

حائق 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 البشير بالمحقق الطهراني دام ظلّه

جمادى الثانية ١٤٠٧ هـ - ق



المطبعة العلمية - قم



32101 047105836

Princeton University Library

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

--	--

المجلد الثامن والعشرون

من كتاب الرهن

من

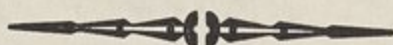
حاشى الفقہ

فی شرح شرائع الاسلام

تصنيف

حجة الاسلام والمسلمين آية الله العظمى الحاج الشيخ
محمد رضا المشتهر بالمحقق الطهراني دام ظلّه

جمادى الاولى ١٤٠٧ هـ - ق



المطبعة العلمية - قم

شناسنامه کتاب :

نام کتاب	: حقائق الفقه
مؤلف	: حجة الاسلام و المسلمين آية الله العظمى الحاج الشيخ محمدرضا المشتهر بالمحقق الطهراني دام ظله
ناشر	: مؤلف
محل چاپ	: چاپخانه علميه - قم
چاپ	: اول
تعداد	: پانصد نسخه
تاریخ	: جمادى الاولى ۱۴۰۷ هـ - ق
بها	: ریال



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الحجر من حقايق الفقه

الحمد لله الذي جعل لنا فهماً لدرك احكامه و حكمة حتى ظهر لنا
غوامض آثاره ولباً صافياً لتوضيح قواعده ومشكلاته و تبصرة حتى لا اميل
الى ما حكم الشارع ببطلانه و توفيقاً حتى اخرجت الدرر و الجواهر من
زجاجه واصلى و اسلم على نبيه محمد و آله سيما على علي و آخر 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 ببعده الموت و قد يبحث عن معاملاته المنجزة فى حال
مرضه و يعبر عنها بمنجزات المريض .

وسياتى حكم الثانى . و الان فى بيان حكمه الاول بنحو الاجمال فيما يتعلق
بعبارة المصنف و تفصيله فى كتاب الوصايا و هى جمع الوصية و اشتقاقها اما من وصى
يصى أو أوصى يوصى أو وصى بالتشديد يوصى .

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

ووصيت الى فلان توصية و أوصيت اليه ايضاً وفي السبعة «فمن خاف من موص»
بالتخفيف والتثقيب 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 الثاني ، و على هذا فتسمية هذا التصرف وصية
لما فيه من وصله التصرف في 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 في 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 محمد بن مسلم فى الصحيح « قال : قال أبو جعفر

عليه السلام الوصية حق ، وقد أوصى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم 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 فصحبني رجل وكان زميلي ،

فلما أن كان فى بعض الطريق مرض و ثقل ثقلاً شديداً فكنت أقوم عليه ثم أفاق حتى

لم يكن عندي به بأس ، فلما أن كان اليوم الذى مات فيه أفاق فمات فى ذلك اليوم ،

فقال أبو عبدالله عليه السلام : ما من ميت تحضره الوفاة الا رد الله تعالى عليه من سمعه وبصره

وعقله للوصية ، أخذ الوصية أو ترك ، وهى الراحة التى يقال لها راحة الموت ،

فهى حق على مسلم » .

و روى فى الكافى عن وليد بن صبيح « قال : صحبتني مولى لابي 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 : إذا 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 لا اله الا انت وحدك لا شريك 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 ، وأنت الله الحق المبين ، جزى الله محمداً عنا خير الجزاء ، و حيا الله محمداً وآل محمد بالسلام .

اللهم يا عدتى عند كربتى ويا صاحبى عند شدتى ويا ولىبى فى نعمتى ، الهى واله آبائى لا تكلنى الى نفسى طرفة عين أبداً فانك ان تكلنى الى نفسى طرفة عين أقرب من الشر و أبعد من الخير ، فأنس فى القبر وحشتى ، واجعل لى عهداً يوم ألقاك منشوراً ، ثم يوصى بحاجته وتصديق هذه الوصية فى القرآن فى السورة التى تذكر فيها مريم فى قوله عزوجل «لا يملكون 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 علمنيها رسول الله صلى الله عليه وآله و قال رسول الله صلى الله عليه وآله علمنيها جبرئيل عليه السلام .

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

كما نقله عنه في البحار ، وفيه بعد قوله «يوم ألقاك منشوراً» فهذا عهد الميت يوم يوصى بحاجته ، والوصية حق على كل مسلم قال أبو عبد الله عليه السلام وتصديق هذه في سورة مريم عليها السلام قول الله تبارك وتعالى «لا يملكون الشفاعة الا من اتخذ عند الرحمن عهداً» وهذا هو العهد وقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم لعلي عليه السلام تعلمها أنت و علمها أهل بيتك وشيعتك قال : وقال صلى الله عليه وآله وسلم و علمنيها جبرئيل .

وروى في الفقيه عن العباس بن عامر عن أبان عن أبي بصير «عن أبي عبد الله عليه السلام قال : من لم يحسن عند الموت وصيته كان نقصاً في مروته وعقله ، وقال : ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أوصى الى علي ، وأوصى علي عليه السلام الى الحسن ، وأوصى الحسن عليه السلام الى الحسين ، وأوصى الحسين عليه السلام الى علي بن الحسين ، وأوصى علي بن الحسين عليه السلام الى محمد بن علي الباقر عليه السلام .

وروى في الفقيه والتهذيب عن أبي حمزة «عن أحدهما عليه السلام قال : ان الله تعالى يقول: يا ابن آدم تطولت عليك بثلاثة : سترت عليك مالو علم به أملك ما واروك وأوسعت عليك ثم استقرضت منك فلم تقدم خيراً ، وجعلت لك نظرة عند موتك في ثلثك فلم تقدم خيراً» .

وعن السكوني عن جعفر بن محمد عن أبي جعفر عليه السلام قال من لم يوص عند موته لذوي قرابته ممن لا يرثه فقد ختم عمله بمعصيته .

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

وروى الشيخ في كتاب المصباح «قال وروى أنه لا ينبغي أن يبيت الا ووصيته تحت رأسه» .

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

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

وقال في كتاب الفقه الرضوي واعلم أن الوصية حق واجب على كل مسلم، ويستحب أن يوصى الرجل لقرابته ممن لا يرث شيئاً من ماله قل أو أكثر وان لم يفعل فقد ختم عمله بمعصيته . وهذه روايات الباب وسوقاكثرها الاستحباب مع ان الغرض الاصلى من الوصية هو رد حق الله وحق الناس اذ كثيراً لا يعلم بهما الورثة فيجب على من عليه ذلك هو الاخبار بالورثة بل بغيرهم لو لم يكن وكان من هو محل الوثوق فالظاهر حمل ما يظهر منه عدم الوجوب على من لم يكن على ذمته شيئاً كما هو ظاهر بعضها مثل مرسل المقنعة .

وكيف كان فلا اشكال في 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 التي تحصل مع المشقة كان للغير بل مقداره له حتى وصل ثوابه اليه بعد موته .

و بالجمله في جعل ثلث المال للميت فوائده لا تحصى وربما يجعله المتوفى للفقراء والعلماء ومجالس يذكر فيها اسم الله ومجالس التعزية للسيد الدارين ابي عبدالله الحسين عليه السلام ونحو ذلك وربما يوصى ببيع دار لمن احتاج اليه مع عدم ضرر على الورثة وربما يجعل من الثلث لمن حرم عن الارث كالاقرين المنسوخين في الاية من حيث الوجوب .

وكيف كان فمضمون الاخبار ايضاً مختلف قال في الحقائق .

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

الظاهر حملة على ما هو أعم من الوصية بالاقرار بالشهادتين وجميع ما جاء به النبي صلى الله عليه وآله كما دل عليه خبر سليمان بن جعفر المتقدم والايضاء 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 الي من يعمد عليه من أخوانه المؤمنين أن يتصرف في أمواله بعد موته بما يقضى عنه ما وجب في ذمته مما قدمنا ذكره و ان كان له أولاد صغار قائماً مقامه في الولاية عليهم ويستحب له كما عرفت أن يوصى لبعض ارحامه وأقربائه وأن يشهد على ذلك جماعة من اخوانه كما تقدم في 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 في الكافي عن مسعدة بن صدقة «عن أبي عبدالله عليه السلام قال ان أجلت في 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 رحمته الله والمريض هو الذى منع ممنوع من الوصية بما زاد عن الثلث اجماعاً .

وفى الجواهر بعد العبارة قال محصلاً 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 باطله فى نفسها والحاصل ان وصيته بما زاد عن الثلث تكون موقوفة على اجازتهم فان اجازوها صححت والا بطلت وهذا هو المشهور بل المذهب خلافاً لعلى بن بابويه فانه اجاز وصيته بجميع ماله استناد الى رواية قاصرة وحملت على من لا وارث 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 وفي 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 والافى الذى اجاز فمقدار الذى سهمه بخصوصه صح له اجازة مازاد عليه دون سهم من لم يجزه فالمرضى 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 في امور آخرته فان الانسان اذا خرج عن الدنيا انسدت عليه ابواب الخير الا ما قدم لنفسه ليوم فقره . والاعخبار الواردة في المقام :

منها مرواه في التهذيب عن على بن عقبه عن ابي عبدالله عليه السلام « قال سألته عن رجل حضره الموت فأعتق مملوكاً له ليس له غيره فأبى الورثة أن يجيزوا ذلك كيف القضاء فيه ؟ قال ما يعتق منه الاثله وسائر ذلك الورثة احق بذلك ولهم ما بقى » .

وعن محمد بن مسلم « عن ابي جعفر عليه السلام في رجل أوصى باكثر من الثلث وأعتق مملوكه في مرضه فقال : ان كان أكثر من الثلث رد الى الثلث وجاز العتق » .
وعن الحسين بن محمد الرازى قال « كتبت الى ابي الحسن عليه السلام الرجل يموت فيوصى بماله كله في أبواب البر وبأكثر من الثلث هل يجوز ذلك له ؟ وكيف يصنع الوصى ؟ فكتب عليه السلام تجاز وصيته ما لم يتعد الثلث » .

وما رواه في الكافي و التهذيب عن ابي بصير « عن ابي 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 » .

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

ثم الثالث ثم الرابع ثم الخامس و ان عجز الثلث كان ذلك فى الذى سُمى 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 الزائد .

ومارواه فى التهذيب فى الصحيح عن أحمد بن محمد بن محمد بن عيسى عن العباس عارف يقال 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 وترك أهلاً حاملاً واخوة قد دخلوا فى الاسلام وأماً مجوسية قال ففعلت ما أوصى به وجمعت الدراهم ودفعتها الى محمد بن الحسن وعزم رأبى أن أكتب اليه بتفسير ما أوصى به الى وما ترك الميت من الورثة فأشار الى محمد بن بشير وغيره 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 الباقي على وصية يردها على ورثته» .

ومارواه فى التهذيب عن العباس بن معروف «قال مات غلام محمد بن 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 الباقي 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 الباقي الى الامام فكتب عليه السلام : تصرف الثلث من ذلك الى الباقي 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 وأحبينا أن ننهى ذلك الى سيدنا فان أمر بامضاء الوصية على وجهها أمضيها وأن أمر بغير ذلك انتهينا الى أمره فى جميع ما يأمر به ان شاء الله تعالى فكتب عَلَيْهِ السَّلَامُ 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 ووجه 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 بعد الموت فالظاهر عدم الجواز فان الامضاء معناه هو رفع اليد عن حقه والاعراض عنه و الهبة للمورث فلا معنى لرجوعه عنه .

وبالجملة الحيوية صارت ما زاد عن الثلث ملكاً ثانوياً للميت بالاجازة فلاوجه لاختها عنه بعد موته وقبله .

وفى الجواهر وكيف كان فلاشكال فيما نحن فيه بعد ما عرفت . انما البحث فى الاجازة قبل الموت والمشهور نقلا ان لم يكن تحصيلاً 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 لوحد الملاك والروايات .

وبالجملة اجازة ما زاد عن الثلث وان كان بيد الوارث لكن اذا اجاز فى الزيادة لا يصح له الرجوع فيها سواء كانت الاجازة قبل الموت او بعده وسواء اراد الرجوع بعد الموت او قبله ويدل عليه الروايات مثل مارواه الشيخ عن ابن رباط عن منصور

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

والصحيح عن محمد بن مسلم «عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل أوصى بوصية وورثته شهود فأجازوا ذلك فلما مات الرجل نقضوا الوصية هل لهم أن يردوا ما أقرؤا به؟ قال ليس لهم ذلك الوصية جائزة عليهم إذا أقرؤا بها في حياته» و معنى قوله عليه السلام جائزة أى ماضية بقرينة على كما عبروا عن بلوغ الجارية بأنه جاز امرها او امرها جاز .

و ما رواه المشايخ الثلاثة (رض) فى الصحيح عن منصور بن حازم عن أبى عبد الله 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 بعد الموت وكان اختياره بيدهم لكن اذا اجازوا للمورث فى التصرف فيها قد نفذ 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 وسلا روابن ادريس اختصاص الزوم 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 لو أجازوا 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
لما زاد 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 .
وكيف كان فبعد الاجازة ورفع اليد عما زاد 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 ما تركه فلا جرم يحتاج الى اجازة
الورثة جميعهم فان لم يجيزوا فينفذ بقدر الثلث واما الواجبات المالية سواء كان مشوباً
بالمال كالحجج ام لا فهى يخرج من اصل المال وليس باختيار الورثة واجازتهم بل
ولو لم يوص به الموصى فاذا علم بوجود حج على المتوفى وجب الخروج من
اصل المال فضلاً عما اذا اوصى بها ولذا قال من بعد وصية يوصى بها او دين اى ارث
الورثة بعد الوصية والدين .

وبالجمله الواجبات المالية كما لا يكون باجازة الوارث فكذلك لا يكون دائراً
مدار الوصية بل دائر مدار العلم فاذا علم بها بالوصية او الخارج اى بقول الثقة وجب
اخراج ذمته عما كان عليه من اصل ماله ولو لم يبق له شىء 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 وان كان ندباً فكالاول فى خروجها عن الثلث .

قال فى الحدائق ما لفظه الظاهر أنه لاختلاف 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 قد تقدمت فى كتاب الحج وكتاب الزكاة والخمس وكتاب الديون .

وأما الواجب البدنى فلم أقف فيه على نص بنفى ولا اثبات لكن الظاهر أن مبنى كلام الاصحاب فى الفرق بين الامرين هو أن الواجب المالى - وان كان مشوباً بالبدن فى بعض الافراد - لما كان متعلقاً 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 لا دليل 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 عدها 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 ما ذكره قده هو صحة التفصيل ولو قال بعدم الوقوف على نص بنفى او اثبات لكن يمكن استفادة ذلك من ادلة الارث فانها بينت لنا ان مازاد عن الثلث للورثة فلو خرجت الواجبات البدنية عن الاصل لمابقى للوارث شىء اذ الغالب فى الناس ترك الصوم و الصلاة مدة كثيرة ولم يفعل فى زمان حياتهم خصوصاً بمثل الوصية بهما فى سنين كثيرة كمدة خمسين مثلاً فلم يبق فى الغالب من الاصل شىء وكيف كان فالمسألة مشكلة لما ذكرنا 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 الحجج الواجب للنصوص الدالة عليه بالخصوص وأما الثانى فيخرج من الثلث حتى لو كان واجباً بدنياً على ما صرح به فى جامع المقاصد و المسالك و محكى الكفاية بل فى الروضة أنه لا خلاف فيه مرسلين له ارسال المسلمين لعدم كونه من الدين الذى يخرج من الاصل وعدم دليل على تنزيه منزلته فيبقى على الاصل .

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

لكن فى الذكرى والدروس و فى جامع المقاصد عن بعضهم أن الواجب البدنى يخرج من الاصل أيضاً كالمالى وان لم يوص به بل لعله ظاهر المصنف هنا والنافع والغنية والسراير وغيرها - مما أطلق فيها الواجب - الخارج من الاصل وهى عشرة كتب أو أكثر على ما قبل بل نفى عنه البأس فى الدروس بل قد يؤيد اطلاق الدين على الصلاة فى غير واحد من الاخبار متضمناً الى ماورد فى الحجج 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 في الواجب البدني وأنه يصح وقوعه
في الجملة منه أو من الولى والمتبرع فضلا عن الأجير أما بناء على اشتراطها وأنه لا
يصح الامن المولى عليه والولى اتجه حينئذ عدم الاخراج من المال ضرورة حصول
الفرق حينئذ بذلك بينه وبين الاعمال التى اشتغلت الذمة بها باجارة ونحوها كما
هو واضح الى أن قال :

وعلى كل حال فبناء على عدم خروجه من صلب المال يجب على المولى
عليه الوصية بمافاته من صوم أو صلاة أو اعلام الولى بذلك ان كان أولا يجب عليه
شئ من ذلك ؟ وجهان : أقواهما الاول ضرورة تمكنه من تأدية الحق و ابراء ذمته
ودفع الضرر الاخرى عنه وربما استدل بقوله إِنَّمَا « الوصية حق على كل مسلم »
ولكن لا يخفى مافيه من التجشم المعلوم عدم ارادته ولو بملاحظة ماسبق الخبر له انتهى .
وقد قوى صاحب العروة فى رسالته فى المنجزات ما ذهب 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 فإى دليل دل على اخراج الجميع
عن الاصل بحيث لا يبقى للوارث شئ اصلا فان قلت ادلة الوصية قلت هو ينفذ
فى الثلث لا اكثر فالواجبات البدنية و التوئمة مع المال اذا لم يكن واجبا باصل
الشرع كالحج نذراً و ندباً ان وسعت الثلث لها والا فيقدم الاهم بقدر الامكان والا
يسقط بالمرّة بل جعل الوصية فى خصوص الثلث و عدم التجاوز عنه متكفل لعدم
جواز الوصية بما زاد عن الثلث فهذا كاف فى الدليل على كونها من الثلث فضلا عن

كونه هو المتيقن هذا تمام الكلام بالنسبة الى الثانى .

اما الاول اى وجوب الوصية فسقد ظهر من الجواهر فى آخر العبارة اختيار الوجوب اى فى وجوب الوصية بما فات عنه من الواجب البدنى كالصوم والصلاة ونحوهما ولم يفعل فى حال التمكن والقدرة حتى فى اواخر العمر بحيث لا يقدر على الاداء فى هذا الحال واختلف الاصحاب فى ذلك وانه هل يجب عليه القضاء لو لم يكن له وصى يفعل ويقضيه اولا و كأنه ايضا عجيب بتوهم ان الواجب فعله بنفسه او بولىه ولادليل على سواه فالاصل عدم الوجوب ولعمري ان الفتوى بمثل ذلك سبب للفرار عن اداء الصلوات التى لاتترك بحال فانه ح لو لم يفعل لم يترتب عليه سوى الاثم .

واما القضاء فلادليل عليه غفلة عن عموم قولهم عَلَيْكَ اقض ما فات كما فات و لازمه مباشرة اداء و قضاءً مطلقا لبقاء ما على ذمته بدهاء ان الامر لا يسقط عن ذمة المكلف الا بالايمان به مطلقا ولو كان بغير المباشرة كاتيان الولى عنه ولازمه تحصيل برائة الذمة بالاداء او القضاء مطلقا فلو لم يكن ادلة القضاء قد سقط الواجب الموقت بفوات وقته لكن مع بقاء الامر بالقضاء يستفاد منه ان المطلوب متعدد فالتيان بالفعل اداءً مطلوب اشدّ و اكد وفى خارج الوقت مطلوب آخر وكذا بعده بفعل الغير واما قولهم وجب عليه او على وليّه فنحن نسئل منه انه لو لم يفعل مكلف مادام عمره بالصلاة فمثل ذلك يجب على الولى فهو كما ترى كما فى قوله ولا تزر وازرة وزر اخرى وان كان ما فات 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 لو لم 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 أو بولىه لانتفاء الدليل على ما سوى ذلك،

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

نعم لو كان فوات الواجب لا بتفريط كالغفلة عن الصلاة مع عدم القدرة على القضاء حال الوصية ، احتمال عدم وجوب الوصية ، اذ لعقاب على ذلك النفويت ، ولادليل على وجوب الوصية بالقضاء انتهى ، وفي الكفاية قال : الاقرب العدم .

أقول : الظاهر قوة ما اختاره في المسالك ، لظاهر الاخبار المتقدمة الدالة على أن الوصية حق على كل مسلم ، فان ظاهر لفظ «على» الوجوب ، كما ذكرناه في الفائدة الاولى من الفوائد التي ذيلنا بها تلك الاخبار ، ويزيد ذلك تأييداً ما ذكره شيخنا المشار اليه من التعليل ، فانه جيد وجيه كما لا يخفى على الفطن النبيه ، وما قربه في الكفاية من العدم ضعيف انتهى .

قد عرفت انه مضافا الى ادلة وجوب الوصية مؤيدا بان تشريعها لأجل عدم فوت شيء من الميت مما لم يفعل في حال حياته ان ادلة القضاء محكم في المقام ولو لم يكن ادلة وجوب الوصية وكيف يرضى الشارع بترك الصلوات التي لم يترك بحال اذا لم يفعل قضائها بعده وكيف يجب على الولي امثال هذه البحوث العامة لجميع الموارد فان المراد بالولي اكبر اولاده الذكور فهل يجب عليه صلاة مدة العمر المتروكة عمدا اذ النزاع يعم الجميع وهو كما ترى وان كان المراد ما ترك عذرا فلا يجب على الولي الا ما ترك عذراً لا ما تركت مدة العمر وهو واضح فينحصر الفعل بنفس المكلف ولو لم 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 لا يجب الوصية به عجيب فلعله لذلك ترك المصنف القضاء عن الصلوات على الولي في كتاب الصلاة لكنه ذكره في كتاب الصوم ولا فرق بينهما راجع ج-٩ ص ٣٠٦ فقد مر ما يدل على القضاء هناك

مثل قوله **إِنَّمَا** لا يقضيه الامسلم عارف وقوله يقضى عنه اولى الناس به وح لو لم يكن له ولى بقى على ذمته ولا يبرء ذمته عن التكليف المحققة الا بالوصية

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 فلا يجوز لهم التصرف فى التركة قبل ذلك وهذا اذا لم يكن الدين محيطا بالتركة والا فلا ينتقل 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 ولا الى 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 اما تقدم حقوق الناس على الله من حيث انه لا يصح مع ديون الناس هو الاثيان بحقوق الله وصرف مالهم فى حقوق الله فالمديون بالناس باى نحو كان لا يصح تركته صرف الحج والزكاة بلا اداء ديون الناس فاذا دار الامر بين اخراج ذمته عن حقوق الناس او الله مع العلم بان تقدم حق الله مستلزم لذهاب اموال الناس فلا يجوز قطعاً ولو كان النص على خلافه كما يمكن ان يكون كذلك فى الحج لكنه معارض مع قواعد الشرع وروايات اخر ومثل لا يحل مال امرء الا بطيب نفسه فلو لم 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 وجوداً وعدم الامع نوع ترديد ومدرك القائلين بالانتقال استحالة بقاء الملك بلا مالك لان الميت لا يملك شيئاً بعد الموت وارتفع يده عن ماله فلو لم ينتقل الى الوارث لزم كون المال بلا مالك ومدرك القائلين بعدم ظاهر الاخبار و الاية المقيدة بكونه بعد وصية يوصى بها او دين فمع

الدين لا ينتقل الى الورثة فاجابوا عن كون المال بلا مالك بان التركة باقية على ملك الميت حكما حتى يظهر امر التركة والغرماء و ظاهر البعض لا يكون التركة داخلة بعد الموت 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 ، والنذكرة . وقضاء المختلف ، وحجر الايضاح ، و وصاياه ، و حواشى الشهيد ، وقضاء المسالك و موارثه ، وموارث كشف اللثام ، فاختاروا الاول ، بل ربما استظهر من بعضهم أنه المشهور .

ومن النذكرة الاجماع عليه، حيث قال الحق عندنا أن التركة تنتقل الى الوارث لمعلومية عدم بقاء المال بلا مالك ، كمعلومية عدم كونه فى المقام للغرماء للاجماع بقسميه و غيره ، بل والميت ضرورة كون الملك صفة وجودية لانقوم بالمعدوم كالمملوكية ولذا لم يدخل فى ملكه جديداً اذ لافرق بين الابتداء والاستدامة و قضاء الدين من دينه ، 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 التركة الى الورثة لزم كون الملك بلا مالك لانقطاع الملك عن الميت فلا بد وان ينتقل الى الورثة حتى لا يلزم كونها بلا مالك اقول يرد على هؤلاء القوم اولاً ظهور صحيح عباد بن صهيب أو موثقته عن أبى عبدالله عليه السلام «فى رجل فرط فى اخراج زكاته فى حياته ، فلما حضره الوفاة حسب جميع ما فرط فيه مما يلزمه من الزكاة ، ثم أوصى به أن يخرج ذلك فيدفع ألى من يجب له قال : جائز يخرج ذلك من جميع المال ، إنما هو بمنزلة دين لو كان عليه ، ليس للورثة شىء حتى يؤدوا ما أوصى به من الزكاة » وصحيح سليمان بن خالد عنه عليه السلام

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

والقول بعدم جواز تصرف الورثة على هذا القول لا ينتج شيئا لانه فيما كان لهم مال فمنعوا عن التصرف فيه كالراهن حيث يكون له عين مرهونة ولا يجوز له التصرف فيها لكونها متعلقة لحق المرتهن والوارث ليس لهم شيء والتصرف فرع ثبوت شيء لهم وثالثا عدم جواز التصرف الا بعد رد حقوق الغرماء انما يصح لو بقي بعد شيء ومع عدمه يكون الحكم بذلك لغواً محضاً 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 شيء مع الاستيعاب .

فاذا لم تنتقل الى الورثة فاي مانع لعدم الانتقال الى الغرماء فان قلت لولم ينتقل لزم كون المال بلا مالك قلت بمجرد الموت ينتقل ماله اليهم فينتقل عن ذمة الميت الى صاحبيهم فان الفرض ينحل الديون المؤجلة وكل يريد صاحبه فلا يكون المال بلا مالك فان قلت الاجماع على عدم انتقال المال الى الغرماء قلت مضافا الى معارضة الاجماع على الثبوت والعدم وعدم حججته مع كون الكتاب والسنة على خلافه انه لا وجه لذلك بعد الامر بعدم الدخول في ملك الورثة فلان مناص الاعن الانتقال الى الغرماء واشد اشكالا ما عن ابن ادريس من عدم الدخول لافي ملك الورثة ولا الغرماء بل تكون معلقة على انقضاء الدين مع انه لو استحال الملك بلا مالك لاستحال مطلقا ولو في زمان قليل وعدم

الانتقال الى الورثة مذهب المصنف في كتاب الميراث رزقنا الله الوصول والبلوغ
اليه فقال هناك ما لفظه :

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 .

وفي المسالك بعده قال انما لم 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 شىء يورث وان لم يستوعب فالفاضل عنه
ينتقل الى الوارث عملاً 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 لا ينتقل الى ملكهم اجماعاً ولا الى غير الوارث فتعين
انتقالها الى الوارث انتهى .

وقد ظهر مافيه مما بيناه وهو اختيار الجواهر ايضا .

واورد على صحيح عباد هو وغيره بما لا يرضى صاحب الدين بمثل عدم سوقه
ليبان نفى ارث الورثة وانه لا معنى لارادة نفى الملك بعد الاجماع على النفي فقال ما هو
لفظه وما ذكرنا يظهر لك النظر في الاستدلال بصحيح عباد المعلوم عدم سوقه لبيان ذلك ،
وأنه لا معنى لارادة نفى الملك منه بعد الاجماع المزبور ، وتخصيصه بمقابل الوصية
والدين مناف لظاهره ، اذ لا يرجع لفظ حتى فيه الى معنى محصل ، ضرورة أنه يكون
معناه ليس لهم ذلك حتى يؤدّوه وحمله على خصوص التأدية من غير التركة كما ترى
فلا بد من حمله حينئذ على جواز التصرف أو استقرار الملك أو غير ذلك ، و كذا
صحيح سليمان .

و يرد عليه اولاً فساد قوله عدم سوقه لبيان ذلك وثانياً نفى ارادته الملك مع
الدين للاجماع مع انه صرح بنفى الارث مع الدين والوصية اربع مرات متصلة في

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

وبهذه المناسبة عبر الابن بقوله حتى يؤديه اذ التركة فى ايديهم فهى بمنزلة الامانة التى يجب ردها الى صاحبه واغرب من الجميع قوله فلا بد من حمله على جواز التصرف او استقرار الملك فهل يكون معنى قوله ليس للورثة شىء هو ليس لهم التصرف او ليس لهم استقرار الملك مالم يؤديوا اموال الغرماء وبعده يكون لهم ملك المستقر مع ان الكلام فى صورة استيعاب الديون للتركة فلا يبقى للورثة مال بعد ذلك كى يكون مستقرا لهم فانه لا معنى له فى الدين المستوعب اذ ليس له زمان لاستقرار الملك حيث لم يبق شىء لهم بعد الاداء وهو محل النزاع لا غير المستوعب الذى يكون للورثة بعد اداء حقوق الغرماء .

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

وفى مفتاح الكرامة عند قول المصنف [ولو رهن الوارث التركة وهناك دين فلا قرب 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 وغير مستوعب وهي من المشكلات التي تعم بها البلوى وقد اضطربت فيها الفتوى حتى من الفقيه الواحد في الكتاب الواحد بل في الباب الواحد كما ستمتع (وتنقيح البحث) ان يقال الى ان قال واختلفوا في 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 الجاني فيصح للورثة له التصرف ويحتم عليهم اداء الدين المساوي لها او كتعلق الدين بالرهن فلا ينفذ تصرفهم الامع الاجازة من الغرماء او يكون تعلقا مستقلا برأسه محتملا لنفوذ تصرف الورثة وعدمه .

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

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

اقول هذه العبارات متفقة على انه التركة لاننتقل الى الورثة ولاآيات الواقعة في سورة النساء متصلة قدصرحت بمثل من بعد وصية يوصى بها اودين اربع مرات فهل الانصاف اجاز ان يقول الانسان بعدم الانتقال الى الغرماء فلم لونتقل التركة الى صاحب الدين فلم صرح عز من قائل اربع مرات متصلا بذلك فهل الاجماع مقدم على الكتاب مع ان الاجماع متخالفة .

وبالجمله عدم انتقال التركة الى الورثة مستلزم للانتقال الى الغرماء والالزم كون الملك بلامالك والاجماع غير حجة في 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 في قوله من بعدوصية كلها باردة فمع انه لايرى قدحا وبأسافي كون التركة مع استغراق الدين للغرماء كان يقينيا قطعاً واذا فرض ان الدين محيط بالتركة معناه لامال للورثة فالقول بانها للورثة حينئذ عجيب ومع احاطة الدين بالتركة لامجال لتقدم الوصية ايضاً اذ الوصية انما تكون في مال الموصى ومع عدمه كانت الوصية باطله اذهي 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 قد بعدنقل صحيح عباد بن صهيب او موثقه المتقدم واثبات كونه صحيحاً بل على فرض كونه موثقة كانت حجة قالوهي ظاهرة او صريحة في 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 الثلاثة 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 في شبكته كما هو خيرة وصايا الروضة و مال اليه الفخر في ميراث الايضاح ونسبه الى بعض ولعله اراد المحقق في باب القصاص فيهما اذا شهد الوارث

على جرح الموروث قبل الاندمال و كانهم 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 اعصمته به عن
تعلق ملك غيره به وصرفه فى مصالحه وانى يملك الميت وبالموت نزول عنه الاملاك
وما ذكره فى وصايا جامع المقاصد من الاتفاق على أن المال لا يبقى بلا مالك
فعله يريد ما اتفق العلماء على نفيه من انه لا يبقى بلا مالك ولا من هو فى حكمه والا
فكيف يتم له ذلك والاكثرون من اقدماء على ان التركة لا يملكها الوارث اذا أحاط
بها الدين لكن كلامه فى الوصايا صريح فى أن المال لا بدله من مالك حقيقة فلا يجدى
هذا التأويل ثم انه معارض باجماع السرائر وقد سمعته وقد أطبقوا على أن من مات
ولا وارث له الا مملوك انه يشتري من التركة ويعتق ليرثها قدبقى المال فى هذه المدة
بلا مالك ومثله مال الوصى 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 من يوافق الخلاف كما عرفت (وأما) القول بأن التركة
فى الفرض المذكور للورثة .

ثم نقل اقوال الفائلين بان التركة للورثة الى آخر عبارتهم ولنا ان نقول ما
معنى لقولهم ان التركة بحكم مال الميت فان الظاهر منهم ان هذا اجل عدم بقاء الملك
بلا مالك .

ففيه اولا ان المال الاصلى بمجرد الموت قد خرج عن ماليتة 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 ما هو بحكمه ومجرد كونه بحكم ماله لا ينفذ فى عدم صيرورته

للورثة فهذا الاشكالان و اردان على اصحاب هذا القول بل لامانع فى صيرورته التركة الى الغرماء بمجرد موته اذ الفرض ان اموالهم عند الميت فلا يكون له شيئاً سوى اموال الغرماء غاية الامر لا يكون بصدد اعطاء اموالهم عمدا او عذرا .

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 نماءاته فانه حيث لا يملك حقيقة بعد الموت فيمكن كونه بحكم امواله واين ذلك ومال الغرماء الذى كان على ذمته واخره حتى مات عمدا او ضرورة او كانت مؤجلة .

وبالجملة القائلين بانتقال المال الى الوارث مدرتهم لزوم الملك بلامالك والقائلين بعدم الانتقال الى الغرماء هو الاجماع عليه واجابوا عن لزوم الملك بلامال بان المال فى حكم مال الميت والاخيرا عجب من غيره فان المال امر وجودى لا يتعلق 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 لا يكون و كونه بحكم ماله وجه ثالث لانفهم معناه لان الفرض ان الميت غير قابل للملكية سواء كان مالا حقيقة او بمنزلة مال مثلا النمآت الغير الحاصلة فعلا لا يكون 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 فى الحقيقة كان هو تعميما للمال والكلام فى قابلية المالك للملك وان الميت غير قابل له سواء كان نفس المال او ماهو بمنزلة فالميت بمنزلة الجماد .

فكما لا يصح الملكية والمماوكية للجماد فكذلك للميت سواء كان ملكا حقيقية او ما بحكم الملك فمع انه لا معنى له لادليل عليه نعم قديتهم ان الدليل عليه ما دل على ان الميت فى حكم المالك ويرد عليه بعد عدم تصوره بانه معارض بما دل على ان الميت بمجرد موته انقطع عنه ماله فلا شىء له الا ما جعل له الشارع كالثالث ان اوصى

به في زمن حياته والافلاشيء له بل جعل الثلث ايضا دليل على انه بمجرد الموت قد خرج يده عن جميع ما في تحت اختياره ثم لو سلم هذا الدليل كان الظاهر منه انه يحكم المالك لالمالك حقيقة ولعله مجاز باعتبار قبل الموت فكثيراً ما يقال ان هذا يحكم اذا كما يقال الشعير يحكم الحنطة او الفقاع يحكم الخمر ومعناه يحكمه في بعض الاثار لالجميع حتى فيما علم خلافه كما في الدين المستوعب .

والحاصل التعميم في الملك غير التعميم في المالك فان الثاني انما يتم فيما كان قابلاً للتعميم فلامعنى للحكم بانه في حكم مال الميت ولالاجماع بانه لم ينتقل الى الغرماء لعدم حجتيه بعد ثبوت النص على كونه لهم .

وكيف كان فالاقوى عندى كون التركة للغرماء ولايجوز للورثة التصرف فيها اصلاً وكذا لايجوز التصرف للغرماء لامكان التجاوز في حقوق كل واحد حتى يتعين بالحاكم الشرعى فكلاهما ممنوعان عن التصرف لكن في الورثة لعدم المالكية وفي الغرماء لعدم التعيين الا اذا كان عين ماله مشخصاً معلوماً فيجوز له اخذه بعد الموت كانت معاملته مع الميت مؤجلة او حالّة او نقداً 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 لا يتصور في الدين المستوعب فان المفروض على ذلك ايضا كان عليهم رد جميع التركة الى الغرماء فكونهم مالكا انما يكون بحسب الصورة واما القول بان لهم رد الديون من غير التركة وهو دليل على ان التركة ملكا لهم ففيه ما لا يخفى لجواز ان يؤدّ المديون مال الدائن سواء كان من نفس ماله او من غيره فهو لا يكون دليلاً على ملك الورثة ثم ان الكلام الى هنا في الدين المستوعب بخلاف غير المستوعب فانه ينتقل الى الورثة بمقدار لم يكن للغرماء غاية الامر ممنوعة عن التصرف حتى يؤدّ واحق الغرماء ويدل عليه ما عن ابي نصرانه سئل عن رجل يموت ويترك عيالا وعليه دين أينفق عليهم من ماله ؟ قال : ان استيقن أن التدي عليه يحيط بجميع المال فلا ينفق

عليهم وان لم يستيقن فلينفق عليهم من وسط المال .

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

نعم ورد فى خبر مرسل ظاهر فى احاطة الدين ومع ذلك امر عليه السلام بالانفاق على الاهل وهو ما عن ابن سماعه ، عن سليمان بن داود «أوبعض أصحابنا خ» ، عن على بن أبى حمزة ، عن أبى الحسن عليه السلام قال : قلت : ان رجلا من مواليك مات وترك ولداً صغيراً وترك شيئاً وعليه دين وليس يعلم به الغرماء ، فان قضاه بقى ولده وليس لهم شىء ، فقال أنفق على ولده وفى الوسائل ذكر الشيخ أن هذا غير معمول به لما تقدم انتهى ووجهه ان ظاهره عدم تأدية حقوق الغرماء رأساً ويمكن حمله على صورة الضرورة والانفاق ولو بعنوان القرض او دفع حقوقهم من اموال آخر لو كان لهم ذلك ثم انه الى هنا كان الكلام فى وصايا المريض اى المعلقة على الموت ومن هنا كان الكلام فى معاملاته المنجزة من التبرعات المحضه او نحوها وقد اشار اليه المصنف بقوله .
﴿وفى منعه من التبرعات المنجزة الزائدة عن الثلث خلاف بيننا﴾ فالعبارة صريحة فى وقوع الخلاف فى المنجزات المتبرعة بلا عوض وانه هل يكون مشروطاً بعدم الزيادة عن الثلث ايضا او يجوز ولو فى جميع امواله وفى الجواهر بعد العبارة مالفظة فخير الكلىنى ، والصدوق ، والشيخين ، والسيدى ، والقاضى ، وابنى ادریس والبراج ، وسعيد ، والابى ، والاردبلى ، والخراسانى ، والحراملى ، والطباطبائى وصاحب الرياض ، على ما حكى عن بعضهم عدم المنع ، وانها من الاصل كالصحيح ، بل عن كشف الرموز نسبتة الى الاكثر ، وفى الرياض أنه المشهور بين القدماء ظاهراً بل

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

لكن ﴿و﴾ مع ذلك كله قال ﴿الوجه المنع﴾ من التبرع بالزائد فلا ينفذ على الورثة الامع اجازتهم بحيث لو لم يجز الورثة التبرعات المنجزة لا يصح ماصدر عنهم ﴿عليه السلام﴾ في التنفيذ الا في الثلث .

وفي المسالك بعد قول المصنف قل احترز بالتبرعات عن المعارضات في مرض الموت كالبيع فانه يصح اذا وقع بضمن المثل ولو اشتمل على محاباة فهي من جملة التبرعات والمنجزة المعجلة في حال الحيوة كالهبة والعتق والمحابات في الثمن وتزويج المرثة نفسها بدون مهر المثل واجارة نفسه كك وفي وقوع هذه وشبهها من اصل المال او من الثلث قولان احدهما انها من اصل ذهب اليه جماعة من المتقدمين منهم المفيد والشيخ في احد قوليه وابن ادريس لانه مالك فكان تصدق في ملكه ماضياً كما لو تصرف صحيحاً وعليه شواهد من الاخبار الا ان في طريقها عماراً وسماعة وهما فاسدا الراى لكنهما ثقتان والثاني انها من الثلث ذهب اليه جماعة من المتقدمين منهم الصدوق والشيخ في احد قوليه واختاره عامة المتأخرين ومنهم المصنف ره وهو الاقوى للنصوص الكثيرة الدالة عليه بعضها بالمفهوم وبعضها بالمنطوق واستثنى منه مواضع يأتي انشاء الله انتهى .

قال في الخلاف : تصرف المريض فيما زاد على الثلث اذا لم يكن منجزا لا يصح بلاخلاف وان كان منجزاً مثل العتاق والهبة والمحاباة فلاصحابنا فيه روايتان احديهما انه يصح والاخرى لا يصح وبه قال الشافعى وجميع الفقهاء ولم يذكروا فيه خلافاً .

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

يعلم وان اخبار الثلث موافقة للعامة فقول المصنف غير تام .

وكيف كان فظاهر المصنف والجواهر كون المنجزات من الثلث والظاهر من المشهور وصاحب الحدائق خلاف ذلك قال في حداثته في كتاب الحجر ما هو لفظه المرض والمريض ممنوع من الوصية بما زاد على الثلث اجماعاً ، كما نقلوه ما لم يجز الورثة ، بمعنى أنه ممنوع من ايقاعها على جهة النفوذ بدون اجازتهم ، لا بمعنى انها يقع باطلا في حد ذاتها ، فهي صحيحة موقوفة على انه أجاز وصيته بجميع ماله ، ورده بأن الرواية قاصرة ، وحملت على من لا وارث له ، أو ما إذا أجاز الورثة .

اقول : قال العلامة في المختلف : المشهور عند علمائنا كافة أن الوصية تمضي من ثلث المال ، وتبطل في الزايد الامع الاجازة .

وقال علي بن بابويه : فان أوصى بالثلث فهو الغاية في الوصية ، فان أوصى له كله فهو أعلم وما فعله ، ويلزم الوصي انفاذ وصيته على ما أوصى .

واحتج على ذلك برواية عمار الساباطي عن الصادق عليه السلام «قال : الرجل أحق بماله مادام فيه الروح ، ان أوصى به كله فهو جائز له» .

والرواية ضعيفة ، والمطلوب مستبعد ، والاحاديث الصحيحة معارضة لهذه الرواية ، مع ان الشيخ تأولها على من لا وارث له ، أو على ما إذا أجاز الورثة الى آخر كلامه (زيد في مقامه) .

وما ذكره (قدس سره) من ان مستند الشيخ المذكور هو هذه الرواية تكلف منه كما هي قاعدته في تكلف الأدلة للاقوال التي ينقلها في هذا الكتاب ، وانما مستنده هو كتاب الفقه الرضوي ، ومنه أخذ العبارة ، بلفظها فأفتى في رسالته بها كما أوضحنا مثله في كتب العبادات في مواضع عديدة فانه عليه السلام قال في الكتاب المذكور «فان أوصى رجل بربع ماله فهو أحب الى من أن يوصى بالثلث فان أوصى بالثلث فهو الغاية في الوصية فان أوصى بماله كله فهو أعلم بما فعله ، ويلزم الوصي انفاذ وصيته على ما أوصى به» وهي كما ترى عين عبارة الشيخ المذكور ، ولكن الكتاب المذكور لما لم يصل

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

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

ولا يخفى انه قد ذكر كثيرًا 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 المذکور 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 لو هنه 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 نصوص الفتوى والمشهور كون المنجزات من الاصل معللًا 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 أو غير ثابت ، لانه قال كما فى المختلف :
«فان أوصى بالثلث فهو الغاية فى الوصية ، وان أوصى بماله كله فهو أعلم بما فعله ،
ويلزم الوصى انفاذ وصيته على ما أوصى» وهو عين المحكى عن فقه الرضا ، ولعله
بعد قوله هو الغاية غير صريح فى الخلاف ، ويكون قوله يلزم الى آخره كلاماً
مستأنفاً .

كما أن قوله - وان أوصى بماله - الى آخره محمول على ارادة الغاء وصيته
أو على ارادة حمل ذلك لو وقع منه على الوصية بما يخرج من أصل المال من دين
أو نذراً أو كفارة أو نحو ذلك ، حملاً لتصرفه على الوجه الصحيح ، اذ الكتاب والسنة
قد توافقا على وجوب انفاذ الوصية ، وعدم جواز تبديلها الامع الحيف ، وهو لا يثبت
بالاحتمال ، وهذا وان كنا لم نقل به ، الا انه به يخرج عن الخلاف عما نحن فيه ،
ضرورة رجوعه الى حمل اطلاق الوصية بجميع المال على الوجه الصحيح ، وهو
غير الوصية بالزائد على الثلث فيما لم يعلم عدم خروجه عن أصل المال من وجوه
البر أو العطفة أو نحو ذلك انتهى .

وفى الحدائق ايضا قال فى كتاب الوصايا ما هو لفظه اختلف الاصحاب (رضى
الله عنهم) فى منجزات 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 فما شتمل على تفويت المال بغير عوض ، كالهبة وما
بعدها ، والمحابة كالاولين ، ونحوهما ، هل يخرج من الاصل أو الثلث ؟ مع الاتفاق
على أنه لو برء ، من مرضه لزم ذلك ، وكان مخرجه من الاصل ، وانما الخلاف فيما
لومات فى مرضه ذلك ، فذهب الشيخان فى النهاية والمقنعة وابن البراج وابن ادریس
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 البحراني (قدس الله ارواحهم) انتهى .

قال السيد المرتضى في الانتصار في الهبة : ومما انفردت به الامامية ان من وهب شيئاً في مرضه الذي مات فيه اذا كان عاقلاً مميزاً تصح هبته ولا يكون من ثلثه ، بل يكون من صلب ماله .

وخالف باقي الفقهاء في ذلك ، وذهبوا الى أن الهبة في مرض الموت محسوبة من الثلث ، دليلنا الاجماع المتردد ، ولان تصرف العاقل في ماله جازي وماتعلق للورثة بماله وهو حي حق فهبته جائزة ، ولذلك صح بلاخلاف نفقة جميع ماله على نفسه في ما كل ومشرب .

فان قيل : أي فرق بين الهبة في المرض والوصية في المرض ، قلنا الهبة حكمها منجز في الحال وماتعلق في حال الحياة 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 في انه مما انفردت به الامامية ولا ينافي اختلافهم ايضا في الثلث لانه الاول في المتقدمين الذين قربوا بزمان الائمة والثاني في المتأخرين الذين بنائهم كثيرا على الاصطلاح الجديد في الروايات وتقسيمها باقسام اربعة الصحيح و الممدوح والموثق والضعيف فعليه ينسبون الروايات الواردة في المقام بالضعف وظنى ان ضرره بالدين لكثير ولازمه طرح اكثر الروايات الصادرة قطعاً عن الامام بما هو معيار الصحة والسقم عند القدماء .

فمنشأ الخلاف هو الروايات والمسألة مشكلة نصاً وفتوى لما عرفت وان كان مادل على الثلث على وفق العامة الذين كان الرشد في خلافهم وفي مفتاح الكرامة قد جعل قول الماتن خلاف المشهور بعد جمعه كثيراً من الاقوال بعده فقال بعد قوله .
[ويحجر على المريض في التبرعات كالهبة والوقف والصدقة والمحابة فلا

تمضى الامن ثلث تر كته وان كانت منجزة على رأى [ما هو لفظه مشهور كما فى المذهب 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 وصاياهم 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 حكاها 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 لا ريب ان المحقق ومن تأخر عنه مطبقون على ذلك الامن ستعرفه لكن المحقق والمصنف والشهيد فى موضوع من النافع والارشاد وغاية المراد وموضع من المسالك لم يرجحوا واحد من القولين وكذا الشيخ فى موضعين من المبسوط أحدهما 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 ما يأتى من ان المنجزات من الاصل و ليس كذلك لان هذا فى الوصية وبمثل ذلك قال فى الخلاف وصرح بانه فى الوصية (والقول) بأنها أى المنجزات من الاصل خيرة (الكافى والكلىنى -خ) والفقيه والمقنعة والانتصار والتهديب والاستبصار والنهاية والخلاف فى مواضع منه الهبة والشفعة والوصايا والمبسوط فى موضع منه والمذهب فيما اذا أعتق فى الحال والوسيلة والغنية فى موضعين منها والسرائر فى ثلاثة مواضع وجامع الشرائع فى باب الوقف وكشف الرموز ومجمع البرهان فى باب الحجر والكفاية والوافى والوسائل والهداية والرياض وهو المحكى عن الكلىنى والقاضى أيضا ولعل وجه حكايته عن ثقة الاسلام هو انه عقد باب صاحب

المال أحق بماله مادام حياً ثم ساق الاحاديث الدالة عليه خاصة ولم يذ كر شيئاً 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 ظاهراً بل لعله لاشبهة فيه جدا و فى موضع من السرائر انه الصحيح من المذهب التى تقتضيه الاصول و فى موضع آخر وهو باب الوصية قال انه الاظهر فى المذهب و عليه الفتوى وبه العمل لان للانسان التصرف فى ماله و نفقة جميعه فى مرض الموت بغير خلاف و فى (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 المنجز 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 عقده فى الوافى بابا و سرديفه احد عشر خبر الى ان قال بعد نقل الاخبار ما لفظه ايضا فلا تلفت 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 الاجماع 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 والعق والمحاباة مثلما لو فعلها فى مرضه مضافا الى اطلاق العامة على القول بأنها من الثلث كما فى الانتصار والمبسوط والسرائر وظاهر الغنية والتذكرة والرشد فى خلافهم فالأخبار 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 واخذش فيها ثم قال بعد كلام طويل (هذا) أقصى ما يمكن أن يقال في ترجيح القول الاول وأنت قد عرفت الحال في ذلك كله فليس هناك دليل يوجب على الفقيه المصير اليه بحيث يخصص أصول المذهب و قواعد الشريعة واستمرار السيرة مضافا الى اعتضاها بالاخبار الصحيحة الصريحة المخالفة لجميع العامة الغير القابلة للتأويل انتهى .

والانصاف ان الحكم بضعف اخبار الاصل والحكم بانها غير صحيحة عجيب من هؤلاء وله جرة على الله وصاحب الشريعة وقال شيخنا المرتضى في وصاياه ما لفظه الاقوى ان ما اصطلاح عليه الفقهاء وعبروا عنه بمنجزات المريض محسوب من الاصل الى ان قال خلافا للمحكي عن الاسكافي والصدوق والمبسوط في باب الوصية والغنية في باب العتق وكتب المتحقق والعلامة والشهيد والمحقق الثاني وفخر الإسلام والتنقيح بل عليه عامة المتأخرين كما قيل بل ظاهر الخلاف في باب العتق دعوى جماع الفرقه واخبارهم عليه وعن المحقق الثاني ان النصوص متواترة .

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

الكل نظراما الاصل فلوضوح فساده وامامافي المختلف من ان المقتضى لحصر الوصية النظر في حق الورثة فهو وان كان بما يستفاد من الاخبار الا ان التبع في احكام المسئلة وفي غيرها من احكام الفقه يوجب الجزم بكونها حكمة في الحكم لاعلة يدور معها الحكم وجوداً وعدمأ والالكان ما يتلفه المريض في مرضه محسوبا من الثلث .

واما ما ذكر من لزوم اختلال الحكمة المقتضية لحصر الوصية في الثلث فنظائره في 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 ما ذكر في محله من الحيل الشرعية لتحصيل ما يرا د اخذه من الربا وبالجملة فنعم الشيء الفرار من الحرام الى الحلال كماورد في اخبار الربا جوابا عن اعتراض بعض العامة على الامام عليه السلام الراجع الى ما ذكرهنا من لزوم اختلال حكمة تحريم الربا و اما ما دل من الاخبار على ان الانسان لا يستقل بالتصرف في ازيد من ثلثه في آخر عمره فالظاهر منها الوصية انتهى وفي بلغة الفقيه ما لفظه اذا تبين لك ذلك كله فلنرجع الى الاقوال في المسئلة وادلتها فنقول القول بنفوذه من الاصل هو المحكى عن المقنعة و اختاره الشيخ في النهاية والخلاف وهو صريح الانتصار والغنية وبنى حمزة والبراج وادريس وكشف الرموز والقمى ره في اجوبة مسائله وجدى في الرياض و ولده الخال في المناهل الى ان قال وها نتلو عليك جملة من عباراتهم تسهلا للوقوف عليها عند الحاجة . قال الشيخ في هبة النهاية و الهبة في حال المرض صحيحة اذا قبضها و ليس للورثة الرجوع فيها فان لم يقبضها ومات كان ما وهب راجعا الى الميراث وكك ما يتصدق به في حال حيوته والبيع في حال المرض صحيح كصحته في حال الصحة اذا كان المريض مالكا لرأيه وعقله وقال في ف في باب الهبة اذا وهب في مرضه المخوف شيئا واقبضه ثم مات فمن اصحابنا من قال لزمت الهبة في جميع الموهوب ولم يكن للورثة فيها شئ ومنهم من قال يلزم في الثلث ويبطل فيما زاد عليه وبه قال جميع الفقهاء دليلنا على الاول اخبار الطائفة المروية في هذا الباب والرجوع اليها هو الحجة في المسئلة

وفيه ايضاً في باب الوصية تصرف المريض فيما زاد على الثلث اذا لم يكن منجزاً لا يصح بلاخلاف وان كان منجزاً مثل العتاق والهبة والمحابات فلاصحابنا فيه روايتان احديهما انه يصح والاخر انه لا يصح وبه قال الشافعي وجميع الفقهاء ولم يذكروا فيه خلافاً لدليلاً على الاول الاخبار المروية من طرق اصحابنا ذكرناها في الكتاب الكبير وفيه ايضاً في باب الشفعة اذا باع في مرضه المخوف شقشاً وحابى فيه من وارث صح البيع ووجبت به الشفعة بالثمن الذي وقع عليه البيع وعند الفقهاء يبطل البيع لان المحابات هبة ووصية ولاوصية لو ارث ويبطل في قدر المحابات الى ان قال دليلاً ان هذا بيع صحيح فمن جعل فيه وصية فعليه الدلالة وقال في ثرفى باب الهبات اذا وهب في مرضه المخوف شيئاً واقبضه ثم مات فمن اصحابنا من قال تلزم الهبة في جميع الشئ الموهوب سواء كان الثلث او اكثر من الثلث وهو الصحيح من المذهب الذى يقتضيه الاصول .

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

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

والصحيح انه اذا ابرته من مهرها سقط جميعه وصح الابرء 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 في المرض وان كان منجزاً يخرج من

الثالث مثل العطاء بعد الموت والصحيح من المذهب ان العطاء المنجز في حال مرض الموت يخرج من اصل المال لامن الثالث لانه قد ابانها من ماله وتسلمها المعطى وخرجت من ملك المعطى لانه لاخلاف ان له ان ينفذ جميع ماله في حال مرضه فلو كان ما قاله بعض اصحابنا صحيحاً لما جاز ذلك ولما كان يصح منه النفقة بحال .

وقال السيد في الانتصار ومما انفردت به الامامية الى آخر عبارته المتقدمة آنفاً وقال في الغنية في باب الهبة والهبة في المرض المتصل بالموت محسوبة من اصل المال لامن الثالث بدليل الاجماع المشار اليه وقال ابن البراج في الوصية اذا جمع بين عطية منجزة وعطية مؤخره دفعة واحدة ولم يخرجها من الثالث كيف يفعل بهما الجواب اذا جمع بين ذلك ولم يخرجها من الثالث قدمت العطية المنجزة لانها سابقة ويلزمه في حق المعطى فيجب فيها ما ذكرناه من التقديم على المؤخره التي لم تلزم انتهى فتأمل وقال في الوسيلة في باب الوصية فان اوصى في حال الصحة او في المرض الغير المخوف او المشتبه ونجز كان من اصل المال انتهى وظاهره يعطى القول به من الثالث وان كان المحكى عنه على لسان غير واحد القول به من الاصل وفي كشف الرموز بعد ذكر ادلة القولين والاشبه ان جميع تصرفاته من الاصل لوجوه الى ان قال الرابع لفتوى اكثر الاصحاب .

وقال السبزواري في الكفاية واما التبرعات المحضة كالهبات والصدقات وما في حكمها كالبيع باقل من ثمن المثل والشراء بازيد منه في القدر الزائد مما اخذه من العوض فاختلف الاصحاب في حكمها فقبل انها تمضى من الثالث وقيل من الاصل وهو اقرب للاصل انتهى ما يريد من عبارته من نقل الاقوال ولقد انصف ايضا في قوله وبالجملة فالانصاف ان هذه الروايات وافية الظهور في الدلالة على النفوذ من الاصل سيما ما كان فيها مقابل للوصية النافذة من الثالث .

واما ما استدل به على النفوذ من الثالث فاخبار بعضها لظهور فيه على المدعى بل على خلافها اظهرو بعضها مع ضعف السند متضمن لما لا يلتزم به احد وبعضها لو

سلم ظهوره فمع معارضته لما هو اقوى منه دلالة لا تكافؤ ماتقدم من ادلة الاصل انتهى
ولقد اجاد ولايكاد ينقضى تعجيبى من الاعلام كيف رضوا بذلك وتطش نفوسهم
بطرح الروايات المصرحة بكون الاختيار للانسان فى التصرف فى امواله مادام الروح
فى بدنه أليس ذلك مطابقا لحكم العقل و هل يجوز طرح الروايات الصريحة فى
ذلك لاجل شبهات واهية مع امكان الجمع بحمل عدم الجواز من الاصل على الوصية
مضافا الى صراحة اكثرها فيها تدبر حتى تفهم

وكيف كان فما يدل على القول المشهور بين المتقدمين من كون المنجزات
من الاصل كثيرة جدا اطلاقا وخصوصا ومما يدل على الاصل باطلاقها خبر العجلى
عن ابى عبدالله عليه السلام قال لصاحب الوصية ان يرجع فيها ويحدث فى وصيته مادام حيا
[وما عن عبدالله بن سنان] عن ابى عبدالله ع قال قضى امير المؤمنين ع ان المدبر من
الثلث ان للرجل ان ينقض وصيته فيزيد فيها وينقص منها ما لم يمت .

وخبر العلل عن محمد عن ابى عبدالله ع قال المدبر من الثلث وقل للرجل ان
يرجع فى ثلثه ان كان اوصى فى صحة او مرض ونحوه ما زرارة عن ابى عبدالله ع
قال سألته عن المدبر أهو من الثلث قال نعم وللموصى ان يرجع فى وصيته فى صحة
كانت وصيته او مرض

وخبر عبد الرحمن بن سيابة عن ابى عبدالله عليه السلام قال اذا مرض الرجل فاوصى بوصية
عتق او تصدق فانه يرد ما اعتق و تصدق و يحدث فيها ما يشاء حتى يموت و كذلك
اصل الوصية [ومكاتبة العبيدى] قال كتبت الى على بن محمد عليه السلام رجل اوصى لك
جعلنى الله فداك بشيء معلوم من ماله و اوصى لاقرباه من قبل ابيه وامه ثم انه غير
الوصية فحرم من اعطاه واعطى من حرم أيجوز ذلك فكتب عليه السلام هو بالخيار فى جميع
ذلك الى ان ياتيه الموت .

وجه تاييد هذه الاخبار اطلاق قوله ويحدث ما يشاء لما انفق وبذل فى ماله مطلقا
فى مرضه فاطلاق هذه الطائفة عم ما اذا بذل ماله فى حال مرضه بل هو صريح قوله

ان يرجع في ثلثه فان الرجوع فيه بان يجعله اكثر من الثلث ولا يكون حينئذ الامنجزاً حيث ان الوصية قوامها بالثلث فيظهر منه ان الحيى يجوز له التصرف ماشاء .

ويدل على كونها من الاصل [صحيح محمد بن مسلم] «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل حضره الموت فأعتق غلامه وأوصى بوصية وكان أكثر من الثلث؟ قال : يمضى عتق الغلام ويكون النقصان في ما بقى» صريح السؤال كونه سؤالاً عن المنجز والمعلق والاول هو العتق فسل 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 « في رجل أوصى بأكثر من ثلثه ، وأعتق مملوكه في 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 الا فى وثيقة 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 فقولته تعالى «فان طبن لكم عن شىء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً» .

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

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

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

أبا عبد الله عليه السلام يقول : صاحب المال أحق بماله مادام فيه شيء من الروح ، يضعه حيث يشاء .

ومرسلة ابن ابي عمير في في عنه عليه السلام في رجل أوصى باكثر من الثلث واعتق مملوكه في مرضه فقال ان كان اكثر من الثلث رد الى الثلث وجاز العتق بارادة جوازه من الاصل لامن الثلث وهو واضح حيث صرح بعدم جواز خصوص الوصية اكثر من الثلث وبجواز العتق المنجز وما رواه في الكافي والتهذيب عن سماعة « قال : قلت لابي عبدالله عليه السلام الرجل يكون له الولد أيسعه أن يجعل ماله لقرابته ؟ قال : هو ماله يصنع به ما يشاء ، الى أن يأتيه الموت » .

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

وعن الكافي فانه رواه بطريق آخر الى أبي بصير عنه عليه السلام وزاد فيه « ان لصاحب المال أن يعمل بماله ماشاء مادام حياً ان شاء وهبه ، وان شاء تصدق به ، وان شاء تركه ، الى أن يأتيه الموت ، فان أوصى به فليس الا الثلث ، الا أن الفضل في أن لا يضع من يعوله ، ولا يضر بورثته » .

ومارواه في الكافي والتهذيب في الحسن بابراهيم بن هاشم أو الصحيح عن أبي شعيب המחاملي عن أبي عبدالله عليه السلام قال : الانسان أحق بماله ما دامت الروح في بدنه .

وعن ابراهيم بن أبي بكر السمال الازدي عن أخبره « عن أبي عبدالله عليه السلام قال : الميت أولى بماله مادام فيه الروح » .

وما رواه في الكافي والفقيه عن مرزم عن بعض أصحابنا « عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يعطى الشيء من ماله في مرضه ؟ فقال اذا أبان فيه فهو جائز ، وان أوصى به فهو من الثلث .

وفي الحدائق المراد بقوله « أبان فيه » أي ينزه وعزله وسلّمه الى من أعطاه إياه ولم يعلق إعطائه على موته انتهى .

ومارواه المشايخ الثلاثة رض عن عمّار الساباطى فى الموثق «عن أبى عبد الله عليه السلام قال : الميت أحق بماله مادام فيه الروح يبين به فان تعدى فليس له الا الثلث» وفى الحدائق هكذا فى الفقيه وبعض نسخ الكافى ، وفى التهذيب عوض «فان تعدى» فان قال بعدى ، وهو الانسب . بقوله يبين به ، وفى بعض نسخ الكافى هكذا «قال : قلت له : الميت أحق بماله فيه الروح وببين به ؟ قال : نعم ، فان أوصى به فليس له الا الثلث» وهذا هو المناسب انتهى .

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

وما رواه فى التهذيب فى الموثق عن عمار الساباطى «عن أبى عبد الله عليه السلام فى رجل يجعل بعض ماله لرجل فى مرضه قال اذا ابانه جاز وهذه هى الروايات الدالة على كون المنجزات من الاصل وقد نقلها فى الحدائق والجواهر وغيرهما واجمعاتهم عليه . مطابقة لقاعدة سلطنة الناس على اموالهم من غير ان يزاحمه شئى من العقل والشرع اما العقل فواضح من حيث ان الانسان مختار مسلط على امواله التى يحصلها على مشقة وزحمة وكديمين خصوصا اذا كان مقصوده التصرف فى الامور الاخرى وخصوصا فيما علم كون الوارث من اهل الفسق والجور .

واما الشرع فلا يزاحمه الا فى ما زاد عن الثلث ان كان بنحو الوصية والتعليق فلا ينافى ما زاد عنه بل الكل فيما كان منجزا فكما يجوز له ذلك فى غير المرض فكذلك فى حال المرض الذى يموت وما ورد فى الثلث محمول على التقية فان العامة كلا على كونها من الثلث والروايات الكثيرة صريحة فى الاصل فالترجيح لمادل على كون المنجزات من الاصل على فرض التكافؤ فضلا عن عدمها .

هذا كله ادلة العقول بان المنجزات من الاصل وفى مقابلها مادل على القول

الاخرى الثلث .

واظهرها رواية على بن عقبة عن هارون بن مسلم عن مسعدة بن صدقة « عن جعفر بن محمد عن أبيه عليه السلام أن رجلاً من الأنصار توفي وله صبية صغار . وله ستة من الرقيق فأعتقهم عند موته ، وليس له مال غيرهم ، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فأخبر فقال : ما صنعتم بصاحبكم ؟ قالوا : دفناه قال : لو علمت ما دفناه مع أهل الاسلام ، ترك ولده يتكفون الناس .

ولا يخفى ان ظاهره صحة كونه من الاصل والذم باعتبار احتياج ولده واهله فمنه رواية على بن عقبة « عن الصادق عليه السلام في رجل حضره الموت فأعتق مملوكاً له ليس له غيره ، فأبى الورثة أن يجيزوا ذلك كيف القضاء فيه ؟ قال : ما يعتق منه الاثله ، وسائر ذلك ، الورثة أحق بذلك ولهم ما بقى »

ولا يخفى ان مورده هو ايضاً احتياج الورثة ولا يبعد عدم الجواز في مثل هذه الصورة بل المقصود من الجواز هو لو خلى وطبعه مع قطع النظر عن طر والطواري والافربما يترتب عليه القتل ومفاسد اخر فلا يجوز وموثقة سماعة « قال : سألته عن عطية الوالد لولده ؟ فقال أما اذا كان صحيحاً فهو له يصنع به ماشاء فأما في مرض فلا يصلح » وهو لا يدل على ازيد من الكراهة وصحيفة الحلبي « قال : سئل أبو عبد الله عليه السلام عن المرأة تبرء زوجها من صداقها في مرضها ؟ قال : لا »

وموثقة سماعة قال : سألته عن الرجل يكون لامرأته عليه الصداق أو بعضه فتبرء منه في مرضها ؟ قال : لا ولكنها ان وهبت له جاز ما وهبت له من ثلثها وهو وما قبله يعارضهما ماتقدم من قوله تعالى فان تبين لكم عن شيء الخ فهما حينئذ مخالف للكتاب فلاحجة لهما حينئذ ورواية أبي ولاد « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون لامرأته عليه الدين فتبرء منه في مرضها ؟ قال : بل تهبه له فتجوز هبتها له ، ويحسب ذلك من ثلثها ان كانت تركت شيئاً » ويظهر ما فيه من الاية والجواب الجواب وصحيفة على بن يقطين « قال : سألت أبا الحسن عليه السلام مال الرجل من ماله عند موته ؟ قال : الثلث والثلث كثير وفيه انه ظاهر في الوصية وانه للانسان عند الموت في

الوصية اى مقدار قال الثلث ولا نظر فى صرف ماله منجز او لا يعارض 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 الروايات داقصور سندا او دلالة والافلاوجه لطرح امثال تلك الروايات مع اعتضاها بشهرة المتقدمين الذين كانوا اعرف بموارد الروايات وصدورها وتدوينها فى كتب الاصول وشهرتها بين اصحاب الائمة وكونها محل حاجة الجميع بحيث يقع عنها السئوال كثيرا ومن البعيد كون عمل الاعلام واصحاب الائمة فى مدة كثيرة على الجواز ثم بعد مضى مدة كثيرة صارت ممنوعة وهو فى غاية بعد .

وما ذكرنا ظهر الجواب عن صحيحة يعقوب بن شعيب «قال : سئلت ابا عبد الله عليه السلام عن الرجل يموت ماله من ماله ؟ قال : له ثلث ماله ، وللمرأة أيضا » فانه كسابقه وكذا رواية عبد الله بن سنان عن ابي عبد الله عليه السلام «قال : للرجل عند موته ثلث ماله ، وان لم يوص فليس على الورثة امضاءه » وقد اجابوا عنها بوجوه مضافا الى ما عرفت ولا يخفى ما فى اخبار الحجر فانها مخالفة للعامة اولا وللكتاب ثانيا مثل قوله فان طبن لكم الخ ومعارضة ما دل على عدم هبة الصداق فى المرض مع آية الطين ثالثا واحتمال التخصيص كما ترى وكون بعضها فى مقام الوصية رابعا وكون بعضها فى مورد لم يكن للورثة شيئا اصلا خامسا اذ فى مثل ذلك لا يجوز 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 الداهيين الى الاصل عن تلك الاخبار بما لا مزيد عليه مثل الحداثق والبلغة وغيرهم كما عرفت .

وفى الحداثق ايضا كلام فى كتاب الوصية يناسب ذكرها فى المقام قال بعد نقل الروايات المذكورة ما هو لفظه ترجيح اخبار القول الاول ظاهر من وجوه : أحدها - اعتضاها بظاهر القرآن بالتقريب الذى قدمنا ذكره ، وهو أحد المرجحات

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

وثانيها - أن أخبارنا مخالفة للعامّة ، وأخبار الخصم موافقة لهم ، كما نبه عليه كثير من أصحابنا من أن أكثر العامّة على القول بمضمون الاخبار الاخيرة ، ومن أخبارهم في هذه المسئلة ما نقله شيخنا في المسالك عن صحاحهم «من أن رجلا من الانصار أعتق ستة أعبد في مرضه لامل له غيرهم ، فاستدعاهم النبي صلى الله عليه واله وسلم وجزأهم ثلاثة أجزاء وأقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة ، قال (قدس سره) : وعلى هذه الرواية اقتصر ابن الجنيد في كتابه الاحمدى وهذه القاعدة أيضاً أحد القواعد المنصوصة عنهم (صلوات الله عليهم) في مقام الترجيح بين الاخبار في مقام الاختلاف الى ان قال وثالثها ان ما استدلنا به من الاخبار صريح الدلالة على المطلوب والمراد عار عن وصمة الطعن والايراد الى ان قال ورابعها - اعتضاد أخبارنا بالاجماع على صحة التصرف المدلول عليه بقوله عنه «الناس مسلطون على أموالهم» خرج منه ما خرج الى ان قال وخامسها - اتفاق القائلين من الطرفين على لزوم التصرف لوبرء 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 - ما تقدمت الاشارة اليه من عدم صلوح هذه الروايات لمعارضة ما ذكرناه من الاخبار ، لما فيها من الاجمال ، بل الاختلال في جملة منها ، والاعتلال الموجب لسقوطها عن درجة الاستدلال ، وها نحن نشير الى تلك الاخبار على التفصيل انتهى .

وقال ايضا في مقام الرد موثقة سماعة ما لفظه ومنها موثقة سماعة الاولى وفي معناها رواية جراح المدائني ، وأول ما فيها أنه لا قائل بهما على ظاهرهما ، لان ظاهرهما المنع من عطية الوالد لولده في المرض مطلقاً زاد على الثلث أملاً ، بل بلغ الثلث أو لم يبلغ ، والحمل على معناه أنه لا يصلح من الاصل ، بل يصلح من الثلث ، وان كان صحيحاً في حد ذاته ، الا أنه بعيد من سياق الخبرين ، اذ لا يعتبر في شيء

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

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

الثالث - احتمال حمل العطية في المرض على الوصية ، ولعله الاقرب للاعتبار ، ليحصل به الجمع بين الأخبار ، بمعنى أنه حينئذ لا يوصى له بما زاد على الثلث ، وأما في الصحة فان له أن يعطيه ماله جميعاً ، ويبيئه به ، والشيخ في التهذيبن حمل حديث سماعة المذكورة تارة على الكراهة ، لانه اضرار بسائر الورثة وإيحاش 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 ما مر من تحريم الاضرار ، والثاني ينافيه قوله مع اشتراط الجواز بالصحة ، بينه في حديث جراح ، بل سائر ما بعده من أخبار هذا الباب ، فان الابرء وهبة ما في الذمة لا يفتقران الى الابانة ، فالصواب أن تحمل هذه الاخبار على ظواهرها ، ويخص المنع من العطية في المرض بمورده أعنى الوارث ، وسره ما ذكر في التهذيبن من الإيحاش ، فان فعل حسبت من الثلث ، كما تدل عليه الاخبار الاخيرة ، انتهى .

أقول : فيه أولاً أن ما ذكره الشيخ من تأويل رواية سماعة بحمل المنع من عطية الولد في المرض على الكراهة جيد ، لا بأس به .

قوله «أنه ينافيه ما مر من تحريم الاضرار» اشارة الى ما قدمنا نقله عنه من جملة حديث مسعدة بن صدقة الدال على قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ ما دفعناه مع أهل الاسلام على تحريم العتق ، كذلك مردود ، بأن الظاهر انما هو حمله على تأكيد الكراهة . كما يشير اليه خبر سماعة الذي أشرنا اليه ثمة وقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ فيه «الأأن الفضل أن لا يضيع من يعوله ، ولا يضر بورثته» فان الخبر صريح في كراهية الاضرار ، دون التحريم الذي 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 لوجعله معلقا على الموت مختارا في ذلك اى في جعله منجزا او معلقا وقد عرفت ان المنع في بعض الموارد لجهاات اخر كجعل الالهل فى مضيقه الفقر والاحتياج او كون الميت مديونا فوهب عندموته الجميع مثلا .

ثم انك قد عرفت ذهاب صاحب الجواهر الى القول بكون المنجزات من الثلث وهو العمدة فى المقام فلا بد 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 حملة 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 لانقوله بعدمعارضته بالمتواترة فان الامر بالعكس وثانيا حملة على ما ذكره فهل يصح اختيار المال وكونه احق به مع الوقوف على اجازة الورثة وثالثا قوله حملة على ارادة الثلث من ماله وليت شعري 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 التكللى من حمل الكل على الثلث و اى عاقل يفهم من الكل الذى اضعاف الثلث هو الثلث ومما استدل هو به على كون المنجزات من الثلث هو صحيح عبد الرحمان بن الحجاج فلا بأس بنقله على طوله «قال : سألتى ابو عبد الله عليه السلام يختلف ابن أبى ليلى وابن شبرمة ؟ فقلت : بلغنى أنه مات مولى لعيسى بن موسى فترك عليه ديناً كثيراً أو ترك مماليك يحيط دينه بأثمانهم ، فأعتقهم عند الموت فسألها عيسى بن موسى عن ذلك ، فقال ابن شبرمة أرى أن تستسعيهم فى قيمتهم ، فتدفعها الى الغرماء فانه قدأعتقهم عندموته ، وقال ابن أبى ليلى : أرى أن أبيعهم وأدفع اثمانهم الى الغرماء ، فانه ليس له أن يعتقهم عندموته ، وعليه دين يحيط بهم

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

فقال أبو عبد الله 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 أيهما من قبلكم ؟ فقلت : مع ابن شبرمة ، ورجع ابن أبى ليلى الى رأى ابن شبرمة بعد ذلك فقال : أما والله ان الحق لفى الذى قال ابن ابى ليلى ، وان كان قدرجع عنه ، فقلت له : هذا ينكسر عندهم فى القياس ، فقال : هات قايسى قلت : أنا أقايسك فقال : لتقولن بأشد ماتدخل فيه من القياس ، فقلت له : رجل ترك عبداً لم يترك مالا غيره ، وقيمة العبد ستمائة درهم ، ودينه خمسمائة درهم ، فأعتقه عند الموت كيف يصنع ؟ قال : يباع العبد فيأخذ الغرماء خمس مائة درهم ويأخذ الورثة مائة درهم ، فقلت : أليس قدبقى من قيمة العبد مائة درهم عن دينه ؟ فقال : بلى قلت : أليس للرجل ثلثه يصنع به ماشاء قال : بلى ، قلت : أليس قد أوصى للعبد بالثلث من المائة حين أعتقه ؟ قال : ان العبد لارضية له ، انما ماله لمواليه ، فقلت له : فان كان قيمة العبد ستمائة درهم ، ودينه أربع مائة درهم فقال : كذلك يباع العبد ، فيأخذ الغرماء أربع مائة درهم ويأخذ الورثة مأتين ولا يكون للعبد شيء .

قلت : فان قيمة العبد ستمائة درهم ودينه ثلاثمائة درهم ، فضحك عليه السلام فقال : من هنا اتى أصحابك جعلوا الاشياء شيئاً واحداً ، ولم يعلموا السنة اذا استوى مال الغرماء ومال الورثة ، أو كان مال الورثة أكثر من مال الغرماء ، لم يتم الرجل على وصيته ، واجيزت وصيته على وجهها ، فالان يوقف هذا فيكون نصفه للغرماء ، ويكون ثلثه للورثة ويكون له السدس .

ولا يخفى ان هنا بحثان الاول ما يكون بين ابن شبرمة و ابن ابى ليلى والثانى بين الامام عليه السلام وبين السائل اما الاول فالظاهر عدم كون نزاعهما مرتبطا بالمقام بل يرجع

نزاعهما الى بطلان العتق وعدمه مع الدين المستغرق فان محل البحث عتق المماليك مع عدم الديون فانه في مثل هذه الديون للرجل اعتق عبیده بحيث لا يبقى للغرماء شيى فضلا عن الورثة فقال ابن شبرمة ارى ان تستسيحهم فى قيمتهم وهو ظاهر فى صحة العتق غايته حيث كانوا للغرماء فعليهم ان تستسيحهم فى فكك رقابهم وابن ابي 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 او العتق وان وقع عند الموت لكنه لانظر اليه بل النظر هو الى عدم العتق عند الموت مع الدين بل لو صح العتق لما معنى للسعى فى فكك رقابهم فان الفرض حينئذ صار واحرا ولم يشترط السعى عليهم .
والحاصل لا يظهر من ذلك كون نزاعهم الى الاصل او الثلث والا كان على ابن شبرمة هو الحكم باستسعاء ما زاد عن الثلث وفى مقابله قال ابن ابي ليلى ابيع ما زاد عن الثلث فانه ممنوع على الفرض لانه ابيعهم كلا فالنزاع من حيث كون البيع او العتق من الاصل او الثلث غير موجود بينهما .

هذا مضافا الى انه مع الدين المستوعب لا معنى لكون المال خارجا من الاصل او الثلث 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 لا من 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 فلا يلحظ فى كل منهما من الثلث او الاصل شيى والامام عليه السلام قرر قول ابي ليلى بلحاظ عدم جواز العتق فى الدين المستوعب .

وبالجملة ظاهر نزاعهما انه مع الديون لا يعتق 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 ابي ليلى فظاهرة كان راجعا الى نزاعهما فى الوصية المتعلقة وهى محل اتفاق فى كونها من الثلث ولكن محل النزاع بين الامام

والسائل في ان الوصية انما تصح فيما اذا كان سهم الوارث مساومع الغرماء أو اكثر. ولذا صححها في ستة مائة 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 او لا يصح الا فيهما كان سهم اكثر وهو ايضا اجنبى عن محل النزاع فقسمة ^{الثلث} في ان الحق مع ابن ابى ليلى من حيث انه مع الدين المستغرق كان المال للغرماء لو خلى وطبعه مع قطع النظر عن طروا 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 منجزا 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 مالفته 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 ثلاثمائة وفى مثل هذا المورد لا يجوز كونه من الاصل وجوازه لاجل بعض الامورات لادليل 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 ماتى درهم لجميع الورثة ذكورهم واناثهم وازواجهم كما اعترف للديان فليس للوارث شىء حتى يصح لهم العتق .

واما ما فى موثق الحسن بن الجهم «سمعت ابا الحسن عليه السلام يقول فى رجل أعتق مملوكاً وقد حضره الموت واشهدله بذلك وقيمته ستمائة وعليه دين ثلاثمائة درهم ، ولم يترك شيئاً غيره قال : يعتق منه سدسه ، لانه انما له منه ثلاثمائة درهم ويقضى عنه ثلاثمائه درهم ، وله من الثلاثمائة درهم ثلثها ، وله السدس من الجميع» فهو اوضح واصرح من الصحيح .

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

وقد عرفت ان الخروج من الاصل فيما لم يلزم شىء آخر من الموانع والافمع موانع من ذلك كفقرا الورثة واحتياجهم لايجوز قطعاً وانما يكون من الاصل لوبقى لهم بمقدار لم يقعوا فى مضيقه وعسر بل يمكن بذلك الجمع بين الاخبار فما منها راجعا الى الثلث فهو فيما يقعون فى عسر وحرج وما كان راجعا الى الاصل فيما لم يقعوا فيه فالظاهر انه جمع متين .

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

ومن العجيب انه قد اتى بعبارات توجب ايجاب الرعب للفقير مع عدم صحته رأساً نظير الرعد والبرق الذين لا يكادان يكون معهما مطراً مثل قوله فقد بان لك بحمد الله وفضله أنه لا مجال للقول بالاصل وأنه لا ينبغي للفقير أن يعد والقول بالثلث ، واستبعاده بانه لو برء المريض من ذلك المرض صح من الاصل اجماعاً يدفعه

أنه لا مانع من التزام الكشف به ، حينئذ كالفضولى .

مع انه قد عرفت فساد فضلا عن انه لا مجال للقول بالاصل بل لعله عجيب من الفقيه ذلك اذ الامر بمكان من الوضوح من الروايات بحيث لا يحتاج 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 قد حدث فى زمن العلامة ره واما قوله واستبعاده الى قوله يدفعه انه الخ فالواضح ذلك ان الاستبعاد على قول القائلين بالثلث لا الاصل فان ارباب القول بالاصل يقولون انه لو وهب 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 المتهم صار مالكا كلا وان جوزوا كلا فهو على خلاف مذهبهم واما جوابه بقوله لا مانع من التزام الكشف به .

فيه اولا ما عرفت فى الفضولى من ان القول بالكشف مستلزم لتقدم المعلول على العلة وهو محال سواء كان كلا او باجزائه فضلا عن ان يكون ذلك قاعدة كلية جارية فى جميع الموارد وثانيا ما المراد به فى هذا المقام فان اريد بان براءه كاشف عن بطلان كون الهبة كلافيرجع الى الثلث فهو كما ترى وان اريد ان هبة كاشفة عن صحتها ثلثا فهو ابرد من الثلج .

وقد تلخص ان ما استدلل للقول بالثلث طوائف من الاخبار منها ما دل على انه ليس للانسان الاثلث ماله وقد عرفت انها جنبية 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 النبي ﷺ المستلزمة لنفوذ العتق من الاصل والى شيوع اطلاق اعتق على التدبير والوصية به فى الاخبار وكلمات الفقهاء تبعاً لها يجب حملها على ذلك لوجود القرينة الصارفة عن الظهور لو سلم فى بعضها كخبر ابي بصير الموصف فيه للوصية المعطوفة على

العتق بثم كلمة اخرى الصريحة فى كون الاولى وصية بالعتق لاعتق منجز وتقديمه للتقدم بالذکر مع كونه مدلولاً عليه بثم أيضاً مع ظهور البدئة بالعتق فى بعضها والجواز مطلقاً فى الاخر فى كون العتق منجزاً ينفذ من الاصل والا يقتضى بالاقدم فالاقدم والجواز مع وفاء الثالث به لامطلقاً انتهى .

ومثل قوله واغرب شىء حمل هذه النصوص الكثير على التقية التى مع عدم قابلية البعض لها يمكن القطع بعدمها فى مثل هذه النصوص التى رواها من البطانة ، بل لا يخفى على من مارس اخبارهم عليه السلام أن عادتهم الاشارة فى نصوص التقية اليها ، بذكر لفظ الناس ونحوه ، بل قد يقطع بعدمه فى خصوص المقام ، اذ لو كان الحكم مخالفاً للعادة عندنا لكان فى جملة من النصوص اشارة الى الانكار عليهم ، والى بيان بطلان ما هم 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 ، ما فى المسالك - فانه بعدما اورد منها صحيحى ابن يقطين ، وشعيب ، وأخبار ابن عقبة ، وأبى ولاد ، والحسن بن الجهم ، والخبر العامى دليلاً للثالث ، ناقش فيها بأنها لا دلالة 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 دلالة 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 ما يخالف المجمع عليه من صحة البراء 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 خبر الجميع ما ذكر تجد خلاف ما ذكره وقطع بورود المناقشة من الشهيد .

ومن جملة اقواله قوله وأظرف شيء ما وقع لفاضل الرياض في مقام ، حيث ذكر أنه في زمنه السابق قد صنف رسالة في المسألة قد اختار فيها الخروج من الثلث ، ثم اعتذر من ذلك بأنه قد كان في 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 في مقام الاعتذار عن مثل كتابة الثلث والالامعنى للاعتذار فحيث صدر ما فساده اظهر من مثله اعتذر عن ذلك واعترف باشتباهه .

ومما ذكرنا قبلا يعلم فساده وان ما يجعله اغرب كان اقربا الى المقام ثم قال وبالجملة من احاط خبراً بما ذكرناه 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 بما لا طائل تحته واكثرها كما رأيت وفي كثير منها فصل بين التنجيز والتعليق الظاهر في 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 فدفن 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 ، ولا يدري 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 للكلام الحكيم عن اللغوية لا بدوان يحمل على ما لا يرد اللغوية وهو عند جعل المال عند رجل من التجار رفع يده عنه واخرجه عن ملكه واصل ماله .

ومنها قوله قده في رد ابن ادريس القائل بكون المنجزات من الاصل حتى في صورة سقوط الديون فقال ولا ريب في ضعفه ، بل هو اجتهاد في مقابل النص ، وأصحابه الموافقون له في كون المنجزات من الاصل لا يوافقونه فيما اذا حرم التنجيز الدين ، بل يخصونه بالنسبة الى الورثة انتهى .

وانت خبير بان كونه من الاصل قوي بالظهور الاخبار بحيث يجعله مقدا على الديون ايضا وهو يؤيد المقام ولا يضر مبالغته في مزاحمة الديون غاية الامر نحس يقبل منه كون ظهور الاخبار في الاصل ولا نقبل منه مع مزاحمته الديون اذ مع الديون لامال له حتى يكون من الاصل .

وفي الحدائق بعد الايراد على اخبار الثلث قال ما لفظه وبالجملة ان لم يكن ما ذكرنا هو الاظهر ، فلا أقل لان يكون مساوياً في الاحتمال ، وبه يسقط الاستناد اليها في الاستدلال ، ويؤيد ما ذكرناه من الحمل على الوصية ، تكرر هذا المعنى في الاخبار ، ودلائها على أن غاية ما للميت الوصية به من ماله هو الثلث . وقد تقدمت ، ولعل وجه الحكمة في منع الشارع له من الزيادة على الثلث في الوصية التي يكون تنفيذها بعد الموت ، وتجويز التصرف له في حال مرضه في ماله مطلقاً ، وان يفعل ما يشاء ، 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 في الوصية على الثلث ، خوف الاضرار بالورثة ، والتعدي عليهم ، بل صرحت بكره الوصية بالثلث ، رعاية لهم هذا مع حفظه له ، وشحه به وحرصه عليه ، وهذه الحكمة ليست حاصلة ، في الحي ، وان كان مريضاً ، فان البرء ممكن ، والشح بالمال في الجملة حاصل فيكون كتصرف الصحيح في ماله ، لافي مال غيره ، وتوهم كون حال المريض في معرض أن يكون للورثة بخلاف الصحيح مطلقاً ممنوع ، فرب مريض عاش ، وصحيح

عجل به الموت ، كما هو المشاهد بالوجدان في غير زمان ولا مكان .
وبالجملة فان التصرف في 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 ولا تعلق له على الموت ، كان كتصرف الصحيح
فى ماله ، يفعل به ما يشاء الى ان قال :

وبما شرحناه يظهر لك أن أكثر هذه الاخبار غير ظاهرة الدلالة ، وماربما يظهر
منه ذلك فسيبيله الحمل على التقية التى هى الاصل فى اختلاف الاخبار ، وأما روايات
القول الاول الذى عليه المعول ، فهى جميعاً صريحة الدلالة ، واضحة المقام ، لا مجال
للطعن فى دلالتها بوجه من الوجوه ، نعم بناء على هذا الاصطلاح المحدث الذى قد
عرفت انه لأصل 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 ما قلنا 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 المنجزة التى
لا تستلزم تفويت المال على الورثة من غير عوض زيادة على الثلث من دون اذنتهم أو اجازتهم
قولان : وفى الادلة من الجانبين نظر ، اذ ما صح سنده غير دال وما هو 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 لا يرى العمل بهذا الاصطلاح المحدث ، وانما عمله على
الاصطلاح القديم فى الحكم بصحة جميع الاخبار ، فانه لا يرتاب ولا يشك فى صحة
ما اخترناه 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 في غاية الصحة وعكسه قوى وان كان في غاية الضعف .
ثم انه قد يظهر من الجواهر احتمال التفصيل بالتهمة وعدمها وانه معها فمن الثلث
ومع عدمها فمن الاصل قال مالفة :
ومنه ينقدح حينئذ احتمال التفصيل بالتهمة وعدمها في ساير المنجزات ، على

معنى أنه ان كان قداتهم بقصد الاضرار بالورثة بالتنجيز ، والقرار من الارث كان
ذلك من ثلثه والا فمن الاصل ، وبه حينئذ يجمع بين النصوص السابقة وربما كان في
ذيل صحيح عبدالرحمن الطويل ايماء في الجملة اليه ، لكن ظاهر الاصحاب خلاف
ذلك ، بل يمكن دعوى الاجماع على عدم وجود اعتبار التهمة وعدمها في المنجزات
ولعله لعدم اشعار النصوص السابقة على كثرتها بذلك انتهى قد عرفت عدم ايماء من
الصحيح المتقدم الى التهمة اصلا وان نزاع ابن شبرمة مع ابن ابي ليلى في صحة
العتق مع الدين المستغرق وعدمه لانه مع الدين يجب البيع ودفع ثمن العبيد الى
الديان فانه مع الديون لا يكون مالا للشخص كي يجوز له معاملات المحاباة التنجيزية
ولا يصغى الى القول بانه حينئذ ايضا كان المال للورثة .

وسياتى مسألة انتقال المال الى الوارث مع الديون وعدمه في محلها وبالجملة
انك قد عرفت بانه لا اشارة في النصوص الى التهمة فان المراد بالتهمة هو احتمال
الكذب فاذا ادعى بالتنجيز ويحتمل في حقه الكذب كان من الثلث والافلاى دليل
يظهر منه ذلك ولو سلم اشارة اليها كيف تقدم على اخبار كثيرة .

نعم ففي صحيح العلابيع السابري قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة
استودعت رجلا مالا فلما حضرها الموت قالت له : ان المال الذي دفعته اليك
لفلانة وماتت المرأة فأتى أولياؤها الرجل فقالوا : انه كان لصاحبتنا مال ولا نراه
الا عندك فاحلف لنا مالها قبلك شيء أفيحلف لهم ؟ فقال : ان كانت مأمونة عنده
فيحلف لهم ، وان كانت متهمة فلا يحلف ، ويضع الامر على ما كان ، فان مالها من
مالها ثلثه .

ولا يخفى ان المراد من التهمة اما تهمة المورث واما تهمة الوارث وظاهر الصحيح في قوله ان كانت مأمونة الخ هو الاول وظاهر الدعوى هو الثانى فان الاولياء فى مقام جلب المال المقر له 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 ما عنده للناس والقرض انها اقرب بذلك فح ان اريد بالتهمة هو كذب المتوفى فالصحيح ظاهر فى كذب الاولياء فانهم واردون لمورد التهمة حيث ارادوا اخذ ما يكون 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 اقرب 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 الا ان يدعى بان ظاهر الصحيح جعل المرأة متهمة وفيه اشكال وكلام فالمرأة تدعى كون الوديعة لفلانة واوليائها يدعى كون المال لهم ارثا لافلانة ولا بيعة للمرأة ولا لاوليائها حتى يحكم على طبقها واحتمال الكذب للمرأة ايضا محتمل حتى لا يكون المال للوارث لخصوصية فى خصوص المقام لا يجب كون هذا المال للورثة او كانت نظرها الى صيرورة ماودعته لفلانة ثوابا لفقرها ولذا حكم عليه السلام بانها ان كانت مأمونة عن التهمة والكذب فلا تحتاج 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 لافلانة وانما جعلته عند الرجل

بعنوان الودیعة لاحتمال ان يكون مانعا فعلا للارسال الى فلانة واودعته عنده بزعم انه في اول ازمته الامكان اعلمت بانها مال فلانة والامام عليه السلام حكم بانها للفلانة وان المرأة اخرجت منجزة للفلانة فعلى فرض عدم التهمة كان المال للفلانة ومع احتمال التهمة لم يكن للفلانة أى لم تخرجه المرأة 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 الودیعة 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 والالزم عدم الحكم بصحة الاقرار مطلقا لاقول مورد لم يكن احتمال التهمة في البين .

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

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

وعن أبى ولاد قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل مريض أقر عند الموت

لوارث بدين له عليه ، قال : يجوز ذلك ، قلت : فان أوصى لوارث بشيء ، قال : جازي وغير ذلك .

وكيف كان فان كان المقصود هو الجمع بين الاخبار بذلك بانه ان كان في مقام التهمة فمن الثلث والافمن الاصل وان كان في مقام ان جميع مآظاهرة كونه من الاصل كان في مقام التهمة فيحمل على الثلث كى لا يعمل على ما كان من الاصل رأسا فهو من الاعاجيب بل انسد بذلك باب استنباط الاحكام وما كان صريحا في الاصل يطرد بالضعف وما يمكن الوسوسة فيه يحمل على التهمة .

وهو كما ترى ولذا قال في مفتاح الكرامة ما لفظه : 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 قادمهم الى ذلك ضرورة الجمع بين الاخبار (قلت) ليس في أخبار هذه المسألة يدل على انه مع التهمة يكون من الثلث نعم في الصحيح عن امرأة الى ان ساق الصحيح وتكلم فيه الى ان قال لعدم تصريح فيه ولا ظهور في النفوذ من الثلث وبالجملة في الروايات المتواترة لا تصريح بالتهمة فلا يمكن جعل التهمة وعدمها قرينة لاستفادة الثلث من الاخبار المتواترة وقد اورد قده في مفتاح الكرامة على اخبار الثلث واجاد وقال في رد خبر ابى ولاد ما لفظه (ففيه) ان مضمونه لا يقول به أحد كما في المسالك لان البراء مما في الذمة صحيح بالاجماع كما في المسالك أيضا دون هبة والحكم في الخبر بالعكس حيث قال في الرجل يكون لامرأته عليه دين فتيروه منه فقال بل تهبه وأما ما استدلوا به من الاعتبار من أن العطية المؤخرة عن الموت لا تنفذ الا من الثلث فكذا المتقدمة مراعاة لجانب الورثة فهو مبني 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 لاختلفت حكمة حصر الوصية في الثلث لانه لولا ذلك لالتجأ كل من يريد الزيادة في الوصية على الثلث الى العطايا المنجزة فتختل الحكمة .

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

ونظيره في الحدائق كما عرفت .

المقام الثاني فيما وعدت بيانه قبلما يتعلق بجية الفقه الرضا مؤيدا بما يتلقاه بالقبول من جمع من الاكابر خصوصا السيد الشريف البحر العلوم وذكر في فوائده فائدة في حجيته وكذا ما مر قبل ذلك من صاحب الحدائق في كتاب الحجر من ان عبارات الصدوقين موافقة لعبارات فقه الرضا عليه السلام فهو يدل على حجية الكتاب .

وقال ايضا في كتاب الوصايا مالفظة : لا يخفى على من وقف على ما قدمناه في كتب العبادات في مواضع عديدة من أن الشيخ على بن بابويه (قدس سره) أكثر ما نذكره سيما من الفتوى الغربية انما هو مأخوذ من كتاب الفقه الرضوى ، وان كان على خلاف ما تكاثرت به الاخبار ، وهذا الموضوع من جملة ذلك ، فان عبارته المذكورة

عين عبارة الكتاب حيث قال عليه السلام في الكتاب المذكور «فان أوصى رجل بربع ماله فهو أحب الىّ من ان اوصى بالثلث ، فان أوصى بالثلث فهو الغاية في الوصية ، فان أوصى بماله كله فهو أعلم بما فعله ويلزم الوصى انفاذ وصيته على ما وصى به» ، انتهى وأنت خير - 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 واعتراضوا 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 ابي الحسن على بن موسى الرضا عليه وعلى آبائه وابنائهم افضل التحية والثناءهم جدا والحاجة اليه ماسسته في هذه الاعصار المتأخرة والسبب الاقوى في اشتهاره وانتشاره هو خالنا العلامة المجلسي فانه اورده في كتاب بحار الانوار ووزع 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 روج هذا الكتاب ونبه وفي اللوامع وهو شرحه الفارسي على الفقيه على مطابقتها لعبارات الصدوقين وفتاوى اكثر الاصحاب وبعدهما الفاضل الفقيه النبيه محمد بن الحسن الاصفهاني المعروف بالفاضل الهندي 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 شينافي الوسائل وعده من الكتب المجهولة المؤلفة في امل الامل .

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

والد الصدوق ولا ريب في فساد هذا الوهم فان المغايرة بينه وبين رسالة علي بن بابويه ظاهرة لامرية فيها وان وافقها في كثير من العبارات وكتاب 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 قد انتسب في اوله فق يقول عبدالله على بن موسى الرضا وقال في باب الاغسال ليلة تسعة عشر من شهر رمضان هي الليلة التي ضرب فيها جدنا امير المؤمنين وفي باب غسل الميت وتكفينه قال وقد روى ابي عن ابي عبدالله (ع) ان المؤمن اذا قبره ينادى ان اول حباتك الجنة وفي كتاب الزكوة روى عن ابي العالم (ع) .

في تقديم الزكوة وتأخيرها اربعة اشهر وستة اشهر وفي باب الريا والغيبة روى حديث اللؤلؤة ثم قال وقد امرني ابي فقلت هذا وقال في موضع آخر ومما نداوم به نحن معاشر اهل البيت .

وبالجملة الكتاب مشحون بما يبطل احتمال كونه لعلي بن بابويه او غيره من الفقهاء فهو اما للامام اوشىء موضوع عليه واحتمال الوضع فيه بعيد لما يلوح على هذا الكتاب من حقيقة الحق ورداء الصدق ولأن ما اشتمل عليه من الاصول والفروع و الأحلاق مطابق لمذاهب الامامية وما صح من الاثمة ولاداعي للوضع في مثل ذلك فان غرض الواصفين تزيف 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 امير حسين طاب ثراه بعد ما ورد اصفهان قال قد اتفق 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 لا يحضره الفقيه وما يذكره والده فى رسالته اليه وكثير من الاحكام التى ذكرها اصحابنا ولا يعلم 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 جئتمكم بهدية نفيسة وهى الفقه الرضوى .

قال لما كنت فى مكة المعظمة جائئى 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 جائئى 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 و ابيه و كل ما ذكره على بن بابويه فى رسالة الى ابنه فهو عبارته الانادر أو كل ما يذكره الصدوق فى هذا الكتاب بدون السند فهو ابضاً 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 . ولا يخفى بعدم الحجية 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 صاحب ارواح العالمين له الفداء معروف وامكن له السئوال عن ذلك عن حضرته (ع) بل يدل عليه ظاهر عبارات الكتاب من قوله وهذا من ابى او هذا يوم ضرب جدى امير المؤمنين (ع) .

بل رؤى خطه الشريف على الكتاب ومعه كيف لا يكون له عليه السلام اى داعى لجاعل جعل كتاب مشتمل على جميع اخبار الفقه وامر العبادات والمعاملات والاخلاقيات كلها مطابق للشريعة وموافق للروايات الشريفة الا اذا والكتاب الجعلى ليس الا ما كان على خلاف الدين بحيث كان مضرامع الكتاب والسنة وكيف يكون التصريح بقوله عليه السلام فى اول الكتاب بان هذا من عبدالله على بن موسى الرضا اى اسم بمثل ذلك فى جميع الاسماء وكان فيه من الشواهد القطعية بحيث تغلب على وجهه خفاءه واستبعاد. وذلك لانه قديقع كثيرا فى امورات الناس ما غاب عنهم شيئا فى سنين كثيرة من غير اطلاع لاحد فيها سواء كان من قبيل العلم والعقيدة فى مذهب او صنعة او كتاب وغير ذلك فرما دون كتاب واظهر عقائده لعدم اهل لاطهاره فاخفاه عن الناس وصار بحيث قد فر من اذهانهم ونسوا عن اصله كانه لم يكن شيئا مذكورا الى ماشاء الله والمقام من هذا القبيل .

ولكن الانصاف ان امره عجيب وانه كيف يقع كتاب فى الفقه من مثل من لا يكون 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 التي لم يصح العمل بها قطعاً وبالجملة ليس لنا طريق الى صحته
وصحة نسبه 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
والروايات اليه مع احتياج جميع الناس اليه بل على الامام الثاني عشر روى فداه
تذكره وبيانه للنواب الاربعة كى يخبرون الناس بذلك خصوصاً في مثل زمان غيبته
وعلمه عليه السلام بعدم تمكن المؤمنين من التشرف بحضوره مع احتياجهم كثيراً باحكامهم
بل كان رضائه بذلك هونشره والاستفادة منه وكل ما ذكرته يحصل به الغرض فلو كان
الكتاب ثابتاً له (ع) وتمكن الائمة الذين هم قادرون على ابلاغه ولم يفعلوا كان نقضاً للغرض
وعدم تبليغهم احكام الله مع فرض عدم المانع من ذلك .

وبالجملة عمدة ما يوجب التوقف وعدم الاعتماد بتحقيقه هو انه لو كان الفقه
من الامام كيف لم يطلع عليه احد في مدة قريبة الى تسعة مائة سنة مع ان في زمانه
عليه السلام كان الناس والروايات مشتاقة الى العلم بصدور شىء عن الامام عليه السلام .

وصاحب الحداث في 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 لا يكتمان عن الناس حيث انه اشد المعاصى من هذه الجهة
فكيف يمكن مع علمهما بذلك ان يكتما عن الناس ولم يشر مثل الصدوق في كتبه
التي صنفها خصوصاً مثل كتاب من لا يحضره الفقيه وعيون اخبار الرضا وكيف جمع
في هذا الكتاب ماورد عن الرضا عليه السلام ولم يشر فيه ولا فيما 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 في مدة حضورهم لان فيها احتمال الكذب وعدم
الصدور كثيراً بخلاف ما اذا علم بان هذا الكتاب للامام بخطه .

وصاحب الحدائق يتنبه الى العكس وان مصنف هذا الكتاب قد اخذ عبارات الصدوقين وادخلها في هذا الكتاب ومجرد القول بان تاريخ تدوينه مطابق الزمان الامام عليه السلام لا يوجب كونه منه عليه السلام لعدم العلم لنا بذلك من قول موثق شريف في ذلك واحتمال عبارات مثل جدى امير المؤمنين معارضة مع عبارات مثل روى فان هذا اللفظ يناسب من الراوى عن الامام لاعتن 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 وفي غير موضع منه روى عن العالم عليه السلام او سئل العالم (ع) اوسئلت العالم اوشكى رجل الى العالم او كنت عند العالم ورجل سأله وغير ذلك فهل يكون امثال تلك العبارات من الامام مع انه عليه السلام هو الحججة بنحو الاطلاق على وجه الارض فاذا سئله راو لامعنى لقوله .

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

وقد ورد في اخبار الامام الكاظم عليه السلام بمثل سئلته عن العالم وكيف كان فاسناد مثل هذا الكتاب اليه بحيث يقدم على الروايات كما هو كذلك لو علمنا بذلك لكان في غاية الاشكال ولذا قد ذكره الاعلام بعنوان التأييد بعد ثبوت الحكم بالدليل المعبر .

والحاصل عمدة الوجه في عدم الثبوت اما تعمد الصدوقين وامثالهما في مثل رمانهم وعدم داع لهما من ذكره ونشره عمدا فهو كما ترى ونعوذ بالله من ذلك الظن واما عدم ثبوته عندهما وامثالهما .

ومن العجيب ان احداً من معاصريه وبعده لم يدخل في بيان هذا الكتاب طرداً واثباتاً مع ان اللازم ولو بناء على عدم الثبوت هو التكلم فيه والبحث عنه بعد ذلك

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

ومما يؤيد عدم الثبوت منه إنبلا 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 الا في موارد التقية بل بطلانه اظهر من الشمس في رابعة النهار فان من له ادنى ذوق بالعربية ليعلم ان قوله تعالى وارجلكم كان بالجر عطفًا على الرأس وبعضهم مثل نافع وابن عامر والكسائي وحفص بالنصب عطفًا على محل برؤسكم اذ الجار والمجرور محله النصب بالمفعولية كقوله مررت بزيد وعمروا بالعطف على محل زيد فانه مفعول .

وقد قرء تنبت بالدهن وصبغا للكلين عطفًا على محل الدهن و قول الشاعر

فلسنا بالجبال ولا الحديد عطفًا للحديد على محل الجبل والباقون كلهم قد قرؤا بجر الارجل وهو اصح و اظهر 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 فضلا عن العالم بذلك فضلا عن الحكيم البليغ فضلا عن الله الجليل فامر المسح على الرجلين واضح لمن آمن بالله واليوم الاخر فمن ذهب الى الغسل لم يكن امامه مثل علي بن ابي طالب كى يرشده الى صراط مستقيم فصلى في مدة عمره بالغسل في الرجلين في وضوئه ويكون جميعها باطلة ولم يات في تمام عمره بصلاة صحيح ولا طواف صحيح لم اعرفت من انه على القرائتين كان اللازم هو المسح فمثل هذا الامر الواضح للكل كيف وقع جوازه في هذا الكتاب كما باتى عبارته افلا يظن من ذلك ان المدون له خارج عن مذهبنا فضلا عن كونه عن امام يكون حجة على من فوق الارض ومن تحت الثرى وعمدة ما يوجب الوثوق به لبعض الاعلام مثل السيد البحر العلوم .

وقال المحدث النورى في المستدرك المنشأ لاثباته اصرار رجل فاضل محدث

يقال له القاضي امير حسين وجاء به من مكة الى اصبهان في عصر المجلسيين ولقاهما بالقبول الا ترى ان زمانه عليه السلام كان سنة ٢٠٢ تقريباً وزمان المجلسي المتوفى في سنة ١١١١ تقريباً والفاصلة بينهما كان تقريباً تسعمائة 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 ادر كوا عصره عليه السلام او كانوا قريبا بعصره عليه السلام فكيف يصح ان لا يتوجهوا اليه مع نهاية جدتهم وجهدهم في فهم ما هو ادون من ذلك بمراتب ومراحل فضلا عن مثله فنحن نرجو ان الله ان يوضح لنا سبل الوصول الى احكامه ومعارفه وكيف كان فهذا غير قابل للقبول مع عدم ذكر من الاعلام والروايات 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 لا خلاف معتدبه في أنه ﴿لا يثبت حجر المفلس الابحكم 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 ﴿في السفه بظهور سفه فيه تردد﴾ .

وفي الجواهر وخلاف ﴿والوجه﴾ عند المصنف ﴿أنه لا يثبت، وكذا لا يزول
الابحكمه﴾ وفقاً للفاضل ومحكى المبسوط وشرح الارشاد للفخر وظاهر الغنية ، قيل
وكانه مال اليه في غاية المراد ، بل عن تعليق الارشاد للكركي المشهور توقف الحجر
على حكم الحاكم فيقوى حينئذ توقف ازالته عليه انتهى .

قد عرفت ان اطلاق الادلة مما يمنع اشتراط اذن الحاكم ابتداء وانتهاء بل الامر
يتعلق بالاولياء في المحجورين كالصغير والسفيه والمجنون وانه اذا تحقق مال لهؤلاء
كان الاولياء مأمورين بحفظ اموالهم وعدم الاعطاء بهم واذا ارتفع كانوا مأمورين
بالدفع عليهم ولولا ذلك للزم العسر والحرج لعدم التمكن من التشرف اليه في جميع
الاقوات وعدم وجوده في مكان المحجورين بل الاصل ينفي الاشتراط .

قال في الحدائق هل يثبت الحجر على السفه بمجرد ظهور السفه ، أم يتوقف
على حكم الحاكم ؟ وهل يزول بزوال سفهه ، أم يتوقف على حكم الحاكم ؟ أقوال :
ووجه علل التوقف على حكم الحاكم في الموضوعين ، أن الحجر حكم شرعي لا يثبت
ولا يزول الا بدليل شرعي ، وأن السفه أمر خفي ، والانظار فيه يختلف ، فناسب كونه
منوطاً بنظر الحاكم .

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

يحتاج الى دليل ، والاية الاخرى تساق لرفعه كما مر .

وهذا القول مختار شيخنا الشهيد الثاني في المسالك والروضة للتعليل المذكور هنا ، وهو الأقرب ، لان المفهوم من الدليل آية ورواية أن الحجر وعدمه داير مدار تحقق السفه وعدمه ، وسيأتيك الروايات في المقام انشاء الله تعالى ، ولادلة في شيء منها على حكم الحاكم لافي الحجر ولا في زواله .

وظاهر الشهيد في شرح الارشاد المناقشة في دلالة الاية الاولى حيث قال : ولقائل أن يقول : ايناس الرشد شرط في زوال الحجر عن الصبي ابتداء فلا يلزم كونه شرطاً في السفه بعد زوال الحجر عنه .

وظنى أن هذه المناقشة ليست في محلها ، فانه وان كان الامر كما ذكره من أن مورد الاية انما هو الحجر على الصبي ابتداء ، لكن من المعلوم الظاهر عند التأمل بالفكر الصائب أن التعليق على الرشد هنا انما هو من حيث كونه في حد ذاته مناطاً لصحة التصرف حيثما كان ، لامن حيث خصوصية الصبي ، حتى يتم قوله فلا يلزم كونه شرطاً في السفه ، وعلى هذا بنى الاستدلال بالاية المذكورة انتهى .

ولا يخفى ان ما افاد صريح في عدم اعتبار قول الحاكم مطلقاً متصلاً كان السفه بالبلوغ او منفصلاً عنه وهو يناهى ماسيأتي منه .

قال في الجواهر ولكمك خبير أنه لا يجوز الخروج عن ظاهر الاية بمثل هذا المرسل الذي يمكن عدم منافاته للمعنى المراد من الاية ايضاً ، فلاريب حينئذ في استفادته المطلوب من ظاهر الاية ، ضرورة اطلاق النهي فيها من دون تعرض المحاكم ، بل قد يستفاد من مفهوم قوله تعالى ايضاً « فان آنتم منهم رشداً فادفعوا اليهم اموالهم » كاستفادة عدم توقف زواله على حكم الحاكم الى ان قال .

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

الى ما ذكرنا يرجع الاستدلال بأن العلة السفه كما يشعره 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 التي هي نحو آية الابتلاء الى ان قال :

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

ولا يخفى وضوح المسألة بحيث لا يحتاج الى مزيد بيان فان المقام مقام الحاجة الى العمل والتمكلم اذا كان في مقام البيان والحاجة لو كان لحكمه قيد للزم ذكره وبيانه للمخاطب والالزم الاغراء بالجهل فمن عدمه يستفاد عدم اشتراطه وحكى عن المحقق الاردبيلي (قدس سره) في شرح الارشاد بعد قول المصنف و ثبت حجر السفيه بحكم الحاكم لا بمجرد سفهه على اشكال ما لفظه : المراد ثبوت حجر السفيه بالمعنى المتقدم بعد أن صار رشيداً وزال حجره ، ثم صار سفيهاً بحيث لو كان قبله كان ممنوعاً ومحجوراً ، هكذا ينبغي التقييد ، فالظاهر أنه لانزاع في 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 سيأتي ، فنأمل .

ف قيل : المشهور توقفه على حكم الحاكم وحجره ، وهو مذهب المصنف في التذكرة ، للاصل «وتسلط الناس على أموالهم» عقلاً ونقلاً وشمول أدلة التصرفات تصرفه الذي فعله في 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 متصلاً بالصغر ، فانه لاخلاف هنا بانه يحكم بالحجر عليه بمجرد السفه ، ولا يتوقف 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 دائماً ، 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 السفه بقول مطلق ، كما عنواننا به المسألة ، وهو أعم من أن يكون متصلاً بالصغر أو منفصلاً ، غاية الامر أنهم لم يبحثوا عنه فى حال الصغر متى كان متصلاً ، 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 الا فى 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 مشروطاً 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 وعرفاً وهو الذى لا يكون له عقل سليم صح له حفظ امواله وعدم صرفه الى ما لا يلىق 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 فسى مقابل الصغير و المجنون وانهما محجوران فالكبير الفاسق العاقل بنظره وبنظر العرف لو شمله الروايات لكان اكثر اهل الزمان سفيهاً موضوعاً لهذه الاحكام وهو مما يقطع بعدم ارادته من الايات والاخبار وماورد في الاخبار بمثل ذلك كان المقصود ان مثل شارب الخمر لا ينبغي عده في العقلاء لانهم مثل السفية الذي في الايات والاخبار فان المراد ان العقل الذي يحفظ آخرته ليس معه كماورد ان العقل ما عبد به الرحمن واكتسب به الجنان لانه لا يفهم ولا يعقل اصلاً كما هو المراد به في المقام فان السفية الذي موضوع للاحكام هو مرتبة نازلة من الجنون والفرق بينه وبين شارب الخمر بيّن .

وكيف كان فالأخبار في تفسير الايات مختلفة فمن الصدوق : وقد روى عن الصادق عليه السلام أنه سئل عن قول الله عز وجل «فان أنستم 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 العياشى في (تفسيره) عن ابراهيم بن عبد الحميد قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن هذه الاية ؟ «ولا تؤتوا السفهاء أموالكم» قال : كل من شرب الخمر فهو سفية . وعن يونس بن يعقوب قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن قول الله : «ولا تؤتوا السفهاء أموالكم» قال : من لا تثق به .

وعن علي بن أبي حمزة ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألت عن قول الله عز وجل «ولا تؤتوا السفهاء أموالكم» قال : هم اليتامى لا تعطوهم أموالهم حتى تعرفوا منهم الرشد، قلت : فكيف يكون أموالهم أموالنا ؟ قال : اذا كنت أنت الوارث لهم . وفي رواية عبدالله بن سنان قال : لا تؤتوها شراب الخمر والنساء .

وعن عبدالله بن أسباط ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سمعته يقول ان نجدة الحرورى كتب الى ابن عباس يسأله عن اليتيم متى ينقضى يتمه ؟ فكتب اليه أما اليتيم فانقطاع يتمه أشده وهو لا حتم إلا أن لا يؤنس منه رشداً بعد ذلك فيكون سفيهاً أو ضعيفاً فليسند عليه

وعن يونس بن يعقوب قال : قلت لابي عبد الله 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 لا ينافى غير المال لصحة ارادة معانى كثيرة من الفاظ القرآن .

وفى الخلاف بعد قوله تعالى (ولا تؤتوا السفهاء اموالكم التى جعل الله لكم قياماً) قال مالفته : والمبذرسفيه فوجب ان لا يدفع اليه المال ، وروى تفسير هذه الاية عن ابن عباس ان لا يدفع 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 ولا يصح المنع الا بالحجر ، وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال اقبضوا على ايدى سفهائكم ولا يصح القبض الا بالحجر .

وروى عن النبى صلى الله عليه وآله انه قال ان الله كره لكم ثلاثاً قيل وماهى قال : كثرة السؤال واضاعة المال ، وما يكرهه الله تعالى لا يكون الا محرماً ويجب المنع منه ، وروى عروة بن الزبير ان عبد الله بن جعفر ابتاع بيعاً فأتى الزبير فقال له : انى قد ابتعت بيعاوان عليا يريدان يأتى عثمان ويستله الحجر على فقال الزبير انا شريكك فى البيع ثم أتى على عثمان فقال له : ان ابن جعفر ابتاع بيع كذا فاحجر عليه ، فقال الزبير : انا شريكه فى البيع فقال عثمان : كيف احجر على رجل شريكه الزبير ، ولم يقل عثمان ولا احد ان الحجر على العاقل لا يجوز .

وروى أبو بكر بن المنذر ان عثمان مر بسبخة فسأل عنها فقالوا لفلان اشتراها عبد الله بن جعفر بستين الفاً فقال مايسرنى انها لى بنعلى هذا ثم لقي علياً فقال له الا تأخذ على يد ابن اخيك اشترى سبخة بستين الفاً مايسرنى انها لى بنعلى وهذا يدل على ان الحجر جائز باجماع من الصحابة لان احداً منهم لم ينكره وانما دفعه الزبير بالمشاركة وامتنع عثمان لكون الزبير شريكاً فيه انتهى .

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

كما ترى وان اريد ما ذكرنا فالمقصود من حجر مثل شارب الخمر عدم عده في جملة العاقلين وهو لا ينافي عدم حجره من حيث المعاملات والالزم بطلان اكثر المعاملات ثم انه في الحدائق كلام لا بأس بذكره في المقام قال ما لفظه الا أن في المقام اشكالا قل 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 في ثبوت السفاهة في حقهم بصرف الاموال في غير حلها ، مثل شراء الخمر وآلات اللهو وصرف الاموال الى المغتئين ، وأصحاب اللهو واللعب كما شاهدناه في زماننا ، وصرف الاموال رياء وسمعة ونحو ذلك من المصارف المحرمة .

ومقتضى ذلك الحكم بسفاهتهم وعدم جواز معاملتهم ، والاصحاب والخيار على خلافه ، وأن غاية ما حكم به الاصحاب الكراهة ، تفاريا من طرح الاخبار الدالة على جواز ذلك ، وأيضا أن الاصحاب صرحوا بأن الرشد شرط في صحة المعاملات كما هو ظاهر الآية المتقدمة .

وحينئذ فلا بد من تحققه ، والعلم به في صحة المعاملة ، تحقيقا للشرطية ، وعلى هذا فمن دخل سوقا ليشتري متاعاً سيما اذا كان غريباً كيف له بمعرفة ذلك ، والعلم به أولاً لتصح معاملته ، مع أنه شرط اجماعاً ، ومقتضى الاصل العدم ، حتى يعلم ذلك انتهى وقد عرفت ما هو المراد من السفهه و سيأتي ايضا بعض الكلام في السفهه فانظر .

المسألة الثانية : اذا حجر عليه الحاكم فبايعه انسان بان باع انسان شيئاً من السفهه كان البيع باطلاً وفي الجواهر مع عدم اجازة الولي لامعها : لماعرفت سابقاً سواء كان بعين ماله أو مافى الذمة ، رضى البايع بالانتظار الى احتمال فك الحجر أولاً ، بلاخلاف أجده في شيء من ذلك ، بل عن الأردبيلي أنه يمكن تحريم أصل المعاملة معه ، ومجرد ايقاع صورة البيع والشراء معه، وان كان فيه منع

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

﴿ وان تلف ﴾ المبيع ﴿ و ﴾ قد ﴿ قبضة باذن صاحبه ﴾ اى صاحب المبيع ﴿ كان تالفا ﴾ من مال مالكة ﴿ وان فك حجره ﴾ بعد التلف وفى مفتاح الكرامة بعد قول المصنف [فان اشترى بعد الحجر فهو باطل] قال ما هذاالفظه هذا مما لاجد فيه مخالفا وهو وان لم يصرح به فى المبسوط لكنه قضية كلامه فى فروع المسئلة وفى (مجمع البرهان) لاشك فى بطلان البيع عالما كان أوجاهلا قال بل يمكن تحريم اصل المعاملة ومجرد ايقاع صورة البيع والشراء معه (قلت) من صحح الفضولى بالاجازة صححه باجازة الولى فالبطالان ليس على حقيقته وليس بأسوأ من بيع الغاصب فتأمل ويأتى كلام الشيخ وابن البراج حيث منعا من جواز بيع السفية باذن الولى ثم قال بعد قوله [ويسترد البائع سلعته ان وجدها] 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] كما فى المبسوط والتحرير والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك والكفاية وكذا الشرائع والارشاد لانهما لم يصرح فيهما بالجاهل لكن اطلاقهما يشملهما وفى الكفاية انه اشهر الخ .

تحقيق المقام ان يقال ان المراد بالسفيه كما عرفت 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 ما اخذت 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 تالفا ذهب من كيسه سواء كان عالما بحال السفية او جاهلا وكان اخذ السفية 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 شىء 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 فلا يصح رفع يده عن ماله ودفعه الى مجهول الحال ففى جميع الاحوال كان بمنزلة من القى ماله فى البحر او كمن اعرض عن ماله .
واما السفية فبعد عدم كونه مكلفا من حيث المعاملات ولذا قد امر بعدم دفع امواله اليه فلا يتوجه اليه شىء من ادلة الضمانات كما عرفت بل لا تكليف له بالنسبة الى العبادات ايضا لو لم يتوجه الا ذلك كمن هو قريب بالجنون فادلة الضمانات والاحكام الوضعية النابتة لحال السهو والنفلة كالتلف لمال الغير فى حال النوم ونحوه كلها يصح بالنسبة الى المكلف الذى يوجه الخطابات اليه لالسفيه فانلاف السفية بمنزلة اتلاف الحيوان فالتفاصيل الواقعة من الاصحاب من حيث العلم والجهل واختيار الضمان فى الثانى او كونه بالاذن وعدمه او ضمانه بعد رفع الحجج كلها فى غير محله والله العالم .

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

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

وفى الحدائق ما لفظه اذا ثبت الحجر على السفية 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 لا يلزم بعد الفك .

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

قيل : ووجهه أن البايع تصرف في معاملته قبل اختبار حاله، وعلمه بأن العوض المبذول منه ثابت أم لا، فهو مضيع لماله، ولا يخفى ما في هذا التعليل العليل من الضعف فانه لا قائل بتوقف صحة البيوع على اختبار البايع أو المشتري بكونه محجوراً عليه أم لا ، بل والاصل عدم ذلك انتهى ولا يخفى قوة ما عن المشهور .
وصحة وجهه خصوصاً في مثل مقام الشك في حال المشتري وكيف كان فالمسألة غير صافية .

ولو أذن الولي للسفيه في البيع ، قال الشيخ في المبسوط : لا يصح ، وتبعه ابن البراج ونقل العلامة القول بالصحة في المختلف عن بعض علمائنا وقال: انه الأقوى واحتج عليه بأن المقتضى للصحة وهو صدور البيع من أهله في محله موجود والمانع وهو السفه مفقود اذا التقدير الاذن، فامن من الانخداع ، فيثبت الحكم انتهى وهو جيد .
ولو أودعه شخص ودیعة فأتلفها ، فقيل : بانه لاضمان عليه ، واختاره المحقق في الشرايع ، وعلل ذلك بتفريط المودع باعطائه ، وقد نهى الله عن ذلك بقوله « ولا تؤتوا السفهاء أموالكم » فيكون بمنزلة من القى ماله في البحر وقيل : انه يضمن اذا أتلفها أو تلفت بتفريطه ، واختاره العلامة في التذكرة ، و شيخنا الشهيد الثاني في المسالك ، واحتج على ذلك بان المالك لم يسلطه على الاتلاف ، وانما امره بالحفظ فقد حصل منه الاتلاف بغير اختيار صاحبه ، كما لو غصب ، والحال أن السفه بالغ عاقل، والاصل عصمة مال الغير الاسبب ، مع أن وضع اليد حال الاتلاف غصب .
قالوا : وفي حكم الوديعة العارية ، وأيده المحقق الاردبيلي بعد ان استظهر

بعموم دليل الضمان، قال: وكونه سفيها وتسليم مالكة اياه لا يستلزم عدم الضمان لانه أهلية الضمان والحفظ، لانه بالغ عاقل، الا أنه تسامح في ماله وذلك غير قادح في أهليته فلا يستلزم كون المالك هو المضيع ولهذا يجوز تو كيله انتهى .

أقول: ويمكن تأييد القول الاول بأنه لا ريب في دلالة الآية المتقدمة على النهي عن اعطاء السفية الاموال، ومن الظاهر أن تحريم ذلك انما هو من حيث تطرق التلف اليها، وفواته من جهة السفه، ولو تم القول بالضمان المستلزم لعدم القوات لم يكن لهذا النهي وجه بالكلية، لانه لا فرق بين أن يرد به بعينه، أو عوضه من قيمة أو مثل، فلا يحصل هنا ضرر على المودع والمعير، فاي ثمرة لهذا التحريم الذي دلت عليه الآية انتهى . وتأمل في الكلمات وفي مفتاح الكرامة بعد قوله، ولو أتلف ما أودع قبل الحجر أو غصب بعده أو أتلف مال غيره مطلقا ضمن قال ما لفظه مفهوم قوله قبل الحجران ما أودعه بعد الحجر لا يضمنه بالاتلاف وهو الذي فهمه منه في المسالك فهنا حكمان .

(الاول) انه لو أتلف السفية بعد الحجر ما أودعه قبل الحجر ضمن اذ لا تسليط على الاتلاف هنا من المالك ولا تعريض للاتلاف لكونه حينئذ غير محجور عليه فيضمن لان اتلاف مال الغير سبب في الضمان و كانه مما لا خلاف فيه كما هو قضية كلامهم فيما استسمع (الثاني) اذا أتلف ما أودعه بعد الحجر لا يضمنه كما هو خيرة الشرائع والارشاد لان المودع فرط باعطائه وقد نهى الله سبحانه عن ذلك بقوله جل شأنه (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم) فيكون بمنزلة من ألقى ماله في البحر واختير في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان يضمن لان المالك لم يسلمه على الاتلاف وانما أمره بالحفظ فقد حصل منه الاتلاف بغير اختيار المالك كما لو غصب والحال ان السفية بالغ عاقل والاصل عصمة مال الغير ومن الامور المستبعدة تضمنينه الى آخر العبارة والثاني عبارة عن عبارة المحقق ره .

وحاصله جعل الوديعه في زمان كان سفيها فالمودع مع علمه بحال الوديعي

كانه اعرض عن ماله فلايشمله ادلة الضمان ولايجرى على اليدماخذت 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 فحجج أبو عبد الله عليه السلام وحجج معه ابنه اسماعيل فجعل يطوف بالبيت ويقول اللهم أجرلى واخلف على فلحقه أبو عبد الله عليه السلام فهمزه بيده من خلفه فقال له مه يا بنى فلا والله مالك على الله حجة ولا لك أن يأجرك ولا يخلف عليك وقد بلغك أنه يشرب الخمر فاثمنتته الى أن قال فان الله عزوجل فى كتابه قال (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم) فأى سفية أسفه من شارب الخمر ان شارب الخمر لا يزوج ولا يؤتمن على أمانته فمن ائتمنه على أمانته فاستهلكها لم يكن للذى ائتمنه على الله عزوجل أن يؤجره فان مضمونه يعطى انه غير مستحق لشيء بالكلية عقوبة ومؤاخذة له حيث خالف الله سبحانه وتعالى ولو كان المال مضمونا والحق ثابتا فى ذمة السفية 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 لواتلفه 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 السفية 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 يؤد ما اخذه فشراب الخمر سفيه كما فى اخبار الباب لكن لامن حيث عدم ضمان ما اخذه بل من حيث تقدم ذنياه 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 يتن ولاجل ذلك قد ظهر فساد البيع معه وعدم ضمانه لو تلف المبيع عنده وكيف كان فلا يكون المخبر 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 لا اشكال فى جوازه له انتهى وكيف كان ففى القسم الاول كان الحكم بالضمان فى محله فانه تلف بعد الحجر وحصول الرشد وما ودعه عنده كان فى حال حجره وسفاهته والفرض ان تلفه بعد خروجه عن الحجر .

نعم فما تقدم فى البيع من التفصيل بين العلم والجهل آت هنا وقد عرفت الضمان مطلقا جهل او علم وفى مفتاح الكرامة قال واما الوديعة والعارية اذ ادفعهما صاحبهما اليهما باختيارها فتلقتا بتفريطهما او اتلفاهما فالاقرب انه لا ضمان عليهما وفى (التذكرة والتحرير) ان تلقتا فلا ضمان عليهما وان اتلفاهما فالاقرب انه كذلك ولم يفرق فى تلفهما بين التفريط وعدمه والتفريط لا يكاد يقصر عن الاتلاف وفى (جامع المقاصد) ان ضمان الصبى المميز اذا باشر الاتلاف قوى وكذا اذا فرط لان التفريط لا يكاد يقصر عن الاتلاف اما غير 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 فلا يتعلق بالصبى والمجنون ووجوب الضمان فى الثانى بأن اتلاف مال الغير مع عدم الاذن فيه سبب فى الضمان والاسباب من باب خطاب الوضع لا يتوقف على التكليف .

(قلت) لكن لا ينافيه التعريف كما عرفت ولم نقف على دليل يدل عليه الا قوله
 ﷺ على اليد ما اخذت حتى تؤدي وهو خاص بالمكلف بل الاحتمال كاف وتمام
 الكلام في الوديعة الخ .

اقول قد عرفت ان كون السفية بمنزلة الحيوان وادلة الضمان مختصة بالمكلف
 المسألة ﷻ الثالثة ﷻ لا خلاف في أنه ﷻ لو فك حجره ﷻ بحصول الرشد
 ﷻ ثم عاد مبذراً ﷻ وقلنا بتحقق السفه به ﷻ حجر عليه ولو زال فك حجره ولو عاد عاد
 الحجر ﷻ عليه ﷻ وهكذا دائماً ﷻ ضرورة اقتضاء وجود العلة وجود المعلول كنفيتها من
 غير فرق بين القول بتوقف حجره على حكم الحاكم وعدمه كذا في الجواهر .

المسألة ﷻ الرابعة ﷻ قد أطلق الشيخ فيما حكى عنه هنا وكثير ممن تأخر عنه أن
 ﷻ الولاية في مال الطفل والمجنون للاب والجد للاب ﷻ وفي الجواهر بل هو معقد
 ما في المسالك ومحكى الكفاية من نفى الخلاف فيه ، بل هو معقد اجماع التذكرة
 ولاريب فيه في الجملة ، بل عن مجمع البرهان كان عليه اجماع الامة انتهى وقدم
 تمام الكلام فيهما في النكاح وغيره .

وعلى كل حال ﷻ فان لم يكونا فللوصى فان لم يكن فللحاكم ﷻ أى الثقة
 المأمون الجامع للشرائط بلا خلاف أجده في شيء من ذلك ، بل ولا اشكال ، فان
 لم يكن الحاكم فظاهر جملة من العبارات المعدة للاولياء ، عدم الولاية حينئذ
 لاحد ، بل هو صريح المحكى عن ابن ادريس ، وهو كذلك بالنسبة الى الام وغيرها
 من الاخوة والاعمام والاحوال وغيرها ، بلا خلاف أجده ، بل عن التذكرة الاجماع
 عليه في الام ، بل عن مجمع البرهان أنه اجماع الامة .

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

ولا يخفى انه لو لم يكن احد من الاولياء بحيث يؤدي الى تعطيل امر الصغار لزم

قيام اهل الثقة والعدول كما ذكره بل قديؤيد ذلك من الاخبار الواردة فى المقام .
 ففى صحيح ابن بزيع «قال: ان رجلا من أصحابنا مات ولم يوص فرفع أمره
 الى قاضى الكوفة فصير عبد الحميد ابن سالم القيم بماله ، وكان الرجل خلف ورثة
 صغاراً ومتاعاً وجوارى فباع عبد الحميد المتاع فلما أراد بيع 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
 أحد وخلف جوارى فيقيم القاضى رجلاً منالبيعهن أو قال: يقوم بذلك رجل منافى ضعف
 قلبه لانهن فروج فماترى فى ذلك ؟ فقال . اذا كان القيم مثلك ومثل عبد الحميد بن
 سالم فلا بأس :

وخبر سماعة ورفاعة سألته عن رجل مات وله بنون صغار وكبار من غير وصية
 وعقار كيف يصنعون الورثة بقسمة ذلك الميراث ؟ فقال : ان قام رجل ثقة فقا ستمهم
 ذلك فلا بأس » قيل : ومثله صحيح ابن رثاب والروايتان صريحتان فى جواز قيام العدل
 او الموثق فى امر الايتام والصغار من دون نظر سوء فى البين واما احتمال ان هذا الامر
 بامر المعصوم فيكون اذا خاصا كما ترى بل مورد السؤال بنحو العموم والجواب ايضا
 بنحو العموم عن مثل كون القيام بيد الثقة 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 ، وهو اختيار جملة من
 محققى متأخرى المتأخرين والظاهر من كلام الاصحاب أيضاً .

و أما الوصى فالمشهور بين الاصحاب اعتبار العدالة فيه ، و ظاهر 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 ما دل 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 ان ساقه وساق رواية الرفاعة المتقدمة : ثم نقل صحيحه 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 ان شاء ، وان لم يرفيهم بعض الذى يريد ، فانه يجعله الى رجل من أبى طالب يرضى به فان وجد آل ابى طالب قد ذهب كبراً وهم وذووا آرائهم فانه يجعله الى رجل يرضاه من بنى هاشم الخبر .

ولا يخفى ان ظاهر هذه الاخبار هو الوثيقة بحيث توجب الاطمينان بعمل شخص الوصى فالظاهر لا يراد اكثر من ذلك بل يجمع بين القول بالعدالة وعدمه فان المقصود من مشروطى العدالة هو عدم ذهاب اموال الصغار وهو حاصل بكون الشخص موثقاً أميناً فى حفظ مال الغير وملازمة بين عدمها وبين الوصايا كما مر الخيانة بل كان كثير من روايات الاحاديث كذلك كما فى الموثقات التى من الواقفية والقطعية فان عدم الاعتقاد بامامة الائمة الاثنى عشر من اكبر الكبائر عند الله 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 ايضاً فهو كما ترى و أما السفية والمفلس فالولاية فى مالهما للحاكم لا غير و وفى الجواهر بلا خلاف أجده فى الثانى ، وقد تقدم الكلام فيه سابقاً ، بل والاول اذا كان متجدداً بعد البلوغ ، عدا ما عن الكفاية ، والرياض من ارسال قول فيه بعود ولاية الاب والجد عليه ، ولم نتحققه لاحد ، كما لم نعرف له دليلاً صالحاً لقطع الاصل انتهى ظاهره فى المتجدد بعد البلوغ ايضاً محل الاشكال وان ولاية الاب والجد يعود وظاهر هذا القول عدم الاعتبار بقول الحاكم .

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

فاطلاق المصنف يشمل من تجدد سفهه بعد الرشد ومن بلغ سفهها وهو اشهر القولين في المسئلة ووجهه على ما اختاره سابقا من توقف الحجر بالسفه على حكم الحاكم ورفعته عليه ظاهر لكون النظر حينئذ اليه وقيل ان بلغ سفهها فالولاية للاب والجد ثم وصى احدهما ثم الحاكم كالصبي وان بلغ رشيداً ثم تجدد سفهه فامر به الى الحاكم دونهما وهو اوجود استصحابا بالحكم ولايتهما في الاول وارتفاعها في الثاني فيحتاج عودها الى دليل والحاكم ولي عام لا يحتاج الى دليل نعم يتخلف اذا قدم عليه غيره وقد انتهى هنا . انتهى واطلاق العبارة لتجدد السفه واضح .

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

وبالجملة على القول باشتراط قول الحاكم ايضاً صح في المنفصل لا المتصل بالبلوغ وانه هو ايضاً مشكل كما عرفت ما عن الكفاية والرياض من عود ولاية الاب والجد ويؤيده اطلاق الكتاب و السنة بالامر بدفع وعدمه عند رفع السفه وعدمه مطلقاً وبالجملة ان كان حصول السفه بعد البلوغ منفصلاً 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 في ولاية المال بيد الحاكم ولا يعود الى الاب بعد انقطاعه عنه لكن الاشكال على هذا القول ايضاً في اتصال البلوغ بالسفه حيث انه قبل البلوغ كان وليه الاب والجد واختيار ماله اليهما فهل يكون بعد البلوغ مع السفه كذلك استصحاباً او كان بيد الحاكم .

وقد اشكل على ذلك ارباب العقول بكون الامر بيد الحاكم في هذه الصورة واما لو قلنا بعدم اشتراط بقول الحاكم فلا اشكال اصلاً فانه في صورة اتصال السفه بالبلوغ واضح لبقاء حكم ولاية الاب والجد كذلك في حدوث السفه بعد البلوغ للاستصحاب

الحكم لانقطاعه بالبلوغ بل لاطلاق الكتاب والسنة بالاب او الجد بحفظ ماله دون الحاكم
قال في الحدائق ما لفظه لاختلاف في أن الولاية في مال الصغير والمجنون
المتصل جنونه بالبلوغ للاب والجد له وان علا ، وأما السفيه فإظهار شيخنا الشهيد
الثاني في المسالك ، ان المشهور ان 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 في
جملة من كتبه ، كالمختلف والتذكرة ، مع أنه قال في التذكرة : اذا بلغ الصبي لم
يدفع اليه ماله ، الا بعد العلم برشده ، ويستديم التصرف في ماله من كان متصرفاً فيه
قبل بلوغه ، أباً كان أو جداً أو وصياً أو حاكماً أو أمين حاكم ، فان عرف رشده انفق
الحجر عنه ، ودفع اليه المال ، و هل يكفي بالبلوغ والرشد في فك الحجر عنه ،
أم يقتصر الى حكم الحاكم وفك القاضي ؟ الاقرب الاول ، لقوله تعالى «فان آنستم»
ولزوال المقتضى للحجر كالمجنون ، ولانه لو توقف على ذلك ، لطلب الناس عند
بلوغهم فك الحجر عنهم من الحاكم ، ولكان عندهم من أهم الاشياء الى آخره .
وهو ظاهر في استمرار ولاية الاب والجد على من بلغ سفيهاً ، مع أن مذهبه
كما قدمنا نقله عنه ، توقف الحجر وزواله على حكم الحاكم ، وما ذاك الا من حيث
تخصيصهم القول بالتوقف على حكم الحاكم بصورة تجدد السفه بعد البلوغ ، وأنه
لانزاع في عدم توقف حجر السفيه على حكم الحاكم ، اذا كان السفه متصلاً بالبلوغ ،
و حينئذ فتفريع ولاية الحاكم في صورة اتصال السفه بالبلوغ على القول بتوقف
الحجر وزواله على حكم الحاكم كما ذكره لوجه له ، مع أن ظاهر الاية والأخبار
التي قدمناها انما هو استمرار ولاية الاب والجد الثابتة قبل البلوغ في صورة اتصال
السفه بالبلوغ ، كقوله في رواية هشام بن سالم « وان احتلم ولم يونس منه رشد
أو كان ضعيفاً ، أو سفيهاً فليمسك عنه وليه » وهو الظاهر من قوله سبحانه «فان آنستم
منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم» فان مفهومه أنه مع عدم ايناس الرشدا ان كان سفيهاً

أو مجنوناً لا يدفع اليه ، والخطاب للاولياء حال الصغر ، وهم الاب والجد و من
تفرع عليهما ، بغير خلاف الامع عدم الجميع .

وبذلك يظهر لك ضعف القول المذكور . وان كان هو المشهور انتهى وفي
الجواهر بعد اختياره الرجوع الى الحاكم قال مالفته وانما الكلام فيمن اتصل سفهه
ببلوغه ، فان ظاهر المصنف وغيره ممن اطلق كاطلاقه أن ولايته 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 في ماله اليه ، بل
ربما جعل ذلك دليلاً للمدعى الا اذ ذلك كله كما ترى ، ضرورة اقتضاء الاستصحاب
ثبوت ولايتهما التي هي المنساقه من آية الايناس المحكى تفسيرها عن الباقر عليه السلام
بالعقل واصلاح المال .

وعن الصادق عليه السلام بحفظ المال ، ومن خبر هشام بن سالم الى ان ساقه ثم قال
اذ لا ريب في ظهورهما في ارادة الولي قبل البلوغ ، سواء كان الاب أو الجد أو الحاكم
أو غيره ، فانه المخاطب بامساك المال وحفظه حتى يرشد انتهى ولقد اجاد في حكمه
بكون الولاية في المتصل بالبلوغ للاب والجد لكن الكلام في المنفصل ايضاً .

والظاهر عدم شمول قول القائلين باشتراط الحاكم ايضاً صورة اتصال السفه
بالبلوغ وان الحكم حينئذ للاب والجد لظاهر الايات والاخبار وان المتيقن من ثبوت
حكم الحاكم هو السفه المحاصل بعد البلوغ منفصلاً عنه .

وظاهر الحدائق ايضاً ان الدليل على ذلك قال فيها مالفته قال : في المفاتيح
وان طراً الوصفان بعد البلوغ والرشد ففي ثبوت ولايتهما قولان : وبذلك صرح في
الكفاية ايضاً .

أقول : والمسألة خالية من النص الظاهر ، الا أن الاقرب بالنظر الى ما ذكره
من التعليقات هو القول المشهور ، لانه بعد زوال الولاية بالبلوغ والرشد فرجوعها
يحتاج الى دليل .

وغاية ما يفهم من الايات والاحبار هو ثبوت الولاية على الصغير ، ومن اتصل جنونه أوسفهه بالصغر ، وأما من تجدد له بعد البلوغ فلا دليل عليه ، وولاية الحاكم ثابتة على الاطلاق ، والمراد به الامام (عليه السلام) أو نائبه الخاص ، أو العام وهو الفقيه الجامع للشرائط ، فيدخل هذا الفرد تحت ذلك انتهى ظاهره ثبوت حكم الحاكم منفصلا عن البلوغ ، واما المتصل بالبلوغ فادلة ولاية الاب والجد شاملة له فالظاهر ان 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 رشداً فان اطلاقه يعم حدوثه بعد البلوغ 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 ما لفظه قد عرفت فى صدر المسألة أن الولاية فى مال الصغير والمجنون المتصل جنونه بالبلوغ للاب والجد وان علا بلاخلاف ولا اشكال ، وانما الاشكال فيما لو تعارض عقد الاب والجد ، بأن أرقعاه دفعة ، فهل يقع باطلا لاستحالة الترجيح أو تقدم عقد الجد ، أو عقد الاب ؟ أوجه : والكلام فى ولاية المال ، أما النكاح فسيأتى الكلام فى باب انشاء الله 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 لآبيه ثم لجد لآبيه ، ثم لمن يليه من الاجداد على ترتيب الولاية الاقرب

فلاقرب الى الميت انتهى وقد مر ما يتعلق بالمقام في ج ٣٣ ص ١١٠ فراجع .
 المسألة ﴿ الخامسة ﴾ لاخلاف في أن السفية كالرشيد بالنسبة الى العبادات
 ﴿ اذا أحرم بحججه ﴾ وعمره ﴿ واجبة ﴾ ولو بالندرج قبل الحجر أو سببه ﴿ لم يمنع مما يحتاج
 اليه في الايتان بالفرض ﴾ وان زاد على نفقة الحضر ، لكن لا يمكن هو من الانفاق
 بل ينفق عليه وليه أو وكيله كما في الجواهر وقد عرفت قبلا ان السفية محجور من
 حيث المعاملات لا العبادات فعليه الايتان بالواجبات ان كان يفهم ذلك وانه تكليف
 واجب على كل مكلف من صوم او صلاة او حج فلا يمنع من صرف المال في الايتان
 بالواجب المالي كالحج .

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

ويمكن ان يقال ان منعه من صرف المال هو الصرف في الامور الغير الصادرة
 عن العقلاء لانى مثل الايتان بالحج ونحوه من بعض الصدقات التى لا يضر بحاله
 كما اذا كان غنياً لا يؤثر في حاله صرف مقدار من ماله في العبادات كما عن الاردبيلي
 ره ولعل ذلك قوى عندى نعم ان كانت الزائدة تضر بحاله لو عقل وخرج عن السفه
 فلا بد 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 ما يحتاج إليه ﴿ وفي الجواهر بل نفى الخلاف عنه بعض مشايخنا لكن قد يشكل بأن ما يكتسبه مال فيتعلق الحجر به أيضاً . وأجيب بأنه قبل الاكتساب لم يكن مالا وبعده صار محتاجاً الى زيادة النفقة على أن الاكتساب غير واجب على السفه ، وليس للولى قهره عليه ، فلا يلزم من صرف ما يحصل به اتلاف لشيء من المال الذى تعلق الحجر به انتهى .

﴿ و ﴾ كيف كان ﴿ لو لم يكن كذلك ﴾ بل احتاج فى السفر الى ما يزيد على نفقته فى الحضر من ماله المحجور عليه ﴿ حلله الولى ﴾ من الاحرام اى يجعله محلاً 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 .

ولا يخفى انه كما لا يكون للتحليل بالصوم دليل فكذلك على المنع فى مثل هذه بل تلك الزيادات من لوازم السفر ولازم منعه من السفر وهو كما ترى والمقصود من حفظ امواله عدم صرفه فيما يكون عند العرف تضييعاً 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 والحرَج ولا فرق فى ذلك بين حجة الاسلام أو حجاج النذر اذا كان لنذر سابقاً على الحجر لانه واجب ايضاً بل الكفارات متعلقة به قبل السفه .

قال فى الحدائق المفهوم من كلام جملة من الاصحاب ان السفه حكمه فى العبادات البدنية والمالية الواجبة حكم الرشيد فى وجوب الايتان بهما ، لأنه لا يمكن من صرف المال ، وعلى هذا فمتى كان الحج عليه واجبا فليس للولى منعه . بل يجب عليه المبادرة اليه ، وعلى الولى تولى الاتفاق عليه بنفسه أو وكيله ، سواء زادت نفقته سراً على نفقة الحضر أم لا ، ولا فرق فى ذلك بين حجة الاسلام أو حجاج النذر اذا كان النذر سابقاً على الحجر انتهى .

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

حالات السفية بالنسبة الى توجهه الى وجوب العبادات وعدمه فان السفية قريب بالمجنون وغالبا لا يتوجه الى وجوب العبادات والظاهر ان 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 بسل فى الوصية بالواجبات البدنية والمالية فلو كان تاركا لهما 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 ما لفظه : وأما لو أراد الحج ندباً فانهم اشترطوا فيه أن لا يزيد نفقته سفراً عن نفقته حضراً لعدم الضرر .

ولأعرف لهذا الشرط وجهاً اذا كان الولي هو أوكيله 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 الولي أو وكيله لذلك ، والمسألة المذكورة غير منصوصة كما اعترف به فى المسالك ، ليجب الوقوف فيها على ما ذكره ، والعجب انهم قالوا : كما تقدم نقله عنهم أنه يجوز للانسان أنه يتصدق بجميع امواله ، وينفقها فى الخيرات والطاعات ولا يكون ذلك سفها مع مافيه من الضرر العظيم ، ويمنعون هنا من زيادة نفقة السفر، لكون ذلك ضرراً .

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

عدم منعه من المندوب أيضاً ، كمثله مامر ، وان استلزم صرف المال زائداً على الحاضر على أن ما ذكره من عموم الحجر - على وجه يتناول منعه من فعل الطاعات ، والقربات المستحبة والنذرونحو ذلك في محل المنع ، فان غاية ما يفهم من الاخبار والايات التي تقدم ذكرها ، هو أنه لسفهه لا يمكن من المال خوفاً أن يصرفه في المصارف الغير الشرعية .

وحينئذ فلو أراد أن يتصدق بصدقة أو يبني مسجداً أو نحو ذلك ، على وجه لا يدفع المال اليه ، فما المانع منه ، حتى أنهم يحكمون بالحجر فيه وفي 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 اولى ، فان غاية ما يتمسكون به كونه سفياً ، ومجرد السفه من حيث هو لا يصلح للمنوع من ذلك كالفاسق .

نعم الذي يقتضيه السفه هو الحجر عليه في المال ، لئلا يصرفه في غير المصارف الشرعية من وجوه السفه ، والقرض هنا أنه انما صرف في المصارف الشرعية التي ليست بسفه على وجه لم يدفع اليه المال بنفسه .

وبالجملة فان دعوى عموم الحجر على وجه يتناول ما ذكرناه وأمثاله ممنوعة لأعرف عليها دليلاً ، انتهى فالظاهر عدم تمامية المنع من الزيادة في مثل سفر الحج واما مسألة التحليل بالصوم الذي مر عن الشهيد عدم الوقوف على نص فيه ففي الجواهر في مقام الوقوف عليه قال ما لفظه :

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

قلت : الظاهر من ارادة من أطلق التحليل بالصوم ما صرح 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 بقاءه محرماً الى زمان الفك كما صرح به بعضهم ، وقد يقال : انه يتعين حينئذ على الولي تحليله بالهدى اذا فرض نقصانه عن زيادة النفقة لانه صار ولو بالعارض مثلها ، بل لولا ظهور اتفاق من تعرض للحكم هنا على ذلك أمكن المناقشة فى أصل تحليل الولي له ، لانه بالاحرام صار الزايد كالنفقة ، انتهى ولا يخفى كون البدل لدم الاحصار فيما كان المنع ايضا للاحصار او الصد لا بلاجهة 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 والاشتركة فى الهدى مع الغير .

وقد عرفت فى ج ١٧ ص ٢٣ جوازها فى امثال المقامات كعدم الاضاحى أو عدم ثمنها أو عدم مصرفها بحيث يذوق بعد الذبح مع الاحتياج اليها فى سائر البلاد ولولم يمكن ذلك ايضا حلال بدون شىء لكنه لا يصل النوبة اليه بعد قوله **إِن يَبْلَا** فى جواز الاشتراك نعم عن سبعين .

المسألة **﴿السادسة﴾** لاختلاف بل ولا اشكال فى أن السفية **﴿اذا حلف﴾** مثلا على فعل شىء أو تركه مما لا يتعلق بماله المحجور عليه **﴿انعقدت يمينه﴾** ان اشعر بذلك فانه بالغ عاقل مكلف وانما هو ممنوع فى خصوص التصرف المالى **﴿و﴾** هذا ليس منه .

نعم **﴿لو حنث كفر 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 عند المصنف **﴿فيه تردد﴾** ولعله لوجوب الكفارة عليه وحينئذ والفرض أنه مالك فتخرج من ماله كغيرها من الواجبات .

المسألة ﴿السابعة﴾ لاخلاف ايضاً ولا اشكال في أنه ﴿لو وجب له القصاص جاز أن يعفو﴾ وفي الجواهر على غير مال فضلاً عنه بناء على انه الواجب في العمد لا أحد الامرين كما هو المعروف عندنا انتهى .

وفي المسالك بعد قوله لو وجب له القصاص قال هذا عندنا واضح لان موجب العمد القصاص خاصة وهو ليس بمال وانما يثبت المال بالصلح والتراضي بخلاف ما يوجب الدية لانه تصرف مالي فيمنع منه ونبه بذلك على خلاف بعض العامة حيث جعل الواجب في العمد احد الامرين القصاص او المال فلا يصح عفوهُ ولو طلب في العمد القصاص فله ذلك لانه موضوع للتشفي والانتقام وهو صالح له فاذا جاز له العفو عنه مطلقاً فعفوهُ عنه على مال اولي فحيث يثبت بصلحه لا يسلم اليه بل الى الولي انتهى . وتمام الكلام في محله .

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

المسألة ﴿الثامنة﴾ : يختبر الصبي قبل بلوغه ﴿كما صرح به جماعة بل لأجد فيه خلافاً كما في الجواهر .

وفي المسالك بعد قوله يختبر الصبي قال قد تقدم ان الرشد لا يتحقق الا باختياره بما يلايمه من التصرفات والاعمال وبين هنا ان محل هذا الاختبار قبل البلوغ لقوله تعالى وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم اموالهم ووجه دلالة الاية على ذلك من وجهين احدهما جعل متعلق الابتلاء اليتامى والمراد باليتيم لغة وشرعاً من لا اب له وهو دون البلوغ فالبالغ ليس بيتيم بطريق الحقيقة واطلاق اللفظ محمول على الحقيقة اذا لم يمنع منها مانع وهو منتف هنا والثاني قوله حتى اذا بلغوا النكاح جعل غاية اختبارهم البلوغ فدل على ان الاختبار قبله ولان تأخير الاختبار الى البلوغ يؤدي الى الاضرار به بسبب الحجر عليه ومنعه ماله مع جواز كونه بالغاً رشيداً انتهى .

و قد ظهر اكثر هذه الكلمات مفصلاً و انه اذا علم بحصول بلوغه انبساطاً او احتلاماً او سناً فقد حصل الاختبار اما بالنسبة الى السن فلا يحتاج معه الى الاختبار للعلم بالبلوغ بعد تمام خمس عشرة سنة و كذا الاحتلام فانه يكون بحيث يعلم ذلك منه من اولياته ولا يحتاج الى الاختبار و كيف كان فالامر سهل هذا ان كان الاختبار للعلم بالبلوغ و اما لو كان لاجل حصول رشد الصبي فهو اسهل .

﴿وهل يصح بيعه؟ الاشبه انه لا يصح﴾ وقد مر قبلاً عدم صحة مبايعه الغير معه وان بيعه من السفه باطل و يرجع البايع مبيعه لو كان والا فلا لعدم ضمان على السفه و اذا بطل بيعه منه بطل شرائه من الرشيد ايضاً فان البطلان من البايع و المشتري هذا .

الحمد لله رب العالمين وصلى الله على محمد وآله الطاهرين .

﴿كتاب الضمان﴾

اي ذلك كتاب الضمان

الضمان عندنا كما في المسالك و الجواهر و غيرها مشتق من الضمن لانه ينقل ما كان في ذمته من المال و يجعله في 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 و على الثاني لزم اسقاط النون في اكثر مشتقات الضمان وهو كما ترى مضافاً الى بطلان شغل ضمتين بمال واحد فلا يعقل كون الخمسين على ذمة زيد وهو بعينه على ذمة عمرو في 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 او نفس والثاني هو الكفالة والاول ان كان الضامن غير مديون بالمضمون عنه فهو الضامن بالمعنى الاخص وان كان مديوناً به فهو الحوالة .

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

فالحاصل هنا ثلاثة عقود : الاول الكفالة وهو التعهد باحضار النفس، الثاني الحوالة وهي احالة المديون دينه الى غيره ، الثالث الضمان وهو ضمان لمن لم يكن له على ذمته مال وهو المقصود بالبحث في الكلام فالضامن هو المتعهد لدفع المال الذي على ذمة المضمون عنه للمضمون له فالمال بعد الضمانة ينتقل الى ذمة الضامن .

﴿ و هو ﴾ بالمعنى الاعم الشامل له بالمعنى الاخص و الحوالة و الكفالة ولو على جهة المجاز ﴿ عقد شرع للتعهد بمال او نفس و التعهد بالمال قد يكون ممن عليه للمضمون عنه مال و قد لا يكون فهنا ثلاثة أقسام : القسم الاول : في ضمان المال ممن ليس عليه للمضمون عنه مال وهو المسمى بالضمان بقول مطلق ﴿ الذي هو المعنى الحقيقي المتبادر عند الاطلاق انتهى .

﴿ وفيه بحوث ثلاثة : الاول : في الضامن و لا بد أن يكون مكلفاً ﴿ لما مر غير مرة من سلب عبارة غيره في امثال المقام بل لا بد أن يكون مع ذلك ﴿ جائز التصرف ﴿ الشامل للمقام وحيثئذ ﴿ لا اشكال في أنه ﴿ لا يصح ضمان الصبي و لا المجنون ﴿ ولو مع اذن الولى .

﴿ و لو ضمن المملوك لم يصح الا باذن مولاه ﴿ وهو واضح ﴿ و ثبت ما ضمنه في ذمته لا في كسبه الا أن يشترطه في الضمان باذن مولاه ﴿ و في الجواهر بل هو خيرة الفاضل في جملة من كتبه و الشهيد في اللمعة ﴿ و كذا لو شرطه أن يكون الضمان من مال معين ﴿ او ما هو بمنزلته .

﴿ و لا يشترط علمه ﴿ أى الضامن ﴿ بـ ﴿ اسم ﴿ المضمون له ﴿ و نسبه ﴿ و لا المضمون عنه ﴿ كذلك كما في الخلاف و الغنية و التحرير و الارشاد و المختلف

و جامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية والمفاتيح والرياض على ما حكى عن بعضها بل نسبة بعضهم الى الاكثر بل فى محكى التذكرة لو ضمن الضامن عنم 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 و ابا 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 أبو سعيد الخدرى «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 ﷺ : هما على يا رسول الله وأنا لهما ضامن فقام رسول الله ﷺ فصلى عليه ثم أقبل على على فقال : جزاك الله عن الاسلام خيراً وفك رهانك كما فككت رهان أخيك » .

وروى جابر بن عبد الله «أن النبى ﷺ كان لا يصلى على رجل عليه دين فأتى بجنازة فقال : هل على صاحبكم دين؟ فقالوا : نعم ديناران، فقال صلوا على صاحبكم فقال أبو قتادة هما على يا رسول الله قال : فصلى عليه فلما فتح الله على رسوله قال أنا أولى بالمؤمنين من انفسهم فمن ترك مالا فلورثته ومن ترك ديناً فعلى » و ظاهرهما 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 وهو الغريم معلوم فى الجملة ولعله كان فى المشايخين له بل كانوا عارفين بالغريم بدليل أنه اذا سئلهم ﷺ عن الدين عليه قالوا نعم ففى

مثل ذلك واشتراط العلم معلوم بنفسه فلا دلالة للخبرين على عدم العلم فالعلم بحالهما لازم فالمقصود هو العلم بالمضمون له واما المضمون المديون فهو لا يمكن الجهل به غالباً ولا يحتاج الى أكثر عن العلم بحضوره ولو لم يعلم اسمه هذا ﴿و﴾ لذا ﴿قيل﴾ وفى الجواهر والقائل الشيخ فى المحكى عن مبسوطه وتبعه المقداد فى المحكى عن تنقيحه ﴿يشترط﴾ علمه بذلك لحصول المعاملة بين الضامن وبينه فافتقر الى معرفته للحاجة وللغرر والضرر بدون ذلك ولينظر هل يستحق ذلك عليه أولاً ولانه احسان ولا بد من معرفة محله و الا لجاز وضعه فى غير أهله فلا يستفيد الا محمداً اللثام 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 ينبغى ان يقال باشتراط علم المضمون له بالضامن دون العكس لامكان انكار الضامن بعد الضمانة بحيث يحتاج اثباته الى العلم بحاله .

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

أقول: وبذلك علم حجج هذه الاقوال المذكورة في المقام وهي عند التحقيق لاعتماد عليها في تأسيس الاحكام أما قوله لنا: ان المضمون عنه الى آخره ففيه أولاً 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 في الخلاف ، الا أن الظاهر أنهما من روايات العامة فانهم كثيراً ما يستسلمون رواياتهم ولا سيما الشيخ في الكتاب المذكور فلا تقوم بهما حجة ومع تسليم صحتها فهما بالدلالة على العدم - في كل من المضمون له وعنه - أقرب كما ذكره الشيخ في الخلاف حيث استدل بهما على ذلك بالتقريب الذي تقدم نقله عنه .

واما ما استدل به الشيخ في 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 في الكافي عن فضيل وعبيد عن ابي عبدالله عليه السلام «قال : لما حضر محمد بن أسامة الموت دخل عليه بنو هاشم فقال لهم : لقد عرفتم قرابتي ومنزلتي منكم وعلى دين فأجب أن تقضوه عنى ، فقال علي بن الحسين عليه السلام ثلث دينك علىّ ثم سكت وسكتوا ، فقال علي بن الحسين عليه السلام عليّ دينك كله ثم قال علي بن الحسين عليه السلام أما انه لم يمنعي أن أضمنه أولاً الاكراهة أن يقولوا : سبقنا » وهذا الخبر كما أنه يدل على عدم اشتراط معرفة المضمون له ، كذلك يدل على عدم اشتراط معرفة قدر الدين انتهى .

وفيه تأمل ﴿و﴾ لعله لهذا الخبر قال المصنف ان ﴿الاول اشبه﴾ لكنه غير تام وان ظهر من بعض الاخبار فهو في مورد وجود القرينة على عدم الاحتياج الى العلم لمعلوماته 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 المعلوماتية فعدم ذكر من العلم بحالهما لذلك ولكن مع قطع النظر عن القرائن و فيما لا يعلم الحال لا بد 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 فلا بد من العلم بحاله وانه يؤدى او ينكره بعد ذلك .

وبالجمله بعد الضمانه الضامن يصير مديوناً للمقرون له واللازم عرفا و عادة هو العلم بحال المديون واما هو فحيث كان اللازم هو رد الدين فلا فرق بحال علمه بالمقرون له وعدمه ولعل اللازم اشتراط العلم به ﴿ لكن لا بد أن يمتاز المضمون 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 لا يحصل الغرض التمام من الضمانه ﴿ و ﴾ كما يشترط العلم بالمضمون له فكذلك ﴿ يشترط رضا 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 فقد برعت ذمة الميت» وفي 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 لاشكال في 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 : المشهور عند الاصحاب اشتراط رضا المضمون له في صحة الضمان وعللوه بأن حقه يتحول من ذمة غريمه الى ذمة الضامن والناس يختلفون في 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 النبي صلى الله عليه وآله وسلم 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 لا يلزم 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 الثاني في صحة الضمان ولزومه من غير توقف على رضا المضمون له فان الثاني صريح في انه مع عدم الرضا فان الضمان لازم ثم قال ويدل على ذلك ايضاً ما رواه الشيخ في الصحيح عن جبيب الخنعمي الى أن قال بعد سوقه وهو كما ترى ايضاً ظاهر في صحة الضمان من غير اشتراط رضا المضمون له انتهى وهو كما ترى وعدم الاشتراط ظاهر الخلاف وهو بعيد في الغاية .

قال فيه ليس من شرط صحة الضمان رضاهما ايضاً وان قيل ان من شرطه رضا المضمون له كان اولى وقال الشافعي المضمون عنه لا يعتبر رضاه والمضمون له فيه قولان فقال ابو علي الطبري من شرطه رضاه مثل الثمن في المبيعات وقال ابن سريج

ليس ذلك من شرطه لان علياً عليه السلام و ابا قتادة لم يمثلا المضمون له .
 [دليلنا] ضمان علي عليه السلام و ابي قتادة فان النبي صلى الله عليه وسلم لم يسئل عن رضا المضمون له واما رضا المضمون عنه فكان غير ممكن لانه كان ميتاً يدل على انه لاعتبار برضاها ما
 و اذا اعتبرنا رضا المضمون له فلانه اثبات حق في الذمة فلا بد من اعتبار رضاه كسائر
 الحقوق و الاول اليق بالمذهب لان الثاني 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 رد الدين فكيف لا يكون مشروطا برضاء المضمون له فانه مساوق لتلف دينه وذهاب ماله .
 و كيف كان ففساده واضح وان كان قد يستدله ببعض الروايات مثل موثق « اسحاق
 بن عمار عن ابي عبدالله عليه السلام في الرجل يكون عليه دين فحضره الموت فيقول وليه :
 على دينك ؟ قال : يبرؤه ذلك وان لم يوفه وليه من بعده ، وقال : أرجو أن لا يأثم
 و انما ائمه على الذي يحسبه » ويرده انه في مقام صحة الضمانة وبراءة ذمة المديون
 حينئذ فليس له اطلاق من جميع الجهات حتى يحتاج الى تقييده برضا المقرون له
 فلا ينافي في رضاه مضافا الى ما في الجواهر من كونه مخالفة للاجماع ، باعتبار اشتماله
 على الابراء من دون اذنه ، و انما ضمن رضاهم ، وهو ليس من الضمان المصطلح
 و تأويله بالضمان من دون رضاهم ليس بأولى من ضمانه برضاهم ، ولكن لا يئنه له على
 ذلك ، فكان في الحكم الظاهر لهم مطالبته مع انكارهم لذلك انتهى .

واستدلوا بعدم رضا المقرون له ايضا بموثق الحسن بن الجهم « سألت ابا الحسن
عليه السلام عن رجل مات وله عليّ دين و خلف ولداً رجلاً و نساء و صبيانا فجاء رجل منهم
 فقال : انت في حل مما لآخوتي و أخواتي و أنا ضامن لرضاهم عنك ، قال تكون في
 سعة من ذلك و حل ، قلت : وان لم يعطهم قال : ذلك كان في عنقه قلت : فان رجع
 الورثة على فقالوا : أعطنا حقنا فقال : لهم ذلك في الحكم الظاهر ، فأما بينك وبين الله
 فأنت في حل منها اذا كان الرجل أحلك يضمن رضاهم ، قلت : فما تقول في الصبي

لامه 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 ادلّ توضيحه ان الرجل السائل عن الامام مديون ومضمون عنه والرجل الميت دائن ومضمون له واذا مات صار تركته لورثته ومن جملتها ما على السائل للمديون فالمضمون له بعد الموت صار الجميع والضامن واحد منهم فهو ضامن ومضمون له ضامن باعتبار ضمانته ومضمون له باعتبار انه احد من الورثة فالضامن ضامن عن رضا الجميع لقوله وانا ضامن لرضاهم والمعنى ان الضامن لاجل ان الكل راضون فالمضمون له صار قبل الموت واحد او بعده متعددا والقرض رضاهم و القرض ان الامام اجاب بانه يكون في سعة من ذلك وحل فهو يدل على رضى المضمون له .

و صحيح حبيب الخثعمي عن أبي عبد الله عليه السلام «قلت له : الرجل يكون عنده المال وديعة يأخذ منه بغير اذن صاحبه ؟ قال : لا يأخذ الا أن يكون له وفاء قال : قلت أرأيت ان وجد من يضمه ولم يكن له وفاء وأشهد على نفسه الذي يضمه يأخذ منه؟ قال : نعم تقر به كما قال في الحدائق انه ظاهر في صحة الضمان من غير اشتراط رضا المضمون له انتهى .

وقد عرفت ما فيه وانه ظاهر في 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 ضمته اذا اخذه ام لا وكيف كان فهو راجع الى الوديعة وسيأتي الكلام فيها فقد ظهر بحمد الله عدم صحة عدم رضا المضمون له .

وقد عرفت ان انتقال مافي ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن فرع رضا المقرون له وايضا الضمان عقد يحتاج الى الايجاب من الضامن بقوله ضمت لك والقبول من المضمون له فكيف لا يحتاج الى رضاه ومن جميع ما ذكر ظهر فساد مافي الحدائق

من عدم اشتراط رضا المضمون له .

ولقد اجاد فى الجواهر حيث قال فى مقامرده ما لفظه 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 لا بد من رضى المضمون له بعنوان القبول الذى يتم به العقد ، لما عرفت من المفروغية عن كون الضمان عقداً محتاجاً الى الايجاب والقبول ، بل لا بد 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 ولا هيئة 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 - الذى هو بعد الغض عن سند روايته - 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 فلا حاجة حينئذ الى الجواب بأنها واقعة لاعموم فيها ، و بان ذلك انما يدل على عدم البطلان قبل علمه ورده ، ونحن نقول بموجبه ، لانه صحيح ، ولكن لا يلزم الا برضى المضمون له ، وبأن النبى صلى الله عليه وآله قد قبل ، لانه أولى بالمؤمنين من أنفسهم ، وبحصول اذ الفحوى من المضمون له ، وبغير ذلك مما لا يخفى عليك ما فيه بعد معلومية امتناع النبى صلى الله عليه وآله عن الصلاة عليه من جهة شغل ذمته ، وأنها برعت بالضمان ، فصلى والضمان الفضولى

لا يفيد براءة فعلية ، وأن ولاية النبي ﷺ في غير قبول العقود ، والفحوى لا تكفي في تحقق البرائة فعلاً فالتحقيق حينئذ في الجواب ما عرفت .

ثم انه بناء على القول المشهور من اشتراط رضا المضمون له فهل المعتبر مجرد رضاه كيف اتفق ولو مع التراخي ؟ أم لا بد من كونه بصيغة القبول ، قولان : استجود في المسالك الثاني ، قال : لانه عقد فلا بد فيه من القبول ، ولاصالة بقاء ما كان من شغل ذمة المضمون عنه وسلامة ذمة الضامن ، وانتفاء حق المضمون له الى أن يتحقق المزيل ، وحينئذ فيعتبر فيه ما يعتبر في ساير العقود من التواصل المعهود بين الايجاب والقبول ، وكونه بلفظ الماضي واللفظ العربي ، لانه من العقود اللازمة .

ثم قال : ووجه العدم قصة على (الإبلا) وأصالة عدم الاشتراط ، ومخالفته لغيره من العقود المملكة ، لان الضمان لا يثبت ملكاً جديداً و انما يتوثق به الدين الذي كان مملوكاً ، وفيه ان استحقاق المضمون له عند الضامن حقاً ضرب من التملك ثم ينتقض بالرهن ، فانه فائده التوثق مع اشتراطه فيه انتهى .

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

قد عرفت دلالة الدليل على الاعتبار رضا المضمون له والاوى ايضا في رضاه هو الوجه الثاني مما حكاه عن المسالك والله العالم .

﴿ ولا عبرة برضا المضمون عنه ﴾ وفي الجوامر بلا خلاف أجده فيه ، بل الاجماع قسميه عليه ﴿ لان 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 ﴿ لو أنكر ﴾ وأبى ﴿ بعد الضمان لم يبطل ، على الاصح ﴾ للاصل

وغيره من الادلة والمسألة غير خالية 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 ورضاه 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 اولاداء 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 ما لفظه ايضاً ظاهر جملة من الاصحاب أن رضی المضمون عنه غير شرط في صحة الضمان ، بل يظهر من المسالك أن ذلك موضع وفاق ، حيث قال بعد قول المصنف : ولا عبرة برضای المضمون عنه ، لان الضمان كالقضاء هذا موضع وفاق ، ولان اداء الدين كما يجوز بغير اذنه فالتزامه في الذمة أولى ولصحة الضمان عن الميت كما مر في واقعة المصلي عليه ولا يتصور رضاه انتهى .

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

أقول : ما نقله هنا من الاتفاق على الحكم المذكور ينفيه ما نقله 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 وبأباه ، 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 : وهذا 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 لا يعتبر رضى المضمون عنه ، بل يلزم الضمان مع رضى الضامن والمضمون له ، قال : وهو مذهب والدى رحمه الله ثم استدل على ذلك فقال : لنا قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ «الزعيم غارم» ومارواه داود الرقى فى الصحيح عن الصادق عَلَيْهِ السَّلَامُ قال : مكتوب فى التوراة «كفالة ندامة غرامة» ولانه كالقضاء فلا خيار له كما لو قضى عنه انتهى .

ومنه يظهر ما فى دعوى الاتفاق مع ظهور خلاف هؤلاء الاجلاء والقائلون بعدم اشتراط رضى المضمون عنه ، قالوا : تفريعاً على ذلك : بانه لو أنكر المضمون عنه بعد الضمان لم يبطل الضمان ، وعللوه بأنه لا اثر 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 بأننا لم نجد لهم دليلاً شافياً على ما ادعوه من عدم اشتراط رضى المضمون عنه فى صحة الضمان ، الا ما يذكرونه من جواز أداء الدين عنه بغير رضاه ، وغاية ما يستند اليه هنا فى أداء الدين حديث الضمان عن الميت ، حيث أنه لا يتصور الرضا أو عدمه من الميت انتهى وقد مر باقى العبارة اولاً ولا يخفى فيما حكى عن ابن ادريس على العموم بقوله الزعيم غارم فان معنى الكفيل غارم ان الغرامة على المتكفل لشيء فهو فى مقام ان الكفالة بعد ثبوتها مستلزم للغرامة والكلام فى المقام فى اصل ثبوتها وانه هل يثبت مطلقاً وبدون الرضا اولاً بد من الرضا فربما لا يكون من شئون المضمون عليه ضمانه آخر له وله خفة وذلة فلا يرضى بذلك فعمدة الدليل توقف انتقال المال من ذمة الى ذمة اخرى على كونه برضا المنتقل عنه والا لزم الانتقال قهراً وعلى خلاف ميله وهو خلاف القواعد .

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

ويكون الحق على أصله لم ينتقل عنه بالضمان انتهى .

وفى الجواهر بعدنقل العبارة قال وربما تبعه عليه غيره ، لكن لم نجد له دليلاً بل ظاهر الأدلة خلافه ، انتهى وقول النهاية قوى ولا يخفى 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 الأدلة ولولم يذكر فيها ولذا عن المختلف رضايته ايضاً كما عرفت من عبارة الحدائق والله العالم .

﴿ وكيف كان ﴾ مع تحقق الضمان ﴿ الجامع لشرائط الصحة ﴾ ينتقل المال الى ذمة الضامن ويبرأ المضمون عنه و ﴿ حينئذ ﴾ تسقط المطالبة ﴿ من المضمون له ﴾ وفى الجواهر لعدم الحق له فى ذمته ، بخلاف فى شىء من ذلك عندنا ولا اشكال ، 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 ولا يكون له ان يطالب احداً غير الضامن وبه قال ابو ثور وابى ليلى وابن شبرمة وداود وقال الشافعى وباقي الفقهاء ان المضمون له مخير فى ان يطالب ايهما شاء والضمان لا ينقل الدين من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن .

[دليلنا] ان النبى ﷺ قال لعلى عليه الصلوة والسلام لما ضمن الدرهمين عن الميت جزاك الله عن الاسلام خيراً وفك رهانك كما فككت رهان اخيك فدل على ان الميت قد انتقل الحق من ذمته وقال ﷺ لابي قتادة لما ضمن الدينارين هما عليك والميت منهما برىء قال نعم فدل على ان المضمون عنه يبرء من الدين بالضمان انتهى وقال فيه ايضاً ليس للمضمون له ان يطالب الا الضامن وقال مالك لا يجوز له ان يطالب الضامن الا عند تعذر المطالبة من المضمون عنه اما بغيثته او بافلاسه او بجحوده وقال الشافعى وباقي الفقهاء هو بالخيار فى مطالبته ايهما شاء .

[دليلنا] ما ذكرناه 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 في ذمته انتهى وما افاد جيد جداً لانه مقتضى الضمانة ﴿ولو أبرأ المضمون له المضمون عنه لم يبرأ الضامن﴾ من هذه الحيثية ﴿على قول مشهور لنا﴾ .
وفي الجواهر بل مجمع عليه بيننا ضرورة عدم المحل للبراءة المزبورة بعد ما عرفت من براءة ذمته بالضمان عندنا ، وانما محلها حينئذ ذمة الضامن فاذا أبرأه براء معاً ، وان كان الضمان بالاذن ، لعدم استحقاق الرجوع عليه الا بالاداء الذي قد انتفى محله بالابراء ، فينتفى الحق عنه للضامن الذي قد فرضنا براءة ذمته من المضمون له انتهى .

وحاصله ان المضمون عنه لم يبق على ذمته شيء وانه انتقل الى ذمة الضامن وهو لم يبرأ الضامن فما يبراهه لا محل للابراء وما صح ابراهه لم يبرأ .
﴿و﴾ كيف كان فلا خلاف عندنا في أنه ﴿يشترط فيه﴾ أي في لزوم الضمان لافي صحته ﴿الملاءة أو العلم﴾ من المضمون له ﴿بالاعسار﴾ والرضا به وفي الجواهر بل عن ظاهر الغنية الاجماع ، والسرائر نسبه الى أصحابنا وجامع المقاصد ظاهرهم أن هذا الحكم موضع وفاق وهذا الشرط في اللزوم فانتفاء علما او جهلا لا يوجب البطلان بل يوجب فسخ المضمون له لو لم يعلم بالحال فوجه شرط لزومه معلوم فانه مع العلم بانتفاء الشرط صح ولا يكون له الفسخ ومع الجهل يكون لذلك قال في الحدائق قد صرح الأصحاب (رضوان الله عليهم) بأنه يشترط في الضامن الملاءة أو العلم باعساره والمراد انه شرط في اللزوم لافي الصحة فلو ضمن ثم بان اعساره كان للمضمون له الفسخ ، قالوا : لان عقد الضمان مبني 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 شرطاً للزوم انه يصح ولو لم يعلم الملاءة او اعسار الضامن لكن لا تكون الضمانة بلازم بل للمضمون له

فسخ الضمانة او الصبر الى زمان اليسر فالضمانة تصح الا انه مع عدم العلم بالملاءة واليسر يجوز له الفسخ ومع العلم بها لايجوز بل لازم ولذا قال ﴿أما لو ضمن 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 اذا كان معسراً حال الضمان ، أما اذا تجدد فلا خيار لأصالة اللزوم انتهى يعنى اذا كان حين الضمانة موسراً فتجدد العسر بعد ذلك فلا خيار ولا يخفى ان معنى كون الملاءة شرطاً للزوم صحة العقد مطلقاً معسراً او موسراً وفى حال الضمانة وعدمه فالجواز باق بحاله فى جميع الحالات وللمضمون له فسخ الضمانة لو ظهر له العسر ولم يعلم به فى حال الضمان .

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

وفى الجواهر قال . بل قد يقوى 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 مالظنه :

والمراد بالملاءة المشترطة فى الضامن أن يكون مالكا لما يؤدى به الدين فاضلا عن المستثنيات فى البيع ، وانما تعتبر الملاءة ابتداءً لاستدامة فلو كان ملياً وقت الضمان ثم تجدد عدمها قبل الاداء لم يبطل الضمان ، ولم يجز له الفسخ ، لحصول الشرط حين الضمان انتهى وكيف كان فاذا علم باعسار الضامن فى حال الضمان لزم ولايجوز للمضمون 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 مرسلاً

قال: «وروى أنه احتضر عبد الله بن الحسن فاجتمع اليه غرماؤه فطالبوه بدين لهم فقال لهم : ما عندي ما اعطيكم ولكن ارضوا بمن شئتم من اخي وبنى عمى على بن الحسين أو عبد الله بن جعفر فقال الغرماء : اما عبد الله بن جعفر فملى مطول ، واما على بن الحسين ، فرجل لامال له صدوق وهو أحبهما لنا ، 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 عز وجل له المال فأداه» .

تقريبه علم المضمون له اى الغرماء بحال على بن الحسين عليه السلام وعسره وعدم تمكنه من الاداء ومع ذلك يقبلون منه الضمان ثم انه اذا ثبت لسه الخيار فى فسخ الضمان هل يكون خياره على الفور او التراخى والظاهر هو الفور العرفى الذى لا ينافى التأخير فاذا ظهر للمضمون له اعسار الضامن وتفكر فى الفسخ وعدمه فى مثل يوم او ايام وكان فى جميع المدة فى حال التفكير والمشورة ثم اختار الفسخ صح فيكون امره بين الفور الحقيقى والتراخى كذلك لا الفور بمعنى اذا علم فسخ والا لزم ولا التراخى كالشهر والشهرين مثلا ومثل ذلك فى جميع موارد الفسخ او الامضاء .

﴿والضمان المؤجل﴾ للدين الحال ﴿جائز﴾ بلا خلاف أجده كما اعترف به بعضهم بل ﴿اجماعاً﴾ وفى الجواهر كما فى المسالك ومحكى التنقيح وايضاح النافع ، وغيرها ، للعمومات السالمة عن المعارض ، اذ هو تأجيل للدين ، لاتعلق للضمان الى الأجل ، واحتمال كون الضمان نقل الدين على ما هو عليه بحيث لا يختلف فى حلول وتأجيل لا قائل به ، ولا شاهد عليه ، بل مقتضى العمومات خلاف انتهى وجه كون المسألة اجماعيا ان الغالب فى ضمان المال هو صورة كون الدين حالا اما بمجيء وقته واما بكونه معجلا ولم يتمكن المضمون عليه من الدفع فضمن ضامن باداءه الى شهر او شهرين مثلا لثلايق المضمون عليه فى فشار المضمون له فالغالب كون الضمان مؤجلا فلا اشكال فيه بعد كون التعليق للدين للضمان كى يكون تعليقا فى العقد بخلاف العكس وهو الضمان الحال للدين المؤجل ولعله مشكل من

ان تشريع الضمان للارفاق وجعل الدين الحال مؤجلا لادين مؤجل معجلا .
ولذا قال ﴿ وفى ﴾ الضمان ﴿ الحال ، تردد ﴾ وخلاف وفى الجواهر فى
محكى المقنعة والنهاية لا يصح ضمان نفس أو مال الأجل ، وفى محكى الوسيلة انما
يصح الضمان بتعيين أجل وعد فى محكى الغنية من شروط صحته أن يكون الى أجل
معلوم ، ثم عد شرطين آخرين ، وادعى الاجماع .

وظاهر هذه العبارات اعتبار الأجل فى الضمان على نحو اعتباره فى السلم .
وعن المبسوط : اذا ضمن المؤجل حالا الاقوى أنه لا يصح ، لانه لا يجوز
ان يكون الفرع أقوى من الاصل ، قال فى المختلف : بعد نقل ذلك عنه : الوجه
عندى الصحة ، ولا نسلم 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 ، الا بعد الاجل وان أخذ منه المال حالا انتهى .

واطلاقه يشمل ما اذا كان الدين حالا ايضا او مؤجلا فيكون الضمان والدين كلاهما
حالين ولعل ذلك ايضا صحيح لصدق الارفاق كما اذا اراد الضامن دفع دين الحال
الذى صاحبه معسرا فوراً 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 لو كان الأجل أنقص
مما تسمعه من تعليل فخر الاسلام والكركى المنع فى بعض الصور الاتية ، بانه ضمان
مالم يجب ، إلا أن الجميع ستعرف ضعفه ، على أنه لا معنى لاثبات الخلاف من أمثال
هذه التعليقات بالنى 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 ما يقتضى اعتبار الأجل فيه كالسلم ، واجماع الغنية - بناء على شموله للفرض مع عدم الشاهد له ، ومصير من عرفت من الأصحاب الى خلافه - يضعف الظن به . بل فى محكى السرائر «وقد يوجد فى بعض الكتب لأصحابنا ، ولا يصح ضمان مال ولا نفس الأجل ، والمراد بذلك اذا اتفقا على التأخير والأجل فلا بد من ذلك ولا يصح الأجل 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 لا يمنع منه مانع ، ومن ادعى خلافه يحتاج الى دليل ولم نجدنه انتهى .

وكيف كان فالمتيقن من الجواز كون الضمان مؤجلا لحال اولذا ذكر المصنف الحال مع نوع من التردد بقوله ﴿أظهره الجواز﴾ .

قال فى الحدائق الحق المضمون اما أن يكون حالا أو مؤجلا ، ثم انه اما أن يضمه الضامن حالا أو مؤجلا ، وعلى تقدير ضمان المؤجل مؤجلا ، اما أن يكون الاجل الثانى مساويا للاول ، أو أنقص أو أزيد ، وعلى التقادير اما ان يكون الضمان تبرعاً ، أو بسؤال المضمون عنه ، فالصور اثنى عشرة ، وقد صرح جملة من محققى المتأخرين ومتأخريهم بأنها كلها جائزة ، للاصل ، وعموم دلائل مشروعية الضمان ، وتحقق الغرض المطلوب منه فى الجميع ، ولانه كالتقضاء عن المدين ، وبعض هذه الصور اجماعى ، وبعضها محل خلاف ، الأأن 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 فضمه الضامن حالا انتهى .

ولا يخفى ان كثرة الموارد غالباً لا يرجع الى ثمرات مهمة بل جميع الاقسام المتصورة يدور الى ما ذكر فى المتن من كون الضمان حالا أو مؤجلا والظاهر لا اشكال 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 غير واراد اذ معنى المعجل عدم كونه الى مدة معينة وهو اعم من اداءه في المجلس او بعد ذلك والفرق انه في المؤجل لا يصح للمضمون له المطالبة قبل الاجل وفي المعجل يجوز فصح الضمان بان يكون الدين منتقلا الى ذمة الضامن واخذه منه في المجلس او بعده .

وكيف كان فالظاهر جواز الضمان مطلقا حالا او مؤجلا او مساويا في المدة او انقص .

قال في الجواهر وأما ضمانه للدين المؤجل بأزيد من أجله أو مساويه أو أنقص فلا أجد فيه خلافاً محققاً كذلك ، بل ظاهر المتن أنه من معقد الاجماع عليه ، بل يمكن دعوى الاجماع عليه بل عن فخر الاسلام 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 .

﴿ وكيف كان فقد ظهر لك أنه ﴾ لو كان المال حالا ، فضمنه مؤجلا ، جاز وسقطت مطالبة المضمون عنه ، ولم يطالب الضامن الا بعد الاجل ﴾ بلاخلاف فيه عندنا كما في 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 ﴾ وفي الجواهر بلاخلاف ولا اشكال ، لكن ان أدى قبل حلول أجل الاصل ، لم يكن له مطالبة المضمون عنه الا بعده ، وان أدى بعد حلوله عليه وقبل حلول أجل نفسه ، فله المطالبة لأنه قد صار الاصل 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 ، ولو أدى بغير اذنه ﴾ وفي الجواهر بلاخلاف أجده فيه ، بل الاجماع بقسميه عليه انتهى قال في الحدائق ما لفظه قد صرح الاصحاب من غير خلاف يعرف بأنه متى حصل الضمان

على الوجه المعبر شرعاً ، فانه يرجع الضامن على المضمون عنه بما دفعه الى المضمون له ان ضمن باذنه ولو أدى بغير اذنه ، ولو ضمن بغير اذنه لم يرجع عليه ، وان أدى باذنه ، ولو ضمن باذنه وادى باذنه فأولى بالضمان ، ولو ضمن بغير اذنه 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 ابو علي بن ابي هريرة بمثل ما قلناه وهو اختيار ابي الطيب الطبري وقال ابو اسحق ان ادى عنه مع امكان الوصول اليه واستيذانه لم يرجع عليه وان ادى مع تعذر ذلك رجع عليه .

[دليلنا] انا قدينا ان بنفس الضمان انتقل المال الى ذمته فاذا انتقل الى ذمته فلا اعتبار باستيذانه في القضاء ومن قال بالخيار ونصر ما قلناه قال اذنه له في الضمان اذن له في القضاء فلا يحتاج الى استيذانه ثانياً انتهى .

ولا يخفى ان المسألة خالية عن الاشكال بحسب الروايات مثل ما رواه الشيخ في التهذيب عن الحسين بن خالد «قال : قلت لابي 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 ، لا غرم 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 ابا عبد الله عليه السلام عن رجل ضمن ضماناً ثم صالح على بعض ما صالح عليه قال : ليس له ، الا الذي صالح عليه ورواه الكليني عن عمر بن يزيد في الموثق ورواه ابن ادريس في مستطرفات السرائر من كتاب عبد الله بن بكير عنه «قال : سألت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل ضمن عن رجل ضماناً ثم صالح على بعض ما ضمنه فقال قال : ليس له الا الذي صالح عليه .

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

ولقد اغرب قده في هذا المقام مع ورود هذه الروايات وتصريح الامام وتصريحه بانه ليس على الضامن غرم وان قوله الضامن غرم ليس على ظاهره واطلاق الباقي على صورة الاذن بل لا يحتاج اليه فانه في صورة عدم الاذن لا يكون ضماناً اصلاً بل لازم الضمانة هو الرجوع الى من اكل المال لاعلى الضامن فانه محسن محض وليس على المحسنين من سبيل بل بناء احكام الشرع كلها بحيث يكون الناس قد اقدموا عليها على شوق لانه بحيث لا يقدمون الاكرها وجبرا وما حكاه قده عن التذكرة ايضاً لا يتم اكثرها وكيف كان فهو عجيب منه .

وفي الحدائق بعد نقل كلامه وروايات الباب قال ولو كان ما توهمه من عدم الرجوع حقاً لنفاه ^{البيان} ولم يثبت له الرجوع بشيء بالكلية .
وبالجملة فان كلامه هنا ناش عن عدم الوقوف على شيء من الاخبار المذكورة

وأما قياسه على لزوم الاجرة فهو - مع كونه قياساً لايجوز التعويل عليه في 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 برمي ماله في البحر ونحوه فهو ليس من محل البحث في شيء و الفرق بينه وبين ما نحن فيه ظاهر ، والقياس عليه قياس مع الفارق كما ذكرناه انتهى .

﴿و﴾ كيف كان في لا يرجع اذا ضمن بغير اذنه ولو ادى باذنه ﴿بلاخلاف فيه أيضاً بل الاجماع بقسميه كذلك عليه، والخبران منزلان على ما اذا اذن واولامنه ما استدل به في الخلاف قال اذا ضمن بغير اذن المضمون عنه وادى بغير امره فانه يكون مثبرعاً ولا يرجع به عليه وبه قال الشافعي وقال مالك واحمد يرجع به عليه .

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

﴿و﴾ على كل حال فلا خلاف أجده في 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 العينية وغيرها والكتابة في صورة العجز جارية في جميع الموارد كباب النكاح والطلاق والبيع .

البحث ﴿الثاني في الحق المضمون﴾

﴿وهو كل مال ثابت في الذمة﴾ وفي الجواهر ومرجعه الى ما في القواعد من أن شرطه المالية والثبوت في الذمة وان كان متزلزلاً كالثمن في مدة الخيار ، والمهر قبل الدخول ﴿سواء كان﴾ أي المال في الذمة ﴿مستقراً كالبيع بعد القبض وانقضاء الخيار أو معرضاً للبطلان كالثمن في مدة الخيار بعد قبض الثمن ولو كان قبله ، لم يصح ضمانه عن البائع﴾ عينا ولاعهدة ، لعدم دخوله تحت يده ، أما بعده فيصح

ضمانه عن البايع عهدة لو ظهر المبيع مستحقاً مثلاً .

﴿ وكذا ﴾ يصح ضمان ﴿ ما ليس بلازم ولكن يؤول الى اللزوم كمال الجعالة قبل فعل مباشر ﴾ 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 نشأ 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 الميعول له بعد العمل وقبله لا يصدر منه شىء فالموجب لثبوت المال هو العقد والفعل لا مجرد العقد فلا يثبت الا بالفعل فمن قال من رد ولدى الى كان له كذا فان رد ولده كان له ما جعل له ويثبت فى الذمة وقبل الرد لا يلزم شىء اصلاً فلا يصح ضمانه وكذا سبق والرماية وهذا بخلاف زمن الخيار فاد الثمن متحقق فى الذمة متزلزلاً قال فى الخلاف يصح ضمان مال الجعالة اذا فعل مباشر الجعالة له وللشافعى فيه وجهان احدهما مثل ما قلناه والثانى لا يصح ضمانه .

[دليلنا] قوله تعالى ولمن جاء به حمل يعير وانا به زعيم وهذا نص وقول النبى صلى الله عليه وآله الزعيم غارم وهذا عام الا ما اخرجه الدليل انتهى وتام الكلام فى الجعالة انشاء الله .

﴿ وهل يصح ضمان مال الكتابة ﴾ الواقعة بين المولى والعبد ﴿ قيل ﴾ والقائل الشيخ فى المحكى من مبسوطه : ﴿ لا ﴾ يصح ﴿ لانه ليس بلازم ، ولا يؤول الى اللزوم ﴾ عند المصنف ﴿ لو قيل بالجواز كان حسناً ﴾ وفاقاً للفاضل وثانى الشهيدى والكركى وغيرهم ﴿ لتحققه فى ذمة العبد ﴾ بعقد الكتابة ولو المشروطة ، فيصح حينئذ ضمانه ﴿ كما لو ضمن عنه مالا غير مال الكتابة ﴾ وتحقيقها عند الحاجة ﴿ ويصح ضمان النفقة الماضية ﴾ للزوجة بلا خلاف ولا اشكال ، لأنها من الديون فى ذمة الزوج

كما حررناه في محله ، بل صريح الشيخ أيضاً والفاضلين والكركي .

﴿و﴾ ثانی الشہیدین والحلی علی ما حکى عن بعضهم صحة ضمان ﴿الحاضرة﴾ لها أيضاً أى ﴿للزوجة لاستقرارها﴾ وثبوتها ﴿فى ذمة الزوج﴾ بصبيحة ذلك اليوم الذى أظهرت التمكين فيه ﴿دون المستقبل﴾ .

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 فعلا فى صبيحة ذلك اليوم ، وان قلنا سقوطها بالنشوز فى أثناءه الا أنه لا ينافى أصل الثبوت فى الذمة وهو كاف فى صحة الضمان انتهى .

و هو فى محله بل الضمان فى المستقبل ضمان لما لم 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 لا يصح ضمانها ، وللشافعى فيه قولان : اذا قال يلزم النفقة بنفس العقد صح ضمانها ، وان قال تجب بالتمكين من الاستمتاع قال لا يصح - دليلنا - ان النفقة انما تلزم بالتمكين من الاستمتاع بدلالة انها متى نشزت سقط نفقتها و اذا ثبت ذلك فالتمكين من ذلك لم يحصل فى المستقبل فلا يجب به النفقة انتهى .

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

﴿و﴾ كيف كان ﴿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﴾ .

ولا يخفى انه على الظاهر عجيب بل لا يعقل 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 المعضوبة في كل آن يتعلق به الامر بالرد الى صاحبه والنهي عن حفظها وابقائها عند الغاصب مع ان معنى الضمان انتقال الدين من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن وفي المقام اذا صار ضامنا للعين المعضوبة عند الغاصب فلا يصح الضمان لعدم انتقال العين الى ذمة الضامن .

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

ثانياً بل لا يرضى ببقاء ماله عند غيره مطلقا ولو في آن واحد ثم انه ان اريد الضامن بعد المدة اللازمة في الضمان ردها الى صاحبها فهو غضب ايضا من غاصب بوجوب الايصال الى صاحبها فورا او اريد بعد الضمان ايصالها الى المضمون له فورا فليس هذا بضمان .

بل يرجع الى توبة الغاصب وايصال العين المعضوبة بتوسط هذا الشخص الى صاحبه او اريد انه بعد تلفها وتعلق مثلها او قيمتها 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 ارضان برضا المضمون له بحيث لا يكون للمضمون له اى صاحب الدين حق بعد الضمان على المضمون عليه وكان رجوع الضامن اليه فقط فهل يكون المقام كذلك والعين المعضوبة على رضا صاحبها انتقلت الى الضامن كلا والقوم قد اجمعوا على رضا المضمون له في الضمان .

وقد نسوا ذلك في هذه المسألة ام كانوا من الذين لا يشترطون رضا المضمون

له ولعمري انه لو لم يكن شىء فى المسألة الالزوم رضا المضمون له فى الضمان لكفى فى بطلان ماجوزوا فى المقام ومن العجيب هو الاستدلال عليه بالعمومات وان الضمان كسائر عناوين العقود والايقات من المفاهيم العرفية يدور تحقها مدار الصدق العرفى مالم يردع الشارع عنه .

ولايكاد ينقضى تعجيبى من امثال تلك الكلمات واى عموم دل على ضمان مال الغير غضبا وجعله فى يده مع ان مقتضى عموم على اليد ما اخذت حتى تؤدى يسد تسلطه على العين المنصوبة 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 ما لفظه للعمومات ، ولأنه ضمان مال مضمون على المضمون عنه ، وفيه أنه لاعوم يقتضى شرعية الضمان على الوجه المزبور ، حتى قوله «الزعيم غارم» الذى هو ليس من اخبارنا بل هو من قول الناس الذينهم مخالفونا كما سمعته فى الخبر السابق الظاهر فى الانكار عليهم .

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

ومن الغريب ما عن التذكرة من أن ضمان المال ناقل عندنا ، وفى ضمان الاعيان والعهددة اشكال ، أقربه عندى جواز مطالبة كل من الضامن والمضمون عنه ، اذ هو كما ترى كالمتناقض ، هذا كله فى ضمانها بالنسبة الى ردها .

وأما ضمان قيمتها أو مثلها فهو بعد تلفها ف ضمانها قيل حصول السبب ضمان مالم يجب ومن هنا كان خيرة ثانى الشهيدين والمحققين وفخر الاسلام على ما حكى عنهما عدم الجواز ، ودعوى صدق كونها مالا قد اشتغلت 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 في الضمان الذي هو نقل المال من ذمة الى اخرى كما عرفت من تعريفه ، ومن دعوى الاجماع على اشتراط ان يكون مالا في الذمة في الحق المضمون ، لأقل من الشك ، والاصل عدم ترتب الاثر في مثل هذا الضمان انتهى . ولقد اجاد قال في الحدائق مالفظه قد صرح اكثر الاصحاب بجواز ضمان الاعيان المضمونة التي يجب على من هي في يده ردها ، ولو تلفت رد قيمتها كالمغصوب والمقبوض بالبيع الفاسد وتردد المحقق في 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 ، أو الاعم منهما ، وفي صحة الكل اشكال ، لعدم الدليل على ما ذكره من الجواز ، والاصل عدمه .

وما استدلوا به - من أن منشأ وجود سبب الضمان للعين ، والقيمة وهو القبض على الكيفية المخصوصة ، فيصح ، أما الاول فلانه ضمان مال مضمون على المضمون عنه ، وأما الثاني فلثبوت القيمة في ذمة الغاصب ونحوه لو تلفت - منظور فيه بأن الثابت في الاول انما هو وجوب الرد ، وهو ليس بمال ، والثاني ليس بواقع فهو ضمان مالم يجب وان وجد سببه ، لان القيمة لا تجب الا بالتلف ولم يحصل .

ومنه يظهر أن الاظهر عدم الجواز وهو اختيار شيخنا الشهيد الثاني في المسالك لما ذكرناه وزاد ايضاً في القسم الاول فساداً من وجه آخر ، وهو ان 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 ما قد مناه من أن الحق الواجب على من بيده المال انما هو الرد الى صاحبه ، وهو لا ينتقل ، كما هو الحكم الجارى في الضمان ، بل يجب على من هو في يده رده ، ولا يخاطب به غيره انتهى .

وما افاد في محله بل ما ذكره الاصحاب من العجائب بعد ثبوت المال لصاحبه
 ووجوب رده اليه فوراً ولا ينتقل مال الغير الى ذمة الغير كما هو لازم في الضمان ففي
 الضمان لزم انتقال المال من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن وهو مستحيل في العين
 المضمونة والمسروقة فكيف ينتقل مال الغير الى ذمة الغير مع وجوب رد العين الى
 صاحبه فضمانها غير معقول لوجوب رد العين ووجوب مثلها او قيمتها لا يجوز مع بقائها
 ومن العجيب استدلال الحكيم تبعاً للعروة للصحة بقوله لان ذلك ثابت في ذمة الغاصب
 فيصح الضمان انتهى .

ثم نقل قده ما ذكره المحقق الاردبيلي (قدس سره) حيث قال : ويحتمل الثبوت
 لصدق الضمان عرفاً مع ثبوت شرعيته مطلقاً، وليس بمعلوم كون ما ذكر من لوازمه أو
 شرائطه نعم غالباً انما يكون كذلك ، ولهذا قال في التذكرة: ضمان المال عندنا ناقل،
 وفي ضمان الاعيان المضمونة والعهدة اشكال، أقربه عندي جواز مطالبة كل من الضامن
 والمضمون عنه الى آخره ، بعد ان اختار جواز ضمان الاعيان المضمون والعهدة ،
 وكأنه لذلك تردد البعض واستشكل فتأمل . انتهى .

ومما ذكرنا ظهر فساد بل هو منه اعجب فانه مع كمال زهده وتقواه كيف صدر
 عنه الفتوى بالجواز في ضمان مال الغير الذي من المقطوع عدم رضا صاحب العين
 فاي عرف يوافق على صحة مثل ذلك ومن اى دليل ثبت ثبوته شرعاً الى آخر عبارته
 التي لا طائل في ردها بل هو واضح لكل من نظرفى الشرع والعرف والعقود الصادرة
 من الشرع فلا يتصور ضمان الاعيان المنصوبة عيناً لعدم كونها في الذمة وقيمة ومثلاً
 بعد تلفها بمعنى ان الضامن ضمن قيمتها بعد تلفها فالضمان فعلاً ضمان لمالم يجب
 ثم انه في الحدائق بعد حكاية عبارته قال في رده ما لفظه ففيه نظر لان الرجوع
 الى صدق الضمان عرفاً ممنوع ، اذ لا مدخل للعرف هنا مع وجود النهى 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 - انه ليس بمعلوم كون ما ذكر من لوازمه او شرايطه ، مشيراً بذلك الى ما احتج به الخصم من أن مقتضى الضمان الانتقال الى ذمة الضامن ، وبراءة المضمون عنه - فيه أنه قد تقدم فى الموضوع الخامس من البحث الاول ما يدل 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 ما ذكر هنا من ضمان الاعيان فانا لم نقف فى الاخبار ما يدل عليه انتهى .

ونظير ذلك رهن عين المنصوبة فانها عين مضمونة ايضاً فلا يجوز للراهن رهن ما غصبه وجعله وثيقة عند المرتهن فان اللازم فى العين المرهونة كونها بحيث يمكن للمرتهن بيعها عند عدم اداء الراهن دينه والعين المنصوبة للغير لا يجوز بيعها وابقائها واقتنائها بوجه .

وكذا لا يجوز للمرتهن جعل العين المنصوبة عند الراهن وثيقة للعين المرهونة فالاعيان المنصوبة لا يجوز التصرف فيها رهناً وضماناً بوجه كان مسن الراهن الى المرتهن او العكس فيجب ردها فوراً الى صاحبه فباب الرهن والضمان مساو فى عدم جواز كون عين الرهن او الذى يضمه كان ملكاً له ولذا قد اشترطوا فى كون العين المرهونة ملكاً للراهن قابلاً للقبض والبيع والتصرف فلو كان غصباً او مسروقاً لا يجوز بوجه ويزيد الاشكال فى غير المضمونة كالوديعة والعارية الغير المشروطة بالضمان بعدم كونها مضمونة فى حال الرهن ولو طرأ الضمان بعد ذلك بالتعدى فلا يجوز دفع الراهن العين الواقعة عنده بعنوان العارية او الوديعة .

ويزيد الاشكال فى الضمان بعدم كون العين المنصوبة 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 او العكس .

ومما يفرغوا على الاول كثير من العبارات فراجع حتى تجد صدق ما دعينا به . واصرح مما فى كتب الاستدلالية ما صدر فى الرسالة العملية من السيد الاصفهاني

فى وسيلته وهذا لفظه وكذا يجوز للمدين ان يستعير شيئاً ليرهنه على دينه ولورهنه وقبضه المرتهن ليس لمالكه الرجوع ويبيعه المرتهن كما يبيع ما كان ملكاً لمن عليه الدين ولو يبيع كان لمالكه مطالبة المستعير بما يبيع به لو يبيع بالقيمة او بالاكثر وبقيمته تامة لو يبيع بالاقل من قيمته انتهى .

ولا يخفى ما فيه من عدم جواز دفع مال الغير الى الغير من دون اذنه خصوصاً 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 ما قال فى الجواهر بعد اسطر بل لا يصح الرهن على الاعيان التى ليست بمضمونة على من فى يده كالوديعة والعارية غير المضمونة ونحوها بلاخلاف الى ان قال واما المضمونة كالمخضوبة والعارية المضمونة والمقبوض بالسوم ونحوها ففى الرياض ان الاكثر على عدم صحة الرهن بها انتهى .

فان عدم الصحة ان كان من الراهن اى لا يجوز للراهن ان يرهن ما بيده من العين الغير المضمونة فلم فرعه 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 مطلقاً 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 فلاختصاص حينئذ بما فى الذمة قبلا بل يلائم مع جعل العين الخارجية فى مقابل العين المرهونة و قولهم لامتناع استيفاء العين الموجودة من شىء آخر فى غير محل اذ العين هى استيثاق للرهن فيتم بقطعة من الذهب او الفضة او الفرش ونحوها فالممنوع هو مال الغير لالعين 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 و قوله سواء كانت امانة او مضمونة لو كان 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 شىء مملوك مما كان 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 الغير المضمونة والمضمونة بما يكون عيناً مملوكاً يمكن قبضه و يصح بيعه فانه يصح الرهن كان الحق فى الذمة او كان عيناً مملوكاً للمرتهن .

و بالجملة ان الكلمات فى غاية الاختلاف فى ان عدم الجواز او الجواز فى جعل الرهن تلك الاعيان 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 رهنك دارى على ان اقرضتنى فهو يصح قطعاً مع عدم كون الدين ثابتاً قبلا .

و كيف كان ففى باب الرهن لافرق فى ذلك سواء كانت العين المرهونة مغصوبة او ما بازاها 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 المغنى ما لفظه :

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 دنائير 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 ما لفظه :

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

ولان السبب المقتضى للضمان زال فزال الضمان لزواله كما لورده الى مالكة
 وذلك لان سبب الضمان الغصب والعارية ونحوهما وهذا لم يبق غاصبا ولا مستعيرا
 ولا يبقى الحكم مع زوال سببه وحدث سبب يخالف حكمه حكمه واما اذا تعدى
 في الرهن فانه يلزمه الضمان لعدوانه لا لكونه غاصباً ولا مستعيراً وهنا قد زال سبب
 الضمان ولم يحدث ما يوجب فلم يثبت انتهى .

وظاهره جواز رهن الغصب والسرقه من جميع فقهاءهم الا الشافعى كما ان
ظاهره ان الراهن رهن العين المضمون وصريحه زوال حكم الغصب .

ولا يخفى انه ليس عجيب ممن فر " عن نزل فى بيوتهم الكتاب حتى توهموا
ان العين المسروقة بالرهن عند المرتهن يزول حكم غصبه و كان بعد الرهن يد امانة
وهو نظير من سرق خبزاً واعطاه الى الفقير بتوهم ان للسرقه 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 لا يجوز 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 و انه غير صحيح و ان المناسب تفريع ذلك على الاول و اخراج 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 و قد خرجت عنه وعدلت
فى ذلك الى باب الرهن لان يتم بذلك الكلام و لا مكان عدم الاستقصاء هناك .

﴿و﴾ كيف كان فلا اشكال فى انه ﴿لوضمن ما هو امانة كالمضاربة والوديعة
لم يصح لانها ليست مضمونة فى الاصل﴾ .

وفى الجواهر أى وقت الضمان لا رداً ولا عوضاً على تقدير تلفها . نعم لو طرأ
لها الضمان بتعداً أو تفريط مثلاً فى صحة ضمانها حينئذ وعدمها البحث السابق ،
وهو واضح انتهى يعنى عدم الجواز فيها لوجهين الاول لا تكون 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 و أمين الحاكم و الوصى فانه لا يصح ضمانها و قد ادعى فى التذكرة الاجماع على ذلك و جعلوا الفرق بينها وبين ماسبق باعتبار الضمان و عدمه فحيث كانت تلك الاعيان مضمونة على من هى فى يده لان يده يد عارية صح جواز الضمان فيها بخلاف هذه حيث أنه لا ضمان عليه و ان فرض ضمانه لها على تقدير التعدى و التفريط 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 و هو كونها مضمونة و البحث 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 لا تصلح سبباً لجواز ضمانها لاختلال شروط الضمان انتهى .

قد عرفت مما ذكرنا ان الفرق ليس من حيث الضمان الاصلى و العارضى فقط بل من حيث موانع اخر فى الاعيان المنصوبة و هى مادامت موجودة لا يصح ضمانها بل و جب ايصالها الى صاحبها لكل من بيده و عنده فنفسها موجودة لكن لا يجوز القاؤها عند غيره و هنا مادامت العين العارية موجودة لم يكن مضمونة فالسابقة بانتفاء الموضوع و اذا انتفت بالتعدى تعلق ضمانها الى من عنده فلا شىء موجود حينئذ حتى يقع فى يده فقبل التلف لا يكون مضمونة حتى صح ضمانها و بعد التلف لا وجود لها فالضمان فيها باى معنى فان كان المراد ضمان الودعى و المستعير بعد التلف فمسلم و لا كلام فيه و يكون خارجاً عن المقام و ان كان ضمان الغير لها بمثل ضمان الاعيان المنصوبة فلا وجود لها حتى يضمن بها .

و بالجملة بعد التعدى و التفريط و تلف العين لا معنى للضمان الا على من بيده فينتفى وقوع يد غيره عليها فلا يصح ما حكاه عن التذكرة من قوله و ان فرض ضمانه لها على تقدير التعدى و التفريط حيث جعل قده المنع عدم وجود الضمان فى حالة الضمانة وذلك لان المانع القوى عدم وجودها بعد التعدى و التفريط فلا يصح ضمانها

لغيره فمن القى الوديعه 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 او القيمة لصاحبها ارفاقاً للودعى والمستعير فالحق عدم جواز ضمان الاعيان المضمونة و غير المضمونة والاوول لما مر مفصلاً والثانى لعدم كونها مضمونة فى حال الضمانة وبعد كونها مضمونه كانت تالفة غير قابلة للضمان الا بتحو ما ذكرنا .

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

ثم لاختلاف ﴿ و ﴾ لا اشكال فى جواز التسلسل فى الضمان بناء على مذهبتنا 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 الاوول اذا كان باذنه بل ولا اشكال فى جواز الدور ايضاً .

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

للمانعية على أن الفائدة بالاعسار وباختلاف الضمان بالحلول والتأجيل متحققة انتهى .
 ولعله في محله لكونه على خلاف العقود المتعارفة مضافاً الى ما ذكره ﴿ ولا
 يشترط العلم بكمية المال ﴾ حال الضمان ﴿ فلو ضمن ما في ذمته صح على الاشبه ﴾ .
 وفي الجواهر باصول المذهب من العمومات وغيرها 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 في الضمان خصوصاً ضمان علي بن الحسين عليهما السلام لدين عبدالله
 ابن الحسن وضمانه لدين محمد بن أسامة ، بل قبل انهما ظاهرا ان بل صريحان في عدم
 معلومية الدين وقدره وقت الضمان انتهى .

ولا يخفى ان من اصول المذهب هو عدم الغرر وهو هنا من اظهر افراده لاحتمال
 كون ما في ذمة المضمون عليه كثيراً لا يمكن للضامن رده فيكون ضرراً على المضمون
 له فالمسألة ضرورية وقوله خذ بما اشتهر بين اصحابك فيما لم يكن على خلاف القواعد
 الشرعية .

وما يدل على ضمانه رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ديون الناس مثل خبر عطا عن
 الصادق عليه السلام « قلت له : جعلت فداك ان علياً اذا ذكرته فسد علي ما أنا فيه ،
 فقال : سبحان الله أو ما بلغك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقول في خطبته : من ترك ضياعاً
 فعلى ضياعه ومن ترك ديناً فعلى دينه ومن ترك مالا فهو لوارثه وكفالة رسول الله صلى الله عليه وسلم
 ميتاً ككفالاته حياً وكفالاته 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 » لا يدل على الجواز في المقام بوجه وكذا الاية .

اما الخبر فهو في مقام البشارة على المدينين الذين لا يتمكنون من اداء ديونهم
 وان النبي صلى الله عليه وسلم ضامن للديون بحيث لا يكون عليهم شيء في يوم القيامة فربما كان
 الدائن والمدين كلاهما ميتين لا يكون في ذلك غرر ولا ضرر بل الضرر قد حصل

بالدائن ومات فكلما حصل له بالضمانه مثل النبى ﷺ باعث للسرور والحب سواء علم الضامن بمقدار الدين ام لم يعلم .

والمعنى انه ﷺ ضامن للدين قليلا او كثيرا 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 وسلاح وابى الصلاح وابن زهرة و ابن البراج فى الكامل .

وقال الشيخ فى المبسوط والخلاف لا يصح و به قال ابن البراج فى ب و تبعه ابن ادريس والمعتمد الاول لنا الاصل الصحة وعموم قوله تعالى و انا به زعيم و اشار به الى عمل البعير والاصل عدم تعيينه انتهى ولا يخفى ما فيه .
فما عن الشيخ فى مبسوطه وخلافه والقاضى فى مهذبته 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 لا بد وان يكون قبل العقود لاثبتة بعدها .
وكيف كان فما استدل به لذلك غير تام قال فى الحدائق ما لفظه : وبدل على القول المشهور زيادة على المذكور ماتقدم من حديث ضمان على بن الحسين رضي الله عنه 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 ﷺ و ضمان على بن الحسين رضي الله عنه أنه

ليس كذلك فلا تكون هذه الاخبار من محل البحث في شيء ، وهكذا الكلام في الآية فانه متى خص محل البحث بما ذكرناه ، فان الآية ليست من ذلك في شيء أيضاً ، لان الظاهر منها انما هو ضمان الجمالة كما تقدمت الاشارة اليه انتهى .

﴿و﴾ على كل حال فبناءً على الصحة مجهولاً فحيث يمكن الاختلاف بين المضمون عنه والمضمون له او الضامن في حال الضمان ومقداره فلا جرم ﴿يلزمه﴾ لاثبات تعيين المقدار في حال الضمان ﴿ما تقوم البينة به﴾ ، أنه كان ثابتاً في ذمته وقت الضمان لا ﴿ما يتجدد ولا﴾ ﴿ما يوجد في كتاب﴾ مرقوم امثال ذلك ﴿ولا﴾ ما يقربه المضمون عنه ﴿بعد الضمان الذي يكون اقراراً في حق الغير ، خلافاً للمحكى عن أبي الصلاح وأبي المكارم ولعلهما يريدان ما أقربه سابقاً قبل الضمان﴾ ولا ما يحلف عليه المضمون له برد اليمين .

وفي الجواهر الذي هو كالأقرار ، أو كالبينة في حق المتخاصمين لا مطلقاً ، أو أصل برأسه كذلك أيضاً ، خلافاً للمحكى عن المقنعة ، فالزمه به ، ويمكن أن يريد ما عن النهاية والقاضي من أنه اذا كان الرد برضى الضامن ، « قال : فان خلف أي المضمون له على ما يدعيه واختار هو ذلك وجب عليه الخروج منه ، لصيرورة الخصومة حينئذ معه أيضاً ، فيكون اليمين حجة في حقه » .

وفي المسالك « بناء على كون اليمين المردودة كالبينة ، يتجه وجوب الأداء عليه ، لعدم الفرق فيها بين كون الخصم الضامن ، أو المضمون عنه ، لان الحق يثبت بها مطلقاً ، بخلاف الاقرار » وفيه : أن حكم البينة كذلك ، الا أن الكلام في كونه مثلها في ذلك كما هو واضح ، هذا كله اذا ضمن ما في ذمته انتهى .

توضيح اجمالى للمقام : اذا ادعى المضمون له ان ما على المضمون عنه مائة وقال المضمون عنه خمسون كان المضمون له هو المدعى وعليه البينة والمضمون عنه هو المنكر وعليه اليمين فاذا لم يكن للمضمون له بينة لزم على المنكر اليمين وح ان رد اليمين على المضمون له وخلف على المائة 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 لا يعلم ثبوته فى الذمة وقت الضمان ﴾ كما عن القواعد ومحكى التحرير والارشاد والمختلف حكماً وتعليلاً ، وكذا المبسوط و السرائر ، بل هو المحكى عن المفيد و النقى ، وفسر فى المسالك تبعاً لجامع المقاصد بأنه لما علم اشتراط صحة الضمان بثبوت الدين فى الذمة حاله ، فزمانه حينئذ بالصيغة المزبورة شامل لما اذا كان كذلك ، ولما يتجدد فلا يصح ، اذ لا يدل على ضمان المتقدم ، لان العام لا يدل على الخاص .

البحث ﴿ الثالث فى اللواحق وهى مسائل الاولى : اذا ضمن ﴾ ضامن للمشتري ﴿ عهدة الثمن ﴾ بان قال الضامن للمشتري لو كان المبيع للغير كان خسارة الثمن الذى هو فى عهدة البايع على ﴿ لزمه دركه ﴾ و خسارته ﴿ 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 ، أرفقد 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 ما لفظه الظاهر انه لاخلاف بين الاصحاب « رضوان الله عليهم » فى جواز ضمان العهدة ، و هو أن يضمن عهدة الثمن للمشتري 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 أجازة 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، ولملخصه اشتغال الذمة

بالمضمون على أحد هذه الوجوه وقت الضمان ، فان ضمان الثمن للمشتري يصح في جميع ذلك وكما يصح ضمان العهدة عن البايع للمشتري ، يصح للبايع أيضاً عن المشتري ، بأن يخرج الثمن مستحقاً 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 لا يوثق به في تلف الثمن ، على تقدير بطلان البيع وعمل المسلمين والى ذلك أشار في التذكرة فقال : وهذا الضمان عندنا صحيح ان كان البايع قد قبض الثمن ، الى أن قال : لا طباق الناس عليه في جميع الاعصار ، ولان الحاجة تمس الى معاملة من لا يعرف ولا يوثق 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 المسألة ايضاً من جزئيات هذا العموم لو كان المراد قبل قبض الثمن لان الضمان في الحقيقة ضمان لعين الثمن والضمان ضامن للمشتري بان يقول على فرض خلل في البيع كان خسارة دفع ثمنه الذي اخذه البايع على فوجه الاتفاق على الجواز هنا والاختلاف في مطلق الاعيان هناك كون الضرورة ومحل ابتلاء المقام اوجب جوازه بالاتفاق بخلاف ما تقدم .

ولكن لا يخفى ان جعل هذه المسألة من افراد الاعيان متوقف على كون محل النزاع في المقام هو ضمان الثمن قبل قبضه البايع والتصرف فيه فانه ح كان الثمن عيناً خارجياً كسائر الاعيان .

واما اذا قبض الثمن البايع وتصرف فيه كان ذمته مشغولة بالثمن للمشتري لو كان المبيع مستحقاً للغير فيكون من ضمان ما في الذمة الذي كان جائزاً عند الجميع فمن قيد المقام باخذ الثمن ممن لا يجوز ضمان الاعيان الخارجية ومن لم يقيد كان

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

وح فالمتيقن هو صورة القيد وبدون القيد كان داخل في ضمان الاعيان المضمونة وعليه اذا باع البايح شيئا واخذ الثمن وتصرف فيه قد تعلق ذمته بهذا الثمن بدفعه الى المشتري على فرض كون المبيع للغير وفسد البيع كان على رفع الثمن فالضمان قد وقع على فساد البيع في حال البيع لاي جهة من الجهات الموجبة للفساد فلايعم ما اذا يسرى الفساد بعد العقد كما اذا تلف قبل القبض او فسخ المشتري للعيب السابق على البيع فان وجوب العيب لا يوجب الفسخ بل العلم به يوجب ذلك ففي حال البيع كان صحيحا وكذا لو فسخ بالتقابل او بالخيار فانه في جميع ذلك حيث كان البيع صحيحا لا يكون الضمان صحيحا فصحة الضمان فيما كان البيع باطلا في حال البيع لا بعداً .

واما لو قلنا بصحة الضمان للثمن مطلقا ولو قبل التعلق بذمة البايح فكذلك عند المجوزين للاعيان وكيف كان فالضمان ضمان الثمن لو فسد البيع في حال العقد لاما اذا فسد بعد ذلك وفي الحقائق ما لفظه :

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

نعم لا يبعد فيما ذكره في ضمان الثمن بعد التصرف فيه ورجوعه الى الذمة ، فانه يصير حينئذ من قبيل ضمان ما في الذمة لاضمان الاعيان ، وهو مما لاخلاف فيه فانه متى كان ثابتا في ذمة المضمون عنه وضمنه الضامن والحال هذه فانه لا اشكال في

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

وقال المحقق الاردبيلي (قدس سره) ولاستبعاد فى ضمان الاعيان بمعنى جواز طلب العين ممن فى يده والضامن مخير فى وجوب رد العين عليهما ، وعوضها بعد التلف بعد الضمان ، بل لايبعد كونه ناقلاً أيضاً بمعنى وجوب الرد ، فيطلب العين عن الضامن فيأخذها من المضمون عنه ويردها الى أهلها ان ثبت النقل بالدليل مطلقاً 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 ماياتى ، وفى ضمان الاعيان المضمونة والعهدة اشكال ، أقربه عندي جواز مطالبة كل من الضامن والمضمون عنه ، أما الضامن فللضمان ، وأما المضمون عنه فلو جود العين فى يده أو تلفها فيه ، وفى العهدة ان شاء المشتري طالب البايع وان شاء طالب الضامن ، لان القصد هنا بالضمان التوثق لاغير انتهى .

ولا يخفى عليك ما فى هذا الكلام فانه مجرد دعوى وعارية عن الدليل ، الى ان قال فمعنى الضمان شرعاً هو انتقال الحق الى ذمة الضامن ، وتفسير النقل بما ذكره من وجوب الرد أبعد ، وقوله والايكون النقل مخصوصاً بما فى الذمة فيه ماتقدم الاشارة اليه من أنه انما يختص بما فى الذمة ، لكونه هو مورد الضمان شرعاً .

وأما غيره مما ذكره فى ضمان العين المضمونة والعهدة الرجوع اليه أيضاً فليس من الضمان فى شىء لعدم الدليل عليه ، الى ان قال وبما ذكرنا يظهر لك ان ضمان العهدة ن تعلق بالعين الموجودة فهو داخل تحت ضمان الاعيان المضمونة وان كان ظاهرهم هنا الاتفاق عليه للضرورة كما ادعوه بخلافه ثمة لما تقدم من الخلاف فى تلك المسئلة وان تعلق بالثمن بعد تلفه واستقراره فى الذمة فهو داخل فى ضمان الدينون التى فى الذمة ، ولا اشكال فى الصحة . انتهى .

اقول انه قد 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 فإى مجوز وضرورة لاجراج هذا الفرد من عدم جواز ضمان الاعيان بعد عدم دلالة الدليل عليه فالمعنى حينئذ انه لو فسد البيع لسرقة المبيع واخذ من صاحبه قهراً فانا ضامن للثمن فلا يكون فعلا فساد البيع فيكون الضمان ضمنا لما لم يثبت مع كونه معلقا فضا من الاعيان المنصوبة عند صاحب الحداثق لايجوز 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 فلايجوز بوجه اصلالان 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 فلاولذا قال ﴿ اما لو تجدد الفسخ بالتقابل ﴾ أو الخيار ﴿ أو تلف المبيع قبل القبض ، لم يلزم الضامن ورجع ﴾ المشتري ﴿ 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 التقابل او الخيار او العيب فان فى الكل كان العقد صحيحا .

وانما يتحقق الفسخ بعد الصحة فلاربط بضمان العهدة لفرضه صحة العقد فالمشتري 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 اصلاً لا يوجب ايضاً صحة ضمان العهدة بتوهم انه يوجب بطلان العقد حيثئذ وذلك لان المقصود من الضمان هو انه لو كان العقد الواقع من البايع باطلاً كان ضامناً للثمن لاما وقع صحيحاً اولاً ثم صار باطلاً بعداً لاجل الفسخ .

وبالجملة البطلان ذاتا غير البطلان عرضا ومورد ضمان العهدة هو الاول دون الثاني وفي الجواهر بعد قوله وكذا لو فسخ المشتري بعيب سابق قال لما عرفت من اعتبار ثبوت الحق وقت الضمان في صحته ، من غير فرق بين ضمان العهدة وغيره ولا ريب في حصوله مع قبض البايع له في الأول ، بخلاف الثاني الذي هو فسخ متجدد ، فضمامه به حيثئذ 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 في ضمان العهدة على الثاني دون الاول .

قال : « وفيه نظر ، لانه حكم لاحق للضمان ، فان المبيع حالته كان ملكاً للمشتري ظاهراً ، وفي نفس الامر فلا يتناول الضمان الثمن ، لانه لم يكن لازماً للبائع مطلقاً وانما التلف الطارى كان سبباً في حكم الله بعود الملك الى صاحبه من أصله انتهى . ولا يخفى ان الشهيد حيث جعل في 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 للمشتري لو قلنا بكون الفسخ من الحين لا الاصل ثم رده بعدم الفرق بين الفسخ من الحين او الاصل هذا .

والذي ينبغي ان يقال ان النزاع بين كون الفسخ من الحين او الاصل صحيح في محله لكنه لا يرتبط بالمقام فانه على فرض ابطاله العقد من الاصل كان ابطاله حيثئذ من جهات آخر كالتقابل او الاخذ بالخيار لامن حيث كون المبيع مستحقاً للغير

والضامن يدعى الضمانة للمشتري لو كان المبيع عسبا لاما اذا كان باطلا بالتقابل 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 كما ترى مرجعه الى التناقض ، ضرورة اقتضائه كون المال فى آن واحد ملكا لشخص وليس ملكا له ، بل ملك لآخر ، انتهى غير وورد فى المقام وتقريبه اولائه اذا باع البايع داره بخمسين ضمن الضامن انه لو فسد البيع كان الثمن على فالبيع صحيح و كان الثمن للبايع لعدم كون المبيع مغسوبة فاذا فسخ وكان الفسخ من الاصل فالثمن مع انه فى آن وقوعه للبايع لكونه ثمن داره لم يكن له بل للمشتري كما كان له قبل البيع اذا الفرض كان البيع لم يقع .

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

والحاصل ان الصحة كانت قبل البطلان بكثير فان البطلان قد عارض 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 المبني باطلا .

قلت كونه فى الواقع كذلك لا يوجب رفع اليد عما كان بنظرنا صحيحا ولا نكون نحن مأمورا بالعمل بالواقع فهو بنظرنا وبنظر العرف وقد وقع صحيحا كون

البيع خياريا بفسخ المشتري او البايع يبطل لا يوجب بطلانه بالفسخ بعد زمان بعيدان يسرى الى الزمان السابق هذا مضافا الى ان نظر الضامن الى فساده من ناحية البايع لامن جانب الاخر بل لا يصح في المقام كون الفسخ من الاصل لانه فيما كان من جهة واحدة لامن جهتين فالعقد من حيث العيب اذا فسد من الاصل لا يقع مورد ضمان الضامن من حيث كون المبيع للغير .

والحاصل ان غرض الضامن فساد العقد من سوء عمل البايع لامطلقا فلا اشكال فيه الامن حيث عيب السابق وسيأتي 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 وبعدا كما اذا كان المبيع ملكا للغير او اخذ من يد صبي او مجنون ونحو ذلك مما كان باطلا في جميع الحالات بخلاف ما كان فعلا صحيحا ويعرضه البطلان من حيث الفسخ ولو كان راجعا الى حين البيع والفرق الواضح بين الصحة فعلا وصيرورته باطلا بالعرض والضامن انما يضمن درك الثمن للمشتري على فرض كون المبيع فعل للغير فلا يضمن ما كان فعلا صحيحا وصار فاسدا بالعرض لاجل الفسخ .

فان قلت ان ذلك حكم جميع الموارد التي كان الفسخ من الاصل قلت :
اولا قد عرفت الجواب .

وثانياً حكم جميع الموارد هو الفسخ من الحين لا الاصل الا في موارد التي يعلم بفساد البيع من حين وقوعه كالفضولي مع عدم اجازة المالك او بيع ما لا يملك فانه لامناص الاعن البطلان من الاصل بل كون الفسخ من الاصل لعله على خلاف القواعد فان المعاملة الصحيحة لا وجه لكونها باطلا فيصح ويترتب عليه جميع آثار الصحة من النماآت وغيرها حتى صارت باطلة فلا يترتب عليه آثار الصحة بعد الفسخ .

والمحصل لا اشكال في الفسخ بالخيار ونحوه من حيث ان الفسخ من حينه فقبله كان البيع صحيحا فالمشتري يرجع الى البايع لا الضامن والله العالم .

﴿وكذا﴾ لا يدخل في ضمان العهدة ﴿لوفسخ المشتري بعيب﴾ لاحق للضمان
يعنى اذا ضمن بالثمن فيما وقع البيع باطلا لا يدخل فيه لو وقع البطلان بعد الضمان فان
الضمان على فرض البطلان في حال الضمانة لا يحصل بعد الضمان كما لو وقع قبل
القبض ، وفى الثلاثة قولاً واحداً كما فى المسالك وغيرها ، بل و ﴿سابق﴾ وفقاً
للمشهور ، لأن الفسخ به انما يبطل العقد من حينه لامن أصله ، فلم يكن حالة الضمان
مضموناً ، انتهى بيانه ان العيب السابق عبارة عن كونه قبل البيع فهو وان كان سبباً
للفسخ فى حال البيع لكن الموجب للفسخ هو العلم بالعيب لانفسه واقعا فى حال
البيع كان البيع صحيحاً فلا يصح ضمان العهدة وبعد العلم والفسخ كان البطلان من
هذا الحين لاجل العقد فالضمان على البايع .

قال فى الحقائق ما لفظه قد عرفت مما تقدم ان من شروط صحة ضمان العهدة
اشتغال الذمة بالمضمون على أحد الوجوه السابقة ، وحينئذ فالمعتبر فى ضمان العهدة
وجود الضمان حالته ، فلا عبرة بالتجدد بعد ذلك كالفسخ بالتقابل ، وتلف المبيع قبل
القبض والفسخ بخيار الحيوان ، وخيار المجلس ونحوها فانه حالة الضمان ليس بفاقد .
ولم يحصل الاستقرار فى الذمة الذى هو شرط فى الضمان ، فلم يكن مضموناً
فضمانه على هذا التقدير يكون من قبيل ضمان مالم يجب وحينئذ فلا يدخل هذا فى
ضمان العهدة ، ومثله أيضاً لوفسخ المشتري بعيب سابق فانه لا يدخل ذلك فى ضمان
العهدة فلا يلزم الضامن الثمن على تقدير الفسخ بالعيب بل يرجع به المشتري على
البايع ، ولا يطالبه به ، لان الفسخ بالعيب انما يبطل العقد من حينه ، لامن أصله كما
فى ضمان العهدة الذى تقدم تحقيقه فلم يكن حالة الضمان وهو وقت البيع مضموناً .
حتى أنه لو صرح بضمانه فى ذلك الوقت فسد لانه ضمان مالم يجب والذمة
انما اشتغلت به بعد الفسخ 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 ، ولا يؤثر هنا تقدم سبب الفسخ وهو العيب

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

ومحصل الكلام ان معيارعدهة الثمن على الضامن وعدمه كون البيع في حال انعقاده باطلا وعدمه وعلى الاول كان الضمان على الضامن وعلى الثانى على البايع وحيث ان سبب الفسخ وهو العيب موجودا في حال البيع لكنه غير مؤثر في البطلان من حيث ان الموجب هو العلم به كان البيع في حال انعقاده صحيحا فكان الضمان على البايع .

﴿أما لو طالب بالارش رجوع على الضامن﴾ كما في القواعد وغيرها ﴿لان استحقاقه ثابت عند العقد﴾ فيتحقق شرط الضمان ، بل هو أولى من غيره ، لان الارش جزء من الثمن باق في ذمة المشتري ﴿و﴾ لكن مع ذلك ﴿فيه تردد﴾ بل عن التحرير الجزم بالعدم لان الاستحقاق له انما حصل له بعد العلم بالعيب فما عن التحرير في غاية المتانة ولو على فرض كون الارش جزء من الثمن فان الضامن ضمن ذلك الثمن الذي كان البيع فاسد من حيث عدم مالية للمبيع مثل لامن حيث العيب الموجب للارش حتى يقال انه جزء من الثمن وقد عرفت ان وجود العيب غير موجب للفسخ واخذ الارش وانما الموجب له هو العلم به مع اختيار الارش والضامن ضمن اصل المبيع لاعيبه وارشه .

وفي الحدائق ما لفظه قد عرفت أنه لو فسخ المشتري بعيب سابق فانه لا يدخل ذلك في ضمان العهدة ، ولا يلزم الضامن الثمن لعدم اشتغال ذمة المضمون عنه وقت العقد بالثمن ، وانما حصل ذلك بعد الفسخ .

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

يجب بالفسخ اللاحق المتأخر 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 لا يرجع 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 حاصلًا ، فانه لا يثبت الا باختياره ، ولعل الاول أقرب ، بناء على هذه التعليقات ، نظراً الى أن الارش كان واجباً بالاصل ، لانه عوض جزء فايت من مال المعاوضة ، ويكفى فى ثبوته بقاء المشتري 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 لو كان الضمان انما هو بعهدة الثمن فانه لا يشمل 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 قد عرفت ان الكلام على فرض صحته انما هو فى فساد الثمن لاعيبه وارشه لان موجب الفسخ او الاخذ بالارش هو العلم به لا مجرد وجوده كما عرفت . فاذا علم واختاره قد ثبت فضمن الارش مع عدم العلم باختياره ضمان لما لم يجب .

وفى المسالك بعد قوله اما لو طالب بالارش قال اشار بالتعليل الى الفرق بين

الأرض والتمن حيث يدخل الأرض في ضمان العهدة دون الثمن على تقدير الفسخ بالعيب فإن الثمن إنما يجب بالفسخ اللاحق للضمان كما تقدم أما الأرض فإنه جزء من الثمن ثابت وقت الضمان فيندرج في ضمان العهدة لكنه مجهول القدر حينئذ فينبغي بناؤه على صحة ضمان المجهول الذي يمكن استعلامه إلا أن يختص ضمان العهدة بحكم زائد كما خرج من حكم ضمان الأعيان المضمونة إلى أن قال :

ومحصل الأشكال يرجع إلى أن الأرض هل هو ثابت بالعقد وإنما يزول بالفسخ والرجوع إلى الثمن أو أن سببه وإن كان حاصلًا لا يثبت إلا باختياره وتظهر الفائدة فيما لو لم يعلم بالعيب أو علم ولم يطالب فهل يبقى ذمة من انتقل عنه المعيب مشغولة له بالأرض أم لا وقد تقدم في باب السلم لهذه المسئلة مزيد بحث انتهى .

ولقد اجاد في ظهور الفائدة بعد وضوح أن مجرد حصوله في حال العقد لا يؤثر ما لم يعلمه ولم يختره فإنه لو علم بالعيب ولم يطالب يسقط حق الأرض فيكون بعد العلم بالخيار في أخذ الأرض وعدمه مختارًا فطلب ضمانه طلب لما لم يجب لأن العلم به إنما يحصل بعد البيع والضمان واقع قبله وكيف كان ففي حال البيع لم يصح للضامن ضمان الأرض ولو مع العلم بأن البيع صحيحًا بأن يقول للمشتري لو كان المبيع معيبًا فانا ضامن له بل حتى مع علم المشتري بالعيب في حال البيع فإن علمه مثبت للخيار إذا اختار الأرض فطلب الضامن ضمانه للمشتري طلب لما لم يجب أيضًا كما كان ضمان عهدة الثمن أيضًا ضمان لما لم يجب إذ لم يعلم فساد البيع كما عرفت .

المسألة الثانية ﴿ قد عرفت أنه ﴾ إذا خرج المبيع ﴿ جميعه ﴾ ﴿ مستحقًا رجوع ﴾ للمشتري ﴿ على الضامن ، أما لو خرج بعضه ﴾ ﴿ مستحقًا ﴾ ﴿ رجوع على الضامن بما قابل المستحق ﴾ ﴿ بلا خلاف ولا اشكال ﴾ ﴿ وكان ﴾ المشتري حينئذ ﴿ في الباقي ﴾ من الثمن ﴿ بالخيار ﴾ لأن الفرض أن الضامن ضمن للمشتري ضمان الثمن لو ظهر كونه للغير مثلًا فإذا ظهر نصف المبيع للغير وباعه بدون إذن مالكه فيبطل البيع في نصف المبيع وكان للمشتري الرجوع إلى الضامن في النصف وحيث بقي له نصف المبيع واشترى كله

كان له خيار تبعض الصفقة ﴿فان فسخ﴾ المشتري ﴿رجع بما قابله على البايع خاصة﴾
 وفي الجواهر وفقاً للمشهور لعدم اندراجه في ضمان الضامن بل لا يصح ضمانه له
 لو صرح به ، لانه من ضمان مالم يجب ، خلافاً للمحكى عن الشيخ فجوز الرجوع
 على الضامن بالجميع ، لوجود سبب الاستحقاق حال العقد كالعيب انتهى .
 ولا يخفى ان الضامن له لو فسد البيع ولا فرق في ذلك بين فساده كلا او بعضا
 في ان له الرجوع الى الضامن في مقدار الذي يفسد لا الزيادة عليه وسبب الاستحقاق
 ايضاً هذا المقدار في حال البيع فليس له الرجوع الى الضامن باكثر من هذا المقدار
 وفي الحدائق ما لفظه أقول : أما الكلام فيما اذا خرج الجميع مستحقاً فظاهر ، وأما
 فيما لو خرج بعضه مستحقاً فانه يطالب الضامن بحصته من الثمن ، وذلك فان ثمن
 ذلك البعض حيث أن البايع باعه ، وهو لا يستحقه بقي في ذمة البايع وقت البيع ،
 فصح ضمانه .

ولو قلنا بصحة بيع الفضولي توقف على اجازة المالك لذلك البعض ، فان
 اجازته صح ، وان لم يجز فالحكم كما ذكر ، ثم ان المشتري يتخير بين الفسخ لتبعض
 الصفقة ، وبين الرضا على الوجه المذكور ، فان فسخ في الباقي رجح بثمنه على
 البايع خاصة على المشهور ، لعدم تناول الضمان له ، فان ثبوت ثمن هذا الباقي 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 في المختلف : اذا خرج بعض المبيع مستحقاً رجح المشتري على الضامن للعهد
 بما قابل المستحق من الثمن ، فان فسخ البيع لتبعض الصفقة ، قال الشيخ : رجح
 بما قابل الباقي أيضاً على الضامن ان شاء ، وليس بجيد ، لنا انه حصل بسبب متأخر
 وهو الفسخ المتجدد بعد البيع ، فلا يرجع به على الضامن لعدم دخوله في ضمانه ،
 لانه لم يجب وقت الضمان ، احتج الشيخ : بأن السبب فيه الاستحقاق الذي حصل

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

اقول: قد تقدم فى مسألة الرجوع بالارش بسبب العيب ان الاشهر الاظهر الرجوع به على الضامن ، لوجود سبب الاستحقاق وقت الضمان ، فانه ضمنه ، والمبيع معيب يستحق للمشتري فيه الارش ، لانه عوض من ذلك الجزء الفائت من المبيع ومانحن فيه كذلك كما ذكره الشيخ ، فان تبعض الصفقة الذى هو سبب الفسخ الناشئ من استحقاق بعض المبيع كان متحققاً وقت المبيع ، والقائل - بعدم جواز الضمان هنا عليه ، بيان الفرق بين الموضوعين ، فانهما من باب واحد لا يعرف بينهما فرق ، وبذلك يظهر أن المسألة لا تخلو من الاشكال ، انتهى .

ولا يخفى ما فيه لما عرفت فى تلك المسألة من ان مجرد وجود السبب غير كاف ما لم يعلم به لامكان عدم اختياره بعد العلم بالسبب فما فى المختلف موافقاً للمتنبئين .

المسألة الثالثة: اذا ضمن ضامن للمشتري درك ما يحدثه من بناء أو غرس * مثلاً فى الارض المشتراة لو خرجت مستحقة وقلع المالك بناءه و غرسه ، أى تفاوت ما بين قيمته ثابتاً ومقلوعاً * لم يصح لانه ضمان ما لم يجب * حال الضمان . وفى الجواهر ضرورة عدم استحقاقه ذلك على البايع قبل البناء و الغرس ، بل ولا بعده ، وانما يستحقه عليه بعد القلع انتهى .

ولا يخفى ورود هذا الاشكال على اصل ضمان العهدة لو كان بمعنى ضمان الضامن للمشتري خسارة الثمن لو ظهر كون المبيع للغير فانه ضمان لما لم يجب اذ لم يظهر فى حال الضمان ذلك وكذا الحال لو كان بعد اخذ الثمن .

وفى المسالك بعد قوله اذا ضمن ضامن للمشتري قال المراد انه ضمن للمشتري ضامن عن البايع بدرك ما يحدثه فى الارض التى اشتراها من بناء لو غرس لو ظهرت الارض مستحقة وقلع المالك بناؤه غرسه والمراد بدرك ذلك تفاوت ما بين قيمته ثابتاً ومقلوعاً فان هذا الضمان لا يصح فلا يستحق الرجوع عليه لو ظهر الاستحقاق وقلع لانه ضمان

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

قال: في الحدائق ما لفظه: والمراد أنه حيث كان للمشتري التصرف فيما يشتره بالبناء والغرس ونحو ذلك ، فلو خاف ظهور كون المبيع مستحقاً ويذهب ما يغرسه فيه وبينه 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 لا يصح ، لانه ضمان مالم يجب ، لانه حين الضمان لم يكن مستحقاً للارش على البايع ، وانما استحقه بعد القلع ، وخراب البناء ، المتأخرين عن وقت الضمان الى ان قال :

في مقام اثبات الصحة لهذا الضمان في المقام أن سببه كان موجوداً وقت الضمان ، وهو كون الارض مستحقة للغير ، فينبغي جريان الاحتمال السابق فيما نحن فيه ، وحيث انه قد تقرر وعلم أنه اذا ظهرت الارض مستحقة وقد بنى المشتري فيها او غرس ، 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 ، فزمانه بصير مؤكداً انتهى .

﴿وقيل﴾ والقائل الشيخ في محكي المبسوط والفاضل وولده وثنائي المحققين والشهيدين و ﴿كذا﴾ لا يجوز ﴿لوضمنه البايع﴾ له فضلاً عن الاجنبى فلا يصح اذا ضمن البايع للمشتري انه لو بنى فيما اشتراه بناء او غرس غرساً و اشجاراً 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﴾ أى جواز ضمانه البايع ذلك للمشتري لاجواز ضمانه الضامن للمشتري وذلك لانه كما في المتن لازم بنفس العقد كما حكى ذلك عن المحقق الثاني

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

المسألة ﴿الرابعة اذا كان له على رجلين﴾ مثلا ﴿مال فضمن كل واحد منهما ما على صاحبه﴾ باذنه دفعة واحدة ، ورضى المضمون له بذلك ، وتسوى المالكان 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 واحد منهما بضامنه فرعا ، وبمضمونيته أصلا فيتعاكسان .

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

المسألة ﴿الخامسة : اذا رضى المضمون له من الضامن ببعض المال ، أو أبرأه 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 .

ولا يخفى انه بظاهره مشكل لان المضمون له ابرء الضمان عن البعض او الكل

وهو لا يدل 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 الباقي عن المضمون عنه او كان هبته للضامن لاجل ان يأخذ منه الباقي لصح فانه فى الحقيقة اعطاء وهبة بالمضمون عنه والفرص خلافه وكيف كان فالظاهر هو ابراء ذمة الضامن سواء كان عن البعض او الكل وهو غير مربوط بما ضمن عن المضمون عنه .

وربما كان نظر المضمون له الى الاحسان بخصوص الضامن فيرجع الضامن الى المضمون عنه بجميع ما ضمن 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 مالو صالحه عنه بالدين .

نعم لو صالحه عليه بما يتساوى الدين فى ذمته وقاصه 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 ﴿مثلاً﴾ باذنه فدفعه ﴿المضمون عنه﴾ الى الضامن فقد قضى ماعليه ﴿ولا يخفى انه على الظاهر غير خال عن الاشكال وذلك لانه بمجرد الضمان انتقل ماعلى المضمون عنه الى ذمة الضامن فالمضمون عنه فعلاً برىء عن الدين ولذا لا يجوز للمضمون له الرجوع الى المضمون عنه بعد الضمان بل اللازم هو رجوع المضمون له الى الضامن والحاصل بعد الضمان لا يشتغل ذمة المضمون عنه الا بعد اداء الضامن ماضمه الى المضمون له وحينئذ يرجع الى المضمون عنه فلو ادى الى الضامن قبل اداء الضامن ادى ما ليس عليه .

وحاصل الاشكال انه بعد الضمان لا يكون ذمة المضمون عنه مشغولة بالضامن

ولابالمضمون له فاذا دفع الضامن ماضمه الى المضمون له كان له الرجوع الى المضمون عنه ففي حال الدفع الى الضامن دفع لما لا يجب عليه فلا يكفي بعنوان اشتغال ذمته اليه بل ذمته في الحقيقة مشغولة بالمضمون له ولذا كان له الرجوع الى الضامن فدفعه اليه اولى من الدفع الى الضامن .

وبالجمله لا يكون الدفع الى الضامن مبرء للذمة قبل دفع الضامن الى المضمون له الا اذا كان بعنوان الوكالة عن ايصاله الى المضمون له فصح قطعاً وببرء ذمته لولم يعص الضامن بالوكالة وعدم الايصال ولولم يكن الدفع بهذا العنوان كان دفعاً غير واجب فان وجوب الاشتغال يعود بعد دفع الضامن ماضمه الى المضمون له لا قبلاً الا ان قال عند الدفع اليه هذا كان عندك امانة فان تفضى عنى دينى كان وفاء عن دينى وان لم تقض رده الى او كان الدفع معلقاً على اداء الضامن فان ادى كان مادفع اليه اولاً وفاءً عن دينه والا انفسخ ضمانه للمضمون عنه ويبطل ويرجع ما ضمنه الى ذمة المضمون عنه كما كان اولاً فيجب استرداد مادفع اليه قبلاً ورده الى المضمون له .

وفي المسالك بعد قوله اذا ضمن عنه ديناراً قال قد عرفت ان الضامن لا يستحق عند المضمون عنه شيئاً الى ان يؤدي مال الضمان فاذا ابتدأ المديون ودفع الدين الى الضامن فقد تبرع بالاداء قبل وجوبه فلا يستحقه الضامن وليس له التصوف فيه . نعم له دفعه في الدين تبعاً للاذن وقول المصنف ره فقد قضى ما عليه 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 في يده مساوياً للحق الا ان يؤدي 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 انما يتم مطلقاً على تقدير ان يكون المقبوض في يد الضامن مضموناً عليه والا لا يمكن ان يتلف في يده بغير تفریط فلا يكون المديون في هذه الصورة قد قضى ما عليه وليس ببعيد كونه مضموناً كالمقبوض بالسوم ولعموم على اليد ما اخذت

حتى تؤدي و استشكل في كرة كونه مضموناً بعد أن حكم به نعم لو قال المديون للضامن اقض به ما ضمننت عنى فهو وكيل والمال فى يده امانة والفرق بينه وبين ما سبق واضح لانه دفعه فى السابق اليه اما مطلقاً او انه الحق المضمون وعلى التقديرين ليس بمستحق عليه للضامن بخلاف قوله اقض به ما ضمننت 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 برئاً 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 وقد 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 قديقال : ان الدفع وفاء مثلاً وكذا البراء 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 لانرى احداً مصرحاً به من الاصحاب انتهى .

وكيف كان فلا بد و ان يرجعه الى شىء ممكن دفعه قبلاً 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 برئاً 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 وان ما في ذمته انتقل الى ذمة الضامن و لذا لا يصح رجوع المضمون له الى المضمون عنه بعد الضمان فالدفع الى المضمون له بدون اذن الضامن مشكل ايضا ولكنه هو اولى من الدفع الضامن .

المسألة ❖ السابعة : اذا ضمن باذن المضمون عنه ، ثم دفع ماضن ، وانكر المضمون له القبض ، كان القول قوله مع يمينه ❖ لا صالة عدم القبض ، كما في الجواهر والمسالك وقال الثاني منهما وح فلا يرجع الضامن على المضمون عنه بشيئ لعدم تحقق غرمه واستحقاقه الرجوع مشروط به ولا فرق في ذلك بين ضمانه بالاذن وعدمه وانما قيد بالاذن ليرتب عليه لاحكام الاتية اذ الاتهمة مع عدمها مطلقا ولا رجوع انتهى قوله وحينئذ اى حين كون القول قوله ولم يكن مع الضامن بينة وثبت عدم الدفع لا يرجع الضامن على المضمون عنه لعدم ثبوت دفع ماضمنه فكانه لم يدفع اليه شيئا اصلا .

نعم لو نكل المضمون له عن اليمين ورده الى الضامن فحلف فهل يثبت الدفع فان اليمين المرودة يمكن كونه بمنزلة البينة فيرجع حينئذ الى المضمون عنه لثبوت الغرامة حينئذ اولا فعلى هذا القول وعدم كونه كالبينة كما في الجواهر فلا وتحقيقه في 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 اذاه الى المضمون له .

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

فترد انتهى يعنى ان وجه قبول شهادته انه على ضرره فانه اذا شهد بدفع ماضمته الى المضمون له ثبت رجوع الضامن اليه واخذته منه ما ضمنه بخلاف ما لو لم يشهد كما فى الفرض الاول فلا يكون للضامن اخذ من المضمون عنه فالشهادة المقبولة موجبة لعدم دفع المال فوجب دفعه ثانياً و اشار الى القسم الاول والثانى فى الحدائق بما لفظه اذا اختلف الضامن والمضمون له فى قبض مال الضمان و ادعى 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 بشيء لانه انما يرجع عليه بما غرمه ، وهنالما : يتحقق غرمه ، واستحقاق الرجوع مشروط به وعلى هذا فلا فرق بين أن يكون ضمانه بالاذن وعدمه ، وانما قيدنا بالاذن اولا ليرتب الاحكام الاتية عليه ، اذ لاتهمة مع التبرع - ولا رجوع .

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 لما كان الضمان باذنه موجبا للرجوع الضامن عليه فشهادته بالأداء شهادة على نفسه ، وشهادة لغيره فتسمع ، الا أن يتطرق اليها التهمة انتهى .

فاذا ثبت دفع الضامن رجوع الى المضمون عنه وهذا كله ﴿ على ﴾ مذهبنا من ﴿ القول ﴾ 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 وبشروط الشهادة بدفع المال الى المضمون له براء ذمة المضمون عنه . واما اذا كان من ضم بزيادة نونه كى يكون من ضم ذمته الى ذمته كما عليه العامة فانه عليه لا ينتقل 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 ايتهما شاء فحينئذ المال باق على ذمة المضمون عنه فالشهادة على اخذ المضمون له المال لا توجب تأثراً فانه عليه لا ينتقل المال من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن بل كلاهما شريكان في كون المال على ذمتها .

﴿و﴾ كيف كان ف ﴿لولم يكن﴾ شهادة المضمون عنه ﴿مقبولاً﴾ لجر نفع أو فسق أو خصومة او غير ذلك ﴿فحلف المضمون له كان له مطالبة الضامن مرة ثانية﴾ على زعم الضامن حيث لا يثبت مادفعه اولا فللمضمون له مطالبة الضامن ﴿و﴾ لكن ﴿يرجع الضامن على المضمون عنه بما أداه أولاً﴾ لا الاخير الذي هو ظالم بزعمهما فيه .

وفي المسالك قال بعد قوله 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 فهي اولى عند المضمون له وفي ظاهر الحال وانما يرجع الضامن الى المضمون عنه بما اداه اولا لاعترافه بانه لا يستحق سواه ودعواه ان الاداء الثاني ظلم وموافقة المضمون عنه له على ذلك ولا يخفى انه مشروط بمساواة الاول للحق او قصوره والا رجح باقل الامرين لانه لا يستحق الرجوع بالزائد 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 الذي دفع ثانياً على زعمه ظلم ولو كان على زعم المضمون له حق هذا .

ولا يخفى ما في قوله والا رجح باقل الامرين الظاهر في ان الاقسام ثلاثة فان المتصور الصحيح هو قسمان فان الذي دفعه اولاً اما تمام الحق واما بعضه حتى يدفع الباقي كما اذا كان الحق خمسين ودفع نصفه مبنياً على دفع الباقي بعداً فان كان الدفع الاول تمام الحق كان الرجوع بالمضمون عنه بتمام الحق اى الخمسون بعد عدم قبول الدفع بالشهادة وان كان مادفعه اولا هو اقل كالنصف في المثال مبنياً على دفع الباقي

وانكره المضمون له كان له الرجوع بالمضمون عنه بتمام الحق ايضا اذ الفرض ان المضمون له منكر للدفع رأساً تماماً واقلاً

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 رأساً ولا يثبت الشهادة على الدفع فمعناه لم يدفع اصلاً فعلى الفرضين كان له الرجوع بما دفع اولا على زعم المضمون له على حسب انكاره وكيف كان ان اريد بالزيادة زيادة عن الحق فهو خارج عن محل البحث واجنبى عنه .

وبالجملة قوله مشروط بمساواة الاول للحق او قصوره صحيح لكن لا يكون قسم ثالث فى البين الا اذا ادى اولا زيادة على الحق تبرعاً بان كان الضمان مائة فادى مأتين وهو خلاف الفرض بل اما دفع المائة او اقل منه ولو ادى زيادة عن الحق لا يكون مربوطاً بالمقام ولا كلام فى ذلك اصلاً بل ارفاق لا يدخل 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 قد تبع المسالك فقال ما لفظه الثالثة : أن لا يكون شهادة المضمون عنه مقبولة لاحد الوجهين المتقدمين فيحلف المضمون له ، فانه متى حلف كان له مطالبة الضامن ، ويرجع الضامن على المضمون عنه بما ادعا أنه اداه اولا : لاعترافه بأنه لا يستحق 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 مساوياً للحق أو اقل منه والارجع بأقل الامرين لانه لا يستحق الرجوع بأزيد من الحق انتهى حيث ان قوله وينبغى ان يعلم الخ لا يخلو اما ان يدفع الحق بتمامه اولا او الاقل منه ، فاستدل جمع كذا كذا بانها لشان اقله ، و
و اما الزيادة عليه فليس محل البحث و كيف يتصور كون الحق مائة ودفع

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

فالمتصور دفع نفس الحق او الاقل فلامعنى للقسم الثالث بحيث كان مربوطا بالمقام فان كان الاول والثاني مساو وكان 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 شىء 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 أخيراً﴾ وفى الجواهر بعده قال لعدم ثبوت اداء سواه ثم انه قد ذكر موارد صدق التهمة توضيح الاول منها ان الضامن صالح مع المضمون عنه بنصف ماضمانه مثلا بان كذب المضمون له فى الاداء وشهادته بالدفع ونتيجته بعد الشهادة سقوط ما على الضامن ثانياً ويعطى بالمضمون عنه ونصف ما ضمنه فلو كان مقدار الدين مائة تومان فبعد الضمان بهذا النحو دفع الضامن نصف دينه واخذ نصفه الاخر لنفسه ووقع ضرر المال على الدائن اى المضمون له .

ولا يخفى انه مع احتمال هذه المصالحة كان الشاهد متهمه فلا يقبل شهادته ولزم على الضامن دفع الجميع الى المضمون له رجوعه الى المضمون عنه بالكل . ويرد عليه ان الشاهد ان كان عادلا فلامعنى للتهمة وان كان فاسقا فلا يقبل شهادته كان مورداً للتهمة اولا .

الثاني 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 الذي يقسم بين الغرماء واما اذا لم يشهد والقرض 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 يعني ان احتمال التهمة يرجع الى فسق الشاهد .

الثالث من موارد التهمة ان الضامن في 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 في 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 فهي 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 وتام الكلام في كتاب الشهادة .

وكيف كان لانفهم 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 في معنى العدالة يكفي اشتراط العدالة فقط ولم ار احد صرح باشتراط ضم يمين للمدعى هنا والتفصيل في محله حيث صرحوا هناك باشتراط شاهد واحد مع يمين المدعى في دعوى المال فراجع الى محله واسئلكم ان يدعوا الى الله ان يوفقنى لتفصيله وبيانه .

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

المسألة ﴿ التاسعة ﴾ : اذا كان الدين مؤجلاً فضمنه حالاً ﴿ باذن المضمون عنه في ذلك وعدمه ففي المحكى عن المبسوط ﴿ لم يصح ، وكذا لو كان الى شهرين فضمنه الى شهر لان الفرع لا يرجح على الاصل وفيه تردد ﴿ وفي الجواهر بل منع لما سمعته سابقاً من عدم الدليل على اشتراط الاجل فيه ، بل ظاهر الادلة خلافه . وفي المختلف قال للشيخ قولان في اشتراط الاجل زيادة قال في النهاية ولا يصح ضمان مال او نفس الا باجل معلوم و هو قول شيخنا المفيد في المقنعة و قول ابن البراج في الكامل وابن حمزة وقال في المبسوط يصح حالاً وبه قال ابن البراج في ب وتبعه ابن ادريس وهو الاقوى .

لنا الاصل وعموم قوله عليه السلام 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 في الحال للضامن فيتسلط على مطالبة المضمون عنه في الحال فينتفى فائدة الضمان والجواب نمنع انحصار فائدة الضمان في التأخير 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 لايجب 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 اجمع فى محكى التذكرة .

﴿ والكلام ﴾ فيها يكون ﴿ فى العقد ، وفى شروطه وأحكامه أمّا الاول : فالحوالة ﴿ المتفق على صحتها ﴾ عقد شرع لتحويل المال من ذمة الى ذمة مشغولة بمثله ﴿ وفى الجواهر ولو باعتبار 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 ما لفظه والحوالة مشتقة من تحويل الحق من ذمة الى ذمة و يقال أحاله بالحق عليه يحيله احالة واحتمال 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 ، ادخالاً 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 - 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 لامطلقاً ، 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 أصعب منه اقول ولذا قال المصنف فى محله لكن ذلك بالضمان اشبه وهو كما ترى لا يصح ادخاله فى تعريف الحوالة وجواز التعريف بالاعم كما ترى وان كان المقصود فى التعاريف غالباً شرح الاسم لا المعنى الجامع المانع وسيأتى الباقي فى محله .

﴿ وكيف 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 ما لو تبرع المحال عليه بالوفاء فانه لا يعتبر 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 .

ولا يخفى ان اعتبار عدم الرضا فى المحال عليه مشكل من حيث انه لو لم 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 القبولين بعد الايجاب كما قيل مع انه توهم محض بداهة ان الرضا اجنبى عن القبول ويمكن القبول اكرها او ضرورة وخوفا ويمكن ان يكون الرضا باطناً دون القبول لجهات اخر فينفك كل منهما عن الآخر . نعم الغالب ان القبول يقع عن الرضا بالشبىء وبالجملة رضائه من حيث دفع المال بالمحتال قد تقع بعد تمام الايجاب والقبول فقبوله اللازم فى المقام غير القبول اللازم فى الايجاب والقبول قال فى الجواهر ما لفظه :

وأما اعتبار الرضا فى الثانى فهو المشهور بل عن الاردبيلي أنه لم يظهر فيه خلاف ، بل فى محكى التذكرة نسبه 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 ، ولو من العامة .

نعم هو محكى عن التقى ، بل لعله ظاهر المحكى عن المقنعة والنهاية ، بل عن الفاضل فى المختلف الميل اليه ، بل هو خيرة المقتصر والتنقيح ، وايضاح النافع ، والمسالك والروضة على ما حكى عن بعضها ، بل فى الثانى ان اعتبرنا شغل الذمة والحوالة بمثل ما عليه ، فلا يشترط رضاه قطعاً ، وان لم يشترط الشغل أو كانت الحوالة بالمخالف فلا بد من رضاه قطعاً ، وان كان قديماً القطع فيما ذكره أخيراً نعم هو كذلك فى سابقه أى الحوالة على البرىء بناء على صحتها كما اعترف به غير واحد من الافاضل فالبحت حينئذ فى مشغول الذمة ولو بغير المثل كما استعرف .

وعلى كل حال فليس للمشهور بعد الاجماع المحكى الذى لم نتحققه ، بل

المضمون توهمه مما عرفت ، سوى أصالة بقاء الحق في ذمة المحيل المقطوعة بعموم « اوفوا » وباطلاقات الحوالة ، اذ لا ريب في عدم اعتبار رضاه في مفهومه المتحقق بالايجاب من المحيل ، والقبول من المحتمل انتهى .

وظاهر عباراته عدم اعتبار رضاه وعدم تحقق اجماع عليه . وكيف كان فالذى لاختلاف فيه من حيث الرضا هو المحيل والمحتال والكلام في المحال عليه وظاهر الخلاف لزوم رضائه ايضاً قال المحتمل هو الذي يقبل الحوالة فلا بد من اعتبار رضاه وبه جميع الفقهاء الا داود فانه قال لا يعتبر 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 النبي 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 المزني في اختياره واليه ذهب ابوسعيد الاصطخري وذكر ابن سريج في التخليص ان الشافعي ذكر ذلك في الاملاء والمشهور من مذهب الشافعي انه لا يعتبر رضاه .

[دليلنا] ما قلناه في المسئلة الاولى سواء من اجماع الامة على انه اذا رضى صحت الحوالة ولم يدل على صحتها من غير رضاه دليل انتهى .

والانصاف ان التأمل ، في ذلك يقنضي عدم لزوم رضاه اذ المعيار في عقد الحوالة رضائه من المحيل المديون الذي احال ماعليه للمحتال برضاه الى المحال عليه الذي عليه للمديون بمثل ما احال . وبالعجالة المحيل مديون بالمحتال وله على المحال عليه مثله فاحال مالمحتال الى المحال عليه برضاه ورضا المحتمل فليس للمحال عليه سلطنة على رده وعدم قبوله لو كان 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 الحدسيات من المجمعين .
قال في الحدائق ما لفظه لا يخفى ان اركان الحوالة ثلاثة : المحيل والمحتمل
والمحال عليه ويعتبر رضا الثلاثة عند الاصحاب ، أما المحيل فموضع وفاق ، قال
في التذكرة : يشترط في الحوالة رضی المحيل ، وهو الذى عليه الحق اجماعاً ، فلو
اكره على أن يحيل فأحال بالاكره لم يقع الحوالة ، ولا يعرف فيه خلافاً ، فان من
عليه الحق مخير من جهات القضاء ، فله أن يقضى من أى جهة شاء ، لا يتعين عليه
بعض الجهات قهراً .

وأما المحتمل فالوجه في اعتبار رضاه أن حقه ثابت في ذمة المحيل ، فلا يلزمه
نقله الى ذمة اخرى الا برضاه ، والحكم في ذلك أيضاً اجماعى كما صرح به في التذكرة
فقال : يشترط رضاه المحتمل عند علمائنا أجمع ، وبه قال الشافعى وأبو حنيفة ، ثم
ذكر نحو ما ذكرناه من التعليل .

وأما المحال عليه فالمشهور بين أصحابنا (رضوان الله عليهم) اعتبار رضاه
أيضاً ، بل ادعى عليه الشيخ الاجماع ، قال في المختلف : احتج الشيخ على ما اختاره
بأن الاجماع واقع على صحة الحوالة مع رضی المحال عليه ولادليل على صحتها
من غير رضاه ، ولان اثبات المال في ذمة الغير مع اختلاف الغرماء في شدة الاقتضاء
وسهولته تابع لرضاه .

ويمكن أن يجاب بأن نفى الاجماع نفى دليل خاص ، ونفى الخاص لا يستلزم
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 في هذا
الباب ، مع أن الشيخ المفيد لم يذكر اعتبار رضی المحال عليه ، بل عبارته تشعر بعدم
اعتبار رضاه ، ثم نقل العبارة المذكورة ، ثم قال : وكذا قال الشيخ في النهاية .

أقول : لا يخفى أنه وان لم يرد في الاخبار ما يقتضى رضی أحد : من هذه
الثلاثة المذكورة ، الا أن ما علل به رضی الاولين مضافاً الى الاجماع على ذلك

لا يخلو من قوة وأما ما علل به الاخير فهو ظاهر الضعف عند التأمل ومثله أيضاً ما قيل من أن الاصل بقاء المال في ذمة المحال عليه للمحيل ، فيستصحب .

والتحقيق كما ذكره شيخنا الشهيد الثاني في المسالك ، أن المحيل قد أقام المحال مقامه في القبض بالحوالة ، فلا وجه لافتقاره الى رضاه من عليه الحق، كما لو وكله في القبض منه ، بخلاف الاولين لما عرفت انتهى .

ثم نقل في هامش كتابه بما هو لفظه المفهوم من كلام العلامة في التذكرة ايضاً عدم الخلاف في ذلك حيث قال : في اصحابنا من يشترط رضی الثلاثة ، وقال في موضع آخر : ويشترط عندنا رضی المحال عليه ، ثم نقل الخلاف عن بعض العامة فقط ، وهو كما ترى ظاهر فيما قلناه مع انه في المختلف كما نقلناه في الاصل خالف في ذلك ، وتبعه شيخنا الشهيد الثاني في المسالك ، وهو الاقرب كما أوضحناه في الاصل ، ويشير ايضاً الى وجود الخلاف في المقام ، مافي عبارة ابن حمزة على ما نقله في المختلف ، حيث قال : تصح الحوالة بشروط عشرة الى أن قال : ورضی المحال عليه على الصحيح، قال في المختلف وهو يشعر بوجود قول لبعض اصحابنا ينافيه وانه لا يعتبر رضاه ، انتهى وبذلك يظهر ما في كلام المحقق الاردبيلي حيث انه نسب الخلاف في هذه المسألة الى شهيد الثاني في المسالك خاصة مع اعترافه بنقل الشيخ الاجماع وفيه ما عرفت انتهى .

فالاقوى عدم وجوب رضاه الذي هو بمنزلة القبول في الايجاب واما القبول في رد ما على المحيل الى المحال فهو لازم لانه مع انكاره كيف يؤدي الحق الى المحال فالقبول بمعنى قبول الاداء لاقبول الايجاب وهو يلائم مع عدم الرضا .

﴿و﴾ كيف كان ف ﴿مع تحققها﴾ جامعة للشرائط ﴿يتحول المال الى ذمة المحال عليه﴾ ولو باعتبار انتقال عوضه الذي هو في ذمة المحال عليه اليه .

﴿و﴾ على كل حال ﴿يبرء المحيل وان لم يبرأه المحال على الأظهر﴾ الأشهر بل المشهور، فانه بالحوالة ينتقل ما للمحال الى ذمة المحال عليه فيبرء المحيل

اى ما عليه للمحتال ينتقل برضاه الى المحال عليه فكان المحيل بعد قبول المحتال لا يكون مديونا وانما له الرد وعدم القبول من اول الامر لا بعد القبول .

وبدل على ذلك روايات مثل خبر أبى ايوب «سأل أباعبدالله عليه السلام عن الرجل يحيل الرجل بالمال ، أيرجع عليه قال : لا يرجع عليه أبداً الا أن يكون قد أفلس قبل ذلك» وخبر منصور بن حازم «سألت أباعبدالله عليه السلام عن الرجل يحيل على الرجل بالدرهم أيرجع عليه ؟ قال : لا يرجع عليه أبداً الا أن يكون قد أفلس قبل ذلك » وخبر عقبه 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 لا يكون راضيا بكون ماله على ذمة المحال عليه فح يحتاج الحوالة الى ان يبرء المحيل كما هو المحكى عن أبى على والشيخ فى النهاية و أبى الصلاح والقاضى ، و ظاهر المقنعة ، بل عن المقداد فى التنقيح اختياره فاعتبروا براءة المحتال ، والا لم يبرء .

لخبر زرارة « عن أحدهما عليه السلام فى الرجل يحيل الرجل بما كان له على رجل آخر فيقول له الذى احتال برأت مالى عليك ؟ فقال : اذا ابرءه فليس له أن يرجع عليه ، وان لم يبرأه فله أن يرجع على الذى أحاله » .

ولا يخفى انه فى حين الحوالة ان كان المحتال راضيا به وقبل الحوالة فمعناه الابراء للمحيل ولا يحتاج مع قبول الحوالة ورضاه ان يبرء المحيل وان لم يقبل ولم يرض فلا يتحقق الحوالة وقد مر اعتبار رضاه بالاجماع والخبر معارضة لما مر آنفا فالظاهر ما فى المتن وفى الجواهر بعد نقل خبر زرارة .

قال لكنه خبر واحد موافق للمحكى عن الحسن البصرى ، و محتمل لارادة الرجوع عليه ولو فى حال الأعسار مع الجهل به، وللكفاية عن القبول والرضا بالحوالة فلا يصلح معارضاً لتلك الأخبار ولو على جهة التقييد ، ولالمداد على اللزوم فى عقد

الحوالة المستفاد من الآية و الاجماع وغيرهما ، بل رد هذا القول - مضافاً الى ما ذكرنا - بالاجماع بقسميه ، على اقتضاء الحوالة نقل المال من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه ، و لكن قد يناقش بمنع الاجماع المزبور ، اذ لا يتصور معه الخلاف المذكور الذي قد سمعته من غير واحد ، بل المخالف انما عبر بلفظ الاظهر ونحوه ولو أن هذا الاجماع محقق لم يتصور محل للابراء معها ، كما لا تصح هي اذا وقع قبلها انتهى .

وفي الحدائق ما لفظه المشهور انه مع تحقق الحوالة فانه يبرأ المحيل من حق المحتال من غير أن يتوقف على الابراء بل يبرىء بمجرد الحوالة ، وذهب الشيخ : في النهاية و ابن الجنيد والشيخ المفيد و ابن البراج و ابن حمزة و أبو الصلاح الى توقف ذلك على الابراء زيادة على الحوالة ، وقال ابن ادريس ومن تأخر عنه : بالاول . ويدل على ما ذهب اليه المشايخ المتقدم ذكرهم ما رواه ثقة الاسلام والشيخ بأسانيد فيها الصحيح عن زرارة الى ان ساق الصحيح المتقدم آنفا ثم قال وهي ظاهرة الدلالة فيما ذكره : والمفهوم منها أن الحوالة لا تفيد نقل المال من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه ، لانه مع حصول النقل بالحوالة لا يصادف الابراء محلاً .

هذا ان تأخر الابراء عن الحوالة ، والالم يصادف الحوالة محلاً ، ولاخلاف بين الاصحاب في أن الحوالة تفيد نقل المال الى ذمة المحال عليه ، و ان المحتال ليس له الرجوع على المحيل ثم نقل الروايات الدالة على براءة ذمة المحيل ثم قال وهذه الاخبار كما ترى ظاهرة في نقل الحوالة وبرائة ذمة المحيل بعد الحوالة ، للمنع من رجوع المحتال عليه معتمدة باتفاق الاصحاب على ذلك .

وبالجملة فان كلا من الحوالة والبرائة موجب لخلو ذمة المحيل ، فأيهما سبق كان الثاني لاغياً ، لا أثر له .

وبه يظهر ما في الرواية المذكورة من اشكال ، ومخالفة القواعد الشرعية وقد تأولها الاصحاب بتأويلات بعيدة ، أقلها بعداً ما ذكره في المسالك ، وهو أن الابراء في الخبر كناية عن قبول المحتال الحوالة فمعنى قوله برئت من مالي عليك أني رضيت

بالحوالة الموجبة للتحويل ، فبرئت أنت فكنتى عن الملزوم باللازم و هكذا القول فى قوله : ولولم يبرأه فله أن يرجع ، لان العقد بدون رضاه غير لازم ، فله أن يرجع فيه انتهى .

قال فى الخلاف : اذا انتقل الحق من ذمة المحيل الى المحال عليه بحوالة صحيحة فانه لا يعود عليه سواء بقى المحال عليه على غناه حتى اداه او جحدده حقه وحلف عند الحاكم او مات مفلساً او فلس وحجر عليه الحاكم وبه قال الشافعى وهو المروى عن على عليه الصلوة والسلام وقال ابو حنيفة له الرجوع عليه بالحق اذا جحدده المحال عليه او مات مفلساً وقال ابو يوسف ومحمد يرجع عليه فى هذين الموضوعين 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 ولا يكون له الرجوع و لانه شرط الملائة فى الحوالة فلو كان له الرجوع عند الاعسار لم يكن لشرط الملائة فائدة انتهى . وقال ايضا اذا احوال رجلا على رجل بالحق وقبل الحوالة وصحت تحول الحق من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه و به قال جميع الفقهاء الا زفر بن الهذيل فانه قال لا يتحول الحق عن ذمته كما لا يتحول 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 .

ولا يخفى انه لو كانت الحوالة كما ذكره اى مشتقة من التحويل فلا جرم لا يتوقف 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 براءة ذمة المحيل عماله عليه وبالجملة لو كانت الحوالة بمعنى تحويل المال فلا كلام فيما افاد القوم . ومن الغريب ما فى المسالك فى المقام حيث قال : حكمان أحدهما : أن الحوالة

تفيد نقل المال وتحوله من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه ، وهو موضع وفاق منا ومن العامة الا من شد منهم ، فانه جعلها كالضمان بمعنى الضم ، وقساده ظاهر - الى أن قال : - وثانيهما : أن المحيل يبرأ من حق المحتال» الى آخر ما ذكره مع أنه في السابق عند البحث على اعتبار رضى المحال عليه ، بعد أن ذكر دليل الخصم أنها تقتضى الانتقال قال «انانمنع من اقتضاء الحوالة النقل بل هي ايفاء لما في ذمة الغير ، فلا يقصر عن بيعه ولا يشترط فيه رضا» اذمع فرض تحقق الاجماع المزبور لا يتصور النزاع المذكور انتهى .

ولا يخفى ان الغرابة واضح بعد دعوى انتقال المال من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه فان ذلك يناهى قوله انانمنع من اقتضاء الحوالة النقل وكيف كان فمعنى قبول المحتال الحوالة هو انتقال المال من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه فلا يكون مال المحتال على ذمته كى يتوقف على ابرائه بل البراء قهرى بمجرد الحوالة ﴿وبصريح أن يحيل على من ليس﴾ له ﴿عليه دين﴾ .

وفى الجواهر وفاقاً للمشهور بل عن السرائر الاجماع عليه وهو الحجة 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 أو استيفاء ، فعلى الاول لا تجوز وعلى الثانى تجوز ، وفيه : أن الاصح كونها أصلاً برأسه ، وان لحقها حكم الوفاء فى بعض الاحوال ، والاعتياض فى بعض آخر ، والافمن المعلوم أنها ليست وفاء حقيقة ولذا لا يجب قبولها ، وان كانت على ملى ، ولا يبعأ كذلك ، ولذا لم يثبت لها حكم التقابض فى المجلس لو كانت فى النقد .

وعلى كل حال فلا دليل للمخضم سوى الأصل المقطوع بما عرفت ، ودعوى

استبعاد اختلاف مقتضاها ، والمراد منها ، اذهى على مشغول الذمة انتقال ، وعلى البرىء معنى الضمان انتهى .

وفيه ما لا يخفى اما كونه استيفاءً فمعناه ان المحتال استوفى طلبه وماله ودينه من المحال عليه فاذا قال فى جوابه ليس على ذمتى شىء حتى استيفيت منى دينك فما جواب المحال عليه حينئذ وهل يكون للمحتال جواب له اولا بل منه يظهر عدم صحة كونه اعتياضا مطلقا اذا اعتياض معناه اخذ المحتال عوض دينه الذى على المحيل من المحال عليه فاذا لم يكن على ذمته شىء فإى دليل يلزمه اخذ منه مع كونه بريئا . وبالجملة معنى الحوالة اخذ المحتال دينه من المحال عليه وهو يتوقف على كون ذمته مشغولا للمحيل فلا جرم يحتاج التعريف الى قيد كون الحوالة اعتياضا عن المشغول ذمته بمثله فيخرج البرىء عن الحوالة حتى بناء على كونه اعتياضا لاحتياجه 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 ما لفظه 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 دلائلنا 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 أو اعتياض فعلى الاول تصح دون الثانى لانه ليس على المحال عليه شىء يجعل عوضا عن حق المحتال فهو من تخريجات الشافعية فى المسئلة وانما هى أصل برأسه وعقد مفرد كما هو صريح المبسوط والخلاف والسرائر والمختلف وحواشى الكتاب وغيرها .

وقال في (الخلاف) ان الذي يقتضيه مذهبنا أن نقول انها عقد قائم بنفسه

انتهى .

(قلت) اما انها ليست بيعا فلاطباق أصحابنا على ذلك كما تقدم الاميلوح من المبسوط في أثناء كلام له وهو مأول لانه صرح في عدة مواضع بانها ليست بيعا ولانها لو كانت بيعا لجازت بلفظ البيع ولجازت الزيادة والنقصان فيها ولما جازت في النقود الامع التقابض في المجلس .

وأما انها ليست استيفاء فلانها لو كانت استيفاء لقدر أن المحتال استوفى ما كان له على المحيل وأقرضه المحال عليه وليس فيها استيفاء ولا اقرض محقق فلايقدر ان ثم انها لو كانت استيفاء لوجب قبولها اذا أحاله على ملى والاجماع على خلافه كما يأتي فلاريب انها ليست استيفاء وان قواه في التذكرة ونسبه الشهيد الى ظاهر كلام الاصحاب على انه قال في التذكرة في آخر مسألة الاختلاف في أنها استيفاء أوبيع كل هذه الخلافات لافائدة تحتها ولادليل عليها والمخالف فيما نحن فيه الشيخ في المبسوط في آخر الباب وحكاه في الايضاح عن القاضي وابن حمزة ولم نجد ذلك في الوسيلة ولم يحكه والده في المختلف عن أحد غير الشيخ في المبسوط في آخر كلامه وكأنه في جامع المقاصد متأمل وليس في محله وفي (المفاتيح) ان الاظهر انه ضمان .

(قلت) قد قال المحقق والمصنف وغيرهما انه أشبه بالضمان لاقتضائه نقل المال من ذمة مشغولة الى ذمة بريئة وأن المحال عليه لقبوله ضامن لدين المحتال على المحيل قال في (المسالك) ولكنه بهذا الشبه لا يخرج عن الحوالة قطعاً فتلحقه أحكامها وهذه الكلمة تجرى مجرى الاجماع ممن يعمل بالظنون وقوله تلحقه أحكامها فيه انه ينبغي على ما سلف له انه لايعتبر فيها رضا المحيل نعم له الرجوع مع الاذن كما في الضمان فلي تأمل وليلحظ ماتقدم ويعتبر رضا المحال عليه قطعاً كما تقدم انتهى .

هذا حال المسألة وحال الاقوال وحال حججهم فيها فان الاصل مصادرة واطلاق

الايخبار منصرف الى الصحيح كاطلاق الام للام الرضائى مثلا لا مامو باطل بحكم العقل لعدم صحة الحوالة على البرىء وكذا كونها عقداً برأسها فان العقد الذى برأسها لا يصح جعلها فى الحوالة مردداً 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 فلا بد 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 : لا يخفى 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 ، فالأظهر فى الاستدلال على هذا الحكم هو الاستناد الى اطلاق الاخبار المذكورة ، وعدم التعويل على هذه الاعتبارات المتكلفة ، انتهى .

وقد عرفت 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 صححت الحوالة وقال الشافعى اذا احال على من ليس له عليه دين فالمنهوب ان ذلك لا يصح لانه اذا لم تجز الحوالة عليه بجنس آخر غير الذى عليه فالاولى ان لا تجوز اذا لم يكن عليه الحق .

[دليلنا] ان الاصل جواز ذلك والمنع يحتاج الى دليل انتهى . اقول ان اراد بالاصل جواز الاستقراض من البرىء او ضمانه 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

ايّ زمان كان جائزاً حتى يستصحب فانه لو كان جائزاً اصلاً لما وقع فيه خلاف وان كان غيره فباى معنى اريد وان كان دائراً مدار استفادة الحكم من الاخبار فمع فرض عدم صحة الحوالة الى البرىء كيف يكون داخلاً فيها وان اريد به البرائة الاصلية فالتمسك بها اما فى اصل عدم وجوب شىء واما فى اصل عدم حرمة ولازم الاول عدم الالتزام وقد عرفت انه لاثمرة فيه .

ولازم الثانى عدم الحرمة ولا يكون 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 فالبرائة 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 لا تتحقق بدون اجازته ورضاه وبعده قد اقدم عليه فلا بأس به .

والحاصل ان الانتقال بدون السبب لو كان محالاً لزم ان لا يصح الضمان ايضا لانه ايضا انتقال ماعلى المضمون عنه الى الضامن مع انه ليس على ذمته شىء وذلك ليس بمحال اذا كان برضاه غاية الامر يكون حينئذ ضمناً لحوالة وان كان باسم الحوالة ولذا قال المصنف ﴿ لكن يكون ذلك بالضمان أشبه ﴾ فانه حينئذ كان المحال عليه ضمناً والمحتال هو المضمون له والمحيل هو المضمون عنه ولا استحالة فى ذلك قلت انه حينئذ لا يصح جعله حوالة بل لزم خروجها عنها وادخالها فى الضمان ولا يصح 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 تأمل اذلا كلام فى الضمان بل فى الحوالة فالاولى ان يقال بصحة الحوالة على البرىء اذا كان بميله واختياره .

ومنه يظهر عدم صحة ما عن الكاشانى من ان الاظهر أنها ضمان .

وفي الجواهر وان كان فيه ما لا يحفى ، ضرورة عدم حصول انشاء ذلك من المحال عليه حتى تكون ضمناً ، انتهى فان قلت يمكن كونه قرضاً قلت فمضافا الى عدم كلامه في القرض وان الكلام في الحوالة ان الحوالة تنتقل ما للمحتال على ذمة الغير حتى يدفعه والقرض يجعل الغير مالكا وما ابعد ما بين المقترض المالك و المحال عليه اللازم عليه الدفع وما بين احكامهما من الاختلاف والمقترض مالك لعين المقرضة و يجب عليه زكاتها ان تعلق عليه بخلاف ما على ذمة المحال عليه .

وبالجملة المحال عليه يجب عليه رد ماضيه الى المضمون له والمقترض كان فعلا مالكا للعين المقرضة وله التصرف فيه لجميع انواع التصرفات وكان عليه رد المثل او القيمة لو تلفت بخلاف المحتال عليه فانه ليس مالكا لمال المحتال بل عليه الرد فورا فالضامن اذا ضمن عن الغير انتقل ما على المضمون عنه الى ذمة الضامن بمعنى لزوم دفعه الى المضمون له فلا يكون مالكا لما انتقل اليه بل يرجع معناه الى الوكالة عن دفعه الى المضمون له وانى له بذلك المقترض .

ولكن يمكن تصحيح القرض ببيان ان معنى حوالة المحيل دينه الى المحال عليه هو طلب القرض من المحال عليه و كانه قال اقض ديني عن المحتال قرضا على حتى اؤدبك طلبك فقرض و وكله في دفع ماقرضه منه الى المحتال فيجب على المحال عليه دفع طلب المحتال اليه و رجوعه الى المحيل فيما اقرضه و الانصاف انه اولى من صحة الحوالة الى البريء حتى يحتاج الى تصحيحه بانه على البريء استيفاء وعلى المشغول ذمته اعتياض .

فان معنى الاستيفاء هو وفاء دين المحيل الى المحتال او وفاء المحيل دينه وقرضه للمحال عليه فلا دليل عليه سوى التبرع الندي من غير ايجاب لزوم مضافا الى احتياج معنى الحوالة بهذا الترد يد الذي يرجع الى عدم العلم بذلك وايضا يرد على كونه ضمنا عدم التكلم بالضممان بل انقلاب الحوالة الى الضمان بعيد ايضا و انه بذلك ينتمل التعاريف اذا الضمان هو الحوالة على البريء فيكون التعريف ادخله في الضمان

دون الحوالة اذ هي 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 ولا يصح 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 فلا يصح
الحوالة على البرىء بل اللازم اشتغال ذمته ايضا للمحيل فهل يشترط فى الحوالة
على المحال عليه وعلى كونه غنيا اولاً، الظاهر الاول فح اذا ظهر بعد الحوالة كونه معسراً
لم يصح قال فى الخلاف اذا شرط المحتال فى الحوالة ملائمة المحال عليه فوجده
معسراً (اولم بشرط فوجده معسراً خ) لم تصح الحوالة .

(وقال الشافعى اذا شرط المحتال ملائمة المحال عليه فوجده معسراً اولم بشرط
فوجده معسراً صححت الحوالة صرف) وقال ابن سريج (ابو العباس - خ) الذى يقتضيه
اصول الشافعى ان يكون له الرجوع اذا شرط الملائمة فوجده بخلافه والاول قول
المزنى وهو الذى صححه باقى اصحابه .

[دليلنا] اجماع الفرقة فانهم يعتبرون الملائة وايضاً قول النبى ﷺ اذا احيل
احدكم على ملى فليحتل فامر بالاحتياح اذا كان ملياً دون ان يكون معسراً .
﴿و﴾ كيف كان ﴿ف﴾ اذا احواله ﴿اى احوال المحيل المحتال﴾ على ﴿المحال عليه﴾
﴿الملى﴾ الوفى ﴿لم يجب القبول﴾ على المحتال لان اللازم كان بميله ورضاه
للاجماع على اشتراط رضاه فلا يكون القبول الا برضاه ولو كان المحال عليه ملياً
غنياً بل يكون الناس فى اداء الديون مختلفاً فربما لا يحب 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 ما دل على وجوب قبول الوفاء من باذله ، بعد معلومية عدم كونها وفاء حقيقة ، على وجه تدرج فى اطلاق تلك الأدلة ، بل هى ناقلة كما عرفت انتهى ومقصوده قده ان الدليل وان دل على وجوب القبول اذا وفى البازل لكن المقام ليس من باب الوفاء حتى وجب على المحتال القبول لما عرفت من الحوالة من باب الاعتياض لا الاستيفاء 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 لا يصح الحوالة على البرىء وكان عند المصنف ضمان وعندى قرض وفى مفتاح الكرامة بعد قوله ولا يجب قبولها وان كانت على ملى قال ما لفظه بلاخلاف الامن داود وقد سمعت الاجماع المحكية على اشتراط رضاه اى المحتال مضافا الى الاصل وفقد المانع والدليل لان الواجب قبوله أداء الدين وليست أداء وانما هى نقل وأوجب داود القبول لقوله فإنه فيما حكى اذا أحيل أحدكم على ملى فليحتل وقصور السند يمنع من حمله على الوجوب فليحمل على الارشاد بل على الاستحباب لما فيه من قضاء حاجة أخيه واجابته الى ما يبتغيه وهذا يرشد الى انها ليست استيفاء والا لوجب القبول الأأن تقول ان وجوب القبول انما هو فى الاموال الموجودة فى الخارج لافى الماهية الكلية فتأمل انتهى .

قوله لان الواجب قبوله أداء الدين الخ قد عرفت آنفاً فى عبارة الجواهر وحاصله فرق بين قبول أداء الدين وبين اصل قبول الدين والاوّل متوقف على الثانى فانه بمفاد كان انناقصه 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 ، بلاخلاف ولاشكال ، بعد معلومية كون الحوالة من العقود اللازمة كما في الجواهر ﴿أما لو قبل الحوالة جاهلاً بحاله ، ثم بان فقره وقت الحوالة كان له الفسخ والعود على المحيل﴾ ،

وفي الجواهر بلاخلاف أجده فيه كما عن الغنية الاعتراف به ، بل في محكمي التذكرة نسبه 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 ايضاً عند قوله [فان قبل لزم] ما هو لفظه بالنص والاجماع كما تقدم وانتقل الحق الى ذمة المحال عليه وبه قال جميع الفقهاء الا زفر ابن الهذيل كما في الخلاف وبلاخلاف الامن زفر كما في الغنية واجماعا الامن زفر كما في المبسوط والسرائر والتذكرة والمسالك ومجمع البرهان الى ان قال عند قوله ﴿وليس له الرجوع وأن افتقر﴾ بلاخلاف 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 جحد المحال عليه أومات مفلساً وحكوا عن عمرانه يرجع عليه اذا افلس وحجر عليه الحاكم .

وبه قال ابو يوسف ومحمد بن الحسن ولا فرق عندنا بين اخذ المحتال شيئاً من المال وعدمه عملاً باطلاق النص والفتوى والاجماع مضافاً الى اصالة لزوم العقد وعدم اشتراط الاخذ بل ظاهر المختلف الاجماع صريحاً انتهى .

﴿واذا احاله﴾ المحيل المحتال على المحال عليه ﴿بما عليه﴾ اي على ذمة المحيل كما اذا كان للمحتال على المحيل خمسين وللمحيل ايضاً خمسون على المحال عليه فقال للمحتال حولتك في خمسينك الى المحال عليه ﴿ثم احال المحال عليه﴾ المحتال ﴿بذلك الدين﴾ الخمسين على المحيل ايضاً فعلى قول المصنف وعدم

الخلافاً كما فى الجواهر ﴿صح﴾ .

ولا يذهب عليك ان الحوالة الثانية من المحال عليه الى المحيل حوالة الى البرىء لان دين المحيل بعد الحوالة قد انتقل الى المحال عليه فلا يبقى فى ذمته شىء لالمحتال ولالمحال لان عليه مقدار هذه 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 شىء 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 صار ذمة المحيل مشغولة ثانياً بعين الاشتغال الاول بعد حصول البراءة فهو لغوم محض فهذه الحوالة تسمى بالحوالة الدورية ويدور امر الحوالة الثانية الى الحوالة الى البرىء او اللغووية المحضة .

﴿وكذا﴾ فى لزوم الاشكال بل اللغووية ﴿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 ما لفظه بتعدد المحال عليهم ، واتخاذ المحال كما لو احوال المديون زيدا على عمرو ثم احوال عمر وزيدا على بكر ، ثم احوال بكر زيدا على عمرو وهكذا ، لوجود المقضى وارتفاع المانع ، وبتعدد المحتال او المحيل واتحاد المحال عليه ، كما لو احوال المحتال من له عليه دين على المحال عليه ، وهكذا بل كما يصح تراميها يصح دورها ، كالضمان بأن يعود الى المحيل الاول اذا فرض شغل ذمته

للمحال عليه ، أو قلنا بصحتها على البريء بل لم نجد خلافاً هنا وان سمعته فى الضمان كما هو واضح انتهى .

وفى الحدائى الظاهر أنه لاختلاف بينهم فى جواز ترمى الحوالات ودورها لحصول شرايط الصحة ، وعدم المانع فكما تصح الاولى تصح الثانية والثالثة ، وهكذا لعين ما ثبت به صحة الاولى ، فلو أحال المديون زيدا على عمرو ثم أحال عمرو زيدا على خالد ، ثم أحال خالد زيدا على بكر صرح ، وهذا فى صورة تعدد المحيل والمحال عليه ، فان كلامتهم ماعدا الاول محيل ومحال عليه ، مع اتحاد المحال ، فان المحال 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 أو بناء على جواز الحوالة على البريء 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 أحاله وقبل المحيل واداه صح فهو ادى مالمحتمل اليه كما هو وظيفته قبل الحوالة لكن ﴿ يرجع ﴾ المحيل ﴿ عليه ﴾ اى على المحال عليه ثانيا اذ الفرض لم يؤد المحال عليه ما أحال اليه فبقى على ذمته نفس ما كان قبل الحوالة للمحيل ﴿ وان تبرع ﴾ المحيل فى الاداء ما أحاله 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 ما على ذمته بالحوالة كما لو تبرع به الاجنبى .

﴿ ويشترط فى المال ﴾ المحال به ﴿ أن يكون معلوما ﴾ وفى الجواهر فى المشهور على ما اعترف به غير واحد ، بل عن مجمع البرهان لعله لاختلاف فيه ، بل فى المحكى عن التحرير يجب ان يكون معلوما ، فلا يصح بالمجهول اجماعا بل فى مفتاح الكرامة « لم نجد المخالف » وانما ذكرت الصحة مع الجهل احتمالا فى

التذكرة والمسالك ومجمع البرهان ، نعم لم يذكر هذا الشرط في عداد الشرائط في الوسيلة والغنية وغيرهما ، ولعله وان أمكن أن يكون ذلك لمعلوميته ، إلا أن الانصاف عدم خلوه عن الاشكال انتهى وجه اشكال هذا الشرط عدم الدليل اليه وغاية مايتوهم لزوم الغرر وهو مندفع .

قال في الحدائق مالفظه ومنها أن يكون المال المحال معلوماً عند المحيل ، فلو أحاله بمال مجهول عنده كما لو أحاله بماله من الدين لم يصح للغرر ، ولأن الحوالة إما أن تكون اعتياضاً أو استيفاءً وعلى الأول فلا يصح على المجهول ، كما أنه لا يصح بيعه ، وعلى الثاني فإنه انما يمكن استيفاء المعلوم .

قال في التذكرة : ويحتمل هنا الصحة ، ويكون على المحال عليه للمحتال مايقوم به البيئنة ، كما قلنا في الضمان ، ولا فرق في اشتراط كونه معلوماً بين أن يكون مثلياً كالطعام ، أو قيمياً كالعبد والثوب خلافاً للشيخ : وجماعة حيث منعوا من جواز الحوالة بالقيمي ، لكونه مجهولاً .

ورد بأنه معلوم بالوصف المصحح للبيع ، والواجب فيه القيمة وهو مضبوطة أيضاً تبعاً لضبطه ، فلا مانع مع شمول عموم الأدلة انتهى .

ولا يخفى صحة ذلك من دون لزوم الغرر لادائه الى المعلومية في مقام الاحتياج وباب الصلح حينئذ واسع والتباني على مقدار معين معلوم او ما قامت عليه البيئنة كما عرفت آنفاً عن التذكرة ممكن .

وكذا يعتبر فيه أن يكون ﴿ثابتاً في الذمة﴾ وفي الجواهر أى ذمة المحيل ، ولو متزلزلاً فالحوالة في غير الثابت فيها ، وان وجد سببه كمال الجعالة مثلاً قبل العمل ، بناء على عدم ثبوته في الذمة قبله ، فضلاً عما لم يوجد سببه كالحوالة بما سيستقرضه ، نحو ما سمعته في الضمان ، بل في بطلان الحوالة في المتزلزل حينها بالفسخ بعد ذلك نظر ، وان وجب عليه دفع الثمن مثلاً من غير ذلك انتهى .

بداهة ان الاحالة على شىء فرع ثبوت هذا الشىء ولو كان بنحو التزلزل

والافلامعنى لها اصلا فلا بد وان يكون ثابتا في الذمة ﴿سواء كان له مثل كالطعام، أو لا مثل له﴾ بان يكون قيميا ﴿كالعبد والثوب﴾ .

وفي الجواهر لاطلاق الادلة وعمومها ، من غير فرق بين الحوالة به على مشغول الذمة بمثله وصفاً وجنساً أو على برىء خلافاً للمحكى عن الشيخ في أحد قوليه وابن حمزة فمنعنا من الحوالة بالقيمي ، للجهالة ، وضعفه واضح ، بعد معلومية صحة السلم وغيره فيه ، باعتبار انضباطه بالوصف فمع فرض اشتغال ذمته بعبد موصوف مثلاً بماله في ذمة آخر ، أو كان بريئاً وأراد اثباته في ذمته على نحو ما كان عليه بطريق الحوالة أو الضمان لم يكن وجه للاشكال في صحته انتهى .

قال في الخلاف يجوز الحوالة بما لا مثل له من الثياب والحيوان اذا ثبت في الذمة بالقرض ، ويجوز اذا كان في ذمته حيوان وجب عليه بالجناية مثل أرش الموضحة وغيرها يصح الحوالة فيها ، وكذلك يصح أن يجعلها صداقاً لامرأة ، واختلف اصحاب الشافعي فيه فقال بعضهم لا يجوز ، وانما يجوز فيما له مثل ، وقال ابن سريج : يجوز فيما يثبت في الذمة وهو معلوم ، واذا كان في ذمته حيوان فهل يصح الحوالة بها فيه وجهان .

دللتنا - ان الاصل جواز ذلك ومن منع منه فعليه الدلالة ، ومن قال لا يجوز قال لانه مجهول وليس الامر على ذلك لانه لا بد أن يكون معلوماً بوصفه وسنه و جنسه ، فان لم يكن كذلك لم تصح الحوالة به انتهى . خلافاً لما عن مبسوطه حيث اشترط صحة الحوالة في ذوات الامثال لا غير

قال في الحداثق ولا فرق في اشتراط كونه معلوماً بين أن يكون مثلياً كالطعام أو قيمياً كالعبد والثوب خلافاً للشيخ ؛ وجماعة حيث منعوا من جواز الحوالة بالقيمي لكونه مجهولاً .

ورد بأنه معلوم بالوصف المصحح للبيع ، والواجب فيه القيمة وهي مضبوطة أيضاً تبعاً لضبطه . فلا مانع مع شمول عموم الادلة انتهى وفي هامش كتابه ما لفظه .

قال الشيخ في المبسوط : انما تصح الحوالة في الاموال التي هي 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 السار ولا ابن ادريس ذلك ، قال في المختلف : والمعتمد عدم الاشتراط كما قال ابن الجنيد : اصابة صحة العقد عدم اشتراط كونه مثلياً ، احتج الما نعون بانه مجهول ، والجواب المنع من الجهالة ، بل ربما يوصف به السلم ، قال الشيخ في الخلاف : نمنع كونه مجهولاً ، لانه لا بد 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 في الجواهر بنحو الاجمال لكنها غير متعارف في باب الحوالة بل يمكن عدم شمول الادلة لاكثرها فلا فائدة في ذكرها قال قده بل لا يبعد ان لم يكن اجماعاً جواز الحوالة بالاعمال على البريء أو على مشغول الذمة للمحيل بمثلها ، بناء على أنها بحكم المال ، بدليل صحة وقوعها ثمناً للمبيع و عوضاً للخلع ومهراً في النكاح من غير فرق بين كون المراد منها الثواب أو غيره ، وحينئذ فيصح احالة مشغول الذمة بقراءة القرآن وزيارة ، أو صلاة ، أو حج أو غير ذلك على بريء أو على مشغول الذمة له بمثل ذلك ، وكذا يصح ضمانه ، لكن لم أجد مصرحاً به ، كما أنه لم أجد في نصوص الحوالة ما هو صريح فيه أو ظاهر ، بل هو غير متعارف انتهى .

﴿و﴾ كيف كان فعن الشيخ في أول الباب من المبسوط وابني زهرة وحمزة والقاضي أنه ﴿يشترط﴾ في صحة الحوالة ﴿تساوي المالين﴾ أي المحال به والمحال عليه ﴿جنساً﴾ ونوعاً ﴿ووصفاً﴾ .

وفي الجواهر بل لعله ظاهر النافع وغيره مما عرف فيه الحوالة بتحويل المال من ذمة الى ذمة مشغولة بمثله بل عن التذكرة من مشاهير الفقهاء وجوب التساوي في الدينين للاصل بعد عدم اطلاق في نصوص الباب يوثق به في تناول المفروض

ولاسيرة كاشفة ولاغيرهما مما يطمئن به انتهى .

﴿تفصيلاً من التسلط على المحال عليه﴾ بما لم تشتغل ذمته به ﴿اذ لا يجب﴾ عليه ﴿أن يدفع الا مثل ما عليه﴾ .

وفي الجواهر وجواز دفع شخص من جنس غيره بالتراضى معاوضة مستقلة أو وفاء للدلالة الخاصة التي لا تشمل الحوالة قطعاً وان كان لها حكم الوفاء في بعض الاحوال دون بعض كما عرفته سابقاً انتهى .

ووجهه بنحو الاجمال ما في المتن ورفع النزاع بينهما فيجب تعيين ما للمحتال وتعيين ما على المحال عليه ثم الحوالة .

﴿و﴾ لكن مع ذلك قل المصنف ﴿فيه تردد﴾ وفي الجواهر بل عن المبسوط في موضع منه و التذكرة والتحرير والحواشي واللمعة و التنقيح و ايضاح النافع و جامع المقاصد والمسالك والروضه و مجمع البرهان و المفاتيح اختيار الجواز انتهى . نعم قد يجب التساوى في اتحاد الجنسين مثل حوالة الحنطة بالحنطة حذراً من لزوم الربا بناء على جريانه في مطلق المعاملات أو على القول بان الحوالة بيع . وفي الحدائق ما لفظه و منها انه يشترط تساوى المالين جنساً و وصفاً تفصيلاً من التسلط على المحال عليه اذ لا يجب أن يرفع الا مثل ما عليه و تردد المحقق في الشرايع في هذا الشرط .

قال في التذكرة : من مشاهير الفقهاء وجوب تساوى الدينين ، أعنى الدين الذى للمحتال على المحيل و الدين الذى للمحيل على المحال عليه جنساً و وصفاً و قدراً فلو كان له دنائير على شخص فأحاله عليه بدراهم لم يصح لئلا يلزم التسلط على المحال عليه بما لا يستحق واما قدراً فلا يجوز التفاوت بمعنى الحوالة بالزائد على الناقص و كذا العكس و مع التفاوت يجوز بالمساوى واما الاجل فيجوز الحال بالحال و المؤجل بمثله و بالحال و الا بعد بالانقص لا العكس لانه تأجيل حال . نعم لو شرط في الحوالة في الحالين عدم القبض الا بعد أشهر مثلاً يجوز لدليل وجوب العمل بالشرط انتهى .

كذا نقل عنه المحقق الاردبىلى (قدم سره) فى شرح الارشاد و الظاهر أنه نقل بالمعنى لملخص ما ذكره فى الكتاب المذكور كما لا يخفى على من راجع كتاب التذكرة .

أقول : وتفصيل الكلام فى المقام هو أن الشيخ (رحمة الله عليه) وجماعة ذهبوا الى اشتراط تساوى المالىن أى المال المحال به و المال المحال عليه جنساً و وصفاً لان حقيقة الحوالة تحويل ما فى ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه ، فاذا كان الدين الذى على المحيل دراهم مثلاً و الدين الذى على المحال عليه دنانير ، فكيف يصير حق المحتال على المحال عليه دراهم و لم يقع عقد يوجب النقل من الدنانير التى فى ذمته الى الدراهم .

و الجواب عن ذلك أنه متى قبل 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 و المسامحة انتهى .

ولا يخفى ان ما فيد فى المقام من الجواز حق لكنه فى مقام يصح مبادلة المال و امكان المصالحة يعنى يكون التفاوت بينهما قليلاً قابلاً لرفع النزاع بينهما ولكنه مع ذلك كون التساوى اولى و احوط .

﴿ولو أحوال﴾ على محال ﴿عليه فقبل وأدى ثم طالب بما آداه فادعى المحيل أنه كان له عليه مال وأنكر المحال عليه فالقول قوله مع يمينه﴾ لان الاصل البراءة ﴿و﴾ حيثئذ ﴿يرجع على المحيل﴾ بما آداه و رضاه بعقد الحوالة أعم من اشتغال

ذمته لما عرفت من صحتها على البريء بل في المسالك و محكى جامع المقاصد و مجمع البرهان أنه كذلك حتى لو اشترطنا في الحوالة اشتغال ذمة المحال عليه قال في الاول منها : «تساقط أصلى البراءة وصحة العقد بالتعارض فيبقى مع المحال عليه أداء ذنب المحيل باذنه فيرجع عليه انتهى .

ولا يخفى ان انكار المحال عليه لازمه كون الحوالة على البريء فهو دعوى الباطلة عند من ذهب الى بطلان الحوالة على البريء ويرجع دعوى المحيل الى صحة الحوالة وعدم كونها على البريء فالقول قوله تقدماً لدعوى الصحة على الفساد واما عند من صحح الحوالة على البريء فالقول قول المحال عليه مع يمينه .

قال في الحدائق ما لفظه : لو أحال عليه فقبل الحوالة و أدى ثم رجع على المحيل بما أداه مدعياً براءة ذمته من مال المحيل وادعى المحيل اشتغال ذمته وأنه إنما أحال عليه من حيث كونه مشغول الذمة بما له ، فان قلنا بجواز الحوالة على البريء كما هو أظهر القولين وأشهرهما ، فان القول هنا قول المحال عليه بيمينه لأنه منكر لاشتغال الذمة وان اعترف بصحة الحوالة فان صحتها لا تستلزم شغل الذمة لما عرفت من جوازها على البريء فيرجع بما أداه على المحيل بعد اليمين و ان قلنا بأن الحوالة مشروطة بشغل ذمة المحال عليه فوجهان :

احدهما : أنه لا يقبل قوله في نفي شغل الذمة لان الحوالة تقتضى شغلها حيث أن الحوالة لاتصح الا مع شغل الذمة كما هو المفروض وهو موافق على الحوالة . وبالجمله 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 فلا تسمع دعوى المحال عليه ولا يرجع على المحيل بشيء .

وثانيهما : أن يقال ان هنا أصلين تعارضاً أصالة عدم شغل الذمة مع المحال عليه و أصالة صحة العقد مع المحيل فتساقط و بقى مع المحال عليه أنه أدى عن المحيل باذنه فيرجع عليه حينئذ على التقديرين .

و استحسنته في المسالك ثم اعترضه بأن الاذن في الاداء انما وقع في 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 في ضمن الحوالة الا أنه أمر يتفقان على وقوعه ، و انما يختلفان في 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 الاردبيلي (قدس سره) أيضاً في شرح الارشاد انتهى .

﴿وتصح الحوالة بمال الكتابة﴾ ولو المشروطة ﴿بعد حلول النجم﴾ اى الوقت في ذمة المكاتب ﴿وهل تصح قبله؟ قيل﴾ والقائل الشيخ على ما في المسالك ﴿لا﴾ يصح لجواز تعجيز نفسه فتنفسخ الكتابة .

وفي المختلف ما لفظه منع الشيخ في المبسوط ضمان مال الكتابة لانه ليس بلازم في الحال ولا يؤول الى اللزوم لان للمكاتب اسقاطه بفسخ الكتابة للعجز فلا يلزم العبد في الحال ولا يؤول الى اللزوم لانه اذا اذاه عتق واذا اعتق خرج من ان يكون مكاتباً فلا يتصور أن يلزمه في ذمة مال الكتابة بحيث لا يكون له الامتناع من ادائه فهذا المال لا يصح ضمانه لان الضمان اثبات مال في الذمة والتزام لادائه و هو فرع للمضمون عنه فلا يجوز أن يكون ذلك المال في الاصل غير لازم و يكون في الفرع لازماً .

لهذا منعنا من صحة ضمانه وهذا لاختلاف فيه والاقرب عندي 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 بثمانها﴾ أى أحال العبد مولاه بثمن ما اشتراه ﴿جاز﴾ لعدم الفرق بينه وغيره ﴿ولو كان له﴾ أى للمكاتب ﴿على أجنبي دين﴾

ومال على ذمة الاجنبى ﴿واحال﴾ سيده ﴿عليه﴾ أى على الاجنبى ﴿بمال الكتابة﴾ الذى فى ذمته ﴿صح﴾ الحوالة مثلاً اذا قال المولى لعبده ان أتانى بمائة تومان فانت حرّ فكان على العبد الاتيان بمائة تومان ولهذا العبد على زيد نفس هذه المائة تومان فأحال العبد مولاه على مائة تومان من زيد لتمكّن المولى من الاخذ من زيد فالمولى يأخذ المائة 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 ﴿احلنك﴾ 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 أحلنتى بما عليك﴾ عن المبسوط ان ﴿القول قول المحيل﴾ بل فى المسالك نسبه الى الشيخ وجماعة ، وان كنا لم نتحققه نعم فى قواعد الفاضل انه أقرب ﴿لانه أعرف﴾ بما قصد ﴿بلفظه﴾ وفى الجواهر اذا يعلم الامن قبله، مضافاً الى أصالة بقاء المال ملكاً للمحيل، وبقاء حق المحتال فى ذمته انتهى ولا يخفى صحة قول المحتال عمل لظهور اللفظ فى الحوالة ولانه الظاهر فى مقام ارجاع الدائن الى آخر لا الوكالة المحتاجة حينئذ الى قرينة منصرفه 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 لا وجه 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 الاعراء بالجهل ، بل لو قدح احتمال التجوز لقدح في جميع الابواب من بيع أو صلح و اقرار ونكاح وغيرها ، فيكون حينئذ قول المحيل مخالفاً للاصل يكلف بالبينة انتهى .

و هو في محله بل ما حكاه عن جامع المقاصد متين جداً عملاً بظاهر اللفظ في مفهومه الاصلى الحقيقى والاصل في الاستعمال الحقيقة هذا كله مع القبض ﴿أما لو لم يقبض واختلفا فقال : وكلنك فقال بل أحلتنى فـ﴾ في المتن أن ﴿القول قول المحيل قطعاً﴾ .

وفي الجواهر كما في القواعد لكن لا يخفى عليك ما فيه بعد الاحاطة بما ذكرنا 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 فلا يتفاوت الحال بين القبض وعدمه انتهى .

ولا يخفى صحة ما افاد لعدم الفرق في وجه تقدم قول المحتال بين القبض وعدمه بعد ظهور اللفظ في الحوالة ولزوم ارادة المعنى من اللفظ فيما لم يكن شياً 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 : حوائك بعد اتفاهما على جريان لفظ الحوالة بينهما ﴿فالقول قول المحتال﴾ وفي الجواهر سواء كان قابضاً أولاً ، لموافقه للاصول ، لكن قد عرفت أن الارجح كون القول قول المحيل ، ترجيحاً للموافقة لظاهر اللفظ ، القاطع للاصول الذي هو أصل مقدم على ذلك انتهى .

وحيث تقدم لزوم ارادة المعنى الحقيقى من اللفظ فارادة غيره مجاز لا يعنى به في جميع الحالات فالظاهر كون دعوى الوكالة على خلاف لزوم ارادة المعنى من اللفظ فان الحوالة ومشتقاتها ظاهرة في نفس معناها من غير فرق بين القبض وعدمه

مضافا الى ان الظاهر من ارجاع الدائن الى الغير في اخذ مقدار من ماله هو الحوالة لا الوكالة التي لا يرتبط بدينه والى ان المحتمل لا يكون وكيلا لا ابتداء في ذلك بقول صريح فيها ولا يكونه وكيلا مفوضا عنه فقوله بالوكالة على خلاف الاصل والظاهر فتدبر المسألة ﴿الثانية اذا كان له دين على اثنين ، و كل منهما كفيل﴾ اي ضامن ﴿لصاحبه وعليه﴾ اي على صاحب الدين ايضا دين ثابت ﴿لاخر مثل ذلك﴾ الدين الذي له على الاثنين كما اذا كان له الف على الاثنين وعليه ايضا الف لاخر غيرهما ﴿فاحاله﴾ اي احال صاحب الالف هذا الالف ﴿عليهما﴾ بان يكون على كل منهما خمسون فهما حينئذ محال عليه وصاحب الدين محيل والاخر محتمل .

و حينئذ ﴿صح﴾ الحوالة ﴿وان حصل الفرق في 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 و كل منهما كفيل فانه لو لم يضر لم ينفع جداً وذلك لانه ان اريد بالكفالة كفالة اصطلاحى وهو الكفيل بالنفس فلا معنى لكون كل واحد كفيلاً 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 وهذا لا يحتاج الى قيد الكفالة بل ولا قيد الضمان .

المسألة ﴿الثالثة : اذا أحال المشتري البايع﴾ مثلاً ﴿بالثمن﴾ كله أو ببعضه ﴿ثم رد المبيع بالعيب السابق﴾ أو اللاحق فى الثلاثة مثلاً 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 الارقاق كما لو اشترى بدراهم مكسرة فاعطاه صحاحاً ثم فسخ فانه يرجع بالصحيح ، وان قلنا انها اعتياض لم تبطل ، كما لو استبدل عن الثمن ثوباً ثم رد بالعيب فانه يرجع

الثمن لا الثوب قال المصنف ﴿وفيه تردد﴾ اي في البطلان تردد وفي الجواهر كما عن الارشاد ، بل قيل : وكذا التحرير والتذكرة وغاية المراد وغيرها ، وحيث لا ترجيح فيها لكن قد يقال : ان أصالة اللزوم وعقدتها واستصحابه يقتضى عدم البطلان ، وهى من توابع البيع بمعنى أنها اقتضت الحوالة بالثمن الذى هو احد أركانها ، لامن توابعه فى البطلان، اذ هى عقد مستقل برأسه ، وان قلنا انها استيفاء لكنه بعقد لازم فلا يفسخ بانفساخ العقد ، انتهى .

و لا يخفى ما فى عدم البطلان اما بناء المسألة على كون الحوالة استيفاء او اعتياضاً فالظاهر هو البطلان على كليهما اما لو كانت استيفاء بمعنى ان المحتمل استوفى دينه الذى على المحيل فان المحتمل وهو البايع لم يكن له على البطلان دين حتى يستوفى من المحال عليه واما لو كانت اعتياضاً بمعنى ان الحوالة ناقلة لمال المحتمل الى الذمة المحال عليه فكان المحيل يجعل ماعليه من الثمن عوضاً عما له على المحال عليه فيبدل الثمن بماله على المحال عليه فيكون عقداً برأسه اما بيع او نظير البيع فبطلانه واضح ايضا اذ جعل المشتري الذى هو المحيل الثمن الذى للبايع المحتمل الى ذمة المحال عليه فرع صحة البيع فاذا بطل لم يكن للبايع ثمن حتى ينتقله المشتري الى ذمة المحال عليه .

والحاصل ان المشتري احال البايع على ثمن البيع فاذا بطل البيع قد دخل الثمن ثانياً فى ملك المشتري 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 المشتري به فاذا بطل البيع بطلت الحوالة تبعاً وكونها عقد برأسها مسلم لكنه فيما صح ار كان الحوالة لافيما ينتفى موضوعها ،

والحاصل قبل بطلان البيع كانت الحوالة بعنوان كون المشتري محيلاً لماله والبايع محتالاً اي صاحب دين فبطلان البيع يكشف عن عدم ذلك .

و اما توهم الصحة من حيث ان البطلان من حين الفسخ لا من اصله فكانت الحوالة صحيحة واقعة قبل البطلان فالبطلان الواقع بعد الايؤثر في الصحة الواقعة قبلا فهو اشد فساداً اذ البطلان الواقع بعدا يكشف عن عدم الصحة قبلا وان الثمن لم يكن للبائع وفي الحدائق ما لفظه الثامنة - قالوا: اذا أحال المشتري البائع بالثمن ثم رد المبيع بعيب سابق فهل تبطل الحوالة ، لانها تبع للبيع ، فيه تردد فان لم يكن البائع قبض المال فهو باق في ذمة المحال عليه للمشتري، وان كان البائع قبضه فقد برىء المحال عليه ، ويستعيده المشتري من البائع .

أما لو أحال البائع أجنياً بالثمن على المشتري ، ثم فسخ المشتري بالعيب أو بأمر حادث لم تبطل الحوالة ، لانها تعلقت بغير المتبايعين ، ولو ثبت بطلان البيع بطلت الحوالة في الموضوعين .

أقول : تفصيل اجمال هذا الكلام وبيان ما اشتمل عليه من الاحكام يقع في مواضع : الاول - فيما اذا أحال المشتري البائع بالثمن على شخص آخر ، ثم رد المبيع بعيب سابق وفسخ العقد ، فهل تبطل الحوالة أم لا ؟ قد تردد في ذلك المحقق في الشرايع والعلامة في الارشاد .

ومنشأ التردد من جهة ما ذهب اليه الشيخ : من بطلان الحوالة في الصورة المذكورة معللا ذلك بأن الحوالة تابعة للبيع ، فاذا بطل البيع بطلت ، لاستحالة وجود التابع من جهة ما هو تابع بدون متبوعه ، و من أن الحوالة نافذة للمال الى ذمة المحال عليه فقد انتقل ما في ذمة المشتري من المال الذي هو ثمن المبيع للمحتال الى ذمة المحال عليه ، فلا يبطله الفسخ المتأخر ، لان الفسخ انما يبطل العقد من حينه لا من أصله .

وربما بنى التردد ايضاً وحصول الوجهين المذكورين على أن الحوالة هل هي استيفاء ما على المحيل ؟ - نظراً الى عدم اشتراط القبض فيها ولو كان الحقان من الاثمان ، بمعنى أن المحتال استوفى دينه الذي على المحيل بمجرد الحوالة من غير أن

يقبض منه شيئاً ولو كانت اعتياضاً كان ذلك بيع دين بمثله .
ولتحقق براءة الآخر وهو المحيل بمجرد الحوالة ، وعلى هذا تبطل الحوالة
لأنها نوع ارفاق واذا بطل الاصل بطل مهية الارقاق كما لو اشترى شيئاً بدراهم مكسرة
و تطوع باداء صحاح عوضها ثم فسخ فانه يرجع عليه بالصحاح انتهى فمن جميع
ما ذكر ظهر صحة القول بالبطلان والله العالم .

ثم انه اذا ظهر البطلان ﴿فان لم يكن﴾ اي ﴿البايع قبض المال فهو باق في
ذمته﴾ أي المحال عليه ﴿للمشترى﴾ لان الفرض انفساخ البيع وانفساخها وليس
للبايع بعد ذلك قبضه .

﴿ وان كان البايع ﴾ قد ﴿ قبضه فقد براء المحال عليه ﴾ للدفع بالاذن ،
﴿ ويستعيده المشتري ﴾ حينئذ ﴿ من البايع ﴾ فليس له رده على المحال عليه .

﴿ أما لو أحوال البايع أجنبياً ﴾ له عليه دين ﴿ بالثمن ، على المشتري ثم فسخ
المشترى بالعيب ﴾ السابق ﴿ أو بأمر حادث ﴾ يقتضى الفسخ من حينه ، ﴿ لم تبطل
الحوالة ﴾ بلاخلاف بل عن شرح الارشاد للفيخر ، الاجماع عليه ﴿ لانها تعلقت بغير
المتبايعين ﴾ والاصل فيها اللزوم

﴿ ولو ثبت بطلان البيع ﴾ من أصله لا من حينه ﴿ بطلت الحوالة في الموضوعين ﴾
و في الجواهر لظهور عدم اشتغال ذمة المحال عليه وان قلنا بجواز الحوالة على
البريء فان الفرض ارادة الحوالة عليه من حيث ثبوت الثمن في ذمته فهي حوالة على
ما في ذمته لاعليه ، كما هو واضح فالمال المقبوض حينئذ ، باق على ملك المشتري
وله الرجوع به مع تلفه على المحتال وعلى البايع انتهى .

كما اذا ثبت كون المبيع للغير وباعه بدون الاجازة فان فسخ المشتري من
الاصل فكأنه لم يقع بيع فلا يكون للبايع ثمن على المشتري كي يحيله على من ذمته
مشغولة للمشترى .

﴿التقسيم الثالث في الكفالة﴾

بافتح وفي الجواهر ولاريب في أنها من العقود الصحيحة ، بل في محكي
التذكرة أنها كذلك عند عامة أهل العلم ، ولكنها مكروهة ، بها هلكت القرون الأولى
وهي خسارة ، وغرامة وندامة ، والمعروف في تعريفها أنها عقد شرع للتعهد بالنفس
والبحث في أنها نفس العقد ، أو أثره ، وفي خصوص الالفاظ والمعاطاة فيها على
نحو ماتقدم في البيع وغيره ، وكذا اعتبار المقارنة بين ايجابها وقبولها ، والعربية
ونحوها مما يعتبر في العقود اللازمة انتهى .

قد عرفت ان الكفالة هي التعهد بالنفس اى بالزام الاتيان بالنفس للمكفول له
كما سيظهر وفي مفتاح الكرامة بعد قول المصنف [وهي 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 لاينافيا وتصح فيه
المعاطاة ولعلها تلزم في 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 .

وفي (جامع المقاصد) انه سياتى أنه يصح التكفيل بالاعيان المضمونة فلايتناولها
هذا التعريف (قلت) انما يأتى له صحة ضمانها لا كفالتها لكن قال في التحرير هي
التعهد بالنفس غالباً وعلله أشار الى ما سنده عند قول المصنف بصحة كفالة بدن الصبي
والمجنون من أنه تصح الكفالة ببدن الدابة اذا جنت على آدمى أو أتلفت ما لا يتفرط
صاحبها لاقامة الشهادة على صورتها بل قلنا بصحة كفالة الكتاب ونحوه لاقامة الشهادة
على صورته وقد يكون أشار الى ما سنده في كفالة العبد الايق .

(وقال فخر الاسلام) الكفالة في مذهبنا انما تصح بشرط أن يكون على المكفول
للمكفول له حق شرعى والحق أعم من ان يكون ديناً أو عيناً وقيل كل من يستحق احضاره الى

مجلس الشرع فانه تصح كفالة فعلى الاخير وهو الصحيح تصح الكفالة بمجرد الدعوى دون الاول انتهى قوله فلا يتناولها هذا التعريف وذلك لان الكفالة بالنفس غير شامل للاعيان المضمونة نعم يمكن الشمول مما حكى عن التحرير من حيث ان النفس غالبية فلا ينافى غير غالب ونحوه الكفالة بيدن الدابة وفي الكل كلام .

و انما ينبغى الكلام فى ان الزام الاتيان بالنفس لماذا يكون وعمدة ما يصح 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 بلا اختيار كما هو مقتضى رضايته المشروطة وليكن فى ذكر منك لعله ينفك .

وقال المحقق الخونسارى فى جامعة بعدقول المصنف و هى التعهد بالنفس ما لفظه لاشكال فى مشروعية هذا العقد لانه من العقود المتعارفة عند العقلاء فيكون مشمولاً لدليل وجوب الوفا مضافاً الى الاخبار الخاصة و يقع الاشكال فى أنها هل تعهد بالنفس خاصة أو تعهد بالتعهد 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 أو لا يشترط هذا بل يكفى استحقاق الاحضار فى مجلس الشرع فنصح كفالته ؟ لا يبعد أن يقال : التعهد بالنفس متيقن وغيره غير معلوم شمول الادلة له حيث ان الادلة لا يشمل العقود الغير المتعارفة .

وأما كفاية استحقاق الاحضار فى مجلس الشرع فقد يستشكل فيها على فرض تحقق الاستحقاق وعدم الشبهة فيه حيث عد من موادره صورة ادعاء المدعى وبشكل من جهة انه مع عدم ثبوت حق للمدعى كيف يستحق المدعى استحضار المنكر نعم مع وجود البينة للمدعى أن يقيم البينة عند الحاكم 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 للتخليف أو النكول أو ردّ اليمين على المدعى يظهر من كلماتهم أنه لو طلب الخصم من الحاكم احضار خصمه للمرافعة وجب عليه اجابته واحضاره .

و ادعى عليه الاجماع والظاهر أنه لادليل عليه الا دعوى توقف الحكم على ذلك و ان الحاكم منصوب لاستيفاء الحقوق وبشكل خصوصاً قبل تحرير الدعوى وتحقق كونها مسموعة ومع تسليم ما ذكر لم يظهر حق للمدعى بل وللحاكم 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 جواز اخذ الكفيل له ، ومما ذكر ظهر الاشكال في جواز أخذ الكفيل في سائر الموارد التي يجب تكليفاً الحضور فيها كالحضور لأداء الشهادة عند الحاكم انتهى .

ولا يخفى ان كلامه قده في صحة طلب المكفول له بنحو العموم وعدمه هو في الجملة حق وسيأتي كل واحد في محله لكن الاشكال الذي لنا هو ان الحق الذي للمكفول له على المكفول هل يرتبط بالكفيل بنحو من الارتباط بمعنى انه ايضادخيل في التقاص عنه وثبوت الجرم كالحبس او رد المال عليه او لا وعلى الثاني كان للمكفول له ولو بتوسط الحاكم الزامه عليه و هو ينا في اشتراط رضا الكفيل اذ الرضا مع الاجبار متنافيان .

وعلى الاول اى عدم حق للمكفول له على الكفيل ولا يصح الامع رضاه بحيث لو ترك لا يكون اعتراض و ملامة عليه فلا يصح حبسه او الزامه برد المال ولو التزم بذلك الكفيل بنفسه كان التزاما ابتدائيا نظير الشروط الابتدائية ويكون من الاحسان المحض هذا و ليكن في 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 جعلتها اعتبار رضا الكفيل وكيف يجتمع الرضا له مع الحكم بانه ان لم يأت بالمكفول لزم حبه او اداء ما عليه والكفيل يعلم هذا الحكم قطعاً فكيف يرضى به اللهم الا ان يقال بعدم المنافات لاقدامه على جميع المحذورات ومنها كيف يستفاد من الاخبار التخيير ومنها كيف يكون عليه دفع المال و في مفتاح الكرامة عند قوله :

﴿ ويعتبر فيها رضا الكفيل والمكفول له ﴾ قال ما لفظه بلا خلاف كما في المفاتيح والرياض ولا نعلم خلافاً في اشتراط رضا الكفيل وكذا يعتبر رضا المكفول له كما في التذكرة وقد حكى الاجماع عنها عليهما جماعة و لعله لا نهم فهموا منها نفى الخلاف بين المسلمين كما هو الظاهر (قلت) أما اشتراط رضی الكفيل فظاهر كما في مجمع البرهان لان اثبات حق له من دون رضاه على شخص آخر باطل وأما اشتراط رضی المكفول له فلان اثبات حق على شخص لاعلى وجه يثبت كونه قهرياً يتوقف على رضاه انتهى .

وكيف كان فظاهر الروايات كراهة الكفالة ولعل وجهه لزوم ارسال المسلم للعبس فروى في الكافي عن حفص بن البختري في الصحيح « قال : أبطأت عن الحج ، فقال لي أبو عبد الله عليه السلام : ما أبطأ بك عن الحج؟ فقلت : جعلت فداك تكفلت برجل فحفر بي 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 علينا فانزل الله عزوجل عليهم العذاب ، ثم قال تبارك وتعالى : خافوني وأجترأت على » والخفر نقض العهد .

وروى الشيخ في التهذيب عن أبي الحسن الخزاز « قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول لابي العباس الفضل بن عبد الملك : ما منعك عن الحج ؟ قال : كفالة تكفلت بها قال مالك و الكفالات أما علمت أن الكفالة هي التي أهلكت القرون الاولى » وروى الصدوق في الفقيه مرسلًا وقال الصادق عليه السلام : الكفالة خسارة غرامة ندامة .

وباسناده عن اسماعيل بن جابر « عن أبي عبد الله عليه السلام ، انه قال : لاتعرضوا للحقوق ، فاذلزمتمكم فاصبروا لها .

وروى الشيخ باسناده عن داود الرقي قال : قال : ابو عبد الله عليه السلام مكتوب في التورية كفالة ندامة غرامة » وكيف كان فالكفالة هي المتعهد بالنفس بمعنى الالتزام باحضار المكفول متى طلبه المكفول له ، وهو هنا بمعنى الفاعل وان كانت هذه الصيغة تصلح للمفعول أيضاً ، وظاهر الروايات هو مرجوحية الكفالة .
ولعله يؤيد ما في ذهني من عدم صحة الكفالة المستلزمة للحبس او اداء 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 رضی 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 فانظر لها .

وكيف كان فالمعتبر رضا الكفيل والمكفول له ﴿ دون المكفول عنه ﴾ قال في محكي التذكرة : ولا بد فيه من صيغة دالة على الايجاب والقبول ، فيقول الكفيل : كفلت لك بدن فلان ، أو أنا كفيل باحضاره ، أو كفيل به أو نفسه ، أو ببدنه أو بوجهه او برأسه ، لان ذلك يعبر به عن الجملة و حينئذ فلا بد من وقوعها بين اثنين ، و هما الكفيل والمكفول له ، ولا بد من رضاها .

﴿ 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 لو قال : كفلته شهر ابمعنى التعهد به في ضمن الشهر ، فعن التحرير صحتها ، وسماها الموقنة انتهى .

قال فى الحدائق المشهورين الاصحاب (رضوان الله عليهم) أن الكفالة تصح حالة ومؤجلة ، للاصل ، ولأن الحضور حق شرعى فلا يمنعه الحلول ، ومنع الشيخ فى النهاية والشيخ المفيد الكفالة المحالة ، قال: لا يصح ضمان مال ولا نفس الأبأجل معلوم ، وتبعهما ابن حمزة ، وهو الظاهر من كلام السار ، ولابن البراج قولان ، وسوغ فى المبسوط المحالة ، وبه قال ابن ادريس وجملة المتأخرين لما تقدم انتهى . اقول ان اريد بالحال هو الحال الحاضر بلا مهلة عرفية فهو بعيد فى الغاية ولا اظن ارادة القائلين بالحال هو ذلك لندرته بل استحالته غالباً وان اريد به مع الاجل القليل كساعة او يوم فهو يكون من المؤجل فعليه لامعنى للحال غاية الامران المؤجل تارة مدته كثيرة كشهرا وشهرين او ازيد كما اذا ادعى الكفيل خروج المكفول من البلد واخرى مدته قليلة كما اذا اطلع عن حاله و مكانه فجعل الاجل يوماً او يومين مثلاً ونحو ذلك فعلى اى حال ليس الا مؤجلاً .

والحاصل ان الكفالة غالباً يحتاج الى مدة حتى يتمكن من الوصول اليه فاحضره فلا تصح حالاً الا اذا كان المكفول حاضراً عند الكفيل بمعنى كونه مخفياً مثلاً فى بيته او بيت اقرانه بحيث يقدر على الوصول والظفر اليه وهو نادر جداً فالمتبادر عن الكفالة هو كونه مع المدة بمقدار يمكن للكفيل الظفر اليه .

وحينئذ كان الاطلاق منصرفاً الى ذلك فالمدة حينئذ داخله فيه بنحو الاجمال ومن ذلك ظهر ما فى المتن من قوله ﴿ ومع الاطلاق يكون معجلة ﴾ وذلك لانه ليس كالبيع الذى كان مقتضى اطلاقه التعجيل الا ان يقيد بالاجل وبالجملة كون الاجل فى الكفالة مقدرة ولو بقليل مثل يوم او يومين وذلك لان الفرض عدم وجود المكفول وهو يحتاج الى زمان الظفر عليه وهو متوقف على مضي زمان والمعجل لا يحتاج الى زمان وهما متنافيان فالاجل مطوى فى الكفيل فمع اطلاق المقيد لا بدله من المدة اما مطلقاً ان لم يقيد بوقت واما معلوماً ان عين وقته فالقيد يحتاج لمقدار المدة المطوية فى الاطلاق حيث ان الكفيل اذا التزم باحضار المكفول فلا جرم اما ان يعين مقداره

كى لا يكون نقصاً للغرض لامكان ان يؤخر الاحضار واما ان لا يعين ذلك الاحضار
فالكفالة مشتملة على الاجل فان شاء عينه فلم يكن للمكفول المطالبة من الكفيل الا بعد
الاجل وان شاء لم يعينه فله المطالبة فى اى وقت شاء .

﴿واذا اشترط الاجل﴾ على القول بعدم دخول الاجل فيه ﴿فلا بد أن يكون
معلوماً﴾ على وجه لا يختلف زيادة ونقصاً غاية الامر على القول بلزوم الاجل لاحتياج
الى شرط الاجل بل يحتاج الى تعيينه ان شاء وعلى القول بصحة الحال و اراد مع
الاجل لزم تعيينه .

وفى الحدائق ثم انه متى اشترط الاجل وجب أن يكون معلوماً كما فى غير
هذا الموضوع لما فى الجهالة من الغرر ، اذ ليس له وقت يستحق المطالبة فيه كغيره
من الاجال ولا خلاف فى ذلك الا لبعض العامة ، حيث جوز أن يكون الاجل هنا
مجهولاً لاشتمال الكفالة على التبرع فيتسامح فيها كالعارية .

ورد بأن العارية غير لازمة فلا يقدر فيها الاجل المجهول ، لجواز المطالبة
بالمستعار فى الاجل وان كان معلوماً انتهى .

وليت شعري بان الكفالة لو كانت مشتملة على التبرع فكيف يصح حبسه
لولم يحضره او اخر المال منه كما سيأتى .

وكيف كان فلا اشكال ﴿و﴾ لاختلاف فى أن ﴿للمكفول له ، مطالبة الكفيل
بالمكفول عنه عاجلاً ان كانت﴾ الكفالة ﴿مطلقة أو معجلة ، وبعد الاجل ان كانت
مؤجلة ، فان سلمه تسليماً تاماً﴾ بحيث ، يتمكن المستحق منه ﴿فقد براء﴾ وفى
الجواهر مما عليه من حق الكفالة ، ﴿وان امتنع﴾ الكفيل عن ذلك ﴿كان له
حبسه﴾ وفى الجواهر عن الحكم بـل وعقوبته عليه ﴿حتى يحضره أو يؤدي ما
عليه﴾ كما عن النهاية ، والسرائر ، والنافع .

قال فى الحدائق للمكفول له ، مطالبة الكفيل باحضار المكفول عاجلاً ان كانت
الكفالة مطلقة أو معجلة ، وبعد الاجل ان كانت مؤجلة ، فان أحضره وسلمه فقد برئ

والا وجب حبسه حتى يحضره أو يؤدى ماعليه ، كذا ذكره بعض الأصحاب انتهى .
ولا يخفى ان الاخبار الواردة فى المقام غير ظاهر فى التخيير المصرح به فى
المتن كما سيأتى ثم ان المراد بما عليه ماذا فهل هو جرم المكفول من الدية الثابت
عليه او ما قبل الكفيل اداءه لولم يحضره المكفول .

واما الروايات الباب فمنها ما عن عمار فى الموثق عن أبى عبدالله عليه السلام قال :

أتى امير المؤمنين عليه السلام برجل تكفل بنفس رجل فحبسه وقال أطلب صاحبك .
ورواه الشيخ فى التهذيب عن عمار بن مروان عن جعفر عن أبيه عن علي
عليهم السلام مثله .

وما رواه الشيخ فى التهذيب عن اسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه عليه 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 الاصمغ بن نباتة « قال : قضى

امير المؤمنين عليه السلام فى رجل تكفل بنفس رجل أن يحبس ، وقال له : أطلب صاحبك
وقضى عليه السلام أنه لا كفالة فى حد » اى لا يصح الكفالة فى الحدود فاذا تعلق حد على
احد وفرغ عنه لا يصح 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 ما لفظه :

أقول: وهذه الاخبار على تعددها لم يتضمنن أزيد من حبسه حتى يحضر المكفول

والاصحاب (رضوان الله عليهم) قد قيدوا التسليم بكونه تسليمياً تاماً ، بمعنى انه
لواشترط الوقت والمكان فى العقد فلا بد من أن يكون التسليم فى ذلك الوقت وذلك
المكان المشترطين ، والالم يكن تسليمياً تاماً ، ونحوهما فى بلد العقد ولومع الاطلاق
لانصراف الاطلاق اليه عندهم ، وأن لا يكون للمكفول مانع من تسليمه ، بأن يكون
فى يد ظالم أو متغلب يمنعه منه أو فى حبسه ، او يكون المكفول قوياً والمكفول له ضعيفاً

لا يتمكن من وضع اليد عليه ونحو ذلك ، فاذا سلمه كذلك كان تسليمياً تماماً موجباً لبرائته وخلو عهده .

ولو لم يتسلمه المكفول له والحال هذه قيل : سلم الى الحاكم ان أمكن الى ان قال أما لو امتنع التسليم فقد عرفت من الاخبار المتقدمة أن للحاكم حبسه حتى يحضره ، والاصحاب قد ذكروا هنا أن للحاكم حبسه حتى يحضره ، وله عقوبته عليه كما في كل ممتنع عن اداء الحق .

و فيه أن غاية مادلت عليه الاخبار المتقدمة هو الحبس حتى يحضره ، وهذا كاف في عقوبته فلا معنى لعقوبته زيادة على ذلك ، لعدم الاذن فيه شرعاً انتهى .

وقال في الجواهر بعد الاخبار الا أنها كما ترى ليس في شيء منها التخيير بين الاحضار والاداء كما هو ظاهر الجماعة المقضى 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 لا يتعلق بالاداء ، أو بالاداء من الغريم لامن غيره ، فله حينئذ الزامه بالاخبار خصوصاً مما لا يدل له ، كحق الدعوى ، أو في ذى البديل الاضطراري كالدية عوض القتل ، ومهر المثل عوض الزوجة ، واختاره في المسالك والرياض ثم ناقش فيها اولاً وثانياً وثالثاً قال وعلى كل حال فما ذكره المصنف والجماعة، لا يخلو من قوة انتهى ولا يخفى عدم معلومية وجه القوة بعد صراحة الاخبار بالحبس لو لم يأت بالمكفول فالواجب عليه هو احضار المكفول ولا يبرء الذمة الابيه والافال حبس ثم انك قد عرفت انه ان كان بناء الكفالة على التبرع فليس له الحبس اذ هو مجرد احسان وما على المحسنين من سبيل فلا عليه الحبس ولا في المال وان لم يكن بنائه على التبرع بان كان الكفيل ممن له دخل في المؤاخذه كما اذا كان من متعلقات المكفول وارحامه ابناً او اباً او اختاً او صديقاً فكفل عنه بانه ان لم يأت به كان عليه كذا وكذا صح لامحالة لكن ليس هذا القيد مضافاً الى منافاته مع رضاه في 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 أبي وبذل ما عليه فقد صرح الشيخ وجمع منهم المحقق في الشرايع وغيره كما قدمنا الاشارة اليه ببرائة ذمته من الكفالة لحصول الغرض من الكفالة .

ورد بأنه على تقدير تمامه انما يصح فيما يمكن أخذه من الكفيل كالمال ، ولولم يكن كذلك كالفقاص وزوجية امرأة والدعوى بعقوبة توجب حداً ، فلا بد من احضاره .

وذهب جمع من الاصحاب منهم العلامة في التذكرة الى أنه لا يتعين على المكفول له قبول الحق ، بل له الزامه بالاحضار مطلقاً ، وهذا هو ظاهر الاخبار التي قدمناها ، كما أشرنا اليه ذيلها ، وأصحاب هذا القول علقوا ما ذكروه بعدم انحصار الاغراض في أداء الحق ، وقد يكون له غرض لا يتعلق بالاداء ، أو بالاداء من الغريم لامن غيره ، وخصوصاً فيما له بدل ، فانه بدل اضطرارى لاعين الحق الذى يتعلق الغرض غالباً بحصوله .

وانت خبير بما فى هذا التعليل العليل من تطرق المناقشة ، فان البناء على هذه الاغراض انما يصح فيما لو كانت حقوقاً شرعية لا مجرد التشهى ، والكفالة انما وقعت وترتبت على حق شرعى .

والاظهر فى التعليل انما هو الوقوف على ظاهر الاخبار المتقدمة ، حيث ان ظاهرها انحصار الحق فى احضار المكفول ، وأنه لا تبرىء الذمة الا باحضاره ، وقبول ما بذله عنه من المال المطلوب عنه على تقدير كون متعلق الكفالة المال انما هي معاملة أخرى بمنزلة الصلح ، يتوقف على رضى الطرفين انتهى .

ولا يخفى ان مقتضى الاخبار ما ذكره وان اللازم هو احضار الكفيل فلا تخيير بينه وبين دفع المال ثم ان دفع المال فهل يرجع به الى المكفول عنه اولا .

وفى الجواهر ما لفظه ثم ان الكفيل يرجع على المكفول بما أداه 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 اداه 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 الامر ان ، 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 رجح 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 الامع 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 لامعنى 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 الاحضاره دون المال ولو قال على كذا الى كذا ان لم أحضره وجب عليه ما شرط 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 ما ذكره 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 في 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 في وقت كذا فقدم ذكر المال واخر ذكر الوقت وجب عليه اذا حضر الاجل ولم يحضره - المال الذي 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 أو لم 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 كالكمار والمخاطرة ، وهو كقول القائل ان طلعت الشمس غداً فمالك على فلان غريمك وهو ألف درهم على ، الذي قد اجمع على أن الضمان لذلك باطل .

وعن العلامة في المختلف : وعندى في هذه المسئلة نظر ، ثم قال : وقول ابن الجنيد أنسب وفي مفتاح الكرامة عند قول المصنف ﴿ولو قال ان لم احضره كان على﴾

كذا الى كذا الاحضار ولو قال على "كذا ان لم احضره وجب عليه ما شرط من المال" قال ماهولفظه يعنى ان لم يحضره كما فى النهاية والسرائر والنافع وكشف الرموز والتحرير والتذكرة وحواشى الكتاب واللمعة والمهذب البارع والتنقيح والشرائع والارشاد وجامع المقاصد الا ان الثلاثة الاخيرة خلت كالكتاب عن القيد الذى قيدناه وهو مراد فيها ماعدى الاخير وستسمع كلامه وهو المحكى عن القطب والى ما فى النهاية يرجع كلام القاضى وابن حمزة بتقريب قريب .

(قال القاضى) أن قال أن لم احضره فى وقت كذا فعلى كذا فقدم ذكر الوقت واخر ذكر 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 ازمه 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 المستلئين 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 لابي عبدالله عليه السلام : رجل كفل لرجل بنفس رجل فقال ان جئت به والافعليك خمسمائة درهم قال : عليه نفسه و لاشيء عليه من الدراهم ، فان قال : على " 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 » الخبير .

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 وكذا

درهماً ، قال : ان جاء به الى الاجل فليس عليه مال ، وهو كفيل بنفسه أبداً الا أن يبدأ بالدرهم ، فان بدأ بالدرهم فهو لها ضامن ان لم يأت به الى الاجل الذى أجله .
والروايتان مشكلة اولاً من حيث عدم الفرق فى التقدم والتأخر من حيث المال وثانياً من حيث عدم دليل على الالتزام بل يكون داخلاً فى الاحسان من حيث اقدمه 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 الشرعية او توافق السجع والقافية او نحو ذلك و لكن ذلك لا يوجب تغيير المعنى اصلاً 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 ما حكى عن الكافى انه ان لم ائت به فعليك خمسمائة فهو لا يصح بحسب المعنى المقصود اذ الظاهر على فرض عدم الاتيان دفع خمسمائة درهم لا اخذه لوضوح ان الاعطاء ليس جزاء لعدم اتيان المقصود لجواز التعمد الى عدم الاتيان لاجل الاخذ فالجزاء الصحيح هو دفع خمسمائة لو لم يحضره فرواية الكافى وان كان اصح واضبط ولكن لا يصح مضمونها فى المقام بخلاف رواية المحكية عن التهذيب فان ظاهره دفع خمسمائة درهم لو لم يأت بالنفس والاشكال الثالث انه عَلَيْهِ السَّلَامُ حكم فى جواب اخذ خمسمائة عدم لزوم الدفع حيث قال عَلَيْهِ السَّلَامُ عليه نفسه ولا شئى عليه فانه ظاهر بل صريح فى انه لم يلزم عليه الدفع مع ان سئواله الاخذ فتدبروما عن التهذيب سالم عن هذا الاشكال والاشكال الرابع ان صحة ذلك اما ان يكون على نحو الجمالة بان يقول الكفيل ان اتيت بالرجل فلى كذا

وكذا ولازمه كذا وكذا ان اتى به والا فلا شىء له ولا عليه من حبس او عقوبة واما ان يكون على التبرع والاحسان من دون جعل اجر له ولا عقوبة عليه فان اتى حينئذ بالرجل فهو احسان محض والا فلا شىء عليه . الثالث ان يكون يسرى عليه ما على المكفول له بان يكون من ارحامه ومتعلقاته أباً او اخاً او صديقاً ونحو ذلك بحيث يمكن للكفيل اخذه قهراً والاقبل كما ترى وكذا الثانى لان لازمه عدم شىء عليه لو لم يأت بالرجل والثالث صحيح لكنه ليس كلامهم فيه وعدم تذكر منه اصلاً .

وبالجمله لا يصح الالتزام من الغير خصوصاً بمثل الحبس وعقوبات اخر على فرض المخالفة الا فرض تسلط المكفول له على الكفيل اما بنفسه او بتوسط الحاكم او الحاكم بنفسه والا فاما تبرع او شرط ابتدائى .

وبالجمله الالزام على الاتيان بالنفس او اعطاء الدراهم انما يصح على رجل يكون مقصراً فى حق المكفول له وحينئذ صح ان يلتزمه بنفس المكفول او اعطاء الدراهم وأما من لم يكن له دخل فى اضرار المكفول له بسبب المكفول وكان بالنسبة اليه اجنبياً كيف يجب عليه بنفس قوله والزامه ابتداءً برد المكفول او اعطاء الدراهم وهذا الجرم العظيم كيف ثبت على ذمته بنفس قبول هذا الامر الذى يكون قبوله وعدمه باختياره .

وفى الحدائق بعد نقل الروايتين قال وقد أطل شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك الكلام فى هذه المسئلة بنقل ما وقع فيها من الاقوال ، والمناقشة فى كل منها ، ووجه الاشكال فى الخبرين المذكورين ، وخروجهما عن مقتضى القواعد .

ونحن نذكر هنا ملخص ذلك ليتضح به الحال ، ويظهر به مافى الخبرين المذكورين من الاشكال ، وذلك فان ظاهر الخبرين الاشتمال على حكمين مختلفين ، ومثليتين متغايرتين باعتبار الفرق بين تقديم الجزاء على الشرط ، وتأخير عنه ، مع أن ذلك لا مدخل 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 ان لم يأت به الى الاجل الى آخره ، وقد تفتن لذلك المحقق فى النافع فقال : كان ضامنا للمال ان لم يحضره الى الاجل ، وكذلك العلامة فى التحريير والتذكرة .

ثم ان جملة منهم جمدوا على النص ولم يلفتوا الى تعليل فى دفع ما شتمل عليه من المخالفة ، لمقتضى القواعد كما هو طريقة الشيخ فى النهاية ، ومنهم من التجأ الى أن الحكم فى المسئلتين اجماعى ، ومع ذلك فانه منصوص ، فلا يمكن 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 المذكور ومنهم من اكتفى بمجرد الدعوى كابن ادريس على ما تقدم فى كلامه ، وهو فرق بمجرد الدعوى لا يتحصل له فائدة ، ولهذا قال المحقق فى نكت النهاية فى رده : ان الشرط متقدم على المشروط طبعاً فلا عبرة بتأخره وضعاً ، ومنهم من علل ذلك بعلة ظنها وافية بالمراد ، خالية عن الايراد ، كالشيخ (رحمة الله عليه) حيث ذكر أن السرفى لزوم المال اذا قدمه برائة ذمة المضمون عنه ، فيمتنع الكفالة ، و اذا قدم الكفالة كان الضمان المتعقب لها لكونه معلقاً على شرط باطلاً ولمنافاة الضمان صحة الكفالة وهذا السر الذى أظهره ناش من عبارة العلامة فى القواعد والارشاد ، والمحقق 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 : ببرائة ذمة المضمون عنه حتى تمتنع كفالته ؟ وما هذا الارجوع الى فرق ابن ادريس الذى لم يجد نفعاً ، ومع تقديم الكفالة قد ذكر فى الرواية أن جاء به الى

الاجل فليس عليه مال ، ومفهوم الشرط أنه ان لم يجيء به لزمه المال ، فدل بمفهومه على خلاف ما ذكره الجماعة - وأبدأوه من الفرق الا أن لا يقولوا بمفهوم الشرط .
 أقول : لا يخفى ان فهم هذا الحكم الذى ذكروه واختلفوا النفسى 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 خمسمائة درهم » انما هو المكفول له مخاطب بذلك الكفيل ، كما هو ظاهر سياق الرواية ، وحينئذ فقوله **إِنِّي** : « عليه نفسه و لاشيء عليه من الدراهم » ظاهر ، لان مقتضى الكفالة احضار المكفول خاصة ، وما اشترطه عليه المكفول له لغو من القول ، لاعبرة به ، ولا أثر يترتب ، وحينئذ فلاتكون هذه الرواية من المسألة فى شئ انتهى بطوله ونظيره مافى الجواهر فانه قد نقل بعض الأقوال وبين مرادهم واورد عليهم .

ومع ذلك لم يحصل من ذلك الا تطويل بلاطائل فقال كما أن الخبرين ظاهران أو صريحان فى وجود عقد الكفالة بغير هذا اللفظ ، وانما ذكره على سبيل الاشتراط الذى يشمله عموم «المؤمنون عند شروطهم» وليس هو بمعنى التعليق المقتضى لبطلان العقد ، و بذلك يصح بالشرط المزبور الا لتزام بالمال المذكور ، وان لم يكن هو على 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 فيستل 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 الالتزام 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 ، فلا يلزم الا بالمال ، بخلاف ما اذا قدم الكفالة ، فانه يكون الضمان المتعقب لها لكونه معلقاً على شرط - باطلا ، ولمنافاة الضمان صحة الكفالة .

اقول قد عرفت فساد ما ذكره ايضا وانه ليس شىء من الالفاظ ينعقد عقد الكفالة به الانفس هذين العبارتين واما عبارة الكركى ره فى بيان الفرق بين المسألتين بانه اذا قدم الخ ففيه اولاليس الكفيل فى مقام براءة ذمة المضمون عنه بل فى مقام دفع مال الى المكفول له لولم يأت به .

وثانيا صريح عبارته المحكية انه حينئذ ليس من عقد الكفالة بشىء اصلا ولازمه عدم صحة حبسه وعدم اخذ ما التزم على نفسه ايضا بعنوان الكفالة بل مطلقا لعدم وجوبه عليه بذلك الالتزام .

وثالثا قوله بخلاف ما اذا قدم الكفالة الخ ففيه انه لافرق بين العبارتين وانهما من قبيل التفتن فى العبارة وان العرف فى مقام التكلم والمخاطبة مع الغير وفى مقام تكرار كلام واحديقول تارة مثلان تأت دارى اكرمك واخرى بعد طول كلام بينهما وفى مقام تكرار الشرط والجزاء تقدم الجزاء ويقول اكرمك ان دخلت دارى ومخاطبه لا يفهم من العبارتين شيئين اصلا بل فهم وعلم بان مقصوده الاكرام لو دخل عليه وهكذا فى جميع الموارد فسواء قال ان زرتنى اكرمك او قال اكرمك ان زرتنى او قال ان جثنى اتك او اتك ان جثنى فلا يفهم منه العرف الا شىء واحد من الاكرام او القتل .

وبالجملة لا يكون فى البين مسئلتان بمجرد التقدم والتأخر وهكذا ما اورده عليه 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 وان ترك ذكره ، ومناف أيضاً للتعليق المقتضى لبطلان الضمان ، بل ولعدم براءة المضمون عنه التى ذكرها ، وبني 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 والاجتماعات في المقام مستند الى هذا النص والكلام فيه فضلا عن النص الوارد فيه حيث لا يصح من جهات كما عرفت نعم ويصح ان يكون وارد في مقام لزوم احضار الكفيل كصورة اطلاق المكفول او الزامه الحاكم ومع ذلك لا يصح من جهات اخرى ولا ينفع في المقام ما ذكره 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 ولا يصح على الجعالة ايضا وكيف كان فلا ينطبق ذلك على قواعد الفقه ولا قواعد النحو فليكن في ذكر منك لعله يحدث بعد ذلك امرا واشكل من جميع ذلك طرح الروايتين .

وبالجمله مناط الاشكال ليس تقدم الجزاء على الشرط لما عرفت من عدم الفرق بينهما وانهما لا يغيران المراد بل عمدة الاشكال الزام الكفيل نفسه باعطاء الدراهم مع ان الزام الابتدائي كالشرط الابتدائي غير ملزم ثم انه في الحدائق ايضا ما لفظه :
بقي قوله في تنمة الرواية ، « فان قال » يحمل على قول الكفيل ، بمعنى أنه ان قال ذلك وأزم نفسه المبلغ المذكور لزمه ان لم يدفعه ، وما ربما يقال : من أنه يخالف المشهور ، من أن مقتضى الكفالة أداء المال ان لم يحضر المكفول - مردود بما قدمنا ذكره ، من أن غاية ما يفهم من أخبارها المتقدمة انما هو احضار المكفول خاصة ، غاية الامر انهما اذا اصطالحا وتراضيا بدفع المال صح ذلك ، والا فالحق الذي أوجبه الكفالة انما هو الاحضار خاصة .

نعم يبقى الاشكال بالنسبة الى الخبر الثاني ، قال في الوافي - ونعم ما قال ، بعد ذكر الخبرين المتقدمين على الترتيب الذي قدمناه ونقله الرواية الاولى بما في الكافي - ما لفظه : بيان الفرق بين الصيغتين في الخبرين غيريين ولا مبين ، وقد تكلف في ابدائه جماعة من أصحابنا بما لا يسمن ولا يغنى من جوع ، صوناً لهما من الرد .

وقد ذكره الشهيد الثاني في شرحه للشرايع ، من أراد الوقوف عليه وعلى ما يرد عليه فليرجع اليه ويخطر بالبال أن مناط الفرق ليس تقديم الشرط على الجزاء وتأخيرها 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 الثاني ، وان كان ظاهره خلاف ذلك إلا أنه يجوز حمله عليه ، فان قول السائل « فان لم يأت به فعليه كذا » ليس صريحاً في أنه قول الكفيل وعلى تقدير بانه عن هذا الحمل يحمل على وهم الراوى ، أو سوء تقريره ، فان صدر الخبرين واحد ، والسائل فيهما واحد ، هذا على نسخة الكافي كما كتبناه .

وأما على نسخة التهذيب الذي نشأت فيها تكلفات الاصحاب فلا يتأتى هذا التوجيه ، فان الحديث فيه هكذا « رجل تكفل لرجل بنفس رجل ، فقال : ان جئت به والافلى خمسمائة درهم » الحديث، والظاهر أنه من غلط النساخ والعلم عند الله انتهى أقول : بل الظاهر انه من سهو قلم الشيخ ، فانه لا يخفى على من نظر الكتاب انتهى .

وكيف كان فلم يظهر لي معنى الكفالة في الكفيل المختار ابتداءً وان اقدمه على مثل ذلك الذي لولم يحضر المكفول لزم حبسه او اداء المال هل يحصل له مع رضايته اولا والثاني باطل والاول كيف يقبل الانسان ويرضاه بذلك الامر وعلى فرض القبول كيف يجب فهل الكفالة هي التبرع باداء المال او الالتزام بالاحضار حتى لو قال الكفيل على احضاره وان لم أحضره فعلى كذا وكذا للزم دفع كذا وكذا في مقابل عدم احضاره بحيث لولم يدفع للزم حبسه مع انه متبرع محسن فان كان مرادهم ذلك فهو في غاية الاشكال كما عرفت ولا يزيد الكلمات الاشكال في اشكال فلا يصح ذلك الا فيما كان مأثوماً كما يأتى في مسألة اطلاق المكفول .

وكيف كان فانما تصح في الاثم في حق المكفول له بوجه لا مطلقاً .

قال في الخلاف كفالة الابدان تصح وبه قال من الفقهاء ابو حنيفة وغيره وهو

المشهور من مذهب الشافعي وله قول آخر ذكره المروزي في تعليقه انها لاتصح .
 [دليلنا] قوله تعالى لتأتني به الا ان يحاط بكم فطلب يعقوب منهم كفيلا لبيدنه
 وقال اخوة يوسف ليوسف ان له ابا شيخاً كبيراً فخذ احدنا مكانه وذلك كفالة بالبدن
 وروى ابواسحق السبيعي عن حارثة بن مضرب انه قال صليت مع عبدالله بن مسعود
 الغداة فلما سلم قام رجل فحمد الله واثنى عليه وقال اما بعد فوالله لقد بت البارحة الى
 آخر الجمعة (الخطبة - خ) فقال استتبههم وكفلهم عشائيرهم فاستتابهم فتابوا وكفلهم
 عشائيرهم وهذا يدل على اجماعهم على ان الكفالة بالبدن صحيح وروى المخالفون لنا
 ان عبدالله بن عمر كان له دين على علي بن ابي طالب عليه الصلوة والسلام فكفلت به ام كلثوم ابنته
 زوجة عمر بن الخطاب انتهى .

وفيه ما لا يخفى اذ الظاهر من صدر الاية وقبلها ان اخوة يوسف سئلوا اباهم
 ان ارسل معهم اخاهم اخوه وبنيامين ويعقوب لم يكن مطمئناً منهم لما فعلوا بيوسف
 فقال لن ارسله معكم حتى تؤتون موثقا من الله وفي الجمع اى تعطوننى ما يوثق به
 من يمين او عهد من الله لتأتني به اى لتردنه الىّ وهو اجنبى عن كفالة النفس المصطلح
 ولم يكن الاخوة كفيلا لاتبان اخ يوسف لان الكفيل من ذهب فى تجسس حال المكفول
 حتى يظفر به 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 كثير بين الناس ومتعارف فى مورد عدم اطمينان ارسال شخص مع شخص حتى
 قسمهم وعاهدهم على حفظه وهذا المورد ليس من الكفالة بحيث لو خالف الكفيل
 حبس اواذى المال ولو سلم كان فى مورد تقصيرهم فى امر يوسف .

وقد عرفت صحة ذلك عندى ايضا وكذلك فى قول اخوة يوسف فخذ احدنا
 مكانه فانه اجنبى عن الكفالة المعروفة عند الفقهاء فانها عبارة عن تعهد الكفيل باتيان
 المكفول للمكفول له وهنا المكفول له هو يوسف والكفيل هو الاخوة جميعا سوى
 احدهم باقيا عند المكفول له فالكفيل فى المقام هو الاخوة والمكفول وهو بنيامين حاضر

فلامعنى لاحضاره وانما اراد الاخوة تبديله باخوة اخرى فما المراد بالكفالة ببذنه فان كان هو الباقي عند يوسف فليس يصدق الكفالة ببذنه 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 اولاكما مرفى ج / ٢٠ ص ١٦٩ انه ايضا ليس بكفالة مصطلح بحيث لو لم تحضر الكفيل المكفول وهو على بن ابي طالب كان للعثمان حبسه فتأمل فيما ذكره وغاية ما ذكره فى الموارد الثلاث كانت شبه الضمان لاداء المقصود وفى الخلاف ايضا اذا رهن شيئا ولم يسلمه فتكفل رجل بهذا التسليم صح وقال الشافعى لا يصح .

[دليلنا] اننا قد بينا ان الراهن يجب عليه تسليم الرهن فصحت الكفالة عنه والشافعى بناء على انه لا يجب عليه تسليمه وقد بينا خلافه انتهى وكيف كان فلم يظهر لى الجواز والصحة بمثل ما قال الاصحاب الا فيما كان الكفيل مقصرا والله العالم .

﴿ومن أطلق غريما من يد صاحب الحق﴾ او وكيله ﴿قهرأ﴾ ، ضمن احضاره أو اداء ما عليه ﴿وفى الجواهر كما صرح به غير واحد بل فى الرياض نفى الخلاف فيه على الظاهر ، بل عن الصيمرى الاجماع عليه ، لقاعدة «لا ضرر ولا ضرار» وفحوى ما تسمعه فى القاتل ولما فى المسالك ومحكى التذكرة وغيرها من أنه غضب اليد المستولية المستحقة من صاحبها فكان عليه اعادتها أو اداء الحق الذى بسببه ثبتت اليد عليه وان كان هو كما ترى ، ان لم يرجع السى ما ذكرنا أو الى وجهه أو الى دعوى شمول «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» لمثل ذلك انتهى .

وهذه المسألة لها تصور صحيح كما اذا كان الكفيل سببا لفرار المكفول من يد المكفول له فكان ضامنا لاحضاره وعلى فرض عدم امكانه او تعمدته فى عدم الاحضار كان عليه اداء ما عليه .

وفى الحدائق ما لفظه قالوا : من أطلق غريماً من يد صاحب الحق قهرأ ضمن

احضاره أو أداء ماعليه ، ولو كان قاتلا لزمه احضاره أو دفع الدية . والوجه فى وجوب الاحضار فى كل من المسئلتين أنه باطلاقه الغريم قهراً غاصب ، فعليه ضمان ماغصبه باحضاره لان اليد المستولية بد الشرعية مستحقة وبه يتحقق النصب ، ويبنى عليه الضمان بالاحضار .

وأما الوجه فى أداء ما عليه فى المسئلة الاولى فانهم عللوه بأنه باطلاقه له غصباً فاللازم له اما ارجاعه وتسليمه ، أو أداء ما عليه من الحق الذى بسببه ثبتت اليد عليه .

والظاهر أنه يبنى على ما تقدم فى الكفيل الممتنع من الاحضار وتسليم المكفول فان قلنا بالتخير بين الاحضار ودفع ماعليه ثم ما ذكره هنا ، والظاهر أن القائل به هنا بنى على ذلك فى تلك المسئلة .

وان قلنا : بأن الحق الذى اقتضته الكفالة انما هو الاحضار خاصة والرضى بما عليه معاملة أخرى ، تتوقف على التراضى لم يتجه ما ذكره هنا من التخير ، وبالنسبة الى دفع الدية فى المسئلة الثانية هو الحيلولة ايضاً بينه وبين غريمه . ولكن الظاهر تقييد ذلك بعدم التمكن من احضاره وان كان ظاهر كلامهم الاطلاق انتهى .

وفى المسالك قال بعد قوله ومن اطلق غريماً لانه غصب اليد المستولية المستحقة من صاحبها فكان عليه اعادتها او اداء الحق الذى بسببه ثبتت اليد عليه وبنبغى ان يكون الحكم هنا كما سلف فى الكفيل الممتنع من تسليم المكفول يطالب بالتسليم مع الامكان لان يفوض التخير اليه وحيث يؤخذ منه المال لارجوع له على الغريم اذا لم يأمره بدفعه اذ لم يحصل من الاطلاق ما يقتضى الرجوع انتهى قوله فى الكفيل الممتنع الخ اذا كان فى اصل الكفالة مجبوراً شرعاً .

قال فى الجواهر ما لفظه : لكن فى المسالك «ينبغى أن يكون الحكم هنا كما سلف فى الكفيل الممتنع من تسليم المكفول ، يطالب بالتسليم مع الامكان الا أن يفوض التخير اليه» .

وفيه : أنه لادليل على ذلك ، بل أصل البراءة يقتضى خلافه ، وخبر القاتل انما هو فى العمد الذى كان الحق فيه القصاص ، وقاعدة الضرر لا تقتضى أزيد من التخبير المزبور ، ومن هنالم 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 دليلاً على عدم جواز الاقدام عليه لقوله تعالى ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة وهل يكون تهلكتة اشد بمثل الالزام عليه الحبس اودفع المال اختياراً نعم يصح تبرعاً 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 لا يمكن 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 فأنمل .

ثم ان الظاهر ان مسألتنا ليست من فروع الكفالة بل مسألة مستقلة وكانت من فروع باب الديات والقصاص كما فى الجواهر حيث قال ما لفظه ثم لا يخفى عليك أن الحكم المزبور لما كان ذلك لازم الكفالة أطلق عليه اسمها والافهوليس من الكفالة المصطلحة قطعاً ، ضرورة عدم العقد فيه ، والظاهر كون التخبير المزبور على نحو ما سمعته فى الكفالة ، بمعنى أن له التبرع بالاداء فداء عن الالزام بالاحضار ، ويلزم المستحق بالقبول ، وليس له اقتراح الاحضار ، فان الضرر ينجبر بذلك اومع التراضى **﴿و لو كان﴾** المطلق بالفتح قهراً **﴿قاتلاً﴾** عمداً **﴿ازمه احضاره أو دفع الدية﴾** مع التعذر ولو بموت بل عن الصيمرى الاجماع عليه .

وفي المسالك قل ما لفظه لافرق في ذلك بين كون القتل عمداً وغيره اذ القصاص لا يجب الا على المباشر فاذا تعذر استيفاؤه وجبت الدية كما لو هرب القاتل عمداً او مات ثم ان استمر القاتل هارباً ذهب المال على المخلص وان تمكن الولي 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 الذي خلصه بغير ما ذكر في تخليصه من يد المستحق انتهى .

وكيف كان فقد استدلووا عليه بالصحيح عن ابي عبدالله عليه السلام «سألت عن رجل قتل رجلاً عمداً فرفع الى الوالى فدفعه الوالى الى أولياء المقتول ليقتلوه ، فوثب عليهم قوم فخلصوا القاتل من أيدي الأولياء فقال : أرى أن يحبس الذين خلصوا القاتل من أيدي الأولياء حتى يأتوا بالقاتل ، قيل : فان مات القاتل وهم فى السجن قال فان مات فعليهم الدية يؤدونها جميعاً الى أولياء المقتول» .

ولا يخفى ان الصحيح غير دال على التخيير الا فى صورة التعذر وظاهر المتن هو التخيير مطلقاً فاللازم هو العمل بالصحيح ومفاده على القاعدة وان عليهم الحبس فى حال الاختيار دون الدية الا اذا لم يمكن الدية كما اذا مات القاتل فيتعين عليهم الدية ثم انك قد عرفت ان المسألة ليست من فروع الكفالة فالانساب ذكرها فى باب القصاص والديات لان القاتل يجب عليه القصاص ومن خلصه من ايدى صاحب الدم لزم عليه ان يأتى بالقاتل كما هو صريح الصحيح .

ثم ان هنا فروعاً كثيرة فى هذا الباب كلها راجعة الى كتاب القصاص وقد اشار فى الجواهر الى بعضها ونحن ننقل عبارته مع ايكال التحقيق فى الجميع الى كتابه ان شاء الله تعالى فقال ما لفظه : ولو هرب القاتل عمداً واستمر فاخذت الدية من المطلق ثم تمكن الولي منه ردها الى صاحبها وان لم تقتص منه لأن وجوبها قد كان للحيلولة المفروض زوالها ، وعدم القتل مستند الى اختيار المستحق، لكن فى محكى التحرير

«إذا حضر القاتل هل يقتل ويستعيد الدافع من الاولياء فيه اشكال ، وهل له الزامه بما أدى على تقدير انتفاء جواز قتله فيه نظر» .

وفيه ما لا يخفى بعد فرض كون الدفع الأول للحيلولة ، لالاسقاط الحق ، والا لم يكن لهم قتله . بل ولارجوع عليه بما أدى الامع الاذن في الاطلاق ، فان فيه حينئذ ما عرفت ، والى ذلك يرجع ما فى القواعد «ولو كان قاتلا لزمه الاحضار أو الودية فان دفعها ثم حضر الغريم تسلط الوارث على قتله فيدفع ما أخذه وجوباً وان لم يقتل» ولا يتسلط الكفيل - لورضى هو والوارث بالمدفوع - على المكفول بدية ولا قصاص انتهى .

﴿ولا بد من كون المكفول معيناً﴾ كما صرح به الفاضل وغيره ﴿فلو قال: كفلت أحد هذين لم يصح وكذا لو قال: كفلت يزيد أو عمرو﴾ لم يصح أيضاً ﴿وكذا لو قال: كفلت يزيد فان لم آت به فبعمره﴾ وكلها واضح ولا تطول .
﴿ويلحق بهذا الباب مسائل الأولى﴾ قال فى محكى المبسوط ﴿إذا حضر الغريم قبل الاجل وجب﴾ على المكفول له ﴿تسلمه اذا كان لاضرر عليه﴾ وكذا غير المكان المشترط، ونحوه عن القاضى ﴿و﴾ لكن ﴿لوقيل: لا يجب كان أشبه﴾ بأصول المذهب وقواعده .

قال فى الحدائق ما لفظه قال الشيخ فى المبسوط : اذا تكفل مؤجلاً صح ، فان أحضره قبل الاجل وسأله تسلمه نظر ، فان كان لاضرر عليه لزمه تسلمه ، وان كان عليه ضرر لم يجب ، وتبعه ابن البراج على ذلك .

والمشهور بين المتأخرين وبه صرح المحقق والعلامة وغيرهما هو عدم الوجوب لانه غير التسليم الواجب ، حيث أن وجوبه مشروط بحلول الاجل، فحقه مخصوص بحلول الاجل فلا يجب أن يقبض غير حقه ولا يعتد به .

وفى 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 في غير المكان المشروط او الذي يحمل الاطلاق عليه وان انتفى الضرر او كان اسهل ما ذكر انتهى .

وكذلك في 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 الماء لما في الوقت والفرق بينهما بأن الوجوب هناك على الشخص الواحد فاذا علم بعدم وجود الماء بعد ذلك يجب عليه من باب المقدمة المفوتة وهي كل مقدمة لو لم يحفظها لم يتمكن في الوقت من اداء الواجب فيجب عليه تسليمه بخلاف المقام فانه في شخصين لم يجب عليهما قبل الاجل شيئاً فاسداً لان هذا الفرق ليس بفرق بعد كون اللزوم على الكفيل احضار المكفول مع امكان عدم التمكن من ذلك عند الاجل فان الامر ليس باختياره في الجملة لامكان مخالفة المكفول او موته او حبسه 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 فليلاحظ 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 ادنى ما عليه قبل بلوغ وقته فهو كمن ادى قرضه قبل وصول وقته اذا علم بعدم قدرته بعد ذلك والفرض امكان تسلمه على المكفول له فهذا لو خلى وطبعه وان لم يجب قبل حلول الوقت لكنه اذا لم يكن مانعاً في البين فاذا علم الكفيل بعدم القدرة في حلول وقته فلا جرم يجب التسلم منه كما اذا علم المكفول بحبسه عند جائر في وقت حلول الاجل نعم ﴿ولو سلمة﴾ فرض الامر بالعكس ﴿و﴾ انه ﴿كان﴾ المكفول له في 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 في زمان لم يتمكن المكفول له من تسلمه فيكون بمنزلة عدم التسلم .

﴿﴾ ولو كان ﴿﴾ المكفول له ﴿﴾ محبوساً في حبس الحاكم ﴿﴾ العادل ﴿﴾ وجب تسلمه لانه متمكن من استيفاء حقه ﴿﴾ منه ضرورة أنه برفع أمره اليه يخرج من الحبس ويتمكن من التسلم ولو بأن يحبس الحاكم ايضاً لمكفول له حتى يخرج من الحبس ﴿﴾ وليس كذلك لو كان في حبس ظالم ﴿﴾ .

وفي الجواهر لغلبة عدم التمكّن من استيفاء الحق معه ، ولو فرض امكانه ، وجب تسلمه كما أنه لو فرض عدم امكانه في الاول لم يجب تسلمه وان كان في حبس عادل كما هو واضح انتهى .

قال في الحدائق ولو كان في حبس الحاكم الشرعي لم يمنع ذلك تسليمه ، للتمكّن من استيفاء الحق بخلاف ما اذا كان في حبس الجائر والفرق بينهما واضح في الاغلب فان الحاكم الشرعي لا يمنع من احضاره ومطالبته بالحق بخلاف الجائر فانه قد يمنع فلا بد من التقييد بمنعه و الا فلو فرض أن المكفول له قادر على تسلمه من حبس الجائر لصحبة كانت بينه وبينه أو قوة المكفول له أو نحو ذلك فانه في قوة عدم الحبس بالكلية والاصحاب انما أطلقوا الحكم بناء على الغالب من عدم تسلمه تاماً لو كان في حبس الجائر انتهى .

وبالجمله الفرق بين حبس الحاكم الشرعي وغير الشرعي واضح لصديق القدرة على الاخذ والتسلم في الاول بخلاف الثاني .

المسألة ﴿﴾ الثانية : اذا كان المكفول عنه غائباً ﴿﴾ في مكان معلوم ومتجاوز مسافة القصر ﴿﴾ وكانت الكفالة حالة ﴿﴾ وطلبه منه المكفول له ﴿﴾ انظر بمقدار ما يمكنه الذهاب اليه والعوده ، وكذا ان كانت مؤجلة ﴿﴾ وطلبه منه ﴿﴾ أخر بعد حلها ﴿﴾ وطلبه منه ﴿﴾ بمقدار ذلك ﴿﴾ .

وفي الجواهر بلاخلاف اجده في شيء من ذلك ، بل عن التذكرة عليه عامة

اهل العلم ، ضرورة اقتضاء وجوب الاحضار الذى هو مقتضى الكفالة ذلك ، والا كان تكليفاً 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 ابدأ 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 لا يمكن تسليمه فى الحال فوجب ان يمهل حتى يمضى زمان الامكان انتهى .

قوله حبس ابدأ الخ فيه أنه لو خرج عن قدر الكفيل احضاره كيف يصح حبسه ابدأ حتى يموت مع أنه لا يكلف الله نفساً الا وسعها وتكليف ما لا يطاق باطل وغيبته وعدم مجيئه لم تكن مقدوراً للكفيل لامكان عدم ارادة المجيبء مطلقاً فمقدار الذى يمكن للكفيل لزم عليه والا 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 ما يمكن الذهاب اليه والعود به وان لم يعرف له خبر ولا موضع وصار مفقود الخبر لم يكلف الكفيل باحضاره ، لتعذره وعدم امكانه ، ولا شئء عليه ، لانه لم يقصر فى الاحضار ليؤخذ بالمال ، كما ذكره جملة منهم ولم يضمن المال ، فلا يتعلق به شئء انتهى .

وكما يسقط التكليف بموت المكفول او بحبسه ابدأ فى يد ظالم فكذلك بعدم قدرة المكفول له على التسلط عليه اما لكونه فى بلاد بعيدة واما لعجزه عن تسلم الكفيل وغير ذلك ، نعم ان امكن زوال المانع فقد وجب الصبر الى زمان التمكّن .

وعن جامع المقاصد لو وقع فى بلاد الكفر بحيث لا يقدر عليه أو فى حبس

ظالم لا يمكن تخليصه وجب الصبر الى زمان امكان احضاره ولورجى تخلصيه بوجه
 وجب عليه السعى فيه ، ولو احتاج الى بذل مال فاشكال ، انتهى .
 وفي 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 فلوم يعرف لانقطاع خبره لم يكلف الكفيل احضاره لعدم الامكان و
 لاشيئى عليه لانه لم يكفل المال ولم يقصر فى الاحضار ولا فرق 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 التخبير 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 لا يعرف له موضع ولاخبر ، لم يكلف
 احضاره لعدم الامكان ولاشئى عليه ، لأنه لم يكفل المال ، بل قيل : انه ظاهر الباقيين
 أيضاً لكن فى القواعد لوهرب المكفول أوغاب غيبة منقطعة فالأقرب التزام الكفيل
 بالمال أو احضاره مع احتمال براءته ، ويحتمل الصبر انتهى وفيه ما عرفت .

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 ،
 فيما اذا كان العقد فى بلد المكفول له أو بلد قراره اما اذا كان فى برية أو بلد غربة
 قصدهما مفارقتة سرعيا بحيث تدل القرائن على عدم ارادته ، فى المسالك أشكل انصراف
 الاطلاق اليه انتهى .

بل لا ينصرف اليه قطعاً لان الانصراف من حيث ان مورد الوقوع كان منظوراً
 فيه او لاحد هما لا اقل لا فيما 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 والا فينصرف الى مكان قراره اذا علم المكفول له والكفيل ذلك

هذا كله فيما لم يشترط المكان المعين والافيجب عملاً بالشرط ان لم يكن ذلك المكان معداً للعصيان ايضاً او مستلزماً للفتنة والنزاع والافى كل مكان لم يستلزم ذلك كما اشار اليه بقوله ﴿ و ﴾ ولاخلاف في أنه ﴿ ان عين موضعاً لزمه ﴾ لقاعدة المؤمنون وغيرها ﴿ و ﴾ حينئذ فـ ﴿ لو دفعه في غيره لم يبرء ﴾ اذا لم يتسلمه المكفول له برضى منه ، لعدم كونه تسليمًا تاماً ﴿ وقيل ﴾ والقائل الشيخ والقاضي كما عرفت ﴿ اذا لم يكن في نقله كلفة ولا في تسلمه ضرر ، وجب تسلمه وفيه تردد ﴾ من الصنف ولا تردد فيه .

قال في الحدائق المشهور في كلام جملة منهم أنه اذا تكفل بتسليمه في موضع معين وجب عملاً بالشرط ولا يبرء بالدفع في غيره .

وقال الشيخ في المبسوط : اذا تكفل على أن يسلمه اليه في موضع ، فسلمه في موضع آخر ، فان كان عليه مؤنة في حمله الى موضع التسليم لم يلزم قبوله ، ولا يبرء الكفيل ، وان لم يكن عليه مؤنة ولا ضرر لزمه قبوله ، كما ذكرنا في الاجل سواء وتبعه ابن البراج في ذلك .

ورد الاصحاب بما ردوا به قوله في سابق هذا الموضع من أن حقه انما هو في ذلك الموضع المشترط ، فلا يجب عليه القبول في غيره ، لانه ليس حقه ، وأما اذا تكفل بتسليمه مطلقاً ولم يعين موضعاً فظاهرهم أن الاطلاق ينصرف الى بلد العقد لانه المفهوم ، وقد تقدم الكلام في ذلك في فصل السلم في كتاب البيع ويشكل ما ذكره بما لو كان محل العقد مكاناً لارجوع لهما اليه كبرية او بلد غربة ، يقصدان مفارقتة ، ونحو ذلك ، الا أن تسدل القرائن على استثناء مثل ذلك ، و خروجه عن الاطلاق .

ونقل في المختلف عن الشيخ في المبسوط : أنه اذا أطلق موضع التسليم وجب التسليم في موضع الكفالة ، ثم نقل عن ابن حمزة أنه يلزمه التسليم في دار الحاكم أو موضع لا يقدر على الامتناع ، ورده قال : لنا انه اطلاق لموضع التسليم

فتعين موضع العقد كالمسلم ، ولعدم أولوية بعض الامكنة انتهى .
والاقوى تعين مكان الشرط والاقبلد العقد ان كان بلد المكفول له والافكل
موضع لم يكن فيه لاحدهما ضرر وخرج والله العام .

المسألة الرابعة : لو اتفقا ❀ أى الكفيل و المكفول له ❀ على ❀ وقوع
❀ الكفالة و ❀ لكن ❀ قال الكفيل : لاحق لك ❀ الان ❀ عليه ❀ لاداء أو ابراء
أو غيرهما ، ❀ 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 في أن القول قول مدعى الصحة لأصالتها كما
في الجواهر وذلك لانه منكروعلى الكفيل اقامة البينة للقاعد المسلمة البينة على المدعى
واليمين على من انكر .

المسألة الخامسة : اذا تكفل رجلان ❀ مثلا دفعة أو مرتبا ❀ 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 ❀ لو قيل :
بالبراءة لكان حسنا ❀ وفي 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 أحدهما لم يبرأ من الاخر ❀
وفى الجواهر بلا خلاف ولا اشكال ، بل قيل : انه كذلك عند العامة فضلا عن
الخاصة انتهى .

وفى المسالك قال بعد قوله ولو تكفلاه الفرق بينه وبين السابق واضح فان
العقد هنا مع الاثنين بمنزلة عقدين فهو كما لو تكفل لكل واحد منهما على انفراد
وكما لو ضمن دينين لشخصين فادى دين احدهما فانه لا يبرء من دين الاخر بخلاف
السابق فان الغرض من كفالتهما معا احضاره وقد حصل انتهى .

ولا يخفى ان المسألة مشكلة ولو فرض كون العقد مع الاثنين والتحقيق ان

الغرض منهما ان كان واحداً وهو احضار شخص واحد وقد حصل الغرض باحضاره وتسليمه الى احد هما فيبرء الذمة وعدم موضوع للتسليم الى آخر ايضا بل لو سلم الاجنبى الى احد هما فقد برء ذمة الكفيل لحصول الغرض وان الغرض متعدد ابان كان واحد منهما اراد حبسه والآخر اراد اخذ ماله منه فلا يكفى بل لزم ارائته الى كليهما الا ان يجتمعا معاً 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 الآخر عند الاصحاب ، قالوا : والفرق بين هذه الصورة وسابقتها - بناء على القول المشهور من براءة الجميع - هو أن عقد الكفالة فى هذه الصورة وقع مع اثنين ، فهو بمنزلة عقدين ، كما لو تكفل لكل واحد منهما على انفراده ، وكما لو ضمن دينين لشخصين ، فأدى أحد هما ، فانه لا يبرء من دين الآخر .

أقول : والظاهر فى التنظير انما هو كالمال المشترك بين اثنين فى ذمة آخر ، فانه لا يبرىء بالدفع الى أحد الشريكين ، الا أن يكون وكيل عن الآخر فى القبض فيكون المسلم هنا أصالة من نفسه ، ووكالة عن الآخر . 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 لو لم يكن للآخر تمكن اليه وهو واضح كما اذا ادى ديون من سلم اليه وخلصه من يده فان الآخر حينئذ لا يمكن له الوصول الى حقه فلا بد وان يسلمه الى الاثنين واما لو كان الغرض منهما واحدا بمعنى انه اذا حصل الغرض من احدهما حصل من الآخر ايضا فقد حصلت البرائة منهما والظاهر ان مقصود المشهور فيما كان الغرض متعددا على خلاف الآخر وحينئذ لم يحصل البرائة الى واحد

منها الا ان يسلم اليهما كما عرفت .

المسألة السادسة : اذا مات المكفول برأ الكفيل ﴿﴾ وفي الجواهر على المشهور كما عن التنقيح بل في الرياض نفى الخلاف فيه ، بل في محكي التذكرة بطلت الكفالة ، و لم يلزم الكفيل شيء عند علمائنا ، بل عن الغنية الاجماع عليه ، قيل : لانه تكفل ببدنه على أن يحضره ، وقد فات بالموت ، ولانه قد سقط الحضور عن المكفول فيبرأ الكفيل وفيهما ما لا يخفى انتهى .

قال في الخلاف : اذا تكفل ببدن رجل فمات المكفول به زالت الكفالة وبرء الكفيل ولا يلزمه المال الذي كان عليه وبه قال جميع الفقهاء الذين اجازوا لكفالة الابدان وقال مالك يلزمه ما عليه واليه ذهب ابن سيرين .

[دليلنا] ان الاصل برائة الذمة فمن علق عليها شيئاً فعليه الدلالة وايضاً فانه تكفل ببدنه دون مافي ذمته فلا يلزمه تسليم مالم يتكفل به ولم يضمه انتهى .

وفي المسالك بعد العبارة قال اما برائته بموته فلان متعلق الكفالة النفس وقد فاتت بالموت ولان المتبادر من الكفالة انما هو الاحضار في حال الحيوة فيحمل الاطلاق عليه ويمكن الفرق بين ان يكون قد قال في عقد الكفالة كفلت لك حضور بدنه او حضور نفسه فيجب في الاول احضاره ميتا ان طلبه منه والافلاوييني الثاني على ان الانسان ماهوفان كان الهيكل المحسوس فكذلك والافلا انتهى .

ولا يخفى ان الكفالة مبنية على احضار انسان حتى لما تعلق الغرض من الاحضار بذلك فلا ينفذ في حصول الغرض جسده بلاروح ولو قال في العقد تكفلت لك حضور بدنه فان المقصود من نفس هذه العبارة ايضاً حضور نفسه اي الانسان مع الروح بل لو كان قصده حضور بدنه ايضاً لا يصح العقد من حيث الكفالة ولو صح من جهات اخر غير مربوط بالبحث فتوهم لزوم احضار بدنه ميتاً عجيب وبالجملة بالموت برء الكفيل عما التزم على نفسه .

﴿﴾ وكذا ﴿﴾ يبرء الكفيل ﴿﴾ لوجاء المكفول وسلم نفسه ﴿﴾ للمكفول له

وفى المسالك قال بعد قوله وكذا لوجاءه اى سلم نفسه للمكفول له تسليما تاما فان الكفيل يبرء بذلك لحصول الغرض وهو رده الى المكفول له ولا فرق بين وصوله الى يده بالكفيل وغيره وقيدته فى التذكرة بما اذا سلم نفسه عن جهة الكفيل فلولم يسلم نفسه عن جهته لم يبرء لانه لم يسلمه اليه ولا اخذ من جهته واطلق فى موضع آخر منها البرائة كما هنا وهو ايجاد انتهى .

والمسألة صافية فاذا كفل عن نفس باحضارها ثم حضرت اى المكفول عند المكفول له فقد حصل المقصود من الكفالة ويبرء الكفيل .

﴿فرع: لو قال الكفيل: أبرأت المكفول ، فأنكر المكفول له كان القول قوله﴾ مع يمينه لاصالة بقاء الحق بعد اعترافه 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 لو ادعى عليه الابراء ، ولا يكتفى 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 هو وكفيله ، وان كان قد حلف المستحق أولا للكفيل على عدم الابراء لسقوط الحق بيمين المكفول فتسقط الكفالة ، كما لو أدى الحق وعدم بناء أحد منهم الحكم فى شىء من ذلك هنا ، على كون اليمين المردودة كالبينة أو الاقرار يقتضى كونها أصلا برأسه .
المسألة ﴿السابعة: لو كفل الكفيل آخر وترامت الكفلاء ، جاز﴾ وفى الجواهر الكفالات وصح بلا خلاف ولا اشكال ، لوجود مقتضى الكفالة ، ولو أقال المستحق الكفيل الأول برؤا اجمع انتهى وقد عرفت نظيره فى الضمان .

المسألة ﴿الثامنة : لاتصح كفالة المكاتب﴾ غيره فيكون كفيلا كالحر وفى الجواهر المشروط عند الشيخ بناء على أصله المتكرر من عدم لزوم مال الكتابة عليه لجواز تعجيزه نفسه ، وفيه ما عرفت من منع ذلك اولا . ومن عدم اقتضائه الفساد ثانيا ، ولذا قال المصنف ﴿على تردد﴾ عند المصنف لما اشار اليه الشارح من لزوم

مال الكتابة فعلا ولا مكان عجزه عن تحصيله فكيف يمكن له الكفالة .

المسألة (التاسعة) : لو كفل برأسه أو بدنه أو بوجهه ﴿ أو نحو ذلك ﴾ صح لانه قد يعبر بذلك عن الجملة عرفاً ﴿ بلا خلاف ﴾ ولو تكفل بيده أو رجله واقتصر ، لم يصح ، اذ لا يمكن احضار ما شرط مجرداً ولا يسرى الى الجملة ﴿ نعم ان اريد باليد تمام البدن مجازاً وكان في البين قرينة على ارادة الكل من الجزء امكن الصحه ان لم نقل بان ذلك فيما كان الجزء من الاجزاء الرئيسة كالرقبة كما اريد في صورة العتق بقوله اعتق رقبة الحمد لله اولاً و آخرأ و صلى الله على محمد وآله الطاهرين .

وقد وقع الفراغ من تسويد هذه الاوراق بيد العاصي الذليل الحقير محمد رضا

بن الحسين المشتهر بالمحقق غفر الله له ولوالديه في شهر الشوال سنة ١٣٠٧ .

ويليه انشاء الله المجلد التاسع والعشرون في الصلح بعون الله تعالى فانه خير

موفق ومعين وصلى الله على محمد وآله الطاهرين .

ثم اني اكتفيت في شرح المتن ونقل الاقوال والروايات بما شرحه ونقله

من الاقوال والروايات في الجواهر ولم اتعدى منه الا فيما يحتاج الى شرح اكثر

او نقل اقوال وروايات اكثر فاتيتم بمقدار يرتفع الحاجة .

فهرس الكتاب

العنوان	الصفحة
في الوصية	
في الاخبار الواردة في الحث على الوصية	٥
في عدم جواز الرجوع عما اجاز في الزائد عن الثلث	١١
في وجوب الوصية بالواجبات البدنية	١٧
في تقدم الدين الارث	١٩
في عدم انتقال التركة الى الوارث مع الدين	٢١
في كون منجزات المريض من الاصل	٣١
القول بكون المنجزات من الثلث	٤٩
فيما اشتمل على فتوى ابن ابي ليلى وابن شبرمة	٥١
عدم تمامية اثبات المنجزات من الثلث	٥٣
ما استدلل للقول بالثلث طوائف من الاخبار	٥٥
في صراحة ما دل على خروج المنجزات من الاصل	٥٦
التهمة صادقة على من اريد اخذ الوديعة لنفسه	٦١
فيما يتعلق بكتاب فقه الرضا <small>عليه السلام</small>	٦٣

في احكام الحجر

٧٣	في عدم اشتراط حكم الحاكم في الحكم بالسفه
٧٩	في عدم صحة البيع مع السفه
٨١	في احكام السفه على الحجر
٨٣	في انه لو تلف الوديعة عند السفه لم يكن ضامنا
٨٧	في اعتبار العدالة في الوصى
٨٩	في اعتبار الحاكم في ولايته على مال المفلس والسفه
٩١	في الولاية في مال الصغير والمجنون
٩٣	في ان السفه كالرشيد بالنسبة الى العبادات
٩٥	في سائر الفروع المتعلقة بالسفه

كتاب الضمان

٩٩	في لزوم المعرفة بالمضمون عنه وله وعدمه
١٠١	في لزوم العلم بالمضمون له
١٠٣	في اشتراط رضا المضمون له
١٠٩	في اشتراط رضا المضمون عليه
١١٥	في ان ضمان المؤجل جائز
١٢٣	فيما يتعلق بضمان الاعيان المنصوبة
١٢٩	في عدم جواز الرهن على الاعيان المنصوبة
١٣٣	في جواز الضمان متسلسلا
١٣٥	في اشتراط العلم بمقدار المال وعدمه
١٣٣	في ان الفسخ من حينه لامن الاصل

الصفحة	العنوان
١٤٧	فى ان ثبوت الارش بوجود العيب او بالعلم به
١٤٩	فيما لو خرج بعض المبيع للغير
١٥١	اذا ضمن ضامن للمشتري درك ما يحدثه من بناء
١٥٥	فيما انكر المضمون له مادفع اليه الضامن

فى الحوالة

١٦٣	فى تعريف الحوالة
١٦٥	فى اشتراط رضا المحيل والمحتال
١٦٩	فى ان بعد الحوالة يبرء المحيل
١٧٣	فى صحة الحوالة على من ليس عليه دين
١٧٧	فى كون الحوالة على البرىء قرضاً
١٧٩	فى الحوالة على الملى
١٨١	فى الحوالة الدورية والتسلسلية
١٨٣	فيما اذا قضى المحيل الحوالة
١٨٥	فى لزوم كون ما حال به ثابتاً فى الذمة
١٨٧	فى اشتراط تساوى المالىن وعدمه
١٨٩	فى صحة الحوالة بمال الكتابة
١٩٣	فيما حال المشتري البايع بالثمن
١٩٥	فيما لورد الحوالة بالعيب السابق

فى الكفالة

١٩٧	فى تعريف الكفالة
١٩٩	فى اعتبار رضا الكفيل والمكفول له

الصفحة	العنوان
٢٠١	فى صحة الكفالة حالاً مؤجلاً
٢٠٣	فى ان للمكفول مطالبة الكفيل
٢٠٥	فى ان ظاهر الاخبار هو الحبس دون التخيير
٢٠٧	الاشكال فى تقدم الجزاء على الشرط وعدمه
٢١٥	فىما كان المطلق كافراً
٢٢١	فىما يتعلق بالكفالة
٢٢٧	فى انه لو اتفقا الكفيل المكفولة له
٢٢٩	فى انه يبرء الكفيل لوجاء المكفول وسلم نفسه
٢٣١	فى انه صح لو كفل برأسه او بدنه او بوجهه
٢٣٢	فهرس الكتاب

المجلد التاسع والعشرون

من كتاب الصلح

من

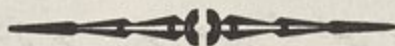
حائق الفقه

في شرح شرائع الإسلام

تصنيف

حجة الإسلام والمسلمين آية الله العظمى الحاج الشيخ
محمد رضا البشير المحقق الطهراني دام ظلّه

جمادى الثانية ١٤٠٧ هـ - ق



المطبعة العلمية - قم

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب السماوات والارضين ورب الخلائق اجمعين والصلوة على
رسوله ونبيه محمد وآله المعصومين سيما على الاول والاخر منهم اعنى
امير المؤمنين على بن ابي طالب صلوات الله عليه وولده المنتظر المهدي
القائم لامر الله واصلاح دينه وخلو الدهر من الكافرين الى يوم الدين .

﴿ كتاب الصلح ﴾

في المال او الدعوى الزوجية وغيرها .

وفي الجواهر قد دل على شرعيته بالخصوص ، الكتاب والسنة والاجماع من
المسلمين قال الله تعالى « وان امرأة خافت من بعلها نشوزاً او اعراضاً فلا جناح عليهما
ان يصلحا بينهما صلحاً والصلح خير » وقوله « فاتقوا الله وأصلحوا ذات بينكم » وقوله
« ان يريدوا اصلاحاً يوفق الله بينهما » وقوله « انما المؤمنون اخوة فاصلحوا بين أخويكم »
وقوله « فان فئت فأصلحوا بينهما بالعدل » وقوله « أو اصلح بين الناس » انتهى .

اقول قد اختلف في ان الصلح عقد مستقل برأسه او هو فرع لعقود خمسة فاذا صلح
عن عين بمال كان مفاده البيع واذا صلح عن منفعة بمال كان مفاده الاجارة .

وهكذا وعلى الثاني اى عدم كونه عقداً برأسه ليس شئى مستقل كى يلزم تعريفه

إذا الفرض انه ليس بشىء وفى بعض الفروع يدخل فى مصاديق بعض العقود وحكى ذلك عن الشيخ فى المبسوط وقد اشار اليه فى الجواهر والحدائق وقال الثانى منهما ما لفظه اختلف أصحابنا فى كونه عقداً برأسه أو فرعاً على غيره ، فالمشهور الاول وان أفاد فى ذلك فائدة غيره ومجرد افادته فائدة غيره لا يستلزم 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 لا تقتضى كونه من أفرادها، 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 ما ألحق به من العقود فى ذلك الفرد الذى ألحق به .

أقول : لا يخفى أن ما ذهب اليه الشيخ هنا قد تبع فيه الشافعى حسبما نقل عنه قال فى التذكرة : الصلح عند علمائنا أجمع عقداً 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 الاصاله .

وقال الشافعى : انه ليس باصل منفرد بحكمه ، وانما هو فرع على غيره ، و قسمه على خمسة أضرب، ضرب فرع البيع ، وهو أن يكون فى يده عين أو فى ذمته دين فيدعيها انسان فيقرله بها ثم يصلح على ما يتفقان عليه ، وهو جائز فرع على البيع ، بل هو بيع عنده ، يتعلق به أحكامه .

وضرب هو فرع الابراء والحطيطة ، وهو أن يكون له فى ذمته دين فيقرله به ثم يصلح على أن يسقط بعضه ، ويدفع اليه بعضه وهو جائز وهو فرع الابراء .

وضرب هو فرع الاجارة ، وهو أن يكون له عنده دين أو عين فصالحه عن ذلك على خدمة عبد أو سكنى دار فيجوز ذلك ويكون فرع الاجارة .

وضرب هو فرع الهبة ، وهو أن يدعى عليه دارين أو عيدين وشبههما فيقر له بهما ويصالحه من ذلك على احديهما ، ويكون هبة للآخرى ،

وضرب هو فرع العارية ، وهو أن يكون في يده دار فيقر له بها ويصالحه على سكنها شهراً وهو جائز ويكون ذلك عارية انتهى .

والمعجب من دعوى العلامة هنا الاجماع من أصحابنا أجمع أنه عقد قائم بنفسه ، ليس فرعاً على غيره ، مع ما عرفت من تصريح الشيخ بما نقله عن الشافعي من الفرعية من المواضع الخمسة ، واشتهار النقل عنه في كتب الاصحاب ، ومنهم هو (قدس سره) في المختلف ، حيث نسب فيه القول بالاصالة الى المشهور ، ونقل عن الشيخ في المبسوط أنه فرع لغيره .

وكيف كان فهذا القول بمحل من الضعف والقصور ، فالاعتماد على القول المشهور ، لعدم الدليل على هذه الدعوى ، فان الاصل في جميع العقود من صلح وغيره هو كون ذلك العقد أصلاً برأسه ، وجعله في حكم غيره أو فرعيته عليه فيلحقه أحكام غيره يحتاج الى دليل واضح انتهى .

ولا يخفى ان الظاهر من العبارات كون الصلح عقداً برأسه ومستقلاً بنفسه لافرع البيع والهبة المعوضة والاجارة وغيرها فماعن الشيخ - تارة أنه بيع مطلق ، واخرى ماعن الشافعي ، 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 ، وللإبراء اذا تضمن اسقاط دين فقي غير محله وحينئذ يحتاج الى التعريف وعرفه المشهور بانها ما شرع لقطع التجاذب وهذا التعريف لا يكون جامعاً للأفراد كالصلح في موارد الخالية عن التجاذب فان الكل من افراد الصلح مع انه لم يشملها التعريف ولما نعا لغير الافراد كما اذا ارتفع النزاع بالبيع

او الهبة 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 لماتسا لما على عين بعوض فانه تمليك عين بالعوض الذى هو بيع لالصلح ولما اتسا لما على اجارة دار مثلا بعوض فانه تمليك للمنافع ويكون اجارة لاصلحا وفيما تسالما على هبة شيى بعوض وغير ذلك وشيخنا المرتضى ره فى مقام دفع ذلك عن تعريف البيع قد افاد بما حاصله ان التسالم معنى كلى فلو تصادف انطباق بعض مصاديقه على تمليك عين بالعوض لايوجب كونه بيعا فالصلح كلى ولو انطبق بعض افراده على البيع وكذا تمليك عين بمال كلى ولو انطبق بعض مصاديقه بالصلح فلا يرد النقض بالبيع والصلح فان مفهوم كل منهما غير مفهوم الاخر ولو تصادقا فى بعض الموارد مصداقا .

وبالجملة فكما يظهر منه كونه الصلح مستقلا وعقدا بنفسه يظهر منه ان معناه هو التسالم وهو عام فى جميع الموارد من دون لزوم اشكال ، توضيح ذلك انه قد 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 لا يمنع الاغيار من حيث ان الصلح غير البيع ولا بد من تعريف البيع بقيد يخرج الصلح وهو المراد من انتقاض الطرد اى ليس تعريف البيع حينئذ مانعا للغير فتصدى قد له للجواب ودفعه بما حاصله انطباق معنى كلى احيانا على غير مصاديق هذا المفهوم الكلى لايوجب كونه ايضا من مصاديقه بل كل منهما شيئا سوى الاخر فقال ما لفظه:

ومنها انتقاض طرده بالصلح على العين بمال وبالهبة المعوضة وفيه ان حقيقة الصلح ولو تعلق بالعين ليس هو التمليك على وجه المقابلة والمعوضة بل معناه الاصلى هو التسالم ولذا لا يتعدى بنفسه الى المال نعم هو متضمن للتمليك اذا تعلق بعين لانه نفسه والذى يدل على هذا ان الصلح قد يتعلق بالمال عيناً او منفعة فيفيد التمليك وقد يتعلق بالانتفاع فيفيد فائدة العارية وهو مجرد التسليط وقد يتعلق بالحقوق فيفيد الاسقاط والانتقال وقد يتعلق بتقرير امرين 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 الفوائد المذكورة بحسب ما يقتضيه متعلقه .

فالصلح على العين بعوض تسالم عليه وهو يتضمن التملك لان مفهوم الصلح في خصوص هذا المقام وحقيقته هو انشاء التملك ومن هنا لم يكن طلبه من الخصم اقرار بخلاف طلب التملك 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 تملك عين بمال وهو نفس تعريف البيع وكذا في هبة عين في مقابل عوض وحاصل ما اجاب الشيخ انه ليس الصلح هو تملك 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 الاتملك عين في مقابل مال وكذا في الهبة المعوضة فان المقصود ليس الاتملك عين في مقابل عوض فالكل داخل في تعريف البيع فلم يكن مانعا للاختلاف 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 يشملهما ففي الحقيقة ان احدهما في مقام المصالحة انشاء تملك عين في مقابل شيء عينا كان او منفعة او حقا فهما داخلا في عموم التعريف مع انهما منقوض بهما قطعا بل يمكن ان يقال ان المتصالحين لا يفهمان من التسالم اصلا مع ان الكلام في الاحكام

مع عرف العوام وهم لا يميزون بين التسالم والتمليك وان قالوا الصلح وتلفظوا به لكن ليس مقصودهم وفي اذهانهم الاوقوع دارمئلا في مقابل ضيعة وقرية فالتعريف شامل للجميع ولا بد من علاج بقيد يخرج الغير .

فان قلت القيد هو عنوان الامر المقصود بان يقال الصلح تمليك عين بعوض بعنوان الصلح .

و الهبة تمليك عين بعوض بعنوان الهبة فانه يقال انه دور ظاهر فانه متوقف على تعيين المقصود او لاحتى يقصده فلو كان تعيينه يتوقف بالقصد لدارفلوسلم كون الصلح عبارة عن التسالم لما يدفع الاشكال عنه فالاولى ان يقال ليس الصلح هو التسالم .
 ﴿ و ﴾ لكن ﴿ هو ﴾ عند المشهور ﴿ عقد شرع لقطع التجاذب ﴾ وفي الجواهر والتنازع بين المتخاصمين الا أن ذلك فيه من الحكم التي لا يجب اطرادها مثل المشقة في حكمة القصر، ونقصان القيمة في الرد بالعيب، واستبراء الرحم للعدة، وغيرها من الحكم التي لا تقتضى تخصيصاً أو تقييداً لعموم الدليل أو اطلاقه المقضى ثبوت الحكم في غير محلها ، فضلا عن خصوص الأدلة من السنة المستفيضة أو المتواترة والاجماع بقسميه ، كما هو واضح انتهى .

وفي المسالك قال بعد قوله وهو عقد آه الاصل وفي عقد الصلح انه موضوع لقطع التجاذب والتنازع بين المتخاصمين قال الله تعالى وان امرأة خافت من بعلها نشوزا او اعراضا فلاجناح عليهما ان يصلحا بينهما صلحا انتهى .

و في الحدائق قال ما لفظه : وهو عقد شرع لقطع التجاذب ، و الاصل فيه الكتاب والسنة والاجماع قال الله عزوجل « وان امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو اعراضاً 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 .
 وفي مفتاح الكرامة بعد قول المصنف [الصلح عقد جائز سائغ شرع لقطع

التجاذب [قال ما لفظه أجمعت الامة على جواز الصلح فى الجملة و لم يقع بين العلماء خلاف فيه كما فى التذكرة والمهذب البارع وعليه اجماع المسلمين كما فى المبسوط والسرائر و اجماع العلماء كافة كما فى التحريير وقد نقل عليه اجماعنا فى عدة مواضع ونفى عنه الخلاف بيننا كذلك وقد طفحت بهذا التعريف كتبهم كالوسيلة والشرائع والنافع والتحريير والتنقيح وغيرها وقضيتها اشتراط بسبق الخصومة لان القاطع للتجاذب مسبوق به وقد أطبقوا على أنه لا يشترط فى صحة سبقها أى الخصومة كما صرحت بذلك عباراتهم بل ظاهر التذكرة والمسالك والمفاتيح الاجماع عليه وفى (الكفاية) انه لا يعرف فيه خلافا .

وفى (مجمع البرهان) ان دليله الاجماع المفهوم من التذكرة وقبل ذلك أدمى هو أى الاردبيلى الاجماع منهم على ذلك وطريق الجمع أن يقال ان أصل شرعيته لذلك أى قطع النزاع والتعريف مبنى على ذلك ولا يلزم من ذلك ثبوته فى كل فرد من أفراد اذ القواعد الحكيمية لا يجب اطرادها كما قيل فى قوله جل شأنه أعدت للمتقين وأعدت للكافرين فانه لا ينافى دخول غير المتقين الجنة والعاصى غير الكافر النار وكما هو الشأن فى مشروعية العدة فانها عللت باستبراء الرحم وأطردت فيمن طلق زوجته المدخول بها أو مات عنها بعد مفارقتها لها سنين عديدة وكما فى غسل الجمعة وكما فى الفسخ بالعيب لانه مظنة نقصان القيمة وكما فى القصر للمشقة فى السفر (وعساک تقول) ان السفر المخصوص مظنة المشقة والقصر تابع له بخلاف الصلح فان الحكم لا يتعلق بما هو مظنة التجاذب بل أجريتموه فيما لاتعلق له بالمنازعة أصلا .

(لأنا نقول) انها مناقشة فى نظير واحد ثم ان الادلة الدالة على ثبوته على نحوين (احد هما) ما دل على انه موضوع القطع التنازع من دون ان يدل على انحصاره فيه كقول جل شأنه (وان امرأة خافت من بعلها نشوزاً او اعراضاً فلا جناح عليهما أن يتصالحا) فانه يدل على رفع المنازعة المتوقعة وكذلك بعض الاخبار

وقوله تعالى واصلحوا بينهما ونحو ذلك 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 لا تساعد لمكان لفظ الصلح المشعرا والظاهر فى الخصومة لكننا نقول 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 .

ويظهر من فخر الاسلام كما هو صريح الفاضل المقداد والقطيفى الجواب بانهم اشاروا بهذا التعريف الى ان الغرض الاقصى منه غالبا رفع الخصومة سواء تقدمت ام لا حيث يقدر انه لولاه لحصلت كالصلح على العين المجهولة للمتصالحين فان النزاع يحصل غالبا لولا عقد الصلح وستسمع مافى التحريير والحواشى انتهى .

وعمدة ما يرد عليه عدم شموله لما لم يكن فيه تجاذب وتنازع فعلا وقد اجابوا عنه بما لا يسمن ولا يغنى من جوع بمثل عدم اشتراط بتحقيق التجاذب الفعلى اولا وبان المراد ما يكون فيه شائبة التنازع ولولم يكن فيه متحققا فيصح التعريف لكل ما يؤدى الى التجاذب ولولم يكن فعلا شئى فيه ثانيا وان التجاذب حكمة لاعلة يدور الحكم مداره ثالثا فلا يضره الاختلاف كما كان له نظائر كثيرة كالفصر فى الصوم والصلاة فى السفر لانه للمشقة غالبا ولولم يكن فى سفر او بالنسبة الى فرد او زمان او راحة مشقة اصلا كالسفر بالطيارة فى عصرنا الحاضر وكالعدة لبرائة الرحم ولو قطع بالبرائة كمن طلق زوجته المدخول بها بعد المفارقة عنها فى شهور كثيرة وموارد ذلك كثيرة فلا يدور الحكم مداره .

وقد اشار اليها فى الجواهر فى عبارته المتقدمة وفصل 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 براءة ذمهم عما احتملوا ويشكوا فيه فاطهر بعضهم ببعض صلحا فقبلوا وصلحوا عما يحتمل اشتغال ذمهم مع عدم نزاع بينهم فالتشريع لرفع النزاع القطعى والمحتمل والذى يمكن ان يتحقق فى الاستقبال ولولم يكن فى الحال وبذلك لا يضره عدم اطراد التعريف ومنعه .

ولا يرد النقض بما نعيته فى موارد الخالية عن التجاذب هذا .

ولا يذهب عليك بقاء الاشكال وان قطع التجاذب الواقع فى التعريف لا بد وان يكون فى جميع الموارد والموارد الخالية خارجة عن كونه صلحا على هذا التعريف وكونه شرح الاسم كما ترى فلا يصح الصلح فيما لم يكن فيه تجاذب .

وقد اورد على هذه التعاريف بعض المحققين فى صلحه والانصاف خروج اكثر موارد الصلح عن هذا التعريف وكثيرا ما وقع الصلح بين المتصالحين مع كمال الملائمة قال فى الجواهر وان اُظن فيه فى المسالك وغيرها، حتى أن بعضهم التجأ الى دعوى أنه وان كان شرع فى قطع الخصومة ، لأنه لا دليل على اشتراطها فيه، بل الأصل عدم ذلك . وآخر الى غير ذلك مما لا حاجة اليه بعد ما عرفت ولا الى ما قبل من أنه ربما يشعر لفظ الصلح بتحقيق منازعة ، لكن لا يتعين كونها سابقة ، بل يصح اطلاقه بالاضافة الى دفع منازعة متوقعة محتملة ، وان لم تكن سابقة كما يفصح عنه آية النشوز فاشتراط السابق فى مفهومه غفلة واضحة انتهى .

والانصاف انه مشكل فى التعاريف بل لعله عدفى العرف منكر أمن حيث ان التعريف لرفع النزاع ومع ذلك داخل فيه ما لم يكن نزاع بينهم لبداهة ان التعريف لم يعم هذا المورد ولا بد من كونه مانعا للاغيار وحينئذ لم يطرد ولم يمنع ما هو ليس بصلح على هذا التعريف .

وكيف كان فالاجوبة الواقعة عن الاشكال غير مفيدة له مثل ان قطع التنازع حكمة غير مطردة لاعلة يدور الحكم مداره وعدمه قياس بمثل السفر والعدة وغيرها كما عرفت فان تلك الموارد من احكام الشرعية التى شرعت بنحو الاطلاق وان على

المسافر قصر الصلاة والصوم وعلى المطلقة هو العدة كيف ما كان فاي ربط بتعريف غير جامع ولا مانع بل في موارد تلك الاحكام لا يصح الاشكال من احد للاطلاق بخلاف التعريف الناقص الشامل بصورة فقد النزاع .

وفي الجواهر قال نعم لاتساعد الاخبار المتقدمة على الدلالة على المشروعية حيث لامنازعة سابقة ولا متوقعة 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 في الصورة المزبورة التي لم تكن فيها منازعة سابقة ولا متوقعة ، اذ فيه أن المراد بلفظ الصلح الواقع في ايجاب العقد انشاء الرضا بما توافقا واصطلحا وتسالما عليه فيما بينهما ، لأن 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 لا يشترط فيه التجاذب وعدمه وان التعريف صادق كان التجاذب قطعيا او محتملا او لم يكن اصلا ولا يخفى انه عين ما ذكره صاحب الجواهر لاصلاح التعريف وانه لا يشترط في الصلح التجاذب والتنازع بل في كلماته اشار بما ذهب اليه شيخنا المرتضى حيث قال انه اصل برأسه تفيد فائدة البيع والهبة ونحوهما مع رده الشيخ باشد ما يرد وانا نقل عين عبارته في صلحه قال بعد الايراد على كثير من الاصحاب ما لفظه :

«وهنا مسلك آخر متين يندفع به الاشكال حتى عن الرسم المعروف بلاتكلف وهو ان الصلح لعموم فائده وعدم اشتراطه بشيء مما اشترط به غيره وعدم تطرق ما يتطرق في غيره فيه يحسم مادة التنازع سواء كان واقعا او متوقعا ولم يكن شيئا منهما فهو مشروع لتحصيل الاثار على وجه لا تتطرق فيه الخصومة والجدال ويقطعه اذا كان متحققا في الحال والمراد بالقطع ما هو اعم من الدفع والرفع .

اقول ظاهره الى هنا عدم اشتراط التجاذب في الصلح فيعم اثره مطلقا ففيه انه

اذا لم يشترط التجاذب فيه فما حال تعريفه حينئذ اذ قوام التعريف بقطع التجاذب فاذا لم يكن ذلك شرطا فما نفس الصلح وما اثره على ان جميع من كان بصدد الجواب قالوا لعدم اشتراط التجاذب والتنازع وانه حكمة لاعلة مطردة فان اريد عدم اشتراطه به فهو عين جواب القوم وان اريد تعريف الصلح بما لم يكن فيه تجاذب فابن ذلك التعريف فالى هنا لم يأت بما له معنى محصل .

والحاصل ان التعريف غير المحكم حتى صح جريانه في جميع الموارد ولولم يكن مالا جله شرع فاذا قال الانسان حيوان ناطق لا بد وان يكون في جميع الموارد كذلك فالقول بان الصلح لرفع التجاذب مع القول بعدم اشتراط التجاذب من قبيل المتناقضين .

وبالجملة لم يظهر من عبارته ما اصل 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 بعدا فيكون المراد حينئذ ان الصلح شرع لقطع التجاذب المتوقع ظهوره .

ومن المعلوم انه لا يعم ايضا موارد التي 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 لا يقتضى اختلاف المعاني بالضرورة .

ولا يخفى ان قوله هذا التحقيق لم يتنبه له الفحول ليت شعري ما اراد 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 شيئا في البين لم ينتبه 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 اولان التسالم وان كان مفهوما عاما يصلح لتعلقه بكثير من الاشياء الا انه اذا تعلق بكون عين لآخر بعوض فهو عين نقلها اليه بالعوض فلوا دعينا ان التملك حينئذ يتضمن التسالم كما هو شأن الخاص بالنسبة الى العام لكان اليه سبيل واما العكس الذي ادعاه رده فليس عليه دليل وبالجملة فلا يتعقل المصلح على كون عين لشخص بعوض مثلا معنى مركب من التملك وغيره حتى يكون التملك مما يتضمنه بل ولا معنى غير انشاء نقله اليه حتى يستتبعه التملك الى ان قال .

وكذلك ما استدل به على ان الصلح ليس هو التملك بانه لا يتعدى بنفسه الى المال فانه انما يدل على المغايرة مفهوما التي لا ينافي الاتحاد بحسب الوجود كما ان التملك مغاير للبيع مفهوما ولكنه نفسه اذا تعلق بالعين بعوض فالاختلاف بالتعدية واللزوم انما هو باختلاف المفهوم وهو انما يدل على ان الصلح لم يستعمل في معنى البيع لانه لا يصدق عليه تعريفه الا ترى ان الصلح اذا كان بلفظ ملكة تعدى بنفسه مع انه صلح فتدبر .

والتحقيق ان التسالم ليس هو المنشأ في الصلح وان صدق عليه فان تقبل احد الشريكين الثمرة بحصة منها صلح ويصدق عليه التسالم مع ان المنشأ ليس هو التسالم ولانه يقع بقول احدهما للآخر لك ما عندك ولي ما عندي كما في رواية منصور بن حازم مع انه ليس هنا انشاء تسالم وان صدق عليه ولان ملكة يقع به البيع والصلح ولا يمكن الفرق بانه في 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 الثاني انتهى .

فيه انه ان اراد بعدم كون التسالم هو المنشأ لفظا فهو حق لعدم لزومه ولذا قلنا بعدم انشاء التمليك في معنى البيع لفظاً بل نفس التمليك هو انشائه و ان اراد عدم كون التسالم هو المنشأ ولو ذهنا وفي 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 في ذهنهما عند ذلك الكلام ليس الا التسالم فهو وان لم يكن لفظاً لكنه متحقق ذهنا وبناء .

فالاولى في الرد ان يقال ليس الصلح هو التسالم بلا صلح العين على عوض ليس الاتمليك هذا العين بعوض في الواقع نعم ليس التسالم منحصر في هذا التمليك بل له اقسام تصادق انطباقه على تمليك عين بعين في هذا المورد وبذلك يمكن حله ايضا عما هو نظيره كاتمليك من حيث الهبة لكن قد يتحقق تسالم لم يكن صلح في البين .

ولازمه ان كل تسالم بين الناس كان صلحاً كما اذا تسالم الفقهاء على حكم او تسالم الاطباء على تشخيص مرض او تسالم المهندسين على كيفية بناء او تسالموا على ترك معصية او فعل عبادة او فعل سفر كان صلحاً 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 صلحاً مع ان كثيرا ما ارتفع التجاذب بينهم بدون الصلح كما اذا رفعوا ايديهم عن حقهم بالبيع او الهبة فلا يكون صلحاً بل بيعاً وهبة فلا يشمل تعريف الصلح مع انه قد رفع التجاذب فلا يكون جامعاً واذا صلح بدون التجاذب لم يكن صلحاً مع انه كان فلا يكون مانعاً فهذا التعريف تارة يلائم 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 اذا جعل 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 معتذرا بذلك فالاولى تعريفه بان الصلح
شرع لتحصيل الرضا فيعم جميع الموارد التجاذب والاختلاف والسازج منهما كما
اذا انفق صلح شىء بشىء 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 ولا يرد عليه شىء
مما تقدم .

﴿و﴾ على كل حال ﴿ليس﴾ هو عندنا ﴿فرعاً على غيره﴾ من العقود ﴿وان﴾
أفاد فائدته ﴿اى ليس الصلح فرعاً على عقود اخر بل هو عقد برأسه غايته قديفيد فائدة
البيع او الهبة او الاجارة وغير ذلك فاذا صلح دار بالف 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 الحججة ، مضافاً الى ظهور الأدلة السابقة أو صريحها فى عدم فرعيته بل
بعض موارد المصرح بها فى بعض النصوص لا يصلح لأن يكون موضوعاً لغيره ،
على أدافاده عقد مفاد آخر لا يقتضى الاتحاد معه على وجه تلحقه أحكامه ، والا لاقتضى
اتحاد الهبة مثلاً بعوض معلوم مع البيع ، وهو واضح البطلان ، فان الاحكام الشرعية
تتبع عناوينها ، فكل حكم ثبت لموضوع خاص منها لا يثبت لغيره من تلك الحيشية انتهى
ولعله صافية عن الكدورة والاشكال بل لفظ الصلح معروف بين العرف وعوام
الناس ولولا اصالته لم يتبادر الى الازهان امر مستقل واذا قيل صالحت دارى بكذا
لم يفهم احد غير الصلح وان كان فى النتيجة بيعا وكذا الاجارة والعارية والوديعة
والهبة وغيرها .

وبالجمله كما اشار اليه ان اتحاد التعريف مع بعض المصاديق لا يقتضى 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 ما عن حفص ابن البختري فى الصحيح أو الحسن عن أبى عبد الله عليه السلام « قال : الصلح جائز بين الناس » . وروى فى الفقيه مرسلا قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا » .

وروى فى البحار نقلا عن كتاب الامامة والتبصرة مسندا عن مسعدة بن صدقة عن الصادق عليه السلام عن أبيه عن آبائه عليهم السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الحديث ومنها ما عن هشام بن سالم فى الصحيح عن أبى عبد الله عليه السلام قال : لأن أصلح بين اثنين أحب الى من أن تصدق بدينارين : وعن المفضل « قال : قال أبو عبد الله عليه السلام : اذا رأيت بين اثنين من شيعتنا منازعة فافتدها من مالى » .

وعن أبى حنيفة سابق الحاج قال : مر بنا المفضل وأنا وختنى نتشاجر فى ميراث فوقف علينا ساعة ثم قال لنا : تعالوا الى المنزل ، فأتيناه فأصلح بيننا بأربعمائة درهم ، فدفعها لنا من عنده حتى اذا استوثق كل واحد منا من صاحبه . قال لنا : أما أنها ليست من مالى ولكن أبو عبد الله عليه السلام أمرنى اذا تنازع رجلان من أصحابنا فى شىء أن أصلح بينهما وأفتدى بها من ماله ، فهذا من مال أبى عبد الله عليه السلام .

وصحيحة الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام وغير واحد عن أبى عبد الله عليه السلام « فى الرجل يكون عليه الشىء فيصلح ، فقال : اذا كان بطيبة نفس من صاحبه فلا بأس » . وصحيحة الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام فى الرجل يعطى أفقرة من حنطة معلومة يطحنها بدرهم ، فلما فرغ الطحان من طحنه نقد الدراهم ، وقفزاً منه وهو شىء اصطالحوا عليه فيما بينهم ، قال : لا بأس 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 والانكار ﴾ وفى الجواهر بل الاجماع بقسميه عليه ، مضافاً الى العمومات انتهى .
قال فى الخلاف - الصلح على الانكار جازى ، وبه قال ابوحنيفة ومالك وقالوا : لا يكون الصلح الامع الانكار ، وقال الشافعى : لا يجوز الصلح على الانكار قال وصورة المسئلة ان يدعى رجل على غيره عيناً فى يده او ديناً فى ذمته فانكر المدعى 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 وان كان قد صرح بابرائه مما ادعاه عليه و اسقاط حقه عنه لانه ابرأه ليسلم له ما قبضه فاذا لم يسلم ماله لم يلزمه ما عليه ، وعندنا وعند ابى حنيفة ومالك يملك المدعى المال وليس للمدعى عليه مطالبة به .

دلينا - قوله تعالى : « والصلح خير » ولم يفرق بين الاقرار والانكار ، وقوله ﷺ الصلح جازى بين المسلمين ولم يفرق ، وروى عنه عليه السلام انه قال : كل مال وقى الرجل به عرضه فهو صدقة فيجب أن يكون ما بذله المدعى عليه جازياً ويكون صدقة لانه قصد به وقاية عرضه انتهى .

اقول المراد بالصحة مع الانكار هو الصحة الظاهرية لافى نفس الامر كما صرح به فى الجواهر فلا يملك المدعى عليه بعد انكاره ما زاد عن المصالحة بل اذا كان المدعى عيناً 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 غضب باعتبار ما زاد عن الحق .

قال فى الحدائق فاعلم أن صحة الصلح مع الاقرار والاعتراف بالمدعى مما لا اشكال فيها لمعلوماته عند صاحبه : ولا فرق بين أن يصالح عنه بأقل ، او اكثر أو ما

سواه ، للمعلومية فى الجميع ، وحصول التراضى من الطرفين .

انما الاشكال فى صورة الانكار بأن يدعى شخص على غيره ديناً أو عيناً فينكر المدعى عليه ، فتقع المصالحة بينهما اما بمال آخر ، أو ببعض المدعى أو غير ذلك من منفعة وغيرها، فانه باعتبار الانكار، واختلاف الخصمين فى ذلك نفيًا واثباتًا يحتمل أن يكون المدعى محققاً : و المدعى عليه مبطلاً فى انكاره ، و أنه مشغول الذمة فى الواقع فالصلح هنا وان أفاد قطع النزاع بحسب الظاهر - وعدم صحة الدعوى بعد ذلك ، لصحته بحسب الظاهر - إلا أنه لا يفيد براءة 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 الآخر ، بل يبقى مشغول الذمة بالباقي و انما تبرء ذمته بقدر ما دفعه خاصة انتهى .

اقول وجهه واضح فانه لو كان مديونا بمأة وقال للمدعى بخمسين و صالح بهذا المقدار او ازيد بمقدار لم يصل بقدر ما على ذمته كان مقدار الباقي على عهده من غير براءة 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 قطعاً لعمومات الصلح وعدم مانع فى البين لذلك ويدل على عدم ابراء ما زاد عليه ما عن على بن ابي حمزة «قلت لابي الحسن عليه السلام : رجل يهودى أو نصرانى كان له عندى أربعة آلاف درهم ، فهلك ، أيجوز لى أن أصالح ورثته ولا أعلمهم كم كان ؟ فقال : لا يجوز حتى تخبرهم » وفى صحيح عمر بن يزيد عن أبى عبد الله عليه السلام « اذا كان للرجل على الرجل دين فمطله حتى مات ، ثم صالح ورثته على شىء ، فالذى أحذه الورثة لهم ، ومابقى فهو للميت يستوفيه منه فى الآخرة ، فان لم بصالحهم 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 أجمعها فى يده مغصوبة ، ولا يستثنى له منها مقدار ما دفع

لعدم صحة المعاوضة فى نفس الامر. ويحتمل أن يكون المدعى مبطلاً والمدعى عليه محققاً فى انكاره وأنه برىء الذمة فى الواقع ، فان الصلح وان صح ظاهراً ، لكنه لا يصح بحسب الواقع ، ولا يستبيح للمدعى ما دفع اليه من مال الصلح ، لانه أكل مال بالباطل ، والمدعى عليه انما دفعه اليه افتدائه من هذه الدعوى الكاذبة ، أو خوف الضرر على نفسه وماله لو لم يفعل ، ومثل هذا لا يعد 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 أحدهما عالماً به دون الآخر لم يصح الصلح فى نفس الامر بل لا بد من الاعلام بالقدر ان كان الجاهل المستحق ، كما سمعته فى خبر أبى حمزة ، أو كان المصالح به قدر حقه مع فرض عدم تعيينه ، ومع ذلك فالعبرة بوصول الحق لبالصلح انتهى .

وكيف كان فقد ظهر ان الصلح لتحصيل رضاية الناس ﴿الاما﴾ كان صلحاً ﴿أحل حراماً﴾ كاسترقاق الحر واستباحة بضع المحرمات وشرب الخمر ، واللواط ﴿أو حرم حلالاً﴾ بأن لا يبطأ حليلته ، أو لا ينتفع بماله ، أو نحو ذلك مما علم عدم جواز الصلح على اجتنابه ، ويدل عليه الكتاب والسنة .

﴿وكذا يصح﴾ الصلح ﴿مع علم المصطلحين بما وقعت المنازعة فيه ، ومع جهالتهما به﴾ وفى الجواهر بلاخلاف فيه فى الجملة ، بل فى المسالك وغيرها الاجماع عليه ، لاطلاق الادلة انتهى ولا يخفى انه لا اشكال فى كلا القسمين وانما الاشكال فى صورة علم احدهما بالزيادة ولم يعلم صاحبه بالزيادة كما مر .

ويدل على صحة القسمين الصحيح عن الباقر والصادق عليهما السلام «أنهما قالوا فى رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه ، لا يدرى كل واحد منهما كم له عند صاحبه فقال كل واحد منهما لصاحبه : لك ما عندك ، لى ما عندى ، فقال : لأبأس 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 بالانقاص كما هو الغالب ، مع عدم اعلامه بالحال ، والحكم في ذلك كله واضح .

أقول اذا افترض حصول الرضا بذلك وعن التذكرة : لا يشترط العلم بما يقع الصلح عنه لا قدرأ ولا جنساً بل يصح الصلح سواء علما قدر ماتنازعا عليه وجنسه أو جهلاه دينا كان او عيناً ارنأ أو غيره عند علمائنا أجمع» انتهى .

واليه اشار المصنف بقوله ﴿دينا كان او عيناً﴾ وفي الجواهر اطلاقه - كما في المتن وغيره ، بل والنصوص كما اعترف به في الرياض - يقتضى عدم الفرق في الصلحة بين كون المصالح عنه مما يتعذر معرفتهما له مطلقاً أولاً ، أمكن معرفته في الحال أم لا ، لعدم مكيا ل او ميزان ونحوهما من أسباب المعرفة بل لاختلاف في الاولى على ما قيل ، لاتفاق ارادته نصاً وفتوى عليها ، مضافاً الى أن ابراء الذمة أمر مطلوب ، والحاجة اليه ماسية ، ولا طريق 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 بناخيره وانحصار الطريق في نقله فيه مع تناول الأدلة السابقة له ، ومن هذا القبيل أيضاً الصلح على نصيب من ميراث أو عين يتعذر العلم بقدره في الحال ، مع امكان الرجوع في وقت آخر الى عالم به ، مع مسيس الحاجة الى نقله في الحال .

﴿و﴾ كيف كان ﴿هو﴾ أي عقد الصلح بناء على ما قلناه من كونه أصلاً برأسه ﴿لازم من الطرفين مع استكمال شرائطه﴾ والجواهر بلا خلاف ، لعموم «أوقوا» وغيره من أدلة اللزوم التي سمعتها في غيره من العقود نعم يجيب على قول الشيخ الجواز في بعض موارد ، كما اذا كان فرع العارية أو الهبة على بعض الوجوه ، بناء على أن مراده لحوقه حكم ما أفاد فائدته ، أما على المختار فليس الاعلى اللزوم انتهى .

يعنى ان الصلح حيث لم يكن عند الشيخ عقد برأسه بل يفيد فائدة غيره فاذا كان صلح شيء بشيء كان هبة معوضة يفيد هذا الصلح فائدة الهبة فيكون جائزاً كما ان الهبة كانت جائزة وكما اذا كان صالح تملك شيء بشيء كان مفيداً للبيع يفيد فائدة البيع فيكون لازماً فالصلح عنده تابع لما كان له فائدته فيختلف لزوماً وجوازاً وقد عرفت عدم تمامية ذلك وان الصلح عقد مستقل لا تابعاً لما يفيد فائدته فالصلح وان افاد فائدة الهبة او العارية لكنه لا يوجب كونه هبة او عارية فيكون لازماً .

وبالجملة ان اللزوم في كل عقد والوفاء به مضافاً الى حكم العقل هو مقتضى اوفوا بالعقود فالانسان بما هو ذوعقل وفتانة يعلم بانه اذا عهد لزم به الوفاء كما في قوله تعالى اوفوا بعهدى اوف بعهدكم فعلى كلال المصطلحين عند قرار الصلح هو الوفاء بالعهد وعدم نقضه وهو معنى اللزوم فلا يفسخ احدهما بدون الاخر .

﴿الآن يتفقاً على فسخه﴾ بالاقالة الشامل دليلها له وغيره ، كما عرفته هناك ﴿واذا اصطاح الشريكان﴾ عند انتهاء الشركة ، واردة فسخها ﴿على أن يكون الربح والخسران على أحدهما ، وللآخر رأس ماله صح﴾ .

وفى الجواهر بلاخلاف فى الجملة فيه ، للمعلومات ، وخصوص المعترية منها انتهى غير خفى ان هذا الصلح او الشرط مناف لمعنى الشركة الظاهرة فى شراكة كل المشتركين فى النفع والضرر والا فيخرج عن الشركة اذ معناه كون الشركاء مساومين واما كون احدهما على السواء فى رأس المال والضرر والنفع على صاحبه ليس بذلك شراكة ويمكن أن يكون فى جميع السنين الخسران عليه فينجر الى فناء رأس المال من احدهما المستلزم لفناء الشركة وما لزم من وجوده عدمه محال بل هو مناف لمقتضى العقد فان مقتضاه كون الربح والخسارة تابعا للمال فهذه الشرط يدور امره بين الفسادين الاول اما دائماً كون النفع له دون الاخر واما كون الضرر عليه دون الاخر مع ان المال لكليهما وهو على خلاف لوازم العقد الذى لا ينفك عن نفع او ضرر نعم صح ذلك فى وقت انقضاء الشركة وفسخه واقالته .

وبالجملة الشرط الصحيح لازمه عدم كونه منافيا للمشروط كما اذا باع مثلا وشرط عدم بيعه رأسا او عدم بيعه بفلان فكما ان الانسان اذا باع شيئا مسلط عليه واختيار بيعه وعدمه بيده بمقتضى عقد البيع وشرط الخلاف مناف لمقتضاه فكذلك في المقام فان لازم الشركة هو التساوى في النفع والضرر وكيف يجوز .

لكن ظاهر النصوص جواز ذلك مثل الصحيح عن أبي عبدالله عليه السلام في رجلين اشتركا في مال فربحا فيه ربحا وكان من المال دين وعليهما دين فقال أحدهما لصاحبه اعطني رأس المال ولك الربح عليك التوى ، فقال : لأبأس اذا اشترطا ، فاذا كان شرطا يخالف كتاب الله عز وجل فهو رد الى كتاب الله عز وجل « وفي 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 فلا بد من علاجه .

وعن المسالك بعد قول المصنف (قدس الله روحهما) قال نحو ما قدمنا من العبارة المذكورة ما هذا لفظه : هذا اذا كان عند انتهاء الشركة واردة فسخها لتكون الزيادة مع من هي معه بمنزلة الهبة والخسران على من هو عليه بمنزلة الابراء ، أما قبله فلا لمنافاته وضع الشركة شرعاً والمستند صحيحة أبي الصباح ، ثم ساق الرواية المذكورة الى أن قال : وهذا الخبر مشعر بما شرطناه من كون الشرط عند الانتهاء ، لا كما أطلقه المصنف انتهى .

وفي الحدائق بعد نقله عنه قال : وقد تقدمه في ذلك المحقق الشيخ على في شرح القواعد ، فانه قيد اطلاق عبارة المصنف فقال بعد ذكرها هذا اذا انتهت الشركة وأريد فسخها ، وللمناقشة في ذلك مجال ، فانه لا يخفى أنه وان كان هذا الشرط مما ينافي الشركة الا أن هذا شأن اكثر الشروط ، فان مقتضى عقد البيع اللزوم من الطرفين فلا يجوز لاحدهما فسخه بغير سبب موجب ، مع أنه يصح لاحدهما اشتراط خيار الفسخ بلا خلاف ، ولاريب أنه مناف لمقتضى العقد الذي هو اللزوم من الطرفين انتهى .

اقول قد عرفت ان الاشكال وارد فلا بد من علاج وجعله عند انتهاء الشركة متين لان امر الشركة قد تم بنحو الصحيح وفي آخر الامر لا تبقى شركة فلو وقعت زيادة او نقيصة على احد الشريكين صح منه البراء والهبة والمصالحة ونحو ذلك .
ومنه يظهر ما في الحقائق من ان هذا شأن اكثر الشروط فلا اشكال فيه بل الشروط انما ينفي بعض ما ثبت لولاه كارادة الفسخ ونحوه .

وفيه ما عرفت آنفا من انه لو كان مخالفا لمقتضى الشروط فلا يصح قطعاً كما عرفت فالحق هو التفصيل ومنه يظهر ما في الجواهر من الحكم بالصحة بنحو الاطلاق ولقد اجاد في المسالك حيث تمسك بالصحيح لكون ذلك عند انقضاء الشركة فقال والمستند صحيحة ابي الصباح عن الصادق عليه السلام في رجلين اشتركا في مال فربحا فيه ربحا وكان من المال دين وعين وقال احدهما لصاحبه اعطني رأس المال والربح لك وماتوى عليك فقال لا بأس اذا شرط وهذا الخبر مشعر بما شرطناه من كون الشرط عند الانتهاء لا كما اطلق المصنف انتهى بل الخبر ظاهر في ذلك اذ قول الرجل لصاحبه اعطني رأس المال ظاهر في ارادة الفسخ وعدم الشركة بعد ذلك وظاهر الصحيح ايضا ان رأس المال عين ودين وصاحبه صالح بان يكون رأس ماله وصل اليه والباقي من النفع والضرب على الاخر وهذا هو الحق القوي والصحيح الاخر محمول عليه وسيأتي بعض الكلام في الشركة انشاء الله .

﴿ولو كان معهما درهمان ، وادعاهما أحدهما وادعى الآخر أحدهما ، كان لمدعيهما درهم ونصف ، وللآخر ما بقى﴾ لصحيح عبدالله بن المغيرة عن غير واحد من أصحابنا « عن ابي عبدالله عليه السلام في رجلين كان معهما درهمان فقال أحدهما : الدرهمان لي وقال الآخر : هما بيني وبينك قال : فقال أبو عبدالله عليه السلام : أما الذي قال : هما بيني وبينك فقد أقرب بأن أحد الدرهمين ليس له فيه شيء وأنه لصاحبه ، ويقسم الدرهم الثاني بينهما نصفين » .

ومثله مرسل محمد بن ابي حمزة المنجبر ارسالها بالشهرة ، مع أن في سندهما

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 لمتساويا فى الدعوى، اذ لو كانا فى يد أحدهما لقدم قوله بيمينه انتهى . وقوله **إِنَّمَا** فقد اقر بان احد الدرهمين ليس له فيه شىء لا يتم بظاھرہ فان معنى هما بينى وبينك هو كونهما الى ولك اى بيننا كما صريح ضميرهما الراجع الى الدرهمين ومعناه ان واحداً الى وواحداً لك فكيف اقرار بان احد الدرهمين ليس لى لكن الانصاف تمامية دلالة الصحيح فان الظاهر من قوله هما بينى وبينك اقرار بانہ 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 لا اشكال فى كون الصحيح ظاهراً 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 فلا دليل على نفوذه مضافا الى ان الاقرار لنفسه ليس بصريح بل هو مستفاد من قوله لى ولك .

ثم ان الظاهر من عدم تعرضه **إِنَّمَا** للبينة او الحلف كون الدرهمين فى ايديهما فانه حينئذ كان المتخاصمان متساويين فى تنصيب الدرهم الواحد واما لو لم 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 الخبر ان هو كونهما تحت يديهما معا ، لمتساويا فى الدعوى، فلو كانا فى يد مدعى الدرهمين لقدم قوله فيهما بيمينه ولو كانا فى يد مدعى الدرهم لقدم قوله فيه بيمينه وأما اذا كانا فى ايديهما معاً فالحكم ما ذكره **إِنَّمَا** الى ان قال :

ويستفاد منه كون الحكم كذلك فى كل عين ادعاها اثنان مع اثبات يديهما عليهما ولا بيعة ، أو يكون لكل منهما بيعة ، الا أنه لا رجحان لاحد منهما 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 لا بد من أن يحلف أولاً كل منهما
للاخر على استحقاق النصف ، ومن نكل من أحدهما قضي به للاخر ، ولو نكل كليهما
أوحلفا 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 تساوى في دعوى أحدهما بدأ ودعوى فيحكم به لهما .

هذا اذا لم يوجد بينة ، والاقرب أنه لا بد من اليمين فيحلف كل واحد منهما
على استحقاق نصف الاخر الذي تصادم دعواهما فيه ، فمن نكل منهما قضي به للاخر
ولو نكل كليهما أو حلفا معاً قسم بينهما نصفين لما رواه عبدالله بن المغيرة ، ثم ساق
الرواية كما قدمناه . انتهى .

وظاهره حمل اطلاق الخبر على هذا التفصيل الذي 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 : وكان 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 ، وسيأتى انشاء الله تعالى في
لاحق هذه المسئلة ما فيه مزيد ايضاح للمقام ثم قال في هامش كتابه ان المراد ببعض
الافاضل هو الفاضل الخراساني في الكفاية .

ثم قال قوله وكان 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 ما يدعيه من الدرهمين ، ليس في يده ، وانما في يده واحد

خاصة فيكون عليه البينة من حيث كونه خارجاً ، واليمين على الثانى من حيث كونه منكرأ 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 كاملاً وادعى الاخر نصفه ، فانه يقدم قول الاخر بيمينه ويقسم الثوب بينهما انصافاً ، والوجه فى قسمة الدرهم الباقي 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 فضاغ دينار منهما ؟ فقال : يعطى صاحب الدينارين ديناراً ويقسمان الدينار الباقي بينهما نصفين » بل ظاهر عدم اعتبار الامتزاج فى هذا الحكم .

ولا يقدح ضعفه بعد كون مفاده مطابقاً للقاعدة فيكون صلحاً قهرياً وبهذا الاعتبار لعله ادخله فى كتاب الصلح والافهذه الفروع والامن الصلح والامن 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 نبه عليه شيخنا الشهيد الثانى ، قال فى المسالك بعد ذكر المسئلة : هذا هو المشهور بين الاصحاب ، ومستنده رواية السكونى عن الصادق عليه السلام ويشكل الحكم - مع ضعف المستند - بأن التالف لا يحتمل كونه بينهما بل هو من أحدهما خاصة ، لامتناع الاشاعة

هنا والموافق للقواعد الشرعية القول هنا بالقرعة ، ومال اليه فى الدروس الأنة تحاشى عن مخالفة الاصحاب ، ومقتضى الرواية أنه يقسم كذلك وان لم يتصادم دعواهما فى الدينار ، وأنه لايمين ، وكذا لم يذكر الاصحاب هنا يمينا ، 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 فلاشئ له وان كان على الاول فليس له الا درهم واحد لكنه فى مثل هذه الموارد لامناص من تنصيف الدرهم الواحد من بينهما والا فلامناص 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 وللآخر ثلاثة ﴾ وقد افتى المشهور فيها بذلك كما فى الجواهر لكن المسألة محل خلاف فى الجملة فذهب الشيخ وجماعة منهم المصنف وغيره الى الوقوف على ما دلت 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 ذلك ، واليه يميل

كلام شيخنا الشهيد الثاني في المسالك كما في الحقائق .

وفيه عدم حجية القرعة في 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 «في الرجل يضعه الرجل ثلاثين درهماً في ثوب ، وآخر عشرين درهماً في 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 في 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 في ان الثوبين ان لم يفرق بينهما اصلا فكيف يختلف قيمتهما وان اختلفا وعلم ذومرية عن غيره فكيف لا يعلم صاحبهما فان المقصود من هذه العبارة ان صاحب ثوب الثلاثين لم يعرف ثوبه وكذا صاحب ثوب عشرين لم يعرف ثوبه وليس ذلك الا فيما لم يفرق بينهما لالونا ولا مقداراً ولا لطافة كطاقة كرباسين .

وفى مثل ذلك لافرق بيتهما قيمة لكنه ليس ببعيد لامكان وقوع الصاحبين فى مكان الظلمة او حبس كذلك اولكونهما 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 - «من أنه ان يباع منفردين وتساويا فى الثمن فلكل واحد ثمن ثوب ولا اشكال ، وان اختلفا فالأكثر لصاحب الاكثر قيمة ، وكذا الأقل بناء على الغالب ، وان يباع مجتمعين صارا كالمال المشترك شركة اجبارية كما لو امتزج الطعامان فيقسم الثمن على رأس المال -» ففى غير محله بعد ما عرفت من انه لا يعلم فرق الثوبين من حيث القيمة ومع

عدم الفرق لا يعقل لاختلاف القيمة .

ثم انه لا يصح الذهاب الى القرعة مع وجود النص كما عن ابن ادريس من القرعة وكذا ما عن المسالك مع عدم صحته فان موضوعهما المشكل فلو كان هذا الامر مشكلا لكان اكثر الموارد كذلك بل ليس التمسك بالقرعة الا في موارد لم يكن طريق اليها سواها كموت المتوارثين معا ولم يعلم بتقدم فوت احدهما فلا مناص حينئذ سوى القرعة بخلاف المقام الذي لا يتصور اشكاله الا نادرا .

﴿ واذا بان أحد العوضين ﴾ المعينين في العقد ﴿ مستحقاً ﴾ للغير أو غير قابل للعرضية كالخمر والخنزير ﴿ بطل الصلح ﴾ بالاختلاف ولا اشكال لوقوع الصلح حينئذ بلا عوض وهو باطل مع الاقدام على العوض ، فيبطل اذا ظهر للغير او غير ما يملك شرعاً ﴿ ويصح الصلح على عين بعين او منفعة وعلى منفعة بعين أو منفعة ﴾ للعمومات الدالة على الصحة باى نحو كان :

﴿ ولو صالحه على دراهم بدنانير أو بدراهم صح ﴾ لان الصلح مستقل ولا يكون تابعا للبيع حتى يبطل انه حينئذ بيع الدرهم بالدرهم او بالدراهم فيشترط فيه شرائط الربا من عدم الزيادة والقبض في المجلس في بيع النقدين بل يجرى فيه احكام الخيارات لو كان متفرعا على البيع ﴿ و ﴾ بعد ما عرفت من انه ﴿ لم يكن فرعا للبيع ﴾ لان الصلح قد مر انه عقد برأسه فاذا صالح عين بعين كان العقد صلحا ومستقلا لانه فرع البيع ومتفرعا عليه ومجرد كون مفاده تمليك عين بعوض لا يوجب اتحاده مع البيع كى يكون احكام البيع جاريا عليه .

قال في الحدائق لو صالحه 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 في السابق بما لا مزيد عليه وان الصلح عقد في مقابل العقود الاخر لما هو الظاهر من الكتاب والسنة وانه شرع لتحصيل الرضا وانه لا ربط له بسائر العقود ولو كان مفاده ينطبق مع غيره كما اذا صالح عين

بعين فان مفاده حينئذ تملك عين بعوض فيكون بمفاد البيع ومع ذلك لا ربط له بالبيع .

﴿ و ﴾ لذا قال ﴿ لا يعتبر فيه ما يعتبر في ﴾ بيع ﴿ الصرف على الأشبه ﴾ وفي الجواهر بأصول المذهب وقواعده ، وكذا لو قام مقام البيع السلم لا يعتبر فيه قبض العوض في 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 في ذمته ، فاعترف بها ثم صالحه بدراهم ودنانير صح الصلح ، وهو فرع الصرف فما صح فيه صح في الصلح وما بطل في الصرف بطل فيه ، ولا يجوز حتى يتقابضا فان كان المقربه دراهم فصالحه على دنانير معينة أو موصوفة فعينها وقبضها قبل التفرق جاز ، ولو قبض 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 الباقي صح ، وكان هذا الصلح فرع الابراء انتهى .

ومراده من الفرعية ان الصلح تابع لما هو بمفاده وانه هو الاصل فاذا كان مفاده التملك بالعوض كان تابعا لملك المنافع كان تابعا للاجارة ولعل ذلك عجيب بعد دلالة الدليل و التعبيرات الكثيرة عن الصلح فكيف يكون تبعا للغير بمجرد انطباق مصداقه مع مصداق عقد آخر في الجملة و احيانا فاذا لم يكن متفرعا على عقود آخر فلو فرض كون صلح مفاده تملك شيء بشيء لم يجز فيه احكام البيع لعدم كونه بيعا فلو كان صالح ربوي بربوي لم يجز فيه احكام الربا لانه مختص بالبيع ولم يكن الصلح بيعا نعم من عم الربا في مطلق المعاملات يدخل حينئذ فيه الربا وعن المسالك هو الاول وعن المختلف هو الثاني .

﴿ ولو أئلف على رجل ثوباً قيمته درهم ﴾ مثلا ﴿ فصالحه عنه على درهمين ﴾ أو أقل من الدرهم ﴿ صح ، على الأشبه ﴾ بأصول المذهب و قواعده والاشهر بل

في الدروس المشهور ﴿لان الصلح وقع عن الثوب﴾ أو أن قيمته الكلية التي لا تختص بالدرهم ﴿لا عن الدرهم﴾ الذي لم يثبت في الذمة .

لكن في المسالك في شرح هذه العبارة تبعاً لجامع المقاصد بل و الدروس «هذا انما يتم على القول بضمان القيمي بمثله ، ليكون الثابت في 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 في الدروس انه لذلك أبطله في الخلاف والمبسوط» انتهى .

قال في الحقائق ما لفظه ومما يتفرع على الخلاف المذكور هنا أيضا ما لو أتلف على رجل ثوباً قيمته درهم مثلاً فصالحه عنه على درهمين ، فانه ان قلنا ان الواجب ضمان القيمي بمثله كما هو أحد القولين ليكون الثابت في الذمة ثوباً صح الصلح المذكور لان الصلح وقع عن الثوب ، لا عن الدراهم الذي هو قيمته ، وان قلنا أن القيمي 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 في جميع المعاوزات انتهى .

توضيح ذلك ان من اتلف ثوب رجل قيمته بمقدار درهم فان صح دفع المثل في القيمي تعلق مثل ثوب التالف على ذمته فجاز مصالحة ما في ذمته بدرهمين لانه حينئذ تعلق بالذمة ثوب مثل الثوب التالف عرفا ولو لم يكن مثلا اصطلاحيا لان الفرض قد اتلف القيمي الذي ليس متساوي الاجزاء واما اذا قلنا بلزوم القيمة في القيمي فاذا تلف ثوب قيمته درهم تعلق الدرهم بالذمة ففي 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 بالثاني لزم لكنه مع ذلك فيه كلام امالو قلنا بكفاية المثل في القيمي فقد عرفت وستعرف واما بناء على المشهور من لزوم القيمة في القيمي فمن المعلوم انه بعد التلف يتعلق نفس الثوب بذمته لانفس الدرهم وحيث انه بعد التلف لا يمكن فتعلق قيمته وهي كلى شاملة للافراد كالدرهم والدينار والقرطاس المسمى بالاسكناس ونحوه والنحاس وغير ذلك مما يساوى قيمته مع الدرهم فالمصالحة عن قيمة الدرهم بالدرهمين ليس بمصالحة الدرهم مع الدرهمين .

مثلا اذا تلف ثوب قيمتها مائة درهم فتعلق على ذمة التالف مائة درهم كلى لها افراد ومن جملة افرادها القرطاس ومن جملتها النحاس المسكوك بسكة السلطان ومن جملتها الف ريال من الفضة فمائة تومان يؤدي بقرطاس واحد منقوش به ١٠٠٠ ريال وبخمس من خمسة المنقوش بكل واحد منها به ١٠٠ ريال وهكذا وهذه افراد الكلى الذى هو مائة وقيمة الثوب فهل يتعلق عند التلف جميع هذه الافراد او خصوص فرد او كلى يؤدي بكل واحد من هذه الافراد والاول كما ترى والثاني لا يلزم منه نفس مائة درهم معيناً 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 القيمي مضموناً بالقيمة رداً على جامع المقاصد والدروس قال ما لفظه .
وفيه : أن المعلوم من مذهب المصنف ، ضمان القيمي بقيمته لا بمثل الذى هو مذهب نادر ، وليس مافى كلام المصنف والفاضل بل المشهور كما سمعت مبنياً على ذلك بل هو اما لان الثابت فى القيمي فى الذمة نفسه كما هو مقتضى قوله «^{علي} التالف » على اليد ما أخذت» بل وقوله «من أتلف» الى آخره ، وان كان الواجب دفع القيمة عنه عوضاً شرعياً ، لعدم امكان أداء نفسه ، وعدم معرفة مثل له ، حتى يكون أقرب من القيمة فالصلح حينئذ اذا وقع يقع عنه لاعتن قيمته ، وليس هذا قولاً بكون القيمي يضمن بمثله الذى هو معنى وجوب تأدية المثل التسامحى عرفاً ، أو لانه وان قلنا بكون الثابت

في الذمة قيمته لأنها غير متعينة في خصوص الدراهم ، وان كان لو أدت منها كانت قيمته درهماً ومن الدينار كذا ومنهما كذا ، وهذا لا يقتضى بكون الثابت في الذمة الدرهم بخصوصه ، كى يستلزم الصلح عليه بدرهمين الربا ، لكون الصلح فرع البيع انتهى .

ولقد اجاد فيما افاد لكن قوله في ضمان القيمي بالمثل وانه قول نادر ففيه انك عرفت في ج ٢٦ ص ٩٠ صحة ضمان القيمي ايضا بالمثل فيما كان المثل الموجود عين التالف ولولم يطلق المثلى على الثوب اصطلاحاً لعدم تساوى اجزائه .

وبالجمله المثلى اصطلاحاً وان يطلق على ما تساوى اجزائه لكنه مجرد اصطلاح لا يساعد على اختصاصه به العرف واللغة كألوف من الكأس والاناء كل بلا فرق من جميع الجهات وايضا ان الساعة المصنوعة في عصرنا الحاضر قديخرج في ان واحد بقدر الألوف منها وكذا الظروف التى يقال لها بالفارسي بچيني كان لها انواع وكل نوع اصناف ولكل صنف افراد كثيرة والكل عين الاخر والاخر عين الاول ومن كل صنف لها افراد كثيرة من غير فرق من بينها اصلاً .

فاذا تلف بيدغير صاحبه كان عينه ومثله كثيراً وهو اقرب 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 تؤدي ونحو ذلك بداهة ان الصدق بمثل ما هو عيناً مثل التالف اولى واصدق باعطاه قيمة ما تلف فالقيمي تارة لم يوجد مثله فكان اللازم دفع القيمة والافيحوز دفع مثله ولو كان 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 ما افاد ففي محله .

وحاصله صحة الصلح ولو على المشهور من ضمان القيمة في القيمي بيان ان على الذمة حينئذ نفسه اى الثوب فالمصالحة وقعت بين الثوب والدرهم فلاشكال هذا هو الوجه الاول للصحة واما وجه الثانى انه وان قلنا بكون الثوب فى الذمة قيمته لكنه

لا اشكال فيه لانه اذا تعلق لا يلزم كونه درهما حتى يكون صلح الدرهم بالدرهم اذ القيمة كلى يمكن ان يكون درهما او غير درهم فلا اشكال فيه كما عرفت والله العالم .

﴿ولو ادعى داراً فانكر من هى فى يده ثم صالحه المنكر﴾ عن اسقاط دعواه ﴿على سكنى سنة﴾ مثلاً ﴿صح بلا خلاف﴾ ولا اشكال 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 بسكونه 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 بلا عوض ﴿و﴾ قد عرفت سابقا أن ﴿الاول أشبه﴾ بأصول المذهب وقواعده ، وأن افادة عقد مفاد آخر لا تقتضى لحوق أحكامه ، على أن الصلح هنا يقتضى ملك المنفعة لا اباحتها .

وفى الجواهر ولقد أفصح عن ذلك كله فى الدروس بقوله : «ولو ادعى داراً فأقر له بها فصالحه على سكنى المقر سنة صح ولا رجوع ان جعلناه أصلاً وجوزناه بغير عوض ، ولو أنكر 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 ﴿لو ادعى اثنان﴾ مثلاً ﴿داراً فى يد ثالث﴾ مثلاً 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 في حقه وهو الربع * خاصة * وبطل في حصة الشريك وهو الربع الاخر * هذا كله مع التصريح منهما بالسبب المقضى للشريك .
 * وأما لو ادعى كل واحد منهما النصف من غير سبب موجب للشركة * كما لو قال احدهما : لى النصف بالارث والاخر بالشراء * لم يشتر كما فيما يقربه لاحدهما * هذه عبارة المتن مع مختصر من تفسير الشارح الجواهر والحدائق ايضا .
 توضيح ذلك ان دعوى الاثنتين تارة بسبب مقضى للشركة كما قالنا هذه الدار ارث لنا واخرى بسبب غير موجب للشركة كما اذا ادعى احدهما كون نصفها ارثاً والاخر بانه اشتراها فانه لا يقتضى الشركة بينهما بنحو الاشاعة بل لكل منهما نصفها المختص به والاول كان معناه ان كلام النصفين مشترك بيننا مشاعة بخلاف الثانى وحيث ان ففى الاول ان اقر المتشبهت اى الذى كانت الدار بيده لاحدهما دون الاخر فصالح نصف المقر له بشىء يأخذ منه كالارض مثلا فان كانت المصالحة باذن الاخر صححت وكان نص المشاع مفرزا بذلك وصار ملكا بجميعة للمقر والعوض الذى يأخذه احد الشريكين 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 وما يأخذه من المقر كان مختصا بنفسه دون شريكه واما الثانى اى فيما ادعى بسبب موجب للشركة فاذا اقر المتشبهت لاحدهما وصالحه بشىء وقعت المصالحة بتمام النصف له وما يأخذ من المقر ايضا كان بتمامه له هذا توضيح عبارة المتن وجماعة من تنزيل البيع والصلح بمنزلة الاشاعة .

وفى الحدائق ما لفظه لو ادعى اثنان عينا فى يد ثالث من دار أو ثوب أو نحوهما

بأنها لهما بالمناصفة، وصرحا معاً بالسبب الموجب للملك من أنهما ورثاهما معاً أو وكلام من شراها لهما معاً بالمناصفة ، أو نحو ذلك فصدق المدعى عليه أحدهما فيما يدعيه من أن النصف له ، وكذب الآخر ، ثم انه صالح المدعى عليه ذلك الذى صدقه على النصف الذى أقر له به بعوض ، وحيثد فان كان هذا الصلح باذن شريكه سابقاً الصلح ، أو لاحقاً 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 المقر له وهو الربع الذى هو نصف ما وقع عليه الصلح، وبطل فى ربع شريكه، ويكون شريكا مع المدعى عليه بذلك الربع والوجه فى ذلك انه لما اتفق المدعيان على كون سبب ملكهما مقتضياً للشركة بالمناصفة كما فرضناه سابقاً ، فإقرار المدعى عليه لاحدهما يقتضى اشتراكهما فيما أقر به، وان لم يصدقهما على السبب الموجب للاشتراك، لان مقتضى السبب المذكور كالميراث ونحوه هو التشريك، ويمتنع استحقاق المقر له بالنصف خاصة دون شريكه كما أن الغائت 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 الا فى الربع مع عدم الاذن ، وكون الشريك حينئذ شريكاً 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 الآخر ملكه بالشراء، فانهما لا يشتركان فيما أقر به المدعى عليه، فان ملك أحدهما لا يستلزم ملك الآخر، فلا يقتضى الاقرار لاحدهما بما يدعيه مشاركة الآخر اياه انتهى وهذه العبارة غاية توضيحه ومع ذلك فيه ما لا يخفى . ومن جملة ما يرد عليه ان المدعى عليه اذا انكر احدهما فلازمه انكار الشركة وان النصف لخصوص من أقر له وان النصف بتمامه ملك له فاذا صالحه بشيئ صالح

بالنصف افرازاً لالنصف المشاع فيكون النصف بتمامه لمدعى عليه وحينئذ كيف يصح الاشاعة ولو مع الاذن وعدمه امامع الاذن الذي قالوا صحت المصالحة و ما يكون عوضاً بينهما فانه على زعم المتشبه ان مال المصالحة بتمامه للمقر له والنصف بتمامه لنفسه فانه صالح على نصف المختص به.

و اما اذا لم يكن المصالحة باذن شريكه فيكون بطلان الاشاعة من وجهين احدهما لانكار المدعى عليه ثانيهما لعدم اجازة الشريك فالمصالحة في سهم الشريك فضولية وهي بناءً على صحتها في غير البيع انما يصح اذا امكن الاجازة من المالك لافي مثل المقام الذي يدعى المدعى عليه تمام النصف له بالمصالحة فلا يصح المصالحة حتى في الربع المختص بالآخر والحاصل لو انكر المتشبه شراكة احدهما معناه كون النصف بتمامه لنفسه بعد المصالحة وغايته عدم نفوذ انكاره في حق الآخر ولكن ليس لازمه عدم صحة مصالحته في تمام النصف اذ هو يزعمه ليس شريكاً وكان مصالحته على تمام النصف المختص فكيف يصح جعل صحتها في خصوص نصف النصف على خلاف زعم المتشبه ولو سلم كون النصف ظاهراً في نصف المشاع اى الربع لكنه لا يصح في المقام بعد اجراء المصالحة على كون المال للواحد مفزراً لامشاعاً خصوصاً بعد كون الدار في 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 في النصف كان عندهما كون النصف مشاعاً فيحتاج المصالحة الى اذن الشريك فيصح معه و يبطل بدونه الا في 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 .

وفي الجواهر قال اللهم الا أن يفرض أن المقر به بالنسبة الى المقر ليس هو

الا النصف الذى لا يلحقه شريكه به فمع فرض كون المقصود بالصلح النصف الذى هو كذلك يتجه حينئذ اختصاصه بالعوض ، ويبقى النزاع بين الشريك والمتشبت فتأمل جيداً والامر فى ذلك سهل انتهى وظاهره ما ذكرناه وفى الحدائق ايضا بعد العبارة المتقدمة ما لفظه :

وفيه أولاً أن الظاهر أن قول الجماعة - بان اطلاق البيع والصلح انما ينصرف الى ملك البايع والمصالح دون الشايح - 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 وبين شريكه بحسب نفس الامر ، و ظاهر الشرع من حيث اقرارهما بموجب الشركة ، ولانزاع فى أن ما أقرب المدعى عليه مشترك بينه وبين شريكه ، فهو انما صالح على ربه وربع شريكه ، اذ ليس نصف المصالح عليه الا ذلك ، و به يظهر أن ما نحن فيه ليس من جزئيات القاعدة المذكورة ، ولامن أفرادها لتحصيل المناقاة كما زعمه (قدس سره) .

وثانياً - أنه مع الاغماض عن ذلك - 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 الا ذلك ، لأن الصلح وقع على نصفه الذى له فى نفس الامر والخروج عن قاعدة البيع والصلح 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 .

﴿ ولو ادعى عليه ﴾ بشىء مثلاً ﴿ فأنكر فصالحه المدعى عليه ﴾ مثلاً عما ادعى به ﴿ على سقى زرعه أو شجره بمائه ﴾ أى ما يسقى به زرعه أو شجره من ماء

المدعى عليه ﴿ قيل : ﴾ والقائل الشيخ فيما حكى عنه ﴿ لايجوز لأن العوض هو الماء وهو مجهول ﴾ فلا يصح الصلح بناء على فرعيته على البيع ﴿ وفيه وجه آخر ﴾ بالجواز ﴿ مأخذه جواز بيع ماء الشرب ﴾ أى النهر بتقدير المدة بعد المشاهدة .
 ﴿ أما لو صالحه ﴾ عما ادعى به مثلاً ﴿ على اجراء الماء ﴾ من سطح المدعى ﴿ الى سطحه أو ساحته ﴾ أى المدعى عليه ، أو على اجرائه فى ساقيته المحفورة له مثلاً ﴿ صح ﴾ للعمومات ﴿ بعد العلم بالموضع الذى يجرى الماء منه ﴾ لاختلافه صغراً وكبيراً باعتبار قلة الماء وكثرته .

﴿ وإذا قال المدعى عليه صالحنى عليه لم يكن اقراراً ، لانه قد يصح مع الانكار ﴾ كما عرفته ، فيما تقدم ، ﴿ أما لو قال : يعنى أو ملكتنى كان اقراراً ﴾ فى عدم كونه ملكاً له ، لاستحالة طلب تحصيل الحاصل .

﴿ و ﴾ كيف كان ف ﴿ يلحق بذلك أحكام النزاع فى الاملاك ﴾ لنوع من الاعتبار الذى هو ما عرفت من كون الصلح لقطع النزاع ، على أنه ربما يذكر الصلح فى بعض أفرادها ، ولم يلحظ ذلك فى الدرّوس فجعله كتاباً مستقلاً سمّاه بكتاب تزامم .

﴿ و ﴾ على كل حال ف ﴿ هى مسائل : الأولى ﴾ لاختلاف ولا اشكال فى أنه ﴿ يجوز اخراج الرواشن والاجنحة ﴾ و نحوهما الرواشن عبارة اخرى عما يقال بالفارسية به پنجره وروشنائى من خشب او حديد جعل لاجل النور والضياء فى البيت .
 والمراد بالاجنحة ما يقال فى عرف اليوم الحاضر به بالكن .

والمراد بمحل البحث اذا جعل احدهما او كليهما فى طريق عموم الناس فهل يجوز ذلك او كان لهم المنع فنقول اما ان يكون ذلك مانعاً من العبور والمرور كما اذا كان قريباً بالارض بحيث يقع الرؤوس فى حال العبور عليه او الرجل عليه فربما سقط على الارض وربما يقع الحمال فى حال حمل الاجناس فتكسر بل يكسر رجل من سقط على الارض ونحو ذلك او لا يكون كذلك لعلو مكان الجعل عن وقوع

الرأس او الرجل عليهما او احدهما والاول لاختلاف 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 غير مانع من العبور فيجوز قطعاً لعدم الناس مالكاللهواء والفرض وقوع ذلك فى املاكهم التى كان اختيار التصرف فيها بيد صاحبه ومالكة وليس 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 الامر ليس الافهم الذين يرادون بقوله عَلَيْهِمُ السَّلْطَنَةُ من كنت مولاه فعلى مولاه فاذا كان على مولى الناس كان من ابنائه مولى الناس فالامر بايديهم الى يوم القيامة والحكومة لهم لى ماشاء الله فعند قيام القائم يأمر ويخرب ما اراد ويخرب كل مسجد على الارض . ويقطع كل ميزاب يضرر الناس 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 غير اذن لهم لاحد فيجوز بل فى عصرنا الحاضر كان جميع ابيات الواقعة فى البلد محتاجة اليهما بل مرسوم بحيث لا يقدر صاحبها على تركهما اولواراد بناءاً فان نقشة البناء بامر دولة الوقت ولا يمكن التخلف عنه .

ولذا حكم النصف بجواز ذلك واحداثهما بِإِذْنِ الى الطرف النافذة اذا كانت عالية لاتضر بالمارة بِإِذْنِ وفى الجواهر ولم يعارض فيها مسلم للسيرة المستمرة فى ساير الاعصار والامصار من زمن النبى صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الى يومنا هذا ، وقد وضع هو صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ميزابا لدار عمه العباس ، بل هى كذلك من غير حاجة الى الاذن 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 غير محله 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 لا يصل الى الجدار المقابل له ويبنى عليها ، ولو وصل الى الجدار سمي ساباطاً وعلى هذا فهما عبارة عن أمر واحد ، وربما فرق بينهما بأن الاجنحة ينضم اليها مع ما ذكر 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 اللغوين الروشن بأنه الكورة كذا ذكره المحقق الشيخ على ، على ما فى شرح القواعد . وفى القاموس : الروشن الكورة ، فليتأمل فلعل الغلط فى أحد الموضوعين ، ولا يحضرنى الان من نسخ الكتابين ما يمكن تحقيق الحال منه فان تحريف الكورة 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 لا يمنع لو كان وضع الجناح والروشن فى ملكه فاستلزم الاشراف على جاره .

وخالف فى ذلك العلامة فى التذكرة فقال : بالمنع من ذلك فارقاً 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 الضرر به ، فلو تضرر جاره بالاشراف عليه فالاقرب أن له المنع ، لانه قد حصل به الضرر ، بخلاف مالو كان الوضع فى ملكه فانه لا يمنع 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 ، وانما صرت الى ما قلت 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 لا يمنع مما يضر بغير من يعتاد سلوكه خاصة ، فضلا عن غير المار، والجار خارج عن ذلك كله ، فلاوجه للمنع مما يقتضى اضراره ، كما لو أحدث بناء في مباح يقابله واستلزم الاشراف عليه وكلام العلامة وغيره حيث قيدوا الضرر بالمارة دليل عليه ، وانما عمم هو الضرر في فرعه انتهى .

أقول: ويقول العلامة (قدس سره) في هذه المسئلة ولست أعرف في هذه المسئلة نصاً وانما صرت الى ما قلت عن اجتهاد ، تعلق المحدث الامين الاسترابادى ونحوه من الاخباريين في 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 «لا ضرر ولا ضرار» لانه انما استند في المنع بضرر الجار بذلك .

نعم يمكن أن يجاب عن ذلك بأن الضرر المنهى عنه انما هو نفس الاشراف لاالروشن المقتضى له ، كما لو فعله في ملكه أو أحدث بناء في مباح يقابله واستلزم الاشراف كما تقدم في كلام شيخنا المتقدم ذكره انتهى .

وكيف كان فليس لاحد المنع ما لم يضر بحاله ولو منع لم يكن منعه مؤثرا في شئى .

ولذا قال ﴿ولو عارض فيها مسلم﴾ لم يؤثر ﴿على الاصح﴾ لعدم ثبوت حق له في المعارضة ، لما عرفت من استمرار السيرة المعتضدة بالفتوى على فعل ذلك ، وعدم الالتفات الى المعارضة .

كما في الجواهر والمخالف هو الشيخ في الخلاف والمبسوط وعبارته في الخلاف ما لفظه اذا اخرج من داره روشنا الى طريق المسلمين وكان عاليا لا يضر . بالمارة ترك ما لم يعارضه فيه واحد من المسلمين فان عارض فيه واحد منهم وجب

قلعه وبه قال ابو حنيفة وقال الشافعي لا يجب قلعه اذا لم يضر بالمارة وترك وبه قال مالك والاوزاعي واحمد واسحق وابويوسف ومحمد .

[دليلنا] ان طريق المسلمين حق لجميعهم فاذا انكر واحد منهم ذلك لم يجز ان ينصب على حقه ومضى طالبه بقلعه كان له ذلك كساير الحقوق وايضاً لاختلاف انه لا يجوز ان يملك شيئاً من القرار والهواء تابع للقرار وايضاً فلو سقط ذلك فوقع على انسان فقتله او على مال فاتفقه لزمه الضمان بلاخلاف فلو كان ذلك جازياً لم يلزمه ضمان انتهى .

ولا يخفى ما في قوله حق لجميعهم فانه مضافاً الى انه قول بلادليل مالم يضر بحالهم كان على خلاف سلطنة الناس في اموالهم واملاكهم فالدليل على خلافه موجود . وفي الجواهر في مقام رده قال وفيه ما لا يخفى ، بعد ما عرفت ، فهو حينئذ بمنعه معاند لاحق له ، و الضمان بعد تسليمه لا ينافي الجواز كما هو في صورة عدم المعارضة التي قد وافق فيها ، وجواز الفعل لا يتوقف على كونه مالكا كما هو واضح انتهى .

والحاصل لوجه للمنع من ذلك من احد الا اذا كان مانعا للطريق فلا منع لولم يكن كذلك الا نادرا كما قد يتفق عبور الفرسان واصابة رماحهم عليها ولا اعتبار بذلك حتى يجعل علوها بمقدار لم يصب اليها الرماح الناصبة مع عدم امكانه غالباً بل في جميع الاوقات بل قد يحتاج الطرق الواسعة النافذة الى سرداب لنفع العابرين بل قد يحتاج الى بيت التخلية بحيث لا يضر بحالهم والوقوع في بثره فلا جرم يصح احداثه بل قد يجب وكذا الاحتياج بساقية ونهر .

قال في الجواهر و اما عمل السرداب في الطريق النافذ اذا أحكم أزجه ولم يحفر الطريق من وجهها بحيث يضر المارة فقد صرح غير واحد بجوازه ، للسيرة أيضاً . نعم لا يجوز ذلك في المرفوع الا باذنهم وان احكم ، ومثله الساقية من الماء وان لم يكن لها رسم قديم ، لكن الفاضل منع من عملها في النافذ وان أحكم الازج

عليها ، أما لو عملها بغير أزج فانه يمنع منها اجماعا ، كما في الدروس ولكل أحد ازالته ولو تضرر الجار بالسرداب والساقية فالظاهر جريان البحث السابق فيها ولا يجوز احداث دكة فيه ونحوها على باب داره وغيرها لاهل الدرب وغيرهم .
نعم ربما ظهر من بعضهم جوازها في الزائد على المقدر شرعاً عنه وفيه : أن الزائد بعد احياء المسلمين له بالاستطراق يكون حاله كحال الطريق بالنسبة الى ذلك ولعله لذا قال في الدروس : «اتسع الطريق أوضاعاً ، لان احياء الطريق غير جايز ، اذ هو مشترك بين مارة المسلمين فليس له الاختصاص المانع من الاشتراك» بل فيها أيضاً «وكذا لا يجوز الغرس فيه وان كان هناك مندوحة لان الزقاق قد يصطدم ليلاً وتزدحم فيها البهائم ، ولانه مع تطاول الازمنة ينقطع أثر الاستطراق في ذلك ويحتمل جوازه ما لم يتضرر به المارة من ذلك ، كالروشن والسباط» ويضعف بأنهما في الهواء بخلاف الدكة والشجرة انتهى.

﴿و﴾ على كل حال ف﴿لو كانت﴾ الرواشن والاجنحة وما شاكلها ﴿مضرة﴾ وجب ازالتها ﴿على الواضع الغاصب وعلى كل قادر على رفع المنكر ولو بالزام الغاصب الواضع بذلك اذ لا يجب على غيره الازالة ، لانه﴾ «لا تزر وازرة وزر اخرى .
﴿ولو﴾ كان ضررها بأن ﴿أظلم بها الطريق﴾ على وجه ذهب الضياء منه أصلاً فانه لا خلاف ولا اشكال حينئذ في أنه يجب ازالتها بل في المسالك «الاجماع عليه» ولكن فيه تأمل واضح لعدم ذهاب الضياء ضرراً .

ولذا ﴿قيل لا يجب ازالتها﴾ والقائل لعله الشيخ وليس لازالتها وجه صحيح ﴿و﴾ كما يجوز ذلك فكذلك لا خلاف في انه ﴿يجوز فتح الابواب المستجدة فيها﴾ أى الطرق النافذة سواء كانت لها باب أخرى إليها أو الى طريق مرفوع أم لا ، لما عرفت من أن المسلمين في ذلك شرع سواء .

وعن دعائم الاسلام وعنه عليه السلام أنه قال : من اراد أن يحول باب داره عن موضعه أو يفتح معها باباً غيره في شارع مسلك نافذ فذلك له ، الا ان يتبين أن في ذلك

ضرراً يقيناً ، فان كان فى رافعة غير نافذة لم يفتح فيها باباً 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﴾ وكذلك 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 مطلقاً 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 مطلقاً 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 استحقاتهم ذلك لا غير ولما كان أكثر الطرق والاستطراق يحصل فى غير الملك لا يعلم منه الملكية التى هى منفية بالاصل . اذ لافرق بين المملوك 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 امانة الملك ، فلو تصرف أحد فى شىء ومات وهو فى تصرفه حكم به ميراثاً لورثته ، ولو ادعى

مدع في أن تصرفه عاد طوالب بالبينة ولا يخفى أيضاً أن التصرف غير مضبوط بحد معلوم وإنما هو في كل شيء بنسبته ، يعني بالنظر إلى المنافع المترتبة على ذلك الشيء فكل من تصرف في شيء بتحصيل المنافع المترتبة عليه ثبت له الملك ، والمنافع المترتبة على الطريق التي بها ثبت التصرف ليس إلا الاستطراق ، لأنها موضوعة له وإن أمكن وجود منافع أخرى أيضاً ، إلا أن هذا هو المقصود منها والغالب عليها انتهى ولا يخفى أن ما أفاده الأردبيلي ره متين في الغاية إذ لا دليل عليه أصلاً وإنما يكون لأهل هذه الزقاق حق استطراق فقط ويؤيده أنه لو كان ملكاً جازله ببيع بمقدار ما يختص بداره وهو كما ترى والتصرف الذي يدل على ملكه هو التصرف في ملكه المختص به بحيث كان اختيار جميع تفرقاته إليه بخلاف مثل الزقاق الذي كان له حق استطراق فقط فإن قلت لو لم يكن ملكاً لأهل هذا الزقاق لزم كون الملك بلامالك لعدم مالك لغيرهم أصلاً .

قلت كانوا مالكين بمعنى أولوية حق الاستطراق وبهذا المقدار يخرج عن كونه بلامالك فأهل هذا الزقاق مالك بمعنى أن لهم العبور والمرور ولا يكونوا مالكين بمعنى جواز التصرفات على خلاف شركائه فله مرتبة ضعيفة عن الملك فلا يكون الملك بلامالك ولا يكون مختصاً به فيكون نظير ملك الموقوف عليهم يعني الموقوفة بمعنى حق استفادة الجميع من العين ثابت من دون أن يجوز لهم بيع العين ونحوه .

﴿وكذا﴾ لا يجوز لغير أهلها بل وأهلها ﴿لو أراد فتح باب لا يستطرق فيه﴾
 بلاخلاف أجده فيه ﴿دفعاً للشبهة﴾ الحاصلة منه على مضي الأزمان ، فإنه إماراة على استحقاق الاستطراق ، وبذلك فرق بينه وبين رفع الجدار الجائز له قطعاً الذي لا إماراة فيه .
 ﴿ويجوز فتح الروازن والشبايك﴾ بمعنى جعل الروزنة في داره لاخذ الضوء من دار الجار وهو يجوز لو لم يكن مزاحمة لصاحب الضوء ولم يوجب إمكان النظر إلى أهل الجار والأفلا يجوز الأبرضاه ومع ذلك لو أراد صاحب الضوء أن يسدها في دار نفسه يجوز له ذلك لقاعدة التسلط ﴿و﴾ كيف كان ﴿مع اذنه﴾

فيما عرفت منعه فلاشكال في الجواز و﴿لااعتراض لغيرهم﴾ الخارج عنهم فانه لاحق له .

وفي الجواهر ولكن الظاهر كون ذلك كالعارية يجوز لكل الرجوع عن ذلك بل تبطل بالموت والخروج عن التكليف بالجنون ﴿ولو صالح﴾ من له حق من ﴿هم﴾ على احدث روشن ﴿مثلا﴾ ﴿قيل﴾ والقائل الشيخ ﴿لايجوز لانه لايصح افراد الهواء بالبيع﴾ والصلح فرعه ﴿وفيه تردد﴾ اي في عدم الجواز تردد ولكن الجواز فيما كان باذن الجميع لاواحد منهم والاحوط مع ذلك كان له ذكر مدة معينة حتى لاينتهي الى اثباته بعدا .

وعن الدروس «اما لو صالحوا على ذلك بعوض فانه لازم مع تعيين المدة وان كان بغير عوض بنى على أصالة الصلح أو فرعيته للعارية» وعن التذكرة «لو صالح واضع الروشن أو الجناح أو الساباط 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 لاينتهي الى لزوم كونها ابدأ .

﴿ولو كان للانسان داران﴾ ﴿مثلا﴾ ﴿اب كل واحدة﴾ ﴿منهما﴾ ﴿الى زقاق غير نافذ ، جاز أن يفتح بينهما باباً﴾ ﴿لوضوح سلطنة الناس على اموالهم والقرض هو التصرف في ماله السلطنة ومع كونه مضررا على غيره﴾ ﴿ولو أحدث﴾ ﴿الاجنبى أو بعض أهلها﴾ ﴿في الطريق المرفوع حدثاً﴾ ﴿على غير الوجه الشرعى﴾ ﴿جازا لانه لكل من له عليه استطراق﴾ ﴿وفي الجواهر من غير فرق بين المضر وغيره﴾ ﴿ولو كان في زقاق بابان﴾ ﴿مثلا﴾ ﴿أحدهما أدخل﴾ ﴿اي اقرب الى اخر الزقاق ويعبر عنه بالفارسية﴾ ﴿بكنج كوجه و آخر كوجه﴾ ﴿من الاخر﴾ ﴿يعنى وقع الاول اول الزقاق والثانى بعده﴾ ﴿فصاحب الاول يشارك الاخر في مجازه ، وينفرد الأدخل بما بين البابين﴾ .

وفي الجواهر على المشهور بين الأصحاب كما في المسالك ، لأن المقتضى لاستحقاق كل واحد هو الاستطراق ونهايته بابه فلا يشارك الداخل ، بخلافه ، وقيل :

يشارك الجميع في الجميع حتى في الفضلة الداخلة في صدرها : أى أسفلها ، لاحتياجه الى ذلك عند ازدحام الاحمال ووضع الانتقال انتهى .

ولا يخفى ان المسألة 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 ماسياتى عن الاردبيلي ره فالقول باشتراك الجميع في الجميع قوى قال في الحدائق ما لفظه لو كان في السكة المرفوعة أبواب بعضها أدخل من الاخر فهل يشترك جميعهم في جميع السكة فيكون الاستحقاق في جميعها لجميعهم أم شركة كل واحد يختص بما بين 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 ، فلا يشارك في الداخل ، فحكمه بالنسبة الى هذا الداخل الزايد على بابه حكم الاجنبى من غير أهل السكة .

وقيل : بالاول ، فيشارك الجميع في الجميع حتى في الفضلة الداخلة عن الابواب وهو صدر السكة ان كان ذلك ، وعلل باحتياجهم الى ذلك عند ازدحام الاحمال ووضع الانتقال عند الادخال والاخراج .

وقوى في الدروس هذا القول ، ونقل القولين في التذكرة عن الشافعية ، وقال ان أظهر الوجهين لهم الثانى ، والمسألة غير منصوصة عندنا ، لأن الاوفق بالقواعد الشرعية هو القول المشهور انتهى .

قد عرفت ان القوى هو القول الاول فيشارك الكل في كل من غير مزية لاحد على احد وعن التذكرة : فعلى المشهور عندنا ان الادخل عنده ينفرد بما بين البابين ويتشارك في الطريقين ، ولكل منهما الخروج ببابه مع سدا الاول وعدمه ، فان سده فله العود اليه مع الثانى ، وليس لاحدهما الدخول ببابه ويحتمله ، لانه قد كان له ذلك في ابتداء الوضع ويستصحب ، وله رفع جميع الجدار فالباب أولى انتهى . وحكى عن المحقق الاردبيلي ره انه قال ههنا اشكال وهو أنهم قد حكموا بكون

المرفوعة ملكا لكل من فيها ، فالهواء والارض كله ملك مشترك بين أربابها ، وأيضاً قالوا : لا يجوز 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 ما حرموه انتهى .

وقد عرفت آنفاً منه انه قائل بعدم ملكية مثل الزقاق لاربابه وانما يكون لهم حق الاستطراق فلهم الاستحقاق من حيث العبور والتردد لالملكية 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 اتخاذه جملة من المسلمين طريقاً على جهة العموم يفيد الحق للمسلمين كافة ، حتى لم يستطرقه منهم ، لانه وقع ممن وقع بعنوان الجميع ، كذلك الطريق الخاص الذى اتخذه طريقاً الى دورهم على جهة الاشتراك بينهم فى ساير وجوه 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 ﴿ وتداعيها ﴾ أولم يتداعياها ﴿ فهما ﴾ اذن ﴿ فيه سواء ﴾ لما عرفت من كونه جزء من الطريق الذى يدهم جميعاً عليه بالاستطراق ، وغيره على السواء ولا مزية لاحد على احد فى التردد والعبور وحمل الانتقال 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 ﴿ لا يجوز ﴾ أى ا ﴿ لخارج أن يدخل بابه ﴾ الى أسفل

﴿وكذا الداخل﴾ بالنسبة الى الداخل الذى هو خارج فى القياس اليه ، فان ذلك كله مبنى على اختصاص كل داخل عن الخارج بما دخل عنه ، ومشاركته فيما خرج فيجوز للداخل اخراج بابه لثبوت حق الاستطراق له فى جميع الطريق الى بابه ، فكل ما خرج عنه له فيه حق .

﴿و﴾ قد بان لك أيضا مما تقدم سابقاً أنه ﴿لواخرج بعض أهل الدرب﴾ والزقاق ﴿النافذ روشناً﴾ مثلاً غير مضر بالمارة ﴿لم يكن لمقابله﴾ وللغيره ﴿معارضته ولو استوعب عرض الدرب﴾ ما لم يضع منه شيئاً على جداره ، للأصل والسيرة المستمرة على معاملته معاملة المباح من غير اختصاص لاهل الدور فى شىء منه ، من غير فرق بين ما قبله منهم وعدمه .

بل صرح غير واحد 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 ، فاذا زال أثره زالت كالقعود فى المسجد والسوق انتهى .
المسألة الثانية : اذا التمس وضع جذوعه ﴿مثلاً﴾ فى حائط جاره ، لم يجب على الجار اجابته ، ولو كان خشبة واحدة ﴿عندنا للاصل ، بل الاصول لكونه لا يخلو عن ضرر على حائطه وبناءه ولو باعتبار مضى ايام فلا يجوز بدون رضائه لمخالفته لسلطنة الناس على اموالهم ونحو ذلك بل ولو لم يكن فيه ضرر بحاله اصلاً لعدم جواز التصرف فى مال الغير الا بطيب نفسه .

﴿لكن يستحب﴾ اجابته ، لما ورد من الحث على قضاء الحوائج ، والتوصية بالجار ، ﴿و﴾ حينئذ فـ ﴿لو أذن جاز الرجوع قبل الوضع اجماعاً﴾ ، للاصل وغيره ، بل ظاهرهم ذلك ، وان استلزم ضرراً عليه ، بفعل المقدمات من بناء وغيره .
﴿وبعد الوضع﴾ المستلزم نقضه للضرر ﴿لايجوز﴾ الرجوع عند الشيخ ومن تبعه ﴿لان المراد به﴾ للمستعير والمعير ﴿التأييد﴾ وللضرر الحاصل بالنقض

حيث يفضى الى خراب ملك المأذون .

﴿و﴾ لكن مع ذلك فالقول بـ ﴿الجواز حسن مع الضمان﴾ عند المصنف بل هو خيرة الفاضل والكركى ، وثانى الشهيدين ، لانه عارية ، ومن لوازمها جواز الرجوع ولا يخفى ما فيه ومن الضرر البين فى نزعه وقلعه بل لا يحصل الغرض بالضمان ايضا والتمسك بالقواعد الفقهية مثل تسلط الناس على اموالهم ولا يحل مال امرء الا بطيب 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 التأييد وعلم صاحب الجدار بان الغرض من الوضع هو البناء عليه اللازم منه عدم رفعه بعد الوضع .

وعن المبسوط « لارجوع حتى يخرّب ، لان البناء للتأييد والضرر ، ولو قلنا بالرجوع ففى غرمه الارش وجهان ، من استناد التفريط الى المستعير ، ومن لحوق ضرره بفعل غيره » انتهى قد عرفت ان الارش والغرامة لا يجبره 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 لو حصل ضرر بعد ذلك على صاحب الجدار لابد للواضع من الغرامة نعم عدم جواز الرجوع ما اذا بنى عليه شىء .

واما قبله لو ندم صاحب الجدار كان له المنع كالاول كما عرفت ثم اذا وضع على جدار الجار بدون اذنه ثم بنى عليه البناء كان للجار قلعه ولو كان يتضرر الواضع بكثير الا ان يخرج رأسه عن جداره ولو بان ينصب عمودا من الارض ما يقع رأس جذوعه عليه ان امكن وكان العمود واقعا فى ملك الواضع لملك الجار والافلابد من خرابه وقد كثر الكلام فى امثال هذه الموارد لكنه لا يبقى لنا مجال للتكلم فيها كثيراً لانقضاء مدة بقائى ومجيبىء الاجل ووقوع الحوادث والبلايا وامطار النار والحديد على رؤوس الناس وبتوتهم فى حال النوم وحال سكبهم ونحو ذلك و انما اشكو

حزنى الى الله ومع ذلك لم يكن فيها زيادة نفع بل قد نفع اكثر هذه الفروع في غير هذا المقام .

هذا كله فى الرجوع قبل انتهاء أمده ، ﴿أمالو﴾ انتهى ف ﴿انهدم ، لم يعد الطرح الابا ذن مستأنف ﴾ لانقطاع حكم الاذن الاولى بانقطاع زمان المأذون فيه الذى قد اقتضاه الاذن فيه ، ﴿ و ﴾ لكن ﴿فيه قول آخر﴾ محكى عن الشيخ فى المبسوط ، وهو أنه 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 فلا يمنعه ثانيا جعله ووضع على الهيئة الاولى بخلاف ما اذا اراد التغيير فانه يحتاج الى اذن الجديد والثانى معلوم والاول كالثانى فى عدم التمامية اذا المتيقن من قصد الدوام هو دوام الاول وهو منتف بخراجه فيحتاج الى الاذن الجديد .

﴿ولو صالحه على الوضع ابتداء جاز بعد ان يذكر عدد الخشب و وزنها وطولها ﴾ بل ذكر غير واحد انه لا بد مع ذلك من ذكر المدة المضبوطة ، لكونه حينئذ هنا كالأجارة وفيه ما لا يخفى بعد كون معنى رضايته كونه دائما فى حال بقائه فهل يكون لو ذكر الى سنة خرابها بعد ذلك كلا .

المسألة ﴿الثالثة لو تداعيا جدارا﴾ بين ملكيهما بحيث لم يكن له اتصالا باحد الملكين بل كان مجرد وقوعه بينهما ﴿مطلقا﴾ وليس لاحدهما يد عليه بالخصوص ﴿ولا بينة فمن حلف عليه مع نكول صاحبه قضى له ﴾ و حاصله اما ان يحلفا معا بكونه له او لا يحلفا معا كذلك وعلى القسمين ينصف الجدار بينهما بالسوية وان حلف احدهما دون الاخر حكم له وهذا كله مع عدم البينة لاحدهما ومعها حكم لمن كان له بينة و فى المسالك المراد بالاطلاق هنا ان لا يكون مقيدا بوجه يوجب كونه لاحدهما شرعا كاتصاله ببناء احدهما او ما فى حكمه مما سيأتى ومن جملة القيود كونه فى ارض احدهما فاذا خلا عن جميع ذلك لم يكن لاحدهما عليه يد او يكون لهما بان

يكون بين ملكيهما ولامرجح و حكمه حينئذ ان يستوى نسبتها اليه فمن اقام بينة حكم له به وان فقداهما حلف كل واحد لصاحبه وكان بينهما نصفين وكذا لو نكلا عن اليمين ولو حلف احدهما ونكل الاخر ثبت للحالف وهو واضح انتهى .

ففي صورة نكول كليهما او حلف كليهما كانت القاعدة هو الحكم بالتنصيف بينهما كما اشار اليه المصنف بقوله ﴿ وان حلفا أو نكلا قضى به بينهما ﴾ لعدم الترجيح وفي الجواهر وأساس الجدار يتبع من يكون الجدار له، اختصاصاً أو اشتراكاً فلو تنازعا فيهما حينئذ وأقام أحدهما بينة بالجدار فهو ذويد في الاس وكذا الشجرة مع المغرس وذلك لان كون الجدار حائلا بين الملكين اماراة على اشتراك اليد ، ولادلانة على اشتراكهما في 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 بيناء أحدهما كان القول قوله مع يمينه ﴾ مع فقد البينة لصيرورته بذلك صاحب يد .

﴿ ولو كان لاحدهما عليه جذع أو جذوع ، قيل : ﴾ والقائل الشيخ ﴿ لا يقضى بها ﴾ لجريان العادة بالتسامح للجار في ذلك ، ولعدم مانع يراه في حال الوضع ثم ظهر بعده من يدعيه ولامكان جهله بذلك وكيف كان فالظاهر قوة هذا القول .
﴿ وقيل : يقضى ﴾ بها لذبحها ﴿ مع اليمين وهو الاشبه ﴾ بأصول المذهب عند المصنف .

وقد عرفت ان وضع الجذوع في هذه الحالة لا يكون دليلا على الملكية ولا علامة يد بل حكمه كما لم يدل الجذوع عليه من انه ان حلف كلاهما اولم يحلف اصلاح حكم بتنصيفه وان حلف احدهما دون الاخر كان الجميع له ﴿ ولا يرجح دعوى أحدهما بالخوارج التي في الحيطان ﴾ اي بالامور الخارجة عن حقيقة الحيطان مثل الكتابة والتزيينات والامور الظاهرة في من يدعى هذه العلامات ﴿ ولا الروازن ﴾ الثابتة في هذا الجدار .

﴿ولو اختلفا في خص﴾ بالضم مايعمل من القصب شبه الجدار حاجزا بين الملكين ، ﴿قضى لمن اليه﴾ منهما ﴿معاقد القمط﴾ بالضم أيضا جمع قماط اي لمن وقع عقود القمط لشداد الخص في ملكه ﴿عملا بالرواية﴾ وهي صحيحة منصور بن حازم المروية في الكافي والتهذيب عن أبي عبد الله عليه السلام « سألته عن خص بين دارين فذكر أن علياً عليه السلام قضى به لصاحب الدار الذي من قلبه القمط » ورواها أيضا في الكافي بسند آخر صحيح أو حسن عنه الا أنه قال : « عن حظيرة » .
 وخبر عمر بن شمر عن جابر عن أبي جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام « انه قضى في رجلين اختصما اليه في خص فقال : ان الخص للذي اليه القماط » وبالعامي «ان قوما اختصموا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في خص ، فبعث حذيفة بن اليمان ليحكم بينهم فحكم به لمن اليه معاقد القمط ، ثم رجع الى النبي صلى الله عليه وسلم فاخبره ، فقال : أصبت وأحسنتم » وعن التذكرة نسبه الى علمائنا .

المسألة ﴿الرابعة لايجوز للشريك في الحائط التصرف فيه ببناء ولا تسقيف ولا ادخال خشبة﴾ ولاغير ذلك من التصرف ﴿الاباذن شريكه﴾ بلاخلاف ولا اشكال لحرمة التصرف في مال الغير بغير اذنه عقلا ، وشرعا ، من غير فرق بين المضر وغيره ، وسيأتى امثال ذلك في كتاب الشركة والغصب انشاء الله .

﴿ولو انهدم﴾ الجدار ﴿لم يجبر شريكه على المشاركة في عمارته﴾ محل الكلام في اجباره على البناء على نحو خسارته عليه بقدر سهمه لا فيما كان الشريك عازم على البناء والتعمير مجانا فالظاهر لا كلام فيه من حيث انه احسان محض وما على المحسنين من سبيل فيجوز فعله ولو منع منع الشريك عن البناء خصوصا فيما كان ضررا في تركه على من اراد البناء واما الكلام في الاول فان تمكن من البناء ولو شراكة وكان تركه ضررا على شريكه يجب عليه البناء لرفع الضرر وحفظ المال وان لم يتمكن من ذلك فالظاهر لا يجب عليه ولايجوز له المنع ايضا عن الاقدام عليه مجانا وان توهم وحينئذ فان اراد التعمير والافليس له المنع .

قال في الحدائق الظاهر أنه لاخلاف بينهم في أنه لو انهدم الجدار المشترك وأراد أحد الشريكين عمارته دون الآخر ، فانه لايجبر الممتنع على المشاركة في عمارته ، وعللوه بأن الانسان لايجب عليه عمارة ماله .

وانما يبقى الكلام في موضعين : أحدهما - أنه لو أراد 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 ، كما في جميع المشتراك وعلل الثاني بأنه نفع واحسان في حق الشريك حيث يعمر له حائط ولا يغرمه في نفقته ، ولا ضرر عليه بوجه ، ونقل هذا القول عن الشيخ ، وفي المسالك قوى الاول .

وفي الحكم بقوته على اطلاقه اشكال ، لانه ربما يتضرر الشريك بترك عمارته فيلزم من عدم الاذن له الاضرار به ، وحديث «نفي الضرر والاضرار» يدفعه ، وربما قيل بالفضل بين اعادته بالالة المشتركة ، فلا يشترط رضاه ، وبين اعادته بآلة من عنده فيشترط ، لانه على الاول يبقى شريكاً كما كان ، بخلاف الثاني انتهى .

وقد عرفت الكلام فيه و ان جميع ما ذكره معارض بمثله فان قاعدة التسلط كما تجرى في حق من لم يجبر فكذلك في حق من اراد عمارته فانه ايضا مسلط على جداره فان الجدار بينهما وقاعدة الضرر والضرار جار في حقهما من غير فرق فربما كان انهادهما ضررا على من اراد البناء فكيف لايجوز العمارة الامع الاذن .

ويدل عليه موثقة زرارة عن ابي جعفر عليه السلام ان سمرة بن جندب كان له غدق في حائط لرجل من الانصار وكان منزل الانصارى بباب البستان وكان سمرة يمر الى نخلته ولا يستأذن فكلمه الانصارى ان يستأذن اذا جاء فابى سمرة فجاء الانصارى النبي صلى الله عليه وسلم فشكى اليه و اخبره بالخبر فarsل رسول الله صلى الله عليه وسلم 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 غدق في الجنة فابى ان يقبل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم للانصارى

اذهب فاقلمها وارم بها اليه فانه لا ضرر ولا ضرار .

وفى رواية الحذاء عن ابي جعفر عليه السلام مثل ذلك الا انه فيها بعد الالباء ما اراك ياسمرة الامصار اذهب يافلان فاقلمها وارم بها وجهه وغير ذلك من الروايات فحيث اذا كان ضررا على شريك الاخر لا يجوز للاخر منعه عن دفع ضرره لان احكام الاسلام تجرى على كل واحد من المسلمين ولا يجوز 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 ضررا ممنوع اكثر من ضرر المانع اذا انهدم الجدار فان رضى المانع بالاذن فلا كلام والافان امكن الرجوع الى الحاكم فرجع والافناه دفعا 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 ازلتها ، 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 آله لانه عدوان محض ، وتصرف فى أرض الغير ، فيجوز تغييره » .

قلت : قد تبين 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 التي يمتنع الانتفاع بدون جميعها ، فليس يبيعد أن يرفع أمره الى الحاكم ليخير الشريك بين عدة أمور: من بيع واجارة وموافقة على العمارة وغير ذلك من الامور الممكنة في ذلك عملاً بقوله « لا ضرر و لا ضرار » و لان في ترك جميع هذه الامور اضاءة للمال . وقد نهى عنها ، ولم أظفر بتصريح فينبغي أن يلمح « انتهى .

ولا يخفى انه متين ويدل عليه ما في دعائم الاسلام قال : « روينا عن جعفر بن محمد صلوات الله عليه أنه سئل عن جدار الرجل وهو سترة فيما بينه وبين جاره سقط و امتنع من بنيانه قال : ليس يجبر على ذلك الا أن يكون وجب ذلك ، لصاحب الدار الاخرى ، أو شرط في أصل الملك ، ولكن يقال لصاحب المنزل : استر على نفسك في حقلك ان شئت . قيل له فان كان الجدار لم يسقط ، ولكنه هدمه أو اراد هدمه اضرازا بجاره لغير حاجة منه الى هدمه ، قال: لا يترك ان رسول الله ﷺ قال: « لا ضرر و لا ضرار » وان هدمه كلف أن يبنيه ظاهره ان كان البنيان واجبا لصاحب دار الاخرى كما اذا وجب عليه حفاظة اهل بيته من رؤية الا جانب يجبر على بنيانه وهو واضح فان جدار الرجل اذا انهدم ولا يضرر انهدامه بغيره لا يجبر على البنيان لكون اختيار ملكه بيده والكلام فيما اذا كان مضرا بحال غيره فيجبر لامحالة بل في هذه الحالة ايضا يقال لصاحب المنزل الاخر ان شئت استر انت على نفسك و اهل بيتك اي ان امكن لك الاستتار عن النظر فافعل انت و لا يجب على ذلك وهو ايضا معلوم فانه لو تمكن لجار آخر حفظ نفسه لما وجب البنيان على من انهدم جداره .

و كيف كان فدلالته على البنيان غير خفية و ايضا فيه عنه صلوات الله عليه من الجدار بين الرجلين ينهدم ، ويدعو احدهما صاحبه الى بنائه ، و يأبى الاخر قال : ان كان مما يقسم قسم مابينهما ، و بنى كل واحد منهما حقه ان شاء ، أو ترك ان لم يكن ذلك يضر صاحبه ، وان كان ذلك مما لا يقسم قيل له : ابن أوبع أو سلم لصاحبك ان يرضى أن يبنيه ، ويكون له ذلك ، وان اتفقا على أن يبنيه الطالب و ينتفع به ، فان

أراد الآخر الانتفاع به معه دفع اليه نصف القيمة « فتأمل جيداً .
وكيف كان فليس له المنع عن التعمير لو كان تركه اضر بالغير بل للغير دفع
الضرر عنه اما باقدامه عليه مجاناً واما بالشركة في الغرامة ومما ذكرنا يعلم الحال
فيما ذكره المصنف وغيره بقوله ﴿ وكذا لو كانت الشركة في دولا ب ﴾ وهو الناعورة
اي الآلة التي يدورها استدار حمار لحصول الماء واخرجه من البرء او القناة ويقال
له بجرخ چاه ﴿ أو بئر أو نهر ﴾ أو قناة .

وفي الجواهر أى لا يجبر الشريك على المشاركة في عمارتها من غير فرق بين كون
المشترك ذاعلة 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 الآخر فلو وقع
نقص في شيء من اجزاء الشركة لزم عليهما المعاونة على رفعه ومجرد قول احدهما
بعدم رضايته بالاصلاح لاجل عدم احتياجه لا يوجب توقف الشريك الاخر عن اصلاحه
ورفع نقصه لاحتياجه بذلك وكونه بحال النقص ضرراً عليه فيجوز له الاقدام في
الاصلاح ولومع عدم رضايته الاخر ان كان العلاج منحصرأ في ذلك بحكم قاعدة
الضرر وتسلط الناس على اموالهم هذا ان لم يمكن التخلص والتفكيك والاوجب
حتى لا يحتاج ملك كل منهما الى اجازة الغير .

﴿ وكذا ﴾ ظهر لك مما ذكرناه ايضاً أنه لا يصح قوله ﴿ لا يجبر ﴾ عندنا ﴿ صاحب
السفل ولا العلو ﴾ في السباط وغيره ﴿ على بناء الجدار الذي يحمل العلو ﴾ ولا على
جدار البيت وذلك لما عرفت وعدم الوجوب على الانسان عمارة نفسه كما في الجواهر
فيما لم يكن ضرراً على شريكه والاوجب عليه البناء حفظاً لمال اخيه المسلم فضلاً
عن الشريك فلو سقط في اثر عدم اذنه عنادا وعدواناً كان ضاراً على شريكه واحتياج
العمارة الى الاذن لا يوجب جواز تركه بحاله حتى وقع شريكه في ضرر خرابه وهو
واضح فيجوز البناء حفظاً لبقاء البيت ولومع عدم رضا صاحبه وليس بناء الشرع على

مراعات حال شخص لاجل عدم ضرر عليه ولو وقع غيره في ضرره بل يجب البناء حتى لا يهدم البيت .

نعم لا يمكن اجباره على بناء جديد مطابق للزمان والعصر وباللات غير آلة نفس الجدار بل للتغير بنائه بالالات المنهدمة من طينه ولبنه الا اذا لم يمكن او يحتاج الى التكميل بغيرها ايضاً وحينئذ ان رضى الاخر فلا اشكال والابناء من عليه الضرر على خراب من كيسه من دون غرامة للاخر .

﴿ولو هدمه﴾ أى الجدار المشترك مثلاً ﴿بغير اذن شريكه﴾ الذى لم يجب هدمه عليه لاستهدامه ﴿وجب عليه اعادته وكذا لو هدمه 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 اطلق الارش ، انتهى . قد عرفت ان معيار الضرر ملحوظ بالنسبة اليهما لا الواحد وحينئذ ان كان الهدم بلا جهة توجهه بمعنى انه يهدم الجدار السالم القائم بنفسه وله استعداد البقاء مدة كثيرة صح ما يحتمل فى المقام فيجب عليه اعادته بحيث كان عرفاً 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 بينائه مع تمكن المهدم عليه والافعلى الهادم مجاناً واحساناً وبالجملة لزم فى هذا الحكم لحاظ تمام الجهات .

وكيف كان فالمسألة بين الاعلام محل خلاف كما صرح ببعضها فى الحدائق فقال مالفته: أما لو هدمه أحدهما بدون اذن الاخر أو باذنه 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 الآن الذى وقفت عليه فى التذكرة خلاف مانقله، كما ستمعه - انشاء الله تعالى - 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 ممسا لايجب هدمه ، أوهدمه وهو معمور لا يخشى عليه السقوط فقد اختلف قول علمائنا ، قال بعضهم يجبر الهادم على عمارته الى ما كان عليه أولا ، والاقوى لزوم الارش على الهادم ، لان الجدار ليس بمثلئى انتهى .

ومنه يظهر لك غلط ما فى نقله فى المسالك عن التذكرة من القول بوجود الاعادة ، وقيل . بالتفصيل فى ذلك كما ذكره فى الدروس ، قال : ولوهدمه فعليه اعادته أن امكنت المماثلة ، كما فى 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 لانقضاء المثلية فى الفائت ، فانه محض صفة ، اذا لعيان باقية ، والمماثلة فى الصفة بعيدة ، والقول بالارش مطلقا أوضح .

وظاهر المحقق الاردبيلئى الميل هنا الى ما ذكره فى الدروس ، فانه بعد أن ذكر الاعتراض على القول بالاعادة ، بأن ضمان المثل انمسا يكون فى المثلئى ، والجدار قيمئى لامثلئى ، وذكر أن القائل بذلك استند الى ما فى التذكرة قال : ولا يخفى ان الاعادة غير بعيدة فيما أمكن المماثلة فى الجملة ، وان كان الجدار قيمئى باصطلاحهم الآن العرف قد يقضى بالمماثلة فى بعض الجدران ، وعدم دقة فيها اذا كان المطلوب الحائل والمانع ، ولا يريدون 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 لا يخلو من قرب فى هذا المجال انتهى اقول قد عرفت ما هو الحق فى المقام ثم ان الجدار وان كان قيمئى لكن قد عرفت ان القيمئى لو وجد 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 في جدران البيت ﴾
 الحاملة للعلو ﴿ ف ﴾ المشهور كما في المسالك ان ﴿ القول قول صاحب البيت مع
 يمينه ﴾ والمسألة مهمة وكانت في عصرنا الحاضر محل الابتلاء كثير لأن اكثر البنين
 في عصرنا بعضها فوق بعض الى عشرة طبقات بل اكثر من ذلك ويسمى في هذا
 العصر بـ (آپارتمان) ويباع ويشترى طبقة طبقة وحينئذ تارة يكون النزاع بين صاحب
 العلو والسفل في جدران السفل الذي 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 احدث المهندسين
 هيئة هذا البناء من اول الامر ويسماه بنقشة فكل جدار نهاية ملكيته الى تحت السقف
 للفوق فقوم جميع الطبقات على السطون الواحد وحينئذ فلا يصح نزاع الفوقانى في
 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 ما يجعل ويبنى فوق البيوت والعمارات ويتصور ذلك
 اذا باع الغرفة الواقعة فوق الطبقة الفوقانية فقط فلا يكون له حرض 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 في جامع المقاصد جعل ذلك دليل المسألة انتهى .
 ولعل قائله ايضا صاحب الحدائق حيث قول المشهور أنه اذا كان البيت لرجل
 وعليه غرفة لآخر فتداعيا جدران البيت فانه يحكم به لصاحب البيت بيمينه ، ولو تداعيا
 في جدران الغرفة ، فالقول قول صاحبها بيمينه ، والوجه في ذلك أن جدران البيت
 جزؤه ، وجدران الغرفة جزؤها ، فيجب أن يحكم بهما لصاحب الجملة انتهى .
 ولا يخفى وضوح ذلك فان الجدران جزء للعمارة سواء كانت كبيرة او صغيرة
 حتى يطلق عليه الغرفة وكيف كان فالعمارة مطلق محتاجة الى الجدران والغرفة ايضا
 عمارة قوامها بجدرانها لان السقف واقس على الجدران غالبا فاذا كان النزاع في
 جدران الغرفة كان القول قول صاحبها كما اذا كان في جدران البيت ايضا كان القول
 قول صاحبه وليس الجدران كالسقف الواقعة بين من كان فوقا ومن كان تحتها فانه
 مشتركة بين اكثر من واحد .

﴿ولو تنازعا في السقف قيل:﴾ والقائل الشيخ فيما حكى عنه ﴿ان حلفا قضى
 به لهما﴾ وكذا ان نكلا والاختص بالحالف منهما على نحو ما سمعته في النزاع في
 الجدار وشبهه الذي يدهما معا عليه وقواه في الدروس انتهى .

وهذه الاقوال كلها بمورد الاشتباه وعدم العلم بمالك السقف فالعمدة هو لحاظ
 كيفية البناء وماتعارف في عرف العصر وقد عرفت ان المعروف المتعارف في عصرنا
 كثيرا هو بناء طبقات من العمارات بعضها فوق بعض وقد بلغ الى عشرين طبقات وباع
 مالها طبقة طبقة فمن المعلوم حينئذ ان الطبقات المتوسطات سقفها لمن تحتها
 وارضها ارض لمن فوقها والظاهر حينئذ كون الاسقف المتوسطات مشتركة بين من
 فوقها ومن تحتها فح يكون حكمها حكم الجدران المشتركة فحيث انه معلوم اجمالا
 فلا يصل النوبة الى اعمال القواعد والحلف لان كلها لموارد المشكوكه ولو فرض
 كونها كذلك فان حلفا او نكلا قسم بينها والافلمن حلف وحدة .

﴿وقيل﴾ والقائل ابنا الجنيد وادريس ﴿لصاحب العلو﴾ ومال اليه في المسالك

بل اختاره في جامع المقاصد ، بل عن الفاضل ترجيحه .

ولا يخفى بعده اذ لو كان لصاحب العلو كان تحته غضبا لمن وقع تحته كما في الطبقات المتوسطات فان السقوف المتوسطات كما كان سقفا لمن تحته ارضا لمن فوقه ويكون لصاحب العلو خرابها اذ هو مقتضى كونه مالكا وهو كما ترى فليس السقف الا مشتركا بينهما واذا باع طبقة باع سقفا بنحو الاشتراك بين من هو تحته وبين من هو فوقه ونظيره في عدم التمامية قوله :

﴿ وقيل : ﴾ والقائل الشيخ كما في المسالك ﴿ يقرع بينهما وهو حسن ﴾
 ووجه عدم التمامية ان الحلف وانقرة لموارد التي لم يعرف ما يتعارف في العصر وحال العرف ففي مثل عصرنا الحاضر الذي في جميع البلدان او غالبها كان بيوتها ما يسمى بـ [آبارتمان] كيف يصح عند نزاع من في الفوق او التحت في السقف هو القرعة او القسم بل لزم المراجعة الى سائر العمارات والسؤال عن كيفية الانتقال ونحوها فلو لم يعلم بوجه يصل النوبة الى القواعد المذكورة وليست السقوف كجدران البيت .
 ومن المعلوم هو الفرق بينهما فان الجدران جزء للبيت ولا يصح الانتقال بدونها فكان الجميع منتقل الى المشتري بخلاف السقف في طبقة المبتاع فانه ينتقل سقفه مشتركا بينه وبين غيره واذا لم يكن غير في حال الاثراء انتقل نصف السقف مشاعا فان السقف لا يصح ان يجعل لمن انتقل اليه مختصا والا لزم كون مشتري طبقة فوقها اشترى البيت بدون الارض وكان حر كاته فيها غضبا وهو كما ترى فالسقف ينتقل بنحو الاشاعة بخلاف الجدران ولذا لو انهدم سقف الوسط بين الطبقات كان بنائه على من كان فوقا وتحتا مشتركا وليس لاحدهما الامتناع عن البنيان اذا كان ضررا على الاخر كما عرفت مفصلا فالسقف في المقام نظير جدار وقع لدارين لمالكين .
 نعم اذا اشترى بيتا لم يكن فوقه شيئا او كان المبتاع فوق الجميع كان منتقلا اليه مع السقف .

وفي الحدائق قال مالفته ولو كان التنازع في سقف البيت الذي هو أرض

الغرفة فقد اختلف 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 ادریس : يحكم لصاحب الغرفة بالسقف ، وقد تلخص من ذلك أن فى المسئلة أوالا ثلاثة ، القول باستوائهما فيه ، وهو قول الشيخ فى المبسوط ، وقواه فى الدروس : ووجه 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 لا يخرج الحكم عن الاشتباه ، جوزنا للفقهاء الترجيح بمثل ذلك ، والافهوه 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 ادریس ، وهو الظاهر من عبارة ابن الجنيد المتقدمة ، واختاره العلامة فى جملة من كتبه ، واليه يميل كلامه فى المسالك انتهى .

وآخر كلامه يؤيد ما ذكرنا من ان اللزوم 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 غير مقيد بالدين والعمل باحكامه وارتكابهم للحلف كذبا .

المسألة ﴿ السادسة ﴾ : اذا خرجت اغصان شجرة ﴿ أو عروقتها ﴾ الى ملك الجار، وجب ﴿ وثبت له استحقاق ﴾ ﴿ عطفها ﴾ مثلاً على مالكها ﴿ ان أمكن والاقطعت من حد ملكه ، وان امتنع صاحبها ﴾ من ذلك عطفها أو ﴿ قطعها الجار ولا يتوقف على اذن الحاكم ﴾ فى تفرغ ملكه عما لا يستحق بقاءه عليه فضلاً عما يكون بقاءه عدواناً ، وهو واضح لتسلط الناس على اموالهم ولا يرضى بكون اغصان شجرة جاره فى داره فله رده اليه او قطعه من حد ملكه وكان له دفع ضرره عنه .

﴿ و ﴾ كيف كان فى ﴿ لو صالحه على ابقائه ﴾ أى الغصن مثلاً ﴿ فى الهواء لم يصح على تردد ﴾ وفى الجواهر ينشأ من عدم جواز افراد الهواء بالصلح تبعاً للبيع ، ومن كونه عقداً مستقلاً مع عدم كون ذلك صلحاً عن الهواء ، بل هو صلح عن منفعة ، قائم مقام الاجارة ، لكن لا ريب فى أن الاقوى الثانى كما عرفته فى نظائره ، خلافاً للمحكى عن الشيخ .

﴿ أما لو صالحه على طرحه على الحائط ، جاز ﴾ بلا خلاف ﴿ مع تقدير ﴾ المدّة ﴿ الزيادة أو انتهائها ﴾ وهو جيد لعمومات الصلح .

المسألة ﴿ السابعة ﴾ اذا كان لانسان بيوت الخان السفلى ، ولاخربيوته العليا ، وتداعيا الدرجة قضى بها لصاحب العلو مع يمينه ﴿ قد عرفت حكم هذه من طى الكلمات ومسئلة المتقدمة من بيوتات بعضها فوق بعض حيث قد عرفت 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 داره شتملة على طبقات كثيرة و كل طبقة لشخص دون شخص ويسمى فى عرف هذا العصر - (آپارتمان) كما عرفت وظاهرهم ان الطبقة العليا والسفلى والمتوسطات كلها مشتركة فى الدرجة لاحتياج الكل الى التردد والاياب والذهاب سواء كان

الدرجة مسمى بـ [پله] او ما يحدث في عصرنا المسمى به آسانسور فيكون ذلك نظير السقوف المتوسطة مشتركا بين الجميع ويكون ايضا نظير الزقاق والطرق المرفوعة الذي يكون فيه بايين او اكثر في ان للجميع حق الاستطراق فيكون الدرجة وما يسمى بـ [آپارتمان] نظير السقوف المشتركة فيكون مشتركا بين مجموع الساكنين في هذه الطبقات .

وقد عرفت انه لامعنى حينئذ لقواعد التداعى والحلف بل يجب الرجوع الى ما تعارف بين اهل العصر فان بعضها من البنين المستحدثة فالدرجة المستحدثة التى تصعد وتنزل بالقوة الكهر بائية ليس بحيث يقرع بين الساكنين او يحلف عليه ساكن العليا ففى هذه الابنية كما يكون مختصات باهله فكذلك يكون مشتركات بهم فالسقوف والدرجة وكذا صحن الدرجة كلها مشتركة وليس لاحد دعوى الملكية الخاصة ولا اجراء القواعد العامة ومن ذلك يعلم ما فى كلمات القوم .

قال فى الحدائق مالفظه الثانية - 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 لا يوجب اليد ، وكما يحكم بها لصاحب العليا ، فكذا محلها ، هذا مع اختلافهما أيضاً فى الخزانة التى تحت الدرج انتهى فالدرجة المشتركة بين الساكنين لا تجرى فيها اليد والحلف والبينة وهو واضح لثبوت يد الجميع عليها .

ومن ذلك يظهر لك ما فى قول المصنف ﴿ولو كان تحت الدرجة خزانة كانا فى دعواها سواء﴾ وفى الجواهر والفاضل فى القواعد «ويقضى بالدرجة لصاحب العلو ويتساويان فى الخزانة تحتها» الى آخره - فبقى بها بينهما بعد التحالف والنكول ، لان لكل واحد منهما شاهد 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 ولا يختص بصاحب العلو ولا يكون له منع من ورد فيه بل الغالب من اهل السكنة يحتاجون الى سطح الفوق للتعمير والاصلاح ولا يصح لاحد دعوى البينة ونحوها فلا جرم كانت خزينه 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 والثاني من حيث ان خزينه كل درجة مختصة بصاحب العمارة في اى طبقة كانت فلا يجوز لاحد التصرف فيها بخلاف اصل الدرجة فايتهما مشتركة والخزينه الواقعة في بطنها مختصة بالطبقة التي يلزمها فاصل الدرجة مشتركة وخزينتها مختصة بساكنها .

ثم ان الخزينه ما يساوق بالفارسية بكنجه ثم انه لو فرض كون المقام بحيث صح ولو احتمالا منهما دعوى الملكية فلا جرم ان حلف كلاهما اولم يحلف كذلك قسمت الخزينه بل الدرجة بينهما قسما وان حلف واحد دون غيره كانت له وحدة وكيف كان فقد ظهر من جميع ما تقدم حال كلمات القوم .

قال في الجواهر نعم في المسالك هذا مع اختلافها في الخزانة تحتها ، أما لو اتفقا على أن الخزانة لصاحب الاسفل كانت الدرجة كالسقف المتوسط بين الاعلى والاسفل ، فيجرى فيها الخلاف السابق ، وفي الدروس «ولو تنازعا في المرق ومحلله فهو للاعلى ، وفي الخزانة تحته بينهما ، ولو اتفقا على أن الخزانة لصاحب الاسفل فالدرجة كالسقف المتوسط بين الاعلى والاسفل ، فيقضى بهما بينهما ، ولا عبرة بوضع الاسفل آتاه و كيزانه تحتها ، ثم اذا ثبت الدرجة الاعلى فهو ذويد في الاس» .

قلت : قد يرجع صاحب السفلى بأنها من بيوته الظاهرة في العرف استقلال يد اختصاصه بها لتبعية الهواء للدار كاستقلال يد اختصاص صاحب العلو عرفا بالاعلى انتهى هذه كلمات الاصحاب وقد عرفت ان موارد بيان هذه القواعد موارد مشكوكة

التي لا يكون لها دأب وتعارف عند الانسان لا مثل الدرجة والجدار من الدور المستحدثة .
 ﴿ ولوتداعيا الصحن ﴾ الذي وضعت المرقاة في صدره أى نهايته فى السعة
 وهو آخر خطته فى الجهة المقابلة للباب ﴿ قضى منه بما يسلك فيه الى العلويينهما ﴾
 مع التحالف والنكول ﴿ وما خرج عنه لصاحب السفلى ﴾ وفى الجواهر لظهور
 يد صاحب العلو باعتبار افتقاره الى السلوك فى ملك مقدار الممر ، ويشاركه فيه
 للتصرف أيضاً صاحب السفلى ، ويختص بغيره ، لكن فى الدروس « وربما أمكن
 الاشتراك فى العرصة لان صاحب الاعلى لا يكلف المرور على خط مستو ، ولا يمنع
 من وضع شىء فيها ، ولا من الجلوس قليلا » انتهى .

والمراد بالصحن الارض التى وضعت المرقاة او الدرجة فى صدر ومما
 ذكرنا يظهر انها كنفس الدرجة مشتركة وهذه الحكاية عن الدروس مما يقوى
 الاشتراك لتصرف غير صاحب العلو بما لا يمكن المنع عنه وكيف كان فقد ظهر
 المراد من جميع هذه الفروع وما يقال فيها وما يرد عليها والله العالم

﴿ تنمة : اذا تنازع راكب الدابة وقابض لجامها ﴾ فقال راكب الدابة لى وقال
 قابض اللجام الدابة لى ﴿ قضى للراكب مع يمينه ﴾ وفاقا للمحكى عن المبسوط
 لظهور يدا الاختصاص 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 مرجحاً ، وتعريف المدعى
 والمنكر منطبق عليهما بتفسيراته ولذا كان خيرة ثانى المحققين والشهيدى ، 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 لمدخل له فى
 الترجيح ، ولهذا لم يؤثر فى ثوب يدا أحدهما أكثره كما سيأتى . نعم مع الراكب

زيادة التصرف ، الا أنه لم يثبت شرعاً كونه مرجحاً ، وتعريف المدعى والمنكر منطبق عليهما ، بتفسيراته ، وحينئذ فالقول بالتساوي أقوى بعد أن يحلف كل منهما كل لصاحبه اذا لم يكن بينة . انتهى ورده في الحدائق بقوله :

أقول : فيه أن ما ذكره هنا جار فسي التنازع في السقف الذي بين الغرفة والدار السفلى ، مع أنه قد اختار هناك القول باختصاص صاحب الغرفة به لقوة يده ، فانه قال بعد نقل تعليل العلامة الذي قدمنا نقله ثمة : ما لفظه ولأن تصرفه فيه أغلب من تصرف صاحب السفلى ، والفرق بين المستلثين غير ظاهر . الى ان قال :

وكيف كان فان الحكم في هذه المقامات بمجرد هذه التعليلات من غير وجود نص واضح لا يخلو من مجازفة انتهى قد عرفت انه في الجملة في محله .

وكيف كان قد ظهر قوة الثاني وتساويهما في دعواهما لقوة احتمال كون الدابة غصبا للراكب فظفر به القابض في الطريق ونحوه واخذ بلجا مها وحينئذ ان حلف كل منهما على كونها له او نكلا كلاهما حكم بالتنصيف والاحكم للحالف فقط ﴿و﴾ من جميع ذلك ظهر ان الثاني لا ﴿الاول اقوى﴾ ثم انه لافرق بين هذه المسألة وبين قوله ﴿أما لو تنازعا ثوبا وفي يد أحدهما أكثره فهما سواء﴾ لعدم اقتضاء الاكثرية عرفاً الاختصاص .

﴿وكذا﴾ لافرق بينهما وبين قوله ﴿لو تنازعا عبداً ولاحدهما عليه ثياب﴾ مع فرض ثبوت يدهما عليه لانه لامدخلية لزيادة الملك ، فانه قد يلبسها بغير اذن مالکها أو بالعارية .

ومن جميع هذه المسائل يعلم عدم فرق بينها وبين قوله ايضا ﴿أمالو تداعيا جملا ولاحدهما عليه حمل﴾ وليس للاخر عليه يد ﴿كان الترجيح لدعواه﴾ وتوهم ظهور وجود الحمل عليه في يد الاستقلال به كما ترى .

﴿ولو تداعيا غرفة على بيت أحدهما ، وبابها الى غرفة الاخر ، كان الرجحان لدعوى صاحب البيت﴾ وفي الجواهر قطعاً لكونها في ملكه الذي هو هواء بيته

التابع لقراره ، ومجرد فتح الباب الى الغير لا يفيد بدأ عرفا انتهى وتصوره مشكل فضلا عن^١ محل النزاع فضلا عن صحة الحكم بذلك فقوله بابها الى غرفة الاخر فهل المراد بابها مقابل باب الاخر او طريقها 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 مشتركاً بين الكل وليس لاحد ان يدعى شيئاً 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 فلا يتصوره عاقل وان اراد ان الغرفة ليست فوق البيت لاخر بل ملصقة بجدار مشترك بين الغرفة وملك الغير وكان طريقها واحد فلو فرض صحة ذلك وصحة تصوره فالطريق لامحالة مشترك من اول الامر او غضب 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 لا يثبت به اليد ، ولا الملك فيقدم صاحب البيت يمينه ، هذا اذا لم يكن من اليه الباب منصرفاً فى تلك الغرفة بالسكنى ونحوه ، والاقدم قوله ، لان يده عليها بالفعل ، فان التصرف مقتضى 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 لاشكال فيه وأما الثانى فانه لا يخلو مع الاشكال ، وان كان ما ذكره اقرب انتهى فعلى الصحة والتصور لو خلفا او نكلا نصفت بينهما والا كان لصاحب اليمين .

هذا تمام الكلام فى كتاب الصلح والمنازعات وصلى الله على محمد وآله الطاهرين

﴿ كتاب الشركة ﴾

بكسر الشين مع اسكان الراء وبفتحها مع كسرهما ، بل واسكانها ﴿ والنظر ﴾ فيه يقع ﴿ في فصول ﴾ .

﴿ الاول : في اقسامها ﴾ وليعلم أولاً أن ماهية ﴿ الشركة ﴾ شرعاً ﴿ اجتماع حقوق الملاك ، في الشيء الواحد على سبيل الشيع ﴾ فالاول بمنزلة الجنس الشامل للاجتماع مع التمييز في مكان واحد ، والثاني بمنزلة الفصل ، الخارج للاجتماع حقوق لم يكن على سبيل الاشاعة فيدخل فيه اجتماع حقوق على سبيل الاشاعة لكن اشكل الامر في المراد مما اخرج بالشيع فعن جامع المقاصد والمسالك أن قيد الشيع لاجتماع حقوق الملاك في الشيء الواحد المركب من اجزاء متعددة كالبيت مثلاً اذا كان خشبه لواحد ، وحائطه لآخر ، وأرضه لثالث ، فانه لا شركة لعدم الشيع ، وان صدق اجتماع حقوقهم في الشيء الواحد انتهى .

فاذا كانت دار واحد لاشخاص مثل ماذا كان ابوابها لشخص وترابها لآخر وارضها لثالث ولبيتها لرابع وهكذا اجتمع حقوق اربعة اشخاص فسي واحد وهو الدار . واورد عليه في الجواهر بقوله :

وفيه : عدم صدق كونه واحداً بالشخص ، اذ هو مجموع أشخاص انتهى وهو في محله بداهة انه اجتماع اشخاص لملاك فكما ان الملاك متعدد فكذلك الملك متعدد مثل الارض والطين واللبنه والحديد والزجاج فليس الكلام فسي الواحد المركب كى يحتاج الى اخراجه بقيد الشيع وبالجملة الكلام في الشخص الواحد لاشخاص متعددة .

ولا يخفى ان تعريف المصنف للشركة ان كان المقصود منه عقد الشركة وان هذا المعنى يتحقق بقوله اشركتك معى ففيه ما لا يخفى اذ تحقق هذه الامور في هذه الموارد ليس دائراً مدار عقد الشركة والايجاب والقبول بل متحقق بدونه مع ان

العقد معناه ايجاب مال يمكن متحققا بحيث يتحقق بالانشاء فى الخارج وان اريد ان اجتماع حقوق الملاك سبب للشركة فهو حق لكن لا يكون هو داخلا فى الشركة العقدية بل هو امور لها احكام كعدم جواز التصرف فيه بدون رضا الشريك بيعا او شراء او هبة ونحو ذلك .

فالمسألة مشكلة من جهات اهورنها من حيث انكار انها عقد برأسه كما هو مذهب كثير فان العقد غلة لتحقق المعلول فى الخارج وتحقق حقوق الناس لا يحصل بالعقد بل اما يحصل قهراً او اختياراً وبقوله اشركتك معى يحصل معنى الشركة فيما يحصل الحقوق قبلاً قهراً او اختياراً 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 شاركتك اذن فى التصرف فى المال الممزوج قهراً او اختياراً وهو اجنبى عن الشركة العقدية بل اذن فى التصرف وهو حاصل ولو بغير لفظ شاركتك فالعقد ما يتحقق به شىء لم يكن قبلاً فى الخارج وممزوجة المالكين قد يحصل بيدهما .

وبالجملة اجتماع اموال الناس وان امكن لكنه مثل اجتماع سائر الاشياء لا يترتب عليه اثر سوى عدم جواز التصرف لاحدهما بدون الاجارة فالشركة العقدية ان كان بعد اجتماع حقوق الملاك فهو اجنبى عن شركة المقصود من الفقهاء وان كان ما يحصل من لفظ شاركتك فيما اذا اشترى حيوانا او دارا مثلاً اثنان او ثلاثة مثلاً فيحصل اجتماع الحقوق ايضا لكنه ليس بعقد الشركة قطعاً بل بعقد البيع فاجتماع الحقوق وكما يتحقق قهراً او اختياراً فكذلك يتحقق باشتراك المالك شيئاً مشاعاً فسبب الاجتماع مختلف كما صرح به صاحب الحدائق .

وبالجملة بعد اجراء الصيغة ان كان مال الاشتراك ممزوجاً فسيبه المزج قبلاً وان حصل المزج بعد الصيغة فهو السبب ايضا فالسبب هو المزج مطلقاً وبدونه لا شركة اصلاً فالصيغة بلا مزج لغو ومعها هو السبب فان قلت اليس فى قوله اشترينا

هذا البيت اذا اشترى اكثر من واحد شراكة في البيت .
وهو حاصل بالصيغة قلت الشركة حاصل بصيغة اشترينا وهو صيغة البيع
والشراء لاصيغة الشراكة فبالشراء جمعاً لشيء واحد يحصل كون الدار مثلاً ممزوجة
لهم فتكون مشاعاً بينهم فيحصل الشركة للمزج للصيغة .

وظاهر الشهيد الثاني في المسالك اعترافهم فيما ذكروه من هذا التعريف،
حيث قال : ان الشركة تطلق على معنيين ، أحدهما ما ذكره المصنف ، وهذا المعنى
هو المتبادر من الشركة لغة وعرفاً ، الأنة لا مدخل له في الحكم الشرعي المترتب
على الشركة من كونها من جملة العقود المفتقرة الى الإيجاب والقبول ، والحكم
عليها بالصحة والبطالان ، فان هذا الاجتماع يحصل بعقد وغيره بل بغيره اكثر ،
وثانيهما عقد ثمرته جواز تصرف الملاك للشيء الواحد على سبيل الشباع فيه ، وهذا
هو المعنى الذي به تندرج الشركة في جملة العقود ، ويلحقها الصحة والبطالان .
واليه يشير المصنف فيما بعد بقوله قيل : يبطل الشركة ، أعنى الشرط والتصرف،
وقيل : يصح ، ولقد كان على المصنف أن يقدم تعريفها على مآذكره ، لانها
المقصود بالذات هنا او ينبه عليهما معا على وجه يزيل الالتباس عن حقيقتها واحكامها
انتهى موضع الحاجة .

وفي الحدائق بعد نقل عبارته قال لا يخفى على من تأمل الاخبار الجارية في
هذا المضمار أنه لا يفهم منها معنى للشركة غير ما ذكره الفاضلان المتقدمان ونحوهما
كالشهيد في اللمعة وغيره ، وهو المتبادر لغة وعرفاً من لفظ الشركة ، وهذا المعنى
الثاني الذي ذكره لا يكاد يشم له رائحة منها بالمرّة انتهى وسيأتى اخبار الباب .

وحاصل رده عليه ان الشركة هو المعنى الاول وهو ليس بعقد اصلاً وحاصله
ان بسا اجتماع الحقوق يتحقق موضوع الشركة ويثبت له احكامه وهو غير مربوط
بالعقد بل يحصل اما قهراً واما اختياراً .

واما الثاني الذي ذكره انه عقد فليس بعقد اصلاً وقد عرفت مسن جميع

ما ذكر ورود الاشكال عليه وعلى القوم فان الشركة بهذا المعنى لايناسب مع العقد ثم انه بعد نقل الاخبار قال ماهولفظه :

فهل تجد للشركة فيها معنى غير المعنى الاول ، وهو اجتماع حقوق الملاك فى الشىء الواحد على سبيل الاشاعة ، وأى قرينة فضلا عن الدلالة على العقد المذكور . نعم قديكون سببها العقد كما تقدم بان يشتري اثنان مالا انصافاً او اثلاثاً أو يشتري 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 لاعقد بالكلية ولاعاقد ، وانما الشركة هى اجتماع الاموال على الوجه المذكور ، فلالمعنى لوصفه بالجواز .

نعم ، البقاء على حكمه أمر جائز بمعنى أنه لايجب عليه الصبر على الشركة بل يجوز رفعها ، وأخذ حصته ، ثم بعد اجتماع هذه الاموال واشترائها وامتزاجها لايصح لاحد الشركاء التصرف فيها الا باذن باقى 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 شىء سوى اجتماع الاموال مشاعا وغيره لايمكن ولو فرض ظهوره من الاخبار او بعضها فضلا عما اذا لم يوجد اذ بلفظ صيغة مثل شاركك لا يحصل 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 :- وفيه فصلان الاول الماهية وهى اجتماع حقوق الملاك فى الشىء الواحد على سبيل الشىء - قال مالفظه قد عرفت بذلك فى الشرائع والنافع والتذكرة والايضاح وشرح الارشاد لولد المصنف والمهذب البارع 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

والكافي والوسيلة والغنية والسراير وجامع الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والمختلف وشرح الارشاد لولد المصنف والمهذب البارع وجامع المقاصد والمسالك والكفاية والرياض وفي الاربعة الاخيرة ان للشركة معنيين .

(الاول) ما ذكرناه اولاً (والثاني) انه عقد ثمرته تصرف المالك للشئ الواحد

على سبيل الشباع وهو أى كونه عقداً قضية كلام أبى على وعلم الهدى وابى الصلاح وولد المصنف كما يأتى فيما اذا تفاضل المالان وقضية كلام النهاية والكتاب واللمعة والتنقيب 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 مسألة ما اذا تفاضل المالان ولم نجده له أصلاً لافى الخلاف ولا فى المبسوط والموجود فى الكتابين ما حكيناه وظاهر كلام السراير فى المسئلة المذكورة انها ليست عقداً مع أنه قد صرح من قبل بانها عقد جائز مسن الطرفين وفيها أيضاً . وفى (الغنية) الاجماع على ان من شرط صحة الشركة الاذن فى التصرف وهذا نص أو كالتص فى انها عقد ونحو ذلك اجماع الخلاف وكلامه الطويل الى هنا ظاهر فى انكار كون الشركة عقداً الامن الغنية فاثبت العقدي بما ظهر فساده من ان الاذن فى التصرف نص فى العقد ولو قال فيه انه عجيب كان فى محله حيث لا اشارة له فى ذلك فضلاً عن الظهور فضلاً عن كونه نصاً مضافاً الى عدم الاحتياج حينئذ بمثل هذا العقد لحصول الاذن بغيره بل مع تحقق العقد ايضا يحتاج الى الاذن فى التصرف وحده ولا يجوز الاكتفاء فى التصرف بوقوع العقد عليه وبينه وبين كون الاذن عقداً بون بعيد والحاصل ان التصرف فى مال الغير حرام قطعاً مطلقاً والتصرف فى حق الشريك بدون الاذن تصرف فى مال الغير ايضاً كان المال له بالعقد او بالارث ونحوهما وى ربط لكون الاذن عقداً بل بالعقد يملك الانسان ثم يحتاج التصرف فيه للغير الى الاذن فاشكاله من وجهين الاول كون الاذن عقداً

والثانى اذا كان عقدا لا يحتاج الى الاجازة مع ان مع العقد ايضا يحتاج الى الاجازة ثم قال بعده ما لفظه ايضا وظاهر الايضاح فى المسئلة المذكورة ان تسميتها عقدا مجاز لانها اذن كل واحد للآخر وستعرف الحال .

(وقال فى مجمع البرهان) بعد أن عرفها بسانها 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 لا يجب الصبر على الشركة بل يجوز رفعها وابقاؤها فكانهم يريدون بالعقد معنى آخر للشركة غير ما تقدم وبالجائز انه اذا اذن للتجارة وغيرها لا يلزم ذلك بل يجوز منعه وطلب القسمة .

وقال قد ادعى فى التذكرة اجماع علمائنا على انها تجرى فى العروض والائمان وانها لاتصح بدون مزج المالىن وهذا لا يحتاج الى عقد ولا الى 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 وهو لفظ بل أمر دال على الاذن فى ذلك باى وجه كان بحيث لا يَحتمل غيره حقيقة أو مجازا ولا يحتاج الى قبول لفظى والمقارنة كما فى سائر العقود لانه توكيل واذن فى التصرف فى عده من العقود مسامحة .

وقال قال فى التذكرة فلا يصح التصرف الا باذنهم وانما يعلم الرضا والاذن باللفظ الدال عليه فاشتراط اللفظ الدال على الاذن فى التصرف والتجارة فيه تأمل

لان العلم بالاذن والرضا ليس منحصرًا فى اللفظ بل يعلم بالأشارة والفعل والكتابة وهو ظاهر فكانه يريد اللفظ وما يقوم مقامه انتهى . -أردنا نقله من كلامه اى انتهى كلام مجمع البرهان .

والظاهر انه امر عجيب اذ اجتماع حقوق الملاك الخ لو كان تعريفًا للشركة للزم ان يكون يوجد بالعقد اذ العقود كلها ايجادى فى الخارج فاذا كان المبيع تمليك عين بالعوض 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 فاذا خلط المالكين حصل الاجتماع والافلا . وحينئذ لا يحتاج الى ايجاد التشريك لاستحالة تحصيل الحاصل .

والحاصل ان الامتزاج مطلقا لازمه التشريك فلا يحتاج بعد حصوله الى انشائه بالعقد لانه تحصيل للحاصل مع عدم المعنى له وحينئذ فلقائل ان يكون ما الغرض من العقد فان كان لحصول الشركة فلا يحتاج اليه بل يحصل بمنزج المالكين بل لا يحصل بالعقد التشريك فانه متوقف على خلط المالكين قبلا فلو كانت الشركة متوقفة على العقد لدار فعقد التشريك اما بلا معنى او مجاز كما عرفت عن عبائر القوم فان قلت فعلى هذا لا وجود لعقد الشركة وهو كما ترى قلت اما بالنسبة الى نفس العقد فهو كما ذكر واما بالنسبة الى مزج المالكين فيحصل الشركة وموضوعها بمجرد المزج قهرا او اختيارا فان قلت قد دمر آتفا 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 لا عقد الشركة .

والحاصل ان تعريف الشركة ما افاد المصنف بقوله اجتماع حقوق المالك لكنه اجنبى عن عقد الشركة وتعريف للشركة التى هى موضوع من موضوعات الاحكام فاذا تحقق اجتماع حقوق المالك يترتب عليه عدم جواز التصرف لاحد الامع اجارة صاحبيه سواء حصل قهرا او اختيارا فاذا امزج الخل والدبس صار

صاحباهما شريكين بعد ما لم يكن كذلك قبلا فهو غير مربوط بالعقد فالشريك لا يحصل بالعقد قال الحكيم ره شارح العروة عند قوله ره وهى عبارة عن كون شىء واحد لائنين او ازيد ملكا او حقا الخ ماساهولفظه : المصرح به فى كلام جماعة ، وظاهر آخرين كون الشركة من العقود مفادها التشريك بين الشريكين فى مالهيهما ، وظاهرهم الاجماع على اعتبار الامتزاج بين المالكين قبل العقد أو حاله أو بعده .

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 أو أحدهما فى المال المشترك لا التشريك .

وفى الجواهر فرق بين التشريك بالمزج والتشريك بالعقد بان الاول انما يقتضى التشريك الظاهرى وفى الواقع لا تشريك ، بل كل من الشريكين يملك جزءه المعين وان لم يتميز والثانى يقتضى التشريك الواقعى فيملك به كل من الشريكين جزءاً مشاعاً فى المجموع بلا تعيين أصلاً .

(وفيه) مع أن ما ذكره خلاف المرتكز عرفاً فى كثير من صور المزج فان المال فيها يخرج عن صلاحية التملك لكونه مستهلكاً معدوداً 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 لأمعنى لها الاملكية الجزء المشاع ومع هذه الملكية كيف يمكن الالتزام بملكية أخرى للجزء المعين ؟

وكيف يقبل الشىء الواحد المملكيتين احدهما قائمة بجزئه المشاع وأخرى قائمة بجزئه المعين ؟ مع أن ذلك خلاف ظاهر الاجتماعات على تحقق الشركة بالمزج على نحو تحققها بالشركة العقدية المقرونة به كما اعترف (قده) بذلك فلا يبعد از البناء على ان الشركة العقدية (أعنى المنشأة بقول ، اشتركتنا) راجعة الى انشاء الاذن بالتصرف كما هو المتعارف بين الشركاء فانه وان كان خلاف الظاهر لكنه

أولى من البناء على ما ذكره ، ومما يومی 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 ، فلا يصح التصرف فيها الا باذنهم ، 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 .

ولا يخفى 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 ارنأ أو عقداً أو مزجاً بحيث لا يميز ، الى أن قال : وليس لاحد الشركاء التصرف الا باذن 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 ، لا بالمعنى 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 الياذن 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
المرتبة عليه فصح ما افاده 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 ما قال ولا تنظر الى من قال وثانيا عدم الفرق بين
صاحب الحدائق واصحابنا الاصوليين في مقام الاستنباط والاستفادة الا انه كثيرا ما قال
في مقام عدم النص ما ذكره تخريجات لاعتبارها وذلك ليس نقصا بل بعضها في
محلّه .

فان المدرك الحقيقى هو الكتاب والسنة والاجماع ان كان مستفاد منهما والا
فلا اعتبار به فهذا الامر اشتباه لولم نقل بانه افتراء لان صاحب الجواهر فى المتأخرين
رئيس الفقهاء ومع ذلك ذكر كثيرا عبارته ونقل قوله ومنها ما فى المقام حيث انه فى
مقام تلخيص ما افاد فى الحدائق مقدار صفة قال ما لفظه لكن فى الحدائق « لا يخفى
على من تأمل الاخبار عدم معنى للشركة الا الاول الذى ذكره المصنف ، والفاضل ،
والشهيد فى اللمعة ، وأما المعنى الثانى فلا يشم له رائحة منها» - الى أن قال - بعد
أن حكى عن بعضهم أنها عقد جائز : «لأعقدنا بالكلية ، ولأعقد ، وانما الشركة
اجتماع الاموال على الوجه المذكور ، فلأعنى لوصفه بالجواز. نعم البقاء على
حكمها أمر جائز ، بمعنى أنه لا يجب عليه الصبر على الشركة بل يجوز رفعها وأخذ
حصته ، وبعد هذا الاجتماع لا يصح لاحد الشركاء التصرف فيها الا باذن الباقيين ،
المدلول عليها باللفظ الصريح ، أو الظاهر أو غيره من القرائن كثير المقام مما يعتبر
فيه الاذن» انتهى ما نقل عنه .

ثم قال بعد عبارته ما لفظه قلت : قديويد ذلك أيضا ظاهر كلام المصنف واللمعة
وغيرهما مما يتعرض فيها لكونها عقداً ، بل فى جامع المقاصد عن فخر المحققين

وأول الشهيدين تنزيل قول الفاضل - «وقيل : تبطل الأن يشترط الزيادة للعامل» - على ارادة بطلان الاذن ، لاعقد الشركة ، انتهى كلام صاحب الجواهر .

وفي مفتاح الكرامة بعد قول المصنف [والصيغة وهي مايدل على الاذن في التصرف] قال مالفظه كما في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك وكذا التحريبر غير انه قال ويكفي في الصيغة مايدل على الرضا بالمزج الى ان قال بعد قول المصنف ايضا ويكفي قولهما اشتر كنا فيظهر من هذه العبارات ان مرادهم من الصيغة مايقارن الرضا في التصرف والاذن فلا اشكال حينئذ الا انه يرد عليهم انه لو كان المراد ذلك فلم لم يظهره بلفظ رافع للاشتباه حتى لايقع القوم في الرد والايراد وكيف يصح اطلاق العقد واردة الاذن منه مع ان الاذن لايتوقف على العقد بالخصوص بل ثابت في كل مال الغير .

وفي مفتاح الكرامة مالفظه (وقال في الرياض) لاختلاف (في) المعنيين وانكار بعض المتأخرين الثاني بناء على عدم الدليل على كونها عقدا مع مخالفته الاجماع مضعف بدلالة ثمرته من جواز التصرف المطلق أو المعين المشترط على ذلك بناء على مخالفتها بقسميها سيما الثاني الاصل لحرمة التصرف في مال الغير بدون اذنه فيقتصر فيها على القدر المتيقن وهو ما دل عليها صريحا من الجانبين كما نبه عليه في التذكرة وعليه يصح اطلاق لفظ العقد عليه انتهى .

قوله بدلالة ثمرته غير خفي على اولى الباب فساد اطلاق شيء واردة ثمرته حتى بناء على المجاز لان جواز التصرف لا يختص بصورة وقوع العقد كما عرفت فالمعنيين احدهما وهو اجتماع حقوق الملاك ليس بعقد جداول يتحقق به موضوع الشركة لانفسها .

وفي الحدائق قال وبالجملة فالمراد أن المدار على العلم بالرضا بأي نحو كان ، وعليه يترتب الاحكام التي جعلها منوطة بالعقد ، والظاهر أن هذا هو مراد أولئك الفضلاء حيث عرفوها بالتعريف الاول الراجع الى أن الشركة الحقيقية هي الاجتماع

، وعقبوه بذكر الاذن اشارة الى أن الاحكام يترتب على الاذن فى التصرف فى المال المشترك وأنه بذلك يصير عقداً جازماً ، فاطلاق العقد عليه تجوز ، وهوباب واسع فى الكلام والافانه لاعقد ولاعقد كما أوضحناه فى المقام انتهى .

فتلخص ان المقصود من القائلين بالصيغة هو الاذن بعد المزج والا فلا يحصل الانشاء بالصيغة بدون المزج نعم انصح انشاء الشركة قولاً من دون مزج المالمين صح انشائها كما سيأتى من عبارة ابن الجنييد وجوازه عنده لكنه كما ترى ويمكن ان يقال بكفاية انشاء الشركة بالصيغة وكان المزج من شرائطه كما ان البيع تملك عين بالعوض مع شرائط كثيرة فح بلفظ اشركت او شاركنا او وجد فى الخارج لزوم كونها فى المعاملة وحصول الربح والخسران غايته بشرط كون المال ممزوجاً .

وحينئذ كان تعريف الشركة هو انشاء المقارنة معه فى المالمين 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 المالمين 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 ثابتاً بين الشركة عقدية وغير عقدية كما فى موارد المزج القهرى والاختيارى وحينئذ يكون معنى اشتريتك فى معاملاتى او شاركتنا 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 اشتركتنا لانشاء تحقيقها وصيرورة كل من المالمين 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 القهري والمجرد عن قصد ارادة انشاء الشركة فلا يترتب عليه ملك كل منهما الحصص المشاعة في نفس الأمر وانما يفيد الاشتباه في كل من أجزاء المال ، إلا أن الشارع حكم ظاهراً بكونه بينهما من الصلح القهري الذي قد تقدم نظائره ، فالفرق حينئذ بين المزج القهري والمزج الانشائي هو ما ذكرناه .

فله حينئذ ايقاع عقد الشركة بعد وقوعه ، كي يتبدل الملك ظاهراً بالملك واقعا ، بل لو سلم افادة المزج القهري الملك في الواقع على نحو المزج الاختياري كما هو ظاهر كلمات الاصحاب أمكن أن يقال حينئذ أنه لا مانع من صيرورته جزء سبب مثلاً ، اذا جيبى به لتمام عقد الشركة مثلاً ، بل ومن صيرورته سبباً تاماً في ذلك اذا قصد الانشاء به في المعاطاة ، ومن اتفاق حصول الشركة به قهرافانه لاتنا في حينئذ بينهما ، ويكفي في العقد تحققه به ، لأنه لا تنفع الشركة بغيره لكن الانصاف عدم خلو ذلك من نظر بل منع انتهى .

ويؤيد ما ذكرنا قوله الا انه يشترط الخ فهو قد بعد الصعود والنزول مال الى كون المزج شرطاً لا مقوماً لماهية الشركة وحينئذ صح انشائه وصح تقسيمه بالشركة العقدية والمزجية ولما كان الشرط ايضاً من اجزاء العلة اراد تصحيحه بانه اما كاشف عن تحقق المزج في حال الانشاء بناء على الكشف كما في الفصولي واما ناقل فكما انه في الفصولي بناء على القول به كما قويناه في محله ناقل عن حصول الملك في حال الاجازة بعد تمامية الايجاب والقبول فلم يبق الارضا المالك فيحصل الملك بمجرد الاجازة فكذلك في المقام قد حصلت الشركة بمجرد المزج . نعم ان قلنا بعدم اعتبار الامتزاج وحصول الشركة ولو بدونه صح انشاء العقد حينئذ اذ بقوله شاركتك اوجد في الخارج معنى لم يكن قبل الصيغة وهو لزوم كونها معاً في المالكين والمعاملات في قوله شاركتك قد تحقق معاوتتهما معاً فعليه قد

تحقق عقد الشركة وعقد الامتزاج والاول انشائي والثاني واقعي دائر مدار وقوعه قهرا او اختيارا فلا يبعد ذلك اى عدم اشتراط المزج بين المالين لاطلاق الروايات فيصع حينئذ عقد الشركة .

بل يمكن تصحيح قول ابن الجنيذ حينئذ بذلك وان مراده ذلك فلا يحتاج 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 الجنيذ فصح الانشاء كان المزج قبلا او بعدا اختيارا او اضطراراً قصداً للشركة او بدون 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 الجنيذ 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 لا يحصل بامتزاج القهرى شركة بل هو مجرد اشتباه الاموال من حيث صاحبيه ويحتاج الى الصلح بينهما انشاء الشركة لو ارادها فاللازم نقل ماورد من الروايات فمنها ما عن هشام بن سالم ، عن أبى عبدالله عليه السلام قال : سألته عن الرجل يشارك فى السلعة ، قال : ان ربح فله ، وان وضع فعليه .

ومنها ما عن محمد بن مسلم ، عن أبى جعفر عليه السلام قال : سألته عن الرجل يشتري الدابة وليس عنده نقدها ، فأتى رجل من أصحابه فقال : يا فلان انقد عنى ثمن هذه الدابة والربح بينى وبينك ، فنقد عنه فنفتت الدابة ، قال : ثمنها عليهما لانه لو كان ربح فيها لكان بينهما وفى الوسائل رواه الصدوق باسناده عن الحلبي ، عن أبى عبدالله عليه السلام مثله وباسناده عن الحسين بن سعيد ، عن ابن أبى عمير ، عن حماد ، عن الحلبي مثله .

ومنها ما عن داود الابزارى ، عن أبى عبدالله عليه السلام قال : سألته عن رجل اشترى بيعاً ولم يكن عنده نقد فاتى صاحباً له وقال : انقد عنى والريح بينى وبينك ، فقال : ان كان ربحاً فهو بينهما ، وان كان نقصاناً فعليهما .

ومنها ما عن اسحاق بن عمار قال : قلت للعبد الصالح عليه السلام : الرجل يدل الرجل على السلعة فيقول : اشترها ولى نصفها فيشترها الرجل وينقد من ماله ، قال له نصف الريح ، قلت فان وضع يلحقه من الوضعية شىء ؟ قال : عليه من الوضعية كما أخذ الريح .

ومنها ما عن أبى بصير ، عن أبى عبدالله عليه السلام فى الرجل يشاركه الرجل فى السلعة يدل عليها ، قال : ان ربح فله ، وان وضع فعليهما وباسناده عن محمد بن الحسن الصفار ، عن محمد بن الحسين «الحصين - خ ل» .

ومنها ما عن وهيب بن أبى جعفر عليه السلام قال : سألته عن الرجل يشارك الرجل على السلعة ويولّيه عليها ، قال : ان ربح فله ، وان وضع فعليهما الحديث : ومنها ما عن الحلبي ، عن ، أبى عبدالله عليه السلام فى الرجل يأتى الرجل فيقول له : انقد عنى فى سلعة فتموت أو يصيبها شىء قال : له الريح وعليه الوضعية .

ومنها ما عن رفاعة قال : سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن رجل شارك رجلاً فى جارية له وقال : ان ربحنا فيها فلك نصف الريح ، وان كانت وضعية فليس عليك شىء ، فقال : لا ارى بهذا بأساً اذا طابت نفس صاحب الجارية .

ولا يخفى ان معنى المشاركة ان ثمن المبيع معهما من دون نظر الى المزج قبلاً او بعداً وفى الاكثر الامر بشراء السلعة اى المتاع وكان نصفها لى ونصفها له وبالجمله فيها لاشارة الى مزج المال اصلاً وليكن فى ذكر منك .

ومنها ما عن ابن رثاب قال : قال أبو عبدالله عليه السلام : لا ينبغي للرجل المسلم أن يشارك الذمى ولا يضعه بضاعة ولا يودعه ودعة ولا يضيفه المودة .

ومنها ما عن السكونى عن أبى عبدالله عليه السلام ان أمير المؤمنين عليه السلام كره مشاركة اليهودى

والنصراني والمجوسى الا أن تكون تجارة حاضرة لا يغيب عنها المسلم . ورواه الشيخ باسناده عن على بن ابراهيم . هذه روايات الباب على ما فى الوسائل ولم يشر فى واحد منها الى لزوم مزج المال فى تحقق الشركة فمن اين يظهر ذلك .

نعم هو ظاهر ما فى دعائم الاسلام «روينا عن جعفر بن محمد عن أبيه عن آبائه عليهم السلام أن رسول الله ﷺ أجاز الشركة فى الرباع والأرضين وأشرك رسول الله ﷺ عليا عليه السلام فى هديه ، وإذا أراد رجلان أن يشتركا فى الاموال ، فأخرج كل منهما مالا مثل مال صاحبه دنائرا أو دارهم ثم خلطا ذلك حتى يصير مالا واحدا لا يتميز بعضها عن بعض على أن يبيعا ويشتريا ما رأياه من انواع التجارات فما كان فى ذلك من فضل كان بينهما ، وما كان من وضعية كان عليهما بالسواء فهذه شركة صحيحة لا اختلاف علمناه فيها وليس لاحدهما أن يبيع ويشترى الامع صاحبه ، الا أن يجعل له ذلك» . وفى الجواهر وكيف كان فالمسألة محل تأمل مع ضعف ما فى الدعائم فى مقابل هذه الروايات الكثيرة التى لم يظهر من واحد منها ذلك مع عدم الاحتياج الى المزج والعمدة احضار المالىين من غير ان يكون المزج مقوما للشركة خصوصا اذا خالف مثل ابن الجنيد فلم يكن للاصحاب سوى الاجماع وحججته فى مقابل النصوص المطلقة غير معلوم فانها المحجة فى الحقيقة بلا واسطة وحجبة 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 : « لوتلف مال أحد الشركاء قبل انعقاد الشركة باختلاط المالىين 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 لا شركة الا بالامتزاج ، والتلف قبله من صاحبه» ومراده فى محل القرض فتأمل ، وربما يجيب عن ذلك أيضا زيادة تحقيق فى مطاوى البحث انتهى .

وظاهر العلامة ايضاً هو التردد في الامتزاج والحكم باجودية لاينافي الحكم بعد مها لغيره ويمكن ان يكون المزج فيه من افراده الظاهرة الشائعة لكنه لا بحيث يكون مقوماً لذلك و كيف كان فلم يظهر لي دليل قاطع للعذر فعلا فلو كان شرطاً مقوماً فكيف لا يكون عليه بيان في هذه الاخبار مع كونها في مقام البيان وتأخير البيان عن وقت الحاجة قبيح .

وكيف كان فانتظر لتمام الكلام فيما بعد ذلك ثم انه ما ذكرنا قد يظهر من عبارة الحدائق ايضاً تمسكاً بعمومات الروايات بل ظاهره ميله الى عدم اشتراط المزج قال بعد نقل كلمات التذكرة مفصلاً ما هو لفظه :

وبالجملة فان كلامه هنا لا يخلو من اجمال، و ظاهره الميل الى ما قدمنا نقله عن أبي حنيفة من عدم اعتبار الامتزاج ، وأنه تصح الشركة مع الامتياز ، وأنت خبير باننا لم نظفر لهم بدليل على ما ذكره من شرط التجانس، ولا شرط الامتزاج ، بل ظاهر الاخبار العموم ، كما أنك قد عرفت أيضاً انه لا دليل على العقد الذي ادعوه ، وأن الشركة شرعاً عبارة عن ذلك العقد ، والمفهوم من ظواهر الاخبار انه اذا اشتركا في مال واتجرا به ترتبت عليه أحكام الشركة ، سواء كانت ثمة عقداً ولم يكن ، اتفق المال جنساً أو اختلف ، مزج بعضه ببعض أم لم يمزج .

ومنها رواية حسين بن المختار المتقدمة ، وحسنة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في رجلين اشتركا في مال فربحاربحاً وكان من المال دين ، الحديث وقد تقدم في كتاب الدين .

وبالجملة فان أبحاثهم وتفريعاتهم في هذه المواضع الخالية من النصوص قد جروا فيها على أبحاث مخالفيهم في ذكرها ، والبحث عنها انتهى ولعمري ان عمومات الاخبار قد ترد اشتراط الامتزاج الا ترى قوله (ع) في هذه الحسنة اشتركا معناه مجرد الاشتراك في مال فيصدق اذا كان لاحدهما خمسون وكذا للاخر فيصدق اشتركا كما في مائة درهم او دينار كيف واحكام الله يبقى الى يوم القيامة في اي وقت واي زمان

والنقود في مثل زماننا منحصر بالقرطاس وهو غير قابل للمزج الذي لا يصح التميز بينهما فلا بد وان لا يشترط الامتزاج اولم يصح الشركة في مثل هذا العصر والثاني كما ترى وهكذا في الروايات .

قال في التذكرة ما لفظه مسئلة لاتصح الشركة الابعزج المالمين وعدم الامتياز بينهما عند علمائنا وبه قال زفر فالخلطة شرط في صحة الشركة ومتى لم يخلطالم يصح وبه قال الشافعى حتى لو تلف مال احدهما لم يكن له نصيب في ربح مال الاخر لان مال كل واحد منهما يتلف منه دون صاحبه فلم تنعقد الشركة عليه كما لو كان من المكييل وقال ابو حنيفة ليس من شرط الشركة خلط المالمين بل متى اخرج المالمين وان لم يمزجاها وقال اقد اشتر كنا انعقدت الشركة لان الشركة انما هي عقد على التصرف فلا يكون من شرطها الخلطة كالمو كالة والفرق ظاهر فان الو كالة 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 المالمين او يدو كيلهما بان يجعل في حانوت لهما اوفى يدو كيلهما دون الخلط لان ايديهما على المال فصحت الشركة كما لو خلطاه والفرق ان المال بالخلط يصير مشتركا فيوجد فيه الاشتراك بخلاف ما اذا لم يمتزجا .

مسئلة قدينا انه لاتصح الشركة الامع المزج الرافع للامتياز فلو اخرج احد الشريكين دنانير والاخر دراهم لم ينعقد الشركة وان خلطاهما للامتياز بينهما حالة المزج ولو تلف احدهما قبل التصرف تلف من صاحبه وتعذر اثبات الشركة في الباقي وبه قال الشافعى وقد سبق دليله وقال ابو حنيفة ينعقد الشركة لانهما يجريان مجرى الجنس الواحد لانهما قيم المتلفات واروش الجنبايات ولانه لا بوجب المزج بل نقول ينعقد الشركة بالقول وان لم يخلط المالمين بان يعينا المال ويحضراه ويقول اقد تشار كنا في ذلك وهو غلط لانهما مالان لا يخلطان وهما متميزان فلا يصح عقد الشركة عليهما كالعروض وما ذكره فليس بصحيح لانهما يجريان في حكم الربا مجرى الجنس عند جماعة ولان الاعتبار بما ذكرناه دون الجنس الواحد . واحمد وافق ابا حنيفة في

عدم اشتراط اتفاق الجنس بل يجوز ان يخرج احدهما دنائير والاخر دراهم وهو منقول عن الحسن وابن سيرين انتهى .

اقول اما وجه قول الشافعي عن لزوم المزج بانه لولاه كان التلف من مال صاحبه فلا يربح له ففيه اولاعلى المزج ايضا كذلك غايته يتلف حينئذ منهما ولازمه عدم الشركة منهما وثانيا اذا حضرا مالهما وخططا معا بنحو يمتاز او مطلق وقوع يدهما عليه كان بمنزلة المال الواحد فاذا تلف كان منهما كما في صورة المزج على ان ادعى دلالة الاخبار على عدم المزج وهو لا يوجب انه لو تلف كان ممن يتلف عنه .

وحيث يقوى ما عن ابى حنيفة لان خبائثه نفسه لا يوجب فساد هذا القول منه ونحن نقبله لامن حيث انه قوله بل من حيث عدم الدليل في رواياتنا على المزج والفرق بين الوكالة حيث انه ليس من شرطها ان يكون مال من جهة الوكالة بخلاف الشركة فان من جهتها مال في غير محله اذ الكلام ليس في مجرد قياسه بالوكالة حتى يفرق بذلك بل من جهة عدم مدخلية للمزج لان بناء هذا العقد على التصرف والاذن من احدهما وهو حاصل بالمزج وعدمه ولان بناء المزج على الامتياز والافتراق فور ان بنائه على التصرف فيهما فسواء مزجا اولم يمزجا فالمناط مجرد وقوع المالكين في تحت يدهما واختيارهما ولو كان بعد الوقوع لوبدالهما مكن لكل منهما اخذعين ماله فاذا جعل المالكين تحت يدهما يصدق الشركة قطعا كما عن المالك ايضا وجوابه بانه بالخلط كان المال مشتركا بخلاف عدم الخلط في غير محله اذ يصدق الاشتراك لا يتوقف على الخلط والمزج والسند هو العرف لصدق الشركة بمجرد كون المالكين في اختيارهما .

فان قلت أفلا يكون الامر على الاخذ بخلاف العامة لان الرشد في خلافهم . قلت اننا لا نأخذ على وفق العامة بل اخذنا على عمومات اخبار اهل البيت المأمور بالاخذ بها بمقتضى الكتاب والسنة فكثير اما قولهم مطابق للكتاب فلازم هذا التوهم هو الاخذ بما وافق العامة .

فان قلت اليس الامر بما يكون مشهورا وترك ما هو بخلافه حيث قالوا خذ بما
اشتهر بين اصحابك .

قلت ذلك فيما لم يعلم على خلافهم وانما مدرك اشتهارهم الاجماع الذى هو
غير تام فى السقام مع مخالفة مثل ابن الجنيدي مع ان الشهرة هى الشهرة الروايتى
لا الفتوائى والروايات المشهورة كلها خالية عن قيد المزج ولو سلم كونها الفتوائية
دليلها الاخبار المطلقة .

وبالجملة ان المراد بالموصول فى قوله فى المشهورة خذ بما اشتهر بين اصحابك
وفى المقبولة ينظر الى ما كان من روايتهم عنا فى ذلك الذى حكما به المجمع عليه
بين اصحابك فيؤخذ به هو الرواية لا الفتوى والروايات كلها خالية عن ذكر المزج
سوى رواية دعائم الاسلام مع ضعفها فعمدة دليلهم الاجماع وهو ان استندا الى روايات
الباب فهى مطلقة من هذا القيد فالاستفادة منها على زعمهم ليس الا الحدس الغير القابل
للحجية تدبر .

ثم انه مما ذكر يعلم فساد ما ذكره فى مسألة اخرى من عدم انعقاده بالدرهم
والدنانير بل يتحقق بكل شىء يكون اقرب الى النقود ومن ذلك يعلم ما فى تمام
كلامه زيد فى مقامه ﴿ ثم ﴾ المال ﴿ المشترك قد يكون عينا ﴾ كما هو ظاهر ﴿ وقد
يكون منفعة ﴾ ﴿ وقد يكون حقا ﴾ كالخيار والشفعة الموروثين مثلا .

﴿ و ﴾ أما ﴿ سبب الشركة ﴾ فى الثلاثة ﴿ قد يكون ارثا ﴾ أو منفعة أو حقا
﴿ وقد يكون عقدا ﴾ بناء على صحة كون الشركة عقدا كما هو كذلك عند المصنف
واما اذا قلنا بعدم كون الشركة عقدا للاحقيقة ولا مجازا فلا يكون شيئا كما عرفت ﴿ وقد
يكون مزجا ﴾ فى العين ﴿ وقد يكون حيازة ﴾ .

وفى الجواهر بناء على تحققها بشركة الابدان كما عن الاسكافى أو على فرض
نية كل منهما ، بأن ما يحوزه له ولشريكه الموكل له على ذلك ، بناء على الاكتفاء
بمثل ذلك ، ﴿ و ﴾ لكن ﴿ الاشبه ﴾ عند المصنف بأصول المذهب وقواعده ﴿ فى ﴾

الحيازة ، اختصاص كل واحد بما حازه ﴿ لا صالة عدم دخوله فى ملك الغير كما فى الجواهر وفيه كلام سياتى .

﴿ نعم لو اقتلعا شجرة أو اغترفا ماء دفعة ﴾ بآنية واحدة أو اشتركا فى نصب حباله 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 كالأجارة والحبس والسكنى ، وقد تكون فى حق كالأشتراك فى الخيار ، والشفعة بالنسبة الى الورثة ، والقصاص والرهن والحدوق قد تقدم أن سببها قد يكون ارثاً وهو يجرى فى الأقسام 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 الأقسام الثلاثة المذكورة ، فجريانه فى العين بأن يشترى اداراً وفى المنفعة بأن يستأجرها ، وفى الحق بأن يشترى بخيار ، وقد يكون حيازة ، وهو انما يتصور فى العين خاصة .

وسببية الحيازة اما بأن يشتركا فى نصب حباله الصيد المشترك ، ورمى السهم المثبت له فيشتر كان فى ملكه ، أو بأن يقتلعا شجرة أو يقر فاماء دفعة ، فانه يتحقق الشركة بذلك فى الجملة انتهى .

﴿ وكل مالين مزج أحدهما بالآخر بحيث لا يميزان ، تحققت فيهما الشركة اختيارا كان المزج او اتفاقا ﴾ مقصودا 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 الراجع للامتياز بينهما الذى قد عرفت سببته للشركة ﴿ سواء كانا ﴾ أى المالان ﴿ أنمانا ﴾ أى ذهباً وفضة ﴾ أو عروضاً ﴾ وفى الجواهر كالأدهان وغيرها من المايعات بل والحنطة والشعير والذرة والسسم ونحوها . ولا يخفى ان اشتراط مماثلة المالين مبنى على اشتراط المزج حتى يحصل

عدم التمايز بحيث لا يتميز احد المالمين عن الاخر بعد المزج واما اذا لم يشترط وكان المنطوق بمطلق المالمين فصح غير المتمالمين ايضا وقد عرفت عدم دلالة الاخبار على المزج فالمماثلة عندى غير ثابتة وكيف كان فبناء على اعتبار المزج صح ما فى المتن وعليه فى المسألة فروعات ذكرها فى التذكرة فقال ما لفظه : الثانى فى اركان الشركة وهى ثلثة :

الاول المتعاقدان ويشترط فى كل منهما البلوغ والعقل والاختيار والقصد وجواز التصرف الى ان قال :

الركن الثانى الصيغة قدينا ان الاصل عصمة الاموال على اربابها وحفظها لهم فلا يصح التصرف فيها الا باذنهم الى ان قال مسألة الشركة قد تقع بالاختيار وقد تقع بالاجبار كما تقدم وكلامنا فى الشركة المستندة الى الاختيار وهى قد تحصل بمزج المالمين بالاختيار من غير لفظ فلو امتزج المالمان برضاها حصلت الشركة الاختيارية الى ان قال :

الركن الثالث المال : مسألة يشترط فى المال المعقود عليه الشركة ان يكون متساوى الجنس بحيث لو مزجا ارتفع الامتياز بينهما وحصل الاشتباه بينهما سواء كان المال من الايمان او العروض كما لو مزجا ذهب بذهب مثله او فضة بمثلها او حنطة بمثلها او دخنا بمثلها الى غير ذلك مما يرتفع فيه المايز بينهما ولا خلاف فى انه يجوز جعل رأس المال الدراهم والدنانير لانهما ايمان 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 ويكون ايديهما عليه وهذا موجود فى العروض فصحت الشركة فيها وكره ابن سيرين ويحيى بن ابي كثير والثورى والشافعى واسحاق وابو ثور واصحاب الرأى الشركة

فى العروض ومنع الشافعى وابوحنيفة 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 النقيدين كالمضاربة وهو غلط لان هذا مال له مثل فصيح 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 فلا بد من تحصيل رأس المال ليوزع الربح وفى الشركة لاحاجة اليه بل كل المال يوزع عليهما على قدر ماليهما 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 والاتساويا عملا باصالة التساوى وقال مالك يكون رأس المال بينهما وليس بمعتمد انتهى :

ولا يخفى ان هذه الفروع ينشأها كلها من لزوم الخلط بين المالين بحيث لا يمتاز بعد المزج عن احدهما وامالوقلنا بعدم دلالة دليل عليه فلا يعتبر اكثر من حضور المالين منهما فلا فرق بينهما من حيث الجنس والمثل والقيمة والاثمان والعروض وغير ذلك لحصول الغرض .

مضافا الى ان المزج بناء على اعتباره لا يبقى الى آخر الشركة كما اذا اتفق بعد الشركة باشتراء شىء 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 كما ترى ولم يقل به احد اولا وامكان ان لا يكون الثمن لمشتري الثانى قابلا للمزج ثانيا ويعود المحذور الاول وامكان كون الثمن عند المشتري 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 فإى ثمرة فيه بعد افتراق احدهما عن الاخر فوراً وكيف كان فالعمدة عدم ظهور المزج من الاخبار ويترتب على الاشتراط فروعات كثيرة ولازمه عدم صحة الشركة فيما كان لاحدهما نقود وللآخر فورش او فرس متحد ان قيمة فقط فضلا عما اذا كانا مثل الذهب مع الفضة او الفضة مع الحديد او مثل نقود العصر الذى كان كل النقود هو القرطاس الغير الممتاز مقدارها عن الاخر الابار قام عليه ولا فرق بين مائة تومان والالف 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 قليلا ما يتفق مزجهما بحيث لم يظهر فاذا اخذنا بالاخبار وفهمنا منها عدم الاشتراط كذا فى سعة مما ذكروا ونصح كل شىء من احدهما مع كل شىء من آخر ولا يحتاج 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 الا فى المكمل والموزون .

وذلك لانه اذا لم يشترط المزج صح اتيانها باى شىء كان من النقود او السلعة والمتاع المثليين او القيمييين وحينئذ صح اطلاق العقد بالشركة ويقال عقد الشركة فانه عبارة عن انشاء ايجاده مع صاحبه فى المال والمعاملة وحينئذ كان اجتماع حقوق الملاك فى شىء واحد بنحو الشباع معنى من المعانى وموضوع من الموضوعات الموجبة للحكم وليس من الشركة العقدية اذ الشركة العقدية انشائي وهذا المعنى ليس انشائي وايجادى بل واقعى وكان وجوده واقعا فى الخارج قهرا او اختيارا . وبالجملة عقد الشركة صحته موقوفة على عدم اشتراط مزج المالكين بداهة انه

يوجد بالقهر او الاختيار قبل تحقق الانشاء وحينئذ صح ان يقال الشركة واقعى وىجادى بالعقد وحينئذ فاجتماع حقوق الملاك فى الواحد على سبيل الشىاع 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 الشىء الواحد فانه تعريف للشركة والشىء الواحد ايضا 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 ما اراد 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 والا فلا يوجد هذا المعنى بالانشاء فالذى قابل للانشاء هو الاذن فى التصرفات فمفاد شاركتك لى انت مأذونى فى تصرفات اموالى قال فى مفتاح الكرامة ما هو لفظه :

(وقال فى المسالك) بعد ان ذكر المعنيين الاول والثانى لقد كان على المصنف يعنى المحقق ان يقدم التعريف الثانى لانه المقصود بالذات اوينه عليهما على وجه يزيل الالتباس عن حقيقتهما واحكامهما (وقال فى جامع المقاصد) فى قول المصنف

فيما بعد وأركانها ثلاثة ان الضمير يعود الى الشركة التي تقدم تعريفها وهويتناول الشركة التي ليست بعقد ولا قصد فان كان غرضه البحث عن الشركة التي هي 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 هو اجتماع حقوق الملاك وأما الاحكام فتترتب على الاذن في التصرف في المال المشترك كما بيّنا وذلك عقد جائز وله أركان ثلاثة فكلامهم مبني على ان المقصود واضح لمكان عددهم الشركة في العقود واجتماع حقوق الملاك في تعريف الكتاب وغيره بمنزلة الجنس الشامل لاجتماعهما على سبيل التمييز وغيره انتهى وفي هامش الكتاب بعد قوله على سبيل التمييز ما هو لفظه كما لو جمعوا مالهم مع تمييز بعضه ووضعوه في مكان واحد ونحو ذلك انتهى .

ومن جميع ما ذكرنا يظهر ما في قول المصنف ﴿أما ما لا مثل له ، كالثوب والخشب والعبد فلا تتحقق فيه بالمزج ، بل قد تحصل بالارث أو أحد العقود الناقلة كالابتياح والاستيهاب﴾ قال في الجواهر ولعله لاصالة بقاء كل على ملك مالكة ، المقتصر في الخروج عنها على المتيقن الذي هو المزج في المثليات دون غيرها . لكن في الرياض بعد أن حكى ذلك عن المصنف هنا قال «وفاقاً للمبسوط والاسكافي الا أنه أطلق ، ولكن معلوم النسب لا يقدح خروجه بالاجماع ، ومع ذلك يضعف بتحقق المزج على الوجه المتقدم في كثير منها ، كالثياب المتعددة المتقاربة الاوصاف والخشب كذلك ، ونحوهما ، فيتحقق الشركة ، فان ضابطها حصول المزج مع عدم الامتياز ، ولا خصوصية للقيمي والمثلي في ذلك وقد حصل» انتهى .

ويرد على الجواهر عدم معنى للاصول العملية مع وجود اصول اللفظية وهو اطلاقات الاخبار فان لها ورود على الاصول العملية وعلى الرياض بان الظاهر من قوله المحكى بانه معلوم النسب انه دخولى الى وجه حجبة والاجماع عنده علمه بدخول

الامام عليه السلام في المجمعين ولم يعرف بعينه وشخصه لانه مجهول النسب . ولا يخفى انه من جملة عجائب الدهر الذي لا يتصور اصلا مع ان دأب ديدن الفضلاء والعقلاء بل العرف على انه ما لم يعرف بشخصية انسانا لم يعتن بقوله اصلا بل مقدار الاعتناء والتقوية بقوله بمقدار العلم بزهده وتقواه مضافا الى العلم بمعلوماته وعلو شأنه في الفقهاء .

وعليه كيف يتصور شخص مجهول النسب موجودا في 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 في المجمعين في عصر الغيبة بلحاظ حجية قوله من حيث عدم العلم بامامته وان كان امكن وجوده عليه السلام في مجالس العلماء ومجالس البحث في الفقه لكن لامن هذه الجهة بل يمكن كثير امور اشخاص في الطريق وفي المجالس وفي 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 او من حضوره عليهم السلام في حلقة درس علم من الاعلام كسائر التلامذة سلمنا كونه بهذا النحو فهل يتكلم الفقيه وادعى الاجماع في المسألة والامام الداخل في 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 لا يصح 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 البديهي انه لو قال الوف من الفقهاء وادعى عليه الاجماع وقال الامام بخلافه لا اعتداد بقول الوف منهم حيث ذلك الكلام في تصور دخوله في الجماعة وتصور كون الجماعة اى جماعة كانت وكيف يعلم مدعى الاجماع قوله والامام

مع ان هذا العلم مع الجهل بحاله تناقض واضح .

فما عن معتبر المصنف من قوله واما الاجماع فعندنا هو حجة بانضمام المعصوم فلو خلى المائة من فقهاءنا عن قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ لما كان حجة ولو حصل في اثنين كان قوله عَلَيْهِمَا السَّلَامُ حجة لا باعتبار اتفاقهما بل باعتبار قوله فلا تغتر "اذن بمن يتحكم فيدعى الاجماع باتفاق الخمسة او العشرة من الاصحاب مع جهالة قول الباقيين الامع العلم القطعى بدخول الامام في الجملة انتهى فهذا القول وقول صاحب المعالم بعده حكايته عنه حيث قال وهو في غاية الجودة في غاية الفساد .

وكيف كان فقد عرفت ان جميع ما ذكر منشأه المزج فاذا عرفت عدم لزومه فلا فرق بين السلعة والمتاع والنقود وهذا كله على المختار واما بناء على المشهور بين الاصحاب من لزوم المزج فالمراد به لامحالة مزجا لا يعرف صاحبه ماله لا خصوص مثل مزج الخل والدبس او الحنطة بالحنطة بحيث لا يعلم اصلا فيعم مثل المثليات والقيميات كطاقات الكرباس والقيميات وسائر الالبسة والظروف المماثلة كما وكيفا والساعات المصنوعة في العصر وغير ذلك مما لا يتميز بين صاحبيها فلا اشكال فيها بعد المزج بحيث لا يعلم الامتياز وهكذا مثل الاخشاب والالات والانعام الثلاثة فان فيها ايضا متشابهات يمكن ان لا يتميز بينها :

﴿و﴾ كيف كان فعلى المشهور من لزوم المزج ﴿لو اراد الشركة فيما لا مثل له﴾ وغيره مما لا تتحقق فيه بالامتزاج لعدم ارتفاع امتيازه به ، ﴿باع كل واحد منهما حصته مما في يده ، بحصته مما في يد الاخر﴾ او وهب كل منهما كذلك ، او باعها بئمن اشترى الاخرى به منه .

ثم ان من اهم باب الشركة والمعمولة بين الانام هو الشركة في الاعمال والابدان بان يشتركا فيما يحصل من اعمالهما مخلوطا ولو كان عمل احدهما اقل من الاخر فيجعل اجرتهن اجرة واحدة ويأخذ كل منهما نصفها فلو كان في يوم مثلا لاحدهما الف من العمل وللآخر مائة كان لكل منهما خمس مائة وخمسين والمشهور فيها البطلان

وان لكل منها ما هو عمله ففى المثال لاحدهما الف وللآخر مائة ولذا قال المصنف .
 ﴿ولاتصح الشركة بالاعمال كالمخياطة والنساجة﴾ وفى الجواهر بلاخلاف
 معتد به أجدفيه بيننا ، بل الاجماع بقسميه عليه ، بل المحكى منهما مستفيض أو متواتر
 من غير فرق بين اتحاد عملهما واختلافه ، ولا بين 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 غير مجد ، والمراد بالتجارة
 عنه ماثبت التكسب به شرعا انتهى غير خفى على اولى الالباب بانه لادليل لهم سوى
 الاجماع وهو الذى استدلوا به على امامة ابي بكر فلا يفيد للفقهاء الا الاتفاق كما هو
 معناه لغة واصطلاحا فهو اجمال عن قول زيد وعمر و بكر الى آخره من دون ان يكشف
 عن قول المعصوم الذى هو مدرك حجية الاجماع ولذا لا يكون من اخبار الباب منه
 عين ولا اثر بل لا يتحقق اجماع بمثل مخالفة ابن الجنيد بل المهذب وفقه الراوندى .
 و اما التمسك بالاصل فهو كانه عجيب اذ التمسك به لمقام الجواز لا المنع
 وهو اصاله الاباحة فى كل مالم يرد عليه نهى كما فى كل شىء مطلق حتى يرد فيه النهى
 وكل شىء لك حلال حتى تعلم الحرام منه بعينه فالدليل على المنع غير موجود ولا يصح
 التمسك باستصحاب قبل الشرع بتقريب انه لم نعلم جوازه قبل الشرع فالاصل بقائه
 عليه لان قبل الشرع منقوض بوروده وثبوته فلا بد من اقامة دليل على المنع بعد كونه
 شارعا ومبيناً للناس وعدمه دليل على العلم .

قال فى الخلاف : شركة الابدان عندنا باطلة وهى ان يشترك الصانعان على ان
 ما يرتفع لهما من كسبهما فهو بينهما (لهما - خ) على حسب شرطهما سواء كانا متفقى
 الصنعة كالنجارين والخبازين او مختلفى الصنعة كالنجار والخباز وبه قال الشافعى
 وقال ابو حنيفة يجوز مع اتفاق الصنعة واختلافها ولا يجوز فى الاحتطاب والاحتشاش
 والاصطياد والاعتنام وقال مالك يجوز الاشتراك مع اتفاق الصنعة ولا يجوز مع اختلافها
 وقال احمد يجوز الاشتراك فى جميع الصناعات وفى الاحتشاش والاحتطاب والاصطياد
 والاعتنام .

[دليلنا] اجماع الفرقة واخبارهم وايضاً العقود الشرعية تحتاج الى دلالة شرعية وليس في الشرع ما يدل على صحة هذه الشركة وايضاً نهى النبي ﷺ عن الغرر وهذا غرر بدلالة ان كل واحد منهما لا يدري ايكسب صاحبه شيئاً ام لا يكسب وكم مقدار ما يكسبه انتهى .

وقد عرفت حال الاجماع واما قوله العقود الشرعية يحتاج الى دلالة شرعية فمسلم لكنه لا دليل على المنع بعد الاقدام على ذلك خصوصاً اذا كان بنائهما على هبة مازاد عن حقهما او صلحهما سواء كان ذلك في آخر كل يوم او كان بنائهما على الرضا بذلك مصرحاً به واذا رضى كل منهما من اول الشركة الى آخرها بكون الزيادة لكل منهما لصاحبه فهو ايضاً كان اتفاقاً على الاخر وارقاً به واكل المسال بالرضا لا بالباطل فهذا هو الدليل عليه وعموم اوفوا له والضرر منفي في المقام لان بناء الشركة على النفع والضرر كليهما والا فلا يصح شركة اصلاً لاحتمال الضرر وكذا الغرر مع ان المسلم منه في البيع لا غيره وتوقفه على الاذن مشترك الورد وتوهم ان الرضا بذلك من حيث الجهل بالحكم ولو علموا بان مازاد لم يكن لصاحبه لما يرضى منقوض بصورة العلم والرضا بذلك .

وفي مفتاح الكرامة بعد قول المصنف [وشركة الابدان بان يشترك اثنان فصاعدا فيما يكتسبونه بايديهم تساوت الصنعة او اختلفت قال ما هو لفظه : قد سمعت مافي الانتصار وهي باطلة عندنا كما في الخلاف والمبسوط والتذكرة والتحرير وايضاح النافع والروضة وفي (المفاتيح) قالوا وفي الكفاية انه المعروف من مذهب الاصحاب وفي (الخلاف) ايضاً ان عليه اجماع الفرقة واخبارهم وقد سبق الاجماع ابا على وتأخر عنه كما في المذهب واتفقت الامامية على بطلانها بعد ابن الجنييد كما في الايضاح والاختلاف في بطلانها من غير ابي على كما في المسالك .

وفى (السرائر وكشف الرموز والمختلف وشرح الارشاد للفخر والتنقيح وجامع المقاصد) الاجماع على بطلانها فكانهم اجمعوا على نقل الاجماع اذ هو محكي

في سبعة عشر كتابا أو أكثر كما سمعت وهو معلوم محصل قطعا لانه قد صرح ببطلانها وانها غير جائزة في المقنعة والنهاية والمراسم والوسيلة وسائر ما تأخر عنها الى الرياض وانما خلى عن ذلك المذهب وفقه الراوندى .

فالحجة على ذلك الاجماع والاصل وخبر الضرر والغرر وانه عقد شرعى يتوقف على الاذن فلاتصغ الى ما فى مجمع البرهان والكفاية والمفاتيح من انه لا يظهر دليل على عدم الجواز سوى الاجماع فان كان والافلامانع والالى ما حكى عن أبى على لانه لا دليل لهم على الصحة الاعموامر بالوفاء والشروط وهو لا يجرى فى الباب لانه من العقود الجائزة ومجرد التراضى لا يوجب اللزوم الخروج عن الاصل وانتقال مال هذا وفائدة عمله الى الاخر مع زيادة التفاوت بين العاملين واقصى ما يفيد التراضى الاباحة بل قد لا يفيدها مع جهلها بالفساد وندامتها أو أحد هما 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 المفاوضات والوجوه كما يأتى ان شاء الله تعالى انتهى .

وقد ظهر مما ذكرنا حال هذه العبارة وعدم انعقاد الاجماع حينئذ مع مخالفة مثل ابن الجنييد وعدم ذكر الراوندى ذلك ومخالفة مثل مجمع البرهان والكفاية والمفاتيح .

واما ما عن مجمع الفائدة فتعرف 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 ما لفظه والمعروف من مذهب الاصحاب انه لا يصح ما عدا شركة العنان فان ثبت كونه اجماعا فذاك والا كان للتأمل فى عموم الحكم المذكور مجال وظاهره صحة الجميع والاجماع غير ثابت جدا وعدم كون ذكر من المذهب 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 والروايات

وهو اعلم بصحة الروايات من غيره لذلك .

قال فى المفاتيح مالفظه قالوا : لو اشتركا بالا عمال ، بأن يكون بينهما كل ما يكتسبان بأيديهما لم يجز الا أن يتشاركا الفضل ، اتفق عملهما أو اختلف ، لامتياز كل واحد بيدنه ومنافعه فيختص بفوائده ، كما لو اشتركا فى مالين متميزين ، وكذا لو اشتركا بالمفاوضة بأن يكون بينهما كل ما يملكان وما يلتزمان من غرم ، ويحصل لهما من غنم ، لاشتماله على غرر عظيم .

وكذا لو اشتركا بالوجوه ، بأن يشتركا وجيهان عند الناس لامل لهما ، ليشترىا فى الذمة الى أجل ، فما يربحان بعد أداء الثمن فهو بينهما . أو يشترى وجيه فى الذمة ، ويفوض بيعه الى خامل ويكون الربح بينهما . أو يبيع 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 ، وما استدلوا به على المنع لا يخلو من ضعف ، ولا مانع 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 او الاجماع على بطلانها كما ادعاه فخر المحققين مما لا يخلو من ضعف وقصور مع ان عموم الوفاء بالعقود والالتزام بالشروط وآية التراضى واصالة الجواز الدالة على صحتها ولاسيما وقوع التشارك بينهما والتصالح والتراضى انتهى .

ومنه يظهر عدم تمامية قول مفتاح الكرامة فى شرحه المتقدم أننا حيث قال لادليل لهم على الصحة الاعموام الامر بالوفاء الى آخر عبارته فانا اتكلم فى كل واحد واحد ، اما قوله الامر بالوفاء بالعقود لم يوجب اللزوم لانه من العقود الجائزة فيه انه بناء عليه لادليل للعقود الجائزة كالكوكالة والهبة وغيرها لانها جائزة فلا يكون دليلاً

لهم على لزومه فغايته جواز هذه العقود وانعقاده بلا عقد اذ بعد ما كان مثل الو كالة والهبة والشركة جائزة لا يفيد بحالها عقد ولو سلم ينقذ الكل جائزا .

فهل يكون حينئذ امر لها بالوفاء اولاً والثاني كما ترى فالاول هو الصحيح فالامر بالوفاء بالعقود ثابت الا انه على سبيل الاستحباب وهو المراد بالصحة والدليل عليه فافوا بالعقود دال على الوفاء اقصاه بنحو الاستحباب والجواز لو كان العقد جائزا وليس المقصود من الصحة الا ذلك فالشركة في تلك الصور صحيحة جائزة فليس المقصود من التراضي هو اللزوم بل يكفي التراضي بنحو الجواز .

واما الشروط فتشريعها لاجل انقلاب المشروط عما هو عليه فان كان لازماً كالبيع والاجارة صار بالشرط جائزاً وبالعكس، العكس فدليل الوفاء بالشرط يجعله لازماً فقد تلخص انه لم يكن دليل لهم على الفساد بل عمومات الصحة تشمل المقام . ويمكن التمسك لصحة ذلك بما يحكى «من شركة سعد بن ابي وقاص ، وعبدالله بن مسعود ، وعمار بن ياسر فيما يغنمونه ، فأثنى سعد بأسيرين ولم يأتيا بشيء فأقرهم النبي صلى الله عليه وآله وسلم وشر كهم جميعاً» فانه صريح في صحة شركة الابدان وما حصل بواحد للجميع حيث انه عنه اقر شر كتهم وانها صحيحة واقر ما حصل الواحد كان للجميع واطلاق ذلك يشمل ما اذا كان العمل دائماً لواحد معين او اختلف .

وكذا يشمل ما اذا كان لاحدهم اقل وللآخر اكثر وكونه موافقاً للشروط وعمومات العقود يجبر ضعفه هذا مضافاً الى 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 الا شركة المفاوضات وذلك لاجل ان معنى الشركة ما حصل لهم من جهتها لامن امر آخر كحصول نفع او ضرر قهري او اختياري لم يكن مربوطاً بالشركة كالارث لانه للوارث فكونه لهما على خلاف الكتاب ولا مانع من صحة غيرها فقد عرفت من عبارة الكفاية والمفاتيح وشرحها عموم الصحة للجميع وحكى المنع صاحب الحدائق ايضاً .

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 والآخر 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 ما لفظه ولا يظهر دليل على عدم الجواز ، سوى الاجماع ، فان كان فهو ، و الا فلا مانع ، فانه يرجع الى الوكالة في بعض الامور وتمليك مال البعض الآخر ، وبذل نفس وعمل في مقابلة 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 ما تقدم فتأمل ، انتهى . ومنه ظهر عدم تمامية ما حكى عن العلامة في المختلف - في مقام الرد عليه حيث قال : لنا اجماع الفرقة ، وخلاف ابن الجنيدي 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 لطفا وهو ان مستند الحجية لحاكي الاجماع هو قطعه باستلزام ما يحكيه لرأيه عقلا من باب اللطف وانه اذا جمعوا اهل عصر في شيء لزم كونه موافقا لرأى الامام وان رأيه عَلَيْهِ فيهم والالزم عليه عَلَيْهِ القاء الخلاف لظفا حتى يخرون من ضلالة الجهل بالمسألة الا اذا انقرض عصر من ادعاه .

ولا يخفى ما فيه وكم اجمعوا اهل عصر في شيء ولم يردهم عَلَيْهِ 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 لا ينجسه شيء

فعلى قاعدة اللطف لزم عليه عليه السلام اظهار المخالفة لمن كان باطلا وكيف كان فالمسألة غير تام ولوسلم من بعض العباثر 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 الشيء ﴿ ﴾ 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 وجهه فى الذمة ، ويفوض بيعه الى خامل ويشترط أن يكون الربح بينهما ، وقيل : أن يشترك وجهه لامال له ، وخامل ذومال ليكون العمل من الوجهه ، والمال من الخامل ، ويكون المال فى يده لا يسلمه الى الوجهه ، والربح بينهما ، وقيل : أن يبيع الوجهه مال الخامل بزيادة ربح ليكون بعض الربح له انتهى .

ولا يخفى ان احسن تفاسيره هو الاول كما فى الخلاف فقال مالفظه : شركة الوجوه باطلة وصورتها ان يكون رجلان وجهان فى السوق وليس لهما مال فيعقد ان الشركة على ان يتصرف كل واحد منهما بجاهه فى ذمته ويكون ما يرتفع بينهما وبه قال الشافعى وقال ابو حنيفة انها تصح فاذا عقداها كان ما يرتفع على حسب ما شرطاه بينهما .

[دليلنا] ما قدمنا فى المسئلة الاولى من ان العقود الشرعية تحتاج الى ادلة شرعية وليس فى الشرع ما يدل على صحة هذه الشركة فيجب ان تكون باطلة انتهى ولا يخفى ما فيه .

وفى مفتاح الكرامة بعد قوله قال مالفظه [وشركة الوجوه] باطلة عندنا كما

فى التنقيح وأيضاً النافع والمسالك والروضة واجماعاً كما فى السرائر والمختلف وشرح الارشاد للفخر والمهذب البارع والتنقيح أيضاً وجامع المقاصد وفى (الكفاية) أنه المعروف بين الاصحاب وفى (المفاتيح) قالوا وقد استثنى جماعة من هؤلاء من اجماعهم أبا على وقد نص على بطلانها وعدم جوازها فى الخلاف والمبسوط والوسيلة وسائر ما تأخر عنها الى الرياض وخلا عن ذلك الكتب الستة المذكورة آنفاً والحجة 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 ما فى مجمع البرهان والكفاية .

ومن لحظ كلام الرياض فى نقل الاجماع عرف أنه تسامح تسامحاً فاحشاً قال وهذه الثلاثة بمعانيها باطلة باجماعنا .

اقول تارة يكون الكلام فى بطلان المعاملات الواقع منهما او من احدهما واخرى فى بطلان مثل هذه الشركة اما الثانى فلا دليل له على البطلان كما عرفت فى شركة الاعمال وعرفت ان كل ما ذكر فى البطلان غير تام مع اصل الرضا بمثل هذا الشرط فيشملة ادلة العقود والشروط واما الاول فلا بد من شرح اقسامه .

اما الاول الواقع فى شرح الجواهر فهو ان يكونا وجهين يعاملين باعتبارهما والظاهر لاشكال فى المعاملة ويكون المبيع او ما اشترى لهما ان قصداً كذلك وان قصد لنفسه فيقع له ولكن هذا خارج عن محل الفرض فانه فيما باع واشترى لهما غاية الامر ان يقع المعاملة لاحدهما بالاصالة ولشريكه بالوكالة فيقع نصف المبيع او المبتاع لنفسه اصالة ونصفه لشريكه فهذه الوكالة قد تقع منهما فى اول الشركة ولا تحتاج الى تكرارها فى كل بيع وشراء كالكيل المفوض فيؤديان ثمن المعاملة كلاهما والربح بينهما وهذا اذا كان لكل منهما البيع والشراء فتارة يقع ذلك من احدهما واخرى من الاخر .

واما الصورة الثانية وهى ان يتناع 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 يبعه 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 عدت 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 للآخرى ويكون الثمن عليهما والربح بينهما فمضافا الى عدم الدليل على بطلانه كان الدليل على صحته وغير الصورة الاولى داخله 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 الجنيدي ، فانه جوزها بالمعنى الاول والابى حنيفة مطلقاً وحينئذ فاذا اذن أحدهما للآخر 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 خاملاً أو لا ، صح البيع بوكالة المالك ، وللمباشر أجره المثل لعمله ، ولا شىء له فى الربح .
وكأنه أخذ ذلك مما فى جامع المقاصد قال : «وأما شركة الوجوه فان أحدهما اذا اشترى من دون توكيل الاخر له أومع قصد اختصاصه به ، فلاحق للاخر فى

الربح ، وان وكله فاشترى لهما فقد تحققت شركة العنان» انتهى فتدبر في جميع الكلمات .

﴿والشركة﴾ عندنا ﴿في المفاوضة﴾ وفي الجواهر التي هي اشترك شخصين فيما يغنمان به من ربح ، وارث ، ولقطة ، وركاز ، وغير ذلك ، ويغرمان من أرش جنابة وضمان غصب ، وقيمة متلف ، وغير ذلك مطلقاً ، فهما كما عن بعض أباستثناء قوت اليوم ، وثياب البدن والخدام وبذل الخلع والصداق والجنابة على الحر ، لعدم الدليل عليها عندنا ، بل الاجماع بقسميه على فسادها ، كالشركة بالمعنيين الاولين انتهى .

وفي مفتاح الكرامة بعد قوله [وشركة المفاوضة] قال مالفظه : باطلة اجماعاً كما في السرائر والايضاح وشرح الارشاد لولد المصنف والمهذب البارع والتنقيح وجامع المقاصد وعندنا كما في التذكرة والروضة وايضاح النافع وفي (المبسوط) انه الذي يقتضيه مذهبنا وفي (المسالك) انها باطلة الا عند ابي حنيفة ومرشد وفي (الكفاية) انه المعروف بين اصحابنا وفي (المفاتيح) قالوا وقد نص على ذلك في الخلاف والمبسوط والوسيلة وسائر متأخر عنها الى الرياض وقد خلى عن ذلك المقنعة والانتصار والنهاية والمراسم وفقه الراوندي والمذهب والحجة على ذلك بعد ذلك الاصل والضرر والغرر كما مرّ وانه عقد يتوقف على الاذن وقد سمعت مافي مجمع البرهان والكفاية .

ثم قال [وهي ان يشتركا فيما يكتسبان من مال ويلتزمان من غرم بغصب أوبيع فاسد] المراد من هذه الشركة انهما يلتزمان ما يكون عليهما من غرم وما يحصل من غنم فيلزم كل منهما للآخر مثل الذي يلزم الاخر من ارش جنابة وضمان غصب وقيمة متلف وغرامة ضمان وكفالة ويقاسمه فيما يحصل له من ميراث او يجده من ركاز ولقطة ويكتسبه في تجارة ونحو ذلك ولايستثنيان من ذلك الاقوت اليوم وثياب البدن وجارية يتسرى بها فان الاخر لا يشاركه فيها وكذا يستثنى من هذه الشركة

الجنابة على الحر وبذل الخلع والصداق اذا لزم احدهما وحكمها ان لكل منهما وعليه ما انفرد به وظاهر العبارة قصر الاشتراك فى الغرم على الغصب والبيع الفاسد وليس كذلك كما عرفت عند القائلين بها ولا يعجبني قوله فيتساويان كما فى بعض النسخ انتهى .

وعن التذكرة شركة المفاوضة أن يكون مالهما من كل شىء يملكانه بينهما . قال فى الخلاف : شركة المفاوضة باطلة وبه قال الشافعى قال ولها حكم فى اللغة دون الشرع قال صاحب اصلاح المنطق شركة المفاوضة ان يكون مالهما من كل شىء يملكانه بينهما ووافقه على ذلك مالك واحمد واسحق وابو ثور .

وقال ابو حنيفة هى صحيحة اذا صحت شرائطها وموجباتها فشرائطها ان يكون الشريكان مسلمين حريين فاذا كان احدهما مسلماً والآخر كافراً او كان احدهما حراً والآخر مكاتباً لم تجز الشركة ومن شروطها ان يتفق قدر المال الذى تنعقد الشركة فى جنسه وهو الدراهم والدنانير فاذا كان مال احدهما اكثر لم تصح هذه الشركة او اخرج احدهما من الشركة من ذلك المال اكثر مما اخرجه الاخر لم تصح واما موجباتها فهو ان يشارك كل واحد منهما صاحبه فيما يكتسبه قل ذلك او اكثر وفيما يلزمه (يلزم - خ) من غراماته (غرامته - خ) بغصب وكفالة بمال (بماله - خ) فهذه جملة ما يشترطونه من الشرايط والموجبات وبه قال سفيان الثورى والا وزاعى .

[دليلنا] انه لأدليل على صحة ذلك وانعقاد الشركة حكم شرعى يحتاج الى دلالة شرعية وايضاً هذه الشرائط التى ذكرها من اكتساب المال والغرامة باطلة فلا يصح معها الشركة وايضاً روى عنه إِنَّمَا انه نهى عن الغرر وهذا الغرر (غرر - خ) لانه يدخل فى العقد على ان يشاركه فى جميع ما يكسبه وما يضمنه بعد من غصب وضمنان وكفالة وقد يلزمه غرامة فيحتاج ان يشاركه فيها على حسب ما دخل عليه فى العقد وهذا غرر عظيم انتهى .

وحاصل المفاوضة ان يلتزم بكل نفع وضرر يتحقق بينهما ولو من غير جهة

الشركة وبطلانها اظهر من الشمس من حيث ان الشركة معناه العرفي هو ما يحصل لهما من كسبهما وما يغرم من جهة كسبهما فكل نفع وضرر يكونان راجعين الى الكسب لهما وعليهما لا اذا ورث احدهما ارثا مثلاً كان بينهما وهكذا ولا دايلاً على صحة ذلك لاعقلاً ولا شرعاً ولا لغة بل يكون على خلاف الكتاب والسنة لانهما جعل الارث للوارث لاله وللاجنبى وهكذا لو فعل احدهما شيئاً يوجب ضرراً وغرامة عليه بسوء اختياره من دون ان يكون له دخل بالشركة .

نعم يمكن تصحيحه ايضا بان يشترطاً في الشراكة بشرط ان يكون لو حصل لنافع من الخارج كالارث او الهبة او الصدقة صالحت او هبت نصفه لى بنحو شرط الفعل لالنتيجة وهكذا الاخر وكذا ان وقع ضرر على ان تنرم نصفه وقبل كل واحد واقداً على هذا النفع او الضرر يمكن ان يقال بالصحة لعموم الشرط لو لم نقل بانه شرط فى ضمن عقد الجائز لمامر من ان ادلة الشرط يجعل اللازم جائزا والجائز لازماً فعليه كان شركة المفاوضات ايضا صحيحة من حيث كونه شركة كشركة الاعمال والابدان وما لا يصح يجعل صحيحاً بالشرط فعند حصول الشرط ان عمل به احدهما والافلاخر فسخ الشركة فتأمل .

ثم انك قد عرفت ان الشركة عند الاصحاب باطلة بجميع اقسامها سوى شركة الاموال وعرفت منا صحة الجميع سوى المفاوضات فقال ﴿ وانما تصح ﴾ الشركة ﴿ بالاموال ﴾ ،

وفى الجواهر بلاخلاف فيه ، بل الاجماع بقسميه أيضاً على الصحة فيها ، وهى المسماة بشركة العنان ، من عنان الدابة ، او من « عن » اذا ظهر ، او من (المعانة) بمعنى المعاوضة ، لامكان تقرير وجه المناسبة فى الجميع ، والامر فيه سهل وان اظنوا فيه ، لكن لاثمرة معتد بها فيه انتهى .

وعن التذكرة ما لفظه الشركة على أربعة أنواع ، شركة العنان وشركة الابدان ، وشركة المفاوضات ، وشركة الوجوه ، فأما شركة العنان فهى أن يخرج كل

مالا ويمزجاه ، ويشترط العمل فيه بأبدانها ، انتهى .

وفي مفتاح الكرامة بعد قول المصنف [وأقسامها أربعة شركة العنان وهي شركة الاموال] قال مالفظه شركة العنان جائزة باجماع العلماء في جميع الامصار كما في التذكرة واجماع العلماء كما في مجمع البرهان كافة كما في ايضاح النافع ولاخلاف بين المسلمين في صحة الشركة في الاموال كما في المسالك ونحوه مافي الغنية والسرائر وفيها أيضاً وفي كشف الرموز والتنقيح الاجماع على ذلك في (الانتصار) ان مما انفردت به الامامية ان الشركة لاتصح الا في الاموال ولا تصح بالابدان. والنصوص بهامع ذلك مستفيضة وقد عرفها المصنف بالاعم وبذلك طفحت عبارات المتقدمين وقد عرفت في التذكرة وكذا التحرير بأن يخرج كل مالا ويمزجاه ويشترط العمل فيه بأبدانها ونحوه مافي الغنية والسرائر وكذا المبسوط انتهى . وصحته محل اتفاق فان الاختلاف في غيره من الاقسام فلا كلام من احد فيه من حيث الصحة نعم قد عرفت منا الكلام في امر آخر ايضا وهو لزوم مزج المالين وعدمه وعرفت بما لامزيد عليه عدم لزمه لكنه ايضا محل اتفاق بين الاصحاب ولعله لعدم تصور الشركة في غير حصول المزج ولذا في مفتاح الكرامة ايضا بعد قول العلامة ره ،

﴿والمال وهو كل ما يرتفع الامتياز مع مزجه سواء كان اثمانا أو عروضا او فلوسا﴾ قال مالفظه : لا ريب أنه من اركان الشركة وجود المال فلا بد من مال من الجانبين كما طفحت به عباراتهم وقد نطقت به الاجماع اتية بل هو ضروري وفي (الكافي والغنية والسرائر والتذكرة) في موضع منهما وكذا الارشاد انه لا بد من اتحادهما في الجنس وفي (الغنية) الاجماع على اشتراطه .

وفي المبسوط والوسيلة والسرائر ايضا وجامع الشرائع والشرائع والتذكرة ايضا وجامع المقاصد والمسالك والكفاية) انه لا بد من اتحاد الجنس والصفة بحيث لومزجا لارتفع الامتياز وفي (السرائر) الاجماع على اشتراط الاتحاد فيهما .

وفى (الخلاف ان ذلك مجمع على انعقاد الشركة (به) ولم يحك فسى
التذكرة على ذلك اجماع وقد حكى فى الرياض الاجماع على عدم صحة الشركة
فى الاموال الامع الاتحاد فى الجنس والصفة عن الغنية والخلاف والسراير والتذكرة
ومن لحظ ما حكيناه عرف انه خلط وان نلمه جرى فى الغلط وقد خلط بقية العبارات
عن ذلك كله وقد طفحت عباراتهم كالمبسوط والخلاف والكافى والوسيلة والغنية
والسراير وغيرها بانها لاتصح بدون المزج وانها انما تصح مع المزج وادعى فى
الغنية والسراير الاجماع على ان من شرطها خلط المالىن حتى يصيرا مالا واحدا .

(وفى التذكرة وظاهر جامع المقاصد) الاجماع على انها لاتصح بدون مزج
المالىن وفى (الخلاف) ان ذلك مجمع عليه (قال فى النافع) تصح مع امتزاج
المالىن المتجانسين على وجه لا يمتاز أحدهما عن الاخر انتهى فليتأمل .
والحاصل ان كلمتهم متفقة على ان المزج شرط فى الصحة ومتى لم يخلطاه
لم تصح وماخالف فى ذلك الابوحنيفة وصاحب الحدائق قال :

(الاول) اذا قالا قد اشتر كنا انعقدت الشركة وان لم يمزجاه كالكو كالة وفيه ان
الشركة ليس من شرطها ان يكون من جهة الوكيل مال وقال :

(الثانى) انا لم نظفر لهم بدليل على ما ذكره 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 الا الاشتباه وهو مشترك
وأىضا قد يحصل التفاوت قيمة ووصفا فى المتجانسين وحكى عن التذكرة أنه قال
فيها تذييب اذا اشتركا فيما لا مثل له كالثياب وحصل المزج الرافع للتمييز تحققت
الشركة وقال انه يعلم من ذلك أن عقد الشركة يتحقق فى غير المتجانسين مسن
العروض (قلت) كانه لم يلحظ الكتاب ولا التحرير ولا المبسوط ولا الشرائع .

(قال فى التحرير والتذكرة) الشركة جائزة فى النقدين اجماعا وكذا فى

العروض عندنا سواء كانت من ذوات الامثال او من غيرها على وجه لا يمكن التمييز معه ومثله بما اذا مزجها مزجا يحصل معه الاختلاط وظاهرهما وظاهر جامع المقاصد الاجماع 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 أو موزونة .

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 وهو قضية كلام الخلاف انتهى موضع الحاجة .

هذه كلمات القوم فى مزج المالىن ولازمه عدم الصحة فى اشياء لم يحصل المزج رأسا فى الامتعة والعروض كما عرفت من عبارتهم الاختلاف فى بعض الاشياء وعدمه من حيث بقاء الامتياز بعد المزج بناءً عليه .

توضيحه ان المالىن او الاموال لابد وان يكون مشتركا بينهما وحينئذ فان كان مشتركا قبل ايقاع العقد كمال الموروث فمعلوم وان لم يكن مشتركا فتارة يمكن مزجها كالحبوب والمايعات والدرهم والدينار فمزجها قبل العقد او بعده ليصير رأس المال مشتركا واخرى لا يمكن مزجها كما اذا كان لاحدهما خشبا او ارزا وللآخر حديدا او فرشا او حيوانا مثلا فلا بد من ارجاعهما الى الخلط قبل العقد او بعده حتى يتحقق الشركة وطريق الخلط حينئذ ان يبيع او يبالغ احدهما نصف امواله بصاحبه فيحصل الشركة فى هذا النصف بينه وبين صاحبه .

وهكذا فعل الاخر بصاحبه نصف امواله فيصير ان شريكين فى رأس المال المشترك فكل ما باع من هذه الاجناس كان ثمنها مشتركا بينهما حيث ان المال الذى رأس مالهما صار مشتركا فثمنه كان كذلك وهكذا فى جميع المعاملات الواقعة منهما كانت الشراكة بين المالىن متحققا مادامت الشراكة باقية ولاجل ذلك كانت الشركة بالاموال

مشروطة بحلظ المالكين اولا وقبل الشركة اذ لولم يحلظ المالكين اذا بيع احدهما كان ثمنه لصاحب المال فلا يحصل الشركة اصلا .

وهكذا بالنسبة الى الاخر اذا افرض ان احدهما مختص بمال غير ممزوج فكل ماعامل به وباع واشترى كان لنفسه فلا جرم لا بد من 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 في ذلك تعرف عدم الاحتياج الى المزج وعدم دليل عليه وان كان المزج اولى واقرب الى الشركة لكنه لا بحيث اذا لم يحلظ حكم بالبطلان ويترتب على عدم لزومه البطلان كما يظهر من العبارات الاختلاف في بعض الاشياء مثل القيميات والامتعة المختلفة بخلاف ما اذا كان المقصود مجرد يد كليهما عليه وكان في تحت اختيارهما بحيث كان لهما التصرف فيها بالبيع والشراء وكيف كان فقد عرفت عدم دلالة نص على المزج سوى خبر دعائم الاسلام وهو مضافا الى عدم معارضته مع النصوص الكثيرة والى ضعفه كان من المحتمل من قوله واذا اراد رجلان ان يشتركا الخ كان من مصنفها ولذا قال في الجواهر بعده ما لفظه: وان كان يحتمل بل هو الظاهر أن قوله «واذا» الى آخره من مصنفها ، لا فيما رواه عن جعفر بن محمد عليه السلام ، الا أنه 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 وسلم عليا فلا يكون الشركة فى الرباع والارضين ولا الشركة فى الهدى مناسباً للشركة فى المعاملات والكسب بل بينهما بون بعيد اذ الشركة فى الهدى فى الثواب ومقابلته الشركة فى الاموال ولذا قال قده بل هو الظاهر لان عدم المناسبة يعطى كونه من مصنف الكتاب .

وعلى اى حال فلا دليل فى البين على المزج رأساً فكيف يمكن فى مثل مسألة

عامة البلوى لم يشرفى 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 المخلاف اذا
اخرج احدهم ادراهم والاخر دنانير لم تنعقد الشركة، وبه قال الشافعى، وقال ابو حنيفة :
تصح - دليلنا - انهما مالان متميزان ولا يختطان ، ومن حق الشركة اختلاط المالين
فوجب أن تبطل ، ولان ما اعتبرناه لاختلاف فى عقد الشركة به وما ذكره 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 الشيع والافلاوجه لاعتبار الامتزاج
نقلا وكشفا لعدم الدليل على اعتباره بالخصوص وانما اعتبره الاصحاب لافادة
الشيع 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 المتوقع عليه الشركة .

وحاصله انه لولا الامتزاج لما تأثر للعقد ولا يتحقق وعلى هذا يمكن ان يكون
الاجماع على هذا الحدس وان لزومه شرط لتحقق الشركة فقيه 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 المالين موجود
وفى اختيارهما فالشركة عبارة عن تعهد المالين او اكثر عن الكسب والتجارة كل
باجازة الاخر عن مال مجتمع فى مكان اعم من ان يكونا ممزوجين او اقلو كان
اجماعهم على هذا الوهم فهو وهم فاسدوان الشركة متحققة بدون المزج وان الشركة

العقدية عبارة عن ايجاد هذا المعنى فى الخارج سواء كان مال ممزوج قبلا او لا فانها لا يتوقف عليه فقوله شار كنانك فى معاملاتى معناه ايجاد هذا المعنى فى الخارج ولازمه ايجاد ما يتحقق به التجارة والشركة باتيان المالىن ومزجهما او جمعهما وادخالهما معا ولو بنحو الامتياز وهذا هو الشركة العقدية .

واما الشركة القهرية التى من غير اختيار فليس مربوطا بالعقد بل هو لايجاد موضوع من الاحكام وهو عدم التصرف فى ماله الممزوج الا باجازة الاخر فالتصرف قبل المزج جائز لمالكه وبعده لا يجوز الا باجازة 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 او بيده كذلك او ناسيا 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 ما لفظه .

﴿مسألة - ٤﴾ يشترط على ما هو ظاهر كلماتهم فى الشركة العقدية مضافا الى الايجاب و القبول و البلوغ والعقل والاختيار وعدم الحجر لفلس او سفه امتزاج المالىن سابقا على العقد ولاحقا بحيث لا يتميز احدهما من الاخر من النقود كانا او من العروض بل اشترط جماعة اتحادهما فى الجنس والوصف والظاهر عدم اعتباره بل يكفى الامتزاج على وجه لا يتميز احدهما من الاخر كما لو امتزج دقيق الحنطة بدقيق الشعير ونحوه او امتزج نوع من الحنطة بنوع آخر بل لا يبعد كفاية امتزاج الحنطة بالشعير وذلك للعمومات العامة كقوله تعالى : (او فوا بالعقود) وقوله عَلَيْهِمَا : (المؤمنون عند شروطهم) وغيرها هما بل لولا ظهور الاجماع على اعتبار الامتزاج امكن منعه مطلقا عملا بالعمومات ودعوى عدم كفايتها لاثبات ذلك كما ترى لكن الاحوط مع ذلك ان يبيع كل منهما حصة مما هوله بحصة مما للاخر او يهبها كل

منهما للآخر او نحو ذلك في غير صورة الامتزاج الذى هو المتيقن هذا ويكفى في الايجاب والقبول كل مادل على الشركة من قول او فعل انتهى ما في المتن .

قوله ره بل لا يبعد كفاية امتزاج الحنطة بالشعير ظاهر في 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 واطهر منه قوله امكن منعه مطلقا اي منع الامتزاج عملا بالعمومات فعمومات الاخبار خالية عن قيد الامتزاج .

وقال الشارح الحكيم ره بعد قوله كقوله تعالى او فوا بالعقود ما لفظه التمسك بالعموم المذكور يتوقف على أن عقد الشركة مفاده جعل الاشتراك في كل من المالين ، أما اذا كان مفاده الاذن في التصرف وأن الاشتراك انما يستند الى المزج فلا يجدى شيئا في اثبات الشركة في الفروض المذكورة اذ الشك يرجع الى الشك في اقتضاء الامتزاج الشركة المذكورة والاصل عدمه والتفكيك في عقد الشركة بين الموارد مما لا يمكن 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 في خلط الحنطة بالشعير فدعوى الاجماع على عدم تحقق الشركة فيه قريبة جدا اذ قد طفت عباراتهم بذلك مرسلين له ارسال المسلمات ولاجله يخرج عن العمومات المقتضية للصحة وهذا هو العمدة في سقوط العمومات انتهى .

قوله اما اذا كان مفاده الاذن الخ فقد عرفت ان العقد وانشائه لا يصح كون مفاده الاذن فمجرى الصيغة لا ينشأ بقوله شاركك معى هو الاذن ولو كان لازمه الاذن ايضا لكن مفاد الانشاء هو الالتصاق والمعية في جميع امورهما .

واما قوله بعد تقويته الاجماع ولاجله يخرج عن العمومات الخ ففي غاية الفساد اذ مناط الرجوع اليه في جميع الموارد هو العمومات وكيف يمكن سقوطها لاجل الاجماع مع ان حجيته لاجل قول الامام وكشفه في غاية الاشكال ما لم يصرح به الاخبار الاترى الى قول شيخنا المرتضى في 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 فلانظيل اكثر من ذلك حيث قدم ما يكفي المتأمل فيه . فان قلت فالشركة الحقيقية هي شركة الاموال كما ذكرت فلاوجه لصحة الابدان والمواجهة وغيرهما لعدم مال في البين يقتضى الشركة بينهما من اول الشروع وعلى ما ذكرت جميعها صحيحا مع عدم مال في البين . قلت اما المواجهة فالمفروض انه اشترى بوجهته نسيئة وهو في قوة المال ويحصل رأس المال فما اشتراه الموجه كان لهما باشتراكهما شريكان مع العين المشتراة مشاعا وذمتها مشغولة بثمنه فاذا باع العين المشتراة وربح كان الربح لهما ايضا مشتركة وادى الموجه الثمن ايضا عن جانبه و جانب شريكه فلا فرق في هذه الجهة بينها وبين شركة الاموال اقصاه ان في الثاني كان رأس المال موجوداً من اول العقد وفي الاول يحصل باول معاملة مع غيرهما واما الابدان فلا حاجة لها الى المال اذا الفرض ان قوامها بالعمل فاذا قلنا بالصحة فلا يحتاج الى المال .

﴿و يتساوى الشريكان في الربح و الخسران مع تساويه﴾ اي المالين بلا اشكال ﴿و﴾ كذا لا اشكال ﴿لو كان لاحدهما زيادة ، كان له من الربح بقدر رأس ماله ، و كذا عليه من الخسارة﴾ و في الجواهر بلاخلاف في شيء من ذلك ، مع اتفاقهما في العمل ، أو اختلافهما فيه ، بل الاجماع بقسميه عليه ، والسنة مستفيضة أو متواترة فيه ، مضافا الى اقتضاء أصول المذهب و قواعده في المشاع ذلك ، بل هو مقتضى الاصول العقلية ايضاً انتهى

قال في الخلاف لافرق بين ان يتفق المالان في المقدار او يختلفا فيخرج احدهما اكثر مما اخرجه الاخر وبه قال اكثر اصحاب الشافعي وقال ابو القاسم الانماطى من اصحابه اذا اختلف مقدار المالين بطلت الشركة .

[دليلاً] انه لا دلالة على بطلان هذه الشركة والاصل جوازها وقوله المؤمنون

عند شروطهم ﴿و﴾ انما الكلام فيما ﴿لو شرط لاحدهما﴾ فى عقد الشركة ﴿زيادة فى الربح مع تساوى المالىن أو التساوى فى الربح والخسران مع تفاوت المالىن﴾ مع عدم مقابلة ذلك بعمل زائد والا فيجوز وبالجملة ان الزيادة تاره فى مقابل عمل زائد عن الاخر واخرى مع تساويهما فى العمل و الاول ايضا لاشكال فيه و الثانى محل خلاف بين الاصحاب و ﴿قيل﴾ والقائل الشيخ، وابنا ادريس، وزهرة، والقاضى وجماعة ، بل عن السيد منهم الاجماع عليه كما عن ابن ادريس نسبتبه الى الاكثر ﴿تبطل الشركة اعنى الشرط والتصرف الموقوف عليه ، يأخذ كل ﴾ 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 لالشركة المعنونة ابتداء لان امتزاج المالىن متحقق واليه اشار المصنف بقوله اعنى الشرط والتصرف وقال الشهيد ره فى شرح الارشاد ان الموصوف بالصحة والبطلان ليس نفس الشركة العنانية اذ لا يمكن 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 الا الشرط المدلول عليه بالصيغة وما يلزمه اللهم الا ان يمنع من كون الشركة بمعنى العقد المذكور هى العنانية كما يظهر من التذكرة انها مركبة من مزج المالىن والعقد لكن يشكل بانها اذا لم تكن شركة العنان فهى احد الاتسام الاخر لاتفاق الفقهاء على انحصار الشركة الصحيحة فى شركة العنان وانحصار مطلق الشركة فى المذكورات وغاية ما ينزل يقال انها تطلق على المعنيين معالكنها فى الثانى اظهر وكيف كان فالباطل هو الشركة بمعنى العقد المذكور ثم على القول بالبطلان امامطلقا او على بعض الوجوه يثبت لكل واحد اجرة مثله ويقسمان الربح على نسبة المالىن ويتقاصان ولو اصطالحا بعد

ظهور الربح على ماشرطاه اولا او على غيره صحح على ماسلف في الصلح انتهى .
وحاصله ان المراد ببطلان الشركة بطلان شرط الزيادة لا الشركة ولا يخفى
مافي هذا التعبير حينئذ مع كونه على خلاف القائلين بالبطلان .

قال في الخلاف لايجوز ان يتفاضل الشريكان في الربح مع التساوى في المال
ولان يتساويا فيه مع التفاضل في المال ومتى شرطا خلاف ذلك كانت الشركة باطلة
وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة يجوز ذلك .

[دليلنا] ان ماقلناه مجمع على جوازه وليس على جواز ما ذكره دليل انتهى .
وظاهره بطلان اصل الشركة لا للشرط فهل المقصود من المتن هو ذلك فلم
فسر بطلان الشركة بقوله اعني الشرط وان كان مراده بطلان خصوص الشرط فلامعنى
لقوله يبطل الشركة وكيف كان فالاقوال ثلاثة بطلان الشركة والشرط وصحة كليهما
وبطلان الشرط دون المشروط ظاهر عبارة الخلاف بطلان الشركة ودليله الاجماع
وحيئنذ يبطل الشرط ايضا وليس على جوازه دليل ولا يخفى ان الدليل اوفوا بالعقود
وقوله المؤمنون عند شروطهم والفرض ان الشرط كون زيادة لربح مع تساوى
المال مسن دون عمل زائد وهو منعقد على تراضى الطرفين فسا قول بعدم الجواز
بلادليل .

والحاصل اما ان يرضى حين عقد الشركة بذلك او بعد انعقاد العقد وعلى
الاول قد وقع التراضى على هذا النحو من الشركة فيشملة جميع الادلة الشرعية
وعلى الثانى لا يكون داخلا في عقد فلو وقع النزاع في ذلك بعد الاتفاق على كون
الشرط في ضمن العقد لاوجه للنزاع ولا تبطل 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 مواده ليس بسواء بل قد يسرى فساده الى فساد المشروط فاذا وقع التراضى فى المقام على تساوى الربح مع كون رأس ماله اقل من الاخر فمعنى عدم صحة الشرط وصحة الشركة هو قبول الشركة بدون الشرط والفرض ان الشارط لا يقبله فمعنى بطلان الشرط عدم وقوع الشركة على ميله فالامر يدور بين بطلانها او صحتها والاول كما ترى فالحق هو صحة الشرط والمشروط كليهما وهو منقول عن المرتضى والعلامة وولده وقد نقل عنهم فى الحدائق فقال ما لفظه .

الثانى - ما ذهب اليه المرتضى واليه ذهب العلامة ووالده وولده من القول بالصحة ، وادعى عليه المرتضى الاجماع ، واحتجوا بالادلة العامة مثل قوله تعالى «أوفوا بالعقود» و«الآن تكون تجارة عن تراض» قد وقع على ما شرطاه ، وقوله بَيِّنَاتٍ «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 ما احتج به اصحاب القول الثانى : فقد عرفت جواب بعضه من احتجاج اصحاب القول الاول ، وبقي منه دعوى الاجماع ، وهو تشبث بما هو اوهن من بيت العنكبوت ، وأنه لا وهن البيوت .

«واما الاستناد الى الاية» الآن تكون تجارة عن تراض « ففيه أن الشركة ليست تجارة ، فلاتناولها» الاية انتهى .

ويرد عليه ان المقصود من التجارة هو كل ما يوجب نفعا للانسان فيعم غير خصوص البيع والشراء هذا مضافا الى ان الشركة ليست الا فى التجارة فهو كاف فى الصحة فهذا القول قوى .

ثم نقل عن ابي الصلاح التفصيل بين الشرط والشركة وصحة الثانى دون

الاول فقال مالفته .

الثالث - ماذهب اليه أبو الصلاح من صحة الشركة دون الشرط وجعل شرط الزيادة اباحة لها يجوز الرجوع فيها مادامت العين باقية، قال على مانقله عنه في المختلف اذا تكاملت الشروط انعقدت الشركة ، ووجب لكل واحد من الشريكين من الربح بمقدار ماله ، ومن الوضعية بحسبه ، فان اصطلحوا في الربح على اكثر من ذلك ، حل تناول الزيادة بالاباحة ، دون عقد الشركة ، ويجوز لمبيحها الرجوع فيها مادامت العين قائمة ، فان اشترط في عقد الشركة ، تفاضل في الوضعية صحت الشركة ، وبطل الشرط ، وكانت الوضعية بحسب الاموال ، الا أن يتبرع أحد الشريكين على الاخر ، فسان كان أحد الشريكين عاملا فجعل له الاخر فضلا في 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 ايضا قبل عن اختياره .

﴿والاول اظهر﴾ عند المصنف وجماعة ممن تأخر عنه ، لانه أكل مال بالباطل وقد عرفت خلافه ﴿هذا اذا عملا في المال ، أما لو كان العامل أحدهما ، وشرطت الزيادة للعامل صح ، ويكون بالقراض أشبه﴾ بل لاخلاف فيه بينهم ﴿وإذا اشترك المال لم يجز لاحد الشركاء التصرف فيه الامع اذن الباقي﴾ لوضوح حرمة التصرف في مال الغير بغير اذنه ، ﴿فان حصل الاذن لاحدهم تصرف هو دون

الباقين ﴿﴾ لحصولها بالنسبة اليه دونهم .

﴿﴾ ولكن ﴿﴾ يقتصر من التصرف على ما أذن 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 .

وهو فى 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 لان عدم الاذن كاف فى عدم الجواز .

﴿﴾ على كل حال ﴿﴾ لوأذن كل واحد من الشريكين لصاحبه جاز لهما التصرف وان انفردا ﴿﴾ لاطلاق الاذن ﴿﴾ عدم مايدل على تقييدها بذلك نعم ﴿﴾ لوشرط الاجتماع لم يجز للانفراد ﴿﴾ الذى لم يؤذن فيه ﴿﴾ ولو تعدى المتصرف ما حد له ضمن ﴿﴾ .

وفى الجواهر لقاعدة اليد وغيرها من غير فرق فى التعدى بين ان يكون 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 واحد منهما 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 كى لزم على الوكيل هو الاقتصار على مورد الاذن فى العمل بخلاف الشركة فلو تجاوز عن حد الاذن ليس الالمورد النفع لهما فلا يعد من التمدى والتفريط الموجب للضمان فانهما قوامهما بالقصد ولا قصد للشريك الذى يعلم ان اثر تفريطه وتقصيره يرجع اليه ايضا فلو تجاوز عن مورد الاذن فلا يكون الاقصد جلب نفع او دفع 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 فى فعله للضمان فلا يتم ما عن التذكرة ولقد حكى عنه فى الحدائق فقال فيها ما لفظه .
وقد صرح فى التذكرة فى غير موضع بان اذن الشريك توكيل ، فيجب حينئذ أن يراعى فيه ما يجب مراعاته فى الوكالة فلا بد أن يقتصر على ما اذن له فيه ، كما يجب على الوكيل ان يقتصر على ما وكل عليه ، فلو تعدى فى بعض المواضع عن محل الاذن أثم وضمن ، وحيث كانت الشركة من العقود الجائزة دون اللازمة بالاجماع فلكل من الشركاء الرجوع فى الاذن والمطالبة بالقسمة .

أما الاول فان مبناه على الاذن فى التصرف ، وهو فى معنى الوكالة ، فتكون جائزة ، وأما الثانى فلانه لا يجب على الانسان مخالطة غيره فى ماله ومقتضى الاصل أن يتصرف كل منهما فى ماله كيف شاء انتهى .

﴿ولكل من الشركاء الرجوع فى الاذن﴾ الذى هو كالتوكيل ﴿والمطالبة بالقسمة لانها غير لازمة﴾ وفى الجواهر على وجه يجب الاستدانة عليها ، اذ «الناس مسلطون على اموالهم» بأنواع التسلط الذى منه افرازه عن غيره ، انتهى .

وفى القواعد قال ويجوز الرجوع فى الاذن والمطالبة بالقسمة ثم علله بقوله اذ الشركة من العقود الجائزة من الطرفين وفى مفتاح الكرامة بعده قال اجماعا كما فى الغنية والتذكرة وحكاها فى مجمع البرهان عن التذكرة مستدلا به ومستندا اليه وقد طفحت بالحكم (جملة) من عباراتهم كالسراير وجامع الشرائع والشرائع والنافع

والتحرير والارشاد وشرحه وجامع المقاصد والمسالك وغيرها وهو قضية أكثر كلماتهم كما سمعت آنفا انتهى .

وظاهر العبارة هو الاتفاق على كون الشركة من العقود الجائرة .

قال في التذكرة مالفظة الشركة عقد جائز من الطرفين وليست من العقود اللازمة بالاجماع فاذا اشتركا بمزج المالين واذن كل منهما لصاحبه في التصرف فلكل من الشريكين فسخها لان الشركة في الحقيقة توكيل وتوكل فلو قال احدهما للاخر عزلتك عن التصرف اولا تتصرف في نصيبى اعزل المخاطب عن التصرف في نصيب العازل ويبقى له التصرف في نصيبه ولا يعزل العازل عن التصرف في نصيب المعزول الا بعزل متجدد منه ولو فسخاها معا فان الاشتراك باق وان لم يكن لاحدهما التصرف في نصيب الاخر ولو قال احدهما فسخت الشركة ارتفع العقد وانفسخ من تلك الحال وانعز لاجمعا عن التصرف لارتفاع العقد وقال بعض الشافعية اعزاهما مبنى على انه يجوز التصرف بمجرد عقد الشركة ام لا بد من التصريح بالاذن ان قلنا بالاول فاذا ارتفع العقد اعزلا وان قلنا بالثاني وكانا قد صرحا بالاذن فلكل منهما التصرف الى ان يعزل وكيف ما كان فالشافعية على ترجيح القول بانعزاهما انتهى .

والفرق بين عزلتك عن التصرف وبين فسخت واضح لامكان عزل المخاطب عن التصرف وبقاء تصرف العازل في نصيبه لان نصيبه ايضا مشاع وكل ما يكون لكل واحد كان مشتركا بينهما بنحو الاشاعة فيكون بعد المنع ممنوعا عن التصرف مع بقاء الشركة .

والحاصل كثيرا ما يتفق عدم الميل من الشريك في تصرفه فمنعه من الجميع او من خصوص البيع او خصوص الشراء فلان منافاة بين المنع عن التصرف وبقاء شركته وفي الجواهر مالفظة هذا ، ولكن ينبغي أن يعلم أنه بناء على ثبوت عقد الشركة للاذن في التصرف يتجه انفساخه بقول أحدهما : فسخت الشركة ، لانه

عقد جايز فيرتفع العقد حينئذ من أصله بذلك ، بخلاف مالوقال أحدهما للآخر : عزلتك ، فانها لا تنفسخ بذلك ، وان اعزل المعزول بذلك ، إلا أن العازل يبقى على الاذن له في التصرف ، لاشتمال الشركة على ماهو كالكالتين ، ووقوع العزل عن احدهما لا يقتضى العزل من الاخرى .

ولعله الى ذلك اشار في التذكرة بالفرق بين قول أحدهما فسخت العقد ، وقوله عزلتك ، فما وقع عن بعضهم من التامل زاعماً عدم الفرق بينهما في غير محله ، وذلك لوضوح الفرق باعتبار اقتضاء الفسخ رفع العقد من أصله ، بخلاف العزل ونحوه الذى هو كالمانع من اقتضاء العقد أثره ، وكذا لو وقع المنع عن التصرف لم يحتج الى عقد جديد للشركة ، بخلاف مالو فسخه فتأمل جيداً انتهى ولا يخفى ان الدليل على كون عقد الشركة جائزة هو الاجماع حيث انهم متفقون على جوازه وسيأتي الكلام فيه انشاء الله ﷻ وليس لاحدهما المطالبة باقامة رأس المال ، بل يقتسمان العين الموجودة مالم يتفقا على البيع ﷻ لعدم تسلط أحدهما على الاخر بالاقامة المزبورة وفي 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 ما فى 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 .

ﷻ ولو شرط التأجيل فى الشركة لم يصح ﷻ اى لم يلزم بل بقى على جوازه ومع هذا الشرط كان لكل واحد الفسخ متى شاء وفي مفتاح الكرامة بعد قول المصنف [ولا يصح 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 فلا يؤثر شرط التأجيل فيها بل لكل فسخها قبل الاجل وهو معنى قوله فى السرائر لا يلزم فيها شرط الاجل وقوله فى الغنية لا تلزم مؤجلة

اجماعا وقوله في الكافي لاتأثير للتأجيل في عقد الشركة وعليه ينزل مافى المقنعة والنهاية حيث قال فيها الشركة بالتأجيل باطلة وقوله في النافع لاتصح مؤجلة بأن يكون المراد من العبارات الثلاث بطلان التأجيل بمعنى عدم لزومها الى الاجل لان عقد الشركة باطل ولذا قال في المقنعة عقيب ذلك ولكل واحد من الشريكين فراق صاحبه أى وقت شاء ومن الاحتمالات الواهية حمل العبارات الثلاث على ما اذا اشترطا لزومها الى الاجل فنفسد هي أيضا لان الاذن منهما في التصرف مبنى على اشتراطهما للزوم وتوهمهما صحة الشرط وحيث فسد فسد المشروط وقوله في الكافي لاتأثير للتأجيل معناه لاتأثيره في 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 في عقد الشركة ولكل شريك مفارقة شريكه أى وقت شاء ، وان كانت مؤجلة .

وحاصل الجميع ان شرط التأجيل في الشركة غير لازم حيث ان اصل الشركة غير لازمة فشرطها ايضا غير لازمة فمع شرط التأجيل ان اراد احدهما الفسخ قبل او ان الوقت صح له ذلك من حيث ان الشركة جائزة فلا يحتاج الى الشرط قال في الحدائق لو شرط التأجيل في 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 ، فلا يؤثر 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 في وجوب المضى على الشركة الا أنه يؤثر فيما ذكرناه ، فله أثر في الجملة .

ونقل في المختلف عن الشيخين أنهما قالوا : الشركة بالتأجيل 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 : ولاتأثير للتأجيل فى عقد الشركة ، ولكل ، شريك مفارقة شريكه أى وقت
شاء وان كانت مؤجلة .

ثم قال : والعبارتان رديتان ، والتحقيق أن للتأجيل أثراً وهو منع كل منهما
من التصرف بعده الا باذن مستأنف ، وان لم يكن له مدخل فى الامتناع من الشركة ،
اذلكل منهما الفسخ قبل الاجل . انتهى .

اقول الردائة 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 لاقبل الاجل ولا بعده
وفى المسالك بعد قوله ولو شرط التأجيل قال المراد بصحة التأجيل المنفية ترتب اثرها
بحيث لا تكون لازمة الى الاجل وانما لم يصح لانها عقد جاز فلا يؤثر شرط التأجيل
فيها بل لكل منهما فسخها قبل الاجل نعم يترتب على الشرط عدم جواز تصرفهما بعده
الباذن مستأنف لعدم تناول الاذن له فلشرط الاجل اثر فى الجملة انتهى .

﴿ وكيف كان فلا خلاف فى أنه ﴾ لا يضمن الشريك ماتلف ﴾ من مال
الشركة الذى ﴾ فى يده لانه امانة الامع 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 يدأمانة على ماتحت يده ، كالمستودع والوكيل ، يقبل قوله فى

الخسران والتلف مع اليمين ، كالمستودع اذا ادعى التلف ، سواء أسند التلف الى سبب ظاهر أو خفى ، فلا يضمن الامع التفريط ، ويقبل قوله فى عدم ما يوجب الضمان من التعدى ، وكذلك فى عدم الخيانة ، ويقبل قوله فى عدم الشراء بمال الشركة اذا ادعى الشراء بما يخصه ، وكذا اذا ادعى الشراء بالمشترك انتهى .

﴿ ويقبل قوله مع يمينه فى دعوى التلف ، سواء ادعى سبباً ظاهراً كالفرق والحرق أو خفياً 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 ولاشكل أن ﴿ القول قوله مع يمينه لو ادعى عليه الخيانة أو التفريط ﴾ لكونه منكراً والبينة على المدعى واليمين على من أنكر ﴿ ويطل الاذن بالجنون والموت ﴾ .

وفى الجواهر والاعماء وغيرهما مما تبطل به العقود الجائزة كالحجر لسفه أو فلس وغير ذلك بخلاف أصل الشركة ، فانها لا تبطل بشيء من ذلك ، نعم ينتقل أمر القسمة الى الوارث أو الولى أو غيرهما كما هو واضح انتهى .

والوضوح ان كان راجعاً الى بطلان خصوص الاذن فهو وان كان فى محله لكن لا يلزم منه صحة بقاء الشركة مع ان الشركة قائمة بنفس الميت فلامعنى لبقائه بعدموته . وفى المسالك بعد قول المصنف ويطل الاذن بالجنون والموت قال لبطلان الوكالة بهما وفى معناهما الاعماء والحجر لسفه والفلس ثم فى صورة موت يكون القسمة للوارث ان لم يكن دين ولا وصية والابنى على الانتقال اليه وعدمه انتهى . وفى مفتاح الكرامة بعد قول المصنف وتنفسخ بالجنون والموت قال ما لفظه

قد صرح بانفساخها بالموت في المقنعة والنهاية والمبسوط والمراسم والكافي والغنية والنافع وفي (الغنية) الاجماع عليه ومعناه وان عرض لاحدهما وقد صرح بانفساخها به وبالجنون في الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والكفاية وزيد في التذكرة انفساخها بالاغماء والحجر والسفه وزيد في التحرير وجامع المقاصد والمسالك على الثلاثة المذكورة انفساخها بالفلس والوجه في 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 الذي قدمات وفي هذه المقامات لا يبقى اصل العقد ونظيره الاجارة كما سيأتى انشاء الله .

قال في التذكرة وكذا يفسخ بموت أحدهما وجنونه ، واغماؤه والحجر عليه للسفه ، كالوكالة ، ثم في صورة الموت ان لم يكن على الميت دين ، ولا هناك وصية تخير الوارث بين القسمة مع الشريك وفسخها ، وبين تقرير الشركة ان كان بالغاً رشيداً ، وان كان صغيراً أو مجنوناً فعلى الولي ما فيه الحظ من فسخ الشركة او باقائه ولا بد في تقرير الشركة من عقد مستأنف : وان كان على الميت دين لم يكن للوارث التقرير على الشركة الا أن يقضى الدين من غير مال الشركة ، ولو كان هناك وصية ، فان كانت لمعين فهو كاحد الورثة ، يتخير بين التقرير والفسخ ان تعلق الوصية بذلك المال ، وان كانت لغير معين كالفقراء لم يجز تقرير الشركة الا بعد خروج الوصية ، فاذا خرجت الوصية بقي 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 احد الشريكين عن شريك الاخر والرد اليه ﴿وليست بيعاً﴾ ولا صلحاً ولا غيرهما ﴿سواء كان فيها رد أولم يكن﴾ .

وفى المسالك بعد قوله القسمة وهى تميز الحق قال ذكر فى هذا الكتاب نبذة من احكام القسمة لمناسبة المقام واختر باقى الاحكام الى كتاب القضاء ولو جمعه هنا لكان انسب واعلم ان القسمة عندنا تميز حق الشركاء عن حق الاخر وليست ببيع وان اشتملت على رد لانها لا تفتقر الى صيغة ويدخلها الاجبار فى غير تلك الافراد التى يدخلها الجبر فى البيع ويتقدر احد النصيبين بقدر الاخر مع تساويهما والبيع ليس فيه شىء من ذلك واختلاف اللوازم والخواص المطلقة يدل على اختلاف الملازومات والمعروضات وخالف فى ذلك بعض العامة مطلقا وفى قسمة الرد بشبهة ان كل جزء يفرض مشترك بينهما فتخصيص كل واحد بجزء معين وازالة ملك الاخر عنه بعوض مقدر وهو ملكه فى الجزء الاخر على جهه التراضى يقتضى البيع لان ذلك حده وهذا انما يتم على تقدير تسليم كون البيع كك ومنعه واضح بل له صيغة خاصة ايجابا وقبولاً بخلاف القسمة ولا يلزم 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 وغير ذلك انتهى .

﴿ولا تصح الا باتفاق الشركاء﴾ بلا خلاف أيضاً ولا اشكال 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 او الشركاء فيعطى ارض التى من الشركة فى مقابل الدرهم والدينار الذين عند الاخر .
قال فى الحدائق الظاهر أنه لا خلاف بين أصحابنا فى أنها برأسه امر موجب

للتملك الشريك حصة الشريك الاخر بحصته ، فاذا حصلت بشرائها حصل بها الملك ، وليست بيعاً ولا صلحاً ولا غيرهما ، لعدم وجود خواص الغير فيها كصيغة البيع ايجاباً وقبولاً ، او غيره (من العقود ، ويدخلها الاجبار في غير أفراد البيع التي يدخلها الاجبار ، ويتقدر احد النصيبين بقدر الاخر مع تساويهما ، والبيع ليس كذلك ، بل يجوز فيه الزيادة والنقصان بينهما ، واختلاف اللوازم تدل على اختلاف الملزومات انتهى .

يعنى ان التقسيم عبارة عن رد مال احدهما الى الاخر فصار بعد القسمة والرضا ملكاً جديداً لخصوص احدهما من دون ان يكون بيعاً ويمكن ان يكون صلحاً قهرياً بل الاحوط هو الصلح مع الرضا وكيف كان فمع عدم الضرر فلا اشكال فيه ولو مع الاجبار كما قال المصنف .

﴿ ثم هي ﴾ بالنسبة الى الاجبار عليها مع طلب احد الشركاء وعدمه ﴿ تنقسم ﴾ قسمين ﴿ فكل ما لا ضرر في قسمته ﴾ على أحد الشركاء ولو من جهة الاحتياج الى رد ﴿ يجبر الممتنع مع التماس الشريك ﴾ أو ليه ﴿ القسمة ﴾ بلا خلاف أجده فيه أيضاً بل الظاهر الاتفاق عليه ، ولعله العمدة بعد قاعدة وجوب إيصال الحق الى مستحقه مع عدم الضرر والضرار ، ﴿ وتكون ﴾ الاقسام ﴿ بتعديل السهام ﴾ بالاجزاء ان كانت في متساويها كيلاً أو وزناً أو زرعاً أو عدداً بعدد الانصباء أو بالقيمة بحيث لا يتفاوت القيمتان الامع الرضا ولو بالفرق والتفاوت .

﴿ والقرعة ﴾ فانها أيضاً ما يوجب رفع الاختلاف بهافي الجملة فانها لموارد المشكلة وهي كما في الجواهر بان يكتب أسماء الشركاء أو السهام كل في رقعة وتصان ويؤمر من لم يطلع على الحال باخراج احداها على اسم أحد المتقاسمين أو أحد السهام ، هذا ان اتفقت السهام قدرأ ، ولو اختلفت قسم على أقل السهام : وجعل لها أول يعينه المتقاسمون : والالحاكم ونكتب أسماؤهم ، لأسماء السهام حذراً من التفريق ، فمن خرج اسمه أولاً 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 منصوباً منهما ، فالمشهور على ما قيل الاحتياج الى رضى بعد القرعة ، خصوصاً في قسمة الرد لاشتمالها على المعاوضة المتوقفة على ما يدل على الرضا بذلك انتهى .

ولا يخفى انه مع دلالة النص لا يصل النوبة بالقرعة لانها لكل امر مشكل ولا مشكل مع النصوص وهنا موجود فان ظاهر جملة من النصوص الاكتفاء بالرضا من دون قرعة كخبر غياث «عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام في رجلين بينهما مال : منه بأيديهما ومنه غائب عنهما ، فاقسما ما في أيديهما ، وأحال كل واحد منهما نصيبه ، فما اقتضى أحدهما فهو بينهما ، وما يذهب منهما» ومثله خبر الثمالي عن أبي جعفر عليه السلام وخبر محمد بن مسلم عن أحدهما وصحيحاً معاوية بن عمار وعبدالله بن سنان وخبر سليمان بن خالد فان ظاهر الاقسام لما في أيديهما ذلك .

ويمكن ان يقال ان مورد هذه الاخبار هورضا الطرفين ولا اشكال فيه مع الرضا والكلام فيما لم يحصل رضا الجميع مع الاجبار على القسمة من بعض الآخر ولم يكن بحيث يقسم على كل واحد بالسوية .

وليس المقسم من جانب الامام المعصوم حتى يصح مطلقاً مع الرضا وعدمه بل القسمة بين الشركاء ومن الممكن كون الاموال مختلفة وبعضها الاراضى وبعضها المواشى بحيث لا يمكن التقسيم بنحو يطابق سهم احدهما مع سهم الآخر فلا بد حينئذ من الرضا او بيع الجميع ويقسم بينهما بالسوية .

وكيف كان فالظاهر وجوب تحصيل رضا الشركاء ومع امكانه يرتفع الاشكال والافلامجال الابالقرعة 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 لا يحتاج الى القرعة وبدونه هي الدليل ولو مع

عدم الرضا وعدم امكان حصوله فان معها رضاية مالك الملوک ولو لم يرض به الشريك وانما يكون الواجب تحصيل رضاه فى خروج ماله عن تحت يده اذا امكن ولو بالبيع ومع عدم الامكان واردة الاخرين بالنفكيك لامجال الابالقرعة .

وفى الحدائق مالفظه متى حصلت القسمة والتميز بين السهام سواء كانت القسمة اجبارية ، أو قسمة رد بحيث عدلت السهام على ما يقتضيه القسمة ، فلا بد للتعين بحيث يصير كل سهم ملكاً لمالك من أولئك الشركاء من القرعة ، وبها يصير ملكاً له ، لا يجوز التصرف فيه الا باذنه ، كساير أملاكه .

والظاهر كما صرح به المحقق الاردبيلى - انه بعد خروج القرعة لا يحتاج الى رضا الشريك مرة أخرى ، زيادة على الرضا باصل القسمة ان كانت قسمة رد . لان القرعة قد اخرجت للتعين ، وقد تعين بها مال كل واحد منهما ، وقيل انه ان كانت القسمة اجبارية ، فانه لا يحتاج 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 ، فلا بد من لفظ يدل عليها ، وأقله ما يدل على الرضا ، ونقل ذلك عن الشيخ على مافى شرح الفوائد ، 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 يكفیان ، على أن منسوب الامام ايسر بوكيل للشريك حتى يقبل له فانه منصوب للقسمة والقرعة فقط انتهى .

ولا يخفى متانة هذا القول اى التفصيل بين كون القسمة اجبارية فلا يحتاج الى الرضا بل تكفيه القرعة وان كانت قسمة رد ولم يكن المقسم من جانب الامام منصوباً 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

ما قسم له فما عن المحقق الكركي والمسالك متين فالمسألة غير خال عن الاشكال
ثم انه قد بعد نقل كلام الاردبيلي وقول الكركي والمسالك قال ايضا :
وانت خبير بأن أحداً من الاصحاب لم ينقل في هذا المقام خبراً ولا دليلاً
على شيء من هذه الاحكام ، بل غاية ما يستدلون به أمور اعتبارية ، مع أن هنا جملة
من الاخبار يمكن الاستناد اليها في 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 بأيديهم ، مثلياً كان
ذلك المال أوقيمياً بعد تعديله كما تقدم من غير توقف على قاسم من جهة الامام ،
ولأقرعة في البين بأن رضى كل منهم بعد تساوى السهام بنقل حصته ، مما في يد
شريكه بحصة شريكه مما في يده ، وكذلك قسمة مافي الذمم مما لم يكن في أيديهما ،
الأنة ^{بالتالي} أبطل قسمة الغائب انتهى .

ولا يخفى 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 هو بديهي انه ولو كان التقسيم بين انفسهما لا بدوان يتم بالرضا والقرعة
لاتفيد ظناً اصلاً بل لم اصابت الواقع بالاتفاق وانما تقبل من حيث امر مالك
الملوك وصاحب الشرع لرفع التحير وقبولها عنده ولو كانت غير مصاب فتكون
بمنزلة قبول فتوى المجتهدين ولو في صورة الخطاء كما هو مذهب المخطئة في مقابل
العامّة تدبير .

وفي الجواهر بعد نقل الروايات المتقدمة مألظه : قلت : قد يقال : بمنع صدق
الاقتسام شرعاً بعد فرض اعتبارها فيه ، بناء على ما حكاها عن الاصحاب على المجرد
عنها ، فلادلالة حينئذ بما في النصوص المزبورة على ما ذكره خصوصاً بعد تعارف
القرعة قديماً وحديثاً بين المشرعة في قسمة الاموال المشتركة بل قد يقال : ان
تعريف القسمة بأنها تمييز الحقوق بعضها عن بعض يقتضى أن صحة الشريك كلي

دائرين مصاديق متعددة فمع فرض تراضى 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 المالكين 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 لا يتحقق الاقسام بدونها ، لعدم كون المدار فيه رضاها بأن ماله من الحق فيما في يد شريكه هو عوض ما في يده ، كى تكون من قبيل المعاوضات ، الى ان قال والقرعة لاستخراج خصوص مال كل منهما من المصداق المتردد واقعا ، فتكشف حينئذ عن كون حقه فى الواقع ذلك ، ولولسبق علم الله تعالى بوقوعها عليه ، ولا يحتاج بعد الى عموم ، أو عقد آخر يقتضى الملك أو اللزوم فتأمل جيدا فإنه دقيق نافع وأيقال : ان القرعة مشروعة للمتعين ، كما شرع قبض المستحق من المستحق عليه فى الدين مثلا كذلك الى ان قال :

ومع الاغضاء عن ذلك كله يمكن الاكتفاء بظهور اتفاق الاصحاب على اعتبار القرعة فى القسمة شرعا مؤيدا بتعارف ذلك بين عوام المتشعبة ، فضلا عن خواصهم بل قد عرفت اعتبار الرضا بعد القرعة من بعضهم فى الجملة ، ولأقل من أن تكون القرعة كالعقد فى اللزوم ، وفاقدتها كالمعاطاة ، نحو ماسمعته من الاردبيلي ، وأما احتمال عدم اعتبارها أصلا وأن التراضى كاف فى الانتقال واللزوم ، فلا ينبغي الاغضاء اليه بوجه من الوجوه ، هذا كله بناء على ما حكاه عنهم ، والافتد يقال : ان مراد الاصحاب اعتبار القرعة حال عدم التراضى 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 الحقيقى وانه بها يتعين مال كل وهو مع الرضا لاشكال فيه وبدونه بمجرد القرعة محل تأمل وتمام الكلام فى كتاب القضاء .

أما مع فرض التراضي منهما فلا بأس كما يؤمى إليه قول المصنف ﴿أمالو أراد أحد الشركاء التخيير ، فالقسمة جائزة لكن لا يجبر الممتنع عنها﴾ .
 وفي الجواهر ضرورة صراحة ذلك في مشروعية القسمة بدونها ، وأن الفرق بينهما وبين الأولى جبر الممتنع عنها دونها ، واصرح منه ما في اللمعة في القسمة في القضاء «وإذا عدلت السهام واتفقا على اختصاص كل واحد بسهم ، لزم ، والا أقرع» وفي الروضة في شرحها «لزم من غير قرعة ، لصدق القسمة مع التراضي الموجبة لتمييز الحق ، ولا فرق بين قسمة الرد وغيرها ، والاتفقا على الاختصاص أقرع» وهو صريح في عدم اعتبارها في أصل القسمة الاحال عدم التراضي ، والمحدث البحراني قد صرح باعتبار القرعة حينئذ ، وعدمها مع التراضي ، وهو عين ماسمعه منهم ، فما أدري أين محل انكاره انتهى .

بقي الكلام في الجبر على القسمة وعدمه ، وحاصل البحث فيه أنك قد عرفت جبر الممتنع عنها في كل ما لا ضرر فيها على أحدهما لما سمعت ﴿وكل ما في﴾ قسمة ﴿ضرر﴾ عليهما ﴿كالجوهر والسيف والعضايد الضيقة﴾ قال في الصحاح: اعضاء كل شيء ما يشيد حواليه من البناء وغيره كاعضاد الحوض ، وهي حجارة تنصب حول شفيره ، وكذلك عضادات الباب : وهما خشبتاه من جانبيه .

وعلى كل حال فما كان نحو ذلك ﴿لا يجوز قسمته﴾ بمعنى أنه لا يجبر الممتنع عنها لقاعدة نفي الضرر والضرار ، والنهي عن السرف والتبذير ، وتلف المال في غير الفرض الصحيح ، لكن في المتن هنا لا يجوز ﴿ولو اتفق الشركاء على القسمة﴾ ولعل الظاهر في الرضا وعدم تضييع المال والا لا يجوز ولو مع الرضا لعدم جواز تضييع المال وتبذيره فان المبذرين كانوا اخوان الشياطين .

فلا يجوز تنصيف عقيق او ياقوت قيمتهما الالوف حتى ينتهي الى اخس قيمة وادنى بمجرد رضا صاحبيه وذلك واضح فلو صح التمسك بقاعدة الناس مسلطون على اموالهم لزم جوازه لقاء الاموال في البحر وفي مكان لا يمكن الوصول اليه

وهو كما ترى فلا يجوز تضييع الاموال لو خلى وطبعه وبعناوين الاولوية الابوارض
لامناس عنها .

فاذا وقع ضرر على احد من قبل الاحكام فينبى 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 اجرة ، جمعاً بين الحقيق وصوناً للمال عن التلف ، وجبراً
للضرر كما صرح به فى الدروس ، ولعل ذلك من السياسات ، بناء على أن للحاكم
ذلك ونحوه ، وحينئذ لا ينحصر الامر فى ذلك ، فله حينئذ بيعه عليهم ، مع كونه
كما عن بعض العامة من كون ذلك وجهاً ، أما مع قطع النظر عنها فالمتجه ما صرح
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 اقوالاً
ثلاثة : اولها : أنه عبارة عن نقصان العين أو القيمة ، نقصاناً لا يتسامح فيه عادة .
ثانيها : أنه عبارة عن عدم الانتفاع بالمال أصلاً .

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 لا ينتفع به فى السكنى ،
وان أمكن الانتفاع به فى غير ذلك .

ولا يخفى عليك مافى الثانى والثالث ضرورة اقتضاء قاعدة نفي الضرر والضرار
الاعم من أولهما ، وقاعدة وجوب اىصال الحق الى مستحقه الطالب له ما ينافى
ثانيهما فتعين حينئذ تفسيره بالاول ، ولو فرض الضرر على أحدهما بالقسمة ، والاخر
بعدهما ، فزع الى الترجيح ، ومع فرض التساوى الى القرعة ، هذا كله فى الضرر
الناسى 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 .

﴿ولا يقسم الوقف﴾ وان كان مشتركاً بين أربابه ، بلا خلاف أجده فيه ، ﴿لان الحق ليس بمنحصر فى المتقاسمين﴾ يزيد اولادهم زماناً بعد زمان وقرناً 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 مشروحاً وحيث كان محل المسألة فى كتاب الوقف فاكفى بما ذكره فى الحدائق قال مالفظه: قد صرح الاصحاب بأنه لا يصح قسمة الوقف بأن يأخذ كل واحد من الشركاء فيه بعضاً ويتصرف فيه على حدة وتفصيل هذا الاجمال أن يقال : انه متى كان الواقف واحداً أو متعدداً والموقوف عليه متعدداً كان يقف زيادته على ذريته من الموجودين وماتناسل منهم وقفاً مؤبداً مشتتلاً على شرائط الصحة واللزوم ، أو يكون نصف الدار لزيد ، ونصفها لعمر ، فيقف كل منهما حصته على تلك الذرية مثلاً ، فانه فى هذه الصورة لا يجوز للموقوف عليهم قسمة الوقف ، لانه اولاً على خلاف وضع الواقف والموقوف على ما وقفت عليه ، كما ورد به النص .

وثانياً أن الوقف ليس ملكاً 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 لو تعدد الواقف والموقوف عليه بان كانت الدار مشتركة بين ريد وعمر أو أنصافاً ، فوقف زيد بنصفه على ذريته ووقف عمر بنصفه على ذريته ، فانه يجوز للموقوف عليهم من الطرفين قسمة هذا الوقف ، بأن يميزوا أحد الواقفين عن الاخر ، ومتى كان جزء من المال وقفاً ، وجزء منه ملكاً ، كبيت مثلاً بنصفه وقف ، ونصفه ملك ، فانه يجوز قسمته ،

وتتميز الملك من الوقف ، ويكون ناظر الوقف بمنزلة الشريك يتولى المقاسمة مع المالك انتهى ،

الفصل الثالث في لواحق هذا الباب وهي مسائل: الاولى لودفع انسان دابة ﴿ مثلًا ﴾ و آخر 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 لا مزيد عليه ﴾ ﴿ وبناء على البطلان ﴾ كان ما يحصل ﴿ حينئذ ﴾ للسقاء عليه اجرة مثل الدابة والراوية ﴿ وقيل : انهم يقسمون اثنائاً ، 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 فلا فرق بين كونه دائماً او دفعة او دفعات فالاجرة حينئذ بين الثلاث بالسوية .

﴿ الثالثة ﴾ وهي ما ﴿ لو حاش صيداً أو احتطب أو احتش بنية أنه له ولغيره ، لم تؤثر تلك النية وكان ما جمعه له خاصة ﴾ .

ولا يخفى ان هذه المسألة ايضاً غير مربوطة بالشركة ومحلها احياء الموات كما في الحدائق وتحقيقتها في محلها ﴿ وهل يفتر المحيز في تملك المباح الى نية التملك ؟ قيل : لا وفيه تردد ﴾ ونحوه وقع للفاضل في القواعد .

ولا يخفى التنافي بين قوله وكان ما جمعه له خاصة وبين قوله هل يفتر 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 فلا مدخلية في التملك قصد الغير لقوله « بإيلا » من أحياء أرضاميتة فهي له « الذي هو كالقول بأن من حاز شيئاً فهو له في الملكية قهراً ، وأنه من باب الاسباب ، فلا تعتبر النية .

المسألة الثالثة : لو كان بينهما مال بالسوية فاذن أحدهما ﴿ خاصة ﴾ لصاحبه

في التصرف ﴿ بالمال المشترك ﴾ على أن يكون الربح بينهما نصفين ، لم يكن قراضاً ، لانه لا شركة للعامل في مكسب مال الامر ﴿ قوله لم يكن قراضاً مضافاً وذلك لان المضاربة كان المال للامر فقط للعامل فللمال للعامل حتى يكون شريكاً في نفعه بل المقام هو الشركة بشرط كون العمل لاحدهما مع تساوى المالين وتساوى الربح وقد عرفت سابقاً صحة شرط تساوى الربح لاحدهما مع تساوى المالين لكن كون عمله اقل من الاخر او لا يصح وهو تكرار لتلك المسألة لكنه عند المصنف ليس من قبيل ذلك حيث قال ﴿ ولا شركة ﴾ اصطلاحية ﴿ وان حصل الامتزاج ﴾ في المال ، لعدم كون العمل منهما ﴿ بل ﴾ لا ﴿ يكون ﴾ المال في يد العامل الا ﴿ بضاعة ﴾

وفي الجواهر وذلك لان حصة الشريك مال مبعوث للتجارة في يد الوكيل قال في الصحاح : البضاعة طائفة من المال تبعثها للتجارة ، تقول أبضعته واستبضعته : أى جعلته بضاعة ، وفي المثل كمستبضع تمر الى هجر ، وبنحو ذلك صرح في القواعد لكن لا يخفى عليك بناؤه على اعتبار العمل منهما في الشركة ، وقد عرفت البحث فيه سابقاً كما أنك عرفت الحال فيما لو شرط التفاوت في الربح مع الربح مع التساوى في المالين والمسألة من شقوق ما عرفت بل عينها .

المسألة ﴿ الرابعة ﴾ : اذا اشترى أحد الشريكين متاعاً ، فادعى الاخر أنه اشتراه لهما وانكر فالقول قول المشتري ﴿ بلا خلاف كما في الجواهر ﴾ مع يمينه ، لانه أبصر بنيتيه ﴿ كذا ﴾ لو ادعى أنه اشترى لهما ، فانكر الشريك فـ ﴿ ان ﴾ القول أيضاً قوله ﴿ بيمينه ﴾ لمثل ما قلناه ﴿ من كونه أبصر بنيتيه بعد فرض كونه أميناً .

المسألة ﴿ الخامسة ﴾ : لو باع أحد الشريكين سلعة بينهما و ﴿ الحال ﴾ هو ﴿ اى البائع ﴾ و وكيل ﴿ عن جانب الشريك ﴾ فى ﴿ البيع ﴾ و ﴿ القبض ﴾ للثمن عن صاحبه ﴿ فادعى المشتري تسليم الثمن ﴾ اجمع ﴿ الى البائع ﴾ ولكن البائع انكر تسليم الثمن اليه ﴿ وصدقه الشريك ﴾ الاخر الضمير البارز راجع الى المشتري اى صدق الشريك المشتري باعطاء الثمن الى البائع وحينئذ ﴿ براء المشتري من

حقه ﴿ اي من حق الشريك الاخر لا اعتراف الشريك بوصول حقه الى وكيله اذ كان البايع وكيله على الفرض ﴾ وقبلت شهادته على ﴿ البايع الذى هو ﴾ القابض ﴿ من المشتري ﴾ فى النصف الاخر وهو حصّة ﴿ نفس ﴾ البايع ﴿ فالشريك بتصديقه اسقط نصف نفسه عن المشتري باعترافه بان وكيله اخذه والنصف الاخر الذى كان للبائع اسقط ايضا بقبول شهادته على آخذه ﴿ لارتفاع التهمة عنه فى ذلك القدر ﴾ لا الكلى اذ فى الكلى معناه ان سهم الشريك ايضا قد اخذه وكيله فلزم على الوكيل دفعه الى الشريك فتكون الشهادة فى النفع وهو تهمة فلا تقبل فى سهمه ولنا كلام محله كتاب القضاء واجماله ان المشتري مدعى لدفع الثمن فعليه البينة واذا فقدت فالقول قول البايع المنكر للدفع وشهادة الشريك على فرض عدالته ليست بينة فانها عدلين لا الواحد ثم لاسمعى للتبعيض فى الشهادة ثم التهمة لاتجتمع مع العدالة اذ لازم الاجتماع هو الشهادة فيما فيه نفع وترك ما هو حق هو مع العدالة تناقض فالعادل لا يشهد الا فيما علم انه حق كانت له او عليه فلزم اما اشتراط عدم التهمة من دون لحاظ العدالة او العدالة من دون لحاظ التهمة .

وتمام الكلام فى جميع ذلك فى كتاب القضاء والشهادة انشاء الله ثم ان هذا هو الحكم الاول الذى كان رفع المشتري الثمن الى البايع وانكره البايع ﴿ و ﴾ اما الحكم الثانى فهو ما ﴿ لو ادعى ﴾ المشتري ﴿ تسليمه الى الشريك ﴾ الاخر والشريك ينكره ﴿ فصدقه البايع ﴾ باعطاء الثمن اليه ﴿ لم يبرء المشتري من شىء من الثمن ﴾ لامن حصّة البايع ولامن حصّة الشريك .

اما الاولى ﴿ لان حصّة البايع لم يسلم اليه ﴾ وهو واضح لان الفرض اعطاه الثمن الى الشريك « ولا » يسلمه « الى وكيله » ايضا لان الشريك ليس وكيله عن البايع فالدفع اليه على فرض تسليم الشريك دفع الى الاجنبى فضلا عما اذا انكر الدفع اليه فكما لا ينفع الدفع الى الاجنبى فكذلك لا ينفع الدفع الى الشريك الغير الوكيل عن البايع فالدفع الى الشريك وان كان لامن حيث انه وكيل خصوصا اذا انكر

الدفء اليه فالشريك منكر والقول قوله مع يمينه ، فاذا حلف أدى المشتري جميع الثمن .

ثم ان ظاهر المتن حيث قال ولا الى وكيله هو ان الشريك لم يكن وكيلاً عن البايء ففرض الحكم فى هذه الصورة يعنى اذا لم يكن وكيلاً عن البايء وحينئذ فقبضه الثمن كلابض وصح ان يقال نصف البايء لم يصل الى وكيله على فرض الدفع وفى المسالك بعد قول المصنف ولو ادعى تسليمه قال النزاع فى هذه المسئلة مع شريك البايء الاذن فى قبض البايء وهى قبض البايء وهى فى مقابلة الاولى وجملة احكامها ان البايء اما ان يكون قداذن للشريك فى قبض حصته او لا وعلى التقديرين فاما ان يكون الشريك المدعى عليه اذن ايضاً للشريك فى القبض ام لا فان كان الشريك مأذوناً له فى القبض برىء المشتري من حصة البايء لاعترافه فقبض وكيله ثم يبقى هنا خصوصتان كما تقدم احديهما بين البايء والشريك والاخرى بين المشتري والشريك والمصنف ترك حكم هذا القسم لامكان استنباطه مما تقدم وان لم يكن مأذوناً له فى القبض لم يبرىء المشتري من حصة البايء ولم يتوجه بينهما خصومة لانه لم يدفع حصته اليه ولا الى وكيله ولا من حصة الشريك لانكاره فيقدم قوله بيمينه مع عدم البينة ثم اذا طالب البايء بحصته فللشريك مشاركتة فيه لانكاره القبض كما فى قبض كل مشترك وله ان لا يشاركه ويطالب المشتري بجميع حقه فان شارك سلم للبايء ربع الثمن خاصة وليس للبايء مطالبة المشتري بعوضه لاعترافه بظلم الشريك له فى المشاركة وبرائة ذمة المشتري وانعزاله عن الوكالة بقبض الشريك واما الشريك فيستكمل حصته من المشتري على تقدير الشركة للبايء لان حقه منحصر فيهما انتهى .

وتمام الكلام فى باب الشهادة وهذا كله فى الحكم الاول .

واما الكلام فى الحكم الثانى وهو قبول شهادة البايء على الشريك ﴿و﴾ قد

﴿قبل تقبل شهادة البايء﴾ هنا على الشريك فى وصول حقه اليه ، كما قبلت شهادة الشريك عليه فى المسئلة السابقة ، لعدم التهمة كما فى الجواهر .

وفي المسالك بعد قوله وقيل يقبل شهادة البايع قال اى يقبل شهادة البايع للمشتري فى قبض الشريك منه لعدم التهمة حيث ان الشريك ليس وكيلا للبايع وحق البايع باق على المشتري على التقديرين فليست الشهادة متبعضة كالاولى نعم لو كان الشريك ماذونا فى القبض تبعضت الا انه غير مفروض المصنف ووجه ما اختاره من المنع انه وان لم يكن شريكه فيما قبضه الا ان الشهادة يجزى نفعاً 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 و اشار بقوله فى المسألتين الى شهادة البايع فى هذه والشريك فى السابقة وقد تقدم ما يدل 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﴾ احدهما شهادة الشريك على البايع ثانيهما شهادة البايع على الشريك ولعل وجه المنع لزوم التبعض 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 ما لفظه :

وتفصيل الكلام هنا أن يقال ان البايع هنا اما أن يكون قد أذن للشريك المدعى عليه فى قبض حصته من الثمن اولا وعلى التقديرين فاما أن قد أذن أيضاً لشريكه البايع فى القبض أم لا، وحينئذ فان كان الشريك المدعى عليه ماذونا فى القبض برىء المشتري من حصة البايع ، لاعترافه بقبض وكيله حيث أنه صدق المشتري فى دعواه الدفع لشريكه ، والحال أنه ماذون منه وان لم يكن ماذوناً فى القبض لم يبرىء المشتري من حصة البايع ، لانه لم يدفع حصته اليه . ولا الى وكيله أما عدم الدفع اليه فظاهر لان المشتري انما يدعى الدفع على شريكه .

وأما عدم الدفع الى وكيله فلان المدعى عليه غير وكيل ، ولا مأذون كما هو المفروض ، وكذا لا تبرىء ذمته من حصة الشريك المدعى عليه ، لانكاره القبض .
 وحينئذ فيقدم قول الشريك المدعى عليه بيمينه مع عدم البينة .
 ثم ان طالب البايع المشتري بحصته ، فلشريكه مشاركة في ذلك كما في كل مال مشترك لانه منكر للقبض ، والمال الذي في ذمة المشتري مشترك بينهما ، وله أن لا يشاركه ، بل يرجع على المشتري بحصته ويطالبها ، وعلى تقدير مشاركته للبايع في حصته التي قبضها من المشتري انما يبقى للبايع ربع الثمن وليس للبايع مطالبة المشتري بعوض ما اخذه شريكه ، لانه يعترف بظلم الشريك له في المشاركة ، وأخذه نصف ما قبضه .

ثم انه متى شارك فيما قبضه رجع ببقية حصته على المشتري ، لان حقه منحصر فيهما ، وأما قوله في آخر العبارة «وقيل : تقبل شهادة البايع والمنع في المسألتين اشبه» و اشار بالمسألتين الى هذه المسألتين وسابقتها باعتبار اشتمالها على شهادة الشريك للمشتري على البايع ففيه تفصيل .

أما في المسئلة السابقة فقد تقدم بيانه ، وأما في هذه فانه لا يخلو اما أن يكون الشريك المدعى عليه القبض مأذوناً من جهة شريك البايع في القبض أم لا ، فعلى الاول لا تقبل لحصول التهمة ، لانه بالنسبة الى حصته يشهد لنفسه على الذي لم يبيع لان المفروض أن القابض مأذون من جهته في القبض ، ووكيل عنه ، فهو في الحقيقة يشهد لنفسه على شريكه .

و حينئذ يلزم تبعض الشهادة ، واذا ردت في بعض المشهود به هل تسمع في الباقي أم لا ؟ وجهان : عندهم .

وأما على الثاني فانها تقبل لعدم التهمة ، حيث ان الشريك ليس وكيلاً للبايع في القبض ، وانما حق البايع باق على المشتري كما تقدم ، فليست الشهادة متبعضة كالاولى ، هذا ما يفهم من تقرير الاصحاب في المسئلة انتهى .

وفى الجواهر قال ما لفظه : ثم ان كان المشتري قد اقام البينة باقباضه البايع جميع الثمن ، كان للاذن المطالبة بحصته قطعاً ، اما اذا كان ذلك بشاهد ويمين ، او باليمين المردودة فلا . وان قلنا انها كالبينة ، لانها كذلك فى حق المتخاصمين فيما تخصما فيه ، لامطلقاً .

نعم للشريك حينئذ احلاف البايع على عدم قبض حصته فان نكل حلف الاذن اليمين المردودة ، واخدمته ، وليس للبايع الرجوع بذلك على المشتري ، ولا مخصصته لانه بزعمه ظالم انتهى .

وتحقيق الجميع فى كتاب القضاء انشاء الله .

المسألة السادسة : لو باع اثنان عبيدين ، كل واحد منهما لواحد منهما بافتراده صفقة بثمان واحد ، مع تفاوت قيمتهما قيل : يصح البيع ويكون الثمن مشتركاً بينهما على نسبة قيمة ماليهما ، للاصل السالم عن معارضة الجهالة بالثمن ، لكنه غير تام لعدم ارتفاع الجهالة ولم يعلم ثمن ما يكون لاحدهما بنحو التفصيل ولا يكفى بنحو الاجمال (و) منه يعلم صحة ما قيل : يبطل لان الصفقة تجرى مجرى عقدين ، فيكون ثمن كل واحد منهما مجهولاً كما عرفت (أ) مالو كان العبدان لهما على الشركة (أو كانا لواحد جاز) بلاخلاف ولا اشكال بل (و) وكذا لو كان لكل واحد قفيز من حنطة مثلاً متساوية القيمة على انفراده فباعا هما صفقة ، لانقسام الثمن عليهما بالسوية فلا جهالة حينئذ كما هو واضح .

المسألة السابعة : قدينا أن شركة الابدان باطلة (و) فلو وقعت وآجرا أنفسهمها مثلاً بعنوان الشركة (فان تميزت أجرة عمل أحدهما عن صاحبه) بالتسمية (اختص بها) ولا يشار كه الاخر فيها قد عرفت 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 ما قبل أجرة مثل عمله) نحو ما سمعته فى المسألة (الثامنة: اذا باع الشريكان) مثلاً (سلعة) بينهما (صفقة) وعقدأ واحداً لعقدين

﴿ثم استوفى أحدهما منه شيئاً﴾ أي سهمه ولو بنية أنه له ﴿شاركه الآخر فيه﴾ كما في كل دين مشترك بين اثنين فصاعداً وفي الجواهر وذلك لأن كل جزء جزء منه مشاع بينهما، فإن ما في الذمة انما يخالف الشخصي الخارجى في الكلية والجزئية، أما الاشاعة فهما على حد سواء فيها انتهى فقصده اخذ ثمن سهمه فقط دون شريكه باطل واستدل بروايات ففي المرسل عن أبي حمزة قال: «سئل أبو جعفر عليه السلام عن رجلين بينهما مال منه بأيديهما، ومنه غائب عنهما، فاقسما الذي بأيديهما، وأحال كل منهما نصيبه من الغائب، فاقضى أحدهما، وام يقترض الآخر، قال: ما اقضى أحدهما فهو بينهما ما يذهب بماله».

ومثله خبر غياث «عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام، الأ أنه قال: «ما اقضى أحدهما فهو بينهما، وما يذهب 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 وفي خبر عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام «سألته عن رجلين بينهما مال، منه دين ومنه عين، فاقسما العين والدين، فنوى الذى كان لاحدهما من الدين أو بعضه، وخرج الذى للآخر أيرده على صاحبه؟ قال: نعم ما يذهب بماله».

ولا يخفى 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 المشتري فهذا الذى اخذه بين الشريكين لانفس الاخذ ولو أخذه الاخذ لنفسه وبنية كونه له لالشريكه ووجهه واضح لانه اخذ ثمن مبيع كان بينهما فلا وجه لجعله لنفسه ولو اخذ نصف الثمن بقصد انه سهم نفسه كى يأخذ نصفه الباقي شريكه لايجوز لوضوح انه كل ما اخذ كان مشاعا بينه وبين شريكه فالمتن واضح على القواعد ولولم يكن فيه نص والنصوص ظاهرة فى انفساخ الشركة لظهور فاقسما الذى بأيديهما اذ قسمة بأيديهما

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 الذي كان لاحدهما
في القسمة وحكم عَلَيْهِ حينئذ بانه توى منهما من حيث انه قبل الوصول الى ايديهما
كان لهما .

وبالجملة الحكم في المتن بكون المأخوذ منهما من حيث انه مال الشركة
وفي النصوص من حيث ان مال الشركة بعد التقسيم وفسخ الشركة كان حكمه حكم
قبل القسمة في كون تلفه ايضاً منهما .

وفي الخلاف ما لفظه اذا كان بينهما شيء فباعاه بضمن معلوم كان لكل واحد منهما
ان يطالب المشتري بحقه فاذا اخذ قدر حقه شاركه فيه صاحبه وللشافعي فيه قولان
احدهما مثل ما قلناه والآخر وهو الاظهر عندهم انه لا يشاركه فيه .

[دليلنا] اجماع الفرقة فان هذه المسئلة منصوصة لهم ورواياتهم واردة بها
وايضاً فان المال الذي في ذمة المشتري غير متميز فكل جزء يحصل من جهته فهو
بينهما انتهى .

ثم اخذهما الجميع فان كان وكيلا عن الآخر في القبض والاخذ فلا كلام والافقد
اخذ بسهم الآخر بلاذن ويجب الرد اليه فوراً الا اذا اجاز كونه عنده امانة .

المسألة التاسعة : اذا استأجر للاحتطاب أو الاحتشاش أو الاصطياد مدة معينة
صححت الاجارة لعموم أدلتها الشامل لذلك ويملك المستأجر ما يحصل من ذلك
في تلك المدة لانه نماء عمله المملوك له ، فهو في الحقيقة كالعبد المملوك الذي
يكون لسيدته وتحقيقه سيأتى انشاء الله في كتاب الاجارة ولو استأجره لصيد شيء
بعينه لم يصح ، لعدم الثقة بحصوله غالباً بناء على اشتراط ذلك فيها وتامامه في
كتاب الاجارة .

وقد وقع الفراغ من تسويد هذه الاوراق بيد الحقير العاصى محمدرضا بن
الحسين المشتهر بالمحقق غفر الله له ولوالديه فى سنة ١٤٠٧ الهجرى
ويتلوه انشاء الله كتاب المضاربة ثم اعلم انى اكتفيت فى شرح
المتن ونقل الاقوال والروايات بما شرحه ونقله فى الجواهر
من غير زيادة الا فيما 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
خمسمائة نسخة وهو قليل فاسئل الله المؤمنين
ان تحفظوها من الحوادث الموجبة لزواله

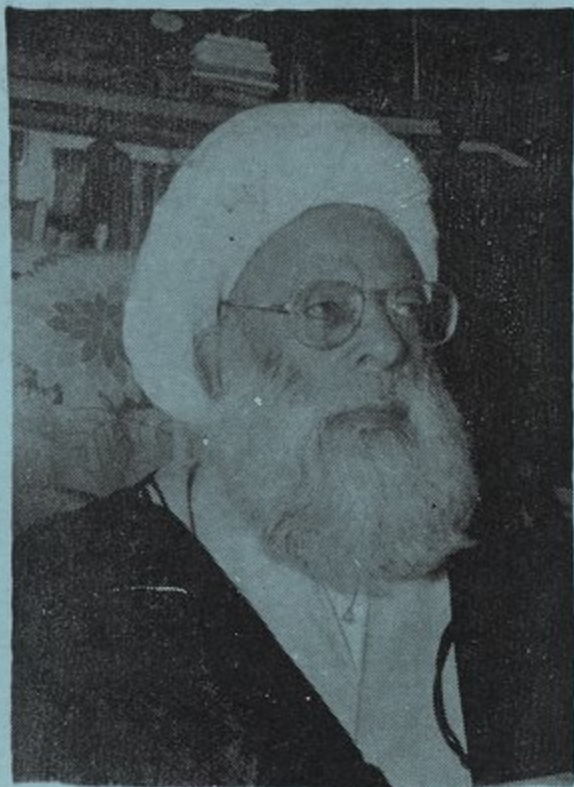
فهرس الكتاب

الصفحة	العنوان
٤	فى تعريف الصلح وما ىرد عليه
٥	فى اختلاف الاصحاب فى كونه عقداً برأسه او فرعاً
٧	فىما ىرد على تعريف الصلح والبيع
٩	فى الصلح لقطع التجاذب
١٧	فى صحة الصلح مع الانكار
٢١	فىما لو شرطاً على كون النفع والضرر على احدهما
٢٣	فىما لو نزعا درهمين
٢٧	فى ثوبين مختلفين قيمة واشتبها بالآخر
٢٩	فىما لو ظهر احد العوضين للغير
٣١	فى صحة مصالحة الدرهم بالدرهمين
٣٣	فى صحة ضمان القيمى بالمثل
٣٥	فىما اذا ادعى اثنان داراً فى يد ثالث
٣٩	فى احكام النزاع فى الاملاك
٤١	فى اخراج الرواشن والاجنحة
٤٧	فى عدم جواز اخراج الرواشن فى الطرق المرفوعة

الصفحة	العنوان
٤٩	فى ساير احكام النزاع وفروعاته
٥٣	فىما لوتداعيا جداراً بين ملكيها
٥٥	فىما لوانهدم جدار شريكه
٥٧	فىما لو اراد احد الشريكين ضرراً بشريكه
٥٩	فى عدم جواز البناء بغير اذن شريكه
٦١	فىما اذا تنازعا فى جدران البيت
٦٣	فىما وقع النزاع فى السقف
٦٥	فى دخول اغصان الشجرة فى ملك الجار
٦٧	فىما تداعيا فى الدرجة
٧١	فى اقسام الشركة
٧٣	فى ان الشركة عقد اولاً
٧٩	فىما يتعلق بالشركة العقدية
٩١	فى عدم اشتراط المماثلة فى مال الشراكة
٩٣	فى عدم لزوم المزج فى مال الشركة
٩٧	فى الاشارة الى اجماع الدخولى
٩٩	فى شركة الابدان وغيره
١٠٥	فى بطلان الشركة بالوجوه
١٠٩	فى بطلان شركة المفاوضة
١١١	فى شركة الاموال
١١٣	فى لزوم المزج وعدمه
١١٩	فى تساوى الشريكان فى الربح والخسران
١٢٣	فى الفرق بين اذن الشريك والوكيل

الصفحة	العنوان
١٢٨	فى الفرق بين عزلتك وبين قوله فسخت
١٢٩	فى ان الشريك امين
١٣١	فى عدم بطلان الشركة بالموت
١٣٣	فىما يتعلق بالقرعة وكيفيتها
	فى عدم جواز قسمة الوقف
١٣١	فى المسائل المتفرقة فى اللواحق
١٣٣	فىما اذا باع احد الشريكين ما بينهما وانكر اخذ ثمنه
١٣٧	فىما اذا باع الشريكان شيئاً واخذ واحد ثمنه
١٣٩	كلام فى الفراغ
١٥٠	فهرس الكتاب





تمثال مبارک حضرت آیۃ الہ العظمیٰ جناب کاشی حاج شیخ محمد رضا محقق تهرانی
مؤلف کتاب حقائق الفقہ