

الفتح السراج

لمختصر الشرح

الفتية الكبرى والتكملة الضميمة

جمال الدين مقداد بن عبد الله السيوري البجلي

الترجمة سنة ١٢٦٦ هـ

تحقيق

السيد عبد اللطيف الحسيني الكوه كرمي

بإتمام

السيد محمود المرعشي

جمعداری شد
ش. اعمال: ۳۵۱۵

من مخطوطات
مکتبہ نیا اللہ المرعشی العامہ

الشفیح السبع

لمختص الشریع

الفتیة الکبیر والتکمل الفوری

جمال الدین مقداد بن عبد الله السورجانی

الوفاء سنة ۸۲۶ هجره

(الجزء الثاني)

باهتمام
السید محمود المرعشی

تحقیق
السید عبد اللطیف الحسینی الکوه کمرنی



مكتبة آية الله المرعشي
١٨٦٥٨

كتاب: التنقيح الرائع لمختصر الشرائع

تأليف: الفاضل المقداد بن عبد الله السيوري

نشر: مكتبة آية الله المرعشي

طبع: مطبعة الخيام - قم

العدد: (٢٠٠٠)

التاريخ: ١٤٠٤ هـ

الطبعة: الاولى

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب التجارة ، وفيه فصول :

الفصل الاول : فيما يكتسب به

كتاب التجارة ، وفيه فصول : الفصل الاول فيما يكتسب به

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

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

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

(١) راجع اول باب الزكاة : وهو ان المراد به ممالك بمقد معاوضة مالية للاكتساب عند التملك .

والمحرم منه انواع:

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

قوله : والمحرم منه انواع

اعلم أن التجارة تنقسم بانقسام الاحكام الخمسة :

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

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

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

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

« ٤ » المكروه ، وهو ما اشتمل على نهى الشرع عنه نهى تنزيه وسيائي .

« ٥ » المحرم ، وهو ما نهى الشارع عنه مانعاً من نقيضه ، وذلك اما لاينته

أي وجوده - كالبيع من المعتكف والبيع بعد النداء للجمعة ، أو لغايته كالتجارة

(١) الكافي ٥/٨٨ ، الوسائل ١٢/٤٢ .

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

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

قوله : الاول الاعيان النجسة كالخمر والانبيذة

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

قول : وقيل بالمنع من الابوال الا ابوال الابل

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

(١) قرف لاهله من باب ضرب واقترف : وهو ما استغلت من مال خلال او حرام .

(٢) سنن ابن ماجه ٧٣٢/٢ ، سنن الترمذى ٥٩١/٣ وفيهما : قاتل الله اليهود ان الله

حرم عليهم الشحوم فأجملوه ثم باعوه فأكلوا ثمنه ، وسنن البيهقي ١٣/٦ ، كنز العمال ٨٠/٤ .

(٣) الخلاف ٢٢٥/١ ط طهران ١٣٧٠ ، كنز العمال ٨٠/٤ .

وفى كلب الماشية والحائط والزرع قولان ،

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

وقال المرتضى وابن ادریس بجواز بيع أبوال مايؤكل لحمه ، لانها أعيان طاهرة ينتفع بها انتفاعاً محللاً فجاز بيعها ، أما الطهارة فلا جماع الاصحاب وأما الانتفاع فلانه التقدير ، وأما جواز البيع حينئذ فلان المانع ليس إلا النجاسة وعدم الانتفاع والفرص عدمهما .

وهل حكم العذرات حكم الابوال ؟ الحق أنه لا فرق بينهما ، لما عللنا به . وهو مذهب الشيخ في الخلاف وابن ادریس والعلامة في المختلف . ومنع المفيد وسار بيع العذرة والابوال كلها الابول الأبل ، لرواية يعقوب بن شعيب عن الصادق عليه السلام أنه قال : ثمن العذرة من السحت^(٢) . أجاب الشيخ بحملها على عذرة الانسان لنجاستها ، لما رواه محمد بن مضارب عن الصادق عليه السلام قال : لا بأس ببيع العذرة^(٣) .

قوله : وفى كلب الماشية والحائط والزرع قولان

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

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

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

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

والمائعات النجسة عدا الدهن لفائدة الاستصباح .

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

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

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

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

قوله : والمائعات النجسة عدا الدهن لفائدة الاستصباح

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

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

(١) الكافي ١٢٧/٥ ، التهذيب ٣٦٧/٩ ، الوسائل ٨٣/١٢ وفي الاخير : محمد بن الحسن عن احمد بن ابي عبد الله عن محمد بن علي عن عبد الرحمن بن القاسم عن القاسم ابن الوليد عن الوليد العمري قال : سألت . . . وليس « الوليد العمري » في التهذيب .
(٢) الكافي ١٢٦/٥ .

ولا يباع ولا يستصبح بما يذاب من شحوم الميتة وألبانها .
(الثاني) الآلات المنحرفة كالعود والطبل والزمير وهياكل
العبادة المبتدعة ، كالصنم والصليب ، وآلات القمار ، كالنرد
والشطرنج .

(الثالث) ما يقصد به المساعدة على المحرم كبيع السلاح
لأعداء الدين في حال الحرب ، وقيل مطلقاً ،

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

بقي هنا سؤال ، وهو أن دخان الاعيان النجسة عندنا طاهر فأى فائدة لاشتراط
تحت السماء ؟ جواب ذلك تعبد شرعي لا غير .

قوله : كبيع السلاح لأعداء الدين في حال الحرب وقيل مطلقاً

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

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

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

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

واجارة المساكن والحمولات للمحرمات ، وبيع العنب ليعمل
خمرأ ، والخشب ليعمل صنماً ، ويكره بيعه ممن يعمله .
(الرابع) ما لا ينتفع به كالمسوخ ، بريه كانت كالدب والقرد
أو بحرية كالجرى والسلاحف وكذا الضفادع والظافي .

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

فوائد :

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

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

ويكره الامع القصد اذا كان المشتري ممن بظن استعماله في المحرام .
(الثالثة) لوباع الاشياء المذكورة مع القصد قد قلنا بالتحريم وثبوت الاثم
لكن هل يكون العقد صحيحاً ويملك البائع الثمن أم لا ؟ فيه نظر، الاصح صحة
العقد وتملك الثمن وثبوت الاثم .

قوله : ما لا ينتفع به

ولا بأس بسباع الطير والهر والفهد ،
وفى بقية السباع قولان ، أشبههما الجواز .

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

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

قوله : ولا بأس بسباع الطير والهر والفهد ، وفى بقية السباع قولان
أشبههما الجواز .

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

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

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

قوله : كعمل الصور المجسمة

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

وطرد القاضي التحريم في غير المجسم ، والنقي حرم التماثيل وأطلق ،
وروى أبو بصير عن الصادق عليه السلام : لا بأس بما يسقط منها ويفترش وبوطاً
إنما يكره منها ما نصب منها على الحائط والسرير^(١) وسأله عن الوسائد فيها التماثيل
فقال : اتق عليها شيئاً إذا صليت^(٢) .

قوله : عدا المغنية لزف العرائس - الخ

المراد بالغناء ما سمي في العرف غناء ، وقيل هو مد الصوت المشتمل على
الترجيع مع الاطراب . والاول أولى .
وأما استثناء المغنية للعرس فهو مذهب الشيخين ، وكرهه القاضي وحرمه ابن
ادريس والعلامة في تذكرته ، لعموم النهي عن الغناء .
قال الشهيد : الإباحة اصح طريقاً وأخص دلالة ، وهي رواية أبي بصير عن
الصادق عليه السلام^(٣) .

(١) التهذيب ٦/٣٨١ ، الوسائل ١٢/٢٢٠ .

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

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

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

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

قوله : وحفظ كتب الضلال ونسخها لغير النقض

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

قوله : وتعلم السحر والكهانة والقيافة والشعبذة والقمار

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

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

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

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

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

وبالجملة القيافة حرام ، سواء استعملت في الاحاق الانساب أو قفو الآثار

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

(٢) في بعض النسخ « عمر بن يحيى » في اللسان : اول من بحر البحائر وحمى الحامى
وغير دين اسماعيل عمرو بن لحي بن قميعة بن جندب . والبحر : الشق . والبحيرة ، الشاة
اذا ولدت خمسة أبطن فكان آخرها ذكراً بهروا أذنبا أي شقوها وتركها فلا يمسها احد .
وقال الفراء : البحيرة هي ابنة السائبة ، وقيل السائبة هي الناقة التي ولدت عشرة أبطن وكلهن
اناث سميت فلم تتركب ولم يشرب لبنها الاولدها أو الضيف حتى تموت ، فاذا ماتت اكلها
الرجال والنساء جميعاً وبهرت اذن بنتها الاخرة فتسمى البحيرة ، وهي بمنزلة امها في
أنها مائبة .

وتزيين الرجل بما يحرم عليه ،

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

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

قوله : وتزيين الرجل بما يحرم عليه

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

وأما كيفية احداث تلك الصور وعلاها فأمر خفى لا اطلاع عليه الا لاهله . قيل : هو لفظ عبراني معرب اصله « سيميه » أي اسم الله .

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

(٣) البقيري بضم الباء وفتح القاف والراء وسكون الياء : لعبة الصبيان ، وهي كومة من تراب وحولها خطوط ، يأتون الي موضع قد خبيء لهم فيه شيء فيضربون بأيديهم بلا حفر يطلبونه .

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

ولا بأس بالرزق من بيت المال ، وكذا على الاذان .
ولا بأس بالأجرة على عقد النكاح .
والمكروه : اما لافضائه الى المحرم غالباً كالصرف وبيع

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

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

قوله : وكذا على الاذان
عطف القضاء في تحريم الأجرة على فعله وجواز الرزق من بيت المال .
قوله : ولا بأس بالأجرة على عقد النكاح
وكذا غيره من العقود ، بأن يكون العاقد وكيلا عن أحد المتعاقدين .

أما تعليم الصيغة والقائها على المتعاقدين فلا يجوز أخذ الأجرة عليه . نعم
يجوز أخذ الأجرة على الخطبة والمخطبة في الاملاك .

قوله : والمكروه - الخ

الاكفان، والطعام، والرقيق، والصباغة، والذباغة، وبيع ما يكن
من السلاح لاهل الكفر، كالخفين والدرع .

واما لضييعته كالحياكة والحمامة اذا شرط الاجرة ، وضراب
الفحل .

ولا بأس بالختانة ونخفص الجوارى .

واما لتطرق الشبهة ، ككسب الصبيان ومن لا يجتنب المحارم .
ومن المكروه الاجرة على تعليم القرآن ونسخه ، وكسب القابلة
مع الشرط ولا بأس به لو تجرد .

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

قوله : كسب الصبيان - الخ

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

قوله : ومن المكروه الاجرة على تعليم القرآن ونسخه

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

لأنهما عبادة فلا ينبغي أن يؤخذ عليهما نفع دنيوي بل يوقع على سبيل الإخلاص
لله تعالى .

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

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

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

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

(٢) التهذيب ٦/٣٧٦ ، الاستبصار ٣/٦٥ .

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

ولا بأس بأجرة تعليم المحكم والاداب .

وقد يكره الاكتساب بأشياء أخر تأتي ان شاء الله تعالى .

مسائل ست :

الاولى : لا يؤخذ ما ينثر في الاعراس الا ما يعلم معه الاباحة .

الثانية : لا بأس ببيع عظام الفيل واتخاذ الامشاط منها .

الثالثة : يجوز أن يشتري من السلطان ما يأخذه باسم المقاسمة

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

على حكم شرعي . والمندوب ما عدا ذلك .

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

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

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

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

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

الزكاة من ثمرة وحبوب ونعم وان لم يكن مستحقاً له .

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

احدهما المقاسمة ، وثانيتهما الزكاة .

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

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

والغلات والذهب والفضة باسم الزكاة . فقولنا باسم المقاسمة واسم الخراج

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

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

قواعد :

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

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

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

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

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

للشيخ هنا قولان ولا بن ادريس قولان وللمصنف قولان :

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

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

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

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

قال سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يعطي الرجل الدراهم يقسمها ويضعها في مواضعها وهو ممنحل له الصدقة . قال : لا بأس أن يأخذ لنفسه كما يعطي غيره . قال : ولا يجوز له أن يأخذ إذا أمره أن يضعها في مواضع مسماة الا باذنه .

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

السادسة : الولاية من العادل جائزة ، وربما وجبت ، وعن
الجائر محرمة الا مع الخوف .
نعم لو تيقن التخلص من المآثم والتمكن من الامر بالمعروف
والنهي عن المنكر استحبت .
ولو أكره لا مع ذلك أجاب دفعاً للضرر ، وينفذ أمره ولو
كان محرماً ، الا في قتل المسلم .

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

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

ومنهم من فصل غير ذلك فقال : اذا قال اصرفه في الفقراء أوضعه أوفرقه فيهم
جاز أن يأخذ منه ، واذا قال ادفع هذا الى الفقراء لم يسغ له الاخذ . ففرق بين

الفصل الثاني

(في البيع وآدابه)

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

الاول : يشترط في المتعاقدين كمال العقل والاختيار ، وأن يكون البائع مالكا أو وليا كالأب والجدة للأب والجاكم وأمينه والوصى ، أو وكيله .

« التي الفقراء » و« في الفقراء » فهي يكون منهم وبالي لا يكون . قال : وذلك معلوم بدليل المفهوم من تحقيق كافي في علوم الدين وفيه أيضا نظر ، لأن الفهم السليم لا يكاد يفرق بين العبارتين بدخوله في احدهما وخروجه عن الاخرى ، خصوصا على الفتوى ، لجواز تولي طرفي القبض . والاحوط عدم جواز أخذه منه شيئا الا مع قرينة حالية أو مقالية تبيح ذلك .

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

للأصحاب في تعريف البيع عبارات لا تخلو من نظر : (الاول) قول الشيخ في المبسوط إنه انتقال عين مملوكة من شخص الى غيره بعوض مقدر على وجه التراضي .

وفيه نظر ، لان الانتقال ثمرة البيع لانفسه ، وذلك لان البيع عقد لفظي لا انتقال معنوي . وتابع ابن ادريس الشيخ في هذا التعريف .
(الثاني) قول ابن حمزة أنه عقد يدل على انتقال عين أو ما هو في حكمها من شخص إلى غيره بعوض مقدر على جهة التراضي .
وفيه أيضاً نظر ، لانتقاضه بالهبة المعوضة .
(الثالث) قول المصنف في الشرائع ^(١) أنه اللفظ الدال على نقل الملك بعوض معلوم .

وفيه نظر من وجوه :
الاول : ان قولك « بعت » أو « اشتريت » اخبار لا انشاء يدخل في الحد دون المحدود .

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

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

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

(الرابع) قول المصنف هنا وقد تقدم ، فالإيجاب والقبول جنس للعقود كلها وهو جنس قريب أحسن من قوله في الشرائع أنه اللفظ لانه جنس بعيد .
وقوله « ينتقل بهما العين » فصل يخرج به الاجارة ، فان عقدها إيجاب وقبول

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

ينتقل بهما المنفعة لا العين .

وقوله « بعوض مقدر » يخرج به الهبة ، فانها ايجاب وقبول ينتقل بهما العين ولكن لا بعوض .

وفيه نظر ، لانه غير جامع لخروج بيع الوكيل والولي فانهما غير مالكين ولو قال من مالك أو حكمه لدخل أمثل ذلك . فالأولى أن يقال انه الإيجاب والقبول الصادران من كامل الدالان على نقل العين المعقومة بعوض معلوم على جهة التراضي، وأردنا بالكامل الجنس الشامل للواحد وأكثر ليدخل فيه من يتولى طرفي العقد ولا يرد البيع الضمني كقولك « اعتق عبدك عني وعلي دينار » فيقول « عبي حراً » لانه بيع مجازاً لا حقيقة . وكذا بيع الحاكم عن المماطل والمفلس فانه لارضاء فيه لان رضا الحاكم قائم مقامه .

وهنا فوائد :

(الأولى) بشرط الاتيان بهما لفظاً بصيغة الماضي لانه انشاء والماضي أقرب شياً به ، فيقول البائع « بعثت » أو « شريت » أو « ملكت » ، ويقول المشتري « قبلت » أو « ابتعت » أو « اشتريت » أو « شريت » أو « تملكيت » . ولا ينعقدان بلفظ الامر ولا المستقبل لما قلناه .

(الثانية) قبل لا يشترط فيهما الترتيب ، وهو قول القاضي ، واختاره الشهيد كما في النكاح وعصمة الفرج أقوى من عصمة المال فيجوز هنا بطريق أولى . والأولى خلافه ، لاصالة بقاء الملك ولم يثبت بدليل زواله مع تقدم القبول مع الاجتماع على حصوله مع تأخره ، فيكون أولى . وفرق بينه وبين النكاح ، فان حياة المرأة يمنع من تقدم قبولها .

(الثانية) يشترط فيهما التطابق زماناً ومعنى : أما الأول فان لا يتأخر القبول بحيث لا يعد جواباً ، ولا يضر تخلل آن وتنفس أو سعال ، وأما الثاني فاتفق مدلولهما

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

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

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

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

(١) المستدرک للنوري ٤٦٢/٢ ، سنن الترمذي ٥٥٩/٣ .

وآله وسلم أنه نهى عن بيع ما ليس عنده^(١).

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

والجواب عن الاول أن النهي في المعاملات لا يستلزم الفساد، وحيث يكون بيع الفضولي صحيحاً وان كان منهياً عنه كالبيع بعد النداء . أو يحمل على من باع سلعة غيره لنفسه لا للمالك ثم يمضي الى المالك فيشتريها منه .

وعن الثاني أن النفي اذا دخل على حقيقة أريد به نفي صفة من صفاتها ، فيكون المراد بقوله صلى الله عليه وآله وسلم « لا بيع الا فيما تملك » لا لزوم للبيع الا فيما تملك ، والالزام بطلان بيع الوكيل والولي والوصي ، فيكون المراد لا بيع الا في ما هو ملك أو كالمالك بسبب الاذن وقد حصل .

فروع : على القول بالصحة مع الاجازة :

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

الثاني : الكيل أو الوزن أو العدد .

قلو بيع ما يكال أو يوزن أو يعد كذلك بطل .

ولو تعسر الوزن أو العدد اعتبر مكيال واحد بحسابه .

ولا يكفي مشاهدة الصبرة ولا المكيال المجهول .

ويجوز ابتياع جزء مشاع بالنسبة من معلوم وان اختلفت اجزائه .

الثالث : لاتباع العين الحاضرة الامع المشاهدة أو الوصف .

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

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

خرج معيباً ، ويتعين الارش بعد الاحداث فيه .

وهو باطل . وكذا الكلام في عبده وعبد غيره .

قوله : وان اختلفت اجزائه *مؤيد علوم*

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

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

كالسمن والعسل والفضة والذهب .

قوله : ولو بيع ولما يختبر فقولان اشبهما الجواز

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

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

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

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

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

ولو أدى اختباره الى افساده كالجوز والبطيخ جاز شراؤه .
ويثبت الارش لو خرج معيماً لا الرد ، ويرجم بالثمن ان لم يكن
لمكسوره قيمة .

وكذا يجوز بيع المسك في فأره وان لم يفتق .

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

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

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

(١) التهذيب ٧ / ٢٣٠ .

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

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

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

قوله : وكذا كل واحد منهما منفرداً

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

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

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

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

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

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

من الشيخ مع تجويزه البيع مع الضميمة الى السمك وما في البطون .
قوله : فلو اشتراه بحكم أحدهما فالبيع باطل
شراؤه بحكم أحدهما هو تفويض تقدير الثمن الى البائع خاصة أو المشتري
خاصة بل وإلى ثالث . وعلى التقادير يكون الثمن مجهولاً حال العقد ، فيدخل
تحت الغرر ، وقد تقدم أنه صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن الغرر^(١) .
وقال ابن الجنيد^(٢) لو قال بسعرا بعث مع جهالة المشتري صح ويكون
للمشتري الخيار ، وفي رواية رفاعه^(٣) جواز تحكيم المشتري فلزمه القيمة .
وجوز المرتضى كون مال السلم مشاهداً وإن لم يكن معلوماً ، وجوز ابن
الجنيد أيضاً بيع الصبرة مع المشاهدة جزافاً بثمن جزاف مع تغاثر الجنس .
ومال في المبسوط الى صحة بيع الجزاف ، وفي صحيحة الحلبي كراهة بيع
الجزاف^(٤) . والفتوى على خلاف ذلك كله .

**قوله : ويضمن المشتري تلف المبيع مع قبضه ونقصانه وكذا في كل
ابتيا ع فاسد .**

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

(١) راجع ص ٢٨ من هذا الجزء .

(٢) فانه قال : لو وقع البيع على مقدار معلوم بينهما والثمن مجهول لاحدهما جاز
إذا لم يكن يواجهه كان للمشتري الخيار إذا علم وذلك كقول الرجل : بعني كراماً بسعر
ما بعث ، فأما إذا جهلاً جميعاً قدر الثمن وقت العقد لم يجوز كان البيع منقسخاً .

(٣) التهذيب ٦/٦٩ ، الكافي ٥/٢٠٩ ، الفقيه ٣/٧٦ ، الوسائل ١٢/٢٧١ .

(٤) التهذيب ٧/٣٦ ، الكافي ٥/١٧٩ .

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

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

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

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

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

هذا ، وأما منافعه فهي مضمونة مع التفويت ، خلافاً لابن حمزة محتجاً بأن الخراج بالضمان ونقص الغاصب مع ضمانه قطعاً ، وأما مع القوات فوجهان من أصالة البراءة ومن أنها منافع عين مضمونة فتضمن .

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

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

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

وفصل ابن ادريس فقال : ان كانت الزيادة عيناً كالصبيغ رد عليه ان أمكن

فصله ، والا كان شريكاً بالنسبة من قيمته ، وان كانت صفة كتعليم الصنعة فلا يرد

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

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

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

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

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

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

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

(١) الكافي ٥/ ١٧٤ ، الوسائل ١٢/ ٣٨٣ .

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

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

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

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

وهنا قروع :

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

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

(الثالث) لو اختلفا في تعيين الثمن على وجه يكون العقد صحيحاً على قول واحد وفاسداً على قول الاخر - كما لو قال بعتك بعبد فقال الاخر بل بحر -

ويوضع لظروف السمن والتمر ما هو معتاد لا ما يزيد .

الخامس : القدرة على تسليمه :

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

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

(الرابع) لو قال بعثك بمال في ذمتك فقال بل بمال في ذمة زيد ، فalcول

قول البائع لإصالة ثبوت الثمن في ذمة المشتري . وباحتمل التحالف لتغاير الثمن

بالمحل ، والاول أقوى .

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

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

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

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

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

الله البيع » .

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

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

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

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

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

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

والاستار أربعة مثاقيل ونصف ، والمثقال درهم وثلاثة أسباع درهم ، والدراهم ستة دوانيق

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

جزء من ثمانية وأربعين جزءاً من درهم .

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

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

فوائد :

(الاولى) لا خيار للمشتري مع العلم بإباقه ، أما مع عدم علمه فله الخيار .

ولا يكون الثمن في مقابلة الضميمة حينئذ .

(الثانية) لو جعل العبد الأبق ثمناً هل يصح ويفتقر إلى الضميمة أم لا ؟ يحتمل

البطلان ، لأنه خلاف النص والنظر ، ويحتمل الصحة ، وهو الأقرب ، إذ لا تغاير

بين الغرضين إلا باعتبار عارض . وعلى هذا يجوز أن يكون أحد الأبقين ثمناً والآخر

منضمّاً مع الضميمة إلى كل منهما .

(الثالثة) يشترط في الضميمة شرائط صحة البيع فيها من الملكية والمعلومية

ومقدورية التسليم ، فلا يصح كونها آبقاً آخر .

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

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

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

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

وأما الآداب : فالمستحب التفقه فيه والتسوية بين المبتاعين والاقالة لمن استقال ، والشهادتان ، والتكبير عند الإتياع ، وإن يأخذ لنفسه ناقصاً ويعطى راجحاً .
والمكروه : مدح البائع ، وذم المشتري ، والحلف ، والبيع في موضع يسترفيه العيب ، والربح على المؤمن الاعم الضرورة وعلى من بعده بالاحسان ، والسوم ما بين طلوع الفجر الى طلوع الشمس ، ودخول السوق أولاً ، ومبايعة الدين وذوى العاهات والاكراد ، والتعرض للكيل أو الوزن إذا لم يحسن ، والاستحطاط بعد الصفقة ،

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

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

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

(التاسعة) لا ينفرد للابق حكم البتة الا اذا غصبه غاصب أوجنى عليه جان .
فان الارش أو القيمة للمشتري ، فلو لم يتمكن المشتري من أخذ الجناية لم ينقص من الثمن شيء ، ولو يتمكن المشتري من استيفاء ذلك صار جزء من المبيع . وكذا اذا جاءه العبد وتمكن منه ، فانه يصير جزء من المبيع ويكون له قسط من

والزيادة وقت التداء ، ودخوله في سوم أخيه ،

الثنى لزوال العلة التي هي المعجز عن قبضه .

قوله : ودخوله في سوم أخيه

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

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

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

وهنا فوائد : **مركز تحقيق كاتيب علوم إسلامي**

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

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

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

(١) ابن ماجه ٧٣٤/٢ ، الوسائل ٣٣٨/١٢ .

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

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

قوله : وإن يتوكل الحاضر للبادي وقبل يحرم (١)
التوكل المذكور منهي عنه ، سواء كان لبائع أو لمشتري . ويحتمل أيضاً دخوله
في سائر العقود كما قلنا في الاول للعلة المتحددة في الكل ، وعموم « دعوا الناس
بفلاتهم يرزق الله بعضهم من بعض »^(٢) .
إذا تقرر هذا فالشيخ في المبسوط والخلاف قائل بالتحريم ، لقوله صلى
الله عليه وآله وسلم : لا يتوكل حاضر لباد^(٣) . والمصنف والعلامة على الكراهية
والتقرير كما تقدم .

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

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

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

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

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

والتزيادة في السلعة مواطاة للبائع ، وهو النجش

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

(الثالثة) يثبت الخيار مع الغبن الفاحش لا بدونه .

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

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

قوله : والتزيادة في السلعة مواطاة للبائع وهو النجش

النجش لغة الاستتار للمخاتلة^(١) ، ومنه نجش الصيد اذا استتر له ليختله فكان الناجش يستتر ليخدع المشتري باغرائه له بالتزيادة واخفائه عدم رغبته .

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

(١) ختله يختله : خدعه . ختل الثلب الصيد : تخفى له ، فهو خاتل وختول . وخاتله مخاتلة : خادعه .

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

قبحارته هنا أسد .
هذا ، والكلام في الكراهية وثبوت الخيار وفوريته أو عدمها كالنلقي .
ثم يحتمل هنا عندي أيضاً عدم اختصاص النجش بالبيع ، بل يشمل الاجارة
والمزارعة والمساقاة وما يشبهها .
قوله : الاختكار وهو حبس الاقوات وقيل يحرم
الى آخر الفصل .
الاختكار لغة قال الجوهري : احتكار الطعام هو جمعه وحبسه يتربص به الغلاء
وهو الحكرة بالضم .

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

(الثانية) الحبس المذكور هل هو حرام أو مكروه ؟ قال الشيخان بالثاني ،
للأصل ، ولعموم «الناس مسطرون على أموالهم»^(١) ، ولقول الصادق عليه السلام
يكره أن يحتكر الطعام ويترك الناس ليس لهم طعام^(٢) .
وقال ابن بابويه محمد بالأول ، واختاره العلامة لقوله صلى الله عليه وآله
وسلم : لا يحتكر الطعام إلا خاطيء^(٣) ، وقول الصادق عليه السلام : المحتكر ملعون^(٤)
وللاضرار بالناس المنهي عنه بقوله « من » : لا ضرر ولا ضرار في الإسلام^(٥) .
وهو أقوى .

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

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

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

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

(١) البحار ٢/٢٧٢ ، النوازل ١/٤٥٧ .

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

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

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

(٥) الوسائل ١٧/٣٧٦ .

الفصل الثالث

(في الخيار والنظر في اقسامه واحكامه)

واقسامه ستة :

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

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

« ٢ » قول المفيد بالتسجير والالجاز أن يطلب الشطط ^(٣) فتنتفي فائدة الجبر
« ٣ » قول ابن حمزة ، وهو التسجير أن أفرط في طلب الزيادة والافلا . وهذا قريب لكن مع الأفراط يباع عليه .
قوله : في الخيار

الخيار والخيرة بمعنى واحد ، وهو المشية في ترجيح أحد الطرفين الجائزين وشرعاً هو عبارة عن ملك اقرار العقد وازالته بعد وقوعه مدة معلومة ، وهو أقسام : منها خيار المجلس ، ودليل ثبوته قوله صلى الله عليه وآله : البيعان بالخيار حتى يفترقا ^(٤) ، وفيه فوائد :

- « ١ » اختصاصه بالبيع ، فلا يثبت في غيره من العقود .
- « ٢ » ثبوته للمتعاقدين معاً ، أي لكل منهما ذلك .
- « ٣ » أنه سمي المشتري بيعاً تغليباً للفظ البائع كالعمرين والقمرين ، وإنما

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

(٢) البطل ٢٧٢/٢ .

(٣) شط في السوم : أفرط .

(٤) الكافي ١٧٠/٥ ، الوسائل ٣٤٥/١٢ .

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

غلب البائع لانه الاصل في الخيار لجواز ندمه غالباً .

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

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

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

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

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

(١) التهذيب ٢٤/٧ ، الوسائل ٣٤٩/١٢ .

بالخيار إن اشترط أولم يشترط (١).

إن قلت: ففي خيار البائع مستفاد من الرواية بالمفهوم وليس حجة عندنا . قلت : ليس كذلك ، بل الرواية دلت على المشتري ، وأما البائع فمفتني بالأصل . وهذا هو المشهور وعليه الفتوى .

وأما رواية محمد بن مسلم فحملها العلامة على كون العوضين حيواناً عملاً بالمقتضي لثبوته للمشتري ، وهو خفاء حال الحيوان .

(الثانية) وقع الاتفاق على كون الخيار هنا ثلاثة أيام ، لكن اختلف هل مبدأها العقد أوجين الافتراق؟ قيل بالثاني والألزم أما اجتماع المثلين أو اجتماع العلتين على معلول واحد شخصي ، وكلاهما منفي . بيان (٢) الملازمة أن مدة خيار المجلس أما أن يكون الثابت فيها خيارين أو واحداً ، فإن كان الأول لزم اجتماع المثلين ، وإن كان الثاني لزم اجتماع العلتين على المعلول الواحد .

وقيل بالأول ، وهو الحق ، لأنه العلة ، فلو تأخر عنه لتأخر المعلول عن علته . والجواب عن الأول : لانا نختار ثبوت خيارين ونمنع كونهما مثلين ، لأن أحدهما خيار المجلس وهو ثابت للمتبايعين والآخر خيار الحيوان وهو ثابت للمشتري خاصة . أو واحد ولا يلزم ما ذكرتم ، لأن علل الشرع معارف لا مؤثرات . وتظهر فائدة الخلاف أنه على تقدير كون مبدئه العقد يكون الخياران ثابتين ، فلو أسقط أحدهما بقي الآخر ، بخلاف ما لو قلنا بثبوت خيار واحد وهو خيار المجلس ، فإنه لا يلزم من إسقاط أحدهما بقاء الآخر في ذلك الزمان . وكذا الكلام في خيار الشرط والخلاف فيه أيضاً . والحق أيضاً أن مبدأه العقد ، لأن إطلاق المدة يقتضي الاتصال . وإيضاً لو تأخر إلى حين التفرق

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

(٢) في بعض النسخ : بيان اللزوم .

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

(الثالث) خيار الشرط وهو بحسب ما يشترط .

ولا بد أن تكون مدته مضبوطة .

ولو كانت محتملة لم تجز كقدوم الغزاة وإدراك الثمرات .

ويجوز اشتراط مدة يرد فيها البائع الثمن ويرتجع المبيع .

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

قوله : خيار الشرط وهو بحسب ما يشترط

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

وهذه الجملة تشمل مسائل :

(الاولى) أنه يكون لكل من المتبايعين ولاخدهما خاصة .

(الثانية) أنه قد لا يكون للمتبايعين بل للأجنبي خاصة وله مع أحد المتبايعين

ومعهما معاً .

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

الضبط بحيث لا تحتمل زيادة ونقصاناً .

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

كلمة قوله صلى الله عليه وآله وسلم : المؤمنون عند شروطهم .

قوله : ويجوز اشتراط مدة يود فيها البائع الثمن ويرتجع المبيع

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

(١) التهذيب ٢٢/٧ .

فلو انقضت ولما يرد لزم البيع .
ولو تلف في المدة تلف من المشتري . وكذا لو حصل له نماء
كان له .

(الرابع) خيار الغبن . ومع ثبوته وقت العقد بما لا يتغابن فيه غالباً
وجهالة المغبون يثبت له الخيار في الفسخ والامضاء .

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

قوله : خيار الغبن - الخ

هنا فوائد :

(الاولى) ان هذا النوع من الخيار لم يذكره كثير من المتقدمين بل ذكره
المتأخرون عملاً بقوله صلى الله عليه وآله : لا ضرر ولا ضرار في الاسلام^(١) .
وبقوله : قل اذا ابتعت لا خلابة^(٢) .

(الثانية) انه ثابت في كل معاوضة مالية محضة كالبيع والاجارة والمزارعة
والمساقاة والصلح وغيرها من المعاوضات المالية عملاً بالعملة .

(الثالثة) أنه لا يثبت به أرش ، بل اما الرد أو الالتزام بمقتضى العقد لزوال
الضرر بذلك وأصالة لزوم مقتضى العقد وعدم الالتزام بشيء ، ولانه ليس بعيب
والارش في مقابلة العيب .

(١) الوسائل ٣٧٦/١٧ ، الكافي ٢٩٢/٥ .

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

(الخامس) من باع ولم يقبض الثمن ولا قبض المبيع ولا اشترط التأخير فالبيع لازم ثلاثة أيام . ومع انقضاءها يثبت الخيار للبائع . فان تلف ، قال المفيد : يتلف في الثلاثة من المشتري ، وبعدها من البائع .

والوجه تلفه من البائع في الحالين لان التقدير أنه لم يقبض . ولو اشترى ما يفسد من يومه ، ففي رواية يلزم البيع الى الليل ، فان لم يأت بالثمن فلا بيع له . (السادس) خيار الرؤية :

(الرابعة) انه هل يسقط هذا الخيار بالتصرف أم لا ؟ اختلف عبارة العلامة في ذلك ، وأما المصنف فقال في الشرائع لا يسقط ذلك الخيار بالتصرف اذا لم يخرج عن المالك أو يمنع مانع من زده . كالاستيلاء في الامة والعنق . والتحقيق هنا أن نقول : ان كان المعبون هو البائع لم يسقط بتصرف المشتري مطلقاً ، لاصالة بقاء حقه وعدم بطلانه بتصرف المشتري ، وان كان هو المشتري لم يسقط بتصرفه الا أن يخرج عن ملكه أو يمنع منه مانع .

قوله : من باع ولم يقبض الثمن ولا قبض المبيع ولا اشترط التأخير فالبيع لازم ثلاثة ايام
هنا مسائل :

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

وهو يثبت في بيع الأعيان الحاضرة من غير مشاهدة .
ولا يصح حتى يذكر الجنس والوصف .
فإن كان موافقاً لزم ، والا كان للمشتري الرد .
وكذا لو لم يره البائع واشترى بالوصف كان الخيار للبائع
لو كان بخلاف الصفة .
وسياتى خيار العيب إن شاء الله تعالى .
وأما الأحكام : فمسائل :

البعض كالتفويض . « ٣ » عدم اشتراط التأخير في الأمرين ، أعني الثمن والمثمن
احترازاً من النسيئة والسلف .

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

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

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

- (الاولى) خيار المجلس ، يختص البيع دون غيره .
 (الثانية) التصرف يسقط خيار الشرط .
 (الثالثة) الخيار يورث ، مشروطاً كان أو لازماً بالأصل .
 (الرابعة) المبيع يملك بالعقد . وقيل : به وبانقضاء الخيار .

ثم ان تسمية هذا خياراً مجاز من باب تسمية الشيء باسم ما يؤل إليه .
قوله : التصرف يسقط خيار الشرط
 هنا فوائد :

- (الاولى) يريد بالتصرف هنا ما لم يكن على وجه الاختبار ، كذوق الطعام وركوب الدابة لدفع الجموح^(١) وللنقل وأمثاله ، فانه غير مسقط للخيار ، بخلاف التصرف الناقل أو ما يؤذن باستقرار الملك .
 (الثانية) انه لا فرق بين خيار الشرط أو غيره فيما ذكرناه ، فلا وجه حيثئذ لتخصيصه بخيار الشرط .
 (الثالثة) لو كان الخيار لهما وتصرف أحدهما سقط خياره خاصة ، ولو كان بأذن الآخر سقط الخياران .

قوله : المبيع يملك بالعقد ، وقيل : به وبانقضاء الخيار

الاول هو الحق ، وبه قال المحققون من الاصحاب لوجه :

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

(١) جمع القرس براكبه يجمع جماعاً بالكسر وجموحاً : استمصى حتى غلبه فهو جموح بالفتح وجامح .
 (٢) سورة النساء : ٢٩ .

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

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

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

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

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

والجواب : بالمتنع من كون القصور ليس بالألعدم إفادة الملك ، لجواز أن يكون لعدم اللزوم ، وذلك كاف في الفرق .

ثم إن فائدة الخلاف تظهر فيما لو وقع الفسخ بعد حدوث النماء ، فإنه على الملك بالعقد يكون للمشتري لكونه حدث على ملكه ، وعلى قول الشيخ يكون للبائع لتوقف انتقال الأصل عنه على انقضاء الخيار ولم يحصل . وعلا في المبسوط في ضمان البائع فيكون النماء له ، وفيما لو زاد في الثمن أو نقص في مدة الخيار فإن ذلك لازم عند الشيخ حتى أنه يلزم الشفعة به .

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

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

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

الفصل الرابع

(في لواحق البيع وهي خمسة)

(الاول) النقد والنسيئة .

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

قوله : الاول النقد والنسيئة

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

(١) البحار ٢/٢٧٢ .

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

أما تسمية الأولين نقداً فمن قولهم درهم نقد أي وازن جيد ، وأما تسمية
الثاني لأن البائع والمشتري كلامهما يكلاً صاحبه أي يراقبه لأجل ماله عليه^(١)
فيكون اسم فاعل . وفي الكلام حينئذ اضمار ، أي يبيع مال الكالي بمال الكالي
لاستحالة ورود البيع على العادين . ويجوز أن يكون اسم مفعول كالدافق ،
وحينئذ لا اضمار .

وعلى التقديرين هو مجاز من تسمية الشيء باسم ما يؤول إليه ، لأن
حال العقد ليس هنالك كالي .

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

(١) أي لأجل ماله الذي في ذمته .

(٢) قال أبو عبيد: صودته أن يسلم الرجل الدراهم في طعام إلى أجل فإذا حل الأجل
يقول الذي عليه الطعام ليس عندي طعام ولكن بمنى أياه إلى أجل فهذه نسيئة انقلبت
إلى نسيئة ، فلو قبض الطعام ثم باعه منه أو من غيره لم يكن كائناً بكالي .

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

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

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

وهذا فتوى الشيخ في المبسوط والقاضي وابن حمزة وابن أدریس ، أما الرواية المشار إليها فهي عن محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام عن علي عليه السلام^(٢) ، ومثلها رواية السكوني عن الصادق عن علي عليهما السلام^(٣) . وعمل بذلك الشيخ في النهاية اعتماداً على الروایتين وعلى أنه يجوز أن خطته فارسياً قدرهم ورومياً قدرهمان ، وإن خطته اليوم فكذا وغداً فكذا .

والجواب : أما عن الروایتين فبضعفهما ، لأن محمد بن قيس مشترك بين الضعيف وغيره ، وهو غير متعين في الرواية من هو ، والسكوني عامي . وأما عن الاستدلال فلأنه قياس مع أن أصله ممنوع كما يجيء ، وإن سلم صحته كان اللازم فيه أقل الاجرتين في أجود العملين أو أبعدهما أجلاً ولا يقولون به .

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

(١) الترمذی ٥٣٣/٣ ، التهذيب ٢٣٠/٧ .

(٢) الكافي ٢٠٦/٥ ، الفقيه ١٧٩/٣ .

(٣) التهذيب ٥٣/٧ .

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

أما رواية المنع فمن الحلبي عن الصادق عليه السلام^(١) ، وعمل بها الشيخ
في النهاية . وأما رواية الجواز فمن ابن بن عثمان عن عبيد بن زرارة عن الصادق
عليه السلام^(٢) .
وعمل بها المفيد وابن ادریس والعلامة ، وعليها الفتوى ، لأنها وإن كانت
موثقة والاولى حسنة ، لكن النظر يؤيدها ، لأصالة الصحة ولقوله صلى الله عليه
وآله وسلم : الناس مسطون على أموالهم^(٣) . وتحمل الاولى على الكراهية .
قوله : ولو امتنع البائع فهلك من غير تفريط من البازل تلف من البائع
وكذا في طرف البائع لو باع سلماً .
هذا قول الشيخ في النهاية ، وقال في المبسوط يجب تسليم الحق في الصورتين
الى الامام ليحفظه لمستحقه مع امتناعه من قبضه أو ابراء ذمة من عاوه .
ويؤيد الاول أصالة براءة الذمة من ذلك الوجوب ، ومن عليه الحق قد قام
بما وجب عليه وهو التمكين التام ، ويؤيد الثاني كونه ولي من لا ولي له وقائماً مقام
صاحب الحق ، ولا يجب على من عليه ابقاء ذلك الحق عنده بل دفعه الى من هو له أو
الى من يقوم مقامه . فالاولى حيثما التفصيل ، وهو أنه مع إمكان الحاكم ودفعه اليه

(١) التهذيب ٥٦/٧ ، الكافي ٢٩٥/٥ ، الوسائل ٣٩٢/١٢ .
(٢) الكافي ١٨٦/٥ ، التهذيب ٣٣/٧ ، الوسائل ٧١/١٣ .
(٣) البحار ٢٧٢/٢ .

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

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

قوله : ومن ابتاع بأجل وباع مرابحة فليخبر المشتري بالأجل ولو لم
يخبره كان للمشتري الرد أو الامساك بالثمن حالا وفي رواية للمشتري من
الاجل مثله .

هنا فوائد :

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

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

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

(١) الكافي ٢٩٢/٥ ، الوسائل ٣٧٦/١٧ .

بجملة الثمن الذي وقع عليه العقد .

أما الأول فللخيانة المذكورة ، وأما الثاني فلأنه عقد على مبيع معلوم بثمن معلوم حال العقد مقرون ذلك بالرضا منهما فيكون صحيحاً ، فيملك البائع جملة الثمن بذلك وإخفاء الأجل لا يوجب أن يكون للمشتري مثله ، غاية ما في الباب يوجب له التخيير كالغيب إذا لم يعلم به . وهذا قول الشيخ في المبسوط والخلاف وابن أديس والعلامة :

(الرابعة) الرواية المشار إليها هي عن هشام بن الحكم عن الصادق عليه السلام^(١) ومثلها عن مسري بن عيسى الرضائي عن الصادق عليه السلام : إذا بعته مرابحة كان له من النظرة مثل ما لك . قال : فاسترجعت وقلت هلكتنا ، فلما رأى ما شق علي قال : أفلا افتح لك باباً يكون لك خرج منه قل قام علي بكذا وأبيعك بزيادة كذا ولا تقل بربح كذا^(٢) .

وأجاب العلامة بأنها محمولة على ما إذا باعه بمثل ما اشتراه وأخفى عنه النسبة ولم يشترط النقد ، فانه والحال هذه يكون له من الأجل مثل ما كان للبائع . وفيه نظر : أما أولاً فلأن قوله « باعه بمثل ما اشتراه » إن أراد به أنه هكذا وقع العقد من غير تعيين كمية الثمن فالعقد باطل ، وإن أراد مع تعيين الكمية ولم يدع حلاً ولا عدمه فهو المسألة المبحوث عنها ، والرواية تدل على خلافه فلا تكون هي محملاً ، وإن كان مع دعوى الحل ثم يظهر خلافه فيكون له من الأجل مثله أمكن أن يكون ذلك محملاً للرواية لكن لا تكون مسألة أخرى غير المبحوث عنها هي محل الرواية ، فإن المسألة المبحوث عنها شاملة للقسمين ، لأنها عبارة عن أن يشتري سلعة بأجل ويبيع مرابحة ولم يخبر بالأجل وذلك أعم من أن يدعى الحل

(١) الكافي ٥/٢٠٨ .

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

مسألان :

(الاولى) اذا باع مرابحة فلينسب الربح الى السلعة :

ولو نسبته الى المال فقولان ، أصحهما : الكراهية .

وعنده ، فمحمل الرواية لاجوده .

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

الذي ذكره الامام عليه السلام في الرواية الثانية .

وأما ثالثاً فلان قوله « ولم يشترط النقد » لا معنى له ، اذا اطلاق العقد ينصرف

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

على الفسخ لو شرط النقد و لم يحصل .

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

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

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

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

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

فقولان أصحهما الكراهية

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

بذلك وبيع كذا ، ونسبته الى المال هو أن يقول : بعثك ايها بذلك وبيع درهم

في كل عشرة مثلاً .

والاول لا خلاف في صحته ، وأما الثاني فقال الشيخان في النهاية والمقنة

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

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

(الأولى) مراده بالصفقة أي في عقد واحد ، ويسمى العقد الواحد صفقة اعتباراً بما كانوا يصنعونه من وضع أحد يده في يد صاحبه حالة البيع ، أو أنه يصفق أحدهما على يد الآخر عند انتهاء العقد .
(الثانية) إنما لم يجز بيع بعضها مرابحة لأن المرابحة لا بد فيها من الاختيار برأس المال ، وهو غير حاصل لانه لم يشتر تلك السلعة وحدها بشيء حتى يخبر به ولم نعلم في ذلك خلافاً إلا من ابن الجنييد ، وحيث جوز ذلك إذا كانت الأمتعة لا تفاضل بينها . وما ذكره المصنف هو اختيار ابن إدريس والعلامة .
(الثالثة) أنه كما لا يجوز البيع في ذلك مرابحة كذا لا يجوز مواضعة وتولية عملاً بالعلّة .

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

(٢) الكافي ١٩٧/٥ ، التهذيب ٥٥/٧ .

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

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

والفائدة للتاجر، سواء كان التاجر دعاء أو الدلال ابتداء .
ومن الاصحاب من فرق .

(الرابع) لو استأجر أمينة صفقة أو تقبل بأعمال صفقة وقلنا يجوز الابعار
بالزيادة مطلقاً هل له هذا الابعار على صفة المرابحة أم لا؟ يحتمل ذلك، والاقوى
عدمه عملاً بالعلة، سواء قوم أوسط .

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

قوله : لو قوم على الدلال متاعاً، الى قوله : ومن الاصحاب من فرق
ما ذكره المصنف هو قول ابن ادريس، وتقريظه : ان المنع كون الزائد
للدلال لأن مجرد التقويم ليس ببيع ولا اجارة ولا جمالة لجهالة الغرض، بل الزائد
للتاجر لانه ثمن متاعه وعليه اجرة المثل للدلال، لانه امره بعمل له اجرة بالعادة .
وأما الفارق بين الصورتين فهو الشيطان، فانهما قالان ان كان التاجر ابتداء

(الثاني) فيما يدخل في المبيع .
من باع أرضاً لم يدخل نخلها ولا شجرها الا أن يشترط .
وفي رواية: اذا ابتاع الارض بحدودها وما أغلق عليه بابها فله
جميع ما فيها .

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

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

وفيه نظر ، لانه من منع أن أداه الى التنازع هو العلة في المنع ، لجواز أن
يكون حصول الفرر للدلال ، وهو هنا ممكن لجواز توهمه قدراً يزيد على ذلك
ولم يحصل قبوع في الفرر المنهي عنه .

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

(١) الكافي ٥/ ١٩٥ ، التهذيب ٧/ ٥٤١ .

(٢) التهذيب ٧/ ٥٤١ .

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

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

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

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

(الاولى) حق الشيء ما يتوقف عليه مفهومه لغة أو عرفاً أو شرعاً ، أو يتوقف الانتفاع به كذلك عليه ، ويقدم الشرع ثم العرف ثم اللغة .
(الثانية) ليس المراد بقولنا « ما أغلق عليه بابها » ما هو كذلك بالفعل حتى يشترط وجود باب وغلق ، بل ما هو أعم من ذلك ، أعني ما لو كان له جدار وباب

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

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

لاغلق عليه .

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

(الرابعة) قال في المبسوط: لو باع أرضاً بها زرع تبقى عزوقه ويجز مرة بعد
أخرى ، فإن كان مجزوزاً فهو للمشتري ، وإن لم يكن مجزوزاً وكان ظاهراً فالجزء
الاول للبائع والباقي للمشتري . والحق خلافه ، بل الزرع كله للبائع وعليه قلعه
لإصالة بقاء الملك وعدم تناول الاسم له .

(الخامسة) قال أيضاً في المبسوط إن النخل والشجر يدخلان في بيع الدار
لأنه من حقوقها ، وليس بشيء لما تقدم .
(السادسة) قال أيضاً تدخل الخواص المدفونة لأنها مخازن كالخزائن ، وتدخل
الرحى فوق وأسفل . والكل ممنوع لما تقدم .

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

(الثامنة) منع الشيخ في المبسوط من بيع ماء البئر منفرداً ، لأن له مدداً فهو
منه مجهول ويباع الموجود غير سائغ لعدم إمكان التسليم لاختلاطه بالنابع .
وتبعه القاضي ، وجوز العلامة بيع الموجود وتسليمه كتسليم المشاع . وهو
قريب ، لكن الأولى هنا الصلح لا البيع .

قوله : ولو باع نخلاً مؤبراً فالثمرة للبائع

وكذا لو باع شجرة مثمرة أو دابة حاملاً على الاظهر (١).

ولو لم تؤبر النخلة فالطلع للمشتري .

(الثالث) في القبض :

اطلاق العقد يقتضي تسليم المبيع والتمن .

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

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

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

وقال في النهاية وابن زهرة واختاره المصنف والعلامة بعدم الدخول بل هو
للبائع ، لعدم دلالة اللفظ عليه بشيء من الدلالات الثلاث . وهو الاظهر (٢).

قوله : اطلاق العقد يقتضي تسليم المبيع والتمن

هنا فوائد :

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

أو غير ذلك مما تتعلق به الاغراض من الامور السائغة ، ومراذه هنا عالم يشمل
على احتراط تأخير لاحد المعوضين .

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

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

(١) الترمذى ٥٤٦/٣ ، ابن ماجه ٧٤٥/٢ ، شرح الكرماني للبخارى ٥٩/١٠ ،

التهذيب ٨٧/٧ .

والقبض هو التخلية فيما لا ينقل كالعقار . وكذا فيما ينقل .
وقيل : في القماش هو الامساك باليد ، وفي الحيوان هو نقله .

لبعض الجمهور فانه أوجب تسليم المبيع أولاً لمستحق به الثمن .
وليس بشيء ، اذ لقائل ان يقول يجب تسليم الثمن أولاً ليستحق به البيع .
هذا والمراد بالثمن قبل هو النقدان اتفق والا هو ما يقرن بالباء ، وقيل هو
ما اتصل بالباء مطلقاً ، وقيل النقد مطلقاً . وتظهر الفائدة في بيع حيوان بحيوان
أو بيع نقد بحيوان والثاني أقوى ، لقولهم في التقسيم يصح بيع الاثمان بالاثمان
والاهواض بالاهواض والاعواض بالاثمان وبالعكس .

(الثالثة) لو تعاسر المتعاقدان في التسليم أولاً أجبراماً . لان وقت الانتقالين
واحد وبه قال ابن ادريس ، وقال الشيخ في الخلاف يجبر البائع أولاً وليس بشيء .
(الرابعة) لو منع أحدهما من تسليم ما وجب عليه تسليمه مع بذل الآخر كان
غاصباً ضامناً لما عنده بأعلى القيم لو تلف لحصول الملك بنفس العقد .
(الخامسة) لو اشترط أحدهما تأخير ما عنده وجب على الآخر البذل ، ولو
امتنع أجبر ، ولو أجبر وتلف والحال هذه كان غاصباً .

قوله : والقبض هو التخلية فيما لا ينقل كالعقار وكذا فيما ينقل ، وقيل
في القماش هو الامساك باليد وفي الحيوان هو نقله
اختلف في حقيقة القبض على قولين :

« ١ » - أنه التخلية مطلقاً ، وهو قول الشيخ في المبسوط ، واختاره المصنف
محتجاً بأنه استعمل في التخلية أجمعاً فيما لا ينقل ويحول فيجب أن يكون كذلك
في غيره ويكون حقيقة في المعنى المشترك ، اذ لو استعمل في المتقول بمعنى

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(الرابعة) لاختلاف أيضاً أن غير المكيل والموزون لا حجر فيه على حال الا
ما قلنا من منع الشيخ من كتابة العبد .

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

التصرف فيه بالبيع قبل قبضه أم لا ؟ فيه أقوال :

« ١ » - للمفيد والشيخ في المبسوط يكره مطلقاً .

« ٢ » - للشيخ في المبسوط ان كان طعاماً لم يجز يبعه حتى يقبضه لقوله

صلى الله عليه وآله وسلم : من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه^(١) . وللقاضي القولان .

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

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

قائمة :

لوباع في موضع المنع وقتناه بالتحريم هل يكون البيع صحيحاً أم لا ؟
صرح ابن أبي عقيل بالبطلان . قال الشهيد ولو قلنا بالمنع فهو باطل لتحقق النهي عنه لمصلحة لا يتم الإبطال . وقال العلامة في المختلف لا يلزم من النهي البطلان .

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

(٢) التهذيب ٣٥/٧ .

(٣) الوسائل ٣٨٧/١٢ ، التهذيب ٣٥/٧ .

(٤) الكافي ١٧٩/٥ ، التهذيب ٣٦/٧ .

ولو قبض المكيل وادعى نقصانه فإن حضر الاعتبار فالقول

قول البائع مع يمينه .

وان لم يحضره فالقول قوله مع يمينه .

وكذا القول في الموزون والمعدود والمذروع .

(الرابع) في الشروط :

وهو الحق ، لما تقرر من كون النهي في المعاملات لا يقتضي فساداً بنفسه .

قوله : ولو قبض المكيل وادعى نقصانه - الخ

الفرق بين حضوره وعدم حضوره أنه إذا حضر فالظاهر أنه لا يستوفي المبيع الا كاملاً ، فإذا ادعى نقصانه كان مدعياً خلاف الظاهر ، فيكون القول قول البائع مع يمينه ، لأنه مدعى عليه الآن يكون له بينة تشهد بما يوافق دعواه . وإذا لم يحضر كان البائع مدعياً توفيقه وهو ينكر ، فيكون القول قوله لأنه مدعى عليه .

قوله : الرابع في الشروط - الخ

عقد البيع قابل للشرط لا للتعليق على الشرط : أما الاول فلقوله صلى الله عليه وآله وسلم : المؤمنون عند شروطهم^(١) ، ولأدلة وجوب الوفاء بالعهد . وأما الثاني فلأنه يعتمد الرضا ، لقوله «الأن تكون تجارة عن تراض منكم»^(٢) ولأرضاء الامع الجزم ، ولا جزم مع التعليق ، لأنه يعرضه عدم الحصول ، ولو قدر علم حصوله كالمعلق على الوصف ، نحو «ان طلعت الشمس أوجاء الشهر» ، لأن الاعتبار بجنس الشرط دون أنواعه وأفراده ، فاعتبر المعنى العام دون خصوصيات الأفراد .

(١) التهذيب ٢٢/٧ .

(٢) سورة النساء : ٢٩ .

ويصح منها ما كان سائغاً داخلاً تحت القدرة كقصارة الثوب .
ولا يجوز اشتراط غير المقدور ، كبيع الزرع على أن
يصيره سنبلًا .

ولا بأس باشتراط تبقيته .

ومع اطلاق الابتاع ، يلزم البائع ابقاؤه الى ادراكه ، وكذا
الثمرة ما لم يشترط الازالة .

إذا تقرر هذا فنقول : الشرط اما أن يقتضيه العقد أولاً ، فالأول ذكره تأكيد
والثاني اما أن يكون من مصلحة البائع أو المشتري من حيث هما كذلك كشرط
زمن وضمنين بالدرك واشهاد وخيار زائد فذلك جائز اجمالاً ، أولاً يكون من
مصلحتهما من حيث هما كذلك ، فاما أن يكون منافياً لمقتضى العقد لذاته كشرط
أن لا يبيع أولاً يظاً أولاً يقبض المبيع فذلك فاسد ومفسد الاشتراط العتق كما يجيء
لخبر بريرة^١ ، واما أن لا يكون منافياً بل يتعلق به غرض لهما أو لأحدهما فذلك صحيح
عندنا ، وهو المشار اليه في كلام المصنف .

ومنه نفي خيار المجلس والحيوان ، فانه عندنا صحيح ، لان لزوم العقد
هو المقصود بالأصل والخيار عارض ، ولذلك قيدنا في المنافي لمقتضى العقد
بقولنا « لذاته » .

وهذا القسم له شروط :

- « ١ » - أن يكون داخلاً تحت القدرة ، فلو لم يكن كذلك فسد .
- « ٢ » - أن يكون معلوماً ، لانه كالجزم من أحد العوضين فجهالته يستلزم
جهالتهما فيفسد .

ويصح اشتراط العتق ، والتدبير ، والكتابة .

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

قوله : ويصح اشتراط العتق والتدبير والكتابة

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

ثم هنا فوائد :

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

ويتفرع على الاحتمالين أنه حق لله على الاول وللبائع على الثاني ، وهو الاصح .

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

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

(١) التهذيب ٢٢/٧ .

(٢) البحار ٢٧٢/٢ .

دخوله في ضمان المشتري، أو الأعلى لأن الرجوع عند الفسخ في العين، أو قيمتها شامل لجميع الأحوال التي من جملتها وقت الزيادة؟ الأصح الأول. ثم المقوم هل هو عبء واجب العتق أو مجرد؟ يحتمل الأول لأن التقدير، ويحتمل الثاني لأن الشرط لم يحصل فهو كلا شرط كما في الرجوع مع بقاءه ويؤيده عدم القول بوجوب عتقه، إذ لو رجع بقيمة المشروط لم يفد الفسخ غالباً، ولو ألتفه غيره رجع بالقيمة يوم الاتلاف قطعاً على المختلف، وبالإضافة^(١) لنقلنا به على المشتري.

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

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

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

(الخامسة) لو تعيب عند المشتري بما يوجب العتق قبل العتق فكالتلف عنده وقد تقدم حكمه.

ولو تعيب بما لا يوجب جازاً اعتاقه لبقاء الرق، ولو تفرق فيه يبيع أو وقف أو هبة

(١) في ب: «وبالزائد».

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

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

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

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

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

وقال العلامة بالاول ، لأن الشرط له حظ من الثمن كالأجل فإنه يزيد وينقص بحسبه ، فإذا كان فاسداً لاحكم له بطل بأزائه جزء من الثمن غير معلوم ، فيكون الثمن مجهولاً عن غير تراض ، فيبطل البيع . ولأن الرضا بالثمن إنما يحصل لأجل الشرط ، فإذا بطل بطل الرضا ، فتكون تجارة عن غير تراض فيبطل . ولأن قضية الشرط أنه إذا بطل بطل المشروط به والالم يكن شرطاً .

وأجيب عن حجة الشيخ :

أما عن الاول - فلأن الأصل يعدل عنه الدليل وقد بيناه .

(١) الكافي ١٩٧/٦ ، الوسائل ٤٧/١٦ .

(٢) سورة المائدة : ١ .

(٣) الوسائل ٤٧/١٦ ، ابن ماجه ٨٤٢/٢ .

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

وعن الثاني - بأن العقد الواجب الوفاء به هو الصحيح ، ونحن نمنع صحة
هذا العقد ، فيكون التمسك بالاية مصادرة على المطلوب .

وعن الثالث - بأن رواية الخبر غير معلومين ، مع أنه قد روى أخذ عائشة
لبريرة على غير ذلك الوجه ، وهو انما كاتبها مواليتها فطلبت من عائشة الاعانة
على أداء مال الكتابة فقالت عائشة : ان أحب أهلك أن أعد لهم مالهم ويكون
ولاؤك لي فعلت ، فذهبت بريرة اليهم ورجعت وقالت : أبوا الا أن يكون الولاء
لهم . فقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم : خذوها واشترطي لهم الولاء فانما
الولاء لمن أعتق . وليس في ذلك دلالة على الشراء وقوله صلى الله عليه وآله
« خذوها » لا يدل على أخذها بالبيع والكلام فيه .

قلت : وفي الجواب عن خبر بريرة نظر ، فان المشهور أنهم باعوها وشرطوا
على عائشة أن تعتقها ويكون ولاؤها لهم لأنهم كاتبوها كما ذكر في الرواية .

قوله : ولو شرط في الامة ان لا تباع ولا توهب فالمروى الجواز

رواه الشيخ في التهذيب عن صفوان بن سنان عن الصادق عليه السلام^(١)

وفي معناها رواية حماد عن الحلبي عنه عليه السلام^(٢) .

واختار الشيخ في المبسوط بطلان الشرط دون البيع . والحق بطلانها

معاً كما تقدم .

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

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

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

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

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

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

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

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

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

فالتساؤل :

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

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

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

(الثانية) لا كلام أن متساوي الأجزاء مع الزيادة يردّها المشتري ، ومع النقيصة يتخير بين الرد والأخذ بالقسط ، لأن نسبة الثمن إلى الأجزاء واحد .

قوله : ويجوز أن يبيع مختلفين صفقة وأن يجمع بين سلف وبيع
أما المختلفان في الصفقة^(١) الواحدة فتعني بهما المختلفين في الأحكام كثرة

(١) صفقته على رأسه صفقاً من باب ضرب أي ضربته باليد ، وصفقت له بالبيعة أي ضربت يدي على يده ، وكانت العرب إذا وجب البيع ضرب أحدهما يده على يد صاحبه ثم استعملت الصفقة في العقد قليل : بارك الله في صفقة يمينك . وتكون للبائع والمشتري .

(الخامس) في العيوب :

وضابطها ما كان زائداً عن الخلقة الاصلية أو ناقصاً .

واطلاق العقد يقتضى السلامة .

فلو ظهر عيب سابق تخير المشتري بين الرد والارش ولاخيرة

للبياع .

ويسقط الرد بالبراءة من العيب ولو اجمالاً ، وبالعلم به قبل

العقد ، وبالرضا بعده ، وبحدوث عيب عنده ، وبإحداثه في المبيع

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

أما الارش فيسقط بالثلاثة الاول ، دون الاخيرين .

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

ولو ابتاع شيئين فصاعداً صفقة فظهر العيب في البعض ، فليس

له رد المعيب منفرداً ، وله رد الجميع أو الارش .

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

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

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

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

ويكون الموضع في الجميع مقسطاً على ثمن المثل وأجرته ومهره .

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

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

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

قسط كل واحد من الثمن أولم يبين ، وذلك لان الصفقة واحدة ، فلورد المعيب
وحده يجهل ثمن كل واحد منهما فيقع النزاع .

وقال ابن الجنيّد: ان بين في العقد قسط كل واحد من الثمن كان المشتري
مخيراً بين بذل تلك المعيبة بنظيرة لها وبين ردها بثمنها .
وفيه نظر ، لان بيان قسط كل واحد لا يستلزم تعدد الصفقة ، ومع اتحادها
لا يتوزع أجزاء الثمن على أجزاء السبيع وان بينه البائع ما لم يقع عقد مستقل
على تلك العين .

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

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

وهنا مسائل :

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

مسلطون على أموالهم^(١) ، ولا يجب على أحد إسقاط مصلحته لإيجاد مصلحة غيره ، فلكل منهما أن ينفرد وإن استلزم ضرر البائع ، لأنه أدخله على نفسه ، لعلمه بأن المشتري اثنان وإن لكل منهما أن ينفرد لأن الأغراض مختلفة .

قوله : التصرية تدليس يثبت بها خيار الرد ويرد معها مثل لبنها أو قيمته مع التعذر ، وقيل صاع من بر في هذه المسألة فوائد :

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

(الثانية) إن هذا الفعل - وهو التصرية - تدليس ، أخذاً من الدلس وهو الظلام ، فكان المدلس أتى بالشئ المدلس فيه في ظلام . والمراد به هنا إخفاء صفة غير مقصودة وإظهار غيرها .

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

(١) البحار ٢/ ٢٧٢ .

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

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

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

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

(الخامسة) ليس له مع ثبوت التصرية الامساك وطلب تفاوت الثمن ، لان ذلك من أحكام المعيب لا المدلس ، بل اما أن يلتزم بها بجملة الثمن أو يرددها . (السادسة) اللبن الموجود حال العقد جزء من المبيع يجب رده معها مع وجوده وعدم نقص صفة فيه ، ومع النقص أرشه . ومع عدله مثله ، ومع عدم المثل القيمة وقت التعذر .

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

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

(١) الوسائل ١٢ / ٣٦٠ .

(الثانية) الثبوت ليست عيباً .

نعم لو شرط البكارة فثبت سبق الثبوت كان له الرد .

ولو لم يثبت التقدم فلارد ، لان ذلك قد يذهب بالتزوة .

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

(الثامنة) ثبوت حكم التصرية في الشاة قطعي ، أما الناقة والبقرة فقد تردد

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

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

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

ولادعاء الشيخ الاجماع عليه ، وهو مذهب ابن الجنيّد والقاضي وابن ادریس

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

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

الاصحاب في المصرة .

قوله : الثبوت ليست عيباً - الخ

لقائل أن يمنع كونها ليست عيباً ، لانها خارجة عن الخلقة الطبيعية بالنقصان

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

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

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

ولا يجب عليه شيء لانه يكون يذهب في حال المرض أو أمر يصيبها^(١) .

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

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

الوسائل ٤١٨/١٢ .

(الثالثة) لا يرد العبد بالاباق الحادث عند المشتري، ويرد

بالسابق .

(الرابعة) لو اشترى أمة لا تحيض في ستة أشهر فصاعداً ومثلها

تحيض، فله الرد، لأن ذلك لا يكون إلا لعارض .

(الخامسة) لا يرد البزر والزيت بما يوجد فيه من الثفل المعتاد.

نعم لو خرج عن العادة جازرده، إذا لم يعلم .

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

واختياره القاضي في المذهب يدل على كونها عيباً ، لأن الارش لا يكون إلا في العيب .

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

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

قوله : لو اشترى أمة لا تحيض في ستة أشهر فصاعداً ومثلها تحيض فله الرد لأن ذلك لا يكون إلا لعارض .

هذا الحكم ذكره الشيخ، ومستنده رواية داود بن فرقدان، ومنعه ابن ادریس وهو خطأ ، أما أولا فللرواية المذكورة ، وأما ثانياً فلما علم من القواعد

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

(السادسة) لو تنازعا في التبري من العيب ولا بينة ، فالقول

قول منكره مع يمينه .

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

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

(الثامنة) يقوم المبيع صحيحاً ومعيباً ، ويرجع المشتري على

البائع بنسبة ذلك من الثمن .

الطينة أن ذلك مرض فيكون عيباً .

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

مع يمينه .

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

لامصلحة له في انكاره .

ومضرة التبري أن يقول « بعثك بالبراءة من العيب » أن لا يلزمني دركه

برد أو أرش .

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

« بالبراءة من عيب كذا وعيب كذا » .

ولا كلام في صحته مع التفصيل ، وأما مع الأجمال فمنعه ابن الجنيّد ، لأن

الأجمال يستلزم كون المبيع مجهولاً ، ضرورة اختلاف الثمن باختلاف العيوب

فيظل البيع . ومنع العلامة الجهالة لحصول المشاهدة . وقول ابن الجنيّد

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

قوله : يقوم المبيع صحيحاً ومعيباً ويرجع المشتري على البائع بنسبة

ذلك من الثمن

ولو اختلف أهل الخبرة رجع الى القيمة الوسطى .

(التاسعة) لو حدث العيب بعد العقد وقبل القبض ، كان للمشتري الرد .

وفي الارش قولان ، أشبههما الثبوت .

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

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

القولان للشيخ :

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

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

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

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

الفصل الخامس

(في الربا)

وتحريمه معلوم من الشرع .

حتى ان الدرهم منه أعظم من سبعين زنية .

الحاصل بإيجاب القبول .

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

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

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

قوله : الفصل الخامس في الربا

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

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

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

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

وتحريمه معلوم من الشرع لا غير ، إذ لا دليل عقلي يدل على تحريمه ، ودلالته
الشرعية من الكتاب والسنة والأجماع :

أما الكتاب فقوله تعالى « أحل الله البيع وحرم الربا »^(١) .
وأما السنة فقوله صلى الله عليه وآله وسلم : اجتنبوا البيع الموبقات .
وقيل : يا رسول الله ما هي ؟ قال : الشرك بالله ، والسحر ، وقتل النفس التي
حرم الله إلا بالحق ، وأكل الربا ، وأكل مال اليتيم ، والتولي يوم الزحف ، وقذف
المحصنات الغافلات المؤمنات^(٢) .

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

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

(١) سورة البقرة : ٢٧٥ .

(٢) الخصال ١٢٢/٢ .

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

(٤) التهذيب ١٤/٧ ، الكافي ١٤٤/٥ ، الفقيه ١٧٤/٣ ، الوسائل ٤٢٧/١٢ .

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

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

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

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

(١) ابن ماجه ٢/٧٥٨ .

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

وان اختلفت أجناس العروض جاز التفاضل نقداً .
وفي النسبة قولان ، أشبههما : الكراهية .
والحنطة والشعير جنس واحد في الربا ، وكذا ما يكون منهما
كالسويق والدقيق والمخبز .

وقيل بل لا بد من رده إليه ، لظاهر قوله تعالى «وان يتم فلكم رؤس أموالكم»^(١) .
والاول قول الشيخ واتباعه والصدوق في المقنع . والثاني قول ابن ادریس
واختاره العلامة وهو الحق ، لأصالة بقاء الملك على صاحبه وعدم انتقاله إلا بسبب
مبيع والقرض عدمه . والمراد من الآية سقوط الاثم بالتوبة التي هي الانتهاء ،
أي فله ما سلف من الاثم لا أنه عليه .

قوله : وفي النسبة قولان أشبههما الكراهية

قال الشيخ في النهاية وابن ادریس بالجواز لقوله صلى الله عليه وآله وسلم :
إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم^(٢) . وللأصل ،
وقال المفيد وسلاح وابن زهرة والكيدري بالمنع ، لقوله صلى الله عليه
وآله : إنما الربا في النسبة^(٣) .

والأشبه الكراهية جمعاً بين الدليلين كما قال المصنف .

قوله : والحنطة والشعير جنس واحد في الربا

لاخلاف في كونهما جنسين في الزكاة ، بمعنى أنه لا يجبر جنس بالآخر
في اعتبار النصاب . وأما في الربا فقال ابن الجنيّد وابن أبي عقيل وابن ادریس

(١) سورة البقرة : ٢٧٩ .

(٢) المستدرک ٢ / ٤٨٠ .

(٣) ابن ماجه ٢ / ٧٥٨ .

وثمره النخل وما يعمل منها جنس واحد، وكذا ثمرة الكرم
وما يكون منه .
واللحوم تابعة للحيوان في الاختلاف .
وما يستخرج من اللبن جنس واحد، وكذا الادهان تتبع
ما يستخرج منه .
وما لا كيل ولا وزن فيه فليس بربوي كالثوب بالثوبين والعبد
بالعبدین .

هما كذلك لاختلافهما حساً وطعماً واسماً وإدراكاً وطبيعة ، وقال الشيخان
والتقي وسيلار والقاضي والمصنف والعلامة هما جنس واحد لشمول اسم الطعام
لهما واختصاص أحدهما لا يوجب الاختلاف كالبرني^(١) والطيرزد ، وكونهما
جنسين في الزكاة لا يوجب كونهما كذلك في كل الأحكام ، لانهما حكمان
شرعيان تابعان للمصالح للمحل الحكم .
وقولهم « انهما يختلفان حساً وطعماً » الخ ، معارض باختلاف أصناف
التمر ، وان سلمنا العدم لكن لم لا يجوز أن يكون لهما حكم الجنس الواحد
وان اختلفا بالاشياء المذكورة لدلالة الشرع . هذا والروايات متظافرة [بما ذكرناه]
والخاص مقدم .

قوله : وثمره النخل وما يعمل منها جنس واحد
جزم الشيخ في النهاية بمنع بيع الشيء بأصله كما في التمر والعنب بدسهما

(١) البرني : نوع من أجود التمر، ونقل السهيلي انه اعجبني ومناه حمل مبارك . قال :
« بر » حمل و « ني » جيد . والطيرزد يقال لنوع من التمر لحلاوته ، وقال ابو حاتم : الطيرزد :
نخلة بررتها صفراء مستديرة .

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

والسمسم بالشيرج ، إلا أن يقوم كل واحد منهما على انفراد ، واختاره
ابن إدريس .

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

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

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

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

(١) سورة البقرة : ٢٧٥ .

(٢) ابن ماجه ٧٥٨/٢ .

وقيل يغلب تحريم التفاضل .

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

قوله : وقيل يغلب تحريم التفاضل

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

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

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

(١) التهذيب ١٢٠/٧ ، الاستبصار ١٠١/٣ .

(٢) التهذيب ١١٩/٧ ، الاستبصار ١٠١/٣ .

(٣) البحار ٢٧٢/١ نقلاً عن الغوالي .

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

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

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

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

(١) التهذيب ٩٧/٧ ، الكافي ١٩٠/٥ .

(٢) الوسائل ٤٤٥/١٢ .

(٣) ابن ماجه ٧٦١/٢ .

(٤) الوسائل ٤٤٥/١٢ .

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

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

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

(٤) الشبه هو كل قياس الحق الفرع فيه بالاصل بجامع يشبهه فيه . وقيل في تعريفه غير ذلك من التعريفات وكذلك أخواته المذكورة ، ومن اراد التفصيل فعليه بكتاب « نهاية الوصول الى علم الاصول » للعلامة المحلى رحمه الله تعالى وشرح مختصر الاصول وغيرها من الكتب الموضوعة في علم الاصول .

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

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

نفى الربا بين هؤلاء الاربعة^(٢) ومضافتهم^(٣) وان كان مخالفاً لعموم
القرآن الا أن الاصحاب أجمعوا على ذلك وخصصوا القرآن بالاحاديث الواردة
عن الائمة عليهم السلام . والمرضى رحمه الله حيث لا يقول بأخبار الاتحاد ولا
يخصص بها القرآن حكم بثبوت الربا في الموصليات^(٤) وأول الاحاديث على
تقدير عمله بها بأن المزارد بقولهم « لا ربا » النهي وان كان بصورة الخبر ،
لورود ذلك كقوله تعالى « لا رفك ولا فسوق ولا جدال في الحج » ثم ذكر أنه
رجع الى قول الاصحاب لما رأهم مجمعين^(٥) على ذلك والاجماع يصلح

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

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

(٣) في بعض النسخ : ومضافهم .

(٤) قال في الجواهر ٢٣ / ٣٧٨ عند ذكر المسألة : أجماعاً محكمة مستقيماً ان لم
يكن متواتراً صريحاً وظاهراً ، بل يمكن تحصيله اذ لا خلاف فيه الا من المرضى في
الموصليات لكن في الانتصار بعد ان ذكر مما انفردت به الامامية القول بأنه لا ربا بين
الولد والوالد ولا بين الزوج وزوجته ولا بين الذمي والمسلم ولا بين العبد ومولاه وخالف
باقي الفقهاء قال : وقد كتبت قديماً في جواب مسائل وردت على من الموصلة وتأولت الاعتبار
التي يرويها اصحابنا المتضمنة لنفي الربا بين ما ذكرناه على ان المراد بذلك وان كان
بلفظ الخبر مني الامر كأنه قال : يجب أن يقع بين من ذكرناه ربا كما قال تعالى « من دخله
كان آمناً » آل عمران ٩٧ ، وكقوله تعالى « فلا رفك ولا فسوق ولا جدال في الحج »
البقرة ١٩٧ ، وقوله صلى الله عليه وآله : العارية مردودة والرعي غلام ، ومعنى ذلك كله
الامر - الى أن قال - واعتمدنا في نصرة هذا المذهب على عموم ظاهر القرآن ثم لنا

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

لتخصيص القرآن والاصل عدم التأويل .

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

(الأولى) هل يثبت بين الجد وولد الولد ؟ أشكال من كون الجد والداً مجازاً أو حقيقة ، والأولى ثبوت الربا بينهما .

(الثانية) يثبت الربا بين الأم وولدها ، للأصل وعدم شمول النص لها .
(الثالثة) التماكس في الأقسام كلها ثابت إلا الحربى فإنه لا يأخذ الفضل سواء في ذلك دار الحرب ودار الإسلام .

(الرابعة) قيد ابن الجنيد العبد بكونه مختصاً ، فلو كان مشتركاً ثبت .
واختاره العلامة وهو حسن .

(الخامسة) الزوجة بالمنقطع يمكن شمول النفي لها ، إذ لا مانع عقلاً ولا شرعاً ، لصدق اسم الزوجة مع احتمال ثبوته ، لعدم قوة الاتحاد بينهما ، إذ لا توارث ولا اتفاق ، ولفهم الدائم مع الإطلاق مع أصالة عموم الآية .

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

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

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

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

قوله : ويكره بيع الحيوان باللحم ولو تماثلا

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

(١) الوسائل ٤٣٧/١٢ .

(٢) الاستبصار ٧١/٣ ، الوسائل ٤٣٦/١١ .

(٣) الوسائل ٤٤١/١٢ .

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

وقال بالجواز ابن ادریس لعدم المانع ، اذ الحيوان الحي غير مكبل ولا
موزون ، وشرط ثبوت الربا كون العوضين كذلك مع تساوي جنساً .
وقال المصنف هنا بالكراهية ، لقوة حجة ابن ادریس وضعف الرواية ، لان
غياب المذكور بترى^(١) ، فان كان ولا بد فتحمل على الكراهية .
قوله : ومن هذا الباب الكلام في الصرف
الصرف لغة الصوت ، وسمي هذا النوع من البيع به لحصول التصويت
في قلب كل من التقدين .

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

(١) البترية بضم الياء وسكون التاء قسم من الزيدية وهم اصحاب كثير الثواء والخصن بن
صالح بن يحيى وسالم بن ابي حفصة والحكم بن عتيبة وسلمة بن كهيل وابي المقدام وثابت
الجلداد وهم الذين دعوا الى ولاية علي عليه السلام ثم خلطوها بولاية ابي بكر وعمر
ويثبتون لهما امامتهما ويغضبون عثمان وطلحة والزبير وعائشة ويرون الخروج مع بطون ولد
علي بن ابي طالب وقالوا كل من خرج من ولده فهو امام . وقيل منسوبون الى مغيرة بن
سعد الا بتر .

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

ولو قبض البعض صح فيما قبض .
ولو فارقا المجلس مصطحبين لم يبطل .
ولو وكل أحدهما في القبض فافتراقا قبله بطل .
ولو اشترى منه دراهم ثم اشترى بها دنائير قبل القبض لم يصح
الثاني .

قوله : ولو اشترى منه دراهم ثم اشترى بها دنائير قبل القبض لم
يصح الثاني

هذه ذكرها الشيخ في النهاية ، وعللها المصنف في التكت بأن الصرف
مشروط بالتقبض ، فإذا لا يملك الدراهم حتى يقبضها ، فإذا اشترى بها دنائير فقد
اشترى بما لا يملك .

ويرد عليه أنه اختار فيما تقدم أن المبيع يملك بالعقد مطلقاً من غير تخصيص
بشيء ، واختار أيضاً أنه يجوز بيع ما لم يقبض وإن كان مكيلاً أو موزوناً ، وهي هنا
قد رجع حيث قال : لم يصح الثاني لأنه اشترى بثمن غير مملوك له ، لأن الثاني
قرع على صحة البيع الأول بأنه لا يملك المبيع بمجرد العقد مطلقاً .

وأما ابن ادریس فرد على الشيخ وحكم بالصحة إن كانت الدراهم معينة وإن
لم يحصل قبض الدنائير التي هي ثمن الدراهم الأولى المبتاعة في المجلس ،
وإن لم تكن الدراهم معينة بل تكون في الذمة لم يصح البيع ، لأنه بيع دين بدين .
وحينئذ لنا أن نقول على تعليل المصنف : إن بطلان البيع بالافتراق قبل القبض ،
وذلك لا يستلزم عدم تملك المشتري ، لجواز تملكه ملكاً متزلاً لا كالمبيع زمن
الخيار فإن قبض لزم والابطال ، وإذا ملك صح البيع الثاني لأنه اشترى بثمن
مملوك له ، وصح البيع الأول أيضاً لأنه وإن لم يقبض الدراهم لكن قبض عوضها

ولو كان له عليه دنائير فأمره أن يحولها إلى الدراهم وساعره

فقبل صح وإن لم يقبض ، لأن التقدين من واحد .

ولا يجوز التفاضل في الجنس الواحد منهما ، ويجوز في

المختلف .

ويستوى في اعتبار التماثل : الصحيح ، والمكسور ، والمصوغ .

وإذا كان في أحدهما غش لم يبع بجنسه إلا أن يعلم مقدار ما

فيه ، فيزاد الثمن عن قدر الجوهر بما يقابل الغش .

وهو الدنائير وقبض العوض كقبض المعوض .

قوله : ولو كان له عليه دنائير فأمره أن يحولها إلى الدراهم وساعره

فقبل صح وإن لم يقبض لأن التقدين من واحد

هذه رواية إسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام^(١) ، وعمل بها الشيخ .

وردها ابن إدريس ، لأنه صرف فلا يجوز ، وكذلك الشيخ في المبسوط في

باب السلم منه منع وعلل بأنه صرف .

والحق أنه وإن كان صرفاً لكنه في حكم التفاضل ، لكون التقدين من واحد

كما علله الإمام عليه السلام في الرواية وأمره بأن يحولها توكيل له فهو بائع

ومشتري باعتبارين ، كالولي الذي يشتري مال الصغير . وحيث نقول : هذا موقوف

على مقدمات : « ١ » أنه يصح للإنسان الواحد أن يتولى طرفي العقد ، « ٢ » أنه

يصح أن يتولى طرفي القبض ، « ٣ » أن مافي الذمة مقبوض ، « ٤ » أن هذا البيع

- وهو بيع مافي ذمته للغير من الدين بثمن في ذمته - ليس بيع دين بدين . فإذا

(١) الوسائل ٤٦٣/١٢ .

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

ولو جمعا جاز بيعه بهما .

ويباع جوهر الرصاص والنحاس بالذهب أو الفضة وإن كان
فيه يسير من ذلك .

ويجوز اخراج الدراهم المغشوشة إذا كانت معلومة الصرف .
وأولم تكن كذلك لم يجز إلا بعد بيانها .
مسائل :

(الاولى) إذا دفع زيادة عمال للبائع صح ، وتكون الزيادة أمانة .

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

ولو كانت الزيادة مما يتفاوت به الموازين لم تجب اعادته .

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

خاتم ، ولا يتعدى المحكم .

تقررت هذه المقدمات صحت المسألة .

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

يتعدى المحكم

روى أبو الصباح الكنائي قال : سألت الصادق عليه السلام عن الرجل

يقول للصائغ صنع لي هذا الخاتم وأبدل لك درهماً طازجاً بدرهم غلة . قال :
لا بأس^(١) .

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

(١) الكافي ٥/٢٤٩ .

من كل شيء باللغة الفارسية ، والغلة هو العتيق الذي هجر في المعاملة .
إذا عرفت هذا فهنا مسألتان :

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

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

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

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

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

(١) النهاية : ٣٨١ .

(٢) الشرائع : ٢١٨ .

(٣) الشرائع ١٠٧/١ .

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

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

(الرابعة) المراكب والسيوف المحلاة .

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

ولو بيعت نسيئة نقد من الثمن ما قابل المحلية .

وان جهل بيعت بغير الجنس .

وقيل : ان أراد بيعها بالجنس ضم اليها شيئاً .

وهو باطل عندنا مركز تحقيق كتاب مير علم حسيني
وابن حمزة منع مطلقاً اعتماداً على عموم المنع للإية والروايات ، وتورد
ابن ادريس في العمل بالرواية . وقول ابن حمزة عندي قوي ، والرواية لادلالة
لها الاعلى ما ذكره العلامة .

قوله : وقيل : ان أراد بيعها بالجنس ضم اليها شيئاً .

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

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

الحلية لينتفي الربا .

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

قوله : لا يجوز بيع شيء بدينار غير درهم لانه مجهول
 هذه المسألة لاتختص بالصرف ، ولهذا قال المصنف لا يجوز بيع شيء .
 والتحقيق هنا أن نقول : الثمن على تقدير الاستثناء المذكور اما حال أو مؤجل ، وعلى التقديرين اما أن يكون الاستثناء من النقد الموجود حال العقد أو من نقد يشدد ، وعلى التقادير اما أن يعلم النسبة من الدينار أولاً . فالاقسام حيثئذ ثمانية :
 « ١ » - الثمن حال والاستثناء من الموجود حال العقد والنسيئة معلومة ، فيصح .

« ٢ » - الصورة بحالها والنسيئة مجهولة ، فيبطل .

« ٣ » - من المتجدد والنسيئة معلومة ، فيصح .

« ٤ » - من المتجدد والنسيئة مجهولة ، فيبطل .

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

« ٦ » - الصورة بحالها والنسيئة مجهولة ، فيبطل .

« ٧ » - من المتجدد والنسيئة معلومة ، فيصح .

« ٨ » - من المتجدد والنسيئة مجهولة ، فيبطل .

(١) التهذيب ١١٣/٧ ، الاستبصار ٩٨/٣ .

الفصل السادس

(في بيع الثمار)

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

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

قوله : لا يجوز بيع ثمرة النخل قبل ظهورها - الخ
بيع ثمرة النخل على أقسام :

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

(١) الوسائل ٣/١٣ - ٧ .

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

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

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

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

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

أما الاول ففي رواية علي بن ابي حمزة عن الصادق عليه السلام^(٦) ، وقد علق البيع على الزهو ، فسأله عنه فقال : حتى يتلون . وفي حديث الوشا عن الرضا عليه السلام^(٧) تفسيراً له يحمر ويصفر ، وهو أيضاً مروي عن النبي صلى الله عليه

(١) البقرة : ٢٧٥ .

(٢) التهذيب ٨٧/٧ ، الاستبصار ٨٦/٣ .

(٣) التهذيب ٨٧/٧ ، الاستبصار ٨٦/٣ .

(٤) سورة النساء : ٢٩ .

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

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

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

ويجوز بيعها مع أصولها وإن لم يبدو صلاحها .
وكذا لا يجوز بيع ثمرة الشجر حتى تظهر ويبدو صلاحها وهو
أن ينعد الحب .

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

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

(١) الترمذي ٥٢٩/٣ ، ابن ماجه ٧٤٧/٢ .
(٢) التهذيب ٨٨/٧ ، ٩١ ، الاستبصار ٨٦/٣ ، ٨٨ .
(٣) ابن ماجه ٧٤٦/٢ ، الترمذي ٥٢٩/٣ ، شرح الكرماني لصحيح البخاري

واذا أدرك ثمرة بعض البستان جاز بيع ثمرته أجمع .
وان أدرك ثمرة بستان ففي جواز بيع بستان آخر لم يدرك
منضمّاً اليه تردد ، والجواز أشبه .
ويصح بيع ثمرة الشجر ولو كان في أكمائه منضمّاً الى أصوله
ومنفرداً .

وكذا يجوز بيع الزرع قائماً وحصيداً .
وجوز بيع الخضر بعد انعقادها لقطة ولقطات .
وكذا يجوز ، كالرطبة جزء وجزات .
وكذا ما يخرط كالحناء والثوب خرطة وخرطاب .

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

قوله : ففي جواز بيع بستان آخر لم يدرك منضمّاً اليه تردد والجواز
أشبه

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

(١) وهو عموم الروايات التي أوردها في التهذيب ٨٤/٧ ، ٨٥ .

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

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

قوله : بعد التأبير فالثمرة للبائع

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

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

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

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

سكة مابورة .

(الثانية) يجب على المشتري بقية الثمرة المؤبرة الى أوان قطعها ،
والمرجع العادة في أخذ الثمرة .

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

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

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

قوله : وهل يجوز بثمر من غيرها ؟ فيه قولان أظهرهما المنع .

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

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

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

فيه قولان. قال الشيخ في النهاية والقاضي بالاول ، فعندهما يجوز بتمر من غيرها ،
لعموم « وأحل الله البيع » ، ولأن التمر على النخل ليس بمكيل ولا موزون فهو
غير ربوي فيجوز ، ولرواية ابي الصباح عن الصادق عليه السلام : ان رجلاً كان
له على رجل خمسة عشر وسقاً من تمر وكان له نخل فقال له خذ ما في نخلي
بتمرك ، فأبى أن يقبل فأتى النبي صلى الله عليه وآله وسلم فأمره بأخذه فامتنع
وقال : يا رسول الله لا يفي بمالي^(١) ولو كان محرماً لما أمره النبي «ص»
وقال المفيد والشيخ في المبسوط وابن اديس وابن حمزة والقاضي في
المهذب الثاني ، لرواية عبدالرحمن عن الصادق عليه السلام قال : نهى
رسول الله «ص» عن المزبنة والمحاولة . قلت : وما هو ؟ قال : أن تشتري
حمل النخل بالتمر والزرع بالحنطة^(٢) وهذا هو الحق .
والتحقيق أن نقول : ان المزبنة والمحاولة لا تكونان الا بأن يكون الثمن
تمراً أو حباً ، فان قيدا بأصلهما الموجودين فذلك غير مملك ، لان الثمن لا بد
أن يكون مغائراً للمثمن ، وعلى هذا الشرط يتحدان . وان لم يقيدا فهو المطلوب ،
سواء تقيد بغير أصلهما أو أطلقا .
وأما حجة الاول فضعيفة ، لان العموم يخص للدليل كما خص في غيره ،
ونمنع كونهما غير ربويين .

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

(١) الاستبصار ٩٢/٣ ، التهذيب ٩١/٧ .

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

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

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

وفى الشرع هى كذلك ، لكن يمكن أن يكون تسميتها عرية لتعريبها عن
 حكم المزابنة أو عن حكم الربا . إذا عرفت هذا فاعلم أن لبيعها شروطاً :
 « ١ » - أن تكون واحدة ، فلو كانت أكثر لم يجز . اللهم الا أن تكون فى
 كل دار أو بستان واحدة .

(١) الحقل : الأرض القراح وهى التى لاشجر بها ، وقيل هو الزرع إذا تشعب ورقه
 ومنه أخذت المعاوضة وهى بيع الزرع فى سنبله بحبيلة وجمعه حقول مثل فلس وفلوس .

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

« ٢ » - أن يباع بالحلول لا بالتأخير .

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

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

وخالف الشافعي في الأول والرابع ، وشرط بلوغها خمسة أوسق ، والحق خلافه تمسكاً بالنص في بيع العرية وتمسكاً بتحريم المزابنة فيما فوق الواحدة . نعم شرط الشيخ خامساً ، وهو التقايط قبل التفريق كالصرف ، ومنعه ابن ادريس . وهو الحق ، لأصالة عدم الاشتراط وعدم الدليل الدال على مبداه . نعم الحلول شرط كما قلناه لأنه مزبوني .

وقال المصنف والمعلامة يحتمل الجواز في بيعها بتمز عنها ، عملاً بماؤن

المتعلق .

وفيه نظر ، لأننا نقيده بالدليل العقلي ، وهو وجوب مغايرة الثمن والمتمن .

وبه قال ابن حمزة .

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

وثمرتها . وليس بشيء ، للأصل وعملاً بظاهر الخبر الدال على بيعها مطلقاً .

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

قبضها على كراهية

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

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

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

ولو كان بين اثنين نخل فتقبل أحدهما بحصة صاحبه من الثمرة

بوزن معلوم صح .

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

يقصد .

فأشار المصنف الى عدمه لان جنسها مكيل وموزون .

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

الثمره بوزن معلوم صح

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

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

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

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

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

كان بثمره منها فهو صلح باطل لانه غرر .

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

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

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

ولم يقل لزم .

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

(٢) التهذيب ١٩٣/٧، الكافي ٢٦٦/٥ .

(٣) التهذيب ٢٢/٧ .

ولا يجوز أن يأخذ معه شيئاً .

وفي جواز ذلك في غير النخل من الزرع والخضر تردد .

قوله: وفي جواز ذلك في غير النخل من الزرع والخضر تردد

روى الشيخ وابن بابويه عن محمد بن مروان قال: قلت للصادق عليه السلام أمر بالثمرة فأكل منها . قال : كل ولا تحمل . قلت : جعلت فداك ان التجار قد اشتروها ونقدوا أموالهم فيها . قال : اشتروا ما ليس لهم^(١) .
وعن محمد بن أبي عمير عن بعض أصحابنا عنه عليه السلام : الرجل يمر بالنخل والسنبل والتمر فيجوز له أن يأكل منها من غير إذن صاحبها من ضرورة وغير ضرورة . قال : لا بأس^(٢) .

فأفتى الشيخ في النهاية والمبسوط وكتايب الاخبار والقاضي بجواز الاكل من الثمرة وعداه الى الشجر والزرع ، وقال في المسائل الحاثرية بالتخصيص بالثمرة لتخصيص النص المذكور بها ، وهي تختص عرفاً بشجرة النخل .
والمصنف تردد في الزرع والخضر من كلامي الشيخ في الموضعين . نعم الزرع المذكور في رواية ابن أبي عمير .

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

(١) التهذيب ٨٩/٧ ، الاستبصار ٩٠/٣ .

(٢) التهذيب ٩٣/٧ ، الاستبصار ٩٠/٣ .

(٣) التهذيب ٩٢/٧ ، الاستبصار ٩٠/٣ .

الفصل السابع

(في بيع الحيوان)

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

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

قلت : لو كان المراد الحمل لكان أخص من السؤال ، فإن السؤال وقع عن
التناول وهو أعم من الحمل والأكل كما قلناه ، والأخص ليس بجواب تام . نعم
قد يقع الأخص جواباً مسع دلالة على المراد بالسؤال عن الأعم ، كما إذا سئل
عن استعمال ماء البحر فيجيب بجواز الوضوء منه ، فإنه لا فرق بين الوضوء
وغيره . وهنا ليس كذلك .

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

قوله : ولا يمنع العيب الحادث من الرد بالخيار

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(١) اجهضت التاقاة والحرأة ولدها اجهاضاً : اسقطته ناقص الخلق فهي جهيض
ومجهضة .

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

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

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

قوله : ويعجوز ابتياع بعض الحيوان مشاعاً

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

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

(الثاني) كونه معلوماً بالنسبة كالربع والثالث ، اذ الجهالة ملزومة للغرر
المنهي عنه .

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

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

شريكاً بنسبة قيمة ثنياء (١)

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

وأما المفيد والمرتضى والتقي وابن الجنيد وابن اديس فقالوا بصحة الاستثناء من غير شركة ، وفصل العلامة فجوز الاستثناء المذكور في المذبوحة أو مشرطة الذبح ، ومنعه في غيرهما لما تقدم من لزوم الغرر .

وأما الشهيد فوافق العلامة في اختياره في الاستثناء وخالفه في ما منعه في غير المذبوحة ، وقال فيه بمقالة الشيخ من أنه شريك بنسبة القيمة وقال في مشروط الذبح ان ذبح فالشرط لازم والآنخيرين الفسخ والشركة بالقيمة .

وأما سلارقال بمقالة المفيد والمرتضى وزاد جواز استثناء اللحم بالوزن ومنعه ابن الجنيد لتفاوته .

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

(١) الثنا بضم الثاء والتثنية بالفتح اسم من الاستثناء ، وفي الحديث: من استثنى فله ثنياء اي ما استثناء ، فالاستثناء هو صرف العامل من تناول المستثنى .

(٢) الكافي ٥ / ٣٠٤ ، التهذيب ٧ / ٨١ .

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

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

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

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

(١) الكافي ٢/٢١٢ ، التهذيب ٧/٧١ .

(٢) سورة المائدة : ١ .

(٣) التهذيب ٧/٢٢ .

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

(الاولى) المملوك يملك فاضل الضريبة، وقيل : لا يملك شيئاً .

وقه نظر ، لانه أن طرد الحكم في غير هذه الصورة المذكورة فهو خلاف
الاجماع والا كان الفرق محتاجاً الى دليل ، والعمومات المذكورة لادلالة لها
عليه . وأما الرواية فإن منطوقها أنه سأل عن رجل شارك رجلاً في جارية وقال
ان ربحنا فلك نصف الربح وان كانت وضبعة فليس عليك شيء . قال عليه السلام
لا أرى بهذا بأساً اذا طابت نفس صاحب الجارية . ونحن نقول بموجبها ، إذ
معناها أنه اذا شرط عدم الخسران عليه جاز له أن يفي بقوله . وهو صحيح ،
إذا الناس مسيطون على أموالهم^(١) ، فإذا ترك ماله لآخرج عليه فيه . وأما لزوم الشرط
وأنه لا يجوز له مخالفته فلا دلالة للرواية عليه ، ولذلك أردف نفسي البأس بقوله
« اذا طابت نفس صاحب الجارية » .

وابن ادريس منع الرواية لمخالفتها أصول المذهب من أن الخسران على
رؤوس الاموال بغير خلاف .

قال الشهيد: لانسلم أن تبعية المال لازم لمطلق الشركة بل للشركة المطلقة
ثم قال : والا قرب تعدي الحكم الى غير الجارية من المبيعات .

قوله : المملوك يملك فاضل الضريبة ، وقيل لا يملك شيئاً
الاول للشيخ في النهاية ، لرواية ابن محبوب عن عمر بن يزيد عن الصادق

(١) البحار ٢/ ٢٧٢ .

عليه السلام^(١). وقال أيضاً يملك أرض الجثاية ، لرواية اسحاق بن همام عنه عليه السلام^(٢).

والثاني قوله في الخلاف ، محتجاً بوجوه :

(الاول) قوله تعالى « ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء »^(٣) ، وليس المراد نفي القدرة على الفعل لبطلانه ، فيكون المراد نفي الملك مجازاً لمقتضى الحقيقة ، فلا يلزم من تنكير العبد المملوك جواز تملك غيره من العبيد ، لأن الحكم المعلق على الوصف يستلزم كونه علة للحكم ، كقولك « اكرم العلماء وأهن الجهال » ، فانه يدل على أن علة الاكرام والاهانة العلم والجهل ، فكذا في الآية علق عدم القدرة بوصف الملك .

(الثاني) قوله تعالى « ضرب لكم مثلاً من أنفسكم هل لكم مما ملكت أيما نكم من شركاء فيما رزقناكم فأنتم فيه سواء »^(٤) (وجه الاستدلال أنه شبه حاله مع عباده في نفي المشاركة في الملك بحال السادات مع ممالكهم ، ومعلوم أن عباده لا يشاركون الله في الملك فكذا الممالك

(الثالث) لو ملك العبد لزوم التناقض في الأحكام ، واللازم كالملزوم في البطلان بيان الملازمة : أنه لو ملك لجاز أن يملك عبداً وجاز أن يملك عبده مالا ، فجاز أن يشتري مولاه من سيده ، فيكون كل منهما عبداً سيداً معاً ، وهو تناقض . وفيه نظر ، إذ لا يلزم من جواز تملكه مطلقاً جواز تملك خاص ، فانه لا يلزم من جواز تملك البهر مطلقاً جواز تملكه لابويه وأولاده .

(١) التهذيب ٢٢٤/٨ ، الفقيه ٧٤/٣ .

(٢) التهذيب ٢٢٥/٨ .

(٣) سورة النحل : ٧٥ .

(٤) سورة الروم : ٢٨ . وتام الآية الكريمة « تخافونهم كخيفتكم أنفسكم كذلك تفصل الآيات لقوم يعقلون » .

واعلم أن بعض مخالفينا قال بجواز تملكه ، ولهم عليه أدلة أشرنا إليها في « كنز العرفان » وأجبنا عنها فليطلب هناك^(١).

نعم الفتوى على القول بعدم تملكه ، وهو قول العجلي والعلامة . وأما المصنف

(١) قال في كنز العرفان ١١١/٢ : وقال - أي الشافعي - في القديم : يملك إذا ملكه مولاه ، وقال مالك يملك وإن لم يملكه مولاه . ووجه ما قلناه أنه ليس المراد من الآية « ضرب الله مثلا عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء » التحل ٧٥ نفى القدرة على الفعل ، لأنه معلوم البطلان ضرورة ، فيكون المراد أنه لا يملك وهو المطلوب . وأيضاً نفى عنه القدرة عموماً ، لأن النكرة في النفي يعم خرج من ذلك ما أخرجه الدليل فيبقى الباقي على النفي . إن قلت : إن النفي وإن كان عاماً لكنه متعلق بعبد منكر ، وهو لا يدل على العموم فلا يلزم عدم تملك العبد كلهم .

قلت : تعليق الحكم على المشتق يدل على كون المشتق منه علة في الحكم ، كقولك « أكرم العلماء » فإنه يدل على أن علة إكرامهم علمهم فيعم أينما وجد المشتق منه . وصورة النزاع كذلك ، فيعم أينما وجد المملك .

إلى أن قال : احتج من قال بملكه بقوله تعالى « وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وأما نكم إن يكونوا فقراء يغنيهم الله من فضله » النور ٣٢ . وجه الدلالة أنه لو يصح تملكهم لم يصح اغناؤهم لكن صح فصيح . وبما روي أن سلمان كان عبداً فأتى النبي صلى الله عليه وآله وسلم بشيء فقال هو صدقة ، فرد فأتاه ثانياً وقال هذه هدية فقبله ، فلو كان لا يملك لما قبله منه .

وأجاب الشيخ عن الأول بجواز أن يريد الله أن يغنيهم الله بالعتق ، وعن الثاني بالمنع من كون سلمان مملوكاً حقيقة بل كان محكوماً عليه من غير التملك الشرعي . وإن سلم جاز أن تكون الهدية بأذن سيده وعلم النبي صلى الله عليه وآله وسلم ذلك فقبلها .

وفي الجواب الأول نظر ، لأنه إن توجه فإنما يتوجه على تقدير تزويج العبيد والاماء بالاحرار ، لأنه ربما يؤدي إلى عتقهم بسبب اولادهم ، وأما إذا زوجوا بأمثالهم فلا .

وأيضاً لو كان العتيق غني كان الرق فقراً ، وحينئذ كان فقر العبد متحققاً فيكون حجة لنا وكلمة « إن » وإن كان محلها المحتمل لكن جاز استعمالها في المتحقق ، مثل قوله تعالى « وإن يك صادقاً يصيبكم بعض الذي يعدكم » المؤمن : ٢٨ .

(الثانية) من اشترى عبداً له مال ، كان ماله للبائع ، الا مع

الشرط

(الثالثة) يجب على البائع استبراء الامة قبل بيعها بحيضة ، ان

كانت بمن تحيض ، وبخمس وأربعين يوماً ، ان لم تحض وكانت

في سن من تحيض

وكذا يجب الاستبراء على المشتري اذا لم يستبرئها البائع

ويسقط الاستبراء على الصغيرة واليساسة والمستبرأة ، وأمة

المرأة

ويقبل قول العدل اذا أخبر بالاستبراء

فقال في الشرائع انه يملك لكنه محجور عليه

والتحقيق أن نقول: ان أريد بالملك جواز الانتفاع فلا شك أنه يملك بهذا

المعنى ، لأن له الانتفاع بما يخصه به سيده ، ولهذا جاز تحليل أمته لعبده

وأيضاً يجوز تمكينه من الهدي في الحج اجمعاً . وان أريد بالملك ما ليس لغيره

منه فهو غير مالك بهذا المعنى ، لأن جميع ما يخصه به مولاه له منه منه . والحاصل

أنه يملك ملكاً غير تام

قوله : وأمة المرأة ويقبل قول العدل اذا أخبر بالاستبراء

هذا قول الشيخ في النهاية ، واختاره العلامة ، لأن الفرض من الاستبراء

العلم بفراغ الرحم ، ومع كونها للمرأة لاوطي في البين ظاهراً ، فيحصل الظن

بالفراغ وكذا مع اخبار العدل ، وتؤيده رواية ابن سنان عن الصادق عليه السلام^(١) .

(١) التهذيب ١٧٢/٨ ، الكافي ٤٧٣/٥ ، الاستبصار ٣٥٨/٣

ولا توطأ الحامل قبلاً حتى تمضي لحملها أربعة أشهر .
ولو وطئها عزل . ولو لم يعزل كره له بيع ولدها ، واستحب
أن يعزل له من ميراثه قسطاً .
(الرابعة) يكره التفرقة بين الاطفال وأمهاتهم حتى يستغنوا .
وحده سبعة سنين . وقيل : أن يستغنى عن الرضاع . ومنهم
من حرم .

ونازع ابن ادریس فی المسألتین ، فأوجب فیهما الاستبراء ، لأن فعل البائع
لا يسقط عن المشتري ما وجب عليه ، ولرواية ابن سنان الأخرى^(١) ، وحملها
العلامة على الكراهية .

قوله : ولا توطأ الحامل قبلاً حتى تمضي لحملها أربعة أشهر - الخ
هذا الكلام ليس على إطلاقه ، فإن الحمل إذا كان من مولى أو زوج أو محلل
له فلا يجوز مطلقاً حتى تصنع ولوديراً ، وإن كان من شبهة فكذلك للحoque بالصحيح
وكذا المجهول الحال . فلم يبق حينئذ الاتقييد ما ذكره بالزنا ، إذ هو وإن لم
يكن محترماً لكن هذا الحكم مشهور بين الأصحاب وليس له محمل إلا عليه ،
فيكون هو المراد .

نعم قال في الشرائع أربعة أشهر وعشراً ، وعليه الفتوى ، وذلك على التحريم
أما بعد المدة المذكورة قبل الوضع فهو مكروه ، ولو فعل عزل ، وإن لم يعزل
كره بيع الولد .

قوله : ويكره التفرقة بين الاطفال وأمهاتهم حتى يستغنوا ، وحده سبعة
سنين ، وقيل أن يستغنوا عن الرضاع ، ومنهم من حرم

(١) التهذيب ٢١٢/٨ ، الفقيه ٢٨٢/٣ .

هنا مسألتان :

(اولاهما) لاختلاف أنه لا يحرم التفرقة المذكورة بعد الاستثناء المذكور ،
أما قبله ففيه قولان : أحدهما الكراهية وهو قول الشيخ في النهاية في باب العتق
واختاره العجلي والمصنف والعلامة ، للاصل ولقوله صلى الله عليه وآله وسلم
الناس مسطرون على أموالهم^(١) . وثانيهما التحريم ، وهو قوله في النهاية في
البيع والمفيد والقاضي وابن الجنيد . وهو الحق لقوله صلى الله عليه وآله :
بيعهما جميعاً أو أمسكوهما جميعاً^(٢) ، أما باعوا جارية ، من السبي كانت أمهاتهم
منهم حين نفدت نفقاتهم ، فسمع النبي « ص » أمها تبكي . والامر الدال على
الامساك يقتضي تحريم ضده ، ولرواية ابن سنان عن الصادق عليه السلام^(٣) ،
ورواية سماعة عنه عليه السلام^(٤) أيضاً المصراحة بالتحريم . قال العجلي حدد
الاستثناء سبع سنين ، وقال الثلاثة مدة الرضاع^(٥) ، والاول اقرب .

إذا عرفت هذا فهنا فوائد :

(الاولى) إذا قلنا بالتحريم كان البيع فاسداً ، قاله في المبسوط ، وهو ظاهر
الأخبار . وهو الحق ، لأن النبي « ص » بعث ثمن الجارية وأتي بها^(٦) ، فلو كان
البيع صحيحاً لأقره واشترط الرضا من المشتري في الرد .
(الثانية) لو رضيت الأم والولد بالتفرقة فلا تحريم ولا كراهية ، للتصريح
بذلك في رواية ابن سنان .

(١) البحار ٢/٢٧٢ .

(٢) التهذيب ٧/٧٣ ، الكافي ٥/٢١٨ ، الفقيه ٣/١٣٧ .

(٣) الكافي ٥/٢١٩ .

(٤) الكافي ٥/٢١٨ ، التهذيب ٧/٧٣ .

(٥) والمشهور مدة الرضاع في الذكر وسبع سنين في الأنثى .

(٦) هي رواية معاوية بن عمار السافقة آنفاً .

(الخامسة) اذا وطىء المشتري الامة ثم بان استحقاتها انتزعها المستحق .

وله عقرها نصف العشر ان كانت ثيباً والعشر ان كانت بكرأ .
وقيل : يلزمه مهر أمثالها وعليه قيمة الولد يوم سقط حياً .
ويرجع بالثمن وقيمة الولد على البائع .

(الثالثة) طرد في المبسوط الحكم في أم الولد ، وابن الجنيد طرده في من يقوم مقام الام في الشفقة وأفسد البيع في السبايا وكره ذلك في غيرهم . وخص الشيخ في النهاية الحكم بالام ، وعليه الحلون .

(الرابعة) ظاهر الاصحاب أن التفرقة بعد الاستغناء مباحة ، وقيل يكره أيضاً ويقرب التفصيل وهو أنه مع التميز والاضطلاع^(١) بالقيام بالضروريات لا كراهية والافالكراهية .

(الخامسة) لا يختص المنع من التفرقة بالبيع بل يعم كل انتقال باختيار المالك اما لو ظهر استحقاق أحدهما بوجه شرعي فانتزعه المستحق فلا منع من ذلك .
قوله : وله عقرها (٢) نصف العشر ان كانت ثيباً والعشر ان كانت بكرأ ،
وقيل يلزمه مهر أمثالها

الاول قوله في المبسوط لانها جارية موطوءة بالشبهة وقد نقصت قيمتها بالوطي فيكون للمولى قدر النقصان ، كما يثبت ذلك في غيره من المواضع .
قال في الشرائع انه مروي .

(١) في بعض النسخ : والا صلاح بالقيام .

(٢) العقر بضم العين المهملة : دية فرج المرأة اذا غصبت على نفسها ثم كثر ذلك حتى استعمل في المهر .

وفي رجوعه بالعقر قولان ، أشبههما : الرجوع .
(السادسة) يجوز ابتياع ما يسببه الظالم وان كان للامام بعضه
أو كله .

وكانه اشارة الى رواية طلحة بن يزيد عن الصادق عليه السلام عن الباقر
عليه السلام عن علي عليه السلام^(١) . لكن طلحة ضعيف .
والثاني قول ابن ادریس ، ولا أعرف له وجهاً سوى الحمل على الحرية
الموطوءة بالشبهة . قبل انه قياس مع وجود النص على خلافه . قلت : يمنع
كون ذلك قياساً ، بل هو من اتحاد طريق المسالتين .

قوله : وفي رجوعه بالعقر قولان أشبههما الرجوع

لاخلاف في رجوعه بالثمن وقيمة الولد . وفي العقر قولان : قال ابن
ادريس لا رجوع لحصول العوض في مقابلته وهو الانتفاع بالبضع ، وقال غيره
- وهو الاصح - له الرجوع ، لان البائع أباحه بغير عوض فهو حينئذ مفرور فيكون
الغارضاً .

هذا البحث كله على تقدير الجهل من المشتري ، أما لو كان عالماً باستحقاقها
فلارجوع له بشيء من العقر ولا الثمن مع تلفه في يد البائع والولد رقيق لسيدها
فان كان حاصلاً عن وطئ اكراه كان للسيد مهر أمثالها على الواطي .

قوله : يجوز ابتياع ما يسببه الظالم وان كان للامام بعضه أو كله

لا فرق بين كون الظالم مسلماً أو كافراً ، فان ذلك كله مباح للشيعه حال الغيبة
سواء كان كله للامام كما اذا كان غزواً سرية بغير اذنه أو بعضه له كما في صورة

(١) التهذيب ٢٨١/٧ ، الفقيه ٢٦٦/٣ . وطلحة بن زيد يترى الا أنه قال في
الفهرست : عامي المذهب الا ان كتابه معتمد .

ولو اشترى أمة سرقت من أرض الصلح ردها على البائع واستعاد ثمنها .

فان مات ولا عقب له سعت الامة في قيمتها على رواية مسكين السمان .

وقيل : يحفظها كاللقطة .

ولو قيل : يدفع الى الحاكم ولا تكلف السعي ، كان حسناً .

وجوب الخمس فيه فان نصفه للامام ، وذلك كالمأخوذ سرقة لامجازة .

قوله : ولو اشترى أمة سرقت من أرض الصلح ردها على البائع واستعاد ثمنها ، فان مات ولا عقب له سعت الامة في قيمتها على رواية مسكين السمان ، وقيل يحفظها كاللقطة ، ولو قيل تدفع الى الحاكم ولا تكلف السعي كان حسناً .

صورة رواية مسكين عن الصادق عليه السلام قال : سألت عن رجل اشترى جارية سرقت من أرض الصلح . قال : فليردها على الذي اشتراها منه ولا يقربها ان قدر عليه أو كان موسراً . قلت : جعلت فداك فانه قد مات ومات عقبه . قال فليستسعها^(١) . وعمل بها الشيخ في النهاية كما صدر به المصنف المسألة ، ولا شك أنها مخالفة للاصول من وجوه :

(الاول) ردها على البائع ، وذلك غير جائز ، لان غير مالك لها والرد انما هو على المالك أو وارثه ، اذ القرض أنها مملوكة لكن أموال أهل الذمة لهم . (الثاني) انه يردها على الوارث مع عدم البائع ويأخذ الثمن منه . وهذا أيضاً مخالف للاصل ، بل يؤخذ من التركة ان وجدت .

(١) التهذيب ٨٣/٧ .

(الثالث) انه اذا تعدر الوارث استسعى في الثمن ، وهو أيضاً باطل ، لانها مال لغير من عليه الثمن فلا يؤدي من كسبها المملوك لمالكها على غيره . فذلك أفتى ابن ادریس بأنها يجب حفظها وردها على مالکها كاللقطة ولا تكلف السعي والمصنف قال تدفع الى الحاكم لجهالة مالکها ، وكذا أفتى به العلامة مع أنه قال في المختلف : ان مسكين السمان لا يحضرني الان حاله وباقي روايتها لا مطعن فيهم .

وأما شيخنا الشهيد فاختر أقرية العمل بالرواية ، وأجاب عن المخالفة للاصل ، أما ردها على البائع فلانه مكلف بردها على أهلها ، اما لانه السارق أولانه تربيت يده عليه ، وأما استسعاؤها فللجمع بين حق المشتري وحق صاحبها والاصل فيه أن مال الحربى فىء في الحقيقة ، وبالصلح صيار محترماً احتراماً عرضياً ، فلا يعارض ذهاب مال محترم في الحقيقة .

قلت : في كلامه نظر من وجوه :
(الاول) انه كما يكلف البائع بردها الى أربابها فكذا يكلف المشتري أيضاً ، لكونها مالا حصل بيده بغير رضا ولا علم من مالكة فيجب عليه رده اليه . ان قال : للبائع يد سابقة فهو مخاطب بالرد أولاً .

قلت : لا أثر لتقديم هذه اليد والالكان الغاصب من الغاصب يجب عليه الرد على الغاصب لو تعدر المالك ، وهو باطل اجماعاً .

(الثاني) ان ذلك البائع اما أن يكون سارقاً أولاً ، والاول لا يجوز الرد عليه لخيانته وعدم أمانته فيجوز أن يبيعها ثانياً وهو باطل ، والثاني لا يجوز أيضاً لانه ليس وكيلاً للمالك ولا ولياً له ، مع أنه يلزمه أن يقول بذلك في كل مبيع يظهر استحقاؤه ، وهو باطل اجماعاً .

(الثالث) ان قوله في الاستسعاء انه جمع بين حق المشتري وحق مالکها

(السابعة) اذا دفع الى مأذون مالا ليشتري نسمة ويعتقها ويحج ببقية المال فاشترى أباه وتحاق مولاه ومولى الاب وورثة الامر بعد العتق والحج ، وكل يقول : اشترى بمالي ، ففي رواية ابن أشيم مضت الحجة ويرد المعتق على مواليه رقاً .
ثم أى الفريقين أقام البينة ، كان له رقاً ، وفي السند ضعف وفي الفتوى اضطراب .
ويناسب الاصل الحكم بامضاء ما فعله المأذون مالم يقم بينة تنافيه .

غلط اذا لضرورة ماسة الى ذلك « ولا تذر وزارة وزراً أخرى »^(١) ، اذا فرض أن الثمن لازم لذمة البائع وان أهل الذمة يجب الدفع عنهم مع القيام بشرائط الذمة والذبح عن اموالهم ، مع أنه يلزم شيخنا رحمه الله ان كل مؤمن تلف له مال أو غصب منه وتعذر الرجوع على المثلث والغاصب أنه يجوز دفع عوضه من أموال أهل الذمة . وهو باطل اجماعاً ، فاذا الأجود ما قاله المصنف والعلامة .

قوله: اذا دفع الى مأذون مالا ليشتري نسمة ويعتقها ويحج ببقية المال فاشترى أباه وتحاق مولاه ومولى الاب وورثة الامر بعد العتق والحج وكل يقول اشترى بمالي - الى آخره

هذه المسألة ذكرها الشيخ في النهاية وتبعه القاضي ، وصورة الرواية أن علي بن أحمد بن أشيم - بضم الهمزة واسكان الياء وقيل بفتح الهمزة والياء مهموزة - روى عن الباقر عليه السلام : سئل عن عبد لقوم مأذون له في التجارة

(١) سورة النجم : ٣٨ .

دفع اليه رجل ألف درهم وقال له اشتر بها نسمة وأعتقها عني وحج عني بالباقي
ثم مات صاحب الالف فانطلق العبد واشترى أباه فأعتقه عن الميت ودفع اليه
الباقي ليحج عن الميت، فحج عنه فبلغ ذلك موالى أبيه وموالى وورثة الميت
جميعاً فاختلفوا جميعاً في الالف فقالوا موالى معتق العبد انما اشترى أباك
بمالنا ، وقال الورثة انما اشترى أباك بمالنا ، وقال موالى العبد انما اشترى
أباك بمالنا ، فقال الباقر عليه السلام : أما الحجة فقد مضت بما فيها لا ترد ، وأما
المعتق فهو رد في الرق لموالى أبيه ، وأي الفريقين بعد أقاموا البينة أنه اشترى
أباه من أموالهم كان لهم رقاً^(١) .

قال المصنف: والعمل بالرواية مشكل : أما أولاً فلضعف ابن اشم، لنبره
بالغلط، ذكر ذلك الشيخ والتجاشى . وأما ثانياً فلان الفتوى فيها اضطراب من
حيث أن رد العبد الى مولاه رقاً مع حصول الشراء منه وعدم البينة بالمنافى لا
وجه له، وكذا الحكم بمضي الخجة لتفرع صحتها على صحة العتق والاستيعاز
المتأفين لرد العبد رقاً .

ووجه الشهيد رد العبد الى مولاه بأنه مال تصادمت الدعاوي المتكافئة فيه
فيرجع الى أصالة بقاء الملك على مالكه . قال: ولا يعارضه فتواهم بتقديم دعوى
الصحة على الفساد ، لان دعوى الصحة هنا مشتركة بين متقابلين متكافئين
فتساقطا .

إذا عرفت هذا اختلف المتأخرون في المسألة ، فقال ابن ادريس القول
قول سيد المأذون ، لان الاصل أن جميع ما يبدع عبده له وقول عبده غير نافذ في
حقه ، فالعتق باطل . واختاره المصنف في الشرائع والعلامة في كتبه ، وخمل
الرواية على انكار أصل البيع .

(الثامنة) اذا اشترى عبداً فدفعت البائع اليه عبيدين ليختار
أحدهما فأبق واحد ، قيل : يرتجع نصف الثمن .
ثم ان وجدته تخير ، والا كان الاخر بينهما

وفيه نظر ، لانه ينافي منطوقها من وقوع العقد وادعاء فساد . وقال المصنف
هنا يمضي قول المأذون في الشراء والعق ، لان قوله مقبول ، ولصحة
تصرف العاقل .

وفي القولين نظر : أما الاول فلانه ليس على اطلاقه ، بل اذا لم يسلم المولى
الاذن في تولي مال الغير ، أما مع حصول تسليم الاذن في ذلك فلا . وأما الثاني
فلان قول المأذون ليس مقبولا مطلقاً ، بل فيما يتعلق بالتجارة من كيل أو وزن
أو وقوع عقد أو عدمه . أما في اخراج ما بيده عن ملك سيده فلا ، بل يد العبد يد
سيده واقاراره عليه غير مقبول الا مع تصديقه عتقاً كان أو غيره ، وحينئذ فالتحقيق
أن المولى ان سلم الاذن في تولي مال الغير فالقول قول المأذون لكونه أمناً
مأذوناً له في التوكل ، وان لم يسلم ذلك فالقول قوله والمال له .

هذا كله مع عدم البينة لاحد المتنازعين ، أما مع حصول البينة : فأما الواحد
فالحكم له ، وأما لكل واحد فقال العلامة في القواعد ان رجحنا بينة ذي اليد
فالحكم كالاول - أي يقضى به لسيد المأذون - ولم نرجح صاحب اليد فالأقرب
ترجيح بينة الدافع عملاً بمقتضى صحة البيع ، مع احتمال تقديم بينة مولى
الاب لادعائه ما ينافي الاصل وهو الفساد ، فتكون بينته واقفة على ما لم يقف عليه
باقي البينات من ثبوت الفساد ، فترجح لذلك :

قوله : اذا اشترى عبداً فدفعت البائع اليه عبيدين ليختار أحدهما فأبق
واحد قيل يرتجع نصف الثمن ثم ان وجدته تخير والا كان الاخر بينهما

نصفين ، وفي الرواية ضعف .
ويناسب الاصل أن يضمن الابق ويطلب بما ابتاعه .

نصفين ، وفي الرواية ضعف ، ويناسب الاصل أن يضمن الابق ويطلب
بما ابتاعه .

ذكر الشيخ في النهاية المسألة وتبعه القاضي وأفتيا بما حكاه المصنف اعتماداً
على رواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام " المنضمنة لذلك ، ومنع ذلك
ابن ادریس : أما أولاً فلأنها خبر واحد ، وأما ثانياً فلمنافاتها أصول المذهب لأنه
مبيع مجهول ، وأما ثالثاً فلأن ارتجاع نصف الثمن لا وجه له لأن المبيع ان كان
هو الابق فهو بكماله للمشتري والا فهو للبائع فكيف يكون الباقي بينهما نصفين
قال : وانما أورد ذلك شيخنا إيراداً ورجع عنه في كتاب السلم من الخلاف .
وأما المصنف فحكم بضعف الرواية ، لأن في طريقها ابن أبي حبيب وفيه
كلام ولاضطراب فيها كما قاله ابن ادریس ، وحكم بضمان الثالف ، لأنه مقبوض
بالسوم ، وكذا حكم بضمانه على المشتري لأنه قيد الضمان بكونه مورد العقد
ولولم يكن المعقود عليه فلا ضمان .

وحقق الشهيد وغيره موضوع المسألة بأنه اشترى عبداً موصوفاً في الذمة
فدفع اليه البائع عيدين ليختار أحدهما بناء على تساويهما في القيمة ومطابقتها
في الوصف وانحصار حقه فيهما ، وعدم ضمان المشتري هنا لأنه لا يزيد على
المبيع المعين الهالك في مدة الخيار ، فإنه من ضمان البائع .

وقال بعض الفضلاء : التحقيق هنا أن نقول : ان الشيخ لم يحكم بجواز
بيع عبد غير معين من عيدين ولا الرواية تدل عليه ، بل بجواز بيع موصوف كما
قلناه ، وتخيير البائع في أخذ أحد العيدين لا يستلزم أن يكون واقعاً في نفس

العقد ، وكذا انحصار حق المشتري فيهما ليس من العقد بل من رضا المشتري بأحدهما بعد العقد . وكما أنه اذا رضي بأحدهما بعينه ينحصر حقه فيه فكذلك اذا رضي بأحدهما لبعينه ، وكذلك بصير العبدان مشتركين بينهما ، فيجب أن يرد البائع نصف الثمن على المشتري ويكون العبد الموجود بينهما نصفين . وكذا الأبق .

هذا اذا أبق قبل الاختيار ، وأما اذا أبق بعد الاختيار ، فإن كان اختياره للأبق فهو من ضمانه والموجود للبائع ، وإن كان اختياره للموجود فهو له وعليه اليمين إن ادعاه البائع . وحينئذ لا يلزمه الأبق إلا مع التعدي أو التفريط . وقول المصنف بضمانه مطلقاً ممنوع لعدم الدليل ، وكذا قوله يطالب بما ابتاعه ، فإنه إنما يطالب قبل رضاه بأحدهما لإمع رضاه كما قلنا . قلت : وعندي في قوله « فكذلك اذا رضي بأحدهما لبعينه وكذلك يصير العبدان مشتركين بينهما » نظر :

أما أولاً : فلأن انحصار حق المشتري فيهما لا نسلم أنه منوط برضاه بل ينحصر البائع حقه فيهما ، إذا الغرض أن كلا منهما موصوف بما وقع عليه العقد والواجب على البائع دفع ما وقع عليه العقد .

وأما ثانياً : فلأننا لا نسلم أنه اذا رضي بأحدهما بعينه وانحصر حقه فيه أنه يلزم مثله لو اختار أحدهما لبعينه : أما أولاً فلأنه لا دلالة عليه في الرواية ولا في كلام البائع ، وأما ثانياً فلأن ذلك يستلزم الشركة المقتضية للتعيب والضرر الممتنعين شرعاً الأبرضا البائع ، وأما ثالثاً فلأنه خلاف موضوع المسألة ، وهو أنه باعه عبداً موصوفاً في الذمة بقيد الأفراد الأئمة إلى الشخص الخارجي ، لا أنه باعه عبداً مشتركاً في عبيدين .

وحينئذ نقول : التحقيق هنا أنه اذا باعه شيئاً موصوفاً في الذمة ولم يتشخص

ولو ابتاع عبداً من عبيدين لم يصب ، وحكى الشيخ في الخلاف :

الجواز .

تخير البائع في دفع أي جزئيات الكلي الواقع عليه البيع بصفات ما وقع عليه البيع ، فإذا دفع ذلك لم يكن للمشتري الإبدال الأمع عيب أو اختلاف صفة لا بدونهما ، سواء رضي أولاً ، بل الخيار للبائع ، فلو لم يعين البائع بل دفع إليه شخصين من ذلك الكلي لتخير أحدهما فلا يتعين المبيع الابتعيين المشتري لأحدهما ، فإذا قبضهما لتخير أحدهما فإن اختار أحدهما لزم وإن تلف أحدهما قبل الاختيار كان مضموناً عليه ، لكن لا بمعنى أنه المبيع بل لقبضه بالسوم ، ولا يلزم المشتري رده والمطالبة ببده وإن كان بالصفات وكان للبائع أن يبيعه وليس للمشتري الخيار ، ولو كان ناقصاً صفة من الصفات جاز للمشتري رده ووجب على البائع إبداله .

إذا تقرر هذا فنقول : إذا اشترى عبداً موصوفاً على الوجه المذكور قدفع إليه عبيدين ليختار أحدهما ، فاما أن يكونا بالصفة أو لا يكونا بالصفة أو يكون أحدهما بالصفة دون الآخر ، ففي الأول الحكم كما قلناه ، وفي الثاني يضمن التالف بقيمته وبطالب بحقه ، وفي الثالث لم يلزمه اختيار التالف بل يضمن قيمته ويرد الباقي إن كان بخلاف الصفة وبطالب بحقه . ولا فسخ له ، لأن المبيع غير معين ، وإن كان الباقي بالصفة ضمن التالف بقيمته وله أن يختاره لكنه يكون تبرعاً منه ، وللبائع حينئذ الزامه بالباقي لكونه بالصفة التي لزمته بالعقد .

وبهذا التحقيق يظهر لك عدم الفرق بين العبيد وغيرها كالثياب ، أو كون المدفوع للخيار اثنين أو أكثر وحصول التلف بالاباق وغيره .

قوله : ولو ابتاع عبداً من عبيدين لم يصب ، وحكى الشيخ في الخلاف

الجواز .

(التاسعة) إذا وطئ أحد الشركين الأمة سقط عنه من الحد ما قابل نصيبه وحد بالباقي مع انتفاء الشبهة .

ثم ان حملت قومت عليه حصص الشركاء .

وقيل : تقوم بمجرد الوطء وينعقد الولد حراً .

وعلى الواطئ قيمة حصص الشركاء منه عند الولادة .

انما لم يصح ذلك لانه مجهول ، وبه قال الشيخ في الخلاف في باب السلم وحكى في موضع آخر منه جوازه .

قيل انه استخراج من الرواية المذكورة . وليس بشيء ، لانه ليست صريحة فيه .

قال العلامة : ويمكن القول بجواز ذلك اذا كانا متساويين من كل وجه ، فانه لاستبعاد في بيع أحدهما لأبيه ، كما لو باعه قفيزاً من الصبرة .

قلت : الاستبعاد في وقوع هذا الفرض لا في البيع على تقدير وقوع الفرض فانه جائز على الثاني .

قوله : وقيل تقوم بمجرد الوطئ

قاله الشيخ في النهاية^(١) استناداً الى رواية عبدالله بن سنان عن الصادق

عليه السلام ومضمونها أن عليه اكثر الامرين من قيمتها يوم التقويم وثمنها الاصلي .

وقال ابن ادریس : الصحيح أنه لا يلزم مع عدم الحيل الابعض الحد وبعض

أرشد البكارة ان كانت بكرة والا فلا أرش ولا مهر الا أن تكون مكرهة فيلزمه قدر

(١) النهاية ٤١٠ .

(٢) التهذيب ٧٢/٧ ، الكافي ٢١٧/٥ .

(العاشرة) المملوك كان المأذون لهما في التجارة اذا ابتاع كل
 منهما صاحبه حكم للسابق .
 ولو اشتبه مسح الطريق وحكم للاقرب .
 فان اتفقا بطل العقدان . وفي رواية يقرع بينهما .

حصة الشركاء منه ومع الاحبال يلزمه حصتهم يوم جني عليها .
 واختاره المصنف عملاً بأصالة البراءة ، وبأنه التقويم على خلاف الأصل
 بترك العمل به في صورة الاحبال فبقي معمولاً به في غيرها . نعم لو كانت بكرة
 لزمه الارش ، وهو ما بين القيمتين .
 وقال العلامة - ونعم ما قال - يلزمه أعلى القيم من حين الاحبال الى حين
 التقويم ، وقيمة الولد يوم سقوطه حياً ان لم تقوم عليه جلي ، والمهر مع الإكراه
 ولا يفتل في أرش البكارة بل يلزم الامران ، ثم انه يسقط من ذلك كله قدس
 نصيب الواطي . ولو أراد بعض الشركاء أخذها بقيمتها فله ذلك الامع الاحبال ،
 فانه ضارت أم ولد .

قوله: المملوك كان المأذون لهما في التجارة اذا ابتاع كل منهما صاحبه
 حكم للسابق ، ولو اشتبه مسح الطريق وحكم للاقرب ، فان اتفقا بطل
 العقدان ، وفي رواية يقرع بينهما

كون الحكم للسابق ومع الاشتباه بمسح الطريق رواه ابو خديجة عن الصادق
 عليه السلام^(١) وأما رواية القرعة بينهما^(٢) فهي مرسلة ذكرها الشيخ في التهذيب
 وعمل بها في النهاية والاستبصار على تقدير اتفاق العقدين .

(١) التهذيب ٧٢/٧ ، الاستبصار ٨٢/٣ ، الكافي ٢١٨/٥ وفيه « ابوسلمة » بدل
 « ابي خديجة » .

(٢) الكافي ٢١٨/٥ ، التهذيب ٧٣/٧ ، الوسائل ٤٦/١٣ .

وأما المصنف وابن ادریس فمحكما ببطالان العقدین علی تقدیر اتفاقهما ،
اذ القرعة فیما تستعمل فی ما یمكن وقوعه صحیحاً ، وعلی تقدیر اقترانهما لا یمكن
صحتهما والا لتناقضا ، ولا صحة أحدهما والا لزم الترجیح من غیر مرجح ، فلم
یقیق الا بطلانهما .

وأجاب المصنف عن هذا فی النکت لجواز ترجیح أحدهما فی نظر الشرع
فیقرع .

قال الشہید : وهذا یشكل بأن التکلیف منوط بأسبابه الظاهرة والا لزم
التکلیف بالمحال ، ولس كالقرعة فی العبد ، لان الوصیة بالعتق بل نفس العتق
قابل للابھام ، بخلاف البیع وسائر المعاوضات^(١) .

وقال العلامة فی المختلف : التحقیق أن نقول : ان اشتبه السبق أو السابق
حكم بالقرعة ، وان علم الاقتران - بأن قد اشترى كل واحد منهم لنفسه وقتنا
انه یملك - بطل العقدان ، وان قلنا انه لا یملك وان کلامتهما اشتراه لمولاه فان
كانا وکیلین صح العقدان وكان كل واحد منهما عبداً لمولی الآخر ، وان كانا
مأذونین فالاقرب ایقاف العقدین علی الاجازة ، فان اجاز المولیان صح العقدان
وانتقل كل واحد منهما الی مولى الآخر ، لان كل واحد منهما قد بطل اذنه
بیع مولاه له ، فاذا اشترى الآخر لمولاه كان كالفضولي ، وان فسغه المولیان
بطلاً^(٢) .

أقول : تظهر من كلامه رحمه الله فوائد فی بعضها نظر :
(الاولی) ان السابق بالعقد یصح عقده وان المسبوق یبطل عقده .
وفیه نظر ، لانه لا نسلم أن المسبوق یبطل عقده مطلقاً ، بل اذا اشترى كل

(١) قاله الشہید فی الدروس :

(٢) المختلف ٢٠٥/٢ .

منهما لنفسه وقلنا العبد لا يملك ، اما اذا اشترى للمولين فان عقد السابق يصح مطلقاً وعقد المسبوق يكون موقوفاً على اجازة مولاه كما حكم به في الاقتران وكذا نقول اذا اشترى أحدهما لنفسه والاخر لمولاه وقلنا العبد لا يملك ، فان السابق اذا اشترى لنفسه يبطل عقده والمسبوق اذا اشترى لمولاه يصح عقده .
(الثانية) حكمه أن مع اشتباه السبق أو السابق يحكم بالقرعة يستلزم طرح رواية المساحة بالكلية .

وفيه نظر ، لأنها مع دلالتها على السبق لا وجه للقرعة ، كما اذا كان طريق أسرعهما عدواً أقصر أو مساوياً أو تساوياً عدواً وتفاوتاً طريقاً ، فانه يتعين العمل بهاء ، وأما مع عدم دلالتها - بأن يكون طريق أسرعهما عدواً أطول وطريق أبطأهما أقصر - فلا شك أن العمل بالقرعة أولى هنا .
(الثالثة) فرقه بين كونهما وكيلين أو مأذونين وان الثاني يتوقف على الاجازة دون الاول ، مشكل فان الاقتران ان اقتضى بطلان الاذن فليقتض بطلان الوكالة وان لم يقتض لم يقتض بطلان الوكالة .
ويمكن أن يجاب عن هذا بأن العادة جارية باختصاص الاذن بالمملوك ، أما الوكالة فلا لجوازها لعبد غيره .

(الرابع) انه لم يذكر حكم مالو كان أحدهما وكيلاً والاخر مأذوناً ، فنقول حكمه على ما ذكره صحة شراء الوكيل مطلقاً ، وأما المأذن فان تقدم شراؤه للاخر على شراء الاخر له صحه والا يبطل .
وفيه نظر ، بل يكون موقوفاً على الاجازة كما قلناه .

الفصل الثامن

(في السلف)

وهو ابتياع مضمون الى أجل بمال حاضر أو في حكمه .

قوله : وهو ابتياع مضمون الى أجل بمال حاضر أو في حكمه

الابتياع كالجنس ، وقوله « مضمون » يخرج ابتياع عين حاضرة ، ومراده ابتياع شيء مضمون ، حذف الموصوف وأقام الصفة مكانه ، وهو مجرور بإضافة ابتياع إليه . وكان ينبغي أن يقول « مضمون في الذمة » ، اذ كل مبيع مضمون على بائعه حتى يسلمه .

وقوله « الى أجل » يخرج بيع الموصوف في الذمة حالا ، فانه لا يسمى سلفاً .

وقوله « بمال حاضر » يخرج بيع الكالي بالكالي .

وقوله « أو في حكمه » ليشتمل المنفعة لو جعلت ثمناً فانها ليست حاضرة وقت العقد ، وكذا يشتمل ما لا غائباً عن المجلس ثم أحضر وقبض ، وكذا ما كان ديناً على البائع على خلاف فيه . ولم يقيد المبيع والتمن بالمعلومية اعتماداً على ما سبق في عقد البيع .

نعم يرد عليه ذكر معلومية الاجل ، وكذا يرد أنه جعله صفة للمشتري ، ولو قال « وهو عقد على مضمون في الذمة موصوف بمال معلوم مقبوض في المجلس الى أجل معلوم » كان أجود .

ويسمى هذا العقد سلفاً وسلفاً وعينة^(١) ، وهو مشروع بالنص والاجماع .
وهنا فرائد :

(الاولى) ايجاب هذا العقد يصدر من كل من المتعاقدين ويقبل الاخر ،
فايجاب المسلم « أسلمت اليك » و« أسلفتك كذا في كذا » وايجاب المسلم اليه
اما لفظ « البيع » أو « التمليك » كما تقدم أو « استسلفت » أو « استسلمت فيك
في كذا » ، فيقول الاخر « قبلت » وشبهه [مثل رضيت] .

(الثانية) لو عري عن ذكر الاجل قال الشيخ في النهاية يبطل ، محتجاً برواية
ابن عباس عنه صلى الله عليه وآله : من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم
الى اجل معلوم^(٢) .

وأجيب بالقول بموجبه ، ولا يلزم من بطلان السلم بطلان مطلق البيع ،
فيصح حينئذ بيعاً لاسلاماً . وقال في الخلاف : يفسخ ويلزم التسليم حالاً ويكون

(١) في القاموس : عين التاجر أي باع سلعة بثمن الى اجل ثم اشتراها منه بأقل من
ذلك الثمن .

وفي مجمع البحرين : العينة بالكسر السلعة وقد جاء ذكرها في الحديث ، واختلف
في تفسيرها ، فقال ابن ادريس في السرائر : معناها في الشريعة هو أن يشتري سلعة بثمن
مؤجل ثم يبيعها بدون ذلك الثمن نقداً ليقضي ديناً عليه لمن حل له عليه ، ويكون الدين
الثاني وهو العينة من صاحب الدين الاول مأخوذ من ذلك المعنى وهو النقد الحاضر .

وفي المصباح : العينة بالكسر ، وفسرها الفقهاء بأن يبيع الرجل متاعه الى اجل ثم
يشتره في المجلس بثمن حال ليسلم به من الربا ، وقيل لهذا البيع عينة لأن مشتري السلعة
الى اجل يأخذ بدلها عيناً أي نقداً حاضراً .

(٢) سنن الترمذي ٦٠٢/٣ ، شرح الكرماني للبخاري ٨٥/١٠ ، سنن ابن ماجه

٧٦٥/٢ .

بيعاً مطلقاً^(١). واختاره ابن إدريس والعلامة، وعليه الفتوى لإصالة الصحة ولرواية ابن سنان عن الصادق عليه السلام^(٢).

(الثالثة) لأجل قلة وكثرة بل ما تراضيا عليه مع معلوميته. وقال ابن الجنييد لا يجوز أقل من ثلاثة أيام ولا ثلاثة سنين فصاعداً، فأقله عنده يومان وأكثره سنتان إن قيد بالسنين، ويجوز عنده سنتين وأشهرًا. والاجماع والروايات على خلافه.

(الرابعة) قال الشيخ لو جعل محله في يوم كذا أو في شهر كذا أو في سنة كذا جاز ولزمه بدخول اليوم والشهر والسنة.

قال العلامة: فيه نظر، من حيث أنه جعل الأجل مدة الشهر أو مدة السنة ولم يعين جزءاً مضبوطاً، فكان البطالان أقرب.

وفي نظره نظر، إذ قول الشيخ لا يخلو من قوة، فانه فسر مراده بالأجل بقوله «ولزمه بدخول اليوم»، إلا أن يكون قصدهما ما ذكره العلامة فيبطل.

(الخامسة) قال في الخلاف: من شرائطه ذكر موضع التسليم، وقال في المبسوط لا يجب إلا إذا كان لحمله مؤنة، وتبعه ابن حمزة وقال الحسن وفي النهاية ليس بشرط، واختاره العجلي وادعى عليه الاجماع ونسب قوله في الخلاف إلى الشافعي وأنه لم يقل به أحد منا ولا ورد به حديث.

والحق التفصيل، وهو أنه إن وقع العقد في موضع قصدهما مفارقه كبرية

(١) قال في الخلاف: السلم لا يكون إلا مؤجلاً ولا يصح أن يكون حالاً قصر الأجل أم طال - انتهى. وليس فيه ما نقله الشارح عنه.

وقال العلامة في المختلف بعد نقل هذا القول عن الخلاف: والمتحقق أن نقول إن قصد السلم وجب الأجل، أما لو قصد الحال مثل أن يقول «أسلمت إليك هذا الدينار في هذا الكتاب أو في قفيز حنطة» فالأقرب الصحة ويتعقد بيعاً لا سلماً.

(٢) أخرجه الفقيه، انظر روضة المتقين ٢٢٨/٧، الوسائل ٧٥/١٣.

والنظر في شروطه وأحكامه ولواحقه .

الاولى - الشروط . وهي خمسة :-

(الاول) ذكر الجنس والوصف .

فلا يصح فيما لا يضبطه الوصف كاللحم والخبز والجلود .

ويجوز في الامتعة والحيوان والحبوب وكل ما يمكن ضبطه .

(الثاني) قبض رأس المال قبل التفرق ، ولو قبض بعض

الثلث ثم افترقا صح في المقبوض .

أوبلد غربة فلا بد من ذكره ، والابطال لعدم أولوية بعض الامكنة دون بعض ، ولادائسه الى النزاع لو لم يذكر ، لانه ربما يؤدي الى مؤنة حمل أو خوف في الطريق .

قوله : وكل ما يمكن ضبطه

يريد به من الامتعة لامطلقاً ، فانه لا يجوز في النقدين وإن ضبطا ، ولهذا يجوز اسلاف الاعراض بعضها في بعض واسلاف الاعراض في النقود وبالعكس ، ولا يجوز التقيد في مثله .

ومنع الحسن من اسلاف غير النقدين ، وكذا منع ابن الجنيد من عرض في عرض اذا كانا مكيلين أو موزونين أو معدودين كالسمن في الزيت ، ومنع أيضاً من اسلاف الجارية . والكل ضعيف .

قوله : الثاني قبض رأس المال قبل التفرق (١)

(١) قال في الخلاف : من شرط صحة السلم قبض رأس المال قبل التفرق . وقال : دليلنا انا اجمعنا على انه من قبض الثمن صح العقد ولم يدل دليل على صحته قبل قبض الثمن فوجب اعتبار ما قلناه .

ولو كان الثمن ديناً على البائع صحح على الاشبه لكنه يكره .
(الثالث) تقدير المبيع بالكيل أو الوزن ، ولا يكفى العدد ولو
كان مما يعد ، ولا يصح في القصب أطناناً ولا في الحطب حزمًا ولا
في الماء قرباً .

و كذا يشترط التقدير في الثمن ، وقيل : تكفى المشاهدة .

هذا هو المشهور بين الأصحاب ، وقال ابن الجنيّد لا اختار تأخر قبضه أكثر
من ثلاثة أيام . وهذا يدل على أنه يجوز تأخيرهُ .

وتوقف صاحب البشري ، ولعله لعدم نص صريح يدل عليه ، مع أن الأصل
عدم الوجوب ، والعمل على المشهور .

قوله : ولو كان الثمن ديناً على البائع صحح على الاشبه لكنه يكره
الصحة قول الشيخ ، لانه كالمقبوض ، ومنعه ابن ادريس محتجاً بأنه بيع
دين بدين . وهو غير صواب ، لان المبيع انما يصير ديناً بعد البيع لا قبله . نعم
يكره لانه يشبه بيع الدين بالدين .

قوله : وقيل تكفى المشاهدة

الثمن اما أن يكون من شأنه الاعتبار بكيل أو وزن أو غير ذلك عرفاً أولاً ،
والثاني لاختلاف في الاكتفاء بالمشاهدة فيه ، وأما الاول ففيه خلاف ، والقائل
هو المرتضى محتجاً بقوله صلى الله عليه وآله وسلم في رواية ابن عباس عنه :
من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم^(١) . ولينم يذكر
تقدير الثمن . فلو كان شرطاً لذكره كما ذكر غيره .

(١) سنن الترمذى ٢/٣ ، سنن ابن ماجه ٢/٧٦٥ ، شرح الكرماني لصحيح
البخارى ٨٥/١٠ .

(الرابع) تعيين الاجل بما يرفع احتمال الزيادة والنقصان .
(الخامس) أن يكون وجوده غالباً وقت حلوله ، ولو كان معدوماً وقت العقد .

(الثاني) في أحكامه . وهي خمسة مسائل :

الاولى - لا يجوز بيع السلم قبل حلوله ويجوز بعده وان لم يقبضه ، على كراهية في الطعام على من هو عليه وعلى غيره .

وأجيب بأنه « ص » نهى عن الفرر قبل ذلك ، ولا شك أن عدم تقدير الثمن غرر .

وتوقف العلامة في الاكتفاء بها في المذروع ، وقطع الشيخ باشتراط ذرعه وفيه نظر من حيث عدم الاشتراط في بيعه وكذا هنا .

قوله : لا يجوز بيع السلم قبل حلوله ويجوز بعده وان لم يقبضه على كراهية في الطعام على من هو عليه وعلى غيره

نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع السلم قبل حلوله ، والمراد ببيع المسلم فيه ، سماه مسلماً تسمية الشيء بالمصدر . وانعقد الاجماع على ذلك .

وأما بعد حلوله : فأما مع قبضه فيصح اجماعاً ، وأما مع عدم قبضه فيصح على من هو عليه اجماعاً ، وأما على غيره ففيه خلاف : قال الشيخ يصح ، ومنعه ابن ادریس محتجاً بأنه مجهول لانه ليس بحاضر ولا يعرفه البائع حتى يبيعه بالوصف .

وهذا كلام في غاية السقوط ، لان المشتري لا بد أن يكون قد اشتراه بالوصف والا لما صح بيعه ، وحيث يبيعه بذلك الوصف ، وهو المطلوب . وقد تقدم البحث

وكذا يجوز بيع بعضه وتولية بعضه . وكذا بيع الدين .

فإن باعه بما هو حاضر صحيح . وكذا إن باعه بمضمون حال .

ولو شرط تأجيل الثمن قيل : يحرم ، لأنه بيع دين بدين .

وقيل بكره ، وهو الأشبه .

أما لو باع ديناً في ذمة زيد ، بدين المشتري في ذمة عمرو فلا

يجوز لأنه بيع دين بدين .

الثانية - إذا دفع دون الصفة وبرضى المسلم صحيح .

في بيع ما لم يقبض فلا وجه لاعادته .

قوله : وكذا بيع الدين ، فإن باعه بما هو حاضر صحيح وكذا إن باعه

بمضمون حال ، ولو شرط تأجيل الثمن قيل يحرم لأنه بيع دين بدين ،

وقيل بكره وهو الأشبه

المشهور أن الدين المؤجل لا يجوز بيعه قبل حلوله مطلقاً . قال ابن ادريس

لا خلاف في تحريم بيعه على من هو عليه ويلزمه بطريق التشبيه تحريم بيعه على

غيره بطريق الاولى .

وجوز العلامة بيعه على من هو عليه فيباع بالحال لا بالمؤجل .

أما الدين الحال فيجوز بيعه بالعين الحاضرة وكذا بالدين الحال ، وهو

الذي أشار إليه المصنف بقوله «بمضمون حال» ، أما بيعه بالمؤجل ففيه القولان

المشار إليهما ، والاول قول ابن ادريس وهو التحريم ، والثاني قول الشيخ

واختاره المصنف ، لإصالة الصحة وضعف حجة ابن ادريس كما مثله في بيع

الدين بالدين . نعم يكره ذلك لشبهه ببيع الدين بالدين .

ولو دفع بالصفة وجب القبول، وكذا لو دفع فوق الصفة، ولا
كذا لو دفع أكثر.

الثالثة - إذا تعذر عند الحلول أو انقطع فطالب، كان مخيراً
بين الفسخ والصبر.

قوله: ولا كذا لو دفع أكثر

الفرق بين وجوب قبول الأجود وعدم وجوب قبول الأكثر أن الزيادة العينية
تحتاج في تملكها إلى عقد غير العقد الواقع على الناقص ولا يجب قبوله، ولأنه
أما بعوض أو بغير عوض، والأول معاوضة جديدة وليس البحث فيها، والثاني
يكون هبة فيحتاج إلى عقد الهبة، فإن فعل فهو تملك بعقد ولا يجب قبوله أيضاً
ولاشتماله على المنة وإن لم يفعل كان إباحة ولا يجب قبولها أيضاً، ولاشتمالها
على المنة.

وأما الزيادة في الصفة فلا يحتاج إلى عقد، بل هي تابعة للعقد الأول والمدقوع
جزء من جزئيات ما وقع عليه العقد إذا لم يشمل على نقص يجب قبولها بدفع
البائع فمن ثم وقع الفرق.

قوله: إذا تعذر عند الحلول أو انقطع فطالب كان مخيراً بين الفسخ
والصبر.

هذا قول الشيخ معتمداً على رواية عبد الله بن سنان في الحسن عن الصادق
عليه السلام^(١) وعبد الله بن بكير في الصحيح عنه عليه السلام أيضاً^(٢).
نعم لا يفسخ العقد بمجرد التعذر، لأصالة بقائه على ما كان ولأن تناول التسليم

(١) الكافي ٥/١٨٥، التهذيب ٧/٢٨، الوسائل ١٣/٦٨.

(٢) التهذيب ٧/٣١، الاستبصار ٣/٧٤، الوسائل ١٣/٧٢.

هذه السنة لقضية الاجل وانما مورد العقد ما في الذمة، وانما حصل الخيار لمكان
التعذر حذراً من الضرر المنفي بالحديث .

وقال ابن ادريس لا خيار، محتجاً بأن العقد ثابت ففسخه يحتاج الى دليل
ويقوله تعالى «أوفوا بالعقود»^(١).

والجواب قد بينا ذلك .

وهنا فوائد :

(الاولى) الخيار هنا ليس على الفور، لان تأخيرته انتظار وتأجيل، والاجل
لا يلحق بعد العقد، بخلاف خيار الغبن كما تقدم . نعم لو صرح بالامهال يبطل
خياره؟ نظير من تجدد حقه حالافحالا فهو كخيار المولى منها ولانها كتأخير الدين
المؤجل ، ومن أن الامهال أحد قسمي ما خيره وقد ارتضاه، فيلزم اما لو صرح
بابطال خياره فانه يبطل بطريق الاولى .

(الثانية) لو مات المسلم اليه قبل وجود المسلم فيه كان الخيار ثابتاً لحلول
الدين بموت من عليه .

(الثالثة) انه مع الفسخ يرجع الى الثمن الذي وقع عليه العقد لاغيره من
القيمة الزائدة فيما بعده .

(الرابعة) لو علم الانقطاع قبل الاجل هل له الخيار والحالة هذه أم لا ؟
وجهان : من العلم لحصول العلة الموجبة للتخيير فيثبت، ومن عدم استحقاق
المطالبة حينئذ .

(الخامسة) لو كان يوجد في بلد آخر لم يجب نقله لامع المشقة ولا مع عدمها
اذا كان فدين البلد والا وجب .

(السادسة) لو عاوض المستحق لمن هو عليه عن حقه بعد انقطاعه جاز بغير

(١) سورة المائدة : ١ .

الرابعة - اذا دفع من غير الجنس ورضى الغريم ولم يشاعره ،
احتسب بقيمة يوم الاقباض .

الخامسة - عقد السلف قابل لاشتراط ما هو معلوم .
فلا يبطل باشتراط بيع ، أو هبة ، أو عمل محال ، أو صنعة .
ولو أسلف في غنم وشرط أصواف نعجات بعينها قبل : يصح .
والاشبه : المنع ، للجهالة .

الجنس مطلقاً ، أما بالجنس فمع التساوي يجوز ، ومع عدمه خلاف منعه الشيخ
محتجاً بالروايات ، وجوزه المفيد والحليون للأصل وعدم ما يدل على المنع
اذا المبيع هو السلعة الثابتة في ذمة البائع لا الثمن ، فلا يكون ربا . وتؤيده
رواية ابن ابي عمير عن الصادق عليه السلام مرسلاً^١ ، وحملوا الاول على
الكراهية .

(السابعة) لو تعذر البعض قبض الموجود وتخير في الباقي وطالب بحصته
من الثمن لو فسخ ، وهل للمسلم اليه حينئذ خيار ؟ يحتمل ذلك لبعض الصفقة
عليه ، أما لو كان التعذر بتفريطه فلا خيار له .

قوله : ولو أسلف في غنم وشرط أصواف نعجات بعينها قبل يصح والاشبه
المنع للجهالة

القائل بالصحة الشيخ ، ويكون الصوف شرطاً لا معقوداً عليه ، فان المعقود
عليه لا يكون الادبناً ، ولو كان جزء من المبيع جازاً أيضاً وتكفي مشاهدته ويكون
العقد مشتملاً على بيع وسلف ان شرط الاجل في الجزء الآخر .
وابن ادريس منع ذلك ، واختاره المصنف وعلمه بالجهالة لكون الصوف

(١) الكافي ١٨٥/٥ ، التهذيب ٣٠/٧ ، الوسائل ٦٩/١٣ ، الاستبصار ٧٥/٣ .

ولو شرط ثوباً من غزل امرأة معينة أو غلة من قراح بعينه لم
يضمن .

النظر الثالث : في لواحقه وهي قسمان :
(الاول) في دين المملوك ، وليس له ذلك الا مع الاذن ، ولو
بادر لزم ذمته يتبع به اذا أعتق ولا يلزم المولى .
ولو أذن له المولى لزمه دون المملوك ان استبقاه أو باعه .
ولو أعتقه فروايتان : احدهما يسعى في الدين ، والاخرى
لا يسقط عن ذمة المولى وهو الاشهر .

مجهولاً ، وقد تقدم بطلان قولهما .
قوله : ولو شرط ثوباً من غزل امرأة معينة أو غلة من قراح (١) بعينه
لم يضمن

من شرائط صحة عقد السلم استناد المسلم فيه الى ما لا يحيل عادة ، فلو استنده
الى قراح بعينه أو بستان بعينه أو قرية قليلة الزرع بطل العقد . ولا كذا لو استنده
الى رستاق كبير ، فانه يصح .

وقول المصنف «لم يضمن» يدل على أنه صحيح لكنه غير لازم للمسلم اليه
وليس بشيء ، بل الاجود ما ذكرناه .

قوله : ولو أعتقه فروايتان احدهما يسعى في الدين والاخرى لا يسقط
عن ذمة المولى ، وهو الاشهر

أما رواية السعي فمن عجلان عن الصادق عليه السلام (٢) ومثلهما رواية الاكفائي

(١) القراح : المزرعة التي ليس فيها بناء ولا شجر ، والجمع اقراحة .

(٢) التهذيب ٢٤٨/٨ .

عنه عليه السلام^(١) أيضاً ، وعمل على ذلك الشيخ في النهاية^(٢) .
وأما رواية لزوم المولى فلم تقف عليها بخصوصها، لكنه فتوى الشيخ في
الاستبصار^(٣) ، واختاره ابن حمزة وابن ادریس . نعم روى أبو بصير عن الباقر
عليه السلام قال : قلت له : الرجل يأذن لمملوكه في التجارة فيصير عليه دين .
قال : ان كان أذن له أن يستدين فالدين على مولاه ، وان لم يكن أذن له أن
يستدين فلا شيء على المولى ويستسمى العبد في الدين^(٤) فان كان إشارة المصنف
إلى هذه فقيه نظر ، لانه تقرر في الأصول تخصيص المطلق بالمقيد اذا تعارضوا
ويعمل بالمقيد ، فوجب حمل رواية أبي بصير على ما عدا العتق .
قال ابن ادریس : اذنه له في الاستدانة جار مجرى التوكيل ، ولا كلام أن
التوكيل في الاستدانة لا يلزمه الدين .

قال العلامة في المختلف : محل الخلاف إذا استدان العبد لنفسه للمولاه
وأما إذا استدان لمولاه فلا خلاف في أنه لازم لمولاه ، واختار فيه قول الشيخ في
النهاية عملاً برواية عجلان .

وحمل الشيخ في الاستبصار رواية عجلان والأكفاني على عدم الأذن في
الاستدانة ، وحيث تكون رواية أبي بصير مؤيدة لذلك . وبالجمله في المسألة
اشكال من اذن السيد في الاستدانة المقتضي للزوم الدين له عملاً بالأصل، ومن
روايته عجلان وأختها .

- (١) الكافي ٣٠٣/٥ ، التهذيب ١٩٩/٦ .
(٢) في النهاية ٣١١ : وان كان مأذوناً له في الاستدانة لزوم مولاه ما عليه من الدين ان
استبقاه مملوكاً او أراد بيعه ، فان اعتقه لم يلزمه شيء مما عليه وكان المال في ذمة العبد .
(٣) في الاستبصار ١١/٣ : انما يلزم المولى او ورثته دين العبد اذا كان قد اذن له
في الاستدانة فاما اذا لم يكن اذن له في اكثر من الشراء والبيع فلا يلزمه ذلك .
(٤) الكافي ٣٠٣/٥ ، التهذيب ٢٠٠/٦ ، الاستبصار ١١/٣ .

ولو مات المولى كان الدين فى تركته .
ولو كان له غرماء كان غريم المملوك كأحدهم .
ولو كان مأذوناً فى التجارة فاستدان لم يلزم المولى .
وهل يسعى العبد فيه ؟ قيل : نعم . وقيل : يتبع به اذا اعتق وهو
الاشبه .

قوله : ولو كان مأذوناً فى التجارة فاستدان لم يلزم المولى ، وهل
يسعى فيه العبد ؟ قيل نعم ، وقيل يتبع به اذا اعتق ، وهو اشبه
الاول قوله فى النهاية^(١) والثاني فى المبسوط والخلاف ، وبه قال التتبي
والعجلي ، وقال ابن حمزة ان علم أن الدين ليس بأذن المولى فهو لازم للعبد
يتبع به وان لم يعلم يستسمى العبد .
وقال العلامة^(٢) ان استدان لضروريات التجارة اسزم المولى والالزم العبد
ويتبع به بعد العتق .
قيل عليه : ان الاذن فى التجارة ان استلزم الاذن فى الاستدانة لضرورياتها
فهو خلاف الغرض ، لان الغرض أنه غير مأذون فى الاستدانة ، وان لم يستلزم
فلان لم أنه يلزم المولى حينئذ ، لانه نفس المتنازع .
قلت : محل النزاع هو عدم حصول الاذن صريحاً لا عدم حصوله مطلقاً ،
وبينهما فرق .

(١) قال فى النهاية ٣١١ : وان كان مأذوناً له فى التجارة ولم يكن مأذوناً له فى
الاستدانة فما يحصل عليه من الدين استسمى فيه ولم يلزم مولاه من ذلك شيء .
(٢) قال فى المختلف فى كتاب الديون : والمعتمد ان نقول ان استدان لمصلحة
التجارة لزم المولى اداءه كالاجنبى وان لم يكن لمصلحتها لم يلزم مولاه منه شيء ويتبع
به بعد العتق عملاً باصالة براءة ذمة المولى ولانه فعل غير مأذون فيه .

القسم الثاني - في القرض .

وفيه أجر ينشأ من معونة المحتاج تطوعاً .

قوله : وفيه أجر ينشأ من معونة المحتاج تطوعاً

لاشك أن القرض من المروة والمعروف ومن التعاون على البر ، وقال تعالى « وتعاونوا على البر والتقوى »^(١) . وسماه الصادق عليه السلام معروفاً^(٢) . وهو أفضل من الصدقة العامة ، ففي الحديث عنه صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال : رأيت على باب الجنة مكتوباً الصدقة بعشرة والقرض بثمانية عشر^(٣) . وعلل ذلك بأن القرض يرد فيقرض دائماً ، والصدقة ينقطع .

ويحتمل عندي وجه آخر ، وهو أن القرض أعم نفعاً ، لأن كثيراً من يرى قبول القرض ولا يقبل الصدقة . وأيضاً أنه يكون للغني والفقير والصدقة غالباً لا تكون إلا للفقير .

ان قلت : قد ورد في الحديث أن القرض مرتين بمثابة الصدقة مرة ، وهو

خلاف ما تقدم .

قلت : يمكن حمل الصدقة هنا على الخاصة كالصدقة على الأرحام والعلماء والاموات ، فإن الأولى بأربعة وعشرين والثانية بسبعين والثالثة بسبعمئة كما ورد في الرواية .

(١) سورة المائدة : ٢ .

(٢) البحار ١٠٣ / ١٤٠ ، تفسير المياشي ١ / ٢٧٥ .

(٣) البحار ١٠٣ / ١٣٩ .

ويجب الاقتصار على العوض ولو شرط النفع ولو زيادة في
الصفة حرم .

نعم لو تبرع المقرض بزيادة في العين أو الصفة لم يحرم .

قوله : ويجب الاقتصار على العوض ولو شرط النفع ولو زيادة (١)
الوصف حرم

يريد بالعوض المثل من غير زيادة ، سواء كانت عيناً أو صفة : أما العين
فلأنه الربا بعينه ، وأما الصفة فللنهي عن القرض إذا جرنفعاً . وقال صلى الله
عليه وآله وسلم : إذا جر القرض نفعاً فهو ربا^(٢) .
وهنا مسائل :

(الاولى) إذا جعل القرض شرطاً في البيع أو غيره ولم يشمل على محابة
فليس بحرام ، أما مع المحابة فتردد المصنف في ذلك في بعض تصانيفه .
والعلامة قولان بمنعه لو شرط عليه رهناً بدين آخر أو كفيلاً أو بيعاً أو اجارة
بدون عوض المثل ، وللمصنف والعلامة في ذلك كلام واحتجاج من الطرفين
لا يحسن ذكره هنا لطوله .

(الثانية) قال الشيخ في النهاية والتقي والقاضي بجواز اشتراط اعطاء الضحاح
بدل المكسرة والغلة [أي الدراهم العتيقة] بدل الجديده ، محتجين برواية يعقوب
ابن شعيب عن الصادق عليه السلام : الرجل يقرض الرجل الدراهم الغلة فيأخذ
منه الدراهم الطازجة بطيب نفس منه . قال : لا بأس^(٣) .

ومنع ذلك ابن ادريس والمصنف والعلامة ، لرواية الحلبي في الحسن عن

(١) في المختصر النافع : ولو زيادة في الصفة حرم .

(٢) المستدرک ٤٩٢/٢ ، الجامع الصغير ٩٤/٢ .

(٣) التهذيب ٢٠١/٦ ، الكافي ٢٥٤/٥ .

ويقترض المذهب والفضة وزناً ، والمحبوب كالحنطة والشعير
كيلاً ووزناً ، والمخبز وزناً وعدداً .

الصادق عليه السلام: إذا اقترضت الدراهم ثم أتاك بخير منها فلا بأس إن لم يكن
بينكما شرط^(١).

والجواب عن رواية ابن شبيب القول بموجبها ، إذ ليس فيها ذكر الشرط
وكذا في روايته عن الصادق عليه السلام: خير القرض ما جرتفعاً ، بأنه محمول
على المتبرع به .

(الثالثة) لو أسقط السلطان الدراهم المفترضة وأجرى غيرها ، قال الشيخ
والقاضي والعجلي ليس له إلا الأولى ، لرواية يونس صحيحاً عن الرضا عليه
السلام^(٢) ، وقال الصدوق في المنع له الجائز بين الناس^(٣) لرواية محمد بن
عيسى عن يونس عن الرضا عليه السلام^(٤).

والأقوى الأول ، وإن تعذر قيمتها من غير الجنس حذراً من الربا ، ويكون
ذلك وقت الدفع لا وقت التعذر أو القرض .

وقال الشيخ في النهاية وقت القرض ، وفيه نظر ، لأن الثابت في الذمة في
المثلي المثل ولا ينتقل إلى قيمته إلا وقت تعذره .

قوله : والمخبز وزناً وعدداً

هذا بشرط أن لا يتفاوت ، ومع التفاوت فلا بد من الوزن .

(١) التهذيب ٢٠١/١ ، الكافي ٢٥٤/٥ .

(٢) التهذيب ١١٧/٧ ، الاستبصار ٩٩/٣ .

(٣) قال فيه ١٢٤ : فإن استقرضت من رجل دراهم ثم سقطت تلك الدراهم وتغيرت
ولا يباع بها شيء فلصاحب الدراهم الدراهم التي تجوز بين الناس .

(٤) التهذيب ١١٦/٧ ، الكافي ٢٥٢/٥ ، الاستبصار ١٠٠/٣ .

ويملك الشيء المقرض بالقبض ، ولا يلزم اشتراط الاجل فيه .
ولا يتأجل الدين الحال مهراً كان أو غيره .
فلو غاب صاحب الدين غيبة منقطعة نوى المستدين قضاءه
وعزله عند وفاته موصياً به .

قوله : ويملك الشيء المقرض بالقبض

خالف الشيخ في المبسوط والخلاف في ذلك ، وقال لا يملك الا بالتصرف
وهو ممنوع ، لان اباحة التصرف فرع الملك ، فلا يكون الملك مشروطاً به
والالزم الدور المعال .

ويتفرع على القولين أن له الامتناع من رد العين لو كانت موجودة بعينها ،
بل يدفع المثل في المثلي والقيمة في القيمي . ولورد العين في المثلي وجب
القبول ، أما لورد القيمي بعينه من غير تغير نقص قال الشيخ يجب القبول . وفيه
نظر ، اذ الاصح أن اقراضه موجب لثبوت قيمته في ذمة المقرض ، فالمدفوع
ليس عين الحق فلا يجب قبوله .

قال الشهيد يحتمل قبولها ان تساوت القيمة أوزادت وقت الرد ، وان نقصت
فلا . وفيه نظرينشأ من أنها ليست عين الحق . نعم ان قلنا ان قرضه يوجب
ثبوت مثله مشخصاً بصفاته الخاصة له وجب القبول .

قوله : ولا يؤجل (١) الدين الحال مهراً كان أو غيره

هذا اذا لم يحصل أحد أمور : « ١ » اشتراط تأجيله في عقد لازم ، « ٢ »
الايباء بالصبر الى مدة معينة ، « ٣ » النذر أو العهد أو اليمين . فان الانظار طاعة
فيلزم بأحد هذه الثلاثة .

(١) في المختصر النافع : ولا يتأجل .

ولولم يعرفه اجتهد في طلبه ، ومع اليأس قيل : يتصدق به عنه .
ولا يصح المضاربة بالدين حتى يقبض . ولو باع الذمي ما لا
يملكه المسلم وقبض ثمنه جاز أن يقبضه المسلم عن حقه .
ولو أسلم الذمي قبل بيعه قيل يتولاه غيره ، وهو ضعيف .

قوله : ومع اليأس قيل يتصدق به عنه

قاله الشيخ ، ولا يعلم له مستند صريح في ذلك . وقال ابن ادريس اذا لم
يعلم له وارثاً دفعه الى الحاكم ، فان قطع على أن لا وارث له كان للامام .
وهو الحق لكن على تقدير العلم بموته وعدم وارثه يكون للامام ، أما اذا
انتهى العلم بذلك فحفظه أولى حتى يظهر خبره أو خبر وارثه .

قوله : ولا تصح المضاربة بالدين

لان الدين لا يتعين لصاحبه الا بعد قبضه ، فقبل القبض يكون ماهية كلية .
ومال المضاربة يجب أن يكون معيناً لتلحقه أحكام المضاربة من اشتراك النماء
وكونه أمانة لاتضمن الابتعاد أو بتفريط أو غير ذلك ، فيصدق دليل هكذا : لاشيء
من الدين قبل قبضه يتعين لمالكه ، وكل مال مضاربة يجب تعيينه لمالكه ، فلا شيء
من الدين بمال مضاربة .

قوله : ولو أسلم الذمي قبل بيعه قيل يتولاه غيره ، وهو ضعيف

لانعلم القائل به ، لكن للشيخ قول في النهاية أنه اذا مات الذمي وعليه دين
وله خمر أو خنزير جاز أن يتولى بيعه من ليس بمسلم .

نعم روى في التهذيب رواية^(١) مقطوعة تدل على ما قاله المصنف . والعمل
بها باطل ، لانه لا يخلو اما أن يخرج الخمر عن ملك الذمي باسلامه أولاً ، فان

(١) التهذيب ١٣٨/٧ ، الكافي ٢٣٢/٥ .

ولو كان لاثنين ديون فاقتهما ، فما حصل لهما ، وما توى
منهما .

كان الاول فلا يجوز بيعه حياً وميتاً لابنفسه ولا بغيره ، لان فعل الوكيل فعل الموكل
وان كان الثاني جاز له بيعه بنفسه لكنه باطل اجماعاً .

قوله : ولو كان لاثنين ديون فاقتهما فما حصل لهما وما توى (١)
منهما

لما كانت القسمة تميز حقوق الملاك لم يكن لقسمة الديون أثر في الاستحقاق
لعدم تعيين ما في الذمة فلا تميز فيه . وحينئذ نقول : اذا دفع المدينون الى أحدهما
شيئاً فلا يخلو اما أن يدفعه على أنه لهما أو على أنه من أصل الدين ويطلق أو
يقول « هذا قدر نصيبك » ، فان كان الاولين فلا يخلو اما أن يكون ذلك القابض
وكيلاً لشريكه في القبض فيقع القبض لهما أولاً يكون وكيلاً ، فاما أن يقبضه
كذلك فيقع القبض لنفسه بقدر حصته مشاعاً والباقي قبضه يتوقف على الاجازة
فان اجاز الشريك أخذ حصته منه ، وان لم يجز كان الشريك مخيراً بين الرجوع
على شريكه أو على الدافع ، ويكون ذلك القدر أمانة بيد القابض لانه وكيل
للدافع فسي الايصال الى شريكه ، أو يقبضه لنفسه مضموناً عليه لانه يضمن
بصحيحه فيضمن بفاسده ، وان كان الثالث فاما أن يقبضه كذلك أي لنفسه فيقع
صحيحاً في قدر حصته والباقي لشريكه المطالبة به أو يرجع على المدينين بمقابلته
ولا يكون مضموناً على القابض ان كان الدافع عالماً بفساد القبض ، وان كان جاهلاً
ضمن ، وان قبضه على أنه له ولشريكه [وكان] وكيلاً وقع القبض موقعه ، وان
لم يكن وأجاز الشريك فكذلك ، وان لم يجز كان مضموناً عليه ان جهل الدافع

(١) التوى وزان الحصى وقد يمد : الهلاك .

ولو بيع الدين بأقل منه لم يلزم الغريم أن يدفع إليه أكثر مما

والأفلا .

إذا عرفت هذا فلو أراد اختصاص كل واحد منهما بواحد من تلك الديون
فلهما وسائل :

« ١ » - أن يصطلحا على اختصاص أحدهما بما على زيد والآخر بما على
عمرو على الأقرب .

« ٢ » - أن يبيع أحدهما الآخر سلعة بقدر حصته من الدين على زيد فيقبل
ثم يبيع القابل عليه تلك السلعة بقدر حصته على عمرو فيقبل، فيختص القابل الأول
بما على زيد والثاني بما على عمرو .

« ٣ » - أن يبيع كل منهما حصته من الدين على صاحبه بمال معين أو دين
حال ويحيل به على الغريم الآخر .

« ٤ » - قال العلامة ان يحيل كل منهما صاحبه بحصته ويقبل المدينان
صح^١ .

وفيه نظر، لأنه إذا لم يسبق دين فلا أثر له، لأنه لو كبل في المعنى، وان سبق
دين فهو القسم الثالث .

وهذا البحث بطوله متفرع على قول الشيخ واتباعه من أنه إذا باع الشريكان
سلعة فما قبض من الثمن لهما . وابن إدريس منع ذلك، بل إذا قبض أحدهما
حصته وقعت له كما لو أبرأ أو وهب أو صالح، فان حقه يسقط ويبقى حق صاحبه .
قال العلامة: الفرق حاصل، فان ما ذكره اسقاط بخلاف القبض فان المقبوض
عين المال المشترك .

قوله : ولو بيع الدين بأقل منه لم يلزم الغريم ان يدفع اكثر مما

(١) راجع كتاب الدين من القواعد .

دفع على تردد.

دفع على تردد

منشأه من قول الشيخ والقاضي بذلك، لزواية محمد بن الفضيل قال: قلت للرضا عليه السلام: رجل اشترى ديناً على رجل ثم ذهب الى صاحب الدين فقال له ادفع الي ما لفلان عليك فقد اشتريته منه، فقال: يدفع اليه قيمة ما دفع الى صاحب الدين وبرأ الذي عليه المال من جميع ما بقي عليه^(١). ومثله رواية ابي حمزة عن الباقر عليه السلام^(٢).

ومن قول ابن ادریس أن الدين ان كان ذهباً أو فضة فلا يجوز أن يشتري بأقل منه من جنسه، وكذا لا يجوز بغير جنسه، لان التقابض في المجلس شرط في الاثمان، وان كان الدين من غير الاثمان فلا يتقدر فيه الاقلية والاكثرية، وأيضاً البيع ان كان صحيحاً فقد ملك المشتري جميع ما على المديون، وان لم يكن صحيحاً لم يلزمه شيء مطلقاً.

واختار العلامة وجوب دفع المديون جميع ما عليه الى المشتري نظراً الى صحة البيع وأجاب عن الرواية بحمل البيع على الضمان مجازاً أو كونه فاسداً، فلا يجب على الغريم حيثئذ أن يدفع الى المشتري الا ما دفع الى البائع ويرأ منه ويدفع الزائد الى البائع.

واستضعف شبهة ابن ادریس بأن الدين جاز أن يكون من الاثمان ويشتري بغيرها من الامتعة والعروض، وان كان من غيرها جاز أن يشتري بالذهب والفضة بلا خلاف فيه. ولا نسلم أن الاقلية والاكثرية لا يتقدران حيثئذ بالنسبة الى القيمة.

(١) الكافي ١٠٠/٥، التهذيب ١٩١/٦.

(٢) الكافي ١٠٠/٥، التهذيب ١٨٩/٦.

خاتمة

أجرة الكيال ووزان المتاع على البائع .
وكذا أجرة بائع الامتعة وأجرة الناقد ووزان الثمن على
المشتري . وكذا أجرة مشتري الامتعة .
ولو تبرع الواسطة لم يستحق أجرة .
وإذا جمع بين الابتاع والبيع فأجرة كل عمل على الامر به ،
ولا يجمع بينهما لواحد .

أقول: في كلام العلامة جواباً عن الرواية نظر: بأن حمل البيع على الضمان
على تقدير جوازه مجازاً لا يوجب أن يدفع المديون ما عليه لا كله ولا بعضه ،
لكونه ضماناً حصل بتفويضه كما دلت عليه الرواية، وكذا على تقدير الفساد، فإن
المشتري العالم بالفساد أدى دينه بغير اذنه فليس له الرجوع عليه. نعم مع جهله
له الرجوع على البائع ، ومع التعذر يأخذ من المديون قصاصاً قدر ما دفع .
وأما استضعافه للشبهة فجيد ، والاولى عندي حمل الرواية على أن البائع
شرط على المشتري ابراء المديون من الزائد أو شرط عليه أخذ قيمة المدفوع
ثمناً لا غير ، والشرط أملك ، وإنما يتناع لنا هذا الحمل جمعاً بين عموم « وأحل
الله البيع » المقتضي لملك المبيع جملة وبين صحة الرواية القابلة للتأويل ،
والشرط غير ممتنع حصوله . وهو أولى من حملها على الضمان أو الفساد .
قوله : ولو جمع (١) بين الابتاع والبيع فأجرة كل عمل على الامر به
ولا يجمع بينهما لواحد

(١) في المختصر النافع : وإذا جمع .

ولا بضمن الدلال ما يتلف في يده مالم يفرط .

ولو اختلفا في التفريط ولا بينة ، فالقول قول الدلال مع يمينه .

وكذا لو اختلفا في القيمة .

في بعض نسخ الكتاب «ولا يجمع بينهما الواحد» أي لا يجمع بين الشراء والبيع الشخص الواحد فيكون موجبا قابلا . والمشهور «لواحد» بغير الف ، وله حينئذ تفسيران : أحدهما أنه لا يجمع بين الاجرتين لشخص واحد ، بمعنى أنه لا يأخذ أجره البيع من الاذن فيه كلها ولا أجره الشراء من الاذن فيه كلها بل يأخذ من كل واحد أجره ما فعل له ، فيأخذ أجره الايجاب من الاذن في البيع وأجره القبول من الاذن في الشراء . وثانيهما أنهما إذا أمراه بالبيع والابتاع فالأجرة على السابق ، وإن اقترنا وكان الغرض تولية طرفي العقد فالأجرة عليهما وكذا إن تلاحقا وكان الغرض مجرد العقد ، وإن لم يكن الغرض مجرد العقد بل السمسرة لكل واحد منهما فللواحدة أجرتان على قدر العملين .

مركز تحقيق كامبوتر علوم اسلامی

وإذا كان المرهون قد مات قبل أن يوفى المرتهن فله أن يبيع المرهون ويوفى المرتهن من ثمنه.

وإذا كان المرهون قد مات قبل أن يوفى المرتهن فله أن يبيع المرهون ويوفى المرتهن من ثمنه.

وإذا كان المرهون قد مات قبل أن يوفى المرتهن فله أن يبيع المرهون ويوفى المرتهن من ثمنه.

وإذا كان المرهون قد مات قبل أن يوفى المرتهن فله أن يبيع المرهون ويوفى المرتهن من ثمنه.

وإذا كان المرهون قد مات قبل أن يوفى المرتهن فله أن يبيع المرهون ويوفى المرتهن من ثمنه.

كتاب الرهن

وإذا كان المرهون قد مات قبل أن يوفى المرتهن فله أن يبيع المرهون ويوفى المرتهن من ثمنه.

وإذا كان المرهون قد مات قبل أن يوفى المرتهن فله أن يبيع المرهون ويوفى المرتهن من ثمنه.

وأركانه أربعة :

الأول في الرهن : وهو وثيقة الدين المرتهن : ولا بد فيه من

الإيجاب والقبول .

والثاني : وهو الشيء المرهون : ولا بد فيه من

قوله : كتاب الرهن .

وهو لغة إما مصدر رهن الشيء عند فلان ورهنه إياه ، ولا يقال أرهنه .

إلا في لغة قليلة ، أو اسم للشيء المرهون ، والثاني يجمع على رهان مثل جبل

وجبال ، وقال أبو عمرو رهن أيضاً جمع ، وقال الأخفش هي قبيحة لانه لا يجمع

فعل على فعل الا قليلاً شاذاً كسقف وسقف ، بل هو جمع للرهان فرهن حينئذ جمع

الجمع وقرى بهما .

والثالث : وهو الدين المرتهن : ولا بد فيه من

أ) قال في المصباح : أرهنه لغة قليلة ومنعها الأكثر ، وقالوا وجه الكلام أرهنه

زيداً الثوب إذا دفعته إليه ليرهنه عند أحد ، ورهنه الرجل كذا ورهنه عنده إذا وضعه

عنده ، فإن اخذته منه قلت أرهنته منه ، ثم أطلق الرهن على المرهون ، وجمعه رهون مثل

فلس وفلوس ورهان مثل سهم وسهام ، والرهن بضمين جمع رهان مثل كتب جمع كتاب .

وهل يشترط الاقباض ؟ الاظهر : نعم .
ومن شرطه أن يكون عيناً معلوكاً يمكن قبضه .
ويصح بيعه منفرداً كان أو مشاعاً .

وبالجملة هو مأخوذ من رهن أي ثبت ودام ، والرهن الثابت ، ومنه نعمة
راهنة .

وشرعاً عرفه المصنف بأنه «وثيقة لدين المرتهن» ، ولوقال «لدين المدين»
كان أحسن ، لأن الرهن والمرتهن متضادان في الاشتقاق فلا يؤخذ أحدهما
في تعريف الآخر . واختلف في معنى الوثيقة هنا : فقبل معناه ليستوفي دينه به
وقبل ليستوفي دينه منه .

وتظهر الفائدة في رهن ما لا يصح بيعه كأم الولد ، فعلى الأول يصح رهنها
لأن منع المالك من التصرف فيها وإمكان بيعها في الجملة لجواز زوال المانع
يدعو المالك إلى القضاء ، وعلى الثاني لا يصح رهنها لعدم صحة بيعها والحالة
هذه . وكذا في الرهن على الأعيان المضمونة على الأول يصح ، وعلى الثاني
لا يصح لعدم إمكان استيفاء تلك الأعيان لانحصار حق المالك فيها .

إذا عرفت هذا فالرهن جائز بالنص والإجماع ، والحكمة المعاشية تدعو
إلى مشروعيته ، فإنه قد يضطر إلى الاستدانة ولا يؤثق بالمديون فيؤخذ الرهن
على الدين .

قوله : وهل يشترط الاقباض الاظهر نعم

لا خلاف أن دوام القبض ليس شرطاً ، وإنما الخلاف في شرطيته في لزوم
العقد ، فقال الشيخ في النهاية والمفيد وابن الجنيّد والتقي والقاضي والمصنف
والشهيد نعم لوجهين : «١» قوله تعالى «فرهان مقبوضة»^(١) ، «٢» رواية محمد

(١) سورة البقرة ٢٨٣ .

ابن قيس عن الصادق عليه السلام : لا رهن الا مقبوضاً^(١) .
وقال الشيخ في الخلاف وابن اديس والعلامة وولده ليس بشرط لوجوه :
(الاول) أصالة عدم الاشتراط .
(الثاني) عموم « أوفوا بالعقود »^(٢) .

(الثالث) لو كان شرطاً كالإيجاب والقبول لكان قوله « مقبوضه » تكراراً ،
كما أنه لا يحسن فـرهن مقبولة . ولو سلمنا ذلك لم يلزم الاشتراط ، لأن الآية
سيقت إرشاداً الى حفظ المال ، وهو إنما يتم بالقبض كما أنه لا يتم إلا بالارتهان
فلا احتياط يقتضي القبض كما أنه يقتضي الرهن ، وكما أن الرهن ليس شرطاً في
جواز الإذانة فكذا القبض .

(الرابع) لودلت الآية على الاشتراط لكانت دلالتها من حيث دليل الخطاب
وليس بحجة .

(الخامس) إن الحديث المذكور ضعيف بضعف حميد بن قيس^(٣) ، فلا
حجة فيه .

أجاب الاولون عن « الاول » بأن الأصل يخالف للدليل ، وعن « الثاني »

(١) التهذيب ١٧٦/٧ .
(٢) سورة المائدة : ١ .

(٣) محمد بن قيس مشترك بين أشخاص مجاهيل وثقات ؛ أما هذا الرجل من الثقات
بقريئة الراوى عنه وهو عاصم بن حميد الحنط .

قال النجاشي : محمد بن قيس ابو عبدالله البجلي ثقة عين كوفي ، روى عن ابي جعفر
وابي عبدالله عليهما السلام ، له كتاب القضايا المعروف ، رواه عنه عاصم بن حميد الحنط .
وقال الشيخ في رجاله : محمد بن قيس البجلي كوفي اسند عنه ، صاحب المسائل
التي يروى عنها عاصم بن حميد ، مات سنة ١٥١ . وقال في الفهرست : انه عين ثقة .

أن الوفاء بالعقد واجب إذا حصل شرطه لا مطلقاً والالوجب الوفاء بالفاسد ،
وعن « الثالث » بالمنع من كون الإيجاب والقبول شرطين بل هما نفس الرهن
فلا يكون مشروطاً بنفسه أو أحدهما جزء ولا يوصف الشيء بجزئه ، وإن سلمنا
المغايرة وعدم الجزئية فلانسلم عدم حسن مقبولة .

والحق أن القبض أمر خارج عن حقيقة الرهن شرط فيه بخلاف الإيجاب
والقبول ، ولذلك يصح وصفه بالقبض للتأكيد كقوله تعالى « الهين اثنين »^(١)
« ونفخة واحدة »^(٢) ، ولم يصح وصفه بالإيجاب والقبول لكونهما جزئية .
قوله : وكما أن الرهن ليس شرطاً في جواز الادانة الخ
الملازمة ممنوعة إذا لم يدل عليها دليل . على أن نقول : حفظ المال واجب .

فتجب مقدمته .
وعن الرابع بأننا لم نستدل بدليل الخطاب بل بالأصل ، وذلك أن شرعية
الرهن وإزومه ثبتا مع القبض ولم يثبتا مع عدمه ، فمدعيه يحتاج إلى دليل
وليس .

وعن الخامس فإن ضعفه وإن ثبت لكنه انجبر بفعل الأصحاب وتلقيه بالقبول
واضمار الصحة فيه أولى .

والشيخ في المبسوط القولان ، ولا شك أن القبول بالاشتراط أحوط ، لكن
عدم اشتراط دوامه يقتضي عدم حصول الحكمة في الوثيقة ، وحينئذ لا فرق بين
القبض وعدمه .

ويمكن الجواب بأن المنع من صحة التصرف كاف في الاستيثاق .

(١) سورة النحل : ٥٩ . (٢) سورة النحل : ١٣ .

ولو رهن مالا يملك وقف على اجازة المالك
ولو كان يملك بعضه مضى في ملكه . وهو لازم من جهة
الراهن
ولو شرطه مبيعاً عند الاجل لم يصح
ولا يدخل حمل الدابة ولا ثمرة النخل والشجر في الرهن . نعم
لو تجدد بعد الارتهان دخل . وفائدة الرهن للراهن

قوله : ولو شرطه مبيعاً عند الاجل لم يصح
أي لم يصح البيع لتعلقه على المدة، ويكون مضموناً لقبضه بالبيع الفاسد .
قوله : ولا يدخل حمل الدابة ولا ثمرة النخل والشجر في الرهن . نعم
لو تجدد بعد الارتهان دخل
الاخلاف في عدم دخول الزوائد الحاصلة عند الارتهان الامع اشتراطها ،
وان كان ابن الجنيّد قال بدخولها مطلقاً ، فان الاجماع انعقد بعده على عدم
الدخول . وانما الخلاف في ما تجدد منفصلاً كالولد والصوف لا متصلاً كالسمن
والطول ، فانه لا خلاف في دخوله .
ولو تجدد فقال الشيخ في النهاية والمفيد وابن الجنيّد والثقي والقاضي
وابن حمزة وابن ادريس بدخول المنفصل المتجدد ، ولم نجد لهم دليلاً سوى
ادعاء بعضهم الاجماع .
واحتج بعض الفضلاء على الدخول بأننا اذا شككنا في مالك النماء في غير
هذه الصورة أهوزيد أو عمرو حكمتا بتبعيته لاصله ودخوله في ملك مالك أصله
ولهذا حكم الاصحاب أن حمل المدبرة بعد التدبير مدبر كانه عند الاطلاق ،
ولا قائل بالفرق

ولو رهن رهنتين بدينقين ثم أدى عن أحدهما لم يجز إمساكه
 بالآخر ، ولو كان دينان ، وبأحدهما رهن لم يجز إمساكه بهما ،
 ولم يدخل زرع الأرض في الرهن سابقاً كان أو متجديداً .
 الثاني : في الحق : ويشترط ثبوته في الذمة مالا كان أو منفعة .

قلت : فيه نظر ، إذ لا يلزم من تبعيته في الملك بتبعيته في تعلق الرهن به ،
 وأما حمل المدبرة فتغليب لجانب العتق .
 وقال الشيخ في المبسوط والخلاف بعدم دخوله ، واختاره العلامة ، وهو
 الأقوى ، لأصالة عدم الدخول .
 قوله : ولا يدخل زرع الأرض في الرهن سابقاً كان أو متجديداً .
 لم نسمع في ذلك خلافاً ، لكن لو تجدد الزرع هل يجبر الرهن على إزالته
 قال الشيخ لا ، لأنه تصرف في المنافع وهي غير داخلية في الرهن ، ولأصالة
 عدم الجبر . وقبل نعم ، لأن بقاء الزرع تصرف في الأرض ، وهو ممنوع كالمتاع
 في الدار ، ولتضرر الدائن لو أراد بيع الأرض المشغولة فيقل الراغب ، واختاره
 المصنف في الشرائع .

قوله : ويشترط ثبوته في الذمة مالا كان أو منفعة
 للحق المرتهن عليه شرطان :

(الاول) ثبوته في الذمة ، فلو لم يكن ثابتاً في الذمة كالامانات بأسرها لم
 يصح الارتهان عليها ، وكذا ما حصل سببه وإنما يثبت بعد في الذمة كالدية قبل
 استقرار الجناية .
 ثم الثابت في الذمة قد يكون مالا وهو ما يلحقه الملك قائماً بذاته كالدنانير

ولورهن على مال ثم استدان آخر فجعله عليهما صح .
الثالث - في الراجح : ويشترط فيه كمال العقل وجواز
التصرف .

وللولى أن يرهن لمصلحة المولى عليه .

والدراهم والحبوب وغيرها ، وقد يكون منفعة وهو ما يلحقه الملك قائماً بغيره
كالمنافع المطلقة .

(الثاني) مكان استيفائه من الرهن ، فلا يصح على مالا يمكن استيفاءه منه ،
كلاجارة المتعلقة بعين المؤجر ، فان ما يؤخذ الرهن عليه يصح ضمانه ويصح
البراء منه ولاشئ من الاجارة المذكورة كذلك .

قوله : ولورهن على مال ثم استدان آخر فجعله عليهما صح
هذا اذا كان الدينان لواحد ، أما لو كان الثاني لغير الاول كان موقوفاً على
اجازة الاول ، ومع اجازته يحتمل بطلان رهائته ، لان لازم الرهن اختصاص
المرتهن وتقدمه بدينه ، وتنافي اللوازم يستلزم تنافي الملزومات ، وحيث أجاز
الاول الرهن الثاني فقد أبطل رهنه .

ويحتمل البطلان فيما قابل دين الثاني ، اذ المقصود استيفاء الدين وهو
ممكن هنا فلا منافاة .

ويحتمل عدم البطلان مطلقاً ، وهو الاصح ، لعدم الدلالة مطابقة وتضمناً
وهو ظاهر ، وكذا التزاماً لانه لا مانع من تعلق دينين بعين واحدة ويقدم أحدهما
أو يشتركان فيه وتكون الفائدة أنه لو قضى الراجح حق الثاني أو براً منه أو أسقط
حق الرهانة بقي حق الاول .

وليس للراهن التصرف في الرهن باجارة ولا سكتي ولا وطاء ،
 لأنه تعريض للابطال ، وفيه رواية بالجواز مہجورة .
 ولو باعه الراهن وقف على اجازة المرتهن .
 وفي وقوف العتق على اجازة المرتهن تردد ، أشبهه : الجواز .

قوله : وفيه رواية بالجواز مہجورة

هي ما رواه الشيخ عن حماد عن الحلبي عن الصادق عليه السلام في رجل
 رهن جاريته عند قوم أبجل له أن يطأها ؟ قال : إن الذين ارتهنوها يحولون
 بينه وبين ذلك . قلت : أرأيت أن قدر عليها خالياً ؟ قال : نعم لأرى هذا عليه
 حراماً (۱) .

ورواها أيضاً ابن بابويه في من لا يحضره الفقيه والكليني عن محمد بن مسلم
 عن الباقر عليه السلام ، والسندان صحيحان إلا أن الأصحاب همجروهما لمنا فاتهمما
 لأصول المذهب ولقوله صلى الله عليه وآله وسلم : الراهن والمرتهن ممنوعان
 من التصرف .

بقي هنا مسألة ، وهي لو وطئ فعل حراماً ولحق به الولد وصارت أم ولد ،
 وهل يبطل الرهن ؟ الأصح لا لسبقية الرهن على الاستيلاد ، وبه قال في المبسوط
 وابن ادریس ، وقال في الخلاف أن كان مؤشراً ألزم قيمة الأمة تكون مكانها رهناً
 لحرمة الولد ، وإن كان معسراً كانت بحالها رهناً . ولادليل على هذا التفصيل
 فالفتوى على الأول .

قوله : وفي وقوف العتق على اجازة المرتهن تردد أشبهه الجواز
 يشأ من قولني الشيخ ومن أنه نوع تصرف وهو منهي عنه والنهي يدل على

(۱) التهذيب ۱۶۹/۷ ، الكافي ۲۳۵/۵ ، ۲۳۷ ، الفقيه ۲۰۱/۳ .

(المزابع) في المرتهن : ويشترط فيه كمال العقل وجواز

التصرف ، ويجوز اشتراط الوكالة في الرهن ، ولو عزل له لم ينعزل ،
وتبطل الوكالة بموت الموكل دون الرهانة .

ويجوز للمرتهن ابتياع الرهن .

والمرتهن أحق من غيره باستيفاء دينه من الرهن ، سواء كان

الراهن حياً أو ميتاً . وفي الميت رواية أخرى .

الفساد ، فلا تؤثر فيه الإجازة اللاحقة لتأخيرها ، وهو قوله في المبسوط : ومن
أن المانع تعلق حق المرتهن وحيث أجاز فقد زال المانع لدلالة الإجازة
على الرضا .

والأشبه الجواز لا ابتناء العتق على التعليق مع حصول شرطه .

وهنا فوائده : ١- لا يترتب الإجازة على الرضا . ٢- لا يترتب الإجازة على

(الأولى) لو باع الراهن أو آجر ولم يجز المرتهن واتفق فك الرهن فهل
تكون العقود لازمة أم لا ؟ يحتمل المنع ، لعدم الشرط وال لزوم لانقضاء المانع
وهو اختيار العلامة .

(الثانية) لو باع المرتهن في غير موضع البيع فأجاز الراهن صح والابطال .

(الثالثة) لو عتق المرتهن تردّد المصنف في الشرائع من حصول الإجازة
ومن حيث النهي . والاقوى البطلان ، لعدم الملك الذي هو شرط .

قوله : وفي الميت رواية أخرى

هذه رواها الصدوق في الفقيه عن محمد بن عيسى عن سليمان بن حفص

ولو قطر الرهن عن الدين ، ضرب مع الغرماء بالفاضل .
والرهن أمانة في يد المرتهن ، ولا يسقط بتلفه شيء من ماله
مالم يتلف بشئ أو تفريط .
وليس له التصرف فيه ، ولو تصرف من غير إذن ضمن العين
والاجرة .

ولو كان الرهن دابة قام بمؤنتها وتقاصا .
وفي رواية : الظهر يركب والدريشرب ، وعلى الذي يركب
ويشرب النفقة .
وللمرتهن استيفاء دينه من الرهن ان خاف جحود الوارث .

قال : كتبت الى الكاظم عليه السلام - وساق القول الى أن قال - فكتب عليه
السلام : جميع الديان فيه سواء يتوزعون بينهم بالحصص^(١) .
وكذا روى الشيخ في التهذيب بهذا السند وبسند آخر منه ابو عمران الارمني
عن عبد الله بن الحكم عن الصادق عليه السلام^(٢) .
وهما ضعيفان ، لان الشيخ ضعف ابن عيسى والارمني في كتابه . هذا مع
مخالفتها للاصول ، فان فائدة الرهن التقدم به على الغريب والالئما كان وثيقة ،
مع اشتمال الاول على المكاتبه .
قوله : وفي رواية الظهر يركب والدريشرب وعلى الذي يركب
ويشرب النفقة

(١) التهذيب ١٧٨/٧ ، الفقيه ١٩٨/٣ .

(٢) التهذيب ١٧٧/٧ ، الفقيه ١٩٦/٣ .

ولو اعترف بالرهن وادعى الدين ولا يثبت فالحلول قول الوارث.
 وله اخلافة ان ادعى عليه العلم .
 ولو باع الرهن وقف على الاجازة .
 ولو كان وكيل فباع بعد الحلول صح .
 ولو اذن الراهن في البيع قبل الحلول لم يستوف دينه حتى
 يحل .

ويلحق به مسائل التزاع . وهي أربع : -

هذه رواية السكوني موثقاً عن الصادق عليه السلام عن النبي صلى الله عليه
 وآله وسلم : الظهير يركب اذا كان مرهوناً وعلى الذي يركبه نفقته والتدريس
 اذا كان مرهوناً وعلى الذي يشربه نفقته^(١) .
 وأفتي بمضمونها الشيخ في النهاية والتقي . وقال ابن ادریس : لا يجوز
 للمرتهن التصرف فيه بالركوب ولا غيره ، للاجماع على أن الراهن والمرتهن
 ممنوعان من التصرف ، وأما الاتفاق فإن يتبرع به المرتهن فلا رجوع به والا
 فله الرجوع .
 أقول: الحق أن الكلام ليس كما قاله الشيخ على إطلاقه ولا كما قاله ابن
 ادریس :

أما الاول فلأنه ان أراد الشيخ أن مع عدم إمكان استئذان الراهن أو من قام
 مقامه في الاتفاق وفي التصرف يكون للمرتهن ذلك ولا يكون ثم زيادة على أحدهما
 فهو حق ، وعليه تحمل الرواية ، وان كان مع إمكان ذلك والتفاوت فممنوع ،

(١) الفقه ١٩٥/٣ ، التهذيب ١٧٥/٧ .

(الاولى) يضمن المرتهن قيمة الرهن يوم تلفه .
وقيل : أعلى القيم من حين القبض الى حين التلف .
ولو اختلفا ، فالقول قول الراهن . وقيل القول قول المرتهن ،
وهو أشبه .

لما تقدم من منع المرتهن من التصرف وأصالة عدم استباحة مال المبيوع الا عن
طيب نفسه منه .

وأما الثاني فلان الاتفاق لا بد منه ولا يجب التبرع به ، وربما يتعسر المالك
الراهن ومن قام مقامه ، فلو لم يجز للمرتهن الركوب والشرب لزم تفويت المنفعة
على الراهن مع لزوم الاتفاق له والرجوع عليه به .
قوله : يضمن المرتهن قيمة الرهن يوم تلفه ، وقيل أعلى القيم من
حين القبض الى حين التلف

الاول قول الشيخين في النهاية والمقنة ، والثاني قوله في المبسوط . وقال
ابن الجنيدي يلزمه الأعلى من حين التلف الى أن يحكم عليه بقيمته . وقال العلامة
حكمه كالفاضل في القيمة من حين تفريطه الى حين تلفه ، وإن كان من ذوات
الامثال وجب المثل ، ومع تغذر القيمة وقت الاداء .
وهذا هو الحق وعليه الفتوى ، وفي قول المبسوط نظر ، لانه غير مضمون
عليه قبل التفريط ، وكذا في قول ابن الجنيدي ، لان وقت الحكم عليه لا دخل
له في كمية المضمون ، لان الحكم عليه انما هو بالخروج الى الخصم من حقه
قالخروج متأخر ، فلوزادت القيمة حينئذ كانت مضمونة ان كان قيمياً وان كان مثلياً
فالحكم انما هو بالخروج بالمثل ، وانما ينتقل الى قيمته حال ارادة الخروج
وذلك وقت الاداء .

قوله : ولو اختلفا فالقول قول الراهن ، وقيل القول قول المرتهن
وهو أشبه

(الثانية) لو اختلفا فيما على الرهن فالقول قول الراهن :
وفي رواية القول قول المرتهن ما لم يدع زيادة عن قيمة الرهن .
(الثالثة) لو قال القابض : هو رهن ، وقال المالك : هو وديعة
فالقول قول المالك مع يمينه . وفيه رواية أخرى متروكة .
(الرابعة) لو اختلفا في التفريط فالقول قول المرتهن مع يمينه .

الاول قول الشيخين وابن الجنيّد والقاضي والتمّني وسلاّروا بن حمزة نظراً
الى كون المرتهن صار خائناً فيخرج عن الامانة فلا يقبل قوله . والثاني قول ابن
ادريس ، لالكونه أميناً بل لكونه غارماً ومدعى عليه ، ولا صلة براءة الذمة من
الزائد عما يدعيه .

قوله : لو اختلفا فيما على الرهن فالقول قول الراهن ، وفي رواية
القول قول المرتهن ما لم يدع زيادة عن قيمة الرهن
ما ذكره هو قول اكثر الاصحاب ، وتؤيده أصالة براءة الذمة من الزائد .
وكذا ورد في رواية محمد بن مسلم صحيحاً عن الباقر عليه السلام^(١) ، وفي رواية
عبيد بن زرارة موثقاً عن الصادق عليه السلام^(٢) .
وأما الرواية المشار إليها فهي عن السكوني عن الصادق عليه السلام عن أبيه
عليه السلام عن علي عليه السلام^(٣) ، وعمل عليها ابن الجنيّد ، وهي ضعيفة بالسكوني
ومنافاتها للأصل .

قوله : لو قال القابض هو رهن وقال المالك هو وديعة فالقول قول
المالك مع يمينه ، وفيه رواية أخرى متروكة

(١) الكافي ٢٣٧/٥ ، التهذيب ١٧٤/٧ .

(٢) التهذيب ١٧٤/٧ .

(٣) الفقيه ١٩٧/٣ ، التهذيب ١٧٥/٧ .

ما ذكره هو قوله أكثر الأصحاب، لأصالة عدم الرهن وتكون المالك منكرًا
وذي اليد مدعيًا والقول قول المنكر مع يمينه . وتؤيده رواية محمد بن مسلم
عن الباقر عليه السلام^(١) : البينة على الذي عنده الرهن ، وإن لم تكن له بينة فعلى
الذي له الرهن اليمين .

وأما الرواية فرواها الشيخ في الموثق عن عباد بن صهيب عن الصادق
عليه السلام^(٢) مضمونها أن القول قول الذي يقول هو رهن ، ومثلها رواية ابن
أبي يعفور عن الصادق عليه السلام^(٣) أيضاً .

وهما ضعيفتان : أما الأولى فلان عباد يترى ، وأما الثانية ففي طريقها إلهي
ابن محمد بن سماعة وهو واقفي ، وعمل الشيخ بهما في الاستبصار وشرح عليه
ابن إدريس .

قال العلامة قول الشيخ ليس بيمين : أما أولاً فللروايات : وأما ثانياً فلانه
صاحب اليد فيسمع قوله إذ ليس يده عادية ، وأما ثالثاً فلانه يدعي الظاهر لأن
الظاهر احتياط صاحب الدين على ماله ولأن المالك اعترف له بالأمانة وجعله
أميناً فقدم قوله في التلف .

أقول : كلام العلامة هذا تعصب على ابن إدريس ونصرة لسهو الشيخ : أما
أولاً فلان الروايات قد عرفت ضعفها فلا يحسن الاعتماد عليها ، وأما ثانياً فلانا
لأنسلم أن صاحب اليد يقبل قوله مطلقاً وإن كانت غير عادية بل إذا لم يخالفه
الدليل والإلزام قول المرتين في زيادة الدين كما تقدم لكن ليس فليس ، وأما
ثالثاً فلان الظاهر هنا معارض بالأصل وهو عدم الرهن ولأنسلم أن المالك اعترف

(١) التهذيب ١٧٤/٧ ، الكافي ٢٣٧/٥ ، الاستبصار ٢٢٢/٣ .

(٢) التهذيب ١٧٦/٧ ، الكافي ٢٣٨/٥ ، الفقيه ١٩٥/٣ .

(٣) التهذيب ١٧٤/٧ ، الاستبصار ٢٢٢/٣ ، الكافي ٢٣٧/٥ ، الفقيه ١٩٩/٣ .

له بالامانة مطلقاً بل لو لم يدع الارتهان. أما منع ادعائه فغتنده أنه خاصب خصوصاً
لو كان الدين مؤجلاً لم يحل بعد .

ولابن حمزة هنا تفصيل استحسنة بعضهم، وهو أنه ان اعترف المالك بالدين
فالقول قول مدعي الارتهان عملاً بالقرينة، وان أنكر فالقول قوله في عدم الزهن .



مركز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

مركز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

مركز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی



مركز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

مركز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

مركز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

مركز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

مركز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

مركز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

مركز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

مركز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

مركز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

المحجور هو الممنوع من التصرف في ماله .
وأسابيه ستة ، الصغر ، والجنون ، والرق ، والمرض ، والفلس ،
والسفه .

كتاب الحجر

المحجور هو الممنوع من التصرف في ماله .
وأسابيه ستة ، الصغر ، والجنون ، والرق ، والمرض ، والفلس ،
والسفه .

قوله : المحجور هو الممنوع من التصرف في ماله

قال الجوهري الحجر مصدر قولك حجر عليه القاضي يحجر حجراً اذا منعه
من التصرف في ماله . وعرفه المصنف بذلك شرعاً ، ويرد عليه وجوه :
(الاول) ان العبد لا يملك على قول الاكثر فلا مال له فلا يدخل في المحجور
مع أنه عد الرق في أسباب الحجر .

(الثاني) ان اراد بقوله « في ماله » كل ماله ورد المريض فانه محجور على
ما قاله مع أنه غير محجور عليه في كل ماله بل في بعضه وهو ما زاد على الثلث
وان اراد بعضه فليس في لفظه دلالة عليه ، مع أنه يرد عليه الصبي والمجنون
فانهما ممنوعان في الكل .

ولا يزول حجج الصغير إلا بوصفين : (الاول) الباوغ . وهو يعلم بانبات الشعر الخشن على العانة ، أو خروج المني الذي منه الولد من الموضع المعتاد ، ويشترك في هذين الذكور والاناث .

أو السنن وهو بلوغ خمس عشرة .

وفي رواية ، من ثلاث عشرة الى أربع عشرة .

وفي رواية أخرى ، بلوغ عشرة ، وفي الانثى بلوغ تسع .

(الثالث) ان أراد بالتصرف أي تصرف كان لم يدخل أحد من المحجوج عليهم في تعريفه ، لان كل واحد منهم لابد أن يأكل ويلبس من ماله ، وذلك تصرف غير ممنوع منه . وان أراد التصرف الناقل للملك بعوض ، ورد عليه المريض فانه لو باع ماله كله بعوض المثل لم يمنع . وان أراد التصرف الناقل بغير عوض ورد عليه ببيع الصبي بالعوض ومحاباة المريض .

هذا والحجر مما تدعو الحكمة اليه مراعاة لمصالح العباد، ودل على مشروعيه النص والاجماع .

قوله : وفي رواية من ثلاثة عشر الى أربع عشرة ، وفي أخرى بلوغ عشرة .

أما الاولى فرواها ابو حمزة الثمالي عن الباقر عليه السلام قال : قلت له : جعلت فداك في كم تجري الاحكام على الصبيان؟ قال : في ثلاثة عشر سنة وأربع عشرة سنة . قلت : فان لم يحتلم فيها ؟ قال : وان لم يحتلم ، فان الاحكام تجري عليه^(١) .

(١) أخرجه العلامة في المختلف في بحث الحجر ، التهذيب ٦/٣١٠ .

وفي معناها رواية ابن سنان عن الصادق عليه السلام^(١).

وأفتى بمضمونها ابن الجبلة.

وقال الأبي في شرحه عند حكمه بأن البلوغ يحصل بخمسة عشر : لعل ما ورد بدون ذلك من الروايات يحمل على أنه احتلم أو أنبت ، وكأنه لم يقف على هذه الرواية أو أن الحسن قد يغلط .

وأما العلامة فقال أنها ضعيفة السند ، فإن في طريقها عبدالله بن جبلة وفيه قول^(٢) . وفيه سندي بن الربيع ويحيى بن المبارك ولأعرف حالهما .

إن قلت : يمكن حملها على الاستحباب - بمعنى أنه يستحب له التكليف في ذلك السن .

قلت : فيه نظر ، فإن في الرواية الثانية وجب عليه ما يجب على المحتلمين احتلم أولم يحتلم . مع أن هذا العمل ليس بعيد ، وحينئذ يحمل الوجوب المذكور على شدة الاستحباب .

وأما رواية العشر فرواها جماعة عن الصادق عليه السلام^(٣) عبدالرحمن^(٤) ابن أبي عبدالله وأبو بصير وأبو أيوب ومنصور بن حازم^(٥) ، لكنها في الوصية لا غير والمصنف جعلها رواية في البلوغ ، لأن جواز وصيته يدل على رفع الحجر عنها .

(١) التهذيب ١٨٣/٩ ، الكافي ٦٩/٧ ، الفقيه ١٦٣/٤ .

(٢) قال في المختلف : وهو وإن كان ثقة إلا أن فيه قولاً وفي الطريق أيضاً سندي . إلى آخره .

(٣) راجع الوسائل ٤٢٨/١٣ الباب ٤٤ من الوصايا .

(٤) كذا في النسخ . وفي نسخة : فرواها جماعة عن عبدالرحمن ابن أبي عبدالله . . .

(الثاني) الرشيد . وهو أن يكون مصلحاً لماله .
وفي اعتبار العدالة تردد .
ومع عدم الوصفين أو أحدهما يستمر الحجر ولو طعن في
السن .
ويعلم رشد الصبي باختباره بما يلائمه من التصرفات . ويثبت
بشهادة رجلين في الرجال ، وبشهادة الرجال أو النساء في النساء .
والسفيه هو الذي يصرف الاموال في غير الاغراض الصحيحة .
فلو باع والمحال هذه لم يمض بيه . وكذا لو وهب أو أقر
بمال .

ويصح طلاقه وظهاره واقاراره بما لا يوجب مالا .

قوله : وفي اعتبار العدالة تردد

ينشأ من عدم دليل يدل على ذلك وخلو كلام المفسرين من اعتبارها ، ومن
قول الشيخ رحمه الله باعتبارها وضعف شبهته في ذلك وقد بينها في كتابنا «كنز
العرفان في فقه القرآن»^(١) وبينا ضعفها .

والتحقيق هنا أن نقول: لاشك أن المفهوم من الرشد عرفاً هو اصلاح المال
وعدم الانخداع في المعاملات ، ولم يرد عن الشارع في تحديد الرشد زائد
على ذلك فيحمل عليه . نعم ان استلزم الفسق اتلاف المال كان زواله معتبراً
والا فلا .

(١) كنز العرفان ١٠٣/٢ .

والمملوك ممنوع من التصرفات الا باذن المولى .
 والمريض ممنوع من الوصية بما زاد على الثلث ، وكذا في
 التبرعات المنجزة على الخلاف .
 والاب والجد للاب يلبان على الصغير والمجنون ، فان فقدا
 فالوصى ، فان فقدا فالحاكم .

قوله : وكذا في التبرعات المنجزة على الخلاف .

سيأتي انشاء الله ذكر الخلاف في ذلك في كتاب الوصية .

وقد انزل الله في ذلك ما لا يخفى .

والله اعلم

بما لا يخفى .

مركز تحقيق كالمبيوتر علوم اسلامی

مركز تحقيق كالمبيوتر علوم اسلامی

مركز تحقيق كالمبيوتر علوم اسلامی

مركز تحقيق كالمبيوتر علوم اسلامی

مركز تحقيق كالمبيوتر علوم اسلامی

مركز تحقيق كالمبيوتر علوم اسلامی

مركز تحقيق كالمبيوتر علوم اسلامی

مركز تحقيق كالمبيوتر علوم اسلامی

والله اعلم

مركز تحقيق كالمبيوتر علوم اسلامی

مركز تحقيق كالمبيوتر علوم اسلامی

التي هي من قبيل: «لقد تعهدت» أو «لقد التزمت» أو «لقد عرفت».

وهي من قبيل: «لقد تعهدت» أو «لقد التزمت» أو «لقد عرفت».

وهي من قبيل: «لقد تعهدت» أو «لقد التزمت» أو «لقد عرفت».

وهي من قبيل: «لقد تعهدت» أو «لقد التزمت» أو «لقد عرفت».

وهي من قبيل: «لقد تعهدت» أو «لقد التزمت» أو «لقد عرفت».

كتاب الضمان

وهو عقد شرع للتعهد بنفس أو مال ، وأقسامه ثلاثة :

(الاول) ضمان المال ، وهو تعهد بضمان المال.

ويشترط في الضامن التكليف ، وجواز التصرف .

قوله : كتاب الضمان

وهو عقد شرع للتعهد بنفس أو مال ، قال الجوهري : ضمنت الشيء ضماناً كفلت به فأنا ضامن وضمين ، وضمنت الشيء تضميناً فتضمنه عني مثل عرفته .
وشرعاً يقال على معنيين : عام وهو التعهد بالنفس أو المال ، وخاص وهو التعهد بالمال ممن ليس عليه مثله ، فإن كان عليه مثله فهو الحوالة . وأما التعهد بالنفس فهو الكفالة .

إذا عرفت هذا فهنا فوائد :

(الاولى) قوله «عقد» يستلزم حصول الإيجاب من الضامن والقبول من المضمون له ، إذ كل عقد هذا شأنه فأيجابه «ضمنت» أو «تعهدت» أو «التزمت» وقبوله «قبلت» و«رضيت» وشبهه ، وهل يشترط فوريته؟ نظر من كونه عقداً لازماً والفورية شرط فيه ، ومن أن الغرض الأهم رضاه .

ولا بد من رضا المضمون له ولا عبرة بالمضمون عنه .
ولو علم فأنكر لم يبطل الضمان على الأصح .

(الثانية) انه عقد لازم وليس للضامن فسخه ، وكذا المضمون له ليس له أيضاً فسخه والرجوع على المضمون عنه .

(الثالثة) يجب أن يعتبر فيه ما يعتبر في العقود اللازمة من المطابقة للإيجاب واعتبار العربية اختياراً .

قوله : ولا بد من رضا المضمون له ولا عبرة بالمضمون عنه ، ولو علم فأنكر لم يبطل الضمان على الأصح

رضا الضامن شرط اجماعاً لاستحالة اثبات مال في ذمة شخص بغير رضاه
بقي هنا مسائل :

(الاولى) هل يشترط رضا المضمون له أم لا ؟ قال الشيخ في المبسوط والخلاف نعم ، ثم تردد من حيث أنه اثبات حق له في ذمة شخص فلا بد من رضاه . وتؤيده رواية عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام في الرجل يموت وعليه دين فيضمنه ضامن للغرماء . فقال : اذارضي به الغرماء فقد برئت ذمة الميت^(١) وهو يدل بمفهومه على أنهم اذا لم يرضوا لم تبرأ ذمته .

ومن رواية ابي سعيد الخدري قال : كنا في جنتارة فلما وضعت قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : هل على صاحبكم من دين ؟ قالوا : نعم درهمان فقال : صلوا على صاحبكم . فقال علي عليه السلام : يا رسول الله أنا لهما ضامن فصلى عليه رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ، ثم أقبل علي عليه السلام

(١) الكافي ٥/٩٩ ، ٧/٢٥ ، التهذيب ٦/١٨٧ ، ٩/١٦٧ ، الفقيه - روضة المتقين

فقال : جزاك الله عن الاسلام خيراً وفك رهانك كما فككت رهان أخيك^(١).

فلو كان رضاه شرطاً لاستأذنه رسول الله « ص » .

وجزم المصنف باعتبار رضاه ، وقضية علي عليه السلام لادلالة فيها على عدمه ، لاحتمال حضوره ورضاه . وأيضاً عدم اعتبار رضاه في الميت لا يدل على عدم اعتباره مطلقاً ، لجواز خصوصية الميت . مع أن حكاية الحال لا تعم .

(الثانية) رضا المضمون عنه هل هو شرط أم لا .

وبتفرع أنه لو علم وأنكر فجزم الشيخ في الكتابين^(٢) بعدم اعتباره ، وقال في النهاية والمفيد في المقنعة أنه لو علم فأنكر لم يصح الضمان .

وفيه دلالة على وجوب اعتبار رضاه ، والأصح الاول لعموم قوله صلى الله عليه وآله : الزعيم غارم^(٣) ، ولأنه كقضاء الدين لا يشترط فيه اذن المديون .

قال الاوي^(٤) : ان المال بالضمان انتقل الى ذمة الضامن فاعادته الى ذمة المضمون عنه يحتاج الى دليل .

وفيه نظر ، لانه مصادرة على المطلوب ، لان انتقال المال عن ذمة المضمون عنه يتوقف على صحة الضمان فكيف يجعل مقدمة في اثبات الصحة .

(١) أخرجه مجمل في الخلاف ١٣٣/٢ ، ١٣٤ ، الوسائل ١٣/١٥١ .

(٢) المبسوط ٣٢٣/٢ قال فيه : فالمضمون عنه لا يحتاج الى رضاه لان ضمان دينه بمنزلة القضاء عنه ، الخلاف ١٣٣/٢ .

(٣) أخرجه في الخلاف ١٣٥/٢ ، سنن ابن ماجه ٢/٨٠٤ .

(٤) وهو الشيخ الفقيه العالم الجليل الحسن بن ابي طالب اليوسفي صاحب « كشف الرموز » في شرح المختصر النافع ويقال له : « الابی » ايضاً منسوب الى آية بليدة قرب ساوة تعرف عند العامة بآوة قالها في معجم البلدان وقال اهلها شيعة واهل ساوة سنة لا تزال للحروب بين البلدتين قائمة على المذهب .

وينقل المال من ذمة المضمون عنه الى الضامن وتبرأ ذمة
المضمون عنه .

(الثالثة) هل يشترط معرفة الضامن بالمضمون له وعنه ؟ قال في الخلاف^(١)
لا يشترط عملاً بقضية علي عليه السلام ، وقال في المبسوط يشترط معرفتهما :
أما المضمون له فلأنه لو لاه لزم الفرار لجواز ردائة معاملته وصعوبة اقتضائه ،
وأما المضمون عنه فليعرف هل يستحق عليه شيء أم لا .
وتابعه العلامة في الاول لا الثاني ، لأنه لا بد من تمييزه عند الضامن وتخصيصه
عن غيره ليقع الضمان عنه .

والاقوى قوله في المبسوط : أما اذا لم يكن الضمان تبرعاً فظاهر ، وأما
اذا كان تبرعاً فلأنه احسان لا بد في عقل المعاش من معرفة محله والالجاز وضع
ذلك في غيره ، وقد ورد النهي عن وضع المعروف عند غير أهله كما قال علي
عليه السلام : وليس لواضع المعروف في غير أهله الا محمدة اللثام^(٢) . وليس
في ضمان علي عليه السلام دلالة على عدم ذلك ، لجواز معرفتهما ولم ينقل .

قوله : [وإهل ٣] ينقل المال من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن
وتبرأ ذمة المضمون عنه
هنا فوائد :

(الاولى) قال الجمهور ان الضمان ضم ذمة الضامن الى ذمة المضمون عنه

- (١) الخلاف ١٣٣/٢ .
(٢) نهج البلاغة « الفيض » ٤٢٢ ، الكافي ٣١/٤ : وليس لواضع المعروف في غير
حقه وعند غير أهله من المحظ فيما اتى الا محمدة اللثام وتناء الاشرار ومقالة الجهال مادام
معهم عليهم ، الى آخرها ، واللفظ للنهج .
(٣) ليس « هل » في المختصر النافع ط بمصر .

فيجوز له حينئذ مطالبة أيهما شاء . وقال أكثر أصحابنا بأنه نقل المال من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن فليس للمضمون له مطالبة المضمون عنه ، ولو أبراه لم يبرأ الضامن ، ولو أبرأ الضامن برئاً معاً .

وهو الحق ، لرواية الخدري في فعل علي عليه السلام ، ورواية جابر بن عبد الله الانصاري أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم كان لا يصلي على رجل عليه دين ، فأتني بجنزة فقال : هل على صاحبكم دين ؟ فقالوا : نعم ديناران . فقال : صلوا على صاحبكم . فقال ابو قتادة : هما علي يا رسول الله ، فلما فتح الله على رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال : انا أولى بالمؤمنين من أنفسهم فمن ترك ما لا يهول ورثته ومن ترك ديناً فعلي^(١) . فانهما يدلان على نقل المال من ذمة المضمون عنه والالتحاق بقي فرق بين الحالين .

(الثانية) ضمان عهدة الثمن ضم ذمة إلى ذمة على القولين ، ومعنى ضمان عهدة الثمن انه اذا باع انسان شيئاً ونحش أن يخرج الثمن مستحقاً أو المبيع كذلك فيضمن شخص آخر عهدة الثمن في الحالين ، فالمضمون له الرجوع على من شاء من الضامن والمضمون عنه والرجوع يكون بأقل الامرين من المضمون ومما دفع .

(الثالثة) الاعيان المضمونة كالغصب والمقبوض بالبيع الفاسد والسوم والغازية المضمونة هل يصح ضمان شيء من ذلك أم لا ؟ أما على القول بأنه ضم ذمة فيصح قطعاً ، وأما على القول بأنه نقل فيحتمل ضمانها لانه ثبت في ذمة المضمون ؛ أما العين أو قيمتها ، فيجوز انتقال ذلك إلى الضامن . ومن أن حق المالك متحصر في العين ولا تثبت في الذمة قيمتها الا مع تعذر العين ، فيكون ضمان مالم يجب ، لان الفرض أن العين موجودة .

(١) الوسائل ١٣ / ٥١ .

ويشترط فيه الملاء أو علم المضمون له بأعساره . ولو بان
اعساره كان المضمون له مخيراً .

والضمان المؤجل جائز . وفي المعجل قولان ، أصحهما :
الجواز .

ويرجم الضامن على المضمون عنه ، ان ضمن بسؤاله ، ولا
يؤدي أكثر مما دفع .

قوله : والضمان المؤجل جائز وفي المعجل قولان أصحهما الجواز
الدين اما حال أو مؤجل ، وعلى التقديرين فالضمان اما حال أو مؤجل .
فالأقسام أربعة :

(الاول) أن يكون حالاً ويضمن مؤجلاً ، فيصح اجماعاً .

(الثاني) أن يكون مؤجلاً ويضمن حالاً ، وهذا منعه الشيخ في النهاية^(١)
والمفيد في المقنعة ، لان الضمان وضع للأرفاق وهذا لأرفاق فيه ، فانه لو طالبه
حالاً لوجب على الضامن الاداء وحيثئذ له الرجوع على المديون فينفوت الفرض .
وفيه نظر ، لانه ان ضمن بسؤاله فهو أدخل الضرر على نفسه ، وان لم يضمن
بسؤاله فليس له المطالبة بما أداه . واختار المصنف والعلامة الصحة ، لعموم
قوله صلى الله عليه وآله وسلم : الزعيم غارم^(٢) .

(الثالث) أن يكون مؤجلاً ويضمن مؤجلاً ، فالاجل الثاني ان كان أزيد
صح اجماعاً وان كان مساوياً فكذلك على الأقوي ، وان كان أنقص منه أو مما

(١) النهاية ٣١٥ قال فيه : ولا يصح ضمان مال ولا نفس الا بأجل .

(٢) الخلاف ١٣٥/٢ ، سنن ابن ماجه ٨٠٤/٢ .

ولو وهبه المضمون له أو أبرأه لم يرجع على المضمون عنه
بشيء ولو كان باذنه .

وإذا تبرع الضامن بالضمان فلا رجوع .
ولو ضمن ما عليه صح وإن لم يعلم كميته على الاظهر .
ويثبت عليه ما تقوم به البينة ، لا ما يثبت في دفتر وحساب ،
ولا ما يقربه المضمون عنه .

بقي منه فقه الخلاف كما سبق . والاقوى الصحة .
(الرابع) أن يكون حالا ويضمن حالا ، فعند الشيخ لا يصح أيضاً ، وعند
المصنف والعلامة يصح . وهو الاقوى .

قوله : ولو ضمن ما عليه صح وإن لم يعلم كميته على الاظهر
هذا قول الشيخ في النهاية وابن الجنييد والتميمي وسلاروا بن زهرة والقاضي
في الكامل ، واختاره العلامة ، لعدم قوله صلى الله عليه وآله وسلم : الزعيم
غارم . وقوله « ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم »^(١) ، ولزواية . عطا عن الباقر
عليه السلام : ان من مات وعليه دين فرسول الله صلى الله عليه وآله وسلم كافله^(٢) .
وقال الشيخ في المبسوط والخلاف وتبعه ابن ادريس بعدم صحته ، لان
ذلك غرر وهو منهي عنه .

أجاب العلامة^(٣) : بأن الغرر إنما هو في المعاوضات التي تفضي الى التنازع

(١) سورة يوسف : ٧٢ .

(٢) التهذيب ٢١١/٦ .

(٣) راجع المختلف ، الضمان من كتاب الديون وتوابعها .

أما مثل الاقرار والضمان فلا، لأن الحكم فيهما معين، وهو الرجوع إلى المقر في الاقرار وإلى البيعة في الضمان فلا غرر هنا .

قلت : للشيخ أن يقول : المحظر لا يزول بقيام البيعة، لجواز قيامها بمال يعجز عنه الضامن، فلو ألزمناه لآدى إلى ضرره المنفي بقوله صلى الله عليه وآله وسلم : لا ضرر ولا ضرار^(١) . نعم يمكن أن يجاب بأن الضامن أدخل الضرر على نفسه بعدم احتياطه .

والجواب عن الثاني :

إذا عرفت هذا فهنا فوائد :

(الاولى) إذا ضمن والحال هذه يلزمه ما قامت به البيعة بتاريخ سابق على الضمان لا فيما بعده ، لأن ذلك غير ثابت وقت الضمان .

(الثانية) لو أقر المضمون فإن كان ذلك في تاريخ سابق على الضمان لزم الضامن والا فلا ، وثبوت اقراره إما بالبيعة أو بتصديق الضامن على السابق .

(الثالثة) لو لم تقم بيعة بشيء من مال ولا اقرار وأنكر المضمون فتوجهت عليه اليمين فردها على المضمون له فحلف فهل يلزم الضامن ما حلف عليه أم لا ؟ قال الشيخ والقاضي ان حلف برضا الضامن لزمه والا فلا، ويظهر من كلام المفيد لزومه وان لم يرض . والتحقيق ان جعلنا يمين الرد كالبيعة لزمه وان جعلناها كالاقرار افتقر إلى رضاه والا فلا ، وهذا أقوى .

(الرابعة) لا خلاف أنه مع عدم البيعة والاقرار لا يلزمه ما يوجد في دفتر وحساب ، ويظهر من كلام التقي لزوم ما يقر به الغريم وقد تقدم أن ذلك ليس على إطلاقه .

(١) الكافي ٥/٢٩٢ ، الوسائل ١٢/٣٧٦ .

القسم الثاني : الحوالة :
وهي مشروعة لتحويل المال من ذمة الى ذمة مشغولة بمثله .

القسم الثاني الحوالة (١)
قوله : وهي مشروعة لتحويل المال من ذمة الى ذمة مشغولة بمثله .
هنا فوائد :

(الاولى) ذهب الشيخ في المبسوط والقاضي وابن حمزة الى اشتراط شغل ذمة المحال عليه ، واختاره المصنف ، وبنوا ذلك على أنها معاوضة .
وقال في المبسوط أيضاً بعدم الاشتراط ، واختاره العلامة لاصالتي الصيغة وعدم الاشتراك لكنه أشبه شيء بالضمان .

ويتفرع على القولين أنه لو أدى المحال عليه المال ثم ادعى على المحيل به فادعى المحيل شغل ذمته فأنكر فالقول قول المحيل على الاول وقول المحال عليه على الثاني .

(الثانية) قال الشيخ في المبسوط : انما تصح الحوالة بذوات الامثال لا بما لا مثل له كالثياب والحيوان اذا ثبت في الذمة بالقرض ، وأما لو ثبت بالخيار جاز كأرث الموضحة (٢) .

وقال ابن الجنيّد تصح بكل ما يصح السلم فيه ، واختاره العلامة . وهو الحق لكونه معلوماً ثابتاً في الذمة قابلاً للنقل .

(١) قال في المبسوط ٣١٢/٢ : والحوالة مشتقة من تحويل الحق من ذمة ، ويقال أحاله بالحق عليه يحيله أحالة ، وأحبال الرجل إذا قبل الحوالة ، فالمحيل الذي عليه الحق والمحيل الذي يقبل الحوالة والمحال عليه هو الذي عليه الحق للمحيل والمحال به هو الدين نفسه .

(٢) الموضحة هي الجراحة التي تبلغ العظم وتوضحه أي تكشفه ، ديتها خمسة ابرة وصاحبها مخبر بين أنفة المديّة والقصاص .

ويشترط رضا الثلاثة ، وربما اقتصر بعض على رضا المحيل
والمحتال .

(الثالثة) على قول المصنف اذا اتحد الحقان جنساً ونوعاً وصفة صحت
الحوالة قطعاً ، أما لو اختلفا في واحد منها فهل تصح أم لا ؟ يظهر من اشتراط
المثلية عدمه ، ولأنه لا يجب على المحال عليه اذا ما ليس عليه . وهو أحد قولي
الشيخ في المبسوط ، وقال في موضع آخر منه بالصحة .
واختاره العلامة لأصالة الجواز ولصحتها على البريء ، فعلى من عليه حق
مخالف أولى .

أقول : ان اشترطنا رضا المحال عليه فالحق الأخير لا يلزمه لوقوع العقد
برضاه ، وان لم نشترط فالحق الأول . نعم يرد على المصنف أنه يشترط رضا
الثلاثة ويشترط أيضاً اتحاد الحقيين ، وبينهما منافاة .

(الرابعة) شرط الشيخ في المبسوط كون الحق المحال به مما يصح فيه أخذ
البذل قبل قبضه ، لأن الحوالة نوع معاوضة فلا تصح الا حيث تصح المعاوضة .
وتبعه القاضي وابن حمزة ، ولذلك قالوا لا تصح الحوالة بالمسلم فيه قبل
قبضه ، ثم رجع الشيخ عن ذلك وقوى أنها عقد آخر غير البيع فلا يترتب عليه
ما يترتب على البيع ، واختاره العلامة .

قوله : ويشترط رضا الثلاثة ، وربما اقتصر بعض على رضا المحيل
والمحتال

أما الأول فهو المشهور ، واحتج عليه الشيخ بأنه لا دليل على الصحة مع
عدم رضا المحال عليه . وأيضاً اثبات مال في ذمة الغير مع اختلاف الغرماء
في شدة الاقتضاء وسهولته تابع لرضاه . وأما الثاني فهو قول النقي وقواه العلامة
في المختلف محتجاً بأنه لو باعه بغير رضاه صح فكذا الحوالة لعدم الفرق .

ولا يجب قبول الحوالة ولو كان على ملىء . نعم لو قبل لزممت .
 ولا يرجع المحتال على المحيل ولو افتقر المحال عليه .
 ويشترط ملاءته وقت الحوالة أو علم المحتال باعساره .
 ولو بان فقره رجع ويبرأ المحيل وان لم يبرئه المحتال .
 وفي رواية : ان لم يبرئه فله الرجوع .

قال : ولم أف على خبر يتضمن اعتبار رضاه كما قاله الاصحاب .
 أقول : الحق أن نقول : ان اعتبرنا شغل ذمته والحوالة بمثل ما عليه فلا
 يشترط رضاه قطعاً ، اذ للشخص استيفاء ماله بنفسه وبغيره ، وأما اذا لم نشترط
 الشغل أو كانت الحوالة بالمخالف فلا بد من رضاه قطعاً ؛ اذ قد يستلزم ذلك
 اضراره غالباً ، وقال صلى الله عليه وآله وسلم : لا ضرر ولا ضرار^(١) .
قوله : ولا يرجع المحتال على المحيل ولو افتقر المحال عليه
 أكثر علمائنا على هذا ، سواء قبض من الحوالة شيئاً أولاً . وقال سائر ان
 أخذ شيئاً من الحوالة فليس له الرجوع ، وان لم يأخذ فله الرجوع .
 والحق الاول ، لاصالة لزوم العقد وعدم اشتراط القبض ، فلا يرجع عن
 الاصلين الا بدليل وليس .

**قوله : ويبرأ المحيل وان لم يبرئه المحتال ، وفي رواية ان لم يبرئه
 فله الرجوع**

الرواية ذكرها الشيخ والكليني بطريق حسن الى زرارة عن أحدهما عليهما
 السلام في الرجل يحبل الرجل بما كان له على رجل آخر فيقول الذي احتال
 برأت من مالي عليك . قال : اذا أبرأه فليس له أن يرجع عليه ، وان لم يبرئه

(١) الكافي ٢/٢٩٢ ، الوسائل ١٧/٣٧٦ ، سنن ابن ماجه ٢/٧٨٤ .

فله أن يرجع على الذي أحاله^(١).

وعمل بمضمونها الشيخ في النهاية وانقاضي والتقي وابن حمزة وابن الجنيد والمفيد ، وقال ابن ادريس والمصنف انه يبرأ بنفس الحوالة وان لم يرثه وليس عليه رجوع ، واختاره العلامة محتجاً بأن الإبراء ما أن يكون قبل الانتقال من ذمة المحيل أو بعده ، والاول يستلزم تحصيل الحاصل لان ذمته برئت بالحوالة فلا حاجة الى ابراء آخر ، ولان الحوالة عقد قائم بنفسه يفيد تحويل الحق من ذمة الى أخرى ، فاذا تحققت وجب تحقق المعنى المشتق منه ، ولما رواه عقبة ابن جعفر عن الكاظم عليه السلام قال: سألت عن الرجل يحيل الرجل بماله على الصيرفي ثم يتغير حال الصيرفي أيرجع على صاحبه اذا احتال ورضي؟ فقال : لا^(٢) . وهو يدل بعمومه على صورة النزاع .

قلت فيه نظر :

أما أولاً - فلان هذا مبني على انتقال المال بالحوالة ، وهو عين النزاع ، بل الحوالة اثبات حق المحيل الذي ثبت على المحال عليه للمحتال . وأما سقوط حق المحتال الثابت في ذمة المحيل فلا تقتضيه الحوالة الا على القول بأنها عقد معاوضة ، والعلامة لا يقول به بل عنده انها اسقاط ، فلا بد حينئذ من الإبراء لاسقاط حقه .

وأما ثانياً - فلان قوله اشتقاق الحوالة من التحويل^(٣) فلا يجتمع الحقان للمحتال فممنوع لاحتمال التجوز ثم صار في الشرع حقيقة في غير ذلك كما في النسخ فان الاشتقاق يقتضي أن يكون النسخ قد نقل المكتوب الى كتابه ، وليس

(١) التهذيب ٢١١/٦ ، الكافي ١٠٤/٥ .

(٢) التهذيب ٢١٢/٦ .

(٣) في ب « من التحول » .

القسم الثالث : الكفالة :

وهي التعهد بالنفس .

ويعتبر رضا الكافل والمكفول له دون المكفول عنه .

وفي اشتراط الاجل قولان .

وان اشترط أجلاً فلا بد من كونه معلوماً .

واذا دفع الكافل الغريم فقد برىء .

وان امتنع كان للمكفول له حبسه حتى يحضر الغريم ، أو ما

عليه .

كذلك بل هو مجاز بمعنى اثبات مثل صورة المكتوب في كتابه .

ان قلت : الاصل عدم المجاز .

قلت : مسلم لكنه لازم قطعاً ، لان أحد الحقيين ليس هو الآخر حقيقة حتى

يتحقق التحويل بل غيره ، خصوصاً مع عدم اشتراط اتحاد الحقيين جنساً ونوعاً

وصفة ، فيكون مجازاً أيضاً .

وأما ثالثاً - فلان الرواية غير معلومة الصحة ، لان عقبة مجهول الحال .

قوله : وفي اشتراط الاجل قولان

قال الشيخ في النهاية والمفيد وابن حنزة وسلاار والقاضي في أحد قوله

لا بد من الاجل ، وقال الشيخ في المبسوط واختاره ابن ادريس والمصنف

والعلامة^(١) تجوز حالة لاصالة الجواز وعدم المعارض .

(١) قال في المختلف : وسوغ في المبسوط الحالة وبه قال ابن ادريس وهو المعتمد

لنا الاصل الدال على الجواز وعدم الاشتراط .

ولو قال : ان لم احضره الى كذا كان علي كذا ، كان كفيلاً أبداً
ولم يلزمه المال .

ولو قال : علي كذا الى كذا ان لم احضره ، كان ضامناً للمال
ان لم يحضره في الاجل .

قوله : ولو قال ان لم احضره الى كذا كان علي كذا كان كفيلاً أبداً
ولم يلزمه المال ، ولو قال علي كذا الى كذا ان لم احضره كان ضامناً للمال
ان لم يحضره في الاجل

هذه المسألة ذكرها الاصحاح في كتبهم ، ومعتمد رواية الشيخ في التهذيب
وابن بابويه في الفقيه عن داود بن الحصين عن ابي العباس عن الصادق عليه
السلام عن رجل يكفل بنفس الرجل الى أجل فان لم يأت به فعليه كذا وكذا
درهماً . قال : ان جاء به الى الاجل فليس عليه مال وهو كفيل بنفسه أبداً الا أن
يبدأ بالدراهم ، فان بدأ بالدراهم فهو له ضامن ان لم يأت به الى الاجل الذي
أجله^(١) . ورواها في التهذيب بطريق آخر الى ابي العباس عن الصادق عليه
السلام^(٢) .

اذا عرفت هذا فاعلم أنه لم يذكر الشيخ واتباعه وجه الفرق بين المسألتين
بل أفتوا بمضمونها جامدين عليها ، وليس فسي اللغة العربية وجه للفرق ، فانه
لا فرق عندهم من حيث المعنى بين تقديم الجزاء وتأخير الشرط ، فان الجزاء
وان تقدم فالمراد به التأخير ، فاذا قلت « اكرمك ان جئتني » فهو في المعنى « ان
جئتني اكرمك » .

وبذلك يظهر ضعف كلام ابن ادریس في الفرق بأنه يلزمه ضمان النفس

(١) الفقيه ٤٥/٣ ، التهذيب ٢٠٩/٦ .

(٢) التهذيب ٢١٠/٦ ، الكافي ١٠٤/٥ .

حيث بدأ بضمانها ويلزمه ضمان المال حيث بدأ بضمان المال. وهذا تعليل بنفس
الدعوى ، فالسؤال بعد باق ، فالأولى حينئذ اما الجمود على النص أو نقول :
أما الصورة الأولى فالعبارة المطابقة للرواية أن يقول « تكفلت نفس فلان
الى شهر مثلاً فان لم آت به فعلي مائة درهم مثلاً » ، ولا شك أن الجملة الأولى
صريحة في الكفالة والجملة الثانية وهي قوله « فان لم آت به » الخ ليست
بضمان بل هي أمر لازم للكفالة وان لم يذكره ، فانه لا كلام أن الكفيل يلزمه عند
الاجل اما احضار الغريم أو اداء ما عليه .

وذكر لازم الشيء غير مناف له بل مؤكد له ، لو لم يذكر الكفالة أولاً في
عبارة بل قال « ان لم آت بفلان الى مدة كذا كان علي كذا » لكان أيضاً كفالة ،
لان لسزوم المال على تقدير عدم احضاره لازم للكفالة ، فجاز اطلاق اللزوم
وارادة الملزوم .

وأما قوله في الرواية « وهو كفيل بنفسه أبداً » فالمراد به القطع بأنه كفيل
لاضامن ، بمعنى أن المال يلزمه من أول الوقت ، بل لا يتصور الا أنه كفيل ولا يلزم
المال الامع انقضاء الاجل وعدم احضاره .

وأما الصورة الثانية - وهي أن يقول « علي مائة درهم الى شهر ان لم أحضره
فيه » فهي ضمان مشروط بعدم احضاره ، فان قلنا بصحة الضمان المشروط
فالضمان والشرط صحيحان وينتقل المال الى ذمته بعد الاجل وعدم احضاره ،
وان قلنا ببطلانه فلا كلام لو تقدم الشرط أنه باطل . وليس ذلك منطوق الرواية
حتى يكون مخالفاً لها وان تأخر الشرط كما هو المستفاد من الرواية ، فنقول :

ان الضمان قد انعقد بقوله كذا الى كذا ، ويكون ذكر الشرط بعده كالمنافي
لانعقاده ، فلا يكون مسموعاً ، كما لو قال « له علي مائة من ثمن نحر » ، فان
المال يثبت في ذمته بأول كلامه ولا يسقط بقوله « من ثمن نحر » فكذا هنا .

ومن خلى غريماً من يد غريمه قهراً لزمه اعادته أو أداء ما عليه .
ولو كان قاتلاً أعاده أو يدفع الدية .
وتبطل الكفالة بموت المكفول .

وتظهر من هذا الفرق بين الصورتين فائدة أخرى، وهي أنه لو مات المكفول في الصورة الأولى قبل الاجل برىء الكفيل من الكفالة ولا يلزمه المال ، وأما في الصورة الثانية فإن المال لازم له وإن مات قبل الاجل . وهذا فرق حسن لم يذكره أحد من الأصحاب .

قوله : وتبطل الكفالة بموت المكفول

هذا هو المشهور بين الأصحاب ، ويظهر من كلام ابن الجنيّد أنه إذا شرط أن عليه ما عليه أن لم يحضره حياً وميتاً لزمه المال .
قال العلامة : الكفالة تبطل بالموت مطلقاً شرط أولم يشترط ، لأن ذلك مقتضى الكفالة .

وفيه نظر ، لأن كون ذلك مقتضى الكفالة مسلم لكن مع الإطلاق ، وأما مع الشرط فلا ، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : المؤمنون عند شروطهم^(١) .

(١) التهذيب ٢٢/٧ ، الكافي ١٨٧/٦ .

كتاب الصلح

وهو مشروع لقطع المنازعة . ويجوز مع الاقرار والانكار الا ما حرم حلالاً ، أو حلل حراماً .

قوله : وهو مشروع لقطع المنازعة ، ويجوز مع الاقرار والانكار الا ما حرم حلالاً أو حلل حراماً

هنا فوائد :

(الاولى) ان الصلح عقد مستقل بنفسه ليس يبيع ولا يفرع على غيره من العقود كما هو المشهور لاصالة عدم الفرعية ، ولانه لو كان بيعاً أو فرعاً عليه لما صح الا حيث يصح ، واللازم باطل فكذا المازوم . والملازمة ظاهرة ، وأما بطلان اللازم فانه يصح مع الجهل ومع الانكار .

والشيخ هنا قولان : أحدهما أنه يبيع ، والاخر أنه فرع على عقود خمسة هي البيع والصرف والاجارة والعارية والهبة وعلى الابرأء ، وذلك لانه ان اقتضى اسقاطاً فهو فرع الابرأء ، وان اقتضى تمليكاً فاما لعين أو لمنفعة ، وعلى التقديرين

فاما بعوض أو بغيره . فهذه أربعة، وتمليك العين بعوض اما أن يكون العوضان من الاثمان أولا ، فالاقسام حينئذ خمسة :

« ١ » - تمليك بعوض ، وهما من الاثمان ، وهو فرع الصرف .

« ٢ » - تمليك بعوض وليس من الاثمان ، وهو فرع البيع بقول مطلق .

« ٣ » - تمليك العين بغير عوض ، وهو فرع الهبة .

« ٤ » - تمليك المنفعة بعوض ، وهو فرع الاجارة .

« ٥ » - تمليك المنعة بغير عوض ، وهو فرع العارية .

وليس للشيخ دليل على الفرعية الا كونه يترتب عليه فائدة هذه العقود ، وذلك ليس بدليل على الفرعية .

ثم انه بنى على قوله في المبسوط مسألتين :

احدهما - لو أتلّف عليه ثوباً قيمته دينار فأقر له به وصالحه على دينارين لم يصح لانه ثبت له في ذمته قيمته وهي دينار ، فلو صالحه على دينارين كان رباً . وجوز ذلك ابن ادريس والمصنف والعلامة بناء على نفي الفرعية وعلى أنه صلح على الثوب لا الدينار .

وفيه نظر ، من أن القيمي يضمن بقيمته على الاصح فلا يصح .

وثانيهما - اذا ادعى على رجل بدراهم أو دنانير فاعترف له بها ثم صالحه بدراهم أو دنانير وتفرقا قبل القبض لم يصح لانه فرع الصرف ، وكذا لو صالحه على بعضها مع اتفاق الجنس لانه رباً ، أما لو قبض بعضها وابرأه من الباقي صح لانه فرع البراء .

(الثانية) قوله « مشروع لقطع المنازعة » يشير الى غاية هذا العقد اللازمة

له غالباً، سواء تقدمت خصومة أولم تتقدم^(١)، بل يقدر أنه لولاه لحصلت كالصلح على العين المجهولة للمتصالحين، فإن النزاع يحصل فيها غالباً لولا عقد الصلح لحصول الحظر هنا .

وهل يشترط عدم إمكان العلم ؟ الظاهر نعم ، أما لو تعذر المكيال أو الميزان ومست الحاجة إلى الانتقال ، فالأقرب الجواز لمساس الحاجة .

(الثالثة) قوله « ويجوز مع الإقرار والانكار » هذا مما انفردت به الإمامية، فإن إباحة لا يجوزها إلا مع الانكار ، والشافعي لا يجوزها إلا مع الإقرار .

حجة أصحابنا : عموم قوله تعالى « والصلح خير »^(٢) وقوله صلى الله عليه وآله وسلم : الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً^(٣).

(الرابعة) ذكر في تفسير التحليل والتحريم المذكورين وجوه :

« ١ » : ما قاله المصنف التحليل هو أن يصطلحاً على أن يشرياً أو أحدهما، الخمر أو يزيها أو أحدهما ، والتحريم أن يصطلحاً على أن لا يبطأ أحدهما أو كلاهما الحليلة أو المملوكة .

« ٢ » - أن يصطلحاً على معاملة تؤدي إلى الربا أو على جارية يأخذها أحدهما بشرط أن لا يبطأها .

« ٣ » - أن يدعي شخص عيناً في يد آخر ويعلم أن صاحب اليد يستحقها

(١) قال في المسالك : لكنه عندنا قد صار عقداً مستقلاً بنفسه لا يتوقف على سبق خصومة بل لو وقع ابتداءً على عين بعرض معلوم كان كالبيع في إفادة نقل الملك وعلى منفعة كان كالإجارة إلى غير ذلك من أحكامه لإطلاق النصوص بجوازها من غير تقييد بالخصومة كقول النبي صلى الله عليه وآله وسلم : الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً. وقول الصادق عليه السلام : الصلح جائز بين الناس.

(٢) سورة النساء : ١٢٨ .

(٣) الوسائل ١٣ / ١٦٤ .

ويصح مع علم المصطلحين بما وقعت المنازعة فيه : ومع جهاتهما ديناً تنازعا أو عيناً . وهو لازم من طرفيه ، ويبطل بالتقابل . ولو اصطلاح الشريك كان على أن الخسران على أحدهما والربح له وللآخر رأس ماله صح .

وانما يدعيها ليصالحة المالك على بعضها أو على مال ، فإن هذا الصلح اذا وقع حرم الحلال وأحل الحرام . وهذا بالنسبة الى المدعي لا بالنسبة الى الحاكم ، لانه انما يحكم بالظاهر . وكل واحد من التفسيرات حسن .

قوله : ومع جعلهما (١)

أما مع علم أحدهما وجهل الآخر - كما لو علم شخص شغل ذمته بمائة مثلاً لزيد ولم يعلم زيد فصالحه على أقل - وإن لم يكن ربوياً لم يصح ، لان ذلك من قسم ما يحلل الحرام .

قوله : ولو اصطلاح الشريك كان على أن الخسران على أحدهما (٢) وللآخر رأس ماله صح

قال الشهيد ذلك جائز عند ارادة الفسخ ، للرواية الصحيحة عن الحلبي عن الصادق عليه السلام (٣) ، ولو جعل ذلك في ابتداء الشركة فالأقرب المنع لمنافاته موضوعها والرواية لم تدل عليه .

أقول : أما الحكم الأول فهو مسلم لكن ليس على إطلاقه بل مع جهلهما بحال المال عند الفسخ أو مع علمهما ، أما لو جهل أحدهما وعلم الآخر وكان

(١) في المختصر النافع : ومع جهاتهما .

(٢) في المختصر النافع المطبوع : على أن الخسران على أحدهما والربح له وللآخر رأس ماله صح .

(٣) التهذيب ٢/٢٠٧ ، الكافي ٥/٢٥٨ .

ولو كان بيد اثنين درهمان فقال أحدهما : همالي ، وقال
الآخر : هما بيني وبينك ، فلم يدعي الكل درهم ونصف ، وللآخر
ما بقي .

وكذا لو أودعه انسان درهمين وآخر درهماً فامتزجت لا عن
تفريط وتلف واحد فلصاحب الاثنين ، درهم ونصف ، وللآخر
ما بقي .

هو الرابع فانه لا يصح لانه من قسم ما أحل الحرام . وأما الثاني فسيأتي
الخلاص فيه .

قوله : لو كان بيد اثنين درهمان فقال أحدهما همالي وقال الآخر هما
بينى وبينك فلم يدعي الكل درهم ونصف وللآخر ما بقي
وكذا لو أودعه انسان درهمين وآخر درهماً فامتزجت لا عن تفريط وتلف
واحد^(١) ، فلصاحب الاثنين درهم ونصف وللآخر ما بقي
هنا مسألتان :

(الاولى) الخالية من الابداع اما أن يكون الدرهمان بيدهما أو بيد أحدهما
أو بيد ثالث ، فان كان الثاني فان كانا بيد مدعيهما حلف للآخر وكاناله ، وان
كانا بيد مدعي أحدهما كان له درهم وعليه اليمين للآخر واعطاه درهماً ، وان
كان الثالث فالثالث ان كذبهما حلف لهما وأقر الدرهمان بيده ، وان صدق أحدهما
فكما تقدم وعليه اليمين للآخر . وان كان الاول فاما أن يقول مدعي أحدهما ان
لي درهماً معيناً منهما أو يدعي الاشاعة فيهما ، فان كان الاول فالعمل كما قال
المصنف ، وهو مدلول الرواية المشهورة ، وان كان الثاني فالأقوى قسمتهما

(١) في بعض النسخ : أحدهما .

ولو كان لواحد ثوب بعشرين درهماً ، وللآخر ثوب بثلاثين
فاشتبها ، فإن خير أحدهما صاحبه فقد أنصفه والا بيعا وقسم الثمن
بينهما أخماساً .

نصفين ويحلف مدعي الدرهم للآخر . وكذا كل مشاع حصل فيه التداعي هكذا
(الثانية) ذات الأيداع فإن كان التلف عن تفريط غرم المستودع النالف ،
سواء اذنا في المزج أولاً ، وإن كان لاعتن تفريط وكان المزج بغير اذنهما فكذلك
وإن كان باذنهما أو حصل المزج بغير اختيار المستودع ففي الرواية عن السكوني^(١)
لصاحب الدرهم نصف وللآخر الباقي . والعمل بها مشهور .

ولا يمكن هنا دعوى الاشاعة كما في الاولى ، لان ذلك خلاف الغرض ،
لكن السكوني ضعيف والشهرة ليست حجة ، فالاجود حيثئذ أن نقول : ان
كان ذلك في أجزاء ممزجة قسم الباقي أثلاثاً ، وإن كان في غير الممزج فالعمل
كما في الرواية .

وقال العلامة في التحرير : يقسم الباقي على نسبة المالين كما قلنا في الممزج
وهو بعيد . نعم لو قيل بالقرعة هنا لم يكن بعيداً .

بقي هنا سؤال ، وهو أنه هل في العمل بمدلول الروايتين ففي المسألتين
يمين أم لا ؟ فنقول : لم يذكر الاصحاب فيهما يميناً وذكرهما في باب الصلح
فجاز أن يكون الصلح قهرياً وجاز أن يكون اختيارياً ، فإن امتنع فاليمين .

قوله : ولو كان لواحد ثوب بعشرين درهماً وللآخر ثوب بثلاثين
فاشتبها فإن خير أحدهما صاحبه فقد أنصفه والا بيعا وقسم الثمن بينهما
أخماساً .

(١) التهذيب ٢٠٨/٦ ، الفقيه ٢٣/٣ فيه : يعطى صاحب الدينارين ديناراً ويقسمان
الدينار الباقي بينهما نصفين .

كذا روى اسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام^(١) . وعلى ذلك عمل الشيخ واتباعه .

وقال ابن ادريس العمل بالقرعة هنا أولى ، ورده العلامة بأن القرعة مع الاشكال ولا اشكال مع النقل . وأيضاً هذا المجموع بضاعة لشخصين لكل واحد منهما قدر معين فيباع ويبسط الثمن على نسبة المالكين كغيرها من الاموال وكما لو اشتراهما بالشركة مع الاذن ، فان الشركة قد تحصل ابتداء وقد تحصل بالمزج والموجب للاشتباه كما هو هنا . واذا كانا شريكين كان لكل منهما بقدر رأس المال الذي له كما في الطعامين لو امتزجا .

أقول : على تقدير تسليم الشركة فوجوب البيع وقسمة الثمن كما ذكر ممنوع ، اذ مع امكان القسمة عيناً ولو بالتعديل لا وجه لوجوب البيع ، خصوصاً مع تعلق غرضهما أو أحدهما ببقاء الثوبين أما للفتنة أو للكسوة ، فان اجبارهما على البيع منفردين أو مجتمعين حينئذ ضرر منفي بالخبر .

هذا مع أن قسمة الثمن أخماساً مع امكان شراء أحدهما بعشرين أو ان الرخص وشراء الاخر بثلاثين أو ان الغلاء مع تساويهما في الكم والكيف لا وجه لهما ، اذ لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفس منه . فالأولى حينئذ أن الثوبين ان تساويا من كل الوجوه الممكنة أعطي كل واحد منهما ثوب ، اذ قد اشترى بمال كل منهما ثوب منفرد ، وان تفاوتا فالذي يقتضيه عقل المعاش غالباً أن الاجود يكون لصاحب الثلاثين والاخر لصاحب العشرين . وما ذكر من الاحتمال نادر . هذا وقول العلامة اذا كانا شريكين كان لكل منهما بنسبة رأس المال الذي له كما في الطعامين ، مسلم اذا كانت الشركة في الثمن ، أما اذا كانت الشركة في السلعة فممنوع ، والا لزم أنه لو اشترى واحد كراً من الطعام بمائة وآخر كراً

(١) التهذيب ٢٠٨/٦ ، الكافي ٤٢١/٧ .

وإذا ظهر استحقاق أحد العوضين بطل الصلح .

بماتين مع تساويهما في الصفة ثم امتزجا طوعاً أو كرهاً ثم بيع الكران أن يقسم الثمن اثلاثاً على نسبة المالين . لكن ذلك قول باطل لم يقل به قائل .
ان قلت : فعلى أي شيء تحمل الرواية .

قلت : تحمل على أمرين :

أحدهما - على امتزاج المالين قبل الشراء ، فان لفظ الرواية لا يدفع هذا الاحتمال ، فان منطوقها الرجل يبضعه الرجل ثلاثين درهماً في ثوب وآخر عشرين درهماً في ثوب فبعث الثوبين فلم يعرف هذا ثوبه ولا هذا ثوبه . فقال عليه السلام : يباع الثوبان فيعطى صاحب الثلاثين ثلاثة أخماس الثمن والاخر خمسي الثمن . قال : قلت فان صاحب العشرين قال لصاحب الثلاثين اخترايها شئت . قال عليه السلام : قد أنصفه^(١) .

ثانيهما - حملها على الاستحباب ، فان ذلك تطيباً لنفس كل منهما ودفع ضرر الانغبان .

قوله : وإذا ظهر استحقاق أحد العوضين بطل الصلح

هذا اذا كانا معينين أو أحدهما وظهر استحقاقه ، أما لو صالحه على عين بدين في ذمته ثم دفع اليه شيئاً فظهر استحقاقه فان الصلح لا يبطل بل يرجع مال الصلح الى الذمة كما كان .

(١) هي رواية اسحاق بن عمار التي مرت آنفاً .

كتاب الشركة

وهي اجتماع حق مالكين فصاعداً في الشيء على سبيل الشيع.

قوله : وهي اجتماع حق مالكين فصاعداً في الشيء على سبيل الشيع
هنا فوائد :

(الاولى) الشركة قد تقع صفة للمكلف فيقال شرك يشرك شركة فهو شريك
وقد تقع صفة للمال فيقال اشترك يشترك اشتركا فهو مشترك، فان أريد الاول هنا
كان المناسب أن يقال « جمع حق » الى آخره ، وان أريد الثاني فالمناسب أن
يقال اجتماع كما قال المصنف . وهو حسن لان المقصود من هذا الباب هو
ذلك، ولذلك قال فيما بعد وتصح مع امتزاج - الى آخره .

(الثانية) انما قال « حق » ولم يقل مال ليشمل الشركة في المنافع وفي
الحقوق ، كحق القصاص والولاء والخيار والشفعة .

(الثالثة) ان الشركة أمر حادث، وكل حادث لابد له من سبب ، والسبب هنا
قد يكون ارثاً وقد يكون حيازة ، كما لو اقتلعا شجرة أو اغترفاماء^(١) بآنية ، وقد

(١) في بعض النسخ : ماء دفعة بآنية .

ويصح مع امتزاج المالين المتجانسين على وجه لا يمتاز أحدهما
عن الآخر .

ولا ينعقد بالابدان والاعمال .

ولو اشتركا كذلك كان لكل واحد أجره عمله .

ولا أصل لشركة الوجوه والمفاوضة .

يكون مزجاً كما اذا امتزجت الاجزاء المتساوية المتصغرة بحيث لا يمتاز جزء
عن جزء كالادقة والادهان لا كالحنطة والذرة والدخن والسهم والدرهم الجدد
والعتق ، وقد تكون عقداً كما لو اشترى سلعة في عقد أو باع أحدهما نصف سلعته
المخالفة بنصف الاخرى ، كنصف الدار بنصف الخان أو نصف الفرس بنصف
العمار .

(الرابعة) انما فيد الاجتماع على وجه الشباع احترازاً عن اجتماع لا يحصل
فيه ذلك ، والمراد بالشباع أن لا يفرض جزء الا وفيه حق لهما .
قوله: وتصح مع امتزاج المالين المتجانسين على وجه لا يمتاز أحدهما
عن الآخر

لا ينوهم أنه يلزم من قوله هذا انها لا يتحقق الامع الامتزاج ، فان ذلك التوهم
من باب دليل الخطاب وليس حجة .

وكذا عبارة الشيخ في الخلاف : لا تنعقد الشركة الا في مالين متساويين .
فيها تساهل ، ومراده لا تنعقد الشركة في الاموال الا في مالين - الى آخره .
ثم الامتزاج قد يكون اختيارياً وهو ظاهر ، وقد يكون قهرياً كما لو فعله غير
المالك بغير اذنه .

قوله : ولا تنعقد بالابدان والاعمال ، ولو اشتركا كذلك كان لكل
واحد أجره عمله ، ولا أصل لشركة الوجوه والمفاوضة

الشركة أربعة أقسام :

(الاول) شركة العنان ، وهي المذكورة أولا ، وتلك هي المعتبرة شرعاً وصحتها اجماعية . وانما سميت بذلك لتساويهما في التصرف، كالفارسين اذا تساويا في السير، فان عنانيهما يكونان سواء . وقال الفراهي : مأخوذة من عن الشيء اذا عرض ، يقال عنت لي حاجة اذا عرضت ، وسميت الشركة بذلك لان كل واحد عنت له شركة صاحبه . وقيل من المعانة ، يقال عانت فلاناً اذا عارضته بمثل ماله وفعاله ، وكل من الشريكين عارض صاحبه بمثل ماله وفعاله .

(الثاني) شركة الابدان والاعمال، وهما شيء واحد، وهي عقد لفظي يدل على تراضيهما واتفاقهما على اشتراكهما في حاصل الاعمال التي تصدر عنهما على حسب الشرط كالدالين والحمالين والخطاطين، سواء كانا متفقين في السبب كخطاطين أو مختلفين فيه كخطاط ونساج .

وجوزها ابوحنيفة مطلقاً ، ومالك مع الاتفاق ، وجوز احمد في الصنائع ومنعها الشافعي . واتفقت الامامية على بطلانها ، فاما أن يتميز عمل كل واحد منهما فلكل منهما أجرة عمله أولاً يتميز فالحاصل لهما يصطلحان .

(الثالث) شركة الوجوه ، ولها تفسيرات :

الاول - أن يشترك وجهان فيبتاع كل منهما في ذمته الى أجل على أن ما يبتاعه كل واحد على انفراده يكون بينهما ويبيع كل منهما ما اشتراه ويؤدي منه الثمن وما فضل بينهما .

الثاني - أن يبتاع وجه في الذمة ويفوض مبيعته الى خامل والربح بينهما .

الثالث - يشترك وجه لامل له وخامل ذو مال، فالعمل من الوجه والمال

من الخامل وهو في يد الخامل لا يسلمه الى الوجه .

الرابع - أن يبيع الوجه مال الخامل بزيادة ربح ليكون بعض الربح له .

واذا تساوى المالان فى القدر فالربح بينهما سواء . ولو تفاوتتا فالربح كذلك ، وكذا الخسران بالنسبة .
 ولو شرط أحدهما فى الربح زيادة ، فلا شبهة : أن الشرط لا يلزم .
 ومع الامتزاج ليس لاحد الشركاء التصرف الا مع الاذن من الباقيين .
 ويقتصر فى التصرف على ما تناوله الاذن ولو كان الاذن مطلقاً
 صح .

وجوزها أيضاً ابوحنيفة والشافعي وابن الجنيّد منّا ، وحصل الاجماع بعده على بطلانها .

وانتحيق أنه ان حصل اذن كل لصاحبه أن يشتري لهما واشترى كذلك وقع الشراء لهما وتحققت الشركة فى السلعة . هذا فى التفسير الاول ، وأما الثلاثة فان الحاصل لرب المال وللآخر الاجرة .

(الرابع) شركة المفاوضة ، وهى عقد لفظي يدل على اتفاقهما على اشتراكهما فى كل غنم وغرم يحدث لهما وعليهما ، بأن يقولوا « اشتر كنا شركة المفاوضة » أو « تفاوضنا » ، أو يوجب أحدهما بهذا اللفظ ويقبل الآخر . وجوزها ابوحنيفة أيضاً ، وهى عندنا وعند الشافعي ومالك واحمد باطلة .

وحجة أصحابنا على بطلان الجميع اجماعهم على ذلك أولاً ، وعدم الدليل ثانياً ، وأنها غرر والغرر منهى عنه ثالثاً ، وأصالة بقاء حق كل واحد منهما على ملكه فانتقاله يحتاج الى دليل وليس رابعاً .

قوله : واذا تساوى المالان فى القدر فالربح بينهما سواء ، ولو تفاوتتا فالربح كذلك وكذا الخسران بالنسبة ، ولو شرط أحدهما فى الربح زيادة فلا شبهة ان الشرط لا يلزم

ولو شرط الاجتماع لزم .

وهي جائزة من الطرفين . وكذا الاذن في التصرف .

وليس لاحد الشركاء الامتناع من القسمة عند المطالبة الا أن

يتضمن ضرراً .

ولا يلزم أحد الشريكين اقامة رأس المال ، ولا ضمان على أحد

الشركاء ما لم يكن بتعد أو تفريط .

ظاهر هذا الكلام أن الشركة تكون صحيحة لكن الشرط غير صحيح ، بمعنى

أنه لا يجب الوفاء به . وهذا قول النقي ، وقال الشيخ في المبسوط والخلاف^(١)
ببطلان الشركة والشرط ، اذ لا دليل على صحة ما هذا شأنه .

وقال المرتضى بصحتها ، واختاره العلامة^(٢) محتجاً بعموم قوله « أوفوا

بالعقود »^(٣) وقوله « الا أن تكون تجارة عن تراض »^(٤) ، والتراضي انما وقع

على ما شرطاه ، وقوله صلى الله عليه وآله وسلم : « المؤمنون عند شروطهم »^(٥) .

ويقوى في نفسي أن المشروط له الزيادة ان كان مباشراً للعمل أوله خيرة

زائدة ، فالقول ما قاله المرتضى والافالقول ما قاله الشيخ ، والالكان أكلا للزيادة

(١) قال في الخلاف ٢ / ١٤٠ : لا يجوز ان يتفاضل الشريكان في الربح مع التساوي

في المال ولا ان يتساويا فيه مع التفاضل في المال ومتى شرط خلاف ذلك كانت الشركة باطلة .

(٢) راجع المختلف ٢ / ٢١ .

(٣) سورة المائدة : ١ .

(٤) سورة النساء : ٢٩ .

(٥) التهذيب ٢٢ / ٧ ، الكافي ١٨٧ / ٦ .

ولا تصح مؤجلة ، وتبطل بالموت .
وتكره مشاركة الذمي ، وابضاعه ، وايداعه .

بالباطل ، وهو خلاف الآية . وهذا مفهوم من كلام صاحب الوسيلة .

قوله : ولا تصح مؤجلة

قال الشيخان الشركة بالتأجيل باطلية ، ومرادهما بالبطالان بطلان التأجيل
لا الشركة ، ولذلك قال المفيد بعد ذلك : ولكل واحد من الشريكين فراق صاحبه
وكذا قال التقي .

قال العلامة : والتحقيق أن للتأجيل فائدة ، وهي منع كل منهما عن التصرف
بعد الاجل الا باذن جديد وان لم يكن له مدخل في الامتناع من الشركة ولكل
منهما الفسخ قبل الاجل .

قوله : وتبطل بالموت

مراده يبطل التصرف المأذون فيه ، والا فالمال مشترك لهم ينقسم فكيف
تبطل الشركة .

مركز تحقيق كاميون علوم إسلامي

كتاب المضاربة

وهي أن يدفع الانسان الى غيره مالا ليعمل فيه بحصة من ربحه .
ولكل منهما الرجوع سواء كان المال ناضاً أو مشغلاً :

قوله : كتاب المضاربة

يقال مضاربة وقراض ، فالاول لغة أهل العراق مأخوذ من الضرب في الارض وهو السفر فيها لانها تقع غالباً في السفر ، ومن قولهم ضرب مع أصحابه بسهم لان كلام المالك والعامل يضرب في الربح بسهم . والثاني لغة الحجاز ، اما من القرض وهو القطع ، لان صاحب المال اقتطع بعض ماله ودفعه الى العامل ، واما من المساواة كما يقال تقارض الشاعران اذا وازن كل منهما صاحبه بشعره ، فكان المالك باخراج ماله وازن العامل بعمله .

قوله : وهي ان يدفع الانسان الى غيره مالا ليعمل فيه بحصة من ربحه
هنا فوائد :

(الاولى) اذا دفع الانسان الى غيره مالا ليعمل فيه بالاسترباح : فاما أن يشترط الربح فيه للمدفع اليه فذاك قرض فسي المعنى ويكون المال مضموناً على القابض ، أو يشترط الربح لنفسه خاصة دون العامل فذاك بضاعة ، فان قال

مع ذلك « ولا أجره لك » فهو وكيل في الاسترباح من غير رجوع عليه بأجرة وان قال « ولك أجره كذا » فان عين عملاً مضبوطاً بالمدة أو العمل فذاك اجارة وان لم يعين فجعالة . وان سككت فان تبرع العامل بالعمل فلا أجره له ، وان لم يتبرع وكان ذلك العمل له أجره عرفاً فله أجره مثله، أو يشترط الربح مشتركاً فذاك أقسام :

« ١ » - أن يعين حصة العامل بالجزئية المعلومة كالنصف والثلث ، فذاك المضاربة الصحيحة .

« ٢ » - أن يعين حصة المالك خاصة وسككت عن قدر حصة العامل ، فذاك مضاربة فاسدة .

« ٣ » - أن يقول الربح مشترك بيننا فذاك مضاربة صحيحة ويقضي بالنصف لكل منهما . ومثله لو قال مشترك على النصفية .

« ٤ » - أن يقول لك منه ألف ولي ألف والباقي مشترك ، ففاسدة أيضاً لعدم الوثوق بحصول الزيادة فلا اشتراك حينئذ .

« ٥ » - أن يقول لك ربح نصفه ، تردد الشيخ في الخلاف في ذلك^(١) ، وحكي عن الشافعي البطلان وعن أبي حنيفة الجواز . ولم يفرق في المبسوط بين نصف ربحه وربح نصفه في الجواز ، وبه أفتى المصنف في الشرائع^(٢) والعلامة في القواعد^(٣) .

والتحقيق أنه إن لم يعين النصف فهي صحيحة ، إذ لا فرق بين العبارتين ،

(١) قال في الخلاف ١٩٩/٢ : إذا قال خذ الفأقراضاً على أن لك نصف ربحها صح بلا خلاف ، وإن قال : على أن لك ربح نصفها كان باطلاً .

(٢) في الشرائع ١٢٩ : ولو قال لك نصف ربحه صح وكذا لو قال ربح نصفه .

(٣) في القواعد في آخر الشرط الرابع من شروط الربح من كتاب القراض : ويصح لو قال على أن لك ربح نصفه أو نصفه ربحه .

ولا يلزم فيها اشتراط الاجل . ويقتصر على ما تعين له من
التصرف .

ولو أطلق ، تصرف في الاستثمار كيف شاء . ويشترط كون
الربح مشتركاً .

وان عين نصفاً بعينه فذلك المعين له ربحه ويكون قرصاً والاخر بضاعة .
« ٦ » - أن يجعل لغلّامه منه حصة والباقي بينهما ، أو يقول مع ذلك « ولك
حصة كذا » فنصح سواء عمل الغلام أولاً ، ويراد بالغلّام هنا المملوك .
« ٧ » - أن يجعل لاجنبي حصة والباقي بينهما ، أو يقول « ولك حصة كذا »
فان كان الاجنبي عاملاً فصيح والافسد . وفيه وجه بالصحة لاعمل عليه .
(الثانية) المضاربة عقد لا بد فيه من الايجاب من المالك ، كقوله « قارضتك »
أو « ضاربتك » أو ما أدى معناه ، والقبول من العامل كقوله « قبلت » أو « رضيت »
وشبه ذلك ، وحيث في قول المصنف « وهي أن يدفع » تساهل .
(الثالثة) هذا العقد صحيح شرعاً للاجماع والاحاديث ، وهو جائز من
الطرفين لكل منهما الفسخ سواء كان المال ناضاً^(١) وهو أن يكون دراهم أو دنانير
أو مشتغلاً وهو أن يكون به عروض ، فان كان الفاسخ العامل ولم يظهر ربح فلا شيء
له ، وان كان المالك فالحق أنه يضمن للعامل أجره المثل الى ذلك الوقت ، أما
لو ظهر ربح في صورتين فهو على الشرط لا غير .
قوله : ولو أطلق تصرف في الاستثمار (٢) كيف شاء ،

(١) في المصباح : واهل الحجاز يسمون الدراهم والدنانير نضاً وناضاً قال ابو حنيفة
انما يسمونه ناضاً اذا تحول عينا بعد ان كان متاعاً لانه يقال مانض بيدي منه شيء اي ما حصل .
(٢) في المختصر النافع : في الاستثمار .

ويثبت للعامل ما شرط له من الربح ما لم يستغرقه .
وقيل للعامل أجره المثل .

المقصود بالذات من هذا العقد هو التصرف بالاسترباح ، فالمالك إما أن يعين له نوعاً من التصرف أو يطلق ، فإن كان الأول فاما ان يكون منافياً للاسترباح أولاً ، فإن كان الأول فسدت المضاربة فإن كان الثاني صححت واقتصر على ما أذن له ، وإن أطلق له التصرف قال المصنف تصرف في الاستنماء كيف شاء وليس على إطلاقه بل مع مراعاة المصلحة لانه وكيل في الحقيقة وفعل الوكيل منوط بها ، وقال الشيخ في المبسوط والخلاف^(١) لو قال رب المال تصرف فيه كيف شئت لم يكن له أن يشتري الابنقد البلد بثمان المثل .

وفيه نظر ، لان المصلحة لو اقتضت الشراء بغير نقد البلد أو البيع بغيره أي مانع يمنع من ذلك ، أما الشراء بثمان المثل فانه لازم قطعاً لان الشراء بالزائد خلاف المصلحة . اللهم الا أن يمكن تصور مصلحة استقبالية ، فيكون حينئذ جائزاً .

قوله : ويثبت للعامل ما شرط له من الربح ما لم يستغرقه وقيل للعامل أجره المثل

الأول هو المشهور المفتى به . قاله الشيخ في المبسوط والخلاف وابن الجنيد وابن حمزة وابن ادریس وعليه أدلة عامة كقوله تعالى « أفوا بالعقود »^(٢) كقوله : المؤمنون عند شروطهم^(٣) وخاصة وهي روايات كثيرة :

(١) في الخلاف ١٩٦/٢ : اذا دفع اليه مالا قراضاً فقال له اتجر به او قال له اصنع ما ترى او تصرف كيف شئت فانه يقتضى ان يشتري بثمان مثله نقداً بنقد البلد .

(٢) سورة المائدة : ١ .

(٣) التهذيب ٢٢/٧ ، الكافي ١٨٢/٦ .

وينفق العامل في السفر من الاصل كمال النفقة ما لم يشترطه .

منها : رواية ابي بصير عن الصادق عليه السلام في الرجل يعطي الرجل مالا مضاربة وينهاه أن يخرج به الى أرض أخرى فعصاه . فقال : هو له ضامن والربح بينهما اذا خالف شرطه وعصاه^(١) .

ومنها : رواية الحلبي عن الصادق عليه السلام قال : المال الذي يعمل به مضاربة له من الربح وليس عليه من الوضعية شيء الا أن يخالف أمر صاحب المال^(٢) .

والثاني قول الشيخ في النهاية والمفيد وسلاح والقاضي والتقي ، ولم نقف لهم على رواية تدل على مدعاهم ، وان كان قد وقف أحد على شيء فيمكن حمله على مضاربة فاسدة .

وان احتجوا بأن النماء يتبع الاصل وبأنها معاملة على مجهول ، أجبت بأن الاصل يخالف للدليل والجهالة لا تضر كالمساقاة .

قوله : وينفق العامل في السفر من الاصل كمال النفقة

هذا قول الشيخ في النهاية والخلاف وابن الجنيد وابن ادریس والقاضي وابن حمزة ، واختاره العلامة متحجاً بأنه مشغول بالعمل في مال القراض ، فكانت النفقة على المال كالعبد المستغرق وقته فسي خدمة سيده . وبما رواه علي بن جعفر عن أخيه الكاظم عليه السلام قال : في المضاربة ما انفق في سفره فهو من جميع المال واذا قدم بلده فما انفق فهو من نصيبه^(٣) .

(١) التهذيب ١٨٧/٧ .

(٢) التهذيب ١٨٧/٧ ، الاستبصار ١٢٦/٣ .

(٣) التهذيب ١٩١/٧ ، الكافي ٢٤١/٥ وليس فيه «فهو» الفقيه ١٤٤/٣ بسند آخر .

وقال الشيخ في المبسوط : ان نفقته من ماله سفرأ وحضرأ، لانه دخل على أن يكون له من الربح سهم معلوم ، فليس له أكثر من ذلك، لانه ربما لا يربح المال أكثر من هذا .

وعبارة المصنف تحتل أمرين :

أحدهما - اختياره الاول ، لان قوله « كمال النفقة » يكون من باب اضافة الصفة الى موصوفها ، أي النفقة الكاملة .

وثانيهما - أن يريد أنه ينفق الزائد عن نفقة الحضر والباقي يكون من ماله .

واختار هذا بعض الفضلاء محتجاً عليه بأصالة بقاء مال المضاربة على ملك صاحبه خرج منه القدر المشروط للعامل من الحصة فيبقى الباقي على أصله فلا تكون النفقة منه . نعم الزائد باعتبار السفر يكون منه، لانه كالأجرة اللاحقة بسبب الحمل وغيره .

وفيه نظر، لان الاصل يخالف للدليل ، فالحق اذا الاول للرواية المذكورة فان « ما » من أدوات العموم، فتعم كل ما أنفقه في سفره . نعم دليل العلامة الاول قياس لانقول به ، وعلى تقدير القول به فكون المشترك المذكور علة ممنوع . سلمنا لكن الفرق حاصل، فان عمل العبد لخاصة سيده وعمل العامل مشترك . وهنا فوائد :

(الاولى) على قول المبسوط لو شرط للعامل النفقة لزم، و[على] قول النهاية لو شرط عدمها لزم .

(الثانية) النفقة اللازمة بالسفر تعم المأكل والمشرب والملبس والمركب . فما يفضل معه يرده الى المال .

ولا يشتري العامل الا بعين المال .
ولو اشترى في الذمة وقع الشراء له والربح له .
ولو أمر بالسفر الى جهة فقصد غيرها ضمن ، ولو ربح كان
الربح بينهما بمقتضى الشرط .

(الثالثة) يراعى في ذلك الاقتصاد والاقتصار على نفقة أمثاله ، فلو أسرف
حسب عليه الزائد .

(الرابعة) ليس المراد بالسفر هنا الشرعي ، وهو ما يجب فيه التقصير بل العرفي
فلو أقام وأنتم صلاة فله النفقة .

(الخامسة) لو انقضى غرضه سفره فأقام للضرورة فنفقة تلك المدة من
خاصته .

(السادسة) لو كان معه مال آخر لنفسه أو لغيره قسطلت النفقة .

قوله : ولا يشتري العامل الا بعين المال ، ولو اشترى في الذمة وقع
الشراء له والربح له

لا كلام أن اطلاق العقد يقتضي أن يشتري نقداً بعين المال [لأنه لو اشترى
في الذمة فاما في ذمته أو ذمة المالك ، والاول محال لاستحالة أن يملك الانسان
شيئاً وثمنه على غيره ، والثاني يقتضي اثبات دين على المالك من غير ضرورة ،
فلم يتناوله العقد مطابقة ولا تضمناً ولا التزاماً ، ولأن المضاربة انما وقعت على
العين والدين غير العين ، فلو اشترى في ذمة المالك اشترى بغير مال المضاربة ،
لأن المضاربة يقتضي التصرف في المال الذي وقع عليه عقد المضاربة ولا يقتضي
التصرف في الذمة^(١) ، ولأن خلافه غرر وخطر فيكون منافياً للاسترباح المقصود

(١) ما بين القوسين ليس في بعض النسخ .

وكذا لو أمره بابتياح شيء فعدل الى غيره .
وموت كل واحد منهما يبطل المضاربة .

هنا ، فلو اشترى كذلك واتفق تلفها انفسخ البيع والمضاربة وكان المبيع لمالكه سواء كان التلف قبل الشراء أو بعده .

ولو اشترى في الذمة فلا يخلو اما أن يكون باذن رب المال أولاً ، والثاني اما أن يضيف حال الشراء في العقد أنه لرب المال أولاً ، والثاني اما أن ينوي الشراء لرب المال أولاً ، والثاني اما أن يطلق أو ينوي لنفسه . فهنا اقسام خمسة :
« ١ » - أن يشتري بأذنه ، فيقع للمضاربة ويلزم أداء الثمن من مال المضاربة ، فلو تلف قبل التسليم من غير تفريط من العامل لزم المالك دفع بدله ويكون المالك مال قراض . وهو قول الشيخ في المبسوط ، وحكى فيه وفي الخلاف هنا أقوالاً غير محصلة لأفادة بذكرها .

« ٢ » - أن يكون بغير إذنه ويضيف الشراء له لفظاً ، فهو كالفضولي إن أجاز فهو كالاول والابطال .

« ٣ » - بغير إذنه ولم يضيف لفظاً بل نية ، فيقع للعامل ظاهراً .

« ٤ » - بغير إذنه وقيل مطلقاً ، فيقع له شرعاً .

« ٥ » - بغير إذنه وأضاف العامل الى نفسه ، فيقع له قطعاً .

وفي الانخيرين الربح له كله ولو دفع مال القراض فيهما ثمناً كان مضموناً عليه وفي الثالث لو دفع الثمن من مال القراض وأجاز المالك الشراء والدفع فالمبيع مال قراض والافهول للعامل والثمن عليه .

قوله : وموت كل واحد منهما يبطل المضاربة

إذا كان الميت العامل ولم يظهر ربح فلا كلام في البطلان ولا شيء لو ارثه

ويشترط في مال المضاربة أن يكون عيناً: دنائير أو دراهم . ولا
تصلح بالعروض .

ولو قوم عروضاً وشرط للعامل حصة من ربحه كان الربح
للمالك ، وللعامل الاجرة .

وكذا اذا كان المالك ولم يظهر ربح ولا شيء للعامل . ولو ظهر ربح والحالة هذه
كان للعامل قدر نصيبه، ويكون معنى بطلانها عدم جواز التصرف الا باذن الوارث
وحينئذ هنا مسائل :

(الاولى) هل يصح تقرير الوارث للعامل أم لا؟ الحق ان كان المال نقداً صح
وان كان عروضاً فلا .

(الثانية) فهل في صورة الجواز يصح بلفظ التقرير ؟ الاولى لا .

(الثالثة) لانفقة للعامل من حين موت المالك ، لحصول البطلان بظهور ربح
أولا .

(الرابعة) لومات والعامل في بلد آخر أو في بلدة فساfer كان ضامناً علم بالموت
أولا . وقال القاضي لاضمان لو كان في بلد غير صاحب المال فساfer وخص الضمان
كانا سواء وكذا اذا لم يكن .

(الخامسة) لومات المالك والعامل في غربة فان وجد وكيل للوارث سلمه
اليه ، فان تعذر فالحاكم ، فان تعذر فنفقة . هذا مع اضطراره الى السفر ، والا
فلا يجوز التسليم . ولو سلم كان ضامناً ، وكذا لو خالف الترتيب في الاول .

قوله : ولا تصح (١) بالعروض

انما لا تصح لانه لا يتميز الربح حينئذ ، لانه ربما ترتفع قيمتها فيستغرق الربح

(١) في المختصر النافع : ولا تصلح .

ولا يكفي مشاهدة رأس مال المضاربة ما لم يكن معلوم القدر،
وفيه قول بالجواز .

ولو اختلفا في قدر رأس المال فالقول قول العامل مع يمينه .

أو تنقص قيمتها فيصير رأس المال ربحاً، فلو وقع العقد على العروض كانت فاسدة
والربح لرب المال وللعامل الاجرة ولا نفقة له في سفره .

**قوله : ولا تكفي مشاهدة رأس مال المضاربة ما لم يكن معلوم القدر
وفيه قول بالجواز**

قال الشيخ في الخلاف واتباعه لا بد من العلم به، وقال في المبسوط تبطل
إذا لم يكن معلوماً^(١)، وحكى فيه عن قوم أنه تكفي المشاهدة ويكون القول
قول العامل في قدره، فإن أقاماييتين فالحكم لبينة المالك لأنه الخارج. ثم قال
هذا هو الأقوى عندي .

ولعل القول المشار إليه هو هذا، ومراد الشيخ بقوله « ويكون القول قول
العامل في قدره » أنه شرط ذلك في العقد

قال العلامة في المختلف : ما قواه الشيخ هو الاجود، لاصالة الصحة ولقوله
عليه السلام : المؤمنون عند شروطهم ، وقد وجد شرط سائغ فيحكم به^(٢).
وفيه نظر ، لأنه غير مطابق ، لان الكلام في أصل العقد وقصد فسد والعقد
غير الشرط .

وذكر الأبي في كشفه ناقلاً عن المصنف في الدروس أن القول للمرتضى
والعهدة على الراوي .

(١) في ب : معلوم القدر .

(٢) المختلف ٢٥/٢ .

ويملك العامل نصيبه من الربح بظهوره وان لم ينض .
ولا خسران على العامل الا عن تعد أو تفريط .
وقوله مقبول في النلف ، ولا يقبل في الرد الا ببيينة على الاشبه .

قوله : ويملك العامل نصيبه من الربح بظهوره وان لم ينض (١)
وقيل لا يملك الا بالانضاض . وتظهر الفائدة في العامل اذا اشترى أباه ، فان قلنا بالظهور فحال ما يحصل فيه ربح ينعتق عليه قدر نصيبه ويسعى الاب في الباقي^(٢) وان قلنا بالانضاض فلا . واتفق القائلان أنه اذا ظهر الربح ومات العامل انتقل نصيبه الى وارثه .

قوله : ولا يقبل في الرد الا ببيينة على الاشبه
وجه الاشبهة أنه مدع ، فيكون كغيره من المدعين ، فلا يقبل قوله الا ببيينة وقال الشيخ في المبسوط يقبل قوله في الرد ، لانه أمين .
قلنا : أمانته ليست خالصة بل مشوبة بمنفعة نفسه كالمرتهن ، فلا يقبل قوله كالوكيل بجعل بخلاف من أمانته مشوبة بنفع نفسه كما في الودعي والوكيل تبرعاً ، فان قولهما مقبول لكن مع اليمين في الجميع .

(١) اهل العجاز يسمون الدراهم والدنانير نضاً وناضاً ، قال ابو عبيد انما يسمونه ناضاً اذا تحول عيناً بعد ان كان متاعاً .

(٢) قال في التحرير ٢٧٨/١ : اذا اشترى العامل ابانفسه فان لم يكن فيه ربح صح الشراء للقراض وجاز بيعه ، فان بيع قبل ظهور الربح فلا بحث وان بقي في يده حتى ظهر ربح وقلنا انه يملك الحصة بالظهور - وهو الاقوى - عتق عليه قدر ما ملكه ويستسعى العبد في الباقي وهل يقوم على العامل مع يساره ؟ قال الشيخ نعم ، والا قرب انه يستسعى العبد وان كان العامل موسراً . وان اشتراه وكان فيه ربح فالوجه صحة الشراء أيضاً وان قلنا انه يملك الحصة بالقسمة لم ينعتق عليه نصيبه .

ولو اشترى العامل أباه فظهر فيه ربح عتق نصيب العامل من الربح وسعى العبد في باقى ثمنه .

ومتى فسخ المالك المضاربة صح وكان للعامل أجرته الى ذلك الوقت .

ولو ضمن صاحب المال العامل صار الربح له .

قوله : ولو اشترى العامل أباه - الى آخره

قد تقدم مبنى هذه المسألة ، أما لو اشترى أب المالك أو ابنه مثلاً للمضاربة فاما أن يكون بغير اذنه أو بأذنه : والاول لا تصح لان عقد المضاربة وكالة في التجارة للاسترباح فيتناول الاذن في كل تصرف يمكن فيه الاسترباح ولو بالامكان الاستقبالي ، ولا شيء من الالب يمكن فيه ذلك فلا يتناول الاذن . وهل يكون موقوفاً على الاجازة ؟ قيل لا لانه أمر بمنافيه ، لان الامر بمنافيه الاسترباح ينافيه ما لا يمكن فيه الاسترباح ، والامر بالشئ ينهي عن منافياته أو مستلزم لها . وقيل بل يقف ، لانه فضولي وعقد الفضولي موقوف على الاجازة .

والثاني كما اذا قال « اشتراني بهذا المال » ، فاذا اشتراه ملكه المالك ذي آن ثم انعتق عليه بعده ، فمن حين ما وقع عليه الشراء وجد علة منافية للمضاربة فانفسخت وبطلت ، وكلما أبطل المالك المضاربة لزمه أجره المثل كما تقدم ، فيلزم المالك حينئذ أجره المثل للعامل سواء كان فيه ربح أو لا .

قوله : ولو ضمن صاحب المال العامل صار الربح له

ضمن بتشديد الميم أي جعله ضامناً ، فان بذلك يصير المال قرضاً على العامل فيكون ملكاً له فربحه له .

ولا يبطأ المضارب جارية القراض، ولو كان المالك أذن له .
وفيه رواية بالجواز متروكة .

**قوله : ولا يبطأ المضارب جارية القراض ولو كان المالك أذن له ، وفيه
رواية بالجواز متروكة**

المضارب بكسر الراء هو العامل، وأما المالك فلم يشتق له من المضاربة
اسم. نعم اشتق له من القراض اسم، فيقال لرب المال مقارض بكسر الراء وللعامل
مقارض بفتحها .

إذا عرفت هذا فلو اشترى العامل جارية من مال القراض؛ فاما أن يظهر فيها
ربح أولا ، فان كان الاول فاما أن نقول يملك بالظهور فلا يجوز له وطأها وان
أذن المالك الا أن نقول بصحة الوطى بإباحة الشريك فيجوز هذا ، وسيأتي
إنشاء الله تحقيق هذه المسألة . وان قلنا لا يملك بالظهور أولم يظهر ربح أصلا
فيصح وطئها بأذن المالك له بعد الشراء ، لأنها إباحة صدرت من أهلها في محلها .
أما لو أذن له قبل الشراء فلا يصح ، لأنه لم يصادف ملكاً ولا ينقض عقداً
وجل الفرج منحصر في العقد أو الملك .

ونقل عن الشيخ جواز الوطى بالأذن السابق اعتماداً على الرواية المشار
إليها، وهي ما رواها الكاهلي عن أبي الحسن عليه السلام قال : قلت رجل سألتني
أن أسألكم أن رجلاً أعطاه مالا مضاربة يشتري له ما يرى من شيء وقال : اشتر
جارية تكون معك والجارية إنما هي لصاحب المال ان كان فيها ضبيعة فعليه
وان كان فيها ربح فله للمضارب أن يطأها . قال : نعم^(١) .

قال المصنف : ان الرواية متروكة .

(١) التهذيب ١٩١/٢ .

ولا يصح المضاربة بالدين حتى يقبض .

ولو كان في يده مضاربة فمات ، فإن عينها لواحد بعينه أو
عرفت منفردة والا تحاص فيه الغرماء .

أقول : لاشك أن كلام المصنف هنا خال عن ضبط أقسام هذه المسألة ،
لأن ظاهره أنه لا يجوز وطئ جارية القراض وإن أذن المالك ، ولم يقيد الأذن
بكونه قبله أو بعده ولا يكون الربح ظهراً أولاً ، وقد عرفت ما ذكرنا من أقسام
المسألة .

ثم قوله « وفيه رواية بالجواز متروكة » يدل على أن الرواية تدل على
نقيض ما ذكره ، ولا شك أن الرواية ليس فيها دلالة على ذلك .
أما أولاً - فلأنه ليس فيها إذن في الوطئ ، لأن قوله « اشتر جارية تكون معك »
ليس فيه تصريح بالأذن ، لأن كونها معه لا يستلزم وطئها .
وأما ثانياً - فلأن السائل لم ينبه على الأذن في سؤاله ، بل قال « فللمضارب
أن يظأها » ولم يقل بالأذن السابق أو بالأذن المذكور .

وأما ثالثاً - فلأننا لو سلمنا دلالتها على الأذن في الوطئ لكن ليس فيها
دلالة على أنها مال مضاربة ، لأنه قال « والجارية إنما هي لصاحب المال إن كان
فيها وصية فعليه وإن كان فيها ربح فله » ، وذلك صريح في أنها ليست مال
مضاربة ، لأن مال المضاربة لا يختص المالك بربحه وعلى تقدير كونها مال مضاربة
تبطل المضاربة ، لاشتراطه الاختصاص بربح بعض المال .

وإذا كان هذا حال الرواية فكيف تكون حجة هنا . هذا مع أن في طريقها
سماعة ، فهي حقيفة بالأعراض عنها طريقاً ومفهوماً .

قوله : ولا تصح المضاربة بالدين حتى يقبض

لاخلاف في ذلك فأحكيه . نعم قال الشيخ في المبسوط : لو قال للمديون « اقبض لي الدين من نفسك وأفرده من مالك فاذا فعلت ذلك فقد قارضتك عليه » لم يصح القبض ولم ينفع التمييز ودمته مشغولة كما كانت ، والمال المميز باق على ملك المديون ، لان الانسان لا يكون وكيلا لغيره في القبض له من نفسه . قال العلامة : الوجه عندي صحة التوكيل وصحة الافراد ، وأما القراض فلا شك في بطلانه .

أقول : لا شك أنه اذا لم يكن وكيلا في مقارضة نفسه يكون القراض باطلا لتعليقه على الشرط ولعدم المال حال العقد . وأما لو كله في عقد القراض مع نفسه وعين له مقدار ما يجعل لنفسه فأى مانع يمنع من صحة ذلك اذا قبض وأوقع العقد مع نفسه كما أمره .



مركز تحقيقات کامپویر علوم اسلامی

كتاب المزارعة والمساقاة

أما المزارعة : فهي معاملة على الارض بحصة من حاصلها .
وتلزم المتعاقدين ، لكن لو تفايلا صح ولا تبطل بالموت .
وشروطها ثلاثة :

- (١) أن يكون النماء مشاعاً ، تساويا فيه أو تفاضلا .
- (٢) وأن تقدر لها مدة معلومة .
- (٣) وأن تكون الارض مما يمكن الانتفاع بها .

قوله : كتاب المزارعة [والمساقاة] :

الاولى مفاعلة من الزرع ، وقد يسمى مخابرة من الخبر^١ . وهي الارض
اللينسة .

والثانية مفاعلة من السقي ، سميت بذلك لكثرة احتياجهم الى ذلك في
الحجاز .

قوله : المزارعة فهي معاملة على الارض بحصة من حاصلها

(١) في المصباح : خبرت الارض شققها للزراعة فانا خبير ، ومنه المخابرة وهي
المزارعة على بعض ما يخرج من الارض .

قوله « معاملة » يشمل الاجارة ، وبقوله « بحصة من حاصلها » خرجت .
وكان ينبغي ذكر أمور : أحدها معلومية الحصة بالجزء كالثلث مثلاً ، وثانيها
مشاعيتها في كل ما يحصل ، وثالثها تقدير المدة .

فصورة عقدها الصحيح اجماعاً أن يقول مالك الأرض « زارعتك على
هذه الأرض مدة كذا لنزرع فيها كذا أو ماشئت على أن يكون لك النصف مثلاً
من جميع حاصلها بعد المؤن » ، فيقول العامل « قبلت » أو « رضيت » وما عدا
ذلك أقسام :

(الاول) تجهيل الحصة كجزء أونصيب ، فيبطل العقد .

(الثاني) عدم ضبط المدة ، فيبطل أيضاً .

(الثالث) تعيين الحصة لا بالجزء بل بالوزن المعلوم كالف رطل مثلاً
سواء كان الباقي بينهما أولاً ، فإنه يبطل أيضاً على الأقوى ، لجواز أن لا يحصل
غير ذلك المعين فيحصل الانغياب والضرر والخطر، ويظهر من كلام العلامة في
المختلف جواز ذلك .

(الرابع) تعيين الحصة المشاعة لكن بعد اخراج البذر، قال الشيخ يصح
ذلك . والفنوى على خلافه، اجواز أن لا يفضل شيء بعد البذر فيحصل الغرر .
(الخامس) لو زارع على أن يكون الحاصل قدر معلوم في ذمة المالك ولا
ينسبه الى حاصل الأرض . قال الشيخ وابن حمزة يجوز ذلك على كراهية ،
قال العلامة ان قصدا المزارعة فهو ممنوع وان قصدا الاجارة فهو حق .

وفي كلامه تساهل ، لان ترديده لاوجه له ، لان الظاهر أن مرادهم المزارعة ،
اذ لو قصدا الاجارة لما كانت مكروهة ، لان اجارة العامل نفسه بالحنطة أو الشعير
أو بغيرهما لم يقل أحد بكراهته . نعم اجارة الأرض للمزارعة بالحنطة أو الشعير
مكروهة كما يأتي . فالحق حينئذ بطلان هذا الحق ، ولا تصح مزارعة لكون

وله أن يزرع الأرض بنفسه وبغيره ومع غيره إلا أن يشترط عليه زرعها بنفسه ، وأن يزرع ماشاء إلا أن يعين له .
وخراج الأرض على صاحبها إلا أن يشترط على الزارع .
وكذا لو زاد السلطان زيادة .

ولصاحب الأرض أن يخرص على الزارع ، والزارع بالخيار في القبول ، فإن قبل كان استقراره مشروطاً بسلامة الزرع .
وتثبت أجره المثل في كل موضع تبطل فيه المزارعة .
وتكره اجارة الأرض للزراعة بالحنطة أو الشعير .

الاجرة في الذمة ولا اجارة لعدم الاتيان بلفظها وشرائطها .

قوله : ولصاحب الأرض أن يخرص على الزارع - الى آخره

تقدم في باب الثمار كلام الشيخ وابن ادريس ، فلاحاجة الى اعادته . نعم قال العلامة انه صلح وجاز مسح الجهل ، لان الجهالة لاتنافي عقد المزارعة . واستشكل ان الزائد اباحة أم لا : من حيث عدم الفائدة لو لم يكن مباحاً فلافتقر الى عقد جديد مملك ، ومن أنه عقد فاسد فيحتاج الى اباحة جديدة .
هذا كله اذا لم نقل بمقالة الشيخ .

قوله : وتكره اجارة الأرض للزراعة بالحنطة أو الشعير

لاتخلو هذه الاجارة اما أن تقع مقيدة بما يخرج من تلك الأرض فذلك لا يجوز قطعاً ، لرواية الفضيل بن يسار عن الصادق عليه السلام^(١) ، واما أن يقع مطلقة أوبقيد كون ذلك من غيرها ، وكلاهما جائز على كراهية .

(١) التهذيب ١٩٥/٧ ، الكافي ٢٦٥/٥ ، الاستبصار ١٢٨/٣ .

وأن يؤجرها بأكثر مما استأجرها به إلا أن يحدث فيها حدثاً ،
أو يؤجرها بغير الجنس الذي استأجرها به .
وأما المساقاة : فهي معاملة على الأصول بحصة من ثمرها .
ويلزم المتعاقدين كالأجارة .

وقال القاضي أنه كالاول ، محتجاً برواية الحلبي عن الصادق عليه السلام
صحيحاً قال : لا تستأجر الأرض بالحنطة ثم تزرعها حنطة^(١) .
وأجيب بالحمل على الكراهية أو بالحمل على ما يخرج منها .
قوله : وإن يؤجرها بأكثر مما استأجرها به إلا أن يحدث فيها حدثاً
أو يؤجرها بغير الجنس

الكراهية مذهب المفيد وسائر وأبن إدريس لروايات كثيرة ، وقال الشيخ
في النهاية^(٢) بالمنع ، لما رواه عن الصادق عليه السلام : إذا تقبلت أرضاً بذهب
أو فضة فلا تقبلها بأكثر مما تقبلتها^(٣) .
أجيب بالحمل على الكراهية جمعاً بين الروايات .

قوله : وأما المساقاة فهي معاملة على الأصول بحصة من ثمرها
العقد الصحيح هنا جماعاً أن يقول المالك للعامل « ساقيتك على هذا البستان
أو البستان القلاني مدة كذا على أن تعمل فيه كذا ويكون لك من ثمرته الثلث

- (١) التهذيب ١٩٥/٧ ، الكافي ٢٦٥/٥ ، الاستبصار ١٢٨/٣ .
(٢) النهاية ٤٣٩ : ومن استأجر أرضاً بالنصف أو الثلث أو الربع جاز له أن يؤجرها
غيره بأكثر من ذلك وأقل ، وإن استأجرها بالدرهم والدنانير لم يجز له أن يؤجرها بأكثر
من ذلك إلا أن يحدث فيها حدثاً - إلى أن قال - : ومتى استأجرها بالحنطة والشعير جاز
له أن يؤجرها بالدرهم والدنانير بما شاء .
(٣) الكافي ٢٧٣/٥ ، التهذيب ٢٠٤/٧ ، الاستبصار ١٣٠/٣ ، الوسائل ٢٦١/١٣ .

أو الربع » بحسب ما تراضيا عليه ، فيقبل العامل . ويشترط في الصحة ماتقدم في المزارعة .

إذا عرفت هذا فهنا فوائد :

(الاولى) لو ساقاه على بستان على أن يساقيه على آخر ، قال الشيخ في المبسوط لا يصح ، والحق الصحة لانه أمر مشروع فجاز اشتراطه .

(الثانية) قال ابن الجنييد : لأجيز إيقاع المساقاة على قطع متفرقة مختلفة في مشقة العمل صفقة واحدة . والحق خلافه إذا كان العمل معلوماً .

(الثالثة) قال الشيخ في المبسوط : إذا ساقاه بالنصف على أن يعمل رب المال معه فالمساقاة باطلة ، لان موضوعها أن من رب المال المال ومن العامل العمل كالقراض . والحق الصحة ، كما لو شرط أن يعمل معه غلامه وأن يكون على المالك بعض العمل ، وهذا كذلك بل هو نفسه .

(الرابعة) بستان بين اثنين ساقى أحدهما الآخر على أن له أزيد من النصف وعين الزائد صح ، وان شرط النصف أو مادون بطل ، لانه مساقاة بغير عوض فلو عمله كانت الثمرة نصفين .

قال الشيخ في المبسوط : وللعامل أجره المثل ، وقال العلامة لاشيء لانه دخل على ذلك .

(الخامسة) المشهور أنه لا بد من المدة المعينة هنا ، وقال ابن الجنييد يصح وان لم يحصر المدة ، بل إذا ضبطت بالثمرة فان ذلك يغني عن الإجل ، محتجاً برواية يعقوب بن شعيب عن الصادق عليه السلام : سألت الرجل يعطي الرجل أرضه فيها الرمان والنخل فيقول اسق من هذا الماء واعمره ولك نصف ماخرج . قال : لا بأس^(١) .

(١) التهذيب ١٩٨/٧ ، الكافي ٢٦٨/٥ واللفظ للتهذيب .

ويصح قبل ظهور الثمرة وبعدها اذا بقى للعامل عمل فيه
المستزاد .

ولا تبطل بموت أحدهما على الاشبه الا أن يشترط تعيين العامل .
وتصح كل أصل ثابت له ثمرة ينتفع بها مع بقائه .

وأجيب : بأن نفي البأس على تقدير ضبط المدة أو على وجه المراضاة
لا اللزوم .

قوله : ولا يبطل بموت أحدهما على الاشبه لاصالة اللزوم
ونخالف الشيخ في ذلك وحكم بالبطلان كالأجارة ، وسيأتي تمام البحث
في الأجارة . ونقول هنا : اذا ماتاً معاً قام ورثة كل واحد مقام مورثهم فيما يجب
عليه ، وان مات المالك قام العامل بما يجب عليه ، وان مات العامل فان قام
الورثة بالعمل فلهم ذلك والاستأجر الحاكم من التركة من يقوم بتمام العمل .
هذا كله مع الاطلاق ، أما مع اشتراط تعيين العامل فانها تبطل لو مات ويكون
لورثته أجرة ما سلف اذا لم تطلع الثمرة ومعه تكون مشتركة .

قوله : وتصح على كل أصل ثابت له ثمرة ينتفع بها مع بقائه
هنا فوائد :

(الاولى) يحترز بقوله أصل ثابت عن مثل البقل والرطوبة^(١) ، خلافاً للشيخ
فانه قال بجواز المساقاة على البقل الذي يجرز^(٢) مرة بعد أخرى ، نظراً الى أن كل

(١) الرطوبة بفتح الراء : روضة النصفصة مادامت خضراء وقيل : هي النصفصة نفسها
وجمعها رطاب .

(٢) الجز : القطع في الصوف وغيره ، واجز البر والشعير بالالف حان جزاؤه اي
حصاده .

ويشترط فيها المدة المعلومة التي يمكن حصول الثمرة فيها غالباً .

ويلزم العامل من العمل ما فيه مستزاد الثمرة .
وعلى المالك بناء الجدران وعمل النواضع ، وخراج الارض
الا أن يشترط على العامل .

ماله فائدة نافعة يقال له ثمرة ، فيصح على البقول لان أصولها لها فائدة .

(الثانية) لاتصح المساقاة على الغرب^(١) وشبهه ، اذ لا ثمرة له .

(الثالثة) هل تصح على الحناء والتوت والورد ؟ اشكال من صدق الثمرة
بالمعنى المذكور ، ومن أصالة عدم الصحة لانها معاملة على مجهول ، فيقتصر
على محل الوفاق .

(الرابعة) لا يشترط وجود الثمرة بالفعل بل يكفي ولو بالامكان الاستقبالي ،
فلو ساقاه على ودي^(٢) أول غروسة صح مع تقدير المدة بما يمكن فيه اطلاعه غالباً
وان لم يطلع .

قوله: ويشترط فيها المدة المعلومة

تقدم الخلاف في ذلك من ابن الجنيّد ، فلاحاجة الى اعادته .

قوله: ويلزم العامل من العمل ما فيه مستزاد الثمرة وعلى المالك بناء
الجدران وعمل النواضع وخراج الارض

ما يجب على العامل له ضابطان : « ١ » ما فيه مستزاد الثمرة ، « ٢ » ما كان

(١) الغرب بالتحريك : ضرب من الشجر ، واحدته غربة وهو « الاسبيد دار »
بالفارسية .

(٢) الودي بالياء المشددة : هو صغار النخل قبل ان يحمل ، الواحدة ودية ، ومنه لو
ساقاه على ودي غير مغروس ففاسد .

ولا بد أن تكون الفائدة مشاعة ، فلو اختص بها أحدهما لم
يصح . وتملك بالظهور .
وإذا اختل أحد شروط المساقاة كانت الفائدة للمالك ، وللعامل
الاجرة .

ويكره أن يشترط المالك مع الحصة شيئاً من ذهب أو فضة .
ويجب الوفاء به لو شرط ما لم تتلف الثمرة .

متكرراً كل سنة . وما يجب على المالك له أيضاً ضابطان : « ١ » ما يفتقر إلى بذل
المال ، « ٢ » ما لا يتكرر غالباً ويعد في الأصول .
واختلف في أمور :

(الاول) الكشف^(١) ، قال الشيخ على المالك ، وقواه العلامة لأصالة براءة ذمة
العامل ولأنه عين ، والذي يجب على العامل العمل . وقال ابن ادريس انه على ،
العامل ونسب الاول الى بعض المخالفين^(٢) . وقال ابن ادريس انه على ،
(الثاني) قال ابن ادريس يلزم العامل مع الاطلاق آلات السقي من الدلاء
والتواضع والبقر ، وقال الشيخ لا يلزمه ذلك مع الاطلاق بل مع الشرط ،
واختاره العلامة .

(الثالث) قال ابن الجنيدي : اذا بلغت الثمرة حالاً يأمن عليها الفساد كان
العامل شريكاً ، فلا يلزمه حينئذ من العمل الا بقسطه الا مع الشرط . وقال الشيخ :

(١) الكشف بضم الاول وتشديد الشين : الذي يلحق به النخل .
(٢) قال في المختلف : وهو خطأ من ابن ادريس ، فان الشيخ أجل من ان يقلد مؤلفاً
فكيف يقلد مخالفاً ، وقوله « لا دليل عليه » خطأ ، فان الدليل قائم وهو أصالة البراءة ولأن
العامل يجب عليه العمل لا غير وهذا عين مال فلا يجب عليه .

يلزم العامل مع الاطلاق جميع ما فيه صلاح الثمرة وان بلغت ذلك المبلغ من لقاط وتشميس وجداد ونقل وحفظ الى وقت القسمة الامع الشرط، والاول قوي^(١).
 (الرابع) قال الشيخ : اذا شرط أن تكون أجرة الاجراء من الثمرة فسد العقد ، لان وضع المساقاة أن من المالك المال ومن العامل العمل ، فاذا كانت أجرتهم على المالك لزم أن يكون من المال والعمل معاً . وهو باطل .
 وهذا مسلم اذا فوض العاقل العمل كله الى الاجراء ، وأما اذا عمل بعضاً واستأجرني بعض صح المدعى كما اذا شرط أن يكون بعض العمل على المالك نعم يشترط تعيين ما يعمل بنفسه وما يستأجر فيه لئلا يفسد العقد .
 (الخامس) قال ابن الجنيدي : ليس لصاحب الارض أن يشترط على العامل احداث أصل يأتي به من غرس أو حفر يثمر ولا يكون للعامل في ثمرته شيء ولو جعل له على ذلك عوضاً في قسطه ، لان ذلك بيع الثمرة قبل خروجها . هذا عبارته ، وأطلق الشيخ في المبسوط جواز اشتراط بعض ما يلزم المالك على العامل ، واختاره العلامة^(٢).

مركز تحقيق كتاب توير علوم اسلامی

(١) في ب : اقوى .

(٢) راجع المختلف ١٤/٢ .

كتاب الودیعة والعارية

أما الودیعة : فهي استئابة فی الاحتفاظ . وتفتقر الى القبول قولاً
كان أو فعلاً . ويشترط فیهما الاختیار .

قوله : كتاب الودیعة والعارية

الودیعة مأخوذ من ودع يدع اذا سكن واستقر ، وقال الكسائي يقال أودعته
اليه مالا أي دفعته يكون ودیعة عنده ، وأودعته أيضاً اذا دفعك اليك مالا يكون
ودیعة عندك فقبلتها . وهو من الأضداد . واستودعته وودیعة أي استحففته اياها ،
قال الشاعر :

استودع العلم قرطاس فضیعتها فبش مستودع العلم القراطيس

والعارية مأخوذة من عار الشيء يعير : اذا ذهب وجاء ، وشددت الياء لانها
منسوبة الى العارة ، وهو اسم من قولك أعرتك المتاع اعارة . فالعارية الاسم
والاعارة المصدر .

وقال الجمهوري : العارية بالتشديد كأنها منسوبة الى العار لان طلبها عار
وعيب . قال : والعارية مثل العارية ، واستعاره ثوباً فأعاره .

قوله : أما الودیعة فهي استئابة فی الاحتفاظ

وتحفظ كل ودیعة بما جرت به العادة .
ولو عين المالك حرزاً اقتصر علیه ، ولو نقلها الى أدون أو أحرز
ضمن الامع الخوف .

یرید أنها استنابة في الاحتفاظ لا غير ، والا فالوكالة والمضاربة والاجارة
استنابة أيضاً في الاحتفاظ لكن مع التصرف .
قوله : ويحفظ كل ودیعة بما جرت به العادة

أي في عرف العقلاء في المعاش ، فان النقد لا يوضع في الاصطبل والدابة
لا توضع في البيت الداخل .

قوله : ولو عين المالك حرزاً اقتصر علیه ، ولو نقلها الى أدون أو
أحرز ضمن الامع الخوف

إذا لم يعين المالك حرزاً فقل كما قلنا أولاً من جعلها فيما جرت العادة به ،
وان عين فاما أن يقول مع ذلك « لا تخرجها منه » أو لا يقول ، فالاول لا يجوز
اخراجها الى مساو بل ولا الى أحرز أجمعاً ، فلو فعل ضمن الا أن يطرأ خوف
أو سبب تلف . والثاني ان نقلها الى أدون ضمن ، وكذا لو نقلها الى مساو أو
أحرز عند المصنف .

وبه قال العلامة محتجاً : بأن الامر بالشئ يستلزم النهي عن ضده ،
والاكوان متضادة فأمره بالكون في موضع معين يستلزم النهي عن الكون في
غير ذلك الموضع .

وقال الشيخ في المبسوط : إذا نقلها الى مماثل لم يضمن ويلزم أنه لو نقل
الى أحرز لم يضمن أيضاً بطريق الاولى ، محتجاً بأن صاحبها قد رضي بأن تكون
في ذلك الموضع وما هو مثله ، كما لو استأجر أرضاً ليزرعها طعاماً فان له أن
يزرع ما يكون مماثلاً في الضرر .

وهي جائزة من الطرفين . وتبطل بموت كل واحد منهما .

وقوى بعضهم قول الشيخ بأن خصوصية المكان المأمور به إما أن تكون مثل خصوصية المكان الآخر في حفظ الوديعة أولاً ، والثاني خلاف القرض لانهما حينئذ غير متماثلين ، والاول لا يتعلق به غرض المالك لان أقوال العقلاء وأفعالهم يجب أن تحمل على الأغراض الصحيحة .

كيف ، ولولزم الضمان بنقلها الى مكان مثله لزم الضمان بتحريكها الى حرز ملاصق للحرز المأمور به ، لعين ما قاله العلامة ، وهو أمر شنيع موجب للجرح .

ويرد على قوله « ان الامر انما يستلزم النهي المذكور » لو لم يغفل الامر حال الامر عن ضده . فلم قلتم أنه لم يغفل سلمنا لكن على تقدير كون الامر مقيداً بالدوام أو بأمد معين يكون مستلزماً لكنه غير محل النزاع ، اذ النزاع فيما اذا أطلق الامر ولم يقيد . وحينئذ نقول : انه مستلزم النهي في زمان يحصل فيه الامتثال ، وهو أقل جزء من الزمان ، فجاز الاتيان بضده في غير ذلك الزمان ، كما أنه اذا أمره بالقعود في مكان مطلقاً فامثل آناً ثم انتقل الى غيره فانه يعد ممثلاً . فكذا هنا ، فان الودعي وان لزم نهيه عن الجعل في غير المأمور لكن لا دائماً بل في زمان حصول الامتثال ، فجاز جعله في مكان آخر بعده .

ان قلت : ان الامر وان كان مطلقاً لفظاً لكنه مقيد بأمد ارادة ، وهو من وقت التسليم الى وقت المطالبة .

قلت : ان أردت أن الامر المقيد بالأمد المذكور في المكان المأمور به فهو نفس النزاع ، وان أردت أعم من أن يكون في ذلك المكان أو غيره فهو غير مانع ، لانه عين مدعى الشيخ .

قوله : وتبطل بموت كل واحد منهما .

ولو كانت دابة وجب علفها وسقيها ، ويرجع به على المالك .
والوديعة أمانة لا يضمنها المستودع الا مع التفريط أو العدوان .
ولو تصرف فيها باكتساب ضمن ، ، وكان الربح للمالك .
ولا يبرأ بردها الى الحرز . وكذا لو تلفت في يده بتعد أو
تفريط فرد مثلها الى الحرز .

معنى بطلانها خروجها عن حكم الاستيمان الاول وتصير أمانة شرعية ،
وتترتب عليها أحكام :

- « ١ » - وجوب المبادرة الى اعلام الوارث لو لم يكن عالماً .
- « ٢ » - عدم قبول قول الودعي في الرد .
- « ٣ » - لو كان الميت المستودع وجب على الوصي أو الوارث المبادرة
الى اعلام المالك .
- « ٤ » - لو كان المالك قد رضي بحرز أدون ثم مات وتعذر اعلام وارثه وجب
المبادرة الى جعلها في حرز أمثالهما .
- « ٥ » - لو كان المالك قد وكل في قبضها ثم مات قبل التسليم لم يجز التسليم
الى الوكيل لبطلان وكالته .

واعلم أن في حكم الموت خروج المالك عن أهلية التكليف والتصرف
كما اذا طرأ عليه جنون أو اغماء أو سفه أو فلس ، فيجب اعلام الحاكم حينئذ .
قوله : والوديعة أمانة لا يضمنها المستودع الا مع التفريط أو العدوان
التفريط افعال سبب الحفظ ، والعدوان مخالفة المالك فيما أمر به .
قوله : ولو تصرف فيها باكتساب ضمن وكان الربح للمالك
التصرف في الوديعة بالاكتساب أن يدفعها عوضاً عن عين مبتاعة للاسترباح

وهذا لا يخلو: أما أن يقع العقد على العين، بأن يبيعه هذه بهذه، أو يبيع على ما في الذمة، بأن يشتري سلعة بثمن معين مطلق ثم يدفع الوديعة قضى عن ذلك الثابت في ذمته .

فهنا يكون الملك للمستودع والربح له وعليه ضمان المدفوع، والاول يكون العقد موقوفاً على اجازة المالك، فان أجاز فالملك والربح له. والا كان البيع فاسداً في نفسه وربح كل ملك لمالكه .

هذا تحقيق هذه المسألة، فقول المصنف ضمن وكان الربح للمالك وكذلك قول الشيخين والتقي والقاضي وسلا ر فيه مساهلة، وليس على اطلاقه بل ينصب على صورة شرائه بالعين وبجيز المالك .

وأما رواية منسمع عن الصادق عليه السلام قال : قلت له : اني استودعت رجلاً مالا فجنحتني وحلف لي عليه ثم أنه جاءني بعد سنتين بالمال الذي استودعته اياه فقال : هذا مالك فخذ هذه أربعة آلاف درهم ربحتها في مالك فهي لك مع مالك واجعلني في حل ، فأخذت المال وأبيت أن آخذ الربح منه وأوقفته المال الذي كنت استودعته أتيتك حتى استطلع رأيتك فماتتري . قال : فخذ نصف الربح منه واعطه الباقي وحله ، ان هذا الرجل تائب والله يحب التوابين^(١) . فقد دلت على أمور :

« ١ » - أن الحالف اذا تاب واعترف بالمال جاز أخذه .

« ٢ » - صحة عقود الغاصب مع اجازة المالك .

« ٣ » - استحباب اعطائه نصف الربح وجعل ذلك كالمضاربة . وانما

قلنا بالاستحباب لتعليقه عليه السلام بأنه تائب والله يحب التوابين .

والشيخ عمل بهذه الرواية في الدين ، أي لو كان المجهود ديناً . وهو مع

(١) التهذيب ٧/ ١٨٠ ، الوسائل ٣/ ٢٣٥ .

بل لا يبرأ الا بالتسليم الى المالك أو من يقوم مقامه .
ولا يضمنها لوقهره عليها ظالم ، لكن ان أمكنه الدفن وجب .
ولو أحلفه أنها ليست عنده حلف مورياً . وتجب اعادتها الى
المالك مع المطالبة .

بعده خلاف منطوق الرواية .

وقال ابن الجنيـد : لو تعدى فيها بالتجارة كان الربح لصاحب المال، الا أن
يكون صاحبها خيره على أنه ضمنه اياه ولو خيره على ذلك ولم يتجر فيها ولا
انتفع بها ولا تعدى لم يلزمه ضمانه اياها .

قال العلامة : ولا بأس بهذا القول ، لان التضمن وان لم يكن لازماً الا أنه
يفيد الاذن في التصرف ، وحينئذ يكون الربح للودعي ، لانه في الحقيقة استدانة^(١)
وما قاله حسن ، وقد تقدم في المضاربة مثله .

قوله : ولا يضمنها لوقهره عليها ظالم لكن ان امكنه الدفع وجب
هذا هو المشهور والمفتى به ، كما اذا خاف لو لم يدفعها حصول قتل أو ضرب
أو ذهاب مال .

وقال التقي ان سلمها بيده ضمن وان خاف التلف . وهو ممنوع ، لاصالة
البراءة وحصول الضرر بترك التسليم ، والضرر منفي بالحديث .

قوله : وتجب اعادتها على المالك مع المطالبة
ويكون ذلك على الفور ، ولا يصح معها الاشتغال بعبادة واجبة موسعة .
ولو فعل كان ضامناً للوديعة ، حتى أنه لو كان كافراً وجب الرد اليه .

نعم قال التقي ان كان المودع حربياً وجب على المستودع أن يحمل ما
أودعه الى سلطان الاسلام العادل . وهو حسن ، ولا ينافيه رواية الفضيل عن الكاظم

(١) راجع المختلف ١/١٦٧ .

ولو كانت غصباً منعه وتوصل في وصولها الى المستحق .
ولو جهله ، عرفها كاللقطة حولا ، فان وجده والا تصدق بها
عن المالك ان شاء . ويضمن ان لم يرض .

عليه السلام^١ وجوب ردها على الخارجي ، لان الخارجي أظهر كلمة الاسلام
فلا يحل ماله .

قوله: ولو كانت غصباً منعه وتوصل في وصولها الى المستحق، ولو جهله
عرفها كاللقطة حولا فان وجده والاتصدق بها عن المالك ان شاء ويضمن
ان لم يرض

هذا قول الشيخ معتمداً على رواية حفص بن غياث عن الصادق عليه السلام^٢
وهو ضعيف ، لكن النظر يؤيد روايته ، فانه مال مجهول المالك فيكون لقطة
فيعمل به ما يعمل بها .

وقال المفيد وسالار : اذا لم يعرف المالك أخرج خمسها لاربابه وتصدق
بالباقى على فقراء المؤمنين .

وقال التقي : بل يحملها الى الامام العادل ، فان تعذر فعليه حفظها الى حين
تمكنه من ابصالها الى مستحقها والوصية بها الى من يقوم مقامه ، ولا يجوز ردها
الى انظام مع الاختيار .

وهو اختيار ابن ادریس والعلاءة . وهو الأقوى ، وكلام المصنف لا يدفع
هذا القول ، لانه قل تصدق بها ان شاء فاذا لم يشأ عمل كما قال التقي حتماً .

(١) التهذيب ١٨١/٧ .

(٢) التهذيب ١٨٠/٧ ، الكافي ٣٠٨/٥ ، الاستبصار ١٢٤/٣ ، الفقيه ١٩٠/٣ .

ليس في الكافي « حفص بن غياث » ومكانه « رجل » .

ولو كانت مختلطة بمال المودع ردها عليه ان لم يتميز .
واذا ادعى المالك التفريط ، فالقول قول المستودع مع يمينه .

قوله : ولو كانت مختلطة بمال المودع ردها عليه ان لم يتميز
اذ لو لم يردّها والحالة هذه لزم منع مال الغير ، وهو باطل . واستشكله
العلامة في القواعد^(١) من حيث استلزام ذلك رد المال المنصوب الى الغاصب
وهو باطل ، ومن نقل ابن ادريس الاجماع على وجوب رده اليه .
والاجود ان أمكن الحاكم سلمه اليه والارده الى الغاصب عملاً بالاجماع
المذكور ، لان الاجماع المنقول بخبر الواحد حجة .

قوله : ولو ادعى المالك التفريط فالقول قول المستودع مع يمينه
اذا تلفت الوديعة فاما أن يدعي المستودع تلفها بسبب خفي كالسرقة ، ولا
خلاف في أن القول قوله لمكان أمانته وتعذر إقامة البينة على مثل ذلك ، أو يدعي
سبباً ظاهراً كالحريق والغرق والنهب . فالذي يظهر من كلام الشيخ عدم قبول
قوله بل يفتقر الى البينة لا مكان إقامتها على مثل ذلك ، وقال العلامة يقبل قوله في
الظاهر والخفي ، لرواية الحلبي عن الصادق عليه السلام : ان صاحب الوديعة
والبضاعة مؤتمنان^(٢) .

وهل يفتقر الى يمين؟ قال الصدوق لا مستدلاً برواية مرسلّة عن الصادق عليه
السلام قال : وروي في حديث آخر عنه عليه السلام أنه قال : لم يخنك الامين

(١) قال في القواعد : ولو مزجها الغاصب بماله فان تميزت وجب ردها على مالكيها
دون المودع على اشكال.

(٢) الكافي ٢٣٨/٥ ، التهذيب ١٧٩/٧ ، الاستبصار ١٢٤/٣ ، الفقيه ١٩٣/٣ .

ولو اختلفا في مال ، هل هو ودیعة أودین ، فالقول قول المالك
مع یمينه أنه لم یودع اذا تعذر الرد أو تلف العین .

ولكنك ائتمنت الخائن^(١) . وبه قال الشيخ في النهاية^(٢) ، إلا أن يدعي المالك
التفريط ولا یبینه فان القول قول المودع مع یمينه .

والاشهر أن علیه اليمين في الموضعين لأنه مدع ، فاذا لم تكن علیه البينة
فلا أقل من اليمين . وقال ابن الجنيّد والنقي لا يمين علیه الا مع التهمة .

اذا عرفت هذا فلو اتفقا على التلف لكن ادعى المالك التفريط والمستودع
عدمه كان القول قوله ، لما قلنا من أمانته وأصالة براءة ذمته من الضمان .

قوله : ولو اختلفا في مال هل هو ودیعة أودین فالقول قول المالك
مع یمينه أنه لم یودع اذا تعذر الرد أو تلفت العین

هذا قول الشيخ في النهاية^(٢) وابن الجنيّد ، وهو مؤيد نظراً ورواية :

أما الاول : فلان ذا الید أقرب وصول المال الیه ، وهو محتمل للاقتراض وعدمه
كلاستيداع ولا مرجح لاحد الاحتمالين علی الآخر . ثم انه يدعي ما یزيل
الضمان عنه فعليه البينة ومع عدمها علی المالك اليمين .

وأما الثاني : فعموم قوله صلى الله علیه وآله وسلم : علی الید ما أخذت
حتى تؤدی^(٣) . ورواية اسحاق بن عمار قال : سألت الكاظم علیه السلام عن رجل
استودع رجلاً ألف درهم فضاغت ، فقال الرجل كانت عندي ودیعة وقال الآخر
انما كانت عليك قرضاً . قال علیه السلام : المال لازم له الا أن یقیم البينة أنها

(١) الكافي ٢٩٩/٥ ، الوسائل ٢٣٤/١٣ .

(٢) النهاية : ٤٣٦ .

(٣) سنن الترمذي ٥٦٦/٣ ، سنن ابی داود ٢٩٦/٣ ، سنن ابن ماجه ٨٠٢/٢ .

ولو اختلفا في القيمة فالقول قول المالك مع يمينه .

وقيل : القول قول المستودع ، وهو أشبه .

ولو اختلفا في الرد فالقول قول المستودع .

كانت ودیعة^(١) .

وقال ابن ادریس : هذا صحيح اذا أقرأولا بوصول المال اليه ثم ادعى بعد ذلك أنه ودیعة فلا يقبل الا بالبينه ، وأما اذا لم يقرأولا بقبض المال وأجاب دعواه بأنه كانت ودیعة فيكون حينئذ القول قوله مع يمينه لانه لم يصدق دعواه بل انكرها ثم قال : وليلحظ ذلك ، فان فيه غموضاً .

والحق ما قاله الشيخ وأنه لا غموض في هذه المسألة ، وأنه لا فرق بين العبارتين .

قوله : ولو اختلفا في القيمة فالقول قول المالك مع يمينه ، وقيل قول المستودع ، وهو أشبه

الاول قول الشيخين ، لان المستودع لحياته خرج عن كونه أميناً فلا يقبل قوله . والثاني قول التقي وابن ادریس ، لانا انما نقبل قوله مع يمينه اذا عجز المالك عن البينة على القدر الزائد ، وهو حينئذ منكرو غارم فيكون القول قوله لا لانه أمين .

قوله : ولو اختلفا في الرد فالقول قول المستودع

هذا هو المشهور ، واستشكله العلامة في القواعد وارشاده من حيث أمانته فيقبل قوله ومن حيث كونه مدعياً فالقول قول المالك لانه منكر . والفتوى على الاول ، لا ابتناء الايداع على الاخفاء ، ولانه لو لاه لا تمتنع هذه الوظيفة التي فيها ارفاق

(١) التهذيب ١٧٩/٧ ، الفقيه ١٩٤/٣ ، الكافي ٢٣٩/٥ .

ولومات المودع وكان الوارث جماعة دفعها اليهم أو الى من يرتضونه . ولو دفعها الى البعض ، ضمن حصص الباقيين .
وأما العارية : فهي الاذن في الانتفاع بالعين تبرعاً وليست لازمة لاحد المتعاقدين .

ويشترط في المعير كمال العقل وجواز التصرف .

ومعونة مع صعوبة الاشهاد غالباً . وهل يفتقر الى اليمين ؟ تقدم الخلاف .

قوله : ولو دفعها الى البعض ضمن - الى آخره

قال الشيخ في النهاية^(١) أو يعطى كل ذي حق حقه .

وهذا ليس بجيد على الاطلاق ، اذ ليس له القسمة .

واعترض له العلامة بأن مراده تسليمها اليهم مشاعاً . وليس بشيء ، والا لزم تداخل الاقسام ، لانه قال بهذه العبارة لم يسلمها الا الى جماعتهم أو واحد يتفقون عليه أو يعطى كل ذي حق حقه ، وإنما يصح لو كان وصياً أو نكاحاً أو الورثة صغار .

قوله : وليست لازمة لاحد المتعاقدين

هذا حكم كل عقد جائز ، غير أن هنا مسائل خرجت عن ذلك ، فبعضها

متفق عليه وهو الاعارة للدفن بعد الطم^(٢) والباقي وقع فيها نزاع .

(الاولى) قال الشيخ : اذا أعاره جداراً ليضع عليه خشبة وطرفه الاخر على

حائط المستعير لم يكن له بعد الوضع الازالة وان ضمن الارش ، لانه يؤدي الى

قلع جذعه من ملكه قهراً ، بخلاف الفرس لانه في ملك غيره .

(١) النهاية : ٤٣٨ .

(٢) قال في القواعد : لو رجع في الاعارة للدفن بعد وضع الميت في القبر قبل الطم

جاز .

وللمستعير الانتفاع بما جرت به العادة .
ولا يضمن التلف ولا النقصان لو اتفق بالانتفاع .
بل لا يضمن الا مع تفريط أو عدوان أو اشتراط ، الا أن تكون
العين ذهباً أو فضة فالضمان يلزم وإن لم يشترط .

(الثانية) قال أيضاً : لو أعاره أرضاً للزراعة لم يكن له الزامه بالقلع قبل
ادراكه له ، لأن له وقتاً ينتهي اليه ولودفع الأرض ، وتبعه ابن إدريس في
الحكمين معاً . وقال العلامة بجواز الرجوع كغيره من العواري وتخريب ملك
الغير مجبور بالأرض .

(الثالثة) قال ابن الجنيدي : لو أعار قراحاً^(١) للبناء أو الغرس مدة معلومة لم يكن
له اخراجه عن بنائه أو غرسه كرهاً قبل انقضاء المدة ، فإن فعل كان غاصباً عليه
ما على الغاصب ، وإن كانت الاعارة غير موقنة جاز ذلك مع الأرض . والمحكم
الثاني مسلم ، وأما الأول فممنوع ، لأن اشتراط المدة لا يخرج العارية عن حقيقتها
ويصيرها لازمة وضرراً للمستعير بتجبر بالأرض .

(الرابعة) الاعارة للرهن على الدين المؤجل بعد رهن المستعير وقبض
المرتهن لازمة قبل الحلول وليس للمعير المطالبة بالفك حينئذ : وقال الشيخ في
المبسوط له ذلك ، وتبعه العلامة في التذكرة .

قوله : ولا يضمن التلف ولا النقصان لو اتفق بالانتفاع ، بل لا يضمن
الامع تفريط أو عدوان أو اشتراط إلا أن تكون العين ذهباً أو فضة فالضمان
يلزم وإن لم يشترط

روى زرارة في الحسن عن الصادق عليه السلام قال : قلت العارية مضمونة

(١) القراح : المزرعة التي ليس فيها بناء ولا شجر والجمع اقراحة .

فقال: جميع ما استعرتَه فتوى فلا يلزمك [ما] . تواه ، الا الذهب والفضة فانهما يلزمان الا أن يشترط أنه متى ماتوى لم يلزمك تواه، وكذلك جميع ما استعرتَ فاشترط عليك لزمك ، والذهب والفضة لازم لك وان لم يشترط عليك^(١) .
إذا عرفت هذا فاعلم أن المشهور بين الاصحاب ما ذكره المصنف، وهو مفهوم من الرواية المذكورة وتفصيله بفوائد :

- (الاولى) الضمان بالتعدي والتفريط ، وهو اجماعي .
- (الثانية) ضمان الذهب والفضة مطلقاً الا أن يشترط عدمه .
- (الثالثة) الضمان مع الشرط ، وهو عام في الكل ويكون في النقدين تأكيداً .
- (الرابعة) عدم ضمان ماعدا النقدين مع الاطلاق .
- (الخامسة) التالف بالاستعمال غير مضمون مع الاطلاق وعدمه ، خلافاً للتقي فانه أوجب مع شرط الضمان ضمان التالف بالاستعمال والنقص . والفتوى على الاول ، لانه مأذون في اذها به .
- وفيه نظر ، لانا لانسلم أنه مأذون في اذها به ، لان شرط العين أن ينتفع بها مع بقائها، فلا يكون الاذها به مأذوناً فيه بل منهياً عنه، فيقوى حينئذ كلام التقي .
- (السادسة) هل حكم المصوغ حكم النقدين في الضمان مع الاطلاق أم لا ؟ وجهان: أحدهما الضمان لاطلاق النص، وثانيهما العدم لان العلة في ضمان النقدين ضعف منفعتهما مع بقاء عينهما فأشبه اعارتهما القرض فلذلك ضمنا ، بخلاف الحلبي فان الانتفاع به قوي وهو اللبس وما يضاهيه .

(السابعة) الحق ابن الجنييد الحيوان بالنقد في الضمان مع الاطلاق الامع اشتراط سقوطه ، لقوله عليه السلام : على اليد ما أخذت حتى تؤديه^(٢) . ورواية

(١) الكافي ٢٣٨/٥ ، التهذيب ١٨٣/٧ ، الاستبصار ١٢٦/٣ .

(٢) سنن ابن ماجه ٨٠٠/٢ ، سنن الترمذي ٥٩٦/٣ ، سنن ابى داود ٢٩٦/٣ .

ولو استعار من الغاصب مع العلم ضمن : وكذا لو كان جاهلاً
لكن يرجع على المعبر بما يغترم .

وكل ما يصح الانتفاع به مع بقائه تصح اعارته . ويقتصر
المستعير على ما يؤذن له .

ولو اختلفا في التفريط ، فالقول قول المستعير مع يمينه .

ولو اختلفا في الرد ، فالقول قول المعبر .

ولو اختلفا في القيمة فقولان ، أشبههما : قول الغارم مع يمينه .

وهب عن الصادق عليه السلام عن علي عليه السلام : من استعار عبداً مملوكاً
لقوم فغيب فهو ضامن ، ومن استعار حراً صغيراً فغيب فهو ضامن^(١) .

وأجيب عن الأول بأنها عامة وما رويناه عن زرارة خاص فيقدم ، وعن الثاني
بضعف وهب أولاً وبحملها على التفريط إن صححت ثانياً . هذا وقد ذكرنا العلة
في ضمان النقدين وليست حاصلة في الحيوان .

قوله : ولو اختلفا في التفريط فالقول قول المستعير مع يمينه

هذا قول الشيخ والتقي وابن حمزة والقاضي وابن ادریس ، لكونه منكراً
للتفريط فيكون عليه اليمين مع عدم اليقينة . وقال المفيد وسائر القول قول المالك
ولا وجه له .

قوله : ولو اختلفا في القيمة فقولان أشبههما قول الغارم مع يمينه

قال الشيخان والتقي والقاضي وابن حمزة القول قول المالك لأن امانة

(١) الكافي ٣/٥ ، التهذيب ٧/١٨٥ ، الاستبصار ٣/٢٢٥ .

ولو استعار ورهن من غير اذن المالك ، انتزع المالك العين
ويرجع المرتهن بماله على الراهن .

المستعير بطلت، وقال ابن ادریس القول قول المستعير لا لانه أمين بل لانه منكر
وغارم، واختاره العلامة والمصنف ، وعليه الفتوى .



مرکز تحقیقات کتاب و تیر علوم اسلامی

كتاب الاجارة

وهي تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم .
ويلازم من الطرفين وتنفسخ بالتقابل .
ولا تبطل بالبيع ولا بالعقد .

قوله : كتاب الاجارة

وهي تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم . قال الجوهري : آجرته الدار أكريتها
والعامة تقول واجرته .

وشرعاً ما قاله المصنف ، فالتمليك جنس وتقييده بالمنفعة يخرج البيع ،
وكونها بعوض يخرج السكنى فانها تمليك منفعة بغير عوض . ويستفيض بالجماعة
اذا كانت بالمنفعة ، كقوله « من رد عبيدي له خدمته مدة كذا » .

هذا التمليك لا بد له من ايجاب من المؤجر أو من قام مقامه كقوله « آجرتك
أو أكرتلك أو ملكتك سكنى الدار أو ركوب الدابة مدة كذا » ، وقبول من المستأجر
كقوله « قبلت » وشبهه .

قوله : ولا تبطل بالبيع ولا بالعقد

هنا فوائد :

(الاولى) لا كلام أنه لو آجر العين ثم باعها على غير المستأجر فانه لا تبطل الاجارة لسبقية حق المستأجر . ثم المشتري ان كان عالماً فلا خيار له والا كان له الخيار في فسخ البيع وامضائه والصبر حتى تنقضي مدة الاجارة .
(الثانية) لو باعها على المستأجر هل تبطل ويرجع المشتري بأجرة باقي المدة أم لا ؟ فيه احتمالان :

أحدهما : نعم للمنافاة بين البيع والاجارة ، اذ البيع وارد على محلها ، ضرورة تبعية المنفعة للعين المملوكة بالبيع ، ولا يمكن بقاء الاجارة والاجتماع على المعلول الشخصي علناً ، كما لا يمكن الجمع بين الملك الحادث والنكاح واختاره العلامة في الارشاد ، لان ملك الرقبة مقتض لحدوث المنفعة على ملكه بالتبعية ، واذا ملكت لم يبق عليها عقد اجارة فتبطل .

وثانيتهما : لا لان البيع وان اقتضى ملك المنفعة الا أنه هنا تخلف لمانع وهو سبق ملكها ، فكان كما لو باع على أجنبي . واختاره في القواعد اجراء للمنفعة مجرى الثمرة غير الموبرة^(١) المتقدم ملكها على ملك الاصل ، فانه لو لا التقدم لاقتضاها ملك الاصل . والتمثيل بالنكاح ثم الملك ، فان النكاح يزول بحدوث الملك غير تام ، فان مورد البيع وان كان هو الرقبة في الموضعين الا أنه في النكاح أقوى ، ولهذا يجوز للسيد حبس الامة المزوجة نهائياً وان قبض الصداق بخلاف الاجارة ومن ثم لو غصب البضغ بالزنا قهراً ووطئت بالشبهة كان المهر للسيد لا للزوج ، بخلاف غصب العين المستأجرة فان منفعتها وعوضها للمستأجر وهذا هو الاقوى .

(١) في الهامش : كما لو اشترى ثمرة سنتين بعد بدو صلاحها ثم باع المالك الاصل في السنة الثانية بعد ظهور الثمرة وبعد تأبيرها فانها تخلف هنا عن تبع الاصل لمانع وهو سبق ملك المشتري .

وهل تبطل بالموت . قال الشيخان : نعم وقال المرتضى : لا تبطل ، وهو أشبه .

(الثالثة) لو آجر العبد ثم أعتقه فهل يرجع على المولى بأجرة باقي المدة حكى في المبسوط قولين : أحدهما نعم لدخول المدة في ملكه فيضمنها له السيد للحيلولة ، وثانيهما لا لانتقال المنفعة إلى المستأجر وثبوت ملكه عليها وملك المؤجر على الأجرة ، ولأن السيد إنما ملكه نفسه مسلوب المنفعة ، فكان كما لو شرط عليه الخدمة . وهذا أقوى .

(الرابعة) نفقة العبد في باقي المدة ليس على المستأجر ، ولا يمكن العبد تحصيلها لاستفراق وقته في الخدمة ، فيحتمل حينئذ ثبوتها في ذمة السيد لاستيفائه عوض المنفعة وعدمه لزوال الملك حينئذ كونها في بيت المال .

قوله : وهل تبطل بالموت ، قال الشيخان نعم وقال المرتضى لا تبطل وهو أشبه

وافق الشيخين على البطلان مطلقاً بوثب أيهما كان سلا والفاضل وابن حمزة وهو مذهب أبي حنيفة .

واحتج الشيخ عليه في الخلاف^(١) بإجماع الفرقة وأحاديثهم ، وبأن المستأجر دخل على أن يستوفي المنفعة من ملك المؤجر فكيف يستوفي من ملك غيره . وأجيب عن الإجماع بعدم تحققه ، وعن الأحاديث بعدم الوقوف عليها ، وعن الثالث بمنع توقف استيفاء المنفعة على ملك الأصل والابطال للأجرة من الأصل ، أعني المستأجر الأول وإن لم يمت أحدهما ، واللازم باطل فكذا الملزوم . وحينئذ نقول : إن المستأجر قد استحق جملة المنافع في حياة المؤجر فلا يستحقها وارث المؤجر وإن استحق الأصل ، واستحقاق الأصل غير مانع

(١) راجع الخلاف ٢/٢٠٧ .

وكل ما تصح اعارته تصح اجارته .

من استحقاق المستأجر المنافع ، لما بيناه على أن ذلك لا يدل على البطلان مطلقاً .

ووافق المرتضى في عدم البطلان التقي وابن ادریس والمصنف والعلامة .
وهو الأقوى ، لاصالة بقاء ما كان على ما كان .
وهنا قولان آخران :

(الاول) نقل عن الشيخ في المبسوط البطلان بموت المستأجر دون موت المؤجر .

(الثاني) نقل القاضي عن المرتضى أنه سوى بينهما في ذلك ، بأن بين أن الوجه فيهما واحد . والظاهر أن المرد أنه سوى بين المؤجر والمستأجر في البطلان ، وحينئذ نسبة القول بالصحة مطلقاً إلى المرتضى - كما نقل ابن ادریس منظور فيه . نعم كلامه في الناصريات في المسألة الماثنتين يدل على عدم البطلان بموت المستأجر .

قوله : وكل ما تصح اعارته تصح اجارته

يريد به كل ما يصح الانتفاع به مع بقاءه تصح اعارته وتصح اجارته .
واطلاق هذه القاعدة لا يتم على مذهب كل من الشيخ وابن ادریس :
أما الاول - فلأنه منيع فسي المبسوط والخلاف اجارة حائط مزوق^(١) أو محكم للنظر اليه والتفرج والتعلم منه ، لأن المنع منه قبيح فاجارته قبيحة . وهذه العلة لا تسري في العارية ، وجوز ابن ادریس ذلك اذا كان الغرض التعلم ، كما

(١) ذوقته تزويقاً مثل زينته وحسنه .

يجوز اجارة كتاب فيه خط جيد للتعلم منه . ورجح العلامة^(١) قول الشيخ، لانها منفعة ليس للمالك منعها فلا يصح اجارتها كالاستغلال بالحائط ، وليس كذا الكتاب لان المستأجر يتصرف فيه بالقبض والتقليب بخلاف الحائط . وفيه نظر، لان تزويق الحائط انما يكون غالباً الى جهة ملك مالكة لا الى الدرب وشبهه ، فله منعه واجارته للغرض الذي قاله ابن ادریس .

وأما الثاني - أعني عدم تمامها على قول ابن ادریس^(٢) - فان الدراهم والدنانير تصح اعارتها عنده ولم تصح اجارتها ، على ما قواه أخيراً محتجاً بأنها عرفاً لا ينتفع بها الا باذهاب أعيانها ، وكذا لا يصح وقفها ولو صحت اجارتها لصح وقفها . نعم تصح اجارة المصاغ منها . وأيضاً لو كانت لها منفعة مقصودة شرعاً لالزم الغاصب لها بعوضها ، لكن لا يلزم اتفاقاً بل بأعيانها لا غير .

قال العلامة : هذا خطأ : أما أولاً فللمنع من الملازمة بين الوقف والاجارة فان الوقف تصح اجارته ولا يصح وقفه . وأما ثانياً فالمنع من عدم الزام الغاصب بالاجرة .

والتحقيق أن نقول : أن كان لها منفعة مقصودة حكمية صحت اجارتها والا فلا^(٣) . وفيه أيضاً نظر :

أما الاول - فان الملازمة صحيحة ضرورة ، فان المصحح لهما شيء واحد وهو جواز الانتفاع مع بقاء العين . وكون الوقف لا يصح وقفه مع صحة اجارته لا يقدح في الملازمة بل يشبهها ، لانه لو لم يصح وقفه لما كان وقفاً ، وانما لم يصح وقفه ثانياً لان الوقف الثاني ان تعلق بمين ما تعلق به الوقف الاول فهو تحصيل

(١) المختلف : الجزء الثالث ٨ .

(٢) السرائر : ٢٧٤ ، ٢٧٥ .

(٣) المختلف : الجزء الثالث ٧ .

الحاصل والا لكان نقضاً للوقف لا وقفاً. وأيضاً إنما لم يصح وقفه ثانياً لأن شرط الوقف وروده على عين مملوكة ملكاً تاماً والموقوف ليس كذلك ، بخلاف الاجارة فانه ليس من شرطها ملك العين كما تقدم. ومراد ابن ادريس بقوله «لوصح اجارتها لصح وقفها» العين من حيث هي هي لاهي مع قيد كونها موقوفة أو موجرة، فلا منافاة حينئذ بين قولنا العين بقيد كونها موقوفة لا يصح وقفها وبصح اجارتها وبين قولنا كل عين تصح اجارتها يصح وقفها ، لتغاير المحكوم عليه فيهما، كما لا منافاة بين قولنا الجسم بقيد كونه أسود لا يقبل السواد ويقبل الحركة وبين قولنا الجسم من حيث هو يقبل السواد والحركة .

وأما الثاني فللاجماع على عدم الزام الغاصب بالاجرة ، فمنعه مكابرة . ثم قوله «ان كان لها منفعة» الى آخره ، شك والشك بممزل عن التحقيق . ثم الذي يؤيد قول ابن ادريس أن الدراهم والدنانير منفعتهما الحكمية دورانهما أثماً للأعواز ، فكل ما ينافي ذلك يكون باطلا . ولما كان الوقف للتأيد والاجارة غير منحصرة في مدة فجاز طولها سنين كانا متنافيين ، ولذلك توعد على كنزهما وأمر باتفاقهما . وليس كذلك العارية ، لأنها عقد جائز لا لازم ، فلا يلزم من الاعارة الجنس المنافي للحكمة المذكورة .

فائدتان :

(الاولى) تصح اجارة المصوغ من النقدين ، لقوة الانتفاع باللبس وعدم وقوعهما أثماً غالباً . وكذا يصح وقفه لكن ان وقف حلي النساء على النساء وحلي الرجال على الرجال .

(الثانية) قال الشيخ بناء على صحة اجارة النقدين انه لو لم يعين جهة الانتفاع بهما بطلت الاجارة وكانا قرضاً ، لأن العادة في دنانير الغير ودراهمه أن لا ينتفع بها الا على جهة القرض ، فاذا أطلق الانتفاع رجع الى المعتاد .

واجارة المشاع جائزة . والعين أمانة لا يضمنها المستأجر ولا ما ينقص منها ، الا مع تعد أو تفريط ، وشرائطها خمسة :

قال ابن اذريس : لانسلم البطلان على تقدير صحة الاجارة ، لانه وان أطلق جهة الانتفاع فان قيد الاجارة يمنع من اذهاب العين .

قال العلامة اعتذاراً للشيخ : فانه عول في ذلك على العرف وقد ثبت في العرف الشرعي انصراف الاجارة الى الاعيان فيما الغالب فيه تنساولها دون المنافع . كاستيجار المرضعة والشاة للحلب وأجرة الحمام ، فكذا هنا لما كانت المنفعة المقصودة الانتفاع بأعيانها كانت الاجارة قاضية لجواز اتلافها ، وجينثد نصير قرضاً بالاتلاف .

وفي هذا الاعتذار نظر :

أما أولاً : فلانه على تقدير انصراف الاجارة فيما ذكره الى الاعيان لا يلزم مثله هنا ، لان انصراف الاجارة الى اللبن في المرضعة والماء في الحمام لعدم امكان الاستباحة بالبيع أو القرض لعدم الضبط ، أما هنا فلا ، اذ يمكن الاستباحة بالقرض أو البيع فلا ضرورة الى صرف الاجارة الى اتلاف العين .
على أنه قد قيل : ان الاجارة في المرضعة على وضع الثدي في الفم وفي الحمام على اللبث واللبن والماء تابعان .

وأما ثانياً : فلان الاجارة فيما ذكره ليس فيها اذهاب العين المعقود عليها بل استباحة العين ، بخلافه في محل النزاع .

قوله واجارة المشاع جائزة

لاصالة الجواز ، ويكون المستأجر شريكاً في المنفعة .

قوله : والعين امانة لا يضمنها المستأجر ولا ما ينقص منها الا مع تعد

أو تفريط

تنقيح هذا البحث بفوائد :

(الاولى) لاختلاف في عدم ضمان العين مدة الاجارة الامع التعدي أو التفريط
اما بعد انقضائها وتلفها في يد المستأجر بغير تعد ولا تفريط هل يضمن أم لا ؟
قال الشيخ في المبسوط نعم ، لانه زمان غير مأذون له في امساكها ، ومن أمسك
شيئاً بغير اذن مالكة وأمكنه الرد ولم يردده ضمنه . قال : ومن الناس من قال
لا يضمن .

وقال ابن ادریس : الاقوى عدم الضمان ولا يجب الرد الا مع مطالبة المالك
لانها امانة لا يجب ردها الا بعد المطالبة كالوديعة . قال وما ذكره الشيخ مغاير
بالرهن ، فانه لاختلاف في عدم ضمانه لو أدى الدين ولم يطالب الراهن به .
وتردد العلامة في المختلف ولم يرجح شيئاً .

والاقوى الضمان ، لان الامساك موقت فلا بد من استيناف اذن بعد الاستيفاء
أو الرد أو العرض على المالك مع امكان ذلك لاحتمال النسيان من المالك . اللهم
الامع علم المالك بذلك واهماله الطلب . وليس كذلك الوديعة والرهن ، لان
الامساك مأذون فيه مطلقاً من غير مانع ، ولهذا لومات المودع أو الراهن مع أداء
الدين ولم يعلم الوارث بالوديعة والرهن وجب الاعلام فوراً والاثبت الضمان .
(الثانية) لاختلاف في ضمان الصانع لو تلفت العين بخيائه بصنعه ، أما
لو تلفت في يده لامن قبله ففيه قولان : قال المرتضى والمفيد بالضمان الامع
اشتهار السبب كالحررق والغريق أو قيام البينة بأن التلف من غيره ، واحتجوا بقوله
صلى الله عليه وآله وسلم : على اليد ما أخذت حتى تؤدي^(١) ، ورواية مسمع
عن الصادق عليه السلام^(٢) .

(١) سنن أبي داود ٢٩٦/٣ ، ابن ماجه ٨٠٢/٢ ، سنن الترمذى ٥٦٦/٣ .

(٢) التهذيب ٢١٦/٧ ، الكافي ٢٤٤/٥ .

وقال الشيخ^(١) بعدمه، واختاره ابن ادريس والعلامة^(٢) لكونه أميناً، ولرواية
بكير بن حبيب عن الصادق عليه السلام: لا يضمن القصار الا ما جنت يده وان
انهته أحلفته^(٣) . ومثله رواية معاوية عنه عليه السلام^(٤) .

وأجاب العلامة عن حجة الاولين بأن قوله صلى الله عليه وآله وسلم « علي
اليده ما أخذت » مجمل ، لاحتمال أن يراد به يجب أو يستحب أو ينبغي ، وعلي
تقدير الوجوب فنقول به ، فان اليده يجب عليها رد ما أخذت مع وجوده ، والاحاديث
محمولة على التعدي والتفريط .

وفيه نظر ، لان « علي » ظاهره الوجوب ، كما يقال علي فلان مال وعليه
صلاة أو زكاة أو ضمان ، فلا يكون مجملاً . نعم هو عام مخصوص بمالم يكن فيه
استيمان من المالك والا لضمنت الوديعة ، وهو باطل .

(الثالثة) لاختلاف في الضمان مع التفريط أو التعدي ، وقد تقدم معناهما .
نعم شرط الضمان بالتفريط الانفراد عن يد المالك ولا يشترط ذلك مع التعدي ،
فلو تعدي وشارك المالك ضمن بقسطه ولو انفرد عن المالك اختص بالضمان .
وتفصيل هذه الجملة بصور :

« الاولى » لو نزل بالدابة في مسبة أو مهلكة مع موافقة المالك فلا ضمان
ولو كان لا مع موافقة فهو ضامن .

« الثانية » لو حمل على الدابة زائداً عن المشرط وباشر التحميل من دون
حضور المالك فتلفت ضمن قيمتها أجمع .

« الثالثة » لو كال الطعام المحمول وزاد في الكيل عن المشرط ولم يعلم

(١) راجع النهاية ٤٤٦ ، والقواعد الفصل الرابع من كتاب الاجارة في الضمان .

(٢) التهذيب ٢٢١/٧ ، الاستبصار ١٣٣/٣ ، وفيهما : بكير بن حبيب .

(٣) التهذيب ٢٢٠/٧ ، الاستبصار ١٣٢/٣ .

- (١) أن يكون المتعاقدان كاملين جائزى التصرف .
(٢) وأن تكون الاجرة معلومة ، كيسلا أو وزناً . وقيل تكفى
المشاهدة ولو كان مما يكال أو يوزن .

المالك وحمل المالك الحمل على الدابة بيده ضمن المستأجر الذى كال قسط
الزيادة .

(الرابعة) اختلف الفقهاء في تقدير قسط الزيادة في الصورة المذكورة: فقبل
النصف، لأن الدابة تلفت بسببين أحدهما مباح والآخر محرم ، ومثاله في الجنابة
مالو جرح واحد مائة جرح وأخر جرحاً واحداً فسرى الكل كان على كل واحد
نصف . وقيل بضمن بالنسبة ، لأن التلف مستند إلى الجملة ولا ترجيح باسناد
الضمان إلى واحد ، فلو ضمن الأقل مثل الأكثر أو بالعكس لزم تساوي الزائد
والناقص وهو محال فيسقط ضمان المأذون ويبقى الزائد ، فلو كان المستأجر له
مائة فزاد عشرة ضمن جزء من أحد عشر ، ولفرق بين المحمول والجراحات عدم
ضبط آثارها بخلاف المحمول .

(الخامسة) لو كانت الدابة لمالكين فاستأجرها الحمل مائة وزاد عشرة وحملها
المالكان، فإن كانت الدابة في يده وبد المالكين ضمن الثلث لأنه صاحب يد ثالث
وصار بالتعدي يده يد ضمان لما يده عليه والدابة إذا كانت في يد ثلاثة ففي يد كل
واحد ثلثها، فالمتأجر في يده ثلث فيضمن الثلث بالتعدي لأنه صير يده يد ضمان
فيما في يده وهو الثلث ، وإن لم يكن في يده شيء ضمن على أحد الاحتمالين
النصف وعلى الآخر جزء من أحد عشر .

قوله : وقيل تكفى المشاهدة ولو كان مما يكال أو يوزن
هذا قول الشيخ في المبسوط . والحق خلافه ، للزوم النحر المنهي عنه

وتملك الاجرة بنفس العقد معجلة مع الاطلاق أو اشتراط

التعجيل .

ويصح تأجيلها نجوماً ، أو الى أجل واحد .

والمشاهدة لاتدفعه .

ولما علم من عادة الشرع أن عقد المعاوضة على المكيل والموزون لا يصح

الابتداع اعتبارهما بالكيل أو الوزن ، ولأن الجهالة تؤدي الى النزاع والغبن .

قوله : وتملك الاجرة بنفس العقد معجلة مع الاطلاق أو اشتراط

التعجيل .

هنا مسألان :

(الاولى) ان الاجرة تملك بنفس العقد كما تملك المنفعة به ، وسيجيء

تقريره .

(الثانية) انه اذا ملكك بنفس العقد هل يجب تسليمها مع الطلب أم لا .

نقول : لا يخلو اما أن تقع الاجارة على عين كسكنى الدار أو ركوب الدابة أو

على عمل كخياطة يوم أو ثوب ، فان كان الاول يجب التسليم بتسليم العين ، فاذا

استوفى المستأجر المنفعة استقر ملك المالك على الاجرة ، وان كان على عمل

لا يجب التسليم الا بعد العمل .

وهل يشترط تسليمه ؟ قيل لا مطلقاً واختاره المصنف فسي الشرائع ، وقال

الشيخ في المبسوط ان كان الاجير في دار المستأجر ويعمل بين يديه لا يشترط لانه

في تسليمه ، وان كان في بيت الاجير اشترط تسليمه . وقيل يشترط ، وهو الاقوى :

لانه عقد معاوضة كالبيع ، وكما لا يجب تسليم أحند العوضين فيه قبل تسليم

الاخر فكذا هنا .

ولو استأجر من يحمل له متاعاً الى موضع في وقت معين بأجرة معينة ، فإن لم يفعل ، نقص من أجرته شيئاً معيناً صح ، مالم يحط بالأجرة .

وتظهر فائدة الخلاف فيما لو تلف العمل قبل التسليم ، فإنه كتلف المبيع فإن شرطنا تسليمه فلاأجرة .

قوله : ولو استأجر من يحمل له متاعاً الى موضع في وقت معين بأجرة معينة فإن لم يفعل نقص من أجره شيئاً معيناً صح مالم يحط بالأجرة

هذه المسألة ذكرها الشيخ في الخلاف وابن الجنيّد والقاضي واختارها المصنف والعلامة، ومستندهم رواية محمد الحلبي موثقاً عن الباقر عليه السلام^(١) . وفي معناها رواية محمد بن مسلم أيضاً عنه عليه السلام^(٢) ، ويؤيده قوله صلى الله عليه وآله وسلم : المؤمنون عند شروطهم^(٣) .

ومنع ابن ادريس ذلك وقال: العقد صحيح والشرط باطل لانه غير شرعي ولم يدل عليه كتاب ولا سنة متواترة ولا اجماع ، بل لم يورده غير الشيخ في النهاية .

وكلامه ضعيف: أما أولاً فلما ذكرنا من الدلالة، وأما ثانياً فلانسلم أنه شرط باطل وانما الباطل ما يخالف الكتاب والسنة وهذا لا يخالفهما ، وأما ثالثاً فلانه لو بطل لا بطل العقد أيضاً لان بطلان الشرط يقتضي بطلان المشروط عقلاً واللازم باطل باعترافه فكذا الملزوم، وأما رابعاً فلانه ليس الشرط الباطل مالا يدل عليه

(١) التهذيب ٢١٤/٧ ، الفقيه ١٦٢/٣ ، الكافي ٢٩٠/٥ .

(٢) التهذيب ٢١٤/٧ ، الكافي ٢٩٠/٥ ، الفقيه ٢١/٣ .

(٣) التهذيب ٢٢/٧ ، الكافي ١٨٧/٦ ، أخرجه في الفقيه «روضة المتقين» ١٨/١٣ .

وفيه المسلمون .

كتاب ولاسنة بيل الذي يدل الكتاب والسنة على بطلانه ، لان الاصل الجواز
ولادلالة للكتاب والسنة على بطلانه بل على صحته كما ذكرناه .
ويتفرع على المسألة فرعان :

(الاول) لو قال ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته في الغد فلك نصف
درهم .

(الثاني) لو قال ان خطته رومياً وهو ما يكون بدرزين فلك درهمان وان خطته
فارسياً وهو الذي يكون بدرز واحد فلك درهم ، فمنع ابن ادريس ذلك وحكم
ببطلان العقد في الصورتين ، واختاره العلامة في المختلف^(١) محتجاً بأنه عقد
واحد واختلف فيه العوض بالتقديم والتأخير فلا يصح ، كما لو قال بعثك بدرهمين
نقداً وبدرهم نسيئة ، وبأنه مجهول فلا يصح .

وفرق بين صورة النقل وصورة النزاع ، لان الاولى اوجب عليه أن يوافي
به في يوم بعينه وشرط ان لم يفعل ينقص من أجره شيئاً ، وصورة النزاع لم
يوجب عليه شيئاً معيناً فتطرق الجهالة اليه ، بخلاف الاول .

وأما الشيخ فلم يفرق في الخلاف بين الجميع في الصحة ، وقال في المبسوط
ان خاط في اليوم الاول فله الدرهم وان خاطه في الغد فله أجره المثل وهو ما
بين الدرهم والنصف ولا ينقص عن النصف ولا يبلغ الدرهم . وهو مذهب
أبي حنيفة .

قال ابن ادريس : ولو قلنا بصحة ذلك جمالة أمكن . ورده العلامة بأن الجمالة
يشترط فيها تعيين الجعل أيضاً فيبطل .

قال الشهيد : ويشكل بأن الجعل معلوم على كل واحد من التقديرين غاية
الجهل بوقوع أحد العاملين تعييناً ، وذلك لا يخرج الجمالة عن الصحة ، فان

(١) راجع المختلف ٨/٢ .

(٣) وأن تكون المنفعة مملوكة للمؤجر أو لمن يؤجر عنه .
وللمستأجر أن يؤجر إلا أن يشترط عليه استيفاء المنفعة بنفسه .

مناطها الجهالة في العمل .

والاجود ما قاله الشيخ في الخلاف ، لعدم الفرق بين صورة الوفاق والنزاع
الا في شيء لا مدخل له في البطلان ، لان قوله ان خطئه غداً فلك نصف في
معنى ان لم تخطه اليوم ينقص من أجرتك نصفها ، الا أنه عين ظرف هذا الشرط
والتعين لا يقتضي البطلان .

وما ذكره العلامة من الفرق ضعيف ، لان قوله « وصورة النزاع لم يوجب
شيئاً معيناً » ممنوع ، بل عينه بالنسبة الى اليوم وحده وكذا بالنسبة الى الغد
وفوض الاختيار الى الخياط كما فوضه الى المؤجر في الصورة المنعوصة ،
وحمل هذه الصورة على صورة البيع قياس أصله فيه خلاف .

قوله : وللمستأجر أن يؤجر إلا أن يشترط عليه استيفاء المنفعة بنفسه
أما الثاني فاتفقي ، وأما الاول فإن أجر بمثل ما استأجر جنساً وقدراً صح
أيضاً اتفاقاً ، وكذا لو خالف وعمل في العين زائداً . أما لو خالف مع عدم الاحداث
فخلاف منه الثلاثة والتقي وابن الجنيّد وسلار والصدوق في المقنع والقاضي
في المهذب ، وجوزه المفيد وابن ادريس على كراهية ، واختار المصنف في
الشرائع الاول^(١) لكنه خصصه بالمسكن والخان والاجير ، والعلامة^(٢) اختار
الثاني .

(١) الشرائع ١٣٨/١ قال : ولا يجوز أن يؤجر المسكن ولا الخان ولا الاجير بأكثر
مما استأجره الا ان يؤجر بغير جنس الاجرة او يحدث ما يقابل التفاوت .
(٢) راجع المختلف ٣/٢ .

وهو الحق ، لأن المستأجر ملك المنفعة فله أن يؤجرها كيف شاء ، لعموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم : الناس مسطون على أموالهم^(١) ، ولرواية أبي المغرا في الحسن عن الصادق عليه السلام^(٢) ومثله رواية أبي الربيع الشامي عنه عليه السلام^(٣) أيضاً وغيرهما من الروايات .

واحتج المانع بأنه ربا ، وبرواية اسماعيل بن الفضل الهاشمي عن الصادق عليه السلام^(٤) ، ورواية الحلبي عنه عليه السلام^(٥) أيضاً .

والجواب عن الاول بمنع لزوم الربا ، اذ محله بيع أحد المقدرين المتساويين جنساً بالانحر . وعن الثاني بالحمل على الكراهية ، لما رواه أبو بصير قال : قال الصادق عليه السلام : اني لا كره أن استأجر رحي وحدها ثم أؤجرها بأكثر مما استأجرتها به الا ان يحدث فيها حدثاً أو تغرم فيها غرامة^(٦) .
وهنا فوائد :

(الاولى) جوز الشيخ رحمه الله أن يؤجر بعضها بأكثر من مال الاجارة ويتصرف هو في الباقي بجزء من ذلك وان قل ، لرواية محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام : الرجل يستكري بمائة دينار فيكري بقيتها بخمسة وتسعين ديناراً ويعمر هو بقيتها . قال : لا بأس^(٧) .

(١) البهار ٢/٢٧٢ .

(٢) الكافي ٥/٢٧٢ ، التهذيب ٧/٢٠٣ ، الاستبصار ٣/١٢٩ ، الوسائل ١٣/٢٦٠ .

(٣) الكافي ٥/٢٧١ ، التهذيب ٧/٢٠٣ ، الاستبصار ٣/١٢٩ ، الفقيه ٣/١٥٧ ،

الوسائل ١٣/٢٥٩ .

(٤) التهذيب ٧/٢٠٣ ، الكافي ٥/٢٧٢ ، الفقيه ٣/١٥٧ ، الاستبصار ٣/١٢٩ و ١٣٠ .

(٥) التهذيب ٧/٢٠٤ ، الكافي ٥/٢٧٣ .

(٦) الكافي ٥/٢٧٣ ، التهذيب ٧/٢٠٤ .

(٧) التهذيب ٧/٢٠٥ ، الاستبصار ٣/١٣١ فيه : فيكري نصفها . وليس « هو » في

الاول .

(٤) وأن تكون المنفعة مقدرة بنفسها كخياطة الثوب المعين ،
أو بالمدة المعينة كسكنى الدار .

(الثانية) قيل انما اقتصر المصنف في الشرائع على المسكن والخان والاجير
لدلالة الروايات عليها دون غيرها .

وفيه نظر ، لاني لم أجد المنع صريحاً الا في الاجير والخان ، فان رواية
ابى المغيرة وابى الربيع عن الصادق عليه السلام: ان فضل الاجير والحانوت
حرام . هذا مع أنه ورد المنع في الارض الامع الحدث في رواية اسماعيل
ابن الفضل .

(الثالثة) اذا قيل بالتحريم فمن قال النهي في المعاملة يفيد الفساد كان العقد
فاسداً ، ومن قال بعدمه - وهو الحق - كان صحيحاً . ويحتمل الفساد ، لتعلق
النهي بجزء المعاوضة . أما مع القول بالكراهية فالعقد صحيح قطعاً .
قوله : وان تكون المنفعة مقدرة في نفسها كخياطة الثوب المعين
او بالمدة المعينة كسكنى الدار ،

لاخلاف في صحة تقديرها بالعمل المعين خاصة من غير زمان أو بالزمان
المعين خاصة من غير تقدير العمل فيه ، واختلف في تقديرها بهما كخياطة الثوب
المعين في اليوم المعين ، فقال الشيخ وابن ادريس بالبطالان لان استيفاء العمل
في المدة قد لا يتفق ، وقيل يصح لامكانه .

والحق الاول ، للزوم الغرر ، اذ يجوز أن يوقع ذلك العمل في بعض المدة ،
فيبقى الزمان خالياً عن العمل ، فيدخل الضرر على المستاجر ، أو لا يتمكن من
عمله في تلك المدة فيحتاج الى صرف مدة أخرى ، فيدخل الضرر على الاجير
فاذا لا يخلو من غرر على أحدهما .

وهنا مسائل :

(الاولى) ان اطلاق عقد الاجارة هل يقتضى الاتصال الزماني، مثل أن يقول « آجرتك هذه الدار شهراً بأجرة كذا» هل يقتضي أن يكون أوله متصلاً بالعقد فيصح العقد حينئذ أولاً يقتضى ذلك فيكون شهراً مجهولاً فيبطل العقد ؟

كلام الشيخ في المبسوط والخلاف^(١) متردد بينهما ، فانه قال فيهما ببطلان العقد في هذه الصورة، وانما يبطل على تقدير عدم تعيين الشهر وانما لم يتعين اذا لم يكن العقد مقتضياً للاتصال .

وقال في موضع آخر اذا آجره داراً شهراً مستقبلاً ولم يدخل بعد لم يصح، وانما لم يصح لاقتضاء العقد الاتصال ، فيكون قد شرط ما ينافي مقتضى العقد فيبطل فجاء التردد في كلامه والتناقض .

وحكم القاضي وابن ادریس بعدم الاقتضاء وصحة العقد في الصورة الثانية ، واختاره العلامة واحتج بأن شرط الاتصال يقتضي عدمه فيكون باطلاً :

أما الاول فلان كل واحد من الازمنة التي يشتمل عليها مدة الاجارة معقود عليها وليست متصلة بالعقد ، فاتصال الجزء الاول منها يقتضي عدم اتصال الاخير به . وفيه نظر ، لان الزمان عرفاً غير قار الذات يستحيل اجتماع أجزائه دفعة واحدة كالحركة ، والاجزاء التي لم تنصل بالعقد اتصلت بالجزء المتصل به ، فتكون متصلة أيضاً ، اذ المسراد بالاتصال هو عدم تداخل زمان لا يتناوله العقد لامطلق الزمان .

والثقي حكم بوجوب الاتصال الزماني في سائر العقود .

(١) الخلاف ٢ / ٢٠٩ قال: اذا قال آجرتك هذه الدار شهراً ولم يقل من هذا الوقت واطلق فانه لا يجوز ، وكذلك اذا آجره الدار في شهر مستقبل بعد ما دخل فانه لا يجوز . وقال : دليلنا ان عقد الاجارة حكم شرعي ولا يثبت الا بدلالة شرعية وليس على ثبوت ما قاله دليل فوجب ان لا يكون صحيحاً .

وتملك المنفعة بالعقد .

ويمكن أن يحتج له بأن العقود كلها انشاءات والانشاءات علل الاحكام والعلل تقتضي الاتصال الزماني ، ولذلك قالوا ان اطلاق عقد البيع يقتضي تسليم العوضين في الحال ولوقيد بزمان مستقبل فيهما بطل .

(الثانية) قال الشيخ : اذا استأجر سنة رجع الى الهلالية ، فان وافق أول الهلال كانت السنة كلها أهلة ، وان لم يوافق ذلك أول الهلال عد الباقي من ذلك الشهر وكان ما عداه بالاهلة ثم يكمل ذلك الشهر الأول من الاخير ثلاثين يوماً ، وان قلنا انه يكمل بقدر ماضى من ذلك الشهر كان قوياً .

وهو يدل على تردد ، والاجود هنا وفي السلف الاول مع احتمال كون الاشهر كلها بالعدد .

(الثالثة) قال الشيخان اذا قال «آجرتك كل شهر بكذا»^(١) ولم يعين صبح في شهر وبطل في الزائد ولزم فيه أجرة المثل ، وقال ابن ادريس يبطل في الكل ويلزم أجرة المثل .

وهو الحق ، لانه كلما انتفى شرط الصحة انتفت الصحة لكن المقدم حق فالتالي مثله والملازمة ظاهرة ، وأما حقيقة المقدم فلان العلم بقدر المنفعة شرط في العقد اجماعاً ، وهي انما تعلم هنا بالمدة وهي مجهولة فتجهلت المنفعة . ولا يلزم من مقابلة كل جزء من أجزاء المدة المجهولة بعوض معلوم صيرورة المدة معلومة .

قوله : وتملك المنفعة بالعقد

(١) قال في النهاية ٤٤٤ : ومتى استأجر الانسان داراً او مسكناً مشاهرة بأن يقول : كل شهر بكذا وكذا لم تنعقد الاجارة الا على شهر واحد وكان ما زاد عليه يلزمه فيه اجرة المثل . وقال في الخلاف ٢ / ٢٠٧ : اذا قال : آجرتك هذه الدار كل شهر بكذا كانت اجارة صحيحة .

واذا مضت مدة يمكن استيفاء المنفعة والعين في يد المستأجر
استقرت الاجرة ولولم ينتفع .

واذا عين جهة الانتفاع لم يتعدها المستأجر ويضمن مع التعدي.

لا يقال : المنفعة معدومة ، ولا شيء من المعدوم يتعلق به الملك ، فلا شيء
من المنفعة يتعلق به الملك ، أما الصغرى فظاهرة ، اذ المعقود عليه هو المنافع
المستقبلية . وأما الكبرى فلان الملك نسبة بين مالك ومملوك يتوقف ثبوته على
ثبوت المنتسبين .

لانا نقول: الجواب موقوف على تقرير مقدمة، وهي ان الموجود المركب
على قسمين : أحدهما موجود توجد أجزاؤه دفعة واحدة كالجسم ، وثانيهما
موجود توجد أجزاؤه شيئاً فشيئاً كالزمان وما توجد فيه من الحركة . ويسمى
الاول دفعي الوجود ، والثاني تدريجي الوجود ، والمنافع من القسم الثاني ،
وهي وان كانت معدومة في الحال الا أن لها قسطاً من الوجود في الجملة وليست
معدومة على الاطلاق . والشارع اعتبر هذا النحو من الموجود وجعل حكمه
حكم الموجود الاول في اجراء الاحكام عليه اذا وجد جزء منه لا مطلقاً ، واسم
يعتبر وجوده بجميع اجزائه لاستحالاته ، وذلك كما في الوصية بالمنفعة ، فانها
حين الوصية ليست موجودة بجميع اجزائها بل تتجدد شيئاً فشيئاً .

وحينئذ نقول : قوله « المنفعة معدومة » ان أراد بها ما كان معدوماً بجميع
أجزائه فممنوع ، وان أراد ببعض أجزائه فمسلم ، وقوله في الكبرى « ولا شيء
من المعدوم » يتعلق به الملك ، وان أراد به الاول فمسلم ، وان أراد الثاني فممنوع
وسند المنع ما ذكرناه من اعتبار الشارع ما هذا شأنه .

ولو تلفت العين قبل القبض أو امتنع المؤجر من التسليم مدة
الاجارة بطلت الاجارة . ولو منعه الظالم بعد القبض لم تبطل وكان
الدرك على الظالم .

إذا عرفت هذا فكل من قال بملكية المنفعة بالعقد قال بملكية الاجرة به
دفعة ، لان الاجارة عقد معاوضة مالية محضة ، وكل عقد معاوضة مالية إنما يملك
للموضان فيها معاً ولا يتقدم ملك أحدهما على الآخر وهو حكم اجماعي . ومن
قال بعدم ملكها - وهو ابو حنيفة - بل يملكها تدريجاً قال ان الاجرة كذلك لا
يملكها المؤجر الا تدريجاً بحسب استيفاء المستأجر للمنفعة . والحق الاول
لما عرفت .

**قوله : ولو تلفت العين قبل القبض أو امتنع المؤجر من التسليم مدة
الاجارة بطلت الاجارة**

إذا تعلقت الاجارة بالعين ثم تلفت قبل القبض فلا خلاف في بطلانها والرجوع
على المؤجر بالاجرة مع الاقباض ، أما مع المنع فإن كان قبل القبض فللمستأجر
الخيار في الفسخ والالزام بالتسليم ، وإن كان بعده فالمانع غاصب يلزمه ما
يلزم الغاصب .

وعبارة المصنف تدل على البطلان مع المنع . وليس بشيء ، لانه ملك
بالعقد فله الالزام بالتسليم وله الخيار لتضرره بالمنع .

نعم قال القاضي : لو منعه بعض المدة ثم سلم فسي الباقي فليس للمستأجر
الامتناع من قبضها باقي المدة . وليس بشيء أيضاً ، بل له خيار الفسخ لتبعض
الصفة .

ولو انهدم المسكن تخير المستأجر في الفسخ وله التزام المالك
باصلاحه .

ولا يسقط مال الاجارة لو كان الهدم بفعل المستأجر .
(٥) وأن تكون المنفعة مباحة .

فلو آجره ليحمل الخمر وليعلمه الغناء لم تنعقد .

ولا تصح اجارة الابق .

ولا يضمن صاحب الحمام الثياب الا أن يودع فيفرط .

قوله: ولو انهدم المسكن [اوعاب] تخير المستأجر في الفسخ وله التزام
المالك باصلاحه

وكذا لو انهدم بعضه مما يفوت به الانتفاع، أما لو استأجر دارين صفقة فانهدم
احدهما أو داراً وعبداً صفقة فمات العبد أو انهدمت الدار ، فقال القاضي كان
الباقى لازماً له بحصة . وليس بشيء بل له الفسخ لتبعض الصفقة وله الالتزام
بالحصة .

قوله : ولا يسقط مال الاجارة لو كان الهدم بفعل المستأجر

هذا اذا كان على جهة الانتفاع فاتفق الهدم، أما لو كان تعدياً فان المستأجر
ضامن ويتقاصان .

قوله : ولا تصح اجارة الابق

لعدم القدرة على التسليم ، وهل تصح مع الضميمة كالبيع ؟ نظرم من عدم
التنصيب ومن جوازه في نقل المعين الذي هو أقوى ، ففي المنافع أولى
بالجواز .

قوله : ولا يضمن صاحب الحمام الثياب الا ان يودع فيفرط

ولو تنازعا في الاستيجار فالقول قول المنكر مع يمينه .
ولو اختلفا في رد العين فالقول قول المالك مع يمينه . وكذا
لو كان في قدر الشيء المستأجر .
ولو اختلفا في قدر الاجرة فالقول قول المستأجر مع يمينه .
وكذا لو ادعى عليه التفريط .

هذا اشارة الى مذهب بعض العامة اظنه مالكا ، وهو أن صاحب الحمام يضمن
التياب مطلقاً فرط أولاً . وهو باطل ، لاصالة البراءة وعموم ثبوت السبب .

قوله : ولو تنازعا في الاستيجار فالقول قول المنكر مع يمينه

أما ان يكون هذا التنازع قبل استيفاء المنفعة فيحلف المنكر ولا شيء في
البين ، أو بعد استيفاء المنفعة فيحلف أيضاً ويثبت على المستوفي أقل الامرين
من أجرة المثل وما ادعاه المؤجر ان كان هو المدعي ، واكثر الامرين من أجرة
المثل وما ادعاه المستأجر ان كان هو المدعي .

قوله : ولو اختلفا في قدر الاجرة فالقول قول المستأجر مع يمينه
هنا أقوال :

(الاول) قول الشيخ في الخلاف تستعمل القرعة فمن خرج اسمه حلف
وحكم له .

(الثاني) قوله في المبسوط ان كان الاختلاف قبل مضي المدة تحالفا وان
كان بعدها في يد المكتري لم يتحالفا وكان القول قول المكتري ، كما في البيع
القول قول المشتري اذا كانت السلعة تالفة . ونقل هذا القول عن قوم ، وقال هو
الذي يقتضيه مذهبنا ، وهو مذهب ابن الجنييد .

(الثالث) قول القاضي ان لم تكن بيعة تحالفا ، فان نكل أحدهما عن اليمين

وتثبت أجره المثل في كل موضع تبطل فيه الاجارة .

ولو تعدى بالدابة المسافة المشترطة ضمن ، ولزمه في الزائد

أجرة المثل .

كان القول قول الآخر مع يمينه ، فان حلفا جميعاً أو نكلاً جميعاً انفسخ العقد في المستقبل وكان القول قول المالك مع يمينه في الماضي ، فان لم يحلف كان له أجره المثل .

(الرابع) ما قاله ابن ادریس واختاره المصنف والعلامة ، سواء كان قبل المدة أو بعدها . ولا وجه للفرقة ، لانه لا اشكال هنا ، لانهما اتفقا على الاجارة وعلى مطلق الاجرة ، وانما اختلفا في قدر الاجرة والمؤجر يدعي زيادة ينكرها المستأجر ، فيكون على المدعي البينة فان عجز حلف المستأجر وبرىء من تلك الزيادة . هذا كله اذا لم تكن بينة لاحدهما ، فلو كانت لاحدهما حكم بها مطلقاً . ولو أقام كل منهما بينة فاحتمالات : « ١ » تقديم قول المدعي ، لان القول قول المنكر فلا حكم لبينه . « ٢ » التحالف ، لان كلامهما مدع باعتبار ومنكر باعتبار . « ٣ » الفرقة ، لان الاشكال حاصل مع البينة .

قوله : ولو تعدى بالدابة المسافة المشترطة ضمن ولزمه في الزائد
أجرة المثل

ان لم تلف الدابة ولم تنقص لزمه أجره المثل في الزائد مع المسمى ، وان تلفت أو نقصت قال القاضي يلزم مع التلف القيمة لا غير ومع النقص اما الاجرة أوقية الناقص .

والحق خلافه ، بل يلزمه القيمة للنقص والاجرة مأمأ ، لاصابة عدم التداحل

وان اختلفا فى قيمة الدابة أو أرش نقصها فالقول قول الغارم .
وفى رواية ، القول قول المالك .
ويستحب أن يقاطع من يستعمله على الاجرة ويجب ايفاؤه عند
فراغه .

ولا يعمل أجير الخاص لغير المستأجر .

ولأن كلامهما يثبت بسبب النقص بالجنابة^(١) والاجرة باستيفاء المنفعة .
قوله : ولواختلفا فى قيمة الدابة اوارش نقصانها فالقول قول الغارم
وفى رواية القول قول المالك

ما أفتى به قول ابن ادريس، لان المستأجر غارم ومنكر لزيادة يدعيها المالك
وأما الرواية فهي ما رواه احمد بن محمد عن ابن محبوب عن ابي ولاد عن
الصادق عليه السلام قال: اما أن يحلف هو - أي صاحبها - على القيمة فيلزمك
فان رد اليمين عليك حلفت على القيمة ولزمه ذلك ، أو يأتي صاحب البغل
ببينة^(٢) .

وعمل الشيخ عليها فى النهاية^(٣) فى الدابة، وقال: والحكم فيما سوى الدابة
مما يقع فيه الخلاف كون البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه. والحق
الاول .

قوله : ولا يعمل الاجير الخاص لغير المستأجر

الاجير قسمان: خاص وهو الذي يستأجر مدة معينة بالزمان لاي عمل تصح

(١) فى بعض النسخ : بالخيانة .

(٢) الكافي ٥ / ٢٩٠ ، التهذيب ٧ / ٢١٥ ، الاستبصار ٣ / ١٣٤ .

(٣) النهاية : ٤٤٦ .

الاجارة عليه ، ومشارك وهو الذي يستأجر لعمل معين مطلق أو لزمان مطلق مضبوط .

إذا عرفت هذا فالحر له ذمة تتعلق بها الحقوق اجماعاً وليس له رقة تتعلق بها الحقوق اجماعاً الا في الفصا ص ، وهل له منافع يستحقها الغير بالعقد أم لا قولان ، قيل لا ولا لساوى العبد في تملك منفعه ، وقيل نعم لصحة المعاوضة عليها .

وتظهر فائدة الخلاف في الاجير الخاص كما قلناه ، ان قلنا بتملك منفعه فتملك الاجارة كذلك ، وان قلنا لا تملك منفعه يكون ذلك العمل مستحقاً في ذمته . وعلى التقديرين يكون عمله لغير المستأجر في ذلك الزمان حراماً ، لاستلزامه إسقاط حق مضيق يجب اداؤه لمستحقه .

ويترتب على ذلك أنه لو آجر الاجير الخاص نفسه في ذلك اليوم لغير المستأجر فهنا حكمان :

« ١ » ان قلنا بتملك منفعه كان المستأجر الاول مخيراً بين ان يأخذ المسمى الثاني من المستأجر الثاني وبين ان يأخذ أجره مثل ذلك العمل ولوزاد على أجره الاولى ، وان قلنا انه حق ثابت في ذمته كانت الاجرة الثانية للاجير ويضمن للمستأجر الاول قسط ذلك الزمان - أي أجره مثله .

« ٢ » ان قلنا بتملك منفعه تخير المستأجر الاول في الرجوع بقيمة تلك المنافع على أيهما شاء من الاجير والمستأجر الثاني لكون ذلك غصباً ، وان قلنا انه حق ثابت في الذمة فليس له مطالبة المستأجر الثاني بشيء بل مطالبة الاجير خاصة .

وأما الاجير المشترك فيصح عمله لغير المستأجر وله أجره عمله من غير تعلق للمستأجر الاول بها .

(فائدة) العبد له منافع تتعلق بها الحقوق اجماعاً ، وكذا له رقبة تتعلق بها الجنايات اجماعاً ، وليس له ذمة بالنسبة الى مولاه اجماعاً . وهل له ذمة بالنسبة الى غير مولاه ؟ قيل لا بل عند الائلاف يستحق المستحق أن يستحق عليه عند حرته ، وليس له مال على القول الاصح من عدم تملكه حتى تتعلق به الحقوق وعلى القول بتملكه تتعلق الحقوق بأمواله .



مركز تحقیق کتاب و ترویج علوم اسلامی

كتاب الوكالة

وهي تستدعى فصولا :

(الاول) الوكالة ، عبارة عن الايجاب والقبول الدالين على الاستئابة في التصرف .

قوله : كتاب الوكالة

يقال وكلته نوكيلا ، والاسم الوكالة بفتح الواو وكسرهما . والوكيل القائم بالوكالة . ويقال له الجريء أيضاً .

والتوكيل اظهار العجز والاعتماد على غيرك ، والاسم التكلان^(١) .

قوله : الوكالة عبارة عن الايجاب والقبول الدالين على الاستئابة في التصرف

(١) والتكلان بضم التاء المبدلة من الواو . فان اصل اتكلت او تكلت قلبت الواو ياء لانكسار ما قبلها ثم ابدلت منها التاء فأدغمت في تاء الافتعال، ثم بنيت على هذا الادغام اسما من المثال، وان لم تكن فيها هذه الطة توهماً ان التاء اصلية ، لان هذا الادغام لا يجوز اظهاره في حال ، فمن تلك الاسماء الثكلة والتكلان والتخمة والتهمة والثجأة والترات والتقوى ، واذا صغرت قلت تكيلة وتخيمة ولا تبد الواو لان هذه الحروف ألزمت البدل فبقيت في التصغير والجمع .

في هذا التعريف نظرم من وجوه :

(الاول) ان كان الو كالة لغة صفة قائمة بالو وكيل والاستنابة صفة قائمة بالموكل فالمقصود بالتعريف : اما المفهوم اللغوي فهو صفة قائمة بالو وكيل كما عرفت ، فلا يجوز تعريفها بالاستنابة التي هي صفة قائمة بالموكل لثبائنها أو العقد الشرعي وذلك هو التوكيل والتوكيل هو الاستنابة ، فيبقى تقدير الكلام التوكيل هو الايجاب والقبول الدالين على التوكيل ، فيكون تعريفاً للشيء بنفسه . اللهم الا أن نعني بالايجاب والقبول لفظهما وبلاستنابة معناها فلا يفسد .

(الثاني) ان الو كالة كما تكون في الافعال كذا تكون في الاقوال ، وكثير من الاقوال لا يطلق عليه التصرف عرفاً حقيقة بل مجازاً ، والتعريفات تصان عن ذلك . (الثالث) ان التصرف أعم من الصحيح وهو ظاهر والفاسد كالغصب وشراء الخمر والعقود الفاسدة . والمقصود هو الاول ، فيكون تعريفاً غير مانع . والاجود في تعريفها أنها عقد يفيد نيابة الغير في شيء للمستنيب أن يتولاه بنفسه وبغيره . فالشيء يعم الاقوال والافعال ، وتقييده بماله ان يتولاه يخرج الفاسد من الاقوال والافعال . وقولنا « وبغيره » احتراز عما ليس له أن يتولاه بغيره كالواجبات العينية والنذور والايمان وغير ذلك . وهنا فوائد :

(الاولى) الايجاب هنا « وكلتك » أو « استنبتك » أو الاستيجاب كقوله « وكلتني » فيقول نعم ، أو أمره بالمبيع أو الشراء والقبول : اما لفظاً كقوله « قبلت » وشبهه أو فعلاً كإيقاع ما وكل فيه .

(الثانية) لا يشترط في القبول الفورية ، فيجوز تأخره ، فان الغائب يوكل والقبول يتأخر .

(الثالثة) لا يشترط وقوعهما باللفظ العربي وكذا سائر العقود الجائزة . نعم

ولا حكم لو كالة المتبرع .

ومن شرطها أن تقع منجزة . فلا يصح معلقة على شرط ولا صفة .

لو شهد الشاهدان بانشاءهما اشترط اتفاقهما على صيغة واحدة ، أما لو شهدا بالاقرار فلا يشترط . وكذا يشترط في الانشاء اتحاد الزمان لافي الاقرار .

قوله : ولا حكم لو كالة المتبرع

قيل معناه أن الوكالة عبارة عن الاستنابة ، وهي ثلاثة جعل وأجرة وتبرع وحكمها أنه اذا فعل ما استتيب فيه استحق الجعل معه والأجرة مع عدمه مالم يكن قد تبرع فانه لا شيء له .

وفيه اشارة الى أن الاستنابة تقتضي استحقاق أجرة على العمل ، لانه عمل محلل من مسلم محترم باذن الموكل .

ويحتمل أن الوكالة بمعنى التوكيل ، وحينئذ ان غنى بانتفاء الحكم كونها باطلة في نفس الامر نافي ذلك فتواه بوقوع عقد الفضولي موقوفاً أن عقد الفضولي ليس باطلا مطلقاً ، وان غنى عدم نفوذها بل تكون موقوفة على اجازة الموكل عنه فمسلم لكن العبارة لا تفيد ذلك .

وهذا أولى من التفسير الاول ، لانه في غير محله ، فيكون ذكره كالاجنبي ، بخلاف التفسير الثاني . وحينئذ يمكن أن يريد به انتفاء لزوم فعله للموكل عنه .

قوله : ومن شرطها أن تقع منجزة فلا تقع (١) معلقة على شرط ولا صفة

الشرط ما يمكن وقوعه عادة ، كقوله « ان دخلت الدار فقد وكلتك » ، والصفة ما يجب وقوعه عادة كقوله « اذا طلعت الشمس فقد وكلتك » .

(١) في المختصر النافع : فلا تصح .

ويجوز تنجزها وتأخير التصرف الى مدة . وليست لازمة لاحدهما .

ولا ينزل مالم يعلم العزل وان أشهد بالعزل على الاصح .
وتصرفه قبل العلم ماض على الموكل .

قوله : ويجوز تنجزها وتأخير التصرف الى امد

قوله « وكلتكت الان ولا تنصرف الا في الوقت الفلاني » .

قوله : ولا ينزل مالم يعلم العزل وان أشهد بالعزل على الاصح وتصرفه قبل العلم ماض على الموكل

هذا قول ابن الجنييد والشيخ في الخلاف^(١) ، واختاره المصنف والعلامة في بعض كتبه . وهو فتوى الفاضل والشهيد لوجوه :

(الاول) لو انعزل ولما يعلم ازم تكليف الغافل ، لانه حكم شرعي والحكم الشرعي لو ازم المكلف قبل علمه ازم تكليف الغافل ، واللازم باطل فكذا الملزوم .
(الثاني) لو انعزل قبل العلم ازم الحرج والاضرار ، وهما منفيان بالكتاب والسنة : أما الملازمة فلجواز أن يبيع ثوباً يفصله المشتري أو داراً فيهدمها أو غير ذلك مما يستلزم بطلان التصرف فيه الضرر .

(الثالث) ما احتج به الشيخ في الخلاف ، وهو أن النهي لا يتعلق حكمه بالمنهي الا بعد علمه ، ولذلك لما سمع أهل قبا وهم في الصلاة أن القبلة قد

(١) الخلاف ١٤٥/٢ قال فيه : ومن راعى العلم استدل على ذلك بأن قال : ان النهي لا يتعلق به حكم في المنهي الا بعد حصول العلم به وهكذا أبواب نواهي الشرع كلها ، ولهذا لما بلغ أهل قبا أن القبلة قد حولت الى الكعبة وهم في الصلاة داروا وبنوا على صلاتهم ولم يؤمروا بالاعادة ، فكذا نهى الموكل وكيله عن التصرف ينبغي ان لا يتعلق به حكم في حق الوكيل الا بعد العلم .

حولت الى الكعبة داروا اليها ولم يعيدوا صلاتهم .

(الرابع) الروايات كرواية هشام بن سالم عن الصادق عليه السلام : ان الوكيل اذا وكل ثم قام عن المجلس فأمره ماض أبداً ، والوكالة ثابتة حتى يبلغه العزل عن الوكالة بثقة يبلغه أو شافهه بالعزل عن الوكالة^(١) . ومثله رواية ابي هلال الرازي عن الصادق عليه السلام^(٢) . وفي حديث العلاء بن سيابة عن الصادق عليه السلام: ان علياً عليه السلام قضى بذلك^(٣) .

وقال الشيخ في النهاية^(٤) وابن حمزة والتقني والقاضي والقطب وابن ادريس والعلامة في القواعد^(٥) انه ينعزل بالعلم أو الاشهاد ، لكونه عقداً جائزاً ، ولانه لولاه لزم لزومها في ذلك وهو باطل ، ولانه لو أعتق العبد الذي وكله في بيعه أو عتقه أو باعه لانعزل ، فاذا لم يعتبر العلم في العزل الضمني ففي صريح العزل أولى .

والذي يظهر لي أنه ان أمكنه للمسوكل الاعلام ولم يعلمه فلا ينعزل الا بالاعلام ، وأما اذا لم يمكنه الاعلام وظهور له مصلحة في عزله فانه ينعزل بالعزل وان لم يعلم ، لكن مع امكان الاشهاد يجب الاشهاد .

وانما قلنا ذلك لثلا يلزم تحمل الضررالحاصل تبعاً وكالته وصيرورة الجائز لازماً ليس مقتضى ذلك ، والروايات تحملها على تمكنه من الاعلام ولم يعلمه . وقولهم : يلزم تكليف الغافل . قلنا : ممنوع ، لان العلم بكونها عقداً جائزاً

(١) التهذيب ٢١٣/٦ ، الفقيه ٤٩/٣ .

(٢) التهذيب ٢١٤/٦ ، الكافي ١٢٩/٦ ، الاستبصار ٢٧٨/٣ ، الفقيه ٤٨/٣ .

(٣) التهذيب ٢١٤/٦ ، الفقيه ٤٨/٣ .

(٤) النهاية : ٣١٨ .

(٥) المختلف ١٥٨/١ .

وتبطل بالموت والعجنون والاعماء وتلف ما يتعلق به .
ولو باع الوكيل بثمن فأنكسر الموكل الاذن بذلك القدر ،
فالقول قول الموكل مع يمينه .

وبإمكان تغير المصالح يمنع ذلك ، وكذا قولهم يلزم الحرج والضرر. قلنا
معارض بأمرين :

« ١ » أنه لو ظهر المبيع مستحقاً وقد أتلفه المشتري أو غيره عن صورة .
« ٢ » ضرر الموكل بعدم العزل إذا فاتته مصلحة ضرورية ، ولا يلزم ذلك
في صورة تمكنه من الاعلام لانه هو الذي أدخل الضرر على نفسه .
وقول الشيخ في أهل قبا انهم لم يعتدوا . قلنا : التكليف مشروط بالعلم
ولما انتفى علمهم بالتحويل سقط بتكليفهم بالاعادة وأجزأهم ما فعلوه وليس
كذلك الوكالة ، بل هي مثل الطلاق الذي لا يشترط في وقوعه علم الزوجة .
قوله : ولو باع الوكيل بثمن فأنكسر الموكل الاذن بذلك القدر
فالقول قول الموكل مع يمينه

هذا قول الشيخ في المبسوط وحكم باستعادة العين كما ذكره المصنف .
وقال في النهاية^(١) يلزم الدلال اتمام ما حلف عليه المالك .
قال العلامة والوجه الاول ، لانه بيع ظهر بطلانه فكسبان للمالك العين .
ويحمل قول الشيخ في النهاية على تعذر استعادة العين من المشتري والقيمة

(١) النهاية ٤٠٧ قال فيه : وإذا اختلف الواسطة وصاحب المتاع فقال الواسطة قلت
لى : به بكذا وكذا وقال صاحب المال : بل قلت : به بكذا واكثر من الذي قال ولم
يكن لاحدهما بينة على دعواه كان القول قول صاحب المتاع مع يمينه بالله ، وله أن يأخذ
المتاع ان وجد بهينه ، وان كان قد احدث فيه ما ينقصه أو استهلك ضمن الواسطة من الثمن
ما حلف عليه صاحب المتاع .

ثم تستعاد العين ان كانت موجودة ، ومثلها ان كانت مفقودة ،
أو قيمتها ان لم يكن لها مثل . وكذا لو تعذر استعادتها .
(الثاني) ما تصح فيه الوكالة .
وهو كل فعل لا يتعلق غرض الشارع فيه بمباشر معين ، كالبيع ،
والنكاح .

وتكون القيمة مساوية لما ادعاه المالك^(١) .
وكذا القول قول المالك لو وكل في شراء عبد فقال الوكيل اشتريته بمائة
وقال المالك بشمانين ، لانه غارم .
وقال الشيخ في المبسوط : القول قول الوكيل كما يقبل قوله في الرد
والتلف .
وهو أجود ، لان قوله مقبول فيما هو وكيل فيه ، أما لو ادعى عدم الاذن
في الشراء بمائة بل بشمانين مثلاً فالقول قوله لما تقدم .
قوله : ما تصح فيه الوكالة ، وهو كل فعل لا يتعلق غرض الشارع فيه
بمباشر معين

هذا ضابط حسن لا يختل بشيء ، ولا بد فيه من شرائط ثلاثة (الاول) ان
يكون مملوكاً للموكل ، بمعنى امكان وقوعه منه شرعاً في حال توكيله (الثاني)
أن يكون قابلاً للنيابة (الثالث) أن يكون معلوماً نوعاً من العلم لينتفي معظم الغرر .
وتفصيله : أنه سائر العقود لازمة كانت أو جائزة وكذا سائر الفسوخ والايقاعات
الاظهار والايلاء والمعان والنذر والعهد واليمين ، ونصح أيضاً في طلب الحقوق

(١) المختلف ١/١٦١ ، وذكر فيه عن النهاية عين ما في المتن ، ولم اجد هذه العبارة
في النهاية لا في التجارة ولا في الوكالة بل فيه مذكرته لك .

مالية كانت وغيرها واستيفائها ، ولا تصح فيما تعلق غرض الشارع بوقوعه من مباشر بعينه كالعبادات البدنية حال الحياة والقسمة بين الزوجات وفعل المعاصي ويصح في الجهاد حال الحياة اختياراً أو الحجج مع المعجز .

ووقع الخلاف في أشياء نذكرها :

(الاول) منع الشيخ منها في الاحتطاب والاحتشاش وحياسة المباحات ، وجوزها في احياء الموات . وتبعه ابن ادريس . قال العلامة وفي الجمع بين الحكمين نظر من حيث اشتراك الكل في الاباحة وان الناس فيه شرع فالتخصيص ترجيح من غير مرجح .

والحق جواز ذلك في الكل ، لان المباحات الاصح أن تملكها تفتقر الى النية .

(الثاني) منع الشيخ وابن ادريس منها في اثبات الحدود الاحدود القذف قال لان الدعوى في غير القذف غير مسموعة . قال العلامة : فيه نظر ، لامكان استتباع الدعوى حقوقاً غير الحد كالمهر مع الاكراه والارش وفسخ النكاح .

(الثالث) منع الشيخ في المبسوط الوكالة في الجهاد ، لان كل من حضر الصف وجب عليه الجهاد وكيلا كان أو غيره . وقد روي أنه تدخله النيابة ، وقال القاضي تدخله الوكالة ، واختاره العلامة ، وقوى بعض الفضلاء كلام الشيخ بأنه مع الحضور يصير فرض عين وفرض العين لا تدخله النيابة وحمل الرواية المحكية على الاجارة ، لان الاجارة عقد لازم فلزومها يمنع من انقلاب الفرض . وهو حسن .

(الرابع) جوز الشيخ^(١) الاستنابة في صب الماء في الطهارة على كراهية للقادر ومعه القاضي وقال انه الظاهر من المذهب .

وليس بجيد ، لان الظاهر من المذهب هو تحريم التوكيل في فعل الطهارة

(١) النهاية : ١٧ .

وتصح الوكالة في الطلاق للغائب والمحاضر على الأصح .

للقادر ، وأما الصب فلا لانه غير جزء من الطهارة لامكانها بدونه فيجوز النيابة فيه .

(الخامس) قال الشيخ ^(١) يجوز لمستحقي الزكاة التوكيل لمن يقبض لهم سهماتهم ، ومنعه القاضي وابن ادریس ^(٢) لوجهين :

«الاول» - ان الزكاة في الذمة بيقين ولا يقين بالبراءة مع دفعها الى الوكيل لانه ليس من الاصناف الثمانية .

«الثاني» - [المستحق] لا يملك قبل القبض فلا يملك المطالبة فلا يصح التوكيل لما تقدم من أن شرطها ملكية الموكل لما يوكل فيه .

أجيب عن الاول : بأن يد الوكيل يد موكله ، فاذا دفع اليه بعد ثبوت وكالته برئت ذمته بيقين كغيرها من الحقوق ، وعن الثاني ان النزاع ان كان في بعض المستحقين فمن اختار المالك الدفع اليه بعينه فقد شارف التملك فتجوز له المطالبة بنفسه وتوكيله ، وان كان ممن لم يختار المالك الدفع بسل الى غيره فذلك لانزاع في عدم جواز توكيله وان كان النزاع في جملة المستحقين الحاضرين في البلد ، فلانسلم أنهم لا يملكون المطالبة ، وذلك لوجوب التفرقة فيهم حين الوجوب وتحريم النقل عنهم خصوصاً مع عزل المالك لها ، وحيثئذ تكفي مشاركة المالك في جواز المطالبة .

قوله : وتصح الوكالة في الطلاق للغائب والمحاضر على الأصح هذا أيضاً مما وقع فيه الخلاف ، وتحريره : انه يصح التوكيل في الطلاق للغائب قطعاً ، وهل يصح للمحاضر ان يوكل ؟ أما مع المعجز عن النطق فتصح

(١) المبسوط ٣٦١/٢ قال فيه : ويصح من اهل السهمين التوكيل في قبضها .

(٢) السرائر : ١٧٤ .

ويقصر الوكيل على ما عينه الموكل .

أيضاً قطعاً، وإنما النزاع في حال الاختيار، فمنعه الشيخ والتقي والقاضي لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : الطلاق بيد من أخذ بالساق^(١)، ولرواية زرارة عن الصادق عليه السلام: لا تجوز الوكالة في الطلاق^(٢). فحملت على الحاضر لثلاثين في روايات جواز الوكالة في الطلاق مطلقاً .

وفيه نظر، لأن المراد باليد القدرة والمكنة وهي حاصلة للموكل، والرواية ضعيفة لأن في طريقها إلى زرارة ابن سماعة وجعفر بن سماعة وهما واقفيان، مع مخالفتها للاجماع .

وقال في الخلاف والمبسوط والمفيد في المقنعة وابن ادريس بالجواز ، للاجماع على أن الحكمين في الشقاق إذا طلقا جاز مع حضور الزوج في البلد ، ولأنه لو لم تجز الوكالة للحاضر لم تجز للغائب ، واللازم كالملزوم في البطلان والملازمة ظاهرة، فإن ما لا تجوز الوكالة فيه وما لا تجوز لا يختلف حكمه بالغيبة والحضور .

(فائدة) ومنع الشيخ أيضاً في المبسوط من توكيل الزوجة في طلاق نفسها قال : وهو مذهب الفقهاء . وللأصحاب فيه خلاف ، والأظهر أنه لا تصح ، وتبعه ابن ادريس، وقال العلامة الوجه الجواز ، لأنه فعل تدخله النيابة ، ولأنه صدر من أهله ، لأن فعل الوكيل فعل الموكل ، وصادف محله فيكون واقعاً ، وهو المطلوب .

قوله : ويقصر الوكيل على ما عينه الموكل

إنما يجب ذلك مع تساوي ما عينه وصده في وجه المصلحة أو اختصاص

(١) كنز العمال ٦٤٠/٩ .

(٢) الكافي ١٣٠/٦ .

ما عينه بها ، أما لو صار ما عينه مرجوحاً في جانب المصلحة عرفاً أو شرعاً فإنه لا يجب الاقتصار على المعين بل لا يجوز، كما لو أمره بالبيع بعشرة فباع بعشرين أو الشراء بعشرة فاشترى بخمسة ، فإن كل ذلك صحيح ولو خالف ضمن .

ولنتمم هذا البحث بفوائد :

(الاولى) لو أمره بالبيع حالاً فباعه نسيئة خوفاً على الثمن لوقبضه من خطر صح ولا لذلك يبطل لأنه غرر ومخالفة .

(الثانية) لو أمره بالبيع نسيئة خوفاً على الثمن فباع حالاً وقبض الثمن ضمن لوتلف .

(الثالثة) لو أمره بشراء ثوب بدينار فاشترى ثوبين به كل واحد يساوي ديناراً صح . وبطل عليه ما رواه الشيخ في الخلاف في قضية رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم مع عروة البارقي في الشاتين^(١) .

(الرابعة) ليس من هذا لو أمره بشراء خمر للاكتساب فاشترى خلافاً الوكالة في شراء الخمر باطلة ، إذ لا يملك المسلم فعل ذلك حتى يوكل فيه . وحينئذ يكون شراؤه للخل فصولاً إما باطل أو موقوف على الخلاف .

(الخامسة) لو وكله في البيع الى أجل مجهول كقدوم الغزاة أو الشراء اليه فهل يملك البيع الصحيح أو الشراء كذلك أم لا؟ قال الشيخ في الخلاف لا يملكه^(٢) وهو مذهب الشافعي . والاقوى أنه يملكه ، وهو مذهب ابي حنيفة ، لأنه أمره بشيء مركب من شيئين البيع والاجل ، والاجل لا يدخل في حقيقة البيع ، وحينئذ

(١) الخلاف ١٤٩/٢ .

(٢) الخلاف ١٥٠/٢ قال فيه : إذا قال ان قدم الحاج اوجاء رأس الشهر فقد وكلتك في البيع فان ذلك لا يصح . وقال في ١٤٩ : إذا وكله في بيع فاسد مثل ان يوكله في البيع والشراء الى اجل مجهول مثل قدوم الحاج وادراك الثمار لم يملك بذلك التوكيل البيع الصحيح وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة يملك بذلك البيع الصحيح .

ولو عمم الوكالة صحح الا ما يقتضيه الاقرار .

فساد أحدهما لا يستلزم فساد الآخر، كما اذا أمره بشراء شاة وخنزير . فاذا يكون مالكا للبيع المطلق ، فاذا باع بطلقاً صح وانصرف الى الحال ، لان اطلاق العقد يقتضي ذلك .

(السادسة) في الصورة المذكورة هل يملك البيع الى أجل معلوم؟ يحتمل أن يقال : ان باع الى أجل هو أقل مما يحتمله الاجل المجهول المأ موره صح والابطل . اللهم الا أن يكون الثمن المأ موره الى الاجل المجهول أزيد منه الى الاجل الأقل ، فانه لا يصح . أما لو تساوى الثمنان أو زاد في الأقل المعين فانه يصح . وأما صورة الشراء الى الاجل المجهول فانه لا يصح له الشراء حالا لان مصلحة الحلول مرجوحة بالنسبة الى الموكل . ويحتمل أن يملك أكثر أجل يحتمله الاجل المجهول كما قلناه في البيع ، لكن مع مساواة الثمن أو اقلية والا فلا .

(السابعة) لو أمره أن يصالح عن الدم بخمر فصالح به صح وحصل العفو ، ولا كذا لو صالح بخنزير : أما الاول فلان العفو عن القصاص مبني على التغليب وأما الثاني فلمخالفته أمر الموكل ، ولان الخمر مضمون لو كان للكافر ومحترم لو كان المقصود بإبقائه التخليل .

قوله : ولو عمم الوكالة صحح الا ما يقتضيه الاقرار

تعيين ما فيه الوكالة اما بحسب الشخص كقوله « و كلتك في بيع هذا الثوب » أو بحسب الصنف كقوله « و كلتك في بيع [كل] مالي بيعه » أو بحسب النوع كقوله « و كلتك في كل معاملاتي المالية أو كل مالي المعاملة به من أموالى » . ولا خلاف في صحة هذه الثلاثة .

أما لو أطلق كما لو قال «أقمتك مقامي في كل مالي فعله من كل قليل وكثير» قال الشيخ في الخلاف لا تصح^(١)، وهو قول جميع الفقهاء إلا ابن أبي ليلى محتجاً بأنه غرض عظيم، لأنه ربما ألزمه بالعقود مما لا يمكنه الوفاء به، وما يؤدي إلى ذهاب أمواله مثل أن يزوجه بأربع حرائث ثم يطلقهن قبل الدخول فيلزمه نصف المهر ثم يزوجه بأربع أخرى ولم جراً، ويشتري له من الأرضين والعقارات ما لا حاجة له به، وفي ذلك غرض عظيم.

وقال في النهاية والمفيد والقاضي وسلام وابن إدريس تصح ويكون ذلك مقيداً بالمصلحة. وبه يجاب عن حجة الشيخ في الخلاف. قال المصنف في الشرائع^(٢): وهو بعيد عن موضع القرض، يريد أن الإطلاق يتناول جميع ما يفسر وينفع، والعقد إذا استلزم مثل هذا الضرر كان فاسداً وصرفه إلى ما هو مصلحة خارج عن مقتضى العقد الذي أرقه، لأن مقتضى العقد أعم من ذلك.

وجوزه هنا إلا في الإقرار، فإنه لا يصح أن يقر عن موكله مطلقاً. وهو قول المفيد وأحد قولي الشيخ، فإنهما قالا إذا وكل الإنسان غيره في الخصومة عنه والمطالبة والمحاكمة وقبل الوكيل ذلك يجب له ما يجب لموكله ويجب عليه ما يجب على موكله، إلا ما يقتضيه الإقرار من الآداب والحدود والإيمان، وحسن تخصيص المستثنى لأجل تخصيص المستثنى منه.

وهذا هو المفتى به: أما لأنه لا يدخله النيابة، لأن حكمه يختص بالمتكلم إذا أنبأ عن نفسه كما قال صلى الله عليه وآله وسلم: إقرار العقلاء على أنفسهم

(١) الخلاف ٢/١٤٨.

(٢) الشرائع ١/١٤٣.

جائزاً^(١) . وعلى غيرهم لا ، أولانه خلاف المصلحة ونحن قد شرطنا في تعميم الوكالة مراعاة المصلحة .

هذا كله اذا لم يصرح له بالاقرار عنه ، أما لو صرح بالاقرار عنه فقال الشيخ في الخلاف يصح اقراره ويلزم الموكل ما أقربه الوكيل ، فان كان معلوماً لزم وان كان مجهولاً رجع في تفسيره الى الموكل دون الوكيل . واحتج عليه بأنه لا مانع من ذلك ، والاصل جوازه . وأيضاً قوله صلى الله عليه وآله وسلم : المؤمنون عند شروطهم وهذا شرط انه يلزمه ما يقربه الوكيل فيجب أن يكون جائزاً^(٢) .

واستشكل ذلك العلامة في القواعد^(٣) من أنه اخبار عن حق على الموكل ولا يلزم الغير بخبر الغير الاعلى وجه الشهادة ، وهذا كما لو قال « رضيت بما يشهد به علي فلان » فانه لا يلزمه ، ولان الوكالة في الانشاء لافي الاخبار ، ومن أنه قول يلزم به الحق صدر باذنه فأشبهه المراء وسائر الأقوال . وللشافعي في ذلك قولان .

ثم اختلف القائلون بعدم الصحة في أنه هل يكون بالتوكيل مقراً أم لا ؟ قيل نعم ، لانه أخبر عن حق عليه انضمن وكالته ذلك . وقيل لا ، لان التوكيل في الشيء لا يكون اثباتاً لنفس ذلك الشيء . والا لكان التوكيل في البيع بيعاً . هذا خلف ، ولان الامر بالامر ليس أمراً .

وهذا هو الحق ، لان التوكيل فيه انشاء والاقرار اخبار واللفظ الواحد لا يكون

(١) الوسائل ١٦/١٣٣ وفيه : وروى جماعة من علمائنا في كتب الاستدلال عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم انه قال...

(٢) الخلاف ٢/١٤٥ .

(٣) راجع القواعد ، آخر الشرط الثاني من الركن الرابع من كتاب الوكالة .

(الثالث) الموكل :

ويشترط كونه مكلفاً جائز التصرف .

ولا يوكل العبد الا باذن مولاه ، ولا الوكيل الا أن يؤذن له .

وللحاكم أن يوكل عن السفهاء والبله .

ويكره لذوي المروءات أن يتولوا المنازعة بنفوسهم .

إخباراً وإنشاء معاً لاستلزام الاخبار سبق النسبة ، فإن طابقها فصادق والافكاذب

والانشاء لا يستلزم ذلك بل هو أحداث للنسبة الواقعة .

قوله : الثالث الموكل ، ويشترط كونه مكلفاً جائز التصرف

لواقصر على قوله « جائز التصرف » لم يحتج الى ذكر المكلف ، لان كونه

جائز التصرف يشمل الجميع ، فان الصبي غير مكلف ولا جائز التصرف ، والسفيه

والمفلس والعبد مكلفون مع عدم جواز تصرفهم ، فقد اشترك الكل في عدم جواز

التصرف ، فكان ذكره وحده كافياً .

قوله : ولا يوكل العبد الا باذن مولاه ولا الوكيل الا ان يؤذن له

يجوز هنا كسر كاف « يوكل » وفتحها : أما الاول فمعناه لا يجوز للعبد والوكيل

أن يوكلا الا باذن السيد والموكل ، وأما الثاني فمعناه لا يجوز للانسان أن يوكل

عبد غيره ولا وكيل غيره الا بالاذن . لكن ذلك غير متوجه في الوكيل الا أن

يكون خاصاً بجعل فانه يكون أجيراً خاصاً ، وقد تقدم أن الاجير الخاص لا يعمل

لغير المستأجر ، والاول أنسب لسياق الكلام .

إذا عرفت هذا فهنا فوائد :

(الاولى) انما لم يصح توكيل العبد لغيره لانه اما غير مالك كما هو الاصح

أو يملك لكنه محجور عليه ، فلا يصح توكيله حيثنشد مطلقاً .

وفيه نظر ، لانه يجوز توكيله فيما له فعله كطلاق زوجته اجماعاً ، وكذا

(الرابع) الوكيل :

ويشترط فيه كمال العقل .

في استيفاء التعزير لوقدف ، أوفي الدعوى على سيده بحق من حقوقه عليه .
(الثانية) على التفسير الثاني هل يجوز أن يتوكل لغيره بغير إذن مولاه إذا لم يستلزم إبطال حق المولى أم لا ؟ يحتمل الجواز ، لما قلناه ، والمشهور المنع .
(الثالثة) لو وكله غيره في شراء نفسه لموكله من مولاه ، قال الشيخ في المبسوط: فيه وجهان الصحة كما لو وكله في شراء عبد آخرباذن سيده ، وعدمها لأن يده يد سيده وإيجابه وقبوله باذن سيده بمنزلة مباشرة السيد فيكون موجبا قابلا معاً وهو باطل . ثم قوى الاول .

واختار القاضي الثاني ان لم يأذن له سيده والاول ان أذن . والاصح الاول مطلقاً ، لان بيع السيد يتضمن رضاه ويجوز كون الشخص الواحد موجبا قابلا لما تقدم مراراً .

(الرابعة) منع الشيخ من توكيل الوكيل غيره مطلقاً ، وجوزه ابن الجنييد إذا كان الموكل غائبا وأراد الوكيل الغيبة ومنعه في غير ذلك الا بالاذن .
والحق التفصيل لاتفصيل ابن الجنييد ، وهو أن نقول : لا يجوز الا مع التصريح أو القرينة الدالة على ذلك ، اما الاتساع ما وكل فيه أو ارتفاع الوكيل عن المباشرة عرفاً ، ومع عدم ذلك لا يصح .

(الخامسة) هل يجوز للوكيل تولي طرفي العقد ، بأن يشتري من نفسه أو يبيع على نفسه ؟ منعه في الخلاف مطلقاً وجوزه في المبسوط مطلقاً ، وفي النهاية يجوز مع الاذن . وهو الأقوى للأصل والظاهر ، ولأن المخاطب لا يدخل في أمر المخاطب إياه بأمر غيره الا بدليل خارج ، فكذا هنا لا يجوز الا بالاذن .

قوله : الرابع الوكيل ، ويشترط فيه كمال العقل

ويجوز أن تلى المرأة عقد النكاح لنفسها ولغيرها .
 والمسلم يتوكل للمسلم على المسلم والذمي ، وللذمي على
 الذمي .
 وفي وكالته له على المسلم تردد .
 والذمي يتوكل على الذمي للمسلم والذمي ولا يتوكل على
 مسلم .

هذا الشرط مما لا خلاف فيه ، وقال الثقي والقاضي لا يجوز للمسلم أن يوكل
 إلا المسلم العاقل الأمين الحازم البصير بلحن حجته العالم بمواقع الحكم العارف
 باللغة التي يحاور بها .

والحق أن اشتراط الاسلام انما يجب اذا كان الغريم مسلماً ، وأما اذا كان
 كافراً فلا ، لاصالة الصحة وعدم المانع . وأما باقي الصفات فالمشهور
 استحبابها .

قوله: والمسلم يتوكل للمسلم على المسلم والذمي للذمي على الذمي
 وفي وكالته له على المسلم تردد ، والذمي يتوكل على الذمي للمسلم
 والذمي ولا يتوكل على مسلم

الصور ثمان : « ١ » مسلم لمسلم على مسلم ، « ٢ » مسلم لذمي على ذمي
 « ٣ » مسلم لمسلم على ذمي ، « ٤ » مسلم لذمي على مسلم « ٥ » ذمي لذمي على
 ذمي « ٦ » ذمي لمسلم على مسلم ، « ٧ » ذمي لمسلم على ذمي ، « ٨ » ذمي
 لذمي على مسلم .

صورتان فاسدتان اجماعاً ، وهما السادسة والثامنة . وواحدة مختلف فيها

والوكيل أمين لا يضمن الا مع تعدد أو تفريط .

(الخامس) فى الاحكام وهى مسائل :

(الاولى) لو أمره بالبيع حالا فباع مؤجلا ولو بزيادة لم تصح
ووقف على الاجازة . وكذا لو أمره ببيعه مؤجلا بثمن فباع بأقل
حالا .

ولو باع بمثله أو أكثر صح الا أن يتعلق بالاجل غرض .
ولو أمره بالبيع فى موضع فباع فى غيره بذلك الثمن صح .
ولا كذا لو أمره ببيعه من انسان فباع من غيره فانه يقف على
الاجازة ولو باع بأزيد .

وهي الرابعة ، فقال الشيخان في المقتعة والنهاية^(١) بالبطلان وقال سائر بالصحة
وقال الشيخ في الخلاف^(٢) والميسوط بالكراهة ، واختاره ابن ادريس وهو
حسن .

والخمس الباقية صحيحة اجماعاً ، وتردد المصنف من حيث منع الشيخين
ولانه نوع سلطة ، اذ يد الوكيل بدال موكل الكافر فلا يصح عملاً بالاية ، ومن
أصالة الجواز وأنه لا خلاف في أن للذمي المطالبة بأي نوع كان اما بنفسه
أو بغيره .

قوله : ولو أمره بالبيع فى موضع فباع فى غيره بذلك الثمن صح ،
ولا كذا لو أمره ببيعه من انسان فباع من غيره فانه يقف على الاجازة ولو
باع بأزيد

(١) انتهى به : ٣١٧ . قال فيه : ولا يتوكل للذمي على المسلم .

(٢) الخلاف ١٤٨/٢ قال : يكره ان يتوكل مسلم لكافر على مسلم .

(الثانية) اذا اختلفا في الوكالة ، فالقول قول المنكر مع يمينه .
ولو اختلفا في العزل أو في الاعلام أو في التفريط فالقول قول
الوكيل . وكذا لو اختلفا في التلف .
ولو اختلفا في الرد فقولان :
أحدهما : القول قول الموكل مع يمينه .
والثاني : القول قول الوكيل ما لم يكن بجعل ، وهو أشبه .

الفرق بين الصورتين ان المكان لا يتعلق به غرض لذاته ، فاذا حصل المقصود
منه في غيره جاز . بخلاف الاشخاص الانسانية ، فانه قد يتعلق غرض صحيح
بمعاملة شخص اما لسهولة في المعلة أو لتوقيه^(١) الشبهات فيها فتطلب معاملته
لذلك .

ويحتمل أيضاً أن يكون قد وعده المالك بالبيع عليه والوفاء بالوعد حسن .
قوله : ولو اختلفا في الرد فقولان ، أحدهما القول قول الموكل
مع يمينه ، والثاني القول قول الوكيل ما لم يكن بجعل ، وهو أشبه
الاول قول ابن ادریس ، واختاره العلامة^(٢) ، والمصنف في الشرائع^(٣) ، لاصالة
عدم الرد ولان الوكيل مدع والمالك منكر فيكون القول قوله عملاً بالحديث .
والثاني قول الشيخ ، لانه أمين ، ولانه قبض المال لمصلحة غيره فجرى
مجري الودعي . وأما اذا كان بجعل فقول الموكل ، لان قبض الوكيل لمصلحته
فهو كالمرتهن والمستعير . وهذا حسن .

(١) في بعض النسخ : او لتوجيه الشبهات فيها .

(٢) المختلف ١/١٦٤ .

(٣) الشرائع ١/١٤٥ .

(الثالثة) اذا زوجه مدعيًا وكالته فانكر الموكل فالقول قول المنكر مع يمينه ، وعلى الوكيل مهرها ، وروى نصف مهرها لانه ضيع حقها .
وعلى الزوج أن يطلقها سراً ان كان وكل .

قوله : اذا زوجه مدعيًا وكالته فانكر الموكل فالقول قول المنكر مع يمينه وعلى الوكيل مهرها ، وروى نصف مهرها لانه ضيع حقها وعلى الزوج أن يطلقها سراً ان كان وكل
هنا أقوال :

(الاول) قول الشيخ في النهاية^(١) أنه مع عدم البينة يحلف المنكر ويلزم الوكيل المهر كاملاً للزوجة بالعقد وتفريط الوكيل بترك الاشهاد ولا يتنصف الا بالطلاق وليس .

(الثاني) قول الشيخ في المبسوط ، وهو ما ذكرنا أنه يلزم الوكيل النصف لانه فسح قبل الدخول فيجب معه النصف كالطلاق ، وللرواية المشار اليها ، وهي رواية عمر بن حنظلة عن الصادق عليه السلام^(٢) .

(الثالث) نقل المصنف في الشرائع^(٣) الحكم ببطلان العقد ظاهراً ولا شيء على الوكيل ولا الموكل ، لأن الإنكار مقتض لرفع العقد ولزوم المهر مقتض لثبوتة فلا يجتمعان ، ولأن المهر عوض البضع والوكيل لم يصل اليه شيء . وهو فتوى العلامة ، ونقله عن بعض علمائنا ولم نقف عليه .

والذي يقتضيه النظر أن العقد لما بطل ظاهراً بانكار الخروج فلا يترتب

(١) النهاية : ٣١٩ ، وليس فيه حلف المنكر .

(٢) التهذيب ٢١٣/٦ ، الفقيه ٤٩/٣ .

(٣) الشرائع ١٤٦/١ .

عليه حكم الا مع قيام البينة والفرض عدمها ، ولا نسلم أن الوكيل فرط بل
الزوجة مفرطة بقبول قوله بغير بينة . نعم ان كان قد ضمن المهر لزمه ، وعلى
ذلك تحمل .

ثم الموكل ان كان يعرف من نفسه الكذب وجب عليه باطلاً أن يطلقها
ويسوق اليها نصف المهر .

وهنا فوائد :

(الاولى) لورد الموكل اليمين على الوكيل قبل ان حلف ثبت العقد والمهر
على الزوج .

وفيه نظر، اذ لا يحلف لاثبات مال لغيره . ويمكن أن يقال: ان يمينه لاسقاط
الغرم عن نفسه ، وحينئذ ينبغي أن تحلف المرأة على القول بلزوم المهر له .
(الثانية) لو ضمن الوكيل ماذا يلزمه ؟ الحق انه المهر كاملاً الا أن يطلق
الموكل فيلزمه النصف .

(الثالثة) لو طلق الموكل عند شاهدين وسمى المرأة كان اعترافاً منه بالعقد
فيلزمه النصف ظاهراً ، ولو لم يسمها لزمه باطلاً خاصة .

(الرابعة) للمرأة أن تنزوج في ظاهر الامر الا أن تعلم صدق الوكيل بطريق،
وحينئذ لو لم يطلقها الموكل يحتمل تسلطها على الفسخ للضرورة .

(الخامسة) لو كان الوكيل صادقاً وضمن المهر لزمه ذلك للمرأة وكان له
مقاصة الموكل بعد الاداء ان كان ضمن باذنه .

كتاب الوقوف والصدقات والهبات

أما الوقف : فهو تحييس الاصل واطلاق المنفعة .
ولفظه الصريح « وقفت » وما عداه يفتقر الى القرينة الدالة على
التأييد .

قوله : أما الوقف فهو تحييس الاصل واطلاق المنفعة، ولفظه الصريح
« وقفت » وما عداه يفتقر الى القرينة الدالة على التأييد
هنا فوائد :

(الاولى) قال الجوهري وقفت الدار للمساكين وقفاً وأوقفنها بالالف لغة
ردية ، وليس في الكلام أوقفت الا حرف واحد أوقفت عن الامر الذي كنت
فيه أي أقلت ، وحكى ابو عمرو كلمتهم ثم أوقفت أي سكت ، وكل شيء
تمسك عنه تقول أوقفت .

(الثانية) في الحديث عنه صلى الله عليه وآله وسلم : اذا مات ابن آدم
انقطع عمله الا من ثلاث : صدقة جارية ، وعلم ينتفع به ، وولد صالح يستغفر له^(١) .
قال العلماء : الصدقة الجارية هي الوقف ، ولذلك عرفه بعض مشائخنا بأنه
الصدقة الجارية .

(١) سنن ابي داود ١١٧/٣ ، سنن الترمذي ٦٦٠/٣ .

(الثالثة) عرفه المصنف بأنه تحبيس الاصل واطلاق المنفعة . والمراد بالتحبيس المنع من نقله عن جهته ، واطلاق المنفعة اباحة التصرف فيها لمستحقها كيف أراد من التصرفات .

وهذا تعريف بالغاية ، فان غاية الوقف هو ذلك ، وهو ماخوذ من الحديث ، أعني قوله عليه السلام : حبس الاصل وسبل المنفعة^(١) . وفي الحقيقة هو العقد الدال على التحبيس والاطلاق المذكورين .

(الرابعة) ألفاظ ايجاب هذا العقد ثلاثة : « ١ » نص وهو ما لا يحتمل غير المعنى ، « ٢ » صريح وهو ما يرجح المعنى فيه بحيث يحمل عند الاطلاق عليه ، وقد يحمل غيره بقرينة قريبة فيكون مجازاً في غيره ، « ٣ » كناية وهو المجمل الذي تساوى فيه المعنى وغيره ، فيحمل على الوقف بقرينة بحيث يصير المجموع منها ومن اللفظ : أحد الاولين أي النص أو الصريح .

(الخامسة) وقفت صريح هنا ، فان ضم اليه قيد مؤبداً لا يباع ولا يوهب ولا يورث فكان نصاً ، وذلك اتفاقي ، وتصدقت وحرمت لاغير كناية اتفاقاً ، فان ضم اليه صدقة لاتباع ولا توهب صار صريحاً ، كما ورد في صورة وقف علي عليه السلام « هذا ما تصدق به علي بن ابي طالب وهو حي سوي تصدق بداره التي في بني زريق صدقة لاتباع ولا توهب حتى يرثها الله الذي يرث السماوات والارض ، وأسكن هذه الصدقة خالاته ماعشن وعاش عقبهن ، فاذا انقرضوا فهي لدوي الحاجة من المسلمين »^(٢) .

واختلف في حبست وسبلت ، فقال الشيخ في الخلاف^(٣) انهما صريحان

(١) المستدرک ٥١١/٢ ، ابن ماجة ٨٠١/٢ ، في الاول : « وسبل الثمرة » وفي الثاني : احبس اصلها وسبل ثمرتها .

(٢) التهذيب ١٣١/٩ ، الاستبصار ٩٨/٤ ، الفقيه ١٨٣/٤ .

(٣) الخلاف ٢٢٨/٢ .

ويعتبر فيه القبض .

ولو كان مصلحة كالقناطر أو موضع عبادة كالمساجد قبضه
الناظر فيها .

ولو كان على طفل قبضه الولي ، كالأب والجد للأب أو الوصي .

ولو وقف عليه الأب أو الجد صح ، لأنه مقبوض بيده .

والنظر اما في الشروط أو اللواحق :

والشروط أربعة أقسام :

كوقفت وان ما عداها كنية تفتقر الى القرينة ، وتبعه ابن زهرة والكيدري ،
لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : حبس - الحديث .

واقصر في المبسوط على لفظ وقفت وما عداه يفتقر الى دليل ، وقواه ابن
ادريس واختاره المصنف والعلامة . وهو الحق ، لان لفظ وقفت يحصل به اليقين
بشئ الوقف وما عداه مشترك بينه وبين غيره من حيث المعنى ، واللفظ الدال
على معنى مشترك لا يدل على جزء من جزئياته بشيء من الدلالات ، فلا يثبت
الوقف لأصالة بقاء الملك على مالكه مطلقاً .

(السادسة) لو نوى بتصدقته وحرمت الوقف من دون قرينة لفظية دين بنيته
فان اقر أنه قصد ذلك حكم عليه بظاهر الاقرار . قال الشهيد : وظاهر عبارتهم
أنهما صيغة واحدة لاتغني الثانية عن الاولى وتغني الاولى وحدها مع القرينة ،
ولو قال جعلته وقفاً أو صدقة محرمة مؤبدة كفى .

(السابعة) لا بد هنا من ايجاب وهو ما تقدم ، وقبول كقبلت وشبهه مطابقاً مقارنة
وقصد وتقرب .

قوله : ويعتبر فيه القبض

(الاول) في الوقف :

ويشترط فيه التنجيز والدوام ، والاقباض واخراجه عن نفسه
فلو كان الى امد كان حبساً .

هنا فوائد :

(الاولى) القبض شرط فيه اجماعاً وصفته كما في البيع اما التخلية أو الامساك
باليد أو النقل بحسب حال الموقوف .

(الثانية) لا يشترط فوريته ، فلو تأخر عن العقد جاز . نعم لو مات قبله بطل ،
خلافاً للنفى فانه قال بصحته مع الاشهاد قبل الموت اذا كان على مصلحة أو مسجد
وان كان على من يصح قبضه أو قبض وليه فهي وصية ، ورواية زرارة^(١) مصرحة
بأن الموت قبل القبض يبطله ، وهو يدل على كونه شرطاً في الصحة . وقال الشيخ
في الخلاف^(٢) هو شرط في اللزوم .

(الثالثة) لا بد فيه من اذن الواقف ، فلا يقع بموقعه لو كان بنير اذنه . وقال ابن
حمزة اذا كان الناظر الواقف فليس القبض شرطاً .

(الرابعة) القبض في المسجد صلاة مسلم صلاة صحيحة ، وفي المقبرة دفنه ،
وهل يكفي قبض الحاكم شهما ؟ الاجود نعم ، لكونه قائماً مقام الموقوف عليهم
وهم المسلمون .

قوله : الاول في الوقف ، ويشترط فيه التنجيز والدوام

التنجيز هنا له معنيان :

« ١ » عدم تعليقه على شرط أو صفة استقباليين ، فلو علقه على حاصل وهو

(١) التهذيب ١٣٧/٩ و ١٤٥ ، الاستبصار ١٠٢/٤ . والرواية عن عبيد بن زرارة عنه
عليه السلام .

(٢) الخلاف ٢٢٧/٢ .

ولوجعله لمن ينقرض غالباً صح ، ويرجع بعد موت الموقوف عليه الى ورثة الواقف طلقاً .

وقبل : ينتقل الى ورثة الموقوف عليه . والاول مروي .

عالم بوقوعه لم يبطل ، كقوله « ان كان اليوم الجمعة فهو وقف » .
« ٢ » عدم اشتراط الخيار فيه ، فلو شرطه بطل ، وأما الدوام فهو شرط في الوقف الحقيقي ، وهو ما حكم فيه بتأييد مصرفه بحيث يعلم عادة الاستمرار فيه أما لو لم يعلم ذلك بل وقف على من ينقرض غالباً ففي صحته قولان ، نقل في المبسوط عن قوم من أصحابنا بطلانه ، وقال قوم يصح حبساً وعليه الفتوى .
قوله : ولوجعله لمن ينقرض غالباً صح ويرجع بعد موت الموقوف عليه الى ورثة الواقف طلقاً ، وقيل ينتقل الى ورثة الموقوف عليه ، والاول مروي

اختار المصنف صحة الوقف على المنقرض غالباً ، وهو مذهب الشيخ^(١) وابن حمزة وابن ادريس والعلامة^(٢) ، لان استحقاق البطن السابق شرط في استحقاق البطن اللاحق ، لوجوب اتصال الوقف كما يجي ، فلو جعل الدوام شرطاً لزم كون استحقاق المسبوق شرطاً في استحقاق السابق ، وهو دور .
وأيضاً لو لم يصح التمايك الى أمد لم تصح الاجارة والسكنى ، واللازم باطل فكذا الملزوم . واذا صح حبساً فاذا انقرض المحبوس عليه لمن يكون؟ فيه قولان كما قال المصنف :

« ١ » - قول الشيخ والقاضي وسلاار وابن حمزة حيث جعله كالعمرى ، واختاره العلامة لاصالة بقضاء الملك وعدم انتقاله ، وانتقال المنافع لا يستلزم انتقال الاصل فيكون له ولورثته . ولما قلنا أنه كالسكنى والعمرى ، وتأييده

(١) الخلاف ٢/ ٢٢٩ ، المختلف ٢/ ٣٤ .

وأو شرط عوده عند الحاجة ، فقولان ، أشبههما : البطلان .

الرواية المشار إليها وهي رواية الحسن بن محبوب عن ابن رثاب عن جعفر بن حنان عن الصادق عليه السلام^(١) . نعم هي ضعيفة الدلالة والسند لكنها مؤيدة بالنظر .
« ٢ » - قول المفيد وابن إدريس ، لانتقاله عن الواقف كما هو الفرض ، فرجوعه إليه يحتاج الى دليل ، ولأن الموقوف عليه ملكه فيجري ارثه فيه . والجواب بمنع الانتقال والملك المذكورين ، وإنما ذلك في الوقف المؤبد .
وهنا فوائد :

(الاولى) تردد الشيخ في المبسوط في ذلك ولم يرجح ، وما حكيناه هو قوله في الخلاف والنهاية .

(الثانية) قال ابن زهرة في هذه المسألة انه يصرف في وجوه البر . قال العلامة في المختلف : ولا بأس به ، لانتقاله عن الواقف وزوال ملكه عنه . وفيه نظر ، لما عرفت من حكمه بعدم انتقاله .

(الثالثة) على القول الاول لو مات الواقف قبل الموقوف عليه [ثم مات الموقوف عليه] قد قلنا برجوعه الى ورثة الواقف ، فهل هو الى ورثته حين موت الموقوف عليه ؟ يحتمل الاول ، لما قلنا أنه ملكه فينتقل رقبته الى وارثه ويسترسل فيه الى أن يصادف الانقراض المذكور ، ويحتمل الثاني كالولاء فانه للورثة حين موت العتيق . ويظهر من الشهيد اختيار هذا ، والاول عندي قوي وفرق بينه وبين الولاء ، فان الولاء لا يورث بل يورث به ، بخلاف الحبس فانه موروث كما نقل أن علياً عليه السلام يحكم برد الحبس وأنفاذ النوايا^(٢) .

قوله : ولو شرط عوده عند الحاجة فقولان أشبههما البطلان

(١) التهذيب ١٣٣/٩ ، الفقيه ١٧٩/٤ ، الاستبصار ٩٩/٤ ، الكافي ٣٥/٧ ق٢ :

عن جعفر بن حيان .

(٢) التهذيب ١٤٠/٩ ، الكافي ٣٤/٧ ، الفقيه ١٨١/٤ .

يريد أنه اذا وقف وحصلت جملة شرائطه الا أنه شرط عوده اليه عند الحاجة فهل يبطل بذلك أو يكون صحيحاً وله شرطه ، قال المرتضى الثاني ، وقال انه مما انفردت به الامامية^(١) . ونقله العلامة في المختلف^(٢) عن المفيد والشيخ في النهاية^(٣) والقاضي وسائر ، واختاره واحتج له بالاصل وبقوله تعالى « أوفوا بالعقود »^(٤) وبقوله صلى الله عليه وآله وسلم : المؤمنون عند شروطهم^(٥) . يقول العسكري عليه السلام : الوقوف على حسب ما وقفها أهلها ، رواه محمد بن الحسن الصفار عنه مكتوبة^(٦) .

وقال الشيخ في المبسوط وابن ادریس وابن حمزة وابن الجنيد بالاول ، وهو الاشبه عند المصنف ، لمنافاته الوقف ، لان من شرطه اخراجه عن نفسه ، ولان الوقف ناقل الى الموقوف عليه فرجوعه يحتاج الى دليل ، ولانه صدقة ولا شيء من الصدقة يجوز الرجوع فيها والمقدمتان اجماعيتان .
والجواب عن حجة العلامة بأن الوفاء بالعقد والشرطانما يلزم مع صحتها لا مطلقاً ، والشرط المذكور نمتنع صحته ، فانه نفس المتنازع .
وهنا فوائد :

(الاولى) قال العلامة في القواعد يصح الشرط ويصير حبساً ويبطل وفقاً ويرجع

(١) المختلف ٣٢/٢ .

(٢) النهاية ٥٩٥ قال فيه : ومتى شرط الواقف انه متى احتاج الى شيء منه كان له بيعه والتصرف فيه كان الشرط صحيحاً وكان له ان يفعل ما شرط الا انه اذا مات والمحال ما ذكرناه رجع ميراثاً ولم يمتص الوقف .

(٣) سورة المائدة : ١ .

(٤) التهذيب ٢٢/٧ ، الكافي ١٨٧/٦ ، الفقيه - روضة المتقين ١٨/١٣ .

(٥) التهذيب ١٢٩/٩ ، الكافي ٣٧/٧ ، الفقيه ١٧٦/٤ .

(الثاني) في الموقوف :

ويشترط أن يكون عيناً مملوكة ينتفع بها مع بقائها انتفاعاً
محللاً .

ويصح اقتضاؤها ، مشاعة كانت أو مقسومة .

(الثالث) في الواقف :

ويشترط فيه البلوغ وكمال العقل وجواز التصرف .

وفى وقف من بلغ عشرين تردداً ، المروى : جواز صدقته
والاولى : المنع .

اليه عند الحاجة وبورث^(١) . وهذا هو الأقوى عندي .

(الثانية) يحتمل في الحاجة المذكورة تفسيرها بقصور ماله عن سنة لدخوله
في اسم الفقر والمسكنة ، ويحتمل بقصوره عن يوم أو سؤال غيره . والثاني
قريب .

(الثالثة) لو لم يشترط عوده عند الحاجة ثم انه وقفه على الفقراء فصار فقيراً
فانه يشارك في الحاصل عند المصنف ، وكذا لو وقف على الفقهاء وأطلق وهو
فقيه حينئذ فانه يشارك ، لحصول المعنى المذكور في المصرف ، فهو حينئذ راجع
بدليل من خارج لا بالوقف الصادر عنه .

قوله : وفى وقف من بلغ عشرين تردداً ، والمروى جواز صدقته ،
والاولى المنع

ينشأ من كونه محجوراً عليه فلا يصح منه ، ومن فتوى الاصحاب بجواز

(١) القواعد ، و آخر المطلب الاول من كتاب الوقوف .

ويجوز أن يجعل الواقف النظر لنفسه على الاشبه .

صدقته والوقف صدقة كما تقدم فتكون داخلا . والرواية المشار اليها عن زرارة عن الباقر عليه السلام^(١) ، ومثلها عن زرعة عن سماعة عن الصادق عليه السلام^(٢) . ولم ترد رواية بالصریح في جواز وقفه ، ولذلك قال المصنف والمروي جواز صدقته . والحق ما قاله المصنف ، وهو المنع من وقفه : أما أولا فلكون الوقف تصرفاً مالياً والحجر عليه يمنع ذلك ، وأما ثانياً فلضعف سماعة ، وأما ثالثاً فلأنه ليس في الروايات لفظ العشر^(٣) ، وإنما قل الشيخ في الاستبصار وقد حد ذلك بالعشر^(٤) ، وإنما في الرواية لفظ « الغلام » ، قال : سألته عن طلاق الغلام [قبل] أن يحتلم وصدقته . فقال : إذا هو طلق للسنة ووضع الصدقة في موضعها وحققها فلا بأس وهو جائز^(٥) فيحتمل أن يكون قد بلغ بالسن أو الانبات ولم يحتلم .

قوله : ويجوز أن يجعل الواقف النظر لنفسه على الاشبه
وجه الاشبهية أن النظر لا يستلزم التملك والمنافاة للوقف . فجواز اشتراطه

(١) الكافي ٢٨/٧ ، التهذيب ١٨١/٩ ، الفقيه ١٤٥/٤ .

(٢) الاستبصار ٣٠٣/٣ .

(٣) الا رواية زرارة عن الباقر عليه السلام قال : إذا أتى على الغلام عشر سنين فإنه يجوز له في ماله ما اعتق وتصدق وأوصى على حد معروف وحق فهو جائز . ورواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن الصادق عليه السلام في الوصية وكذا رواية أبي بصير عنه عليه السلام فيها رواها في الكافي ٢٨/٧ .

(٤) الاستبصار ٣٠٣/١٣ قال فيه : وقد حد ذلك بعشر سنين فصاعداً على إوردناه في كتابنا الكبير .

(٥) التهذيب ٧٦/٨ ، الكافي ١٢٤/٦ ، الاستبصار ٣٠٣/٣ ، ليس « قبل » في التهذيب .

وان أطلق فالنظر لأرباب الوقف .

(الرابع) في الموقوف عليه :

ويشترط وجوده وتعيينه .

لنفسه كما جازا شرطه لغيره . ولم نسمع فيه خلافاً إلا أن ابن إدريس جعل من شرائط الوقف أن لا يتولى الواقف الوقف بنفسه ، وما ينفرد به ليس به اعتبار .

قوله : وان أطلق فالنظر لأرباب الوقف

يجيء قريباً أن الوقف هل ينتقل الى الموقوف عليه أو الى الله تعالى ؟ فعلى الأول يكون النظر مع الإطلاق للموقوف عليه لأنه ملكه ، ولما كان ذلك هو مذهب المصنف قال ان النظر للموقوف عليه . وعلى الثاني يكون النظر للحاكم .

هذا في الوقف الخاص ، أما العام - كالوقف على الفقراء - فالنظر للحاكم قطعاً ، وكذا الوقف على المسجد مع عدم الناظر .

قوله : ويشترط وجوده وتعيينه

هذان شرطان :

« ١ » - كون الموقوف عليه موجوداً ، وهذا شرطه في ابتداء الوقف لافي دوامه ، فإن الوقف على الموجود وبمده على من سيوجد جائز .

« ٢ » - كونه معيناً ، فلو وقف على رجل من بني آدم أو على أحد هذين بطل ، وكذا لو وقف على أحد المشهدين أو المسجدين من غير تعيين .

وهنا فوائد :

(الأولى) لو وقف على معدوم ابتداء للشيخ قولان : أحدهما الصحة لانه ذكر نوعين أحدهما يصح فيه والآخر لا يصح في من يصح ويبطل في الآخر ، وثانيهما

وأن يكون ممن يملك ، والا يكون الوقف عليه منحرماً .
فلو وقف على من سيوجد لم يصح .
ولو وقف على موجود وبعده على من يوجد صح .
والوقف على البر يصرف الى الفقراء ووجه القرب .

البطلان وهو اختيار المصنف والعلامة . وعليه الفتوى ، لان الوقف انشاء والانشاءات
علل الاحكام والعلل يجب اتصالها بمعلولاتها زماناً والمعلول هنا استحقاق منافع
الوقف فوجب أن يكون المسحق حاصلًا حال الوقف لكنه غير حاصل في
الحال : أما الاول فلان الفرض عدس ، وأما التابع له فلان استحقاقه في الحال
مخالف لشرط الواقف ، فانه شرط أن يكون الاستحقاق بعد انقراض الاول .

(الثانية) تقدم حكم منقطع الاخير ، كما لو وقف على من ينقرض غالباً بقي لو
انقطع وسطه ، كما لو وقف على زيد ثم على العنقاء ثم على المساكين . فيه أيضاً
احتمالان البطلان والصحة في الطرفين . وتصرف غلته في الوسط الى الواقف أو
وارثه وقيل الى ورثة الطرف الاول ، وقيل الى الاخير لتملكهم ، وقيل الى الفقراء .

(الثالثة) لو وقف على موجود ومعدوم معاً احتمل اختصاص الموجود به ،
لان العطف يقتضي تساوي النسبة والموقوف وهو المجموع ، فهو يقتضي ثبوته لكل
واحد واحد ، لكن ثبوته للمعدوم باطل فيكون للموجود . واحتمل أن يكون
للموجود النصف ، لاقتضاء العطف التشريك ، ولانه اضافة الى المجموع من
حيث هو مجموع فلا يعطى لواحد . والثاني أقرب .

قوله : وان يكون ممن يملك

هنا فوائد :

(الاولى) لا كلام في تملك الموقوف عليه المنافع ، وحيث يشترط كونه

ممن يملك، فلو وقف على الجدار أو الدابة أو على من لا يمكن نسبة الملك إليه كجبريل والجن بطل .

(الثانية) لو وقف على الحمل أمكن الصحة لتملكه الوصية والبطلان لعدم القطع بحياته ولأنه لم يثبت ملكه ابتداءً إلا في الوصية. وفرق بينها وبين الوقف لأن الوقف يملك في الحال والوصية تملك في المآل .

(الثالثة) اختلف في الوقف الخاص هل ينتقل إلى الموقوف عليه أو إلى الله تعالى أو يبقى في ملك الواقف؟ قال الشيخ في المبسوط بالاول ، واختاره ابن ادريس والعلامة في المختلف ، محتجاً بأن الوقف سبب قطع تصرف الواقف في الرقبة والمنفعة فوجب أن يزول ملكه عنه كالعتق وينتقل إلى الموقوف عليه لأنه مال لثبوت أحكام المالية فيه. ولهذا يضمن بالقيمة [فكان ملكاً] كأم الولد^(١) ، وليس للواقف لما بيناه ولا لغيره من الناس اجمعاً ، فيكون للموقوف عليه .

وفيه نظر، لانتقاضه لحصر المسجد وبواريه، فإنها مال يضمن وليست ملكاً لغير الله .

ونقل ابن ادريس القول الثاني واحتج من قال به بأنه صدقة وكل صدقة فهي لله تعالى ، ولأنه إزالة ملك على وجه القرية لتلك المنفعة فانتقل إلى الله تعالى ، وبأن لازم الملك جواز البيع لقوله صلى الله عليه وآله : الناس مسطون على أموالهم^(٢) . وهو منفي هنا فالملك منفي .

وفيه أيضاً نظر :

أما الاول: فلمنع الكبرى، وسند المنع قوله « إنما الصدقات للفقراء »^(٣)

(١) المختلف ٣٣/٢ .

(٢) البحار ٢٧٢/٢ .

(٣) سورة التوبة : ٦٠ .

ولا يصح وقف المسلم على البيع والكنائس ،
ولو وقف على ذلك الكافر صح ، وفيه وجه آخر .

الاية . وأما الثاني : فلان الانتقال الى الله نفس النزاع . وفرق بينه وبين العتق
فان المعتق ليس لاحد عليه تسلط بخلاف الوقف .

وأما الثالث : فلمنع كون جواز التصرف لازماً للملك ، لان الرهن ملك
الراهن ولا يجوز له بيعه ، فكذلك الوقف ملك البطان الاول ولا يجوز له بيعه لتعلق
حق الباقيين به .

وهذا القول حكاه الشيخ في المبسوط أيضاً ، والثالث قاله التقي واحتج
بقوله صلى الله عليه وآله وسلم : حبس الاصل وسبل الثمرة^(١) .

وفيه نظر ، لمنع دلالة الحديث عليه ، لجواز الحبس على الموقوف
عليه . والاقوى الاول استدلالاً بالمعلول على العلة ، واختصاصه بأرض الجنابة .

والتقص ممنوع ، لان ذلك ليس خاصاً .
(الرابعة) الوقف العام ان كان مسجداً فهو فك ملك كالمعتق ، وان كان على
جهة عامة فالأقرب أنه لله لتساوي نسبته الى الكل واستحالة ملك واحد بعينه والا
لزم الترجيح من غير مرجح ، مع احتمال انتقاله الى المسلمين لانه في الحقيقة
وقف عليهم .

(الخامسة) لو وقف على من لا يملك ابتداء ثم على من يملك فهو منقطع الاول
وقد تقدم حكمه .

قوله : ولا يصح وقف المسلم على البيع والكنائس ولو وقف على ذلك
الكافر صح ، وفيه وجه آخر

(١) المستدرک ٥١١/٢ ، ابن ماجه ٨٠١/٢ .

البيوت ثلاثة أقسام :

« ١ » بيوت عبادة الله باقية الحكم كالكعبة والمساجد . فهذه يصح الوقوف عليها مطلقاً .

« ٢ » بيوت يعبد فيها غير الله كبيوت البددة^(١) والنيران والكواكب ، فتلك لا يصح الوقف عليها مطلقاً لامن مسلم ولا كافر .

« ٣ » بيوت عبادة منسوخة كالكنيسة لليهود والبيعة للنصارى ، فتلك لا يصح وقف المسلم عليها قطعاً لما فيه من تشييد المذهب الباطل . ولا أعرف مخالفاً في ذلك . وهل يصح وقف الذمي عليها؟ الحق نعم لجواز ابقائها ورقها^(٢) ولا قرارهم على دينهم فلا بد لهم من متعبد .

قال المصنف وفيه وجه آخر ، قال الابي^(٣) اني سألت المصنف عنه فقال : هو عدم الصحة لتعذرنية القرية من الكافر وهي شرط في الوقف . وفيه نظر ، لانا لانسلم تعذرنية القرية من الكافر مطلقاً ، لقوله تعالى « وما نعبدهم الا ليقرّبونا الى الله زلفى »^(٤) . نعم ذلك متعذر في حق المعطلة كأرباب الطبيعة والدمرية .

وأورد بعض الفضلاء على المصنف أنه جوز الوقف على الذمي كما يجيء

(١) البد بضم الاول : بيت فيه اصنام وتساويروهو معرب « بت » بالفارسية . وقال ابن دريد : البد الصنم نفسه الذي يعبد لا اصل له في اللغة فارسي معرب والجمع البددة .
(٢) اي اصلاحها .

(٣) راجع كشف الرموز : كتاب الوقوف والصدقات . قال فيه : سألت المصنف عن ذلك فأجاب بأنه يمكن ان يقال ان نية القرية شرط في الوقف ولا يمكن ذلك في الكافر فلا تصح منه الوقف .

(٤) سورة الزمر : ٣ .

ولا يقف المسلم على الحزبي ولو كان رحماً ويقف على الذمي ولو كان أجنبياً .

ولو وقف المسلم على الفقراء انصرف الى فقراء المسلمين .
ولو كان كافراً انصرف الى فقراء نحلته .

ومنع منه على البيع والكنايس ، فما الفرق اذا الوقف على المتعبد هو وقف في الحقيقة على المتعبد فيه .

وفيه نظر ، لوجود الفرق بأن الوقف على الذمي صدقة عليه وهي جائزة وعلى البيعة والكنيسة تشييد للمذهب الباطل وهو معصية ، حتى أنه لو وقف على الذمي لكونه ذمياً بطل ، لانه اعانة له على كفره فيكون معصية .

قوله: ولا يقف المسلم على الحزبي ولو كان رحماً ويقف على الذمي ولو كان أجنبياً

أما الاول فلان الحزبي يجب قتله فلا يجوز اعانته، ولانه لا يملك مال المسلم وشرط الوقف امكان الملك، ولان الوقف نوع مودة وهو ظاهر ولا مودة للحزبي لقوله تعالى «ولا تجد قوماً يؤمنون بالله واليوم الآخر يوادون من حاد الله ورسوله ولو كانوا آباءهم أو أبناءهم أو إخوانهم أو عشيرتهم»^(١).

وأما الثاني فيه أقوال :

« ١ » الجواز مطلقاً ، كما اختاره المصنف لانه نوع صدقة .

« ٢ » المنع مطلقاً ، وبه قال سائر والقاضي ، اذ لا يتقرب بمثل ذلك مع

امكان غيره مما هو أعظم منه .

(١) سورة المجادلة : ٢٢ .

والمسلمون من صلى الى القبلة .

« ٣ » قول الشيخين^(١) والتقي وابن حمزة بجوازه في حق الاقارب ، وهو الاولى للحدث على صلة الرحم .

ولابن ادريس هنا اضطراب : فتارة خص الجواز بالوالدين لقوله « وصاحبهما في الدنيا معروفاً »^(٢) وتارة جوزه في الرحم مطلقاً للحدث على المذكور .

قوله : والمسلمون من صلى الى القبلة

هذه عبارة سلا، وقال الشيخ في النهاية^(٣) من أقر بالشهادتين وأركان الشريعة وبه قال القاضي . وكذا عبارة المفيد ، الا أنه يظهر من عبارته أن فعل الصلاة جزء من الاسلام وقال ابن حمزة من أقر بالشهادتين ومن هو بحكمه من أطفالهم ومجانينهم ، والتقي يظهر من كلامه أنه لا يجوز الوقف لغير المؤمن ، وقال ابن ادريس اذا كان الواقف مؤمناً محققاً فالمسلم يراد به المؤمن عملاً بالقرينة . والتحقيق أن الاسلام هو التلطف بالشهادتين مع الاقرار بكل ما جاء به محمد صلى الله عليه وآله وسلم ، فان كان الواقف خالياً عن الاعتقاد انصرف الى ما ذكرناه ، وان كان معتقداً لمذهب من المذاهب الاسلامية انصرف الى معتقده .

(١) قال في الخلاف ٢ / ٢٣٠ : يجوز الوقف على اهل الذمة اذا كانوا اقاربه . وقال في النهاية : ٥٩٧ : ولا بأس ان يقف المسلم على والديه او ولده او من بينه وبينه رحم وان كانوا كفاراً .

(٢) سورة لقمان : ١٥ .

(٣) النهاية : ٥٩٧ .

واعلم أن الغلاة^(١) والخوارج^(٢) والنواصب^(٣) غير داخلين في اسم الاسلام

(١) هم الذين غلوا في القول حتى قالوا ان الائمة آلهة وملائكة وانبياء ورسلا واعتقدوا التناسخ في الارواح والدور والكور في هذه الدار وابطال القيامة والبعث والحساب والجنة والنار، وزعموا ان لا دار الا الدنيا وان القيامة خروج الروح من بدن ودخوله في بدن آخران خيراً فخيروا شرأ فشرسوررون في هذه الابدان او معذبون فيها ان كانوا اهل خير ينقلون في الاجسام الانسية المنعمة وان كانوا اهل شر ينقلون الى الاجسام الردية المشوهة من كلاب وقردة وغنازير وغيرها . المقالات والفرق : ٤٤ .

وقال في ص ٦٢ : وحكى محمد بن عيسى بن عبيد بن يقطين عن يونس بن عبد الرحمن ان الغلاة يرجعون على اختلافهم الى مقالتين هما اصلهم في التوحيد :

فاحدى المقالتين انهم يقولون ان الله يتراعى لما شاء فيما شاء كيف شاء في عدله اذ يرى من نفسه ما يرى من خلقه فلم يجز ان يتراعى لهم في مثل ما يعرفونه لكي يكونوا آتسين بهم ولما يدعوهم اليه اسرع فلقوله اقبل فيريهم في رأى العين نفسه انساناً وليس هو بانسان من جهة اقتداره على ما اراهم نفسه به .

والمقالة الثانية انهم قالوا انه في ذاته وكنهه روح القدس ساكن في مسكون فيه والمسكون حجاب به ولا يوجد ابداً الا بصفته وصفة غيره غير انه في وقت احتجابه على خلقه لم يجد بداً من ان يغير عن ذاته وهياته بآلة معروفة جسدية، والدليل على ذلك انه لا نطق معروف معقول الا بجسد معروف فمن ادرك الله بغير الله فقد ادركه . الخ .

(٢) قال في المقالات والفرق ٥ : ثم خرجت فرقة ممن كان مع على عليه السلام وخالفته بعد تحكيم الحكمين بينه وبين معاوية واهل الشام وقالوا : لاحكم الله وكفروا على عليه السلام وتبرأوا منه وامروا عليهم ذا الشدية وهم المارقون فخرج على عليه السلام فحاربهم بنهر دان فقتلهم وقتل ذا الشدية فسموا الحرورية لوقعة « حرورا » وسموا جميعاً « الخوارج » .

(٣) قال في مجمع البحرين : قال بعض الفضلاء اختلف في تحقيق الناصبي فزعم البعض ان المراد من نصب العداوة لاهل البيت صلوات الله عليهم وزعم آخرون انه من نصب العداوة لشيعتهم، وفي الاحاديث ما يصرح بالثاني فمن الصادق عليه السلام ليس الناصب من نصب لنا اهل البيت لانه لا تجد رجلاً يقول انا أبغض محمداً وآل محمد ولكن الناصب من نصب لكم وهو يعلم انكم تولونا وانتم من شيعتنا .

والمؤمنون الاثنا عشرية وهم الامامية . وقيل : مجتنبو الكبائر
خاصة . والشيعة : الامامية والجارودية .

لاعتقادهم ما علم بطلانه من دين محمد صلى الله عليه وآله وسلم ضرورة ، وكذا
قيل يخرج المجبرة والمشبهة .

قوله : والمؤمنون الاثنا عشرية وكذا الامامية ، وقيل مجتنبو الكبائر
لا كلام أن الامامية يراد به الاثنا عشرية، أعني المعتقدين لامامة الاثني عشر
وعصمتهم والنص عليهم والقول بوجوب الامامة في كل زمان ، لوقوع الاتفاق
على أن هذا الاسم لا يطلق الا على من اعتقد هذا الاعتقاد سواء كانت مجتنبي
الكبائر أولا .

وأما المؤمنون فهل هم من ذكرناه أولا بد مع ذلك من اجتناب الكبائر ؟
قال سلاور وابن ادريس والمصنف والعلامة بالاول ، وهو الحق لما ثبت في علم
الكلام^(١) . وقال الشيخان^(٢) والقاضي وابن حمزة بالثاني ، والخلاف مبني على
أن العمل ثلث الايمان أو ثمرته لا جزؤه . وقد حققنا ذلك في كتاب اللوامع .
قوله : والشيعة الامامية والجارودية (٣)

(١) قال الخاجا نصير الدين الطوسي في تجريد الكلام : والايان التصديق بالقلب
واللسان ولا يكفي الاول لقوله تعالى «وجحدوا بها واستيقنتها انفسهم» ونحوه ، ولا يكفي الثاني
لقوله تعالى قل لم تؤمنوا - الى ان قال - : والفاسق مؤمن لوجود حده فيه . وقال العلامة
الحلي في شرحه : والحق ما ذهب اليه المصنف وهو مذهب الامامية والمرجئة واصحاب
الحديث وجماعة الاشعرية من انه مؤمن والدليل عليه ان حد المؤمن موجود فيه .

(٢) النهاية ٥٩٧ قال فيه : فان وقف على المؤمنين كان ذلك خاصاً لمجتنبى الكبائر
من اهل المعرفة بالامامة دون غيرهم .

(٣) في المقالات والفرق ١٨ : الجارودية اصحاب ابي الجارود زياد بن المنذر بن
زياد الاعجمي فقالوا بتفضيل على عليه السلام ولم يروا مقامه لاحد سواء وزعموا ان من

والزيدية : من قال بامامة زيد .

للناس في تفسير التشيع أقوال :

« ١ » قال الفخر الرازي: الشيعة جنس تحت أربعة أنواع: الامامية، والزيدية والغلاة، والاسماعيلية .

وهو بمعزل عن التحقيق ، لان الغلاة والاسماعيلية خارجون عن الاسلام فضلا عن التشيع ، وكذا الصالحية والسليمانية من الزيدية لاعتقادهم خلافة الشيخين ليس لهم في التشيع نصيب .

« ٢ » أنه اسم لمن شايع علياً عليه السلام في الامامة بغير فصل ، وقد جعلهم ابن نوبخت هم المسلمين وكمل منهم الفرق الثلاث والسبعين .

« ٣ » أنه اسم للامامية والجارودية لاغير ، وهو قول الشيخين وسلارو والقاضي وابن حمزة ، واختاره المصنف والعلامة .

والذي يظهر أن التشيع لا يطلق في الحقيقة الا على الامامية كما بيناه في اللوامع وأما في الوقف فانه يتبع ما يعتقده الواقف ، ان كان ممن ليس له اطلاع على المذاهب والاقوال والاتباع الاسم . ولا شك أن كل من قال بامامة علي عليه السلام بعد النبي صلى الله عليه وآله وسلم بلا فصل يدعي أنه شيعي فيصرف اليه .

قوله : والزيدية من قال بامامة زيد

الزيدية في التحقيق كل من قال بامامة علي والحسين عليهم السلام وامامة كل من خرج من نسل أحد الحسينين عالماً زاهداً شجاعاً داعياً الى نفسه ، فلذلك قالوا بامامة زيد ولم يقولوا بامامة أبيه سيد العابدين عليه السلام لعدم قيامه .

دفع علياً عن هذا المقام فهو كافر وان الامة كفرت وضلت في تركها بيعته ثم جعلوا الامامة بعده في الحسن ثم في الحسين عليهما السلام ثم هي شورى بين اولادهما فمن خرج منهم وشهر سيفه ودعا الى نفسه فهو مستحق للامامة .

والفطحية : من قال بالافطح . والاسماعيلية : من قال باسماعيل
ابن جعفر عليه السلام . والناووسية : من وقف على جعفر بن محمد .
والواقفية من وقف على موسى بن جعفر عليهما السلام . والكيسانية :
من قال بامامة محمد بن الحنفية .

ولو وصفهم بنسبة الى عالم ، كان لمن دان بمقالته ، كالحنفية .
ولو نسبهم الى أب ، كان لمن انتسب اليه بالابناء دون البنات
على الخلاف ، كالعلوية والهاشمية . ويتساوى فيه الذكور والاناث .
وقومه أهل لغته ، وعشيرته الادنون في نسبه .

وما أطرف قول الابى في شرحه انهم يقولون بامامة علي بن الحسين عليهما
السلام ، وكأنه لم يقف على شئ من كتب المذاهب والمعتقدات .
اذا عرفت هذا فعند ابن ادريس ان كان الواقف زيدياً انصرف وقفه الى من
ذكرناه ، وان كان امامياً لم يصح وقفه .

وفيه نظر ، لانه يصح الوقف على الذمي فكيف لا يصح على الزيدي .
قوله : ولو نسبهم الى أب كان لمن انتسب اليه بالابناء دون البنات
على الخلاف

تقدم الخلاف في ذلك ، ويؤيد ما قاله قول الشاعر :

بنونا بنوأبنائنا وبناتنا بنوهن أبناء الرجال الأبعاد

وقد يحتج المخالف بأن عيسى ابن آدم عليهما السلام والحسين أبناء رسول

الله « ص » .

قوله : وقومه أهل لغته وعشيرته الادنون في نسبه

مسألان :

(الاولى) القوم ، والاكثر على أنهم أهل لغته ، ثم انه هل يستوي في ذلك الذكور والاناث أويختص الذكور ؟ عبارة سلار تسدل على الاول ، واطلاق المصنف يقتضي ذلك . وقال الشيخان^١ والقاضي وابن حمزة بالثاني ، وقال التقي ان علم قصده لشيء أتبع والأتبع عرف قومه في ذلك الاطلاق ، وقال ابن ادريس لو وقف على قومه يصرف الى الرجال من قبيلته ممن يقتضي العرف بأنهم اهله وعشيرته ويشهد بذلك العرف وفحوى الخطاب ، قال دريد :

قومي هم قتلوا أميم اخي فاذا رميت يصيني سهمي

وهو المختار ، لان اللغة لامدخل لها في ذلك . وانما قلنا باختصاص الرجال لان اسم القوم لغة يتناولهم ، ولقوله تعالى « لا يسخر قوم من قوم ولا نساء من نساء »^٢ ، وقال زهير :

فما أدري ولست^٣ أخال أدري أقوم آل حصن أم نساء

ومستمسك الشيخين الرواية ، وهي ان صحت تحمل على كل عشيرة لرجل لهم لغة يختصون بها لا مطلقاً ، فإنه كم من عشيرة رجل يشارك عشيرة غيره في اللغة .

(الثانية) العشيرة قال الشيخان^٤ هم الخاص من قومه الذين هم أقرب الناس اليه ، وبه قال القاضي وسلار وابن ادريس ، وفصل التقي كما تقدم ، وهو أحد

١) النهاية ٥٩٩ : وان وقف على قومه ولم يسهم كان ذلك على جماعة أهل لغته من الذكور دون الاناث .

٢) سورة الحجرات : ١١ .

٣) في بعض النسخ : وسوف أخالي .

٤) النهاية ٥٩٩ : فان وقف على عشيرته كان على الخاص من قومه الذين هم أقرب الناس اليه في نسبه .

ويرجع بالجيران الى العرف ، وقيل بمن يلى داره الى اربعين ذراعاً ، وقيل الى اربعين داراً . وهو مطرح .

قولي الكيدري ، وفي الاخر أنه لا فرق بينهم وبين القوم .

والاولى أنهم الذرية والخاص من قومه . وحضرهم ابن زهرة في الذرية ، وهو ضعيف فان العرف يدفعه .

(فائدة):

العترة قال الجوهري عترة الرجل نسله ورهطه الادنون ، وقال ابن ادریس هم الاخص من قومه وعشيرته استدلالاً بقول تغلب وابن الاعرابي ، وقال ابن زهرة والكيدري هم الورثة . وما قاله الجوهري أجود ، فهي أعم من الذرية وأخص من العشيرة .

قوله : ويرجع في الجيران الى العرف ، وقيل بمن يلى داره الى اربعين ذراعاً ، وقيل الى اربعين داراً ، وهو مطرح

الاول قول المصنف ، والثاني للشيخين^(١) والنقي وأتباعهم ، والثالث منقول عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم^(٢) . ويمكن حمله على أربع جهات فيكون كل جهة عشرة دور فيقارب اربعين ذراعاً^(٣) من كل جهة . والفتوى على الثاني ، لان العرف ليس له تقدير مخصوص فلا يناف به حكم شرعي .
وهنا فوائد :

(١) النهاية ٥٩٩ قال : كان مصروفاً الى اربعين ذراعاً من اربع جوانبها وليس لمن بعد عن هذا الحد شيء .

(٢) المغنى لابن قدامة ٥٥٦/٦ طبع دار الكتب العربية بيروت سنة ١٣٩٠ .

(٣) وكل ذراع اربعة وعشرون اصبعاً ، وقيل : الذراع ست قبضات والقبضة اربع اصابع .

ولو وقف على مصلحة فبطلت قيل يصرف الى البر .
واذا شرط ادخال من يوجد مع الموجود صح .
ولو أطلق الوقف وأقبض لم يصح ادخال غيرهم معهم ، أولاداً

(الاولى) الذراع هنا هو الشرعي ، وقد تقدم ذكره في تحديد المسافة .

(الثانية) ان ذلك معتبر من كل جهة من الاربع .

(الثالثة) هل يعطى من هو على رأس الاربعين ، بمعنى أنه غاية الذراع الى جداره أم لا . ومبنى ذلك على دخول الغاية في المبنى . وصرح القاضي بدخوله ، قال الشهيد وهو قوي . والاجود عدمه ، لان المفصل محسوس لا يدخل في مقياسه .

قوله : ولو وقف على مصلحة فبطلت قيل يصرف الى البر

القول للشيخين^(١) وابن ادریس ، والمصنف يستضعف ذلك ، وبيانه : ان مذهب الشيخ أن الوقف على من ينقرض غالباً يرجع الى الواقف أو وارثه بعد الانقراض ، فلم لا يكون هنا كذلك .

قلت : في ذلك نظر ، اذ للشيخ ان يجيب بأن الوقف على المسجد مثلاً أو القنطرة وقف في الحقيقة على المسلمين فاذا بطلت لم ينقرض المسلمون فيصرف الى مصالحهم في غيرها لكن الى ما هو أقرب تشبهاً بتلك المصلحة ، كما اذا وقف على مسجد فبادأهله أو على قنطرة فانقطع الماء فانه يصرف الى مسجد آخر أو قنطرة أخرى ، لانه لا يلزم من زوال الشخص زوال الصنف ، لجواز تعلق غرض الواقف به أربنوعه ، فلا يتعدى الى الجنس مع امكان الاقرب .

قوله : ولو أطلق الوقف وأقبض لم يصح ادخال غيرهم معهم اولاداً

(١) النهاية ٦٠٠ : واذا وقف المسلم شيئاً على مصلحة فبطل رسمها جيل في وجه البر .

كانوا أو أجنب. وهل له ذلك مع أصغر ولده؟ فيه خلاف، والجواز مروي. أما النقل عنهم فغير جائز.

كانوا أو أجنب، وهل له ذلك مع أصغر ولده؟ فيه خلاف والجواز مروي
أما النقل عنهم فغير جائز
هنا مسائل:

(الاولى) لا خلاف أن مع اطلاق الوقف والموقوف عليهم بالغون وحصلت الشرائط كلها لا يجوز ادخال غيرهم. نعم عند المفيد أنه لو حدث في الموقوف عليه حدث يمنع الشرع من معونته والصدقة عليه والتقرب الى الله بصلاته جاز التغيير لان الوقف صدقة فلا يستحقه من لا يستحقها، فاذا حدث في الموقوف عليه كفر أو فسق بحيث يستعان بذلك المال عليهما جاز حينئذ للواقف التغيير والادخال. وليس بعيداً من الصواب وان منعه ابن ادريس وغيره.
هذا مع حدوث المانع أما لو كان حاصل حال الوقف فلا.

(الثانية) لو وقف على أولاده الصغار وأطلق وقبض عنهم هل له ادخال غيرهم معهم؟ قال الشيخ في النهاية^(١) نعم، للرواية المشار اليها، وهي عن عبد الرحمن ابن الحجاج عن الصادق عليه السلام في الرجل يجعل لولده شيئاً وهم صغار ثم يبدو له أن يجعل معهم غيرهم من ولده. قال: لا بأس^(٢).

ومثله عن محمد بن سهل عن ابيه عن الرضا عليه السلام عن الرجل تصدق على بعض ولده بطرف من ماله ثم يبدو له بعد ذلك أن يدخل معه غيره من ولده قال: لا بأس به^(٣).

(١) النهاية: ٥٩٦.

(٢) الكافي ٣١/٧، التهذيب ١٣٥/٩، الاستبصار ١٠٠/٤.

(٣) التهذيب ١٣٦/٩، الاستبصار ١٠١/٤.

وأطلق الباكون المنع من ذلك للزوم الوقف ونقول العسكري عليه السلام الوقوف على ما وقفها أهلها^(١) ، وهو يفيد الوجوب. ولرواية جميل بن دراج عن الصادق عليه السلام: رجل تصدق على ولده بصدقة وهم صغار أنه أن يرجع فيها؟ قال: لا الصدقة لله عز وجل^(٢).

وأجابوا عن الاولى بأنه لادلالة فيها على الوقف، لجواز أن يكون وصية وكذا عن الثانية. وأيضاً الصدقة لا يستلزم الوقف مع الاطلاق كما تقدم، وحينئذ تكون صدقة جائزة النقل فيقبل بعضها ثم ينقله الى أولاده الاخر.

(الثالثة) اتفق الكل على أنه لا يجوز النقل عن الاصاغر وغيرهم، لما تقدم من لزوم الوقف وقول العسكري عليه السلام.

(الرابعة) لو شرط الواقف وصفاً كمالياً كصلاح وفقه وغير ذلك فزال جاز النقل، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: المؤمنون عند شروطهم^(٣). وحينئذ نقول اذا زال ذلك الوصف في الجملة فهنا مسائل:

«الاولى» أن يزول عن بعضهم فيكون الباقي، «الثانية» أن يزول عن الكل ويوجد في البطن التي يليهم فيكون لهم، «الثالثة» أن لا يوجد في البطن الثانية يصرف في البر، «الرابعة» اذا صرف في البر وعاد الوصف الى البطن الاولى عاد الاستحقاق، «الخامسة» صرف في البر ولم يعد الوصف في الاولى انتظر البطن الاخرى فان وجدت وفيها الوصف بطل البر واستحققت وهكذا. ويحتمل ان مع زوال الوصف عن احد البطون يكون الحاصل للغاية الابدية

(١) الكافي ٣٧/٧، التهذيب ١٢٩/٩، الفقيه ١٧٦/٤، الوسائل ٢٩٥/١٣.

(٢) الكافي ٣١/٧، التهذيب ١٣٥/٩، الاستبصار ١٠٢/٤.

(٣) التهذيب ٢٢/٧، الكافي ١٨٧/٦، الفقيه - روضة الواعظين - ١٨/١٣.

وفيه: المسلمون.

وأما اللواحق فمسائل :

(الاولى) اذا وقف في سبيل الله ، انصرف الى القرب ، كالحج ،
والجهاد ، والعمرة ، وبناء المساجد .

(الثانية) اذا وقف على مواليه دخل الاعلون والادنون .

المتناسبة لا أي بر كان ، كما لو كانت الغاية الابدية الصرف في حج أو غزو أو
زوار أو غير ذلك من أصناف البر ، فانه يختص بها دون باقي الاصناف . وكان
هذا أقوى .

قوله : اذا وقف في سبيل الله انصرف الى القرب كالحج والجهاد
والعمرة وبناء المساجد

نخصه الشيخ في المبسوط والخلاف^(١) بالحج والعمرة والجهاد ، وابن حمزة
بالجهاد . والحق أنه لا دليل على هذا التخصيص بل كل ما يتوصل به الى شيء
فهو سبيل الى ذلك الشيء ، وحاشا يكون كل ما يتوصل به الى الله فهو سبيل
اليه تعالى .

وللشيخ في المبسوط تفصيل وافق فيه الشافعي ، وهو أن سبيل الله هو ما تقدم
وسبيل الثواب هو الفقراء والمساكين ويبدأ بأقاربه ، وسبيل الخير هو الاصناف
الخمس الفقراء والمساكين وابن السبيل والغارمون لمصلحتهم والمكاتبون . ثم
قال : ولوقبل بتدخلها كان قوياً . وهو الاصح الامع معرفة قصد الواقف .

قوله : اذا وقف على مواليه دخل الاعلون والادنون

المولى يقال لغة على معنيين : « ١ » المعتق بكسر التاء وهو المولى الاعلى
« ٢ » المعتق بفتح التاء وهو المولى الادنى .

(١) الخلاف ٢٢٩/٢ قال : اذا وقف وفقاً وشرط ان يصرف منفعة في سبيل الله جعل
بعضه للفرقة المطبوعة دون العسكر المقاتل على باب السلطان وبعضه في الحج والعمرة
لانهما من سبيل الله .

فإذا وقف الواقف على مواليه فلا يخلو من أحوال ثلاثة : « ١ » أن يكون له المولى الأعلى لا غير فينصرف الاطلاق اليه ، « ٢ » أن يكون له الاسفل لا غير فينصرف أيضاً الاطلاق اليه ، « ٣ » أن يكون له الموليان معاً .

فان وجدت قرينة حالية أو مقالية اتبعت ، وان لم توجد قرينة قال الشيخ في المبسوط والخلاف^(١) وابن ادريس والمصنف دخلاً معاً واستحقاقاً . واستدل عليه في الخلاف بأن ذلك ليس ببعيد ، كما أن الوقف على الاخوة مع الاطلاق يتناول الاخوة المتفرقين . واستدل عليه بأنه جمع مضاف فيعم كغيره .

وقال العلامة^(٢) : مع انتفاء القرينة واللفظ مفرد يبطل الوقف وان كان جمعاً ومنعنا من اطلاق المشترك على جميع معانيه يبطل أيضاً كالمفرد . قال : وانما قلنا ذلك لان لفظ « المولى » مشترك بين معان متضادة كالمعتق والمعتق ، وقد ثبت في الاصول امتناع اطلاق المشترك على جميع معانيه .

وأجاب عن حجة الشيخ بأن الفرق حاصل بين المولى والاخ ، لان الاخ مقول بالتواطي ، وعن الثانية بأن العام لفظ مستغرق لجميع ما يصلح له بوضع واحد والمشارك ليس كذلك فلا يكون المتنازع عاماً .

أقول : ويمكن أن ينتصر للشيخ بوجهين :

« ١ » - انا لانسلم أن تسميتهما مولى باعتبار العتق حتى يكون مشتركاً بين ضدين ، لاحتمال أن يكون باعتبار معنى موجود فيهما وهو الولاية : أما وجودها في السيد قبل العتق فظاهر ، وأما بعده فلبثت الولاية عليه ، وأما في العبد فلان له الولاية على نفسه بعد العتق . فيكون الاشتراك معنوياً وتكون لفظة « المولى »

(١) الخلاف ٢ / ٢٣٠ قال : اذا وقف على مولا وله موليان مولى من فوق ومولى من اسفل ولم يبين انصرف اليهما . وقال : لان اسم المولى يتناولهما فوجب صرفه اليهما .

(٢) المختلف ٢ / ٣٨ .

(الثالثة) اذا وقف على اولاده ، اشترك اولاده البنون والبنات ،
الذكور والاناث بالسوية .

مفعلا بمعنى الفاعل .

« ٢ » - سلمنا أن الاشتراك لفظي لكن الممنوع في الاصول على الخلاف
هو الاستعمال على طريق الحقيقة ، أما على المجاز فلا خلاف في جوازه .
ان قلت : المجاز يستدعي قرينة فأى قرينة هنا ؟

قلت : القرينة اما في المفرد فيتعذر حمله على الحقيقة ، وأما في الجميع
فنقول : اذا تعدد المولى من الطرفين أو اتحد من طرف وتعدد من الآخر فانه
يحمل على الجميع مجازاً ، والقرينة اما استحالة الترجيح من غير مرجح كما
في الأول أو تعذر الحقيقة كما في الثاني أو امكن ارادة الجمع والمفرد فلا تيقن
البراءة الا بالحمل على الكل فتحمل .

واعلم أن لابن حمزة هنا تفصيلاً استحسنه العلامة في المختلف^(١) وهو أنه
قال : اذا وقف على مولاة اختص بمولى نفسه دون موالى أبيه وبمولاه الذي
أعتقه دون مولى نعمته ، الا اذا لم يكن له مولى عتق وكان له مولى نعمة ، وإن
قال « على موالى » دخل فيه مولى العتاقة ومولى النعمة .

قال السعيد : وهو مبني على أن لفظة « المولى » مقولة بالتشكيك المعنوي
ومقوليتها على الذي اعتقه هو أولى من ولي نعمته وانه يحمل لفظ الجمع
عليهما .

قلت : هذا يستلزم الاشتراك المعنوي كما قلناه ، اذ التشكيك أحد أقسامه .
قوله : اذا وقف على اولاده اشترك اولاده البنون والبنات الذكور
والاناث بالسوية

(١) المختلف ٢ / ٣٨ .

هذه الجملة تفنضي مسائل :

(الاولى) اذا وقف على أولاده ولم يقل لصلى هل يدخل فيه أولاده ام لا ، وكذا لو قال على أولادي وأولاد أولادي هل يختص بالبطنين أم يدخل فيه البطن الثالث والرابع وهكذا ؟

قال المفيد والتقي والقاضي وابن ادريس تدخل أولاد الاولاد في الاولى والبطن الثالث والرابع وهكذا في الثانية. واحتجوا بالاستعمال كقوله « يا بني آدم » « يا بني اسرائيل يوصيكم الله في أولادكم »^(١) وغير ذلك من الايات ، وقوله صلى الله عليه وآله وسلم : ارموا بني اسماعيل فان اباكم كان رامياً^(٢) . وقوله صلى الله عليه وآله وسلم للحسين عليهما السلام : هما ولداي^(٣) .

وقال الشيخ وابن الجنيد بخلاف ذلك في المسألتين ، لان اسم الولد لا يصدق حقيقة الاعلى من ولد من صلبه ، فان أطلق على ولدا الولد فمجاز لصحة صلبه عنه ، تقول « هذا ليس ولدي بل ولد ولدي » ، ولا يحمل الكلام على المجاز الامع القرينة .

وبه يجاب عن حجة المفيد ، فان الاطلاق فيما ذكره مجاز للقرينة . واختار المصنف هنا مذهب المفيد والعلاء مذهب الشيخ ، وهو أقوى . (الثانية) اذا قلنا بدخول أولاد الاولاد هل تدخل أولاد البنات ؟ الحق ذلك ويقع الفرق بين قوله « اولاد أولادي » وقوله « من انتسب الي » فتدخل أولاد البنت في الاول وفي الثاني خلاف تقدم .

(١) سورة النساء : ١١ .

(٢) ابن ماجة ٩٤١/٢ فيه : رعباً بني اسماعيل فان اباكم كان رامياً . اخرجته البخارى - شرح الكرماني ١٦٤/١٢ .

(٣) قاله صلى الله عليه وآله وسلم مراراً . انظر كنز العمال ١١٢/١٢ ، ١٣٨/١٣ وما بعدهما .

(الرابعة) اذا وقف على الفقراء انصرف الى فقراء البلد ومن يحضره .

وكذا كل قبيل متبدد كالعلوية والهاشمية والتميمية .

ولا يجب تتبع من لم يحضره .

(الخامسة) لا يجوز اخراج الوقف عن شرطه ، ولا بيعه الا أن يقع خلف يؤدي الى فسادة على تردد .

(الثالثة) اذا أطلق الأولاد وأولاد الأولاد اشترك الذكور والاناث بالتسوية عند أكثر الاصحاب ، لاصالة عدم التفصيل . وقال ابن الجنييد للذكر مثل حظ الانثيين كالارث . والحق الاول كالوصية والاقرار .

(الرابعة) لو وقف على أولاده أو المنسوب اليه دخل الخنثى قطعاً ، أما لو قال على البنين أو البنات يحتمل عدم الدخول . والاقرّب القرعة ، لانها في نفس الامر من أحد الصنفين .

قوله : ولا يجب تتبع من لم يحضره

أي في جميع الصور بل يصرف الى الحاضرين وقت القسمة ، لاصالة استحقاقهم وأصالة عدم وجوب التتبع . وهنا مسائل :

(الاولى) هل يجوز النقل الى بلد آخر؟ قال الشهيد لو تتبعه جاز ولا ضمان في الاقرب ، والاولى أنه مع وجود المستحق لا يجوز النقل ويجوز مع عدمه ولا ضمان .
(الثانية) لا يجزي اعطاء أقل من ثلاثة مراعاة لأقل الجمع .

(الثالثة) لا يجب التسوية في الوقف العام المنتشر بل يجوز ولو متفاوتاً ، أما الخاص المنحصر فيجب فيه التساوي ، خصوصاً على القول بملكهم .

قوله : ولا يجوز اخراج الوقف عن شرطه ولا بيعه الا ان يقع خلف يؤدي الى فسادة على تردد

أما الأول فلما تقدم من خبر المسكري عليه السلام^(١) ، فلو خرب المسجد لم تخرج العرصة عن الوقف لرجاء عمارته وعمارة القرية أو صلاة المارة به ، وكذا لو خربت الدار أو القرية .

وأما الثاني - وهو عدم جواز بيعه - فقال ابن ادریس لا يجوز بيعه مطلقاً سواء خرب أولاً وسواء وقع فتنة بين أربابه أولاً، محتجاً برواية أبي علي بن راشد عن الكاظم عليه السلام : لا يجوز شراء الوقف^(٢) .

وقال الثلاثة بجواز بيعه إذا آل إلى الخراب، وزاد المفيد والمرتضى وسلاح وابن حمزة أوتكون لهم حاجة ضرورية داعية إلى بيعه. واحتجوا برواية علي ابن مهزيار عن أبي جعفر عليه السلام^(٣) وأنه كتب بخطه جواباً لسؤاله : إن رائي له أن كان قد علم الاختلاف ما بين أصحاب الوقف أن يبيع الوقف أمثل فانه ربما جاء في الاختلاف تلف الاموال والنفوس .

وفصل التقي والقاضي وابن بابويه فقالوا ان كان مؤبداً لا يجوز بحال وان كان حبساً جاز بيعه بالشرط الذي ذكرناه واحتجوا برواية جعفر بن حنان عن الصادق عليه السلام : اذا رضوا كلهم وكان البيع خيراً لهم باعوا^(٤) . فان مفهومها يدل على عدم التأييد وبأنه جمع بين الروایتين الاولتين .

ومنشأ تردد المصنف الخلاف المذكور. والحق أنه في صورة الحبس لا يجوز للمحبوس عليهم البيع ، لانه ليس ملكاً لهم لما تقدم. اللهم الا اذا اتفقوا

(١) الكافي ٣٧/٧ ، التهذيب ١٢٩/٩ .

(٢) التهذيب ١٣٠/٩ ، الكافي ٣٧/٧ ، الاستبصار ٩٧/٤ .

(٣) التهذيب ١٣٠/٩ ، الفقيه ١٧٨/٤ ، الكافي ٣٦/٧ ، الاستبصار ٩٨/٤ .

(٤) التهذيب ١٣٣/٩ ، الاستبصار ٩٩/٤ ، الكافي ٣٥/٧ ، وفيه عن جعفر بن حيان

الفقيه ١٧٩/٤ .

(السادسة) اطلاق الوقف يقتضى التسوية ، فان فضل لزم .

مع الحابس أو وارثه على البيع ، فانه جائز لبقائه على ملك الحابس أو وارثه .
وأما المؤبد فلا يجوز بيعه قطعاً في صورة كونه أنفع ، لمنافاته قصد الواقف
ومفهوم الوقف ولعدم اختصاصهم بتملكه بل هو ملك أيضاً لباقي البطون ، والرواية
منافية فلا يعمل بها . وأما إذا آل الى الخراب لاجل الاختلاف بحيث يتعطل
ولا ينتفع به أصلاً فيجوز بيعه والالكان ابتغاءاً اتلافاً واضاعة للمال وهو منهي
عنه شرعاً .

ثم هنا فوائد :

(الاولى) اذا بيع وأمكن شراء غيره يكون وقفاً وجب لكونه أوفق لقصد
الواقف ، فانه اذا لم يكن تأييده بحسب الشخص فليكن بحسب النوع .

(الثانية) اذا أمكن شراء مثله يكون أولى ، لما قلناه من كونه أشبه بفرض
الواقف .

(الثالثة) ان كان ثم ناظر شرعي تولى البيع والشراء المذكورين والا
فالحاكم .

(الرابع) هل بمجرد الشراء بالعين يصير وقفاً أو يفتقر الى ايقاع صيغة شرعية
الظاهر الثاني .

(الخامسة) لو انكسرت خشبة من الوقف بحيث لا يمكن الانتفاع بها الاللنار
جاز بيعها واشترى بثمانها ما يصير وقفاً كما قلناه .

قوله : اطلاق الوقف يقتضى التسوية فان فضل لزم

تقدم خلاف ابن الجنيّد ، أما لوقال «على كتاب الله» فانه يكون للذكر سهمان
وللأنثى سهم ، ولو نصص معه الواقف على العكس جاز .

(السابعة) اذا وقف على الفقراء وكان منهم جازان يشرکہم .

قوله : اذا وقف على الفقراء وكان منهم جازان يشرکہم

هنا أقوال :

(الاول) قول الشيخ في المبسوط اذا وقف عاماً - مثل أن يقف على المسلمين جاز له الانتفاع به بلا خلاف ، لانه يعود الى أصل الاباحة فيكون هو وغيره فيه سواء .

(الثاني) قال ابن الجنيـد : اذا وقف ولم يخرجـه من يـده جاز له أن يأكل ويستفـع به ويكون رجوعاً ، وان لزم الوقف بالاعـراج أو كان في واجب عليه وكان ما تصدق به غير مخصوص به أخذاً بل عام كالمسجد جاز له أن يصلي فيه وأن يأكل عند الحاجة اليه منه وكره له الأكل مع الغناء .

(الثالث) قول ابن ادریس الذي يقوى عندي أن الواقف لا يجوز له الانتفاع بما وقفه على حال ، لانه لا يصح أن يقف الانسان على نفسه بالاجماع وقد خرج عن ملكه فلا يجوز عوده اليه بخلاف

وقول الشيخ حق ، لان الوقف العام كالمسجد وخان السبيل ازالة الملك لا تملك الغير فيكون حكمه حكم سائر المباحات الواقف وغيره فيه سواء ، بخلاف الوقف الخاص كبني فلان فانه تملك لهم فلا يجوز للواقف أن يدخل معهم .

أما قول المصنف « وكان منهم جاز أن يشرکہم » فيه نظر ، لانه قد تقدم في كلامه أنه اذا وقف على الفقراء ينصرف الى فقراء بلده ، فانه حينئذ يكون قد ملكهم اياه ، فلم يعد اليه ولا يدخل فيهم ، وان عمـد اللفظ لخروجه بالقرينة - وهو امتناع وقف الانسان على نفسه - سواء خص نفسه أو أدرجه تحت العام .

ومن اللواحق : مسائل السكنى والعمرى .

قوله : مسائل السكنى والعمرى (١)

يعبر عن هذا الحكم بثلاث عبارات :

« ١ » السكنى ، وهي مشتقة من الاسكان ، ويختص بالدار والبيت ، فان لم يقيد بمدة اكتفى في حصولها صدق مفهومها ، وان قيدها بمدة لزمت قدرها .
« ٢ » العمرى ، وهي مشتقة من العمر ، ولا تختص شيئاً بل بكل عين يتنفع بها مع بقائها ، وصورتها أن تقول «أعمرتك هذه الدار مدة حياتك أو مدة حياتي» ويقتصر .

« ٣ » الرقبي ، وصورتها «أرقتك هذه الدار أو هذا العبد مدة كذا» واشتقاقها امامن الارتقاب أو من رقبة الملك ، ويجمعها كلها حدوداً ، وهو تملك الغير منفعة عين معينة مدة مخصوصة بغير عوض .
وهنا فوائد :

(الاولى) لا بد من تعيين المدة في غير العمرى ومطلق السكنى ، لما علم من قاعدة الشرع أن كل ما يكون الى أجل لا بد أن يكون معيناً مضبوطاً .
خالفنا ذلك في العمرى بحكم الاشتقاق . نعم لو قال «أعمرتك» وأطلق بطل لجهالة صرفه الى عمر أحدهما . ويحتمل كونه كالاسكان المطلق . والاول أقوى للفرق .

(الثانية) لا تخرج العين بالاعمار أو الاسكان أو الارقاب عن ملك صاحبها ،

(١) قيل في الفرق بين السكنى والعمرى والرقبي : العمرى ان يجعل منفعة داره او ضيعته لغيره مدة حياته ، والرقبي ان يجعلها مدة معلومة ، والسكنى ان يجعل سكنها لغيره مدة عمر احدهما . وقيل : العمرى ان يسكنه فيها طول عمر المعمر اى الغير، والرقبي ان يسكنه فيها مدة حياة المالك ، والسكنى ان يجعل منفعة سكنها لغيره مدة معلومة .

وهي تفتقر الى الايجاب والقبول والقبض .
وفائدتها التسليط على استيفاء المنفعة تبرعاً مع بقاء الملك
للمالك . وتلزم لوعين المدة ، وان مات المالك .

بل ترجع اليه اوالى ورثته بعد انقضاء الامد المعلق به ذلك .
(الثالثة) لو قال « هي لك عمرك ولعقبك » لم يملكها الم عمر ، لاصالة بقاء
الملك كما قلناه وترجع بعد موت العقب الى المالك . فظاهر الشيخ عدم
الرجوع لخبر جابر عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم : أيمارجل أعمر عمرى
له ولعقبه فانما هي للذي أعطاه لا ليرجع للذي أعطاه (١) . فانه أعطى عطاء وقمت
فيه المواريث .

قوله : وهي تفتقر الى الايجاب والقبول والقبض
هنا فوائد :

(الاولى) يشترط في الايجاب والقبول كونهما لفظين متطابقين ، وصورة
الايجاب تقدم والقبول « قبلت » و « رخصت » وشبههما .
(الثانية) اذا حصل الايجاب والقبول والقبض لزم العقد ، وقال الشيخ (٢)
لا يلزم ، وقال النقي يلزم مع القرية . والاول أشهر لرواية الحلبي عن الصادق
عليه السلام (٣) .

(١) أخرجه في كنز العمال ٢٤٤/١٦ .

(٢) قال في الخلاف ٢/٢٣٤ : العمرى عندنا جائزة ومعناها اذا قال الرجل لغيره :
أعمرتك هذه الدار مدة حياتك او مدة حياتي او أسكنتك او جعلت لك هذه الدار في حياتك
فان هذه الالفاظ اذا أتى بواحدة منها وأقبضه فقد أزم العمرى . وقال : وتسمى عندنا أيضاً
سكنى .

(٣) الكافي ٣٤/٧ ، الفقيه ١٨٦/٤ ، التهذيب ١٤٠/٩ ، الاستبصار ١٠٤/٤ ،
الوسائل ٣٢٥/١٣ .

وكذا لو قال له : عمرك ، لم تبطل بموت المالك .
وتبطل بموت الساكن . ولو قال : حياة المالك ، لم تبطل بموت
الساكن وانتقل ما كان له الى ورثته .
وان أطلق ولم يعين مدة ولا عمراً تخير المالك في اخراجه
مطلقاً .

ولو مات المالك - والحال هذه - كان المسكن ميراثاً لورثته
وبطلت السكنى .
ويسكن الساكن معه من جرت العادة به كالولد والزوجة
والخادم .

(الثالثة) شرط العلامة في القواعد^(١) نية التقرب ، والاقوى عدم اشتراطها .
نعم معها نصير صدقة .

قوله : وكذا لو قال له عمرك لم تبطل بموت المالك
هذا قول الاكثر ، لانه عقد منجزم صحة التعاقد فلم تبطل بموته . وقال
ابن الجنيدي ان كانت العين تقصر عن الثلث لم يكن للورثة اخراج الساكن ،
وان زادت كان لهم ذلك ، محتجاً برواية خالد بن نافع البجلي عن الصادق
عليه السلام^(٢) وليس فيها دلالة على أن المالك اسكنه في حياته فتحمل على الوصية
مع أن في فقها اضطراباً ، لان العين اذا لم تنتقل الى المعمر لا وجه لتقويمها ،
فان كان ولا بد تقوم المنفعة .

قوله : ويسكن الساكن من جرت العادة به كالولد والزوجة والخادم

(١) قال في القواعد في المفصل الثاني من كتاب الوقوف : السكنى ولا بد فيها من
ايجاب وقبول وقبض ونية التقرب .

(٢) الكافي ٣٨/٧ ، التهذيب ١٤٢/٩ ، الفقيه ٨٦/٤ ، الاستبصار ١٠٥/٤ .

وليس له أن يسكن معه غيره إلا باذن المالك .

وليس له أن يسكن غيره إلا باذن المالك

هذا قول الشيخ في النهاية^(١) والقاضي، وقيل ابن ادريس : للساكن الاجارة واسكان الغير وان لم يكن ولداً ولا زوجة سواء اذن له المالك أولاً ، لانه ملك المنفعة وصارت من حقوقه فله استيفاءها كيف شاء بنفسه وبغيره .

والمشهور قول الشيخ، وعليه الفتوى، لان المنفعة من كل وجه كانت للمالك ولادليل على انتقالها من كل وجه ، فان مفهوم عقد السكنى جعل الغير ساكناً في الدار ، فلا يملك غير ذلك من الاجارة واسكان الاجنبي .

ان قلت : لو لم يملكها الساكن من كل وجه لكان للمالك أن يسكن معه غيره ، لعدم المنافاة بين الساكنين حيثشئ ، لكن اللازم باطل اجماعاً فكذا الملزوم ، والملازمة ظاهرة ، فان الملك من وجه لا ينافي عدم تملكها من وجه آخر .

قلت : نمنع الملازمة ، وانما تصح لو لم يستأزم ذلك اضرار الساكن ، أما معه فلا . والفرق قاض بالاضرار .

ولتتم البحث بفوائد:

(الاولى) هل للساكن ادخال الضيف ؟ الظاهر نعم ما لم يطل زمانه بحيث يعد عرفاً أنه غير ضيف .

(الثانية) هل له أن يحرز^(٢) فيها طعاماً أو ادخال دابة أو دواب؟ الظاهر في الطعام

(١) النهاية ٦٠١ : لم يجز للساكن ان يسكن معه غيره الا ولده واهله ولا يجوز له سواهم، ولا يجوز للساكن ايضاً ان يؤاجره ولا ان ينتقل عنه فيسكن غيره الا باذن صاحب المسكن .

(٢) اخرز المتاع : جعله في الحرز اي المكان الذي يحفظ فيه .

ولو باع المالك الاصل لم تبطل السكنى ان وقتت بأمد أو عمر.

جواز احراز قدر الحاجة لا غير ، وأما الدابة فإن كان ذلك المسكن جعل لمثلها جازواً لا فلا .

(الثالثة) لو أعمره أو أرقبه أرضاً شأنها الزرع أو دابة شأنها الحرث أو العمل عليها أو خاناً كان للمعمر ان يؤجر أمثال ذلك للعرف القاضي بذلك وأصالة الجواز .

(الرابعة) لو أجاز المالك في موضع المنع جاز ، أو شرط له التخصيص موضع الجواز لزم .

قوله: لو باع المالك الاصل لم تبطل السكنى ان وقتت بأمد أو عمر فائدة قوله « ان وقتت » الى آخره أنها اذا لم نوقت بأمد أو عمر بل اسكنه مطلقاً يكون بيع المالك رجوعاً ، بخلاف الاول فان الساكن ملك منفعة العين بالعقد . ثم المشتري ان كان عالماً فلا خيار له ووجب عليه الصبر والاتخير بين الفسخ والصبر ، وهو اجماع ومُسْتَدْرَكُهُ رواية الحسين بن نعيم عن الكاظم عليه السلام عن الصادق عليه السلام عن الباقر عليه السلام^(١) .

(فوائد) :

(الاولى) زاد ابن الجنيّد أنه اذا دفع المالك الى الساكن عوضاً عما بقي من المدة جاز ذلك . وهرم نوع الارضى الساكن للزوم العقد .

(الثانية) استشكل العلامة صحة البيع لو كانت معلقة بالعمر ، لجهالة وقت الانتفاع ولانهم منعوا بيع المسكن الذي تعتد فيه المطلقة بالاقراء لجهالة وقت الانقضاء وهذا المعنى موجود هنا .

(١) الكافي ٣٨/٧ ، التهذيب ١٤١/٩ ، الفقيه ١٨٥/٤ ، الاستبصار ١٠٤/٤ .

ويجوز حبس الفرس والبعير في سبيل الله ، والغلام والجارية
في خدمة بيوت العبادة .

ويلزم ذلك ما دامت العين باقية .

وأما الصدقة : فهي التطوع بتمليك العين بغير عوض .

ولا حكم لها ما لم تقبض باذن المالك .

وفيه نظر ، لأن بيع الاصل غير مشروط بعلم قدر منافعه بل يعلم الاصل وان
جهل منافعه كبيع الشاة ذات اللبن مع جهالة قدر الحلب .
ويمكن أن يجاب بالفرق بين العلمين ، فإن العلم بالكم من حيث الزمان
شرط لا العلم بمقدار المتفع به .

(الثالثة) هل تصح اجارتها مدة معلومة على القول بجواز تأخر المدة عن
العقد أم لا ؟ الظاهر أنه مع تقديرها بالمدة تصح ، أما مع التقدير بالعرف فلا ، لأن
الاجارة تمليك منفعة معلومة والفرض عديم ، ولأنه يجب فيها تسليم المنفعة وهو
غير معلوم زمان القدرة عليه .

قوله : ويجوز حبس الفرس . الى قوله : ويلزم ذلك ما دامت العين
باقية

هذا صحيح لا غبار عليه . نعم يقع الفرق بين الحبس المذكور وبين
الحبس على الانسان أن الاول يخرج عن ملك الحابس بخلاف الثاني بل يعود
اليه أو الى وارثه ، لما رواه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام أن علياً
عليه السلام قضى برد الحبس وانفاذ المواريث^(١) .

قوله : وأما الصدقة فهي التطوع بتمليك العين بغير عوض

(١) الكافي ٣٤/٧ ، التهذيب ١٤٠/٩ ، الفقيه ١٨١/٤ .

وتلزم بعد القبض وان لم يعوض عنها .

في هذه العبارة مساهلة، فان التطوع لا يصدق الاعلى المندوب ، لما تقرر في الاصول أنه مرادفه ، ومراده هنا أعم من ذلك بحيث يشمل الفرض ، لقوله فيما بعد « ومفروضها محرم » - الخ . فالاولى أن يقال هي العطية المقرونة بالقربة .

قوله : وتلزم بعد القبض وان لم يعوض عنها

وجه اللزوم حصول الثواب في مقابلتها ، وهو عوض أخروي ثابت دائم، فيكون أقوى في اللزوم من العوض الدنيوي الزائل .

قوله : وان لم يعوض عنها

عوض دينوي ولاخلاف في ذلك في المفروضة، وأما المندوبة فقال الشيخ^(١) يجوز فيها الرجوع كالهبة في موضع يجوز الرجوع .
والأقوى العدم كالمفروضة ، لرواية الحلبي عن الصادق عليه السلام عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم : إنما مثل الذي يرجع في صدقته كالذي يرجع في قيئه^(٢) . والرجوع في القىء حرام فكذا الرجوع في الصدقة .

وقال الشيخ والمفيد أيضاً لا يجوز رجوعها اليه ببيع ولاهبة، لرواية منصور ابن حازم عن الصادق عليه السلام : إذا تصدق الرجل بصدقة لم يحل له أن يشتريها

(١) في منحاكي البسوط : ان صدقة التطوع عندنا بمنزلة الهبة في جميع الاحكام - الى ان قال - وكل من له الرجوع في الهبة له الرجوع في الصدقة عليه . انتهى . وقال في النهاية ٦٠٣ : وما تصدق الانسان به لوجه الله فلا يجوز له ان يعود اليه بالبيع او الهبة او الصدقة، وان رجع اليه بالديارات كان جائزاً، واذا اخرج الانسان شيئاً لوجه الله يتصدق به فقائه من يريد اعطائه فليتصدق به على غيره ولا يرده في ماله .

(٢) التهذيب ١/١٥٥ ، الاستبصار ٤/١٠٩ .

ومفروضها محرم على « بنى هاشم » الا صدقة أمثالهم أو مع
الضرورة ، ولا بأس بالمندوبة .

والصدقة سرّاً أفضل منها جهراً الا أن يتهم .
وأما الهبة : فهي تملك العين تبرعاً مجرداً عن القرية .
ولا بد فيها من الإيجاب والقبول والقبض .
ويشترط اذن الواهب في القبض .

ولا يستوهبها ولا يستردها الا في ميراث^(١) . وحملت على الكراهية وبه قال في الخلاف
ومنع ابن ادريس لتمكن العين فله بيعها على من شاء .
أما الانتقال بميراث فلا خلاف في جوازها ، لانه تملك من غير قصد ، ولما
ذكر في الرواية .

قوله : ومفروضها محرم على بنى هاشم
أما الزكاة فلا كلام فيها ، وهل تحرم الواجبة بنذر أو عهد أو يمين ؟ الظاهر لا
لمبادرة الاولى ، لكونها أوساخ الناس ، ولا صلة الحل مع الحاجة .
قوله : وأما الهبة فهي تملك العين تبرعاً مجرداً عن القرية .
التمليك جنس وتعلقه بالعين تخرج منه الاجارة ، وبقيد التبرع خرج البيع
وشبهه ، وبقيد التجرد عن القرية خرج الصدقة . وينتقض بالوصية ، فكان ينبغي
أن يزاد « منجزاً » .

قوله : ولا بد فيها عن الإيجاب والقبول والقبض ، ويشترط اذن الواهب
في القبض
هنا فوائد :

(الاولى) إيجاب هذا العقد « وهبتك » و« ملكتك » و« أهديت اليك »

(١) التهذيب ١٥٠/٩ .

«نحللتك» و«أعطيتك» و«هذا لك» مع القصد في ذلك كله . وقوله «قبلت» و«رضيت» وشبههما .

(الثانية) هل القبض شرط في صحتها أو لزومها؟ قال النقي بالاول ، وقال ابن ادريس هو قول اكثر علمائنا ، ونقله الشيخ في الخلاف^(١) عن بعض أصحابنا واختاره المصنف ، واحتج بأنه لما وقع الخلاف ينبغي أن يرجع الى الاصل وهو بقاء الملك على مالكة . وتؤيده رواية ابى بصير عن الصادق عليه السلام : الهبة لا تكون أبداً هبة حتى يقبضها^(٢) . ورواية ابان بن عثمان عنه عليه السلام : ان الهبة والنحلة اذا لم تقبض ومات صاحبها فهي بمنزلة الميراث^(٣) .

وانما قال بمنزلة الميراث لان الورثة لو أجازوا لم يكن ميراثاً . وظاهر كلام الشيخين يدل على الثاني ، واختاره القاضي وابن حمزة وسائر وابن ادريس ، ولذلك قال الشيخ في الخلاف^(٤) : لو وهب قبل الهلال عبداً فقبله وماقبضه الا بعد الهلال ففطرته لازمة للموهوب له دون الواهب .

واختار العلامة في القواعد^(٥) الاول ، وفي المختلف الثاني . واحتج فيه عليه بأنه عقد يقتضي التملك فلا يشترط في صحته القبض كغيره من العقود ، ولأنه تبرع فلا يعتبر في صحته القبض كالوصية ، ولان القبض خارج عن معنى الهبة ولهذا يبرأ الحالف بمجرد العقد ، ولما رواه ابو بصير صحيحاً عن الصادق عليه السلام : الهبة جائزة قبضت أو لم تقبض قسمت أولم تقسم ، والنحل لا يجوز

(١) لم نجد في الخلاف نقله عن بعض أصحابنا بل قال فيه : ٢٣٣ : الهبة لا تلزم إلا بالقبض وقبل القبض للواهب الرجوع فيها .

(٢) التهذيب ١٥٩/٩ ، الاستبصار ١٠٧/٤ .

(٣) التهذيب ١٥٥/٩ .

(٤) الخلاف ٣٣١/١ .

(٥) قال في القواعد في بحث الهبة : الثالث القبض وهو شرط في صحة الهبة .

ولو وهب الاب أو الجد للولد الصغير لزم ، لانه مقبوض بيد الولي .

وهبة المشاع جائزة كالمقسم .

حتى يقبض ، وانما أراد الناس ذلك فأخطأوا^(١) .

وفيه نظر : أما الوجهان الاولان فلانهما قياس لانقول به ، ولانتفاض الاول بالصرف والسلم فانهما يقتضيان التعليك ويشترط القبض في صحتهما ، وأما الثالث فلانه لا يلزم من خروجه عدم كونه شرطاً في الصحة ، وأما الرواية فلا دلالة فيها على المدعى وانما هي حكاية قول الناس وخطأهم فيه ولم يبين فيها الحق .

(الثالثة) لا بد في القبض من اذن الواهب ، فلو قبض المتهب من غير اذن لم يقع موقعه ، والهبة كلاهبة لاصالة بقاء الملك ، خصوصاً على اشتراطه في الصحة .

(الرابعة) هل يشترط فوريته أم لا ؟ أما على القول بأنه شرط في اللزوم فلا يشترط الفورية ، وأما على القول باشتراطه فاستشكله العلامة في القواعد^(٢) من حيث أصالة عدم الاشتراط ، ومن أنه لا يتعين البقاء على باقي الاجزاء مع عدمه والحق اشتراط فوريته .

(الخامسة) لو وهب الموصوب للمغاصب أو الوديمة المستودع أو وهب الولي الطفل شيئاً في يده لا يشترط تجديد قبض ، وهل يشترط مضي زمان يمكن فيه القبض لو أراده ؟ يظهر من كلام الشيخ في المبسوط ذلك ، والحق عدمه .

(١) المختلف ٢٨/٢ . والرواية في التهذيب ١٥٦/٩ ، الاستبصار ١١٠/٤ .

ونحله اي اعطيته شيئاً من غير عوض بطيب نفس .

(٢) راجع القواعد المطلب الثالث من الفصل الثالث في الهبة . وقال فيه : ولا يشترط فورية الاقباض على اشكال .

ولا يرجع في الهبة لاحد الوالدين بعد القبض ، وفي غيرهما
من ذوى الرحم على الخلاف .

قوله : ولا يرجع في الهبة لاحد الوالدين بعد القبض ، وفي غيرهما
من ذوى الرحم على الخلاف

كل موضع لا يصح الرجوع في هبة الاجنبى كذا لا يصح في هبة القريب ،
وأما ما يصح فيه الرجوع فهو ينقسم في القريب الى قسمين :

« ١ » ما لا خلاف في عدم الصحة فيه ، فقال ابن حمزة انه العمودان معا
علوا أو نزلوا ، وكلام المصنف يشعر بأنه الوالدان فقط ، وكلام العلامة في
المختلف^(١) يدل على أنه الاولاد فقط . والفتوى على قول ابن حمزة ، ولا ينافي
ذلك نقل الفاضلين .

« ٢ » ما فيه خلاف ، وهو ما عدا ذلك من ذوى الرحم ، فقال الشيخ في
المبسوط والخلاف^(٢) والتهذيب والمرتضى وابن الجنيد وابن أدريس للواهب
الرجوع وان أقبض ، لرؤية داود بن الحصين عن الصادق عليه السلام قال :
سأله هل لاحد أن يرجع في صدقته أو هبته ؟ قال : أما من تصدق به لله فلا ، وأما
الهبة والنحلة فيرجع فيها حازها أولم يحزها وان كانت لذوى قرابة^(٣) ومثله رواه
المعلى بن خنيس عنه عليه السلام^(٤) .

(١) المختلف ٢/٢٦٦ قال فيه : اذا وهب الاب ولده الصغير او الكبير واقبضه لم
يكن للاب الرجوع في الهبة اجماعاً .

(٢) الخلاف ٢/٢٣٧ ، التهذيب ٩/١٥٧ .

(٣) التهذيب ٩/١٥٧ ، الاستبصار ٤/١٠٦ .

(٤) التهذيب ٩/١٥٨ ، الاستبصار ٤/١٠٧ .

وقال المفيد والشيخ في النهاية^(١) وسار والقاضي ليس له ذلك ، واختاره العلامة . وعليه الفتوى .

والجواب

أما أولاً فوجود العلة في الأولاد وهو الصلة .

وأما ثانياً فلان المتهم ملك العين بالاجماع فعودها الى الواهب يفتقر الى دليل .

وأما ثالثاً فالروايات ، كرواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال : الهبة والنحلة يرجع فيهما صاحبهما ان شاء حيزت اولم تحز الالذي رحم فانه لا يرجع فيه^(٢) . ورواية عبدالرحمن بن ابي عبدالله وعبدالله بن سنان^(٣) عن الصادق عليه السلام قال : سألتاه عن الرجل يهب الهبة أيرجع فيها ان شاء ؟ قال : تجوز الهبة لذوي القربى والذي يثاب من هبته ويرجع في غير ذلك ان شاء^(٤) . ومزاده عليه السلام بقوله « تجوز » أي تلزم ، لوجوه :
« ١ » ان السؤال وقع عن الرجوع فلو لم يرد به ذلك لتأخر البيان عن وقت الحاجة .

« ٢ » انه فرق بين القسمين الأولين وبين غيرهما . وأجاب في الثاني بجواز الرجوع فيكون الاول بخلافه والالم يبق للتفصيل معنى .
« ٣ » انه مع ثبوت الثواب لاختلاف في اللزوم وقد شرکه مع هبة القريب فيكون حكمهما واحداً قضية للعطف .

قال بعض الفضلاء : يحتمل ارادة الجواز من طرف المتهم لا طرف الواهب

(١) النهاية ٦٠٢ قال فيه : كل هبة وهبها الانسان لذى رحمه ولدأ كان او غيره ليس له فيه رجوع اذا كان مقبوضاً . وقال العلامة في القواعد : ان كان ذارحم لم يجز الرجوع بعد الاقباض .

(٢) التهذيب ١٣٥/٩ ، الكافي ٣١/٧ ، الاستبصار ١٠١/٤ ، ١٠٨ .

(٣) التهذيب ١٥٥/٩ فيه : وعبدالله بن سليمان ، الاستبصار ١٠٨/٤ وايضاً في التهذيب ١٥٨/٩ عن عبدالله بن سنان وليس فيه عبدالرحمن بن ابي عبدالله .

ولو وهب أحد الزوجين الآخر ففى الرجوع تردد أشبه :
الكراهية .

ويرجع فى هبة الاجنبي مادامت العين باقية مالم يعوض عنها .
وفى الرجوع مع التصرف قولان ، أشبههما : الجواز .

فكأنه عليه السلام قسم الهبة الى جائز من الطرفين وهو القسم الثاني وإلى جائز من
طرف المتهب وهو الاول .

وفيه نظر، لان الرجوع من طرف المتهب لا معنى له فى القسمين، لحصول
ملكه فلا يزول عنه الا بناقل شرعي ، ولان السؤال وقع عن رجوع الواهب
لا المتهب .

قوله : ولو وهب أحد الزوجين الآخر ففى الرجوع تردد أشبهه
الكراهية

ينشأ التردد من أصالة عدم الرجوع لحصول الملك بالعقد الصحيح ،
ولرواية ابن محبوب عن علي بن رئاب عن زرارة عن الصادق عليه السلام أنه
لا يرجع الرجل اذا وهب لزوجته ولا المرأة فيما وهبت لزوجها^(١) . ومن كونها
ليست بذى رحم فيجوز الرجوع ، لما تقدم من الروايات . وبه قال الشيخ ، فى
النهاية^(٢) ، واختاره ابن ادریس ، والمصنف جمع بين الاحتمالين بالكراهية .

قوله : ويرجع فى هبة الاجنبي ما دامت العين باقية مالم يعوض عنها
وفى الرجوع مع التصرف قولان أشبههما الجواز

(١) التهذيب ١٥٢/٩ ، الكافي ٣٠/٧ ، الاستبصار ١١٠/٤ .

(٢) النهاية ٦٠٣ قال فيه : ويكره ان يرجع الانسان فيما يهبه لزوجته وكذلك يكره
للرأة الرجوع فيما تهبه لزوجها .

هبة الأجني لها أحوال : « ١ » المقرونة بالقرية ، « ٢ » المعوض عنها ،
« ٣ » التالف عينها ، « ٤ » الباقية العين لكن جرت عليها العقود الناقلة ، « ٥ »
الباقية العين ولم يجر عليها النقل ولم يتصرف المتهب ، « ٦ » الباقية وتصرف
المتهب .

ولاخلاف في عدم جواز الرجوع في الأحوال الأربعة ، وفي جوازه في
الخامس ، واختلف في السادس فقال سلال والنقي بجوازه واختاره المصنف
لرواية ابن سنان المتقدمة ورواية الحلبي صحيحاً عن الصادق عليه السلام : إذا
كانت الهبة قائمة بعينها فله أن يرجع والأفليس له^١ .

وقال الشيخ في النهاية^٢ والمفيد والقاضي وابن ادريس وابن حمزة بعدم
جوازه . وابن حمزة تفصيل ، وهو أن التصرف ان غير العين كالخشب يعمل
باباً والثوب يقصر أو يفصل قميصاً والفزل ينسج فلا رجوع ، والأقله ذلك كالعبد
يرهنه أو يكتبه مكاتبه مشروطة .

واختار العلامة قول الشيخ في النهاية^٣ ، واحتج عليه بوجوه :

« ١ » - ان المتهب ملك بالعقد والقبض وظهر أثر ذلك بالتصرف فقوى
وجود السبب فيكون ملكاً تاماً فيحتاج انتقالها عنه الى سبب حادث وليس .
والرجوع ليس بسبب والالكان سبباً في غيره من العقود .

« ٢ » - أصالة لزوم الملك لانتقاله الى المتهب ، فدخل تحت عموم « ولا
تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل »^٤ .

(١) التهذيب ١٥٣/٩ ، الكافي ٣٢/٧ ، الاستبصار ١٠٨/٤ .

(٢) النهاية : ٦٠٣ .

(٣) المختلف : ٢٨/٢ .

(٤) سورة البقرة : ١٨٨ .

« ٣ » - راية إبراهيم بن عبد الحميد عن الصادق عليه السلام قال : أنت بالخيار في الهبة ما دامت في يدك فإذا خرجت إلى صاحبها فليس لك أن ترجع فيها . وقال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : من رجع في هبته فهو كالراجع في قبته^(١) .

وفي الكل نظر :

أما الأول - فلأن الملك مسلم لكن لزومه ممنوع والالزم مع عدم التصرف، وكون التصرف سبباً للزومه عين المتنازع، فلا يكون مقدمة والالكان مصادرة على المطلوب .

وأما الثاني - فللمنع من كون اللزوم أصلاً والالكفى مع عدم التصرف .
وأما الثالث - فلأن الرواية أن سلم سندها فهي تدل على اللزوم بالقبض مطلقاً وانتم لاتقولون به .

واعلم أن تردد المصنف من تعارض الاحتمالين كما قلناه .

مركز تحقيق كتاب توتير علوم اسلامی

(١) التهذيب ١/١٥٨ ، الاستبصار ٤/١٠٧ .

كتاب السبق والرماية

ومستندهما قوله عليه السلام : لاسبق الا في نصل أو خف أو حافر.

ويسدخل تحت النصل ، السهام والحراش والسيف . وتحت الخف الابل . وتحت الحافر الخيل والبغال والحمير ، ولا يصح في غيرها .

قوله : كتاب السبق والرماية . ومستندهما قوله صلى الله عليه وآله وسلم لاسبق (١) الا في نصل أو خف أو حافر . ويدخل تحت النصل السهام والحراش والسيف ، وتحت الخف الابل ، وتحت الحافر الخيل والبغال والحمير ولا يصح في غيرها

هنا فوائد :

(الاولى) الاستباق والمراماة كانا في الجاهلية، وهما من جملة الاضرار والقذاح ثم ان الشارع سوغهما ووقع الاجماع على مشروعتهما، فلا بد من أمر يبعدهما

(١) في مجمع البحرين : اختلف المحدثون في ان السبق في هذا الحديث هل هو بسكون الباء ليكون مصدراً بمعنى المسابقة او بفتحها بمعنى المال المبذول للسائق ، فعلى الاول لانصح المسابقة في غير هذه الثلاثة وعلى الثاني وهو الاصح ذواية على ما نقله بعض العلماء تصح ولكن اخذ العوض حرام .

عن القداح فيفتقر الى بيان أمرين : « ١ » وجه الشبه للقداح ، « ٢ » بيان الفرق .

أما الاول - فالأكثر على أن وجه الشبه كون كل واحد من المتقاسمين إما أن يغنم أو يغرر ، وكل واحد من المتسابقين مردد بينهما . وقال ابن خيران هو كون كل واحد^(١) .

وأما الثاني - فاختلف فيه : فعندنا هو نص الشارع على التسوية لا غير ، وعند الشافعي هو دخول المحلل في موضع يكون المال من المتسابقين . وأما إذا كان من بيت المال أو من ثالث فيكفي ذلك في الفرق ولا حاجة الى المحلل . وقال ابن خيران منهم : هو أنه إذا سبق أحدهما والمحلل أحرز السابق مال نفسه لا غير وكان مال المسبوق للمحلل ، وكذا إذا لم يسبق معه المحلل . والأصح ما قاله الأصحاب .

(الثانية) ينبغي أن يكون الباعث عليهما التأهب للقتال والمدافعة عن الدين والنفس والمال والحرم ، فإن توقف الجهاد الشرعي عليهما وجبا على الكفاية لوجوب المتوقف عليهما واستحبا على الأعيان .

(الثالثة) مستند الإجماع على مشروعتهما الحديث المذكور ، وكذا قول أئمتنا عليهم السلام : إن الملائكة لتفر عند الرهان وتلعن صاحبه ما خلا المحافر والخف والريش والنصل^(٢) .

(الرابعة) قال الجوهري : النصل نصل السهم والسيف والسكين والرمح ، والجمع نصول ونصال ، ونصل السهم إذا خرج منه النصل ، ومنه قولهم « رماه »

(١) كذا في الأصل وكتب بعده : هنا ياض بقدر نصف السطر .

(٢) الوسائل ١٣ / ٣٤٧ .

بأفوق ناصل^١ . ويقال أيضاً نصل السهم اذا ثبت نصله في الشيء فلم يخرج ، وهو من الاضداد .

والخف واحد أخفاف البعير ، والحافر واحد حوافر الدابة ، وقد استعاره الشاعر في اقدم : « على البكر يمر به بساق وحافر »^٢ . والريش للطائر الواحدة ريشة ويجمع على أرياش ، والريش بالفتح مصدر قولك رشت السهم اذا الزقت عليه الريش فهو مريش ، ومنه قولهم « ماله قذ ولا مريش » أي ليس له شيء ، ورشت فلاناً : أصلحت حاله وهو على التشبيه .

(الخامسة) قال الشيخ^٣ الذي تجوز المسابقة عليه النصل^٤ والحافر والخف فالنصل ضربان نشابة وهي للعجم والاخر السهم وهو للعرب . والمزاريق^٥ وهي الردينيات والرماح والسيوف .

(١) السهم الافوق : المكسور القوق ، المنزوع النصل . والفوق : موضع الوتر من السهم ومدخله يقال : نصل السهم اذا خرج منه النصل فهو ناصل ، وهذا مثل يضرب لمن استنجد بمن لا ينجده . ومنه قول علي عليه السلام : ومن رمى بكم فقد رمى بأفوق ناصل : أي بسهم منكسر القوق لانصل فيه . راجع النهج - القيص - ٩٣/١ ، ١٥٤ . وشرح ابن أبي الحديد : ١١١/٢ ، ١٠٢/٦ .

(٢) وهو لجيبهء الأسد « الاشجى » يصف ضيفاً طارفاً اسرع اليه . قال :
فأبصر نارى وهي شقراء اوقدت
بليل فلاحت للعيون النسواظر
فما رقد الولدان حتى رأيت
على البكر يمر به بساق وحافر
معنى يمر به : يستخرج ما عنده من الجرى . وقد استعار عن الحافر في اقدم . وقيل :
ويقولون للقدم حافراً اذا ارادوا تقيحها قال الشاعر :

اعوذ بالله من غول مفولة
كأن حافرها في ... ظنيسوب

(٣) المبسوط - ٢٩٠/٦ .

(٤) النصل والوصلان : حديدة السهم والرمح والسيك والسيوف ما لم يكن له مقبض .
(٥) المزاريق جمع المزدراق وهو رمح قصير وهو اخف من العنزة . والرديئة بضم الراء وفتح الدال وسكون الياء اسم امرأة ، والرماح الرديئة منسوبة اليها .

وأما الخف فضربان ابل وفيلة ، وأما البغال والحمير فقال قوم لا تجوز
المسابقة عليها لأنها لا تكرو ولا تفرهه كالبحر ، وقال آخرون وهو جائز . وهو الأقوى
للعموم . وقال ابن الجنيدي المجموع عليه ما يكون به القوة على حرب الأعداء
في الدين والنيكاية بهم والرهبة وما به يصل الناس اليهم بأي وجه كان الخيل
والابل من الحيوان والرمي على القوس بذي النصل من السهام ، وقد أجازته قوم
بالبراذين والبغال والحمير وغيرها من الحيوان . وهذا يدل على تردده في ذلك
قال العلامة^(١) والوجه ما قاله الشيخ للعموم .

أقول : الحق اتباع النص ، لما علم أن هذه المعاملة على خلاف الأصل ،
فيتبع ما دل النص عليه . وحيث لم يعلم من الشرع غير الألفاظ المذكورة فإن
لم يكن لها حقائق في العرف حملت على المعاني اللغوية وقد عرفت .
نعم في الرواية الثانية ذكر الريش ، والمراد به الشاب . وعطف النصل
عليه لا يدفع ذلك ، لأن إرادته لأصاته في المراماة ، وسماه ريشاً مجازاً من تسمية
الشيء بجزئه .

(السادسة) قوله « لا يصح في غيرها » يشير إلى المسابقة بالطيور والسفن
والأقدام والمصارعة ورفع الأحجار ، ولا خلاف في عدم صحة المسابقة بها مع
المال ، وهل تحرم مع عدم المال ؟ الأصح نعم ، لأنها لعب وعيث خال عن
فائدة ، ولأن قوله صلى الله عليه وآله وسلم « لا سبق » روي بسكون الباء وفتحها ،
فعلى الأول هل يضم المشرعية أي لا سبق مشروع لأنه أقرب إلى الحقيقة
وحيث يكون دالا على تحريمها ، أو يكون مجعلا محتملا للمشرعية والفضيلة
وحيث يكون الاحتياط مقتضياً للتحريم أيضاً . وعلى الثاني وهو فتح الباء يدل
على تحريم العوض لا على تحريمها .

(١) راجع المختلف ٢/٢٦ وفيه : الرمي على القسي .

(السابعة) في تفسير الالفاظ المستعملة في هذا الباب :

أما في المسابقة فالسبق بسكون الباء المصدر وبالفتح العوض وهو الخطر^(١)
والندب والرهن، يقال سبق بنشديد الباء اذا أخرج السبق واذا أحرز، والسابق^(٢)
المتقدم . ويقال المجلى والثاني المصلى لانه يحاذي رأسه صلو^(٣)ى المجلى ،
والصلوان عظامان ناتشان عن يمين الذنب وشماله ، والثالي^(٤) الثالث ، والبارع
الرابع ، والمرتاح الخامس ، والحظى السادس ، والعاطف السابع ، والمؤمل
الثامن ، واللطيم التاسع ، والسكيت العاشر ، والفسكل الاخير .

(١) الخطر: الاشراف على الهلاك وخوف الثأف، والخطر: السبق الذى يتراهن عليه
يقال اخطرت المال اخطاراً : جعلته خطراً بين المراهنين . والندب بالتحريك كالخطر وزناً
ومعناً . وقال ابن الاعرابي : السبق والخطر والندب والقرع والوجب : كله الذى يرضع
فى النضال والرهان فمن سبق اخذه - ويقال مشدداً اذا اخذه .

(٢) فى التذكرة : السابق هو المتقدم بالعنق والكنت انتهى . اقول : وهو بفتح التاء
وكسرهما وهو العالى بين اصل العنق والظهر ويعبر عنه بالكاهل . ويقال له المجلى لانه جل^(٣)
من نفسه اى اظهرها او جل^(٣)ى عن صاحبه واظهر فروسيته او جل^(٣)ى همه حيث سبق .

(٣) وسط الظهر من الانسان ومن كل ذى اربع وقيل هو ما انحدر من الوركين وقيل:
الفرجة بين الجاعرة والذنب .

(٤) وقيل : الثالي هو الرابع بل الثالث: المبلى . والعاطف هو السادس . والحظى
هو السابع وقال فى المسالك : والثالي للمصلى هو الثالث ويليه البارع لانه برع المتأخر
عنه اى فاقه، والمرتاح هو الخامس سمي به لان الارتفاع النشاط فكأنه نشط فلحق بالسوابق
والسادس الحظى عند صاحبه حين لحق بالسوابق اى صادذو حظوة عنده الى نصيب اى
فى مال الرهان، والسابع العاطف لانه عطف على السوابق اى مال اليها او كرعليها فلحقها
والثامن المؤمل لانه يؤمل اللحق بالسوابق، والتاسع اللطيم وزان فعمل لانه يلتزم اذا
اراد الدخول الى الحجرة الجامعة للسوابق والعاشر السكيت مصغراً مخففاً ويجوز تشديده
سمى به لسكون ربه اذا قيل لمن هذا او لانقطاع العذر عنده وقيل ان السكيت هو الفسكل
وهو آخر فرس بجى فى الرهان .

والمحلل الذي يدخل بين المتراهنين ان سبق أخذ وان سبق لم يفرم. وسمي محلاً لانه يحلل العقد اجمعاً ويحل المال بسببه أيضاً.

والغاية^(١) مدى السباق . والمناضلة^(٢) المسابقة والمراامة .

وأما في المراامة فالرشق بفتح الراء الرمي وبكسرهما عدده ، ويوصف السهم بالحاي^(٣) وهو ما وقع بين يدي الغرض ثم وثب اليه فأصابه وهو المزدلف والخاصر وهو ما أصاب أحد جانبي الغرض ومنه الخاصة ، والمخصل^(٤) وهو المصيب للغرض كيف ما كان ، والمخازق وهو ما خدشه ثم وقع بين يديه^(٥) ، والمخاسق^(٦) وهو ما فتح الغرض وثبت فيه ، والمارق وهو ما نفذ الغرض ووقع من ورائه ، والمخارم وهو الذي يخرم حاشيته .

والغرض ما يقصد إصابته ، وهو الرقعة المتخذة من قرطاس أو جلد أو ورق أو خشب ، والهدف ما يجعل فيه الغرض^(٧)

(١) غاية الشيء منتهاه ، والمراد بمدى السباق هنا منتهاه لإجموع مسافته كما يظهر من المدى .

(٢) المناضلة مفاعلة من التضل وهو الرمي ، قال الجوهري ناضله أي راماه .

(٣) حيا السهم إلى الغرض أي يقع على الأرض دون الهدف ثم يحبو إلى الغرض فيصبيه مأخوذاً من حبو الصبي على الأرض فهو حاب وجمعه الحوابي . قال في التذكرة : لو انصب السهم بالأرض ثم وثب منها وأصاب الغرض فهو المزدلف وقد اختلف الفقهاء في أنه هل يعد إصابة أو لا .

(٤) قال في المبسوط ٢٩٧/٦ : والخواصل اسم للإصابة أي إصابة كانت .

(٥) قال ابن الأثير : يقال خزق السهم وخسق إذا أصاب الرمية ونفذ فيها . وفي المصباح : خزق السهم القرطاس : نفذ منه .

(٦) في المصباح : خسق السهم الهدف خسقاً أي لم ينفذ تفاداً شديداً وقال ابن فارس : خسق : إذا ثبت فيه وتعلق .

(٧) في التذكرة : الهدف تراب يجمع أو حائط يبنى لينصب فيه الغرض والغرض هو جلد أو شن وهو الجلد البالي أو قرطاس يدور عليه شنين وقيل ما ينصب في الهدف يقال

ويفتقر انعقادها الى ايجاب وقبول. وفي لزومها تردد ، أشبهه :

اللزوم

وبصيح أن يكون السبق عيناً أوديناً

ولو بذل السبق غير المتسابقين جاز ، وكذا لو بذل أحدهما ،

أو بذل من بيت المال

قوله : ويفتقر انعقادها الى ايجاب وقبول ، وفي لزومها تردد أشبهه

اللزوم

هنا مسألان :

(الاولى) هل هذا العقد لازم كالاجارة أو جائز كالجعالة ؟ تردد فيه المصنف من كونه عقداً على عمل مقصود لقوله تعالى «وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة»^(١) وفسر النبي صلى الله عليه وآله وسلم : القوة بالرمي ، فيكون اجارة فيكون لازماً ومن كون العامل غير معلوم والعمل غير معلوم الحصول وجواز بذل المال من الاجنبى فيكون جعالة فيكون جائزاً . واختار المصنف هنا اللزوم ، وهو مختار العلامة في القواعد^(٢) وفي المختلف الجواز^(٣) .

له القرطاس سواء كان من كاغد أو غيره وما تعلق في الهواء فهو الغرض ، والرقعة عظم ونحوه في وسط الغرض وقد يجعل في الشن نقش كالللال يقال له الدائرة وفي وسطها نقش يقال له الخاتم وهذه الدائرة هي الغاية في المقصود من حذف الرماة . اذا عرفت هذا فينبى ان يرتب موضعاً للاصابة اهو الهدف او الغرض المصوب في الهدف او الشن في الغرض او الدائرة في الشن او الخاتم في الدائرة .

(١) سورة الانفال : ٦٠ . والحديث في الكافي ٤٩/٥ ، الوسائل ٣٤٨/١٣ .

(٢) القواعد ، المطلب الثاني من الباب الاول من بحث السبق والرماية .

(٣) المختلف ٢٦/٢ قال فيه : الاصل عدم اللزوم ولانه نوع جعالة فان قوله من

سبق فله كذا هو الجعالة .

ولا يشترط المحلل عندنا .

ويجوز جعل السبق للسابق منهما ، وللمحلل ان سبق .
وتفتقر المسابقة الى تقدير المسافة والخطر وتعيين ما يسبق
عليه وتساوى ما به السباق في احتمال السبق .

(الثانية) هل يكفي فيه الايجاب وحده أم لابد من القبول ؟ ان قلنا بالجواز
كفى الايجاب ، وان قلنا باللزوم لابد من القبول .

وفي عبارة المصنف مساهلة ، لانه قال أولا ان انعقادها يفتقر الى الايجاب
والقبول ثم تردد في اللزوم . ولا وجه له ، لان الافتقار الى الايجاب والقبول
معلوم اللزوم فلا وجه لتسليم المعلول مع الشك في العلة .
قوله : ولا يشترط المحلل عندنا

قد تقدم أنه عند الشافعي شرط فسي اباحة هذا العقد ، وأما أصحابنا فلا
خلاف عندهم أنه اذا كان السبق من أحدهما أو من ثالث أنه لا يشترط المحلل ،
وأما اذا كان من المستقبين وقالوا من سبق فله العوضان فقال ابن الجنيّد لا يصح
الابالمحلل وكذا شرطه في النضال ، وقال الشيخ^(١) لا يشترط أيضاً . وهو الحق
لإصالة عدم الاشتراط في الإباحة .

قوله : وتساوى ما به السباق في احتمال السبق

يريد أنه لو كان أحد ما يسابق عليه من الخيل أو غيره يؤمن أن يسبق وصاحبه
وائق به لا يجوز السباق عليه ، لانه قمار كما دلت عليه رواية أبي زهرة عن النبي
صلى الله عليه وآله وسلم : من أدخل فرساً بين فرسين وهو آمن أن يسبق فهو
قمار ، ومن أدخل فرساً بين فرسين وهو لا يأمن أن يسبق فليس بقمار^(٢) . وأما

(١) المبسوط ٢٩٣/٦ .

(٢) سنن ابن ماجه ٩٦٠/٢ .

وفي اشتراط التساوى في الموقف تردد .
ويتحقق السبق بتقدم الهادى .

إذا احتمل كل واحد منهما أن يكون سابقاً أو مسبوقاً لتقاربهما في القوة والعدو
جاز السباق عليه .

قوله : وفي اشتراط التساوى في الموقف تردد
ينشأ من أنه أولا التساوى في الموقف لتحقق أحدهما وهو الاقرب الى
الغاية أن يكون سابقاً ، فيكون قساراً لوجوب اشتراط تساويهما في احتمال
السبق ، ومن أصالة عدم الاشتراط ، ولابتناؤه على التراضي ، ولجواز كون أحدهما
- وهو المتأخر - أسرع نهضة من الآخر واحسن رياضة . وللشيخ القولان ، واختار
المصنف في الشرائع^(١) الثاني .

قوله : ويتحقق السبق بتقدم الهادى
اختلف فيما به يتحقق السبق على أقوال : « ١ » بالعنق ، وهو قول الأكثر ،
« ٢ » الاذن ، لقوله صلى الله عليه وآله : بعثت الساعة كفرسي رهان كاذن يسبق
أحدهما الآخر بأذنه^(٢) . « ٣ » الكتف ، وهو ما بين أصل العنق الى الظهر ، قاله
الشيخ^(٣) في المبسوط والخلاف وابن ادریس^(٤) . « ٤ » أن يخط في النهاية خط
معترض فأيهما خرج بطرف أذنه قبل صاحبه حكم لصاحبه بالسبق ، وهو قول
ابن الجنيدي ، رواه عن علي عليه السلام عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم .
وهو قريب من القول الثاني بل هو هو .

والاجود أنه حصل شرط عند العقد وجب اتباعه ، والا ان صح حديث

(١) الشرائع : ١٥٣ .

(٢) أخرجه في المبسوط ٢٩٥/٦ ، وفي كنز العمال ١٩١/١٤ هكذا : مثلى ومثل
الساعة كفرسي رهان .

(٣) المبسوط ٢٩٥/٦ ، الخلاف ٢٧٣/٣ ، السرائر : ٣٧٦ .

وتفتقر المراماة الى شروط تقدير الرشق وعدد الاصابة وصفتها
وقدر المسافة والغرض والسبق .
وفي اشتراط المبادرة والمحاطة تردد .
ولا يشترط تعيين السهم ولا القوس .
ويجوز المناضلة على الاصابة وعلى التباعد
ولو فضل أحدهما الآخر فقال : ا طرح الفضل بكذا ، لم تصح
لانه مناف للغرض من النضال .

الأذن فهو المتيقن لصدق الاسم عليه لغة ، والارجع الى عرف المتراهنين .
قوله : وعدد الاصابة وصفتها

يريد بصفتها ما ذكرناه من الحايي والخاص وغيرهما ، وفائدة معرفتها أنه
لو شرط أحدهما وجب اتباعه .

قوله : وفي اشتراط المبادرة والمحاطة تردد

المبادرة^(١) هي أن يبادر أحدهما الى الاصابة مع التساوي في الرشق ،
والمحاطة إسقاط ما تساويا فيه من الرشق ويفضل لاحدهما عدد الاصابة فيكون
ناضلا .

ومشأ التردد من تفاوت الأغراض في كل واحد منهما ، فالاشتراط يزيل

(١) قال في المسالك : المراماة قسمان مبادرة ومحاطة والمراد من الاول ان يتفقا على
رمي عدد معين كعشرين سهماً مثلاً فمن بدر الى اصابة عدد معين منها كخمسة فهو ناضل
لمن لم يصبه او اصاب مادونها . والمراد من المحاطة بتشديد الطاء ان يقابل اصابتهما من
العدد المشترطة ويطرح المشترك من الاصابات فمن زاد فيها بعدد معين كخمسة مثلاً ففاضل
الاخر فيستحق المال المشروط في العقد . الى آخره .

النزاع . ومن أصالة عدم الاشتراط، ولأن السبق يتحقق بالمبادرة فإن من حصل له الإصابة المشروطة قبل صاحبه مع تساويهما في السهام فقد سبقه ومع التحقق يستحق المال .

ويؤكد الاول أن هذا العقد انما شرع لبعث العزم على الاستعداد للنضال، وذلك انما يكون واقعاً على الوجه الاكمل اذا شرط فيه ، امما المبادرة أو المحاطة ، اذ بهما يحصل بلوغ الغاية في الحدائق للرمي على أبلغ نظام، لكونها أشق اقسام الرمي .

المادة ١٠٠ -

يكون الرمي في الحدائق على الوجه الآتي : -

المادة ١٠١ -

يكون الرمي في الحدائق على الوجه الآتي : -

مركز تحقيق تكاميل علوم اسلامی

يكون الرمي في الحدائق على الوجه الآتي : -

يكون الرمي في الحدائق على الوجه الآتي : -

يكون الرمي في الحدائق على الوجه الآتي : -

يكون الرمي في الحدائق على الوجه الآتي : -

يكون الرمي في الحدائق على الوجه الآتي : -

يكون الرمي في الحدائق على الوجه الآتي : -

يكون الرمي في الحدائق على الوجه الآتي : -

يكون الرمي في الحدائق على الوجه الآتي : -

يكون الرمي في الحدائق على الوجه الآتي : -

كتاب الوصايا

وهي تستدعى فصولاً :

(الاول) الوصية تمليك عين أو منفعة ، أو تسليط على تصرف
بعد الوفاة .

قوله : الوصية تمليك عين أو منفعة أو تسليط على تصرف بعد الوفاة
الوصية لغة مأخوذة من وصى يصي إذا وصل ، ويسمى تصرف الانسان
المتعلق بموته بذلك لأنه وصل تصرفه حيناً بتصرفه ميتاً^(١).

وشرعاً يقال على سبيل الاشتراك على معنيين مختلفين ، فلذلك ردد المصنف
في تعريفه ، لان الحقائق المختلفة لا تجتمع في تعريف واحد :

« ١ » - تمليك عين أو منفعة بعد الوفاة . وهو تعريف لها بحسب الغاية كما
يقال الكوز ما يشرب به الماء والفاص ما ينجر به الخشب ، ولوعرفها بأجزائها
[وعليتها] لقال هي الايجاب والقبول الدالان على تمليك عين أو منفعة بعد الوفاة
فالتمليك كالجنس ، وتقييده بما بعد الوفاة تخرج الهبة والسكنى فانهما يملكان

(١) قال في الجواهر : والاولى نقلها من الوصية بمعنى مطلق العهد ، يقال : اوصاء
ووصاء توصية عهد اليه الى خصوص ما يعهده الانسان بعد وفاته بل الوصية بمعنى التمليك
الصق بهذا المعنى من الاول كما هو واضح .

ويفتقر الى الايجاب والقبول .
وتكفي الاشارة الدالة على القصد ، ولا تكفي الكتابة ، ما لم
تنضم القرينة الدالة على الارادة .

المعين أو المنفعة حال الحياة . و « أو » في قولنا « أو منفعة » للتقسيم لا للترديد .
« ٢ » - التسليط على تصرف بعد الوفاة . فالتسليط كالجنس وتقيده بما
بعد الوفاة تخرج الوكالة والابضاع^(١) ، فان التسليط فيهما مقيد بالحياة . وهو
أيضاً تعريف بالغاية ، ولو عرفها بأجزائها وغايتها لقال هي الايجاب والقبول
الدالان على تسليط على تصرف بعد الوفاة .

واعلم أن الوصية مخالفة للأصول من وجوه :

(الاول) انها تعليق للتصرف في المستقبل .
(الثاني) أنها تعليق تصرف المالك في المال أو الوالي في ولاية حال زوال
الملك والولاية .

(الثالث) أن القبول فيها لا يشترط في تأثيره اتصاله بالايجاب حال الحياة
بل عند بعضهم بحسب تأخره الى بعد الوفاة ، لأن التملك بعدها فكيف يقبل
قبلها .

قوله : وتفتقر الى الايجاب والقبول

يجوز عود الضمير المستكن في « تفتقر » الى الوصية ، فيكون افتقار الكل
الى اجزائه . ويجوز عوده الى التملك أو التسليط ، فيكون افتقار المعلول
الى علته .

(١) الابضاع : هو ان يدفع الانسان الى غيره مالا ليباع به متاعاً ولا حصة له في
ربحه بخلاف المضاربة .

وهنا فوائد :

(الاولى) الوصية ان كانت في جهة عامة أو للفقراء أو بالعتق وشبهه فلا تقتصر الى القبول لتعذره من الجميع ولم يتعين واحد ليكتفي بقبوله فيسقط، والا فلا بد من القبول، اذ الاصل في العقود ذلك ، ولانه تمليك لغير^(١) فلا يسبق ملكه بقبوله كسائر العقود، ولان الموصى له لو رد الوصية بطلت ، فلو ملك بمجرد الإيجاب لم يزل الملك كما بعد القبول . هكذا قال العلامة^(٢) .

وقيل عليه ان الحقيقة الواحدة لا تختلف باختلاف متعلقاتها ، وقد ثبت أنها الإيجاب والقبول في حق المعين ، فيكون كذلك في [حق] غير المعين . ولا يلزم من تعذر القبول في الجهة العامة والفقراء تعذره مطلقاً ، لجواز قبول الناظر في تلك المصلحة أو الحاكم أو بعض الفقراء الحاضرين كالطبقة الاولى من الوقف .

(الثانية) قال السيد ابن زهرة يجب كون القبول بعد الوفاة ، واختاره العلامة في المختلف^(٣) . واستدل عليه بعض المناخرين بأنه يجب اتصال العقود بأحكامها لكونها انشئت فهي علل ، ولأريب أن الملك يحصل بعد الموت فكذا سببه ، وإن حصل قبله كان اخباراً عن قبوله بعد الموت لا انشاء .

(١) كذا في الاصل وفي بعض النسخ : تمليك لمعنى . وفي بعضها : تمليك للمعين . اقول : والظاهر انه « تمليك لمعين » فلم يسبق الملك القبول فلا بد منه كسائر العقود .
(٢) قال في القواعد : ولو كانت الوصية لغير معين كفى في التمليك الإيجاب والموت ولا يتوقف على القبول . وقال في المختلف ٥٢/٢ : والمعتمدان نقول : الوصية ان كانت لغير معين كالفقراء ... لم يقتصر الى قبول ولزمت بمجرد الموت . وان كانت لمعين اقتضت الى القبول ولا يحصل الملك قبله - الخ .

(٣) في المختلف ٥١/٢ : وهل يشترط وقوع القبول بعد الموت نقل ابن ادریس عن بعض علمائنا ذلك بخلاف الوصية لانها عقد منجز في الحال فجاز القبول فيها بخلاف

وقال ابن ادریس بجواز حصوله بعد الموت وقبله^(١)، واختاره المصنف والعلامة
في غير المختلف^(٢)، وعليه الفتوى؛ لانا لانسلم أنه لو حصل قبله كان اخباراً والالكان
الایجاب اخباراً وهو باطل .

هذا . وقد تقدم مخالفة هذا العقد للاصول، فيجوز فيه مالا يجوز في غيره .
(الثالثة) اختلف في ملك الموصى له متى يحصل ، قال الشيخ في المبسوط
والخلاف^(٣) يحصل بالموت، وهو قول الشافعية فانهم قالوا يدخل في ملك الموصى
له بغير اختياره كالميراث فالقبول كاشف . وقال ابن ادریس^(٤) انه بالموت والقبول
معاً ، وحكاه الشيخ في المبسوط قولاً .

ويظهر منه في الخلاف اختياره، لانه قال في كتاب الفطرة : لو أوصى بعبد
ومات قبل الهلال ولم يقبل الموصى له الا بعده لم يلزم أحداً فطرته^(٥) . وعلى
الاول فطرته على الموصى له .

وقال في المبسوط قولاً ثالثاً حكاه عن بعضهم انه يكون مراعى أن قبل الموصى

قبول الموصى له فانه لا يعتد به الا بعد الوفاة لان الوصية تفتضي تملكه في تلك الحال
فتأخر القبول اليها . واظنه قصد بذلك السيد ابن زهرة لانه نقل كلامه قال ابن ادریس ولا
ارى بأساً بقبوله قبل الموت وبعده وعلى كل حال لانه لا مانع منه والوجه عندى الاول
لانه اوجب له بعد موته فقبله ليس محلاً للقبول فأشبهه قبل الوصية .

(١) السرائر : ٣٨٣ ونقلنا نص قوله قبيل هذا .

(٢) قال في القواعد : وقبول - أى وتفترق الى قبول - بعد الموت ولا اثر له لو
تقدم . وقال في التحرير : ٢٩٢/١ : ولو قبل قبل الوفاة جاز وبعد الوفاة أكد وان تأخر
القبول عن الوفاة جاز ما لم يرد : الى آخر قوله .

(٣) الخلاف ٣١٣/٢ .

(٤) السرائر ٣٨٧ قال فيه : والذي يقوى في نفسى انه لا ينتقل بالموت بل بانضمام
القبول من الموصى له لا بمجرد الموت ، لانه بالرد بعد الموت يعود الى الورثة .

(٥) الخلاف ٣٣٠/١

ولا يجب العمل بما يوجد بخط الميت .
وقيل ان عمل الورثة ببعضها ازمهم العمل بجميعها ، وهو
ضعيف .

له علمنا أنه انتقل اليه بالموت انتقالاً غير مستمر وبالقبول استقروا ان لم يقبل علمنا
أنه انتقل بالموت الى الوارث .

واختار المصنف في الشرائع الثاني^(١) ، واختار العلامة^(٢) في المختلف
والقواعد الاول وفي الذكرة الثالث . ولكل فريق استدلال مذكور في المطولات
ذكرنا بعض ذلك في « كنز العرفان »^(٣) ، ونحن أيضاً فيما بعد من الشرح .
(لرابعة) لورد الموصى له الوصية في حياة الموصى فليس لرده أثر بل
له القبول بعد الموت مع بقاء الموصى على وصيته ، واما لورد بعد الموت
فله أحوال :

« ١ » - أن يرد قبل القبول ، فيسقط الوصية .

« ٢ » - بعد القبول والقبض ، فلا أثر للرد اجماعاً بل الملك له .

« ٣ » - بعد القبول وقبل القبض ، ففيه قولان مبنيان على أن القبض شرط
في لزوم كالوقف أو الصيغة كالهبة أو ليس شرطاً مطلقاً كالبيع . فقوى الشيخ
الاول ، وهو البطلان ، والحق خلافه لاصالة عدم اشتراط الملك بالقبض .

(الحامسة) ان قبول هنا لا يشترط كونه لفظاً بل يكفي الفعل الدال على الرضا
صريحاً ، كالاخذ والتصرف فيه لنفسه وعرضه على المتبايعين وشبهه .

قوله : ولا يجب العمل بما يوجد بخط الميت ، وقيل ان عمل الورثة
بعضها لزمهم العمل بجميعها ، وهو ضعيف

(١) الشرائع : ١٥٤ قال : ولا ينتقل بالموت منفرداً عن القبول على الاظهر .

(٢) المختلف ، الجزء الثالث : ٥١ .

(٣) كنز العرفان ٩٤/٢ .

القول للشيخ في النهاية^(١) الاستناد إلى رواية إبراهيم بن محمد الهسداني قال كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام : رجل كتب كتاباً بخطه ولم يقل لورثته هذه وصيتي ولم يقل اني قد اوصيت الا أنه كتب كتاباً فيه ما أراد أن يوصي به هل يجب على ورثته القيام بما في الكتاب بخطه ولم يأمرهم بذلك ؟ فكتب عليه السلام ان كان له ولد ينفذون كل شيء يجدونه في كتاب أبيهم في وجه البر وغيره^(٢).

وقال ابن ادريس : الوجه أن الورثة ان أقرأوا بما في الكتاب يلزمهم العمل به، وان أقرأوا ببعضه لم يلزمهم الا العمل بما أقرأوا به دون كله. وهذا هو الصحيح والرواية لا تدل على ما قاله الشيخ كما ترى. وقوله «ينفذون» صفة لولد وجواب الشرط محذوف تقديره ان كان له أولاد ينفذون ما وجدوه في كتاب أبيهم فلهم ذلك، أي على وجه الاستحباب لا اللزوم.

ان قلت : يحتمل أن يكون قوله «ينفذون» خبراً يراد به الامر، مثل قوله «والوالدات يرضعن أولادهن»^(٣) أي ليرضعن، وكذا هنا يكون تقديره لينفذوا. قلت: ذلك مجاز والاصل عدمه، وعلى تقديره هل تدل على وجوب العمل بكل ما يجدونه ولم يقل به الشيخ ولا غيره، فالعمل بسدلولها متروك بالاجماع. وهنا فوائد :

(الاولى) لا تكفي الكتابة للقادر على اللفظ وان اشار أو شهد بما فيها من

وجوب العمل .

(الثانية) لو قال للشاهد « اشهد علي بما في هذا الكتاب فاني عالم به » لم

يصير متحملاً حتى يقرأه عليه فيقر به أو ينلفظ المشهد به.

وقيل اذا حفظ الشاهد الكتاب عنده تسلط على الشهادة في الحياة والممات.

(١) النهاية : ٦٢١ .

(٢) الوسائل ٤٣٧/١٣ .

(٣) سورة البقرة : ٢٣٣ .

ولا تصح الوصية بمعصية كمساعدة الظالم ، وكذا وصية المسلم للبيعة والكنيسة .

(الثاني) في الموصي : ويعتبر فيه كمال العقل والحرية .
وفي وصية من بلغ عشرين في البر تردد ، والمروى : الجواز .

وهو بعيد لأنه غرر وخطر لجواز غفلة الكاتب حال كتابته فيزيد حرفاً أو كلمة أو ينقصهما بحيث يختلف المعنى المراد له .

(الثالثة) لا خلاف أنه لو كان أخرس أو عاجزاً عن النطق تصح الشهادة عليه بالكتابة أو الإشارة مع القرينة الدالة على فهمه وإرادته .

قوله : وفي وصية من بلغ عشرين في البر تردد ، والمروى الجواز .
ينشأ من الحجر عليه مطلقاً فلا يمضي تصرفه برأ كان أو غيره ، ومن فتوى الشيخين^(١) وابن بابويه والقاضي وسائر بجواز وصيته في البر إذا بلغ عشرين اعتماداً على الروايات^(٢) .

واعلم أن في تصرفات الصبي في المعروف أقوالاً :

« ١ » - قول ابن إدريس^(٣) بالمنع مطلقاً .

« ٢ » - قول ابن الجنيد إذا وصى الصبي وله ثمان سنين والجارية ولها سبع سنين بما يوصى به البالغ الرشيد جاز .

« ٣ » - قول الشيخ بجواز تصرفه في المعروف من وقف وهبة ووصية وصدقة^(٤) .

(١) النهاية : ٦١١ .

(٢) راجع الوسائل ٢٨ / ١٣ الباب ٤٤ من كتاب الوصايا .

(٣) السرائر : ٣٨٨ .

(٤) قال في النهاية : ٦١١ : وكذلك يجوز صدقة الفلام إذا بلغ عشرين سنة وهبته وعنته إذا كان بالمعروف وفي وجه البر . ولم يذكر فيه « الوقف » .

« ٤ » - مثله قول المفيد (١) الإلهية .

« ٥ » - قول سيار مثله الإلهية والوقف .

« ٦ » - قول الثقي لا تمضي وصية من لم يبلغ عشرين والمحبوز عليه
الأماء تملق بأبواب البر .

وأما الروايات : فالأولى رواية ابن بابويه عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله
عن الصادق عليه السلام : إذا بلغ الغلام عشرين جازت وصيته (٢) .

« الثانية » زارة عن الباقر عليه السلام : إذا أتى على الغلام عشرين فإنه
يجوز له في ماله ما أعنت أو تصدق وأوصى على حد معروف وحق فهو جائز (٣) .

« الثالثة » أبي بصير عن الصادق عليه السلام صحيحاً : إذا بلغ الغلام عشر
سنتين فأوصى بثلث ماله جازت وصيته ، وإذا كان ابن سبع سنين فأوصى من ماله
بالبسيف في حق جازت وصيته (٤) .

« الرابعة » محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام صحيحاً : إن الغلام
إذا حضره الموت فأوصى ولم يدرك جازت وصيته لذوي الأرحام ولم يجز
للغير (٥) .

وروى الشيخ روايات أخرتضمن هذا المعنى قال العلامة : هذه الروايات
وإن كانت متظافرة والأقوال مشهورة لكن الأحوط عدم انفاذ وصيته مطلقاً حتى
يلغ ، لعدم كونه أهلاً للتصرف في الأموال (٦) .

(١) المقنعة ١٠٢ قال فيه : وإذا بلغ الصبي عشرين جازت وصيته في المعروف
من وجوه البر إلى أن قال - : ولا يجوز وصية الصبي والمحبوز عليه فيما يخرج من
وجوه البر والمعروف وهبتهما باطلاً ووقفهما وصدقتهما كوصيتهما جائزة إذا وقع موقع
المعروف .

(٢) الوسائل ٤٢٩/١٣ .

(٣) المختلف ٦٢/٢ .

وأوجرح نفسه بما فيه هلاكها ثم أوصى لم تقبل، ولو أوصى
ثم جرح قبلت .

أقول : التحقيق هنا أن قوة التمييز والتعقل ليس حصولها مشروطاً بزمان
البلوغ الشرعي ، وهو أحد الثلاثة المتقدمة ، لجواز الحصول قبل ذلك ، ولهذا
كان الدليل مقتضياً لتكليفه بالتكاليف العقلية عند حصول تلك القوة واستحقاق
الثواب في مقابل القيام بتلك التكاليف . وإذا كان كذلك فلم لا يجوز أن يحصل
له داع عقلي إلى فعل الخير في ذلك الزمان ، فلمنعناه مع الحجر عليه حال
حياته من التصرف لزم المنع من اللطاف المقربة إلى تحصيل الثواب، وهو
قبيح عقلاً . فإذا قول الشيخين لأبأس به وتمعضده الروايات المتظافرة .

وقول العلامة « الاحوط عدم انفاذ وصيته » ممنوع ، بل الأولى أن تنفذ
خصوصاً إذا كانت لجهة عامة ، فينبغي لوارثه انفاذها احتياطاً لبراءة ذمته، إذ
الروايات تقتضي ذلك ، فيكون الاحوط له الانفاذ .

قوله : ولو جرح نفسه بما فيه هلاكها ثم أوصى لم تقبل، ولو أوصى ثم
جرح قبلت

أما الحكم الأول فهو مذهب الشيخين^(١) والنقي والقاضي ، ومستنده رواية
أبي ولاد عن الصادق عليه السلام : ان كان أوصى بوصية بعد ما أحدث في نفسه
من جراحة أرقنل لعله يموت لم تجز وصيته^(٢) .

واختلف في تعليقه : فقيل ان المنع لمكان سفهه، إذ لا يصدر مثل ذلك عن
عاقل ، وقيل لعدم استقرار حياته .

(١) المقدمة ١٠٣ ، التهذيب ٢٠٧/٩ .

(٢) الفقيه ١٥٠/٤ ، الكافي ٤٥/٧ ، التهذيب ٢٠٧/٩ .

وتظهر الفائدة في من أوصى وهو رشيد لكنه غير مستقر الحياة، فان وصيته تبطل على الثاني لا الاول .

لكنه ممنوع ، فان اكثر الوصايا يصدر حال المرض المدنف الذي يحصل معه الاشراف على الموت غالباً ، ولان الرواية اعم من ذلك .

وقال ابن ادريس^(١) ان كان عقله ثابتاً فالوجه صحة وصيته كما يصح في باقي تصرفاته ، ولعموم وجوب العمل بالوصية وتحريم مخالفتها ، بدلالة قوله تعالى « فمن بدله بعد ما سمعه فانما اثمه على الذين يدلونه »^(٢) .

قال العلامة في المختلف ولا بأس بذلك^(٣) .

وفيه نظر ، لانا سلمنا أن ثبات عقله هو المناط لصحة تصرفاته، لكن ثبات عقله هنا ممنوع فان جراحته نفسه بما فيه هلاكه دليل على اختلال عقله . وأما الحكم الثاني - أعني أنه لو أوصى ثم جرح نفسه تصح وصيته - فلا صلة صحة تصرفاته والاختلال انما حصل بعد ذلك .
وهنا فوائد :

(الاولى) هل تصح وصية السفیه ؟ ظاهر ابن حمزة عدم الصحة مطلقاً والمفيد وسلاروالقاضي جوازها في البر كالصبي، والعلامة منعها تارة مطلقاً وأجازها أخرى مطلقاً . والاولى الصحة في المعروف خاصة .

(١) السرائر ٣٨٦ قال فيه : والذي يقتضيه اصولنا ونشهد بصحته ادلتنا ان وصيته ماضية صحيحة اذا كان عقله باقياً ثابتاً عليه .

(٢) سورة البقرة : ١٨١ . وراجع السرائر : ٣٨٦ .

(٣) المختلف ٥٧/٢ قال : وقول ابن ادریس لا بأس به . وقال قبيل هذا : والوجه الاول - ای وصيته مردودة - لنا انه سفیه فلا ينفذ تصرفه ، ولانه في حكم الاموات فلا يتصرف في مال غيره ، ولانه قاتل نفسه فلا يتصرف في ماله ، كالوارث لو قتله منع منه ، ولما رواه ابوولاد عن الصادق عليه السلام .

وللموصى الرجوع فى الوصية متى شاء .
(الثالث) فى الموصى له : ويشترط وجوده . فلا تصح للمعدوم ،
ولا لمن ظن بقاءه وقت الوصية فبان ميتاً .
وتصح الوصية للوارث - كما تصح للأجنبي ، وللحمل بشرط
وقوعه حياً .

(الثانية) المفلس تصح وصيته قطعاً لعدم مصادفتها المال المحجور عليه ،
ولأنها بعد أداء الدين إجماعاً .

(الثالثة) لا يشترط فى الموصى الاسلام ، فتصح من الكافر لمثله مطلقاً وللمسلم
لكن بما يجوز تملكه له .

قوله : وللموصى الرجوع فى الوصية متى شاء

لأنها عقد جائز ، ثم الرجوع قد يكون لفظاً إما صريحاً كرجعت أولاً نعطوه
شيئاً وأمثاله ، أو لزوماً كالوصية لغيره بذلك الشيء ، أو صدور تصرف يستلزم
ثبات ملكه عليه كالبيع والعنق والهبة . وغير لفظ كفعل يستلزم تغيير اسمه ، كما
لو أوصى بحب فزرعه أو بيض فأحضنه^(١) أو ذقيق فخبزه أو خبز فدقه فتيتاً .

قوله : وللحمل بشرط وقوعه حياً

شرح هذه الجملة بمسائل :

(الاولى) انه يشترط مع وقوعه حياً أن يكون لدون ستة أشهر من حين الوصية
ليتحقق وجوده حالتها ، ولو وضعت ما بين الستة الى السنة وهي خالية من زوج
أو مولى صحت الوصية وملك . ولو كان لها أحدهما : قبل لا يستحق لاحتمال

(١) حضن الطائر بيضه : ضمه تحت جناحه ، احضن الطائر بيضه : إذا جثم عليه .

تجده، وقيل بل يستحق عملاً بالعادة الغالبة من الوضع في هذه المدة . وهو اختيار المصنف ، ولذلك أطلق هنا وفي الشرائع^(١).

(الثانية) الحمل المذكور سواء كان له أول غيره، وسواء كان لرشدة^(٢) أو لغيرها إلا أن يقصد كونه للزنا فتبطل .

(الثالثة) أن اتحاد الحمل فالكل له ، وإن تعدد قسم بالسوية ، وإن اختلفوا في الذكورة والانوثة .

(الرابعة) قال ابن ادريس : يشترط قبول وليه بعد انفصاله حياً^(٣). قال العلامة

في المختلف^(٤) : يمكن عدم اشتراطه لوجوب ذلك على الولي مع المصلحة ، فإذا امتنع سقطت ولايته وصارت الولاية للشارع وقد حصل بالإيجاب . قال

الشهيد : وفي هذه المقدمات منع ظاهر . أقول : يريد بالمقدمات :

« ١ » - وجوب القبول على الولي ، ومستلذه وجوب الاكتساب عليه ، ووجه المنع أصالة عدم وجوب التكسب عليه .

« ٢ » - كونه إذا لم يقبل سقطت ولايته ، وهو ممنوع بل يفجره الحاكم ، إذا فرض أن القبول واجب عليه ، وكل من أحل بواجب أجبر على فعله .

« ٣ » - كون إيجاب الشارع قبولاً ممنوعاً ، إذ لا دليل عليه .

(١) الشرائع ١٥٨٧/١ قال : وتصح الوصية للحمل الموجود وتستقر بانفصاله حياً ولو وضعته ميتاً بطلت الوصية .

(٢) في المصباح : وهو لرشدة أي صحيح النسب بكسر الراء والفتح لغة . وللميد المحقق الحكيم العير داماد في هذه الكلمة واختها « لغية » تحقيق من أراد الاطلاع عليه فليراجع كتابه « الروايع السماوية » : ٨١ . ونقلناه أيضاً في تعليقتنا على « نضد

القواعد » ص ٢٨٠ .

(٣) السرائر : ٣٩٠ .

(٤) المختلف ٦٠/٢ .

وللذمي ولو كان أجنبياً ، وفيه أقوال .

ويمكن ان يجاب عن الاول بأن التكسب واجب قدر الحاجة فيمكن أن تكون حاصلة حينئذ ، وعن الثاني أن ذلك موجب لفسقه المسقط لولايته ، وعن الثالث بأنه لم يصرح بكونه قبولاً . نعم يكون حينئذ كالوصية للجهة العامة .
(الخامسة) لومات الحمل بعد استهلاله انتقل ما أوصى له به إلى وارثه ان قبل الولي أو قلنا لاجابة الى القبول . ويمكن أن يقال يقبل الوارث على أحد الاحتمالين .

(السادسة) قال في المبسوط^(١) : اذا أوصى لحمل المرأة من فلان فأنكره ونفاه باللعان صححت الوصية ، قيل عليه أنه إنما أوصى لابن فلان ولم يثبت كونه له فتكون الوصية لمعدوم فلا تصح . والتحقيق أن تعلق غرض الموصي بالانتساب إلى الأب المذكور فنفاه بطلت والأول .

قوله : وللذمي ولو كان أجنبياً ، وفيه أقوال

(الاول) قول الشيخ في المبسوط لا تصح الوصية للكافر الاجنبي^(٢) .
(الثاني) قوله في الخلاف^(٣) لا تصح للحربي وتجوز للذمي . قال : ومنا من يقيد بها بذوي القرابة خاصة .

(الثالث) قوله في النهاية^(٤) تجوز لاحد أبويه وبعض قراباته وان كانوا كفاراً .

(١) المبسوط ١٣/٤ .

(٢) المبسوط ٦٢/٤ قال : وعندنا يصح للذمي اذا كانوا اقاربه . وقال في ص ٦٣ : تصح الوصية للذمي اذا كانوا اقاربه ولا تصح لاهل الحرب وفيه خلاف .

(٣) الخلاف ٣١٦/٢ .

(٤) النهاية : ٦٠٩ .

(الرابع) قول المفيد^(١) يجب دفع الموصى به الى الموصى له ولو كان كافراً .

(الخامس) قول القاضي الصحيح أن لا يوصى للكافر .

(السادس) سلاسل تجوز الوصية للأجنبي الضال عن الدين .

(السابع) النقي تجوز الوصية للكافر ان كانت مكافأة على مكرمة دنيوية

أو مبتدأ بها .

(الثامن) قول ابن ادريس^(٢) الوصية تصح للكافر ذارحم كان أواجنبياً ، لأنها

عطية وليس من شرطها القرابة .

وعبارة المصنف تؤذن بأن الخلاف في الذمي دون الحربي . وليس الامر

كذلك ، لما تلوناه من هذه الأقوال السدالة صريحاً على أن الخلاف في مطلق

الكافر . اللهم الآن يكون المراد من الكافر في عبارتهم هو الذمي إطلاقاً للعام على

الخاص واستسلاً لما تقرر عندهم أن مال الحربي غير معصوم وأنه لا يدخل في

ملكه مال المسلم ، فلو صحت الوصية له لوجب دفعها اليه عملاً بقوله تعالى « فمن

بدله بعدما سمعه فانما اثمه على الذين يبدلونه »^(٣) . لكن لا يجب ، لما قلناه من

الاجماع على جواز الاستيلاء عليه .

إذا عرفت هذا فوجه ما قاله المصنف ما رواه محمد بن مسلم عن أحدهما

عليهما السلام في رجل أوصى بماله في سبيل الله . قال : اعط لمن أوصى له به

وان كان يهودياً أو نصرانياً ، ان الله يقول « فمن بدله بعدما سمعه » الآية^(٤) .

(١) المقنعة : ١٠٢ .

(٢) السرائر : ٣٨٦ .

(٣) سورة البقرة : ١٨١ .

(٤) الكافي ١٤/٧ ، التهذيب ٢٠١/٩ ، الفقيه ١٤٨/٤ ، الاستبصار ١٢٨/٤ .

ولا تصح للحربي ، ولا للمملوك غير الموصى ولو كان مديراً
أو أم ولد .

نعم لو أوصى لمكاتب قد تحرر بعضه مضت الوصية في قدر
نصيبه من الحرية .

قوله : ولا للمملوك غير الموصى ولو كان مديراً أو أم ولد . نعم لو أوصى
لمكاتب قد تحرر بعضه مضت الوصية في قدر نصيبه من الحرية
هنا مسائل :

(الاولى) مملوك الغير لا تصح الوصية له اجماعاً ، ولعموم قول أحدهما عليهما
السلام : لا وصية لمملوك^(١) . ولأن الموصى له يملك ولا شيء من العبد يملك على
الاقوى فلا تصح الوصية له .

ان قلت : الكبرى منقوضة بهبه الموصى .

قلت : خرج ذلك بالاجماع فيبقى الباقي على أصله .

(الثانية) مدير الغير جوز المفيد^(٢) وسلا^(٣) الوصية له ، وجعله الشيخ في المبسوط
حكم القن في المنع ، وكذا ابن حمزة وابن ادریس . وهو الاشبه .

(الثالثة) أم الولد للغير ولا تعرف بخلافاً في منع الوصية لها .

(الرابعة) مكاتب الغير جوزها المفيد^(٢) وسلا^(٣) مطلقاً ، ويظهر من^(٤) الشهيد اختيار
هذا لأنها نوع اكساب والمكاتب غير ممنوع منه . وهو قوي ومنعها الشيخ وابن
حمزة وابن ادریس مطلقاً ، وفصل المصنف بالمنع للمشروط والمطلق غير

(١) التهذيب ٢١٦/٩ ، الاستبصار ١٣٤/٤ .

(٢) المقننة : ١٠٢ .

(٣) الدروس : كتاب الوصية .

وتصح لعبد الموصى ومديره ومكاتبه وأُم ولده .
ويعتبر ما يوصى به لمملوكه بعد خروجه من الثلث .
فإن كان بقدر قيمته أعتق ، وكان الموصى به للورثة .
وإن زاد أعطى العبد الزائد ، وإن نقص عن قيمته سعى في
الباقي .
وقيل : إن كانت قيمته ضعف الوصية بطلت ، وفي المستند
ضعف .

المؤدي، وأما المؤدي فتصح له بقدر ما تحرر منه وتبطل بقدر الرقية . والحجة
في ذلك كله ما تقدم .
قوله: وتصح لعبد الموصى ومديره ومكاتبه وأُم ولده، ويعتبر ما أوصى
به لمملوكه بعد خروجه من الثلث فإن كان بقدر قيمته أعتق وكان الموصى
به للورثة ، وإن زاد أعطى العبد الزائد، وإن نقص عن قيمته سعى في
الباقي . وقيل إن كانت قيمته ضعف الوصية بطلت ، وفي المستند ضعف
لاخلاف في صحتها لهؤلاء الأربعة: أما أم الولد فسيأتي حكمها ، وكذا
المكاتب ، يبقى الفن والمدير ولهما أحوال ثلاثة :

- « ١ » - أن تكون الوصية بقدر قيمتهما فيصرف ذلك إلى عتقهما ويكون
ما أوصى لهما به للورثة .
- « ٢ » - أن تزيد على القيمة، وحكمه كما تقدم الآن الزائد يكون للعبد .
- « ٣ » - أن تكون قيمتهما زائدة عن الوصية فيعتق منه بقدرها وسعى في
الباقي من قيمته ويعتق، وهو مذهب الشيخ في الخلاف^(١) والتقي وعلي بن بابويه

(١) الخلاف : ٣١٢/٢ .

وابن ادريس^(١) واختيار المصنف .

وقال الشيخان في النهاية^(٢) والمقنعة : ان كانت القيمة ضعف الوصية بطلت ومستندهما رواية الحسن بن صالح بن حي عن الصادق عليه السلام في رجل أوصى لمملوك له بثلاث ماله . فقال : يقوم المملوك بقيمة عادلة ثم ينظر ما ثلث الميت فان كان الثلث أقل من قيمة العبد بقدر ربع القيمة استسعى العبد في ربع القيمة وان كان الثلث أكثر من قيمة العبد أعتق العبد ودفع اليه ما فضل من الثلث بعد القيمة^(٣) .

وهي دالة بمفهومها على المدعى ، وذلك لانه عليه السلام حكم بالاستسعاء اذا كان الثلث بأزاء ثلاثة أرباع العبد وبالعق واعطاء الفاضل ان فضل ، وذلك يستلزم العتق ان ساوى والاستسعاء ان زاد على ثلاثة الارباع بطريق الاولى وعدم الاستسعاء ان نقص عن ثلاثة الارباع . وذلك يستلزم بطلان العتق ، لان الاستسعاء لازم لعتق بعض العبد في الاكثر ، وانتفاء اللازم يدل على انتفاء الملزوم فينتفي عتق ذلك البعض . وظاهر انتفاء عتق الباقي ، لعدم احتمال المال له . وهذا كله ان تم ، الا أنه لا يلزم منه التحديد بالضعف ، فانه متى نقص عن ثلاثة الارباع كان وافياً بالمفهوم .

وهذا الاستدلال ضعيف : أما أولا فلان الحسن بن صالح زبدي . وأما ثانياً فلما ثبت في الاصول من بطلان دلالة المفهوم .

وللعلامة^(٤) هنا تفصيل ، وهو أنه ان أوصى له بجزء مشاع من تركته كبسوس أو ربع مثلاً صحت الوصية والحكم كما تقدم ، لان الجزء المشاع يتناول نفسه

(١) السرائر : ٣٨٦ .

(٢) النهاية : ٦١٠ .

(٣) التهذيب ٢١٦/٩ ، الاستبصار ١٣٤/٤ .

(٤) المختلف ٥٧/٢ .

ولو أعتقه عند موته وليس غيره وعليه دين ، فإن كان قيمته بقدر الدين مرتين صح العتق ، والا بطل ، وفيه وجه آخر ضعيف .

أوبعضها ، لانه من جملة الثلث المشاع والوصية له بنفسه صحيحة . والفاضل يستحقه بالوصية ، لانه يصير حراً فيملك الوصية فيصير كأنه قال اعتقوا عبدي من ثلثي واعطوه ما يفضل منه . وتأييده الرواية المذكورة .

وان أوصى له بشيء معين بطلت الوصية ، لانه قصد اعطاء عين فلا يجوز التخطي الى غيرها ، لانه تبديل وهو غير جائز للالة^(١) ، ولانه عبد ليس له أهلية التملك .

ولا يجوز له أن يحرر من قيسته العين ، لانه تبديل أيضاً ، ولقول أحدهما عليهما السلام : لا وصية لمملوك^(٢) . وهو أعم من أن يكون للموصى أول غيره . وهو تفصيل حسن .

قوله : ولو أعتقه عند موته وليس له غيره وعليه دين فإن كانت قيمته بقدر الدين مرتين صح العتق والابطال . وفيه وجه آخر ضعيف يريد بصحة العتق عدم بطلانه مطلقاً ، والالو كان صحيحاً مطلقاً لما ائتمنى العبد في قدر الدين وفي ثلثي الباقي بعد الدين .

وتحرير البحث هنا أن نقول : اذا نجز عتق العبد المستوعب للتركة وعليه دين وقلنا ان المنجزات من الاصل صح العتق مطلقاً ولاحق للديان فيه ولا استسعاء وان قلنا هي من الثلث - كما هو الفتوى - فإن كان الدين أكثر من القيمة أو مساوياً فالعتق باطل قطعاً ، وان كان أقل بالنصف - كما لو كان الدين ثلاثين والقيمة

(١) سورة البقرة : ١١٨ .

(٢) التهذيب ٢١٦/٩ ، الاستبصار ١٣٤/٤ .

ستين - فإنه ينفذ العتق في سدسه وهو مقدار عشرة ويسمى في خمسة أسداسه وهي
خمسون ثلاثون للديان وعشرون للوارث .

وهذا مما لا خلاف فيه ، أما إذا كان أقل بالثلث أو الربع أو السدس مثلاً :
فقال الشيخان^(١) في النهاية والمقنعة يبطل العتق مطلقاً ، ومستندهما رواية جميل
عن زرارة عن الصادق عليه السلام : إن كانت قيمته مثل الذي عليه ومثله جاز
عتقه والالم يجز^(٢) . ورواية عبدالرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام :
قال : قلت رجل مات وترك عبداً ولم يترك مالا غيره وقيمة العبد ستمائة درهم
ودينه خمسمائة فأعتقه عند الموت كيف يصنع فيه ؟ قال : يباع فيأخذ الغرماء
خمسمائة وتأخذ الورثة مائة . ثم قال : قلت فإن كانت قيمته ستمائة ودينه أربعمائة ؟
قال : كذا يباع العبد فيأخذ الغرماء أربعمائة وتأخذ الورثة مائتين ولا يكون للعبد
شيء . قال : قلت فإن كانت قيمته ستمائة ودينه ثلاثمائة ؟ قال : فضحك ثم قال
بعد كلام : فالان يوقف العبد ويسمى ، ويكون نصفه للغرماء وثلاثة للورثة
ويكون له السدس^(٣) .

والوجه هنا أن الفاضل عن الدين منه يستحق المريض فيه ثلثه فيصرف ذلك
إلى العتق المذكور ويسمى العبد في الزائد من ذلك للوارث . وهذا هو الوجه
المشار إليه بالضعف ، وينسب إلى ابن إدريس .

وأما وجه ضعفه فقال الأبي : أنه توهم أنه وصية وليس في الرواية دلالة على
ذلك بل هو منجز .

أقول : وهذا ليس مما يوجب ضعفه ، لأن المنجزات إذا فرض خروجها

(١) النهاية : ٦١٠ ، المقنعة ١٠٣ .

(٢) التهذيب ٢١٨/٩ ، الكافي ٢٧/٢ ، الفقيه ١٦٦/٤ ، الاستبصار ٧/٤ .

(٣) الكافي ٢٦/٧ ، التهذيب ٢١٧/٩ ، الاستبصار ٨/٤ .

ولو أوصى لام ولده صح، وهل تعتق من الوصية أو من نصيب
الولد؟ قولان .

فان اعتقت من نصيب الولد كان لها الوصية .
وفي رواية أخرى تعتق من الثلث ولها الوصية .

من الثلث فلا فرق بينها وبين الوصية في التأخر عن الدين وصرفها الى ثلث
الباقى .

والحق ما قاله ابن ادریس ، وتؤيده الأدلة المنظافرة بصرف المنجزات
والوصايا الى ثلث الباقي بعد الدين .

قوله : ولو أوصى لام ولده صح، وهل تعتق من الوصية أو من نصيب
الولد؟ فيه قولان، فان اعتقت من نصيب الولد كان لها الوصية، وفي رواية
أخرى تعتق من الثلث ولها الوصية

لاخلاف عندنا أنه مع عدم الوصية تعتق من نصيب الولد ، أما مع وجودها
فقال الشيخ ^{١٢} هو أيضاً كذلك وتعطى الوصية، واحتج عليه بما في كتاب العباس
أنه تعتق من نصيب ولدها ويعطى من ثلث ما أوصى لها به ^{١٢} .

(١) النهاية : ٦١١ .

(٢) في كتاب العباس - الى آخره - ذيل الحديث الذى فى الكافى ٢٩/٧ ، التهذيب
٢٢٤/٩ عن جميل بن صالح عن ابي عبيدة قال : سألت ابا عبدالله عليه السلام عن رجل
كانت له ام ولد ولد منها غلام فلما حضرته الوفاة اوصى لها بألفى درهم او اكثر للورثة
ان يسترقوها . قال : فقال لاهل تعتق من ثلث الميت وتعطى من ثلث ما اوصى لها به . وفى
كتاب العباس : تعتق - الى آخره . وقال فى الجواهر : وكأن المراد انه قد روى الخبر
المزبور فى كتاب العباس على هذا النحو .

واطلاق الوصية تقتضي النسوبة ما لم ينص على التفضيل .

واختاره العلامة محتجاً بأن التركة تنتقل بالموت الى الوارث فيثبت ملك
الولد على جزء منها فتعنى عليه^(١).

وقال ابن ادریس^(٢) بل تعنى من الوصية لتأخر استحقاق الوارث عن الوصية
والدين فملك قبل ملك ولدها فيصرف الى عتقها ، كما لو أوصى لعبده بشيء
فانه يصرف الى عتقه .

وأجاب عنه العلامة بأن استقرار ملك الوارث متأخر لأصل الملك^(٣) .
وقال ابن الجنييد يتخير الوارث ، فانه قال الوصية لام الولد جائزة وتعنى
من وصيتها أو من نصيب ولدها وتعطى بقية الوصية . يريد أنه ان عتقت من الوصية
وفضل منها فتعطى ذلك الباقي .

قوله : وفي رواية أخرى - الى آخره

اشارة الى رواية ابي عبيدة عن الصادق عليه السلام سألته عن رجل كانت
له أم ولد له منها غلام فلما حضرته الوفاة أوصى لها بألفي درهم أو أكثر للورثة
أن يسترقوها . قال : لا بل تعنى من ثلث الميراث ويعطى ما أوصى لها به^(٤) .
وبمعناها رواية احمد بن محمد بن ابي نصر عن الرضا عليه السلام^(٥) . وهما
صحيحتان .

(١) المختلف ٥٨/٢ .

(٢) السرائر : ٣٨٦ .

(٣) راجع المختلف ٥٨/٢ ، التذكرة في البحث الثاني في الوصية للعبد وشبهه من
كتاب الوصية ، مسألة يصح ان يوصى الانسان لام ولده .

(٤) مرت قبيل هذا .

(٥) اخرجها في الكافي ٢٩/٧ ، التهذيب ٢٢٤/٩ .

وفي الوصية لآخواله وأعمامه رواية بالتفضيل كالميراث

والاشبه : التسوية .

وأولهما العلامة بأنه اعتقها وأوصى لها فتعق من الثلث حينئذ ولها الوصية
وأولهما غيره بأن المراد بقوله « تعق من الثلث » أي من الوصية ويعطى ما فضل
من الوصية على تقدير الفضل .

والتحقيق أن التأويل هو ترجيح الاحتمال المرجوح بدليل ، فمالم يحتمله
اللفظ لا يجوز التأويل به . ولا شك أن التأويلين المذكورين ليس للفظ الرواية
عليهما دلالة . اللهم إلا أن يقال : إنما اضطررنا إلى التأويل انعقاد الإجماع على
عدم العمل بهما لكنهما صحيحتان ، فاضطررنا إلى حملهما على وجه سائغ .
قوله : وفي الوصية لآخواله وأعمامه رواية بالتفضيل كالميراث ،
والاشبه التسوية

الرواية ذكرها الصدوق في الفقيه والشيخ في التهذيب عن زرارة عن الباقر
عليه السلام في رجل أوصى بثلاث ماله في آخواله وأعمامه . قال : لأعمامه الثلثان
ولآخواله الثلث^(١) .

وأفتى بها الشيخ في النهاية^(٢) ، ومنعه ابن ادریس^(٣) وقال هي من الأحاد
والحمل على الميراث قياس . وعليه الفتوى . أما لو قال « على كتاب الله » أو علم
من قصده التفضيل اتبع .

(١) الكافي ٤٥/٧ ، التهذيب ٢١٤/٩ ، الفقيه ١٥٤/٤ ، الوسائل ٤٥٤/١٣ .

(٢) النهاية : ٦١٤ قال : وإذا أوصى الإنسان بشيء معين لأعمامه وآخواله كان لأعمامه
الثلثان ولآخواله الثلث .

(٣) السرائر : ٣٨٩ .

واذا أوصى لقربته فهم المعروفون بنسبه .
وقيل : لمن يتقرب اليه بآخواب في الاسلام .

قوله : ولو أوصى لقربته فهم المعروفون بنسبه ، وقيل لمن يتقرب
اليه بآخواب في الاسلام

ذكر الشيخ في المبسوط^(١) أنه ليس لأصحابنا نص عن الأئمة عليهم السلام
حنا ، وحكى أقوالاً أربعة :

(الأول) لمن تقرب اليه بآخواب في الاسلام دون من تقرب اليه بأب في
الكفر ، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : قطع الاسلام أرحام الجاهلية^(٢) واختاره
في النهاية^(٣) .

وفيه نظر لمنع صحة السند أولاً والدلالة ثانياً ، ومتع مساواة باقي الفاسم
الكفر للكفر الجاهلية ، ولهذا قال في الشرائع : وهو غير مستند إلى شاهد^(٤) .

(الثاني) للمحرم من ذوي الأرحام لا غير المحرم كبنى الأعمام .

(الثالث) للوارث دون غيره من الأقارب .

(الرابع) لمن يصدق عليه عرفاً أنه من أقاربه وإن لم يكن وارثاً ولا محرماً

واختاره في المبسوط والخلاف^(٥) ، وهو مذهب الشافعي واختاره ابن إدريس^(٦)

(١) المبسوط ٤٠ / ٤ .

(٢) لم أجده بعد الطلب من مظانه . وهو الهادي .

(٣) النهاية : ٦١٤ قال : وإذا أوصى بثلاث ماله لقربته ولم يسم أحداً كان ذلك في
جميع ذوي نسبه الراجعين إلى آخواب له وإم له في الاسلام ويكون ذلك بين الجماعة
بالسوية .

(٤) الشرائع ١٥٨ / ١ .

(٥) المبسوط ٤٠ / ٤ ، الخلاف ٣١٥ / ٢ .

(٦) السرائر : ٣٨٩ .

ولو أوصى لاهل بيته دخل الاولاد والاباء .

والقول في العشيرة والعجبران والسبيل والبر والفقراء كما امر

في الوقف .

وعليه الفتوى ، للقاعدة الاصولية ، وهي الحمل على العرف اذا لم يكن نص شرعي .

ولابن الجنيّد قول خامس ، وهو أن لا يتجاوز بالفرقة ولد الاب الرابع ، لان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لم يتجاوز ذلك في فرقة سهم ذي القربى من الخمس .

قوله : ولو أوصى لاهل بيته دخل الاولاد والاباء

وكذا لو قال لاهل بيت فلان كان لاولاده وآبائه . وقال المصنف في الشرائع والعلامة في التحرير^(١) يدخل في اهل البيت الاباء والاولاد والاجداد .

وفيه نظر ، فان علياً عليه السلام سيد اهل البيت وليس من الائمة الثلاثة فالاولى اضافة الاعمام والاخوال كما نقل العلامة في القواعد^(٢) .

ويدخل في ذلك الذكور والاناث سواء تقربوا بالاب أو بالام أو بهما معاً . واختصاص اهل البيت بالخمسة في النص القرآني لمكان اختصاصهم بأذهب الرّجس والتطهير المقتضي ذلك لعصمتهم عليهم السلام والصلاة^(٣) .

(١) الشرائع ١٥٨/١ ، التحرير ٣٠١/١ .

(٢) القواعد ، المطلب الثالث في الموصى له من كتاب الوصية ، قال فيه : .. والاعمام والاخوال واولادهم .

(٣) اشارة الى الآية ٣٣ من سورة الاحزاب وهي قوله تعالى « انما يريد الله ليذهب عنكم الرجس اهل البيت ويطهركم تطهيراً » .

واذا مات الموصى له قبل الموصى انتقل ما كان الى ورثته ،
ماله يرجع الموصى على الاشهر .
ولولم يخلف وارثاً رجعت الى ورثة الموصى ، واذا قال :
أعطوا فلاناً دفع اليه يصنع به ما شاء .

قوله : واذا مات الموصى له قبل الموصى انتقل ما كان للموصى
له الى ورثته ماله يرجع الموصى على الاشهر ، ولولم يخلف وارثاً رجعت
الى ورثة الموصى
هنا فوائد :

(الاولى) لاختلاف أنه مع رجوع الموصى تبطل الوصية ، سواء كان قبل
الموت أو بعده .

(الثانية) الاكثر على أنه اذا لم يكن للموصى له وارث فانها ترجع الى الموصى
أو ورثته ، وقال ابن ادريس تكون للامام لانه وارث مع عدم الوارث .

(الثالثة) لو مات وله وارث ولم يرجع الموصى قال الاكثر تكون لوارثه
مع القبول سواء كان موته قبل الموصى أو بعده ، لرواية محمد بن قيس عن الباقر
عليه السلام في قضاء علي عليه السلام^(١) .

وقال ابن الجنيد تبطل الوصية ، واختاره العلامة في المختلف^(٢) ، محتجاً
برواية ابي بصير ومحمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام صحيحاً قال : سئل
عن رجل أوصى لرجل فمات الموصى له قبل الموصى . قال ليس بشيء^(٣) ومثله
في رواية منصور بن حازم موثقاً عنه عليه السلام^(٤) . وبأننا قد قلنا ان الوصية تفتقر

(١) الكافي ١٣/٧ ، الفقيه ١٥٩/٤ ، التهذيب ٢٣٠/٩ ، الاستبصار ١٣٧/٤ ،
الوسائل ٤٠٩/١٣ .

(٢) المختلف ٦٥/٢ .

(٣) التهذيب ٢٣١/٩ ، الاستبصار ١٣٨/٤ ، الوسائل ٤١٠/١٣ .

الى القبول ولا اعتبار به الا بعد موت الموصي .

وفي القولين نظر :

أما الاول : فلان محمد بن قيس مشترك بين ضعيف وغيره وذلك مما يضعف الرواية ، ولان الورثة اما أن تتلقى الملك عن الموصي له وهو باطل لعدم دخوله في ملكه الا بالقبول والوفاة ولم يحصل ، أو عن الموصي وهو باطل أيضاً لعدم قصدهم بالوصية .

وأما الثاني : فلجواز حمل الروايتين على عدم الوارث أو على عدم قبوله أو على رجوع الموصي ونمنع عدم اعتبار القبول قبل الموت ، لجواز حصول الملك به متزائلاً ، لجواز رجوع الموصي كما للمشتري الرجوع في مدة الخيار سلمنا انه بعد الموت ، لكن لم لا يكون قبول الوارث قائماً مقام قبول مورثهم ويكون القبول موروثاً كالخيار .

(الرابعة) حيث ظهر ضعف القولين مطلقاً قال المصنف في فتاواه بأنه اذا مات قبل الموصي بطلت وان مات بعده قبل القبول قام الوارث مقامه . ويمكن أن يقال أيضاً : ان علم تعلق غرض الموصي بالموروث بطلت بموته والا فلا ويقوم الوارث مقامه .

(الخامسة) اذا مات قبل الموصي لم يدخل الموصي به في ملكه ، وان مات بعده ففي دخوله وجهان مبيحان على ما يحصل به السك . وقد تقدم حكاية الخلاف فيه .

فعلى القول بدخوله في ملكه بالوفاة يدخل هنا وتلزمه أحكامه من قضاء ديونه ووصاياه والتمتع عليه او كان الموصي به ممن ينعتق عليه والارث أيضاً . والشيخ منع الارث والالزم الدور بناء على القول بالمراعاة ، فان استقرار الملك معتبر بقبوله والارث معتبر بملكه المستقر فيعتبر قبوله فيدور .

ويستحب الوصية لذوي القرابة ، وارثاً كان أو غيره .
(الرابع) في الاوصياء : ويعتبر التكليف والاسلام .

قال الشهيد : أجيب بأن المعتبر قبول الوارث في الحال .
هذا وعلى القول بأنه لا يدخل في ملكه الا بالوفاة والقبول معاً لا يثبت شيئاً
من ذلك .

قوله : وتستحب الوصية لذوي القرابة وارثاً كان أو غيره
كان ذلك واجباً في مبدأ الاسلام ثم نسخ بآية الارث ، وقد تقرر في الاصول
أن الوجوب اذا ارتفع بقي الجواز مع أنه جمع بين الفسلة والوصية ، وسواء
كان القريب وارثاً أو غيره للعموم .

وأما الحديث المزوي عنه صلى الله عليه وآله وسلم وهو : لا وصية لوارث
فباطل^(١) عندنا ، ولو صح حمل على نفي الوجوب المنسوخ تأكيداً ، أي لا وصية
واجبة .

قوله : ويعتبر التكليف والاسلام
هذا ليس على إطلاقه بل التكليف شرط في الوصي المنفرد ، لما يأتي من
صحة الوصية الى الصبي منضماً الى البالغ ، وكذا الاسلام شرط اذا كان الموصى
مسلياً أو الموصى عليه مسلياً ، فلو أسلمت الزوجة تبعها ولدها في الاسلام ولا
يصح لابيها الكافر أن يوصى عليه كافر أو مسلياً .

(١) سنن ابن ماجه ٩٠٥/٢ ، سنن الترمذي ٤٣٣/٤ . اقول : وروى من الشيعة
الحسين بن شعبة في « تحف العقول » : ٨ الطبع السابق و ٣٤٤ الطبع الجديد عن النبي
صلى الله عليه وآله وسلم في خطبة الوداع أنه قال : ايها الناس ان الله قد قسم لكم الارث
نصيبه من الميراث ولا تجوز وصية لوارث بأكثر من الثلث . كما قال الصدوق : والخبر
الذي روى انه لا وصية لوارث معناه انه لا وصية لوارث بأكثر من الثلث كما لا يكون لغير
الوارث بأكثر من الثلث .

وفى اعتبار العدالة تردد ، أشبهه أنها لا تعتبر .
أما لو أوصى الى عدل ففسق بطلت وصيته .

قوله : وفى اعتبار العدالة تردد أشبهه أنها لا تعتبر
ينشأ من كونها امانة ولاشئ من الفاسق بأهل الامانة، ومن أنها استنابة تابعة
لاختيار المستنيب فيجوز الى الفاسق كما يجوز توكيله وايداعه. واختار المصنف
الثاني لاصالة عدم الاشتراط .

والحق اشتراطها ، لانه مركان اليه في الانفاق على الطفل وفى اخراج
الحقوق ، ولاشئ من الفاسق بمركون اليه لقوله تعالى « ولا تركنوا الى
الذين ظلموا »^(١).

ونمنع مساواتها للوكالة والايداع ، لانهما حق يختص بالموكل والمودع
بخلاف الوصية فان للغير بها تعلقاً، اذ هو اما اليقيم المولى عليه أو ارباب الحقوق
والامانات فيجب اعتماد المصلحة في ذلك .

قوله : اما لو أوصى الى عدل ففسق بطلت وصيته
هذا قول الشيخ في المبسوط^(٢) . وهو حق ، لان الظاهر أنه لم يوص اليه
الا لكان عدالته فتزول الوصية لزوال الباعث ، ولانه اذا خالف المشروع في
تصرفاته عزل واستبدل به غيره فكذا اذا فسق .

وقول ابن ادريس^(٣) بعدم بطلان وصيته، لان بطلانها تبديل منهى عنه. خطأ
لان فسقه هو عين التبديل لمخالفته غرض الموصى في البطلان ونصب غيره رفع
للتبديل المنهى عنه ورفع المنهى عنه لا يكون منهياً عنه .

(١) سورة هود : ١١٣ .

(٢) المبسوط ٥٢/٤ .

(٣) راجع السرائر: ٣٨٤ .

ولا يوصى الى المملوك الا باذن مولاه .
ويصح الى الصبي منضمّاً الى كامل لامنفرداً .
ويتصرف الكامل حتى يبلغ الصبي ، ثم يشتركان .

وهنا فوائد :

(الاولى) لو فسق ثم عادت عدالته بالتوبة هل تعود وصيته ؟ الحق لا ، لان حدوث الوصية يفتقر الى فاعل ولافاعل الاالحاكم وتوليته ليست وصية .
(الثانية) لو فسق ولما يعلم فسقه هل تكون تصرفاته ماضية في نفس الامرأم لا ؟ يظهر من كلام العلامة^(١) والشهيد البطلان . وعندي لو تصرف والحالة هذه حسبة نفذ في الضروريات لاغيرها .

(الثالثة) لو أوصى الى فاسق فتأب قبل موته استمرت وصيته ، سواء علم فسقه أولاً لحصول الشرط حال المباشرة .

قوله : ولا يوصى الى المملوك الا باذن مولاه

لا فرق بين القن والمدير والمكاتب في اشتراط اذن المولى ، أما لو أوصى الى عبد نفسه أو مديره أو مكاتبه فمنعها الشيخ^(٢) وجوزها المفيد^(٣) وسلا الى المدير والمكاتب مطلقاً ، وليس ذلك بعيداً من الصواب ، لحرية المدير حال المباشرة ولزوم الكتابة وجواز تصرف المكاتب من غير حجر عليه .

(١) القواعد ، الفصل الرابع في الوصية بالولاية ... قال في شروط الوصى : الشرط الرابع العدالة وفي اعتبارها خلاف الاقرب ذلك . الى ان قال : نعم لو اوصى الى العبد فسق بعد موته عزله الحاكم ونصب غيره .

(٢) المبسوط ٦١/٤ قال فيه : اذا اوصى لعبد نفسه او لعبد ورثته صحت الوصية عندنا لان الوصية للوارث صحيح .

(٣) المقنعة ١٠٣ ، ١٠٤ .

وليس له نقض ما أنفذه الكامل بعد بلوغه .
ولا تصح الوصية من المسلم الى الكافر وتصح من مثله .
وتصح الوصية الى المرأة .
ولو أوصى الى اثنين وأطلق ، أو شرط الاجتماع ، فليس
لاحدهما الانفراد .

قوله : وليس له نقض ما أنفذه الكامل قبل بلوغه
هنا فوائد :

(الاولى) يشترط في ما أنفذه الكامل المشروعية، فلو كان غير مشروع كان
للصبي نقضه .

(الثانية) لو مات الصبي أو بلغ غير أهل للوصية هل ينفرد الكامل؟ قيل نعم
لثبوت ولايته وعدم حصول ما يزيلها . وهو حسن ، لأن الموصي رضي به منفرداً
ويحتمل العدم ، لدلالة لفظ الموصي على الضم في وقت إمكانه عادة .

(الثالثة) عكسه ، أي لو بلغ الصبي رشيداً ومات الكامل أوفسق الاولى هنا
عدم انفراد البالغ الرشيد بل يضم اليه الحاكم .

قوله : وتصح الوصية الى المرأة

نقل الشيخ^(١) الاجماع هنا على ذلك ، وروى السكوني عن علي عليه
السلام^(٢) المنع من الوصية اليها وهي مع ضعفها محمولة على التقية أو الكراهية .
قوله : ولو أوصى الى اثنين وأطلق أو شرط الاجتماع فليس لاحدهما
الانفراد

(١) المبسوط ٥٢/٤ قال : واما المرأة فتصح ان تكون وصياً بلا خلاف الا من عطاء
فانه لم يجزها .
(٢) التهذيب ٢٤٥/٩ ، الفقيه ١٦٨/٤ ، الاستبصار ١٤٠/٤ ، الوسائل ٤٤٢/١٣ .

ولو تشاحا لم يمض الا ما لا بد منه ، كمؤونة اليتيم .
وللمحاكم جبرهما على الاجتماع .
فان تعذر جاز الاستبدال ، ولو التمسوا القسمة لم يجز ، ولو
عجز أحدهما ضم اليه .
أما لو شرط لهم الانفراد تصرف كل واحد منهما ، وان انفرد ،
ويجوز أن يقتسما .

ولو تشاحا لم يمض الا ما لا بد منه كمؤونة اليتيم وللمحاكم جبرهما
على الاجتماع ، فان تعذر جاز الاستبدال . ولو التمسوا القسمة لم يجز ، ولو
عجز أحدهما ضم اليه . أما لو شرط لهما الانفراد تصرف كل واحد منهما
وان انفرد ، ويجوز ان يقتسما
شرح هذا الكلام يتم بفوائد :

(الاولى) يجوز كون الوصي واحداً واكثر: أما الاول فلا مكان قيامه بالغرض
المقصود منه ، فلو علم عدم قيامه بذلك لعجزه أو ببلأته أو سفهه لم تجز الوصية
اليه . وأما الثاني فلأنه أعون وأضبط لمصلحة التركة والائتام .

(الثانية) لو أوصى الى اكثر من واحد وخصص كل واحد بنوع من التصرف
لم يتعد أحدهم ما عين له ولم يداخل غيره اجماعاً .

(الثالثة) اذا كانوا جماعة وشرط عليهم الاجتماع في كل تصرف لم يجز
لواحد الانفراد بشيء وكان تصرفه منفرداً باطلاً . وهو اجماعي أيضاً .

(الرابعة) لو لم يتفق هؤلاء لم يمض تصرف أحد منهم الا فيما كان ضرورياً
كتنفقة اليتيم وحفظ المال من التلف وتحصيله من غريم مماطل أوسىء المعاملة
وأمثال ذلك .

(الخامسة) مع التشاح المذكور قال الشيخ^(١) واتباعه يجبرهم الحاكم على الاتفاق على التصرف فيما تظهر فيه المصلحة ، وهو المشهور وعليه الفتوى . وقال التقي يردهم الحاكم الى رأي أعلمهم بذلك التصرف وأقواهم فيه . قال العلامة^(٢) فيه اشكال من حيث أنه تخصيص لاحدهم بالتصرف وقد منعه الموصي .

وفيه نظر ، اذ لامناقة بين القولين ، لان ردهم الى رأي الاعلم الاقوى ، هو نفس الاجبار على الاجتماع ، وفيه حسم لمادة الاختلاف .

(السادسة) لو أوصى الى الجماعة أو الاثنين وأطلق فهل حكمه حكم مالونص على الاجتماع أم لا ؟ قال الشيخ^(٣) في المبسوط والخلاف والتقي وابن حمزة وابن ادریس^(٤) وعلي بن بابويه نعم ، وهو اختيار المصنف والعلامة^(٥) . وعليه الفتوى ، لان التشريك في الوصية يستلزم عدم جواز الانفراد ، وتأييده رواية محمد بن الحسن الصفار عن العسكري عليه السلام قال : كتبت اليه : رجل أوصى الى رجلين أيجوز لاحدهما أن يتفرد بنصف التركة والاخر بالنصف

(١) النهاية : ٦٠٦ قال : واذا وصى الانسان الى نفسين وشرط ان لا يمضيا الوصية الا بعد ان يجتمعا لم يكن لكل واحد منهما الاستبداد بما يصيبه ، فان تشاحا في الوصية والاجتماع لم ينفذ شيء مما يتصرفان فيه الا ما يعود بمصلحة الورثة والكسوة لهم والمأكل وعلى الناظر في امر المسلمين حملهم على الاجتماع على تنفيذ الوصية او الاستبدال بهم ان رأى ذلك اصلح في الحال ، وان لم يكن الموصي قد اشترط عليهما ذلك جاز لكل واحد منهما ان يستبد بما يصيبه ويطالب صاحبه بقسمة الوصية .

(٢) المختلف ٦٤/٢ .

(٣) المبسوط ٥٤/٤ ، الخلاف ٣٢٠/٢ ، السرائر : ٣٨٤ .

(٤) المختلف ٦٤/٢ .

الآخر؟ فوق عليه السلام : لا يجوز لهما أن يخالفا الميت وأن يعملوا على حسب ما أمرهما انشاء الله^(١).

وقال الشيخ في النهاية^(٢) وتبعه القاضي لأجل يجوز لكل منهما أن يستبد بما يصيبه ويطالب صاحبه بالقسمة ، معتمداً على رواية بريد بن معاوية : ان رجلاً مات وأوصى الي والى آخر أو الى رجلين ، فقال احدهما خذ نصف ما ترك واعطني النصف مما ترك ، فأبى عليه الآخر ، فسألوا أبا عبد الله عليه السلام عن ذلك فقال : ذلك له^(٣).

والجواب أن قوله « ذلك له » اشارة الى مصدر « أبى » ، أي الالباء له ، أي للمطلوب له منه ، وليس اشارة الى الطلب ولا الضمير في « له » عائداً الى الطلب كذا قاله الشيخ في التهذيب والاستبصار وهو حسن .

ولي فيه نظر ، فان اللام في اسم الاشارة للبعيد لا للقريب كما نص عليه أهل اللغة ، فيكون عائداً الى الطلب .

(السابعة) قد عرفت أن حكم الاطلاق حكم النص على الاجتماع ، فلو تشاجرا فالحكم ما تقدم ، فلو وكل أحدهما الآخر هل يصح ؟ الأقوى لا : أما مع النص على الاجتماع فظاهر ، وأما مع الاطلاق فلما قلنا من أن حكمه حكمه .

(١) الكافي ٤٦/٧ ، التهذيب ١٨٥/٩ ، الفقيه ١٥١/٤ ، الوسائل ٤٤٠/١٣ .

(٢) النهاية : ٦٠٦ .

(٣) الكافي ٤٧/٧ ، التهذيب ١٨٥/٩ ، الفقيه ١٥١/٤ ، الاستبصار ١١٨/٤ ، الوسائل ٤٤٠/١٣ . قال الشيخ في التهذيب : ذكر أبو جعفر محمد بن علي بن الحسين بن بابويه رحمه الله أن هذا الخبر لا يعمل عليه ولا أفتى به وإنما يعمل على الخبر الأول ظناً منه أنهما متنافيان وليس الأمر على ما ظن لأن قوله عليه السلام « ذلك له » ليس في صريحه أن ذلك للمطالب الذي طلب الاستبداد بنصف التركة وليس يمتنع أن يكون المراد بقوله عليه السلام « ذلك له » يعني الذي أبى على صاحبه الانقياد الى ما اراده فيكون تلخيص الكلام أن له أن يأبى عليه ولا يجيبه الى ملتصقه . وعلى هذا الوجه لا تنافي بينهما على حال .

والموصى تغيير الاوصياء، والموصى اليه رد الوصية، ويصح ان بلغ الرد .

ولو مات الموصى قبل بلوغه لزمّت الوصية ، واذا ظهر من الوصى خيانة استبدل به .

والموصى أمين لا يضمن الا مع تعد أو تفريط .

(الثامنة) لو تعذرا اجتماعهما جاز للحاكم عزلهما ونصب غيرهما، أما واحداً أو أكثر بحسب ما يراه من نصب من فيه كفاية وله عزل أحدهما ويضم الى الآخر أميناً وليس له جعله منفرداً .

(التاسعة) لو عجز أحدهما أو مات أوفسق هل يضم الى الآخر أميناً أم لا ؟ جزم المصنف هنا وفي الشرائع^(١) بالضم مع العجز، وتردد في الموت والفسق من حيث أن العدل أو الحي وصي فلا ولاية للحاكم معه ، ومن أن الميت لم يوص اليه منفرداً بل مع آخر فيجب الضم ، فيكون مفوضاً الى تعيين الحاكم لانه منصوب للمصالح . وهو الأقوى .

(العاشر) انه ظهر مما قرناه أنه ليس لأحدهم الانفراد الامع النص عليه ، فيجوز حيثئذ قسمة التركة والايتم بينهم ، ويجوز استبداد واحد بالكل ولو جعل لأحدهم الانفراد دون الباقيين فالحكم كما تقدم .

قوله : ولو مات الموصى قبل بلوغه لزمّت الوصية

هنا فوائد :

(الاولى) لا خلاف أنه لا يجب قبول الوصية بل يجوز الرد في حياة الموصى .

(١) الشرائع ١/١٥٩ .

نعم يستحب ذلك لمن يثق من نفسه بالكفاية والامانة ، لانه من باب التعاون والتناصر .

(الثانية) لا خلاف انه اذا رد الوصية وبلغ الرد الموصى أنه لا يلزمه القيام بها .

(الثالثة) لا كلام أنه مع عجزه وعدم كفايته أنه لا يجب عليه بل ولا يستحب لعدم حصول الغرض ، خصوصاً اذا لم يثق من نفسه بالامانة فانها تحرم قطعاً .
(الرابعة) اذا لم يعلم بها وردها ولم يبلغ الرد الى الموصى قبل موته وكان الوصي ذا كفاية وأمانة هل يجب عليه القيام بها ويحرم ردها ؟ المشهور بين الاصحاب ذلك ، ومستندهم رواية منصور بن حازم عن الصادق عليه السلام قال اذا أوصى الرجل الى أخيه وهو غائب فليس له أن يرد عليه وصيته لانه لو كان شاهداً فأبى أن يقبلها طلب غيره^(١) .

ورواية محمد بن مسلم عنه عليه السلام أيضاً قال: اذا أوصى رجل الى رجل وهو غائب فليس له أن يرد وصيته ، وان أوصى اليه وهو في البلد فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل^(٢) .

وقال العلامة في المختلف^(٣) : الوجه عندي ذلك ان كان قبل الوصية أولاً وان لم يكن قبل ولا علم جاز له الرجوع ، للاصل ولإزالة الضرر غير المستحق الواصل اليه بالتحمل . قال : وتحمل الاحاديث على حصول القبول أولاً ، لانه عقد لا بد فيه من القبول . قال : وقد نبه الشيخ^(٤) عليه في المبسوط والخلاف ،

(١) الكافي ٦/٧ ، التهذيب ٢٠٦/٩ ، الفقيه ١٤٥/٤ ، الوسائل ٣٩٨/١٣ .

(٢) الكافي ٦/٧ ، التهذيب ٢٠٥/٩ ، الفقيه ١٤٤/٤ ، الوسائل ٣٩٨/١٣ .

(٣) المختلف ٦٤/٢ .

(٤) المبسوط ٣٧/٤ .

قال: اذا قبل الوصية له أن يردها ما دام الموصي حياً، فان مات فليس له ردها
استدل باجماع الفرقة وبأن الوصية قد لزمته بالقبول .

وفي كلام العلامة نظر :

أما أولاً : فلان الاصل يرجع عنه للدليل وقد بينوه .

وأما ثانياً: فلانه ان أراد بالضرر مطلق المشقة فلانسلم أن ذلك موجب للرد
فان التكاليف كلها ملزومة للمشقة، وان أراد ما يؤدي الى تلف نفس أو مال فذلك
داخل في قسم المعزوقد بينا عدم الوجوب معه .

وأما ثالثاً: فلان حمله الاحاديث غير موجه بأنه تأويل لا يحتمله لفظ الحديث
لان الواو في قوله « وهو غائب » للحال ، فيقيد الايصاء بغيبة الوصي فلا يتقدر
قبوله قبل الموت بناء على الظاهر ، وانما يتقدر لو كان حاضراً فأوصى اليه وقبل
ثم سافر ورد في غيبته ، لكن ذلك لا يحتمله لفظ الحديثين .

والتحقيق أن نقول: ان تحقق الاجماع على ذلك فذلك هو المعتمد ، فلعل
مستنده غير ما ذكر ، والا فالروايتان قاصرتان عن الدلالة على وجوب القبول :
أما الرواية الاولى فلامكان حمل النهي فيها على الكراهية ، كما نبه عليه فيها
بأنه لو كان شاهداً لطلب غيره . وأما الثانية فلانها دلت على أن القبول حال الحياة
غير واجب وانه مخير في ذلك فيكون كذلك بعد الموت، اذ الحكم الواحد لا
يختلف باختلاف الاحوال، غاية ما في الباب أنه يدل على استحباب القبول بعد
الموت وكراهية الرد .

(الخامسة) قال الصدوق^(١): اذا أوصى الى ولده وجب عليه القبول، وكذا
الى اجنبى اذا لم يجد غيره . وهما مرويان وفيهما قوة : أما الاول فلان خلافه

(١) المقنع ١٦٤ قال فيه : واذا دعا رجل ابنه الى قبول وصيته فليس له ان يأبى .
وليس فيه « وكذا الى اجنبى » الى آخره . نعم نقله العلامة في المختلف عنه .

ويجوز أن يستوفى دينه مما في يده ، وأن يقوم مال اليتيم على نفسه ، وأن يقترضه اذا كان مليئاً .

عقوق ، وأما الثاني فلانه حصة يجب عيناً مع عدم قيام الغير بها اجمعاً .
(السادسة) صيغة الوصية « أوصيت اليك » أو « فوضت » أو « جعلتك وصياً » أو « اقمتك مقامي في امر أولادي أو حفظ أموالي » أو كذا وكذا . ولو قال « أنت وصي » واقتصر ولم يذكر المتعلق ، فان كان هناك قرينة حال حملت عليه ، وان لم تكن أمكن البطلان لاحتماله أموراً متعددة من غير ترجيح . ويحتمل التصرف فيما لا بد منه كمؤنة اليتيم وحفظ المال من المتلفات .

قوله : ويجوز أن يستوفى دينه مما في يده

يريد سواء أمكن اثباته عند الحاكم أولاً . وقال الشيخ في النهاية^(١) لا تجوز أن يأخذ من تحت يده الا ما تقوم به الهيئة . وتبعه القاضي وقال ابن ادريس^(٢) ان كان له بينة فلا يجوز الامع اثباته عند الحاكم والاجاز .

والحق الاول ، أعني قول المصنف لانه يأخذ حقه محسن وما على المحسنين من سبيل^(٣) ، سواء أمكن اثباته أولاً .

وهل له ايفاء دين غيره اذا كان عالمأبه؟ قيل لا بل لا بد من اثباته عند الحكم وحكم الحاكم به . والحق أنه لا يفتقر الى الاثبات اذا كان الوصي عالمأ به . نعم لا بد من احلافه على بقاء الحق ان كان ممكناً في حقه القبض أو الابرأء ، أما من لا يمكنان في حقه كالصبي والمجنون فلا يفتقر الى الاحلاف بل يكفي علمه ، لان علمه يقيني وشهادة الشاهدين ظنية .

قوله : وان يقوم مال اليتيم على نفسه وان يقترضه ان كان مليئاً

(١) النهاية : ٦٠٨ .

(٢) السرائر : ٣٨٤ .

(٣) سورة التوبة : ٩١ .

وتختص ولاية الوصى بما عين له الموصى ، عموماً كان أو خصوصاً .

ويأخذ الوصى أجره المثل ، وقيل قدر الكفاية ، هذا مع الحاجة .

هنا مسألتان :

(الاولى) جواز شرائه مال اليتيم وبيع ماله عليه ، وهو مذهب الشيخ في النهاية^(١) والقاضي ، واختاره العلامة في المختلف^(٢) ، لانه بيع صدر من أهله في محله فيكون جائزاً ، والملازمة ظاهرة . وأما المقدمة الاولى فلانه جائز التصرف يصح أن يبيع على غيره قطعاً فيجوز على نفسه ، اذ لا مانع ومنع ذلك ابن ادريس^(٣) والالكان موجباً قابلاً وذلك غير جائز الاللاب أو الجدة له للاجماع فلا يقاس عليه غيره . وهو قول الشيخ في الخلاف^(٤) . والاجود الاول ، لان المغايرة بالاعتبار كافية ، وليس الحمل على الأب قياساً بل من اتحاد الطريق . (الثانية) هل يجوز أن يفترض مال اليتيم؟ الخلاف هنا كما في الاول والحق فيه أنه اذا لم^(٥) يكن ملئاً فلا يجوز ذلك ، وإن كان ملئاً جعل الرهن وأشهد به والافلا .

قوله : ويأخذ الوصى أجره المثل وقيل قدر الكفاية هذا مع الحاجة

هنا فوائد :

(١) النهاية : ٦٠٨ .

(٢) المختلف ٦٣/٢ .

(٣) السرائر : ٣٨٥ قال : والذي يقتضيه مذهبنا انه لا يجوز له ان يشتريه لنفسه بحال لان الانسان لا يكون موجباً قابلاً في عقد واحد . الى آخر ما قال .

(٤) الخلاف ١٤٦/٢ .

(٥) في ب : ان لم يكن .

واذا أذن له في الوصية جاز، ولولم يؤذن فقولان، أشبههما :
أنه لا يصح .

(الاولى) اذا جعل الموصى للموصي شيئاً لحق سعيه ، فان كان أجرة مثله
من غير زيادة صح بلاخلاف ، وان زاد فان خرجت الزيادة من الثالث صح أيضاً
والاعتبرت اجازة الوارث .

(الثانية) لو أطلق ولم يعين له شيئاً وهو ملي هل يجوز أن يأخذ أجرة المثل
اذا لم يتبرع بالعمل أم لا ؟ قال ابن ادريس لا يجوز ويجب العفة للاية ولاصلة
عدم استباحة مال الغير الا بدليل وليس . وقال الشيخ وابن الجنيد يجوز على
كراهية وتستحب العفة ، واختاره العلامة لقريظة العفة . والحق الاول ، لقوله
تعالى « ولانقربوا مال اليتيم الابالتي هي أحسن »^(١) ، ولاشك أن التصرف
تبرعاً أحسن .

(الثالثة) المسألة بحالها لكنه محتاج ، ولاخلاف في جواز أخذه شيئاً .
واختلف في قدره على أقوال: « ١ » أجرة المثل، قاله الشيخ واختاره المصنف،
وبدل عليه رواية ابن ابي عمير عن هشام بن الحكم عن الصادق عليه السلام^(٢)
« ٢ » قدر الكفاية، قاله ابن ادريس . « ٣ » أقل الامرين، نقله الشيخ في الخلاف
وهو أولى ، لانه احسن .

قوله : واذا اذن له في الوصية جاز، ولولم يأذن فقولان اشبههما انه
لا يصح

هنا مسألتان :

(١) سورة الانعام : ١٥٢ .

(٢) التهذيب ٦ / ٣٤٣ ، الوسائل ١٢ / ١٨٦ .

ومن لاوصى له فالحاكم وصى ترگته .

(الاولى) للوصى أن يستنيب في حال حياته في ماجرت العادة فيه بالاستنابة اجماعاً ، وهل له ذلك في ما يمكنه مباشرته عادة ؟ قيل لا ، لاصالة عدم الجواز والاقوى الجواز ، لقيامه مقام الولي في كل ماله مباشرته .

(الثانية) هل له أن يوصي الى غيره فيما كان وصياً فيه ؟ أما مع الاذن فجائز اجماعاً ، ومع المنع لايجوز اجماعاً . والخلاف مع الاطلاق ، فقال الشيخ في النهاية^(١) والقاضي وابن الجنيد بالجواز وجعله في الخلاف رواية ، والظاهر أنها رواية الصفار عن العسكري عليه السلام ، فانه كتب اليه رجل كان وصي رجل فمات وأوصى الى رجل هل يلزم الوصي وصية الرجل الذي كان هذا وصيه ؟ فكتب عليه السلام : يلزمه بحقه ان كان له قبله حق انشاء الله تعالى^(٢) . وليست صريحة في المطلوب .

قال في النهاية : المراد بالحق حق الايمان^(٣) . وليس بشيء ، بل الظاهر أن المراد بالحق الاذن في الايصاء .

وقال المفيد^(٤) والتقي وابن ادریس^(٥) بالمنع . وهو الاشبه ، لاصالة منع التصرف في مال الغير الا باذنه ولم يحصل الاذن الاول ، وهو غير مستلزم للاذن والالكان اذا شرط عليه أن لا يوصي مناقضة وليس .

قوله : ومن لاوصى له فالحاكم ولي تركته

(١) النهاية : ٦٠٧ قال : واذا حضر الوصي الوفاة واراد ان يوصي الى غيره جاز له ان يوصي اليه بما كان يتصرف فيه من الوصية ويلزم الموصى اليه القيام بذلك .

(٢) التهذيب ٢١٥/٩ ، الفقيه ١٦٨/٤ .

(٣) لم اعثر عليه فيه بعد الفحص .

(٤) المقنعة ١٠٣ ، السرائر ٣٨٤ .

هنا فوائد :

(الاولى) قال ابن الجنيد للام الرشيدة الولاية بعد الاب . وهو شاذ ، فلو أوصت كانت وصيتها في الولاية لاغية وفي غيرها من اخراج حق أوقضاء دين أو صدقة جائزة .

(الثانية) قال الشيخ من أوصى بالولاية على ولده وله أب كانت لاغية ، قيل ويحتمل صحتها في ثلث ماله ، لأن له اخراجه فله التولية فيه لمن شاء . وليس بشيء . نعم لو أوصى باخراج حقوق أوقضاء ديون الى غيرأبيه جاز . (الثالثة) قال الشيخ في النهاية^(١) : اذا مات انسان من غير وصية كان على الناظر في أمور المسلمين أن يقيم له ناظراً ينظر في مصلحة الورثة فان لم يكن السلطان الذي يتولى ذلك جاز لبعض المؤمنين أن ينظر في ذلك من قبل نفسه ويستعمل فيه الامانة ويكون فعله صحيحاً .

ومثله قال القاضي ، وقال ابن ادریس^(٢) : الصحيح أنه اذا لم يكن سلطان يتولى ذلك فالامر فيه الى فقهاء شيعته من ذوي الرأي والصلاح ، فانهم عليهم السلام قد ولوهم هذه الامور ، ولا يجوز لمن ليس بفقيه أن يتولى ذلك وان كان ثقة .

والحق أنه ان كان مراد الشيخ بالناظر في أمور المسلمين الامام المعصوم فالحق ما قاله ابن ادریس ، وان كان مراده أعم اما هو أو نوابه فيدخل الفقهاء فيهم وحينئذ نقول : مع عدم الفقيه أو عدم تمكنه من نصب ناظر في أموال الايتام يجوز للثقة غير الفقيه تولى ذلك حسبة .

واعلم أنه اذا كان الامر الى الحاكم فله نصب أمين اما دائماً أو في وقت

(١) النهاية : ٦٠٨ .

(٢) السرائر : ٣٨٥ .

(الخامس) في الموصى به ، وفيه أطراف :
(الاول) في متعلق الوصية : ويعتبر فيه الملك .
فلا تصح بالخمير ولا بآلات اللهو . ويوصى بالثلث فما نقص .
ولو أوصى بزيادة عن الثلث صح في الثلث وبطل الزائد .

معين أو شغل معين ، ويشترط عدالته وكفايته ، وللمحاكم عزله واستبدال غيره متى شاء .

قوله : ويوصى بالثلث فما نقص ، ولو أوصى بزيادة عن الثلث صح في الثلث وبطل في الزائد
هنا فوائد :

(الاولى) ان مذكوره من بطلان الزائد فيه مساهلة في العبارة ، بل كان ينبغي أن يقول وقف في الزائد على الاجازة لا أنه باطل .
(الثانية) انعقد الاجماع على ما ذكره المصنف ، ولم يخالف فيه أحد الا علي بن بابويه ، فانه قال ان أوصى بالثلث فهو الغاية في الوصية ، فان أوصى بماله كله فهو أعلم وما فعله ويلزم الوصي انفاذ وصيته ، ومستنده رواية عمار الساباطي عن الصادق عليه السلام^(١) ، ورواية أخرى رواها ابنه في المقنع مرسله .

وهذا قول باطل ، لانعقاد الاجماع على خلافه وانقراض القائل به . وأيضاً ضعف عمار ، فانه فطحي ملعون . وكذا الثانية مع قبولهما التأويل ، فان الوصية بجميع المال جائزة لكن موقوفة على اجازة الورثة أو أنها جائزة مع عدم الوارث حال الغيبة - كذا تأوله الصدوق . هذا مع انها معارضتان بروايات كثيرة تبلغ التواتر .

(١) الكافي ٧/٧ ، التهذيب ١٨٦/٩ ، الفقيه ١٤٩/٤ ، الرسائل ٣٧٠/١٣ .

فان أجاز الورثة بعد الوفاة صح ، وان أجاز بعض صح في حصته .

وان أجازوا قبل الوفاة ففي لزومه قولان ، المروى : اللزوم .

(الثالثة) ان الوصية كلما كانت أقل كان أفضل ، فبالخمس أفضل من الربع وبالربع أفضل من الثلث ، والثلث هو الغاية . كذا ورد عن علي عليه السلام^(١) . وقال ابن حمزة : ان كانت الورثة أغنياء فبالثلث أولى ، وان كانوا فقراء فبالخمس أولى ، وان كانوا متوسطين فالربع . وليس له مستند في هذا التفصيل مع وجود النص على خلافه .

قوله : ولو أجازوا قبل الوفاة ففي لزومه قولان المروى اللزوم

لاخلاف في اللزوم مع الاجازة بعد الموت ، واختلف في الواقع قبل الموت : فقال الشيخ^(٢) بلزومه لرواية محمد بن مسلم في الحسن^(٣) ومنصور بن حازم في الصحيح^(٤) ، وهو مذهب ابن الجنييد ويقهم من اطلاق الحسن . وقال المفيد^(٥) لا يلزم لعدم ملكهم حينئذ فاجازتهم كاجازة الاجنبى .

والاول أقوى ، وعليه الفتوى وتكفي مشاركة الاستحقاق . وأيضاً المعتبر في الاجازة مطلق الاستحقاق ، والمنفي هو الاستحقاق في الحال . وهو استحقاق خاص فنفية لا يستلزم نفي المطلق ، ولهذا يجوز البراء من الدين المؤجل وان

(١) الكافي ١١/٧ ، التهذيب ٩/١٩٢ ، الفقيه ٤/١٣٦ ، الاستبصار ٤/١١٩ .

(٢) في النهاية : ٦٠٨ : فان اوصى بأكثر من الثلث ورضى به الورثة لم يكن لهم بعد ذلك امتناع من انفاذها لا في حال حياته ولا بعد وفاته .

(٣) الكافي ١٢/٧ ، التهذيب ٩/١٩٣ ، الاستبصار ٤/١٢٢ ، الفقيه ٤/١٤٧ و ١٤٨ .

(٤) المقنعة ١٠٢ قال فيه : فان امضوه في الحياة كان لهم الرجوع فيه بعد الموت وان امضوه بعد الموت لم يكن لهم الرجوع فيه بعد ذلك .

ويملك الموصي به بعد الموت

لم يستحقه الميرىء ، فحصل الفرق بينه وبين الاجنبى .
وهنا فوائد :

(الاولى) هل الاجازة مطلقاً تنفيذ لفعل الموصى أو ابتداء عطية؟ الاكثر على

الاول ، وقال بعض بالثاني . فتظهر الفائدة في مواضع :

« ١ » - افتقارها الى الايجاب والقبول على الثاني دون الاول .

« ٢ » - عدم الولاء للورثة على الاول في اجازة العتق وثبوته لهم على

الثاني .

« ٣ » - لو كان المجيز مريضاً لا يعتبر في اجازته خروجها من الثلث على

الاول ويعتبر على الثاني . وقال العلامة : ومع ذلك اعتبر الخروج من الثلث

في المريض ، وكأنهما متنافيان^(١) .

(الثانية) لو أجاز بعض دون بعض نفذ في قدر حصة المجيز دون صاحبه ،

فلو كان له ابن وبنت وأوصى بالنصف فإن أجاز اقم ستة وإن رد اقم تسعة ،

وإن أجاز واحد ضربت الوفق من احدهما - وهوالثلث - في الاخرى تبلغ

ثمانية عشر ، وإن شئت ضربت نصيب من أجاز في وفق مسألة الرد ونصيب من رد

في وفق مسألة الاجازة .

(الثالثة) المعتبر بالثلث حين الوفاة لا حين الوصية ولا ما بين الحالتين ،

فلو افتقر واستغنى فالاعتبار بحال وفاته لانه حال استقرار الملك لكل من الوارث

والموصى له .

قوله : ويملك الموصى به بعد الموت

(١) في الهامش : لعدم دخول ملك الموصى به في ملك المجيز على التنفيذ وإذا لم

يدخل في ملكه فكيف يعتبر الثلث في حقه .

وتصح الوصية بالمضاربة بمال ولده الاصاغر .
ولو أوصى بواجب وغيره ، أخرج الواجب من الاصل والباقي
من الثلث .
واو حصر الجميع في الثلث بدىء بالواجب .

وقد تقدم الخلاف فيما به يحصل ملك الموصى به ، وعبرة المصنف هنا
بشمل الكل ، لان تملكه بعد الموت أعم من أن يكون بالموت وحده أو به وبالقبول
اذ العام لا ينافي الخاص .

حجة الاول : ان ملك الميت زال بالموت والوارث يتأخر ملكه عن الوصية
للآية^(١) ، فلو لم يدخل في ملك الموصى له بقي بلا مالك ، وهو محال .
وحجة الثاني : أن القبول اما سبب الملك أو جزء السبب أو شرطه ، وعلى
التقدير لا يقع الملك قبله . ونمنع عدم ملك الميت ، فانه يملك الدية لو قتل أو
الصيد لو وقع في الشبكة بعد موته ، ولذلك يقضى منهما دينه والآية فيها اضرار
أي وصية مقبولة .

قوله : وتصح الوصية بالمضاربة بمال ولده الاصاغر
هذا مدلول رواية خالد بن بكير الطويل قال : دعاني ابي حين حضرته الوفاة
فقال : يا بني اقض مال اخوتك الصغار واعمل به وخذ نصف الربح واعطهم
النصف وليس عليك ضمان . الى أن قال : فدخلت على ابي عبد الله عليه السلام
فقصصت عليه قصتي فقال : أما فيما بينك وبين الله فليس عليك ضمان^(٢) .
ومثله رواية محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام أنه سئل عن رجل

(١) سورة النساء : ١١ .

(٢) الكافي ٦١/٧ ، التهذيب ٢٣٦/٩ ، الفقيه ١٦٩/٤ ، الوسائل ٤٧٨/١٣ .

أوصى إلى رجل بولده ويعمال لهم فأذن له عند الوصية أن يعمل بالمال ويكون الربح بينه وبينهم. فقال: لا بأس به^(١).

وعمل بذلك الشيخ في النهاية^(٢) لأنه لم يقيد الورثة بالصغار بل قال: إذا أمر الموصي الوصي أن يتصرف في تركته لورثته ويتجر لهم بها ويأخذ نصف الربح كان جائزاً. وتبعه القاضي.

قال ابن ادريس^(٣): الوصية لا تنفذ إلا في ثلث المال قبل موته والربح تجدد بعد موته فكيف تنفذ وصيته فيه. قال: وفي الرواية نظر.

قال العلامة في المختلف^(٤) الوجه ما قاله الشيخ عملاً بالرواية المناسبة للأصول فإن العادة قاضية بهذه المعاملة فأشبهه أجرة المثل.

قلت: لا شك أن ما قاله الشيخ صحيح، إذ الوصية بالمنفعة والانتفاع جائزة وهذه المسألة من ذلك القسم. إلا أن التحقيق أن الوصية بالمضاربة إن كان فيها نوع محاباة، فالزائد عن المعتاد يكون من الثلث، كما أنه لو كان في العادة أن الحصة في مثل ذلك المال وفي مثل تلك التجارة تكون بالربح مثلاً وأوصى الميت بالنصف فإن الزائد يكون من الثلث، وإن لم يكن فيها محاباة كانت جائزة مطلقاً، إذ لا ضرر على الورثة في ذلك، والربح حصل بعمل الوصي العامل فليس مخرجاً من التركة حتى يكون معتبراً من الثلث مطلقاً.

ثم هنا فوائد:

(١) الكافي ٢/٦٢، التهذيب ٩/٢٣٩، الفقيه ٤/١٦٩، وتمامه: من أجل أن أباه

قد أذن له في ذلك وهو حي.

(٢) النهاية: ٦٠٨.

(٣) السرائر: ٣٨٤.

(٤) المختلف ٢/٩٣.

ولو أوصى بأشياء تطوعاً ، فإن رتبته بدىء بالاول فالاول حتى يستوفى الثلث ، وبطل ما زاد .

وان جمع أخرجت من الثلث ووزع النقص .

(الاولى) الوصية المذكورة جائزة ولو كان العامل غير الوصي لكن بالشروط المذكور في مراعاة المحاباة .

(الثانية) لا شك أن الوصية المذكورة بمال الولد الاصغر جائزة لمكان الولاية عليهم ، أما غير الاصغر فيراعى الثلث من قدر رأس المال أو في قدر المجمعول ، فأيهما اتفق من الثلث كان جائزاً .

(الثالثة) إذا كان الورثة صغاراً فالوصية نافذة ماداموا صغاراً ، ومع البلوغ فلا تصرف الا باذنهم ، وان كانوا كباراً وأطلق اعتبر صديق اسم المعاملة عرفاً ، وإن قيد بزمان اتبع مالم يستلزم زيادة على الثلث .

(الرابعة) في قول الصادق عليه السلام في رواية خالد « أما فيما بينك وبين الله فليس عليك ضمان »

(فائدة) : هي جواز عمل الوصي بما يعملها ما لنفسه أو لغيره وإن لم يعلم به أحداً أما مع اظهار ذلك وعدم تصديق الوارث فلا بد من البيينة .

(الخامسة) المضاربة الواقعة من المالك في مرض موته يراعى فيها عدم المحاباة كما قلناه ، ومع المحاباة يراعى الثلث .

قوله : ولو أوصى بأشياء تطوعاً فإن رتبته بدىء بالاول فالاول حتى يستوفى الثلث وبطل ما زاد ، وان جمع أخرجت من الثلث ووزع النقص

لاخلاف في أنه لو أوصى بواجب كحج أو زكاة أو خمس أو دين أنه يقدم مطلقاً ، وان تأخر عن المندوبات والتبرعات اما مع عدم الواجب والموصايا كلها

مندوبة وذكرته مرتبة فالمشهور الترتيب ، بأن يبدأ بأخراج الأول فالأول حتى يستوفي الثلث ويقف الزائد على اجازة الوارث. والمستند في ذلك رواية حمران ابن أعين عن الباقر عليه السلام أنه سأل عن رجل أوصى عند موته اعتقوا فلاناً وفلاناً وفلاناً حتى ذكر خمسة فنظرت في ثلثه فلم يبلغ أنمان المماليك الخمسة التي أمر بعتقهم . قل : ينظر إلى الذين سماهم ويبدأ بعتقهم فيقومون وينظر إلى ثلثه فيعتق منه أول [من^(١) سمى] ثم الثاني ثم الثالث ثم الرابع ثم الخامس ، وأن عجز الثلث كان ذلك في الذي سمى أخيراً لأنه أعتق بعد مبلغ الثلث ما لا يملك فلا يجوز له ذلك^(٢).

واعلم أنه لا فرق في ذلك بين أن يكون الترتيب بالقاء أو ثم أو الواو ، ولا خلاف في الأولتين ، وقال بعضهم مع الواو لا ترتيب بل هو جمع لأنه كذلك لغة والأصح خلافه ، لدلالة الرواية المذكورة والشرع ناسخ للغة .

هذا ، وقال ابن حمزة إن رتبهم في وقت واحد بو أو العطف فهو كذلك ، وإن أعتق كل واحد في وقت - مثل أن يعتق واحداً غيدوة والآخر ضحوة والآخر ظهراً وهكذا - ولم يخرج الجميع من الثلث ، فليس الحكم كذا بل يقدم الأخير .

وقال العلامة^(٣) : إن نص على التشريك قسم الموصي به عليهم بالنسبة لثلاث بلزم مخالفة الوصية وتبديلها وهو منهي عنه ، والا قدم الأول فالأول .

(١) في الكافي والتهذيب : « أول شيء » وكذا في الوسائل بزيادة « ذكر » .

(٢) الكافي ١٩/٧ ، التهذيب ٢٢١/٩ ، الوسائل ٤٥٧/١٣ ، الفقيه ١٥٧/٤ .

(٣) راجع المختلف ٥٧/٢ وفيه : والمعتمد أن نقول : إن نص الموصي على عدم التقديم للأول وأمر بالتشريك قسم الموصي به عليهم بالنسبة وإن لم ينص على ذلك يقدم الأول فالأول ، لنا أن التنصيص على التشريك يوجب عدم التقديم . إلى آخر ما قال .

وإذا أوصى بعق ممالكه دخل في ذلك المنفرد والمشارك .

والتحقيق^(١) أن نقول: أما مع عدم اتحاد الوقت والعطف فلا كلام في الترتيب لأن الظاهر أن الإرادة واحدة مستمرة . وأما مع اختلاف الوقت وعلم الموصي بقدر ماله وقيمة ما أوصى به وقصور الثلث عن الملك وعلمه بأنه ليس له تصرف في الزائد على الثلث ، فإن القول بما قاله ابن حمزة ، لأن الظاهر أن مع العلوم المذكورة يكون الأخير منافياً للاول ، فيكون رجوعاً عنه وتغييراً لإرادة الاولى .

وهنا فوائد :

(الاولى) مع اشتباه الترتيب يقرع فيقدم ما تخرجه الفرعة .

(الثانية) منطوق الرواية وإن كان في العنق لكن حكمها شامل له ولغيره

للاجماع .

(الثالثة) لو ادعى أحدهم التقدم ولا بينة فلا اعتبار بتصديق الوارث لانهائه .

نعم له على المنكر اليمين كتحقيق كالميتير علوم

(الرابعة) إذا جمع بين الوصايا - بأن ينص على التشريك وعدم الترتيب

اتبع ووزع النقص على الكل بالنسبة .

(الخامسة) لو علم الترتيب ثم نسي أرجى . التنفيذ لرجاء التذكر ، فإن أيس

منه أقرع .

قوله : وإذا أوصى بعق ممالكه دخل في ذلك المنفرد والمشارك

يريد أنه أمروصيه بإيقاع صيغة العنق ، وحيث أن « ممالكه » جمع مضاف

(١) في الهامش : إنما يتأتى هذا التحقيق مع الوصية بالعنق أما لو عتق العتق الاول بلا توقف وقد صور أن قول ابن حمزة في العنق والعلامة في المختلف حكى قول ابن حمزة أنه الوصية بالعنق لا العنق ، ولعله من سهو القلم .

(الثاني) في المبهمة : من أوصى بجزء من ماله ، كان العشر ،
وفي رواية السبع ، وفي أخرى سبع الثلث .

وقد تقرر في الاصول أنه للعموم فيدخل المختص والمشارك ، لكن اذا اعتقت
الحصة من المشترك هل يسري على المعتقد مع احتمال الثلث للقيمة أم لا . قال
الشيخ في النهاية^(١) وتبعه القاضي نعم ، واحتج له العلامة^(٢) بأنه أوجد السبب ،
اذ العتق في الحقيقة مستند اليه ولذلك كان ولاؤه له فيوجد المسبب وهو السراية
ولرواية احمد بن زباد عن الكاظم عليه السلام قال: ان كان ما له يحتمل ثم فهم
احرار^(٣) .

وقال ابن ادريس^(٤) لا لانه لا يملك بعد موته شيئاً .
وهذا أقوى ، ونمنع ايجاد السبب للسراية ان عني التام ، اذ من تمامه ايسار
المعتقد والقرض عدمه بعد الموت ، وان عني السبب الناقص فغير نافع . والرواية
لا تدل على المطلوب صريحاً ، لاحتمال انصراف العتق الى ما يخصه ، ضرورة
أنه اذا لم يحتمل الثلث جميع عبيد المختصة والمشاركة لم تعتق الا بقدر
الثلث . نعم لو أوصى بعنق الباقي بعد شرائه من الشريك واحتمله الثلث وجب
انفاذه .

قوله : من اوصى بجزء من ماله كان العشر ، وفي رواية السبع ، وفي
أخرى سبع الثلث

(١) النهاية : ٦١٦ . قال : واذا اوصى الانسان بعنق جميع ممتلكاته وله ممتلكات
يخصونه وممتلكات بينه وبين غيره اعتق من كان في ملكه وقوم من كان في الشركة واعطى
شريكة حقه ان كان ثلثه يحتمل . فان لم يحتمل اعتق منهم بقدر ما يحتمله .

(٢) المختلف ٦١/٢ .

(٣) الكافي ٢٠/٧ ، التهذيب ٢٢٢/٩ ، الفقيه ١٥٨/٤ ، الوسائل ٤٦٣/١٣ .

(٤) السرائر ، ٣٩٠ قال : والذي يقوى عندي انه لا يقوم من في الشركة بل يعتق

الاول قاله الشيخ في التهذيب والاستبصار وعلي بن بابويه استناداً الى رواية عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام ، وفيها : ان الله أمر ابراهيم عليه السلام وقال «اجعل على كل جبل منهن جزء» وكانت الجبال عشرة^(١) . ومثله رواية ابان ابن تغلب عن الباقر عليه السلام^(٢) .

والثاني قول الشيخ^(٣) في المبسوط والنهاية والمفيد^(٤) وابن الجبند وسنار والقاضي وابن حمزة ، استناداً الى رواية ابن ابي نصير صحيحاً قال : سألت ابا الحسن عليه السلام عن رجل أوصى بجزء من ماله فقال : واحد من سبعة ، ان الله يقول «لها سبعة أبواب لكل باب منهم جزء مقسوم»^(٥) . ومثله رواية اسماعيل ابن همام عن الرضا عليه السلام^(٦) .

والثالث رواية الحسين بن خالد عن الكاظم عليه السلام^(٧) .

والمصنف جزم بالاول ، لأصالة بقاء الملك على الورثة ، خولف في العشر

منهم بقدر ما يملكه ولا يعطى شريكه من حصته وان كان ثلثه يحتمل ذلك لان بعد موته لا يملك الثلث اذا لم يوص به لان الموت يزول به ملكه الا ما استثنى من ثلثه وهذا ما استثنى شيئاً .

(١) التهذيب ٢٠٨/٩ ، الاستبصار ١٣١/٤ .

(٢) التهذيب ٢٠٩/٩ ، الاستبصار ١٣٢/٤ .

(٣) المبسوط ٨/٤ قال فيه : واصحابنا قالوا في الجزء انه سهم من سبعة وقالوا ايضاً سهم من عشرة . وراجع النهاية : ٦١٣ وقال فيه : اذا اوصى الانسان بجزء من ماله ولم يبينه كان ذلك سبباً من ماله ، وقد روى انه يكون العشر والاول اوضح .

(٤) المقنعة : ١٠٣ .

(٥) الآية الشريفة : ١٥ من سورة الحجر ، والعديد في التهذيب ٢٠٩/٩ ، الاستبصار ١٣٢/٤ .

(٦) التهذيب ٢٠٩/٩ ، الاستبصار ١٣٢/٤ .

(٧) التهذيب ٢٠٩/٩ ، الاستبصار ١٣٣/٤ ، الفقيه ١٥٢/٤ .

ولو أوصى بسهم كان ثمناً ، ولو كان بشيء كان سدساً .

للمرواية فبقي الباقي على أصله . ولولا الرواية لحملناه على أقل ما يتمول ، كما لو أوصى بمثل نصيب أحد الورثة حمل على أقلهم نصيباً .
والعلامة جزم في القواعد^(١) والارشاد بالثاني ، وفي المختلف^(٢) بالاول .
ويترجح هذا للنص القرآني^(٣) على كونه سبعا . والشيخ حميد السبع على الاستحباب ، بمعنى أنه يستحب للورثة اعطاء ذلك لحصول يقين البراءة معه ، وهو أيضاً جمع بين الروايات .
وهنا فوائد :

(الاولى) ان هذا الخلاف انما هو في الوصية ، وأما في الاقاراف والتفسير الى المقرأو وارثه .

(الثانية) لو أضيف الجزء الى شيء كان حكمه كما ذكر ، كقوله جزء ثلثي أوجز هذه الدار .

(الثالثة) لو قال بجزء جزء كان الموصى به اما عشر العشر أو سبع السبع .

قوله : ولو أوصى بسهم كان ثمناً ، ولو كان بشيء كان سدساً
أما الاول ففيه أقوال :

« ١ » - الثمن ، قاله الشيخان^(٤) وابن الجنيّد والقاضي وسلاروا بن ادريس^(٥)

لرواية السكوني عن الصادق عليه السلام^(٥) . ومثلها رواية صفوان عن الرضا عليه السلام^(٥) .

(١) القواعد ، المطلب الثاني في الاحكام المعنوية .

(٢) المختلف ٥٣/٢ .

(٣) اي للاية الشريفة : ٥ من سورة الحجر .

(٤) راجع المقنعة : ١٠٣ ، النهاية : ٦١٣ ، السرائر : ٣٨٨ .

(٥) الفقيه ١٥٢/٤ ، الكافي ٤١/٧ ، التهذيب ٢١٠/٩ ، الاستبصار ١٣٣/٤ .

ولو أوصى بوجوه فئسي الوصى وجهاً صرف في البر، وقيل :
يرجع ميراثاً .

« ٢ » - العشر ، لرواية طلحة بن زيد عن الباقر عليه السلام^(١) . وطلحة
ضعيف .

« ٣ » - السدس ، قاله الشيخ^(٢) في المبسوط والخلاف ، وبه قال علي بن
بابويه .

« ٤ » - قال الصدوق في الفقيه^(٣) : ان قال سهم من سهام الميراث فالسدس
والا فاشمن .

والاظهر الاول ، وذلك جزم به المصنف . وأما الثاني فلم أقف له على مستند
الهم الا أن يحمل على أسهم الخمس ، وفيه ما فيه .

قوله : ولو أوصى بوجوه فئسي الوصى وجهاً صرف في البر، وقيل
يرجع ميراثاً

الاول فتوى الشيخين^(٤) والقاضي وابن بابويه ، واختاره المصنف والعلامة^(٥)
وعليه الفتوى ، لمكاتبة الهادي عليه السلام الى محمد بن ريان^(٦) ، ولانه قد علم
خروجه عن ملك الوارث فلا يمود الا بدليل ، ولان الغالب قصد القرية فيصرف
الى البر والالزم التبديل المنهي عنه ، وتعذر خصوصية لا يستلزم تعذر غيرها .

(١) التهذيب ٢١١/٩ ، الاستبصار ١٣٤/٤ .

(٢) المبسوط ٨/٤ ، الخلاف ٣١٠/٢ وقال في الاول : وفيه خلاف .

(٣) الفقيه ١٥٢/٢ قال فيه : متى أوصى بسهم من سهام الزكاة كان السهم واحداً من
ثمانية، ومتى أوصى تسهم من سهام الميراث فالسهم واحد من ستة .

(٤) المغتنة : ١٠٣ ، النهاية : ٦١٣ .

(٥) المختلف ٥٩/٢ .

(٦) التهذيب ٢١٤/٩ ، الفقيه ١٦٢/٤ ، الكافي ٥٨/٧ .

ولو أوصى بسيف وهو في جفن وعليه حلية ، دخل الجميع
في الوصية على رواية ، يجبر ضعفها الشهرة .

وكذا لو أوصى بصندوق وفيه مال ، دخل المال في الوصية .
وكذا قيل : لو أوصى بسفينة وفيها طعام استناداً إلى فحوى رواية .

والثاني قول ابن ادريس^(١) ، ونقله عن الشيخ في الحائريات ، قال ونعم ما
قال وأجاب ، فإن كان على الرواية التي ذكرها في النهاية اجماع والا فالأولى أن
تعود الباب المنسية ميراثاً . وفيه ضعف ظاهر .

قوله : ولو أوصى بسيف وهو في جفن^(٢) وعليه حلية دخل الجميع
في الوصية على رواية تجبر ضعفها الشهرة ، وكذا لو أوصى بصندوق وفيه
مال دخل المال في الوصية ، وكذا قيل لو أوصى بسفينة وفيها طعام استناداً
إلى فحوى رواية

أفتى بمضمون هذه الأحكام الشيخان^٣ وابن الجنيّد وابن بابويه والنفسي
والقاضي ، ومستندهم في ذلك أما في السيف والصندوق فرواية ابن أبي جميلة
عن الرضا عليه السلام قال : سألت عن رجل أوصى لرجل بسيف وكان في جفن
وعليه حلية فقال له الورثة انمالك النصل وليس لك المال . فقال : لأبل السيف
بما فيه له . قال : فقلت له : رجل أوصى لرجل بصندوق وكان فيه مال فقال

(١) السرائر : ٣٨٩ قال : قال شيخنا في جواب الحائريات إذا أنسى الوصي جميع
ابواب الوصية فانها تعود ميراثاً للورثة . نعم ما قال وأجاب رحمه الله فإن كان على تلك
الرواية اجماع والا فالأولى أن تعود الباب المنسية ميراثاً للورثة .

(٢) الجفن : غطاء العين من أعلاها وأسفلها ، وجفن السيف : خلافه .

(٣) المغنّة : ١٠٣ ، النهاية : ٦١٣ .

الورثة انما لك الصندوق وليس لك المال . قال : فقال ابو الحسن عليه السلام :
الصندوق بما فيه له ^(١) .

وأما في السفينة فرواية عقبة بن خالد عن الصادق عليه السلام قال : سألت
عن رجل قال : هذه السفينة لفلان ولم يسم ما فيها وفيها طعام أبعطاها الرجل
وما فيها ؟ قال : هي للذي أوصى له بها الآن يكون صاحبها متهاً وليس
للورثة شيء ^(٢) .

« وابوجملة » ضعيف كان يضع الحديث ، واسمه « المفضل بن صالح » .
و« عقبة » لا عرف حاله . نعم قال العلامة في المختلف ^(٣) لم يثبت عندي صحة
شيء من هذه الروايات ، والمصنف وافق الجماعة في السيف والصندوق : أما
أولاً ضعف الرواية انجر بالشهرة والعمل . وأما ثانياً فلقضاء العادة بأن الجفن
يكون لصاحب السيف وكذا الصندوق يكون بما فيه لصاحبه .

وأما السفينة فكأنه يستضعف حكمها : أما أولاً فلضعف الرواية لجهالة « عقبة
ابن خالد » ، وأما ثانياً فلعدم دلالتها على الحكم صريحاً ، فان قوله « هي للذي
أوصى له بها » انما يدل على السفينة فقط بالمطابقة ، وانما توهم دخول ما فيها
في الحكم لفحوى الكلام لان السؤال وقع عما في السفينة لا عن نفسها ، وأما
ثالثاً فلان الأكثر في العادة أن يكون ما في السفينة لغير صاحبها وتكون هي مستأجرة
أو مستعارة أو مفصولة .

إذا عرفت هذا فهنا فوائد :

(١) الكافي ٤٤/٧ ، التهذيب ٢١١/٩ ، الفقيه ١٦١/٤ .

(٢) الكافي ٤٤/٧ ، التهذيب ٢١٢/٩ ، الفقيه ١٦١/٤ .

(٣) المختلف ٦٠/٢ .

(الاولى) قال الشيخ في النهاية^(١) بعد حكمه بدخول الاشياء المذكورة ما هذه عبارته : هذا اذا كان الموصى عدلاً مأموناً، فان لم يكن عدلاً وكان متهماً لم تنفذ الوصية في اكثر من ثلثه من الصندوق والسفينة والسيوف والجراب وما فيها. وكان منشأ حكمه هذا رواية «عقبة» المذكورة.

وبازع ابن ادريس في ذلك^(٢). والحق معه ، لان العدالة غير معتبرة في الوصية مع أن الوصية لا تمضي في اكثر من الثلث سواء كان الموصى عدلاً مأموناً أولاً. واعتذر العلامة^(٣) للشيخ بأنه أراد بالوصية الاقرار وانه اوصى بتسليم ذلك اليه لأنه ابتداء عطية .

(الثانية) قيد المفيد^(٤) الصندوق بكونه مقفلاً والجراب بكونه مشدوداً والوعاء بكونه مختوماً ، وكذا النقي .

(الثالثة) استشكل العلامة في المختلف^(٥) دخول هذه الاشياء ، لأنها ليست أجزاء من المنسوبة اليه ولا لازمة لمعانيها ، وحكم بأنه ان وجدت قرينة خالية أو مقالية تقتضي دخول ما ذكر دخل والأفلا .

(الرابعة) النص قد عرفت أنه ورد في السيوف والصندوق والسفينة ، وهل

(١) النهاية : ٦١٤ .

(٢) السرائر : ٣٩٨ قال : كان ... بما فيه للموصى له سواء كان الموصى عدلاً او فاسقاً متهماً على الورثة او غير متهم لاننا لانراعى في الموصى العدالة بل ثبوت العقل فاذا كان عاقلاً تمضي وصيته في ثلث ماله ولا تمضي في اكثر من ثلث ماله سواء كان عدلاً او فاسقاً . الى آخر ما قال .

(٣) المختلف ٦٠/٢ .

(٤) المقنعة : ١٠٣ .

(٥) المختلف ٦٠/٣ .

ولا يجوز اخراج الولد من الارث ولو أوصى الاب ، وفيه
رواية مطرحة .

يعم الكيس والجراب والحقة والزبيل^(١) وأمثال ذلك ، وكذا يعم المركب المحلي
والسكين ذات القراب أم لا ؟ اشكال من الاقتصار في المنصوص علي محله ومن
اطراد العلة .

قال ابن الجنيّد: اذا أوصى بشيء يشتمل اسمه على أعيان متصلة به كان جميعه
للموصى له . وعند الامور المذكورة وزاد: اذا أوصى بدار لها روشن دخل ،
ولو قال ما في الجوالق لم تكن الجوالق له . قال: وقال ابو محمد الحسن لو أوصى
بضيعة ولها ماء من وادي كان الماء تبعاً للضيعة . ومثل ذلك قال القاضي وتابع
الشيخ في القول بالعدالة كما تقدم .

(الخامسة) الحكم في الاقرار بالحكم في الوصية من غير فرق . والحق فيه
أيضاً العمل بالقربة كما قاله العلامة .

قوله : ولا يجوز اخراج الولد من الارث ولو أوصى الاب ، وفيه
رواية مطرحة

أما الاول فلانه مخالف للنص القرآني في قوله «بوصيكم الله في أولادكم»^(٢)
ولانها وصية بخلاف المعروف . وأما الرواية فهي في كتاب الصدوق عن وصي
علي بن السري قال : قلت لابي الحسن عليه السلام : ان علي بن السري توفي
فأوصى الي . فقال : رحمه الله . قلت : وان ابنه جعفر بن علي وقع علي أم ولد
له فأمرني أن أخرجه من الميراث ، فقال لي : أخرجه فان كنت صادقاً فسيصيبه

(١) الزبيل ككريم : المكتل وهو بكسر الميم : الزبيل وهو ما يعمل من الخوص
يحمل فيه الثمر وغيره .

(٢) سورة النساء : ١١ .

(الطرف الثالث) في أحكام الوصية . وفيه مسائل :
 (الاولى) اذا أوصى بوصية ثم عقبها بمضادة لها عمل بالاخيرة
 ولولم يضادها عمل بالجميع .
 فان قصر الثلث ، بدىء بالاول فالاول حتى يستوفي الثلث .

خبل^(١) . قال : فرجعت فقدمني الى ابي يوسف القاضي فقال له : أصلحك الله
 انا جعفر بن السري وهذا وصي ابي فمره فليدفع الي ميراثي . فقال : ما تقول
 فقلت : أريد أن أكلمك . قال : فادن ، فدوت حيث لا يسمع أحد كلامي فقلت
 له : هذا وقع على أم ولد لابي فأمروني ابوه وأوصى الي أن أخرجه من الميراث
 ولا أورثه ، فأتيت موسى بن جعفر عليهما السلام بالمدينة فأخبرته وسألته فأمروني
 أن أخرجه من الميراث ولا أورثه شيئاً . فقال : الله ان ابا الحسن امرك . فقلت :
 نعم . فاستحلقتني ثلاثاً ثم قال : انفذ ما أمرك به ابو الحسن فالقول قوله^(٢) .

فحكم الصدوق بمضمونها اذا حصل الحدث المذكور والافلا . وقال الشيخ
 في الاستبصار انها مقصورة على الواقعة فلا يتعدى .
 ومنهم من خص العمل بها في الثلث ، لانه التصرف فيه كيف شاء . والاولى
 البطلان ، لان أخرجه أعم من الوصية لباقي الوراث ، والعام غير مستلزم للخاص ،
 ولان القصد معتبر في الوصية وهنا لا قصد .

قوله : اذا أوصى بوصية ثم عقبها بمضادة لها عمل بالاخيرة ، ولولم
 يضادها عمل بالجميع ، فان قصر الثلث بدىء بالاول فالاول حتى يستوفي
 الثلث

هذا الحكم مما لا خلاف فيه عند الاصحاب : الا أن تحريره بفرض مسائل

ثلاث :

(١) الخبل : الجنون وشبهه كالهوج والبله .

(٢) الكافي ٦١/٧ ، التهذيب ٢٣٥/٩ ، الفقيه ١٦٢/٤ ، الاستبصار ١٣٩/٤ .

(الاولى) ما هو مضاد اجماعاً كقوله «عبدى فلان لزيد» ثم يقول هو بعينه لعمرى، أو يقول «ثلث مالى لزيد» ثم يقول الثلث الموصى به لعمرى، أو يضيف الثلث الى نفسه لا الى المال كقوله «ثلثى لزيد» ثم يقول ثلثى لعمرى.
(الثانية) ما هو غير مضاد اجماعاً، كأن يقول «سدس مالى لزيد» ثم يقول سدس مالى لعمرى، أو يقول «عبدى قنبر لزيد» ثم يقول عبدى سعيد لعمرى، ولم تزد قيمتهما عن ثلث ماله.

(الثالثة) ما اختلف فيه، كأن يقول «ثلث مالى لزيد» ثم يقول ثلث مالى لعمرى، ولم ينص على أن الثلث الثانى هو الاول أو غيره. فقال الشيخ^١ فى المبسوط والخلاف ان الثانية مضادة للاولى ناسخة لها ولم يفرق بينها وبين قوله «عبدى الذى اوصيت به لزيد اوصى الان به لعمرى». وفى أن الثانية رجوع عن الاولى. قال: ومنهم من قال لا يكون رجوعاً، وكأنه اشارة الى ابن الجنييد ويتفرع على الخلاف فرعان:

(الاول) لو أجاز الورثة يكون لكل واحد ثلث على القول الثانى اجماعاً لا الاول، وقال الشيخ^٢ لكل ثلث.

(الثانى) لو رد الموصى له الاول فعلى قول الشيخ لا تأثير له لانها وصية باطللة بدون الرد، وعلى قول ابن الجنييد له تأثير. ولو رد الثانى فعلى قول الشيخ لا وصية فى البين لبطلان الاولى بالثانية وبطلان الثانية بالرد، وعلى قول ابن الجنييد الاولى باقية الحكم.

إذا عرفت هذا فاعلم أن ابن ادريس^٣ اختار قول الشيخ، محتجاً بأنه لا يستحق

(١) المبسوط ٤/٤٢، الخلاف ٢/٣١٧.

(٢) راجع المبسوط ٤/٤٢.

(٣) السرائر: ٣٨٥.

من ماله بعد وفاته الاثله ، فاذا أوصى به لانسان ثم أوصى به لآخر فقد رجع عن الاول . ثم قال : أما اذا أوصى بعين ولم يقل بثلاثي نسم أوصى بشيء آخر ولم يذكر الثالث ، فان مذهب اصحابنا أن يبدأ بالاول فالاول والنقص يلحق بالآخر ، لانه ظن أن ثلثه يفي بالكل لأنه رجع عن الاول .

واختار العلامة^(١) قول ابن الجنيّد عملاً بالاستصحاب وعدم المناقاة ، لانه لادلالة له الا المطابقة أو التضمن أو الالتزام ، والثلاثة منتفية هنا فالدلالة منتفية . وأجاب عن قول ابن ادريس بأن كونه لا يملك أزيد من الثلث غير مناف لجواز الوصية بالزائد عنه ، فان مع اجازة الورثة تنفيذ اجماعاً ، لان الاجازة ليست ابتداء عطية بل تنفيذ لفعل الموصى . قال : ولو سلم كونه لا يملك أزيد من الثلث فكونه رجوعاً ممنوع ، لانه يعلم أن مع الاجازة تنفيذ الوصية فيجوز أن يوصي مستنداً الى تجويز الاجازة . وفرقه^(٢) بين المطلق والمعين ضعيف ، الا أن يعلم اتحاد الثلث .

ثم ان العلامة استشكل قول الشيخ بأن مع الاجازة يكون لكل واحد ثلث فانه لو أوصى لأزيد بشيء ثم رجع رجوعاً يقيناً وأجاز الورثة ثم يملك الموصى له ما أوصى به ، فكذا هنا لو كان رجوعاً لكان الموصى له الاول ثم يملك شيئاً ولم تنفع الاجازة لانها تنفيذ ، فاذا رجع فكأنه لم يفعل .

ثم حكى عن الشيخ في المبسوط والخلاف ما يدل على رجوعه ، وهو قوله : لو أوصى لرجل بكل ماله ولاخر بثلث ماله فأجاز الورثة أخذ الاول جميع المال وسقط الآخر ، ولو بدى بصاحب الثلث وأجازوا أعطى الاول الثلث وصاحب الكل الثلثين .

(١) المختلف ٥٦/٢ .

(٢) في ب : وتفرقة .

(الثانية) تثبت الوصية بالمال بشهادة رجلين ، وبشهادة أربع نساء ، وبشهادة الواحدة في الربع .

وفي ثبوتها بشاهد ويمين تردد .

أما الولاية فلا تثبت الا بشهادة رجلين .

(الثالثة) لو أشهد عبدين له على أن حمل المملوكة منه ثم ورثهما

قوله : وفي ثبوتها بشاهد ويمين تردد

جزم في الشرائع^(١) بثبوتها بالشاهد واليمين ، وجعل التردد في ذلك في الوصية بالولاية . وهو كلام حسن موافق للقاعدة الشرعية من أن كلما هو مال أو المقصود منه مال فانه يثبت بالشاهد واليمين ، فنرده هنا لأعرف له وجهاً . نعم استشكل العلامة في القواعد^(٢) في ثبوت النصف أو الربع في شهادة الرجل الواحد من غير يمين من قيامه مقام امرأتين فيثبت النصف ، ومن أن الحكم بشهادة الواحدة هنا خلاف الأصل وحديثه لو لم يثبت بشهادته شيء لزم زيادة مرتبتها فيثبت الربع ، اذ لا أقل من المساواة .

وأما ترده في الشرائع فينشأ من أن ذلك حكم شرعي فيقف على دليل وليس ، ولانه ليس مالا ولا يقصد به المال ، ومن أنه ارفاق وتيسير فيكون مراداً للاية والحديث ، ولانه قد يستفيد مالا كما لو كان فقيراً ليأخذ الاجرة .

قوله : لو أشهد عبدين له على أن حمل المملوكة منه ثم ورثهما

(١) الشرائع ١٥٧/١ قال فيه : وتقبل في الشهادة بالمال شهادة واحد مع اليمين او بشاهد وامرأتين . الى ان قال : ولا تثبت الوصية بالولاية الا بشاهدين ولا تقبل شهادة النساء في ذلك وهل تقبل شهادة شاهد مع اليمين فيه تردد واظهره المنع .

(٢) القواعد ، الفصل الخامس فيما به تثبت الوصية .

غير الحمل فأعتقا فشهدا للحمل بالبسوة صح وحكم له . ويكره له تملكهما .

(الرابعة) لا تقبل شهادة الوصي فيما هو وصي فيه ، وتقبل للموصى في غير ذلك .

(الخامسة) اذا أوصى بعق عبده ، أو أعتقه عند الوفاة وليس له سواه انعتق ثلثه .

ولو أعتق ثلثه عند الوفاة وله مال ، أعتق الباقي من ثلثه .

غير الحمل فأعتقا فشهدا للحمل بالبسوة صح وحكم له وكره له تملكهما
هذه المسألة مبنية على حكم شهادة العبد هل هي مقبولة أم لا ؟ ولما كان ذلك البحث يأتي في باب الشهادات وكلنا ذكرها الى ذلك الباب وسيأتي انشاء الله تعالى .

قوله : لا تقبل شهادة الوصي فيما هو وصي فيه وتقبل للموصى في غير ذلك

لاخلاف في قبولها فيما ليس له فيه ولاية ، أما ماله فيه ولاية تقبل - كما لو شهد بمال اليتيم - فالمشهور عدم القبول . وقال ابن الجنييد تقبل ، ودفع بأنه متهم بالاولوية على المال .

قال الشهيد : وفي تأثير هذه التهمة نظر ، وخصوصاً في حال لا أجرة له على حفظه .

قلت : منشأ النظر من أن الولاية تابعة للملك فليست مقصودة بالذات ، ولأنها قد لا تبقى بعد الاستيقاء فهي كشهادة الغرماء للمدينين قبل الحجر ، ومن أن التابع مساو لمتبوعه وظاهر الفتوى عدم القبول .

قوله : ولو أعتق ثلثه عند الوفاة وله مال أعتق الباقي من ثلثه

ولو أعتق مماليكه عند الوفاة أو أوصى بعثتهم ولا مال سواهم
أعتق ثلثهم بالقرعة .

ولو رتبهم أعتق الاول فالاول حتى يستوفى الثلث ، وبطل ما زاد .
(السادسة) اذا أوصى بعثق رقبة ، أجزأ الذكر والانثى ،
الصغير والكبير .

ولو قال : مؤمنة لزم ، فان لم يجد أعتق من لا يعرف بنصب .

الضمير في ثلثه الاول عائد الى العبد قطعاً وفي ثلثه الاخير فيحتمل امرين :
« ١ » - عوده الى المال ، ولا كلام فيه ، وهو الظاهر في العبارة . ومعناه
ان الباقي من العبد معتق كله ان وسعه الثلث والاعتق منه بقدر تمام الثلث شيء
بالمباشرة وشيء بالسراية بناء على أن التبرعات الواقعة في مرض الموت من
الثلث ، ولو قلنا انها من الاصل عتق كله ثلثه بالمباشرة وثلثاه بالسراية .

« ٢ » - عوده الى العبد كما قال بعض الفضلاء . وفرع عليه أنه ان قلنا ان
التبرعات من الاصل فلا كلام في عتق الباقي بالسراية ، وان قلنا انها من الثلث
روعي في الباقي ما تقدم .
وفي هذا الاحتمال نظر :

أما أولاً : فلان ثلثه انعتق قطعاً بالمباشرة فلم يبق منه شيء حتى يحكم عليه
بالعتق ، أي من العبد لاما ذكر .

وأما ثانياً : فلان رأي المصنف هنا ليس هو اعتاق الباقي مطلقاً بل من
الثلث لاخير ، والباقي بعد الثلث موكول الى العبد ان شاء سعى في فكه وان
شاء بقي متبعضاً كما يجيء .

قوله : فان لم يجد أعتق من لا يعرف بنصب

ولو ظننا مؤمنة فأعتقها ، ثم بانث بخلافه أجزاء .
(السابعة) اذا أوصى بعق رقبة بثمان معين ، فان لم يجد توقع ،
وان وجد بأقل أعتقها ودفع اليها الفاضل .

قيل في تعريف الناصب^(١) وجوه :

- « ١ » - انه الخارجى الذي يقول في علي عليه السلام ما قال .
 - « ٢ » - انه الذي ينسب الى أحد المعصومين عليهم السلام ما يثلّم العدالة .
 - « ٣ » - من اذا سمع فضيلة لعلي عليه السلام أو لغيره من المعصومين أنكرها .
 - « ٤ » - من اعتقد أفضلية غير علي عليه السلام عليه .
 - « ٥ » - من سمع النهي علي علي عليه السلام من النبي صلى الله عليه وآله وسلم أو بلغه تواتراً أو بطريق يعتقد صحته فأنكره .
- والحق صدق النصب على الجميع ، أما من يعتقد امامة غيره للاجماع أو لمصلحة ولم يكن من أحد الاقسام الخمسة فليس بناصر ، والمرضى رحمه الله وابن ادريس أطلقاه على غير الاثنى عشرية .

(١) فى المجمع : والنصب أيضاً المعاداة ، يقال نصبت لفلان نصباً اذا عاديته ومنه الناصب وهو الذى يتظاهر بعداوة اهل البيت او لمواليهم لاجل متابعتهم لهم . وفى القاموس : والنواصب والناصية واهل النصب المتدينون بغضة على عليه السلام لانهم نصبوا له اى عادوه . وقال أيضاً فى المجمع : اختلف فى تحقيق الناصبى فزعم البعض ان المراد من نصب العداوة لاهل البيت عليهم السلام وزعم آخرون انه من نصب العداوة لشيعتهم وفى الاحاديث ما يصرح بالثانى فمن الصادق عليه السلام انه ليس الناصب من نصب لنا اهل البيت لانه لا تجد رجلاً يقول انا ابنى محمداً وآل محمد ولكن الناصب من نصب لكم وهو يعلم انكم تولونا وانتم من شيعتنا .

(الثامنة) تصرفات المريض .

ان كانت مشروطة بالوفاة فهي من الثلث ، وان كانت منجزة وكان فيها محاباة وعطية محضة فقولان ، أشبههما : أنها من الثلث .

قوله : تصرفات المريض ان كانت مشروطة بالوفاة فهي من الثلث وان كانت منجزة وكان فيها محاباة او عطية محضة فقولان أشبههما أنها من الثلث

شرح هذا الكلام يتبين بمسائل :

- (الاولى) أنه لاخلاف أن كل تصرف علق بالوفاة فانه من الثلث .
(الثانية) لاخلاف أنه اذا برىء المريض فان تصرفاته لازمة من الاصل وأنه لاخيار له ولا لورثته فيها وان مات في مرض آخر .
(الثالثة) أنه لاخلاف في صحة بيع المريض جميع تركته بضمن مثلها أو بحيث لاغب عرقاً .

(الرابعة) كل حالة ليست مرضياً وان كانت مخوفة كحال المراماة وطلق المرأة وهيجان البحر والنحام الحرب فانه لاحكم فيها ، لكون الحكم منوطاً بوصف المرض فلا يكفي وجود الحكم بدونه ، كما لو لم يثبت القصر في الحضر من غير خوف وان حصلت المشقة ، وكذا لو وجد المرض وانتفت الحكمة ، كما لو لم يكن له وارث فان الحكم أيضاً ثابت .

(الخامسة) هل يشترط في المرض كونه مخوفاً غالباً أو يكفي حصول الموت فيه وان لم يكن مخوفاً . قال في المبسوط^(١) بالاول ، لما فهم من رواية ابن يقطين^(٢) من قوله « عند الموت » ، وذلك لا يكون الا بأمارات الموت . وقال

(١) المبسوط ٤/٤٣ .

(٢) لعل مراده الرواية التي اخرجها الشيخ في التهذيب في الزيادات ٩/٢٤٢ عن

المصنف والعلامة^(١) بالثاني . وهو الحق للعموم في لفظ الروايات فيعم الحكم ودلالة المفهوم ضعيفة مع أن ذكر بعض افراد العام لاتخصيص^(٢).

(السادسة) محل الخلاف في التبرعات المحضة كالهبة والوقف والاسكان وأمثال ذلك ، أو ما كان فيه محاباة كبيع الشيء بأقل من قيمته عرفاً بحيث يوجب خيار الغبن أو الشراء للشيء بأكثر من ثمنه كذلك لاغير .

إذا عرفت هذا فنقول : قال الشيخان في النهاية والمقنعة والقاضي وابن ادريس تلك التصرفات من الاصل ولا خيار للورثة فيها ، لوجوه :

(الاول) أصالة الجواز .

(الثاني) قوله صلى الله عليه وآله وسلم : الناس مسطون على أموالهم^(٣).

(الثالث) لولا صحتها من الاصل لما لزم بالبرء ، والتالي باطل فكذا

المقدم .

(الرابع) رواية عمار : الرجل أحق بماله مادام فيه الروح ان أوصى به كله

فهو جائز^(٤).

(الخامس) رواية سماعة عن أبي بصير عن الصادق عليه السلام قال : قلت

له : الرجل يكون له الولد أيسره أن يجعل ماله لقربته ؟ قال : هو ماله يصنع به

ما شاء الى أن يأتيه الموت ، ان لصاحب المال أن يعمل بماله ما شاء مادام حياً

على بن يقطين قال : قال سألت ابا الحسن عليه السلام ما للرجل من ماله عند موته ؟ قال الثلث والثلث كثير .

(١) المختلف ٦٦/٢ .

(٢) اى لاتخصيص له .

(٣) البحار ٢٧٢/٢ .

(٤) الكافي ٧/٧ ، التهذيب ١٨٧/٩ ، الققيه ١٥٠/٤ ، الاستبصار ١٢١/٤ ،

الوسائل ٣٧٠/١٣ .

ان شاء وهبه وان شاء تصدق به وان شاء تركه الى ان يأتيه الموت، فان أوصى به فليس له الا الثلث الا أن الفضل في أن لا يضيع من يعوله ولا يضر بورثته^(١). وفيه نظر، اذا اصل يعدل عنه للدليل، والعموم مخصوص، ولا يلزم من الصحة اللزوم.

ان قلت: لولا صحتها في الحال لما لزم بالبرء. قلت: جاز كون الموت كاشفاً عن الفساد والبرء كاشفاً عن الصحة، والروايتان ضعيفتان لفساد عقيدة عمار فانه فطحي وسماعة فانه واقفي.

وقال الشيخ^(٢) في المبسوط والخلاف وابن الجنيّد والصدوق هي من الثلث واختاره المصنف والعلامة^(٣)، لوجوه:

« ١ » - ان حكمة حصر الوصية في الثلث موجودة هنا وهو الاضرار بالورثة فوجب اتحاد الحكم فيها لثلاث تختل الحكمة.

« ٢ » - لولا ذلك لالتجأ كل من يريد اضرار ورثته الى المنجزات في مرضه فتفوت فائدة حصر الوصية في الثلث.

« ٣ » - الروايات كرواية علي بن عتبة عن الصادق عليه السلام في رجل حضره الموت فأعتق مملوكاً ليس له غيره فأبى الورثة أن يجيزوا ذلك كيف القضاء فيه؟ قال: ما يعتق منه الاثلثة، وسائر ذلك الورثة أحق بذلك ولهم ما بقي^(٤).

(١) الكافي ٨/٧، التهذيب ١٨٨/٩، الفقيه ١٤٩/٤، الاستبصار ١٢١/٤. قال في الوافي: يعني انما الفضل في مثل هذه الميراث التي هي مظان الفضل من الهبة والصدقة والوصية بالثلث اذا لم تتضمن ضياع العيال وضرار الورثة فاذا تضمن شيئاً من ذلك فلا فضل فيه بل هو حرام كما مر وجاز للوصي رده الى الحق.

(٢) المبسوط ٤٣/٤، الخلاف ٣١٢/٢.

(٣) القواعد، الفصل الثالث في تصرفات المريض، المختلف ٦٢/٢، ٦٦، ٦٩.

(٤) التهذيب ١٩٤/٩، الاستبصار ١٢٠/٤، واخرجه ايضاً في التهذيب ٢١٩/٩ بطريق آخر عن عتبة بن خالد عن ابي عبدالله عليه السلام الا انه ليس فيه « وسائر ذلك »

أما الاقرار للاجنبي فان كان متهماً على الورثة فهو من الثلث.
والا فهو من الاصل .

وللوارث من الثلث على التقديرين .
ومنهم من سوى بين القسمين .

وعن ابي ولاد قال : سألت الصادق عليه السلام عن الرجل يكون لامرأته
عليه الدين فتموته منه في مرضها . قال : بل تهبه له فيجوز هبتها له ويحتسب ذلك
من ثلثها ان كانت تركت شيئاً^(١) .

وعن علي بن يقطين عن الكاظم عليه السلام^(٢) . والفنوى على هذا .
قوله : أما الاقرار للاجنبي فان كان متهماً على الورثة فهو من الثلث
والا فهو من الاصل وللوارث من الثلث على التقديرين ، ومنهم من سوى
بين القسمين
هنا أقوال :

(الاول) قول الشيخ في النهاية^(٣) انه مع التهمة تكون من الثلث ومع عدمها

الورثة احق بذلك ولهم ما بقى « وفي نسخة عندنا من الاستبصار بزيادة « للورثة » بين
« ذلك - و - الورثة » فيكون هكذا : وسائر ذلك للورثة والورثة احق بذلك ولهم ما بقى .
وبهامشها : لفظ « للورثة » ليست في التهذيب وعلى تقدير وجودها يحتمل ان يكون
كلاماً مستأنفاً استفهاماً ويكون الاشارة راجعة الى الابهاء ويحتمل ان يكون متعلقاً بالقضاء
فتأمل .

(١) التهذيب ١٩٥/٩ ، الاستبصار ١٢٠/٤ .

(٢) التهذيب ٢٤٢/٩ .

(٣) النهاية : ٦١٨ قال : فان كان غير موقوف به وكان متهماً طوّل المقر له بالبينة
فان كانت معه بينة اعطى من اصل المال وان لم يكن معه بينة اعطى من الثلث ان بلغ ذلك
فان لم يبلغ فليس له اكثر منه .

(التاسعة) أرش الجسراح ودية النفس ، يتعلق بهما الديون والوصايا كسائر أموال الميت .

يكون من الاصل ، سواء كان المقر له وارثاً أو اجنبياً استناداً الى رواية منصور
ابن حازم عن الصادق عليه السلام قال : سألته عن رجل أوصى لبعض ورثته ان له
عليه ديناً . فقال : ان كان الميت مرضياً فاعطه الذي أوصى له ^(١) . وتبعه القاضي
(الثاني) قول المفيد ^(٢) انه مع التهمة لم يقبل اقراره مطلقاً ومع عدمها يكون
من الاصل ، سواء كان المقر له وارثاً أو اجنبياً .

(الثالث) قول سلال وابن ادريس ^(٣) انه من الاصل مطلقاً ، أي لو ارث
كان أولغيره متهماً أو غير متهم ديناً كان المقر له أو عيناً ، لقوله صلى الله عليه وآله
وسلم : اقرار العقل على أنفسهم جائز ^(٤) . ووقع الاجماع على عموميه .

(الرابع) قول المصنف رحمه الله ، وهو انه من الثلث ان كان لو ارث متهماً
أو غير متهم ، وان كان لاجنبى فمع التهمة من الثلث ومع عدمها من الاصل .
ولم يعرف له قائلًا غيره ، وكأنه نظري طرف الوارث الى رواية اسماعيل بن
جابر عن الصادق عليه السلام : عن امرأة استودعت رجلاً ما لا فلما حضرها
الموت قالت له ان المال الذي دفعته اليك لفلانة فماتت المرأة فأتى أولياؤها

(١) الكافي ٤١/٧ ، التهذيب ١٥٩/٩ ، الاستبصار ١١١/٤ ، الفقيه ١٧٠/٤ .

(٢) المقنعة : ١٠١ ، باب الاقرار في المرض .

(٣) السرائر : ٣٩١ قال : ويكون ما اقربه من اصل المال سواء كان عدلاً أو فاسقاً متهماً
على الورثة أو غير متهم وعلى كل حال سواء كانت مع المقر له بينة أو لم تكن لاجماع اصحابنا
المنعقد ان اقرار العقل جائز فيما يوجب حكماً في شريعة الاسلام .

(٤) الوسائل ١٣٣/١٦ وقال : وذكر جماعة من علمائنا في كتب الاستدلال عن النبي
صلى الله عليه وآله وسلم انه قال : اقرار العقل على أنفسهم جائز ، وظهور هذا الكلام بشعر
ان هذا ليس في كتب الحديث .

الرجل فقالوا له انه كان لصاحبتنا مال لانراه الا عندك فاحلف لنا مالنا قبلك شيء
أيحلف لهم؟ قال : ان كانت مأمونة عنده فليحلف وان كانت متهمه فلا يحلف
ويضج الامر على ما كان فان لها من مالها ثلثه^(١)

وهنا فوائد :

(الاولى) قول المصنف « ومنهم من سوى بين القسمين » يحتمل أن يكون
اشارة الى قول الشيخ أنه لافرق بين الوارث والاجنبي ، والى قول ابن ادریس
لا فرق بين التهمة وعدمها ، وان يكون اشارة اليهما معاً ، فان العبارة محتملة
لجميع .

(الثانية) المراد بالتهمة هو العلم أو الظن المتأخم له بقرينة حالبة أو مقالية
بارادة تخصيص المقر له دون الوارث ، وانه ليس الاقرار على ما هو في نفس
الامر .

(الثالثة) لاختلاف أيضاً في نفوذ الاقرار المذكور لو وقع في الصحة ثم
عرض الموت ومات فيه ، وكذا لو برأ ثم مات في غيره .

(الرابعة) لو اختلف في التهمة فادعاهما الوارث وأنكرها المقر له فالاصل عدمها
فعلى المدعى لها البينة وعلى المنكر اليمين مع عدمها .

(الخامسة) يكفي يمين المقر له أنه لا يعلم التهمة لأنها ليست حاصلة في نفس
الامر ، لا ابتناء الاقرار على الظاهر وتجويز حصول السبب المقتضي لثبوت
الاستحقاق .

* * *

وليكن هذا آخر المجلد الاول من « التنقيح الرائع » وسيأتي في المجلد

(١) الكافي ٤٦٢/٧ ، التهذيب ٢٩٤/٨ ، الفقيه ١٧٠/٤ ، الاستبصار ١١٢/٤

كلهم اخرجوها عن عبدالله بن مسكان عن علاء يباع السابري عن الصادق عليه السلام .

الثاني كتاب النكاح انشاء الله تعالى، ونسأل الله التوفيق لاثمائه واكماله بمحمد وآله . وكتب في ليلة التاسع والعشرين من شهر رمضان من سنة أربع عشر وثمانمئة على يد مصنفه العبد المقداد بن عبد الله السيوري عفا الله عنه بيمينه وكرمه . والحمد لله وحده ، والصلاة على محمد وآله الطاهرين .



مرکز تحقیقات کتاب و ترویج علوم اسلامی

فهرس الكتاب

(كتاب التجارة ٣ - ١٦٢)

٣	فيما يكتسب به وتعريف التجارة
٥	ما يمنع بيعه من الاعيان النجسة
٨	الالات المحرمة وما يقصد به المساعدة على المحرم
٩	ما لا ينتفع به لايجوز بيعه
١١	أجرة الاعمال المحرمة
١٥	الاجرة على الاعمال الواجبة
١٨	مسائل فيما يكتسب به
٢٢	في بعض آداب البيع
٢٢	ما يشترط في البيع
٢٢	يشترط في المتبايعين العقل والاختيار
٢٨	يشترط في البيع الكيل أو الوزن أو العدد
٣١	يشترط في البيع تقدير الثمن وجنسه

٣٥	يشترط في البيع القدرة على تسليم المبيع
٣٧	آداب البيع المستحبة والمكروهة
٤٣	في خيار المجلس
٤٤	في خيار الحيوان
٤٦	في خيار الشرط
٤٧	في خيار القبن
٤٨	في خيار القبض والرؤية
٥٠	بعض أحكام الخيارات
٥٢	أحكام النقد والنسيئة
٥٨	أحكام بيع المراجعة
٥٩	أحكام بيع الصنفه
٦١	أحكام المبيع
٦٤	القبض في البيع وأحكامه
٦٩	في شروط البيع
٧٧	العيوب في السلعة المباعة
٧٩	التدليس في المبيع وأحكامه
٨١	البكارة والشيوبة في المرأة
٨٢	مسائل متفرقة من أحكام الرد في البيع
٨٥	تحريم الربا وبعض أحكامه
٩٧	الصرف وأحكامه
١٠٠	مسائل من الربا والصرف
١٠٤	بيع الثمار وأحكامه
١١٥	في بيع الحيوان

- ١٢٠ مسائل من بيع الحيوان
١٤٠ بيع السلف ومعناه وأحكامه
١٤٣ شروط بيع السلف وأحكامه ولواحقه
١٥٠ دين المملوك على من هو ؟
١٥٣ أحكام القرض ونوابه ومسائله
١٦١ أجرة الكيال ووزان المتاع

(كتاب الرهن ١٦٣ - ١٧٧)

- ١٦٣ معنى الرهن وما يشترط فيه
١٦٨ الحق وثبوته في الذمة
١٦٩ الرهن وما يشترط فيه
١٧١ المرتهن وما يشترط فيه
١٧٣ مسائل النزاع من أحكام الرهن

(كتاب الحجر ١٧٨ - ١٨٢)

- ١٧٨ الحجر وأسبابه
١٧٩ زوال حجر الصبي بالبلوغ والرشد
١٨١ حجر السفه
١٨٢ حجر المملوك
١٨٢ ولاية الأب والجد على الطفل

(كتاب الضمان ١٨٣ - ١٩٨)

- ١٨٣ معنى الضمان وبيان أقسامه
١٨٣ الاول - ضمان المال
١٩١ الثاني - الحوالة

الثالث - الكفالة

١٩٥

(كتاب الصلح ١٩٩ - ٢٠٦)

١٩٩

مشروعية الصلح لقطع المنازعة

٢٠٠

ما يصح فيه الصلح ومالا يصح

٢٠٢

صلح الشريكين على كيفية تقسيم الارباح

٢٠٤

الشركة في بعض الاموال والصلح عليها

(كتاب الشركة ٢٠٧ - ٢١٢)

٢٠٧

معنى الشركة

٢٠٨

ما يصح فيه الشركة

٢١١

الشركة عقد جائز من الطرفين

٢١٢

من يكره معه المشاركة

(كتاب المضاربة ٢١٣ - ٢٢٧)

٢١٣

معنى المضاربة

٢١٣

جواز الرجوع في المضاربة

٢١٦

ما يثبت للعامل في عقد المضاربة

٢٢١

يشترط في مال المضاربة أن يكون عيناً

٢٢٥

لا يبطأ المضارب جارية القراض

٢٢٦

لا يصح المضاربة بالدين حتى يقبض

(كتاب المزارعة والمساقاة ٢٢٨ - ٢٣٦)

٢٢٨

معنى المزارعة والشروط المعتبرة فيها

٢٣٠

ما يكره في المزارعة

٢٣٠

معنى المساقاة وأحكامها

٢٢٤ ما يشترط في المساقاة

٢٣٥ الشرائط المكروهة في المساقاة

(كتاب الوديعة والغارية ٢٣٧ - ٢٥١)

٢٣٧ معنى الوديعة والشرائط المعتبر فيها

٢٣٩ الوديعة جائزة من الطرفين

٢٤٠ بعض أحكام الوديعة

٢٤٧ معنى الغارية وما يشترط في المعبر

٢٥١ الاستعارة والرهن من غير اذن المالك

(كتاب الاجارة ٢٥٢ - ٢٧٧)

٢٥١ معنى الاجارة ولزوم عقدها

٢٥٤ هل تبطل الاجارة بالموت

٢٥٨ أحكام اجارة المشاع وشرائطها

٢٧٧ في منافع العبد

(كتاب الوكالة ٢٧٨ - ٢٩٨)

٢٧٨ معنى الوكالة

٢٨٠ شرائط الوكالة

٢٨١ عزل الوكيل وتصرفاته

٢٨٤ ما تصح فيه الوكالة وما لا تصح

٢٨٧ كيفية تصرف الوكيل في ما وكل فيه

٢٩٢ الموكل وشرائطه

٢٩٣ الوكيل وما يشترط فيه من العقل وغيره

٢٩٥ مسائل متفرقة من أحكام الوكالة

(كتاب الوقوف والصدقات والهبات ٢٩٩ - ٣٤٦)

٢٩٩	معنى الوقف وصيغته
٣٠١	ما يعتبر في الوقف من القبض وغيره
٣٠٢	شرائط الوقف وأحكامه
٣٠٦	شرائط الموقوف والواقف
٣٠٨	في الموقوف عليه
٣١٣	بعض النحل الإسلامية
٣٢١	الشرط في الوقف والاطلاق فيه
٣٢٤	مسائل من أحكام الوقف
٣٣٢	مسائل السكنى والعمرى
٣٣٧	الصدقة وبعض أحكامها
٣٤١	بعض أحكام الهبة

(كتاب السبق والرمية ٣٤٧ - ٣٥٧)

٣٤٧	مستند السبق وما يتسابق فيه
٣٥٣	ما يعتبر في انعقاد عقد السبق
٣٥٤	تفتقر المسابقة الى تقدير المسافة
٣٥٥	بعض شرائط السبق وأحكامه

(كتاب الوصايا ٣٥٨ - ٤٢٨)

٣٥٨	في معنى الوصية
٣٥٩	ما يتحقق به الوصية
٣٦٢	ما يوجد بخط الميت من الوصية
٣٦٤	ما يعتبر في الموصي

٣٧٣	ما تصح فيه الوصية للعبيد وأمثالهم
٣٧٨	اطلاق الوصية تقتضي التسوية فيها
٣٨٤	في الأحكام المتعلقة بالأصياء
٣٩١	موت الموصي قبل بلوغ الوصية الى الوصي
٣٩٤	استيفاء الوصي دينه مما في يده
٣٩٧	من لا وصي له فالحاكم وصي تركته
٣٩٩	في أحكام الموصى به
٣٩٩	ما يعتبر في متعلق الوصية
٤٠٧	شرح الوصايا المبهمة
٤١٥	في أحكام ومسائل الوصية
٤١٨	تثبيت الوصية والأشهاد عليها
٤١٩	في شهادة الوصي
٤٢٠	كيفية الوصية بعنق الرقبة
٤٢٢	في تصرفات المريض ووصاياه
٤٢٦	أرش الجراح ودية النفس المتعلقة بالميت



کتابخانه ملی جمهوری اسلامی ایران



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی



۹۵۹۸۶۰۶۱۲۱