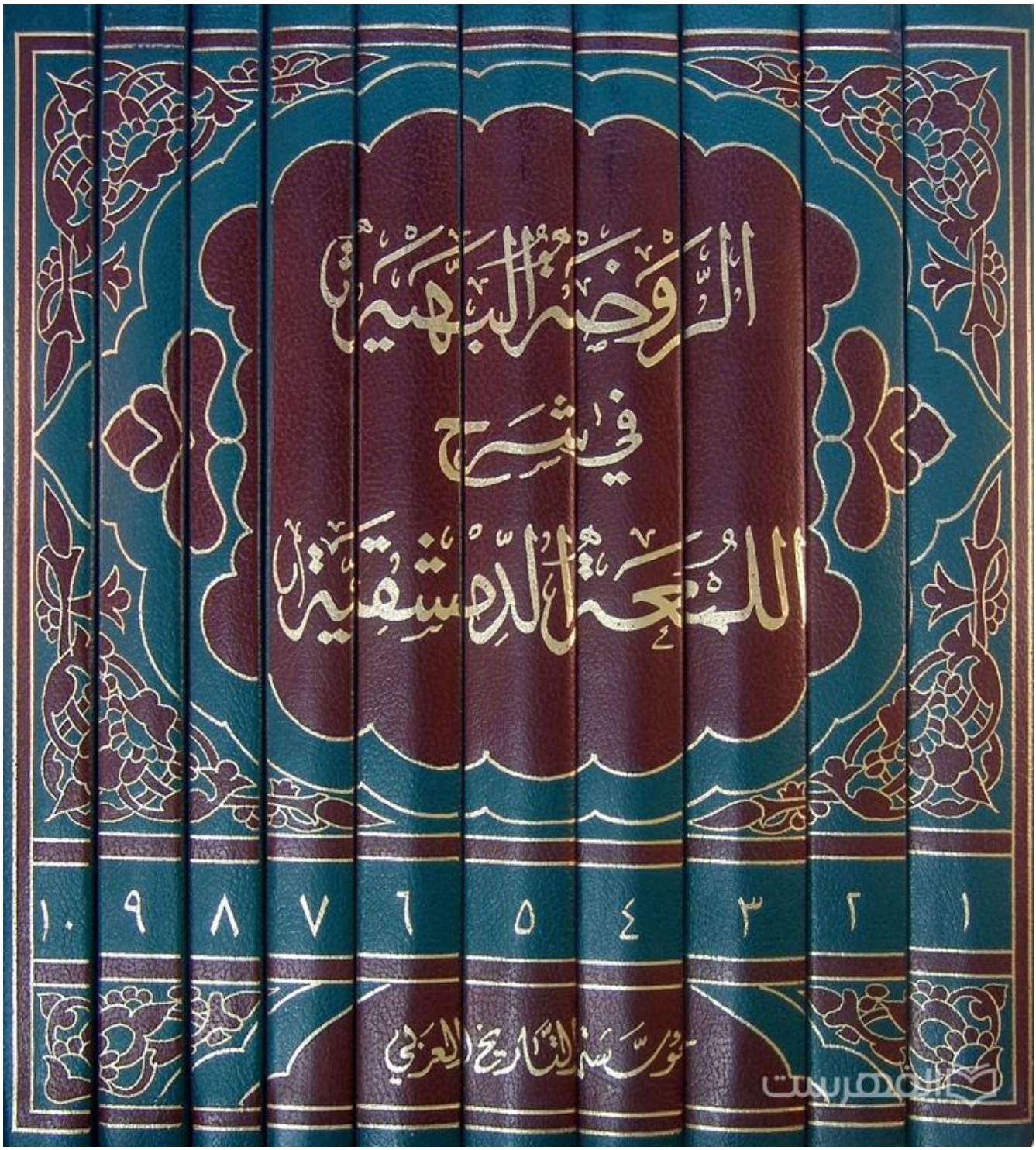
الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية .....(رهن تا اجاره)



صفحات اين جزوه مطابق با شرح لمعه با حاشيه مرحوم كلانتر است (شرح لمعه ١٠ جلدى)

كتاب الرهن

<كتاب الرهن> [1]

[ما هو المراد من الرهن]

و هو وثيقة للدين و الوثيقة فعيلة بمعنى المفعول أي موثوق به لأجل الدين، و التاء فيها لنقل اللفظ من الوصفية[2] إلى الاسمية كتاء الحقيقة[3] لا للتأنيث، فلا يرد عدم المطابقة بين المبتدأ[4] و الخبر [5] [6]

---

[1] الرهن – لغة –: ما وضع عندك لينوب مناب ما أخذ منك، جمعه: رهان، رهون، رهن بضمتين. يقال: رهنه الشيء و رهن عنده الشيء متعديا إلى مفعولين من باب منع يمنع و أرهنه الشيء من باب الإفعال فهما بمعنى واحد. و من كلا البابين بمعنى جعل الشيء رهنا: أي وضعه عند الدائن لينوب مناب ما أخذ منه. و رهين بمعنى محبوس: و منه قوله تعالى كُلُّ نَفْسٍ بِمٰا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ أي محبوسة و تطلق الرهينة على العين التي تجعل عند الدائن بإزاء الدين، لأنها محبوسة عند المرتهن. و يحتمل أن يكون المعنى الشرعي مأخوذا من هذا.

[2] إذ أصله "وثيق" وزان فعيل و هو وصف فنقل منه و صار اسما للشيء الذي يجعل وثيقة للدين. فتاؤه ناقلة و ليست للتأنيث.

[3] أصله حقيق وزان فعيل نقل من الوصفية إلى الاسمية فتاؤه أيضا ناقلة و ليست للتأنيث.

[4] و هو لفظ [هو].

[5] و هو لفظ [وثيقة].

[6] شهيد ثانى، زين‌الدين بن على. محقق محمد كلانتر. نويسنده محمد بن مكى شهيد اول. ، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (١٠ جلدى)، جلد: ۴، صفحه: ۵۱، ١٤١٠ ه.ق.، قم – ايران، مكتبة الداوري

في التذكير و التأنيث، و أتى بالدين معرفا من غير نسبة له[1] إلى المرتهن حذرا من الدور[2] باعتبار أخذه في التعريف، و في بعض النسخ لدين المرتهن. و يمكن تخلصه[3] منه[4] بكشفه[5] بصاحب الدين، أو من له الوثيقة من غير أن يؤخذ الرهن في تعريفه[6]. و التخصيص بالدين إما مبني على عدم جواز الرهن على غيره و إن كان مضمونا كالغصب، لكن فيه[7] أن المصنف قائل بجواز الرهن عليه، و على ما يمكن تطرق

[1] أي الدين بأن يقال: لدين المرتهن.

[2] بيان الدور: أنه لو قلنا في تعريف الرهن: [هو وثيقة لدين المرتهن] بإضافة الدين إلى المرتهن توقف تعريف كل منهما على الآخر: أي تعريف الرهن على المرتهن في قولك: [الرهن وثيقة لدين المرتهن]. و تعريف المرتهن على الرهن، لاشتقاقه من الرهن الذي هو المبدأ للمرتهن فما أخذ معرفا بالفتح الذي هو الرهن صار معرفا بالكسر الذي هو المرتهن و هو معنى الدور – أي توقف الشيء على نفسه.

[3] مرجع الضمير إما المصنف، أو تعريف المصنف.

[4] أي من الدور.

[5] بمعنى التفسير: أي تفسير المرتهن بصاحب الدين فلا يلزم الدور بأن نقول: المراد من المرتهن في التعريف الدائن، أو من له الدين.

[6] أي في تعريف المرتهن فإنه إذا فسر المرتهن بصاحب الدين فلا يلزم دورا

[7] أي في تخصيص المصنف الرهن بالدين المبني على عدم جواز الرهن على غير الدين.

ضمانه كالمبيع[1] و ثمنه[2]، لاحتمال فساد البيع باستحقاقهما، و نقصان قدرهما، أو[3] على أن الرهن عليهما[4] إنما هو لاستيفاء الدين على تقدير ظهور الخلل بالاستحقاق، أو تعذر العين. و فيه[5] تكلف، مع أنه[6] قد يبقى بحاله فلا يكون دينا، و فيه[7] على تقدير عدم الإضافة إلى المرتهن إمكان الوثيقة بدون الرهن،

---

[1] في أن المشتري يأخذ من البائع وثيقة فيما إذا تبين مستحقا للغير.

[2] كما أن البائع يأخذ من المشتري وثيقة فيما إذا تبين أن الثمن مستحق للغير أو لأجل الحصول على نفس الثمن.

[3] تعليل ثان لتخصيص المصنف الدين بالذكر.

[4] أي على الثمن و المثمن.

[5] أي في التعليل الثاني [و هو أن الرهن عليهما إنما هو لاستيفاء الدين.. إلخ] تكلف، لعدم تسمية تعذر العين أو ظهور استحقاقها للغير، دينا.

[6] أي المبيع يبقى بحاله من دون أن يظهر مستحقا للغير و لا يظهر فيه خلل فلا يشمل لفظ الدين مثل هذا الرهن الذي يؤخذ على المبيع.

[7] هذا إيراد من الشارح على تعريف المصنف في قوله: [و هو وثيقة للدين]. و حاصل الإيراد: أنه لو أضيف لفظ الدين إلى المرتهن بأن يقال: [الرهن وثيقة لدين المرتهن] لكان التعريف مانعا للأغيار و لا يشملها، و كان لازم الإضافة خروج مثل الوديعة، و العارية، و مطلق وضع اليد على مال الغير و لو غصبا إن كانت هذه الإضافة تستلزم الدور كما عرفت، لكنها مستلزمة لخروج مثل الوديعة و العارية عن التعريف لأنها قيدت بالمرتهن، و هو لا يشمل الودعي و المستعير و الغاصب. و أما إذا لم يضف الدين إلى المرتهن كما فعل المصنف فالتعريف شامل لمثل الوديعة و العارية و الغصب، لأن جميعها يمكن أن تقع وثيقة للأخذ مقاصة عند جحود المدين للدين.

بل بالوديعة و العارية و مطلق وضع اليد فيؤخذ مقاصة عند جحود المديون الدين، و هو[1] توثيق في الجملة،

[و يفتقر الرهن إلى إيجاب و قبول كغيره من العقود]

و يفتقر الرهن إلى إيجاب و قبول كغيره من العقود.

و الإيجاب رهنتك، أو وثقتك بالتضعيف، أو أرهنتك بالهمزة **أو هذا رهن عندك، أو على مالك**، أو وثيقة عندك، أو خذه على مالك، أو بمالك، أو أمسكه حتى أعطيك مالك بقصد الرهن، **و شبهه** مما أدى هذا المعنى[2]، و إنما لم ينحصر هذا العقد في لفظ كالعقود اللازمة[3]، و لا في الماضي[4]، لأنه[5] جائز من طرف المرتهن الذي هو المقصود الذاتي منه[6] فغلب فيه[7] جانب الجائز مطلقا[8]، و جوزه المصنف في الدروس بغير العربية، وفاقا للتذكرة.

---

[1] أي مطلق وضع اليد.

[2] كقولك: خذ هذا و استوف منه طلبك عند الحاجة.

[3] مثل النكاح و البيع و الإجارة.

[4] كقولك: خذ هذا وثيقة على مالك بصيغة الأمر.

[5] أي الرهن.

[6] أي من الرهن.

[7] أي في الرهن.

[8] مقصوده رحمه الله أن عدم اختصاص صيغة الرهن بلفظ خاص إنما هو لأجل أن الرهن من العقود الجائزة. و لما كان الرهن من قبل أحدهما و هو المرتهن جائزا فغلب هذا الجواز على الطرف الآخر الذي هو الراهن و إن كان الرهن لازما من قبله فجعل الرهن كالعقد الجائز من الطرفين في عدم انحصار لفظ فيه، فإذن لا يختص بلفظ خاص، بل يجوز إتيانه بكل لفظ يشير إلى معنى الرهن.

و تكفي الإشارة في الأخرس و إن كان عارضا، **أو الكتابة معها** أي مع الإشارة بما يدل على قصده، لا بمجرد الكتابة، لإمكان العبث، أو إرادة أمر آخر **فيقول المرتهن: قبلت و شبهه** من الألفاظ الدالة على الرضا بالإيجاب، و في اعتبار المضي و المطابقة بين الإيجاب و القبول وجهان.

و أولى بالجواز هنا[1] لوقوعه[2] ممن هو ليس بلازم من طرفه[3]،

[و يشترط دوام الرهن]

و يشترط دوام الرهن بمعنى عدم توقيته بمدة[4]، و يجوز تعليق الإذن في التصرف على انقضاء أجل[5]، و إطلاقه[6]، فيتسلط عليه من حين القبول و القبض إن اعتبرناه **فإن ذكر أجلا** للتصرف **اشترط ضبطه** بما لا يحتمل الزيادة و النقصان، أما لو شرطه[7] للرهن بطل العقد[8].

---

[1] أي في طرف المرتهن، لأن الرهن كان من قبله جائزا.

[2] أي الرهن.

[3] و هو المرتهن.

[4] بمعنى أن لا يجعل الراهن أو المرتهن زمانا معينا للرهن.

[5] كشهر أو شهرين مثلا فلا يتسلط المرتهن على التصرف إلا بعد انقضاء الأجل.

[6] أي و إطلاق الإذن، فهو بالرفع عطف على فاعل يجوز: أي و يجوز إطلاق الإذن في التصرف، من دون تقييده بالأجل.

[7] أي الأجل.

[8] لعدم جواز توقيت الرهن و إن كان الدين موقتا.

[و يجوز اشتراط الوكالة]

و يجوز اشتراط الوكالة في حفظ الرهن، و بيعه، و صرفه في الدين **للمرتهن، و غيره، و الوصية له**[1]**، و لوارثه**[2] على تقدير موت الراهن قبله،

[و إنما يتم الرهن بالقبض على الأقوى]

و إنما يتم الرهن **بالقبض على الأقوى** للآية[3] و الرواية[4]. و معنى عدم تماميته[5] بدونه[6] كونه[7] جزء السبب للزومه من قبل الراهن كالقبض في الهبة بالنسبة إلى المتهب[8].

و قيل: يتم بدونه للأصل[9]، و ضعف سند الحديث، و مفهوم[10] الوصف في الآية. و اشتراطه[11] بالسفر فيها و عدم الكاتب يرشد إلى كونه

---

[1] أي و تجوز الوصية من الراهن للمرتهن في حفظ الرهن و بيعه و صرفه في الدين.

[2] أي و تجوز الوصية من الراهن لوارث المرتهن إذا مات الراهن قبل المرتهن أو قبل وارثه.

[3] فَرِهٰانٌ مَقْبُوضَةٌ البقرة: الآية ٢٨٣.

[4] الوسائل كتاب الرهن باب ٣ – الحديث ١.

[5] أي الرهن.

[6] أي بدون القبض.

[7] أي القبض.

[8] و هو الآخذ فإنه لا يملك الهبة إلا بعد القبض.

[9] و هو الأصل العدمي.

[10] بالجر عطفا على مدخول [و ضعف] أي و لضعف مفهوم الوصف في فَرِهٰانٌ مَقْبُوضَةٌ فإننا لا نقول بحجيته.

[11] مرجع الضمير [القبض] كما و أن المرجع في [فيها] الآية الشريفة فالمعنى: أن اشتراط القبض في السفر في الآية الكريمة – مع عدم وجود الكاتب – دليل على أن الأمر في الآية للإرشاد لا أنه مولوي.

للإرشاد، و يؤيده[1] كون استدامته[2] ليست بشرط، بل قبض[3] المرتهن، لجواز توكيله الراهن فيه و هذا أقوى، و على اشتراطه **فلو جن** الراهن، **أو مات، أو أغمي عليه، أو رجع فيه[4] قبل إقباضه بطل** الرهن كما هو شأن العقود الجائزة عند عروض هذه الأشياء.

و قيل: لا يبطل، للزومه من قبل الراهن فكان كاللازم مطلقا[5]، فيقوم وليه مقامه، لكن يراعي ولي المجنون مصلحته[6]، فإن كان الحظ[7] في إلزامه[8] بأن يكون[9] شرطا في بيع يتضرر[10] بفسخه أقبضه[11] و إلا[12] أبطله.

و يضعف بأن لزومه[13] على القول به[14] مشروط بالقبض،

---

[1] أي كون الأمر للإرشاد.

[2] أي القبض.

[3] أي ليس أيضا شرطا في صحة العقد.

[4] أي رجع عن الرهن، و [في] هنا بمعنى [عن].

[5] أي من الطرفين.

[6] أي مصلحة الراهن.

[7] أي المصلحة.

[8] أي في إلزام العقد، و يحتمل أن يكون المراد: إلزام المرتهن.

[9] أي الرهن.

[10] أي الراهن.

[11] فاعل [أقبض] الولي، كما و أن مرجع الضمير في [و أقبضه] المرتهن.

[12] أي و إن لم تكن هناك مصلحة للراهن أبطل الولي الرهن.

[13] أي لزوم الرهن.

[14] مرجع الضمير [القبض] أي لزوم الرهن على القول باشتراط القبض

فقبله[١] جائز مطلقا[٢]، فيبطل كالهبة قبله[٣]، و لو عرض ذلك[٤] للمرتهن فأولى بعدم البطلان[٥] لو قيل به[٦] ثم، و لو قيل به[٧] في طرف الراهن فالأقوى عدمه هنا[٨]. و الفرق[٩] تعلق حق الورثة و الغرماء بعد موت الراهن بماله، بخلاف موت المرتهن فإن الدين يبقى فتبقى وثيقته[١٠] لعدم المنافي[١١]، على هذا[١٢] لا يجبر الراهن على الإقباض لعدم لزومه بعد إلا أن يكون مشروطا في عقد لازم[١٣] فيبني على القولين[١٤]

---

[١] أي قبل القبض.

[٢] أي من قبل الراهن و المرتهن.

[٣] أي قبل القبض.

[٤] أي الإغماء و الجنون و الموت.

[٥] أي بطلان الرهن.

[٦] أي بعدم البطلان في طرف الراهن.

[٧] أي ببطلان الرهن.

[٨] أي في طرف المرتهن.

[٩] أي الفرق بين بطلان الرهن بموت الراهن، و عدم بطلانه بموت المرتهن.

[١٠] و هي العين المرهونة.

[١١] و هو تعلق حق الغرماء هنا.

[١٢] أي و على اشتراط القبض في اللزوم.

[١٣] كالبيع.

[١٤] و هما: القول باستحقاق المرتهن القبض في الرهن المشروط، و القول بعدم استحقاق المرتهن القبض. فإن قلنا باستحقاق المرتهن القبض وجب إقباضه و إلا فلا.

و لا يشترط دوام القبض، للأصل بعد تحقق الامتثال به [1] **فلو أعاده إلى الراهن فلا بأس** و هو موضع وفاق، **و يقبل إقرار الراهن بالإقباض**، لعموم [2] إقرار العقلاء **إلا أن يعلم كذبه** كما لو قال: رهنته اليوم داري التي بالحجاز و هما بالشام و أقبضته إياها فلا يقبل، لأنه محال عادة، بناء على اعتبار وصول القابض، أو من يقوم مقامه إلى الرهن في تحققه، **فلو ادعى** بعد الإقرار بالقبض **المواطاة** على الإقرار و الإشهاد عليه إقامة لرسم [3] الوثيقة حذرا من تعذر ذلك [4] إذا تأخر إلى أن يتحقق القبض سمعت دعواه لجريان العادة بذلك [5] **فله إحلاف المرتهن** على عدمها [6] و أنه [7] وقع موقعه. هذا إذا شهد الشاهدان على إقراره، أما لو شهدا على نفس الإقباض لم تسمع دعواه و لم يتوجه اليمين، و كذا لو شهدا على إقراره به فأنكر الإقرار لأنه تكذيب للشهود، و لو ادعى الغلط في إقراره و أظهر تأويلا ممكنا فله إحلاف المرتهن أيضا [8]، و إلا [9] فلا على الأقوى.

---

[1] أي بالقبض.

[2] الوسائل كتاب الإقرار باب ٣ الحديث ٢.

[3] و هو الإشهاد.

[4] أي من إقامة رسم الوثيقة الذي هو الإشهاد.

[5] أي بهذه المواطاة.

[6] أي على عدم المواطاة.

[7] أي الإقرار.

[8] كما كان له الإحلاف في صورة المواطاة.

[9] أي و إن لم يظهر الراهن تأويلا ممكنا.

و لو كان الرهن **بيد المرتهن فهو قبض** لصدق كونه رهنا مقبوضا، و لا دليل على اعتباره[1] مبتدأ بعد العقد، و إطلاق العبارة[2] يقتضي عدم الفرق بين المقبوض بإذن و غيره كالمغصوب. و به صرح في الدروس، و الوجه[3] واحد، و إن كان منهيا عن القبض هنا[4] لأنه[5] في غير العبادة غير مفسد.

و قيل: لا يكفي ذلك[6]، لأنه[7] على تقدير اعتباره في اللزوم ركن فلا يعتد بالمنهي عنه منه[8]، و إنما لا يقتضي[9] الفساد حيث تكمل[10] الأركان، و لهذا[11] لا يعتد به[12] لو ابتدأه بغير إذن الراهن، **و** على الاكتفاء به [13]**لا يفتقر** [14]

---

[1] أي القبض.

[2] أي عبارة المصنف و هو قوله: [و لو كان بيد المرتهن فهو قبض].

[3] و هو صدق كونه "رهنا مقبوضا".

[4] أي في الغصب.

[5] أي النهي.

[6] أي القبض في الرهن إذا كان القبض على طريق الغصب.

[7] أي القبض.

[8] أي من القبض الغصبي، لأنه منهي عنه.

[9] أي النهي.

[10] و من جملة الأركان: القبض، و هنا لم تكمل الأركان لغصبية القبض، فيحتاج إلى قبض جديد.

[11] أي و لأجل أن القبض المنهي عنه لا يعد قبضا.

[12] أي بالقبض.

[13] أي بالقبض السابق، سواء كان بالغصب أم بالإذن.

[14] شهيد ثانى، زين‌الدين بن على. محقق محمد كلانتر. نويسنده محمد بن مكى شهيد اول. ، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (١٠ جلدى)، جلد: ۴، صفحه: ۶۰، ١٤١٠ ه.ق.، قم – ايران، مكتبة الداوري

إلى إذن جديد **في القبض**[1]**، و لا إلى مضي زمان** يمكن فيه تجديده[2] لتحقق القبض قبله[3]، فاعتبار أمر آخر[4] تحصيل للحاصل[5]، و للأصل[6].

و قيل: يشترطان[7] في مطلق القبض السابق[8]، و قيل: في غير الصحيح[9]، لأن[10]،

---

[1] هذا كان القبض بالإذن، و أما إذا كان بالغصب فيحتاج إلى إذن جديد قطعا.

[2] أي القبض.

[3] أي قبل العقد.

[4] أي الإذن الجديد.

[5] إذ القبض كان حاصلا قبل العقد فلا يتجدد.

[6] و هو عدم اشتراط تجديد القبض، و عدم اشتراط مضي الزمان.

[7] أي الإذن الجديد، و مضي الزمان.

[8] سواء كان عن إذن أم لا.

[9] أي في غير القبض الصحيح كالغصب.

[10] هذا تعليل للقول الأول: و هو اشتراط الإذن، و مضي الزمان في القبض السابق، سواء كان عن إذن أم لا. و حاصل التعليل: أن المعتبر من القبض هو القبض الواقع بعد الرهن لا غير، دون الحاصل منه قبل الرهن. فالملاك في الاعتبار هو الحصول على الإذن الجديد كما هو القول في القبض الابتدائي. إذن فالإذن في القبض يستدعي شيئين: – [الأول] تحصيل القبض.

[الثاني] مضي زمان في التحصيل. أما الأول فيدل عليه بالمطابقة. و أما الثاني فيدل عليه بالالتزام. لكن الأول [و هي الدلالة المطابقية] منتفية، لاستلزامها تحصيل الحاصل لحصول القبض قبل الإذن فلا يتصور قبض جديد. و لاستلزامها اجتماع المثلين: و هما القبض السابق و القبض الجديد، و كلا الاستلزامين باطل فتبقى الدلالة الالتزامية فقط.

المعتبر منه[١] ما وقع بعد الرهن و هو[٢] لا يتم إلا بإذن[٣] كالمبتدإ[٤]، و الإذن فيه[٥] يستدعي تحصيله، و من ضروراته[٦] مضي زمان، فهو[٧] دال عليه[٨] بالمطابقة، و على الزمان[٩] بالالتزام[١٠]،

---

[١] أي من القبض.

[٢] أي وقوع القبض بعد الرهن.

[٣] أي بالإذن الجديد بعد العقد، لأن القبض السابق كان منهيا عنه لكونه غصبا.

[٤] كما في القبض الابتدائي حيث يحتاج إلى الإذن.

[٥] أي في القبض.

[٦] أي و من ضرورات تحصيل القبض.

[٧] أي الإذن في القبض.

[٨] أي على تحصيل القبض.

[٩] أي و على مضي الزمان.

[١٠] أي بالدلالة الالتزامية، لكون مضي الزمان من ضرورات تحصيل القبض.

لكن[١] مدلوله المطابقي منتف، لإفضائه[٢] إلى تحصيل الحاصل[٣] و اجتماع الأمثال[٤]، فيبقى الالتزامي[٥] و يضعف[٦] بمنع اعتبار المقيد بالبعدية، بل الأعم[٧] و هو[٨] حاصل، و الزمان[٩] المدلول عليه التزاما من توابعه و مقدماته فيلزم من عدم اعتباره[١٠] انتفاؤه[١١]، نعم لو كان قبضه[١٢]،

---

[١] هذا الاستدراك من تكملة القول الأول: و هو اشتراط القبض، و مضي الزمان مطلقا، سواء كان القبض السابق عن إذن أم لا كما في الغصب.

[٢] أي المدلول المطابقي.

[٣] و هو حصول القبض قبل الإذن فلا معنى لتحصيل القبض الجديد.

[٤] و هو اجتماع القبض السابق و القبض الجديد.

[٥] أي الدلالة الالتزامية فقط.

[٦] هذا رد من [الشارح] على القول الأول و هو: اشتراط القبض و مضي الزمان، و أن المعتبر من القبض هو القبض الواقع بعد الرهن. و حاصل الرد: منع اعتبار [البعدية] في القبض – كما ادعاه المستدل – بل القبض أعم من البعدية و القبلية، و أنى له الإثبات.

[٧] أي الأعم من البعدية و القبلية.

[٨] أي القبض حاصل سواء كان بالإذن أم بالغصب.

[٩] يعني الزمان الذي هو المدلول الالتزامي كما ادعاه المستدل.

[١٠] أي المدلول المطابقي.

[١١] أي انتفاء الدلالة الإلزامية، لتبعية الدلالة الإلزامية للدلالة المطابقية.

[١٢] أي قبض الرهن، و هو مصدر مضاف. و يحتمل أن يكون [قبضه] فعل ماض و اسم كان يرجع إلى المرتهن، و الضمير في [قبضه] إلى الرهن.

بغير إذن توجه اعتبارهما[1] لما تقدم[2]، و على تقديره[3] فالضمان باق إلى أن يتحقق ما يزيله[4] من قبل المالك على الأقوى.

و لو كان الرهن **مشاعا فلا بد من إذن الشريك في القبض، أو رضاه بعده**، سواء كان مما ينقل أم لا، لاستلزامه[5] التصرف في مال الشريك، و هو[6] منهي عنه بدون إذنه، فلا يعتد به شرعا. و يشكل فيما يكفي فيه مجرد التخلية، فإنها لا تستدعي تصرفا، بل رفع يد الراهن عنه[7] و تمكينه[8] منه و على تقدير اعتباره[9] فلو قبضه بدون إذن الشريك و فعل محرما فهل يتم القبض قولان، منشؤهما النهي المانع كما لو وقع بدون إذن الراهن، و هو اختيار المصنف، و أن النهي إنما هو لحق الشريك فقط، للإذن من قبل الراهن الذي هو المعتبر

---

[1] و هما: [الإذن الجديد] و [مضي الزمان].

[2] و هو كون القبض ركنا في لزوم الرهن فلا اعتبار بالقبض المنهي عنه فلزم من اعتبار القبض الجديد اعتبار مرور الزمان أيضا.

[3] أي اعتبار الإذن الجديد في القبض، سواء كان بالغصب أم بغيره كما في القبض المستدعي للضمان.

[4] أي ما يزيل الضمان، و هو الإذن الجديد.

[5] أي القبض.

[6] أي التصرف في مال الشريك.

[7] أي عما يكفي فيه مجرد التخلية.

[8] مرجع الضمير المرتهن، و المصدر أضيف إلى المفعول، و الفاعل محذوف أي تمكين الراهن للمرتهن.

[9] أي إذن الشريك.

شرعا. و هو أجود، و لو اتفقا على قبض الشريك جاز فيعتبر سماعه الإذن فيه.

[و الكلام: إما في الشروط، أو اللواحق]

و الكلام: إما في الشروط، أو اللواحق

[أما الشروط]

[شرط الرهن أن يكون عينا مملوكة يمكن قبضها و يصح بيعها]

الأول: شرط الرهن أن يكون عينا مملوكة يمكن قبضها و يصح بيعها هذه الشرائط منها ما هو شرط الصحة و هو الأكثر[1]، و منها ما هو شرط في اللزوم كالمملوكية، باعتبار رهن ملك الغير[2] و لا يضر ذلك[3]، لأنها شروط في الجملة، و لأن المملوكية تشتمل على شرط الصحة في بعض محترزاتها [4]**فلا يصح رهن المنفعة** كسكنى الدار و خدمة العبد، لعدم إمكان قبضها، إذ لا يمكن إلا بإتلافها[5]، و لتعذر تحصيل المطلوب في الرهن منها[6] و هو استيفاء الدين منه، و هي إنما تستوفى شيئا فشيئا، و كلما حصل منها شيء عدم ما قبله. كذا قيل. و فيه نظر[7]، **و لا الدين** بناء على ما اختاره من اشتراط القبض

---

[1] أي شرائط الصحة أكثر من غيرها.

[2] لكن لزوم الرهن متوقف على الإجازة.

[3] أي إتيان المصنف هذه الشرائط في سياق واحد من دون أن يميز بعضها عن بعض مع أن بعضها شروط الصحة، و بعضها شروط اللزوم.

[4] أي في بعض مواردها، كالخمر و الخنزير للمسلم، و كالحر مطلقا، سواء كان للمسلم أم للكافر، فإن الرهن غير صحيح بهذه الأعيان.

[5] أي إتلاف المنفعة، فإن القبض عليها يستلزم إتلافها شيئا فشيئا، مع أن الدوام و الثبات من لوازم الرهن.

[6] أي من المنفعة.

[7] وجه النظر: أن استيفاء الدين من عين الرهن ليس بشرط، بل منه أو من عوضه، و لو ببيعه قبل الاستيفاء، كما لو رهن ما يتسارع إليه الفساد قبله، و المنفعة يمكن فيها ذلك بأن يؤجر العين و يجعل الأجرة رهنا. و قريب منه القول في القبض، لإمكانه بتسليم العين ليستوفى منها المنفعة و يكون عوضها رهنا. إلا أن يقال: إن ذلك خروج عن المتنازع، لأن رهن الأجرة جائز و إنما الكلام في المنفعة نفسها. و الفرق بينها و بين ما يتسارع إليه الفساد: إمكان رهنه، و المانع عارض، بخلاف المنفعة. هكذا أفاد الشارح رحمه الله في الهامش.

لأن الدين أمر كلي لا وجود له في الخارج يمكن قبضه، و ما يقبض بعد ذلك ليس نفسه[1]، و إن وجد في ضمنه. و يحتمل جوازه[2] على هذا القول، و يكتفى بقبض ما يعينه المديون، لصدق قبض الدين عليه عرفا كهبة ما في الذمة. و على القول بعدم اشتراط القبض لا مانع من صحة رهنه، و قد صرح العلامة في التذكرة ببناء الحكم[3] على القول باشتراط القبض و عدمه فقال: لا يصح رهن الدين إن شرطنا في الرهن القبض، لأنه لا يمكن قبضه، لكنه في القواعد جمع بين الحكم بعدم اشتراط القبض، و عدم جواز رهن الدين، فتعجب منه المصنف في الدروس. و تعجبه في موضعه، و الاعتذار له عن ذلك بعدم المنافاة بين عدم اشتراطه[4]،

---

[1] أي الأمر الكلي، إذ الكلي الطبيعي موجود بوجود أفراده.

[2] أي جواز وقوع الدين رهنا.

[3] أي جواز رهن الدين و عدمه.

[4] أي القبض.

و اعتبار كونه[1] مما يقبض مثله مع تصريحه بالبناء المذكور غير مسموع.

و رهن المدبر إبطال لتدبيره على الأقوى، لأنه من الصيغ الجائزة فإذا تعقبه ما ينافيه أبطله، لكونه رجوعا[2] إذ لا يتم المقصود من عقد الرهن إلا بالرجوع.

و قيل: لا يبطل به[3] لأن الرهن لا يقتضي نقله عن ملك الراهن، و يجوز فكه فلا يتحقق التنافي[4] بمجرده، بل بالتصرف. و حينئذ[5] فيكون التدبير مراعى بفكه[6] فيستقر[7]، أو يأخذه[8] في الدين فيبطل[9]، و استحسنه في الدروس **و لا رهن الخمر و الخنزير إذا كان الراهن مسلما، أو المرتهن**[10] و إن وضعهما على يد ذمي، لأن يد الودعي كيد المستودع، خلافا للشيخ

---

[1] أي الرهن.

[2] عن التدبير.

[3] مرجع الضمير [الرهن] و الفاعل في يبطل التدبير أي لا يبطل التدبير بالرهن.

[4] أي التنافي بين التدبير و الرهن.

[5] أي حين جعل العبد المدبر رهنا.

[6] أي بفك الرهن.

[7] أي يستقر التدبير بعد فك الرهن.

[8] مرجع الضمير "المدبر" و الفاعل في يأخذه [المرتهن].

[9] أي التدبير.

[10] أي إن كان المرتهن مسلما لا يصح رهن الخمر و الخنزير عنده. هذا في صورة كون الراهن ذميا، سواء وضع الذمي الرهن عندي ذمي آخر وديعة، أو عند نفس المرتهن.

حيث أجازه كذلك[1]، محتجا بأن حق الوفاء إلى الذمي فيصح، كما لو باعهما و أوفاه ثمنهما، و الفرق واضح[2]، **و لا رهن الحر مطلقا** من مسلم و كافر، عند مسلم و كافر، إذ لا شبهة في عدم ملكه، **و لو رهن ما لا يملك** الراهن و هو مملوك لغيره **وقف على الإجازة** من مالكه فإن أجازه صح على أشهر الأقوال من كون عقد الفضولي موقوفا مطلقا[3] و إن رده بطل.

و لو استعار للرهن صح ثم إن سوغ له المالك الرهن كيف شاء جاز مطلقا[4]، و إن أطلق ففي جوازه[5] فيتخير[6] كما لو عمم [7]

---

[1] أي إذا وضع الرهن عند المرتهن المسلم لكن في يد ذمي، لتعلق حق الاستيفاء إلى الودعي الذمي حينئذ.

[2] أي الفرق بين رهن الخمور و الخنزير في عدم جوازه و إن كان عند ودعي ذمي، و بين بيع الخمر و الخنزير و أداء دين المسلم من ثمنها واضح. إذ يد الذمي الودعي في الأول كيد المسلم في التسلط على البيع و الاستيفاء و هو ممنوع منه، بخلاف الصورة الثانية، فإن البيع فيها جائز للذمي، و للمسلم استيفاء طلبه من الثمن.

[3] أي في جميع العقود من غير اختصاص له بالرهن، فالعقد صحيح لكنه موقوف على الإجازة.

[4] بأي مبلغ كان الرهن، و بأية مدة كانت.

[5] أي جواز الرهن كيف شاء.

[6] أي يكون مخيرا على الرهن كيف شاء.

[7] أي المعير.

أو المنع[1] للغرر[2] قولان، اختار أولهما[3] في الدروس، و على الثاني[4] فلا بد من ذكر قدر الدين، و جنسه، و وصفه و حلوله أو تأجيله، و قدر الأجل، فإن تخطى حينئذ كان فضوليا، إلا أن يرهن على الأقل فيجوز بطريق أولى، و يجوز الرجوع في العارية ما لم ترهن عملا بالأصل[5].

و تلزم[6] بعقد الرهن فليس للمعير الرجوع فيها بحيث يفسخ الرهن و إن جاز له مطالبة الراهن بالفك عند الحلول. ثم إن فكه و رده تاما برئ، **و يضمن الراهن لو تلف** و إن كان بغير تفريط، **أو بيع** بمثله إن كان مثليا، و قيمته يوم التلف إن كان قيميا. هذا إذا كان التلف بعد الرهن، أما قبله فالأقوى أنه كغيره من الأعيان المعارة، و على تقدير بيعه فاللازم لمالكه ثمنه إن بيع بثمن المثل، و لو بيع بأزيد فله[7] المطالبة بما بيع به.

و يصح رهن الأرض الخراجية كالمفتوحة عنوة، و التي صالح الإمام عليه الصلاة و السلام أهلها على أن تكون ملكا للمسلمين، و ضرب عليهم الخراج كما يصح بيعها **تبعا للأبنية و الشجر**، لا منفردة.

---

[1] أي المنع من التخيير كيف شاء.

[2] أي للغرر على المعير لو رهن المستعير الملك كيف شاء.

[3] و هو التخيير كيف شاء.

[4] و هو المنع من التخيير كيف شاء.

[5] و هو الاستصحاب، لأن العارية من العقود الجائزة.

[6] أي العارية.

[7] أي فللمعير.

و لا رهن الطير في الهواء لعدم إمكان قبضه، و لو لم يشترطه[1] أمكن الجواز، لإمكان الاستيفاء منه و لو بالصلح عليه، **إلا إذا اعتيد** عوده، كالحمام الأهلي فيصح لإمكان قبضه عادة، **و لا السمك في الماء إلا إذا كان محصورا مشاهدا** بحيث لا يتعذر قبضه عادة، و يمكن العلم به، **و لا رهن المصحف عند الكافر، أو العبد المسلم** لاقتضائه الاستيلاء عليهما، و السبيل[2] على بعض الوجوه ببيع و نحوه، **إلا أن يوضعا على يد مسلم**، لانتفاء السبيل بذلك، و إن لم يشترط بيعه للمسلم، لأنه حينئذ لا يستحق الاستيفاء من قيمته إلا ببيع المالك، أو من يأمره أو الحاكم مع تعذره، و مثله لا يعد سبيلا لتحققه و إن لم يكن هناك رهن **و لا رهن الوقف** لتعذر استيفاء الحق منه بالبيع، و على تقدير جواز بيعه بوجه يجب أن يشترى بثمنه ملكا يكون وقفا فلا يتجه الاستيفاء منه مطلقا[3].

نعم لو قيل بعدم وجوب إقامة بدله أمكن رهنه حيث يجوز بيعه[4]، **و يصح الرهن في زمن الخيار** لثبوت الثمن في الذمة و إن لم يكن[5] مستقرا **و إن كان** الخيار **للبائع، لانتقال المبيع** إلى ملك المشتري **بالعقد على الأقوى**، لأن صحة البيع تقتضي ترتب أثره، و لأن سبب الملك هو العقد فلا يتخلف عنه المسبب[6]، و على قول الشيخ بعدم انتقاله إلى ملك المشتري إذا كان الخيار للبائع،

---

[1] أي القبض.

[2] عطفا على [لاقتضائه] أي لاقتضاء الرهن السبيل.

[3] بأي وجه من الوجوه.

[4] كما إذا آل أمره إلى الخراب، أو انتفى موضوع الوقف.

[5] أي البيع.

[6] و هو تصرف المالك في ملكه كيف شاء.

أو لهما لا يصح الرهن على الثمن قبل انقضائه[1].

و يصح رهن العبد المرتد عن فطرة، لأنه لم يخرج بها[2] عن الملك، و إن وجب قتله، لأنه حينئذ كرهن المريض الميئوس من برئه و لو كان امرأة، أو مليا فالأمر أوضح، لعدم قتلها مطلقا[3]، و قبول توبته[4]، **و الجاني[5] مطلقا** عمدا و خطأ، لبقاء المالية و إن استحق العامد القتل، و لجواز العفو. ثم إن قتل بطل الرهن. و إن فداه مولاه أو عفى الولي بقي رهنا، و لو استرق بعضه بطل الرهن فيه خاصة، و في كون رهن المولى له في الخطأ التزاما بالفداء وجهان كالبيع[6] **فإن عجز المولى عن فكه قدمت الجناية** لسبقها[7]، و لتعلق حق المجني عليه بالرقبة، و من ثم لو مات الجاني لم يلزم السيد[8] بخلاف المرتهن فإن حقه لا ينحصر فيها[9]،

---

[1] أي قبل انقضاء الخيار، إذا كان الخيار للبائع.

[2] الظاهر: إرجاع الضمير إلى [الارتداد] باعتبار معنى [الردة].

[3] لا في الارتداد الفطري و لا في الملي.

[4] أي المرتد الملي إذا كان رجلا.

[5] أي و يصح رهن العبد الجاني.

[6] كما في القتل الخطائي فإنه لو باع المولى عبده الجاني خطأ فهو دليل على التزامه بالفداء.

[7] أي لتقدم حق المجني عليه من حق الرهن.

[8] أي لم يلزم السيد بإعطاء بدل الجاني، لتعلق الحق بشخص العبد الجاني

[9] الظاهر أن مرجع الضمير [الرقبة] المذكورة في عبارة الشارح. فالمعنى أن المرتهن إذا تعذر عليه تحصيل حقه فله استرقاق العبد من غير انحصار حقه في العهد، بل له الرجوع إلى الراهن، و لا يسقط حقه إذا مات العبد المرهون

بل تشتركها[1] ذمة الراهن، **و لو رهن ما يتسارع إليه الفساد قبل الأجل** بحيث لا يمكن إصلاحه كتجفيف العنب، و الرطب **فليشترط بيعه، و رهن ثمنه** فيبيعه الراهن و يجعل ثمنه رهنا، فإن امتنع منه رفع المرتهن أمره إلى الحاكم ليبيعه، أو يأمر به[2]، فإن تعذر جاز له البيع، دفعا للضرر، و الحرج.

و لو أطلق[3] الرهن و لم يشترط بيعه، و لا عدمه **حمل عليه**[4] جمعا بين الحقين[5] مع كونه[6] حالة الرهن صالحا له. و قيل: يبطل، لعدم اقتضاء الإطلاق البيع، و عدم صلاحيته، لكونه[7]

---

[1] مرجع الضمير [الرقبة]: أي تشترك ذمة الراهن في الرقبة في كونها موردا للحق أيضا.

[2] مرجع الضمير البيع فالمعنى أن الحاكم يأمر المرتهن أو غيره ببيع المرهون حتى يستوفي دينه. و فعل المضارع و هو [يأمره] منصوب هنا لكونه عطفا على [ليبيعه الحاكم]

[3] أي فيما يسرع إليه الفساد قبل الأجل.

[4] أي على بيعه و جعل الثمن رهنا.

[5] و هما: حق الراهن، و حق المرتهن: أما حق الراهن فيحتمل أن يكون فيما يقدمه رهنا للمرتهن، فإن من حق الراهن قبول المرتهن الرهن إذا كان الرهن جامعا لشروط الرهن. و أما حق المرتهن فمعلوم: و هو استيفاء حقه.

[6] أي ما يوضع رهنا.

[7] أي ما يوضع رهنا فهو على الدوام. و ما يتسارع إلى الفساد في قوة الهالك.

رهنا على الدوام، فهو في قوة الهالك[1] و هو ضعيف، لكونه عند العقد مالا تاما و حكم الشارع ببيعه على تقدير امتناعه منه صيانة للمال جائز[2]، لفساده[3]، و احترز بقوله: قبل الأجل، عما لو كان لا يفسد إلا بعد حلوله بحيث يمكن بيعه قبله[4] فإنه لا يمنع، و كذا لو كان الدين حالا، لإمكان حصول المقصود منه، و يجب على المرتهن السعي على بيعه بأحد[5] الوجوه، فإن ترك مع إمكانه[6] ضمن، إلا أن ينهاه المالك فينتفي الضمان، و لو أمكن إصلاحه بدون البيع لم يجز بيعه بدون إذنه، و مئونة إصلاحه على الراهن كنفقة الحيوان.

[و أما شروط المتعاقدان]

و أما المتعاقدان: فيشترط فيهما الكمال بالبلوغ، و العقل، و الرشد، و الاختيار، **و جواز التصرف** برفع الحجر عنهما في التصرف المالي، **و يصح رهن مال الطفل للمصلحة** كما إذا افتقر إلى الاستدانة لنفقته، و إصلاح عقاره، و لم يكن بيع شيء

---

[1] هذا رد من الشارح [رحمه الله].

[2] مرفوع خبر للمبتدإ و هو قوله: [و حكم الشارع] أي حكم الشارع ماض في بيعه.

[3] أي لأن المبيع يفسد فيما بعد، فاللام تعليل لجواز حكم الشارع ببيعه.

[4] أي [قبل الفساد].

[5] من الشرط، و الإطلاق، و بعد الأجل هذا إذا كان الرهن مما يتسارع إليه الفساد.

[6] أي البيع.

من ماله أعود[1]، أو لم يمكن و توقفت[2] على الرهن، و يجب كونه[3] على يد ثقة يجوز[4] إيداعه منه، **و** كذا يصح **أخذ الرهن له[5]، كما إذا أسلف ماله مع ظهور الغبطة، أو خيف على ماله من غرق، أو نهب**. و المراد بالصحة هنا[6] الجواز بالمعنى الأعم. و المقصود منه الوجوب، و يعتبر كون الرهن مساويا للحق، أو زائدا عليه ليمكن استيفاؤه منه، و كونه بيد الولي، أو يد عدل ليتم التوثق، و الإشهاد[7] على الحق لمن يثبت به عند الحاجة إليه عادة. فلو أخل ببعض هذه ضمن مع الإمكان.

و لو تعذر الرهن هنا و هو في موضع الخوف على ماله **أقرض من ثقة عدل غالبا** هكذا[8] اتفقت النسخ، و الجمع بين العدل و الثقة تأكيد، أو حاول تفسير الثقة بالعدل لوروده كثيرا في الأخبار [9]

---

[1] أي أنفع.

[2] أي الاستدانة.

[3] أي الرهن.

[4] الجملة مجرورة محلا صفة لـ[ثقة]: أي يجوز إيداع الرهن عنده.

[5] أي للطفل.

[6] أي في مسألتنا هذه تكون الصحة بمعناها الأعم من الوجوب و الإباحة لا الأخص الذي هي الإباحة، لأنه قد يجب إيداع مال الطفل، أو رهنه كما هنا.

[7] بالرفع عطف على [و يعتبر] أي و يعتبر الإشهاد على الحق.

[8] أي قيد [غالبا] في جميع النسخ موجود، لكنه غير لازم، لعدم الاحتياج إليه، لأن إقراض المال يلزم أن يكون إلى عدل في جميع الحالات. فالقيد زائد.

[9] الوسائل – كتاب القضاء – أحكام القضاء – باب ١١ الحديث ٤-٥.

و كلام[1] الأصحاب محتملا[2] لما هو أعم منه. و وصف الغلبة للتنبيه على أن العدالة لا تعتبر في نفس الأمر، و لا في الدوام، لأن عروض الذنب ليس بقادح على بعض الوجوه كما عرفته في باب الشهادات، و المعتبر وجودها غالبا.

[و أما شروط الحق]

و أما الحق فيشترط ثبوته في الذمة أي استحقاقه فيها و إن لم يكن مستقرا **كالقرض[3] و ثمن المبيع** و لو في زمن الخيار، **و الدية بعد استقرار الجناية** و هو انتهاؤها إلى الحد الذي لا يتغير موجبها لا قبله[4]، لأن ما حصل بها[5] في معرض الزوال بالانتقال إلى غيره[6]. ثم إن كانت حالة، أو لازمة للجاني كشبيه العمد جاز الرهن عليها[7] مطلقا[8]، **و في الخطأ** المحض لا يجوز الرهن عليها قبل الحلول، لأن المستحق عليه غير معلوم،[9]

---

[1] بالجر عطفا على الأخبار.

[2] بالنصب حال لفاعل [حاول] الذي هو ضمير المصنف [رحمه الله].

[3] مثال لثبوت الحق في الذمة.

[4] أي لا قبل الانتهاء إلى ذلك الحد.

[5] أي بالجناية.

[6] أي غير الحد الذي وصل إليه.

[7] أي على الدية.

[8] أي بعد الحلول و قبله.

[9] إذ تكون دية قتل الخطأ على العاقلة الموجودين عند حلول الدية. و وقت حلولها بعد انقضاء ثلاث سنوات حسب المقرر الشرعي. إذن لا يمكن التعجيل في أخذ الرهن من الموجودين حال وقوع الجناية.

إذ المعتبر من وجد منهم عند حلولها مستجمعا للشرائط بخلاف الدين المؤجل، لاستقرار الحق و المستحق عليه. و يجوز الرهن **عند الحلول على قسطه** و هو الثلث بعد حلول كل حول من الثلاثة.

و مال الكتابة[1] و إن كانت مشروطة على الأقرب لأنها لازمة للمكاتب[2] مطلقا[3] على الأصح. و القول الآخر أن المشروطة جائزة. من قبل المكاتب فيجوز له تعجيز[4] نفسه، فلا يصح الرهن على مالها[5]، لانتفاء فائدته[6] إذ له إسقاطه[7] متى شاء. و هو على تقدير تسليمه[8] غير مانع منه كالرهن على الثمن في مدة الخيار.

و في قول ثالث: أن المشروطة جائزة من الطرفين، و المطلقة لازمة من طرف السيد خاصة، و يتوجه[9] عدم صحة الرهن أيضا كالسابق[10].

---

[1] أي و يجوز الرهن على مال الكتابة.

[2] بالفتح المراد منه [العبد].

[3] سواء كانت الكتابة مشروطة أم مطلقة.

[4] كما لو قلل العبد من طعامه حتى ضعف و لم يقو على العمل.

[5] بكسر اللام، و مرجع الضمير الكتابة.

[6] أي الرهن.

[7] أي مال الكتابة.

[8] أي على تقدير تسليم أن عقد الكتابة جائز.

[9] في نسخة "يتجه".

[10] و هو القول الثاني القائل بعدم جواز الرهن في مال الكتابة المشروطة.

و مال[1] الجعالة بعد الرد، لثبوته في الذمة[2] حينئذ **لا قبله**[3] و إن شرع فيه[4] لأنه لا يستحق شيئا منه إلا بتمامه[5] و قيل: يجوز بعد الشروع، لأنه يئول إلى اللزوم كالثمن في مدة الخيار، و هو ضعيف. و الفرق واضح، لأن البيع يكفي في لزومه إبقاؤه على حاله فتنقضي المدة، و الأصل عدم الفسخ عكس الجعالة[6].

و لا بد من إمكان استيفاء الحق من الرهن لتحصل الفائدة المطلوبة من التوثق به **فلا يصح الرهن على منفعة المؤجر عينه مدة معينة**، لأن تلك المنفعة الخاصة لا يمكن استيفاؤها إلا من العين المخصوصة حتى لو تعذر الاستيفاء منها بموت و نحوه بطلت الإجارة، **فلو آجره في الذمة جاز** كما لو استأجره على تحصيل خياطة ثوب بنفسه أو بغيره، لإمكان استيفائها حينئذ من الرهن، فإن الواجب تحصيل المنفعة على أي وجه اتفق، **و تصح زيادة الدين على الرهن** فإذا استوفى الرهن بقي الباقي منه متعلقا بذمته[7]، **و زيادة الرهن على الدين** و فائدته سعة الوثيقة، و منع الراهن من التصرف في المجموع فيكون باعثا على الوفاء، و لإمكان تلف بعضه فيبقى الباقي حافظا للدين.

---

[1] أي و يجوز الرهن في مال الجعالة.

[2] أي في ذمة المجاعل حين رد العامل الضالة و أوصلها إلى مالكها.

[3] لا قبل الرد.

[4] أي في العمل.

[5] أي بتمام العمل.

[6] فإن في الجعالة لا بد من العمل، فلو ترك العمل في الأثناء لا يستحق العامل شيئا من المجاعل.

[7] أي الراهن المدين.

[و أما اللواحق فمسائل]

و أما اللواحق فمسائل:

[الأولى إذا شرط الوكالة في الرهن لم يملك عزله]

الأولى **إذا شرط الوكالة في الرهن لم يملك عزله** على ما ذكره جماعة منهم العلامة، لأن الرهن لازم من جهة الراهن و هو الذي شرطها[1] على نفسه فيلزم من جهته.

و يضعف بأن المشروط في اللازم[2] يؤثر جواز الفسخ لو أخل بالشرط، لا وجوب[3] الشرط كما تقدم من أن المشروط في العقد اللازم يقبله جائزا عند المصنف و جماعة، فحينئذ[4] إنما يفيد إخلال الراهن بالوكالة تسلط المرتهن على فسخ العقد، و ذلك[5] لا يتم في عقد الرهن، لأنه[6] دفع ضرر بضرر أقوى[7]، و إنما تظهر الفائدة[8] فيما لو كان الراهن قد شرطها[9] في العقد اللازم كبيع **فحينئذ لو فسخ**

---

[1] أي الوكالة.

[2] أي في العقد اللازم.

[3] أي لا أن الشرط موجب لوجوب المشروط.

[4] أي حين يقلبه جائزا.

[5] أي تسلط المرتهن على فسخ العقد لا يترتب عليه فائدة للمرتهن، بل فيه ضرر عليه، لزوال وكالته. فإذا دفع هذا الضرر عن نفسه بفسخ العقد يتوجه عليه ضرر أشد و هو فوات الرهن الذي كان وثيقة عنده عن الدين.

[6] و هو فسخ عقد الرهن، فلازمه ذهاب الرهن عليه فيلزم أن يكون دفع الفاسد بالأفسد.

[7] و هو ذهاب الرهن عليه.

[8] أي فائدة شرط الوكالة.

[9] أي الوكالة.

الراهن **الوكالة فسخ المرتهن البيع المشروط[1] بالرهن**، و الوكالة **إن كان** هناك بيع مشروط فيه ذلك[2]، و إلا[3] فات الشرط على المرتهن بغير فائدة. و يشكل بما تقدم[4] من وجوب الوفاء بالشرط، عملا بمقتضى الأمر[5]، خصوصا في ما يكون العقد المشروط فيه كافيا في تحققه[6] كالوكالة[7] على ما حققه[8]،

---

[1] هذه فائدة اشتراط الوكالة في العقد، بخلاف ما إذا كان اشتراط الوكالة في متن عقد الرهن، فإنه لا يفيد فسخا، حيث إن المرتهن لا يقدم على فسخ عقد الرهن، لتضرره بذلك و هو المعبر عنه بدفع الفاسد بالأفسد.

[2] أي الرهن و الوكالة.

[3] أي و إن لم يفسخ المرتهن العقد المشروط فيه الوكالة فات على المرتهن شرط الوكالة على كل حال، من دون فائدة.

[4] في كتاب المتاجر في خيار الاشتراط ج ٣ ص ٥٠٦.

[5] و هو قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فإن الأمر بالوفاء بالعقد يستلزم الوفاء بالشرط.

[6] أي في تحقق الشرط و هو شرط النتيجة، فإن الوكالة هنا – أي في شرط النتيجة كقول البائع: بعتك هذا بشرط أن أكون وكيلك على كذا – لا تحتاج إلى صيغة أخرى، لتمامية الوكالة بمجرد العقد. بخلاف ما إذا كانت الوكالة شرط فعل كقول البائع: بعتك هذا بهذا بشرط أن أوكلك في كذا، لعدم تحقق الوكالة في هذه الصورة إلا بإنشاء صيغة أخرى مستقلة.

[7] أي كشرط الوكالة.

[8] في كتاب المتاجر في خيار الاشتراط ج ٣ ص ٥٠٧.

المصنف من أنه[1] يصير كجزء من الإيجاب و القبول يلزم[2] حيث يلزمان. و لما كان الرهن لازما من جهة الراهن فالشرط من قبله كذلك[3] خصوصا هنا[4]، فإن فسخ المشروط فيه و هو الرهن إذا لم يكن في بيع[5] لا يتوجه[6]، لأنه يزيد ضررا فلا يؤثر فسخه[7] لها[8] و إن كانت جائزة بحسب أصلها، لأنها قد صارت لازمة بشرطها في اللازم[9] على ذلك الوجه[10].

[الثانية ـ يجوز للمرتهن ابتياعه]

الثانية ـ يجوز للمرتهن ابتياعه[11] من نفسه إذا كان وكيلا في البيع، و يتولى طرفي العقد، لأن الغرض بيعه بثمن المثل و هو[12]

---

[1] أي شرط النتيجة.

[2] أي الشرط.

[3] أي لازم.

[4] أي في شرط النتيجة.

[5] و هو المعبر عنه بالعقد اللازم.

[6] أي الفسخ لا يتوجه، لأنه يزيد ضررا آخر الذي هو أقوى من فسخ العقد.

[7] أي فسخ المرتهن.

[8] أي للوكالة و إن كانت جائزة بحسب أصلها.

[9] أي في العقد اللازم.

[10] هو شرط النتيجة.

[11] أي شراء الرهن.

[12] أي بيعه لنفسه.

حاصل، و خصوصية المشتري ملغاة حيث لم يتعرض[1] لها. و ربما قيل بالمنع، لأن ظاهر الوكالة لا يتناوله[2]، و كذا يجوز بيعه على ولده بطريق أولى. و قيل: لا **و هو مقدم به على الغرماء** حيا كان الراهن أم ميتا، مفلسا كان أم لا، لسبق تعلق حقه، **و لو أعوز** الرهن و لم يف بالدين **ضرب**[3] **بالباقي** مع الغرماء على نسبته[4].

[الثالثة ـ لا يجوز لأحدهما التصرف فيه]

الثالثة ـ لا يجوز لأحدهما التصرف فيه بانتفاع، و لا نقل ملك، و لا غيرهما إذا لم يكن المرتهن وكيلا، و إلا جاز له التصرف بالبيع و الاستيفاء خاصة كما مر، **و لو كان له نفع** كالدابة، و الدار **أوجر** باتفاقهما، و إلا[5] آجره الحاكم. و في كون الأجرة رهنا كالأصل قولان كما في النماء المتجدد مطلقا[6].

و لو احتاج إلى مئونة كما إذا كان حيوانا **فعلى الراهن** مئونته لأنه المالك، فإن كان في يد المرتهن و بذلها الراهن أو أمره بها، أنفق و رجع بما غرم، و إلا استأذنه، فإن امتنع[7]، أو تعذر استئذانه لغيبة أو نحوها، رفع أمره إلى الحاكم، فإن تعذر أنفق هو بنية الرجوع، و أشهد عليه ليثبت استحقاقه بغير يمين و رجع[8]، فإن لم يشهد فالأقوى قبول قوله

---

[1] أي الراهن لم يتعرض خصوصية المشتري في متن العقد.

[2] و هو بيعه لنفسه.

[3] أي ساهم المرتهن بباقي الدين مع بقية الغرماء.

[4] كما سبق في كتاب الدين الجزء الرابع من طبعتنا الجديدة ص ٢٦.

[5] أي و إن لم يتفق الراهن و المرتهن على الإيجار.

[6] سواء أمكن فصله كالشعر و الوبر أم لا، كالسمن، و الطول، و العرض

[7] أي الراهن.

[8] أي المرتهن على الراهن بما غرمه على الرهن.

في قدر المعروف منه بيمينه، و رجوعه[1] به.

و لو انتفع المرتهن به[2] بإذنه على وجه العوض، أو بدونه مع الإثم **لزمه الأجرة**، أو عوض المأخوذ كاللبن، **و تقاصا**[3] و رجع ذو الفضل بفضله.

و قيل: تكون النفقة في مقابلة الركوب و اللبن مطلقا[4]، استنادا إلى رواية[5] حملت على الإذن في التصرف و الإنفاق مع تساوي الحقين[6]، و رجح في الدروس جواز الانتفاع بما يخاف فوته على المالك عند تعذر استئذانه، و استئذان الحاكم. و هو حسن.

[الرابعة ـ يجوز للمرتهن الاستقلال بالاستيفاء]

الرابعة ـ يجوز للمرتهن الاستقلال بالاستيفاء إذا لم يكن وكيلا **لو خاف جحود الوارث**، و لا بينة له على الحق **إذ القول قول الوارث مع يمينه في عدم الدين، و عدم الرهن** لو ادعى المرتهن الدين

---

[1] بالرفع معطوفا على قوله: قبول قوله، أي و الأقوى رجوع المرتهن في قدر المعروف من الإنفاق، و مرجع الضمير في به [القدر المعروف من الإنفاق].

[2] أي بالرهن.

[3] أي يقاص كل من الراهن و المرتهن فيما زاد له من الحق عند صاحبه، فإن كان الإنفاق من المرتهن أكثر مما انتفع به قاص المرتهن الراهن فيما يساوي ما انتفع به، و يرجع على الراهن بالزائد مما أنفق. و إن كان الانتفاع من ناحية المرتهن أكثر من الإنفاق قاص الراهن المرتهن بما يساوي الإنفاق، و رجع عليه بالزائد مما انتفع به، و التقاص هنا يكون من الدين الذي عليه.

[4] سواء زاد الإنفاق على الانتفاع أم الانتفاع على الإنفاق.

[5] الوسائل كتاب الرهن باب ١٢.

[6] و هما: حق الراهن في الانتفاع الزائد، و حق المرتهن في الإنفاق.

و الرهن. و المرجع في الخوف إلى القرائن الموجبة للظن الغالب بجحوده[1]، و كذا يجوز له ذلك[2] لو خاف جحود الراهن و لم يكن وكيلا، و لو كان له بينة مقبولة عند الحاكم لم يجز له[3] الاستقلال بدون إذنه، و لا يلحق بخوف الجحود احتياجه[4] إلى اليمين لو اعترف، لعدم التضرر باليمين الصادق و إن كان تركه تعظيما لله أولى.

[الخامسة ـ لو باع أحدهما بدون الإذن توقف على إجازة الآخر]

الخامسة ـ لو باع أحدهما بدون الإذن[5]**توقف على إجازة الآخر**، فإن كان البائع الراهن بإذن المرتهن، أو إجازته بطل الرهن من العين و الثمن، إلا أن يشترط كون الثمن رهنا، سواء كان الدين حالا أم مؤجلا فيلزم الشرط، و إن كان البائع المرتهن كذلك بقي الثمن رهنا و ليس له التصرف فيه إذا كان حقه مؤجلا إلى أن يحل. ثم إن وافقه[6] جنسا و وصفا صح، و إلا[7] كان كالرهن.

---

[1] أي الوارث.

[2] أي الاستقلال بالاستيفاء.

[3] أي للمرتهن.

[4] أي المرتهن.

[5] أي إذن الآخر.

[6] أي وافق الثمن جنس الرهن و وصفه.

[7] أي و إن لم يوافق الثمن الرهن المبيع جنسا و وصفا كان كالرهن في احتياجه إلى البيع.

و كذا عتق الراهن يتوقف على إجازة المرتهن فيبطل[1] برده

و يلزم بإجازته، أو سكوته إلى[2] أن فك الرهن بأحد أسبابه.

و قيل: يقع العتق باطلا بدون الإذن السابق[3]، نظرا إلى كونه لا يقع موقوفا، **لا** إذا أعتق **المرتهن** فإن العتق يقع باطلا قطعا متى لم يسبق الإذن[4]، إذ لا عتق إلا في ملك[5]، و لو سبق[6] و كان العتق عن الراهن، أو مطلقا[7] صح، و لو كان عن المرتهن صح أيضا، و ينتقل ملكه إلى المعتق قبل إيقاع الصيغة المقترنة بالإذن كغيره[8] من المأذونين فيه.

و لو وطئها الراهن بإذن المرتهن، أو بدونه و إن فعل محرما **صارت مستولدة مع الإحبال**، لأنها لم تخرج عن ملكه بالرهن و إن منع من التصرف فيها **و قد سبق** في شرائط المبيع **جواز بيعها حينئذ**[9]، لسبق حق المرتهن على الاستيلاد المانع منه[10].

---

[1] أي العتق برد المرتهن. فمرجع الضمير في برده [المرتهن].

[2] الجار متعلق بـ[سكوته]. فالمعنى أن السكوت من قبل المرتهن لا يوجب لزوم العتق مطلقا، بل إذا امتد إلى حين انفكاك الرهن بأحد أسبابه كإعطاء الراهن دينه، أو تبرع أجنبي، أو أسقط المرتهن حقه عن ذمة الراهن.

[3] على العتق.

[4] من الراهن.

[5] و هنا ليس ملكا للمرتهن.

[6] أي الإذن.

[7] أي القربة المطلقة، من دون أن يوقعه عن شخص معين.

[8] أي كغير المرتهن من المأذونين في العتق.

[9] أي حين وطئها بغير إذن و حملت من الراهن.

[10] هذا من الموارد المستثناة من [منع بيع أم الولد].

و قيل: يمنع مطلقا[1]، للنهي عن بيع أمهات الأولاد[2] المتناول بإطلاقه هذا الفرد، و فصل ثالث بإعسار الراهن فتباع، و يساره فتلزمه القيمة تكون رهنا، جمعا بين الحقين[3]. و للمصنف في بعض تحقيقاته تفصيل رابع و هو بيعها مع وطئه بغير إذن المرتهن، و منعه مع وقوعه بإذنه. و كيف كان فلا تخرج عن الرهن بالوطء، و لا بالحبل، بل يمتنع البيع ما دام الولد حيا، لأنه مانع طارئ، فإن مات بيعت للرهن[4] لزوال المانع، **و لو وطئها المرتهن فهو زان**، لأنه وطأ أمة الغير بغير إذنه.

فإن أكرهها فعليه العشر إن كانت بكرا، و إلا تكن بكرا **فنصفه**، للرواية[5]، و الشهرة، **و قيل: مهر المثل**، لأنه عوض الوطء شرعا. و للمصنف في بعض حواشيه قول بتخير المالك بين الأمرين[6]، و يجب مع ذلك[7] أرش البكارة، و لا يدخل [8]

---

[1] أي يمنع البيع، سواء كان الوطء عن إذن أم لا، و سواء كان مع الإعسار أم مع اليسار.

[2] أي الإماء التي ولدن من مواليهن.

[3] أي بين حق الراهن في أم ولده، و بين حق المرتهن في الرهن.

[4] الجار متعلق بـ[بيعت]. فالمعنى أن جواز بيع الجارية هنا لأجل الرهن أي بيعت لأجل الرهن.

[5] الوسائل كتاب النكاح باب ٣٥ الحديث ١.

[6] أي بين العشر، أو نصفه، و بين مهر المثل.

[7] أي مع ما يأخذ من العشر، أو نصفه، أو مهر المثل.

[8] أي الأرش.

في المهر، و لا العشر، لأنه حق جناية، و عوض جزء فائت، و المهر على التقديرين[1] عوض الوطء. و لا يشكل بأن البكارة إذا أخذ أرشها صارت ثيبا فينبغي أن يجب مهر الثيب، لأنه[2] قد صدق وطؤها بكرا و فوت منها جزء فيجب عوض كل منهما[3]، لأن أحدهما[4] عوض جزء، و الآخر[5]، عوض منفعة.

و إن طاوعته فلا شيء، لأنها بغي و لا مهر لبغي[6]. و فيه أن الأمة لا تستحق المهر، و لا تملكه فلا ينافي ثبوته[7] لسيدها مع كون التصرف في ملكه بغير إذنه وَ لاٰ تَزِرُ وٰازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرىٰ[8]. و القول بثبوته عليه[9] مطلقا[10] أقوى، مضافا إلى أرش البكارة كما مر[11]. و قد تقدم مثله.

---

[1] و هما: البكارة، و الثيبوبة.

[2] تعليل لعدم ورود الإشكال. و الضمير هنا ضمير الشأن.

[3] أي كل من الجزء الفائت و من الوطء.

[4] و هو أرش البكارة.

[5] و هو المهر عوض الوطء.

[6] أي الزانية.

[7] أي ثبوت المهر لسيدها. فلا منافاة لهذه مع هذا الثبوت.

[8] الأنعام: الآية ١٦٤.

[9] أي على المرتهن.

[10] سواء طاوعت أم لا.

[11] أي تفاوت قيمتها ما بين كونها باكرة و ثيبة في ص ٨٥.

[السادسة ـ الرهن لازم من جهة الراهن حتى يخرج عن الحق]

السادسة ـ الرهن لازم من جهة الراهن حتى يخرج عن الحق بأدائه و لو من متبرع غيره. و في حكمه[1] ضمان الغير له مع قبول المرتهن، و الحوالة به[2]، و إبراء المرتهن له منه. و في حكمه[3] الإقالة المسقطة للثمن المرهون به، أو للمثمن[4] المسلم فيه المرهون به. و الضابط براءة ذمة الراهن من جميع الدين، و لو خرج من بعضه[5] ففي خروج الرهن أجمع، أو بقائه كذلك[6]، أو بالنسبة أوجه. و يظهر من العبارة بقاؤه أجمع، و به صرح في الدروس، و لو شرط كونه رهنا على المجموع خاصة تعين الأول[7]، كما أنه لو جعله رهنا على كل جزء منه فالثاني[8]. و حيث يحكم بخروجه عن الرهانة **فيبقى**

---

[1] أي و في حكم الخروج عن الرهن.

[2] أي بالدين فيرجع المرتهن على المحال عليه.

[3] أي و في حكم الإبراء [الإقالة] المسقطة للحق المرتهن به. بمعنى أنه لو بيع شيء ثم أراد البائع رهنا على ثمن المبيع فأعطى له الرهن، ثم أقال البائع أو المشتري البيع فالإقالة هنا تسقط الثمن عن المشتري فيرتفع موضوع الرهن فيرجع الرهن إلى المشتري.

[4] أي و في حق الإبراء [الإقالة] المسقطة للمثمن المرتهن به. بمعنى أنه لو أسلف المشتري الثمن إلى البائع و أخذ رهنا على المثمن المؤجل فأقال أحدهما الآخر ارتفع موضوع الرهن هنا أيضا، لأن الإقالة مسقطة للمثمن المؤجل، فيرجع الثمن إلى المشتري، و الرهن على البائع.

[5] أي من بعض الرهن.

[6] أي أجمع.

[7] و هو خروج الرهن أجمع.

[8] و هو البقاء أجمع.

أمانة في يد المرتهن مالكية لا يجب تسليمه إلا مع المطالبة، لأنه مقبوض بإذنه و قد كان وثيقة و أمانة، فإذا انتفى الأول[1] بقي الثاني[2]، و لو كان الخروج من الحق بإبراء المرتهن من غير علم الراهن وجب عليه إعلامه به، أو رد الرهن، بخلاف ما إذا علم.

و لو شرط كونه مبيعا عند الأجل بطلا الرهن و البيع، لأن الرهن لا يؤقت، و البيع لا يعلق، **و** لو قبضه كذلك [3]**ضمنه**[4] **بعد الأجل**، لأنه حينئذ بيع فاسد، و صحيحه مضمون، ففاسده كذلك، **لا قبله**[5]، لأنه حينئذ رهن فاسد، و صحيحه غير مضمون ففاسده كذلك، قاعدة[6] مطردة. و لا فرق في ذلك[7] بين علمهما بالفساد، و جهلهما، و التفريق[8].

[السابعة ـ يدخل النماء المتجدد في الرهن على الأقرب]

السابعة ـ يدخل النماء المتجدد المنفصل كالولد و الثمرة **في الرهن على الأقرب**، بل قيل: إنه إجماع، و لأن[9] من شأن النماء تبعية

---

[1] و هي الوثاقة.

[2] و هي الأمانة.

[3] أي موقتا و معلقا.

[4] أي الرهن.

[5] أي لا قبل الأجل.

[6] و هي [ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده]، [و ما لا يضمن بفاسده لا يضمن بصحيحه].

[7] أي في بطلان البيع، و ضمان الرهن.

[8] بأن علم أحدهما، دون الآخر.

[9] دليل ثان لدخول النماء في الرهن. و الدليل الأول [الإجماع].

الأصل، **إلا مع شرط عدم الدخول** فلا إشكال حينئذ[1] في عدم دخوله، عملا بالشرط، كما أنه لو شرط دخوله ارتفع الإشكال[2].

و قيل: لا يدخل بدونه[3] للأصل، و منع الإجماع. و التبعية[4] في الملك، لا في مطلق الحكم. و هو أظهر، و لو كان متصلا كالطول و السمن دخل إجماعا.

[الثامنة ـ ينتقل حق الرهانة إلى الوارث بالموت]

الثامنة ـ ينتقل حق الرهانة إلى الوارث بالموت، لأنه مقتضى لزوم العقد من طرف الراهن، و لأنه وثيقة على الدين فيبقى ما بقي[5] ما لم يسقطه المرتهن، **لا الوكالة، و الوصية**[6] لأنهما إذن في التصرف يقتصر بهما على من أذن له، فإذا مات[7] بطل[8] كنظائره من الأعمال المشروطة بمباشر معين[9]، **إلا مع الشرط**

---

[1] أي مع شرط عدم الدخول.

[2] و هو إشكال دخول النماء في الرهن.

[3] أي بدون الشرط.

[4] بالرفع، و الواو استئنافية. فالمعنى أن ما أفاده المستدل من تبعية النماء للأصل إنما هو في الملك فقط، و أن النماء ملك لمالك الأصل. أما كون النماء تابعا للأصل في كل أحكامه التي من جملتها الرهنية فممنوع.

[5] أي الدين. فالمعنى أن الرهن باق ما دام الدين باقيا.

[6] أي الوكالة و الوصاية اللتان جاءتا من قبل الراهن للمرتهن لا ينتقلان إلى وارث المرتهن بموته.

[7] أي المأذون و هو المرتهن في المقام.

[8] أي الإذن الصادر من الموكل و الموصي. و هو الراهن في المقام.

[9] كما في الأجير الذي شرط عليه المباشرة بنفسه.

بأن يكون[1] للوارث بعده[2]، أو لغيره فيلزم عملا بالشرط.

و للراهن الامتناع من استئمان الوارث و إن شرط له وكالة البيع و الاستيفاء، لأن الرضا[3] بتسليم[4] المورث لا يقتضيه[5] و لاختلاف الأشخاص فيه[6] **و بالعكس** للوارث[7] الامتناع من استئمان الراهن عليه[8] **فليتفقا على أمين** يضعانه تحت يده و إن لم يكن عدلا، لأن الحق لا يعدوهما[9] فيتقيد برضاهما، **و إلا** يتفقا **فالحاكم** يعين له عدلا يقبضه لهم، و كذا لو مات الراهن فلورثته الامتناع من إبقائه في يد المرتهن، لأنه في القبض بمنزلة الوكيل تبطل بموت الموكل و إن كانت مشروطة في عقد لازم، إلا أن يشترط استمرار الوضع بعد موته فيكون بمنزلة الوصي في الحفظ.

[التاسعة ـ لا يضمن المرتهن إلا بتعد أو تفريط]

التاسعة ـ لا يضمن المرتهن الرهن إذا تلف في يده، **إلا بتعد أو تفريط**[10]، و لا يسقط بتلفه شيء من حق المرتهن، فإن تعدى

---

[1] أي أحدهما و هي الوصاية، أو الوكالة.

[2] أي بعد موت المرتهن.

[3] أي رضا الراهن.

[4] أي تسليم الراهن الرهن للمورث.

[5] أي استيمان الوارث.

[6] أي في الاستيمان.

[7] أي وارث المرتهن.

[8] أي على الرهن.

[9] أي لا يخرج عنهما.

[10] و هو الإخلال في حفظ الشيء عن التلف، أو السرقة، أو عروض النقص، خلافا للتعدي فإنه إعمال شيء موجب للنقص، أو التلف.

فيه، أو فرط ضمنه **فتلزم قيمته يوم تلفه** إن كان قيميا **على الأصح**، لأنه[1] وقت الانتقال إلى القيمة، و الحق قبله[2] كان منحصرا في العين و إن كانت مضمونة. و مقابل الأصح اعتبار قيمته يوم القبض[3]، أو أعلى القيم من يوم القبض إلى يوم التلف، أو من حين التلف إلى حين الحكم عليه بالقيمة كالغاصب[4]. و يضعف بأنه قبل التفريط غير مضمون فكيف تعتبر قيمته فيه[5] و بأن المطالبة[6] لا دخل لها في ضمان القيمي **فالأقوى الأول**[7] **مطلقا**[8]. هذا إذا كان الاختلاف بسبب السوق، أو نقص في العين غير مضمون، أما لو نقصت العين بعد التفريط بهزال و نحوه، ثم تلف اعتبر أعلى القيم المنسوبة[9] إلى العين من حين التفريط إلى التلف، و لو كان مثليا ضمنه بمثله إن وجد، و إلا فقيمة المثل عند الأداء

---

[1] أي يوم التلف.

[2] أي قبل التلف.

[3] أي يوم قبض وثيقة الدين و هو الرهن.

[4] في أنه يؤخذ بأشق الأحوال.

[5] أي قبل التفريط.

[6] أي مطالبة الراهن المرتهن بالقيمة لا دخل لها في الضمان، لأن المرتهن كان ضامنا بمجرد التلف قبل المطالبة، فلا معنى لكون المطالبة موجبة للضمان.

[7] و هو ضمان يوم التلف، لأنه وقت الانتقال.

[8] سواء زادت قيمته عن يوم التلف أم نقصت.

[9] بالجر صفة للقيم.

على الأقوى، لأن الواجب عنده إنما كان المثل و إن كان متعذرا، و انتقاله إلى القيمة بالمطالبة[1]، بخلاف القيمي لاستقرارها في الذمة من حين التلف مطلقا[2].

و لو اختلفا في القيمة حلف المرتهن، لأنه المنكر، و الأصل براءته من الزائد. و قيل: الراهن[3]، نظرا إلى كون المرتهن صار خائنا بتفريطه فلا يقبل قوله. و يضعف بأن قبول قوله من جهة إنكاره، لا من حيث كونه أمينا، أو خائنا.

[العاشرة ـ لو اختلفا في قدر الحق المرهون به، حلف الراهن على الأقرب]

العاشرة ـ لو اختلفا في قدر **الحق المرهون به، حلف الراهن على الأقرب** لأصالة عدم الزيادة، و براءة ذمته منها، و لأنه منكر، و للرواية[4].

و قيل: قول المرتهن استنادا إلى رواية[5] ضعيفة، **و لو اختلفا في الرهن و الوديعة** بأن قال المالك: هو وديعة، و قال الممسك: هو رهن **حلف المالك** لأصالة عدم الرهن، و لأنه منكر، و للرواية[6] الصحيحة.

و قيل: يحلف الممسك استنادا إلى رواية ضعيفة[7].

---

[1] أي بسبب المطالبة، فالباء سببية.

[2] سواء طالب الراهن أم لا، لأنه من ابتداء التلف فذمته مشغولة من حينه.

[3] أي حلف الراهن.

[4] الوسائل كتاب الرهن باب ١٧ – الحديث ١-٢.

[5] الوسائل كتاب الرهن باب ١٧ – الحديث ٤.

[6] الوسائل كتاب الرهن باب ١٦ – الحديث ١.

[7] الوسائل كتاب الرهن باب ١٦ – الحديث ٣

و قيل: الممسك إن اعترف له المالك بالدين، و المالك إن أنكره[١] جمعا بين الأخبار[٢]، و للقرينة[٣]. و ضعف المقابل[٤] يمنع من تخصيص الآخر **و لو اختلفا في عين الرهن** فقال: رهنتك العبد فقال: بل الجارية **حلف الراهن** خاصة **و بطلا**[٥]، لانتفاء ما يدعيه الراهن بإنكار المرتهن، لأنه[٦] جائز من قبله فيبطل بإنكاره، لو كان[٧] حقا، و انتفاء[٨] ما يدعيه المرتهن بحلف الراهن.

و لو كان الرهن **مشروطا في عقد لازم تحالفا**، لأن إنكار المرتهن هنا يتعلق بحق الراهن حيث إنه يدعي عدم الوفاء بالشرط الذي

---

[١] أي الدين.

[٢] و هي الأخبار المختلفة التي ذكرت في كتاب الوسائل في أبواب الرهن باب ١٦ فراجع.

[٣] أي اعتراف المالك بالدين للممسك قرينة على أن العين في يد الممسك رهن فيقدم قول الممسك و هو المرتهن.

[٤] و هي الرواية الضعيفة التي دلت على تقديم قول الممسك لا تقاوم الصحيحة و لا تخصصها. و الرواية الصحيحة هي الرواية الواردة في تقديم قول المالك فيما إذا أنكر كما علمت في الهامش رقم ٦ ص ٩٣ فأين للضعيفة من مقاومتها للصحيحة و تخصيصها.

[٥] أي [رهن العبد] لإنكار المرتهن، و [رهن الجارية] لحلف الراهن.

[٦] أي الرهن، فإذا أنكر الرهن بطل فهو دليل لبطلان رهن العبد.

[٧] أي ما يدعيه المالك و هو الراهن.

[٨] دليل لبطلان رهن الجارية الذي يدعيه المرتهن.

هو ركن من أركان ذلك العقد اللازم فيرجع الاختلاف إلى تعيين الثمن[1] لأن شرط الرهن من مكملاته فكل يدعي ثمنا غير ما يدعيه الآخر فإذا تحالفا بطل الرهن، و فسخ المرتهن العقد المشروط فيه[2] إن شاء، و لم يمكن استدراكه[3] كما لو مضى الوقت المحدود له[4].

و قيل: يقدم قول الراهن كالأول[5].

[الحادية عشر ـ لو أدى دينا و عين به رهنا]

الحادية عشر ـ لو أدى[6] دينا و عين به رهنا بأن كان عليه ديون و على كل واحد رهن خاص فقصد بالمؤدى[7] أحد الديون بخصوصه ليفك رهنه **فذاك** هو المتعين، لأن مرجع التعيين إلى قصد المؤدي[8]، **و إن أطلق** و لم يسم أحدها[9] لفظا لكن قصده

---

[1] كما لو قال المرتهن: بعتني هذا بعشرة دنانير بشرط أن تكون الجارية رهنا. و قال الراهن: بعتك هذا بعشرة دنانير بشرط أن يكون العبد رهنا، فالاختلاف واقع في تعيين الثمن، لأن شرط رهن العبد، أو الجارية من مكملات الثمن.

[2] أي في الرهن.

[3] أي الرهن المشروط في العقد.

[4] أي للدين.

[5] و هي الدعوى الأولى و هو [اختلاف الراهن و المرتهن في عين الرهن] في أنه يقدم قول الراهن.

[6] أي في مقام وفاء الدين.

[7] أي الدين المؤدى.

[8] على صيغة الفاعل المراد منه الراهن.

[9] أي أحد الديون.

فتخالفا في القصد فادعى كل منهما[1] قصد الدافع دينا غير الآخر **حلف الدافع** على ما ادعى قصده، لأن الاعتبار بقصده و هو أعلم به و إنما احتيج إلى اليمين مع أن مرجع النزاع إلى قصد الدافع، و دعوى الغريم العلم به غير معقول، لإمكان اطلاعه عليه بإقرار القاصد، و لو تخالفا فيما تلفظ بإرادته فكذلك[2]. و يمكن رده[3] إلى ما ذكره[4] من التخالف في القصد، إذ العبرة به[5]، و اللفظ كاشف عنه.

و كذا لو كان عليه دين خال عن الرهن، و آخر به رهن **فادعى الدفع عن المرهون به** ليفك الرهن، و ادعى الغريم الدفع عن الخالي ليبقى الرهن فالقول قول الدافع مع يمينه، لأن الاختلاف يرجع إلى قصده الذي لا يعلم إلا من قبله[6] كالأول[7].

---

[1] الراهن و المرتهن، أو الدائن و المديون. فالأول يدعي أنه أراد بأداء المبلغ الكذائي فك الرهن الفلاني، و الثاني يقول: إنك أردت غيره. فكل منهما يدعي خلاف ما يدعيه الآخر.

[2] أي حلف الدافع أيضا كما كان الحلف للدافع في الصورة الأولى، فالمعنى أنه لو تخالف الراهن و المرتهن في الألفاظ الصادرة من الراهن. فقال الراهن: تلفظت بكذا و هو دال على الدين الفلاني. و قال المرتهن: تلفظت بكذا الدال على دين غير الدين الذي يعينه الدائن.

[3] أي رد التخالف فيما تلفظ به إلى التخالف في القصد حتى لا يحتاج إلى جعلهما صورتين.

[4] أي المصنف.

[5] أي بالقصد.

[6] أي من قبل الراهن.

[7] و هو التخالف في القصد.

[الثانية عشر ـ لو اختلفا فيما يباع به الرهن]

الثانية عشر ـ لو اختلفا فيما يباع به الرهن فأراد المرتهن بيعه بنقد، و الراهن بغيره **بيع بالنقد الغالب**، سواء وافق مراد أحدهما أم خالفهما، و البائع المرتهن إن كان وكيلا[1]، و الغالب[2] موافق لمراده، أو رجع[3] إلى الحق، و إلا[4] فالحاكم، **فإن غلب نقدان بيع بمشابه الحق**[5] منهما[6] إن اتفق، **فإن باينهما[7] عين الحاكم** إن امتنعا من التعيين. و إطلاق الحكم بالرجوع إلى تعيين الحاكم يشمل ما لو كان أحدهما [8]

---

[1] في البيع.

[2] أي النقد الغالب، [و الواو] حالية. فالمعنى أن المرتهن يبيع الرهن إذا كان وكيلا في البيع و الحال أن النقد الغالب يكون موافقا لمراده، أي ما يطلب بيعه به.

[3] أي رجع المرتهن إلى الحق و هو رضاؤه بالبيع بالنقد الغالب و إن لم يكن موافقا لمراده، و هذا رجوع من المرتهن إلى الحق و انصياع و خضوع منه للشرع.

[4] أي و إن لم يكن نقد الغالب موافقا لمراده و لم يكن وكيلا في البيع تولى الحاكم بيع الرهن.

[5] أي حق المرتهن.

[6] أي من النقدين الغالبين.

[7] أي باين الدين – و هو حق المرتهن – النقدين الغالبين.

[8] أي أحد النقدين الغالبين أقرب إلى الصرف إلى الحق. كما لو كان طلب المرتهن [العملة الأجنبية]، و النقد الغالب الدينار العراقي، أو الريال الإيراني. فإذا كانت العملة الأجنبية أسهل صرفا بأحدهما كالدينار العراقي مثلا تعين بيعه به.

أقرب إلى الصرف إلى الحق، و عدمه[١]، و في الدروس: لو كان أحدهما و عنى به[٢] المتباينين أسهل صرفا إلى الحق تعين، و هو حسن.

و في التحرير: لو بايناه[٣] بيع بأوفرهما حظا[٤]. و هو أحسن، فإنه ربما كان عسر الصرف أصلح للمالك[٥] و حيث يباع بغير مراده[٦] ينبغي مراعاة الحظ له كغيره[٧] ممن يلي عليه الحاكم.

---

[١] أي عدم الأقربية إلى الصرف.

[٢] أي بأحد النقدين الغالبين الذين يباينان الحق.

[٣] أي النقدان الغالبان بائنا الحق، فمرجع الضمير [الحق].

[٤] أي استفادته و نفعه أكثر للراهن.

[٥] و هو الراهن.

[٦] أي مراد الراهن.

[٧] أي كغير الراهن.

كتاب الحجر

[و أسبابه ستة]

و أسبابه ستة بحسب ما جرت العادة بذكره في هذا الباب، و إلا فهي أزيد من ذلك مفرقة في تضاعيف الكتاب، كالحجر على الراهن في المرهون، و على المشتري فيما اشتراه قبل دفع الثمن، و على البائع في الثمن المعين قبل تسليم المبيع، و على المكاتب في كسبه لغير الأداء و النفقة، و على المرتد الذي يمكن عوده إلى الإسلام[1].

و الستة المذكورة هنا هي: **الصغر. و الجنون. و الرق، و الفلس. و السفه. و المرض** المتصل بالموت.

[الصغر]

و يمتد حجر الصغير حتى يبلغ بأحد الأمور المذكورة في كتاب الصوم[2]، **و يرشد، بأن يصلح ماله** بحيث يكون له ملكة نفسانية تقتضي إصلاحه، و تمنع إفساده و صرفه[3] في غير الوجوه اللائقة بأفعال العقلاء، لا مطلق الإصلاح[4]، فإذا تحققت الملكة

---

[1] و هو الملي.

[2] الجزء الثاني ص ١٤٤.

[3] بالنصب عطفا على مفعول [تمنع]: أي و تمنع صرف ماله.

[4] كما يستفاد من إطلاق عبارة المصنف، بل المراد من الإصلاح هو الإصلاح مع صدق الرشد.

المذكورة مع البلوغ ارتفع عنه الحجر **و إن كان فاسقا** على المشهور، لإطلاق الأمر بدفع أموال اليتامى إليهم بإيناس الرشد[1] من غير اعتبار أمر آخر معه[2]. و المفهوم من الرشد عرفا هو إصلاح المال على الوجه المذكور و إن كان فاسقا.

و قيل: يعتبر مع ذلك[3] العدالة فلو كان مصلحا لماله غير عدل في دينه لم يرتفع عنه الحجر، للنهي[4] عن إيتاء السفهاء المال، و ما[5] روي أن شارب الخمر سفيه، و لا قائل بالفرق[6]، و عن ابن عباس[7] أن الرشد هو الوقار، و الحلم، و العقل. و إنما يعتبر على القول بها في الابتداء[8]، لا في الاستدامة، فلو عرض الفسق بعد العدالة قال الشيخ: الأحوط أن يحجر عليه. مع أنه شرطها ابتداء، و يتوجه

---

[1] كما في قوله تعالى وَ ابْتَلُوا الْيَتٰامىٰ حَتّٰى إِذٰا بَلَغُوا النِّكٰاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوٰالَهُمْ النساء: الآية ٥ فإنها لا تدل على اعتبار غير الرشد.

[2] أي مع إيناس الرشد.

[3] أي مع الإصلاح.

[4] و هو قوله تعالى لاٰ تُؤْتُوا السُّفَهٰاءَ أَمْوٰالَكُمُ.

[5] مجرور محلا عطف على مدخول [لام الجارة]: أي للنهي و لما روي فالآية بانضمام الرواية إليها تدل على لزوم العدالة بناء على أن الفاسق سفيه و أي سفاهة أعظم من الفسق كما في الرواية. و الرواية في الوسائل كتاب الوصايا باب ٥٣ الحديث ٢.

[6] بين الخمر و غيرها.

[7] الدر المنثور ج ٢ ص ١٢١.

[8] أي في أول البلوغ، فلو عرض الفسق بعد ذلك لم يضر و لا يحجر عليه

على ذلك[1] أنها لو كانت شرطا في الابتداء لاعتبرت بعده[2] لوجود المقتضى[3].

و يختبر من يراد معرفة رشده **بما يلائمه** من التصرفات و الأعمال، ليظهر اتصافه بالملكة، و عدمه، فمن كان من أولاد التجار فوض إليه البيع و الشراء بمعنى مماكسته[4] فيهما على وجههما[5]، و يراعى إلى أن يتم مساومته ثم يتولاه الولي إن شاء، فإذا تكرر منه ذلك[6]، و سلم من الغبن و التضييع في غير وجهه فهو رشيد. و إن كان من. أولاد من يصان عن ذلك اختبر بما يناسب حال أهله، إما بأن يسلم إليه نفقة مدة لينفقها في مصالحه، أو مواضعها التي عينت له، أو بأن يستوفي[7] الحساب على معامليهم، أو نحو ذلك[8]، فإن وفى بالأفعال الملاءمة فهو رشيد، و من تضييعه: إنفاقه في المحرمات، و الأطعمة النفيسة التي لا تليق بحاله بحسب وقته، و بلده،

---

[1] أي على اشتراط العدالة.

[2] أي بعد الابتداء.

[3] و هي الأدلة التي تمسك بها القائل بالعدالة ابتداء.

[4] مصدر ماكس يماكس، يقال: ماكسه أي استحطه الثمن و طلب نقصه منه. و هي المداقة في إتمام القيمة و المحاورة في ذلك.

[5] أي على الطريق المتعارف في البيع و الشراء من المداقة في ثمن المبيع من طرف البائع أو المشتري.

[6] أي المماكسة و المساومة على وجهها.

[7] أي يجمع طلباتهم.

[8] مما يدل على كماله و رشده.

و شرفه، وضعته. و الأمتعة و اللباس كذلك[1].

و أما صرفه في وجوه الخير من الصدقات، و بناء المساجد، و إقراء الضيف فالأقوى أنه غير قادح مطلقا[2]، إذ لا سرف في الخير، كما لا خير في السرف، و إن كان أنثى اختبرت بما يناسبها من الأعمال كالغزل، و الخياطة، و شراء آلاتهما المعتادة لأمثالهما بغير غبن، و حفظ ما يحصل في يدها من ذلك، و المحافظة على أجرة مثلها إن عملت للغير، و حفظ ما تليه من أسباب البيت، و وضعه على وجهه، و صون أطعمته التي تحت يدها عن مثل الهرة و الفار و نحو ذلك، فإذا تكرر ذلك على وجه الملكة ثبت الرشد، و إلا فلا. و لا يقدح فيها وقوع ما ينافيها نادرا من الغلط و الانخداع في بعض الأحيان، لوقوعه كثيرا من الكاملين و وقت الاختبار قبل البلوغ، عملا بظاهر الآية[3].

و يثبت الرشد لمن لم يختبر **بشهادة النساء في النساء لا غير** لسهولة اطلاعهن عليهن غالبا، عكس الرجال، **و بشهادة الرجال مطلقا** ذكرا كان المشهود عليه، أم أنثى، لأن شهادة الرجال غير مقيدة[4]. و المعتبر في شهادة الرجال اثنان، و في النساء أربع، و يثبت رشد أنثى بشهادة رجل و امرأتين أيضا، و بشهادة أربع خناثى.

و لا يصح إقرار السفيه بمال و يصح بغيره كالنسب و إن أوجب

---

[1] أي كالأطعمة النفيسة في أنها يراعى فيها اللياقة بحسب الوقت و البلد.

[2] سواء كانت لائقة بحاله أم لا.

[3] كما مرت الإشارة إليها في الهامش رقم ١ ص ١٠٢.

[4] يكون المشهود عليه رجلا.

النفقة، و في الإنفاق عليه[1] من ماله[2] أو بيت المال قولان، أجودهما الثاني، و كالإقرار بالجناية الموجبة للقصاص و إن كان نفسا، **و لا تصرفه في المال** و إن ناسب أفعال العقلاء، و يصح تصرفه فيما لا يتضمن إخراج المال كالطلاق[3]، و الظهار، و الخلع.

و لا يسلم عوض الخلع إليه لأنه تصرف مالي ممنوع منه.

و يجوز أن يتوكل لغيره في سائر العقود أي في جميعها. و إن كان قد ضعف إطلاقه[4] عليه[5] بعض أهل العربية، حتى عده في "درة الغواص" من أوهام الخواص، و جعله مختصا بالباقي أخذا له من السؤر و هو البقية، و عليه جاء قول النبي صلى الله عليه و آله لابن غيلان لما أسلم على عشر نسوة

أمسك عليك أربعا، و فارق سائرهن[6]، لكن قد أجازه بعضهم. و إنما جاز توكيل غيره له، لأن عبارته ليست مسلوبة مطلقا[7]، بل مما يقتضي التصرف في ماله

[الجنون]

و يمتد حجر المجنون في التصرفات المالية و غيرها **حتى يفيق** و يكمل عقله **و الولاية في مالهما** أي الصغير و المجنون **للأب و الجد** له و إن علا **فيشتركان في الولاية** لو اجتمعا، فإن اتفقا على أمر نفذ، و إن تعارضا قدم عقد السابق

---

[1] أي على المقر له الذي أقر له السفيه.

[2] أي من مال السفيه.

[3] هذا إذا كان الزوج قد أعطى مهرها قبل السفيه. و أما إذا لم يعطها و صار سفيها فلا يصح طلاقه.

[4] أي إطلاق [السائر] على [الجميع].

[5] أي على الجميع.

[6] المغني ج ٧ ص ٥.

[7] سواء كان في ماله أم في مال الغير.

فإن اتفقا ففي بطلانه، أو ترجيح الأب، أو الجد أوجه، **ثم الوصي** لأحدهما مع فقدهما، **ثم الحاكم** مع فقد الوصي.

و الولاية في مال السفيه الذي لم يسبق رشده كذلك للأب و الجد إلى آخر ما ذكر عملا بالاستصحاب **فإن سبق** رشده و ارتفع الحجر عنه بالبلوغ معه ثم لحقه السفه **فللحاكم** الولاية دونهم لارتفاع الولاية عنه بالرشد فلا تعود إليهم إلا بدليل، و هو منتف، و الحاكم ولي عام لا يحتاج إلى دليل و إن تخلف في بعض الموارد[1].

و قيل: الولاية في ماله للحاكم مطلقا[2]، لظهور توقف الحجر عليه، و رفعه على حكمه[3] في كون النظر إليه،

[الرق]

و العبد ممنوع من التصرف **مطلقا** في المال و غيره، سواء أحلنا ملكه أم قلنا به، عدا الطلاق فإن له إيقاعه و إن كره المولى،

و المريض ممنوع مما زاد عن الثلث، إذا تبرع به، أما لو عاوض عليه بثمن مثله نفذ، **و إن نجز** ما تبرع به في مرضه بأن وهبه، أو وقفه، أو تصدق به، أو حابى به في بيع، أو إجارة **على الأقوى** للأخبار[4] الكثيرة الدالة عليه منطوقا و مفهوما، و قيل: يمضي من الأصل للأصل، و عليه شواهد من الأخبار [5]

[السفيه] و يثبت الحجر على السفيه بظهور

---

[1] كما سبق قريبا في موارد ولاية الأب، و الجد، و الوصي لهما.

[2] أي و إن لم يسبق رشده.

[3] أي على الحاكم.

[4] راجع الوسائل كتاب الوصايا – باب حكم تصرفات المريض المنجزة في مرض الموت فإنك تجد هناك الأحاديث الواردة في هذا الباب.

[5] الوسائل كتاب الوصايا – باب ١٠ – الحديث ٤.

سفهه، و إن لم يحكم الحاكم به[1] لأن المقتضي له[2] هو السفه، فيجب تحققه بتحققه[3]، و لظاهر قوله تعالى فَإِنْ كٰانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهاً[4] حيث أثبت عليه الولاية بمجرده.

و لا يزول الحجر عنه **إلا بحكمه**[5] لأن زوال السفه يفتقر إلى الاجتهاد، و قيام الأمارات، لأنه أمر خفي فيناط[6] بنظر الحاكم.

و قيل: يتوقفان[7] على حكمه لذلك[8].

و قيل: لا فيهما[9]، و هو الأقوى، لأن المقتضي للحجر هو السفه فيجب أن يثبت بثبوته، و يزول بزواله، و لظاهر قوله تعالى:

---

[1] أي بالحجر.

[2] أي للحجر.

[3] مرجع الضمير [السفه] كما و أن مرجع الضمير في [تحققه] الأول [الحجر]. فالمعنى أنه متى وجد السفه يثبت الحجر عليه و إن لم يحكم الحاكم بالحجر.

[4] البقرة: الآية ٢٨٢.

[5] أي بحكم الحاكم. و لا يخفى أن رفع الحجر عن السفيه يحتاج إلى حكم الحاكم. و أما وضع الحجر عليه فلا يحتاج إليه.

[6] أي يتعلق بنظر الحاكم.

[7] أي وضع الحجر، و رفع الحجر.

[8] أي لأجل التعليل المذكور: [و هو خفاء السفه] لاحتياجه إلى الاجتهاد و قيام الأمارات.

[9] أي لا يتوقف حجر السفيه على حكم الحاكم لا في الوضع و لا في الرفع.

فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوٰالَهُمْ[1] حيث علق الأمر بالدفع على إيناس الرشد، فلا يتوقف على أمر آخر.

و لو عامله العالم بحاله استعاد ماله مع وجوده، لبطلان المعاملة **فإن تلف فلا ضمان** لأن المعامل قد ضيع ماله بيده، حيث سلمه إلى من نهى الله تعالى عن إيتائه[2]، و لو كان جاهلا بحاله فله الرجوع مطلقا[3]، لعدم تقصيره.

و قيل: لا ضمان مع التلف مطلقا[4]، لتقصير من عامله قبل اختباره.

و فصل ثالث: فحكم بذلك[5] مع قبض السفيه المال بإذن مالكه و لو كان بغير إذنه ضمنه مطلقا[6]، لأن المعاملة الفاسدة لا يترتب عليها حكم فيكون قابضا للمال بغير إذن، فيضمنه، كما لو أتلف مالا، أو غصبه بغير إذن مالكه. و هو حسن.

و في إيداعه، أو إعارته، أو إجارته فيتلف العين نظر من[7] تفريطه بتسليمه و قد نهى الله تعالى عنه بقوله وَ لاٰ تُؤْتُوا السُّفَهٰاءَ أَمْوٰالَكُمُ[8]، فيكون بمنزلة من ألقى ماله في البحر،

---

[1] النساء: الآية ٥.

[2] لقوله تعالى وَ لاٰ تُؤْتُوا السُّفَهٰاءَ.

[3] أي و إن تلف المال.

[4] سواء كان عالما بالسفه أم لا.

[5] أي بعدم الضمان، سواء كان عالما، أم لا.

[6] سواء كان عالما أم لا، و سواء تلف المال أم لا.

[7] دليل لعدم ضمان السفيه، لأن [المعامل] بصيغة الفاعل – قد فرط بماله حيث سلمه إلى من نهى الله عنه.

[8] النساء: الآية ٤.

و من عدم[1] تسليطه على الإتلاف، لأن المال في هذه المواضع أمانة يجب حفظه، و الإتلاف حصل من السفيه بغير إذن فيضمنه كالغصب، و الحال أنه بالغ عاقل، و هذا هو الأقوى.

و لا يرتفع الحجر عنه ببلوغه خمسا و عشرين سنة إجماعا منا لوجود المقتضي للحجر، و عدم صلاحية هذا السن لرفعه. و نبه بذلك[2]، على خلاف بعض[3] العامة، حيث زعم أنه متى بلغ خمسا و عشرين سنة يفك حجره به و إن كان سفيها، **و لا يمنع من الحج الواجب مطلقا**، سواء زادت نفقته عن نفقة الحضر أم لا، و سواء وجب بالأصل أم بالعارض كالمنذور قبل السفه، لتعينه عليه، و لكن لا يسلم النفقة، بل يتولاها الولي، أو وكيله[4]، **و لا** من الحج **المندوب إذا استوت نفقته** حضرا و سفرا، و في حكم استواء النفقة ما لو تمكن في السفر من كسب يجبر الزائد بحيث لا يمكن فعله في الحضر.

و تنعقد يمينه لو حلف: **و يكفر بالصوم** لو حنث، لمنعه

---

[1] دليل لضمان السفيه.

[2] [و هو عدم رفع الحجر عن السفيه ببلوغه هذه السن].

[3] قال أبو حنيفة: إذا بلغ السفيه خمسا و عشرين سنة فك عنه الحجر و دفع إليه ماله. المغني ج ٤ ص ٤١١.

[4] معناه تسليم المال منهما إلى الرفقة ممن يوثق به. و لا أظن أن المراد من [بل يتولاها الولي، أو وكيله] أي وكيل الولي: أنهما يسافران معه، لأنهما إن سافرا على نفقة أنفسهما فذلك غير مراد قطعا، إذ لا مبرر لذلك. و إن سافرا على نفقة السفيه فذاك موجب لزيادة صرف المال و هو ممنوع.

من التصرف المالي، و مثله[1] العهد و النذر، و إنما ينعقد ذلك[2] حيث لا يكون متعلقه المال ليمكن الحكم بالصحة، فلو حلف أو نذر أن يتصدق بمال لم ينعقد نذره، لأنه تصرف مالي. هذا مع تعينه، أما لو كان مطلقا لم يبعد أن يراعى في إنفاذه الرشد **و له العفو عن القصاص**، لأنه ليس بمالي، **لا الدية**، لأنه تصرف مالي، و له الصلح عن القصاص على مال، لكن لا يسلم إليه.

[1] أي و مثل انعقاد اليمين انعقاد النذر و العهد.

[2] أي العهد و النذر و اليمين.

الضمان

[ما المراد من الضمان]

و المراد به الضمان بالمعنى الأخص قسيم الحوالة و الكفالة، لا الأعم[1] الشامل لهما **و هو التعهد بالمال** أي الالتزام به **من البريء** من مال مماثل لما ضمنه للمضمون عنه. و بقيد المال خرجت الكفالة فإنها تعهد بالنفس، و بالبريء الحوالة بناء على اشتراطها[2] بشغل ذمة المحال عليه للمحيل بما أحال به.

[شرائط الضامن]

و يشترط كماله أي كمال الضامن المدلول عليه بالمصدر[3]، أو اسم الفاعل[4]، أو المقام[5] **و حريته** فلا يصح ضمان العبد في المشهور، لأنه لا يقدر على شيء.

و قيل: يصح و يتبع به بعد العتق **إلا أن يأذن المولى فيثبت** المال **في ذمة العبد**، لا في مال المولى لأن إطلاق الضمان أعم من كل منهما[6] فلا يدل على الخاص[7]،

---

[1] [و هو التعهد المطلق]، سواء كان في الأموال أم في الأبدان.

[2] أي الحوالة.

[3] و هو [الضمان] فالمصدر دال على اسم الفاعل، لأنه لا بد له من فاعل و هو [الضامن].

[4] و هو [البريء] في قول الماتن.

[5] لأن الكلام في الضمان، و الضامن.

[6] أي من ذمة المولى، و من ذمة العبد.

[7] و هي ذمة المولى.

و قيل: يتعلق بكسبه حملا على المعهود من الضمان الذي يستعقب الأداء[1] و ربما قيل بتعلقه بمال المولى مطلقا[2]، كما لو أمره بالاستدانة[3]، و هو متجه، **إلا أن يشترط كونه من مال المولى** فيلزم بحسب ما شرط و يكون[4] حينئذ كالوكيل، و لو شرطه من كسبه فهو كما لو شرطه من مال المولى، لأنه[5] من جملته، ثم إن وفي الكسب بالحق المضمون و إلا ضاع ما قصر، و لو أعتق العبد قبل إمكان تجدد شيء من الكسب ففي بطلان الضمان، أو بقاء التعلق به وجهان.

و لا يشترط علمه[6] بالمستحق[7] للمال المضمون و هو المضمون له بنسبه أو وصفه، لأن الغرض إيفاؤه الدين و هو لا يتوقف على ذلك[8]، و كذا لا يشترط معرفة قدر الحق المضمون، و لم يذكره المصنف، و يمكن إرادته من العبارة بجعل المستحق مبنيا للمجهول، فلو ضمن

---

[1] أي يقع الأداء بعد الضمان، و لا يتراخى عنه، فإن قلنا بتبعية الضمان إلى ما بعد العتق فربما أوجب تراخي الأداء عن الضمان.

[2] سواء كان بكسب العبد أم من غيره.

[3] لأن المولى إذا أمر عبده بالاستدانة يكون الوفاء من مال المولى مطلقا لا في خصوص كسب العبد.

[4] أي العبد.

[5] أي كسب العبد.

[6] أي الضمان.

[7] على صيغة الفاعل: أي لا يشترط علم الضامن بمن يضمن له المال.

[8] أي على معرفة الضامن المضمون له.

ما في ذمته[1] صح على أصح القولين، للأصل، و إطلاق النص[2] و لأن الضمان لا ينافيه الغرر، لأنه ليس معاوضة، لجوازه من المتبرع. هذا إذا أمكن العلم به بعد ذلك[3] كالمثال[4]، فلو لم يمكن كضمنت لك شيئا مما في ذمته[5] لم يصح قطعا، و على تقدير الصحة[6] يلزمه[7] ما تقوم به البينة أنه كان لازما للمضمون عنه وقت الضمان، لا ما يتجدد[8]، أو يوجد في دفتر[9]، أو يقر به المضمون عنه[10]، أو يحلف عليه المضمون له برد اليمين من المضمون عنه، لعدم دخول الأول[11] في الضمان، و عدم ثبوت الثاني[12]، و عدم نفوذ الإقرار

---

[1] أي لو ضمن ضامن ما في ذمة شخص من دون أن يعرف المضمون له و قدر المال.

[2] الوسائل كتاب الضمان باب ٢-٣.

[3] أي بعد الضمان.

[4] كما في قوله [فلو ضمن ما في ذمته] فإنه يمكن العلم بالمقدار المضمون بعد الضمان.

[5] أي في ذمة الدائن.

[6] أي صحة الضمان حيث اجتمعت الشروط.

[7] أي الضامن. هذا إذا كانت هناك خصومة بين المضمون له و المضمون عنه، أو بين المضمون له و الضامن فحينئذ يحكم الحاكم على طبق البينة.

[8] أي من الدين بعد الضمان، فإن الدين المتجدد لا يلزم الضامن.

[9] أي في دفتر المضمون له الذي هو الدائن.

[10] و هو المديون.

[11] و هو الدين المتجدد بعد الضمان.

[12] و هو [ما وجد في دفتر المضمون له].

في الثالث[1] على الغير، و كون[2] الخصومة حينئذ[3] مع الضامن و المضمون عنه فلا يلزمه[4] ما يثبت بمنازعة[5] غيره[6]، كما[7]

---

[1] و هو إقرار المضمون عنه الذي هو المديون، لأن إقراره نافذ على نفسه لا على الضامن فلا ينافي القاعدة المشهورة: [إقرار العقلاء على أنفسهم جائز].

[2] تعليل لعدم ثبوت الزائد من الدين على الضامن بحلف المضمون له حين رد المضمون عنه اليمين الموجهة إليه. بيان ذلك: أن الخصومة و إن كانت بين المضمون له في طرف و كل من الضامن و المضمون عنه في طرف آخر. بمعنى أن خصومة المضمون له موجهة ضد الضامن و المضمون عنه كليهما، لكنه مع ذلك لا يثبت على الضامن ما ثبت على المضمون عنه بسبب يمين المضمون له في الصورة الرابعة: و هو [حلف المضمون له بسبب اليمين المردودة من قبل المضمون عنه].

[3] أي حين النزاع بين المضمون له، و المضمون عنه.

[4] أي الضامن.

[5] مصدر مضاف إلى المفعول و هو لفظ [غير] المراد منه المضمون عنه و الفاعل محذوف و هو المضمون له: فالمعنى أنه بمنازعة المضمون له مع المضمون عنه، و ثبوت الحق على المضمون عنه لا يثبت حق في ذمة الضامن.

[6] مرجع الضمير [الضامن].

[7] أي كما و أنه لا يثبت على المضمون عنه ما أقر به الضامن للمضمون له من الدين الزائد الذي يدعيه المضمون له على المضمون عنه. فالحاصل: أنه كما لا يثبت في ذمة الضامن المقدار الزائد من الدين المدعى من قبل المضمون له على المضمون عنه بمجرد منازعة المضمون له مع المضمون عنه كذلك لا يثبت على المضمون عنه المقدار الزائد من الدين بمجرد إقرار الضامن للمضمون له.

لا يثبت ما يقر به، في الرابع[1]. نعم[2] لو كان الحلف برد الضامن ثبت[3] ما حلف[4]،

[1] الجار و المجرور متعلق بـ[و كون الخصومة]. أي أن الخصومة بين الضامن و المضمون عنه في الصورة الرابعة [و هو حلف المضمون له باليمين المردودة من قبل المضمون عنه] إلى آخر ما ذكر في الهامش رقم ٢ من الصفحة ١١٦. و لا يخفى عليك أن هذه الجملة: و هو [في الرابع] من العبارات الغامضة و قد يتخيل أنها متعلقة بقول الشارح: [ما يقر به] مع أن ما أقر به الضامن ليس داخلا في الأقسام الأربعة، إذ الأقسام الأربعة هي: [تجدد الدين] و [وجوده في دفتر] و [إقرار المضمون عنه] و [حلف المضمون له باليمين المردودة]. فإقرار الضامن للمضمون له بالدين الزائد لا يثبت حقا على المضمون عنه فهو خارج عن الأقسام الأربعة كما علمت، إذن فالمتعين أن [في الرابع] متعلق بـ[و كون الخصومة].

[2] استدراك لثبوت الدين الزائد على الضامن لو رد اليمين الموجهة إليه من قبل المضمون له التي وجهها إليه المضمون عنه فلو لم يحلف و رد اليمين أيضا توجه ثبوت الزائد عليه.

[3] أي الزائد على الضامن بمجرد رده اليمين الموجهة إليه من قبل المضمون له.

[4] فاعل حلف [المضمون له] أي ثبت على الضامن الزائد بعد حلف المضمون له.

عليه[1]. **و** كذا **لا** يشترط علمه **بالغريم** و هو المضمون عنه، لأنه وفاء دين عنه و هو جائز عن كل مديون. و يمكن أن يريد به الأعم منه[2]، و من المضمون له، و يريد بالعلم به[3]: الإحاطة بمعرفة حاله من نسب أو وصف، لسهولة[4] الاقتضاء، و ما شاكله، لأن الغرض إيفاؤه الدين، و ذلك[5] لا يتوقف على معرفته[6] كذلك[7]، **بل تميزهما** أي المستحق[8] و الغريم ليمكن توجه القصد[9] إليهما، أما الحق فليمكن أداؤه، و أما المضمون له فليمكن إيفاؤه، و أما المضمون عنه فليمكن القصد إليه. و يشكل بأن المعتبر القصد إلى الضمان و هو التزام المال الذي يذكره

---

[1] مرجع الضمير [ما الموصولة]: أي ثبت على الضامن ما حلف عليه المضمون عنه.

[2] أي من الغريم.

[3] أي بالغريم.

[4] تعليل لعدم لزوم علم الضامن بنسب المضمون عنه، أو بوصف من أوصافه، لاستحباب كون المؤمن سهل القضاء، و سهل الاقتضاء كما في الخبر المؤمن سهل القضاء و سهل الاقتضاء.

[5] أي إيفاء الدين.

[6] أي الغريم.

[7] أي بخصوصياته من النسب، أو الوصف.

[8] و هو المضمون له، و المراد من الغريم: المضمون عنه.

[9] أي قصد الضامن إلى كل من الغريم و المستحق.

المضمون له، و ذلك[1] غير متوقف على معرفة من عليه الدين.

فلو قال شخص: إني أستحق في ذمة آخر مائة درهم مثلا فقال آخر: ضمنتها لك كان قاصدا إلى عقد الضمان عمن كان عليه الدين مطلقا[2]، و لا دليل على اعتبار العلم بخصوصه[3].

[و لا بد له من إيجاب و قبول مخصوصين]

و لا بد له من إيجاب و قبول مخصوصين[4]، لأنه من العقود اللازمة الناقلة للمال من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن، **و الإيجاب ضمنت، و تكفلت**، و يتميز عن مطلق الكفالة بجعل متعلقها[5] المال **و تقبلت و شبهه** من الألفاظ الدالة عليه صريحا، **و لو قال مالك عندي، أو علي، أو ما عليه**[6] **علي فليس بصريح**، لجواز إرادته أن للغريم تحت يده مالا، و أنه قادر على تخليصه، أو أن عليه السعي، أو المساعدة، و نحوه. و قيل إن "علي" [7]ضمان، لاقتضاء علي الالتزام، و مثله[8] في ذمتي و هو متجه، أما ضمانه علي[9] فكاف، لانتفاء الاحتمال،

---

[1] أي التزام الضامن للمال الذي يذكره المضمون له.

[2] أي من دون أن يعرفه.

[3] أي بخصوص من عليه الدين و هو المضمون عنه.

[4] أي إيجاب مخصوص بالضمان، و قبول مخصوص به.

[5] أي متعلق الكفالة.

[6] أي ما على المديون.

[7] في قول القائل: مالك علي، أو ما عليه علي.

[8] أي مثل [علي] في اقتضائه الضمان.

[9] أي لو قال القائل: [ضمانه علي].

مع تصريحه[1] بالمال **فيقبل المستحق** و هو المضمون له.

و قيل: يكفي رضاه بالضمان و إن لم يصرح بالقبول، لأن حقه يتحول من ذمة إلى أخرى، و الناس يختلفون في حسن المعاملة، و سهولة القضاء، فلا بد من رضاه[2] به[3] و لكن لا يعتبر القبول، للأصل، لأنه وفاء دين. و الأقوى الأول[4]، لأنه عقد لازم فلا بد له من إيجاب و قبول لفظين صريحين متطابقين عربيين، فعلى ما اختاره من اشتراطه[5] يعتبر فيه ما يعتبر في العقود اللازمة[6]. و على القول الآخر [7]**فلا يشترط فورية القبول**، للأصل، و حصول الغرض.

و قيل: لا يشترط رضاه مطلقا[8]، لما روي من ضمان علي عليه الصلاة و السلام دين الميت الذي امتنع النبي صلى الله عليه و آله و سلم من الصلاة عليه، لمكان دينه[9].

و لا عبرة بالغريم [10]و هو المضمون عنه، لما ذكرناه من أنه

---

[1] أي مع تصريح الضامن بقوله: ضمان مالك علي.

[2] أي المستحق.

[3] أي الضمان.

[4] و هو الاحتياج إلى القبول اللفظي، دون الرضا القلبي.

[5] أي من اشتراط القبول اللفظي.

[6] و من جملتها فورية القبول.

[7] و هو كفاية الرضا من دون اللفظ.

[8] لا لفظا، و لا قلبا.

[9] الوسائل كتاب الضمان أحكام الضمان باب ٣ الحديث ٢.

[10] أي برضى الغريم.

وفاء عنه، و هو غير متوقف على إذنه.

نعم لا يرجع[1] **عليه مع عدم إذنه** في الضمان و إن أذن في الأداء، لأنه متبرع، و الضمان هو الناقل للمال من الذمة، **و لو أذن** له في الضمان **رجع** عليه **بأقل الأمرين مما أداه، و من الحق** فإن أدى أزيد منه[2] كان متبرعا بالزائد، و إن أدى أقل لم يرجع بغيره، سواء أسقط الزائد عنه بصلح أم إبراء، و لو وهبه[3] بعد ما أدى[4] الجميع[5] البعض[6]، أو الجميع جاز رجوعه[7] به، و لو أدى عرضا[8] رجع بأقل الأمرين من قيمته[9] و من الحق، سواء رضي المضمون له به[10] عن الحق من غير عقد، أو بصلح.

[و يشترط في الضامن الملاءة]

و يشترط فيه أي في الضامن **الملاءة** بأن يكون مالكا لما

---

[1] أي الضامن، و الضمير في [عليه] يرجع إلى المضمون عليه.

[2] أي من الحق.

[3] فاعل وهب: [المضمون له]، و مرجع الضمير في وهبه: [المضمون عنه].

[4] أي الضامن.

[5] مفعول أدى، و فاعله: الضامن.

[6] مفعول ثان لـ[موهبة] كما و أن [الجميع] الثاني معطوف على البعض.

[7] أي الضامن، و مرجع الضمير في [به] [البعض – أو الجميع]. فالمعنى أن المضمون له لو وهب للمضمون عنه بعض الدين، أو جميعه بعد أن أدى الضامن الدين جاز للضامن الرجوع على المضمون له بذلك البعض الموهوب أو الكل.

[8] أي متاعا بدل النقد.

[9] أي من قيمة المتاع، و المراد من الحق: [الدين].

[10] أي بالمتاع.

يوفي به الحق المضمون، فاضلا عن المستثنيات في وفاء الدين، **أو علم المستحق بإعساره** [1] حين الضمان، فلو لم يعلم به حتى ضمن تخير المضمون له في الفسخ. و إنما تعتبر الملاءة في الابتداء، لا الاستدامة، فلو تجدد إعساره بعد الضمان لم يكن له الفسخ، لتحقق الشرط [2] حالته و كما لا يقدح تجدد إعساره فكذا تعذر الاستيفاء منه بوجه آخر [3].

[و يجوز الضمان حالا، و مؤجلا، عن حال و مؤجل]

و يجوز الضمان حالا، و مؤجلا [4]**، عن حال و مؤجل** [5]، سواء تساوى المؤجلان في الأجل أم تفاوتا، للأصل. ثم إن كان الدين حالا رجع مع الأداء مطلقا [6]، و إن كان [7] مؤجلا فلا رجوع [8] عليه إلا بعد حلوله و أدائه مطلقا [9]

[و المال المضمون: ما جاز أخذ الرهن عليه]

---

[1] أي بإعسار الضامن.

[2] و هي الملاءة. أي الغني.

[3] كما لو سافر، أو مات.

[4] بأن يقول: أضمن لك الآن على أن أوفيك بعد شهر.

[5] فصور المسألة أربعة: [الأولى] الضمان الحال عن الدين الحال. [الثانية] الضمان المؤجل عن الدين الحال. [الثالثة] الضمان الحال عن الدين المؤجل. [الرابعة] الضمان المؤجل عن الدين المؤجل.

[6] سواء كان الضمان حالا أم مؤجلا.

[7] أي الدين.

[8] أي للضامن، و مرجع الضمير في [عليه]: [المضمون عنه].

[9] سواء كان الضمان حالا أم مؤجلا.

و المال المضمون: ما جاز أخذ الرهن عليه و هو المال الثابت في الذمة و إن كان متزلزلا[1]، **و لو ضمن للمشتري عهدة الثمن** أي دركه على تقدير الاحتياج إلى رده **لزمه** ضمانه **في كل موضع يبطل فيه البيع من رأس كالاستحقاق**[2] للمبيع المعين و لم يجز المالك البيع، أو أجازه و لم يجز قبض البائع الثمن[3]، و مثله[4] تبين خلل في البيع[5] اقتضى فساده من رأس، كتخلف شرط، أو اقتران شرط فاسد[6]، لا ما تجدد فيه البطلان كالفسخ بالتقايل و المجلس[7]، و الحيوان، و الشرط و تلف المبيع قبل القبض، لعدم اشتغال ذمة المضمون عنه[8] حين الضما

---

[1] كما في البيع الخياري.

[2] أي ظهر مستحقا للغير.

[3] بل يريد المالك قبض الثمن بيده. و لا يخفى عليك أنه لا مجال لبطلان البيع هنا، لأنه بعد الإجازة يكون البيع صحيحا. نعم للمالك فسخ المعاملة لو لم يعط البائع الثمن للمالك، لخيار تخلف الثمن. و كذا يحتمل الخيار للمشتري حيث إنه دفع الثمن. و الحال أن المالك الأصلي يريد منه قبض الثمن مرة أخرى فيتضاعف عليه الثمن. و يحتمل بطلان البيع رأسا، لأن المالك أجاز البيع و لم يجز القبض الذي هو من مستلزمات البيع فيبطل البيع رأسا.

[4] أي و مثل ظهور استحقاق المبيع للغير في بطلان البيع رأسا.

[5] كما لو لم يقترن القبول بالإيجاب.

[6] كما لو شرط في البيع ارتكاب محرم كشرب الخمر مثلا. فهذه الوجوه كلها توجب بطلان البيع من أصله. فإذا تخلف الثمن على المشتري لزم الضمان.

[7] أي كخيار المجلس.

[8] و هو البائع.

على تقدير طروء الانفساخ بخلاف الباطل من أصله و لو في نفس الأمر [1] **و لو ضمن له** أي للمشتري ضامن عن البائع **درك ما يحدثه** المشتري في الأرض **من بناء، أو غرس** على تقدير ظهورها مستحقة لغير البائع، و قلعه [2] لها، أو أخذه أجرة الأرض **فالأقوى جوازه** لوجود سبب الضمان حالة العقد، و هو كون الأرض مستحقة للغير.

و قيل: لا يصح الضمان هنا، لأنه ضمان ما لم يجب، لعدم استحقاق المشتري الأرش على البائع حينئذ [3]، و إنما استحقه بعد القلع.

و قيل: إنما يصح هذا الضمان من البائع، لأنه ثابت عليه بنفس العقد و إن لم يضمن، فيكون ضمانه تأكيدا. و هو ضعيف، لأنه لا يلزم من ضمانه لكونه بائعا مسلطا على الانتفاع [4] مجانا [5]،

---

[1] أي حين البيع لم يكن بطلان البيع معلوما، لكنه بعد تمام البيع تبين بطلانه.

[2] أي قلع المالك الأصلي، كما و أن مرجع الضمير في [أخذه] المالك.

[3] أي حين تبين أن الأرض مستحقة للغير.

[4] أي انتفاع المشتري، فالألف و اللام عوض عن المضاف إليه الذي هو المشتري. كما و أن الضمير في [ضمانه] يرجع إلى [البائع] و [مسلطا] بصيغة الفاعل و هو منصوب بناء على كونه خبرا ثانيا لقوله: لكونه بائعا أي – لكونه بائعا و مسلطا.

[5] منصوب على الحالية: أي و الحال أن تسليط البائع للمشتري على الانتفاع يكون مجانا.

ضمانه[1] بعقده مع عدم اجتماع شرائطه التي من جملتها كونه ثابتا حال الضمان. و تظهر الفائدة فيما لو أسقط المشتري عنه[2] حق الرجوع بسبب البيع، فيبقى له الرجوع بسبب الضمان لو قلنا بصحته[3]، كما لو كان له خياران فأسقط أحدهما، و نظير ضمان غير البائع درك الغرس ضمانه[4] عهدة المبيع لو ظهر معيبا فيطالب المشتري بالأرش، لأنه جزء من الثمن ثابت وقت الضمان، و وجه العدم[5] هنا أن الاستحقاق له[6] إنما حصل بعد العلم بالعيب، و اختيار أخذ الأرش.

و الموجود[7] من العيب حالة العقد ما كان[8] يلزمه تعين الأرش، بل التخيير بينه[9]

---

[1] بالرفع فاعل لقوله: [لا يلزم]. فحاصل المعنى: أنا لو سلمنا أن العقد بنفسه موجب للضمان، لكنه لا يلزم من ذلك صحة ضمان الدرك بعقد الضمان.

[2] أي عن البائع. و حاصله: أنا لو قلنا بصحة الضمان هنا يحصل للمشتري في الرجوع فيما أحدث: حق بنفس العقد، و حق بالضمان. فإذا أسقط المشتري حقه بالرجوع الذي حدث بنفس العقد يبقى له حق الرجوع بسبب الضمان.

[3] أي صحة الضمان.

[4] بالرفع خبر للمبتدإ و هو [و نظير]. و مرجع الضمير [الغير] أي غير البائع.

[5] أي عدم صحة ضمان الأرش.

[6] أي للأرش.

[7] الواو حالية، أي و الحال أن الموجود.. إلخ.

[8] أي لم يكن.

[9] أي بين الأرش و بين الرد.

و بين الرد فلم يتعين الأرش إلا بعد الضمان[1]. و الحق[2] أنه أحد الفردين الثابتين تخييرا حالة البيع، فيوصف بالثبوت قبل اختياره[3] كأفراد الواجب المخير[4].

[و لو أنكر المستحق القبض فشهد عليه الغريم قبل]

و لو أنكر المستحق[5] القبض من الضامن **فشهد عليه الغريم** و هو المضمون عنه **قبل[6]**، لأنه إن كان آمرا بالضمان[7]،

---

[1] أي ضمان الأرش، و حاصل الاستدلال على عدم صحة ضمان الأرش هنا: أن الضمان يجب أن يكون لشيء قد ثبت وجوده و ثبت استحقاق المضمون له إليه، فيضمنه الضامن تأمينا على دركه لدى الحاجة. و هنا لم يثبت استحقاق المضمون له للأرش و لا ثبت تعين الأرش، بل الثابت فردان مخيرا بينهما: الأرش و الرد. فهو [ضمان لما لم يجب] و هو باطل كما تقرر في محله.

[2] هذا توجيه لصحة ضمان الأرش. و حاصله: أن الأمرين الثابت أحدهما تخييرا يصدق عليهما: [أنهما ثابتان]، لأن السبب و هو العيب كان حاصلا حالة البيع، فالمسبب عنه و هو استحقاق المشتري لاختيار الأرش، أو الرد كان ثابتا لا محالة، إذن لا مانع من ضمان الأرش و درك العيب بعد كونه ثابتا و لو تخييرا.

[3] أي قبل اختيار الأرش.

[4] هذا تنظير للمقام بالواجب المخير شرعا، كالتخيير بين خصال كفارة الصوم فكما يصدق على أفراد الواجب المخير أنها ثابتة ثبوتا تخييريا، كذلك هنا تثبت الأرش و الرد ثبوتا تخييريا.

[5] أي المضمون له.

[6] أي قبل ما شهده الغريم من الإقباض.

[7] هذا توجيه لقبول قول الغريم بشأن الضامن، و حاصله: أن شهادة الغريم و هو المضمون عنه مقبولة في حق الضامن، سواء كان الضامن مأمورا من قبل الغريم في ضمانه أم كان متبرعا في ذلك. أما لو كان مأمورا، فإن شهادة الغريم بالأداء شهادة على نفسه، حيث إنه يثبت بذلك استحقاق الضامن للرجوع عليه، فهو إقرار على نفسه بثبوت حق للغير عليه فلا مانع من قبول قوله في ذلك. و أما لو كان الضامن متبرعا فإن شهادة الغريم بشأنه حينئذ تكون من قبيل شهادة الأجنبي لأجنبي، لا يجلب نفعا لنفسه و لا يدفع ضررا عنها فلا مانع أيضا من قبول شهادته بشأنه.

فشهادته عليه[1] شهادة على نفسه باستحقاق الرجوع عليه، و شهادة لغيره[2] فتسمع، و إن كان الضامن متبرعا عنه فهو[3] أجنبي فلا مانع من قبولها لبراءته[4] من الدين أدى أم لم يؤد.

---

[1] أي شهادة الغريم على القبض.

[2] أي كما أنها شهادة من الغريم على نفسه، كذلك أنها شهادة لغيره أيضا و المراد بالغير هو الضامن. فهذه الشهادة لا مانع من قبولها، لما سبق من أنها لا تكون مثارا للشبهة و التهمة فلا وجه لردها.

[3] أي المضمون عنه.

[4] هذا وجه لكون الغريم – في صورة تبرع الضامن – أجنبيا فتقبل شهادته في حقه. و حاصله: أن الضامن بمجرد ضمانه قد حول ما في ذمة المضمون عنه إلى ذمة نفسه، سواء أدى أم لم يؤد، بناء على مذهبنا من أن الضمان: انتقال ما في الذمم. إذن أصبح المضمون عنه بريء الذمة بمجرد الضمان فلا شيء له و لا عليه في أداء الضمان و عدم أدائه، فهو أجنبي بالنسبة إليه فلا مانع من قبول قوله في ذلك.

لكن إنما تقبل **مع عدم التهمة** بأن تفيده[1] الشهادة فائدة زائدة على ما يغرمه[2] لو لم يثبت الأداء[3] فترد[4].

و للتهمة صور: منها أن يكون الضامن معسرا[5] و لم يعلم المضمون له بإعساره، فإن له الفسخ حيث لا يثبت الأداء، و يرجع على المضمون عنه فيدفع بشهادته[6] عود الحق إلى ذمته. و منها أن يكون الضامن[7] قد تجدد عليه الحجر للفلس،

---

[1] هذا بيان لصورة كون الشهادة متهمة.

[2] أي ما يغرمه المضمون عنه، أي يستفيد المضمون عنه بشهادته استفادة مادية.

[3] فهنا يقوم المضمون عنه بالشهادة ليثبت الأداء من الضامن فيثبت استحقاق الضامن للرجوع عليه، لكن يستفيد بذلك فائدة أخرى كما يأتي.

[4] أي فترد شهادة الغريم عند هذه التهمة.

[5] توضيح هذه الصورة: كون الضامن معسرا مع عدم علم المضمون له بإعساره – لأنه لو كان عالما بإعساره لم يكن له فسخ الضمان – فيفسخ ضمانه و يرجع على المضمون عنه. و عند ذلك يشهد المضمون عنه بأداء الضامن كي يدفع عن نفسه كلفة رجوع المضمون له عليه.

[6] أي يدفع المضمون عنه بسبب هذه الشهادة إعادة – الحق إلى ذمته بفسخ المضمون له للضمان. و هذه فائدة موجبة لاتهام المضمون عنه، فلذا لا تقبل شهادته.

[7] توضيح هذه الصورة: كون الضامن قد حجر عليه بسبب فلسه، و أن المضمون عنه هو من جملة غرمائه، و المفروض أن ما يوجد من أموال المحجور عليه يقسم بين غرمائه الموجودين، و كلما قل الشريك توفر نصيب باقي الشركاء. و عند ذلك يشهد المضمون عنه بأن الضامن قد أدى ما ضمنه قبل ذلك ليدفع بذلك اشتراك المضمون له مع الغرماء.

و للمضمون عنه عليه[1] دين فإنه يوفر بشهادته مال المفلس[2] فيزداد ما يضرب به[3]. و لا فرق في هاتين[4] بين كون الضامن متبرعا، و بسؤال، لأن فسخ الضمان يوجب العود على المديون على التقديرين[5]، و مع الإفلاس ظاهر[6].

و جعل بعضهم من صور التهمة: أن يكون الضامن[7] قد صالح

---

[1] أي على الضامن.

[2] أي الغريم يوفر مال الضامن و يزيده بسبب شهادته و المراد بالزيادة: عدم طرو النقص عليه بسبب ازدياد الغرماء. فهو يقلل من الغرماء فتزداد حصة باقيهم.

[3] أي تزداد حصة ما يضربه المضمون عنه في حصص سائر الغرماء في صورة دفع المضمون له.

[4] و هما: صورة إعسار الضامن مع عدم علم المضمون له بإعساره. و صورة الحجر على الضامن للفلس.

[5] سواء كان بسؤال أم تبرعا.

[6] حيث يجوز للمضمون له فسخ الضمان و الرجوع على المضمون عنه لو لم يثبت الأداء.

[7] توضيحه: أن نفرض أن الضامن صالح المضمون له بثمانين دينارا بدلا من حقه الذي كان مائة دينار مثلا. و كان أصل الضمان بسؤال من المضمون عنه. فإذا ثبت الأداء فإن للضامن الرجوع على المضمون عنه بنفس المبلغ الذي دفعه إلى المضمون له و هو الثمانون. و إذا لم يثبت الأداء فإن للمضمون له الرجوع على المضمون عنه بتمام حقه و هي المائة، لأنه إنما صالح الضامن نفسه دون غيره. و عند ذلك يشهد المضمون عنه بالأداء حتى لا يغرم سوى الثمانين للضامن.

على أقل من الحق فيكون رجوعه[1] على تقدير كونه بسؤال إنما هو بالمدفوع[2]، فتجر شهادة المضمون عنه تهمة بتخفيف الدين عنه[3] و فيه نظر، لأنه يكفي في سقوط الزائد عن المضمون عنه اعتراف الضامن بذلك، فلا يرجع به و إن لم يثبته[4] فتندفع التهمة و تقبل الشهادة كما نبه عليه المصنف بقوله: **و مع عدم قبول قوله**[5] للتهمة، أو لعدم العدالة **لو غرم الضامن رجع**[6] على المضمون عنه **في موضع الرجوع** و هو ما لو كان ضامنا بإذنه **بما**[7] **أداه أولا** لتصادقهما[8] على كونه[9] هو المستحق في ذمة المضمون عنه،

---

[1] أي رجوع الضامن على المضمون عنه.

[2] و هو الثمانون في مفروض المثال كما تقدم في هامش رقم ٧ ص ١٢٩.

[3] بمقدار عشرين دينارا في المثال المفروض.

[4] أي و إن لم يثبت الضامن قبض المضمون له.

[5] أي شهادة المضمون عنه فالمراد من القول: الشهادة.

[6] أي رجع الضامن – بما غرمه – على المضمون عنه.

[7] الجار متعلق بـ[رجع]: أي رجع الضامن – بما غرمه – على المضمون عنه.

[8] و هما: الضامن و المضمون عنه.

[9] مرجع الضمير [ما أداه أولا] لا ما غرمه ثانيا.

و اعترافه[1] بأن المضمون له ظالم بالأخذ ثانيا، هذا[2] مع مساواة الأول[3] للحق، أو قصوره، و إلا[4] رجع عليه بأقل الأمرين منه[5] و من الحق، لأنه لا يستحق الرجوع بالزائد عليه[6]. و مثله[7] ما لو صدقه[8] على الدفع و إن لم يشهد، و يمكن دخوله[9] في عدم قبول قوله.

و لو لم يصدقه على الدفع الذي ادعاه **رجع** عليه **بالأقل** مما ادعى أداءه أولا و أداءه أخيرا، لأن الأقل إن كان هو الأول [10]

---

[1] أي الضامن.

[2] أي الرجوع بما أداه.

[3] و هو ما دفعه أولا.

[4] أي و إن لم يساو ما دفعه أولا، بأن كان أكثر أو أقل.

[5] أي مما دفع أولا.

[6] لأنه إن كان دفع الأقل فلا يحق له أخذ الأكثر، و إن كان دفع الأكثر كان متبرعا بالزائد.

[7] أي و مثل ما سبق في الأداء من عدم قبول شهادة المضمون عنه.

[8] مرجع الضمير [الضامن] كما و أن فاعل صدق [المضمون عنه] أي لو صدق المضمون عنه الضامن على الدفع من دون شهادة على [أنه دفع إلى المضمون له أكثر من حقه] فإنه لا يستحق على الضامن إلا مقدار الحق، فإن صدقه على أنه دفع ما يساوي الحق أو أقل يغرم المضمون عنه للضامن ما صدقة.

[9] أي دخول [ما لو صدقه] في قول المصنف رحمه الله حيث قال: "و مع عدم قبول قوله"، فإن عدم قبول قوله إما للشهادة المردودة، أو هو تصديق فلا تعتبر شهادة.

[10] أي ما دفعه أولا.

فهو يعترف بأنه لا يستحق سواه، و أن المضمون له ظلمه في الثاني[1] و إن كان الثاني فلم يثبت ظاهرا سواه. و على ما بيناه[2] يرجع بالأقل منهما[3]، و من الحق.

[1] أي ما دفعه ثانيا.

[2] عند قوله: "و إلا رجع عليه بأقل الأمرين" و قد أشرنا إليه في الهامش رقم ٦ ص ١٣١.

[3] مما دفعه أولا و ثانيا.

الحوالة

<كتاب الحوالة> [1]الحوالة **و هي التعهد بالمال من المشغول بمثله** للمحيل. هذا هو القدر المتفق عليه من الحوالة، و إلا فالأقوى جوازها على البريء للأصل لكنه يكون أشبه بالضمان "لاقتضائه نقل المال من ذمة مشغولة إلى ذمة بريئة، فكأن المحال عليه بقبوله لها[2] ضامن لدين المحتال[3] على المحيل و لكنها لا تخرج بهذا الشبه[4] عن أصل الحوالة فتلحقها أحكامها.

و يشترط فيها رضى الثلاثة أما رضى المحيل و المحتال فموضع وفاق و لأن من عليه الحق مخير في جهات القضاء من ماله، و دينه المحال به من جملتها[5]،

---

[1] اسم مصدر من أحال يحيل إحالة يقال: أحلته بدينه أي نقلته من ذمة إلى ذمة أخرى. و مثله: أحال عليه بدينه. و شرعا: عقد شرع لتحويل المال من ذمة إلى ذمة مشغولة بمثله، أو إلى ذمة غير مشغولة على الاختلاف فيه. و أركان الحوالة أربعة: المحيل، و المحال، و المحال عليه، و المحال به و هو المال الذي حوله المحيل على المحال عليه.

[2] أي للحوالة.

[3] أي المحال.

[4] أي الشبه بالضمان.

[5] محلا مرفوع خبر للمبتدإ و هو [و دينه] و مرجع الضمير [الحقوق] الدال عليها لفظ [الحق] الكلي.

و المحتال حقه ثابت في ذمة المحيل فلا يلزمه[1] نقله[2] إلى ذمة أخرى بغير رضاه، و أما المحال عليه فاشتراط رضاه هو المشهور، و لأنه أحد أركان الحوالة، و لاختلاف الناس في الاقتضاء سهولة، و صعوبة.

و فيه نظر. لأن المحيل قد أقام المحتال مقام نفسه في القبض بالحوالة فلا وجه للافتقار إلى رضى من عليه الحق[3]، كما لو وكله[4] في القبض منه. و اختلاف[5] الناس في الاقتضاء لا يمنع من مطالبة المستحق، و من نصبه خصوصا مع اتفاق الحقين جنسا، و وصفا، فعدم اعتباره أقوى. نعم لو كانا مختلفين، و كان الغرض استيفاء مثل حق المحتال توجه اعتبار رضى المحال عليه، لأن ذلك بمنزلة المعاوضة الجديدة فلا بد من رضى المتعاوضين، و لو رضي المحتال بأخذ جنس ما على المحال عليه زال المحذور أيضا، و على تقدير اعتبار رضاه ليس هو على حد رضاهما، لأن الحوالة عقد لازم لا يتم إلا بإيجاب و قبول، فالإيجاب من المحيل، و القبول من المحتال. و يعتبر فيهما ما يعتبر في غيرهما من اللفظ العربي، و المطابقة، و غيرهما

---

[1] أي المحتال.

[2] مرجع الضمير [المحيل]، أو [الحق] فالمصدر مضاف إما إلى الفاعل أو إلى المفعول و المعنى واحد: أي لا يلزم المحتال هذا النقل، إلا إذا اقترن برضاه.

[3] و هو المحال عليه.

[4] مرجع الضمير [المحتال] و الفاعل [المحيل] فإن توكيل المحال المحتال لا يتوقف على رضا المحال عليه.

[5] رد على الاستدلال الثالث و هو [لاختلاف الناس في الاقتضاء سهولة و صعوبة].

و أما رضى المحال عليه فيكفي كيف اتفق متقدما، و متأخرا، و مقارنا، و لو جوزنا الحوالة على البريء اعتبر رضاه قطعا، و يستثنى من اعتبار رضى المحيل ما لو تبرع المحال عليه بالوفاء فلا يعتبر رضى المحيل قطعا، لأنه وفاء دينه بغير إذنه. و العبارة عنه[1] حينئذ أن يقول المحال عليه للمحتال: أحلتك بالدين الذي لك على فلان على نفسي فيقبل فيقومان بركن[2] العقد. و حيث تتم الحوالة تلزم **فيتحول فيها المال** من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه **كالضمان** عندنا، و يبرأ المحيل من حق المحال بمجردها و إن لم يبرئه المحتال، لدلالة التحول عليه[3] في المشهور[4].

و لا يجب على المحتال **قبولها على الملي**، لأن الواجب أداء الدين، و الحوالة ليست أداء و إنما هي نقل له من ذمة إلى أخرى فلا يجب قبولها عندنا، و ما ورد من الأمر بقبولها على الملي على تقدير صحته محمول على الاستحباب، **و لو ظهر إعساره** حال الحوالة بعدها **فسخ المحتال**[5] إن شاء، سواء، شرط يساره أم لا، و سواء تجدد له اليسار قبل الفسخ أم لا و إن زال الضرر عملا بالاستصحاب[6].

---

[1] مرجع الضمير [العقد]: أي التعبير عن عقد الحوالة.

[2] أي كل واحد من المحتال و المحال عليه يقوم بركن من العقد.

[3] مرجع الضمير [البراءة] و هو مصدر فيجوز إرجاع الضمير إليه بالتذكير.

[4] قيد لبراءة ذمة المحيل بمجرد الحوالة.

[5] أي ظهر بعد الحوالة إعساره حالها.

[6] أي استصحاب جواز الفسخ الذي كان حاصلا قبل تجدد اليسار.

و لو انعكس بأن كان موسرا حالتها فتجدد إعساره فلا خيار، لوجود الشرط.

و يصح ترامي[1] الحوالة بأن يحيل المحال عليه المحتال على آخر ثم يحيل الآخر محتاله على ثالث، و هكذا و يبرأ المحال عليه في كل مرتبة كالأول، **و دورها**[2] بأن يحيل المحال عليه في بعض المراتب[3] على المحيل الأول، و في الصورتين[4] المحتال متحد، و إنما تعدد المحال عليه[5].

و كذا الضمان يصح ترامیه بأن يضمن الضامن آخر ثم يضمن الآخر ثالث، و هكذا. و دوره بأن يضمن المضمون عنه الضامن في بعض المراتب[6]،

---

[1] مر شرح [الترامي] في كتاب الصلاة ص ٣٥٥ بكلا معنييه و هما: الترامي الصعودي، و الترامي النزولي فراجع. و هذا التعبير منا و لم يسبقنا أحد في ذلك و له الحمد على ما أنعم.

[2] بالرفع عطف على" ترامي ": أي و يصح دور الحوالة.

[3] أي في بعض أدوارها.

[4] و هما: صورة دور الحوالة، و صورة ترامیها.

[5] و المحيل أيضا يتعدد. فشخص واحد يمكن أن يكون محيلا و محالا عليه، سوى الأول و الآخر إذا لم تدر الحوالة و بقيت مترامية فالأول في هذا الفرض يكون محيلا لا غير، و الآخر محال عليه لا غير. فإذا دارت فالكل محيل و محال عليه.

[6] أي في بعض أدوار الضمان كما يضمن المضمون عنه الضامن الأخير. و يمكن أن تتجدد الضمانات على هذا النحو فتدور مرتين، و ثلاث، و هكذا كما أن الحوالة كان يمكن فيها ذلك.

و منعه[1] الشيخ رحمه الله لاستلزامه جعل الفرع[2] أصلا، و لعدم الفائدة[3]، و يضعف بأن الاختلاف فيهما[4] غير مانع و قد تظهر الفائدة[5] في ضمن الحال مؤجلا[6]،

---

[1] أي الدور في الضمان.

[2] هو المضمون عنه، لأن الأصل الضامن. فجعل المضمون عنه ضامنا لازمة أن يصير أصلا.

[3] في هذا الضمان، لرجوع الدين إلى المديون الأول، فإذا رجع الدين إلى المديون الأول انتفت فائدة الضمان.

[4] أي الاختلاف في الأصلية و الفرعية.

[5] أي فائدة الدور في الضمان.

[6] بيان ذلك: أن الضمان يصح أن يقع حالا و مؤجلا، لدين حال و مؤجل. أما الضمان الحال للدين المؤجل فمورده ما إذا كان في ذمة المضمون عنه دين مؤجل فيضمنه الضامن حالا فتشتغل ذمته بدين حال. و أما ضمان الحال للدين فمورده ما إذا كانت ذمة المضمون عنه مشغولة بدين حال فيضمنه الضامن كذلك. و أما الضمان المؤجل للدين الحال فمورده اشتغال ذمة المديون بدين حال، ثم يضمنه الضامن مؤجلا. و أما الضمان المؤجل للدين المؤجل فواضح. فعلى هذا لو كان في ذمة شخص دين حال فضمنه آخر حالا، أو مؤجلا، ثم ضمن الآخر آخر حالا، أو مؤجلا ثم ضمن هذا الأخير آخر مؤجلا فيصبح الدين مؤجلا. فإذا دار الضمان على المديون الأول و هو المضمون عنه الأصلي و ضمن هذا الضامن الأخير مع الأجل انتقل الحق إلى ذمته مؤجلا. بينما كان قبل هذا الدور الدين حالا فيستفيد المضمون عنه من الأجل.

و بالعكس[1]، و في الضمان[2] بإذن و عدمه. فكل ضامن يرجع

[1] و بالعكس أي و يستفيد الدائن من الحلول فيستحق المطالبة. و يكفي في تأجيل الدين أن يضمن المديون الأصلي الدين مؤجلا حينما يدور عليه و إن كانت الضمانات قبله حالة، و كذا العكس في حلول الدين.

[2] أي و تظهر الفائدة في الضمان أيضا إذا وقع بإذن المضمون عنه فإن الضامن يرجع على المضمون عنه إذا كان الضمان بإذنه فله الرجوع بما ضمنه عنه، أو غرم له. و هذا بخلاف ما إذا كان الضمان بغير إذن من المضمون عنه فإنه حينئذ ليس للضامن الرجوع على المضمون عنه بشيء مهما بلغ الأمر. ففي صورة ترامي الضمان يرجع كل ضامن على مضمونه إذا كان الضمان بإذن منه، و ليس له الرجوع على المضمون عنه الأول، اللهم إلا أن يكون ضمان هذا الضامن بإذن من المضمون عنه الأول. فإذا فرضنا أن الضمانات وقعت كلها بدون إذن من الذين ضمنوا عنهم فليس لهم الرجوع أبدا على ما ضمنوا عنهم، بخلاف ما إذا كانت الضمانات بإذن من الذين ضمنوا عنهم، فإن لكل ضامن الرجوع على المضمون عنه الذي ضمنه، لا على المضمون عنه الأول. هذا إذا كانت الضمانات كلها واقعة عن الإذن و كذا إذا وقع بعضها بإذن، و بعضها بلا إذن فالواقع بالإذن يرجع فيه على المضمون عنه، و الذي لم يقع بالإذن لم يرجع على المضمون عنه. نعم إذا ضمن أحد الضامنين في بعض المراتب بإذن المديون الأول فإن الضامن حينئذ يرجع عليه و هذا المعنى هو الذي أشار إليه [الشارح] بقوله: [بإذن و عدمه].

مع الإذن[1] على مضمونه. لا على الأصيل[2]، و إنما يرجع عليه[3] الضامن الأول إن ضمن بإذنه[4]. و أما الكفالة فيصح ترامیها، دون دورها[5] لأن حضور المكفول الأول يبطل ما تأخر منها[6].

و كذا تصح **الحوالة بغير جنس الحق** الذي للمحتال على المحيل بأن يكون له عليه دراهم فيحيله على آخر بدنانير، سواء جعلنا الحوالة استيفاء[7] أم اعتياضا[8]، لأن إيفاء الدين بغير جنسه جائز مع التراضي. و كذا المعاوضة على الدراهم بالدنانير.

---

[1] أي إذن المضمون عنه في المراتب المترامية.

[2] و هو المضمون عنه الأول.

[3] أي على الأصيل الذي هو المضمون عنه الأول.

[4] مرجع الضمير [الأصيل] أي كان ضمان الضامن الأول بإذن الأصيل الذي هو المضمون عنه الأول.

[5] بأن يتكفل المكفول الأول الكفيل الأخير و هو لا يصح، لأن بحضور المكفول الأول تبطل الكفالات اللاحقة.

[6] أي من الكفالات الواقعة بعد الكفالة الأولى.

[7] بمعنى أن المحتال قد استوفى دينه من المحيل بنفس الحوالة.

[8] و هو تعويض ما في ذمة المحيل بما في ذمة المحال عليه. و لا يخفى عدم الفرق بين المعنيين في النتيجة لأنها واحدة. فلما ذا فرق قدس سره بينهما؟ و قد مر شرح [الاعتياض] اشتقاقا في كتاب الزكاة المجلد ٢ ص ٤٩ هامش رقم ٥ فراجع.

و لو انعكس فأحاله[1] بحقه على من عليه[2] مخالف صح أيضا بناء على اشتراط رضى المحال عليه، سواء جعلناها استيفاء أم اعتياضا بتقريب التقرير[3]، و لا يعتبر التقابض في المجلس حيث تكون[4] صرفا، لأن المعاوضة على هذا الوجه[5] ليست بيعا، و لو لم يعتبر رضى المحال عليه صح الأول[6]، دون الثاني[7]، إذ[8] لا يجب على المديون الأداء من غير جنس ما عليه، و خالف الشيخ رحمه الله و جماعة فيهما فاشترطوا تساوي المحال به و عليه جنسا و وصفا، استنادا إلى أن الحوالة تحويل ما في ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، فإذا كان على المحيل دراهم مثلا و له على المحال دنانير كيف يصير حق المحتال على المحال عليه دراهم

---

[1] مرجع الضمير [المحتال]. و فاعل أحال [المحيل].

[2] و هو المحال عليه.

[3] و هو قول [الشارح]: لأن إيفاء الدين بغير جنسه جائز مع التراضي و كذا المعاوضة على الدراهم بالدنانير.

[4] أي [الاعتياض] بأن كانت ذمة أحدهما مشغولة بالدراهم، و الآخر بالدنانير، أو بالعكس، و الحوالة قد تكون بغير جنس الحق، أو به، و ما على المحال عليه يختلف عنه.

[5] أي بطريق الحوالة.

[6] و هي الحوالة بغير جنس الحق.

[7] و هي الحوالة بجنس الحق على من عليه من غير جنس الحق فإنه لا تصح الحوالة من المحيل على المحال عليه حين كان المحال عليه مديونا من غير جنس الحق المحال به

[8] تعليل للثاني [و هو عدم صحة الحوالة بجنس الحق على من عليه من غير جنس الحق].

و لم يقع عقد يوجب ذلك[1]، لأنا إن جعلناها استيفاء كان المحتال بمنزلة من استوفى دينه[2] و أقرضه المحال عليه و حقه الدراهم، لا الدنانير[3]، و إن كانت معاوضة فليست[4] على حقيقة المعاوضات[5] التي يقصد بها تحصيل ما ليس بحاصل[6] من جنس مال[7]، أو زيادة قدر[8]، أو صفة[9]، و إنما هي معاوضة إرفاق، و مسامحة للحاجة، فاعتبر فيها[10] التجانس و التساوي[11]، و جوابه[12] يظهر مما ذكرناه.

و كذا تصح **الحوالة بدين عليه لواحد على دين للمحيل على اثنين متكافلين** أي قد ضمن كل منهما ما في ذمة صاحبه دفعة

---

[1] أي تحويل ما في ذمة المحال عليه بالدراهم.

[2] من المحيل بنفس الحوالة.

[3] فكيف تتحول إلى الدنانير، و المفروض أن ما في ذمة المحال عليه الدراهم.

[4] أي الحوالة: كما و أن اسم كانت [الحوالة].

[5] كالبيع و أمثاله.

[6] و هي المنافع.

[7] كمعاوضة الذهب بالفضة، أو بالعكس، أو النقد بالعرض.

[8] كمعاوضة الأكثر بالأقل.

[9] كمعاوضة الجيد بالرديء.

[10] أي في هذه المعاوضة الإرفاقية.

[11] في القدر، و الصفة.

[12] أي جواب [الشيخ] يظهر مما ذكرناه: [و هو أن إيفاء الدين بغير جنسه جائز مع التراضي]، سواء كان استيفاء أم اعتياضا.

واحدة[1]، أو متلاحقين مع إرادة الثاني ضمان ما في ذمة الأول في الأصل[2]، لا مطلقا، لئلا يصير المالان في ذمة الثاني، و وجه جواز الحوالة عليهما ظاهر، لوجود المقتضي للصحة، و انتفاء المانع، إذ ليس[3] إلا كونهما متكافلين، و ذلك[4] لا يصلح مانعا، و نبه بذلك على خلاف الشيخ رحمه الله حيث منع منه[5]، محتجا باستلزامها زيادة الارتفاق[6]،

---

[1] بأن نطقا دفعة واحدة بأن يقول كل واحد لصاحبه: ضمنت ما في ذمتك من الدين الذي عليك لفلان.

[2] بأن ضمن الثاني ما في ذمة الضامن الأول من الدين الأصلي الذي كان عليه فقط، لا منضما إلى ما ضمنه الضامن الأول من الدين الأصلي الذي كان في ذمته من المحيل. و المراد من المتلاحقين: أن يضمن أحدهما ما في ذمة صاحبه أولا بأن يقول: ضمنت لك ما في ذمتك من الدين الذي عليك لفلان، ثم يتبعه الثاني بأن يقول: ضمنت ما في ذمتك من الدين الذي عليك لفلان. لا مع ما ضمنته عني، و لا يطلق الثاني صيغة الضمان بأن يقول: ضمنت ما في ذمتك من الدين، فإن في صورة الإطلاق يتحول ما في ذمة الأول من الدين الأصلي و الدين الذي جاء من الضمان إلى ذمته كما أفاده الشارح أيضا.

[3] أي ليس المانع.

[4] أي كونهما متكافلين لا يمنع عن صحة الحوالة.

[5] أي من الحوالة على اثنين متكافلين.

[6] أي الارتفاق بالمحتال في بعض صوره كما لو أراد المحتال السفر و كان حمل المبلغ معه في معرض الخطر، فإن الحوالة بالنسبة إليه إرفاق حيث إنه يتسلم المبلغ في البلد الذي أراد السفر إليه.

و هو[1] ممتنع في الحوالة، لوجوب موافقة الحق المحال به للمحال عليه[2] من غير زيادة و لا نقصان قدرا و وصفا. و هذا التعليل إنما يتوجه على مذهب من يجعل الضمان ضم ذمة إلى ذمة[3]، فيتخير حينئذ[4] في مطالبة كل منهما بمجموع الحق، أما على مذهب أصحابنا من أنه ناقل للمال من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه

---

[1] الظاهر أن مرجع الضمير [الزيادة] و تذكيره باعتبار كونها مصدرا. و المراد من الامتناع هنا [عدم جواز زيادة الارتفاق] في الحوالة.

[2] أي للحق المحال عليه.

[3] كما هو رأي [أبناء السنة] و إليك نص عباراتهم قال [ابن قدامة في المغني] ج ٤ ص ٤٨٠ باب الضمان: الضمان ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق فيثبت في ذمتهما جميعا، و لصاحب الحق مطالبة من شاء منهما. فاشتقاقه من [الضم]. و قال [القاضي]: هو مشتق من الضميم، لأن ذمة الضامن تتضمن الحق. هذا ما أفاده [إخواننا السنة] في الضمان و قد عرفت معنى الضمان في كتاب الضمان عندنا: أنه نقل الحق من ذمة إلى أخرى.

[4] أي حين القول بأن الضمان ضم ذمة إلى ذمة أخرى كما ذهب إليه [إخواننا السنة]. فالمعنى أن الضامن عند ما يضمن الحق تشتغل ذمته بالدين و لا تبرأ ذمة المضمون عنه، بل الذمتان مشغولتان فللمضمون له الرجوع على كل منهما. و قد عرفت أن أصحابنا لا يوافقون على هذا الرأي بل يقولون: إن اشتغال ذمة المضمون عنه يتحول إلى اشتغال ذمة الضامن، و أن المضمون عنه تبرأ ذمته من الحق، فليس للمضمون له الرجوع على المضمون عنه، بل له الرجوع على الضامن فقط.

فلا ارتفاق، بل غايته انتقال ما على كل منهما إلى ذمة صاحبه فيبقى الأمر كما كان، و مع تسليمه[1] لا يصلح للمانعية، لأن مطلق الارتفاق بها[2] غير مانع إجماعا، كما لو أحاله على أملى[3] منه و أحسن وفاء.

و لو أدى المحال عليه فطلب[4] الرجوع بما أداه على المحيل **لإنكاره[5] الدين** و زعمه أن الحوالة على البريء بناء على جواز الحوالة عليه **و ادعاه[6] المحيل، تعارض الأصل** و هو براءة ذمة المحال عليه من دين المحيل **و الظاهر** و هو كونه مشغول الذمة، إذ الظاهر أنه لو لا اشتغال ذمته[7] لما أحيل عليه **و الأول** و هو الأصل **أرجح** من الثاني حيث يتعارضان غالبا، و إنما يتخلف في مواضع نادرة[8] **فيحلف** المحال عليه على أنه بريء من دين المحيل، **و يرجع** عليه بما غرم، **سواء كان** العقد الواقع بينهما **بلفظ الحوالة، أو الضمان** لأن الحوالة على البريء أشبه بالضمان فتصح بلفظه.

---

[1] أي مع تسليم أن الحوالة على هذا الوجه [و هو كون الحوالة على المتكافلين] تستلزم زيادة الارتفاق.

[2] مرجع الضمير [الحوالة] و الباء بمعنى [في].

[3] أي أغنى منه.

[4] أي طلب المحال عليه من المحيل ما أداه للمحتال بأن قال: لست مدينا لك و قد أديت ما حولته علي.

[5] أي إنكار المحال عليه. فالمصدر مضاف إلى الفاعل.

[6] أي ادعى الدين.

[7] أي ذمة المحال عليه. و لا نسلم أن الظاهر في الحوالة اشتغال ذمة المحال عليه، إذ كثير من التجار يحولون على زملائهم من غير اشتغال ذمتهم لهم.

[8] و في تضاعيف الكتاب إشارة إلى كثير من مواردها.

و أيضا فهو[1] يطلق على ما يشملهما[2] بالمعنى الأعم فيصح التعبير به عنها. و يحتمل الفرق بين الصيغتين فيقبل[3] مع التعبير بالضمان، دون الحوالة عملا بالظاهر، و لو اشترطنا في الحوالة اشتغال ذمة المحال عليه بمثل الحق تعارض أصل الصحة[4] و البراءة[5] فيتساقطان، و يبقى[6] مع المحال عليه أداء دين المحيل بإذنه فيرجع عليه[7]، و لا يمنع [8]

---

[1] أي الضمان.

[2] أي يشمل الحوالة و الضمان و هو التعهد بالمال، سواء كان بلفظ الضمان أم الحوالة.

[3] أي يقبل إنكار الدين من الضامن بناء على صحة ضمان البريء، دون الحوالة فإنها إذا كانت بلفظ الحوالة لا يقبل إنكار المحال عليه الدين عملا بالظاهر هذا بناء على صحة الحوالة على البريء.

[4] أي الأصل في أفعال المسلم هي الصحة.

[5] أي براءة ذمة المحال عليه من الدين. فالمعنى أن أصالة الصحة تتعارض مع أصل البراءة فيتساقط الأصلان بالتعارض.

[6] أي و يبقى في صالح المحال عليه أنه أدى دين المحيل بإذنه، سواء كان الإذن في عقد صحيح أم في عقد باطل.

[7] أي المحال عليه يرجع على المحيل بعد تعارض الأصلين و سقوطهما، لأن دفع المحال عليه الحوالة كان بإذن المحيل.

[8] دفع وهم: حاصله: أن الحوالة إذا كانت على البريء فهي باطلة. فالإذن – الذي كان في ضمنها – يتبع الحوالة في البطلان. فكيف يحكم برجوع المحال عليه على المحيل إذا كان الإذن باطلا؟

وقوع الإذن في ضمن الحوالة الباطلة المقتضي بطلانها لبطلان تابعها، لاتفاقهما[1] على الإذن، و إنما اختلفا في أمر آخر[2]، فإذا لم يثبت[3] يبقى ما اتفقا عليه من الإذن في الوفاء[4] المقتضي للرجوع، و يحتمل عدم الرجوع ترجيحا للصحة[5] المستلزمة لشغل الذمة[6].

[1] جواب عن الإشكال المذكور، حاصله: أن المحيل و المحال عليه قد اتفقا على الإذن في الدفع لتصديق المحيل المحال عليه بالإذن، و لا يمنع بطلان الحوالة من صحة الإذن، كما إذا لم يقع الإذن في عقد أبدا.

[2] و هو اشتغال ذمة المحال عليه للمحيل.

[3] أي الأمر الذي اختلفا فيه [و هو اشتغال الذمة].

[4] أي وفاء المحال عليه دين المحيل.

[5] أي أصالة الصحة.

[6] أي ذمة المحال عليه.

الكفالة

<كتاب الكفالة>[1] **و هي التعهد بالنفس** أي التزام إحضار المكفول متى طلبه المكفول له، و شرطها رضى الكفيل و المكفول له، دون المكفول، لوجوب الحضور عليه[2] متى طلبه صاحب الحق و لو بالدعوى، بنفسه أو وكيله، و الكفيل بمنزلة الوكيل حيث يأمره به. و يفتقر إلى إيجاب و قبول[3] بين الأولين[4] صادرين على الوجه المعتبر في العقد اللازم.

و تصح حالة[5] **و مؤجلة** أما الثاني فموضع وفاق، و أما الأول فأصح القولين، لأن[6] الحضور حق شرعي لا ينافيه الحلول. و قيل:

---

[1] من كفل الرجل أي ضمنه على أن يأتي به لدى الحاجة أو متى طلبه المكفول له. و يقال: كفل المال أي ضمنه فهو من باب نصر ينصر، و يأتي أيضا من باب ضرب يضرب، و يأتي من باب حسب يحسب، و من باب شرف يشرف. فهي اسم مصدر و مصدرها كفلا و كفولا.

[2] أي على المكفول، و اللام في [لوجوب الحضور] تعليل لعدم اعتبار رضى المكفول.

[3] الإيجاب من الكفيل، و القبول من المكفول له.

[4] هو الكفيل و المكفول له.

[5] المراد من الحال: إحضار المكفول متى طلبه المكفول له. و المراد من المؤجل: إحضار المكفول بعد أجل معين، أما قبله فغير واجب.

[6] تعليل لصحة الكفالة حالا.

لا تصح إلا مؤجلة **إلى أجل معلوم** لا يحتمل الزيادة و النقصان كغيره[1] من الآجال المشترطة، **و يبرأ الكفيل بتسليمه**[2] تسليما **تاما** بأن لا يكون هناك مانع من تسلمه كمتغلب، أو حبس ظالم، و كونه في مكان لا يتمكن من وضع يده عليه، لقوة المكفول، و ضعف المكفول له، و في المكان[3] المعين إن بيناه في العقد، و بلد[4] العقد مع الإطلاق، **و عند الأجل** أي بعده إن كانت مؤجلة، **أو في الحلول** متى شاء إن كانت حالة، و نحو ذلك، فإذا سلمه كذلك[5] برئ، فإن امتنع[6] سلمه إلى الحاكم و برئ أيضا، فإن لم يمكن[7] أشهد عدلين بإحضاره إلى المكفول له، و امتناعه من قبضه، و كذا يبرأ بتسليم المكفول نفسه تاما و إن لم يكن[8] من الكفيل على الأقوى، و بتسليم غيره له كذلك[9].

و لو امتنع الكفيل من تسليمه ألزمه الحاكم به فإن أبى **فللمستحق**

---

[1] أي كغير الأجل الذي في الكفالة من الآجال الأخر المشترطة في العقود.

[2] أي بتسليم المكفول.

[3] الظرف متعلق بقول المصنف: [بتسليمه]: أي و يبرأ الكفيل بتسليم المكفول إلى المكفول له في المكان المعين لو عين المكان في العقد.

[4] بالجر عطفا على مدخول حرف الجار أي و يبرأ الكفيل بتسليم المكفول له في بلد العقد إذا كان العقد مطلقا و لم يعين فيه مكان خاص.

[5] أي تاما و في الوقت المعين و في المكان الخاص.

[6] أي المكفول له من التسلم.

[7] أي لم يمكن تسليمه إلى الحاكم، لعدم وجوده.

[8] أي التسليم.

[9] أي تسليما تاما في الوقت المعين و في المكان الخاص.

طلب **حبسه** من الحاكم **حتى يحضره، أو يؤدي ما عليه** إن أمكن أداؤه عنه كالدين، فلو لم يمكن كالقصاص[1]، و الزوجية[2]، و الدعوى[3] بعقوبة توجب حدا أو تعزيرا، ألزم بإحضاره حتما مع الإمكان و له[4] عقوبته عليه كما في كل ممتنع من أداء الحق مع قدرته عليه[5]، فإن لم يمكنه الإحضار و كان له بدل كالدية في القتل و إن كان عمدا، و مهر[6] مثل الزوجة وجب عليه البدل.

و قيل: يتعين إلزامه بإحضاره إذا طلبه المستحق[7] مطلقا[8]، لعدم انحصار الأغراض في أداء الحق. و هو قوي. ثم على تقدير كون الحق مالا و أداه الكفيل فإن كان قد أدى

---

[1] إذ لا يمكن التقاص من الكفيل، لأن الجاني غيره.

[2] فيما لو كفل للزوجة الإتيان بزوجها، أو كفل للزوج إحضار زوجته فإنه حينئذ لا يمكن أن يقوم الكفيل بوظائف الزوجية بدلا عن الزوج، أو الزوجة.

[3] بالجر أي و كالدعوى، بأن أقام المكفول له على المكفول دعوى توجب العقوبة بالحد، أو التعزير فإنه حينئذ لا يمكن أن يقام على الكفيل الحد، و لا التعزير بل يلزم الكفيل – في أمثال هذه الموارد التي لا يمكن أن يقوم بنفسه مقام المكفول – مجرد إحضار المكفول فقط مع الإمكان.

[4] الظاهر إرجاع الضمير إلى [المكفول له] بأن يطلب من الحاكم إحضار المكفول و مرجع الضمير في عقوبته [المكفول].

[5] أي على الأداء. و مرجع الضمير في [مع قدرته]: [الممتنع].

[6] بالجر عطفا على مدخول [كاف الجارة] أي كالدية، و كمهر المثل.

[7] أي المكفول له.

[8] أي و إن كان الحق مما يمكن أداؤه.

بإذنه[1] رجع عليه، و كذا[2] إن أدى بغير إذنه مع كفالته بإذنه، و تعذر إحضاره، و إلا[3] فلا رجوع. و الفرق بين الكفالة و الضمان في رجوع من أدى بالإذن هنا و إن كفل بغير الإذن، بخلاف الضمان[4]: أن الكفالة لم تتعلق بالمال بالذات[5]، و حكم الكفيل بالنسبة إليه[6] حكم الأجنبي فإذا أداه بإذن المديون فله الرجوع، بخلاف الضامن[7]، لانتقال المال إلى ذمته بالضمان، فلا ينفعه[8] بعده الإذن في الأداء، لأنه كإذن البريء

---

[1] أي المكفول. و مرجع الضمير في [عليه] أيضا المكفول.

[2] أي و كذا يرجع الكفيل على المكفول لو كانت الكفالة بإذنه، و لم يكن الأداء بإذنه.

[3] أي و إن لم تكن الكفالة، و لا الأداء بإذنه.

[4] في أنه لو كان الضمان بغير إذن المضمون عنه فلا رجوع للضامن على المضمون عنه و إن أذن له بعد ذلك بالأداء.

[5] بل تعلقت أولا و بالذات بالنفس، فحينئذ لم تتعلق ذمة الكفيل بالمال و لم تشتغل به.

[6] أي إلى المال.

[7] فيما إذا ضمن بغير إذنه فهنا لا يرجع الضامن على المضمون عنه و إن أذن له المضمون عنه بعد ذلك بالأداء، لانتقال المال إلى ذمة الضامن بمجرد الضمان.

[8] أي إذن المضمون عنه بعد ضمان الضامن بلا إذنه غير مفيد في رجوع الضامن عليه، لاشتغال ذمة الضامن بالدين قبل أن يأذن المضمون عنه له.

للمديون في أداء دينه[1]. و أما إذنه في الكفالة إذا تعذر إحضاره، و استئذانه[2] في الأداء فذلك[3] من لوازم الكفالة، و الإذن فيها إذن في لوازمها.

و لو علق الكفالة بشرط[4] متوقع، أو صفة[5] مترقبة **بطلت** الكفالة، **و كذا الضمان و الحوالة** كغيرها من العقود اللازمة **نعم لو قال: إن لم أحضره إلى كذا كان علي كذا صحت الكفالة أبدا و لا يلزمه المال المشروط، و لو قال: علي كذا إن لم أحضره لزمه ما شرطه من المال إن لم يحضره**[6] على المشهور.

---

[1] فكما أن البريء لو قال للمديون: أد دينك. لم يكن قوله هذا موجبا لاشتغال ذمته، و ليس للمديون الرجوع عليه، فكذلك المضمون عنه لو لم يأذن في بادئ الأمر بالضمان، ثم أذن للضمان بعد أن ضمن الضامن بالأداء ليس للضامن الرجوع على المضمون عنه.

[2] بالرفع معطوف على فاعل [تعذر] أي و تعذر استئذانه.

[3] أي أداء الدين عن المكفول.

[4] كقدوم شخص متوقع مجيئه مثلا.

[5] كالصحة من المرض مثلا.

[6] المدة في الصيغة الأولى محدودة، بخلاف الثانية فإنها غير محدودة فيها. و الفرق بين الصيغة الأولى، و الثانية: أن في الأولى يبدأ الكفيل بصيغة الكفالة، و بعد أن تمت يشترط على نفسه المال إن لم يحضره، فلا يلزمه المال حيث لم يقع في متن العقد. بخلاف الثانية فإن الكفيل يبدأ بالمال في متن العقد فيلزمه المال، حيث شرطه في نفس العقد.

و مستند الحكمين رواية[1] داود بن الحصين[2] عن أبي العباس عن الصادق عليه السلام. و في الفرق بين الصيغتين من حيث التركيب العربي نظر[3]، و لكن المصنف و الجماعة عملوا بمضمون الرواية جامدين[4] على النص مع ضعف سنده.

---

[1] الوسائل كتاب أحكام الضمان – باب ١٠ – الحديث ٢.

[2] مصغرا.

[3] و أما في التركيب الشرعي فواضح، حيث وقع الشرط في الصيغة الأولى خارج العقد، بخلاف الثانية فإن الشرط وقع في متن العقد.

[4] أي لم يتصرفوا في النص، و لم يؤولوه كما تصرف [الشيخ الحر العاملي] قدس سره و أول الحديث في هامش كتابه [الوسائل] الطبعة الحديثة بـ[طهران] و إليك نص ما أفاده طيب الله روحه: "لا يبعد أن تكون الدراهم التي حكم بعدم لزومها هنا ما كان مغايرا و مخالفا لما في ذمة المكفول، و يكون الكفيل التزم بها عقوبة له إن لم يحضر المكفول. و التي حكم بلزومها هي التي في ذمة المكفول. و ربما فهم هذا من قوله: إلا أن يبدأ بالدراهم بأن تكون [اللام] للعهد في ذمة المكفول. و وجه بعض فقهائنا بأنه إذا بدأ بالرجل كان كفالة، و كان ذكر الدراهم تأكيدا، لأنه إذا لم يحضره لزمه المال و إن لم يشترط، و إن بدأ بالدراهم كان ضمان" انتهى كلامه رفع في الخلد مقامه. و قد عرفت في التعليقة رقم ٦ ص ١٥٥ ما أولناه فتصبح للحديث ثلاث تأويلات. ثم إن المراد من الدراهم التي حكم صاحب الوسائل بلزومها و المراد من قوله: [و ربما فهم هذا] في الصيغة الأولى: هي الدراهم التي جعلها على نفسه عقوبة. و في الصيغة الثانية: الدراهم التي في ذمة المكفول. و المراد من قوله [اللام للعهد]: إشارة إلى الدراهم المعهودة في ذمة المكفول.

و ربما تكلف متكلف بما لا يسمن و لا يغني من جوع، و إن أردت الوقوف على تحقيق الحال فراجع ما حررناه في ذلك بشرح الشرائع[1] و غيره.

و تحصل الكفالة أي حكم[2] الكفالة **بإطلاق الغريم من المستحق قهرا** فيلزمه إحضاره، أو أداء ما عليه[3] إن أمكن[4] و على ما اخترناه[5] مع تعذر إحضاره لكن هنا[6] حيث يؤخذ منه [7]

---

[1] راجع المسالك المجلد الأول [القسم الثالث] في الكفالة فإنك تجد ما أفاده [الشهيد الثاني] قدس سره مشروحا مفصلا.

[2] و هو إلزام المطلق للغريم بإحضاره فإن امتنع حبس.

[3] مرجع الضمير: [المكفول] أي يؤدي ما على المكفول.

[4] أي كان ما عليه ممكن الأداء، و لا يكون من قبيل القصاص، و الزوجية و الدعوى مستلزمة للحد.

[5] و هو إلزام الكفيل بإحضار المكفول، إلا إذا تعذر الإحضار فيسقط، و يؤدي عنه ما عليه في صورة تعذر الإحضار. و الواو في [و على ما اخترناه]: استئنافية، لا عاطفة. و حق العبارة هكذا: "على ما اخترناه لا يؤدي الكفيل على المكفول إلا مع تعذر إحضاره".

[6] أي إذا أطلق الشخص الغريم من يد المستحق الذي هو الدائن، أو غيره.

[7] أي من المطلق.

المال لا رجوع له[1] على الغريم إذا لم يأمره[2] بدفعه، إذ لم يحصل من الإطلاق ما يقتضي الرجوع[3]، **فلو كان** الغريم **قاتلا** عمدا كان أم شبهه **لزمه[4] إحضاره، أو الدية**، و لا يقتص منه في العمد لأنه لا يجب على غير المباشر. ثم إن استمر القاتل هاربا ذهب المال على المخلص[5] و إن تمكن الولي منه[6] في العمد وجب عليه رد الدية إلى الغارم، و إن لم يقتص من القاتل، لأنها وجبت لمكان الحيلولة و قد زالت، و عدم القتل الآن مستند إلى اختيار المستحق[7]، و لو كان تخليص الغريم من يد كفيله و تعذر استيفاء الحق[8] من قصاص، أو مال، و أخذ الحق من الكفيل كان له[9] الرجوع على الذي خلصه، كتخليصه[10] من يد المستحق.

---

[1] أي للمطلق على الغريم و هو المديون الذي أطلق سراحه.

[2] مرجع الضمير [المطلق]. و فاعل لم يأمره [الغريم].

[3] بخلاف عقد الكفالة إذا كان بإذنه فإنه مستلزم للرجوع.

[4] أي المطلق.

[5] و هو المطلق.

[6] أي من الغريم.

[7] أي عدم القتل الآن مستند إلى اختيار المستحق – و هو المكفول له – الدية، أو العفو.

[8] أي من الهارب.

[9] أي للكفيل.

[10] مرجع الضمير الغريم. فالمعنى أنه كما يرجع المستحق على المطلق الذي أطلق سراح الغريم، كذلك يرجع الكفيل على الذي خلص الغريم من يده.

و لو غاب المكفول غيبة يعرف موضعه **أنظر** الكفيل بعد مطالبة المكفول له بإحضاره[1]، **و بعد الحلول** إن كانت مؤجلة **بمقدار الذهاب** إليه **و الإياب** فإن مضت و لم يحضره حبس و ألزم ما تقدم[2]، و لو يعرف موضعه لم يكلف إحضاره، لعدم إمكانه و لا شيء عليه، لأنه لم يكفل المال، و لم يقصر في الإحضار.

و ينصرف الإطلاق إلى التسليم في موضع العقد، لأنه المفهوم عند الإطلاق. و يشكل لو كانا في برية، أو بلد غربة قصدهما مفارقته سريعا لكنهم لم يذكروا هنا خلافا كالسلم، و الإشكال يندفع بالتعيين، **و لو عين غيره** أي غير موضع العقد **لزم** ما شرط، و حيث يعين، أو يطلق و يحضره في غير ما عين شرعا لا يجب تسلمه و إن انتفى الضرر، **و لو قال الكفيل: لا حق لك** على المكفول حالة الكفالة فلا يلزمني إحضاره فالقول قول المكفول له، لرجوع الدعوى إلى صحة الكفالة، و فسادها فيقدم قول مدعي الصحة، **و حلف المستحق** و هو المكفول له و لزمه إحضاره، فإن تعذر لم يثبت الحق بحلفه السابق، لأنه[3] لإثبات حق يصحح الكفالة[4]، و يكفي فيه[5] توجه الدعوى

---

[1] إذا كانت الكفالة حالة.

[2] من البدل، دون القصاص، و الحد، و الزوجية كما علمت.

[3] أي الحلف السابق.

[4] دون الحق الأصلي.

[5] أي في الحلف السابق. فالمعنى: أن الحلف إنما يصحح أصل الكفالة، دون الحق المدعى. و أما نفس الحق فيحتاج إلى إقامة بينة.

نعم لو أقام بينة بالحق و أثبته عند الحاكم ألزمه[1] به كما مر[2]، و لا يرجع به[3] على المكفول، لاعترافه[4] ببراءة ذمته، و زعمه بأنه مظلوم.

و كذا[5] لو قال الكفيل للمكفول له: **أبرأته**[6] من الحق، أو أوفاكه[7]، لأصالة[8] بقائه. ثم إن حلف المكفول له على بقاء الحق برئ[9] من دعوى الكفيل، و لزمه[10] إحضاره، فإن جاء بالمكفول فادعى[11] البراءة

---

[1] مرجع الضمير [الكفيل]: و الفاعل في ألزمه إما الحاكم، أو المستحق، و المرجع في [به] [الحق].

[2] في كتاب القضاء.

[3] مرجع الضمير [الحق]. و الفاعل في [و لا يرجع]: [الكفيل].

[4] أي الكفيل و المرجع في [ببراءة ذمته]: [المكفول] و منشأ اعتراف الكفيل قوله للمكفول له: [لا حق لك على المكفول حالة الكفالة].

[5] أي و كذا يحلف المستحق الذي هو المكفول له.

[6] بصيغة الخطاب.

[7] فعل ماض من أوفى يوفي من باب الإفعال. فاعله المكفول: و الكاف مفعوله الأول الذي هو [المستحق]. و الهاء مفعوله الثاني الذي هو [الحق]: أي أوفاك المكفول الحق.

[8] تعليل لحلف [المستحق]: أي لأصالة بقاء الحق.

[9] بصيغة المعلوم: أي برئ المكفول له – بعد الحلف – من دعوى الكفيل.

[10] مرجع الضمير [الكفيل]. و فاعل [لزمه] إحضاره و مرجع الضمير في إحضاره [المكفول] أي لزم الكفيل إحضار المكفول.

[11] أي المكفول.

أيضا لم يكتف باليمين التي حلفها[1] للكفيل، لأنها[2] كانت لإثبات الكفالة، و هذه[3] دعوى أخرى و إن لزمت تلك[4] بالعرض، **فلو لم يحلف[5] و رد اليمين عليه**[6] أي على الكفيل فحلف **برئ من الكفالة و المال بحاله**[7] لا يبرأ المكفول منه، لاختلاف الدعويين[8] كما مر، و لأنه[9] لا يبرأ بيمين غيره.

---

[1] فاعل حلف [المكفول له]: أي لم يكتف بحلف المكفول له للكفيل.

[2] أي اليمين الأولى كانت لإثبات بقاء الكفالة و لا ربط لها بهذه الدعوى و هي تحتاج إلى يمين أخرى.

[3] مرجع اسم الإشارة [دعوى المكفول البراءة]. و حاصل المراد: أن دعوى المكفول براءة ذمته من الحق دعوى ثانية غير دعوى الكفيل، لأن مرجع دعوى الكفيل زوال الكفالة، و المكفول له يدعي بقاءها و لزوم إحضار المكفول، و لا يتم هذا بالحلف من المكفول له على بقاء الحق فتكون اليمين عرضية لأجل إثبات الكفالة. فلا تنفع اليمين الأولى للدعوى الثانية.

[4] مرجع الإشارة [اليمين] الأولى: أي و إن لزمت تلك اليمين بالعرض و هو أنها لأجل إثباته الكفالة.

[5] أي المستحق.

[6] أي على الكفيل.

[7] أي بعد حلف الكفيل لا يسقط المال على المكفول، بل باق في ذمته حتى يثبت سقوطه. و مرجع الضمير في منه: [المال].

[8] هما: دعوى الكفيل زوال الكفالة و المكفول له يدعي بقاءها. و دعوى المكفول براءة ذمته من الحق.

[9] أي المكفول.

نعم لو حلف المكفول اليمين المردودة على البراءة برئا[1] معا، لسقوط الكفالة بسقوط الحق[2]، كما لو أداه، و كذا لو نكل المكفول له عن يمين المكفول فحلف[3] برئا معا.

و لو تكفل اثنان بواحد كفى تسليم أحدهما إياه تاما[4]، لحصول الغرض[5]، كما لو سلم نفسه، أو سلمه أجنبي. و هل يشترط تسليمه عنه و عن شريكه، أم يكفي الإطلاق؟ قولان أجودهما الثاني[6]، و هو الذي يقتضيه إطلاق العبارة. و كذا[7] القول في تسليم نفسه، و تسليم الأجنبي له.

و قيل: لا يبرأ مطلقا[8]، لتغاير الحقين[9]. و ضعفه ظاهر[10]

---

[1] أي الكفيل و المكفول.

[2] لتبعية الكفالة للحق فإذا سقط سقطت.

[3] أي المكفول. و الفاعل في برئا [الكفيل و المكفول] أيضا.

[4] أي تسليما تاما.

[5] من استيفاء حقه من قصاص، أو دين أو نفقة.

[6] و هو الإطلاق من دون قيد النية عن نفسه، أو عن شريكه.

[7] أي و كذا يكفي في سقوط الكفالة لو سلم المكفول نفسه، أو سلمه أجنبي إلى المكفول له.

[8] سواء سلمه عن نفسه أم عن شريكه، أو سلمه إلى المكفول له مطلقا من دون قيد [النية عن نفسه أو عن شريكه].

[9] و هما: حقا الكفيلين. بناء على أن للمكفول له حقا مستقلا عن كل من الكفيلين.

[10] وجه ظهور الضعف: أنه لو جاز أن يبرأ الكفيل بتسليم الأجنبي المكفول للمكفول له فبتسليم الشريك له أولى.

و تظهر الفائدة[1] لو هرب بعد تسليم الأول[2].

و لو تكفل بواحد لاثنين فلا بد من تسليمه إليهما معا، لأن العقد الواحد هنا بمنزلة عقدين، كما لو تكفل لكل واحد على انفراده، أو ضمن دينين لشخصين فأدى دين أحدهما فإنه لا يبرأ من دين الآخر، بخلاف السابق، فإن الغرض من كفالتهما للواحد إحضاره و قد حصل.

و يصح التعبير في عقد الكفالة **بالبدن، و الرأس، و الوجه** فيقول: كفلت لك بدن فلان، أو رأسه، أو وجهه، لأنه يعبر بذلك عن الجملة، بل عن الذات عرفا، و ألحق به[3] الكبد، و القلب، و غيرهما من الأجزاء التي لا تبقى الحياة بدونها، و الجزء[4] الشائع فيه[5] كثلثه، و ربعه، استنادا إلى أنه لا يمكن إحضار المكفول إلا بإحضاره أجمع. و في غير البدن نظر. أما الوجه و الرأس فإنهما و إن أطلقا

---

[1] أي بناء على القولين: و هما القول ببراءة الشريك بتسليم شريكه، و عدم البراءة بتسليم الشريك. فإنه لو سلمه أحد الشريكين و قلنا بعدم براءة الشريك الثاني فإنه يجوز للمكفول له إلزام الثاني بإحضاره. بخلاف ما لو قلنا ببراءة الشريك بتسليم شريكه المكفول فإنه لا يحق للمكفول له إلزام الشريك بالإحضار، لأنه قد برئ من ذلك بتسليم شريكه المكفول.

[2] أي الشريك الأول.

[3] أي البدن.

[4] بالرفع عطف على قوله: [الكبد].

[5] أي في البدن كما لو قال: أكفل ثلث زيد أو ربعه مثلا.

على الجملة[1] لكن يطلقان على أنفسهما[2] إطلاقا شائعا متعارفا إن لم يكن أشهر[3] من إطلاقهما على الجملة. و حمل[4] اللفظ المحتمل للمعنيين[5] على الوجه المصحح[6] مع[7] الشك في حصوله،

---

[1] و هو البدن أي و إن أطلق الرأس و الوجه على الجملة.

[2] و هما: الرأس و الوجه خاصة، فإن إطلاقهما على نفس الرأس و الوجه إطلاق شائع و متعارف. بخلاف إطلاقهما على الجملة التي هو البدن فإنه ليس إطلاقا شائعا متعارفا.

[3] بل إطلاقهما على أنفسهما أشهر قطعا. فهنا إطلاقان للرأس و الوجه: [إطلاق] حقيقي و هو إطلاقهما على نفس الرأس و الوجه و هو المعبر عنه بالإطلاق الشائع المتعارف. [و إطلاق مجازي] و هو إطلاقهما على الجملة و هو المعبر عنه بالإطلاق غير الشائع، و غير المتعارف. فأحد الإطلاقين. و هو الإطلاق المجازي يصحح الكفالة دون الآخر و هو الإطلاق الحقيقي.

[4] مرفوع على الابتداء خبره [غير جيد].

[5] و هما: المعنى الحقيقي. و المعنى المجازي.

[6] و هو المعنى المجازي المصحح للكفالة.

[7] حاصل المراد: أنه إذا كان للرأس و للوجه إطلاقان كما عرفت فكل واحد من المعنيين يكون مشكوكا فيه لإرادة المتكلم له. فكيف يحمل اللفظ على أحدهما تعيينا لأجل تصحيح الكفالة مع الشك في مراد المتكلم.؟ و مرجع الضمير في حصوله [المعنى المصحح]. و هو المعنى المجازي: أي و مع الشك في حصول المعنى المجازي لإرادة المتكلم.

و أصالة[1] البراءة من مقتضى العقد غير[2] جيد. نعم[3] لو صرح بإرادة الجملة

[1] بالجر عطفا على مدخول [مع]: أي و مع أصالة البراءة فهو وجه لعدم جواز حمل اللفظ على أحد معنييه تصحيحا للكفالة. بيانه: أن نفس الشك في المراد كاف في عدم جواز هذا الحمل مضافا إلى وجود أصل موضوعي في المقام. و هي: أصالة عدم ترتب مقتضى العقد. و هو [وجوب إحضار المكفول على الكفيل] و ذلك للشك في انعقاد العقد على وجه يترتب عليه هذا الأثر فالأصل عدمه حيث يثبت. لا يقال: الأصل الأولي هنا صحة العقد لكونه مبنى العقلاء في معاملاتهم و عقودهم و إيقاعاتهم فكيف يحكم بأصالة البراءة؟. فإنه يقال: الأمر كما تقول و أن الأصل الأولي يقتضي الصحة لكن هذا بعد تمامية أركان العقد من الإيجاب و القبول و البلوغ و العقل و الاختيار و غير ذلك مما له دخل في صحة العقد. و أين هذا مما نحن فيه الذي هو الشك في صحة استعمال اللفظ المحتمل للمعنيين مع الشك في كون المعنى المحتمل مرادا للمتكلم. فالمقام مقام جريان أصالة البراءة، لا أصالة الصحة.

[2] مرفوع، خبر لقوله: [و حمل..].

[3] استدراك عما أفاده [الشارح] قدس سره آنفا من عدم صحة حمل اللفظ على المعنى المجازي مع الشك في كونه مراد للمتكلم. و حاصله: أن المتكلم لو صرح بأنه أراد الجملة: أي تمام البدن من الجزءين الرأس، و الوجه لكان صحيحا، نظير ما لو صرح بإرادة أحد المعنيين من كل لفظ مشترك. فكذلك لو كانت هناك قرينة على إرادة ذلك.

من الجزءين[1] اتجهت الصحة[2] كإرادة[3] أحد معنيي المشترك كما أنه لو قصد الجزء بعينه[4] فكقصد الجزء الذي لا يمكن الحياة بدونه[5]، و أما[6]،

---

[1] هما: الوجه و الرأس.

[2] أي صحة الكفالة.

[3] تنظير لحمل اللفظ المحتمل للمعنيين على أحد المعنيين. و حاصله: أنه كما يجوز حمل اللفظ المشترك بين المعنيين بالاشتراك اللفظي على أحد معنييه بالخصوص مع تصريح المتكلم بذلك، أو مع نصب قرينة معينة لأحدهما كذلك يجوز حمل اللفظ على أحد معنييه الحقيقي و المجازي لو صرح المتكلم بذلك، أو قامت عليه قرينة.

[4] بأن عبر بالرأس أو الوجه و أرادهما بعينهما و لم يقصد المتكلم [الجملة] منهما. فحكم هذا التعبير حكم ما لو عبر الكفيل بالقلب أو الوجه في عدم صحة الكفالة به. فكما أنه لا يصح في الكفالة التعبير بالقلب أو الكبد بالخصوص من دون إرادة الجملة منهما، فكذلك لو قصد من الرأس أو الوجه نفس الجزء الحيوي الذي لا يبقى الإنسان بدونه مجردا عن إرادة الجملة. و زيادة توضيح هذا في الهامش رقم ٦.

[5] مرجع الضمير [الجزء الحيوي]: أي بدون ذاك الجزء الحيوي كالقلب و الكبد حيث إن الإنسان لا يعيش بدونهما.

[6] هذا شروع في بيان عدم صحة الكفالة إذا عبر الكفيل بلفظ يخص أحد أعضاء البدن دون الجملة و لو كان ذلك العضو عضوا حيويا. بيانه: أن الأعضاء التي لا تبقى الحياة بدونها على قسمين: قسم يطلق و يراد به الجملة كالوجه و الرأس، إذ يمكن أن يشار إلى وجه زيد و يقال: هذا زيد مثلا. و قسم لا يصح فيه هذا الإطلاق كالقلب و الكبد. [أما القسم الأول] الذي يصح إطلاقه و إرادة الجملة منه و يمكن الإشارة إليه فهو أولى في إطلاقه على الكل من القسم الذي لا يصح إطلاقه على الجملة كما عرفت في الهامش رقم ٧ ص ١٦٤. هذا ما يفهم من عبارة [الشارح] رحمه الله، إذن تكون العبارة في قوله رحمه الله: [مع عدم إطلاق اسم الجملة عليه] مقلوبة: و الأصل هكذا: [مع عدم إطلاق اسم الجزء على الجملة]. فالمعنى أن إطلاق مثل هذا الجزء لا يكفي في إثبات الأحكام الشرعية مثل إلزام الكفيل بإحضار المكفول، أو إدانته بالحق. و بما أن الكفالة من العقود اللازمة فلا يصح استعمال الألفاظ المجازية المحتملة للوجهين فيه، بل الواجب استعمال اللفظ الصريح فيه.

ما لا تبقى الحياة بدونه[1] مع عدم إطلاق اسم الجملة[2] عليه[3] حقيقة فغايته أن إطلاقه[4] عليها[5] مجاز، و هو[6]،

[1] مرجع الضمير [ما] الموصولة في قول الشارح: [و أما ما لا تبقى الحياة بدونه]: أي و أما العضو التي لا تبقى الحياة بدونه.

[2] و هو البدن.

[3] مرجع الضمير [الجزء الحيوي].

[4] أي إطلاق [الجزء الحيوي].

[5] أي على الجملة.

[6] أي إطلاق مثل الجزء الحيوي على الجملة مجازا غير كاف في إثبات الأحكام الشرعية.

غير كاف في إثبات الأحكام الشرعية، و يلزم مثله[1] في كل جزء من البدن، و المنع في الجميع أوجه، أو إلحاق الرأس و الوجه مع قصد الجملة بهما.

دون اليد و الرجل و إن قصدها[2] بهما[3] مجازا، لأن المطلوب شرعا كفالة المجموع باللفظ الصريح الصحيح كغيره من العقود اللازمة، و التعليل بعدم إمكان إحضار الجزء المكفول بدون الجملة فكان في قوة كفالة الجملة ضعيف[4]، لأن المطلوب لما كان كفالة المجموع لم يكن البعض كافيا في صحته و إن توقف إحضاره عليه، لأن الكلام ليس في مجرد الإحضار، بل على وجه الكفالة الصحيحة، و هو منتف.

و لو مات المكفول قبل إحضاره **بطلت** الكفالة، لفوات متعلقها و هو النفس، و فوات الغرض لو أريد البدن.

---

[1] أي مثل إطلاق القلب و الكبد و إرادة الجملة – في عدم جوازه، و عدم كفايته في صحة عقد الكفالة – إطلاق سائر أجزاء البدن مطلقا كالصدر و البطن و الرجل و اليد حيث لا يجوز إطلاق شيء من هذه الأجزاء و إرادة الجملة منه في كفالة الجملة، نظرا إلى عدم إمكان إحضار ذلك الجزء إلا بإحضار الجميع. و المنع عام في جميع الأجزاء سواء كانت مما تبقى الحياة بدونها كاليد و الرجل أم لا تبقى بدونها كالرأس و القلب كما أفاده الشارح قدس سره بقوله: [و المنع في الجميع أوجه].

[2] أي قصد الجملة.

[3] أي باليد و الرجل.

[4] كما عرفت عند قوله: [و هو غير كاف في إثبات الأحكام الشرعية] لعدم جواز حمل اللفظ المحتمل للمعنى الحقيقي و المجازي على أحدهما، و لما يذكره الشارح رحمه الله قريبا.

و يمكن الفرق بين التعبير بكفلت فلانا، و كفلت بدنه، فيجب إحضاره مع طلبه في الثاني، دون الأول، بناء على ما اختاره المحققون من أن الإنسان ليس هو الهيكل المحسوس.

و يضعف بأن مثل ذلك منزل على المتعارف، لا على المحقق عند الأقل فلا يجب على التقديرين[1]، **إلا في الشهادة على عينه**[2]ليحكم عليه **بإتلافه، أو المعاملة** له[3] إذا كان قد شهد عليه من لا يعرف نسبه، بل شهد على صورته فيجب إحضاره ميتا حيث يمكن الشهادة عليه بأن لا يكون قد تغير بحيث لا يعرف. و لا فرق حينئذ[4] بين كونه قد دفن و عدمه، لأن ذلك مستثنى من تحريم نبشه.

---

[1] سواء قال: كفلت بدنه، أم قال: كفلت فلانا.

[2] أي على شخصه بأن قال الشاهد: هذا هو الذي أتلف مال المكفول له.

[3] أي لصالح الميت.

[4] أي في وجوب إحضاره.

الصلح

<كتاب الصلح> [1] **و هو جائز مع الإقرار و الإنكار** عندنا مع سبق نزاع و لا معه[2]، ثم إن كان المدعي محقا استباح ما دفع إليه المنكر صلحا و إلا فهو حرام باطنا، عينا كان أم دينا، حتى لو صالح عن العين[3] بمال فهي[4] بأجمعها حرام، و لا يستثنى له[5] منها[6] مقدار ما دفع[7] من العوض، لفساد المعاوضة في نفس الأمر.

نعم لو استندت الدعوى إلى قرينة كما لو وجد بخط مورثه أن له حقا على أحد فأنكر، و صالحه على إسقاطها بمال فالمتّجه صحة الصلح.

---

[1] لغة اسم مصدر من المصالحة. و المصالحة مصدر صالح يصالح وزان ضارب يضارب. و شرعا عقد شرع لقطع المنازعة بين المتخاصمين.

[2] أي لا مع سبق نزاع، بل تشرع في كل مورد وقع الاشتباه في الحق، و أراد الطرفان خلاص ذمتهما فيصطلحان على ما تفرغ ذمتهما به.

[3] كما لو ادعى زيد على عمرو عينا خارجية كدار، أو عقار و لم يكن محقا في دعواه و تخلص المدعى عليه منه بأن يدفع العين و يأخذ مقدارا من المال فالعين التي أخذها المدعي بالصلح حرام كلها.

[4] أي العين المدعاة بأجمعها حرام.

[5] أي للمدعي.

[6] أي من العين.

[7] أي ما دفعه المدعي.

و مثله[1] ما لو توجهت الدعوى بالتهمة، لأن اليمين حق يصح الصلح على إسقاطها.

إلا ما أحل حراما، أو حرم حلالا كذا ورد في الحديث[2] النبوي صلى الله عليه و آله تحليل الحرام بالصلح على استرقاق حر، أو استباحة بضع لا سبب لاستباحته غيره، أو ليشرب الخمر و نحوه. و تحريم الحلال بأن لا يطأ أحدهما حليلته، أو لا ينتفع بماله و نحوه و الصلح على مثل هذه باطل ظاهرا، باطنا. و فسر بصلح المنكر على بعض المدعى، أو منفعته[3]، أو بدله مع كون أحدهما عالما ببطلان الدعوى، لكنه هنا صحيح ظاهرا، و إن فسد باطنا، و هو[4] صالح للأمرين[5] معا، لأنه محلل للحرام بالنسبة إلى الكاذب، و محرم للحلال بالنسبة إلى المحق. و حيث كان عقدا جائزا في الجملة[6] **فيلزم بالإيجاب و القبول**

---

[1] أي و مثل [ما لو وجد بخط مورثه].

[2] الوسائل كتاب الصلح باب ٣ الحديث ٢.

[3] أي منفعة المدعى. و مرجع الضمير في بدله [المدعي].

[4] أي التفسير الأخير للصلح.

[5] و هما: تحليل الحرام، و تحريم الحلال، لأن ما يأخذه حرام بالنسبة إليه فيستحله. و الآخر يعطي مالا هو حلال له فيحرمه على نفسه بالصلح، لأنه محلل للحرام بالنسبة إلى الكاذب فإن ما يأخذه الكاذب حرام له، و محرم للحلال بالنسبة إلى المحق، لأن ما يعطيه حلال له و يحرمه على نفسه بالصلح.

[6] أي لا في جميع الموارد، كالموارد التي حرم فيها حلال، أو حلل حرام.

الصادرين من الكامل بالبلوغ و الرشد **الجائز التصرف** برفع الحجر، و تصح[1] وظيفة كل من الإيجاب و القبول من كل منهما بلفظ صالحت و قبلت، و تفريع اللزوم على ما تقدم[2] غير حسن، لأنه[3] أعم منه[4] و لو عطفه بالواو كان أوضح، و يمكنه التفاته إلى أنه عقد و الأصل في العقود اللزوم، إلا ما أخرجه الدليل، للأمر بالوفاء بها في الآية[5] المقتضي له[6].

و هو أصل في نفسه على أصح القولين و أشهرهما، لأصالة عدم الفرعية، لا فرع البيع، و الهبة، و الإجارة، و العارية، و الإبراء كما ذهب إليه الشيخ فجعله فرع البيع إذا أفاد نقل العين بعوض معلوم، و فرع الإجارة إذا وقع على نفعة معلومة بعوض معلوم، و فرع العارية إذا تضمن إباحة منفعة بغير عوض، و فرع الهبة إذا تضمن ملك العين بغير عوض، و فرع الإبراء إذا تضمن إسقاط دين استنادا إلى إفادته فائدتها[7] حيث يقع على ذلك الوجه فيلحقه حكم ما ألحق به. و فيه أن إفادة عقد فائدة آخر لا تقتضي الاتحاد، كما لا تقتضي الهبة بعوض معين فائدة البيع.

---

[1] أي و تؤدى.

[2] و هو قول المصنف رحمه الله: [و هو جائز مع الإقرار و الإنكار].

[3] مرجع الضمير [ما تقدم].

[4] أي من الصلح.

[5] و هي قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ.

[6] أي للزوم.

[7] مرجع الضمير: المذكورات من البيع، و الإجارة، الهبة، و العارية، و الإبراء.

و لا يكون طلبه إقرارا لصحته مع الإقرار و الإنكار، و نبه به على خلاف بعض العامة[1] الذاهب إلى عدم صحته مع الإنكار حيث فرع عليه أن طلبه إقرار، لأن إطلاقه ينصرف إلى الصحيح و إنما يصح مع الإقرار فيكون مستلزما له.

و لو اصطلح الشريكان على أخذ أحدهما رأس المال و الباقي للآخر ربح، أو خسر صح عند انقضاء الشركة و إرادة فسخها لتكون الزيادة مع من هي معه بمنزلة الهبة، و الخسران على من هو عليه بمنزلة الإبراء[2].

و لو شرطا بقاءهما على ذلك [3]بحيث يكون ما يتجدد من الربح و الخسران لأحدهما، دون الآخر **ففيه نظر** من مخالفته[4] لوضع الشركة حيث إنها تقتضي كونهما على حسب رأس المال، و من[5] إطلاق

---

[1] و هو الشافعي حيث ذهب إلى عدم صحة الصلح مع الإنكار، لأنه معاوضة على ما لم يثبت [المغني لابن قدامة كتاب الصلح – ج ٤ – ص ٤٢٧].

[2] أي للآخر.

[3] أي على أن يكون رأس المال لأحدهما، و الربح و الخسران للآخر.

[4] مرجع الضمير [الشرط] و هو: كون رأس المال لأحدهما و الربح و الخسران للآخر فهو دليل لعدم جواز هذا الشرط لأن الشركة تقتضي كون الربح و الخسران على حسب رأس المال.

[5] دليل لجواز هذا الشرط. و إليك نص الحديث عن أبي عبد الله عليه السلام في رجلين اشتركا في مال فربحا فيه، و كان من المال دين، و عليهما دين فقال أحدهما لصاحبه: أعطني رأس المال و لك الربح و عليك التوى ـ أي الخسران ـ فقال عليه السلام: لا بأس إذا اشترطا إلخ. الوسائل كتاب الصلح باب ٤ الحديث ١. فالرواية مطلقة حيث قال عليه السلام لا بأس إذا اشترطا سواء كان الشرط في الابتداء أم في الأثناء.

الرواية بجوازه بعد ظهور الربح من غير تقييد بإرادة القسمة صريحا فيجوز مع ظهوره[1]، أو ظهور الخسارة مطلقا[2]. و يمكن أن يكون نظره[3] في جواز الشرط مطلقا و إن كان في ابتداء الشركة، كما ذهب إليه الشيخ و جماعة زاعمين أن إطلاق الرواية يدل عليه[4]، و لعموم

المسلمون عند شروطهم[5]. و الأقوى المنع. و هو مختاره في الدروس.

و يصح الصلح على كل من العين، و المنفعة بمثله[6]،

---

[1] أي ظهور الربح.

[2] سواء أرادا فسخ الشركة أم لا.

[3] أي نظر المصنف.

[4] أي على صحة هذا الشرط، و إطلاق الرواية مستفاد من قوله: [لا بأس إذا اشترطا] فإنه مطلق سواء كان اشتراطهما في ابتداء العقد أم بعده و قد تقدم الحديث في الهامش رقم ٥ ص ١٧٦.

[5] الوسائل كتاب التدبير و المكاتبة باب ٤ الحديث ٨.

[6] أي الصلح على العين بالعين، و الصلح على المنفعة بالمنفعة كما لو كانت داران مشتركتان بين اثنين فوقع الصلح على كون منفعة إحداهما لأحدهما، و منفعة الأخرى للآخر، أو إحدى الدارين لأحدهما عينا، و الأخرى للآخر. فهذا صلح على منفعة بمثلها، و على عين بمثلها.
و الخلاصة: أن متعلق الصلح إما عين، أو منفعة، أو دين، أو حق كالشفعة و على التقادير الأربع إما أن يكون الصلح مع العوض، أو بدونه فهذه ثمانية صور بعد ضرب الاثنين في الأربعة ٢ * ٤ = ٨ و على الأول و هو الصلح مع العوض إما أن يكون العوض عينا، أو منفعة، أو دينا، أو حقا فهذه أربعة تضرب في الأربعة الأول و هو الصلح على العين، أو المنفعة، أو الدين، أو الحق فينتج ستة عشر صورة: ٤ * ٤ = ١٦ و بقيت أربعة صور أخرى و هو الصلح على العين أو المنفعة، أو الدين، أو الحق بلا عوض أضفها إلى تلك يصير المجموع عشرين ١٦ + ٤ = ٢٠ و إليك التفصيل. الأول الصلح على العين بالعين. الثاني الصلح على العين بالمنفعة. الثالث الصلح على العين بالدين بأن صالح أحدهما بالعين بشرط أن يبرأه الآخر عن دينه. الرابع الصلح على العين بحق كما لو صالح أحدهما على الدار بمال بشرط أن يسقط الآخر حق الشفعة مثلا. الخامس الصلح على المنفعة بالمنفعة. السادس الصلح على المنفعة بالعين. السابع الصلح على المنفعة بالدين. الثامن الصلح على المنفعة بالحق. التاسع الصلح على دين بعين. العاشر الصلح على دين بمنفعة. الحادي عشر الصلح على دين بدين. الثاني عشر الصلح على دين بحق. الثالث عشر الصلح على حق بعين. الرابع عشر الصلح على حق بمنفعة. الخامس عشر الصلح على حق بدين. السادس عشر الصلح على حق بحق. فهذه ستة عشر أضف إليها أربعة أخرى التي هي بلا عوض: و إليك صورها الأول الصلح على عين بلا عوض. الثاني الصلح على منفعة بلا عوض. الثالث الصلح على دين بلا عوض. الرابع

الصلح على حق بلا عوض. فهذه صور الجميع كلها صحيحة. نقلنا هذه الصور بالمعنى من كتاب [وسيلة النجاة] لفقيه أهل البيت المرحوم آية الله [السيد أبو الحسن] الموسوي الأصفهاني قدس سره.

إما أن يكون العوض عينا، أو منفعة، أو دينا، أو حقا فهذه أربعة تضرب في الأربعة الأول و هو الصلح على العين، أو المنفعة، أو الدين، أو الحق فينتج ستة عشر صورة: ۴ * ۴ ۱۶ و بقيت أربعة صور أخرى و هو الصلح على العين أو المنفعة، أو الدين، أو الحق بلا عوض أضفها إلى تلك يصير المجموع عشرين ۱۶ + ۴ ۲۰ و إليك التفصيل. الأول الصلح على العين بالعين. الثاني الصلح على العين بالمنفعة. الثالث الصلح على العين بالدين بأن صالح أحدهما بالعين بشرط أن يبرأه الآخر عن دينه. الرابع الصلح على العين بحق كما لو صالح أحدهما على الدار بمال بشرط أن يسقط الآخر حق الشفعة مثلا. الخامس الصلح على المنفعة بالمنفعة. السادس الصلح على المنفعة بالعين. السابع الصلح على المنفعة بالدين. الثامن الصلح على المنفعة بالحق. التاسع الصلح على دين بعين. العاشر الصلح على دين بمنفعة. الحادي عشر الصلح على دين بدين. الثاني عشر الصلح على دين بحق. الثالث عشر الصلح على حق بعين. الرابع عشر الصلح على حق بمنفعة. الخامس عشر الصلح على حق بدين.

۱

[۱] الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (۱۰ جلدى)، جلد: ۴، صفحه: ۱۷۸

و جنسه[1] و مخالفه[2] لأنه بإفادته[3] فائدة البيع صح على العين، و بإفادته فائدة الإجارة صح على المنفعة، و الحكم في المماثل، المجانس، و المخالف فرع ذلك[4]، و الأصل[5] و العموم[6] يقتضيان صحة الجميع، بل[7] ما هو أعم منها كالصلح على حق الشفعة و الخيار و أولوية التحجير،

---

[1] المراد من [بجنسه] كون العوضين من جنس واحد كالصلح على الدنانير بالدنانير، و الصلح على السكنى بالسكنى في الصلح على المنفعة.

[2] بأن يكون أحد العوضين في الصلح منفعة، و الآخر عينا.

[3] أي الصلح.

[4] أي فرع كون الصلح يفيد فائدة البيع و الإجارة.

[5] و هو أن الأصل في العقود الصحة.

[6] و هو قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ.

[7] أي الأصل و العموم يقتضيان أعم مما ذكر كما في الهامش رقم ٦ ص ١٧٧.

و السوق[1]، و المسجد[2]، بعين و منفعة و حق آخر، للعموم[3].

و لو ظهر استحقاق العوض المعين من أحد الجانبين **بطل الصلح** كالبيع[4]، و لو كان مطلقا[5] رجع ببدله، و لو ظهر في المعين عيب فله الفسخ. و في تخييره بينه و بين الأرش وجه قوي، و لو ظهر غبن لا يتسامح بمثله ففي ثبوت الخيار كالبيع وجه قوي، دفعا للضرر المنفي الذي يثبت بمثله الخيار في البيع.

و لا يعتبر في الصلح على النقدين القبض في المجلس، لاختصاص الصرف بالبيع، و أصالة الصلح، و يجيء على قول الشيخ اعتباره[6]. و أما من حيث الربا كما لو كانا من جنس واحد فإن الأقوى ثبوته فيه[7]، بل في كل معاوضة، لإطلاق التحريم في الآية[8]، و الخبر[9].

---

[1] أي الصلح على حق الأولوية في السوق و هو المعبر عنه في عصرنا الحاضر بـ[سرقفلي، أو السرقفلية].

[2] كالصلح على حيازة المكان في المسجد.

[3] و هو قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ.

[4] إذا كان العوض معينا، لا كليا فكما أن البيع يبطل بذلك كذلك الصلح.

[5] أي غير معين.

[6] أي اعتبار القبض في المجلس.

[7] أي في الصلح و مرجع الضمير في ثبوته [الربا].

[8] و هو قوله تعالى أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبا البقرة الآية ٢٧.

[9] المستدرك كتاب التجارة – أبواب الربا – باب ١ الحديث ١٣.

و لو أتلف عليه ثوبا يساوي درهمين فصالح على أكثر، أو أقل فالمشهور الصحة، لأن مورد الصلح الثوب، لا الدرهمان. و هذا إنما يتم على القول بضمان القيمي بمثله، ليكون الثابت في الذمة ثوبا فيكون هو متعلق الصلح، أما على القول الأصح من ضمانه بقيمته فاللازم لذمته إنما هو الدرهمان فلا يصح الصلح عليهما بزيادة عنهما و لا نقصان مع اتفاق الجنس، و لو قلنا باختصاص الربا بالبيع توجه الجواز[1] أيضا، لكن الجواز لا يقول به[2].

و لو صالح منكر الدار على سكنى المدعي[3] سنة[4] فيها صح للأصل[5]، و يكون هنا مفيدا فائدة العارية، **و لو أقر[6] بها ثم صالحه على سكنى المقر صح** أيضا، **و لا رجوع** في الصورتين[7] لما تقدم من أنه عقد لازم، و ليس فرعا على غيره[8].

---

[1] أي جواز الصلح بالزيادة و النقصان في هذا المورد.

[2] أي باختصاص الربا بالبيع، و مع أن المجوز قائل بالضمان القيمي بالقيمة و عدم اختصاص الربا بالبيع مع ذلك يقول بجواز الصلح في المقام.

[3] أي مدعي الدار.

[4] مفعول فيه للسكنى، أي صالح منكر الدار السكنى لمدعيها سنة على أن تكون الدار له أي للمنكر، و سكنى سنة في الدار لمدعيها. و الظاهر أن المسألة هنا أعم من أن تكون الدار في يد المدعي، أو المنكر.

[5] أي أصالة الصحة في العقود.

[6] أي منكر الدار أقر بأنها للمدعي، ثم تصالحا على سكنى المقر مدة معلومة.

[7] و هما: [صورة إقرار المنكر]. و [صورة عدم إقراره].

[8] فلا يقال: الصلح في المقام يفيد فائدة العارية، و العارية يجوز فيها الرجوع

و على القول بفرعية[1] العارية، له[2] الرجوع في الصورتين[3] لأن متعلقه المنفعة بغير عوض فيهما[4]. و العين الخارجة من يد المقر ليست عوضا عن المنفعة الراجعة إليه، لثبوتها للمقر له بالإقرار قبل أن يقع الصلح فلا يكون في مقابلة المنفعة عوض فيكون[5] عارية يلزمه حكمها من جواز الرجوع فيه عند القائل بها.

و لما كان الصلح مشروعا لقطع التجاذب و التنازع بين المتخاصمين بحسب أصله و إن صار[6] بعد ذلك أصلا مستقلا بنفسه لا يتوقف على سبق خصومة **ذكر فيه أحكام من التنازع** بحسب ما اعتاده المصنفون،

[مسائل في بعض أحكام من التنازع]

و لنشر في هذا المختصر **إلى بعضها في مسائل**

[الأولى لو كان بيدهما درهمان فادعاهما أحدهما، و ادعى الآخر أحدهما]

الأولى لو كان بيدهما درهمان فادعاهما أحدهما، و ادعى الآخر أحدهما خاصة **فللثاني نصف درهم** لاعترافه باختصاص غريمه بأحدهما، و وقوع النزاع في الآخر مع تساويهما فيه يدا[7] فيقسم بينهما بعد حلف كل منهما لصاحبه على استحقاق النصف، و من نكل منهما[8] قضي به للآخر، و لو نكلا معا، أو حلفا قسم بينهما نصفين، **و للأول**

---

[1] أي بفرعية الصلح للعارية في المقام.

[2] أي للمصالح.

[3] تقدمت الصورتان في الهامش رقم ٧ ص ١٨١.

[4] أي في الصورتين.

[5] أي ما في يده بعنوان العارية.

[6] أي الصلح.

[7] لأن المفروض أن الدرهمين في يد كلا المتخاصمين.

[8] أي من المتخاصمين.

الباقي[1] قال المصنف في الدروس: و يشكل إذا ادعى الثاني النصف مشاعا فإنه تقوى القسمة نصفين، و يحلف الثاني[2] للأول، و كذا في كل مشاع، و ذكر فيها[3] أن الأصحاب لم يذكروا هنا يمينا، و ذكروا المسألة في باب الصلح فجاز أن يكون الصلح قهريا، و جاز أن يكون اختياريا، فإن امتنعا[4] فاليمين. و ما حكيناه نحن من اليمين ذكره العلامة في التذكرة أيضا فلعل المصنف يريد أن الكثير لم يذكره.

و كذا لو أودعه رجل درهمين، و آخر[5] درهما و امتزجا لا بتفريط، و تلف أحدهما فإنه يختص ذو الدرهمين بواحد، و يقسم الآخر[6] بينهما. هذا هو المشهور بين الأصحاب، و رواه[7] السكوني عن الصادق عليه السلام. و يشكل هنا مع ضعف المستند بأن التالف لا يحتمل كونه لهما، بل من أحدهما خاصة، لامتناع الإشاعة هنا[8] فكيف يقسم الدرهم

---

[1] و هو الدرهم و النصف.

[2] و هو المدعي للدرهم المشاع بأن يحلف على نفي ادعاء الآخر الكل.

[3] أي في الدروس.

[4] أي المتخاصمان امتنعا عن الصلح فاليمين عليهما بخلاف ما إذا تصالحا عليهما.

[5] أي و أودعه آخر.

[6] أي الدرهم الآخر.

[7] الوسائل كتاب الصلح باب ١٢.

[8] لكون الدراهم معينة.

بينهما، مع أنه[1] مختص بأحدهما قطعا. و الذي يقتضيه النظر، و تشهد له الأصول الشرعية: القول بالقرعة في أحد الدرهمين، و مال إليه المصنف في الدروس، لكنه لم يجسر على مخالفة الأصحاب، و القول في اليمين كما مر من عدم تعرض الأصحاب له و ربما امتنع[2] هنا إذا لم يعلم الحالف عين حقه. و احترز بالتلف لا عن تفريط عما لو كان بتفريط فإن الودعي يضمن التالف فيضم إليهما و يقتسمانهما من غير كسر، و قد يقع مع ذلك التعاسر[3] على عين فيتجه القرعة، و لو كان بدل الدراهم مالا[4] يمتزج أجزاؤه بحيث لا يتميز و هو[5] متساويها كالحنطة و الشعير و كان لأحدهما قفيزان مثلا، و للآخر قفيز، و تلف قفيز بعد امتزاجهما بغير تفريط فالتالف على نسبة المالين[6]، و كذا الباقي فيكون لصاحب القفيزين قفيز و ثلث، و للآخر ثلثا قفيز. و الفرق أن الذاهب هنا[7] عليهما معا، بخلاف الدراهم، لأنه[8] مختص بأحدهما قطعا

---

[1] أي الدراهم.

[2] أي امتنع [الحلف].

[3] التعاسر: عدم الوفاق و عدم الوئام أي مع عدم اتفاقهما على التقسيم.

[4] خبر كان.

[5] أي المال الممتزج الذي لا تتميز أجزاؤه و هذا إنما يكون في الأمور المتساوية كالحنطة و الشعير و نحوهما.

[6] فيذهب على صاحب القفيزين ثلثان من القفيز التالف، و على صاحب القفيز ثلث.

[7] أي في باب ما يمتزج أجزاؤه بحيث لا يتميز.

[8] أي التالف من الدرهمين.

[الثانية يجوز جعل السقي بالماء عوضا للصلح]

الثانية يجوز جعل السقي بالماء عوضا للصلح بأن يكون مورده[1] أمرا آخر من عين، أو منفعة، **و** كذا يجوز كونه [2]**موردا له**[3]، و عوضه أمرا آخر كذلك[4]، و كذا لو كان أحدهما[5] عوضا، و الآخر موردا[6] كل ذلك مع ضبطه[7] بمدة معلومة، لو تعلق بسقي شيء مضبوط دائما، أو بالسقي بالماء أجمع[8] دائما و إن جهل المسقى[9] لم يبعد الصحة، و خالف الشيخ رحمه الله في الجميع[10] محتجا بجهالة الماء، مع أنه جوز بيع ماء العين و البئر، و بيع جزء مشاع منه[11]، و جعله عوضا للصلح، و يمكن تخصيصه[12] المنع هنا بغير المضبوط كما اتفق[13] مطلقا في عبارة كثير.

و كذا يصح الصلح **على إجراء الماء على سطحه، أو ساحته**

---

[1] أي ما يصالح عليه.

[2] أي كون السقي.

[3] أي للصلح.

[4] أي من عين، أو منفعة.

[5] أي أحد السقيين. بأن يصالح بسقي على سقي.

[6] أي موردا للصلح. أي و يجوز الصلح عليه.

[7] أي ضبط السقي.

[8] أي بمجموع الماء المعلوم.

[9] أي في الصورة الثانية و هو السقي بالماء أجمع.

[10] و هو جعل السقي عوضا في الصلح، أو موردا للصلح.

[11] أي من الماء.

[12] أي [الشيخ] قدس سره.

[13] أي المنع مطلقا، سواء كان مضبوطا أم غير مضبوط.

جاعلا له[1] عوضا و موردا **بعد العلم بالموضع الذي يجري منه الماء** بأن يقدر مجراه[2] طولا و عرضا، لترتفع الجهالة عن المحل[3] المصالح عليه، و لا يعتبر تعيين العمق، لأن من ملك شيئا ملك قراره[4] مطلقا[5]، لكن ينبغي مشاهدة الماء، أو وصفه، لاختلاف الحال بقلته، و كثرته، و لو كان[6] ماء مطر اختلف أيضا بكبر ما يقع عليه و صغره فمعرفته[7] تحصل بمعرفة محله، و لو سقط السطح[8] بعد الصلح أو احتاجت الساقية إلى إصلاح فعلى مالكهما، لتوقف الحق[9] عليه، و ليس على المصالح مساعدته.

[الثالثة لو تنازع صاحب السفل و العلو في جدار البيت]

الثالثة لو تنازع صاحب السفل و العلو في جدار البيت [10]

---

[1] أي للماء عوضا في الصلح، أو موردا له. أما كون الماء عوضا فكما إذا صالح على شيء بإجراء الماء على سطحه. و أما كون الماء موردا فكما إذا صالح على إجراء الماء على سطحه بإزاء مال أو شيء آخر.

[2] أي السطح، أو الساحة.

[3] و هو السطح، أو الساحة.

[4] أي أسفله.

[5] قليلا كان أو كثيرا.

[6] أي السقي بماء مطر و صولح عليه على اعتبار أن ماء المطر بعد وقوعه في ملكه يكون ملكا له، فلو صالحه على إجراء هذا الماء صح.

[7] أي ماء المطر.

[8] أي السطح المصالح عليه قبل إجراء الماء عليه.

[9] أي حق المصالح عليه. و مرجع الضمير في [عليه]: [الإصلاح].

[10] المقصود من البيت: الغرفة التحتية.

حلف صاحب السفل لأن جدران البيت كالجزء منه فيحكم بها[1] لصاحب الجملة و قيل: تكون بينهما، لأن حاجتهما إليه واحدة و الأشهر الأول، **و** لو تنازعا[2]**في جدران الغرفة يحلف صاحبها** [3]لما ذكرناه من الجزئية، و لا إشكال هنا[4]، لأن صاحب البيت لا تعلق له به[5] إلا كونه موضوعا على ملكه، و ذلك[6] لا يقتضي الملكية، مع معارضة اليد[7]، **و كذا** يقدم قول صاحب الغرفة لو تنازعا **في سقفها** الذي هو فوقها، لاختصاص صاحبها بالانتفاع به كالجدار و أولى[8].

و لو تنازعا في سقف البيت المتوسط بينهما الحامل للغرفة **أقرع بينهما**، لاستوائهما في الحاجة إليه، و الانتفاع به، و القرعة لكل أمر مشتبه. و يشكل بأن مورد القرعة المحل الذي لا يحتمل اشتراكه بين المتنازعين بل هو حق لأحدهما مشتبه، و هنا ليس كذلك، لأنه كما يجوز كونه لأحدهما يجوز كونه لهما معا، لاستوائهما فيه، لأنه سقف لصاحب البيت، و أرض لصاحب الغرفة فكان كالجزء من كل منهما. و في الدروس قوى

---

[1] أي بالجدران.

[2] أي صاحب السفل و العلو.

[3] أي صاحب الغرفة.

[4] أي في جدران الغرفة، بخلاف جدران البيت حيث يجري الإشكال فيه.

[5] أي بالجدار، و مرجع الضمير [في كونه]: [الجدار] أيضا.

[6] أي و كون الجدار موضوعا على ملكه.

[7] أي يد صاحب العلو.

[8] أي كون السقف الفوقاني من الغرفة لصاحب الغرفة أولى.

اشتراكهما فيه مع حلفهما، أو نكولهما، و إلا[1] اختص بالحالف لما ذكر من الوجه[2].

و قيل: يقضى به[3] لصاحب الغرفة، لأنها لا تتحقق بدونه، لكونه أرضها، و البيت يتحقق بدون السقف و هما متصادقان[4] على أن هنا غرفة فلا بد من تحققها، و لأن تصرفه فيه أغلب من تصرف الآخر. و ليس ببعيد. و موضع الخلاف في السقف الذي يمكن إحداثه بعد بناء البيت[5] أما ما لا يمكن كالأزج[6] الذي لا يعقل إحداثه[7] بعد بناء الجدار الأسفل، لاحتياجه إلى إخراج بعض الأجزاء عن سمت وجه الجدار قبل انتهائه ليكون حاملا للعقد[8] فيحصل به الترصيف[9] بين السقف

---

[1] أي و إن لم يحلف كلاهما و لم ينكلا، بل حلف أحدهما فقط.

[2] و هو استواؤهما في الحاجة إليه و الانتفاع به.

[3] أي بالسقف و المراد من القضاء هنا [الحكم].

[4] أي متفقان.

[5] كالسقوف التي تبنى بالأخشاب و الحديد حيث يمكن بعد كمال الجدران بنائه السقوف عليها بهذه الموارد. ففي هذه الصورة يحتمل الاشتراك، و يحتمل اختصاص أحدهما به.

[6] الأزج وزان سبب جمعه آزاج أصله أءزاج مثل أسباب، فانقلبت الهمزة الثانية ألفا فصار [آزاج] و المراد به هنا: سقف مقوس يبنى بالآجر، و العامة تقول: العقادة.

[7] أي إحداث السقف.

[8] أي الحل و الشد.

[9] و هو ضم بعض الحجارة إلى بعض في البناء.

و الجدران فهو لصاحب السفل بيمينه، لدلالة ذلك على جزئيته منه.

[الرابعة إذا تنازع صاحب غرف الخان، و صاحب بيوته في المسلك]

الرابعة إذا تنازع صاحب غرف الخان، و صاحب بيوته[1] في المسلك. و المراد به[2] هنا مجموع الصحن بدليل قوله: **حلف صاحب الغرف في قدر ما يسلكه، و حلف الآخر على الزائد**، لأن النزاع لو وقع على مسلك في الجملة، أو معين لا يزيد عن القدر[3] لم يكن على الآخر حلف، لعدم منازعة له[4] في الزائد.

و وجه الحكم للأعلى بقدر المسلك كونه من ضرورة الانتفاع بالغرف و له عليه يد في جملة الصحن. و أما الزائد عنه[5] فاختصاص صاحب البيوت به أقوى، لأنه[6] دار لبيوته فيقدم قول كل منهما فيما يظهر اختصاصه به.

و في الدروس رجح كون المسلك بينهما[7]، و اختصاص الأسفل بالباقي. و عليه جماعة، لأن صاحب السفل يشاركه في التصرف فيه، و ينفرد بالباقي فيكون قدر المسلك بينهما و احتمل الاشتراك في العرصة[8] أجمع، لأن صاحب الأعلى لا يكلف المرور على خط مستو[9]،

---

[1] أي بيوت الخان. و المراد بها الغرف السفلى.

[2] مرجع الضمير [المسلك].

[3] أي قدر ما يسلكه.

[4] أي لصاحب البيوت. و مرجع الضمير في منازعته [صاحب الغرف]

[5] أي عن المسلك.

[6] أي الزائد.

[7] أي مشترك بينهما.

[8] أي الساحة.

[9] أي خط يوصل باب الخان بالمرقي.

و لا يمنع من وضع شيء فيها، و لا من الجلوس قليلا فله يد على الجميع في الجملة كالأسفل. ثم إن كان المرقى في صدر[1] الصحن تشاركا في الممر إليه، أو اختص به الأعلى[2]، و إن كان المرقى في دهليزه خارجا[3]، لم يشارك الأسفل[4] في شيء من الصحن، إذ لا يد له[5] على شيء منها، و لو كان المرقى في ظهره[6] اختص صاحب السفل بالصحن و الدهليز أجمع.

و لو تنازعا **في الدرجة يحلف العلوي**، لاختصاصه بالتصرف فيها بالسلوك و إن كانت موضوعة في أرض صاحب السفل و كما يحكم بها[7] للأعلى يحكم بمحلها، **و في الخزانة[8] تحتها يقرع** بينهما، لاستوائهما فيها بكونها متصلة بملك الأسفل، بل من جملة بيوته، و كونها[9] هواء لملك الأعلى و هو كالقرار فيقرع،

---

[1] أي في داخل الساحة بناء على ما ذكره في [الدروس].

[2] بناء على ما ذكره هنا [من اختصاص الممر بصاحب الغرف].

[3] أي عن الساحة.

[4] بالنصب، بناء على المفعولية. و فاعل لم يشارك. [الأعلى] أي لم يشارك صاحب الأعلى صاحب الأسفل.

[5] أي للأعلى و مرجع الضمير في منها [العرصة].

[6] أي في ظهر الخان من الخارج.

[7] أي بالدرجة و مرجع الضمير في محلها: [الدرجة]. و المقصود من محلها: الأرض التي بنيت الدرجة فوقها.

[8] أي المخزن و هو الفراغ الذي تحت الدرج.

[9] بالجر عطفا على مدخول باء الجارة: في [بكونها] أي و بكونها، فهو دليل لكون الأعلى ذا حق. كما و أن الأول و هو قوله: [بكونها متصلة بملك الأسفل] دليل لكون الأسفل ذا حق.

و يشكل بما مر في السقف[1]، و يقوى استواؤهما فيها[2] مع حلف كل لصاحبه، و هو اختياره في الدروس، و لا عبرة بوضع الأسفل آلاته تحتها. و يشكل أيضا الحكم في الدرجة مع اختلافهما في الخزانة، لأنه إذا قضي بالخزانة لهما، أو حكم بها للأسفل بوجه[3] تكون[4] الدرجة كالسقف المتوسط بين الأعلى و الأسفل، لعين ما ذكر[5]، خصوصا مع الحكم بها للأسفل وحده فينبغي حينئذ[6] أن يجري فيها الخلاف السابق[7] و مرجحه[8]، و لو قضينا بالسقف للأعلى زال الإشكال هنا، و إنما يأتي على مذهب المصنف هنا و في الدروس فإنه[9] لا يجامع

---

[1] من قول [الشارح]: [و يشكل بأن مورد القرعة المحل الذي لا يحتمل اشتراكه بين المتنازعين، بل هو حق لأحدهما مشتبه].

[2] أي في الخزانة.

[3] أي بأمارة، أو بقرينة، أو بتمامية موازين الحكم، أو بإقرار صاحب الأعلى.

[4] الجملة جزاء للشرط في قوله: [إذا قضي بالخزانة].

[5] أي يجري في الدرجة كل ما جرى في السقف من الأقوال و الاحتمالات.

[6] أي خصوصا مع الحكم بالخزانة للأسفل وحده.

[7] الذي جرى في السقف.

[8] بصيغة المفعول أي ما رجح هناك، كذلك يرجح هنا.

[9] أي مذهب المصنف حيث قوى في الدروس اشتراكهما مع حلفهما، أو نكولهما، و إلا اختص بالحالف، و هنا حكم بالقرعة.

اختصاص العلوي بها مطلقا[1].

[الخامسة لو تنازع راكب الدابة، و قابض لجامها حلف الراكب]

الخامسة لو تنازع راكب الدابة، و قابض لجامها فيها **حلف الراكب** لقوة يده، و شدة تصرفه بالنسبة إلى القابض.

و قيل: يستويان في الدعوى، لاشتراكهما في اليد و قوتها لا مدخل له في الترجيح، و لهذا لم تؤثر في ثوب بيد أحدهما أكثره كما سيأتي، و ما مع الراكب من زيادة نوع التصرف لم يثبت شرعا كونه مرجحا، و تعريف المدعي و المنكر منطبق عليهما. و هو قوي فيحلف كل منهما لصاحبه إن لم يكن بينه، و أما اللجام فيقضى به لمن هو في يده، و السرج لراكبه **و لو تنازعا ثوبا في يد[2] أحدهما أكثره فهما سواء لاشتراكهما** في اليد و لا ترجيح لقوتها، و التصرف هنا و إن اختلف كثرة و قلة لكنه من واد واحد، بخلاف الركوب و قبض اللجام. نعم لو كان أحدهما ممسكا له، و الآخر لابسا فكمسألة الراكب و القابض، لزيادة تصرف اللابس على اليد المشتركة.

و كذا لو تنازعا **في العبد و عليه ثياب لأحدهما** و يدهما **عليه** فلا يرجح صاحب الثياب كما يرجح الراكب بزيادة ذلك على يده إذ لا دخل للبس في الملك، بخلاف الركوب، فإنه قد يلبسها[3] بغير إذن مالكها، أو بالعارية، و لا يرد مثله في الركوب، لأن

---

[1] بل في بعض الصور و هو صورة خروج القرعة باسمه، أو نكول السفلي و حلف العلوي.

[2] الجار و المجرور خبر مقدم للمبتدإ و هو [أكثره]: أي أكثره في يد أحدهما.

[3] أي الثياب.

الراكب ذو يد بخلاف العبد فإن اليد للمدعى، لا له[1]. و يتفرع عليه ما لو كان لأحدهما عليه[2] يد، و للآخر ثياب خاصة فالعبرة بصاحب اليد.

و يرجح صاحب الحمل[3] في دعوى البهيمة الحاملة و إن كان للآخر عليها يد أيضا بقبض زمام، و نحوه[4]، لدلالة الحمل على كمال استيلاء مالكه عليها فيرجح.

و في الدروس سوى بين الراكب، و لابس الثوب، و ذي الحمل في الحكم. و هو حسن، **و** كذا يرجح **صاحب البيت في** دعوى **الغرفة** الكائنة **عليه و إن كان بابها مفتوحا** إلى المدعي الآخر، لأنها موضوعة في ملكه و هو هواء بيته، و مجرد فتح الباب إلى الغير لا يفيد اليد. هذا إذا لم يكن من إليه الباب متصرفا فيها بسكنى و غيرها، و إلا قدم، لأن يده عليها بالذات، لاقتضاء التصرف له، و يد مالك الهواء بالتبعية، و الذاتية أقوى، مع احتمال التساوي، لثبوت اليد من الجانبين في الجملة، و عدم تأثير قوة اليد.

[السادسة لو تداعيا جدارا غير متصل ببناء أحدهما، أو متصلا ببنائهما]

السادسة لو تداعيا جدارا غير متصل ببناء أحدهما، أو متصلا ببنائهما معا اتصال ترصيف[5]، و هو تداخل الأحجار و نحوها على وجه يبعد كونه محدثا بعد وضع الحائط المتصل به **فإن حلفا، أو نكلا فهو لهما، و إلا** فإن حلف أحدهما، و نكل الآخر **فهو**

---

[1] أي لا للعبد، فإن العبد لا يد له أصلا.

[2] أي على العبد.

[3] الحمل بالكسر: المحمول.

[4] كسوق الدابة من خلفها مثلا.

[5] و هو الشد و الحل.

للحالف، و لو اتصل بأحدهما خاصة **حلف** و قضي له به. و مثله ما لو كان لأحدهما عليه[1] قبة[2]، أو غرفة، أو سترة[3] لصيرورته بجميع ذلك ذا يد فعليه اليمين مع فقد البينة.

و كذا لو كان لأحدهما خاصة **عليه جذع** فإنه يقضى له به بيمينه، أو لهما فلهما، و لو اتصل بأحدهما و كان للآخر عليه جذع تساويا على الأقوى، و كذا لو كان لأحدهما واحدة من المرجحات، و مع الآخر الباقية، إذ لا أثر لزيادة اليد كما سلف **أما الخوارج** من أحد الجانبين أو منهما من نقش، أو وتد، أو رف و نحوها **و الروازن** كالطاقات **فلا ترجيح بها**، لإمكان إحداثها من جهة واضعها من غير شعور الآخر **إلا معاقد القمط** بالكسر و هو الحبل الذي يشد به الخص[4] و بالضم جمع قماط و هي شداد الخص من ليف و خوص و غيرها فإنه يقضى بها فيرجح من إليه معاقد القمط لو تنازعا **في الخص** بالضم و هو البيت الذي يعمل من القصب، و نحوه على المشهور بين الأصحاب و منهم من جعل حكم الخص كالجدار بين الملكين. و هو الموافق للأصل.

---

[1] أي على الحائط.

[2] بالضم هو البيت من الشعر.

[3] بالضم.

[4] بالضم و التشديد: البيت من القصب و جمعه أخصاص و منه الحديث الخص لمن إليه القمط: أي شد الحبل.

الشركة

<كتاب الشركة > [1]الشركة بفتح الشين فكسر الراء، و حكي فيها كسر الشين فسكون الراء **و سببها قد يكون إرثا** لعين، أو منفعة، أو حق بأن يرثا مالا أو منفعة دار استأجرها مورثهم، أو حق شفعة، و خيار، **و عقدا** [2] بأن يشتريا دارا بعقد واحد، أو يشتري كل واحد منهما جزء مشاعا منها و لو على التعاقب، أو يستأجراها، أو يشتريا بخيار لهما، **و حيازة** [3]لبعض المباحات **دفعة** بأن يشتركا في نصب حبالة، و رمي سهم مثبت فيشتركا في ملك الصيد، و لو حاز كل واحد شيئا من المباح منفردا عن صاحبه اختص كل بما حازه إن لم يكن عمل كل واحد بنية الوكالة عن صاحبه في تملك نصف ما يحوزه، و إلا اشتركا أيضا على الأقوى، فالحيازة قد توجب الاشتراك مع التعاقب و قد لا توجبه في الدفعة، **و مزجا** لأحد ماليهما بالآخر بحيث **لا يتميز** كل منهما عن الآخر بأن يكونا متفقين جنسا و وصفا، فلو امتزجا بحيث يمكن التمييز و إن عسر كالحنطة بالشعير، أو الحمراء من الحنطة بغيرها، أو الكبيرة الحب بالصغيرة، و نحو ذلك فلا اشتراك. و لا فرق هنا بين وقوعه اختيارا، أو اتفاقا.

و الشركة قد يكون عينا أي في عين كما لو اتفق الاشتراك

---

[1] هو اختلاط النصيبين فصاعدا بحيث لا يتميز الواحد عن الآخر.

[2] عطف على [إرثا]: أي و سببها قد يكون عقدا.

[3] عطف على [إرثا]: أي و سببها قد تكون الحيازة.

بأحد الوجوه السابقة[1] في شيء من أعيان الأموال، **و منفعة** كالاشتراك في منفعة دار استأجراها، أو عبد، أوصي لهما بخدمته، **و حقا** كشفعة، و خيار، و رهن و هذه الثلاثة[2] تجري في الأولين[3] و أما الأخيران[4] فلا يتحققان إلا في العين، و يمكن فرض الامتزاج في المنفعة بأن يستأجر كل منهما دراهم للتزين بها، حيث نجوزه[5] متميزة ثم امتزجت بحيث لا تتميز.

و المعتبر من الشركة شرعا عندنا **شركة العنان** بكسر العين و هي شركة الأموال، نسبت إلى العنان و هو سير اللجام الذي يمسك به الدابة، لاستواء الشريكين في ولاية الفسخ، التصرف، و استحقاق الربح على قدر رأس المال كاستواء طرفي العنان، أو تساوي الفارسين فيه إذا تساويا في السير، أو لأن كل واحد منهما يمنع الآخر من التصرف حيث يشاء كما يمنع العنان الدابة، أو لأن الآخذ بعنانها يحبس إحدى يديه عليه و يطلق الأخرى كالشريك يحبس يده عن التصرف في المشترك مع انطلاق يده في سائر ماله.

و قيل: من عن إذا ظهر، لظهور مال كل من الشريكين لصاحبه أو لأنها أظهر أنواع الشركة.

و قيل: من المعانة و هي المعارضة، لمعارضة كل منهما بما أخرجه الآخر.

لا شركة الأعمال بأن يتعاقدا على أن يعمل كل منهما بنفسه،

---

[1] كالإرث، أو الحيازة، أو الخلط، أو العقد.

[2] و هي الشفعة، و الخيار، و الرهن.

[3] و هما: الإرث، و العقد: أي تكون هذه مسببة من الإرث و العقد.

[4] و هما: الحيازة، و المزج.

[5] أي التزين.

و يشتركا في الحاصل، سواء اتفق عملهما قدرا و نوعا أم اختلف فيهما أم في أحدهما، و سواء عملا في مال مملوك أم في تحصيل مباح، لأن كل واحد منهما متميز ببدنه و عمله فيختص بفوائده، كما لو اشتركا في مالين و هما متميزان.

و لا شركة **المفاوضة** و هي أن يشترك شخصان فصاعدا بعقد لفظي على أن يكون بينهما ما يكتسبان، و يربحان، و يلتزمان من غرم و يحصل لهما من غنم، فيلتزم كل منهما للآخر مثل ما يلتزمه من أرش جناية، و ضمان غصب، و قيمة متلف، و غرامة ضمان و كفالة، و يقاسمه فيما يحصل له من ميراث، أو يجده من ركاز[1]، و لقطة، و يكتسبه في تجارة، و نحو ذلك. و لا يستثنيان من ذلك إلا قوت اليوم، و ثياب البدن، و جارية يتسرى[2] بها، فإن الآخر لا يشارك فيها. و كذا يستثني في هذه الشركة من الغرم: الجناية على الحر، بذل الخلع، و الصداق إذا لزم أحدهما.

و لا شركة **الوجوه** و هي أن يشترك اثنان وجيهان لا مال لهما بعقد لفظي ليبتاعا[3] في الذمة على أن ما يبتاعه كل منهما يكون بينهما فيبيعان و يؤديان الأثمان، و ما فضل فهو بينهما، أو أن يبتاع وجيه في الذمة و يفوض بيعه إلى خامل[4] على أن يكون الربح بينهما، أو أن يشترك

---

[1] هو المعدن.

[2] أي يتمتع بها تمتعا جنسيا.

[3] أي يشتريا.

[4] أي المجهول غير المشهور.

وجيه لا مال له، و خامل ذو مال ليكون العمل من الوجيه و المال من الخامل، يكون المال في يده لا يسلمه إلى الوجيه، و الربح

بينهما، أو أن يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح ليكون بعضه له، و هذه الثلاثة بمعانيها عندنا باطلة.

و المشتركان شركة العنان **يتساويان في الربح و الخسران مع تساوي المالين، و لو اختلفا** في مقدار المال **اختلف الربح** بحسبه و الضابط أن الربح بينهما على نسبة المال متساويا و متفاوتا[1]، فلو عبر به[2] لكان أخصر و أدل على المقصود[3]، إذ[4] لا يلزم

---

[1] أي إن كان المال بين الشريكين متساويا كان الربح بينهما متساويا. و إن كان المال بينهما متفاوتا كان الربح أيضا بينهما متفاوتا.

[2] أي بقول الشارح: [و الضابط أن الربح بينهما على نسبة المال متساويا و متفاوتا].

[3] و هو التساوي و التفاوت في الربح.

[4] تعليل من الشارح في كون عبارة المصنف غير واف بالمقصود و أن المصنف لو أتى بعبارة الشارح: [و الضابط أن الربح بينهما على نسبة المال متساويا و متفاوتا] كان أخصر و أدل، ببيان أن قول المصنف: [و لو اختلفا اختلف الربح] لا يدل على أن اختلاف الربح كان حسب اختلاف المال، بل يدل على مجرد الاختلاف. فمثلا إذا كان لأحدهما خمسون دينارا، و للآخر مائة دينار لكنهما اشترطا على أن يكون لصاحب الخمسين [أربعون بالمائة] من الربح. و لصاحب المائة [ستون بالمائة] فإن نسبة الربحين نسبة الخمسين إلى ثلاثة أخماس. و لكن نسبة المالين نسبة الثلث إلى الثلثين فلم يكن اختلاف الربحين على حسب اختلاف المالين، و لا على تلك النسبة. فعبارة المصنف رحمه الله تشمل هذا الفرض مع أنه غير مقصود. فالحاصل أن كلمة لو تدل بالوضع على ملازمة الجزاء للشرط: أي اختلاف الربح ملازم لاختلاف الشريكين في مقدار المال مع أن هذه الملازمة غير ثابتة.

من اختلاف الربح مع اختلاف المالين كونه[1] على النسبة، **و لو شرطا غيرهما** أي غير التساوي في الربح على تقدير تساوي المالين بأن شرطا فيه[2] تفاوتا حينئذ[3]، أو غير اختلاف استحقاقهما في الربح مع اختلاف المالين كمية **فالأظهر البطلان** أي بطلان الشرط، و يتبعه بطلان الشركة بمعنى الإذن في التصرف، فإن عملا كذلك[4] فالربح تابع للمال و إن خالف الشرط، و يكون لكل منهما أجرة عمله بعد وضع ما قابل عمله في ماله. و وجه البطلان بهذا الشرط أن الزيادة الحاصلة في الربح لأحدهما ليس في مقابلها عوض، و لا وقع اشتراطها[5] في عقد معاوضة لتضم إلى أحد العوضين، و لا اقتضى تملكها عقد هبة، و الأسباب المثمرة للملك معدودة، و ليس هذا أحدها فيبطل الشرط و يتبعه العقد المتضمن للإذن في التصرف، لعدم تراضيهما إلا على ذلك التقدير[6] و لم يحصل[7]. و ينبغي تقييده[8] بعدم زيادة عمل ممن شرطت له الزيادة،

---

[1] أي الربح.

[2] أي في الربح.

[3] أي حين تساوي المالين.

[4] أي مع بطلان الشركة و بطلان إذن في التصرف.

[5] أي الزيادة، و نائب الفاعل في [و لتضم] الزيادة.

[6] و هو الشرط الفاسد.

[7] أي التراضي.

[8] أي البطلان.

و إلا[1] اتجه الجواز.

و قيل: يجوز مطلقا[2] لعموم الأمر بالوفاء بالعقود، و المؤمنون عند شروطهم، و أصالة الإباحة، و بناء الشركة على الإرفاق، و منه[3] موضع النزاع.

و ليس لأحد الشركاء التصرف في المال المشترك **إلا بإذن الجميع** لقبح التصرف في مال الغير بغير إذنه عقلا و شرعا، **و يقتصر من التصرف على المأذون** على تقدير حصول الإذن **فإن تعدى** المأذون **ضمن**.

و اعلم أن الشركة كما تطلق على اجتماع حقوق الملاك في المال الواحد على أحد الوجوه السابقة[4]، كذلك تطلق على العقد المثمر جواز تصرف الملاك في المال المشترك، و بهذا المعنى اندرجت الشركة في قسم العقود، و قبلت الحكم بالصحة و الفساد، لا بالمعنى الأول[5].

و المصنف رحمه الله أشار إلى المعنى الأول بما افتتح به من الأقسام[6]، و إلى الثاني[7] بالإذن المبحوث عنه هنا، **و لكل** من الشركاء **المطالبة بالقسمة عرضا** بالسكون و هو ما عدا النقدين **كان المال، أو نقدا. و الشريك أمين** على ما تحت يده من المال

---

[1] أي و إن شرطت له الزيادة في العمل.

[2] سواء كانت زيادة في العمل أم لا.

[3] أي و من الإرفاق.

[4] و هي الإرث و العقد و الحيازة و المزج.

[5] و هو اجتماع حقوق الملاك في المال الواحد.

[6] بقوله: و سببها قد يكون إرثا و عقدا و مزجا و حيازة.

[7] و هو العقد المثمر جواز تصرف الملاك في المال المشترك.

المشترك المأذون له في وضع يده عليه **لا يضمن إلا بتعد** و هو فعل ما لا يجوز فعله في المال، **أو تفريط** و هو التقصير في حفظه، و ما يتم به صلاحه **و يقبل يمينه في التلف** لو ادعاه بتفريط و غيره **و إن كان السبب ظاهرا** كالحرق، و الغرق. و إنما خصه لإمكان إقامة البينة عليه، فربما احتمل عدم قبول قوله فيه كما ذهب إليه بعض العامة، و أما دعوى تلفه بأمر خفي كالسرق فمقبول إجماعا.

و يكره مشاركة الذمي و إبضاعه و هو أن يدفع إليه مالا يتجر فيه و الربح لصاحب المال خاصة[1]، **و إيداعه** لقول الصادق عليه السلام

لا ينبغي للرجل المسلم أن يشارك الذمي، و لا يبضعه بضاعة، و لا يودعه وديعة، و لا يصافيه المودة[2].

[1] و للذمي الأجرة خاصة، لا أن عمله يذهب سدى.

[2] الوسائل كتاب الشركة باب ٢ الحديث ٢.

و لو باع الشريكان سلعة صفقة، و قبض أحدهما من ثمنها شيئا شاركه الآخر فيه على المشهور، و به أخبار[1] كثيرة، و لأن كل جزء من الثمن مشترك بينهما، فكل ما حصل منه[2] بينهما كذلك[3] و قيل: لا يشارك[4] لجواز أن يبرئ[5] الغريم[6] من حقه،

و يصالحه عليه من غير أن يسري[7] إلى الآخر، فكذا الاستيفاء[8] و لأن[9] متعلق الشركة هو العين و قد ذهبت، و العوض أمر كلي لا يتعين إلا بقبض المالك، أو وكيله، و لم يتحقق هنا بالنسبة إلى الآخر، لأنه إنما قبضه لنفسه[10]. و على المشهور[11] لا يتعين على الشريك غير القابض

---

[1] الوسائل كتاب الشركة باب ١.

[2] أي من الثمن.

[3] أي مشترك بينهما.

[4] أي لا يشاركه الآخر لو قبض الأول من الثمن شيئا.

[5] أي الشريك الآخر.

[6] هو المشتري للسلعة المشتركة. و المعنى: أنه لو باع الشريكان سلعة فلكل من الشريكين الحق في ثمنها. فإذا قبض أحد الشريكين شيئا من الثمن لا يشاركه الآخر فيه على هذا القول، لجواز إبراء الشريك الآخر للغريم – الذي هو المشتري – عن حقه "أو المصالحة على حقه.

[7] مجردا، لا مزيد على صيغة المعلوم، و المعنى أن إبراء الشريك غير ملازم لسريانه إلى الشريك الآخر.

[8] أي لو استوفى أحد الشريكين شيئا من الثمن لا يسري إلى الآخر بناء على هذا القول.

[9] دليل ثان لعدم مشاركة الآخر لما قبضه الشريك الأول من الثمن.

[10] بناء على هذا الفرض أنه قبضه لنفسه، لا على وجه الاشتراك.

[11] و هو مشاركة الشريك الآخر للشريك الأول.

مشاركته، بل يتخير[1] بينها[2]، و بين مطالبة الغريم[3] بحقه و يكون قدر حصة الشريك[4] في يد القابض كقبض الفضولي إن أجازه[5]،

[1] أي الشريك الذي لم يقبض.

[2] أي بين المشاركة.

[3] و هو المشتري.

[4] أي الشريك الآخر الذي لم يقبض.

[5] مرجع الضمير [القابض]. و الفاعل في [أجاز]: الشريك الآخر الذي لم يقبض.

ملكه[1] و يتبعه[2] النماء، و إن رده[3] ملكه القابض، و يكون[4] مضمونا عليه على التقديرين[5]. و لو أراد[6] الاختصاص بالمقبوض بغير إشكال[7] فليبع حقه للمديون[8] على وجه يسلم من الربا بثمن[9] معين فيختص به و أولى منه[10] الصلح عليه، أو يبرئه من حقه و يستوهب عوضه، أو يحيل به[11] على المديون، أو يضمنه[12] له ضامن.

---

[1] مرجع الضمير: [قدر حصته]. و الفاعل في ملكه: [الشريك الآخر الذي لم يقبض].

[2] مرجع الضمير [قدر حصته] أي و يتبع النماء قدر حصة الشريك الآخر في الملك.

[3] مرجع الضمير [القبض] و الفاعل في [رده] للشريك الآخر الذي لم يقبض.

[4] أي المال.

[5] و هما: الرد و الإجازة.

[6] و هو الشريك القابض.

[7] أي من دون ضمان.

[8] و هو المشتري.

[9] الجار و المجرور متعلق بـ[فليبع] أي فليبع بثمن معين.

[10] أي من البيع بأن يصالح القابض حقه من المشتري بشيء آخر.

[11] أي بحقه بمعنى أن القابض يحيل شخصا آخر على المديون لقبض حقه.

[12] أي حقه. و مرجع الضمير في [له]: الشريك القابض فالمعنى أن شخصا ثالثا يضمن عن المديون حق الشريك القابض.

و موضع الخلاف[1] مع حلول الحقين[2] فلو كان أحدهما[3] مؤجلا لم يشارك[4] فيما قبضه الآخر[5] قبل حلول الأجل، و احترز ببيعهما صفقة عما لو باع كل واحد نصيبه بعقد و إن كان[6] لواحد، كما لا فرق في الصفقة بين كون المشتري واحدا، و متعددا، لأن الموجب للشركة هو العقد الواحد على المال المشترك، و في حكم الصفقة ما[7] اتحد سبب شركته كالميراث، و الإتلاف، و الاقتراض من المشترك.

---

[1] أي الاختلاف في المشاركة و عدمها.

[2] أي حق الشريكين بأن باعا نقدين فقبض أحدهما مقدار حصته من الثمن و لم يقبض الآخر فهنا يجري الخلاف المتقدم في أنه هل أنه يشارك الآخر الذي لم يقبض أم لا.

[3] أي أحد الحقين.

[4] أي صاحب التأجيل.

[5] و هو صاحب التعجيل.

[6] أي البيع.

[7] أي في حكم البيع بصفقة واحدة كل أمر أوجب شركة شخصين في مال واحد عند ثالث، فتقاضا بعضه أحدهما فإن الآخر يشاركه فيما قبض. و ذلك كالأمثلة التالية: – الأول – ولدان ورثا أباهما دينا على زيد، فإن أحدهما لو قبض منه شيئا فالآخر شريكه في ذلك. الثاني – لو أتلف زيد مالا مشتركا بين شخصين، فهما شريكان فيما يقبضانه منه. الثالث – لو اقترض زيد من المال المشترك بين شخصين فهما شريكان فيما يقبضانه منه.

و لو ادعى المشتري من المشتركين [1] المأذونين **شراء شيء لنفسه، أو لهما حلف** و قبل بيمينه، لأن مرجع ذلك [2] إلى قصده و هو أعلم به، و الاشتراك لا يعين التصرف بدون القصد [3]، و إنما لزمه الحلف [4] مع أن القصد من الأمور الباطنة التي لا تعلم إلا من قبله [5] لإمكان [6] الاطلاع عليه بإقراره.

---

[1] أي المشتري الذي هو أحد المشتركين. فالجار و المجرور حال من المشتري.

[2] أي تعيين أنه شراه لنفسه، أو لهما.

[3] دفع وهم، حاصله: أن الاشتراك يعين تصرف الشريكين في كون معاملاتهما تكون مشتركة دائما. و دفعه: أن الاشتراك بمجرده لا يقتضي ذلك، بل لكل واحد منهما قصد الاشتراك فيما يتعاملانه، أو قصد الانفراد.

[4] أي لما ذا لزم عليه الحلف.

[5] أي من قبل القاصد الذي هو المشتري هنا.

[6] تعليل للزوم الحلف على المشتري المدعي.

المضاربة

<كتاب المضاربة>[1] و هي أن يدفع مالا إلى غيره ليعمل فيه بحصة معينة من ربحه

مأخوذة من الضرب في الأرض، لأن العامل يضرب فيها للسعي على التجارة و ابتغاء الربح بطلب صاحب المال، فكأن الضرب مسبب عنهما[2]، فتحقت المفاعلة لذلك، أو من ضرب كل منهما في الربح بسهم، أو لما فيه من الضرب بالمال و تقليبه. و أهل الحجاز يسمونها قراضا من القرض و هو القطع، كأن صاحب المال اقتطع منه[3] قطعة و سلمها إلى العامل، أو اقتطع له قطعة من الربح في مقابلة عمله، أو من المقارضة و هي المساواة، و منه:" قارض الناس ما قارضوك فإن تركتهم لم يتركوك "[4].و وجه التساوي هنا أن المال من جهة، و العمل من أخرى، و الربح في مقابلهما فقد تساويا في قوام العقد، أو أصل استحقاق الربح و إن اختلفا في كميته.

---

[1] المضاربة: مصدر باب المفاعلة، و هي تقع من الجانبين كما يحققه الشارح رحمه الله.

[2] أي عن العامل و صاحب المال، ذاك بالسعي، و هذا بالطلب.

[3] أي من المال.

[4] أي ساوهم في الأمور ما داموا ساووك فيها، أي تساو معهم في حركاتهم و سكناتهم، و عاداتهم، فإن تركت عاداتهم و اعتزلتهم فإن الناس لا يتركونك و شأنك.

و هي جائزة من الطرفين سواء نض المال[1] أم كان به عروض يجوز لكل منهما فسخها، و من لوازم جوازها منهما[2] وقوع العقد بكل لفظ يدل عليه. و في اشتراط وقوع قبوله لفظيا، أو جوازه بالفعل أيضا قولان؟ لا يخلو ثانيهما من قوة.

و لا يصح اشتراط اللزوم، أو الأجل فيها[3] بمعنى أنه لا يجب الوفاء بالشرط، و لا تصير لازمة بذلك[4]، و لا في الأجل[5] بل يجوز فسخها[6] فيه عملا بالأصل[7]، **و لكن** اشتراط الأجل **يثمر المنع من التصرف بعد الأجل إلا بإذن جديد**، لأن التصرف تابع للإذن و لا إذن بعده[8]، و كذا لو أجل[9] بعض التصرفات

---

[1] أي صار نقدا.

[2] أي من طرفيهما.

[3] أي في المضاربة.

[4] أي بالشرط.

[5] أي و لا يجب الوفاء بالأجل.

[6] أي فسخ المضاربة. و مرجع الضمير في فيه [الأجل].

[7] و هو الأصل العدمي.

[8] أي بعد تمام الأجل.

[9] أي أجل المالك بأن قال للعامل: أمسك عن البيع أو الشراء حتى الوقت الفلاني، أو بع أو اشتر إلى شهر واحد مثلا، فإنه لا يجوز للبائع و لا للمشتري تعدي تلك المدة الموقتة.

كالبيع، أو الشراء خاصة، أو نوعا خاصا[1]. و يفهم من تشريكه[2] بين اشتراط اللزوم و الأجل، تساويهما في الصحة، و عدم لزوم الشرط. و المشهور أن اشتراط اللزوم مبطل، لأنه مناف لمقتضى العقد[3] فإذا فسد الشرط تبعه العقد، بخلاف شرط الأجل، فإن مرجعه إلى تقييد التصرف بوقت خاص و هو غير مناف[4]، و يمكن أن يريد المصنف ذلك[5] و إنما شرك بينهما في عدم صحة الشرط مطلقا[6] و إن افترقا في أمر آخر[7].

و يقتصر العامل من التصرف على ما أذن المالك له من نوع التجارة، و مكانها، و زمانها، و من يشتري منه، و يبيع عليه، و غير ذلك فإن خالف ما عين له ضمن المال، لكن لو ربح كان بينهما بمقتضى الشرط

---

[1] من أنواع البيوع، أو أنواع السلع بأن قال المالك للعامل: بع مرابحة إلى وقت كذا، أو اشتر الحنطة إلى وقت كذا.

[2] أي من تشريك المصنف حيث قال: [و لا يصح اشتراط اللزوم أو الأجل فيها] فجمعهما في الحكم.

[3] الذي هو الجواز.

[4] لمقتضى العقد.

[5] أي البطلان في شرط اللزوم، و عدم اللزوم في شرط الأجل.

[6] سواء في شرط اللزوم، و في شرط الأجل.

[7] و هو بطلان العقد في شرط اللزوم، و عدم بطلانه في شرط الأجل. و الخلاصة أن شرط اللزوم و شرط الأجل كليهما مشتركان في البطلان. و أما الإبطال فيختص بالأول، دون الثاني.

للأخبار[1] الصحيحة، و لولاها[2] لكان التصرف باطلا[3]، أو موقوفا على الإجازة.

و لو أطلق له الإذن **تصرف بالاسترباح**[4] في كل ما يظن[5] فيه حصول الربح من غير أن يتقيد بنوع، أو زمان، أو مكان، و يتولى أيضا بالإطلاق ما يتولاه المالك في التجارة بنفسه من عرض القماش على المشتري، و نشره، و طيه، و إحرازه، و بيعه، و قبض ثمنه، و لا أجرة له على مثل ذلك، حملا للإطلاق على المتعارف، و له الاستئجار على ما جرت العادة به كالدلالة، و وزن الأمتعة الثقيلة التي لم تجر عادته بمباشرة مثلها.

و ينفق في السفر كمال نفقته من أصل المال و المراد بالنفقة ما يحتاج فيه[6] إليه من مأكول، و ملبوس، و مشروب و مركوب، و آلات ذلك، و أجرة المسكن، و نحوها، و يراعي فيها[7] ما يليق به عادة مقتصدا، فإن أسرف حسب عليه، و إن قتر لم يحسب له. و إذا

---

[1] الوسائل كتاب المضاربة أحاديث الباب ١.

[2] أي الأخبار الصحيحة المشار إليها في الهامش رقم ١.

[3] و لم يكن الربح للعامل، بل كان مختصا للمالك.

[4] أي مقتصرا على البيع المرابحي فقط.

[5] من أنواع السلع.

[6] أي في السفر. و مرجع الضمير في إليه [ما] الموصولة المفسرة بـ[من] البيانية. فالمعنى أن كل ما يحتاجه العامل في السفر من الملبوس و المأكول و المشروب يخرج من أصل المال.

[7] أي في المذكورات.

عاد من السفر فما بقي من أعيانها و لو من الزاد يجب رده إلى التجارة، أو تركه إلى أن يسافر إن كان[1] ممن يعود إليه قبل فساده[2]. و لو شرط عدمها لزم[3]، و لو أذن له بعده[4] فهو تبرع محض[5]، و لو شرطها فهو تأكيد[6]. و يشترط حينئذ[7] تعيينها[8] لئلا يتجهل الشرط، بخلاف ما ثبت بأصل الشرع[9]، و لا يعتبر في ثبوتها[10] حصول ربح، بل ينفق و لو من الأصل إن لم يربح، و إلا كانت منه[11]. و مئونة المرض في السفر على العامل، و كذا[12] سفر لم يؤذن فيه و إن استحق الحصة[13] و المراد بالسفر: العرفي، لا الشرعي و هو ما اشتمل

---

[1] أي كان العامل من العمال الذين يعودون إلى السفر ثانيا.

[2] أي الزاد.

[3] أي و لو شرط المالك على العامل عدم الإنفاق في السفر لزم الشرط.

[4] أي بعد شرط عدم الإنفاق في السفر.

[5] و فائدته جواز رجوع المالك عن إجازته.

[6] لأن إطلاق العقد بنفسه يقتضي جواز الإنفاق في السفر فلو شرط الإنفاق تأكد حينئذ.

[7] أي حين اشتراط الإنفاق في السفر.

[8] أي تعيين النفقة.

[9] لا بالاشتراط كما فيما نحن فيه.

[10] أي النفقة في السفر.

[11] أي و إن ربح كانت النفقة من الربح.

[12] أي و كذا نفقة السفر الذي لم يأذن المالك للعامل، فعلى العامل.

[13] أي الحصة من الربح.

على المسافة[1] فينفق و إن كان قصيرا أو أتم الصلاة[2] إلا أن يخرج عن اسم المسافر[3]، أو يزيد[4] عما تحتاج التجارة إليه فينفق من ماله إلى أن يصدق الوصف[5]. و احترز بكمال النفقة[6] عن القدر الزائد عن نفقة الحضر، فقد قيل: إنه لا ينفق فيه سواه[7]، و نبه بأصل المال على أنه لا يشترط حصول ربح كما مر.

و ليشتر نقدا بنقد البلد، بثمن المثل فما دون فلو اشترى نسيئة أو بغير نقد البلد، أو بأزيد من ثمن المثل كان فضوليا، فإن أجازه المالك صح، و إلا بطل، لما في النسيئة[8] من احتمال الضرر بتلف رأس المال فيبقى عهدة الثمن متعلقة بالمالك، و قد لا يقدر عليه[9]،

---

[1] أي قطع الطريق.

[2] كما إذا كان كثير السفر، أو سفره سفر معصية.

[3] بأن كانت المسافة قصيرة جدا.

[4] بأن سافر أكثر من الحاجة التجارية.

[5] و هو السفر التجاري.

[6] أي في قول المصنف: [و ينفق في السفر كمال نفقته من أصل المال].

[7] أي سوى الزائد و مرجع الضمير في [فيه] إلى [السفر]. فالمعنى: أن العامل لو كان في الحضر يصرف على نفسه يوميا خمسة دراهم ففي السفر التجاري إن احتاج إلى سبعة دراهم فالزائد يحتسب عليه.

[8] أي في اشتراء العامل سلعة نسيئة.

[9] أي لا يقدر المالك على الخروج عن عهدة الثمن.

أو لا يكون له[1] غرض في غير ما دفع[2] و حملا في الأخيرين على المتعارف[3]. و ما فيه الغبطة كالوكيل[4].

و ليبع كذلك بنقد البلد نقدا **بثمن المثل فما فوقه** لما في النسيئة من التغرير بمال المالك و حملا للإطلاق على المتعارف و هو نقد البلد كالوكالة.

و قيل: يجوز بغيره[5]، و بالعرض[6] مع كونه[7] مظنة للربح لأن الغرض الأقصى منها ذلك[8]، بخلاف الوكالة. و فيه قوة. و لو أذن المالك في شيء من ذلك[9] خصوصا، أو عموما كتصرف برأيك، أو كيف شئت[10] جاز بالعرض قطعا، أو النقد

---

[1] أي للمالك.

[2] من رأس المال.

[3] أي و لحمل الأخيرين و هما: الشراء بنقد البلد، و الشراء بثمن المثل فما دون. و نصيب [حملا] على المفعول لأجله، أي و لأجل حمل الأخيرين.

[4] أي إذا رأى العامل مظنة للربح في شراء النسيئة، أو بغير نقد البلد، أو بأزيد من ثمن المثل فليفعل، لأن الغرض هو الاسترباح كما أن الوكيل حين يرى الغبطة و المنفعة فيما و كل فيه يجب عليه أن يفعل ذلك. فالعامل كالوكيل.

[5] أي بغير نقد البلد.

[6] أي بيع المتاع بالمتاع.

[7] أي مع كون البيع بغير نقد البلد، أو بالعرض.

[8] أي الغرض الأقصى من المضاربة الربح.

[9] أي من البيع بغير نقد البلد، أو البيع بالعرض.

[10] كلاهما مثال للإذن العمومي.

و ثمن المثل فلا يخالفهما إلا مع التصريح[1]. نعم يستثنى من ثمن المثل نقصان يتسامح به عادة.

و ليشتر بعين المال، لا بالذمة [2]**إلا مع الإذن في الذمة** و لو بالإجازة، فإن اشترى فيها بدونه[3] و لم يذكر المالك لفظا و لا نية[4] وقع له[5]، و لو ذكره[6] لفظا فهو فضولي، و نية[7] خاصة فهو للعامل ظاهرا، و موقوفا باطنا، فيجب التخلص من حق البائع **و لو تجاوز ما حد له المالك** من الزمان و المكان و الصنف **ضمن، و الربح على الشرط**[8] كما مر، أما لو تجاوز بالعين[9]،

---

[1] أي مع الإذن الخاص من المالك في بيع المتاع بغير نقد البلد، أو بغير ثمن المثل.

[2] أي الكلي.

[3] أي في الذمة بدون الإذن.

[4] أي إن لم يذكر العامل اسم المالك في الشراء في الذمة، و لا نواه كي تكون ذمة المالك مشغولة.

[5] أي وقع البيع أو الشراء للعامل و في ذمته.

[6] أي لو ذكر العامل المالك لفظا وقع البيع أو الشراء فضوليا متوقفا على إجازة المالك.

[7] أي لو ذكر العامل المالك نية لا لفظا وقع البيع أو الشراء له ظاهرا، و لكن يتوقف على إجازة المالك باطنا.

[8] أي على ما عيناه من النصف، أو الربع، أو الثلث.

[9] كما لو اشترى عينا بغير ما عينه المالك.

و المثل[1] و النقد[2] وقف على الإجازة فإن لم يجز بطل.

و إنما تجوز المضاربة **بالدراهم و الدنانير** إجماعا، و ليس ثمة علة مقنعة غيره[3] فلا تصح بالعروض[4] و لا الفلوس[5] و لا الدين و غيرها، و لا فرق بين المعين و المشاع[6].

و تلزم الحصة[7] بالشرط، دون الأجرة، لأنها معاملة صحيحة فيلزم مقتضاها و هو ما شرط للعامل من الحصة. و في قول نادر أن اللازم أجرة المثل، و أن المعاملة فاسدة، لجهالة العوض و النصوص الصحيحة[8] على صحتها[9]، بل إجماع المسلمين يدفعه.

و العامل أمين لا يضمن إلا بتعد، أو تفريط و معهما يبقى العقد و يستحق ما شرط له و إن ضمن المال.

و لو فسخ المالك فللعامل أجرة مثله إلى ذلك الوقت الذي فسخ فيه **إن لم يكن** ظهر **ربح**، و إلا فله حصته من الربح.

---

[1] بأن اشترى بأزيد من ثمن المثل، أو باع بأنقص من ثمن المثل.

[2] بأن اشترى بالنسيئة، أو بغير نقد البلد، و كذا البيع.

[3] أي غير الإجماع.

[4] أي الأمتعة.

[5] و هي المسكوكات غير الذهب و الفضة.

[6] أي لا فرق في صحة المضاربة بين ما إذا عينت الدراهم و الدنانير بالعين الشخصية، أو كانت ضمن دراهم و دنانير مشاعة.

[7] أي الحصة المشترطة من الربح لكل من العامل و المالك تلزم لهما و يجب على المالك الوفاء به و أداء حصة العامل المعينة.

[8] الوسائل كتاب المضاربة أحاديث الباب ٣.

[9] أي النصوص دالة على صحة المضاربة.

و ربما أشكل الحكم بالأجرة على تقدير عدم الربح بأن مقتضى العقد استحقاق الحصة إن حصلت لا غيرها، و تسلط المالك على الفسخ من مقتضياتها[1] فالعامل قادم على ذلك فلا شيء له سوى ما عين. و لو كان المال عروضا عند الفسخ فإن كان به ربح فللعامل بيعه إن لم يدفع المالك إليه حقه منه[2]، و إلا[3] لم يجز[4] إلا بإذن المالك و إن رجا الربح حيث لا يكون بالفعل. و لو طلب المالك إنضاضه[5] ففي إجبار العامل عليه قولان أجودهما العدم. و لو انفسخ العقد من غير المالك إما بعارض[6] يفسد العقد الجائز أو من قبل العامل فلا أجرة له، بل الحصة إن ظهر ربح. و قيل: له الأجرة أيضا[7].

و القول قول العامل في قدر رأس المال، لأنه منكر للزائد و الأصل معه. **و** في **قدر الربح**[8] لأنه أمين فيقبل قوله فيه. **و ينبغي أن يكون رأس المال معلوما عند العقد** لترتفع الجهالة

---

[1] أي المضاربة.

[2] أي من الربح.

[3] أي لم يكن به ربح.

[4] أي لم يجز للعامل بيع المال.

[5] أي لو طلب المالك من العامل أن يجعل المال نقدا.

[6] كموت، و جنون.

[7] كما لو كان الفسخ من غير ناحية العامل.

[8] أي القول قول العامل أيضا لو اختلفا في قدر الربح.

عنه، و لا يكتفى بمشاهدته.

و قيل: تكفي المشاهدة. و هو ظاهر اختياره هنا[1]، و هو مذهب الشيخ و العلامة في المختلف، لزوال معظم الغرر بالمشاهدة، و للأصل[2]، و لقوله صلى الله عليه و آله

المؤمنون عند شروطهم، فإن قلنا به[3] و اختلفا في قدره[4] فالقول قول العامل كما تقدم، للأصل[5] و الأقوى المنع[6].

و ليس للعامل أن يشتري ما فيه ضرر على المالك، كمن ينعتق عليه أي على المالك[7]، لأنه تخسير محض، و الغرض من هذه المعاملة الاسترباح فإن اشتراه بدون إذنه كان فضوليا مع علمه بالنسب و الحكم[8] أما مع جهله بهما[9]، أو بأحدهما ففي صحته و عتقه عن المالك، أو إلحاقه

---

[1] أي في هذا الكتاب [اللمعة] من قوله: "و القول قول العامل في قدر رأس المال" لو اختلفا فيه. و ظاهر هذا الكلام أنهما اكتفيا عند العقد بالمشاهدة، و لذلك يقبل قول العامل في قدره بعد قبضه و محاسبته عنده.

[2] أي أصل الجواز.

[3] أي بالاكتفاء بالمشاهدة.

[4] أي في قدر المال.

[5] أي أصل عدم الزيادة.

[6] أي عدم صحة الاكتفاء بالمشاهدة.

[7] بأن يشتري أبا المالك، و بما أن المال ماله فينعتق عليه قهرا.

[8] و هو الانعتاق.

[9] أي بالنسب، و الحكم.

بالعالم[1] وجهان، مأخذهما: انصراف[2] الإذن إلى ما يمكن بيعه و الاسترباح به فلا يدخل هذا فيه[3] مطلقا[4]، و من كون[5] الشرط بحسب الظاهر[6]، لاستحالة توجه الخطاب إلى الغافل كما لو اشترى معيبا لا يعلم بعيبه فتلف به[7]، **و** كذا **لا يشتري[8] من رب المال شيئا**، لأن المال له، و لا يشترى مال الإنسان بماله.

و لو أذن في شراء أبيه و غيره ممن ينعتق عليه **صح و انعتق** كما لو اشتراه بنفسه أو وكيله، و بطلت المضاربة في ثمنه، لأنه بمنزلة التالف، و صار الباقي رأس المال إن كان **و للعامل الأجرة**[9] سواء ظهر فيه ربح أم لا، أما مع عدمه[10] فظاهر إلا على الاحتمال[11]

---

[1] أي العالم بالنسب، و الحكم.

[2] هذا دليل عدم الإلحاق.

[3] أي لا يدخل صورة الانعتاق في الإذن المقيد حسب الظاهر بكونه مما يمكن بيعه، أو الاسترباح به.

[4] سواء كان عالما بهما، أو بأحدهما، أو جاهلا.

[5] هذا دليل الإلحاق.

[6] أي شرط كون الإذن فيما يمكن بيعه، أو الاسترباح به. و هذا الاشتراط اشتراط ظاهري، فلا يشمل الغافل.

[7] أي بالعيب. فلا يكون العامل ضامنا.

[8] أي لا يشتري العامل شيئا من المالك بمال المضاربة.

[9] أي أجرة المثل في هذه الصورة.

[10] أي مع عدم ظهور الربح فظاهر أن للعامل الأجرة.

[11] و هو أن العامل أقدم على معاملة جائزة من طرف المالك و مع احتمال هذا الفسخ و الانفساخ فلا أجرة له.

السابق فيما لو فسخ المالك بنفسه، وأما مع ظهوره [١] فلبطلان المضاربة بهذا الشراء، لعدم كونه من متعلق الإذن، لأن متعلقه ما فيه ربح ولو بالمظنة وهو منفي هنا، لكونه مستعقبا للعتق فإذا صرف الثمن فيه بطلت [٢] ويحتمل ثبوت الحصة إن قلنا بملكها بالظهور لتحققه [٣] ولا يقدح عتقه القهري، لصدوره بإذن المالك، كما لو استرد طائفة من المال بعد ظهوره [٤] وحينئذ [٥] فيسري على العامل مع يسار المالك إن قلنا بالسراية في العتق القهري، أو مع اختيار الشريك [٦] السبب.

(ولو اشترى) العامل (أبا نفسه)، وغيره ممن ينعتق عليه (صح) إذ لا ضرر على المالك (فإن ظهر فيه ربح) حال الشراء، أو بعده (انعتق نصيبه) أي نصيب العامل، لاختياره السبب المفضي

---

[١] أي ظهور الربح.

[٢] أي المضاربة.

[٣] أي لتحقق الربح.

[٤] أي بعد ظهور الربح.

[٥] أي حين ظهور الربح.

توضيحه: أن العامل اشترى أبا المالك بإذنه بجميع رأس المال وظهر الربح بمجرد الشراء بأن اشتراه مائة فزادت قيمته إلى مائة وعشرين.

فإن للعامل حصة في هذا العشرين، نصفه أو ربعه.

ولكن بما أن الأب ينعتق على ولده ويسري العتق إلى هذا المقدار الذي يكون في حصة العامل أيضا بقانون السريان في العتق فالعامل يرجع إلى المالك بهذا المقدار من حصته الفائتة.

[٦] وهو المالك هنا.

وفي وجه ثالث بطلان البيع [١]، لأنه، مناف لمقصود القراض [٢] إذ الغرض هو السعي للتجارة التي تقبل التقليب للاسترباح، والشراء المتعقب للعتق ينافيه [٣] والوسط [٤] قوي لولا معارضة إطلاق النص الصحيح [٥].

---

[١] أي شراء العامل أباه.

[٢] أي المضاربة.

[٣] أي ينافي التقليب للاسترباح.

[٤] أي القول الوسط وهو الفرق بين يساره وإعساره.

فالأقوال ثلاثة: استسعاء الأب. التفصيل بين يسار العامل وإعساره. البطلان [٥] المتقدم عن محمد بن أبي عمير عن الصادق عليه السلام ص ٢٢٤ رقم ٢

الوديعة

كتاب الوديعة [١] (وهي استنابة في الحفظ) أي استنابة فيه بالذات [٢]، فلا يرد مثل الوكالة في بيع شئ، أو شرائه مع إثبات اليد عليه، فإنها تستلزم الاستنابة فيه [٣] إلا أنها بالعرض، والقصد بالذات الإذن فيما وكل فيه.

ثم الاستنابة إنما تكون من المودع [٤] والوديعة لا تتم إلا بالمتعاقدين فلا تكون الوديعة هي الاستنابة، بل هي وقبولها، وإن اكتفينا بالقبول الفعلي.

وكأن التعريف [٥]،

---

[١] اسم من أودع يودع إيداعا.

[٢] لأن العقد في الوديعة يتعلق بنفس الاستنابة في الحفظ، بخلاف الوكالة مثلا فإنها استنابة في البيع وتستلزم الاستنابة في الحفظ أيضا.

[٣] أي في الحفظ.

[٤] هذا إشكال على المصنف في تعريف الوديعة.

وحاصل الإشكال: أن الوديعة أمر يتحقق من الطرفين: إيداع المودع.

وقبول المستودع.

وأما الاستنابة فهي طلب النيابة وهو أمر يتحقق من المودع فقط.

فلا تصلح الاستنابة تعريفا للوديعة.

[٥] هذا جواب الإشكال: وهو أن من عادة المصنف في تعريف المعاملات:

أنه يصرف عقودها، وبما أن عقد الوديعة يكتفى فيه بالإيجاب فقط، فلذلك تسامح وأطلق الاستنابة ـ التي هي في الواقع إيجاب فقط ـ على الوديعة.

لما كان لعقدها كما علم [١] من مذهب المصنف وكان المعتبر منه الإيجاب تسامح في إطلاقها عليه [٢]، أو لأن الاستنابة تستلزم قبولها فإنها لو تجردت عنه لم تؤثر [٣].

(وتفتقر إلى إيجاب وقبول) كغيرها من العقود، (ولا حصر في الألفاظ الدالة عليها) كما هو شأن العقود الجائزة من الطرفين، فيكفي كل لفظ دل عليها، بل التلويح والإشارة المفهمة لمعناها اختيارا.

(ويكفي في القبول الفعل)، لأن الغرض منه الرضا بها. وربما كان الفعل وهو قبضها أقوى من القول، باعتبار دخولها في ضمانه، والتزامه [٤] بحفظها بواسطة القبض وإن لم يحصل الإيجاب فيه أولى، إلا أن فيه خروجا عن باب العقود التي لا تتم إلا بصيغة من الطرفين.

ومن ثم قيل: إنها إذن مجرد، لا عقد، وكيف كان لا تجب مقارنة القبول للإيجاب قوليا كان، أم فعليا:

(ولو طرحها عنده) ولم يحصل منه [٥] ما يدل على الرضا، ولا قبضها، (أو أكرهه على قبضها لم تصر وديعة)، لانتفاء القبول الشرعي فيهما.

وأما الإيجاب فقد يحصل بالطرح بأن يضم إليه قولا، أو ما في حكمه [٦]

---

[١] من عادة المصنف أنه بصدد تعريف العقود من المعاملات، دون نفسها كما مر في كتاب البيع وغيره.

[٢] أي إطلاق الاستنابة على عقد الوديعة.

[٣] فهو تعريف باللازم.

[٤] هذا مبتداء، خبره قوله: أولى.

[٥] أي من الودعي.

[٦] كالإشارة.

يفيده [١]، وقد لا يحصل [٢] بأن يقتصر على مجرد الطرح، وفي الثاني [٣] لا تصير وديعة وإن قبل قولا أو فعلا لكن في الثاني [٤] يجب عليه الحفظ لليد، لا للوديعة وفي الأول [٥] تتم [٦] بالقبول بهما [٧] فيجب عليه الحفظ.

وحيث لا يجب لعدم القبول قد يجب لأمر آخر كما لو غاب المالك وتركها وخيف عليها الذهاب [٨] فيجب من باب المعاونة على البر كفاية لكن لا ضمان بتركه.

وأما مع الإكراه (فلا يجب حفظها) مطلقا [٩]، بل يجوز تركها وإن قبضها به [١٠] في حضور المالك [١١] وغيبته، إلا أن يكون المكره [١٢]،

---

[١] أي يفيد معنى الوديعة.

[٢] أي الإيجاب.

[٣] وهو مجرد الطرح الذي لم يحصل به الإيجاب.

[٤] وهو القبول الفعلي.

[٥] أي الطرح المنضم إليه ما يدل على الإيجاب.

[٦] أي الوديعة.

[٧] أي القولي، والفعلي.

[٨] أي تلف المال.

[٩] سواء قبض أم لا.

[١٠] أي بالإكراه.

[١١] الجار والمجرور متعلق بقوله: يجوز تركها.

[١٢] بصيغة الفاعل.

مضطرا إلى الإيداع [١] فيجب إعانته عليه كالسابق [٢].

فقوله [٣]: " فلا يجب حفظها " مطلق في الثاني [٤] من حيث الوديعة، ومع عدم القبول، أو القبض في الأول [٥] على ما فصل.

(ولو قبل) الوديعة قولا، أو فعلا (وجب) عليه (الحفظ) ما دام مستودعا، وكذا بعده إلى أن يؤدي إلى المالك، أو من في حكمه وبذلك [٦] يظهر عدم المنافاة بين وجوب الحفظ، وعدم وجوب البقاء على الوديعة من حيث إنها عقد جائز.

(ولا ضمان عليه) لو تلفت، أو عابت (إلا بالتعدي فيها) بأن ركب الدابة، أو لبس الثوب، أو فتح الكيس المختوم، أو المشدود (أو التفريط) بأن قصر في الحفظ عادة (فلو أخذت منه [٧] قهرا فلا ضمان) إن لم يكن سببا في الأخذ القهري بأن سعى بها إلى الظالم، أو أظهرها فوصل إليه خبرها مع مظنته [٨]،

---

[١] بأن أخذته السلطة الزمنية فاضطر إلى إيداع ما عنده قبل الذهاب إلى السلطة، فطرحه عند شخص ليحفظه له، أو أكرهه عليه.

فهذا يجب عليه القبول والحفظ.

[٢] وهو ما كان يجب عليه الحفظ من باب المعاونة على البر كفاية.

[٣] أي قول المصنف.

[٤] وهو صورة الإكراه.

[٥] وهو صورة الطرح.

[٦] أي كون الوديعة مما يجب حفظها بعد القبول. ولكنها غير واجبة البقاء فيجوز فسخها.

[٧] أي من الودعي.

[٨] أي مع مظنة وصول الخبر إلى الظالم وأخذه.

ومثله [١] ما لو أخبر [٢] بها اللص فسرقها. ولا فرق [٣] بين أخذ القاهر لها بيده [٤] وأمره [٥] له بدفعها إليه كرها، لانتفاء [٦] التفريط فيهما فينحصر الرجوع [٧] على الظالم فيهما [٨] على الأقوى. وقيل: يجوز له الرجوع على المستودع في الثاني [٩]، وإن استقر الضمان على الظالم [١٠].

(ولو تمكن) المستودع (من الدفع) عنها بالوسائل الموجبة لسلامتها [١١] (وجب ما لم يؤد إلى تحمل الضرر الكثير، كالجرح، وأخذ المال [١٢]) فيجوز تسليمها حينئذ [١٣] وإن قدر على تحمله. والمرجع

---

[١] أي ومثل السعي بالوديعة إلى الظالم.

[٢] أي الودعي.

[٣] أي في عدم الضمان.

[٤] أي بنفسه بمعنى أنه باشر الأخذ.

[٥] أي القاهر. ومرجع الضمير في (له): (الودعي).

[٦] تعليل لعدم الفرق.

[٧] أي رجوع المالك.

[٨] وهما: أخذ القاهر الوديعة بنفسه مباشرة، وأمره للودعي بدفعها إياه.

[٩] وهو أمر القاهر الودعي بدفعها إياه.

[١٠] بأن يرجع الودعي على الظالم.

[١١] كالإخفاء والتورية وغيرهما.

[١٢] أي أخذ مال شخص الودعي.

[١٣] أي يجوز للودعي تسليم الوديعة إلى الظالم حين انجرار عدم التسليم إلى ضرر كثير وإن كان الودعي قادرا على تحمل ذلك الضرر الكثير.

في الكثرة والقلة إلى حال المكره [١]، فقد تعد الكلمة اليسيرة من الأذى [٢] كثيرا في حقه، لكونه جليلا [٣] لا يليق بحاله ذلك.

ومنهم [٤] من لا يعتد بمثله، وأما أخذ المال فإن كان مال [٥] المستودع لم يجب بذله مطلقا [٦]، وإن كان من الوديعة فإن لم يستوعبها وجب الدفع عنها ببعضها [٧] ما أمكن، فلو ترك [٨] مع القدرة على سلامة البعض فأخذ الجميع ضمن ما [٩] يمكن سلامته، وإن لم يمكن إلا بأخذها أجمع فلا تقصير، ولو أمكن الدفع عنها بشئ من ماله [١٠] لا يستوعب

---

[١] بالفتح وهو الودعي.

[٢] أي السباب والفحش.

[٣] أي عظيم القدر والمنزلة.

[٤] أي ومن الودعي من لا يعتد بمثل هذا السباب.

[٥] بالنصب خبر لكان: أي إن كان المال المأخوذ مال شخص الودعي فلا يجوز بذله في سبيل حفظ مال المودع.

[٦] سواء كان المال المأخوذ من الودعي بقدر الوديعة أم أنقص.

[٧] مرجع الضمير: (الوديعة) كما وأنها المرجع في (عنها) أي إن كان المال المأخوذ من الودعي من نفس الوديعة، فإن كان المأخوذ بعض الوديعة وجب على الودعي أن يدفع عن الوديعة بإعطاء بعضها حتى يتمكن من الاحتفاظ على بقيتها.

[٨] أي لو ترك الودعي إعطاء بعض مال الوديعة إلى الظالم في سلامة الوديعة مع إمكان سلامتها حينئذ فأخذ الظالم الجميع ضمن الودعي بقدر ما كان يمكنه سلامته، لا كلها.

[٩] أي المقدار الذي كان الودعي يمكنه التحفظ من الوديعة، لا جميع المال [١٠] أي من مال الودعي.

قيمتها [١] جاز [٢]، ورجع [٣] مع نيته.

[وفي وجوبه نظر [٤]]، ولو أمكن حفظها عنه بالاستتار [٥] منه وجب فيضمن بتركه (نعم يجب عليه اليمين لو قنع بها الظالم فيوري) بما يخرجه عن الكذب بأن يحلف أنه ما استودع من فلان ويخصه بوقت أو جنس، أو مكان، أو نحوها، مغاير لما استودع، وإنما تجب التورية عليه مع علمه [٦] بها، وإلا سقطت [٧]، لأنه كذب مستثنى للضرورة ترجيحا لأخف القبيحين [٨] حيث تعارضا.

(وتبطل) الوديعة (بموت كل منهما): المودع والمستودع، كغيرها من العقود الجائزة، (وجنونه وإغمائه) وإن قصر وقتهما (فتبقى) في يد المستودع على تقدير عروض ذلك للمودع، أو يد وارثه أو وليه، أو يده بعد صحته على تقدير عروضه له (أمانة شرعية) أي مأذونا

---

[١] أي قيمة الوديعة.

[٢] أي جاز الدفع إلى الظالم بشئ من مال نفسه حتى يتخلص.

[٣] أي الودعي على المالك مع نية الرجوع.

[٤] بين القوسين لا يوجد في بعض النسخ المخطوطة والمطبوعة.

[٥] أي استتار الودعي. ومرجع الضمير في (منه): الظالم أي لو تمكن الودعي من تحفظ الوديعة عن الظالم وجب عليه ذلك.

[٦] أي مع معرفة الودعي بأساليب التورية.

[٧] أي التورية. أي وجوبها فيكذب حينئذ صريحا، لأنه كذب جائز.

فقول الشارح: " لأنه كذب.. الخ " تعليل لوجوب الكذب حينئذ.

[٨] وهما: قبح الكذب. وقبح الغصب مع العلم بأن قبح الكذب أهون من قبح الغصب إذا كان الغرض من الكذب حفظ مال مسلم محترم.

في حفظها من قبل الشارع، لا المالك، لبطلان إذنه بذلك [١].

ومن حكم الأمانة الشرعية وجوب المبادرة إلى ردها [٢] وإن لم يطلبها المالك.

(ولا يقبل قول الودعي) وغيره ممن هي في يده (في ردها إلا ببينة)، بخلاف الأمانة المستندة إلى المالك فإنه لا يجب ردها بدون الطلب، أو ما في حكمه كانقضاء المدة المأذون فيها، وقد يقبل قوله في ردها كالوديعة، وقد لا يقبل كما إذا قبضها لمصلحته كالعارية، والمضاربة.

ومن الأمانة الشرعية ما بطل من الأمانة المالكية كالشركة، والمضاربة بموت، ونحوه، وما تطيره الريح إلى دار الغير من الأمتعة، وما ينزع من الغاصب بطريق الحسبة [٣]، وما [٤] يؤخذ من الصبي والمجنون من مال الغير وإن كان كسبا من قمار [٥] كالجوز والبيض، وما يؤخذ من مالهما وديعة عند خوف تلفه بأيديهما، وما يتسلمه منهما نسيانا [٦]،

---

[١] أي بعروض هذه الأمور.

[٢] بخلاف الوديعة المالكية، فإنها لا يجب ردها إلا مع طلب المالك.

[٣] كأن يرى المسلم أن مال أخيه المسلم قد سرق وهو قادر على إنقاذه من السارق فأنقذه من يده حسبة لله جل شأنه، فيكون المال عنده أمانة شرعية.

[٤] أي يجد مالا لأحد بيد طفل، أو مجنون فيأخذه منهما تحفظا على مال ذلك الغير.

[٥] أي اكتسب الطفل، أو المجنون ذلك المال من حرام كالقمار، ونحوه.

[٦] بأن يأخذ المال من الطفل، أو المجنون غفلة عن أنه طفل، أو مجنون.

وما يوجد فيما يشتري من الأمتعة كالصندوق من مال لا يدخل في المبيع [١] واللقطة في يد الملتقط مع ظهور المالك [٢]. وضابطه [٣]: ما أذن في الاستيلاء عليه شرعا ولم يأذن فيه المالك.

(ولو عين) المودع (موضعا للحفظ اقتصر) المستودع (عليه [٤]) فلا يجوز نقلها إلى غيره [٥] وإن كان أحفظ عملا بمقتضى التعيين، ولاختلاف الأغراض في ذلك [٦].

وقيل: يجوز إلى الأحفظ لدلالته عليه بطريق أولى. وهو ممنوع [٧] وجوز آخرون التخطي إلى المساوي، وهو قياس باطل. وحينئذ [٨] فيضمن بنقلها عن المعين مطلقا [٩] (إلا أن يخاف تلفها فيه [١٠]

---

[١] بأن يجد في الصندوق ما يكون خارجا عن المبيع. وقوله: (من مال) متعلق بقوله: (وما يوجد): أي وما يوجد من المال في الأمتعة المشتراة، كما لو وجد شيئا في الصندوق فهو عنده أمانة شرعية.

[٢] يعني يكون اللقيط ـ مع ظهور المالك ـ أمانة شرعية في يد اللاقط.

[٣] أي القاعدة الكلية في الأمانة الشرعية.

[٤] أي على المكان المعين.

[٥] ولو لم يصدر منه نهي عن مكان آخر.

[٦] أي في حفظ الوديعة.

[٧] لعدم الأولوية نظرا إلى اختلاف الأغراض.

[٨] أي حينما نقله إلى الأحفظ أو إلى المساوي، مع فرض عدم الجواز.

[٩] أي سواء كان أحفظ أم مساويا.

[١٠] أي في المكان المعين.

فينقلها [١] عنه إلى الأحفظ، أو المساوي مع الإمكان [٢]، فإن تعذر [٣] فالأدون، (ولا ضمان) حينئذ للإذن فيه شرعا وإنما جاز المساوي هنا [٤] لسقوط حكم المعين بتعذره [٥] فينتقل إلى ما في حكمه [٦] وهو المساوي، أو ما فوقه، ويمكن شمول كلامه [٧] للأدون عند الخوف وإن وجد المساوي، كما يشمل المنع [٨]،

---

[١] أي الوديعة.

[٢] أي إمكان النقل إلى المساوي، أو الأحفظ.

[٣] أي النقل إلى المساوي، أو الأحفظ.

[٤] أي في الفرض الأخير وهو الخوف من التلف.

[٥] أي بتعذر المعين.

[٦] أي إلى ما في حكم المعين وهو المساوي.

[٧] أي يشمل كلام المصنف وهو قوله: (إلا أن يخاف تلفها فيه فينقلها عنه): (المكان الأدون) أيضا إذا خيف تلف الوديعة في المكان الذي عينه المودع فيجوز نقلها منه إلى هذا المكان.

[٨] أي ويشمل كلام المصنف وهو قوله: (إلا أن يخاف تلفها فيه فينقلها عنه) (المكان الأعلى) في عدم جواز نقل الوديعة من المكان الذي عينه المودع لو لم يكن هناك خوف.

فالحاصل أن جواز النقل من المكان الذي عينه المودع إلى غيره (الأدون والأعلى) دائر مدار الخوف وعدمه فإن صدق الخوف جاز النقل من المكان المعين إلى (المكان الأدون).

وإن لم يصدق الخوف لم يجز النقل من المكان المعين وإن كان المنقول إليه (أعلى) من المكان المعين.

ومرجع الضمير في عدمه: (الخوف). أي عند عدم الخوف من تلف الوديعة

من الأعلى عند عدمه، ويشمل [١] أيضا فيهما [٢] ما لو نهاه عن غير المعين وعدمه [٣]. وهو كذلك [٤].

(ويحفظ) الوديعة (بما جرت العادة به) في مكان الوديعة وزمانها، لأن الشارع لم يحد لها حدا فيرجع إلى العادة (كالثوب، والنقد في الصندوق) المقفل، أو الموضوع في بيت محرز عن الغير، (والدابة في الإصطبل) المضبوط بالغلق، (والشاة في المراح) كذلك [٥] أو المحفوظ بنظر المستودع.

وهذه الثلاثة [٦] مما جرت العادة بكونها حرزا لما ذكر [٧]،

---

[١] أي ويشمل كلام المصنف في الصورتين ـ وهما: صورتا جواز النقل من المعين إلى (الأدون) عند الخوف: وعدم جواز النقل من المعين إلى (الأعلى) عند عدم الخوف ـ ما لو نهاه أي حتى لو نهاه المالك عن النقل، وعدمه: أي وعدم نهيه.

والخلاصة: أن الحكم بالجواز في الصورة الأولى، وعدمه في الصورة الثانية ثابت، سواء نهاه المالك عن النقل إلى غير المعين أم لم ينهه.

[٢] أي في الصورتين: جواز النقل عند الخوف، وعدم جواز النقل عند عدمه.

[٣] أي وعدم نهيه.

[٤] أي هذا الشمول واقع في محله. والحكم بذلك صحيح.

[٥] أي المضبوط بالغلق.

[٦] الصندوق ـ الإصطبل ـ المراح.

[٧] من النقد والدابة والشاة.

وقد يفتقر إلى أمر آخر [١]، أو يقوم غيرها مقامها [٢] عادة.

ولا فرق في وجوب الحرز على المستودع بين من يملكه [٣]، وغيره ولا بين من يعلم أنه لا حرز له وغيره (ولو استودع [٤] من طفل، أو مجنون ضمن)، لأنهما ليسا أهلا للإذن فيكون وضع يده على مالهما بغير إذن شرعي فيضمن، إلا أن يخاف تلفها في أيديهما فيقبضها بنية الحسبة [٥]، فالأقوى عدم الضمان، لكن يجب مراجعة الولي ما أمكن.

ولا فرق [٦] بين كون المال لهما، أو لغيرهما، وإن ادعيا إذنه لهما في الإيداع.

---

[١] كدفن الصندوق تحت الأرض أو جعل حارس على الوديعة إذا كان المكان لا يسلم من السرق.

[٢] أي يقوم غير هذه الثلاثة مقامها كوضع الشاة في بيت.

[٣] أي لا فرق بين من يملك الحرز أي ما يحافظ عليه ولو بالسهر، وبين من لا يملكه.

وكذا لا فرق بين من يعلم أن المستودع لا حرز له أو لا يعلم بذلك فالواجب على المستودع في هذه الصور بتمامها محافظة الوديعة فمرجع الضماير في يملكه: (الحرز) وفي غيره: (من لا يملك الحرز) وفي له: (المستودع) وفي غيره: (من لا يعلم).

والفاعل في يعلم: (المودع) أي لا فرق في جميع هذه الصور في وجوب المحافظة على المستودع.

[٤] أي لو تقبل شخص مال الطفل، أو المجنون وديعة واستلمه فيكون ضامنا، لأنه وضع يده على مالهما من دون إذن شرعي لعدم قابليتهما للإذن.

[٥] كما علمت في الهامش رقم ٣ ص ٢٣٦.

[٦] أي ولا فرق في الضمان في الصورة الأولى وهو (عدم خوف التلف) وعدم الضمان في الصورة الثانية وهو (خوف التلف) بين كون المال للطفل والمجنون

(و) حيث يقبض الوديعة منهما مع جوازه [١] أولا معه [٢] (يبرأ بالرد إلى وليهما) الخاص [٣]، أو العام مع تعذره [٤]، لا إليهما (ويجب إعادة الوديعة على المودع) مع المطالبة في أول وقت الإمكان بمعنى رفع يده عنها، والتخلية بين المالك وبينها [٥]، فلو كانت في صندوق مقفل ففتحه عليه [٦]، أو بيت محرز فكذلك [٧]، لا نقلها [٨] إلى المالك زيادة على ذلك.

أم لغيرهما، وإن ادعيا أنهما مأذونان من قبل الولي في إيداعهما. فمرجع الضمير في إذنه: (الولي).

[١] كما في مورد خوف تلف المال في يد الصبي والمجنون.

[٢] كما في صورة عدم الخوف، فمرجع الضمير في " لا معه ": (عدم الخوف).

[٣] كالأب والجد للأب.

[٤] أي مع تعذر وجود الولي الخاص لو أعطى المستودع الوديعة إلى الحاكم الشرعي الجامع لشرائط الإفتاء والقضاء برئت ذمته من الضمان.

[٥] أي بين الوديعة.

[٦] أي على المستودع، فالظرف مرفوع محلا خبر للمبتدأ وهو (ففتحه).

والمعنى: أن الوديعة لو كانت في صندوق مقفل فطلبها المودع من المستودع ففتح الصندوق من قبل المستودع للمودع يعد تخلية منه له ويعد رفع اليد عنها.

ولا يجوز قراءة عين الفعل من " ففتحه " بالفتح بل هي بالسكون.

[٧] أي وكذا لو كانت الوديعة في بيت محفوظ وجب على المستودع فتح البيت للمودع، ففتحه للمودع يعد تخلية ورفع اليد عنها.

[٨] أي ليس على المستودع نقل الوديعة بل عليه فتح الصندوق، أو البيت فقط فالزائد من ذلك لا يكون عليه.

والعذر [١] الشرعي كإكمال الصلاة وإن كانت نفلا على الأقوى [٢] ما لم يتضرر المالك بالتأخير، والعادي [٣] كانتظار انقطاع المطر، ونحوه [٤] كالعقلي [٥]، وفي إكمال الطعام والحمام وجهان. والمعتبر في السعي القصد [٦] وإن قدر على الزيادة. والحكم ثابت كذلك [٧] (وإن كان) المودع (كافرا) مباح المال كالحربي، للأمر بأداء الأمانة إلى أهلها من غير قيد. وروى [٨] الفضيل عن الرضا عليه السلام قال: " سألته عن رجل استودع رجلا من مواليك مالا له قيمة والرجل الذي عليه المال رجل من العرب يقدر أن لا يعطيه شيئا، والمودع رجل خارجي شيطان، فلم أدع شيئا [٩] فقال عليه السلام: قل له: يرد عليه فإنه إئتمنه عليه

---

[١] بالرفع مبتداء، خبره: (كالعقلي) الآتي أي العذر الشرعي مثل العذر العقلي.

[٢] قيد للصلاة النافلة، لا للصلاة الواجبة.

كما وأن (ما لم يتضرر) قيد لكلتي الصلاتين (الواجبة والنافلة).

[٣] بالجر عطفا على الشرعي أي العذر العادي كالعذر الشرعي.

[٤] كانتظار الضياء في الظلام.

[٥] الظرف مرفوع محلا خبر للمبتدأ وهو قوله: (والعذر الشرعي).

[٦] أي المعتبر في المشي: المشي المتوسط لا العدو، كما في قوله تعالى:

(وأقصد في مشيك).

[٧] أي في وجوب إعادة الوديعة على النحو المذكور.

[٨] التهذيب كتاب الوديعة باب ١٦ الحديث ٨.

[٩] أي لم أترك في حق الرجل المودع شيئا من قبيل هذه الكلمات: " إنه شيطان خارجي ".

بأمانة الله "، وعن الصادق عليه السلام " أدوا الأمانات إلى أهلها وإن كانوا مجوسا [١] ".

(ويضمن لو أهمل) الرد (بعد المطالبة)، وإمكان الرد على الوجه السابق، لأنه من أسباب التقصير، ولو كان التأخير لعذر وجب في أول أوقات إمكانه، (أو أودعها) لغيره، ولو لزوجته، أو ثقة (من غير ضرورة) إلى الإيداع، فلو اضطر إليه [٢] بأن خاف عليها من حرق، أو سرق، أو نهب لو بقيت في يده وتعذر ردها إلى المالك، والحاكم أودعها [٣] العدل. وفي حكم إيداعها اختيارا إشراك [٤] الغير في اليد ولو زوجة وولدا، ووضعها [٥] في محل مشترك في التصرف بحيث لا يلاحظها في سائر الأوقات، (أو سافر بها كذلك) أي من غير ضرورة إلى استصحابها في السفر بأن أمكنه عند إرادة السفر إيصالها إلى المالك، أو وكيله عاما، أو خاصا، أو إيداعها العدل فترك وأخذها معه فيضمن.

---

[١] الوسائل كتاب أحكام الوديعة باب ٢ الحديث ٥.

[٢] أي إلى الإيداع.

[٣] جواب (لو الشرطية) في قوله:

فلو اضطر إليه، أي لو اضطر إلى الإيداع أودع الوديعة.

و (العدل) منصوب على أنه مفعول ثان ل (أودعها).

[٤] مرفوع على أنه مبتدأ مؤخر خبره (وفي حكم إيداعها) أي وفي حكم إيداع الوديعة في حالة الاختيار ومن دون ضرورة تقتضي إيداعها لو أشرك المستودع الغير في التصرف عليها ـ ولو كان الغير زوجته أو ولده ـ في أن المستودع يكون ضامنا لو تلفت.

[٥] بالرفع عطفا على (إشراك) فهو مبتداء مؤخر خبره (وفي حكم إيداعها) أي وفي حكم إيداع الوديعة في حالة الاختيار ومن دون ضرورة وضعها

أما مع الضرورة بأن تعذر جميع ما تقدم، وخاف عليها في البلد، أو اضطر إلى السفر فلا ضمان، بل قد يجب، لأنه من ضروب الحفظ.

والمعتبر في تعذر التوصل إلى المالك ومن بحكمه المشقة الكثيرة عرفا، وفي السفر [١] العرفي أيضا فما قصر عنه كالتردد إلى حدود البلد وقرى لا يطلق على الذهاب إليها السفر يجوز فيه مصاحبتها مع أمن الطريق، ولا يجوز إيداعها في مثله مع إمكان استصحابها، واستثني منه [٢] ما لو أودعه مسافرا، أو كان المستودع منتجعا [٣]، فإنه يسافر بها من غير ضمان، لقدوم [٤] المالك عليه.

(أو طرحها في موضع تتعفن فيه) وإن كان حرزا لمثلها،

في محل مشترك في التصرف بحيث لا تلاحظ الوديعة في سائر الأوقات فإن المستودع يكون ضامنا لها لو تلف.

[١] الجار والمجرور متعلق ب (والمعتبر) أي والمعتبر في السفر السفر العرفي كما وأن المراد من التعذر التعذر العرفي أيضا.

[٢] أي استثني من عدم جواز السفر (الصورة التي جعلت الوديعة عنده حال كونه مسافرا.) و (مسافرا) منصوب على الحالية.

[٣] أي طالبا للكلاء. فالمعنى أن المستودع لو كان طالبا للكلاء فأودع شخص عنده وديعة وهو في تلك الحالة جاز للمستودع أخذ الوديعة وصحبها معه في السفر.

[٤] أي لإقدام المالك على حالة سفر المستودع. في تعليل لعدم الضمان في الصورتين.

وهما: صورة كون الودعي مسافرا.

وصورة كونه منتجعا أي طالبا للكلاء.

لما عرفت من أن الحرز مشروط بأمور أخر هذا [١] منها. وفي حكم العفن الموضع المفسد كالندى للكتب.

وضابطه مالا يصلح لتلك الوديعة عرفا بحسب مدة إقامتها فيه، (أو ترك سقي الدابة، أو علفها ما لا تصبر عليه عادة)، ومثلها المملوك والمعتبر السقي والعلف بحسب المعتاد لأمثالها، فالنقصان عنه تفريط، وهو المعبر عنه بعدم صبرها عليه فيضمنها حينئذ [٢] وإن ماتت بغيره.

ولا فرق في ذلك [٣] بين أن يأمره بهما [٤]، ويطلق، وينهاه، لوجوب حفظ المال عن التلف، هذا هو الذي يقتضيه إطلاق العبارة وهو أحد القولين في المسألة.

والأقوى أنه مع النهي لا يضمن بالترك، لأن حفظ المال إنما يجب

---

[١] أي عدم طرح الوديعة في مكان عفن شرط كما يشترط عدم جواز أخذها وصحبها معه في السفر.

فلو طرحها المودع في ذلك المكان ضمنها كما كان يضمنها لو أخذها وصحبها معه في السفر بلا ضرورة.

[٢] أي حين أن قصر المستودع في سقي الدابة وعلفها، وإن ماتت الدابة بسبب آخر غير قلة الأكل والشرب.

[٣] أي في ضمان الوديعة.

[٤] وهما: السقي والعلف.

والمراد من الإطلاق في قوله (ويطلق): عدم الأمر والنهي من المودع في السقي والعلف.

وكان الأنسب في العبارة أن يقال: (ولا فرق بين أن يأمره بهما وينهاه عنهما ويطلق).

على مالكه لا على غيره، نعم يجب في الحيوان مطلقا [١] لأنه ذو روح لكن لا يضمن بتركه كغيره [٢].

واعلم أن مستودع الحيوان إن أمره المالك بالإنفاق أنفق ورجع عليه بما غرم، وإن أطلق توصل إلى استئذانه، فإن تعذر رفع أمره إلى الحاكم فإن تعذر [٣] أنفق هو وأشهد عليه ورجع به، ولو تعذر الإشهاد اقتصر على نية الرجوع إن أراده وقبل قوله فيها، وفي القدر [٤] بالمعروف، وكذا القول مع نهي المالك له عنه [٥]. وفي حكم النفقة ما تفتقر إليه من الدواء وغيره، وفي حكم الحيوان الشجر المفتقر إلى الحرث والسقي وغيرهما.

(أو ترك نشر الثوب) الذي يفسده طول مكثه كالصوف، والإبريسم (للريح) حتى لو لم يندفع [٦] بنشره وجب لبسه بمقدار ما يندفع الضرر عنه، وكذا عرضه [٧] على البرد.

---

[١] سواء أمره بهما أم نهاه عنهما.

[٢] لتوجه الحكم التكليفي نحوه، دون الوضعي.

[٣] أي لو تعذر وجود الحاكم الشرعي.

[٤] أي وقبل قوله في القدر المعروف وهو القدر المتعارف أيضا ومرجع الضمير في فيها (نية الرجوع).

[٥] أي عن الإنفاق.

فالمعنى أن قول المستودع يقبل لو ادعى نهي المودع له عن الإنفاق. فلو ماتت الدابة لم يكن ضامنا حينئذ.

[٦] أي خوف التلف، فلو لم يلبس الثوب وتلف ضمن.

[٧] أي وكذا يجب على المستودع عرض الثوب على البرد لو احتاج إليه فلو لم يفعل وتلف ضمن.

ومثله [١] توقف نقل الدابة إلى الحرز، أو العلف، أو السقي على الركوب، والكتاب على تقليبه، والنظر فيه فيجب ذلك كله، ويحرم بدونه، (أو انتفع بها [٢]) لا لذلك، (أو مزجها) بماله، أو بمال غيره بحيث لا يتميز، سواء مزجها بأجود أم بأدون، بل لو مزج إحدى الوديعتين بالأخرى ضمنهما معا وإن كانا لواحد ومثله [٣] لو خلطها بمال لمالكها غير مودع عنده، للتعدي في الجميع.

(وليرد) الوديعة حيث يؤمر به [٤]، أو يريده هو [٥] (إلى المالك أو وكيله) المتناول وكالته [٦] مثل ذلك [٧] مخيرا فيهما [٨]، (فإن تعذر)

---

[١] أي ومثل نشر الثوب في وجوبه ركوب الدابة لو احتاج نقلها إليه فلو لم يفعل وتلفت الدابة ضمنها. وكذا تقليب الكتاب لو احتاج إليه واجب على المستودع فلو لم يفعل وتلف ضمن.

[٢] أي بالوديعة، لا لأجل النشر، أو النقل، أو عرضها على البرد بل لغاية أخرى غير هذه الغايات فإنه يضمنها لو تلفت الوديعة.

[٣] أي ومثل مزج الوديعتين لو كانتا لواحد خلط الوديعة بمال آخر لمالك الوديعة لم يودعها عنده.

[٤] أي بالرد. ونائب الفاعل في يؤمر: (المستودع).

[٥] أي وكذا يرد الوديعة لو أراد المستودع الرد.

[٦] سواء كانت وكالة الوكيل خاصة في أخذ الوديعة فقط أم أعم من ذلك [٧] أي مثل تسليم الوديعة إلى الوكيل. فالوكالة إذا كانت هكذا فالواجب على المستودع رد الوديعة إلى الوكيل.

[٨] أي المستودع مخير في رد الوديعة إلى المالك أو إلى وكيله ويحتمل أن تكون (فيهما) بمعنى بينهما أي مخيرا بينهما.

للمالك، أو وكيله (فالحاكم) الشرعي (عند الضرورة إلى ردها)، لا بدونه [١]، لأن [٢] الحاكم لا ولاية له على من له وكيل، والودعي بمنزلته [٣].

وإنما جاز الدفع إليه [٤] عند الضرورة دفعا للحرج والإضرار، وتنزيلا له [٥] حينئذ منزلة من لا وكيل له، وتتحقق الضرورة بالعجز عن الحفظ، وعروض خوف يفتقر معه إلى التستر المنافي لرعايتها، أو الخوف على أخذ المتغلب لها تبعا لماله، أو استقلالا، أو الخوف عليها من السرق، أو الحرق، أو النهب، ونحو ذلك. فإن تعذر الحاكم حينئذ أودعها الثقة. ولو دفعها إلى الحاكم مع القدرة على المالك ضمن كما يضمن لو دفعها إلى الثقة مع القدرة على الحاكم، أو المالك.

(ولو أنكر الوديعة حلف) لأصالة البراءة، (ولو أقام) المالك (بها بينة قبل حلفه ضمن)، لأنه متعد بجحوده لها (إلا أن يكون جوابه: لا تستحق عندي شيئا وشبهه) كقوله: ليس لك عندي وديعة يلزمني ردها ولا عوضها، فلا يضمن بالإنكار، بل يكون كمدعي التلف يقبل قوله بيمينه أيضا، ولإمكان تلفها بغير تفريط فلا تكون مستحقة

---

[١] أي لا بدون الاضطرار.

[٢] تعليل لعدم جواز الرد بدون الضرورة.

[٣] أي بمنزلة الوكيل في الحفظ، بل هو وكيل في الحفظ.

[٤] أي إلى الحاكم الشرعي دفعا للحرج والضرر المتوجهين نحوه لو لم يدفعها إليه. وهما منفيان عنه.

[٥] أي وتنزيلا للحاكم الشرعي حين الضرورة والالتجاء منزلة شخص لا وكيل له فإنه في هذه الحالة يجب دفع مال مثله إلى الحاكم.

عنده، ولا يناقض قوله البينة، ولو أظهر لإنكاره الأول [١] تأويلا كقوله: ليس لك عندي وديعة يلزمني ردها، أو ضمانها، ونحو ذلك فالأقوى القبول أيضا، واختاره المصنف رحمه الله في بعض تحقيقاته.

(والقول قول الودعي في القيمة لو فرط) لأصالة عدم الزيادة عما يعترف به.

وقيل: قول المالك [٢]، لخروجه [٣] بالتفريط عن الأمانة، ويضعف بأنه [٤] ليس مأخذ القبول.

(وإذا مات المودع سلمها) المستودع (إلى وارثه) إن اتحد، (أو إلى من يقوم مقامه) من وكيل، وولي، فإن تعدد سلمها إلى الجميع إن اتفقوا في الأهلية، وإلا فإلى الأهل [٥]، وولي الناقص [٦]،

---

[١] وهو إنكار الوديعة.

[٢] أي يقدم قول المالك.

[٣] أي لخروج الودعي عن الأمانة فلا يكون أمينا فلا يقبل قوله.

[٤] أي قبول قول الودعي ليس مبنيا على أنه أمين حتى يقبل قوله حين كونه أمينا ولم يفرط في الأمانة، ولا يقبل قوله قوله عند خروجه عن الأمانة بسبب التفريط، بل إنما يقبل قوله لكونه منكرا للزيادة.

ومرجع الضمير في بأنه: (الأمانة) واسم (ليس) مستتر يرجع إلى الأمانة و (مأخذ) منصوب على الخبرية. وتذكير الضمير باعتبار المصدر.

فالمعنى أن الأمانة ليس مبني القبول حتى يقال: إن عدم الأمانة مبني عدم قبول قول الودعي.

[٥] أي يسلم الودعي الوديعة إلى من كان كاملا وأهلا للتسلم.

[٦] أي يسلم الودعي الوديعة إلى ولي الوارث إن كان ناقصا عن الأهلية كالطفل والمجنون.

(ولو سلمها إلى البعض) من دون إذن الباقين (ضمن للباقي) بنسبة حصتهم، لتعديه فيها بتسليمها إلى غير المالك، وتجب المبادرة إلى ردها إليهم حينئذ [١] كما سلف [٢]، سواء علم الوارث بها أم لا.

(ولا يبرأ) المستودع (بإعادتها إلى الحرز لو تعدى) فأخرجها منه، (أو فرط) بتركه غير مقفل، ثم قفله، ونحوه، لأنه صار بمنزلة الغاصب فيستصحب حكم الضمان إلى أن يحصل من المالك ما يقتضي زواله برده عليه، ثم يجدد له الوديعة، أو يجدد له الاستئمان بغير رد كأن يقول له: أودعتكها، أو استأمنتك عليها، ونحوه على الأقوى.

وقيل: لا يعود بذلك، كما لا يزول الضمان عن الغاصب بإيداعه، أو يبرئه من الضمان على قول قوي.

(ويقبل قوله بيمينه في الرد) وإن كان مدعيا بكل وجه [٣] على المشهور، لأنه محسن وقابض لمحض مصلحة المالك والأصل براءة ذمته

---

[١] أي حين موت المودع.

[٢] في قول المصنف رحمه الله: (وتبطل الوديعة بموت كل منهما) إلى قوله:

(فتبقى في يده أمانة شرعية).

[٣] أي بكل وجه ادعى الودعي رد الوديعة وبأي نحو ادعاها، وفسر بعض قول الشارح رحمه الله: (بكل وجه) بمعنى أي تفسير: أي لو فسر المدعي بأي تفسير من معانيه الثلاثة التي مضت في كتاب القضاء ج ٣ ص ٧٦ في الهامش رقم ٢ ـ ٣ ـ ٤ ـ ٥ من طبعتها الجديدة.

والأظهر المعنى الأول الذي اخترناه، لأن من تلك المعاني: أن المدعي لو ترك الخصومة لترك. وهذا التفسير للمدعي لا يأتي هنا، لأنه لو ترك مدعي رد الوديعة دعواه لم يتركه المودع، بل يطالبه بالوديعة طلبا حثيثا.

هذا إذا ادعى ردها على من ائتمنه، أما لو ادعاه على غيره [١] كوارثه فكغيره من الأمناء، لأصالة عدمه وهو [٢] لم يأتمنه فلا يكلف تصديقه.

ودعوى ردها [٣] على الوكيل كدعواه على الموكل، لأن يده كيده

---

[١] أي على غير من ائتمنه المودع كوارثه حيث يكون وارثا في المستقبل فإنه حينئذ لو ادعى ردها إلى مثل هذا الوارث يطالب بالبينة. كما لو ادعى ردها إلى أمين فإنه يطالب بالبينة.

[٢] الواو حالية أي والحال أن المودع لم يأتمن الوارث فلا يكلف بتصديقه للودعي لو ادعى رد الوديعة إلى مثل هذا الوارث الذي يكون في المستقبل وارثا [٣] أي ودعوى الودعي رد الوديعة على الوكيل مثل دعواه ردها على الموكل لأن يد الوكيل كيد الموكل.

العارية

كتاب العارية بتشديد الياء، وتخفف، نسبة إلى العار، لأن طلبها عار، أو إلى العارة مصدر ثان لأعرته إعارة، كالجابة للإجابة، أو من عار إذا جاء وذهب لتحولها من يد إلى أخرى، أو من التعاور وهو التداول. وهي من العقود الجائزة تثمر جواز التصرف في العين بالانتفاع مع بقاء الأصل غالبا، (ولا حصر أيضا) أي عودا إلى ما ذكر في الوديعة (في ألفاظها) إيجابا وقبولا، بل كل ما دل على الإذن من طرف المعير فهو إيجاب.

ويكفي الفعل في القبول، بل لو استفيد رضاه من غير الألفاظ كالكتابة، والإشارة ولو مع القدرة على النطق كفى.

ومثله [١] ما لو دفع إليه ثوبا حيث وجده عاريا، أو محتاجا إلى لبسه، أو فرش لضيفه فراشا، أو ألقى إليه وسادة، أو مخدة.

واكتفى في التذكرة بحسن الظن بالصديق في جواز الانتفاع بمتاعه. وينبغي تقييده [٢] بكون منفعته مما يتناوله الإذن الوارد في الآية،

---

[١] أي ومثل (ما لو استفيد رضاه): هذه الأشياء المذكورة في قول الشارح: (ما لو دفع إليه ثوبا حيث وجده عاريا، أو محتاجا إلى لبسه، أو فرش لضيفه) إلى آخر ما ذكره.

[٢] أي تقييد جواز الانتفاع بشرط كونه دون الأكل من حيث الأهمية، لا فوق الأكل.

ويحتمل أن يكون المراد من التقييد: تقييد حسن الظن كما هو الظاهر من عبارة الشارح رحمه الله فيما يأتي بقوله: (لا مطلق حسن الظن).

بجواز الأكل [١] من بيته بمفهوم الموافقة [٢]، وتعديه [٣] إلى من تناولته من الأرحام، لا مطلق حسن الظن لعدم الدليل، إذ المساوي [٤] قياس، والأضعف [٥] ممتنع بطريق أولى.

(ويشترط كون المعير كاملا جائز التصرف، ويجوز إعارة الصبي

---

[١] في قوله تعالى: ليس على الأعمى حرج ولا على الأعرج حرج ولا على المريض حرج ولا على أنفسكم أن تأكلوا من بيوتكم أو بيوت آبائكم أو بيوت أمهاتكم أو بيوت إخوانكم أو بيوت أخواتكم أو بيوت أعمامكم أو بيوت عماتكم أو بيوت أخوالكم أو بيوت خالاتكم أو ما ملكتم مفاتحه أو صديقكم ليس عليكم جناح أن تأكلوا جميعا أو أشتاتا النور الآية ٦١.

[٢] وهي الأولوية: فإذا كان الأكل جائزا مع أنه يلزم ذهاب العين فغيره مع عدم ذهابها أولى.

كما هو الحكم في قوله تعالى: (ولا تقل لهما أف) حيث إنها تدل بالموافقة على عدم جواز السب والفحش والضرب والقتل بطريق أولى.

[٣] عطف على مدخول ينبغي أي وينبغي التعدي من الصديق إلى بقية الأرحام المذكورة في الآية الكريمة.

[٤] وهو ما كانت منفعة المتاع مساوية للأكل من حيث الضرر على الصديق فهو قياس محض والقياس باطل.

[٥] وهو ما كانت منفعة المتاع أشد خسارة على الصديق فهو ممتنع بطريق أولى.

بإذن الولي) لمال نفسه، ووليه [١]، لأن المعتبر إذن الولي وهو كاف في تحقق هذا العقد.

هذا إذا علم المستعير بإذن الولي، وإلا لم يقبل قول الصبي في حقه [٢]، إلا أن تنضم إليه قرائن تفيد الظن المتاخم للعلم به، كما إذا طلبها [٣] من الولي فجاء به الصبي وأخبر أنه أرسله بها، ونحو ذلك، كما يقبل قوله في الهدية [٤]، والإذن في دخول الدار بالقرائن، ولا بد مع إذن الولي له في إعارة ماله من وجود المصلحة بها بأن تكون يد المستعير أحفظ من يد الولي في ذلك الوقت [٥]، أو لانتفاع الصبي بالمستعير بما يزيد عن منفعة ماله، أو تكون العين ينفعها الاستعمال ويضرها الإهمال [٦]، ونحو ذلك [٧].

(وكون العين مما يصح الانتفاع بها مع بقائها) فلا يصح إعارة

---

[١] بالجر عطفا على نفسه أي يجوز للصبي إعارة ماله ومال وليه بإذن الولي في ماله ومال وليه.

[٢] أي إن لم يعلم المستعير بإذن الولي للصبي لم يقبل قوله في حق الولي.

[٣] مرجع الضمير: العين المعلومة في المقام. والفاعل في طلبها (المستعير) أي لو طلب المستعير العين من الولي فجاء بها الصبي فهذا قرينة على أن الولي قد أذن للصبي.

[٤] بأن قال الصبي: إنها هدية أرسلها الولي، هذا إذا كانت القرائن الحالية تدل على أن ما جاء به هدية.

[٥] أي في الوقت الذي يكون المتاع عند المستعير.

[٦] كالسجاد الإيراني حيث يضره الإهمال في الصيف في البلاد الحارة.

[٧] مما تكون الإعارة في مصلحة الطفل.

ما لا يتم الانتفاع به إلا بذهاب عينه كالأطعمة. ويستثنى من ذلك المنحة وهي الشاة المستعارة للحلب، للنص [١].

وفي تعديه إلى غيرها من الحيوان المتخذ للحلب وجهان، والاقتصار فيما خالف الأصل على موضع اليقين [٢] أجود.

(وللمالك الرجوع فيها متى شاء)، لاقتضاء جواز العقد ذلك، (إلا في الإعارة للدفن) أي دفن الميت المسلم ومن بحكمه [٣] فلا يجوز الرجوع فيه (بعد الطم)، لتحريم نبشه، وهتك حرمته، إلى أن تندرس عظامه.

ولو رجع قبله [٤] جاز وإن كان الميت قد وضع على الأقوى، للأصل [٥] فمؤنة الحفر لازمة لولي الميت، لقدومه [٦] على ذلك، إلا أن يتعذر عليه غيره [٧]،

---

[١] المغني لابن قدامة ج ٥ ص ١٨٣ من كتاب العارية. وصرح في الجواهر في كتاب العارية بعدم وجود نص في المنحة من طرقنا.

[٢] وهو في الشاة فقط.

[٣] كالطفل، والمجنون، واللقيط في دار الإسلام.

[٤] أي قبل الطم.

[٥] وهو استصحاب جواز الرجوع في المستعار للمعير.

[٦] لأن الولي أقدم على دفن الميت في الأرض المستعارة التي يجوز لصاحبها الرجوع فيها فما صرفه في الحفر يحسب على الولي، لا على الميت.

[٧] مرجع الضمير (المكان المستعار). ومرجع الضمير في عليه (الولي) والمراد من غيره: غير هذا المكان المستعار.

وحاصل هذه العبارة: أن الولي في صورة دفنه الميت في الأرض المستعارة ومواراته تحت التراب لا يجوز له نقله منها إلى غير تلك الأرض، لو رجع المالك

مما لا يزيد عوضه عنه [١] فيقوى كونه [٢] من مال الميت، لعدم التقصير [٣]، ولا يلزم وليه طمه، للإذن فيه [٤].

ويستثنى آخران [٥] أيضا: أحدهما إذا حصل بالرجوع ضرر على المستعير لا يستدرك كما لو أعاره لوحا رقع به سفينته ولجج [٦]

عن العارية للزوم النبش والهتك المحرمين.

هذا إذا كان رجوع المالك عن العارية بعد مواراة الميت وطم القبر.

وأما إذا كان الرجوع عنها قبل المواراة والطم جاز النقل، لعدم لزوم النبش والهتك المحرمين.

ففي هذه الصورة لو صرف الولي مؤنة لدفن الميت للحفر وغيره كانت عليه لتقصيره بذلك.

نعم إذا كان الولي مجبورا في دفن الميت في الأرض المستعارة بأن تعذر وجود مكان آخر غيرها فحينئذ فكلما صرفه وبذل عليه للحفر ونقله إلى المكان الآخر قبل المواراة والطم كان على الميت، لعدم تقصير الولي حينئذ.

[١] مرجع الضمير (المكان الآخر). ومرجع الضمير في عوضه: (الحفر) أي في صورة تعذر المكان الآخر تكون المؤنة على الميت، لا على الولي، لو لم تكن قيمة الأرض الأخرى أكثر من قيمة الأرض المستعارة.

[٢] أي مؤنة الحفر حينئذ أي حين تعذر المكان الآخر.

[٣] أي من ناحية الولي.

[٤] أي في الحفر من قبل المعير.

[٥] أي أمران آخران.

[٦] بالتشديد يقال: لججت السفينة أي دخلت في اللجة. واللجة: معظم الماء أي أكثره والمقصود هنا توغل السفينة في البحر وابتعادها عن الساحل.

في البحر فلا رجوع للمعير إلى أن يمكنه الخروج إلى الشاطئ، أو إصلاحها [١] مع نزعه من غير ضرر، ولو رجع قبل دخول السفينة، أو بعد خروجها فلا إشكال في الجواز، مع احتمال الجواز مطلقا [٢] وإن وجب الصبر بقبضه إلى أن يزول الضرر، والثاني [٣] الاستعارة للرهن بعد وقوعه وقد تقدم [٤].

(وهي أمانة) في يد المستعير (لا يضمن إلا بالتعدي، أو التفريط) إلا ما استثني (وإذا استعار أرضا) صالحة للزرع، والغرس، والبناء عادة (غرس، أو زرع، أو بنى) مخيرا فيها مع الإطلاق، أو التصريح بالتعميم، وله الجمع بينها بحسب الإمكان لأن ذلك كله انتفاع بتلك العين يدخل في الإطلاق، أو التعميم، ومثله [٥] ما لو استعار دابة صالحة للركوب والحمل.

(ولو عين له جهة لم يتجاوزها) ولو إلى المساوي والأدون عملا بمقتضى التعيين واقتصارا على المأذون.

وقيل: يجوز التخطي إلى المساوي والأقل ضررا وهو ضعيف.

---

[١] أي السفينة من غير ضرر عليها إذا أخذ المعير اللوحة.

[٢] سواء دخلت السفينة في البحر أم لا.

[٣] أي المستثنى الثاني في قوله: " ويستثنى آخران " الاستعارة في الرهن. كما إذا استعار زيد من عمرو عينا فرهنها فلا يجوز حينئذ للمعير الرجوع في العارية بعد تمامية الرهن.

[٤] في كتاب الرهن من هذا الجزء ص ٦٨.

[٥] أي ومثل (ما إذا استعار أرضا صالحة للاستفادة في منافع مختلفة):

(الدابة الصالحة للركوب والحمل).

ودخول الأدون بطريق أولى ممنوع، لاختلاف الغرض في ذلك [١]، نعم لو علم انتفاء الغرض بالمعين اتجه جواز التخطي إلى الأقل، أما المساوي فلا [٢] مطلقا [٣]، كما أنه مع النهي عن التخطي يحرم مطلقا [٤].

وحيث يتعين المعين فتعدى إلى غيره [٥] ضمن الأرض [٦] ولزمه الأجرة لمجموع ما فعل من غير أن يسقط منها [٧] ما قابل المأذون على الأقوى، لكونه تصرفا بغير إذن المالك فيوجب الأجرة، والقدر المأذون فيه لم يفعله فلا معنى لإسقاط قدره.

نعم لو كان المأذون فيه داخلا في ضمن المنهي عنه، كما لو أذن له في تحميل الدابة قدرا معينا فتجاوزه [٨]، أو في ركوبها بنفسه فأردف غيره تعين إسقاط قدر المأذون [٩]، لأنه بعض ما استوفى من المنفعة

---

[١] أي في الإذن.

[٢] أي فلا يجوز التخطي إلى المساوي.

[٣] سواء علم انتفاء الغرض أم لا.

[٤] سواء كان إلى (الأدون) أم إلى (المساوي).

[٥] أي إلى غير المعين.

[٦] أي أجرتها.

[٧] أي لا يسقط من الأجرة ما قابل العمل المأذون إن كان العمل المأذون أقل أجرة من العمل الصادر من المستعير.

[٨] بأن قال المعير: احمل على الدابة وزنة واحدة فحمل المستعير عليها وزنتين.

[٩] لا يقال: هذا مناف لما تقدم آنفا في الهامش رقم ٧ من عدم سقوط شئ من الأجرة في ما قابل المأذون.

وإن ضمن الدابة أجمع [١].

(ويجوز له [٢] بيع غروسه، وأبنيته ولو على غير المالك [٣]) على المشهور، لأنه مالك غير ممنوع من التصرف فيه [٤] فيبيعه ممن يشاء وقيل: لا يجوز بيعه على غير المعير، لعدم استقرار ملكه [٥] برجوع المعير، وهو [٦] غير مانع من البيع، كما يباع المشرف على التلف ومستحق القتل قصاصا [٧].

ثم إن كان المشتري جاهلا بحاله فله الفسخ للعيب، لا إن كان عالما بل ينزل منزلة المستعير [٨].

ولو اتفقا على بيع ملكهما معا بثمن واحد صح، ووزع الثمن عليهما، فيقسط على أرض مشغولة به [٩] على وجه الإعارة مستحق

فإنه يقال: هذا يختلف عن ذاك حيث إن المستعير هناك خالف في نوع العمل، وهنا زاد المستعير في قدر العمل المأذون فيه بأن قال له: احمل وزنة فحمل وزنتين.

[١] لأن المخالف في هذا المقام يكون متعديا، والمتعدي ضامن.

[٢] أي للمستعير.

[٣] أي غير مالك الأرض.

[٤] أي في البناء والغرس.

[٥] أي ملك المشتري، لجواز رجوع المعير.

[٦] أي عدم استقرار ملك المشتري.

[٧] كالعبد القاتل.

[٨] وللمناقشة فيه ـ قبل إحراز رضى المعير في البيع ـ مجال، لاختلاف الأغراض في الإعارة.

[٩] أي بالزرع، أو البناء.

القلع بالأرش، أو الإبقاء [١] بالأجرة، أو التملك [٢] بالقيمة مع التراضي وعلى ما فيها مستحق القلع [٣] على أحد الوجوه [٤] فلكل [٥] قسط ما يملكه.

(ولو نقصت) العين المعارة (بالاستعمال لم يضمن) المستعير النقص، لاستناد التلف [٦] إلى فعل مأذون فيه ولو من جهة الإطلاق [٧] وتقييده بالنقص قد يفهم أنها لو تلفت به [٨] ضمنها وهو أحد القولين في المسألة، لعدم تناول الإذن للاستعمال المتلف عرفا وإن دخل في الإطلاق، فيضمنها آخر [٩] حالات التقويم. وقيل: لا يضمن

---

[١] عطف على (بالأرش).

وهذا الاستحقاق إما موجب للأرش كما في صورة فعلية القلع.

وإما موجب للأجرة كما في صورة الإبقاء.

وإما لا يوجب أرشا ولا أجرة كما في صورة التملك من قبل المعير برضى المستعير.

[٢] أي تملك صاحب الأرض للزرع، أو البناء.

[٣] وفي بعض النسخ: " مستحق للقلع " وهو غلط.

[٤] أي الوجوه المترتبة على استحقاق القلع التي شرحناها في الهامش رقم ١ [٥] أي فلكل من المعير والمستعير.

[٦] أي تلف البعض الذي هو النقص.

[٧] أي إطلاق الإذن.

[٨] أي بالاستعمال.

[٩] حال من المفعول في قوله: (فيضمنها).

أي فيضمن العين حال كونها في آخر حالات قيمتها المختلفة بحسب الأزمنة وهو يوم التلف.

أيضا كالنقص، لما ذكر من الوجه [١] وهو الوجه [٢].

(ويضمن العارية باشتراط الضمان) عملا بالشرط المأمور بالكون معه [٣] سواء شرط ضمان العين أم الأجزاء أم هما فيتبع شرطه.

(وبكونها ذهبا، أو فضة [٤]) سواء كانا دنانير ودراهم أم لا على أصح القولين، لأن فيه [٥] جمعا بين النصوص [٦] المختلفة.

وقيل: يختص [٧] بالنقدين استنادا إلى الجمع [٨] أيضا، وإلى الحكمة الباعثة على الحكم، وهي [٩] ضعف المنفعة المطلوبة منهما بدون

---

[١] وهو إطلاق الإذن في التصرف.

[٢] أي وهو الصحيح.

[٣] في قوله عليه السلام: (المؤمنون عند شروطهم) أي كائنون مع شروطهم لا يفارقونها بالتخلف.

[٤] أي يضمن العارية إذا كانت ذهبا أو فضة من غير اشتراط الضمان.

[٥] أي في كون الذهب والفضة مضمونين بلا اشتراط، سواء كانا دنانير ودراهم، أم غيرهما.

[٦] الوسائل كتاب العارية باب ٣ الحديث ١ ـ ٢ ـ ٣ حيث تجد الأخبار هناك مختلفة. فبعضها يدل على نفي الضمان على الإطلاق. وبعضها يدل على الضمان إن اشترط، فالقول بضمان الذهب والفضة بلا اشتراط، سواء كانا دنانير ودراهم أم غيرهما هو مقتضى الجمع بين هذه الأخبار المختلفة.

[٧] أي الضمان.

[٨] أي الجمع بين النصوص.

[٩] أي الحكمة.

الإنفاق، فكانت عاريتهما موجبة بالذات لما يوجب التلف فيضمنان بهما [١].

ويضعف بأن الشرط الانتفاع بهما مع بقائهما، وضعف المنفعة حينئذ لا مدخل له في اختلاف الحكم، وتقدير منفعة الإنفاق حكم [٢] بغير الواقع (ولو ادعى) المستعير (التلف حلف) لأنه أمين فيقبل قوله فيه [٣] كغيره [٤]، سواء ادعاه [٥] بأمر ظاهر أم خفي [٦]، ولإمكان صدقه، فلو لم يقبل قوله لزم تخليده الحبس [٧].

(ولو ادعى الرد حلف المالك)، لأصالة عدمه [٨]، وقد قبضه

---

[١] أي بعاريتهما.

[٢] أي هو فرض على خلاف الواقع، لأن الحكم بكون عارية الذهب والفضة موجبة بالذات للتلف: حكم بغير الواقع، لأن الواقع بقاء العين في عاريتهما أيضا.

[٣] أي في التلف.

[٤] أي كغير هذا الأمين من بقية الأمناء.

[٥] أي ادعى التلف بأمر ظاهر كالإحراق والغرق والتخيس.

[٦] كالسرقة.

[٧] بيان ذلك: أن المالك يطالب عين ماله ويدعي بقاءها. فلو لم يقبل الحاكم قول المستعير في تلفها معناه مطالبته برد العين مع أنها تالفة إما بالتلف الظاهري كالإحراق، أو الخفي كالسرقة.

ومن الجائز صدقه في التلف فيلزم حينئذ أي حين عدم قبول الحاكم قوله حبسه اللازم منه تخليده في الحبس.

[٨] أي عدم الرد.

لمصلحة نفسه [١] فلا يقبل قوله فيه، بخلاف الودعي.

ومعنى عدم قبول قوله فيه. الحكم بضمانه للمثل، أو القيمة حيث يتعذر العين، لا الحكم بالعين مطلقا [٢]، لما تقدم في دعوى التلف [٣] (وللمستعير الاستظلال بالشجر) الذي غرسه في الأرض المعارة للغرس وإن استلزم التصرف في الأرض بغير الغرس، لقضاء العادة به.

كما يجوز له الدخول إليها لسقيه، وحرثه، وحراسته، وغيرها [٤]، وليس له الدخول لغير غرض يتعلق بالشجر كالتفرج، (وكذا) يجوز (للمعير) الاستظلال بالشجر المذكور وإن كان ملكا لغيره، لأنه جالس في ملكه كما لو جلس في غيره من أملاكه فاتفق له التظلل بشجر غيره، أو في المباح كذلك [٥]، وكذا يجوز له الانتفاع بكل ما لا يستلزم التصرف في الشجر.

(ولا يجوز للمستعير (إعارة العين المستعارة إلا بأذن المالك)، لأن الإعارة إنما تناولت الإذن له خاصة. نعم يجوز له استيفاء المنفعة بنفسه، ووكيله، لكن لا يعد ذلك إعارة، لعود المنفعة إليه، لا إلى الوكيل.

---

[١] لأنه استعار العين لمصلحة نفسه، بخلاف الودعي الذي قبض العين لمصلحة المودع.

[٢] سواء تعذرت العين أم لا.

[٣] من أن الحكم عليه برد العين مطلقا سواء تعذرت أم لا يوجب تخليد المستعير في الحبس.

[٤] أي وغير هذه الأمور مما لها ربط بالشجر.

[٥] أي وكذلك يجوز له الجلوس في الأرض المباحة وإن اتفق له التظلل بشجر غيره.

وحيث يعير [١] يضمن العين والمنفعة، ويرجع المالك على من شاء منهما، فإن رجع على المستعير الأول لم يرجع [٢] على الثاني الجاهل، إلا أن تكون العارية مضمونة [٣] فيرجع [٤] عليه ببدل العين خاصة [٥] ولو كان [٦] عالما استقر الضمان عليه [٧] كالغاصب [٨]، وإن رجع [٩] على الثاني رجع [١٠] على الأول [١١] بما [١٢] لا يرجع [١٣]،

---

[١] أي يعير المستعير الأول العين بدون إذن صاحبها.

[٢] أي المستعير الأول.

[٣] أي العين المستعارة مضمونة على المستعير الثاني إذا اشترط المستعير الأول على الثاني الضمان.

[٤] أي المستعير الأول على المستعير الثاني.

ومرجع الضمير في عليه: (المستعير الثاني).

[٥] أي لا ببدل المنافع، لجهل الثاني بذلك.

[٦] أي لو كان المستعير الثاني عالما بأن العين ليست للمستعير الأول.

[٧] أي على المستعير الثاني.

[٨] في أنه لو غصب شخص عينا، أو منفعة يكون ضامنا لها.

[٩] أي المالك على المستعير الثاني مع جهله بكون العين ليست للمستعير الأول.

[١٠] أي المستعير الثاني.

[١١] أي على المستعير الأول.

[١٢] المراد من (ما) الموصولة (المنافع) أي رجع المستعير الثاني بالمنافع فقط على المستعير الأول لو رجع المالك على المستعير الثاني بالمنافع وأخذ مثلها أو قيمتها منه.

[١٣] بصيغة المضارع المعلوم. والفاعل: المستعير الأول.

عليه به لو رجع (١) عليه لغروره ـ و لو شرط سقوط الضمان في الذهب و الفضة صح عملا بالشرط و لو شرط سقوطه مع التعدي أو التفريط احتمل الجواز لأنه في قوة الإذن له في الإتلاف فلا يستعقب الضمان ـ كما لو أمره بإلقاء متاعه في البحر ـ و يحتمل عدم صحة الشرط لأنهما من أسباب الضمان فلا يعقل

إسقاطه قبل وقوعه [١]، لأنه كالبراءة مما لم يجب، والأول أقوى.

(ولو قال الراكب: أعرتنيها، وقال المالك: آجرتكها حلف الراكب)، لاتفاقهما على أن تلف المنافع وقع على ملك المستعير [٢]، وإنما يختلفان في الأجرة، والأصل براءة ذمته منها [٣].

(وقيل): يحلف (المالك)، لأن المنافع أموال كالأعيان فهي بالأصالة لمالك العين فادعاء الراكب ملكيتها بغير عوض على خلاف الأصل وأصالة براءة ذمته إنما تصح من خصوص ما ادعاه المالك [٤]، لا من مطلق الحق [٥] بعد استيفائه منفعة ملك غيره [٦]. (وهو أقوى)

---

[١] أي السبب وهو التعدي والتفريط.

ومرجع الضمير في إسقاطه (الضمان).

[٢] المراد من ملك المستعير هو تملك المنافع حيث إنه يملكها إما من باب الإجارة، أو من باب الإعارة.

والمراد من اتفاقهما: اتفاق المالك والراكب.

[٣] أي من الأجرة.

[٤] وهي الأجرة المعينة المدعاة من قبل المالك.

ومرجع في ذمته (الراكب) أي أصالة براءة ذمة الراكب إنما تكون في خصوص الأجرة المعينة المدعاة من قبل المالك.

وأما المنافع مطلقا فلا يصح جريان أصالة البراءة فيها من قبل الراكب، لأنه قد استوفاها.

[٥] حتى المنافع المستوفاة، بل هذه المنافع يرجع بها المالك على الراكب.

[٦] مرجع الضمير: المستعير الثاني، كما هو المرجع في استيفائه.

والمراد من غيره هو المستعير الأول أي لا معنى لعدم رجوع المستعير الأول

ولكن لا يقبل قوله فيما يدعيه من الأجرة، لأنه فيما مدع، كما أن الراكب بالنسبة إلى العارية مدع [١]، بل يحلف على نفي العارية، (ويثبت له أجرة المثل)، لثبوت أن الراكب تصرف في ملك غيره بغير تبرع منه، (إلا أن تزيد) أجرة المثل (على ما ادعاه) المالك (من المسمى) فيثبت المسمى، لاعترافه بعدم استحقاقه سواه [٢].

ويشكل [٣] بأن المالك يدعي الزائد من الأجرة على تقدير زيادة ما يدعيه عن أجرة المثل، والراكب ينفيه فلا بد من وجه شرعي يقتضي

على المستعير الثاني بعد أن استوفى المستعير الثاني تلك المنافع.

[١] فلا يقبل قوله. والفاعل في قوله بل يحلف: (المالك).

[٢] أي سوى المسمى.

[٣] أي ثبوت أجرة المثل.

توضيحه: أن القول بحلف المالك وإثبات أجرة المثل مشكل، لأن المالك يدعي أجرة هي أكثر من أجرة المثل ـ فرضا ـ فالحكم بإعطائه أجرة المثل فقط دون الزائد محتاج إلى دليل شرعي كي يقتضي بنفي المقدار الزائد. والحال أن الدليل على ذلك غير موجود في المقام، إذ ليس في المقام سوى حلف المالك على نفي العارية والحلف على نفي العارية لا يكون حلفا على نفي الإجارة، ولا على نفي الأجرة التي يدعيها المالك.

كما وأن حلفه لم يكن يثبت الإجارة أيضا.

وأما إثبات أقل الأمرين من المسمى وأجرة المثل فهو شئ مسلم، لكن البحث في الدليل على نفي الزائد عن أجرة المثل وأن هذا الزائد بأي مستند ننفيه؟

فهذه الزيادة لا تندفع إلا بحلف الراكب على نفيها. إذن لا بد من حلف الراكب حتى لا يأخذ المالك تلك الزيادة أو نكوله حتى يحلف المالك ويأخذ الزيادة.

نفيه [١]، وحلفه [٢] على نفي الإعارة لم يدل على نفي الإجارة، كما لم يدل على إثباتها، وإثبات أقل الأمرين [٣] باليمين [٤] مسلم، لكن يبقى النزاع في الزائد على تقديره لا يندفع [٥] إلا بحلف الراكب على نفي الإجارة، أو نكوله [٦] فيحلف المالك عليها [٧]،

---

[١] أي نفي الزائد.

[٢] والحاصل: أن نفي الراكب لتلك الزيادة المدعاة من قبل المالك لا ينسجم مع إنكاره لأصل الإجارة فنفيه محتاج إلى دليل شرعي.

اللهم إلا أن يقال: إن نفي الزائد ملازم لنفي الأصل وهو الكل فالدليل الشرعي على نفي الأصل هو الدليل لنفي الزيادة.

[٢] أي حلف المالك.

[٣] من أجرة المثل والمسمى.

[٤] أي يمين المالك.

وحاصل ما أفاده الشارح رحمه الله في هذا الباب: أن إثبات أقل الأمرين بسبب يمين المالك مسلم لكن يبقى النزاع في الزائد الذي يدعيه المالك على تقدير الزيادة.

وهذه الدعوى باقية لا ترتفع إلا إذا حلف الراكب على نفي الإجارة.

[٥] الظاهر احتياج (لا يندفع) إلى الواو كي تنسجم عبارة الشارح بأن يقال ولا يندفع إلا بحلف الراكب أي لا يندفع نزاع الزائد إلا بحلف الراكب على نفي الإجارة.

[٦] أي نكول الراكب عن اليمين.

[٧] أي على الإجارة حين نكل الراكب عن اليمين.

ويأخذ الزيادة [١].

فالأقوى حينئذ أنهما يتحالفان لأن كلا منهما مدع ومدعى عليه فيحلف المالك على نفي الإعارة، والراكب على نفي الإجارة ويثبت أقل الأمرين، لانتفاء الزائد من المسمى [٢] بيمين المستعير، والزائد [٣] عن أجرة المثل باعتراف المالك. وهذا هو الذي اختاره المصنف في بعض تحقيقاته.

هذا إذا وقع الاختلاف بعد انقضاء مدة لها أجره عادة، أو ما يدعي كونها مدة الإجارة، أما قبله فالقول قول الراكب في نفي الإجارة، وتسترد العين.

---

[١] أي يأخذ المالك الزيادة أي المسمى وإن كان أكثر من أجرة المثل.

[٢] أي في صورة زيادة المسمى عن أجرة المثل.

[٣] بالجر عطفا على مدخول (لام الجارة) أي ولانتفاء الزائد في صورة زيادة أجرة المثل عن المسمى.

المزارعة

كتاب المزارعة [١] (وهي) لغة مفاعلة من الزرع، وهي تقتضي وقوعه منهما معا، لكنها في الشرع صارت (معاملة على الأرض بحصة من حاصلها إلى أجل معلوم) ونسب الفعل إليهما بفعل أحدهما مع طلب الآخر فكأنه لذلك [٢] فاعل كالمضاربة، وخرج بالمعاملة على الأرض المساقاة، فإنها بالذات على الأصول، وبالحصة [٣] إجارة الأرض للزراعة، أو الأعم [٤]، إذ لا تصح [٥] بحصة من الحاصل. وقيد الأجل لبيان الواقع [٦]، أو تخصيص للصحيحة [٧]، أو استطراد لبعض الشرائط التي يحصل بها الكشف عن الماهية [٨]، وإن لم يكن ذكرها من وظائف التعريف.

---

[١] مصدر زارع يزارع من باب المفاعلة ولازمها وقوع الفعل من الطرفين كما أفاده الشارح أي يزارع كل واحد صاحبه، إلا أنها في الاصطلاح الشرعي:

ما كان من طرف صاحب الأرض، أما العامل فهو قابل لها.

[٢] أي لأجل طلب الآخر.

[٣] أي وخرج بالحصة.

[٤] أي أعم من الزراعة وغيرها.

[٥] أي الإجارة، لأنه يشترط فيها معلومية العوض وهنا غير معلوم، للجهل بالحصة.

[٦] لأنه لا بد في كل مزارعة ـ إذا وقعت ـ أن تكون بأجل معلوم.

[٧] إذ الصحيحة منها ما كان مقيدا بالأجل.

[٨] أي القيد توضيحي فإن الغرض منه إظهار حقيقة المزارعة، إذ ذكر

(وعبارتها: زارعتك، أو عاملتك، أو سلمتها إليك، وشبهه) كقبلتك [١] هذه الأرض، ونحوه من صيغ الماضي الدالة على إنشاء العقد صريحا.

والمشهور جوازها بصيغة إزرع هذه الأرض، استنادا إلى رواية [٢] قاصرة الدلالة عن إخراج هذا العقد اللازم عن نظائره فالمنع أوجه (فيقبل) الزارع (لفظا) على الأقوى كغيره [٣].

(وعقدها لازم)، لعموم الأمر بالوفاء بالعقود، إلا ما أخرجه الدليل. وليس هذا منه إجماعا.

(ويصح التقايل [٤] فيه)، لأنه معاوضة محضة فيقبلها كالبيع، (ولا تبطل بموت أحدهما)، لأن ذلك من مقتضى اللزوم. ثم إن كان الميت العامل قام وارثه مقامه في العمل، وإلا [٥] استأجر الحاكم عليه من ماله [٦]، أو على ما يخرج من حصته [٧]،

الشروط ليس من وظيفة التعريف.

[١] الصيغ الثلاثة الأخيرة تحتاج إلى مكمل كقولك قبلتك هذه الأرض لتزرعها إلى مدة معلومة بحصة معلومة.

[٢] التهذيب ج ٧ كتاب المزارعة ص ١٩٧ الحديث ١٨.

[٣] أي كغير هذا العقد من العقود اللازمة.

[٤] وهو إقالة كل منهما الآخر.

[٥] أي وإن لم يكن للعامل وارث، أو كان ولكن لا يعرف الزراعة فإن الحاكم الشرعي يستأجر في الموردين زارعا آخر من مال الوارث.

[٦] أي من المال الموجود فعلا للعامل. والضمير في " عليه " يرجع إلى (العمل) أي يستأجر الحاكم على العمل من مال العامل المتوفى من يقوم للزرع [٧] أي من حصة العامل المتوفى، فالحاكم يستأجر عاملا للزراعة بحيث

وإن كان [١] المالك بقيت بحالها، وعلى العامل القيام بتمام العمل، واستثني من الأول [٢] ما لو شرط عليه [٣] العمل بنفسه فمات قبله [٤].

ويشكل لو مات بعده خصوصا بعد ظهور الثمرة وقبل تمام العمل [٥] لأنه قد ملك الحصة.

(ولا بد من كون النماء مشاعا) بينهما (تساويا فيه، أو تفاضلا) فلو شرط لأحدهما شئ معين وإن كان البذر، وللآخر الباقي، أولهما بطل سواء كان الغالب أن يخرج منها ما يزيد على المشروط، وعدمه، (ولو شرط أحدهما على الآخر شيئا يضمنه مضافا إلى الحصة) من ذهب، أو فضة، أو غيرهما (صح) على المشهور ويكون قراره [٦] مشروطا بالسلامة كاستثناء أرطال معلومة من الثمرة في البيع، ولو تلف البعض سقط من الشرط بحسابه، لأنه كالشريك وإن كانت حصته معينة مع احتمال أن لا يسقط شئ بذلك عملا بإطلاق الشرط.

يكون وفاء الأجرة من حصته عند خروجها.

[١] أي كان المتوفى المالك، دون العامل.

[٢] وهي صورة موت العامل.

[٣] أي على العامل.

[٤] أي قبل مباشرة العمل فإنه ليس للحاكم أن يستأجر عاملا للزرع، إذ العقد كان مع العامل المتوفى نفسه.

[٥] فإن الثمرة بعد ظهورها تحتاج أيضا إلى العمل. فلو مات العامل قبل تمام العمل، سواء كان العامل هو صاحب الأرض، والبذر للآخر، أم كان البذر لصاحب الأرض، والعامل هو الآخر.

[٦] أي الشرط المذكور.

(ولو مضت المدة والزرع باق فعلى العامل [١] الأجرة) لما بقي من المدة، (وللمالك قلعه) إذ لا حق للزارع بعدها [٢] فيتخير المالك بين القلع، والإبقاء بالأجرة إن رضي العامل بها، وإلا قلع، ولا أجرة للمالك على ما مضى من المدة لو لم ينتفع بالمقلوع، لأن مقتضى العقد قصر الحق على الحصة، مع احتمال وجوبها على الزارع لو كان التأخير بتفريطه، لتضييعه منفعة الأرض بتأخيره، ولا فرق في كون المقلوع بينهما بين كون البذر من مالك الأرض، أو الزارع.

وهل يستحق المالك قلعه بالأرش، أو مجانا قولان، وظاهر العبارة ككثير عدمه [٣] وعلى القول به، فطريق معرفته أن يقوم الزرع قائما بالأجرة إلى أوان حصاده ومقلوعا [٤].

(ولا بد من إمكان الانتفاع بالأرض) في الزراعة المقصودة منها، أو في نوع منها مع الإطلاق [٥] (بأن [٦] يكون لها ماء من نهر، أو بئر، أو مصنع [٧]، أو تسقيها الغيوث غالبا)، أو الزيادة [٨] كالنيل. والضابط إمكان الانتفاع بزرعها المقصود عادة، فإن لم يمكن

---

[١] هذا إذا كان البذر للعامل.

[٢] أي بعد المدة.

[٣] أي عدم استحقاق الأرش.

[٤] أي يقوم مقلوعا أيضا. فالتفاوت بين التقويمين هو الأرش.

[٥] أي من دون تعيين نوعية الزرع.

[٦] بيان لصلاحية الأرض.

[٧] بفتح الميم والنون. وقد تضم الميم هو: الحوض الذي يجتمع فيه ماء المطر ويقال له: (البركة).

[٨] أي تسقيها الزيادة.

بطلت المزارعة وإن رضي العامل [١]، (ولو انقطع) الماء (في جميع المدة) مع كونه معتادا لها قبل ذلك (انفسخت) المزارعة، (وفي الأثناء يتخير العامل) لطرو العيب، ولا يبطل العقد، لسبق الحكم بصحته فيستصحب والضرر [٢] يندفع بالخيار، (فإن فسخ فعليه) من الأجرة (بنسبة ما سلف) من المدة، لانتفاعه بأرض الغير بعوض لم يسلم له [٣]، وزواله [٤] باختياره الفسخ.

ويشكل بأن فسخه لعدم إمكان الإكمال، وعمله الماضي مشروط بالحصة، لا بالأجرة فإذا فاتت [٥] بالانقطاع ينبغي أن لا يلزمه شئ آخر. نعم لو كان قد استأجرها للزراعة توجه ذلك [٦].

---

[١] لعدم صلاحية الأرض للزراعة حين لم يوجد فيها الماء، أو وجد ولكنه قليل لا يصلح للزراعة.

[٢] دفع وهم:

حاصل الوهم: أن العامل يتضرر ببقاء العقد صحيحا، وذلك لعدم انتفاعه بالأرض الفاقدة للماء.

والجواب أن الضرر الموجه إلى العامل قابل للاندفاع وذلك بجعل الخيار له حينئذ، فلو شاء فسخ العقد.

وهذا جبران للضرر المحتمل.

[٣] أي لذلك الغير.

[٤] أي زوال الانتفاع.

[٥] أي الحصة.

[٦] أي دفع الأجرة إلى المالك بنسبة ما مضى من المدة التي كان الزرع فيها بعنوان الاستيجار.

(وإذا أطلق المزارعة [١] زرع) العامل (ما شاء) إن كان البذر منه كما هو الغالب، أو بذل المالك ما شاء إن شرط عليه [٢]، وإنما تخير مع الإطلاق، لدلالة المطلق على الماهية من حيث هي، وكل فرد من أفراد الزرع يصلح أن يوجد المطلق في ضمنه [٣]، وأولى منه لو عمم الإذن، لدلالته على كل فرد فرد [٤].

وربما فرق بين الإطلاق، والتعميم، بناء على أن الإطلاق إنما يقتضي تجويز القدر المشترك بين الأفراد، ولا يلزم من الرضا بالقدر المشترك الرضا بالأقوى [٥]، بخلاف التعميم. ومما ذكرناه [٦] يظهر ضعفه.

(ولو عين) شيئا من الزرع (لم يتجاوز ما عين له)، سواء كان المعين شخصيا كهذا الحب أم صنفيا كالحنطة الفلانية، أم نوعيا [٧] أم غيره، لاختلاف الأغراض باختلافه [٨] فيتعين ما تعلق به [٩]، (فلو) خالف و (زرع الأضر قيل: تخير المالك بين الفسخ فله [١٠]

---

[١] بأن لا يعين نوع الزرع.

[٢] أي شرط حين العقد أن البذر على المالك.

[٣] أي في ضمن الفرد.

[٤] من أنواع الزراعة.

[٥] أي بالفرد الأقوى من الزرع.

[٦] وهو قوله: (لدلالة المطلق على الماهية من حيث هي) إلى آخر ما ذكره [٧] كالحنطة، أو الشعير من دون قيد.

[٨] أي باختلاف الزرع.

[٩] أي الذي تعلق الغرض به.

[١٠] أي فللمالك أجرة المثل عما زرعه العامل.

أجرة المثل) عما زرعه، (وبين الإبقاء، فله [١] المسمى مع الأرش).

ووجه التخيير [٢]: أن مقدار المنفعة المعقود عليها قد استوفي [٣] بزيادة [٤] في ضمن زرع الأضر [٥]، فيتخير بين الفسخ لذلك [٦] فيأخذ () الأجرة لما زرع، لوقوعه أجمع بغير إذنه، لأنه غير المعقود عليه، وبين أخذ المسمى في مقابلة مقدار المنفعة المعينة مع أخذ الأرش في مقابلة الزائد الموجب [٨] للضرر.

ويشكل [٩] بأن الحصة المسماة إنما وقعت في مقابلة الزرع المعين ولم يحصل [١٠]،

---

[١] أي فللمالك الحصة المسماة في العقد مع الأرش وهو التفاوت بين قيمة الأضر، وقيمة الأنفع.

[٢] أي تخيير المالك بين الفسخ فله أجرة المثل، وبين الإبقاء فله الحصة المسماة في متن العقد مع الأرش.

[٣] من قبل العامل.

[٤] الباء بمعنى مع أي مع زيادة.

[٥] الأضر صفة للزرع أي الزرع المخالف لمتن العقد يكون وجوده أضر للأرض. ولكن نفعه للعامل أكثر كما لو أخذ الزرع المخالف مدة أكثر من الزرع الذي عينه المالك، أو كان سببا لضعف الأرض.

[٦] أي لأجل الضرر الوارد على أرض المالك.

[٧] أي المالك.

[٨] بالجر نعت (للزائد) أي الزائد الموجب للضرر.

[٩] أي ويشكل تخيير المالك بين الفسخ فله أجرة المثل، وبين الإبقاء فله الأخذ بالحصة المسماة.

[١٠] أي الزرع المعين.

والذي زرع لم يتناوله العقد، ولا الإذن [١]، فلا وجه لاستحقاق المالك فيه [٢] الحصة، ومن ثم [٣] نسبه إلى القيل تنبيها على تمريضه.

والأقوى وجوب أجرة المثل خاصة. (ولو كان) المزروع (أقل ضررا) من المعين (جاز) فيستحق [٤] ما سماه من الحصة، ولا أرش، ولا خيار، لعدم الضرر. ويشكل بأنه غير معقود عليه أيضا فكيف يستحق فيه شيئا، مع أنه [٥] نماء بذر العامل الذي لا دليل على انتقاله عن ملكه. والأقوى ثبوت أجرة المثل أيضا كالسابق [٦]. (ويجوز أن يكون من أحدهما الأرض حسب، ومن الآخر البذر والعمل والعوامل [٧]) وهذا هو الأصل في المزارعة، ويجوز جعل اثنين من أحدهما، والباقي من الآخر، وكذا واحد [٨] وبعض الآخر، ويتشعب من الأركان الأربعة [٩] صور كثيرة لا حصر لها بحسب شرط

---

[١] فما وقع لم يقصد، وما قصد لم يقع.

[٢] أي في هذا الزرع المخالف الذي لم يتناوله العقد.

[٣] أي ومن أجل هذا الإشكال الذي ذكرناه.

[٤] أي المالك.

[٥] أي الثمر.

[٦] في قول الشارح رحمه الله: (والأقوى وجوب أجرة المثل خاصة).

[٧] وهي آلات الحرث والحصد.

[٨] بالجر عطفا على مدخول " جعل " أي وكذا يجوز جعل واحد من الأشياء المذكورة بتمامه، وبعض الآخر لا كله، على واحد. كأن يجعل البذر كله مثلا مع بعض العمل على العامل، أو المالك.

[٩] وهي: الأرض ـ البذر ـ العامل ـ العوامل.

بعضها من أحدهما، والباقي من الآخر [١].

---

[١] وإليك بعض صورها:

أما صور ما إذا كان من أحدهما أحد الأربعة، ومن الآخر ثلاثة فهي أربعة:

من أحدهما ـ من الآخر ١ الأرض ـ العمل والبذر والعوامل ٢ العمل ـ الأرض والبذر والعوامل ٣ البذر ـ الأرض والعمل والعوامل ۴ العوامل ـ الأرض والعمل والبذر وأما صور ما إذا كان من كل منهما اثنان فهي ثلاثة:

من أحدهما ـ من الآخر ١ الأرض والبذر ـ العمل والعوامل ٢ الأرض والعوامل ـ العمل والبذر ٣ الأرض والعمل ـ البذر والعوامل فمجموع الصور سبعة.

هذا إذا فرضنا الأمور الأربعة كملا ومن غير تكسير: وأما في فرض التبعيض فترتفع الصور إلى ما لا نهاية لها مثلا: ـ من أحدهما ـ من الآخر ١ العمل كله ـ الأرض والبذر والعوامل ٢ نصف العمل ـ الباقي والأرض والبذر والعوامل ٣ ثلث العمل الباقي ـ والأرض والبذر والعوامل ۴ ربع العمل الباقي ـ والأرض والبذر والعوامل ۵ خمس العمل ـ الباقي والأرض البذر والعوامل ۶ سدس العمل ـ الباقي والأرض والبذر والعوامل

(وكل واحدة من الصور الممكنة جائزة) متى كان من أحدهما بعضها ولو جزء من الأربعة، ومن الآخر ـ الباقي، مع ضبط ما على كل واحد [١]، (ولو اختلفا في المدة حلف منكر الزيادة)، لأصالة عدمها، فإن بقي الزرع بعد ما ثبت منها [٢] فكما سبق [٣]، (و) لو اختلفا (في الحصة) حلف (صاحب البذر)، لأن النماء تابع له، فيقدم قول مالكه في حصة الآخر [٤]، لأصالة عدم خروج ما زاد

من أحدهما ـ من الأخر ٣٢١ تسع البذر وجميع العوامل ـ الباقي والعمل والأرض ٣٢٢ تسع البذر ونصف العوامل ـ الباقي والعمل والأرض ٣٢٣ تسع البذر وثلث العوامل ـ الباقي والعمل والأرض ٣٢٤ تسع البذر وربع العوامل ـ الباقي والعمل والأرض ٣٢٥ تسع البذر وخمس العوامل ـ الباقي والعمل والأرض ٣٢٦ تسع البذر وسدس العوامل ـ الباقي والعمل والأرض ٣٢٧ تسع البذر وسبع العوامل ـ الباقي والعمل والأرض ٣٢٨ تسع البذر وثمن العوامل ـ الباقي والعمل والأرض ٣٢٩ تسع البذر وتسع العوامل ـ الباقي والعمل والأرض ٣٣٠ تسع البذر وعشر العوامل ـ الباقي والعمل والأرض .. إلى أمثال هذه الفروض التي لا يجمعها حصر [١] من الأركان الأربعة.

[٢] أي من المدة كما لو ثبت عند الحاكم بقاء الزرع ستة أشهر ثم زاد عليها.

[٣] (من أن المدة إذا انقضت والزرع باق فعلى العامل الأجرة لما بقي من المدة، وللمالك قلعه) إلى آخر ما ذكره الشارح.

[٤] أعم من كونه صاحب الأرض، أو العامل.

عن ملكه، وعدم استحقاق الآخر له [١]، واتفاقهما [٢] على عقد تضمن [٣] حصة إنما نقل عنه في أصل الحصة، لا في الحصة المعينة فيبقى حكم إنكار الزائد بحاله لم يخرج عن الأصل.

(ولو أقاما بينة قدمت بينة الآخر [٤]) في المسألتين [٥] وهو العامل في الأولى، لأن مالك الأرض يدعي تقليل المدة فيكون القول قوله، والبينة بينة غريمه [٦] العامل، ومن ليس له بذر في الثانية [٧] من العامل، ومالك الأرض، لأنه الخارج بالنظر إلى الباذر حيث قدم قوله مع عدم البينة.

---

[١] أي لما زاد.

[٢] دفع وهم، حاصل الوهم: أنه أليس المالك والعامل قد اتفقا على ثبوت حصة للعامل؟ وهذه الحصة المتفق عليها قد نقلت عن (أصل عدم خروج ما زاد عن ملك المالك وعدم استحقاق الآخر لتلك الزيادة).

فلماذا يقدم قول صاحب البذر ولا يقدم قول الآخر؟.

فأجاب الشارح رحمه الله بما حاصله: أن الاتفاق إنما وقع على أصل الحصة وهذا مما لا شك فيه.

وإنما الكلام في قدرها. والمشكوك هو المقدار الزائد على ما يعترف به المالك والأصل عدمه.

وجملة " إنما نقل عنه " مرفوع محلا خبر للمبتدأ في قول الشارح: (واتفاقهما).

[٣] مجرور محلا نعت للعقد أي اتفاقهما على عقد تضمن حصة.

[٤] أي مدعي الزيادة.

[٥] وهما: مسألة اختلاف المالك والعامل في المدة. واختلافهما في الحصة.

[٦] أي غريم صاحب الأرض. و (العامل) عطف بيان للغريم.

[٧] أي في المسألة الثانية وهي مسألة الاختلاف في الحصة.

(وقيل: يقرع)، لأنها لكل أمر مشكل.

ويشكل بأنه لا إشكال هنا فإن من كان القول قوله فالبينة بينة صاحبه فالقول بتقديم بينة المدعي فيهما أقوى، (وللمزارع أن يزارع غيره أو يشارك غيره)، لأنه يملك منفعة الأرض بالعقد اللازم فيجوز له نقلها، ومشاركة غيره عليها، لأن الناس مسلطون على أموالهم. نعم لا يجوز له تسليم الأرض إلا بإذن مالكها.

وربما اشترط كون البذر منه [١] ليكون تمليك الحصة [٢] منوطا به وبه [٣] يفرق بينه [٤] وبين عامل المساقاة حيث لم يجز له أن يساقي غيره. وهو [٥] يتم في مزارعة غيره، لا في مشاركته. ويمكن الفرق بينهما [٦] بأن عمل الأصول في المساقاة مقصود بالذات كالثمرة فلا يتسلط عليه من لا يسلطه المالك، بخلاف الأرض في المزارعة، فإن الغرض فيها ليس إلا الحصة فلمالكها أن ينقلها إلى من شاء.

(إلا أن يشترط عليه المالك الزرع بنفسه) فلا يجوز له إدخال

---

[١] أي من المزارع الذي يريد أن يزارع غيره.

[٢] أي الحصة التي يشترط لنفسه من الغلة. فإنه لولا ذلك لم يكن وجه لتملكه شيئا من الغلة.

[٣] أي وبكون البذر من المزارع.

[٤] أي بين المزارع.

[٥] أي اشتراط كون البذر من المزارع ـ إذا أراد أن يزارع غيره ـ يتم في المزارعة.

أما في مشاركة المزارع للغير فلا يأتي هذا الوجه، وهو كون البذر من المزارع [٦] أي بين المساقاة والمزارعة.

غيره مطلقا [١]، عملا بمقتضى الشرط.

(والخراج [٢] على المالك)، لأنه موضوع على الأرض ابتداء، لا على الزرع، (إلا مع الشرط) فيتبع شرطه في جميعه، وبعضه، مع العلم بقدره، أو شرط قدر معين منه [٣]، ولو شرط الخراج على العامل فزاد السلطان فيه زيادة فهي على صاحب الأرض، لأن الشرط لم يتناولها.

(وإذا بطلت المزارعة فالحاصل لصاحب البذر وعليه [٤] الأجرة) للباقي، فإن كان البذر من صاحب الأرض فعليه [٥] أجرة مثل العامل والعوامل [٦]، ولو كان [٧] من الزراع فعليه [٨] لصاحب الأرض أجرة مثلها، ولما شرط عليه من الآخرين [٩]، ولو كان البذر منهما

---

[١] سواء كان الإدخال بنحو المزارعة، أم المشاركة.

[٢] وهي ضريبة الأرض.

[٣] أي من الخراج كربعه، أو نصفه، أو خمسه مثلا.

[٤] أي على صاحب البذر.

[٥] أي على صاحب الأرض.

[٦] أي يعطي صاحب الأرض للعامل أجرة عمله، مع أجرة الأدوات كالمحراث، والمسحاة، والبهيمة الحارثة، وغيرها.

[٧] أي البذر.

[٨] أي على الزارع.

[٩] بصيغة التثنية أي الركنين الآخرين من الأركان الأربعة في المزارعة وهما: العمل والعوامل.

فالحاصل بينهما، ولكل منهما على الآخر أجرة مثل ما يخصه من الأرض، وباقي الأعمال [١]. (ويجوز لصاحب الأرض الحرص [٢] على الزارع) بأن يقدر ما يخصه من [٣] الحصة تخمينا ويقبله [٤] به [٥] بحب [٦] ولو منه [٧] بما خرصه [٨] به [٩] (مع الرضا). وهذه معاملة خاصة

---

[١] أي لصاحب الأرض أجرة أرضه على العامل، ولصاحب العمل على صاحب الأرض، أجرة العمل، وبقية الأركان الأربعة إذا كانت تخصه منها وصاحب الأكثر يستحق الزيادة على الآخر بعد طرح ما يقابل حصته.

[٢] الخرص ـ بفتح الخاء وسكون الراء ـ: التخمين.

[٣] (من) بيان ل (ما) الموصولة.

[٤] من باب التفعيل، منصوب عطفا على مدخول أن الناصبة، فاعله:

(المالك) ومرجع الهاء: (الزارع).

[٥] مرجع الضمير: (ما) الموصولة المراد منها الحصة المختصة للمالك.

[٦] أي بإزاء الحب.

[٧] مرجع الضمير: (الزرع المشترك) بين المالك والزارع.

[٨] مرجع الضمير: (ما) الموصولة والفاعل في (خرص): (المالك).

[٩] مرجع الضمير: (المقدار المخمن).

وحاصل المعنى: أن المالك يجوز له أن يبيع للزارع، أو يصالحه المقدار الذي يخصه من حصته من الزرع تخمينا بمقدار آخر، ويقبله بإزاء الحب الذي يأخذه من الزارع، سواء كان الحب من نفس الزرع المشترك بينهما أم من زرع آخر لكنه يشترط أن لا يكون ذلك المقدار الذي وقع بإزاء حصته أزيد، أو أنقص من الحصة المخمنة كما أفاده الشارح رحمه الله.

مستثناة من المحاقلة [١] إن كانت بيعا، أو صلحا (فيستقر) ما اتفقا عليه (بالسلامة، فلو تلف الزرع) أجمع من قبل الله تعالى (فلا شئ) على الزراع، ولو تلف البعض سقط منه بالنسبة، ولو أتلفه متلف ضامن [٢] لم تتغير المعاملة، وطالب المتقبل [٣] المتلف بالعوض، ولو زاد [٤] فالزائد للمتقبل، ولو نقص بسبب الخرص لم يسقط [٥] بسببه شئ. هذا إذا وقعت المعاملة بالتقبيل، ولو وقعت بلفظ البيع اشترط فيه شرائطه [٦]، مع احتمال كونه كذلك [٧]، ولو وقع بلفظ الصلح فالظاهر أنه كالبيع [٨] وقوفا فيما خالف الأصل على موضع اليقين وقد تقدم الكلام على هذه القبالة في البيع [٩].

---

[١] وهو بيع السنبل بحب منه، أو من غيره من جنسه وقد تقدم شرحها في الجزء الثالث كتاب التجارة ص ٣٦٣.

[٢] القيد لإخراج الحيوان مثلا حيث لا يتوجه نحوه الضمان.

[٣] وهو الزارع.

[٤] أي الزرع بأن كان التخمين أقل مما ينبغي.

[٥] أي من المالك بسبب هذا النقصان. والفائت من حق الزارع.

[٦] من عدم الزيادة والنقصان إذا كانت السلعة من جنس واحد. وغيرهما من شرائطه.

[٧] أي لا يشترط فيه شرائط البيع.

[٨] أي يشترط فيه شرائط البيع.

[٩] في الجزء الثالث كتاب التجارة ص ٣٦٨.

المساقاة

كتاب المساقاة و هي لغة مفاعلة من السقي و اشتق منه دون باقي أعمالها لأنه أنفعها و أظهرها في أصل الشرعية و هو نخل الحجاز الذي يسقى من الآبار مع كثرة مئونته ـ و شرعا معاملة على الأصول بحصة من ثمرها فخرجت بالأصول المزارعة و بالحصة الإجارة المتعلقة بها فإنها لا تقع بالحصة ـ و المراد بالثمرة معناها المتعارف لتردده في المعاملة على ما يقصد

ورقه ووردہ، ولو لوحظ إدخاله [١] أريد بالثمرة نماء الشجر، ليدخل فيه الورق المقصود والورد، ولم يقيد الأصول بكونها ثابتة كما فعل غيره لأن ذلك شرط لها [٢]، وذكره [٣] في التعريف غير لازم، أو معيب ومن قيد به [٤] جعله وصفا للشجر مخصصا لموضع البحث، لا شرطا [٥] (وهي لازمة من الطرفين) لا تنفسخ اختيارا، إلا بالتقايل. (وإيجابها ساقيتك، أو عاملتك، أو سلمت إليك، أو ما أشبهه) من الألفاظ الدالة على إنشاء هذا العقد صريحا، كقبلتك عمل كذا، أو عقدت معك عقد المساقاة ونحوه من الألفاظ الواقعة بلفظ الماضي، وزاد في التذكرة تعهد نخلي أو اعمل فيه. وإخراج هذا العقد عن نظائره من العقود اللازمة بوقوعه بصيغة الأمر [٦] من غير نص مخصص مشكل. وقد نوقش في أمر المزارعة [٧] مع النص عليه، فكيف هذا [٨].

(والقبول الرضا به) وظاهره الاكتفاء بالقبول الفعلي، كما مر في المزارعة إذ الرضا يحصل بدون القول.

والأجود الاقتصار على اللفظ الدال عليه، لأن الرضا أمر باطني

---

[١] أي إدخال ما يقصد ورقه، أو ورده.

[٢] أي للمساقاة.

[٣] أي شرط الثبوت.

[٤] أي بالثبات بأن قال: (على أصول ثابتة).

[٥] أي لا لكون الثبات شرطا في صحة المعاملة.

[٦] كما أفاده في التذكرة بقوله: " تعهد نخلي "، أو " اعمل فيه ".

[٧] حيث ورد وقوعها بلفظ الأمر في النص.

[٨] أي أمر المساقاة.

لا يعلم إلا بالقول الكاشف عنه. وهو السر في اعتبار الألفاظ الصريحة الدالة على الرضا بالعقود، مع أن المعتبر هو الرضا، لكنه أمر باطني لا يعلم إلا به ويمكن أن يريد هنا ذلك.

(وتصح) المساقاة (إذا بقي للعامل عمل تزيد به الثمرة)، سواء (ظهرت) قبل العقد (أو لا).

والمراد بما فيه مستزاد الثمرة نحو الحرث والسقي، ورفع أغصان الكرم على الخشب، وتأبير ثمرة النخل. واحترز به عن نحو الجذاذ، والحفظ، والنقل، وقطع الحطب الذي يعمل به الدبس من الأعمال التي لا يستزاد بها الثمرة، فإن المساقاة لا تصح بها إجماعا. نعم تصح الإجارة حينئذ [١] على بقية الأعمال بجزء [٢] من الثمرة، والجعالة [٣]، والصلح [٤] (ولا بد) في صحة المساقاة (من كون الشجر) المساقى عليه (نابتا) بالنون، أو بالثاء المثلثة [٥]، ويخرج على الأول [٦] المساقاة على الودي [٧] غير المغروس، أو المغروس الذي لم يعلق [٨] بالأرض،

---

[١] أي حين لم يبق من العمل ما يستزاد به الثمرة.

[٢] أي بجزء معلوم من الكيل، أو الوزن.

[٣] أي وتصح الجعالة في بقية الأعمال التي لا تستزاد بها الثمرة.

[٤] أي ويصح الصلح في بقية الأعمال التي لا تستزاد بها الثمرة.

[٥] أي ثابتا.

[٦] وهو (نابتا).

[٧] وهو (صغار النخل قبل الغرس).

[٨] من علق يعلق بمعنى عدم ثبات جذور الشجر وأصوله في الأرض.

والمغارسة [١]، وبالثاني [٢] ذلك، وما لا يبقى غالبا كالخضراوات.

ويمكن خروجها [٣] بالشجر فيتحد المعنيان [٤]، (ينتفع بثمرته مع بقاء عينه) بقاء يزيد عن سنة غالبا. واحترز به عن نحو البطيخ والباذنجان والقطن وقصب السكر فإنها ليست كذلك [٥]، وإن تعددت اللقطات مع بقاء عينه ذلك الوقت، وبقي القطن أزيد من سنة، لأنه خلاف الغالب.

(وفيما له ورق) لا يقصد من عمله بالذات إلا ورقه (كالحناء نظر [٦]) من [٧] أنه في معنى الثمرة فيكون مقصود المساقاة حاصلا به ومن [٨] أن هذه المعاملة على خلاف الأصل، لاشتمالها على جهالة العوض فيقتصر بها على موضع الوفاق، ومثله [٩] ما يقصد ورده، وأما التوت

---

[١] بالرفع عطفا على فاعل " ويخرج " الذي هي المساقاة أي ويخرج على الأول وهو (نابتا) المغارسة وهي الإجارة على غرس الأشجار.

[٢] وهو (ثابتا) بالثاء المثلثة (الودي) الذي هو صغار النخل ولم يغرس بعد، وخرج أيضا (ما لا يبقى غالبا كالخضروات).

[٣] أي الخضروات.

[٤] وهما: (نابتا. وثابتا).

[٥] أي لا تبقى إلى سنة.

[٦] هذا هو التردد الذي أشار إليه الشارح رحمه الله وأشرنا إليه في الهامش رقم ٥ ـ ٦ ص ٣١١.

[٧] دليل لجواز وقوع المساقاة على هذه الأشجار.

[٨] دليل لعدم جواز وقوع المساقاة.

[٩] أي ومثل ما يقصد ورقه: ما يقصد ورده.

فمنه ما يقصد ورقه وحكمه كالحناء [١]، ومنه ما يقصد ثمره، ولا شبهة في إلحاقه بغيره من شجر الثمر، والقول بالجواز في الجميع [٢] متجه (ويشترط تعيين المدة) بما لا يحتمل الزيادة والنقصان، ولا حد لها في جانب الزيادة، وفي جانب النقصان أن يغلب فيها حصول الثمرة، (ويلزم العامل مع الإطلاق) أي إطلاق المساقاة بأن قال: ساقيتك على البستان الفلاني سنة بنصف حاصله فقبل (كل عمل يتكرر كل سنة) مما فيه صلاح الثمرة، أو زيادتها كالحرث، والحفر حيث يحتاج إليه، وما يتوقف عليه من الآلات، والعوامل، وتهذيب الجريد بقطع ما يحتاج إلى قطعه منه، ومثله أغصان الشجر المضر بقاؤها بالثمرة، أو الأصل، (ومنه زيادة الكرم)، والسقي، ومقدماته المتكررة كالدلو، والرشا [٣] وإصلاح طريق الماء، واستقائه [٤]، وإدارة الدولاب [٥]، وفتح رأس الساقية، وسدها عند الفراغ، وتعديل الثمرة بإزالة ما يضرها من الأغصان

---

[١] في أنه محل التردد.

[٢] حتى ما لا يقصد ثمره.

[٣] بالكسر، جمعه أرشية: الحبل.

[٤] في أعلب النسخ الخطية والمطبوعة: (واستنقائه) والصحيح ما أثبتناه، لشمول قول الشارح: (وإصلاح طريق الماء): استنقاء الطريق أيضا.

والمراد من استنقاء الطريق كون الطريق بعد إصلاحه قابلا لسقي الشجر أي لوصول الماء إليه.

وأما إذا أرجعنا الضمير إلى الماء فيكون المراد منه: أن العامل يتولى سحب الماء من البئر، أو نحوها.

[٥] أي دولاب الناعور. وفي زماننا هذا يلتزم العامل بنصب المضخات وما يلزمها من العمال، والوقود.

والورق ليصل إليها الهواء، وما يحتاج إليه من الشمس، وليتيسر قطعها عند الإدراك [١]، ووضع الحشيش ونحوه فوق العناقيد صونا لها عن الشمس المضرة بها، ورفعها عن الأرض حيث تضرها، ولقاطها [٢] بمجرى العادة بحسب نوعها، فما يؤخذ للزبيب يقطع في الوقت الصالح له وما يعمل دبسا فكذلك، وهكذا، وإصلاح موضع التشميس، ونقل الثمرة إليه، وتقليبها، ووضعها على الوجه المعتبر، وغير ذلك من الأعمال (ولو شرط بعضه [٣] على المالك صح) بعد أن يكون مضبوطا (لا جميعه)، لأن الحصة لا يستحقها العامل إلا بالعمل فلا بد أن يبقى عليه منه شئ فيه مستزاد الثمرة وإن قل، (وتعيين الحصة بالجزء المشاع) كالنصف، والثلث، (لا المعين) كمائة رطل، والباقي للآخر، أو بينهما.

(ويجوز اختلاف الحصة في الأنواع) كالنصف من العنب، والثلث من الرطب، أو النوع الفلاني (إذا علماها) أي الأنواع [٤] حذرا من وقوع أقل الجزءين لأكثر الجنسين [٥] مع الجهل بهما فيحصل الغرر.

---

[١] أي عند نضجها.

[٢] بكسر اللام بمعنى جمع العناقيد والتقاطها. ومرجع الضمير (العناقيد) والمراد أن كل شئ يلتقط من الأشجار والنخيل يجب أن يكون في وقته.

[٣] أي بعض العمل.

[٤] المراد من العلم بأنواعها (هو العلم بأنواع الشجر) وأن أيها أكثر عددا وأيها أقل.

[٥] وهما: العنب والتمر مثلا.

والمقصود أن احتواء البستان على التمر قد يكون أكثر من احتوائه على العنب أو بالعكس.

(ويكره أن يشترط رب المال على العامل) مع الحصة (ذهبا، أو فضة [١])، ولا يكره غيرهما، للأصل. (فلو شرط) أحدهما [٢] (وجب) ما شرطه (بشرط سلامة الثمرة) فلو تلفت أجمع، أو لم تخرج لم يلزم [٣]، لأنه حينئذ أكل مال بالباطل، فإن العامل لم يحصل له عوض ما عمل، فكيف يخسر مع عمله الفائت شيئا آخر، ولو تلف البعض فالأقوى عدم سقوط شئ عملا بالشرط، كما لا يسقط من العمل شئ بتلف بعض الثمرة.

(وكلما فسد العقد فالثمرة للمالك)، لأنها تابعة لأصلها، (وعليه أجرة مثل العامل)، لأنه لم يتبرع بعمله، ولم يحصل له العوض المشروط فيرجع إلى الأجرة.

هذا إذا لم يكن [٤] عالما بالفساد، ولم يكن الفساد بشرط عدم

والمراد من أقل الجزئين أقل الحصتين بأن كان للعامل من حصته ربع من الأكثر، ونصف من الأقل.

ويحتمل أن يكون المراد من (العلم بأنواعها) العلم بكمية الحاصل من النوعين فالحاصل: أنه في صورة جهل العامل والمالك، أو جهل أحدهما يقعان في محذور اختلاف الحصص بحيث يكون الأقل للأكثر، والأكثر للأقل. كما إذا اشتمل البستان على أنواع من الشجر والنخيل، فيجوز حينئذ أن يفرد كل نوع بحصة مخالفة من النوع الآخر كما إذا جعل النصف في ثمرة النخل، والثلث في الكرم والربع في الرمان مثلا لكن بشرط علمهما بمقدار كل نوع من الأنواع كما علمت.

[١] أي مقدارا من الدينار والدرهم.

[٢] أي لو شرط رب المال الذهب أو الفضة.

[٣] أي شرط رب المال الذهب أو الفضة.

[٤] أي العامل.

الحصة للعامل، وإلا فلا شئ له، لدخوله [١] على ذلك.

(ولو شرط عقد مساقاة في عقد مساقاة فالأقرب الصحة)، لوجود المقتضي [٢]، وانتفاء المانع، أما الأول فهو اشتراط عقد سائغ في عقد سائغ لازم فيدخل في عموم " المؤمنون عند شروطهم " وأما الثاني [٣] فلأن [٤] المانع لا يتخيل إلا كونه [٥] لم يرض أن يعطيه [٦] من هذه الحصة إلا بأن يرضى [٧] منه من الآخر [٨] بالحصة الأخرى. ومثل [٩]

---

[١] أي لإقدامه.

[٢] وهو أن الشرط شرط سائغ كبقية الشروط في بقية العقود.

[٣] وهو عدم المانع.

[٤] هذا هو المانع الذي يتخيل كونه مانعا.

بيان ذلك: أن المالك لا يرضى إعطاء حصته إلى العامل إلا بعد رضى العامل وقبوله من المالك حصة أخرى في عقد مساقاة أخرى.

نظير البيع في قول البايع: بعتك داري بألف دينار بشرط أن تبيعني دارك بخمسمائة دينار فقبل المشتري ذلك.

فكما أن هذا الاشتراط في البيع مفسد له، كذلك الاشتراط في عقد المساقاة مبطل لهذا العقد.

[٥] مرجع الضمير في كونه (المالك). كما وأنه الفاعل في لم يرض.

[٦] مرجع الضمير (العامل). والفاعل في أن يعطيه (المالك).

[٧] الفاعل في بأن يرضى (العامل) ومرجع الضمير في منه (المالك) والمعنى كما ذكر في الهامش رقم ٤.

[٨] أي من العقد الآخر كما عرفت في الهامش رقم ٤.

[٩] هذا رد من (الشارح) رحمه الله على المانع الذي تخيل كونه مانعا كما عرفته في الهامش رقم ٤.

هذا لا يصلح للمنع كغيره من الشروط السائغة الواقعة في العقود والقول بالمنع للشيخ رحمه الله استنادا إلى وجه ضعيف يظهر ضعفه مما ذكر [١] في وجه الصحة.

(ولو تنازعا في خيانة العامل حلف العامل)، لأنه أمين فيقبل قوله بيمينه في عدمها، ولأصالة عدمها.

(وليس للعامل أن يساقي غيره)، لأن في المساقاة تسليطا على أصول الغير وعملها، والناس يختلفون في ذلك [٢] اختلافا كثيرا، فليس لمن رضي المالك بعمله وأمانته أن يولي من لم يرضه المالك له، بخلاف المزارعة، فإن عمل الأرض غير مقصود، وحصة المالك محفوظة على التقديرين [٣].

وحاصل الرد: أن مثل هذا لا يصلح أن يكون مانعا بعد أن كان من الشروط السائغة كبقية الشروط التي تشترط في ضمن العقد. فالمقتضي الذي هو كون الشرط شرطا سائغا وأنه مما يجب الوفاء به موجود.

والمانع الذي تخيل كونه مانعا مفقود، لأن رضا العامل وقبوله حصة أخرى من المالك في عقد مساقاة أخرى شرط سائغ يصح اشتراطه في متن العقد كبقية الشروط السائغة.

[١] المراد مما ذكر هو قول (الشارح) رحمه الله: (فلأن المانع لا يتخيل إلا كونه لم يرض أن يعطيه من هذه الحصة الخ).

ووجه الضعف ما عرفته من أن مثل هذا الشرط لم يكن مانعا، بل هو شرط سائغ كبقية الشروط السائغة في متن العقد. فمع وجود المقتضي، وفقد المانع كما عرفت لا مانع من اشتراط مثل هذا الشرط في متن العقد.

[٢] أي في العامل.

[٣] سواء باشر العمل بنفسه، أم زارع غيره.

وأما الفرق [١] بأن النماء تابع للأصل وهو [٢] من مالك الأصول في المساقاة، ومن الزارع [٣] في المزارعة فلمالك الأصل [٤] تسليط من شاء دون غيره [٥] فإنما [٦] يتم مع كون البذر من العامل. والمسألة [٧] مفروضة في كلامهم أعم منه [٨]، ومع ذلك [٩] فإن العقد اللازم يوجب الحصة المخصوصة لكل منهما، فله نقلها إلى من شاء، وإن لم يكن البذر وكونها غير موجودة حين المزارعة الثانية غير مانع، لأن المعاملة ليست على نفس الحصة، بل على الأرض، والعمل، والعوامل، والبذر

---

[١] بين المزارعة والمساقاة في جواز مزارعة الغير في المزارعة، وعدم جواز مساقاة الغير في المساقاة.

[٢] أي الأصل في المساقاة من مالك الأصول.

[٣] أي الأصل في المزارعة من الزارع.

[٤] أي الأصل في المزارعة.

وحاصل الفرق أن الأصل في المساقاة للمالك، وفي المزارعة للعامل، فلهذا جاز في المزارعة أن يزارع العامل غيره، بخلاف المساقاة، فإن العامل ليس له أن يساقي غيره.

[٥] أي دون غير مالك الأصل وهو العامل في المساقاة.

[٦] هذا رد على ما أفاده القائل في الفرق بين المزارعة والمساقاة.

[٧] أي مسألة جواز مزارعة الغير.

[٨] مرجع الضمير (كون البذر من العامل).

فحاصل ما أفاده الشهيد رحمه الله: أن كون الأصول في المزارعة للعامل لا يتم إلا إذا كان البذر من العامل فجواز المزارعة للغير متوقف على كون البذر من العامل، والحال أن مسألة جواز الغير أعم من ذلك حتى لو كان البذر من المالك.

[٩] أي ومع أن فرض المسألة أعم من ذلك.

بالحصة، فمن استحق بالعقد اللازم شيئا تسلط على نقله مع انتفاء المانع.

(والخراج على المالك)، لأنه موضوع على الأرض والشجر فيكون على مالكهما، (إلا مع الشرط) بأن يكون على العامل، أو بعضه فيصح مع ضبط المشروط [١]، (وتملك الفائدة بظهور الثمرة) عملا بالشرط، فإن العقد اقتضى أن يكون بينهما فمتى تحققت ملكت كذلك [٢].

(وتجب الزكاة على من بلغ نصيبه النصاب) من المالك والعامل، لوجود شرط الوجوب وهو تعلق الوجوب بها على ملكه (ولو كانت المساقاة بعد تعلق الزكاة وجوزناها [٣] بأن بقي من العمل ما فيه مستزاد الثمرة حيث جوزناها [٤] مع ذلك (فالزكاة على المالك)، لتعلق الوجوب بها على ملكه.

(وأثبت السيد) أبو المكارم حمزة [٥] (بن زهرة الزكاة على المالك

---

[١] وهو مقدار الخراج المشروط على العامل. ويعبر عنه في زماننا هذا ب (الضرائب).

[٢] أي بينهما.

[٣] بعد تعلق الزكاة.

[٤] أي المساقاة. ومرجع اسم الإشارة (العمل الذي تستزاد به الثمرة).

[٥] هو السيد الجليل العالم الفاضل الفقيه من أكبر فقهاء الإمامية وبيته بيت شرف في حلب له مصنفات كثيرة في الإمامة والفقه والنحو وغير ذلك.

منها غنية النزوع إلى علمي الأصول والفروع، وقبس الأنوار في نصر العترة الأطهار.

توفي سنة ٥٨٥ في عمر يناهز ٧٤. وقبره بحلب بسفح جبل جوشن عند مشهد السقط.

وفي كتاب (غاية الاختصار) أن له تربة معروفة مكتوب عليها اسمه ونسبه

في المزارعة والمساقاة، دون العامل) مطلقا [١]، محتجا بأن حصته [٢] كالأجرة. وهو ضعيف، لأن الأجرة إذا كانت ثمرة، أو زرعا قبل تعلق الوجوب وجبت الزكاة على الأجير، كما لو ملكها كذلك بأي وجه كان، وإن أراد كالأجرة بعد ذلك [٣] فليس محل النزاع، إلا أن يذهب إلى أن الحصة لا يملكها العامل بالظهور، بل بعد بدو الصلاح، وتعلق الزكاة لكنه [٤] خلاف الإجماع، ومعه [٥] لا يتم التعليل بالأجرة [٦] بل [٧] يتأخر ملكه عن الوجوب.

(والمغارسة باطلة) وهي أن يدفع أرضا إلى غيره ليغرسها

إلى (الإمام الصادق) عليه الصلاة والسلام، وتاريخ موته.

يروي عند (شاذان بن جبرئيل) والشيخ (محمد بن إدريس) والشيخ (معين الدين المصري) وابن أخيه السيد النحرير العالم المعظم محي الملة والدين أبو حامد نجم الإسلام محمد بن أبي القاسم عبد الله بن علي بن زهرة صاحب كتاب (الأربعين) في حقوق الإخوان.

[١] سواء تعلق الوجوب قبل الثمر أم بعد الثمر.

[٢] أي العامل.

[٣] أي بعد تعلق الوجوب.

[٤] أي عدم تملك العامل لحصته بالظهور.

[٥] أي ومع الذهاب إلى هذا القول.

[٦] بقوله: إن حصته كالأجرة، لأن العامل لا يملك حصته إلا بعد بدو الصلاح. فالتعليل بتأخر تملكه أولى.

[٧] أي ينبغي التعليل بتأخر تملك العامل للحصة عن بدو الصلاح، (وهو عند وجوب الزكاة).

على أن الغرس بينهما، (ولصاحب الأرض قلعه، وله الأجرة [١]) عن الأرض، (لطول بقائه) فيها، (ولو نقص [٢] بالقلع ضمن أرشه) وهو تفاوت ما بين قيمته مقلوعا، وباقيا في الأرض بالأجرة، ولو كان الغرس من مالك الأرض، وقد شرط على العامل غرسه وعمله بالحصة فهو لمالكه، وعليه أجرة الغارس، وما عمل فيه من الأعمال.

(و) على تقدير كونه من العامل (لو طلب كل منهما ما لصاحبه) فطلب الغارس الأرض بالأجرة على أن يبقى الغرس فيها، أو أن تكون [٣] ملكه (بعوض)، أو طلب صاحب الأرض الغرس بقيمته (لم يجب على الآخر إجابته)، لأن كلا منهما مسلط على ماله.

وحيث يقلعه الغارس يجب عليه طم [٤] الحفر، وأرش الأرض لو نقصت به، وقلع العروق المتخلفة عن المقلوع في الأرض. ولم يفرق المصنف كالأكثر في إطلاق كلامه بين العالم بالفساد والجاهل، في استحقاق الأرش، وثبوت أجرته لو كان الغرس لمالك الأرض، وليس ببعيد الفرق [٥]، لتبرع العالم بالعمل [٦]، ووضعه الغرس بغير حق، وبه [٧]

---

[١] مع إبقاء الأشجار.

[٢] أي الشجر.

[٣] أي الأرض.

[٤] أي دفنها.

[٥] أي الفرق بين العالم بالفساد والجاهل في استحقاق الأرش.

[٦] فلا يستحق شيئا حينئذ.

[٧] أي وبهذا الفرق بين العالم بالفساد فلا يستحق شيئا، وبين الجاهل بالفساد فيستحق الأرش فرق بين المغارسة، وبين استعارة الأرض للغرس،

فارق المستعير للغرس، لأنه [١] موضوع بحق وإذن صحيحة [٢] شرعا، بخلاف هذا الغرس.

(ولو اختلفا في الحصة حلف المالك) لأن النماء تابع للأصل فيرجع إلى مالكه في مقدار ما أخرجه منه عن ملكه، مع أصالة بقاء غيره [٣] وعدم انتقاله [٤]، وملك [٥] الغير له (وفي المدة يحلف المنكر) لأصالة عدم ما يدعيه الآخر من الزيادة.

لبطلان المغارسة بعلمه بالبطلان فلا يستحق شيئا، لأنه أقدم على الغرس المستلزم للقلع.

وهذا بخلاف الاستعارة فإن المستعير استعار الأرض للغرس فوضع الأشجار فيها وضع بحق فيستحق الأرش لو قلعها المالك.

[١] أي الغرس في الأرض المستعارة موضوع بحق فيستحق الأرش.

[٢] الظاهر أن كلمة (صحيحة) صفة للإذن مع أنه مذكر لكن يمكن أن يراد منه (الإجازة) فيصح وقوعها صفة لها.

[٣] أي غير القدر المتيقن بينهما.

[٤] أي الزائد عما يقدمه المالك.

[٥] بالجر عطفا على مدخول (وعدم) أي وعدم ملك الغير لهذا الزائد.

تم بحمد الله تعالى تصحيح الجزء الأول من هذا الكتاب الشريف ليلة السادس من جمادى الأولى سنة ١٣٨٧ في مكتبة (جامعة النجف الدينية) العامرة إن شاء الله تعالى إلى ظهور من تحي البلاد بظهوره عجل الله تعالى لصاحبه الفرج بعد أن استفرغ سنتين إلا ثمانية أيام مع كثرة الاشتغال وتشتت البال.

وما أرى هذا التوفيق إلا من توجهات صاحب هذا القبر المقدس أمير المؤمنين علي بن أبي طالب صلوات الله وسلامه عليه وما أكثرها.

وشرعنا بحوله وقوته جل اسمه الشريف في تصحيح الجزء الثاني من هذا