شأنها الزرع أو دابة شأنها الحرث أو العمل عليها أو خاناً كان للمعمر ان يؤجر أمثال ذلك للعرف القاضي بذلك وأصالة الجواز .

(الرابعة) لو أجاز المالك في موضع المنع جاز ، أو شرط له التخصيص موضع الجواز لزم .

قوله: لو باع المالك الاصل لم تبطل السكنى ان وقتت بأمد أو عمر

فائدة قوله « ان وقتت » الى آخره أنها اذا لم نوقت بأمد أو عمر بل اسكنه مطلقاً يكون بيع المالك رجوعاً ، بخلاف الاول فان الساكن ملك منفعة العين بالعقد . ثم المشتري ان كان عالماً فلا خيار له ووجب عليه الصبر والاتخير بين الفسخ والصبر ، وهو اجماع ومستنده رواية الحسين بن نعيم عن الكاظم عليه السلام عن الصادق عليه السلام عن الباقر عليه السلام^(١) .

(فوائد) :

(الاولى) زاد ابن الجنيد أنه اذا دفع المالك الى الساكن عوضاً عما بقي من المدة جاز ذلك . وهرم نوع الأبرضى الساكن للزوم العقد .

(الثانية) استشكل العلامة صحة البيع لو كانت معلقة بالعمر ، لجهالة وقت الانتفاع ولانهم منعوا بيع المسكن الذي تعتد فيه المطلقة بالأفراء لجهالة وقت الانقضاء وهذا المعنى موجود هنا .

(١) الكافي ٣٨/٧ ، التهذيب ١٤١/٩ ، الفقيه ١٨٥/٤ ، الاستبصار ١٠٤/٤ .

ويجوز حبس الفرس والبعير في سبيل الله ، والغلام والجارية
في خدمة بيوت العبادة .

ويلزم ذلك مادامت العين باقية .
وأما الصدقة : فهي التطوع بتمليك العين بغير عوض .
ولا حكم لها ما لم تقبض باذن المالك .

وفيه نظر ، لان بيع الاصل غير مشروط بعلم قدر منافعه بل بعلم الاصل وان
جهل منافعه كبيع الشاة ذات اللبن مع جهالة قدر الحلب .
ويمكن أن يجاب بالفرق بين العلمين ، فان العلم بالكم من حيث الزمان
شرط لا لعلم بمقدار المنتفع به .

(الثالثة) هل تصح اجارتها مدة معلومة على القول بجواز تأخر المدة عن
العقد أم لا ؟ الظاهر أنه مع تقديرها بالمدة تصح ، أما مع التقدير بالعمرفلا ، لان
الاجارة تمليك منفعة معلومة والفرض عدمه ، ولانه يجب فيها تسليم المنفعة وهو
غير معلوم زمان القدرة عليه .

قوله : ويجوز حبس الفرس . الى قوله : ويلزم ذلك ما دامت العين
باقية

هذا صحيح لا غبار عليه . نعم يقع الفرق بين الحبس المذكور وبين
الحبس على الانسان أن الاول يخرج عن ملك الحابس بخلاف الثاني بل يعود
اليه وأولى وارثه ، لما رواه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام أن علياً
عليه السلام قضى برد الحبس وانفاذ المواريث^(١) .

قوله : وأما الصدقة فهي التطوع بتمليك العين بغير عوض

(١) الكافي ٣٤/٧ ، التهذيب ١٤٠/٩ ، الفقيه ١٨١/٤ .

وتلزم بعد القبض وان لم يعوض عنها .

في هذه العبارة مساهلة، فان التطوع لا يصدق الاعلى المندوب ، لما تقرر في الاصول أنه مرادفه ، ومراده هنا أعم من ذلك بحيث يشمل الفرض ، لقوله فيم- بعد « ومفروضها محرم » - الخ . فالاولى أن يقال هي العطية المقرونة بالقربة .

قوله : وتلزم بعد القبض وان لم يعوض عنها

وجه اللزوم حصول الثواب في مقابلها ، ، وهو عوض أخروي ثابت دائم، فيكون أقوى في اللزوم من العوض الدنيوي الزائل .

قوله : وان لم يعوض عنها

عوض دنيوي ولاخلاف في ذلك في المفروضة، وأما المندوبة فقال الشيخ^{١)} يجوز فيها الرجوع كالهبة في موضع يجوز الرجوع .

والاقوى عدم كالمفروضة ، لرواية الحلبي عن الصادق عليه السلام عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم: انما مثل الذي يرجع في صدقته كالذي يرجع في قيئه^{٢)}. والرجوع في القيء حرام فكذا الرجوع في الصدقة .

وقال الشيخ والمفيد أيضاً لايجوز رجوعها اليه ببيع ولاهبة، لرواية منصور ابن حازم عن الصادق عليه السلام: اذا تصدق الرجل بصدقة لم يحل له أن يشتريها

١) في محكى المبسوط : ان صدقة التطوع عندنا بمنزلة الهبة في جميع الاحكام - الى ان قال - وكل من له الرجوع في الهبة له الرجوع في الصدقة عليه . انتهى . وقال في النهاية ٦٠٣ : وما تصدق الانسان به لوجه الله فلا يجوز له ان يعود اليه بالبيع او الهبة او الصدقة، وان رجع اليه بالميراث كان جائزاً، واذا اخرج الانسان شيئاً لوجه الله يتصدق به ففاته من يريد اعطاه فليصدق به على غيره ولا يردده في ماله .

٢) التهذيب ١٥٥/٩ ، الاستبصار ١٠٩/٤ .

ومفروضها محرم على « بنى هاشم » الا صدقة أمثالهم أو مع
الضرورة ، ولا بأس بالمندوبة .

والصدقة سرأ أفضل منها جهراً الا أن يتهم .

وأما الهبة : فهي تملك العين تبرعاً مجرداً عن القربة .

ولا بد فيها من الايجاب والقبول والقبض .

ويشترط اذن الواهب فى القبض .

ولا يستوهبها ولا يستردها الا فى ميراث^(١) . وحملت على الكراهية وبه قال فى الخلاف

ومنع ابن ادريس لتملك العين فله بيعها على من شاء .

أما الانتقال بميراث فلا خلاف فى جوازه ، لانه تملك من غير قصد ، ولما

ذكر فى الرواية .

قوله : ومفروضها محرم على بنى هاشم

أما الزكاة فلا كلام فيها ، وهل تحرم الواجبة بنذر أو عهد أو يمين؟ الظاهر لا

لمبادرة الاولى ، لكونها أوساخ الناس ، ولاصالة الحل مع الحاجة .

قوله : واما الهبة فهي تملك العين تبرعاً مجرداً عن القربة

التمليك جنس وتعلقه بالعين تخرج منه الاجارة ، وبقيد التبرع خرج البيع

وشبهه ، وبقيد التجرد عن القربة خرج الصدقة . وينتقض بالوصية ، فكان ينبغى

أن يزداد « منجزاً » .

قوله : ولا بد فيها عن الايجاب والقبول والقبض ، ويشترط اذن الواهب

فى القبض

هنا فوائد :

(الاولى) ايجاب هذا العقد « وهبتك » و« ملكتك » و« أهديت اليك »

(١) التهذيب ١٥٠/٩ .

و« نحلّتك » و« أعطيتك » و« هذا لك » مع القصد في ذلك كله . وقوله « قبلت » و« رضيت » وشبههما .

(الثانية) هل القبض شرط في صحتها أو أزمها؟ قال التقى بالاول ، وقال ابن ادريس هو قول اكثر علمائنا ، ونقله الشيخ في الخلاف^(١) عن بعض أصحابنا واختاره المصنف ، واحتج بأنه لما وقع الخلاف ينبغي أن يرجع الى الاصل وهو بقاء الملك على مالكة . وتؤيده رواية ابى بصير عن الصادق عليه السلام : الهبة لا تكون أبداً هبة حتى يقبضها^(٢) . ورواية ابان بن عثمان عنه عليه السلام : ان الهبة والنحلة اذا لم تقبض ومات صاحبها فهي بمنزلة الميراث^(٣) .

وانما قال بمنزلة الميراث لان الورثة لو أجازوا لم يكن ميراثاً . وظاهر كلام الشيخين يدل على الثاني ، واختاره القاضي وابن حمزة وسلار وابن ادريس ، ولذلك قال الشيخ في الخلاف^(٤) : لو وهب قبل الهلال عبداً فقبله وماقبضه الا بعد الهلال فنظرت له لازمة للموهوب له دون الواهب .

واختار العلامة في القواعد^(٥) الاول ، وفي المختلف الثاني . واحتج فيه عليه بأنه عقد يقتضي التمليك فلا يشترط في صحته القبض كغيره من العقود ، ولأنه تبرع فلا يعتبر في صحته القبض كالوصية ، ولان القبض خارج عن مسمى الهبة ولهذا يبرأ الحالف بمجرد العقد ، ولما رواه ابو بصير صحيحاً عن الصادق عليه السلام : الهبة جائزة قبضت أو لم تقبض قسمت أو لم تقسم ، والنحل لا يجوز

(١) لم نجد في الخلاف نقله عن بعض اصحابنا بل قال في-ه : ٢٣٣ : الهبة لا تلزم الا بالقبض وقبل القبض للواهب الرجوع فيها .

(٢) التهذيب ١٥٩/٩ ، الاستبصار ١٠٧/٤ .

(٣) التهذيب ١٥٥/٩ .

(٤) الخلاف ٣٣١/١ .

(٥) قال في القواعد في بحث الهبة : الثالث القبض وهو شرط في صحة الهبة .

ولو وهب الاب أو الجد للولد الصغير لزم ، لانه مقبوض بيد الولي .

وهبة المشاع جائزة كالمقسوم .

حتى يقبض ، وانما أراد الناس ذلك فأخطأوا^(١) .
وفيه نظر : أما الوجهان الاولان فلانهما قياس لانقول به ، ولانتقاض الاول بالصرف والسلم فانهما يقتضيان التمليك ويشترط القبض في صحتهما . وأما الثالث فلانه لا يلزم من خروجه عدم كونه شرطاً في الصحة ، وأما الرواية فلا دلالة فيها على المدعى وانما هي حكاية قول الناس وخطأهم فيه ولم يتبين فيها الحق .
(الثالثة) لا بد في القبض من اذن الواهب ، فلو قبض المتهب من غير اذن لم يقع موقعه ، والهبة كلاهبة لاصالة بقاء الملك ، خصوصاً على اشتراطه في الصحة .

(الرابعة) هل يشترط فوريته أم لا ؟ أما على القول بأنه شرط في اللزوم فلا يشترط الفورية ، وأما على القول باشتراطه فاستشكله العلامة في القواعد^(٢) من حيث أصالة عدم الاشتراط ، ومن أنه لا يتبين البقاء على باقي الاجزاء مع عدمه والحق اشتراط فوريته .

(الخامسة) لو وهب المغصوب للغاصب أو الوديعة للمستودع أو وهب الولي الطفل شيئاً في يده لا يشترط تجديد قبض ، وهل يشترط مضي زمان يمكن فيه القبض لو أراداه ؟ يظهر من كلام الشيخ في المبسوط ذلك ، والحق عدمه .

(١) المختلف ٢/٢٨٠ . والرواية في التهذيب ٩/١٥٦ ، الاستبصار ٤/١١٠ .
ونحلته اي اعطيته شيئاً من غير عوض بطيب نفس .
(٢) راجع القواعد المطلب الثالث من الفصل الثالث في الهبة . وقال فيه : ولا يشترط فورية الاقباض على اشكال .

ولا يرجع في الهبة لاحد الوالدين بعد القبض ، وفي غيرهما
من ذوى الرحم على الخلاف .

قوله : ولا يرجع في الهبة لاحد الوالدين بعد القبض ، وفي غيرهما
من ذوى الرحم على الخلاف

كل موضع لا يصح الرجوع في هبة الاجنبى كذا لا يصح في هبة القريب ،
وأما ما يصح فيه الرجوع فهو ينقسم في القريب الى قسمين :

« ١ » ما لا خلاف في عدم الصحة فيه ، فقال ابن حمزة انه العمودان معاً
علواً أو نزلوا ، وكلام المصنف يشعر بأنه الوالدان فقط ، وكلام العلامة في
المختلف^(١) يدل على أنه الاولاد فقط . والفتوى على قول ابن حمزة ، ولا ينافي
ذلك نقل الفاضلين .

« ٢ » ما فيه خلاف ، وهو ما عدا ذلك من ذوى الرحم ، فقال الشيخ في
المبسوط والخلاف^(٢) والتهذيب والمرضى وابن الجنيد وابن ادریس للواهب
الرجوع وان أقبض ، لرواية داود بن الحصين عن الصادق عليه السلام قال :
سألته هل لاحد أن يرجع في صدقته أو هبته ؟ قال : أما من تصدق به لله فلا ، وأما
الهبة والنحلة فيرجع فيها حازها أو لم يحزها وان كانت لذوى قرابة^(٣) ومثله رواه
المعلى بن خنيس عنه عليه السلام^(٤) .

(١) المختلف ٢٦/٢ قال فيه : اذا وهب الاب ولده الصغير او الكبير واقبضه لم
يكن للاب الرجوع في الهبة اجماعاً .

(٢) الخلاف ٢٣٧/٢ ، التهذيب ١٥٧/٩ .

(٣) التهذيب ١٥٧/٩ ، الاستبصار ١٠٦/٤ .

(٤) التهذيب ١٥٨/٩ ، الاستبصار ١٠٧/٤ .

وقال المفيد والشيخ في النهاية^(١) وسلاّر والقاضي ليس له ذلك ، واختاره العلامة . وعليه الفتوى .

أما أولاً فلو وجود العلة في الاولاد وهو الصلة .

وأما ثانياً فلان المتهم ملك العين بالاجماع فعودها الى الواهب يفتقر

الى دليل .

وأما ثالثاً فالروايات ، كرواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال :

الهبة والنحلة يرجع فيهما صاحبهما ان شاء حيث اولم تحز الا لذي رحم فانه

لا يرجع فيه^(٢) . ورواية عبد الرحمن بن ابي عبدالله وعبدالله بن سنان^(٣) عن الصادق

عليه السلام قال : سألتناه عن الرجل يهب الهبة أيرجع فيها ان شاء؟ قال : تجوز

الهبة لذوي القربى والذي يثاب من هبته ويرجع في غير ذلك ان شاء^(٤) . ومراده

عليه السلام بقوله « تجوز » أي تلزم ، لوجوه :

« ١ » ان السؤال وقع عن الرجوع فلو لم يرد به ذلك لتأخر البيان عن وقت

الحاجة .

« ٢ » انه فرق بين القسمين الاولين وبين غيرهما . وأجاب في الثاني بجواز

الرجوع فيكون الاول بخلافه والالم يبق للتفصيل معنى .

« ٣ » انه مع ثبوت الثواب لاخلاف في اللزوم وقد شره مع هبة القريب

فيكون حكمهما واحداً قضية للعطف .

قال بعض الفضلاء : يحتمل ارادة الجواز من طرف المتهم لاطرف الواهب

(١) النهاية ٦٠٢ قال فيه : كل هبة وهبها الانسان لذى رحمه ولدأ كان او غيره ليس

له فيه رجوع اذا كان مقبوضاً . وقال العلامة في القواعد : ان كان ذارحم لم يجز الرجوع بعد الاقباض .

(٢) التهذيب ١٣٥/٩ ، ١٥٦ ، الكافي ٣١/٧ ، الاستبصار ١٠١/٤ ، ١٠٨ .

(٣) التهذيب ١٥٥/٩ فيه : وعبدالله بن سليمان ، الاستبصار ١٠٨/٤ وايضاً في

التهذيب ١٥٨/٩ عن عبدالله بن سنان وليس فيه عبد الرحمن بن ابي عبدالله .

ولو وهب أحد الزوجين الآخر ففى الرجوع تردد أشبهه :
الكراهية .

ويرجع فى هبة الاجنبى مادامت العين باقية مالم يعوض عنها .
وفى الرجوع مع التصرف قولان ، أشبههما : الجواز .

فكانه عليه السلام قسم الهبة الى جائز من الطرفين وهو القسم الثانى والى جائز من
طرف المتهب وهو الاول .

وفيه نظر ، لان الرجوع من طرف المتهب لامعنى له فى القسمين ، لحصول
ملكه فلا يزول عنه الا بناقل شرعي ، ولان السؤال وقع عن رجوع الواهب
لا المتهب .

قوله : ولو وهب أحد الزوجين الآخر ففى الرجوع تردد أشبهه
الكراهية

ينشأ التردد من أصالة عدم الرجوع لحصول الملك بالعقد الصحيح ،
ولرواية ابن محبوب عن علي بن رثاب عن زرارة عن الصادق عليه السلام أنه
لا يرجع الرجل اذا وهب لزوجته ولا المرأة فيما وهبت زوجها^(١) . ومن كونها
ليست بندي رحم فيجوز الرجوع ، لما تقدم من الروايات . وبه قال الشيخ ، فى
النهاية^(٢) ، واختاره ابن ادريس ، والمصنف جمع بين الاحتمالين بالكراهية .

قوله : ويرجع فى هبة الاجنبى ما دامت العين باقية مالم يعوض عنها
وفى الرجوع مع التصرف قولان أشبههما الجواز

(١) التهذيب ١٥٢/٩ ، الكافي ٣٠/٧ ، الاستبصار ١١٠/٤ .

(٢) النهاية ٦٠٣ قال فيه : ويكره ان يرجع الانسان فيما بهبه لزوجته وكذلك يكره
للرأة الرجوع فيما تهبه لزوجها .

هبة الاجنبى لها احوال : « ١ » المقرونة بالقربة ، « ٢ » المعوض عنها ،
« ٣ » التالف عينها ، « ٤ » الباقية العين لكن جرت عليها العقود الناقلة ، « ٥ »
الباقية العين ولم يجر عليها النقل ولم يتصرف المتهب ، « ٦ » الباقية وتصرف
المتهب .

ولاخلاف في عدم جواز الرجوع في الاحوال الاربعة ، وفي جوازه في
الخامس ، واختلف في السادس فقال سلال والتقي بجوازه واختاره المصنف
لرواية ابن سنان المتقدمة ورواية الحلبي صحيحاً عن الصادق عليه السلام : اذا
كانت الهبة قائمة بعينها فله أن يرجع والافليس له^١ .

وقال الشيخ في النهاية^٢ والمفيد والقاضي وابن ادريس وابن حمزة بعدم
جوازه . ولابن حمزة تفصيل ، وهو أن التصرف ان غير العين كالخشب يعمل
باباً والثوب يقصر أو يفصل قميصاً والغزل ينسج فلارجوع ، والافله ذلك كالعبد
يرهنه أو يكتبه مكتوبة مشروطة .

واختار العلامة قول الشيخ في النهاية^٣ ، واحتج عليه بوجوه :

« ١ » - ان المتهب ملك بالعقد والقبض وظهر أثر ذلك بالتصرف فقوى
وجود السبب فيكون ملكاً تاماً فيحتاج انتقالها عنه الى سبب حادث وليس .
والرجوع ليس بسبب والالكان سبباً في غيره من العقود .

« ٢ » - أصالة لزوم الملك لانتقاله الى المتهب ، فدخل تحت عموم « ولا
تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل »^٤ .

١ (التهذيب ١٥٣/٩ ، الكافي ٣٢/٧ ، الاستبصار ١٠٨/٤ .

٢ (النهاية : ٦٠٣ .

٣ (المختلف : ٢٨/٢ .

٤ (سورة البقرة : ١٨٨ .

« ٣ » - راية ابراهيم بن عبد الحميد عن الصادق عليه السلام قال : أنت بالخيار في الهبة ما دامت في يدك فاذا خرجت الى صاحبها فليس لك أن ترجع فيها . وقال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : من رجع في هبته فهو كالراجع في قيئه^١ .

وفي الكل نظر :

أما الاول - فلان الملك مسلم لكن لزومه ممنوع والالزم مع عدم التصرف، وكون التصرف سبباً للزومه عين المتنازع، فلا يكون مقدمة والالكان مصادرة على المطلوب .

وأما الثاني - فللمنع من كون اللزوم أصلاً والالكفى مع عدم التصرف .
وأما الثالث - فلان الرواية ان سلم سندها فهي تدل على اللزوم بالقبض مطلقاً وانتم لاتقولون به .

واعلم أن تردد المصنف من تعارض الاحتمالين كما قلناه .

(١) التهذيب ١٥٨/٩ ، الاستبصار ١٠٧/٤ .

كتاب السبق والرماية

ومستندهما قوله عليه السلام : لاسبق الا في نصل أو خف أو حافر.

ويدخل تحت النصل ، السهام والحراب والسيف . وتحت الخف الابل . وتحت الحافر الخيل والبغال والحمير ، ولا يصح في غيرها .

قوله : كتاب السبق والرماية . ومستندهما قوله صلى الله عليه وآله وسلم لاسبق (١) الا في نصل أو خف أو حافر . ويدخل تحت النصل السهام والحراب والسيف ، وتحت الخف الابل ، وتحت الحافر الخيل والبغال والحمير ولا يصح في غيرها
هنا فوائد :

(الاولى) الاستباق والمرامة كانا في الجاهلية، وهما من جملة الازلام والقдах ثم ان الشارع سوغهما ووقع الاجماع على مشروعيتهما، فلا بد من أمر يبعدهما

(١) في مجمع البحرين : اختلف المحدثون في ان السبق في هذا الحديث هل هو بسكون الباء ليكون مصدراً بمعنى المسابقة او بفتحها بمعنى المال المبدول للسابق ، فعلى الاول لاتصح المسابقة في غير هذه الثلاثة وعلى الثانى وهو الاصح رواية على ما نقله بعض العلماء تصح ولكن اخذ العوض حرام .

عن القداح فيفتقر الى بيان أمرين : « ١ » وجه الشبه للقداح ، « ٢ » بيان الفرق .

أما الاول - فالأكثر على أن وجه الشبه كون كل واحد من المتقاسمين أما أن يغنم أو يغرّم ، وكل واحد من المتسابقين مردد بينهما . وقال ابن خيران هو كون كل واحد^(١) .

وأما الثاني - فاختلف فيه : فعندنا هو نص الشارع على التسويغ لا غير ، وعند الشافعي هو دخول المحلل في موضع يكون المال من المتسابقين . وأما إذا كان من بيت المال أو من ثالث فيكفي ذلك في الفرق ولا حاجة الى المحلل . وقال ابن خيران منهم : هو أنه إذا سبق أحدهما والمحلل أحـرز السابق مال نفسه لا غير وكان مال المسبوق للمحلل ، وكذا إذا لم يسبق معه المحلل . والأصح ما قاله الأصحاب .

(الثانية) ينبغي أن يكون الباعث عليهما التأهب للقتال والمدافعة عن الدين والنفس والمال والحرم ، فان توقف الجهاد الشرعي عليهما وجبا على الكفاية لوجوب المتوقف عليهما واستحبا على الأعيان .

(الثالثة) مستند الإجماع على مشروعيتها الحديث المذكور ، وكذا قول أئمتنا عليهم السلام : ان الملائكة لتنفر عند الرهان وتلعن صاحبه ما خلا الحافر والخف والريش والنصل^(٢) .

(الرابعة) قال الجوهري: النصل نصل السهم والسيف والسكين والرمح ، والجمع نصول ونصال ، ونصل السهم إذا خرج من النصل ، ومنه قولهم « رماه

(١) كذا في الأصل وكتب بعده : هنا يباض بقدر نصف السطر .

(٢) الوسائل ١٣ / ٣٤٧ .

بأفوق ناصل^١ . ويقال أيضاً نصل السهم اذا ثبت نصله في الشيء فلم يخرج ، وهو من الاضداد .

والخف واحد أحفاف البعير ، والحافر واحد حوافر الدابة ، وقد استعاره الشاعر في اقدم : « على البكر يمرية بساق وحافر »^٢ . والریش للظائر الواحدة ريشة ويجمع على أرياش ، والریش بالفتح مصدر قولك رشت السهم اذا الرقت عليه الریش فهو ريش ، ومنه قولهم « مانه قذ ولا مريش » أي ليس له شيء ، ورشت فلاناً : أصلحت حاله وهو على التشبيه .

(الخامسة) قال الشيخ^٣ الذي تجوز المسابقة عليه النصل^٤ ، والحافر والخف فالنصل ضربان نشابة وهي للعجم والآخر السهم وهو للعرب . والمزاريق^٥ وهي الردينيات والرماح والسيوف .

(١) السهم الافوق : المكسور الفوق ، المنزوع النصل . والفوق : موضع الوتر من السهم ومدخله يقال : نصل السهم اذا خرج منه النصل فهو ناصل ، وهذا مثل يضرب لمن استنجد بمن لا ينجده . ومنه قول علي عليه السلام : ومن رمى بكم فقد رمى بأفوق ناصل : أي بسهم منكسر الفوق لانصل فيه . راجع النهج - الفيض - ٩٣/١ ، ١٥٤ . وشرح ابن ابي الحديد : ١١١/٢ ، ١٠٢/٦ .

(٢) وهو لجبيها الاسدى « الاشجى » يصف ضيفاً طارقاً اسرع اليه . قال : فأبصر نارى وهى شقراء اوقدت
بليل فلاحت للعيون النسواظر
فما رقد الولدان حتى رأيتسه
على البكر يمرية بساق وحافر
معنى يمرية : يستخرج ما عنده من الجرى . وقد استعار عن الحافر فى القدم . وقيل : ويقولون للقدم حافراً اذا ارادوا تقيحها قال الشاعر :

اعوذ بالله من غول مغولة
كأن حافرها فى ... ظنوب

(٣) المبسوط ٢٩٠/٦ .

(٤) النصل والنصلان: حديدة السهم والرمح والسكين والسيف مالم يكن له مقبض .
(٥) المزاريق جمع المزراق وهو رمح قصير وهو اخف من العنزة . والردينة بضم الراء وفتح الدال وسكون الياء اسم امرأة ، والرماح الردينية منسوبة اليها .

وأما الخف فضربان ابل وفيلة ، وأما البغال والحمير فقال قوم لا تجوز
المسابقة عليها لانها لا تكرو ولا تفر فهي كالبقر، وقال آخرون وهو جائز. وهو الاقوى
للعوم . وقال ابن الجنيد^(١) المجمع عليه ما يكون به القوة على حرب الاعداء
في الدين والنكاية بهم والرغبة وما به يصل الناس اليهم بأي وجه كان الخيل
والابل من الحيوان والرمي على القوس بندي النصل من السهام، وقد أجازة قوم
بالبراذين والبغال والحمير وغيرها من الحيوان . وهذا يدل على تردده في ذلك
قال العلامة^(١) والوجه ما قاله الشيخ للعوم .

أقول : الحق اتباع النص ، لما علم أن هذه المعاملة على خلاف الاصل ،
فيتبع ما دل النص عليه . وحيث لم يعلم من الشرع غير الالفاظ المذكورة فان
لم يكن لها حقائق في العرف حملت على المعاني اللغوية وقد عرفتھا .
نعم في الرواية الثانية ذكر الريش ، والمراد به الشاب . وعطف النصل
عليه لا يدفع ذلك، لان ايراده لاصلاته في المراماة ، وسماه ريشاً مجازاً من تسمية
الشيء بجزئه .

(السادسة) قوله « لا يصح في غيرها » يشير الى المسابقة بالطيور والسفن
والاقدام والمصارعة ورفع الاحجار، ولاخلاف في عدم صحة المسابقة بها مع
المال . وهل تحرم مع عدم المال ؟ الاصح نعم ، لانها لعب وعبث خال عن
فائدة، ولان قوله صلى الله عليه وآله وسلم « لاسبق » روي بسكون الباء وفتحها،
فعلى الاول هل يضمر المشروعية أي لاسبق مشروع لانه أقرب الى الحقيقة
وحيثئذ يكون دالا على تحريمها ، أو يكون مجملا محتملا للمشروعية والفضيلة
وحيثئذ يكون الاحتياط مقتضياً للتحريم أيضاً . وعلى الثاني وهو فتح الباء يدل
على تحريم العوض لاعلى تحريمها .

(١) راجع المختلف ٢٦/٢ وفيه : الرمي على القسي .

(السابعة) في تفسير الالفاظ المستعملة في هذا الباب :

أما في المسابقة فالسبق بسكون الباء المصدر وبالفتح العوض وهو الخطر^(١) والندب والرهن، يقال سبق بتشديد الباء اذا أخرج السبق واذا أحرزه، والسابق^(٢) المتقدم . ويقال المجلى والثاني المصلى لانه يحاذي رأسه صلوى^(٣) المجلى ، والصلوان عظامان ناتئان عن يمين الذنب وشماله ، والثالي^(٤) الثالث ، والبارع الرابع ، والمرتاح الخامس ، والحظى السادس ، والعاطف السابع ، والمؤمل الثامن ، واللطيم التاسع ، والسكيت العاشر ، والفسكل الاخير .

(١) الخطر: الاشراف على الهلاك وخوف التلف، والخطر: السبق الذى يتراهن عليه يقال اخطرت المال اخطاراً : جعلته خطراً بين المتراهنين . والندب بالتحريك كالخطر وزناً ومعناً . وقال ابن الاعرابى : السبق والخطر والندب والقرع والوجب : كله الذى يوضع فى النضال والرهان فمن سبق اخذه - ويقال مشدداً اذا اخذه .

(٢) فى التذكرة : السابق هو المتقدم بالعنق والكتف انتهى . اقول : وهو بفتح التاء وكسرهما وهو العالى بين اصل العنق والظهر ويعبر عنه بالكاهل . ويقال له المجلى لانه جلى عن نفسه اى اظهرها او جلى عن صاحبه واظهر فروسيته او جلى همه حيث سبق .

(٣) وسط الظهر من الانسان ومن كل ذى اربع وقيل هو ما انحدر من الوركين وقيل : الفرجة بين الجاعرة والذنب .

(٤) وقيل : الثالي هو الرابع بل الثالث: المسلى . والعاطف هو السادس . والحظى هو السابع وقال فى المسالك : والثالي للمصلى هو الثالث ويليه البارع لانه برع المتأخر عنه اى فاقه، والمرتاح هو الخامس سمي به لان الارتياح النشاط فكأنه نشط فلحق بالسوابق والسادس الحظى عند صاحبه حين لحق بالسوابق اى صادذو حظوة عنده الى نصيب اى فى مال الرهان، والسابع العاطف لانه عطف على السوابق اى مال اليها او كرعليها فلحقها والثامن المؤمل لانه يؤمل اللحوق بالسوابق، والتاسع اللطيم وزان فعيل لانه يلتطم اذا اراد الدخول الى الحجرة الجامعة للسوابق والعاشر السكيت مصغراً مخففاً ويجوز تشديده سمي به لسكون ربه اذا قيل لمن هذا او لانقطاع العذر عنده وقيل ان السكيت هو الفسكل وهو آخر فرس يجىء فى الرهان .

والمحلل الذي يدخل بين المتراهنين أن سبق أخذ وان سبق لم يغرّم. وسمي محللاً لانه يحلل العقد اجماعاً ويحل المال بسببه أيضاً .
والغاية^(١) مدى السباق . والمناضلة^(٢) المسابقة والمزاماة .
وأما في المراماة فالرشق بفتح الراء الرمي وبكسرهما عدده ، ويوصف السهم بالحابي^(٣) وهو ما وقع بين يدي الغرض ثم وثب اليه فأصابه وهو المزدلف والخاصر وهو ما أصاب أحد جانبي الغرض ومنه المخاصرة ، والمخالص^(٤) وهو السصيب للغرض كيف ما كان ، والمخازق وهو ما خدشه ثم وقع بين يديه^(٥) ، والمخاسق^(٦) وهو ما فتح الغرض وثبت فيه ، والمارق وهو ما نفذ الغرض ووقع من ورائه ، والخارم وهو الذي يخرم حاشيته .
والغرض ما يقصد اصابته ، وهو الرقعة المتخذة من قرطاس أو جلد أورق أو خشب ، والهدف ما يجعل فيه الغرض^(٧) .

(١) غاية الشيء منتهاه ، والمراد بمدى السباق هنا منتهاه لاجموع مسافته كما يظهر من المدى .

(٢) المناضلة مفاعلة من النضل وهو الرمي ، قال الجوهري ناضله اي راماه .

(٣) حبا السهم الى الغرض اي يقع على الارض دون الهدف ثم يجبو الى الغرض فيصبيه مأخوذ من حبو الصبي على الارض فهو حاب وجمعه الحوابي . قال في التذكرة : لو انصدم السهم بالارض ثم وثب منها واصاب الغرض فهو المزدلف وقد اختلف الفقهاء في انه هل يعد اصابة اولاً .

(٤) قال في المبسوط ٢٩٧/٦ : والخواصل اسم للاصابة اي اصابة كانت .

(٥) قال ابن الاثير : يقال خزق السهم وخسق اذا اصاب الرمية ونفذ فيها . وفي المصباح : خزق السهم القرطاس : نفذ منه .

(٦) في المصباح : خسق السهم الهدف خسقا اي لم ينفذ نفاذاً شديداً وقال ابن فارس : خسق : اذا ثبت فيه وتعلق .

(٧) في التذكرة : الهدف تراب يجمع او حائط يبني لينصب فيه الغرض والغرض هو جلد او شن وهو الجلد البالي او قرطاس يدور عليه شنين وقيل ما ينصب في الهدف يقال

ويفتقر انعقادها الى ايجاب وقبول. وفي لزومها تردد ، أشبهه:

اللزوم .

ويصح أن يكون السبق عيناً أو ديناً .

ولو بذل السبق غير المتسابقين جاز ، وكذا لو بذل أحدهما ،

أو بذل من بيت المال .

قوله : ويفتقر انعقادها الى ايجاب وقبول ، وفي لزومها تردد أشبهه

اللزوم

هنا مسألتان :

(الاولى) هل هذا العقد لازم كلاجارة أو جائز كالجمالة ؟ تردد فيه المصنف

من كونه عقداً على عمل مقصود لقوله تعالى «وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة»^١

وفسر النبي صلى الله عليه وآله وسلم: القوة بالرمي، فيكون اجارة فيكون لازماً

ومن كون العامل غير معلوم والعمل غير معلوم الحصول وجواز بذل المال من

الاجنبى فيكون جمالة فيكون جائزاً . واختار المصنف هنا اللزوم ، وهو مختار

العلامة في القواعد^٢ وفي المختلف الجواز^٣.

له القرطاس سواء كان من كاغذ أو غيره وما تعلق في الهواء فهو الغرض، والرقعة عظم ونحوه

في وسط الغرض وقد يجعل في الشن نقش كاللهلال يقال له الدائرة وفي وسطها نقش يقال له

الخاتم وهذه الدائرة هي الغاية في المقصود من حذف الرماة . اذا عرفت هذا فينبغي ان

يرتب موضعاً للإصابة هو الهدف أو الغرض المصوب في الهدف والشن في الغرض أو

الدائرة في الشن أو الخاتم في الدائرة .

(١) سورة الانفال : ٦٠ . والحديث في الكافي ٤٩/٥ ، الوسائل ٣٤٨/١٣ .

(٢) القواعد ، المطلب الثاني من الباب الاول من بحث السبق والرماية .

(٣) المختلف ٢٦/٢ قال فيه : الاصل عدم اللزوم ولانه نوع جمالة فان قوله من

سبق فله كذا هو الجمالة .

ولا يشترط المحلل عندنا . ويجوز جعل السبق للسابق منهما ، وللمحلل ان سبق . وتفتقر المسابقة الى تقدير المسافة والخطر وتعيين ما يسابق عليه وتساوى ما به السباق فى احتمال السبق .

(الثانية) هل يكفي فيه الايجاب وحده أم لابد من القبول ؟ ان قلنا بالجواز كفى الايجاب ، وان قلنا باللزوم لابد من القبول . وفي عبارة المصنف مساهلة ، لانه قال أولاً ان انعقادها يفتقر الى الايجاب والقبول ثم تردد في اللزوم . ولاوجه له ، لان الافتقار الى الايجاب والقبول معلوم للزوم فلاوجه لتسليم المعلول مع الشك في العلة .
قوله : ولا يشترط المحلل عندنا

قد تقدم أنه عند الشافعي شرط فسي اباحة هذا العقد ، وأما أصحابنا فلا خلاف عندهم أنه اذا كان السبق من أحدهما أو من ثالث أنه لا يشترط المحلل ، وأما اذا كان من المستقبين وقالوا من سبق فله العوضان فقال ابن المجتهد لا يصح الا بالمحلل وكذا شرطه فى النضال ، وقال الشيخ^(١) لا يشترط أيضاً . وهو الحق لاصالة عدم الاشتراط فى الاباحة .

قوله : وتساوى ما به السباق فى احتمال السبق

يريد أنه لو كان أحد ما يسابق عليه من الخيل أو غيره يؤمن أن يسبق وصاحبه واثق به لا يجوز السباق عليه ، لانه قمار كما دلت عليه رواية ابى زهرة عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم : من أدخل فرساً بين فرسين وهو آمن أن يسبق فهو قمار ، ومن أدخل فرساً بين فرسين وهو لا يأمن أن يسبق فليس بقمار^(٢) . وأما

(١) المبسوط ٢٩٣/٦ .

(٢) سنن ابن ماجه ٩٦٠/٢ .

وفي اشتراط التساوى في الموقف تردد .

ويتحقق السبق بتقدم الهادى .

إذا احتمل كل واحد منهما أن يكون سابقاً أو مسبقاً لتقاربهما في القوة والعدو
جاز السباق عليه .

قوله : وفي اشتراط التساوى في الموقف تردد

ينشأ من أنه اولا التساوي في الموقف لتحقق أحدهما وهو الاقرب الى
الغاية أن يكون سابقاً ، فيكون قماراً لوجوب اشتراط تساويهما في احتمال
السبق، ومن أصالة عدم الاشتراط، ولابتنائه على التراضي، ولجواز كون أحدهما
- وهو المتأخر - أسرع نهضة من الاخر واحسن رياضة. وللشيخ القولان، واختار
المصنف في الشرائع^(١) الثاني .

قوله : ويتحقق السبق بتقدم الهادى

اختلف فيما به يتحقق السبق على أقوال : « ١ » بالعنق، وهو قول الاكثر .
« ٢ » الاذن، لقوله صلى الله عليه وآله: بعثت والساعة كفرسي رهان كاد أن يسبق
أحدهما الاخر باذنه^(٢) . « ٣ » الكتد، وهو ما بين أصل العنق الى الظهر ، قاله
الشيخ^(٣) في المبسوط والخلاف وابن ادريس^(٤) . « ٤ » أن يخط في النهاية خط
معترض فأيهما خرج بطرف أذنه قبل صاحبه حكم لصاحبه بالسبق ، وهو قول
ابن الجنيدي ، رواه عن علي عليه السلام عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم .
وهو قريب من القول الثاني بل هو هو .

والاجود أنه حصل شرط عند العقد وجب اتباعه ، والا ان صح حديث

(١) الشرائع : ١٥٣ .

(٢) اخرجه في المبسوط ٢٩٥/٦ ، وفي كنز العمال ١٩١/١٤ هكذا : مثلي ومثل
الساعة كفرسي رهان .

(٣) المبسوط ٢٩٥/٦ ، الخلاف ٢٧٣/٣ ، الشرائع : ٢٧٦ .

ونفتقر المراماة الى شروط تقدير الرشق وعدد الاصابة وصفتها
وقدر المسافة والغرض والسبق .

وفي اشتراط المبادرة والمحاطة تردد .
ولا يشترط تعيين السهم ولا القوس .
ويجوز المناضلة على الاصابة وعلى التباعد
ولو فضل أحدهما الاخر فقال : اطرح الفضل بكذا ، لم تصح
لانه مناف للغرض من النضال .

الاذن فهو المتعين لصدق الاسم عليه لغة ، والا رجع الى عرف المتراهنين .

قوله : وعدد الاصابة وصفتها

يريد بصفتها ما ذكرناه من الحايى والخاص وغيرهما ، وفائدة معرفتها أنه
لو شرط أحدهما وجب اتباعه .

قوله : وفي اشتراط المبادرة والمحاطة تردد

المبادرة⁽¹⁾ هي أن يبادر أحدهما الى الاصابة مع التساوي في الرشق ،
والمحاطة اسقاط ماتساويا فيه من الرشق ويفضل لاحدهما عدد الاصابة فيكون
ناضلا .

ومشأ التردد من تفاوت الاغراض في كل واحد منهما ، فالاشتراط يزيل

(1) قال في المسالك : المراماة قسمان مبادرة ومحاطة والمراد من الاول ان يتفقا على
رمى عدد معين كعشرين سهماً مثلاً فمن بدر الى اصابة عدد معين منها كخمسة فهو ناضل
لمن لم يصبه او اصاب مادونها . والمراد من المحاطة بتشديد الطاء ان يقابل اصابتهما من
العدد المشتركة ويطرح المشترك من الاصابات فمن زاد فيها بعدد معين كخمسة مثلاً ففاضل
الاخر فيستحق المال المشروط في العقد . الى آخره .

كتاب الوصايا

وهي تستدعى فصولاً :

(الاول) الوصية تمليك عين أو منفعة ، أو تسليط على تصرف

بعد الوفاة .

قوله : الوصية تمليك عين أو منفعة أو تسليط على تصرف بعد الوفاة

الوصية لغة مأخوذة من وصى يصى اذا وصل ، ويسمى تصرف الانسان

المتعلق بموته بذلك لانه وصل تصرفه حياً بتصرفه ميتاً^(١).

وشرعاً يقال على سبيل الاشتراك على معنيين مختلفين ، فلذلك ردد المصنف

في تعريفه ، لان الحقائق المختلفة لا تجتمع في تعريف واحد :

« ١ » - تمليك عين أو منفعة بعد الوفاة . وهو تعريف لها بحسب الغاية كما

يقال الكوز ما يشرب به الماء والفاس ما ينجر به الخشب ، ولو عرفها بأجزائها

[وعليتها] لقال هي الايجاب والقبول الدالان على تمليك عين أو منفعة بعد الوفاة

فالتمليك كالجنس ، وتقييده بما بعد الوفاة تخرج الهبة والسكنى فانهما يملكان

(١) قال في الجواهر: والاولى نقلها من الوصية بمعنى مطلق العهد، يقال : اوصاه

ووصاه توصية عهد اليه الى خصوص ما يعهده الانسان بعد وفاته بل الوصية بمعنى التمليك

الصق بهذا المعنى من الاول كما هو واضح .

ويفتقر الى الايجاب والقبول .
وتكفي الاشارة الدالة على النصد ، ولا تكفي الكتابة ، ما لم
تنضم القرينة الدالة على الارادة .

العين أو المنفعة حال الحياة . و« أو » في قولنا « أو منفعة » للتقسيم للترديد .
« ٢ » - التسليط على تصرف بعد الوفاة . فالتسليط كالجنس وتقيده بما
بعد الوفاة تخرج الوكالة والابضاع^(١) ، فان التسليط فيهما مقيد بالحياة . وهو
أيضاً تعريف بالغاية ، ولو عرفها بأجزائها وغايتها لقال هي الايجاب والقبول
الدالان على تسليط على تصرف بعد الوفاة .

واعلم أن الوصية مخالفة للاصول من وجوه :
(الاول) انها تعليق للتصرف في المستقبل .

(الثاني) أنها تعليق تصرف المالك في المال أو الوالي في ولاية حال زوال
الملك والولاية .

(الثالث) أن القبول فيها لا يشترط في تأثيره اتصاله بالايجاب حال الحياة
بل عند بعضهم بحسب تأخره الى بعد الوفاة ، لان التملك بعدها فكيف يقبل
قبلها .

قوله : وتفتقر الى الايجاب والقبول

يجوز عود الضمير المستكن في « تفتقر » الى الوصية ، فيكون افتقار الكل
الى اجزائه . ويجوز عوده الى التملك أو التسليط ، فيكون افتقار المعلول
الى علته .

(١) الابضاع : هو ان يدفع الانسان الى غيره مالا ليبتاع به متاعاً ولا حصة له في
ربحه بخلاف المضاربة .

وهنا فوائد :

(الاولى) الوصية ان كانت في جهة عامة أو للفقراء أو بالعتق وشبهه فلا تفتقر الى القبول لتعذره من الجميع ولم يتعين واحد ليكنفي بقبوله فيسقط، والا فلا بد من القبول، اذ الاصل في العقود ذلك ، ولانه تملك لغير^(١) فلا يسبق ملكه قبوله كسائر العقود، ولان الموصى له لورد الوصية بطلت ، فلو ملك بمجرد الايجاب لم يزل الملك كما بعد القبول . هكذا قال العلامة^(٢).

قيل عليه ان الحقيقة الواحدة لا تختلف باختلاف متعلقاتها ، وقد ثبت أنها الايجاب والقبول في حق المعين ، فيكون كذلك في [حق] غير المعين. ولا يلزم من تعذر القبول في الجهة العامة والفقراء تعذره مطلقاً ، لجواز قبول الناظر في تلك المصلحة أو الحاكم أو بعض الفقراء الحاضرين كالطبقة الاولى من الوقف .

(الثانية) قال السيد ابن زهرة يجب كون القبول بعد الوفاة. واختاره العلامة في المختلف^(٣). واستدل عليه بعض المتأخرين بأنه يجب اتصال العقود بأحكامها لكونها انشئت فهي علل ، ولاريب أن الملك يحصل بعد الموت فكذا سببه ، وان حصل قبله كان اجباراً عن قبوله بعد الموت لانشاء .

(١) كذا في الاصل وفي بعض النسخ : تملك لمعنى . وفي بعضها : تملك العين .
اقول: والظاهر انه « تملك لمعين » فلم يسبق الملك القبول فلا بد منه كسائر العقود .
(٢) قال في القواعد : ولو كانت الوصية لغير معين كفى في التملك الايجاب والموت ولا يتوقف على القبول . وقال في المختلف ٥٢ / ٢ : والمعتمدان نقول : الوصية ان كانت لغير معين كالفقراء ... لم يفتقر الى قبول ولزمت بمجرد الموت .. وان كانت لمعين افتقرت الى القبول ولا يحصل الملك قبله - الخ .

(٣) في المختلف ٥١ / ٢ : وهل يشترط وقوع القبول بعد الموت نقل ابن ادريس عن بعض علمائنا ذلك بخلاف الوصية لانها عقد منجز في الحال فجاز القبول فيها بخلاف

وقال ابن ادريس بجواز حصوله بعد الموت وقبله^(١)، واختاره المصنف والعلامة في غير المختلف^(٢). وعليه الفتوى، لانا لانسلم أنه لو حصل قبله كان اخباراً والالكان الايجاب اخباراً وهو باطل .

هذا ، وقد تقدم مخالفة هذا العمدة للاصول، فيجوز فيه مالا يجوز في غيره .
(الثالثة) اختلف في ملك الموصى له متى يحصل ، قال الشيخ في المبسوط والخلاف^(٣) يحصل بالموت، وهو قول الشافعية فانهم قالوا يدخل في ملك الموصى له بغير اختياره كالميراث فالقبول كاشف. وقال ابن ادريس^(٤) انه بالموت والقبول معاً ، وحكاه الشيخ في المبسوط قولاً .

ويظهر منه في الخلاف اختياره، لانه قال في كتاب الفطرة : لو أوصى بعبد ومات قبل الهلال ولم يقبل الموصى له الا بعده لم يلزم أحداً فطرته^(٥). وعلى الاول فطرته على الموصى له .

وقال في المبسوط قولاً ثالثاً حكاه عن بعضهم انه يكون مراعى أن قبل الموصى

قبول الموصى له فانه لا يعتد به الا بعد الوفاة لان الوصية تقتضى تملكه في تلك الحال فتأخر القبول اليها. واطنه قصد بذلك السيد ابن زهرة لانه نقل كلامه قال ابن ادريس ولا ارى بأساً بقبوله قبل الموت وبعده وعلى كل حال لانه لا مانع منه والوجه عندى الاول لانه اوجب له بعد موته فقبله ليس محلاً للقبول فأشبهه قبل الوصية .

(١) السرائر : ٣٨٣ ونقلنا نص قوله قبيل هذا .

(٢) قال في القواعد : وقبول - اى وتفترق الى قبول - بعد الموت ولا اثر له لو تقدم . وقال في التحرير ٢٩٢/١ : ولو قبل قبل الوفاة جاز وبعد الوفاة أكد وان تأخر القبول عن الوفاة جاز ما لم يرد . الى آخر قوله .

(٣) الخلاف ٣١٣/٢ .

(٤) السرائر ٣٨٧ قال فيه : والذي يقوى في نفسى انه لا ينتقل بالموت بل بانضمام القبول من الموصى له لا بمجرد الموت ، لانه بالرد بعد الموت يعود الى الورثة .

(٥) الخلاف ٣٣٠/١ .

ولا يجب العمل بما يوجد بخط الميت .
وقيل ان عمل الورثة ببعضها لزمهم العمل بجمعها ، وهو
ضعيف .

له علمنا أنه انتقل اليه بالموت انتقالاً غير مستمر وبالقبول استقر وان لم يقبل علمنا
أنه انتقل بالموت الى الوارث .

واختار الصنف في الشرائع الثاني^(١)، واختار العلامة^(٢) في المختلف
والقواعد الاول وفي الذكرة الثالث . ولكل فريق استدلال مذكور في المطولات
ذكرنا بعض ذلك في «كنز العرفان»^(٣)، ونحن أيضاً فيما بعد من الشرح .
(لرابعة) لورد الموصى له الوصية في حياة الموصى فليس لرده أثر بل
له القبول بعد الموت مع بقاء الموصى على وصيته ، واما لورد بعد الموت
فله أحوال :

« ١ » - أن يرد قبل القبول ، فتبطل الوصية .

« ٢ » - بعد القبول والقبض ، فلا أثر للرد اجماعاً بل الملك له .

« ٣ » - بعد القبول وقبل القبض ، ففيه قولان مبنيان على أن القبض شرط
في اللزوم كالوقف أو الصحة كالهبة أو ليس شرطاً مطلقاً كالبيع . فقوى الشيخ
الاول ، وهو البطلان ، والحق خلافه لاصالة عدم اشتراط الملك بالقبض .
(الحامسة) القبول هنا لا يشترط كونه لفظاً بل يكفي الفعل الدال على الرضا
صريحاً ، كالاخذ والتصرف فيه لنفسه وعرضه على المتبايعين وشبهه .

قوله : ولا يجب العمل بما يوجد بخط الميت ، وقيل ان عمل الورثة
ببعضها لزمهم العمل بجمعها ، وهو ضعيف

(١) الشرائع : ١٥٤ قال : ولا ينتقل بالموت منفرداً عن القبول على الاظهر .

(٢) المختلف ، الجزء الثالث : ٥١ .

(٣) كنز العرفان ٩٤/٢ .

القول للشيخ في النهاية^١ استناداً الى رواية ابراهيم بن محمد الهذلي قال كتبت الى ابي الحسن عليه السلام : رجل كتب كتاباً بخطه ولم يقل لورثته هذه وصيتي ولم يقل اني قد اوصيت الا أنه كتب كتاباً فيه ما أراد أن يوصي به هل يجب على ورثته القيام بما في الكتاب بخطه ولم يأمرهم بذلك ؟ فكتب عليه السلام ان كان له ولد ينفذون كل شيء يجدونه في كتاب أبيهم في وجه البر وغيره^٢.

وقال ابن ادريس: الوجه أن الورثة ان أقرأوا بما في الكتاب يلزمهم العمل به، وان أقرأوا ببعضه لم يلزمهم الا العمل بما أقرأوا به دون كله. وهذا هو الصحيح والرواية لا تدل على ما قاله الشيخ كما ترى. وقوله «ينفذون» صفة لولد وجواب الشرط محذوف تقديره ان كان له أولاد ينفذون ما وجدوه في كتاب أبيهم فلهم ذلك ، أي على وجه الاستحباب لا اللزوم .

ان قلت : يحتمل أن يكون قوله « ينفذون » خبراً يراد به الامر، مثل قوله «والوالدات يرضعن أولادهن»^٣ أي ليرضعن، وكذا هنا يكون تقديره لينفذوا. قلت: ذلك مجاز والاصل عدمه، وعلى تقديره هل تدل على وجوب العمل بكل ما يجدونه ولم يقل به الشيخ ولا غيره، فالعمل بمدلولها متروك بالاجماع .
وهنا فوائد :

(الاولى) لان تكفي الكتابة للمقار على اللفظ وان اشار أو شهد بما فيها من وجوب العمل .

(الثانية) لوقال للشاهد « اشهد علي بما في هذا الكتاب فاني عالم به » لم يصير متحملاً حتى يقرأه عليه فيقر به أو يتلفظ المشهد به .

وقيل اذا حفظ الشاهد الكتاب عنده تسلط على الشهادة في الحياة والممات .

(١) النهاية : ٦٢١ .

(٢) الوسائل ٤٣٧/١٣ .

(٣) سورة البقرة : ٢٣٣ .

ولا تصح الوصية بمعصية كمساعدة الظالم ، وكذا وصية
المسلم للبيعة والكنيسة .

(الثاني) في الموصى : ويعتبر فيه كمال العقل والحرية .
وفي وصية من بلغ عشرين في البر تردد ، والمروى : الجواز .

وهو بعيد لانه غرر وخطر لجواز غفلة الكاتب حال كتابته فيزيد حرفاً أو كلمة
أو ينقصهما بحيث يختلف المعنى المراد له .

(الثالثة) لاختلاف أنه لو كان أخرس أو عاجزاً عن النطق تصح الشهادة عليه
بالكتابة أو الاشارة مع القرينة الدالة على فهمه و ارادته .

قوله : وفي وصية من بلغ عشرين في البر تردد ، والمروى الجواز
ينشأ من الحجر عليه مطلقاً فلا يمضى تصرفه برأ كان أو غيره ، ومن فتوى
الشيخين^(١) وابن بابويه والقاضي وسلاز بجواز وصيته في البر اذا بلغ عشرين
اعتماداً على الروايات^(٢) .

واعلم أن في تصرفات الصبي في المعروف أقوالاً :

« ١ » - قول ابن ادريس^(٣) بالمنع مطلقاً .

« ٢ » - قول ابن الجنيد اذا وصى الصبي وله ثمان سنين والجارية ولها سبع
سنين بما يوصى به البالغ الرشيد جاز .

« ٣ » - قول الشيخ بجواز تصرفه في المعروف من وقف وهبة ووصية
وصدقة^(٤) .

(١) النهاية : ٦١١ .

(٢) راجع الوسائل ٢٨٨/١٣ ، الباب ٤٤ من كتاب الوصايا .

(٣) السرائر : ٣٨٨ .

(٤) قال في النهاية : ٦١١ : وكذلك يجوز صدقة الغلام اذا بلغ عشرين وهبته وعتقه
اذا كان بالمعروف وفي وجه البر . ولم يذكر فيه « الوقف » .

« ٤ » - مثله قول المفيد^(١) الالهية .

« ٥ » - قول سلالر مثله الالهية والوقف .

« ٦ » - قول التقي لانمضي وصية من لم يبلغ عشر سنين والمحجور عليه الا ما تعلق بأبواب البر .

وأما الروايات : فالاولى رواية ابن بابويه عن عبدالرحمن بن ابي عبدالله عن الصادق عليه السلام : اذا بلغ الغلام عشر سنين جازت وصيته^(٢) .

« الثانية » زرارة عن الباقر عليه السلام : اذا أتى على الغلام عشر سنين فانه يجوز له في ماله ما أعتق أو تصدق وأوصى على حد معروف وحق فهو جائز^(٢) .

« الثالثة » ابي بصير عن الصادق عليه السلام صحيحاً : اذا بلغ الغلام عشر سنين فأوصى بثلث ماله جازت وصيته ، واذا كان ابن سبع سنين فأوصى من ماله باليسير في حق جازت وصيته^(٢) .

« الرابعة » محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام صحيحاً : ان الغلام اذا حضره الموت فأوصى ولم يدرك جازت وصيته لذوي الارحام ولم يجز للغرباء^(٢) .

وروى الشيخ روايات أخرتضمن هذا المعنى قال العلامة: هذه الروايات وان كانت متظافرة والاقوال مشهورة لكن الاحوط عدم انفاذ وصيته مطلقاً حتى يبلغ ، لعدم كونه أهلاً للتصرف في الاموال^٣ .

(١) المقنعة ١٠٢ قال فيه : واذا بلغ الصبي عشر سنين جازت وصيته في المعروف من وجوه البر - الى ان قال - : ولا يجوز وصية الصبي والمحجور عليه فيما يخرج من وجوه البر والمعروف وهبتهما باطلة ووقفهما وصدقتهما كوصيتهما جائزة اذا وقع موقع المعروف .

(٢) الوسائل ١٣ / ٤٢٩ .

(٣) المختلف ٢ / ٦٢ .

ولو جرح نفسه بما فيه هلاكها ثم أوصى لم تقبل، ولو أوصى
ثم جرح قبلت .

أقول : التحقيق هنا أن قوة التمييز والتعقل ليس حصولها مشروطاً بزمان
البلوغ الشرعي ، وهو أحد الثلاثة المتقدمة ، لجواز الحصول قبل ذلك ، ولهذا
كان الدليل ممتنعياً لتكليفه بالتكاليف العقلية عند حصول تلك القوة واستحقاق
الثواب في مقابل القيام بتلك التكاليف . وإذا كان كذلك فلم لا يجوز أن يحصل
له داع عقلي الى فعل الخير في ذلك الزمان ، فلو منعناه مع الحجر عليه حال
حياته من التصرف لزم المنع من اللطاف المقربة الى تحصيل الثواب، وهو
قبيح عقلاً . فإذا قول الشيخين لا بأس به وتعضده الروايات المتظافرة .

وقول العلامة « الاحوط عدم انفاذ وصيته » ممنوع ، بل الاولى أن تنفذ
خصوصاً اذا كانت لجهة عامة ، فينبغي لوارثه انفاذها احتياطاً لبراءة ذمته، اذ
الروايات تقتضي ذلك ، فيكون الاحوط له الانفاذ .

قوله : ولو جرح نفسه بما فيه هلاكها ثم أوصى لم تقبل، ولو أوصى ثم
جرح قبلت

أما الحكم الاول فهو مذهب الشيخين^(١) والنقي والقاضي ، ومستنده رواية
ابي ولاد عن الصادق عليه السلام : ان كان أوصى بوصية بعد ما أحدث في نفسه
من جراحة أُرقتل لعله يموت لم تجز وصيته^(٢).

واختلف في تعليقه : فقيل ان المنع لمكان سفهه، اذ لا يصدر مثل ذلك عن
عاقل ، وقيل لعدم استقرار حياته .

(١) المقنعة ١٠٣ ، التهذيب ٢٠٧/٩ .

(٢) الفقيه ١٥٠/٤ ، الكافي ٤٥/٧ ، التهذيب ٢٠٧/٩ .

وتظهر الفائدة في من أوصى وهورشيد لكنه غير مستقر الحياة، فان وصيته تبطل على الثاني لا الاول .

لكنه ممنوع ، فان اكثر الوصايا يصدر حال المرض المدنف الذي يحصل معه الاشراف على الموت غالباً ، ولان الرواية اعم من ذلك .

وقال ابن ادريس^١ ان كان عقله ثابتاً فالوجه صحة وصيته كما يصح في باقي تصرفاته ، ولعموم وجوب العمل بالوصية وتحريم مخالفتها ، بدلالة قوله تعالى « فمن بدله بعد ما سمعه فانما اثمه على الذين يدلونه »^٢.

قال العلامة في المختلف ولا بأس بذلك^٣.

وفيه نظر ، لانا سلمنا أن ثبات عقله هو المناط لصحة تصرفاته، لكن ثبات عقله هنا ممنوع فان جراحته نفسه بما فيه هلاكه دليل على اختلال عقله . وأما الحكم الثاني - أعني أنه لو أوصى ثم جرح نفسه تصح وصيته - فلاصالة صحة تصرفاته والاختلال انما حصل بعد ذلك .

وهنا فوائد :

(الاولى) هل تصح وصية السفیه ؟ ظاهر ابن حمزة عدم الصحة مطلقاً والمفيد وسلار والقاضي جوازها في البر كالصبي، والعلامة منعها تارة مطلقاً وأجازها أخرى مطلقاً . والاولى الصحة في المعروف خاصة .

(١) السرائر ٣٨٦ قال فيه : والذي يقتضيه اصولنا وتشهد بصحته ادلتنا ان وصيته ماضية صحيحة اذا كان عقله باقياً ثابتاً عليه .

(٢) سورة البقرة : ١٨١ . وراجع السرائر : ٣٨٦ .

(٣) المختلف ٥٧/٢ قال : وقول ابن ادريس لا بأس به . وقال قبيل هذا : والوجه الاول - اى وصيته مردودة - لانا انه سفیه فلا ينفذ تصرفه ، ولانه فى حكم الاموات فلا يتصرف فى مال غيره ، ولانه قاتل نفسه فلا يتصرف فى ماله ، كالوارث لو قتل منع منه ، ولما رواه ابوولاد عن الصادق عليه السلام .

وللموصى الرجوع فى الوصية متى شاء .

(الثالث) فى الموصى له : ويشترط وجوده . فلا تصح لمعدوم ،

ولا لمن ظن بقاؤه وقت الوصية فبان ميتاً .

وتصح الوصية للوارث - كما تصح للاجنبي ، وللحمل بشرط

وقوعه حياً .

(الثانية) المفلس تصح وصيته قطعاً لعدم مصادفتها المال المحجور عليه ،

ولانها بعد اداء الدين اجماعاً .

(الثالثة) لا يشترط فى الموصى الاسلام ، فتصح من الكافر لئله مطلقاً وللمسلم

لكن بما يجوز تملكه له .

قوله : وللموصى الرجوع فى الوصية متى شاء

لانها عقد جائز . ثم الرجوع قديكون لفظاً اما صريحاً كرجعت أولاً تعطوه

شيئاً وأمثاله ، أولزوماً كالوصية لغيره بذلك الشيء ، أو صدور تصرف يستلزم

ثبات ملكه عليه كالبيع والعتق والهبة . وغير لفظ كفعل يستلزم تغيير اسمه ، كما

لو أوصى بحب فزرعه أبيض فأحضنه^(١) أو دقيق فخبزه أو خبز فذقه فتيئناً .

قوله : وللحمل بشرط وقوعه حياً

شرح هذه الجملة بمسائل :

(الاولى) انه يشترط مع وقوعه حياً أن يكون لدون ستة أشهر من حين الوصية

ليتحقق وجوده حالتها ، ولو وضعته ما بين الستة الى السنة وهي خالية من زوج

أو مولى صحت الوصية وملك . ولو كان لها أحدهما : قيل لا يستحق لاحتمال

(١) حضن الطائر بيضه : ضمه تحت جناحه . احضن الطائر بيضه : اذا جثم عليه .

تجدده، وقيل بل يستحق عملاً بالعادة الغالبة من الوضع في هذه المدة . وهو اختيار المصنف ، ولذلك أطلق هنا وفي الشرائع^(١).

(الثانية) الحمل المذكور سواء كان له أول غيره، وسواء كان لرشدة^(٢) أو لغيرها إلا أن يقصد كونه للزنا فتبطل .

(الثالثة) ان اتحاد الحمل فالكل له ، وان تعدد قسم بالسوية ، وان اختلفوا في الذكورة والانوثة .

(الرابعة) قال ابن ادريس: يشترط قبول وليه بعد انفصاله حياً^(٣). قال العلامة في المختلف^(٤): يمكن عدم اشتراطه لوجوب ذلك على الولي مع المصلحة ، فاذا امتنع سقطت ولايته وصارت الولاية للشارع وقد حصل بالايجاب . قال الشهيد : وفي هذه المقدمات منع ظاهر . أقول : يريد بالمقدمات :

« ١ » - وجوب القبول على الولي ، ومستنده وجوب الاكتساب عليه ، ووجه المنع أصالة عدم وجوب التكسب عليه .

« ٢ » - كونه اذا لم يقبل سقطت ولايته . وهو ممنوع بل يجبره الحاكم ، اذ الفرض أن القبول واجب عليه ، وكل من أخل بواجب أجبر على فعله .

« ٣ » - كون ايجاب الشارع قبولا ممنوع ، اذ لا دليل عليه .

(١) الشرائع ١٥٨/١ قال : وتصح الوصية للحمل الموجود وتستقر بانفصاله حياً ولو وضعته ميتاً بطلت الوصية .

(٢) في المصباح : وهو لرشدة اي صحيح النسب بكسر الراء والفتح لفة . وللسيد المحقق الحكيم الميرداماد في هذه الكلمة واختها « لغية » تحقيق من أراد الاطلاع عليه فليراجع كتابه « الرواشح السماوية » : ٨١ . ونقلناه أيضاً في تعليقتنا على « نضد القواعد » ص ٢٨٠ .

(٣) السرائر : ٣٩٠ .

(٤) المختلف ٦٠/٢ .

وللذمي ولو كان أجنبياً ، وفيه أقوال .

ويمكن ان يجاب عن الاول بأن التكسب واجب قدر الحاجة فيمكن أن تكون حاصلة حينئذ، وعن الثاني أن ذلك موجب لفسقه المسقط لولايته، وعن الثالث بأنه لم يصرح بكونه قبولا . نعم يكون حينئذ كالوصية للجهة العامة .
(الخامسة) لومات الحمل بعداستهلاله انتقل ما أوصى له به الى وارثه ان قبل الولي أوقلنا لاحاجة الى القبول . ويمكن أن يقال يقبل الوارث على أحد الاحتمالين .

(السادسة) قال في المبسوط^١ : اذا أوصى لحمل المرأة مسن فلان فأنكره ونفاه باللعان صحت الوصية ، قيل عليه أنه انما أوصى لابن فلان ولم يثبت كونه له فتكون الوصية لمعدوم فلا تصح . والتحقيق أن تعلق غرض الموصى بالانتساب الى الاب المذكور فنفاه بطلت والا فلا .

قوله : وللذمي ولو كان أجنبياً ، وفيه أقوال

(الاول) قول الشيخ في المبسوط لا تصح الوصية للكافر الاجنبي^٢ .
(الثاني) قوله في الخلاف^٣ لا تصح للحربي وتجوز للذمي . قال : ومنا من يقيدما بذى القرابة خاصة .

(الثالث) قوله في النهاية^٤ تجوز لاحد أبويه وبعض قراباته وان كانوا كفاراً .

(١) المبسوط ١٣/٤ .

(٢) المبسوط ٦٢/٤ قال : وعندنا يصح للذمي اذا كانوا اقاربه . وقال في ص ٦٣ : تصح الوصية للذمي اذا كانوا اقاربه ولا تصح لاهل الحرب وفيه خلاف .

(٣) الخلاف ٣١٦/٢ .

(٤) النهاية : ٦٠٩ .

(الرابع) قول المفيد^(١) يجب دفع الوصى به الى الموصى له ولو كان كافراً .

(الخامس) قول القاضي الصحيح أن لا يوصى للكافر .

(السادس) سلار لا تجوز الوصية للاجنبي الضال عن الدين .

(السابع) التقي تجوز الوصية للكافر ان كانت مكافأة على مكرمة دينوية

أو مبتدأ بها .

(الثامن) قول ابن ادريس^(٢) الوصية تصح للكافر ذارحم كان أو اجنبياً ، لانها

عطية وليس من شرطها القرابة .

وعبارة المصنف تؤذن بأن الخلاف في الذمي دون الحربى . وليس الامر

كذلك ، لما تلوناه من هذه الاقوال السدالة صريحاً على أن الخلاف في مطلق

الكافر . اللهم الا أن يكون المراد من الكافر في عبارتهم هو الذمي اطلاقاً للعام على

الخاص واستسلاًفأ لما تقرر عندهم أن مال الحربى غير معصوم وأنه لا يدخل في

ملكه مال المسلم ، فلوصحت الوصية له لوجب دفعها اليه عملاً بقوله تعالى « فمن

بدله بعدما سمعه فانما اثمه على الذين يبدلونه »^(٣) . لكن لا يجب ، لما قلناه من

الاجماع على جواز الاستيلاء عليه .

اذا عرفت هذا فوجه ما قاله المصنف مارواه محمد بن مسلم عن أحدهما

عليهما السلام في رجل أوصى بماله في سبيل الله . قال : اعط لمن أوصى له به

وان كان يهودياً أو نصرانياً ، ان الله يقول « فمن بدله بعد ما سمعه » الآية^(٤) .

(١) المقنعة : ١٠٢ .

(٢) السرائر : ٣٨٦ .

(٣) سورة البقرة : ١٨١ .

(٤) الكافي ١٤/٧ ، التهذيب ٢٠١/٩ ، الفقيه ١٤٨/٤ ، الاستبصار ١٢٨/٤ .

ولا تصح للحربي ، ولا للمملوك غير الموصى ولو كان مدبراً
أو أم ولد .

نعم لو أوصى لمكاتب قد تحرر بعضه مضت الوصية في قدر
نصيبه من الحرية .

قوله : ولا للمملوك غير الموصى ولو كان مدبراً أو أم ولد . نعم لو أوصى
لمكاتب قد تحرر بعضه مضت الوصية في قدر نصيبه من الحرية
هنا مسائل :

(الاولى) مملوك الغير لا تصح الوصية له اجماعاً ، وعموم قول أحدهما عليهما
السلام : لا وصية للمملوك^(١) . ولان الموصى له يملك ولا شيء من العبد يملك على
الاقوى فلا تصح الوصية له .

ان قلت : الكبرى منقوضة بعبد الموصى .

قلت : خرج ذلك بالاجماع فيبقى الباقي على أصله .

(الثانية) مدبر الغير جوز المفيد^(٢) وسار الوصية له ، وجعله الشيخ في المبسوط
حكم القن في المنع ، وكذا ابن حمزة وابن ادريس . وهو الاشبه .

(الثالثة) أم الولد للغير ولا تعرف خلافاً في منع الوصية لها .

(الرابعة) مكاتب الغير جوزها المفيد^(٢) وسار مطلقاً ، ويظهر من^(٣) الشهيد اختيار
هذا لانها نوع اكتساب والمكاتب غير ممنوع منه . وهو قوي ومنعها الشيخ وابن
حمزة وابن ادريس مطلقاً ، وفصل المصنف بالمنع للمشروط والمطلق غير

(١) التهذيب ٢١٦/٩ ، الاستبصار ١٣٤/٤ .

(٢) المقنعة : ١٠٢ .

(٣) الدرر : كتاب الوصية .

وتصح لعبد الموصى ومدبره ومكاتبه وأم ولده .
 ويعتبر ما يوصى به لمملوكه بعد خروجه من الثلث .
 فان كان بقدر قيمته أعتق ، وكان الموصى به للورثة .
 وان زاد أعطى العبد الزائد ، وان نقص عن قيمته سعى فى
 الباقي .
 وقيل : ان كانت قيمته ضعف الوصية بطلت ، وفى المستند
 ضعف .

المؤدى، وأما المؤدى فتصح له بقدر ما تحرر منه وتبطل بقدر الرقية . والحجة
 فى ذلك كله ما تقدم .

قوله: وتصح لعبد الموصى ومدبره ومكاتبه وام ولده، ويعتبر ما أوصى
 به لمملوكه بعد خروجه من الثلث فان كان بقدر قيمته أعتق وكان الموصى
 به للورثة ، وان زاد أعطى العبد الزائد ، وان نقص عن قيمته سعى فى
 الباقي . وقيل ان كانت قيمته ضعف الوصية بطلت ، وفى المستند ضعف
 لاختلاف فى صحتها لهؤلاء الاربعة: أما ام الولد فسيأتي حكمها ، وكذا
 المكاتب ، يبقى الفن والمدبر ولهما أحوال ثلاثة :

« ١ » - أن تكون الوصية بقدر قيمتهما فيصرف ذلك الى عتقهما ويكون
 ما أوصى لهما به للورثة .

« ٢ » - أن تزيد على القيمة، وحكمه كما تقدم إلا أن الزائد يكون للعبد .

« ٣ » - أن تكون قيمتهما زائدة عن الوصية فيعتق منه بقدرها وسعى فى

الباقي من قيمته ويعتق، وهو مذهب الشيخ فى الخلاف^(١) والتقى وعلي بن بابويه

(١) الخلاف : ٣١٢/٢ .

وابن ادريس^(١) واختيار المصنف .

وقال الشيخان في النهاية^(٢) والمقنعة : ان كانت القيمة ضعف الوصية بطلت ومستندهما رواية الحسن بن صالح بن حي عن الصادق عليه السلام في رجل أوصى لمملوك له بثلاث ماله . فقال : يقوم المملوك بقيمة عادلة ثم ينظر ما ثلث الميت فان كان الثلث أقل من قيمة العبد بقدر ربيع القيمة استسعى العبد في ربيع القيمة وان كان الثلث أكثر من قيمة العبد أعتق العبد ودفع اليه ما فضل من الثلث بعد القيمة^(٣).

وهي دالة بمفهومها على المدعى ، وذلك لانه عليه السلام حكم بالاستسعاء اذا كان الثلث بأزاء ثلاثة أرباع العبد وبالعتق واعطاء الفاضل ان فضل ، وذلك يستلزم العتق ان ساوى والاستسعاء ان زاد على ثلاثة الارباع بطريق الاولى وعدم الاستسعاء ان نقص عن ثلاثة الارباع . وذلك يستلزم بطلان العتق ، لان الاستسعاء لازم لعتق بعض العبد في الاكثر ، وانتفاء اللازم يدل على انتفاء الملزوم فينتفي عتق ذلك البعض . وظاهر انتفاء عتق الباقي ، لعدم احتمال المال له . وهذا كله ان تم ، الا أنه لا يلزم منه التحديد بالضعف ، فانه متى نقص عن ثلاثة الارباع كان وافياً بالمفهوم .

وهذا الاستدلال ضعيف : أما أولاً فلان الحسن بن صالح زبدي . وأما ثانياً فلما ثبت في الاصول من بطلان دلالة المفهوم . وللعلامة^(٤) هنا تفصيل ، وهو أنه ان أوصى له بجزء مشاع من تركته كسدس أو ربع مثلاً صحت الوصية والحكم كما تقدم ، لان الجزء المشاع يتناول نفسه

(١) السرائر : ٣٨٦ .

(٢) النهاية : ٦١٠ .

(٣) التهذيب ٢١٦/٩ ، الاستبصار ١٣٤/٤ .

(٤) المختلف ٥٧/٢ .

ولو أعتقه عند موته وليس غيره وعليه دين ، فان كان قيمته بقدر الدين مرتين صح العتق ، والا بطل ، وفيه وجه آخر ضعيف .

أوبعضها ، لانه من جملة الثلث المشاع والوصية له بنفسه صحيحة . والفاضل يستحقه بالوصية ، لانه يصير حراً فيملك الوصية فيصير كأنه قال اعتقوا عبدي من ثلثي واعطوه ما يفضل منه . وتؤيده الرواية المذكورة .

وان أوصى له بشيء معين بطلت الوصية ، لانه قصد اعطاء عين فلا يجوز التخطي الى غيرها ، لانه تبديل وهو غير جائز للاية^(١) ، ولانه عبد ليس له أهلية التمليك .

ولا يجوز له أن يحرر من قيمته العين ، لانه تبديل أيضاً ، ولقول أحدهما عليهما السلام : لاوصية لمملوك^(٢) . وهو أعم من أن يكون للموصى أولغيره . وهو تفصيل حسن .

قوله : ولو أعتقه عند موته وليس له غيره وعليه دين فان كانت قيمته بقدر الدين مرتين صح العتق والابطال . وفيه وجه آخر ضعيف يريد بصحة العتق عدم بطلانه مطلقاً ، والالو كان صحيحاً مطلقاً لما استسعى العبد في قدر الدين وفي ثلثي الباقي بعد الدين .

وتحرير البحث هنا أن نقول: اذا نجزعتق العبد المستوعب للتركة وعليه دين وقلنا ان المنجزات من الاصل صح العتق مطلقاً ولاحق للديان فيه ولا استسعاء وان قلنا هي من الثلث - كما هو الفتوى - فان كان الدين أكثر من القيمة أو مساوياً فالعتق باطل قطعاً ، وان كان أقل بالنصف - كما لو كان الدين ثلاثين والقيمة

(١) سورة البقرة : ١١٨ .

(٢) التهذيب ٢١٦/٩ ، الاستبصار ٤/١٣٤ .

ستين - فانه ينفذ العتق في سدسه وهو مقدار عشرة ويسعى في خمسة اسداسه وهي خمسون ثلاثون للديان وعشرون للوارث .

وهذا مما لاخلاف فيه ، أما اذا كان أقل بالثلث أو الربع أو السدس مثلاً : فقال الشيخان^(١) في النهاية والمقنعة يبطل العتق مطلقاً ، ومستندهما رواية جميل عن زرارة عن الصادق عليه السلام : ان كانت قيمته مثل الذي عليه ومثله جاز عتقه والالم يجز^(٢) . ورواية عبدالرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام : قال : قلت رجل مات وترك عبداً ولم يترك مالا غيره وقيمة العبد ستمائة درهم ودينه خمسمائة فأعتقه عند الموت كيف يصنع فيه ؟ قال : يباع فيأخذ الغرماء خمسمائة وتأخذ الورثة مائة . ثم قال : قلت فان كانت قيمته ستمائة ودينه أربعمائة؟ قال : كذا يباع العبد فيأخذ الغرماء أربعمائة وتأخذ الورثة مائتين ولا يكون للعبد شيء . قال : قلت فان كانت قيمته ستمائة ودينه ثلاثمائة ؟ قال : فضحك ثم قال بعد كلام : فالان يوقف العبد ويستسعى ، ويكون نصفه للغرماء وثلثه للورثة ويكون له السدس^(٣) .

والوجه هنا أن الفاضل عن الدين منه يستحق المريض فيه ثلثه فيصرف ذلك الى العتق المذكور ويسعى العبد في الزائد من ذلك للوارث . وهذا هو الوجه المشار اليه بالضعف ، وينسب الى ابن ادريس .

وأما وجه ضعفه فقال الابي : انه توهم أنه وصية وليس في الرواية دلالة على ذلك بل هو منجز .

أقول : وهذا ليس مما يوجب ضعفه ، لان المنجزات اذا فرض خروجها

(١) النهاية : ٦١٠ ، المقنعة ١٠٣ .

(٢) التهذيب ٢١٨/٩ ، الكافي ٢٧/٧ ، الفقيه ١٦٦/٤ ، الاستبصار ٧/٤ .

(٣) الكافي ٢٦/٧ ، التهذيب ٢١٧/٩ ، الاستبصار ٨/٤ .

ولو أوصى لام ولده صح ، وهل تعتق من الوصية أو من نصيب
الولد؟ قولان .

فان اعتقت من نصيب الولد كان لها الوصية .
وفى رواية أخرى تعتق من الثلث ولها الوصية .

من الثلث فلا فرق بينها وبين الوصية في التأخر عن الدين وصرفها الى ثلث
الباقي .

والحق ما قاله ابن ادريس ، وتؤيده الادلة المتظافرة بصرف المنجزات
والوصايا الى ثلث الباقي بعد الدين .

قوله : ولو أوصى لام ولده صح ، وهل تنعتق من الوصية او من نصيب
الولد؟ فيه قولان ، فان اعتقت من نصيب الولد كان لها الوصية ، وفى رواية
أخرى تعتق من الثلث ولها الوصية

لاخلاف عندنا أنه مع عدم الوصية تعتق من نصيب الولد ، أما مع وجودها
فقال الشيخ^١ هو أيضاً كذلك وتعطى الوصية ، واحتج عليه بما فى كتاب العباس
أنه تعتق من نصيب ولدها ويعطى من ثلثه ما أوصى لها به^٢ .

(١) النهاية : ٦١١ .

(٢) فى كتاب العباس - الى آخره - ذيل الحديث الذى فى الكافى ٢٩ / ٧ ، التهذيب
٢٢٤ / ٩ عن جميل بن صالح عن ابى عبيدة قال : سألت ابا عبدالله عليه السلام عن رجل
كانت له ام ولد وله منها غلام فلما حضرته الوفاة اوصى لها بألفى درهم او اكثر للورثة
ان يسترقوها . قال : فقال لابل تعتق من ثلث الميت وتعطى من ثلثه ما اوصى لها به . وفى
كتاب العباس : تعتق - الى آخره . وقال فى الجواهر : وكأن المراد انه قدروى الخير
المزبور فى كتاب العباس على هذا النحو .

واطلاق الوصية تقتضى التسوية ما لم ينص على التفضيل .

واختاره العلامة محتجاً بأن التركة تنتقل بالموت الى الوارث فيثبت ملك الولد على جزء منها فتعنى عليه^(١) .

وقال ابن ادريس^(٢) بل تعنى من الوصية لتأخر استحقاق الوارث عن الوصية والدين فتملك قبل ملك ولدها فيصرف الى عتقها ، كما لو أوصى لعبده بشيء فانه يصرف الى عتقه .

وأجاب عنه العلامة بأن استقرار ملك الوارث متأخر لأصل الملك^(٣) .

وقال ابن الجنييد بتخير الوارث ، فانه قال الوصية لام الولد جائزة وتعنى من وصيتها أمر من نصيب ولدها وتعطى بقية الوصية . يريد أنه ان عتقت من الوصية وفضل منها فتعطى ذلك الباقي .

قوله : وفي رواية اخرى - الى آخره

اشارة الى رواية ابي عبيدة عن الصادق عليه السلام سأله عن رجل كانت له أم ولد له منها غلام فلما حضرته الوفاة أوصى لها بألفي درهم أو أكثر للورثة أن يسترقوها . قال : لا بل تعنى من ثلث الميت ويعطى ما أوصى لها به^(٤) .
وبمعناها رواية احمد بن محمد بن ابي نصر عن الرضا عليه السلام^(٥) . وهما صحيحتان .

(١) المختلف ٥٨/٢ .

(٢) السرائر : ٣٨٦ .

(٣) راجع المختلف ٥٨/٢ ، التذكرة في البحث الثاني في الوصية للعبد وشبهه من كتاب الوصية ، مسألة يصح ان يوصى الانسان لام ولده .

(٤) مرت قبيل هذا .

(٥) اخرجها في الكافي ٢٩/٧ ، التهذيب ٢٢٤/٩ .

وفى الوصية لآخواله وأعمامه رواية بالتفضيل كالميراث
والاشبه : التسوية .

وأولهما العلامة بأنه اعتقها وأوصى لها فتعق من الثلث حينئذ ولها الوصية
وأولهما غيره بأن المراد بقوله « تعق من الثلث » أي من الوصية ويعطى ما فضل
من الوصية على تقدير الفضل .

والتحقيق أن التأويل هو ترجيح الاحتمال المرجوح بدليل ، فمالم يحتمله
اللفظ لا يجوز التأويل به . ولا شك ان التأويلين المذكورين ليس للفظ الرواية
عليهما دلالة . اللهم الا ان يقال : انما اضطررنا الى التأويل انعقاد الاجماع على
عدم العمل بهما لكنهما صحيحتان ، فاضطررنا الى حملهما على وجه سائغ .

قوله : وفى الوصية لآخواله وأعمامه رواية بالتفضيل كالميراث ،
والاشبه التسوية

الرواية ذكرها الصدوق في الفقيه والشيخ في التهذيب عن زرارة عن الباقر
عليه السلام في رجل أوصى بثلث ماله في أخواله وأعمامه . قال : لاعمامه الثلثان
ولآخواله الثلث^(١) .

وأفتى بها الشيخ في النهاية^(٢) ، ومنعه ابن ادریس^(٣) وقال هي من الاحاد
والحمل على الميراث قياس . وعليه الفتوى . أما لوقال « على كتاب الله » أو علم
من قصده التفضيل اتبع .

(١) الكافي ٤٥٠/٧ ، التهذيب ٢١٤/٩ ، الفقيه ١٥٤/٤ ، الوسائل ٤٥٤/١٣ .

(٢) النهاية : ٦١٤ قال : واذا اوصى الانسان بشيء معين لاعمامه واخواله كان لاعمامه
الثلثان ولاحواله الثلث .

(٣) السرائر : ٣٨٩ .

وإذا أوصى لقربته فهم المعروفون بنسبه .
وقيل : لمن يتقرب اليه بآخرا ب في الاسلام .

قوله : ولو أوصى لقربته فهم المعروفون بنسبه ، وقيل لمن يتقرب
اليه بآخرا ب في الاسلام

ذكر الشيخ في المبسوط^(١) أنه ليس لأصحابنا نص عن الائمة عليهم السلام
هنا ، وحكى أقوالاً أربعة :

(الاول) لمن تقرب اليه بآخرا ب في الاسلام دون من تقرب اليه بأب في
الكفر ، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : قطع الاسلام أرحام الجاهلية^(٢) واختاره
في النهاية^(٣) .

وفيه نظر لمنع صحة السند أولاً والدلالة ثانياً ، ومنع مساواة باقي اقسام
الكفر للكفر الجاهلية ، ولهذا قال في الشرائع : وهو غير مستند الى شاهد^(٤) .

(الثاني) للمحرم من ذوي الارحام لا غير المحرم كبنى الاعمام .

(الثالث) للوارث دون غيره من الاقارب .

(الرابع) لمن يصدق عليه عرفاً أنه من أقاربه وان لم يكن وارثاً ولا محرماً

واختاره في المبسوط والخلاف^(٥) ، وهو مذهب الشافعي واختاره ابن ادريس^(٦)

(١) المبسوط ٤٠/٤ .

(٢) لم اجده بعد الطلب من مظانه . وهو الهادى .

(٣) النهاية : ٦١٤ قال : واذا اوصى بثلاث ماله لقربته ولم يسم احداً كان ذلك في

جميع ذوى نسبه الراجعين الى آخرا ب له وام له في الاسلام ويكون ذلك بين الجماعة
بالسوية .

(٤) الشرائع ١٥٨/١ .

(٥) المبسوط ٤٠/٤ ، الخلاف ٣١٥/٢ .

(٦) السرائر : ٣٨٩ .

ولو أوصى لاهل بيته دخل الاولاد والاباء .
والقول فى العشيرة والجيران والسبيل والبر والفقراء كما امر
فى الوقف .

وعليه الفتوى ، لل قاعدة الاصولية ، وهى الحمل على العرف اذا لم يكن نص
شرعى .

ولابن الجنييد قول خامس ، وهو أن لا يتجاوز بال تفرقة ولد الاب الرابع ، لان
رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لم يتجاوز ذلك فى تفرقة سهم ذى القربى
من الخمس .

قوله : ولو اوصى لاهل بيته دخل الاولاد والاباء

وكذا لو قال لاهل بيت فلان كان لاولاده وآبائه . وقال المصنف فى الشرائع
والعلامة فى التحرير^(١) يدخل فى أهل البيت الاباء والاولاد والاجداد .

وفيه نظر ، فان علماً عليه السلام سيد أهل البيت وليس من الاقسام الثلاثة
فالاولى اضافة الاعمام والاخوال كما نقل العلامة فى القواعد^(٢) .

ويدخل فى ذلك الذكور والاناث سواء تقربوا بالاب أو بالام أو بهما معاً .
واختصاص أهل البيت بالخمس فى النص القرآنى لمكان اختصاصهم باذهب
الرجس والتطهير المقتضى ذلك لعصمتهم عليهم السلام والصلاة^(٣) .

(١) الشرائع ١٥٨/١ ، التحرير ٣٠١/١ .

(٢) القواعد ، المطلب الثالث فى الموصى له من كتاب الوصية ، قال فيه : ..
والاعمام والاخوال واولادهم .

(٣) اشارة الى الاية ٣٣ من سورة الاحزاب وهى قوله تعالى « انما يريد الله ليذهب
عنكم الرجس اهل البيت ويطهركم تطهيراً » .

وإذا مات الموصى له قبل الموصى انتقل ما كان الى ورثته ،
مالم يرجع الموصى على الأشهر .
ولولم يخلف وارثاً رجعت الى ورثة الموصى ، واذا قال :
أعطوا فلاناً دفع اليه يصنع به ما شاء .

قوله : وإذا مات الموصى له قبل الموصى انتقل ما كان للموصى
له الى ورثته مالم يرجع الموصى على الأشهر ، ولولم يخلف وارثاً رجعت
الى ورثة الموصى

هنا فوائد :

(الاولى) لاختلاف أنه مع رجوع الموصى تبطل الوصية ، سواء كان قبل
الموت أو بعده .

(الثانية) الاكثر على أنه اذا لم يكن للموصى له وارث فانها ترجع الى الموصى
أو ورثته ، وقال ابن ادريس تكون للامام لانه وارث مع عدم الوارث .
(الثالثة) لومات وله وارث ولم يرجع الموصى قال الاكثر تكون لوارثه
مع القبول سواء كان موته قبل الموصى أو بعده ، ارواية محمد بن قيس عن الباقر
عليه السلام في قضاء علي عليه السلام^(١) .

وقال ابن الجنيد تبطل الوصية ، واختاره العلامة في المختلف^(٢) ، محتجاً
برواية ابي بصير ومحمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام صحيحاً قالاً : سئل
عن رجل أوصى لرجل فمات الموصى له قبل الموصى . قال ليس بشيء^(٣) ومثله
في رواية منصور بن حازم موثقاً عنه عليه السلام^(٤) . وبأننا قد قلنا ان الوصية تفتقر

(١) الكافي ١٣/٧ ، الفقيه ١٥٦/٤ ، التهذيب ٢٣٠/٩ ، الاستبصار ١٣٧/٤ ،

الوسائل ٤٠٩/١٣ .

(٢) المختلف ٦٥/٢ .

(٣) التهذيب ٢٣١/٩ ، الاستبصار ١٣٨/٤ ، الوسائل ٤١٠/١٣ .

الى القبول ولا اعتبار به الا بعد موت الموصى .

وفي القولين نظر :

أما الاول: فلان محمد بن قيس مشترك بين ضعيف وغيره وذلك مما يضعف الرواية ، ولان الورثة اما أن تتلقى الملك عن الموصى له وهو باطل لعدم دخوله في ملكه الا بالقبول والوفاة ولم يحصل ، أو عن الموصى وهو باطل أيضاً لعدم قصدهم بالوصية .

وأما الثاني : فلجواز حمل الروايتين على عدم الوارث أو على عدم قبوله أو على رجوع الموصى ونمنع عدم اعتبار القبول قبل الموت ، لجواز حصول الملك به متزاولاً ، لجواز رجوع الموصى كما للمشتري الرجوع في مدة الخيار سلمنا انه بعد الموت ، لكن لم لا يكون قبول الوارث قائماً مقام قبول مورثهم ويكون القبول موروثاً كالخيار .

(الرابعة) حيث ظهر ضعف القولين مطلقاً قال المصنف في فتاواه بأنه اذا مات قبل الموصى بطلت وان مات بعده قبل القبول قام الوارث مقامه . ويمكن أن يقال أيضاً : ان علم تعلق غرض الموصى بالموروث بطلت بموته والا فلا ويقوم الوارث مقامه .

(الخامسة) اذا مات قبل الموصى لم يدخل الموصى به في ملكه ، وان مات بعده ففي دخوله وجهان مبنيان على ما يحصل به السلك . وقد تقدم حكاية الخلاف فيه .

فعلى القول بدخوله في ملكه بالوفاة يدخل هنا وتلزمه أحكامه من قضاء ديونه ووضاياه والتمق عليه لو كان الموصى به ممن ينعق عليه والارث أيضاً . والشيخ منع الارث والالزم الدور بناء على القول بالمرأاة ، فان استقرار الملك معتبر بقبوله والارث معتبر بملكه المستقر فيعتبر قبوله في دور .

ويستحب الوصية لذوي القرابة ، وارثاً كان أو غيره .
(الرابع) في الاوصياء : ويعتبر التكليف والاسلام .

قال الشهيد : أوجب بأن المعتبر قبول الوارث في الحال .
هذا وعلى القول بأنه لا يدخل في ملكه الا بالوفاة والقبول معاً لا يثبت شيئاً
من ذلك .

قوله : وتستحب الوصية لذوي القرابة وارثاً كان أو غيره
كان ذلك واجباً في مبدأ الاسلام ثم نسخ بآية الارث، وقد تفرق في الاصول
أن الوجوب اذا ارتفع بقي الجواز مع أنه جمع بين الصلة والوصية، وسواء
كان القريب وارثاً أو غيره للعموم .
وأما الحديث المروي عنه صلى الله عليه وآله وسلم وهو : لا وصية لوارث
فباطل (١) عندنا ، ولو صح حمل على نفي الوجوب المنسوخ تأكيداً، أي لا وصية
واجبة .

قوله : ويعتبر التكليف والاسلام
هذا ليس على اطلاقه بل التكليف شرط في الوصي المنفرد ، لما يأتي من
صحة الوصية الى الصبي منضماً الى البالغ، وكذا الاسلام شرط اذا كان الموصى
مسلماً أو الموصى عليه مسلماً ، فلو أسلمت الزوجة تبعها ولدها في الاسلام ولا
يصح لايه الكافر أن يوصى عليه كافرأ بل مسلماً .

(١) سنن ابن ماجه ٢/٩٠٥ ، سنن الترمذى ٤/٤٣٣ . اقول : وروى من الشيعة
الحسن بن شعبة في « تحف العقول » : ٨ الطبع السابق و ٣٤٤ الطبع الجديد عن النبي
صلى الله عليه وآله وسلم في خطبة الوداع أنه قال : ايها الناس ان الله قد قسم لكل وارث
نصيبه من الميراث ولا تجوز وصية لوارث بأكثر من الثلث . كما قال الصدوق : والخبر
الذي روى انه لا وصية لوارث معناه انه لا وصية لوارث بأكثر من الثلث كما لا يكون لغير
الوارث بأكثر من الثلث.

وفى اعتبار العدالة تردد ، أشبهه أنها لاتعتبر .
أما لو أوصى الى عدل ففسق بطلت وصيته .

قوله : وفى اعتبار العدالة تردد اشبهه انها لاتعتبر
ينشأ من كونها امانة ولاشئ من الفاسق بأهل الامانة، ومن أنها استنابة تابعة
لاختيار المستنيب فيجوز الى الفاسق كما يجوز توكيه وإيداعه. واختار المصنف
الثاني لاصالة عدم الاشرط .
والحق اشترطها ، لانه مركون اليه في الانفاق على الطفل وفى اخراج
الحقوق ، ولاشئ من الفاسق بمركون اليه لقوله تعالى « ولاتركوا الى
الذين ظلموا »^(١).

ونمنع مساواتها للوكالة والايذاع ، لانهما حق يختص بالموكل والمودع
بخلاف الوصية فان للغير بها تعلقاً، اذ هو اما اليتيم المولى عليه أو أرباب الحقوق
والامانات فيجب اعتماد المصلحة في ذلك .

قوله : اما لو اوصى الى عدل ففسق بطلت وصيته
هذا قول الشيخ في المبسوط^(٢) . وهو حق ، لان الظاهر أنه لم يوص اليه
الامكان عدالته فتزول الوصية لزوال الباعث ، ولانه اذا خالف المشروع في
تصرفاته عزل واستبدل به غيره فكذا اذا فسق.

وقول ابن ادريس^(٣) بعدم بطلان وصيته، لان بطلانها تبديل منهى عنه. خطأ
لان فسقه هو عين التبديل لمخالفته غرض الموصى في البطلان ونصب غيره رفع
للتبديل المنهى عنه ورفع المنهى عنه لا يكون منهياً عنه .

(١) سورة هود : ١١٣ .

(٢) المبسوط ٥٢/٤ .

(٣) راجع السرائر : ٣٨٤ .

ولا يوصى الى المملوك الا باذن مولاه .
ويصح الى الصبي منضمّاً الى كامل لامنفرداً .
ويتصرف الكامل حتى يبلغ الصبي ، ثم يشتركان .

وهنا فوائد :

(الاولى) لو فسق ثم عادت عدالته بالتوبة هل تعود وصيته ؟ الحق لا ، لان حدوث الوصية يفتقر الى فاعل ولافاعل الاحاكم وتوليته ليست وصية .
(الثانية) لو فسق ولما يعلم فسقه هل تكون تصرفاته ماضية في نفس الامر أم لا ؟ يظهر من كلام العلامة^(١) والشهيد البطلان . وعندني لو تصرف والحالة هذه حسة نفذ في الضروريات لا غيرها .
(الثالثة) لو أوصى الى فاسق فتأب قبل موته استمرت وصيته ، سواء علم فسقه أولاً لحصول الشرط حال المباشرة .

قوله : ولا يوصى الى المملوك الا باذن مولاه

لا فرق بين القن والمدبر والمكاتب في اشتراط اذن المولى ، أما لو أوصى الى عبد نفسه أو مدبره أو مكاتبه فمنعها الشيخ^(٢) وجوزها المفيد^(٣) وسلا الى المدبر والمكاتب مطلقاً . وليس ذلك بعيداً من الصواب ، لحرية المدبر حال المباشرة ولزوم الكتابة وجواز تصرف المكاتب من غير حجر عليه .

(١) القواعد ، الفصل الرابع في الوصية بالولاية ... قال في شروط الوصي :
الشرط الرابع العدالة وفي اعتبارها خلاف الاقرب ذلك . الى ان قال : نعم لو اوصى الى العدل فسق بعد موته عزله الحاكم ونصب غيره .

(٢) المبسوط ٦١ / ٤ قال فيه : اذا اوصى لعبد نفسه او لعبد ورثته صحت الوصية عندنا لان الوصية للوارث صحيح .

(٣) المقنعة ١٠٣ ، ١٠٤ .

وليس له نقض ما أنفذه الكامل بعد بلوغه .
 ولا تصح الوصية من المسلم الى الكافر وتصح من مثله .
 وتصح الوصية الى المرأة .
 ولو أوصى الى اثنين وأطلق ، أو شرط الاجتماع ، فليس
 لاحدهما الانفراد .

قوله : وليس له نقض ما أنفذ الكامل قبل بلوغه

هنا فوائد :

(الاولى) يشترط في ما أنفذه الكامل المشروعية، فلو كان غير مشروع كان
 للصبى نقضه .

(الثانية) لومات الصبى أو بلغ غير أهل للوصية هل ينفرد الكامل؟ قيل نعم
 لثبوت ولايته وعدم حصول ما يزيلها. وهو حسن، لان الموصى رضي به منفرداً
 ويحتمل العدم ، لدلالة لفظ الموصى على الضم في وقت امكانه عادة .

(الثالثة) عكسه ، أي لو بلغ الصبى رشيداً ومات الكامل أوفسق الاولى هنا
 عدم انفراد البالغ الرشيد بل يضم اليه الحاكم .

قوله : وتصح الوصية الى المرأة

نقل الشيخ^(١) الاجماع هنا على ذلك ، وروى السكوني عن علي عليه
 السلام^(٢) المنع من الوصية اليها وهي مع ضعفها محمولة على التقية أو الكراهية .

قوله : ولو أوصى الى اثنين وأطلق أو شرط الاجتماع فليس لاحدهما
 الانفراد

(١) المبسوط ٥٢/٤ قال : واما المرأة فتصح ان تكون وصياً بلا خلاف الامن عطاء
 فانه لم يجزها .

(٢) التهذيب ٥/٩ ، الفقيه ٤/١٦٨ ، الاستبصار ٤/١٤٠ ، الوسائل ١٣/٤٤٢ .

ولو تشاحا لم يمض الا ما لا بد منه ، كمؤونة اليتيم .
وللحاكم جبرهما على الاجتماع .
فان تعذر جاز الاستبدال ، ولو التمس القسمة لم يجز ، ولو
عجز أحدهما ضم اليه .
أما لو شرط لهم الانفراد تصرف كل واحد منهما ، وان انفراد ،
ويجوز أن يقتسما .

ولو تشاحا لم يمض الا ما لا بد منه كمؤونة اليتيم وللحاكم جبرهما
على الاجتماع ، فان تعذر جاز الاستبدال . ولو التمس القسمة لم يجز ، ولو
عجز احدهما ضم اليه . أما لو شرط لهما الانفراد تصرف كل واحد منهما
وان انفراد ، ويجوز ان يقتسما
شرح هذا الكلام يتم بفوائد :

(الاولى) يجوز كون الوصي واحداً واكثر: أما الاول فلما كان قيامه بالغرض
المقصود منه ، فلو علم عدم قيامه بذلك لعجزه أو بلاهته أو سفهه لم تجز الوصية
اليه . وأما الثاني فلانه أعون وأضبط لمصلحة التركة والايام .

(الثانية) لو أوصى الى اكثر من واحد وخصص كل واحد بنوع من التصرف
لم يتعد أحدهم ما عين له ولم يداخل غيره اجماعاً .

(الثالثة) اذا كانوا جماعة وشرط عليهم الاجتماع في كل تصرف لم يجز
لواحد الانفراد بشيء وكان تصرفه منفرداً باطلاً . وهو اجماعي أيضاً .

(الرابعة) لو لم يتفق هؤلاء لم يمض تصرف أحد منهم الا فيما كان ضرورياً
كنفقة اليتيم وحفظ المال من التلف وتحصيله من غريم مماطل أو سوء المعاملة
وأمثال ذلك .

(الخامسة) مع التشاح المذكور قال الشيخ^(١) واتباعه يجبرهم الحاكم على الاتفاق على التصرف فيما تظهر فيه المصلحة ، وهو المشهور وعليه الفتوى . وقال التقي يردهم الحاكم الى رأي أعلمهم بذلك التصرف وأقواهم فيه . قال العلامة^(٢) فيه اشكال من حيث أنه تخصيص لاحدهم بالتصرف وقد منعه الموصي .

وفيه نظر ، اذ لامنافة بين القولين ، لان ردهم الى رأي الاعلم الاقوى ، هو نفس الاجبار على الاجتماع ، وفيه حسم لمادة الاختلاف .

(السادسة) لو أوصى الى الجماعة أو الاثنين وأطلق فهل حكمه حكم مالونص على الاجتماع أم لا ؟ قال الشيخ^(٣) في المبسوط والخلاف والتقي وابن حمزة وابن ادريس^(٤) وعلي بن بابويه نعم ، وهو اختيار المصنف والعلامة^(٥) . وعليه الفتوى ، لان التشريك في الوصية يستلزم عدم جواز الانفراد ، وتؤيده رواية محمد بن الحسن الصفار عن العسكري عليه السلام قال : كتبت اليه : رجل أوصى السى رجلين أيجوز لاحدهما أن ينفرد بنصف التركة والاخر بالنصف

(١) النهاية : ٦٠٦ قال : واذا وصى الانسان الى نفسين وشرط ان لا يمضيا الوصية الا بعد ان يجتمعا لم يكن لكل واحد منهما الاستبداد بما يصيبه ، فان تشاحا فى الوصية والاجتماع لم ينفذ شيء مما يتصرفان فيه الا ما يعود بمصلحة الورثة والكسوة لهم والمأكل وعلى الناظر فى امر المسلمين حملهم على الاجتماع على تنفيذ الوصية او الاستبدال بهم ان رأى ذلك اصلح فى الحال ، وان لم يكن الموصى قد اشترط عليهما ذلك جاز لكل واحد منهما ان يستبد بما يصيبه ويطالب صاحبه بقسمة الوصية .

(٢) المختلف ٦٤/٢ .

(٣) المبسوط ٥٤/٤ ، الخلاف ٣٢٠/٢ ، السرائر : ٣٨٤ .

(٤) المختلف ٦٤/٢ .

الآخر؟ فوقع عليه السلام : لا يجوز لهما أن يخالفا الميت وأن يعملوا على حسب ما أمرهما انشاء الله^(١) .

وقال الشيخ في النهاية^(٢) وتبعه القاضي لابل يجوز لكل منهما أن يستبد بما يصيبه ويطلب صاحبه بالقسمة ، معتمداً على رواية بريد بن معاوية : ان رجلا مات وأوصى الي والى آخر أو الى رجلين ، فقال احدهما خذ نصف ما ترك واعطني النصف مما ترك ، فأبى عليه الآخر ، فسألوا أبا عبد الله عليه السلام عن ذلك فقال : ذلك له^(٣) .

والجواب أن قوله « ذلك له » اشارة الى مصدر «ابى» ، أي الاباء له ، أي للمطلوب له منه ، وليس اشارة الى الطلب ولا الضمير في «له» عائداً الى الطلب كذا قاله الشيخ في التهذيب والاستبصار وهو حسن .

ولي فيه نظر ، فان اللام في اسم الاشارة للبعيد للقريب كما نص عليه أهل اللغة ، فيكون عائداً الى الطلب .

(السابعة) قد عرفت أن حكم الاطلاق حكم النص على الاجتماع ، فلو تشاجرا فالحكم ما تقدم ، فلو وكل أحدهما الآخر هل يصح ؟ الاقوى لا : أما مع النص على الاجتماع فظاهر ، وأما مع الاطلاق فلما قلنا من أن حكمه حكمه .

(١) الكافي ٤٦/٧ ، التهذيب ١٨٥/٩ ، الفقيه ١٥١/٤ ، الوسائل ٤٤٠/١٣ .

(٢) النهاية : ٦٠٦ .

(٣) الكافي ٤٧/٧ ، التهذيب ١٨٥/٩ ، الفقيه ١٥١/٤ ، الاستبصار ١١٨/٤ ،

الوسائل ٤٤٠/١٣ . قال الشيخ في التهذيب : ذكر ابو جعفر محمد بن علي بن الحسين بن بابويه رحمه الله ان هذا الخبر لا يعمل عليه ولا افتى به وانما اعلم على الخبر الاول ظناً منه انها متافيان وليس الامر على ما ظن لان قوله عليه السلام « ذلك له » ليس في صريحه ان ذلك للمطالب الذي طلب الاستبداد بنصف التركة وليس يتمتع ان يكون المراد بقوله عليه السلام « ذلك له » يعنى الذى ابى على صاحبه الانقياد الى ما اراده فيكون تلخيص الكلام ان له ان يأبى عليه ولا يجيبه الى ملتسه . وعلى هذا الوجه لاتنافي بينهما على حال .

وللموصى تغيير الاوصياء، وللموصى اليه رد الوصية، ويصح ان بلغ الرد .

ولو مات الموصى قبل بلوغه لزمّت الوصية ، واذا ظهر من الوصى خيانة استبدل به .

والوصى أمين لا يضمن الا مع تعد أو تفريط .

(الثامنة) لو تعذرا اجتماعهما جاز للحاكم عزلهما ونصب غيرهما، أما واحداً أو أكثر بحسب ما يراه من نصب من فيه كفاية وله عزل أحدهما ويضم الى الآخر أميناً وليس له جعله منفرداً .

(التاسعة) لو عجز أحدهما أو مات أوفسق هل يضم الى الآخر أميناً أم لا ؟ جزم المصنف هنا وفي الشرائع^(١) بالضم مع العجز، وتردد في الموت والفسق من حيث أن العدل أو الحي وصي فلا ولاية للحاكم معه ، ومن أن الميت لم يوص اليه منفرداً بل مع آخر فيجب الضم ، فيكون مفوضاً الى تعيين الحاكم لانه منصوب للمصالح . وهو الأقوى .

(العاشر) انه ظهر مما قررناه أنه ليس لاحدهم الانفراد الامع النص عليه ، فيجوز حينئذ قسمة التركة والايتمام بينهم ، ويجوز استبداد واحد بالكل ولو جعل لاحدهم الانفراد دون الباقيين فالحكم كما تقدم .

قوله : ولو مات الموصى قبل بلوغه لزمّت الوصية

هنا فوائد :

(الاولى) لاختلاف أنه لا يجب قبول الوصية بل يجوز الرد في حياة الموصى .

(١) الشرائع ١٥٩/١ .

نعم يستحب ذلك لمن يثق من نفسه بالكفاية والامانة ، لانه من باب التعاون والتناصر .

(الثانية) لا خلاف انه اذا رد الوصية وبلغ الرد الموصى أنه لا يلزمه القيام بها .

(الثالثة) لا كلام أنه مع عجزه وعدم كفايته أنه لا يجب عليه بل ولا يستحب لعدم حصول الغرض ، خصوصاً اذا لم يثق من نفسه بالامانة فانها تحرم قطعاً .
(الرابعة) اذا لم يعلم بها ووردها ولم يبلغ الرد الى الموصى قبل موته وكان الوصي ذاكفاية وأمانة هل يجب عليه القيام بها ويحرم ردها ؟ المشهور بين الاصحاب ذلك ، ومستندهم رواية منصور بن حازم عن الصادق عليه السلام قال اذا أوصى الرجل الى أخيه وهو غائب فليس له أن يرد عليه وصيته لانه لو كان شاهداً فأبى أن يقبلها طلب غيره^(١) .

ورواية محمد بن مسلم عنه عليه السلام أيضاً قال: اذا أوصى رجل الى رجل وهو غائب فليس له أن يرد وصيته ، وان أوصى اليه وهو في البلد فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل^(٢) .

وقال العلامة في المختلف^(٣) : الوجه عندي ذلك ان كان قبل الوصية أولاً وان لم يكن قبل ولا علم جاز له الرجوع ، للاصل ولازالة الضرر غير المستحق الواصل اليه بالتحمل . قال : وتحمل الاحاديث على حصول القبول أولاً ، لانه عقد لا بد فيه من القبول . قال : وقد نبه الشيخ^(٤) عليه في المبسوط والخلاف ،

(١) الكافي ٦/٧ ، التهذيب ٢٠٦/٩ ، الفقيه ١٤٥/٤ ، الوسائل ٣٩٨/١٣ .

(٢) الكافي ٦/٧ ، التهذيب ٢٠٥/٩ ، الفقيه ١٤٤/٤ ، الوسائل ٣٩٨/١٣ .

(٣) المختلف ٦٤/٢ .

(٤) المبسوط ٣٧/٤ .

قال: اذا قبل الوصية له أن يردها ما دام الموصي حياً، فان مات فليس له ردها
استدل باجماع الفرقة وبأن الوصية قد لزمته بالقبول .

وفي كلام العلامة نظر :

أما أولاً : فلان الاصل يرجع عنه للدليل وقد بينوه .

وأما ثانياً: فلانه ان أراد بالضرر مطلق المشقة فلانسلم أن ذلك موجب للرد
فان التكاليف كلها ملزومة للمشقة، وان أراد ما يؤدي الى تلف نفس أو مال فذلك
داخل في قسم العجز وقد بينا عدم الوجوب معه .

وأما ثالثاً: فلان حملة الاحاديث غير موجه بأنه تأويل لا يحتمله لفظ الحديث
لان الواو في قوله « وهو غائب » للحال ، فيقيد الايصاء بغيبة الوصي فلا يتقدر
قبوله قبل الموت بناء على الظاهر ، وانما يتقدر لو كان حاضراً فأوصى اليه وقبل
ثم سافرورد في غيبته ، لكن ذلك لا يحتمله لفظ الحديثين .

والتحقيق أن نقول: ان تحقق الاجماع على ذلك فذلك هو المعتمد ، فلعل
مستنده غير ما ذكر ، والا فالروايتان قاصرتان عن الدلالة على وجوب القبول :
أما الرواية الاولى فلما كان حمل النهي فيها على الكراهية ، كما نبه عليه فيها
بأنه لو كان شاهداً لطلب غيره . وأما الثانية فلانها دلت على أن القبول حال الحياة
غير واجب وانه مخير في ذلك فيكون كذلك بعد الموت، اذ الحكم الواحد لا
يختلف باختلاف الاحوال، غاية ما في الباب أنه يدل على استحباب القبول بعد
الموت وكراهية الرد .

(الخامسة) قال الصدوق^(١): اذا أوصى الى ولده وجب عليه القبول، وكذا
الى اجنبى اذا لم يجد غيره . وهما مرويان وفيهما قوة : أما الاول فلان خلافه

(١) المقنع ١٦٤ قال فيه : واذا دعا رجل ابنه الى قبول وصيته فليس له ان يأبى .

وليس فيه « وكذا الى اجنبى » الى آخره . نعم نقله العلامة فى المختلف عنه .

ويجوز أن يستوفى دينه مما في يده، وأن يقوم مال اليتيم على نفسه، وأن يقترضه اذا كان مليئاً .

عقوق، وأما الثاني فلانه حسبة يجب عيناً مع عدم قيام الغير بها اجماعاً .
(السادسة) صيغة الوصية «أوصيت اليك» أو «فوضت» أو «جعلتك وصياً» أو «اقتمتك مقامي في امر أولادي أو حفظ أموالى» أو كذا وكذا . ولوقال «أنت وصي» واقتصر ولم يذكر المتعلق، فان كان هناك قرينة حال حملت عليه، وان لم تكن أمكن البطلان لاحتماله أموراً متعددة من غير ترجيح . ويحتمل التصرف فيما لا بد منه كمؤنة اليتيم وحفظ المال من المتلفات .

قوله : ويجوز ان يستوفى دينه مما في يده

يريد سواء أمكن اثباته عند الحاكم أولاً . وقال الشيخ في النهاية^(١) لانجوز أن يأخذ من تحت يده الا ما تقوم به البيئنة . وتبعه القاضي وقال ابن ادريس^(٢) ان كان له بيئنة فلا يجوز الامع اثباته عند الحاكم والاجاز .

والحق الاول، أعني قول المصنف لانه يأخذ حقه محسن وما على المحسنين من سبيل^(٣)، سواء أمكن اثباته أولاً .

وهل له ايفاء دين غيره اذا كان عالمأبه؟ قيل لا بل لا بد من اثباته عند الحكم وحكم الحاكم به . والحق أنه لا يفتقر الى الاثبات اذا كان الوصي عالمأ به . نعم لا بد من احلافه على بقاء الحق ان كان ممكناً في حقه القبض أو الابرء، أما من لا يمكنان في حقه كالصبي والمجنون فلا يفتقر الى الاحلاف بل يكفي علمه، لان علمه يقينى وشهادة الشاهدين ظنية .

قوله : وان يقوم مال اليتيم على نفسه وان يقترضه ان كان مليئاً

(١) النهاية : ٦٠٨ .

(٢) السرائر : ٣٨٤ .

(٣) سورة التوبة : ٩١ .

وتختص ولاية الوصى بما عين له الموصى ، عموماً كان أو خصوصاً .

ويأخذ الوصى أجره المثل ، وقيل قدر الكفاية ، هذا مع الحاجة .

هنا مسألتان :

(الاولى) جواز شرائه مال اليتيم وبيع ماله عليه ، وهو مذهب الشيخ في النهاية^(١) والقاضي ، واختاره العلامة في المختلف^(٢) ، لانه بيع صدر من أهله في محله فيكون جائزاً ، والملازمة ظاهرة . وأما المقدمة الاولى فلانه جائز التصرف يصح أن يبيع على غيره قطعاً فيجوز على نفسه ، اذ لا مانع ومنع ذلك ابن ادريس^(٣) والالكان موجباً قابلاً وذلك غير جائز الاللاب أو الجدل له للاجماع فلا يقاس عليه غيره . وهو قول الشيخ في الخلاف^(٤) . والاجود الاول ، لان المغايرة بالاعتبار كافية ، وليس الحمل على الاب قياساً بل من اتحاد الطريق . (الثانية) هل يجوز أن يقترض مال اليتيم؟ الخلاف هنا كما في الاول والحق فيه أنه اذا لم^(٥) يكن ملبياً فلا يجوز ذلك ، وان كان ملبياً جعل الرهن وأشهد به والافلا .

قوله: ويأخذ الوصى اجرة المثل وقيل قدر الكفاية هذا مع الحاجة

هنا فوائد :

(١) النهاية : ٦٠٨ .

(٢) المختلف ٦٣/٢ .

(٣) السرائر: ٣٨٥ قال : والذي يقتضيه مذهبنا انه لا يجوز له ان يشتريه لنفسه بحال لان الانسان لا يكون موجباً قابلاً في عقد واحد . الى آخر ما قال .

(٤) الخلاف ١٤٦/٢ .

(٥) في ب : ان لم يكن .

وإذا أذن له في الوصية جاز، ولولم يؤذن فقولان، أشبههما :
أنه لا يصح .

(الاولى) اذا جعل الموصى للموصي شيئاً لحق سعيه ، فان كان أجرة مثله
من غير زيادة صح بلاخلاف ، وان زاد فان خرجت الزيادة من الثلث صح أيضاً
والاعتبرت اجازة الوارث .

(الثانية) لو أطلق ولم يعين له شيئاً وهو ملي هل يجوز أن يأخذ أجرة المثل
اذا لم يتبرع بالعمل أم لا ؟ قال ابن ادريس لا يجوز ويجب العفة للاية ولاصالة
عدم استباحة مال الغير الا بدليل وليس . وقال الشيخ وابن الجنيد يجوز على
كراهية وتستحب العفة ، واختاره العلامة لقرينة العفة . والحق الاول ، لقوله
تعالى « ولاتقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن »^(١) ، ولاشك أن التصرف
تبرعاً أحسن .

(الثالثة) المسألة بحالها لكنه محتاج ، ولاخلاف في جواز أخذه شيئاً .
واختلف في قدره على أقوال : « ١ » أجرة المثل ، قاله الشيخ واختاره المصنف ،
ويدل عليه رواية ابن ابي عمير عن هشام بن الحكم عن الصادق عليه السلام^(٢)
« ٢ » قدر الكفاية ، قاله ابن ادريس . « ٣ » أقل الامرين ، نقله الشيخ في الخلاف
وهو أولى ، لانه احسن .

قوله : وإذا اذن له في الوصية جاز، ولولم يأذن فقولان اشبههما انه
لا يصح

هنا مسألان :

(١) سورة الانعام : ١٥٢ .

(٢) التهذيب ٦ / ٣٤٣ ، الوسائل ١٢ / ١٨٦ .

ومن لاوصى له فالحاكم وصى ترگته .

(الاولى) للوصي أن يستنيب في حال حياته في ماجرت العادة فيه بالاستنابة اجماعاً ، وهل له ذلك في ما يمكنه مباشرته عادة ؟ قيل لا ، لاصالة عدم الجواز والاقوى الجواز ، لقيامه مقام الولي في كل ماله مباشرته .

(الثانية) هل له أن يوصي الى غيره فيما كان وصياً فيه ؟ أما مع الاذن فجائز اجماعاً ، ومع المنع لايجوز اجماعاً . والخلاف مع الاطلاق ، فقال الشيخ في النهاية^(١) والقاضي وابن الجنيد بالجواز وجعله في الخلاف رواية ، والظاهر أنها رواية الصفار عن العسكري عليه السلام ، فانه كتب اليه رجل كان وصي رجل فمات وأوصى الى رجل هل يلزم الوصي وصية الرجل الذي كان هذا وصيه ؟ فكتب عليه السلام : يلزمه بحقه ان كان له قبله حق انشاء الله تعالى^(٢) . وليست صريحة في المطلوب .

قال في النهاية : المراد بالحق حق الايمان^(٣) . وليس بشيء ، بل الظاهر أن المراد بالحق الاذن في الايضاء .

وقال المفيد^(٤) والتقي وابن ادريس^(٤) بالمنع . وهو الاشبه ، لاصالة منع التصرف في مال الغير الا باذنه ولم يحصل الاذن الالاول ، وهو غير مستلزم للاذن والالكان اذا شرط عليه أن لا يوصي مناقضة وليس .

قوله : ومن لاوصى له فالحاكم ولي تركته

(١) النهاية : ٦٠٧ قال : واذا حضر الوصي الوفاة واراد ان يوصى الى غيره جاز له ان يوصى اليه بما كان يتصرف فيه من الوصية ويلزم الموصى اليه القيام بذلك .

(٢) التهذيب ٢١٥/٩ ، الفقيه ١٦٨/٤ .

(٣) لم اعثر عليه فيه بعد الفحص .

(٤) المقنعة ١٠٣ ، السرائر ٣٨٤ .

هنا فوائد :

(الاولى) قال ابن الجنيد للام الرشيدة الولاية بعد الاب . وهو شاذ ، فلو
أوصت كانت وصيتها في الولاية لاغية وفي غيرها من اخراج حق أوقضاء دين
أوصدقة جائزة .

(الثانية) قال الشيخ من أوصى بالولاية على ولده وله أب كانت لاغية ،
قبل ويحتمل صحتها في ثلث ماله ، لان له اخراجه فله التولية فيه لمن شاء .
وليس بشيء . نعم لو أوصى باخراج حقوق أوقضاء ديون الى غيرأبيه جاز .

(الثالثة) قال الشيخ في النهاية^(١) : اذا مات انسان من غيروصية كان على الناظر
في أمور المسلمين أن يقيم له ناظراً ينظر في مصلحة الورثة فان لم يكن السلطان
الذي يتولى ذلك جاز لبعض المؤمنين أن ينظر في ذلك من قبل نفسه ويستعمل
فيه الامانة ويكون فعله صحيحاً .

ومثله قال القاضي ، وقال ابن ادريس^(٢) : الصحيح أنه اذا لم يكن سلطان
يتولى ذلك فالامر فيه الى فقهاء شيعته من ذوي الرأي والصلاح ، فانهم عليهم
السلام قد ولوهم هذه الامور ، ولا يجوز لمن ليس بفقهاء أن يتولى ذلك وان
كان ثقة .

والحق أنه ان كان مراد الشيخ بالناظر في أمور المسلمين الامام المعصوم
فالحق ما قاله ابن ادريس ، وان كان مراده أعم اما هو أو نوابه فيدخل الفقهاء فيهم
وحينئذ نقول: مع عدم الفقيه أو عدم تمكنه من نصب ناظر في أموال الايتام يجوز
للثقة غير الفقيه تولى ذلك حسبة .

واعلم أنه اذا كان الامر الى الحاكم فله نصب أمين اما دائماً أو في وقت

(١) النهاية : ٦٠٨ .

(٢) السرائر : ٣٨٥ .

(الخامس) فى الموصى به ، وفيه أطراف :

(الاول) فى متعلق الوصية : ويعتبر فيه الملك .

فلا تصح بالخمير ولا بآلات اللهو . ويوصى بالثلث فما نقص .
ولو أوصى بزيادة عن الثلث صح فى الثلث وبطل الزائد .

معين أو شغل معين ، ويشترط عدالته وكفايته ، وللحاكم عزله واستبدال غيره متى شاء .

قوله : ويوصى بالثلث فما نقص ، ولو أوصى بزيادة عن الثلث صح فى الثلث وبطل فى الزائد
هنا فوائد :

(الاولى) ان ما ذكره من بطلان الزائد فيه مساهلة فى العبارة ، بل كان ينبغي أن يقول وقف فى الزائد على الاجازة لا أنه باطل .

(الثانية) انعقد الاجماع على ما ذكره المصنف ، ولم يخالف فيه أحد الا علي بن بابويه ، فانه قال ان أوصى بالثلث فهو الغاية فى الوصية ، فان أوصى بماله كله فهو أعلم ومسا فعله ويلزم الوصي انفاذ وصيته ، ومستنده رواية عمار الساباطي عن الصادق عليه السلام^١ ، ورواية أخرى رواها ابنه فى المقنع مرسله .

وهذا قول باطل ، لان عقاد الاجماع على خلافه وانقراض القائل به . وأيضاً ضعف عمار ، فانه فطحي ملعون . وكذا الثانية مع قبولهما التأويل ، فان الوصية بجميع المال جائزة لكن موقوفة على اجازة الورثة أو أنها جائزة مع عدم الوارث حال الغيبة ... كذا تأوله الصدوق . هذا مع انها معارضان بروايات كثيرة تبلغ التواتر .

(١) الكافى ٧/٧ ، التهذيب ١٨٦/٩ ، الفقيه ١٤٩/٤ ، الوسائل ١٣/٣٧٠ .

فان أجاز الورثة بعد الوفاة صح ، وان أجاز بعض صح في

حصته .

وان أجازوا قبل الوفاة ففي لزومه قولان ، المروى : اللزوم .

(الثالثة) ان الوصية كلما كانت أقل كان أفضل ، فبالخمس أفضل من الربع وبالربع أفضل من الثلث ، والثلث هو الغاية . كذا ورد عن علي عليه السلام^(١) . وقال ابن حمزة : ان كانت الورثة أغنياء فبالثلث أولى ، وان كانوا فقراء فبالخمس أولى ، وان كانوا متوسطين فبالربع . وليس له مستند في هذا التفصيل مع وجود النص على خلافه .

قوله : ولو أجازوا قبل الوفاة ففي لزومه قولان المروى اللزوم

لاخلاف في اللزوم مع الاجازة بعد الموت ، واختلف في الواقع قبل الموت : فقال الشيخ^(٢) بلزومه لرواية محمد بن مسلم في الحسن^(٣) ومنصور بن حازم في الصحيح^(٣) ، وهو مذهب ابن الجنيدي ويفهم من اطلاق الحسن . وقال المفيد^(٤) لا يلزم لعدم ملكهم حينئذ فاجازتهم كاجازة الاجنبي .

والاول أقوى ، وعليه الفتوى وتكفي مشاركة الاستحقاق . وأيضاً المعتبر في الاجازة مطلق الاستحقاق ، والمنفي هو الاستحقاق في الحال . وهو استحقاق خاص فنفيه لا يستلزم نفي المطلق ، ولهذا يجوز الابراء من الدين المؤجل وان

(١) الكافي ١١/٧ ، التهذيب ١٩٢/٩ ، الفقيه ١٣٦/٤ ، الاستبصار ٤/١١٩ .

(٢) في النهاية : ٦٠٨ : فان اوصى بأكثر من الثلث ورضى به الورثة لم يكن لهم بعد ذلك امتناع من انفاذها لا في حال حياته ولا بعد وفاته .

(٣) الكافي ١٢/٧ ، التهذيب ١٩٣/٩ ، الاستبصار ٤/١٢٢ ، الفقيه ٤/١٤٧ و ١٤٨ .

(٤) المقنعة ١٠٢ قال فيه : فان امضوه في الحياة كان لهم الرجوع فيه بعد الموت وان امضوه بعد الموت لم يكن لهم الرجوع فيه بعد ذلك .

ويملك الموصى به بعد الموت .

لم يستحقه المبرىء ، فحصل الفرق بينه وبين الاجنبى .

وهنا فوائد :

(الاولى) هل الاجازة مطلقاً تنفيذ لفعل الموصى أوابتداء عطية؟ الاكثر على

الاول ، وقال بعض بالثاني . فنظهر الفائدة في مواضع :

« ١ » - افتقارها الى الايجاب والقبول على الثاني دون الاول .

« ٢ » - عدم الولاء للورثة على الاول في اجازة العتق وثبوته لهم على

الثاني .

« ٣ » - لو كان المجيز مريضاً لايعتبر في اجازته خروجها من الثلث على

الاول ويعتبر على الثاني . وقال العلامة : ومع ذلك اعتبر الخروج من الثلث

في المريض ، وكأنهما متنافيان^(١) .

(الثانية) لوأجاز بعض دون بعض نفذ في قدر حصة المجيزدون صاحبه ،

فلو كان له ابن و بنت وأوصى بالنصف فان أجازافمن ستة وان ردافمن تسعة ،

وان أجاز واحد ضربت الوفق من احدهما - وهو الثلث - في الاخرى تبلغ

ثمانية عشر ، وان شئت ضربت نصيب من أجاز في وفق مسألة الرد ونصيب من رد

في وفق مسألة الاجازة .

(الثالثة) المعتبر بالثلث حين الوفاة لاجين الوصية ولا ما بين الحاليتين ،

فلو افتقر واستغنى فالاعتبار بحال وفاته لانه حال استقرار الملك لكل من الوارث

والموصى له .

قوله : ويملك الموصى به بعد الموت

(١) فى الهامش : لعدم دخول ملك الموصى به فى ملك المجيز على التنفيذ وادام لم

يدخل فى ملكه فكيف يعتبر الثلث فى حقه .

وتصح الوصية بالمضاربة بمال ولده الاصاغر .
ولو أوصى بواجب وغيره ، أخرج الواجب من الاصل والباقي
من الثلث .
واو حصر الجميع في الثلث بدىء بالواجب .

وقد تقدم الخلاف فيما به يحصل ملك الموصى به ، وعبرة المصنف هنا
بشمل الكل ، لان تملكه بعد الموت أعم من أن يكون بالموت وحده أوبه وبالقبول
اذ العام لا ينافي الخاص .

حجة الاول: ان ملك الميت زال بالموت والوارث يتأخر ملكه عن الوصية
للاية^(١) ، فلولم يدخل في ملك الموصى له بقي بلا مالك ، وهو محال .
وحجة الثاني : أن القبول اما سبب الملك أوجزه السبب أو شرطه ، وعلى
التقدير لا يقع الملك قبله . ومنع عدم ملك الميت ، فانه يملك الدية لو قتل أو
الصيد لو وقع في الشبكة بعد موته ، ولذلك يقضى منهما دينه والاية فيها اضمار
أي وصية مقبولة .

قوله : وتصح الوصية بالمضاربة بمال ولده الاصاغر

هذا مدلول رواية خالد بن بكير الطويل قال: دعاني ابي حين حضرته الوفاة
فقال : يا بني اقض مال اخوتك الصغار واعمل به وخذ نصف الربح واعطهم
النصف وليس عليك ضمان . الى أن قال : فدخلت على ابي عبد الله عليه السلام
فقصت عليه قصتي فقال : أما فيما بينك وبين الله فليس عليك ضمان^(٢) .

ومثله رواية محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام أنه سئل عن رجل

(١) سورة النساء : ١١ .

(٢) الكافي ٦١/٧ ، التهذيب ٢٣٦/٩ ، الفقيه ١٦٩/٤ ، الوسائل ٤٧٨/١٣ .

أوصى الى رجل بولده وبمال لهم فأذن له عند الوصية أن يعمل بالمال ويكون الربح بينه وبينهم . فقال : لا بأس به^(١) .

وعمل بذلك الشيخ في النهاية^(٢) إلا أنه لم يقيد الورثة بالصغار بل قال : اذا أمر الموصي الوصي أن يتصرف في تركته لورثته ويتجر لهم بها ويأخذ نصف الربح كان جائزاً . وتبعه القاضي .

قال ابن ادريس^(٣) : الوصية لاتنفذ الا في ثلث المال قبل موته والربح تجدد بعد موته فكيف تنفذ وصيته فيه . قال : وفي الرواية نظر .

قال العلامة في المختلف^(٤) الوجه ما قاله الشيخ عملاً بالرواية المناسبة للاصول فان العادة قاضية بهذه المعاملة فأشبهه أجره المثل .

قلت : لاشك أن ما قاله الشيخ صحيح ، اذ الوصية بالمنفعة والانتفاع جائزة وهذه المسألة من ذلك القسم . الأأن التحقيق أن الوصية بالمضاربة ان كان فيها نوع محاباة ، فالزائد عن المعتاد يكون من الثلث ، كما أنه لو كان في العادة أن الحصة في مثل ذلك المال وفي مثل تلك التجارة تكون بالربح مثلاً وأوصى الميت بالنصف فان الزائد يكون من الثلث ، وان لم يكن فيها محاباة كانت جائزة مطلقاً ، اذ لا ضرر على الورثة في ذلك ، والربح حصل بعمل الوصي العامل فليس مخرجاً من التركة حتى يكون معتبراً من الثلث مطلقاً .

ثم هنا فوائد :

-
- (١) الكافي ٦/٦٢ ، التهذيب ٩/٢٣٦ ، الفقيه ٤/١٦٩ ، وتماهه : من اجل ان اباه قد اذن له في ذلك وهو حي .
 - (٢) النهاية : ٦٠٨ .
 - (٣) السرائر : ٣٨٤ .
 - (٤) المختلف ٢/٦٣ .

ولو أوصى بأشياء تطوعاً ، فإن رتبته بديء بالاول فالاول حتى يستوفي الثلث ، وبطل ما زاد .

وان جمع أخرجت من الثلث ووزع النقص .

(الاولى) الوصية المذكورة جائزة ولو كان العامل غير الوصي لكن بالشرط المذكور في مراعاة المحاباة .

(الثانية) لاشك أن الوصية المذكورة بمال الولد الا صغر جائزة لمكان الولاية عليهم ، أما غير الا صغر فيراعى الثلث من قدر رأس المال أو في قدر المجعول ، فأيهما اتفق من الثلث كان جائزاً .

(الثالثة) اذا كان الورثة صغاراً فالوصية نافذة ماداموا صغاراً ، ومع البلوغ فلا تصرف الا باذنهم ، وان كانوا كباراً وأطلق اعتبر صدق اسم المعاملة عرفاً ، وان قيد بزمان اتبع ما لم يستلزم زيادة على الثلث .

(الرابعة) في قول الصادق عليه السلام في رواية خالد « أما فيما بينك وبين الله فليس عليك ضمان »

(فائدة): هي جواز عمل الوصي بما يعمله اما لنفسه او لغيره وان لم يعلم به أحداً أما مع اظهار ذلك وعدم تصديق الوارث فلا بد من البيئنة .

(الخامسة) المضاربة الواقعة من المالك في مرض موته يراعى فيها عدم المحاباة كما قلناه ، ومع المحاباة يراعى الثلث .

قوله : ولو أوصى بأشياء تطوعاً فإن رتب بديء بالاول فالاول حتى يستوفي الثلث وبطل ما زاد ، وان جمع أخرجت من الثلث ووزع النقص

لاخلاف في أنه لو أوصى بواجب كحج أو زكاة أو خمس أو دين انه يقدم مطلقاً ، وان تأخر عن المندوبات والتبرعات اما مع عدم الواجب والوصايا كلها

مندوبة وذكرت مرتبة فالمشهور الترتيب ، بأن يبدأ باخراج الاول فالاول حتى يستوفي الثلث ويقف الزائد على اجازة الوارث. والمستند في ذلك رواية حمران ابن أعين عن الياقر عليه السلام أنه سأله عن رجل أوصى عند موته اعتقوا فلاناً وفلاناً وفلاناً حتى ذكر خمسة فنظرت في ثلثه فلم يبلغ أثمان المماليك الخمسة التي أمر بعتقهم . قال : ينظر الى الذين سماهم ويبدأ بعتقهم فيقومون وينظر الى ثلثه فيعتق منه أول [من^(١) سمي] ثم الثاني ثم الثالث ثم الرابع ثم الخامس، وان عجز الثلث كان ذلك في الذي سمي أخيراً لانه أعتق بعد مبلغ الثلث ما لا يملك فلا يجوز له ذلك^(٢).

واعلم أنه لافرق في ذلك بين أن يكون الترتيب بالفاء أو ثم أو الواو، ولا خلاف في الاولتين، وقال بعضهم مع الواو لا ترتيب بل هو جمع لانه كذلك لغة والاصح خلافه ، لدلالة الرواية المذكورة والشرع ناسخ للغة .

هذا ، وقال ابن حمزة ان رتبهم في وقت واحد بو او العطف فهو كذلك، وان أعتق كل واحد في وقت - مثل أن يعتق واحداً غدوة والاخر ضحوة والاخر ظهراً وهكذا - ولم يخرج الجميع من الثلث ، فليس الحكم كذا بل يقدم الاخير .

وقال العلامة^(٣) : ان نص على التشريك قسم الموصى به عليهم بالنسبة لثلاث يلزم مخالفة الوصية وتبديلها وهو منهي عنه ، والا قدم الاول فالاول .

(١) في الكافي والتهذيب : « اول شيء » وكذا في الوسائل بزيادة « ذكر » .

(٢) الكافي ١٩/٧ ، التهذيب ٢٢١/٩ ، الوسائل ٤٥٧/١٣ ، الفقيه ١٥٧/٤ .

(٣) راجع المختلف ٥٧/٢ وفيه : والمعتمد ان نقول : ان نص الموصى على عدم التقديم للاول وامر بالتشريك قسم الموصى به عليهم بالنسبة وان لم ينص على ذلك قدم الاول فالاول ، لنا ان التنصيص على التشريك يوجب عدم التقديم . الى آخر ما قال .

وإذا أوصى بعق مماليكه دخل في ذلك المنفرد والمشارك .

والتحقيق^(١) أن نقول: أما مع عدم اتحاد الوقت والعطف فلا كلام في الترتيب لأن الظاهر أن الإرادة واحدة مستمرة . وأما مع اختلاف الوقت وعلم الموصي بقدر ماله وقيمة ما أوصى به وقصور الثلث عن الملك وعلمه بأنه ليس له تصرف في الزائد على الثلث ، فإن القول ما قاله ابن حمزة ، لأن الظاهر أن مع العلوم المذكورة يكون الأخير منافياً للاول ، فيكون رجوعاً عنه وتغييراً لإرادة الاولى .

وهنا فوائد :

(الاولى) مع اشتباه الترتيب يقرع فيقدم ما تخرجه القرعة .

(الثانية) منطوق الرواية وان كان في العتق لكن حكمها شامل له ولغيره

للاجماع .

(الثالثة) لو ادعى أحدهم التقدم ولا بينة فلا اعتبار بتصديق الوارث لانتهامه .

نعم له على المنكر اليمين .

(الرابعة) اذا جمع بين الوصايا - بأن ينص على التشريك وعدم الترتيب

اتبع ووزع النقص على الكل بالنسبة .

(الخامسة) لو علم الترتيب ثم نسي أرجىء التنفيذ لرجاء التذکر، فان أيس

منه أقرع .

قوله : **وإذا أوصى بعق مماليكه دخل في ذلك المنفرد والمشارك**

يريد أنه أمر وصيه بإيقاع صيغة العتق، وحيث أن « مماليكه » جمع مضاف

(١) في الهامش : انما يتأتى هذا التحقيق مع الوصية بالعتق اما لو عتقت الاول بلا توقف وقد صور ان قول ابن حمزة في العتق والعلامة في المختلف حكى قول ابن حمزة انه الوصية بالعتق لا العتق، ولعله من سهو القلم .

(الثاني) في المبهمة : من أوصى بجزء من ماله ، كان العشر ،
وفي رواية السبع ، وفي أخرى سبع الثلث .

وقد تقرر في الاصول أنه للعموم فيدخل المختص والمشارك ، لكن اذا اعتقت
الحصة من المشترك هل يسري على المعتق مع احتمال الثلث للقيمة أم لا . قال
الشيخ في النهاية^(١) وتبعه القاضي نعم ، واحتج له العلامة^(٢) بأنه أوجد السبب ،
اذ العتق في الحقيقة مستند اليه ولذلك كان ولاؤه له فيوجد المسبب وهو السراية
ولرواية احمد بن زياد عن الكاظم عليه السلام قال: ان كان ما له يحتمل ثم فهم
احرار^(٣).

وقال ابن ادریس^(٤) لانه لا يملك بعد موته شيئاً .

وهذا أقوى، ونمنع ايجاد السبب للسراية ان عنى التام، اذ من تمامه ايسار
المعتق والفرض عدمه بعد الموت، وان عنى السبب الناقص فغير نافع. والرواية
لاتدل على المطلوب صريحاً، لاحتمال انصراف العتق الى ما يخصه، ضرورة
أنه اذا لم يحتمل الثلث جميع عبيده المختصة والمشاركة لم تعتق الا بقدر
الثلث . نعم لو أوصى بعتق الباقي بعد شرائه من الشريك واحتمله الثلث وجب
انفاذه .

قوله : من اوصى بجزء من ماله كان العشر ، وفي رواية السبع ، وفي
أخرى سبع الثلث

(١) النهاية : ٦١٦ قال : واذا اوصى الانسان بعتق جميع مماليكه وله مماليك
يخصونه وممالك بينه وبين غيره اعتق من كان في ملكه وقوم من كان في الشركة واعطى
شريكه حقه ان كان ثلثه يحتمل فان لم يحتمل اعتق منهم بقدر ما يحتمله .

(٢) المختلف ٦١/٢ .

(٣) الكافي ٢٠/٧ ، التهذيب ٢٢٢/٩ ، الفقيه ١٥٨/٤ ، الوسائل ٤٦٣/١٣ .

(٤) السرائر ، ٣٩٠ قال : والذي يقوى عندي انه لا يقوم من في الشركة بل يعتق

الاول قاله الشيخ في التهذيب والاستبصار وعلي بن بابويه استناداً الى رواية
عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام ، وفيها : ان الله أمر ابراهيم عليه السلام
وقال «اجعل على كل جبل منهن جزء» وكانت الجبال عشرة^(١) . ومثله رواية ابان
ابن تغلب عن الباقر عليه السلام^(٢) .

والثاني قول الشيخ^(٣) في المبسوط والنهاية والمفيد^(٤) وابن الجنيد وسلار
والقاضي وابن حمزة ، استناداً الى رواية ابن ابي نصير صحيحاً قال : سألت ابا
الحسن عليه السلام عن رجل أوصى بجزء من ماله فقال : واحد من سبعة ، ان
الله يقول «لها سبعة أبواب لكل باب منهم جزء مقسوم»^(٥) . ومثله رواية اسماعيل
ابن همام عن الرضا عليه السلام^(٦) .

والثالث رواية الحسين بن خالد عن الكاظم عليه السلام^(٧) .

والمصنف جزم بالاول ، لاصالة بقاء الملك على الورثة ، خولف في العشر

منهم بقدر ما يملكه ولا يعطى شريكه ثمن حصته وان كان ثلثه يحتمل ذلك لان بعد موته
لا يملك الثلث اذا لم يوص به لان الموت يزول به ملكه الا ما استثنى من ثلثه وهذا ما
استثنى شيئاً .

(١) التهذيب ٢٠٨/٩ ، الاستبصار ١٣١/٤ .

(٢) التهذيب ٢٠٩/٩ ، الاستبصار ١٣٢/٤ .

(٣) المبسوط ٨/٤ قال فيه : واصحابنا قالوا في الجزء انه سهم من سبعة وقالوا
ايضاً سهم من عشرة . وراجع النهاية : ٦١٣ وقال فيه : اذا اوصى الانسان بجزء من ماله
ولم يبينه كان ذلك سبعاً من ماله ، وقد روى انه يكون العشر والاول اوضح .

(٤) المقنعة : ١٠٣ .

(٥) الآية الشريفة : ١٥ من سورة الحجر ، والحديث في التهذيب ٢٠٩/٩ ،

الاستبصار ١٣٢/٤ .

(٦) التهذيب ٢٠٩/٩ ، الاستبصار ١٣٢/٤ .

(٧) التهذيب ٢٠٩/٩ ، الاستبصار ١٣٣/٤ ، الفقيه ١٥٢/٤ .

ولو أوصى بسهم كان ثمناً ، ولو كان بشيء كان سدساً .

للا رواية فبقي الباقي على أصله . ولولا الرواية لحملناه على أقل ما يتمول ، كما لو أوصى بمثل نصيب أحد الورثة حمل على أقلهم نصيباً .

والعلامة جزم في القواعد^(١) والارشاد بالثاني ، وفي المختلف^(٢) بالاول .
ويترجح هذا للنص القرآني^(٣) على كونه سبعاً . والشيخ حمل السبع على الاستحباب ، بمعنى أنه يستحب للورثة اعطاء ذلك لحصول يقين البراءة معه ، وهو أيضاً جمع بين الروايات .

وهنا فوائد :

(الاولى) ان هذا الخلاف انما هو في الوصية ، وأما في الاقرار فالنفسير الى المقر أو وارثه .

(الثانية) لو أضيف الجزء الى شيء كان حكمه كما ذكر ، كقوله جزء ثلثي أو جزء هذه الدار .

(الثالثة) لو قال بجزء جزء كان الموصى به اما عشر العشر أو سبع السبع .

قوله : ولو أوصى بسهم كان ثمناً ، ولو كان بشيء كان سدساً
أما الاول ففيه أقوال :

« ١ » - الثمن ، قاله الشيخان^(٤) وابن الجنيد والقاضي وسلا رواه ابن ادريس^(٤)
لرواية السكوني عن الصادق عليه السلام^(٥) . ومثلها رواية صفوان عن الرضا
عليه السلام^(٥) .

(١) القواعد ، المطلب الثاني في الاحكام المعنوية .

(٢) المختلف ٥٣/٢ .

(٣) اى للاية الشريفة : ١٥ من سورة الحجر .

(٤) راجع المقنعة : ١٠٣ ، النهاية : ٦١٣ ، السرائر : ٣٨٨ .

(٥) الفقيه ١٥٢/٤ ، الكافي ٤١/٧ ، التهذيب ٢١٠/٩ ، الاستبصار ١٣٣/٤ .

ولو أوصى بوجوه فنسى الوصى وجهاً صرف في البر، وقيل :
يرجع ميراثاً .

« ٢ » - العشر ، لرواية طلحة بن زيد عن الباقر عليه السلام^(١) . وطلحة
ضعيف .

« ٣ » - السدس ، قاله الشيخ^(٢) في المبسوط والخلاف ، وبه قال علي بن
بابويه .

« ٤ » - قال الصدوق في الفقيه^(٣) : ان قال سهم من سهام الميراث فالسدس
والا فاشمن .

والاظهر الاول، واذلك جزم به المصنف . وأما الثاني فلم أقف له على مستند
الهمم الا أن يحمل على أسهم الخمس ، وفيه ما فيه .

قوله : ولو أوصى بوجوه فنسى الوصى وجهاً صرف في البر، وقيل
يرجع ميراثاً

الاول فتوى الشيخين^(٤) والقاضي وابن بابويه، واختاره المصنف والعلامة^(٥)
وعليه الفتوى ، لمكاتبة الهادي عليه السلام الى محمد بن ريان^(٦) ، ولانه قد علم
خروجه عن ملك الوارث فلا يعود الا بدليل، ولان الغالب قصد القرية فيصرف
الى البر والالزم التبديل المنهي عنه ، وتعذر خصوصية لا يستلزم تعذر غيرها .

(١) التهذيب ٢١١/٩ ، الاستبصار ١٣٤/٤ .

(٢) المبسوط ٨/٤ ، الخلاف ٣١٠/٢ وقال في الاول : وفيه خلاف .

(٣) الفقيه ١٥٢/٤ قال فيه : متى اوصى بسهم من سهام الزكاة كان السهم واحداً من

ثمانية، ومتى اوصى تسهم من سهام المواريث فالسهم واحد من ستة .

(٤) المقنعة : ١٠٣ ، النهاية : ٦١٣ .

(٥) المختلف ٥٩/٢ .

(٦) التهذيب ٢١٤/٩ ، الفقيه ١٦٢/٤ ، الكافي ٥٨/٧ .

ولو أوصى بسيف وهو في جفن وعليه حلية ، دخل الجميع
في الوصية على رواية ، يجبر ضعفها الشهرة .

وكذا لو أوصى بصندوق وفيه مال ، دخل المال في الوصية .
وكذا قيل : لو أوصى بسفينة وفيها طعام استناداً الى فحوى رواية .

والثاني قول ابن ادريس^(١)، ونقله عن الشيخ في الحائريات ، قال ونعم ما
قال وأجاب، فان كان على الرواية التي ذكرها في النهاية اجماع والا فالاولى أن
تعود الباب المنسية ميراثاً . وفيه ضعف ظاهر .

قوله : ولو أوصى بسيف وهو في جفن (٢) وعليه حلية دخل الجميع
في الوصية على رواية تجبر ضعفها الشهرة ، وكذا لو أوصى بصندوق وفيه
مال دخل المال في الوصية ، وكذا قيل لو أوصى بسفينة وفيها طعام استناداً
الى فحوى رواية

أفتى بمضمون هذه الأحكام الشيخان^٣ وابن الجنيّد وابن بابويه والتقني
والقاضي، ومستندهم في ذلك أما في السيف والصندوق فرواية ابن ابي جميلة
عن الرضا عليه السلام قال : سألته عن رجل أوصى لرجل بسيف وكان في جفن
وعليه حلية فقال له الورثة انمالك النصل وليس لك المال . فقال : لابل السيف
بما فيه له . قال : فقلت له : رجل أوصى لرجل بصندوق وكان فيه مال فقال

(١) السرائر: ٣٨٩ قال : قال شيخنا في جواب الحائريات اذا انسى الوصى جميع
ابواب الوصية فانها تعود ميراثاً للورثة . فتعم ما قال واجاب رحمه الله فان كان على تلك
الرواية اجماع والا فالاولى ان تعود الباب المنسية ميراثاً للورثة .

(٢) الجفن : غطاء العين من اعلاها واسفلها ، وجفن السيف : غلافه .

(٣) المقنعة : ١٠٣ ، النهاية : ٦١٣ .

الورثة انمالك الصندوق وليس لك المال . قال : فقال ابو الحسن عليه السلام :
الصندوق بما فيه له (١).

وأما في السفينة فرواية عقبة بن خالد عن الصادق عليه السلام قال : سألته
عن رجل قال : هذه السفينة لفلان ولم يسم ما فيها وفيها طعام أيعطاها الرجل
وما فيها ؟ قال : هي للذي أوصى له بها إلا أن يكون صاحبها متهماً وليس
للورثة شيء (٢).

« وابوجميلة » ضعيف كان يضع الحديث ، واسمه « المفضل بن صالح » .
و« عقبة » لا اعرف حاله . نعم قال العلامة في المختلف (٣) لم يثبت عندي صحة
شيء من هذه الروايات ، والمصنف وافق الجماعة في السيف والصندوق : أما
أولا ضعف الرواية انجبر بالشهرة والعمل . وأما ثانياً فلقضاء العادة بأن الجفن
يكون لصاحب السيف وكذا الصندوق يكون بما فيه لصاحبه .

وأما السفينة فكأنه يستضعف حكمها : أما أولاً فلضعف الرواية لجهالة « عقبة
ابن خالد » ، وأما ثانياً فلعدم دلالتها على الحكم صريحاً ، فان قوله « هي للذي
أوصى له بها » إنما يدل على السفينة فقط بالمطابقة ، وإنما توهم دخول ما فيها
في الحكم لفحوى الكلام لان السؤال وقع عما في السفينة لا عن نفسها ، وأما
ثالثاً فلان الأكثر في العادة أن يكون ما في السفينة لغير صاحبها وتكون هي مستأجرة
أومستعارة أومغصوبة .

إذا عرفت هذا فهنا فوائد :

(١) الكافي ٤٤/٧ ، التهذيب ٢١١/٩ ، الفقيه ١٦١/٤ .

(٢) الكافي ٤٤/٧ ، التهذيب ٢١٢/٩ ، الفقيه ١٦١/٤ .

(٣) المختلف ٦٠/٢ .

(الاولى) قال الشيخ في النهاية^(١) بعد حكمه بدخول الاشياء المذكورة ما هذه عبارته : هذا اذا كان الموصى عدلاً مأموناً، فان لم يكن عدلاً وكان متهماً لم تنفذ الوصية في اكثر من ثلثه من الصندوق والسفينة والسيف والجراب وما فيها. وكان منشأ حكمه هذا رواية « عقبه » المذكورة.

وبازع ابن ادريس في ذلك^(٢). والحق معه ، لان العدالة غير معتبرة في الوصية مع أن الوصية لاتمضي في اكثر من الثلث سواء كان الموصى عدلاً مأموناً أولاً. واعتذر العلامة^(٣) للشيخ بأنه أراد بالوصية الاقرار وانه اوصى بتسليم ذلك اليه لأنه ابتداء عطية .

(الثانية) قيد المفيد^(٤) الصندوق بكونه مقفلاً والجراب بكونه مشدوداً والوعاء بكونه مختوماً ، وكذا النقي .

(الثالثة) استشكل العلامة في المختلف^(٥) دخول هذه الاشياء ، لانها ليست أجزاء من المنسوبة اليه ولا لازمة لمعانيها ، وحكم بأنه ان وجدت قرينة حالية أو مقالية تقتضي دخول ما ذكر دخل والا فلا .

(الرابعة) النص قد عرفت أنه ورد في السيف والصندوق والسفينة ، وهل

(١) النهاية : ٦١٤ .

(٢) السرائر : ٣٩٨ قال : كان ... بما فيه للموصى له سواء كان الموصى عدلاً او فاسقاً متهماً على الورثة او غير متهم لانا لانراعي في الموصى العدالة بل ثبوت العقل فاذا كان عاقلاً تمضى وصيته في ثلث ماله ولا تمضى في اكثر من ثلث ماله سواء كان عدلاً او فاسقاً . الى آخر ما قال .

(٣) المختلف ٢ / ٦٠ .

(٤) المقنعة : ١٠٣ .

(٥) المختلف ٣ / ٦٠ .

ولايجوز اخراج الولد من الارث ولو أوصى الاب ، وفيه
رواية مطرحة .

يعم الكيس والجراب والحقة والزبيل^(١) وأمثال ذلك، وكذا يعم المركب المحلى
والسكين ذات القراب أم لا ؟ اشكال من الاقنصار في المنصوص على محله ومن
اطراد العلة .

قال ابن الجنييد: اذا أوصى بشيء يشتمل اسمه على أعيان متصلة به كان جميعه
للموصى له . وعند الامور المذكورة وزاد : اذا أوصى بدار لها روشن دخل ،
ولو قال ما في الجواق لم تكن الجواق له . قال: وقال ابو محمد الحسن لو أوصى
بضبعة ولها ماء من وادي كان الماء تبعاً للضبعة . ومثل ذلك قال القاضي وتابع
الشيخ في القول بالعدالة كما تقدم .

(الخامسة) الحكم في الاقرار كالحكم في الوصية من غير فرق . والحق فيه
أيضاً العمل بالقرينة كما قاله العلامة .

قوله : ولايجوز اخراج الولد من الارث ولو اوصى الاب ، وفيه
رواية مطرحة

أما الاول فلانه مخالف للنص القرآني في قوله «بوصيكم الله في أولادكم»^(٢)
ولانها وصية بخلاف المعروف . وأما الرواية فهي في كتاب الصدوق عن وصي
علي بن السري قال : قلت لابي الحسن عايه السلام : ان علي بن السري توفي
فأوصى الي . فقال : رحمه الله . قلت : وان ابنه جعفر بن علي وقع على أم ولد
له فأمرني أن أخرجه من الميراث ، فقال لي : أخرجه فان كنت صادراً فسيصيبه

(١) الزبيل ككريم : المكتل وهو بكسر الميم : الزبيل وهو ما يعمل من الخوص
يحمل فيه التمر وغيره .

(٢) سورة النساء : ١١ .

(الطرف الثالث) فى أحكام الوصية . وفيه مسائل :
 (الاولى) اذا أوصى بوصية ثم عقبها بمضادة لها عمل بالاخيرة
 ولولم يضادها عمل بالجميع .
 فان قصر الثلث ، بدىء بالاول فالاول حتى يستوفى الثلث .

خبل^(١) . قال : فرجعت فقدمني الى ابي يوسف القاضي فقال له : أصلحك الله
 انا جعفر بن السري وهذا وصي ابي فمره فليدفع الي ميراثي . فقال : ما تقول
 فقلت : أريد أن أكلمك . قال : فادن ، فدنوت حيث لا يسمع أحد كلامي فقلت
 له : هذا وقع على أم ولد لايه فأمرني ابوه وأوصى الي أن أخرجه من الميراث
 ولا أورثه ، فأتيت موسى بن جعفر عليهما السلام بالمدينة فأخبرته وسألته فأمرني
 أن أخرجه من الميراث ولا أورثه شيئاً . فقال: الله ان ابا الحسن امرك . فقلت :
 نعم . فاستحلفني ثلاثاً ثم قال : انفذ ما أمرك به ابو الحسن فالقول قوله^(٢) .

فحكم الصدوق بمضمونها اذا حصل الحدث المذكور والافلا . وقال الشيخ
 في الاستبصار انها مقصورة على الواقعة فلا يتعدى .

ومنهم من خص العمل بها في الثلث، لانه التصرف فيه كيف شاء . والاولى
 البطلان، لان اخراجه أعم من الوصية لباقي الوراث، والعام غير مستلزم للخاص،
 ولان القصد معتبر في الوصية وهنا لا قصد .

قوله : اذا أوصى بوصية ثم عقبها بمضادة لها عمل بالاخيرة ، ولولم
 يضادها عمل بالجميع ، فان قصر الثلث بدىء بالاول فالاول حتى يستوفى
 الثلث

هذا الحكم مما لا خلاف فيه عند الاصحاب: الا أن تحريره بفرض مسائل

ثلاث :

(١) الخيل : الجنون وشبهه كالهوج والبله .

(٢) الكافي ٦١/٧ ، التهذيب ٢٣٥/٩ ، الفقيه ١٦٢/٤ ، الاستبصار ١٣٩/٤ .

(الاولى) ما هو مصاد اجماعاً كقوله «عبدى فلان لزيد» ثم يقول هو بعينه لعمرى ، أو يقول «ثلث مالى لزيد» ثم يقول الثلث الموصى به لعمرى ، أو يضيف الثلث الى نفسه لا الى المال كقوله «ثلثى لزيد» ثم يقول ثلثى لعمرى .
(الثانية) ما هو غير مصاد اجماعاً، كأن يقول «سدس مالى لزيد» ثم يقول سدس مالى لعمرى ، أو يقول «عبدى قنبر لزيد» ثم يقول عبدى سعيد لعمرى ، ولم تزد قيمتهما عن ثلث ماله .

(الثالثة) ما اختلف فيه ، كأن يقول «ثلث مالى لزيد» ثم يقول ثلث مالى لعمرى ، ولم ينص على أن الثلث الثانى هو الاول أو غيره . فقال الشيخ^١ فبى المبسوط والخلاف ان الثانية مصادة للاولى ناسخة لها ولم يفرق بينها وبين قوله «عبدى الذى اوصيت به لزيد اوصى الان به لعمرى» . وفي أن الثانية رجوع عن الاولى . قال : ومنهم من قال لا يكون رجوعاً ، وكأنه اشارة الى ابن الجنيد ويتفرع على الخلاف فرعان :

(الاول) لو أجاز الورثة يكون لكل واحد ثلث على القول الثانى اجماعاً لا الاول ، وقول الشيخ^٢ لكل ثلث .

(الثانى) لورد الموصى له الاول فعلى قول الشيخ لا تأثير له لانها وصية باطلة بدون الرد ، وعلى قول ابن الجنيد له تأثير . ولورد الثانى فعلى قول الشيخ لا وصية فى البين لبطلان الاولى بالثانية وبطلان الثانية بالرد ، وعلى قول ابن الجنيد الاولى باقية الحكم .

اذا عرفت هذا فاعلم أن ابن ادريس^٣ اختار قول الشيخ ، محتجاً بأنه لا يستحق

(١) المبسوط ٤/٤٢ ، الخلاف ٢/٣١٧ .

(٢) راجع المبسوط ٤/٤٢ .

(٣) السرائر: ٣٨٥ .

من ماله بعد وفاته الثلثة ، فاذا أوصى به لانسان ثم أوصى به لآخر فقد رجع عن الاول . ثم قال : أما اذا أوصى بعين ولم يقل بثلاثي نسم أوصى بشيء آخر ولم يذكر الثلث ، فان مذهب اصحابنا أن يبدأ بالاول فالاول والنقص يلحق الاخير ، لانه ظن أن ثلثه يفي بالكل لأنه رجع عن الاول .

واختار العلامة^(١) قول ابن الجنيدي عملاً بالاستصحاب وعدم المنافاة ، لانه لدلالة له الا المطابقة أو التضمن أو الالتزام ، والثلاثة منتفية هنا فالدلالة منتفية .

وأجاب عن قول ابن ادريس بأن كونه لا يملك أزيد من الثلث غير مناف لجواز الوصية بالزائد عنه ، فان مع اجازة الورثة تنفذ اجماعاً ، لان الاجازة ليست ابتداء عطية بل تنفيذ لفعل الموصى . قال : ولو سلم كونه لا يملك أزيد من الثلث فكونه رجوعاً ممنوع ، لانه يعلم أن مع الاجازة تنفذ الوصية فيجوز أن يوصي مستنداً الى تجويز الاجازة . وفرقه^(٢) بين المطلق والمعين ضعيف ، الا أن يعلم اتحاد الثلث .

ثم ان العلامة استشكل قول الشيخ بأن مع الاجازة يكون لكل واحد ثلث فانه لو أوصى لزيد بشيء ثم رجع رجوعاً يقيناً وأجاز الورثة ثم يملك الموصى له ما أوصى به ، فكذا هنا لو كان رجوعاً لكان الموصى له الاول ثم يملك شيئاً ولم تنفع الاجازة لانها تنفيذ ، فاذا رجع فكأنه لم يفعل .

ثم حكى عن الشيخ في المبسوط والخلاف ما يدل على رجوعه ، وهو قوله : لو أوصى لرجل بكل ماله ولاخر بثلث ماله فأجاز الورثة أخذ الاول جميع المال وسقط الاخر ، ولو بدى بصاحب الثلث وأجازوا أعطى الاول الثلث وصاحب

الكل الثلثين .

(١) المختلف ٥٦/٢ .

(٢) في ب : وتفرقه .

(الثانية) تثبت الوصية بالمال بشهادة رجلين ، وبشهادة أربع نساء ، وبشهادة الواحدة في الربع .
وفي ثبوتها بشاهد ويمين تردد .
أما الولاية فلا تثبت الا بشهادة رجلين .
(الثالثة) لو أشهد عبدين له على أن حمل المملوكة منه ثم ورثهما

قوله : وفي ثبوتها بشاهد ويمين تردد

جزم في الشرائع^(١) بثبوتها بالشاهد واليمين ، وجعل التردد في ذلك في الوصية بالولاية . وهو كلام حسن موافق للقاعدة الشرعية من أن كلما هو مال أو المقصود منه مال فانه يثبت بالشاهد واليمين ، فترده هنا لأعرف له وجهاً .
نعم استشكل العلامة في القواعد^(٢) في ثبوت النصف أو الربع في شهادة الرجل الواحد من غير يمين من قيامه مقام امرأتين فيثبت النصف ، ومن أن الحكم بشهادة الواحدة هنا خلاف الأصل وحينئذ لولم يثبت بشهادته شيء لزم زيادة مرتبتها فيثبت الربع ، اذ الأقل من المساواة .

وأما ترده في الشرائع فينشأ من أن ذلك حكم شرعي فيقف على دليل وليس ، ولانه ليس مالا ولا يقصد به المال، ومن أنه ارفاق وتيسير فيكون مراداً للآية والحديث ، ولانه قد يستفيد مالا كما لو كان فقيراً ليأخذ الاجرة .

قوله : لو أشهد عبدين له على أن حمل المملوكة منه ثم ورثهما

(١) الشرائع ١٥٧/١ قال فيه : وتقبل في الشهادة بالمال شهادة واحد مع اليمين او بشاهد وامرأتين . الى ان قال : ولا تثبت الوصية بالولاية الا بشاهدين ولا تقبل شهادة النساء في ذلك وهل تقبل شهادة شاهد مع اليمين فيه تردد واطهره المنع .

(٢) القواعد ، الفصل الخامس فيما به تثبت الوصية .

غير الحمل فأعتقا فشهدا للحمل بالبنوة صح وحكم له . ويكره له تملكهما .

(الرابعة) لا تقبل شهادة الوصى فيما هو وصى فيه ، وتقبل للموصى فى غير ذلك .

(الخامسة) اذا أوصى بعق عبده ، أو أعتقه عند الوفاة وليس له سواه انعق ثلثه .

ولو أعتق ثلثه عند الوفاة وله مال ، أعتق الباقي من ثلثه .

غير الحمل فأعتقا فشهدا للحمل بالبنوة صح وحكم له وكره له تملكهما هذه المسألة مبنية على حكم شهادة العبد هل هي مقبولة أم لا ؟ ولما كان ذلك البحث يأتي في باب الشهادات وكلنا ذكرها الى ذلك الباب وسيأتي انشاء الله تعالى .

قوله : لا تقبل شهادة الوصى فيما هو وصى فيه وتقبل للموصى فى غير ذلك

لاخلاف في قبولها فيما ليس له فيه ولاية ، أما ماله فيه ولاية تقبل - كما لو شهد بمال اليتيم - فالمشهور عدم القبول . وقال ابن الجنيدي تقبل ، ودفن بأنه متهم بالولاية على المال .

قال الشهيد : وفي تأثير هذه التهمة نظر ، وخصوصاً في حال لا أجرة له على حفظه .

قلت : منشأ النظر من أن الولاية تابعة للملك فليست مقصودة بالذات ، ولأنها قد لا تبقى بعد الاستيفاء فهي كشهادة الغرماء للمديون قبل الحجر ، ومن أن التابع مساو لمتبوعه وظاهر الفتوى عدم القبول .

قوله : ولو أعتق ثلثه عند الوفاة وله مال أعتق الباقي من ثلثه

ولو أعتق مماليكه عند الوفاة أو أوصى بعقدهم ولا مال سواهم
أعتق ثلثهم بالقرعة .

ولورثتهم أعتق الاول فالاول حتى يستوفى الثلث ، وبطل ما زاد .
(السادسة) اذا أوصى بعق رقبة ، أجزأ الذكر والانثى ،
الصغير والكبير .

ولو قال : مؤمنة لزم ، فان لم يجد أعتق من لا يعرف بنصب .

الضمير في ثلثه الاول عائد الى العبد قطعاً وفي ثلثه الاخير فيحتمل امرين :

« ١ » - عوده الى المال ، ولا كلام فيه ، وهو الظاهر في العبارة . ومعناه
ان الباقي من العبد معتق كله ان وسعه الثلث والاعتق منه بقدر تمام الثلث شيء
بالمباشرة وشيء بالسراية بناء على أن التبرعات الواقعة في مرض الموت من
الثلث ، ولو قلنا انها من الاصل عتق كله ثلثه بالمباشرة وثلثاه بالسراية .

« ٢ » - عوده الى العبد كما قال بعض الفضلاء . وفرغ عليه أنه ان قلنا ان
التبرعات من الاصل فلا كلام في عتق الباقي بالسراية ، وان قلنا انها من الثلث
روعي في الباقي ما تقدم .

وفي هذا الاحتمال نظر :

أما أولاً : فلان ثلثه انعتق قطعاً بالمباشرة فلم يبق منه شيء حتى يحكم عليه
بالعتق ، أي من العبد لاما ذكر .

وأما ثانياً : فلان رأي المصنف هنا ليس هو اعتاق الباقي مطلقاً بل من
الثلث لا غير ، والباقي بعد الثلث موكل الى العبد ان شاء سعى في فكه وان
شاء بقي متبعضاً كما يجيء .

قوله : فان لم يجد اعتق من لا يعرف بنصب

ولو ظنها مؤمنة فأعتقها ، ثم بانَّت بخلافه أجزأت .
(السابعة) اذا أوصى بعتق رقبة بثمان معين ، فان لم يجد توقع ،
وان وجد بأقل أعتقها ودفع اليها الفاضل .

- قيل في تعريف الناصب^(١) وجوه :
- « ١ » - انه الخارجى الذي يقول في علي عليه السلام ما قال .
- « ٢ » - انه الذي ينسب الى أحد المعصومين عليهم السلام ما يثلّم العدالة .
- « ٣ » - من اذا سمع فضيلة لعلي عليه السلام أو غيره من المعصومين أنكرها .
- « ٤ » - من اعتقد أفضلية غير علي عليه السلام عليه .
- « ٥ » - من سمع النص على علي عليه السلام من النبى صلى الله عليه وآله وسلم أو بلغه تواتراً أو بطريق يعتقد صحته فأنكره .
- والحق صدق النصب على الجميع ، أما من يعتقد امامة غيره للاجماع أو لمصلحة ولم يكن من أحد الاقسام الخمسة فليس بناصب ، والمرضى رحمه الله وابن ادريس أطلقاه على غير الاثني عشرية .

(١) فى المجمع : والنصب ايضاً المعادة ، يقال نصبت لفلان نصباً اذا عاديته ومنه الناصب وهو الذى يتظاهر بعداوة اهل البيت او لمواليهم لاجل متابعتهم لهم . وفى القاموس : والنواصب والناصبية واهل النصب المتدينون بيقظة على عليه السلام لانهم نصبوا له اى عادوه . وقال ايضاً فى المجمع : اختلف فى تحقيق الناصبى فزعم البعض ان المراد من نصب العداوة لاهل البيت عليهم السلام وزعم آخرون انه من نصب العداوة لشيعتهم وفى الاحاديث ما يصرح بالثانى فعن الصادق عليه السلام انه ليس الناصب من نصب لنا اهل البيت لانه لا تجد رجلاً يقول انا ابغض محمداً وآل محمد ولكن الناصب من نصب لكم وهو يعلم انكم تولونا وانتم من شيعتنا .

(الثامنة) تصرفات المريض .

ان كانت مشروطة بالوفاة فهي من الثلث ، وان كانت منجزة وكان فيها محاباة وعطية محضة فقولان ، أشبههما : أنها من الثلث .

قوله : تصرفات المريض ان كانت مشروطة بالوفاة فهي من الثلث وان كانت منجزة وكان فيها محاباة او عطية محضة فقولان أشبههما انها من الثلث

شرح هذا الكلام يتبين بمسائل :

(الاولى) أنه لاخلاف أن كل تصرف علق بالوفاة فانه من الثلث .

(الثانية) لاخلاف أنه اذا برىء المريض فان تصرفاته لازمة من الاصل وأنه

لاخياره ولا لورثته فيها وان مات في مرض آخر .

(الثالثة) أنه لاخلاف في صحة بيع المريض جميع تركته بثمن مثلها أو بحيث

لاغبن عرفاً .

(الرابعة) كل حالة ليست مرضاً وان كانت مخوفة كحال المراماة وطلق

المرأة وهيجان البحر والتحام الحرب فانه لاحكم فيها ، لكون الحكم منوطاً

بوصف المرض فلا يكفي وجود الحكم بدونه ، كما لو لم يثبت القصر في الحضر

من غير خوف وان حصلت المشقة ، وكذا لو وجد المرض وانتفت الحكمة ،

كما لو لم يكن له وارث فان الحكم أيضاً ثابت .

(الخامسة) هل يشترط في المرض كونه مخوفاً غالباً أو يكفي حصول الموت

فيه وان لم يكن مخوفاً . قال في المبسوط^(١) بالاول ، لما فهم من رواية ابن

يقطين^(٢) من قوله « عند الموت » ، وذلك لا يكون الا بأمارات الموت . وقال

(١) المبسوط ٤٣/٤ .

(٢) لعل مراده الرواية التي اخرجها الشيخ في التهذيب في الزيادات ٢٤٢/٩ عن

المصنف والعلامة^(١) بالثاني . وهو الحق للعموم في لفظ الروايات فيعم الحكم ودلالة المفهوم ضعيفة مع أن ذكر بعض افراد العام لاتخصيص^(٢) .

(السادسة) محل الخلاف في التبرعات المحضه كالهبة والوقف والاسكان وأمثال ذلك ، أو ما كان فيه محاباة كبيع الشيء بأقل من قيمته عرفاً بحيث يوجب خيار الغبن أو الشراء للشيء بأكثر من ثمنه كذلك لاغير .

إذا عرفت هذا فنقول : قال الشيخان في النهاية والمقنعة والقاضي وابن ادريس تلك التصرفات من الاصل ولاخيار للورثة فيها ، لوجوه :

(الاول) أصالة الجواز .

(الثاني) قوله صلى الله عليه وآله وسلم : الناس مسلطون على أموالهم^(٣) .
(الثالث) لولا صحتها من الاصل لما لزمنا بالبراء ، والتالي باطل فكذا المقدم .

(الرابع) رواية عمار : الرجل أحق بماله مادام فيه الروح ان أوصى به كله فهو جائز^(٤) .

(الخامس) رواية سماعة عن ابي بصير عن الصادق عليه السلام قال : قلت له : الرجل يكون له الولد أسعه أن يجعل ماله لقرابته ؟ قال : هو ماله يصنع به ماشاء الى أن يأتيه الموت ، ان لصاحب المال أن يعمل بماله ما شاء مادام حياً

على بن يقطين قال : قال سألت ابا الحسن عليه السلام ما للرجل من ماله عند موته؟ قال الثلث والثلث كثير .

(١) المختلف ٦٦/٢ .

(٢) اى لاتخصيص له .

(٣) البحار ٢٧٢/٢ .

(٤) الكافي ٧/٧ ، التهذيب ١٨٧/٩ ، الفقيه ١٥٠/٤ ، الاستبصار ١٢١/٤ ،

الموسائل ٣٧٠/١٣ .

ان شاء وهبه وان شاء تصدق به وان شاء تركه الى ان يأتيه الموت، فان أوصى به فليس له الا الثلث الا أن الفضل في أن لا يضيع من يعوله ولا يضر بورثته^(١). وفيه نظر، اذا اصل يعدل عنه للدليل، والعموم مخصوص، ولا يلزم من الصحة اللزوم.

ان قلت: لولا صحتها في الحال لما لزم بالبرء. قلت: جاز كون الموت كاشفاً عن الفساد والبرء كاشفاً عن الصحة، والروايتان ضعيفتان لفساد عقيدة عمار فانه فطحي وسماعة فانه واقفي.

وقال الشيخ^(٢) في المبسوط والخلاف وابن الجنييد والصدوق هي من الثلث واختاره المصنف والعلامة^(٣)، لوجوه:

« ١ » - ان حكمة حصر الوصية في الثلث موجودة هنا وهو الاضرار بالورثة فوجب اتحاد الحكم فيها لثلاث تختل الحكمة.

« ٢ » - لولا ذلك لالتجأ كل من يريد اضرار ورثته الى المنجزات في مرضه ففتوت فائدة حصر الوصية في الثلث.

« ٣ » - الروايات كرواية علي بن عقبة عن الصادق عليه السلام في رجل حضره الموت فأعتق مملوكاً ليس له غيره فأبى الورثة أن يجيزوا ذلك كيف القضاء فيه؟ قال: ما يعتق منه الاثلثه، وسائر ذلك الورثة أحق بذلك ولهم ما بقي^(٤).

(١) الكافي ٨/٧، التهذيب ١٨٨/٩، الفقيه ١٤٩/٤، الاستبصار ١٢١/٤. قال في الوافي: يعنى انما الفضل في مثل هذه الميراث التي هي مظان الفضل من الهبة والصدقة والوصية بالثلث اذا لم تتضمن ضياع العيال وضرار الورثة فاذا تضمن شيئاً من ذلك فلا فضل فيه بل هو حرام كما مر وجاز للوصي رده الى الحق.

(٢) المبسوط ٤٣/٤، الخلاف ٣١٢/٢.

(٣) القواعد، الفصل الثالث في تصرفات المريض، المختلف ٦٢/٢، ٦٦، ٦٩.

(٤) التهذيب ١٩٤/٩، الاستبصار ١٢٠/٤. واخرجه ايضاً في التهذيب ٢١٩/٩.

بطريق آخر عن عقبة بن خالد عن ابي عبدالله عليه السلام الا انه ليس فيه « وسائر ذلك

أما الاقرار للاجنبي فان كان متهماً على الورثة فهو من الثلث.
والا فهو من الاصل .

وللوارث من الثلث على التقديرين .
ومنهم من سوى بين القسمين .

وعن ابي ولاد قال : سألت الصادق عليه السلام عن الرجل يكون لامرأة
عليه الدين فتبرته منه في مرضها . قال : بل تهبه له فيجوز هبتها له ويحتسب ذلك
من ثلثها ان كانت تركت شيئاً^(١) .

وعن علي بن يقطين عن الكاظم عليه السلام^(٢) . والفتوى على هذا .
قوله : اما الاقرار للاجنبي فان كان متهماً على الورثة فهو من الثلث
والا فهو من الاصل وللوارث من الثلث على التقديرين ، ومنهم من سوى
بين القسمين

هنا أقوال :

(الاول) قول الشيخ في النهاية^(٣) انه مع التهمة تكون من الثلث ومع عدمها

الورثة احق بذلك ولهم ما بقى « وفي نسخة عندنا من الاستبصار بزيادة « للورثة » بين
« ذلك - و - الورثة » فيكون هكذا : وسائر ذلك للورثة والورثة احق بذلك ولهم ما بقى .
وبهامشها : لفظ « للورثة » ليست في التهذيب وعلى تقدير وجودها يحتمل ان يكون
كلاماً مستأنفاً استفهاماً ويكون الاشارة راجعة الى الاباء ويحتمل ان يكون متعلقاً بالقضاء
فتأمل .

(١) التهذيب ١٩/١٩٥ ، الاستبصار ٤/١٢٠ .

(٢) التهذيب ٩/٢٤٢ .

(٣) النهاية : ٦١٨ قال : فان كان غير موثوق به وكان متهماً طوب المقر له بالبينة
فان كانت معه بينة اعطى من اصل المال وان لم يكن معه بينة اعطى من الثلث ان بلغ ذلك
فان لم يبلغ فليس له اكثر منه .

(التاسعة) أرش الجراح ودية النفس ، يتعلق بهما الديون والوصايا كسائر أموال الميت .

يكون من الاصل ، سواء كان المقرله وارثاً أو اجنبياً استناداً الى رواية منصور ابن حازم عن الصادق عليه السلام قال : سألته عن رجل أوصى لبعض ورثته ان له عليه ديناً . فقال : ان كان الميت مرضياً فاعطه الذي أوصى له ^(١) . وتبعه القاضي (الثاني) قول المفيد ^(٢) انه مع التهمة لم يقبل اقراره مطلقاً ومع عدمها يكون من الاصل ، سواء كان المقرله وارثاً أو اجنبياً .

(الثالث) قول سلاز وابن ادريس ^(٣) انه من الاصل مطلقاً ، أي لو ارث كان أولغيره متهماً أو غير متهم ديناً كان المقربه أوعيناً ، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : اقرار العقلاء على أنفسهم جائز ^(٤) . ووقع الاجماع على عمومه .

(الرابع) قول المصنف رحمه الله ، وهو انه من الثلث ان كان لو ارث متهماً أو غير متهم ، وان كان لاجنبى فمع التهمة من الثلث ومع عدمها من الاصل . ولم يعرف له قائلاً غيره ، وكأنه نظري طرف الوارث الى رواية اسماعيل بن جابر عن الصادق عليه السلام : عن امرأة استودعت رجلاً ما لا فلما حضرها الموت قالت له ان المال الذي دفعته اليك لفلانة فماتت المرأة فأتى أولياؤها

(١) الكافي ٤١/٧ ، التهذيب ١٥٩/٩ ، الاستبصار ١١١/٤ ، الفقيه ١٧٠/٤ .

(٢) المقننة : ١٠١ ، باب الاقرار في المرض .

(٣) السرائر : ٣٩١ قال : ويكون ما اقربه من اصل المال سواء كان عدلاً او فاسقاً متهماً على الورثة او غير متهم وعلى كل حال سواء كانت مع المقرله بينة او لم تكن لاجماع اصحابنا المنعقد ان اقرار العقلاء جائز فيما يوجب حكماً في شريعة الاسلام .

(٤) الوسائل ١٣٣/١٦ وقال : وذكر جماعة من علمائنا في كتب الاستدلال عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم انه قال : اقرار العقلاء على أنفسهم جائز ، وظهور هذا الكلام يشعر ان هذا ليس في كتب الحديث .

الرجل فقالوا له انه كان لصاحبتنا مال لانراه الاعندك فاحلف لنا ما لنا قبلك شيء
أيحلف لهم؟ قال: ان كانت مأمونة عنده فليحلف وان كانت متهمة فلا يحلف
ويضع الامر على ما كان فان لها من مالها ثلثه^(١).

وهنا فوائد:

(الاولى) قول المصنف « ومنهم من سوى بين القسمين » يحتمل أن يكون
اشارة الى قول الشيخ أنه لافرق بين الوارث والاجنبي، والى قول ابن ادريس
لا فرق بين التهمة وعدمها، وان يكون اشارة اليهما معاً، فان العبارة محتملة
للجميع.

(الثانية) المراد بالتهمة هو العلم أو الظن المتآخم له بقريئة حالية أو مقالية
بارادة تخصيص المقر له دون الوارث، وانه ليس الاقرار على ما هو في نفس
الامر.

(الثالثة) لاختلاف أيضاً في نفوذ الاقرار المذكور لواقع في الصحة ثم
عرض الموت ومات فيه، وكذا لو برأ ثم مات في غيره.

(الرابعة) لو اختلف في التهمة فادعاها الوارث وأنكرها المقر له فالاصل عدمها
فعلى المدعى لها البينة وعلى المنكر اليمين مع عدمها.

(الخامسة) يكفي يمين المقر له أنه لا يعلم التهمة لأنها ليست حاصلة في نفس
الامر، لابتناء الاقرار على الظاهر وتجويز حصول السبب المقتضي لثبوت
الاستحقاق.

* * *

وليكن هذا آخر المجلد الاول من « التنقيح الرائع » وسيأتي في المجلد

(١) الكافي ٤٦٢/٧، التهذيب ٢٩٤/٨، الفقيه ١٧٠/٤، الاستبصار ١١٢/٤
كلهم اخرجوها عن عبد الله بن مسكان عن علاء يباع السابري عن الصادق عليه السلام.

٥٢	فيما يكتسب به وتعريف التجارة	٣	فيما يكتسب به وتعريف التجارة
٧٢	ما يمنع بيعه من الاعيان النجسة	٥	ما يمنع بيعه من الاعيان النجسة
٧٣	الات المحرمة وما يقصد به المساعدة على المحرم	٨	الات المحرمة وما يقصد به المساعدة على المحرم
٨١	ما لا ينتفع به لايجوز بيعه	٩	ما لا ينتفع به لايجوز بيعه
٧٤	أجرة الاعمال المحرمة	١١	أجرة الاعمال المحرمة
٨٢	الاجرة على الاعمال الواجبة	١٥	الاجرة على الاعمال الواجبة
١٠٥	مسائل فيما يكتسب به	١٨	مسائل فيما يكتسب به
٧٥	في بعض آداب البيع	٢٢	في بعض آداب البيع
٧٤	ما يشترط في البيع	٢٢	ما يشترط في البيع
٨٣	يشترط في المتبايعين العقل والاختيار	٢٢	يشترط في المتبايعين العقل والاختيار
١٠٥	يشترط في البيع الكيل أو الوزن أو العدد	٢٨	يشترط في البيع الكيل أو الوزن أو العدد
٧٤	يشترط في البيع تقدير الثمن وجنسه	٣١	يشترط في البيع تقدير الثمن وجنسه

فهرس الكتاب

(كتاب التجارة ٣ - ١٦٢)

٣٥	يشترط في البيع القدرة على تسليم المبيع
٣٧	آداب البيع المستحبة والمكروهة
٤٣	في خيار المجلس
٤٤	في خيار الحيوان
٤٦	في خيار الشرط
٤٧	في خيار الغبن
٤٨	في خيار القبض والرؤية
٥٠	بعض أحكام الخيارات
٥٢	أحكام النقد والنسيئة
٥٨	أحكام بيع المرابحة
٥٩	أحكام بيع الصفقة
٦١	أحكام المبيع
٦٤	القبض في البيع وأحكامه
٦٩	في شروط البيع
٧٧	العيوب في السلعة المباعة
٧٩	التدليس في المبيع وأحكامه
٨١	البكارة والثبوبة في المرأة
٨٢	مسائل متفرقة من أحكام الرد في البيع
٨٥	تحريم الربا وبعض أحكامه
٩٧	الصرف وأحكامه
١٠٠	مسائل من الربا والصرف
١٠٤	بيع الثمار وأحكامه
١١٥	في بيع الحيوان

- ١٢٠ مسائل من بيع الحيوان
 ١٤٠ بيع السلف ومعناه وأحكامه
 ١٤٣ شروط بيع السلف وأحكامه ولواحقه
 ١٥٠ دين المملوك على من هو ؟
 ١٥٣ أحكام القرض وثوابه ومسائله
 ١٦١ أجره الكيال ووزان المتاع

(كتاب الرهن ١٦٣ - ١٧٧)

- ١٦٣ معنى الرهن وما يشترط فيه
 ١٦٨ الحق وثبوته في الذمة
 ١٦٩ الراهن وما يشترط فيه
 ١٧١ المرتهن وما يشترط فيه
 ١٧٣ مسائل النزاع من أحكام الرهن

(كتاب الحجر ١٧٨ - ١٨٢)

- ١٧٨ الحجر وأسبابه
 ١٧٩ زوال حجر الصبي بالبلوغ والرشد
 ١٨١ حجر السفیه
 ١٨٢ حجر المملوك
 ١٨٢ ولاية الاب والجد على الطفل

(كتاب الضمان ١٨٣ - ١٩٨)

- ١٨٣ معنى الضمان وبيان أقسامه
 ١٨٣ الاول - ضمان المال
 ١٩١ الثاني - الحوالة

١٩٥ الثالث - الكفالة

(كتاب الصلح ١٩٩ - ٢٠٦)

١٩٩ مشروعية الصلح لقطع المنازعة

٢٠٠ ما يصح فيه الصلح ومالا يصح

٢٠٢ صلح الشريكين على كيفية تقسيم الارباح

٢٠٤ الشركة في بعض الاموال والصلح عليها

(كتاب الشركة ٢٠٧ - ٢١٢)

٢٠٧ معنى الشركة

٢٠٨ ما يصح فيه الشركة

٢١١ الشركة عقد جائز من الطرفين

٢١٢ من يكره معه المشاركة

(كتاب المضاربة ٢١٣ - ٢٢٧)

٢١٣ معنى المضاربة

٢١٣ جواز الرجوع في المضاربة

٢١٦ ما يثبت للعامل في عقد المضاربة

٢٢١ يشترط في مال المضاربة أن يكون عيناً

٢٢٥ لا يطاق المضارب جارية القراض

٢٢٦ لا يصح المضاربة بالدين حتى يقبض

(كتاب المزارعة والمساقاة ٢٢٨ - ٢٣٦)

٢٢٨ معنى المزارعة والشروط المعتبرة فيها

٢٣٠ ما يكره في المزارعة

٢٣٠ معنى المساقاة وأحكامها

٢٢٤ ما يشترط في المساقاة

٢٣٥ الشرائط المكروهة في المساقاة

(كتاب الوديعة والغارية ٢٣٧ - ٢٥١)

٢٣٧ معنى الوديعة والشرائط المعترف فيها

٢٣٩ الوديعة جائزة من الطرفين

٢٤٠ بعض أحكام الوديعة

٢٤٧ معنى الغارية وما يشترط في المعبر

٢٥١ الاستعارة والرهن من غير اذن المالك

(كتاب الاجارة ٢٥٢ - ٢٧٧)

٢٥١ معنى الاجارة ولزوم عقدها

٢٥٤ هل تبطل الاجارة بالموت

٢٥٨ أحكام اجارة المشاع وشرائطها

٢٧٧ في منافع العبد

(كتاب الوكالة ٢٧٨ - ٢٩٨)

٢٧٨ معنى الوكالة

٢٨٠ شرائط الوكالة

٢٨١ عزل الوكيل وتصرفاته

٢٨٤ ما تصح فيه الوكالة وما لا تصح

٢٨٧ كيفية تصرف الوكيل في ما وكل فيه

٢٩٢ الموكل وشرائطه

٢٩٣ الوكيل وما يشترط فيه من العقل وغيره

٢٩٥ مسائل متفرقة من أحكام الوكالة

كتاب الوقوف والصدقات والهبات (٢٩٩ - ٣٤٦)

- ٢٩٩ معنى الوقف وصيغته
- ٣٠١ ما يعتبر في الوقف من القبض وغيره
- ٣٠٢ شرائط الوقف وأحكامه
- ٣٠٦ شرائط الموقوف والواقف
- ٣٠٨ في الموقوف عليه
- ٣١٣ بعض النحل الاسلامية
- ٣٢١ الشرط في الوقف والاطلاق فيه
- ٣٢٤ مسائل من أحكام الوقف
- ٣٣٢ مسائل السكنى والعمرى
- ٣٣٧ الصدقة وبعض أحكامها
- ٣٤١ بعض أحكام الهبة

كتاب السبق والرماية (٣٤٧ - ٣٥٧)

- ٣٤٧ مستند السبق وما يتسابق فيه
- ٣٥٣ ما يعتبر في انعقاد عقد السبق
- ٣٥٤ تفقير المسابقة الى تقدير المسافة
- ٣٥٥ بعض شرائط السبق وأحكامه

كتاب الوصايا (٣٥٨ - ٤٢٨)

- ٣٥٨ في معنى الوصية
- ٣٥٩ ما يتحقق به الوصية
- ٣٦٢ ما يوجد بخط الميت من الوصية
- ٣٦٤ ما يعتبر في الموصي

٣٧٣	ما تصح فيه الوصية للعبيد وأمثالهم
٣٧٨	اطلاق الوصية تقتضي التسوية فيها
٣٨٤	في الاحكام المتعلقة بالاصياء
٣٩١	موت الموصي قبل بلوغ الوصية الى الوصي
٣٩٤	استيفاء الوصي دينه مما في يده
٣٩٧	من لاوصي له فالحاكم وصي تركته
٣٩٩	في أحكام الموصى به
٣٩٩	ما يعتبر في متعلق الوصية
٤٠٧	شرح الوصايا المبهمة
٤١٥	في أحكام ومسائل الوصية
٤١٨	تثبيت الوصية والاشهاد عليها
٤١٩	في شهادة الوصي
٤٢٠	كيفية الوصية بعق الرقبة
٤٢٢	في تصرفات المريض ووصاياه
٤٢٦	ارش الجراح ودية النفس المتعلقة بالميت



