حقائق الفقه

في شرح شرائع الإسلام

الجزء الثامن والعشرون

من كتاب الرهن

والجزء التاسع والعشرون من كتاب الصلح

تصنيف

حجة الإسلام والمسلمين آية الله العظمى الحاج الشيخ
محمد رضا المشتهر بالمحقق الطهراني دام ظله

جمادى الثانية ١٤٠٧ هـ ـ ق

المطبعة العلمية ـ قم

Princeton University Library
32101 047105836

Princeton University Library

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

Muḥaqqiq al-Ṭihrānī

المجلد الثامن والعشرون

من كتاب الرهن

من

حقائق الفقه

في شرح شرائع الإسلام

تصنيف

حجة الإسلام والمسلمين آية الله العظمى الحاج الشيخ
محمد رضا المشتهر بالمحقق الطهراني دام ظله

جمادى الاولى ١٤٠٧ هـ - ق

المطبعة العلمية - قم

2271
.3553
.827
mujallad 28-29

شناسنامه کتاب :

نام کتاب : حقائق الفقه

مؤلف : حجة الاسلام و المسلمین آیة الله العظمی الحاج الشیخ محمدرضا المشتهر بالمحقق الطهرانی دام ظله

ناشر : مؤلف

محل چاپ : چاپخانه علمیه ـ قم

چاپ : اول

تعداد : پانصد نسخه

تاریخ : جمادی الاولی ۱۴۰۷ هـ ـ ق

بها : ریال

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY DUPL>
32101 024270470

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الحجر من حقايق الفقه

الحمد لله الذى جعـل لنا فهماً لدرك احكامه و حكمة حتى ظهر لنا غوامض آثاره ولباً صافياً لتوضيح قواعده ومشكلاته وتبصرة حتى لااميل الى ما حكم الشارع ببطلانه وتوفيقاً حتى اخرجت الدرر و الجواهر من زجاجه واصلى واسلم على نبيه محمد وآله سيما على علي" وآخر اوصيائه من الان الى بقائه .

ثم اعلم انه قد مر خمسة من المحجورين فى المجلد السابع والعشرين وهنا مقام بيان السادس منهم و هو المريض و قد يبحث عنه من حيث وصيته و يعبر عنه باحكامه المعلقة اى المعلقة ببعد الموت و قد يبحث عن معاملاته المنجّزة فى حال مرضه ويعبّر عنها بمنجّزات المريض .

وسيأتى حكم الثانى . والان فى بيان حكمه الاول بنحو الاجمال فيما يتعلق بعبارة المصنف وتفصيله فى كتاب الوصايا وهى جمع الوصية واشتقاقها اما من وصى يصى أو أوصى يوصى أو وصى بالتشديد يوصى .

فعن المصباح المنير : وصيت الشيء بالشيء أصيه مـن باب وعد وصلته ،

ووصيت الى فلان توصية و أوصيت اليه ايصاءاً وفى السبعة «فمن خاف من موص» بالتخفيف والتثقيل والاسم الوصاية بالكسر والفتح لغة، انتهى .

واختار ابن ادريس المعنى الاول فقال الوصية مشتقة من وصى يصى ، وهو الوصل قال الشاعر : «ذو الرمة تصى الليل بالايام حتى صلاتنا مقاسمة لسبق اتصافها السفر» ثم قال : ويقال منه أوصى يوصى، ووصى يوصى توصية ، ونقل عن المحقق الشيخ على (رحمة الله عليه) اختيار الثانى ، و على هذا فتسمية هذا التصرف وصية لما فيه من وصله التصرف فى حال الحياة به بعد الوفاة ، هذا على المعنى الاول ، وعلى الاخيرين فالوصية بمعنى العهد، يعنى أنه عهد اليه بتلك الامور الموصى بها، فان الوصية لغة بمعنى العهد ، و الاصل فيها الكتاب كما دلت عليه جملة من آياته والسنة ، والاجماع من الامة . وقد ورد فى فضلها كثير من الايات والروايات .

وعن الكنانى «عن أبى عبدالله عليه السلام قال : الوصية حق على كل مسلم» .

و روى فى التهذيب عن الشحام « قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الوصية ، فقال : هى حق على كل مسلم » .

وروى فى الفقيه والتهذيب عن محمدبن مسلم فى الصحيح «قال : قال أبوجعفر عليه السلام الوصية حق ، وقد أوصى رسول الله صلى الله عليه وآله فينبغى للمسلم أن يوصى» .

وروى فى الكافى والتهذيب عن حماد بن عثمان فى الصحيح أو الحسن «عن أبى عبدالله عليه السلام قال: قال له رجل: انى خرجت الى مكة فصحبنى رجل وكان زميلى، فلما أن كان فى بعض الطريق مرض وثقل ثقلا شديداً فكنت أقوم عليه ثم أفاق حتى لم يكن عندى به بأس ، فلما أن كان اليوم الذى مات فيه أفاق فمات فى ذلك اليوم ، فقال أبوعبدالله عليه السلام : ما من ميت تحضره الوفاة الا رد الله تعالى عليه من سمعه و بصره و عقله للوصية ، أخذ الوصية أو ترك ، و هى الراحة التى يقال لها راحة الموت ، فهى حق على مسلم» .

و روى فى الكافى عن وليد بن صبيح «قال : صحبنى مولى لابى عبدالله عليه السلام

يقال له «أعين» ، فاشتكى أياماً ثم برء ثم مات فأخذت متاعه ، وما كان له فأتيت به أبا عبدالله عليه السلام وأخبرته أنه اشتكى أياماً ثم برء ثم مات ، قال : تلك راحة .

وروى المشايخ الثلاثة (رض) عن سليمان بن جعفر قال فى الفقيه : « وليس الجعفرى» «عن أبى عبدالله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله : من لم يحسن وصيته عند الموت كان نقصاً فى مروته وعقله ، قيل : يا رسول الله وكيف يوصى الميت ؟ قال : اذا حضرته الوفاة واجتمع الناس اليه ، قال : اللهم فاطر السموات والارض ، عالم الغيب والشهادة ، الرحمن الرحيم .

اللهم انى أعهد اليك فى دار الدنيا أنى أشهد أن لااله الا انت وحدك لاشريك لك وأن محمداً عبدك ورسولك ، وأن الجنة حق ، والنار حق ، وأن البعث حق ، والحساب حق ، والصراط حق ، والقبر حق ، والميزان حق، وأن الدين كما وصفت ، وأن الاسلام كما شرعت ، وأن القول كما حدثت ، وأن القرآن كما أنزلت ، وأنك أنت الله الحق المبين ، جزى الله محمداً عنا خير الجزاء ، و حيا الله محمداً وآل محمد بالسلام .

أللهم يا عدتى عند كربتى ويا صاحبى عند شدتى ويا وليى فى نعمتى ، الهى واله آبائى لاتكلنى الى نفسى طرفة عين أبداً فانك ان تكلنى الى نفسى طرفة عين أقرب من الشر و أبعد من الخير ، فآنس فى القبر وحشتى ، و اجعل لى عهداً يوم ألقاك منشوراً ، ثم يوصى بحاجته وتصديق هذه الوصية فى القرآن فى السورة التى تذكر فيها مريم فى قوله عزوجل «لايملكون الشفاعة الا من اتخذ عند الرحمن عهداً» فهذا عهد الميت .

و الوصية حق على كل مسلم ، و حق عليه أن يحفظ هذه الوصية و يعلمها ، و قال أمير المؤمنين عليه السلام علّمنيها رسول الله صلى الله عليه وآله و قال رسول الله صلى الله عليه وآله علّمنيها جبرئيل عليه السلام .

ورواه السيد الزاهد العابد رضى الدين ابن طاووس فى كتاب فلاح السائل

كما نقله عنه فى البحار ، و فيه بعد قوله «يوم ألقاك منشوراً» فهذا عهد الميت يوم يوصى بحاجته ، والوصية حق على كل مسلم قال أبو عبدالله عليه السلام وتصديق هذه فى سورة مريم عليها السلام قول الله تبارك وتعالى «لايملكون الشفاعة الا من اتخذ عندالرحمن عهداً» وهذا هو العهد و قال النبى صلى الله عليه وآله لعلى عليه السلام تعلّمها أنت و علّمها أهل بيتك وشيعتك قال : وقال صلى الله عليه وآله وعلّمنيها جبرئيل .

وروى فى الفقيه عن العباس بن عامر عن أبان عن أبى بصير «عن أبى عبدالله عليه السلام قال : من لم يحسن عند الموت وصيته كان نقصاً فى مروته وعقله ، وقال : ان رسول الله صلى الله عليه وآله أوصى الى على ، وأوصى على عليه السلام الى الحسن ، وأوصى الحسن عليه السلام الى الحسين ، و أوصى الحسين عليه السلام الى على بن الحسين ، و أوصى على بن الحسين عليهما السلام الى محمد بن على الباقر عليه السلام .

و روى فى الفقيه والتهذيب عن أبى حمزة « عن أحدهما عليهما السلام قال : ان الله تعالى يقول: ياابن آدم تطولت عليك بثلاثة : سترت عليك مالوعلم به أهلك ماواروك وأوسعت عليك ثم استقرضت منك فلم تقدم خيراً ، وجعلت لك نظرة عند موتك فى ثلثك فلم تقدم خيراً» .

وعن السكونى عن جعفر بن محمد عن أبى جعفر عليه السلام قال من لم يوص عند موته لذوى قرابته ممن لايرثه فقد ختم عمله بمعصيته .

وروى فى المقنعة مرسلا «قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله الوصية حق على كل مسلم قال: وقال عليه السلام ماينبغى لامرء مسلم أن يبيت ليلة الا ووصيته تحت رأسه» و «قال عليه السلام من مات بغير وصية مات ميتة جاهلية» .

وروى الشيخ فى كتاب المصباح «قال وروى أنه لاينبغى أن يبيت الاووصيته تحت رأسه» .

وروى فى الفقيه والتهذيب عن مسعدة بن صدقة «عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهما السلام قال : قال على عليه السلام الوصية تمام ما نقص من الزكاة» .

وروى فى الكافى عن محمد بن يحيى رفعه عنهم عليهم السلام «قال من أوصى بالثلث احتسب له من زكاته» .

و قال فى كتاب الفقه الرضوى واعلم أن الوصية حق واجب على كل مسلم، ويستحب أن يوصى الرجل لقرابته ممن لايرث شيئاً من ماله قل أو كثر وان لم يفعل فقدختم عمله بمعصيته . وهذه روايات الباب وسوق اكثرها الاستحباب مع ان الغرض الاصلى من الوصية هو رد حق الله وحق الناس اذ كثيراً لايعلم بهما الورثة فيجب على من عليه ذلك هو الاخبار بالورثة بل بغيرهم لولم يكن وكان من هو محل الوثوق فالظاهر حمل مايظهر منه عدم الوجوب على من لم يكن على ذمته شيىء كما هو ظاهر بعضها مثل مرسل المقنعة .

وكيف كان فلااشكال فى وجوبها لمن عليه حقوق الله والناس نعم ويستحب لمن لم يكن كذلك لاجل تعيين ثلثه لطفاً من الله تعالى عليه فانه تعالى من كثرة الطافه على عباده لم يرض بكون جميع اموال عباده التى تحصل مع المشقة كان للغير بل مقداره له حتى وصل ثوابه اليه بعد موته .

و بالجملة فى جعل ثلث المال للميت فوائد لا تحصى فربما يجعله المتوفى للفقراء و العلماء و مجالس يذكر فيها اسم الله و مجالس التعزية للسيد الدارين ابى عبدالله الحسين عليه السلام و نحو ذلك فربما يوصى ببيع دار لمن احتاج اليه مع عدم ضرر على الورثة وربما يجعل من الثلث لمن حرم عن الارث كالاقربين المنسوخين فى الاية من حيث الوجوب .

وكيف كان فمضمون الاخبار ايضاً مختلف قال فى الحدائق .

الخامس ـ ماتضمنته جملة من الاخبار المذكورة من أن من لم يحسن وصيته عند الموت كان نقصاً فى مروته وعقله .

الظاهر حمله على ما هو أعم من الوصية بالاقرار بالشهادتين وجميع ما جاء به النبى صلى الله عليه وآله كما دل عليه خبر سليمان بن جعفر المتقدم والايصاء بما له وعليه ، مما

كان يتعلق به حال حياته ويذبه بنفسه من أطفال صغار أو أمور يريد انفاذها بعد موته فان الوصية لغة العهد يقال أوصاه ووصاه عهد اليه فيعد الى من يعمد عليه من أخوانه المؤمنين أن يتصرف فى أمواله بعد موته بما يقضى عنه ما وجب فى ذمته مما قدمنا ذكره و ان كان له أولاد صغار قائماً مقامه فى الولاية عليهم ويستحب له كما عرفت أن يوصى لبعض ارحامه و أقربائه وأن يشهد على ذلك جماعة من اخوانه كما تقدم فى خبر سليمان المشار اليه على ايمانه وعقائده ويعهد اليهم أن يشهدوا له به يوم القيامة ويشهدهم على ما أوصى به من تلك الامور الدنيوية مضافة الى الامور الاخروية .

و الى بعض ما ذكرنا يشير ما رواه فى الكافى عن مسعدة بن صدقة «عن أبى عبدالله عليه السلام قال ان أجلت فى عمرك يومين فاجعل أحدهما لادبك لتستعين به على يوم موتك قيل و ما تلك الاستعانة قال تحسن تدبير ما تخلف وتحكمه .

اذا عرفت ذلك فلنرجع الى حكم المقام فقال المصنف ﴿والمريض﴾ هو الذى ﴿ممنوع من الوصية بمازاد عن الثلث اجماعاً﴾ .

وفى الجواهر بعد العبارة قال محصلا ومحكياً مستفيضاً أو متواتراً كالنصوص المشتمل جملة منها على أنه الحيف والتعدى وأنه يرد الى الثلث الذى هو المعروف والغاية فى الوصية انتهى. وفى المسالك قال بعد قوله :

و المريض ممنوع اه اى ممنوع من ايقاعها على وجه النفوذ بدون اجازة الورثة لانها يقع باطلة فى نفسها والحاصل ان وصيته بمازاد عن الثلث تكون موقوفة على اجازتهم فان اجازوها صحت والا بطلت وهذا هو المشهور بل المذهب خلافاً لعلى بن بابويه فانه اجاز وصيته بجميع ماله استناد الى رواية قاصرة وحملت على من لاوارث له وعلى ما اذا اجاز الورثة انتهى .

وفى الحدائق مالفظه المشهور أنه يتقدر الموصى به بقدر ثلث التركة فمادون فلو أوصى بما زاد بطل فى الزائد الا مع اجازة الوارث انتهى .

وكيف كان فلا تنفذ الوصية بالزائد ﴿ ما لم يجز الورثة ﴾ فان أجازوا بعد

الموت نفذت وفى الجواهر بلا خلاف ولا اشكال نصاً وفتوى بل الاجماع بقسميه عليه انتهى .

فان الزيادة عن الثلث ملك للورثة فلهم الاجازة عليه ان كانت الاجازة من الجميع والا ففى الذى اجاز فمقدار الذى سهمه بخصوصه صح له اجازة مازاد عليه دون سهم من لم يجزه فالمريض محجور عن الزيادة عن الثلث لا نفس الثلث فانه يكون له من جانب الله الرؤف الرحيم حيث يجعل لعبده مالا ايضاً بعده كى يكون اختيار صرفه بيده فيصرف فى امور آخرته فان الانسان اذا خرج عن الدنيا انسدّ عليه ابواب الخير الا ما قدم لنفسه ليوم فقره . والاخبار الواردة فى المقام :

منها مارواه فى التهذيب عن على بن عقبة عن أبى عبدالله عليه السلام «قال سألته عن رجل حضره الموت فأعتق مملوكاً له ليس له غيره فأبى الورثة أن يجيزوا ذلك كيف القضاء فيه ؟ قال مايعتق منه الاثلثه وسائر ذلك الورثة احق بذلك ولهم مابقى» .

و عن محمد بن مسلم «عن أبى جعفر عليه السلام فى رجل أوصى باكثر من الثلث وأعتق مملوكه فى مرضه فقال : ان كان أكثر من الثلث رد الى الثلث وجاز العتق» .

وعن الحسين بن محمد الرازى قال «كتبت الى أبى الحسن عليه السلام الرجل يموت فيوصى بماله كله فى أبواب البر وبأكثر من الثلث هل يجوز ذلك له ؟ وكيف يصنع الوصى ؟ فكتب عليه السلام تجاز وصيته ما لم يتعد الثلث» .

و ما رواه فى الكافى و التهذيب عن أبى بصير « عن أبى عبدالله عليه السلام قال ان أعتق رجل عند موته خادماً له ثم أوصى بوصية أخرى ألغيت الوصية وأعتق الخادم من ثلثه الا أن يفضل من الثلث ما يبلغ الوصية» .

و ما رواه المشايخ الثلاثة (نور الله تعالى مراقدهم) عن حمران «عن أبى جعفر عليه السلام فى رجل أوصى عند موته وقال أعتق فلاناً وفلاناً وفلاناً حتى ذكر خمسة فنظرت فى ثلثه فلم يبلغ أثمان قيمة المماليك الخمسة التى أمر بعتقهم قال ينظر الى الذين سماهم ويبدأ بعتقهم فيقومون وينظر الى ثلثه فيعتق منه أول شىء ثم الثانى

ثم الثالث ثم الرابع ثم الخامس و ان عجز الثلث كان ذلك فى الذى سمى أخيراً لأنه أعتق بعد مبلغ الثلث ما لا يملك فلا يجوز له ذلك » و فى هذا الخبر كما ترى تصريح بأنه لا يملك فى الوصية زيادة عن الثلث فمن أجل ذلك تبطل الوصية فى الزائـد .

ومارواه فى التهذيب فى الصحيح عن أحمد بن محمد بن عيسى عن العباس عارف يقـال له ميمون فحضره الموت فأوصى الى أبى الفضل العباس بن معروف بجميع ميراثه وتركته أن أجعله دراهم وأبعث بها الى أبى جعفر الثانى عليه السلام و ترك أهلاحاملا واخوة قددخلوا فى الاسلام وأمّاً مجوسية قال ففعلت ماأوصى به وجمعت الدراهم ودفعتها الى محمد بن الحسن وعزم رأيى أن أكتب اليه بتفسير ما أوصى به الى وما ترك الميت من الورثة فأشار الى محمد بن بشير و غيره من أصحابنا أن لا أكتب بالتفسير ولا أحتاج اليه فانه يعرف ذلك من غير تفسيرى فأبيت الا أن أكتب اليه بذلك على حقه و صدقه فكتبت وحصلت الدراهم و أوصلتها اليه عليه السلام فأمره أن يعزل منها الثلث يدفعها اليه ويرد الباقى على وصية يردها على ورثته» .

ومارواه فى التهذيب عن العباس بن معروف «قال مات غلام محمدبن الحسن وترك أختاً وأوصى بجميع ماله له عليه السلام قال فبعنا متاعه فبلغ ألف درهم وحمل الى أبى جعفر عليه السلام قال و كتبت اليه وأعلمته أنه اوصى بجميع ماله له قال فأخذ ثلث ما بعثت به اليه ورد الباقى وأمرنى أن أدفعه الى وارثه» .

وعن العباس عن بعض أصحابنا «قال كتبت اليه : جعلت فداك أن امرأة أوصت الى امرأة ودفعت اليها خمسمائة درهم ولها زوج وولد فأوصتها أن تدفع سهماً منها الى بعض بناتها وتصرف الباقى الى الامام فكتب عليه السلام : تصرف الثلث من ذلك الىّ والباقى يقسم على سهام الله عزوجل بين الورثة» .

ومارواه المشايخ المذكورون عن أحمد بن عيسى «قال كتب أحمد بن اسحاق الى ابى الحسن عليه السلام ان درة بنت مقاتل توفيت و تركت ضيعة أشقاصاً فى موضع

وأوصت لسيدها فى أشقاصها بما يبلغ أكثر من الثلث و نحن أوصيائها وأحببنا أن ننهى ذلك الى سيدنا فان أمر بامضاء الوصية على وجهها أمضيناها وأن أمر بغيرذلك انتهينا الى أمره فى جميع مايأمر به ان شاء الله تعالى فكتب عليه السلام بخطه : ليس يجب لها من تركتها الا الثلث فان تفضلتم وكنتم الورثة كان جائزاً لكم ان شاء الله» هذه روايات الباب .

وكلها صريح الدلالة فى كون الوصية صحت فى الثلث دون الزائد عنه الا مع اجازة الورثة فاذا اجازوا كانت ممضاتاً بلا كلام لان ما زاد عن الثلث كان لهم حقيقة بعد الموت فيجوز لهم الاجازة بل يستحب لانها موجبة لميل المورث وحبه وطلب ميل الاب او مطلق المورث مستحب جداً .

ثم ان الكلام فى صحت الرجوع عن اجازة ما زاد عن الثلث قبل الموت وعدمه كما اذا اجازوا الورثة الزيادة ثم رجعوا عنها بعدالموت فالظاهر عدم الجواز فان الامضاء معناه هو رفع اليد عن حقه والاعراض عنه و الهبة للمورث فلا معنى لرجوعه عنه .

وبالجملة الحيوة صارت مازاد عن الثلث ملكاً ثانوياً للميت بالاجازة فلاوجه لاخذها عنه بعد موته وقبله .

وفى الجواهر وكيف كان فلااشكال فيما نحن فيه بعد ما عرفت . انما البحث فى الاجازة قبل الموت والمشهور نقلا ان لم يكن تحصيلا خصوصاً بين المتأخرين أنها كالاجازة بعد الموت فى عدم جواز الرجوع بها بل نسب الى عامتهم بل عن الطوسى الاجماع عليه للنصوص المستفيضة انتهى وذلك لعدم الفرق فى عدم جواز الرجوع بين كونه قبل الموت او بعده لوحدة الملاك والروايات .

وبالجملة اجازة مازاد عن الثلث وان كان بيدالوارث لكن اذا اجاز فى الزيادة لايصح له الرجوع فيها سواء كانت الاجازة قبل الموت اوبعده وسواء اراد الرجوع بعد الموت او قبله ويدل عليه الروايات مثل مارواه الشيخ عن ابن رباط عن منصور

بن حازم «قال سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل أوصى بوصية أكثر من الثلث وورثته شهود فأجازوا ذلك له قال جائز قال ابن رباط وهذا عندى على أنهم رضوا بذلك فى حياته واقروا به» .

والصحيح عن محمد بن مسلم «عن أبى عبدالله عليه السلام فى رجل أوصى بوصية وورثته شهود فأجازوا ذلك فلما مات الرجل نقضوا الوصية هل لهم أن يردوا ما أقروا به ؟ قال ليس لهم ذلك الوصية جائزة عليهم اذا أقروا بها فى حياته » و معنى قوله عليه السلام جائزة اى ماضية بقرينة على كما عبروا عن بلوغ الجارية بانه جاز امرها او امرها جاز .

و ما رواه المشايخ الثلاثة (رض) فى الصحيح عن منصوربن حازم عن أبى عبدالله عليه السلام مثله .

والانصاف ان الاشكال فى ذلك بعد وضوح الروايات خارج عن الانصاف .

والحاصل ان مازاد عن الثلث وان كان ملكاً للورثة بحكم الشارع بعدالموت وكان اختياره بيدهم لكن اذا اجازوا للمورث فى التصرف فيها قد تنفذ الاجازة وتجعل مازاد عن الثلث بحكم الثلث ايضاً فى كون الجميع باختيار المورث فسواء كان ذلك بنحو الهبة او الاعراض عن حقهم وملكهم لم يكن بعد الموت الرجوع فيها .

وكيف كان فالمسألة محل كلام بين الاعلام و فى الحدائق ما لفظه المشهور بين الاصحاب (رحمهم الله) أن اجازة الوارث لازمة له سواء كانت فى حال حياة الموصى أم بعد موته ونقل عن الشيخ المفيد وسلار وابن ادريس اختصاص اللزوم بما بعد الوفاة فلو أجاز فى حال الحياة جاز له الرجوع عنها بعد الوفاة ويدل على القول المشهور ماتقدم من صحيحة محمد بن مسلم و بطريق آخر منصور بن حازم وهى صحيحة صريحة فى أنهم لوأجازوا فى حال الحياة لزمهم ذلك وليس لهم أن ينقضوا ذلك بعد الوفاة الى ان قال و بالجملة فانه مع قطع النظر عما ذكرناه من الجواب لا وجه لهذا الاحتجاج فى مقابلة النص الصحيح الصريح و هل هو الا

الاجتهاد المحض فى مقابلة النصوص وجرأة على أهل الخصوص انتهى .

و لقد اجاد فى ذلك حيث قال اجتهاد فى مقابل النصوص و عدم استحقاقهم فعلا لو لم يكن مؤيداً للنصوص لم يكن مخالفاً اذا الفرض عدم استحقاق الورثة فعلا لمازاد عن الثلث وعدم اليقين بانه لهم بعداً لامكان موت الورثة وبقاء المورث فهم فى الحقيقة رفعوا ايديهم لامر احتمالى فاذا لم يكن الرجوع عن امر مسلم يقينى كما لو وهب الى اجنبى بعد التصرف فيه فكذلك لا يصح الرجوع فى الهبة بذى رحم لو كان ذلك هبة و لا فيما اعرض عنه لو كان اعراضاً .

و كيف كان فبعد الاجازة ورفع اليد عمازاد عن حقوقهم لاوجه للرجوع عنه بعد الموت .

ثم اعلم ان الموصى به تارة من الامور اللازمة ايصالها الى اهلها كالخيرات والمتبرعات واخرى من العبادات فهى تارة من الواجبات البدنية واخرى من المالية اما القسم الاول فمعلوم يحتاج الى الاجازة فيما زاد عن الثلث فلا يجوز الزيادة الا باجازة الوارث كالصلاة و الصوم و نحوهما ان اوصى بهما فاذا كانت زائدة عن الثلث كما اذا لم يصل فى ايام عمره فاوصى بالصوم والصلاة خمسين عاماً ولم يكن ثلثه بهذا المقدار من المال ويمكن ان يحيط بجميع ماتركه فلاجرم يحتاج الى اجازة الورثة جميعهم فان لم يجيزوا فينفذ بقدر الثلث واما الواجبات المالية سواء كان مشوباً بالمال كالحج ام لا فهى يخرج من اصل المال وليس باختيار الورثة واجازتهم بل ولو لم يوص به الموصى فاذا علم بوجوب حج على المتوفى وجب الخروج من اصل المال فضلا عما اذا اوصى بها ولذا قال من بعد وصية يوصى بها او دين اى ارث الورثة بعد الوصية والدين .

وبالجملة الواجبات المالية كمالايكون باجازة الوارث فكذلك لايكون دائراً مدار الوصية بل دائر مدار العلم فاذا علم بها بالوصية اوالخارج اى بقول الثقة وجب اخراج ذمته عما كان عليه من اصل ماله ولو لم يبق له شيىء نعم ان هنا بحثين الاول

فى وجوب الوصية بالواجبات البدنية وعدمه الثانى فى أنه على الوجوب هل يخرج من اصل المال كالمالية او من الثلث اما الاول فاذا علم بفوت الصلاة والصيام منه فى مدة كثيرة وعلم باشتغال ذمته على الواجبات اليقينية يجب عليه الوصية بها مع عدم قدرته على الاتيان بنفسه .

اما الكلام فى الثانى فوجوبها من الاصل ان كان حجة الاسلام اتفاقى و ان كان ندباً فكالاول فى خروجها عن الثلث .

قال فى الحدائق مالفظه الظاهر أنه لاخلاف بين الاصحاب (رضوان الله عليهم) فى أن الواجب المالى أعم من أن يكون مشوباً بالبدن كالحج أم لا؟ كالزكاة والكفارات والخمس ونذر المال يجب خروجه من الأصل أوصى به أو لم يوص لتعلقه بالمال حال الحيوة .

أما الواجب البدنى المحض كالصلاة والصوم فانه انما يخرج من الثلث اذا أوصى به فيكون حكمه عندهم حكم التبرعات الموقوف اخراجها على الوصية بها من الثلث وقيل بخروجه من الاصل كالواجب المالى من غير فرق والاخبار بوجوب اخراج الواجب المالى وان كان مشوباً بالبدن من الاصل متكاثرة قدتقدمت فى كتاب الحج و كتاب الزكاة والخمس و كتاب الديون .

وأما الواجب البدنى فلم أقف فيه على نص بنفى ولااثبات لكن الظاهر أن مبنى كلام الاصحاب فى الفرق بين الامرين هو أن الواجب المالى ـ وان كان مشوباً بالبدن فى بعض الافراد ـ لما كان متعلقا بالمال حال الحياة وجب اخراجه بعد الموت من المال وتخرج الاخبار المشار اليها شاهداً على ذلك .

واما الواجب البدنى فانه لما كان متعلقه فى حال الحياة انما هو البدن وبعد الموت مع عدم الوصية به يتعلق الخطاب به بالولى فمع عدم الولى وعدم الوصية لادليل على وجوب الاخراج كما ادعاه ذلك القائل المتقدم انتهى .

و قال ايضاً اذا عرفت ذلك فاعلم اذا اجتمعت فى الوصية حقوق واجبة مالية

وبدنية وتبرعات فان الواجب المالى كما عرفت يخرج من الاصل وما عداه يخرج من الثلث مقدماً للواجب البدنى على المتبرع به مرتباً فى الواجب البدنى لو تعدد الاول فالاول ثم المتبرع به كذلك ان قام به الثلث أو أجاز الوارث والاسقط انتهى .

اقول ظاهر ماذكره قده هو صحة التفصيل ولو قال بعدم الوقوف على نص بنفى اواثبات لكن يمكن استفادة ذلك من ادلة الارث فانها بينت لنا ان مازاد عن الثلث للورثة فلو خرجت الواجبات البدنية عن الاصل لمابقى للوارث شيىء اذ الغالب فى الناس ترك الصوم و الصلاة مدة كثيرة ولم يفعل فى زمان حياتهم خصوصا بمثل الوصية بهما فى سنين كثيرة كمدة خمسين مثلا فلم يبق فى الغالب من الاصل شيئى وكيف كان فالمسألة مشكلة لماذكرنا ولما ادعى من عدم النص عليه مع كثرة الاقوال على عدم الفرق بين المالية والبدنية .

وفى الجواهر بعد قول المصنف فى كتاب الوصايا ﴿ ولو أوصى بواجب ﴾ مالى ﴿ وغيره ﴾ قال ما لفظه أخرج الأول من الاصل لانه كالدين نصا وفتوى بل الاجماع بقسميه عليه وعلى أن من ذلك الحج الواجب للنصوص الدالة عليه بالخصوص و أما الثانى فيخرج من الثلث حتى لو كان واجباً بدنيا على ما صرح به فى جامع المقاصد و المسالك و محكى الكفاية بل فى الروضة أنه لا خلاف فيه مرسلين له ارسال المسلمات لعدم كونه من الدين الذى يخرج من الأصل وعدم دليل على تنزيله منزلته فيبقى على الاصل .

نعم اذا أوصى به شمله أدلة الوصية التى تخرج من الثلث .

لكن فى الذكرى والد روس و فى جامع المقاصد عن بعضهم أن الواجب البدنى يخرج من الأصل أيضاً كالمالى وان لم يوص به بل لعله ظاهر المصنف هنا والنافع والغنية والسرائر وغيرها ـ مما أطلق فيها الواجب ـ الخارج من الأصل وهى عشرة كتب أو أكثر على ماقيل بل نفى عنه البأس فى الدروس بل قد يؤيد اطلاق الدين على الصلاة فى غير واحد من الأخبار منضماً الى ماورد فى الحج أن دين الله أحق

أن يقضى وشمول الدين للنقد وغيره مما هو عمل ضرورة اندراج من كان مشغول الذمة بصلاة أو غيرها من الاعمال باجارة ونحوها فيه الى ان قال :

كل ذلك بناء على عدم اشتراط المباشرة فى الواجب البدنى وأنه يصح وقوعه فى الجملة منه أومن الولى والمتبرع فضلا عن الأجير أمابناء على اشتراطها وأنه لا يصح الامن المولّى عليه والولى اتجه حينئذ عدم الاخراج من المال ضرورة حصول الفرق حينئذ بذلك بينه و بين الاعمال التى اشتغلت الذمة بها باجارة و نحوها كما هو واضح الى أن قال :

وعلى كل حال فبناء على عدم خروجه من صلب المال يجب على المولّى عليه الوصية بمافاته من صوم أو صلاة أو اعلام الولى بذلك ان كان أولا يجب عليه شيء من ذلك ؟ وجهان : أقواهما الاول ضرورة تمكنه من تأدية الحق و ابراء ذمته ودفع الضرر الاخروى عنه وربما استدل بقوله عليه السلام « الوصية حق على كل مسلم » ولكن لايخفى مافيه من التجشم المعلوم عدم ارادته ولو بملاحظة ماسيق الخبر له انتهى.

وقد قوّى صاحب العروة فى رسالته فى المنجّزات ماذهب اليه فى الجواهر لكنك قد عرفت اولا ان تفصيل الاصحاب بينهما يقطع الشركة وعدم حكم كليهما واحد ولما عرفت من أنه مناف لادلة الارث وظلم على اهله وان الواجبات البدنية ينتهى تركها الى سوء اختياره فلا وجه لحسابه من الاصل فاذا نظر الى لاضرر ولا ضرار علم بان الدليل ليس منحصراً بذكره بالخصوص بل يستفاد من امور اخر فمن اوصى بالواجبات البدنية بمقدار يحيط بالتركة فاى دليل دل على اخراج الجميع عن الاصل بحيث لا يبقى للوارث شيىء اصلا فان قلت ادلة الوصية قلت هو ينفذ فى الثلث لا اكثر فالواجبات البدنية و التوئمة مع المال اذا لم يكن واجباً باصل الشرع كالحج نذراً و ندباً ان وسعت الثلث لها والا فيقدم الاهم بقدر الامكان والا يسقط بالمرة بل جعل الوصية فى خصوص الثلث و عدم التجاوز عنه متكفل لعدم جواز الوصية بمازاد عن الثلث فهذا كاف فى الدليل على كونها من الثلث فضلا عن

كونه هو المتيقن هذا تمام الكلام بالنسبة الى الثانى .

اماالاول اى وجوب الوصية فقد ظهر من الجواهر فى آخر العبارة اختيار الوجوب اى فى وجوب الوصية بمافات عنه من الواجب البدنى كالصوم والصلاة ونحوهما ولم يفعل فى حال التمكن والقدرة حتى فى اواخر العمر بحيث لايقدر على الاداء فى هذا الحال واختلف الاصحاب فى ذلك وانه هل يجب عليه القضاء لولم يكن له وصى يفعل ويقضيه اولا وكأنه ايضا عجيب بتوهم ان الواجب فعله بنفسه او بوليه ولادليل على سواه فالاصل عدم الوجوب ولعمرى ان الفتوى بمثل ذلك سبب للفرار عن اداء الصلوات التى لاتترك بحال فانه ح لولم يفعل لم يترتب عليه سوى الاثم .

واما القضاء فلادليل عليه غفلة عن عموم قولهم عليهم السلام اقض مافات كما فات و لازمه مباشرته اداء و قضاءاً مطلقا لبقاء ماعلى ذمته بداهة ان الامر لايسقط عن ذمة المكلف الابا لايمان به مطلقا ولو كان بغير المباشرة كاتيان الولى عنه ولازمه تحصيل برائة الذمة بالاداء اوالقضاء مطلقا فلولم يكن ادلة القضاء قد سقط الواجب الموقت بفوات وقته لكن مع بقاء الامر بالقضاء يستفادمنه ان المطلوب متعدد فالاتيان بالفعل اداءاً مطلوب اشدّ و اكد وفى خارج الوقت مطلوب آخر وكذا بعده بفعل الغير واما قولهم وجب عليه اوعلى وليّه فنحن نسئل منه انه لولم يفعل مكلف مادام عمره بالصلاة فمثل ذلك يجب على الولى فهو كما ترى كما فى قوله ولاتزر وازرة وزر اخرى وان كان مافات منه بعذر فالمدعى اعم من ذلك فهذا اعجب من القول بان الواجبات البدنية من الاصل ايضا .

قال فى الحدائق مالفظه و اختلف الاصحاب فى وجوب الوصية بالواجب البدنى لولم يكن وصى يقضيه عنه، قال فى المسالك : و الاقوى وجوب الوصية به على المريض ، كغيره من الواجبات ان لم يكن له ولى يقضيه عنه، وربما قيل : بعدم وجوب الوصية به لان الواجب فعله بنفسه أوبوليه لانتفاء الدليل على ما سوى ذلك،

وفيه أن علمه بوجوبه و استحقاق العقاب على ترك الواجب اختياراً مع قدرته على براءة الذمة منه يوجب وجوب الوصية ، ليخرج من العقاب بتركه ، فان دفع الضرر عن النفس واجب .

نعم لو كان فوات الواجب لابتفريط كالغفلة عن الصلاة مع عدم القدرة على القضاء حال الوصية ، احتمل عدم وجوب الوصية ، اذلاعقاب على ذلك التفويت ، ولادليل على وجوب الوصية بالقضاء انتهى ، وفى الكفاية قال : الاقرب العدم .

أقول : الظاهر قوة مااختاره فى المسالك ، لظاهر الاخبار المتقدمة الدالة على أن الوصية حق على كل مسلم ، فان ظاهر لفظ «على» الوجوب ، كما ذكرناه فى الفائدة الاولى من الفوائد التى ذيّلنا بها تلك الاخبار ، ويزيد ذلك تأييداً مـا ذكره شيخنا المشار اليه من التعليل ، فانه جيد وجيه كما لايخفى على الفطن النبيه ، وما قربه فى الكفاية من العدم ضعيف انتهى .

قـد عرفت انه مضافا الى ادلة وجوب الوصية مؤيدا بان تشريعها لأجل عدم فوت شيء من الميت ممالم يفعله فى حال حياته ان ادلة القضاء محكم فى المقام ولو لم يكن ادلة وجوب الوصية وكيف يرضى الشارع بترك الصلوات التى لـم يترك بحال اذا لم يفعل قضائها بعده و كيف يجب على الولى امثال هذه البحوث العامة لجميع الموارد فان المراد بالولى اكبر اولاده الذكور فهل يجب عليه صلاة مدة العمر المتروكة عمدا اذالنزاع يعم الجميع وهو كماترى وان كان المراد ماترك عذرا فلا يجب على الولى الا ما ترك عذراً لا ما تركت مدة العمر و هو واضح فينحصر الفعل بنفس المكلف ولولم يفعل بقى على ذمة ولا يسقط الا بفعل قاض له بعد ذلك وهو يتوقف على الوصية به وادلة البقاء على الذمة حتى تقضى كثيرة .

وبالجملة كان القول بعدم وجوب القضاء كى لايجب الوصية به عجيب فلعله لذلك ترك المصنف القضاء عن الصلوات على الولى فـى كتاب الصلاة لكنه ذكره فى كتاب الصوم ولافرق بينهما راجع ج-٩ ص٣٠٦ فقد مرمايدل على القضاء هناك

مثل قوله عليه السلام لايقضيه الامسلم عارف وقوله يقضى عنه اولى الناس به وح لولم يكن له ولى بقى على ذمته ولايبرء ذمته عن التكليف المحققة الابالوصية

ثم انه كما يقدم الوصية على توريث الورثة من التركة فكذلك الدين فاذا كان مديونا بالناس او بالله تعالى خمسا او زكاتا ونحوهما كان اللازم اولاً دفع الحقوق التى على ذمته ثم انتقال المال اليهم فلايجوز لهم التصرف فى التركة قبل ذلك وهذا اذالم يكن الدين محيطا بالتركة والا فلاينتقل اليهم اصلا لعدم مال للميت ح كى يرثه الورثة لكن المسألة مع وضوحها عندى كانت فى غاية الاشكال عند القوم بحيث كانوا متحيرين وشخص واحد منهم ذواقوال من كون التركة منتقلة الى الورثة اولا اليهم ولاالى الغرماء حتى يؤدوا حق الغرماء

وكيف كان فان المسألة مشكلة عندهم جداً مع ان مقتضى القواعد اولاً تقدم ديون الناس ثم ديون الله كالخمس والزكاة ثم الوصية ثم الورثة اماتقدم حقوق الناس على الله من حيث انه لايصح مع ديون الناس هو الاتيان بحقوق الله وصرف مالهم فى حقوق الله فالمديون بالناس باى نحو كان لايصح تركته صرف الحج والزكاة بلا اداء ديون الناس فاذا دارالامر بين اخراج ذمته عن حقوق الناس اوالله مع العلم بان تقدم حق الله مستلزم لذهاب اموال الناس فلايجوز قطعا و لو كان النص على خلافه كما يمكن ان يكون كذلك فى الحج لكنه معارض مع قواعد الشرع وروايات اخر ومثل لايحل" مال امرء الابطيب نفسه فلولم يرض صاحب المال بصرف ماله فى الحج لم يصح الحج

والحاصل ان انتقال التركة الى الوارث مع استيعاب الدين فى غاية الاشكال والاقوال فى غاية الاختلاف بل لم يتكلم الاكثر فيها وجودا وعدما الامع نوع ترديد و مدرك القائلين بالانتقال استحالة بقاء الملك بلا مالك لان الميت لايملك شيئا بعد الموت وارتفع يده عن ماله فلولم ينتقل الى الوارث لزم كون المال بلامالك ومدرك القائلين بالعدم ظاهر الاخبار و الاية المقيدة بكونه بعد وصية يوصى بها اودين فمع

الدين لاينتقل الى الورثة فاجابوا عن كون المال بلا مالك بان التركة باقية على ملك الميت حكما حتى يظهر امر التركة والغرماء و ظاهر البعض لايكون التركة داخلة بعدالموت لافى ملك الغرماء ولا فى ملك الميت بل يقع المال بلا مالك معلقا حتى يظهر الحال .

وفى الجواهر فى مقام نقل اقوال القائلين بانتقال التركة الى الورثة قال خلافا لقواعد الفاضل وجامع المقاصد والمبسوط فى النقل الاخر والتحرير ، والتذكرة . وقضاء المختلف ،وحجر الايضاح ، و وصاياه ،و حواشى الشهيد ،وقضاء المسالك و مواريثه ، ومواريث كشف اللثام ، فاختاروا الاول ، بل ربما استظهر من بعضهم أنه المشهور .

ومن التذكرة الاجماع عليه،حيث قال الحق عندنا أن التركة تنتقل الى الوارث لمعلومية عدم بقاء المال بلامالك ،كمعلومية عدم كونه فى المقام للغرماء للاجماع بقسميه و غيره ، بل والميت ضرورة كون الملك صفة وجودية لاتقوم بالمعدوم كالمملوكية ولذا لم يدخل فى ملكه جديداً اذ لافرق بين الابتداء و الاستدامة و قضاء الدين من ديته ،ومما يقع فى شبكته بعدموته أعم من ملكيته لذلك، فتعين كونه للوارث انتهى

وحاصل ادلة هؤلاء ما ذكرته آنفا وذكر فى هذا الذى قدمت آنفا .

ومحصل الجميع لولا انتقال التركه الى الورثة لزم كون الملك بلامالك لانقطاع الملك عن الميت فلا بدّ وان ينتقل الى الورثة حتى لايلزم كونها بلامالك اقول يرد على هؤلاء القوم اولاظهور صحيح عبادبن صهيب أوموثقته عن أبى عبدالله عليه السلام «فى رجل فرط فى اخراج زكاته فى حياته ، فلما حضره الوفاة حسب جميع ما فرط فيه ممايلزمه من الزكاة ، ثم أوصى به أن يخرج ذلك فيدفع ألى من يجب له قال : جائز يخرج ذلك من جميع المال ، أنما هو بمنزلة دين لو كان عليه ، ليس للورثة شى ء حتى يؤدوا ماأوصى به من الزكوة » وصحيح سليمان بن خالد عنه عليه السلام

أيضاً «قضى أمير المؤمنين فى دية المقتول أنه يرثها الورثة على كتاب الله ، وسهامهم اذا لم يكن على المقتول دين» فى كون التركة بعد الوصية والدين والاشكال فيهما انما يكون من الاجتهاد فى مقابل النص وثانيا معنى الدين المستوعب عدم تحقق تركة فى البين للميت وانتقالها الى الورثة متوقف على ثبوته والغرض كانت التركة مساوية مع الديون فلا مال للميت حتى يرثه الوارث فانه كل ما للميت كان للناس و ذمته مشغولة لهم بحيث لو كان فى زمن حياته فى مقام الدفع لم يبق له شيىء ومنه يعلم فساد قولهم كانت التركة باقية بحكم مال الميت كى لايلزم الملك بلامالك فانه مع فساده فى نفسه لامال للميت حتى يكون بحكم ماله .

والقول بعدم جواز تصرف الورثة على هذا القول لاينتج شيئا لانه فيما كان لهم مال فمنعوا عن التصرف فيه كالراهن حيث يكون له عين مرهونة ولايجوز له التصرف فيها لكونها متعلقة لحق المرتهن والوارث ليس لهم شيىء والتصرف فرع ثبوت شيىء لهم وثالثا عدم جواز التصرف الا بعد رد حقوق الغرماء انما يصح لو بقى بعد شيىء ومع عدمه يكون الحكم بذلك لغواً محضا ورابعاً كون ديون الميت يحل بالموت ولو كانت مؤجلة محل اتفاق الجميع فنسئل حينئذ ان صيرورته حالا لماذا فان كان لاجل الدفع الى الغرماء فليس للورثة شيىء مع الاستيعاب .

فاذا لم تنتقل الى الورثة فاى" مانع لعدم الانتقال الى الغرماء فان قلت لو لم ينتقل لزم كون المال بلامالك قلت بمجرد الموت ينتقل ماله اليهم فينتقل عن ذمة الميت الى صاحبيهم فان الفرض ينحل الديون المؤجلة و كل يريد صاحبه فلايكون المال بلامالك فان قلت الاجماع على عدم انتقال المال الى الغرماء قلت مضافا الى معارضة الاجماعات على الثبوت والعدم وعدم حجيته مع كون الكتاب والسنة على خلافه انه لاوجه لذلك بعد الامر بعدم الدخول فى ملك الورثة فلا مناص الا عن الانتقال الى الغرماء واشد اشكالا ماعن ابن ادريس من عدم الدخول لا فى ملك الورثة ولا الغرماء بل تكون معلقة على انقضاء الدين مع انه لو استحال الملك بلامالك لاستحال مطلقا ولو فى زمان قليل وعدم

الانتقال الى الورثة مذهب المصنف فى كتاب الميراث رزقنا الله الوصول والبلوغ اليه فقال هناك مالفظه :

الرابع اذامات وعليه دين يستوعب التركة لم ينتقل الى الوارث و كانت على حكم مال الميت وان لم يكن مستوعباً انتقل الى الورثة مافضل وما قابل الدين باق على حكم مال الميت انتهى .

وفى المسالك بعده قال انمالم ينتقل التركة مع وجود الدين على الوارث لان الله تجعل الارث بعد الدين بقوله تعالى من بعد وصية يوصى بها او دين فاذا كان الدين مستوعباً لم يتحقق الارث اذ ليس بعده شيىء يورث وان لم يستوعب فالفاضل عنه ينتقل الى الوارث عملا بظاهر الاية وهذا اختيار الشيخ والاكثر وقيل ينتقل الى الوارث مطلق لكنه يمنع من التصرف فيها الى ان يوفى الدين لاستحالة بقاء ملك بغير مالك والميت لا يقبل لملك والديان لاينتقل الى ملكهم اجماعا ولاالى غير الوارث فتعين انتقالها الى الوارث انتهى .

وقدظهر مافيه مما بيناه وهو اختيار الجواهر ايضا .

واورد على صحيح عباد هووغيره بمالايرضى صاحب الدين بمثل عدم سوقه لبيان نفى ارث الورثة وانه لامعنى لارادة نفى الملك بعد الاجماع على النفى فقال ماهو لفظه ومماذكرنا يظهر لك النظر فى الاستدلال بصحيح عباد المعلوم عدم سوقه لبيان ذلك، وأنه لامعنى لارادة نفى الملك منه بعد الاجماع المزبور ، وتخصيصه بمقابل الوصية والدين مناف لظاهره ، أذلايرجع لفظ حتى فيه الى معنى محصل ، ضرورة أنه يكون معناه ليس لهم ذلك حتى يؤدّوه وحمله على خصوص التأدية من غير التركة كماترى فلابد من حمله حينئذ على جواز التصرف أو استقرار الملك أو غير ذلك ، و كذا صحيح سليمان .

و يرد عليه اولا فساد قوله عدم سوقه لبيان ذلك وثانيا نفى ارادته الملك مع الدين للاجماع مع انه صرح بنفى الارث مع الدين والوصية اربع مرات متصلة فى

سورة النساء وتخصيصه بمقابل الوصية والدين غير مناف بظاهره بعد تعليله بان لفظ حتى لايرجع الى معنى محصل وهو لولم يكن عليه لم يكن له فانه صريح على اعترافه بانه ليس لهم ذلك المال حتى يؤدوه هل يكون لقوله ليس لهم اى للورثة ذلك المال معنى اخر والمعنى ليس للورثة التركة حتى يؤدوه اى لم يكن مالكا لما فى ايديهم بعد موت المورث حتى يؤدّوا اموالهم .

وبهذه المناسبة عبّر عليه السلام بقوله حتى يؤدوه اذ التركة فى ايديهم فهى بمنزلة الامانة التى يجب رده الى صاحبه واغرب من الجميع قوله فلا بد من حمله على جواز التصرف او استقرار الملك فهل يكون معنى قوله ليس للورثة شيىء هو ليس لهم التصرف اوليس لهم استقرار الملك مالم يؤدوا اموال الغرماء وبعده يكون لهم ملك المستقر مع ان الكلام فى صورة استيعاب الديون للتركة فلايبقى للورثة مال بعد ذلك كى يكون مستقرا لهم فانه لامعنى له فى الدين المستوعب اذليس له زمان لاستقرار الملك حيث لم يبق شيىء لهم بعد الاداء وهو محل النزاع لاغير المستوعب الذى يكون للورثة بعد اداء حقوق الغرماء .

نعم لو كان المراد بالاية هو دين الغير المحيط بالتركة صح له ذلك والفرض هو العموم فهل المعنى فى قوله ولابويه لكل واحد منها السدس بعد الوصية والدين هو ان سهم الورثة ثابت ولكن لااستقرار له مادام الوصية والدين موجودين وبعدهما استقرو هو غلط محض بعد احاطة الدين على التركة فالمعنى حينئذ ان اللازم اولا اداء الدين فان بقى شيىء كما فى غير المستوعب قدمت الوصية فى ثلث مابقى فان لم تكن فالجميع للورثة على كتاب الله وبالجملة ان نظر العرف فى الايات والروايات المتقدمة ليس الا ما ذكرناه و انهما فى مقام اداء مال الغرماء و بعده العمل بالوصية وامرها اسهل لكون الوصية فى الثلث .

وفى مفتاح الكرامة عند قول المصنف [ولو رهن الوارث التركة وهناك دين فالاقرب الصحة وان استوعب ثم انقضى الحق والاقدم حق الديان] قال ما هو لفظه

وفقه المسئلة يتوقف على بيان حال التركة اذا كان على الميت دين مستوعب لها او غير مستوعب وهى من المشكلات التى تعم بها البلوى وقد اضطربت فيها الفتوى حتى من الفقيه الواحد فى الكتاب الواحد بل فى الباب الواحد كما ستسمع (وتنقيح البحث) ان يقال الى ان قال واختلفوا فى مواضع (الاول) ما اذا كان الدين مستوعبا للتركة فهل تبقى على حكم مال الميت ولا تنتقل الى الورثة او تنتقل اليهم ويكون تعلق الدين بها كتعلق الارش برقبة الجانى فيصح للورثة له التصرف ويحتم عليهم اداء الدين المساوى لها او كتعلق الدين بالرهن فلا ينفذ تصرفهم الامع الاجازة من الغرماء او يكون تعلقا مستقلا برأسه محتملا لنفوذ تصرف الورثة وعدمه .

(الثانى) ما اذا لم يكن الدين مستوعبا الى ان قال (وكيف) كان فالقائل بان التركة تبقى على حكم مال الميت ولا تنتقل الى الورثة الشيخ فى الخلاف وكذا المبسوط كما نقل عنه وابن ادريس فى وصايا السرائر وباب قضاء الدين عن الميت والمحقق فى الشرائع فى باب المواريث والقضاء والقصاص والمصنف فى الارشاد والشهيد فى ميراث الدروس وقد مال اليه او قال به الفخر فى رهن الايضاح ومثله والده فى وصايا المختلف وهو ظاهر المقنع والنهاية وفقه الراوندى بل هو ظاهر الخلاف او صريحه فى باب الفطرة فيمن اوصى بعبد ثم مات قبل هلال شوال ولم يقبل الموصى له الا بعد ان هل فانه قال لايلزم احدا فطرته وقضية ذلك كما فهمه منه فى السرائر انه يبقى تلك المدة بلا مالك وهو مذهب الاكثر كما فى المسالك والكفاية والمفاتيح .

وفى (السرائر) لاخلاف فى ان التركة لاتدخل فى ملك الورثة ولا الغرماء بل تبقى موقوفة على قضاء الدين وقال فى باب قضاء الدين انه الذى تقتضيه اصول مذهبنا وقد استدلوا عليه باستمرار طريقة الناس على دفع النماء فى الدين اذ لو اقتصر مقتصر على دفع الاصل فى الدين دون النماء لانكروا عليه اشد انكار وبقوله جل شأنه (من بعد وصية يوصى بها او دين) ولقد تكررت هذه الكلمة الشريفة فى حديث واحد من دون تقادم عهد اربع مرات الخ .

اقول هذه العبارات متفقة على انه التركه لاتنتقل الى الورثة ولاآيات الواقعة فى سورة النساء متصلة قدصرحت بمثل من بعد وصية يوصى بها اودين اربع مرات فهل الانصاف اجازان يقول الانسان بعدم الانتقال الى الغرماء فلم لوتنتقل التركة الى صاحب الدين فلم صرح عزمن قائل اربع مرات متصلا بذلك فهل الاجماع مقدم على الكتاب مع ان الاجماعات متخالفة .

وبالجمله عدم انتقال التركة الى الورثة مستلزم للانتقال الى الغرماء والالزم كون الملك بلامالك والاجماع غيرحجة فى مقابل الكتاب والسنة والحاصل ان كان المانع لعدم الانتقال الى الغرماء لزوم الملك بلامالك يعجل التركة للغرماء حتى لايلزم الملك بلامالك والتوجيهات الواقعة من الظرف فى قوله من بعد وصية كلها باردة فمع انه لايرى قدحا وبأسا فى كون التركة مع استغراق الدين الغرماء كان يقينيا قطعا واذا فرض ان الدين محيط بالتركة معناه لامال للورثة فالقول بانها للورثة حينئذ عجيب ومع احاطة الدين بالتركة لامجال لتقدم الوصية ايضا اذ الوصية انما تكون فى مال الموصى و مع عدمه كانت الوصية باطلة اذهى موجبة لذهاب مال الناس ولايعقل ان يوصى الانسان بمال الغير فاذا لم يكن دين للميت كانت الوصية مقدمة بمعنى اخذ ثلث ماترك لها ثم بعده كان للوارث ثم انه قده بعد نقل صحيح عباد بن صهيب او موثقته المتقدم واثبات كونه صحيحا بل على فرض كونه موثقة كانت حجة قال وهى ظاهرة او صريحة فى المراد ولا قائل بالفرق بين الوصية با لزكوة وغيرها ثم نقل صحيح سليمان بن خالد المتقدم .

ثم قال بعد ان ساقه ولا يخفى عليك ان هذه الادلة الثلثة تدل على عدم الانتقال الى الورثة وان لم يستوعب الدين التركة فليتأمل وقد ذهب ناس الى ان الميت ممن يملك على الحقيقة كما يبقى عليه الدين بل قيل قد يتجدد له الملك بعد الموت كملكه لديته ولما يقع فى شبكته كما هو خيرة وصايا الروضة و مال اليه الفخر فى ميراث الايضاح ونسبه الى بعض ولعله اراد المحقق فى باب القصاص فيهما اذا شهد الوارث

على جرح الموروث قبل الاندمال وكانهم استندوا الى انهم اجمعوا على ان ديونه تقضى من ذلك وتنفذ وصاياه ولا طريق له الا الملك والحق ان ذلك كله على حكم ماله بحكم الدليل الذى دل على ذلك اى ان الميت فى حكم المالك له لعصمته به عن تعلق ملك غيره به وصرفه فى مصالحه وانى يملك الميت وبالموت تزول عنه الاملاك

وما ذكره فى وصايا جامع المقاصد من الاتفاق على أن المال لايبقى بلامالك فلعله يريد ماتفق العلماء على نفيه من انه لايبقى بلامالك ولامن هو فى حكمه والا فكيف يتم له ذلك والاكثرون من القدماء على ان التركة لايملكها الوارث اذا أحاط بها الدين لكن كلامه فى الوصايا صريح فى أن المال لابد له من مالك حقيقة فلايجدى هذا التأويل ثم انه معارض باجماع السرائر وقد سمعته وقد أطبقوا على أن من مات ولا وارث له الا مملوك انه يشترى من التركة ويعتق ليرثها قد بقى المال فى هذه المدة بلامالك ومثله مالو أوصى بأن يصرف مال معين فى الصلوة أو الصيام أو الحج أو شراء الاجر والجص لبناء القناطر ونحو ذلك مما هو كثير (وقد أجاب) عن الوصايا المذكورة بأن المال الموصى بصرفه فى ذلك ملك الورثة ولم تدر ماذا يقول فيمن مات ولا وارث له الا مملوك ولعله يريد الاتفاق بينه وبين خصمه فى ملك الوصية او اتفاقا حدث فيما قارب عصره لكن الشهيد ممن يوافق الخلاف كما عرفت (وأما) القول بأن التركة فى الفرض المذكور للورثة .

ثم نقل اقوال القائلين بان التركة للورثة الى آخر عبارتهم ولنا ان نقول ما معنى لقولهم ان التركة بحكم مال الميت فان الظاهر منهم ان هذا لاجل عدم بقاء الملك بلامالك .

ففيه اولا ان المال الاصلى بجرد الموت قد خرج عن ماليته له فضلا عن الذى بحكم ماله وبلا دليل .

وثانيا ان معنى كونه مال الميت ولو حكما لازمه كونه مال الغرماء فكما ان كل مال الميت للغرماء فكذلك ماهو بحكمه ومجرد كونه بحكم ماله لاينفع فى عدم صيرورته

للورثة فهذا الاشكال انوارد ان على اصحاب هذا القول بل لامانع فى صيرورته التركة الى الغرماء بمجرد موته اذ الفرض ان اموالهم عند الميت فلا يكون له شيئا سوى اموال الغرماء غاية الامر لايكون بصدد اعطاء اموالهم عمدا اوعذرا .

وثالثا ان الديون الذى للاشخاص على ذمة الميت كيف يكون بحكم مال الميت ولو سلم ذلك فانما يسلم اذا كان له فى زمن حياته حقيقة فيقال بعده بحكم ماله مثل اثمار اشجاره وسائر نماآته فانه حيث لايملك حقيقة بعد الموت فيمكن كونه بحكم امواله واين ذلك ومال الغرماء الذى كان على ذمته واخره حتى مات عمدا اوضرورة او كانت مؤجلة .

وبالجملة القائلين بانتقال المال الى الوارث مدركهم لزوم الملك بلامالك والقائلين بعدم الانتقال الى الغرماء هو الاجماع عليه واجابوا عن لزوم الملك بلامال بان المال فى حكم مال الميت والاخير اعجب من غيره فان المال امر وجودى لايتعلق بامر عدمى والميت من حيث الانسانية المكلفة بالاحكام بحكم العدم فكيف يتعلق المال به بعد موته و ما معنى كونه بحكم مال الميت اذ المال اما يكون لمالك او لايكون وكونه بحكم ماله وجه ثالث لانفهم معناه لان الفرض ان الميت غير قابل للمالكية سواء كان مالا حقيقة او بمنزلة مال مثلا النماآت الغير الحاصلة فعلا لايكون مالا بل بمنزلة مال بمعنى انه اذا تحقق فى الخارج محفوظاً عن الحوادث كان داخلا فى الملك فالمنزلة نتيجته جعل ما فى حكمه بمنزلة نفسه ففى الحقيقة كان هو تعميما للمال والكلام فى قابلية المالك للملك وان الميت غير قابل له سواء كان نفس المال او ماهو بمنزلته فالميت بمنزلة الجماد .

فكما لايصح المالكية والمملوكية للجماد فكذلك للميت سواء كان ملكا حقيقية اومابحكم الملك فمع انه لامعنى له لادليل عليه نعم قد يتوهم ان الدليل عليه مادل على ان الميت فى حكم المالك ويرد عليه بعد عدم تصوره بانه معارض بمادل على ان الميت بمجرد موته انقطع عنه ماله فلاشىء له الا ماجعل له الشارع كالثلث ان اوصى

به فى زمن حياته والافلاشيىء له بل جعل الثلث ايضا دليل على انه بمجرد الموت قد خرج يده عن جميع مافى تحت اختياره ثم لوسلم هذا الدليل كان الظاهر منه انه بحكم المالك لامالك حقيقة ولعله مجاز باعتبار قبل الموت فكثيراً ما يقال ان هذا بحكم ذا كمايقال الشعير بحكم الحنطة اوالفقاع بحكم الخمر ومعناه بحكمه فى بعض الاثار لاالجميع حتى فيما علم خلافه كما فى الدين المستوعب .

والحاصل التعميم فى الملك غير التعميم فى المالك فان الثانى انما يتم فيما كان قابلا للتعميم فلامعنى للحكم بانه فى حكم مال الميت ولاللاجماع بانه لم ينتقل الى الغرماء لعدم حجيته بعد ثبوت النص على كونه لهم .

وكيف كان فالاقوى عندى كون التركة للغرماء ولايجوز للورثة التصرف فيها اصلاو كذا لايجوز التصرف للغرماء لامكان التجاوز فى حقوق كل واحد حتى يتعين بالحاكم الشرعى فكلاهما ممنوعان عن التصرف لكن فى الورثة لعدم المالكية وفى الغرماء لعدم التعين الااذا كان عين ماله مشخصا معلوما فيجوز له اخذه بعد الموت كانت معاملته مع الميت مؤجلة اوحالّة اونقدا مع عدم وصول ثمنه لبقاء العين على الجميع وحلّ المؤجل بالموت واما الثمرة بين القولين فعلى المختار كانت النما آت للغرماء ايضا وعلى قول القائلين بانتقال المال الى الورثة كانت لهم وان كان ذلك لايتصور فى الدين المستوعب فان المفروض على ذلك ايضا كان عليهم رد جميع التركة الى الغرماء فكونهم مالكا انما يكون بحسب الصورة واما القول بان لهم ردالديون من غير التركة وهودليل على ان التركة ملكالهم ففيه مالايخفى لجواز ان يؤدّ المديون مال الدائن سواء كان من نفس ماله او من غيره فهو لايكون دليلاعلى ملك الورثة ثم ان الكلام الى هنا فى الدين المستوعب بخلاف غير المستوعب فانه ينتقل الى الورثة بمقدار لم يكن للغرماء غاية الامر ممنوعة عن التصرف حتى يؤدّ واحق الغرماء

ويدل عليه ماعن ابى نصر انه سئل عن رجل يموت ويترك عيالا وعليه دين أينفق عليهم من ماله ؟ قال : ان استيقن أن الّذى عليه يحيط بجميع المال فلاينفق

عليهم وان لم يستيقن فلينفق عليهم من وسط المال .

وما عن عبدالرحمن بن الحجاج ، عن أبی الحسن عليه السلام مثله الا أنه قال : ان كان يستيقن ان الذی ترك يحيط بجميع دينه فلاينفق وان لم يكن يستيقن فلينفق عليهم من وسط المال . والروايتان صريحتان فی عدم ملك الورثة وانه ان استيقن باحاطة الدين فلاينفق علی العيال كما ان صريحهما ايضا هو التفصيل بين المستغرق وغيره ووجهه واضح فانه علی احاطة الدين كان المال للغرماء وعلی عدمه كان بعضه لهم فيجوز الانفاق علی الاهل والعيال من حقهم .

نعم ورد فی خبر مرسل ظاهر فی احاطة الدين ومع ذلك امر عليه السلام بالانفاق علی الاهل وهو ماعن ابن سماعة ، عن سليمان بن داود «أو بعض أصحابنا خ» ، عن علی بن أبی حمزة ، عن أبی الحسن عليه السلام قال : قلت : ان رجلا من مواليك مات وترك ولداً صغاراً وترك شيئاً وعليه دين وليس يعلم به الغرماء ، فان قضاه بقی ولده وليس لهم شیء ، فقال أنفقه علی ولده وفی الوسائل ذكر الشيخ أن هذا غير معمول به لما تقدم انتهی ووجهه ان ظاهره عدم تأدية حقوق الغرماء رأسا ويمكن حمله علی صورة الضرورة والانفاق ولو بعنوان القرض او دفع حقوقهم من اموال آخر لو كان لهم ذلك ثم انه الی هنا كان الكلام فی وصايا المريض ای المعلقة علی الموت ومن هنا كان الكلام فی معاملاته المنجزة من التبرعات المحضة اونحوها وقد اشار اليه المصنف بقوله .

﴿وفی منعه من التبرعات المنجّزة الزائدة عن الثلث خلاف بيننا﴾ فالعبارة صريحة فی وقوع الخلاف فی المنجزات المتبرعة بلاعوض وانه هل يكون مشروطا بعدم الزيادة عن الثلث ايضا اويجوز ولو فی جميع امواله وفی الجواهر بعد العبارة مالفظه فخيره الكلينی ، والصدوق ، والشيخين ، والسّيدين ، والقاضی ، وابنی ادريس والبراج ، وسعيد ، والابی ، والاردبيلی ، والخراسانی ، والحر العاملی ، والطباطبائی وصاحب الرياض ، علی ماحكی عن بعضهم عدم المنع ، وأنها من الاصل كالصحيح ، بل عن كشف الرموز نسبته الی الاكثر ، وفی الرياض أنه المشهور بين القدماء ظاهراً بل

لعله لاشبهة فيه ، بل فى هبة الانتصار ، والغنية الاجماع عليه ، للاصل بمعنييه ، وقاعدة التسلط وحسن- ابى شعيب المحاملى - بابراهيم عن أبى عبدالله عليه السلام الانسان أحق بماله مادام الروح فى بدنه الخ وهو قوى جدا بل شهرتهم مقدمة على شهرة المتأخرين .

لكن ﴿و﴾ مع ذلك كله قال ﴿الوجه المنع﴾ من التبرع بالزائد فلاينفذ على الورثة الامع اجازتهم بحيث لولم يجز الورثة التبرعات المنجزة لايصح ماصدر عنهم عليهم السلام فى التنفيذ الافى الثلث .

وفى المسالك بعد قول المصنف قل احترز بالتبرعات عن المعارضات فى مرض الموت كالبيع فانه يصح اذا وقع بثمن المثل ولو اشتمل على محاباة فهى من جملة التبرعات والمنجزة المعجلة فى حال الحيوة كالهبة والعتق والمحابات فى الثمن وتزويج المرئة نفسها بدون مهر المثل واجارة نفسه كك وفى وقوع هذه وشبهها من اصل المال اومن الثلث قولان احدهما انها من اصل ذهب اليه جماعة من المتقدمين منهم المفيد والشيخ فى احد قوليه وابن ادريس لانه مالك فكان تصدف فى ملكه ماضياً كما لوتصرف صحيحاً وعليه شواهد من الاخبار الاان فى طريقها عماراً وسماعة وهما فاسدا الراى لكنهما ثقتان والثانى انها من الثلث ذهب اليه جماعة من المتقدمين منهم الصدوق والشيخ فى احد قوليه واختاره عامة المتاخرين ومنهم المصنف ره وهو الاقوى للنصوص الكثيرة الدالة عليه بعضها بالمفهوم وبعضها بالمنطوق واستثنى منه مواضع يأتى انشاءالله انتهى .

قال فى الخلاف : تصرف المريض فيما زاد على الثلث اذا لم يكن منجزا لايصح بلاخلاف وانكان منجزاً مثل العتاق والهبة والمحاباة فلاصحابنا فيه روايتان احديهما انه يصح والاخرى لايصح وبه قال الشافعى وجميع الفقهآء ولم يذكروا فيه خلافاً .

[دليلنا] على الاولى الاخبار المروية من طرق اصحابنا وذكرناها فى الكتاب الكبير انتهى ظاهر العبارة ان كون المنجزات من الثلث مذهب جميع اهل السنة ومنه

یعلم وان اخبار الثلث موافقة للعامة فقول المصنف غیرتام .

وکیف کان فظاهر المصنف والجواهر کون المنجزات من الثلث والظاهر من المشهور وصاحب الحدائق خلاف ذلك قال فی حدائقه فی کتاب الحجر ماهو لفظه المرض والمریض ممنوع من الوصیة بمازاد علی الثلث اجماعاً ، کمانقلوه مالم یجز الورثة ، بمعنی أنه ممنوع من ایقاعها علی جهة النفوذ بدون اجازتهم ، لابمعنی انها یقع باطلة فی حد ذاتها ، فهی صحیحة موقوفة علی انه أجاز وصیته بجمیع ماله ، ورده بأن الروایة قاصرة ، وحملت علی من لاوارث له ، أوماذا أجاز الورثة .

اقول : قال العلامة فی المختلف : المشهور عند علمائنا کافة أن الوصیة تمضی من ثلث المال ، وتبطل فی الزاید الامع الاجازة .

وقال علی بن بابویه : فان أوصی بالثلث فهو الغایة فی الوصیة ، فان أوصی له کله فهو اعلم ومافعله ، ویلزم الوصی انفاذ وصیته علی ماأوصی .

واحتج علی ذلك بروایة عمار الساباطی عن الصادق علیه السلام «قال : الرجل أحق بماله مادام فیه الروح ، ان أوصی به کله فهو جایز له» .

والروایة ضعیفة ، والمطلوب مستبعد ، والاحادیث الصحیحة معارضة لهذه الروایة ، مع ان الشیخ تأولها علی من لاوارث له ، أوعلی ماذا أجاز الورثة الی آخر کلامه (زید فی مقامه) .

وماذکره (قدس سره) من ان مستند الشیخ المذکور هو هذه الروایة تکلف منه کما هی قاعدته فی تکلف الادلة للاقوال التی ینقلها فی هذا الکتاب ، وانما مستنده هو کتاب الفقه الرضوی ، ومنه أخذ العبارة ، بلفظها فأفتی فی رسالته بها کما أوضحنا مثله فی کتب العبادات فی مواضع عدیدة فانه علیه السلام قال فی الکتاب المذکور «فان أوصی رجل بربع ماله فهو أحب الی من أن یوصی بالثلث فان أوصی بالثلث فهو الغایة فی الوصیة فان اوصی بماله کله فهو أعلم بمافعله ، ویلزم الوصی انفاذ وصیته علی ماأوصی به» وهی کماتری عین عبارة الشیخ المذکور ، ولکن الکتاب المذکور لما لم یصل

اليهم تكفلوا الدليله بهذه الرواية ، وأنت خبير بأن فتوى الشيخ المذكور بعبارة الكتاب المذكور مع منافاتها لجملة من الاخبار المروية فى الاصول المعتمدة دليل واضح على صحة الكتاب المذكور ، وثبوته عنه عليه السلام عنده .

واختلف الاصحاب ـ فى منعه من التبرعات المنجزة الزايدة على الثلث ـ على قولين مشهورين ، وكل منهما معتضدة بجملة من الاخبار ، والذى يقرب عندى من الاخبار المشار اليها هو عدم المنع ، وأن مخرج الوصية على الوجه المذكور من الاصل دون الثلث ، كما هو القول الاخر ، والمراد بالمنجزة يعنى المعجلة فى حال الحياة كالهبة والعتق والصدقة ونحو ذلك انتهى عبارته فى الحجر .

ولايخفى انه قده قد ذكر كثيرا بمثل ان عبارة الصدوق او الصدوقين عين عبارة فقه الرضوى وان ذلك دليل على صحة الكتاب عنده وقد اعجب هنا من حيث انه مع اعترافه بان الفتوى المذكور مناف لجملة مع الاخبار المروية قال انه دليل على صحة هذا الكتاب وثبوته عنه عليه السلام عنده وذلك لان الفتوى اذا كان على خلاف النصوص المروية كان موجبا لوهنه ومجرد احتمال وقوفهم على مدرك ثبوت الحكم مع عدم وقوفى الينا فى غايه الاشكال وكيف كان فها هنا مقامان المقام الاول فى اصل هذه المسألة والمقام الثانى فى نبذة من الكلام فى حجية هذا الكتاب حيث ان صاحب الحدائق كان كرارا قال بان هذا الفتوى من الصدوق مطابق لكتاب فقه الرضا عليه السلام .

فنقول فيما يتعلق بالمقام ان مسألة كون المنجزات من الاصل او الثلث فى غاية الاشكال نصا وفتوى والمشهور كون المنجزات من الاصل معللا بان الانسان مادام الروح فى بدنه كان له اختيار ماله فيكون من الاصل ولو كان تمام المال ومن العجيب ان صاحب الجواهر كان فى مقام توجيه كلام الصدوق القائل بانه من الاصل بما يرجع الى ان خلافه غير قادح فى المقام ووجه كونه لعجيباً ان ذلك صح فيما كان المخالف منحصرا فيه لا الاكثر فقال فى جواهره .

وخلاف على بن بابويه غير قادح أوغير ثابت ، لانه قال كما فى المختلف : «فان أوصى بالثلث فهو الغاية فى الوصية ، وان أوصى بماله كله فهوأعلم بما فعله ، ويلزم الوصى انفاذ وصيّته على ماأوصى» وهوعين المحكى عن فقه الرضا ، ولعله بعد قوله هو الغاية غير صريح فى الخلاف ، ويكون قوله يلزم الى آخره كلاماً مستأنفاً .

كماأن قوله ـ وان أوصى بماله ـ الى آخره محمول على ارادة الغاء وصيته أوعلى ارادة حمل ذلك لووقع منه على الوصية بما يخرج من أصل المال من دين أونذرأو كفارة أونحوذلك ، حملا لتصرفه على الوجه الصحيح ، اذالكتاب والسنة قد توافقا علىوجوب انفاذ الوصية ، وعدمجواز تبديلها الامع الحيف ، وهولايثبت بالاحتمال ، وهذا وان كنالم نقل به ، الا انه به يخرج عن الخلاف عما نحن فيه ، ضرورة رجوعه الىحمل اطلاق الوصية بجميع المال على الوجه الصحيح ، وهو غير الوصية بالزائد على الثلث فيما لم يعلم عدم خروجه عن أصل المال من وجوه البر أوالعطية أونحو ذلك انتهى .

وفى الحدائق ايضاقال فى كتاب الوصايا ماهو لفظه اختلف الاصحاب (رضى الله عنهم) فى منجّزات المريض ، والمراد بها المعجلة حال الحياة اذا كانت تبرعاً كالمحابات فى المعاوضات من البيع باقل من ثمن المثل ، والشراء بأزيد منه ، والهبة والصدقة والوقف، والعتق، وبالجملة فمااشتمل على تفويت المال بغيرعوض، كالهبة وما بعدها ، والمحاباة كالاولين ، ونحوهما ، هل يخرج من الاصل أوالثلث ؟ مع الاتفاق على أنه لوبرء ، من مرضه لزم ذلك ، وكان مخرجه من الاصل ، وانما الخلاف فيما لومات فى مرضه ذلك، فذهب الشيخان فى النهاية والمقنعة وابن البراج وابن ادريس الى أنه من الاصل وهذا القول هو الظاهر عندى من الاخبار بعد النظر فيها بعين التأمل والاعتبار ، واليه مال جملة أفاضل متأخرى المتأخرين ، كالمحدث الشيخ محمد بن الحسن الحر العاملى ، والفاضل المولى محمد باقر الخراسانى فى

الكفاية ، والمحدث الصالح الشيخ عبدالله بن صالح البحرانى (قدس الله أرواحهم) انتهى .

قال السيدالمرتضى فى الانتصارفى الهبة : ومماانفردت به الامامية انمن وهب شيئاً فى مرضه الذى مات فيه اذاكان عاقلا مميزا تصح هبته ولايكون من ثلثه ، بل يكون من صلب ماله .

وخالف باقى الفقهاء فى ذلك ، وذهبواالى أن الهبة فى مرض الموت محسوبة من الثلث ، دليلناالاجماع المتردد ، ولان تصرف العاقل فى ماله جايز وماتعلق للورثة بماله وهو حى حق فهبته جائزة ، ولذلك صح بلاخلاف نفقة جميع ماله على نفسه فى مأكل ومشرب .

فان قيل : أى فرق بين الهبة فى المرض والوصية فى المرض ، قلنا الهبة حكمها منجّز فى الحال وماتعلق فى حال الحيوة حق لوارث المال المورث ، والوصية حكمها موقوف على الوفاة ، وبعد الوفاة يتعلق حق الورثة بمال المورث فوجب أن تكون محسوبة من الثلث انتهى .

والعبارة صريحة فى انه مما انفردت به الامامية و لاينافى اختلافهم ايضا فى الثلث لانه الاول فى المتقدمين الذين قربوابزمان الائمة والثانى فى المتاخرين الذين بنائهم كثيرا على الاصطلاح الجديد فى الروايات وتقسيمها باقسام اربعة الصحيح و الممدوح والموثق والضعيف فعليه ينسبون الروايات الواردة فى المقام بالضعف وظنى ان ضرره بالدين لكثير ولازمه طرح اكثر الروايات الصادرة قطعا عن الامام بما هو معيار الصحة والسقم عندالقدماء .

فمنشأ الخلاف هو الروايات والمسألة مشكلة نصا وفتوى لماعرفت وان كان مادل على الثلث على وفق العامة الذين كان الرشد فى خلافهم وفى مفتاح الكرامة قدجعل قول الماتن خلاف المشهوربعد جمعه كثيرا من الاقوال بعده فقال بعدقوله .

[ويحجر على المريض فى التبرعات كالهبة والوقف والصدقة والمحاباةفلا

تمضى الامن ثلث تركته وان كانت منجّزة على رأى] ماهو لفظه مشهور كما فى المهذب البارع وهو الاظهر فى فتاوى أصحابنا كما فى ايضاح النافع وعليه الفتوى كما فى التنقيح وعليه عامة المتأخرين كما فى حجر المسالك والاكثر وسائر المتأخرين كما فى وصاياه وعليه المتأخرون كما فى غاية المراد ومجمع البرهان والنصوص به متواترة كما فى جامع المقاصد .

و فى موضوع آخر منه انه قد دلت عليه صحاح الاخبار وفى (المفاتيح) ان الاخبار به أكثر وأشهر وقد حكاه المصنف فى المختلف والشهيد فى غاية المراد عن الصدوق وأبى على والشيخ فى المبسوط وظاهر كلام الشيخ فى الخلاف وتبعهما من تأخر عنهما فى الحكاية عن هؤلاء وستعرف الحال فى ذلك كله .

نعم لاريب ان المحقق ومن تأخر عنه مطبقون على ذلك الامن ستعرفه لكن المحقق والمصنف والشهيدين فى موضوع من النافع والارشاد وغاية المراد وموضع من المسالك لم يرجحوا واحد من القولين و كذا الشيخ فى موضعين من المبسوط أحد هما باب الوقف والراوندى فى فقه القرآن وفى عتق الغنية العتق فى مرض الموت من أصل التركة ان كان واجبا وان كان تبرعا فهو من الثلث وقد يظهر منه دعوى الاجماع عليه .

وقد يتوهم من ذلك انه يخالف مايأتى من ان المنجزات من الاصل و ليس كذلك لان هذا فى الوصية وبمثل ذلك قال فى الخلاف وصرح بانه فى الوصية (والقول) بأنها أى المنجّزات من الاصل خيرة (الكافى والكلينى - خ) والفقية والمقنعة والانتصار والتهذيب والاستبصار والنهاية والخلاف فى مواضع منه الهبة والشفعة والوصايا والمبسوط فى موضع منه والمهذب فيما اذا أعتق فى الحال والوسيلة والغنية فى موضعين منها والسرائر فى ثلاثة مواضع وجامع الشرائع فى باب الوقف و كشف الرموز ومجمع البرهان فى باب الحجر والكفاية والوافى والوسائل والهداية والرياض وهو المحكى عن الكلينى والقاضى أيضا ولعل وجه حكايته عن ثقة الاسلام هو انه عقد باب صاحب

المال أحق بماله مادام حيّاً ثم ساق الاحاديث الدالة عليه خاصة ولم يذكر شيئا من روايات القول الاخر وهو لازم لسلار كما ستسمع وهو ظاهر نكت النهاية .

وفى (كشف الرموز) انه مذهب الاكثر و فى (الرياض) انه المشهور بين القدماء ظاهرا بل لعله لاشبهة فيه جدا و فى موضع من السرائر انه الصحيح من المذهب التى تقتضيه الاصول وفى موضع آخر وهو باب الوصية قال انه الاظهر فى المذهب وعليه الفتوى وبه العمل لان للانسان التصرف فى ماله ونفقة جميعه فى مرض الموت بغير خلاف وفى (هبة الانتصار والغنية) الاجماع عليه وهو أى الاجماع ظاهر مهور السرائر أيضا كما ستسمع قال فى (الانتصار) وقد تقدمت العبارة آنفا .

وقال فى (مهور السرائر) والصحيح من المذهب ان العطاء المنجّز فى حال مرض الموت يخرج من أصل المال لامن الثلث لانه لاخلاف ان له أن ينفق جميع ماله فى حال مرضه فلو كان ماقاله بعض أصحابنا صحيحا لما جاز ذلك ولما كان تصح منه النفقة محال انتهى وتدل عليه الاخبار الكثيرة وقد عقد له فى الوافى بابا وسرد فيه احد عشر خبر الى ان قال بعد نقل الاخبار مالفظه ايضا فلا تلتفت الى ماقاله الشهيد ان والمحقق الثانى والكاشانى من أن الاخبار به غير صحيحة ولعل هذا هو الذى جراهم وغيرهم على المخالفة لقدماء الاصحاب العالمين بالسيرة و استمرار طريقة الشيعة ومنهم خرجت الاخبار وبهم عرفنا السيرة والاثار مضافا الى ماسمعته من الاجماعات والشهرة فى المتقدمين المتقدمة فى مثل المقام على الشهرة المتأخرة مضافا الى الاصل بثلاثة معان والاستصحاب اصالة صحة العقود وأدلة تسلط الناس على أموالهم عقلا ونقلا كتابا وسنة واجماعا وعموم أدلة صحة الهبة والعتق والمحاباة مثلا لو فعلها فى مرضه مضافا الى اطباق العامة على القول بأنها من الثلث كما فى الانتصار والمبسوط والسرائر وظاهر الغنية والتذكرة والرشد فى خلافهم فالاخبار المخالفة وان صح بعضها تحمل على التقية أو على الوصية أو على الاستصحاب وان الاولى ترك المال للورثة مع عدم صحيح صريح فى كونها كالوصية .

ثم نقل بعض الاخبار واخدش فيها ثم قال بعد كلام طويل (هذا) أقصى مايمكن أن يقال فى ترجيح القول الاول وأنت قد عرفت الحال فى ذلك كله فليس هناك دليل يوجب على الفقيه المصير اليه بحيث يخصص أصول المذهب و قواعد الشريعة واستمرار السيرة مضافا الى اعتضادها بالاخبار الصحيحة الصريحة المخالفة لجميع العامة الغير القابلة للتأويل انتهى .

والانصاف ان الحكم بضعف اخبار الاصل والحكم بانها غير صحيحة عجيب من هؤلاء وله جرءة على الله وصاحب الشريعة وقال شيخنا المرتضى فى وصاياه ما لفظه الاقوى ان ما اصطلح عليه الفقهاء وعبروا عنه بمنجّزات المريض محسوب من الاصل الى ان قال خلافا للمحكى عن الاسكافى والصدوق والمبسوط فى باب الوصية والغنية فى باب العتق وكتب المتحقق والعلامة والشهيدين والمحقق الثانى وفخر الأسلام والتنقيح بل عليه عامة المتأخرين كما قيل بل ظاهر الخلاف فى باب العتق دعوى جماع الفرقة واخبار هم عليه وعن المحقق الثانى ان النصوص متواترة .

واستدل له باصالة عدم صحة المعاملة بالنسبة الى الزائد عن الثلث ولم اتحقق معناه وما ذكره فى المختلف من ان امضاء الوصية من الثلث والقول بخروج العطايا المنجّزة من الاصل ممالايجتمعان لاشتراكها فى المقتضى لحصر الوصية فى الثلث وهو النظر فى حق الورثة كما نبه عليه فى الاخبار مثل قوله ان الوصية ترد الى المعروف عن المنكر فمن ظلم نفسه واتى فى وصيته بالمنكر والجنف فانها ترد الى المعروف وترك لاهل الميراث ميراثهم وقال على عليه السلام لاما ابالى اضررت بولدى أم سرقهم ذلك المال دل على التسوية فى عدم المشروعية بين السرقة والأضرار بالورثة المتحقق تارة بالوصية بازيد من الثلث وآخر بالمحاباة فى ضمن العقود المنجزة مع ان خروج المنجزات من الاصل يوجب اختلال حكمة حصر الوصية فى الثلث لامكان التجاء كل من يريد الزيادة فى الوصية الى عقد منجّز فيعا وض جميع ماله بدرهم فرارا عن رد الوصية الى ان قال بعد نقل بعض الاخبار المستدل بها على المنع مالفظه وفى

الكل نظراما الاصل فلوضوح فساده واما مافى المختلف من ان المقتضى لحصر الوصية النظر فى حق الورثة فهو وان كان بمايستفاد من الأخبار الاان التتبع فى احكام المسئلة وفى غيرها من احكام الفقه يوجب الجزم بكونها حكمة فى الحكم لاعلة يدور معها الحكم وجوداً وعدماً والالكان مايتلفه المريض فى مرضه محسوبا من الثلث .

واما ماذكر من لزوم اختلال الحكمة المقتضية لحصر الوصية فى الثلث فنظائره فى الفقه اكثر من ان يحصى فان بيع الاثمان يعتبر فيه التقابض بخلاف الصلح عليها فيجوز الالتجاء الى الصلح وكك الربا على فرض اختصاصها بالبيع مع ماذكر فى محله من الحيل الشرعية لتحصيل مايراداخذه من الربا وبالجملة فنعم الشيء الفرار من الحرام الى الحلال كماورد فى اخبار الربا جوابا عن اعتراض بعض العامة على الامام عليه السلام الراجع الى ماذكرهنا من لزوم اختلال حكمة تحريم الربا و اما مادل من الاخبار على ان الانسان لايستقل بالتصرف فى ازيدمن ثلثه فى آخرعمره فالظاهر منها الوصية انتهى وفى بلغة الفقيه مالفظه اذاتبين لك ذلك كله فلنرجع الى الاقوال فى المسئلة وادلتها فنقول القول بنفوذه من الاصل هو المحكى عن المقنعة و اختاره الشيخ فى النهاية والخلاف وهوصريح الانتصاروالغنية وبنى حمزة والبراج وادريس وكشف الرموز والقمى ره فى اجوبة مسائله وجدى فى الرياض و ولده الخال فى المناهل الى ان قال وها نتلوعليك جملة من عباراتهم تسهيلا للوقوف عليهاعندالحاجة.

قال الشيخ فى هبة النهاية و الهبة فى حال المرض صحيحة اذا قبضها و ليس للورثة الرجوع فيها فان لم يقبضها ومات كان ما وهب راجعا الى الميراث وكك ما يتصدق به فى حال حيوته والبيع فى حال المرض صحيح كصحته فى حال الصحة اذا كان المريض مالكا لرأيه وعقله وقال فى ف فى باب الهبة اذا وهب فى مرضه المخوف شيئا واقبضه ثم مات فمن اصحابنا من قال لزمت الهبة فى جميع الموهوب ولم يكن للورثة فيهاشئ ومنهم من قال يلزم فى الثلث ويبطل فيما زاد عليه وبه قال جميع الفقهاء دليلنا على الاول اخبار الطائفه المروية فى هذا الباب والرجوع اليها هو الحجة فى المسئلة

وفيه ايضاً فى باب الوصية تصرف المريض فيما زاد على الثلث اذا لم يكن منجزاً لايصح بلاخلاف وان كان منجزاً مثل العتاق والهبة والمحابات فلاصحابنا فيه روايتان احديهما انه يصح والاخر انه لايصح وبه قال الشافعى وجميع الفقهاء ولم يذكروا فيه خلافاً دليلنا على الاول الاخبار المروية من طرق اصحابنا ذكرناها فى الكتاب الكبير

وفيه ايضاً فى باب الشفعة اذا باع فى مرضه المخوف شقصاً وحابى فيه من وارث صح البيع ووجبت به الشفعة بالثمن الذى وقع عليه البيع وعند الفقهاء يبطل البيع لان المحابات هبة ووصية ولاوصية لوارث ويبطل فى قدر المحابات الى ان قال دليلنا ان هذا بيع صحيح فمن جعل فيه وصية فعليه الدلالة وقال فى ثرفى باب الهبات اذا وهب فى مرضه المخوف شيئا واقبضه ثم مات فمن اصحابنا من قال تلزم الهبة فى جميع الشىء الموهوب سواء كان الثلث او اكثر من الثلث وهو الصحيح من المذهب الذى يقتضيه الاصول .

وايضاً فيه فى باب الوصية لان ذلك ليس بتدبير وانما ذلك عطية منجزة فى الحال والعطايا المنجزة صحيحة على الصحيح من المذهب لاتحسب من الثلث بل من اصل المال .

وايضاً فى موضع آخر منه قال محمد بن ادريس ره ان أراد بانه بت عتقه فى حال حيوته ولم يجعله مدبرا بعد موته فانه ينعتق جميعه ولايستسعى فى شىء لان هذه عطية منجّزة فى الحال الى ان قال الاعلى مذهب من قال من اصحابنا ان العطايا المنجزة تكون ايضاً مثل المؤخرة تخرج من الثلث اذا كانت فى مرض الموت والاول هو الاظهر بين الطائفة وعليه الفتوى وعليه العمل وفيه ايضاً فى باب المهور من كتاب النكاح .

والصحيح انه اذا ابرئته من مهرها سقط جميعه وصح الابراء لان هذا جميعه ليس بوصية وانما هو عطية منجزة قبل الموت والوصية بعد الموت وانما هذه الرواية على مذهب من قال من اصحابنا ان العطاء فى المرض وان كان منجزا يخرج من

الثلث مثل العطاء بعدالموت والصحيح من المذهب انالعطاء المنجزفى حال مرض الموت يخرج من اصل المال لامن الثلث لانه قدابانها من ماله وتسلمها المعطى وخرجت من ملك المعطى لانه لاخلاف انله ان ينفذجميع ماله فى حال مرضه فلو كان ماقاله بعض اصحابنا صحيحاً لما جازذلك ولما كان يصح منه النفقة بحال .

وقال السيد فى الانتصاروممما انفردت به الامامية الى آخر عبارته المتقدمة آنفا

وقال فى الغنية فى باب الهبة والهبة فى المرض المتصل بالموت محسوبة من اصل المال لامن الثلث بدليل الاجماع المشار اليه وقال ابن البراج فى الوصية اذا جمع بين عطية منجزة وعطية مؤخرة دفعة واحدة ولم يخرجا من الثلث كيف يفعل بهما الجواب اذا جمع بين ذلك ولم يخرجا من الثلث قدمت العطية المنجّزة لانها سابقه ويلزمه فى حق المعطى فيجب فيها ماذكرناه من التقديم على المؤخرة التى لم تلزم انتهى فتأمل وقال فى الوسيلة فى باب الوصية فان اوصى فى حال الصحة اوفى المرض الغير المخوف اوالمشتبه ونجز كان من اصل المال انتهى وظاهره يعطى القول به من الثلث وان كان المحكى عنه على لسان غير واحد القول به من الاصل وفى كشف الرموز بعدذكرادلة القولين والاشبه ان جميع تصرفاته من الاصل لوجوه الى ان قال الرابع لفتوى اكثر الاصحاب .

وقال السبزوارى فى الكفاية واما التبرعات المحضة كالهبات والصدقات ومافى حكمها كالبيع باقل من ثمن المثل والشراء بازيد منه فى القدر الزائد مما اخذه من العوض فاختلف الاصحاب فى حكمها فقيل انها تمضى من الثلث وقيل من الاصل وهو اقرب للاصل انتهى ماارید من عبارته من نقل الاقوال ولقد انصف ايضا فى قوله وبالجملة فالانصاف ان هذه الروايات وافية الظهور فى الدلالة على النفوذ من الاصل سيما ماكان فيها مقابل للوصية النافذة من الثلث .

واما ما استدل به على النفوذ من الثلث فاخبار بعضها لاظهور فيه على المدعى بل على خلافها اظهر و بعضها مع ضعف السند متضمن لما لايلتزم به احد وبعضها لو

سلم ظهوره فمع معارضته لما هواقوی منه دلالة لاتکافؤ ماتقدم من ادلة الاصل انتهی

ولقد اجادولایکاد ینقضی تعجبی من الاعلام کیف رضوا بذلك وتطمئن نفوسهم بطرح الروایات المصرحة بکون الاختیار للانسان فی التصرف فی امواله مادام الروح فی بدنه أليس ذلك مطابقا لحکم العقل و هل یجوز طرح الروایات الصریحة فی ذلك لاجل شبهات واهیة مع امکان الجمع بحمل عدم الجواز من الاصل علی الوصیة مضافا الی صراحة اکثرها فیها تدبر حتی تفهم

وکیف کان فما یدل علی القول المشهور بین المتقدمین من کون المنجّزات من الاصل کثیرة جدا اطلاقا وخصوصا ومما یدل علی الاصل باطلاقها خبر العجلی عن ابی عبدالله علیه السلام قال لصاحب الوصیة ان یرجع فیها ویحدث فی وصیته مادام حیا [وما عن عبدالله بن سنان] عن ابی عبدالله ع قال قضی امیر المؤمنین ع ان المدبر من الثلث ان للرجل ان ینقض وصیته فیزید فیها وینقص منها مالم یمت .

وخبر العلل عن محمد عن ابی عبدالله ع قال المدبر من الثلث وقل للرحل ان یرجع فی ثلثه ان کان اوصی فی صحة اومرض ونحوه ما زرارة عن ابی عبدالله ع قال سألته عن المدبر أهو من الثلث قال نعم وللموصی ان یرجع فی وصیته فی صحة کانت وصیته اومرض

وخبر عبدالرحمن بن سیابة عن ابی عبدالله علیه السلام قال اذا مرض الرجل فاوصی بوصیة عتق اوتصدق فانه یرد ما اعتق وتصدق و یحدث فیها مایشاء حتی یموت و کذلك اصل الوصیة [ومکاتبة العبیدی] قال کتبت الی علی بن محمد علیه السلام رجل اوصی لك جعلنی الله فداك بشیء معلوم من ماله واوصی لاقرباءه من قبل ابیه وامه ثم انه غیر الوصیة فحرم من اعطاه واعطی من حرم أیجوز ذلك فکتب علیه السلام هو بالخیار فی جمیع ذلك الی ان یاتیه الموت .

وجه تاییدهذه الاخبار اطلاق قوله ویحدث مایشاء لما انفق و بذل فی ماله مطلقا فی مرضه فاطلاق هذه الطائفة عم ماذا بذل ماله فی حال مرضه بل هوصریح قوله

ان يرجع فى ثلثه فان الرجوع فيه بان يجعله اكثر من الثلث ولايكون حينئذ الامنجزا حيث ان الوصية قوامها بالثلث فيظهر منه ان الحيى يجوز له التصرف ماشاء .

ويدل على كونها من الاصل [صحيح محمد بن مسلم] «سألت أباعبدالله عليه السلام عن رجل حضره الموت فأعتق غلامه وأوصى بوصية وكان أكثر من الثلث ؟ قال : يمضى عتق الغلام ويكون النقصان فى مابقى» صريح السؤال كونه سؤالا عن المنجز والمعلق والاول هو العتق فسئل عن انه وقع من المريض ثم بعده اوصى فاجاب عليه السلام بمضى العتق من حيث انه منجز ومن الاصل لوقوعه عن مالك المال بخلاف الثانى فانه مشروط بعدم الزيادة من الثلث فيكون النقصان عليه بل منه يعلم الاستدلال بحسنة عنه أيضاً « فى رجل أوصى باكثر من ثلثه ، وأعتق مملوكه فى مرضه فقال : ان كان أكثر من الثلث ، يرد الى الثلث ، وجاز العتق» صرح عليه السلام بجواز العتق الذى هو منجز

والانصاف انه مع هذه الطوائف من الروايات الجامعة فى صحة منجزات المريض من الاصل صريحا وظهورا بل عند التحقيق لم يكن رواية على خلافها لم يكن ريب وشك فى المنع وعدم النفوذ ومرسل جامع المقاصد المريض محجور عليه الافى وثلثة فى برهان القاطع قال وفيه مع الارسال انه غير موجود فى شىء من كتب الحديث

وكيف كان فيدل على كون المنجزات من الاصل كتابا وسنة بالخصوص واما كتابا فقوله تعالى «فان طبن لكم عن شىء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئا» .

وفى الصحيح عن زرارة «عن أبى عبدالله عليه السلام فى حديث قال : فقال : «فان طبن لكم عن شىء منه نفسا» وهذا يدخل فيه الصداق والهبة» .

والتقريب أنه دل باطلاقه على مايشمل الصحة والمرض ، فتكون الاية دالة بمعونة تفسيرها بالخبر المذكور على صحة الهبة فى مرض الموت مطلقاً من غير تقييد بالثلث كذا قربها فى الحدائق وفيه تامل واضح ومن السنة كثيرة منها لايحل مال امرء الاعن طيب نفسه وهو حاصل فى المقام .

ومنها مارواه المشايخ الثلاثة رض فى الموثق عن عمار الساباطى « أنه سمع

أباعبدالله عليه السلام يقول : صاحب المال أحق بماله مادام فيه شيء من الروح ، يضعه حيث يشاء » .

ومرسلة ابن ابی عمير فی فی عنه عليه السلام فی رجل أوصی باکثر من الثلث واعتق مملوکه فی مرضه فقال ان کان اکثر من الثلث رد الی الثلث وجاز العتق بارادة جوازه من الاصل لامن الثلث وهو واضح حيث صرح بعدم جواز خصوص الوصية اکثر من الثلث وبجواز العتق المنجّز وما رواه فی الکافی والتهذيب عن سماعة « قال : قلت لابی عبدالله عليه السلام الرجل يکون له الولد أيسعه أن يجعل ماله لقرابته ؟ قال : هو ماله يصنع به مايشاء ، الی أن يأتيه الموت » .

ورواه المشايخ الثلاثة عن أبی بصير عن أبی عبدالله عليه السلام مثله .

وعن الکافی فانه رواه بطايق آخر الی أبی بصير عنه عليه السلام وزاد فيه «ان لصاحب المال أن يعمل بماله ماشاء مادام حياً ان شاء وهبه ، وان شاء تصدق به ، وان شاء ترکه ، الی أن يأتيه الموت ، فان أوصی به فليس الا الثلث ، الا أن الفضل فی أن لايضع من يعوله ، ولايضر بورثته» .

ومارواه فی الکافی والتهذيب فی الحسن بابراهيم بن هاشم أوالصحيح عن أبی شعيب المحاملی عن أبی عبدالله عليه السلام قال : الانسان أحق بماله ما دامت الروح فی بدنه» .

وعن ابراهيم بن أبی بکر السمال الازدی عمن أخبره «عن أبی عبدالله عليه السلام قال : الميت أولی بماله مادام فيه الروح» .

وما رواه فی الکافی والفقيه عن مرازم عن بعض أصحابنا « عن أبی عبدالله عليه السلام فی الرجل يعطی الشيء من ماله فی مرضه ؟ فقال اذا أبان فيه فهو جائز ، وان أوصی به فهو من الثلث .

وفی الحدائق المراد بقوله « أبان فيه » أی ينزه وعزله وسلّمه الی من أعطاه ايّاه ولم يعلق اعطائه علی موته انتهی .

ومارواه المشايخ الثلاثة رض عن عمّار الساباطي في الموثق «عن أبي عبدالله عليه السلام قال : الميت أحق بماله مادام فيه الروح يبين به فان تعدى فليس له الاالثلث» وفي الحدائق هكذا في الفقيه وبعض نسخ الكافي ، وفي التهذيب عوض «فان تعدى» فان قال بعدى ، وهو الانسب . بقوله يبين به ، وفي بعض نسخ الكافي هكذا «قال : قلت له : الميت أحق بماله فيه الروح ويبين به ؟ قال : نعم ، فان أوصى به فليس له الاالثلث» وهذا هو المناسب انتهى .

وما رواه المشايخ الثلاثة عن عمار بن موسى «عن أبي عبدالله عليه السلام قال : الرجل أحق بماله مادام فيه الروح ، ان أوصى به كله فهو جائز له» وهذا الخبر حمله الشيخ بالنظر الى ماتضمنه عجزه تارة على وهم الراوي ، وأخرى على فقد الوارث وثالثة على ماذا أجاز الورثة .

وما رواه في التهذيب في الموثق عن عمار الساباطي «عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل يجعل بعض ماله لرجل في مرضه قال اذا ابانه جاز وهذه هي الروايات الدالة على كون المنجزات من الاصل وقد نقلها في الحدائق والجواهر وغيرهما واجماعاتهم عليه مطابقة لقاعدة سلطنة الناس على اموالهم من غير ان يزاحمه شيئي من العقل والشرع اما العقل فواضح من حيث ان الانسان مختار مسلط على امواله التي يحصلها على مشقة وزحمة وكد يمين خصوصا اذا كان مقصوده التصرف في الامورا لاخروى وخصوصا فيما علم كون الوارث من اهل الفسق والجور .

واما الشرع فلا يزاحمه الافي مازاد عن الثلث ان كان بنحو الوصية والتعليق فلا ينافي مازاد عنه بل الكل فيما كان منجزا فكما يجوز له ذلك في غير المرض فكذلك في حال المرض الذي يموت وماورد في الثلث محمول على التقية فان العامة كلا على كونها من الثلث والراويات الكثيرة صريحة في الاصل فالترجيح لمادل على كون المنجّزات من الاصل على فرض التكافؤ فضلا عن عدمها .

هذا كله ادلة العقول بان المنجزات من الاصل وفي مقابلها مادل على القول الاخراى الثلث .

واظهرها رواية على بن عقبة عن هارون بن مسلم عن مسعدة بن صدقة «عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهما السلام أن رجلا من الأنصار توفى وله صبية صغار . وله ستة من الرقيق فأعتقهم عند موته ، وليس له مال غيرهم ، فأتى النبى صلى الله عليه وآله فأخبر فقال : ماصنعتم بصاحبكم ؟ قالوا : دفناه قال : لوعلمت مادفناه مع أهل الاسلام ، ترك ولده يتكففون الناس .

ولايخفى ان ظاهره صحة كونه من الاصل والذم باعتبار احتياج ولده واهله فمنه رواية على بن عقبة «عن الصادق عليه السلام فى رجل حضره الموت فأعتق مملوكاً له ليس له غيره ، فأبى الورثة أن يجيزوا ذلك كيف القضاء فيه ؟ قال : مايعتق منه الاثلثه ، وسائرذلك ، الورثة أحق بذلك ولهم مابقى»

ولايخفى ان مورده هو ايضاً احتياج الورثة ولايبعد عدم الجواز فى مثل هذه الصورة بل المقصود من الجواز هو لوخلى وطبعه مع قطع النظر عن طرو الطوارى والافربما يترتب عليه القتل ومفاسد اخر فلايجوز وموثقة سماعة «قال : سألته عن عطية الوالد لولده ؟ فقال أما اذا كان صحيحاً فهوله يصنع به ماشاء فأما فى مرض فلايصلح» وهو لايدل على ازيد من الكراهة وصحيحة الحلبى «قال : سئل أبوعبدالله عليه السلام عن المرأة تبرء زوجها من صداقها فى مرضها ؟ قال : لا»

وموثقة سماعة قال : سألته عن الرجل يكون لامرأته عليه الصداق أو بعضه فتبرءه منه فى مرضها ؟ قال : لاولكنها ان وهبت له جاز ماوهبت له من ثلثها» وهو وماقبله يعارضهما ماتقدم من قوله تعالى فان تبن لكم عن شىء الخ فهما حينئذ مخالف للكتاب فلاحجة لهما حينئذ ورواية أبى ولاد «قال : سألت أباعبدالله عليه السلام عن الرجل يكون لامرأته عليه الدين فتبرءه منه فى مرضها ؟ قال : بل تهبه له فتجوز هبتها له ، ويحسب ذلك من ثلثها ان كانت تركت شيئاً» ويظهر مافيه من الاية والجواب الجواب

وصحيحة على بن يقطين «قال : سألت أباالحسن عليه السلام ماللرجل من ماله عند موته ؟ قال : الثلث والثلث كثير وفيه انه ظاهر فى الوصية وانه للانسان عند الموت فى

الوصية اى مقدار قال الثلث ولانظر فى صرف ماله منجزاولايعارض امثال ذلك مثل قوله الميت احق بماله مادام فيه الروح بل عجيب عن الذين قالوا بعدم الجواز وكون اللازم بمقدار الثلث مع اطلاعهم على امثال ذلك وهو يكون امثال هذه الراويات داقصور سندا او دلالة والافلاوجه لطرح امثال تلك الروايات مع اعتضادها بشهرة المتقدمين الذين كانوا اعرف بموارد الروايات وصدورها وتدوينها فى كتب الاصول وشهرتها بين اصحاب الائمة وكونها محل حاجة الجميع بحيث يقع عنها السئوال كثيراً ومن البعيد كون عمل الاعلام واصحاب الائمة فى مدة كثيرة على الجواز ثم بعد مضى مدة كثيرة صارت ممنوعة وهو فى غاية بعد .

ومماذكرنا ظهر الجواب عن صحيحة يعقوب بن شعيب «قال : سئلت أباعبدالله عليه السلام عن الرجل يموت ماله من ماله ؟ قال : له ثلث ماله ، وللمرأة أيضاً » فانه كسابقه وكذا رواية عبدالله بن سنان عن أبى عبدالله عليه السلام «قال : للرجل عند موته ثلث ماله ، وان لم يوص فليس على الورثة امضاءه » وقد اجابوا عنها بوجوه مضافا الى ما عرفت

ولايخفى ما فى اخبار الحجر فانها مخالفه للعامة اولا وللكتاب ثانيا مثل قوله فان طبن لكم الخ ومعارضة مادل على عدم هبة الصداق فى المرض مع آية الطبن ثالثا واحتمال التخصيص كماترى وكون بعضها فى مقام الوصية رابعا وكون بعضها فى مورد لم يكن للورثة شيئا اصلا خامسا اذفى مثل ذلك لايجوز لامور اخر والمقام مع قطع النظر عن ذلك وكونها مخالفة للاجماع والشهرة من المتقدمين سادسا فانهم اعلم وادرى بعلوم الائمة وسيرة اصحابهم عليهم السلام وروايتهم .

وكيف كان فقدا جاب الذاهبين الى الاصل عن تلك الاخبار بمالا مزيد عليه مثل الحدائق والبلغة وغيرهم كما عرفت .

وفى الحدائق ايضا كلام فى كتاب الوصية يناسب ذكرها فى المقام قال بعد نقل الروايات المذكورة ما هو لفظه ترجيح أخبار القول الأول ظاهر من وجوه : أحدها ـ اعتضادها بظاهر القرآن بالتقريب الذى قدمنا ذكره ، وهو أحد المرجحات

الشرعية التى دلت عليها مقبولة عمر بن حنظلة وغيرها من عرض الاخبار عند الاختلاف على القرآن ، والاخذ بما وافقه وطرح ماخالفه .

وثانيها ـ أن أخبارنا مخالفة للعامة ، وأخبار الخصم موافقة لهم، كما نبه عليه كثير من أصحابنا من أن أكثر العامة على القول بمضمون الاخبار الاخيرة ، ومن أخبارهم فى هذه المسئلة ما نقله شيخنا فى المسالك عن صحاحهم «من أن رجلا من الانصار أعتق ستة أعبد فى مرضه لامال له غيرهم ، فاستدعاهم النبى صلى الله عليه واله وسلم وجزأهم ثلاثة أجزاء وأقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة ، قال (قدس سره):وعلى هذه الرواية اقتصر ابن الجنيد فى كتابه الاحمدى وهذه القاعدة أيضاً أحد القواعد المنصوصة عنهم (صلوات الله عليهم) فى مقام الترجيح بين الاخبار فى مقام الاختلاف الى ان قال وثالثها ان ما استد لتابه من الاخبار صريح الدلالة على المطلوب والمراد عارعن وصمة الطعن والايراد الى ان قال ورابعها ـ اعتضاد أخبارنا بالاجماع على صحة التصرف المدلول عليه بقوله ﷺ «الناس مسلطون على أموالهم »خرج منه ماخرج الى ان قال وخامسها ـ اتفاق القائلين من الطرفين على لزوم التصرف لو برء عن مرضه ، وأنه ينفذ من الاصل ، وهذا لاوجه له على القول الاخر ، الا باعتبار أن يكون صحيحاً غير لازم ، موقوفاً على الاجازة من الوارث ان مات ، الى ان قال وسادسها ـ ماتقدمت الاشارة اليه من عدم صلوح هذه الروايات لمعارضة ماذكرناه من الاخبار ، لما فيها من الاجمال ، بل الاختلال فى جملة منها ، والاعتلال الموجب لسقوطها عن درجة الاستدلال ، وها نحن نشير الى تلك الاخبار على التفصيل انتهى .

وقال ايضا فى مقام الرد موثقة سماعة مالفظه ومنها موثقة سماعة الاولى وفى معناها رواية جراح المدايني ، وأول ما فيهما أنه لاقائل بهما على ظاهرهما ، لان ظاهرهما المنع من عطية الوالد لولده فى المرض مطلقاً زاد على الثلث أم لا، بل بلغ الثلث أو لم يبلغ ، والحمل على معناه أنه لايصلح من الاصل ، بل يصلح من الثلث ، وان كان صحيحاً فى حدذاته ، الا أنه بعيد من سياق الخبرين ، اذ لايعتبر فى شىء

من الخبرين للاصل والثلث ، وانما السؤال عن العطية بقول مطلق ، فاجاب عليه السلام «أنه في حال الصحة يفعل مايشاء ، وفي حال المرض فليس له ذلك » .

والثاني ـ انهما أخص من المدعى ، فلاينهضان حجة على العموم .

الثالث ـ احتمال حمل العطية في المرض على الوصية ، ولعله الاقرب للاعتبار ، ليحصل به الجمع بين الأخبار ، بمعنى أنه حينئذ لايوصي له بمازاد على الثلث ، وأما في الصحة فان له أن يعطيه ماله جميعاً ، ويبينه به ، والشيخ في التهذيبين حمل حديث سماعة المذكورة تارة على الكراهة ، لانه اضرار بسائر الورثة وايحاش لهم ، وأخرى على ما اذا لم يكن على جهة الوصية ، بل يكون هبة من غير ابانة وتسليم ، واعترضه المحدث الكاشاني في الوافي ، فقال : التأويل الاول ينافيه مامر من تحريم الاضرار ، والثاني ينافيه قوله مع اشتراط الجواز بالصحة ، بينه في حديث جراح ، بل سائر مابعده من أخبار هذا الباب ، فان الابراء وهبة مافي الذمة لايفتقران الى الابانة ، فالصواب أن تحمل هذه الاخبار على ظواهرها ، ويخص المنع من العطية في المرض بمورده أعني الوارث ، وسره ماذكر في التهذيبين من الايحاش ، فان فعل حسبت من الثلث ، كما تدل عليه الاخبار الاخيرة ، انتهى .

أقول : فيه أولا أن ماذكره الشيخ من تأويل رواية سماعة بحمل المنع من عطيه الولد في المرض على الكراهة جيد ، لابأس به .

قوله «أنه ينافيه مامر من تحريم الاضرار) اشارة الى ماقدمنا نقله عنه من جملة حديث مسعدة بن صدقة الدال على قوله صلى الله عليه وآله مادفناه مع أهل الاسلام على تحريم العتق ، كذلك مردود ، بأن الظاهر انما هو حمله على تأكيد الكراهة . كما يشير اليه خبر سماعة الذى أشرنا اليه ثمة وقوله عليه السلام فيه «الأأن الفضل أن لايضيع من يعوله ، ولايضر بورثته » فان الخبر صريح في كراهية الاضرار ، دون التحريم الذى توهمه الى آخر كلامه ومن اعجب العجائب قول من زعم ان التنجيز منضر بالورثة كما حكاه عن الكاشاني ولم يتوجه بان الاضرار انما يكون في مال الغير والانسان الحي ماله

محتص به لا الغير ويكون اختياره بيده بقولهم الناس مسلطون على اموالهم وانما يجعل للورثة لو جعله معلقا على الموت مختارا فى ذلك اى فى جعله منجزا او معلقا وقد عرفت ان المنع فى بعض الموارد لجهات اخر كجعل الاهل فى مضيقة الفقر والاحتياج او كون الميت مديونا فوهب عند موته الجميع مثلا .

ثم انك قد عرفت ذهاب صاحب الجواهر الى القول بكون المنجزات من الثلث وهو العمدة فى المقام فلابد من ذكر عباراته فى الجملة والتكلم فيها قال فى هذا المقام وكذا خبر عمارة «الرجل أحق بماله مادام فيه الروح ان أوصى به كله فهو جائز» - الواجب حمله بعد معارضته بالمتواتر من النصوص على ارادة الثلث من ماله ، أو على ارادة الجواز الموقوف على اجازة الورثة أو على ارادة التنجيز من قوله «أوصى» فيكون من أدلة القائلين بكون المنجزات من الاصل .

ولا يخفى على الخبير العليم ما فيه او لا نقوله بعد معارضته بالمتواترة فان الامر بالعكس وثانيا حمله على ما ذكره فهل يصح اختيار المال وكونه احق به مع الوقوف على اجازة الورثة وثالثا قوله حمله على ارادة الثلث من ماله وليت شعرى اى مناسبة بين اوصى به كله وبين ارادة الثلث أليس هما متناقضان .

ومن العجيب رفع اليد عن الروايات الصريحة فى كون المنجزات من الاصل والتمسك ببعض المجملات حتى التجأ الى ما يضحك به الثكلى من حمل الكل على الثلث واى عاقل يفهم من الكل الذى اضعاف الثلث هو الثلث ومما استدل هو به على كون المنجزات من الثلث هو صحيح عبدالرحمان بن الحجاج فلا بأس بنقله على طوله «قال : سألنى ابو عبدالله عليه السلام يختلف ابن أبى ليلى وابن شبرمة ؟ فقلت : بلغنى أنه مات مولى لعيسى بن موسى فترك عليه ديناً كثيراً وترك مماليك يحيط دينه بأثمانهم ، فأعتقهم عند الموت فسألهما عيسى بن موسى عن ذلك ، فقال ابن شبرمة أرى أن تستسعيهم فى قيمتهم ، فتدفعا الى الغرماء فانه قد أعتقهم عند موته ، وقال ابن أبى ليلى : أرى أن أبيعهم وأدفع اثمانهم الى الغرماء ، فانه ليس له أن يعتقهم عند موته ، وعليه دين يحيط بهم

وهذا أهل الحجاز اليوم يعتق الرجل عبده وعليه دين كثير فلايجيزون عتقه اذا كان عليه دين كثير ، فرفع ابن شبرمة يده الى السماء وقال : سبحان الله يا ابن ابى ليلى متى قلت بهذا القول ؟ والله ماقلته الا طلب خلافى .

فقال أبوعبدالله عليه السلام فعن رأى أيهما صدر ؟ قال : قلت بلغنى أنه أخذ برأى ابن أبى ليلى وكان له فى ذلك هوى ، فباعهم وقضى دينه ، فقال : فمع أيّهما من قبلكم ؟ فقلت : مع ابن شبرمة ، ورجع ابن أبى ليلى الى رأى ابن شبرمة بعد ذلك

فقال : أماوالله ان الحق لفى الذى قال ابن ابى ليلى ، وان كان قدرجع عنه ، فقلت له : هذا ينكسر عندهم فى القياس ، فقال : هات قايسنى قلت : أنا أقايسك فقال : لتقولن بأشد ماتدخل فيه من القياس ، فقلت له : رجل ترك عبداً لم يترك مالاغيره ، وقيمة العبدستمأةدرهم ، ودينه خمسمأة درهم ، فأعتقه عندالموت كيف يصنع ؟ قال : يباع العبد فيأخذ الغرماء خمس مأة درهم ويأخذ الورثة مأة درهم ، فقلت : أليس قدبقى من قيمة العبد مأة درهم عن دينه ؟ فقال : بلى قلت : أليس للرجل ثلثه يصنع به ماشاء قال : بلى ، قلت : أليس قد أوصى للعبد بالثلث من المأة حين أعتقه ؟ قال : ان العبد لاوصية له ، انماماله لمواليه ، فقلت له : فان كان قيمة العبدستمأة درهم ، ودينه أربع مأة درهم فقال : كذلك يباع العبد ، فيأخذ الغرماء أربعمأة درهم ويأخذ الورثة مأتين ولايكون للعبد شيء .

قلت : فان قيمة العبد ستمأة درهم ودينه ثلاثمأة درهم ، فضحك عليه السلام فقال : من هنا اتى أصحابك جعلوا الاشياء شيئاً واحداً ، ولم يعلموا السنة اذا استوى مال الغرماء ومال الورثة ، أوكان مال الورثة أكثر من مال الغرماء ، لم يتهم الرجل على وصيّته ، واجيزت وصيّته على وجهها ، فالان يوقف هذا فيكون نصفه للغرماء ، ويكون ثلثه للورثة ويكون له السدس» .

ولايخفى ان هنابحثان الاول مايكون بين ابن شبرمة و ابن ابى ليلى والثانى بين الامام عليه السلام وبين السائل اماالاول فالظاهرعدم كون نزاعهمامرتبطا بالمقام بل يرجع

نزاعهما الى بطلان العتق وعدمه مع الدين المستغرق فان محل البحث عتق المماليك مع عدم الديون فانه فى مثل هذه الديون للرجل اعتق عبيده بحيث لايبقى للغرماء شيئى فضلا عن الورثة فقال ابن شبرمة ارى ان تستسعيهم فى قيمتهم وهو ظاهر فى صحة العتق غايته حيث كانوا للغرماء فعليهم ان تستسعيهم فى فكاك رقابهم وابن ابى ليلى قال ارى ان ابيعهم وادفع اثمانهم الى الغرماء وظاهره بطلان العتق مع الديون وانهم مال الغرماء فالعتق باطل ويباعون ويرد اثمانهم الى صاحبيه فالبيع اوالعتق وان وقع عند الموت لكنه لانظر اليه بل النظر هو الى عدم العتق عند الموت مع الدين بل لوصح العتق لما معنى للسعى فى فكاك رقابهم فان الفرض حينئذ صار واحراً ولم يشترط السعى عليهم .

والحاصل لايظهر من ذلك كون نزاعهم الى الاصل او الثلث والاكان على ابن شبرمة هو الحكم باستسعاء مازاد عن الثلث وفى مقابله قال ابن ابى ليلى ابيع مازاد عن الثلث فانه ممنوع على الفرض لانه ابيعهم كلا فالنزاع من حيث كون البيع اوالعتق من الاصل اوالثلث غير موجود بينهما .

هذا مضافا الى انه مع الدين المستوعب لامعنى لكون المال خارجا من الاصل اوالثلث فانه مع التحقيق ان التركة مع الدين المستوعب ليس للوارث اصلا كما يأتى الكلام فيه فان المال حينئذ للغرماء وللوارث انما يرث الميت مما تركه من نفسه لامن مال الناس واما فى غير المستوعب يرث مما بقى من التركة فحساب الاصل والثلث مما بقى وحيث كان الظاهر من قوله وعليه دين يحيط بهم وقوله يحيط دينهم باثمانهم هو الدين المستوعب فلايلحظ فى كل منهما من الثلث اوالاصل شيئى والامام عليه السلام قرر قول ابى ليلا بلحاظ عدم جواز العتق فى الدين المستوعب .

وبالجملة ظاهر نزاعهما انه مع الديون لايعتق المماليك عند الموت واظن انه هو الظاهر القوى واجنبى عن نزاع الاصل والثلث هذا واما سئوال الامام عن رأى ايهما تصديقه عليه السلام مع تأكيده بالقسم قول ابن ابى ليلى فظاهره كان راجعا الى نزاعهما فى الوصية المعلقة وهى محل اتفاق فى كونها من الثلث ولكن محل النزاع بين الامام

والسائل فى ان الوصية انما تصح فيما اذا كان سهم الوارث مساومع الغرماء أو اكثر.

ولذا صححها فى ستة مأة التى نصفها للوارث ونصفها للغرماء دون الصورتين قبلها فانها حيث كان سهم الوارث اقل من سهم الغرماء فلا وصية للموصى بان الوصية حينئذ مورد التهمة فيرجع النزاع حينئذ الى صحة الوصية فى الثلث مطلقا حتى فيهما كان سهم الوارث اقل اولا يصح الا فيهما كان سهم اكثر وهو ايضا اجنبى عن محل النزاع فقسمه عليه السلام فى ان الحق مع ابن ابى ليلى من حيث انه مع الدين المستغرق كان المال للغرماء لو خلى وطبعه مع قطع النظر عن طرو الطوارى وعروض العوارض وفى مثل مورد الذى يستلزم محرومية الورثة بالكل بحيث تحقق احتياجهم الى الناس لما يجوز ذلك بل الحكم بالثلث ايضا ليس لاجل عدم صحة كونه من الاصل بل من حيث استلزامه الحرمة فمقتضى اختياره مادام فيه الروح هو صحة اعطاء جميع امواله منجزاً غاية الامر يحرم فى بعض الموارد لجهات اخر مثل حرمان الورثة فى صورة احتياجهم وكما لو كان ضررا على الغرماء.

ومن جميع ذلك ظهر ايضا عدم تمامية قوله فى اثبات الثلث من الصحيح حيث قال مالفظه اذ ذيله صريح فى نفوذ العتق المنجز فى الثلث، لا الاصل، والا كان نصفه حراً، واحتمال أنه فى الوصية، لا المنجز المقطوع بفساده، أو كالمقطوع كما اعترف به فى الرياض خصوصاً بعد ملاحظة كلام الاصحاب فى حكم مضمونه فانه صريح فى ارادة التنجيز منه أو الاعم منه ومن الوصية بل جزم الشهيد الثانى بالاول، وان خالفه فيه فى الرياض، ومال منه الى تعدية الحكم المزبور الى الوصية وفاقاً للمحكى عن الشيخ، وهو لا يخلو من وجه، وأولى منه التعدية الى غير العتق من المنجزات كالهبة والوقف ونحوهما انتهى.

وجه الظهور ان ذيل الصحيح الطويل فى الثلث مسلم لكن قد عرفت ان مورده الضرورة واحتياج الورثة الى ثلاثمأة وفى مثل هذا المورد لا يجوز كونه من الاصل وجوازه لاجل بعض الامورات لا دليل على كونه كذلك مطلقا فانه على كون المنجزات

من الاصل ايضا لايجوز فيما اشتمل على الضرر وذهاب تلف الاموال وديون الناس وصورة احتياج الورثة ومورد الصحيحة كذلك لصورة مأتى درهم لجميع الورثة ذكورهم واناثهم وازواجهم كمااعترف للديان فليس للوارث شيىء حتى يصح لهم العتـق .

واما ما فى موثق الحسن بن الجهم «سمعت أباالحسن عليه السلام يقول فى رجل أعتق مملوكاً وقدحضره الموت واشهدله بذلك وقيمته ستمأة وعليه دين ثلاثمأة درهم ، ولم يترك شيئاً غيره قال : يعتق منه سدسه ، لانه انماله منه ثلاثمأة درهم ويقضى عنه ثلاثمأه درهم ، وله من الثلاثمأة درهم ثلثها ، وله السدس من الجميع» فهوافصح واصرح من الصحيح .

لكنه وان لم يصرح بالوصية فيعم المنجزة والمعلقة الاانه بعد رد النصف الى الديان ليس للورثة الامأتين ففى مثله كان النفوذ من الاصل موجبا لحرمان الوارث بالكلية فهو ظلم فى حقهم .

وقدعرفت ان الخروج من الاصل فيمالم يلزم شيىء آخرمن الموانع والافمع موانع من ذلك كفقرالورثة واحتياجهم لايجوز قطعا وانما يكون من الاصل لوبقى لهم بمقدار لم يقعوا فى مضيقة وعسر بل يمكن بذلك الجمع بين الاخبار فما منها راجعا الى الثلث فهوفيما يقعون فى عسروحرج وماكان راجعا الى الاصل فيما لم يقعوا فيه فالظاهر انه جمع متين .

وبالجملة قد عرفت مكررا من ان كونها من الاصل ظاهر الروايات الموافقة لسلطنة الناس على اموالهم .

ومن العجيب انه قده قد اتى بعبارات توجب ايجاب الرعب للفقيه مع عدم صحته رأسا نظير الرعد والبرق الذين لايكادان يكون معهما مطرا مثل قوله فقدبان لك بحمدالله وفضله أنه لامجال للقول بالاصل وأنه لاينبغى للفقيه أن يعد والقول بالثلث ، واستبعاده بانه لوبرء المريض من ذلك المرض صح من الاصل اجماعاً يدفعه

أنه لامانع من التزام الكشف به ، حينئذ كالفضولى .

مع انه قدعرفت فساده فضلاعن انه لامجال للقول بالاصل بل لعله عجيب من الفقيه ذلك اذ الامر بمكان من الوضوح من الروايات بحيث لايحتاج الى مزيد تأمل فى استفادة ذلك بل كل من له ادنى مسكة يفهم من قوله مادام الروح فى بدنه ان هذه السلطنة الموهبة له من جانب الله كيف يمكن صرفه الى الثلث او كيف يصح حمل اخباره على الضعف على هذه الاصطلاح الذى قدحدث فى زمن العلامة ره واما قوله واستبعاده الى قوله يدفعه انه الخ فاولا توضيح ذلك ان الاستبعاد على قول القائلين بالثلث لاالاصل فان ارباب القول بالاصل يقولون انه لووهب ماله فى حال مرضه زائداً عن الثلث منجزا فبرء عن مرضه صح ما وهبه لكنه بعيد عند القائلين بالثلث فانهم ان جوزوا ذلك على الثلث فلا يجوز لان المتهب صار مالكا كلا وان جوزوا كلا فهو على خلاف مذهبهم واما جوابه بقوله لامانع من التزام الكشف به .

ففيه اولا ماعرفت فى الفضولى من ان القول بالكشف مستلزم لتقدم المعلول على العلة وهو محال سواء كان كلااو باجزائه فضلا عن ان يكون ذلك قاعدة كلية جارية فى جميع الموارد وثانيا ماالمراد به فى هذا المقام فان اريد بان برءه كاشف عن بطلان كون الهبة كلافيرجع الى الثلث فهو كماترى وان اريد ان هبة كاشفة عن صحتها ثلثا فهو ابرد من الثلج .

وقد تلخص ان مااستدل للقول بالثلث طوائف من الاخبار منهامادل على انه ليس للانسان الاثلث ماله وقد عرفت انها اجنبية عن المقام الثانية روايات العتق المتقدمة ايضا وقد اجاب عنها فى بلغة الفقيه غيرها بالحمل على الوصية بعد نقلها بقوله .

وفيه مضافا الى معارضتها لمرسلة الكافى المتقدمة المتضمنة لاعابد النبى صلى الله عليه وآله المستلزمة لنفوذ العتق من الاصل والى شيوع اطلاق اعتق على التدبير والوصية به فى الاخبار و كلمات الفقهاء تبعاً لها يجب حملها على ذلك لوجود القرينة الصارفة عن الظهور لوسلم فى بعضها كخبرابى بصير الموصف فيه للوصية المعطوفة على

العتق بثم كلمة اخرى الصريحة فى كون الاولى وصية بالعتق لاعتق منجز وتقديمه للتقدم بالذكر مع كونه مدلولا عليه بثم ايضاً مع ظهور البدئة بالعتق فى بعضها والجواز مطلقا فى الاخر فى كون العتق منجزا ينفذ من الاصل والايقتضى بالاقدم فالاقدم والجواز مع وفاء الثلث به لامطلقا انتهى .

ومثل قوله واغرب شيء حمل هذه النصوص الكثير على التقية التى مع عدم قابلية البعض لها يمكن القطع بعدمها فى مثل هذه النصوص التى رواتها من البطانة ، بل لايخفى على من مارس أخبارهم عليهم السلام أن عادتهم الاشارة فى نصوص التقية اليها ، بذكر لفظ الناس ونحوه ، بل قد يقطع بعدمه فى خصوص المقام ، اذ لو كان الحكم مخالفاً للعامة عندنا لكان فى جملة من النصوص اشارة الى الانكار عليهم ، والى بيان بطلان ماهم عليه ، ومخالفتهم الكتاب أو السنة ، كما هى عادتهم ، بل لكان ذلك معروفاً بين أصحابهم نحو غيرها من المسائل العظيمة العامة ، الى غير ذلك مما يعلم به عدم خروج النصوص مخرج التقية .

وأغرب من ذلك ، مافى المسالك ـ فانه بعدما اورد منها صحيحى ابن يقطين ، وشعيب ، وأخبار ابن عقبة ، وأبى ولاد ، والحسن بن الجهم ، والخبر العامى دليلا للثلث ، ناقش فيها بأنها لادلالة فى الصحيحين الذين هما العمدة على المطلوب الذى هو قبل الموت ، بل صحيح يعقوب منهما صريح فيما بعد الموت ، كما أن الخبر الثانى باعتبار كون (عند) من ظروف المكان المقتضية للمصاحبة دلالته على الوصية ، أقوى ، بل يمكن ذلك فى خبر ابن عقبة ، اذ حضور الموت مانع من مباشرة العتق فيراد منه حينئذ الوصية وتكون النسبة اليه باعتبار أنه السبب الاقوى فى الوصية ، على أنه فى العتق خاصة ، وكذا الكلام فى خبر ابن الجهم ، أما خبر أبى ولاد فاشتماله على مايخالف المجمع عليه من صحة الابراء دون الهبة يمنع من الاستدلال به ، مضافاً الى اشتراك الجميع فى ضعف السند عدا الصحيحين» انتهى .

واكثر الاخبار الواردة تقية خال عن الناس بل المشتمل عليه قليل مع كثرة

الواردة تقية فمن احاط خبرا لجميع ماذكر تجد خلاف ماذكره وقطع بورود المناقشة من الشهيد .

ومن جملة اقواله قوله وأظرف شيء ماوقع لفاضل الرياض فى مقام ، حيث ذكر أنه فى زمنه السابق قد صنف رسالة فى المسألة قد اختار فيها الخروج من الثلث ، ثم اعتذر من ذلك بأنه قد كان فى غفلة من اجماعى المرتضى وابن زهرة ، فرجع عنه ، انتهى فهو مع ظرافته يدل على غاية فساد القول بالثلث فانه يكون بمثابة كان مثل الرياض القابل به قبلا فى مقام الاعتذار عن مثل كتابة الثلث والالامعنى للاعتذار فحيث صدر مافساده اظهر من مثله اعتذر عن ذلك واعترف باشتباهه .

ومما ذكرنا قبلا يعلم فساده وان مايجعله اغرب كان اقربا الى المقام ثم قال وبالجملة من احاط خبراً بماذكرناه من النصوص وتدبرها وتدبر اعتضاد بعضها ببعض ، يقطع بفساد هذه المناقشة ، كما أنه يقطع بفسادها من حيث السند انتهى .

وانت اذا تأملت تجد ان الامر بالعكس فقد اطال قده بمالا طائل تحته واكثرها كما رأيت وفى كثير منها فصل بين التنجيز والتعليق الظاهر فى حكم الاول والثانى حيث ان التفصيل قاطع للشركة واكثر ما ذكره خارج عن المقام وبعضها راجع الى الوصية وبعضها الى مقام احتياح الورثة او وقوع الفتنة فنهى عن الاكثر من الثلث وبعضها يرجع الى ادلة المقام مثل خبر سعد بن سعد عن الرضا عليه السلام « قال سألته عن رجل مسافر حضره الموت فدفع مالا الى رجل من التجار فقال له : ان هذا المال لفلان بن فلان ليس لى فيه قليل ولا كثير ، فادفعه اليه يصرفه حيث شاء ، فمات ولم يأمر فيه صاحبه الذى جعله له بالامر ، ولايدرى صاحبه ما الذى حمله على ذلك كيف يصنع ؟ قال : يضعه حيث شاء» فانه بحسب الظاهر كان الواجب حمل المال الى الورثة ووضعه حيث شاء خلاف لذلك لكن بدلالة الاقتضاء وصونا لكلام الحكيم عن اللغوية لابد وان يحمل على مالايرد اللغوية وهو عند جعل المال عند رجل من التجار رفع يده عنه واخرجه عن ملكه واصل ماله .

ومنها قوله قده فى رد ابن ادريس القائل بكون المنجزات من الاصل حتى فى صورة سقوط الديون فقال ولاريب فى ضعفه ، بل هو اجتهاد فى مقابل النص، وأصحابه الموافقون له فى كون المنجزات من الاصل لايوافقونه فيما اذا زاحم التنجيز الدين، بل يخصونه بالنسبة الى الورثة انتهى .

وانت خبير بان كونه من الاصل قويا لظهور الاخبار بحيث يجعله مقدما على الديون ايضا وهو يؤيد المقام ولايضر مبالغته فى مزاحمة الديون غاية الامر نحس يقبل منه كون ظهور الاخبار فى الاصل ولانقبل منه مع مزاحمته الديون اذ مع الديون لامال له حتى يكون من الاصل .

وفى الحدائق بعد الايراد على اخبار الثلث قال مالفظه وبالجملة ان لم يكن ماذكرنا هو الاظهر ، فلا أقل لان يكون مساوياً فى الاحتمال ، وبه يسقط الاستناد اليها فى الاستدلال ،ويؤيد ماذكرناه من الحمل على الوصية ، تكرر هذا المعنى فى الاخبار، ودلالتها على أن غاية ماللميت الوصية به من ماله هو الثلث . وقد تقدمت ، ولعل وجه الحكمة فى منع الشارع له من الزيادة على الثلث فى الوصية التى يكون تنفيذها بعد الموت ، وتجويز التصرف له فى حال مرضه فى ماله مطلقاً ، وان يفعل مايشاء ، ويعطيه ويبينه لمن يشاء .

كما صرحت به أخبار القول الاول ، هو أن المال بعد الموت لما ينتقل الى الورثة ، ويخرج عن ملكه وتصرفه ، فانه يسهل على النفس السخاء به ، والجود به لمن يشاء ، فمن أجل ذلك اقتضت الحكمة الربانية منعه من الزيادة فى الوصية على الثلث ، خوف الاضرار بالورثة ، والتعدى عليهم ، بل صرحت بكراهة الوصية بالثلث، رعاية لهم هذا مع حفظه له ، وشحه به وحرصه عليه ، وهذه الحكمة ليست حاصلة ، فى الحى ، وان كان مريضاً ، فان البرء ممكن ، والشح بالمال فى الجملة حاصل فيكون كتصرف الصحيح فى ماله ، لافى مال غيره ، وتو هم كون حال المريض فى معرض أن يكون للورثة بخلاف الصحيح مطلقاً ممنوع، فرب مريض عاش ، وصحيح

عجل به الموت ، كما هو المشاهد بالوجدان فى غير زمان ولامكان .

وبالجملة فان التصرف فى الصورة الاولى لما كان بعد زمان الموت الذى ينتقل فيه المال الى الوارث صار كأنه تصرف فى مال الوارث ، فمنع منه ، والتصرف فى الصورة الاخرى لما كان فى الحياة ولاتعلق له على الموت ، كان كتصرف الصحيح فى ماله ، يفعل به مايشاء الى ان قال :

وبما شرحناه يظهر لك أن أكثر هذه الاخبار غير ظاهرة الدلالة ، وماربما يظهر منه ذلك فسبيله الحمل على التقية التى هى الاصل فى اختلاف الاخبار ، وأما روايات القول الاول الذى عليه المعول ، فهى جميعاً صريحة الدلالة ، واضحة المقام ، لامجال للطعن فى دلالتها بوجه من الوجوه ، نعم بناء على هذا الاصطلاح المحدث الذى قد عرفت انه لاأصل له ، ولا دليل عليه ، بل الادلة على بطلانه لمن نظر بعين الانصاف ورجع اليه ، اتجه لاصحاب هذا الاصطلاح الطعن فيها بضعف السند ، مع أنك قد عرفت أن فيها الصحيح .

ومن أجل ماقلنا توقف شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك بعد البحث فى المسئلة فى ترجيح أحد القولين ، وتبعه المحدث الكاشانى فى المفاتيح ، كما هى عادته فيه غالباً فقال فى المسئلة المذكورة : وفى منع المريض من التبرعات المنجّزة التى لاتستلزم تفويت المال على الورثة من غير عوض زيادة على الثلث من دون اذنهم أو اجازتهم قولان : وفى الادلة من الجانبين نظر ، اذ ماصح سنده غير دال وماهو دال غير صحيح السند ولامعتبر ، الاموثق فى طرف الجواز ، مؤيد بالاصل ، وهو أن صاحب المال أحق بماله مادام حياً ، ولكنه معارض بالاكثرية والاشهرية ، انتهى .

وبالجملة فان من لايرى العمل بهذا الاصطلاح المحدث ، وانما عمله على الاصطلاح القديم فى الحكم بصحة جميع الاخبار ، فانه لايرتاب ولايشك فى صحة مااخترناه انتهى وكيف كان فالظاهر هو قوة القول بان المنجزات من الاصل وقد عرفت ان ملاك صحة الروايات هو عمل المتقدمين بها كما ان اعراضهم عنها يوجب

الوهن عليها وان كان فی غاية الصحة وعكسه قوی وان كان فی غاية الضعف .

ثم انه قديظهر من الجواهر احتمال التفصيل بالتهمة وعدمها وانه معها فمن الثلث ومع عدمها فمن الاصل قال مالفظه :

ومنه ينقدح حينئذ احتمال التفصيل بالتهمة وعدمها فی ساير المنجزات ، على معنى أنه ان كان قداتّهم بقصد الاضرار بالورثة بالتنجيز ، والفرار من الارث كان ذلك من ثلثه والا فمن الاصل ، وبه حينئذ يجمع بين النصوص السابقة وربما كان فی ذيل صحيح عبدالرحمن الطويل ايماء فی الجملة اليه ، لكن ظاهر الاصحاب خلاف ذلك ، بل يمكن دعوى الاجماع على عدم وجود اعتبار التهمة وعدمها فی المنجزات ولعله لعدم اشعار النصوص السابقة على كثرتها بذلك انتهى قدعرفت عدم ايماء من الصحيح المتقدم الى التهمة اصلاوان نزاع ابن شبرمة مع ابن ابی ليلى فی صحة العتق مع الدين المستغرق وعدمه لانه مع الدين يجب البيع ودفع ثمن العبيد الى الديان فانه مع الديون لايكون مالا للشخص كی يجوز له معاملات المحاباتية التنجيزية ولايصغى الى القول بانه حينئذ ايضا كان المال للورثة .

وسيأتی مسألة انتقال المال الى الوارث مع الديون وعدمه فی محلها وبالجملة انك قد عرفت بانه لااشارة فی النصوص الى التهمة فان المراد بالتهمة هو احتمال الكذب فاذا ادعى بالتنجيز ويحتمل فی حقه الكذب كان من الثلث والافلاای دليل يظهر منه ذلك ولوسلم اشارة اليها كيف تقدم على اخبار كثيرة .

نعم ففی صحيح العلا بياع السّابری قال : سألت أباعبدالله عليه السلام عن امرأة استودعت رجلا مالافلمّا حضرها الموت قالت له : انّ المال الذی دفعته اليك لفلانة وماتت المرأة فأتی أولياؤها الرجل فقالوا : انّه كان لصاحبتنا مال ولانراه الّا عندك فاحلف لنا مالها قبلك شیء أفيحلف لهم ؟ فقال : ان كانت مأمونة عنده فيحلف لهم ، وان كانت متهمة فلايحلف ، ويضع الامر على ماكان ، فانّما لها من مالها ثلثه .

ولايخفى ان المراد من التهمة اما تهمة المورث واما تهمة الوارث وظاهر الصحيح فى قوله ان كانت مأمونة الخ هو الاول وظاهر الدعوى هو الثانى فان الاولياء فى مقام جلب المال المقرله الى انفسهم بل الظاهر كون الصحيح ظاهرا فى الاقرار فان المرأة ادعت كون الوديعة لفلانة واقرار العقلاء على انفسهم جائز خصوصا ماورد الصحيح فى وقت الموت اللازم على الانسان هو الاقرار لكل ماعنده للناس والفرض انها اقرب بذلك فح ان اريد بالتهمة هو كذب المتوفى فالصحيح ظاهر فى كذب الاولياء فانهم واردون لمورد التهمة حيث ارادوا اخذ مايكون لفلانة والقول بالتهمة ان سلم كان المقصود به هو تهمة المتوفى وانه فى مقام عدم وصول المال الى الوارث قال المال لفلان .

والحاصل التهمة صادقة على من اريد اخذ الوديعة لنفسه لاعلى من اقر بالدين فيمكن كون المال لفلانة وقد اعطت بهذه المرأة وديعة وامانة وهى ايضا جعلتها عند الرجل لحفظها لامكان علمها بعدم حفظها لمال الفلانة فاودعت عند الرجل اللهم الاان يدعى بان ظاهر الصحيح جعل المرأة متهمة وفيه اشكال وكلام فالمرأة تدعى كون الوديعة لفلانة واوليائها يدعى كون المال لهم ارثا لالفلانة ولابينة لالمراة ولالاوليائها حتى يحكم على طبقها واحتمال الكذب للمرأة ايضا محتمل حتى لايكون المال للوارث لخصوصية فى خصوص المقام لايحب كون هذا المال للورثة او كانت نظرها الى صيرورة ماودعته للفلانة ثوابا لفقرها ولذا حكم عليه السلام بانها ان كانت مأمونة عن التهمة والكذب فلاتحتاج الى الحلف فان المورد مورد حمل فعل المسلم على الصحة وقبول قوله له .

واما مع احتمال التهمة فيحتاج الى الحلف حتى يرجع المال الى الوارث والانصاف انه هل يصح مثل هذا الصحيح قرينة لصرف اليد عن مثل ان الانسان مادام فيه الروح مختار فى صرف امواله بل يمكن ان يقال ان الصحيح ايضا من ادلة المنجزات من الاصل بيان ان المرأة أخرجت مالها للفلانة وانما جعلته عند الرجل

بعنوان الوديعة لاحتمال ان يكون مانعا فعلا للارسال الى فلانة واودعته عنده بزعم انه في اول ازمنة الامكان اعلمت بانها مال فلانة والامام عليه السلام حكم بانه للفلانة وان المرأة اخرجت منجزة للفلانة فعلى فرض عدم التهمة كان المال للفلانة ومع احتمال التهمة لم يكن للفلانة أي لم تخرجه المراة عن مالها فيكون ثلثه للميت والباقي للورثة فلو كان هذا المورد الخاص واقعا للتهمة فهل يصح جعله قرينة لجميع اخبار الابية عن التهمة بالحمل عليها .

والانصاف ان القائل بذلك بعيد عن الحق بمراحل والصحيح وارد لمقام نفوذ الاقرار غاية الامر حيث كان مورد الصحيح هو الدعوى على خلاف الاقرار حكم عليه السلام بعدم الحلف مع التهمة .

ولكن يرد عليه ان الظاهر كون الاولياء مورداً للتهمة والكذب لاجل ايصال مال الوديعة اليهم بل ويمكن ان يورد على الصحيح انه حكمه عليه السلام على خلاف حمل فعل المسلم على الصحة اذ اللازم قبول قول المرأة في كون المال لفلانة فيحمل على احسنه فمع هذا الاقرار لا محل للحكم بالتهمة وعدمها لو كان هذا هو الظاهر منه والا لزم عدم الحكم بصحة الاقرار مطلقا لاقل مورد لم يكن احتمال التهمة في البين .

وبالجملة الامر يدور بين كذب المرئة في اقرارها وبين كذب الورثة والظاهر بحكم العرف هو الثاني فانه ظاهر في ان مقصودهم عدم وصول ما اقرّ به الى الفلانة بل الى الورثة بخلاف الاقرار فان الظاهر من الاقرار عند الموت هو براءة ذمة المقصر عن مال الغير وعدم وصوله الى الورثة بلا وجه شرعي .

وكيف كان فيدل على نفوذ الاقرار ما عن اسماعيل بن جابر قال: سألت أباعبدالله عليه السلام عن رجل أقر لوارث له وهو مريض بدين له عليه ، قال : يجوز عليه اذا أقر به دون الثلث .

وعن أبي ولاد قال : سألت أباعبدالله عليه السلام عن رجل مريض أقر عند الموت

لوارث بدين له عليه ، قال : يجوز ذلك ، قلت : فان أوصى لوارث بشيء ، قال : جايز وغيرذلك .

وكيف كان فان كان المقصود هو الجمع بين الاخبار بذلك بانه ان كان فى مقام التهمة فمن الثلث والافمن الاصل وان كان فى مقام ان جميع ماظاهره كونه من الاصل كان فى مقام التهمة فيحمل على الثلث كى لايعمل على ماكان من الاصل رأسا فهو من الاعاجيب بل انسد بذلك باب استنباط الاحكام وماكان صريحا فى الاصل يطرد بالضعف ومايمكن الوسوسة فيه يحمل على التهمة .

وهو كماترى ولذا قال فى مفتاح الكرامة مالفظه : وكيف كان فما بال أصحاب هذا القول اختلفوا على أقوال والاكثر منهم انه من الاصل مع عدم التهمة ومعها من الثلث الا أن تقول انما قادهم الى ذلك ضرورة الجمع بين الاخبار (قلت) ليس فى أخبار هذه المسألة يدل على انه مع التهمة يكون من الثلث نعم فى الصحيح عن امرأة الى ان ساق الصحيح وتكلم فيه الى ان قال لعدم تصريح فيه ولاظهور فى النفوذ من الثلث

وبالجملة فى الروايات المتواترة لاتصريح بالتهمة فلايمكن جعل التهمة وعدمها قرينة لاستفادة الثلث من الاخبار المتواترة وقداورد قده فى مفتاح الكرامة على اخبار الثلث واجاد وقال فى رد خبر ابى ولاد مالفظه (ففيه) ان مضمونه لايقول به أحد كما فى المسالك لان الابراء مما فى الذمة صحيح بالاجماع كما فى المسالك أيضا دون هبة والحكم فى الخبر بالعكس حيث قال فى الرجل يكون لامرأته عليه دين فتبرؤه منه فقال بل تهبه وأما ما استدلوا به من الاعتبار من أن العطية المؤخرة عن الموت لاتنفد الا من الثلث فكذا المتقدمة مراعاة لجانب الورثة فهو مبنى على العلة المستنبطة مع انه قياس مع الفارق لان الانسان مادامت فيه الروح يحرص على المال ويخاف الفقر ولا كذلك الوصية بعد الموت وبه يجاب عن قولهم لولا كون المنجزات من الثلث لاختلت حكمة حصر الوصية فى الثلث لانه لولاذلك لالتجأ كل من يريد الزيادة فى الوصية على الثلث الى العطايا المنجزة فتختل الحكمة .

وأنت خبير بأن الخوف من البرء يمنعه عن الزيادة بخلاف ما بعد الموت فلا اختلال وهذا حاصل بالوجدان ثم على تقدير كون العلة منصوصة فى الدليل الاول فهو منقوض بالصحيح مع انسحاب الدليل وهو النظر الى الورثة والشفعة عليهم فينبغى ان يحجر عليه أيضا والفرق بان المال حال المرض فى قوة ملك الورثة فى الحال بخلاف الصحيح فغير صحيح فكم من مريض عاش أكثر من صحيح على انه ربما كان فى حال الطاعون أو المرامات التى يغيب معها الظن بالتلف أبلغ من المرض واستوضح ذلك فى الوصية فان الشارع لم يفرق فيها بين الصحيح والمريض فمنعهما الامن الثلث ولما كانت منجزات الصحيح من الاصل ولا حجر فلتكن كذلك فى المريض ولعل هذا أنسب بالحكمة اذليس ببعيد أن يكون الوجه فى الفرق بين الوصية والتنجيز سهولة اخراج المال بعد الموت على النفس حيث يصير للغير فيمنع من التجرى عليه مع حفظه له وشحه عليه لما كان حقه وماله وهذه الحكمة ليست حاصلة فى الحى صحيحا كان أو مريضا لان البرء ممكن بل المريض لاينقطع رجاؤه من الحيوة الى حال الاحتضار والشح بالمال حينئذ بالجملة حاصل فيكون كتصرف الصحيح حينئذ بماله لامال غيره انتهى .

ونظيره فى الحدائق كما عرفت .

المقام الثانى فيما وعدت بيانه قبلا مما يتعلق بحجية الفقه الرضا مؤيداً بما يتلقاه بالقبول من جمع من الاكابر خصوصا السيد الشريف البحر العلوم وذكر فى فوائده فائدة فى حجيته وكذا مامر قبل ذلك من صاحب الحدائق فى كتاب الحجر من ان عبارات الصدوقين موافقة لعبارات فقه الرضا عليه السلام فهو يدل على حجية الكتاب .

وقال ايضا فى كتاب الوصايا مالفظه : لايخفى على من وقف على ماقدمناه فى كتب العبادات فى مواضع عديدة من أن الشيخ على بن بابويه (قدس سره) أكثر ما نذكره سيما من الفتوى الغريبة انما هو مأخوذ من كتاب الفقه الرضوى ، وان كان على خلاف ماتكاثرت به الاخبار ، وهذا الموضع من جملة ذلك ، فان عبارته المذكورة

عين عبارة الكتاب حيث قال عليه السلام في الكتاب المذكور «فان أوصى رجل بربع ماله فهو أحب الي من ان اوصى بالثلث ، فان أوصى بالثلث فهو الغاية في الوصية ،فان أوصى بماله كله فهو أعلم بمافعله ويلزم الوصى انفاذ وصيته على ماأوصى به» ،انتهى

وأنت خبير - بأن اعتماد هذا الشيخ الجليل على الفتوى بعبائر الكتاب مع مخالفتها للاخبار الكثيرة كما هنا ، وقد تقدم أمثاله أيضا في غير موضع -أدل دليل على اعتماده على الكتاب المذكور وجزمه بأنه كلامه عليه السلام ولكن متأخرى أصحابنا (رضوان الله عليهم) حيث لم يصل الكتاب اليهم تكلفوا للاستدلال له ببعض الاخبار واعترضوا عليها كما هنا بعدم الدلالة أو بنحو ذلك ، وهو غفلة عما ذكرناه مما وفقنا الله اليه ، ويسر لنا الوقوف عليه انتهى .

واما عبارة السيد البحر العلوم فهي لفظه فائدة تحقيق حال كتاب الفقه المنسوب الى سيدنا ومولانا ابى الحسن على بن موسى الرضا عليه وعلى آبائه وابنائه افضل التحية والثناء مهم جدا والحاجة اليه ماسّته في هذه الاعصار المتأخرة والسبب الاقوى في اشتهاره وانتشاره هو خالنا العلامة المجلسي فانه اورده في كتاب بحار الانوار وزّع عباراته على الابواب واستند اليها في الاداب والاحكام المشهورة الخالية عن المستند وفي الجمع بين الاخبار المتعارضة وقبله والده المحدث المروج قدس الله سره الشريف فانه اول من روّج هذا الكتاب ونبّه وفي اللوامع وهو شرحه الفارسي على الفقيه على مطابقته لعبارات الصدوقين وفتاوى اكثر الاصحاب وبعدهما الفاضل الفقيه النبيه محمد بن الحسن الاصفهاني المعروف بالفاضل الهندى فقد سلكه في كتابه كشف اللثام شرح قواعد الاحكام في جملة الاخبار وعدة رواية عن الرضا عليه السلام وعلى ذلك جرى جماعة من مشايخنا الاعلام عطر الله مراقدهم ومنهم من سكن اليه واعتمد عليه وانكر جماعة وتوقف فيه آخرون ولم ينقل عنه شيخنا المحدث الحر العاملي شيئا في الوسائل وعده من الكتب المجهولة المؤلفة في امل الامل .

وربما زعم بعضهم انه تصنيف الشيخ الفقيه على ابن الحسين بن بابويه القمي

والد الصدوق و لا ريب في فساد هذا الوهم فان المغايرة بينه و بين رسالة على بن بابويه ظاهرة لامرية فيها وان وافقها في كثيرمن العبارات و كتاب الشرايع المنسوب اليه هي بعينها الرسالة الى ولده كما نص عليه النجاشي و ان اوهم كلام الشيخ في الفهرست كونه غيرها على ان مصنف هذا الكتاب قدانتسب فياوله فق يقول عبدالله علي بن موسى الرضا وقال فيباب الاغسال ليلة تسعة عشرمن شهررمضان هي الليلة التي ضرب فيها جدنا اميرالمؤمنين وفي باب غسل الميت وتكفينه قال وقدروى ابي عن ابيعبدالله (ع) ان المؤمن اذاقبره ينادي انااول حبائك الجنة وفي كتاب الزكوة روى عن ابي العالم (ع).

في تقديم الزكوة وتأخيرها اربعة اشهروستة اشهروفي باب الريا والغيبة روى حديث اللؤلؤة ثم قال وقد امرني ابي فقلت هذا وقال في موضع آخر ومما نداوم به نحن معاشراهل البيت.

وبالجملة الكتاب مشحون بما يبطل احتمال كونه لعلي بن بابويه او غيره من الفقهاء فهو اما للامام اوشيء موضوع عليه واحتمال الوضع فيه بعيد لما يلوح على هذا الكتاب من حقيقة الحق ورداء الصدق ولأن ما اشتمل عليه من الاصول و الفروع و الأحلاق مطابق لمذاهب الامامية وما صح من الائمة ولاداعي للوضع في مثل ذلك فان غرض الواصفين تزييف الحق وترويج الباطل والغالب وقوعه من الغلاة والمفوضة والكتاب خال عما يوهم ذلك.

وفي البحار كتاب فقه الرضا (ع) اخبرني به السيد الفاضل المحدث القاضي اميرحسين طاب ثراه بعد ما ورداصفهان قال قداتفق في بعض سني مجاورتي في جوار بيت الله الحرام ان اتاني جماعة من اهل قم حاجين و كان معهم كتاب قديم يوافق تاريخه عصر الرضا عليه السلام وسمعت الوالد ره قال سمعت السيد ره يقول كان عليه خطه عليه السلام وكان عليه اجازات جماعة كثيرة من الفضلاء فاخذت الكتاب وكتبته وصححته فاخذ والدي قدس سره هذا الكتاب من السيد واستنسخه وصححه

واكثر عباراته موافق لما يذكره الصدوق ابو جعفر محمد بن بابويه فى كتاب من لايحضره الفقيه ومايذكره والده فى رسالته اليه وكثير من الاحكام التى ذكرها اصحابنا ولايعلم مستندها مذكورة فيه .

وعن المولى المقدس التقى والد شيخنا الخال صاحب البحار انه قال من فضل الله علينا انه كان السيد الفاضل الثقة المحدث القاضى امير حسين طاب ثراه مجاوراً عند بيت الله الحرام سنين كثيرة وبعد ذلك جاء الى هذه البلاد يعنى اصفهان و لما تشرف بخدمته وزيارته قال انى جئتكم بهدية نفيسة وهى الفقة الرضوى .

قال لما كنت فى مكة المعظمة جائنى جماعة من اهل قم مع كتاب قديم كتب فى زمان ابى الحسن على بن موسى الرضا (ع) وكان فى مواضع منه بخطه (ع) وكان على ذلك اجازات جماعة كثيرة من الفضلاء بحيث حصل لى العلم العادى انه من تأليفه عليه السلام فاستنسخت منه و قابلته مع النسخة ثم اعطانى الكتاب و استنسخت منه نسخة اخذها بعض الفضلاء ليكتب عليها ونسيت الاخذ ثم جائنى بها بعد اتمامى للشرح العربى على الفقيه المسمى بروضة المتقين وقليل من الشرح الفارسى ثم لما تفكرت فيه ظهر لى ان هذا الكتاب كان عند الصدوق وابيه وكل ماذكره على بن بابويه فى رسالة الى ابنه فهو عبارته الانادر أوكل ما يذكره الصدوق فى هذا الكتاب بدون السند فهو ايضاً عبارته فرأيت اذكر فى مواضعه انه منه ليندفع اعتراضات الاصحاب وشبهاتهم والظاهر ان هذا الكتاب كان موجوداً عند المفيد ايضاً وكان معلوماً عندهم انه من تأليفه عليه السلام ولذا قال الصدوق افتى به واحكم بصحته انتهى موضع الحاجة .

ولايخفى بعدم الحجيّة من حيث دعوى خطه (ع) فى حاشية الكتاب واهتمام مثل هذا السيد الجليل به واعتماده عليه وكذا العلامة المجلسى وكذا المفيد وغيره على ما حكى عنهم بل تشرف السيد الى الصاحب ارواح العالمين له الفداء معروف وامكن له السئوال عن ذلك عن حضرته (ع) بل يدل عليه ظاهر عبارات الكتاب من قوله وهذا من ابى اوهذا يوم ضرب جدى امير المؤمنين (ع) .

بل رؤى خطه الشريف على الكتاب ومعه كيف لايكون له عليه السلام واى داعى لجاعل جعل كتاب مشتمل على جميع اخبار الفقه وامر العبادات والمعاملات والاخلاقيات كلها مطابق للشريعة وموافق للروايات الشريفة الاشاذا والكتاب الجعلى ليس الاماكان على خلاف الدين بحيث كان مضرا مع الكتاب والسنة وكيف يكون التصريح بقوله عليه السلام فى اول الكتاب بان هذا من عبدالله على بن موسى الرضا واى اسم بمثل ذلك فى جميع الاسماء وكان فيه من الشواهد القطعية بحيث تغلب على وجهه خفاءه واستبعاد.

وذلك لانه قد يقع كثيرا فى امورات الناس ماغاب عنهم شيئا فى سنين كثيرة من غير اطلاع لاحد فيها سواء كان من قبيل العلم والعقيدة فى مذهب اوصنعة اوكتاب وغيرذلك فربما دون كتاب واظهر عقائده لعدم اهل لاظهاره فاخفاه عن الناس وصار بحيث قد فرمن اذهانهم ونسوا عن اصله كانه لم يكن شيئاً مذكورا الى ماشاءالله والمقام من هذا القبيل .

ولكن الانصاف ان امره عجيب وانه كيف يقع كتاب فى الفقه من مثل من لايكون فى وجه الارض افضل واعلم منه وانه حجة قطعا بلا كلام لو كان عنه عليه السلام وكيف صدر وتحقق تدوينه فى زمان يحتاج الروايات الى الحديث والروايات ويسافرون الى البلاد البعيدة لاجل اخذ حديث من راو صحيح العمل والقول ومع ذلك قد خفى امره وتدوينه وكتابه ولم يكن التكلم فيها من الروايات ولم يسمه له اسم وكلام وبحث الى زمان المجلسى ره بدعوى واحد من القميين ان هذا الكتاب منه عليه السلام وشاع واشهر فى زمانه بين الناس .

والانصاف ان اثبات دونه خرط القتاد وقد عرفت مكررا من عبارة الحدائق ان هذا الفتوى من الصدوقين مطابق لعبارة فقه الرضا عليه السلام وقد كثر منه ذلك ولم يتوجه قده الى ان الكلام فى اصل ثبوت الكتاب واعتماد الصدوقين عليه لم يوجب كونه حجة عند غيرهما مع كثرة الزمان من اول تدوينه الى زمان الغيبة الكبرى ومضى اربع حجة وامام بعده عليه السلام ولم يتكلم احد منهم ولم يسئل عنهم من هذا الكتاب ولم يشر الائمة

بعده به ولو بمثل كتاب عن جدنا الرضا عليه السلام موجود .

والانصاف انه من اعجب العجائب فكيف يصح الاعتماد بكتاب مع اشتماله على بعض الروايات التى لم يصح العمل بها قطعا و بالجملة ليس لنا طريق الى صحته وصحة نسبته اليه عليه السلام وكيف لم يصرح الجواد عليه السلام ومن بعده من الحجج البالغة على وجود كتاب مشتمل على جميع ابواب الفقه وكيف لم يرجعوا عليهم السلام الناس والروات اليه مع احتياج جميع الناس اليه بل على الامام الثانى عشر روحى فداه تذكره وبيانه للنواب الاربعة كى يخبرون الناس بذلك خصوصا فى مثل زمان غيبته وعلمه عليه السلام بعدم تمكن المؤمنين من التشرف بحضوره مع احتياجهم كثيرا باحكامهم بل كان رضائه بذلك هو نشره والاستفادة منه وكل ماذكرته يحصل به الغرض فلو كان الكتاب ثابتا له (ع) وتمكن الائمة الذين هم قادرون على ابلاغه ولم يفعلوا كان نقضا للغرض وعدم تبليغهم احكام الله مع فرض عدم المانع من ذلك .

وبالجملة عمدة ما يوجب التوقف وعدم الاعتماد بتحققه هو انه لو كان الفقه من الامام كيف لم يطلع عليه احد فى مدة قريبة الى تسعة مأة سنة مع ان فى زمانه عليه السلام كان الناس والروات مشتاقة الى العلم بصدور شيء عن الامام عليه السلام .

وصاحب الحدائق فى الغالب عند نقل عبارة الصدوقين قال بانه عين عبارة فقه الرضا عليه السلام و ظاهره انهما عالمان بصدق الكتاب وصدوره عن الامام مع انه لو ظنا بذلك كان لازمه انهما لايكتمان عن الناس حيث انه اشد المعاصى من هذه الجهة فكيف يمكن مع علمهما بذلك ان يكتما عن الناس ولم يشر مثل الصدوق فى كتبه التى صنفها خصوصا مثل كتاب من لايحضره الفقيه وعيون اخبار الرضا وكيف جمع فى هذا الكتاب ماورد عن الرضا عليه السلام ولم يشر فيه ولافيما قبله وبعده بمثل هذا الكتاب الذى لو تحقق تدوين الامام هذا الكتاب لكان قيمته بمثل تمام الدنيا والاخرة بل يقدم على جميع اخبار الصادرة عن الائمة فى مدة حضورهم لان فيها احتمال الكذب وعدم الصدور كثيرا بخلاف ما اذا علم بان هذا الكتاب للامام بخطه .

وصاحب الحدائق يتنبه الى العكس وان مصنف هذاالكتاب قد اخذ عبارات الصدوقين وادخلها فى هذا الكتاب ومجرد القول بان تاريخ تدوينه مطابق الزمان الامام عليه السلام لايوجب كونه منه عليه السلام لعدم العلم لنا بذلك من قول موثق شريف فى ذلك واحتمال عبارات مثل جدى امير المؤمنين معارضة مع عبارات مثل روى فان هذا اللفظ يناسب من الراوى عن الامام لاعن نفس الامام مثل ما عبر عن قائلها ببعض العلماء او العالم .

وروى عن بعض العلماء او ان بعض العلماء سئل عن المعرفة هل للخلق فيه صنع فقال لا وفى غير موضع منه روى عن العالم عليه السلام او سئل العالم (ع) اوسئلت العالم اوشكى رجل الى العالم اوكنت عند العالم ورجل سأله وغير ذلك فهل يكون امثال تلك العبارات من الامام مع انه عليه السلام هو الحجة بنحو الاطلاق على وجه الارض فاذا سئله راو لامعنى لقوله .

روى عن العالم فان السائل سئله عنه عليه السلام لاعن غيره ولوفرض ان مراده من العالم هو الامام لكن لامعنى لنقله عن العالم وان كان يمكن توجيه ذلك بارادة الامام لاجل الصلوات والسلام عليه .

وقد ورد فى اخبار الامام الكاظم عليه السلام بمثل سئلته عن العالم وكيف كان فاسناد مثل هذاالكتاب اليه بحيث يقدم على الروايات كما هو كذلك لوعلمنا بذلك لكان فى غاية الاشكال ولذا قد ذكره الاعلام بعنوان التأييد بعد ثبوت الحكم بالدليل المعتبر .

والحاصل عمدة الوجه فى عدم الثبوت اما تعمد الصدوقين وامثالهما فى مثل زمانهم وعدم داع لهما من ذكره ونشره عمدا فهو كماترى ونعوذ بالله من ذلك الظن واما عدم ثبوته عندهما وامثالهما .

ومن العجيب ان احداً من معاصريه وبعده لم يدخل فى بيان هذا الكتاب طرداً و اثباتا مع ان اللازم ولوبناء على عدم الثبوت هو التكلم فيه والبحث عنه بعد ذلك

الزمان حتى اخبر به سيد جليل القدر بعد سنين كثيرا وكان الكتاب بعد ذلك محفوظا في مخزن كتاب العلامة المجلسي المتوفى في سنة ١١١١ .

ومما يؤيد عدم الثبوت منه عليه السلام اخراج المعوذتين من القرآن مع انه اجماع جميع المؤمنين والمسلمين على كونهما قرآنا وداخلا فيه ومنه كفاية الغسل غوص المسح في الرجلين الذي هو مذهب العامة ولم يحتمل ذلك احد من علمائنا جواز الغسل في الرجلين في الوضوء الافي موارد التقية بل بطلانه اظهر من الشمس في رابعة النهار فان من له ادنى ذوق بالعربية ليعلم ان قوله تعالى وارجلكم كان بالجر عطفا على الرؤس وبعضهم مثل نافع وابن عامر والكسائي وحفص بالنصب عطفا على محل برؤسكم اذالجار و المجرور محله النصب بالمفعولية كقوله مررت بزيد وعمروا بالعطف على محل زيد فانه مفعول .

وقد قرء تنبت بالدهن وصبغا للاكلين عطفا على محل الدهن و قول الشاعر فلسنا بالجبال ولا الحديد عطفا للحديد على محل الجبل والباقون كلهم قد قرؤابجر الارجل وهو اصح واظهر واعلا بالكتاب الفصيح مع ان كليهما واحد في المعنى ولايتوهم كون وارجلكم عطف على وايديكم الا اذا كان العبارة لمن لم يكن له ادنى شعور وفهم بالعربية فضلاعن العالم بذلك فضلا عن الحكيم البليغ فضلاعن الله الجليل فامر المسح على الرجلين واضح لمن آمن بالله واليوم الاخر فمن ذهب الى الغسل لم يكن امامه مثل علي بن ابي طالب كي يرشده الى صراط مستقيم فصلى في مدة عمره بالغسل في الرجلين في وضوئه ويكون جميعها باطلة ولم يات في تمام عمره بصلاة صحيح ولاطواف صحيح لماعرفت من انه على القرائتين كان اللازم هو المسح فمثل هذا الامر الواضح للكل كيف وقع جوازه في هذا الكتاب كما يأتي عبارته افلايظن من ذلك ان المدون له خارج عن مذهبنا فضلاعن كونه عن امام يكون حجة على من فوق الارض ومن تحت الثرى وعمدة مايوجب الوثوق به لبعض الاعلام مثل السيد البحر العلوم.

وقال المحدث النوري في المستدرك المنشأ لاثباته اصرار رجل فاضل محدث

يقال له القاضي اميرحسين وجاء به من مكة الى اصبهان في عصر المجلسيين ولقّاهما بالقبول الاترى ان زمانه عليه السلام كان سنة ٢٠٢ تقريباً وزمان المجلسي المتوفى في سنة ١١١١ تقريباً والفاصلة بينهما كان تقريباً تسعمأة فهل يصح الاعتماد عليه والعمل بما هو قوام الدين عليه وهذا امر عجيب .

واعجب منه خلو كتب المشايخ الثلاثة عن ذكره صريحا او كتابة او اشارة بهذا الكتاب مع ان رئيس المحدثين الصدوق قد بلغ في جمع الاخبار الواردة عن اهل البيت وقد صنف في هذا الباب قريب من ثلثمائة مصنف ومع ذلك لم يكن اشار اليه في واحد منها فكيف يكون اكثر فتاويه موافقا لهذا الكتاب كما ادعى صاحب الحدائق في اكثر الموارد .

وهذا الامر يدور بين امرين الاول عدم الوثوق به وهو الحق الثاني الوثوق وتركه عمدا وهو كما ترى بل كان في ظني ان في هذا العصر مثل فضل بن شاذان ويونس بن عبدالرحمن ومحمد بن عيسى وغيرهم مما ادركوا عصره عليه السلام او كانوا قريبا بعصره عليه السلام فكيف يصح ان لا يتوجهوا اليه مع نهاية جدهم وجهدهم في فهم ماهو ادون من ذلك بمراتب ومراحل فضلا عن مثله فنحن نرجو من الله ان يوضح لنا سبل الوصول الى احكامه ومعارفه وكيف كان فهذا غير قابل للقبول مع عدم ذكر من الاعلام والروات واصحاب تدوين الكتب من ذلك والله العالم فلنرجع الى ما كنا بصدده فقال المصنف .

﴿الفصل الثاني في احكام الحجر وفيه مسائل : الاولى﴾

قد تقدم سابقاً انه لاخلاف معتد به في أنه ﴿ لايثبت حجر المفلس الا بحكم الحاكم﴾ بمعنى انه اذا لم يطلع الحاكم عليه بان لم يرجع اليه او اطلع لكن لم يحجره لجهة لم يثبت حجره وقد عرفت سابقا عدم تمامية ذلك لاطلاق الادلة وعدم التقييد بكونه باذن الحاكم وانما الخلاف في توقف دفعه على حكم الحاكم .

﴿وهل يثبت﴾ الحجر ﴿فى السفيه بظهور سفهه فيه تردد﴾ .

وفى الجواهر وخلاف ﴿والوجه﴾ عند المصنف ﴿أنه لايثبت، وكذا لايزول الابحكمه﴾ وفاقاً للفاضل ومحكى المبسوط وشرح الارشاد للفخر وظاهر الغنية ، قيل وكأنه مال اليه فى غاية المراد ، بل عن تعليق الارشاد للكركى المشهور توقف الحجر على حكم الحاكم فيقوى حينئذ توقف ازالته عليه انتهى .

قدعرفت ان اطلاق الادلة ممايمنع اشتراط اذن الحاكم ابتداء وانتهاء بل الامر يتعلق بالاولياء فى المحجورين كالصغير والسفيه والمجنون وانه اذا تحقق مال لهؤلاء كان الاولياء مامورين بحفظ اموالهم وعدم الاعطاء بهم واذا ارتفع كانوا مأمورين بالدفع عليهم ولولاذلك للزم العسر والحرج لعدم التمكن من التشرف اليه فى جميع الاوقات وعدم وجوده فى مكان المحجورين بل الاصل ينفى الاشتراط .

قال فى الحدائق هل يثبت الحجر على السفيه بمجرد ظهور السفه ، أم يتوقف على حكم الحاكم ؟ وهل يزول بزوال سفهه ، أم يتوقف على حكم الحاكم ؟ أقوال : ووجه علل التوقف على حكم الحاكم فى الموضعين ، أن الحجر حكم شرعى لايثبت ولايزول الابدليل شرعى ، وأن السفه أمر خفى ، والانظار فيه يختلف ، فناسب كونه منوطا بنظر الحاكم .

وهذا القول مختار المحقق فى الشرايع ، وهو قول الشيخ فى المبسوط ، وعلل القول بعدم التوقف فى الموضعين بأن المقتضى للحجر هو السفه ، فيجب تحققه ، فاذا ارتفع زال المقتضى فيجب أن يزول ولظاهر قوله تعالى «فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم »حيث علق الامر بالدفع على ايناس الرشد ، فلو توقف معه على أمر آخر لم يكن الشرط صحيحا ، ومفهوم الشرط حجة عند المحققين ، والمفهوم هنا ان مع عدم ايناس الرشد لايدفع اليهم ، فدل على أن وجود السفه وزواله كافيان فى اثبات الحجر ودفعه ، لان السفه والرشد متقابلان ، ولظاهر قوله تعالى «فان كان الذى عليه الحق سفيها» الاية أثبت عليه الولاية بمجرد السفه ، فتوقفها على أمر آخر

يحتاج الى دليل ، والاية الاخرى تساق لرفعه كمامر .

وهذا القول مختارشيخنا الشهيد الثانى فى المسالك والروضة للتعليل المذكور هنا ، وهو الأقرب ، لان المفهوم من الدليل آية ورواية أن الحجر وعدمه دايرمدار تحقق السفه وعدمه ، وسيأتيك الروايات فى المقام انشاء الله تعالى ، ولادلة فى شىء منها على حكم الحاكم لافى الحجر ولافى زواله .

وظاهر الشهيد فى شرح الارشاد المناقشة فى دلالة الاية الاولى حيث قال : ولقائل أن يقول : ايناس الرشدشرط فى زوال الحجرعن الصبى ابتداء فلايلزم كونه شرطا فى السفيه بعد زوال الحجرعنه .

وظنى أن هذه المناقشة ليست فى محلها ، فانه واد كان الامركما ذكره من أن مورد الاية انما هوالحجر على الصبى ابتداء ، لكن من المعلوم الظاهر عندالتأمل بالفكر الصائب أن التعليق على الرشد هناانما هو من حيث كونه فى حد ذاته مناطا لصحة التصرف حيثما كان ، لامن حيث خصوصية الصبى ، حتى يتم قوله فلايلزم كونه شرطا فى السفه ، وعلى هذا بنى الاستدلال بالاية المذكورة انتهى .

ولايخفى ان ماافاد صريح فى عدم اعتبار قول الحاكم مطلقا متصلا كان السفه بالبلوغ او منفصلا عنه وهوينافى ماسيأتى منه .

قال فى الجواهر ولكنك خبير أنه لايجوز الخروج عن ظاهر الاية بمثل هذا المرسل الذى يمكن عدم منافاته للمعنى المرادمن الاية ايضاً ، فلاريب حينئذ فى استفاده المطلوب من ظاهر الاية ، ضرورة اطلاق النهى فيها من دون تعرض المحاكم ، بل قد يستفاد من مفهوم قوله تعالى أيضاً «فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم اموالهم» كاستفادة عدم توقف زواله على حكم الحاكم الى ان قال .

وكذا يستفاد المطلوب من قوله تعالى « فان كان الذى عليه الحق سفيها » الى آخره حيث أثبت الولاية بمجرد السفه .

الى ما ذكرنا يرجع الاستدلال بأن العلة السفه كما يشعربه تعليق الحكم عليه

فوجوده يستلزم وجود المعلول ، وعدمها يستلزم عدمه ، وبانه ان جاز التصرف مع عدم حكم الحاكم لم يكن الرشد شرطاً ، وهو باطل بالاية وبأن اشتراط جواز التصرف بالرشد يقضى بأن زوال الشرط يستلزم زوال المشروط ، كما أن منه يظهر الاستدلال أيضاً بالاجماع السابق ، بل وباطلاق النصوص التى هى نحو آية الابتلاء الى ان قال :

ومن ذلك كله يظهر قوة القول بعدم توقفه ثبوتاً وزوالاعلى حكم الحاكم ، وفاقاً لجامع المقاصد والروضة والمسالك والكفاية والمفاتيح والرياض على ماحكى عن بعضها ، بل هو خيرة اللمعة أيضاً بالنسبة الى الثبوت دون الزوال ، فأوقفه على حكم الحاكم للاصل المقطوع بما عرفت ، ولاحتياج معرفته الى الاجتهاد الذى قد سمعت مافيه ، مضافاً الى انتقاضه فى الثبوت انتهى .

ولايخفى وضوح المسألة بحيث لايحتاج الى مزيد بيان فان المقام مقام الحاجة الى العمل والمتكلم اذا كان فى مقام البيان و الحاجة لو كان لحكمه قيد للزم ذكره وبيانه للمخاطب والالزم الاغراء بالجهل فمن عدمه يستفاد عدم اشتراطه و حكى عن المحقق الاردبيلى (قدس سره) فى شرح الارشاد بعد قول المصنف و يثبت حجر السفيه بحكم الحاكم لابمجرد سفهه على اشكال مالفظه : المراد ثبوت حجر السفيه بالمعنى المتقدم بعد أن صار رشيداً وزال حجره ، ثم صار سفيها بحيث لو كان قبله كان ممنوعا ومحجورا ، هكذا ينبغى التقييد ، فالظاهر أنه لانزاع فى أنه يثبت الحجر على السفيه المتصل سفهه بعدم البلوغ بمجرد السفه ، وعدم توقفه على حكم الحاكم ، وكذا زواله بزواله من دون الحكم ، للاية بل الاجماع على ما فهم من شرح الشهيد ولما سيأتى ، فتأمل .

فقيل : المشهور توقفه على حكم الحاكم وحجره ، وهو مذهب المصنف فى التذكرة ، للاصل «وتسلط الناس على أموالهم» عقلا ونقلا و شمول أدلة التصرفات تصرفه الذى فعله فى زمان سفهه من الكتاب و السنة ، و صدقها عليه حينئذ ، و لعدم

الدليل من الكتاب والسنة الاعلى استصحاب السفه الى ان يرشد ، وأما الحادث بعده فلا ، وهذا دليل قوى ، ويؤيده الاجماع على عدم تحققه فى المفلس الابعده .

ويؤيده أيضا الشريعة السهلة ، فانه ان كان مجرد السفه حجراً أشكل المعاملات والانكحة فان غالب الناس مجهول الحال أو معلوم السفاهة انتهى وفى الحدائق بعد نقل عبارته قال ظاهر كلامه أن محل الخلاف انما حدوث السفه بعد بلوغه رشيداً ، والا فلو كان متصلا بالصغر ، فانه لاخلاف هنا بانه يحكم بالحجر عليه بمجرد السفه ، ولايتوقف على حكم الحاكم .

وأنت خبير بان الظاهر من كلام الاصحاب ان محل الخلاف ما هو أعم من الامرين ، وما نقله عن شرح الشهيد من الاجماع على ما ادعاه والظاهر انه أشار به الى شرحه على الارشاد ، كما يشير اليه دائما ، فلم أقف عليه فى الكتاب المذكور ، ولم يتعرض لهذه المسألة بالكلية ، بل ظاهر عبارته مثل عبارات غيره انما هو العموم ، لانهم جعلوا العنوان فى الخلاف السفيه بقول مطلق ، كما عنونا به المسألة ، و هو أعم من أن يكون متصلا بالصغر أو منفصلا ، غاية الامر أنهم لم يبحثوا عنه فى حال الصغر متى كان متصلا ، اعتماداً على ثبوت الحجر بمجرد الصغر ، فانه أحد أسبابه كما عرفت ، وانما بحثوا عنه بعد البلوغ ، لزوال ذلك السبب الاول ، و مرادهم ما هو أعم كما ذكرنا ، وهذا التفصيل الذى ذكره لم أقف عليه الافى كلامه انتهى .

وكيف كان فظاهر القوم وعبارات بعضهم عدم اعتبار اذن الحاكم ابتداء وانتهاء لان المعيار تحقق السفه فهو موضوع لعدم دفع امواله اليه فلو كان مشروطا بشئى آخر لذكره والفرض عدم ذكر من ذلك فالاصل عدم اشتراط قول الحاكم كما اذا ظهر ارتفاع السفه كان رد المال اليه جائزاً .

وانما الكلام فى معنى السفه وانه هل يريد معناه الخاص الظاهر منه لغة وعرفا وهو الذى لايكون له عقل سليم صح له حفظ امواله وعدم صرفه الى مالايليق صرفه فيه او الاعم من ذلك كشارب الخمر والفاعل للزنا مع نهاية فهمه وكماله وحفظ امواله فى مثل غير ذلك كما يكون ذلك دأب اكثر فساق الزمان بل ورد فيه الروايات .

وهذا العموم خارج عن سوق الايات الواقعة فـي مقابل الصغير و المجنون وانهما محجوران فالكبير الفاسق العاقل بنظره وبنظر العرف لوشمله الروايات لكان اكثر اهل الزمان سفيهاً موضوعا لهذه الاحكام وهومما يقطع بعدم ارادته من الايات والاخبار وماورد في الاخبار بمثل ذلك كان المقصود ان مثل شارب الخمر لاينبغي عده في العقلاء لا انه مثل السفيه الذي في الايات والاخبار فان المراد ان العقل الذي يحفظ آخرته ليس معه كماورد ان العقل ماعبد به الرحمن واكتسب به الجنان لانه لايفهم ولايعقل اصلا كما هو المراد به في المقام فان السفيه الذي موضوع للاحكام هومرتبة نازلة من الجنون والفرق بينه وبين شارب الخمر بيّن .

وكيف كان فالاخبار في تفسير الايات مختلفة فعن الصدوق : وقد روى عن الصادق عليه السلام أنه سئل عن قول الله عزوجل «فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم» قال : ايناس الرشد حفظ المال وفي المرسل عن أبي عبدالله عليه السلام قال في تفسير هذه الاية: اذا رأيتموهم يحبون آل محمد فادفعوهم درجة وفي نسخة: فادفعوا اليهم أموالهم

وعن العياشي في (تفسيره) عن ابراهيم بن عبدالحميد قال : سالت أباجعفر عليه السلام عن هذه الاية ؟ «ولاتؤتوا السفهاء أموالكم» قال : كل من شرب الخمر فهوسفيه.

وعن يونس بن يعقوب قال : سألت أباعبدالله عليه السلام عن قول الله : ولاتؤتوا السفهاء أموالكم« قال : من لاتثق به» .

وعن علي بن أبي حمزة ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألته عن قول الله عزوجل «ولاتؤتوا السفهاء أموالكم» قال : هم اليتامى لاتعطوهم أموالهم حتى تعرفوا منهم الرشد، قلت : فكيف يكون أموالهم أموالنا ؟ قال : أذا كنت أنت الوارث لهم .

وفي رواية عبدالله بن سنان قال : لاتؤتوها شرّاب الخمرو النساء .

وعن عبدالله بن أسباط ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سمعته يقول ان نجدة الحروري كتب الى ابن عباس يسأله عن اليتيم متى ينقضي يتمه ؟ فكتب اليه أما اليتيم فانقطاع يتمه أشده وهو لاحتلام الاأن لايؤنس منه رشد بعد ذلك فيكون سفيها أوضعيفاً فليسند عليه

وعن يونس بن يعقوب قال : قلت لابى عبدالله عليه السلام : قول الله : «فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم» أى شىء الرشد الذى يؤنس منه ؟ قال : حفظ ماله فماورد فى حفظ المال هو المناسب للمقام ومع ذلك لاينافى غير المال لصحة ارادة معانى كثيرة من الفاظ القرآن .

وفى الخلاف بعد قوله تعالى (ولاتؤتوا السفهاء اموالكم التى جعل الله لكم قياماً) قال مالفظه : والمبذر سفيه فوجب ان لايدفع اليه المال ، وروى تفسير هذه الاية عن ابن عباس ان لايدفع الانسان ماله الى امرأته والى من يلزمه نفقته ولكن يحفظه بنفسه وينفق عليه منه بالمعروف ، وايضاً قال الله تعالى «ان المبذرين كانوا اخوان الشياطين» فذم المبذر فوجب المنع ولايصح المنع الابالحجر ، وروى عن البنى صلى الله عليه وآله انه قال اقبضوا على ايدى سفهائكم ولايصح القبض الابالحجر .

وروى عن البنى صلى الله عليه وآله انه قال ان الله كره لكم ثلاثاً قيل وماهى قال : كثرة السؤال واضاعة المال ، ومايكرهه الله تعالى لايكون الامحرماً ويجب المنع منه ، وروى عروة بن الزبير ان عبدالله بن جعفر ابتاع بيعاً فاتى الزبير فقال له : انى قد ابتعت بيعا وان عليا يريدان يأتى عثمان ويسئله الحجر على فقال الزبير انا شريكك فى البيع ثم أتى على عثمان فقال له : ان ابن جعفر ابتاع بيع كذا فاحجر عليه ، فقال الزبير : اناشريكه فى البيع فقال عثمان : كيف احجر على رجل شريكه الزبير ، ولم يقل عثمن ولا احد ان الحجر على العاقل لايجوز .

وروى أبوبكر بن المنذر ان عثمان مر بسبخة فسأل عنها فقالوا لفلان اشتراها عبدالله بن جعفر بستين الفاً فقال مايسرنى انها لى بنعلى هذا ثم لقى علياً فقال له الاتأخذ على يد ابن اخيك اشترى سبخة بستين الفاً مايسرنى انها لى بنعلى وهذا يدل على ان الحجر جايز باجماع من الصحابة لان احداً منهم لم ينكره وانما دفعه الزبير بالمشاركة وامتنع عثمان لكون الزبير شريكا فيه انتهى .

وكيف كان فان اريد حجر الفساق لبعض الروايات ولما عند الصحابة فهو

كما ترى وان اريد ماذكرنا فالمقصود من حجر مثل شارب الخمر عدم عده فى جملة العاقلين وهو لاينافى عدم حجره من حيث المعاملات والالزم بطلان اكثر المعاملات

ثم انه فى الحدائق كلام لا بأس بذكره فى المقام قال ما لفظه الا أن فى المقام اشكالا قلّ من تنبه له ، و هو أنه قد دلت الاخبار على جواز معاملة الظلمة والحكام ، وأخذ جوائزهم وعطاياهم ، وقد تقدم نقل جملة من الاخبار بذلك وقبول الاخماس و الزكوات منهم ، و نحو ذلك مع انه لا اشكال فى ثبوت السفاهة فى حقهم بصرف الاموال فى غير حلها ، مثل شراء الخمر و آلات اللهو وصرف الاموال الى المغنّين ، وأصحاب اللهو واللعب كما شاهدناه فى زماننا ، وصرف الاموال رياء وسمعة ونحو ذلك من المصارف المحرمة .

ومقتضى ذلك الحكم بسفاهتهم وعدم جواز معاملتهم ، والاصحاب والاخبار على خلافه ، وأن غاية ماحكم به الاصحاب الكراهة ، تفاريا من طرح الاخبار الدالة على جواز ذلك ، وأيضا أن الاصحاب صرحوا بأن الرشد شرط فى صحة المعاملات كما هو ظاهر الاية المتقدمة .

وحينئذ فلابد من تحققه ، والعلم به فى صحة المعاملة ، تحقيقا للشرطية ، و على هذا فمن دخل سوقا ليشترى متاعاً سيما اذا كان غريباً كيف له بمعرفة ذلك ، والعلم به أولا لتصح معاملته ، مع أنه شرط اجماعاً ، ومقتضى الاصل العدم ، حتى يعلم ذلك انتهى وقد عرفت ما هو المراد من السفيه و سيأتى ايضا بعض الكلام فى السفيه فانتظر .

المسألة ﴿الثانية : اذا حجر عليه﴾ الحاكم ﴿فبايعه انسان﴾ بان باع انسان شيئا من السفيه ﴿كان البيع باطلا﴾ وفى الجواهر مع عدم اجازة الولى لامعها : لماعرفت سابقاً سواء كان بعين ماله أو مافى الذمة ، رضى البايع بالانتظار الى احتمال فك الحجر أولا ، بلاخلاف أجده فى شىء من ذلك ، بل عن الأردبيلى أنه يمكن تحريم أصل المعاملة معه ، ومجرد ايقاع صورة البيع والشراء معه ، وان كان فيه منع

واضح ، وحينئذ ﴿ فان كان المبيع موجودا استعاده البايع ﴾ عالما كان أو جاهلا بالحكم أو الموضوع ، أذن بالقبض أولا ، بلاخلاف أجده ولااشكال ، ضرورة بقاء المال حينئذ على ملكه ، فله انتزاعه انتهى .

﴿وان تلف﴾ المبيع ﴿و﴾ قد ﴿قبضة باذن صاحبه﴾ اى صاحب المبيع ﴿كان تالفاً﴾ من مال مالكه ﴿ وان فك حجره ﴾ بعد التلف وفى مفتاح الكرامة بعد قول المصنف [فان اشترى بعد الحجرفهو باطل] قال ما هذالفظه هذا مما لااجد فيه مخالفا وهو وان لم يصرح به فى المبسوط لكنه قضية كلامه فى فروع المسئلة وفى (مجمع البرهان) لاشك فى بطلان البيع عالما كان أو جاهلا قال بل يمكن تحريم اصل المعاملة ومجرد ايقاع صورة البيع والشراء معه (قلت) من صحح الفضولى بالاجازة صححه باجازة الولى فالبطلان ليس على حقيقته وليس بأسوأ من بيع الغاصب فتأمل ويأتى كلام الشيخ وابن البراج حيث منعا من جواز بيع السفيه باذن الولى ثم قال بعد قوله [ويسترد البائع سلعته انوجدها] هذا مما اتفقت عليه عبارات من تعرض له ثم قال بعد قوله [والا فهى ضائعة ان قبضها باذنه عالما كان البائع أوجاهلا وان فك حجره] كمافى المبسوط والتحرير والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك والكفاية وكذا الشرائع والارشاد لانهما لم يصرح فيهما بالجاهل لكن اطلاقهما يشمله وفى الكفاية انه اشهر الخ .

تحقيق المقام ان يقال ان المراد بالسفيه كماعرفت من لم يكن له عقل يحفظه عن الخدعة فى المعاملة فعلى هذا هو فى المعاملات ممنوع ومسلوب من حيث العبارة والفعل بمعنى انه لايتوجه اليه خطاب الضمانات مثل من اتلف مال الغير فهو له ضامن ومثل على اليد ماأخذت حتى تؤدى وغير ذلك ويترتب على ذلك عدم صحة معاملات الغير معه وانه لو اشترى شيئا فان كان موجودا كان على صاحبه اخذه وانتزاعه وان كان تالفاً ذهب من كيسه سواء كان عالما بحال السفيه اوجاهلا وكان اخذ السفيه باذن صاحب المال اولا .

و اما فى صورة العلم بحاله فواضح من حيث انه بسوء اختياره وعلمه وانه مساوق مع التلف اذا سلم ماله اليه فهو كمن القى ماله فى البحر .

واما لو كان جاهلا فان لم يخطر بباله شيىء فهو كالعالم وان خطر وشك فى حاله كان وظيفته التحقيق فبعد التفحص عن حاله ان حصل له العلم فعامل معه فهو عالم وان لم يعلم وكان فى شك منه فلايصح رفع يده عن ماله ودفعه الى مجهول الحال ففى جميع الاحوال كان بمنزلة من القى ماله فى البحر او كمن اعرض عن ماله .

واما السفيه فبعد عدم كونه مكلفا من حيث المعاملات ولذا قد امر بعدم دفع امواله اليه فلايتوجه اليه شيئى من ادلة الضمانات كما عرفت بل لاتكليف له بالنسبة الى العبادات ايضا لو لم يتوجه الا ذلك كمن هـو قريب بالجنون فادلة الضمانات والاحكام الوضعية الثابتة لحال السهو والغفلة كالمتلف لمال الغير فى حال النوم ونحوه كلها يصح بالنسبة الى المكلف الذى يوجه الخطابات اليه لاالسفيه فاتلاف السفيه بمنزلة اتلاف الحيوان فالتفاصيل الواقعة من الاصحاب من حيث العلم والجهل واختيار الضمان فى الثانى او كونه بالاذن وعدمه او ضمانه بعد رفع الحجر كلها فى غير محله والله العالم .

ومنه يعلم وجه صحة قول المصنف ﴿ولو أودعه﴾ انسان مثلا ﴿وديعة﴾ مع العلم بحجره ﴿فاتلفها﴾ ولو مباشرة لكن قال المصنف : ﴿ففيه﴾ اى فى ضمانه ﴿تردد﴾ وخلاف ﴿والوجه انه لايضمن﴾ .

وفى الجواهر كما عن ارشاد الفاضل ، للاصل ولتفريطه بالايداع بعد نهى الله تعالى عن ايتاء السفيه المال ، فهو حينئذ سبب أقوى من المباشر انتهى .

وفى الحدائق مالفظه اذا ثبت الحجر على السفيه فباعه انسان كان البيع باطلا فان كان المبيع موجوداً فلصاحبه استعادته ، قالوا : ولا فرق فى جواز استعادته مع وجوده بعين كون من باعه عالما بالسفه أو جاهلا، لان البيع فى نفسه باطل، فله الرجوع فى ماله متى وجده ، وان تلف وكان القبض باذن صاحبه مع كونه عالماً بالسفه ، فان

تلفه من مال صاحبه، لانه سلطه عليه مع علمه بانه محجور عليه، وان فرض فك الحجر عنه بعد ذلك ، لانه اذا لم يلزم حال الاتلاف لايلزم بعد الفك .

و بالجملة فان العلم بوجود السفه مانع من العوض ، فاذا تلف والحال هذه ففك الحجر بعد ذلك لاأثر له فى ضمانه ، اما لو تلف والحال أن البايع جاهل بالسفه فالمشهور أن حكمه كذلك .

قيل: ووجهه أن البايع تصرف فى معاملته قبل اختبار حاله، وعلمه بأن العوض المبذول منه ثابت أم لا، فهو مضيع لماله، ولايخفى مافى هذا التعليل العليل من الضعف فانه لاقائل بتوقف صحة البيوع على اختبار البايع أو المشترى بكونه محجوراً عليه أم لا ، بل والاصل عدم ذلك انتهى ولايخفى قوة ماعن المشهور .

وصحة وجهه خصوصاً فى مثل مقام الشك فى حال المشترى وكيف كان فالمسألة غير صافية .

ولو أذن الولى للسفيه فى البيع ، قال الشيخ فى المبسوط : لايصح ، وتبعه ابن البراج ونقل العلامة القول بالصحة فى المختلف عن بعض علمائنا وقال: انه الاقوى واحتج عليه بأن المقتضى للصحة وهو صدور البيع من أهله فى محله موجود والمانع وهو السفه مفقود اذ التقدير الاذن، فامن من الانخداع ، فيثبت الحكم انتهى وهو جيد .

ولو أودعه شخص وديعة فأتلفها ، فقيل: بانه لاضمان عليه ، و اختاره المحقق فى الشرايع ، وعلل ذلك بتفريط المودع باعطائه ، وقد نهى الله عن ذلك بقوله « ولا تؤتوا السفهاء أموالكم » فيكون بمنزلة من القى ماله فى البحر وقيل : انه يضمن اذا أتلفها أو تلفت بتفريطه ، واختاره العلامة فى التذكرة ، و شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك ، واحتج على ذلك بان المالك لم يسلطه على الاتلاف ، وانما امره بالحفظ فقد حصل منه الاتلاف بغير اختيار صاحبها ، كما لو غصب ، والحال أن السفيه بالغ عاقل، والاصل عصمة مال الغير الا بسبب ، مع أن وضع اليد حال الاتلاف غصب .

قالوا : وفى حكم الوديعة العارية ، وأيده المحقق الاردبيلى بعد ان استظهر

بعموم دليل الضمان، قال: وكونه سفيهاوتسليم مالكه اياه لايستلزم عدم الضمان لان له أهلية الضمان والحفظ ، لانه بالغ عاقل ، الا أنه تسامح فى ماله وذلك غيرقادح فى أهليته فلايستلزم كون المالك هوالمضيع ولهذا يجوزتوكيله انتهى .

أقول : و يمكن تأييد القول الاول بأنه لا ريب فى دلالة الاية المتقدمة على النهى عن اعطاء السفيه الاموال ، ومن الظاهرأن تحريم ذلك انما هومن حيث تطرق التلف اليها ، وفواته من جهة السفه ، ولو تم القول بالضمان المستلزم لعدم الفوات لم يكن لهذا النهى وجه بالكلية ، لانه لافرق بين أن يرده بعينه ، أوعوضه من قيمة أو مثل، فلايحصل هنا ضرر على المودع والمعير، فاى ثمرة لهذا التحريم الذى دلت عليه الاية انتهى . وتأمل فى الكلمات وفى مفتاح الكرامة بعد قوله ، ولو أتلف ما أودع قبل الحجرأو غصب بعده أواتلف مال غيره مطلقا ضمن قال مالفظه مفهوم قوله قبل الحجران ماأودعه بعدالحجر لايضمنه بالاتلاف وهوالذى فهمه منه فى المسالك فهنا حكمان .

(الاول) انه لوأتلف السفيه بعدالحجر ماادعه قبل الحجرضمن اذلاتسليط على الاتلاف هنا من المالك ولاتعريض للاتلاف لكونه حينئذ غيرمحجورعليه فيضمن لان اتلاف مال الغيرسبب فى الضمان وكانه ممالاخلاف فيه كماهوقضية كلامهم فيماستسمع

(الثانى) اذا أتلف ماأودعه بعد الحجر لايضمنه كما هوخيرة الشرائع والارشاد لان المودع فرط باعطائه وقد نهى الله سبحانه عن ذلك بقوله جل شأنه (ولاتؤتوا السفهاء أموالكم) فيكون بمنزلة من ألقى ماله فى البحرواختير فى التذكرة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان يضمن لان المالك لم يسلطه على الاتلاف وانما أمره بالحفظ فقدحصل منه الاتلاف بغير اختيار المالك كما لوغصب والحال ان السفيه بالغ عاقل والاصل عصمة مال الغيرومن الامور المستبعدة تضمينه الى آخر العبارة والثانى عبارة عن عبارة المحقق ره .

وحاصله جعل الوديعة فى زمان كان سفيها فالمودع مع علمه بحال الوديعى

كانه اعرض عن ماله فلايشمله ادلة الضمان ولايجرى على اليداخذت فانه راجع الى العاقل الذى صح له حفظ مال الناس ومن العجيب اطلاق البالغ العاقل عليه واعجب منه جعل الاصل عصمة مال الغير .

ويؤيد القول الاول الخبر الذى ومضمونه ان اسماعيل ابن مولانا الصادق عليه السلام اراد أن يستبعضه رجلا فنهاه أبوه عليه السلام عن ذلك لان ذلك الرجل كان يشرب الخمر فخالف واستبعضه فاستهلك ماله فحج أبوعبدالله عليه السلام وحج معه ابنه اسماعيل فجعل يطوف بالبيت ويقول اللهم أجرلى واخلف على فلحقه أبوعبدالله عليه السلام فهمزه بيده من خلفه فقال له مه يابنى فلاوالله مالك على الله حجة ولالك أن يأجرك ولايخلف عليك وقد بلغك أنه يشرب الخمر فائتمنته الى أن قال فان الله عزوجل فى كتابه قال (ولاتؤتوا السفهاء أموالكم) فأى سفيه أسفه من شارب الخمر ان شارب الخمر لايزوج ولايؤتمن على أمانته فمن ائتمنه على أمانته فاستهلكها لم يكن للذى ائتمنه على الله عزوجل أن يؤجره فان مضمونه يعطى انه غير مستحق لشىء بالكلية عقوبة ومؤاخذة له حيث خالف الله سبحانه وتعالى ولو كان المال مضمونا والحق ثابتا فى ذمة السفيه كسائر الحقوق والديون لم يكن للمنع من الدعاء بالاجر والخلف وجه لانه له أن يتوصل الى حقه بكل وجه من الوجوه ومنها الدعاء مع عدم الحيلة فى الوصول بغيره من الامور .

(والحاصل) انه لو كان حقا شرعيا فى ذمة من دفعه اليه لاستحق العوض من الله سبحانه او كان له ان يدعو عقلا ونقلا كسائر الحقوق التى تفوت على اصحابها .

وجه التأييد انه لو كان دفع المال الى شارب الخمر موجبا لعدم الضمان لو اتلفه كان فى المقام بطريق اولى لان شارب الخمر كسائر الناس فى عقله وشعوره بامر معاشه وآدابه بين الناس غاية الامر فاسق والفسق لامدخلية له فى عدم الضمان بخلاف السفيه فان المقتضى لذهاب مال الناس وتلف الاموال فيه موجود والمانع وهو العقل مفقود ولذا نقول بضمان شارب الخمر قطعا والنهى عن الاعطاء لاجل انه لم يكن

فى مقام دفع العوض وليس ظاهر الخبر انه ليس بضامن اصلا بل كان التوبيخ من حيث انه لم يؤدّ مااخذه فشرّاب الخمر سفيه كما فى اخبار الباب لكن لامن حيث عدم ضمان مااخذه بل من حيث تقدم دنياه على آخرته بالفسق والفجور ومعيار عدم الضمان من لم يكن له عقل علم بقبح التلف وشارب الخمر يعلم بقبح ذلك كما يعلم بقبح الشرب .

والحاصل الفرق بينهما بيّن ولاجل ذلك قد ظهر فساد البيع معه وعدم ضمانه لو تلف المبيع عنده وكيف كان فلايكون الخبر دليلا على عدم الضمان مضافا الى ورود بعض الاشكالات عليه قال فى الجواهر مضافا الى اشتماله على مخالفة اسماعيل لوالده والمعلوم من ورعه خلافه والى نهيه عن الدعاء الذى لااشكال فى جوازه له انتهى

وكيف كان ففى القسم الاول كان الحكم بالضمان فى محله فانه تلف بعد الحجر وحصول الرشد ومااودعه عنده كان فى حال حجره وسفاهته والفرض ان تلفه بعد خروجه عن الحجر .

نعم فماتقدم فى البيع من التفصيل بين العلم والجهل آت هنا وقدعرفت الضمان مطلقا جهل اوعلم وفى مفتاح الكرامة قال واما الوديعة والعارية اذادفعهما صاحبهما اليهما باختيارهافتلفتا بتفريطهما اواتلفاهما فالاقرب انه لاضمان عليهما وفى (التذكرة والتحرير) ان تلفتا فلاضمان عليهما وان اتلفاهما فالاقرب انه كذلك ولم يفرق فى تلفهما بين التفريط وعدمه والتفريط لايكاد يقصر عن الاتلاف وفى (جامع المقاصد) ان ضمان الصبى المميز اذا باشر الاتلاف قوى وكذا اذا فرط لان التفريط لايكاد يقصر عن الاتلاف اماغير المميز والمجنون فهما كسائر الحيوانات وفرق فى المسالك بين التلف والاتلاف وان الاجود الضمان فى الثانى دون الاول وعلل عدم الضمان فى الاول بأن الضمان باعتبار الاهمال انما يثبت حيث يجب الحفظ والوجوب من باب خطاب الشرع المتعلق بأفعال المكلفين فلايتعلق بالصبى والمجنون ووجوب الضمان فى الثانى بأن اتلاف مال الغير مع عدم الاذن فيه سبب فى الضمان والاسباب من باب خطاب الوضع لايتوقف على التكليف .

(قلت) لكن لاينافيه التعريف كماعرفت ولم نقف على دليل يدل عليه الا قوله ﷺ على اليد ما اخذت حتى تؤدى وهو خاص بالمكلف بل الاحتمال كاف وتمام الكلام فى الوديعة الخ .

اقول قدعرفت ان كون السفيه بمنزلة الحيوان وادلة الضمان مختصة بالمكلف

المسألة ﴿ الثالثة ﴾ لا خلاف فى أنه ﴿ لوفك حجره ﴾ بحصول الرشد ﴿ثم عاد مبذراً﴾ وقلنا بتحقق السفه به ﴿حجر عليه ولوزال فك حجره ولوعاد عاد الحجر﴾ عليه ﴿وهكذا دائماً﴾ ضرورة اقتضاء وجود العلة وجود المعلول كنفيها من غيرفرق بين القول بتوقف حجره على حكم الحاكم وعدمه كذا فى الجواهر .

المسألة ﴿الرابعة﴾ قدأطلق الشيخ فيما حكى عنه هنا وكثيرممن تأخرعنه أن ﴿الولاية فى مال الطفل والمجنون للاب والجدللاب﴾ وفى الجواهر بل هومعقد ما فى المسالك ومحكى الكفاية من نفى الخلاف فيه ، بل هومعقد اجماع التذكرة ولاريب فيه فى الجملة ، بل عن مجمع البرهان كان عليه اجماع الامة انتهى وقدمر تمام الكلام فيهما فى النكاح وغيره .

وعلى كل حال ﴿ فان لم يكونا فللوصى فان لم يكن فللحاكم ﴾ أى الثقة المأمون الجامع للشرائط بلاخلاف أجده فى شىء من ذلك ، بل ولااشكال ، فان لم يكن الحاكم فظاهر جملة من العبارات المعددة للاولياء ، عدم الولاية حينئذ لاحد ، بل هوصريح المحكى عن ابن ادريس ، وهو كذلك بالنسبة الى الام وغيرها من الاخوة والاعمام والاحوال وغيرها ، بلاخلاف أجده ، بل عن التذكرة الاجماع عليه فى الام ، بل عن مجمع البرهان أنه اجماع الامة .

نعم قد يقال : ان قاعدة الاحسان ولاية المؤمنين بعضهم على بعض ولـزوم التعطيل بل والضرر فى كثير من الموارد قيل : بل وحكاية فعل الخضر يقتضى ثبوتها لعدول المؤمنين ، بل ربما يرشد الى ذلك انتهى .

ولايخفى انه لولم يكن احدمن الاولياء بحيث يؤدى الى تعطيل امر الصغار لزم

قيام اهل الثقة والعدول كما ذكره بل قديؤيد ذلك من الاخبار الواردة فى المقام .

ففى صحيح ابن بزيع «قال: انرجلامن أصحابنا مات ولم يوص فرفع أمره الى قاضى الكوفة فصير عبدالحميد ابن سالم القيم بماله ، وكان الرجل خلّف ورثة صغاراً ومتاعا وجوارى فباع عبدالحميدالمتاع فلماأرادبيع الجوارى ضعف قلبه فى بيعهن اذ لم يكن الميت صير اليه ، وكان قيامه بأمر القاضى ، لانه فروج ، فذكرت ذلك لابى جعفر عليه السلام فقلت جعلت فداك يموت الرجل من أصحابنا فلا يوصى الى أحدوخلّف جوارى فيقيم القاضى رجلا منالبيعهن أوقال: يقوم بذلك رجل منافيضعف قلبه لانهن فروج فماترى فى ذلك ؟ فقال . اذا كان القيم مثلك ومثل عبدالحميد بن سالم فلابأس :

وخبر سماعة ورفاعة سألته عن رجل مات وله بنون صغار وكبار من غيروصية وعقار كيف يصنعون الورثة بقسمة ذلك الميراث ؟ فقال : ان قام رجل ثقة فقاسمهم ذلك فلابأس» قيل : ومثله صحيح ابن رئاب والروايتانصريحتانفى جواز قيام العدل او الموثق فى امر الايتام والصغار من دون نظرسوء فى البين واما احتمال انهذا الامر بامر المعصوم فيكون اذناخاصا كماترى بل مورد السئوال بنحوالعموم والجواب ايضا بنحوالعموم عن مثل كون القيام بيدالثقة فيدل على كون الوصى ومطلق من كان امر الصغار بيده عادلا وموثقا .

قال فى الحدائق هل يعتبر العدالة فى الاب والجد ؟ اكثر عبارات الاصحاب عارية عن ذلك، قيل : وفى عبارة القواعد وشرحه اشارة اليه والاخبار الدالة على ولايتهما مطلقة ، و الاصل عدمها حتى يقوم دليل واضح على ثبوتها ، وهواختيار جملة من محققى متأخرى المتأخرين والظاهر من كلام الاصحاب أيضاً .

و أما الوصى فالمشهور بين الاصحاب اعتبار العدالة فيه ، وظاهر جملة من أفاضل متأخرى المتأخرين كالمحقق الاردبيلى والفاضل الخراسانى عدم اعتبار ذلك ، استناداً الى عموم الروايات الدالة على اجراء حكم الوصى من غير اشتراط

العدالة ، وكذا عموم مادل على مضاربة الرجل بمال ولده ، والوكالة فيه من غير اشتراط العدالة .

أقول : ويمكن أن يستدل على اشتراطها فى الوصى بما رواه محمد بن اسمعيل فى الصحيح الى انساقه وساق رواية الرفاعة المتقدمة : ثم نقل صحيحة عبدالرحمن الواردة فى وصية امير المؤمنين عليه السلام قال فيها وان حدث بالحسن والحسين عليهما السلام حدث فان الاخر منهما ينظر فى بنى على ، فان وجد فيهم من يرضى بهديه واسلامه وأمانته فانه يجعله انشاء ، وان لم يرفيهم بعض الذى يريد ، فانه يجعله الى رجل من أبى طالب يرضى به فان وجد آل ابى طالب قد ذهب كبراؤهم وذووا آرائهم فانه يجعله الى رجل يرضاه من بنى هاشم الخبر.

ولايخفى ان ظاهر هذه الاخبار هو الوثاقة بحيث توجب الاطمينان بعمل شخص الوصى فالظاهر لايراد اكثر من ذلك بل يجمع بين القول بالعدالة وعدمه فان المقصود من مشترطى العدالة هو عدم ذهاب اموال الصغار وهو حاصل بكون الشخص موثقاً أمينا فى حفظ مال الغير وملازمة بين عدمها وبين الوصايا كما مر الخيانة بل كان كثير من روات الاحاديث كذلك كما فى الموثقات التى من الواقفية والفطحية فان عدم الاعتقاد بامامة الائمه الاثنى عشر من اكبر الكبائر عندالله وليس اثم اعظم من ذلك ومع ذلك يقبل رواياتهم لما عرفوا الاصحاب من حالاتهم عدم الخيانة بالقول والرواية الواردة عن الائمة نعم لو كان مراد صاحب الكفاية والاردبيلى من العدم هو كفاية كون الوصى غير موثق ايضا فهو كما ترى و﴿أما السفيه والمفلس فالولاية فى مالهما للحاكم لاغير﴾.

وفى الجواهر بلاخلاف أجده فى الثانى ، وقد تقدم الكلام فيه سابقاً ، بل والاول اذا كان متجدداً بعد البلوغ ، عداما عن الكفاية ، والرياض من ارسال قول فيه بعود ولاية الاب والجد عليه، ولم نتحققه لاحد ، كما لم نعرف له دليلا صالحاً لقطع الاصل انتهى ظاهره فى المتجدد بعد البلوغ ايضا محل الاشكال وان ولاية الاب والجد يعود وظاهر هذا القول عدم الاعتبار بقول الحاكم .

وفى المسالك بعد قوله اما السفيه والمفلس قال اما المفلس فظاهر واما السفيه

فاطلاق المصنف يشمل من تجدد سفهه بعدالرشد ومن بلغ سفيها وهو اشهر القولين فى المسئلة ووجهه على ما اختاره سابقا من توقف الحجر بالسفه على حكم الحاكم ورفعه عليه ظاهر لكون النظر حينئذ اليه وقيل ان بلغ سفيها فالولاية للاب والجد ثم وصى احدهما ثم الحاكم كالصبى وان بلغ رشيداً ثم تجدد سفهه فامره الى الحاكم دونهما وهو اجود استصحابا لحكم ولايتهما فى الاول و ارتفاعها فى الثانى فيحتاج عودها الى دليل و الحاكم ولىّ عام لايحتاج الى دليل نعم يتخلف اذا قدم عليه غيره وقد انتفى هنا . انتهى واطلاق العبارة لتجدد السفه واضح .

والكلام فيمن بلغ سفيها فانه على القول باشتراط الحاكم لافرق بينه و بين المنفصل عن البلوغ وان كان الاول بعيد فى الغاية بل لم يعرف فيمن بلغ سفيها الرجوع الى الحاكم فوراً بل هو مقتضى الاستصحاب فالكلام فى المنفصل عن البلوغ .

وبالجملة على القول باشتراط قول الحاكم ايضاً صح فى المنفصل لا المتصل بالبلوغ وانه هو ايضاً مشكل كما عرفت ما عن الكفاية والرياض من عود ولاية الاب والجد و يؤيده اطلاق الكتاب و السنة بالامر بدفع وعدمه عند رفع السفه و عدمه مطلقا وبالجملة ان كان حصول السفه بعدالبلوغ منفصلا عنه فانه حينئذ يكون امره الى الحاكم على القول بذلك وينقطع ولاية الاب بالبلوغ .

وبالجملة بعد البلوغ وصحة البالغ انقطع ولاية الاب عنه و اذا تحقق السفه صار الامر فى ولاية المال بيدالحاكم ولايعود الى الاب بعدانقطاعه عنه لكن الاشكال على هذا القول ايضا فى اتصال البلوغ بالسفه حيث انه قبل البلوغ كان وليه الاب والجد واختيار ماله اليهما فهل يكون بعد البلوغ مع السفه كذلك استصحابا او كان بيد الحاكم .

وقد اشكل على ذلك ارباب العقول بكون الامر بيد الحاكم فى هذه الصورة واما لو قلنا بعدم اشتراط بقول الحاكم فلا اشكال اصلا فانه فى صورة اتصال السفه بالبلوغ واضح لبقاء حكم ولاية الاب والجد وكذلك فى حدوث السفه بعدالبلوغ لا الاستصحاب

الحكم لانقطاعه بالبلوغ بل لاطلاق الكتاب والسنة بالاب او الجد بحفظ ماله دون الحاكم

قال فى الحدائق مالفظه لاخلاف فى أن الولاية فى مال الصغير و المجنون المتصل جنونه بالبلوغ للاب والجد له وان علا ، وأما السفيه فاظاهر شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك ، ان المشهوران ولايته للحاكم ، سواء تجدد سفهه بعد البلوغ رشيداً او بلغ سفيهاً ، الى ان قال :

أقول : ان من القائلين بتوقف الحجر وزواله على حكم الحاكم العلامة فى جملة من كتبه ، كالمختلف والتذكرة ، مع أنه قال فى التذكرة : اذا بلغ الصبى لم يدفع اليه ماله ، الا بعد العلم برشده ، ويستديم التصرف فى ماله من كان متصرفا فيه قبل بلوغه ، أباً كان أوجداً أو وصياً أوحاكما أوأمين حاكم ، فان عرف رشده انفك الحجر عنه ، و دفع اليه المال ، و هل يكفى بالبلوغ والرشد فى فك الحجر عنه ، أم يقتصر الى حكم الحاكم وفك القاضى ؟ الاقرب الاول ، لقوله تعالى «فان آنستم» ولزوال المقتضى للحجر كالمجنون ، ولانه لوتوقف على ذلك ، لطلب الناس عند بلوغهم فك الحجر عنهم من الحاكم ، ولكان عندهم من أهم الاشياء الى آخره .

وهو ظاهر فى استمرار ولاية الاب والجد على من بلغ سفيها ، مع أن مذهبه كما قدمنا نقله عنه ، توقف الحجر وزواله على حكم الحاكم ، وما ذاك الامن حيث تخصيصهم القول بالتوقف على حكم الحاكم بصورة تجدد السفه بعد البلوغ ، وأنه لانزاع فى عدم توقف حجر السفيه على حكم الحاكم ، اذا كان السفه متصلا بالبلوغ ، و حينئذ فتفريع ولاية الحاكم فى صورة اتصال السفه بالبلوغ على القول بتوقف الحجر وزواله على حكم الحاكم كما ذكره لاوجه له ، مع أن ظاهر الاية والاخبار التى قدمناها انما هو استمرار ولاية الاب والجد الثابتة قبل البلوغ فى صورة اتصال السفه بالبلوغ ، كقوله فى رواية هشام بن سالم « و ان احتلم ولم يونس منه رشد أو كان ضعيفا ، أو سفيها فليمسك عنه وليه» وهو الظاهر من قوله سبحانه «فان آنستم منهم رشداً فادفعو اليهم أموالهم» فان مفهومه أنه مع عدم ايناس الرشد ان كان سفيهاً

أو مجنوناً لايدفع اليه ، والخطاب للاولياء حال الصغر ، وهم الاب و الجد و من تفرع عليهما ، بغير خلاف الا مع عدم الجميع .

وبذلك يظهر لك ضعف القول المذكور . وان كان هو المشهور انتهى وفى الجواهر بعداختياره الرجوع الى الحاكم قال مالفظه وانما الكلام فيمن اتصل سفهه ببلوغه ، فانظاهر المصنف وغيره ممن اطلق كاطلاقه أنولايته للحاكم أيضاً ، بل عن بعضهم التصريح بهذا الاطلاق ، بل ربما نسب الى الاشهر بل قيل : ان وجهه ظاهر بناء على توقف الحجر عليه ورفعه منه عليه ، اذ يكون الامر حينئذ فى ماله اليه ، بل ربما جعل ذلك دليلا للمدعى الا أن ذلك كله كماترى ، ضرورة اقتضاء الاستصحاب ثبوت ولايتهما التى هى المنساقة من آية الايناس المحكى تفسيرها عن الباقر عليه السلام بالعقل واصلاح المال.

وعن الصادق عليه السلام بحفظ المال ، ومن خبرهشام بن سالم الى ان ساقه ثم قال اذلاريب فى ظهورهما فى ارادة الولى قبل البلوغ ، سواء كان الاب أوالجد أوالحاكم أوغيره ، فانه المخاطب بامساك المال وحفظه حتى يرشد انتهى ولقد اجاد فى حكمه بكون الولاية فى المتصل بالبلوغ للاب والجد لكن الكلام فى المنفصل ايضا .

والظاهر عدم شمول قول القائلين باشتراط الحاكم ايضا صورة اتصال السفه بالبلوغ وان الحكم حينئذ للاب والجد لظاهر الايات والاخبار وان المتيقن من ثبوت حكم الحاكم هوالسفه الحاصل بعد البلوغ منفصلا عنه .

وظاهر الحدائق ايضاً ان الدليل على ذلك قال فيها مالفظه قال : فى المفاتيح وان طرأ الوصفان بعد البلوغ والرشد ففى ثبوت ولايتهما قولان : وبذلك صرح فى الكفاية ايضاً .

أقول : والمسألة خالية من النص الظاهر ، الا أن الاقرب بالنظر الى ماذكروه من التعليلات هوالقول المشهور ، لانه بعد زوال الولاية بالبلوغ والرشد فرجوعها يحتاج الى دليل .

وغاية ما يفهم من الايات والاخبار هو ثبوت الولاية على الصغير ، ومن اتصل جنونه أوسفهه بالصغر ، وأما من تجددله بعدالبلوغ فلادليل عليه ، وولاية الحاكم ثابتة على الاطلاق ، والمرادبه الامام (عليه السلام) أونائبه الخاص ، أوالعام وهو الفقيه الجامع للشرايط ، فيدخل هذا الفرد تحت ذلك انتهى ظاهره ثبوت حكم الحاكم منفصلاعن البلوغ واما المتصل بالبلوغ فادلة ولاية الاب والجد شاملة له فالظاهران هذا هو المتيقن من ثبوت ولاية الاب والجد خلافا لاطلاق عبارة المصنف لكن الظاهر هو التأمل فى ثبوت ولاية الحاكم حتى فى المنفصل وذلك لاطلاق الادلة مثل خبر هشام الذى مر فى عبارته ان الخطاب بالولى واطلاقه يعم صورتى الاتصال والانفصال ومثل قوله تعالى فان آنستم منه رشدا فان اطلاقه يعم حدوثه بعدالبلوغ ايضاً فالقوى عدم اشتراط قول الحاكم مطلقا لكفاية الاطلاقات وان ابيت الا بثبوت حكمه فلمسلم هو فى المنفصل عن البلوغ فيرجع الاقوال الى عدم ثبوت حكم الحاكم مطلقا لاطلاق الادلة وعدم التقييد بذلك وثبوته مطلقا حتى فى المتصل بالبلوغ والتفصيل بالاشتراط فى المنفصل وعدمه فى المتصل والله اعلم .

وفى الحدائق مالفظه قدعرفت فى صدر المسألة أن الولاية فى مال الصغير والمجنون المتصل جنونه بالبلوغ للاب والجد وان علا بلاخلاف ولااشكال ، وانما الاشكال فيما لوتعارض عقد الاب والجد ، بأن أوقعاه دفعة ، فهل يقع باطلالاستحالة الترجيح أو تقدم عقد الجد ، أو عقد الاب ؟ أوجه : والكلام فى ولاية المال ، أما النكاح فسيأتى الكلام فى بابه انشاءالله تعالى ، ونقل عن التذكرة فى هذا الباب : القول بتقديم عقد الجد ، وفى باب الوصايا من الكتاب المذكور قال : ان ولاية الاب مقدمة على ولاية الجد ، وولاية الجد مقدمة على ولاية الوصى للاب .

وبذلك صرح فى المسالك أيضا فى كتاب الوصايا فقال : الامور المفتقرة الى الولاية ، اما أن تكون أطفالا ، أو وصايا ، أو حقوقاً ، أو ديوناً ، فان كان الاول فالولاية فيهم لابيه ثم لجده لابيه ، ثم لمن يليه من الاجداد على ترتيب الولاية الاقرب

فالاقرب الى الميت انتهى وقد مر مايتعلق بالمقام فى ج٣٣ ص ١١٠ فراجع .

المسألة ﴿ الخامسة ﴾ لاخلاف فى أن السفيه كالرشيد بالنسبة الى العبادات فـ﴿ اذا أحرم بحجة ﴾ وعمرة ﴿ واجبة ﴾ ولو بالنذر قبل الحجر أو سببه ﴿ لم يمنع ممايحتاج اليه فى الاتيان بالفرض ﴾ وان زاد على نفقة الحضر ، لكن لايمكن هو من الانفاق بل ينفق عليه وليه أو وكيله كما فى الجواهر وقد عرفت قبلا ان السفيه محجور من حيث المعاملات لا العبادات فعليه الاتيان بالواجبات ان كان يفهم ذلك وانه تكليف واجب على كل مكلف من صوم او صلاة اوحج فلايمنع من صرف المال فى الاتيان بالواجب المالى كالحج .

بداهة انه يحتاج الى مخارج زائدة على كونه فى الحضر نعم الكلام فى الحج ندبى وانه هل له ذلك اذا يحتاج الى مؤنة زائدة اولا بل لابد وان يكون مساوية مع الحضر كما قال ﴿ وان أحرم تطوعاً فان استوت نفقته سفراً وحضراً لم يمنع ﴾ منه أيضاً ، بلاخلاف أجده فيه ، لعدم الضرر ، والا منع خلافاً للمحكى عن الاردبيلى فلم يمنعه وان زاد ، وهو مع أنه لم نجدله موافقاً مناف لحكمة الحجر ، ولذا يمنع من النذر بالصدقة بعين ماله ، وبناء المساجد والقناطر ونحو ذلك ، واحتمال اختصاص منع السفيه بالتصرف المنافى خاصة لا الأعم منه والموافق لتصرفات العقلاء مناف لكلمات الأصحاب ، وعموم أحكام الشرع بل ولحكمة الحجر فلاينبغى التوقف فيما نحن فيه انتهى .

ويمكن ان يقال ان منعه من صرف المال هو الصرف فى الامور الغير الصادرة عن العقلاء لافى مثل الاتيان بالحج ونحوه من بعض الصدقات التى لايضر بحاله كما اذا كان غنياً لايؤثر فى حاله صرف مقدار من ماله فى العبادات كما عن الاردبيلى ره ولعل ذلك قوى عندى نعم ان كانت الزائدة تضر بحاله لوعقل وخرج عن السفه فلابد من منعه فح كان الجواز والعدم منوطا بحال الاشخاص .

نعم اذا لم يتفاوت بين السفر والحضر لم يمنع لعدم الضرر قيل : ﴿ وكذا ان

أمكنه تكسب مايحتاج اليه﴾ وفى الجواهر بل نفى الخلاف عنه بعض مشايخنا لكن قد يشكل بأن مايكتسبه مال فيتعلق الحجر به أيضاً . وأجيب بانه قبل الاكتساب لم يكن مالا وبعده صار محتاجاً الى زيادة النفقة على أن الاكتساب غير واجب على السفيه ، وليس للولى قهره عليه ، فلايلزم من صرف مايحصل به اتلاف لشىء من المال الذى تعلق الحجر به انتهى .

﴿و﴾ كيف كان فـ﴿لو لم يكن كذلك﴾ بل احتاج فى السفر الى مايزيد على نفقته فى الحضر من ماله المحجور عليه ﴿حلله الولى﴾ من الاحرام اى يجعله محلا محافظة على ماله ، وعن القواعد ومحكى المبسوط ، والتحرير ، أحله بالصوم ، وظاهرهما تعيينه به ، دون الهدى ، مراعاة لحفظ المال ، لكن عن الشهيد أنى لم أقف على كون التحليل بالصوم الا من طرق العامة انتهى .

ولايخفى انه كما لايكون للتحليل بالصوم دليل فكذلك على المنع فى مثل هذه بل تلك الزيادات من لوازم السفر ولازم منعه من السفر وهو كماترى والمقصود من حفظ امواله عدم صرفه فيما يكون عند العرف تضييعا لافى مثل صرفه فى الهدى لمن كان له التمكن من ذلك لكن كان امر صرفه بيد وليه فهذه الزيادات من لوازم تعيش الانسان بحيث لو منع عنها للزم العسر والحرج ولافرق فى ذلك بين حجة الاسلام أو حج النذر اذا كان لنذر سابقا على الحجر لانه واجب ايضا بل الكفارات متعلقة به قبل السفه .

قال فى الحدائق المفهوم من كلام جملة من الاصحاب ان السفيه حكمه فى العبادات البدنية والمالية الواجبة حكم الرشيد فى وجوب الاتيان بهما ، الاأنه لايمكن من صرف المال ، وعلى هذا فمتى كان الحج عليه واجبا فليس للولى منعه . بل يجب عليه المبادرة اليه ، وعلى الولى تولى الانفاق عليه بنفسه أو وكيله ، سواء زادت نفقته سفراً على نفقة الحضر أم لا ، ولافرق فى ذلك بين حجة الاسلام أو حج النذر اذا كان النذر سابقاً على الحجر انتهى .

وكيف كان فالكلام فى اصل تعلق الواجبات عليه بنحو الاطلاق او التفصيل فى

حالات السفيه بالنسبة الى توجهه الى وجوب العبادات وعدمه فان السفيه قريب بالمجنون وغالبا لايتوجه الى وجوب العبادات والظاهران مراد الاصحاب بانه فى الواجبات يكون كالرشيد هو الذى يعلم ويعرف العبادات عقاب تاركها وانما هو محجور بالنسبة الى دفع امواله اليه وعلى اى حال لو كان بحيث يصح على المولى عقابه على الترك كان كالراشدين فيجب عليه الصلاة والصوم والحج بل فى الوصية بالواجبات البدنية والمالية فلو كان تاركالهما وكان فى اواخر عمره يجب الوصية بذلك فيجب المال فى صرف الحج الواجب من اصل ماله وفى البدنية من ثلثه.

نعم فيما لم يجب عليه ويحتاج الى صرف المال يمكن المنع عنه لانه من قبيل تضييع ماله كالصرف الى مجرد الخيرات مثل بناء المساجد والتعزية ونحوهما والفرق بينه وبين زيادة فى سفر الحج بما يحتاج اليه واضح جدا لحكم العرف بالمنع فى الاول دون الثانى.

وفى الحدائق مالفظه: وأما لو أراد الحج ندباً فانهم اشترطوا فيه أن لايزيد نفقته سفرا عن نفقته حضراً لعدم الضرر.

ولاأعرف لهذا الشرط وجهاً اذا كان الولى هو أووكيله المتولى الانفاق عليه والضرر انما يتطرق بتمكينه من النفقة على نفسه، على انه من الظاهر البين أن نفقة السفر يزيد على نفقة الحضر غالباً، لما يحتاج اليه من الدواب، والغرم كما هو المشاهد المعلوم فى جميع الازمان، وحينئذ فكيف يمنع من هذا الثواب العظيم المرتب على الحج، وهو مكلف عاقل لامانع سوى السفه الذى هو عبارة عن صرف المال فى غير محله، وهو هنا مندفع بتولى الولى أووكيله لذلك، والمسألة المذكورة غير منصوصة كما اعترف به فى المسالك، ليجب الوقوف فيها على ماذكروه، والعجب انهم قالوا: كما تقدم نقله عنهم أنه يجوز للانسان أنه يتصدق بجميع امواله، وينفقها فى الخيرات والطاعات ولايكون ذلك سفها مع مافيه من الضرر العظيم، ويمنعون هنا من زيادة نفقة السفر، لكون ذلك ضررا.

والى ماذكرناه يميل كلام المحقق الاردبيلى أيضاً كما اشار اليه بقوله: الظاهر

عدم منعه من المندوب أيضاً ، كمثل مامر ، وان استلزم صرف المال زائدا على الحضر على أن ما ذكروه من عموم الحجر - على وجه يتناول منعه من فعل الطاعات ، والقربات المستحبة والنذرونحو ذلك فى محل المنع ، فان غاية مايفهم من الاخبار والايات التى تقدم ذكرها ، هو أنه لسفهه لايمكن من المال خوفا أن يصرفه فى المصارف الغير الشرعية .

وحينئذ فلو أراد أن يتصدق بصدقة أو يبنى مسجداً أو نحو ذلك ، على وجه لايدفع المال اليه ، فما المانع منه ، حتى انهم يحكمون بالحجر فيه وفى أمثاله ، فانه عاقل كامل داخل تحت الخطاب بتلك الاخبار الدالة على استحباب الصدقة ، وفعل الخير وبذل المعروف وتخصيص هذه الاخبار بأخبار الحجر ليس اولى من العكس ، بل العكس أولى ، فان غاية مايتمسكون به كونه سفيها ، ومجرد السفه من حيث هو لايصلح للمنع من ذلك كالفاسق .

نعم الذى يقتضيه السفه هو الحجر عليه فى المال ، لئلا يصرفه فى غير المصارف الشرعية من وجوه السفه ، والفرض هنا أنه انما صرف فى المصارف الشرعية التى ليست بسفه على وجه لم يدفع اليه المال بنفسه .

وبالجملة فان دعوى عموم الحجر على وجه يتناول ماذكرناه وأمثاله ممنوعة لاأعرف عليها دليلا ، انتهى فالظاهر عدم تمامية المنع من الزياده فى مثل سفر الحج

واما مسألة التحليل بالصوم الذى مرعن الشهيد عدم الوقوف على نص فيه ففى الجواهر فى مقام الوقوف عليه قال مالفظه :

نعم ، روى معاوية بن عمار عن أبى عبدالله عليه السلام « فى الحصر ، ان لم يجد هدياً قال : يصوم » وفى كتاب المشيخة لابن محبوب روى صالح بن عامر عن أبى عبدالله عليه السلام «فى رجل خرج معتمراً واعتل فى بعض الطريق وهو محرم قال : ينحر بدنة ويحلق رأسه ، ويرجع الى أهله فلايقرب النساء ، فان لم يقدر صام ثمانية عشر يوماً » .

قلت : الظاهر من ارادة من أطلق التحليل بالصوم ماصرح به بعضهم من كونه عشرة أيام من دون اعتبار التوالى والزمان ، وأنه فى الحج ، كما أن الظاهر بناء ذلك على ان لدم الاحصار بدلا وعن بعضهم أنه استقرب عدمه ، واستشكل الفاضل فيه فى القواعد وحينئذ فينبغى بقاؤه محرماً الى زمان الفك كما صرح به بعضهم ، وقديقال : انه يتعين حينئذ على الولى تحليله بالهدى اذا فرض نقصانه عن زيادة النفقة لانه صار ولو بالعارض مثلها ، بل لولاظهور اتفاق من تعرض للحكم هنا على ذلك أمكن المناقشة فى أصل تحليل الولى له ، لانه بالاحرام صار الزايد كالنفقة ، انتهى

ولايخفى كون البدل لدم الاحصار فيما كان المنع ايضا للاحصار او الصد لابلاجهة لمجرد عدم زيادة المال وفى الاحصار والصد لامناص له من التحليل الاول للمرض والثانى للعدو بخلاف المقام المنتفى عنه كلاهما فالحق عدم منع من زيادة مثل الهدى فى الحج اذا كان متمكنا والاشتركه فى الهدى مع الغير.

وقدعرفت فى ج١٧ ص٢٣ جوازه فى امثال المقامات كعدم الاضاحى أوعدم ثمنها اوعدم مصرفها بحيث يدفن بعدالذبح مع الاحتياج اليها فى سائر البلاد ولولم يمكن ذلك ايضا حلل بدون شيىء لكنه لايصل النوبة اليه بعد قوله عليه السلام فى جواز الاشتراك نعم عن سبعين .

المسألة ﴿السادسة﴾ لاخلاف بل ولااشكال فى أن السفيه ﴿اذا حلف﴾ مثلا على فعل شيء أو تركه مما لايتعلق بماله المحجور عليه ﴿انعقدت يمينه﴾ ان اشعر بذلك فانه بالغ عاقل مكلف وانما هو ممنوع فى خصوص التصرف المالى ﴿و﴾ هذا ليس منه .

نعم ﴿لوحنث كفّر بالصوم﴾ كما صرح به الفاضل وثانى الشهيدين والشيخ فيما حكى عن مبسوطه من غير تردد ولا نقل خلاف، لانه بمنعه من التصرف المالى كان كالعبد والفقير ونحوهما ﴿و﴾ لكن عندالمصنف ﴿فيه تردد﴾ ولعله لوجوب الكفارة عليه حينئذ والفرض أنه مالك فتخرج من ماله كغيرها من الواجبات .

المسألة ﴿السابعة﴾ لاخلاف ايضاً ولااشكال فى أنه ﴿لو وجب له القصاص جاز أن يعفو﴾ وفى الجواهر على غيرمال فضلا عنه بناء على انه الواجب فى العمد لا أحد الامرين كما هوالمعروف عندنا انتهى .

وفى المسالك بعد قوله لووجب له القصاص قال هذا عندنا واضح لان موجب العمد القصاص خاصة وهو ليس بمال وانما يثبت المال بالصلح والتراضى بخلاف مايوجب الدية لانه تصرف مالى فيمنع منه ونبه بذلك على خلاف بعض العامة حيث جعل الواجب فى العمد احد الامرين القصاص او المال فلايصح عفوه ولوطلب فى العمد القصاص فله ذلك لانه موضوع للتشفى و الانتقام و هو صالح له فاذا جاز له العفو عنه مطلقاً فعفوه عنه على مال اولى فحيث يثبت بصلحه لا يسلم اليه بل الى الولى انتهى . وتمام الكلام فى محله .

﴿ولو وجب له دية﴾ أو ارش ﴿لم يجز﴾ له العفو ، بلاخلاف ولا اشكال لانه من التصرف المالى الممنوع عنه .

المسألة ﴿الثامنة : يختبر الصبى قبل بلوغه﴾ كما صرح به جماعة بل لاأجد فيه خلافاً كما فى الجواهر .

وفى المسالك بعد قوله يختبر الصبى قال قدتقدم ان الرشد لايتحقق الاباختياره بما يلايمه من التصرفات والاعمال وبين هنا ان محل هذا الاختبار قبل البلوغ لقوله تعالى و ابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم اموالهم و وجه دلالة الاية على ذلك من وجهين احدهما جعل متعلق الابتلاء اليتامى والمراد باليتيم لغة و شرعاً من لا اب له وهو دون البلوغ فالبالغ ليس بيتيم بطريق الحقيقة واطلاق اللفظ محمول على الحقيقة اذا لم يمنع منها مانع و هو منتف هنا والثانى قوله حتى اذابلغوا النكاح جعل غاية اختبارهم البلوغ فدل على ان الاختبار قبله ولان تأخير الاختبار الى البلوغ يؤدى الى الاضرار به بسبب الحجر عليه ومنعه ماله مع جواز كونه بالغا رشيداً انتهى .

و قد ظهر اكثر هذه الكلمات مفصلا و انه اذا علم بحصول بلوغه انباتاً او احتلاماً او سناً فقد حصل الاختبار اما بالنسبة الى السن فلا يحتاج معه الى الاختبار للعلم بالبلوغ بعدتمام خمس عشرة سنة وكذا الاحتلام فانه يكون بحيث يعلم ذلك منه من اوليائه ولا يحتاج الى الاختبار وكيف كان فالامر سهل هذا ان كان الاختبار للعلم بالبلوغ و اما لوكان لاجل حصول رشد الصبى فهو اسهل .

﴿وهل يصح بيعه ؟ الاشبه انه لايصح﴾ وقد مر قبلا عدم صحة مبايعة الغير معه وان بيعه من السفيه باطل و يرجع البايع مبيعه لوكان والا فلا لعدم ضمان على السفيه و اذا بطل بيعه منه بطل شرائه من الرشيد ايضاً فان البطلان من البايع و المشترى هذا .

الحمد لله رب العالمين وصلى الله على محمد وآله الطاهرين .

﴿كتاب الضمان﴾

اى ذلك كتاب الضمان

الضمان عندناكما فى المسالك و الجواهر و غيرهما مشتق من الضمن لانه ينقل ما كان فى ذمته من المال و يجعله فى ذمة أخرى فالنون فيه أصلية و عند العامة مشتق من الضم فالنون فيه زائدة و يكون الضمان بمعنى ضم ذمة الى ذمة و اشتراكهما معاً وعلى الثانى لزم اسقاط النون فى اكثرمشتقات الضمان وهوكماترى مضافاً الى بطلان شغل ضمتين بمال واحد فلايعقل كون الخمسين على ذمة زيد وهو بعينه على ذمة عمرو فى وقت واحد ثم ان الضمان يطلق تارة على معنى اعم وهو الضمان والكفالة والحوالة .

و اخرى يراد به معنى اخص و هو الضمان و تعريفه الاعم هو انه عقد شرع للتعهد بمال اونفس والثانى هوالكفالة والاول ان كان الضامن غيرمديون بالمضمون عنه فهو الضامن بالمعنى الاخص وان كان مديوناً به فهو الحوالة .

قال فى الحدائق اعلم أن الضمان عند الفقهاء لفظ مشترك يطلق على معنيين أحدهما أخص من الاخر و المعنى الاعم عبارة عن عقد شرع للتعهد بمال او نفس، والتعهد بالنفس هو الكفالة والتعهد بالمال ان كان ممن فى ذمته مال فهو الحوالة و الا فهو الضمان بالمعنى الاخص انتهى .

فالحاصل هنا ثلاثة عقود : الاول الكفالة وهو التعهد باحضار النفس، الثانى الحوالة وهى احالة المديون دينه الى غيره ، الثالث الضمان وهوضامن لمن لم يكن له على ذمته مال وهو المقصود بالبحث فى الكلام فالضامن هوالمتعهد لدفع المال الذى على ذمة المضمون عنه للمضمون له فالمال بعدالضمانة ينتقل الى ذمة الضامن .

﴿و هو﴾ بالمعنى الاعم الشامل له بالمعنى الاخص والحوالة والكفالة ولو على جهة المجاز ﴿عقد شرّع للتعهد بمال او نفس و التعهد بالمال قد يكون ممن عليه للمضمون عنه مال وقد لايكون فهنا ثلاثة أقسام : القسم الاول : فى ضمان المال ممن ليس عليه للمضمون عنه مال وهو المسمى بالضمان بقول مطلق﴾ الذى هوالمعنى الحقيقى المتبادر عند الاطلاق انتهى .

﴿وفيه بحوث ثلاثة : الاول : فى الضامن ولابد أن يكون مكلفاً﴾ لمامرغير مرة من سلب عبارة غيره فى امثال المقام بل لابد أن يكون مع ذلك ﴿جائز التصرف﴾ الشامل للمقام وحينئذ ﴿فـ﴾ لااشكال فى أنه ﴿لايصح ضمان الصبى ولاالمجنون﴾ ولو مع اذن الولى .

﴿ولوضمن المملوك لم يصح الا باذن مولاه﴾ وهو واضح ﴿ويثبت ماضمنه فى ذمته لا فى كسبه الا أن يشترطه فى الضمان باذن مولاه﴾ وفى الجواهر بل هو خيرة الفاضل فى جملة من كتبه والشهيد فى اللمعة ﴿وكذا لوشرطه أن يكون الضمان من مال معين﴾ او ما هو بمنزلته .

﴿و لا يشترط علمه﴾ أى الضـامن ﴿بـ﴾ اسم ﴿المضمون له﴾ و نسبه ﴿ولا المضمون عنه﴾ كذلك كما فى الخلاف والغنية والتحرير والارشاد والمختلف

و جامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية والمفاتيح و الرياض على ما حكى عن بعضها بل نسبه بعضهم الى الاكثر بل فى محكى التذكرة لوضمن الضامن عمن لا يعرفه صح ضمانه عند علمائنا . و عبارته فى الخلاف هكذا لفظه ليس من شرط الضمان ان يعرف المضمون له او المضمون عنه وللشافعى فيه ثلثة اوجه احدها مثل ما قلناه و الثانى ان من شرطه معرفتهما و الثالث ان من شرطه معرفة المضمون له دون المضمون عنه .

[دليلنا] ما روى ان علياً عليه الصلوة والسلام وابا قتادة لما ضمنا الدين عن الميت لم يسئلهما النبى ﷺ عن معرفتهما لصاحب الدين و لا الميت فدل على انه ليس من شرطه معرفتهما انتهى .

ونظره الى الخبرين هما مارواه أبوسعيدالخدرى «قال كنا مع رسول الله ﷺ فى جنازة فلما وضعت قال ﷺ : هل على صاحبكم من دين ؟ قالوا : نعم درهمان فقال : صلوا على صاحبكم فقال على عليه السلام : هما علىّ يا رسول الله وأنا لهما ضامن فقام رسول الله ﷺ فصلى عليه ثم أقبل على علىّ فقال : جزاك الله عن الاسلام خيراً وفك رهانك كما فككت رهان أخيك » .

وروى جابربن عبدالله «أن النبى ﷺ كان لايصلى على رجل عليه دين فأتى بجنازة فقال : هل على صاحبكم دين؟ فقالوا : نعم ديناران، فقال صلوا على صاحبكم فقال أبو قتادة هما علىّ يا رسول الله قال : فصلى عليه فلما فتح الله على رسوله قال أناأولى بالمؤمنين من انفسهم فمن ترك مالا فلورثته ومن ترك ديناً فعلىّ» وظاهرهما عدم اشتراط العلم بالمضمون له وهو الدائن .

و يمكن ان يقال انهما اخص من المدعى و هو عدم العلم بالمضمون عنه و المضمون له فان المضمون عنه فى المقام هو الميت ولا يمكن العلم بحاله او لا ثمرة للعلم بحاله والمضمون له وهوالغريم معلوم فى الجملة ولعله كان فى المشايعين له بل كانوا عارفين بالغريم بدليل أنه اذا سئلهم ﷺ عن الدين عليه قالوا نعم ففى

مثل ذلك واشتراط العلم معلوم بنفسه فلادلالة للخبرين على عدم العلم فالعلم بحالهما لازم فالمقصود هو العلم بالمضمون له واما المضمون المديون فهو لايمكن الجهل به غالباً ولا يحتاج الى أكثر عن العلم بحضوره ولو لم يعلم اسمه هذا ﴿و﴾ لذا ﴿قيل﴾ وفي الجواهر والقائل الشيخ في المحكي عن مبسوطه وتبعه المقداد في المحكي عن تنقيحه ﴿يشترط﴾ علمه بذلك لحصول المعاملة بين الضامن و بينه فافتقر الى معرفته للحاجة وللغرر والضرر بدون ذلك ولينظر هل يستحق ذلك عليه أولا ولانه احسان و لابد من معرفة محله و الا لجاز وضعه في غير أهله فلا يستفيد الا محمدة اللئام انتهى .

ولعله اولى بالنظر لان الضمانة يتوقف على معرفة المضمون له وعليه فلو لم يعرفهما لم يحصل الغرض من الضمانة بل يمكن انكار الضامن بعد الضمانة شخص المضمون له و انه غيره .

وكيف كان فاللازم هو علم الضامن بالمضمون له ولكن ينبغي ان يقال باشتراط علم المضمون له بالضامن دون العكس لامكان انكار الضامن بعد الضمانة بحيث يحتاج اثباته الى العلم بحاله .

وكيف كان ففي الحدائق ما لفظه هل يشترط علم الضامن بالمضمون له ، و المضمون عنه ومعرفتهما بنسبهما أو وصفهما قيل: نعم وقيل: لايشترط وقيل: يشترط معرفة المضمون عنه دون معرفة المضمون له ، والقول الاول ـ للشيخ في المبسوط والثاني له أيضاً في الخلاف وهو اختيار المحقق في الشرايع والشهيد والعلامة في غير المختلف والشهيد الثاني في المسالك و جماعة و الثالث للعلامة في المختلف وعلى القول الثاني فانه وان لم يشترط المعرفة على الوجه المتقدم لكن يشترط عندهم ان يمتاز المضمون عنه عند الضمان بمايصح معه القصد الى الضمان عنه الى ان قال بعد نقل الروايتين والتكلم مع العلامة في المختلف وان العلم بالمضمون عنه لازم ما لفظه :

أقول: وبذلك علم حجج هذه الاقوال المذكورة فى المقام وهى عند التحقيق لااعتماد عليها فى تأسيس الاحكام أما قوله لنا : ان المضمون عنه الى آخره ففيه أولا أنه مصادرة محضة لان هذا عين المدعى ومع تسليمه فانه يكفى التميز بوجه ما كما اعترف به القائلون بعدم الاشتراط بالنسبة الى المضمون عنه وبه يظهر ضعف قوله وذلك يستدعى العلم به .

واما الخبران المذكوران فانهما وان ذكرهما الشيخ فى الخلاف ، الا أن الظاهر أنهما من روايات العامة فانهم كثيراً ما يستسلفون رواياتهم ولا سيما الشيخ فى الكتاب المذكور فلاتقوم بهما حجة ومع تسليم صحتهما فهما بالدلالة على العدم ـ فى كل من المضمون له وعنه ـ أقرب كما ذكره الشيخ فى الخلاف حيث استدل بهما على ذلك بالتقريب الذى تقدم نقله عنه .

واما ما استدل به الشيخ فى المبسوط فهو أظهر ضعفاً من أن يتعرض لبيانه ، الى ان قال : وبذلك يظهر لك أن الاصح من هذه الاقوال هو القول بعدم الاشتراط مطلقاً و مما يدل صريحاً على عدم معرفة المضمون له ما رواه فى الكافى عن فضيل وعبيد عن ابى عبدالله عليه السلام «قال : لماحضر محمدبن أسامة الموت دخل عليه بنوهاشم فقال لهم : لقد عرفتم قرابتى ومنزلتى منكم وعلى دين فأحب أن تقضوه عنى، فقال على بن الحسين عليهما السلام ثلث دينك علىّ ثم سكت وسكتوا ، فقال على بن الحسين عليهما السلام علىّ دينك كله ثم قال على بن الحسين عليهما السلام أما انه لم يمنعنى أن أضمنه أولا الاكراهة أن يقولوا : سبقنا » وهذا الخبر كما أنه يدل على عدم اشتراط معرفة المضمون له ، كذلك يدل على عدم اشتراط معرفة قدر الدين انتهى .

و فيه تأمل ﴿و﴾ لعله لهذا الخبر قال المصنف ان ﴿الاول اشبه﴾ لكنه غير تام و ان ظهر من بعض الاخبار فهو فى مورد وجود القرينة على عدم الاحتياج الى العلم لمعلوميته عند الاداء والضامن ايضاً كان بصدد البشارة به باداء دينه فلم يكن

مورد وموقع للعلم بالمضمون له فعلا لحصوله عند دفع الدين فالعلم تارة كان قبلا واخرى يحصل عند اداء الدين كما فى الخبر فلادلالة له على عدم الاشتراط .

والانصاف ان الادلة التى ذكر على عدم الاشتراط كانت مقرونة على القرائن الظاهرة منها المعلومية فعدم ذكر من العلم بحالهما لذلك ولكن مع قطع النظرعن القرائن و فيما لايعلم الحال لابد من العلم بحال المقرون له .

ولكن قد عرفت عدم الاحتياج الى العلم بحال المقرون له بل هو العلم بحال الضامن لان المقرون له وهو الدائن اراد أن يأخذ ديون المضمون عنه عن الضامن فلابد من العلم بحاله وانه يؤدى او ينكره بعد ذلك .

وبالجملة بعد الضمانة الضامن يصير مديوناً للمقرون له واللازم عرفا و عادة هوالعلم بحال المديون واما هو فحيث كان اللازم هو رد الدين فلافرق بحال علمه بالمقرون له وعدمه ولعل اللازم اشتراط العلم به ﴿لكن لابد أن يمتازالمضمون عنه عند الضامن بما يصح معه القصد الى الضمان عنه﴾ بلاخلاف ولا اشكال ضرورة عدم العبرة بالقصد الى ضمان المبهم المتردد فى الواقع لعدم الدليل عليه بل ظاهر الادلة خلافه بل لعله من المقطوع به انتهى .

ولا يخفى ان لزوم الامتياز عبارة عن العلم باشتراط او قريب بالعلم وكيف كان فمع الجهل لايحصل الغرض التمام من الضمانة ﴿و﴾ كمايشترط العلم بالمضمون له فكذلك ﴿يشترط رضاء المضمون له﴾ فى صحة الضمان ، وفى الجواهر بل لا خلاف معتد به أجده فيه بل فى محكى التحرير و الغنية الاجماع عليه و هو الحجة بعد الاصول المقتصر فى الخروج عنهما على الضمان برضا المضمون له انتهى .

و ذلك لان المعيار الكلى حينئذ هو رضا المضمون له لامكان عدم اعتماده بالضامن او عدم تمكنه من الاداء و لو كان معتمداً الوضوح انه مع الضمان برئت ذمة المديون و انتقل الدين الى ذمة الضامن فلا بد و ان يكون راضياً بذلك بل هو صريح النص الوارد برضا المضمون له كصحيح ابن سنان عن الصادق عليه السلام « فى

الرجل يموت وعليه دين فيضمنه ضامن للغرماء ؟ فقال: اذا رضى به الغرماء فقدبرءت ذمة الميت» وفى الفقه المنسوب الى مولانا الرضا عليه السلام «وان كان لك على رجل مال وضمنه رجل عند موته وقبلت ضمانه فالميت قد برأ وقد لزم الضامن رده» بل لو لا رضاه لما انتقل ما على المضمون عليه على ذمته .

وكيف كان فالظاهر لااشكال فى رضا المضمون له لانه صاحب المال بل القول بعدم اشتراط رضاه مساوق للقول بعدم مالكية الانسان لماله و ممن ذهب الى عدم اشتراط الرضا صاحب الحدائق قال : المشهورعندالاصحاب اشتراط رضا المضمون له فى صحة الضمان وعللوه بأن حقه يتحول من ذمة غريمه الى ذمة الضامن والناس يختلفون فى حسن المعاملة وسهولة القضاء فلولم يعتبر رضاه لزم الضرر والغرر ونقل عن الشيخ قول بعدم اشتراط رضاه محتجاً بأن علياً عليه السلام وأبا قتادة ضمنا الدين عن الميت ولم يسأل النبى صلى الله عليه وآله عن رضا المضمون له وأجيب بأنها واقعة لاعموم لها ، وأن ذلك انما يدل على عدم بطلان الضمان قبل علمه ورده ونحن نقول بموجبه لانه صحيح ولكن لايلزم الا برضا المضمون له . ثم نقل اخبار الباب :

ومنها موثق اسحاق بن عمار ومنها موثق حسين بن الجهم ثم قال والخبر ان المذكور أن ظاهر الدلالة صريحاً المقالة ولاسيما الثانى فى صحة الضمان ولزومه من غير توقف على رضا المضمون له فان الثانى صريح فى انه مع عدم الرضا فان الضمان لازم ثم قال ويدل على ذلك ايضاً مارواه الشيخ فى الصحيح عن حبيب الخثعمى الى أن قال بعد سوقه و هو كما ترى ايضاً ظاهر فى صحة الضمان من غير اشتراط رضا المضمون له انتهى و هو كما ترى و عدم الاشتراط ظاهر الخلاف و هو بعيد فى الغاية .

قال فيه ليس من شرط صحة الضمان رضاهما ايضاً وان قيل ان من شرطه رضا المضمون له كان اولى وقال الشافعى المضمون عنه لايعتبر رضاه والمضمون له فيه قولان فقال ابوعلى الطبرى من شرطه رضاه مثل الثمن فى المبايعات وقال ابن سريج

ليس ذلك من شرطه لان علياً عليه السلام وابا قتادة لم يسئلا المضمون له .

[دليلنا] ضمان على عليه السلام وابى قتادة فان النبى صلى الله عليه وآله لم يسئل عن رضا المضمون له واما رضا المضمون عنه فكان غير ممكن لانه كان ميتاً يدل على انه لا اعتبار برضاهما واذا اعتبرنا رضا المضمون له فلانه اثبات حق فى الذمة فلابد من اعتبار رضاه كسائر الحقوق والاول اليق بالمذهب لان الثانى قياس ونحن لانقول به انتهى .

وهذا الامر كانه عجيب عن مثله بعد فرض كون دينه انتقل الى ذمة الضامن فربما كان من الاشرار الخائف منه الناس من يده ولسانه او من الفقراء الذين لا يتمكن من ردّ الدين فكيف لا يكون مشروطا برضاء المضمون له فانه مساوق لتلف دينه وذهاب ماله.

وكيف كان ففساده واضح وان كان قد يستدل له ببعض الروايات مثل موثق «اسحاق بن عمار عن أبى عبدالله عليه السلام فى الرجل يكون عليه دين فحضره الموت فيقول وليه: علىّ دينك ؟ قال : يبرؤه ذلك وان لم يوفه وليّه من بعده ، وقال : أرجو أن لا يأثم وانما اثمه على الذى يحسبه» ويرده انه فى مقام صحة الضمانة وبراءة ذمة المديون حينئذ فليس له اطلاق من جميع الجهات حتى يحتاج الى تقييده برضا المقرون له فلا ينا فى رضاه مضافا الى ما فى الجواهر من كونه مخالفة للاجماع ، باعتبار اشتماله على الابراء من دون اذنهم ، وانما ضمن رضاهم ، وهو ليس من الضمان المصطلح وتأويله بالضمان من دون رضاهم ليس بأولى من ضمانه برضاهم، ولكن لا بينة له على ذلك ، فكان فى الحكم الظاهر لهم مطالبته مع انكارهم لذلك انتهى .

واستدلوا لعدم رضا المقرون له ايضا بموثق الحسن بن الجهم «سألت ابا الحسن عليه السلام عن رجل مات وله علىّ دين وخلف ولداً رجالا ونساء وصبياناً فجاء رجل منهم فقال : انت فى حل مما لاخوتى وأخواتى وأنا ضامن لرضاهم عنك ، قال تكون فى سعة من ذلك وحل ، قلت : وان لم يعطهم قال : ذلك كان فى عنقه قلت : فان رجع الورثة علىّ فقالوا : أعطنا حقنا فقال: لهم ذلك فى الحكم الظاهر ، فأما بينك وبين الله فأنت فى حل منها اذا كان الرجل أحلك يضمن رضاهم ، قلت : فما تقول فى الصبى

لأمه أن تحلل ؟ قال : نعم اذا كان لها ماترضيه وتعطيه ، قلت : فان لم يكن لها مال قال فلا ، قلت : فقد سمعتك تقول أنه يجوز تحليلها ، فقال : انما أعنى بذلك اذا كان لها مال» .

ويرد عليه انه على خلاف المطلوب ادل توضيحه ان الرجل السائل عن الامام مديون ومضمون عنه والرجل الميت دائن ومضمون له واذا مات صار تركته لورثته ومن جملتها ماعلى السائل للمديون فالمضمون له بعدالموت صار الجميع والضامن واحد منهم فهو ضامن ومضمون له ضامن باعتبار ضمانته ومضمون له باعتبار انه احد من الورثة فالضامن ضامن عن رضاالجميع لقوله وانا ضامن لرضاهم والمعنى اناضامن لاجل ان الكل راضون فالمضمون له صار قبل الموت واحد اوبعده متعددا والفرض رضاهم و الفرض ان الامام اجاب بانه يكون فى سعة من ذلك وحل فهو يدل على رضاية المضمون له .

و صحيح حبيب الخثعمى عن أبى عبدالله عليه السلام «قلت له : الرجل يكون عنده المال وديعة يأحذ منه بغير اذن صاحبه ؟ قال : لايأخذ الا أن يكون له وفاء قال : قلت أرأيت ان وجد من يضمنه ولم يكن له وفاء وأشهد على نفسه الذى يضمنه يأخذ منه؟ قال : نعم تقريبه كما قال فى الحدائق انه ظاهر فى صحة الضمان من غير اشتراط رضا المضمون له انتهى .

وقد عرفت ما فيه وانه ظاهر فى ان عنده الوديعة فاخذ منه بدون رضا صاحبه فهو على ما هو الظاهر منه على خلاف القواعد لعدم اخذ مال الغير عنه بدون رضاه وطيب نفسه سواء ضمنه اذا اخذه ام لا وكيف كان فهو راجع الى الوديعة وسيأتى الكلام فيها فقد ظهر بحمدالله عدم صحة عدم رضا المضمون له .

وقدعرفت ان انتقال مافى ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن فرع رضاالمقرون له وايضا الضمان عقد يحتاج الى الايجاب من الضامن بقوله ضمت لك والقبول من المضمون له فكيف لايحتاج الى رضاه ومن جميع ماذكر ظهر فساد مافى الحدائق

من عدم اشتراط رضا المضمون له .

ولقد اجاد فى الجواهر حيث قال فى مقام رده مالفظه فمن الغريب وسوسة بعض متأخرى المتأخرين فى الحكم المزبور لذلك، مما هو غير صالح لمعارضة بعض ما عرفت، خصوصاً بعد كون المسألة من قطعيات الفقه وضرورياته ، بل لعل الوسوسة فيها جهل بمذاق الفن ومذاق الشرع ، بل قد عرفت أنه لابد من رضى المضمون له بعنوان القبول الذى يتم به العقد ، لما عرفت من المفروغية عن كون الضمان عقداً محتاجاً الى الايجاب والقبول ، بل لابد فيهما من جميع ما هو معتبر فى العقود اللازمة من الاتصال والعربية وغيرهما .

نعم يقوى عندنا فيه وفى غيره من العقود اللازمة عدم اعتبار لفظ مخصوص ولاهيئة مخصوصة ، بل كلما أفاد انشاء ذلك ولو بالجملة الاسمية ، أو بالمجاز أو نحو ذلك ، كما أوضحناه فى البيع وغيره .

ومنه يعلم حينئذ تحقق عقد الضمان بنحو «على دين زيد» أو عندى أو نحوهما مما يقصد به انشاء التعهد بذلك وقرنه القبول من المضمون له انتهى .

وفى الجواهر فى مقام الرد على عدم اعتبار رضا المضمون له قال وأغرب من ذلك الاحتجاج له بضمان أمير المؤمنين عليه السلام وأبى قتادة الدين عن الميت ، ولم يسأل النبى صلى الله عليه وآله عن رضى المضمون له ـ الذى هو بعد الغض عن سند روايته ـ لادلالة فيه على ذلك ، بل لعله دال على خلافه ، ضرورة اشتماله على وقوع الضمان الذى هو عبارة عن الايجاب والقبول من المضمون له والايجاب وحده ليس بضمان فلاحاجة حينئذ الى الجواب بأنها واقعة لاعموم فيها ، و بان ذلك انما يدل على عدم البطلان قبل علمه ورده ، ونحن نقول بموجبه ، لانه صحيح ، ولكن لايلزم الا برضى المضمون له ، وبأن النبى صلى الله عليه وآله قد قبل، لانه أولى بالمؤمنين من أنفسهم ، وبحصول اذن الفحوى من المضمون له ، وبغير ذلك مما لايخفى عليك مافيه بعد معلومية امتناع النبى صلى الله عليه وآله عن الصلاة عليه من جهة شغل ذمته ، وأنها برءت بالضمان، فصلى والضمان الفضولى

لايفيده براءة فعلية ، وأن ولاية النبى ﷺ فى غير قبول العقود ، والفحوى لاتكفى فى تحقق البرائة فعلاً فالتحقيق حينئذ فى الجواب ماعرفت .

ثم انه بناء على القول المشهور من اشتراط رضا المضمون له فهل المعتبر مجرد رضاه كيف اتفق ولو مع التراخى ؟ أم لابد من كونه بصيغة القبول ، قولان: استجود فى المسالك الثانى، قال : لانه عقد فلابدفيه من القبول ، ولاصالة بقاء ماكان من شغل ذمة المضمون عنه وسلامة ذمة الضامن ، وانتفاء حق المضمون له الى أن يتحقق المزيل ، وحينئذ فيعتبر فيه ما يعتبر فى سايرالعقود من التواصل المعهود بين الايجاب والقبول ، وكونه بلفظ الماضى واللفظ العربى ، لانه من العقود اللازمة .

ثم قال : ووجه العدم قصة على (عليه السلام) وأصالة عدم الاشتراط ، ومخالفته لغيره من العقود المملكة ، لان الضمان لايثبت ملكا جديداً و انما يتوثق به الدين الذى كان مملوكا ، وفيه ان استحقاق المضمون له عند الضامن حقاً ضرب من التملك ثم ينتقض بالرهن ، فانه فائدته التوثق مع اشتراطه فيه انتهى .

أقول جميع ماذكره وأطال به لايخرج عن مجرد الدعوى، ولم أره استند الى دليل يدل عليه ولابرهان يلجأ اليه الا التمسك بأصالة بقاء شغل ذمة المضمون عنه ، وعدم شغل ذمة الضامن، وفيه أنه وان كان الامر كذلك لكن يجب النظر فى الدليل المخرج عن ذلك من الاخبار الواردة فى هذا المضمار ، لامجرد الدعاوى العارية عن الاعتبار انتهى .

قدعرفت دلالة الدليل على الاعتبار رضا المضمون له والاقوى ايضا فى رضاه هو الوجه الثانى مماحكاه عن المسالك والله العالم .

﴿ ولاعبرة برضا المضمون عنه ﴾ وفى الجواهر بلاخلاف أجده فيه ، بل الاجماع قسميه عليه ﴿لأن الضمان كالقضاء﴾ للدين المعلوم عدم اعتبار الرضا فيه ، ولاطلاق الادلة وعمومها ولما سمعته من واقعة ضمان أمير المؤمنين (عليه السلام) ﴿و﴾ غيره عن الميت ، بل ﴿لوأنكر﴾ وأبى ﴿بعد الضمان لم يبطل ، على الاصح﴾ للاصل

وغيره من الادلة والمسألة غيرخالية عن الاشكال فان الضمانة موجبة لانتقال مافي ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن ومع عدم رضا المضمون عنه كيف ينتقل الى ذمة الضامن سيما لو انكر ذلك فان الانتقال يتوقف على اذنه و رضاه وقياسه على قضاء الدين مع الفارق فانه في اداء الدين ليس انتقال من ذمة الى الاخرى بل اسقاط عما في الذمة .

ولذا في الحدائق في رد هذا القياس قال وما ادعوه من جواز أداء الدين عن الحي وبرائة ذمته مع عدم رضاه بذلك لم نقف له على دليل ومع وجود الدليل عليه فحمل الضمان على ذلك قياس ، وان كان مما يرجع اليه بنوع من الاعتبار والاستناد الى الضمان عن الميت أو لاداء عنه غير دال على مانحن فيه ، لظهور الفرق بين الحي والميت فهو قياس مع الفارق انتهى .

وكيف كان فالمسألة محل خلاف ومشكلة ولعل القوى هو قول القائلين برضاه ايضاً قال في الحدائق مالفظه ايضا ظاهر جملة من الاصحاب أن رضى المضمون عنه غير شرط في صحة الضمان ، بل يظهر من المسالك أن ذلك موضع وفاق ، حيث قال بعد قول المصنف : ولاعبرة برضاى المضمون عنه ، لان الضمان كالقضاء هذا موضع وفاق ، ولان اداء الدين كما يجوز بغير اذنه فالتزامه في الذمة أولى ولصحة الضمان عن الميت كمامر في واقعة المصلي عليه ولايتصور رضاه انتهى .

وأشار بالواقعة المذكورة الى حديثي على عليه السلام وأبي قتادة المتقدمين .

أقول : ما نقله هنا من الاتفاق على الحكم المذكور ينافيه مانقله في المختلف عن الشيخ أنه قال في النهاية : متى تبرع الضامن من غير مسألة المضمون عنه، وقبل المضمون له ضمانه ، فقد برء عهدة المضمون عنه ، الا أن ينكر ذلك ويأباه ، فيبطل ضمان المتبرع ، ويكون الحق على أصله لم ينتقل عنه بالضمان ، ثم نقل عن ابن البراج أنه قال : اذا تبرع انسان بضمان حق ثم أنكر المضمون عنه ذلك كان الحق باقياً في جهته لم ينتقل الى المتبرع بضمان ذلك ، قال : و هذا يوافق قول الشيخ من

اعتبار رضى المضمون عنه فى الضمان ، وبه قال ابن حمزة ، وهو قول شيخنا المفيد رحمه الله فى المقنعة ، ثم نقل عن ابن ادريس أنه لايعتبر رضى المضمون عنه ، بل يلزم الضمان مع رضى الضامن والمضمون له ، قال : وهو مذهب والدى رحمه الله ثم استدل على ذلك فقال : لنا قوله عليه السلام «الزعيم غارم» ومارواه داود الرقى فى الصحيح عن الصادق عليه السلام قال : مكتوب فى التوراة «كفالة ندامة غرامة» ولانه كالقضاء فلاخيار له كما لوقضى عنه انتهى .

ومنه يظهر مافى دعوى الاتفاق مع ظهور خلاف هؤلاء الاجلاء والقائلون بعدم اشتراط رضى المضمون عنه ، قالوا : تفريعاً على ذلك : بانه لوأنكر المضمون عنه بعد الضمان لم يبطل الضمان ، و عللوه بأنه لااثر له ، فانه اذا لم يعتبر رضاه ابتداء فلا عبرة بانكاره بعده ، ثم نقلوا هنا خلاف الشيخ وجماعة حيث حكموا ببطلانه بعد انكاره ، وردوه بانه ضعيف جداً الى ان قال .

وأنت خبير بأنا لم نجد لهم دليلا شافياً على ماادعوه من عدم اشتراط رضى المضمون عنه فى صحة الضمان ، الامايذكرونه من جواز أداء الدين عنه بغير رضاه ، وغاية مايستند اليه هنا فى أداء الدين حديث الضمان عن الميت ، حيث أنه لايتصور الرضا أوعدمه من الميت انتهى وقد مرباقى العبارة اولاولايخفى فيما حكى عن ابن ادريس على العموم بقوله الزعيم غارم فان معنى الكفيل غارم ان الغرامة على المتكفل لشيىء فهوفى مقام ان الكفالة بعد ثبوتها مستلزم للغرامة والكلام فى المقام فى اصل ثبوتها وانه هل يثبت مطلقا وبدون الرضا اولابد من الرضا فربما لايكون من شئون المضمون عليه ضمانة آخر له وله خفة وذلة فلايرضى بذلك فعمدة الدليل توقف انتقال المال من ذمة الى ذمة اخرى على كونه برضا المنتقل عنه والالزم الانتقال قهراً وعلى خلاف ميله وهوخلاف القواعد .

وعن النهاية قال : «ومتى تبرع الضامن من غير مسألة المضمون عنه ، وقبل المضمون له فقد برأ المضمون عنه ، الاأن ينكر ذلك ويأباه ، فيبطل ضمان المتبرع

ويكون الحق على أصله لم ينتقل عنه بالضمان» انتهى .

وفى الجواهر بعد نقل العبارة قال وربما تبعه عليه غيره ، لكن لم نجد له دليلا بل ظاهر الادلة خلافه ، انتهى وقول النهاية قوى ولايخفى انه كما احتاجت المسألة الى قبول المضمون له فكذلك تحتاج الى قبول المضمون عنه لتوقف الانتقال من ذمته الى ذمة الضامن اليه فكيف يحصل الانتقال بدون رضاه خصوص بعد انكاره وذلك مطوى فى الادلة ولولم يذكر فيها ولذا عن المختلف رضايته ايضا كماعرفت من عبارة الحدائق والله العالم .

﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿مع تحقق الضمان﴾ الجامع لشرائط الصحة ﴿ ينتقل المال الى ذمة الضامن ويبرأ المضمون عنه و﴾ حينئذ ﴿تسقط المطالبة﴾ من المضمون له ﴿ عنه ﴾ وفى الجواهر لعدم الحق له فى ذمته ، بلاخلاف فى شىء من ذلك عندنا ولااشكال ، بل الاجماع بقسميه عليه ، بل لعله من ضروريات الفقه انتهى .

قال فى الخلاف اذا صح الضمان فانه ينتقل الدين من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن ولايكون له ان يطالب احداً غير الضامن وبه قال ابوثور وابى ليلى وابن شبرمة وداود وقال الشافعى وباقى الفقهاء ان المضمون له مخيرفى ان يطالب ايهما شاء والضمان لاينقل الدين من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن .

[دليلنا] ان النبى عليه السلام قال لعلى عليه الصلوة والسلام لماضمن الدرهمين عن الميت جزاك الله عن الاسلام خيراً وفك رهانك كما فككت رهان اخيك فدل على ان الميت قد انتقل الحق من ذمته وقال عليه السلام لابى قتادة لما ضمن الدينارين هما عليك والميت منهما برىء قال نعم فدل على ان المضمون عنه يبرء من الدين بالضمان انتهى

وقال فيه ايضا ليس للمضمون له ان يطالب الاالضامن وقال مالك لايجوز له ان يطالب الضامن الاعند تعذر المطالبة من المضمون عنه اما بغيبته اوبافلاسه اوبجحوده وقال الشافعى وباقى الفقهاء هو بالخيار فى مطالبته ايهماشاء .

[دليلنا] ماذكرناه فى المسئلة الاولى سواء من الضمان ينقل المال من ذمة

المضمون عنه الى ذمة الضامن فاذا ثبت ذلك فليس له ان يطالب الامن ثبت المال فى ذمته انتهى ومافاد جيدجداً لانه مقتضى الضمانة ﴿ولوأبرأ المضمون له المضمون عنه لم يبرأ الضامن﴾ من هذه الحيثية ﴿على قول مشهور لنا﴾ .

وفى الجواهر بل مجمع عليه بيننا ضرورة عدم المحل للبراءة المزبورة بعد ماعرفت من براءة ذمته بالضمان عندنا ، وانمامحلها حينئذ ذمة الضامن فاذا أبرأه برءا معاً ، وان كان الضمان بالاذن ، لعدم استحقاق الرجوع عليه الابالأداء الذى قدانتفى محله بالابراء ، فينتفى الحق عنه للضامن الذى قدفرضنا براءة ذمته من المضمون له انتهى .

وحاصله ان المضمون عنه لم يبق على ذمته شيىء وانه انتقل الى ذمة الضامن وهولم يبرء الضامن فما يبرءه لامحل للابراء وماصح ابراءه لم يبرء .

﴿و﴾ كيف كان فلاخلاف عندنا فى أنه ﴿يشترط فيه﴾ أى فى لزوم الضمان لافى صحته ﴿ الملاءة أوالعلم ﴾ من المضمون له ﴿ بالاعسار ﴾ والرضا به وفى الجواهر بل عن ظاهر الغنية الاجماع ، والسرائر نسبته الى أصحابنا وجامع المقاصد ظاهرهم أن هذا الحكم موضع وفاق وهذا الشرط فى اللزوم فانتفاءه علما اوجهلا لايوجب البطلان بل يوجب فسخ المضمون له لولم يعلم بالحال فوجه شرط لزومه معلوم فانه مع العلم بانتفاء الشرط صح ولايكون له الفسخ ومع الجهل يكون لهذلك

قال فى الحدائق قدصرح الأصحاب (رضوان الله عليهم) بأنه يشترط فى الضامن الملاءة أوالعلم باعساره والمراد انه شرط فى اللزوم لافى الصحة فلوضمن ثم بان اعساره كان للمضمون له الفسخ ، قالوا : لان عقد الضمان مبنى على الارتفاق ، والقصد منه استيفاء الدين من الضامن ، وانما يكون ذلك اذا أمكن الاداء بايساره ، فاذا فات هذا المقصود ثبت للمضمون له الخيار بين الصبر على الضامن ، وبين فسخ العقد والرجوع على المضمون عنه انتهى ومعنى كون ذلك شرطا للزوم انه يصح و لو لم يعلم الملاءة اواعسار الضامن لكن لاتكون الضمانة بلازم بل للمضمون له

فسخ الضمانة اوالصبر الى زمان اليسر فالضمانة تصح الا انه مع عدم العلم بالملائة واليسر يجوزله الفسخ ومع العلم بها لايجوز بل لازم ولذا قال ﴿أمالوضمن ثم بان اعساره كان للمضمون له فسخ الضمان ، والعود على المضمون عنه﴾ .

وفى الجواهر قيل : وليس هو كالبيع الى أجل مثلا فبان اعساره ، للفرق الواضح بينهما بالنسبة الى الاداء ، لكن ذلك اذاكان معسراً حال الضمان ، أما اذا تجدد فلاخيار لأصالة اللزوم انتهى يعنى اذاكان حين الضمانة موسرا فتجدد العسر بعد ذلك فلاخياروليخفى انمعنى كون الملاءة شرطا للزوم صحة العقد مطلقا معسرا اومؤسرا وفى حال الضمانة وعدمه فالجواز باق بحاله فى جميع الحالات وللمضمون له فسخ الضمانة لوظهرله العسر ولم يعلم به فى حال الضمان .

وبالجملة الضمان عقد لازم مع العلم بالملاءة واليسر فاذا علم حال الضمان غنائه ويسره لزمت بخلاف صورة الجهل فى حالها فانه ليست باطلا بل صح ولكن يجوز له الفسخ .

وفى الجواهر قال . بل قديقوى عدم الخيار أيضاً لو كان معسراً حال الضمان ولم يعلم به حتى تجدد يساره ، للاصل أيضاً انتهى وكذا عكسه بان كان ملياحين الضمان ثم تجدد العسر بعد ذلك صح الضمان ولم يكن له الفسخ كما فى الحدائق قال مالفظه :

والمراد بالملاءة المشترطة فى الضامن أنيكون مالكا لمايؤدى به الدين فاضلا عن المستثنيات فى البيع ، وانما تعتبر الملاءة ابتداء لااستدامة فلو كان ملياً وقت الضمان ثم تجدد عدمها قبل الاداء لم يبطل الضمان ، ولم يجزله الفسخ ، لحصول الشرط حين الضمان انتهى وكيف كان فاذا علم باعسار الضامن فى حال الضمان لزم ولايجوز للمضون له الفسخ والاولى بذلك مالم يعلم الاعسار ثم تجدد اليسر .

ويمكن الاستدلال على الاول بما رواه ثقة الاسلام فى الكافى والشيخ فى التهذيب عن عيسى بن عبدالله قال احتضر عبدالله بن الحسن ورواه فى الفقيه مرسلا

قال: «وروى أنه احتضر عبدالله بن الحسن فاجتمع اليه غرماؤه فطالبوه بدين لهم فقال لهم : ماعندى مااعطيكم ولكن ارضوا بمن شئتم من اخى وبنى عمى على بن الحسين أو عبدالله بن جعفر فقال الغرماء : اما عبدالله بن جعفر فملى مطول ، واما على بن الحسين ، فرجل لامال له صدوق وهو أحبهما الينا ، فأرسل اليه فاخبره الخبر فقال عليه السلام أضمن لكم المال الى غلة ولم تكن له غلة فقال القوم : قد رضينا وضمنه فلما أتت الغلة أتاح الله عزوجل له المال فأداه» .

تقريبه علم المضمون له اى الغرماء بحال على بن الحسين عليهما السلام وعسره وعدم تمكنه من الاداء ومع ذلك يقبلون منه الضمان ثم انه اذا ثبت لـه الخيار فى فسخ الضمان هل يكون خياره على الفور او التراخى والظاهر هو الفور العرفى الذى لاينافى ألتاخير فاذا ظهر للمضمون له اعسار الضامن وتفكر فى الفسخ وعدمه فى مثل يوم اوايام وكان فى جميع المدة فى حال التفكر والمشورة ثم اختار الفسخ صح فيكون امره بين الفور الحقيقى والتراخى كذلك لاالفور بمعنى اذا علم فسخ والالزم ولاالتراخى كالشهر والشهرين مثلا ومثل ذلك فى جميع موارد الفسخ اوالامضاء .

﴿والضمان المؤجل﴾ للدين الحال ﴿جائز﴾ بلاخلاف أجده كما اعترف به بعضهم بل ﴿اجماعاً﴾ وفى الجواهر كما فى المسالك ومحكى التنقيح وايضاح النافع ، وغيرها ، للعمومات السالمة عن المعارض ، اذهو تأجيل للدين ، لاتعليق للضمان الى الأجل ، واحتمال كون الضمان نقل الدين على ماهو عليه بحيث لايختلف فى حلول وتأجيل لاقائل به ، ولاشاهد عليه ، بل مقتضى العمومات خلاف انتهى وجه كون المسألة اجماعيا ان الغالب فى ضمان المال هو صورة كون الدين حالا اما بمجيىء وقته واما بكونه معجلا ولم يتمكن المضمون عليه من الدفع فضمن ضامن باداءه الى شهر اوشهرين مثلا لئلايقع المضمون عليه فى فشار المضمون له فالغالب كون الضمان مؤجلا فلااشكال فيه بعد كون التعليق للدين لاللضمان كى يكون تعليقا فى العقد بخلاف العكس وهو الضمان الحال لدين المؤجل ولعله مشكل من

ان تشريع الضمان للارفاق وجعل الدين الحال مؤجلا لادين مؤجل معجلا .

ولذا قال ﴿ وفى ﴾ الضمان ﴿الحال ، تردد﴾ وخلاف وفى الجواهر ففى محكى المقنعة والنهاية لايصح ضمان نفس أومال الابأجل ، وفى محكى الوسيلةانما يصح الضمان بتعيين أجل وعد فى محكى الغنية من شروط صحته أن يكون الى أجل معلوم ، ثم عدشرطين آخرين ، وادعى الاجماع .

وظاهر هذه العبارات اعتبار الأجل فى الضمان على نحو اعتباره فى السلم.

وعن المبسوط : اذا ضمن المؤجل حالا الاقوى أنه لايصح ، لانه لايجوز ان يكون الفرع أقوى من الاصل ، قال فى المختلف : بعد نقل ذلك عنه : الوجه عندى الصحة، ولانسلم تحقق القوة هنا، فانه يجوز للمضمون عنه دفع المال معجلا كذا يجوز الضمان معجلا ، فان الضمان كالقضاء اذا ثبت هذا فاذا ضمن حالا لم يكن له الرجوع على المضمون عنه ، الابعد الاجل وان أخذ منه المال حالا انتهى .

واطلاقه يشمل ما اذا كان الدين حالا ايضا اومؤجلا فيكون الضمان والدين كلاهما حالين ولعل ذلك ايضا صحيح لصدق الارفاق كما اذا اراد الضامن دفع دين الحال الذى صاحبه معسرا فورا وليس الضمان كالسلم فى كون المدة والتاخير فى ماهيته كما مرفى ج ٢٥ ونرد هناك قول القائلين بصحته حالا .

وفى الجواهر قال نعم ربما ظهر من تعليل المنع فى المسألة الاتية المنع فى المساوى ، باعتبار عدم الارفاق فيه . كما أنه يستفاد المنع فيما لوكان الأجل أنقص مما تسمعه من تعليل فخر الاسلام والكركى المنع فى بعض الصور الاتية ، بانه ضمان مالم يجب ، الاأن الجميع ستعرف ضعفه ، على أنه لامعنى لاثبات الخلاف من أمثال هذه التعليلات بالتى نذكر دليلا للمخالف من غيره ، ومنه يعلم الجواز حينئذ فى جميع صور المقام من غير فرق بين الضمان بالاذن والتبرع انتهى .

وقال ايضا بعد قول المصنف اظهره الجواز مالفظه وفاقا لغير من عرفت من الأصحاب ، حتى من الشيخ فى المحكى عن المبسوط ، للعمومات السالمة عن

معارضة مايقتضى اعتبار الأجل فيه كالسلم ، واجماع الغنية ـ بناء على شموله للفرض مع عدم الشاهد له ، ومصير من عرفت من الأصحاب الى خلافه ـ يضعف الظن به.

بل فى محكى السرائر «وقد يوجد فى بعض الكتب لأصحابنا ، ولايصح ضمان مال ولانفس الا بأجل ، والمراد بذلك اذا اتفقا على التأخير والأجل فلابد من ذلك ولايصح الا بأجل محروس فأما اذا اتفقا على التعجيل فيصح الضمان من دون أجل وكذا اذا أطلقا العقد ، والى هذا القول ذهب شيخنا فى مبسوطه ، وهو حق اليقين، لأنه لايمنع منه مانع ، ومن ادعى خلافه يحتاج الى دليل ولم نجده انتهى .

وكيف كان فالمتيقن من الجواز كون الضمان مؤجلا لاحالا ولذا ذكر المصنف الحال مع نوع من التردد بقوله ﴿اظهره الجواز﴾ .

قال فى الحدائق الحق المضمون اما أن يكون حالا أومؤجلا ، ثم انه اما أن يضمنه الضامن حالا أو مؤجلا ، وعلى تقدير ضمان المؤجل مؤجلا ، اما أن يكون الاجل الثانى مساوياً للاول ، أو أنقص أوأزيد ، وعلى التقادير اما ان يكون الضمان تبرعاً ، أوبسؤال المضمون عنه ، فالصور اثنى عشرة ، وقد صرح جملة من محققى المتأخرين ومتأخريهم بأنها كلها جايزة ، للاصل ، وعموم دلائل مشروعية الضمان ، وتحقق الغرض المطلوب منه فى الجميع ، ولانه كالقضاء عن المدين ، وبعض هذه الصور اجماعى ، وبعضها محل خلاف ، الاأن محل الخلاف فى كلامهم غير محرر

وظاهر كلام المحقق فى الشرايع أن الضمان المؤجل جائز اجماعاً ، وفى الحال تردد أظهره الجواز ، والمراد من الثانى الذى هو محل التردد عنده مالو كان الدين مؤجلا فضمنه الضامن حالا انتهى .

ولايخفى ان كثرة الموارد غالبا لايرجع الى ثمرات مهمة بل جميع الاقسام المتصورة يدور الى ماذكر فى المتن من كون الضمان حالا اومؤجلا والظاهر لااشكال فى الضمان المؤجل لان الغالب فى المؤجل عدم امكان اداء الدين فى الحال للمضمون عنه فيضمن عنه ثالث فى الاداء الى مدة معينة بخلاف الضمان حالا فان معناه الاداء

معجلا فيمكن الكلام والاشكال فيه لكنه ايضا غيروارد اذمعنى المعجل عدم كونه الى مدة معينة وهو اعم من اداءه فى المجلس او بعد ذلك والفرق انـه فى المؤجل لايصح للمضمون له المطالبة قبل الاجل وفى المعجل يجوز فصح الضمان بان يكون الدين منتقلا الى ذمة الضامن واخذه منه فى المجلس اوبعده .

وكيف كان فالظاهر جواز الضمان مطلقا حالا او مؤجلا اومساويا فى المدة او انقص .

قال فى الجواهر وأما ضمانه للدين المؤجل بأزيد من أجله أومساويه اوأنقص فلاأجد فيه خلافاً محققاً كذلك ، بل ظاهر المتن أنه من معقد الاجماع عليه ، بل يمكن دعوى الاجماع عليه بل عن فخرالاسلام أن ضمان المؤجل بمثل أجله يصح اجماعاً وعن الشيخ وايضاح النافع أن ضمان المؤجل بأزيد من أجله يصح اجماعاً مضافاً الى انه مقتضى العمومات ايضاً انتهى .

﴿و﴾ كيف كان فقد ظهر لك أنه ﴿لو كان المال حالا ، فضمنه مؤجلا ، جاز وسقطت مطالبة المضمون عنه ، ولم يطالب الضامن الابعد الاجل﴾ بلاخلاف فيه عندنا كما فى الجواهر ﴿ ولومات الضامن ، حل واخذ من تركته ﴾ ورجع الورثة على المضمون عنه .

﴿ولو كان الدين مؤجلا الى أجل ، فضمنه الى أزيد من ذلك الأجل ، جاز﴾ وفى الجواهر بلاخلاف ولااشكال ، لكن ان أدى قبل حلول أجل الاصل ، لم يكن له مطالبة المضمون عنه الابعده ، وان أدى بعد حلوله عليه وقبل حلول أجل نفسه ، فله المطالبة لأنه قدصار الأصل حالا ، والفرض أداء الضامن واسقاط حق نفسه من الاجل الزائد ، وكذا القول لومات وأدى وارثه ، انتهى .

﴿ ويرجع الضامن على المضمون عنه ، بما أداه ان ضمن باذنه ، ولوأدى بغير اذنه﴾ وفى الجواهر بلاخلاف أجده فيه ، بل الاجماع بقسميه عليه انتهى قال فى الحدائق مالفظه قدصرح الاصحاب من غيرخلاف يعرف بأنه متى حصل الضمان

على الوجه المعتبر شرعاً ، فانه يرجع الضامن على المضمون عنه بما دفعه الى المضمون له ان ضمن باذنه ولوأدى بغيراذنه ، ولوضمن بغير اذنه لم يرجع عليه ، وان أدى باذنه ، ولوضمن باذنه وادى باذنه فأولى بالضمان، ولوضمن بغيراذنه وأدى بغير اذنه فأولى بعدم الضمان انتهى .

قال في الخلاف اذا ضمن عنه باذنه وأدى بغير اذنه فانه يرجع عليه واختلف اصحاب الشافعي في ذلك فقال ابوعلي بن ابى هريرة بمثل ماقلناه وهو اختيار ابى الطيب الطبرى وقال ابواسحق انادى عنه مع امكان الوصول اليه واستيذانه لم يرجع عليه وان ادى مع تعذر ذلك رجع عليه .

[دليلنا] انا قدبينا ان بنفس الضمان انتقل المال الى ذمته فاذا انتقل الى ذمته فلااعتبار باستيذانه في القضاء ومن قال بالخيار ونصرما قلناه قال اذنه له في الضمان اذن له في القضاء فلايحتاج الى استيذانه ثانياً انتهى .

ولايخفى ان المسألة خالية عن الاشكال بحسب الروايات مثل مارواه الشيخ في التهذيب عن الحسين بن خالد «قال : قلت لابى الحسن عليه السلام : جعلت فداك قول الناس الضامن غارم ، قال : فقال : ليس على الضامن غرم ، الغرم على من أكل المال» . وهو ظاهر في رجوع الضامن على المضمون عنه بما اغترمه للمضمون له، لاغرم عليه مع أنه عليه السلام قد نفاه عنه ، وجعل الغرم على من أكل المال وهو المضمون عنه والخبر وان كان مطلقاً الا أنه محمول على ما اذا كان الضمان باذن المضمون عنه بل هو ظاهر فانه اذا لم يكن باذنه ليس بضمان في الحقيقة .

وما رواه الشيخ باسناده عن عمر بن يزيد «قال : سألت اباعبدالله عليه السلام عن رجل ضمن ضمانا ثم صالح على بعض ما صالح عليه قال : ليس له ، الاالذى صالح عليه ورواه الكليني عن عمر بن يزيد في الموثق ورواه ابن ادريس في مستطرفات السرائر من كتاب عبدالله بن بكير عنه «قال : سألت أباعبدالله عليه السلام عن رجل ضمن عن رجل ضمانا ثم صالح على بعض ماضمنه فقال قال : ليس له الاالذى صالح عليه».

ومع تلك الروايات حكى عن المحقق الاردبيلى (قدس سره) المناقشة فى هذا المقام ، حيث قال : بعد ذكر عدم الرجوع مع عدم الاذن فى الضمان ما صورته : وأما الرجوع مع الاذن فى الضمان مع الاذن فى الاداء وعدمه ففيه تأمل، اذ الاذن فى الضمان والاداء لايدل على قبول أداء العوض ، بشىء من الدلالات ، والاصل عدمه الا أن تدل قرينة حال أو مقال على ذلك ، كما فى لزوم الاجرة على من أمر شخصاً بفعل له أجرة عادة ، ولهذا قال فى التذكرة : لو قال : اعط فلاناً ألفاً ففعل لم يرجع وكذا لو قال : اعتق عبدك أو الق متاعك فى البحر عند خوف الغرق وعدمه ، الا أن ينضم اليه ما يدل على قبول العوض ، مثل قوله عنى فى الاولين ، وعلى ضمانه وعوضه فى الثالث ، وبهذا المقدار يلزم، وهذا دليل على عدم اشتراط الصيغة الخاصة والمقارنة وغيرهما فافهم، ولى فى اللزوم مع انضمام قوله عنى أيضاً تأمل، وان قالوه الا أن ينضم اليه قرينة ويعلم من التذكرة الاجماع على الرجوع مع الاذن فى مجرد الضمان فتأمل انتهى ماحكى عنه .

ولقد اغرب قده فى هذا المقام مع ورود هذه الروايات وتصريح الامام وتصريحه بانه ليس على الضامن غرم وان قوله الضامن غارم ليس على ظاهره واطلاق الباقى على صورة الاذن بل لايحتاج اليه فانه فى صورة عدم الاذن لايكون ضمانة اصلا بل لازم الضمانة هو الرجوع الى من اكل المال لاعلى الضامن فانه محسن محض و ليس على المحسنين من سبيل بل بناء احكام الشرع كلها بحيث يكون الناس قد اقدموا عليها على شوق لانه بحيث لايقدمون الاكرها وجبرا وماحكاه قده عن التذكرة ايضا لايتم اكثرها وكيف كان فهو عجيب منه .

وفى الحدائق بعد نقل كلامه وروايات الباب قال ولو كان ما توهمه من عدم الرجوع حقاً لنفاه عليه السلام ولم يثبت له الرجوع بشىء بالكلية .

وبالجملة فان كلامه هنا ناش عن عدم الوقوف على شىء من الاخبار المذكورة

وأما قياسه على لزوم الاجرة فهو - مع كونه قياساً لايجوز التعويل عليه فى الاحكام الشرعية - قياس مع الفارق ، لانه ان كان ذلك الفعل المأمور به يرجع الى الامر بمعنى أنه أمره أن يفعله له - فان دعوى عدم استحقاق الاجرة ممنوعة، وان كان لا كذلك كالامر برمى ماله فى البحر ونحوه فهو ليس من محل البحث فى شيء و الفرق بينه وبين ما نحن فيه ظاهر ، والقياس عليه قياس مع الفارق كما ذكرناه انتهى .

﴿و﴾ كيف كان فـ﴿لايرجع اذا ضمن بغير اذنه ولو ادى باذنه﴾ بلاخلاف فيه أيضاً بل الاجماع بقسميه كذلك عليه، والخبران منزلان على ما اذا أذن واولا منه مااستدل به فى الخلاف قال اذا ضمن بغير اذن المضمون عنه وادى بغير امره فانه يكون متبرعاً ولايرجع به عليه وبه قال الشافعى وقال مالك واحمد يرجع به عليه .

[دليلنا] ان علياً عليه السلام واباقتادة ضمنا الدينين من الميتين بغير اذن احد فلو كان لهما ان يرجعا عليهما اذا اديا الدينين لم يكن لضمانهما فائدة وكان الدين باقيا على الميت كما كان .

﴿و﴾ على كل حال فلا خلاف أجده فى أنه ﴿ينعقد الضمان بكتابة الضامن﴾ أو المضمون عنه مع عجزهما عن النطق ﴿منضمة الى القرينة الدالة﴾ على قصد انشاء ذلك ﴿لامجردة﴾ عن ذلك لاحتمالها حينئذ العبثية وغيرها والكتابة فى صورة العجز جارية فى جميع الموارد كباب النكاح والطلاق والبيع .

البحث ﴿الثانى فى الحق المضمون﴾

﴿وهو كل مال ثابت فى الذمة﴾ وفى الجواهر ومرجعه الى مافى القواعد من أن شرطه المالية والثبوت فى الذمة وان كان متزلزلا كالثمن فى مدة الخيار ، والمهر قبل الدخول ﴿سواء كان﴾ أى المال فى الذمة ﴿مستقراً كالبيع بعد القبض وانقضاء الخيار أو معرضا للبطلان كالثمن فى مدة الخيار بعد قبض الثمن ولو كان قبله ، لم يصح ضمانه عن البايع﴾ عينا ولاعهدة ، لعدم دخوله تحت يده ، أما بعده فيصح

ضمانه عن البايع عهدة لوظهر المبيع مستحقا مثلا .

﴿وكذا﴾ يصح ضمان ﴿ماليس بلازم ولكن يؤول الى اللزوم كمال الجعالة قبل فعل ماشرط﴾ عليه من العمل ﴿وكمال السبق والرماية﴾ وفاقاً للمحكى عن المبسوط والتحرير ، والمختلف ، ومجمع البرهان والتذكرة .

ولكن مع ذلك كله قال المصنف: ﴿على تردد﴾ وفى الجواهر منشأ من احتمال عدم سببية عقد الجعالة لثبوت المال فى الذمة ، وانما هو جزء السبب الذى هو مع العمل ، فتكون الضمان حينئذ قبل تمامه ضمان مالم يجب انتهى .

والظاهر ان التردد فى محله لما ذكره فى وجهه بداهة ان الجعالة يثبت المال فى المجعول له بعد العمل وقبله لايصدر منه شيء فالموجب لثبوت المال هو العقد والفعل لامجرد العقد فلايثبت الابالفعل فمن قال من رد ولدى الىّ كان له كذا فان رد ولده كان له ماجعل له ويثبت فى الذمة وقبل الرد لايلزم شيء اصلا فلايصح ضمانه وكذا السبق والرماية وهذا بخلاف زمن الخيار فان الثمن متحقق فى الذمة متزلزلا قال فى الخلاف يصح ضمان مال الجعالة اذا فعل ماشرط الجعالة له وللشافعى فيه وجهان احدهما مثل ماقلناه والثانى لايصح ضمانه .

[دليلنا] قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم وهذا نص وقول النبى صلى الله عليه وآله الزعيم غارم وهذا عام الاما اخرجه الدليل انتهى وتمام الكلام فى الجعالة انشاءالله .

﴿وهل يصح ضمان مال الكتابة﴾ الواقعة بين المولى والعبد ﴿قيل﴾ والقائل الشيخ فى المحكى من مبسوطه : ﴿لا﴾ يصح ﴿لأنه ليس بلازم ، ولا يؤول الى اللزوم و﴾ عند المصنف ﴿لو قيل بالجواز كان حسناً﴾ وفاقاً للفاضل وثانى الشهيدين والكركى وغيرهم ﴿ لتحققه فى ذمة العبد ﴾ بعقد الكتابة ولو المشروطة ، فيصح حينئذ ضمانه ﴿كمالو ضمن عنه مالاغير مال الكتابة﴾ وتحقيقها عند الحاجة ﴿ويصح ضمان النفقة الماضية﴾ للزوجة بلاخلاف ولااشكال، لأنها من الديون فى ذمة الزوج

كما حررناه فى محله ، بل صريح الشيخ أيضاً والفاضلين والكركى .

﴿و﴾ ثانى الشهيدين والحلى على ماحكى عن بعضهم صحة ضمان ﴿الحاضرة﴾ لها أيضاً أى ﴿للزوجة لاستقرارها﴾ وثبوتها ﴿فى ذمة الزوج﴾ بصبيحة ذلك اليوم الذى أظهرت التمكين فيه ﴿دون المستقبلة﴾ .

وفى الجواهر التى لم يحصل سبب وجوبها الذى منه التمكين الفعلى ، وهو غير معقول فى الزمان المتأخر بخلاف الحاضرة التى يظهر من أدلة النفقة الاكتفاء فى وجوبها بالتمكين فعلافى صبيحة ذلك اليوم ، وان قلنا بسقوطها بالنشوز فى أثنائه الا أنه لاينافى أصل الثبوت فى الذمة وهو كاف فى صحة الضمان انتهى .

و هو فى محله بل الضمان فى المستقبلة ضمان لمالم يجب بخلاف الماضية فيصح لثالث ضمانها للزوجة فيجب على الضامن ردها الى الزوجة والرجوع بها الى الزوج بعد الرد.

قال فى الخلاف نفقة الزوجة اذا كانت مستقبلة لايصح ضمانها ، وللشافعى فيه قولان : اذا قال يلزم النفقة بنفس العقد صح ضمانها ، وان قال تجب بالتمكين من الاستمتاع قال لايصح ـ دليلنا ـ ان النفقة انما تلزم بالتمكين من الاستمتاع بدلالة انها متى نشزت سقط نفقتها و اذا ثبت ذلك فالتمكين من ذلك لم يحصل فى المستقبل فلايجب به النفقة انتهى.

فلو ثبتت النفقة بالعقد تجب على الزوج بمجرد العقد ولو لم تتمكن الزوجة بعد العقد ابداً وهو خلاف كما ذكره .

﴿و﴾ كيف كان فـ﴿فى﴾ صحة ﴿ضمان الأعيان المضمونة﴾ بمعنى وجوب ردها أو قيمتها أو مثلها على من فى يده ﴿ كالغصب والمقبوض بالبيع الفاسد ﴾ ونحوهما ﴿تردد﴾ وخلاف ﴿والأشبه﴾ عند المصنف والفاضل فى المحكى عن تحريره ، وارشاده ومحكى المبسوط ﴿الجواز﴾ .

ولايخفى انه على الظاهر عجيب بل لايعقل له معنى صحيح لوضوح ان العين مادامت بحالها على مذاق الاصحاب لم تتعلق بذمة الغاصب بل يجب عليه رد العين فورا واذا تلفت يتعلق مثلها او قيمتها على ذمته فمادامت باقية لاتتعلق على ذمة الغاصب ولو بقيت مادام الدهر فالعين المغصوبة فى كل آن يتعلق به الامر بالرد الى صاحبه والنهى عن حفظها وابقائها عند الغاصب مع ان معنى الضمان انتقال الدين من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن وفى المقام اذا صار ضامنا للعين المغصوبة عند الغاصب فلايصح الضمان لعدم انتقال العين الى ذمة الضامن .

اولا لماعرفت من بقاء العين عند الغاصب وعدم رضا المضمون له اى صاحب المال بذلك .

ثانياً بل لايرضى ببقاء ماله عند غيره مطلقا ولو فى آن واحد

ثم انه ان اريد الضامن بعد المدة اللازمة فى الضمان ردّها الى صاحبها فهو غصب ايضا من غاصب بوجوب الايصال الى صاحبها فورا اواريد بعد الضمان ايصالها الى المضمون له فورا فليس هذا بضمان .

بل يرجع الى توبة الغاصب وايصال العين المغصوبة بتوسط هذا الشخص الى صاحبه او اريد انه بعد تلفها وتعلق مثلها اوقيمتها الى ذمة الغاصب ضمن الضامن بان يكون ضامنا فعلا لما بعد التلف فالضمان فعلا و الايصال الى صاحبه بعد التلف فهو ضمان ما لم يجب مع انه يمكن بقائها عند الغاصب او عند الضامن الى سنين كثيرة فالجميع باطل جدا و كان من دون رضا المضمون له قطعا فالضمان المصطلح هو انتقال ما على المضمون عليه على ا ضامن برضا المضمون له بحيث لايكون للمضمون له اى صاحب الدين حق بعد الضمان على المضمون عليه وكان رجوع الضامن اليه فقط فهل يكون المقام كذلك والعين المغصوبة على رضا صاحبها انتقلت الى الضامن كلا والقوم قد اجمعوا على رضا المضمون له فى الضمان .

وقد نسوا ذلك فى هذه المسألة ام كانوا من الذين لايشترطون رضا المضمون

له ولعمري انه لولم يكن شيىء فى المسالة الالزوم رضا المضمون لـه فى الضمان لكفى فى بطلان ماجوّزوا فى المقام ومن العجيب هو الاستدلال عليه بالعمومات وان الضمان كسائر عناوين العقود والايقات من المفاهيم العرفية يدور تحققها مدار الصدق العرفى مالم يردع الشارع عنه .

ولايكاد ينقضى تعجبى من امثال تلك الكلمات واىّ عموم دل على ضمان مال الغير غصبا وجعله فى يده مع ان مقتضى عموم على اليد ما اخذت حتى تؤدى يسد تسلطه على العين المغصوبة من اول الامر كما هو كذلك بالنسبة الى الغاصب الاول فكل من وقع هذه العين فى يده كان غاصبا كالاول .

وفى الجواهر بعد قوله والاشبه الجواز قال مالفظه للعمومات ، ولأنه ضمان مال مضمون على المضمون عنه ، وفيه أنه لاعموم يقتضى شرعية الضمان على الوجه المزبور ، حتى قوله «الزعيم غارم» الذى هو ليس من اخبارنا بل هو من قول الناس الذين هم مخالفونا كما سمعته فى الخبر السابق الظاهر فى الانكار عليهم .

وعموم « أوفوا بالعقود » انما يقتضى وجوب الوفاء بكل عقد على حسب مقتضاه ، وقدعرفت أن الضمان عندنا من النواقل ، وان شرطه ثبوت المال فى الذمة والاعيان المضمونة انمايجب ردها ، وهو ليس بمال فى الذمة ، والغاصب مثلامخاطب به اجماعاً ، فيكون الضمان هناضم ذمة الى ذمة اخرى ، وهو ليس من أصولنا .

ومن الغريب ماعن التذكرة من أن ضمان المال ناقل عندنا ، وفى ضمان الاعيان والعهدة اشكال ، أقربه عندى جواز مطالبة كل من الضامن والمضمون عنه ، اذهو كماترى كالمتناقض ، هذا كله فى ضمانها بالنسبه الى ردها .

وأما ضمان قيمتها أومثلها فهو بعد تلفها فضمانها قبل حصول السبب ضمان مالم يجب ومن هنا كان خيرة ثانى الشهيدين والمحققين وفخر الاسلام على ماحكى عنهما عدم الجواز، ودعوى صدق كونها مالاقداشتغلت ذمة من فى يده بها ، واضحة الفساد ضرورة معلومية ارادة شغل الذمة بالرد مادامت موجودة ، والقيمة والمثل مع التلف

من هذا الاطلاق ، ومثله غير كاف فى الضمان الذى هو نقل المال من ذمة الى اخرى كما عرفت من تعريفه ، ومن دعوى الاجماع على اشتراط ان يكون مالافى الذمة فى الحق المضمون ، لاأقل من الشك ، والاصل عدم ترتب الاثر فى مثل هذا الضمان انتهى.

ولقد اجاد قال فى الحدائق مالفظه قد صرح اكثر الاصحاب بجواز ضمان الاعيان المضمونة التى يجب على من هى فى يده ردها، ولو تلفت رد قيمتها كالمغصوب والمقبوض بالبيع الفاسد وتردد المحقق فى الشرايع ثم قال : الاشبه الجواز .

أقول : ضمان هذه الاعيان اما أن يكون بمعنى تكليف الضامن برد أعيانها على مالكها ، أو بمعنى ضمان قيمتها لو تلفت عند الغاصب ، والمستام ونحوهما ، أوالاعم منهما ، وفى صحة الكل اشكال ، لعدم الدليل على ما ذكروه من الجواز ، والاصل عدمه .

وما استدلوا به ـ من أن منشأه وجود سبب الضمان للعين ، والقيمة وهو القبض على الكيفية المخصوصة ، فيصح ، أما الاول فلانه ضمان مال مضمون على المضمون عنه ، وأما الثانى فلثبوت القيمة فى ذمة الغاصب ونحوه لو تلفت ـ منظور فيه بأن الثابت فى الاول انما هو وجوب الرد ، وهو ليس بمال ، والثانى ليس بواقع فهو ضمان مالم يجب وان وجد سببه ، لان القيمة لاتجب الابالتلف ولم يحصل .

ومنه يظهر أن الاظهر عدم الجواز وهو اختيار شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك لما ذكرناه وزاد ايضاً فى القسم الاول فساداً من وجه آخر ، وهو ان من خواص الضمان ، كما قد عرفت انتقال الحق الى ذمة الضامن وبراءة المضمون عنه ، وهنا ليس كذلك،لان الغاصب مخاطب بالرد ومكلف به اجماعاً ، وانما يفيد هذا الضمان ضم ذمة الى ذمة ، وليس من أصولنا .

ومرجعه الى ماقد مناه من أن الحق الواجب على من بيده المال انما هو الرد الى صاحبه ، وهو لاينتقل ، كما هو الحكم الجارى فى الضمان ، بل يجب على من هو فى يده رده ، ولايخاطب به غيره انتهى .

وما افاد فى محله بل ماذكره الاصحاب من العجائب بعد ثبوث المال لصاحبه ووجوب رده اليه فورا ولاينتقل مال الغير الى ذمة الغير كماهولازم فى الضمان ففى الضمان لزم انتقال المال من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن وهومستحيل فى العين المضمونة والمسروقة فكيف ينتقل مال الغير الى ذمة الغير مع وجوب رد العين الى صاحبه فضمانها غيرمعقول لوجوب ردالعين ووجوب مثلها اوقيمتها لايجوزمع بقائها ومن العجيب استدلال الحكيم تبعا للعروة للصحة بقوله لان ذلك ثابت فى ذمة الغاصب فيصح الضمان انتهى .

ثم نقل قده ماذكره المحقق الاردبيلى (قدس سره) حيث قال : ويحتمل الثبوت لصدق الضمان عرفأمع ثبوت شرعيته مطلقا، وليس بمعلوم كون ماذكرمن لوازمه أو شرائطه نعم غالبا انما يكون كذلك ، ولهذا قال فى التذكرة: ضمان المال عندنا ناقل، وفى ضمان الاعيان المضمونة والعهدة اشكال، أقربه عندى جواز مطالبة كل من الضامن والمضمون عنه الى آخره ، بعد ان اختار جواز ضمان الاعيان المضمون والعهدة ، وكانه لذلك تردد البعض واستشكل فتأمل . انتهى .

ومماذكرنا ظهرفساده بل هومنه اعجب فانه مع كمال زهده وتقواه كيف صدر عنه الفتوى بالجواز فى ضمان مال الغير الذى من المقطوع عدم رضاء صاحب العين فاى عرف يوافق على صحة مثل ذلك ومن اى دليل ثبت ثبوته شرعا الى آخرعبارته التى لاطائل فى ردها بل هوواضح لكل من نظرفى الشرع والعرف والعقود الصادرة من الشرع فلايتصورضمان الاعيان المغصوبة عينا لعدم كونها فى الذمة وقيمة ومثلا بعد تلفها بمعنى ان الضامن ضمن قيمتها بعد تلفها فالضمان فعلا ضمان لمالم يجب

ثم انه فى الحدائق بعدحكاية عبارته قال فى رده مالفظه ففيه نظر لان الرجوع الى صدق الضمان عرفاً ممنوع ، اذلامدخل للعرف هنامع وجودالنهى الشرعى وثبوته نصاً وفتوى ، ودعوى ثبوت شرعيته مطلقاً ممنوع ايضاً فانه محل البحث ومطرح النزاع ، فان الخصم يمنع من ثبوت شرعيته على الوجه المذكور .

وقوله ـ انه ليس بمعلوم كون ماذكر من لوازمه اوشرايطه ، مشيراً بذلك الى ماالحتج به الخصم من أن مقتضى الضمان الانتقال الى ذمة الضامن ، وبراءة المضمون عنه ـ فيه أنه قد تقدم فى الموضع الخامس من البحث الاول مايدل على أن الحكم اتفاقى نصاً وفتوى ، ودعوى كونه غالباً دون أن يكون كلياً ممنوعة. نعم هذا الحكم انما ورد فى المواضع التى قام الدليل على صحة الضمان فيها ، وأما ماذكر هنا من ضمان الاعيان فانا لم نقف فى الاخبار مايدل عليه انتهى .

ونظير ذلك رهن عين المغصوبة فانها عين مضمونة ايضا فلايجوز للراهن رهن ما غصبه وجعله وثيقة عند المرتهن فان اللازم فى العين المرهونة كونها بحيث يمكن للمرتهن بيعها عند عدم اداء الراهن دينه والعين المغصوبة للغير لايجوز بيعها وابقائها واقتنائها بوجه .

وكذا لايجوز للمرتهن جعل العين المغصوبة عند الراهن وثيقة للعين المرهونة فالاعيان المغصوبة لايجوز التصرف فيها رهنا وضمانا بوجه كان من الراهن الى المرتهن اوالعكس فيجب ردها فورا الى صاحبه فباب الرهن والضمان مساوفى عدم جواز كون عين الرهن اوالذى يضمنه كان ملكا له ولذا قد اشترطوا فى كون العين المرهونة ملكا للراهن قابلا للقبض والبيع والتصرف فلو كان غصبا اومسروقا لايجوز بوجه ويزيد الاشكال فى غير المضمونة كالوديعة والعارية الغير المشروطة بالضمان بعدم كونها مضمونة فى حال الرهن ولوطرء الضمان بعد ذلك بالتعدى فلايجوز دفع الراهن العين الواقعة عنده بعنوان العارية اوالوديعة .

و يزيد الاشكال فى الضمان بعدم كون العين المغصوبة فى الذمة ثم اعلم ان كلماتهم فى باب الرهن فى الاعيان المضمونة من غاية الاضطراب من حيث ان عدم الجواز من جانب رد الراهن العين المضمونة الى المرتهن اوالعكس .

ومما يتفرعوا على الاول كثير من العبارات فراجع حتى تجد صدق ماادعيناه .

واصرح مما فى كتب الاستدلالية ماصدر فى الرسالة العملية من السيد الاصفهانى

فى وسيلته وهذا لفظه وكذا يجوز للمديون ان يستعير شيئاً ليرهنه على دينه ولورهنه وقبضه المرتهن ليس لمالكه الرجوع ويبيعه المرتهن كما يبيع ماكان ملكا لمن عليه الدين ولوبيع كان لمالكه مطالبة المستعير بمابيع به لوبيع بالقيمة او بالاكثر وبقيمته تامة لوبيع بالاقل من قيمته انتهى .

ولايخفى ما فيه من عدم جواز دفع مال الغير الى الغير من دون اذنه خصوصا بمثل جواز بيعه من الغير اى المرتهن وهو غير جائز من وجهين .

الاول ان العارية غير مضمونة وقد وقع الاتفاق فى عدم الجواز فى الاعيان الغير المضمونة .

والثانى لعدم الاجازة وعدم جواز التصرف فى مال الغير ومما يتفرعوا على الثانى من قولهم ان الحق كل دين ثابت فى الذمة منها ماقال فى الجواهر بعد اسطر بل لايصح الرهن على الاعيان التى ليست بمضمونة على من فى يده كالوديعة والعارية غير المضمونة ونحوها بلاخلاف الى ان قال واما المضمونة كالمغصوبة والعارية المضمونة والمقبوض بالسوم ونحوها ففى الرياض ان الاكثر على عدم صحة الرهن بها انتهى .

فان عدم الصحة ان كان من الراهن اى لايجوز للراهن ان يرهن ما بيده من العين الغير المضمونة فلم فرّعه على الحق الثابت فى الذمة فان الحق ما يجعل بازاء العين المرهونة ولذا قالوا بثبوته قبلا على الذمة اى على ذمة المرتهن .

فان كان المقصود بكونه فى الذمة هو اخراج الاعيان التى عنده من الوديعة بمعنى عدم جعلها عند الراهن فهو الذى ماقلناه فالعبارة ظاهرة فى ذلك فان الصحيح ان يعترض بذلك عن ثبوت الحق قبل الرهن او مقارناً معه كما اعترضوا به ايضاً فلا ربط باخراج العين الغير المضمونة او المضمونة ولو سلم فلاجرم كان الاعتراض بالذمة عن الاعيان اى لم يكن من الاعيان مطلقا فلم خصوا بالاعيان المضمونة وغير المضمونة ثم ان ما عند المرتهن هو الوثيقة للرهن بمعنى انه لو عصى الراهن فى

دفع ماله كان للمرتهن ذلك فلااختصاص حينئذ بما فى الذمة قبلا بل يلائم مع جعل العين الخارجية فى مقابل العين المرهونة و قولهم لامتناع استيفاء العين الموجودة من شيء آخر فى غير محل اذ العين هى استيثاق للرهـن فيتم بقطعة من الذهب او الفضة او الفرش ونحوها فالممنوع هو مال الغير لاالعين المملوكة له .

و اظهر ما فى الثانى عبارة الحدائق حيث قال و ظاهر اشتراط كونه ديناً عدم جواز الرهن على العين سواء كانت امانة فى يده كالوديعة و العارية الغير المضمونة والمستأجرة او مضمونة الخ وقوله سواء كانت امانة او مضمونة لوكان مراده بذلك هو التعرض عن عين المملوكة كان حسناً لكنه لم يرد به ذلك فيرد على القوم :

اولا ان الحق الذى هو الوثيقة للرهن حاصل بكل شيىء مملوك مماكان فى الذمة او العين الخارجية الحاصلة وثيقة .

و ثانياً ان كان المراد بالثابت فى الذمة هو الاعتراض عن الاعيان المضمونة و غير المضمونة فهو حق لعدم جواز الوثيقة بها لكنه لا ينفى صحة العين المملوكة فلو كان المراد هو الاعتراض عن العين مطلقاً فلاربط لها بالاعيان المضمونة وغيرها فالاولى هو الاعتراض عن الاعيان الغيرالمضمونة والمضمونة بمايكون عيناً مملوكاً يمكن قبضه و يصح بيعه فانه يصح الرهن كان الحق فى الذمة اوكان عيناً مملوكاً للمرتهن .

و بالجملة ان الكلمات فى غاية الاختلاف فى ان عدم الجواز او الجواز فى جعل الراهن تلك الاعيـان عند المرتهن او المرتهن عند الراهن و القوم قد فرعوا الثانى فى الحق وانه الدين الثابت و قد عرفت هناك ايضاً بان ثبوت الدين قبلا غير لازم بل يكفى ثبوته فى حال الرهن كما قال رهنتك دارى على ان اقرضتنى فهويصح قطعاً مع عدم كون الدين ثابتاً قبلا .

وكيف كان ففى باب الرهن لافرق فى ذلك سواء كانت العين المرهونة مغصوبة او ما بازائها من المرتهن كان كذلك بداهة انه كما لايجوز التصرف من الراهن فى

المغصوبة فكذلك لا يجوز من المرتهن واشد اشكالا فيما كان غصباً بازاء غصب .

و من العجيب ما عن العامة من جواز رهن الاعيان المغصوبة بتوهم ان المغصوبة بالرهن زال حكم غصبه وهو في الغرابة نظير قولهم باكثر الحمل في النساء من امكان ثلاث سنين الى خمس سنين قال ابن قدامة في المغني مالفظه :

فصل ويجوز ان يستعير شيئا يرهنه قال ابن المنذر اجمع كل من نحفظ عنه من اهل العلم على ان الرجل اذا استعار من الرجل شيئا يرهنه على دنانير معلومة عند رجل سمّاه الى وقت معلوم ففعل ان ذلك جائز وينبغي ان يذكر المرتهن والقدر الذي يرهنه به وجنسه ومدة الرهن الخ وصريحه جواز كون العين المستعير رهنا عند المرتهن وقال ايضاً فيه مالفظه :

فصل فاذا رهنه المضمون كالمغصوب والعارية والمقبوض في بيع فاسدا وعلى وجه السوم صحّ وزال الضمان وبهذا قال مالك وابوحنيفة وقال الشافعي لايزول الضمان ويثبت فيه حكم الرهن والحكم الذي كان ثابتا فيه يبقى بحاله لانه لاتنافي بينهما بدليل انه لو تعدى في الرهن صار مضمونا ضمان الغصب وهو رهن كما كان فكذلك ابتداؤه لانه احد حالتي الرهن ولنا انه مأذون له في امساكه رهنا لم يتجدد منه فيه عدوان فلم يضمنه كما لوقبضه منه ثم اقبضه اياه او ابرأه من ضمانه وقولهم لاتنافي بينهما ممنوع فان الغاصب يده عارية يجب عليه ازالتها ويد المرتهن محقّة جعلها الشرع له ويد المرتهن يد امانة ويد الغاصب والمستعير ونحوهما يد ضامنة وهذان متنافيان .

ولان السبب المقتضي للضمان زال فزال الضمان لزواله كما لوردّه الى مالكه وذلك لان سبب الضمان الغصب والعارية ونحوهما وهذا لم يبق غاصبا ولامستعيرا ولا يبقى الحكم مع زوال سببه وحدوث سبب يخالف حكمه حكمه واما اذا تعدى في الرهن فانه يلزمه الضمان لعدوانه لا لكونه غاصباً ولامستعيراً وهنا قد زال سبب الضمان ولم يحدث ما يوجبه فلم يثبت انتهى .

و ظاهره جواز رهن الغصب والسرقة من جميع فقهائهم الا الشافعى كما ان ظاهره ان الراهن رهن العين المضمون وصريحه زوال حكم الغصب .

ولايخفى انه ليس عجيب ممن فرّ عمن نزل فى بيوتهم الكتاب حتى توهموا ان العين المسروقة بالرهن عند المرتهن يزول حكم غصبه وكان بعد الرهن يد امانة وهو نظير من سرق خبزاً واعطاه الى الفقير بتوهم ان للسرقة معصية واحدة وللصدقة عشر حسنات فتدبر .

وكيف كان فقد اتفقوا فى ان العين المغصوبة و المستعيرة جائزة رهنه عند المرتهن و نحن نخالفهم فى الجواز و انه لايجوز و قد عرفت ان كلمات اصحابنا مختلفة بل مجملة فى ان محل كلام كون العين المضمونة من الراهن عند المرتهن او من المرتهن عند الراهن و قد عرفت ايضاً انهم فرعوا الثانى على كون الحق فى الذمة وانه غير صحيح و ان المناسب تفريع ذلك على الاول واخراج عدم الجواز بقيد اشتراط كون العين المرهونة ملكاً .

وكيف كان فالاعيان المضمونة وغير المضمونة مشتركة فى عدم جواز الرهن وعدم جواز الضمان لهما كما ان الثانى محل كلامنا فى المقام وقد خرجت عنه وعدلت فى ذلك الى باب الرهن لان يتم بذلك الكلام ولامكان عدم الاستقصاء هناك .

﴿و﴾ كيف كان فلااشكال فى انه ﴿لوضمن ما هو أمانة كالمضاربة والوديعة لم يصح لانها ليست مضمونة فى الاصل﴾ .

وفى الجواهر أى وقت الضمان لا رداً ولاعوضاً على تقدير تلفها . نعم لو طرأ لها الضمان بتعدّ أو تفريط مثلا ففى صحة ضمانها حينئذ وعدمها البحث السابق ، وهوواضح انتهى يعنى عدم الجواز فيها لوجهين الاول لاتكون مضمونة حتى صح ضمانها الثانى لوجود موانع المنع الذى فى عين المغصوبة فهنا اكثر منعا .

وفى الحدائق قال ما لفظه ثم انه بناء على المشهور من الحكم بجواز ضمان الاعيان المضمونة نفوا الجواز عن الاعيان الغير المضمونة كالوديعة والعارية الغير

المضمونة و مال المضاربة و ما فى يد الوكيل وأمين الحاكم والوصى فانه لايصح ضمانها و قد ادعى فى التذكرة الاجماع على ذلك وجعلوا الفرق بينها وبين ماسبق باعتبار الضمان وعدمه فحيث كانت تلك الاعيان مضمونة على من هى فى يده لان يده يد عارية صح جواز الضمان فيها بخلاف هذه حيث أنه لاضمان عليه وان فرض ضمانه لها على تقدير التعدى والتفريط الا أن السبب الان ليس بواقع .

نعم لو كان قد تعدى فيها و صارت مضمونة عليه جار الضمان و صارت من جملة أفراد تلك المسألة لوجود السبب وهو كونها مضمونة والبحث فيها عن جواز ضمان الاعيان المضمونة أعم من أن يكون ضمانها بالاصل أو العارض و أنت خبير بما فى هذا الفرق الذى بنوا عليه لما عرفت من أن مجرد كونها مضمونة على من هى بيده لاتصلح سبباً لجواز ضمانها لاختلال شروط الضمان انتهى .

قد عرفت مماذكرنا ان الفرق ليس من حيث الضمان الاصلى والعارضى فقط بل من حيث موانع اخر فى الاعيان المغصوبة وهى مادامت موجودة لايصح ضمانها بل وجب ايصالها الى صاحبها لكل من بيده و عنده فنفسها موجودة لكن لايجوز القائها عند غيره وهنا مادامت العين العارية موجودة لم يكن مضمونة فالسابقة بانتفاء الموضوع و اذا انتفت بالتعدى تعلق ضمانها الى من عنده فلا شيىء موجود حينئذ حتى يقع فى يده فقبل التلف لايكون مضمونة حتى صح ضمانها وبعدالتلف لاوجود لها فالضمان فيها باىّ معنى فان كان المراد ضمان الودعى والمستعير بعدالتلف فمسلم ولاكلام فيه ويكون خارجاً عن المقام وان كان ضمان الغير لها بمثل ضمان الاعيان المغصوبة فلاوجود لها حتى يضمن بها .

وبالجملة بعد التعدى والتفريط وتلف العين لامعنى للضمان الا على من بيده فينتفى وقوع يد غيره عليها فلايصح ما حكاه عن التذكرة من قوله وان فرض ضمانه لها على تقدير التعدى والتفريط حيث جعل قده المنع عدم وجود الضمان فى حالة الضمانة وذلك لان المانع القوى عدم وجودها بعدالتعدّى والتفريط فلايصح ضمانها

لغيره فمن القى الوديعة والعارية فى البحر كان ضمانها على نفسه ولا يصح ضمانها للغير لكونها بمنزلة التلف .

نعم صح لمن كان غواصاً امكن خروجها عن قعر البحر لكن هو غير مربوط بمن خرج عن اختياره بل تكليف للآخذ من غير ضمان فيقع فى مسألة اعراض صاحبها عنها وعدمها وهو خارج عن المقام نعم صح للغير اذا تلفت ضمانها بالمثل اوالقيمة لصاحبها ارفاقاً للودعى والمستعير فالحق عدم جواز ضمان الاعيان المضمونة و غير المضمونة والاول لما مر مفصلا والثانى لعدم كونها مضمونة فى حال الضمانة وبعد كونها مضمونه كانت تالفة غير قابلة للضمان الا بنحو ما ذكرنا .

نعم لا يجرى ذلك فى المقبوض بالعقد الفاسد مطلقاً لوصول العين بيده من رضا صاحبه فلايجرى عليه احكام الغصب كما قد مر فى ج ٢٢ ص ١٦١ الى ١٦٨ فاذاوقع المبيع بالبيع الفاسد فى يده من مالكه مع التراضى لامحذور من هذه الجهة بل المحذور من ناحية الشرع بالبطلان فتارة يكون البايع مثل الصغير او المجنون اوكون المبيع للغير او مما لايملك فهو نظير الغصب فى كونه فى يده على غير وجه محلل فيجب رده الى صاحبه و لا يجوز ضمانه و ان كان البايع بالغا وكان البطلان لفقد شرائط العوضين كالجهل بالمبيع و نحو ذلك فالرضا حاصل لكن لايجرى فيه الضمان لعدم المعنى فيه كما عرفت فى العين المغصوبة .

ثم لاخلاف ﴿و﴾ لا اشكال فى جواز التسلسل فى الضمان بناء على مذهبنا فـ ﴿لوضمن ضامن ثم ضمن عنه آخر وهكذا الى عدة ضمناء ، كان جائزاً﴾ لتحقق شرط الضمان الذى هو ثبوت المال فى الذمة ويرجع كل واحد منهم على من ضمن عنه اذا كان باذنه على الاصل الذى يرجع اليه الضامن الاول اذا كان باذنه بل ولا اشكال فى جواز الدور ايضاً .

خلافاً للمحكى عن الشيخ فى المبسوط ، فمنعه لصيرورة الفرع فيه اصلا و بالعكس و لعدم الفائدة فيه اذ به يرجع الحق على ماكان وفيه : أن ذلك لا يصلح

للمانعية على أن الفائدة بالاعسار وباختلاف الضمان بالحلول والتأجيل متحققة انتهى.

ولعله فى محله لكونه على خلاف العقود المتعارفة مضافاً الى ما ذكره ﴿ولا يشترط العلم بكمية المال﴾ حال الضمان ﴿فلو ضمن ما فى ذمته صح على الاشبه﴾.

وفى الجواهر باصول المذهب من العمومات و غيرها والاشهر بل المشهور بل عن الغنية الاجماع عليه بل عن كشف الرموز أنه روى الاصحاب جواز ذلك فلو عملنا بهذا نكون عملنا بقول الصادق عليه السلام « خذ ما اشتهر بين أصحابك » ولعله أراد الروايات المطلقة فى الضمان خصوصاً ضمان على بن الحسين عليهما السلام لدين عبدالله ابن الحسن وضمانه لدين محمد بن أسامة ، بل قيل انهما ظاهران بل صريحان فى عدم معلومية الدين وقدره وقت الضمان انتهى .

ولايخفى ان من اصول المذهب هو عدم الغرر وهو هنا من اظهر افراده لاحتمال كون ما فى ذمة المضمون عليه كثيراً لايمكن للضامن رده فيكون ضرراً على المضمون له فالمسألة ضررية وقوله خذ بما اشتهر بين اصحابك فيما لم يكن على خلاف القواعد الشرعية .

و ما يدل على ضمانة رسول الله صلى الله عليه وآله عن ديون الناس مثل خبر عطا عن الصادق عليه السلام « قلت له : جعلت فداك ان علىّ ديناً اذا ذكرته فسد علىّ ما أنا فيه ، فقال : سبحان الله أو ما بلغك أن رسول الله صلى الله عليه وآله كان يقول فى خطبته : من ترك ضياعاً فعلى ضياعه ومن ترك ديناً فعلى دينه ومن ترك مالا فهو لوارثه وكفالة رسول الله صلى الله عليه وآله ميتاً ككفالته حياً وكفالته حياً ككفالته ميتاً فقال الرجل نفست عنى جعلنى الله فداك » بل ولقوله تعالى « ولمن جاء به حمل بعير و أنا به زعيم » مضافاً الى قوله « الزعيم غارم » لايدل على الجواز فى المقام بوجه وكذا الاية .

اما الخبر فهو فى مقام البشارة على المديونين الذين لايتمكنون من اداء ديونهم وان النبى صلى الله عليه وآله ضامن للديون بحيث لايكون عليهم شيىء فى يوم القيامة فربما كان الدائن والمديون كلاهما ميتين لايكون فى ذلك غرر ولاضرر بل الضرر قد حصل

بالدائن ومات فكلما حصل له بالضمانة مثل النبى صلى الله عليه وآله باعث للسرور والحب سواء علم الضامن بمقدار الدين ام لم يعلم .

والمعنى انه صلى الله عليه وآله ضامن للدين قليلا او كثيراً فهو اجنبى عما اذا لم يعلم الضامن مقدار الدين ولا المضمون له بتمكن الضامن من الاداء فلا يتم ما استدل له بالجواز قال فى المختلف للشيخ قولان فى ضمان المجهول احدهما الصحة قاله فى النهاية وهو قول شيخنا المفيد فى المقنعة وابن الجنيد وسلار وابى الصلاح وابن زهرة و ابن البراج فى الكامل .

وقال الشيخ فى المبسوط و الخلاف لايصح و به قال ابن البراج فى ب و تبعه ابن ادريس والمعتمد الاول لنا الاصل الصحة وعموم قوله تعالى و انا به زعيم واشار به الى عمل البعير والاصل عدم تعيينه انتهى ولايخفى ما فيه .

فما عن الشيخ فى مبسوطه وخلافه والقاضى فى مهذبه وابن ادريس فى سرائره من عدم الجواز قوى جداً .

وما عن المسالك ومحكى التذكرة وغيرها من «أن الصحة فيما اذا كان يمكن العلم به بعد ذلك كقوله أنا ضامن للدين الذى لك عليه أما ما لا يمكن فيه العلم كضمنت لك شيئاً مما فى ذمته فلا يصح الخ مستلزم لانقلاب البطلان بالصحة بعد تحقق العقد وهو كماترى اذ شرائط الصحة لابد وان يكون قبل العقود لاتحققه بعدها .

وكيف كان فما استدل به لذلك غير تام قال فى الحدائق ما لفظه : ويدل على القول المشهور زيادة على المذكور ماتقدم من حديث ضمان على بن الحسين عليهما السلام لدين عبدالله بن الحسن ، وحديث ضمانه عليه السلام لدين محمد بن أسامة فانهما ظاهران بل صريحان فى عدم معلومية الدين قدره وكميته وقت الضمان ، الا أن لقائل أن يقول: ان الظاهر من كلام المانعين من ذلك من حيث الغرر أن محل البحث والخلاف فى المسألة انما هو بالنسبة الى الضمان الذى يرجع به صاحبه على المضمون عنه ، و ظاهر هذه الاخبار أعنى خبر ضمان النبى صلى الله عليه وآله و ضمان على بن الحسين عليهما السلام أنه

ليس كذلك فلاتكون هذه الاخبارمن محل البحث فى شيء ، وهكذا الكلام فى الاية فانه متى خص محل البحث بما ذكرناه ، فان الاية ليست من ذلك فى شيء أيضاً ، لان الظاهر منها انما هوضمان الجعالة كما تقدمت الاشارة اليه انتهى .

﴿و﴾ على كل حال فبناءاً على الصحة مجهولا فحيث يمكن الاختلاف بين المضمون عنه والمضمون له اوالضامن فى حال الضمان ومقداره فلاجرم ﴿يلزمه﴾ لاثبات تعيين المقدار فى حال الضمان ﴿ماتقوم البينة به، أنه كان ثابتاً فى ذمته وقت الضمان لا﴾ مايتجدد ولا ﴿مايوجد فى كتاب﴾ مرقوم امثال ذلك ﴿ولا﴾ ما ﴿يقربه المضمون عنه﴾ بعد الضمان الذى يكون اقراراً فى حق الغير ، خلافاً للمحكى عن أبى الصلاح وأبى المكارم ولعلهما يريدان ماأقربه سابقاً قبل الضمان ﴿ولاما يحلف عليه المضمون له برد اليمين﴾ .

وفى الجواهر الذى هو كالاقرار ، أوكالبينة فى حق المتخاصمين لامطلقا ، أوأصل برأسه كذلك أيضاً ، خلافاً للمحكى عن المقنعة، فالزمه به، ويمكن أن يريد ما عن النهاية والقاضى من أنه اذاكان الرد برضى الضامن ، « قال : فان خلف أى المضمون له على ما يدعيه و اختار هو ذلك وجب عليه الخروج منه ، لصيرورة الخصومة حينئذ معه أيضاً ، فيكون اليمين حجة فى حقه » .

وفى المسالك « بناء على كون اليمين المردودة كالبينة ، يتجه وجوب الأداء عليه ، لعدم الفرق فيها بين كون الخصم الضامن، أوالمضمون عنه ، لان الحق يثبت بها مطلقا ، بخلاف الاقرار » وفيه : أن حكم البينة كذلك ، الا أن الكلام فى كونه مثلها فى ذلك كما هوواضح ، هذاكله اذا ضمن ما فى ذمته انتهى .

توضيح اجمالى للمقام : اذا ادعى المضمون له ان ما على المضمون عنه مأة وقال المضمون عنه خمسون كان المضمون له هوالمدعى وعليه البينة والمضمون عنه هوالمنكر وعليه اليمين فاذا لم يكن للمضمون له بينة لزم على المنكر اليمين وح ان رد اليمين على المضمون له وخلف على المأة فهل يثبت باليمين المردودة ما ادعاه

المدعى من المأة من حيث ان اليمين المردودة كالاقرار او البينة فيه خلاف وتمام الكلام فى باب القضاء ان شاء الله .

﴿ أما لو ضمن ما يشهد به عليه لم يصح ، لانه لايعلم ثبوته فى الذمة وقت الضمان﴾ كما عن القواعد ومحكى التحرير والارشاد والمختلف حكماً وتعليلا، وكذا المبسوط و السرائر ، بل هو المحكى عن المفيد و التقى ، وفسرفى المسالك تبعاً لجامع المقاصد بأنه لما علم اشتراط صحة الضمان بثبوت الدين فى الذمة حاله ، فضمانه حينئذ بالصيغة المزبورة شامل لما اذا كان كذلك ، ولما يتجدد فلايصح ، اذ لايدل على ضمان المتقدم ، لان العام لايدل على الخاص .

البحث ﴿الثالث فى اللواحق وهى مسائل الاولى: اذا ضمن﴾ ضامن للمشترى ﴿ عهدة الثمن ﴾ بان قال الضامن للمشترى لو كان المبيع للغير كان خسارة الثمن الذى هوفى عهدة البايع على ﴿لزمه دركه ﴾ وخسارته ﴿ فى كل موضع يثبت بطلان البيع من رأس ﴾ .

وفى الجواهر بظهور استحقاق المبيع مع عدم اجازة البيع ، أو قبض الثمن أى مع عدم اجازة قبض الثمن وان اجازة البيع فيه ، أوفقد شرط من شروط الصحة أونحو ذلك ، بلاخلاف أجده فيه فى الاول ، بل فى محكى التذكرة وكذا مجمع البرهان نسبته الى اطباق الناس عليه فى جميع الاعصار ، وفى المسالك « ظاهرهم الاطباق عليه» انتهى .

قال فى الحدائق مالفظه الظاهر انه لاخلاف بين الاصحاب «رضوان الله عليهم» فى جواز ضمان العهدة ، و هو أن يضمن عهدة الثمن للمشترى عن البائع اذا كان قد قبضه البايع فى كل موضع يثبت فيه بطلان البيع من أصله ، بأن يكون مستحقاً لغير البايع ، ولم يجز المالك البيع على تقدير صحة بيع الفضولى أو أجازه ولم يرض بقبض الثمن ومثله ما لوتبين خلل فى البيع اقتضى فساده كتخلف شرط فيه أو اقترانه بشرط فاسد على القول بكون ذلك مبطلا لاصل العقد، وملخصه اشتغال الذمة

بالمضمون على أحد هذه الو جوه وقت الضمان ، فان ضمان الثمن للمشترى يصح فى جميع ذلك وكما يصح ضمان العهدة عن البايع للمشترى ، يصح للبايع أيضاً عن المشترى ، بـأن يخرج الثمن مستحقا لغيره ونحوه ، وأن يكون معيباً يستحق الارش به .

وظاهر جملة منهم أن دليل هذا النوع من الضمان انما هو الاجماع أو الضرورة فانه لو لم يجز مثله للزم تعطيل بعض المعاملات ، فان كثيراً ما يحتاج الانسان الى المعاملات مع من لايوثق به فى تلف الثمن ، على تقدير بطلان البيع وعمل المسلمين والى ذلك أشار فى التذكرة فقال : وهذا الضمان عندنا صحيح ان كان البايع قد قبض الثمن ، الى أن قال : لا طباق الناس عليه فى جميع الاعصار ، ولان الحاجة تمس الى معاملة من لايعرف ولايوثق بيده وملكه ويخاف عدم الظفر به لو خرج مستحقاً للغير انتهى .

ولا يخفى ان المسألة محل الاتفاق حتى من الذين لم يجوزوا ضمان الاعيان المغصوبة مع ان هذه المسائلة ايضا من جزئيات هذا العموم لو كان المراد قبل قبض الثمن لان الضمان فى الحقيقة ضمان لعين الثمن والضمان ضامن للمشترى بان يقول على فرض خلل فى البيع كان خسارة دفع ثمنه الذى اخذه البايع على وجه الاتفاق على الجواز هنا والاختلاف فى مطلق الاعيان هناك كون الضرورة ومحل ابتلاء المقام اوجب جوازه بالاتفاق بخلاف ماتقدم .

ولكن لايخفى ان جعل هذه المسألة من افراد الاعيان متوقف على كون محل النزاع فى المقام هو ضمان الثمن قبل قبضه البايع والتصرف فيه فانه ح كان الثمن عينا خارجيا كسائر الاعيان .

واما اذا قبض الثمن البايع وتصرف فيه كان ذمته مشغولة بالثمن للمشترى لو كان المبيع مستحقا للغير فيكون من ضمان مافى الذمة الذى كان جائزا عند الجميع فمن قيد المقام باخذ الثمن ممن لايجوز ضمان الاعيان الخارجية ومن لم يقيد كان

ممن ادخله فى الاعيان وكان ممن يجوز ذلك كالمصنف حيث ان عبارته مطلق وعنده لايحتاج الى قيد اخذ البايع الثمن بل يجوز مطلقا وقد قيد كثير من الاعلام بان صحة الضمان فيما اخذ البايع بالثمن فلايجوز بدونه .

وح فالمتيقن هو صورة القيد وبدون القيد كان داخلا فى ضمان الاعيان المضمونة وعليه اذا باع البايع شيئا واخذ الثمن وتصرف فيه قد تعلق ذمته بهذا الثمن بدفعه الى المشترى على فرض كون المبيع للغير ففى مثل هذا الوقت اذا ضمن الضامن للمشترى وقال لو ظهر المبيع للغير وفسد البيع كان على رفع الثمن فالضمان قد وقع على فساد البيع فى حال البيع لاى جهة من الجهات الموجبة للفساد فلايعم ماذا يسرى الفساد بعد العقد كما اذا تلف قبل القبض اوفسخ المشترى للعيب السابق على البيع فان وجوب العيب لايوجب الفسخ بل العلم به يوجب ذلك ففى حال البيع كان صحيحا وكذا لو فسخ بالتقايل اوبالخيار فانه فى جميع ذلك حيث كان البيع صحيحا لايكون الضمان صحيحا فصحة الضمان فيما كان البيع با طلا فى حال البيع لابعداً .

واما لو قلنا بصحة الضمان للثمن مطلقا ولو قبل التعلق بذمة البايع فكذلك عند المجوزين للاعيان وكيف كان فالضمان ضمان الثمن لو فسد البيع فى حال العقد لاما اذا فسد بعد ذلك وفى الحدائق مالفظه :

أقول : وكأنه لذلك : قال به من قال : بعدم جواز ضمان الاعيان ، قال فى المسالك : وفى الحقيقة هذا فرد من أفراد الاعيان المضمونة على تقدير كونه موجوداً حال الضمان ، وقد تقدم مافى ضمان الاعيان. والمصنف هنا انما رتب الحكم على مذهبه هناك ، أوأن هذا الفرد خارج من البين ، لمكان الضرورة : فان ظاهرهم الاطباق على جوازه انتهى ثم تصدى للرد من حيث النص الى ان قال :

نعم لايبعد فيما ذكروه فى ضمان الثمن بعد التصرف فيه ورجوعه الى الذمة، فانه يصير حينئذ من قبيل ضمان مافى الذمة لاضمان الاعيان ، وهو مما لاخلاف فيه فانه متى كان ثابتا فى ذمة المضمون عنه وضمنه الضامن والحال هذه فانه لااشكال فى

صحته ثم حكى عن الاردبيلى عدم الاستبعاد فى ضمان الاعيان فقال :

وقال المحقق الاردبيلى(قدس سره) ولااستبعاد فى ضمان الاعيان بمعنى جواز طلب العين ممن فى يده والضامن مخيرفى وجوب رد العين عليهما ، وعوضها بعد التلف بعد الضمان ، بل لايبعد كونه ناقلا أيضاً بمعنى وجوب الرد ، فيطلب العين عن الضامن فيأخذها من المضمون عنه ويردها الى أهلها ان ثبت النقل بالدليل مطلقا والايكون النقل مخصوصاً فيما يمكن من الاموال التى فى الذمة .

قال فى التذكرة ضمان المال عندنا ناقل للمال من ذمة المديون الى ذمة الضامن على مايأتى ، وفى ضمان الاعيان المضمونة والعهدة اشكال ، أقربه عندى جواز مطالبة كل من الضامن والمضمون عنه ، أما الضامن فللضمان، وأما المضمون عنه فلوجود العين فى يده أوتلفها فيه ، وفى العهدة ان شاء المشترى طالب البايع وان شاء طالب الضامن ، لان القصد هنا بالضمان التوثق لاغير انتهى .

ولايخفى عليك مافى هذا الكلام فانه مجرد دعوى وعارية عن الدليل ، الى ان قال فمعنى الضمان شرعاً هو انتقال الحق الى ذمة الضامن ، وتفسير النقل بماذكره من وجوب الرد أبعد ، وقوله والايكون النقل مخصوصاً بما فى الذمة فيه ماتقدمت الاشارة اليه من أنه انما اختص بما فى الذمة ، لكونه هومورد الضمان شرعاً .

وأما غيره مما ذكروه فى ضمان العين المضمونة والعهدة الراجع اليه أيضاً فليس من الضمان فى شىء لعدم الدليل عليه ، الى ان قال وبما ذكرنا يظهرلك ان ضمان العهدة ن تعلق بالعين الموجودة فهو داخل تحت ضمان الاعيان المضمونة وان كان ظاهرهم هنا الاتفاق عليه للضرورة كما ادعوه بخلافه ثمة لماتقدم من الخلاف فى تلك المسئلة وان تعلق بالثمن بعد تلفه واستقراره فى الذمة فهو داخل فى ضمان الديون التى فى الذمة ، ولااشكال فى الصحة . انتهى .

اقول انه قده جعل عدم الاشكال فى الصحة فى صورة اخذ الثمن وظاهره الاشكال فيما لم يقبض البايع الثمن وهذه الصورة ظاهر من جعل هذا الفرد فى

ضمان الاعيان والظاهر ان الاشكال واقع على القسمين فان فى كليهما ضمان لما لم يجب مع انه معلق على فساد البيع قبل العقد فالاشكالان واردان على مطلق ضمان العهدة .

والحاصل ضمان العهدة اكثر اشكالا من ضمان الاعيان المضمونة فاى مجوز وضرورة لاخراج هذا الفرد من عدم جواز ضمان الاعيان بعد عدم دلالة الدليل عليه فالمعنى حينئذ انه لو فسد البيع لسرقة المبيع او اخذه من صاحبه قهراً فانا ضامن للثمن فلا يكون فعلا فساد البيع فيكون الضمان ضمانا لما لم يثبت مع كونه معلقا فضمان الاعيان المغصوبة عند صاحب الحدائق لا يجوز مطلقا وضمان عهدة الثمن كذلك قبل قبض البايع الثمن من حيث انه حينئذ ليس من الاعيان المضمونة واما بعد القبض يجوز من حيث تعلقه بذمة البايع على فرض فساد البيع فيجوز ضمانه .

واما عندى فلا يجوز بوجه اصلا لان الاشكال التعليق وضمان مالم يجب وارد على القسمين ولو كان بعد قبض الثمن فانه حينئذ ولو لم يكن من ضمان الاعيان المضمونة لكونه فى الذمة لكن كان معلقا على صورة فساد البيع وعدم تحقق الفساد فعلا .

وكيف كان فصحة ضمان العهدة مبنية على فساد البيع من اول الامر واما اذا كان صحيحا لكن تحقق ما يوجب الفساد بعداً فلا ولذا قال ﴿اما لو تجدد الفسخ بالتقايل﴾ أو الخيار ﴿أو تلف المبيع قبل القبض ، لم يلزم الضامن ورجع﴾ المشترى ﴿على البايع﴾ فيما ضمن الفساد ففسخ لتلف المبيع ونحوه لان ضمان العهدة مشروط بكون العقد باطلا من اى جهة فى حال العقد فالضمان حينئذ يتحقق واما اذا كان العقد صحيحا حين الضمان كما فى فرض التقايل او الخيار او العيب فان فى الكل كان العقد صحيحا .

وانما يتحقق الفسخ بعد الصحة فلا ربط بضمان العهدة لفرضه صحة العقد فالمشترى يرجع الى البايع فالفسخ فى موارد المذكورة فى المتن ليس من الاصل بل من حين الفسخ ولازمه صحة العقد فى حاله انعقاده فينتفى موضوع ضمان العهدة

فانه على فرض بطلان العقد بل لو كان الفسخ من الاصل اللازم منه عدم انعقاد البيع اصلا لايوجب ايضاً صحة ضمان العهدة بتوهم انه يوجب بطلان العقد حينئذ وذلك لان المقصود من الضمان هو انه لو كان العقد الواقع من البايع باطلا كان ضامنا للثمن لاما وقع صحيحا اولا ثم صار باطلا بعدا لاجل الفسخ .

وبالجملة البطلان ذاتا غير البطلان عرضا ومورد ضمان العهدة هو الاول دون الثانى

وفى الجواهر بعد قوله وكذا لو فسخ المشترى بعيب سابق قال لما عرفت من اعتبار ثبوت الحق وقت الضمان فى صحته ، من غير فرق بين ضمان العهدة وغيره و لاريب فى حصوله مع قبض البايع له فى الأول ، بخلاف الثانى الذى هو فسخ متجدد ، فضمانه به حينئذ من ضمان ما لم يجب ، بل ظاهر المسالك ذلك حتى لو قلنا أن التلف قبل القبض موجب للفسخ من الاصل لامن حينه ، فانه بعد ان حكى عن العلامة بناء ما نحن فيه على كون التلف فاسخاً من الحين أو الاصل ، فيندرج فى ضمان العهدة على الثانى دون الاول .

قال : «وفيه نظر ،لانه حكم لاحق للضمان، فان المبيع حالته كان ملكاً للمشترى ظاهراً ، وفى نفس الامر فلا يتناول الضمان الثمن ، لانه لم يكن لازماً للبايع مطلقا وانما التلف الطارى كان سبباً فى حكم الله بعود الملك الى صاحبه من أصله انتهى .

ولايخفى ان الشهيد حيث جعل فى المقام كون الفسخ من الحين وعلى ذلك كان الضمان على البايع فترقى عن ذلك وجعل الحكم كذلك حتى لو قلنا بكون الفسخ على الاصل ثم حكى عن العلامة ان المسألة مبنية على ذلك وانه يصح عدم ضمان الضامن للمشترى لوقلنا بكون الفسخ من الحين لا الاصل ثم رده بعدم الفرق بين الفسخ من الحين اوالاصل هذا .

والذى ينبغى ان يقال ان النزاع بين كون الفسخ من الحين اوالاصل صحيح فى محله لكنه لايرتبط بالمقام فانه على فرض ابطاله العقد من الاصل كان ابطاله حينئذ من جهات آخر كالتقايل اوالاخذ بالخيار لامن حيث كون المبيع مستحقا للغير

والضامن يدعى الضمانة للمشترى لو كان المبيع غصبا لاما اذا كان باطلا بالتقايل او الخيار ومثلهما .

وما يمكن ان يرد على التعميم من امكان كون المال فى آن واحد لشخصين كما اورد عليه فى الجواهر بعد نقل عبارة المسالك بقوله وان كان هو كماترى مرجعه الى التناقض ، ضرورة اقتضائه كون المال فى آن واحد ملكا لشخص وليس ملكاله ، بل ملك لاخر ، انتهى غيروارد فى المقام وتقريبه اولا انه اذا باع البايع داره بخمسين ضمن الضامن انه لوفسد البيع كان الثمن على فالبيع صحيح و كان الثمن للبايع لعدم كون المبيع مغصوبة فاذا فسخ و كان الفسخ من الاصل فالثمن مع انه فى آن وقوعه للبايع لكونه ثمن داره لم يكن له بل للمشترى كما كان له قبل البيع اذا الفرض كان البيع لم يقع .

وايضا لو كان الفسخ من الاصل كان البيع صحيحا وباطلا فى آن واحد فانه صحيح على الفرض وباطل فى حال صحته لان الفسخ يرجع الى آن وقوعه ففى حال وقوع البيع وقع صحيحا و باطلا فان الفرض انه وقع الفسخ على آن وقوعه وهو كماترى هذا تقرير ماورد فى الجواهر على المسالك لكنه غير وارد كما عرفت فان البطلان بالفسخ بالخيار غير البطلان لكونه مال الغير فضمان عهدة الثمن باطل فيرجع المشترى الى البايع .

والحاصل ان الصحة كانت قبل البطلان بكثير فان البطلان قدعارض بعد مدة على الصحة فكيف يكون الثمن فى آن واحد على ذمة شخصين .

ان قلت نعم لكن البطلان من الاصل يكشف عن البطلان السابق وان العقد الواقع ظاهراً صحيحا كانت الصحة بنظرنا وفى الحقيقة وعند من يعلم الواقع كان على هذا المبنى باطلا .

قلت كونه فى الواقع كذلك لايوجب رفع اليد عما كان بنظرنا صحيحا ولا نكون نحن مأمورا بالعمل بالواقع فهو بنظرنا وبنظر العرف وقدوقع صحيحا وكون

البيع خياريا بفسخ المشترى اوالبايع يبطل لايوجب بطلانه بالفسخ بعد زمان بعيدان يسرى الى الزمان السابق هذا مضافا الى ان نظر الضامن الى فساده من ناحية البايع لامن جانب الاخر بل لايصح فى المقام كون الفسخ من الاصل لانه فيما كان من جهة واحدة لامن جهتين فالعقد من حيث العيب اذا فسد من الاصل لايقع مورد ضمان الضامن من حيث كون المبيع للغير .

والحاصل انغرض الضامن فساد العقد من سوء عمل البايع لامطلقا فلااشكال فيه الامن حيث عيب السابق وسيأتى دفعه ايضا فان قلت معنى كون الفسخ من الاصل هو بطلان البيع الواقع قبلا رأسا فصح عهدة الضمان لانه حينئذ يكشف عن بطلان البيع.

قلت معنى الضمان على فرض بطلان البيع هو بطلانه فعلا وبعداً كما اذا كان المبيع ملكا للغير او اخذمن يد صبى اومجنون ونحو ذلك مماكان باطلا فى جميع الحالات بخلاف ماكان فعلا صحيحا ويعرضه البطلان من حيث الفسخ ولوكان راجعا الى حين البيع والفرق الواضح بين الصحة فعلا وصيرورته باطلا بالعرض والضامن انما يضمن درك الثمن للمشترى على فرض كون المبيع فعل للغير فلايضمن ماكان فعلا صحيحا وصار فاسدا بالعرض لاجل الفسخ .

فان قلت ان ذلك حكم جميع الموارد التى كان الفسخ من الاصل قلت : اولاقدعرفت الجواب .

وثانياً حكم جميع الموارد هو الفسخ من الحين لاالاصل الافى موارد التى يعلم بفساد البيع من حين وقوعه كالفضولى مع عدم اجازة المالك اوبيع مالايملك فانه لامناص الاعن البطلان من الاصل بل كون الفسخ من الاصل لعله على خلاف القواعد فان المعاملة الصحيحة لاوجه لكونها باطلا فيصح ويترتب عليه جميع آثار الصحة من النماآت وغيرها حتى صارت باطلة فلا يترتب عليه آثار الصحة بعدالفسخ .

و الحاصل لااشكال فى الفسخ بالخيار ونحوه من حيث ان الفسخ من حينه فقبله كان البيع صحيحا فالمشترى يرجع الى البايع لاالضامن والله العالم .

﴿وكذا﴾ لايدخل فى ضمان العهدة ﴿لوفسخ المشترى بعيب﴾ لاحق للضمان يعنى اذا ضمن بالثمن فيما وقع البيع باطلا لايدخل فيه لووقع البطلان بعد الضمان فان الضمان على فرض البطلان فى حال الضمانة لاماحصل بعد الضمان كما لووقع قبل القبض ، أوفى الثلاثة قولا واحدا كما فى المسالك وغيرها ، بل و ﴿سابق﴾ وفاقاً للمشهور ، لأن الفسخ به انما ابطل العقد من حينه لامن أصله ، فلم يكن حالة الضمان مضموناً ، انتهى بيانه ان العيب السابق عبارة عن كونه قبل البيع فهو وان كان سببا للفسخ فى حال البيع لكن الموجب للفسخ هو العلم بالعيب لانفسه واقعا ففى حال البيع كان البيع صحيحا فلايصح ضمان العهدة وبعد العلم والفسخ كان البطلان من هذا الحين لاحين العقد فالضمان على البايع .

قال فى الحدائق مالفظه قدعرفت مماتقدم ان من شروط صحة ضمان العهدة اشتغال الذمة بالمضمون على أحد الوجوه السابقة ، وحينئذ فالمعتبر فى ضمان العهدة وجود الضمان حالته ، فلاعبرة بالتجدد بعدذلك كالفسخ بالتقايل ، وتلف المبيع قبل القبض والفسخ بخيار الحيوان ، وخيار المجلس ونحوهافانه حالة الضمان ليس بفاسد.

ولم يحصل الاستقرار فى الذمة الذى هو شرط فى الضمان ، فلم يكن مضموناً فضمانه على هذا التقدير يكون من قبيل ضمان مالم يجب و حينئذ فلايدخل هذا فى ضمان العهدة ، ومثله أيضاً لوفسخ المشترى بعيب سابق فانه لايدخل ذلك فى ضمان العهدة فلا يلزم الضامن الثمن على تقدير الفسخ بالعيب بل يرجع به المشترى على البايع ، ولايطالبه به ، لان الفسخ بالعيب انما أبطل العقد من حينه ، لامن أصله كما فى ضمان العهدة الذى تقدم تحقيقه فلم يكن حالة الضمان وهو وقت البيع مضمونا.

حتى أنه لوصرح بضمانه فى ذلك الوقت فسد لانه ضمان مالم يجب والذمة انما اشتغلت به بعدالفسخ والشرط الذى يبنى عليه الضمان كما تقدم هو ضمانه حال اشتغال الذمة به ، فوقت الضمان الذمة غير مشغولة ، و وقت الاشتغال متأخر لم يقع فيه ضمان ، فلم يصادف الضمان محله ، ولايؤثر هنا تقدم سبب الفسخ وهو العيب

الموجود حال البيع ، لانك قد عرفت أن المدار على اشتغال الذمة وقت الضمان ، وهوغير حاصل ، ومجرد تقدم السبب مع أنه قد يرضى به المشترى ولا يفسخ العقد غير موجب لصحة الضمان لماعرفت انتهى .

ومحصل الكلام ان معيارعهدة الثمن على الضامن وعدمه كون البيع فى حال انعقاده باطلا وعدمه وعلى الاول كان الضمان على الضامن وعلى الثانى على البايع وحيث ان سبب الفسخ وهوالعيب موجودا فى حال البيع لكنه غير مؤثر فى البطلان من حيث ان الموجب هوالعلم به كان البيع فى حال انعقاده صحيحا فكان الضمان على البايع .

﴿أما لو طالب بالارش رجع على الضامن﴾ كمافى القواعدوغيرها ﴿لان استحقاقه ثابت عند العقد﴾ فيتحقق شرط الضمان ، بل هو أولى من غيره ، لان الارش جزء من الثمن باق فى ذمة المشترى ﴿و﴾ لكن مع ذلك ﴿فيه تردد﴾ بل عن التحرير الجزم بالعدم لان الاستحقاق له انما حصل له بعد العلم بالعيب فما عن التحرير فى غاية المتانة ولوعلى فرض كون الارش جزء من الثمن فان الضامن ضمن درك الثمن الذى كان البيع فاسد من حيث عدم مالية للمبيع مثل لامن حيث العيب الموجب للارش حتى يقال انه جزء من الثمن وقدعرفت ان وجود العيب غير موجب للفسخ اواخذ الارش وانما الموجب له هوالعلم به مع اختيار الارش والضامن ضمن اصل المبيع لاعيبه وارشه .

وفى الحدائق مالفظه قد عرفت أنه لوفسخ المشترى بعيب سابق فانه لايدخل ذلك فى ضمان العهدة ، ولايلزم الضامن الثمن لعدم اشتغال ذمة المضمون عنه وقت العقد بالثمن ، وانما حصل ذلك بعدالفسخ .

و انما يبقى الاشكال فيما لو طالب المشترى بالارش ، فهل يرجع به على الضامن متى ضمنه لان استحقاقه ثابت وقت العقد ، وهو مناط الفرق بين الثمن والارش فيدخل الارش فى ضمان العهدة ، دون الثمن على تقدير الفسخ بالعيب فان الثمن انما

يجب بالفسخ اللاحق المتاخر عن الضمان .

وأما الارش فانه جزء من الثمن ثابت به وقت الضمان ، فيندرج فى ضمان العهدة غاية الامر انه مجهول القدر و قد تقدم صحة ضمان المجهول على التفصيل المتقدم و الحكم هنا مبنى على ما ثبت هناك ، أم لايرجع نظراً الى أن الاستحقاق للارش انما جعل بعد العلم بالعيب ، واختيار أخذ الارش ، والموجود حالة العقد من العيب ما كان يلزمه بغير الارش ، بل اللازم التخيير بينه وبين الرد ، فلم يتعين الرد الا بالاختيار .

ومخلص الاشكال المذكور يرجع الى أن الارش هل هو ثابت بالعقد وانما يزول بالفسخ ، و الرجوع الى الثمن أو أن سببه و ان كان حاصلا ، فانه لايثبت الا باختياره ، ولعل الاول أقرب ، بناء على هذه التعليلات ، نظراً الى أن الارش كان واجباً بالاصل ، لانه عوض جزء فايت من مال المعاوضة ، ويكفى فى ثبوته بقاء المشترى على الشراء وانما ينتقل الى الثمن بارتفاق آخر حيث لم يسلم له المبيع تاما ، انتهى .

وقال فى هامش كتابه بعد قوله وانما يبقى الاشكال ما هو لفظه وفيه اشارة الى أنه لوكان الضمان انما هو بعهدة الثمن فانه لايشمل الارش الا ان يكون ذلك معلوماً ومقصوداً منهما ، ويمكن أن يكون هذا وجه الرد والاشكال ، وأما اذا ضمن الارش وخرج به ، فانه لا اشكال فى صحة الضمان لما ذكرناه فى الاصل ، وظاهرهم أن محل الخلاف انما هو اذا ضمن الثمن خاصة ، وكلام الاكثر خال من التخصيص بالثمن انتهى .

اقول قدعرفت ان الكلام على فرض صحته انما هو فى فساد الثمن لاعيبه وارشه لان موجب الفسخ اوالاخذ بالارش هو العلم به لامجرد وجوده كما عرفت فاذا علم واختاره قدثبت فضمان الارش مع عدم العلم باختياره ضمان لما لم يجب .

وفى المسالك بعد قوله اما لوطالب بالارش قال اشاربالتعليل الى الفرق بين

الارش والثمن حيث يدخل الارش فى ضمان العهدة دون الثمن على تقدير الفسخ بالعيب فان الثمن انما يجب بالفسخ اللاحق للضمان كماتقدم اماالارش فانه جزء من الثمن ثابت وقت الضمان فيندرج فى ضمان العهدة لكنه مجهول القدرحينئذ فينبغى بناؤه على صحة ضمان المجهول الذى يمكن استعلامه الا ان يختص ضمان العهدة بحكم زايد كماخرج من حكم ضمان الاعيان المضمونة الى ان قال :

ومحصل الاشكال يرجع الى ان الارش هل هو ثابت بالعقد وانما يزول بالفسخ والرجوع الى الثمن اوان سببه وان كان حاصلا لايثبت الاباختياره وتظهر الفايدة فيما لولم يعلم بالعيب اوعلم ولم يطالب فهل يبقى ذمة من انتقل عنه المعيب مشغولة له بالارش ام لا وقد تقدم فى باب السلم لهذه المسئلة مزيد بحث انتهى .

ولقد اجاد فى ظهور الفائدة بعد وضوح ان مجرد حصوله فى حال العقد لايؤثرمالم يعلمه ولم يختره فانه لوعلم بالعيب ولم يطالب يسقط حق الارش فيكون بعد العلم بالخيار فى اخذ الارش وعدمه مختارا فطلب ضمانه طلب لما لم يجب لان العلم به انما يحصل بعد البيع والضمان واقع قبله وكيف كان ففى حال البيع لم يصح للضامن ضمان الارش ولومع العلم بان البيع صحيحا بان يقول للمشترى لو كان المبيع معيبا فانا ضامن له بل حتى مع علم المشترى بالعيب فى حال البيع فان علمه مثبت للخيار اذا اختار الارش فطلب الضامن ضمانه للمشترى طلب لمالم يجب ايضا كما كان ضمان عهدة الثمن ايضا ضمان لما لم يجب اذلم يعلم فساد البيع كماعرفت .

المسالة ﴿الثانية﴾ قدعرفت انه ﴿اذا خرج المبيع﴾ جميعه ﴿مستحقا رجع﴾ المشترى ﴿على الضامن ، أمالوخرج بعضه﴾ مستحقاً ﴿رجع على الضامن بماقابل المستحق﴾ بلاخلاف ولااشكال ﴿وكان﴾ المشترى حينئذ ﴿فى الباقى﴾ من الثمن ﴿بالخيار﴾ لان الفرض ان الضامن ضمن للمشترى ضمان الثمن لوظهر كونه للغير مثلا فاذا ظهر نصف المبيع للغير وباعه بدون اذن مالكه فيبطل البيع فى نصف المبيع وكان للمشترى الرجوع الى الضامن فى النصف وحيث بقى له نصف المبيع واشترى كله

كان له خيار تبعض الصفقة ﴿فان فسخ﴾ المشترى ﴿رجع بماقابله على البايع خاصة﴾

وفى الجواهر وفاقاً للمشهور لعدم اندراجه فى ضمان الضامن بل لايصح ضمانه له لوصرح به ، لانه من ضمان مالم يجب ، خلافاً للمحكى عن الشيخ فجوز الرجوع على الضامن بالجميع ، لوجود سبب الاستحقاق حال العقد كالعيب انتهى .

ولايخفى ان الضامن له لوفسد البيع ولافرق فى ذلك بين فساده كلا او بعضا فى ان له الرجوع الى الضامن فى مقدار الذى يفسد لاالزيادة عليه وسبب الاستحقاق ايضا هذا المقدار فى حال البيع فليس له الرجوع الى الضامن باكثر من هذا المقدار وفى الحدائق مالفظه أقول : أما الكلام فيما اذا خرج الجميع مستحقاً فظاهر ، وأما فيما لوخرج بعضه مستحقاً فانه يطالب الضمان بحصته من الثمن ، وذلك فان ثمن ذلك البعض حيث أن البايع باعه ، وهو لايستحقه بقى فى ذمة البايع وقت البيع ، فصح ضمانه .

ولو قلنا بصحة بيع الفضولى توقف على اجازة المالك لذلك البعض ، فان أجازه صح ، وان لم يجز فالحكم كما ذكر ، ثم ان المشترى يتخير بين الفسخ لتبعيض الصفقة ، وبين الرضا على الوجه المذكور ، فان فسخ فى الباقى رجع بثمنه على البايع خاصة على المشهور ، لعدم تناول الضمان له ، فان ثبوت ثمن هذا الباقى انما حصل بعد الفسخ ، لاحال الضمان ، ومن شرط الضمان كما تقدم اشتغال الذمة بالمضمون حال الضمان .

ونقل عن الشيخ الخلاف هنا ، والقول بجواز الرجوع على الضامن للجميع قال فى المختلف : اذا خرج بعض المبيع مستحقاً رجع المشترى على الضامن للعهدة بما قابل المستحق من الثمن ، فان فسخ البيع لتبعيض الصفقة ، قال الشيخ : رجع بماقابل الباقى أيضاً على الضامن ان شاء ، وليس بجيد ، لنا انه حصل بسبب متأخر وهو الفسخ المتجدد بعد البيع ، فلايرجع به على الضامن لعدم دخوله فى ضمانه ، لانه لم يجب وقت الضمان ، احتج الشيخ : بأن السبب فيه الاستحقاق الذى حصل

فى بعضه ، والجواب المنع ، بل السبب الفسخ ، انتهى .

اقول: قدتقدم فى مسألة الرجوع بالارش بسبب العيب ان الاشهر الاظهر الرجوع به على الضامن ، لوجود سبب الاستحقاق وقت الضمان، فانه ضمنه ، والمبيع معيب يستحق للمشترى فيه الارش ، لانه عوض من ذلك الجزء الفائت من المبيع ومانحن فيه كذلك كما ذكره الشيخ ، فان تبعيض الصفقة الذى هوسبب الفسخ الناشىء من استحقاق بعض المبيع كان متحققاً وقت المبيع ، والقائل - بعدم جواز الضمان هنا عليه، بيان الفرق بين الموضعين، فانهما من باب واحد لايعرف بينهما فرق ، وبذلك يظهر أن المسألة لاتخلو من الاشكال ، انتهى .

ولايخفى ما فيه لما عرفت فى تلك المسألة من ان مجرد وجود السبب غير كاف مالم يعلم به لامكان عدم اختياره بعد العلم بالسبب فما فى المختلف موافقا للمتن متين .

المسألة ﴿الثالثة: اذا ضمن ضامن للمشترى درك ما يحدثه من بناء أوغرس﴾ مثلافى الارض المشتراة لوخرجت مستحقة وقلع المالك بناءه وغرسه ، أى تفاوت ما بين قيمته ثابتاً ومقلوعاً ﴿لم يصح لانه ضمان مالم يجب﴾ حال الضمان .

وفى الجواهر ضرورة عدم استحقاقه ذلك على البايع قبل البناء و الغرس ، بل ولابعده ، وانما يستحقه عليه بعد القلع انتهى .

ولايخفى ورود هذا الاشكال على اصل ضمان العهدة لو كان بمعنى ضمان الضامن للمشترى خسارة الثمن لوظهر كون المبيع للغير فانه ضمان لما لم يجب اذلم يظهر فى حال الضمان ذلك وكذا الحال لو كان بعد اخذ الثمن .

وفى المسالك بعد قوله اذا ضمن ضامن للمشترى قال المراد انه ضمن للمشترى ضامن عن البايع بدرك مايحدثه فى الارض التى اشتراها من بناء لوغرس لوظهرت الارض مستحقة وقلع المالك بناؤه غرسه والمراد بدرك ذلك تفاوت مابين قيمته ثابتا ومقلوعاً فان هذا الضمان لايصح فلايستحق الرجوع عليه لوظهر الاستحقاق وقلع لانه ضمان

ما لم يجب لانه حين الضمان لم يكن مستحقا للارش على البايع انما استحقه بعد القلع ولكن سببه كان موجودا وقت الضمان وهو كون الارض مستحقة للغير فينبغى جريان الاحتمال السابق فيها و من ثم ذهب بعض العامة الى جواز الضمان هنا بناء على اصله السابق انتهى .

قال: فى الحدائق مالفظه: والمراد أنه حيث كان للمشترى التصرف فيما يشتريه بالبناء والغرس ونحو ذلك ، فلو خاف ظهور كون المبيع مستحقاً ويذهب مايغرسه فيه ويبنيه مجاناً فضمن له ضامن أنه ان ظهر كونه مستحقاً وقلع المالك الغرس وهدم البناء فهو ضامن لدرك ذلك ، هل يصح هذا الضمان أم لا ؟ الوجه أنه لايصح ، لانه ضمان مالم يجب ، لانه حين الضمان لـم يكن مستحقاً للارش على البايع ، و انما استحقه بعد القلع ، وخراب البناء ، المتأخرين عن وقت الضمان الى ان قال :

فى مقام اثبات الصحة لهذا الضمان فى المقام أن سببه كان موجوداً وقت الضمان ، وهو كون الارض مستحقة للغير، فينبغى جريان الاحتمال السابق فيما نحن فيه، وحيث انه قد تقرر وعلم أنه اذا ظهرت الارض مستحقة وقد بنى المشترى فيها اوغرس ، فأزال المالك ما أحدثه فان له الرجوع على البايع بالارش كما تقدم، فلو ضمن البايع والحال هذه درك ذلك فهل يصح الضمان ، قيل : نعم ،لانه لازم بنفس العقد ، وكأنه أريد انه لازم بالعقد ضمن أم لم يضمن ، فضمانه يصير مؤكداً انتهى .

﴿وقيل﴾ والقائل الشيخ فى محكى المبسوط والفاضل وولده وثانى المحققين والشهيدين و ﴿كذا﴾ لايجوز ﴿لوضمنه البايع﴾ له فضلا عن الاجنبى فلايصح اذا ضمن البايع للمشترى انه لو بنى فيما اشتراه بناء اوغرس غرساً و اشجارا وظهر كون الارض للغير كان على ضمان الدرك والغرائم .

﴿و﴾ حيث انه من وظائف البايع ولو بدون الضمان قال ﴿الوجه الجواز لانه لازم بنفس العقد﴾ اى جواز ضمانة البايع ذلك للمشترى لاجواز ضمانة الضامن للمشترى وذلك لانه كما فى المتن لازم بنفس العقد كما حكى ذلك عن المحقق الثانى

بان المقصود من هذا الضمان ان كان واجبا على البايع هذه الخسارات لوظهر للغير فكان واجبا عليه بدون الضمان ايضا فان المفروض بالحكم الشرع انه لوباع ارض الغير غصبا و احدث المشترى فيه هذه الاشياء من دون علمه بذلك فاخذ صاحب ارض ارضه كان جميع الخسارات الواقعة على المشترى على البايع ولو لم يكن ضامنا فهذه الخسارات على فرض كون المبيع لمالكه على البايع ولو شرط الخسارات للمشترى اوضمنها كان مؤكدا لما يجب عليه .

المسألة ﴿الرابعة اذا كان له على رجلين﴾ مثلا ﴿مال فضمن كل واحد منهما ماعلى صاحبه﴾ باذنه دفعة واحدة ، ورضى المضمون له بذلك ، وتساوى المالان من جميع الوجوه ﴿تحول ما كان على كل واحد منهما الى صاحبه﴾ .

وفى الجواهر بلاخلاف ولا اشكال ، لاجتماع شرائط صحة الضمان فى كل منهما ، وكان فائدة هذا الضمان صيرورة كل واحدمنهما بضمانه فرعاً ، وبمضمونيته أصلا فيتعاكسان .

﴿ولو قضى أحدهما ما ضمنه﴾ عن صاحبه ﴿برء﴾ من ضمانه ﴿وبقى على الاخر ما ضمنه عنه و﴾ كذا ﴿لو أبرأ الغريم أحدهما برء﴾ هو ﴿مما ضمنه دون﴾ ماضمنه ﴿شريكه﴾ بل قد يقال : بعدم الرجوع له عليه ، وان أدى سابقاً ، بل وان لم يؤد الاخر ، بأن أبرأه الغريم مما عليه مثلا ، لحصول التهاتر بينهما قهراً بمجرد ضمان كل منهما باذن الآخر ، لكنه كماترى بعيدعن مذاق الفقه .

المسألة ﴿الخامسة : اذا رضى المضمون له من الضامن ببعض المال ، أوأبرأه من بعضه لم يرجع على المضمون عنه﴾ المفروض اذنه بالضمان ﴿الا بما أداه﴾ لما عرفت سابقاً من أنه ليس له الا ذلك نصاً وفتوى ، بل هو مشروط بما اذا لم يزد عن الحق ، والارجع بالحق خاصة ، فالضابط حينئذ الرجوع باقل الأمرين مما أداه ومن الحق فى كل موضع له الرجوع .

ولايخفى انه بظاهره مشكل لان المضمون له ابرء الضمان عن البعض اوالكل

وهو لايدل على ابراء المضمون عنه ايضا بل الظاهر كان على المضمون عنه جميع ما ضمن عنه الضامن فان المضمون له وهب الضامن عن ميله .

نعم لو قيده بشرط اخذه بهذا المقدار الباقى عن المضمون عنه او كان هبته للضامن لاجل ان يأخذ منه الباقى لصح فانه فى الحقيقة اعطاء وهبة بالمضمون عنه والفرض خلافه وكيف كان فالظاهر هو ابراء ذمة الضامن سواء كان عن البعض او الكل وهوغير مربوط بما ضمن عن المضمون عنه .

وربما كان نظر المضمون له الى الاحسان بخصوص الضامن فيرجع الضامن الى المضمون عنه بجميع ماضمن عنه .

﴿ولو دفع عوضاً عن مال الضمان رجع بأقل الأمرين﴾ من القيمة والدين، من غير فرق بين أن يكون قدرضى المضمون له به عنه بغير عقد ، وبين مالوصالحه عنه بالدين .

نعم لوصالحه عليه بما يتساوى الدين فى ذمته وقاصّه به اتجه رجوعه به ، لثبوتها له فى ذمته وأدائها عن الدين مع احتمال الرجوع بالقيمة خاصة ، لان وضع الضمان على الارتفاق ، ولعله لذا توقف فيه الفاضل فى المحكى من التذكرة والله العالم .

المسألة ﴿السادسة : اذا ضمن عنه ديناراً﴾ مثلا ﴿باذنه فدفعه﴾ المضمون عنه ﴿الى الضامن فقدقضى ماعليه﴾ ولايخفى انه على الظاهر غير خال عن الاشكال وذلك لانه بمجرد الضمان انتقل ماعلى المضمون عنه الى ذمة الضامن فالمضمون عنه فعلا بريىء عن الدين ولذا لايجوز للمضمون له الرجوع الى المضمون عنه بعد الضمان بل اللازم هورجوع المضمون له الى الضامن والحاصل بعدالضمان لايشتغل ذمة المضمون عنه الابعد اداء الضامن ماضمنه الى المضمون له وحينئذ يرجع الى المضمون عنه فلوادى الى الضامن قبل اداء الضامن ادى ماليس عليه .

وحاصل الاشكال انه بعد الضمان لايكون ذمة المضمون عنه مشغولة بالضامن

ولا بالمضمون له فاذا دفع الضامن ماضمنه الى المضمون له كان له الرجوع الى المضمون عنه ففى حال الدفع الى الضامن دفع لما لايجب عليه فلايكفى بعنوان اشتغال ذمته اليه بل ذمته فى الحقيقة مشغولة بالمضمون له ولذا كان له الرجوع الى الضامن فدفعه اليه اولى من الدفع الى الضامن .

وبالجملة لايكون الدفع الى الضامن مبرء للذمة قبل دفع الضامن الى المضمون له الا اذا كان بعنوان الوكالة عن ايصاله الى المضمون له فصح قطعا ويبرء ذمته لو لم يعص الضامن بالوكالة وعدم الايصال ولو لم يكن الدفع بهذا العنوان كان دفعا غير واجب فان وجوب الاشتغال يعود بعد دفع الضامن ماضمنه الى المضمون له لاقبلا الا ان قال عند الدفع اليه هذا كان عندك امانة فان تقضى عنى دينى كان وفاء عن دينى وان لم تقض رده الى او كان الدفع معلقا على اداء الضامن فان ادى كان مادفع اليه اولا وفاءاً عن دينه والا انفسخ ضمانه للمضمون عنه ويبطل ويرجع ما ضمنه الى ذمة المضمون عنه كما كان اولا فيجب استراد مادفع اليه قبلا ورده الى المضمون له .

وفى المسالك بعد قوله اذا ضمن عنه ديناراً قال قدعرفت ان الضامن لايستحق عند المضمون عنه شيئاً الى ان يؤدى مال الضمان فاذا ابتدأ المديون و دفع الدين الى الضامن فقد تبرع بالاداء قبل وجوبه فلايستحقه الضامن وليس له التصوف فيه .

نعم له دفعه فى الدين تبعاً للاذن وقول المصنف ره فقد قضى ماعليه قد يوهم خلاف ذلك وانه يكون بمنزلة اداء الدين وليس كذلك وانما المراد انه تخلص من الحق لان الضامن ان دفعه فقد برىء وان لم يدفعه كان فى يده مساوياً للحق الاان يؤدى فيأخذه من دينه وان ابرء من الدين او بعضه وجب عليه رد ما قابله الى المديون فالمديون قد قضى ما عليه على كل حال .

ولكن هذا انمايتم مطلقا على تقدير ان يكون المقبوض فى يد الضامن مضموناً عليه والا لامكن ان يتلف فى يده بغير تفريط فلايكون المديون فى هذه الصورة قد قضى ماعليه وليس ببعيد كونه مضموناً كالمقبوض بالسوم ولعموم على اليد ما اخذت

حتى تؤدى و استشكل فى كرة كونه مضموناً بعد أن حكم به نعم لو قال المديون للضامن اقض به ما ضمنت عنى فهو وكيل والمال فى يده امانة والفرق بينه وبين ما سبق واضح لانه دفعه فى السابق اليه اما مطلقا او انه الحق المضمون وعلى التقديرين ليس بمستحق عليه للضامن بخلاف قوله اقض به ماضمنت لانه وكالة فى قبضه ودفعه.

و ضمير قوله ولو قال يعود الى الضامن اى قال الضامن للمضمون عنه ادفعه انت الى المضمون له فدفعه فقد برئا اما الضامن فلوفاء دينه واما المضمون عنه فلان الضامن لم يغرم فلا يرجع عليه ويمكن اعتبار التقاص القهرى لثبوت ما دفعه المديون فى ذمة الضامن لانه المديون و قد اذن فى وفائه و ثبوت مثله فى ذمة المضمون عنه لادائه فيتقاصان واما لو دفع المضمون عنه الى المضمون له بغير سؤال الضامن فانه يكون قد تبرع عليه بوفاء دينه فيبرء الضامن ولا يرجع عليه الدافع لتبرعه فلا يرجع هو لعدم غرامته فيبرء ان معاً ايضاً كالسابق لكن الاعتبار مختلف انتهى .

وفى الجواهر نعم قد يقال : ان الدفع وفاء مثلا وكذا الابراء مراعى بحصول الأداء منه فان حصل استقر ذلك والا انفسخ ورجع المال الى المضمون عنه أو يقال ان ذلك على الكشف بمعنى أنه بحصول الأداء ينكشف وقوعه فى محله والا انكشف عدم شغل ذمته من الاصل لكن ذلك ونحوه لا نرى احداً مصرحاً به من الاصحاب انتهى .

وكيف كان فلابد و ان يرجعه الى شىء ممكن دفعه قبلا و الا فمن الواضح عدم استحقاق الضامن قبل رد ما ضامنه الى المضمون له ولعل مراد المصنف ايضاً ما يرجع الى وجه صحيح لا ما هو الظاهر من عبارته كما رأيت من مسالك .

﴿و﴾ بالجملة ﴿لو قال﴾ اى الضامن للمضمون عنه ﴿ادفعه الى المضمون له فدفعه فقد برئا و﴾ يكون هذا كما ﴿لو دفع المضمون عنه الى المضمون له بغير اذن الضامن﴾ .

وفى الجواهر فانه لا اشكال ولا خلاف فى أنه اذا كان كذلك ﴿برء الضامن

والمضمون عنه﴾ بلا رجوع من الضامن على المضمون عنه لعدم الاداء منه عنه ، كما هو واضح انتهى غير خفى انه بالضمان قد خرج المضمون عنه عن دين المضمون له و ان ما فى ذمته انتقل الى ذمة الضامن و لذا لايصح رجوع المضمون لـه الى المضمون عنه بعد الضمان فالدفع الى المضمون له بدون اذن الضامن مشكل ايضا ولكنه هواولى من الدفع الضامن .

المسألة ﴿ السابعة : اذا ضمن باذن المضمون عنه ، ثم دفع ماضمن ، وانكر المضمون له القبض ، كان القول قوله مع يمينه ﴾ لا صالة عدم القبض ، كما فى الجواهر والمسالك وقال الثانى منهما و ح فلايرجع الضامن على المضمون عنه بشيئى لعدم تحقق غرمه واستحقاقه الرجوع مشروط به ولافرق فى ذلك بين ضمانه بالاذن وعدمه وانماقيد بالاذن ليترتب عليه لاحكام الاتية اذلاتهمة مع عدمها مطلقا ولارجوع انتهى قوله وحينئذ اى حين كون القول قوله ولم يكن مع الضامن بينة وثبت عدم الدفع لايرجع الضامن على المضمون عنه لعدم ثبوت دفع ماضمنه فكانه لم يدفع اليه شيئا اصلا .

نعم لونكل المضمون له عن اليمين ورده الى الضامن فحلف فهل يثبت الدفع فان اليمين المردودة يمكن كونه بمنزلة البينة فيرجع حينئذ الى المضمون عنه لثبوت الغرامة حينئذ اولا فعلى هذا القول وعدم كونه كالبينة كما فى الجواهر فلاوتحقيقه فى كتاب القضاء .

وكيف كان ﴿فان شهد المضمون عنه للضامن﴾ وكان عادلا ﴿قبلت شهادته﴾ بدفع المال بالمضمون له ﴿مع انتفاء التهمة﴾ فثبت اداء ماضمنه الضامن فله الرجوع الى المضمون عنه فيما اداه الى المضمون له .

وفى المسالك بعد قوله فان شهد المضمون عنه قال لما كان المضمون عنه مع اذنه فى الضمان يثبت عليه مايغرمه الضامن فشهادته له بالاداء شهادة على نفسه وشهادة لغيره فيسمع الا ان يفرض عليه تهمة فى الشهادة بحيث يفيد فائدة زائدة على مايغرمه

فترد انتهى يعنى ان وجه قبول شهادته انه على ضرره فانه اذا شهد بدفع ماضمنه الى المضمون له ثبت رجوع الضامن اليه واخذه منه ما ضمنه بخلاف ما لولم يشهد كما فى الفرض الاول فلا يكون للضامن اخذ من المضمون عنه فالشهادة المقبولة موجبة لعدم دفع المال فوجب دفعه ثانيا واشار الى القسم الاول والثانى فى الحدائق بما لفظه اذا اختلف الضامن والمضمون له فى قبض مال الضمان وادعى الضامن دفعه مع كون ضمانه باذن المضمون عنه ، و انكر المضمون له ذلك فان مقتضى القاعدة أن القول قول المضمون له بيمينه ، لانه منكر ، و الاصل عدم الدفع فها هنا أحوال :

الاولى- هذه الحال ومقتضاها أنه ليس للضامن رجوع على المضمون عنه بشىء لانه انما يرجع عليه بما غرمه، وهنالم: يتحقق غرمه، واستحقاق الرجوع مشروط به وعلى هذا فلا فرق بين أن يكون ضمانه بالاذن وعدمه ، وانما قيدنا بالاذن اولا ليترتب الاحكام الاتية عليه ، اذ لاتهمة مع التبرع - ولارجوع .

الثانية - أن يشهد المضمون عنه للضامن بأنه دفعه، بشرط عدالته وعدم تطرق التهمة اليه ، فانه تثبت شهادته على القول بدفعه ، والوجه فيه أن شهادته بذلك متضمنة للشهادة على نفسه ، حيث انه لماكان الضمان باذنه موجباً للرجوع الضامن عليه فشهادته بالأداء شهادة على نفسه ، وشهادة لغيره فتسمع ، الا أن يتطرق اليها التهمة انتهى .

فاذا ثبت دفع الضامن رجع الى المضمون عنه وهذا كله ﴿ على ﴾ مذهبنا من ﴿ القول بـ ﴾ اقتضاء الضمان ﴿ انتقال المال ﴾ من ذمة الى ذمة فالضمان من ضمن بمعنى الانتقال فالنون اصلية وحينئذ لازمه انتقال المال من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن وبثبوت الشهادة بدفع المال الى المضمون له برء ذمة المضمون عنه.

واما اذا كان من ضم بزيادة نونه كى يكون من ضم ذمته الى ذمته كما عليه العامة فانه عليه لاينتقل المال من ذمة المضمون عنه الى الضامن بل ذمته يضم الى ذمة الضامن اى على كل منهما مال ولذا يصح بناء عليه ان يرجع المضمون له

الى ايّهماشاء فحينئذ المال باق على ذمة المضمون عنه فالشهادة على اخذ المضمون له المال لاتوجب تأثيراً فانه عليه لاينتقل المال من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن بل كلاهما شريكان فى كون المال على ذمتهما .

﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿لولم يكن﴾ شهادة المضمون عنه ﴿مقبولا﴾ لجرّ نفع أو فسق أو خصومة او غير ذلك ﴿ فحلف المضمون له كان له مطالبة الضامن مرّة ثانية﴾ على زعم الضامن حيث لايثبت مادفعه اولا فللمضمون له مطالبة الضامن ﴿و﴾ لكن ﴿ يرجع الضامن على المضمون عنه بما أداه أولا﴾ لا الاخير الذى هوظالم بزعمهما فيه .

وفى المسالك قال بعدقوله ولولم يكن مقبولا اه عدم قبول شهادة المضمون عنه اما لعدم عدالته اوللتهمة وح فالقول قول المضمون له لما تقدم والمراد انه لم تكن بينة غيره وح فيرجع على الضامن بالحق وكونه مرة ثانية بالنسبة الى زعم الضامن والا فهى اولى عند المضمون له وفى ظاهر الحال وانما يرجع الضامن الى المضمون عنه بما اداه اولا لاعترافه بانه لايستحق سواه ودعواه ان الاداء الثانى ظلم و موافقة المضمون عنه له على ذلك ولايخفى انه مشروط بمساواة الاول للحق اوقصوره والا رجع باقل الامرين لانه لايستحق الرجوع بالزايد على الحق انتهى .

وحاصله على فرض عدم قبول شهادة المضمون عنه كان على الضامن هودفع ما ضمن ثانيا فيرجع الى المضمون عنه بما ادى اولا فقط فان الذى دفع ثانياً على زعمه ظلم ولوكان على زعم المضمون له حق هذا .

ولايخفى ما فى قوله والا رجع باقل الامرين الظاهر فى ان الاقسام ثلاثة فان المتصور الصحيح هوقسمان فان الذى دفعه اولااما تمام الحق واما بعضه حتى يدفع الباقى كما اذا كان الحق خمسين ودفع نصفه مبنياً على دفع الباقى بعداً فان كان الدفع الاول تمام الحق كان الرجوع بالمضمون عنه بتمام الحق اى الخمسون بعدعدم قبول الدفع بالشهادة وان كان مادفعه اولا هواقل كالنصف فى المثال مبنيا على دفع الباقى

و انكره المضمون له كان له الرجوع بالمضمون عنه بتمام الحق ايضا اذ الفرض ان المضمون له منكر للدفع رأساً تماماً واقلا

وكيف كان فغرامة الضامن هو مقدار الذى ضمنه اولا غاية الامر ان كان الذى دفعه اولا تمام الحق كان الغرامة ايضا تمام الحق وان كان فى الواقع اقل من الحق فحيث ان المضمون له منكر رأسا ولايثبت الشهادة على الدفع فمعناه لم يدفع اصلا فعلى الفرضين كان له الرجوع بما دفع اولا على زعم المضمون له على حسب انكاره وكيف كان ان اريد بالزياده زيادة عن الحق فهو خارج عن محل البحث واجنبى عنه .

وبالجملة قوله مشروط بمساواة الاول للحق او قصوره صحيح لكن لايكون قسم ثالث فى البين الااذا ادى اولا زيادة على الحق تبرعا بان كان الضمان مأة فادى مأتين وهوخلاف الفرض بل اما دفع المأة اواقل منه ولوادى زيادة عن الحق لايكون مربوطا بالمقام ولا كلام فى ذلك اصلا بل ارفاق لايدخل بحساب المقام وهذا الذى فى المسالك عين عبارة الجواهر بادنى تفاوت كما ان اكثر عبارات الجواهر كذلك وانه عبارة اخرى عن المسالك .

واما عبارة الحدائق فهو ايضا قدتبع المسالك فقال مالفظه الثالثة ـ أن لايكون شهادة المضمون عنه مقبولة لاحدالوجهين المتقدمين فيحلف المضمون له ، فانه متى حلف كان له مطالبة الضامن ، ويرجع الضامن على المضمون عنه بما ادعا أنه اداه أولا : لاعترافه بأنه لايستحق سواه ، وأن ما اخذ منه بعد اليمين انما هو ظلم وعدوان مع موافقة المضمون عنه له على ذلك و ينبغى أن يعلم أن رجوعه بما دفعه اولا مقيد بأن يكون مساويا للحق أو أقل منه والارجع بأقل الامرين لانه لايستحق الرجوع بأزيد من الحق انتهى حيث ان قوله وينبغى ان يعلم الخ لايخلو اما ان يدفع الحق بتمامه اولا او الاقل منه .

و اما الزيادة عليه فليس محل البحث و كيف يتصور كون الحق مأة ودفع

مأتين و كيف يصح انكاره حينئذ من المضمون له نعم يمكن دفعه زائداً على الحق احسانا وترحما وتبرعا فهو خارج عن محل البحث والنزاع .

فالمتصور دفع نفس الحق او الاقل فلا معنى للقسم الثالث بحيث كان مربوطا بالمقام فان كان الاول والثانى مساو و كان تمام الحق يغرم للاول فقط للمضمون عنه وان كان الدفع فى الواقع اقل فكذلك لعدم ثبوت الدفع مطلقا بالشهادة فليس على الضامن الرجوع الى المضمون عنه الا بالحق مرة واحدة فلو كان مادفع اولا اقل وهو منكره كان الدفع بمنزلة العدم فكانه لم يدفع اليه شيىء رأسا فكان عليه الغرامة بتمام الحق

ولذا ليس عبارة ﴿ولو قيل يرجع بأقل الامرين مما أداه أولا واخيرا كان حسناً﴾ فى نسخ المتن وقول صاحب الجواهر ولذا قال فى بعض نسخ المتن ولو قيل الخ ايضا غير ثابت وغير تام فلو صح لكان فى جميع النسخ كذلك ولو سلم فى بعض النسخ فلا جرم قد ظهر له نفسه او للناظر فيه انه غلط قد اطرحها وليس فى اكثر النسخ هذه الزيادة المفسدة والعبارة الثابتة هكذا .

﴿ولو لم يشهد المضمون عنه﴾ اى يصدق الضامن بدعواه ﴿رجع الضامن﴾ عليه ﴿بما أداه أخيرا﴾ وفى الجواهر بعده قال لعدم ثبوت اداء سواه ثم انه قده قد ذكر موارد صدق التهمة توضيح الاول منها ان الضامن صالح مع المضمون عنه بنصف ماضامنه مثلا بان كذب المضمون له فى الاداء وشهادته بالدفع ونتيجته بعد الشهادة سقوط ماعلى الضامن ثانيا ويعطى بالمضمون عنه ونصف ما ضمنه فلو كان مقدار الدين مأة تومان فبعد الضمان بهذا النحو دفع الضامن نصف دينه واخذ نصفه الاخر لنفسه ووقع ضرر المال على الدائن اى المضمون له .

و لايخفى انه مع احتمال هذه المصالحة كان الشاهد متهمة فلا يقبل شهادته ولزم على الضامن دفع الجميع الى المضمون له رجوعه الى المضمون عنه بالكل.

ويرد عليه ان الشاهد ان كان عادلا فلا معنى للتهمة وان كان فاسقا فلا يقبل شهادته كان مورداً للتهمة اولا .

الثانى من موارد التهمة ان يصير الضامن بعد ضمانه مفلسا وكان المضمون عنه احد من غرمائه فاذا شهد للضامن بالدفع خرج المضمون له عن جملة غرمائه فيوفر ماله الذى يقسم بين الغرماء واما اذا لم يشهد والفرض ان المضمون له منكر للدفع فكان هو ايضا احد من غرماء الضامن فيقسم ما بيده بين الجميع ومنهم المضمون له فيقل سهم الغارمين .

وبالجملة ان شهد على المضمون له بالدفع اليه قل سهمه وان لم يشهد كثر فالشهادة حينئذ متهمة لاحتمال كونها لاجل زيادة سهمه هذا ويضعف بان شهادته لو كان لاجل ذلك معناها كانت على خلاف الواقع وانها وقعت كذبا لذلك فهو حينئذ من افسق الفسقة فضلا عن ان يكون عادلا فلا يحتاج ردها بكونها مورد التهمة الا ان يكون المراد منه ذلك يعنى ان احتمال التهمة يرجع الى فسق الشاهد .

الثالث من موارد التهمة ان الضامن فى حال الضمان كان مفلسا ولم يعلم به المضمون له فانه حينئذ له الفسخ والرجوع الى المضمون عنه مع انكار الدفع اليه والمضمون عنه يشهد بالدفع وبعدها لا يمكن الفسخ فيكون الغرض من الشهادة عدم عود الحق على ذمته لانه بعد ثبوت شهادته لا يصح للمضمون له رجوعه الى المضمون عنه .

ولا يخفى ما فى كل هذه الموارد من كون الشهادة على خلاف الواقع فلا يصح هذه الشهادة بل يرد على القوم بان الشاهد واحد وحينئذ ان اراد به البينة فهى شاهدان عادلان وان كان غيرها فلا جرم اراد به مع ضم اليمين وهو خارج عن المقام فان الشاهد مع اليمين حجة فيما لم يكن للمدعى بينة فيشهد له شاهد واحد مع يمين نفسه فيمين نفس المدعى بالدفع مع شهادة واحد بمنزلة البينة له وهنا للدفع شاهد واحد وهو المضمون عنه بدون ضم يمين للمدعى وتمام الكلام فى كتاب الشهادة .

وكيف كان لا نفهم ما معنى لقول المصنف قبلت شهادته مع انه واحد بدون يمين للمدعى مع تصريح الروايات الكثيرة بذلك بل التهمة مع فرض العدالة غير

متصور فان الشاهد بمجرد ارادة نفع لنفسه خرج عن العدالة فهل يراد العدالة مع عدم التهمة بان كان بحيث يجتمع كل واحد منهما مع الاخر فيشترط كلاهما وهو كما ترى وان كان عدم التهمة داخل فى معنى العدالة يكفى اشتراط العدالة فقط ولم اراحد صرح باشتراط ضم يمين للمدعى هنا والتفصيل فى محله حيث صرحوا هناك باشتراط شاهد واحد مع يمين المدعى فى دعوى المال فراجع الى محله واسئلكم ان يدعوا الى الله ان يوفقنى لتفصيله وبيانه .

المسألة ﴿ الثامنة : اذا ضمن المريض﴾ تبرعاً ﴿فى مرضه ومات فيه خرج ما ضمنه من ثلث تركته على الاصح ﴾ وفى الجواهر من كون المنجزات منه لا من الاصل ، اذ لا اشكال فى كون الفرض منها قد عرفت كـون منجزات المريض من الاصل بما لا مزيد عليه فراجع اوائل الكتاب فكل ما ضمنه يخرج من الاصل للمضمون له .

المسألة ﴿التاسعة : اذا كان الدين مؤجلا فضمنه حالا﴾ باذن المضمون عنه فى ذلك وعدمه ففى المحكى عن المبسوط ﴿لم يصح ، وكذا لو كان الى شهرين فضمنه الى شهر لان الفرع لا يرجح على الاصل وفيه تردد﴾ وفى الجواهر بل منع لما سمعته سابقاً من عدم الدليل على اشتراط الاجل فيه ، بل ظاهر الادلة خلافه .

وفى المختلف قال للشيخ قولان فى اشتراط الاجل زيادة قال فى النهاية ولا يصح ضمان مال او نفس الا باجل معلوم و هو قول شيخنا المفيد فى المقنعة و قول ابن البراج فى الكامل وابن حمزة وقال فى المبسوط يصح حالا وبه قال ابن البراج فى ب وتبعه ابن ادريس وهو الاقوى .

لنا الاصل وعموم قوله ﷺ الزعيم غارم وقوله تعالى وانا به زعيم احتج الشيخ بانه ارفاق به ويشترط فيه الاجل اذ الحال لا ارفاق فيه فان الحال يقتضى تسويغ المطالبة فى الحال للضامن فيتسلط على مطالبة المضمون عنه فى الحال فينتفى فايدة الضمان والجواب نمنع انحصار فايدة الضمان فى التاخير انتهى .

و اشتراط الاجل قوى لكن الانصاف صحة الضمان حالا عن المؤجل لان التعجيل فى المؤجل ارفاق بالمضمون له فيجوز وكون اصل الدين مع الاجل مع انه هو الاصل والاداء بدونه مع انه هو الفرع لايوجب منعا اصلا مضافا الى انه قد يكون للارفاق بالمضمون له اولخلاص المضمون عنه عن هم الدين وغمه نعم الظاهر جوازه مع جواز المخالفة والاداء عند حلوله فليس للمضمون له حينئذ اخذه بلزوم الاداء معجلا والله العالم .

﴿ القسم الثانى فى الحوالة ﴾

بفتح الحاء كسحابة ، وهى مشروعة بالنص واجماع الامة ، كما عن المبسوط وليست بيعاً ، ولامحمولة عليه عند علمائنا أجمع فى محكى التذكرة .

﴿ والكلام ﴾ فيها يكون ﴿فى العقد ، وفى شروطه وأحكامه أمّا الأوّل : فالحوالة﴾ المتفق على صحتها ﴿عقد شرع لتحويل المال من ذمة الى ذمة مشغولة بمثله﴾ وفى الجواهر ولوباعتبار انتقال مثله الى المحال عليه ، كما ستعرف تحقيق الحال فى ذلك ، انتهى وظاهره خروج الحوالة الى البرىء ولعله كذلك كما سيأتى فى محله .

قال فى المبسوط مالفظه والحوالة مشتقة من تحويل الحق من ذمة الى ذمة و يقال أحاله بالحق عليه يحيله احالة واحتال الرجل اذا قبل الحوالة فالمحيل الذى عليه الحق والمحتال الذى يقبل الحوالة والمحال عليه هو الذى عليه الحق للمحيل والمحال به هو الدين نفسه فاذا ثبت ذلك فالحوالة متعلقة بثلاثة أشخاص محيل ومحتال ومحال عليه مثل الضمان يتعلق بضامن ومضمون له ومضمون عنه و الكلام بعده فى بيان من يعتبر رضاه فى صحة الحوالة ومن لايعتبر رضاه انتهى .

وفى الحدائق ما لفظه قيل الحوالة عقد شرع لتحويل المال من ذمة الى ذمة مشغولة بمثله ، وفى التذكرة : عرفها بأنها تحويل الحق من ذمة الى ذمة ، ولم يشترط

فى الذمة المحول اليها الاشتغال بمثل المال المحول ، ادخالا للحوالة على البرىء فى التعريف المذكور، وظاهر التعريف الاول خروجه ، مع أنهم عدوا الحوالة على البرىء من هذا الباب ، وأورد على العلامة فى تعريفه فى التذكرة ـ بانه وان قصد باسقاط هذا القيد المحاولة لادخال هذا الفرد لئلا ينتقض التعريف فى عكسه، الا أنه وقع فيما هو أصعب منه ، لشموله حينئذ للضمان بالمعنى الاخص لان المال يتحول فيه من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن ، فانتقض فى طرده .

وأجاب عنه المحقق الاردبيلى رحمة الله عليه بأن المراد كما هو الظاهر التحويل من ذمة المحول الذى هو المحيل لامطلقا ، قال : على أنه ليس أصعب ، لان التعريف بالأعم جائز عند المتقدمين ، بخلاف الاخص فانه غير جائز عند أحد فقوله فى شرح الشرايع : فوقع فيما هو أصعب منه محل التأمل ، انتهى .

ثم ان فى تعريفهم لها بأنه تحويل الحق أو تحويل مال ، ما يشير الى أن الحوالة ناقلة للمال من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه ، ومن أجل ذلك سميت حوالة انتهى.

قوله فوقع فيما هو اصعب منه اقول ولذا قال المصنف فى محله لكن ذلك بالضمان اشبه وهو كما ترى لايصح ادخاله فى تعريف الحوالة وجواز التعريف بالاعم كما ترى وان كان المقصود فى التعاريف غالبا شرح الاسم لاالمعنى الجامع المانع وسيأتى الباقى فى محله .

﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿ يشترط فيها رضى المحيل والمحال عليه والمحتال ﴾ وهو الذى حول ماله الى المحال عليه وفى الجواهر بلاخلاف أجده فى الاول والاخير بل الاجماع بقسميه عليها ، بل المحكى منهما مستفيض ، أو متواتر ، وهو الحجة مضافاً الى أصول المذهب وقواعده لكن فى المسالك ومحكى التذكرة وغيرها أنه يستثنى من اعتبار رضى المحيل مالو تبرع المحال عليه بالوفاء فانه لايعتبر رضى المحيل قطعاً ، لانه كوفاء دينه وضمانه بغير اذنه ، والعبارة عنه حينئذ أن يقول المحال عليه للمحتال : أحلت بالدين الذى لك على فلان على نفسى ، فيقبل انتهى .

ولايخفى ان اعتبار عدم الرضا فى المحال عليه مشكل من حيث انه لولم يقبل الدفع الى المحتال لا يتم اصل الحوالة الا ان يأخذ منه قهراً و لو بتوسط الحاكم فالرضا يشترط فيه ايضا ومن حيث ان اللازم حينئذ هو القبول بعد الايجاب كماقيل مع انه توهم محض بداهة ان الرضا اجنبى عن القبول ويمكن القبول اكراها اوضرورة وخوفا ويمكن ان يكون الرضا باطناً دون القبول لجهات اخر فينفك كل منهما عن الاخر.

نعم الغالب ان القبول يقع عن الرضا بالشيء وبالجملة رضائه من حيث دفع المال بالمحتال قدتقع بعد تمام الايجاب والقبول فقبوله اللازم فى المقام غير القبول اللازم فى الايجاب والقبول قال فى الجواهر مالفظه :

وأما اعتبار الرضا فى الثانى فهو المشهور بل عن الاردبيلى أنه لم يظهر فيه خلاف ، بل فى محكى التذكرة نسبته الى أصحابنا ، والمختلف الى علمائنا ، بل عن الشيخ دعوى الاجماع ، وان كنا لم نتحققه ، وانما المحكى عن المبسوط والخلاف ما عن الغنية والسرائر من الاجماع على صحة الحوالة مع رضاه ، بخلاف حال عدمه ، وهو كما ترى ليس اجماعاً فى المقام ، بل مشعر بوجود الخلاف ، الا أن الظاهر ارادته ، ولومن العامة .

نعم هو محكى عن التقى ، بل لعله ظاهر المحكى عن المقنعة والنهاية ، بل عن الفاضل فى المختلف الميل اليه ، بل هو خيرة المقتصر و التنقيح ، وايضاح النافع ، والمسالك والروضة على ما حكى عن بعضها ، بل فى الثانى ان اعتبرنا شغل الذمة والحوالة بمثل ما عليه ، فلايشترط رضاه قطعاً ، وان لم يشترط الشغل أوكانت الحوالة بالمخالف فلابد من رضاه قطعاً ، وان كان قديمنع القطع فيما ذكره أخيراً نعم هو كذلك فى سابقه أى الحوالة على البرىء بناء على صحتها كما اعترف به غير واحد من الافاضل فالبحث حينئذ فى مشغول الذمة ولو بغير المثل كما ستعرف .

وعلى كل حال فليس للمشهور بعد الاجماع المحكى الذى لم نتحققه ، بل

المضمون توهمه مما عرفت ، سوى أصالة بقاء الحق فى ذمة المحيل المقطوعة بعموم « اوفوا » وباطلاقات الحوالة ، اذلاريب فى عدم اعتبار رضاه فى مفهومه المتحقق بالايجاب من المحيل ، والقبول من المحتال انتهى .

وظاهر عباراته عدم اعتبار رضاه وعدم تحقق اجماع عليه . وكيف كان فالذى لاخلاف فيه من حيث الرضا هو المحيل والمحتال والكلام فى المحال عليه وظاهر الخلاف لزوم رضائه ايضاً قال المحتال هو الذى يقبل الحوالة فلابد من اعتبار رضاه وبه جميع الفقهاء الا داود فانه قال لايعتبر رضاه ومتى ما احاله من عليه الحق على غيره لزمه ذلك .

[دليلنا] انا اجمعنا على انه اذا رضى صحت الحوالة وليس على صحتها مع عدم رضاه دليل ، وقول النبى ﷺ اذا احيل احدكم على ملى فليحتل المراد به الاستحباب لانه اذا اراد ان يحيله على غيره استحب له ان يجيبه اليه لما فيه من قضاء حاجة اخيه واجابته الى ما يبتغيه .

وقال ايضاً : المحال عليه يعتبر رضاه وبه قال المزنى فى اختياره واليه ذهب ابوسعيد الاصطخرى وذكر ابن سريج فى التخليص ان الشافعى ذكر ذلك فى الاملاء والمشهور من مذهب الشافعى انه لايعتبر رضاه .

[دليلنا] ما قلناه فى المسئلة الاولى سواء من اجماع الامة على انه اذا رضى صحت الحوالة ولم يدل على صحتها من غير رضاه دليل انتهى .

والانصاف ان التأمل ، فى ذلك يقتضى عدم لزوم رضاه اذ المعيار فى عقد الحوالة رضائه من المحيل المديون الذى احال ماعليه للمحتال برضاه الى المحال عليه الذى عليه للمديون بمثل ماحال . وبالجملة المحيل مديون بالمحتال وله على المحال عليه مثله فاحال ماللمحتال الى المحال عليه برضاه ورضا المحتال فليس للمحال عليه سلطنة على ردّه وعدم قبوله لوكان الدين حالا وغايته الزامه الحاكم بعد تحقق العقد من ركنيه المحيل والمحتال وامر الاجماع عرفت مراراً خصوصاً

فيما لم يكن فيه نص اذ ليس حينئذ الا الحد سيات من المجمعين .

قال فى الحدائق مالفظه لايخفى ان اركان الحوالة ثلاثة : الحميل والمحتال والمحال عليه ويعتبر رضا الثلاثة عند الاصحاب ، أما المحيل فموضع وفاق ، قال فى التذكرة : يشترط فى الحوالة رضى المحيل ، وهو الذى عليه الحق اجماعاً ، فلو اكره على أن يحيل فأحال بالاكراه لم يقع الحوالة ، ولانعرف فيه خلافاً ، فان من عليه الحق مخير من جهات القضاء ، فله أن يقضى من أى جهة شاء ، لايتعين عليه بعض الجهات قهراً .

وأما المحتال فالوجه فى اعتبار رضاه أن حقه ثابت فى ذمة المحيل ، فلايلزمه نقله الى ذمة اخرى الابرضاه ، والحكم فى ذلك أيضاً اجماعى كما صرح به فى التذكرة فقال : يشترط رضاء المحتال عند علمائنا أجمع ، وبه قال الشافعى وأبوحنيفة ، ثم ذكر نحو ماذكرناه من التعليل .

وأما المحال عليه فالمشهور بين أصحابنا (رضوان الله عليهم) اعتبار رضاه أيضاً ، بل ادعى عليه الشيخ الاجماع ، قال فى المختلف : احتج الشيخ على مااختاره بأن الاجماع واقع على صحة الحوالة مع رضى المحال عليه ولادليل على صحتها من غير رضاه ، ولان اثبات المال فى ذمة الغير مع اختلاف الغرماء فى شدة الاقتضاء وسهولته تابع لرضاه .

ويمكن أن يجاب بأن نفى الاجماع نفى دليل خاص ، ونفى الخاص لايستلزم نفى العام ، مع أن الاصل يقتضى الصحة لقوله تعالى « أوفوا بالعقود » ، ونمنع اعتبار رضاه كما لو باعه ، ولم نقف على حديث - يتضمن ما ادعاه علمائنا فى هذا الباب ، مع أن الشيخ المفيد لم يذكر اعتبار رضى المحال عليه ، بل عبارته تشعر بعدم اعتبار رضاه ، ثم نقل العبارة المذكورة ، ثم قال : وكذا قال الشيخ فى النهاية .

أقول : لايخفى أنه وان لم يرد فى الاخبار ما يقتضى رضى أحد : من هذه الثلاثة المذكورة ، الا أن ما علل به رضى الاولين مضافاً الى الاجماع على ذلك

لايخلو من قوة وأما ماعلل به الاخير فهو ظاهر الضعف عندالتأمل ومثله أيضاًما قيل من أن الاصل بقاء المال فى ذمة المحال عليه للمحيل ، فيستصحب .

والتحقيق كما ذكره شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك ، أن المحيل قد أقام المحتال مقامه فى القبض بالحوالة ، فلاوجه لافتقاره الى رضاه من عليه الحق، كما لو وكله فى القبض منه ، بخلاف الاولين لما عرفت انتهى .

ثم نقل فى هامش كتابه بما هو لفظه المفهوم من كلام العلامة فى التذكرة ايضاً عدم الخلاف فى ذلك حيث قال : فى اصحابنا من يشترط رضى الثلاثة ، و قال فى موضع آخر : ويشترط عندنا رضى المحال عليه ، ثم نقل الخلاف عن بعض العامة فقط ، وهو كماترى ظاهر فيما قلناه مع انه فى المختلف كما نقلناه فى الاصل خالف فى ذلك ، وتبعه شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك ، وهو الاقرب كما أوضحناه فى الاصل ، ويشير أيضاً الى وجود الخلاف فى المقام ، مافى عبارة ابن حمزة على ما نقله فى المختلف ، حيث قال : تصح الحوالة بشروط عشرة الى أن قال : و رضى المحال عليه على الصحيح، قال فى المختلف وهو يشعر بوجود قول لبعض أصحابنا ينافيه وانه لايعتبر رضاه ، انتهى وبذلك يظهر ما فى كلام المحقق الاردبيلى حيث انه نسب الخلاف فى هذه المسألة الى شهيد الثانى فى المسالك خاصة مع اعترافه بنقل الشيخ الاجماع وفيه ماعرفت انتهى .

فالاقوى عدم وجوب رضاه الذى هو بمنزلة القبول فى الايجاب واماالقبول فى رد ماعلى المحيل الى المحتال فهو لازم لانه مع انكاره كيف يؤدى الحق الى المحتال فالقبول بمعنى قبول الاداء لاقبول الايجاب وهو يلائم مع عدم الرضا .

﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿مع تحققها﴾ جامعة للشرائط ﴿يتحول المال الى ذمة المحال عليه﴾ ولو باعتبار انتقال عوضه الذى هو فى ذمة المحال عليه اليه .

﴿و﴾ على كل حال ﴿ يبرء المحيل وان لم يبرأه المحتال على الأظهر ﴾ الأشهر بل المشهور، فانه بالحوالة ينتقل ما للمحتال الى ذمة المحال عليه فيبرء المحيل

اى ما عليه للمحتال ينتقل برضاه الى المحال عليه فكان المحيل بعد قبول المحتال لايكون مديونا وانما له الرد وعدم القبول من اول الامر لابعد القبول .

ويدل على ذلك روايات مثل خبر أبى ايوب «سأل أباعبدالله عليه السلام عن الرجل يحيل الرجل بالمال ، أيرجع عليه قال : لايرجع عليه أبداً الا أن يكون قد أفلس قبل ذلك» وخبر منصور بن حازم « سألت أباعبدالله عليه السلام عن الرجل يحيل على الرجل بالدراهم أيرجع عليه ؟ قال : لا يرجع عليه ابداً الا أن يكون قد أفلس قبل ذلك » وخبر عقبة عن أبى الحسن عليه السلام «سألته عن الرجل يحيل الرجل بالمال على الصيرفى ثم يتغير حال الصيرفى ، أيرجع على صاحبه اذا احتال ورضى ؟ قال لا» و ظاهرها انه بمجرد الحوالة يبرء ذمة المحيل قهراً وان لم يبرأه المحتال فهل هو كذلك ولعله مشكل مع عدم ابراء المحتال فانه صاحب الدين و يمكن ان لايكون راضيا بكون ماله على ذمة المحال عليه فح يحتاج الحوالة الى انيبرء المحيل كماهو المحكى عن أبى على والشيخ فى النهاية وابى الصلاح والقاضى ، وظاهر المقنعة ، بل عن المقداد فى التنقيح اختياره فاعتبروا براءة المحتال ، والا لم يبرء .

لخبر زرارة « عن أحدهما عليهما السلام فى الرجل يحيل الرجل بما كان له على رجل آخر فيقول له الذى احتال برأت ممالى عليك ؟ فقال : اذا ابرءه فليس له أن يرجع عليه ، وان لم يبرأه فله أن يرجع على الذى أحاله » .

ولايخفى انه فى حين الحوالة ان كان المحتال راضيابه وقبل الحوالة فمعناه الابراء للمحيل ولايحتاج مع قبول الحوالة ورضاه ان يبرء المحيل وان لم يقبل ولم يرض فلايتحقق الحوالة وقد مر اعتبار رضاه بالاجماع والخبر معارضة لما مر آنفا فالاظهر مافى المتن وفى الجواهر بعد نقل خبر زرارة .

قال لكنه خبر واحد موافق للمحكى عن الحسن البصرى ، و محتمل لارادة الرجوع عليه ولوفى حال الأعسار مع الجهل به، وللكناية عن القبول والرضا بالحوالة فلايصلح معارضاً لتلك الأخبار ولوعلى جهة التقييد ، ولالمادل على اللزوم فى عقد

الحوالة المستفاد من الآية و الاجماع وغيرهما ، بل رد هذا القول ـ مضافاً الى ما ذكرنا ـ بالاجماع بقسميه ، على اقتضاء الحوالة نقل المال من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه ، و لكن قد يناقش بمنع الاجماع المزبور ، اذ لايتصور معه الخلاف المذكور الذى قد سمعته من غيرواحد ، بل المخالف انما عبر بلفظ الاظهر ونحوه ولو أن هذا الاجماع محقق لم يتصور محل للابراء معها ، كما لاتصح هى اذا وقع قبلها انتهى .

وفى الحدائق مالفظه المشهورانه مع تحقق الحوالة فانه يبرأ المحيل من حق المحتال من غيرأن يتوقف على الابراء بل يبرىء بمجرد الحوالة ، وذهب الشيخ : فى النهاية و ابن الجنيد والشيخ المفيد و ابن البراج وابن حمزة وأبوالصلاح الى توقف ذلك على الابراء زيادة على الحوالة، وقال ابن ادريس ومن تأخر عنه : بالاول.

ويدل على ماذهب اليه المشايخ المتقدم ذكرهم ما رواه ثقة الاسلام والشيخ بأسانيد فيها الصحيح عن زرارة الى ان ساق الصحيح المتقدم آنفا ثم قال وهى ظاهرة الدلالة فيما ذكروه : والمفهوم منها أن الحوالة لاتفيد نقل المال من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه ، لانه مع حصول النقل بالحوالة لايصادف الابراء محلا .

هذا ان تأخر الابراء عن الحوالة ، والالم يصادف الحوالة محلا، ولاخلاف بين الاصحاب فى أن الحوالة تفيد نقل المال الى ذمة المحال عليه ، و ان المحتال ليس له الرجوع على المحيل ثم نقل الروايات الدالة على برائة ذمة المحيل ثم قال وهذه الاخبار كماترى ظاهرة فى نقل الحوالة وبرائة ذمة المحيل بعد الحوالة ، للمنع من رجوع المحتال عليه معتضدة باتفاق الاصحاب على ذلك .

وبالجملة فان كلا من الحوالة والبرائة موجب لخلوذمة المحيل، فأيهما سبق كان الثانى لاغياً ، لاأثر له .

وبه يظهر مافى الرواية المذكورة من اشكال ، ومخالفة القواعد الشرعية وقد تأولها الاصحاب بتأويلات بعيدة، أقلها بعداً ماذكره فى المسالك ، وهو أن الابراء فى الخبر كناية عن قبول المحتال الحوالة فمعنى قوله برئت من مالى عليك أنى رضيت

بالحوالة الموجبة للتحويل ، فبرئت أنت فكنى عن الملزوم باللازم و هكذا القول فى قوله : ولولم يبرأه فله أن يرجع، لان العقد بدون رضاه غيرلازم ، فله أن يرجع فيه انتهى .

قال فى الخلاف : اذا انتقل الحق من ذمة المحيل الى المحال عليه بحوالة صحيحة فانه لايعود عليه سواء بقى المحال عليه على غناه حتى اداه اوجحده حقه وحلف عند الحاكم اومات مفلساً اوفلس وحجر عليه الحاكم وبه قال الشافعى وهو المروى عن على عليه الصلوة و السلام و قال ابوحنيفة له الرجوع عليه بالحق اذا جحده المحال عليه اومات مفلساً وقال ابو يوسف ومحمد يرجع عليه فى هذين الموضعين واذا افلس وحجر عليه الحاكم وبه قال عثمان .

[دليلنا] انه قد ثبت انتقال الحق عن ذمة ولادليل على انتقاله ثانياً اليه فمن ادعى ذلك فعليه الدلالة فينبغى ان يلزمه الاحتيال ولايكون له الرجوع و لانه شرط الملائة فى الحوالة فلو كان له الرجوع عند الاعسار لم يكن لشرط الملائة فايدة انتهى.

وقال ايضا اذا احال رجلا على رجل بالحق وقبل الحوالة وصحت تحول الحق من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه و به قال جميع الفقهاء الازفر بن الهذيل فانه قال لايتحول الحق عن ذمته كما لايتحول عن ذمة المضمون عنه .

[دليلنا] ان الحوالة مشتقة من التحويل فينبغى ان يعطى اللفظ حقه من الاشتقاق والمعنى اذا حكم الشرع بصحته فاذا اعطيناه حقه وجب ان ينتقل الحق من المحيل الى المحال عليه انتهى .

و لايخفى انه لو كانت الحوالة كما ذكره اى مشتقة من التحويل فلاجرم لايتوقف اللفظ عن افادة ما هو مدلوله ومفهومه فينتقل الحق لامحالة من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه برضا المحتال يعنى بعد رضائه بالحوالة كان معناه برائة ذمة المحيل عماله عليه وبالجملة لو كانت الحوالة بمعنى تحويل المال فلا كلام فيما افاد القوم . ومن الغريب مافى المسالك فى المقام حيث قال: حكمان أحدهما : أن الحوالة

تفيد نقل المال وتحوله من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه ، وهوموضع وفاق منا ومن العامة الا من شذ منهم ، فانه جعلها كالضمان بمعنى الضم ، وفساده ظاهر - الى أن قال : - وثانيهما : أن المحيل يبرأمن حق المحتال» الى آخرما ذكره مع أنه فى السابق عندالبحث على اعتبار رضى المحال عليه ، بعد أن ذكر دليل الخصم أنها تقتضى الانتقال قال «انانمنع من اقتضاء الحوالة النقل بل هى ايفاء لما فى ذمة الغير ، فلايقصر عن بيعه ولايشترط فيه رضاه» اذمع فرض تحقق الاجماع المزبور لايتصور النزاع المذكور انتهى .

ولايخفى ان الغرابة واضح بعد دعوى انتقال المال من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه فان ذلك ينافى قوله انانمنع من اقتضاء الحوالة النقل وكيف كان فمعنى قبول المحتال الحوالة هوانتقال المال من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه فلايكون مال المحتال على ذمته كى يتوقف على ابرائه بل الابراء قهرى بمجرد الحوالة ﴿ويصح أن يحيل على من ليس﴾ له ﴿عليه دين﴾ .

وفى الجواهر وفاقاً للمشهور بل عن السرائر الاجماع عليه وهوالحجة بعد اطلاق النصوص السابقة ، وعموم « أوفوا بالعقود » والسيرة على فعلها بحيث يعلم شرعيتها ، خلافاً للمحكى عن الشيخ فى آخر الباب وربما حكى عن القاضى وابن حمزة ، وان كنا لم نتحققه ، فانحصر الخلاف فيه ، بل المحكى عنه فى أول الباب الموافقة .

وبنى الخلاف بعضهم على ان الحوالة اعتياض أواستيفاء، فعلى الاول لاتجوز وعلى الثانى تجوز ، وفيه : أن الاصح كونها أصلا برأسه ، وان لحقها حكم الوفاء فى بعض الاحوال ، والاعتياض فى بعض آخر ، والافمن المعلوم أنها ليست وفاء حقيقة ولذا لايجب قبولها ، وان كانت على ملى ، ولابيعاً كذلك ، ولذا لم يثبت لها حكم التقابض فى المجلس لو كانت فى النقد .

وعلى كل حال فلادليل للخصم سوى الأصل المقطوع بما عرفت ، ودعوى

استبعاد اختلاف مقتضاها ، والمراد منها ، اذهى على مشغول الذمة انتقال ، وعلى البرىء معنى الضمان انتهى .

وفيه مالايخفى اما كونه استيفاء فمعناه ان المحتال استوفى طلبه وماله ودينه من المحال عليه فاذا قال فى جوابه ليس على ذمتى شيىء حتى استيفيت منى دينك فما جواب المحال عليه حينئذ وهل يكون للمحتال جواب له اولا بل منه يظهر عدم صحة كونه اعتياضا مطلقا اذالاعتياض معناه اخذالمحتال عوض دينه الذى على المحيل من المحال عليه فاذا لم يكن على ذمته شيىء فاى دليل يلزمه اخذمنه مع كونه بريئا.

وبالجملة معنى الحوالة اخذ المحتال دينه من المحال عليه وهويتوقف على كون ذمته مشغولا للمحيل فلاجرم يحتاج التعريف الى قيد كون الحوالة اعتياضاعن المشغول ذمته بمثله فيخرج البرىء عن الحوالة حتى بناء على كونه اعتياضالاحتياجه الى قيد الاشتغال بمثله وفى مفتاح الكرامة بعد قول المصنف :

[وهل يشترط شغل ذمة المحال عليه بمثل الحق للمحيل فالاقرب عدمه لكنه أشبه بالضمان] قال مالفظه عدم الاشتراط خيرة المبسوط فى أول الباب وعدة مواضع منه والخلاف والغنية والسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والمختلف والايضاح وايضاح النافع والمسالك والروضة ومجمع البرهان .

وفى (السرائر) نفى الخلاف فيه بين أصحابنا وحكى فى الرياض عن السرائر الاجماع عليه واجماعها الصريح كاجماع المبسوط ان دلافانما يدلان باطلاقهما.

(وحجتهم) على ذلك أصل الجواز وأصل عدم الاشتراط واطلاقات أخبار الباب وهى الثلاثة التى سمعتها آنفا وما فى المسالك تبعا لجامع المقاصد تبعا للشهيد فى حواشيه من أن مبنى القولين على أن الحوالة هل هى استيفاء أواعتياض فعلى الأول تصح دون الثانى لانه ليس على المحال عليه شىء يجعل عوضا عن حق المحتال فهومن تخريجات الشافعية فى المسئلة وانما هى أصل برأسه وعقد مفرد كما هوصريح المبسوط والخلاف والسرائر والمختلف وحواشى الكتاب وغيرها .

وقال فى (الخلاف) ان الذى يقتضيه مذهبنا أن نقول انها عقد قائم بنفسه انتهى .

(قلت) اما انها ليست بيعا فلاطباق أصحابنا على ذلك كماتقدم الامايلوح من المبسوط فى أثناء كلام له وهو مأول لانه صرح فى عدة مواضع بانها ليست بيعا ولانها لو كانت بيعا لجازت بلفظ البيع ولجازت الزيادة والنقصان فيها ولما جازت فى النقود الامع التقابض فى المجلس .

وأما انها ليست استيفاء فلانها لو كانت استيفاء لقدرأن المحتال استوفى ماكان له على المحيل وأقرضه المحال عليه وليس فيها استيفاء ولااقراض محقق فلايقدر ان ثم انها لو كانت استيفاء لوجب قبولها اذا أحاله على ملى والاجماع على خلافه كما يأتى فلاريب انها ليست استيفاء وان قواه فى التذكرة ونسبه الشهيد الى ظاهر كلام الاصحاب على انه قال فى التذكرة فى آخر مسئلة الاختلاف فى أنها استيفاء أو بيع كل هذه الخلافات لافائدة تحتها ولادليل عليها والمخالف فيما نحن فيه الشيخ فى المبسوط فى آخر الباب وحكاه فى الايضاح عن القاضى وابن حمزة ولم نجد ذلك فى الوسيلة ولم يحكه والده فى المختلف عن أحد غير الشيخ فى المبسوط فى آخر كلامه وكأنه فى جامع المقاصد متأمل وليس فى محله وفى (المفاتيح) ان الاظهر انه ضمان .

(قلت) قدقال المحقق والمصنف وغيرهما انه أشبه بالضمان لاقتضائه نقل المال من ذمة مشغولة الى ذمة بريئة وكأن المحال عليه لقبوله ضامن لدين المحتال على المحيل قال فى (المسالك) ولكنه بهذا الشبه لا يخرج عن الحوالة قطعا فتلحقه أحكامها وهذه الكلمة تجرى مجرى الاجماع ممن يعمل بالظنون وقوله تلحقه أحكامها فيه انه ينبغى على ما سلف له انه لايعتبر فيها رضا المحيل نعم له الرجوع مع الاذن كما فى الضمان فليتأمل وليلحظ ماتقدم ويعتبر رضا المحال عليه قطعا كما تقدم انتهى .

هذا حال المسألة وحال الاقوال وحال حجتهم فيها فان الاصل مصادرة واطلاق

الاخبار منصرف الى الصحيح كاطلاق الام للام الرضائى مثلا لا ماهو باطل بحكم العقل لعدم صحة الحوالة على البرىء وكذا كونها عقداً برأسها فان العقد الذى برأسها لايصح جعلها فى الحوالة مرددا بان كانت حوالة ان كانت على المشغول الذمة والا كانت ضمانا بداهة ان هذا ليس معنى عقداً برأسه فانه يتوقف على خروجه عنهما معا باسم معين فلابد وان يجعلها اما من افراد الحوالة واما من افراد الضمان بنحو القطع وهو مع ذلك غير تام لعدم ذكر من الضمان .

وبالجملة ان جعلها ضمانا لم يذكر اسم منه وان جعلها حوالة فلا يصح ومنه ظهر فساد ما فى الحدائق حيث قال :

أقول : لايخفى أن الوارد من الاخبار فى هذه المسئلة ، وهو ما قدمناه فى سابق هذه المسئلة ، وليس غيره فى الباب دالا بظاهر اطلاقه على صحة الحوالة ، أعم من أن يكون المحال عليه مشغول الذمة أو بريئاً ، فالاظهر فى الاستدلال على هذا الحكم هو الاستناد الى اطلاق الاخبار المذكورة ، وعدم التعويل على هذه الاعتبارات المتكلفة ، انتهى .

وقدعرفت ان اطلاق الاخبار منصرف الى الصحيح فلو كان امراً باطلا لزم بحكم العقل انصرافها عنه فاذا لم يصح الحوالة الى البرىء فكيف يعمه الاخبار ومنه يعلم عدم صحة ما فى الخلاف حيث قال اذا احاله على من ليس له عليه دين وقبل الحوالة صحت الحوالة وقال الشافعى اذا احال على من ليس له عليه دين فالمذهب ان ذلك لايصح لانه اذا لم تجز الحوالة عليه بجنس آخر غير الذى عليه فالاولى ان لاتجوز اذا لم يكن عليه الحق .

[دليلنا] ان الاصل جواز ذلك والمنع يحتاج الى دليل انتهى. اقول ان اراد بالاصل جواز الاستقراض من البرىء اوضمانه له مع رضاه فله وجه وان اريد الحوالة المصطلحة بمعنى الزامه عليه فهو كما ترى وبدون الزام فلا ثمرة عليه وهو عبارة اخرى عن الاباحة من دون الزام والكلام فى اللزوم وان اريد به الاستصحاب ففى

اى زمان كان جائزا حتى يستصحب فانه لو كان جائزاً اصلا لما وقع فيه خلاف وان كان غيره فباى معنى اريد وان كان دائرا مدار استفادة الحكم من الاخبار فمع فرض عدم صحة الحوالة الى البرىء كيف يكون داخلا فيها وان اريد به البرائة الاصلية فالتمسك بها اما فى اصل عدم وجوب شيىء واما فى اصل عدم حرمته ولازم الاول عدم الالزام وقد عرفت انه لاثمرة فيه .

ولازم الثانى عدم الحرمة ولايكون مورد النزاع فالبرائة الاصلية تارة يتمسك بها لرفع وجوب امر وجودى واخرى لرفع الحرمة عن امر وجودى فاذا شك فى وجوب الدعاء عند رؤية الهلال فالبراءة الاصلية تدل على عدمه و اذا شك فى حرمة السير والتفريح و الصيد فالاصل عدم الحرمة فالوجوب والحرمة فى المقام منفى ومجرد الاباحة والجواز بدون الزام على البرىء بلاثمرة عليه والفرق بينها وبين الاستصحاب لحاظ الحالة السابقة فى الثانى دون الاولى ولكن يمكن ان يقال ان الحوالة لاتتحقق بدون اجازته ورضاه وبعده قد اقدم عليه فلابأس به .

والحاصل ان الانتقال بدون السبب لو كان محالا لزم ان لايصح الضمان ايضا لانه ايضا انتقال ماعلى المضمون عنه الى الضامن مع انه ليس على ذمته شيىء وذلك ليس بمحال اذا كان برضاه غاية الامر يكون حينئذ ضمانا لاحوالة وان كان باسم الحوالة ولذا قال المصنف ﴿لكن يكون ذلك بالضمان أشبه﴾ فانه حينئذ كان المحال عليه ضامنا والمحتال هو المضمون له والمحيل هو المضمون عنه ولااستحالة فى ذلك

قلت انه حينئذ لايصح جعله حوالة بل لزم خروجها عنها وادخالها فى الضمان ولايصح ما فى الجواهر من انه على مشغول الذمة انتقال وعلى البرىء معنى الضمان كما عرفت فعليه كان ادخال هذا الفرد فى الضمان اولى وفيه مع ذلك تامل اذلا كلام فى الضمان بل فى الحوالة فالاولى ان يقال بصحة الحوالة على البرىء اذا كان بميله و اختياره .

ومنه يظهر عدم صحة ماعن الكاشانى من ان الاظهر أنها ضمان .

وفی الجواهر وان کان فیه مالایخفی ، ضرورة عدم حصول انشاء ذلك من المحال علیه حتی تکون ضماناً ، انتهی فان قلت یمکن کونه قرضاً قلت فمضافا الی عدم کلامه فی القرض وان الکلام فی الحوالة ان الحوالة تنتقل ما للمحتال علی ذمة الغیر حتی یدفعه والقرض یجعل الغیر مالکا وما ابعد ما بین المقترض المالك و المحال علیه اللازم علیه الدفع ومابین احکامهما من الاختلاف والمقترض مالك لعین المقروضة و یجب علیه زکاتها ان تعلق علیه بخلاف ما علی ذمة المحال علیه .

وبالجملة المحال علیه یجب علیه رد ماضمنه الی المضمون له والمقترض کان فعلا مالکا للعین المقترضة وله التصرف فیه لجمیع انواع التصرفات وکان علیه رد المثل او القیمة لو تلفت بخلاف المحتال علیه فانه لیس مالکا لمال المحتال بل علیه الرد فورا فالضامن اذا ضمن عن الغیر انتقل ما علی المضمون عنه الی ذمة الضامن بمعنی لزوم دفعه الی المضمون له فلایکون مالکا لما انتقل الیه بل یرجع معناه الی الوکالة عن دفعه الی المضمون له وانی له بذلك المقترض .

ولکن یمکن تصحیح القرض ببیان ان معنی حوالة المحیل دینه الی المحال علیه هو طلب القرض من المحال علیه وکانه قال اقض دینی عن المحتال قرضا علیّ حتی اؤدّیك طلبك فقرض و وکله فی دفع ماقرضه منه الی المحتال فیجب علی المحال علیه دفع طلب المحتال الیه و رجوعه الی المحیل فیما اقرضه و الانصاف انه اولی من صحة الحوالة الی البریء حتی یحتاج الی تصحیحه بانه علی البریء استیفاء وعلی المشغول ذمته اعتیاض .

فان معنی الاستیفاء هو وفاء دین المحیل الی المحتال اووفاء المحیل دینه وقرضه للمحال علیه فلا دلیل علیه سوی التبرع الندبی من غیر ایجاب لزوم مضافا الی احتیاج معنی الحوالة بهذا الترد ید الذی یرجع الی عدم العلم بذلك وایضا یرد علی کونه ضمانا عدم التکلم بالضمان بل انقلاب الحوالة الی الضمان بعید ایضا و انه بذلك ینثلم التعاریف اذا الضمان هو الحوالة علی البریء فیکون التعریف ادخله فی الضمان

دون الحوالة اذ هى الحوالة على من ذمته مشغولة بمثله للمحيل .

وكيف كان فالاولى جعل المسألة من افراد القرض وكون معنى الحوالة طلب القرض من المحال عليه ودفعه الى المحتال وكون عوضه عليه بعد الرد وظنى انه قوى وان المسألة من افراد القرض ولايصح بنحو الحوالة الى البرىء فما عن الكركى من عدم الجواز متين حيث قال والاقرب عند المصنف عدم الاشتراط تمسكا باصل الجواز واصل عدم الاشتراط وهذا انما يجرى على القول بانها استيفاء اما على القول بانها بيع فلا ، انتهى .

ولعل مراده بالبيع نظير البيع وكيف كان فقد نفى الصحة على الثانى وقد عرفت عدم كونها استيفاء فالحوالة على البرىء قرض فى الواقع بصورة الحوالة فلايصح الحوالة على البرىء بل اللازم اشتغال ذمته ايضا للمحيل فهل يشترط فى الحوالة على المحال عليه وعلى كونه غنيا اولا، الظاهر الاول فح اذا ظهر بعد الحوالة كونه معسراً لم يصح قال فى الخلاف اذا شرط المحتال فى الحوالة ملائة المحال عليه فوجده معسراً (اولم يشرط فوجده معسراً خ) لم تصح الحوالة .

(وقال الشافعى اذا شرط المحتال ملائة المحال عليه فوجده معسراً اولم يشرط فوجده معسراً صحت الحوالة صف) وقال ابن سريج (ابو العباس - خ) الذى يقتضيه اصول الشافعى ان يكون له الرجوع اذا شرط الملائة فوجده بخلافه والاول قول المزنى وهو الذى صححه باقى اصحابه .

[دليلنا] اجماع الفرقة فانهم يعتبرون الملاءة وايضاً قول النبى ﷺ اذا احيل احدكم على ملى فليحتل فامر بالاحتيال اذا كان ملياً دون ان يكون معسراً .

﴿و﴾ كيف كان ف﴿اذا احاله﴾ اى احال المحيل المحتال ﴿على﴾ المحال عليه ﴿الملى﴾ الوفى ﴿لم يجب القبول﴾ على المحتال لان اللازم كان بميله ورضاه للاجماع على اشتراط رضاه فلايكون القبول الا برضاه ولو كان المحال عليه ملياً غنياً بل يكون الناس فى اداء الديون مختلفا فربما لايحب المحتال باخذ ماله منه .

وفى الجواهر بلاخلاف أجده فيه ، بل الاجماع بقسميه عليه ، بل قد عرفت المحكى منه على رضى المحتال مستفيضاً ، مضافاً الى الاصل السالم عن معارضة مادل على وجوب قبول الوفاء من باذله ، بعد معلومية عدم كونها وفاء حقيقة ، على وجه تندرج فى اطلاق تلك الأدلة ، بل هى ناقلة كما عرفت انتهى ومقصوده قده ان الدليل وان دل على وجوب القبول اذا وفى الباذل لكن المقام ليس من باب الوفاء حتى وجب على المحتال القبول لماعرفت من الحوالة من باب الاعتياض لاالاستيفاء اى ليس دفع المحال عليه مجرد وفاء المحتال دينه من المحيل بل الطلب من المحتال عرض من ماله الذى على ذمة المحيل فمن الممكن عدم ميله من الاخذ عن المحال عليه وان كان غنيا .

وعليه ايضا لايصح الحوالة على البرىء وكان عند المصنف ضمان وعندى قرض وفى مفتاح الكرامة بعد قوله ولا يجب قبولها وان كانت على ملى قال مالفظه بلاخلاف الامن داود وقد سمعت الاجماعات المحكية على اشتراط رضاه أى المحتال مضافا الى الاصل وفقد المانع والدليل لان الواجب قبوله أداء الدين وليست أداء وانما هى نقل وأوجب داود القبول لقوله ﷺ فيما حكى اذا أحيل أحدكم على ملى فليحتل وقصور السند يمنع من حمله على الوجوب فليحمل على الارشاد بل على الاستحباب لمافيه من قضاء حاجة أخيه واجابته الى مايبتغيه وهذا يرشد الى انها ليست استيفاء والالوجب القبول الأن تقول ان وجوب القبول انما هو فى الاموال الموجودة فى الخارج لافى الماهية الكلية فتأمل انتهى .

قوله لان الواجب قبوله اداء الدين الخ قدعرفت آنفاما فى عبارة الجواهر وحاصله فرق بين قبول اداء الدين وبين اصل قبول الدين والاول متوقف على الثانى فانه بمفاد كان الناقصة والثانى مفاد كان التامة فاذا قبل الدين وثبت يجب عليه قبول ادائه والكلام فى اصل قبول الدين وانه هل يجب على المحتال قبول نقل دينه عن ذمة المحيل الى المحال عليه اولا فالحكم بعدم الوجوب غير قبول ادائه فتدبر .

﴿لكن لو قبل﴾ الحوالة عليه ﴿لزم وليس له الرجوع ولو افتقر﴾ كما لو كان فقيراً من أول وقد علم به ورضى ، بلا خلاف ولا اشكال ، بعد معلومية كون الحوالة من العقود اللازمة كما في الجواهر ﴿أما لو قبل الحوالة جاهلا بحاله ، ثم بان فقره وقت الحوالة كان له الفسخ والعود على المحيل﴾ ،

وفي الجواهر بلا خلاف أجده فيه كما عن الغنية الاعتراف به ، بل في محكي التذكرة نسبته الى علمائنا ، والسرائر الى أصحابنا ، بل عن الخلاف الاجماع عليه وهو الحجة بعد النصوص السابقة ، وقاعدة الضرر وغيرها ، بل ظاهر اطلاق النص انتهى .

وفي مفتاح الكرامة ايضا عند قوله [فان قبل لزم] ماهو لفظه بالنص والاجماع كما تقدم وانتقل الحق الى ذمة المحال عليه وبه قال جميع الفقهاء الا زفر ابن الهذيل كما في الخلاف وبلا خلاف الا من زفر كما في الغنية واجماعا الا من زفر كما في المبسوط والسرائر والتذكرة والمسالك ومجمع البرهان الى ان قال عند قوله ﴿وليس له الرجوع وأن افتقر﴾ بلا خلاف بيننا وبه نطق خبر عقبة المتقدم ذكره وهو المروى عن علي امير المؤمنين عليه السلام كما في الخلاف والمخالف ابو حنيفة قال له الرجوع عليه اذا جحده المحال عليه أو مات مفلسا وحكوا عن عمر انه يرجع عليه اذا افلس وحجر عليه الحاكم .

وبه قال ابو يوسف ومحمد بن الحسن ولا فرق عندنا بين اخذ المحتال شيئاً من المال وعدمه عملا باطلاق النص والفتوى والاجماع مضافاً الى اصالة لزوم العقد وعدم اشتراط الاخذ بل ظاهر المختلف الاجماع صريحا انتهى .

﴿واذا احاله﴾ المحيل المحتال على المحال عليه ﴿بما عليه﴾ اى على ذمة المحيل كما اذا كان للمحتال على المحيل خمسين وللمحيل ايضا خمسون على المحال عليه فقال للمحتال حولتك في خمسينك الى المحال عليه ﴿ثم احال المحال عليه﴾ المحتال ﴿بذلك الدين﴾ الخمسين على المحيل ايضا فعلى قول المصنف وعدم

الخلاف كما فى الجواهر ﴿صح﴾ .

ولايذهب عليك ان الحوالة الثانية من المحال عليه الى المحيل حوالة الى البرىء لان دين المحيل بعد الحوالة قدانتقل الى المحال عليه فلايبقى فى ذمته شيىء لاللمحتال ولاللمحال لان عليه مقدارهذه الحوالة للمحيل فالحوالة الثانية حوالة الى البرىء وعرفت الكلام فيه .

فالحوالة الثانية مبنية على قول من اصح الحوالة على البرىء واشد اشكالا اذا كانت الحوالة الاولى من المحيل الى المحال عليه ايضا كذلك كما اذا لم يكن له عليه دين فمع الغمض عنهما فما فائدة هذه الحوالة الثانية الدورية ولو مع فرض صحة الحوالة الى البرىء توضيح عدم الفرق انه اذا احال المحيل المحتال فى طلبه الى المحال عليه فان رد اليه ووصل دين المحتال اليه لم يبق لدينه شيىء ثم اذا احال المحال عليه المحتال ايضا الى المحيل كان حوالة الى البرىء اذا الفرض براءة ذمة المحيل بانتقال المال الى المحال عليه بل حوالة البرىء الى البرىء لوصول حق المحتال اليه فلامعنى للحوالة الى المحيل وان لم يرد المحال عليه الذى انتقل اليه الى المحتال بل احاله الى المحيل ايضا صارذمة المحيل مشغولة ثانياً بعين الاشتغال الاول بعد حصول البراءة فهولغومحض فهذه الحوالة تسمى بالحوالة الدورية ويدور امر الحوالة الثانية الى الحوالة الى البرىء او اللغوية المحضة .

﴿وكذا﴾ فى لزوم الاشكال بل اللغوية ﴿لوترامت الحوالة﴾ من زيد الى عمرو ومن عمرو الى خالد ومنه الى بكر وهكذا بنحو التسلسل ثم انه فى الجواهر بعد قوله وكذا لوترامت الحوالة قال مالفظه بتعدد المحال عليهم ، واتحاد المحال كما لو أحال المديون زيداً على عمرو ثم احال عمر وزيداً على بكر ، ثم أحال بكر زيداً على عمرو وهكذا ، لوجود المقتضى وارتفاع المانع ، وبتعدد المحتال او المحيل واتحاد المحال عليه ، كما لو أحال المحتال من له عليه دين على المحال عليه ، وهكذا بل كما يصح ترامیها يصح دورها ، كالضمان بأن يعود الى المحيل الاول اذا فرض شغل ذمته

للمحال عليه ، أوقلنابصحتها على البرىء بل لم نجد خلافاً هناوان سمعته فى الضمان كما هو واضح انتهى .

وفى الحدائق الظاهر أنه لاخلاف بينهم فى جواز ترامى الحوالات ودورها لحصول شرايط الصحة ، وعدم المانع فكما تصح الاولى تصح الثانية والثالثة ، وهكذا لعين ماثبت به صحة الاولى ، فلو أحال المديون زيداً على عمروثم أحال عمرو زيداً على خالد ، ثم أحال خالد زيداً على بكر صح ، وهذا فى صورة تعدد المحيل والمحال عليه ، فان كلامنهم ماعدا الاول محيل ومحال عليه ، مع اتحاد المحتال ، فان المحتال فى جميع هذه الفروض واحد ، وهو زيد ، ويجوز أن يرجع الاخير منهم على المديون الاول ، ويحيل عليه ، أما بأن تكون ذمته مشغولة بدين لمن أحال عليه أوبناء على جواز الحوالة على البرىء فيصح دورها ، ومثله باقى الحوالات السابقة انتهى .

﴿ واذا قضى المحيل الدين بعد الحوالة فان كان بمسألة المحال عليه ﴾ وسؤاله عن المحيل بان طلب المحال عليه بعد الحوالة المحيل وسئل عنه بان يرد نفسه ما احاله وقبل المحيل وادّاه صح فهو ادّى ماللمحتال اليه كما هو وظيفته قبل الحوالة لكن ﴿رجع﴾ المحيل ﴿عليه﴾ اى على المحال عليه ثانيا اذ الفرض لم يؤد المحال عليه ماأحال اليه فبقى على ذمته نفس ماكان قبل الحوالة للمحيل ﴿وان تبرع﴾ المحيل فى الاداء ماأحاله الى المحال عليه من دون سؤال المحال عليه الاداء صح ايضا ولكن ﴿لم يرجع﴾ المحيل حينئذ الى المحال عليه ﴿و﴾ على اى حال ﴿يبرأ المحال عليه﴾ لاداء ماعلى ذمته بالحوالة كمالو تبرع به الاجنبى .

﴿ويشترط فى المال﴾ المحال به ﴿ أن يكون معلوماً ﴾ وفى الجواهر فى المشهور على ما اعترف به غير واحد ، بل عن مجمع البرهان لعله لاخلاف فيه ، بل فى المحكى عن التحرير يجب ان يكون معلوماً ، فلايصح بالمجهول اجماعاً بل فى مفتاح الكرامة «لم نجد المخالف» وانمّا ذكرت الصحة مع الجهل احتمالا فى

التذكرة والمسالك ومجمع البرهان ، نعم لم يذكر هذا الشرط فى عداد الشرائط فى الوسيلة والغنية وغيرهما ، ولعله وان أمكن أن يكون ذلك لمعلوميته ، الا أن الانصاف عدم خلوه عن الاشكال انتهى وجه اشكال هذا الشرط عدم الدليل اليه وغاية مايتوهم لزوم الغرر وهو مندفع .

قال فى الحدائق مالفظه ومنها أن يكون المال المحال معلوماً عند المحيل ، فلو أحاله بمال مجهول عنده كمالو أحاله بماله من الدين لم يصح للغرر ، ولان الحوالة اما أن تكون اعتياضاً أو استيفاء وعلى الاول فلايصح على المجهول ، كما أنه لايصح بيعه ، وعلى الثانى فانه انمايمكن استيفاء المعلوم .

قال فى التذكرة : ويحتمل هنا الصحة ، ويكون على المحال عليه للمحتال مايقوم به البيّنة ، كما قلنا فى الضمان ، ولافرق فى اشتراط كونه معلوماً بين أن يكون مثليا كالطعام ، أوقيمياً كالعبد والثوب خلافاً للشيخ : وجماعة حيث منعوا من جواز الحوالة بالقيمى ، لكونه مجهولا .

ورد بأنه معلوم بالوصف المصحح للبيع ، والواجب فيه القيمة وهو مضبوطة أيضاً تبعاً لضبطه ، فلامانع مع شمول عموم الادلة انتهى .

ولايخفى صحة ذلك من دون لزوم الغرر لادائه الى المعلومية فى مقام الاحتياج وباب الصلح حينئذ واسع والتبانى على مقدار معين معلوم اوماقامت عليه البينة كما عرفت آنفا عن التذكرة ممكن .

وكذا يعتبر فيه أن يكون ﴿ثابتاً فى الذمة﴾ وفى الجواهر أى ذمة المحيل ، ولو متزلزلا فلاحوالة فى غير الثابت فيها ، وان وجد سببه كمال الجعالة مثلا قبل العمل ، بناء على عدم ثبوته فى الذمة قبله ، فضلا عما لم يوجد سببه كالحوالة بما سيستقرضه ، نحوما سمعته فى الضمان ، بل فى بطلان الحوالة فى المتزلزل حينها بالفسخ بعدذلك نظر ، وان وجب عليه دفع الثمن مثلا من غير ذلك انتهى .

بداهة ان الاحالة على شىء فرع ثبوت هذا الشيىء ولو كان بنحو التزلزل

والافلامعنى لها اصلا فلابد وان يكون ثابتا فى الذمة ﴿سواء كان له مثل كالطعام، أولا مثل له﴾ بان يكون قيميا ﴿كالعبد والثوب﴾ .

وفى الجواهر لاطلاق الادلة وعمومها ، من غير فرق بين الحوالة به على مشغول الذمة بمثله وصفاً وجنساً أوعلى برىء خلافاً للمحكى عن الشيخ فى أحد قوليه وابن حمزة فمنعا من الحوالة بالقيمى، للجهالة ، وضعفه واضح، بعد معلومية صحة السلم وغيره فيه ، باعتبار انضباطه بالوصف فمع فرض اشتغال ذمته بعبد موصوف مثلا بماله فى ذمة آخر ، أوكان بريئاً وأراد اثباته فى ذمته على نحو ماكان عليه بطريق الحوالة أوالضمان لم يكن وجه للاشكال فى صحته انتهى .

قال فى الخلاف يجوز الحوالة بمالا مثل له من الثياب والحيوان اذا ثبت فى الذمة بالقرض ، ويجوز اذا كان فى ذمته حيوان وجب عليه بالجناية مثل أرش الموضحة وغيرها يصح الحوالة فيها، وكذلك يصح أن يجعلها صداقاً لامرأة، واختلف اصحاب الشافعى فيه فقال بعضهم لايجوز ، وانما يجوز فيماله مثل ، وقال ابن سريج : يجوز فيما يثبت فى الذمة وهو معلوم ، واذا كان فى ذمته حيوان فهل يصح الحوالة بها فيه وجهان .

دليلنا ـ ان الاصل جواز ذلك ومن منع منه فعليه الدلالة، ومن قال لايجوز قال لانه مجهول وليس الامر على ذلك لانه لابد أن يكون معلوماً بوصفه وسنه و جنسه ، فان لم يكن كذلك لم تصح الحوالة به انتهى . خلافا لما عن مبسوطه حيث اشترط صحة الحوالة فى ذوات الامثال لاغير

قال فى الحدائق ولافرق فى اشتراط كونه معلوماً بين أن يكون مثليا كالطعام أوقيمياً كالعبد والثوب خلافاً للشيخ: وجماعة حيث منعوا من جواز الحوالة بالقيمى لكونه مجهولا .

ورد بأنه معلوم بالوصف المصحح للبيع، والواجب فيه القيمة وهى مضبوطة أيضاً تبعاً لضبطه . فلا مانع مع شمول عموم الادلة انتهى وفى هامش كتابه مالفظه .

قال الشيخ فى المبسوط : انما تصح الحوالة فى الاموال التى هى ذوات الامثال ، ونحوه كلام ابن حمزة ، وقال ابن الجنيد : الحوالة جائزة بساير ما يصح السلم فيه من الامتعة مع من تجوز ذلك معه ولم يذكر الشيخ المفيد ولا السلار ولا ابن ادريس ذلك ، قال فى المختلف : والمعتمد عدم الاشتراط كما قال ابن الجنيد: اصالة صحة العقد عدم اشتراط كونه مثليا ، احتج الما نعون بانه مجهول ، والجواب المنع من الجهالة، بل ربما يوصف به السلم، قال الشيخ فى الخلاف : نمنع كونه مجهولا ، لانه لابد أن يكون معلوماً يعنى الحيوان بوصفه وسنه و جنسه ، فان لم يكن كذلك لم يصح الحوالة ، انتهى .

و كيف كان فيترتب عليه فروعات كثيرة ذكرها فى الجواهر بنحو الاجمال لكنها غير متعارف فى باب الحوالة بل يمكن عدم شمول الادلة لاكثرها فلا فايدة فى ذكرها قال قده بل لا يبعد ان لم يكن اجماعاً جواز الحوالة بالاعمال على البرىء أوعلى مشغول الذمة للمحيل بمثلها، بناء على أنها بحكم المال، بدليل صحة وقوعها ثمناً للمبيع وعوضاً للخلع ومهراً فى النكاح من غير فرق بين كون المراد منها الثواب أوغيره، وحينئذ فيصح احالة مشغول الذمة بقراءة القرآن وزيارة، أوصلاة ، أوحج أو غير ذلك على برىء أو على مشغول الذمة له بمثل ذلك ، وكذا يصح ضمانه ، لكن لم أجد مصرحاً به ، كما أنه لم أجد فى نصوص الحوالة ما هو صريح فيه أو ظاهر ، بل هو غير متعارف انتهى .

﴿و﴾ كيف كان فعن الشيخ فى أول الباب من المبسوط وابنى زهرة وحمزة والقاضى أنه ﴿يشترط﴾ فى صحة الحوالة ﴿تساوى المالين﴾ أى المحال به والمحال عليه ﴿جنساً﴾ ونوعاً ﴿ووصفاً﴾ .

وفى الجواهر بل لعله ظاهر النافع وغيره مماعرف فيه الحوالة بتحويل المال من ذمة الى ذمة مشغولة بمثله بل عن التذكرة من مشاهير الفقهاء وجوب التساوى فى الدينين للاصل بعد عدم اطلاق فى نصوص الباب يوثق به فى تناول المفروض

ولاسيرة كاشفة ولاغيرهما مما يطمئن به انتهى .

﴿تفصيا من التسلط على المحال عليه﴾ بما لم تشتغل ذمته به ﴿اذ لايجب﴾ عليه ﴿أن يدفع الا مثل ما عليه﴾ .

وفى الجواهر وجواز دفع شخص من جنس غيره بالتراضى معاوضة مستقلة أو وفاء للادلة الخاصة التى لاتشتمل الحوالة قطعاً وان كان لها حكم الوفاء فى بعض الاحوال دون بعض كما عرفته سابقاً انتهى .

ووجهه بنحو الاجمال ما فى المتن ورفع النزاع بينهما فيجب تعيين ماللمحتال وتعيين ما على المحال عليه ثم الحوالة .

﴿و﴾ لكن مع ذلك قال المصنف ﴿فيه تردد﴾ وفى الجواهر بل عن المبسوط فى موضع منه و التذكرة والتحرير والحواشى واللمعة و التنقيح و ايضاح النافع وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والمفاتيح اختيار الجواز انتهى .

نعم قد يجب التساوى فى اتحاد الجنسين مثل حوالة الحنطة بالحنطة حذراً من لزوم الربا بناء على جريانه فى مطلق المعاملات أوعلى القول بان الحوالة بيع .

وفى الحدائق ما لفظه و منها انه يشترط تساوى المالين جنساً و وصفاً تفصيلاً من التسلط على المحال عليه اذ لايجب أن يرفع الا مثل ما عليه وتردد المحقق فى الشرايع فى هذا الشرط .

قال فى التذكرة : من مشاهير الفقهاء وجوب تساوى الدينين ، أعنى الدين الذى للمحتال على المحيل و الدين الذى للمحيل على المحال عليه جنساً و وصفاً وقدراً فلو كان له دنانير على شخص فأحاله عليه بدراهم لم يصح لئلا يلزم التسلط على المحال عليه بما لايستحق واما قدراً فلا يجوز التفاوت بمعنى الحوالة بالزايد على الناقص وكذا العكس ومع التفاوت يجوز بالمساوى واما الاجل فيجوز الحال بالحال والمؤجل بمثله وبالحال والا بعد بالانقص لا العكس لانه تأجيل حال . نعم لوشرط فى الحوالة فى الحالين عدم القبض الا بعد أشهر مثلا يجوز لدليل وجوب العمل بالشرط انتهى .

كذا نقل عنه المحقق الاردبيلى (قدس سره) فى شرح الارشاد و الظاهر أنه نقل بالمعنى لملخص ماذكره فى الكتاب المذكور كما لايخفى على من راجع كتاب التذكرة .

أقول : وتفصيل الكلام فى المقام هو أن الشيخ (رحمة الله عليه) وجماعة ذهبوا الى اشتراط تساوى المالين أى المال المحال به والمال المحال عليه جنساً و وصفاً لان حقيقة الحوالة تحويل ما فى ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه ، فاذا كان الدين الذى على المحيل دراهم مثلا والدين الذى على المحال عليه دنانير ، فكيف يصير حق المحتال على المحال عليه دراهم ولم يقع عقد يوجب النقل من الدنانير التى فى ذمته الى الدراهم .

والجواب عن ذلك أنه متى قيل باشتراط رضى المحال عليه كما هو المشهور أو لم نقل ثمة به و لكن نقوله فى هذا المقام حيث أنها معاوضة تتوقف على رضاه كما أشار اليه العلامة فى المختلف حيث أنه ممن منع اشتراط رضاه ولكن أوجبه فى هذا المقام حيث أنها معاوضة الى أن قال: لان الحوالة ان كانت استيفاء فالاستيفاء يجوز بالجنس و غير الجنس مع التراضى على ذلك وان كانت اعتياضاً فكذلك ، لجواز المعاوضة على المختلفين و هذه المعاوضة هنا ليست من قبيل المعاوضة فى البيع حتى يعتبر فيها التقابض ونحوه مما اعتبر فى البيع بل هى معاوضة مبنية على الارفاق والمسامحة انتهى .

ولايخفى ان مافيد فى المقام من الجواز حق لكنه فى مقام يصح مبادلة المال وامكان المصالحة يعنى يكون التفاوت بينهما قليلا قابلا لرفع النزاع بينهما ولكنه مع ذلك كون التساوى اولى واحوط .

﴿ولو أحال﴾ على محال ﴿عليه فقبل وأدّى ثم طالب بما اداه فادعى المحيل أنه كان له عليه مال وأنكر المحال عليه فالقول قوله مع يمينه﴾ لان الاصل البراءة ﴿و﴾ حينئذ ﴿يرجع على المحيل﴾ بما أدّاه ورضاه بعقد الحوالة أعم من اشتغال

ذمته لما عرفت من صحتها على البرىء بل فى المسالك و محكى جامع المقاصد و مجمع البرهان أنه كذلك حتى لو اشترطنا فى الحوالة اشتغال ذمة المحال عليه قال فى الاول منها : «تساقط أصلى البراءة وصحة العقد بالتعارض فيبقى مع المحال عليه أداء دين المحيل باذنه فيرجع عليه انتهى .

ولايخفى ان انكار المحال عليه لازمه كون الحوالة على البرىء فهو دعوى الباطلة عند من ذهب الى بطلان الحوالة على البرىء ويرجع دعوى المحيل الى صحة الحوالة وعدم كونها على البرىء فالقول قوله تقدماً لدعوى الصحة على الفساد واما عند من صحّح الحوالة على البرىء فالقول قول المحال عليه مع يمينه .

قال فى الحدائق ما لفظه : لو أحال عليه فقبل الحوالة و أدى ثم رجع على المحيل بما أداه مدعياً براثة ذمته من مال المحيل وادعى المحيل اشتغال ذمته وأنه انما أحال عليه من حيث كونه مشغول الذمة بما له ، فان قلنا بجواز الحوالة على البرىء كما هو أظهر القولين وأشهرهما ، فان القول هنا قول المحال عليه بيمينه لانه منكر لاشتغال الذمة وان اعترف بصحة الحوالة فان صحتها لاتستلزم شغل الذمة لما عرفت من جوازها على البرىء فيرجع بما أداه على المحيل بعد اليمين و ان قلنا بأن الحوالة مشروطة بشغل ذمة المحال عليه فوجهان :

احدهما : أنه لايقبل قوله فى نفى شغل الذمة لان الحوالة تقتضى شغلها حيث أن الحوالة لاتصح الا مع شغل الذمة كما هو المفروض وهو موافق على الحوالة .

وبالجملة فالمنكر وان كان معه أصالة عدم شغل الذمة الا أن ذلك يقتضى بطلان الحوالة على هذا التقدير ومدعى الدين يدعى صحتها و مدعى الصحة عندهم مقدم وعلى هذا فلاتسمع دعوى المحال عليه ولايرجع على المحيل بشىء .

وثانيهما : أن يقال ان هنا أصلين تعارضا أصالة عدم شغل الذمة مع المحال عليه و أصالة صحة العقد مع المحيل فتساقطا و بقى مع المحال عليه أنه أدى عن المحيل باذنه فيرجع عليه حينئذ على التقديرين .

و استحسنه فى المسالك ثم اعترضه بأن الاذن فى الاداء انما وقع فى ضمن الحوالة ، و اذا لم يحكم بصحتها لا يبقى الاذن مجرداً ، لانه تابع فيستحيل بقاؤه بدون متبوعه .

ثم أجاب بأن الاذن و ان كان واقعاً فى ضمن الحوالة الا أنه أمر يتفقان على وقوعه ، و انما يختلفان فى أمر آخر ، فاذا لم يثبت لا ينتفى ما وقع الاتفاق منهما عليه ، انتهى .

و منه يظهر أن الاقرب الى الاعتبار هو كون القول قول المحال عليه مطلقاً وهو اختيار المحقق الاردبيلى (قدس سره) أيضاً فى شرح الارشاد انتهى .

﴿وتصح الحوالة بمال الكتابة﴾ ولو المشروطة ﴿بعد حلول النجم﴾ اى الوقت فى ذمة المكاتب ﴿وهل تصح قبله ؟ قيل﴾ والقائل الشيخ على ما فى المسالك ﴿لا﴾ يصح لجواز تعجيز نفسه فتنفسخ الكتابة .

وفى المختلف ما لفظه منع الشيخ فى المبسوط ضمان مال الكتابة لانه ليس بلازم فى الحال ولا يؤول الى اللزوم لان للمكاتب اسقاطه بفسخ الكتابة للعجز فلا يلزم العبد فى الحال ولا يؤول الى اللزوم لانه اذا أداه عتق واذا اعتق خرج من ان يكون مكاتباً فلا يتصور أن يلزمه فى ذمة مال الكتابة بحيث لا يكون له الامتناع من ادائه فهذا المال لا يصح ضمانه لان الضمان اثبات مال فى الذمة والتزام لادائه و هو فرع للمضمون عنه فلا يجوز أن يكون ذلك المال فى الاصل غير لازم و يكون فى الفرع لازماً .

فلهذا منعنا من صحة ضمانه وهذا لا خلاف فيه والاقرب عندى صحة الضمان و يمنع عدم لزوم مال الكتابة و تجدد الفسخ بالعجز ليس أقوى من تجدد الفسخ بالخيار فكما لم يمنع هناك من الضمان فكذا هنا و الشيخ بنى ذلك على مذهبه من عدم لزوم مال الكتابة انتهى .

﴿ولو باعه السيد سلعة فأحاله بثمنها﴾ أى أحال العبد مولاه بثمن ما اشتراه ﴿جاز﴾ لعدم الفرق بينه وغيره ﴿ولو كان له﴾ أى للمكاتب ﴿على أجنبى دين﴾

ومال على ذمة الاجنبى ﴿واحال﴾ سيده ﴿عليه﴾ أى على الاجنبى ﴿بمال الكتابة﴾ الذى فى ذمته ﴿صح﴾ الحوالة مثلا اذا قال المولى لعبده ان أتانى بمأة تومان فانت حر فكان على العبد الاتيان بمأة تومان ولهذا العبد على زيد نفس هذه المأة تومان فأحال العبد مولاه على مأة تومان من زيد لتمكن المولى من الاخذ من زيد فالمولى يأخذ المأة من المحال عليه أى زيد ويجعله عوض مال الكتابة وانما تصح الحوالة ﴿لانه يجب﴾ على الاجنبى المديون ﴿تسليمه﴾ أى تسليمه العبد دينه وحيث لا يقدر العبد على أخذه احاله الى مولاه .

﴿واما احكامها فمسائل الاولى اذا قال﴾ المديون للدائن ﴿احلتك﴾ بالدين الذى لك على على مالى الذى ﴿عليه﴾ اى على عمرو ﴿فقبض﴾ المحتال المال من محال عليه الذى هو عمرو ﴿ فقال المحيل ﴾ انى ﴿ قصدت الوكالة ﴾ لا الحوالة بمعنى انت وكيلى لاخذ طلبى من عمرو ودفعه الى لا الحوالة حتى يجعله لنفسك ﴿ وقال المحتال : انما أحلتنى بما عليك ف ﴾ عن المبسوط ان ﴿القول قول المحيل﴾ بل فى المسالك نسبته الى الشيخ و جماعة ، وان كنا لم نتحققه نعم فى قواعد الفاضل انه أقرب ﴿لانه أعرف﴾ بماقصد ﴿بلفظه﴾ وفى الجواهر اذلا يعلم الامن قبله، مضافاً الى أصالة بقاء المال ملكاً للمحيل، وبقاء حق المحتال فى ذمته انتهى

ولايخفى صحة قول المحتال عمل لظهور اللفظ فى الحوالة ولانه الظاهر فى مقام ارجاع الدائن الى آخر لا الوكالة المحتاجة حينئذ الى قرينة منصرفة اللفظ عن ظاهره ولو كان الاعتبار بما ادعاه من قصده لجرى فى كل مقام فصح اطلاق لفظ البيع والادعاء بارادة الهبة او مطلق التمليك وهو كما ترى بل الظاهر انه ليس مورد التردد حيث لاوجه لتقدم قول المحيل فى قوله ﴿وفيه تردد﴾ .

وفى الجواهر من ذلك، ومن أن الاصل ارادة الحقيقة التى هى الحوالة بالمعنى المتعارف ، بخلاف الوكالة ، وان صح عقدها بلفظ التحويل بالقرينة ، بل فى جامع المقاصد ومحكى التحرير ترجيح قول المحتال ، لانه الموافق للاصل المزبور الذى

يجب حمل اللفظ عليه حال التجرد عن القرينة ، والالزم الاغراء بالجهل ، بل لو قدح احتمال التجوز لقدح فى جميع الابواب من بيع أوصلح واقرار ونكاح وغيرها، فيكون حينئذ قول المحيل مخالفاً للاصل يكلف بالبينة انتهى .

و هو فى محله بل ما حكاه عن جامع المقاصد متين جداً عملا بظاهر اللفظ فى مفهومه الاصلى الحقيقى والاصل فى الاستعمال الحقيقة هذا كله مع القبض ﴿أما لو لم يقبض واختلفا فقال : وكلتك فقال بل أحلتنى فـ﴾ فى المتن أن ﴿ القول قول المحيل قطعاً﴾ .

وفى الجواهر كما فى القواعد لكن لايخفى عليك ما فيه بعد الاحاطة بماذكرنا ضرورة أن عقد الحوالة من العقود اللازمة المقتضية تملك المحتال المال المحال به وانعزال المحيل عنه على وجه لو أراد ابداله لم يكن له ، لصيرورته ملك المحتال على وجه اللزوم وحينئذ فلاينفاوت الحال بين القبض وعدمه انتهى .

ولايخفى صحة ماافاد لعدم الفرق فى وجه تقدم قول المحتال بين القبض وعدمه بعد ظهور اللفظ فى الحوالة ولزوم ارادة المعنى من اللفظ فيما لم يكن شيىء يوجب ارادة المجاز فكان الظاهر من اللفظ هو حوالة المحتال الى المحال عليه فيجب عليه الرد اليه سواء كان الدعوى قبل القبض او بعده .

﴿ولو انعكس الفرض﴾ بأن قال المحتال : وكلتنى وقال المحيل : حولتك بعد اتفاقهما على جريان لفظ الحوالة بينهما ﴿فالقول قول المحتال﴾ وفى الجواهر سواء كان قابضاً أولا ، لموافقته للاصول، لكن قدعرفت أن الارجح كون القول قول المحيل ، ترجيحاً للموافقة لظاهر اللفظ ، القاطع للاصول الذى هو أصل مقدم على ذلك انتهى .

وحيث تقدم لزوم ارادة المعنى الحقيقى من اللفظ فارادة غيره مجاز لايعتنى به فى جميع الحالات فالظاهر كون دعوى الوكالة على خلاف لزوم ارادة المعنى من اللفظ فان الحوالة ومشتقاتها ظاهرة فى نفس معناها من غير فرق بين القبض وعدمه

مضافا الى ان الظاهر من ارجاع الدائن الى الغير فى اخذ مقدار من ماله هو الحوالة لا الوكالة التى لا يرتبط بدينه والى ان المحتال لا يكون وكيلا لا ابتداء فى ذلك بقول صريح فيها ولا بكونه وكيلا مفوضا عنه فقوله بالوكالة على خلاف الاصل والظاهر فتدبر

المسألة ﴿الثانية اذا كان له دين على اثنين ، وكل منهما كفيل﴾ اى ضامن ﴿لصاحبه وعليه﴾ اى على صاحب الدين ايضا دين ثابت ﴿لاخر مثل ذلك﴾ الدين الذى له على الاثنين كما اذا كان له الف على الاثنين وعليه ايضا الف لاخر غيرهما ﴿فاحاله﴾ اى احال صاحب الالف هذا الالف ﴿عليهما﴾ بان يكون على كل منهما خمسون فهما حينئذ محال عليه وصاحب الدين محيل والاخر محتال .

و حينئذ ﴿صح﴾ الحوالة ﴿وان حصل الرفق فى المطالبة﴾ فان الالف اذا كان على الاثنين كان ارفق واسهل مما اذا كان على الواحد ولكن لا يخفى ان المسألة وان كانت صحيحة لكن اظن عدم احتياجها الى قيد وكل منهما كفيل فانه لو لم يضر لم ينفع جداً وذلك لانه ان اريد بالكفالة كفالة اصطلاحى وهو الكفيل بالنفس فلا معنى لكون كل واحد كفيلا لنفس آخر فالمراد بالكفالة هو الضمان ومثاله ان من له الف على الاثنين و عليه ايضا الف لاخر احال الاخر فى الفه على الاثنين بان يأخذ من كل منهما خمسون فنتيجته وصول الفه ورد دينه و هذا لا يحتاج الى قيد الكفالة بل ولا قيد الضمان .

المسألة ﴿الثالثة : اذا أحال المشترى البايع﴾ مثلا ﴿بالثمن﴾ كله أو ببعضه ﴿ثم رد المبيع بالعيب السابق﴾ أو اللاحق فى الثلاثة مثلا أو بالاقالة أو غير ذلك مما يقتضى الفسخ من حينه ﴿بطلت الحوالة كما عن المبسوط والايضاح ، وجامع المقاصد ، وعن مجمع البرهان أنه أقوى ﴿لانها تتبع البيع﴾ فى ذلك .

و فى القواعد بطلت ان قلنا أنها استيفاء فاذا بطل الاصل بطلت هيئة الارفاق كما لو اشترى بدراهم مكسرة فاعطاه صحاحا ثم فسخ فانه يرجع بالصحاح ، وان قلنا انها اعتياض لم تبطل ، كما لو استبدل عن الثمن ثوبا ثم رد بالعيب فانه يرجع

الثمن لاالثوب قال المصنف﴿وفيه تردد﴾اى فى البطلان تردد وفى الجواهر كما عن الارشاد ، بل قيل : وكذا التحرير والتذكرة وغاية المراد وغيرها ، وحيث لاترجيح فيها لكن قد يقال : ان أصالة اللزوم وعقدها واستصحابه يقتضى عدم البطلان ، وهى من توابع البيع بمعنى أنها اقتضت الحوالة بالثمن الذى هو احد أركانه ، لامن توابعه فى البطلان، اذ هى عقد مستقل برأسه ، وان قلنا انها استيفاء لكنه بعقد لازم فلا ينفسخ بانفساخ العقد ، انتهى .

و لايخفى ما فى عدم البطلان اما بناء المسألة على كون الحوالة استيفاء او اعتياضاً فالظاهر هو البطلان على كليهما امالو كانت استيفاء بمعنى ان المحتال استوفى دينه الذى على المحيل فان المحتال وهو البايع لم يكن له على البطلان دين حتى يستوفى من المحال عليه واما لو كانت اعتياضا بمعنى ان الحوالة ناقلة لمال المحتال الى الذمة المحال عليه فكان المحيل يجعل ماعليه من الثمن عوضا عماله على المحال عليه فيبدل الثمن بماله على المحال عليه فيكون عقداً برأسه اما بيع او نظير البيع فبطلانه واضح ايضا اذجعل المشترى الذى هو المحيل الثمن الذى للبايع المحتال الى ذمة المحال عليه فرع صحة البيع فاذا بطل لم يكن للبايع ثمن حتى ينتقله المشترى الى ذمة المحال عليه .

والحاصل ان المشترى احال البايع على ثمن البيع فاذا بطل البيع قد دخل الثمن ثانيا فى ملك المشترى كما يكون له اولا بل بطلان البيع يكشف عن عدم خروجه عن ملكه فلا معنى للحوالة .

وبالجملة قبل بطلان البيع كان الثمن للبايع فصح الحوالة به على الغير وبعد البطلان ليس للبايع ثمن حتى احاله المشترى به فاذا بطل البيع بطلت الحوالة تبعا كونها عقد برأسها مسلم لكنه فيما صح اركان الحوالة لافيما ينتفى موضوعها ،

والحاصل قبل بطلان البيع كانت الحوالة بعنوان كون المشترى محيلا لماله والبايع محتالا اى صاحب دين فبطلان البيع يكشف عن عدم ذلك .

و اما توهم الصحة من حيث ان البطلان من حين الفسخ لامن اصله فكانت الحوالة صحيحة واقعة قبل البطلان فالبطلان الواقع بعدالايؤثرفى الصحة الواقعة قبلا فهواشد فساداً اذالبطلان الواقع بعدا يكشف عن عدم الصحة قبلاوان الثمن لم يكن للبايع

وفى الحدائق مالفظه الثامنة ـ قالوا: اذاأحال المشترى البايع بالثمن ثم رد المبيع بعيب سابق فهل تبطل الحوالة ، لانها تبع للبيع ، فيه تردد فان لم يكن البايع قبض المال فهو باق فى ذمة المحال عليه للمشترى، وان كان البايع قبضه فقد برىء المحال عليه ، ويستعيده المشترى من البايع .

أما لو أحال البايع أجنبياً بالثمن على المشترى ، ثم فسخ المشترى بالعيب أو بأمر حادث لم تبطل الحوالة ، لانهاتعلقت بغير المتبايعين ، ولو ثبت بطلان البيع بطلت الحوالة فى الموضعين .

أقول : تفصيل اجمال هذا الكلام وبيان ما اشتمل عليه من الاحكام يقع فى مواضع : الاول ـ فيما اذا أحال المشترى البايع بالثمن على شخص آخر ، ثم رد المبيع بعيب سابق وفسخ العقد ، فهل تبطل الحوالة أم لا ؟ قدتردد فى ذلك المحقق فى الشرايع والعلامة فى الارشاد .

ومنشأ التردد من جهة ما ذهب اليه الشيخ : من بطلان الحوالة فى الصورة المذكورة معللا ذلك بـأن الحوالة تابعة للبيع ، فاذا بطل البيع بطلت ، لاستحالة وجود التابع من جهة ما هو تابع بدون متبوعه ، و من أن الحوالة ناقلة للمال الى ذمة المحال عليه فقد انتقل ما فى ذمة المشترى من المال الذى هو ثمن المبيع للمحتال الى ذمة المحال عليه ، فلا يبطله الفسخ المتأخر ، لان الفسخ انما يبطل العقد من حينه لامن أصله .

وربما بنى التردد ايضاً وحصول الوجهين المذكورين على أن الحوالة هل هى استيفاء ما على المحيل ؟ ـ نظراً الى عدم اشتراط القبض فيها ولو كان الحقان من الاثمان ، بمعنى أن المحتال استوفى دينه الذى على المحيل بمجرد الحوالة من غير أن

يقبض منه شيئا ولو كانت اعتياضاً كان ذلك بيع دين بمثله .

ولتحقق برائة الاخر وهوالمحيل بمجرد الحوالة ، وعلى هذا تبطل الحوالة لانها نوع ارفاق واذا بطل الاصل بطل مهية الارفاق كما لواشترى شيئا بدراهم مكسرة و تطوع باداء صحاح عوضها ثم فسخ فانه يرجع عليه بالصحاح انتهى فمن جميع ماذكر ظهر صحة القول بالبطلان والله العالم .

ثم انه اذا ظهر البطلان ﴿فان لم يكن﴾ اى ﴿البايع قبض المال فهو باق فى ذمته﴾ أى المحال عليه ﴿للمشترى﴾ لان الفرض انفساخ البيع وانفساخها وليس للبايع بعد ذلك قبضه .

﴿ و ان كان البايع ﴾ قد ﴿ قبضه فقد برء المحال عليه ﴾ للدفع بالاذن ، ﴿ويستعيده المشترى﴾ حينئذ ﴿من البايع﴾ فليس له رده على المحال عليه .

﴿أما لوأحال البايع أجنبيا﴾ له عليه دين ﴿بالثمن ، على المشترى ثم فسخ المشترى بالعيب﴾ السابق ﴿أو بأمر حادث﴾ يقتضى الفسخ من حينه ، ﴿لم تبطل الحوالة﴾ بلاخلاف بل عن شرح الارشاد للفخر، الاجماع عليه ﴿لانها تعلقت بغير المتبايعين﴾ والاصل فيها اللزوم

﴿ولو ثبت بطلان البيع﴾ من أصله لامن حينه ﴿بطلت الحوالة فى الموضعين﴾ و فى الجواهر لظهور عـدم اشتغال ذمة المحال عليه وان قلنا بجواز الحوالة على البرىء فان الفرض ارادة الحوالة عليه من حيث ثبوت الثمن فى ذمته فهى حوالة على مافى ذمتة لاعليه ، كما هو واضح فالمال المقبوض حينئذ ، باق على ملك المشترى وله الرجوع به مع تلفه على المحتال وعلى البايع انتهى .

كما اذا ثبت كون المبيع للغير وباعه بدون الاجازة فان فسخ المشترى من الاصل فكأنه لم يقع بيع فلايكون للبايع ثمن على المشترى كى يحيله على من ذمته مشغولة للمشترى .

﴿القسم الثالث فى الكفالة﴾

بالفتح و فى الجواهر ولاريب فى أنها من العقود الصحيحة ، بل فى محكى التذكرة أنها كذلك عند عامة أهل العلم ، ولكنها مكروهة ، بها هلكت القرون الأولى وهى خسارة ، وغرامة وندامة ، والمعروف فى تعريفها أنها عقد شرع للتعهد بالنفس والبحث فى أنها نفس العقد ، أو أثره ، وفى خصوص الالفاظ و المعاطاة فيها على نحو ماتقدم فى البيع و غيره ، وكذا اعتبار المقارنة بين ايجابها وقبولها ، والعربية ونحوها مما يعتبر فى العقود اللازمة انتهى .

قد عرفت ان الكفالة هى التعهد بالنفس اى بالزام الاتيان بالنفس للمكفول له كما سيظهر وفى مفتاح الكرامة بعد قول المصنف [وهى عقد شرع للتعهد بالنفس] قال مالفظه قد طفحت بذلك عباراتهم اى التزام احضار المكفول متى طلبه المكفول له ويصح دخول الخيار فيه مدة معينة خلافا للتحرير بل كل شرط لاينافيها وتصح فيه المعاطاة ولعلها تلزم فى بعض الفروض ويشترط فيه الايجاب ككفلت لك بدن فلان ونحوه كضمنت لك احضاره أو التزمت باحضاره وأنا كفيل والقبول على الفور وكونهما بالعربية من كاملين كما صرح به جماعة لانه عقد لازم .

وفى (جامع المقاصد) انه سيأتى أنه يصح التكفيل بالاعيان المضمونة فلايتناولها هذا التعريف (قلت) انما يأتى له صحة ضمانها لا كفالتها لكن قال فى التحرير هى التعهد بالنفس غالبا ولعله أشار الى ماسنذكره عند قول المصنف بصحة كفالة بدن الصبى والمجنون من أنه تصح الكفالة ببدن الدابة اذا جنت على آدمى أو أتلفت مالا بتفريط صاحبها لاقامة الشهادة على صورتها بل قلنا بصحة كفالة الكتاب ونحوه لاقامة الشهادة على صورته وقد يكون أشار الى ما سنذكره فى كفالة العبد الابق .

(وقال فخر الاسلام) الكفالة فى مذهبنا انما تصح بشرط أن يكون على المكفول للمكفول له حق شرعى والحق أعم من ان يكون دينا أو عينا وقيل كل من يستحق احضاره الى

مجلس الشرع فانه تصح كفالة فعلى الاخير وهو الصحيح تصح الكفالة بمجرد الدعوى دون الاول انتهى قوله فلايتناولها هذا التعريف وذلك لان الكفالة بالنفس غير شامل للاعيان المضمونة نعم يمكن الشمول مما حكى عن التحرير من حيث ان النفس غالبية فلاينافى غير غالب ونحوه الكفالة ببدن الدابة وفى الكل كلام .

و انما ينبغى الكلام فى ان الزام الاتيان بالنفس لماذا يكون وعمدة مايصح الاعتماد عليه هو ما قيل كل من يستحق احضاره الى مجلس الشرع يصح كفالته ولكن العمدة فى الكفيل وانه هل يكون فى الحق الذى للمكفول له على المكفول دخيلا بحيث يمكن تسلط المكفول له عليه فى الكفالة اولا بل للكفيل مجرد تبرع بلااختيار كما هومقتضى رضايته المشروطة وليكن فى ذكرمنك لعله ينفعك .

وقال المحقق الخونسارى فى جامعة بعدقول المصنف و هى التعهد بالنفس ما لفظه لااشكال فى مشروعية هذا العقد لأنه من العقود المتعارفة عند العقلاء فيكون مشمولا لدليل وجوب الوفا مضافاً الى الاخبار الخاصة و يقع الاشكال فى أنها هل تعهد بالنفس خاصة أو تعم التعهد بغير النفس كالتعهد بالدابة أو العين المضمونة وأيضاً هل هى تصح بشرط أن يكون على المكفول للمكفول له حق شرعى والحق أعم من أن يكون ديناً أولا يشترط هذا بل يكفى استحقاق الاحضارفى مجلس الشرع فتصح كفالته ؟ لايبعد أن يقال : التعهد بالنفس متيقن وغيره غير معلوم شمول الادلة له حيث ان الادلة لايشمل العقود الغير المتعارفة .

وأما كفاية استحقاق الاحضار فى مجلس الشرع فقديستشكل فيها على فرض تحقق الاستحقاق وعدم الشبهة فيه حيث عدّ من موارده صورة ادعاء المدعى ويشكل من جهة انه مع عدم ثبوت حق للمدعى كيف يستحق المدعى استحضار المنكر نعم مع وجود البينة للمدعى أن يقيم البينة عندالحاكم وللحاكم أن يحكم له و الغائب على حجته فان أقام الحجة على خلاف ما حكم والا فهو محكوم عليه ومع عدم البينة للمدعى أن يحلف المنكر وهل الاحضار حق للمدعى أو يكون من وظائف الحاكم

من جهة لزوم فصل الخصومة والفصل يتوقف على احضار المنكر للتحليف أو النكول أو ردّ اليمين على المدعى يظهر من كلماتهم أنه لو طلب الخصم من الحاكم احضار خصمه للمرافعة وجب عليه اجابته واحضاره .

وادعى عليه الاجماع والظاهر أنه لادليل عليه الا دعوى توقف الحكم على ذلك و ان الحاكم منصوب لاستيفاء الحقوق ويشكل خصوصاً قبل تحرير الدعوى وتحقق كونها مسموعة ومع تسليم ماذكر لم يظهر حق للمدعى بل ولاللحاكم حتى يقال للمدعى حق الاحضار فيجوز أخذ الكفيل الا أن يقال : مع وجوب الحضور على المنكر عند أمر الحاكم تكليفاً يجوز أخذ الكفيل لكنه مع كونه من باب الامر بالمعروف يشكل جوازاخذ الكفيل له ، ومما ذكر ظهر الاشكال فى جواز أخذ الكفيل فى سائر الموارد التى يجب تكليفاً الحضور فيها كالحضور لأداء الشهادة عند الحاكم انتهى .

ولايخفى ان كلامه قده فى صحة طلب المكفول له بنحو العموم وعدمه هو فى الجملة حق وسيأتى كل واحد فى محله لكن الاشكال الذى لنا هو ان الحق الذى للمكفول له على المكفول هل يرتبط بالكفيل بنحو من الارتباط بمعنى انه ايضا دخيل فى التقاص عنه وثبوت الجرم كالحبس اورد المال عليه اولا وعلى الثانى كان للمكفول له ولو بتوسط الحاكم الزامه عليه و هو ينا فى اشتراط رضا الكفيل اذ الرضا مع الاجبار متنافيان .

وعلى الاول اى عدم حق للمكفول له على الكفيل ولايصح الامع رضاه بحيث لو ترك لايكون اعتراض و ملامة عليه فلايصح حبسه او الزامه برد المال ولو التزم بذلك الكفيل بنفسه كان التزاما ابتدائيا نظير الشروط الابتدائية ويكون من الاحسان المحض هذا و ليكن فى ذكر منك حتى تعلم ان الاشكال المذكور مناف مع قوله ﴿ويعتبر رضا الكفيل والمكفول له﴾ وكيف كان فالمقام يحتاج الى كثير من الكلام وتوضيح للمرام .

ومن جملتها اعتبار رضا الكفيل وكيف يجتمع الرضا له مع الحكم بانه ان لم يأت بالمكفول لزم حبسه او اداء ما عليه والكفيل يعلم هذا الحكم قطعا فكيف يرضى به اللهم الاان يقال بعدم المنافات لاقدامه على جميع المحذورات ومنها كيف يستفاد من الاخبار التخيير و منها كيف يكون عليه دفع المال و فى مفتاح الكرامة عند قوله :

﴿ ويعتبر فيها رضا الكفيل والمكفول له ﴾ قال ما لفظه بلا خلاف كما فى المفاتيح والرياض ولانعلم خلافا فى اشتراط رضا الكفيل وكذا يعتبر رضا المكفول له كما فى التذكرة وقد حكى الاجماع عنها عليهما جماعة و لعله لا نهم فهموا منها نفى الخلاف بين المسلمين كما هو الظاهر (قلت) أما اشتراط رضى الكفيل فظاهر كما فى مجمع البرهان لان اثبات حق له من دون رضاه على شخص آخر باطل وأما اشتراط رضى المكفول له فلان اثبات حق على شخص لاعلى وجه يثبت كونه قهريا يتوقف على رضاه انتهى .

وكيف كان فظاهر الروايات كراهة الكفالة ولعل وجهه لزوم ارسال المسلم للحبس فروى فى الكافى عن حفص بن البخترى فى الصحيح «قال : أبطأت عن الحج ، فقال لى أبوعبدالله عليه السلام : ماأبطأبك عن الحج؟ فقلت : جعلت فداك تكفلت برجل فخفر بى فقال : مالك و الكفالات ، أما علمت أنها أهلكت القرون الاولى ، ثم قال: ان قوماً أذنبوا ذنوباً كثيرة فأشفقوا منها وخافوا خوفاً شديداً ، فجاء آخرون فقالوا: ذنوبكم علينافانزل الله عزوجل عليهم العذاب، ثم قال تبارك وتعالى: خافونى وأجترأتم على » والخفر نقض العهد .

وروى الشيخ فى التهذيب عن أبى الحسن الخزاز « قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول لابى العباس الفضل بن عبد الملك : ما منعك عن الحج ؟ قال : كفالة تكفلت بها قال مالك والكفالات أماعلمت أن الكفالة هى التى أهلكت القرون الاولى» وروى الصدوق فى الفقيه مرسلا وقال الصادق عليه السلام : الكفالة خسارة غرامة ندامة» .

وباسناده عن اسماعيل بن جابر « عن أبي عبدالله عليه السلام ، انه قال : لاتتعرضوا للحقوق ، فاذالزمتكم فاصبروالها .

وروى الشيخ باسناده عن داود الرقي قال : قال : ابوعبدالله عليه السلام مكتوب في التورية كفالة ندامة غرامة » وكيف كان فالكفالة هي المتعهد بالنفس بمعنى الالتزام باحضار المكفول متى طلبه المكفول له، وهوهنا بمعنى الفاعل وان كانت هذه الصيغة تصلح للمفعول أيضاً ، وظاهر الروايات هومرجوحية الكفالة .

ولعله يؤيد مافي ذهني من عدم صحة الكفالة المستلزمة للحبس اواداء المال الا في مورد صح اجباره الحاكم او المكفول له كما سيأتي .

﴿و﴾ كيف كان فيحتاج العقد الى الايجاب من الكفيل والقبول من المكفول له ومن هنالم يكن اشكال بل ولاخلاف في أنه ﴿يعتبر رضا﴾ هما أي ﴿الكفيل والمكفول له﴾ وفي الجواهر بل الاجماع بقسميه مضافا الى معلومية عدم الالتزام بحق من دون رضى الطرفين انتهى قد عرفت ان الاشكال في ان رضاه كيف يجتمع مع حبسه واخذ المال منه وانما يصح مع اخذه قهراً ولو بدون رضاه ولا بد من حل ذلك والا لم يصح المسألة الاتية فانتظرلها .

وكيف كان فالمعتبر رضا الكفيل والمكفول له ﴿دون المكفول عنه﴾ قال في محكي التذكرة : ولابدفيه من صيغة دالة على الايجاب والقبول ، فيقول الكفيل: كفلت لك بدن فلان ، أوأنا كفيل باحضاره ، أوكفيل به أونفسه ، أوببدنه أو بوجهه او برأسه ، لان ذلك يعبر به عن الجملة و حينئذ فلابد من وقوعها بين اثنين ، و هما الكفيل والمكفول له ، ولابد من رضاهما .

﴿ و ﴾ كيف كان ف ﴿ تصح حالة ومؤجلة على الاظهر ﴾ وفي الجواهر بل لاخلاف في الثاني ، بل في الروضة أنه موضع وفاق على معنى الكفالة الى شهر ، فيلزمه احضاره بعد الشهر نحو الاجل في الدين وغيره أما لوقال : كفلته شهرا بمعنى التعهد به في ضمن الشهر ، فعن التحرير صحتها ، وسماها الموقتة انتهى .

قال فى الحدائق المشهوربين الاصحاب (رضوان الله عليهم) أن الكفالة تصح حالة ومؤجلة ، للاصل ، ولان الحضور حق شرعى فلا يمنعه الحلول ، ومنع الشيخ فى النهاية والشيخ المفيد الكفالة الحالة ، قالا: لايصح ضمان مال ولانفس الابأجل معلوم ، و تبعهما ابن حمزة ، وهو الظاهر من كلام السلار ، ولابن البراج قولان ، وسوغ فى المبسوط الحالة، وبه قال ابن ادريس وجملة المتأخرين لما تقدم انتهى.

اقول ان اريد بالحال هوالحال الحاضربلامهلة عرفية فهو بعيد فى الغاية ولا اظن ارادة القائلين بالحال هوذلك لندرته بل استحالته غالباً وان اريد به مع الاجل القليل كساعة اويوم فهويكون من المؤجل فعليه لامعنى للحال غاية الامران المؤجل تارة مدته كثيرة كشهراوشهرين اوازيد كما اذا ادعى الكفيل خروج المكفول من البلد واخرى مدته قليلة كما اذا اطلع عن حاله و مكانه فجعل الاجل يوماً او يومين مثلا ونحو ذلك فعلى اى حال ليس الا مؤجلا .

والحاصل ان الكفالة غالبايحتاج الى مدة حتى يتمكن من الوصول اليه فاحضره فلا تصح حالاً الا اذا كان المكفول حاضراً عند الكفيل بمعنى كونه مخفياً مثلا فى بيته اوبيت اقرانه بحيث يقدر على الوصول والظفر اليه وهونادر جداً فالمتبادر عن الكفالة هو كونه مع المدة بمقداريمكن للكفيل الظفر اليه .

وحينئذ كان الاطلاق منصرفاً الى ذلك فالمدة حينئذ داخلة فيه بنحو الاجمال

ومن ذلك ظهرما فى المتن من قوله ﴿ ومع الاطلاق يكون معجلة ﴾ وذلك لانه ليس كالبيع الذى كان مقتضى اطلاقه التعجيل الاان يقيده بالاجل وبالجملة كون الاجل فى الكفالة مقدرة ولو بقليل مثل يوم اويومين وذلك لان الفرض عدم وجود المكفول وهويحتاج الى زمان الظفر عليه وهومتوقف على مضى زمان والمعجل لايحتاج الى زمان وهما متنافيان فالاجل مطوى فى الكفيل فمع اطلاق العقد لابدله من المدة اما مطلقاً ان لم يقيده بوقت واما معلوماً ان عين وقته فالقيد يحتاج لمقدار المدة المطوية فى الاطلاق حيث ان الكفيل اذا التزم باحضار المكفول فلاجرم اما ان يعين مقداره

كى لايكون نقضاً للغرض لامكان ان يؤخر الاحضار واما ان لا يعين ذلك الاحضار فالكفالة مشتملة على الاجل فان شاء عينه فلم يكن للمكفول المطالبة من الكفيل الابعد الاجل وان شاء لم يعينه فله المطالبة فى اى وقت شاء .

﴿واذا اشترط الاجل﴾ على القول بعدم دخول الاجل فيه ﴿فلابد أن يكون معلوماً﴾ على وجه لايختلف زيادة ونقصاً غاية الامر على القول بلزوم الاجل لايحتاج الى شرط الاجل بل يحتاج الى تعيينه ان شاء و على القول بصحة الحال و اراد مع الاجل لزم تعيينه .

وفى الحدائق ثم انه متى اشترط الاجل وجب أن يكون معلوماً كما فى غير هذا الموضع لما فى الجهالة من الغرر ، اذليس له وقت يستحق المطالبة فيه كغيره من الاجال ولا خلاف فى ذلك الا لبعض العامة ، حيث جوز أن يكون الاجل هنا مجهولا لاشتمال الكفالة على التبرع فيتسامح فيها كالعارية .

ورد بأن العارية غير لازمة فلا يقدح فيها الاجل المجهول ، لجواز المطالبة بالمستعار فى الاجل وان كان معلوماً انتهى .

و ليت شعرى بان الكفالة لو كانت مشتملة على التبرع فكيف يصح حبسه لولم يحضره او اخر المال منه كما سيأتى .

وكيف كان فلا اشكال ﴿و﴾ لاخلاف فى أن ﴿للمكفول له ، مطالبة الكفيل بالمكفول عنه عاجلا ان كانت﴾ الكفالة ﴿ مطلقة أومعجلة ، وبعد الاجل ان كانت مؤجلة ، فان سلمه تسليما تاما ﴾ بحيث ، يتمكن المستحق منه ﴿ فقد برء ﴾ وفى الجواهر مما عليه من حق الكفالة ، ﴿ وان امتنع ﴾ الكفيل عن ذلك ﴿ كان له حبسه ﴾ و فى الجواهر عن الحكم بـ ل وعقوبته عليه ﴿ حتى يحضره أو يؤدى ما عليه ﴾ كما عن النهاية ، والسرائر ، والنافع .

قال فى الحدائق للمكفول له مطالبة الكفيل باحضار المكفول عاجلا ان كانت الكفالة مطلقة أومعجلة ، وبعد الأجل ان كانت مؤجلة ، فان أحضره وسلمه فقد برىء

والا وجب حبسه حتى يحضره أويؤدى ماعليه ، كذا ذكره بعض الأصحاب انتهى.

ولايخفى ان الاخبار الواردة فى المقام غير ظاهر فى التخيير المصرح به فى المتن كما سيأتى ثم ان المراد بما عليه ماذا فهل هوجرم المكفول من الدية الثابت عليه اوما قبل الكفيل اداءه لولم يحضره المكفول .

واما الروايات الباب فمنها ماعن عمارفى الموثق عن أبى عبدالله عليه السلام « قال: أتى اميرالمؤمنين عليه السلام برجل تكفل بنفس رجل فحبسه وقال أطلب صاحبك » .

ورواه الشيخ فى التهذيب عن عمار بن مروان عن جعفر عن أبيه عن على عليهم السلام مثله .

وما رواه الشيخ فى التهذيب عن اسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه عليهم السلام أن علياً عليه السلام أتى برجل كفل برجل بعينه فأخذ بالمكفول فقال : احبسوه حتى يأتى بصاحبه » .

وما رواه فى الفقيه عن سعد بن طريف عن الاصبغ بن نباتة « قال : قضى اميرالمؤمنين عليه السلام فى رجل تكفل بنفس رجل أن يحبس، وقال له : أطلب صاحبك و قضى عليه السلام أنه لاكفالة فى حد » اى لايصح الكفالة فى الحدود فاذا تعلق حد على احد وفرّعنه لايصح الكفالة فى احضاره وفى كتاب الفقه الرضوى على ما نقله عنه فى كتاب بحار الانوار روى اذا كفل الرجل بالرجل حبس الى أن يأتى بصاحبه و فى الحدائق بعد نقل الروايات قال مالفظه :

أقول: وهذه الاخبارعلى تعددها لم يتضمن أزيد من حبسه حتى يحضرالمكفول والاصحاب (رضوان الله عليهم) قد قيدوا التسليم بكونه تسليماً تاماً ، بمعنى انه لواشترط الوقت والمكان فى العقد فلابد من أن يكون التسليم فى ذلك الوقت وذلك المكان المشترطين، والالم يكن تسليما تاماً، ونحوهما فى بلد العقد ولومع الاطلاق لانصراف الاطلاق اليه عندهم ، وأن لايكون للمكفول مانع من تسليمه ، بأن يكون فى يد ظالم أومتغلب يمنعه منه أوفى حبسه، اويكون المكفول قوياً والمكفول له ضعيفاً

لايتمكن من وضع اليد عليه ونحو ذلك ، فاذا سلمه كذلك كان تسليماً تاماً موجباً لبرائته وخلو عهدته .

ولو لم يتسلمه المكفول له والحال هذه قيل : سلم الى الحاكم ان أمكن الى ان قال أما لوا متنع التسليم فقد عرفت من الاخبار المتقدمة أن للحاكم حبسه حتى يحضره ، والاصحاب قد ذكرواهنا أن للحاكم حبسه حتى يحضره ، وله عقوبته عليه كما فى كل ممتنع عن اداء الحق .

و فيه أن غاية مادلت عليه الاخبار المتقدمة هو الحبس حتى يحضره ، وهذا كاف فى عقوبته فلا معنى لعقوبته زيادة على ذلك ، لعدم الاذن فيه شرعاً انتهى .

وقال فى الجواهر بعد الاخبارالا أنها كماترى ليس فى شيء منها التخيير بين الاحضار والاداء كما هو ظاهر الجماعة المقتضي وجوب القبول على المستحق مع بذله بل الاول خاصة، ومن هنا كان المحكى عن التذكرة وغيرها عدم وجوب القبول على المكفول له اذا بذل الكفيل له الحق ، لعدم انحصار الغرض فيه ، اذ قد يكون له غرض لايتعلق بالاداء ، أوبالأداء من الغريم لامن غيره ، فله حينئذ الزامه بالاخبار خصوصا مما لابدل له ، كحق الدعوى ، أوفى ذى البدل الاضطرارى كالدية عوض القتل ، ومهر المثل عوض الزوجة ، واختاره فى المسالك والرياض ثم ناقش فيها اولاوثانياً وثالثاثم قال وعلى كل حال فماذكره المصنف والجماعة،لايخلومن قوة انتهى

و لايخفى عدم معلومية وجه القوة بعد صراحة الاخبار بالحبس لو لم يأت بالمكفول فالواجب عليه هواحضار المكفول ولايبرء الذمة الابه والافالحبس ثم انك قد عرفت انه ان كان بناء الكفالة على التبرع فليس له الحبس اذ هومجرد احسان وما على المحسنين من سبيل فلاعليه الحبس ولافى المال وان لم يكن بنائه على التبرع بان كان الكفيل ممن له دخل فى المؤاخذة كما اذا كان من متعلقات المكفول وارحامه ابناً اواباً اواختاً اوصديقاً فكفل عنه بانه ان لم يات به كان عليه كذا وكذا صح لامحالة لكن ليس هذا القيد مضافا الى منافاته مع رضاه فى عباراتهم مثل ان فرت

زوجة رجل فكفل اخيها باحضارها ونحو ذلك .

قال في الحدائق ثم انهم ذكروا أنه ان سلمه بعد ذلك فلا كلام ، وان أبى وبذل ما عليه فقد صرح الشيخ وجمع منهم المحقق في الشرايع وغيره كما قدمنا الاشارة اليه ببراثة ذمته من الكفالة لحصول الغرض من الكفالة .

ورد بأنه على تقدير تمامه انما يصح فيما يمكن أخذه من الكفيل كالمال ، ولولم يكن كذلك كالقصاص وزوجية امرأة والدعوى بعقوبة توجب حداً ، فلابد من احضاره .

وذهب جمع من الاصحاب منهم العلامة في التذكرة الى أنه لا يتعين على المكفول له قبول الحق ، بل له الزامه بالاحضار مطلقا ، وهذا هوظاهر الاخبار التي قدمناها ، كما أشرنا اليه ذيلها ، وأصحاب هذا القول علّلوا ما ذكروه بعدم انحصار الاغراض في أداء الحق ، وقد يكون له غرض لايتعلق بالاداء ، أوبالاداءمن الغريم لامن غيره ، وخصوصاً فيما له بدل ، فانه بدل اضطراري لاعين الحق الذي يتعلق الغرض غالباً بحصوله .

وانت خبير بمافي هذا التعليل العليل من تطرق المناقشة ، فان البناء على هذه الاغراض انمايصح فيمالو كانت حقوقاً شرعية لامجرد التشهي ، والكفالة انما وقعت وترتبت على حق شرعي .

والاظهر في التعليل انما هو الوقوف على ظاهر الاخبار المتقدمة ، حيث ان ظاهرها انحصار الحق في احضار المكفول ، وأنه لاتبرىء الذمة الاباحضاره ، وقبول مابذله عنه من المال المطلوب عنه على تقدير كون متعلق الكفالة المال انما هي معاملة أخرى بمنزلة الصلح ، يتوقف على رضى الطرفين انتهى .

ولايخفى ان مقتضى الاخبار ماذكره وان اللازم هو احضار الكفيل فلاتخيير بينه وبين دفع المال ثم ان دفع المال فهل يرجع به الى المكفول عنه اولا .

وفي الجواهر مالفظه ثم ان الكفيل يرجع على المكفول بماأداه ان كان الأداء

عنه باذنه وان كانت الكفالة بغير اذنه بناء على مشروعيتها ، والفرق بينها وبين الضمان بغير اذنه مع كون الأداء باذنه أن الكفالة لم يتعلق بالمال بالذات ، فيكون حكم الكفيل بالنسبة اليه حكم الاجنبى فاذا أداه باذن من عليه فله الرجوع ، انتهى وفيه تأمل لامكان رده المكفول وقال لم يكن الاداء باذنى .

وفى الحدائق مالفظه اذا عرفت ذلك فاعلم أنه لو تراضيا على قبول المال كما ذكرنا فبذله الكفيل وقبله المكفول له ورضى به عن حقه الذى تعلقت به الكفالة ، فهل يرجع بما دفعه على المكفول عنه ؟ قالوا : ان كان قد كفل باذن الغريم أو أدى باذنه وان كان كفل بغير اذنه فله الرجوع عليه ، وان انتفى الامران ، فان أمكنه احضاره فلم يحضره لم يرجع عليه ، وكذا ان كفل بغير اذنه وأدى بغير اذنه مع تمكنه من مراجعته ، لان الكفالة لم تتناول المال اختياراً فيكون كالمتبرع ، وان تعذر عليه احضاره رجع عليه مع اذنه فى الكفالة ، وفى رجوعه مع عدمه نظر ، وظاهرهم أنه يرجع أيضاً كذا ذكره فى المسالك .

وفيه أن ظاهر صدر كلامه انه اذا كفل باذن الغريم فله الرجوع مطلقا وظاهر كلامه بعد ذلك أنه لا يرجع مع الاذن فى الكفالة الا مع تعذر الاحضار ، فلو أمكن الاحضار لم يرجع ، وهذا هو الاوفق بقواعدهم ، لان الاذن فى الكفالة انما يقتضى تسليم المكفول دون المال ، فمتى أمكن احضاره ودفع عنه المال والحال هذه ، فانه لا معنى لرجوعه به عليه ، لانه كالمتبرع كما تقدم . نعم لو تعذر الاحضار أمكن ذلك لظهور المانع انتهى .

﴿ولو قال : ان لم أحضره كان على كذا لم يلزمه الا احضاره دون المال ولو قال على كذا الى كذا ان لم أحضره وجب عليه ماشرط من المال﴾ كما فى القواعد ومحكى الارشاد والمسألة مشكلة من جهات الاولى من حيث التقدم والتأخر فى العبارة .

فعن الشيخ فى النهاية : ومن ضمن غيره الى أجل وقال : ان لم آت به كان

على كذا وحضر الاجل لم يلزمه الاحضار الرجل ، فان قال : على كذا الى كذا ان لم أحضر فلانا ثم لم يحضره وجب عليه ماذكره من المال .

وعن ابن حمزة ان قدم ضمان المال على الكفالة وعجز عن التسليم يلزمه المال، وان قدم الكفالة على ضمان المال لزمه احضاره دون المال .

وعن ابن البراج : ان قال ان لم أحضره فى وقت كذا فعلى كذا ، فقد قدم ذكر الوقت وأخر ذكر المال لم يجب عليه اذا حضر الاجل الاحضاره دون المال ، وان كان قال : على كذا ان لم أحضره فى وقت كذا فقدم ذكر المال واخر ذكر الوقت وجب عليه اذا حضر الاجل ولم يحضره ـ المال الذى ذكره .

وعن ابن ادريس : الفرق أنه ان بدأ بضمان المال ، فقال : على المال المعين الى كذا ان لم احضره ثم لم يحضره وجب عليه ما ذكره من المال، وان بدأ بضمان النفس ، فقال ، ان لم أحضره عند حلول الاجل كان على كذا ، وحضر الاجل لم يلزمه الاحضار الرجل دون ما ذكره من المال ، لانه بدأ بضمان النفس قبل المال وافترق الامران .

وعن ابن الجنيد : اذا قال الكفيل لطالب الحق : مالك على فلان فهو على دونه الى يوم كذا ، وأنا كفيل لك بنفسه صح الضمان على الكفيل ، بالنفس ، وبالمال ان لم يؤد المطلوب الى الطالب الى ذلك الاجل وسواء قال له عند الضمان : ان لم يأتك به أولم يقل ذلك ، فان قدم الكفالة بالنفس ، وقال أنا كفيل لك بنفس فلان الى يوم كذا ، فان جاء بمالك عليه وهو ألف درهم ، والافأنا ضامن للالف ، صحت الكفالة بالنفس ، وبطل الضمان للمال ، لان ذلك كالقمار والمخاطرة ، وهو كقول القائل ان طلعت الشمس غداً فمالك على فلان غريمك وهو ألف درهم على ، الذى قد اجمع على أن الضمان لذلك باطل .

وعن العلامة فى المختلف : وعندى فى هذه المسئلة نظر ، ثم قال : وقول ابن الجنيد أنسب وفى مفتاح الكرامة عند قول المصنف ﴿ولو قال ان لم احضره كان على"

كذا الى كذا الاحضار ولوقال علىّ كذا انلم احضره وجب عليه ماشرط من المال] قال ماهو لفظه يعنى ان لم يحضره كما فى النهاية والسرائر والنافع وكشف الرموز والتحرير والتذكرة وحواشى الكتاب واللمعة والمهذب البارع والتنقيح والشرائع والارشاد وجامع المقاصد الاان الثلاثة الاخيرة خلت كالكتاب عن القيدالذى قيدناه وهومراد فيها ماعدى الاخيروستسمع كلامه وهوالمحكى عن القطب والىمافى النهاية يرجع كلام القاضى وابن حمزة بتقريب قريب .

(قال القاضى) أن قال أن لم احضره فى وقت كذا فعلىّ كذا فقدم ذكر الوقت واخرذكر المال لم يجب عليه اذا حضر الاجل الاحضاره دون المال وأن قال على كذا أن لم احضره فى وقت كذا فقدم ذكر المال واخر الوقت وجب عليه اذا حضر الاجل ولم يحضره المال الذى ذكره وقال فى الوسيلة أن قدم ضمان المال على الكفالة وعجز عن التسليم لزمه المال فان قدم الكفالة على ضمان المال لزمه احضاره دون المال .

وفى (المهذب البارع) فى شرح عبارة النافع أن المسئلة اجماعية وفى (جامع المقاصد) فى شرح عبارة الكتاب هذا مروى من طرق الاصحاب وقد اطبقوا على العمل به وفى (حواشى الارشاد وجامع المقاصد) ايضاً ان الفارق بين المسئلتين الاجماع والنص ونحوه ما فى غاية المرام فيما حكى عنها و ظاهر كشف الرموز و التنقيح وايضاح النافع الاجماع على ذلك حيث نسب فيها الى الاصحاب انتهى و هذه كلمات الاصحاب .

و اما الروايات ففى الصحيح عن الكافى « قال قلت لابى عبدالله عليه السلام : رجل كفل لرجل بنفس رجل فقال ان جئت به والافعليك خمسمائة درهم قال : عليه نفسه و لاشىء عليه من الدراهم ، فان قال : علىّ خمسمائة درهم ان لم أدفعه اليك قال : تلزمه الدراهم ان لم يدفعه اليه» هكذا فى رواية الكافى، وفى رواية الشيخ فى التهذيب هكذا » فقال : ان جئت به ، والافعلى خمسمائة درهم » الخبر.

وما رواه فى الفقيه والتهذيب عن ابى العباس فى الموثق عن ابى عبدالله (ع) «قال : سألته عن الرجل يتكفل بنفس الرجل الى أجل ، فان لم يأت به فعليه كذا و كذا

درهماً ، قال : ان جاء به الى الاجل فليس عليه مال ، وهو كفيل بنفسه أبداً الا أن يبدأ بالدراهم ، فان بدأ بالدراهم فهو لها ضامن ان لم يأت به الى الاجل الذى أجله » .

والروايتان مشكلة اولا من حيث عدم الفرق فى التقدم والتأخر من حيث المال وثانياً من حيث عدم دليل على الالزام بل يكون داخلا فى الاحسان من حيث اقدامه على اتيان المكفول ولم يجعل له شيئاً فى اتيانه وظاهر النص و الفتوى انه ان قدم الالتزام بالنفس على المال فاحضاره واجب دون المال وان قدم المال فعلى فرض عدم احضاره فالمال عليه .

وحينئذ يرد عليه الاشكال العظيم بعدم الفرق بين تقدم الشرط على الجزاء او العكس وان كان مقتضى القواعد النحوية تقدم الشرط لكن قد يخالف ذلك لجهات كمقام الضرورة الشعرية اوتوافق السجع والقافية اونحو ذلك و لكن ذلك لا يوجب تغيير المعنى اصلا فكما صح قوله ان اتيتنى اكرمك فكذلك صح قوله اكرمك ان اتيتنى من غير فرق فى ذلك فجميع الفتاوى المشتمل على الفرق جموداً على النص باطل اذ اللازم اولا رفع اشكال النص ثم الفتوى على طبقه وهذا احد الاشكالات

والاشكال الثانى اختلاف مضمون الروايتين فان مفاد ماحكى عن الكافى انه ان لم ائت به فعليك خمسمأة فهو لا يصح بحسب المعنى المقصود اذ الظاهر على فرض عدم الاتيان دفع خمسمأة درهم لا اخذه لوضوح ان الاعطاء ليس جزاء لعدم اتيان المقصود لجواز التعمد الى عدم الاتيان لاجل الاخذ فالجزاء الصحيح هو دفع خمسمأة لو لم يحضره فرواية الكافى وان كان اصح واضبط ولكن لا يصح مضمونها فى المقام بخلاف رواية المحكية عن التهذيب فان ظاهره دفع خمسمأة درهم لو لم يأت بالنفس

والاشكال الثالث انه عليه السلام حكم فى جواب اخذ خمسمأة عدم لزوم الدفع حيث قال عليه السلام عليه نفسه ولا شيئى عليه فانه ظاهر بل صريح فى انه لم يلزم عليه الدفع مع ان سئواله الاخذ فتدبر وما عن التهذيب سالم عن هذا الاشكال والاشكال الرابع ان صحة ذلك اما ان يكون على نحو الجعالة بان يقول الكفيل ان اتيت بالرجل فلى كذا

وكذا ولازمه كذا وكذا ان اتى به والا فلا شيىء له ولاعليه من حبس اوعقوبة واما ان يكون على التبرع و الاحسان من دون جعل اجرله و لا عقوبة عليه فان اتى حينئذ بالرجل فهو احسان محض والافلا شيئى عليه . الثالث ان يكون يسرى عليه ما على المكفول له بان يكون من ارحامه ومتعلقاته أباً اواخاً اوصديقاً ونحوذلك بحيث يمكن للكفيل اخذه قهرا والاقل كما ترى وكذا الثانى لان لازمه عدم شيئى عليه لولم يأت بالرجل والثالث صحيح لكنه ليس كلامهم فيه وعدم تذكرمنه اصلا .

وبالجملة لايصح الالتزام من الغير خصوصا بمثل الحبس وعقوبات اخرعلى فرض المخالفة الا فرض تسلط المكفول له على الكفيل اما بنفسه اوبتوسط الحاكم اوالحاكم بنفسه والا فاما تبرع اوشرط ابتدائى .

وبالجملة الالزام على الاتيان بالنفس او اعطاء الدراهم انمايصح على رجل يكون مقصراً فى حق المكفول له وحينئذ صح ان يلتزمه بنفس المكفول اواعطاء الدراهم وأما من لم يكن له دخل فى اضرار المكفول له بسبب المكفول وكان بالنسبة اليه اجنبيا كيف يجب عليه بنفس قوله والزامه ابتداء برد المكفول اواعطاء الدراهم وهذا الجرم العظيم كيف ثبت على ذمته بنفس قبول هذا الامر الذى يكون قبوله وعدمه باختياره .

وفى الحدائق بعد نقل الروايتين قال وقدأطال شيخنا الشهيدالثانى فى المسالك الكلام فى هذه المسئلة بنقل ماوقع فيها من الاقوال ، والمناقشة فى كل منها ، ووجه الاشكال فى الخبرين المذكورين ، وخروجهما عن مقتضى القواعد .

ونحن نذكرهنا ملخص ذلك ليتضح به الحال ، ويظهر به مافى الخبرين المذكورين من الاشكال ، وذلك فان ظاهر الخبرين الاشتمال على حكمين مختلفين ، ومسئلتين متغايرتين باعتبار الفرق بين تقديم الجزاء على الشرط ، وتأخيره عنه ، مع أن ذلك لامدخل له فى اختلاف الحكم ، لان الشرط وان تأخر فهو فى حكم المتقدم ، الا أن الجماعة جمدوا على النص ، ومع ذلك فان جملة منهم لم يقفوا على قيوده ، فان الشيخ و

المحقق فى الشرايع والعلامة فى الارشاد والقواعد ذكروا لزوم المال فى المسئلة الثانية غير مقيد بقيد ، مع أنه مقيد فى الخبرين بقوله فى الاولى ان لم يدفعه اليه ، وفى الثانية بقوله انلم يأت به الى الاجل الى آخره ، وقد تفطن لذلك المحقق فى النافع فقال : كان ضامنا للمال ان لم يحضره الى الاجل، وكذلك العلامة فى التحرير والتذكرة .

ثم ان جملة منهم جمدوا على النص ولم يلتفتوا الى تعليل فى دفع مااشتمل عليه من المخالفة، لمقتضى القواعد كما هوطريقة الشيخ فى النهاية، ومنهم من التجأ الى أن الحكم فى المسئلتين اجماعى ، ومع ذلك فانه منصوص ، فلايمكن العدول عنه بمجرد التباس الفرق بين الصيغتين، وعلى هذا بنى الشيخ ابن فهد فى المهذب وتبعه المحقق الشيخ على فى شرح القواعد .

وفيه نظر لعدم تحقق الاجماع المذكورومنهم من اكتفى بمجرد الدعوى كابن ادريس على ماتقدم فى كلامه، وهو فرق بمجرد الدعوى لايتحصل له فائدة ، ولهذا قال المحقق فى نكت النهاية فى رده : ان الشرط متقدم على المشروط طبعاً فلاعبرة بتأخره وضعاً ، و منهم من علل ذلك بعلة ظنها وافية بالمراد ، خالية عن الايراد ، كالشيخ (رحمة الله عليه) حيث ذكر أن السر فى لزوم المال اذا قدمه براثة ذمة المضمون عنه ، فيمتنع الكفالة ، و اذا قدم الكفالة كان الضمان المتعقب لها لكونه معلقا على شرط باطلا ولمنافاة الضمان صحة الكفالة و هذا السر الذى أظهره ناش من عبارة العلامة فى القواعد و الارشاد ، و المحقق فى الشرايع حيث أطلقوا لزوم المال فى المسئلة الثانية ، وقد عرفت مما قدمنا ذكره أنه فى الرواية مشروط بعدم احضاره ، فتكون الكفالة أيضاً صحيحة ، وان تأخرت عن ذكر المال .

هذا مع أنه مع تقديم المال قد جعل ضمانه مشروطاً بعدم احضاره ، فكيف يقال : ببراثة ذمة المضمون عنه حتى تمتنع كفالته ؟ وما هذا الارجوع الى فرق ابن ادريس الذى لم يجد نفعاً ، و مع تقديم الكفالة قد ذكر فى الرواية أن جاء به الى

الاجل فليس عليه مال ، ومفهوم الشرط أنه انلم يجيء به لزمه المال، فدل بمفهومه على خلاف ماذكره الجماعة ـ وأبدأوه من الفرق الا أن لايقولوا بمفهوم الشرط .

أقول : لايخفى ان فهم هذا الحكم الذى ذكروه واختلفوا النفصى عن صحته من الرواية الاولى انما يتم على تقدير رواية الشيخ لها فى التهذيب كما تقدم ذكره وأما على رواية الكافى فان الظاهر أن القائل بقوله « ان جئت به والافعليك خمسمأة درهم » انما هو المكفول له خاطب بذلك الكفيل ، كما هو ظاهر سياق الرواية ، و حينئذ فقوله عليه السلام : « عليه نفسه و لا شيء عليه من الدراهم » ظاهر ، لان مقتضى الكفالة احضار المكفول خاصة، وماشترطه عليه المكفول له لغو من القول، لاعبرة به ، ولاأثر يترتب ، وحينئذ فلاتكون هذه الرواية من المسألة فى شئى انتهى بطوله ونظيره مافى الجواهر فانه قد نقل بعض الاقوال وبين مراد هم واورد عليهم .

ومع ذلك لم يحصل من ذلك الاتطويل بلاطائل فقال كما أن الخبرين ظاهران أو صريحان فى وجود عقد الكفالة بغير هذا اللفظ ، وانما ذكره على سبيل الاشتراط الذى يشمله عموم «المؤمنون عندشروطهم» وليس هو بمعنى التعليق المقتضى لبطلان العقد ، و بذلك يصح بالشرط المزبور الا لتزام بالمال المذكور ، وان لم يكن هوعلى المكفول ، وان كان المنساق الى الذهن ارادة اشتراط ماعلى المكفول انتهى .

و مقصوده ان الخبرين ظاهران فى ان عقد الكفالة بغير هذا اللفظ اى كان غيره فيسئل ان هذا الغير ما هو وان هذا الموجود الواقع على سبيل الاشتراط كيف يجب مع انه شرط ابتدائى و كيف يلزم عليه الاتيان بالمكفول بمجرد قوله بالاتيان وكيف يصح التعليق على عدمه رد المال و كيف يجب بهذا الشرط الالتزام بالمال على الكفيل كما هو الظاهر فتأمل فى الجميع حتى تراه افسد مما ذكرنا ايضا من ان الا لتزام بمال ليس عليه كيف كان واجبا عليه ثم قال :

ولعل هذا أولى من المحكى عن الكركى من بيان الفرق بين المسألتين بأنه اذا

قدم براءة الذمة المضمون عنه . بقوله على كذا امتنعت الكفالة حينئذ ، لعدم حق له حينئذ عليه ، فلايلزم الابالمال ، بخلاف مااذا قدم الكفالة، فانه يكون الضمان المتعقب لهالكونه معلقاً على شرط ـ باطلا ، ولمنافاة الضمان صحة الكفالة .

اقول قدعرفت فساد ماذكره ايضا وانه ليس شيء من الالفاظ ينعقد عقدالكفالة به الانفس هذين العبارتين واما عبارة الكركى ره فى بيان الفرق بين المسألتين بانه اذاقدم الخ ففيه اولاليس الكفيل فى مقام براءة ذمة المضمون عنه بل فى مقام دفع مال الى المكفول له لولم يأت به .

وثانياصريح عبارته المحكية انه حينئذ ليس من عقد الكفالة بشيء اصلاولازمه عدم صحة حبسه وعدم اخذ ماالتزم على نفسه ايضا بعنوان الكفالة بل مطلقا لعدم وجوبه عليه بذلك الالتزام .

وثالثا قوله بخلاف مااذا قدم الكفالة الخ ففيه انه لافرق بين العبارتين وانهما من قبيل التفنّن فى العبارة وان العرف فى مقام التكلم والمخاطبة مع الغيروفى مقام تكرار كلام واحديقول تارةمثلاان تأت دارى اكرمك واخرى بعدطول كلام بينهما وفى مقام تكرار الشرط والجزاء تقدم الجزاء ويقول اكرمك ان دخلت دارى ومخاطبه لايفهم من العبارتين شيئين اصلابل فهم وعلم بان مقصوده الاكرام لودخل عليه وهكذا فى جميع الموارد فسواء قال ان زرتنى اكرمك اوقال اكرمك ان زرتنى اوقال ان جئتنى اتتك اواتتك ان جئتنى فلا يفهم منه العرف الاشيء واحد من الاكرام او القتل .

وبالجملة لايكون فى البين مسئلتان بمجرد التقدم والتأخر وهكذا ما اوردعليه بقوله اذهو كما ترى مناف لماعرفته ، من النص والاجماع المحكى وغيره من تقييد لزوم المال فى صورة تقديم الضمان بعدم الاحضار ، وأنه مراد المصنف هنا وانترك ذكره ، ومناف أيضاً للتعليق المقتضى لبطلان الضمان ، بل ولعدم براءة المضمون عنه التى ذكرها ، وبنى عليها بطلان الكفالة .

وذلك لان الاعتماد على النص والاجماع فغير تام كما عرفت مكرراً منا حال الاجماع وان المعيار هو النص لو خلى عن العيوب والاجماعات فى المقام مستند الى هذا النص والكلام فيه فضلا عن النص الوارد فيه حيث لايصح من جهات كما عرفت

نعم ويصح ان يكون وارد فى مقام لزوم احضار الكفيل كصورة اطلاق المكفول اوالزامه الحاكم ومع ذلك لايصح من جهات اخر ولاينفع فى المقام ماذكره الاعلام وقد عرفت عدم الفرق بين المسألتين من حيث تقدم الجزاء على الشرط وان نظاهره مع اتحاد المراد لكثيرة والظاهر من التزام دفع المال هو جريمة عدم اتيانه بالمكفول لالما هو الحق للمكفول له ولايصح على الجعالة ايضا وكيف كان فلاينطبق ذلك على قواعد الفقه ولاقواعد النحو فليكن فى ذكر منك لعله يحدث بعد ذلك امر اواشكل من جميع ذلك طرح الروايتين .

وبالجملة مناط الاشكال ليس تقدم الجزاء على الشرط لماعرفت من عدم الفرق بينهما وانهما لايغيران المراد بل عمدة الاشكال الزام الكفيل نفسه باعطاء الدراهم مع ان الزام الابتدائى كالشرط الابتدائى غير ملزم ثم انه فى الحدائق ايضا مالفظه :

بقى قوله فى تتمة الرواية ، «فان قال» يحمل على قول الكفيل ، بمعنى أنه ان قال ذلك وألزم نفسه المبلغ المذكور لزمه ان لم يدفعه ، وما ربما يقال : من أنه يخالف المشهور ، من أن مقتضى الكفالة أداء المال ان لم يحضر المكفول ـ مردود بما قدمنا ذكره ، من أن غاية مايفهم من أخبارها المتقدمة انما هو احضار المكفول خاصة ، غاية الامر انهما اذا اصطلحا وتراضيا بدفع المال صح ذلك ، والافالحق الذى أوجبته الكفالة انما هو الاحضار خاصة .

نعم يبقى الاشكال بالنسبة الى الخبر الثانى ، قال فى الوافى ـ ونعم ماقال ، بعد ذكر الخبرين المتقدمين على الترتيب الذى قدمناه ونقله الرواية الاولى بما فى الكافى ـ مالفظه : بيان الفرق بين الصيغتين فى الخبرين غير بيّن ولامبين ، وقد تكلف فى ابدائه جماعة من أصحابنا بمالايسمن ولايغنى من جوع ، صوناً لهما من الرد .

وقد ذكره الشهيد الثانى فى شرحه للشرايع ، من أراد الوقوف عليه وعلى مايرد عليه فليرجع اليه ويخطر بالبال أن مناط الفرق ليس تقديم الشرط على الجزاء وتأخيره عنه، كما فهموه ، بل مناطه ابتداء الكفيل بضمان الدراهم من قبل نفسه مرة والزام المكفول له بذلك من دون قبوله أخرى كما هو ظاهر الحديث الاول والحديث الثانى ، وان كان ظاهره خلاف ذلك الا أنه يجوز حمله عليه ، فان قول السائل « فان لم يأت به فعليه كذا» ليس صريحاً فى أنه قول الكفيل وعلى تقدير ابائه عن هذا الحمل يحمل على وهم الراوى ، أوسوء تقريره ، فان صدر الخبرين واحد ، والسائل فيهما واحد ، هذا على نسخة الكافى كما كتبناه .

وأما على نسخة التهذيب الذى نشأت فيها تكلفات الاصحاب فلايتأتى هذا التوجيه ، فان الحديث فيه هكذا « رجل تكفل لرجل بنفس رجل ، فقال : ان جئت به والافعلى خمسمائة درهم» الحديث، والظاهر أنه من غلط النساخ والعلم عند الله انتهى

أقول : بل الظاهر انه من سهو قلم الشيخ ، فانه لايخفى على من نظر الكتاب انتهى .

وكيف كان فلم يظهر لى معنى الكفالة فى الكفيل المختار ابتداءاً وان اقدامه على مثل ذلك الذى لولم يحضر المكفول لزم حبسه اواداء المال هل يحصل له مع رضايته اولا والثانى باطل والاول كيف يقبل الانسان ويرضاه بذلك الامر وعلى فرض القبول كيف يجب فهل الكفالة هى التبرع باداء المال اوالالتزام بالاحضار حتى لوقال الكفيل على احضاره وان لم أحضره فعلى كذا وكذا للزم دفع كذا وكذا فى مقابل عدم احضاره بحيث لولم يدفع للزم حبسه مع انه متبرع محسن فان كان مرادهم ذلك فهو فى غاية الاشكال كما عرفت ولايزيد الكلمات الا اشكالا فى اشكال فلايصح ذلك الا فيما كان مأثوما كما يأتى فى مسألة اطلاق المكفول .

وكيف كان فانما تصح فى الاثم فى حق المكفول له بوجه لامطلقا .

قال فى الخلاف كفالة الابدان تصح وبه قال من الفقهاء ابوحنيفة وغيره وهو

المشهور من مذهب الشافعي وله قول آخر ذكره المروزى فى تعليقه انها لاتصح .

[دليلنا] قوله تعالى لتأتننى به الاان يحاط بكم فطلب يعقوب منهم كفيلا ببدنه وقال اخوة يوسف ليوسف ان له ابا شيخاً كبيراً فخذاحدنا مكانه وذلك كفالة بالبدن وروى ابواسحق السبيعى عن حارثة بن مضرب انه قال صليت مع عبدالله بن مسعود الغداة فلما سلم قام رجل فحمدالله واثنى عليه وقال اما بعد فوالله لقد بت البارحة الى آخر الجمعة (الخطبة ـ خ) فقال استتبهم وكفلهم عشايرهم فاستتابهم فتابوا وكفلهم عشايرهم وهذا يدل على اجماعهم على ان الكفالة بالبدن صحيح وروى المخالفون لنا ان عبدالله بن عمر كان له دين على علىّ عليه الصلوة والسلام فكفلت به ام كلثوم ابنته زوجة عمر بن الخطاب انتهى .

وفيه مالايخفى اذ الظاهر من صدر الاية وقبلها ان اخوة يوسف سئلوا اباهم ان ارسل معهم اخاهم اخروهو بنيامين ويعقوب لم يكن مطمئناً منهم لما فعلوا بيوسف فقال لن ارسله معكم حتى تؤتون موثقامن الله وفى الجمع اى تعطوننى مايوثق به من يمين اوعهدمن الله لتأتننى به اى لترددنه الىّ وهواجنبى عن كفالة النفس المصطلح ولم يكن الاخوة كفيلالاتيان اخ يوسف لان الكفيل من ذهب فى تجسس حال المكفول حتى يظفربه لامن يكون معه فى السفر بل غاية سئوالهم عن ارساله معهم وهو غير مطمئن بهم خوفا لما فعلوا بيوسف فطلب يعقوب منهم اليمين والعهد على عدم اذيته وهو كثيربين الناس ومتعارف فى مورد عدم اطمينان ارسال شخص مع شخص حتى قسمهم وعاهدهم على حفظه وهذا المورد ليس من الكفالة بحيث لوخالف الكفيل حبس اوادى المال ولوسلم كان فى مورد تقصيرهم فى امريوسف .

وقدعرفت صحة ذلك عندى ايضا وكذلك فى قول اخوة يوسف فخذاحدنا مكانه فانه اجنبى عن الكفالة المعروفة عند الفقهاء فانها عبارة عن تعهد الكفيل باتيان المكفول للمكفول له وهنا المكفول له هويوسف والكفيل هو الاخوة جميعا سوى احدهم باقيا عندالمكفول له فالكفيل فى المقام هو الاخوة والمكفول وهوبنيامين حاضر

فلامعنى لاحضاره وانما اراد الاخوة تبديله باخوة اخرى فماالمراد بالكفالة ببدنه فان كان هوالباقى عندیوسف فليس يصدق الكفالة ببدنه فان كان الاخ الذى اذهبوه وهو بنيامين وهو ايضا معهم فلامعنى لاحضاره .

وبالجملة ليس الموردان اللذان ذكرهما قده من الكفيل المصطلح بشىء اصلا

واما مسألة ام كلثوم فمع عدم ثبوته عندنا اولا كما مرفى ج / ٢٠ ص ١٦٩ انه ايضا ليس بكفالة مصطلح بحيث لولم تحضر الكفيل المكفول وهو على بن ابى طالب كان للعثمان حبسه فتأمل فيماذكره وغاية ماذكره فى الموارد الثلاث كانت شبه الضمان لاداء المقصود وفى الخلاف ايضا اذا رهن شيئا ولم يسلمه فتكفل رجل بهذا التسليم صح وقال الشافعى لايصح .

[دليلنا] اناقدبينا ان الراهن يجب عليه تسليم الرهن فصحت الكفالة عنه والشافعى بناء على انه لايجب عليه تسليمه وقدبينا خلافه انتهى وكيف كان فلم يظهر لى الجواز والصحة بمثل ماقال الاصحاب الافيما كان الكفيل مقصرا والله العالم .

﴿ومن أطلق غريما من يدصاحب الحق﴾ اووكيله ﴿قهراً ، ضمن احضاره أواداء ماعليه﴾ وفى الجواهر كما صرح به غيرواحدبل فى الرياض نفى الخلاف فيه على الظاهر ، بل عن الصيمرى الاجماع عليه ، لقاعدة «لاضرر ولاضرار» وفحوى ماتسمعه فى القاتل ولما فى المسالك ومحكى التذكرة وغيرها من أنه غصب اليد المستولية المستحقة من صاحبها فكان عليه اعادتها أوأداء الحق الذى بسببه ثبتت اليد عليه وان كان هوكما ترى ، ان لم يرجع الى ماذكرنا أوالى وجهه أوالى دعوى شمول «على اليد ماأخذت حتى تؤدى» لمثل ذلك انتهى .

وهذه المسألة لها تصور صحيح كما اذا كان الكفيل سببا لفرار المكفول من يدالمكفول له فكان ضامنا لاحضاره وعلى فرض عدم امكانه اوتعمده فى عدم الاحضار كان عليه اداء ماعليه .

وفى الحدائق مالفظه قالوا : من أطلق غريماً من يدصاحب الحق قهراً ضمن

احضاره أوأداء ماعليه ، ولو كان قاتلالزمه احضاره أودفع الدية . والوجه فى وجوب الاحضار فى كل من المسئلتين أنه باطلاقه الغريم قهراً غاصب ، فعليه ضمان ماغصبه باحضاره لان اليد المستولية يد الشرعية مستحقة وبه يتحقق الغصب ، ويبتنى عليه الضمان بالاحضار .

وأما الوجه فى أداء ما عليه فى المسئلة الاولى فانهم عللوه بأنه باطلاقه لـه غصباً فاللازم لـه اما ارجاعه وتسليمه ، أو أداء ما عليه من الحق الذى بسببه ثبتت اليد عليه .

والظاهرأنه يبنى على ماتقدم فى الكفيل الممتنع من الاحضار وتسليم المكفول فان قلنا بالتخيير بين الاحضارودفع ماعليه ثم ماذكروه هنا ، والظاهرأن القائل به هنا بنى على ذلك فى تلك المسئلة .

وان قلنا : بأن الحق الذى اقتضته الكفالة انما هوالاحضار خاصة والرضى بما عليه معاملة أخرى ، تتوقف على التراضى لم يتجه ما ذكروه هنا من التخيير ، وبالنسبة الى دفع الدية فى المسئلة الثانية هوالحيلولة ايضاً بينه وبين غريمه .

ولكن الظاهر تقييد ذلك بعدم التمكن من احضاره وان كان ظاهر كلامهم الاطلاق انتهى .

وفى المسالك قال بعدقوله ومن اطلق غريماً لانه غصب اليد المستولية المستحقة من صاحبها فكان عليه اعادتها اواداء الحق الذى بسببه ثبتت اليد عليه وينبغى ان يكون الحكم هنا كما سلف فى الكفيل الممتنع من تسليم المكفول يطالب بالتسليم مـع الامكان لان يفوض التخيير اليه وحيث يؤخذمنه المال لارجوع له على الغريم اذا لم يأمره بدفعه اذلم يحصل من الاطلاق مايقتضى الرجوع انتهى قوله فى الكفيل الممتنع الخ اذا كان فى اصل الكفالة مجبوراشرعا .

قال فى الجواهر مالفظه : لكن فى المسالك «ينبغى أن يكون الحكم هنا كما سلف فى الكفيل الممتنع من تسليم المكفول ، يطالب بالتسليم مع الامكان الا أن يفوض التخيير اليه» .

وفيه : أنه لادليل على ذلك ، بل أصل البراءة يقتضى خلافه ، وخبر القاتل انما هو فى العمد الذى كان الحق فيه القصاص، وقاعدة الضرر لاتقتضى أزيد من التخيير المزبور ، ومن هنا لم أجد غيره ممن تقدم عليه ذكر ذلك هنا ، حتى ممن عين الاحضار فى الكفالة نعم ليس له الرجوع عليه بما أدى اذا لم يكن الاداء باذنه ، كما صرح به غير واحد ، للاصل وغيره انتهى .

وكيف كان فقد ظهر لى عدم صحة الكفالة بمعنى دخوله فى هذا الامر الشديد اختياراً وقد عرفت ماتقدم فى كراهة الكفالة ويمكن حملها على الحرمة فيكون دليلا على عدم جواز الاقدام عليه لقوله تعالى ولاتلقوا بايديكم الى التهلكة وهل يكون تهلكة اشد بمثل الالزام عليه الحبس اودفع المال اختيارا نعم يصح تبرعا لكن له الامتناع فى الاثناء فالمراد بالكفيل الممتنع لو كان ذلك فلا يصح و ان كان غيره فصح .

اللهم الا ان يقال ان ابتداء الامر وان كان امراً اختيارياً ويمكن له تركه لكنه بعد الاختيار صار لازمه بحيث لايمكن امتناعه عما التزم على نفسه وله نظائر مثل الحج الندبى فانه باختياره لكن بعد الدخول فيه يصير واجبا لزم عليه الاتمام لقوله تعالى واتموا الحج والعمرة لله فتأمل .

ثم ان الظاهر ان مسألتنا ليست من فروعات الكفالة بل مسألة مستقلة وكانت من فروعات باب الديات والقصاص كما فى الجواهر حيث قال ما لفظه ثم لايخفى عليك أن الحكم المزبور لما كان ذلك لازم الكفالة أطلق عليه اسمها والافهو ليس من الكفالة المصطلحة قطعاً ، ضرورة عدم العقد فيه ، والظاهر كون التخيير المزور على نحو ما سمعته فى الكفالة ، بمعنى أن له التبرع بالأداء فداء عن الالزام بالاحضار، ويلزم المستحق بالقبول ، وليس له اقتراح الاحضار، فان الضرر ينجبر بذلك اومع التراضى ﴿و لو كان﴾ المطلق بالفتح قهرا ﴿قاتلا﴾ عمداً ﴿لزمه احضاره أو دفع الدية﴾ مع التعذر ولو بموت بل عن الصيمرى الاجماع عليه .

وفي المسالك قال مالفظه لافرق في ذلك بين كون القتل عمداً وغيره اذ القصاص لايجب الا على المباشر فاذا تعذر استيفاؤه وجبت الدية كما لوهرب القاتل عمداو مات ثم ان استمر القاتل هارباً ذهب المال على المخلص وان تمكن الولى منه وجب عليه رد الدية الى الغارم وان لم يقتص من القاتل لانها انما وجبت لمكان الحيلولة وقد زالت وعدم القتل الان مستند الى اختيار المستحق ولو كان تخليص الغريم من يد كفيله وتعذر استيفاء الحق من قصاص او مال واخذ المال او الدية من الكفيل كان له رجوع على الذى خلصه بغير ماذكر في تخليصه من يد المستحق انتهى .

وكيف كان فقد استدلوا عليه بالصحيح عن ابى عبدالله عليه السلام «سألت عن رجل قتل رجلا عمداً فرفع الى الوالى فدفعه الوالى الى أولياء المقتول ليقتلوه ، فوثب عليهم قوم فخلصوا القاتل من أيدى الاولياء فقال : أرى أن يحبس الذين خلصوا القاتل من أيدى الأولياء حتى يأتوا بالقاتل، قيل: فان مات القاتل وهم في السجن قال فان مات فعليهم الدية يؤدونها جميعاً الى أولياء المقتول» .

ولايخفى ان الصحيح غير دال على التخيير الا في صورة التعذر وظاهر المتن هو التخيير مطلقا فاللازم هو العمل بالصحيح ومفاده على القاعدة وان عليهم الحبس في حال الاختيار دون الدية الا اذا لم يمكن الدية كما اذا مات القاتل فيتعين عليهم الدية ثم انك قدعرفت ان المسألة ليست من فروعات الكفالة فالانسب ذكرها في باب القصاص والديات لان القاتل يجب عليه القصاص ومن خلصه من ايدى صاحب الدم لزم عليه ان يأتى بالقاتل كما هو صريح الصحيح .

ثم انهنا فروعاً كثيرة في هذا الباب كلها راجعة الى كتاب القصاص وقد اشار في الجواهر الى بعضها ونحن ننقل عبارته مع ايكال التحقيق في الجميع الى كتابه انشاءالله تعالى فقال مالفظه : ولو هرب القاتل عمداً واستمر فاخذت الدية من المطلق ثم تمكن الولى منه ردها الى صاحبها وان لم تقتص منه لأن وجوبها قد كان للحيلولة المفروض زوالها ، وعدم القتل مستند الى اختيار المستحق، لكن في محكى التحرير

«اذا حضر القاتل هل يقتل ويستعيد الدافع من الاولياء فيه اشكال ، وهل له الزامه بما أدى على تقدير انتفاء جواز قتله فيه نظر» .

وفيه مالايخفى بعد فرض كون الدفع الأول للحيلولة ، لالاسقاط الحق ، والا لم يكن لهم قتله . بل ولارجوع عليه بمأأدى الامع الاذن فى الاطلاق ، فان فيه حينئذ ماعرفت ، والى ذلك يرجع ما فى القواعد «ولو كان قاتلا لزمه الاحضار أوالدية فان دفعها ثم حضر الغريم تسلط الوارث على قتله فيدفع ماأخذه وجوباً وان لم يقتل» ولايتسلط الكفيل - لورضى هووالوارث بالمدفوع - على المكفول بدية ولاقصاص انتهى .

﴿ولابدمن كون المكفول معيّنا﴾ كما صرح به الفاضل وغيره ﴿فلو قال: كفلت أحد هذين لم يصح وكذا لو قال : كفلت بزيد أو عمرو﴾ لم يصح ايضاً ﴿وكذا لوقال : كفلت بزيد فان لم آت به فبعمرو﴾ وكلها واضح ولانطول .

﴿ويلحق بهذا الباب مسائل الاولى﴾ قال فى محكى المبسوط ﴿اذا أحضر الغريم قبل الأجل وجب﴾ على المكفول له ﴿ تسلمه اذا كان لاضرر عليه ﴾ وكذا غير المكان المشترط، ونحوه عن القاضى ﴿و﴾ لكن ﴿لوقيل : لايجب كان أشبه﴾ بأصول المذهب وقواعده .

قال فى الحدائق مالفظه قال الشيخ فى المبسوط : اذا تكفل مؤجلا صح ، فان أحضره قبل الاجل و سأله تسلمه نظر ، فان كان لاضرر عليه لزمه تسلمه ، و ان كان عليه ضرر لم يجب ، وتبعه ابن البراج على ذلك .

والمشهور بين المتأخرين وبه صرح المحقق والعلامة وغيرهما هوعدم الوجوب لانه غير التسليم الواجب ، حيث أن وجوبه مشروط بحلول الاجل، فحقه مخصوص بحلول الاجل فلايجب أن يقبض غير حقه ولايعتد به .

و فى المسالك القول بوجوب تسليمه قبل الاجل للشيخ بشرط انتفاء الضرر والاقوى ما اختاره المصنف من عدم الوجوب لانه غير التسليم الواجب اذ لم يجب

بعد فلا يعتد به ومثله ما لو سلمه فى غير المكان المشروط او الذى يحمل الاطلاق عليه وان انتفى الضرر اوكان اسهل ما ذكر انتهى .

وكذلك فى الجواهر ولوسلم عدم الوجوب لكن الوجوب قد يتعين اذا علم او احتمل وقوع مانع عن قبوله بعداً كما اذا علم قبل الوقت بعدم تمكنه من الطهارة المائية فيجب عليه الطهارة حينئذ او حفظ المـاء لما فى الوقت والفرق بينهما بأن الوجوب هناك على الشخص الواحد فاذا علم بعدم وجود الماء بعد ذلك يجب عليه من باب المقدمة المفوتة وهى كل مقدمة لو لم يحفظها لم يتمكن فى الوقت من اداء الواجب فيجب عليه تسليمه بخلاف المقام فانه فى شخصين لم يجب عليهما قبل الاجل شيئاً فاسداً لان هذا الفرق ليس بفرق بعد كون اللازم على الكفيل احضار المكفول مع امكان عدم التمكن من ذلك عند الاجل فان الامر ليس باختياره فى الجملة لامكان مخالفة المكفول او موته اوحبسه فيجب تسلمه منه وان الكفيل بمجرد احضاره قبل الاجل يبرء عما عليه لو وقع مانع من ذلك بعداً .

نعم كان الوجوب على المكفول له فيما لاضرر له فعلا من التسلم والا فليلحظ ما هو اهم فيرجحه على الاخرى فان عدم القبول كما هو ضرر على الكفيل فكذلك التسلم ضرر على المكفول له فلزم ترجيح ما له مرجح .

وكيف كان فالاول اشبه بل اولى فان الكفيل ادّى ما عليه قبل بلوغ وقته فهو كمن ادى قرضه قبل وصول وقته اذاعلم بعدم قدرته بعد ذلك والفرض امكان تسلمه على المكفول له فهذا لوخلى وطبعه وان لم يجب قبل حلول الوقت لكنه اذا لم يكن مانعاً فى البين فاذاعلم الكفيل بعدم القدرة فى حلول وقته فلاجرم يجب التسلم منه كما اذ اعلم المكفول بحبسه عند جائر فى وقت حلول الاجل نعم ﴿ولوسلمة﴾ فرض الامر بالعكس ﴿و﴾ انه ﴿كان﴾ المكفول له فى حبس جائر قبل حلول الاجل و كان ﴿ممنوعاً من تسلمه﴾ من حيث كونه ﴿بيد قاهرة﴾ عليه ولا يمكنه الخلاص من يده فلامحالة لم يجب عليه القبول ولعدم قدرته لعدم وقت قبوله وحينئذ ﴿لم يبرء

الكفيل﴾ لانه دفعه فى زمان لم يتمكن المكفول له من تسلمه فيكون بمنزلة عدم التسلّم .

﴿و لو كان﴾ المكفول له ﴿محبوساً فى حبس الحاكم﴾ العادل ﴿وجب تسلمه لأنه متمكن من استيفاء حقه﴾ منه ضرورة أنه برفع أمره اليه يخرجه من الحبس ويتمكن من التسلم ولو بأن يحبسه الحاكم ايضاً لمكفول له حتى يخرج من الحبس ﴿وليس كذلك لو كان فى حبس ظالم﴾ .

وفى الجواهر لغلبة عدم التمكن من استيفاء الحق معه ، ولو فرض امكانه ، وجب تسلمه كما أنه لوفرض عدم امكانه فى الاول لم يجب تسلمه وان كان فى حبس عادل كما هو واضح انتهى .

قال فى الحدائق ولو كان فى حبس الحاكم الشرعى لم يمنع ذلك تسليمه ، للتمكن من استيفاء الحق بخلاف ما اذا كان فى حبس الجائر والفرق بينهما واضح فى الاغلب فان الحاكم الشرعى لايمنع من احضاره ومطالبته بالحق بخلاف الجائر فانه قد يمنع فلابد من التقييد بمنعه و الا فلو فرض أن المكفول له قادر على تسلمه من حبس الجائر لصحبة كانت بينه و بينه أو قوة المكفول له أو نحو ذلك فانه فى قوة عدم الحبس بالكلية والاصحاب انما أطلقوا الحكم بناء على الغالب من عدم تسلمه تاماً لو كان فى حبس الجائر انتهى .

وبالجملة الفرق بين حبس الحاكم الشرعى وغير الشرعى واضح لصدق القدرة على الاخذ والتسلم فى الاول بخلاف الثانى .

المسألة ﴿الثانية : اذا كان المكفول عنه غائباً﴾ فى مكان معلوم ومتجاوز مسافة القصر ﴿وكانت الكفالة حالة﴾ وطلبه منه المكفول له ﴿انظر بمقدار مايمكنه الذهاب اليه والعودبه، وكذاان كانت مؤجلة﴾ وطلبه منه ﴿أخر بعدحلولها﴾ وطلبه منه ﴿بمقدار ذلك﴾ .

وفى الجواهر بلاخلاف اجده فى شىء من ذلك، بل عن التذكرة عليه عامة

اهل العلم ، ضرورة اقتضاء وجوب الاحضار الذى هو مقتضى الكفالة ذلك ، والا كان تكليفا بغير المقدور انتهى .

قال فى الخلاف اذا تكفل ببدن رجل فغاب المكفول به غيبة يعرف موضعه الزم الكفيل احضاره ويمهل مقدار زمان ذهابه ومجيئه لاحضاره فان لم يحضره بعد انقضاء هذه المدة المذكورة حبس ابداً حتى يحضره او يموت وبه قال جميع من اجاز الكفالة بالبدن وقال ابن شبرمة يحبس فى الحال ولا يمهل لان الحق قد حل عليه .

[دليلنا] ان من شرط الكفالة امكان تسليمه والغايب لايمكن تسليمه فى الحال فوجب ان يمهل حتى يمضى زمان الامكان انتهى .

قوله حبس ابداً الخ فيه أنه لوخرج عن قدرالكفيل احضاره كيف يصح حبسه ابداً حتى يموت مع أنه لايكلف الله نفساً الا وسعها وتكليف ما لايطاق باطل وغيبته وعدم مجيئه لم تكن مقدوراً للكفيل لامكان عدم ارادة المجيىء مطلقاً فمقدار الذى يمكن للكفيل لزم عليه و الا فيسقط التكليف بالاحضار وليس امره اولى واشد من الواجبات العبادية كالصوم والصلاة الساقطين عند عدم امكان الاتيان بهما .

قال فى الحدائق اذا كان المكفول غائباً والكفالة حالة أو مؤجلة وحل الاجل وهو غائب فان كان الغائب ممن يعرف موضعه ولم ينقطع خبره انتظر بقدر مايمكن الذهاب اليه والعود به وان لم يعرف له خبر ولاموضع وصار مفقود الخبر لم يكلف الكفيل باحضاره ، لتعذره وعدم امكانه ، ولاشىء عليه ، لانه لم يقصر فى الاحضار ليؤخذ بالمال ، كما ذكره جملة منهم ولم يضمن المال ، فلايتعلق به شىء انتهى .

وكما يسقط التكليف بموت المكفول او بحبسه ابداً فى يد ظالم فكذلك بعدم قدرة المكفول له على التسلط عليه اما لكونه فى بلاد بعيدة و اما لعجزه عن تسلم الكفيل و غير ذلك ، نعم ان امكن زوال المانع فقد وجب الصبر الى زمان التمكن .

وعن جامع المقاصد لو وقع فى بلاد الكفر بحيث لايقدر عليه أو فى حبس

ظالم لايمكن تخليصه وجب الصبر الى زمان امكان احضاره ولو رجى تخلصيه بوجه وجب عليه السعى فيه ، ولو احتاج الى بذل مال فاشكال ، انتهى .

وفى المسالك ايضا بعد قول المصنف قال محل الانظار ذلك المقدار بعد مطالبة المكفول له باحضاره لا بمجرد الحلول والمراد من الغايب هنا من يعرف موضعه ولم ينقطع خبره فلو لم يعرف لانقطاع خبره لم يكلف الكفيل احضاره لعدم الامكان و لاشيئى عليه لانه لم يكفل المال ولم يقصر فى الاحضار ولافرق فى الغائب المعلوم محله بين المتجاوز لمسافة القصر وغيره خلافا لبعض العامة انتهى .

فتلخص انه مع رجاء الظفر عليه يجب الصبر ومع القطع بعدمه يسقط الاحضار والظاهر عدم بذل المال ايضا لان ظاهر الاخبار ليس التخيير بين الاحضار اودفع المال بل الحبس لو لم يحضره ومن المعلوم انه مشروط بالقدرة ايضا وفى الجواهر نعم فى المسالك ومحكى التذكرة ومجمع البرهان انما يجب عليه الاحضار عند امكانه ، أما اذا لم يمكن كما اذا غاب غيبة منقطعة لايعرف له موضع ولاخبر ، لم يكلف احضاره لعدم الامكان ولاشيء عليه ، لأنه لم يكفل المال ، بل قيل : انه ظاهر الباقين أيضاً لكن فى القواعد لو هرب المكفول أوغاب غيبة منقطعة فالأقرب التزام الكفيل بالمال أواحضاره مع احتمال براءته ، ويحتمل الصبر انتهى وفيه ماعرفت .

المسألة ﴿الثالثة : ﴾ ذكر غير واحد من الاصحاب بل لا اجد فيه خلافا انه ﴿اذا تكفل بتسليمه مطلقا ، انصرف الى بلد العقد﴾ وفى الجواهر وهو ان سلم ، ففيما اذا كان العقد فى بلد المكفول له أوبلد قراره اما اذا كان فى برية أوبلد غربة قصدهما مفارقته سريعا بحيث تدل القرائن على عدم ارادته، ففى المسالك أشكل انصراف الاطلاق اليه انتهى .

بل لاينصرف اليه قطعا لان الانصراف من حيث ان مورد الوقوع كان منظوراً فيه اولاحد هما لااقل لافيما يقطع بخلافه كما لو وقع العقد فى مكان لم يكونا باقيين فيه الاساعة ثم يرحلان فاطلاق العقد ينصرف الى بلد المكفول له مع بنائه على بقائه فيه وعدم ارتجاله منه والافينصرف الى مكان قراره اذا علم المكفول له والكفيل ذلك

هذا كله فيما لم يشترط المكان المعين والافيجب عملا بالشرط ان لم يكن ذلك المكان معدا للعصيان ايضا او مستلزما للفتنة و النزاع والا ففى كل مكان لم يستلزم ذلك كما اشار اليه بقوله ﴿ و ﴾ لاخلاف فى أنه ﴿ ان عين موضعا لزمه ﴾ لقاعدة المؤمنون وغيرها ﴿ و ﴾ حينئذ فـ ﴿ لو دفعه فى غيره لم يبرء ﴾ اذا لم يتسلمه المكفول له برضى منه ، لعدم كونه تسليما تاماً ﴿ وقيل ﴾ والقائل الشيخ والقاضى كماعرفت ﴿اذا لم يكن فى نقله كلفة ولافى تسلمه ضرر، وجب تسلمه وفيه تردد﴾ من الصنف ولاتردد فيه .

قال فى الحدائق المشهورفى كلام جملة منهم أنه اذا تكفل بتسليمه فى موضع معين وجب عملا بالشرط ولايبرء بالدفع فى غيره .

وقال الشيخ فى المبسوط : اذا تكفل على أن يسلمه اليه فى موضع ، فسلمه فى موضع آخر ، فان كان عليه مؤنة فى حمله الى موضع التسليم لم يلزم قبوله ، ولا يبرء الكفيل ، وان لم يكن عليه مؤنة ولاضرر لزمه قبوله ، كما ذكرنا فى الاجل سواء وتبعه ابن البراج فى ذلك .

ورد الاصحاب بماردوا به قوله فى سابق هذا الموضع من أن حقه انما هو فى ذلك الموضع المشترط ، فلايجب عليه القبول فى غيره ، لانه ليس حقه ، وأما اذا تكفل بتسليمه مطلقاً ولم يعين موضعاً فظاهرهم أن الاطلاق ينصرف الى بلد العقد لانه المفهوم ، وقد تقدم الكلام فى ذلك فى فصل السلم فى كتاب البيع ويشكل ما ذكروه بما لو كان محل العقد مكاناً لارجوع لهما اليه كبرية اوبلد غربة ، يقصدان مفارقته ، و نحو ذلك ، الا أن تـدل القرائن على استثناء مثل ذلك ، و خروجه عن الاطلاق .

ونقل فى المختلف عن الشيخ فى المبسوط : أنه اذا أطلق موضع التسليم وجب التسليم فى موضع الكفالة ، ثم نقل عن ابن حمزة أنه يلزمه التسليم فى دار الحاكم أو موضع لايقدر على الامتناع ، ورده قال : لنا انه اطلاق لموضع التسليم

فتعين موضع العقد كالسلم ، ولعدم أولوية بعض الامكنة انتهى .

والاقوى تعين مكان الشرط والافبلد العقد ان كان بلد المكفول له والافكل موضع لم يكن فيه لاحدهما ضرر وحرج والله العام .

المسألة ﴿ الرابعة : لو اتفقا ﴾ أى الكفيل و المكفول له ﴿ على ﴾ وقوع ﴿ الكفالة و ﴾ لكن ﴿ قال الكفيل : لاحق لك ﴾ الان ﴿ عليه ﴾ لأداء أو ابراء أوغيرهما، ﴿ كان القول قول المكفول له ﴾ بلاخلاف أجده فيه ﴿ لأن ﴾ الاعتراف من الكفيل بوقوع ﴿ الكفالة تستدعى ثبوت حق ﴾ فيكون هو مدعى الفساد ، والمكفول له مدعى الصحة ، ولاريب فى أن القول قول مدعى الصحة لأصالتها كما فى الجواهر وذلك لانه منكر وعلى الكفيل اقامة البينة للقاعد المسلمة البينة على المدعى واليمين على من انكر .

المسألة ﴿ الخامسة : اذا تكفل رجلان ﴾ مثلا دفعة أومرتبا ﴿ برجل فسلمه أحد هما لم يبرء الاخر ﴾ عند الشيخ ، و ابن حمزة ، والقاضى فيما حكم عنهم ، فاذا هرب منه حينئذ كان له الرجوع على الثانى ، للأصل ، ﴿ و ﴾ لكن ﴿ لوقيل : بالبراءة لكان حسنا ﴾ وفى الجواهر بل فى القواعد وغيرها من كتب الجماعة أنه الأقرب ، لان المقصود تسلمه انتهى وهو اقرب وعدم البرائة اغرب ﴿ و لو تكفل لرجلين برجل ﴾ بان احضره وسلمه اليهما ﴿ ثم سلمه الى أحدها لم يبرأ من الاخر ﴾ و فى الجواهر بلا خلاف ولا اشكال ، بل قيل : انه كذلك عند العامة فضلا عن الخاصة انتهى .

وفى المسالك قال بعد قوله ولو تكفل اه الفرق بينه وبين السابق واضح فان العقد هنا مع الاثنين بمنزلة عقدين فهو كما لوتكفل لكل واحد منهما على انفراده وكما لوضمن دينين لشخصين فادى دين احد هما فانه لايبرء من دين الاخر بخلاف السابق فان الغرض من كفالتهما معا احضاره وقد حصل انتهى .

ولايخفى ان المسألة مشكلة ولو فرض كون العقد مع الاثنين و التحقيق ان

الغرض منهما ان كان واحداً وهواحضار شخص واحد وقد حصل الغرض باحضاره وتسليمه الى احد هما فيبرء الذمة وعدم موضوع للتسليم الى آخر ايضا بل لوسلم الاجنبى الى احد هما فقد برء ذمة الكفيل لحصول الغرض وان الغرض متعددابان كان واحد منهما اراد حبسه والاخر اراد اخذ ماله منه فلا يكفى بل لزم ارائته الى كليهما الا ان يجتمعا معا فى مكان فردّه الكفيل الى كليهما فانه يحصل البرائة عما عليه .

وفى الحدائق قال ولو انعكس الفرض بأن تكفل رجل لرجلين برجل ، ثم سلمه الى أحد هما لم يبرء من الاخر عند الاصحاب ، قالوا : والفرق بين هذه الصورة وسابقتها ـ بناء على القول المشهورمن براءة الجميع ـ هوأن عقد الكفالة فى هذه الصورة وقع مع اثنين ، فهو بمنزلة عقدين، كما لوتكفل لكل واحدمنهما على انفراده ، وكما لوضمن دينين لشخصين ، فأدى أحد هما ، فانه لايبرء من دين الاخر .

أقول : والاظهر فى التنظير انما هو كالمال المشترك بين اثنين فى ذمة آخر، فانه لايبرىء بالدفع الى أحد الشريكين ، الا أن يكون وكيلاعن الاخرفى القبض فيكون المسلم هنا أصالة من نفسه ، ووكالة عن الاخر . بخلاف الصورة السابقة ، فان الغرض من كفالتهما احضاره ، وقد حصل وان كان بفعل أحد هما فتبطل الكفالة لحصول الغرض منها انتهى .

اقول اما تنظيره بان كان لكل واحد مال على ذمته فعلى القول المشهور بعدم البرائة لو سلم الى احد هما فله وجه لولم يكن للاخر تمكن اليه وهو واضح كما اذا ادى ديون من سلم اليه وخلصه من يده فان الاخر حينئذ لايمكن له الوصول الى حقه فلابد وان يسلمه الى الاثنين واما لو كان الغرض منهما واحدا بمعنى انه اذا حصل الغرض من احدهما حصل من الاخر ايضا فقد حصلت البراءة منهما والظاهر ان مقصود المشهور فيما كان الغرض متعددا على خلاف الاخر وحينئذ لم يحصل البراءة الى واحد

منها الا ان يسلم اليهما كما عرفت .

المسألة ﴿ السادسة : اذا مات المكفول برأ الكفيل ﴾ و فى الجواهر على المشهور كما عن التنقيح بل فى الرياض نفى الخلاف فيه ، بل فى محكى التذكرة بطلت الكفالة ، و لم يلزم الكفيل شيء عند علمائنا ، بـل عن الغنية الاجماع عليه ، قيل : لأنه تكفل ببدنه على أن يحضره ، وقدفات بالموت ، ولأنه قد سقط الحضورعن المكفول فيبرأ الكفيل وفيهما مالايخفى انتهى .

قال فى الخلاف : اذا تكفل ببدن رجل فمات المكفول به زالت الكفالة وبرء الكفيل ولايلزمه المال الذى كان عليه وبه قال جميع الفقهاء الذين اجازوا لكفالة الابدان وقال مالك يلزمه ماعليه واليه ذهب ابن سيريج .

[دليلنا] ان الاصل براثة الذمة فمن علق عليها شيئاً فعليه الدلالة وايضاً فانه تكفل ببدنه دون مافى ذمته فلايلزمه تسليم مالم يتكفل به ولم يضمنه انتهى .

وفى المسالك بعد العبارة قال اما براثته بموته فلان متعلق الكفالة النفس وقد فاتت بالموت ولان المتبادر من الكفالة انما هو الاحضار فى حال الحيوة فيحمل الاطلاق عليه ويمكن الفرق بين ان يكون قد قال فى عقد الكفالة كفلت لك حضور بدنه اوحضور نفسه فيجب فى الاول احضاره ميتا ان طلبه منه والافلا وبنى الثانى على ان الانسان ماهو فان كان الهيكل المحسوس فكذلك والافلا انتهى .

ولايخفى ان الكفالة مبنية على احضار انسان حى لما تعلق الغرض من الاحضار بذلك فلاينفع فى حصول الغرض جسده بلاروح ولو قال فى العقد تكفلت لك حضور بدنه فان المقصود من نفس هذه العبارة ايضا حضور نفسه اى الانسان مع الروح بل لو كان قصده حضور بدنه ايضا لايصح العقد من حيث الكفالة ولو صح من جهات اخر غير مربوط بالبحث فتوهم لزوم احضار بدنه ميتاً عجيب و بالجملة بالموت برء الكفيل عما التزم على نفسه .

﴿ وكذا ﴾ يبرء الكفيل ﴿ لوجاء المكفول و سلم نفسه ﴾ للمكفول لـه

وفى المسالك قال بعد قوله وكذا لوجاءاه اى سلم نفسه للمكفول له تسليما تاما فان الكفيل يبرء بذلك لحصول الغرض وهوورده الى المكفول له ولافرق بين وصوله الى يده بالكفيل وغيره وقيده فى التذكرة بمااذا سلم نفسه عن جهة الكفيل فلولم يسلم نفسه عن جهته لم يبرء لانه لم يسلمه اليه ولااخذ من جهته واطلق فى موضع آخر منها البرائة كماهنا وهواجود انتهى .

والمسألة صافية فاذا كفل عن نفس باحضارها ثم حضرت اى المكفول عند المكفول له فقد حصل المقصود من الكفالة ويبرء الكفيل .

﴿فرع: لوقال الكفيل: أبرأت المكفول ، فأنكر المكفول له كان القول قوله﴾ مع يمينه لاصالة بقاء الحق بعداعترافه بثبوته سابقا ، كما هو مقتضى دعوى الابراء ﴿فلورد اليمين على الكفيل ، فحلف برء من﴾ حق ﴿ الكفالة ﴾ لكن ﴿لم يبرأ المكفول من المال﴾ بيمين غيره ، فالدعوى بينه وبين المكفول مستقلة ، فله اليمين على المكفول له لوادعى عليه الابراء ، ولايكتفى باليمين التى حلفها للكفيل كما أن له رد اليمين على المكفول فاذا حلف برء حينئذ .

نعم لو فرض سبق دعوى الابراء من المكفول فحلف اليمين المردودة برء هوو كفيله ، وان كان قدحلف المستحق أولا للكفيل على عدم الابراء لسقوط الحق بيمين المكفول فتسقط الكفالة ، كما لوأدى الحق وعدم بناء أحدمنهم الحكم فى شىء من ذلك هنا ، على كون اليمين المردودة كالبينة أوالاقرار يقتضى كونها أصلا برأسه.

المسألة ﴿السابعة: لو كفل الكفيل آخروترامت الكفلاء، جاز﴾ وفى الجواهر الكفالات وصح بلاخلاف ولااشكال، لوجود مقتضى الكفالة ، ولو أقال المستحق الكفيل الأول برؤا اجمع انتهى وقدعرفت نظيره فى الضمان .

المسألة ﴿ الثامنة : لاتصح كفالة المكاتب ﴾ غيره فيكون كفيلا كالحر وفى الجواهر المشروط عندالشيخ بناء على أصله المتكررمن عدم لزوم مال الكتابة عليه لجواز تعجيزه نفسه ، وفيه ماعرفت من منع ذلك اولا . ومن عدم اقتضائه الفساد ثانيا ، ولذا قال المصنف ﴿على تردد﴾ عندالمصنف لما اشارا اليه الشارح من لزوم

مال الكتابة فعلا ولامكان عجزه عن تحصيله فكيف يمكن له الكفالة .

المسألة ﴿التاسعة : لو كفل برأسه أوبدنه أوبوجهه﴾ أونحوذلك ﴿صح لانه قديعبّر بذلك عن الجملة عرفا﴾ بلاخلاف ﴿ولو تكفّل بيده أورجله واقتصر ، لم يصح ، اذلايمكن احضار ماشرط مجرداً ولايسرى الى الجملة﴾ نعم ان اريدباليد تمام البدن مجازا وكان فى البين قرينة على ارادة الكل من الجزء امكن الصحةان لم نقل بانذلك فيماكان الجزء من الاجزاء الرئيسة كالرقبة كما اريد فى صورة العتق بقوله اعتق رقبة الحمدلله اولاوآخراًوصلى‌الله على محمد وآله الطاهرين .

وقدوقع الفراغ من تسويدهذه الاوراق بيدالعاصى‌الذليل الحقيرمحمدرضا بن الحسين المشتهر بالمحقق غفرالله له ولوالديه فى شهر الشوال سنة ١٤٠٧.

ويليه انشاء الله المجلد التاسع والعشرون فى الصلح بعون الله تعالى فانه خير موفق ومعين وصلى‌الله على محمدوآله الطاهرين .

ثم انى اكتفيت فى شرح المتن ونقل الاقوال والروايات بما شرحه ونقله من الاقوال والروايات فى الجواهر ولم اتعدى منه الافيما يحتاج الى شرح اكثر اونقل اقوال وروايات اكثرفاتيت بمقدار يرتفع الحاجة .

فهرس الكتاب

العنوان	الصفحه
فى الوصية	
فى الاخبار الواردة فى الحث على الوصية	٥
فى عدم جواز الرجوع عما اجاز فى الزائد عن الثلث	١١
فى وجوب الوصية بالواجبات البدنية	١٧
فى تقدم الدين الارث	١٩
فى عدم انتقال التركة الى الوارث مع الدين	٢١
فى كون منجزات المريض من الاصل	٣١
القول بكون المنجزات من الثلث	٤٩
فيما اشتمل على فتوى ابن ابى ليلى وابن شبرمة	٥١
عدم تمامية اثبات المنجزات من الثلث	٥٣
مااستدل للقول بالثلث طوائف من الاخبار	٥٥
فى صراحة مادل على خروج المنجزات من الاصل	٥٦
التهمة صادقة على من اريد اخذ الوديعة لنفسه	٦١
فيما يتعلق بكتاب فقه الرضا عليه السلام	٦٣

العنوان	الصفحه
فى احكام الحجر	
فى عدم اشتراط حكم الحاكم فى الحكم بالسفه	٧٣
فى عدم صحة البيع مع السفيه	٧٩
فى احكام السفيه على الحجر	٨١
فى انه لو تلف الوديعة عند السفيه لم يكن ضامنا	٨٣
فى اعتبار العدالة فى الوصى	٨٧
فى اعتبار الحاكم فى ولايته على مال المفلس والسفيه	٨٩
فى الولاية فى مال الصغير والمجنون	٩١
فى ان السفيه كالرشيد بالنسبة الى العبادات	٩٣
فى سائر الفروعات المتعلقة بالسفيه	٩٥
كتاب الضمان	
فى لزوم المعرفة بالمضمون عنه وله وعدمه	٩٩
فى لزوم العلم بالمضمون له	١٠١
فى اشتراط رضا المضمون له	١٠٣
فى اشتراط رضا المضمون عليه	١٠٩
فى ان ضمان المؤجل جائز	١١٥
فيما يتعلق بضمان الاعيان المغصوبة	١٢٣
فى عدم جواز الرهن على الاعيان المغصوبة	١٢٩
فى جواز الضمان متسلسلا	١٣٣
فى اشتراط العلم بمقدار المال وعدمه	١٣٥
فى ان الفسخ من حينه لامن الاصل	١٤٣

العنوان	الصفحه
فى ان ثبوت الارش بوجود العيب اوبالعلم به	١٤٧
فيما لوخرج بعض المبيع للغير	١٤٩
اذا ضمن ضامن للمشترى درك مايحدثه من بناء	١٥١
فيما انكر المضمون له مادفع اليه الضامن	١٥٥
فى الحوالة	
فى تعريف الحوالة	١٦٣
فى اشتراط رضا المحيل والمحتال	١٦٥
فى ان بعد الحوالة يبرء المحيل	١٦٩
فى صحة الحوالة على من ليس عليه دين	١٧٣
فى كون الحوالة على البرىء قرضاً	١٧٧
فى الحوالة على الملى	١٧٩
فى الحوالة الدورية والتسلسلية	١٨١
فيما اذا قضى المحيل الحوالة	١٨٣
فى لزوم كون ماأحال به ثابتاً فى الذمة	١٨٥
فى اشتراط تساوى المالين وعدمه	١٨٧
فى صحة الحوالة بمال الكتابة	١٨٩
فيما احال المشترى البايع بالثمن	١٩٣
فيما لورد الحوالة بالعيب السابق	١٩٥
فى الكفالة	
فى تعريف الكفالة	١٩٧
فى اعتبار رضا الكفيل والمكفول له	١٩٩

العنوان	الصفحه
فى صحة الكفالة حالا مؤجلا	٢٠١
فى ان للمكفول مطالبة الكفيل	٢٠٣
فى ان ظاهر الاخبار هو الحبس دون التخيير	٢٠٥
الاشكال فى تقدم الجزاء على الشرط وعدمه	٢٠٧
فيما كان المطلق كافراً	٢١٥
فيما يتعلق بالكفالة	٢٢١
فى انه لو اتفقا الكفيل المكفولة له	٢٢٧
فى انه يبرء الكفيل لو جاء المكفول وسلم نفسه	٢٢٩
فى انه صح لو كفل برأسه او بدنه او بوجهه	٢٣١
فهرس الكتاب	٢٣٢

المجلد التاسع والعشرون

من كتاب الصلح

من

حقائق الفقه

في شرح شرائع الإسلام

تصنيف

حجة الإسلام والمسلمين آية الله العظمى الحاج الشيخ
محمد رضا المشتهر بالمحقق الطهراني دام ظله

جمادى الثانية ١٤٠٧ هـ ـ ق

المطبعة العلمية ـ قم

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمدلله رب السماوات والارضين ورب الخلائق اجمعين والصلوة على رسوله ونبيه محمد وآله المعصومين سيما على الاول والاخر منهم اعنى امير المؤمنين على بن ابى طالب صلوات الله عليه وولده المنتظر المهدى القائم لامر الله واصلاح دينه وخلو الدهر من الكافرين الى يوم الدين .

﴿كتاب الصلح﴾

فى المال اوالدعوى الزوجية وغيرها .

وفى الجواهر قدل على شرعيته بالخصوص ، الكتاب والسنة والاجماع من المسلمين قال الله تعالى «وان امرأة خافت من بعلها نشوزا أواعراضاً فلاجناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً والصلح خير» وقوله «فاتقوا الله وأصلحوا ذات بينكم» وقوله «ان يريدا اصلاحاً يوفق الله بينهما» وقوله «انما المؤمنون اخوة فأصلحوا بين أخويكم» وقوله «فان فائت فأصلحوا بينهما بالعدل» وقوله «أواصلاح بين الناس» انتهى .

اقول قداختلف فى ان الصلح عقد مستقل برأسه اوهو فرع لعقود خمسة فاذا صلح عن عين بمال كان مفاده البيع واذا صلح عن منفعة بمال كان مفاده الاجارة .

وهكذا وعلى الثانى اى عدم كونه عقداً برأسه ليس شيى مستقل كى يلزم تعريفه

اذا الفرض انه ليس بشيء وفى بعض الفروعات يدخل فى مصاديق بعض العقود وحكى ذلك عن الشيخ فى المبسوط وقد اشار اليه فى الجواهر والحدائق وقال الثانى منهما مالفظه اختلف أصحابنا فى كونه عقداً برأسه أوفرعاً على غيره ، فالمشهور الاول وان أفادفى ذلك فائدة غيره ومجرد افادته فائدة غيره لايستلزم فرعيته عليه .

وذهب الشيخ فى المبسوط الى أنه فرع على عقود خمسة، فجعله فرع البيع اذا أفاد نقل الملك بعوض معلوم ، وفرع الاجارة اذا وقع منفعة مقدرة بمدة معلومة بعوض معلوم ، وفرع الهبة اذا تضمن ملك العين بغير عوض ، وفرع العارية اذا تضمن اباحة منفعة بغير عوض ، وفرع الابراء اذا تضمن اسقاط دين أو بعضه .

والاصحاب ردوه بأن افادة عقد فائدة عقد آخر لاتقتضى كونه من أفراده، مع دلالة الدليل على استقلاله بنفسه ، كغيره من العقود .

ويظهر الفرق بين القولين : أنه على المشهور عقد لازم لدخوله فى عموم الامر بالوفاء بالعقود ، وعلى قول الشيخ يلحقه حكم ماألحق به من العقود فى ذلك الفرد الذى ألحق به .

أقول : لايخفى أن ماذهب اليه الشيخ هنا قد تبع فيه الشافعى حسبما نقل عنه قال فى التذكرة : الصلح عند علمائنا أجمع عقد قائم بنفسه ، ليس فرعاً على غيره ، بل أصل فى نفسه . منفرد فى حكمه ، ولا يتبع غيره فى الاحكام ، لعدم الدليل على تبعية الغير ، والاصل فى العقود الاصالة .

و قال الشافعى : انه ليس باصل منفرد بحكمه ، وانما هوفرع على غيره ، و قسمه على خمسة أضرب، ضرب فرع البيع ، وهوأن يكون فى يده عين أوفى ذمته دين فيدعيها انسان فيقرله بها ثم يصالحه على ما يتفقان عليه ، وهوجائز فرع على البيع، بل هوبيع عنده ، يتعلق به أحكامه .

وضرب هوفرع الابراء والحطيطة ، وهوأن يكون له فى ذمته دين فيقرله به ثم يصالحه على أن يسقط بعضه ، ويدفع اليه بعضه وهوجائز وهوفرع الابراء .

وضرب هوفرع الاجارة ، وهوأن يكون له عنده دين أوعين فصالحه عن ذلك على خدمة عبد أوسكنى دار فيجوز ذلك ويكون فرع الاجارة .

وضرب هوفرع الهبة ، وهوأن يدعى عليه دارين أو عبدين وشبههما فيقر له بهماويصالحه من ذلك على احديهما ، ويكون هبة للاخرى ،

وضرب هوفرع العارية ، وهو أن يكون فى يده دارفيقر له بها ويصالحه على سكناها شهراً وهوجائز ويكون ذلك عارية انتهى .

والعجب من دعوى العلامة هنا الاجماع من أصحابنا أجمع أنه عقد قائم بنفسه ، ليس فرعاً على غيره ، مع ماعرفت من تصريح الشيخ بما نقله عن الشافعى من الفرعية من المواضع الخمسة ، واشتهار النقل عنه فى كتب الاصحاب ، ومنهم هو (قدس سره) فى المختلف ، حيث نسب فيه القول بالاصالة الى المشهور، ونقل عن الشيخ فى المبسوط أنه فرع لغيره .

وكيف كان فهذا القول بمحل من الضعف والقصور ، فالاعتماد على القول المشهور ، لعدم الدليل على هذه الدعوى ، فان الاصل فى جميع العقود من صلح وغيره هو كون ذلك العقد أصلا برأسه ، وجعله فى حكم غيره أو فرعيته عليه فيلحقه أحكام غيره يحتاج الى دليل واضح انتهى .

ولايخفى ان الظاهر من العبارات كون الصلح عقدا برأسه ومستقل بنفسه لافرع البيع والهبة المعوضة والاجارة وغيرها فماعن الشيخ ـ تارة أنه بيع مطلق، واخرى ماعن الشافعى ، من أنه فرع له اذا أفاد نقل العين بعوض معلوم ، وللاجارة اذا وقع على منفعة معلومة بعوض معلوم ، وللعارية اذا تضمن التسلط على منفعة بغير عوض، وللهبة اذا تضمن ملك العين بغير عوض ، وللا براء اذا تضمن اسقاط دين ففى غير محله وحينئذ يحتاج الى التعريف وعرفه المشهور بانه ماشرع لقطع التجاذب وهذا التعريف لايكون جامعا للافراد كالصلح فى موارد الخالية عن التجاذب فان الكل من افراد الصلح مع انه لم يشملها التعريف ولاما نعا لغير الافراد كما اذا ارتفع النزاع بالبيع

اوالهبة وغيرهما فان التعريف يشملهما لارتفاع النزاع به مع انهما لم يكونا من افراد الصلح فهذا التعريف لاجامعا ولامانعا وشيخنا المرتضى عرفه بالتسالم الذى يقال له بالفارسية بسازش وهو ايضا غير مانع لشموله لمّاتسا لما على عين بعوض فانه تمليك عين بالعوض الذى هوبيع لاالصلح ولمّاتسا لماعلى اجارة دارمثلا بعوض فانه تمليك للمنافع ويكون اجارةلاصلحا وفيما تسالما على هبة شيئى بعوض وغيرذلك

وشيخنا المرتضى ره فى مقام دفع ذلك عن تعريف البيع قد افادبما حاصله ان التسالم معنى كلى فلوتصادف انطباق بعض مصاديقه على تمليك عين بالعوض لايوجب كونه بيعا فالصلح كلى ولوانطبق بعض افراده على البيع وكذاتمليك عين بمال كلى ولوانطبق بعض مصاديقه بالصلح فلايرد النقض بالبيع والصلح فان مفهوم كل منهما غير مفهوم الاخر ولوتصادقا فى بعض الموارد مصداقا .

وبالجملة فكمايظهر منه كونه الصلح مستقلاوعقدابنفسه يظهر منه ان معناه هو التسالم وهو عام فى جميع الموارد من دون لزوم اشكال ، توضيح ذلك انه قده حيث عرف البيع بانه انشاء تمليك عين بعوض يرد عليه اشكالات منها نقض طرده بالصلح اذا صالح عين بعوض فانه انشاء تمليك عين بمال مع انه ليس بيعا فتعريف البيع لايمنع الاغيار من حيث ان الصلح غير البيع ولابدّ من تعريف البيع بقيديخرج الصلح وهوالمراد من انتقاض الطرد اى ليس تعريف البيع حينئذ مانعا للغيرفتصدى قده للجواب ودفعه بما حاصله انطباق معنى كلى احيانا على غير مصاديق هذاالمفهوم الكلى لايوجب كونه ايضامن مصاديقه بل كل منهما شيئا سوى الاخرفقال مالفظه:

ومنها انتقاض طرده بالصلح على العين بمال وبالهبة المعوضة وفيه ان حقيقة الصلح ولوتعلق بالعين ليس هوالتمليك على وجه المقابلة والمعاوضة بل معناه الاصلى هو التسالم ولذالايتعدى بنفسه الى المال نعم هومتضمن للتمليك اذاتعلق بعين لانه نفسه والذى يدلك على هذا ان الصلح قد يتعلق بالمال عيناً او منفعة فيفيد التمليك وقد يتعلق بالانتفاع فيفيد فائدة العارية وهومجرد التسليط وقديتعلق بالحقوق فيفيد الاسقاط والانتقال وقد يتعلق بتقرير امربين المتصالحين كما فى قول احد الشريكين لصاحبه

صالحتك على ان يكون الربح لك والخسران عليك فيفيد مجرد التقرير فلو كان حقيقة الصلح هي عين كل من هذه المفادات الخمسة لزم كونه مشتركا لفظيا وهو واضح البطلان فلم يبق الا ان يكون مفهومه معنى آخر وهو التسالم فيفيد في كل موضع فائدة من الفوايد المذكورة بحسب مايقتضيه متعلقه .

فالصلح على العين بعوض تسالم عليه وهو يتضمن التمليك لان مفهوم الصلح في خصوص هذا المقام وحقيقته هو انشاء التمليك ومن هنا لم يكن طلبه من الخصم اقرار بخلاف طلب التمليك انتهى .

وحاصله انه في كل مورد تسالما على عين في مقابل عوض كان صلحا واذا تسالما على هبة كتاب مثلا بقلم كان صلحا وان كان في الاول يفيد فائدة البيع وفي الثاني الهبة لكنهما ليسا ببيع وهبة وهذا التعريف حسب الظاهر خال عن الاشكال .

ولكن الانصاف انه اذا صالح عين بالمال وبالهبة المعوضة فانه على الظاهر بل في الواقع تمليك عين بمال وهو نفس تعريف البيع وكذا في هبة عين في مقابل عوض وحاصل ماأجاب الشيخ انه ليس الصلح هو تمليك عين بمال بل هو تسالم بينهما بان هذا له في مقابل هذا .

وهذا الجواب اقناعي لا الواقعي بل يمكن ان يقال بعدم تسالم في ذهن المتصالحين بل ليس في ذهنهما الا تمليك عين في مقابل مال وكذا في الهبة المعوضة فان المقصود ليس الا تمليك عين في مقابل عوض فالكل داخل في تعريف البيع فلم يكن مانعا للاغيار مع ان اللازم في التعريف كونه جامعا لجميع افراد المحدود ومانعا عن صدق مالم يكن داخلا فيه .

ومن المعلوم ان مثل الصلح والهبة المعوضة خارجان عن البيع مع ان التعريف يشمله ففي الحقيقة ان احدها في مقام المصالحة انشا تمليك عين في مقابل شيء عينا كان او منفعة اوحقا فهما داخلان في عموم التعريف مع انهما منقوض بهما قطعا بل يمكن ان يقال ان المتصالحين لايفهمان من التسالم اصلا مع ان الكلام في الاحكام

مع عرف العوام وهم لايتميزون بين التسالم والتمليك وان قالوا الصلح وتلفظوا به لكن ليس مقصودهم وفى اذهانهم الاوقوع دارمثلا فى مقابل ضيعة وقرية فالتعريف شامل للجميع ولابدمن علاج بقيد يخرج الغير .

فان قلت القيد هوعنوان الامر المقصود بان يقال الصلح تمليك عين بعوض بعنوان الصلح .

و الهبة تمليك عين بعوض بعنوان الهبة فانه يقال انـه دور ظاهر فانه متوقف على تعيين المقصود اولاحتى يقصده فلو كان تعيينه يتوقف بالقصد لدارفلوسلم كون الصلح عبارة عن التسالم لمايدفع الاشكال عنه فالاولى ان يقال ليس الصلح هو التسالم.

﴿ و ﴾ لكن ﴿ هو ﴾ عند المشهور ﴿ عقد شرع لقطع التجاذب ﴾ وفى الجواهر والتنازع بين المتخاصمين الأن ذلك فيه من الحكم التى لايجب اطرادها مثل المشقة فى حكمة القصر، ونقصان القيمة فى الرد بالعيب، واستبراء الرحم للعدة، وغيرها من الحكم التى لاتقتضى تخصيصاً أوتقييداً لعموم الدليل أواطلاقه المقتضى ثبوت الحكم فى غير محلها ، فضلا عن خصوص الأدلة من السنـة المستفيضة أو المتواترة والاجماع بقسميه ، كما هوواضح انتهى .

وفى المسالك قال بعد قوله وهوعقد آه الاصل وفى عقد الصلح انه موضوع لقطع التجاذب والتنازع بين المتخاصمين قال الله تعالى وان امرأة خافت من بعلها نشوزا اواعراضا فلاجناح عليهما ان يصلحا بينهما صلحا انتهى .

و فى الحدائق قال ما لفظه : وهو عقد شرع لقطع التجاذب ، و الاصل فيه الكتاب والسنة والاجماع قال الله عزوجل «وان امرأة خافت من بعلها نشوزاً أواعراضاً فلاجناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً والصلح خير » وقال عزوجل « وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما » انتهى .

وكذا القواعد حيث قال شرع لقطع التجاذب .

وفى مفتاح الكرامة بعد قول المصنف [الصلح عقد جائزسائغ شرع لقطع

التجاذب] قال ما لفظه أجمعت الامة على جواز الصلح في الجملة و لم يقع بين العلماء خلاف فيه كما في التذكرة والمهذب البارع وعليه اجماع المسلمين كمافي المبسوط والسرائر واجماع العلماء كافة كما في التحرير وقد نقل عليه اجماعنا في عدة مواضع ونفي عنه الخلاف بيننا كذلك وقد طفحت بهذا التعريف كتبهم كالوسيلة والشرائع والنافع والتحرير والتنقيح وغيرها وقضيته اشتراط بسبق الخصومة لان القاطع للتجاذب مسبوق به وقد أطبقوا على أنه لايشترط في صحة سبقها أي الخصومة كما صرحت بذلك عباراتهم بل ظاهر التذكرة والمسالك والمفاتيح الاجماع عليه وفي (الكفاية) انه لايعرف فيه خلافا .

وفي (مجمع البرهان) ان دليله الاجماع المفهوم من التذكرة وقبل ذلك أدعى هو أي الاردبيلي الاجماع منهم على ذلك وطريق الجمع أن يقال ان أصل شرعيته لذلك أي قطع النزاع والتعريف مبني على ذلك ولا يلزم من ذلك ثبوته في كل فرد من أفراده اذ القواعد الحكمية لايجب اطرادها كماقيل في قوله جل شأنه أعدت للمتقين واعدت للكافرين فانه لاينافي دخول غير المتقين الجنة والعاصي غير الكافر النار وكما هو الشأن في مشروعية العدة فانها عللت باستبراء الرحم وأطردت فيمن طلق زوجته المدخول بها أومات عنها بعد مفارقته لها سنين عديدة وكما في غسل الجمعة وكمافي الفسخ بالعيب لانه مظنة نقصان القيمة وكمافي القصر للمشقة في السفر

(وعساك تقول) ان السفر المخصوص مظنة المشقة والقصر تابع له بخلاف الصلح فان الحكم لايتعلق بما هو مظنة التجاذب بل أجريتموه فيما لاتعلق له بالمنازعة أصلا .

(لأنا نقول) انها مناقشة في نظير واحد ثم ان الادلة الدالة على ثبوته على نحوين (احد هما) مادل على انه موضوع القطع التنازع من دون ان يدل على انحصاره فيه كقول جل شأنه (وان امرأة خافت من بعلها نشوزاً اواعراضاً فلاجناح عليهما أن يتصالحا) فانه يدل على رفع المنازعة المتوقعة و كذلك بعض الاخبار

وقوله تعالى واصلحوا بينهما ونحوذلك فانه يدل على رفع السابقة .

(و الثانى) ما دل باطلاقه على جوازه مطلقا كالا جماعات و النبوى وحسنة البخترى أو صحيحته اذ فيهما أى الخبرين الصلح جائز بين المسلمين فيجوز أن يكون أصل شرعيته لقطع التنازع مع عدم انحصاره فيه كما دلت عليه بقية الادلة سلمنا انها لاتساعد لمكان لفظ الصلح المشعر اوالظاهر فى الخصومة لكنانقول حيث تثبت شرعيته لنقل الملك مع الخصومة تثبت مطلقا اذ الاصل عدم كون الخصومة شرطا له مع عدم القائل منا بالفصل على انه تعريف غير متلقى من الشارع فليس بحقيقة شرعية فيجوز أن يكون تعريفا للمتفق عليه بين المسلمين .

ويظهرمن فخرالاسلام كما هوصريح الفاضل المقداد والقطيفى الجواب بانهم اشاروا بهذا التعريف الى ان الغرض الاقصى منه غالبا رفع الخصومة سواء تقدمت ام لاحيث يقدر انه لولاه لحصلت كالصلح على العين المجهولة للمتصالحين فان النزاع يحصل غالبا لولا عقد الصلح وستسمع مافى التحرير والحواشى انتهى .

وعمدة مايرد عليه عدم شموله لمالم يكن فيه تجاذب وتنازع فعلا وقد اجابوا عنه بما لايسمن ولايغنى من جوع بمثل عدم اشتراط بتحقق التجاذب الفعلى اولا وبان المراد مايكون فيه شائبةالتنازع ولولم يكن فيه متحققافيصح التعريف لكل مايؤدى الى التجاذب ولولم يكن فعلاشيئى فيه ثانيا وان التجاذب حكمة لاعلة يدورالحكم مداره ثالثا فلايضره الاختلاف كماكان له نظائر كثيرة كالقصرفى الصوم والصلاة فى السفرلانه للمشقة غالبا ولولم يكن فى سفر او بالنسبة الى فرد اوزمان او راحلة مشقة اصلا كالسفربالطيارة فى عصرنا الحاضر وكالعدة لبراثة الرحم ولوقطع بالبراثة كمن طلق زوجته المدخول بها بعد المفارقة عنهافى شهور كثيرة وموارد ذلك كثيرة فلايدورالحكم مداره .

وقد اشار اليها فى الجواهر فى عبارته المتقدمة و فصل فى هذا المورد فى مفتاح الكرامة كما عرفت وحاصله عدم لزوم التجاذب فعليا بل يكفى كونه شأنية و

ان الحكمة فى تشريع الصلح رفع النزاع الغالب ولولم يكن فى بعض المواضع نزاعا اصلا كما ارادوا برائة ذممهم عمايحتملوا ويشكوا فيه فاظهر بعضهم ببعض صلحافقبلوا وصلحواعما يحتمل اشتغال ذممهم مع عدم نزاع بينهم فالتشريع لرفع النزاع القطعى والمحتمل والذى يمكن ان يتحقق فى الاستقبال ولولم يكن فى الحال وبذلك لايضره عدم اطراد التعريف ومنعه .

ولايرد النقض بما نعيته فى موارد الخالية عن التجاذب هذا .

ولايذهب عليك بقاء الاشكال وان قطع التجاذب الواقع فى التعريف لابد وان يكون فى جميع الموارد والموارد الخالية خارجة عن كونه صلحا على هذا التعريف وكونه شرح الاسم كماترى فلايصح الصلح فيما لم يكن فيه تجاذب .

وقداورد على هذه التعاريف بعض المحققين فى صلحه والانصاف خروج اكثر موارد الصلح عن هذا التعريف وكثيراً ماوقع الصلح بين المتصالحين مع كمال الملائمة

قال فى الجواهر وان أطنب فيه فى المسالك وغيرها، حتى أن بعضهم التجأ الى دعوى أنه وان كان شرع فى قطع الخصومة ، الاأنه لادليل على اشتراطها فيه، بل الأصل عدم ذلك . وآخر الى غيرذلك ممالاحاجة اليه بعد ماعرفت ولاالى ماقيل من أنه ربما يشعر لفظ الصلح بتحقق منازعة ، لكن لايتعين كونها سابقة ، بل يصح اطلاقه بالاضافة الى دفع منازعة متوقعة محتملة ، وان لم تكن سابقة كما يفصح عنه آية النشوز فاشتراط السبق فى مفهومه غفلة واضحة انتهى .

والانصاف انه مشكل فى التعاريف بل لعله عدفى العرف منكرأمن حيث ان التعريف لرفع النزاع ومع ذلك داخل فيه مالم يكن نزاع بينهم لبداهة ان التعريف لم يعم هذا المورد ولابدمن كونه مانعا للاغيار وحينئذ لم يطرد ولم يمنع ماهوليس بصلح على هذا التعريف .

وكيف كان فالاجوبة الواقعة عن الاشكال غير مفيدة له مثل ان قطع التنازع حكمة غير مطردة لاعلة يدورالحكم مداره وعدمه قياس بمثل السفر والعدة وغيرهما كماعرفت فان تلك الموارد من احكام الشرعية التى شرعت بنحوالاطلاق وان على

المسافر قصر الصلاة والصوم وعلى المطلقة هو العدة كيف ماكان فاى ربط بتعريف غير جامع ولامانع بل فى موارد تلك الاحكام لايصح الاشكال من احد للاطلاق بخلاف التعريف الناقص الشامل بصورة فقد النزاع .

وفى الجواهر قال نعم لاتساعد الاخبار المتقدمة على الدلالة على المشروعية حيث لامنازعة سابقة ولامتوقعة ولكن يمكن الذب عنه بعدم القائل بالفرق بين الأمة فكل من قال : بالمشروعية لدفع منازعة وان لم تكن سابقة كمال دل عليها اطلاق الاخبار المذكورة قال بها فى الصورة المزبورة التى لم تكن فيها منازعة سابقة ولامتوقعة ، اذفيه أن المراد بلفظ الصلح الواقع فى ايجاب العقد انشاء الرضا بما توافقا واصطلحا وتسالما عليه فيما بينهما ، لاأن المراد به خصوص الصلح المتعقب للخصومة مثلا كما هو واضح انتهى .

وبعض المحققين بعدما اشكل على تعاريف الاصحاب ذهب الى صحة التعريف بقطع التجاذب ببيان انه لايشترط فيه التجاذب وعدمه وان التعريف صادق كان التجاذب قطعيا اومحتملا اولم يكن اصلا ولايخفى انه عين ماذكره صاحب الجواهر لاصلاح التعريف وانه لايشترط فى الصلح التجاذب والتنازع بل فى كلماته اشار بماذهب اليه شيخنا المرتضى حيث قال انه اصل برأسه تفيد فائدة البيع والهبة ونحوهما مع رده الشيخ باشد مايرد وانا انقل عين عبارته فى صلحه قال بعد الايراد على كثير من الاصحاب مالفظه :

«وهنا مسلك آخر متين يندفع به الاشكال حتى عن الرسم المعروف بلاتكلف وهو ان الصلح لعموم فائدته وعدم اشتراطه بشىء مما اشترط به غيره وعدم تطرق مايتطرق فى غيره فيه يحسم مادة التنازع سواء كان واقعا اومتوقعا اولم يكن شيئا منهما فهو مشروع لتحصيل الاثار على وجه لاتتطرق فيه الخصومة والجدال ويقطعه اذا كان متحققا فى الحال والمراد بالقطع ماهو اعم من الدفع والرفع .

اقول ظاهره الى هنا عدم اشتراط التجاذب فى الصلح فيعم اثره مطلقا ففيه انه

اذا لم يشترط التجاذب فيه فماحال تعريفه حينئذ اذقوام التعريف بقطع التجاذب فاذا لم يكن ذلك شرطا فما نفس الصلح وماثره على ان جميع من كان بصدد الجواب قالوا لعدم اشتراط التجاذب والتنازع وانه حكمةلاعلة مطردة فان اريد عدم اشتراطه به فهوعين جواب القوم وان اريد تعريف الصلح بمالم يكن فيه تجاذب فاين ذلك التعريف فالى هنا لم يأت بماله معنى محصل .

والحاصل ان التعريف غير الحكم حتى صح جريانه فى جميع الموارد ولولم يكن مالاجله شرع فاذا قال الانسان حيوان ناطق لابد وان يكون فى جميع الموارد كذلك فالقول بان الصلح لرفع التجاذب مع القول بعدم اشتراط التجاذب من قبيل المتناقضين .

وبالجملة لم يظهر من عبارته ماالاصل التعريف وانما صرح بانه لم يشترط بشيء من التجاذب وعدمه كما اشترطه الاصحاب وانه لعدم اشتراطه بشيء عم فائدته ويعم موارد التجاذب وعدمه فان كان المقصود ان المراد بالقطع هو الدفع بان يكون التعريف الصلح لدفع التجاذب فهو ايضا غير تام اذ الدفع هو امر لما يقع فعلا مع وقوعه بعداً فيكون المراد حينئذ ان الصلح شرع لقطع التجاذب المتوقع ظهوره .

ومن المعلوم انه لايعم ايضا موارد التى كان بين المتصالحين كمال الملائمة ثم قال وهذا التحقيق لم يتنبه له الفحول فذهب بعضهم الى ان الفرق بين البيع والصلح المفيد فائدته بالقصد وفيه ان اختلاف القصد فرع اختلاف المقصود فلو كان اختلاف المقصود باختلاف القصد لدار .

وبعضهم الى ان الفرق بالصيغة فما كان بصيغة البيع فهو بيع وما كان بصيغة الصلح فهو صلح وهو ايضا كما ترى فان اختلاف الالفاظ لايقتضى اختلاف المعانى بالضرورة .

ولايخفى ان قوله هذا التحقيق لم يتنبه له الفحول ليت شعرى ماراد بهذا التحقيق فان كان راجعا الى قوله يفيد فائدة الامور الخمسة فان كان المقصود منه انه

ليس اصلا برأسه فكان هو قول شيخ الطائفة وان كان المقصود اصل برأسه يفيد فائدة الامور الخمسة فهذا قول شيخنا المرتضى وان كان غيرهما فما المراد به فلا يرى شيء في البين لم يتنبه له الفحول وان كان المراد عدم اشتراطه بشيء من التجاذب فهو قول صاحب الجواهر وغيره بل ونفسه .

وقد عرفت فساده ايضا ثم نقل عبارة شيخنا المرتضى بان حقيقة الصلح هو التسالم الى آخر عبارة الشيخ ثم رده بقوله .

وفيه اولا ان التسالم وان كان مفهوما عاما يصلح لتعلقه بكثير من الاشياء الا انه اذا تعلق بكون عين لاخر بعوض فهو عين نقلها اليه بالعوض فلو ادعينا ان التمليك حينئذ يتضمن التسالم كما هو شأن الخاص بالنسبة الى العام لكان اليه سبيل واما العكس الذى ادعاه ره فليس عليه دليل وبالجملة فلا يتعقل للصلح على كون عين لشخص بعوض مثلا معنى مركب من التمليك وغيره حتى يكون التمليك مما يتضمنه بل ولا معنى غير انشاء نقله اليه حتى يستتبعه التمليك الى ان قال .

وكذلك ما استدل به على ان الصلح ليس هو التمليك بانه لا يتعدى بنفسه الى المال فانه انما يدل على المغايرة مفهوما التى لا ينافى الاتحاد بحسب الوجود كما ان التمليك مغاير للبيع مفهوما ولكنه نفسه اذا تعلق بالعين بعوض فالاختلاف بالتعدية واللزوم انما هو باختلاف المفهوم وهو انما يدل على ان الصلح لم يستعمل فى معنى البيع لا انه لا يصدق عليه تعريفه الاترى ان الصلح اذا كان بلفظ ملكت تعدى بنفسه مع انه صلح فتدبر .

والتحقيق ان التسالم ليس هو المنشأ فى الصلح وان صدق عليه فان تقبل احد الشريكين الثمرة بحصة منها صلح ويصدق عليه التسالم مع ان المنشأ ليس هو التسالم و لانه يقع بقول احدهما للاخر لك ما عندك ولى ما عندى كما فى رواية منصور بن حازم مع انه ليس هنا انشاء تسالم و ان صدق عليه ولان ملكت يقع به البيع والصلح ولا يمكن الفرق بانه فى مقام الصلح يقصد به انشاء التسالم دون البيع

ولان المعاطاة عنده بيع ولا يمكن ان يقال ان الفرق بين المعاطاة اذا كانت بيعا وبينه اذا كان صلحا انشاء التسالم بالاول دون الثانى انتهى .

فيه انه ان اراد بعدم كون التسالم هو المنشأ لفظا فهو حق لعدم لزومه ولذا قلنا بعدم انشاء التمليك فى معنى البيع لفظاً بل نفس التمليك هو انشائه و ان اراد عدم كون التسالم هو المنشأ ولوذهنا وفى نياتهما فهو غير مسلم جداً بناء على كون الصلح هو التسالم وقوله ولانه يقع الى قوله ليس هنا انشاء تسالم ممنوع كيف بل هو عين التسالم على ذلك الامر وان لم يكن قد تلفظا به ولكن فى ذهنهما عند ذلك الكلام ليس الا التسالم فهو وان لم يكن لفظاً لكنه متحقق ذهنا وبناء .

فالاولى فى الرد ان يقال ليس الصلح هو التسالم بلا صلح العين على عوض ليس الاتمليك هذا العين بعوض فى الواقع نعم ليس التسالم منحصرا فى هذا التمليك بل له اقسام تصادق انطباقه على تمليك عين بعين فى هذا المورد وبذلك يمكن حله ايضاعما هو نظيره كالتمليك من حيث الهبة لكن قد يتحقق تسالم لم يكن صلح فى البين .

ولازمه ان كل تسالم بين الناس كان صلحاً كما اذا تسالم الفقهاء على حكم اوتسالم الاطباء على تشخيص مرض اوتسالم المهندسين على كيفية بناء اوتسالموا على ترك معصية اوفعل عبادة اوفعل سفر كان صلحا فليس مانعا .

ومنه يعرف ضعف قوله ايضا ولان المعاطاة الخ .

وكيف كان فتعريف المشهور غير جامع وغير مانع فان الظاهر منه انه كلما رفع التنازع والتجاذب كان صلحا مع ان كثيرا ما ارتفع التجاذب بينهم بدون الصلح كما اذا رفعوا ايديهم عن حقهم بالبيع او الهبة فلا يكون صلحا بل بيعاوهبة فلايشمل تعريف الصلح مع انه قد رفع التجاذب فلايكون جامعا واذا صلح بدون التجاذب لم يكن صلحا مع انه كان فلا يكون مانعافهذا التعريف تارةيلائم مع رفع النزاع بدون الصلح واخرى مع الصلح بدون رفع النزاع بنحو كون السالبة بانتفاء

الموضوع اى لم يكن نزاع حتى يرفع بخلاف التعريف بانه لتحصيل الرضا .

والقول بان رفع التجاذب حكمة كما ترى اذالجعل بنحو الاطلاق الجارى فى جميع الموارد ولولحكمة جارية فى بعض الموارد كتشريع غسل الجمعة لارتفاع نتن تحت ابطيه مع تعميمه لمن كان معطرا فى جميع الاوقات انما يصح فى الاحكام دون مقام تعريف لم يكن جامعا ولا مانعا معتذراً بذلك فالاولى تعريفه بان الصلح شرع لتحصيل الرضا فيعم جميع الموارد التجاذب والاختلاف والسازج منهما كما اذا اتفق صلح شيىء بشيىء بدون نزاع و اختلاف قبلا فالظاهر انه جامع و مانع ويعم النزاع المالى وغيره كالنزاع الواقع بين الزوجين او الورثة .

فالصلح عقد برأسه ومعناه ما يحصل به الرضا بين الطرفين ولايرد عليه شيىء مما تقدم .

﴿و﴾ على كل حال فـ﴿ليس﴾ هوعندنا ﴿فرعاً على غيره﴾ من العقود ﴿وان أفاد فائدته﴾ اى ليس الصلح فرعا على عقود اخر بل هوعقد برأسه غايته قد يفيد فائدة البيع اوالهبة اوالاجارة وغيرذلك فاذاصالح داربالف دينار كان صلحا ونتيجته البيع يعنى لافرق بين قوله بعت دارى بالف اوقال صالحتك فى النتيجة .

وفى الجواهر بعد قول المصنف قال بل فى التذكرة و عن السرائر الاجماع عليه ، و هو الحجة ، مضافاً الى ظهور الأدلة السابقة أو صريحها فى عدم فرعيته بل بعض موارده المصرح بها فى بعض النصوص لايصلح لأن يكون موضوعاً لغيره ، على أدافاده عقد مفاد آخر لايقتضى الاتحاد معه على وجه تلحقه أحكامه ، والالاقتضى اتحاد الهبة مثلا بعوض معلوم مع البيع ، وهوواضح البطلان . فان الاحكام الشرعية تتبع عناوينها ، فكل حكم ثبت لموضوع خاص منها لايثبت لغيره من تلك الحيثية انتهى

ولعله صافية عن الكدورة والاشكال بل لفظ الصلح معروف بين العرف وعوام الناس ولولا اصالته لم يتبادر الى الاذهان امر مستقل واذا قيل صالحت دارى بكذا لم يفهم احد غير الصلح وان كان فى النتيجة بيعا وكذا الاجارة والعارية والوديعة والهبة وغيرها .

وبالجملة كما اشار اليه ان اتحاد التعريف مع بعض المصاديق لايقتضى كونه منه بل كل عقد برأسه وله احكام مختصة ضرورة انه اذا صالح داره بصيغته لم يكن بيعا يجرى عليه احكام البيع كخيار المجلس ونحوه وان كان فى النتيجة مفاد البيع .

وقد تلخص ان الصلح عقد مستقل برأسه شرع لتحصيل رضاية الناس فى مراداتهم وعلى هذا المعنى ينطبق جميع الروايات مثل ماعن حفص ابن البخترى فى الصحيح أو الحسن عن أبى عبدالله عليه السلام «قال : الصلح جائز بين الناس» .

وروى فى الفقيه مرسلا قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله : «الصلح جائز بين المسلمين الا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً» .

وروى فى البحار نقلا عن كتاب الامامة والتبصرة مسنداً عن مسعدة بن صدقة عن الصادق عليه السلام عن أبيه عن آبائه عليهم السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله الحديث

ومنها ما عن هشام بن سالم فى الصحيح عن أبى عبدالله عليه السلام قال : لان أصلح بين اثنين أحب الى من أن أتصدق بدينارين : وعن المفضل «قال : قال أبو عبدالله عليه السلام : اذا رأيت بين اثنين من شيعتنا منازعة فافتدها من مالى» .

وعن أبى حنيفة سايق الحاج قال: مر بنا المفضل وأنا وختنى نتشاجر فى ميراث فوقف علينا ساعة ثم قال لنا : تعالوا الى المنزل ، فأتينا فأصلح بيننا بأربعمائة درهم ، فدفعها الينا من عنده حتى اذا استوثق كل واحد منا من صاحبه . قال لنا: أما أنها ليست من مالى ولكن أبو عبدالله عليه السلام أمرنى اذا تنازع رجلان من أصحابنا فى شىء أن أصلح بينهما وأفتدى بها من ماله ، فهذا من مال أبى عبدالله عليه السلام.

وصحيحة الحلبى عن أبى عبدالله عليه السلام وغيره واحد عن أبى عبدالله عليه السلام «فى الرجل يكون عليه الشىء فيصالح ، فقال : اذا كان بطيبة نفس من صاحبه فلا بأس» .

وصحيحة الحلبى عن أبى عبدالله عليه السلام فى الرجل يعطى أقفزة من حنطة معلومة يطحنها بدراهم ، فلما فرغ الطحان من طحنه نقد الدراهم ، وقفيزاً منه وهو شىء اصطلحوا عليه فيما بينهم ، قال : لابأس به ، وان لم يكن ساعره على ذلك » الى

غير ذلك من الاخبار الظاهرة فى المراد .

﴿ و ﴾ كيف كان فلاخلاف بيننا فى أنه ﴿ يصح مع الاقرار والا نكار ﴾ وفى الجواهر بل الاجماع بقسميه عليه ، مضافاً الى العمومات انتهى .

قال فى الخلاف ـ الصلح على الانكارجايز، وبه قال ابوحنيفة ومالك وقالا: لايكون الصلح الامع الانكار ، وقال الشافعى : لايجوز الصلح على الانكار قال وصورة المسئلة ان يدعى رجل على غيره عيناً فى يده او دينا فى ذمته فانكرالمدعى عليه ثم صالحه منه على مال يتفقان عليه لم يصح الصلح ولم يملك المدعى المال الذى قبضه من المدعى عليه، وله ان يرجع فيطالبه به ووجب على المدعى رده عليه وكان على دعواه كما كان قبل الصلح وانكان قد صرح بابرائه مما ادعاه عليه و اسقاط حقه عنه لانه ابرأه ليسلم له ماقبضه فاذا لم يسلم ماله لم يلزمه ماعليه ، وعندنا وعند ابى حنيفة ومالك يملك المدعى المال وليس للمدعى عليه مطالبته به .

دليلنا ـ قوله تعالى : « والصلح خير» ولم يفرق بين الاقرار والانكار،وقوله ﷺ الصلح جايز بين المسلمين ولم يفرق، وروى عنه ﷺ انه قال : كل مال وقى الرجل به عرضه فهوصدقة فيجب أن يكون مابذله المدعى عليه جايزاً ويكون صدقة لانه قصدبه وقاية عرضه انتهى .

اقول المراد بالصحة مع الانكارهو الصحة الظاهريةلافى نفس الامر كماصرح به فى الجواهر فلا يملك المدعى عليه بعد انكاره مازاد عن المصالحة بل اذا كان المدعى عينا بينهما بالسوية فانكره المدعى عليه .

وقال للمدعى ثلثها لك فصالح المدعى بالثلث مع علم المدعى عليه بالنصف صح فى النصف بحسب الظاهر لا الجميع بل فى مثل الفرض لم يصح التصرف للمدعى عليه فى الجميع لان هذا العين غصب باعتبارمازاد عن الحق .

قال فى الحدائق فاعلم أن صحة الصلح مع الاقرار والاعتراف بالمدعى مما لااشكال فيها لمعلوميته عند صاحبه : ولافرق بين أن يصالح عنه بأقل ، اواكثر أوما

ساواه ، للمعلومية فى الجميع ، وحصول التراضى من الطرفين .

انما الاشكال فى صورة الانكار بأن يدعى شخص على غيره ديناً أوعيناً فينكر المدعى عليه ، فتقع المصالحة بينهما اما بمال آخر ، أوببعض المدعى أو غير ذلك من منفعة وغيرها، فانه باعتبار الانكار، واختلاف الخصمين فى ذلك نفياً واثباتا يحتمل أن يكون المدعى محقا : و المدعى عليه مبطلا فى انكاره ، و أنه مشغول الذمة فى الواقع فالصلح هنا وان أفاد قطع النزاع بحسب الظاهر ـ وعدم صحة الدعوى بعد ذلك ، لصحته بحسب الظاهر ـ الاأنه لايفيد برائة ذمة المدعى عليه مما يزيد على مال الصلح ، فيما لو فرض أنه صالحه على أقل مما فى ذمته فى الواقع ، أو بعض العين أو المال الاخر ، بل يبقى مشغول الذمة بالباقى و انما تبرء ذمته بقدر ما دفعه خاصة انتهى .

اقول وجهه واضح فانه لو كان مديونا بمأة وقال للمدعى بخمسين و صالح بهذا المقدار اوازيد بمقدار لم يصل بقدرما على ذمته كان مقدار الباقى على عهدته من غير برائة بالصلح اذ قبول المدعى بزعم احتمال عدم الزيادة على ذمة المدعى عليه نعم ان اقر المدعى عليه بما هو الواقع وما على ذمته فصالح المدعى مع علمه بالزيادة فلا اشكال قطعا لعمومات الصلح وعدم مانع فى البين لذلك ويدل على عدم ابراء مازاد عليه ما عن على بن ابى حمزة «قلت لابى الحسن عليه السلام : رجل يهودى أو نصرانى كان له عندى أربعة آلاف در هم ، فهلك ، أيجوزلى أن أصالح ورثته ولا أعلمهم كم كان ؟ فقال : لايجوز حتى تخبرهم » وفى صحيح عمربن يزيد عن أبى عبدالله عليه السلام « اذا كان للرجل على الرجل دين فمطله حتى مات ، ثم صالح ورثته على شىء ، فالذى أخذه الورثة لهم ، ومابقى فهو للميت يستوفيه منه فى الاخرة ، فان لم يصالحهم على شىء حتى مات ولم يقض عنه فهو كله للميت يأخذه به » .

وفى الحدائق بعده قال حتى أنه لو كانت الدعوى على عين فى يده و صالح عنها باقل من قيمتها فالعين بأجمعها فى يده مغصوبة ، ولايستثنى له منها مقدارمادفع

لعدم صحة المعاوضة فى نفس الامر. ويحتمل أن يكون المدعى مبطلا والمدعى عليه محقاً فى انكاره وأنه برىء الذمة فى الواقع ، فان الصلح وان صح ظاهراً ، لكنه لايصح بحسب الواقع ، ولايستبيح للمدعى ما دفع اليه من مال الصلح ، لانه أكل مال بالباطل ،والمدعى عليه انما دفعه اليه افتداء من هذه الدعوى الكاذبة ، أو خوف الضرر على نفسه وماله لولم يفعل ، ومثل هذا لايعد عن تراض يحصل به الاباحة انتهى .

ثم ان ذلك كله فى صورة عدم قرينة فى المقام على مدعى الزيادة كما اذا ادعى الزيادة بمقتضى خط او كتابة او شهادة ونحوها على الزيادة فلا يصح الصلح حينئذ الامع الرضا :

وفى الجواهر نعم لو كان أحد هما عالماً به دون الاخر لم يصح الصلح فى نفس الامر بل لابد من الاعلام بالقدر ان كان الجاهل المستحق ، كما سمعته فى خبر أبى حمزة ، أو كان المصالح به قدر حقّه مع فرض عدم تعيّنه ، ومع ذلك فالعبرة بوصول الحق لابالصلح انتهى .

وكيف كان فقد ظهر ان الصلح لتحصيل رضاية الناس ﴿الاما﴾ كان صلحاً ﴿أحل حراماً﴾ كاسترقاق الحرّ واستباحة بضع المحرمات وشرب الخمر ، واللواط ﴿أوحرم حلالا﴾ بأن لايطأ حليلته، أولاينتفع بماله ، أونحو ذلك مماعلم عدم جواز الصلح على اجتنابه ، ويدل عليه الكتاب والسنة .

﴿وكذا يصح﴾ الصلح ﴿مع علم المصطلحين بماوقعت المنازعة فيه ، ومع جهالتهما به﴾ وفى الجواهر بلاخلاف فيه فى الجملة ، بل فى المسالك وغيرها الاجماع عليه ، لاطلاق الادلة انتهى ولايخفى انه لااشكال فى كلا القسمين وانما الاشكال فى صورة علم احدهما بالزيادة ولم يعلم صاحبه بالزيادة كمامرّ .

ويدل على صحة القسمين الصحيح عن الباقر والصادق عليهما السلام « أنهما قالا فى رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه، لايدرى كل واحد منهما كم له عند صاحبه فقال كل واحد منهما لصاحبه : لك ماعندك ، ولى ماعندى ، فقال : لابأس بذلك اذا

تراضيا وطابت به أنفسهما» ، ونحوهما الموثق وكذا الصحيح عن الصادق عليه السلام «في الرجل يكون عليه الشيء فيصالح ؟ فقال : اذا كان بطيبة نفس من صاحبه فلا بأس» وغيره وفي الجواهر بناء على ارادة الصلح بالأنقص كما هو الغالب ، مع عدم اعلامه بالحال ، والحكم في ذلك كله واضح .

أقول اذا لفرض حصول الرضا بذلك وعن التذكرة : لايشترط العلم بما يقع الصلح عنه لاقدراً ولاجنساً بل يصح الصلح سواء علما قدر ماتنازعا عليه وجنسه أو جهلاه ديناً كان اوعيناً ارثاً أوغيره عند علمائنا أجمع» انتهى .

واليه اشار المصنف بقوله ﴿دينا كان او عينا﴾ وفي الجواهر اطلاقه - كما في المتن وغيره ، بل والنصوص كما اعترف به في الرياض - يقتضي عدم الفرق في الصحة بين كون المصالح عنه مما يتعذر معرفتهما له مطلقاً أولا ، أمكن معرفته في الحال أم لا ، لعدم مكيال اوميزان ونحوهما من أسباب المعرفة بل لاخلاف في الاولى على ماقيل ، لاتفاق ارادته نصاً وفتوى عليها ، مضافاً الى أن ابراء الذمة أمر مطلوب ، والحاجة اليه ماسة ، ولاطريق اليه الا الصلح ، فلا اشكال فيها ، وكذا في الثالثة عند جماعة كالشهيدين والفاضل المقداد لتعذر العلم به في الحال مع اقتضاء الضرورة ومساس الحاجة لوقوعه ، والضرر بتأخيره وانحصار الطريق في نقله فيه مع تناول الأدلة السابقة له ، ومن هذا القبيل أيضاً الصلح على نصيب من ميراث أوعين يتعذر العلم بقدره في الحال ، مع امكان الرجوع في وقت آخر الى عالم به ، مع مسيس الحاجة الى نقله في الحال .

﴿و﴾ كيف كان فـ﴿هو﴾ أي عقد الصلح بناء على ماقلناه من كونه أصلا برأسه ﴿لازم من الطرفين مع استكمال شرائطه﴾ والجواهر بلاخلاف ، لعموم « أوفوا » وغيره من أدلة اللزوم التي سمعتها في غيره من العقود نعم يجيء على قول الشيخ الجواز في بعض موارده ، كما اذا كان فرع العارية أوالهبة على بعض الوجوه ، بناء على أن مراده لحوقه حكم ماأفاد فائدته ، أما على المختار فليس الا على اللزوم انتهى .

يعنى ان الصلح حيث لم يكن عندالشيخ عقد برأسه بل يفيد فائدة غيره فاذا كان صلح شيء بشيء كان هبة معوضة فيفيد هذا الصلح فائدة الهبة فيكون جائزا كما ان الهبة كانت جائزة وكما اذا كان صالح تمليك شيء بشى كان مفيداً للبيع فيفيد فائدة البيع فيكون لازما فالصلح عنده تابع لما كان له فائدته فيختلف لزوما وجوازاً وقد عرفت عدم تمامية ذلك وان الصلح عقد مستقل لاتابعا لما يفيد فائدته فالصلح وان افاد فائدة الهبة اوالعارية لكنه لايوجب كونه هبة اوعارية فيكون لازما .

وبالجملة ان اللزوم فى كل عقد والوفاء به مضافا الى حكم العقل هو مقتضى اوفوا بالعقود فالانسان بماهو ذوعقل وفطانة يعلم بانه اذا عهد لزم به الوفاء كما فى قوله تعالى اوفوا بعهدى اوف بعهدكم فعلى كلا المصطلحين عندقرار الصلح هوالوفاء بالعهد وعدم نقضه وهومعنى اللزوم فلاينفسخ احدهما بدون الاخر .

﴿الأن يتفقا على فسخه﴾ بالاقالة الشامل دليلها له ولغيره ، كما عرفته هناك ﴿واذا اصطلح الشريكان﴾ عندانتهاء الشركة ، وارادة فسخها ﴿على أن يكون الربح والخسران على أحدهما ، وللاخر رأس ماله صح﴾ .

وفى الجواهر بلاخلاف فى الجملة فيه ، للمعلومات ، وخصوص المعتبرة منها انتهى غيرخفى ان هذا الصلح اوالشرط مناف لمعنى الشركة الظاهرة فى شراكة كل المشتركين فى النفع والضرر والافيخرج عن الشركة اذمعناه كون الشركاء مساومعا واماكون احدهما على السواء فى رأس المال والضرر والنفع على صاحبه ليس بذلك شراكة ويمكن أن يكون فى جميع السنين الخسران عليه فينجرالى فناء رأس المال من احدهما المستلزم لفناء الشركة ومالزم من وجوده عدمه محال بل هو مناف لمقتضى العقد فان مقتضاه كون الربح والخسارة تابعا للمال فهذه الشرط يدورامره بين الفسادين الاول اما دائماكون النفع له دون الاخر واما كون الضرر عليه دون الاخرمع ان المال لكليهما وهوعلى خلاف لوازم العقدالذى لاينفك عن نفع اوضرر نعم صح ذلك فى وقت انقضاء الشركة اوفسخه اواقالته .

وبالجملة الشرط الصحيح لازمه عدم كونه منافيا للمشروط كما اذا باع مثلا وشرط عدم بيعه رأسا اوعدم بيعه بفلان فكما ان الانسان اذا باع شيئا مسلط عليه واختيار بيعه وعدمه بيده بمقتضى عقد البيع وشرط الخلاف مناف لمقتضاه فكذلك فى المقام فان لازم الشركة هو التساوى فى النفع والضرر وكيف يجوز .

لكن ظاهر النصوص جواز ذلك مثل الصحيح عن أبى عبدالله عليه السلام فى رجلين اشتركا فى مال فربحا فيه ربحاً وكان من المال دين وعليهما دين فقال أحدهما لصاحبه اعطنى رأس المال ولك الربح وعليك التوى ، فقال : لابأس اذا اشترطا ، فاذا كان شرطاً يخالف كتاب الله عزوجل فهو رد الى كتاب الله عزوجل» وفى الجواهر ونحوه الاخر عنه أيضاً الا أنه قال : كان من المال دين وعين ولم يقل وعليهما دين . وكذا الثالث الا أنه قال : «وكان المال ديناً» ولم يذكر العين ولا «عليهما دين» والرابع الا أنه قال كان من المال ديناً وعينا انتهى فلابد من علاجه .

وعن المسالك بعد قول المصنف (قدس الله روحهما) قال نحو ماقدمنا من العبارة المذكورة ماهذا لفظه : هذا اذا كان عند انتهاء الشركة وارادة فسخها لتكون الزيادة مع من هى معه بمنزلة الهبة والخسران على من هو عليه بمنزلة الابراء ، أما قبله فلا لمنافاته وضع الشركة شرعاً والمستند صحيحة أبى الصباح ، ثم ساق الرواية المذكورة الى أن قال : وهذا الخبر مشعر بما شرطناه من كون الشرط عند الانتهاء ، لا كما أطلقه المصنف انتهى .

وفى الحدائق بعد نقله عنه قال : وقد تقدمه فى ذلك المحقق الشيخ على فى شرح القواعد ، فانه قيد اطلاق عبارة المصنف فقال بعد ذكرها هذا اذا انتهت الشركة وأريد فسخها ، وللمناقشة فى ذلك مجال ، فانه لايخفى أنه وان كان هذا الشرط مما ينافى الشركة الا أن هذا شأن اكثر الشروط ، فان مقتضى عقد البيع اللزوم من الطرفين فلايجوز لاحدهما فسخه بغير سبب موجب ، مع أنه يصح لاحدهما اشتراط خيار الفسخ بلاخلاف ، ولاريب أنه مناف لمقتضى العقد الذى هو اللزوم من الطرفين انتهى .

اقول قدعرفت ان الاشكال وارد فلابدمن علاج وجعله عندانتهاء الشركة متين لان امر الشركة قدتم بنحو الصحيح وفى آخر الامر لاتبقى شركة فلووقعت زيادة او نقيصة على احد الشريكين صح منه الابراء والهبة والمصالحة ونحوذلك .

ومنه يظهر مافى الحدائق من ان هذا شأن اكثر الشروط فلااشكال فيه بل الشروط انما ينفى بعض ماثبت لولاه كارادة الفسخ ونحوه .

وفيه ماعرفت آنفامن انه لو كان مخالفا لمقتضى المشروط فلايصح قطعا كماعرفت فالحق هو التفصيل ومنه يظهر مافى الجواهر من الحكم بالصحة بنحو الاطلاق ولقد اجاد فى المسالك حيث تمسك بالصحيح لكون ذلك عندانقضاء الشركة فقال والمستند صحيحة ابى الصباح عن الصادق عليه السلام فى رجلين اشتركا فى مال فربحا فيه ربحاوكان من المال دين وعين وقال احدهما لصاحبه اعطنى رأس المال والربح لك وماتوى عليك فقال لابأس اذا شرط وهذا الخبر مشعر بماشرطناه من كون الشرط عندالانتهاء لاكما اطلق المصنف انتهى بل الخبر ظاهر فى ذلك اذقول الرجل لصاحبه اعطنى رأس المال ظاهر فى ارادة الفسخ وعدم الشركة بعد ذلك وظاهر الصحيح ايضا ان رأس المال عين ودين وصاحبه صالح بان يكون رأس ماله وصل اليه والباقى من النفع والضرر على الاخر وهذا هو الحق القوى والصحيح الاخر محمول عليه وسيأتى بعض الكلام فى الشركة انشاء الله .

﴿ولوكان معهما درهمان ، وادعاهما أحدهما وادعى الاخر أحدهما ، كان لمدعيهما درهم ونصف ، وللاخر مابقى﴾ لصحيح عبدالله بن المغيرة عن غيرواحد من أصحابنا «عن أبى عبدالله عليه السلام فى رجلين كان معهما درهمان فقال أحدهما : الدرهمان لى وقال الاخر : همابينى وبينك قال : فقال أبوعبدالله عليه السلام: أماالذى قال: همابينى وبينك فقدأقر بأن أحدالدرهمين ليس له فيه شىء وأنه لصاحبه، ويقسم الدرهم الثانى بينهما نصفين» .

ومثله مرسل محمد بن أبى حمزة المنجبر ارسالها بالشهرة، مع أن فى سنديهما

ابنى أبى عمير والمغيرة من أصحاب الأجماع ، وارسال أحدهما عن غير واحد الملحق بالصحيح عند بعض والمراد بكون الدرهمين معهما فى الخبرين والمتن انهما فى ايديهما ليتساويا فى الدعوى، اذلو كانا فى يدأحدهما لقدم قوله بيمينه انتهى .

وقوله عليه السلام فقد اقربان احدالدرهمين ليس له فيه شىء لايتم بظاهره فان معنى هما بينى وبينك هو كونهما لى ولك اى بيننا كما صريح ضميرهما الراجع الى الدرهمين ومعناه ان واحداً لى وواحداً لك فكيف اقرار بان احدالدرهمين ليس لى لكن الانصاف تمامية دلالة الصحيح فان الظاهر من قوله هما بينى وبينك اقرار بانه ليس لى نصيب فى واحد منهما فان كلامه يرجع الى ان نزاعنا فى الواحد منهما ومقتضى القاعدة فيه هو عدم نصيب له فى واحد منهما .

وكيف كان فالظاهر لااشكال فى كون الصحيح ظاهرا فى اقرار صاحب الواحد بكون احد الدرهمين لصاحبه فان قلت فكما انه اقرار لصاحبه اقرار ايضا بواحد لنفسه قلت اقراره بالنسبة الى مال الغير نافذ لقوله اقرار العقلاء على انفسهم جائز واما الاقرار لنفسه فلادليل على نفوذه مضافا الى ان الاقرار لنفسه ليس بصريح بل هو مستفاد من قوله لى ولك .

ثم ان الظاهر من عدم تعرضه عليه السلام للبينة اوالحلف كون الدرهمين فى ايديهما فانه حينئذ كان المتخاصمان متساويين فى تنصيف الدرهم الواحد واما لولم يكن فى ايديهما كان اللازم هو البينة لو كان والاحلف من كان فى يده وله تمام الدرهم .

قال فى الحدائق والمراد بكون الدرهمين معهما كما تضمنه الخبران هو كونهما تحت يديهما معا ، ليتساويا فى الدعوى، فلو كانا فى يدمدعى الدرهمين لقدم قوله فيهما بيمينه ولو كانا فى يد مدعى الدرهم لقدم قوله فيه بيمينه وأما اذا كانا فى يديهما معاً فالحكم ماذكره عليه السلام الى ان قال :

ويستفاد منه كون الحكم كذلك فى كل عين ادعاها اثنان مع اثبات يديهما عليهما ولابينة ، أويكون لكل منهما بينة ، الا أنه لارجحان لاحديهما على الاخرى وظاهر الرواية المذكورة وكذا كلام جملة ممن ذكر المسئلة هو أن الدرهم يقسم بينهما انصافاً من غير يمين .

والمفهوم من كلام جملة من المتأخرين أنه لابد من أن يحلف أولا كل منهما للاخر على استحقاق النصف ، ومن نكل من أحدهما قضى به للاخر ، ولو نكلا معاً أو حلفا قسم بينهما نصفين ، بل صرح بذلك في التذكرة فقال : لو كان في يد شخصين درهمان فادعاهما أحدهما وادعى الاخر واحداً منهما اعطى مدعيهما معاً درهماً وكان الاخر بينهما نصفين ، لان مدعى أحدهما غير منازع في الدرهم الاخر فيحكم به لمدعيهما ، وقد تساويا في دعوى أحدهما يداً ودعوى فيحكم به لهما .

هذا اذا لم يوجد بينة ، والاقرب أنه لابد من اليمين فيحلف كل واحد منهما على استحقاق نصف الاخر الذى تصادم دعواهما فيه ، فمن نكل منهما قضى به للاخر ولو نكلا معاً أو حلفا معاً قسم بينهما نصفين لما رواه عبدالله بن المغيرة ، ثم ساق الرواية كما قدمناه . انتهى .

وظاهره حمل اطلاق الخبر على هذا التفصيل الذى ذكره حيث أنه مقتضى القواعد عندهم ، وقال في الدروس بعد فرض المسئلة وان في الرواية المشهورة للثاني نصف درهم ، والباقي للاول مالفظه ويشكل اذا ادعى الثاني النصف مشاعاً فانه يقوى القسمة نصفين ، ويحلف الثاني للاول وكذا كل مشاع انتهى .

قال بعض الافاضل: وكأن نظره على أن النصف في الحقيقة بيد الاول والنصف بيد الثاني ، فمدعى التمام خارج بالنسبة الى الثاني ، فيكون البينة على الاول واليمين على الثاني ، لكن العدول عن الرواية المعتبرة مشكل ، وسيأتي انشاءالله تعالى في لاحق هذه المسئلة مافيه مزيد ايضاح للمقام ثم قال في هامش كتابه ان المراد ببعض الافاضل هو الفاضل الخراساني في الكفاية .

ثم قال قوله وكأن نظره الى آخره ، أقول : توضيحه هو أنه من حيث كون الدرهمين في يديهما معاً فكان الامر يرجع في الحقيقة الى أن درهماً في يد الاول وهو مدعى الدرهمين ، ودرهماً في يد الثاني وهو مدعى الدرهم ، وحينئذ فمدعى الدرهمين خارج لكون مايدعيه من الدرهمين ، ليس في يده ، وانما في يده واحد

خاصة فيكون عليه البينة من حيث كونه خارجاً ، واليمين على الثانى من حيث كونه منكراً لدعوى الدرهمين فيقدم قوله بيمينه ، فاذا حلف على نفى استحقاقه الدرهمين بقى الاخر بينهما انصافاً أيضاً ، قال : وهكذا فى كل مشاع كما ذكر الشهيد ، ومنها لو كان فى يديهما ثوب ادعاه أحدهما كملا وادعى الاخر نصفه ، فانه يقدم قول الاخر بيمينه ويقسم الثوب بينهما انصافاً ، والوجه فى قسمة الدرهم الباقى انصافاً بعد التمثيل أنه قد سقط دعوى صاحب الدرهمين باليمين، والاخر انما يدعى درهما خاصة ، وهو يتضمن الاقرار لصاحبه بدرهم ، فيبقى الدرهم الاخر بينهما انتهى .

ثم انه فى الجواهر قال ومنه يعلم الوجه فيما ذكره المصنف وغيره بل المشهور من قوله ﴿ وكذا ﴾ الحكم فيما ﴿ لو أودعه انسان درهمين وآخر درهماً وامتزج الجميع ثم تلف درهم ﴾ ويدل عليه خبر السكونى عن الصادق عليه السلام «فى رجل استودعه رجل دينارين واستودعه آخر ديناراً فضاع دينار منهما ؟ فقال: يعطى صاحب الدينارين ديناراً ويقسمان الدينار الباقى بينهما نصفين» بل ظاهر عدم اعتبار الامتزاج فى هذا الحكم .

ولا يقدح ضعفه بعد كون مفاده مطابقا للقاعدة فيكون صلحا قهريا وبهذا الاعتبار لعله ادخله فى كتاب الصلح والافهذه الفروعات لامن الصلح ولامن غيره واكثرها موردها كتاب القضاء وكيف كان فلا اشكال فى المقام من تنصيف الدرهم الواحد الاحتمال كونه فى الواقع اما لصاحب الدرهمين او لصاحب الدرهم الواحد فلا معنى للتنصيف فيرجع الى القرعة لكنه توهم فاسد بعد النص المقدم على القرعة لانها لكل امر مشكل ولا مشكل مع وجود النص وضعفه ينجبر مع عمل الاصحاب .

وقد اشار اليه فى الحدائق بقوله بقى الاشكال هنا من وجه آخر، كما نبّه عليه شيخنا الشهيد الثانى ، قال فى المسالك بعد ذكر المسئلة : هذا هو المشهور بين الاصحاب ، ومستنده رواية السكونى عن الصادق عليه السلام ويشكل الحكم ـ مع ضعف المستند ـ بأن التالف لايحتمل كونه بينهما بل هو من أحدهما خاصة ، لامتناع الاشاعة

هنا والموافق للقواعد الشرعية القول هنا بالقرعة ، ومال اليه فى الدروس الا أنه تحاشى عن مخالفة الاصحاب ، ومقتضى الرواية أنه يقسم كذلك وان لم يتصادم دعواهما فى الدينار ، وأنه لا يمين ، وكذا لم يذكر الاصحاب هنا يميناً ، بناء على كون الحكم المذكور قهرياً كما ذكروه فى المسئلة السابقة ، وربما امتنعت اليمين هنا ، اذا لم يعلم كل منهما بعين حقه . انتهى . وهو جيد انتهى .

وقد عرفت ان الواقع وان كان كذلك لانه يدور الامر بين ان يكون التالف لصاحب الدرهمين او الدرهم الواحد فان كان على الثانى فلا شىء له وان كان على الاول فليس له الا درهم واحد لكنه فى مثل هذه الموارد لا مناص من تنصيف الدرهم الواحد من بينهما والا فلا مناص الا القرعة والنص مقدم عليه فمعه كان الاجتهاد فى مقابله اجتهاد فى مقابل النص فلا يعتنى بمثل ذلك الاحتمال .

وانما الكلام فيما لم يكن تلف الواحد بتفريطه وتعديه فانه حينئذ يقسم الدرهم الموهومة صاحبه بخلاف التعدى والتفريط فى حفظه فانه يضمن الودعى بتمامه لصاحبه وهو واضح بعد الضمان مع التقصير فى الحفظ .

وعن التذكرة قال فان كان بغير تفريط فى الحفظ ولا فى المزج بأن أذن له فى المزج أو حصل المزج بغير فعله ولا اختياره ، فلا ضمان عليه ، لاصالة البراءة ، ولو فرط ضمن التالف انتهى وهو واضح فى كل مورد فرط فى حفظ مال الغير .

المسألة الثالثة ﴿و﴾ هى ما ﴿لو كان لواحد ثوب بعشرين درهما ، ولاخر ثوب بثلاثين درهما ، ثم اشتبها ، فان خير أحدهما صاحبه فقد أنصفه ، وان تعاسرا بيعا وقسم ثمنهما بينهما ، فأعطى صاحب العشرين سهمين من خمسة وللاخر ثلاثة﴾ وقد افتى المشهور فيها بذلك كما فى الجواهر لكن المسألة محل خلاف فى الجملة

فذهب الشيخ وجماعة منهم المصنف وغيره الى الوقوف على مادلت عليه الرواية ، وذهب ابن ادريس الى العمل بالقرعة ، قال بعد ذكر المسئلة : ان استعملت القرعة كان أولى للاجماع على أن كل أمر ملتبس فيه القرعة ، وهذا من ذاك ، واليه يميل

كلام شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك كما فى الحدائق .

وفيه عدم حجية القرعة فى مقابل النص لرفع الاشكال ولذا عن المختلف رده بانه ليس بجيد ، اذلا اشكال مع ورود النقل ايضاً وهو خبر اسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام «فى الرجل يبضعه الرجل ثلاثين درهماً فى ثوب ، وآخر عشرين درهماً فى ثوب فبعث الثوبين فلم يعرف هذا ثوبه ولا هذا ثوبه قال: يباع الثوبان فيعطى صاحب الثلاثين ثلاثة أخماس الثمن ، والآخر خمسى الثمن ، قلت : فان صاحب العشرين قال لصاحب الثلاثين ، اختر أيهما شئت ، قال : قد أنصفه» المنجبر بالشهرة .

والظاهر كون الاشتباه فى ثوب الاعلا او الادنى فان قوله فلم يعرف هذا ثوبه معناه لم يعرف هذا الثوب ثوب الذى يدعى قيمته الثلاثون او هذا الثوب الذى يدعى قيمته عشرون فصاحب الثوبين معلومان وثوب الاعلى حتى يعطى الى مدعيه غير معلوم وهكذا الثوب الادنى والاشكال فى ان الثوبين ان لم يفرق بينهما اصلا فكيف يختلف قيمتهما وان اختلفا وعلم ذو مرية عن غيره فكيف لا يعلم صاحبهما فان المقصود من هذه العبارة ان صاحب ثوب الثلاثنين لم يعرف ثوبه وكذا صاحب ثوب عشرين لم يعرف ثوبه وليس ذلك الا فيما لم يفرق بينهما لا لونا ولا مقداراً ولا لطافة كطاقة كرباسين .

وفى مثل ذلك لا فرق بيتهما قيمة لكنه ليس ببعيد لامكان وقوع الصاحبين فى مكان الظلمة او حبس كذلك او لكونهما او احدهما اعمى وغير ذلك من موجبات عدم التميز بل المقصود هو الحكم فى مثل امثال هذه الموارد غاية الامر سئواله فى الثوبين فلو كان السئوال فى مثل الدينارين لصح بلا كلام لامكان كون احدهما قيمته اكثر مع عدم علم صاحبيهما به فانه لا يعرفه الا الخواص كالناقد البصير فما عن التذكرة ـ «من أنه ان بيعا منفردين وتساويا فى الثمن فلكل واحد ثمن ثوب ولا اشكال ، وان اختلفا فالأكثر لصاحب الاكثر قيمة ، وكذا الأقل بناء على الغالب ، وان بيعا مجتمعين صارا كالمال المشترك شركة اجبارية كما لو امتزج الطعامان فيقسم الثمن على رأس المال ـ» ففى غير محله بعد ما عرفت من انه لا يعلم فرق الثوبين من حيث القيمة ومع

عدم الفرق لايعقل اختلاف القيمة .

ثم انه لايصح الذهاب الى القرعة مع وجود النص كماعن ابن ادريس من القرعة وكذا ماعن المسالك مع عدم صحته فان موضوعهما المشكل فلو كان هذا الامر مشكلا لكان اكثر الموارد كذلك بل ليس التمسك بالقرعة الافى موارد لم يكن طريق اليها سواها كموت المتوارثين معاولم يعلم بتقدم فوت احدهما فلامناص حينئذ سوى القرعة بخلاف المقام الذى لايتصور اشكاله الانادرا .

﴿واذا بان أحد العوضين﴾ المعينين فى العقد ﴿مستحقاً﴾ للغير أو غير قابل للعوضية كالخمر والخنزير ﴿بطل الصلح﴾ بلاخلاف ولااشكال لوقوع الصلح حينئذ بلاعوض وهو باطل مع الاقدام على العوض ، فيبطل اذا ظهر للغير او غير مايملك شرعا ﴿ويصح الصلح على عين بعين اومنفعة وعلى منفعة بعين أومنفعة﴾ للعمومات الدالة على الصحة باى نحو كان :

﴿ولوصالحه على دراهم بدنانير أوبدراهم صح﴾ لان الصلح مستقل ولايكون تابعا للبيع حتى يبطل انه حينئذ بيع الدرهم بالدرهم اوبالدراهم فيشترط فيه شرائط الربا من عدم الزيادة والقبض فى المجلس فى بيع النقدين بل يجرى فيه احكام الخيارات لوكان متفرعا على البيع ﴿و﴾ بعد ماعرفت من انه ﴿لم يكن فرعا للبيع﴾ لان الصلح قد مر انه عقد برأسه فاذا صالح عين بعين كان العقد صلحا ومستقلا لاانه فرع البيع ومتفرعا عليه ومجرد كون مفاده تمليك عين بعوض لايوجب اتحاده مع البيع كى يكون احكام البيع جاريا عليه .

قال فى الحدائق لوصالحه على دراهم بدنانير أو بدراهم فعلى المشهور من أن الصلح عقد مستقل بنفسه يصح ، وعلى قول الشيخ بالفرعية تصير الصحة مراعاة لحصول شروط الصرف والربا انتهى قد مضى ذلك فى السابق بما لامزيد عليه وان الصلح عقد فى مقابل العقود الاخر لماهو الظاهر من الكتاب والسنة وانه شرع لتحصيل الرضا وانه لاربط له بسائر العقود ولوكان مفاده ينطبق مع غيره كما اذا صالح عين

بعين فان مفاده حينئذ تمليك عين بعوض فيكون بمفاد البيع و مع ذلك لاربط له بالبيع .

﴿و﴾ لذا قال ﴿لايعتبر فيه ما يعتبر فى﴾ بيع ﴿ الصرف على الأشبه ﴾ وفى الجواهر بأصول المذهب وقواعده ، وكذا لوقام مقام البيع السلم لايعتبر فيه قبض العوض فى المجلس ، الى غير ذلك من الاحكام المختصة بالبيع حتى الربا ، بناء على أنه منها انتهى .

وقد عرفت ان المخالف هو الشيخ وقد حكى عن المبسوط : اذا ادعى دراهم أو دنانير فى ذمته ، فاعترف بها ثم صالحه بدراهم ودنانير صح الصلح ، وهو فرع الصرف فما صح فيه صح فى الصلح وما بطل فى الصرف بطل فيه ، ولايجوز حتى يتقابضا فان كان المقر به دراهم فصالحه على دنانير معينة أوموصوفة فعينها وقبضها قبل التفرق جاز ، ولوقبض البعض وفارقه بطل الصرف فيما لم يقبض ، ولو ادعى عليه دراهم فاقر بها ثم صالحه منها على بعضها لم يجز لانه ربا ، ولكن ان قبض بعضها وأبرئه من الباقى صح ، وكان هذا الصلح فرع الابراء انتهى .

ومراده من الفرعية ان الصلح تابع لما هو بمفاده وانه هو الاصل فاذا كان مفاده التمليك بالعوض كان تابعا للبيع فى الشرائط واذا كان مفاده التمليك بلاعوض كان تابعا للهبة واذا كان مفاده تمليك المنافع كان تابعاً للاجارة ولعل ذلك عجيب بعد دلالة الدليل و التعبيرات الكثيرة عن الصلح فكيف يكون تبعا للغير بمجرد انطباق مصداقه مع مصداق عقد آخر فى الجملة واحيانا فاذا لم يكن متفرعا على عقود آخر فلو فرض كون صلح مفاده تمليك شيء بشيء لم يجر فيه احكام البيع لعدم كونه بيعا فلو كان صالح ربوى بربوى لم يجر فيه احكام الربا لانه مختص بالبيع ولم يكن الصلح بيعا نعم من عم الربا فى مطلق المعاملات يدخل حينئذ فيه الربا وعن المسالك هو الاول وعن المختلف هو الثانى .

﴿ولو أتلف على رجل ثوباً قيمته درهم﴾ مثلا ﴿فصالحه عنه على درهمين﴾ أو أقل من الدرهم ﴿صح ، على الاشبه﴾ بأصول المذهب و قواعده والاشهر بل

فى الدروس المشهور ﴿لان الصلح وقع عن الثوب﴾ أو أن قيمته الكلية التى لا تختص بالدرهم ﴿لا عن الدرهم﴾ الذى لم يثبت فى الذمة .

لكن فى المسالك فى شرح هذه العبارة تبعاً لجامع المقاصد بل و الدروس «هذا انما يتم على القول بضمان القيمى بمثله ، ليكون الثابت فى الذمة ثوباً ، ويكون هو متعلق الصلح ، اما على القول الأصح من ضمانه بقيمته فاللازم لذمة المتلف انما هو الدرهم فيستلزم الصلح عليه بدرهمين الربا ، فيبطل ، وهو الاقوى بل فى الدروس أنه لذلك أبطله فى الخلاف والمبسوط» انتهى .

قال فى الحدائق ما لفظه ومما يتفرع على الخلاف المذكور هنا أيضا ما لو أتلف على رجل ثوباً قيمته درهم مثلا فصالحه عنه على درهمين ، فانه ان قلنا ان الواجب ضمان القيمى بمثله كما هو أحد القولين ليكون الثابت فى الذمة ثوباً صح الصلح المذكور لان الصلح وقع عن الثوب ، لا عن الدراهم الذى هو قيمته ، وان قلنا أن القيمى يضمن بقيمته ، فاللازم لذمة المتلف انما هو الدراهم ، فعلى هذا اذا صالحه بدرهمين تفرع صحة الصلح هنا على الخلاف المتقدم للزوم الربا ، فيصح الصلح عند من قال بتخصيص التحريم بالبيع ، ويبطل عند من قال بالعموم فى جميع المعاوضات انتهى .

توضيح ذلك ان من اتلف ثوب رجل قيمته بمقدار درهم فان صح دفع المثل فى القيمى تعلق مثل ثوب التالف على ذمته فجاز مصالحة ما فى ذمته بدرهمين لانه حينئذ تعلق بالذمة ثوب مثل الثوب التالف عرفا ولو لم يكن مثلا اصطلاحيا لان الفرض قد اتلف القيمى الذى ليس متساوى الاجزاء واما اذا قلنا بلزوم القيمة فى القيمى فاذا تلف ثوب قيمته درهم تعلق الدرهم بالذمة ففى الحقيقة اذا صالح كانت المصالحة عن درهم بذمته بدرهمين وحينئذ ان قلنا بكون الصلح متفرعا على البيع يلزم الربا للزيادة وان قلنا بكونه عقداً مستقلا غير مربوط بالبيع يتفرع على النزاع بان الربا تختص بالبيع او مطلق المعاملات فمن قال بالاول لا يلزم الربا .

ومن قال بالثانى لزم لكنه مع ذلك فيه كلام امالو قلنا بكفاية المثل فى القيمى فقد عرفت وستعرف واما بناء على المشهور من لزوم القيمة فى القيمى فمن المعلوم انه بعد التلف يتعلق نفس الثوب بذمته لانفس الدرهم وحيث انه بعدالتلف لايمكن فتعلق قيمته وهى كلى شاملة للافراد كالدرهم والدينار والقرطاس المسمى بالاسكناس ونحوه والنحاس وغيرذلك ممايساوى قيمته مع الدرهم فالمصالحة عن قيمة الدرهم بالدرهمين ليس مصالحة الدرهم مع الدرهمين .

مثلا اذا تلف ثوب قيمتها مأة درهم فتعلق على ذمة التالف مأة درهم كلى لها افراد ومن جملة افرادها القرطاس ومن جملتها النحاس المسكوك بسكة السلطان ومن جملتها الف ريال من الفضة فمأة تومان يؤدى بقرطاس واحد منقوش به ١٠٠٠ ريال وبخمسة من خمسة المنقوش بكل واحد منهابه ١٠٠ ريال وهكذا وهذه افراد الكلى الذى هو مأة وقيمة الثوب فهل يتعلق عند التلف جميع هذه الافراد او خصوص فرد او كلى يؤدى بكل واحد من هذه الافراد والاول كماترى والثانى لايلزم منه نفس مأة درهم معينا فاذا لم يتعلق عين الدرهم صح مصالحته بالدرهمين بل صح بيعه بالدرهمين لعدم كون المبيع خصوص الدرهم .

وفى الجواهر فى مقام اصلاح صحة الصلح ولو على القول المشهور من كون القيمى مضمونا بالقيمة ردا على جامع المقاصد والدروس قال مالفظه .

وفيه : أن المعلوم من مذهب المصنف ، ضمان القيمى بقيمته لابمثل الذى هو مذهب نادر ، وليس مافى كلام المصنف والفاضل بل المشهور كما سمعت مبنياً على ذلك بل هواما لان الثابت فى القيمى فى الذمة نفسه كما هومقتضى قوله عليه السلام «على اليد ماأخذت» بل وقوله «من أتلف» الى آخره ، وان كان الواجب دفع القيمة عنه عوضا شرعياً ، لعدم امكان أداء نفسه ، وعدم معرفة مثل له ، حتى يكون أقرب من القيمة فالصلح حينئذ اذا وقع يقع عنه لاعن قيمته ، وليس هذا قولاً بكون القيمى يضمن بمثله الذى هو معنى وجوب تأدية المثل التسامحى عرفاً ، أولأنه وان قلنا بكون الثابت

فى الذمة قيمته الاأنها غير متعينة فى خصوص الدراهم ، وان كان لوأديت منهاكانت قيمته درهماً ومن الدينار كذا ومنهما كذا ، وهذا لايقتضى بكون الثابت فى الذمة الدرهم بخصوصه ، كى يستلزم الصلح عليه بدرهمين الربا، لكون الصلح فرع البيع انتهى .

ولقد اجاد فيما افاد لكن قوله فى ضمان القيمى بالمثل وانه قول نادر ففيه انك عرفت فى ج٢٦ ص٩٠ صحة ضمان القيمى ايضا بالمثل فيماكان المثل الموجود عين التالف ولولم يطلق المثلى على الثوب اصطلاحالعدم تساوى اجزائه .

وبالجملة المثلى اصطلاحان وان يطلق على ماتساوى اجزائه لكنه مجرداصطلاح لايساعد على اختصاصه به العرف واللغة كألوف من الكأس والاناء كل بلافرق من جميع الجهات وايضا ان الساعة المصنوعة فى عصرنا الحاضر قديخرج فى ان واحد بقدر الالوف منها وكذا الظروف التى يقال لها بالفارسى بچينى كان لها انواع وكل نوع اصناف ولكل صنف افراد كثيرة والكل عين الاخر والاخرعين الاول ومن كل صنف لها افراد كثيرة من غيرفرق من بينها اصلا .

فاذا تلف بيدغير صاحبه كان عينه ومثله كثيراً وهواقرب عند العرف وعند اللغة وعند صاحب المال من القيمة بل ربما ادعى مثله من ظرف آخر مثله بل هو اقرب بالروايات مثل على اليدما اخذت حتى تؤدى ونحوذلك بداهة ان الصدق بمثل ماهو عيناً مثل التالف اولى واصدق باعطاه قيمة ماتلف فالقيمى تارة لم يوجد مثله فكان اللازم دفع القيمة والافيجوز دفع مثله ولوكان بحسب اصطلاح غير المثل فح لو تلف الثوب قد تعلق على ذمته الثوب كقميص مثل قميصه الذى تلف فصح صلحه بالدرهم كما صح على كون التعلق هو القيمة واما سائر ماافاد ففى محله .

وحاصله صحة الصلح ولوعلى المشهور من ضمان القيمة فى القيمى ببيان ان على الذمة حينئذ نفسه اى الثوب فالمصالحة وقعت بين الثوب والدرهم فلااشكال هذا هو الوجه الاول للصحة واما وجه الثانى انه وان قلنا بكون الثابت فى الذمة قيمته لكنه

لااشكال فيه لانه اذا تعلق لايلزم كونه درهما حتى يكون صلح الدرهم بالدرهم اذ القيمة كلى يمكن ان يكون درهما اوغير درهم فلااشكال فيه كما عرفت والله العالم .

﴿ولوادعى داراً فانكر من هى فى يده ثم صالحه المنكر﴾ عن اسقاط دعواه ﴿على سكنى سنة﴾ مثلا ﴿صح بلاخلاف﴾ ولااشكال عندنا ﴿ولم يكن لاحدهما الرجوع﴾ عن ذلك لما عرفت من كون الصلح من العقود المستقلة اللازمة وظاهر المصالحة مسكونه سنة فى الدار ويظهر منه كذب المنكر والا فكيف يصالح داره بسكونة سنة منها لكنه مع ذلك صح الصلح لما عرفت من عدم الدقائق العقلية بل العرفية فى مقابلة كل منها وقد عرفت ايضا صحته مع الانكار ﴿ وكذا لو أقر له ﴾ المدعى ﴿ بالدار ثم صالح ﴾ المنكر المدعى المقر على سكنى سنة ، أو أن المراد أقر من هى فى يده ثم صالحه المقر له على سكنى المقر سنة .

﴿ و ﴾ لكن ﴿قيل﴾ والقائل الشافعى من العامة والشيخ من الخاصة ﴿ له الرجوع، لانه هنا فرع العارية﴾ اذ هو اباحة منفعة بلاعوض ﴿و﴾ قد عرفت سابقا أن ﴿ الاول أشبه ﴾ بأصول المذهب وقواعده ، وأن افادة عقد مفاد آخر لاتقتضى لحوق أحكامه ، على أن الصلح هنا يقتضى ملك المنفعة لا اباحتها .

وفى الجواهر ولقد أفصح عن ذلك كله فى الدروس بقوله : « ولوادعى داراً فأقر له بها فصالحه على سكنى المقر سنة صح ولارجوع ان جعلناه أصلا وجوزناه بغير عوض ، ولوأنكر فصالحه المدعى عليه على سكنى للمدعى سنة فهو أولى بعدم الرجوع ، لانه عوض عن دعواه ، وكذا لو كان الساكن المنكر ، لانه عوض عن جحوده هذا انتهى .

﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿لوادعى اثنان﴾ مثلا ﴿داراً فى يد ثالث﴾ مثلا متفقين على التصريح بأن ملكها لنا ﴿بسبب موجب للشركة﴾ بينهما ﴿كالميراث فصدق المدعى عليه أحدهما وصالحه على ذلك النصف ﴾ الذى أقر له به ﴿ بعوض فان كان باذن صاحبه صح الصلح فى النصف أجمع، وكان العوض﴾ مشتركاً ﴿بينهما

وان كان بغير اذنه صح فى حقه وهو الربع ﴾ خاصة ﴿ وبطل فى حصة الشريك وهو الربع الاخر﴾ هذا كله مع التصريح منهما بالسبب المقتضى للشريك .

﴿وأما لو ادعى كل واحد منهما النصف من غير سبب موجب للشركة﴾ كما لو قال احدهما : لى النصف بالارث والاخر بالشراء ﴿لم يشتركا فيما يقربه لاحدهما﴾ هذه عبارة المتن مع مختصر من تفسير الشارح الجواهر والحدائق ايضا .

توضيح ذلك ان دعوى الاثنين تارة بسبب مقتضى للشركة كما قالا هذه الدار ارث لنا واخرى بسبب غير موجب للشركة كما اذا ادعى احدهما كون نصفها ارثاً والاخر بانه اشتراها فانه لايقتضى الشركة بينهما بنحو الاشاعة بل لكل منهما نصفها المختص به والاول كان معناه ان كلا من النصفين مشترك بيننا مشاعة بخلاف الثانى وحينئذ ففى الاول ان اقر المتشبث اى الذى كانت الدار بيده لاحدهما دون الاخر فصالح نصف المقر له بشىء يأخذ منه كالارض مثلا فان كانت المصالحة باذن الاخر صحت وكان نص المشاع مفرزا بذلك وصار ملكا بجميعه للمقر والعوض الذى يأخذه احد الشريكن بينه وبين الشريك الاخر ولو كان الاذن لاحق بعد المصالحة بناء على صحة الفضولى .

واما اذا لم تكن المصالحة باذن الشريك فصحت فى نصفها المختص به وهو الربع اذا الفرض ان النصفين بينهما بنحو الشركة الموجبة للاشاعة فنصفه كان ايضا بينه وبين شريكه والمختص بكل واحد منهما هو الربع فاذا فرض ان المصالحة لم يكن باذن الاخر كانت المصالحة واقعة فيما يختص به وهو الربع ومايأخذه من المقر كان مختصا بنفسه دون شريكه واما الثانى اى فيما ادعى بسبب غير موجب للشركة فاذا اقر المتشبث لاحدهما وصالحه بشىء وقعت المصالحة بتمام النصف له ومايأخذ من المقر ايضا كان بتمامه له هذا توضيح عبارة المتن وجماعة من تنزيل البيع والصلح بمنزلة الاشاعة .

وفى الحدائق مالفظه لو ادعى اثنان عينا فى يدثالث من دار أوثوب أونحوهما

بأنها لهما بالمناصفة، وصرحا معاً بالسبب الموجب للملك من أنهما ورثاهما معاً أو وكلامن شراها لهما معاً بالمناصفة ، أونحو ذلك فصدق المدعى عليه أحدهما فيما يدعيه من أن النصف له ، وكذب الاخر ، ثم انه صالح المدعى عليه ذلك الذى صدقه على النصف الذى أقرله به بعوض ، وحينئذ فان كان هذا الصلح باذن شريكه سابقاً الصلح ، أولاحقا بناء على صحة الفضولى صح الصلح على تمام النصف الذى وقع العقد عليه ، ويكون العوض بينهما نصفين، كما أن الاصل كان كذلك ، وان لم يكن الصلح باذن شريكه صح الصلح فى حقه المقرّله وهو الربع الذى هو نصف ماوقع عليه الصلح، وبطل فى ربع شريكه، ويكون شريكا مع المدعى عليه بذلك الربع

والوجه فى ذلك انه لما اتفق المدعيان على كون سبب ملكهما مقتضيا للشركة بالمناصفة كما فرضناه سابقاً ، فاقرار المدعى عليه لاحدهما يقتضى اشتراكهما فيما أقربه، وان لم يصدقهما على السبب الموجب للاشتراك، لان مقتضى السبب المذكور كالميراث ونحوه هو التشريك، ويمتنع استحقاق المقرله بالنصف خاصة دون شريكه كما أن الفائت يكون ذاهباً عليهما بمقتضى اقرارهما بسبب الشركة، ومن أجل ذلك تفرع عليه ما قد مناه من التفصيل بصحة الصلح على النصف مع اذن الشريك ، و الاشتراك فى العوض و عدم الصحة الافى الربع مع عدم الاذن ، وكون الشريك حينئذ شريكا للمدعى عليه بالربع .

هذا كله فيما اذا صرحا بالسبب الموجب للملك بالاشاعة والمناصفة، أما لو لم يصرحا بما يقتضى الشركة سواء صرحا بما ينافيه أم لا كما لو ادعى أحدهما ملك نصف المدعى فيه بالميراث ، وادعى الاخر ملكه بالشراء، فانهما لايشتركان فيما أقربه المدعى عليه، فان ملك أحدهما لايستلزم ملك الاخر، فلايقتضى الاقرار لاحدهما بما يدعيه مشاركة الاخر اياه انتهى وهذه العبارة غاية توضيحه ومع ذلك فيه مالايخفى .

ومن جملة مايرد عليه ان المدعى عليه اذا انكر احدهما فلازمه انكار الشركة وان النصف لخصوص من اقرّله وان النصف بتمامه ملك له فاذا صالحه بشيئ صالح

بالنصف افرازاً لاالنصف المشاع فيكون النصف بتمامه لمدّعى عليه وحينئذ كيف يصح الاشاعة ولو مع الاذن وعدمه امامع الاذن الذى قالوا صحت المصالحة و ما يكون عوضا بينهما فانه على زعم المتشبث ان مال المصالحة بتمامه للمقرّله والنصف بتمامه لنفسه فانه صالح على نصف المختص به.

و اما اذا لم يكن المصالحة باذن شريكه فيكون بطلان الاشاعة من و جهين احدهما لانكار المدعى عليه ثانيهما لعدم اجازة الشريك فالمصالحة فى سهم الشريك فضولية وهى بناءاً على صحتها فى غير البيع انما يصح اذا امكن الاجازة من المالك لافى مثل المقام الذى يدّعى المدعى عليه تمام النصف له بالمصالحة فلايصح المصالحة حتى فى الربع المختص بالاخر والحاصل لوانكر المتشبث شراكة احدهما معناه كون النصف بتمامه لنفسه بعد المصالحة وغايته عدم نفوذ انكاره فى حق الاخر ولكن ليس لازمه عدم صحة مصالحته فى تمام النصف اذ هو بزعمه ليس شريكا وكان مصالحته على تمام النصف المختص فكيف يصح جعل صحتها فى خصوص نصف النصف على خلاف زعم المتشبث ولوسلم كون النصف ظاهراً فى نصف المشاع اى الربع لكنه لايصح فى المقام بعد اجراء المصالحة على كون المال للواحد مفرزاً لامشاعا خصوصا بعد كون الدار فى يده والمدعيان خارجان وحمل قوله وعلى الصحة وشواهد تقدم قوله على دعواها كثيرة .

ويمكن ان يقال اقرارهما مقدم على انكار المدعى عليه فهما قاطعان بالشركة فاذا صالح مع المدعى عليه فى النصف كان عندهما كون النصف مشاعا فيحتاج المصالحة الى اذن الشريك فيصح معه و يبطل بدونه الا فى الربع فيحصل الشركة بين شريك الاخر والمدعى عليه ولكل منهما ربع فيصير النصف بين الشريك الاخر وبين المدعى عليه بالاشاعة ولو كان بنظر المدعى عليه كان جميع النصف له فيحصل النزاع بينهما .

وفى الجواهر قال اللهم الا أن يفرض أن المقرّبه بالنسبة الى المقرّليس هو

الا النصف الذى لايلحقه شريكه به فمع فرض كون المقصود بالصلح النصف الذى هو كذلك يتجه حينئذ اختصاصه بـالعوض ، ويبقى النزاع بين الشريك والمتشبث فتأمل جيداً والامرفى ذلك سهل انتهى وظاهره ماذكرناه وفى الحدائق ايضا بعدالعبارة المتقدمة مالفظه :

وفيه أولاأن الظاهرأن قول الجماعة ـ بان اطلاق البيع والصلح انما ينصرف الى ملك البايع و المصالح دون الشايع ـ انما هو فى المال المشترك الخالى عن النزاع ، والقاعدة المذكورة انما هى بالنسبة الى ذلك ، وما نحن فيه ليس كذلك لوجود النزاع وعدم ثبوت نصف خالص للمصالح ، بل الثابت له بحسب الشرع انما هو الربع كما عرفت ، لان الفرض أن ما اعترف به المدعى عليه ، مشترك بينه و بين شريكه بحسب نفس الامر ، و ظاهر الشرع من حيث اقرارهما بموجب الشركة ، ولانزاع فى أن ما أقربه المدعى عليه مشترك بينه وبين شريكه ، فهو انما صالح على ربعه وربع شريكه ، اذ ليس نصف المصالح عليه الا ذلك ، و به يظهر أن مانحن فيه ليس من جزئيات القاعدة المذكورة ، ولامن أفرادها لتحصيل المناقاة كما زعمه (قدس سره) .

وثانياً ـ أنه مع الاغماض عن ذلك ـ فان الظاهر من المقام والمتبادر من سياق الكلام كما صرح به من ذكر المسئلة من علمائنا الاعلام أن الصلح انما وقع على النصف الذى أقرله به المدعى عليه ، ولم يقصد المدعى عليه ، والذى أقرله الاذلك ، لاأن الصلح وقع على نصفه الذى له فى نفس الامر والخروج عن قاعدة البيع و الصلح انما يحصل على الثانى ، دون الاول و بما ذكرناه يظهر أيضاً أن الاحتمال الذى ذكره الشهيد (رحمة الله عليه) وتبعه عليه الشيخ على (رحمة الله تعالى عليه) ليس بجيد ، انتهى .

﴿ ولوادعى عليه ﴾ بشىء مثلا ﴿ فأنكر فصالحه المدعى عليه ﴾ مثلاعما ادعى به ﴿على سقى زرعه أوشجره بمائه﴾ أى ما يسقى به زرعه أوشجره من ماء

المدعى عليه ﴿ قيل : ﴾ والقائل الشيخ فيما حكى عنه ﴿ لايجوز لأن العوض هو الماء وهومجهول﴾ فلايصح الصلح بناء علىفرعيته على البيع ﴿وفيه وجه آخر﴾ بالجواز ﴿مأخذه جواز بيع ماء الشرب ﴾ أى النهر بتقدير المدة بعد المشاهدة .

﴿أما لوصالحه﴾ عما ادعى به مثلا ﴿على اجراء الماء﴾ من سطح المدعى ﴿ الى سطحه أوساحته ﴾ أى المدعى عليه ، أوعلى اجرائه فى ساقيته المحفورة له مثلا ﴿صح﴾ للعمومات ﴿بعد العلم بالموضع الذى يجرى الماء منه﴾ لاختلافه صغراً وكبرا باعتبار قلة الماء وكثرته .

﴿ واذا قال المدعى عليه صالحنى عليه لم يكن اقراراً ، لانه قد يصح مع الانكار ﴾ كما عرفته ، فيما تقدم ، ﴿ أما لوقال : بعنى أوملّكنى كان اقراراً ﴾ فى عدم كونه ملكا له ، لاستحالة طلب تحصيل الحاصل .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿يلحق بذلك أحكام النزاع فى الأ ملاك﴾ لنوع من الاعتبار الذى هوما عرفت من كون الصلح لقطع النزاع، على أنه ربما يذكر الصلح فى بعض أفراده ، ولم يلحظ ذلك فى الدّروس فجعله كتاباً مستقلا سمّاه بكتاب تزاحم .

﴿و﴾ على كل حال فـ ﴿ هى مسائل : الأولى ﴾ لاخلاف ولا اشكال فى أنه ﴿يجوز اخراج الرواشن والاجنحة﴾ و نحو هما الرواشن عبارة اخرى عما يقال بالفارسية به پنجره وروشنائى من خشب اوحديد جعل لاجل النوروالضياء فى البيت.

والمراد بالاجنحة مايقال فى عرف اليوم الحاضربه بالكن .

والمراد بمحل البحث اذا جعل احدهما اوكليهما فى طريق عموم الناس فهل يجوز ذلك او كان لهم المنع فنقول اما ان يكون ذلك مانعا من العبوروالمرور كما اذاكان قريبا بالارض بحيث يقع الرؤوس فى حال العبور عليه اوالرجل عليه فربما سقط على الارض وربما يقع الحمال فى حال حمل الاجناس فتكسر بل يكسر رجل من سقط على الارض ونحو ذلك او لايكون كذلك لعلو مكان الجعل عن وقوع

الرأس اوالرجل عليهما اواحدهما والاول لاخلاف فى عدم جوازه وضمانه لواضر بذلك احداً من الناس ويكون مرتبة ضعيفة من حفر البئر فى الطريق بحيث امكن وقوع الناس فيه .

والثانى اى الذى كان غيرمانع من العبورفيجوز قطعا لعدم الناس مالكاللهواء والفرض وقوع ذلك فى املاكهم التى كان اختيار التصرف فيها بيد صاحبه ومالكه و ليس لاحد منعه عن ذلك و المانع من بنائه عليه سوى الامام المعصوم والائمة الاثنى عشر الذين جعل الله تعالى امور جميع الخلائق بايديهم فهم اولوا الامرليس الافهم الذين يرادون بقوله ﷺ من كنت مولاه فعلى مولاه فاذاكان على مولى الناس كان من ابنائه مولى الناس فالامر بايديهم الى يوم القيامة والحكومة لهم لى ماشاءالله فعند قيام القائم يأمر ويخرب ما اراد ويخرب كل مسجد على الارض . ويقطع كل ميزاب يضررالناس فى الطريق وليس لاحد المنع والتكلم على خلافه واما غيرهم صلوات الله عليهم لهم المنع مادام يضرهم دون ما لم يضرهم كالعالية البناء المحتاجة الى الشبائك والبالكن من غيراذن لهم لاحد فيجوز بل فى عصرنا الحاضر كان جميع ابيات الواقعة فى البلد محتاجة اليهما بل مرسوم بحيث لايقدرصاحبها على تركهما اولواراد بناءاً فان نقشة البناء بامردولة الوقت ولايمكن التخلف عنه.

ولذا حكم النّصف بجواز ذلك واحداثهما ﴿الى الطرف النافذة اذا كانت عالية لاتضر بالمارة﴾ وفى الجواهر ولم يعارض فيها مسلم للسيرة المستمرة فى ساير الاعصار والامصار من زمن النبى ﷺ الى يومنا هذا ، وقد وضع هو ﷺ ميزابا لدارعمه العباس ، بل هى كذلك من غير حاجة الى الا ذن من حاكم ولا من غيره ، سواء قلنا بكون الهواء ملكا للمسلمين أو باقيا على الاباحة الاصلية ، فما عن أحد من اعتبار اذن الامام فى وضع الجناح ، فى غيرمحله بل هو كذلك انتهى والكل واضح لايحتاج الى بيان .

قال فى الحدائق ما لفظه قدصرح الاصحاب (رضوان الله عليهم) بأنه يجوز

اخراج الرواشن والاجنحة الى الطرق النافذة اذا كانت عالية لاتضر بالمارة وهما عبارة عن اخراج خشب من حائط المالك الى الطريق بحيث لايصل الى الجدار المقابل له ويبنى عليها ، ولو وصل الى الجدار سمى ساباطاً و على هذا فهما عبارة عن أمر واحد ، و ربما فرق بينهما بأن الاجنحة ينضم اليها مع ماذكر أن يوضع لها أعمدة من الطريق ، وربما قيل ذلك فى الرواشن وقال فى هامش كتابه ما لفظه .

قال فى مجمع البحرين الرواشن جمع الروشن وهى أن يخرج اخشاباً الى الدرب ويبنى عليها ويجعل عليها قوائم من أسفل . انتهى ، وفى اللغويين الروشن بأنه الكوة كذا ذكره المحقق الشيخ على، على ما فى شرح القواعد . وفى القاموس: الروشن الكورة ، فليتأمل فلعل الغلط فى أحد الموضعين، ولايحضرنى الان من نسخ الكتابين مايمكن تحقيق الحال منه فان تحريف الكوة بالكورة أو بالعكس قريب فليلاحظ .

ثم قال المفهوم من كلامهم وتقييد الضرر بالمارة كما قدمنا ذكره أنه لو أضر بغيرهم من جار ونحوه بحيث استلزم الاشراف عليه لم يمنع منه ، كما لايمنع لو كان وضع الجناح والروشن فى ملكه فاستلزم الاشراف على جاره .

وخالف فى ذلك العلامة فى التذكرة فقال: بالمنع من ذلك فارقا بينه وبين الوضع فى ملكه ، قال فى الكتاب المذكور : اذا أخرج جناحاً أو روشناً فى الشارع النافذ فقد بينا أنه ليس لاحد منعه مع عدم التضرر به ، فلو تضرر جاره بالاشراف عليه فالاقرب أن له المنع ، لانه قد حصل به الضرر ، بخلاف مالو كان الوضع فى ملكه فانه لايمنع وان حصل معه الاشراف ، لان للانسان التصرف فى ملكه كيف شاء ، ويمنع فى الملك من الاشراف على الجار لامن التعلية المقتضية لا مكانه ، قال : ولست اعرف فى هذه المسئلة بالخصوصية نصاً من الخاصة ولا من العامة ، و انما صرت الى ماقلت عن اجتهاد ، ولعل غيرى يقف عليه أو يجتهد فيؤديه اجتهاده الى خلاف ذلك انتهى ملخصاً .

واعترضه فى المسالك فقال : وفيه نظر لان المعتبر فى الموضوع فى الطريق

عدم الاضرار بأهل الطريق ، لانه موضوع للاستطراق فيمتنع ما ينافيه ، أما اعتبار عدم الاضرار بغيرهم فلادليل على المنع منه ، بل قد تقدم أنه لايمنع مما يضر بغير من يعتاد سلوكه خاصة ، فضلا عن غير المار، والجار خارج عن ذلك كله ، فلاوجه للمنع مما يقتضى اضراره ، كما لوأحدث بناء فى مباح يقابله واستلزم الاشراف عليه وكلام العلامة وغيره حيث قيدوا الضرر بالمارة دليل عليه ، وانما عمم هو الضرر فى فرعه انتهى .

أقول: ويقول العلامة (قدس سره) فى هذه المسئلة ولست أعرف فى هذه المسئلة نصاً وانما صرت الى ما قلت عن اجتهاد ، تعلق المحدث الامين الاسترابادى ونحوه من الاخباريين فى التشنيع على المجتهدين ، ويمكن الاعتذار عنه (قدس سره) بأن مراده بالاجتهاد انما هو الاستنباط من الادلة العامة، فانه انما نفى وجود الخبر الخاص بهذه المسئلة ، فلا ينافيه امكان استنباط دليل لها من الادلة العامة ، وهو هنا حديث «لاضرر ولاضرار» لانه انما استند فى المنع بضرر الجار بذلك .

نعم يمكن أن يجاب عن ذلك بأن الضرر المنهى عنه انما هو نفس الاشراف لاالروشن المقتضى له ، كما لوفعله فى ملكه أو أحدث بناء فى مباح يقابله واستلزم الاشراف كما تقدم فى كلام شيخنا المتقدم ذكره انتهى .

وكيف كان فليس لاحد المنع ما لم يضر بحاله ولو منع لم يكن منعه مؤثرا فى شيئى .

ولذا قال ﴿ولو عارض فيها مسلم﴾ لم يؤثر ﴿ على الاصح ﴾ لعدم ثبوت حق له فى المعارضة ، لما عرفت من استمرار السيرة المعتضدة بالفتوى على فعل ذلك ، وعدم الالتفات الى المعارض .

كما فى الجواهر والمخالف هو الشيخ فى الخلاف والمبسوط وعبارته فى الخلاف ما لفظه اذا اخرج من داره روشنا الى طريق المسلمين وكان عاليا لايضر . بالمارة ترك مالم يعارضه فيه واحد من المسلمين فان عارض فيه واحد منهم وجب

قلعه وبه قال ابو حنيفة وقال الشافعى لايجب قلعه اذا لم يضر بالمارة وترك وبه قال مالك والاوزاعى واحمد واسحق وابو يوسف ومحمد .

[دليلنا] ان طريق المسلمين حق لجميعهم فاذا انكر واحد منهم ذلك لم يجز ان يغصب على حقه ومتى طالبه بقلعه كان له ذلك كساير الحقوق وايضاً لاخلاف انه لايجوز ان يملك شيئا من القرار و الهواء تابع للقرار وايضاً فلو سقط ذلك فوقع على انسان فقتله او على مال فاتلفه لزمه الضمان بلاخلاف فلو كان ذلك جايزا لم يلزمه ضمان انتهى .

ولايخفى ما فى قوله حق لجميعهم فانه مضافا الى انه قول بلادليل مالم يضر بحالهم كان على خلاف سلطنة الناس فى اموالهم واملاكهم فالدليل على خلافه موجود.

وفى الجواهر فى مقام رده قال و فيه ما لايخفى ، بعد مـا عرفت ، فهو حينئذ بمنعه معاند لاحق له ، و الضمان بعد تسليمه لاينافى الجواز كما هو فى صورة عدم المعارضة التى قد وافق فيها ، وجواز الفعل لايتوقف على كونه مالكا كما هو واضح انتهى .

والحاصل لاوجه للمنع من ذلك من احد الا اذا كان مانعا للطريق فلا منع لو لم يكن كذلك الا نادرا كما قد يتفق عبور الفرسان واصابة رماحهم عليها ولااعتبار بذلك حتى يجعل علوها بمقدار لم يصب اليها الرماح الناصبة مع عدم امكانه غالبا بل فى جميع الاوقات بل قد يحتاج الطرق الواسعة النافذة الى سرداب لنفع العابرين بل قد يحتاج الى بيت التخلية بحيث لايضر بحالهم والوقوع فى بئره فلاجرم يصح احداثه بل قد يجب وكذا الاحتياج بساقية ونهر .

قال فى الجواهر و اما عمل السرداب فى الطريق النافذ اذا أحكم أزجه ولم يحفر الطريق من وجهها بحيث يضر المارة فقد صرح غير واحد بجوازه ، للسيرة أيضاً . نعم لايجوز ذلك فى المرفوع الاباذنهم وان احكم ، ومثله الساقية من الماء وان لم يكن لها رسم قديم ، لكن الفاضل منع من عملها فى النافذ وان أحكم الازج

عليها ، أما لوعملها بغير أزج فانه يمنع منها اجماعا ، كما فى الدروس ولكل أحد ازالتها ولوتضرر الجار بالسرداب والساقية فالظاهر جريان البحث السابق فيها ولايجوز احداث دكة فيه ونحوها على باب داره وغيرها لاهل الدرب وغيرهم .

نعم ربما ظهر من بعضهم جوازها فى الزائد على المقدر شرعاً عنه وفيه : أن الزائد بعد احياء المسلمين له بالاستطراق يكون حاله كحال الطريق بالنسبة الى ذلك ولعله لذا قال فى الدروس : «اتسع الطريق أوضاق ، لان احياء الطريق غيرجايز، اذ هو مشترك بين مارة المسلمين فليس له الاختصاص المانع من الاشتراك» بل فيها أيضاً «وكذا لايجوز الغرس فيه وان كان هناك مندوحة لان الزقاق قد يصطدم ليلا وتزدحم فيها البهائم ، ولانه مع تطاول الازمنة ينقطع أثر الاستطراق فى ذلك ويحتمل جوازه مالم يتضرر به المارة من ذلك، كالروشن والساباط» ويضعف بأنهما فى الهواء بخلاف الدكة والشجرة انتهى.

﴿و﴾ على كل حال فـ﴿لو كانت﴾ الرواشن والاجنحة وما شاكلها ﴿مضرة وجب ازالتها﴾ على الواضع الغاصب وعلى كل قادر على رفع المنكر ولو بالزام الغاصب الواضع بذلك اذلايجب على غيره الازالة، لانه «لاتزر وازرة وزراخرى.

﴿ولو﴾ كان ضررها بأن ﴿أظلم بها الطريق﴾ على وجه ذهب الضياء منه أصلا فانه لاخلاف ولااشكال حينئذ فى أنه يجب ازالتها بل فى المسالك «الاجماع عليه» ولكن فيه تأمل واضح لعدم ذهاب الضياء ضررا .

ولذا ﴿قيل لايجب ازالتها﴾ والقائل لعله الشيخ وليس لازالتها وجه صحيح ﴿و﴾ كما يجوز ذلك فكذلك لاخلاف فى انه ﴿يجوز فتح الابواب المستجدة فيها﴾ أى الطرق النافذة سواء كانت لها باب أخرى اليها أوالى طريق مرفوع أم لا ، لماعرفت من أن المسلمين فى ذلك شرع سواء .

وعن دعائم الاسلام وعنه عليه السلام أنه قال : من اراد أن يحول باب داره عن موضعه أو يفتح معها بابا غيره فى شارع مسلوك نافذ فذلك له ، الا ان يتبين أن فى ذلك

ضررا يقيناً ، فان كان فى رافعة غير نافذة لم يفتح فيها بابا ولم ينقله عن مكانه الا برضا أهل الرافعة» هذا كله فى الطرق النافذة .

﴿أما الطرق المرفوعة﴾ المسدودة آخرها ولا تنتهى الى طريق آخر ﴿ فلا يجوز﴾ لاحد من غير أربابها ﴿احداث باب فيها ولا جناح ولا غيره الا باذن أربابه سواء كان مضراً أو لم يكن لانه مختص بهم﴾ وكذا ليس لبعضهم أيضاً ذلك الا باذن شركائه لان الفرض ان اهل الطرق المسدودة مشتركون فى هذا الطريق المسدود فكما لا يجوز للغير التصرف المنافى لميلهم فكذلك لا يجوز لاحد منهم ذلك بدون رضا صاحبيه اذا كان زاحمهم بل مطلقا الامع رضا الجميع .

قال فى الحدائق مالفظه المفهوم من تقييدهم الطرق بالنافذة عدم الجواز فى الطرق المرفوعة ، والوجه فيه ظاهر ، لانها ملك لاربابها كساير الاملاك المشتركة لا يجوز التصرف فيها الا باذن اربابها فلا يجوز لاحد منهم احداث جناح أو باب شارع الا باذن الباقين ، سواء أضر بهم أم لم يضر ، للمنع من التصرف فى مال الغير الا باذنه مطلقا والمراد بالمرفوعة المسدودة التى لا ينتهى الى طريق آخر ولا مباح ملك الغير الى ان قال :

والمفهوم من كلام الاصحاب من غير خلاف يعرف هو أن الطرق المرفوعة ملك لاربابها ، وظاهر المحقق الاردبيلى (رحمة الله عليه) هنا المناقشة فى ذلك مستنداً الى المنع من ذلك الا أن يعلم بدليل شرعى ، و لو بدعوى الملكية بشرط أن لا يكون مستنده مجرد الاستطراق ، فان الذى علم من الاستطراق استحقاقهم ذلك لا غير ولما كان أكثر الطرق والاستطراق يحصل فى غير الملك لا يعلم منه الملكية التى هى منفية بالاصل . اذ لا فرق بين المسلوك والمرفوع فى الحصول الا أن المترددين فى الاول أكثر ، هذا غاية ما استند اليه (قدس سره) .

وفيه نظر ، اذ لا يخفى أن الظاهر أنه لا خلاف فى أن التصرف امارة الملك ، فلو تصرف أحد فى شىء ومات وهو فى تصرفه حكم به ميراثا لورثته ، ولو ادعى

مدع فى أن تصرفه عاد طولب بالبينة ولا يخفى أيضاً أن التصرف غير مضبوط بحد معلوم وانما هو فى كل شىء بنسبته ، يعنى بالنظر الى المنافع المترتبة على ذلك الشىء فكل من تصرف فى شىء بتحصيل المنافع المترتبة عليه ثبت له الملك ، والمنافع المترتبة على الطريق التى بها ثبت التصرف ليس الا الاستطراق ، لانها موضوعة له وان أمكن وجود منافع اخر أيضاً ، الأأن هذا هو المقصود منها والغالب عليها انتهى

ولايخفى ان ما افاده الاردبيلى ره متين فى الغاية اذ لا دليل عليه اصلا وانما يكون لاهل هذه الزقاق حق استطراق فقط ويؤيده انه لو كان ملكا جاز له بيعه بمقدار مايختص بداره وهو كماترى والتصرف الذى يدل على ملكه هو التصرف فى ملكه المختص به بحيث كان اختيار جميع تقلباته اليه بخلاف مثل الزقاق الذى كان له حق استطراق فقط فان قلت لو لم يكن ملكا لاهل هذا الزقاق لزم كون الملك بلامالك لعدم مالك لغيرهم اصلا .

قلت كانوا مالكين بمعنى اولوية حق الاستطراق و بهذا المقدار يخرج عن كونه بلامالك فاهل هذا الزقاق مالك بمعنى ان لهم العبور والمرور ولايكونوا مالكين بمعنى جواز التصرفات على خلاف شركائه فله مرتبة ضعيفة عن الملك فلايكون الملك بلامالك ولايكون مختصاً به فيكون نظير ملك الموقوف عليهم يعنى الموقوفة بمعنى حق استفادة الجميع من العين ثابت من دون ان يجوز لهم بيع العين ونحوه .

﴿ وكذا ﴾ لايجوز لغير أهلها بل وأهلها ﴿ لو أراد فتح باب لايستطرق فيه ﴾ بلاخلاف أجده فيه ﴿ دفعاً للشبهة ﴾ الحاصلة منه على مضى الازمان ، فانه امارة على استحقاق الاستطراق ، وبذلك فرق بينه وبين رفع الجدار الجائز له قطعا الذى لاامارة فيه.

﴿ ويجوز فتح الروازن والشبابيك ﴾ بمعنى جعل الروزنة فى داره لاخذ الضوء من دار الجار و هو يجوز لو لم يكن مزاحمة لصاحب الضوء ولم يوجب امكان النظر الى اهل الجار والافلايجوز الا برضاه ومع ذلك لو اراد صاحب الضوء ان يسدها فى دار نفسه يجوز له ذلك لقاعدة التسلط ﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ مع اذنهم ﴾

فيما عرفت منعه فلااشكال فى الجواز و﴿لااعتراض لغيرهم﴾ الخارج عنهم فانه لاحق له .

وفى الجواهر ولكن الظاهر كون ذلك كالعارية يجوز لكل الرجوع عن ذلك بل تبطل بالموت والخروج عن التكليف بالجنون ﴿ولوصالح﴾ من له حق منه﴿هم على احداث روشن﴾ مثلا ﴿قيل :﴾ والقائل الشيخ ﴿ لايجوز لانه لايصح افراد الهواء بالبيع﴾ والصلح فرعه ﴿وفيه تردد﴾اى فى عدم الجواز تردد ولكن الجواز فيما كان باذن الجميع لاواحد منهم والاحوط مع ذلك كان له ذكر مدة معينة حتى لاينتهى الى اثباته بعدا .

وعن الدروس «اما لوصالحوا على ذلك بعوض فانه لازم مع تعيين المدة وان كان بغيرعوض بنى على أصالة الصلح أوفرعيته للعارية» وعن التذكرة «لوصالح واضع الروشن أوالجناح أوالساباط أرباب الدرب وأصحاب السكة على وضعه جاز على الأظهر عندنا، لكن الاولى اشتراط زمان معين» خلافا للجواهر حيث منع اعتبار المدة مع انها لازمة حتى لاينتهى الى لزوم كونها ابداً .

﴿ولو كان للانسان داران﴾ مثلا﴿ باب كل واحدة﴾ منهما ﴿الى زقاق غير نافذ ، جاز أن يفتح بينهما باباً﴾ لوضوح سلطنة الناس على اموالهم والفرض هو التصرف فى ماله السلطنة ومع كونه مضررا على غيره ﴿ولو أحدث﴾ الاجنبى أو بعض أهلها ﴿فى الطريق المرفوع حدثاً﴾ على غير الوجه الشرعى ﴿جاز ازالته لكل من له عليه استطراق﴾ وفى الجواهر من غيرفرق بين المضر وغيره ﴿ولو كان فى زقاق بابان﴾ مثلا ﴿أحدهما أدخل﴾ اى اقرب الى اخرالزقاق ويعبرعنه بالفارسية (بكنج كوچه وآخر كوچه) ﴿من الاخر﴾ يعنى وقع الاول اول الزقاق والثانى بعده ﴿فصاحب الاول يشارك الاخر فى مجازه ، وينفرد الأدخل بمابين البابين﴾ .

وفى الجواهر على المشهور بين الأصحاب كما فى المسالك ، لأن المقتضى لاستحقاق كل واحد هو الاستطراق ونهايته بابه فلايشارك الداخل ، بخلافه ، وقيل :

يشترك الجميع فى الجميع حتى فى الفضلة الداخلة فى صدرها : أى أسفلها ، لاحتياجه الى ذلك عند ازدحام الاحمال ووضع الاثقال انتهى .

ولايخفى ان المسالة خالية عن النص حتى يظهر منه الحكم لكن الاظهر عدم منع الشارع عن مثل التصرفات الغير المضرة بحال المشتركين كما يظهر وجهه من الاقوال ويؤيده ماسيأتى عن الاردبيلى ره فالقول باشتراك الجميع فى الجميع قوى

قال فى الحدائق مالفظه لو كان فى السكة المرفوعة أبواب بعضها أدخل من الاخر فهل يشترك جميعهم فى جميع السكة فيكون الاستحقاق فى جميعها لجميعهم أم شركة كل واحد يختص بمابين رأس السكة وباب داره ؟ لان محل تردده هو ذلك المكان خاصة . المشهور بين الاصحاب الثانى ، والوجه فيه أن المقتضى لاستحقاق كل واحد هو الاستطراق ونهايته بابه ، فلايشارك فى الداخل ، فحكمه بالنسبة الى هذا الداخل الزايد على بابه حكم الاجنبى من غير أهل السكة .

وقيل : بالاول ، فيشترك الجميع فى الجميع حتى فى الفضلة الداخلة عن الابواب وهو صدر السكة ان كان ذلك ، وعلل باحتياجهم الى ذلك عند ازدحام الاحمال ووضع الاثقال عند الادخال والاخراج .

وقوى فى الدروس هذا القول ، ونقل القولين فى التذكرة عن الشافعية ، وقال ان أظهر الوجهين لهم الثانى ، والمسألة غير منصوصة عندنا ، الأن الاوفق بالقواعد الشرعية هو القول المشهور انتهى .

قد عرفت ان القوى هو القول الاول فيشارك الكل فى كل من غير مزية لاحد على احد وعن التذكرة : فعلى المشهور عندنا ان الادخل عنده ينفرد بما بين البابين ويتشاركان فى الطريقين ، ولكل منهما الخروج ببابه مع سد الاول وعدمه ، فان سده فله العود اليه مع الثانى ، وليس لاحدهما الدخول ببابه ويحتمله ، لانه قد كان له ذلك فى ابتداء الوضع ويستصحب ، وله رفع جميع الجدار فالباب أولى انتهى.

وحكى عن المحقق الاردبيلى ره انه قال هيهنا اشكال وهو أنهم قد حكموا بكون

المرفوعة ملكا لكل من فيها ، فالهواء والارض كله ملك مشترك بين أربابها ، وأيضاً قالوا : لايجوز لاحد التصرف باحداث الرواشن والاجنحة والساباط وفتح الابواب المستحدثة حتى لغير الاستطراق أيضاً ، وكذا وضع الميزاب ، سواء حصل الضرر أم لا الا باذن الارباب، فمعه يجوز مطلقاً ، فهو مؤيد للاشتراك ثم حكموا هنا بالاختصاص بما بين البابين لذى الباب الادخل والاول ، الى أن قال : فكأنهم جوزوا ماحرموه انتهى .

وقد عرفت آنفا منه انه قائل بعدم ملكية مثل الزقاق لاربابه وانما يكون لهم حق الاستطراق فلهم الاستحقاق من حيث العبور والتردد لا الملكية وقد عرفت ان الظاهر كذلك لخروج الطريق عن الملك وكيف كان فقد عرفت قوة اشتراك الجميع فى الجميع

كما فى الجواهر ايضا قال فالتحقيق حينئذ بناء ذلك على اشتراك الجميع فى الجميع الذى قواه فى الدروس ، ويؤيده ظهور اتحاد كيفية احياء الطريق المرفوع والطريق العام ، فكما أن اتخاذ جملة من المسلمين طريقا على جهة العموم يفيد الحق للمسلمين كافة ، حتى لم يستطرقه منهم ، لانه وقع ممن وقع بعنوان الجميع، كذلك الطريق الخاص الذى اتخذ طريقا الى دورهم على جهة الاشتراك بينهم فى سايروجوه الارتفاق التى منها الاستطراق الى الدار ، فكل منهم قد اتخذه لجميعهم على هذا الوجه ، ولذا كان بينهم أجمع على الشركة انتهى .

﴿ و ﴾ منه يعلم انه ﴿ لو كان فى الزقاق فاضل الى صدرها ﴾ أى أسفلها ﴿وتداعياه﴾ أولم يتداعياه ﴿فهما﴾ اذن ﴿ فيه سواء ﴾ لما عرفت من كونه جزء من الطريق الذى يدهم جميعا عليه بالاستطراق ، وغيره على السواء ولامزية لاحد على احد فى التردد والعبور وحمل الاثقال والوضع فى الزقاق بقدر الحاجة ونحو ذلك من جميع التصرفات المتعارفة فى الناس مادام لم يضر على غيره .

﴿ويجوز للداخل أن يقدم بابه﴾ الى الخارج ﴿وكذا الخارج﴾ يجوز أن يقدم بابه ﴿و﴾ لكن ﴿لايجوز ل﴾ ه أى ا ﴿ لخارج أن يدخل بابه ﴾ الى أسفل

﴿وكذا الداخل﴾ بالنسبة الى الادخل الذى هو خارج فى القياس اليه ، فان ذلك كله مبنى على اختصاص كل داخل عن الخارج بمادخل عنه ، ومشاركته فيما خرج فيجوز للداخل اخراج بابه لثبوت حق الاستطراق له فى جميع الطريق الى بابه ، فكل ماخرج عنه له فيه حق .

﴿و﴾ قد بان لك أيضا مما تقدم سابقاً أنه ﴿لوأخرج بعض أهل الدرب ﴾ والزقاق ﴿ النافذ روشناً ﴾ مثلا غير مضر بالمارة ﴿ لم يكن لمقابله ﴾ ولالغيره ﴿معارضته ولواستوعب عرض الدرب﴾ مالم يضع منه شيئا على جداره ، للأصل والسيرة المستمرة على معاملته معاملة المباح من غيراختصاص لاهل الدور فى شيء منه ، من غيرفرق بين ماقابله منهم وعدمه .

بل صرح غيرواحد منهم الفاضل ﴿و﴾ الشهيدان بأنه ﴿لوسقط ذلك الروشن فسبق جاره الى عمل روشن لم يكن للاول منعه، لانهما فيه شرع، كالسبق الى القعود فى المسجد﴾ وفى الجواهر فقام منه ولم يملك الاول الموضع بوضع الروشن فيه وانما اكتسب أولوية سبقه اليه، فاذازال أثره زالت كالقعود فى المسجد والسوق انتهى.

المسألة ﴿الثانية : اذا التمس وضع جذوعه﴾ مثلا ﴿فى حائط جاره ، لم يجب على الجار اجابته ، ولوكان خشبة واحدة﴾ عندنا للاصل ، بل الاصول لكونه لايخلوعن ضرر على حائطه وبناءه ولوباعتبار مضى ايام فلايجوز بدون رضائه لمخالفته لسلطنة الناس على اموالهم ونحوذلك بل ولولم يكن فيه ضرر بحاله اصلا لعدم جواز التصرف فى مال الغير الابطيب نفسه .

﴿لكن يستحب﴾ اجابته ، لماورد من الحث على قضاء الحوائج، والتوصية بالجار ، ﴿و﴾ حينئذ فـ ﴿لو أذن جاز الرجوع قبل الوضع اجماعا ﴾ ، للاصل وغيره ، بل ظاهرهم ذلك ، وان استلزم ضررا عليه ، بفعل المقدمات من بناء وغيره.

﴿وبعد الوضع﴾ المستلزم نقضه للضرر ﴿لايجوز﴾ الرجوع عند الشيخ ومن تبعه ﴿لان المراد به﴾ للمستعير والمعير ﴿التأبيد﴾ وللضرر الحاصل بالنقض

حيث يفضى الى خراب ملك المأذون .

﴿و﴾ لكن مع ذلك فالقول بـ ﴿الجواز حسن مع الضمان﴾ عندالمصنف بل هوخيرة الفاضل والكركى ، وثانى الشهيدين، لانه عارية ، ومن لوازمها جواز الرجوع ولايخفى مافيه ومن الضررالبين فى نزعه وقلعه بل لايحصل الغرض بالضمان ايضا والتمسك بالقواعد الفقهية مثل تسلط الناس على اموالهم ولايحل مال امرء الابطيب نفسه واستصحاب جواز المنع قبلا كلها راجع الى اول الوضع والنصب و ان هذه القواعد يقتضى جواز المنع لابعد الوضع باختياره مع ظهور الامر فى التأبيد وعلم صاحب الجدار بان الغرض من الوضع هوالبناء عليه اللازم منه عدم رفعه بعد الوضع .

وعن المبسوط « لارجوع حتى يخرب ، لان البناء للتأبيد والضرر ، ولوقلنا بالرجوع ففى غرمه الارش وجهان ، من استناد التفريط الى المستعير ، ومن لحوق ضرره بفعل غيره » انتهى قد عرفت ان الارش والغرامة لايجبره بعد الوضع ولعل الرضا والاجازة بالقلع مع الغرامة ربما يؤدى الى اضعاف ضرر الواضع كيف وربما يجعل عليه البناء والجواز مستلزم للخراب وكيف كان فالمنع بعد الاذن فى غير محله نعم لوحصل ضرر بعد ذلك على صاحب الجدار لابد للواضع من الغرامة نعم عدم جواز الرجوع ما اذا بنى عليه شيىء .

واما قبله لوندم صاحب الجدار كان له المنع كالاول كما عرفت ثم اذا وضع على جدار الجاربدون اذنه ثم بنى عليه البناء كان للجارقلعه ولوكان يتضرر الواضع بكثير الا ان يخرج رأسه عن جداره ولوبان ينصب عمودا من الارض ما يقع رأس جذوعه عليه ان امكن وكان العمود واقعا فى ملك الواضع لاملك الجار والافلابد من خرابه وقد كثر الكلام فى امثال هذه الموارد لكنه لايبقى لنا مجال للتكلم فيها كثيراً لانقضاء مدة بقائى ومجيىء الاجل ووقوع الحوادث والبلايا وامطار النار والحديد على رؤوس الناس و بتوتهم فى حال النوم وحال سكبهم ونحو ذلك و انما اشكو

حزنى الى الله ومع ذلك لم يكن فيها زيادة نفع بل قد نفع اكثرهذه الفروعات فى غيرهذا المقام .

هذاكله فى الرجوع قبل انتهاء أمده ، ﴿أمالو﴾ انتهى فـ ﴿ انهدم ، لم يعد الطرح الاباذن مستأنف ﴾ لانقطاع حكم الاذن الاولى بانقطاع زمان المأذون فيه الذى قد اقتضاه الاذن فيه ، ﴿ و ﴾ لكن ﴿فيه قول آخر﴾ محكى عن الشيخ فى المبسوط ، وهوأنه ان أعاده بالهيئة الاولى لم يكن له منعه ، من رد الخشب والسقف عليه . وان أعاده بغيرها كان له منعه .

و وجهه الاول ان الهيئة الاولى بمجرد الاذن كان بنحو الدوام فلايمنعه ثانيا جعله ووضعه على الهيئة الاولى بخلاف ماذا اراد التغييرفانه يحتاج الى اذن الجديد والثانى معلوم والاول كالثانى فى عدم التمامية اذا المتيقن من قصد الدوام هودوام الاول وهومنتف بخرابه فيحتاج الى الاذن الجديد .

﴿ ولو صالحه على الوضع ابتداء جاز بعد ان يذكر عدد الخشب و وزنها وطولها ﴾ بل ذكر غيرواحد انه لابد مع ذلك من ذكر المدة المضبوطة ، لكونه حينئذ هنا كالاجارة وفيه ما لايخفى بعد كون معنى رضايته كونه دائما فى حال بقائه فهل يكون لوذكرالى سنة خرابها بعد ذلك كلا .

المسألة ﴿الثالثة لوتداعيا جدارا﴾ بين ملكيهما بحيث لم يكن له اتصالاباحد الملكين بل كان مجرد وقوعه بينهما ﴿مطلقا﴾ وليس لاحدهما يد عليه بالخصوص ﴿ ولابينة فمن حلف عليه مع نكول صاحبه قضى له ﴾ و حاصله اما ان يحلفا معا بكونه له اولايحلفا معاكذلك وعلى القسمين ينصّف الجدار بينهما بالسوية وان حلف احدهما دون الاخرحكم له وهذاكله مع عدم البينة لاحدهما ومعها حكم لمن كان له بينة

و فى المسالك المراد بالاطلاق هنا ان لايكون مقيدا بوجه يوجب كونه لاحدهما شرعا كاتصاله ببناء احدهما اومافى حكمه مما سيأتى ومن جملة القيود كونه فى ارض احدهما فاذا خلاعن جميع ذلك لم يكن لاحدهما عليه يداويكون لهمابان

يكون بين ملكيهما و لامرجح و حكمه حينئذ ان يستوى نسبتهما اليه فمن اقام بينة حكم له به وان فقداها حلف كل واحد لصاحبه و كان بينهما نصفين و كذا لو نكلاعن اليمين ولوحلف احدهما ونكل الاخرثبت للحالف وهوواضح انتهى .

ففى صورة نكول كليهما اوحلف كليهما كانت القاعدة هو الحكم بالتنصيف بينهما كما اشار اليه المصنف بقوله ﴿وان حلفا أونكلاقضى به بينهما﴾ لعدم الترجيح وفى الجواهروأس الجدار يتبع من يكون الجدار له، اختصاصاً أواشتراكاً فلوتنازعا فيهما حينئذ وأقام أحدهما بينة بالجدارفهو ذويد فى الاس و كذا الشجرة مع المغرس وذلك لان كون الجدار حائلا بين الملكين امارة على اشتراك اليد ، ولادلالة على اشتراكهما فى الاس والمغرس ، فاذا ثبت الجدار لاحدهما اختصت به .

﴿ و ﴾ كيف كان فهذا كله اذا لم يكن لاحدهما يد اختصاص أما ﴿ لو ﴾ فرضت بأن ﴿ كان متصلا ببناء أحدهما كان القول قوله مع يمينه ﴾ مع فقد البينة لصيرورته بذلك صاحب يد .

﴿ولو كان لاحدهما عليه جذع أوجذوع، قيل :﴾ والقائل الشيخ ﴿لايقضى بها﴾ لجريان العادة بالتسامح للجار فى ذلك ، ولعدم مانع يراه فى حال الوضع ثم ظهر بعده من يدعيه ولامكان جهله بذلك وكيف كان فالظاهرقوة هذا القول .

﴿ وقيل : يقضى ﴾ بها لذيها ﴿ مع اليمين وهو الاشبه ﴾ بأصول المذهب عند المصنف .

وقد عرفت ان وضع الجذوع فى هذه الحالة لايكون دليلا على الملكية ولا علامة يد بل حكمه كما لم يدل الجذوع عليه من انه ان حلف كلاهما اولم يحلف اصلاحكم بتنصيفه وان حلف احدهما دون الاخر كان الجميع له ﴿ولايرجح دعوى أحدهما بالخوارج التى فى الحيطان ﴾ اى بالامور الخارجة عن حقيقة الحيطان مثل الكتابة والتزيينات والامورالظاهرة فى من يدعى هذه العلامات ﴿ولاالروازن﴾ الثابتة فى هذا الجدار .

﴿ولو اختلفا فى خص﴾ بالضم مايعمل من القصب شبه الجدار حاجزا بين الملكين ، ﴿قضى لمن اليه﴾ منهما ﴿معاقد القمط﴾ بالضم أيضا جمع قماط اى لمن وقع عقود القمط لشداد الخص فى ملكه ﴿ عملا بالرواية ﴾ و هى صحيحة منصور بن حازم المروية فى الكافى والتهذيب عن أبى عبد الله عليه السلام « سألته عن خص بين دارين فذكر أن علياً عليه السلام قضى به لصاحب الدار الذى من قلبه القمط » ورواها أيضا فى الكافى بسندآخرصحيح أوحسن عنه الا أنه قال : « عن حظيرة » .

وخبرعمر بن شمر عن جابر عن أبى جعفرعن أبيه عن على عليهم السلام « انه قضى فى رجلين اختصما اليه فى خص فقال : ان الخص للذى اليه القماط » وبالعامى «ان قوما اختصموا الى رسول‌الله صلى الله عليه وآله فى خص ، فبعث حذيفة بن اليمان ليحكم بينهم فحكم به لمن اليه معاقد القمط ، ثم رجع الى النبى صلى الله عليه وآله فاخبره ، فقال : أصبت وأحسنت » وعن التذكرة نسبته الى علمائنا .

المسألة ﴿الرابعة لايجوز للشريك فى الحائط التصرف فيه ببناء ولا تسقيف ولاادخال خشبة﴾ ولاغيرذلك من‌التصرف ﴿الاباذن شريكه﴾ بلاخلاف ولااشكال لحرمة التصرف فى مال الغير بغير اذنه عقلا ، وشرعا ، من غير فرق بين المضر وغيره ، وسيأتى امثال ذلك فى كتاب الشركة والغصب انشاءالله .

﴿ولوانهدم﴾ الجدار ﴿لم‌يجبرشريكه على‌المشاركة‌فى‌عمارته﴾ محل‌الكلام فى اجباره على البناء على نحوخسارته عليه بقدرسهمه لافيماكان الشريك عازم على البناء والتعميرمجانا فالظاهرلاكلام فيه من‌حيث انه احسان محض وماعلى المحسنين من سبيل فيجوزفعله ولومع منع الشريك عن‌البناء خصوصاً فيماكان ضررا فى‌تركه على من اراد البناء واما الكلام فى الاول فان تمكن من البناء ولوشراكة وكان تركه ضررا على شريكه يجب عليه البناء لرفع الضرروحفظ المال وان لم يتمكن من‌ذلك فالظاهرلايجب عليه ولايجوزله المنع ايضا عن الاقدام عليه مجانا وان توهم وحينئذ فان اراد التعمير والافليس له المنع .

قال فى الحدائق الظاهر أنه لاخلاف بينهم فى أنه لوانهدم الجدار المشترك وأراد أحد الشريكين عمارته دون الاخر ، فانه لايجبر الممتنع على المشاركة فى عمارته ، وعللوه بأن الانسان لايجب عليه عمارة ماله .

وانما يبقى الكلام فى موضعين : أحدهما ـ أنه لوأراد أحد الشريكين عمارته فهل يتوقف على اذن شريكه الممتنع ؟ أم يجوز البناء وان نهاه ؟ قولان : وعلل الاول بأنه مال مشترك، فيمتنع التصرف فيه بدون اذن الشريك ، كمافى جميع المشتركات وعلل الثانى بأنه نفع واحسان فى حق الشريك حيث يعمر له حائط ولايغرمه فى نفقته، ولاضرر عليه بوجه ، ونقل هذا القول عن الشيخ ، وفى المسالك قوى الاول .

وفى الحكم بقوته على اطلاقه اشكال، لانه ربما يتضرر الشريك بترك عمارته فيلزم من عدم الاذن له الاضرار به، وحديث «نفى الضرر والاضرار» يدفعه ، وربما قيل بالتفضيل بين اعادته بالالة المشتركة ، فلايشترط رضاه ، وبين اعارته بآلة من عنده فيشترط ، لانه على الاول يبقى شريكاً كما كان ، بخلاف الثانى انتهى .

و قد عرفت الكلام فيه و ان جميع ما ذكره معارض بمثله فان قاعدة التسلط كما تجرى فى حق من لم يجبر فكذلك فى حق من اراد عمارته فانه ايضا مسلط على جداره فان الجدار بينهما وقاعدة الضرر والضرار جار فى حقهما من غير فرق فربما كان انهدامه ضررا على من اراد البناء فكيف لايجوز العمارة الامع الاذن .

ويدل عليه موثقة زرارة عن ابى جعفر عليه السلام ان سمرة بن جندب كان له غذق فى حائط لرجل من الانصار وكان منزل الانصارى بباب البستان وكان سمرة يمر الى نخلته ولايستأذن فكلمه الانصارى ان يستأذن اذا جاء فابى سمرة فجاء الانصارى النبى صلى الله عليه وآله فشكى اليه و اخبره بالخبر فارسل رسول الله صلى الله عليه وآله اليه و اخبره بقول الانصارى وماشكاه .

فقال اذا اردت الدخول فاستأذن فابى فلما ابى ساومه حتى بلغ من الثمن ماشاء الله فابى ان يبيعه فقال بها غذق فى الجنة فابى ان يقبل فقال رسول الله صلى الله عليه وآله للانصارى

اذهب فاقلعها وارم بها اليه فانه لاضرر ولاضرار .

وفى رواية الحذاء عن ابى جعفر عليه السلام مثل ذلك الا انه فيها بعد الاباء ماراك ياسمرة الامضاراً اذهب يافلان فاقلعها وارم بها وجهه وغير ذلك من الروايات فحينئذ اذا كان ضررا على شريك الاخر لايجوز للاخر منعه عن دفع ضرره لان احكام الاسلام تجرى على كل واحد من المسلمين ولايجوز لاحد ان يضر على آخر وهذه القاعدة تجرى على اكثر هذه الفروع المتقدمة والمتأخرة .

فان قلت فما الحيلة حينئذ .

قلت لزم مراعاة اقل الضررين فلو كان ضرر الممنوع اكثر من ضرر المانع اذا انهدم الجدار فان رضى المانع بالاذن فلا كلام والافان امكن الرجوع الى الحاكم فرجع والافبناه دفعاً لضرره وكيف كان فليس الامر بهذا الشدة بحيث لو بناه بدون الاذن وجب عليه خرابه الا ان يلاحظ الضرر والضرار فى الاسلام .

قال فى الجواهر وعلى كل حال فقد ظهر لك عدم جواز عمارة الشريك بدون الاذن مطلقا ، نعم فى المسالك «على القول باعتبار اذن الشريك لو خالف وعمّره فهل للشريك نقضه احتمال ، من حيث تصرفه فى ملك غيره ، وتغيير هيئته ، و وضعه الذى كان عليه فصارت الكيفية الثانية كأنها مغصوبة فله ازالتها ، والأقوى العدم ان كان بناه بالالة المشتركة لأن هدمه أيضا تصرف فى مال الغير وهو الشريك الذى بنى فلا يصح كالأول ، وانما تظهر الفائدة فى الاثم ، والجواز ان كان بناه بغير آلته لانه عدوان محض ، وتصرف فى أرض الغير ، فيجوز تغييره» .

قلت : قد تبع بذلك الفاضل فى التذكرة بل صرح فيها بعدم جواز نقض من بناه أيضاً ، لكنه لم يصرح فى بناء الفرع تقدير اعتبار الاذن و المتجه أن له ذلك أيضاً ، انتهى قد عرفت جواز بنائه اذا كان خرابه ضرر عليه فضلا عن جواز خرابه لو بنى بدون الاجازة فان عدم جوازه مسلم حينئذ .

و عن جامع المقاصد «فرع : لو أراد أحد الشريكين الاضرار بصاحبه فى

الجدار و القناة والدولاب ونحوها ، فامتنع من العمارة و غيرها من الوجوه التى يمتنع الانتفاع بدون جميعها، فليس ببعيد أن يرفع أمره الى الحاكم ليخيرالشريك بين عدة أمور: من بيع واجارة وموافقة على العمارة وغير ذلك من الامورالممكنة فى ذلك عملا بقوله « لاضرر و لاضرار » و لان فى ترك جميع هذه الا مور اضاعة للمال . وقدنهى عنها ، ولم أظفر بتصريح فينبغى أن يلمح » انتهى .

ولايخفى انه متين ويدل عليه ما فى دعائم الاسلام قال : «روينا عن جعفر بن محمد صلوات الله عليه أنه سئل عن جدار الرجل وهوسترة فيما بينه وبين جاره سقط وامتنع من بنيانه قال : ليس يجبرعلى ذلك الاأن يكون وجب ذلك ، لصاحب الدار الاخرى ، أوشرط فى أصل الملك ، ولكن يقال لصاحب المنزل : استر على نفسك فى حقك ان شئت . قيل له فان كان الجدار لم يسقط ، ولكنه هدمه أو اراد هدمه اضرارا بجاره لغيرحاجة منه الى هدمه، قال: لايترك ان رسول الله ﷺ قال: «لاضرر ولاضرار» وان هدمه كلف أن يبنيه ظاهره ان كان البنيان واجبا لصاحب دارالاخرى كما اذا وجب عليه حفاظة اهل بيته من رؤية الا جانب يجبر على بنيانه وهو واضح فان جدار الرجل اذا انهدم ولايضرر انهدامه بغيره لايجبر على البنيان لكون اختيار ملكه بيده والكلام فيما اذا كان مضرا بحال غيره فيجبر لامحالة بل فى هذه الحالة ايضا يقال لصاحب المنزل الاخر ان شئت استر انت على نفسك واهل بيتك اى ان امكن لك الاستتار عن النظر فافعل انت و لايجب على ذلك وهو ايضاً معلوم فانه لوتمكن لجارآخر حفظ نفسه لما وجب البنيان على من انهدم جداره .

و كيف كان فدلالته على البنيان غير خفية وايضا فيه عنه صلوات الله عليه من الجدار بين الرجلين ينهدم ، ويدعو احدهما صاحبه الى بنائه ، ويأبى الاخر قال : ان كان مما يقسم قسم مابينهما، وبنى كل واحد منهما حقه انشاء ، أوترك ان لم يكن ذلك يضر صاحبه ، وان كان ذلك ممالايقسم قيل له : ابن أوبع أوسلّم لصاحبك ان يرضى أن يبنيه ، ويكون له ذلك ، وان اتفقا على أن يبنيه الطالب و ينتفع به ، فان

أراد الاخر الانتفاع به معه دفع اليه نصف القيمة » فتأمل جيداً .

وكيف كان فليس له المنع عن التعمير لو كان تركه اضرّ بالغير بل للغير دفع الضرر عنه اما باقدامه عليه مجانا واما بالشركة في الغرامة ومما ذكرنا يعلم الحال فيما ذكره المصنف وغيره بقوله ﴿وكذا لو كانت الشركة في دولاب﴾ وهو الناعورة اى الالة التي يدورها استدار حمار لحصول الماء واخراجه من البرء او القناة ويقال له بچرخ چاه ﴿أو بئر أو نهر﴾ أو قناة .

وفي الجواهر أى لايجبر الشريك على المشاركة في عمارتها من غير فرق بين كون المشترك ذا علة تفي بعمارته ، وغيره عند الاصحاب على ما في المسالك ، وبين القابل للقسمة وعدمها ، انتهى لما عرفت من عدم تمامية ما ذكر في هذه الفروع وان القواعد الشرعية كما تجرى في حق احدهما فكذلك تجرى في حق الاخر فلو وقع نقص في شيىء من اجزاء الشركة لزم عليهما المعاونة على رفعه ومجرد قول احدهما بعدم رضايته بالاصلاح لاجل عدم احتياجه لايوجب توقف الشريك الاخر عن اصلاحه ورفع نقصه لاحتياجه بذلك وكونه بحال النقص ضرراً عليه فيجوز له الاقدام في الاصلاح ولو مع عدم رضاية الاخر ان كان العلاج منحصراً في ذلك بحكم قاعدة الضرر وتسلط الناس على اموالهم هذا ان لم يمكن التخلص والتفكيك والاوجب حتى لايحتاج ملك كل منهما الى اجازة الغير .

﴿وكذا﴾ ظهر لك مما ذكرناه ايضاً أنه لايصح قوله ﴿لايجبر﴾ عندنا ﴿صاحب السفل ولا العلو﴾ في الساباط وغيره ﴿على بناء الجدار الذى يحمل العلو﴾ ولا على جدار البيت وذلك لما عرفت وعدم الوجوب على الانسان عمارة نفسه كما في الجواهر فيما لم يكن ضرراً على شريكه والا وجب عليه البناء حفظاً لمال اخيه المسلم فضلا عن الشريك فلو سقط في اثر عدم اذنه عِنادا وعدواناً كان ضاراً على شريكه واحتياج العمارة الى الاذن لايوجب جواز تركه بحاله حتى وقع شريكه في ضرر خرابه وهو واضح فيجوز البناء حفظا لبقاء البيت ولو مع عدم رضا صاحبه وليس بناء الشرع على

مراعات حال شخص لاجل عدم ضرر عليه ولووقع غيره فى ضرره بل يجب البناء حتى لاينهدم البيت .

نعم لايمكن اجباره على بناء جديد مطابق للزمان والعصروبالات غير آلة نفس الجدار بل للغير بنائه بالالات المنهدمة من طينه ولبنه الا اذا لم يمكن اويحتاج الى التكميل بغيرها ايضاً وحينئذ ان رضى الاخرفلااشكال والابناه من عليه الضرر على خراب من كيسه من دون غرامة للاخر.

﴿ولوهدمه﴾ أى الجدار المشترك مثلا ﴿بغير اذن شريكه﴾ الذى لم يجب هدمه عليه لاستهدامه ﴿وجب عليه اعادته وكذالوهدمه باذنه وشرط اعادته﴾ وفى الجواهر لأنه ضمان مثله عادة ، لكن فى الدروس « ان امكنت المماثلة كما فى جدران بعض البساتين والمزارع والافالارش والشيخ اطلق الاعادة، والفاضل أطلق الارش ، انتهى .

قدعرفت ان معيار الضرر ملحوظ بالنسبة اليهما لاالواحد وحينئذ ان كان الهدم بلاجهة توجبه بمعنى انه ينهدم الجدار السالم القائم بنفسه وله استعداد البقاء مدة كثيرة صح ما يحتمل فى المقام فيجب عليه اعادته بحيث كان عرفا بمثل الاول وان كان الجدار قريب بالانهدام بحيث كان ضرراً على شريك الاخر ولم يأذن شريكه فى بنائه وتعميره عناداً وضرراً على شريكه كان هدمه فى محله فيجب عليهما الاقدام ببنائه مع تمكن المهدوم عليه والافعلى الهادم مجانا واحسانا وبالجملة لزم فى هذا الحكم لحاظ تمام الجهات .

وكيف كان فالمسألة بين الاعلام محل خلاف كما صرح ببعضها فى الحدائق فقال مالفظه: أما لوهدمه أحدهما بدون اذن الاخر أوباذنه لكن بشرط أن يعمره، فقد اختلف الاصحاب فى ذلك، فقيل : بأنه يجب عليه اعادته ونقل عن الشيخ (رحمه الله) وبه صرح المحقق فى الشرايع، والعلامة فى الارشاد، ونقله فى المسالك عن التذكرة الأأن الذى وقفت عليه فى التذكرة خلاف مانقله ، كما ستسمعه ـ انشاء الله تعالى ـ من العبارة المشار اليها .

وقيل: بأن الواجب انما هو الارش، صرح به العلامة فى القواعد والتذكرة،

قال فى التذكرة : لوهدم أحد الشريكين الجدار المشترك من غير اذن صاحبه ، فان كان استهدامه فى موضع وجوب الهدم لم يكن عليه شىء ، فان كان مما لايجب هدمه ، أوهدمه وهومعمورلايخشى عليه السقوط فقداختلف قول علمائنا ، قال بعضهم يجبرالهادم على عمارته الى ماكان عليه أولا ، والاقوى لزوم الارش على الهادم ، لان الجدار ليس بمثلى انتهى .

ومنه يظهرلك غلط ما فى نقله فى المسالك عن التذكرة من القول بوجوب الاعادة ، وقيل . بالتفصيل فى ذلك كما ذكره فى الدروس ، قال : ولوهدمه فعليه اعادته أن امكنت المماثلة ، كمافى جدران بعض البساتين والمزارع ، والافالارش ، والشيخ أطلق الاعادة ، والفاضل اطلق الارش انتهى .

وقال فى المسالك بعد نقل ذلك عنه . وفيه مناسبة الا أنه خارج عن القواعد الشرعية لانتفاء المثلية فى الفائت ، فانه محض صفة ، اذالاعيان باقية ، والمماثلة فى الصفة بعيدة ، والقول بالارش مطلقا أوضح .

وظاهر المحقق الاردبيلى الميل هنا الى ماذكره فى الدروس ، فانه بعد أن ذكر الاعتراض على القول بالاعادة ، بأن ضمان المثل انما يكون فى المثلى ، والجدار قيمى لامثلى ، وذكر أن القائل بذلك استند الى مافى التذكرة قال : ولايخفى ان الاعادة غير بعيدفيما أمكن المماثلة فى الجملة ، وان كان الجدار قيمياً باصطلاحهم الا أن العرف قد يقضى بالمماثلة فى بعض الجدران ، وعدم دقة فيها اذا كان المطلوب الحائل والمانع ، ولايريدون فى أمثال ذلك غير تلك المماثلة الى ان قال أقول : والمسألة كنظايرها محل اشكال ، لعدم المستند الواضح لشىء من هذه الاقوال ، وتدافع التعليل فى كل منها والاحتمال ، وان كان كلام الدروس لايخلو من قرب فى هذا المجال انتهى اقول قدعرفت ماهوالحق فى المقام ثم ان الجدار وان كان قيميا لكن قدعرفت ان القيمى لووجد مثله كاف فى رد الضمانات وجدار البستان مثل جدار سائر البساتين يكفى فى موارد لزوم الاعادة جدار بمثل جدار الاول من جميع الجهات .

المسألة ﴿ الخامسة : اذا تنازع صاحب السفل والعلو فى جدران البيت﴾ الحاملة للعلو ﴿فـ﴾ المشهور كما فى المسالك ان ﴿القول قول صاحب البيت مع يمينه﴾ والمسألة مهمة وكانت فى عصرنا الحاضر محل الابتلاء كثيرا لان اكثر البنيان فى عصرنا بعضها فوق بعض الى عشرة طبقات بل اكثر من ذلك ويسمى فى هذا العصر بـ (آپارتمان) ويباع ويشترى طبقة طبقة وحينئذ تارة يكون النزاع بين صاحب العلو والسفل فى جدران السفل الذى بنى عليه ايضا العلو ويقال صاحب السفل ان الجدار لى .

ومن المعلوم ان القول قوله الى مقدار وصل الى تحت السقف فان بناء هذه الطبقات على سطون واحد من حديد بمقدار عدد الطبقات على احداث المهندسين هيئة هذا البناء من اول الامر ويسماه بنقشة فكل جدار نهاية ملكيته الى تحت السقف للفوق فقوام جميع الطبقات على السطون الواحد وحينئذ فلا يصح نزاع الفوقانى فى جدار التحتانى وبالعكس .

وحينئذ فان كان مراد المتن ذلك الذى شرحت كان القول قول صاحب البيت التحتانى ان ادعى ملكية جدار بيته كما لا يكون للتحتانى دعوى ملكية جدار الفوقانى وهو واضح والحامل فى مثل هذه الابنية يقسم جدرانها بعدد الطبقات بينها فلكل طبقة جدران مختص به ﴿ولو كان﴾ النزاع ﴿فى جدران الغرفة ، فالقول قول صاحبها مع يمينه﴾ والغرفة عبارة عن التى يكون فوق البناء والبيوت خصوصا بقرينة التفصيل بينها وبين جدران البيت لانه لو لم يكن فرق بين الغرفة وبين البيت لم يكن معنى للتفصيل فالمراد بالغرفة حينئذ مايجعل ويبنى فوق البيوت والعمارات ويتصور ذلك اذا باع الغرفة الواقعة فوق الطبقة الفوقانية فقط فلا يكون له حض من الطبقات السافلة وحينئذ لو كان النزاع فى جدار الغرفة كان القول قول صاحب الغرفة لاختصاص بناء الفوق به بخلاف جدار العمارات السافلة وفى الجواهر بعد المتن قال قيل : ويعضده أن جدران البيت جزؤه وجدران الغرفة جزؤها ، فيحكم بهما لصاحب

الجملة بل فى جامع المقاصد جعل ذلك دليل المسألة انتهى .

ولعل قائله ايضا صاحب الحدائق حيث قال المشهور أنه اذا كان البيت لرجل وعليه غرفة لاخر فتداعيا جدران البيت فانه يحكم به لصاحب البيت بيمينه ، ولو تداعيا فى جدران الغرفة ، فالقول قول صاحبها بيمينه ، والوجه فى ذلك أن جدران البيت جزؤه ، وجدران الغرفة جزؤها ، فيجب أن يحكم بهما لصاحب الجملة انتهى .

ولايخفى وضوح ذلك فان الجدران جزء للعمارة سواء كانت كبيرة اوصغيرة حتى يطلق عليه الغرفة وكيف كان فالعمارة مطلق محتاجة الى الجدران والغرفة ايضا عمارة قوامها بجدرانها لان السقف واقع على الجدران غالبا فاذا كان النزاع فى جدران الغرفة كان القول قول صاحبها كما اذا كان فى جدران البيت ايضا كان القول قول صاحبه وليس الجدران كالسقوف الواقعة بين من كان فوقا ومن كان تحتا فانه مشتركة بين اكثر من واحد .

﴿ولو تنازعا فى السقف قيل:﴾ والقائل الشيخ فيما حكى عنه ﴿ان حلفا قضى به لهما﴾ وكذا ان نكلا والا اختص بالحالف منهما على نحو ماسمعته فى التنازع فى الجدار وشبهه الذى يدهما معاً عليه وقواه فى الدروس انتهى .

وهذه الاقوال كلها بمورد الاشتباه وعدم العلم بمالك السقوف فالعمدة هو لحاظ كيفية البناء وماتعارف فى عرف العصر وقد عرفت ان المعروف المتعارف فى عصرنا كثيرا هو بناء طبقات من العمارات بعضها فوق بعض وقد بلغ الى عشرين طبقات وباع مالكها طبقة طبقة فمن المعلوم حينئذ ان الطبقات المتوسطات سقفها سقف لمن تحتها وارضها ارض لمن فوقها والظاهر حينئذ كون الاسقاف المتوسطات مشتركة بين من فوقها ومن تحتها فح يكون حكمها حكم الجدران المشتركة فحيث انه معلوم اجمالا فلايصل النوبة الى اعمال القواعد والحلف لان كلها لموارد المشكوكة ولو فرض كونها كذلك فان حلفا اونكلا قسم بينها والافلمن حلف وحدة .

﴿وقيل﴾ والقائل ابنا الجنيد وادريس ﴿لصاحب العلو﴾ ومال اليه فى المسالك

بل اختاره فى جامع المقاصد ، بل عن الفاضل ترجيحه .

ولايخفى بعده اذلو كان لصاحب العلو كان تحته غصبا لمن وقع تحته كمافى الطبقات المتوسطات فان السقوف المتوسطات كما كان سقفا لمن تحته ارضا لمن فوقه ويكون لصاحب العلوخرابها اذهومقتضى كونه مالكا وهو كما ترى فليس السقف الامشتركا بينهما واذاباع طبقة باع سقفها بنحو الاشتراك بين من هو تحته وبين من هوفوقه ونظيره فى عدم التمامية قوله :

﴿وقيل :﴾ والقائل الشيخ كما فى المسالك ﴿ يقرع بينهما وهو حسن ﴾ ووجه عدم التمامية ان الحلف والقرعة لموارد التى لم يعرف مايتعارف فى العصر وحال العرف ففى مثل عصرنا الحاضر الذى فى جميع البلدان اوغالبها كان بيوتها مايسمى بـ [آپارتمان] كيف يصح عندنزاع مرفى الفوق اوالتحت فى السقف هوالقرعة اوالقسم بل لزم المراجعة الى سائر العمارات والسئوال عن كيفية الانتقال ونحوها فلولم يعلم بوجه يصل النوبة الى القواعد المذكورة وليست السقوف كجدران البيت .

ومن المعلوم هوالفرق بينهمافان الجدران جزء للبيت ولايصح الانتقال بدونها فكان الجميع منتقل الى المشترى بخلاف السقف فى طبقة المبتاع فانه ينتقل سقفه مشتركابينه وبين غيره واذا لم يكن غيرفى حال الاشتراء انتقل نصف السقف مشاعا فان السقف لايصح ان يجعل لمن انتقل اليه مختصا والالزم كون مشترى طبقة فوقها اشترى البيت بدون الارض وكان حركاته فيها غصبا وهو كما ترى فالسقف ينتقل بنحو الاشاعة بخلاف الجدران ولذا لوانهدم سقف الوسط بين الطبقات كان بنائه على من كان فوقا وتحتا مشتركا وليس لاحدهما الامتناع عن البنيان اذاكان ضررا على الاخر كماعرفت مفصلا فالسقف فى المقام نظير جدار وقع لدارين لمالكين .

نعم اذا اشترى بيتالم يكن فوقه شيئا اوكان المبتاع فوق الجميع كان منتقلا اليه مع السقف .

وفى الحدائق قال مالفظه ولوكان التنازع فى سقف البيت الذى هو أرض

الغرفة فقداختلف فيه كلامهم ، قال فى المبسوط : فان لم يكن لاحدهما بينة حلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه ، فان حلفا كان بينهما نصفين ، والاحوط أن يقرع بينهما فمن خرج منهما حلف وحكم له به ، وقال فى المختلف يقرع بينهما ، فمن خرج اسمه حلف لصاحبه ، وحكم له به ، وان قلنا أنه يقسم بينهما نصفين كان جائزا واستدل باجماع الفرقة على أن كل مجهول يستعمل فيه القرعة ، وهذا من الامر المشتبه .

وقال ابن ادريس : يحكم لصاحب الغرفة بالسقف ، وقد تلخص من ذلك أن فى المسئلة أقوالا ثلاثة ، القول باستوائهما فيه ، وهو قول الشيخ فى المبسوط ، وقواه فى الدروس : ووجهه اشتراكهما فى الانتفاع به ، لانه سقف لصاحب البيت، وأرض لصاحب الغرفة .

والقول بالقرعة ، وهو للشيخ أيضاً كما عرفت ، واستحسنه المحقق فى الشرايع ووجهه ما تقدم فى كلام الشيخ ، وربما أورد عليه بمنع الاشتباه هنا ، لان رجحان أحد الطرفين فى نظر الفقيه يزيل الاشتباه بالنسبة الى الحكم ، وعندى فيه نظر ، اذ المفروض أنه لانص فى المسئلة ، والمرجح فى نظر الفقيه بمجرد هذه التخريجات لايخرج الحكم عن الاشتباه ، جوزنا للفقيه الترجيح بمثل ذلك ، والافهو محل المنع أيضاً ، فان الحكم فى المسائل الشرعية موقوف على النصوص من الكتاب والسنة: فلاتثبت بمجرد هذه التقريبات العقلية سيما مع تصادمها كما عرفت فى أكثر مسائل هذا الباب .

والقول الثالث الحكم به لصاحب الغرفة ، وهو مذهب ابن ادريس ، وهو الظاهر من عبارة ابن الجنيد المتقدمة ، واختاره العلامة فى جملة من كتبه ، واليه يميل كلامه فى المسالك انتهى .

وآخر كلامه يؤيد ماذكرنا من ان اللازم فى مثل هذه الموارد تحصيل دأب الناس فى معاملاتهم فى امثال هذه الابنية وليس يصح اثبات الملكية بالقرعة بعد امكان رفع

الاشكال خصوص فى زمان كون الناس غيرمقيد بالدين والعمل باحكامه وارتكابهم للحلف كذبا .

المسألة ﴿السادسة : اذا خرجت اغصان شجرة﴾ أوعروقها ﴿الى ملك الجار،وجب﴾ وثبت له استحقاق ﴿عطفها﴾ مثلاعلى مالكها ﴿ان أمكن والاقطعت من حد ملكه ، وان امتنع صاحبها﴾ من ذلك عطفها أو ﴿ قطعها الجار ولايتوقف على اذن الحاكم﴾ فى تفريغ ملكه عما لايستحق بقاؤه عليه فضلا عما يكون بقاؤه عدواناً ، وهوواضح لتسلط الناس على اموالهم ولايرضى بكون اغصان شجرة جاره فى داره فله رده اليه اوقطعه من حد ملكه وكان له دفع ضرره عنه .

﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿لوصالحه على ابقائه﴾ أى الغصن مثلا ﴿فى الهواء لم يصح على تردد﴾ وفى الجواهر ينشأ من عدم جواز افراد الهواء بالصلح تبعا للبيع ، ومن كونه عقداً مستقلا مع عدم كون ذلك صلحاً عن الهواء ، بل هو صلح عن منفعة ، قائم مقام الاجارة ، لكن لاريب فى أن الاقوى الثانى كما عرفته فى نظائره ، خلافا للمحكى عن الشيخ .

﴿أما لوصالحه على طرحه على الحائط ، جاز﴾ بلاخلاف ﴿مع تقدير﴾ المدة و ﴿الزيادة أوانتهائها﴾ وهوجيد لعمومات الصلح .

المسألة ﴿السابعة اذاكان لانسان بيوت الخان السفلى ، ولاخر بيوته العليا ، وتداعيا الدرجة قضى بها لصاحب العلو مع يمينه﴾ قد عرفت حكم هذه من طى الكلمات ومسائلة المتقدمة من بيوتات بعضها فوق بعض حيث قدعرفت شرح نفس والبيت السفلى والعليا والكلام هنا فى الدرجة المحتاجة اليها فى الصعود والنزول .

وهذه المسألة ايضاً محل ابتلاء فى عصرنا الحاضر اذا كثر البنيان كذلك وكانت دارمشتملة على طبقات كثيرة وكل طبقة لشخص دون شخص ويسمى فى عرف هذا العصر بـ (آپارتمان) كماعرفت وظاهرهم ان الطبقة العليا والسفلى والمتوسطات كلها مشتركة فى الدرجة لاحتياج الكل الى التردد والاياب والذهاب سواء كان

الدرجة مسمى بـ [پله] او مايحدث فى عصرنا المسمى به آسانسور فيكون ذلك نظير السقوف المتوسطة مشتركا بين الجميع ويكون ايضا نظير الزقاق والطرق المرفوعة الذى يكون فيه بابين او اكثر فى ان للجميع حق الاستطراق فيكون الدرجة ومايسمى بـ[آپارتمان] نظير السقوف المشتركة فيكون مشتركا بين مجموع الساكنين فى هذه الطبقات .

وقد عرفت انه لامعنى حينئذ لقواعد التداعى والحلف بل يجب الرجوع الى ماتعارف بين اهل العصر فان بعضها من البنيان المستحدثة فالدرجة المستحدثة التى تصعد وتنزل بالقوة الكهربائية ليس بحيث يقرع بين الساكنين او يحلف عليه ساكن العليا ففى هذه الابنية كمايكون مختصات باهله فكذلك يكون مشتركات بهم فالسقوف والدرجة وكذا صحن الدرجة كلها مشتركة وليس لاحد دعوى الملكية الخاصة ولااجراء القواعد العامة ومن ذلك يعلم مافى كلمات القوم .

قال فى الحدائق مالفظه الثانية ـ قالوا : اذا كان لانسان بيوت الخان السفلى : ولاخر بيوته العليا وتداعيا الدرجة ، فان يقضى بها لصاحب البيوت العليا مع يمينه ، لاختصاصه بالتصرف فيها بالسلوك الى بيوته العليا وان كانت موضوعة فى الارض التى هى لصاحب البيوت السفلى ، لان مجرد ذلك لايوجب اليد ، وكما يحكم بها لصاحب العليا ، فكذا محلها ، هذا مع اختلافهما أيضاً فى الخزانة التى تحت الدرج انتهى فالدرجة المشتركة بين الساكنين لاتجرى فيها اليد والحلف والبينة وهوواضح لثبوت يد الجميع عليها .

ومن ذلك يظهر لك مافى قول المصنف ﴿ولو كان تحت الدرجة خزانة كانافى دعواها سواء﴾ وفى الجواهر والفاضل فى القواعد «ويقضى بالدرجة لصاحب العلو يتساويان فى الخزانة تحتها» الى آخره ـ فبقى بها بينهما بعد التحالف والنكول ، لان لكل واحد منهما شاهدا بملكها ، باعتبار أن يد الاختصاص لصاحب العلو يقضى بأن مكانها كذلك الهواء كالقرار ، كما أن يد الاختصاص للاسفل تقضى بأن الهواء له أيضاً لانه تابع للقرار انتهى .

وجه الظهور ان اصل الدرجة حيث كانت مشتركة ولايختص بصاحب العلو ولايكون له منع من ورد فيه بل الغالب من اهل السكنة يحتاجون الى سطح الفوق للتعمير والاصلاح ولايصح لاحد دعوى البينة ونحوها فلاجرم كانت خزينة كل طبقة ايضا مشتركة بين الجميع بمعنى انه ليس لاحد دعوى الملكية لها بالخصوص .

نعم لها فرق مع اصل الدرجة وهو ان لها جهة اشتراك وجهة اختصاص والاول من حيث كونها تابعة لاصل الدرجة المشتركة والثانى من حيث ان خزينة كل درجة مختصة بصاحب العمارة فى اى طبقة كانت فلايجوز لاحد التصرف فيها بخلاف اصل الدرجة فايتها مشتركة والخزينة الواقعة فى بطنها مختصة بالطبقة التى يلزمها فاصل الدرجة مشتركة وخزينتها مختصة بساكنها .

ثم ان الخزينة مايساوق بالفارسية بگنجه ثم انه لوفرض كون المقام بحيث صح ولواحتمالا منهما دعوى الملكية فلاجرم ان حلف كلاهما اولم يحلف كذلك قسمت الخزينة بل الدرجة بينهما قسمان وان حلف واحد دون غيره كانت له وحدة وكيف كان فقد ظهر من جميع ماتقدم حال كلمات القوم .

قال فى الجواهر نعم فى المسالك هذا مع اختلافها فى الخزانة تحتها ، أما لواتفقا على أن الخزانة لصاحب الاسفل كانت الدرجة كالسقف المتوسط بين الاعلى والاسفل ، فيجرى فيها الخلاف السابق ، وفى الدروس «ولوتنازعا فى المرق ومحله فهو للاعلى ، وفى الخزانة تحته بينهما ، ولواتفقا على أن الخزانة لصاحب الاسفل فالدرجة كالسقف المتوسط بين الاعلى والاسفل ، فيقضى بها بينهما ، ولاعبرة بوضع الاسفل آلاته وكيزانه تحتها ، ثم اذا ثبت الدرجة الاعلى فهوذويد فى الاس» .

قلت : قد يرجع صاحب السفل بأنها من بيوته الظاهرة فى العرف استقلال يد اختصاصه بها لتبعية الهواء للدار كاستقلال يداختصاص صاحب العلو عرفا بالاعلى انتهى هذه كلمات الاصحاب وقد عرفت ان موارد بيان هذه القواعد مواردمشكوكة

التى لايكون لهاداًب وتعارف عندالانسان لامثل الدرجة والجدارمن الدور المستحدثة .

﴿ولوتداعيا الصحن﴾ الذى وضعت المرقاة فى صدره أى نهايته فى السعة وهوآخر خطته فى الجهة المقابلة للباب ﴿قضى منه بما يسلك فيه الى العلو بينهما﴾ مع التحالف والنكول ﴿ وما خرج عنه لصاحب السفل ﴾ وفى الجواهر لظهور يد صاحب العلو باعتبار افتقاره الى السلوك فى ملك مقدار الممر ، ويشاركه فيه للتصرف أيضاً صاحب السفل ، ويختص بغيره ، لكن فى الدروس «وربما أمكن الاشتراك فى العرصة لان صاحب الاعلى لايكلف المرورعلى خط مستو ، ولايمنع من وضع شيء فيها ، ولامن الجلوس قليلا» انتهى .

والمراد بالصحن الارض التى وضعت المرقاة اوالدرجة فى صدر ومما ذكرنا يظهر انها كنفس الدرجة مشتركة وهذه الحكاية عن الدروس مما يقوى الاشتراك لتصرف غير صاحب العلو بما لايمكن المنع عنه وكيف كان فقد ظهر المراد من جميع هذه الفروع ومايقال فيها وما يرد عليها والله العالم

﴿تتمة : اذا تنازع راكب الدابة وقابض لجامها﴾ فقال راكب الدابة لى وقال قابض اللجام الدابة لى ﴿ قضى للراكب مع يمينه ﴾ وفاقا للمحكى عن المبسوط لظهوريدالاختصاص له عرفا ﴿وقيل﴾ والقائل الشيخ أيضاً فى محكى الخلاف وابن ادريس فى محكى السرائر ﴿هما سواء فى الدعوى﴾ وفى الجواهر قال لثبوت يد كل منهما عليهما وزيادة تصرف الراكب لم يثبت شرعاً كونه مرجحا ، وتعريف المدعى والمنكر منطبق عليهما بتفسيراته ولذا كان خيرة ثانى المحققين والشهيدين ، انتهى .

وعن الخلاف انه قال : اذا تنازعا فى دابة وأحدهما راكب ، والاخر أخذ بلجامها ولم يكن مع أحدهما بينة ، جعلت بينهما نصفين ، لعدم دليل على وجوب تقديم أحدهما على الاخر . انتهى وبه قال ابن ادريس .

وعن المسالك : ووجه التسوية اشتراكهما فى اليد . وقوتها لامدخل له فى الترجيح ، ولهذا لم يؤثر فى ثوب بيد أحدهما أكثره كما سيأتى . نعم مع الراكب

زيادة التصرف ، الاأنه لم يثبت شرعاً كونه مرجحاً ، وتعريف المدعى والمنكر منطبق عليهما ، بتفسيراته ، وحينئذفالقول بالتساوى أقوى بعد أن يحلف كل منهما كل لصاحبه اذا لم يكن بينة . انتهى ورده فى الحدائق بقوله :

أقول : فيه أن ماذكره هنا جار فى التنازع فى السقف الذى بين الغرفة والدار السفلى ، مع أنه قد اختار هناك القول باختصاص صاحب الغرفة به لقوة يده ، فانه قال بعد نقل تعليل العلامة الذى قدمنا نقله ثمة : مالفظه ولان تصرفه فيه أغلب من تصرف صاحب السفلى، والفرق بين المسئلتين غيرظاهر . الى ان قال :

وكيف كان فان الحكم فى هذه المقامات بمجرد هذه التعليلات من غير وجود نص واضح لايخلو من مجازفة انتهى قدعرفت انه فى الجملة فى محله .

وكيف كان قد ظهر قوة الثانى وتساويهما فى دعواهما لقوة احتمال كون الدابة غصبا للراكب فظفربه القابض فى الطريق ونحوه واخذ بلجا مها وحينئذ ان حلف كل منهما على كونها له اونكلا كلاهما حكم بالتنصيف والاحكم للحالف فقط ﴿و﴾ من جميع ذلك ظهر ان الثانى لا﴿ الاول اقوى ﴾ ثم انه لافرق بين هذه المسألة وبين قوله ﴿أما لوتنازعا ثوبا وفى يد أحدهما أكثره فهما سواء﴾ لعدم اقتضاء الاكثرية عرفاً الاختصاص .

﴿وكذا﴾ لافرق بينهما وبين قوله ﴿لوتنازعا عبداً ولاحدهما عليه ثياب﴾ مع فرض ثبوت يدهما عليه لانه لامدخلية لزيادة الملك ، فانه قد يلبسها بغير اذن مالكها أوبالعارية .

ومن جميع هذه المسائل يعلم عدم فرق بينها وبين قوله ايضا ﴿أمالوتداعيا جملا ولاحدهما عليه حمل﴾ وليس للاخر عليه يد ﴿كان الترجيح لدعواه﴾ وتوهم ظهور وجود الحمل عليه فى يد الاستقلال به كماترى .

﴿ولو تداعيا غرفة على بيت أحدهما ، وبابها الى غرفة الاخر، كان الرجحان لدعوى صاحب البيت﴾ وفى الجواهر قطعاً لكونها فى ملكه الذى هوهواء بيته

التابع لقراره ، ومجرد فتح الباب الى الغير لايفيد يداً عرفا انتهى وتصوره مشكل فضلا عن محل النزاع فضلا عن صحة الحكم بذلك فقوله بابها الى غرفة الاخر فهل المراد بابها مقابل باب الاخر اوطريقها الى طريق غرفة الاخر والاول كما ترى والثانى فان كانت الغرفة فى ملك احدهما فلاجرم كان طريقها الى هذا الملك كما عرفت من بيوتات بعضها فوق بعض فان طريق الطبقات كلها واحد ولكل واحد صاحب غير صاحب الاخر .

وقد عرفت فى مثل ذلك كون الطريق مشتركا بين الكل وليس لاحد ان يدعى شيئا بالخصوص ففى مثل ذلك يتصور ملك الغرفة فوقاً وملك غيره تحته كما اذا اشترى غرفة فوق الطبقات لكن طريق الكل حينئذ واحد وان اراد ان باب الغرفة فى غرفة الغير وطريقه ايضا فى نفس الغرفة فلايتصوره عاقل وان اراد ان الغرفة ليست فوق البيت لاخربل ملصقة بجدار مشترك بين الغرفة وملك الغيروكان طريقها واحد فلو فرض صحة ذلك وصحة تصوره فالطريق لامحالة مشترك من اول الامر اوغصب من صاحب الغرفة وكيف كان فاصل صورة النزاع مبهم .

قال فى الحدائق قالوا : لوتداعيا غرفة على بيت أحدهما ، وبابها الى غرفة الاخر كان القول قول صاحب البيت ، لانها موضوعة فى ملكه ، فان هواء بيته ملكه ، لانه تابع للقرار ، ومجرد فتح الباب الى الغير لايثبت به اليد ، ولاالملك فيقدم صاحب البيت بيمينه ، هذا اذا لم يكن من اليه الباب منصرفا فى تلك الغرفة بالسكنى ونحوه ، والاقدم قوله ، لان يده عليها بالفعل ، فان التصرف مقتض لذلك ، ويد صاحب الهواء انما كانت بالتبعية ليده على القرار ، واليد الفعلية اقوى من التابعة ، ويحتمل التساوى لثبوت اليد من الجانبين وعدم تأثير قوة اليد كما تقدم .

أقول : والحكم الاول لااشكال فيه وأما الثانى فانه لايخلو مع الاشكال ، وان كان ماذكروه اقرب انتهى فعلى الصحة والتصور لوخلفا اونكلا نصفت بينهما والاكان لصاحب اليمين .

هذاتمام الكلام فى كتاب الصلح والمنازعات وصلى الله على محمد وآله الطاهرين

﴿كتاب الشركة﴾

بكسر الشين مع اسكان الراء وبفتحها مع كسرها ، بل واسكانها ﴿والنظر﴾ فيه يقع ﴿فى فصول﴾ .

﴿الاول : فى اقسامها﴾وليعلم أولا أن ماهية ﴿الشركة﴾ شرعاً ﴿اجتماع حقوق الملاّك ، فى الشىء الواحد على سبيل الشياع﴾ فالاول بمنزلة الجنس الشامل للاجتماع مع التمييز فى مكان واحد ، والثانى بمنزلة الفصل ، الخارج لاجتماع حقوق لم يكن على سبيل الاشاعة فيدخل فيه اجتماع حقوق على سبيل الاشاعة لكن اشكل الامر فى المراد مما اخرج بالشياع فعن جامع المقاصد والمسالك أن قيد الشياع لاخراج اجتماع حقوق الملاك فى الشىء الواحد المركب من اجزاء متعددة كالبيت مثلا اذا كان خشبه لواحد ، وحائطه لاخر ، وأرضه لثالث ، فانه لاشركة لعدم الشياع ، وان صدق اجتماع حقوقهم فى الشىء الواحد انتهى .

فاذا كانت دار واحد لاشخاص مثل ما اذا كان ابوابها لشخص وترابها لاخر وارضها لثالث ولبنتها لرابع وهكذا اجتمع حقوق اربعة اشخاص فى واحد وهو الدار. واورد عليه فى الجواهر بقوله :

وفيه : عدم صدق كونه واحداً بالشخص ، اذهو مجموع أشخاص انتهى وهو فى محله بداهة انه اجتماع اشخاص لملاّك فكما ان الملاّك متعدد فكذلك الملك متعدد مثل الارض والطين واللبنة والحديد والزجاج فليس الكلام فى الواحد المركب كى يحتاج الى اخراجه بقيد الشياع وبالجملة الكلام فى الشخص الواحد لااشخاص متعددة .

ولايخفى ان تعريف المصنف للشركة ان كان المقصود منه عقد الشركة وان هذا المعنى يتحقق بقوله اشركتك معى ففيه مالايخفى اذتحقق هذه الامور فى هذه الموارد ليس دائرا مدار عقد الشركة والايجاب والقبول بل متحقق بدونه مع ان

العقد معناه ايجاب مالم يكن متحققا بحيث يتحقق بالانشاء فى الخارج وان اريد ان اجتماع حقوق الملاك سبب للشركة فهو حق لكن لايكون هوداخلا فى الشركة العقدية بل هوامور لها احكام كعدم جواز التصرف فيه بدون رضا الشريك بيعا اوشراءاً اوهبة ونحو ذلك .

فالمسألة مشكلة من جهات اهونها من حيث انكار انها عقد برأسه كما هومذهب كثيرفان العقد علة لتحقق المعلول فى الخارج وتحقق حقوق الناس لايحصل بالعقد بل امايحصل قهراً اواختياراً وبقوله اشركتك معى يحصل معنى الشركة فيما يحصل الحقوق قبلا قهرا اواختيارا ثم بعد تحققه بقوله شاركتك ومعناه انك فى مالى ومالك الذى يختلط قهراً شريك اى كنت انت مأذون من قبلى فى التصرف والبيع والشراء فمعنى شاركت اذن فى التصرف فى المال الممزوج قهرا اواختياراً وهواجنبى عن الشركة العقدية بل اذن فى التصرف وهو حاصل ولو بغير لفظ شاركتك فالعقد مايتحقق به شيىء لم يكن قبلا فى الخارج وممزوجية المالين قد يحصل بيدهما .

وبالجملة اجتماع اموال الناس وان امكن لكنه مثل اجتماع سائر الاشياء لايترتب عليه اثر سوى عدم جواز التصرف لاحدهما بدون الاجارة فالشركة العقدية ان كان بعد اجتماع حقوق الملاك فهواجنبى عن شركة المقصود من الفقهاء وان كان مايحصل من لفظ شاركتك فيما اذا اشترى حيوانا اودارا مثلا اثنان اوثلاثة مثلا فيحصل اجتماع الحقوق ايضا لكنه ليس بعقد الشركة قطعا بل بعقد البيع فاجتماع الحقوق وكما يتحقق قهرا اواختياراً فكذلك يتحقق باشتراء الملاك شيئا مشاعا فسبب الاجتماع مختلف كما صرح به صاحب الحدائق .

وبالجملة بعد اجراء الصيغة ان كان مال الاشتراك ممزوجا فسببه المزج قبلا وان حصل المزج بعد الصيغة فهو السبب ايضا فالسبب هوالمزج مطلقا وبدونه لاشركة اصلا فالصيغة بلامزج لغو ومعه هوالسبب فان قلت اليس فى قوله اشترينا

هذا البيت اذا اشترى اكثر من واحد شراكة فى البيت .

وهوحاصل بالصيغة قلت الشركة حاصل بصيغة اشترينا وهوصيغة البيع والشراء لاصيغة الشراكة فبالشراء جمعا لشيىء واحد يحصل كون الدار مثلاممزوجة لهم فتكون مشاعا بينهم فيحصل الشركة للمزج لاللصيغة .

وظاهر الشهيد الثانى فى المسالك اعترافهم فيما ذكروه من هذا التعريف، حيث قال : ان الشركة تطلق على معنيين ، أحدهما ماذكره المصنف ، وهذا المعنى هوالمتبادر من الشركة لغة وعرفا ، الاأنه لامدخل له فى الحكم الشرعى المترتب على الشركة من كونها من جملة العقود المفتقرة الى الايجاب والقبول ، والحكم عليها بالصحة والبطلان ، فان هذا الاجتماع يحصل بعقد وغيره بل بغيره اكثر ، وثانيهما عقد ثمرته جوازتصرف الملاك للشيء الواحد على سبيل الشياع فيه ، وهذا هوالمعنى الذى به تندرج الشركة فى جملة العقود ، ويلحقها الصحة والبطلان .

واليه يشير المصنف فيمابعد بقوله قيل : يبطل الشركة ، أعنى الشرط والتصرف، وقيل : يصح ، ولقد كان على المصنف أن يقدم تعريفها على ماذكره ، لانها المقصود بالذات هنا اوينبه عليهما معا على وجه يزيل الالتباس عن حقيقتها واحكامها انتهى موضع الحاجة .

وفى الحدائق بعد نقل عبارته قال لايخفى على من تأمل الاخبار الجارية فى هذا المضمار أنه لايفهم منها معنى للشركة غيرماذكره الفاضلان المتقدمان ونحوهما كالشهيد فى اللمعة وغيره ، وهوالمتبادر لغة وعرفاً من لفظ الشركة ، وهذا المعنى الثانى الذى ذكره لايكاد يشم له رائحة منها بالمرة انتهى وسيأتى اخبار الباب .

وحاصل رده عليه ان الشركة هوالمعنى الاول وهوليس بعقد اصلا وحاصله ان باجتماع الحقوق يتحقق موضوع الشركة ويثبت له احكامه وهوغير مربوط بالعقد بل يحصل اماقهرا واما اختيارا .

واماالثانى الذى ذكره انه عقد فليس بعقد اصلا وقد عرفت من جميع

ماذكر ورود الاشكال عليه وعلى القوم فان الشركة بهذا المعنى لايناسب مع العقد ثم انه بعد نقل الاخبار قال ماهو لفظه :

فهل تجد للشركة فيها معنى غير المعنى الاول ، وهواجتماع حقوق الملاك فى الشيء الواحد على سبيل الاشاعة ، وأى قرينة فضلا عن الدلالة على العقد المذكور . نعم قديكون سببها العقد كما تقدم بان يشترى اثنان مالا انصافاً اواثلاثاً أويشترى نصف حيوان بنصف حيوان آخر ، وقد يكون سببها الارث ، ونحوه مما تقدم ، وعرفها بعضهم شرعاً بأنها عقد جائز من الطرفين ، الى آخر ماتقدم فى كلام الشهيد الثانى ، وأنت خبير بما ذكرنا بأنه لاعقدبالكلية ولاعاقد ، وانماالشركة هى اجتماع الاموال على الوجه المذكور ، فلامعنى لوصفه بالجواز .

نعم ، البقاء على حكمه أمر جايز بمعنى أنه لايجب عليه الصبر على الشركة بل يجوز رفعها ، وأخذ حصته ، ثم بعد اجتماع هذه الاموال واشتراكها وامتزاجها لايصح لاحد الشركاء التصرف فيها الابـاذن بـاقى الشركاء ، واذا أذن كل منهم لصاحبه صح التصرف فى مال نفسه ومال غيره ، وهذه ثمرة العقد عندهم انتهى .

وظاهر هذه العبارة ان الاشكال وارد اذ الظاهر ليس للشركة شيىء سوى اجتماع الاموال مشاعا وغيره لايمكن ولو فرض ظهوره من الاخبار اوبعضها فضلا عما اذا لم يوجد اذ بلفظ صيغة مثل شاركتك لايحصل اجتماع للاموال اصلا هذا ولعل الله يحدث بعد ذلك امرا .

والمسألة مشكلة وعمدتها من حيث ان الشركة عقد برأسه اولا وفى مفتاح الكرامة بعد قول المصنف :ـ وفيه فصلان الاول الماهية وهى اجتماع حقوق الملاك فى الشيء الواحد على سبيل الشياع ـ قال مالفظه قد عرفت بذلك فـى الشرائع والنافع والتذكرة والايضاح وشرح الارشاد لولد المصنف والمهذب البـارع والروض وخلت بقية كتبهم عنه فوصفه بانه المشهور فى مجمع البرهان لعله لانه المتبادر منه لغة وعرفا فما ذكر فيه انها عقدا وعرفت فيه بانها عقد الخلاف والمبسوط

والكافى والوسيلة والغنية والسرائر وجامع الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والمختلف وشرح الارشاد لولد المصنف والمهذب البارع وجامع المقاصد والمسالك والكفاية والرياض وفى الاربعة الاخيرة ان للشركه معنيين .

(الاول) ماذكرناه اولا (والثانى) انه عقد ثمرته تصرف الملاك للشىءالواحد على سبيل الشياع وهوأى كونه عقدا قضية كلام أبى على وعلم الهدى وابى الصلاح وولد المصنف كما يأتى فيما اذا تفاضل المالان وقضية كلام النهاية والكتاب واللمعة والتنقيح وغيرها حيث يبحثون عن الاذن فى التصرف والاركان والصحة والبطلان بل فى الغنية والتحرير وكذا التذكرة والمختلف الاجماع على انه عقد جائز صحيح وقد نسب فى الايضاح الى المبسوط والخلاف انه يقول انها ليست عقداً عند الكلام على مسئلة ماذا تفاضل المالان ولم نجده له أصلا لافى الخلاف ولا فى المبسوط والموجود فى الكتابين ماحكيناه وظاهر كلام السرائر فى المسئلة المذكورة انها ليست عقدا مع أنه قد صرح من قبل بانها عقد جائز من الطرفين وفيها أيضا . وفى (الغنية) الاجماع على ان من شرط صحة الشركة الاذن فى التصرف وهذا نص أوكالنص فى انها عقد ونحو ذلك اجماع الخلاف وكلامه الطويل الى هنا ظاهر فى انكار كون الشركة عقداً الامن الغنية فاثبت العقدية بما ظهر فساده من ان الاذن فى التصرف نص فى العقد ولوقال فيه انه عجيب كان فى محله حيث لااشارة له فى ذلك فضلا عن الظهور فضلا عن كونه نصا مضافا الى عدم الاحتياج حينئذ بمثل هذا العقد لحصول الاذن بغيره بل مع تحقق العقد ايضا يحتاج الى الاذن فى التصرف وحدة ولايجوز الاكتفاء فى التصرف بوقوع العقد عليه وبينه وبين كون الاذن عقداً بون بعيد والحاصل ان التصرف فى مال الغير حرام قطعا مطلقا والتصرف فى حق الشريك بدون الاذن تصرف فى مال الغير ايضاً كان المال له بالعقد اوبالارث ونحوهما واى ربط لكون الاذن عقدا بل بالعقد يملك الانسان ثم يحتاج التصرف فيه للغير الى الاذن فاشكاله من وجهين الاول كون الاذن عقداً

والثانى اذا كان عقدا لايحتاج الى الاجازة مع ان مع العقد ايضا يحتاج الى الاجازة ثم قال بعده مالفظه ايضا وظاهر الايضاح فى المسئلة المذكورة ان تسميتها عقدا مجاز لانها اذن كل واحد للاخر وستعرف الحال .

(وقال فى مجمع البرهان) بعد أن عرفها بانها اجتماع حقوق الملاك الى آخره قال ان كون الشركة مطلقا عقدا محل التأمل فان سببها قد يكون ارثا وقد يكون مزجا وقد يكون حيازة نعم قد يكون أيضا عقدا بان اشترى بعض حيوان ببعض حيوان آخر فصارا كلاهما مشتركين وهما شريكان وليس فى شىء منها الشركة التى هى عقد ففى كونها عقدا مسامحة فان الشركة هى الاجتماع المتقدم فلامعنى لكونها عقدا وجائزا نعم البقاء على حكمها أمر جائز بمعنى انه لايجب الصبر على الشركة بل يجوز رفعها وابقاؤها فكانهم يريدون بالعقد معنى آخر للشركة غير ماتقدم وبالجائز انه اذا أذن للتجارة وغيرها لايلزم ذلك بل يجوز منعه وطلب القسمة .

وقال قد ادعى فى التذكرة اجماع علمائنا على انها تجرى فى العروض والاثمان وانها لاتصح بدون مزج المالين وهذا لايحتاج الى عقد ولاالى عاقد ولعل مرادهم غير تلك الشركة بل هى باعتبار الاحكام المترتبة عليها من جواز التصرف والتجارة وحصول الربح وغيرها وقال قال فى التذكرة المقصود فى هذا المقصد البحث عن الشركة الاختيارية المتعلقة بالتجارة وتحصيل الربح والفائدة فيمكن أن يوجد تعريف آخر للشركة وتكون هذه الاركان والاحكام لها دون التى عرفت بالتعريف المشهور فكان المراد بها عقد ثمرته جواز تصرف الملاك فى مال نفسه وغيره وحينئذ يحتاج الى عقد وهولفظ بل أمر دال على الاذن فى ذلك باى وجه كان بحيث لايحتمل غيره حقيقة أومجازا ولايحتاج الى قبول لفظى والمقارنة كما فى سائر العقود لانه توكيل واذن فى التصرف ففى عده من العقود مسامحة .

وقال قال فى التذكرة فلايصح التصرف الاباذنهم وانما يعلم الرضا والاذن باللفظ الدال عليه فاشتراط اللفظ الدال على الاذن فى التصرف والتجارة فيه تأمل

لان العلم بالاذن والرضا ليس منحصرا فى اللفظ بل يعلم بالأشارة والفعل والكتابة وهوظاهر فكانه يريد اللفظ ومايقوم مقامه انتهى مـاأردنا نقله من كلامه اى انتهى كلام مجمع البرهان .

والظاهر انه امر عجيب اذ اجتماع حقوق الملاك الخ لو كان تعريفا للشركة للزم ان يكون يوجد بالعقد اذ العقود كلها ايجادى فى الخارج فاذا كـان المبيع تمليك عين بـالعوض لزم ان يوجد هذا المعنى الذى لم يكن قبل الصيغة موجودا بمجرد قوله ملكتك هذا الشيء مع ان اجتماع حقوق الملاك غير قابل للانشاء بل يدور مدار واقعه فـاذا خلط المالين حصل الاجتماع والافلا وحينئذ لايحتاج الى ايجاد التشريك لاستحالة تحصيل الحاصل .

والحاصل ان الامتزاج مطلقـا لازمه التشريك فلايحتاج بعد حصوله الى انشائه بـالعقد لانه تحصيل للحاصل مع عدم المعنى له وحينئذ فلقائل ان يكون ماالغرض من العقد فان كان لحصول الشركة فلايحتاج اليه بل يحصل بمنزج المالين بل لايحصل بالعقد التشريك فانه متوقف على خلط المالين قبلا فلو كانت الشركة متوقفة على العقد لدار فعقد التشريك امابلامعنى اومجازكما عرفت عن عبائر القوم

فان قلت فعلى هذا لاوجود لعقد الشركة وهو كما ترى قلت اما بالنسبة الى نفس العقد فهو كما ذكر واما بالنسبة الى مزج المالين فيحصل الشركة وموضوعها بمجرد المزج قهرا اواختيارا فان قلت قدمر آنفا فيما حكى عن مجمع البرهان من انه قد يكون عقد بان اشترى بعض الحيوان الخ قلت قد عرفت ان هذا العقد عقد للبيع والشراء حتى تقع الشركة لاعقد الشركة .

والحاصل ان تعريف الشركة ماافاد المصنف بقوله اجتماع حقوق الملاك لكنه اجنبى عن عقد الشركة وتعريف للشركة التى هى موضوع مـن موضوعات الاحكام فاذا تحقق اجتماع حقوق الملاك يترتب عليه عدم جواز التصرف لاحد الامع اجازة صاحبيه سواء حصل قهرا اواختيارا فـاذا امزج الخل والدبس صار

صاحباهما شريكين بعد مالم يكن كذلك قبلا فهو غير مربوط بالعقد فالتشريك لايحصل بالعقد قال الحكيم ره شارح العروة عند قوله ره وهى عبارة عن كون شيىء واحد لاثنين اوازيد ملكا اوحقا الخ ماهو لفظه : المصرح به فى كلام جماعة ، وظاهر آخرين كون الشركة من العقود مفادها التشريك بين الشريكين فى ماليهما ، وظاهرهم الاجماع على اعتبار الامتزاج بين المالين قبل العقد أوحاله أوبعده .

وقد يشكل ذلك بان الامتزاج قبل العقد بنفسه يقتضى التشريك بين المالكين فلامعنى لانشاء التشريك بالعقد ، ولاجل ذلك انكر بعضهم كون الشركة من العقود، وآخر كون مفاد عقدها جواز تصرف كل من الشريكين أوأحدهما فى المال المشترك لاالتشريك .

وفى الجواهر فرق بين التشريك بالمزج والتشريك بالعقد بان الاول انما يقتضى التشريك الظاهرى وفى الواقع لاتشريك ، بل كل من التشريكين يملك جزءه المعين وان لم يتميز والثانى يقتضى التشريك الواقعى فيملك به كل من الشريكين جزءاً مشاعا فى المجموع بلا تعين أصلا .

(وفيه) مع أن ماذكره خلاف المرتكز عرفا فى كثير من صور المزج فان المال فيها يخرج عن صلاحية التملك لكونه مستهلكا معدودا فى العدم والتبدل من حقيقة الى أخرى مثل خلط الخل بالدبس فكيف يصح البناء على ثبوت الملكية له واقعا على هذا الحال ؟ أن الشركة الظاهرية لامعنى لها الاملكية الجزء المشاع ومع هذه الملكية كيف يمكن الالتزام بملكية أخرى للجزء المعين ؟

وكيف يقبل الشيىء الواحد الملكيتين احداهما قائمة بجزئه المشاع وأخرى قائمة بجزئه المعين ؟ مع أن ذلك خلاف ظاهر الاجماعات على تحقق الشركة بالمزج على نحو تحققها بالشركة العقدية المقرونة به كما اعترف (قده) بذلك فلايبعد اذ البناء على ان الشركة العقدية (أعنى المنشأة بقول ، اشتركنا) راجعة الى انشاء الاذن بالتصرف كما هو المتعارف بين الشركاء فانه وان كان خلاف الظاهر لكنه

أولى من البناء على ماذكره ، ومما يومى الى ذلك بناؤهم على أنها من العقود الجائزة مع اتفاقهم على عدم ارتفاعها بالفسخ وانما الذى يرتفع به جواز التصرف ونحوه مما يزيد على عنوان الشركة انتهى .

ويؤيد كون مرادهم من الشركة العقدية هو الاذن، مافى التذكرة : الثانى الصيغة، وقد بينا أن الاصل عصمة الاموال على أربابها وحفظها لهم ، فلايصح التصرف فيها الاباذنهم ، وانما يعلم الرضا والاذن باللفظ الدال عليه ، فاشترط اللفظ الدال على الاذن فى التصرف والتجارة ، فاذا أذن كل واحد منهما لصاحبه صريحاً فلا خلاف فى صحته انتهى .

ولايخفى انه كالصريح فى ان المراد بها هو الاذن فى التصرف وفى الحدائق بعد نقلها قال وظاهره بل صريحه كما ترى أن مجرد الاذن كاف فى جواز التصرف والتجارة ونحو ذلك ، وان عبر عنه بلفظ الصيغة الموهم للعقد .

ومثل هذا الكلام كلام الشهيد فى اللمعة أيضاً حيث قال : كتاب الشركة وسببها قد يكون ارثاً أوعقداً أومزجاً بحيث لايتميز ، الى أن قال : وليس لاحد الشركاء التصرف الاباذن الجميع ، لقبح التصرف فى مال الغير ويقتصر على التصرف المأذون ، فان تعدى ضمن ، قال الشارح بعد ذكر هذه العبارة الثانية : واعلم أن الشركة كما تطلق على اجتماع حقوق الملاك فى المال الواحد على أحد الوجوه السابقة ، كذلك تطلق على العقد المثمر جواز تصرف الملاك فى المال المشترك ، وبهذا المعنى اندرجت الشركة فى قسم العقود ، وقبلت الحكم بالصحة والفساد ، لابالمعنى الاول ، والمصنف أشار الى المعنى الاول بما افتتح به من الاقسام ، والى الثانى بالاذن المبحوث عنه هنا . انتهى .

أقول : مرجع كلامه السابق وكلامه هنا الى أن ارتكاب هذا التكلف انما هو لاجل ادخال الشركة فى قسم العقود الى ان قال :

وأما قوله ان الشهيد فى اللمعة أشار الى العقد الذى ادعاه بقوله : «وليس

لاحد الشركاه التصرف الاباذن الجميع» بمعنى أن المراد بالاذن العقد انتهى .

وهذا كله مع قطع النظر عن الاخبار واما بلحاظها كما سيأتى فلم يكن فيها اشارة الى الشركة العقدية بل لم يصرح فيها على مزج المالين فيسقط اكثر الفروع المترتبة عليه فصح ماافاده صاحب الحدائق من عدم دلالة الاخبار على عقد الشركة وان قيل ان دأب اصحابنا على عدم نقل عبارات الاخباريين لكنه اشتباه محض لما هو المشهور اولا من انه انظر الى ماقال ولاتنظر الى من قال وثانيا عدم الفرق بين صاحب الحدائق واصحابنا الاصوليين فى مقام الاستنباط والاستفادة الا انه كثيرا ماقال فى مقام عدم النص ماذكروه تخريجات لااعتباربها وذلك ليس نقصا بل بعضها فى محله .

فان المدرك الحقيقى هو الكتاب والسنة والاجماع ان كان مستفادامنهما والا فلااعتبار به فهذا الامر اشتباه لولم نقل بانه افتراء لان صاحب الجواهر فى المتأخرين رئيس الفقهاء ومع ذلك ذكر كثيراً عبارته ونقل قوله ومنها مافى المقام حيث انه فى مقام تلخيص ماافاد فى الحدائق مقدار صفة قال مالفظه لكن فى الحدائق « لايخفى على من تأمل الاخبار عدم معنى للشركة الاالاول الذى ذكره المصنف ، والفاضل ، والشهيد فى اللمعة ، وأما المعنى الثانى فلايشم له رائحة منها» - الى أن قال - بعد أن حكى عن بعضهم أنها عقد جائز : «لاعقد هنا بالكلية ، ولاعاقد ، وانما الشركة اجتماع الاموال على الوجه المذكور ، فلامعنى لوصفه بالجواز. نعم البقاء على حكمها أمر جائز ، بمعنى أنه لايجب عليه الصبر على الشركة بل يجوز رفعها وأخذ حصته ، وبعد هذا الاجتماع لايصح لاحد الشركاء التصرف فيها الا باذن الباقين ، المدلول عليها باللفظ الصريح ، أوالظاهر أوغيره من القرائن كغير المقام مما يعتبر فيه الاذن» انتهى مانقل عنه .

ثم قال بعد عبارته مالفظه قلت : قد يؤيد ذلك أيضا ظاهر كلام المصنف واللمعة وغير هما ممالم يتعرض فيها لكونها عقداً ، بل فى جامع المقاصد عن فخر المحققين

وأول الشهيدين تنزيل قول الفاضل ـ «وقيل : تبطل الأن يشترط الزيادة للعامل» ـ على ارادة بطلان الاذن ، لاعقد الشركة ، انتهى كلام صاحب الجواهر .

وفى مفتاح الكرامة بعد قول المصنف [والصيغة وهى مايدل على الاذن فى التصرف] قال مالفظه كما فى التذكرة وجامع المقاصد والمسالك وكذا التحرير غير انه قال ويكفى فى الصيغة مايدل على الرضا بالمزج الى ان قال بعد قول المصنف ايضا ويكفى قولهما اشتركنا فيظهر من هذه العبارات ان مرادهم من الصيغة مايقارن الرضا فى التصرف والاذن فلا اشكال حينئذ الاانه يرد عليهم انه لو كان المراد ذلك فلم لم يظهره بلفظ رافع للاشتباه حتى لايقع القوم فى الرد والايراد وكيف يصح اطلاق العقد وارادة الاذن منه مع ان الاذن لايتوقف على العقد بالخصوص بل ثابت فى كل مال الغير .

وفى مفتاح الكرامة مالفظه (وقال فى الرياض) لاخلاف (فى) المعنيين وانكار بعض المتأخرين الثانى بناء على عدم الدليل على كونها عقد امع مخالفته الاجماع مضعف بدلالة ثمرته من جواز التصرف المطلق أو المعين المشترط على ذلك بناء على مخالفتها بقسميها سيما الثانى الاصل لحرمة التصرف فى مال الغير بدون اذنه فيقتصر فيها على القدر المتيقن وهو مادل عليها صريحا من الجانبين كما نبه عليه فى التذكرة وعليه يصح اطلاق لفظ العقد عليه انتهى .

قوله بدلالة ثمرته غير خفى على اولى الباب فساد اطلاق شيىء وارادة ثمرته حتى بناء على المجاز لان جواز التصرف لايختص بصورة وقوع العقد كماعرفت فالمعنيين احد هما وهو اجتماع حقوق الملاك ليس بعقد جدابل يتحقق به موضوع الشركة لانفسها .

وفى الحدائق قال وبالجملة فالمراد أن المدار على العلم بالرضا بأى نحو كان ، وعليه يترتب الاحكام التى جعلها منوطة بالعقد ، والظاهر أن هذا هو مراد أولئك الفضلاء حيث عرفوها بالتعريف الاول الراجع الى أن الشركة الحقيقية هى الاجتماع

، وعقبوه بذكر الاذن اشارة الى أن الاحكام يترتب على الاذن فى التصرف فى المال المشترك وأنه بذلك يصير عقداً جايزاً ، فاطلاق العقد عليه تجوز ، وهو باب واسع فى الكلام والافانه لاعقد ولاعاقد كما أوضحناه فى المقام انتهى .

فتلخص ان المقصود من القائلين بالصيغة هو الاذن بعد المزج والا فلا يحصل الانشاء بالصيغة بدون المزج نعم ان صح انشاء الشركة قولا من دون مزج المالين صح انشائها كما سيأتى من عبارة ابن الجنيد وجوازه عنده لكنه كما ترى ويمكن ان يقال بكفاية انشاء الشركة بالصيغة وكان المزج من شرائطه كما ان البيع تمليك عين بالعوض مع شرائط كثيرة فح بلفظ اشركت اوشاركنا اوجد فى الخارج لزوم كونها فى المعاملة وحصول الربح والخسران غايته بشرط كون المال ممزوجا .

وحينئذ كان تعريف الشركة هو انشاء المقارنة معه فى المالين والمعاملة وهو امر حاصل بانشاء فى الخارج بعد مالم يكن فلزم بعد الصيغة جعل نفسه بمنزلة نفسه فى المعاملة والتصرف فى المال باذن صاحبه ويسمى ذلك بالشركة العقدية فى مقابل الشركة المزجية فله شرائط منها لمزج المالين وهو غير داخل فى الانشاء كى يستحيل كما ان للبيع شرائط كثيرة ولم يدخل واحد منها فى تعريف البيع والفرق بين الشريكين ان الاول كان المزج من شرائطه والثانى من مقوماته ويكون الفرق حينئذ ثابتا بين الشركة عقدية وغير عقدية كما فى موارد المزج القهرى والاختيارى وحينئذ يكون معنى اشتريتك فى معاملاتى اوشاركنا اتحاد كونهما معا فى معاملاتهما وكون مالهما بينهما ممزوجاً فيعقد هذا المعنى ويلصق بينه وبين شريكه كما يعقد ويلصق القائل بانكحت بين الزوجين

وكيف كان ففى الجواهر قال فالتحقيق أن يقال حينئذ بعد الاجماع على كونها عقداً : أن قول اشتركنا لانشاء تحقيقها وصيرورة كل من المالين بينهما على الاشاعة ، الا أنه يشترط فى صحة ذلك تحقق المزج بعده ان لم يكن ، فهو حينئذ شرط كاشف أو ناقل ، نحو القبض فى الوقف ، أو أنه جزء السبب ، ومتى حصل مزج بقصد انشاء

الشركة من دون قول تحققت ، وكانت كالمعاطاة ، بناء على جريانها فيها ، وان كان التحقيق خلافه ، سيما مع عدم فرق حينئذ بينها وبين العقد الا على احتمال الكشف ، أما المزج القهرى والمجرد عن قصد ارادة انشاء الشركة فلا يترتب عليه ملك كل منهما الحصة المشاعة فى نفس الأمر وانما يفيد الاشتباه فى كل من أجزاء المال ، الأن الشارع حكم ظاهراً بكونه بينهما من الصلح القهرى الذى قدتقدم نظائره ، فالفرق حينئذ بين المزج القهرى والمزج الانشائى هوماذكرناه .

فله حينئذ ايقاع عقد الشركة بعد وقوعه ، كى يتبدل الملك ظاهراً بالملك واقعا ، بل لوسلم افادة المزج القهرى الملك فى الواقع على نحو المزج الاختيارى كما هو ظاهر كلمات الاصحاب أمكن أن يقال حينئذ أنه لامانع من صيرورته جزء سبب مثلا ، اذاجيىء به لاتمام عقد الشركة مثلا ، بل ومن صيرورته سبباتاماً فى ذلك اذا قصد الانشاء به فى المعاطاة ، ومن اتفاق حصول الشركة به قهرافانه لاتنا فى حينئذ بينهما ، ويكفى فى العقد تحققه به ، لأنه لاتقع الشركة بغيره لكن الا نصاف عدم خلو ذلك من نظر بل منع انتهى .

ويؤيد ماذكرنا قوله الاانه يشترط الخ فهو قده بعد الصعود والنزول مال الى كون المزج شرطا لامقوما لماهية الشركة وحينئذ صح انشائه وصح تقسيمه بالشركة العقدية والمزجية ولماكان الشرط ايضا من اجزاء العلة اراد تصحيحه بانه اماكاشف عن تحقق المزج فى حال الانشاء بناء على الكشف كما فى الفضولى واماناقل فكما انه فى الفضولى بناء على القول به كما قويناه فى محله ناقل عن حصول الملك فى حال الاجازة بعد تمامية الايجاب والقبول فلم يبق الارضا المالك فيحصل الملك بمجرد الاجازة فكذلك فى المقام قدحصلت الشركة بمجرد المزج .

نعم ان قلنا بعدم اعتبار الامتزاج وحصول الشركة ولوبدونه صح انشاء العقد حينئذ اذ بقوله شاركتك اوجد فى الخارج معنى لم يكن قبل الصيغة وهولزوم كونها معا فى المالين والمعاملات فيقوله شاركتك قد تحقق معاونتهما معاً فعليه قد

تحقق عقد الشركة وعقد الامتزاج والاول انشائى والثانى واقعى دائر مدار وقوعه قهرا اواختيارا فلايبعد ذلك اى عدم اشتراط المزج بين المالين لاطلاق الروايات فيصح حينئذ عقد الشركة .

بل يمكن تصحيح قول ابن الجنيد حينئذ بذلك وان مراده ذلك فلايحتاج الى المزج قبلا حتى يرد عدم الاحتياج الى العقد والانشاء حينئذ وقد يختلج ببالى قوة ذلك وان لم ارمن صرح بذلك من احد بل يختلج ببالى قوة عدم اشتراط المزج كما عن ابن الجنيد فصح الانشاء كان المزج قبلا اوبعدا اختيارا اواضطراراً قصداً للشركة اوبدون القصد فليكن فى ذكر منك ويؤيده انه حينئذ صح الشركة العقدية وانها عقد ايضاً وان مثل الشركة تحتاج الى عقد بمعنى ايجادها فى الخارج

فما افاد ابن الجنيد من حصول الشركة بمجرد القول والعقد من دون الاحتياج الى خلط المالين قوى وعليه يرتفع الاشكالات وينهدم اساس الممزوجات ويبعد صاحبها عن الشركة القهرية وذلك لان اساس الاستفادة حينئذ من الكتاب والسنة وليس فيهما من مزج المالين دليل وحينئذ لايحصل بامتزاج القهرى شركة بل هومجرد اشتباه الاموال من حيث صاحبيه ويحتاج الى الصلح بينهما انشاء الشركة لواراداها فاللازم نقل ماورد من الروايات فمنها ماعن هشام بن سالم ، عن أبى عبدالله عليه السلام قال : سألته عن الرجل يشارك فى السلعة ، قال : ان ربح فله ، وان وضع فعليه .

ومنها ماعن محمد بن مسلم ، عن أبى جعفر عليه السلام قال : سألته عن الرجل يشترى الدابة وليس عنده نقدها ، فأتى رجل من أصحابه فقال : يافلان انقد عنى ثمن هذه الدابة والربح بينى وبينك ، فنقد عنه فنفقت الدابة ، قال : ثمنها عليهمالانه لو كان ربح فيها لكان بينهما وفى الوسائل رواه الصدوق باسناده عن الحلبى ، عن أبى عبدالله عليه السلام مثله وباسناده عن الحسين بن سعيد ، عن ابن أبى عمير ، عن حماد ، عن الحلبى مثله .

ومنها ماعن داود الابزارى ، عن أبى عبدالله عليه السلام قال : سألته عن رجل اشترى بيعاً ولم يكن عنده نقد فاتى صاحبا له وقال : انقد عنى والربح بينى وبينك ، فقال : ان كان ربحاً فهو بينهما ، وان كان نقصانا فعليهما .

ومنها ماعن اسحاق بن عمار قال: قلت للعبد الصالح عليه السلام : الرجل يدل الرجل على السلعة فيقول : اشترها ولى نصفها فيشتريها الرجل وينقد من ماله ، قال له نصف الربح ، قلت فان وضع يلحقه من الوضيعة شيء ؟ قال : عليه من الوضيعة كما أخذ الربح .

ومنها ماعن أبى بصير، عن أبى عبدالله عليه السلام فى الرجل يشاركه الرجل فى السلعة يدل عليها ، قال : ان ربح فله ، وان وضع فعليه وباسناده عن محمد بن الحسن الصفار ، عن محمد بن الحسين «الحصين ـ خ ل» .

ومنها ماعن وهيب بن أبى جعفر عليه السلام قال : سألته عن الرجل يشارك الرجل على السلعة ويولّيه عليها ، قال : ان ربح فله ، وان وضع فعليه الحديث :

ومنها ماعن الحلبى ، عن ، أبى عبدالله عليه السلام فى الرجل يأتى الرجل فيقول له : انقد عنى فى سلعة فتموت أو يصيبها شيء قال : له الربح وعليه الوضيعة .

ومنها ماعن رفاعة قال : سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن رجل شارك رجلا فى جارية له وقال : ان ربحنا فيها فلك نصف الربح ، وان كانت وضيعة فليس عليك شيىء ، فقال : لا ارى بهذا بأساً اذا طابت نفس صاحب الجارية .

ولا يخفى ان معنى المشاركة ان ثمن المبيع معهما من دون نظر الى المزج قبلا اوبعدا وفى الاكثر الامر بشراء السلعة اى المتاع وكان نصفها لى ونصفها له وبالجملة فيها لا اشارة الى مزج المال اصلا وليكن فى ذكرمنك .

ومنها ما عن ابن رئاب قال : قال أبوعبدالله عليه السلام : لاينبغى للرجل المسلم أن يشارك الذمى ولا يبضعه بضاعة ولا يودعه وديعة ولا يصافيه المودة .

ومنها ماعن السكونى عن أبى عبدالله عليه السلام ان أمير المؤمنين عليه السلام كره مشاركة اليهودى

والنصرانى والمجوسى الا أن تكون تجارة حاضرة لايغيب عنها المسلم . ورواه الشيخ باسناده عن على بن ابراهيم. هذه روايات الباب على مافى الوسائل ولم يشرفى واحد منها الى لزوم مزج المال فى تحقق الشركة فمن اين يظهر ذلك .

نعم هو ظاهر مافى دعائم الاسلام «روينا عن جعفر بن محمد عن أبيه عن آبائه عليهم السلام أن رسول الله صلى الله عليه وآله أجاز الشركة فى الرباع والارضين وأشرك رسول الله صلى الله عليه وآله عليا عليه السلام فى هديه ، واذا أراد رجلان أن يشتركا فى الاموال ، فأخرج كل منهما مالامثل مال صاحبه دنانير أودارهم ثم خلطا ذلك حتى يصير مالا واحداً لايتميز بعضها عن بعض على أن يبيعا ويشتريا مارأياه من انواع التجارات فما كان فى ذلك من فضل كان بينهما ، وما كان من وضيعة كان عليهما بالسواء فهذه شركة صحيحة لااختلاف علمناه فيها وليس لاحدهما أن يبيع ويشترى الامع صاحبه ، الاأن يجعل له ذلك» .

وفى الجواهر وكيف كان فالمسألة محل تأمل مع ضعف مافى الدعائم فى مقابل هذه الروايات الكثيرة التى لم يظهر من واحد منها ذلك مع عدم الاحتياج الى المزج والعمدة احضار المالين من غير ان يكون المزج مقوما للشركة خصوصا اذا خالف مثل ابن الجنيد فلم يكن للاصحاب سوى الاجماع وحجيته فى مقابل النصوص المطلقة غير معلوم فانها الحجة فى الحقيقة بلاواسطة وحجية الاجماع بواسطة قول المعصوم وهو موجود بدون قيد المزج .

ولذا يظهر من المحكى عن ابن الجنيد فى المختلف من تحقق الشركة بالقول مع الافتراق من دون مزج ، قال : « لو تلف مال أحد الشركاء قبل انعقاد الشركة باختلاط المالين أو بافتراق كان ماتلف من مال صاحبه ، وان كان التلف بعد العقد والافتراق كان من مالهما جميعا» وهو كما ترى، ومن هنا قال فى المختلف بعد أن حكى ذلك عنه : «والأجود أن لاشركة الا بالامتزاج ، والتلف قبله من صاحبه» ومراده فى محل القرض فتأمّل ، وربما يجيىء لذلك أيضا زيادة تحقيق فى مطاوى البحث انتهى .

وظاهر العلامة ايضا هو التردد فى الامتزاج والحكم باجودية لاينافى الحكم بعد مها لغيره ويمكن ان يكون المزج فيه من افراده الظاهرة الشائعة لكنه لابحيث يكون مقوما لذلك وكيف كان فلم يظهر لى دليل قاطع للعذر فعلافلو كان شرطا مقوما فكيف لايكون عليه بيان فى هذه الاخبار مع كونها فى مقام البيان وتأخير البيان عن وقت الحاجة قبيح .

وكيف كان فانتظر لتمام الكلام فيمابعد ذلك ثم انه ماذكرنا قديظهر من عبارة الحدائق ايضا تمسكاً بعمومات الروايات بل ظاهره ميله الى عدم اشتراط المزج قال بعد نقل كلمات التذكرة مفصلا ماهو لفظه :

وبالجملة فان كلامه هنا لايخلو من اجمال، وظاهره الميل الى ماقدمنا نقله عن أبى حنيفة من عدم اعتبار الامتزاج ، وأنه تصح الشركة مع الامتياز ، وأنت خبير بانا لم نظفر لهم بدليل على ماذكروه من شرط التجانس، ولاشرط الامتزاج ، بل ظاهر الاخبار العموم ، كما أنك قد عرفت أيضاً انه لادليل على العقد الذى ادعوه ، وأن الشركة شرعا عبارة عن ذلك العقد ، والمفهوم من ظواهر الاخبار أنه اذا اشتركا فى مال واتجرا به ترتبت عليه أحكام الشركة، سواء كانت ثمة عقد أولم يكن ، اتفق المال جنساً أواختلف ، مزج بعضه ببعض أم لم يمزج .

ومنها رواية حسين بن المختار المتقدمة ، وحسنة الحلبى عن أبى عبدالله عليه السلام فى رجلين اشتركا فى مال فربحا ربحاً وكان من المال دين ، الحديث وقد تقدم فى كتاب الدين .

وبالجملة فان أبحاثهم وتفريعاتهم فى هذه المواضع الخالية من النصوص قد جروا فيها على أبحاث مخالفيهم فى ذكرها ، والبحث عنها انتهى ولعمرى ان عمومات الاخبار قد ترد اشتراط الامتزاج الاترى قوله (ع) فى هذه الحسنة اشتركا معناه مجرد الاشتراك فى مال فيصدق اذا كان لاحدهما خمسون وكذا للاخر فيصدق اشتراكهما فى مأة درهم او دينار كيف واحكام الله يبقى الى يوم القيامة فى اى وقت واى زمان

والنقود فى مثل زماننا منحصر بالقرطاس وهو غيرقابل للمزج الذى لايصح التميز بينهما فلابد وان لايشترط الامتزاج اولم يصح الشركة فى مثل هذا العصر والثانى كماترى وهكذا فى الروايات .

قال فى التذكرة مالفظه مسئلة لاتصح الشركة الابمزج المالين وعدم الامتياز بينهما عندعلمائنا وبه قال زفرفالخلطة شرط فىصحة الشركة ومتى لميخلطالم يصح وبه قال الشافعى حتى لوتلف مال احدهما لم يكن له نصيب فى ربح مال الاخرلان مال كل واحدمنهما يتلف منه دون صاحبه فلم تنعقد الشركة عليه كمالو كان من المكيل وقال ابوحنيفة ليس من شرط الشركة خلط المالين بل متى اخرجا المالين وان لم يمزجاه وقالاقداشتركنا انعقدت الشركة لان الشركة انماهى عقدعلى التصرف فلايكون من شرطها الخلطة كالوكالة والفرق ظاهرفان الوكالة ليس من شرطها ان يكون من جهة الوكيل مال بخلاف الشركة وقال مالك ليس من شرط الشركة الخلطة والمزج بل من شرطها ان يكون يدهما على المالين اويدوكيلهما بان يجعل فى حانوت لهما اوفى يدوكيلهما دون الخلط لان ايديهما على المال فصحت الشركة كما لوخلطاه والفرق ان المال بالخلط يصير مشتركا فيوجد فيه الاشتراك بخلاف مااذا لم يمتزجا .

مسئلة قدبينا انه لاتصح الشركة الامع المزج الرافع للامتياز فلواخرج احد الشريكين دنانير والاخردراهم لم ينعقد الشركة وان خلطاهما للامتياز بينهما حالة المزج ولوتلف احدهما قبل التصرف تلف من صاحبه وتعذراثبات الشركة فى الباقى وبه قال الشافعى وقد سبق دليله وقال ابوحنيفة ينعقد الشركة لانهما يجريان مجرى الجنس الواحدلانهما قيم المتلفات واروش الجنايات ولانه لايوجب المزج بل نقول ينعقد الشركة بالقول وان لم يخلطا المالين بان يعينا المال ويحضراه ويقولاقدتشاركنا فى ذلك وهوغلط لانهما مالان لايختلطان وهما متميزان فلايصح عقدالشركة عليهما كالعروض وماذكروه فليس بصحيح لانهما يجريان فى حكم الربا مجرى الجنسين عند جماعة ولان الاعتباربماذكرناه دون الجنس الواحد . واحمد وافق اباحنيفة فى

عدم اشتراط اتفاق الجنس بل يجوز ان يخرج احدهما دنانير والاخر دراهم وهو منقول عن الحسن وابن سيرين انتهى .

اقول اما وجه قول الشافعى عن لزوم المزج بانه لولاه كان التلف من مال صاحبه فلاربح لـه ففيه اولاعلى المزج ايضاكذلك غايته يتلف حينئذ منهما ولازمه عدم الشركة منهما وثانيا اذا حضرا مالهماوخلطا معابنحويمتاز اومطلق وقوع يدهما عليه كان بمنزلة المال الواحد فاذا تلف كان منهماكما فى صورة المزج على انااندعى دلالة الاخبار على عدم المزج وهولايوجب انه لوتلف كان ممن يتلف عنه .

وحينئذ يقوى ماعن ابى حنيفة لان خباثة نفسه لايوجب فساد هذا القول منه ونحن نقبله لامن حيث انه قوله بل من حيث عـدم الدليل فى رواياتنا على المزج والفرق بين الوكالة حيث انه ليس من شرطها ان يكون مال من جهة الوكالة بخلاف الشركة فان من جهتها مال فى غير محله اذ الكلام ليس فى مجرد قياسه بالوكالة حتى يفرق بذلك بل من جهة عدم مدخلية للمزج لان بناء هذا العقد على التصرف والاذن من احدهما وهوحاصل بالمزج وعدمه ولان بناء المزج على الامتياز والافتراق فورأالان بنائه على التصرف فيهما فسواءمزجا اولم يمزجا فالمناط مجرد وقوع المالين فى تحت يدهما واختيارهما ولوكان بعدالوقوع لوبدالهماامكن لكل منهما اخذعين ماله فاذا يجعل المالان تحت يدهما يصدق الشركة قطعاكما عن المالك ايضا وجوابه بانه بالخلط كان المال مشتركا بخلاف عدم الخلط فى غير محله اذصدق الاشتراك لايتوقف على الخلط والمزج والسند هوالعرف لصدق الشركة بمجرد كون المالين فى اختيارهما .

فان قلت أفلايكون الامرعلى الاخذ بخلاف العامة لان الرشد فى خلافهم .

قلت انالانأخذ على وفق العامة بل اخذنا على عمومات اخباراهل البيت المأمور بالاخذ بها بمقتضى الكتاب والسنة فكثير اما قولهم مطابق للكتاب فلازم هذا التوهم هوالاخذ بماوافق العامة .

فان قلت اليس الامر بمايكون مشهورا وترك ماهوبخلافه حيث قالوا خذبما اشتهر بين اصحابك .

قلت ذلك فيما لم يعلم على خلافهم وانمامدرك اشتهارهم الاجماع الذى هو غيرتام فى المقام مع مخالفة مثل ابن الجنيد مع ان الشهرة هى الشهرة الروايتى لاالفتوائى والروايات المشهورة كلها خالية عن قيد المزج ولوسلم كونها الفتوائية دليلها الاخبار المطلقة .

وبالجملة ان المراد بالموصول فى قوله فى المشهورة خذبما اشتهر بين اصحابك وفى المقبولة ينظرالى ماكان من روايتهم عنا فى ذلك الذى حكمابه المجمع عليه بين اصحابك فيؤخذ به هوالرواية لاالفتوى والروايات كلها خالية عن ذكر المزج سوى رواية دعائم الاسلام مع ضعفها فعمدة دليلهم الاجماع وهوان استندا الى روايات الباب فهى مطلقة من هذا القيد فالاستفادة منها على زعمهم ليس الاالحدس الغيرالقابل للحجية تدبر .

ثم انه مما ذكر يعلم فساد ماذكره فى مسألة اخرى من عدم انعقاده بالدراهم والدنانير بل يتحقق بكل شيىء يكون اقرب الى النقود ومن ذلك يعلم مافى تمام كلامه زيد فى مقامه ﴿ثم﴾ المال ﴿المشترك قد يكون عينا﴾ كما هوظاهر ﴿ وقد يكون منفعة﴾ ﴿وقد يكون حقا﴾ كالخيار والشفعة الموروثين مثلا .

﴿و﴾ أما ﴿سبب الشركة﴾ فى الثلاثة فـ﴿قد يكون ارثا﴾ أومنفعة أوحقّا ﴿وقد يكون عقداً﴾ بناء على صحة كون الشركة عقدا كما هو كذلك عند المصنف واما اذا قلنا بعدم كون الشركة عقدالاحقيقة ولامجازا فلايكون شيئا كماعرفت ﴿وقد يكون مزجا﴾ فى العين ﴿وقد يكون حيازة﴾ .

وفى الجواهر بناء على تحققها بشركة الابدان كما عن الاسكافى أوعلى فرض نية كل منهما ، بأن مايحوزه له ولشريكه الموكل له على ذلك ، بناء على الاكتفاء بمثل ذلك ، ﴿و﴾ لكن ﴿الاشبه﴾ عندالمصنف بأصول المذهب وقواعده ﴿فى

الحيازة ، اختصاص كل واحد بما حازه﴾ لاصالة عدم دخوله فى ملك الغير كما فى الجواهر وفيه كلام سيأتى .

﴿ نعم لو اقتلعا شجرة أو اغترفا ماء دفعة ﴾ بآنية واحدة أو اشتركا فى نصب حبالة الصيد المشترك ورمى السهم المثبت له ﴿تحققت الشركة﴾ حينئذ فى الجملة

وقد مثل لهذه الموارد فى الحدائق بقوله الشركة قد تكون فى عين ، وهو ظاهر ، وقد تكون فى منفعة كالاجارة والحبس والسكنى ، وقد تكون فى حق كالاشتراك فى الخيار ، والشفعة بالنسبة الى الورثة ، والقصاص والرهن والحد وقد تقدم أن سببها قد يكون ارثاً وهو يجرى فى الاقسام الثلاثة السابقة ، بان يرثا مالا ، أو يرثا منفعة دار استأجرها مورثهم ، أو منفعة عبد موصى بخدمته ، أو يرثا حق شفعة أو خيار أو رهن وقد يكون سببها عقداً ، وهو يجرى ايضاً فى الاقسام الثلاثة المذكورة ، فجريانه فى العين بأن يشتريا داراً وفى المنفعة بأن يستأجراها ، وفى الحق بأن يشتريا بخيار ، وقد يكون حيازة ، وهو انما يتصور فى العين خاصة .

وسببية الحيازة اما بأن يشتركا فى نصب حبالة الصيد المشترك ، ورمى السهم المثبت له فيشتركان فى ملكه ، أو بأن يقتلعا شجرة أو يقترفا ماء دفعة ، فانه يتحقق الشركة بذلك فى الجملة انتهى .

﴿وكل مالين مزج أحدهما بالاخر بحيث لا يتميزان ، تحققت فيهما الشركة اختياراً كان المزج او اتفاقاً﴾ مقصوداً به الشركة أولا ، بلا خلاف كما فى الجواهر ويدل عليه ما تقدم آنفا من دعائم الاسلام وعرفت ما فيه .

﴿و﴾ على كل حال فلا خلاف فى أنه ﴿يثبت ذلك فى المالين المتماثلين فى الجنس والصفة﴾ أى بالمزج الرافع للامتياز بينهما الذى قد عرفت سببيته للشركة ﴿سواء كانا﴾ أى المالان ﴿أثمانا﴾ أى ذهباً وفضة ﴿أو عروضا﴾ وفى الجواهر كالادهان وغيرها من المايعات بل والحنطة والشعير والذرة والسمسم ونحوها .

ولا يخفى ان اشتراط مماثلة المالين مبنى على اشتراط المزج حتى يحصل

عدم التمايز بحيث لايتميز احد المالين عن الاخر بعد المزج واما اذا لم يشترط وكان المناط بمطلق المالين فصح غير المتماثلين ايضا وقد عرفت عدم دلالة الاخبار على المزج فالمماثلة عندى غير ثابتة وكيف كان فبناءا على اعتبار المزج صح مافى المتن وعليه فى المسألة فروعات ذكرها فى التذكرة فقال مالفظه : الثانى فى اركان الشركة وهى ثلثة :

الاول المتعاقدان ويشترط فى كل منهما البلوغ والعقل والاختيار والقصد وجواز التصرف الى ان قال :

الركن الثانى الصيغة قد بينا ان الاصل عصمة الاموال على اربابها وحفظها لهم فلايصح التصرف فيها الا باذنهم الى ان قال مسئالة الشركة قد تقع بالاختيار وقد تقع بالاجبار كما تقدم وكلامنا فى الشركة المستندة الى الاختيار وهى قد تحصل بمزج المالين بالاختيار من غير لفظ فلو امتزج المالان برضاهما حصلت الشركة الاختيارية الى ان قال :

الركن الثالث المال : مسئلة يشترط فى المال المعقود عليه الشركة ان يكون متساوى الجنس بحيث لو مزجا ارتفع الامتياز بينهما وحصل الاشتباه بينهما سواء كان المال من الاثمان او العروض كما لو مزج ذهبا بذهب مثله او فضة بمثلها او حنطة بمثلها او دخنا بمثله الى غير ذلك مما يرتفع فيه المايز بينهما ولا خلاف فى انه يجوز جعل رأس المال الدراهم والدنانير لانهما اثمان الاموال والبياعات ولم يزل الناس يشتركون بينهما من زمن النبى صلى الله عليه وآله الى وقتنا هذا من غير ان ينكره احد فى صقع من الاصقاع او عصر من الاعصار فكان اجماعا واما العروض فعندنا تجوز الشركة فيها مع الشرط المذكور سواء كانت من ذوات الامثال او من ذوات القيم وبه قال مالك لان الغرض من الشركة ان يملك احدهما نصف مال الاخر و يكون ايديهما عليه وهذا موجود فى العروض فصحت الشركة فيها وكره ابن سيرين ويحيى بن ابى كثير والثورى والشافعى واسحاق وابو ثور واصحاب الرأى الشركة

فى العروض ومنع الشافعى وابو حنيفة من الشركة فى العروض التى ليست من ذوات الامثال الى ان قال :

ويجوز الشركة فى العروض التى هى من ذوات الأمثال عند علمائنا وبه قال مالك وللشافعى قولان وعن احمد روايتان احديهما مثل ماقلناه لماتقدم والثانى المنع فانه لاتصح الشركة الاعلى احد النقدين كالمضاربة وهو غلط لان هذا مال له مثل فصح عقد الشركة عليه اذا لم يتميز كالنقود ولان هذا يؤمن فيه المعانى السابقة المانعة من الشركة فيما لامثل له لانه متى تغيرت قيمة الاخر بخلاف المضاربة لانه ربما زادت قيمة جنس رأس المال فانفرد رب المال بجميع الربح ولان حق العامل محصور فى الربح فلابد من تحصيل رأس المال ليوزع الربح وفى الشركة لاحاجة اليه بل كل المال يوزع عليهما على قد رماليهما ثم قال اذا اشتركا فيما لامثل له كالثياب وحصل المزج الرافع للامتياز تحققت الشركة وكان المال بينهما فان علمت قيمة كل واحد منهما كان الرجوع الى نسبة تلك القيمة والاتساوياعملا باصالة التساوى وقال مالك يكون رأس المال بينهما وليس بمعتمد انتهى :

ولايخفى ان هذه الفروع ينشأها كلها من لزوم الخلط بين المالين بحيث لايمتاز بعد المزج عن احدهما واما لوقلنا بعدم دلالة دليل عليه فلايعتبر اكثر من حضور المالين منهما فلا فرق بينهما من حيث الجنس والمثل والقيمة والاثمان والعروض وغير ذلك لحصول الغرض .

مضافا الى ان المزج بناءاً على اعتباره لايبقى الى آخر الشركة كما اذا اتفق بعد الشركة باشتراء شيىء يحتاج الى دفع جميع الممزوج فلم يبق لهما الامبيع مشاع فان بيع ايضا كما هو مقتضى الشركة واخذ الثمن فان قيل بلزوم كونه ايضا ممزوجا وهكذا هل جرى فهو كماترى ولم يقل به احد اولا وامكان ان لايكون الثمن لمشترى الثانى قابلا للمزج ثانيا ويعود المحذور الاول وامكان كون الثمن عند المشترى الثانى مخلوطا من القرطاس والدرهم والدينار ثالثا وامكان ان يكون الثمن مؤجلا

رابعا وامكان كونه مايسمى فى عصرنا بچك خامسا .

وهكذا فى كل معاملة وان كان المزج الاول كفى فاى ثمرة فيه بعد افتراق احدهما عن الاخر فورا وكيف كان فالعمدة عدم ظهور المزج من الاخبار ويترتب على الاشتراط فروعات كثيرة ولازمه عدم صحة الشركة فيما كان لاحدهما نقود وللاخر فروش او فرس متحد ان قيمة فقط فضلا عما اذا كانا مثل الذهب مع الفضة او الفضة مع الحديد اومثل نقود العصر الذى كان كل النقود هو القرطاس الغير الممتاز مقدارها عن الاخر الابارقام عليه ولافرق بين مأة تومان والف تومان الابرقم ١٠٠٠ او ١٠٠٠٠.

وهكذا وليس ذلك قابلا للمزج اذ كل ممتاز عن الاخر والمراد بالخلط المبحوث عنه خلط مثل الحنطة بالحنطة التى لا يعلم مالاحدهما سوى الله والقرطاس المسمى به اسكناس كلها ممتاز عن الاخر لوقوع علامات من الاشخاص او كونه الجديد او العتيق والسابق واللاحق وقليلا مايتفق مزجهما بحيث لم يظهر فاذا اخذنا بالاخبار وفهمنا منها عدم الاشتراط كذا فى سعة مما ذكروا ونصحح كل شىء من احدهما مع كل شيىء من آخر ولايحتاج الى بيع احدهما نصف امواله بصاحبه وهكذا صاحبه مع الاخر كى يقع اموالهما مشاعا بينهما .

ثم انه مما ذكرنا يعلم عدم تمامية ما هو المحكى عن الشيخ فى المبسوط حيث منع من الشركة فى العروض الافى المكيل والموزون .

وذلك لانه اذا لم يشترط المزج صح اتيانهما باى شىء كان من النقود اوالسلعة والمتاع المثليين اوالقيميين وحينئذ صح اطلاق العقد بالشركة ويقال عقد الشركة فانه عبارة عن انشاء ايجاده مع صاحبه فى المال والمعاملة وحينئذ كان اجتماع حقوق الملاك فى شيىء واحد بنحو الشياع معنى من المعانى وموضوع من الموضوعات الموجبة للحكم وليس من الشركة العقدية اذ الشركة العقدية انشائى وهذا المعنى ليس انشائى وايجادى بل واقعى وكان وجوده واقعا فى الخارج قهرا اواختيارا .

وبالجملة عقد الشركة صحته موقوفة على عدم اشتراط مزج المالين بداهة انه

يوجد بالقهر او الاختيار قبل تحقق الانشاء وحينئذ صح ان يقال الشركة واقعى وايجادى بالعقد وحينئذ فاجتماع حقوق الملاك فى الواحد على سبيل الشياع كما ذكره المصنف ليس تعريفا للشركة بل كما ذكره الشهيد تبعا لجامع المقاصد هو معنى من المعانى الخارجية وداخلا فى موضوعات الاحكام اى له حينئذ حكم وهو عدم جواز تصرف احد بدون اذن الاخر كما اذا حصل ذلك بالارث او المزج القهرى فهو غير مربوط بالشركة الاختيارية التى توجد بالصيغة ولذا قال فى تعريفها هى عقد ثمرته جواز التصرف للملاك فى الشيىء الواحد فانه تعريف للشركة والشيىء الواحد ايضاً مبنى على لزوم المزج قبلا حتى يصير واحداً .

وقد عرفت عدم استفادة ذلك من الاخبار وحينئذ تعريفها بانها عقد ثمرته جواز التصرف انما يكون فيما تقع به الشركة فان المنشىء للصيغة ينشأ بقوله شاركتك معى فى مالى هذا المعنى ولازمه جواز تصرف كل منهما بل من ذلك يمكن القول بان ماراد الاصحاب من العقد وهو الاذن حق فى الجملة بل الانصاف ان ارادة الاذن فى التصرفات من هذا العقد صحيح اذ جعل صاحبه معه فى امورات المال والمعاملة عين جواز تصرف كل منهما فالمعنى الاول خارج عن التعريف وداخل فى الاحكام وان كان ظاهر مفتاح الكرامة هو ان التعريف للشركة هو الاول يعنى ان الشركة اجتماع حقوق الملاك .

واما الاحكام فهو مترتب على الاذن تأمل اذ اجتماع حقوق الملاك غير قابل للانشاء فانه ان كان قبل العقد موجودا فهو تحصيل للحاصل والافلا يوجد هذا المعنى بالانشاء فالذى قابل للانشاء هو الاذن فى التصرفات فمفاد شاركتك لى انت مأذونى فى تصرفات اموالى قال فى مفتاح الكرامة ماهو لفظه :

(وقال فى المسالك) بعد ان ذكر المعنيين الاول والثانى لقد كان على المصنف يعنى المحقق ان يقدم التعريف الثانى لانه المقصود بالذات أو ينبه عليهما على وجه يزيل الالتباس عن حقيقتهما وأحكامهما (وقال فى جامع المقاصد) فى قول المصنف

فيما بعد وأركانها ثلاثة ان الضمير يعود الى الشركة التى تقدم تعريفها وهويتناول الشركة التى ليست بعقد ولاقصد فان كان غرضه البحث عن الشركة التى هى عقد فحقه ان يعرفه وان كان غرضه البحث عن أحكام مطلق الشركة فعليه ان يقيد قوله واركانها ثلاثة ونحو ذلك مافى مجمع البرهان .

(ونحن نقول) ان الامر أوضح من ان يحتاج الى بيان لان الشركة الحقيقية هواجتماع حقوق الملاك وأماالاحكام فتترتب على الاذن فى التصرف فى المال المشترك كما بيّنا وذلك عقد جائز وله أركان ثلاثة فكلامهم مبنى على ان المقصود واضح لمكان عدهم الشركة فى العقود واجتماع حقوق الملاك فى تعريف الكتاب وغيره بمنزلة الجنس الشامل لاجتماعهما على سبيل التمييز وغيره انتهى وفى هامش الكتاب بعد قوله على سبيل التمييز ما هو لفظه كما لوجمعوا مالهم مع تمييز بعضه ووضعوه فى مكان واحد ونحو ذلك انتهى .

ومن جميع ماذكرنا يظهر ما فى قول المصنف ﴿أما مالا مثل له ، كالثوب والخشب والعبد فلا تتحقق فيه بالمزج ، بل قد تحصل بالارث أوأحد العقود الناقلة كالابتياع والاستيهاب﴾ قال فى الجواهر ولعله لاصالة بقاء كل على ملك مالكه ، المقتصر فى الخروج عنها على المتيقن الذى هو المزج فى المثليات دون غيرها . لكن فى الرياض بعدأن حكى ذلك عن المصنف هنا قال «وفاقاً للمبسوط والاسكافى الا أنه أطلق ، ولكن معلوم النسب لايقدح خروجه بالاجماع ، ومع ذلك يضعف بتحقق المزج على الوجه المتقدم فى كثيرمنها ، كالثياب المتعددة المتقاربة الاوصاف والخشب كذلك ، ونحوهما ، فيتحقق الشركة ، فان ضابطها حصول المزج مع عدم الامتياز ، ولاخصوصية للقيمى والمثلى فى ذلك وقد حصل» انتهى .

ويرد على الجواهر عدم معنى للاصول العملية مع وجود اصول اللفظية وهو اطلاقات الاخبار فانلها ورود على الاصول العملية وعلى الرياض بان الظاهر من قوله المحكى بانه معلوم النسب انه دخولى الى وجه حجية والاجماع عنده علمه بدخول

الامام عليه السلام فى المجمعين ولم يعرف بعينه وشخصه لانه مجهول النسب .

ولايخفى انه من جملة عجائب الدهر الذى لايتصور اصلامع ان دأب ديدن الفضلاء والعقلاء بل العرف على انه مالم يعرف بشخصية انساناًلم يعتن بقوله اصلا بل مقدار الاعتناء والتقوية بقوله بمقدار العلم بزهده وتقواه مضافا الى العلم بمعلوماته وعلو شأنه فى الفقهاء .

وعليه كيف يتصور شخص مجهول النسب موجوداً فى جمع من العلماء ولم يعرفه احد فيكون قوله حجة دون المعروفين بالعلم والعمل وكيف يتصور مجلس وجد فيه العلماء المعروفين وفيهم الامام مع عدم معرفة احد بشخصه ومع ذلك يقبل قوله فلامعنى للدخول فى المجمعين فى عصر الغيبة بلحاظ حجية قوله من حيث عدم العلم بامامته وان كان امكن وجوده عليه السلام فى مجالس العلماء ومجالس البحث فى الفقه لكن لامن هذه الجهة بل يمكن كثيرامرور اشخاص فى الطريق وفى المجالس وفى المشاهد المشرفة بجنابه عليه السلام من غير علم بحاله وجنابه عليه السلام .

والحاصل العلم بان هذا قول الامام من اى طريق يعلم فهل يكون من اجماعات المدونة كتب الفقهاء فكلهم معلوم النسب اومن حضوره عليهم السلام فى حلقة درس علم من الاعلام كسائر التلامذة سلمنا كونه بهذا النحو فهل يتكلم الفقيه وادعى الاجماع فى المسألة والامام الداخل فى التلامذة ينكره والفقيه من اى طريق يعلم بانه الامام حتى يقبل قوله ورد اجماعهم والفرض ان شرط حجية قوله عليه السلام كونها مجهول النسب فعليه لايصح ان يعرف نفسه وان كان عكس ذلك بان يتكلم الفقيه فيما ليس فيه اجماع والامام المجهول قال بان المسألة اجماعية فانه بناء على عدم العلم بحاله يمكن ان يقع محل سخرية التلامذة فضلا عن نفس الفقيه .

وبالجملة من البديهى انه لوقال الوف من الفقهاء وادعى عليه الاجماع وقال الامام بخلافه لااعتداد بقول الوف منهم حينئذ لكن الكلام فى تصور دخوله فى الجماعة وتصور كون الجماعة اى جماعة كانت وكيف يعلم مدعى الاجماع قوله والامام

مع ان هذا العلم مع الجهل بحاله تناقض واضح .

فماعن معتبر المصنف من قوله واما الاجماع فعندنا هو حجة بانضمام المعصوم فلو خلى المأة من فقهائنا عن قوله عليه السلام لما كان حجة ولو حصل فى اثنين كان قوله عليه السلام حجة لا باعتبار اتفاقهما بل باعتبار قوله فلا تغتر اذن بمن يتحكم فيدعى الاجماع باتفاق الخمسة او العشرة من الاصحاب مع جهالة قول الباقين الامع العلم القطعى بدخول الامام فى الجملة انتهى فهذا القول وقول صاحب المعالم بعده حكايته عنه حيث قال وهو فى غاية الجودة فى غاية الفساد .

وكيف كان فقد عرفت ان جميع ماذكر منشأه المزج فاذا عرفت عدم لزومه فلا فرق بين السلعة والمتاع والنقود وهذا كله على المختار واما بناءاً على المشهور بين الاصحاب من لزوم المزج فالمراد به لامحالة مزجا لايعرف صاحبه ماله لاخصوص مثل مزج الخل والدبس او الحنطة بالحنطة بحيث لايعلم اصلا فيعم مثل المثليات والقيميات كطاقات الكرباس والقيميات وسائر الالبسة والظروف المماثلة كما وكيفا والساعات المصنوعة فى العصر وغير ذلك مما لايتميز بين صاحبيها فلا اشكال فيها بعد المزج بحيث لايعلم الامتياز وهكذا مثل الاخشاب والالات والانعام الثلاثة فان فيها ايضا متشابهات يمكن ان لايتميز بينها :

﴿و﴾ كيف كان فعلى المشهور من لزوم المزج ﴿لو أراد الشركة فيما لامثل له﴾ وغيره ممالاتتحقق فيه بالامتزاج لعدم ارتفاع امتيازه به ، ﴿باع كل واحد منهما حصته مما فى يده ، بحصته ممافى يد الاخر﴾ أو وهب كل منهما كذلك ، أوباعها بثمن اشترى الاخرى به منه .

ثم ان من اهم باب الشركة والمعمولة بين الانام هو الشركة فى الاعمال والابدان بان يشتركا فيما يحصل من اعمالهما مخلوطا ولو كان عمل احدهما اقل من الاخر فيجعل اجرتين اجرة واحدة ويأخذ كل منهما نصفها فلو كان فى يوم مثلا لاحدهما الف من العمل وللاخر مأة كان لكل منهما خمس مأة وخمسين والمشهور فيها البطلان

وان لكل منها ما هو عمله ففى المثال لاحدهما الف وللاخرمأة ولذا قال المصنف .

﴿ولاتصح الشركة بالاعمال كالخياطة والنساجة﴾ وفى الجواهر بلاخلاف معتد به أجدفيه بيننا ، بل الاجماع بقسميه عليه ، بل المحكى منهما مستفيض أومتواتر من غير فرق بين اتحاد عملهما واختلافه ، ولابين كون العمل فى مال مملوك ، أو تحصيل مباح من حطب وحشيش ونحوهما ، للاصل السالم عن معارضته «أوفوا بالعقود» ، بعد ما عرفت ، والتراضى بمالم يثبت شرعيته غيرمجد ، والمراد بالتجارة عنه ماثبتت التكسب به شرعا انتهى غير خفى على اولى الالباب بانه لادليل لهم سوى الاجماع وهوالذى استدلوا به على امامة ابى بكر فلا يفيد للفقيه الا الاتفاق كما هو معناه لغة واصطلاحا فهواجمال عن قول زيدوعمرو وبكر الى آخره من دون ان يكشف عن قول المعصوم الذى هو مدرك حجية الاجماع ولذا لايكون من اخبار الباب منه عين ولااثر بل لايتحقق اجماع بمثل مخالفة ابن الجنيد بل المهذب وفقه الراوندى .

و اما التمسك بالاصل فهو كانه عجيب اذ التمسك به لمقام الجواز لا المنع وهواصالة الاباحة فى كل مالم يرد عليه نهى كما فى كل شيىء مطلق حتى يرد فيه النهى وكل شى لك حلال حتى تعلم الحرام منه بعينه فالدليل على المنع غيرموجود ولايصح التمسك باستصحاب قبل الشرع بتقريب انه لم نعلم جوازه قبل الشرع فالاصل بقائه عليه لان قبل الشرع منقوض بوروده وثبوته فلابد من اقامة دليل على المنع بعد كونه شارعا ومبينا للناس وعدمه دليل على العدم .

قال فى الخلاف : شركة الابدان عندنا باطلة وهى ان يشترك الصانعان على ان مايرتفع لهما من كسبهما فهو بينهما (لهما ـ خ) على حسب شرطهما سواء كانا متفقى الصنعة كالنجارين والخبازين اومختلفى الصنعة كالنجار والخباز وبه قال الشافعى وقال ابوحنيفة يجوز مع اتفاق الصنعة واختلافها ولايجوز فى الاحتطاب والاحتشاش والاصطياد والاغتنام وقال مالك يجوز الاشتراك مع اتفاق الصنعة ولايجوز مع اختلافها وقال احمد يجوز الاشتراك فى جميع الصنايع وفى الاحتشاش والاحتطاب والاصطياد والاغتنام .

[دليلنا] اجماع الفرقة واخبارهم وايضاً العقود الشرعية تحتاج الى دلالة شرعية وليس فى الشرع مايدل على صحة هذه الشركة وايضاً نهى النبى ﷺ عن الغرر وهذا غرر بدلالة ان كل واحد منهما لايدرى ايكسب صاحبه شيئاً ام لايكسب وكم مقدار مايكسبه انتهى .

وقد عرفت حال الاجماع واما قوله العقود الشرعية يحتاج الى دلالة شرعية فمسلم لكنه لادليل على المنع بعد الاقدام على ذلك خصوصاً اذا كان بنائهما على هبة مازاد عن حقهما اوصلحهما سواء كان ذلك فى آخر كل يوم اوكان بنائهما على الرضا بذلك مصرحا به واذا رضى كل منهما من اول الشركة الى آخرها بكون الزيادة لكل منهما لصاحبه فهو ايضا كان انفاقا على الاخر وارفاقاً به واكل المال بالرضا لابالباطل فهذا هو الدليل عليه وعموم اوفوا له والضرر منفى فى المقام لان بناء الشركة على النفع والضرر كليهما والافلايصح شركة اصلا لاحتمال الضرر وكذا الغرر مع ان المسلم منه فى البيع لاغيره وتوقفه على الاذن مشترك الورود وتوهم ان الرضا بذلك من حيث الجهل بالحكم ولوعلموا بان مازاد لم يكن لصاحبه لمايرضى منقوض بصورة العلم والرضا بذلك .

وفى مفتاح الكرامة بعد قول المصنف [وشركة الابدان بان يشترك اثنان فصاعدا فيما يكتسبونه بايديهم تساوت الصنعة او اختلفت قال ما هو لفظه : قد سمعت مافى الانتصار وهى باطلة عندنا كما فى الخلاف والمبسوط والتذكرة والتحرير وايضاح النافع والروضة وفى (المفاتيح) قالوا وفى الكفاية انه المعروف من مذهب الاصحاب وفى (الخلاف) ايضا ان عليه اجماع الفرقة وأخبارهم وقد سبق الاجماع أبا على وتأخر عنه كما فى المذهب واتفقت الامامية على بطلانها بعد ابن الجنيد كما فى الايضاح ولاخلاف فى بطلانها من غير أبى على كما فى المسالك .

وفى (السرائر وكشف الرموز والمختلف وشرح الارشاد للفخر والتنقيح وجامع المقاصد) الاجماع على بطلانها فكانهم اجمعوا على نقل الاجماع اذهو محكى

فى سبعة عشر كتابا أو أكثر كما سمعت وهو معلوم محصل قطعا لانه قد صرح ببطلانها وانها غير جائزة فى المقنعة والنهاية والمراسم والوسيلة وسائر ما تأخر عنها الى الرياض وانما خلى عن ذلك المهذب وفقه الراوندى .

فالحجة على ذلك الاجماع والاصل وخبر الضرر والغرر وانه عقد شرعى يتوقف على الاذن فلا تصغ الى ما فى مجمع البرهان والكفاية والمفاتيح من انه لا يظهر دليل على عدم الجواز سوى الاجماع فان كان والا فلا مانع ولا الى ما حكى عن أبى على لانه لا دليل لهم على الصحة الا عموم الامر بالوفاء والشروط وهو لا يجرى فى الباب لانه من العقود الجائزة ومجرد التراضى لا يوجب اللزوم الخروج عن الاصل وانتقال مال هذا و فائدة عمله الى الاخر مع زيادة التفاوت بين العملين واقصى ما يفيد التراضى الاباحة بل قد لا يفيدها مع جهلهما بالفساد وندامتهما أو أحدهما ولهذا قالوا بعدم افادة العقود الفاسدة مع الجهل الاباحة مع حصول الرضا منهما نعم لو علما بالفساد وتشاركا جاز لانه أكل للمال بالاباحة لا بعقد الشركة فهو خارج عما نحن فيه ومنه يعلم الحال فى شركة المفاوضة والوجوه كما يأتى ان شاء الله تعالى انتهى .

وقد ظهر مما ذكرنا حال هذه العبارة وعدم انعقاد الاجماع حينئذ مع مخالفة مثل ابن الجنيد وعدم ذكر الراوندى ذلك ومخالفة مثل مجمع البرهان والكفاية والمفاتيح .

واما ما عن مجمع الفائدة فستعرف عبارته محكية عن صاحب الحدائق واما دعوى عدم الدليل من الكفاية والمفاتيح على البطلان فهى فى محلها قال فى الكفاية بعد نقل عبارة التذكرة فى بيان اقسام الشركة مالفظه والمعروف من مذهب الاصحاب انه لا يصح ماعدا شركة العنان فان ثبت كونه اجماعا فذاك والا كان للتامل فى عموم الحكم المذكور مجال وظاهره صحة الجميع والاجماع غير ثابت جدا أو عدم كون ذكر من المهذب وفقه الراوندى فى المجمعين بل مخالفة الاسكافى فى عموم الحكم بعدم الصحة اقوى من مخالفة غيره فانه مع جلالة قدره كان قريبا بزمان صدور الروايات والروات

وهو اعلم بصحة الروايات من غيره لذلك .

قال فى المفاتيح مالفظه قالوا : لواشتركا بالاعمال ، بأن يكون بينهما كل ما يكتسبان بأيديهما لم يجز الا أن يتشاركا الفضل ، اتفق عملهما أواختلف ، لامتياز كل واحد ببدنه ومنافعه فيختص بفوائده ، كما لواشتركا فى مالين متميزين ، وكذا لو اشتركا بالمفاوضة بأن يكون بينهما كل مايملكان ومايلتزمان من غرم ، ويحصل لهما من غنم ، لاشتماله على غرر عظيم .

وكذا لواشتركا بالوجوه ، بأن يشترك وجيهان عند الناس لامال لهما ، ليشتريا فى الذمة الى أجل ، فما يربحان بعد أداء الثمن فهو بينهما . أويشترى وجيه فى الذمة ، ويفوض بيعه الى خامل ويكون الربح بينهما . أويبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح ، ليكون بعض الربح له ، خلافاً للاسكافى فى الاول .

ولو أذن أحدهما الاخر فى الشراء فاشترى لهما أصالة ووكالة صح ، ولم نجد نصاً فى هذه الاحكام ، وماستدلوا به على المنع لايخلو من ضعف ، ولامانع من الصحة مع التراضى والتشارك والتصالح انتهى .

وقال وحيد الدهر فى شرحها ما لفظه وخالفهم الاسكافى وقال بصحة شركة الوجوه بالمعنى الاول الاشهر ولم يقف على نص فى بطلان هذه الاحكام المذكورة وما استدلوا به على بطلانها من الوجوه المتقدمة اوالاجماع على بطلانها كما ادعاه فخر المحققين مما لايخلو من ضعف وقصور مع ان عموم الوفاء بالعقود والالتزام بالشروط وآية التراضى واصالة الجواز دالة على صحتها ولاسيما وقوع التشارك بينهما والتصالح والتراضى انتهى .

ومنه يظهر عدم تمامية قول مفتاح الكرامة فى شرحه المتقدم آنفا حيث قال لادليل لهم على الصحة الاعموم الامر بالوفاء الى آخر عبارته فانا اتكلم فى كل واحد واحد ، اما قوله الامر بالوفاء بالعقود لم يوجب اللزوم لانه من العقود الجائزة ففيه انه بناء عليه لادليل للعقود الجائزة كالوكالة والهبة وغيرها لانها جائزة فلا يكون دليلا

لهم على لزومه فغايته جواز هذه العقود وانعقاده بلا عقد اذبعد ماكان مثل الوكالة والهبة والشركة جائزة لايفيد بحالها عقد ولوسلم ينعقد الكل جائزا .

فهل يكون حينئذ امرلها بالوفاءاولاوالثانى كماترى فالاول هوالصحيح فالامر بالوفاء بالعقود ثابت الا انه على سبيل الاستحباب وهو المراد بالصحة والدليل عليه فاوفوا بالعقود دال على الوفاء اقصاه بنحو الاستحباب والجواز لوكان العقد جائزا وليس المقصود من الصحة الاذلك فالشركة فى تلك الصور صحيحة جائزة فليس المقصود من التراضى هواللزوم بل يكفى التراضى بنحو الجواز .

واما الشروط فتشريعها لاجل انقلاب المشروط عما هو عليه فان كان لازما كالبيع والاجارةصار بالشرط جائزا وبالعكس، العكس فدليل الوفاء بالشروط يجعله لازما فقد تلخص انه لم يكن دليل لهم على الفساد بل عمومات الصحة تشمل المقام.

ويمكن التمسك لصحة ذلك بما يحكى «من شركة سعد بن ابى وقاص ، وعبدالله بن مسعود ، وعماربن ياسر فيما يغنمونه ، فأتى سعد بأسيرين ولم يأتيابشىء فأقرهم النبى صلى الله عليه وآله وسلم وشركهم جميعاً» فانه صريح فى صحة شركة الابدان وما حصل بواحد للجميع حيث انه ﷺ اقر شركتهم وانها صحيحة واقرما حصل الواحد كان للجميع واطلاق ذلك يشمل ما اذا كان العمل دائماً لواحدمعين اواختلف .

وكذا يشمل ما اذا كان لاحدهم اقل وللاخر اكثر وكونه موافقاً للشروط وعمومات العقود يجبر ضعفه هذا مضافاالى ان اكثر الشراكة فيما بين الناس كذلك وعلى البطلان وكون عمل كل لنفسه يترتب عليه اشكالات كثيرة وعسرو حرج وضرر على الجانبين فالكل صحيح ومع الدليل الاشركة المفاوضة وذلك لاجل انمعنى الشركة ما حصل لهم من جهتها لامن امر آخر كحصول نفع اوضرر قهرى اواختيارى لم يكن مربوطا بالشركة كالارث لانه للوارث فكونه لهما على خلاف الكتاب ولامانع من صحة غيرها فقدعرفت من عبارة الكفاية والمفاتيح وشرحها عموم الصحة للجميع وحكى المنع صاحب الحدائق ايضا .

وعن محقق الاردبيلي حيث قال : بعد نقل قول العلامة في التذكرة : وأما شركة الابدان فعندنا باطلة ، سواء اتفق عملهما أو اختلف ، بأن يكون كل واحد منهما خياطاً ، ويشتركا في فعل الخياطة ، أو يكون أحدهما خياطاً والاخر نجاراً ، أو يعمل كل واحد منهما في صنعة ، ويكون الحاصل بينهما ، وسواء كانت الصنعة البدنية في مال مملوك ، أو في تحصيل مال مباح ، كالاصطياد والاحتشاش والاحتطاب مالفظه ولايظهر دليل على عدم الجواز ، سوى الاجماع ، فان كان فهو ، و الا فلا مانع ، فانه يرجع الى الوكالة في بعض الامور وتمليك مال البعض الاخر ، وبذل نفس وعمل في مقابله عوض ، ولامانع منه في العقل والشرع ، ولهذا جوز بعض اقسامها بعض العامة ، ثم نقل عنه أيضا أن شركة المفاوضة عندنا باطلة ، وليس لها أصل ، وبه قال الشافعي ، ومالك ، ثم نقل عنه أيضا في شركة الوجوه أنها عندنا باطلة ، وبه قال الشافعي ومالك ، ثم قال : والبحث فيهما مثل ماتقدم فتأمل ، انتهى .

ومنه ظهر عدم تمامية ماحكى عن العلامة في المختلف ـ في مقام الرد عليه حيث قال : لنا اجماع الفرقة ، وخلاف ابن الجنيد غير معتد به ، لانقراضه ، وحصول الاتفاق بعده ، ولان الاصل عدم الشركة ، وبقاء حق كل واحد عليه ، ولانه ضرر عظيم ، ولان الشركة عقد شرعي يتوقف على الاذن فيه . انتهى .

ثم ان قوله لانقراضه ظاهر في كونه في الاجماع لطفيا وهو ان مستند الحجية لحاكي الاجماع هو قطعه باستلزام مايحكيه لرأيه عقلا من باب اللطف وانه اذا اجمعوا اهل عصر في شيء لزم كونه موافقا لرأى الامام وان رأيه عليه السلام فيهم والالزم عليه عليه السلام القاء الخلاف لطفا حتى يخرون من ضلالة الجهل بالمسألة الا اذا انقرض عصر من ادعاه .

ولا يخفى مافيه وكم اجمعوا اهل عصر في شيء ولم يردهم عليه السلام حتى انقرض العصر وانعقد الاجماع على خلاف عصر الاول كنجاسة ماء البئر لكثرة ما ورد في المنزوحات ورد الجميع عند عصر بعده بان ماء البئر واسع لاينجسه شيء

فعلى قاعدة اللطف لزم عليه عليه السلام اظهار المخالفة لمن كان باطلا وكيف كان فالمسالة غير تام ولوسلم من بعض العبائر كون ابن الجنيد موافقا للمشهور ايضا فان جميع قوانين الشرع ظاهرة فى الجوار كما اشار اليه الوحيد فى شرح المفاتيح والله العالم .

﴿ نعم ﴾ على المشهور من البطلان يصح ﴿ ، لو عملا معاً لواحد ﴾ مثلا ﴿ بأجرة، ودفع اليهما شيئا واحداً عوضاً عن أجرتهما ﴾ التى وقعت فى عقد استيجارهما على العمل دفعة ﴿ تحققت الشركة ﴾ حينئذ ﴿ فى ذلك الشيىء ﴾ الا انها ليست من شركة الاعمال .

﴿ ولا ﴾ تصح ايضا الشركة ﴿ بالوجوه ﴾ وفى الجواهر المفسرة فى الاشهر باشتراك وجهين ، لامال لهما بعقد لفظى ، على أن ما يبتاعه كل واحد منهما يكون بينهما ، فيبتاعان ويبيعان ، ويؤديان الاثمان ، وما فضل فهو لهما ، وقيل . أن يبتاع وجيه فى الذمة ، ويفوض بيعه الى خامل ويشترطا أن يكون الربح بينهما ، وقيل : أن يشترك وجيه لامال له ، وخامل ذومال ليكون العمل من الوجيه ، والمال من الخامل ، ويكون المال فى يده لايسلمه الى الوجيه ، والربح بينهما ، وقيل : أن يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح ليكون بعض الربح له انتهى .

ولايخفى ان احسن تفاسيره هو الاول كما فى الخلاف فقال مالفظه : شركة الوجوه باطلة وصورتها ان يكون رجلان وجيهان فى السوق وليس لهما مال فيعقد ان الشركة على ان يتصرف كل واحد منهما بجاهه فى ذمته ويكون مايرتفع بينهما وبه قال الشافعى وقال ابو حنيفة انها تصح فاذا عقداها كان مايرتفع على حسب ما شرطاه بينهما .

[دليلنا] ماقدمنا فى المسئلة الاولى من ان العقود الشرعية تحتاج الى ادلة شرعية وليس فى الشرع مايدل على صحة هذه الشركة فيجب ان تكون باطلة انتهى ولايخفى ما فيه .

وفى مفتاح الكرامة بعد قوله قال مالفظه [وشركة الوجوه] باطلة عندنا كما

فى التنقيح وأيضا النافع والمسالك والروضة واجماعا كما فى السرائر والمختلف وشرح الارشاد للفخر والمهذب البارع والتنقيح أيضاوجامع المقاصدوفى (الكفاية) أنه المعروف بين الاصحاب وفى (المفاتيح) قالوا وقد استثنى جماعة من هؤلاء من اجماعهم أبا على وقدنص على بطلانها وعدم جوازهافى الخلاف والمبسوط والوسيلة وسائر ماتأخر عنها الى الرياض وخلاعن ذلك الكتب الستة المذكورة آنفاوالحجة على بطلانها بعد الاجماع الاصل والغرر والضرر وأنه عقد يتوقف على الاذن وخلاف أبى على شاذ حيث جوز شركة الوجهين اللذين لامال لهما ليشتريا فى الذمة الى أجل فما يربحان بعد اداء الثمن فهو بينهما وهذا أشهر معانيها كما فى التذكرة والمسالك ومجمع البرهان والكفاية وقد سمعت مافى مجمع البرهان والكفاية .

ومن لحظ كلام الرياض فى نقل الاجماعات عرف أنه تسامح تسامحا فاحشا قال وهذه الثلاثة بمعانيها باطلة باجماعنا .

اقول تارة يكون الكلام فى بطلان المعاملات الواقع منهما اومن احدهما واخرى فى بطلان مثل هذه الشركة اماالثانى فلادليل له على البطلان كما عرفت فى شركة الاعمال وعرفت ان كل ماذكر فى البطلان غير تام مع اصل الرضا بمثل هذا الشرط فيشمله ادلة العقود والشروط واماالاول فلابد من شرح اقسامه .

اماالاول الواقع فى شرح الجواهر فهوان يكونا وجيهين يعاملين باعتبارهما والظاهر لااشكال فى المعاملة ويكون المبيع اومااشترى لهما ان قصداكذلك وان قصدلنفسه فيقع له ولكن هذا خارج عن محل الفرض فانه فيما باع اواشترى لهما غاية الامران يقع المعاملة لاحدهما بالاصالة ولشريكه بالوكالة فيقع نصف المبيع اوالمبتاع لنفسه اصالة ونصفه لشريكه فهذه الوكالة قد تقع منهما فى اول الشركة ولاتحتاج الى تكرارها فى كل بيع وشراء كالوكيل المفوض فيؤديان ثمن المعاملة كلاهما والربح بينهما وهذا اذاكان لكل منهما البيع والشراء فتارة يقع ذلك من احدهما واخرى من الاخر .

واما الصورة الثانية وهى ان يبتاع الوجيه باعتباره دون الخامل فالبيع والشراء اصالة يكون له ويكون ذمته مشغولة فقط غاية الامر يبيع او اشترى الخامل من جانبه وكالة ويكون الربح بينهما ويؤدى الوجيه الثمن والظاهر ان هذا القسم خارج عن الشركة اذ فى كل زمان يكون المتصدى للبيع والشراء نفس الوجيه اقصاه انه اشترط كون بيعه وشرائه عليه والربح لهما فيدل على صحته المؤمنون عند شروطهم ويمكن احيانا ان يوكل غيره كذلك .

واما الثالث فهو كون البيع والشراء على الوجيه بمال الخامل فسيأتى شرحه فى باب المضاربة .

واما الصورة الرابعة فهو خارج عن الشراكة جدا فكأن الوجيه اجير للبيع والشراء بمال الخامل واجرته تقسيم الربح فهو داخل فى العجالة او الاجارة فالاقسام الاربعة التى عدّ فى تفسير الوجوه غير تام الا الاول منها الواقع فى الشرح .

وفى عبارة الخلاف فخلاصة شركة الوجوه ان يبيع او اشترى كل من الوجيهين باصالة والوكالة للاخرى ويكون الثمن عليهما والربح بينهما فمضافا الى عدم الدليل على بطلانه كان الدليل على صحته وغير الصورة الاولى داخلة فى غير هذه الشركة .

ثم انه فى الجواهر قال انما الكلام فيما فى المسالك . فانه بعد أن ذكر تفسيرات شركة الوجوه قال : «والكل عندنا باطل ، خلافا لابن الجنيد ، فانه جوزها بالمعنى الاول ولأبى حنيفة مطلقاً وحينئذ فاذا أذن أحدهما للاخر فى الشراء فاشترى لهما وقع الشراء لهما ، فكانا شريكين ، لانه بمنزلة التوكيل ، وقد اشترى بأذنه فيشترط شروط الوكالة ، اذا كان المال لاحدهما وباع الاخر سواء كان خاملا أولا ، صح البيع بوكالة المالك ، وللمباشر أجرة المثل لعمله ، ولاشيىء له فى الربح .

وكأنه أخذ ذلك مما فى جامع المقاصد قال : «وأما شركة الوجوه فان أحدهما اذا اشترى من دون توكيل الاخر له أو مع قصد اختصاصه به ، فلاحق للاخر فى

الربح ، وان وكله فاشترى لهما فقد تحققت شركة العنان» انتهى فتدبر فى جميع الكلمات .

﴿ولاشركة﴾ عندنا ﴿فى المفاوضة﴾ وفى الجواهر التى هى اشتراك شخصين فيما يغنمان به من ربح ، وارث ، ولقطة ، وركاز ، وغير ذلك ، ويغرمان من أرش جناية وضمان غصب ، وقيمة متلف ، وغير ذلك مطلقاً ، فهما كما عن بعض أو باستثناء قوت اليوم ، وثياب البدن والخادم وبذل الخلع والصداق والجناية على الحر ، لعدم الدليل عليها عندنا ، بل الاجماع بقسميه على فسادها ، كالشركة بالمعنيين الاولين انتهى .

وفى مفتاح الكرامة بعد قوله [وشركة المفاوضة] قال مالفظه : باطلة اجماعا كما فى السرائر والايضاح وشرح الارشاد لولد المصنف والمهذب البارع والتنقيح وجامع المقاصد وعندنا كما فى التذكرة والروضة وايضاح النافع وفى (المبسوط) انه الذى يقتضيه مذهبنا وفى (المسالك) انها باطلة الاعند ابى حنيفة ومرشد وفى (الكفاية) انه المعروف بين اصحابنا وفى (المفاتيح) قالوا وقد نص على ذلك فى الخلاف والمبسوط والوسيلة وسائر ماتأخر عنها الى الرياض وقد خلى عن ذلك المقنعة والانتصار والنهاية والمراسم وفقه الراوندى والمذهب والحجة على ذلك بعد ذلك الاصل والضرر والغرر كما مر وانه عقد يتوقف على الاذن وقد سمعت مافى مجمع البرهان والكفاية .

ثم قال [وهى ان يشتركا فيما يكتسبان من مال ويلتزمان من غرم بغصب أو بيع فاسد] المراد من هذه الشركة انهما يلتزمان مايكون عليهما من غرم ومايحصل من غنم فيلزم كل منهما للاخر مثل الذى يلزم الاخر من ارش جناية وضمان غصب وقيمة متلف وغرامة ضمان وكفالة ويقاسمه فيما يحصل له من ميراث اويجده من ركاز ولقطة ويكتسبه فى تجارة ونحو ذلك ولايستثنيان من ذلك الاقوت اليوم وثياب البدن وجارية يتسرى بها فان الاخر لايشاركه فيها وكذا يستثنى من هذه الشركة

الجناية على الحر وبذل الخلع والصداق اذا لزم احدهما وحكمها ان لكل منهما وعليه ماانفرد به وظاهر العبارة قصر الاشتراك فى الغرم على الغصب والبيع الفاسد وليس كذلك كما عرفت عند القائلين بها ولايعجبنى قوله فيتساويان كما فى بعض النسخ انتهى .

وعن التذكرة شركة المفاوضة أن يكون مالهما من كل شيء يملكانه بينهما . قال فى الخلاف : شركة المفاوضة باطلة وبه قال الشافعى قال ولها حكم فى اللغة دون الشرع قال صاحب اصلاح المنطق شركة المفاوضة انيكون مالهما من كل شيء يملكانه بينهما ووافقه على ذلك مالك واحمد واسحق وابوثور .

وقال ابوحنيفة هى صحيحة اذا صحت شرائطها وموجباتها فشرايطها انيكون الشريكان مسلمين حرين فاذاكان احدهما مسلماً والآخر كافراً اوكان احدهما حراً والاخر مكاتبا لم تجز الشركة ومن شروطها ان يتفق قدر المال الذى تنعقد الشركة فى جنسه وهوالدراهم والدنانير فاذاكان مال احدهما اكثر لم تصح هذه الشركة اواخرج احدهما من الشركة من ذلك المال اكثر مما اخرجه الاخر لم تصح واما موجباتها فهوان يشارك كل واحد منهما صاحبه فيما يكتسبه قل ذلك اواكثر وفيما يلزمه (يلزم - خ) من غراماته (غرمائه - خ) بغصب وكفالة بمال (بماله - خ) فهذه جملة مايشرطونه من الشرايط والموجبات وبه قال سفيان الثورى والاوزاعى .

[دليلنا) انه لأدليل على صحة ذلك وانعقاد الشركة حكم شرعى يحتاج الى دلالة شرعية وايضاً هذه الشرائط التى ذكروها من اكتساب المال والغرامة باطلة فلايصح معها الشركة وايضاً روى عنه عليه السلام انه نهى عن الغرروهذا الغرر (غرر-خ) لانه يدخل فى العقد على ان يشاركه فى جميع مايكسبه ومايضمنه بعد من غصب وضمان وكفالة وقد يلزمه غرامة فيحتاج ان يشاركه فيها على حسب مادخل عليه فى العقد وهذا غرر عظيم انتهى .

وحاصل المفاوضة ان يلتزما بكل نفع وضرر يتحقق بينهما ولو من غيرجهة

الشركة وبطلانها اظهر من الشمس من حيث ان الشركة معناه العرفى هوما يحصل لهما من كسبهما ومايغرما من جهة كسبهما فكل نفع وضرر يكونـان راجعين الى الكسب لهما وعليهما لااذا ورث احدهما ارثا مثلا كان بينهما وهكذا ولادايل على صحة ذلك لاعقلا ولاشرعا ولالغة بل يكون على خلاف الكتاب والسنة لانهماجعل الارث للوارث لاله وللاجنبى وهكذا لوفعل احدهما شيئا يوجب ضررا وغرامةعليه بسوء اختياره من دون ان يكون له دخل بالشركة .

نعم يمكن تصحيحه ايضا بان يشترطا فى الشراكة بشرط ان يكون لوحصل لنانفع من الخارج كالارث اوالهبة او الصدقة صالحت اووهبت نصفه لى بنحو شرط الفعل لاالنتيجة وهكذا الاخر وكذا ان وقع ضرر على ان تغرم نصفه وقبل كل واحد واقدما على هذا النفع اوالضرر يمكن ان يقال بـالصحة لعموم الشرط لولم نقل بانه شرط فى ضمن عقد الجائز لمامر من ان ادلة الشرط يجعل اللازم جائزا والجائز لازما فعليه كان شركة المفاوضة ايضا صحيحة من حيث كونه شركة كشركة الاعمال والابدان ومالايصح يجعل صحيحا بالشرط فعند حصول الشرطان عمل به احدهما والافللاخر فسخ الشركة فتأمل .

ثم انك قد عرفت ان الشركة عند الاصحاب باطلة بجميع اقسامها سوى شركة الاموال وعرفت منا صحّة الجميع سوى المفاوضة فقال ﴿ وانما تصح ﴾ الشركة ﴿بالاموال﴾ ،

وفى الجواهر بلاخلاف فيه ، بل الاجماع بقسميه أيضاً على الصحة فيها ، و هى المسماة بشركة العنان ، من عنان الدابة ، اومـن «عنّ» اذا ظهر ، أومـن (المعانة) بمعنى المعاوضة ، لامكان تقرير وجه المناسبة فى الجميع ، والامر فيهسهل وان أطنبوا فيه ، لكن لاثمرة معتد بها فيه انتهى .

وعن التذكرة مـا لفظه الشركة على أربعة أنواع ، شركة العنان وشركة الابدان ، وشركة المفاوضة ، وشركة الوجوه ، فأما شركة العنان فهى أن يخرج كل

مالا ويمزجاه ، ويشترطا العمل فيه بابدانهما ، انتهى .

وفى مفتاح الكرامة بعد قول المصنف [وأقسامها أربعة شركة العنان وهى شركة الاموال] قال مالفظه شركة العنان جائزة باجماع العلماء فى جميع الامصار كما فى التذكرة واجماع العلماء كما فى مجمع البرهان كافة كما فى ايضاح النافع ولاخلاف بين المسلمين فى صحة الشركة فى الاموال كما فى المسالك ونحوه مافى الغنية والسرائر وفيها أيضاً وفى كشف الرموز والتنقيح الاجماع على ذلك فى (الانتصار) ان مما انفردت به الامامية ان الشركة لاتصح الافى الاموال ولاتصح بالابدان. والنصوص بهامع ذلك مستفيضة وقد عرفها المصنف بالاعم وبذلك طفحت عبارات المتقدمين وقد عرفت فى التذكرة وكذا التحرير بأن يخرج كل مالا ويمزجاه ويشترطا العمل فيه بأبدانهما ونحوه مافى الغنية والسرائر وكذا المبسوط انتهى .

وصحته محل اتفاق فان الاختلاف فى غيره من الاقسام فلا كلام من احد فيه من حيث الصحة نعم قد عرفت منا الكلام فى امر آخر ايضا وهو لزوم مزج المالين وعدمه وعرفت بما لامزيد عليه عدم لزومه لكنه ايضا محل اتفاق بين الاصحاب ولعله لعدم تصور الشركة فى غير حصول المزج ولذا فى مفتاح الكرامة ايضا بعد قول العلامة ره ،

﴿والمال وهو كل مايرتفع الامتياز مع مزجه سواء كان اثمانا أوعروضا او فلوسا﴾ قال مالفظه : لاريب أنه من اركان الشركة وجود المال فلابد من مال من الجانبين كما طفحت به عباراتهم وقد نطقت به الاجماعات الاتية بل هو ضرورى وفى (الكافى والغنية والسرائر والتذكرة) فى موضع منهما وكذا الارشاد انه لابد من اتحادهمافى الجنس وفى (الغنية) الاجماع على اشتراطه .

وفى المبسوط والوسيلة والسرائر ايضا وجامع الشرائع والشرائع والتذكرة ايضا وجامع المقاصد والمسالك والكفاية) انه لابدمن اتحاد الجنس والصفة بحيث لومزجا لارتفع الامتياز وفى (السرائر) الاجماع على اشتراط الاتحاد فيهما .

وفى (الخلاف ان ذلك مجمع على انعقاد الشركة (به) ولم يحك فى التذكرة على ذلك اجماع وقد حكى فى الرياض الاجماع على عدم صحة الشركة فى الاموال الامع الاتحاد فى الجنس والصفة عن الغنية والخلاف والسرائر والتذكرة ومن لحظ ماحكيناه عرف انه خلط وان قلمه جرى فى الغلط وقد خلت بقية العبارات عن ذلك كله وقد طفحت عباراتهم كالمبسوط والخلاف والكافى والوسيلة والغنية والسرائر وغيرها بانها لاتصح بدون المزج وانها انما تصح مع المزج وادعى فى الغنية والسرائر الاجماع على ان من شرطها خلط المالين حتى يصيرا مالا واحدا .

(وفى التذكرة وظاهر جامع المقاصد) الاجماع على انها لاتصح بدون مزج المالين وفى (الخلاف) ان ذلك مجمع عليه (قال فى النافع) تصح مع امتزاج المالين المتجانسين على وجه لايمتاز أحدهما عن الاخر انتهى فليتأمل .

والحاصل ان كلمتهم متفقة على ان المزج شرط فى الصحة ومتى لم يخلطاه لم تصح وماخالف فى ذلك الاابوحنيفة وصاحب الحدائق قال :

(الاول) اذا قالا قد اشتركنا انعقدت الشركة وان لم يمزجاه كالوكالة وفيه ان الشركة ليس من شرطها ان يكون من جهة الوكيل مال وقال :

(الثانى) انا لم نظفر لهم بدليل على ماذكروه من اشتراط التجانس والامتزاج بل ظاهر الاخبار العموم ومع ذلك قال ان الاصحاب جروا على ابحاث مخالفيهم

(وفى مجمع البرهان) أن فى اشتراط التساوى فى الجنس تأملا لانه يجرى فى غير المتجانسين حيث يرتفع المائز قال ويؤيده ان ليس الاالاشتباه وهو مشترك وأيضا قد يحصل التفاوت قيمة ووصفا فى المتجانسين وحكى عن التذكرة أنه قال فيها تذنيب اذا اشتركا فيما لامثل له كالثياب وحصل المزج الرافع للتميز تحققت الشركة وقال انه يعلم من ذلك أن عقد الشركة يتحقق فى غير المتجانسين من العروض (قلت) كانه لم يلحظ الكتاب ولاالتحرير ولاالمبسوط ولاالشرائع .

(قال فى التحرير والتذكرة) الشركة جائزة فى النقدين اجماعا وكذا فى

العروض عندنا سواء كانت من ذوات الامثال اومن غيرها على وجه لايمكن التمييز معه ومثله بمااذا مزجهما مزجايحصل معه الاختلاط وظاهرهما وظاهر جامع المقاصدالاجماع على جريانها فى العروض المثلية المتحدة بالجنس والصفة والقيمية وهو خيرة المسالك وظاهر اطلاق الكتاب وجزم فى جامع الشرائع والشرائع بجريانها فى المثلية المتحدة فى الجنس والصفة وفى (المبسوط والخلاف) اذا كانت مكيلة أوموزونة .

ورجح فى آخر كلامه فى المبسوط عدم جريانها فيها أى فى العروض ذوات الامثال من دون تفصيل وجزم فيه وفى جامع الشرائع والشرائع والكفاية بعدم جريانها فى غير ذوات الامثال وهوقضية كلام الخلاف انتهى موضع الحاجة .

هذه كلمات القوم فى مزج المالين ولازمه عدم الصحة فى اشياء لم يحصل المزج رأسا فى الامتعة والعروض كما عرفت من عبائرهم الاختلاف فى بعض الاشياء وعدمه من حيث بقاء الامتياز بعد المزج بناءاً عليه .

توضيحه ان المالين اوالاموال لابد وان يكون مشتركا بينهما وحينئذ فان كان مشتركا قبل ايقاع العقد كمال الموروث فمعلوم وان لم يكن مشتركا فتارة يمكن مزجهما كالحبوبات والمايعات والدرهم والدينار فمزجاهما قبل العقد اوبعده ليصير رأس المال مشتركا واخرى لايمكن مزجهما كما اذا كان لاحدهما خشبا اوارزا وللاخر حديدا اوفرشا اوحيوانا مثلا فلابد من ارجاعهما الى الخلط قبل العقداوبعده حتى يتحقق الشركة وطريق الخلط حينئذ ان يبيع اويصالح احدهما نصف امواله بصاحبه فيحصل الشركة فى هذا النصف بينه وبين صاحبه .

وهكذافعل الاخر بصاحبه نصف امواله فيصيران شريكين فى رأس المال المشترك فكل ماباع من هذه الاجناس كان ثمنها مشتركا بينهما حيث ان المال الذى رأس مالهماصار مشتركا فثمنه كان كذلك وهكذافى جميع المعاملات الواقع منهما كانت الشراكة بين المالين متحققامادامت الشراكة باقية ولاجل ذلك كانت الشركة بالاموال

مشروطة بحلط المالين اولا وقبل الشركة اذ لولم يحلط المالين اذا بيع احدهما كان ثمنه لصاحب المال فلايحصل الشركة اصلا .

وهكذا بالنسبة الى الاخر اذا فرض ان احدهما مختص بمال غير ممزوج فكل ماعامل به وباع واشترى كان لنفسه فلاجرم لابدمن المزج بينهما اولا كي يكون المال لهما حتى يكون المعاملة به معاملة لهما فمادامت الشركة باقية كانت المعاملات الواقعة بينهما مشتركة واثمانيهما مشتركة بينهما .

وانت اذا تأملت ماتقدم منى فى ذلك تعرف عدم الاحتياج الى المزج وعدم دليل عليه وان كان المزج اولى واقرب الى الشركة لكنه لابحيث اذا لم يخلط حكم بالبطلان ويترتب على عدم لزومه البطلان كما يظهر من العبارات الاختلاف فى بعض الاشياء مثل القيميات والامتعة المختلفة بخلاف مااذا كان المقصود مجرد يد كليهما عليه وكان فى تحت اختيارهما بحيث كان لهما التصرف فيها بالبيع والشراء

وكيف كان فقد عرفت عدم دلالة نص على المزج سوى خبر دعائم الاسلام وهومضافا الى عدم معارضته مع النصوص الكثيرة والى ضعفه كان من المحتمل من قوله واذا اراد رجلان ان يشتركا الخ كان من مصنفها ولذا قال فى الجواهر بعده مالفظه: وان كان يحتمل بل هوالظاهر أن قوله «واذا» الى آخره من مصنفها ، لافيما رواه عن جعفر بن محمد عليهما السلام ، الأأنه على كل حال فيه شهادة على المزج فى الجملة انتهى .

وذلك لان قوله واذا اراد رجلان ان يشتركا الخ راجع الى شركة اخرى غير شركة رسول الله صلى الله عليه وآله عليا فلايكون الشركة فى الرباع والارضين ولا الشركة فى الهدى مناسبا للشركة فى المعاملات والكسب بل بينهما بون بعيد اذ الشركة فى الهدى فى الثواب ومقابله الشركة فى الاموال ولذا قال قده بل هوالظاهر لان عدم المناسبة يعطى كونه من مصنف الكتاب .

وعلى اى حال فلادليل فى البين على المزج رأسا فكيف يمكن فى مثل مسألة

عامة البلوى لم يشر فى رواية الى لزوم المزج ومع ذلك كان اجماعا من الاصحاب فاذا احتمل كون اجماعاتهم مستندا الى الحدس ولو من قرينة او امر معلوم لهم بالخصوص فلا اعتبار له ايضا .

وقد عرفت عدم تمامية ما استندوا اليه والاجماع وان كان حجة عند اصحابنا الاصوليين لكنه اذا انكشف عن قول المعصوم لامطلقا ولو بالحدس قال فى الخلاف اذا اخرج احدهما دراهم والاخر دنانير لم تنعقد الشركة، وبه قال الشافعى، وقال ابو حنيفة : تصح - دليلنا - انهما مالان متميزان ولا يختلطان ، ومن حق الشركة اختلاط المالين فوجب أن تبطل ، ولان ما اعتبرناه لاخلاف فى عقد الشركة به وما ذكروه لادليل على صحته انتهى قوله ومن حق الشركة اختلاط المالين نحن نطالبه بدليل ذلك وليس فى الاخبار منه عين ولا اثر .

فان قلت ان اعتبار الاصحاب المزج لافادة الشياع والافلا وجه لاعتبار الامتزاج نقلا وكشفا لعدم الدليل على اعتباره بالخصوص وانما اعتبره الاصحاب لافادة الشياع وعدم تأثير العقد الا الاذن فى التصرف للاسترباح صرح بذلك بعض الاعلام فى صلحه .

قلت فعلى هذا انه اعتراف بعدم الدليل وان الاصحاب اعتبره حتى يتحقق الامتزاج المتوقف عليه الشركة .

وحاصله انه لولا الامتزاج لما تأثير للعقد ولا يتحقق وعلى هذا يمكن ان يكون الاجماع على هذا الحدس وان لزومه شرط لتحقق الشركة ففيه ان الشركة كما عرفت انما يتوقف على اجتماع المالين عندهما بحيث كان فى اختيارهما ولو لم يتمتزا كما اذا جعلهما فى صندوق ممتازا عن الاخر فيصدق كون مال الشركة من المالكين موجود وفى اختيارهما فالشركة عبارة عن تعهد المالكين او اكثر عن الكسب والتجارة كل باجازة الاخر عن مال مجتمع فى مكان اعم من ان يكونا ممزوجين اولا فلو كان اجماعهم على هذا الوهم فهو وهم فاسد وان الشركة متحققة بدون المزج وان الشركة

العقدية عبارة عن ايجاد هذا المعنى فى الخارج سواء كان مال ممزوج قبلا اولا فانها لايتوقف عليه فقوله شاركناك فى معاملاتى معناه ايجاد هذا المعنى فى الخارج ولازمه ايجادما يتحقق به التجارة والشركة باتيان المالين ومزجهما اوجمعهما وادخالهما معا ولوبنحو الامتياز وهذا هو الشركة العقدية .

واما الشركة القهرية التى من غير اختيار فليس مربوطا بالعقد بل هولايجاد موضوع من الاحكام وهو عدم التصرف فى ماله الممزوج الاباجازة الاخرفالتصرف قبل المزج جائز لمالكه وبعده لايجوز الابالاجازة فالشركة العقدية هى عقد ثمرته جواز التصرف لانفس التصرف فى ماله .

والشركة القهرية اجتماع حقوق الملاك فى شىء المخلوط ممتازا او غير ممتاز كما اذا خلط مالهما بيد ثالث عنادا اوبيده كذلك اوناسيا وغفلة من جانبه ولذا فى عبارة المصنف جعل اجتماع حقوق الملاك خارجا عن تعريف الشركة .

وفى المسالك جعل تعريفها عقد ثمرته جواز التصرف قال السيد العظيم الجليل فى عروته مالفظه .

﴿مسألة - ٢﴾ يشترط على ماهو ظاهر كلماتهم فى الشركة العقدية مضافاالى الايجاب و القبول و البلوغ والعقل والاختيار وعدم الحجر لفلس او سفه امتزاج المالين سابقا على العقد اولاحقا بحيث لايتميز احدهما من الاخر من النقود كانا او من العروض بل اشترط جماعة اتحادهما فى الجنس والوصف والاظهر عدم اعتباره بل يكفى الامتزاج على وجه لايتميز احدهما من الاخر كمالو امتزج دقيق الحنطة بدقيق الشعير ونحوه او امتزج نوع من الحنطة بنوع آخربل لايبعد كفاية امتزاج الحنطة بالشعير وذلك للعمومات العامة كقوله تعالى : (اوفوا بالعقود) وقوله عليه السلام: (المؤمنون عند شروطهم) وغيرها هما بل لولا ظهور الاجماع على اعتبار الامتزاج امكن منعه مطلقا عملا بالعمومات ودعوى عدم كفايتها لاثبات ذلك كماترى لكن الاحوط مع ذلك ان يبيع كل منهما حصة مما هوله بحصة مما للاخر او يهبها كل

منهما للاخر اونحو ذلك فى غير صورة الامتزاج الذى هو المتيقن هذا ويكفى فى الايجاب والقبول كل مادل على الشركة من قول او فعل انتهى مافى المتن .

قوله ره بل لايبعد كفاية امتزاج الحنطة بالشعير ظاهر فى مجرد الخلط والاجتماع من دون المزج والا فمن المعلوم عدم حصول المزج للحنطة والشعير بحيث يرتفع الامتياز فلا فرق من هذه الجهة خلط الدرهم مع الدينار او الحمص مع العدس او الارز تمسكا بالعمومات من غير اعتبار المزج واظهر منه قوله امكن منعه مطلقا اى منع الامتزاج عملا بالعمومات فعمومات الاخبار خالية عن قيد الامتزاج .

وقال الشار ح الحكيم ره بعد قوله كقوله تعالى اوفوا بالعقود مالفظه التمسك بالعموم المذكور يتوقف على أن عقد الشركة مفاده جعل الاشتراك فى كل من المالين ، أما اذا كان مفاده الاذن فى التصرف وأن الاشتراك انما يستند الى المزج فلا يجدى شيئا فى اثبات الشركة فى الفروض المذكورة اذ الشك يرجع الى الشك فى اقتضاء الامتزاج الشركة المذكورة والاصل عدمه والتفكيك فى عقد الشركة بين الموارد مما لايمكن الالتزام به لكن الانصاف أنه لم يثبت اجماع على اعتبار اتحاد الجنس بل من المحتمل ان يكون المناط عدم الامتياز ولو مع اختلافه نعم مع الامتياز كما فى خلط الحنطة بالشعير فدعوى الاجماع على عدم تحقق الشركة فيه قريبة جداً اذ قد طفحت عباراتهم بذلك مرسلين له ارسال المسلمات ولاجله يخرج عن العمومات المقتضية للصحة وهذا هو العمدة فى سقوط العمومات انتهى .

قوله اما اذا كان مفاده الاذن الخ فقد عرفت ان العقد وانشائه لايصح كون مفاده الاذن فمجرى الصيغة لاينشأ بقوله شاركتك معى هو الاذن ولو كان لازمه الاذن ايضا لكن مفاد الانشاء هو الالصاق والمعية فى جميع امورهما .

واما قوله بعد تقويته الاجماع ولاجله يخرج عن العمومات الخ ففى غاية الفساد اذ مناط الرجوع اليه فى جميع الموارد هو العمومات وكيف يمكن سقوطها لاجل الاجماع مع ان حجيته لأجل قول الامام وكشفه فى غاية الاشكال مالم يصرح به الاخبار الاترى الى قول شيخنا المرتضى فى متاجره حيث قال وكيف كان فتحصيل

الاجماع على وجه استكشاف قول الامام عن قول غيره من العلماء كما هو طريق المتأخرين مشكل انتهى .

وكيف كان فلانطيل اكثر من ذلك حيث قدمرمايكفى المتأمل فيه . فان قلت فالشركة الحقيقية هى شركة الاموال كما ذكرت فلاوجه لصحة الابدان والمواجهة وغيرهما لعدم مال فى البين يقتضى الشركة بينهما من اول الشروع وعلى ماذكرت جميعها صحيحا مع عدم مال فى البين . قلت اما المواجهة فالمفروض انه اشترى بوجهته نسيئة وهو فى قوة المال ويحصل رأس المال فمااشتراه الموجّه كان لهما باشتراكه فهما شريكان مع العين المشتراة مشاعا وذمتهما مشغولة بثمنه فاذا باع العين المشتراة وربح كان الربح لهما ايضا مشتركة وادى الموجه الثمن ايضا عن جانبه و جانب شريكه فلافرق فى هذه الجهة بينها و بين شركة الاموال اقصاه ان فى الثانى كان رأس المال موجوداً من اول العقد وفى الاول يحصل باول معاملة مع غيرهما واما الابدان فلاحاجة لها الى المال اذالفرض ان قوامها بالعمل فاذا قلنا بالصحة فلايحتاج الى المال .

﴿و يتساوى الشريكان فى الربح و الخسران مع تساويه﴾ اى المالين بلا اشكال ﴿و﴾ كذا لااشكال ﴿لو كان لاحدهما زيادة ، كان له من الربح بقدر رأس ماله ، و كذا عليه من الخسارة ﴾و فى الجواهر بلاخلاف فى شيئ من ذلك ، مع اتفاقهما فى العمل ، أو اختلافهما فيه ، بل الاجماع بقسميه عليه ، والسنة مستفيضة أو متواترة فيه ، مضافا الى اقتضاء أصول المذهب و قواعده فى المشاع ذلك ، بل هو مقتضى الاصول العقلية ايضاً انتهى

قال فى الخلاف لافرق بين ان يتفق المالان فى المقدار اويختلفا فيخرج احدهما اكثر مما اخرجه الاخر وبه قال اكثر اصحاب الشافعى وقال ابوالقسم الانماطى من اصحابه اذا اختلف مقدار المالين بطلت الشركة .

[دليلنا] انه لادلالة على بطلان هذه الشركة والاصل جوازها وقوله المؤمنون

عند شروطهم ﴿و﴾ انماالكلام فيما ﴿لوشرط لاحدهما﴾ فى عقد الشركة ﴿زيادة فى الربح مع تساوى المالين أو التساوى فى الربح والخسران مع تفاوت المالين﴾ مع عدم مقابلة ذلك بعمل زائد والا فيجوز و بالجملة ان الزيادة تاره فى مقابل عمل زائد عن الاخر واخرى مع تساويهما فى العمل و الاول ايضا لااشكال فيه و الثانى محل خلاف بين الاصحاب و﴿قيل﴾ والقائل الشيخ،وابنا ادريس، وزهرة،والقاضى وجماعة ، بل عن السيد منهم الاجماع عليه كماعن ابن ادريس نسبته الى الاكثر ﴿تبطل الشركة اعنى الشرط والتصرف الموقوف عليه ، ويأخذكل﴾ منهما ﴿ربح ماله ، ولكل منهما أجرة مثل عمله ، بعد وضع ماقابل عمله فى ماله﴾ والمراد بطلان الشرط دون الشركة .

قال فى المسالك مالفظه اذا تقرر ذلك فمعنى بطلان الشركة على القول به الشركة بالمعنى الثانى وهى العقد الدال على الاذن فى التصرف لاالشركة المعنونة ابتداء لان امتزاج المالين متحقق واليه اشار المصنف بقوله اعنى الشرط والتصرف وقال الشهيد ره فى شرح الارشاد ان الموصوف بالصحة والبطلان ليس نفس الشركة العنانية اذ لايمكن وقوعها على وجهين بل المراد به نفس الشرط وما توقف عليه كالاذن فى التصرف وفيه نظر لان الشركة العنانية بالمعنى الذى ذكرناه توصف بالصحة والبطلان بل ليس الغرض من الشركة فى الاموال الاالشرط المدلول عليه بالصيغة ومايلزمه اللهم الاان يمنع من كون الشركة بمعنى العقد المذكور هى العنانية كما يظهر من التذكرة انها مركبة من مزج المالين والعقد لكن يشكل بانها اذا لم تكن شركة العنان فهى احد الاقسام الاخر لاتفاق الفقهاء على انحصار الشركة الصحيحة فى شركة العنان وانحصار مطلق الشركة فى المذكورات وغاية ماينزل يقال انها تطلق على المعنيين معالكنها فى الثانى اظهر وكيف كان فالباطل هو الشركة بمعنى العقد المذكور ثم على القول بالبطلان امامطلقا اوعلى بعض الوجوه يثبت لكل واحد اجرة مثله ويقتسمان الربح على نسبة المالين ويتقاصان ولواصطلحا بعد

ظهور الربح على ماشرطاه اولا اوعلى غيره صح على ماسلف فى الصلح انتهى .

وحاصله ان المراد ببطلان الشركة بطلان شرط الزيادة لا الشركة و لايخفى مافى هذا التعبير حينئذ مع كونه على خلاف القائلين بالبطلان .

قال فى الخلاف لايجوزان يتفاضل الشريكان فى الربح مع التساوى فى المال ولاان يتساويا فيه مع التفاضل فى المال ومتى شرطا خلاف ذلك كانت الشركة باطلة وبه قال الشافعى وقال ابوحنيفة يجوز ذلك .

[دليلنا] ان ماقلناه مجمع على جوازه وليس على جواز ماذكره دليل انتهى .

وظاهره بطلان اصل الشركة لاالشرط فهل المقصود من المتن هوذلك فلم فسر بطلان الشركة بقوله اعنى الشرط وان كان مراده بطلان خصوص الشرط فلامعنى لقوله يبطل الشركة وكيف كان فالاقوال ثلاثة بطلان الشركة والشرط وصحة كليهما وبطلان الشرط دون المشروط ظاهرعبارة الخلاف بطلان الشركة ودليله الاجماع وحينئذ يبطل الشرط ايضا وليس على جوازه دليل ولايخفى ان الدليل اوفوابالعقود وقوله المؤمنون عند شروطهم والفرض ان الشرط كون زيادة لربح مع تساوى المال من دون عمل زائد وهو منعقد على تراضى الطرفين فالقول بعدم الجواز بلادليل .

والحاصل اما ان يرضى حين عقد الشركة بذلك اوبعد انعقاد العقد وعلى الاول قد وقع التراضى على هذا النحو من الشركة فيشمله جميع الادلة الشرعية وعلى الثانى لايكون داخلا فى عقد فلو وقع النزاع فى ذلك بعد الاتفاق على كون الشرط فى ضمن العقد لاوجه للنزاع ولاتبطل الشركة الواقعة صحيحا غاية الامر له الفسخ من حيث انها عقد جائز ومنه ظهر وجه القول بصحة الشرط والمشروط حيث وقع التراضى على هذا النحو من الشركة وكان بناء الطرفين عليه وهو حينئذ كسائر الشروط الواقعة على خلاف ميل المشروط عليه والفرض عدم كون الشرط منافيا للكتاب والسنة ولالمقتضى العقد اصلا .

واما التفكيك بين الشرط والمشروط فنحن وان صححناه فى محله وقلنا بامكان صحة المشروط دون شرطه لكن موارده ليس بسواء بل قد يسرى فساده الى فساده المشروط فاذا وقع التراضى فى المقام على تساوى الربح مع كون رأس ماله اقل من الاخر فمعنى عدم صحة الشرط وصحة الشركة هوقبول الشركة بدون الشرط والفرض ان الشارط لايقبله فمعنى بطلان الشرط عدم وقوع الشركة على ميله فالامر يدور بين بطلانهما اوصحتهما والاول كما ترى فالحق هوصحة الشرط والمشروط كليهما وهو منقول عن المرتضى والعلامة وولده وقد نقل عنهم فى الحدائق فقال مالفظه .

الثانى ـ ماذهب اليه المرتضى واليه ذهب العلامة ووالده وولده من القول بالصحة ، وادعى عليه المرتضى الاجماع ، واحتجوا بالادلة العامة مثل قوله تعالى «أوفوا بالعقود» و«الأأن تكون تجارة عن تراض» قد وقع على مااشترطاه ، وقوله ﷺ «المؤمنون عند شروطهم» والاجماع المنقول بخبر الواحد كما يقبل نقل غيره من الادلة به ، واصالة الاباحة وبناء الشركة على الاتفاق بكل منهما ومن جملته موضع النزاع .

ثم رده بقوله واما مااحتج به اصحاب القول الثانى: فقد عرفت جواب بعضه من احتجاج أصحاب القول الاول ، وبقى منه دعوى الاجماع ، وهوتشبث بما هوأوهن من بيت العنكبوت ، وأنه لاوهن البيوت .

«واما الاستناد الى الاية» الأأن تكون تجارة عن تراض « ففيه أن الشركة ليست تجارة ، فلاتناولها» الاية انتهى .

ويرد عليه ان المقصود من التجارة هوكل مايوجب نفعا للانسان فيعم غير خصوص البيع والشراء هذا مضافا الى ان الشركة ليست الافى التجارة فهوكاف فى الصحة فهذا القول قوى .

ثم نقل عن ابى الصلاح التفصيل بين الشرط والشركة وصحة الثانى دون

الاول فقال مالفظه .

الثالث ـ ماذهب اليه أبو الصلاح من صحة الشركة دون الشرط وجعل شرط الزيادة اباحة لها يجوز الرجوع فيها مادامت العين باقية، قال على مانقله عنه فى المختلف اذا تكاملت الشروط انعقدت الشركة ، ووجب لكل واحد من الشريكين من الربح بمقدار ماله ، ومن الوضيعة بحسبه ، فان اصطلحوا فى الربح على اكثر من ذلك ، حل تناول الزيادة بالاباحة ، دون عقد الشركة ، ويجوز لمبيحها الرجوع فيها مادامت العين قائمة ، فان اشترط فى عقد الشركة ، تفاضل فى الوضيعة صحت الشركة ، وبطل الشرط ، وكانت الوضيعة بحسب الاموال ، الا أن يتبرع أحد الشريكين على الاخر ، فان كان أحد الشريكين عاملا فجعل له الاخر فضلا فى الربح بازاء عمله لم يمض الشرط ، وكان للعامل أجرة عمله من الربح ، وبحسب ماله انتهى .

أقول : الظاهر ان محل الخلاف هنا مالو شرط الزيادة مع عدم زيادة عمل له يقابل تلك الزيادة ، أمالو كان له عمل زائد يقابلها ، فالظاهر أنه لاخلاف جواز العقد . وصحة الشرط انتهى .

﴿وقيل﴾ والقائل المرتضى والفاضل . ووالده وولده ﴿تصح الشركة والشرط﴾ بل عن الاول منهم دعوى الاجماع عليه وقد عرفت صحة هذا القول فانه مقتضى ادلة الشروط وليس فيه اجبار فشرط الزيادة من دون عمل على مقابله ايضا والقابل ايضاً قبل عن اختياره .

﴿والاول أظهر﴾ عند المصنف وجماعة ممن تأخر عنه ، لانه أكل مال بالباطل وقد عرفت خلافه ﴿هذا اذا عملا فى المال ، أما لو كان العامل أحدهما ، وشرطت الزيادة للعامل صح ،ويكون بالقراض أشبه﴾ بل لاخلاف فيه بينهم ﴿واذا اشترك المال لم يجز لاحد الشركاء التصرف فيه الامع اذن الباقين﴾ لوضوح حرمة التصرف فى مال الغير بغير اذنه ، ﴿فان حصل الاذن لاحدهم تصرف هو دون

الباقين﴾ لحصولها بالنسبة اليه دونهم .

﴿و﴾ لكن ﴿يقتصر من التصرف على ماأذن له﴾فيه ﴿فان أطلق له الاذن﴾ فى التصرف جاز ، لان الاطلاق فى ذلك غير مناف لعدم الضرر فيه و﴿تصرف كيف شاء﴾ من وجوه التجارة والاسترباح ، لكن عن جامع المقاصد والمسالك تقييد ذلك بالمصلحة كالوكيل المطلق ، فيتصرف حينئذ معها ببيع وشراء مرابحة ومساوية ، وتولية ، ومواضعه وقبض واقباض ، وحوالة واحتيال ، ورد بالعيب ونحو ذلك انتهى .

وهوفى محله ﴿وان عين له السفر فى جهة ، لم يجز له الاخذ فى غيرها . أونوعاً من التجارة لم يتعد الى سواها﴾ سواء نهاه عن غيرها أم لا لأن عدم الاذن كاف فى عدم الجواز .

﴿و﴾ على كل حال ﴿لوأذن كل واحد من الشريكين لصاحبه جاز لهما التصرف وان انفردا﴾ لاطلاق الاذن ﴿و﴾ عدم مايدل على تقييدها بذلك نعم ﴿لوشرطا الاجتماع لم يجز الانفراد﴾ الذى لم يؤذن فيه ﴿ولوتعدى المتصرف ماحد له ضمن﴾ .

وفى الجواهر لقاعدة اليد و غيرها من غيرفرق فى التعدى بين انيكون لعدم تناول اطلاق الاذن أو لمخالفة خصوص مانص عليه وفى المحدود بين أن يكون نوع التجارة وزمانها ومكانها وغير ذلك انتهى .

والمسألة مشكلة وهل يكون اذن الشريك توكيل كى يجب عليه كلما وجب على الوكيل اولا والظاهر انه ليس كذلك خلافا لما فى التذكرة لان الشركة مبناه على نفع كل واحدمنهما والاذن راجع الى ذلك والمنع ايضا عن ضرر احتمالى عليهما والحاصل ان الشركة راجعة الى نفسه فى الجملة بخلاف الوكيل فانه كلما فعل الوكيل كان للموكل فالفرق بين اذن الشريك للشريك وبين اذن الموكل للوكيل اظهر من الشمس فكيف يكون مثله فلايجرى احكام مخالفة الوكيل فيمن خالف فى

المقام فليس مبناه على التوكيل كي لزم على الوكيل هو الاقتصار على مورد الاذن في العمل بخلاف الشركة فلو تجاوز عن حد الاذن ليس الالمورد النفع لهما فلا يعد من التعدى والتفريط الموجب للضمان فانهما قوامهما بالقصد ولاقصد للشريك الذى يعلم ان اثر تفريطه وتقصيره يرجع اليه ايضا فلو تجاوز عن مورد الاذن فلا يكون الاقصد جلب نفع اودفع ضرر عنهما .

نعم ان تصور كون تجاوزه عن مورد الاذن لمثل خصوص نفسه ولا يكون راجعا بما يتعلق بالشركة كان ضامنا وبينه وبين مطلق تجاوزه عن حدود الاذن بون بعيد فلا موجب في فعله للضمان فلا يتم ماعن التذكرة ولقد حكى عنه في الحدائق فقال فيها مالفظه .

وقد صرح في التذكرة في غير موضع بان اذن الشريك توكيل ، فيجب حينئذ أن يراعى فيه مايجب مراعاته في الوكالة فلابد أن يقتصر على ماأذن له فيه ، كما يجب على الوكيل ان يقتصر على ماوكل عليه ، فلو تعدى في بعض المواضع عن محل الاذن أثم وضمن ، وحيث كانت الشركة من العقود الجائزة دون اللازمة بالاجماع فلكل من الشركاء الرجوع في الاذن والمطالبة بالقسمة .

أما الاول فان مبناها على الاذن في التصرف ، وهو في معنى الوكالة، فتكون جائزة ، وأما الثاني فلانه لايجب على الانسان مخالطة غيره في ماله ومقتضى الاصل أن يتصرف كل منهما في ماله كيف شاء انتهى .

﴿ولكل من الشركاء الرجوع في الاذن﴾ الذى هو كالتوكيل ﴿والمطالبة بالقسمة لانها غير لازمة﴾ وفي الجواهر على وجه يجب الاستدامة عليها ، اذ «الناس مسلطون على اموالهم» بأنواع التسلط الذى منه افرازه عن غيره ، انتهى .

وفي القواعد قال ويجوز الرجوع في الاذن والمطالبة بالقسمة ثم علله بقوله اذ الشركة من العقود الجائزة من الطرفين وفي مفتاح الكرامة بعده قال اجماعا كما في الغنية والتذكرة وحكاه في مجمع البرهان عن التذكرة مستدلا به ومستنداً اليه وقد طفحت بالحكم (جملة) من عباراتهم كالسرائر وجامع الشرائع والشرائع والنافع

والتحرير والارشاد وشرحه وجامع المقاصد والمسالك وغيرها وهوقضية أكثر كلماتهم كما سمعت آنفا انتهى .

وظاهر العبارة هوالاتفاق على كون الشركة من العقود الجائزة .

قال فى التذكرة مالفظه الشركة عقد جائز من الطرفين وليست من العقود اللازمة بالاجماع فاذا اشتركا بمزج المالين واذن كل منهما لصاحبه فى التصرف فلكل من الشريكين فسخهالان الشركة فى الحقيقة توكيل وتوكل فلوقال احدهما للاخر عزلتك عن التصرف اولا تتصرف فى نصيبى انعزل المخاطب عن التصرف فى نصيب العازل ويبقى له التصرف فى نصيبه ولاينعزل العازل عن التصرف فى نصيب المعزول الابعزل متجدد منه ولوفسخاهامعافان الاشتراك باق وان لم يكن لاحدهما التصرف فى نصيب الاخر ولوقال احدهما فسخت الشركة ارتفع العقد وانفسخ من تلك الحال وانعزلا جميعا عن التصرف لارتفاع العقد وقال بعض الشافعية انعزالهما مبنى على انه يجوز التصرف بمجرد عقد الشركة ام لابد من التصريح بالاذن ان قلنا بالاول فاذا ارتفع العقد انعزلا وان قلنا بالثانى وكانا قد صرحا بالاذن فلكل منهما التصرف الى ان يعزل وكيف ماكان فالشافعية على ترجيح القول بانعزا لهما انتهى .

والفرق بين عزلتك عن التصرف وبين فسخت واضح لامكان عزل المخاطب عن التصرف وبقاء تصرف العازل فى نصيبه لان نصيبه ايضا مشاع وكل مايكون لكل واحدكان مشتركا بينهما بنحو الاشاعة فيكون بعد المنع ممنوعا عن التصرف مع بقاء الشركة .

والحاصل كثيراً ماينفق عدم الميل من الشريك فى تصرفه فمنعه من الجميع اومن خصوص البيع اوخصوص الشراء فلامنافاة بين المنع عن التصرف وبقاءشركته

وفى الجواهر مالفظه هذا ، ولكن ينبغى أن يعلم أنه بناء على ثبوت عقد الشركة للاذن فى التصرف يتجه انفساخه بقول أحدهما : فسخت الشركة ، لانه

عقد جايز فيرتفع العقد حينئذ من أصله بذلك ، بخلاف مالوقال أحدهما للاخر : عزلتك ، فانها لاتنفسخ بذلك ، وان انعزل المعزول بذلك ، الأأن العازل يبقى على الاذن له فى التصرف ، لاشتمال الشركة على ماهو كالوكالتين ، ووقوع العزل عن احدهما لايقتضى العزل من الاخرى .

ولعله الى ذلك اشار فى التذكرة بالفرق بين قول أحدهما فسخت العقد ، وقوله عزلتك ، فما وقع عن بعضهم من التامل زاعماً عدم الفرق بينهما فى غير محله ، وذلك لوضوح الفرق باعتبار اقتضاء الفسخ رفع العقد من أصله ، بخلاف العزل ونحوه الذى هو كالمانع من اقتضاء العقد أثره ، وكذا لووقع المنع عن التصرف لم يحتج الى عقد جديد للشركة ، بخلاف مالو فسخه فتأمل جيداً انتهى

ولايخفى ان الدليل على كون عقد الشركة جائزة هو الاجماع حيث انهم متفقون على جوازه وسيأتى الكلام فيه انشاءالله ﴿وليس لاحدهما المطالبة باقامة رأس المال، بل يقتسمان العين الموجودة مالم يتفقا على البيع﴾ لعدم تسلط أحدهما على الاخر بالاقامة المزبورة وفى مفتاح الكرامة بعد قول المصنف [وليس لاحدهما مطالبة الشريك باقامة رأس المال بل يقتسمان الاعراض اذا لم يتفقا على البيع] قال مالفظه كما فى الشرائع وهو معنى مافى المبسوط والوسيلة وجامع الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والروض ومجمع البرهان والكفاية وهو قضية كلام غيرها للاصل السالم عن المعارض ولانه تكليف فيحتاج الى دليل انتهى .

﴿ولوشرط التأجيل فى الشركة لم يصح﴾ اى لم يلزم بل بقى على جوازه ومع هذا الشرط كان لكل واحد الفسخ متى شاء وفى مفتاح الكرامة بعد قول المصنف [ولايصح التأجيل فيها] قال مالفظه كما فى الشرايع والتذكرة والمختلف والتنقيح وجامع المقاصد والمسالك والكفاية والمفاتيح والمراد بعدم صحته عدم ترتب أثره ولزومها الى الاجل لانها عقد جائز فلايؤثر شرط التأجيل فيها بل لكل فسخها قبل الاجل وهو معنى قوله فى السرائر لايلزم فيها شرط الاجل وقوله فى الغنية لاتلزم مؤجلة

اجماعا وقوله فى الكافى لاتأثير للتأجيل فى عقد الشركة وعليه ينزل مافى المقنعة والنهاية حيث قالا فيها الشركة بالتأجيل باطلة وقوله فى النافع لاتصح مؤجلة بأن يكون المراد من العبارات الثلاث بطلان التأجيل بمعنى عدم لزومها الى الاجل لان عقد الشركة باطل ولذا قال فى المقنعة عقيب ذلك ولكل واحد من الشريكين فراق صاحبه أى وقت شاء ومن الاحتمالات الواهية حمل العبارات الثلاث على ماذا اشترطا لزومها الى الاجل فنفسد هى أيضا لان الاذن منهما فى التصرف مبنى على اشتراطهما اللزوم وتوهمهما صحة الشرط وحيث فسد فسد المشروط وقوله فى الكافى لاتأثير للتأجيل معناه لاتأثير له فى اللزوم والافله أثر آخر وهو عدم جواز تصرفهما بعده الا باذن مستأنف لعدم تناول الاذن له انتهى .

﴿ولكل منهما أن يرجع متى شاء﴾ لانها عقد جائز ، فلا يلزم مثل هذا الشرط فيه . وعن الشيخين : الشركة بالتأجيل باطلة والظاهر أن مرادهما ليس البطلان من رأس ، بل عدم اللزوم ، ولهذا قال المفيد عقيب ذلك : ولكن واحد من الشريكين فراق صاحبه أى وقت شاء وعن أبى الصلاح : ولاتأثير للتأجيل فى عقد الشركة ولكل شريك مفارقة شريكه أى وقت شاء ، وان كانت مؤجلة .

وحاصل الجميع ان شرط التأجيل فى الشركة غير لازم حيث ان اصل الشركة غير لازمة فشرطها ايضا غير لازمة فمع شرط التأجيل ان اراد احدهما الفسخ قبل اوان الوقت صح له ذلك من حيث ان الشركة جائزة فلايحتاج الى الشرط قال فى الحدائق لو شرط التأجيل فى الشركة بمعنى ترتب أثرها عليها من التصرف للتجارة ونحوها الى أجل مخصوص لم يلزم الشرط المذكور ، بل لكل منهما فسخها قبل الاجل ، لانها عقد جائز ، فلايؤثر شرط التأجيل فيه .

نعم يترتب على الشرط المذكور عدم جواز تصرفهما بعد الاجل الا باذن جديد لعدم تناول الاذن السابق له ، فهذا الشرط وان لم يؤثر فى وجوب المضى على الشركة الا أنه يؤثر فيما ذكرناه ، فله أثر فى الجملة .

ونقل فى المختلف عن الشيخين أنهما قالا : الشركة بالتاجيل باطلة ، قال : والظاهر أن مرادهما ليس البطلان من رأس ، بل عدم اللزوم ، ولهذا قال المفيد عقيب ذلك : ولكل واحد من الشريكين فراق صاحبه أى وقت شاء ، ثم نقل عن أبى الصلاح أنه قال : ولا تأثير للتأجيل فى عقد الشركة ، ولكل ، شريك مفارقة شريكه أى وقت شاءا وان كانت مؤجلة .

ثم قال : والعبارتان رديتان ، والتحقيق أن للتأجيل أثراً وهو منع كل منهما من التصرف بعده الاباذن مستأنف ، وان لم يكن له مدخل فى الامتناع من الشركة ، اذ لكل منهما الفسخ قبل الاجل . انتهى .

اقول الرداءة هو التعبير بالبطلان والمقصود عدم لزوم الشرط بل العقد باقيا بعد الاجل بحاله ولا يؤثر الشرط فى البطلان وان شئت قلت الشرط باطل لا الشركة فانها حسب اطلاقها باقية مالم يفسخ من احدهما فشرط بقائها غير مؤثر لا قبل الاجل ولا بعده وفى المسالك بعد قوله ولو شرط التأجيل قال المراد بصحة التاجيل المنفية ترتب اثرها بحيث لا تكون لازمة الى الاجل وانما لم يصح لانها عقد جايز فلا يؤثر شرط التاجيل فيها بل لكل منهما فسخها قبل الاجل نعم يترتب على الشرط عدم جواز تصرفهما بعده الاباذن مستأنف لعدم تناول الاذن له فلشرط الاجل اثر فى الجملة انتهى .

﴿و﴾ كيف كان فلا خلاف فى أنه ﴿ لا يضمن الشريك ما تلف ﴾ من مال الشركة الذى ﴿فى يده لانه امانة الا مع التعدى او التفريط فى الاحتفاظ﴾ والظاهر انه محل اتفاق وفى المسالك قال قد عرفت انه وكيل فيكون امينا من قبل المالك انتهى .

وفى الحدائق ينبغى ان يعلم ان الشريك أمين لا يضمن تلف ما فى يده الا بالتعدى أو التفريط ، لانه وكيل كما عرفت فيما سبق ، ويقبل قوله مع يمينه فى دعوى التلف سواء ادعى سببا ظاهراً كالغرق ، او خفياً كالسرق . قال فى التذكرة : كل واحد من الشريكين أمين يده يد أمانة على ما تحت يده ، كالمستودع والوكيل ، يقبل قوله فى

الخسران والتلف مع اليمين ،كالمستودع اذا ادعى التلف، سواء أسند التلف الى سبب ظاهر أوخفى ، فلايضمن الامع التفريط ، ويقبل قوله فى عدم مايوجب الضمان من التعدى ، وكذلك فى عدم الخيانة ، ويقبل قوله فى عدم الشراء بمال الشركة اذا ادعى الشراء بمايخصه ، وكذا اذا ادعى الشراء بالمشترك انتهى .

﴿ ويقبل قوله مع يمينه فى دعوى التلف ، سواء ادعى سبباً ظاهراً كالغرق والحرق أوخفياً كالسرق﴾ وفى الجواهر لاطلاق الادلة خلافاً لبعض العامة فأوجب البينة فى الاول انتهى .

وفى المسالك قال الحكم بامانته يقتضى قبول قوله فى التلف ولانه لولاه لامكن صدقه فى نفس الامر فلولم يقبل منه لطولب بالعين وادى الى تخليده الحبس ونبه بالتسوية بين الامرين على خلاف بعض العامة حيث فرق بينهما فقبل فى الخفى دون الظاهر الابينة انتهى .

﴿وكذا﴾ من المعلوم أيضاً بلاخلاف ولا اشكال أن ﴿القول قوله مع يمينه لوادعى عليه الخيانة أوالتفريط﴾ لكونه منكراً والبينة على المدعى واليمين على من أنكر ﴿ويبطل الاذن بالجنون والموت﴾ .

وفى الجواهر والاغماء وغيرهما مما تبطل به العقود الجائزة كالحجر لسفه أو فلس وغيرذلك بخلاف أصل الشركة ، فانها لاتبطل بشىء من ذلك ، نعم ينتقل أمر القسمة الى الوارث أوالولى أوغيرهما كما هوواضح انتهى .

والوضوح ان كان راجعا الى بطلان خصوص الاذن فهووان كان فى محله لكن لايلزم منه صحة بقاء الشركة مع ان الشركة قائمة بنفس الميت فلامعنى لبقائه بعدموته .

وفى المسالك بعدقول المصنف ويبطل الاذن بالجنون والموت قال لبطلان الوكالة بهما وفى معناهما الاغماء والحجر للسفه والفلس ثم فى صورة موت يكون القسمة للوارث ان لم يكن دين ولاوصية والابنى على الانتقال اليه وعدمه انتهى .

وفى مفتاح الكرامة بعد قول المصنف وتنفسخ بالجنون والموت قال مالفظه

قدصرح بانفساخها بالموت فى المقنعة والنهاية والمبسوط والمراسم والكافى والغنية والنافع وفى (الغنية) الاجماع عليه ومعناه وان عرض لاحدهما وقد صرح بانفساخها به وبالجنون فى الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والكفاية وزيد فى التذكرة انفساخها بالاغماء والحجر والسفه وزيد فى التحرير وجامع المقاصد والمسالك على الثلاثة المذكورة انفساخها بالفلس والوجه فى الجميع انها عبارة عن توكيل وتوكل والمراد بانفساخها ارتفاع ما اقتضاه عقدها من جواز التصرف انتهى .

والمسألة عندى مشكلة ولو لا اتفاق الاصحاب لقلت ببطلان اصل الشركة بالموت لان قوام الشركة بالشخص المعين الذى قدمات وفى هذه المقامات لايبقى اصل العقد ونظيره الاجارة كما سيأتى انشاءالله .

قال فى التذكرة وكذا ينفسخ بموت أحدهما وجنونه ، واغمائه والحجر عليه للسفه ،كالوكالة ، ثم فى صورة الموت ان لم يكن على الميت دين ، ولاهناك وصية تخير الوارث بين القسمة مع الشريك وفسخها ، وبين تقرير الشركة ان كان بالغاً رشيدا ، وان كان صغيراً أومجنوناً فعلى الولى مافيه الحظ من فسخ الشركة اوابقائه

ولابد فى تقرير الشركة من عقد مستأنف : وان كان على الميت دين لم يكن للوارث التقرير على الشركة الأن يقضى الدين من غير مال الشركة ، ولوكان هناك وصية ، فان كانت لمعين فهو كاحد الورثة ، يتخير بين التقرير والفسخ ان تعلقت الوصية بذلك المال ، وان كانت لغير معين كالفقراء لم يجز تقرير الشركة الابعد خروج الوصية ، فاذا خرجت الوصية بقى المال كما لو لم تكن وصية ، يتخير الوارث بين التقرير والفسخ . انتهى فتأمل .

الفصل الثانى : فى القسمة

﴿وهى تميز الحق﴾ لكل شريك ﴿من غيره﴾ اى تميز حق احدالشريكين عن شريك الاخر والرد اليه ﴿وليست بيعاً﴾ ولاصلحاً ولاغيرهما ﴿سواء كان فيها رد أولم يكن﴾ .

وفى المسالك بعد قوله القسمة وهى تميز الحق قال ذكرفى هذا الكتاب نبذة من احكام القسمة لمناسبة المقام واخّر باقى الاحكام الى كتاب القضاء ولوجمعه هنا لكان انسب واعلم ان القسمة عندنا تميز حق الشركاء عن حق الاخر وليست بيعاوان اشتملت على رد لانها لاتفتقر الى صيغة ويدخلها الاجبار فى غير تلك الافراد التى يدخلها الجبرفى البيع ويتقدر احد النصيبين بقدر الاخرمع تساويهما والبيع ليس فيه شيىء من ذلك واختلاف اللوازم والخواص المطلقة يدل على اختلاف الملزومات والمعروضات وخالف فى ذلك بعض العامة مطلقا وفى قسمة الرد بشبهة ان كل جزء يفرض مشترك بينهما فتخصيص كل واحد بجزء معين وازالة ملك الاخرعنه بعوض مقدر وهوملكه فى الجزء الاخرعلى جهه التراضى يقتضى البيع لان ذلك حده وهذا انمايتم على تقدير تسليم كون البيع كك ومنعه واضح بل له صيغة خاصة ايجابا وقبولا بخلاف القسمة ولايلزم من المشاركة فى بعض الاحكام الاتحاد ويظهر الفائدة فى الشفعة وفى بطلانها بالتفرق قبل القبض فيما يعتبر فيه التقابض قبله فى البيع وفى قسمة الوقف من الطلق وخيار المجلس وغيرذلك انتهى .

﴿ولاتصح الاباتفاق الشركاء﴾ بلاخلاف أيضاً ولااشكال للاصل لكن مع الاجبار عليه وعدم الاتفاق والرضا ان صح التقسيم بدون لزوم نقص على الاجناس والقيمة لزم كقسمة النقود والدينار والافهو مشكل الامع رضا الشريكين اوالشركاء فيعطى ارض التى من الشركة فى مقابل الدرهم والدينار الذين عندالاخر .

قال فى الحدائق الظاهر أنه لاخلاف بين أصحابنا فى أنها برأسه امر موجب

للتمليك الشريك حصة الشريك الاخر بحصته ، فاذا حصلت بشرائطها حصل بها الملك ، وليست بيعاً ولاصلحاً ولاغيرهما ، لعدم وجود خواص الغير فيها كصيغة البيع ايجاباً وقبولا ، اوغيره(من العقود ، ويدخلها الاجبار فى غير أفراد البيع التى يدخلها الاجبار ، ويتقدر احد النصيبين بقدر الاخر مع تساويهما ، والبيع ليس كذلك ، بل يجوزفيه الزيادة والنقصان بينهما ، واختلاف اللوازم تدل على اختلاف الملزومات انتهى .

يعنى ان التقسيم عبارة عن رد مال احدهما الى الاخرفصار بعد القسمة والرضا ملكا جديداً لخصوص احدهما من دون ان يكون بيعا ويمكن ان يكون صلحا قهريا بل الاحوط هوالصلح مع الرضا وكيف كان فمع عدم الضرر فلااشكال فيه ولومع الاجبار كما قال المصنف .

﴿ثم هى﴾ بالنسبة الى الاجبار عليها مع طلب احدالشركاء وعدمه ﴿تنقسم﴾ قسمين ﴿فكل مالا ضرر فى قسمته﴾ على أحد الشركاء ولومن جهة الاحتياج الى رد ﴿يجبر الممتنع مع التماس الشريك﴾ أووليه ﴿القسمة﴾ بلاخلاف أجده فيه أيضاً بل الظاهر الاتفاق عليه ، ولعله العمدة بعد قاعدة وجوب ايصال الحق الى مستحقه مع عدم الضرر والضرار ، ﴿وتكون﴾ الاقتسام ﴿بتعديل السهام﴾ بالاجزاء ان كانت فى متساويها كيلا أووزناً أوزرعاً أوعداً بعدد الانصباء أوبالقيمة بحيث لايتفاوت القيمتان الامع الرضا ولوبالفرق والتفاوت .

﴿والقرعة﴾ فانها ايضاً مايوجب رفع الاختلاف بهافى الجملة فانها لموارد المشكلة وهى كما فى الجواهر بان يكتب أسماء الشركاء أوالسهام كل فى رقعة وتصان ويؤمر من لم يطلع على الحال باخراج احداها على اسم أحد المتقاسمين أوأحد السهام ، هذا ان اتفقت السهام قدراً ، ولواختلف قسم على أقل السهام : وجعل لها أول يعينه المتقاسمون : والاالحاكم ونكتب أسماؤهم ، لاأسماء السهام حذراً من التفريق ، فمن خرج اسمه أولا أخذ من الاول ، وأكمل نصيبه منها على الترتيب ،

ثم يخرج الثاني ان كانوا أكثر من اثنين . وهكذا وبذلك تتم القسمة من غير حاجة الى شيء آخر من رضى بعده وغيره في قسمة الاجبار وغيرها ، بل ولا في قسمة الرد اذا كان القاسم في الجميع منصوباً ، أما اذا كانت من غيره ولو منصوبا منهما ، فالمشهور على ما قيل الاحتياج الى رضى بعد القرعة ، خصوصاً في قسمة الرد لاشتمالها على المعاوضة المتوقفة على مايدل على الرضا بذلك انتهى .

ولايخفى انه مع دلالة النص لايصل النوبة بالقرعة لانها لكل امر مشكل ولامشكل مع النصوص وهنا موجود فان ظاهر جملة من النصوص الاكتفاء بالرضا من دون قرعة كخبر غياث «عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام في رجلين بينهما مال: منه بأيديهما ومنه غائب عنهما ، فاقتسما مافي أيديهما ، وأحال كل واحد منهما نصيبه، فما اقتضى أحدهما فهو بينهما ، ومايذهب منهما» ومثله خبر الثمالي عن أبي جعفر عليه السلام وخبر محمد بن مسلم عن أحدهما وصحيحا معاوية بن عمار وعبدالله بن سنان وخبر سليمان بن خالد فان ظاهر الاقتسام لما في أيديهما ذلك .

ويمكن ان يقال ان مورد هذه الاخبار هو رضا الطرفين ولااشكال فيه مع الرضا والكلام فيما لم يحصل رضا الجميع مع الاجبار على القسمة من بعض الاخر ولم يكن بحيث يقسم على كل واحد بالسوية .

وليس المقسم من جانب الامام المعصوم حتى يصح مطلقا مع الرضا وعدمه بل القسمة بين الشركاء ومن الممكن كون الاموال مختلفة وبعضها الاراضي وبعضها المواشي بحيث لايمكن التقسيم بنحو يطابق سهم احدهما مع سهم الاخر فلابد حينئذ من الرضا او بيع الجميع ويقسم بينهما بالسوية .

وكيف كان فالظاهر وجوب تحصيل رضا الشركاء ومع امكانه يرتفع الاشكال والافلامجال الا بالقرعة والمسألة محل اشكال واختلاف من حيث الاكتفاء بالقرعة او حصول الرضا او التفصيل بين كون المقسم من جانب الامام او كانوا هم الشركاء ولكن الظاهر هو مع الرضا لايحتاج الى القرعة وبدونه هي الدليل ولو مع

عدم الرضا وعدم امكان حصوله فان معها رضاية مالك الملوك ولو لم يرض به الشريك وانما يكون الواجب تحصيل رضاه فى خروج ماله عن تحت يده اذا امكن ولو بالبيع ومع عدم الامكان وارادة الاخرين بالتفكيك لامجال الا بالقرعة .

وفى الحدائق مالفظه متى حصلت القسمة والتميز بين السهام سواء كانت القسمة اجبارية ، أوقسمة رد بحيث عدلت السهام على مايقتضيه القسمة ، فلابد للتعيين بحيث يصير كل سهم ملكاً لمالك من أولئك الشركاء من القرعة ، وبها يصير ملكا له ، لايجوز التصرف فيه الا باذنه ، كساير أملاكه .

والظاهر كما صرح به المحقق الاردبيلى - انه بعد خروج القرعة لايحتاج الى رضاء الشريك مرة أخرى ، زيادة على الرضا باصل القسمة ان كانت قسمة رد. لان القرعة قد اخرجت للتعيين ، وقد تعين بها مال كل واحد منهما ، وقيل انه ان كانت القسمة اجبارية ، فانه لايحتاج الى الرضا بعد القرعة ، وان كانت قسمة رد، فان كان القاسم منسوباً من الامام فكذلك أيضاً .

وان كانت القسمة والقرعة انما حصلت من المتقاسمين توقفت على تراضيهما بعدها ، لاشتمالها على المعاوضة ، فلابد من لفظ يدل عليها ، وأقله مايدل على الرضا، ونقل ذلك عن الشيخ على مافى شرح القواعد ، وبه صرح فى المسالك أيضاً ، وهو ظاهر العلامة أيضاً ؛ بل الظاهر أنه المشهور .

ورده المحقق المتقدم ذكره ، بأن الرضى الاول كاف ، والقرعة والتعديل بأنفسهما قد يكفيان ، على أن منسوب الامام ليس بوكيل للشريك حتى يقبل له فانه منصوب للقسمة والقرعة فقط انتهى .

ولايخفى متانة هذا القول اى التفصيل بين كون القسمة اجبارية فلايحتاج الى الرضا بل تكفيه القرعة وان كانت قسمة رد ولم يكن المقسم من جانب الامام منصوبا لزم التراضى فالقرعة فى صورة الاجبار او كون المقسم من جانب الامام وبدونه لزم التراضى لان الفرض انه حينئذ بين المتقاسمين من دون اجبار فلهما عدم قبول

ماقسم له فما عن المحقق الكركي والمسالك متين فالمسألة غير خال عن الاشكال ثم انه قده بعد نقل كلام الاردبيلي وقول الكركي والمسالك قال ايضا :

وأنت خبير بأن أحداً من الاصحاب لم ينقل فى هذا المقام خبراً ولادليلا على شيء من هذه الاحكام ، بل غاية مايستدلون به أمور اعتبارية ، مع أن هناجملة من الاخبار يمكن الاستناد اليها فى بعض هذه الاحكام الى ان قال بعد التمسك بالاخبار المتقدمة والمتبادر من هذه الروايات ان الاقتسام انما وقع من الشركاء بمجرد تميز سهام كل واحد من ذلك المال المشترك الموجود بايديهم ، مثلياً كان ذلك المال أوقيمياً بعد تعديله كما تقدم من غير توقف على قاسم من جهة الامام ، ولاقرعة فى البين بأن رضى كل منهم بعد تساوى السهام بنقل حصته ، مما فى يد شريكه بحصة شريكه مما فى يده ، وكذلك قسمة مافى الذمم ممالم يكن فى أيديهما ، الاأنه عليه السلام أبطل قسمة الغائب انتهى .

ولايخفى ان عدم القرعة والاكتفاء بالرضا من حيث ماتقدم من التفصيل فان مفاد الاخبار عدم الاجبار وعدم كون المقسم من جانب الامام وقد عرفت قوة هذا التفصيل بل هوبديهى انه ولوكان التقسيم بين انفسهما لابدوان يتم بالرضا والقرعة لاتفيد ظنا اصلا بل لم اصابت الواقع الابالاتفاق وانما تقبل من حيث امر مالك الملوك وصاحب الشرع لرفع التحير وقبولها عنده ولوكانت غير مصاب فتكون بمنزلة قبول فتوى المجتهدين ولوفى صورة الخطاء كما هومذهب المخطئة فى مقابل العامة تدبر .

وفى الجواهر بعدنقل الروايات المتقدمة مالفظه : قلت : قد يقال : بمنع صدق الاقتسام شرعاً بعد فرض اعتبارها فيه ، بناء على ماحكاه عن الاصحاب على المجرد عنها ، فلادلالة حينئذ بما فى النصوص المزبورة على ماذكره خصوصاً بعد تعارف القرعة قديماً وحديثاً بين المتشرعة فى قسمة الاموال المشتركة بل قد يقال : ان تعريف القسمة بأنها تمييز الحقوق بعضها عن بعض يقتضى أن صحة الشريك كلى

دائر بين مصاديق متعددة فمع فرض تراضي الشريكين مثلا على قسمة المال نصفين ، على أن يكون نصف كل واحد منهما في النصف المقسوم ، احتيج الى القرعة في تشخيص كل من النصفين لكل منهما ، فهي حينئذ لاخراج المشتبه والمتردد ، وهو محل القرعة لاشكاله ، لان القرعة ناقل أو جزء ناقل ، لاستحقاق كل من المالين الى الاخر الى ان قال :

وبذلك يتجه اعتبار القرعة في القسمة بعد تعديل السهام ، ورضى الشريكين مثلا في تعيين كلي مصداق استحقاقهما بالشخص الخارج ، ضرورة كونه حينئذ من مواردها بل لايتحقق الاقتسام بدونها ، لعدم كون المدار فيه رضاهما بأن ماله من الحق فيما في يد شريكه هو عوض مافي يده ، كي تكون من قبيل المعاوضات ، الى ان قال والقرعة لاستخراج خصوص مالكل منهما من المصداق المتردد واقعاً ، فتكشف حينئذ عن كون حقه في الواقع ذلك ، ولو لسبق علم الله تعالى بوقوعها عليه ، ولايحتاج بعد الى عموم ، أو عقد آخر يقتضي الملك أو اللزوم فتأمل جيداً فانه دقيق نافع

أو يقال : ان القرعة مشروعة للتعيين ، كما شرع قبض المستحق من المستحق عليه في الدين مثلا كذلك الى ان قال :

ومع الاغضاء عن ذلك كله يمكن الاكتفاء بظهور اتفاق الاصحاب على اعتبار القرعة في القسمة شرعاً مؤيداً بتعارف ذلك بين عوام المتشرعة ، فضلا عن خواصهم بل قد عرفت اعتبار الرضا بعد القرعة من بعضهم في الجملة ، ولا أقل من أن تكون القرعة كالعقد في اللزوم ، وفاقدها كالمعاطاة ، نحو ماسمعته من الاردبيلي ، وأما احتمال عدم اعتبارها أصلا وأن التراضي كاف في الانتقال واللزوم ، فلاينبغي الاصغاء اليه بوجه من الوجوه ، هذا كله بناء على ماحكاه عنهم ، والافقد يقال : ان مراد الاصحاب اعتبار القرعة حال عدم التراضي لانها العدل بينهما انتهى .

وظاهر هذه العبارات هو الاعتماد بالقرعة شديدا منه قده ولو مع عدم رضا الشركاء فانها حجة مثل الروايات عن قبل مالك الحقيقي وانه بها يتعين مال كل وهو مع الرضا لااشكال فيه وبدونه بمجرد القرعة محل تأمل وتمام الكلام في كتاب القضاء .

أما مع فرض التراضي منهما فلابأس كما يؤمي اليه قول المصنف ﴿أمالو أراد أحد الشركاء التخيير ، فالقسمة جائزة لكن لايجبر الممتنع عنها﴾ .

وفي الجواهر ضرورة صراحة ذلك في مشروعية القسمة بدونها ، وأن الفرق بينهما وبين الاولى جبر الممتنع عنها دونها ، واصرح منه ما في اللمعة في القسمة في القضاء «واذا عدلت السهام واتفقا على اختصاص كل واحد بسهم ، لزم ، والا أقرع» وفي الروضة في شرحها «لزم من غير قرعة ، لصدق القسمة مع التراضي الموجبة لتميز الحق ، ولافرق بين قسمة الرد وغيرها ، والايتفقا على الاختصاص أقرع» وهوصريح في عدم اعتبارها في أصل القسمة الاحال عدم التراضي ، والمحدث البحراني قد صرح باعتبار القرعة حينئذ ، وعدمها مع التراضي ، وهوعين ماسمعته منهم ، فما أدري أين محل انكاره انتهى .

بقي الكلام في الجبر على القسمة وعدمه ، وحاصل البحث فيه أنك قدعرفت جبر الممتنع عنها في كل مالا ضرر فيها على أحدهما لما سمعت ﴿وكل مافي﴾ قسمة ﴿ضرر﴾ عليهما ﴿كالجوهر والسيف والعضايد الضيقة﴾ قال في الصحاح: اعضاد كل شيء مايشيد حواليه من البناء وغيره كاعضاد الحوض ، وهي حجارة تنصب حول شفيره ، وكذلك عضادتا الباب : وهما خشبتاه من جانبيه .

وعلى كل حال فما كان نحو ذلك ﴿لايجوز قسمته﴾ بمعنى أنه لايجبر الممتنع عنها لقاعدة نفي الضرر والضرار ، والنهي عن السرف والتبذير ، وتلف المال في غير الفرض الصحيح ، لكن في المتن هنا لايجوز ﴿ولواتفق الشركاء على القسمة﴾ ولعل الظاهر في الرضا وعدم تضييع المال والا لايجوز ولومع الرضا لعدم جواز تضييع المال وتبذيره فان المبذرين كانوا اخوان الشياطين .

فلايجوز تنصيف عقيق اوياقوت قيمتهما الالوف حتى ينتهي الى اخس قيمة وادنى بمجرد رضا صاحبيه وذلك واضح فلوصح التمسك بقاعدة الناس مسلطون على اموالهم للزم جوازه القاء الاموال في البحر وفي مكان لايمكن الوصول اليه

وهو كما ترى فلايجوز تضييع الاموال لوخلى وطبعه وبعناوين الاولية الابعوارض لامناص عنها .

فاذا وقع ضرر على احد من قبل الاحكام فينفى بقوله لاضرر ولاضرار فى الاسلام فكيف يتمسك بقاعدة السلطنة والمراد بالضرر نقص الاموال لاعدم الانتفاع عنها ثم انه فى الجواهر مالفظه :

لكن قد يقال فيما اذا كانت قسمته ممتنعة : انه ينتزعه الحاكم منهما مع التعاسر ويؤجره عليهما ان كان له أجرة ، جمعاً بين الحقين وصوناً للمال عن التلف، وجبراً للضرر كما صرح به فى الدروس ، ولعل ذلك من السياسات ، بناء على أن للحاكم ذلك ونحوه ، وحينئذ لاينحصر الامر فى ذلك ، فله حينئذ بيعه عليهم ، مع كونه كما عن بعض العامة من كون ذلك وجهاً ، أما مع قطع النظر عنها فالمتجه ماصرح به بعضهم من عدم وجوب بين المشترك مع التنازع ، وعدم امكان القسمة وانتفاء المهاياة ، لاصلى عدم الوجوب ، وعدم صحة البيع عليهم .

وعلى كل حال فقد ذكروا فى الضرر المانع من الاجبار على القسمة اقوالا ثلاثة : أولها : أنه عبارة عن نقصان العين أو القيمة ، نقصاناً لايتسامح فيه عادة .

ثانيها : أنه عبارة عن عدم الانتفاع بالمال أصلا .

ثالثها : عدم الانتفاع به منفرداً كما كان ينتفع به مع الشركة ، مثل أن يكون بينهما دار صغيرة اذا قسمت أصاب كل واحد منهما موضعاً ضيقاً لاينتفع به فى السكنى، وان أمكن الانتفاع به فى غير ذلك .

ولايخفى عليك مافى الثانى والثالث ضرورة اقتضاء قاعدة نفى الضرر والضرار الاعم من أولهما ، وقاعدة وجوب ايصال الحق الى مستحقه الطالب له ما ينافى ثانيهما فتعين حينئذ تفسيره بالاول ، ولوفرض الضرر على أحدهما بالقسمة ، والاخر بعدمها ، فزع الى الترجيح ، ومع فرض التساوى الى القرعة ، هذا كله فى الضرر الناشى من حيث كونها كذلك انتهى موضع الحاجة .

وقد عرفت ان الضرر المراد به فى المقام هو الضرر الموجب لنقص الاموال عن قيمتها فلاحاجة الى غيرها .

﴿ولايقسم الوقف﴾ وان كان مشتركا بين أربابه ، بلاخلاف أجده فيه ، ﴿لان الحق ليس بمنحصر فى المتقاسمين و﴾ يزيد اولادهم زمانا بعد زمان وقرنا بعد قرن نعم ﴿لو كان الملك الواحد وقفاً وطلقاً صح قسمته ، لانه تمييز للوقف عن غيره﴾ .

وكيف كان فالعبارة يحتاج الى شرح وتفصيل وفى الحدائق ذكره مشروحا وحيث كان محل المسألة فى كتاب الوقف فاكتفى بماذكره فى الحدائق قال مالفظه:

قدصرح الاصحاب بأنه لايصح قسمة الوقف بأن يأخذ كل واحد من الشركاء فيه بعضاً ويتصرف فيه على حدة وتفصيل هذا الاجمال أن يقال : انه متى كان الواقف واحداً أومتعدداً والموقوف عليه متعدداً كأن يقف زيد داره على ذريته من الموجودين وماتناسل منهم وقفاً مؤبداً مشتملا على شرائط الصحة واللزوم ، أويكون نصف الدار لزيد ، ونصفها لعمرو ، فيقف كل منهما حصته على تلك الذرية مثلا ، فانه فى هذه الصورة لايجوز للموقوف عليهم قسمة الوقف ، لانه اولاعلى خلاف وضع الواقف والموقوف على ماوقفت عليه ، كما وردبه النص .

وثانياً أن الوقف ليس ملكا لاولئك الموجودين الان ، لمشاركة البطون الاخر لهم فى ذلك .

وثالثاً ان الحق يتغير بزيادة البطون ونقصانها ، فربما استحق بعض بطون المتقاسمين اكثر مما ظهر بالقسمة ، لمورثهم وبالعكس ، وأما لوتعدد الواقف والموقوف عليه بان كانت الدار مشتركة بين ريد وعمرو أنصافا ، فوقف زيد نصفه على ذريته ووقف عمرو نصفه على ذريته ، فانه يجوز للموقوف عليهم من الطرفين قسمة هذا الوقف ، بأن يميزوا أحد الواقفين عن الاخر ، ومتى كان جزء من المال وقفا ، وجزء منه ملكا ، كبيت مثلا نصفه وقف ، ونصفه ملك ، فانه يجوز قسمته ،

وتميز الملك من الوقف ، ويكون ناظر الوقف بمنزلة الشريك يتولى المقاسمة مع المالك انتهى ،

الفصل ﴿الثالث في لواحق هذا الباب وهي مسائل: الاولى لو دفع انسان دابة﴾ مثلا ﴿وآخر راوية الى سقاء﴾ بان يكون الاجرة بين الثلاثة ﴿على الاشتراك في الحاصل ، لم تنعقد الشركة﴾ وفي الجواهر لانها مركبة من شركة الابدان والاموال مع عدم المزج وقد عرفت صحة شركة الابدان بما لامزيد عليه ﴿و﴾ بناء على البطلان ﴿كان مايحصل﴾ حينئذ ﴿للسقاء عليه أجرة مثل الدابة والراوية﴾ وقيل : انهم يقتسمون أثلاثاً ، ويكون لكل واحد منهم ثلث المجموع .

والظاهر انه خارج عن مسألة الشركة بل هي مجرد عهد لثالث في هذا الامر فقط فاذا عرفت صحة شركة الاعمال فلافرق بين كونه دائماً اودفعة اودفعات فالاجرة حينئذ بين الثلاث بالسوية .

﴿الثالثة﴾ وهي ما ﴿لو حاش صيداً أواحتطب أواحتش بنية أنه له ولغيره، لم تؤثر تلك النية وكان ماجمعه له خاصة﴾ .

ولايخفى ان هذه المسألة ايضاً غير مربوطة بالشركة ومحلها احياء الموات كما في الحدائق وتحقيقها في محلها ﴿وهل يفتقر المحيز في تملك المباح الى نية التملك؟ قيل : لاوفيه تردد﴾ ونحوه وقع للفاضل في القواعد .

ولايخفى التنافي بين قوله وكان ماجمعه له خاصة وبين قوله هل يفتقر الخ فان لازم الاول كونه واقعا لنفسه وقصد الغير ملقاة ولازم الوقوع له عدم الاحتياج الى نية التملك فاذا لم يقع مع نية الغير للغير بل يقع لنفسه فلازمه غير محتاج الى نية التملك وكيف كان فلامدخلية في التملك قصد الغير لقوله عليه السلام «من أحيا أرضا ميتة فهي له» الذي هو كالقول بأن من حاز شيئاً فهو له في الملكية قهراً ، وأنه من باب الاسباب ، فلاتعتبر النية .

المسألة ﴿الثالثة : لو كان بينهما مال بالسوية فاذن أحدهما﴾ خاصة ﴿لصاحبه

فى التصرف ﴾ بالمال المشترك ﴿ على أن يكون الربح بينهما نصفين ، لم يكن قراضا، لانه لاشركة للعامل فى مكسب مال الامر ﴾ قوله لم يكن قراضا اى مضاربة وذلك لان المضاربة كان المال للامر فقط لا للعامل فلا مال للعامل حتى يكون شريكا فى نفعه بل المقام هو الشركة بشرط كون العمل لاحدهما مع تساوى المالين وتساوى الربح وقد عرفت سابقا صحة شرط تساوى الربح لاحدهما مع تساوى المالين لكن كون عمله اقل من الاخر اولا يصح وهو تكرار لتلك المسألة لكنه عند المصنف ليس من قبيل ذلك حيث قال ﴿ ولا شركة ﴾ اصطلاحية ﴿ وان حصل الامتزاج ﴾ فى المال ، لعدم كون العمل منهما ﴿ بل ﴾ لا ﴿ يكون ﴾ المال فى يد العامل الا ﴿ بضاعة ﴾

وفى الجواهر وذلك لان حصة الشريك مال مبعوث للتجارة فى يد الوكيل قال فى الصحاح : البضاعة طائفة من المال تبعثها للتجارة ، تقول أبضعته واستبضعته : أى جعلته بضاعة ، وفى المثل كمستبضع تمرا الى هجر ، وبنحو ذلك صرح فى القواعد لكن لا يخفى عليك بناؤه على اعتبار العمل منهما فى الشركة ، وقد عرفت البحث فيه سابقا كما أنك عرفت الحال فيما لو شرط التفاوت فى الربح مع الربح مع التساوى فى المالين والمسألة من شقوق ما عرفت بل عينها .

المسألة ﴿ الرابعة : اذا اشترى أحد الشريكين متاعا ، فادعى الاخر أنه اشتراه لهما وانكر فالقول قول المشترى ﴾ بلا خلاف كما فى الجواهر ﴿ مع يمينه ، لانه أبصر بنيته و ﴾ كذا ﴿ لو ادعى أنه اشترى لهما ، فانكر الشريك فـ ﴾ ان ﴿ القول أيضا قوله ﴾ بيمينه ﴿ لمثل ما قلناه ﴾ من كونه أبصر بنيته بعد فرض كونه أميناً .

المسألة ﴿ الخامسة : لو باع أحد الشريكين سلعة بينهما و ﴾ الحال ﴿ هو ﴾ اى البايع ﴿ وكيل ﴾ عن جانب الشريك ﴿ فى ﴾ البيع و ﴿ القبض ﴾ للثمن عن صاحبه ﴿ فادعى المشترى تسليم الثمن ﴾ اجمع ﴿ الى البايع ﴾ ولكن البايع انكر تسليم الثمن اليه ﴿ وصدقه الشريك ﴾ الاخر الضمير البارز راجع الى المشترى اى صدق الشريك المشترى باعطاء الثمن الى البايع وحينئذ ﴿ برء المشترى من

حقه ﴾ اى من حق الشريك الاخر لاعتراف الشريك بوصول حقه الى وكيله اذكان البايع وكيله على الفرض ﴿وقبلت شهادته على﴾ البايع الذى هو ﴿القابض﴾ من المشترى ﴿فى النصف الاخر وهو حصة ﴾ نفس ﴿ البايع ﴾ فالشريك بتصديقه اسقط نصف نفسه عن المشترى باعترافه بان وكيله اخذه والنصف الاخر الذى كان للبايع اسقط ايضا بقبول شهادته على آخذه ﴿لارتفاع التهمة عنه فى ذلك القدر﴾ لاالكل اذفى الكل معناه ان سهم الشريك ايضا قداخذه وكيله فلزم على الوكيل دفعه الى الشريك فتكون الشهادة فى النفع وهو تهمة فلاتقبل فى سهمه ولنا كلام محله كتاب القضاء واجماله ان المشترى مدعى لدفع الثمن فعليه البينة واذا فقدت فالقول قول البايع المنكر للدفع وشهادة الشريك على فرض عدالته ليست ببينة فانها عدلين لاالواحد ثم لامعنى للتبعيض فى الشهادة ثم التهمة لاتجتمع مع العدالة اذ لازم الاجتماع هو الشهادة فيما فيه نفع وترك ماهو حق هو مع العدالة تناقض فالعادل لايشهد الافيما علم انه حق كانت له اوعليه فلزم اما اشتراط عدم التهمة من دون لحاظ العدالة اوالعدالة من دون لحاظ التهمة .

وتمام الكلام فى جميع ذلك فى كتاب القضاء والشهادة انشاء الله ثم ان هذا هو الحكم الاول الذى كان رفع المشترى الثمن الى البايع وانكره البايع ﴿و﴾ اما الحكم الثانى فهو ما ﴿لوادعى﴾ المشترى ﴿تسليمه الى الشريك﴾ الاخر والشريك ينكره ﴿فصدقه البايع﴾ باعطاء الثمن اليه ﴿لم يبرء المشترى من شىء من الثمن﴾ لامن حصة البايع ولامن حصة الشريك .

اما الاولى فـ﴿لان حصة البايع لم يسلم اليه﴾ وهو واضح لان الفرض اعطاه الثمن الى الشريك «ولا» يسلمه «الى وكيله» ايضا لان الشريك ليس وكيلا عن البايع فالدفع اليه على فرض تسليم الشريك دفع الى الاجنبى فضلا عما اذا انكر الدفع اليه فكما لاينفع الدفع الى الاجنبى فكذلك لاينفع الدفع الى الشريك الغير الوكيل عن البايع فالدفع الى الشريك وان كان لامن حيث انه وكيل خصوصا اذا انكر

الدفع اليه فالشريك منكر والقول قوله مع يمينه ، فاذا حلف أدى المشترى جميع الثمن .

ثم ان ظاهر المتن حيث قال ولاالى وكيله هو ان الشريك لم يكن وكيلاعن البايع ففرض الحكم فى هذه الصورة يعنى اذا لم يكن وكيلا عن البايع وحينئذ فقبضه الثمن كلاقبض وصح ان يقال نصف البايع لم يصل الى وكيله على فرض الدفع

وفى المسالك بعد قول المصنف ولوادعى تسليمه قال النزاع فى هذه المسئلة مع شريك البايع الاذن فى قبض البايع وهى قبض البايع وهى فى مقابلة الاولى وجملة احكامها ان البايع اما ان يكون قداذن للشريك فى قبض حصته اولاوعلى التقديرين فاما ان يكون الشريك المدعى عليه اذن ايضاً للشريك فى القبض ام لا فان كان الشريك مأذوناً له فى القبض برىء المشترى من حصة البايع لاعترافه فقبض وكيله ثم يبقى هنا خصومتان كما تقدم احديهما بين البايع والشريك والاخرى بين المشترى والشريك والمصنف ترك حكم هذا القسم لامكان استنباطه مما تقدم وان لم يكن ماذوناً له فى القبض لم يبرىء المشترى من حصة البايع ولم يتوجه بينهما خصومة لانه لم يدفع حصته اليه ولاالى وكيله ولامن حصة الشريك لانكاره فيقدم قوله بيمينه مع عدم البينة ثم اذا طالب البايع بحصته فللشريك مشاركته فيه لانكاره القبض كمافى قبض كل مشترك وله ان لايشاركه ويطالب المشترى بجميع حقه فان شارك سلم للبايع ربع الثمن خاصة وليس للبايع مطالبة المشترى بعوضه لاعترافه بظلم الشريك له فى المشاركة وبراءة ذمة المشترى وانعزاله عن الوكالة بقبض الشريك واما الشريك فيستكمل حصته من المشترى على تقدير الشركة للبايع لان حقه منحصر فيهما انتهى .

وتمام الكلام فى باب الشهادة وهذا كله فى الحكم الاول .

واما الكلام فى الحكم الثانى وهو قبول شهادة البايع على الشريك ﴿و﴾ قد ﴿قيل تقبل شهادة البايع﴾ هنا على الشريك فى وصول حقّه اليه ، كما قبلت شهادة الشريك عليه فى المسألة السّابقة ، لعدم التهمة كما فى الجواهر .

وفى المسالك بعد قوله وقيل يقبل شهادة البايع قال اى يقبل شهادة البايع للمشترى فى قبض الشريك منه لعدم التهمة حيث ان الشريك ليس وكيلا للبايع وحق البايع باق على المشترى على التقديرين فليست الشهادة متبعضة كالاولى نعم لو كان الشريك ماذونا فى القبض تبعضت الا انه غير مفروض المصنف ووجه مااختاره من المنع انه وان لم يكن شريكا له فيما قبضه الا ان الشهادة يجر نفعا من حيث انه اذا قبض نصيبه بعد ذلك يسلم له ولا يشاركه فيه بناء على استحقاق المشاركة اذا لم يثبت القبض وهذا هو الاشهر ولو قلنا بان الشريك متمكن من قبض حقه من المشترك بانفراده قبلت شهادته اذ لا تهمة حينئذ وسيأتى الكلام فى ذلك واشار بقوله فى المسئلتين الى شهادة البايع فى هذه والشريك فى السابقة وقد تقدم مايدل على وجه المنع فى السابقة وانه يحتاج الى تفصيل انتهى .

وكيف كان فالمصنف على تردد فى قبول الشهادة فى المسألتين حيث قال ﴿والمنع﴾ من قبول الشهادة ﴿فى المسألتين اشبه﴾ احداهما شهادة الشريك على البايع ثانيهما شهادة البايع على الشريك ولعل وجه المنع لزوم التبعيض فى القبول كما عرفت وهو غير صحيح والمسألة اولا تحتاج الى توضيح اكثر حتى يظهر مراد المصنف وثانيا كان موردها كتاب القضاء ونحن نكتفى بما افاد صاحب الحدائق قال مالفظه :

وتفصيل الكلام هنا أن يقال ان البايع هنا اما أن يكون قد أذن للشريك المدعى عليه فى قبض حصته من الثمن أولا وعلى التقديرين فاما أن قد أذن أيضاً لشريكه البايع فى القبض أم لا ، وحينئذ فان كان الشريك المدعى عليه مأذونا فى القبض برىء المشترى من حصة البايع ، لاعترافه بقبض وكيله حيث أنه صدق المشترى فى دعواه الدفع لشريكه ، والحال أنه مأذون منه وان لم يكن مأذوناً فى القبض لم يبرىء المشترى من حصة البايع ، لانه لم يدفع حصته اليه . ولا الى وكيله أما عدم الدفع اليه فظاهر لان المشترى انما يدعى الدفع على شريكه .

وأما عدم الدفع الى وكيله فلان المدعى عليه غيروكيل ، ولامأذون كما هو المفروض ، وكذالاتبرىء ذمته من حصة الشريك المدعى عليه ، لانكاره القبض . وحينئذ فيقدم قول الشريك المدعى عليه بيمينه مع عدم البينة .

ثم ان طالب البايع المشترى بحصته ، فلشريكه مشاركته فى ذلك كما فى كل مال مشترك لانه منكر للقبض ، والمال الذى فى ذمة المشترى مشترك بينهما ، ولهأن لايشاركه، بل يرجع على المشترى بحصته ويطالبها ، وعلى تقدير مشاركته للبايع فى حصته التى قبضها من المشترى انما يبقى للبايع ربع الثمن وليس للبايع مطالبة المشترى بعوض مااخذه شريكه، لانه يعترف بظلم الشريك له فى المشاركة، وأخذه نصف ماقبضه .

ثم انه متى شارك فيما قبضه رجع ببقية حصته على المشترى، لان حقه منحصر فيهما ، وأما قوله فى آخر العبارة «وقيل : تقبل شهادة البايع والمنع فى المسألتين اشبه» واشار بالمسألتين الى هذه المسئلتين وسابقتها باعتبار اشتمالها على شهادة الشريك للمشترى على البايع ففيه تفصيل .

أما فى المسئلة السابقة فقد تقدم بيانه ، وأما فى هذه فانه لايخلو اما أن يكون الشريك المدعى عليه القبض مأذوناً من جهة شريك البايع فى القبض أم لا ، فعلى الاول لاتقبل لحصول التهمة ، لانه بالنسبة الى حصته يشهد لنفسه على الذى لم يبع لان المفروض أن القابض مأذون من جهته فى القبض ، ووكيل عنه ، فهوفى الحقيقة ليشهد لنفسه على شريكه .

وحينئذ يلزم تبعيض الشهادة، واذا ردت فى بعض المشهودبه هل تسمع فى الباقى أم لا ؟ وجهان : عندهم .

وأماعلى الثانى فانها تقبل لعدم التهمة ، حيث ان الشريك ليس وكيلا للبايع فى القبض ، وانما حق البايع باق على المشترى كما تقدم ، فليست الشهادة متبعضة كالاولى ، هذا مايفهم من تقرير الاصحاب فى المسئلة انتهى .

وفى الجواهر قال مالفظه : ثم ان كان المشترى قد اقام البينة باقباضه البايع جميع الثمن ،كان للاذن المطالبة بحصته قطعا ، اما اذاكان ذلك بشاهد ويمين ، او باليمين المردودة فلا . وان قلنا انها كالبينة ، لانها كذلك فى حق المتخاصمين فيما تخاصما فيه ، لامطلقا .

نعم للشريك حينئذ احلاف البايع على عدم قبض حصته فان نكل حلف الاذن اليمين المردودة ، واخذمنه، وليس للبايع الرجوع بذلك على المشترى، ولامخاصمته لانه بزعمه ظالم انتهى .

وتحقيق الجميع فى كتاب القضاء انشاءالله .

المسألة ﴿السادسة : لوباع اثنان عبدين، كل واحد منهما لواحد منهمابانفراده صفقة بثمن واحد، مع تفاوت قيمتهماقيل : يصح﴾ البيع ويكون الثمن مشتركاً بينهما على نسبة قيمة ماليهما ، للاصل السالم عن معارضة الجهالة بالثمن، لكنه غيرتام لعدم ارتفاع الجهالة ولم يعلم ثمن مايكون لاحدهما بنحو التفصيل ولايكفى بنحو الاجمال ﴿و﴾ منه يعلم صحة ما ﴿قيل : يبطل لان الصفقة تجرى مجرى عقدين ، فيكون ثمن كل واحد منهما مجهولا﴾ كما عرفت ﴿أمالو كان العبدان لهما﴾ على الشركة ﴿أو كانا لواحد جاز﴾ بلاخلاف ولااشكال بل ﴿ وكذا لو كان لكل واحد قفيز من حنطة﴾ مثلا متساوية القيمة ﴿على انفراده فباعا هماصفقة ، لانقسام الثمن عليهما بالسوية﴾ فلاجهالة حينئذ كما هوواضح .

المسألة﴿السابعة : قدبينا أن شركة الابدان باطلة﴾ فلووقعت وآجرا أنفسهما مثلا بعنوان الشركة ﴿فان تميزت أجرة عمل أحدهما عن صاحبه﴾ بالتسمية ﴿اختص بها﴾ ولايشاركه الاخرفيها قدعرفت صحة شركة الابدان فالاجرة تكون بينهما ﴿وان اشتبهت﴾ كأن لم يسم لاحدهما أجرة مخصوصة ، ﴿ قسم حاصلهما على قدر أجرة مثل عملهما ، وأعطى كل واحد منهما ماقابل أجرة مثل عمله﴾ نحو ماسمعته فى المسألة ﴿الثامنة: اذا باع الشريكان﴾ مثلا ﴿سلعة﴾ بينهما ﴿صفقة﴾ وعقداً واحداً لاعقدين

﴿ثم استوفى أحدهما منه شيئاً﴾ اى سهمه ولو بنية أنه له ﴿شاركه الاخر فيه﴾ كما فى كل دين مشترك بين اثنين فصاعداً وفى الجواهر وذلك لان كل جزء جزء منه مشاع بينهما، فان مافى الذمة انما يخالف الشخصى الخارجى فى الكلية والجزئية، أما الاشاعة فهما على حد سواء فيها انتهى فقصده اخذ ثمن سهمه فقط دون شريكه باطل واستدل بروايات ففى المرسل عن أبى حمزة قال : « سئل أبو جعفر عليه السلام عن رجلين بينهما مال منه بأيديهما ، ومنه غائب عنهما ، فاقتسما الذى بأيديهما ، وأحال كل منهما نصيبه من الغائب ، فاقتضى أحدهما ، ولم يقتض الاخر ، قال : ماقتضى أحدهما فهو بينهما ما يذهب بماله» .

ومثله خبر غياث «عن جعفر عن أبيه عن على عليهم السلام ، الا أنه قال : « ما اقتضى أحدهما فهو بينهما ، ومايذهب بينهما» وكذا خبر محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام ، ومعاوية بن عمار والظاهر رجوع الاول ايضا الى غيره لامكان سقوط بينهما منه من الراوى والافلامعنى له وفى خبر عبدالله بن سنان عن أبى عبدالله عليه السلام «سألته عن رجلين بينهما مال ، منه دين ومنه عين ، فاقتسما العين والدين ، فنوى الذى كان لاحدهما من الدين أو بعضه ، وخرج الذى للاخر أيرده على صاحبه ؟ قال : نعم مايذهب بماله » .

ولايخفى ان ظاهر المتن بقاء الشركة وظاهر الروايات عدم بقائها .

اما المتن فواضح فانه ظاهر فى ان الشريكين باع ملكهما بعقد واحد وظاهره بل صريحه فى حال كونهما شريكين ثم اخذ احدهما مقدار من الثمن من المشترى فهذا الذى اخذه بين الشريكين لالنفس الاخذ ولو أخذه الاخذ لنفسه وبنية كونه له لالشريكه ووجهه واضح لانه اخذ ثمن مبيع كان بينهما فلاوجه لجعله لنفسه ولواخذ نصف الثمن بقصد انه سهم نفسه كى يأخذ نصفه الباقى شريكه لايجوز لوضوح انه كل ماأخذ كان مشاعا بينه وبين شريكه فالمتن واضح على القواعد ولولم يكن فيه نص والنصوص ظاهرة فى انفساخ الشركة لظهور فاقتسما الذى بايديهما اذ قسمة بايديهما

فيما لم يكونا مريداً للشركة حيث ان قوام الشركة مادام مالهما ممزوجين .

والحاصل هذه النصوص اجنبية عن مفاد المتن بل الاخير منها ظاهر في انه بعد القسمة من العين ومن الدين وقبل الوصول اليهما توى الدين الذى كان لاحدهما فى القسمة وحكم عليه السلام حينئذ بانه توى منهما من حيث انه قبل الوصول الى ايديهما كان لهما .

وبالجملة الحكم فى المتن بكون المأخوذ منهما من حيث انه مال الشركة وفى النصوص من حيث ان مال الشركة بعد التقسيم وفسخ الشركة كان حكمه حكم قبل القسمة فى كون تلفه ايضا منهما .

وفى الخلاف مالفظه اذا كان بينهما شيء فباعاه بثمن معلوم كان لكل واحد منهما ان يطالب المشترى بحقه فاذا اخذ قدر حقه شاركه فيه صاحبه وللشافعى فيه قولان احدهما مثل ماقلناه والاخر وهو الاظهر عندهم انه لايشاركه فيه .

[دليلنا] اجماع الفرقة فان هذه المسئلة منصوصة لهم ورواياتهم واردة بها وايضاً فان المال الذى فى ذمة المشترى غير متميز فكل جزء يحصل من جهته فهو بينهما انتهى .

ثم اخذهما الجميع فان كان وكيلا عن الاخر فى القبض والاخذ فلا كلام والافقد اخذ بسهم الاخر بلا اذن ويجب الرد اليه فوراً الا اذا اجاز كونه عنده امانة .

المسألة ﴿التاسعة : اذا استأجر للاحتطاب أو الاحتشاش أو الاصطياد مدة معينة صحت الاجارة﴾ لعموم أدلتها الشامل لذلك ﴿ويملك المستأجر مايحصل من ذلك فى تلك المدة﴾ لانه نماء عمله المملوك له ، فهو فى الحقيقة كالعبد المملوك الذى يكون لسيده وتحقيقه سيأتى انشاء الله فى كتاب الاجارة ﴿ ولو استاجره لصيد شيء بعينه لم يصح ، لعدم الثقة بحصوله غالباً ﴾ بناء على اشتراط ذلك فيها وتمامه فى كتاب الاجارة .

وقد وقع الفراغ من تسويد هذه الاوراق بيد الحقير العاصى محمدرضا بن
الحسين المشتهر بالمحقق غفرالله له ولوالديه فى سنة ١٤٠٧ الهجرى
ويتلوه انشاء الله كتاب المضاربة ثم اعلم انى اكتفيت فى شرح
المتن ونقل الاقوال والروايات بماشرحه ونقله فى الجواهر
من غير زيادة الافيما قضت الحاجة فزدت على
الشرح والروايات ونقل الشرح والروايات
ونقل الاقوال بمقدار يرتفع الحاجة
وصلى الله على محمد وآله المعصومين
ثم اعلم ان طبع هذا المجلد
صادف مع عدم وجود
القرطاس وعلو سعره
ولذا طبع منه
خمسمأة نسخة وهو قليل فاسئل الله المؤمنين
ان تحفظوها من الحوادث الموجبة لزواله

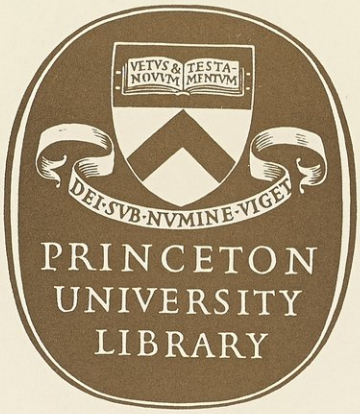
فهرس الكتاب

العنوان	الصفحة
فى تعريف الصلح ومايرد عليه	٤
فى اختلاف الاصحاب فى كونه عقداً برأسه اوفرعاً	٥
فيما يرد على تعريف الصلح والبيع	٧
فى الصلح لقطع التجاذب	٩
فى صحة الصلح مع الانكار	١٧
فيما لوشرطا على كون النفع والضرر على احدهما	٢١
فيما لونزعا درهمين	٢٣
فى ثوبين مختلفين قيمة واشتبها بالاخر	٢٧
فيما لوظهر احدالعوضين للغير	٢٩
فى صحة مصالحة الدرهم بالدرهمين	٣١
فى صحة ضمان القيمى بالمثل	٣٣
فيما اذا ادعى اثنان داراً فى يد ثالث	٣٥
فى احكام النزاع فى الاملاك	٣٩
فى اخراج الرواشن والاجنحة	٤١
فى عدم جواز اخراج الرواشن فى الطرق المرفوعة	٤٧

العنوان	الصفحة
فى ساير احكام النزاع وفروعاته	٤٩
فيما لو تداعيا جداراً بين ملكيهما	٥٣
فيما لو انهدم جدار شريكه	٥٥
فيما لو اراد احد الشريكين ضرراً بشريكه	٥٧
فى عدم جواز البناء بغير اذن شريكه	٥٩
فيما اذا تنازعا فى جدران البيت	٦١
فيما وقع النزاع فى السقف	٦٣
فى دخول اغصان الشجرة فى ملك الجار	٦٥
فيما تداعيا فى الدرجة	٦٧
فى اقسام الشركة	٧١
فى ان الشركة عقد اولا	٧٣
فيما يتعلق بالشركة العقدية	٧٩
فى عدم اشتراط المماثلة فى مال الشراكة	٩١
فى عدم لزوم المزج فى مال الشركة	٩٣
فى الاشارة الى اجماع الدخولى	٩٧
فى شركة الابدان وغيره	٩٩
فى بطلان الشركة بالوجوه	١٠٥
فى بطلان شركة المفاوضة	١٠٩
فى شركة الاموال	١١١
فى لزوم المزج وعدمه	١١٣
فى تساوى الشريكان فى الربح والخسران	١١٩
فى الفرق بين اذن الشريك والوكيل	١٢٣

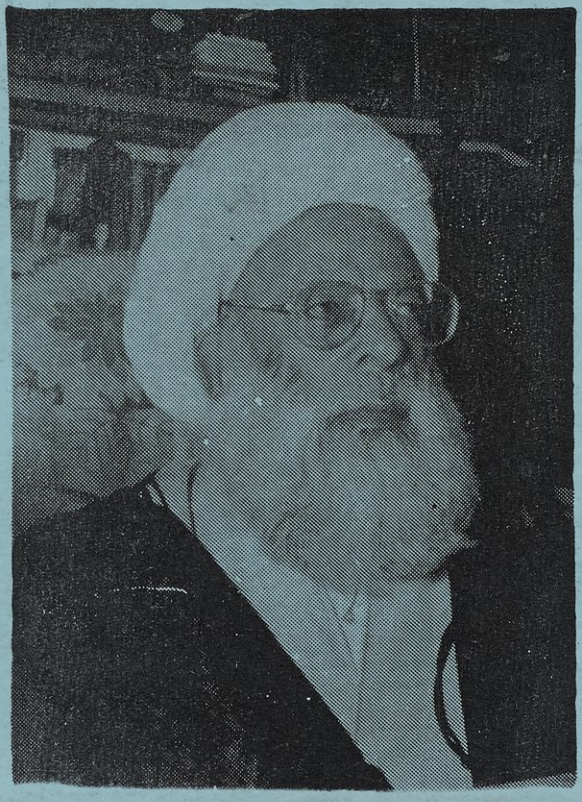
العنوان	الصفحة
فى الفرق بين عزلتك وبين قوله فسخت	١٢٨
فى ان الشريك امين	١٢٩
فى عدم بطلان الشركة بالموت	١٣١
فيما يتعلق بالقرعة وكيفيتها	١٣٣
فى عدم جواز قسمة الوقف	
فى المسائل المتفرقة فى اللواحق	١٤١
فيما اذا باع احد الشريكين مابينهما وانكر اخذ ثمنه	١٤٣
فيما اذا باع الشريكان شيئاً واخذ واحد ثمنه	١٤٧
كلام فى الفراغ	١٤٩
فهرس الكتاب	١٥٠

0563-



WERT
BOOKBINDING
Grantville, Pa.
July - Sept. 1995
We're Quality Bound

Princeton University Library
32101 047105836



تمثال مبارک حضرت آیة الله العظمی جناب آقای حاج شیخ محمد رضا محقق تهرانی
مؤلف کتاب حقائق الفقه