إيضاح الفوائد

في شرح إشكالات القواعد

لمؤلفه:

الفقيه الأعظم والإمام المعظم فخر المحققين الشيخ
أبي طالب محمد بن الحسن بن يوسف بن المطهر الحلي
قدس سره ٦٨٢ / ٧٧١

ايضاح الفوائد

في شرح اشكالات القواعد

لمؤلفه

الفقيه الاعظم والامام المعظم فخر المحققين الشيخ
ابي طالب محمد بن الحسن بن يوسف بن المطهر الحلي

قدس سره ٦٨٢/٧٧١

وفي اعلى كل صفحة منه ما يخصها من المتن المذكور

الجزء الثاني

نمقه وعلق عليه واشرف على طبعه (السيد حسين الموسوي الكرماني)
و(الشيخ علي پناه الاشتهاردي) و(الشيخ عبدالرحيم البروجردي) عفى عنهم
طبع بامر آية الله العظمى السيد محمود الشاهرودي مدظله

على نفقة المحتاج الى عفو ربه الغفور

الحاج محمد حسين كوشانپور زيدتوفيقه

الطبعة الاولى - ١٣٨٧ هـ ق - حقوق الطبع محفوظة للمصححين

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الدين وتوابعه

وفيه مقاصد الاول في الدين وفيه مطلبان

(الاول) يكره الاستدانة اختياراً وتخف الكراهية لو كان له ما يرجع اليه لقضائه ويزول مع الاضطرار به فيقتصر على كفايته ومؤنة عائلته على الاقتصاد ويجب العزم على القضاء ويكره لصاحب الدين النزول عليه فأن فعل فلا يقيم اكثر من ثلاثة ايام وينبغي له احتساب ما يهديه اليه - ممالم يجر له به عادة من الدين والافضل للمحتاج قبول الصدقة و لا يتعرض للدين ولو التجأ المديون الى الحرم لم يجز مطالبته اما لو استدان فيه فالوجه الجواز ، ويجب على المديون السعي في قضاء الدين

قال دام ظله ولو التجا المديون الى الحرم لم تجز مطالبته اما لو استدان فيه فالوجه الجواز .

اقول: هنا ثلاثة اقوال (١) عدم الجواز مطلقا وهو قول الشيخ في النهاية (ب) عدم جواز المطالبة ان كان اقرضه في غير الحرم ويجوز ان كان اقرضه فيه وهو قول علي بن بابويه (ج) انه ان طالبه خارج الحرم فهرب والتجأ الى الحرم لم يجز له مطالبته وان دخل الحرم لا كذلك فوجده جاز مطالبته و هو قول ابن ادريس (ووجه) اختيار المصنف امامنع مطالبته اذا ادانه خارج الحرم وهرب من المطالبة خائفاً الى الحرم . فلقوله تعالى **ومن دخله كان آمنا (١)** (ومن) للعموم ، ولما رواه سماعة قال سألته عن رجل لي عليه مال فغاب عني زماناً فرأيته يطوف حول الكعبة اتقاضاه قال لا يسلم عليه ولا تروعه حتى يخرج من الحرم (٢) وهذا نفي في معنى النهي والنهي يدل على التحريم كما تقرر في الاصول (واما) جواز مطالبته مع الاستدانة فيه فلوجود السبب فيه ولانه لولاه للزم الحرج والاقوى عندي اختيار المصنف .

---

(١) آل عمران - ٩٥　　(٢) ئل ب ٢٤ خبر ١ من كتاب الدين

وترك الاسراف في النفقة بل يقنع بالقليل و لايجب ان يضيق على نفسه ، ولو طولب وجب دفع مايملكه اجمع عدا دار السكنى وعبد الخدمة وفرس الركوب وقوت يوم وليلة له ولعياله ان كان حالا وعند حلول الاجل مع المطالبة ان كان مؤجلا ،ولا تصح صلاته في اول وقتها ولاشيء من الواجبات الموسعة المنافية في اول اوقاتها قبل القضاء مع المطالبة ، وكذا غير الدين من الحقوق كالزكوة والخمس ؛ ويباع دار الغلة و فاضل دار السكنى ودار السكنى ان كانت رهناً ولو غاب المديين وجب على المديون نية القضاء والعزل عند وفاته و الوصية به ليوصل الى مالكه او وارثه ولو جهله اجتهد في طلبه فأن آيس منه (قيل) يتصدق به عنه . والمعسر لايحل مطالبته ولا حبسه ويجوز له الانكار والحلف ان خشى الحبس مع الاعتراف ويورّى (١) و ينوى القضاء مع المكنة ، ولو استدانت الزوجة النفقة الواجبة وجب على الزوج دفع عوضه ولاتصح المضاربة بالدين قبل قبضه لان تعينه بقبضه فأن فعل فالربح بأجمعه للمديون ان كان هو العامل والا فللمالك وعليه الاجرة و يصح بيع الدين على من هو عليه وعلى غيره فيجب على المديون دفع الجميع الى المشترى وان كان الثمن اقل على رأى ، ولو باع الذمي على مثله خمراً اوخنزيراً جاز اخذ الثمن في الجزية

قال دام ظله : ولو جهله اجتهد في طلبه فان آيس منه قيل يتصدق به عنه .

اقول: هذا قول الشيخ في النهاية وتبعه ابن البراج وقال ابن ادريس يدفعه الى الحاكم اذا لم يعرف له وارثاً فان قطع بانه لاوارث له كان لامام المسلمين لاستحقاقه ميراث من لاوارث له وهذا هو الصحيح عندى لان مع وجود الوارث يكون له و وليه الحاكم مع غيبته والافهو للامام .

قال دام ظله : ويصح بيع الدين على من هو عليه وعلى غيره فيجب على المديون دفع الجميع الى المشترى وان كان الثمن اقل على رأى .

اقول: هنا حكمان (ا) جواز بيع الدين باقل منه قاله الشيخ وابن البراج ورد عليه ابن ادريس (واحتج) بانه اذا كان ذمياً فباعه بجنسه لم يجز التفاضل وان باعه بفضة وجب التقابض وهو في غاية الرداءة فان الشيخ لم يحصر الدين في النقدين ولا ثمنه

---

(١) وري الشيء ـ اراده واظهر غيره

والدين ، ولو كان البايع مسلماً لم يحل ، ولايصح قسمة الدين فلواقتسما مافي الذمم كان الحاصل لهما والتالف منهما نعم لواحال كل منهما صاحبه بحصته وقبل المديان صح ، ولايصح بيع الدين بدين آخر ولا بيعه نسيئة ، ولو كان الثمن والمثمن من الربويات اشترط في بيعه بجنسه التساوي قدراً والحلول وارزاق السلطان لايصح بيعها الا بعد قبضها وكذا السهم من الزكوة والخمس :

المطلب الثاني في القرض

وفيه فضل كثير وهو افضل من الصدقة بمثله في الثواب ولابد فيه من (ايجاب) صادر عن اهله كقوله اقرضتك اوتصرف فيه اوانتفع به اوملكتك وعليك ردّ عوضه و شبهه (وقبول) وهو مايدل على الرضا قولا اوفعلا وشرطه عدم الزيادة في القدر او الصفة فلوشرطها فسد ولم يفد جواز التصرف وان لم يكن ربوياً ولو تبرع المقترض بالزيادة جاز ولوشرط ردالمكسّرة عوض الصحيحة اوالانقص اوتأخير القضا لغى الشرط وصح القرض لاندعليه لالـه ـ ولوشرط رهناً او كفيلا به جاز لانه احكام(١) ماله امّا لوشرط رهناً بدين آخر فالاقرب الجواز ، وكذا يجوز لواقرضه بشرط ان يقترض منه اويقرضه

فيهما و انما اطلق هيهنا اعتمادا على ماقرر، في موضع آخر من منع التفاضل في الربويات ووجوب التقابض في الصرف (ب) الزام المديون بجميع الدين وان كان الثمن اقل منه وهذا قول ابن ادريس على تقدير صحة البيع ولزومه و اختيار اكثر الاصحاب وقال الشيخ لايلزم المديون اكثر مما وزن المشترى ، لما رواه محمد بن فضيل قال قلت للرضا عليه السلام رجل اشترى ديناً على رجل ثم ذهب الى صاحب الدين فقال له ادفع مال فلان عليك فقد اشتريته منه فقال تدفع اليه قيمة ما دفع الى صاحب الدين وبرىء الذى عليه المال من جميع مابقى عليه (٢) وصحة السند ممنوعة (٣)

قال دام ظله : امالوشرط رهنا بدين آخر فالاقرب الجواز

اقول: وجه القرب انه شرط لاينافي القرض وهو سائغ (ويحتمل) عدمه لانه قرض جرّ نفعا ولانه كزيادة الصفة والحق عندى اختيار المصنف هنا .

---

(١) بكسر الهمزة (٢) ثل ب ١٣ خبر ٢ من كتاب الدين (٣) فان محمد بن فضيل غير موثق

آخر او يبيعه بثمن المثل او بدونه او يسلفه او يستسلف منه ، ولو قال اقرضتك بشرط ان اقرصك غيره صح ولم يجب الوعد بخلاف البيع ويصح قرض كل ما يضبط وصفه وقدره فان كان مثلياً يثبت في الذمة مثله كالذهب والفضة وزناً والحنطة والشعير كيلا ووزناً والخبز وزناً وعدداً للعرف ، وغير المثلي تثبت قيمته وقت القرض لا يوم المطالبة، ولو تعذر المثل في المثلي وجبت القيمة يوم المطالبة ، و يجوز اقتراض الجواري و اللآلي لما قلناه من ضمان القيمة ، ويملك المقترض القرض بالقبض فليس للمقرض ارتجاعه بل للمقترض دفع المثل مع وجود الاصل فلو اقترض من ينعتق عليه انعتق بالقبض، ولو شرط الاجل في القرض لم يلزم لكن يصح ان يجعل اجله شرطاً في عقد لازم فيلزم. وكذا لا يلزم لو اجّل الحال بزيادة فيه ولا يثبت الزيادة وله تعجيل المؤجل باسقاط بعضه مع التراضي .

فروع

(ا) لو قال ملّكتك وعليك رد عوضه فهو قرض ولو قال ملّكتك واطلق ولم يوجد قرينة دالة على القرض كسبق الوعد به فهو هبة فان اختلفا (احتمل) تقديم قول الواهب لانه ابصر بنيّته (وتقديم) قول المتهب قضية للظاهر من ان التمليك من غير عوض هبة (ب) لو رد المقترض العين في المثلي وجب القبول وان رخصت وكذا غير المثلي على اشكال (منشأه) ايجاب قرضه القيمة (ج) للمقرض مطالبة المقترض حالاً بالجميع و ان اقرضه تفاريق و لو اقرضه جملة فدفع اليه تفاريق وجب القبول (د) لو اقترض جارية كان له وطؤها وردها اذا لم تنقص على المالك مجاناً ولو حملت صارت ام ولد يجب دفع قيمتها فان دفعها جاهلا بحملها ثم ظهرا سترد هـا وفي الرجوع بمنافعهـا

قال دام ظله : لو رد المقترض العين في المثلي وجب القبول وان رخصت وكذا غير المثلي على اشكال منشأه ايجاب قرضه القيمة.

اقول: وجه احتمال وجوب القبول انه اذا وجد له مساو ودفعه وجب القبول و لامساواة اعظم من مساواة الشيء لنفسه والاقوى عدم وجوب القبول بل له الالزام بالقيمة

قال دام ظله : وفي الرجوع بمنافعها اشكال.

اشكال ويدفع قيمتها يوم القبض (القرض ـ خ ل) لا يوم الاسترجاع (ه) لو اقرضه دراهم اودنانير غير معروفة الوزن اوقبّة من طعام غير معلومة الكيل اوقدرها بمكيال معين اوصنجة معينة غير معروفين عند الناس لم يصح لتعذر رد المثل (و) ينصرف اطلاق القرض الى اداء المثل في مكانه فلو شرط القضاء في بلد آخر جاز سواء كان في حمله مؤنة اولا ولو طالبه المقرض من غير شرط في غير البلد اوفيه مع شرط غيره وجب الدفع مع مصلحة المقترض ولو دفع في غير بلد الاطلاق اوالشرط وجب القبول مع مصلحة المقرض (ز) لو اقترض نصف دينار فدفع ديناراً صحيحاً وقال نصفه قضاء ونصفه امانة جاز ولم يجب القبول امالو كان له نصف آخر فدفعه عنهما وجب القبول (ح) لو دفع ما اقترضه ثمناً عن سلعة اشتراها من المقرض فخرج الثمن زيوفاً فان كان المقرض عالماً وكان الشراء بالعين صح البيع وعلى المقترض رد مثل الزيوف وان كان في الذمة طالبه بالثمن سليماً وللمشترى احتساب ما دفعه ثمناً عن القرض ولو لم يكن عالماً وكان الشراء بالعين كان له فسخ البيع (ط) لو قال المقرض اذا مت فانت في حل كان وصية . ولو قال (١) ان مت كان ابراء باطلا لتعلقه على الشرط (ى) لو اقترض ذمي من مثله خمراً ثم اسلم احدهما سقط القرض ولو كان خنزيراً فالقيمة (يا) لو دفع المديون اعواضاً على التفاريق من غير جنس الدين قضاء ثم تغيرت الاسعار كان له سعر يوم الدفع لا وقت المحاسبة وان كان مثلياً ولو كان الدفع قرضا لاقضاء كان له المثل ان كان مثلياً والا فالقيمة وقت الدفع لا وقت المحاسبة في البابين معاً (يب) يجوز بيع الدين بعد حلوله على الغريم وغيره بحاضر او مضمون حال لا بمؤجل (يج) لا يجب دفع المؤجل سواء كان ديناً اوثمناً اوقرضاً او غيرها قبل الاجل فان تبرّء لم يجب اخذه وان انتفى الضرر

اقول: منشأه (من) ان اباحة المنافع بغير عوض هنا معلول للدفع للتملك لانتفاء جميع انواعه الا هذا وقد انتفى وانتفاء العلة يقتضى انتقال المعلول (ومن) اذنه في إستيفاء المنافع بغير عوض ولانه المفرط .

---

(١) الظاهر ان وجه الفرق دلالة لفظة اذا على تنجز الحكم ولفظة ان على تعليقه كما اشار اليه المصنف قده .

باخذه ومع الحلول يجب قبضه فان امتنع دفعه الى الحاكم ويكون من ضمان صاحبه، وكذا البايع سلما يدفع الى الحاكم مع الحلول ويبرء هو من ضمان المشترى ،و كذا كل من عليه حق حال اومؤجل فحل وامتنع صاحبه من اخذه ، ولو تعذر الحاكم وامتنع صاحبه من اخذه فالاقرب انه هلاكه منه لامن المديون (يد) لواسقط المديون اجل الدين الذى عليه لم يسقط وليس لصاحبه المطالبة فى الحال (يه) لواقترض دراهم ثم اسقطها السلطان وجاء بدراهم غيرها لم يكن عليه الا الدراهم الاولى فان تعذرت فقيمتها وقت التعذر (ويحتمل) وقت القرض من غير الجنس لامن الدراهم الثانية حذراً

قال دام ظله : ولو تعذر الحاكم وامتنع صاحبه من اخذه فالاقرب ان هلاكه منه لامن المديون

اقول: وجه القرب انه لولا ذلك للزم الضرر على المديون. وقال عليه السلام ولا ضرار ولا اضرار والصغرى ظاهرة والكبرى (مبينة) (يقينية خ ل) (ولانه) يجب عليه قبول المدفوع سليماً وليس له طلب غيره ولا نعنى بالتعيين الا ذلك فالتعيين مستند الى الدفع ويحتمل عدمه لانه لا يتعين الا بقبض المديون والا لم يشاركه باقى الديان لو حجر عليه للفلس بعد ذلك قبل القبض ولكان النماء له (ولانه) لم يخرج عن ملكه بذلك والا لم يجز ابداله ومنع من التصرف فيه ويستحيل ضمان مال الغير فى يد مالكه بلا جناية ولا يد ولانه لو دخل فى ملك المدفوع اليه لوجب عليه زكاته ووجوب القبض لامن حيث التعيين بل لاشتماله على الماهية الكلية المستحقة له والاصح عندى ما هو الاقرب عند المصنف .

قال دام ظله: ولو اقترض دراهم ثم اسقطها السلطان وجاء بدراهم غيرها لم يكن عليه الا الدراهم الاولى فان تعذرت فقيمتها وقت التعذر ويحتمل وقت القرض من غير الجنس لامن الدراهم الثانية حذراً من التفاضل فى الجنس المتحد .

اقول: الاول قول الشيخ فى النهاية و ابن البراج وابن ادريس فى موضع من كتابه ، والثانى قول ابن ادريس فى موضع آخر (ووجه الاول) كونها من ذوات الامثال

من التفاضل في الجنس المتحد ،وكذا الوجعل قيمتها اقل ولو ضارب فالاقرب ان رأس المال الدراهم الساقطة مع احتمال جبر النقص بالربح ، ولو سقطت او نقصت بعد البيع لم يكن للبايع الا النقد الاول ، ولو تعاملا بعد النقص والعلم فلا خيار ، وان كان قبل العلم فالاقرب (فالوجه ـ خ ل) ثبوت الخيار للبايع سواء تبايعا في بلد السلطان او غيره.

وحكم المثل ماقلناه ولانه وقت التعذر لو وجد مثل الدراهم الاولى لوجب دفعها وان نقصت قيمتها عن وقت القرض (ولانه) وقت وجوبها (ووجه الثاني) انه من معلولات القرض واحكامه فيثبت وقته ولان التعذر كاشف لانه تعالى علم في الازل تعذره ويستحيل التكليف بالمحال فقد علم الله تعالى انتفاء شرط التكليف فيستحيل تكليفه بالمثل ولانه بتعذر المثل صارت كذوات القيم فيضمن قيمتها وقت القرض (وفيه نظر) لتأخر التعذر عن وقت القرض فيلزم تقدم المسبب على سببه.

قال دام ظله : ولو ضارب فالاقرب ان راس المال الدراهم الساقطة مع احتمال جبر النقص بالربح .

اقول: وجه القرب انه هو رأس المال ولا يطالب بغيره كما لو دفع فضة لم يكن له المطالبة بذهب ولانه نقص لم يحصل بالتجارة (ووجه الثاني) انه نقص حصل بعد دورانه في التجارة والاصل في ذلك ان يقال ما معنى الخسران هل هو النقص بعد الدوران في التجارة مطلقا او بسببها لا من خارج كحكم السلطان (فعلى الاول) هذان خسران (وعلى الثاني) لا والاقوى عندى ماهو الاقرب عند المصنف.

قال دام ظله : ولو تعاملا بعد النقص والعلم فلا خيار وان كان قبل العلم فالوجه ثبوت الخيار للبايع سواء تبايعا في بلد السلطان او غيره .

اقول: وجه الثبوت انه نقص سابق على العقد ولم يعلم به فطريقه وطريق العيب واحد وهو نقص المالية ولم تفرق الامة بينهما (ووجه) الثاني انه لم يزد فيه صفة ولا نقص منه صفة هي زيادة او نقيصة عن المجرى الطبيعي فلا يكون عيباً وقد وقع عليه العقد والاقوى ثبوت الخيار.

المقصد الثانی فی الرهن

وهووثیقةلدین المرتهن وارکانه اربعة ، الصیغة ، والمحل ، والعاقد،والحق (فهنا)فصول(الاول) الصیغةولابد فیهامن(ایجاب) کقوله رهنتك او هذا وثیقةعندك علی کذا ومایؤدی معناهمن الالفاظ ویکفی الاشارة مع العجز کالکتابةوشبهها (وقبول) کقوله قبلت اومایدلّ علی الرضا وهل یقوم شرط الرهن فی عقد البیع مقام القبول نظروشرط ماهومن قضایا الرهن کعدمه کقوله علی ان یباع فی الدین اویتقدم به علی الغرماء، ولوشرط ماینافی العقدبطل کالمنع من بیعه فی حقه اما لوشرط فی البیع اذن فلان او بکذا فالوجه الصحة وکذا یصح لوشرط ان ینتفع به المرتهن اویکون النماء المتجدد

المقصد الثانی فی الرهن

وفیه فصول الاول فی الصیغة

قال دام ظله: وهل یقوم شرط الرهن فی عقد البیع مقام القبول نظر.

اقول: ینشأ (من) انه لفظ دال علی الرضا ویصح تقدیمه ان قلنا به فیصح (ومن) ان القبول متأخرعن القابل والمقبول بالذات و اشتراطه موجب فیتقدم فلواتحد لکان الشیء الواحد متأخراً عن الآخر بالذات ومتقدماً علیه بالذات فیدور ولان القبول لایکون موجباًللایجاب بالضرورة ویلزمه قولنا الموجب لایکون قبولا بالضرورة والشرط موجب والاقوی عندی ان القبول لایصح تقدمه علی الایجاب مطلقا.

قال دام ظله : اما لوشرط فی البیع اذن فلان او بیعه بکذافالوجه الصحة

اقول: وجه الصحة فی اشتراط اذن فلان انه یشرط وکالته فی البیع عن الراهن فیصح لان مقتضی الرهن توقف بیعه علی اذن المالك او وکیله اوالحاکم واشتراط اذن الغیر اذن له فی الاذن فی البیع واما بیعه بکذافانه ممکن لاینافی المشروع والاصل الصحة (ویحتمل) البطلان فیهما لانه قد تعذر الشرط فان اجاز البیع خرج الشرط عن کونه شرطاً وان لم یخرج خرج عن الوثیقة (والتحقیق) ان نقول هنا مقدمتان (ا) انه هل یشترط فی الرهن جواز بیع المرهون ام یکفی ملکیة الراهن

رهناً ولوشرط عليه رهن في بيع فاسد (فظن)اللزوم فرهن فله الرجوع ويصح الرهن سفراً وحضرا وهوعقد لازم من جهة الراهن خاصة فان ادى اوابرىء او اسقط المرتهن حقه من الرهن كان له اخذه ولايجب على المرتهن دفعه مع خروجه عن الرهانة الا بعد المطالبة به ويبقى امانة في يده (الثاني) المحل و شروطه اربعة ان يكون عينا مملوكة يصح قبضه للمرتهن ويمكن بيعه (فلايصح) رهن المنافع ، ورهن المدبر ابطال للتدبير على رأى ، فلوشرط رهن الخدمة فيه بطل على رأى (ولارهن) الدين (ولا) مالايملك فيقف على الاجازة ولوضمه مع المملوك مضى فيه ووقف الآخر على اجازة المالك (ولا) رهن مالايصح تملكه كالحشرات (ولا) مالا يملكه المسلم ان كان احدهما

وكونه وثيقة لمنعه من التصرف خاصة : الاصح الاول (ويحتمل) ضعيفاً الثاني ويأتي (ب) ان شرط اذن الغير هل هو توكيل له في الاذن الاقوى ذلك .لانه لواذن في بيع ماعلق جواز بيعه باذن فلان صح و لم يعتبر اذنه (ويحتمل) العدم لعدم دلالة اللفظ عليه اذا تقرر ذلك (فنقول) على الاحتمال الثاني من المقدمة الاولى يصح مطلقا و على الاول منها يصح على الاول من الثانية (ويحتمل) على الثاني منها البطلان لجواز تعذره ، والحق عندى جواز اشتراط اذن الغير لانه غير مخالف للكتاب والسنة ولا لعقد الرهن لانه مع امتناع الاذن المشروط يقوم مقامه الحاكم وعند تعذره المرتهن والشيخ الطوسى رحمه الله ابطل هذا الشرط فيهما لما تقدم ، والاقوى عندى البطلان في اشتراط بيعه بكذا .

قال دام ظله: ورهن المدبر ابطال للتدبير على راى فلوشرط رهن الخدمة فيه بطل على راى.

اقول: هذا قول الشيخ في المبسوط لان التدبير وصية ورهنه رجوع عنها قال وان قلنا أن الرهن صحيح والتدبير بحاله كان قويا لانه لادليل على بطلانه. وقال في الخلاف يبطل ان قصد بالرهن فسخه وان لم يقصد فسخه بطل الرهن : قال وان قلنا انه يصح التدبير والرهن معاً لانه لادليل على بطلان احدهما كان قوياً و قال ابن ادريس يبطل التدبير قال وان قلنا ان الرهن صحيح والتدبير بحاله كان قوياً اذا تقرر

مسلما كالخمر وان كان المرتهن ذميا اوالرهن عبداً لمسلم وان وضعها على يد ذمي على رأى (ولا) الارض المفتوحة عنوة ويصح رهن الابنية والاشجار فيها (ولا) رهن الطير في الهواء (ولا) السمك في الماء (ولا) العبد المسلم اوالمصحف عند الكافر ، فان وضعهما على يد مسلم فالاقرب الجواز ، وكذا يجوز رهن الحسناً عند الفاسق لكنه يكره (ولا) رهن

ذلك (فنقول) ذهب الشيخ في النهاية الى انصراف البيع او الرهن الى منافعه فعلى هذا لو شرط رهن الخدمة صح عند الشيخ ولم يصح عند الباقين ، والاقوى عندي اختيار المصنف في المسئلتين .

قال دام ظله : اوالرهن عند المسلم وان وضعها على يد ذمي على رأى.

اقول: ذهب الشيخ في الخلاف الى الجواز وليس بجيد لان الذمي نائب المسلم والحق المتعلق بماله.

قال دام ظله : ولا العبد المسلم اوالمصحف عند الكافر فان وضعا على يد مسلم فالاقرب الجواز.

اقول: وجه القرب وجود المقتضي وزوال المانع اما الاول فلان المقتضي ملك الراهن وثبوت الدين ورشد المتعاقدين وتكليفهما والايجاب والقبول واما الثاني فلانه لا مانع الا الكفر وهو لا يمنع الا اذا استلزم ثبوت سبيل الكافر على المسلم او المصحف وهو ظاهر لكنه لا يستلزم ذلك اذ الرهن ليس بتمليك ولا باستحقاق تملك بل يستلزم اشياء (ا) منع المالك من التصرف وذلك ليس بسبيل للغير لانه ممنوع أيضاً وليس بمالك (ب) تعين جهة ايفاء دينه من ثمنه ويجوز ايفاء دين الكافر من ثمن المصحف والمسلم (ج) استحقاق ان يباع في دينه و البايع هو الوكيل والحاكم و على كلا التقديرين هو ليس بسبيل كما لو مات ولم يخلف غيرهما او حجر عليه لدين الكافر و ليس له سواهما ، و يحتمل ضعيفاً عدمه (لان) الرهن اثبات حق المرتهن على المرهون و هو سبيل ولا شيء من السبيل بثابت و هو اختيار ابن الجنيد والاقوى عندي الاول .

الوقف (ولا) المكاتب وان كان مشروطاً ، وفي رهن ام الولد في ثمن رقبتها مع اعسار المولى اشكال ، و مع يساره اشكل ، و في غير الثمن اشد اشكالا و يصح رهن ذي

قال دام ظله : وفي رهن ام الولد في ثمن رقبتها مع اعسار المولى اشكال.

اقول: ينشأ (من) منع الاصحاب رهن امهات الاولاد ويجوز ايساره فيمنع البيع فتنتفي فائدة الرهن (ومن) جواز البيع في ثمن رقبتها فالرهن عليه اولى .

قال دام ظله ومع يساره اشكل .

اقول: مبنى هذه المسئلة على انه هل يشترط في الرهن التمكن من البيع بالفعل دائما اوامكانه في الجملة (يحتمل) الاول لان الغاية منه استيفاء الدين من الثمن ولان الوثيقة لاتحصل الا به (ويحتمل) الثاني لان منع المالك من التصرف في ملكه وامكان البيع في الجملة يدعو المالك الى القضاء وامكان البيع في الجملة هنا حاصل لجواز زوال المانع وانما شرطنا الامكان ليخرج الوقف لانه لا يمكن بيعه دائماً اى مادام موجوداً والحق عندى الاول (فعلى الاول) لايجوز رهن ام الولد هنا قطعاً (وعلى الثاني) وهو مراد المصنف (١) (ومنشأ) الاشكال ان الرهن ليس باخراج عن الملك و لجواز الاعسار وجواز موت الولد وليس من لوازم الرهن البيع قطعاً (ومن) حيث ان الرهن اثره امكان استيفاء الدين منه اومن ثمنه ولايمكن الا بالنقل عن ملك الراهن الى غيره و كونها ام ولد مضادله لايمكن اجتماعه معه وامتناع الاجتماع مع اللازم يستلزم امتناعه مع الملزوم و كونها ام ولد ثابت فينتفي اثر الرهن ولايترتب عليه وهذا معنى البطلان ووجه قوة الاشكال انه ثم يجوز بيعها في الحال والرهن اضعف وهنا لايجوز بيعها .

قال دام ظله : وغير الثمن اشد اشكالا .

اقول: وجه الاشكال ما تقدم ووجه شدته ان امكان البيع ثم اقرب ، واعلم ان ابن الجنيد ذهب الى جواز رهن ام الولد مطلقا و الاصح عندى انه لايجوز مطلقا .

---

(١) هكذا في النسخ .

الخيار لا يبّهما كان ؛ و رهن الام دون ولدهـا الصغير وان حرمنا التفرقة وحينئذ اما ان يبيع الام خـاصة ويقال تفرقة ضرورية اونقول يباعان ثم يختص المرتهن بقيمة الام فتقوّم منفردة فاذا قيل مأة ومنضمة فيقال ماة و عشرون فقيمة الولد السدس (و يحتمل) تقدير قيمة الولد منفرداً حتى تقلّ قيمته فاذا قيل عشرة فهو جزء من احد عشر .

قال دام ظله : ورهن الام دون ولدها الصغير وان حرمنا التفرقة و حينئذ اما ان يبيع الام خاصة و يقال تفرقة ضرورية او نقول يباعان ثم يختص المرتهن بقيمة الام فتقوم منفردة فاذا قيل ماة ومنضمة فيقال ماة وعشرون فقيمة الولد السدس و يحتمل تقدير قيمة الولد منفرداً حتى تقل قيمته فاذا قيل عشرة فهو جزء من احد عشر.

اقول: هنا احكام ثلاثة (ا) رهن الام دون ولدها الصغير وهو جائز اجماعاً (ب) البيع في الرهن فنقول اما ان يحرم التفرقة اولا (وعلى الثاني) اذا باعها المالك فالافضل جمعها في البيع ويجوز افرادها وان بيعت عليه كما لو باعها الحاكم في الدين بغير اذنه لتعذره منه مثلا ببيعها منفردة قطعاً (وعلى الاول) و هو تحريم الافراد ان باع المالك فلا اشكال في وجوب الضم وان بيعت عليه جبراً احتمل ان يقال تفرقة ضرورية لان علة جواز البيع الرهن وهو مختص بها (ويحتمل) أن يبيعهما الحاكم اما هي فبالرهن اما الولد فلتوقف صحة البيع عليه (ج) التقويم وقد ذكر فيه وجهين (وجه الاول) ان الرهن انما يقوم بصفاته التي رهن عليها و هي انما رهنت منفردة و جمع بينهما في البيع كما لو ضم المالك الى الرهن شيئاً آخر وباعهما والجمع بينهما في البيع لازم للنهي عن التفريق لا لزيادة القيمة (و وجه الثاني) انه انما ارتهنها و الولد منفرد عنها عن مستحق التربية فيقوم الولد وحده فيكون ضايعاً محتاجاً الى من يربيه فتقلّ قيمته فيقسم الزيادة على القيمتين فيكون الولد في الفرض المذكور جزءاً من احد عشر وهو الاصح عندي .

فروع

(ا) يصح رهن المشاع وبعضه على الشريك وغيره ويكون على المهاياة كالشركاء (ب) يصح رهن المرتد وان كان عن فطرة على اشكال والجاني عمداً اوخطا ولاتبطل الحقوق بل تقدم على الرهن فان كان عالماً بالعيب اوتاب اوفداه مولاه ثم علم فلاخيار لزوال العيب والاتخيير في فسخ البيع المشروط به لان الشرط اقتضاه سليماً فان اختار امساكه فليس له ارش وكذا لاارش لوقتل قبل علمه ولايجبر السيد على فداء الجاني وان رهنه اوباعه بل يتسلط المجني عليه فان استوعب الارش القيمة بطل الرهن و الآ ففي المقابل (ج) لورهن مايسرع اليه الفساد قبل الاجل فان شرط بيعه و جعل الثمن رهناً صح وان شرط منعه بطل وان اطلق فالاقرب الجواز فيباع ويجعل الثمن رهناً ولوطرء ماعرضه للفساد فكذلك (د) لو نذر العتق عند شرط ففي صحة رهنه قبله

قال دام ظله : ويصح رهن المرتد وان كان عن فطرة على اشكال.

اقول: هذا الاشكال مبني على الاشكال السابق في بيعه فأن قلنا بالصحة احتمل هنا المنع ايضاً لجواز الانتفاع به في البيع منفعة خالية بخلافه هنا و الاصح عندى انه لايصح .

قال دام ظله: ولو رهن مايسرع اليه الفساد قبل الاجل فان شرط بيعه وجعل الثمن رهناً صح وان شرط منعه بطل وان اطلق فالاقرب الجواز فيباع ويجعل الثمن رهناً ولوطرأ ماعرضه للفساد فكذلك.

اقول: وجه القرب ان الاذن في البيع معلوم بقرينة الظاهر وهو قصد كل احد حفظ ماله (ويحتمل) عدمه لان البيع قبل الاجل ليس من مقتضى الرهن ولم يأذن فيه فلايجوز البيع فلايصح ولوطرء على الرهن ماعرضه للفساد كتعفن الحنطة وجب بيعه وجعل الثمن رهناً قطعاً والاقوى عندى ماهو الاقرب عند والدى.

قال دام ظله: لو نذر العتق عند شرط ففي صحة رهنه قبله نظر .

اقول: ينشأ (من) انه مملوك والاصل الصحة (ومن) ان كل رهن وثيقة لقوله عليه السلام الرهن وثيقة لدين المرتهن(١) وهذا ليس وثيقة بالضرورة لانه يترقب الخروج

---

(١) لم نعثر على الخبر بهذا اللفظ نعم هو مذكور في السنة الفقهاء في مقام التعريف .

نظر(ه) لورهن عصيراً فصارخمراً فيدالمرتهن زال الملك فانارق بطل الرهن ولايتخير المرتهن لحصول التلف فيده فان عادخلاً عاد الملك والرهن ولواستحال قبل القبض تخير المرتهن فى المبيع المشروط فيه فان عادخلاً تعلق حق المرتهن به ان لم نشترط القبض فى الرهن ، ولوجمع خمراً مراقاً فتخلل فى يده ملكه ولوغصب خمراً فتخلل فى يده فالاقرب انه كذلك ، امالوغصبه عصيراً فصارخمراً فى يده ثم تخلل فانه يرجع الى ملكه (و) يجوزان يستعير مالا ليرهنه فيذكر قدر الدين و جنسه ومدة الرهن فان خالف فللمالك فسخه والافلا ، ولورهن على اقل صح وعلى اكثر يحتمل البطلان مطلقا وفيمازاد ولولم يعين تخير الراهن فى رهنه بماشاء عند من شاء

عن الرهنية فى كل وقت وهوينافى الوثيقة (ولان) مقتضى الرهن وجوب دوامه بدوام العين الى الاستيفاء لانه معنى الوثيقة والنذر يقتضى امكان زوال الملك والرهن فى بعض اوقات الوصف وتناقض المعلولات يقتضى امتناع اجتماع العلل والنذر ثابت فينتفى الرهن ـ (واعلم) ان هذه المسئلة تبنى على مسئلتين (ا) انه هل يجوز بيع هذا ام لا (ب) هل يشترط امكان البيع فى صحة الرهن ام لا وكلاهما قدتقدمتا.

قال دام ظله : ولوجمع خمراً مراقاً فتخلل فى يده ملكه و لو غصب خمراً فتخلل فى يده فالاقرب انه كذلك .

اقول: وجه القرب زوال ملك الاول عنها فيكون لصاحب اليد كسائر المباحات التى لاملك ولايد لاحد عليها (ويحتمل) عود الملك الى المغصوب منه لان له عليها حقاً ولهذا له اثبات يده وهويد اولى للتخليل والحق عندى الاول .

قال دام ظله : ويجوزان يستعير مالا ليرهنه فيذكر قدر الدين و جنسه ومدة الرهن فان خالف فللمالك فسخه والا فلاولورهن على اقل صح وعلى اكثر يحتمل البطلان مطلقا ، وفيما زاد .

اقول: وجه الاول انه حالف المنصوص عليه فيبطل (ووجه الثانى) انه بمنزلة مااذا رهن مايملك ومالا يملك وهو ظاهر .

الى اى وقت شاء وللمالك مطالبته بالفك عندالحلول وقبله اشكال وللمرتهن البيع لولم يقبضه الغريم فيرجع المالك على الراهن بالاكثر من القيمة وما بيعت به ـ وللمالك الرجوع فى الاذن قبل العقد وبعده قبل القبض ان جعلنا القبض شرطاً ، ولو تلف فى يد المرتهن فالاقرب سقوط الضمان عنه ويضمنه المستعير وان لم يفرط بقيمته وكذا

قال دام ظله : وللمالك مطالبته بالفك عندالحلول وقبله اشكال .

اقول: ينشأ (من) انه عارية فله المطالبة متى شاء و مقتضى العارية عدم اللزوم (ومن) انه اذن فى عقد لازم فلزم (واعلم) ان هذا البحث على تقدير احد امرين (ا) ان يبذل المرتهن ملتمسه من قبول قبض الدين و الفك قبل الاجل (ب) ان نقول انها عارية لاتلزم بالرهن لان ماهية العارية تقتضى عدم اللزوم اما على تقدير كون ذلك ضمان دين فى عين بأذنه فلا مطالبة له قبل الاجل (واعلم) ان بعضهم جعلها عارية و استيثاقاً لان الصيغة عقد العارية وهو مغاير لعقد الضمان ومباين له وبعضهم جعلها ضمان دين فى عين خاصة من غير تعلق بالذمة لان العارية تقتضى استيفاء المنفعة مع بقاء العين ولايقتضى بيعها ومقتضى هذا العقد ومنفعته بيع العين واخراجها عن الملك فباين العارية وان شابهه صورة ولااستبعاد فى استعمال الشارع صيغة عقد فى آخر مجازاً

قال دام ظله :وللمالك الرجوع فى الاذن قبل العقد وبعده قبل القبض ان جعلنا القبض شرطاً ولو تلف فى يد المرتهن فالاقرب سقوط الضمان عنه

اقول: هذه المسئلة موضع اشتباه ؛ قال المصنف دام ظله لى فى الدرس حيث حقّقت البحث عليه ان هذه المسئلة فرع على قوله (وللمالك مطالبته بالفك عندالحلول وقبله اشكال) ـ (وتقريره) ان بعد الحلول اذا كان الراهن موسراً بالدين فللمالك الزامه بالافتكاك فاذا جعلناه عارية اوغلّبنا عليه العارية كاختيار والدى والمحققين (فهل) له الرجوع فيها قبل الافتكاك (قيل) نعم لان العارية ماهيتها تقتضى عدم اللزوم فاذا رجع قيل له مطالبة المرتهن بأن يلزم المديون بماله اويرهن غيره يقوم مقامه ليخلص له عين ماله اذ قبض المرتهن مبنى على العارية وقد بطلت فاذا اهمل المرتهن امسك الرهن فى يده ضمن ، والاقوى انه ليس له ذلك لانه اذن فى عقد لازم فيلزم

ان تعذر اعادته . ولولم يرهن ففی الضمان اشكال (ز) لوقال اذنت لی فی رهنه بعشرة فقال بل بخمسة قدم قول المالك مع اليمين (ح) لايصح رهن المجهول (ط) لوغصب عينا ثم باعها اورهنها اووهبها اوآجرها ثم ظهر مصادفة التصرف الملك بميراث اوشراء وكيل وشبهه صح التصرف (ی) لورهن ماله الرجوع فيه قبله لم يصح على اشكال

فلايضمن المرتهن (وقت قبض الرهن خ) وهو الاقرب بل هوالاصح فهذا وجه قول المصنف (فالاقرب سقوط الضمان عنه) واماقبل الحلول فعلى تقدير ان يدفع الراهن (هل) يجب على المرتهن القبول يحتمل ذلك لانها عارية لاتلزم فلايلزم المبنی عليها، والاصح انه لايجب (فعلى) الاول اذا لم يأخذ المرتهن فتلف فی يده ضمن (وعلى الثانی) لايضمن وهوالاصح : قال المصنف والدی دام ظله ويمكن توجيه هذه المسئلة بأن نقول على القول بانها عارية له الرجوع فيها مطلقا فلايبطل الرهن فلايجوز للمرتهن امساك العين بل يجعلها بقول الحاكم اوباتفاقهما عند عدل ينصبه الحاكم لقبضها فأن لم يفعل المرتهن كان ضامنا ، والاقوى انه ليس له الرجوع لانها لازمة للزوم ملزومها وهوالرهن فلايضمن .

قال دام ظله : ولولم يرهن ففی الضمان اشكال.

اقول: منشأه نص الاصحاب على انها عارية مضمونة وهو يقتضی الضمان بالقبض فی الابتداء (ولانه) قبضها للاتلاف فی دينه فصارت كالمقبوض بالسوم ومن حيث ان العارية امانة فلا يضمن الا بـالرهن (ولانه) انما يضمن هنا بالتعريض للاتلاف وسببه الرهن والمسبب لايتقدم على السبب ، و الاقوى عندی ضمان المستعير بمجرد القبض قبل الرهن و بعده لانه يقضی به دينه بأذنه فيدخله فی ملكه بعوض فصار كالمعاوضة .

قال دام ظله : لورهن ماله الرجوع فيه قبله لم يصح على اشكال .

اقول: ينشأ (من) انه ليس ملكه قبل الرجوع فيه كالغانم قبل القسمة وان ملك ان يملك والرهن لايصح لسببية الملك لانه مشروط به فيتأخر عنه فلو كان علة

كموهوب له الرجوع فيه وكالبايع مع افلاس المشترى اما لو رهن الزوج قبل الدخول نصف الصداق فانه باطل (يا) لو رهن الوارث التركة وهناك دين فالاقرب الصحة وان استوعب ثم ان قضى الحق والاقدم حق الديان .

الفصل الثالث فى العاقد

ويشترط كمالية الموجب والقابل وتملك الموجب اوحكمه كالمستعير و ولى الطفل مع المصلحة كالاقتراض فى نفقته اواصلاح عقاره ، ولو استدانا ورهنا ثم قضى

فيه لتقدم عليه فيلزم الدور (ويحتمل) الصحة لانه يصدق كل ملك يمنع غيرمن هوله من التصرف فيه فهوملك لازم ويلزمه كلما ليس بملك لازم فهوليس بملك مانع غيرمن هوله من التصرف وهذا الملك ليس بلازم فلايمنع ولامانع غيره (والجواب) عن الاول ان الجزء الاول من عقد الرهن علة فى الرجوع والملك ومجموعه علة لصحة الرهن وهومشروط بالملك فلادور وهوالاصح عندى .

قال دام ظله : لو رهن الوارث التركة وهناك دين فالاقرب الصحة وان استوعب ثم ان قضى الحق والاقدم حق الديان .

اقول: وجه القرب انه تصرف صادف ملكه وله اداء الدين من غير التركة فصح كالعبد الجانى خطأ (ويحتمل) عدمه لانه ليس بمالك لما يأتى الابعد اداء الدين ولوسلم فهو ممنوع منه كما منع الراهن فمبناها على هاتين المسئلتين (وعلى القول) بالصحة فان لم يؤد الدين قدم حق الديان على تصرفه وابطل والاقرب عندى عدم الصحة لقوله تعالى **من بعد وصية يوصى بها او دين(١)** فالمعلق اما الملك اوجواز التصرف اوهما اولا واحدمنهما والاخير باطل ويستحيل تعلق الملك مع بقاء جواز التصرف مطلقا وهوظاهر فيتعين احد القسمين الباقيين واياً ما كان امتنع صحة التصرف قبله (ولان) التقدم فى قوله (من بعد) هو التقدم الذى زاده المتكلمون وهوان المتقدم لايجامع المتاخر كتقدم عدم الحادث على وجوده وتقدم بعض اجزاء

---

(١) النساء - ١١.

احدهما صارت حصته طلقاان لم‌يشترط المرتهن رهنه على كل جزء من‌الديـن ، و لوتعددالمرتهن واتحد العقد مـن‌الواحد فكـل منهما مرتهن للنصف خاصة ، وفـى التقسيط مع‌اختلاف الدين اشكال. فان‌وفى‌احد هماصار النصف طلقا فان‌طلب‌قسمة المفكوك ولاضرر على الآخر اجيب‌والا فلابل يقرفى‌يد المرتهن نصفه‌رهنا ونصفـه امانة ، والراهن والمرتهن ليس‌لاحدهما التصرف الاباذن الاخرفلو بادر احدهمـا بالتصرف لم يقع باطلا بل‌موقوفا الاعتق المرتهن فانه يبطل وان‌اجازه الراهن و لو سبق اذنه‌صح ، فلوافتك الراهن ففى لزوم العقود نظر و الاقرب اللزوم من جهـة

الزمان على بعض فلايثبت جوازتصرفه حتى ينتفى المتقدم وهو المطلوب .

الفصل الثالث فى العاقد

قال دام ظله : ولو تعدد المرتهن واتحدالعقد من الواحد فكل منهما مرتهن للنصف خاصة وفى التقسيط مع اختلاف الدين اشكال .

اقول: ينشأ (من) انه شرك بينهما فيقتضى التنصيف كما لوشرك بينهما فى الملكية (ومن) ان الرهن يقتضى قضاء الدين المرهون عليه من ثمنه‌من غيرايفاء شيء من الدين مع الوفاء واذارهن على دينهما اقتضى‌ايفائهما من ثمنه والالم يكن رهناًعلى كل الدين‌فمع الوفاء تصرف فى‌الدين‌الاكثراكثرو كلمالم‌يجب‌صرف ثمنه مع بيعه فى الدين لم يكن متعلقاً به ويلزمه قولنا كلما صرف ثمنه فى الدين مع بيعه تعلق به و اكثر الثمن ثمن الاكثرمع تساوى الاجزاء فيكون الدين الاكثر متعلقاً بالاكثر وهو المطلوب فأن احداً من الفقهاء لم يفرق بين متساوى الاجزاء ومختلفها .

قال‌دام ظله : فلوافتك الرهن‌ففى‌لزوم العقود نظرو الاقرب اللزوم من‌جهة الراهن‌قبل‌الفك .

اقول: منشأه (من) انها لم تكن‌لازمة من‌اصلها (ومن) وجود المقتضى و هو العقد وزوال المانع وهوحق المرتهن‌او الرهن وهذا هووجه قرب لزومها من جهة الراهن حال‌الرهن لان المانع هوحق‌المرتهن‌لاجله (ويحتمل) عدمه لان الرهن يمنع اللزوم وهومتحقق والاقوى عندى اللزوم من‌جهة‌الراهن مطلقا .

الراهن قبل الفك ، ولو اجاز الرهانة الثانية ففي كونه فسخاً لرهنه مطلقا اوفيما قابل الدين الثاني اوالعدم مطلقا نظر ، ويترتب حكم اسقاط الثاني حقه ، ولولم يعلم الاول حتى مات الراهن ففي تخصيص الثاني بالفاضل عن دين الاول من دون الغرماء اشكال ، ولاحكم لاجازة الاول ولافسخه بعد موت الراهن و لواعتق الراهن باذن المرتهن وبالعكس سقط الغرم و لواذن في الهبة فوهب فرجع قبل الاقباض صح الرجوع

قال دام ظله : ولو اجاز الرهانة الثانية ففي كونه فسخاً لرهنه مطلقا او فيما قابل الدين الثاني اوالعدم مطلقا نظر.

اقول: (وجه الاول) تنافي الرهنين لاقتضاء الرهن اختصاص المرتهن وتقديمه وتنافي اللوازم يستلزم تنافي الملزومات والمرتهن الاول قداجاز الرهن الثاني فرضي به فيبطل رهنه (ووجه الثاني) ان المقصود استيفاء الدين وهو ممكن هنا فلا منافاة ولامزاحمة (ووجه الثالث) انتفاء دلالة المطابقة والتضمن وهوظاهر والالتزام لانه لامانع من تعلق دينين بعين واحدة وتقدم احدهما على الاخر ويكون الفائدة في انه لوقضى المرتهن الثاني حقه بقي حق المرتهن الاول و كذا لواسقط الثاني حقه .

قال دام ظله : ولولم يعلم الاول حتى مات الراهن ففي تخصيص الثاني بالفاضل عن دين الاول من دون الغرماء اشكال.

اقول: ينشأ (من) انه لم يقع باطلا في اصله بل وقع موقوفاً على زوال مزاحمة الاول وقدزال في الفاضل فيقدم لسبق تعلقه على تعلق الديون الاخر (و لانه) كان لازماً من جهة الراهن على ماتقدم من اقوى الاحتمالين (ومن) انه لم يكن عقداً لازماً و لانه حال وجوده كان ممنوعاً من التصرف و في هذه الحالة لايعتبر تصرفه فيمنع لحق الديان .

قال دام ظله :ولو اذن في الهبة فرجع قبل الاقباض صح الرجوع على اشكال ينشأ من سقوط حقه بالاذن وعدمه .

اقول: وجه سقوط حقه بالاذن ان الرهن يمنع المالك من التصرفات الناقلة وغير الناقلة والثاني قد يجامع الرهن بأذن المرتهن فلايسقط حقه فاما الاول فلا

علی اشکال ینشأ من سقوط حقه بالاذن وعدمه ، ولو احبلها الراهن لم یبطل الرهن و ان کان باذن المرتهن وان صارت ام ولده ، وفی بیعها اشکال ، ولو ماتت فی الطلق فعلیه القیمة و کذا لو وطیء امة غیره بشبهة ، ولا یضمن زوجته و لا المزنی بها الحرة المختارة لان الاستیلاد اثبات ید والحرة لا تدخل تحت الید ، وفی اعتبار القیمة یوم التلف او الاحبال او الاعلی نظر ، ولو باع الراهن باذن المرتهن صح ولا یجب رهنیة الثمن الا ان یشترط ، ولو قال اردت بالاطلاق ان یکون الثمن رهنا لم یقبل، ولو ادعی شرط جعل الثمن رهنا حلف المنکر ولو انعکس الفرض لم یکن للمرتهن التصرف فی

یجامعه فاذا فوض الراهن فقد رفع لازم الرهن و رفع اللازم یستلزم رفع الملزوم و وجه عدمه ان المسقط للرهن النقل بالفعل فهو المنافی لا امکان النقل والاذن یفید الثانی لا الاول .

قال دام ظله :ولو احبلها الراهن لم یبطل الرهن وان کان باذن المرتهن وان صارت ام ولده وفی بیعها اشکال.

اقول: ینشأ (من) تعلق حق المرتهن ببیعها قبل الاستیلاد والاصل بقائه فصار تعلق الدین بها اعظم من تعلق ثمنها برقبتها مع افلاسه به (ومن) النهی عن بیع ام الولد وهذه ام ولد و نفوذ الاستیلاد اولی من نفوذ الاعتاق لانه فعل والافعال اولی واشد نفوذاً لان کلیهما سبب والفعل اقل شرطا ولهذا ینفذ استیلاد المجنون والمحجور علیه ولا ینفذ اعتاقهما وینفذ استیلاد المریض من الاصل واعتاقه من الثلث والفائدة حینئذ منعه من التصرف حتی یؤدی الدین .

قال دام ظله : وفی اعتبار القیمة یوم التلف او الاحبال او الاعلی نظر.

اقول: (وجه الاول) انه انما ضمن القیمة عوض العین لتعذرها فیضمنها وقته وهو یوم التلف (و وجه الثانی) انه سبب للتلف فصار کما لو جرح عبداً قیمته مأة وبقی ضمناً (۱) حتی مات وقیمته عشرة فانه یضمن المأة (و وجه الثالث) انه ممنوع من التصرف فینزل منزلة الغصب .

---

(۱) ضمنا بفتح الضاد وکسر المیم ـ ای اصابه مرض یلازمه ویشتد علیه وقتا بعد وقت م

الثمن قبل الاجل ، واوباع الراهن فطلب المرتهن الشفعة ففى كونه اجازة اشكال فان قلنا بهفلا شفعة ولواسقط حق الرهانة فله الشفعة انقلنا بلزوم العقد، ويجوزان يشترط المرتهن الوكالة فى العقد لنفسه اولغيره اووضعه على يدعدل وليس للراهن فسخ الوكالةحينئذ نعملومات بطلت دون الرهانةولومات المرتهن فانشرطفى العقد انتقال الوكالة الى الوارث لزم والالم ينتقل ، اما الرهينة فينتقل بالميراث كالمال بين الورثة ، ولواقر المرتهن بالدين انتقلت الرهينةدون الوكالة والوصية فاذاامتنع الراهن من الاداء وقت الحلول باع المرتهن ان كان وكيلا والا فالحاكمولهحبسه حتى يبيع بنفسه .

الفصل الرابع فى الحق

و شروطه ثلاثة ان يكون ديناً لازماً اوآيلا اليه يمكن استيفائه منه فلا يصح

قال دام ظله : ولو باع الراهن فطلب المرتهن الشفعة ففى كونه اجازة اشكال .

اقول: منشأه (من) ان الشفعة مترتبة على البيع وطلب المعلول والرضاء به من دون الرضاء بالعلة لايمكن فطلبه لها رضا بالبيع (ومن) ان طلب ثبوت ملكهو ازالة ملك المشترى هو طلب مساوللفسخ فى ازالة ملك المشترى الذىهوالمقصود بالفسخ بل هنا اقوى فلايثبت عليه ضده لانه انما صدرعنه المساوى (والتحقيق) ان هذه المسئلة تبنى على ان الشفعة هل تثبت بمجرد العقدام بلزومه (فانقلنا)بالاول لم يكن اجازة فلم يسقط الشفعة بهلان الرضا بالبيع الذى يتضمنه طلب الشفعة لا يسقط الشفعة والا لم يثبتشفعة اصلا و انما لم يكن اجازة لانه لايدل عليها بالمطابقة ولا بالتضمن و لا بالالتزام لجواز الغفلة عن كونه رهناً و هواعم ولا دلالة للعام على الخاص (وان قلنا)بالثانى كان اجازة فيبطل الشفعة لان طلبها يدل علىاجازتهفيلزم الشفعة والالميصح الطلب .

الفصل الرابع الحق

قال دام ظله :فلايصح الرهن على الاعيان وان كانت مضمونة كالغصب

الرهن على الاعيان وان كانت مضمونة كالغصب والمستعار مع الضمان والمقبوض بالسوم على اشكال وعلى ماليس بثابت حالة الرهن كما لورهن على مايستدينه اوعلى ثمن ما يشتريه منه فلودفعه الى المرتهن ثم اقترض لم يصر بذلك رهناً ، ولوشرك بين الرهن وسبب الدين فى عقد ففى الجواز اشكال ينشأ (من) جواز اشتراطه فى العقد فتشريكه فى متنه آكد (ومن) توقف الرهن على تمامية الملك لكن يقدم السبب فيقول بعتك هذا العبد بالف وارتهنت الداربها فيقول اشتريت ورهنت ، ولوقدم الارتهان لم يصح

والمستعار مع الضمان والمقبوض بالسوم على اشكال .

اقول : ينشأ (من) انه يصدق كل مرهون به يمكن استيفائه من ثمن المرهون لان المقصود الذاتى من الرهن ذلك ولاشىء من الاعيان يمكن استيفائها من ثمن المرهون بالضرورة فلاشىء من المرهون به بعين بالضرورة ويلزمه عكسه الى المطلوب ولورهن على قيمتها اذا تلفت فهو رهن على ما لم يجب ولانعلم افضائه الى الوجوب (ومن) ان المقصود من الرهن الوثيقة بالحق و منع الراهن من التصرف حتى يؤدى المرهون به فيضر به المنع من ملكه كما يضر صاحب الحق منعه من المرهون به فيتوصل الى ازالة ضرره بازالة ضرر المالك (ولان) الرهن يقتضى تعلق الدين او بدله عند تعذره بالعين المرهونه او بدلها عند تعذرها و الثانى هما متحقق (ولصحة) ضمانها على احد الاحتمالين (ولانه) يستحيل استيفاء غير الحق الثابت فى ذمة المديون من الرهن بل مثله اوبدله عندتعذره فكذاهنا والاصح عندى الصحة .

قال دام ظله : ولوشرك بين الرهن وسبب الدين فى عقد ففى الجواز اشكال ينشا (من) جواز اشتراطه فى العقد فتشريكه فى متنه آكد ومن توقف الرهن على تمامية الملك لكن يقدم السبب فيقول بعتك هذا العبد بالف و ارتهنت الداربها فيقول اشتريت ورهنت .

اقول: قال الشيخ فى هذه المسئلة بالصحة واستشكله والذى هنا ، والاقوى عندى عدم الصحة (لان) استحقاق الدين شرط لصلاحية عقد الرهن و كل جزء منه للصحة كعقد المتعاقدين لانه لايمكن ان يقع عقد الرهن على شىء قبل استحقاقه و

ولورهن على الثمن فى مدة الخيار اوعلى مال الجعالة بعدالرد اوعلى نفقة الماضية اوالحاضرة صح لاعلى المستقبلة ، والاقرب جوازالرهن على مال الكتابة ولا يصح على مال الجعالة قبل الرد ولاعلى الدية قبل استقرار الجناية ويجوز على كل قسط بعد

يكون موقوفا على الاستحقاق باجماع المسلمين فتشريكه مع سبب الدين فى عقد يستلزم وقوع احد جزئى عقدالرهن قبل تمام سبب استحقاق الدين فلايصلح للصحة والا لتقدم المشروط على الشرط فيدور وهو معنى وقوعه باطلا و كلما وقع احد جزئى العقد باطلا كان باطلا وهوالمطلوب و كذالوقال بعتك هذا وارتهنته بكذا (قيل) لا يصح وهواختيار الشيخ فى المبسوط لان الرهن ينفى الضمان و كونه مبيعا يثبته و هو تناقض وليس بجيد لاختلاف الاعتبار (وقيل) يصح لانه لااقل من ان يكون فضوليا ثم يلزم بحصول شرط الصحة وهوالاقوى عندى .

قال دام ظله : والاقرب جواز الرهن على مال الكتابة .

اقول: اماالكتابة المطلقة فلا كلام فى جواز الرهن على مالها واماالمشروطة فمنعه الشيخ فى المبسوط وتبعه ابن البراج وابن ادريس ، والوجه الجواز لانها دين ثابت فى الذمة فيجوز اخذالرهن عليه كالمطلق (احتج) الشيخ بان مال الكتابة المكاتب مخير فى ادائه وعدمه و كلما كان كذلك لم يكن ثابتا فى الذمة ينتج ان مال الكتابة ليس بثابت فى الذمة (اما الصغرى) فلان له تعجيز نفسه متى شاء فليس للمكاتب حينئذ الاالفسخ (واما الكبرى) فظاهرة والالم يبق فرق بين الثابت فى الذمة و غير الثابت (ولانه) كلما كان مخيراً فى ادائه أوعدمه لم يجب عليه ادائه (ولان) الوجوب يستلزم المنع من النقيض و كلمالم يجب ادائه فليس بثابت فى الذمة و كلما كان مخيراً فى ادائه وعدمه لايكون ثابتا فى الذمة و كلما ليس بثابت فى الذمة لايصح الرهن عليه ينتج كبرى كنتيجة الاول ان مال الكتابة لايصح الرهن عليه (والجواب) المنع من الصغرى فى الاول للزوم الكتابة سلمنا لكن نمنع كلية الكبرى فانما يكون مخيراً فى ادائه بابطال عقد اقتضاه بمنع كونه ليس بثابت قبله ونمنع كونه مخيراً مطلقا بل قبل الفسخ لو حصل لمال اخذالمولى .

حلوله في الخطأ على العاقلة ومطلقاً في غيره ومع فسخ المشروطة يبطل الرهن ان جوزناه ، ولو رهن على الاجارة المتعلقة بعين الموجر كخدمته لم يصح لعدم تمكن الاستيفاء ويصح على العمل المطلق الثابت في الذمة ، ولا يشترط كون الدين خالياً عن رهن بل تجوز الزيادة في الرهن بدين واحد ؛ وكذا تجوز زيادة الدين على مرهون واحد

الفصل الخامس في القبض

وليس شرطاً على رأى ، وهل له المطالبة به اشكال (و قيل) يشترط فيجب

الفصل الخامس في القبض

قال دام ظله : وليس شرطا على رأى

اقول: هذا قول ابن ادريس والشيخ في الخلاف وموضع من المبسوط ، و قال في النهاية وموضع من المبسوط انه شرط وهو اختيار المفيد ، وابن الجنيد ، وابي الصلاح ، وابن حمزة ، و ابن البراج وسلار ، و ابي منصور الطبرسي (لنا) الاصل عدم الاشتراط وعموم قوله تعالى **اوفوا بالعقود (١)** (واحتج) المشترطون بقوله تعالى **فرهان مقبوضة (٢)** وبرواية محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام قال لا رهن الا مقبوضاً (٣) (والجواب) الآية تدل من حيث دليل الخطاب وليس بحجة على انها دليل لنا (اما اولا) فلان القبض لو كان شرطاً كالايجاب والقبول لكان قوله (مقبوضة) تكراراً لافائدة فيه وكما لا يحسن قوله (مقبولة) كذا (مقبوضة) (و اما ثانياً) فلان الآية سيقت لبيان الارشاد الى حفظ المال وذلك لايتم الا بالاقباض كما لايتم الا بالارتهان والاحتفاظ يقتضي القبض كما انه يقتضي الرهن فكما ان الرهن ليس شرطاً في الدين فكذا القبض ليس شرطا في الرهن والرواية ضعيفة السند والا صح عندى عدم اشتراط القبض .

قال دام ظله : وهل له المطالبة به اشكال .

اقول: ينشأ (من) انه للاستيثاق ولا يتم الابه (و من) انه يحصل بمنع

---

(١) المائدة - ١ . (٢) البقرة - ٢٨٢ (٣) ك ب ٣ خبر ١ من كتاب الرهن

اذن الراهن فيه ولوقبض من دونه او اذن ثم رجع قبله او جن اواغمى عليه أومات قبله بطل ، ولايشترط الاستدامة فلو استرجعه صح و يكفى الاستصحاب فلو كان فى يد المرتهن لم يفتقر الى تجديد قبض ولامضى زمان يمكن فيه ولوباع من المستودع دخل فى ضمانه بمجرد البيع ، والاقرب زوال الضمان بالعقد لو كان غصباً (ويحتمل) الضمان لان الابتداء اضعف من الاستدامة و يمكن اجتماعه مع الرهن كما لوتعدى

المالك منه و بيعه له اما لوقلنا بأشتراطه لم يكن له الزام المالك بالاقباض لانه موقوف على لزوم الرهن الموقوف على القبض فيدوروهو باطل ، وقال فى المبسوط فى فصل بيع الخيار يلزم الراهن اقباضه .

قال دام ظله : والاقرب زوال الضمان بالعقد لو كان غصباً ويحتمل الضمان لان الابتداء اضعف من الاستدامة ويمكن اجتماعه مع الرهن كما لو تعدى المرتهن فيه (فلان)(١) لايرفع ابتداء الرهن دوام الضمان اولى .

اقول :وجه القرب ان سبب الضمان الغصب و قد زال بالا ذن فى ابقائه فى يده فيزول المسبب وهو للضمان وقال الشيخ فى الخلاف و المبسوط لايزول الضمان وقد ذكر المصنف وجهه و فى توجيهه نظر (والتحقيق) ان نقول اختلف المتكلمون فى احتياج الباقى الى المؤثر على قولين (احدهما) ان الباقى محتاج الى المؤثر فعلى هذا القول نقول ذهب كثير من الفقهاء الى اشتراط القبض فى صحة الرهن واجمع الكل على ان كلما يشترط فى صحته القبض فلا يصح القبض و لا يعتبر الا باذن المالك فاذا اقبض المالك زال الغصب وعدم السبب يستلزم عدم المسبب و لم يوجد سبب اخر للضمان فلايتحقق (واعلم) ان استدامة القبض كافية فى الرهن لقوله تعالى **فرهان مقبوضة (٢)** والمشتق يصدق مع بقاء المعنى (واما) على القول بان الباقى مستغن عن المؤثر يحتمل زوال الضمان بالرهن لدلالته على الاذن فى ابقائه فى يده فزال كونه ظلماً وهو سبب الضمان (ويحتمل) انلا يزول لان الباقى على القول باستغنائه لا يزول الا بضد و لم يوجد وعلى قول من لم يشترط القبض

---

(١) الفاء للتفريع ـ واللام للتاكيد ـ وان شرطية .

(٢) البقرة ـ ٢٨٢

المرتهن فيه ، فلان لايرفع ابتداء الرهن دوام الضمان اولى ، ولو اودع الغاصب او آجره فالاقرب زوال الضمان ، و فى العارية والتوكيل بالبيع والاعتاق نظر ، ولوابرىء الغاصب عن ضمان الغصب والمال فى يده فاشكال منشأه الابراء مما لم يجب و وجود سبب وجوبه لان الغصب سبب وجوب القيمة عند التلف ، و الاقرب انه

فى الرهن لا يزول الضمان الا بالاقباض المبتدا ان قلنا باستغناء الباقى او بالاذن ان قلنا باحتياجه .

قال دام ظله: ولواودع الغاصب اوآجره فالاقرب زوال الضمان .

اقول: وجه القرب انه جعله وديعة وهى امانة (و يحتمل) عدمه كما ذكر فى الرهن (والتحقيق) هنا ان الضمان يزول لانه اما ان يصح الوديعة اولا فان صحت فهى منافية للغصب ووجود احد المتنافيين يستلزم نفى الاخر وهى اقوى فى الاستيمان من الرهن لان المستودع نائب المالك فى الحفظ و يقبل قوله عليه فى الرد من غير بينة لان يده يده ولدلالة الايداع على الاستيمان و الاستنابة فى اليد وهما منافيان للغصب . والاقوى عندى زوال الضمان هنا وفى العارية لانه مأذون للمستأجر والمستعير فى التصرف فى العين وفى استيفاء المنافع .

قال دام ظله :وفى العارية والتوكيل بالبيع والاعتاق نظر.

اقول: ينشأ فى العارية من انه مأذون فى القبض صريحاً فزالت اليد العارية (ومن) الذى مر فى الرهن ولان العارية لم يناف الضمان لاجتماعها معه كالمضمونة (و اما فى التوكيل) فمن انه جعل يده كيده (ومن) حيث انه لايدل على التسليط على القبض و الامساك فالعارية اولى بالسقوط ولان التوكيل قد يكون بعوض فلا يكون يده للمالك مطلقا والاقوى عندى انه لايسقط الضمان بمجرد الاذن فيهما بل ولافى كل مالا يستلزم المأذون فيه اثبات اليد :

قال دام ظله : ولوابرىء الغاصب عن ضمان الغصب والمال فى يده فاشكال منشأه الابراء مما لم يجب ووجود سبب وجوبه لان الغصب سبب وجوب القيمة عند التلف و الاقرب انه لايبرء ولايصير يده يد امانة .

لايبرء ولايصير يده يدامانة ،اما المستعير المفرط اوالمشروط عليه الضمان اوالقابض بالسوم او الشراء الفاسد فالاقرب زوال الضمان عنهم بالارتهان لان ضمانهم اخف من ضمان الغاصب ، و لايجبر الراهن على الاقباض فلو رهن و لم يسلم لم يجبر عليه نعم لو كان شرطاً فى بيع فللبايع الخيار و كيفيته كما تقدم ، وانما يصح القبض من كامل التصرف وتجزى(تجرى - خ ل) فيه النيابة كالعقدلكن لايجوزللمرتهن استنابة الراهن ، وهل له استنابة عبد الراهن و مستولدته اشكال ينشأ (من) ان ايديهم يده ويستنيب مكاتبه ، وكل تصرف يزيل الملك قبل القبض فهورجوع كالبيع

اقول: ينشأ (من) ان الابراء عمالم يجب فلايصح (ومن) وجود سبب وجوبه لان الغصب سبب وجوب القيمة عند التلف ووجود السبب كوجود المسبب ، والاقوى الاول لان ازالة مالم يوجد لايمكن ولايمكن ان يكون المراد ان الابراء للمرتهن الغاصب لانه يكون منافياً لماذكره فيماسبق وان جعل المراد للراهن فيكون تفريعاً على ان مجرد الرهن لايبرء لانه لوبرىء بالرهن لكان الابراء بعده لغواً فذكرانه لوابرئه ايضاً لم يبرء بالابراء لوجود سبب الضمان.

قال دام ظله : واما المستعير المفرط اوالمشروط عليه الضمان اوالقابض بالسوم اوالشراء الفاسد فالاقرب زوال الضمان عنهم بالارتهان لان ضمانهم اخف من ضمان الغاصب .

اقول: يحتمل عدمه لماذكر فى الغصب ، والاقوى عندى زوال الضمان بالتفريط بالاقباض بالرهن ، واما العارية المقتضية للضمان فتبقى مادامت باقية وسقوط الضمان فى المقبوض بالسوم والبيع الفاسد.

قال دام ظله: وتجرى فيه النيابة كالعقد لكن لايجوز للمرتهن استنابة الراهن وهل له استنابة عبد الراهن ومستولدته اشكال ينشأ من ان ايديهم يده.

اقول: بهذا وجه عدم الجواز (ووجه) الجواز ان توكيله ليس توكيلا لمولاه ولااهلية التوكيل باذن المولى فليست يده يدمولاه فيما ينوب الغير فيه فلايلزم من توكيله تولى طرفى القبض بخلاف المولى .

والعتق والاصداق والرهن من آخرمع القبض والكتابة ،ويلحق به الاحبال وان لم يزل فلا كالوطى من دون احبال والتزويج والاجارة والتدبير ولو انقلب خمراً قبل القبض فالاقرب الخروج ولو عاد افتقر الى تجديد عقد بخلاف مالو انقلب خمراً بعد القبض فانه يخرج عن الرهن ثم يعود اليه عند العود خلا ، ولا يجوز اقباضه وهوخمر ولايحرم الامساك ولا العلاج ولا النقل الى الشمس ، ولورهن الغايب لم يصر رهناً حتى يقبضه هو اووكيله و يحكم على الراهن لواقر بالاقباض مالم يعلم كذبه فان ادعى المواطاة فله الاحلاف ، ولايجوز تسليم المشاع الاباذن الشريك ، فلو سلم بدونه ففى الاكتفاء به فى الانعقاد نظر اقربه ذلك للقبض وان تعدى فى غير الرهن ، ولورضى الراهن والمرتهن بكونها فيد الشريك جاز وناب عنه فى القبض ولو تنازع الشريك و المرتهن نصب الحاكم عدلا يكون فى يده لهما فيكون قبضاً عن المرتهن ؛ ولو تنازع الشريك والمرتهن فى امساكه انتزعه الحاكم وآجره ان كان له اجرة ثم قسمها والا استأ من من شاء ولوحجرعليه لفلس لم يكن له الاقباض

قال دام ظله: فلوانقلب خمراً قبل القبض فالاقرب الخروج.

اقول: وجه القرب ان ما بقى ركن من اركان العقد يكون فى حكم ابتداء التصرف ويشترط شروطه فاذا كان القبض شرطاً فى صحته كان ركناً من اركانه فيشترط فى حال ثبوته شرائط صحته ابتداء التصرف ويمنعه مانعه والخمر لايصح ابتداء التصرف عليه فيبطل لانه متى تخلل بين اركان العقد مبطل الملك بطل هذا مذهب الشيخ وابى الصلاح ويحتمل عود الرهن لعود الملك لانه تابع له وقد عاد فيعود والاصح عندى البطلان !

قال دام ظله : ولايجوز تسليم المشاع الاباذن الشريك فلوسلم بدونه ففى الاكتفاء به فى الانعقاد نظر اقربه ذلك للقبض وان تعدى فى غير الرهن.

اقول: ويحتمل عدمه لان شرط البايع سايغ وهذا غيرسائغ والتحقيق ان هذا الخلاف راجع الى ان النهى فى غير العبادات هل يدل على الفساد ام لا والاصح عندى على القول باشتراط القبض الصحة هنا :

لاشتماله على تخصيص بعض الغرماء ، ولو كانا ساكنين فى الرهن فخلى بينه وبينها صح القبض مع خروج الراهن ، ولواختلفا فى القبض قدم قول من هوفى يده . و لوا ختلفا فى الاذن احتمل ذلك و تصديق الراهن مع اليمين ولوتلف بعض الرهن قبل القبض و كان الرهن شرطاً فى البيع تخير البايع بين الفسخ والقبول للباقى و ليس له المطالبة ببدل التالف ويكون الباقى رهناً بجميع الثمن ولاخيار لوتلف بعد القبض ، و كذا يتخير البايع لوتعيبت العين قبل القبض كانهدام الدار وهذه الفروع كلها ساقطة عندنا لعدم اشتراط القبض نعم لوشرطه وجب .

فروع

(ا) لوشرطا وضعه على يدغير هما لزم ويشترط فيه كونه ممن يجوز توكيله وهو الجائز التصرف وان كان كافراً اوفاسقاً اومكاتباً لكن بجعل لاصبياً ولاعبداً الاباذن مولاه (ب) لوجعلاه على يدعدلين جاز وليس لاحدهما التفرد به ولابعضه ، ولو سلمه احدهما الى الاخر ضمن النصف ويحتمل ان يضمن كل منهما الجميع ففى استقراره على ايهما اشكال (ج) ليس لاحدهما ولاللحاكم نقله عن العدل الذى اتفقاعليه مادام

قال دام ظله : ولواختلفا فى القبض قدم قول من هوفى يده ولواختلفا فى الاذن احتمل ذلك و تصديق قول الراهن مع اليمين .

اقول: اشار بقوله ذلك الى تقديم قول من هوفى يده ووجهه انه ان كان فى يدالراهن فالاصل عدم الاذن وان كان فى يدالمرتهن فالاصل صحة العقد والقبض ووجه الثانى اصالة عدم الاذن !

قال دام ظله : ولوجعلاه على يد عدلين جاز وليس لاحدهما التفرد به ولابعضه ولوسلمه احدهما الى الاخر ضمن النصف ويحتمل ان يضمن كل منهما الجميع ففى استقراره على أيهما اشكال .

اقول: وجه الاول وجوب عوض واحد له وهما متساويان فى سبب الضمان لان كلامنهما مفرط ومتعد فعلى كل واحد منهما النصف مستقراً عليه (ووجه الثانى) ان كلا منهما مستودع للجميع و لكل جزء منضماً الى الآخر ولهذا لايصح الاقتسام فاذا

علی العدالة ولم یحدث له عداوة ، ولواتفقا علی النقل جاز فان تغیرت حاله اجیب طالب النقل فان اتفقا علی غیره والاوضعه الحاکم عند ثقة . ولوا ختلفا فی التغییر عمل الحاکم علی مایظهر له بعدالبحث ، ولو کان فی ید المرتهن فتغیرت حاله فی النفقة اوالحفظ نقله الحاکم الی ثقة ، ولومات العدل نقلاه الی من یتفقان علیه فان اختلفا نقله الحاکم و لو کان المرتهن اثنین فمات احدهما ضم الحاکم الی الاخر عدلا للحفظ (د) للعدل رده علیهما لاعلی احدهما الاباتفاق الاخراوالی من یتفقان علیه ویجب علیهما قبوله ولو سلمه الی الحاکم اوالی امین مع وجودهما وقبولهما للقبض من غیر اذن ضمن فان اختفیا عنه سلمه الی الحاکم و لو کانا غایبین او احدهما لم یجز له تسلیمه الی الحاکم ولاغیره من غیر ضرورة فیضمن ومع الحاجة یسلمه الی الحاکم اوالی من یأذن له فان سلمه الی الثقة من غیر اذن الحاکم ضمن و لو تعذر الحاکم وافتقر الی الایداع اودع من ثقة ولاضمان (ه) لولم یمتنعا من القبض فدفعه الی عدل بغیر اذنهما ضمن ولواذن له الحاکم ضمن ایضا لانتفاء و لاینه عن غیر الممتنع ویضمن القابض ایضاً ،ولوامتنعالم یضمن بالدفع الی العدل مع الحاجة و تعذر الحاکم فان امتنع احدهما فدفعه الی الاخر ضمن ، والفرق ان العدل یقبض لهما والاخر یقبض لنفسه (و) لو امر العدل بالبیع عند الحلول فله ذلك و للراهن فسخ الوکالة الاان یکون شرطاً فی عقد الرهن ؛ ولیس للمرتهن عزله لان العدل وکیل الراهن لکن لیس له البیع الاباذنه ولو لم یعز لاه لم یبع عند الحلول الابتجدید اذن المرتهن لان البیع لحقه فلم یجز حتی یاذن فیه ، ولا یفتقر الی تجدید اذن الراهن

سلم احدهما فرط فی الجمیع من حیث اخلاء نظره ، ومنشأ الاشکال فی الاستقرار ان یدمثبت الید عادیة والاخر تارك للحفظ ومتعد بالتسلیم الی الثانی والید العادیة اقوی فی الضمان من تارك الحفظ وهواولی بالاستقرار مع التعارض فکان الاول کالمباشر والثانی کالسبب (لان) الشارع ساواهما فی سببیة الضمان مع المباشرة والسببیة للاتلاف والاول اقوی فیساوی الاقوی (ولان) الضمان واثبات الید وجودیان و ترك الحفظ عدمی وسببیة الوجودی للوجودی اقوی واولی من سببیة العدمی له ، واما تسلیمه الید

ولو اتلف الرهن اجنبى فعليه القيمة تكون رهناً فى يد العدل وله المطالبة بها وهل له بيعها بالاذن فى بيع الاصل الاقرب المنع (ز) لو عينا له ثمناً لم يجز له التعدى فان اختلفا لم يلتفت اليهما اذ للراهن حق ملكية الثمن وللمرتهن حق الوثيقة فيبيعه بامر الحاكم بنقد البلد وافق الحق او قول احدهما اولا فان تعدد فبالاغلب فان تساويا فبمساوى الحق و ان باينهما عين له الحاكم ، ولو باعه نسية لم يصح الا باذن (ح) كل موضع يحكم فيه ببطلان البيع يجب رد المبيع فان تلف تخير المرتهن فى الرجوع على من شاء من العدل والمشترى بالاقل من الدين والقيمة لانه يقبض قيمة الرهن مستوفياً لحقه لا رهناً فان فضل من القيمة عن الدين فللراهن الرجوع به على من شاء من العدل والمشترى ، ولو استوفى المرتهن من الراهن دينه رجع الراهن بالقيمة على

فاليد العادية سبب سببية التضمين بالتسليم مع كونها علة تامة فى التضمين فكانت اقوى واولى فى التضمين من التسليم (ولان) الوديعة لا تستعقب الضمان للمودع لان يد المستودع ليست عادية بالنسبة اليه ولا مضمونة له بغير العدوان كالغاصب من الغاصب فانه ازال تمكينه من الدفع الى المالك والمشترى العالم من الغاصب فانه انما اثبت يده بعوض للغاصب فقد جعلها مضمونة له و غير ذلك ويده مساوية ليده لانها استنابة فى الحفظ فضمان تلفها كضمان تلف يده فلا يضمن مثبت اليد للدافع اليه مع تضمين الدافع ولا بالعكس (ولان) كل واحد منها سبب تام فى التفريط والضمان من غير التفاوت الى الاخر فان المسلم بمجرد ترك حفظه يضمن سواء اثبت الاخر يده متفردة اولا واثبات الاخر يده متفردة سبب تام فى التضمين سواء فرض كون الاخر مسلماً اولا فلا يرجع احدهما على الاخر فيستقر الضمان على من ضمنه المالك منهما وهو الاصح عندى .

قال دام ظله: ولو اتلف الرهن اجنبى فعليه القيمة يكون رهناً فى يد العدل وله المطالبة بها وهل له بيعها بالاذن فى بيع الاصل الاقرب المنع.

اقول: وجه القرب ان المأذون فى بيعه قد تلف فيبطل الاذن لان الوكالة تبطل بتلف متعلقها وقيمة غيره ويحتمل الجواز لانه انما اذن فى الحقيقة فى قضاء دينه بما يتعلق الرهن به وخصوصية العين تابعة والاقوى المنع .

من شاء ومتى ضمن العدل رجع به على المشترى ولا يرجع المشترى عليه لوضمن (ط) لوعينا له قدراً لم يجز بيعه باقل ، ولو اطلقا باع بثمن المثل او بزيادة خاصة ولوباع باقل مما لايتغابن الناس به بطل البيع وضمن ولو كان ممايتغابن به صح و لاضمان (ى) لوتلف الثمن فى يده من غير تفريط فلاضمان ، والاقرب انه من ضمان الراهن لانه وكيله (ويحتمل) المرتهن لان البيع لاجله و يقبل قوله مع اليمين لو ادعى التلف،ولوادعى قبضه من المشترى وخالفاه احتمل المساواة لانه امين فيبرء بيمينه دون المشترى وتقديم قولهما لانهما منكران (يا) لوخرج الرهن مستحقا فالعهدة على الراهن لاالعدل ان علم المشترى بوكالته فان علم بعد تلف الثمن فى يده رجع على الراهن،ولو علم بعد دفع الثمن الى المرتهن رجع المشترى عليه لاعلى العدل،ولورده بعيب رجع على الراهن خاصة لان العدل وكيل والمرتهن قبض بحق ، ولولم يعلم المشترى بوكالة العدل حالة البيع فله الرجوع على العدل ويرجع العدل على الراهن ان اعترف بالعيب اوقامت به بينة فان انكر فالقول قول العدل مع يمينه فان نكل فحلف المشترى رجع على العدل ولايرجع العدل على الراهن لاعترافه بالظلم (يب) لوتلف العبد فى يد المشترى ثم بان مستحقا قبل اداء الثمن رجع المالك على من شاء من الغاصب والعدل والمرتهن القابض والمشترى ، ويستقر الضمان على المشترى للتلف فى يده ، ولولم يعلم بالغصب

قال دام ظله : ولو تلف الثمن فى يده من غير تفريط فلاضمان والاقرب انه من ضمان الراهن لانه وكيله ويحتمل المرتهن لان البيع لاجله .

اقول: العدل امين لاضمان عليه وهل التلف من الراهن او المرتهن يحتمل الاول لانه وكيله فى البيع والقبض ويحتمل المرتهن لان البيع لاجله فيكون وكيله فى قبض الثمن وفيه نظر والاصح الاول لانه لايلزم من كون البيع لاجله كونه وكيله فى القبض .

قال دام ظله : ولوادعى قبضه من المشترى وخالفاه احتمل المساوات لانه امين فيبرء بيمينه دون المشترى وتقديم قولهما لانهما منكران (اقول) الحق الاول .

استقر الضمان على الغاصب (يج) لوادعى العدل دفع الثمن الى المرتهن قبل قوله فى حق الراهن لانه وكيله على اشكال ولايقبل فى حق المرتهن لانه وكيله فى الحفظ خاصة فلايقبل فى غيره كما لو وكل رجلا فى قضاء دين فادعى تسليمه الى صاحب الدين (ويحتمل) قبول قوله على المرتهن فى اسقاط الضمان عن نفسه لاعن غيره فعلى هذا لوحلف العدل سقط الضمان عنه ولم يثبت على المرتهن انه قبضه (وعلى الاول) يحلف المرتهن فيرجع على من شاء فان رجع على العدل لم يرجع العدل على الراهن لاعترافه بالظلم وان رجع على الراهن لم يرجع على العدل ان كان دفعه بحضرته او ببينة ماتت اوغابت لعدم التفريط فى القضاء و الارجع على اشكال منشأه التفريط

قال دام ظله: لوادعى العدل دفع الثمن الى المرتهن قبل قوله فى حق الراهن لانه وكيله على اشكال .

اقول: هذا الاشكال راجع الى مسئلتين (احديهما) ان الوكيل اذا ادعى الدفع الى من اذن له فى الدفع اليه (فهل) يكون القول قوله (ام لا) وسيأتى (الثانية) ان الوكيل فى الدفع اذا دفع من غير اشهاد هل يكون ضامناً ام لا هذا اذا لم يشهد ولو ادعى اشهاد من مات اوغاب اوفسق والبناء على المسئلة الاولى لاغير ، والاصح عندى تقديم قوله لانه امين .

قال دام ظله : ولايقبل فى حق المرتهن لانه وكيله فى الحفظ خاصة فلايقبل فى غيره كما لو وكل رجلا فى قضاء دين فادعى تسليمه الى صاحب الدين ويحتمل قبول قوله على المرتهن فى اسقاط الضمان عن نفسه لاعن غيره فعلى هذا ان حلف العدل سقط الضمان عنه ولم يثبت على المرتهن انه قبضه .

اقول: وجه هذا الاحتمال انه امين فيقبل قوله فى اسقاط الضمان عن نفسه كالمودع فى رد الوديعة وهذا هو الاصح عندى .

قال دام ظله : وعلى الاول يحلف المرتهن فيرجع على من شاء فان رجع على العدل لم يرجع العدل على الراهن لاعترافه بالظلم وان رجع على

و کونه امیناً له (و ـخ)الیمین علیه ان کذّبه(ید)لو غصبه المرتهن من العدل ثم اعاده الیه زال الضمان عنه .

الفصل السادس فی اللواحق

لو مات المرتهن ولم یعلم الرهن کان کسبیل ماله ، ویجوز للمرتهن ابتیاع الرهن فان کان و کیلا فالاقرب جواز بیعه من نفسه بثمن المثل و حق المرتهن اقدم فی حق الحی و المیت ، فان قصر الثمن ضرب بفاضل دینه مع الغرماء ، و الرهن امانة فی یده لا یضمن الا بالتفریط ، و لا یسقط من دینه شیء فان تصرف برکوب اوسکنی اولبن و شبهه فعلیه الاجرة والمثل (۱) ویقاصّ فی المؤنة فان تلف ضمن قیمته ان لم یکن مثلیاً (قیل) یوم قبضه (وقیل) یوم هلاکه (وقیل) الارفع ولو علم

الراهن لم یرجع علی العدل وان کان دفعه بحضرته أو بینة ماتت اوغابت لعدم التفریط فی القضاء والارجع علی اشکال منشأه التفریط وکونه امیناً له الیمین علیه ان کذبه .

اقول: هذا الاشکال یرجع الی ان وکیل القضاء اذا لم یشهد هل یکون مفرطاً لکونه وکیلا فی الابراء ظاهراً وباطناً بحیث ینقطع عنه الدعوی اولا یکون مفرطا لانه وکیله فی الابراء وقد فعل والاقوی عندی الاول فیکون ضامناً .

قال دام ظله : فان کان وکیلا فالاقرب جواز بیعه من نفسه بثمن المثل.

اقول: یأتی فی جواز بیع الوکیل من نفسه .

قال دام ظله : فأن تلف ضمن قیمته ان لم یکن مثلیاً (قیل) یوم قبضه (وقیل) یوم هلاکه و(قیل) الارفع .

اقول: الاول اختیار المصنف و ابی القاسم ابن سعید و الثانی قول الشیخین فی النهایة و المقنعة وسلار فی الرسالة . والثالث قول الشیخ فی المبسوط ، و هو الاقوی عندی : ولابن الجنید قول رابع انه یضمن اعلی القیم من یوم هلاکه الی یوم یحکم علیه بقیمته.

---

(۱) النشر علی ترتیب اللف .

جحود الوارث استقل بالاستيفاء ولواعترف بالرهن لم يصدق فى الدين الا بالبينة وله احلاف الوارث على عدم العلم، ويجب على المرتهن بالوطى العشر او نصفه ولو طاوعت فلاشيء ، ولوشرط كون الرهن مبيعاً عند تعذر الاداء بعد الحلول بطلا فان تلف قبل مدة الحلول لم يضمن ولو تلف بعدها ضمن وفوايد الرهن للراهن ولاتدخل فيه ان كانت موجودة ، والاقرب عدم دخول المتجددة الامع الشرط اوكانت منصلة، ولوادى مايخص احد الرهنين لم يجز امساكه بالآخر ولا بالخالى،ويقدم قول الدافع ولاتدخل الثمرة غير المؤبرة فى رهن النخلة ولاالشجر فى رهن الارض وان قال بحقوقها الامع الشرط وكذا ماينبت بعد رهنها سواء انبته الله تعالى اوالراهن اواجنبى الا ان يكون الغرس من الشجر المرهون، وفى دخول الاس تحت الجدار والمغرس تحت الشجرو

قال دام ظله : و الاقرب عدم دخول المتجددة الا مع الشرط او كانت متصلة .

اقول: هذا قول الشيخ فى الخلاف والمبسوط للاصل ولمارواه اسحاق بن عمار فى الصحيح عن ابى ابراهيم عليه السلام قال قلت له فان رهن داراً لها غلة لمن الغلة قال لصاحب الدار . (١) ولقائل ان يقول لا دلالة فيه لان كونه لصاحب الدار لاينافى كونه رهناً ،وقال الشيخ فى النهاية بدخوله ، وبه قال المفيد وابن الجنيد وابو الصلاح وابن ادريس و ابن البراج و ابن حمزة ، وادعى ابن ادريس الاجماع ولم يثبت والاقوى عندى انه لايدخل الا بالشرط.

قال دام ظله : و فى دخول الاس تحت الجدار و المغرس تحت الشجر واللبن فى الضرع والصوف المستجز على ظهر الحيوان واغصان الشجر نظر.

اقول :اما الاس والمغرس فمنشأ النظر فيهما من حيث ان منفعتهما لايتم الا بهما (ومن) انه ليس(ليساـخ)جزء منهما والاصل عدمه ولانه لايدخل فى البيع فلا يدخل فى الرهن لانه اضعف من البيع واما اللبن فى الضرع فمنشأ النظر فيه من حيث انه

---

(١) ئل ب٨ خبر١ من كتاب الرهن.

اللبن فی الضرع والصوف المستجز علی ظهر الحیوان واغصان الشجر نظر، والاقرب جواز اجبار الراهن علی الازالة، ولو رهن مایمتزج بغیره کلقطة من البادنجان صح ان کان الحق یحل قبل تجدد الثانیة او بعدها وان لم یتمیز علی رأی، ویقدم حق المجنی

فی حکم الثمرة (و من) انه من الفضلات غیر المنفصلة الباطنة فیکون تابعاً ، و اما الصوف المستجز بکسر الجیم فمنشأ النظر فیه من حیث انه من الاجزاء فکان کالاغصان لانه کالاغصان و الاوراق فیکون تابعاً (ومن) حیث انه کالثمار لان العادة فیه الجز للانتفاع ، و اما اغصان الشجر فالمراد منها هنا الاغصان التی تفصل غالباً کالیابس من سعف النخل واغصان الخلاف ، ومنشأ النظر فیها (من) حیث اعتیاد قطعها فصارت کالثمرة (ومن) انها جزء فیکون تابعة و الضابط انه یدخل فی الرهن ما یدل علیه اللفظ بالمطابقة والتضمن من الاجزاء الحقیقیة اوالعرفیة ومالایمکن وجود المرهون الا مصاحباً له وهوشرط وجوده فأن المرتهن یستحق مصاحبته و ان لم یقل بحقوقه ولا یدخل فی الرهن لان الرهن للاستیثاق یتوقف علی استمرار وجوده مملوکاً و امکان بیعه مادام الرهن ولایتم الا بذلك ، والاصل فیه ان ما ینافی الشرط ینافی المشروط و اثبات احد المتنافیین یوجب انتفاء الاخر.

قال دام ظله : والاقرب جواز اجبار الراهن علی الازالة .

اقول: وجه القرب ان بقاء ماله علی الرهن تصرف فیه و هو ممنوع منه کالمتاع الذی وضعه فی الدار ولتضرر الاصل بالثمرة (ویحتمل) عدمه للاصل ولانه تصرف فی المنافع وهی لم تدخل فی الرهن ویفرق بینه وبین المتاع بان اصل کون المتاع منه فهو سبب فی بقائه فان فاعل الحدوث سبب ما للبقاء فهذا البقاء منه وله بخلاف الثمرة فانه ابقاء له و لیس منه و نمنع تسا ویهما فلا یلزم من وجوب ازالة الاول وجوب ازالة الثانی ، و الحق عندی وجوب ازالتها عند انتهائها عادة.

قال دام ظله : و لو رهن ما یمتزج بغیره کلقطة من البادنجان صح ان کان الحق یحل قبل تجدد الثانیة او بعدها و ان لم یتمیز علی رای.

اقول: قال الشیخ فی المبسوط ان کان الحق متأخراً الی اجل یحصل معه

عليه وان تأخر على حق المرتهن فيقتص فى العمد اويسترق الجميع اومساوى حقه فالباقى رهن، وفى الخطاء ان فكه مولاه فالرهن بحاله وان سلمه فللمجنى عليه استرقاقه وبيعه اوبيع مساوى حقه فالباقى رهن ، ولوجرح مولاه عمداً اقتص ولايخرج عن الرهن وان قتله فللورثة قتله والعفو فيبقى رهناً ، ولوجرح خطئاًولم يثبت لمولاه عليه شيء فيبقى الرهن بحاله، ولوجنى على مورث المالك فللمالك القصاص اوالافتكاك من الرهن فيه، وفى الخطاء مع الاستيعاب والمقابل مع عدمه فالباقى رهن ،ولو جنى على عبد مولاه فكمولاه الاان يكون رهناً من غير المرتهن فله قتله و يبطل حق المرتهن و العفو على مال فيتعلق به حق المرتهن الآخر ولوعفى بغير مال فكعفو المحجور ، ولو اوجبت ارشاً فللثانى ولواتحد المرتهن وتغاير الدين فله بيعه وجعل ثمنه رهناً بالدين الآخر، وفى الخطاء مع الاستيعاب و المقابل مع عدمه فالباقى رهن و يتعلق الرهن بالقيمة لواتلفه المرتهن اواجنبى ولايتعلق بها الوكالة ، ولوصارت البيضة فرخاً و الحب زرعاً فالرهن بحاله و اذا لزم الرهن استحق المرتهن ادامة اليدوعلى الراهن مؤنة المرهون ؛ واجرة الاصطبل وعلف الدابة وسقى الاشجار ومؤنة الجذاذ من خاص ماله ، ولايمنع من الفصد والحجامة والختان ويمنع من قطع السلع (١) ، ولو رهن الغاصب فللمالك تضمين من شاء ويستقر على الغاصب وكذا المودع والمستاجر والمستعير من الغاصب : هذا ان جهلوا ولوعلموالم يرجعوا عليه واحكام الوثيقة كماتثبت فى الرهن تثبت فى بدله الواجب بالجناية على المرهون والخصم فى بدل الرهن الراهن،

اختلاط الرهن بغيره بحيث لايتميز بطل لتعذر الاستيفاء منه لجهله ولانه يصدق كلما صح رهنه صح بيعه عند الاجل ويلزمه كلما لم يصح بيعه عند الاجل لم يصح رهنه و هذا لايصح بيعه عند الاجل لجهله واختار المصنف الصحة ويكون حكمه حكم الاملاك الممتزجة وهو الاقوى عندى .

قال دام ظله : والخصم فى بدل الرهن الراهن فان امتنع فالاقرب ان للمرتهن ان يخاصم .

---

(١) السلع بكسر السين وفتح اللام زيادة تحدث فى الجسد كالثدى ـ صحاح ـ

فان امتنع فالاقرب ان للمرتهن انيخاصم ، ولونكل الغريم حلف الراهن فان نكل ففی احلاف المرتهن نظر، فان عفا الراهن فالاقرب اخذ المال فی الحال لحق المرتهن

قول: وجه القرب تعلق حقه بها فكان له المطالبة بهـا ولانه لولم يكن له المطالبة لم يكن اه المطالبة اذا كان الجـانی سيده والتالی باطل فالمقدم مثله بيـان الملازمة انه لولم يكن المطالبة الا للمالك لا المرتهن لم يكن له مطالبة المـالك اذا كان جانياً لانه لايستحق علی نفسه فلايطالب نفسه ولان حقه اما ان يتوقف تعلقه و استحقاق مطالبته بها علی قبض المـالك واستحقاق المالك لها اولا والاول يستلزم عدم مطالبة المالك لعدم استحقاق المالك علی نفسه و ان كان الثانی فهو المطلوب و بيان بطلان التالی الاجماع (ويحتمل) ضعيفاً عدمه لانه اثبات لحق غيره والاقوی عندی الاول .

قـال دام ظله : ولو نكل الغريم حلف الراهن فان نكل ففی احلاف المرتهن نظر .

اقول: ينشأ (من) ان اثبات حق المرتهن مع عدم ملكية المالك هنا ممـالا يجتمعان والثانی ثـابت فينتفی الاول ، وامـا الثانی فلان الرهن هنا تابع لملكية الراهن لايمكن ثبوته بدونها و كل تابع كذلك فوجوده مع عدم المتبوع لايجتمعان صدقاً ضرورة ؛ واما ثبوت الثانی وهو عدم ملكية الراهن فلانه لو ثبت لملك بيمين غيره وهو محال لما تقرر عندهم (ومن) حيث ان له حقا لايمكن اثباته الا بيمينه ولا يجوز ابطال الحق ، والاقوی الاول لان الرهن متأخر عن ملكية الراهن فلايمكن تقدمه عليه .

قال دام ظله : فان عفا الراهن فالاقرب اخذ المـال فی الحـال لحق المرتهن فان انفك ظهر صحة العفو والافلا .

اقول: وجه القرب انه جمع بين الحقين و لانه لامانع الا حق المرتهن فاذ انفك انتفی المانع (والتحقيق) ان الامور العدمية لاتوصف بأنها موقوفة بل يكون مراعاة وما يدل علی صحتها كاشف والكاشف هو دليل علی سبق العلة المؤثرة التامة

فان انفك ظهر صحة العفو والافلا ولو ابرأ المرتهن لم يصح ، والاقرب بقاء حقه فان الابراء الفاسد يفسد ما يتضمنه كما لو وهب الرهن من غيره ولو اعتاض عن الدين ارتفع الرهن ، ولو ادى بعض الدين بقى كل المرهون رهناً بالباقى على اشكال اقربه ذلك ان شرط كون الرهن رهناً على الدين وعلى كل جزء منه ، ولو رهن عبدين فكل

واما الموقوف عليه فهو من تمام العلة اعنى علة الصحة او اللزوم ولهذا قال المصنف ظهر صحة العفو (ويحتمل) بطلانه (لان) الراهن ممنوع من التصرف فى الرهن شرعاً ومعنى المنع بطلان تصرفه لانه لا يتم فائدة المنع الا به (ولان) حق المرتهن وصحة تصرف الراهن بغير اذنه متنافيان وحق المرتهن متعلق به فلم يصح عفو الراهن عنه كهبة الرهن نفسه قال المصنف ويحتمل صحة العفو ويضمن الراهن للجانى مع عدم الفك لان ماله ذهب فى قضاء دينه فلزمه غرامته كما لو استعاره للرهن .

قال دام ظله : ولو ابرء المرتهن لم يصح والاقرب بقاء حقه الى آخره

اقول: وجه القرب ان ثبوت الحكم اما بالنص عليه او باثبات علته او ملزومه والكل منتف (اما الاول) فلانه لم يصرح باسقاط حقه (واما الثانى) فلان ابراء المرتهن لا ينفذ لانه تصرف فى ملك الغير فلم يثبت العلة فلم يقع نفيه (واما الثالث) فظاهر اذ لا ملزوم هنا (ويحتمل) السقوط لان ابرائه ابلغ فى اسقاط حقه من الصيغة المصرحة به لانه حكم بنفى العلة التى هى استحقاق المال فى ذمته والحكم بانتفاء العلة ابلغ فى نفى المعلول وهو تعلق حق الرهانة به من الحكم بنفيه خاصة من دون الحكم بنفى علته لان الاول لمى .

قال دام ظله : ولو ادى بعض الدين بقى كل المرهون رهنا بالباقى على اشكال اقربه ذلك ان كان شرط كون الرهن رهنا على الدين وعلى كل جزء منه.

اقول: ينشأ من ان كل واحد من الاجزاء اما ان يكون مرهونا اولا ، والثانى محال قطعاً ، والاول اما على جزء يقتضيه التقسيط من الدين خاصة او على كل الدين ، والاول باطل والا لكان اذا تلف جزء من المرهون لا يبقى الباقى رهناً الا على جزء يقتضيه الحساب وهو باطل قطعاً فتعين الثانى وهو المطلوب (ويحتمل) عدمه لانه انما

منهما رهن بالجميع الآن بتعدد العقد و الصفقة او مستحق الدين او المستحق عليه ولااعتبار بتعدد الوكيل ولاالمالك فی المرهون المستعار من شخصين ، ولودفع احد الوارثين نصف الدين لم ينفك نصيبه على اشكال اما لو تعلق الدين بالتركة فادى احدهما نصيبه فالاقرب انفكاك حصته اذلا رهن حقيقی هنا ؛ واذا انفك نصيب احد مالكی المرهون فاراد القسمة قاسم المرتهن بعد اذن الشريك سواء كان مما يقسم بالاجزاء كالمكيل والموزون اولا كالعبيد ، واذا قال المالك بع الرهن لی و استوف الثمن لی ثم اقبضه لنفسك فالاقرب صحة الجميع لكن لايكفی فی الاستيفاء لنفسه مجرد الامساك بل لابد من وزن جديد او كيل لان قوله ثم استوف لنفسك يقتضی

نص فی الرهن بالمجموع علی المجموع والاصل عدمه فی الاجزاء ولم ينص عليها فلا يثبت علی المجموع ولابدوان تكون مرهونة فتكون بالاجزاء علی حسب ما يقتضيه الحساب ، والاقوی عندی اختيار المصنف وهوانه ان شرط رهنه علی كل جزء فی العقد كان كذلك والافالتقسيط .

قال دام ظله : ولودفع احد الوارثين نصف الدين لم ينفك نصيبه علی اشكال .

اقول: منشأه انفراد كل بملكه وحصته من الدين (ومن) انه لم يكن قبل ذلك كذلك و هذه المسئلة مبنية علی المتقدمة و الا قوی عندی ما هو الاقرب عند المصنف .

قال دام ظله: امالو تعلق الدين بالتركة فادی احدهما نصيبه فالاقرب انفكاك حصته اذلارهن حقيقی هنا .

اقول : ويحتمل عدمه لانه لاميراث الا بعد اداء الدين كله .

قال دام ظله : واذا قال المالك بع الرهن لی و استوف الثمن لی ثم اقبضه لنفسك فالاقرب صحة الجميع الی اخره .

اقول : وجه القرب ما تقدم فی جواز تولی طرفی القبض فی البيع و هذه المسئلة قدتقدمت .

الامر بتجديد فعل ولو قال بعه لي واقبضه لنفسك صح البيع دون القبض لانه لم يصح قبض الراهن لكن ما قبضه يكون مضموناً عليه فان القبض الفاسد يشابه الصحيح في الضمان ، ولو قال بعه لنفسك بطل الاذن لانه لايتصوران يبيع ملك غيره لنفسه ، و لو قال بع مطلقا صح :

الفصل السابع في التنازع

لواختلفا في عقد الرهن قدم قول الراهن مع يمينه ولو ادعى دخول النخل في رهن الارض قدم قول الراهن في انكار الدخول والوجود عند الرهن فان كذبه الحس واصر جعلنا كلا وردت اليمين على المرتهن وان عدل الى نفي الرهن حلف ، و لو ادعى عليهما رهن عبدهما فلاحدهما اذا صدقه ان يشهد على الاخر مالم يجر نفعاً بان يشهد بالرهن على الدين وعلى كل جزء منه ولو كذبه كل منهما عن نصيبه وشهد على شريكه لم يقبل شهادتهما لزعمه انهما كاذبان الاان تقول الصغيرة لاتطعن في العدالة و الكذب منها ، ولو ادعيا على واحد رهن عبده عندهما فصدق احدهما خاصة فنصفه مرهون عند المصدق فلو شهد الآخر فاشكال ينشأ من تشارك الشريكين المدعيين حقاً فيما يصدق الغريم احدهما عليه اولا فان قلنا بالتشريك لم يقبل والا قبلت، ولو اختلفا في متاع فادعى احدهما انه رهن وقال المالك وديعة قدم قول المالك مع اليمين على

الفصل السابع في التنازع

قال دام ظله : ولو ادعيا على واحد رهن عبده (الى قوله) والا قبلت.

اقول : هذا يأتي في باب الدعاوى فنقول هيهنا انهما متساويان في كل جزء يفرض ليس احدهما اولى به من الاخر و لاستحقاق كل منهما النصف مشاعاً من غير مشاركة لسماع دعواه وحده وبينته فيه والحق الاول .

قال دام ظله: ولو اختلفا في متاع فادعى احدهما انه رهن وقال المالك وديعة قدم قول المالك مع اليمين على رأى .

اقول : ما اختاره هنا مذهب الشيخ في النهاية و الخلاف و المبسوط و ابن البراج و ابن ادريس للاصل وقال الصدوق في المقنع و الشيخ في الاستبصار على

رأى ، ولوقال الرهن (هو-خ)العبد فقال بل الجارية بطل رهن ما ينكره المرتهن و حلف الراهن على الآخروخلصا عن الرهن ، اما لوادعى البايع اشتراط رهن العبد على الثمن فقال المشترى بل الجارية (احتمل) تقديم قول الراهن ، وهوالاقوى (و التحالف) وفسخ البيع ، ولوقال رهنت العبد فقال بل هو والجارية قدم قول الراهن ولوقال دفعت ماعلى الرهن من الدينين صدق مع اليمين دون صاحبه ، اما لو انكر الغريم القبض قدم قوله ولافرق بين الاختلاف فى مجرد النية اوفى اللفظ ولوقال لم انو عند التسليم احدالدينين احتمل التوزيع وان يقال له اصرف الاداء الان الى ماشئت

صاحب الوديعة البينة فان لم يكن له بينة حلف صاحب الرهن ، لقول ابى عبدالله عليه السلام لما سئل عن متاع فى يد رجلين يقول احدهما استود عتكه و الا خريقول هو رهن القول قول الذى يقول انه رهن عندى الا ان ياتى الذى ادعاه انه او دعه بشهود ، (١) و الاقوى الاول لعموم قوله عليه السلام واليمين على من انكر(٢) (و لان) الرهن خلاف الاصل لانه حادث و الاصل بقاء العدم الازلى

قال دام ظله : اما لو ادعى البايع اشتراط رهن العبد على الثمن فقال المشترى بل الجارية احتمل تقديم قول الراهن وهو الاقوى والتحالف و فسخ البيع .

اقول : وجه القوة خروج الجارية بانكار المرتهن وبقاء التداعى فى العبد و القول قول منكر الرهن (ولانه) لايمين على منكر رهن الجارية لانه لايعقل يمين على ما يكفى فى تحقق مقتضى الانكار نفس الانكار فيبقى العبد و القول قول الراهن فيه (و وجه) التحالف ان الثمن يختلف باختلاف الشرط فكان كالا ختلاف فيه و الاصح الاول .

قال دام ظله :ولوقال له انو عند التسليم احدالدينين احتمل التوزيع وان يقال له اصرف الاداء الان الى ماشئت .

---

(١) ئل ب١٦ خبر ٣ من كتاب الرهن.

(٢) ئل ب٢٤ خبر ٣ من ابواب كيفية الحكم.

و كذا نظائره كما لو تبايع مشركان درهماً بدرهمين و سلم مشترى الدرهم درهماً ثم اسلما فان قصد تسليمه عن الفضل فعليه الاصل وان قصد عن الاصل فلا شيء عليه و ان قصدهما وزع و(يسقط)(سقط ـ خ ل) ما بقي من الفضل وان لم يقصد فالوجهان، ولو كان لزيد عليه مأة ولعمرو مثلها ووكلا من يقبض لهما فدفع المديون لزيد اولعمرو فذاك والا فالوجهان ، ولو اخذ من المماطل قهراً فالاعتبار بنية الدافع ويحتمل(بنية ـ خ)

اقول : وجه الاول انه قد وقع صحيحاً و ليس احدهما اولى من الاخر و لانه قد ملكه ملكاً تاما فاما عنهما او عن احدهما بعينه اولا عن احدهما او عن احدهما لابعينه و الكل باطل الا الاول لاستحالة الترجيح بلا مرجح وملك المقضى به مع عدم زوال المقضى عن الذمة و لا نه ان لم يزل عن ذمته شيء منهما لزم المحال و الا كان هو المقضى عنه (ووجه) الثانى انه تصرف اختيارى له من غير توقف على اختيار احد له و هو غير موقوف على غير الاختيار و الدفع فيفعله متى شاء و هو الاقوى عندى .

قال دام ظله : وكذا نظائره كما لو تبايع مشركان درهما بدرهمين (الى قوله) وان لم يقصد فالوجهان :

اقول: الوجهان احتمال التوزيع و ان يقال له اصرف الاداء الى ماشئت كما تقدم .

قال دام ظله : ولو كان لزيد عليه مأة ولعمرو مثلها ووكلا من يقبض لهما فدفع المديون لزيد اولعمرو فذاك والافالوجهان .

اقول: الوجهان احتمال التوزيع وان يقال له اصرف الاداء الى ما شئت كما تقدم .

قال دام ظله : ولو اخذ من المماطل قهراً فالاعتبار بنية الدافع و يحتمل القابض ولو فقدت فالوجهان .

اقول: وجه الاول (١)ان تعيين الجهة اليه لاالى القابض (ووجه الثانى)(٢)

---

(١)يعنى كون الاعتبار بنية الدافع　　(٢)يعنى ويحتمل القابض .

القابض ولوفقدت فالوجهان ، ولو كان التداعي في الابراء قدم قول المرتهن ويقدم قول الراهن في عدم الرد مع اليمين وفي قدر الدين على رأى ، وفي ان الرهن على نصف الدين لا كله وعلى المؤجل منه لا الحال وقول المرتهن في عدم التفريط والقيمة وفي ان رجوعه عن اذنه للراهن في البيع قبله ترجيحاً للوثيقة (ولان) الاصل عدم بيع الرهن في الوقت الذي يدعيه وعدم رجوع المرتهن في الوقت الذي يدعيه فيتعارضان ويبقى الاصل استمرار الرهن (ويحتمل) تقديم قول الراهن عملا بصحة العقد ، ولو ادعى الراهن الغلط في اقراره بقبض المرتهن الرهن تعويلا على كتاب وكيله فخرج مزوراً او قال اقبضته بالقول وظننت الاكتفاء قدم قول المرتهن مع اليمين وكذا لو قال تعمدت الكذب اقامة لرسم

انه بالمنع والاجبار لم يعتبر قصده فكان الاعتبار بقصد القابض كنية الزكوة والخمس لعدم خروج الحق عنهما (ووجه الثالث (١) ان القابض لا اعتبار بنيته لانه ليس له التعيين والقهر اسقط اعتبار المقبوض منه فيبقى بلا نية فيحتمل التوزيع وان يقال له اصرف الاداء الى ماشئت لما تقدم .

قال دام ظله : ويقدم قول الراهن في عدم الرد مع اليمين و في قدر الدين على راى .

اقول : الخلاف في الاختلاف في قدر الدين وما اختاره هنا قول الشيخ في النهاية والمبسوط والخلاف والصدوق وابي الصلاح وابن حمزة وابن ادريس و ابن البراج للاصل وقال ابن الجنيد يقدم قول المرتهن مالم تزد دعواه عن القيمة ولقول علي عليه السلام لما سئل عن المرتهن اذا ادعى زيادة الدين يصدق المرتهن حتى يحيط بالثمن لانه امينه (٢) وفي المستند ضعف والاول اقوى .

---

(١) يعني قوله ولو فقدت الخ.

(٢) ئل ب ١٧ خبر ١ من كتاب الرهن ـ وصدره هنا منقول الى المعنى وهو هكذا عن علي (ع) في رهن اختلف فيه الراهن والمرتهن فقال الراهن هو بكذا وكذا وقال المرتهن هو ما كثر قال علي عليه السلام يصدق الخ.

القبالة اما الواقر في مجلس القضاء بعد توجه دعواه فالوجه انه لا يلتفت اليه وكذا لو شهدت البينة بمشاهدة القبض ، ولو اعترف الجاني بالجناية على الرهن فصدقه الراهن خاصة اخذ الارش ولم ينعلق به المرتهن ولو صدقه المرتهن خاصة اخذ الارش و كان رهنا الى قضاء الدين فاذا قضى (الدين ـ خ) من مال آخر فهو مال ضايع لا يدعيه احد ولو جنى العبد فاعترف المرتهن خاصة قدم قول الراهن مع اليمين ، ولو اعترف الراهن خاصة قدم قول المرتهن مع اليمين فان بيع في الدين فلا شيء للمقر له ولا يضمن الراهن

قال دام ظله : اما لو اقر في مجلس القضاء بعد توجه دعواه فالوجه انه لا يلتفت اليه .

اقول: اذا اقر الراهن بالاقباض ثم خطر وادعى الغلط في اخباره بالقبض (فاما) ان يكون اقراره في غير مجلس القضاء او فيه ، فان كان الاول سمعت دعواه و كان القول قول المرتهن مع اليمين وان كان الثاني (فاما) ان يكون اقراره جوابا بعد توجه الدعوى عليه (اولا) فان كان الثاني سمعت دعواه وكان القول قول المرتهن، وان كان الاول فالوجه انه لا يسمع والالم يستقر حكم بالاقرار لاحتمال التاويل (و لانتفاء) وجه سماع الدعوى و هو احتمال المواطاة و العادة فان اقراره في جواب الدعوى عند الحاكم لا يحتمل كونه مواطاة ولا العادة في رسم القبالة ذلك ولا شك في انحصار سبب القبول فيهما اذ الاصل ان لا يسمع بعد الاقرار الا نكار بل الدليل قائم على امتناعه لانه اثبت باحد النقيضين فيمتنع الاخر وانما يسمع خلافه مع سبب و الاجماع على انحصاره في المواطاة والعادة برسم القبالة (ويحتمل) ضعيفا السماع لامكان النسيان وليس بجيد .

قال دام ظله : ولو اعترف الراهن خاصة قدم قول المرتهن مع اليمين فان بيع في الدين فلا شيء للمقر له ولا يضمن الراهن و يحتمل الضمان مع تمكنه من فكه .

ويحتمل الضمان مع تمكنه من الفك لقضاء ثمنه في دينه ، ولو قال الراهن اعتقته او اوعصبته اوجنى على فلان قبل ان رهنت حلف المرتهن على نفى العلم و غرم الراهن للمقر له للحيلولة ولو نكل فالاقرب احلاف المقر له لا الراهن فيباع العبد في الجناية والفاضل رهن اوالعبد فيعتق ، ولو نكل المقر له احتمل الضمان لاعترافه بالحيلولة و عدمه لتقصيره بالنكول مع تمكين المقر باقراره والمرتهن بنكوله و غرامته للعبد بفكه من الرهن عند الحلول فان تعذر وبيع وجب فكه بالقيمة مع البذل و بالازيد على اشكال فان اعتق فلاضمان الا في المنافع التي استوفاها المشترى لاغيرها اذ

اقول: (١) اذا اعترف الراهن بجناية العبد المتأخرة عن الرهن و انكر المرتهن فالقول قول المرتهن مع اليمين فيباع في الدين ولاضمان على الراهن لانه لم يفوّته على المجنيّ عليه ويحتمل ضمانه لانه قد تأدى به دينه مع استحقاق المجنى عليه والاول عندى اقوى .

قال دام ظله :ولو قال الراهن اعتقته الى قوله ولو نكل فالاقرب احلاف المقر له لا الراهن .

اقول: وجه القرب ان الحق له والراهن لايدعى لنفسه شيئاً و قد تقرر انه لايجوز للانسان ان يحلف لاثبات حق لغيره (ويحتمل) الراهن ليخلص من الضمان.

قال دام ظله :ولو نكل المقر له احتمل الضمان لاعترافه بالحيلولة وعدمه لتقصيره بالنكول مع تمكين المقر باقراره والمرتهن بنكوله وغرامته للعبد بفكه من الرهن فان تعذر وبيع وجب فكه بالقيمة مع البذل و بالازيد على اشكال

اقول: اذا رهن عبداً ولزمه الرهن ثم اقر بعتقه اوبغصبه اوبجنايته فان صدقه

---

(١) وفى نسخة بعد قوله اذا اعترف الراهن بجناية الخ هكذا ـ اما عدم الضمان فظاهر لان المولى لايعقل عبده واما الضمان فلما ذكره المصنف وهو صغرى حذف كبراه وصورة القياس ـ ان هذا مال للمجنى عليه قضى فى دين المقر بأذن شرعى وكلما كان كذلك فهو مضمون على المديون (والصغرى) بينة فان الاذن الشرعى كأذن المقضى عنه (والكبرى) اجماعية هذا اذا كانت الجناية متأخرة عن الرهن ولو اقر بجناية متقدمة عليه ضمن قطعاً انتهى

منافع الحر لاتضمن بالفوات وقبله يضمنها لما يتبع به بعد العتق كالجناية ، وان كوتب بالقيمة او بالادون او بالازيد مع عدم التخلص الا به وجب على المقر تخليصه به فان

المرتهن فلا بحث وان تعذر جوابه كأن مات ووارثه يتيم اغرم المقر قطعاً للمقر له فان كذبه المرتهن فادعى المقر له علمه احلف المرتهن فان نكل حلف المقر له على ما اخترناه في المسئلة السابقة فان نكل فهل يغرم المقر للمقر له فيه احتمالان ذكر المصنف وجههما (والحق) عندى الغرامة لان اليمين محذورة فلم يمكنه الا بارتكاب محذور لا يلزم فعلى القول بالغرم نقول له صور (احدها) الغصب فيضمن القيمة ولو عاند المغصوب منه وقال يضمن لى كل منفعة يتجدد للعبد وهكذا الى ان يفكه او يموت العبد كان له ذلك (وثانيها) الجناية فيغرم اقل الامرين من القيمة والارش عندنا وعند الشيخ الارش (وثالثها) العتق (فنقول) يجب عليه فك الرهن باداء الدين فأذا تعذر وبيع في الرهن وجب افتكاكه فان بذله المشترى بقيمته او باقل وجب فكه ولو بذله بالازيد ولو باضعاف قيمته فالاصح وجوب فكه عليه لوجوب تخليص الحر فانه لا عوض له الا التخليص ولا يمكن الا بالازيد من القيمة ، ومالا يتم الواجب الا به فهو واجب (واحتمال) عدمه لامكان استلزامه الضرر بأن يحيط بمال الراهن والضرر منفي بالحديث المتواتر (ضعيف) ولا وجه له عندى ويتفرع على هذا انه لو اعتق لم يضمن الا المنافع التى استوفاها المشترى لا الرقبة لان رقبة الحر لا تضمن الا باتلافه ، والمنافع التى لم يستوفها لا يضمن لان منافع الحر لا يضمن بالفوات (واوردت على المصنف دام ظله) ان ضمان منافعه لا يحكم شرعاً بملك العبد لها والا لزم احد الامرين اما تملك العبد شيئاً وليس للمولى التصرف فيه وهو باطل اجماعاً واما ان يملكها المشترى فان غرمنا المقر تسلسل والا انتفت فائدة الغرم (اجاب دام ظله) بانه يغرمها وتعد عند الحاكم لاحد امور ثلاثة اما لما يتبع به العبد بعد العتق كالجناية او حتى يعتق العبد او يموت ليرثها الامام او وارثه الحر ان كان لان الاقرار بالملزوم اقرار باللازم.

قال دام ظله : وان كوتب بالقيمة او بالادون او بالازيد مع عدم التخلص الا به وجب على المقر تخليصه به فان سعى العبد ضمن الاجرة خاصة على

سعى العبد ضمن الاجرة خاصة على الاقوى بخلاف الميراث و ان(اعتق) (اعين ـخ) من الزكوة فلاضمان فيه وكذا لو ابرأه السيد ولو عجز عن اداء الجميع وجب دفع مايتمكن منه ، ولو كانت مشروطة فدفع القيمة لعجزه عن تمام مال الكتابة ثم استرق رجع المقر بما دفعه في التخليص ، ولو جنى على عبد المقر او نفسه او مورثه و كان عبداً اومكاتباً خلص منه بقدرها ولو اوصى لشخص بخدمته دايماً ولآخر برقبته فاعتق ضمن له اجرة المثل لكل خدمة مستوفاة ولو مات عبدا ضمن لوارثه الحر اجرة منافعه

الاقوى بخلاف الميراث .

اقول وجه القوة ان الاجرة قيمة المنفعة المستوفاة و كل منفعة مستوفاة من الحر تضمن ولايضمن ما ادى من مال الكتابة لانه دفعه بغير اذنه في فك رقبة لم تدخل تحت ضمانه فان رقبة الحر لاتضمن (ويحتمل) ضمان اكثر الامرين من الاجرة ومما ادى في مال الكتابة لانه سبب في اتلافه والمباشر هنا ضعيف و السبب اقوى كما لو قدم الغاصب الى المغصوب منه طعامه مع جهله فاكله وفرق بين ما اخذه مولاه من كسبه و بين ما دفع في مال الكتابة ، لان ما اخذه مولاه من كسبه قهره مولاه عليه بسبب منه شرعي ظاهراً لانه موجب بغير اختيار العبد و السبب الشرعي ظاهر كالمباشر في الاتلاف كالشهود في القتل فانهم يقتلون لاالحداد (١) و مال الكتابة العبد قرره (فوته ـخل) فلم يكن المولى سبباً تاماً فيه (ويحتمل) اقل الامرين لانه ان كان المدفوع اقل فهو الذى تلف بفعله لاغير وان كانت الاجرة اقل فهى المنفعة المستوفاة ولايضمن الحر باليد عليه ولاما ادى فداءاً عن رقبته كما لو سلمه الى غاصب غيره فافتك نفسه من الثاني ـ قوله (بخلاف الميراث) يريد بذلك ان يبين الفرق بين مال الكتابة وبين ما ادى في فك رقبته لو مات مورثه ولم يخلف وارثاً غيره وخلف تركة فانه يضمن العين لانه اداه الشارع فيما وجب عليه شرعاً ظاهراً بسببه ولم يتحقق فيه تبرع اصلاولايتصور الاجرة هنا ولا يحتمل هنا عدم ضمانه لما دفع .

---

(١) يعني اذا ظهر الخطاء في الشهادة يقتل الشاهد اذا شهد بالقتل ولايقتل مجرى الحد كالحاكم مثلا وان كان مباشراً

المستوفاة وما وصل الى مولاه من كسبه ، ولواعتقه فاخذ كسبه بالولاء ضمنه للامام ولوانتقل الى مورث المقر فاعتقه فى كفارة او نذر غير معين وحاز المقر التركة او بعضها اخرج الكفارة او النذر ولا يزاحم الديون والوصايا مع التكذيب، ولواستولدها المشترى لم يحتسب (يحسب - خ ل) على الولد نصيب المقر لو كان وارثاً ولا تحتسب (يحسب - خ ل) من مال المشترى بالنسبة الى المقر فلا يخرج ما اوصى له المشترى به منه الا فى اخذه فى دينه لو دفع اليه فيعتق (فينعتق - خ ل) عليه ولواعترفا بقبض العدل الرهن لم يضر انكاره فى اللزوم ان شرطناه ، ولو اعترف احدهما خاصة فالقول قول المنكر ولا تقبل شهادة العدل عليه ولو قال المالك بعتك السلعة بالف فقال بل رهنتها عندى بها فالقول قول كل منهما فى العقد الذى ينكره بعد اليمين ويأخذ المالك سلعته .

المقصد الثالث فى الحجر

وهو المنع عن التصرف واسبابه ستة الصغر والجنون والرق والمرض والسفه والفلس فهنا فصول (الاول) الصغير ويحجر عليه فى جميع التصرفات ويعتد باخباره عن الاذن فى فتح الباب والملك عند ايصال الهدية وانما يزول الحجر عنه بامرين البلوغ والرشد (اما البلوغ) فيحصل بامور (١) انبات الشعر الخشن على العانة سواء كان مسلماً او كافراً ذكراً او انثى، والاقرب انه امارة ولا اعتبار بالزغب (١) ولا الشعر الضعيف ولا الشعر

المقصد الثالث فى الحجر

قال دام ظله : الانبات بالشعر الخشن على العانة سواء كان مسلماً او كافراً ذكراً او انثى والاقرب انه امارة .

اقول: هذا اختيار الشيخ فى المبسوط - قال من الناس من قال انه بلوغ (احتج) المصنف بقوله تعالى **واذا بلغ الاطفال منكم الحلم فليستاذنوا (٢)** وقوله تعالى **والذين لم يبلغوا الحلم منكم** (٣) وقول النبى صلى الله عليه وآله وسلم رفع القلم عن ثلاثة عن الصبى حتى يحتلم (٤) (ولان) البلوغ غير مكتسب والانبات يستعجل بالمعالجة

---

(١) الزغب بفتحتين الشعيرات الصفر على ريش الفرخ (صحاح)　(٢) الفرقان - ٥٨ .
(٣) الفرقان - ٥٧　(٤) مستدرك ب - ٣ - خبر - ١٠ - من ابواب مقدمات العبادات و (جامع الاحاديث) ب - ١٠٠ - خبر ١٦ - من ابواب المقدمات .

الابط(ب) خروج المنی الذی یکون منه الولد من الموضع المعتاد سواء الذکر و الانثی (ج) السن وهو بلوغ خمس عشرة سنة هلالیة فی الذکر وتسع فی الانثی (وفی روایة) اذا بلغ الصبی عشرا بصیراً جازت وصیته وصدقته واقیمت علیه الحدود التامة وفی اخری خمسة اشبار (د) الحیض و الحمل دلیلان علی سبقه ولایعرف الحمل الا بالوضع فیحکم حینئذ بالبلوغ قبل الوضع بستة اشهر وشیء والخنثی المشکل ان امنی من الفرجین اوحاض من فرج النساء و امنی من الاخر حکم ببلوغه و الا فلا واما الرشد فهو کیفیة نفسانیة تمنع من افساد المال وصرفه فی غیر الوجوه اللا یقة بافعال العقلاء ولا تعتبر العدالة ویعلم باختباره بما یناسبه من التصرفات فاذا عرف منه جودة المعاملة وعدم المغابنة ان کان تاجراً والمحافظة علی ما یتکسب به و الملازمة ان کان صانعاً و اشباه ذلك فی الذکر والاستغزال والاستنساج فی الانثی ان کانت من اهلها و

فهو مکتسب وقوله تعالی **وابتلوا الیتامی حتی اذا بلغوا النکاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا الیهم اموالهم (۱)** ، جعل غایة المنع بلوغ النکاح ، وعلق دفع المال علی بلوغ النکاح والرشد ولحصوله علی التدریج والبلوغ آنی وما هو علی التدریج لایکون علة للآنی.

قال دام ظله : وبالسن وهو بلوغ خمس عشرة سنة فی الذکر هلالیة و تسع فی الانثی (وفی روایة) اذا بلغ الصبی عشرا بصیرا جازت وصیته وصدقته واقیمت علیه الحدود التامة (وفی اخری) خمسة اشبار .

اقول: روایة بلوغ العشر بصیرا هی روایة الصدوق الصحیحة ،عن عبدالرحمن ابن ابی عبدالله، عن الصادق علیه السلام : انه قال اذا بلغ الغلام عشر سنین جازت وصیته .(۲) وروی زرارة عن الباقر علیه السلام انه قال اذا اتی علی الغلام عشر سنین فانه یجوز له فی ماله اذا اعتق او تصدق او اوصی علی حد معروف اوحدما هو جائز (۳) ، و عمل کثیر من

---

(۱) النساء -- ۵.

(۲) ئل ب ۴۴ خبر ۳ من کتاب الوصیة .

(۳) ئل ب ۴۴ خبر ۴ من کتاب الوصیة .

اشباهه حكم بالرشد و في صحة العقد حينئذ اشكال ، و لا يزول الحجر بفقد احد الوصفين و ان طعن في السن ، ويثبت الرشد في الرجال بشهادتهم و في النساء بها و بشهادتهن . وصرف المال الى وجوه الخيرات ليس بتبذير وصرفه الى الاغذية النفيسة التي لايليق بحاله تبذير. وولي الطفل ابوه اوجده لابيه و ان علا ويشتركان في الولاية فان فقدا فالوصي فان فقد فالحاكم ، ولاولاية للام ولالغيرها من الاخوة والاعمام و غيرهم عدا من ذكرنا ؛ و انما يتصرف الولي بالغبطة فلو اشترى لامعها لم يصح ويكون الملك باقياً للبايع ، و الوجه ان له استيفاء القصاص و العفو على مال لامطلقا ولايعتق عنه الا مع الضرورة كالخلاص من نفقة الكبير العاجز ولايطلق عنه

الاصحاب بهاتين الروايتين وابن ادريس منع الجميع وهو الصحيح قوله (وفي اخرى خمسة اشبار) اقول هذه رواية السكوني ، عن الصادق عليه السلام ؛ في رجل وغلام اشتركا في قتل رجل فقتلاه : فقال امير المؤمنين عليه السلام اذا بلغ الغلام خمس اشبار اقتص منه وان لم يكن بلغ خمس اشبار قضى بالدية (١)

قال دام ظله : وفي صحة العقد حينئذ اشكال .

اقول: ان ظهر رشده حال العقود صحت العقود قطعا وان ظهر سفهه اولم يتبين شيء بعد (فهل) يحكم بصحة العقود اولا والاشكال في هذين الموضعين لاغير ومنشأه ان السفيه يصح تصرفه باذن الولي وهذه العقود مأذون فيها شرعاً (ومن) حيث بطلان تصرفات السفيه وهذا سفيه ، واليه ذهب الشيخ وابن البراج ومنعا صغرى الاول وفي المجهول الحال انه كان محجوراً عليه شرعا ولم يعلم المزيل للحجر والاصل بقاء ما كان على ما كان فالمقتضي للبطلان موجود والمانع لم يتحقق .

قال دام ظله : والوجه ان له استيفاء القصاص والعفو على مال لامطلقا .

اقول: قال الشيخ ليس له القصاص (واحتج) المصنف بأنه قائم مقامه ولانه منصوب لاستيفاء حقه (واحتج) الشيخ بأن القصاص للتشفي وهو لا يحصل حال الصغر ولانه ربما يرغب في العفو اوالاستيفاء والوجه اختيار المصنف .

---

(١) ئل ب ٣٤ خبر ١ من ابواب القصاص في النفس.

بعوض و لاغيره و لا يعفو عن الشفعة الا لمصلحة و لايسقط مالا فى ذمة الغير وله ان يا كل بالمعروف مع فقره و ان يستعفف مع الغناء و الوجه انه لا يتجاوز اجرة المثل ، ويجب حفظ مال الطفل و استنماؤه قدراً لا تا كله النفقة على اشكال ، فان تبرّع (١) الولى به فله ان يستاجر من يعمل ،ويستحب له البيع اذا طلب متاعه بزيادة مع الغبطة،و كذا يستحب الشراء للرخيص،واذا تبرع اجنبى بحفظ مال الطفل لم يكن للاب اخذ الاجرة على اشكال،وله ان يرهن ماله عند ثقة لحاجة الطفل والمضاربة بماله وللعامل ماشرط له(وهل) للوصى ان يتّجر لنفسه (بنفسه ـ خ ل) مضاربة فيه اشكال ينشأ (من) ان له الدفع الى غيره فجاز لنفسه (ومن) ان الربح نماء مال اليتيم فلا يستحق عليه الا

قال دام ظله : وله ان يأكل بالمعروف مع فقره وان يستعفف مع الغناء والوجه انه لا يتجاوز اجرة المثل.

اقول : الاول قول الشيخ للآية (واحتج) المصنف بأنه عوض عمل غير متبرع به فيستحق اجرة المثل مطلقا وهو الاقوى عندى .

قال دام ظله : ويجب حفظ مال الطفل واستنماله قدراً لا تاكله النفقة على اشكال .

اقول: ينشأ من انها كنساب لا يجب (ومن) انه منصوب للمصلحة وهذه من اتم المصالح ولانه مفسدة وضرر عظيم على الطفل ونصب المولى لدفعها وبهذا يبنى على ان هذا هل هو مصلحة او اصلح (وعلى الثانى) هل يجب ام لا وقد حقق ذلك فى علم الكلام .

قال دام ظله : واذا تبرع اجنبى بحفظ مال الطفل لم يكن للاب اخذ الاجرة على اشكال.

اقول : ينشأ من وجود المتبرع فيمكن توليته فيحصل الحفظ المطلوب من الولى شرعاً بغير اجرة فلا يجوز له اخذ الاجرة لامكانه بدونها (ومن) زيادة شفقة الاب وجعل الولاية له شرعاً فله اخذ الاجرة وهو الاقوى عندى .

---

(١) تتجر وستم ـ م.

بعقد ولايجوزان يعقد الولى المضاربة مع نفسه ويجوز ابضاع ماله وهو ان يدفع الى غيره والربح كله لليتيم وان يبنى له عقاراً ويشتريه ولا يجوز له بيع عقاره الا للحاجة ويجوز كتابة رقيقه وعتقه على مال مع الغبطة وخلطه مع عياله فى النفقة وينبغى ان يحسب عليه اقل وجعله فى المكتب باجرة اوفى صنعة وقرض ماله اذا خشى تلفه من غرق اونهب و شبهه فياخذ عليه رهناً بحفظ قيمته فان تعذر اقرضه من الثقة ولايجوز قرضه مع الامن ، ولو احتاج الى نقله جاز اقراضه خوفاً من الطريق وكذا لوخاف تلفه بتطاول مدته ولم يتمكن من بيعه او تعيبه كتسويس التمر وعفن الحنطة ، ولو اراد الولى السفر كان له اقراضه فان تمكن من اخذ الرهن وجب والا فلا وللاب الاستنابة فيما يتولى مثله فعله ، والاقرب فى الوصى ذلك ويقبل قول الولى فى الانفاق بالمعروف على الصبى اوماله والبيع للمصلحة والقرض لها والتلف من غير تفريط سواء كان

قال دام ظله : وللاب الاستنابة فيما يتولى مثله فعله و الاقرب فى الوصى ذلك :

اقول : وجه القرب ان الاب قداقامه مقام نفسه ويحتمل عدمه لاصالة عدمه والاقوى عندى اختيار المصنف.

قال دام ظله: ويقبل قول الولى فى الانفاق بالمعروف على الصبى اوماله والبيع للمصلحة والقرض لها والتلف من غير تفريط سواء كان ابا او غيره على اشكال .

اقول: لاشك ان القول قوله فى الانفاق بالمعروف لعسر اقامة البينة فى كل وقت على الانفاق وعسر ضبطه ولافى ان القول قوله فى التلف من غير تفريط للاصل (ولانه) اقوى من الودعى ولافى ان القول قول الاب فى ان القرض اوالبيع للمصلحة لانه غيرمتهم فى حق ابنه وعليه الانفاق ، و الاشكال فى غيره و منشأه اصالة صحة تصرفات المسلم المالك لذلك التصرف و لانه موضوع لفعل ما يعتقد انه مصلحة فلا يمكن اقامة البينة عليه (ولان) دعواه بصلاح التصرف دعوى عدم التعدى وهو الاصل والقول قوله فيه واصالة بقاء الملك على مالكه الى ان يثبت الناقل (ولاصالة) عدم

ابأ اوغیره علی اشکال ، وهل یصح بیع الممیز وشرائه مع اذن الولی نظر .

الفصل الثانی فی المجنون والسفیه

اما المجنون فهو ممنوع من التصرفات جمع المالیة وغیرها وامره الی الاب والجده و ان علافان فقد فالوصی فان فقد فالحاکم وللولی التصرف فی ماله بالغبطة وحکمه حکم الصبی فیما تقدم الا الطلاق فان للولی ان یطلّق عنه والاالبیع فانه لاینفذ وان اذن له الولی وله ان یزوجه مع الحاجة لابدونها (واما السفیه) فهو الذی یصرف امواله علی غیر الوجه الملایم لافعال العقلاء ویمنع من التصرفات المالیة وان ناسبت افعال العقلاء کالبیع والشراء بالعین او الذمة و الوقف و الهبة والاقرار بالدین والعین والنکاح فان عقد لم یمض ، وهل یتوقف الحجر علیه علی حکم الحاکم اویکفی ظهور السفه الاقرب الاول ولا یزول الا بحکمه فان اشتری بعد

الحاجة الی البیع (ولعدم) خفاء المصالح ، والاقوی ان کل من یلزم فعله او انشائه غیره یمضی اقراره بذلک علیه کبیع الولی .

قال دام ظله : وهل یصح بیع الممیز وشرائه مع اذن الولی نظر .

اقول : ینشأ من ان البلوغ شرط اجماعاً قیل فی اعتبار الصیغة وصلاحیتها لترتب الحکم علیها لمساواته النائم والمجنون فی رفع القلم للحدیث و هو نفی نکرة فیعم (ومن) وقوعها بأذن الولی فمار کما لو صدرا منه ، والاقوی عدم الصحة .

الفصل الثانی فی المجنون والسفیه

قال دام ظله : وهل یتوقف الحجر علیه علی حکم الحاکم او یکفی ظهور السفه الاقرب الاول ولا یزول الا بحکمه .

اقول : هذا مذهب الشیخ فی المبسوط وقال ابن البراج بزواله برشده من غیر توقف علی حکم الحاکم (و وجه) اختیار المصنف انها مسئلة اجتهادیة الامارات فیها مختلفة فیناط بنظر الحاکم (احتج) الآخرون بأن العلة السفه ووجود العلة یستلزم وجود المعلول ولاشتراط جواز التصرف بالرشد وزوال الشرط یستلزم زوال المشروط ولان مع وجود السفه وعدم حکم الحاکم ان جاز التصرف لم یکن الرشد شرطاً و هو

الحجر فهو باطل ويسترد البايع سلعته ان وجدها والافهي ضايعة ان قبضها باذنه عالما كان البايع اوجاهلا وان فك حجره وكذا لواقترض واتلف المال ولواذن له الولي صح ان عيّن والافلغو وكذا يجوز لوباع فاجاز الولي ولواتلف ما اودع قبل الحجر اوغصب بعده او اتلف مال غيره مطلقا ضمن ولواقر بدين لم ينفذ سواء اسنده الى ما قبل الحجر اولا. وكذا لواقر باتلاف مال او بجناية توجب مالا ويصح طلاقه وظهاره و لعانه ورجعته وخلعه ولايسلم مال الخلع اليه واقراره بالنسب وينفق على من استلحقه من بيت المال وبما يوجب القصاص ولوصولح فيه على مال فالاقرب ثبوت المال ، و لووكله غيره في بيع اوهبة جاز لبقاء اهلية التصرف ، وللولي ان يشترى له جارية ينكحها مع المصلحة فان تبرم بها ابدلت وهوفي العبادات كالرشيد الاانه لايفرق الزكاة بنفسه وينعقد احرامه في الواجب مطلقا وفي التطوع ان استوت نفقته سفراً و حضراً اوامكنه تكسب الزائد والا حلله الولي بالصوم ، وينعقد يمينه فان حنث كفر بالصوم ولهان يعفو عن القصاص لاالدية والارش والولاية في ماله للحاكم خاصة ولوفك حجره ثم عاد التبذير اعيد الحجر وهكذا .

الفصل الثالث في المملوك

المملوك ممنوع من التصرف في نفسه ومافي يده ببيع واجارة واستدانة وغير ذلك

باطل بالآية وان لم يجز فهو المطلوب والاولى عندى ماهو الاقرب عند المصنف .

قال دام ظله: ولوصولح فيه على مال فالاقرب ثبوت المال

اقول : اقراره بموجب القصاص تصرف في غير المال وهو عاقل وكل عاقل يقبل اقراره بما يوجب القصاص لعموم اقرار العقلاء (١) فيلزم وله خلاص نفسه بالمال اذا توقف عليه لان حفظ النفس اولى فجاز له الصلح (ويحتمل) العدم لانه يرجع على الاصل بالابطال لان اصل الحجر على السفيه لحفظ ماله فلو جاز تصرفه بواسطة منه باختياره لانتفت الغاية التي شرع الحجر لاجلها وكل حكم رجع على اصله بالابطال كان باطلا، والاقوى عندى ما هو الاقرب عند المصنف .

---

(١) مستدرك باب ٣ من ابواب بيع الحيوان.

من جميع العقود الا باذن مولاه عدا الطلاق فان له ايقاعه وان كره المولى ، والاقرب انه لا يملك شيئا سواء كان فاضل الضريبة وارش الجناية على رأى اوغيرهما وسواء ملكه مولاه على رأى اولا ولا يصح له الاستدانة فان استدان بدون اذن مولاه استعيد فان تلف فهو في ذمته ان عتق اداه والاضاع سواء كان المدين جاهلا بعبوديته اولا ولو اذن له مولاه في الاستدانة لزم المولى ان استبقاه او باعه ولو اعتقه فالاقوى الزام المولى وينشارك غرمائه و غرماء المولى في التركة القاصرة على النسبة ، ولو اذن له في التجارة لم يجز التعدى فيما حده وينصرف الاذن في الابتياع الى النقد و له النسية ان اذن فيها فيثبت الثمن في ذمة المولى ولو تلف الثمن قبل التسليم فعلى المولى عوضه وليس له الاستدانة الامع ضرورة التجارة اتماذون فيها له فيلزم المولى وغيره

الفصل الثالث في المملوك

قال دام ظله : والاقرب انه لا يملك شيئا سواء كان فاضل الضريبة وارش الجناية او غيرها على رأى وسواء ملكه مولاه على راى اولا

اقول: الخلاف في هاتين المسئلتين قد تقدم (١) .

قال دام ظله : ولو اذن له مولاه في الاستدانة لزم المولى ان استبقاه او باعه ولو اعتقه فالاقوى الزام المولى .

اقول: هذا مذهب الشيخ في الاستبصار و ابن ادريس و ابن حمزة لقول الباقر عليه السلام ان كان السيد اذن له ان يستدين فالدين على مولاه (٢) ، و قال الشيخ في النهاية و ابن البراج و المصنف في المختلف يلزم العبد لرواية عجلان عن الصادق عليه السلام في رجل اعتق عبداً له وعليه دين قال دينه عليه لم يزده العتق الاخيراً (٣) والاقوى الاول .

قال دام ظله : و ليس له الاستدانة الا مع ضرورة التجارة المأذون فيها له فيلزم المولى وغيره يتبع به بعد العتق و الاضاع ولا يستسعى

---

(١) يعني في بيع الحيوان. (٢) ئل ب٢٩ خبر ١ من كتاب الدين.
(٣) ئل ب٥٣ خبر ١ من كتاب العتق .

يتبع به بعد العتق والاضاع ولا يستسعى على رأى ، ولا يتعدى الاذن الى مملوك المأذون ولو اخذ المولى ما استدانه وتلف في يده تخير المقرض بين اتباع العبد بعد العتق والزام المولى مجلا ويستعيد المقرض والبايع العين لو لم يأذن المولى فيهما فان تلفت طولب به بعد العتق ، ولو اذن له المولى في الشراء لنفسه ففي تملكه اشكال (وهل) يستبيح العبد البضع الاقرب ذلك لامن حيث الملك بل لاستلزامه الاذن واذا اذن له في التجارة جاز كلما يندرج تحت اسمها او استلزمته كحمل المتاع الى المحرز والرد بالعيب وليس له ان ينكح ولا ان يواجر نفسه والاقرب ان له ان يواجر اموال التجارة ولو قصر الاذن

على رأى .

اقول: ما اختاره هنا مذهب الشيخ في المبسوط و الخلاف و ابن ادريس و ابى الصلاح للاصل و قال الشيخ في النهاية يستسعى وقال ابن حمزة ان علم المدين عدم الاذن له تبع به بعد العتق و الا استسعى والاقوى انه لا يستسعى مطلقا .

قال دام ظله : ولو اذن له المولى في الشراء لنفسه ففي تملكه اشكال .

اقول: الضمير في تملكه يعود الى المولى و منشأه انه اذن له في فعل محال و ان تمليك العبد تمليك المولى و الاصل فيه ان بطلان المركب لا يستلزم بطلان جزئه المعين و الاذن في الخاص يستلزم الاذن في المطلق اللازم له فقد اذن في شرائه لنفسه فقد اذن في الشراء المطلق و بطلان الخاص لا يستلزم بطلان العام المطلق للقاعدة المذكورة ومن ان الكلى لا يوجد الا في احد جزئياته و هي غير متلازمة هنا فلم يأذن في غير هذا الباطل فلا يتحقق و الباطل غير متحقق فلا يتحقق الكلى .

قال دام ظله : وهل يستبيح العبد البضع الاقرب ذلك لامن حيث الملك بل لاستلزامه الاذن

اقول: لانه اذن في سائر التصرفات لان التمليك ابلغ و يحتمل عدمه لعدم محله و يرد بانه اذن له في التصرف في الثمن بالبيع وفي المثمن بعد ذلك وهو صحيح.

قال دام ظله : والاقرب ان له ان يواجر اموال التجارة .

اقول: وجه القرب ان المقصود بالاذن الاكتساب وهو هنا ابلغ (ولان) له

فی نوع اومدة لم یعم ولایتصدق ولاینفق علی نفسه من مال التجارة ولایعامل سیدة بیعاًولاشراء خلافاً للمکاتب ولا ینضم ما اکتسبه بالاحتطاب والاصطیاد الی مال التجارة (وهل) ینعزل بالاباق نظر ، ولایصیر مأذوناً بالسکوت عند مشاهدة بیعه و شرائه و اذا رکبته الدیون لم یزل ملك سیده عما فی یده ویقبل اقراره بدیون المعاملة فی قدر ما اذن له لا ازید سواء اقر لاجنبی اولابنه اولابیه ، ولایجوز معاملته بمجرد دعواه الاذن مالم یسمع من السید اویقوم به بینة عادلة ، و الاقرب قبول الشیاع و لو عرف کونه ماذوناً ثم قال حجر علیّ السید لم یعامل فان قال السید لم احجر علیه احتمل ان لایعامل لانه العاقد والعقد باطل بزعمه والمعاملة اخذاً بقول السید ، ولو ظهر استحقاق ماباعه الماذون بعد تلف الثمن فی یده رجع المشتری علی السید ولایقبل اقرار غیر المأذون بمال ولاحد (وهل) یتعلق بذمته نظر ، ولایقبل اقرار المأذون وغیره بالجنایة

التصرف فی الاعیان و المنافع تابعة لها و لجواز تملیکها بغیر عوض تبعاً للاعیان فهنا اولی وهو الحق (و یحتمل) عدمه لعدم دلالة اللفظ علیه مطابقة و تضمنا و هو ظاهر والتزاما لعدم استلزام البیع الاجارة بل هنا متنافیان و الامر بالشیء یستلزم النهی عن منافیه .

قال دام ظله : وهل ینعزل بالاباق نظر.

اقول: ینشأ من ان الشارع نزل الاباق منزلة الموت و لهذا یزول نکاحه عن امرئته و الموت موجب للبطلان (ولان) الاصل بقاء ماکان علی ماکان .

قال دام ظله :والاقرب قبول الشیاع .

اقول: وجه القرب انه مما یتعذر اقامة البینة علیه عند کل معاملة او سؤال الحاکم (ویحتمل) عدم القبول لان تملك ملك الغیر یحتاج الی ثبوت الاذن بالبینة و (لانه) لو ثبت الاذن بالشیاع لثبت فی الحر لاتحاد طریقهما فان العبودیة لاتزیده الامنعا من التصرف ، والاقوی عندی ما استقربه المصنف .

قال دام ظله : ولایقبل اقرار غیر الماذون بمال ولاحد وهل یتعلق بذمته نظر :

سواء اوجبت قصاصا اومالا ولا بالحد ولو صدقه المولى فى ذلك فالاقرب النفوذ .

الفصل الرابع فى المريض

ويحجر على المريض فى التبرعات كالهبة والوقف والصدقة والمحاباة فلا تمضى الامن ثلث تركته وان كانت منجزة على رأى بشرط موته فى ذلك المرض و اقراره

اقول: ينشأ من انه هل هو مسلوب اهلية الاقرار (او) الرقية مانعة لحق الغير و هو غير الملك (ويحتمل) الاول لان اهلية وجوب المال عليه موقوفة على اهليته للملك والالزم التكليف بالمحال ويحتمل الثانى لانه لو اذن له المالك صح والاقوى عندى انه يتبع به بعد العتق :

قال دام ظله : ولو صدقه المولى فى ذلك فالاقرب النفوذ .

اقول: وجه القرب ان العبد انما منع اقراره لحق المولى وقد صدق (ويحتمل) عدمه لانه قد سلب اهلية هذا الاقرار ولا حق للمولى فى نفسه و الاصح عندى القبول .

الفصل الرابع فى المريض

قال دام ظله : ويحجر على المريض فى التبرعات كالهبة والوقف والصدقة والمحاباة فلا يمضى الا فى ثلث تركته وان كانت منجزة على راى .

اقول: هذا قول الصدوق وابن الجنيد ومفهوم قول الشيخ فى الخلاف و قال فى النهاية ، والمفيد فى المقنعة ، وابن البراج ، وابن ادريس انها تصح من الاصل (لنا) مارواه شعيب بن يعقوب فى الصحيح قال سالت اباعبدالله عليه السلام عن الرجل يموت فما له من ماله قال له ثلث ماله والمرئة ايضا(١)(وما) فى الاستفهام للعموم(ولعدم) اجتماع خروج الوصايا من الثلث لحق الورثة مع خروج المنجزة من الاصل على الصدق لاشتراكهما فى الموجب وهو عموم قوله عليه السلام المريض محجور عليه الا فى ثلث ماله ، (٢)وحفظ المال على الورثة ولجواز ان يعدل الى المنجزة فيختل حكمه حصر الوصية فى الثلث والمقدم حق بالاجماع والاخبار المتواترة فالتالى باطل (واحتجوا) بانه مالك تصرف فى ملكه فصح (والجواب) منع كلية الكبرى وجزئيته لاتنتج فى الاول .

---

(١) ثل ب ١٠ ـ خبر ٢ فى كتاب الوصية.

(٢) لم نعثر عليه فى كتب الاحاديث بهذا اللفظ نعم مضمونه مذكور فى كتب الفريقين.

كذلك ان كان متهماً والافمن الاصل سواء كان لاجنبي اولوارث على رأى، واذامات حل ماعليه من الديون دون ماله على رأى ، والاقرب الحاق مال السلم والجناية به ،

قال دام ظله : واقراره كذلك ان كان متهماً والافمن الاصل سواء كان لاجنبي اولوارث على رأى .

اقول: هذا اختيار الشيخ في النهاية وتبعه ابن البراج ورواه الصدوق في كتاب من لايحضره الفقيه ، وقال في المقنع انه يمضي في حق الوارث من الثلث ولم يقيد بالتهمة وقال المفيد يمضي من الاصل مطلقا وهو اختيار سلار وابن ادريس وجعله ابن حمزة من الاصل في حق الاجنبي ومن الثلث في حق الوارث مع التهمة الاان يقيم الوارث البينة على صحة مدعاه (احتج) المصنف برواية العلا بياع السابري قال سألت اباعبدالله عليه السلام عن امرأة استودعت رجلا مالا فلما حضرها الموت قالت له ان المال الذي دفعت اليك لفلانة وماتت المرئة فاتى اولادها الرجل وقالوا انه كان لصاحبتنا مال لانراه الاعندك فاحلف لنا ما قبلك شيء افيحلف لهم فقال ان كانت مأمونة عنده فيحلف وان كانت متهمة فلايحلف ويضع الامر على ما كان فانما لها من مالها الثلث(١) (احتج) ابن بابويه على قوله في المقنع برواية اسماعيل بن جابر الصحيحة قال سألت اباعبدالله عليه السلام عن رجل اقر لوارث له وهو مريض بدين عليه فقال يجوز اذا كان الذي اقر به دون الثلث (٢) (والجواب) المراد اذا كان متهماً للجمع بين الاخبار .

قال دام ظله واذامات حل ماعليه من الديون دون ماله على رأى .

اقول: هذا قول الشيخ في المبسوط والخلاف وقال في النهاية يحل ماله وبه قال ابو الصلاح وابن البراج والطبرسي (لنا) الاصل بقاء الاجل احتج الشيخ بما رواه ابو بصير قال قال ابوعبدالله عليه السلام اذامات الميت حل ماله وما عليه من الديون (٣) والاصح الاول .

قال دام ظله : والاقرب الحاق مال السلم والجناية من الديون .

(١) ئل ب١٦ خبر٢ من كتاب الوصية. (٢) ئل ب١٦ خبر٣ من كتاب الوصية.
(٣) ئل ب١١ ـ خبر١ ـ من كتاب الدين.

ولايحل المؤجل بالحجر وديون المتوفى متعلقة بتركته (وهل) هو كتعلق الارش برقبة الجانى او كتعلق الدين بالرهن احتمال ويظهر الخلاف فيما لو اعتق الوارث او باع نفذ على الاول دون الثانى (وهل) يشترط استغراق الدين اشكال اقربه ذلك فينفذ

اقول: وجه القرب النص على انه اذا مات حل ما عليه و (ما) للعموم ولانه دين وكل دين يحل بموت من هو عليه والاولى ضرورية فان الدين هو المال الثابت فى الذمة والثانية لعموم النص على انه يحل الديون التى عليه (ويحتمل) العدم اما فى السلم فلان الاجل جزء من الثمن يتفاوت بتفاوته ولهذا كان من اسباب الربا فلو حل بموته لاستحق زيادة ليست له واما فى الجناية فلان الدية هى المقدار المؤجل فلا يجب الحال لانه غير الدية ولتعارض العمومين والمراد بالجناية هنا مايجب على الجانى لا العاقلة لان من سبب الوجوب على العاقلة مضى السنة ولهذا لو مات قبله لم يجب عليه والاصح عندى انه لايحل مال السلم .

قال دام ظله : وهل هو كتعلق الارش برقبة الجانى او كتعلق الدين بالرهن احتمال .

اقول: وجه وجود خواص كل منهما فيهما لثبوته من غير اختيار المالك و سقوطه بتلف المتعلق بغير سببه وليس لصاحب الحق الا اقل الامرين من قيمته وحقه ولاشىء من الرهن كذلك و انه سبب دين فى ذمة المالك الحر فان التركة باقية على حكم مال الميت مادام الدين لم يقض ولبرائة المديون بالاداء منه و لا شىء من ارش الجناية كذلك ، و الاصح عندى انه تعلق برأسه مغاير لهما و لا يلزم من الاشتراك فى صفة الاشتراك فى الماهية .

قال دام ظله : و هل يشترط استغراق الدين اشكال اقربه ذلك .

اقول: وجه القرب انا انما منعناه حفظاً لمال الديان وهو يحصل بمنعه من قدر الدين (و لانه) انما يمنع فى قدر ما يجب اخراجه من التركة (و يحتمل) عدمه لجواز تلف ما زاد على قدر الدين ولقوله تعالى **من بعد وصية يوصى بها او دين(١)**

---

(١) النساء - ١١.

تصرف الولی فی الزائد عن الدین فان تلف الباقی قبل القضاء ضمن الوارث ، فان اعسر فالوجه ان للمدین الفسخ وعلی القول ببطلان تصرف الوارث (لولم یکن) فی الترکة دین ظاهر فتصرف ثم ظهردین بان کان قد باع متاعاً واکل ثمنه فرد بالعیب اوتردی فی بئر حفرها عدواناً اوسرت جنایته بعد موته (احتمل) فسادالتصرف لتقدم سبب الدین فاشبه الدین المقارن و عدمه فان ادی الوارث الدین و الا فسخ التصرف وعلی کل حال فللوارث امساك عین الترکة و اداء الدین من خالص ماله (وهل) یتعلق حقوق الغرماء بزوائد الترکة کالکسب و النتاج و الثمرة الاقرب

فلا میراث الا بعد اداءه والاصح عندی انه یمنع مطلقالان الدین متعلق بکل الترکة و بکل جزء منها .

قال دام ظله : فان تلف الباقی قبل القضاء ضمن الوارث فان اعسر فالوجه ان للمدین الفسخ .

اقول: وجه ذلك ان تصرفه انما جاز بشرط الاداء (ویحتمل) عدمه لتسویغه و الصحیح الاول علی تقدیر الجواز و الحق عندی المنع من التصرف مطلقا والضمان بالتصرف لم یکن ناقلا .

قال دام ظله : و علی القول ببطلان تصرف الوارث (الی قوله) و الافسخ التصرف .

اقول: وجه العدم انه حال التصرف لم یکن الدین ثابتاً بالفعل وسبب منع التصرف و منع ملك الوارث التام هو الدین حقیقة بالفعل و لم یحصل و امکان السبب لایکفی فی وجوب المسبب بالفعل و فی تجدد الدین علی المیت منع و هو الاقوی عندی .

قال دام ظله :وهل یتعلق حقوق الغرماء بزوائد الترکة کالکسب والنتاج والثمرة اشکال اقربه المنع .

اقول: وجه القرب انه بالموت ینتقل الی ملك الوارث فیکون له اما الاول فلانه من حین الموت اما ان لایبقی مملوکه اصلا و هو محال اومملوکه للدیان و

المنع ويحتسب من التركة الدية في الخطاء والعمد ان قبلها الوارث ولا يلزمه ذلك وان لم يضمن الدين على رأى .

الفصل الخامس في المفلس

وفيه مطالب (الاول) المفلس (لغة - خ) من ذهب جيد ماله وبقي رديه وصار ماله فلوساً وزيوفاً وشرعاً من عليه ديون ولامال له يفي بها وهو شامل لمن قصر ماله ومن لامال له فيحجر عليه في المتجدد باحتطاب وشبهه والفلس سبب في الحجر بشروط خمسة . المديونية ، وثبوت الديون عند الحاكم ، وحلولها ،وقصورما في يده

هو محال اجماعاً او للميت وهو محال لعدم قبوله تلملك فيتعين الوارث وهو المطلوب والقائل بان تعلقه كتعلق الرهن وان نماء الرهن يدخل فيه يتعلق هنا عنده به (و يحتمل) التعلق لانها على حكم مال الميت لقوله تعالى **من بعد وصية يوصى بها اودين (١)** ولتبعية النماء الاصل والاصح الاول .

قال دام ظله : ويحسب من التركة الدية في الخطاء والعمد ان قبلها الوارث ولا يلزمه ذلك وان لم يضمن الدين على رأى .

اقول: هذا قول ابن ادريس ، ومنع الشيخ في النهاية من استيفاء القود الابعد ضمان الورثة الدية وجوز العفو وهو اختيار ابى الصلاح و ابن البراج وقال الطبرسي ان بذل الجاني الدية لم يكن لهم القود الابعد ضمان الدين والاجاز من غير ضمان (لنا) ان موجب العمد القصاص وانما يثبت الدية صلحا ولا يجب على الورثة (احتج) الشيخ برواية عبدالحميد بن سعيد قال سالت ابا الحسن الرضا عليه السلام عن رجل قتل وعليه دين ولم يترك مالا فاخذ اهله الدية من قاتله افعليهم ان يقضوا الدين قال نعم - قلت وهو لم يترك شيئا قال انما اخذوا الدية فعليهم ان يقضوا الدين(٢) وهو غير دال على محل النزاع لاحتمال ان يكون القتل خطأ (ولان) السؤال وقع عمن اخذ الدية لامطلقا .

---

(١) النساء - ١١ .　　(٢) ل ب ٢٢ - خبر ١ - من كتاب الدين .

عنها ، والتماس الغرماء الحجر او بعضهم ، ويحتسب من جملة ماله معوضات الديون ولو حجر الحاكم تبرعا لظهور امارة الفلس او لسؤال المديون لم ينفذ نعم يحجر الحاكم لديون المجانين والايتام دون الغياب . ولو كان بعض الديون مؤجلا فان كانت الحالة يجوز الحجر بها حجر مع سؤال اربابها والا فلا ثم يقسم فى ارباب الحالة خاصة ولا يدخر للمؤجلة شيء ولا يدام الحجر عليه لاربابها كما لا يحجر بها ابتداء ، اما لو سئل بعض ارباب الديون الحالة حجر عليه ان كان ذلك البعض يجوز الحجر به ثم يعم الحجر الجميع ولو ساوى المال الديون والمديون كسوب (١) ينفق من كسبه فلا حجر بل يكلف القضاء فان امتنع حبسه الحاكم او باع عليه وكذا غير الكسوب الى ان يقصر المال وان قل التفاوت ويستحب اظهار الحجر لئلا يستضر معاماوه ثم للحجر احكام اربعة ، منعه من التصرف ، وبيع ماله للقسمة ، والاختصاص ، والحبس .

المطلب الثانى فى المنع من التصرف

ويمنع من كل تصرف مبتدء فى المال الموجود عند الحجر بعوض او بغيره ساوى العوض اوزاد اوقصر ولا يمنع مما لا يصادف المال كالنكاح والطلاق واستيفاء القصاص والعفو واستلحاق النسب ونفيه باللعان والخلع ، وكذا ما يصادف المال بالتحصيل كالاحتطاب والاتهاب وقبول الوصية ولا ما يصادف المال بالاتلاف بعد الموت كالتدبير والوصية اذ لا ضرر فيه على الغرماء ، اما لو صادف المال فى الحال فان كان مورده عين مال كالبيع والهبة والرهن و العتق (احتمل) البطلان من رأس والا يقاف فان

الفصل الخامس المفلس وفيه مطالب

المطلب الثانى فى المنع من التصرف

قال دام ظله : اما لو صادف المال فى الحال فان كان مورده عين مال كالبيع والهبة والرهن والعتق احتمل البطلان من رأس والايقاف :

اقول: اختار ابن الجنيد الاول و نقل الشيخ القولين فى المبسوط و قوى الاول لانه منع من التصرف بالحجر (ووجه) الثانى انه لا اقل من الفضولى و الراهن و

(١) على وزن فعول.

فضلت تلك العين من الدين لارتفاع القيمة اوالابراء اوغيرهما نفذ فحينئذ يجب تاخير ما تصرف فيه فان قصر الباقي ابطل الاضعف كالرهن و الهبة ثم البيع و الكتابة ثم العتق (وان) كان المورد في الذمة فيصح كما لواشترى في الذمة اوباع سلماً اواقترض وليس للبايع الفسخ وان كان جاهلا ويتعلق بالمتجدد كالقرض والمبيع و المتهب وغيرها الحجر ، ولو باعه عبداً بثمن في ذمته بشرط الاعتاق فان ابطلنا التصرفات ، فالاقوى بطلان البيع والاجاز العتق ويكون موقوفاً فان قصر المال احتمل صرفه في الدين لارجوعه الى البايع ، والاقوى صحة عتقه في المال ولو وهب بشرط الثواب

الاصح الاول .

قال دام ظله : ولو باعه عبدا بثمن في ذمته بشرط الاعتاق فان ابطلنا التصرفات فالاقوى بطلان البيع

اقول: وجه القوة انه موقوف على شرط لايمكن حصوله منه (و يحتمل) الصحة لعدم استلزام بطلان الشرط بطلان البيع عند الشيخ الطوسي رحمه الله ، وعلى مذهبنا لايمنع الامن التصرف في ملكه الذى لم يتعلق به حق شرعي يقتضي تجويز صرفه فيه وهوانما ملكه على هذا الشرط (ولان) نسبة عتقه الى حق الديان كنسبة عدمه اليه فانه مع العتق لايتعلق حقهم به ، و كذا مع عدمه لاسترجاع البايع اياه فهما سواء في النسبة (فلو نافى) حقهم العتق (لنافى) عدمه لكن حقهم ثابت فينتفى النقيضان والاقوى عندى ماهو الاقوى عند المصنف .

قال دام ظله : والاجاز العتق ويكون موقوفا فان قصر المال احتمل صرفه في الدين لارجوعه الى البايع والاقوى صحة عتقه في الحال.

اقول : وجه احتمال الاول انه ملكه ولايصح عتقه لانه ازالة ملك بغير عوض ولايصح منه ولايرجع الى البايع باعتبار اختلال الشرط لان المشترى غير متمكن منه وبيعه اياه حالة الحجر (ووجه القوة) انه من حين ملكه انما ملكه بشرط الاعتاق فهو في التحقيق غير مصادف للمال والمراد بقوله ويكون العتق موقوفاً اى مراعى و الاصح عندى ماقواه المصنف .

ثم افلس لم يكن له اسقاط الثواب ولو اقرّ بدين سابق لزمه (وهل) ينفذ على الغرماء اشكال ينشأ (من) تعلق حقهم بماله كالمرتهن (ومن) مساواة الاقرار للبينة ولاتهمة فيه ولو اسنده الى ما بعد الحجر فان قال عن معاملة لزمه خاصة لافي حق الغرماء وان قال عن اتلاف مال اوجناية فكا لسابق ،و كذا الاشكال لواقر بعين لكن هنا مع القبول يسلم الى المقرّ له وان قصر الباقي ، ولو كذبه المقر له قسمت ومع عدم القبول ان فضلت دفعت الى المقرّ له قطعاً بخلاف المبيع فان فيه اشكالا ، و كذا الاشكال لو ادعى اجنبي شراء عين في يده منه قبل الحجر فصدقه ولو قال هذا مضاربة لغائب

قال دام ظله : وكذا الاشكال لواقر بعين لكن هنا مع القبول يسلم الى المقر له وان قصر الباقي .

اقول : قوله و كذا الاشكال عطف على قوله (ولواقرّ بدين سابق لزمه و هل يقدم على الغرماء اشكال ينشأ (من) تعلق حقهم بماله كالمرتهن (ومن) مساوات الاقرار البينة ولاتهمة فيه) هذا لفظ المصنف فالاشكال في اقرّاره بالعين هل يقبل في حق الغرماء ينشأ ايضاً مما ذكر و عموم النص يدل على القبول لقوله عليه السلام اقرار العقلاء على انفسهم جائز(١) : ويمكن ان يفرّق بين الدين والعين لان الحجر تعلق بماله فاقراره بدين لو قبل في حق الغرماء لساوى الغرماء لكن اقراره كاقرار الراهن بعد الرهن برهن سابق فانه لايقبل واما العين فلم يثبت انها ماله .

قال دام ظله : ومع عدم القبول ان فضلت دفعت الى المقر له قطعا بخلاف المبيع فان فيه اشكالا.

اقول: الاشكال كما تقدم من ان تصرفاته هل تقع باطلة من الاصل او موقوفة .

قال دام ظله : وكذا الاشكال لو ادعى اجنبي شراء عين في يده منه قبل الحجر فصدقه .

اقول : منشاء الاشكال كما تقدم .

قال دام ظله : ولو قال هذا مضاربة لغايب قيل يقر في يده ولو قال لحاضر

---

(١) مستدرك ب٣ من ابواب بيع الحيوان.

قيل يقرّ في يده ولوقال لحاضروصدقه دفع اليه والاقسم ويصبر من باعه بعدالحجر بالثمن ان كان عالماً (ويحتمل) في الجاهل بالحجر الضرب والاختصاص بعين ماله والصبر وكذا المقرض و يضرب المجنى عليه بعد الحجر بالارش و قيمة المتلف و اجرة الكيّال و الوزان والحمال و ما يتعلق بمصلحة الحجر مقدم على سائر الديون وله الردبالعيب مع الغبطة لابدونها وله الفسخ بالخيار والامضاء من غير تقييد بشرط الغبطة ويمنع من قبض بعض حقه ولايمنع من وطي مستولدته ،وفي وطي غيرها من اماته نظر فان احبل فهي امولد ولايبطل حق الغرماء منها مع القصوردونها ولواقر بمال واطلق لم يشارك المقرله الغرماء لاحتمال كون السبب لايقتضي الضرب ، ولو اقام شاهداً بدين حلف معه وجعل في سائر امواله (فان) نكل ففي احلاف الغرماء

وصدقه دفع اليه والاقسم .

اقول: قال الشيخ في المبسوط يقبل اقراره مع اليمين فاذا حلف تقرفي يده للغايب و الغرماء لاتعلق لهم بها و فيه نظر لانه يمين لاثبات مال الغير وهو اقرار في حق الغرماء .

قال دام ظله : ويصبر من باعه بعد بالحجر بالثمن ان كان عالما و يحتمل في الجاهل بالحجر الضرب والاختصاص بعين ماله والصبر وكذا المقرض .

اقول: وجه الاول انه ادخل في مقابله مالافلم يكن فيه اضاعة بل في التحقيق لايكون اخراجاً (ووجه الثاني) عموم قوله ﷺ من وجدعين ماله كان احق بها (١) (ووجه الثالث) انه دين حدث بعد الحجر برضاء مستحقه و الاقوى عندى اختصاصه بعين ماله .

قال دام ظله: وفي وطي غيرها من اماته نظر.

اقول: ينشأ من انه تصرف معرض للاتلاف (ومن) انه لايقتضي اخراج الملك

قال دام ظله : فان نكل ففي احلاف الغرماء اشكال وكذا لو كان الدين

---

(١) سنن الدارمي ج٢ باب فيمن وجدمتاعه الخ وفيه لفظ الحديث هكذا قال رسول الله (صلى الله عليه وآله) من ادرك ماله بعينه عند انسان قدافلس اوعند رجل قدافلس فهو احق به من غيره.

اشكال و كذا لو كان الدين لميت و نكل الوارث و يمنعه صاحب الدين الحال من السفر قبل الايفاء لا المؤجل ، ولا يطالبه بكفيل ولا اشهاد وان كان الدين يحل قبل الرجوع ولا يمنع المالك من السفر معه ليطالبه عند الاجل لكن لا يلازمه ملازمة الرقيب.

المطلب الثالث في بيع ماله و قسمته

ينبغي للحاكم المبادرة الى بيع ماله لئلا تطول مدة الحجر ، واحضار كل متاع الى سوقه و احضار الغرماء ، والبدأة بالمخوف تلفه ثم بالرهن و الجاني ، و التعويل على مناد مرضي عند الغرماء والمفلس فان تعاسروا عيّن الحاكم واجرته على المفلس ، ولا يسلم المبيع قبل قبض الثمن بل متاخراً او معاً وانما يبيع بثمن المثل بنقد البلد حالا فان خالف جنس الحق صرف اليه ثم يقسم الثمن على نسبة الديون الحالة خاصة ولا يكلف الغرماء حجة على انتفاء غيرهم بل يكتفي باشاعة حاله بحيث لو كان لظهر فان اقتضت المصلحة تاخير القسمة جعل في ذمة ملي احتياطا فان تعذر اودع (ولا) يباع دار السكنى (ولا) خادمه ويباع فاضلهما ويجرى عليه نفقة مدة الحجر ونفقة من يجب عليه نفقته بالمعروف و كسوته جارى عادة امثاله الى يوم القسمة فيعطى نفقتهم ذلك اليوم خاصة ، ولو اتفقت في طريق سفره فالاقرب الاجزاء الى يوم وصوله ، ويقدم كفنه الواجب فان ظهر بعد القسمة غريم رجع على كل واحد بحصة

لميت و نكل الوارث .

اقول: قال الشيخ لا يحلف الغرماء لانه لا يمين لاثبات حق الغير وقال ابن الجنيد يحلفون لتعلق حقهم به والاقوى قول الشيخ رحمه الله

المطلب الثالث في بيع ماله و قسمته

قال دام ظله : ولو اتفقت في طريق سفره فالاقرب الاجزاء الى يوم وصوله

اقول: وجه القرب الضرورة الداعية المؤدى احلالها الى الهلاك (ويحتمل) ضعيفاً العدم لعدم النص عليه والصحيح الاول .

قال دام ظله : فان ظهر بعد القسمة غريم رجع على كل واحد بحصة يقتضيها الحساب و يحتمل النقض .

يقتضيها الحساب (ويحتمل) النقض ففي الشركة في النماء المتجدد اشكال ، ولو تلف المال بعد النقض ففي احتسابه على الغرماء اشكال ، ولو خرج المبيع مستحقا رجع على كل واحد بجزء من الثمن ان كان قد تلف (ويحتمل) الضرب لانه دين لزم المفلس ، والاقرب التقديم لانه من مصالح الحجر لئلا يرغب الناس عن الشراء ولو

اقول: منشأ الاحتمالين انها هل هي قسمة حقيقية او قضاء دين ومبنى ذلك على ان الدين هل يتعلق بالتركة تعلق الدين بالرهن او الجناية برقبة العبد ، فان قلنا انه تعلق الدين بالرهن كان قضاء فيرجع بحصة يقتضيها الحساب لانه يكون بمنزله صاحب الدين اذا اخذ اكثر مما يستحقه فيرجع بالزائد خاصة ، وان قلنا بتعلق الجناية برقبة العبد فهي قسمة حقيقية فيبطل لانها قسمة الكل بين بعض المستحقين وفائدة الخلاف تظهر في مسائل (منها) انه اذا تصرف احدهما في نصيبه (ومنها) وجوب الزكاة على القابض اذا بلغ ما بعد الحصة التي يقتضيها الحساب النصاب (ومنها) انه اذا اتلف احدهم ما اخذه وكان معسرا لا يمكن الرجوع عليه بشيء البتة فان قلنا يرجع بحصة يقتضيها الحساب رجع على الموسر بذلك القدر لا غير وان قلنا بالنقض جعل ما في يد الآخر كل المال ويقتسماه دون المعسر (ومنها) لو زادت القيمة الان فان قلنا بالنقض صرف الزيادة في باقي الديون والا اخذ ما يصيبه من القسمة الاولى وغير ذلك من المسائل ، والاصح عندي رجوعه بحصة يقتضيها الحساب لا غير.

قال دام ظله : ففي الشركة في النماء المتجدد اشكال .

اقول: هذا فرع على النقض وعدمه فان قلنا بالنقض شارك والا فلا ومنشأ الاشكال من انه هل هو رفع القسمة من اصلها او فسخ متجدد.

قال دام ظله :ولو تلف المال بعد النقض ففي احتسابه على الغرماء اشكال.

اقول: ينشأ من الضمان لصحيحه والاصل .

قال دام ظله: ولو خرج المبيع مستحقا رجع على كل واحد بجزء من الثمن ان كان قد تلف (ويحتمل) الضرب لانه دين لزم المفلس والاقرب التقديم لانه من مصالح الحجر لئلا يرغب الناس عن الشراء .

بذلت زيادة بعد الشراء استحب الفسخ فان بقي من الدين شيء لم يستكسب و هل يباع امولده من غير رهن نظر فان منعناه ففي مواجرتها ومواجرة الضيعة الموقوفة اشكال ينشأ (من) كون المنافع اموالا كالاعيان (و من) كونها لا تعد مالا ظاهراً و الاول اقوى فاذا لم يبق له مال واعترف به الغرماء فك حجره ولا يحتاج الى اذن الحاكم وكذا لو اتفقوا على رفع حجره ، ولو باع من غير الغرماء باذن فالاقرب الصحة ، ولو باع من الغريم بالدين ولا دين سواه صح على الاقوى لان سقوط الدين يسقط الحجر

اقول: قوله (والاقرب) ترجيح الوجه الاول وهو الاقوى .

قال دام ظله: وهل تباع ام ولده من غير رهن نظر فان منعناه ففي مواجرتها ومواجرة الضيعة الموقوفة نظر ينشأ من كون المنافع اموالا كالاعيان و من كونها لا تعد مالا ظاهرا والاول اقوى .

اقول: منشأ النظر في بيع ام الولد تعارض عمومي ـ تباع امواله ـ و لا تباع ام الولد الا في ثمن رقبتها على ما قرر والاقوى عدم جواز بيعها والاقوى عندي مواجرتها جاري عادة امثالها بمثله و كذا مواجرة الموقوفة لان المنافع اموال ولهذا توجر العين المستاجرة معه .

قال دام ظله : ولو باع من غير الغرماء باذن فالاقرب الصحة .

اقول: لانه لحقهم ولصحة بيع الراهن مع اذن المرتهن فهنا اولى و يحتمل العدم لان الحجر من الحاكم وهو حكم شرعي فلا يرتفع الا بحكمه و التحقيق ان الحجر ان كان لسلب الاهلية لم يصح كالصبي وان كان لسلب الولاية صح والاقرب صحة بيعه باذن الغرماء كلهم .

قال دام ظله . ولو باع من الغريم بالدين ولا دين سواه صح على الاقوى لان سقوط الدين يسقط الحجر .

اقول: هذا مبني على ان زوال الحجر لا يتوقف على حكم الحاكم بل يزول بزوال الديون وعلى صحة البيع منه باذن الغرماء وسقوط الدين معلول صحة البيع و هو مشروط بصحة البيع فيدور .

والمجنى عليه اولى بعبده من الغريم فان طلب فكه فللغريم منعه ولو تلف من المال المودع قبل القسمة فهو من مال المفلّس سواء كان التالف الثمن اوالعين .

المطلب الرابع فى الاختصاص

ومن وجد من الغرماء عين ماله كان احق بها من غيره وان لم يكن سواها؛ وله الضرب بالدين والخيار على الفور على اشكال سواء كان هناك وفاء اولا ويفتقر الرجوع الى اركان ثلاثة العوض والمعوض والمعاوضة اما العوض فهو الثمن وشرطه امران تعذر الاستيفاء بالافلاس فلو وفى المال به فلا رجوع ولا يسقط الرجوع بدفع الغرماء للمنة وتجويز ظهور غريم ولو امتنع المشترى الموسر من الدفع فلا رجوع ويستوفيه القاضى (الثانى) الحلول فلا رجوع لو كان مؤجلا ولو حل الاجل قبل فك الحجر ففى الرجوع اشكال (واما) المعاوضة فلها شرطان

المطلب الرابع فى الاختصاص

قال دام ظله : والخيار على الفور على اشكال سواء كان هناك وفاء ام لا

اقول: قال الشيخ فى المبسوط فيه قولان وجعل الفور احوط (احتج) القائلون بالفور بان تأخيره يفضى الى الضرر بالغرماء لافضائه الى تاخير حقوقهم فاشبه الشفعة ولانه خيار يثبت فى البيع لنقص فى العوض فكان على الفور كالرد بالعيب و هو الاقوى عندى (احتج) الا خرون بانه حق ثبت فى الزمان الاول و الا صل بقاء ما كان على ما كان .

قال دام ظله : ولو حل الاجل قبل فك الحجر ففى الرجوع اشكال.

اقول: ينشأ من عموم الخبر وتعلق حق الغرماء قبله .

قال دام ظله : او يضرب بقيمة المسلم فيه مع تلفه او برأس المال على اشكال لتعذر الوصول الى حقه فيتمكن من فسخ السلم .

اقول : الاشكال راجع الى مسئلتين (ا) ضربه بقيمة المسلم فيه مع تلفه و منشأه (من) حيث انه دين مستحق فى ذمة المحجور عليه فيضرب بقيمته كغيره من الديون (ومن) حيث انه معاوضة على المسلم فيه قبل قبضه وهو ممنوع منه كالبيع وبه قال بعض الفقهاء (ب) فسخ السلم و الضرب بقيمة رأس المال ، و منشأه (من)

کونهامعاوضةمحضةفلایثبت الفسخفی النکاح والخلع والعفوعن القصاص علی مال(فلیس) للزوجةفسخ النکاح(ولا) للزوج فسخ الخلع (ولا) للعافی فسخ العفو بتعذر الاعواض ویثبت فی الاجارة والسلم فیرجع الی رأس المال مع بقائه اویضرب بقیمة المسلم فیه مع تلفه اوبراس المال علی اشکال لتعذر الوصول الی حقه فیتمکن من فسخ السلم ، ولوافلس مستاجر الدابة اوالارض قبل المدة فللموجر فسخ الاجارة تنزیلا للمنافع منزلة الاعیان وله الضرب فیوجر الحاکم الدابة اوالارض ویدفع الی الغرماء ولو بذلواله الاجرة لم یجب علیه الامضاء، ولوحجر علیه وهوفی بادیة ففسخ الموجر نقلت العین الی مأمن باجرة المثل مقدمة علی حق الغرماء ولو کان قدزرع الارض ترک زرعه بعد الفسخ باجرة مقدمة علی الغرماء اذفیه مصلحة الزرع الذی هوحق الغرماء ، ولوافلس الموجر بعدتعیین الدابةفلافسخ بل یقدم المستأجر بالمنفعة کمایقدم المرتهن ولوکانت الاجارة علی الذمة فله الرجوع الی الاجرة ان کانت باقیة اوالضرب بقیمة المنفعة (الثانی) سبق المعاوضة علی الحجر فالاقرب عدم تعلقه بعین ماله لوباعها علیه بعد الحجر ولوفسخ المستأجر بالانهدام بعدالقسمة احتمل مزاحمة الغرماء بالباقی لاستناده الی عقدسابق علی الحجر والمنع لانه دین حدث بعدالقسمة ،ولوباع عیناً باخری وتقابضا ثم افلس المشتری وتلفت العین فی یده ثم وجدالبایع بعینه عیباً فردها فله قیمة ما باعه ویضرب مع الغرماء (ویحتمل) التقدیم لانه ادخل فی مقابلتها عیناً فی مال المفلس

تعذر الوصول الی حقه کما ذکره المصنف و من حیث انه عقد لازم و المسلم فیه موجود و انما تعذر لعسره ، و الاقوی عندی جواز الفسخ والضرب برأس المال .

قال دام‌ظله : الثانی سبق المعاوضة علی الحجر فالاقرب عدم تعلقه بعین ماله لو باعها علیه بعد الحجر.

اقول: وجه القرب انه لایستحق اخذ الثمن الآن فکان کالمؤجل ویحتمل التعلق لعموم الخبر والاول اقوی .

قال دام ظله : و لوباع عیناً باخری وتقابضا ثم افلس المشتری و تلفت العین فی یده ثم وجد البایع بعینه عیبا فرده فله قیمة ما باعه و یضرب

(واما) المعوض فله شرطان ، بقائه فی ملکه فلو تلف او باعه اووهبه (رهنه خ) او اعتقه او کاتبه ضارب بالثمن سواء زادت القيمة عن الثمن اولا؛ ولو عاد الی ملکه بلاعوض کالهبة والوصية (احتمل) الرجوع لانه وجد متاعه وعدمه لتلقی الملك من غيره ومعه (فان) عاد بعوض کالشراء فان وفی البايع الثانی الثمن فکالاول (والا) احتمل عوده الی الاول لسبق حقه والی الثانی لقرب حقه وتساويهما فيضرب کل بنصف الثمن (الثانی) عدم التغير فان طرء عيب بفعله اومن قبله تعالی فليس له الا الرضاء به اويضارب بالثمن ان کان العيب لايفرد بالعقد ولايتقسط عليه الثمن و هو نقصان الصفة وان کان بجناية اجنبی اخذه البايع وضرب بجزء من الثمن علی نسبة نقصان القيمة لابارش الجناية اذقد يکون کل الثمن کما لواشتری عبداً بمأة يساوی مأتين فقطعت يده فياخذ العبد والثمن وهو باطل هذا ان نقص الثمن عن القيمة والافبنقصان القيمة ولو کان للتالف قسط من الثمن کعبد من عبدين فللبايع اخذ الباقی بحصته

مع الغرماء (و يحتمل) التقديم لانه ادخل فی مقابلها عيناً فی مال المفلس .

اقول : وجه الاول انه دين ثابت فی الذمة و لم يجد عين ماله و لا هو من مصالح الحجر فکان له اسوة الغرماء لعموم النص بقسمة ماله بين ارباب الديون (و وجه) الثانی ما ذکره المصنف (وفيه) نظر لان قوله (لانه ادخل فی مقابلها عيناً) صغری لکبری محذوفة فان اخذت کلية منعت فی نقض المشتری فی الذمة بعد الحجر مع علم المشتری و الجزئية لاتنتج والاصح عندی الاول .

قال دام ظله : فان عاد بعوض کالشراء فان وفی البايع الثانی الثمن فکالاول والا احتمل عوده الی الاول لسبق حقه والی الثانی لقرب حقه و تساويهما فيضرب کل بنصف الثمن .

اقول : ان کل واحد منهما قد وجد عين ماله فيتساويان فيه علی قدر المالين (وفيه) نظر لان الاول قد انقطع حقه بالبيع الثانی .

من الثمن والضرب بثمن التالف ولو قبض نصف الثمن وتساوى العبدان قيمة و تلف احدهما (احتمل) جعل المقبوض فى مقابلة التالف فيضرب با لباقى او ياخذ العبد الباقى وعدم الرجوع اصلا بل يضرب بالباقى خاصة لاالتقسيط للتضرر بالشركة ، ولو تغير بالزيادة المتصلة كالسمن و النمو وتعلم الصنعة فللبايع الرجوع مجاناً و بالمنفصلة كالولد والثمرة يرجع فى الاصل خاصة بجميع الثمن ولوصار الحب زرعاً والبيضة فرخاً لم يرجع فى العين ولوحبلت بعد البيع اوحملت النخلة بعده لم يكن له الرجوع فى الثمرة وان لم يؤبر ولافى الولد وان كان جنيناً ، وعلى البايع ابقائها الى الجذاذ و كذا ابقاء زرعه من غير اجرة لوفسخ بيع الارض وقدشغلها اما لو آجر ارضاً فزرع المستاجر وافلس ففسخ الموجر ترك الزرع الى الحصاد باجرة المثل لان مورد المعاوضة هناك الرقبة وقد اخذها وهنا المنفعه ولم يتمكن من استيفائها و

قال دام ظله : ولو قبض نصف الثمن وتساوى العبد ان قيمة و تلف احدهما احتمل جعل المقبوض فى مقابلة التالف فيضرب بالباقى او ياخذ العبد الباقى و عدم الرجوع اصلا بل يضرب بالباقى خاصة لا التقسيط للضرر بالشركة .

اقول : الاول اختيار ابن الجنيد فانه قال و لو كان المبيع عبدين متساوى القيمة كعشرين ديناراً فقبض عشرة ووجداحدالغلامين وقيمته يوم التفليس كقيمته يوم البيع عشرة كان مخيراً فى اخذ العبد بما بقى لهاو ان يدعه و يكون اسوة الغرماء لان له التعلق بكل العين اذا بقى كل الحق فيثبت له التعلق بالباقى من العين للباقى من الحق وعموم الخبر(ووجه الثانى) ما روى عن النبى ﷺ انه قال ايما رجل ابتاع متاعاًولم يقبض البايع من ثمنه شيئاً فوجده فهواحق به وان كان قد قبض من ثمنه شيئاً فهو اسوة الغرماء (۱)والمقبوض انما هوعين المجموع فيصرف بعضه الى التالف و بعضه الى الباقى لاستحالة الترجيح من غير مرجح وقال ابن البراج ياخذ نصف العبدالموجود ويضرب بربع الثمن مع باقى الغرماء .

---

(۱)لم نجد فيما بايدينا من الكتب

لوافلس بعد الغرس اوالبناء فليس للبايع الازالة ولا مع الارش على رأى بل يباعان فللبايع مقابل الارض ، و لوامتنع بيعت الغروس والابنية منفردة ، ولو افلس بثمن الغرس فلصاحبه قلعه مع عدم الزيادة وعليه تسوية الحفر ولو افلس بثمن الغرس وثمن الارض فلكل منهما قلع الغرس اذالم يزد لكن لوقلع صاحب الارض لم يكن عليه ارش لان صاحب الغرس دفعه مقلوعاً وان قلع صاحب الغرس ضمن طم الحفر لانه لتخليص ماله ولصاحب الزيت الرجوع وان خلطه بمثله اواردى لا بالاجود (ويحتمل) الرجوع فيباعان ويرجع بنسبة عينه من القيمة فلو كانت قيمة العين درهماً والممزوج بهادر همين بيعتا واخذ ثلث الثمن، و لو كانت الزيادة صفة محضة كطحن الحنطة و

قال دام ظله : ولو افلس بعد الغرس او البناء فليس للبايع الازالة ولا مع الارش على رأى بل يباعان فللبايع مقابل الارض ولو امتنع بيعت الغروس والابنية منفردة.

اقول: هذا اختيار الفقيه ابى القاسم بن سعيد و هو الاقوى عندى لانه وضع بحق وقال فى المبسوط له الازالة مع الارش لابدونه .

قال دام ظله : ولصاحب الزيت الرجوع وان خلطه بمثله اواردى لا بالاجود (ويحتمل) الرجوع فيباعان ويرجع بنسبة عينه من القيمة فلو كانت قيمة العين درهماً والممتزج بها درهمين بيعا واخذ ثلث الثمن .

اقول: حكى الشيخ فى المبسوط ثلثة اقوال: اثنان منها الاحتمالان المذكوران هنا والثالث انه يدفع عن عين الزيت بقدرما يخصه فلو كان لهجرة تساوى دينارين واختلطت بجرة تساوى اربعة يدفع اليه ثلث الزيت ، ورده الشيخ فيه رحمه الله بانه ان اخذه عوضاً عن ماله لزم الربا وان دفع بازاء الحق وسئل ترك الباقى لم يجب الاجابة ثم اختار الاول ، وقال ابن الجنيد يقدم بالثمن على الغرماء (ووجه) الاول ان العين ليست موجودة من طريق المشاهدة ولا الحكم لاستحالة مطالبته بالقسمة فكانت بمنزلة التالفة (ووجه) الثانى وجود عين ماله وامكان التوصل اليها بماذكر كالصبغ فى الثوب و كمالوا خلط زيت اثنين بغير اختيارهما .

خبز الطحين وقصارة الثوب ورياضة (١) الدابة وما يستأجر على تحصيله سلمت الى البايع مجاناً لانها كالمتصلة من السمن وغيره (ويحتمل) الشركة لانها زيادة حصلت بفعل متقوم محترم فلا يضيع عليه بخلاف الغاصب فانه عدوان محض و يباع المقصور فللمفلس من الثمن بنسبة مازاد من قيمته ، فلو كانت قيمة الثوب خمسة وبلغ بالقصارة ستة فله سدس الثمن ولولم تزد القيمة فلاشركة ، فان الحقنا الصفة بالاعيان كان للاجير على الطحن و القصارة حبس الثوب و الدقيق لاستيفاء الاجرة كماان للبايع حبس المبيع لاستيفاء الثمن والافلا، فان تلف الثوب في يده فان الحقنا الصفة بالعين لم يستحق الاجرة قبل التسليم كالبايع بتلف العين في يده قبل التسليم فانه يسقط ثمنه والا استحق كانه صار مسلماً بالفراغ، ولو كانت الزيادة عيناً من وجه وصفة من وجه كصبغ الثوب فان لم تزد القيمة فلاشركة و ان زادت بقدر قيمة الصبغ كما لو كانت قيمة الثوب اربعة والصبغ درهمين والمصبوغ ستة فللمفلس ثلث الثمن وان زادت اقل كمالو كان مصبوغاً بخمسة فالنقصان على الصبغ لهلاكه وقيام الثوب، ولوساوى ثمانية (فان) الحقنا الصفة بالاعيان فالزيادة للمفلس فالثمن نصفان (والا) احتمل تخصيص البايع كالسمن فالثمن ارباعاً او البسط فالثمن اثلاثاً ، لا

قال دام ظله : ولولم تزدالقيمة فلاشركة فان الحقنا الصفة بالاعيان كان للاجيرعلى القصارة والطحن حبس الثوب والدقيق لاستيفاء الاجرة كما ان للبايع حبس المبيع لاستيفاء الثمن والافلا.

اقول: وجه الحاق الصفة بالاعيان انه تصح المعاوضة عليها بانفرادها عن العين في الاجارة ولان الاصل المالية وهي موجودة فيها (ووجه) العدم انه لايتناولها اسم العين حقيقة .

قال دام ظله : و لوساوى ثمانية فان الحقنا الصفة بالاعيان فالزيادة للمفلس فالثمن نصفان والا احتمل تخصيص البايع كالسمن فالثمن ارباعاً او البسط فالثمن اثلاثاً :

---

(١) راض المهراى ذلله وطوعه وعلمه السير. م.

فرق بين عمل المفلس بنفسه او بالاجرة فى الشركة، ولو افلس قبل ايفاء الاجير اجرة القصارة فان الحقناها بالاعيان فان لم تزد قيمته مقصوراً على ما كان فهو فاقد عين ماله وان زادت فلكل من البايع والاجير الرجوع الى عين ماله فلو ساوى قبل القصارة عشرة والقصارة خمسة و الاجرة درهم قدم الاجير بدرهم والبايع بعشرة واربعة للغرماء و لبايع الجارية انتزاعها وان حبلت منه مع الافلاس بالثمن لا الولد ويتعلق حق الغرما بعوض الجناية خطئاً لا عمداً الا اذا رضى به ولا يجب عليه، ويجب ان يواجر الدابة والدار والمملوك وان كانت ام ولد لا نفسه ويتساوى غرماء الميت مع عدم الوفاء ومعه لصاحب العين الاختصاص .

اقول: وجه الحاقها بالاعيان انها لو لم تلحق بالاعيان لم يجز الرجوع بها و لانها كانت عيناً فان بقيت كذلك فالمطلوب والا لم يجد عين ماله لانها ليست بعين ولان لها قيمة فلا يضيع (ووجه) عدم الالحاق انها صفات و آثار (ووجه) اختصاص البايع انها من الزيادات المتصلة كالسمن (ووجه) البسط ان الزيادة فى المجموع .

قال دام ظله : ولو افلس قبل ايفاء الاجير اجرة القصارة فان الحقناها بالاعيان فان لم تزد قيمته مقصوراً على ما كان فهو فاقد عين ماله وان زادت فلكل من البايع والاجير الرجوع الى عين ماله .

اقول :وجه الحاقها بالاعيان لانها تقوم وجعل الشارع له الرجوع فيها لقوله عليه السلام من وجد عين ماله(١) فلو لم يكن المراد العين حقيقة او حكماً لم يصح استدلال الفقهاء عليه بهذا الخبر لكن وقع الاتفاق عليه ولا يلزم استعمال المشترك فى كلا معنييه او استعمال اللفظ فى حقيقته ومجازه لان المراد بالعين هنا موجود مشخص متقوم فيكون استعمالا للفظ فى مجازه (ووجه) عدم الحاقها انها ليست بعين حقيقة والاصل عدم الاشتراك والمجاز .

---

(١) سنن الدارمي ج٢ باب فيمن وجد متاعه الخ وقد تقدم آنفا نقله بلفظ آخر فلاحظ

المطلب الخامس فی حبسه

ولایجوز حبسه مع ظهور فقره ویثبت باقرار الغریم اوالبینة المطلعة علی باطنه فلوفقد الامران فان عرف له مال ظاهر الزم التسلیم اوالحبس اوبیبع الحاکم عنه و یوفی وان لم یظهر له مال ولابینة علی دعوی الاعسار حبس حتی یظهر اعساره ان عرف له اصل مال او کان اصل الدعوی مالا والاقبل قوله ولایکلف البینة بعد الیمین، ولوشهد عدلان بتلف ماله قبل بغیر یمین وان لم تکن مطلعة علی باطنه ولوشهدا بالاعسار مطلقا لم یقبل الامع الصحبة المؤکدة ، و للغرماء احلافه مع البینة و مع قسمة ماله یجب اطلاقه ویزول الحجر عنه بالاداء لابحکم الحاکم ویجوز الحبس فی دین الولد ولاتمنع الاجارة المتعلقة بعین الموجر من حبسه.

المطلب السادس فی بقایا مباحث هذا الباب

لوا فلس المشتری بعد جنایة العبد فالاقرب ان للبایع الرجوع ناقصاً بارش الجنایة اوالضرب بثمنه مع الغرماء ولایسقط حق المجنی علیه من اخذ العین، والاقرب تقدیم حق الشفیع علی البایع لتاکد حقه حیث یأخذ من المشتری وممن نقله الیه وسبقه (ویحتمل) تقدیم البایع لانتفاء الضرر بالشفعة لعود الحق کما کان واخذ الثمن من الشفیع فیختص به البایع جمعا بین الحقین ولیس للمحرم الرجوع فی الصید والرجوع

المطلب السادس فی بقایا مباحث هذا الباب

قال دام ظله : لو افلس المشتری بعد جنایة العبد فالاقرب ان للبایع الرجوع ناقصا بارش الجنایة او الضرب بثمنه مع الغرماء ولایسقط حق المجنی علیه من اخذ العین .

اقول: ارش الجنایة حق لایمنع الملک فلم یمنع الرجوع فیه کالدین فی ذمته وانما یرجع ناقصا لان حق الجنایة مقدم ولا یمنع المجنی علیه من اخذه لان حقه مقدم (ویحتمل) عدم الرجوع لان تعلق الرهن به یمنع الرجوع و هذا اقوی فهو بالمنع اولی والاقوی عندی الاول .

قال دام ظله : و الاقرب تقدیم حق الشفیع علی البایع لتأکد حقه حیث یأخذ من المشتری و ممن نقله الیه و سبقه (و یحتمل) تقدیم البایع

فسخ فلايفتقر الى معرفة المبيع ولاالقدرة على التسليم فلورجع فى الغايب بعد مضى مدة يتغير فيها ثم وجده على حاله صح وان تغير فله الخيار، ولورجع فى العبد بعد اباقه صح فان قدر عليه والاتلف منه، ولوظهر تلفه قبل الرجوع ضرب بالثمن وبطل الرجوع وبعده امانة على اشكال، ولوتنازعا فى تعيين المبيع بعد الرجوع قدم قول المفلس لانه منكر فيضرب بالثمن خاصة وكل مايفعله قبل الحجر ماض.

المقصد الرابع فى الضمان

وهوعقد شرع للتعهد بنفس اومال ممن عليه مثله اولا فهنا فصول ثلاثة (الاول) الضمان بالمال ممن ليس عليه شيء ويسمى ضماناً بقول مطلق وفيه مطلبان (الاول) فى

لانتفاء الضرر بالشفعة لعود الحق كما كان واخذ الثمن من الشفيع فيختص به البايع جمعاً بين الحقين .

اقول: فى هذه المسئلة احتمالات ثلاثة (ا) تقديم حق الشفيع ويستوى البايع و الغرماء فى الثمن وهواختيار الشيخ فى الخلاف وعلله المصنف بوجهين (احدهما) انه اقوى فى حق الشفيع لانه لايزيله نقل الملك عن المشترى ويزيل حق البايع (وثانيهما) ان حق الشفيع اسبق من حق البايع لانه لاحق للبيع لذاته ، وحق البايع لاحق للبيع لغيره لانه بواسطة الافلاس وماهو بالذات اسبق مماهو بالغير (ب) تقديم حق البايع و ذكر المصنف وجهه ونقله قولا فى المبسوط وقوى الاول (ج) تقديم الشفيع بالعين و البايع بالثمن لان النظر فى تقديم احد الحقين انماهومع التعارض و هو انما يتحقق مع امتناع الجمع و هيهنا يمكن فلا تعارض فيعمل بهما وحكاه قولا فى المبسوط و الاقوى عندى الاول.

قال دام ظله : ولورجع فى العبد بعد اباقه فان قدر عليه والاتلف منه ولو ظهر تلفه قبل الرجوع ضرب بالثمن وبطل الرجوع وبعده امانة على اشكال .

اقول: ينشأ (من) انه مقبوض بالبيع الفاسد (ومن) انه فسخ لئلا يطالبه بعوضه

المقصد الرابع فى الضمان

مقدمتان (ا) عرّف جمهور الاصحاب الضمان بانه نقل المال من ذمة الى ذمة وعرّفه

اركانه وهي خمسة ، الصيغة، وهي ضمنت وتحملت وتكفلت وهاادى معناه ولو قال أؤدى اواحضر لم يكن ضامناً ولا تكفى الكتابة مع القدرة وتكفى مع عدمها مع الاشارة الدالة على الرضا لامكان العبث، وشرطه التنجيز فلو علقه بمجيء الشهر اوشرط الخيار في الضمان فسد، والابراء كالضمان في انتفاء التعليق فيه ولو شرط تأجيل الحال صح

آخرون بانه ضم ذمة الى ذمة (فعلى الاول) يبرء المضمون عنه (وعلى الثانى) لا، بل يتخير المضمون له في الرجوع على من شاء منهما ولايطرد الاول لان ضمان العهدة ضم عندهم ايضا فالاصل الاصل (ب) الاجماع على صحة الضمان و كان في الملل السالفة، لقوله تعالى **وانا به زعيم (۱)** ، وقال النبى ﷺ الامانة مؤداة و الدين مقضى و الزعيم غارم (۲) ، ولانه ﷺ حضرته جنازة فقال عليه السلام هل على صاحبكم دين قالوا نعم درهمان فقال ﷺ صلوا على صاحبكم فقال على عليه السلام هما على يارسول الله وانا لهما ضامن فصلى عليه النبى ﷺ ثم اقبل على على عليه السلام فقال جزاك الله عن الاسلام خيراً وفك رهانك كما فككت رهان اخيك (۳) ، وهذا الحكم كان في صدر الاسلام انه ﷺ لم يصل على من لم يخلف وفاء دينه ثم نسخ بقوله تعالى: **النبى اولى بالمؤمنين من انفسهم (۴)** وهذه الرواية تدل على ان الضمان ناقل .

قال دام ظله : ولو شرط تاجيل الحال صح والاقرب جواز العكس

اقول: وجه القرب الاصل (ولانه) بدل عن الاداء وحكم البدل حكم المبدل لتساويهما و الا لم يكن بدلا و يجوز فى الاداء التعجيل فكذا فى بدله (و لان) الضمان علة في الاستحاق ووجوب الدفع فاعلية (۵) يجتمع معه في الزمان فلاينافيه في زمان من الازمان ولان اداء المؤجل معجلا سايغ فقد شرط شيئاً سايغاً لاينافى العقد فيصح ، وذهب الشيخ فى المبسوط الى انه لايصح لان الفرع لايجوز ان يكون اقوى من الاصل ولان الحلول زيادة فى الحق ولهذا يختلف الاثمان به وهذه الزيادة غير

---

(۱) سوره يوسف ـ ۷۲

(۲) سنن ابى داود الجزء الثالث باب تضمين العارية ـ وفيه هكذا ـ العارية مؤداة و المنحة مردودة والدين الخ

(۳) ئل ب۲ ـ خبر۲ ـ من كتاب الضمان (۴) الاحزاب آيه(۵)

(۵) صفة اى علة فاعلية

والاقرب جواز العكس فيحل مع السؤال على اشكال (الثاني) الضامن وشرطه البلوغ والرشد وجواز التصرف والملائة حين الضمان اوعلم المستحق بالاعسار ولا يشترط استمرار الملائة فلو تجدد لم يكن له فسخ الضمان امالولم يعلم كان له الفسخ و يصح ضمان الزوجة بدون اذن الزوج ، و في صحة ضمان المملوك بدون اذن السيد اشكال ينشأ(من) انه اثبات مال في الذمة بعقد فاشبه النكاح وانتفاء الضرر على مولاه فان جوزناه يتبع به بعدالعتق ولواذن احتمل تعلقه بكسبه و بذمته فيتبع به بعدالعتق ، امالوشرطه في الضمان باذن السيدصح كما لوشرط الاداء من مال بعينه و

واجبة على المديون ولاثابتة في ذمته فيكون ضمان مالم يجب فلايصح عندناوالاقوى عندى اختيار الشيخ الطوسى رحمه‌الله .

قال دام ظله : فيحل مع السؤال على اشكال .

اقول: هذا فرع على صحة ضمان المؤجل حالاوهوانما يتأتى اذا كان الضمان بسؤال فلايخلو(اما) ان يسأله الضمان حالا (او) الضمان مطلقا ولااشكال في الاول ، وانماالاشكال في الثاني وينشأ (من) انه اذن له في التزام الاداء في الحال فاذا ادى كان له الرجوع به في الحال لان الاداء الآن بامره ولانعنى بالحلول الاذلك ولان اداء الضامن بسؤال هو الموجب لثبوت المال في ذمة المضمون عنه لبرائته من المضمون له بمجرد الضمان فيكون اداء الضمان بمنزلة الاستدانة فلايكون مؤجلا (ومن) انه مؤجل عليه ولم يشرط حلوله في عقد لازم اذالضمان حالالايستلزم حلول الاصل فتنتفي الدلالات الثلث والاصل بقاء الاجل.

قال دام ظله: ولو اذن احتمل تعلقه بكسبه و بذمته ويتبع به بعدالعتق

اقول: اذا اذن المولى لعبده في الضمان فضمن باذنه ذكر المصنف فيه هذين الاحتمالين (ووجه الاول) انه تحمل دين مأذون فيه ولايمكن ثبوته في ذمة المولى والا لكان هوالضامن لاالعبدوهوخلاف التقدير فيكون في كسبه (ووجه الثاني) انه اذن في اثباته في الذمة والاثبات في الذمة اعم من الاداء في الحال اوبعد العتق و الاذن في

السفيه بعد الحجر كالمملوك وقبله كالحر وكذا المفلس كالحر لكن لايشارك ، ولا يصح من الصبى وان اذن الولى فان اختلفا قدم قول الضامن (لاصالة) برائة الذمة و عدم البلوغ وليس لمدعى الاهلية اصل يستند اليه ولا ظاهر يرجع اليه بخلاف مالو ادعى شرطا فاسداً (لان) الظاهر انهما لايتصرفان باطلا وكذا البحث فيمن عرف له حالة جنون اما غيره فلا والمكاتب كالعبد والمريض يمضى من الثلث و الاخرس ان عرفت اشارته صح ضمانه والافلا (الثالث) المضمون عنه وهو الاصيل ولايعتبر رضاه فى صحة الضمان لانه كالاداء فيصح ضمان المتبرع ولو انكر بعد الضمان لم يبطل على رأى، و يصح الضمان عن الميت و ان كان مفلسا ولايشترط معرفة المضمون عنه نعم لابد من امتيازه عن غيره عند الضامن بما يمكن القصد معه الى الضمان عنه (الرابع) المضمون له وهو مستحق الدين ولايشترط علمه عند الضامن بل رضاه، وفى اشتراط قبوله احتمال فان شرط اعتبر فيه التواصل المعهود بين الايجاب والقبول فى العقود (الخامس) الحق

الكلى لايستلزم الاذن فى الجزئى المعين، وقال الشيخ فى المبسوط (١) قيل انه يتعلق بكسبه (وقيل) انه يتعلق بذمته مع الاطلاق وعدم الاذن له فى التجارة، ومعه يتعلق بما فى يده على الاول لانه من كسبه ، ولم يخترشيئاً ، وقال ابن الجنيد يؤدى السيد فان اعسر بيع العبد و ادّى ثمنه فى قضاء دينه عن المعسر قال و ان اعتق و اعسر الاصيل وجب على السيد .

قال دام ظله : ولو انكر بعد الضمان لم يبطل على رأى .

اقول: قال الشيخ فى النهاية و المفيد فى المقنعة و ابن البراج و ابن حمزة يبطل وقال ابن ادريس لا يبطل وهو اختيار جدى ووالدى وهو الصحيح عندى لعموم قوله عليه السلام الزعيم غارم (٢) ولانه كالقضاء .

قال دام ظله : (الرابع المضمون له وهو مستحق الدين و لا يشترط علمه عند الضامن بل رضاه وفى اشتراط قبوله احتمال فان شرط اعتبر فيه التواصل المعهود بين الايجاب والقبول فى العقود .

---

(١) مقول قال الشيخ (٢) تقدم آنفاً

المضمون به وشرطه المالية والثبوت في الذمة وان كان متزلزلا كالثمن في مدة الخيار والمهر قبل الدخول اولم يكن لازماً لكن يؤل اليه كمال الجعالة قبل الفعل و مال السبق و الرماية ، و الاقرب صحة ضمان مال الكتابة و ان كانت مشروطة و يصح ضمان النفقة الماضية و الحاضرة للزوجة لا المستقبلة و الحاضرة للقريب دونهما و لوضمن ما سيلزمه ببيع او قرض بعده لم يصح (ولا) ضمان الامانة كالوديعة والمضاربة ويصح ضمان ارش الجناية و ان كان حيواناً ومال السلم والاعيان المضمونة كالغصب

اقول: وجه الاحتمال انه معاوضة حكمية فانه يلتزم بدين في ذمته عن الدين الذي في ذمة المضمون عنه (ولان) نقل المال المستحق من ذمة المضمون عنه الى ذمته لا يمكن الا بفعلهما لتساوي نسبتهما اليه فاشترط القبول (ولانه) ان كان باذن المضمون عنه فهو تمليك في مقابلة تمليك الضامن عوضاً عما يؤدي فيتعين فيه القبول كسائر التمليكات وكلما شرط القبول مع الاذن شرط مع عدمه لعدم القائل بالفرق ولا يصح احداث قول ثالث والاولى عدمه لانه التزام واعانة المضمون عنه وليس هو على قواعد المعاملات ولقوله تعالى **وانا به زعيم (١)** وللرواية المتقدمة عن علي عليه السلام انه ضمن ديناً عن ميت حتى صلى النبي صلى الله عليه وآله (٢) ، ولم ينقل ان المضمون له قبل ولان النبي صلى الله عليه وآله سأل مع عموم البلوى به (وفيه نظر) فان عدم العلم بالنقل او السؤال لا يدل على العدم ولمعارضته برضاء المضمون له فانه لم ينقل انه رضي (قالوا) فعل النبي صلى الله عليه وآله يدل على وجود الشرط وهو الرضاء (قلنا) فعلى القول باشتراط القبول يدل على وجوده ولانه حكاية حال فلا تعم.

قال دام ظله : والاقرب صحة ضمان مال الكتابة وان كانت مشروطة.

اقول: منع الشيخ في المبسوط منه لان للمكاتب تعجيز نفسه فليس للمولى حينئذ الا الفسخ قال المصنف بل هو لازم وتجدد الفسخ كما في الخيار ونمنع ان للمكاتب تعجيز نفسه وقد تقدم البحث فيه والاقوى عندي ما هو الاقرب عند المصنف.

قال دام ظله : والاعيان المضمونة كالغصب والعارية المضمونة والامانة

---

(١) تقدم آنفاً　(٢) تقدم آنفاً

و العارية المضمونة و الامانة مع التعدى على اشكال و ضمان العهدة للبايع عن المشترى بان يضمن الثمن الواجب بالبيع قبل تسليمه وضمان عهدته ان ظهر عيب او استحق و للمشترى عن البايع بان يضمن عن البايع الثمن بعد قبضه متى خرج مستحقاً اورد بعيب على اشكال او ارش العيب و يصح ضمان نقصان الصنجة فى الثمن للبايع و فى السلعة للمشترى وردائة الجنس فى الثمن والمثمن ، و الاقرب انه لايصح ضمان عهدة الثمن لوخرج المبيع معيباً ورده و الصحة لوبان فساده بغير الاستحقاق كفوات شرط معتبر فى البيع او اقتران شرط فاسد به ، والاقوى صحة ضمان المجهول

مع التعدى على اشكال.

اقول: ينشأ من انها مضمونة ولوجود سبب ضمان القيمة (ومن) انها لاتثبت فى الذمة (والتحقيق) ان الضمان هل هو نقل المال من ذمة الى ذمة بحيث يبرء المضمون عنه لاغير و يمكن ان يكون على غير هذا الوجه والاصح انه لايصح وقد تقدم مثله فى الرهن عليها .

قال دام ظله : وللمشترى عن البايع بان يضمن عن البايع الثمن بعد قبضه متى خرج مستحقاً اورد بعيب على اشكال او ارش العيب.

اقول: الاشكال فى الرد بالعيب من حيث انه متجدد فيكون ضمان مالم يجب (ومن) تقدم سبب الفسخ ولدعاء الحاجة اليه (والحق) الصحة لان العذر الغالب مع الحاجة اولى بالرخصة من النادر والق متاعك فى البحر وعلى ضمانه اقل وقوعاً من صورة النزاع فيكون الجواز هنا اولى.

قال دام ظله : والاقرب انه لايصح ضمان عهدة الثمن لوخرج المبيع معيباً ورده والصحة لو بان فساده بغير الاستحقاق كفوات شرط معتبر فى البيع او اقتران شرط فاسد به.

اقول: الفرق استحقاقه حال الضمان فى الثانى ووجود سببه فى الاول و وجه الاحتمال ماتقدم .

قال دام ظله :والاقوى صحة ضمان المجهول كما فى ذمته فيلزمه مايقوم

كما في ذمته فيلزمه ما تقوم البينة على ثبوته وقت الضمان (لا) مايتجدد (ولا) ما يوجد في دفتر و كتاب او يقر به المضمون عنه (او) يحلف عليه المالك برد اليمين من المديون ، ولوضمن ما تقوم به البينة لم يصح لعدم العلم بثبوته حينئذ ولاضمنت شيئاً ممالك عليه ويصح الابراء من المجهول و لوقال ضمنت من واحد الى عشرة احتمل لزوم العشرة وثمانية و تسعة باعتبار الطرفين .

المطلب الثاني في الاحكام

الضمان ناقل وان لم يرض المديون فلو ابرئه المستحق بعده لم يبرء الضامن و لو ابرء الضامن بريا معاً ولو ضمن الحال مؤجلا تأجل و ليس للضامن مطالبة المديون قبل الاداء فان مات الضامن حل ولورثته مطالبة المضمون عنه قبل الاجل ولوكان الاصل مؤجلا لم يكن لهم ذلك ، ولومات الاصيل حينئذ خاصة حجر الحاكم من التركة بقدر الدين ، فان تلف فمن الوارث كما ان النماء له ؛ ثم الضامن ان تبرء لم يرجع على المديون ، وان اذن له في الاداء و الا رجع بالاقل من الحق وما اداه وان ابرىء ولو ابرىء من الجميع فلا رجوع وان لم يأذن له في الاداء

به البينة على ثبوته وقت الضمان لا ما يتجدد ولا ما يوجد في دفتر وكتاب او يقر به المضمون عنه او يحلف عليه المالك برد اليمين من المديون.

اقول: هذا قول الشيخ في النهاية ، والمفيد، وابن الجنيد، وسلار، وابي الصلاح وابن زهرة ، وابن البراج (للاصل) ولقوله تعالى **و انا به زعيم (١)** (ويحتمل) عدمه للجهالة المستلزمة لتكليف مالايطاق والاقوى السحة فيلزمه ماتقوم به البينة لسبقه على الضمان .

قال دام ظله : ولوقال ضمنت من واحد الى عشرة احتمل لزوم العشرة و ثمانية وتسعة باعتبار الطرفين .

اقول: منشأ الاحتمالات ان ابتداء الغاية وانتهائها هل يدخلان او يخرجان او يدخل احدهما دون الاخر وقد حقق في الاصول.

---

(١) تقدم

ويصح ترامي الضمان ودوره واشتراط الاداء من مال بعينه فان تلف من غير تفريط الضامن ففي بطلان الضمان اشكال ، ومع عدمه يتعلق به تعلق الدين بالرهن لا الارش بالجاني فيرجع الضامن و على الثاني يرجع على المضمون عنه ، و كذا لو ضمن مطلقا ومات معسراً على اشكال ، ولو بيع متعلق الضمان باقل من قيمته لعدم الراغب رجع الضامن بتمام القيمة لانه يرجع بما ادى (ويحتمل) بالثمن خاصة لانه الذى قضاه وللضامن مطالبة الاصيل ان طولب كما انه يغرمه اذا غرم على اشكال و ليس له المطالبة بالتخليص قبل المطالبة ومن ادى دين غيره من غير ضمان ولا اذن لم يرجع وان اداه باذنه بشرط الرجوع رجع ، ولو لم يشترط الرجوع احتمل عدمه اذ ليس من ضرورة الاداء الرجوع وثبوته للعادة ، ولو صالح المأذون في الاداء بشرط

قال دام ظله : فان تلف بغير تفريط الضامن ففي بطلان الضمان اشكال.

اقول: ينشأ من ان تعلقه بالمال هل هو كتعلق الرهن لانه نقل المال من ذمة الى ذمة او كتعلق الجناية برقبة العبد لانه انما يجب الاداء من هذا المال لصحة الشرط وقد فات والاقوى عدم البطلان .

قال دام ظله : و كذا لو ضمن مطلقا ومات معسراً على اشكال .

اقول: ينشأ من انتقال المال الى ذمة الضامن (ومن) انه تمليك ما في ذمة المضمون عنه بعوض في ذمته ولم يسلم والاقوى الاول لان الضمان يستلزم برائة ذمة المضمون عنه .

قال دام ظله : وللضامن مطالبة الاصيل ان طولب كما انه يغرمه اذا غرم على اشكال .

اقول: ينشأ مما ذكره المصنف (ومن) ان استحقاق المطالبة بعد استحقاق الاستيفاء وهو متأخر عن الاداء والاصح انه لا مطالبة له لان استحقاق المطالبة متاخر عن استحقاق مال في الذمة بالفعل لا بالقوة واستحقاق الضامن المال في ذمة المضمون عنه متاخر عن الاداء فلو تقدم استحقاق المطالبة عليه لدار .

قال دام ظله : ولو صالح المأذون في الاداء بشرط الرجوع على غير

الرجوع على غير جنس الدين احتمل الرجوع ان قال ادّ ديني اوما على بخلاف ادّ ما على من الدراهم ان علق بالاداء و عدمه لانه اذن فى الاداء لا الصلح ، و لو صولح الضامن عن مأة بما يساوى تسعين رجع بالتسعين و كذا لو صولح بحط قدر او نقص صفة ولو صالح بالازيد رجع بالدين ويرجع على ضامن عهدة الثمن فى كل موضع يبطل فيه البيع من رأس لا ما يتجدد له الفسخ بالتقايل او العيب السابق اوتلفه قبل قبضه بل يرجع على البايع ، ولو طالب بالارش فالاقرب مطالبة الضامن ، ولو فسخ لاستحقاق بعضه رجع على الضامن بما قابل المستحق و على البايع بالآخر و لو اخذ بالشفعة

جنس الدين (احتمل) (الرجوع) ان قال اد ديني اوما على بخلاف ادما على من الدراهم ان علق بالاداء (وعدمه) لانه اذن فى الاداء لا الصلح .

اقول: وجه الاحتمال ان القصد برائة الذمة وقد حصلت والخصوصيات لا اعتبار بها و لتضمن هذا الصلح شيئين (احدهما) اداء غير الجنس (الثانى) برائة ذمته مما عليه والاذن شامل لهما اما الاول فلان دفع غير الجنس عن الدين يصدق عليه انه اداء ولهذا يحاسب بقيمته وقت الدفع وان كان مثلياً من غير احتياج الى عقد معاوضة و اما الثاني فظاهر (ويحتمل) عدمه لان الاداء غير الصلح وغير مستلزم له فلا يستلزم الاذن فيه (والتحقيق) انه ان علق حرف الجر بقوله (ادّ)(١) لم يرجع لانه خالف الاذن وان علقه بمتعلق (على ٌ) ففيه الاحتمالات والاقوى الرجوع باقل الامرين من قيمته و من الدين .

قال دام ظله : ولو طالب بالارش فالاقرب مطالبة الضامن .

اقول: وجه القرب انه عوض جزء فائت حال العقد فهو مستحق فى الاصل وانما يسقط ماله بالرضاء بالعيب المستلزم لاسقاطه (ومن) انه عوض صفة اومافى حكمها و هو جزء لا يفرد بالبيع فلا يتقسط الثمن عليه ابتداء بل بعد طلبه والمتقدم انما هو السبب المعد للاستحقاق والمنشأ ان طلب الارش هل هو كاشف او سبب الاصح الاول ولهذا كان رأس المال ما بعد الارش وبه يخبر فى المرابحة ولا يبطل البيع فى مقابله من اصله بخلاف جزء يفرد بالبيع .

---

(١) جواب لقوله ان علق

رجع على الشفيع دون الضامن و البايع ولو باع او اقرض بشرط رهن عين او مطلقا فضمن تسليم الرهن لم يصح لان الاصيل لايلزمه ذلك ولو ضمن درك مايحدثه المشترى من بناء اوغرس لم يصح لانه ضمان مالم يجب ، وفي ضمان البايع ذلك اشكال ، ولو ضمن اثنان طولب السابق ومع الاقتران اشكال ، ولو ضمن كل من المديونين ما على صاحبه تعاكست الاصالة والفرعية فيهما ان اجازهما و يتساقطان فلو شرط احدهما الضمان من مال بعينه وحجر عليه لفلس قبل الاداء رجع على الموسر بما ادّى ويضرب الموسر مع الغرماء والاطولب من اجيز ضمانه بالجميع خاصة فان دفع النصف انصرف

قال دام ظله : وفي ضمان البايع ذلك اشكال .

اقول: منشأه دعاء الضرورة اليه كالق متاعك و علىّ ضمانه (ومن) انه ضمان مالم يجب ولم يوجد سببه والاقوى عدم الصحة .

قال دام ظله : ولو ضمن اثنان طولب السابق منهما ومع الاقتران اشكال.

اقول: قال ابن حمزة له مطالبة من شاء منهما على الاجتماع والانفراد ، و قال ابن الجنيد يرجع على كل واحد بحصته على عدد رؤسهم ، و المصنف استشكل هذه المسئلة (فيحتمل) عنده البطلان لان عند معظم الاصحاب يمتنع انتقال كل المال الواحد الى كل واحد من ذمم متعددة على سبيل البدل دفعة بالضمان فيبطل هنا لاستحالة الترجيح من غير مرجح (ويحتمل) ثبوت النصف في ذمة كل واحد لارتفاع التصادم به كاختيار ابن الجنيد وقال المصنف في درسه في امتناع الاول نظر لانه واقع في العبادات كالواجب على الكفاية وفي الاموال كالغاصب من الغاصب فلا ينا في الضمان وقد ضمن كل واحد فيثبت في ذمته ويتخير المضمون له (قالوا) يلزم اجتماع العلل على معلول واحد اذا العلة في برائة ذمة المضمون عنه ضمان كل واحد (واجيب) بانها معرفات وبان برائة ذمته معلولة لعدم علة الثبوت وهي الاداء به مع عدم ضمان غيره وانتفاء عدم الكلي بوجود جزئيات كثيرة جائز .

الى ماقصده ويقبل قوله مع اليمين فان اطلق فالوجه التقسيط ، وينصرف الابراء الى ماقصده المبرىء فان اطلق فالتقسيط ، ولوادعى الاصيل قصده ففي توجه اليمين عليه اوعلى الضامن اشكال ينشأ (من) عدم توجه اليمين لحق الغير(و) خفاء القصد ، ولو ضمن الثالث المتبرع بسؤاله رجع عليه دون الاصيل وان اذن له الاصيل في الضمان والاداء ولودفع الاصيل الى الضامن او المستحق فقد برىء وان لم يأذن الضامن في الدفع ؛ و على الضامن البينة بالاذن لو انكره الاصيل او انكر الدين ، و لو انكر الضامن الضمان فاستوفى المستحق بالبينة لم يرجع على الاصيل ان انكر الدين ايضاً

قال دام ظله : ويقبل قوله مع اليمين فان اطلق فالوجه التقسيط .

اقول: اذا كان لواحد على اثنين دينان فضمن كل واحد منهما الآخر باذنه فرضى بضمان احدهما دون الآخر اجتمع الدينان على من رضي بضمانه فاذا دفع نصف الدينين ولم يقصد عن احدهما بل اطلق قال المصنف الوجه التقسيط اى توزيع المدفوع على الدينين على نسبة قدرهما لامتناع صرف الجميع الى كل منهما وعدم صرفه الى شيء والى احدهما لاستحالة الترجيح من غير مرجح (ويحتمل) صرفه الى ماشاء لتساويه بالنسبة اليهما وهو الاصح .

قال دام ظله : وينصرف الابراء الى قصد المبرىء فان اطلق فالتقسيط فلو ادعى الاصيل قصده ففي توجه اليمين عليه اوعلى الضامن اشكال ينشأ من عدم توجه اليمين لحق الغير وخفاء القصد .

اقول: المسئلة بحالها لكن ابراء المضمون له الضامن من نصف الدينين فالوجه التقسيط بالنسبة لماذكرنا فلوادعى المضمون عنه ان المبرّى قصده (احتمل) توجه اليمين على المبرّى لانه منكر والدعوى على قصده والاصح انه لايتوجه عليه لان الغريم في الحقيقة الضامن لانه لواعترف لم يرجع على الاصيل وان لم يثبت رجع عليه فلوحلف المبرّى لم يدفع بهاشيئاً عن نفسه ولااثبت شيئاً له بل لو اثّرت فانما يؤثر في رجوع الضامن بمايؤدى فيكون لاثبات حق الغير لاغير ولايجوز (و يحتمل) عدم حلف الضامن لخفاء قصد المبرىء فيقسط .

او الاذن والارجع اقتصاصاً الاان ينكر الاصيل الاذن ولا بينة ، ولو انكر المستحق دفع الضامن بسؤال قدم انكاره ، فان شهد الاصيل ولا تهمة قبلت ومعها يغرم ثانياً ويرجع على الاصيل بالاول مع مساواته الحق او قصوره ، و لو لم يشهد يرجع بالاقل من الثاني والاول والحق ولو ادعى القضاء الماذون له فيه فانكر المستحق فان كان في غيبة الاذن فهو مقصر بترك الاشهاد اذ كان من حقه الاحتياط وتمهيد طريق الاثبات فلا يرجع عليه ان كذبه، وان صدقه احتمل ذلك حيث لم ينتفع به الاصيل والرجوع لاعترافه ببرائة ذمته وفعل ما اذن فيه فلا يخرج استحقاق المأذون بظلم المستحق ، و هل له احلاف الاصيل لو كذبه ان قلنا بالرجوع مع التصديق حلفه على نفي العلم بالاداء وان قلنا بعدمه فان قلنا اليمين المردودة كالاقرار لم يحلفه لان غايته النكول فيحلف الضامن فيصير كتصديق الاصيل وان قلنا كالبينة حلف فلعله ينكل فيحلف ولو جحد الاصيل وصدقه المستحق احتمل الرجوع لسقوط المطالبة باقراره الذى هو اقوى من البينة وعدمه اذ قول المستحق ليس حجة على الاصيل، ولو كان الدفع بحضور الاصيل فلا ضمان اذ التقصير ينسب اليه ولا تفريط لو اشهد رجلا و امرأتين او مستورين ، وفي رجل واحد ليحلف معه نظر ، ولو اتفقا على الاشهاد وموت الشهود او غيبتهم فلا ضمان ولو ادعاه الدافع فانكر الاصيل الاشهاد تعارض اصلا(١) عدم الاشهاد و عدم التقصير لكن يؤيد الاول باصالة براءة ذمته عن حق الدافع .

الفصل الثاني في الحوالة

و هي عقد شرع لتحويل المال من ذمة الى اخرى وشروطها ثلثة ، رضا

قال دام ظله : ولو ادعى القضاء الماذون فيه فانكر المستحق الى قوله ان قلنا المردودة كالاقرار الى قوله وان قلنا كالبينة حلف فلعله ينكل فيحلف.

اقول: سيأتي في كتاب القضاء .

قال دام ظله :وفي رجل واحد ليحلف معه نظر .

اقول: منشأه الاكتفاء بذلك في الاثبات وترك الاشهاد المثبت .

---

(١) بالاضافة

الثلثة ، وعلمهم بالقدر ، ولزوم الدين او كونه صائراً اليه وعلم المحتال باعسار المحال عليه لو كان اورضاه به بشرط اللزوم وهل يشترط شغل ذمة المحال عليه بمثل الحق للمحيل الاقرب عدمه لكنه اشبه بالضمان ولايجب قبولها ، وان كانت على ملى فان قبل لزم وليس له الرجوع وان افتقر ولوظهر له فقره حال الحوالة تخير في الفسخ وهل يتخير لو تجدد اليسار و العلم بسبق الفقر اشكال و هى ناقلة فيبرء المحيل عن دين المحتال و ان لم يبرئه المحتال على رأى و ينحول حقه الى ذمة المحال عليه

الفصل الثانى فى الحوالة

قال دام ظله : وهل يشترط شغل ذمة المحال عليه بمثل الحق للمحيل الاقرب عدمه لكنه اشبه بالضمان .

اقول: وجه القرب الاصل لكنه اشبه بالضمان و لانها اداء و ذهب الشيخ فى المبسوط وابن البراج وابن حمزة الى الاشتراط لانها معاوضة عندهم والحق الاول .

قال دام ظله : وهل يتخير لو تجدد اليسار والعلم بسبق الفقر اشكال .

اقول: ينشأ من زوال الموجب وعدم العلة علة العدم (ومن) اصالة بقاء الخيار ولان الزائل ليس علة ولاشرطاً بل امارة ولايلزم من عدم امارة الشيء بعد ثبوته عدمه الاان يثبت بالنص انها مساوية ولان العسر فى الزمان المستقبل لاتأثير له فى جواز الفسخ وليس بشرط فى الفسخ والالم يجز فى الزمان الاول فلايلزم من عدمه عدم جواز الفسخ فيبقى الجواز للاصل (والتحقيق)انه يبنى على ان علل الشرع هل هى معرفات اوعلل حقيقية وعلى الثانى هل الباقى مستغن عن المؤثر اومحتاج .

قال دام ظله : وهى ناقلة فيبرء المحيل عن دين المحتال وان لم يبرئه المحتال على رأى .

اقول: هذا مذهب محمد بن ادريس لانها تحويل المال من ذمة الى ذمة فيبرء الاول ، وما رواه عقبة بن جعفر عن ابى الحسن عليه السلام قال سألته عن الرجل يحيل الرجل بمال على صيرفى ثم يتغير حال الصيرفى ايرجع على صاحبه اذا احتال و رضى قال لا(١) ،وترك الاستفصال فى حكاية الحال مع قيام الاحتمال يدل على العموم

(١) ئل- ب ١١ خبر ٤- من كتاب الضمان

ویبرء المحال علیه عن دین المحیل وتصح علی من لیس علیه حق او علیه مخالف علی رأی ، ویصح ترامی الحوالات و دورها و الحوالة بما لامثل له و بالثمن فی

فی المقال ، واشترط الشیخ فی النهایة ، والمفید ، و ابن البراج ، وابن حمزة فی برائة ذمة المحیل ابراء المحتال ایاه فان لم یبرئه کان له الرجوع ای وقت شاء ،وقال ابن الجنید له الرجوع علیه ان اعسر او مات المحال علیه مقدماً الا اذا ابرئه فلا رجوع له (احتج) الشیخ برواية زرارة ، فی الحسن ، عن احدهما علیهما السلام . فی الرجل یحیل الرجل بمال کان له علی رجل آخر فیقول الذی احتال برئت من مالی علیك قال اذا ابرئه فلیس له ان یرجع علیه وان لم یبرئه فله ان یرجع علی الذی احاله (١) . ، قال ابن الجنید (ولانها) معاوضة ومع تعذر العوض یرجع مستحق استیفائه الی عوضه کالبیع (والجواب) ان قول المحتال برئت من مالی علیك هو القبول و نمنع کونها معاوضة والالم تصح کالبیع والاصح عندی اختیار والدی .

قال دام ظله :و یصح علی من لیس علیه حق او علیه مخالف علی رأی .

اقول : الکلام هنا فیما اذا کان علی المحال علیه مخالف لمال المحتال علی المحیل و الخلاف فیه مع الشیخ رحمه الله فی قول له : فانه قال فی المبسوط لایصح الحوالة الا بشرطین اتفاق الحقین فی الجنس والنوع و الصفة و کون الحق مما یصح فیه اخذ البدل قبل قبضه لانا لو لم نراع اتفاق الحقین ادی الی ان یلزم المحال علیه اداء الحق من غیر الجنس الذی علیه و من غیر نوعه وعلی غیر صفته وذلك لایجوز و انما شرطنا ان یکون الحق مما یقبل اخذ البدل فیه قبل قبضه لانه لایجوز الحوالة بالمسلم فیه قبل قبضه اذ الحوالة ضرب من المعاوضة والمعاوضة لا تصح فی المسلم فیه قبل قبضه ، وبه (٢) قال ابن البراج وابن حمزة ، ثم قال الشیخ فی المبسوط بعد ذلك قال قوم الحوالة بیع الا انه غیر مبنی علی المکایسة والمغابنة وطلب الفضل و الربح و انما هو مبنی علی الارفاق فلا تجوز الا فی دینین متفقین فی الجنس و الصفة فیجب ان یکون حالین او مؤجلین اجلا واحدا ولایکون احدهما صحیحاً و

(١) ئل-ب١١ خبر١-من کتاب الضمان

(٢) من کلام المؤلف

مدة الخيار وبمال الكتابة بعد حلول النجم وقبله على اشكال. ولو احال المكاتب سيده بثمن ما باعه جاز ، و لو كان له على اجنبى دين فا حال عليه بمال الكتابه صح لانه يجب تسليمه ، ولوقضى المحيل الدين بمسئلة المحال عليه رجع عليه و ان تبرع لم يرجع ويبرء المحال عليه ، ولوطالب المحال عليه المحيل بماقبضه المحتال فادعى شغل ذمته قدم قول المنكر مع اليمين ولو احتال البائع ثم ردت السلعة بعيب

الا خر مكسوراً و لا يكون احدهما اكثر، ثم قال بعد ذلك و يقوّى فى نفسى انها ليست بيعاً بل هى عقد منفرد و يجوز خلاف جميع ذلك الازيادة احد النقدين على صاحبه لانه رباء و لا يمتنع ان نقول ان الحوالة يجوز فيما له مثل و فيما يثبت فى الذمة بعد ان يكون معلوماً فاذا كان فى ذمته حيوان وجب عليه بالجناية مثل ارش الموضحة و ما اشبهها صح فيه الحوالة ، وهذا الاخير مخالف للكلام السابق وموافق لا ختيار المصنف و هو الا صح عندى لان الا صل الصحة و لعموم قوله تعالى **اوفوا بالعقود** (١) (ولانه) يجوز على من ليس عليه حق فعلى من عليه اولى و هو الراى (الزامى- خ ل) .

قال دام ظله : وبمال الكتابة بعد حلول النجم وقبله على اشكال .

اقول: منع الشيخ من الحوالة بمال الكتابة على العبد المكاتب وتبعه ابن البراج لجواز تعجيز نفسه والمصنف جوّز بعد حلول النجم لان لزوم الحوالة (الكتابة - خ ل) بيساره اوما يقوم مقامه و قبوله فلا يتحقق التعجيز عنه حينئذ و لصحة المعاوضة عليه واما قبله فلامكان تعجيز نفسه عند الحلول كما قال الشيخ فظهر عدم استحقاقه (لان) شرط استحقاق كل نجم عند الشيخ بقاء الكتابة وعدم تعجيز نفسه عند حلوله (ولامكان) موته قبله فتبطل الكتابة فيظهر عدم استحقاقه فبالنظر الى هذا القول والى قول الآخرين باستحقاق مال الكتابة بالعقد ولزومها منشأ الاشكال هكذا قال المصنف دام ظله فى الدرس .

---

(١) المائدة - آية (١)

سابق فان قلنا الحوالة استيفاء بطلت لانها نوع ارفاق فاذا بطل الاصل بطلت هيئة الارفاق كمالواشترى بدراهم مكسرةفاعطاه صحاحاً ثم فسخ فانه يرجع بالصحاح ، وانقلنا انهااعتياض لم تبطل كما لواستبدل عن الثمن ثوبا ثم ردّ بالعيب فانه يرجع بالثمن لاالثوب فللمشترى الرجوع على البايع خاصة ان قبض ولا يتعين المقبوض وان لم يقبضه فله قبضه ، وهل للمشترى الرجوع قبل قبضه فيه اشكال ينشأ (من) ان الحوالة كالقبض ولهذا لايحبس البايع بعدها السلعة (ومن) ان التغريم للمقبوض ولم تحصل حقيقته فان منعنا الرجوع (فهل) للمشترى مطالبته بتحصيل الحوالة ليرجع اشكال وعلى تقدير البطلان لايرد البائع الى المحال عليه بل الى المشترى ويتعين

قال دام ظله : فان قلنا الحوالة استيفاء (الى قوله) وان قلنا انها اعتياض لم تبطل .

اقول: وجه كونهااستيفاء انها لو كانت اعتياضاً لكانت اعتياض الدين بالدين ولماجازت فى النقود الاان يتقابضا قبل التفرق ولو كان (١) بيعاً لكان على المحيل تسليمه الى المحال عليه لانه عوض من جهته كما اذا باع شيئاً فى يد غيره فانه يطالبهما به المشترى فكان قد استحق بالحوالة زيادة فى حق المطالبة ولا يستحق بها الامثل ما كان يستحقه قبلها (و وجه) كونها معاوضة انه يملك ما فى ذمة المحال عليه فى مقابلة مافى ذمة المحيل وهذا معنى المعاوضة واختاره الشيخ فى المبسوط وهى علة بطلان الحوالة بالمسلم فيه قبل القبض والاقوى عندى انها استيفاء مطلقا .

قال دام ظله : فان منعنا الرجوع فهل للمشترى مطالبته بتحصيل الحوالة ليرجع اشكال .

اقول: يحتمل ذلك لانه اذا بطل ملك المشترى للمبيع وعاد الى البايع فاما ان يستحق عليه العوض الذى ملكه فى مقابله اولا والثانى باطل لاستحالة ان يملك العوض و المعوض فيتعين الاول فان توقف استحقاق مطالبته على قبضه وهو غير واجب على البايع جاز تأخيره دائماً فلايستحق عليه المطالبة بشيء دائماً فلايستحق عليه شيء

---

(١) كانت ظ

حقه فيما قبضه فان تلف فعليه بدله وان لم يقبضه فلا يقبضه فان قبضه فهل يقع عن المشترى يحتمل ذلك لانه كان ماذوناً فى القبض بجهة فاذا بطلت بقى اصل الاذن ، والاصح العدم لان الاذن الذى كان ضمناً لايقوم بنفسه والوكالة عقد مخالف للحوالة بخلاف ما لوفسدت الشركة والوكالة فان الاذن الضمنى يبقى ويصح التصرف لان المحتال يقبض لنفسه با لاستحقاق لاللمحيل بالاذن وهما مختلفان فبطلان احدهما لايفيدحصول الاخروفى الشركة يتصرف بالاذن فاذابطل خصوص الاذن بقى عمومه؛ولو احال البايع رجلاعلى المشترى فالاقرب عدم بطلان الحوالة بتجدد الفسخ لتعلق الحوالة بغير المتعاقدين سواء قبض اولا ، ولوفسد البيع من اصله بطلت الحوالة فى الصورتين ويرجع المشترى على من شاء من المحتال والبائع .

فروع

(١) لواحال بثمن العبد على المشترى وصدّق الجميع العبد على الحرية بطلت الحوالة ويردّ المحتال ماأخذه على المشترى ويبقى حقه على البايع وان كذبهما

حينئذ وان وجب استحق المطالبة به وهو المطلوب (ومن) ان استحقاق المطالبة موقوف على وجوب التغريم واستحقاق الرجوع عليه وهو ظاهر وهو موقوف على القبض ، لان المصنف انما فرع على هذا التقدير فلايتقدم عليه والادار (وجه) الدور انّ استحقاق التغريم موقوف على القبض لانا نبحث على هذا التقدير فيتأخر عنه ، واستحقاق المطالبة موقوف على استحقاق التغريم لان استحقاق المطالبة باى شيء فرض متأخر عن استحقاق المطالبة فيتأخر استحقاق المطالبة عن القبض لان المتأخر عن المتأخر عن الشيء متأخر عن ذلك الشيء فلواستحق المطالبة قبل القبض لزم الدور ، وهو محال .

قال دام ظله : ولو احال البايع رجلا على المشترى فالاقرب عدم بطلان الحوالة .

اقول : وجه القرب تعلق حق الغير بالثمن كما لو باعه من آخر (ويحتمل) البطلان لان استحقاق المحتال فرع على استحقاق المحيل وقد بطل ولان الاحالة انما هى بالثمن وقال الشيخ الطوسى رحمه الله ان عدم الرجوع اجماعى هنا ، والحق عندى عدم البطلان لان الاجماع المنقول بخبر الواحد حجة .

المحتـال واقام العبد بينة اوقـامت بينة الحسبة فكذلك وليس للمتبايعين اقامتها لتكذيبهما بالمبايعة الامع امكان الجمع كادعاء البايع عتقوكبله وادعاء المشترى عتق البايع مع جهله به ولوفقدت البينة فلهما احلافه على نفى العلم فياخذالمالمن المشترى و فى رجوع المشترى على البايع اشكال ينشأ (من) ان المظلوم يرجع على من ظلمه (ومن) انه قضى دينه - باذنه ولوصدقهما المحتال و ادعى ان الحوالة بغير الثمن صدّق مع اليمين لان الاصل صحة الحوالة فان اقاما بينة ان الحوالة بالثمن قبلت لانهما لم يكذباها (ب) لوجرى لفظ الحوالة واختلفا بعد القبض فادعاها المحتال وادعى المحيل قصد الوكالة فالاقرب تقديم قول المحيل لانه اعرف بلفظه و قصده واعتضاده بالاصل من بقاء حق المحيل على المحال عليه وحق المحتال على المحيل ويحتمل تصديق المستحق لشهادة اللفظ له ولولم يقبض قدم قول المحيل قطعاً ولو انعكس الفرض قدم قول المحتال ولولم يتفقا على جريان اللفظ بل قال المستحق احلتنى وقال المديون وكلتك فى استيفـاء دينى صدق المديون فان لم يكن قبض فليس له ذلك لانعزاله بانكاره الوكالة وله مطالبة المديون بالمال لئلا يضيع حقه (ويحتمل) العدم لاعترافه ببرائته بدعوى الحوالة (اما) لوقال المستحق وكلتنى فقال لابل احلتك صدق منكر الحوالة باليمين و ليس للمستحق القبض لان انكار الوكالة يتضمن العزل ، وان كان قبض فالاقرب انه يتملكه لانه جنس حقه وصاحبه يزعم انه ملكه وان تلف (احتمل) عدم الضمان لان الوكيل امين (وثبوته) لان الاصل ضمان مال الغير فى يدآخر ولا يلزم من تصديقه فى نفى الحوالة تصديقه فى اثبات الوكالة ليسقط عنه الضمان (ج) لوشرط فى الحوالة القبض بعد شهر مثلا فالاقرب الصحة وان كان حالا (د) لواحال البرىء على مشغول الذمة فهى وكالة يثبت فيها احكـامها وجـازت بلفـظ الحوالة

قال دام ظله : لوشرط فى الحوالة القبض بعد شهر مثلا فالاقرب الصحة وان كـان حالا .

اقول: وجهه انه شرط سايغ (ويحتمل) عدمه لان الحوالة انما هى لما عليه وهو حال والاصح الصحة لانه اسقاط لبعض حقه.

لاشتراكهما في المقصود وهو استحقاق المطالبة . ولو انعكس الفرض فان شرطنا الشغل فهو اقتراض فان قبض المحتال رجع على المحيل وان ابرأه لم يصح ، لانه ابراء لمن لادين عليه وان قبض منه ثم وهبه اياه رجع المحال عليه على المحيل لانه غرم عنه ، ولو احال من لادين عليه على من لادين عليه فهي وكالة في اقتراض .

الفصل الثالث في الكفالة

وهي عقد شرع للتعهد بالنفس ، ويعتبر فيها رضى الكفيل والمكفول له دون المكفول وتعيين المكفول فلو قال كفلت احد هما او زيداً فان لم آت به فبعمرو او بزيد او عمرو بطلت و تنجيز الكفالة فلو قال ان جئت فانا كفيل به لم يصح على اشكال و لو قال

الفصل الثالث في الكفالة

قال دام ظله : و تنجيز الكفالة فلو قال ان جئت فانا كفيل به لم يصح على اشكال .

اقول: يحتمل الصحة ، لرواية احمد بن الحسن الميثمي ، عن ابان بن عثمان ، عن ابي العباس ، قال قلت لابي عبدالله عليه السلام ـ رجل تكفل لرجل بنفس رجل: فقال ان جئت والا فعلي خمسمأة درهم ان لم ادفعه اليه فقال لزمته الدراهم ان لم يدفعه (١) ويلزم منه انه يلزمه دفعه ان لم يدفع الدراهم لانها في تقدير منع الخلو عن دفعه و ثبوت خمسمأة درهم عليه و عدم احد طرفي مانعة الخلو يستلزم الآخر فيصدق ما ادعيناه فقد تعلقت على شرط ، و قال الشيخ في المبسوط لايجوز تعليق الكفالة بشرط لانه جعل هنا (هذا ـ خ ل) العقد غير موجب وانما الموجب هو مع الشرط الذي لم يجعل له الشارع في اصل الشرع تأثيراً اصلا والموجبات انما هي بوضع الشارع فما جعله مؤثراً بقي تأثيره ومالم يجعله موثراً جعله شيئاً مؤثراً غلط فلا يصح وهو الاصح عندي :

---

(١) ئل ب ١٠ خبر ١ من كتاب الضمان وفيه بعد قوله خمسمأة درهم هكذا قال عليه نفسه ولا شيء عليه من الدراهم فان قال على خمسمأة درهم ان لم ادفعه اليه قال تلزمه الدراهم ان لم يدفعه اليه .

انااحضره اواؤدى ما عليه لم تكن كفالة، وتصح حالّة ومؤجلة على كل من يجب عليه الحضور مجلس الحكم من زوجة يدعى الغريم زوجيتها ، او كفيل يدعى عليه الكفالة ، او صبى ، اومجنون ، اذقد يجب احضارهما للشهادة عليهما بالاتلاف وبدن المحبوس لامكان تسليمه بـامر من حبسه ثم يعيده الى الحبس او عبد آبق او من عليه حق لآدمى من مال اوعقوبة قصاص ولايشترط العلم بقدر المال فان الكفالة بالبدن لابه ولاتصح على حدالله تعالى ، والاقرب صحة كفالة المكاتب ومن فى يده مال مضمون كالغصب والمستام ، وضمان عين المغصوب والمستام ليردها على مالكها فان ردبرىء من الضمان وان تلفت ففى الزامه بالقيمة وجهان الاقرب العدم كموت المكفول دون الوديعة والامانة وتصح كفالة من ادعى عليه وان لم تقم البينة عليه بالدين وان جحد لاستحقاق الحضور عليه والكفالة ببدن الميت اذقد يستحق احضاره لاداء الشهـادة على صورته والاطلاق يقتضى التعجيل فان شرطا اجلا وجب ضبطه و التسليم الكامل

قال دام ظله : والاقرب صحة كفالة المكاتب ومن فى يده مال مضمون كالغصب والمستام.

اقول: منع الشيخ فى المبسوط وابن البراج منه بناء على مذهبه وجوزه المصنف بناء على مذهبه (ولانه) اما عبد اومديون والاول ادخل فى استحقاق الاحضار و الثانى ظاهر ، والاقوى عندى ماهو الاقرب عند المصنف .

قال دام ظله : فان ردبرىء من الضمان وان تلفت ففى الزامه بالقيمة وجهان الاقرب العدم كموت المكفول دون الوديعة والامانة :

اقول: وجه القرب ان ضمان الاعيان لاينتقل من ذمة الى ذمة اذ العين لاتنتقل من ذمة الى ذمة و القيمة غير واجبة مع وجود العين وانما يعتبر (تعهد ـ خ ل) ردها و احضارها كالكفالة بالبدن فيسقط مع التلف كسقوط الكفالة بموت المكفول (ويحتمل) الصحة لان الاعيان المضمونة لابدّ ان تثبت مالية مافى الذمة فيتعلق تلك المالية بالضامن والا لم يصح ضمانها ويكون منزلته منزلة الاصيل فالتلف يؤكد تلك المالية وكما يضمنها الاصيل يضمنها هو والاصح عندى بطلان الكفالة بتلف العين فلايلزمه شىء .

قال دام ظله : ولابتسليمه قبل الاجل اوفى غير المكان المشترط و ان انتفى فيهما الضرر على رأى .

فى بلد العقد ولو عين غيره لزم و للمكفول له مطالبة الكفيل بالمكفول فى الحال مع التعجيل والاطلاق وعند الاجل فى المؤجلة ويخرج الكفيل عن العهدة بتسليمه تاماً فى المكان الذى شرطه اوفى بلد الكفالة لو اطلق ارادة المستحق او كرهه وبموت المكفول فى غير الشهادة على عينه او فيها بعد الدفن ان حرمنا النبش لاخذ المال و بتسليمه نفسه و بابراء المستحق لاحدهما و لا يبرء بالتسليم و دونه يد غالبة مانعة و لابتسليمه قبل الاجل او فى غير المكان المشترط وان انتفى الضرر فيهما على رأى و لا بتسليمه فى حبس الظالم بخلاف حبس الحاكم و يلزم الكفيل اتباعه فى غيبته ان عرف مكانه و ينظر فى احضاره بمقدار ما يمكنه الذهاب اليه و العود به و لو كانت مؤجلة اخّر بعد الحلول بقدر ذلك و لو امتنع الكفيل من احضاره حبس حتى يحضره اويؤدى ما عليه ولوقال ان لم احضره كان علىّ كذا لزمه الاحضار خاصة ولوقال على كذا الى كذا ان لم احضره وجب عليه ما شرط من المال ولو مات المكفول له فالاقرب انتقال الحق الى ورثته واواطلق غريماً من يد صاحب الحق قهراً ضمن احضاره اواداء ماعليه ولوكان قاتلا لزمه احضاره او الدية فان دفعها ثم حضر الغريم تسلط الوارث على قتله فيدفع ما اخذه وجوباً و ان لم يقتل و لا يتسلط الكفيل لو رضى هو و الوارث با لمدفوع على المكفول بدية و لا قصاص .

فروع

(ا) لوقال الكفيل لاحق لك على المكفول قدم قول المكفول له لاستدعاء الكفالة ثبوت حق (فان) اخذ منه المال لتعذر المكفول (لم يكن) له الرجوع لاعترافه

اقول: قال الشيخ فى المبسوط وابن البراج يبرء بتسليمه قبل الاجل او فى غير المكان المشترط مع انتفاء الضرر وليس بجيد لان قضية الاجل والشرط بخلاف ماذكر

قال دام ظله: ولومات المكفول له فالاقرب انتقال الحق الى ورثته .

اقول: وجه القرب انها حق للميت فيورث كسائر الحقوق لعموم الاية (ويحتمل) العدم لضعفها ولاقتضائها الاحضار اليه وتعذره والاقوى عندى الاول.

بالظلم (ب) لوتکفل اثنان برجل فسلمه احدهما فالاقرب برائة الاخر ولو تکفل لاثنین فسلمه الی احدهما لم یبرء من الاخر (ج) لوادعی ابراء المکفول فردالمکفول له الیمین حلف وبرىء من الکفالة دون المکفول من المال (د) لو ترامت الکفالات صح فان ابرء الاصیل برؤا اجمع (ه) لوقال انا کفیل بفلان او بنفسه او ببدنه او بوجهه او برأسه صح اذ قد یعبر به عن الجملة اما لوقال کفلت کبده او غیره ممالا یمکن الحیوة بدونه او ثلثه اوما شابهه من المشاعة ففی الصحة نظر ینشأ (من) عدم السریان کالبیع (و من) عدم امکان احضار الجزء الا بالجملة فیسری و کذا لو کان جزء یمکن الحیوة مع انفصاله کیده ورجله (و) لوهرب المکفول اوغاب غیبة منقطعة فالاقرب الزام الکفیل بالمال او احضاره مع احتمال برائته و یحتمل الصبر (ز) یجب علی المکفول الحضور مع الکفیل ان طلبه المکفول له منه والا فلا ان کان متبرعا والا فکالاول (ح) لواسلم الکفیل علی الخمر برىء من الکفالة ،ولواسلم احد الغریمین برىء

قال دام ظله : لو تکفل اثنان برجل فسلمه احدهما فالاقرب برائة الاخر.

اقول: قال الشیخ فی المبسوط اذا تکفل رجلان (ببدن رجل) (ارجل - خ) فسلمه احدهما لم یبرء الآخر لانه لادلیل علیه وتابعه ابن حمزة وابن البراج والاجود البرائة لان المکفول لوسلم نفسه برىء الکفیل فکذا لوسلمه احد الکفیلین والاقوی عندی ماهو الاقرب عند المصنف .

قال دام ظله: لوهرب المکفول اوغاب غیبة منقطعة فالاقرب الزام الکفیل بالمال او احضاره مع احتمال برائته و یحتمل الصبر.

اقول: وجه القرب ان الکفیل وثیقة علی الحق فاذا تعذر استیفاء الحق من جهة من علیه استوفی من الوثیقة کالرهن (و وجه الثانی) انه لم یلتزم به کما لوضمن المسلم فیه فانقطع لایطالب برد راس المال ولان الحضور سقط عن المکفول به فیبرء الکفیل کما لوبرىء المکفول من الدین (ووجه الثالث) اصالة بقاء الکفالة ولا یتناول المال فیتوقع المکنة والالزم تکلیف مالایطاق والاقوی الثالث .

قال دام ظله : ولو اسلم احد الغریمین برىء الکفیل والمکفول علی

الكفيل والمكفول على اشكال فيهما اما لو كان ضماناً فانه لايسقط باسلام المضمون عنه ، وفي رجوع الضامن المأذون عليه بالقيمة نظر (ط) لوخيف على السفينة الغرق فالقى بعض الركبان متاعه لتخف لم يرجع به على احد وان قصد الرجوع به او قال له بعضهم القه فالقاه امالو قال له القه وعلي ضمانه فالقاه فعلى القائل الضمان للحاجة ولو قال علي وعلى ركبان السفينة ضمانه فامتنعوا فان قال اردت التساوي لزمه قدر نصيبه، ولو قال علي ضمانه وعلى الركبان فقداذنوا لي فانكروا بعد الالقاء ضمن الجميع بعد اليمين

اشكال فيهما .

اقول: المسئلة الاولى تبنى على الثانية (ووجه الاشكال) في الثانية ان المسلم لايجب له الخمر ولا عليه (ومن) انه اذا سلم من عليه لم يسقط كالاتلاف قال المصنف و اذا اسلم من له فلاشيء له لان المسلم لايملك الخمر ولا عوض له عنه (فعلى هذا) اذا اسلم من له برىء الكفيل واذا اسلم من عليه (فان قلنا) برىء برىء الكفيل (و ان قلنا) يجب القيمة احتمل برائته لانه انما كفل على حق خاص وقد زال ووجب غيره ولا كفالة على المتجدد (ويحتمل) عدمه لان الكفالة على الاحضار الى الغريم المستحق للحق وهو هنا آكد لان ايجاب القيمة اقوى من وجوب الخمر فحق الاحضار قد تأكد .

قال دام ظله : امالو كان ضماناً فانه لايسقط باسلام المضمون عنه وفي رجوع الضامن المأذون عليه بالقيمة نظر.

اقول: ينشأ (من) انه ادى دينه باذنه فيرجع عليه بالقيمة لتعذر المثل ولانه متلف للخمر على الذمي باسلامه فيضمنه (ومن) ان المضمون عنه انما يجب عليه عند الاداء اقل الامرين مما ادى الضامن والدين وعين الخمر لم يكن ديناً واي شيء فرض من المال فهو اكثر من الخمر ولم يكن ديناً فلايجب عليه القيمة ولا الخمر لان المسلم لايجب عليه الخمر.

قال دام ظله : ولو قال على ضمانه وعلى الركبان فقداذنوا لي فانكروا بعد الالقاء ضمن الجميع بعد اليمين على اشكال ينشأ (من) استناد التفريط الى المالك .

على اشكال ينشأ (من) استناد التفريط الى المالك ، ولو لم يكن خوف فالاقرب بطلان الضمان وكذا مزّق ثوبك و على ضمانه اواجرح نفسك وعلى ضمانه بخلاف طلق زوجتك وعلى كذا (ى) الاقرب انتقال حق الكفالة الى الوارث ولو انتقل الحق عن المستحق ببيع اواحالة وغيرها برىء الكفيل وكذا لواحال المكفول المستحق لانه كالقضاء (يا) لوادى الكفيل لتعذر احضار المكفول كان له مطالبته المكفول بما اداه عنه سواء كفل باذنه اولا ولو ظهر بعد الاداء سبق موت المكفول رجع الكفيل على المكفول له .

اقول: (ومن) انه غره فكان كما لو قدم طعام المغصوب منه الى المالك والحق الاول لتفريط المالك بترك السؤال .

قال دام ظله ولو لم يكن خوف فالاقرب بطلان الضمان .

اقول: وجه القرب قيام المانع وهو كونه ضمان مالم يجب و المقتضى للصحة الضرورة وهى منفية هنا (و يحتمل) الصحة للانتفاع بالالقاء لخفة السفينة وليس بجيد .

قال دام ظله: الاقرب انتقال حق الكفالة الى الوارث .

اقول: هذه المسئلة قدتقدمت وانما ذكرها هنا لفائدة هى الفرق (بين) ما اذا انتقل الدين المكفول عليه بالارث الى الوارث (وبين) ما اذا انتقل بغير الارث كالبيع فانه فى الثانى يبرء الكفيل لانه لم يضمن الدين وانما كفل منه للاحضار اليه والكفالة لايلزم من انتقال الدين انتقالها واليه اشار المصنف بقوله (١) (ولو انتقل الحق عن المستحق ببيع اواحالة وغيرها برىء الكفيل) واما فى الارث فانه ينتقل نفس حق الكفالة الى الوارث والوارث منزل منزلة الميت ويقوم مقامه كانه هو وانما قلنا بانتقال نفس حق الكفالة لانه حق للميت يتعلق بالمال فدخل تحت عموم آية الارث كالشفعة فانها للوارث و ان تاخر ملكه عن شراء المشترى فظهر الفرق بين الرهن والكفالة (لان) الرهن تابع لاستحقاق الدين لتعلق نفس الدين بالرهن فالى

---

(١) يعنى فيما يأتى .

المقصد الخامس فى الصلح

وفصوله ثلثة (الاول) الصلح عقدسائغ شرّع لقطع التجاذب الاما احل حراماً اوحرم حلالا كالصلح على استرقاق حر او استباحة بضع اوصالحه بخمر اوخنزير او صالحه مع انكاره ظاهراً على بعض ماعليه سواء عرف المالك قدرحقه اولافان الصلح فى مثل ذلك لايثمر ملكا ولا ابراء الاان يعرف المالك ماعليه ويرضى باطناً و كذا لوكان المدعى كاذباً فصالحه المنكر فانه غير مباح الامع الرضاء الباطن وهواصل فى نفسه ليس فرعاً على غيره وان افاد فائدته ويصح على الاقرار والانكار من غير سبق خصومة ومع سبقها سواء علما بقدر ما تنازعا عليه اوجهلاه دينا كان اوعيناً وهو لازم من الطرفين لايبطل الا باتفاقهما على فسخه ولا بدمن متعاقدين كاملين وما يتصالحان به وعليه ويشترط فيهما التملك ولوصالح على عين باخرى فى الربويات ففى الحاقه

من انتقل الدين انتقل الرهن باى وجه كان، ففى الوارث انتقل بشيئين بانتقال نفس الرهن بالارث وانتقال الدين الى مشترى الدين بسبب واحدوهو انتقال الدين .

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

المقصد الخامس فى الصلح

قال دام ظله : ولو صالح على عين باخرى فى الربويات ففى الحاقه بالبيع نظر.

اقول: الحقه الشيخ بالربويات ، وهو اختيار ابن البراج وهو يبنى على احدى قاعدتين (ا) هل الصلح فرع البيع ام لا (قيل) نعم لان البيع انتقال عين مملوكة من شخص الى غيره بعوض مقدر على جهة التراضى والصلح كذلك (وقيل) لا لانه عقد منفرد برأسه وله صيغة مخصوصة (ب) هل الربا يشمل جميع المعاوضات ام هو مختص با لبيع و قد مضى ذلك فعلى القول باحديهما لا يصح والا صح عندى شمول الربا لكل المعاوضات .

بالبيع نظر وكذا في الدين بمثله فان الحقناه فسد لو صالح من الف مؤجل بخمس مأة حال ولو صالح من الف حال بخمس مأة مؤجلا فهو ابراء على اشكال ويلزم التأجيل و ليس طلب الصلح اقراراً بخلاف بعني او ملكني و لو اصطلح الشريكان على ان لاحدهما رأس ماله وللاخر الربح و الخسران صح ولو صالح عن الدنانير بدراهم او بالعكس صح ولم يكن صرفاً ولو ظهر استحقاق احد العوضين بطل الصلح ويصح على كل من العين و المنفعة بجنسه اومخالفه ولو صالح على ثوب اتلفه بدرهم على درهمين لزم

(**الفصل الثاني**) في تزاحم الحقوق يجوز اخراج الروشن والجناح ووضع الساباط واستجداد الابواب ونصب الميازيب في الطرق النافذة مع انتفاء ضرر المارة وان عارض مسلم اما لو كانت مضرة او اظلم بها الدرب على الاقوى او كانت في المرفوعة فانه لا يجوز ولو اذن ارباب الدرب المرفوع او فتح روزنة او شباكا جاز واذنهم اعارة يجوز الرجوع

قال دام ظله : وكذا في الدين بمثله فان الحقناه فسد لو صالح من الف مؤجل بخمسمأة حال.

اقول: ذكرهنا فرعين على كون الصلح بيعاً ام لا (ا) لو صالح على دين بمثله فعلى كون الصلح بيعاً لايصح وعلى كونه ليس ببيع يصح (ب) لو صالح على الف حال بخمسمأة فعلى احدى القاعدتين تبطل وعلى بطلانهما يصح .

قال دام ظله : ولو صالح من الف حال بخمس مأة مؤجل فهو ابراء على اشكال .

اقول: (يحتمل)ان يكون معاوضة لمغايرة الحال والمؤجل والزائد و الناقص (ويحتمل) الا براء لانه ليس الا اسقاط بعض ما في الذمة و تأجيل الباقي والاصح الاول .

قال دام ظله : اما لو كانت مضرة او اظلم بها الدرب على الاقوى .

اقول : قال الشيخ في المبسوط ظلة الطريق بالرواشن في النافذة ليس اضرارا قال المصنف في المختلف والاجود انه اضرار فان ضعيف البصر يتعذر عليه المشي فيه فيجب المنع منه وهذا هو الاصح عندي .

فيه ويمنع من استجداد باب فى المرفوعة لغير الاستطراق دفعاً للشبهة ويجوز الصلح بينه وبين ارباب المرفوع على احداث روشن وشبهه على رأى وليس لغيرهم مع رضاهم الاعتراض ولكل من له الاستطراق فيه ازالة ما احدثه بغير اذن ولذى الدارين المتلاصقتين فى دربين مرفوعين فتح باب بينهما ، وفى استحقاق الشفعة حينئذ نظر ، وينفرد الادخل بما بين البابين ويتشاركان فى الطرفين ولكل منهما الخروج ببابه مع سد الاول وعدمه فان سده فله العود اليه وليس لاحدهما الدخول ويحتمله اذ قد كان له ذلك فى ابتداء الوضع ورفع الحائط اجمع وليس للمحاذى فى النافذ منع مقابله من وضع الروشن وان استوعب الدرب فان خرب جاز لمقابله المبادرة وليس للاول منعه ويجوز جعل

قال دام ظله : ويجوز الصلح بينه وبين ارباب المرفوع على احداث روشن وشبهه على رأى .

اقول: هذا مذهب ابن ادريس للاصل ، وقال الشيخ فى المبسوط وابن البراج لايجوز (لان) فيه افراداً للهواء بالبيع ومبنى على ان الصلح فرع البيع ، و قال الشيخ فى المبسوط انه فرع لغيره لقوله تعالى **لاتاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم (١)** والتجارة هى البيع فسمى ماعدا البيع باطلا فلو كان الصلح ليس فرعاً على البيع لدخل فى الباطل وهو محال ثم قال فيه انه ليس فرعاً للبيع وانما هو عقد قائم بنفسه ، والاقوى عندى عدم الفرعية .

قال دام ظله : ولذى الدارين المتلاصقتين فى دربين مرفوعين فتح باب بينهما وفى استحقاق الشفعة حينئذ نظر.

اقول : (من حيث) انه يستحق الجوار منها الى الدار الاخرى و يستحق الجوار من الدار الاخرى الى الدرب فيستحق الجوار منها الى الدرب و لا نعنى بالمجاز الا ذلك (ومن حيث) انه لاباب فيه لها و الاستحقاق فيه انما هو للدار الاخرى لالها وهذا هو الاصح عندى ولاوجه عندى للاول .

---

(١) النساء آية ٢٨.

الدار اثنين ويفتح في المرفوع آخرفي موضع له استطراقه وفتح باب في النافذ لذات المرفوع دون العكس الاعلى الاحتمال ، والجدار المختص ليس للجار التصرف فيه بتسقيف وطرح خشب وغيرذلك ولايجب عليه الاعارة لواستعاره الجار بل يستحب ولواذن جاز الرجوع قبل الوضع وبعده على الاقوى لكن مع الارش على اشكال، ولوانهدم افتقرفي تجديد الوضع الى تجديد الاذن ويجوز الصلح على الوضع ابتداء بشرط عدد الخشب (١) ووزنه ووقته ولو كان مشتركاً لم يكن لاحدهما التصرف فيه بتسقيف وغيره الاباذن شريكه ولايجبر احدهما على الشركة في عمارته لو انهدم ولوهدمه فالاقوى الارش وكذالايجبر على الشركة في عمارة الدولاب و البئر و غيرهما

قال دام ظله : و فتح باب في النافذ لذات المرفوع دون العكس الاعلى الاحتمال .

اقول : الاحتمال الذي ذكره المصنف في احتمال فتح باب في المرفوع حيث قال له يرفع كل الحائط فجاز بعضه ، (و انا) اقول هذا الا حتمال ذكره على سبيل البحث لانه يحتمل عنده هكذا قال المصنف في درسه ولاوجه لهذا الاحتمال عندى .

قال دام ظله : ولواذن جاز الرجوع قبل الوضع و بعده على الاقوى.

اقول: لان العارية غيرلازمة و التفريط منه ، وقال الشيخ ، وابن البراج ليس له الرجوع بعده لان اذنه اقتضى البقاء والدوام وفي القلع اضرار به فلا يملك المعير ذلك كما لو اعاره ارضاً للدفن ، والاقوى عندى اختيار المصنف .

قال دام ظله : لكن مع الارش على اشكال .

اقول: ينشأ من ان العارية لاتستعقب الضمان (ومن) انه سبب الاتلاف فيضمن وهوالاصح عندى .

قال دام ظله : ولايجبر احدهما على الشركة في عمارته لو انهدم ولو هدمه فالاقوى الارش .

اقول: لوجود العين والزائل الصفة (وقيل) يجبر على بنائه والاول اقوى .

---

(١) اى بشرط تعيين عدد الخشب الخ .

ولو انفرد بها احدهما لم يمنع ولا يجبر صاحب السفل ولا العلو على عمارة الجدار الحامل للعلـو ولو طلبا قسمته طولا اوعرضاً جاز ولا يجبر احدهما لو امتنع عن القسمة فى كل الطول و نصف العرض و كذا فى نصف الطول و كل العرض و تصح القرعة فى الثانية دون الاولى بل يختص كل وجه بصاحبه و لو تعاونا على اعـادة المشترك او اعادة احدهما بالآلة المشتركة فهوعلى الشركة ولوطلب صاحب العلو عمارة السفل بنقض صاحبه كان له المنع ولو اعاده بآلة من عنده فله ذلك و المعاد ملكه ولايمنع صاحب السفل من الانتفاع بسفله لكن يمنع من فتح كوّة اوضرب وتد ولوانفرد احد الشريكين بالانفاق على البئر والقناة لم يكن له منع الآخر من الانتفاع بالماء ولايجب على مستحق اجراء الماء فى ملك غيره مشاركة المالك فى عمارة سقف المجرى وان خرب من الماء ولاعلى المالك اصلاح القناة لوخربت بغير سببه ويجوز لصاحب العلو الجلوس على السقف الحائل بينه و بين السفل وان كان مشتركاً ووضع ماجرت العادة بوضعه للضرورة ولصاحب السفل الاستكنان وتعليق مالاتياثر به السقف المشترك كالثوب اماضرب الوتد فى السقف فلا.

فروع

(ا) اذا استحق وضع خشبة على حائط فسقطت اووقع الحائط استحق بعد عوده الوضع بخلاف الاعارة ولوخيف على الحائط السقوط ففى جواز الابقاء نظر (ب) لو وجد بنائه اوخشبه على مجرى مائه فى ملك غيره ولم يعلم سببه فالاقرب تقديم قول مالك الارض و الجدار فى عدم الاستحقاق (ج) لايجوز بيع حق الهواء ولامسيل

قال دام ظله :ولوخيف على الحائط السقوط ففى جواز الابقاء نظر.

اقول: ينشأ من ان له حق الابقاء (ومن) انه ضرر و قال عليه السلام لاضرر ولا ضرار (١) .

قال دام ظله : لو وجد بنائه اوخشبه اومجرى مائه فى ملك غيره ولم يعلم سببه فالاقرب تقديم قول مالك الارض والجدار فى عدم الاستحقاق :

---

(١) ئل ب١٢ خبر ٣ من كتاب احياء الموات.

الماء ولاالاستطراق .

الفصل الثالث في التنازع

لوصالح المتشبث المصدق لاحد المدعيين بسبب يوجب التشريك كالارث على شيء شاركه الاخران كان باذنه والاصح في الربع ولاشركة ولو تغاير السبب صح الصلح في حصته اجمع ولاشركة ويعطى مدعي الدرهمين احدهما ونصف الاخر ومدعي احدهما الباقي مع التشبث وكذا لواستودع من اثنين ثلثة ثم تلف واحد من غير تفريط واشتبه بخلاف ممتزج الاجزاء ويباع الثوبان مع الاشتباه معاً ان لم يمكن الانفراد و يقسط الثمن على القيمتين مع التعاسر فان بيعا منفردين فان تساويا في الثمن فلكل مثل صاحبه وان تفاوتا فالاقل لصاحبه ولو كان عوض الصلح سقي الزرع اوالشجر بمائه فالاقرب الجواز مع الضبط كما في بيع الماء وكذا لوصالحه على اجراء الماء على سطحه صح بعد العلم بالموضع الذي يجري الماء منه ويصح جعل الخدمة المضبوطة بالعمل او الزمان عوضاً فان اعتقه صح وفي رجوع العبد اشكال ينشاء (من) ان اعتاقه لم يصادف للمالك سوى الرقبة فلا يوثر الافيه كما لو اوصى لرجل برقبته ولاخر بخدمته فاعتق الاول (ومن) اقتضاء العتق زوال الملك عن الرقبة والمنفعة وقد حال بين العبد والمنفعة حيث لم تحصل المنفعة للعبد ، والراكب اولى من قابض اللجام على رأى ، وذوالحمل على الدابة اولى من غيره ويتساويان في الثوب في ايديهما و

اقول: وجه القرب اصالة عدم الاستحقاق في ملك الغير (ومن) ثبوت اليد والمالك يدعي استحقاق ازالتها ، والاصل عدمه والاقوى الاول .

قال دام ظله :ولو كان عوض الصلح سقي الزرع اوالشجر بمائه فالاقرب الجواز مع الضبط كمافي بيع الماء .

اقول: وجه القرب انه منفعة مقصودة فيصح الصلح مع ضبطه (وقيل) بالمنع لانه فرع البيع ولايصح بيع الماء والمقدمنان ممنوعتان .

قال دام ظله : والراكب اولى من قابض اللجام على رأى.

اقول: :قال الشيخ في الخلاف اذا لم يكن مع احدهما بينة جعلت بينهما نصفين

ان كان في يداحدهما اكثره وفي العبدوان كان لاحدهما عليه ثياب، والاسفل اولى من مدعي الغرفة بسبب فتح الباب اليه ومع التصرف اشكال ، ولوصالح اجنبي عن المنكر صح فان كان عن دين باذنه كان توكيلا و الا تبرعاً في القضاء و ان كان عن عين باذنه فكالاول وبغير اذنه افتداء للمنكر من الخصومة وابراء له من الدعوى ويرجع بما اداه ان صالح باذنه ولو صالح الاجنبي المدعي لنفسه ليكون المطالبة له صح ديناً كانت الدعوى اوعيناً ولوخرجت اغصان الجار اليه فله قطعها من حدّ ملكه ان لم يمكن العطف وان لم ياذن الحاكم فان صالحه على الابقاء على الجدار صح مع تقدير الزيادة او انتهائها و المدة و كذا على الابقاء في الهواء على الاقوى وكذا البحث في العروق الممتدة والحائط المائل الى هواء غيره والخشبة الواقعة على ملك غيره ويصح الصلح عن المجهول ديناً كان اوعيناً اذا لم يمكن معرفته كمالو طحن قفيز حنطة و شعير ممتزجين ولوعلم احدهما لم يصح الا ان يعلم صاحبه ويصح الصلح عن كل ما يصح اخذ

وقال في المبسوط يحكم بها لاقويهما يداً و آكدهما تصرفاً وهو الراكب (وقيل) انه يجعل بينهما نصفين وهو الاحوط ، وابن ادريس قال بالاول وهو التساوي ، والوجه ماقاله في المبسوط من ترجيح الراكب لكثرة تصرفه وقوة يده

قال دام ظله : والاسفل اولى من مدعي الغرفة بسبب فتح الباب اليه ومع التصرف اشكال

اقول: ينشأ من تعارض اليد وقولهم ان الهواء تابع للارض في الملك .

قال دام ظله : وكذا على الابقاء في الهواء على الاقوى وكذا البحث في العروق الممتدة والحائط المائل الى هواء غيره والخشبة الواقعة على ملك غيره .

اقول: قال الشيخ لو صالحه على بقاء الغصن البارز الى ملك الغير في الهواء لم يصح ان كان رطباً لانه يزيد في كل حال ولايعرف قدره ، وكذا ان كان يابساً لانه بيع الهواء من غير قرار وذلك لايجوز ، و الوجه الصحة ونمنع كونه بيعاً لما بيّنّا ان الصلح عقد مستقل بنفسه ومنه يظهر حكم الباقي .

العوض عنه وان لم يجز بيعه كدم العمد وسكنى الدار ولو صالح عن القصاص بعبد فخرج مستحقاً اوحراً فالاقرب الرجوع بالقصاص ولو صالح عن القصاص بحر يعلمان حريته او بعبد يعلمان استحقاقه ففى بطلان القصاص ووجوب الانتقال الى الدية نظر، ولا يصح الصلح على مالا يجوز اخذ العوض عنه كالصلح مع امراة لتقر له بالزوجية اومع شاهد ليمتنع من اقامة الشهادة اوعن حد القذف ولو تداعيا جداراً بين ملكيهما فهو فى ايديهما فيحكم لذى البينة فان فقدت فلمن اتصل به بناءه مع اليمين اولمن جذعه عليه على رأى

قال دام ظله : و لو صالح عن القصاص بعبد فخرج مستحقاً او حراً فالاقرب الرجوع بالقصاص.

اقول: وجه القرب بطلان الصلح الموجب لسقوطه (ويحتمل) القيمة لاشتماله على اسقاط القصاص على مال فلا يعود استحقاق القصاص بتعذره ، و على القول بان الصلح فرع الابراء يسقط قطعاً ويرجع الى الدية والاصح عندى ماهو الاقرب عند المصنف

قال دام ظله : ولو صالح عن القصاص بحر يعلمان حريته او بعبد يعلمان استحقاقه (ففى بطلان) استحقاق القصاص ووجوب الانتقال الى الذمة نظر.

اقول: ينشأ من بطلان الصلح لبطلان عوضه فيبقى الحق كما كان (و من) انه اسقاط قصاص بعوض مقدر فينتقل الى الدية لان سقوط القصاص مبنى على التغليب وهو الاقوى عندى (واعلم) انه قد وقع الاتفاق على انه لو وكل فى الصلح بخمر فصالح الوكيل سقط القصاص مجاناً .

قال دام ظله : ولو تداعيا جداراً بين ملكيهما وهو فى ايديهما فيحكم لذى البينة فان فقدت فلمن اتصل به بنائه مع اليمين او لمن جذعه عليه على راى .

اقول: هذا قول الشيخ فى المبسوط و قال فيه ايضا و ان استعمل القرعة على ماروى فى الامور المشكلة من هذه المسائل كان قوياً والحق ماقصله اولا القرعة مع ثبوت اليد .

اوبناؤه اوعقده اوقبته اوسترته ولو كان متصلا بهما اومحلولا عنهما ولاطرح لاحدهما ولا غيره فمن حلف فهو له مع نكول صاحبه فان حلفا اونكلا قضى لهما به ولا يرجح بالدواخل كالطاقات والمحاريب ولا بالخوارج كالصور و الكتابات بجص اوآجر ولا بالروازن و الشبابيك و فى رواية يرجح فى الخص بمعاقد قمطه و لو شهدت البيّنة لاحدهما بالملك صار صاحب يد فى الاس و يحكم لصاحب الاسفل بجدران البيت مع اليمين ولصاحب العلو بجدران الغرفة اما السقف فان لم يمكن احداثه بعد بناء العلو كالازج الذى لايمكن عقده على وسط الجدار بعدامتداده فى العلو فهو لصاحب السفل لاتصاله ببنائه على الترصيف و ان كان بحيث يمكن احداثه كجذع يثقب له فى وسط الجدار و يجعل البيت بيتين فهما مشتركان فيه فيحتمل التسوية لانه ارض لصاحب العلو وسماء لصاحب السفل واختصاص الاول والثانى ولو تنازع صاحب البيوت السفلى وصاحب العليا فى العرصة فان كان المرقى فى صدر الخان تساويا فى المسلك الى العلو

قال دام ظله : وفى رواية يرجح فى الخص بمعاقد قمطه (۱):

اقول: هذه الرواية التى رواها الشيخ فى النهاية ، عن عمرو بن شمر ، عن جابر، عن ابى جعفر ، عن ابيه ، عن على عليه السلام: انه قضى فى رجلين اختصما فى خص فقال ان الخص للذى اليه القمط (۲)، قال فى النهاية ايضاً القمط هو الحبل والخص هو الطن الذى يكون فى السواد بين الدور فكان من اليه الحبل هو اولى من صاحبه، و الاصح عندى انه لايرجح بذلك لعدم الدلالة عليه بل حكمه كالجدار بين اثنين .

قال دام ظله : اما السقف فان لم يكن احداثه بعد بناء العلو الى قوله و ان كان بحيث يمكن احداثه الى قوله واختصاص الاول والثانى .

اقول: وجه الشركة تساوى نسبته اليهما (و وجه الثانى) ان الهواء تابع للسفل لانه متوقف عليه (و وجه الثالث) شدة احتياج الثانى اليه و كونها اكثر من حاجة الآخر .

---

(۱) القمط بالكسر ماشد به الاخصاص ومنه معاقد القمط صحاح

(۲) ئل ب۱۳ خبر ۲ من كتاب الصلح

و اختص الاسفل بالباقی و لو کان فی الدهلیز او فی اول الباب فمن اول الباب الی المرقی بینهما والباقی للاسفل ولو خرج المرقی عن خطة الخان فالعرصة باجمعها للاسفل ویقضی بالدرجة لصاحب العلو ویتساویان فی الخزانة تحتها کل ذلك مع الیمین والمسناة بین الملکین کالجدار .

کتاب الامانات و توابعها

وفیه مقاصد (الاول) الودیعة وفیه فصول (الاول) فی حقیقتها وهی عقد یفید الاستنابة فی الحفظ وهی جائزة من الطرفین ولابد فیها من (ایجاب) وهو کل لفظ دال علی الاستنابة بای عبارة کان (وقبول) فعلا اوقولا دالا علی الرضا ولابد من صدورهما من مکلف جائز التصرف فلو استودع من صبی اومجنون ضمن الا اذا خاف تلفه فالاقرب سقوط الضمان ولایبرء بالرد الیهما فی الصورتین بل الی الولی ولایصح ان یستودعا فان اودعا لم یضمنا بالاهمال اما لو اکلها الصبی او اتلفها فالاقرب الضمان ولو استودع العبد فاتلف

کتاب الامانات

و فیه مقاصد : الاول فی الودیعة

قال دام ظله : فلو استودع من صبی اومجنون ضمن الا اذا خاف تلفه فالاقرب سقوط الضمان .

اقول: لانه محسن لاسبیل علیه والضمان سبیل (ومن) انه استولی علی مال الغیر بغیر اذنه والاقرب الاول لانه معروف فیکون مأموراً به .

قال دام ظله: اما لو اکلها الصبی او اتلفها فالاقرب الضمان .

اقول: لان الاتلاف سبب الضمان ولانه مباشر (ومن) انه بتسلیطه فالسبب هنا اقوی ؛ وقال الشیخ فی المبسوط قیل فیه وجهان (احدهما) انه لایلزمه الضمان ، وهو الاقوی لانه باختیاره سلطه علی اتلافها وهلاکها والثانی انه یضمن ، واختیار ابن ادریس الاول .

قال دام ظله : ولو استودع العبد فاتلف فالاقرب انه یتبع بها بعد العتق.

فالاقرب انه يتبع بها بعد العتق ولو طرح الوديعة عنده لم يلزمه الحفظ اذا لم يقبلها وكذا اولو اكره على قبضها ولا يضمن لو تلفت وان اهمل، اما لو استودع مختارا فانه يجب عليه الحفظ وتبطل بموت كل واحد منهما وبجنونه واغمائه وبعزله نفسه واذا انفسخت بقيت امانة شرعية في يده فلا يقبل قوله في الرد كالثوب يطيره الريح الى داره يجب عليه اعلام صاحبه به فان اخر متمكنا ضمن .

الفصل الثاني

في موجبات الضمان وينظمها شيء واحد وهو التقصير واسبابه ستة (الاول) الانتفاع فلو لبس الثوب او ركب الدابة ضمن الا ان يركب لدفع الجموح عند السقي او يلبس لدفع الدود عند الحر وكذا يضمن لو اخرج الدراهم من كيسها لينتفع بها وان كان الكيس ملكه واعادها اليه ولو نوى الاخذ للانتفاع ولم يأخذ لم يضمن بخلاف الملتقط الضامن بمجرد النية لان سبب امانته مجرد النية وكذا لو جدّد الامساك لنفسه او نوى بالاخذ من المالك الانتفاع وكذا لو اخرج الدابة من حرزها للانتفاع وان لم ينتفع ولا تعود امانته لو ترك الخيانة فلو رد الوديعة الى الحرز لم يزل الضمان ما لم يجدد الاستيمان ولو مزجها بماله بحيث لا يتميز ضمن ولو اتلف بعض الوديعة المتصل ضمن الباقي كما لو قطع يد العبد او بعض الثوب ولو كان منفصلا او المودع مخطئا ضمنه خاصة كما لو اخرج بعض الدراهم فان اعادها بعينها ومزجها فكذلك ولو اعاد مثلها

اقول: قال الشيخ في المبسوط ان علمنا الجناية تعلق الضمان برقبته و ان لم نعلم الجناية فالضمان يتعلق بذمته ، فان شئت قلت ان قلنا في الصبي يضمن فضمان العبد يتعلق برقبته وان قلنا الصبي لا يضمن فالضمان في العبد يتعلق بذمته وهذا الاقوى هذا اخر كلامه في المبسوط ، وهذا هو الصحيح لانه اما ان يكون الاستيداع باذن مولاه اولا والثاني يتعلق بذمته لان اتلاف العبد يتعلق بذمته خاصة والاول كذلك (لان) الاذن في الاستيداع لا يستلزم الاذن في الاتلاف ولا في الضمان (وقيل) الاذن في الشيء اذن في توابعه ومن جملتها الضمان عند الاتلاف فيتعلق بكسبه (قلنا) التوابع اللازمة فيه وهذا ليس منها .

و مزجها ضمن الجميع و كذا يضمن الجميع لوفتح الكيس المختوم سواء اخذ منه شيئاً اولا بخلاف ما لوختمه هو ولو مزج الوديعتين بحيث لامايزضمن الجميع وان اتحد المالك ولومزج باذن احدهما ضمن الاخرى ولو مزج غيره ضمنهما المازج والشد كالختم ان كان من المالك ضمن اذا حله بنفس الحل وان لم يتصرف والاضمن بالاخذ ولواذن له المالك في اخذ البعض ولم يأذن في رد البدل فرده ومزجه ضمن الجميع (الثاني) الايداع فلو اودعها عند زوجته اوولده اوعبده اواجنبي وان كان ثقة من غير ضرورة ولااذن ضمن و كذا الوسافر بها مختاراً مع امن الطريق اما الوسافر بها مع خوف تلفها مع الاقامة فانه لايضمن و كذا لواودعه حالة السفر واذا اراد السفر ردها على المالك فان تعذر فعلى الحاكم فان تعذر اودعها من الثقة ولاضمان و كذا الوتعذر ردها على مالكها فانه يعيدها الى الحاكم فان تعذر فالثقة مع الحاجة و اذا خالف هذا الترتيب في الموضعين مع القدرة ضمن ، والاقرب وجوب القبض على الحاكم و كذا المديون والغاصب اذاحملا الدين او الغصب اليه ولو اراد السفر فدفعها ضمن الا ان يخاف المعاجلة ومن حضرته الوفاة وجب عليه الوصية بما عنده من الوديعة فان اهمل ضمن الاان يموت فجأة على اشكال ولواوصى الى فاسق او اجمل كقوله عندى

قال دام ظله : والاقرب وجوب القبض على الحاكم وكذا المديون و الغاصب اذاحمل الدين او الغصب اليه .

اقول: وجه القرب انه من المصالح وهو منصوب لها (ويحتمل) عدمه للاصل و الاقوى الاول لانه ولى المالك .

قال دام ظله : ومن حضرته الوفاة وجب عليه الوصية بماعنده من الوديعة فان اهمل ضمن الاان يموت فجأة على اشكال

اقول : ينشأ من التفريط بترك الاشهاد لانه نوع حفظ من الوارث لومات ولم يعلم وهو معرض للموت (ومن الاصل) وان مبنى الوديعة على الاخفاء والاقوى الضمان لان الوصية بها والاشهاد سبب في منع الوارث من جحودها وفي وجوب ادائها ظاهراً ان علم بها وفي نفس الامران لم يعلم وذلك كله سبب للحفظ فتركه ترك سبب الحفظ ولا

ثوب وله اثواب ضمن امالو قال عندى ثوب ولم يوجد فى التركة ثوب لم يضمن تنزيلا على التلف قبل الموت على اشكال ولو وجد على كيس مختوم انه وديعة فلان لم يسلم اليه وكذا لو وجد فى دستوره الا ببينه (الثالث) التقصير فى دفع المهلكات فلو ترك علف الدابة اوسقيها مدة لا تصبر عليه عادة فهلكت ضمن سواء امره المالك اولا ويرجع على المالك وان نهاه على اشكال اذالم يتبرع امالو نهاه عن العلف اوالسقى فتركه عصى ولا ضمان ويضمن لو ترك نشر الثوب المفتقر اليه اوطرح الاقمشة فى المواضع التى تعفنها اولم يعرض الثوب الذى يفسده الدود للريح و لو لم يندفع الا باللبس

معنى للتفريط الا ذلك .

قال دام ظله : ولم يوجد فى التركة ثوب لم يضمن تنزيلا على التلف قبل الموت على اشكال .

اقول : قال اكثر علمائنا يضمن لانه يجب عليه الرد لقوله ﷺ على اليد ما اخذت حتى تؤدى (١) وانما يسقط بالتلف من غير تفريط ولم يعلم فلا يسقط الضمان بالشك و لعلمنا الوديعة وجهل عينها فيكون كما لو كان عنده وديعة فدفنها وسافر ولم يطلع عليها احد فانه يضمنها فى ماله فكذا هنا لان السفر والموت فى هذا المعنى واحد وهذا قول الشيخ فى المبسوط واستدل بهذين ويحتمل العدم لان الوديعة ليست سبباً للضمان بل سببه التفريط ولم يعلم والحكم بوجوب الضمان مع الجهل بسببه محال ووجوب الرد مشروط بوجود العين ولم يوجد والاصح الثانى .

قال دام ظله : ويرجع على المالك وان نهاه على اشكال اذا لم يتبرع .

اقول : ينشأ من التبرع للنهى ومن امر الشارع فانه حق لله تعالى فصار كما لو اطلق (والتحقيق) ان نهى المالك منهى عنه شرعاً والنهى فى غير العبادات اذا اقتضى الفساد بطل نهى المالك فصار وجوده كعدمه والافالاقوى هنا البطلان لان حكمة النهى اذا لم يتم الا باقتضائه الفساد وجب القول به وهو هنا كذلك لان النهى عن نهى المالك لغرض حفظ الحيوان ولا يتم الا بفساده وحفظ مال المتفق فوجب القول به .

---

(١) سنن الدارمى ج٢ باب فى العارية مؤداة وفيه (تؤديه) .

وجب الامع نهى المالك ولوامر خادمه بالسقى اوالعلف لم يضمن لاعتياده ولواخرجها من منزله للسقى مع امن الطريق اوخوفه ضمن الا مع الضرورة كعدم التمكن من سقيها وعلفها فيه و شبهه (الرابع) المخالفة فى كيفية الحفظ فلوعين له موضعاً للاحتفاظ وجب الاقتصار عليه ويضمن لونقل الاالى ماهو احرز او مساو على راى ، فان تلفت بالنقل كانهدامه ضمن ولايجوز نقلها الى الادون وان كان حرزاً الامع الخوف فى ابقائها فى الاول وعدم تمكنه من المساوى ولونهاه عن النقل من حرز معين ضمن بالنقل الى الاحرز والمساوى الآان يخاف تلفها فيه ولوقال وان تلفت ولوعين له حرزاً بعيداً عنه وجبت المبادرة اليه بماجرت العادة فان اخر متمكناً ضمن ولووضعها فيماعينه له فخاف من غرق او حرق وجب نقلها الى حرز غيره فان تركها و الحال هذه ضمنها سواء تلفت بالامر المخوف اوبغيره ولوقال لاتنقلها وان خفت فنقلها من غير خوف ضمن ولونقلها مع الخوف اوتركها لم يضمن كمالوقال اتلفها ولو ادعى الناقل عن المعين السبب كالغرق فانكر المالك احتمل تقديم قول المالك لامكان اقامة البينة وقول الودعى لانه امينه و لو امره بالوضع فى المنزل فوضعها فى ثيابه ضمن و لو قال ضعها فى كمك فجعلها فى جيبه لم يضمن لانه احرز و يضمن بالعكس ولو قال اربطها فى ثوبك فجعلها فى يده احتمل الضمان لكثرة السقوط من اليد و عدمه لانها احفظ من الطرار (١) بالبط اما لو استرخى بنوم اونسيان فانه يضمن فان ربطه امتثالا له وجعل الخيط الرابط من خارج الكم ضمن لانه اغراء للطرار ولا يضمن

قال دام ظله: و يضمن لو نقل الا الى ماهو احرز او مساو على راى.

اقول : الخلاف فى المساوى قال الشيخ فى المبسوط لا يضمن لان المقصود الحرز ولو نهاه فاخرجها لغير عذر ضمن والاولى الضمان لانه خالف و هو اختيار والدى المصنف فى المختلف لان الامر بالشيء يستلزم النهى عن ضده والاكوان متضادة فلافرق بين نهيه عن اخراجها وعدمه :

---

(١) الطرار الشق والقطع والخلس

لوجعله من داخل ولو نقل من صندوق الى صندوق والصناديق للمالك ضمن ولو كانت للمودع فهى كالبيوت ولو امره بجعلها فى صندوق من غير قفل فقفل عليها لم يضمن ولو قال اجعلها فى هذا البيت ولا تدخله احداً فادخل قوماً ضمن سواء سرقت حال الادخال او بعده سرقها من دخل البيت اوغيره ولو قال اجعل الخاتم فى الخنصر (١) فجعله فى البنصر لم يضمن بخلاف العكس ولو لم يعين موضعاً وجب حفظها فى حرز مثلها او اعلى ولا يضمن بالنقل عنه وان كان ادون ولو كانت فى بيت صاحبها فقال له احفظها فى موضعها فنقلها من غير خوف ضمن لامعه (الخامس) التضييع بان يلقيها فى مضيعة (٢) او يدل (٣) سارقاً او يقر بها لظالم او يسعى بها الى من يصادر المالك فيضمن ولو ضيع بالنسيان فالاقرب الضمان ولو سلمها الى الظالم مكرها استقر الضمان على الظالم

قال دام ظله : ولو ضيع بالنسيان فالاقرب الضمان .

اقول : وجه القرب انه فرط بنسيانه لقدرته على التكرار ، وقال الجبائيان السهو ضد العلم والعلم مقدور فيكون النسيان مقدوراً (ويحتمل) عدمه لقوله عليه السلام رفع عن امتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه (٤) والمراد الحكم والاقرب الاول .

قال دام ظله : ولو سلمها الى الظالم مكرها استقر الضمان على الظالم والاقرب انتفائه عنه .

اقول : هذا هو المشهور وقال ابو الصلاح يضمن اذا سلمها بيده (لنا) ان ترك التسليم ضرر وهو منفى فسائغ التسليم فلا يستعقب الضمان (واحتج) ابو الصلاح بانه متلف بالتسليم الى الظالم فكان ضامناً ولانه دفع الضرر عن نفسه كما يتسلم مال غيره فكان عليه ضمانه (والجواب) الضرر اسقط الضمان والاول اقوى .

---

(١) الخنصر الاصبع الصغيرة والبنصر ماقبلها المتصلة وماقبلها الوسطى وماقبلها السبابة وماقبلها الابهام .

(٢) اى مما يكثر فيه اسباب الضياع (٣) من باب الافعال .

(٤) ثل ب ٢٤ خبر ١ من ابواب الخلل .

والاقرب انتفاؤه عنه (وهل) يجب عليه الاختفاء لوطلبه الظالم الاقرب ذلك و يجوز الحلف كاذباً للمصلحة ويجب التورية على العارف ولواكرهه على التسليم اواليمين فسلم ضمن ولواكره على التسليم لم يضمن به فان تمكن من الدفع وجب فان اهمل ضمن ولايجب تحمل الضرر الكثير بالدفع (السادس) الجحود وهو موجب للضمان ان كان مع المالك بعدمطالبته لامع مطالبة غيره، وفي سؤال المالك اشكال فان لم يقم بينة ولم يعترف فالقول قوله مع اليمين فان اقيمت عليه البينة فادعى الرد اوالتلف من قبل فان كانت صيغة جحوده انكار اصل الوديعة لم يقبل قوله بغير بينة ولامعها على الاقوى لتناقض كلاميه وان كانت صيغة الجحود (لايلزمني شيء) قبل قوله في الرد و

قال دام ظله : وهل يجب عليه الاختفاء لو طلبه الظالم الاقرب ذلك .

اقول : وجه القرب ان الحفظ واجب ولايتم الابه ومالايتم الواجب الا به فهو واجب ولانه متمكن من الحفظ بالاختفاء فاذاترك وتلف ضمن (ويحتمل)عدمه لانه ضرر عليه والاول اقوى .

قال دام ظله : الجحود وهو موجب للضمان ان كان مع المالك بعدمطالبته لامع مطالبة غيره وفي سؤال المالك اشكال .

اقول : ينشأ من انه بانكاره منع المالك عن طلبه فكان كمنعه (و من) انه لم يطلب فلم يمنعها والاقوى الضمان

قال دام ظله : فان اقيمت عليه البينه فادعى الرد او التلف من قبل فان كان صيغة جحوده انكار اصل الوديعة لم يقبل قوله بغير بينة ولامعها على الاقوى لتناقض كلاميه

اقول : جزم الشيخ بعدم سماع دعواه بغير بينة وقوى عدم سماع بينته ايضاً وقال ابن الجنيد تسمع دعواه من غير بينة فاذاحلف يسقط الضمان لان انكاره يجوز ان يكون عن سهو ونسيان لها(والحق) انه كلما ننافي كلاماه لم تسمع دعـواه و لا ببينته كانكار الايداع والاستيداع والاسمعت كقوله لايستحق عندي شيئاً .

قال دام ظله : وان كان صيغة الجحود (لا يلزمني شيء) (١) قبل

---

(١) هذه الجملة منصوبة محلا خبر لكان.

التلف مع البينه وبدونها في الاخير وفي الاول على راى ولو اقر بتلفها له بتلفها قبل الجحود من الحرز فلا ضمان وفي سماع بينته بذلك اشكال نعم تقبل لو شهدت بالاقرار.

الفصل الثالث في الاحكام

يجب على المستودع حفظ الوديعة بمجرى العادة كالثوب في الصندوق و لدابة في الاصطبل والشاة في المراح و يجب عليه ردها متى طلب المالك وان كان كافراً فان اخر لغير عذر ضمن ومعه لا ضمان وليس استنمام غرض النفس كمن كان

قوله في الرد والتلف مع البينة وبدونها في الاخير وفي الاول على رأى .

اقول: اشار بقوله الاول الى الرد لا صالة عدمه و ذهب الشيخ في المبسوط الى ان القول قوله في الاول لانه امين ولا بدل له على حفظها وهذا هو الاصح عندى و هو المشهور ولان قبول الوديعة احسان محض لا في مقابله عوض دنياوى والضمان سبيل وقال تعالى **ما على المحسنين من سبيل (١)** و لان المالك يجعله بدعواه مفرطا بل متعدياً والاصل عدمه و لان عدم قبول قوله ينافي ما فعل من الا حسان المحض وهو ضد اللطف واحكام الشرع الطاف واصالة عدم الرد معارض باصالة عدم الضمان و بقاء الامانة .

قال دام ظله : و لو اقر بها له بتلفها قبل الجحود من الحرز فلا ضمان وفي سماع بينته بذلك اشكال نعم يقبل لو شهدت بالاقرار .

اقول :قوله بذلك ان كان راجعاً الى الاقرار اى لو ادعى اقرار المالك بالتلف من الحرز قبل الجحود واقام بينة على الاقرار فيكون منشأه (من) انه لا تسمع بينته به فلا تسمع الاقرار به (ومن) ان الاقرار موجب لزوال الضمان ولم ينكر الاقرار اولا لكن ذلك ينافي ظاهر أقوله (نعم يقبل لو شهدت بالاقرار) وان كان قوله (بذلك) راجعاً الى التلف يكون تكريراً للمسئلة المتقدمة ، و الظاهر انه تكرير لها و انما ذكرها هنا لانه في الاول قد قوى عدم السماع ثم تغير اجتهاده فاستشكلها هنا فلا

---

(١) التوبة ـ آية ٩٠.

فی حمام اوعلی طعام عنداً ولوقال ردعلی وکیلی فطلب الوکیل فامتنع ضمن ولولم یطلب وتمکن من الرد ففی الضمان اشکال وکذا کل امانة کالثوب تصیره الریح فی داره فان ردعلی الوکیل ولم یشهد فلاضمان لوانکر بخلاف التقصیر فی ترک الاشهاد علی قضاء الدین لان مبنی الودیعة علی الاخفاء واجرة المسکن ان احتاجت ومؤنة الرد علی المالک وان قلّت نعم لوسافر بها بغیر اذنه اوبغیر ضرورة کانت مؤنة الردعلیه ولو کان المودع غاصباً لم یجز رد الودیعة الیه بل الی مالکها ان عرف ولو جهل عرفت سنة ثم یتصدق بها عن المالک مع الضمان وان شاء ابقاها امانة ابداً من غیر ضمان ولیس

منافاة . و منشأ الاشکال حینئذ (من) حیث ان البینة حجة شرعیة یثبت بها مایثبت بالاقرار و سقوط الضمان هنا یثبت بالاقرار (ومن) حیث ان قبول البینة متفرع علی سماع الدعوی المطابقة لها وهنا لاتسمع لتکذیب المدعی ایاها وهویستلزم تکذیب البینة لا تحاد المخبرعنه فیهما والفرق بین البینة بالتلف وبین اقرار المالک بـه الاتفاق علی نفوذ الاقرار فی حق المقرهنا بخلاف البینة .

قال دام ظله ولولم یطلب وتمکن من الرد ففی الضمان اشکال وکذا کل امانة کالثوب تصیره الریح فی داره

الاول : ینشأ (من) انه امره بالرد ولم یرد فقد خالف فیضمن (ویحتمل)عدمه لانه لا یجب علی المستودع تکلف الرد و لا تحمل مؤنته بل الواجب التخلیة بین المالک و بینها و تمکنه من اخذها وهذا لم یمنع وقال المصنف فی منشأ الاشکال انه لما امره بالدفع الی وکیله فکانه عزله فیصیرما فی یده کالامانات الشرعیة کالثوب تطیره الریح الی داره و فیه و جهان (احدهما) انه یمتد الی المطالبـة کالودایع و اظهرهما انه ینتهی بالتمکن من الرد فمبنی هذا علی ان هذا الامرهل هو عزل ام طلب فینزل بمنزلة قوله (اعطنی) والوجه الاول و هو الضمان و امـا الثوب تطیره الریح الی داره فیجب علیه اعلام المالک اووکیله علی الفور بقدر الامکان وتمکین المالک من اخذه .

قال دام ظله : ولوکان المودع غاصباً الی قوله ولیس له التملک مع

له التملك مع الضمان على اشكال ، ولو مزجها الغاصب بماله فان تميزت وجب ردها على مالكها دون المودع والا رد الجميع على المودع على اشكال ، ولا يبرء المفرط

الضمان على اشكال .

اقول: فرض المسئلة اذا كان المستودع جاهلا بالغصب والمالك ، والاشكال ينشأ (من) حيث انه مال في يده لا مالك معروف عنده ولم يأخذه بسبب محرم فكان حكمه حكم اللقطة (وللاصحاب) فيه ثلاثة اقوال (١) قال الشيخ في النهاية يعرفها حولا كما تعرف اللقطة فان جاء صاحبها والا تصدق بها عنه وتبعه ابن البراج وهو اختيار ابن الجنيد لما رواه حفص بن غياث ، قال سألت اباعبدالله عليه السلام عن رجل من المسلمين اودعه رجل من اللصوص دراهم اومتاعاً واللص مسلم فهل يرد عليه : قال لا يرده فان امكنه ان يرده على صاحبه فعل والا كان في يده بمنزلة اللقطة يصيبها فيعرفها حولا فان اصاب صاحبها ردها عليه والا تصدق بها فان جاء بعد ذلك خيره بين الغرم والاجر فان اختار الاجر فله وان اختار الغرم غرم له وكان الاجر له(١) (ب) قول المفيد انه يتصدق بها اذا جهل اربابها يخرج منها الخمس الى فقراء آل محمد وايتامهم وابناء سبيلهم وصرف منها الباقي الى فقراء المؤمنين ولم يشرط التعريف حولا ويقرب منه قول سلار (ج) انه يدفعها الى الامام العادل لانه ولي الغياب فان لم يتمكن منه حفظها فاوصى بها عند وفاته وهو قول ابي الصلاح وابن ادريس والمصنف في المختلف وهو الاقوى لعصمة مال الغير .

قال دام ظله : ولو مزجها الغاصب بماله فان تميزت وجب ردها على مالكها دون المودع والا رد الجميع على المودع على اشكال .

اقول: منشأه قول الاصحاب ، قال ابن ادريس يجب عليه ردها على المودع بدليل اجماع اصحابنا ، والاجماع المنقول بخبر الواحد حجة وانه رد الغصب الى الغاصب وهو لا يجوز والاولى الى الحاكم .

---

(١) ئل ب١٨ خبر ١ من كتاب اللقطة.

بالرد الی الحرز بل الی المالك او بابرائه ولو انکر الودیعة اوادعی التلف وان کان بسبب ظاهر او نقص القیمة اوعدم التفریط فالقول قوله مع الیمین وفی الرد نظر ، امالوادعی الاذن فی التسلیم الی غیر المالك فالمصدق (۱) المالك مع الیمین فان صدق الاذن وانکر التسلیم فکدعوی الرد ، ولومات المستودع ولم توجد الودیعة فی ترکته فهی والدین سواء علی اشکال هذا ان اقر ان عنده ودیعة اوعلیه ودیعة اوثبت انه مات وعنده ودیعة امالو کانت عنده ودیعة فی حیاته ولم توجد بعینها ولم یعلم بقاؤها ففی الضمان اشکال ویصدق المستودع مع الیمین فی تعیین المدعین فان نکل غرم للاخر

قال دام ظله : ولو انکر الودیعة وادعی التلف فان کان بسبب ظاهر او نقص القیمة اوعدم التفریط فالقول قوله مع الیمین وفی الرد نظر .

اقول: قال الشیخ القول قول المستودع لانه امینه ولا بدل له علی حفظها ویحتمل ان یکون القول قول المالك لانه منکر والاقوی عندی قول الشیخ فهو من خواص اجتماع الودیعة والامانة .

قال دام ظله : فان صدق الاذن وانکر التسلیم فکدعوی الرد .

اقول: قدتقدم البحث فی دعوی الرد .

قال دام ظله : ولومات المستودع ولم توجد الودیعة فی ترکته فهی والدین سواء علی اشکال هذا ان اقر ان عنده ودیعة اوعلیه ودیعة اوثبت انه مات وعنده ودیعة .

اقول: الاشکال السابق (۲) فی اصل الضمان وهذا فی کیفته فنقول کیفیته یحتمل تقدیم صاحب الودیعة لحصولها لاصالة البقاء واشتباه عینها ویحتمل التحاص کالدیون والاصح الاول لان حق الودیعة متعلق بعین الترکة کالرهن .

قال دام ظله : اما لو کانت عنده ودیعة فی حیاته ولم توجد بعینها ولم یعلم بقائها ففی الضمان اشکال .

---

(۱) بفتح الدال.

(۲) قلت صوابه اللاحق لقول المصنف فیما یاتی (ففی الضمان اشکال).

وفى نفى العلم وتقرفى يده حتى يثبت المالك فان ادعيا علمه احلفاه على نفى العلم يمينا واحدة ويحتمل التعددفان نكل احلفا على علمه فيضمن القيمة فتجعل مع العين فى ايديهما وان سلم العين بحجة الى احدهما ردنصف القيمة الى المودع ولم يجب على الثانى الرد لانه استحق بيمينه ولم يعد عليه المبدل ولومات المالك سلمهما الى الورثة اجمع من غير تخصيص فيضمن معه .

المقصد الثانى فى العارية

وفيه فصلان (الاول) فى الاركان وهى خمسة(ا)(العقد) وهو كل لفظدل على تسويغ الانتفاع بالعين مع بقائها مطلقا او مدة معينة و ثمرته التبرع بالمنفعة ولا يختص لفظاً ولايشترط القبول نطقاً (ب) (المعير) ، و يشترط كونه مالكاً للمنفعة جايز التصرف فلايصح عارية الغاصب ولا المستعير ولاالصبى ولاالمجنون ولاالمحجور عليه لسفه اوفلس وتصح من المستاجر ويجوز للمستعير استيفاء المنفعة بنفسه او بوكيله (ج) (المستعير) وشرطه ان تكون معينا اهلاللتبرع عليه بعقد يشتمل على

اقول: ينشأ من قوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى تؤدى (١) وسببه سقوط الوجوب عند التلف بلا تفريط ولم يعلم لان الاصل بقاء ماكان على ماكان (ومن) ان هذا اليد لايقتضى الضمان وسببه التفريط والاصل عدمه واصل البقاء معارضة باصالة البرائة .

قال دام ظله : فان ادعيا علمه احلفاه على نفى العلم يميناً واحدة و يحتمل التعدد .

اقول: وجه الاول وهو قول الشيخ فى الخلاف انا نعلم ان احدى الدعويين كاذبة قطعاً لاستحالة اجتماعهما فلايتوجه عليهما يمين فلايتوجه الالاحديهما وليست معلومة فيحلف لهما (ووجه التعدد) وهو اختياره فى المبسوط ان كل واحد منهما مدع بالنظر اليه دعوى يجوز سماعها وامتناع صدق المجموع من حيث هو مجموع لايستلزم امتناع صدق كل واحد بانفراده والمنظور فى الدعوى الثانى خاصة ولجواز كونه بينهما .

---

(١) سنن الدارمى . باب فى العارية مؤداة .

ايجاب وقبول فلا تصح استعارة الصبى ولاالمجنون (د) (المستعار) وشرطه ان يكون منتفعا به مع بقائه كالثوب للّبس والدابة للركوب والارض للزرع و الغرس والبناء دون الاطعمة فان منفعتها فى استهلاكها والاقرب جواز اعارة الدراهم والدنانير ان فرضت لها منفعة حكمية كالتزيين بها والضرب على طبعها (ه) اباحة المنفعة فليس للمحرم استعارة الصيد من محرم ولامحل فان امسكه ضمنه للمحل وان لم يشترط عليه ولو كان فى يد محرم فاستعاره محل جاز لزوال ملك المحرم عنه بالاحرام كما يأخذ من الصيد ماليس بملك ولايجوز استعارة الجوارى للاستمتاع ويجوز للخدمة وان كان المستعير اجنبياً ويكره استعارة الابوين للخدمة ويستحب للترفه ويحرم اعارة العبد المسلم من الكافر .

فروع

(ا) لوتلف الصيد عند المحل المستعير من المحرم لم يضمنه المحل لزوال ملك المحرم بالاحرام وعلى المحرم الضمان لانه تعدى بالاعارة لما يجب ارساله (ب) لوقال اعرتك حمارى لتعيرنى فرسك فالاقرب الجواز لكن لايجب وليس على واحد منهما اجرة

المقصد الثانى فى العارية

قال دام ظله : والاقرب جواز اعارة الدراهم والدنانير ان فرض لها منفعة حكمية كالتزيين والضرب على طبعها .

اقول: وجه القرب وجود المنفعة مع بقائها (ومن) عدم قصدها عادة (واعلم) ان الشيخ فى المبسوط والخلاف جوز اجارة الدراهم وعلل بجواز الانتفاع بها مع بقاء عينها ويلزم من قوله وتعليله هذا جواز اعارتها ومنع ابن ادريس من اجارتها قال لانه لامنفعة لها الا الاستهلاك عينها ويلزم من تعليله منع العارية والاصح عندى ماهو الاقرب عند المصنف .

قال دام ظله : لوقال اعرتك حمارى لتعيرنى فرسك فالاقرب الجواز لكن لايجب وليس على واحد منهما اجرة .

اقول: وجه القرب الاصل (ومن) انها بعوض والعارية بغير عوض والاقوى

اما لولم يعرالثانى فالاقرب الاجرة ولوقال اعرتك الدابة بعلفهافهى اجارة فاسدة تقتضى اجرة المثل وكذا اعرتك الدابة بعشرة دراهم (ج) لو اذن الولى(للصبى) (الطفل-خ)فى الاعارة جاز مع المصلحة (د)تجوزاستعارة الفحل للضراب والكلب للصيد و السنور و الفهد و استعارة الشاة للحلب وهى المنحة وله الرجوع فى اللبن مع وجوده عنده وكذا غيرها .

الفصل الثانى فى الاحكام

و هى اربعة (الاول) الرجوع ، العارية عقد جايزمن الطرفين الا اذا اعار لدفن ميت فيمتنع نبش القبرالى ان يندرس اثرالمدفون فلورجع فى اذن البناء او الغرس قبلهما وجب الا متناع فان غرس حينئذ فللما لك القلع مجاناً و المطالبة بالاجرة وطم الحفرولو رجع بعد البناء او الغرس او الزرع فالاقرب اجابته لكن بشرط دفع ارش الغرس والزرع ولو قبل ادراكه .

الاول لانهشرط لايخالف الشرع والاصل الجوازوليس بعوض لان المقتضى للعوضين عقد واحد وهنالیس كذلك .

قال دام ظله : اما لولم يعرالثانى فالاقرب الاجرة .

اقول: وجهه تعذر الشرط (ويحتمل) عدمه لان العارية لايستعقب العوض والاصح الاول لان كل شرط صح فى عقدثبت الفسخ بفواته فاذا فسخت العارية انتفى مبيح العين بغيرعوض فوجب الاجرة .

قال دام ظله : ولو رجع بعدالبناء اوالغرس اوالزرع فالاقرب اجابته لكن بشرط دفع ارش الغرس والزرع ولوقبل ادراكه.

اقول: القرب هنافى موضعين (ا) جواز القلع لاعارته (لانها عارية- خل) فلا يجب للاصل والخلاف هنافى مسئلتين (احديهما) فى الغرس والبناء فان العاريةفيهما ان لم يكن الى مدة معينة جازاجماعاً وان كانت الى مدة معينة قال ابن الجنيد لايجوز قبل انقضائها لثبوت الضرر على الغير و(الثانية) فى الزرع قال الشيخ وابن ادريس له قلعه قبل ادراكه وان دفع الارش لان له وقتا ينتهى اليه والاقوى عندى اجابته (ب) فى دفع الارش و منعه قوم (لانه) غير مستحق البقاء ولا الكون وانما هوعارية والعارية

والاقرب توقف تملك الغرس بالقيمة او الابقاء بالاجرة على التراضى منهما ، ولورجع فى عارية الجدار لوضع الخشب قبله جاز وبعده على الاقوى فيستفيد التخيير بين طلب الاجرة للمستقبل مع رضاء المستعير (وبين) القلع مع دفع ارش النقصان وان ادى الى خراب ملك المستعير لكون الاطراف الاخر مبنية عليه على اشكال ولو انهدم الحائط او ازال المستعير الخشب باختياره او با كراه او انقلعت الشجرة لم يملك اعادته سواء بنى الحائط بآلته او بغيرها مالم يجدد له الاذن .

لاتستعقب الضمان (و لان) له المطالبة بتفريغ ملكه متى شاء وقال الشيخ وابن الجنيد يضمن الارش لانه وضع مأذون فيه وازالته لتفريغ ملكه يستلزم نقصه فيضمنه وهو الاقوى عندى والاقرب عند المصنف

قال دام ظله : والاقرب توقف تملك الغرس بالقيمة او الابقاء بالاجرة على التراضى منهما .

اقول: الاقربية فى توقف تملك الغرس بالقيمة على التراضى للاصل وقال الشيخ وابن الجنيد اذا دفع صاحب الارض قيمة الغرس اجبر المستعير على اخذها ويملك صاحب الارض الغرس لانه لاضرر عليه فيها والاقوى الاول لعصمة مال المحترم واما توقف الابقاء بالاجرة على التراضى فاجماعى.

قال دام ظله : ولورجع فى عارية الجدار لوضع الخشب قبله جاز وبعده على الاقوى فيستفيد التخيير بين طلب الاجرة للمستقبل مع رضاء المستعير وبين القلع مع دفع ارش النقص .

اقول: وجه القوة انها عارية فلايلزم (دفع ارش النقص .خ) وللاصل (ويحتمل) عدمه كما مر فى الغرس والاقوى الاول .

قال دام ظله : وان ادى الى خراب ملك المستعير لكون الاطراف الاخر مبنية عليه على اشكال .

اقول: قال الشيخ ليس له الازالة بعد الوضع و ان ضمن الارش فانه يؤدى

فروع

(ا) لورجع فى الاعارة للدفع بعد وضع الميت فى القبر قبل الطم جاز (ب) لو رجع قبل الغرس فلم يعلم حتى غرس جاز له القلع مجاناً على اشكال ؛ و فى استحقاق الاجرة قبله نظر، ولوحمل السيل (نواه) (نواة خ) (١) فنبتت فى ارض غيره اجبر المالك على القلع والاقرب ان عليه تسوية الارض لانه قلعه لتخليص ملكه ولصاحب الارض الازالة مجاناً (ج) لورجع فى اذن الزرع و قد بلغ القصيل وجب قصله مجاناً لانتفاء الضرر ومع الضرر الارش (د) لوشرط القلع عند الرجوع مجاناً وتسوية الحفر الزم الوفاء ولاارش وان شرط الاول لم يكلف المستعير التسوية (ه) لولم يشترط القلع فاراده المستعير فله ذلك وهل عليه التسوية اشكال ينشأ (من) انه كالمأذون فى القلع باصل

الى قلع جذعه عن ملكه مخيرا بخلاف الغرس لانه فى ملك غيره ، وتبعه ابن ادريس واختار المصنف فى المختلف جوازه لانها عارية فللمالك الرجوع فيها وان ادى الى تخريب ملك الغير لانجباره بالارش ، وهذا هو الاصح عندى .

قال دام ظله : لو رجع قبل الغرس فلم يعلم حتى غرس جاز له القلع مجاناً على اشكال.

اقول : ينشأ من ان المأذون له فى امر اذا رجع الاذن ولم يعلم الماذون له هل يبطل اذنه ام لا وسياتى فى الوكالة .

قال دام ظله : وفى استحقاق الاجرة قبله نظر.

اقول: ينشأ (من) انه تصرف فى ملك الغير مع زوال الاذن (ومن) عدم بطلان اذنه كما تقدم والتفريط منه حيث غره فضعفت المباشرة فكان السبب اقوى .

قال دام ظله ولوحمل السيل نواة فنبتت فى ارض غيره اجبر المالك على القلع والاقرب ان عليه تسوية الارض لانه قلعه لتخليص ملكه .

اقول: (ويحتمل) عدمه لان الفائدة فى تخليص ملك صاحب الارض اعظم من فائدة مالك النواة والاول اقوى.

---

(١) الظاهر صحته مضافاً كما لايخفى وقوله اجبر المالك يعنى مالك النواة

الاعارة (ومن) انه قلع باختياره فليرد الارض كما كانت (و) يجوز للمعير دخول الارض والانتفاع بها والاستظلال بالبناء والشجر وكل مالا يضر البناء و الغرس وللمستعير الدخول لسقي الشجر ومرمة البناء دون التفرج (ز) لكل من المستعير والمعير بيع ملكه من صاحبه ومن اجنبي (ح) لو اعاره للغرس مدة معينة فله الرجوع قبله و قبل انقضائها مع الارش وهو التفاوت بين كونها قائمة الى المدة ومقلوعة قبل انقضائها وله الرجوع بعدها والالزام بالقلع مجاناً ولافرق بين الغرس والزرع على اشكال ينشأ (من) ان الغرس والبناء للتابيد وللزرع مدة تنتظر فليس له الرجوع قبلها (الثاني) الضمان : العارية امانة لايضمنها المستعير الا (بالتفريط) في الحفظ (او) التعدي (او) اشتراط الضمان (او) كانت ذهباً او فضة وان لم يشترط الضمان الا ان يشترط سقوطه وفي دخول المصوغ نظر (او) استعار من المستعير (اوصيداً) في الحرم

قال دام ظله : ولافرق بين الغرس والزرع على اشكال ينشأ من ان الغرس والبناء للتأبيد وللزرع مدة تنتظر فليس له الرجوع قبلها .

اقول: ومن ان العارية غير لازمة و قد تقدمت هذه المسئلة.

قال دام ظله : وفي دخول المصوغ نظر.

اقول: ينشأ من رواية زرارة في الحسن قال قلت لابي عبدالله عليه السلام العارية مضمونة قال فقال جميع ما استعرته فتوى (١) فلايلزمك تواه الا الذهب والفضة فانهما يلزمان الاان يشترط انه متى توى يلزمك تواه وكذا جميع ما استعرت و اشترطت عليك يلزمك والذهب والفضة لازم لك وان لم يشترط عليك (٢) وهذا عام في المصوغ وغيره (ومن) رواية الحلبي الصحيحة ،عن الصادق عليه السلام: ليس على العارية ضمان وصاحب العارية والوديعة مؤتمن (٣) : خرج الدراهم والدنانير بالاجماع فيبقى الباقي على الاصل والقائل بان العام المخصوص لايبقى حجة في الباقي لايتم هذا الاستدلال عنده، ومارواه الحسين بن سعيد ، في الصحيح ، عن صفوان ، عن ابن مسكان ، قال قال

---

(١) اى هلك. (٢) ل ب٣ خبر٢ من كتاب العارية .

(٣) ل ب٣ خبر٥ من كتاب العارية .

(او كان) محرماً فيضمن مايجب ضمانه بالمثل ان كان مثلياً والافالقيمة يوم التلف ويحتمل اعلى القيم من حين الضمان الى حين التلف ويجب رد العين مع الطلب

ابو عبدالله عليه السلام لاتضمن العارية الا ان يكون اشترط فيها ضماناً الا الدنانير فانها مضمونة وان لم يشترط فيها ضماناً (١) ومارواه احمد بن محمد ، عن محمد بن ابي عمير عن جميل بن صالح ، عن عبدالملك بن عمرو ، في الحسن ، عن ابي عبدالله عليه السلام : قال ليس على صاحب العارية ضمان الاان يشترط صاحبها الاالدراهم فانها مضمونة اشترط صاحبها اولم يشترط (٢) ، ففي هاتين الروايتين حكم بعدم ضمان العارية و هوعام لان النكرة في النفي عام الافي الدراهم و الدنانير واشتراط الضمان فيدخل المصوغ في عموم عدم الضمان لانه ليس بدراهم ولادنانير وهذا مخصص للاستثناء الاول لان الاول اعم من هذا لاستواء القضيتين في الحكم الاول وخصوص الاستثناء في الثاني و عمومه في الاول فكانت هاتان الروايتان اخص من الاول والعام يبنى على الخاص مع جهل التاريخ ، ولا تظنن رجوع هذه الى ان ذكر بعض العام هل يخصص العام ام لا (لان) هذه في قوة قضيتين (احديهما) جميع ماعدا الدنانير والدراهم لايضمن في العارية والدراهم والدنانير يضمن بالعارية والمصوغ ليس بدراهم ولادنانير (فنقول) المصوغ هوليس بدراهم ولادنانير وكلما ليس بدراهم ولادنانير لايضمن بالعارية ينتج المصوغ لايضمن بالعارية وهوالمطلوب وفائدة قوله عليه السلام (فانها مضمونة شرط صاحبها او لم يشرط) شئان (ا) لينتفي هنا ظن من توهم ان الاستثناء من النفي ليس باثبات (ب) ليعلم انه ليس استثناء من الاستثناء خاصة والالم تكن مضمونة اصلا (لان) الاستثناء من النفي اثبات ومن الاثبات نفي ، بل تكون مستثناة من عدم الضمان في العارية ومن اشتراطه بالاشتراط ، وقال الشيخ في المبسوط والذهب والفضة مضمونان شرط فيهما ذلك اولم يشرط والاقوى عندى انه لايضمن الا الدراهم والدنانير.

قال دام ظله : فيضمن مايجب ضمانه بالمثل ان كان مثليا والا فالقيمة

---

(١) ئل ب٣ - خبر ١ - من كتاب العارية وفيه عن عبدالله بن سنان بدل ابن مسكان.

(٢) ئل ب٣ خبر ٣ من كتاب العارية.

والمكنة فان اهمل معهما ضمن ولو تلفت بالاستعمال كثوب انمحق باللبس فاشكال ينشأ (من) ان استناد التلف الى مأذون فيه (ومن) انصراف الاذن غالباً الى استعمال غير متلف فان اوجبناه ضمن بالقيمة آخر حالات التقويم و كذا لو اشترط الضمان فنقصت بالاستعمال ثم تلفت او استعملها ثم فرط فانه يضمن القيمة يوم التلف لان النقص غير مضمون على اشكال وللمستعير الانتفاع بما جرت العادة فلو نقص من العين شيء او تلفت بالاستعمال فلا ضمان الا ان يشترط ذلك في العارية ، والمستعير من المستاجر و الموصى له بالمنفعة كالمستعير من المالك ولو استعار من الغاصب عالماً بالغصب

يوم التلف (و يحتمل) اعلى القيم من حين الضمان الى حين التلف .

اقول : وجه الاول انه مادامت العين باقية يجب ردها ولا اعتبار بالقيمة وانما يجب بالتلف فيجب وقته (ووجه الثاني) انه اذا فرط صار قبضاً مضموناً فكان كالغاصب ولان القيمة مضمونة ولا يزول ضمانها الا برد العين و لم يحصل ، و قال ابن حمزة ان هلك مضموناً لزمته قيمته يوم القبض ، وان هلك غير مضمون بالتفريط لزمه قيمته يوم التلف والاقوى يوم التلف .

قال دام ظله : وكذا لو شرط الضمان فنقصت بالاستعمال ثم تلفت او استعملها ثم فرط فانه يضمن بالقيمة يوم التلف لان النقص غير مضمون على اشكال

اقول: البحث هنا في النقص بالاستعمال وضمان القيمة يوم التلف و هو عدم ضمان النقص وهذا قول الشيخ في المبسوط قال لان ماذهب من الاجزاء بالاستعمال مأذون في اذهابها بمجرى العادة : وفي رواية وهب ، عن جعفر، عن ابيه عليهما السلام ان عليا عليه السلام قال من استعار عبداً مملوكاً لقوم فعيّب فهو ضامن الحديث (١) فجعل نفس الاجزاء مضموناً و لان مقتضى الضمان مع عدم رد العين باجزائها و صفاتها يضمن مافات و نمنع صحة السند (و على احتمال) ضمان اعلى القيم مع التعدي يضمن هنا الاعلى لان نقص السوق ثم (٢) مضمون فنقص الضمان اولى والاصح الضمان وهو اختيار ابن الجنيد وابي الصلاح .

---

(١) ئل ب١ - خبر ١٠ - من كتاب العارية .

(٢) بفتح الثاء .

فللمالك الرجوع على من شاء بالاجرة وارش النقص والقيمة لو تلفت ويستقر الضمان على المستعير ومع الجهل يضمن الغاصب الجميع الاان يكون ذهباً اوفضة فان الاقرب الضمان على المستعير خاصة ولوجحد العارية بطل استيمانه وضمن ولو تجاوز المأذون ضمن ، ولو امر رسوله بالاستعارة الى قرية فكذب الرسول و اخبر المعير فطلب المستعير الى اخرى فخرج بها المستعير الى ماذكره الرسول فتلفت لم يضمن لان صاحبها اعارها اليه ، ولوخرج بها الى ماقال المستعير لرسوله فتلفت ضمن ولاشيء على الرسول وانما يبرء الضامن اذارد على المالك او وكيله لاالى الحرز ولوتجاوز المسافة المشترطة لم يبرء بالرد اليها (الثالث) التسلط على الانتفاع ويتقدر بقدر التسليط وينتفع به بماجرت العادة به فلوا عاره الدابة لحمل معين لم

قال دام ظله : ويستقر الضمان على المستعير ومع الجهل يضمن الغاصب الجميع الاان يكون ذهباً اوفضة فان الاقرب ان الضمان على المستعير خاصة .

اقول: اما القيمة (فلانه) دخل على ان يضمنها فاذا كانت لم تتغير بزيادة ونقصان من حين الغصب الى حين التلف فلا بحث (وان) كانت في يد الغاصب ازيد من حين قبضها المستعير الى حين التلف ولم ترد (١) ضمن الغاصب الزيادة لتلفها في يده مع كونها مضمونة عليه وانما يزول ضمان زيادة السوقية برد العين ولم ترددون المستعير (وان) نقصت في يد المستعير للصفة (فهل) يستقر ضمانها على المستعير فان قلنا يستقر ضمان الاجزاء عليه مع بقاء العين فهنا اولى (وان) لم نقل باستقرار ضمانها عليه فمع التلف (ان) قلنا بضمانها على القيم من المالك استقر عليه هنا جميع القيم (والا) استقر عليه قيمته يوم التلف ، وعلى الغاصب الفاضل وان زادت للسوق ابتنى على ضمانه من المالك اعلى القيم وعدمه (واما) الاجرة فلانه ضمن ما اتلفه فلا يرجع به على غيره (ويحتمل) عدمه لانه غرّه لانه دخل في العارية على ان لاضمان عليه في المنافع (واما) ارش النقص بالاستعمال المأذون فيه (فان) قلنا بضمانه من المالك ضمن واستقر عليه قطعاً لانه اولى (وان) قلنا بعدمه او كان بغير الاستعمال جاء احتمالا الاجرة والتقرير

---

١) مبنيا للمفعول.

يجز له الزيادة ويجوز النقصان ولو اطلق فله حمل للمعتاد على مثلها ولو اذن فى زرع الحنطة تخطى الى المتساوى والادون لاالاضر ولو نهاه حرم التخطى وعليه الاجرة لو فعله والاقرب عدم اسقاط التفاوت مع النهى لاالاطلاق بخلاف حمل الاكثر و ليس للمستعير ان يعير ولاان يوجر ولو اعار للغراس لم يكن له البناء وبالعكس وله الزرع ولا يجب فى العارية التعرض لجهة الانتفاع وان تعددت فلو استعار الدابة ركب اوحمل ولو استعار ارضا فله البناء او الغرس او الزرع وكذا لو قال انتفع كيف شئت ولو استعار للزرع واطلق زرع مهما شاء (الرابع) التنازع فلو ادعى العارية والمالك الاجارة فى الابتداء صدق المستعير و لو انتفع جميع المدة او بعضها (احتمل) تصديقه بيمينه لاتفاقهما

كما مر فهذا فرض هذه المسئلة املاءه على المصنف دام ظله (والضابط) ان كل يد تتعقب يد الغاصب بغير اذن المالك جهلا يد ضمان فكلما ضمنت على تقدير ان الغاصب مالك استقر ضمانه عليها والا على الغاصب وهذا هو الصحيح عندى .

قال دام ظله : ولو اذن فى زرع الحنطة تخطى الى المساوى والادون لاالاضر ولو نهاه حرم التخطى وعليه الاجرة لو فعله والاقرب عدم اسقاط التفاوت مع النهى لامع الاطلاق بخلاف حمل الاكثر .

اقول: القرب هنا فى موضعين (ا) عدم اسقاط التفاوت وهو اجرة الحنطة من اجرة الاضر مع النهى لانه تصرف فى ملك الغير بغير اذنه فوجب عليه الاجرة هذا فى الاضر واما المساوى والادون فيجب تمام اجرتهما ايضا كملا (ويحتمل) ضعيفا السقوط لانه اسقط عنه تلف المنافع الحاصل بزرع الحنطة بغير عوض فالزائد هو المضمون خاصة لانه غير المأذون فيه فيلزم على هذا التقدير ان المساوى والا دون اذا تساوت اجرة غير المأذون اجرة المأذون او نقصت عنها ان لا شىء فيهما وليس بجيد لانه تصرف متقوم بغير اذن المالك(ب) اسقاطه مع الاطلاق لانه اذن له فى استيفاء هذه المنافع فلا يجب عليه اجرتها (ويحتمل) عدمه لانه اذن له فى استيفائها فى شىء خاص لامطلقا وثبوب الحكم للخاص لايستلزم ثبوته لكل افراد كليه والاقوى اختيار المصنف فى الموضعين .

على اباحة المنفعة و الاصل براءة الذمة من الاجرة (و تصديق) المالك بيمينه لان الاصل مملوك له فكذا المنفعة فيحلف على نفى العارية و يثبت له الاقل من اجرة المثل والمدعى ، ولوادعى المالك الغصب صدق مع اليمين ويثبت له اجرة المثل ، و لوادعى استيجار الذهب و سوغناه بعد (١) التلف و ادعى المالك الاعارة فان اتفقت الاجرة والقيمة اخذها المالك بغيريمين وان زادت القيمة اخذها باليمين وقبل التلف للمالك الانتزاع باليمين ويصدّق المستعير فى ادعاء التلف لا الرد و فى القيمة مع التفريط او التضمين على رأى وفى عدم التفريط .

فروع

(ا) ولد العارية المضمونة غير مضمون (ب) مؤنة الرد على المستعير (ج) لورد الى من جرت العادة بالقبض كالدابة الى سايسها لم يبرء (د) لواعار المستعير فللمالك الرجوع باجرة المثل على من شاء ويستقر الضمان على الثانى مطلقا على

قال دام ظله :وفى القيمة مع التفريط او التضمين على رأى

اقول: هذا اختيار ابن ادريس فى الموضعين ، وقال الشيخان ، وسلار ، وابن حمزة ، وابن البراج ، وابو الصلاح القول قول المالك مع اليمين مع التفريط لبطلان الامانة بالخيانة (ولان) المالك يدعى بقاء ماله فى ذمته و انه لايبرء بهذا القدر و الضامن يدعى زوال ما فى ذمته بدفع هذا القدر اعنى الذى زعم انه قيمته وانه برىء بدفعه والاصل البقاء وعدم تجدد البرائة والاقوى الاول لاصالة برائته من الزائد .

قال دام ظله : لواعار المستعير فللمالك الرجوع باجرة المثل على من شاء ويستقر الضمان على الثانى مطلقا على اشكال وكذا العين .

اقول: الاشكال فى استقرار الضمان على الثانى اذا كان جاهلا و ينشأ (من) انه ضمن ما اتلفه فلا يرجع به على غيره لانه المباشر (ومن) غروره فصار السبب وهو المعير اقوى (واما) العين فلان التلف فى يده كعارية مضمونة فيستقر الضمان عليه ، و الاقوى عندى عدمه لانه مغرور و المغرور اذا باشر الاتلاف بالاذن لم

---

(١) ظرف لقوله ولوادعى ـ وقوله سوغناه جملة معترضة فلاتغفل.

اشکال و کذا العین (ه) لو اذن المالك فی الاجارة او الرهن لزمه الصبر الی انقضاء المدة علی اشکال فیقدر المدة فی الاجارة و یضمن المستعیر فی المضمونة دون المستاجر و المرتهن .

المقصد الثالث فی اللقطة

وفیه فصول (الاول) فی اللقط وفیه مطلبان (الاول) الملقوط اما انسان او حیوان وغیرهما و یسمی الاول لقیطاً وملقوطا ومنبوذاً و هو کل صبی ضایع لا کافل له و ان کان ممیزاً فان کان له من یجبر علی نفقته اجبر علی اخذه ولو تعاقب الالتقاط اجبر

یضمن فهنا اولی .

قال دام ظله : ولو اذن المالك فی الاجارة او الرهن لزمه الصبر الی انقضاء المدة علی اشکال فیقدر المدة فی الاجارة و یضمن المستعیر فی المضمونة دون المستاجر و المرتهن .

اقول: ینشأ (من) اذنه فی عقد لازم فیلزم (ومن) ان العاریة لیست بلازمة و لروایة الحسین بن سعید ، فی الحسن ، عن فضالة ، عن ابان ، عن حذیفة ، عن ابی عبدالله علیه السلام : فی رجل استعار ثوباً فرهنه فجاء اهل المتاع الی متاعهم قال یأخذون متاعهم (۱) وترك الاستفصال فی حکایة الحال مع قیام الاحتمال یدل علی العموم فی المقال ، والاقوی عندی وجوب الصبر لانه اذن فی عقد لازم له .

المقصد الثالث فی اللقطة

مقدمتان

(۱) اختلف اهل اللغة فی اللقطة بضم اللام وفتح القاف فقال الفراء والاصمعی هی اسم المال الملقوط وقال الخلیل بن احمد اسم الملتقط لان ما جاء علی وزن فعلة فهو اسم کلفظة همزة ولمزة اما اللقطة بتسکین القاف فهو المال و فی حدیث زید بن

---

(۱) ئل ب ۷ خبر ۱ من کتاب العاریة وفیه ـ استعار ثوبا ثم عمد الیه فرهنه الخ.

الاول و التقاطه واجب على الكفاية ولا يجب الاشهاد ولا يلتقط العاقل البالغ و لو ازدحم ملتقطان قدم السابق ، فان تساويا ففى تقديم البلدى على القروى و القروى على البدوى و الموسر على المعسروظاهر العدالة على المستور نظر، فان تساويا اقرع اوشركا (او يشتركا خ ل) فى الحضانةولوترك احدهما الاخرصح سواءكانا موسرين او احدهما حاضرين او احدهما اوكان احدهما كافراً مع كفرالملقيط و لا يحكملاحدهما بوصف العلايم ولو تداعيا بنوته و لا بينة اقرع و لاترجيح بالالتقاط ذاليد لا تؤثرفى النسب وكذا لو اقاما بينة و يحكم للمختص بها ، و فى ترجيح دعوى المسلم او الحرعلى دعوى الكافراو العبدنظر، ولوانفردت دعوى البنوة (١)

خالد الجهنى اجمعت الرواة على روايته بالتحريك (ب) هل اللقطة حقيقة شرعية يبحث الفقيه عن احكامهااوهو مقررعلى وضع اهل اللغةوانمايبحث الفقيه عن التقاط مشروط بشروطفهو يبحثعن نوع خاص من الالتقاطفيه قولان وليس هناموضع بحثه

قال دام ظله : ولو ازدحم ملتقطان قدم السابق فان تساويا ففى تقديم البلدى على القروى والقروى على البدوى والموسر على المعسر وظاهر العدالة على المستور نظر .

اقول: ينشأ من صلاحية كل للالتقاط والاقلا بحث ولكل ولايته و قدر تعارضا فلا ترجيح (ومن) انها شرعت لحفظ الطفل و كل من كان منهذا آكد واولى كان اولى بها والبلدى احفظ لنسبه ثم القروى والغنى اقوم باوده (٢) والعدل محل الامانة واللقطة امانة وانماوجب الترجيح لاستحالة انتزاعهمنهمالاستلزامه اسقاط حق لزم له و عليه و تشريك الحضانة حرج و التناوب قاطع للانس مغير للا خلاق و الاولى عندى القرعة .

قال دام ظله : وفى ترجيح دعوى المسلم اوالحر على دعوى الكافر او العبدنظر .

---

(١) بتقديم الباء .

(٢) اى احتياجه

حکم بها من غیر بینة حراً کان المدعی للبنوة او عبداً مسلماً او کافراً و لا یحکم برقه ولا کفره اذا وجد فی دارنا الا مع بینة البنوة، والاقرب افتقارالام الی البینةاو التصدیق بعد بلوغه ولو کان اللقیط مملوکاً وجب ایصاله الی مالکه فان ابق اوضاع من غیرتفریط فلا ضمان ویصدق فی عدم التفریط مع الیمین ویبیعه فی النفقة

اقول: قال الشیخ فی الخلاف الحر والعبد والمسلم والکافرفی دعوی النسب سواء لامزیةلاحدهم علی الاخر ، وقال فی المبسوط الحراولی من العبد والمسلم اولی من الکافر، وقال ابن الجنید لوادعاه حروعبدالحقناه بالحرفان قامت البینة بانه ولد العبدالحقنانسبه به واقررناه علی الحریة الاان یکون البینة قامت بانه ولدمن امته و تردد المصنف (من) حیث صلوح کل واحد للابوة (ومن) حیث ان المسلم و الحر اقوی من الکافروالعبد (وانا اقول) اذا التقط فی دار الاسلام یقدم المسلم او الحر لاناحکمنا باسلامه وبحریته و ذلك مستلزم للحکم باسلام احد ابویه و بحریته لان تبعیة الدار انماهی بواسطةتبعیة النسب لان المولودمن کافرین لایتبع الدارفی الاسلام بل انما یتبع الدار مجهول النسب فلابد وان یحکم باسلام احد ابویه لکن نسبةالاب والام فی هذا الحکم واحدة فیحکم باسلامهما والالزم الترجیح بلا مرجح (ولانا) نحکم بوجودهما فی دار الاسلام وتولده فیها وبحریتهما لان الکافروالرق مجلوبان الیها والاصل عدم الجلب واذاحکم الشارع باسلام ابویه لم یحکم بکفراحدهما فلا نلحقه بالکافر(لمنافات) الحکم بالاسلام و کذا فی الرق (ولان) المسلم یرکن الیه فی النسب ولهذا یقبل دعواه مع عدم المعارض من غیر بینة والکافرلایرکن الیه فی شیء لقوله تعالی **ولا ترکنوا الی الذین ظلموا فتمسکم النار** (۱) نهی عن ادخال ماهیة الرکون فی الوجود فیعم (ولانه) علق امساس النار بمجردالرکون مطلقافیحرم ولما کان المحکوم بابویه مرکوناً الیه ترجح المسلم علی الکافر.

قال دام ظله: والاقرب افتقارالام الی البینة اوالتصدیق بعد بلوغه

اقول: قال الشیخ فی المبسوط یقبل دعواها کالاب (و وجه) القرب ان الاب

---

(۱) سورة هود آیه ۱۱۳.

بالاذن مع تعذر استيفائها فان اعترف المولى بعتقه فالوجه القبول فيرجع الملتقط عليه بما انفق ان كان العتق بعده قبل البيع و لو كان بالغاً او مراهقاً فالاقرب المنع من اخذه لانه كالضالة الممتنعة وان كان صغيرا كان له التملك بعد التعريف، و ولاية الالتقاط لكل حر بالغ عاقل مسلم عدل فلايصح التقاط العبد فان اذن المولى صح وانتقل الحكم اليه ولا المكاتب ولاحكم لالتقاط الصبى ولا المجنون بل ينتزع من يديهما ولايصح التقاط الكافر للمسلم ويصح لمثله ولا الفاسق لان الحضانة استيمان فلايليق به ، والاقرب ثبوت الولاية للمبذر والبدوى ومنشيء السفر

خرج بالاجماع فبقى غيره على الاصل والاصح الثانى .

قال دام ظله : فان اعترف المولى بعتقه فالوجه القبول فيرجع الملتقط عليه بما انفق ان كان العتق بعده قبل البيع .

اقول: اذا كان الملتقط مملوكاً وانفق عليه الملتقط غير متبرع فله الرجوع على الرجوع على المالك ومع التعذر يتعلق برقبته فاذا تعلق بها فاعترف المولى بعتقه قال المصنف الوجه القبول (ووجه) القرب ان الاصل فى اللقيط الحرية وقد عضّد اقراره الاصل فصار اقوى من الحكم بالرقية ولانه لم يوجد ما ينافى هذا الاقرار (لان) الحاكم انما بنى على اصل البقاء (وهو ضعيف)لاقرار المالك بحريته والعتق مبنى على التغليب (ويحتمل) عدمه لتعلق حق الغير به ،والاصح الاول ان كان الاقرار قبل بيعه فى النفقة لانه يصح منه انشاء العتق الآن فقبل اقراره فيه (فعلى هذا) يرجع بالنفقة على المالك ان كان الانفاق قبل العتق والبيع .

قال دام ظله : ولو كان بالغاً او مراهقاً فالاقرب المنع من اخذه لانه كالضالة الممتنعة .

اقول: ويحتمل الجواز لانه مال ضايع والاصح الاول.

قال دام ظله :والاقرب ثبوت الولاية للمبذر والبدوى ومنشيء السفر

اقول: وجه القرب انه تعاون على البر والتقوى فهو من باب العبادات وهو الاصح عندى (ويحتمل) العدم لانه يستتبع تصرفاً فى المال للنفقة عليه (المنفق عليه ـ خل)

ويجب على الملتقط الحضانة فان عجز سلّمه الى القاضي (وهل) له ذلك مع التبرّم والقدرة نظر ينشأ (من) شروعه في فرض كفاية فلزمه، والاقرب ان له السفر والاستيطان به في غير بلد الالتقاط فلا يجب انتزاعه منه ح ونفقته في ماله وهو ما وقف على اللقطاء (۱) او وهب منهم او اوصى لهم ويقبله القاضي او مايده عليه عند الالتقاط كالملفوف عليه والمشدود على ثوبه والموضوع تحته والدابة تحته والخيمة والفسطاط الموجود فيهما او الدار التي لا مالك لها وما في هذه الثلاثة من الاقمشة ولا يحكم له بما يوجد قريباً منه او بين يديه او على دكة

وربما ضاع نسبه ولانه ولاية فلا يثبت للمبذر .

قال دام ظله : ويجب على الملتقط الحضانة فان عجز سلمه الى القاضي وهل له ذلك مع التبرم والقدرة نظر ينشأ من شروعه في فرض كفاية فلزمه .

اقول: الحضانة ولاية التربية والحفظ والرعاية (اذا) تقرر ذلك فنقول الملتقط يلزمه الحضانة بالمعنى المذكور فان عجز سلمه الى الحاكم وهل له مع القدرة والتبرم التبرى منه وتسليمه الى القاضي ذكر المصنف فيه اشكالا (ومنشأه) ان الشروع في فرض كفاية هل يوجب اتمامه ويصير الشارع فيه متعيناً عليه ام لا (يحتمل) الاول لقوله تعالى: **ولا تبطلوا اعمالكم(۲)** (ويحتمل) الثاني للاصل وترجح جواز تسليمه الى الحاكم ولي الضايع ، والاصح عندى عدم جواز التسليم الى الحاكم الا لضرورة لانه قد ثبت عليه حق الحفظ والحضانة والاصل البقاء .

قال دام ظله : والاقرب ان له السفر والاستيطان به في غير بلد الالتقاط.

اقول: ذهب الشيخ في المبسوط الى انه لا يمنع ان كان اميناً ظاهراً وباطناً و ان كان اميناً ظاهراً خاصة منع لانه يخاف ان يسترقه (و وجه) القرب انه سبق اليه و قال النبي (ص) من سبق الى ما لم يسبقه اليه مسلم فهو احق به ولعدم المانع و البلد الثاني كالاول (ويحتمل) العدم لئلا يضيع نسبه لانه انما يطلب في البلد الذى ضاع فيه والصحيح عندى مذهب الشيخ في المبسوط .

---

(۱) بضم اللام وفتح القاف جمع اللقيط ،

(۲) سورة محمد ـ آية ۳۳ .

هو عليها ولا بالكنز تحته وان كان معه رقعة انه له على اشكال ، فان لم يكن له مال استعان الملتقط بالسلطان فان تعذر استعان بالمسلمين ويجب عليهم بذل النفقة على الكفاية فان تعذر انفق الملتقط فان نوى الرجوع رجع والافلا ولو ترك الاستعانة مع امكانها فلا رجوع ولو ظهر رقه رجع مع عدم التبرع على سيده وعليه مع الحرية ان كان موسراً او كسوباً والافمن سهم الفقراء او الغارمين وليس للملتقط الانفاق من مال اللقيط بدون اذن الحاكم فان بادر بدونه ضمن الامع التعذر ولا يفتقر في احتفاظه الى اذن ولو اختلفا في قدر الانفاق قدم قول الملتقط مع يمينه في قدر المعروف وكذا في اصل الانفاق و ان كان للملقوط مال .

المطلب الثاني في الاحكام وهي اربعة

(الاول) النسب فان استلحقه الملتقط وغيره الحق به ولا يلتفت الى انكاره بعد بلوغه وان استلحق بالغاً فانكر لم يثبت (الثاني) الاسلام وانما يحصل بالاستقلال بمباشرة البالغ العاقل دون الصبي وان كان مميزاً لكن يفرق بينه وبين ابويه خوف الاستزلال (١) وغير المميز والمجنون لا يتصور اسلامهما الا بالتبعية وهي تحصل بامور ثلاثة (ا) اسلام احد الابوين فكل من انفصل من مسلم او مسلمة فهو مسلم ولو طرء اسلام احد الابوين حكم بالاسلام في الحال وكذا احد الاجداد والجدات وان كان

قال دام ظله :ولا بالكنز تحته وان كان معه رقعة انه له على اشكال .

اقول: ينشأ من انه في الامارة والدلالة على تخصيص اللقيط آكد من الموضوع تحته (ويحتمل) عدمه لانها ليست بيد وهو الاقوى .

قال دام ظله : و كذا احد الاجداد و الجدات و ان كان الاقرب حيا على اشكال

اقول : قال المصنف في التذكرة ينشأ (من) ان سبب التبعية القرابة لانها لا يختلف بحيوة الاب وموته كسقوط القصاص وحد القذف ولان التبعية انما هي للاصالة وهي ثابتة للجد لقوله تعالى **والذين آمنوا واتبعتهم ذريتهم بايمان الحقنا بهم**

---

(١) من الزلة

الاقرب حياً على اشكال (ب)تبعية السابى المسلم على رأى ان سبى منفرداً ولوكان معه احد ابويه الكافرين لم يحكم باسلامه ولوسباه الذمى لم يحكم باسلامه وان باعه من مسلم (ج) تبعية الداروهى المراد فيحكم باسلام كل لقيط فى دار الاسلام الاان يملكها الكفارولم يوجدفيها مسلم واحد فيحكم بكفره وبكفر كل لقيط فى دارالحرب

ذريتهم(١)وابن الابن ذرية لقوله تعالى **ومن ذريته الاية** (٢) (ومن) ان علة التبعية القرابة وكلما كان اقرب كان المتصف بها اولى (ولان) الشارع علق التبعية بالابوة وهى فى الجد مجاز وفى الاب اولى واقدم لانه العلة القريبة والجد علة بعيدة فكان الاب اولى وقوله عليه السلام كل مولود يولد على الفطرة وانما ابواه يهودانه وينصرانه ويمجسانه(٣) فحصر السبب فى الابوين وهما حقيقة فى الابوين بلاواسطة لافى الجدين واللفظ انما يحمل على حقيقته وتركناه فى موت الاب لانه كالمعدوم فبقى فى حياته .

قال دام ظله : الثانى تبعية السابى المسلم على راى ان سبى منفرداً .

اقول : فى المسلم اذا سبى صبياً كافراً دون البلوغ منفرداً عمن تبعه بالابوة قال الشيخ فى المبسوط يتبع السابى فى الاسلام لان المسبى ابطل حريته فيبطل تبعية الابوة وتبعية الدار هنا منفية عنه ولابد من طريق الى اسلام الطفل لانه لطف به فلا يمنعه فيتعين السابى فيه واستشكله المصنف لحصره عليه السلام سبب كفره فى كفرا بويه فى قوله عليه السلام ، وانما ابواه يهودانه الحديث (٤) وحصر علة الوجود فى الشىء يقتضى حصر علة العدم فيه ايضاً لان علة الوجود هى علة العدم لكن الاولى بوجودها و الثانية بعدمها ولانه قد ثبت كفره (لقوله تعالى) **ولا يلدوا الا فاجراً كفارا** (٥) (والحديث) و الاصل البقاء والاقوى عندى ما اختاره والدى المصنف فى آخر عمره (٦) وهو انه يتبعه فى الاسلام بالنسبة الى الطهارة لا الى غيرها .

---

(١)سورة الطور آية ٢١. (٢)سورة انعام - ٨٣

(٣) (٤)ل ب٤٨ خبر٣ من كتاب الجهاد.

(٥)سورة النوح آيه ٢٦.

(٦)هذه الجملة تدل على ان تأليف هذا الكتاب بعد رحلة ابيه لكنه مناف لما فى النسخ الى اول كتاب النكاح من قوله قده قال دام ظله فتفطن:

الااذا كان فيها مسلم ساكن ولوواجد تاجراواسيرفان بلغ واعرب عن نفسه الكفر ففى الحكم بردته تردد ينشأ من ضعف تبعية الدار(الثالث) الجناية وعاقلة اللقيط الامام اذا فقدالنسب ولم يتوال على احد دون الملتقط فان جنى عمداً اقتص منه وخطأ يعقله الامام وشبيه العمد فى ماله وان قتل عمداً فللامام القصاص وخطأ الدية ،ولوجنى على طرفه فالاقرب مع صغره جواز استيفاء القصاص اوالدية ولايتولى الملتقط ذلك

قال دام ظله : فان بلغ واعرب عن نفسه الكفر ففى الحكم بردته تردد ينشأ من ضعف تبعية الدار.

اقول: الحكم باسلام اللقيط انما يحصل من تبعية الدار لامتناع المباشرة و جهل السبب فى تبعية النسب والسابى عند من يثبته والضابط فى تبعية الدار ان كل صغير مجهول وجد فى دار الاسلام اودار فيها مسلم واحد ساكن ولو كان تاجراً اواسيراً يحكم باسلامه (اذا) عرفت ذلك (فنقول) اذا بلغ من حكم باسلامه بتبعية الدار واعرب عن نفسه الكفر هل يحكم بردته تردد والذى المصنف دام ظله فيه من حيث ضعف تبعية الدار لانها امارة يمكن خلافها وحكم الشارع بها تغليباً لحرمة الاسلام فالاستدلال بالنوعين الاولين برهان لمّى يفيد العلم وبالدار استدلال بامارة تفيد الظن ومن حيث الحكم باسلامه فهو مسلم كفر بعد اسلامه وكل من كان كذلك فهو مرتد، وقال الشيخ فى المبسوط والاقوى انه لايقبل بل يفزع ويهدد ويقال حكمنا باسلامك ترجع الى الاسلام فعلى هذا لم يجزم بردته والاقوى عندى قول الشيخ و ان اعرابه عن الكفر كاشف عن كفره الاصلى .

قال دام ظله : ولو جنى على طرفه فالاقرب مع صغره جواز استيفاء القصاص او الدية .

اقول: وجه القرب انه مسلم حر معصوم و كل من كان كذلك اوجب قطع طرفه عمداً عدواناً القصاص ، والاولى ظاهرة لانا حكمنا باسلامه وحريته وعصمته، والثانية لآية و كل من وجب له القصاص جاز لوليه استيفائه لان العلة الغائية فى شرع القصاص انما هو حقن الدماء من النجرى عليها لقوله تعالى **ولكم فى القصاص حيوة(١)**

---

(١) البقرة آية ١٧٩

بل الحاكم ولواخذ الحاكم الارش فى العمد فبلغ وطلب القصاص فاشكال ينشأ (من) ان اخذ المال للحيلولة اولاسقاط القصاص (الرابع) الحرية فان لم يدّع احد رقّه فالاصل الحرية ويحكم بها فى كل مالايلزم غيره شيئاً فيملكه المال ويغرم من اتلف عليه شيئاً وميراثه لبيت المال وان قتله عبد قتل وان قتله حر فالاقرب سقوط القود للشبهة واحتمال الرق فحينئذ يجب الدية اواقل الامرين منها ومن القيمة على اشكال

وهذه الغاية لاتتوقف على بلوغ المقتص له وتاخيرها ربما يفوتها وولى اللقيط (الملتقط ـ خ ل) الامام اونائبه فله استيفاء القصاص فاذا كانت الدية اصلح و الولى له عمل الاصلح كان له استيفاءها ومنع الشيخ فى المبسوط من استيفاء القصاص والدية له مع كونه مميزاً عاقلا او معتوهاً موسرا الى بلوغه فان بقى معتوهاً استوفى الحاكم فان كان معتوهاً معسراً جاز اخذ المال ، ومنع من انحصار علة القصاص الغائية فى ماذكرنا بل التشفى غاية اخرى ايضاً ، والفرق بين الصبى والمجنون ان الصبى غايته معلومة ينتظر التاخير فليس التاخير اليها تفويتا وليس المجنون غاية معلومة تنتظر والتاخير الى غاية غير معلومة تفويت والتفويت لايجوز .

(فرع) ان جوزنا اخذ الدية فى العمد (فهل) للمولى عليه اذا كمل ردها و استيفاء القصاص (قيل) نعم لانها ليست بواجبة بالاصالة وانما هى بدل عن القصاص لتعذره فكانت للحيلولة (وردّ) بان الحيلولة انما هى تعذر من جانب الجانى وليست كذا هنا بل هى من المجنى عليه ولو كانت للحيلولة لجاز اخذها للصبى المميز فهى عفو كلى واسقاط للقصاص .

قال دام ظله : وان قتله عبد قتل به وان قتله حر فالاقرب سقوط القود للشبهة واحتمال الرق حينئذ بحسب الدية اواقل الامرين منها ومن القيمة على اشكال .

اقول: اذا قتله حر فاما ان يكون عمداً او خطأ فان كان الاول (قيل) يقتص له من الحر (وقيل) لاوهو اختيار المصنف ومأخذ القولين ان الحكم بالحرية هل هو جزم مطلقا اوفيما لايثبت حريته شيئاً على غيره لولا الحرية لما ثبت له عليه كضمان

وان ادعى رقه لم يقبل من غير صاحب اليد ولا منها اذا استندت الى الالتقاط وان استندت الى غيره حكم ظاهر أعلى اشكال فان بلغ وانكر ففي زوال الرق اشكال ولو اقام بينة

مافي يده له اذا اتلفه متلف لان المال المعصوم مضمون على المتلف فليس الضمان بسبب الحرية فاذا خسر المتلف فلاعوض له فيمن تصل اليه (يحتمل) الاول لان الاصل الحرية و لان الدار في المجهول لولم يكن سبباً ولامستلزمة للسبب لم يصح جعلها دليلا لكن التالي باطل لان الشارع جعلها دليلا (و يحتمل) الثاني لتعارض اصل الحرية و برائة ذمته من مستلزم حريته ثبوت شيء في ذمته وليس تقديم الحرية اولى من العكس (فعلى الاول) يقتص ويدل عليه قوله تعالى **النفس بالنفس** و هو عام خص بمن علم عبوديته او كفره والعام المخصوص حجة في الباقي والمصنف رجح الثاني بمأخذ ثالث وهو (ان) دم المسلم المعصوم مبني على الاحتياط التام فلايقع فيه بالظن بل اليقين ولايقين مع قيام الشبهة واحتمال الرق (وان) سبب القود في الحر حرية المجني عليه ولم يعلم والجهل بالسبب يستلزم الجهل بالمسبب ، (وعلى) سقوط القود هل يجب دية الحر المسلم اولا اوالاقل منهما و من القيمة استشكله المصنف و سيأتي تقريره في الخطاء (وان كان) الثاني وهو ان يكون القتل خطاء ففيه الاشكال كما استشكله المصنف (فعلى الاول) يجب الدية كاملة (و على الثاني) يجب اقل الامرين من الدية والقيمة لانه المتيقن والزائد مشكوك والاصل عدمه والاقوى عندي وجوب كمال الدية للحكم بحريته فالمقتضي لكمال الدية موجود و المانع و هو التجري على الدم و هو يقتضي تقرير النصيب الثابت في القصاص منتف (فائدة) انما قدر هذه المسئلة في احتمال الرق و لم يقدرها في احتمال الكفر لان الاسلام اغلب واقوى ولهذا يستتبع الحمل بعد وجوده بل و بعد انفصاله قبل بلوغه بخلاف الحرية

قال دام ظله : وان ادعى رقه لم يقبل من غير صاحب اليد ولا منها اذا استندت الى الالتقاط وان استندت الى غيره حكم ظاهر أعلى اشكال .

اقول الضمير في قوله (استندت) في الموضعين راجع الى اليد (و تقرير) المسئلة ان الملتقط في دار الاسلام الاصل فيه الحرية لان الآدميين خلقوا ليسخروا(١)

(١) الاول معلوم والثاني مجهول وكذا في ليملكوا

لاليسخروا وليملكوا لقوله تعالى **خلق لكم ما في الارض جميعاً** لا ليملكوا الا عقوبة عن الكفر(ولان) اهل الدار هم الاحرار و الارقاء مجلوبون اليها والاصل عدم الجلب (اذا) تقرر ذلك (فنقول) من ادعى رقية صغير حكم بحريته لتبعية الدار سمعت لا مكانها ، ثم لا يخلوا اما ان لايكون الصغير في يده او يكون فان كان الاول لم يقبل و احتاج الى البينة و ان كان الثاني فاليد اما التي عرفنا استنادها الى الالتقاط المنبوذ اولا بل غيرها فان كان الاول لم يقبل لان الاصل الحرية فلايترك بمجرد الدعوى و الالزم ترجيح المرجوح بلا مرجح و هو اولى بالا ستحالة من ترجيح المساوى و الفرق بينه و بين المال ان المال مملوك و ليس في دعواه تغيير لصفة اثبتها الشارع و اللقيط حريته حكم بها الشارع و في دعوى ملكيته تغيير لهذه الصفة و ان كان الثاني و هو ان لا يكون اليد مستندة الى الا لتقاط و اليه اشار بقوله (و ان استندت الى غيره) ففي القبول منه بغير بينة قولان ، قال الشيخ في المبسوط يحكم له بشهادة اليد مع اليمين و استشكله المصنف لان اليد (اما) سبب تام للملك كما في تملك المباحات وشرط السببية قبول المحل للتمليك (١)وهو في الآدمي بالكفر وقد حكم الشارع باسلام هذا الطفل فانتفى شرط السببية(واما) علامة دالة على خصوصية المالك وتعيينه وشرط الدلالة العلم بكون مافيها مملوكاً لشخص ما والاصل الحرية فانتفى شرط العلامة و لاحالة ثالثة لليد يتعلق بالملكية غير ما ذكرنا فلايحكم برقه بها (واعلم) ان قول المصنف (فان ادّعى رقه) لايمكن رجوع الضمير الى الملتقط لانه (٢) يحيل التفصيل وهو قولنا (اما ان يكون اليد عن الالتقاط اولاعن التقاط)بل الضمير في (ادعى) راجع الى مدع كامل مسلم والضمير في (رقه) راجع الى الصغير المجهول في دارالاسلام الذى الاصل فيه الحرية والاسلام .

قال دام ظله : فان بلغ وانكر ففي زوال الرق اشكال .

اقول: هذا فرع على الحكم برقه لذى اليد مطلقا اومع اليمين كما قال

(١) يعني قبوله للتملك في الادمي بسبب الكفر والمفروض كونه محكوما بالاسلام

(٢) يعني رجوعه اليه يجعل التفصيل المذكور محالا .

حكم بها سواء اطلقت او اسندت الى سبب كارث اوشراء ولوشهدت بانه ولد مملوكته فاشكال ينشأ (من) انها قد تلد حراً ، ولو بلغ واقر بالعبودية حكم عليه ان جهلت حريته ولم يقربها اولا ، ولو اقر اولا بالحرية ثم بالعبودية فالاقرب القبول ، و لو اقر بالعبودية اولا لواحد فانكر فاقر لغيره فاشكال ينشأ (من) ان الحكم بحريته برد الاول اقراره (ومن) عموم قبول اقرار العاقل ، ولو سبق منه تصرف فان اقيم بينة

الشيخ (وتقريره) انه اذا حكم عليه بالرق حال الطفولية ثم بلغ وادعى الحرية و انكر الرق (يحتمل) عدم القبول منه لانه قد حكم برقه فلا يزول الا بحجة هى البينة اواقرار من هو فى يده كغيره من العبيد اذا ادعى الحرية (ويحتمل) القبول لان الاصل الحرية وانما جرى الحكم بالرق ظاهراً لانه لم يكن له قول معتبر ذلك الوقت فاذا صار له وقت معتبر فلابد من اقراره اوالبينة ، و الاصح عندى وعند والدى عدم قبول دعوى ذى اليد هنا بالرق بغير بينة شرعية فلا يرد هذا الفرع عندنا و انما يتفرع على مذهب الشيخ خاصة .

قال دام ظله: ولو شهدت بانه ولد مملوكته فاشكال ينشأ من انها قد تلد حراً.

اقول: ومن انه نماء جاريته واصالة تبعيته لها قال الشيخ فى المبسوط الذى يقتضيه مذهبنا انه لا يكون رقاً لانها شهدت بالاعم من رقيته والعام لا دلالة له على الخاص وهذا هو الاصح عندى .

قال دام ظله: ولو اقر اولا بالحرية ثم بالعبودية فالاقرب القبول .

اقول: قال الشيخ فى المبسوط لا يقبل لانا حكمنا بحريته والزمناه احكامها من الحج والجهاد والطلاق ويريد بهذا الاقرار اسقاط ذلك عن نفسه فلا يقبل والمصنف رجح القبول ومنشأ القولين قوله عليه السلام اقرار العقلاء على انفسهم جائز(١) فعند الشيخ مع التضاد يحكم بالسابق وهو الحرية هنا للاصل ولانها حق لله تعالى ثبت فلا يزول باقراره وعند المصنف انه يحكم بالرقية بالنسبة اليه بالخبر والاقوى عندى اختيار والدى (دام ظله خ).

---

(١) مستدرك باب ٣ ـ خبر ـ ١ من ابواب بيع الحيوان

علی الرق جعلت التصرفات کانها صدرت من عبد غیرمأذون و لوعرف رقه باقراره لم یقبل فیما یضر بالغیرفیستمر النکاح لو کانت امرئة ویثبت للسید اقل الامرین من المسمی و مهر المثل و الاولاد احرار و عدتها ثلاثة اقراء و فی الوفاة باربعة اشهر وعشرة ایام و لوقذفه قاذف فادعی رقه وادعی هو الحریة تقابل اصلا برائة الذمة و الحریة فیثبت التعزیرولو قطع حریده تقابلا ایضا لکن الاقرب هنا القصاص(لان) العدول الی القیمة مشکوك فیه ایضاً بخلاف التعزیر المعدول الیه فانه متیقن ولا ولایة للملتقط علیه بل هوسائبة یتولی من شاء .

الفصل الثانی فی الحیوان

ویسمی ضالة ویجوزلکل بالغ عاقل علی کراهیة الامع تحقق تلفه و ان کان عبداً اوکافراً اوفاسقاًالتقاط کل حیوان مملوك ضایع لایدلاحدعلیه فی الفلاة فالبعیر لایؤخذ ان کان صحیحاً اوکان فی کلاء وماء فان اخذه حینئذ ضمنه و یبرء بتسلیمه الی المالك او الحاکم مع فقده لابارساله فی موضعه ویرسله الحاکم فی الحمی فان

قال دام ظله: ولو قذفه قاذف وادعی رقه وادعی هو الحریة تقابل اصلا(١) برائة الذمة والحریة فثبت التعزیر ولو قطع حریده تقابلا ایضاً لکن الاقرب هنا القصاص لان العدول الی القیمة مشکوك فیه ایضاً بخلاف التعزیر المعدول الیه فانه متیقن .

اقول: لما کان التعزیر جزء من الحد و وجوب الکل یستلزم وجوب الجزء فکلما وجب الحد فالتعزیر ثابت وکلما لم یجب الحد فالتعزیر ثابت لعدم خلوالامر عنهما فالعدول من الحد الی التعزیر عدول من ظاهر لان الظاهر الحریة شرعاً الی متیقن (واما) العدول من القصاص الی القیمة (فعدول) من ظاهرو هوالحریة الی مشکوك فیه (وایضاً)فان العدول من الحد الی التعزیر عدول من محتمل للنقیض لان الحریة لیست منتفیة الی مالا یحتمل النقیض لان وجوبه تعینی (واما) العدول من القصاص الی القیمة (فعدول) من ظاهر حکم الشارع به وهو الحریة الی مرجوح لان وجوب القیمة تابع للرقیة وهی مرجوحة والاصح عندی اختیار المصنف .

---

(١) بالاضافة

لم يكن باعه وحفظ ثمنه لمالكه ولوتركه من جهد في غير كلاء ولاماء جازاخذه و يملكه الواجد ولاضمان و في رد العين مع طلب المالك اشكال و كذا التفصيل في الدابة والبقرة والحمار اماالشاة فتوخذ ويتخير الآخذ (بين) حفظها لمالكهااودفعها الى الحاكم ولاضمان فيهما (وبين) تملكها فالضمان على اشكال و كذااصغارالابل و

الفصل الثاني في الحيوان

قال دام ظله : وفي ردالعين مع طلب المالك اشكال وكذا التفصيل في الدابة والبقرة والحمار .

اقول: يجوز لاهل التكسب اخذ البعير الضال المجهول المالك في فلاة مع فقدالكلاء و الماء معاً يملكه هواومالكه ولاضمان فلوجاء المالك وطلبه ففي وجوب رد العين اشكال ينشأ (من) عموم قول ابي جعفر عليه السلام من وجد شيئاً فهوله فليتمتع به حتى ياتيه طالبه فاذاجاء طالبه رده اليه (١) و لانه كان مستحقاً له قبل الا لتقاط و الاصل البقاء وملك الآخذ انما يمنع اوكان مستمراً لازماً و هو ممنوع فان التملك الطارى اعم من ذلك كالهبة للاجنبي بغيرعوض (ومن) عموم قول ابي عبدالله عليه السلام من اصاب مالا اوبعيراً في فلاة من الارض قد كلّت وقامت ونسيها صاحبها لمالم يتبعه فاخذها غيره فاقام عليها وانفق نفقة حتى احياها من الكلال اوالموت فهي له ولاسبيل له عليها وانماهي مثل الشيء المباح (٢)، ولثبوت ملك الثاني شرعاً ولزوال ملك الاول والاصل بقاء زوال الملك ، والاقوى عندي ان لمالكها اخذها .

قال دام ظله : اماالشاة فتوخذ ويتخير الاخذ بين حفظها لمالكها او دفعها الى الحاكم ولاضمان فيهما و بين تملكها والضمان على اشكال .

اقول: اذا اخذ الشاة الضايعة في الفلاة تخير بين حفظها لما لكهاو بين دفعها الى الحاكم ولا ضمان فيهما اجماعاً وبين تملكها (وهل) يضمن فيه اشكال ينشأ من اطلاق الاصحاب انه يملكها من غير تقييد بضمان والاصل عدمه (ومن) عموم الرواية الاولى ووجوب صيانة مال الغير ، والاقوى الغرامة اذا وجد المالك وطلب .

---

(١) ئل ب ٢ - خبر ٢ - من كتاب اللقطة .

(٢) ئل ب ١٣ - خبر ٢ - من كتاب اللقطة .

البقر وغيرهما ولاتؤخذ الغزلان المملوكة وشبهها مما يمتنع بعدوه واما العمران فلا يحل اخذشيء من الضوال فيها وان لم تكن ممتنعة كاطفال الابل و البقر فان اخذها تخير بين حفظها لمالكها وعليه نفقتها من غير رجوع وبين دفعها الى الحاكم فان تعذر انفق ولم يرجع ولو كانت شاة حبسها ثلثة ايام فان جاء المالك والّا باعها وفي اشتراط الحاكم اشكال ويتصدق بثمنها وضمن اواحتفظه ولاضمان ، وفي الصدقة بعينها اوقبل الحول بثمنها اشكال ، و يجوز التقاط الكلاب المملوكة و يلزم تعريفها سنة ثم

قال دام ظله : ولو كانت شاة حبسها ثلثة ايام فان جاء المالك والا باعها و في اشتراط اذن الحاكم اشكال و يتصدق بثمنها وضمن او احتفظه ولاضمان.

اقول: اذ ااخذ شاة من العمران حبسها ثلاثة ايام فان جاء المالك سلمها اليه والاباعها (وهل) يشترط فى البيع اذن الحاكم اشكال ينشأ (من) عموم اطلاق الاصحاب اذن البيع (ومن) وجود قائم مقام المالك و هوالحاكم لانه ولىّ الغياب و هذا هو الاصح عندى فان امكنه استاذن الحاكم قوله (اواحتفظه ولا ضمان) راجع الى الاحتفاظ خاصة .

قال دام ظلة : وفي الصدقة بعينها او بالثمن قبل الحول اشكال.

اقول: هنا مسئلتان (ا) هل يجوز الصدقة بعينها استشكله المصنف من حيث ان هذا التصرف على خلاف الاصل فيقتصر فيه على موضع النص (ومن) حيث انه اذا جاز صرفها فى الصدقة بواسطة فليجز بغير واسطة (ولان) البيع اثبات و لاية له فى تصرف وهو على خلاف الاصل ايضاً ففى جواز الصدقة بها تعليل بخلاف الاصل و الاقرب عندى الاقتصار على محل النص (ب) هل يجوز بيعها قبل الحول و التصدق بثمنها او يجب تعريفها سنة ثم يبيعها و يتصدق بثمنها (يحتمل) الاول لعموم الاذن فى بيعها من غير شرط فلو كان مشروطاً لزم تأخير البيان عن وقت الحاجة ولانه اغراء بالجهل ولانه جعل السبب غير التام تاماً (ويحتمل) الثانى لعموم الامر بالتعريف حولا و للاحتياط فانه يجوز فى اثناء السنة ظهور المالك و تعلق غرضه

ينتفع بها ان شاء و يضمن القيمة السوقية ، ويستحب الاشهاد على اخذ الضالة و لو التقط الصبي او المجنون الضالة انتزعه الولي و عرفه سنة فان لم يات المالك تخير مع الغبطة في ابقائها أمانة و تمليكه مع التضمين واذا لم يجد الآخذ سلطاناً ينفق انفق و رجع على اشكال ويتقاص مع المالك لوانتفع بالظهر وشبهه والضالة امانة مدة حول التعريف فان قصد بعده التملك ملك وضمن والا فلا الا مع التفريط ولو قصد التملك ثم نوى الحفظ اوقصد الحفظ ثم نوى التملك ضمن بقصد التملك فيهما .

الفصل الثالث في لقطة الاموال

وفيه مطلبان (الاول) في الاركان وهي ثلاثة (الالتقاط) وهو عبارة عن اخذ مال ضايع للتملك بعد التعريف حولا اوللحفظ على المالك وهو مكروه وان وثق من نفسه ان كان في غير الحرم وفيه يحرم على رأي ، ولايحل تملكه وان عرف طويلا ويستحب

بعين ماله والاصح الجواز لاطلاق قول الاصحاب .

قال دام ظله: واذا لم يجد الاخذ سلطاناً ينفق انفق ورجع على اشكال.

اقول: ينشأ (من) انه تبرع بالنفقة وهو قول ابن ادريس (و من) وجوب الحفظ ولايتم الا بالنفقة فيجب والوجوب اذن شرعي في الانفاق فيرجع مع عدم قصد التبرع وهو الاقوى عندي .

قال دام ظله : وهو مكروه وان وثق من نفسه ان كان في غير الحرم وفيه يحرم على رأي .

اقول: هذا هو المشهور و يظهر من عبارة ابن البراج جواز ما نقص عن الدرهم في الحرم و الاول هو الصحيح عندي لقوله تعالى **اولم يروا انا جعلناه حرما آمنا (١)** ومارواه ابراهيم بن ابي البلاد عن بعض اصحابه عن الماضي عليه السلام قال لقطة الحرم لايمس بيد ولارجل ولوان الناس تركوها لجاء صاحبها فاخذها(٢)

---

(١) العنكبوت - ٦٧

(٢) لعله موسى بن جعفر عليهما السلام فانه المعروف بابي الحسن الماضي وفي حاشية بعض النسخ ان المراد العسكري (ع) .

الاشهادفیعرّف الشهود بعض الاوصاف ليحصل فائدة الاشهادولوعلم الخيانة حرم الالتقاط ولوخاف ففي الجواز نظر، ويحصل الالتقـاط بالاخذ لابالرؤيه وان اختصت بغير الملتقط اذااعلمه بهاولوقال ناولنيهافان نوى الاخذ لنفسه فهي لهوالا(فهي-خ) فللآمر على اشكال (الثاني) الملتقط وهو كل من له اهلية التكسب وان خرج عن التكليف اوكان عبداًاوكافراً اوفاسقاً نعم يشترط في لقطة الحرم العدالة ثم للعدل ان يحفظ

و ما رواه علي بن حمزة عن العبد الصالح موسى بن جعفر الكاظم عليه السلام قال سألته عن رجل و جد ديناراً في الحرم فاخذه قال بئس ما صنع ما كان ينبغي له ان يأخذه الحديث . (۱)

قال دام ظله: ولوعلم الخيانة حرم الالتقاط ولوخاف ففي الجواز نظر.

اقول : ينشأ من عموم النص و من انها امانة فلا يليها الا الواثق من نفسه و الاصح التحريم .

قال دام ظله ولوقال ناولنيها فان نوى الاخذ لنفسه فهي له والا فللامر على اشكال .

اقول: هذه المسئلة مبنية على ان الالتقاط هل يقبل النيابة ام لا وهو مذكور في كتاب الوكالة فنقول هنا (يحتمل) ثبوتها للآخذ لثبوت احكامها الملزومة لها وكلما ثبت له الاحكام الملزومة يثبت له السبب اللازم (اماالاولى)فلان ابا عبدالله عليه السلام سئل عن اللقطة يجدها الرجل فياخذها قال يعرفها سنة فان جاء لها طالب و الا فهي كسبيل ماله :(۲) اثبت هذه الاحكام بمجرد الاخذ ولان مجرد الاخذيوجب الالتقاط كما في الصبي و المجنون من غيراعتبار القصد (واما الثانية) فظاهرة (و يحتمل) ثبوتها للآمر لان السبب في ملك المباحات (اما) مجرد الاخذ بلا شرط (واما) القصد خاصة (واما) المجموع ، والاولان باطلان فيتعين الثالث ، اماالحصر فاجماعي ، و اما بطلان الاول فلانه لولاه لملك الصياد الدرة في جوف السمكة مع الجهل بها ، واما الثاني فظاهر البطلان ، والثالث يستلزم المطلوب .

---

(۱) ئل ب ۱ خبر۴ - من كتاب اللقطة .

(۲) ئل ب ۲ - خبر۱ - من كتاب اللقطة .

اللقطة بنفسه اويدفع الى الحاكم وغيره يتخير الحاكم بين انتزاعه منه وبين نصب رقيب الى ان تمضى مدة التعريف ثم ان اختار الفاسق او الكافر التملك دفعه الحاكم اليه والا فالخيار للملتقط حينئذ ان شاء ابقاه امانة فى يد الحاكم اوغيره وليس للحاكم مطالبة الفاسق بعد الحول بكفيل اما الصبى والمجنون فللولى نزعه من يدهما وتمليكهما اياه بعد مدة التعريف ويتولاه الولى اواحدهما ولو اتلفه ضمن ولو تلف فى يده فالاقرب ذلك لانه ليس اهلا للامانة ولم يسلطه المالك عليه بخلاف الايداع ولو قصر الولى فلم ينتزعه حتى اتلفه الصبى اوتلف فالاقرب تضمين الولى وللعبد اخذ اللقطتين فان عرف حولا

قال دام ظله : اما الصبى و المجنون فللولى نزعه من يدهما و تمليكهما اياه بعد مدة التعريف ويتولاه الولى اواحدهما ولو اتلفه ضمن ولو تلف فى يده فالاقرب ذلك لانه ليس اهلا للامانة ولم يسلطه المالك عليه بخلاف الايداع .

اقول: ويحتمل عدم الضمان لان الشارع سلطه على اخذه وهو كتسليط المالك والاصل عدم الضمان (واعلم) ان الاصول التى تبنى عليها مسائل هذا الباب ان كل لقطة اخذها فى الابتداء هو الالتقاط و هو سبب ثبوت الاحكام ففى غير الحرم ليست مضمونة و كل لقطة يصح تملكها ويجب تعريفها ففيها معنى الامانة والولاية فى الابتداء و الاكتساب فى الانتهاء وهو الاغلب والاقوى لانه غايتها و لاستقلال الملتقط بالتملك اختياراً لا بحق سبق على المالك اولا وله ولاية التصرفات وهذا خاصة الاكتساب فمن ثم كان للصبى و المجنون اهلية الالتقاط و كان الاقرب ضمانه بعد الاخذ اذا تلف و هو الاصح عندى و اشار بقوله (لانه ليس اهلا للامانة) الى ان الالتقاط اكتساب محض بخلاف الكبير.

قال دام ظله : ولو قصر الولى فلم ينتزعه حتى اتلفه الصبى او تلف فالاقرب تضمين الولى .

اقول: وجه القرب ان هذا اكتساب الطفل فلا يجوز للولى جعله فى يده ويجب عليها اخذه كما لو احتطب الطفل او احتش فعليه الحفظ فله الولاية والامانة و تركها

ثم اتلفها تعلق الضمان برقبته يتبع به بعد العتق و كذا لو لم يعرف ولو علم المولى و لم ينتزعها ففي تضمينه اشكال ينشأ (من) تفريطه بالاهمال اذا لم يكن اميناً (ومن) عدم الوجوب بالاصل ولو اذن له المولى في التملك بعد التعريف او انتزعها بعده للتملك ضمن السيد ولو انتزعها السيد قبل مدة التعريف لزمه لا كماله فان تملك او تصدق ضمن وان حفظها لمالكها فلاضمان ولو اعتقه المولى قال الشيخ للسيد اخذها لانه من كسبه والوجه ذلك بعد الحول (الثالث) اللقطة وهي كل مال ضايع اخذ و

في يده اهمال لها فيضمن ولان استدامة يد الطفل يصيّرها يد ضمان اذا تلف على ما ذكرنا انه ليس باهل للامانة لان كل اهل للامانة مكلف والصبي ليس بمكلف ولانها معرضة لان يتلفها الصبي باهمال الولي وهو ينافي حفظ مال الطفل الواجب عليه فيجب اخذها منه واذا اهمل الواجب ضمن (ويحتمل) عدمه لانه لم يدخل في يده و الاصل البرائة من الضمان والاقوى الضمان .

قال دام ظله : ولو اعتقه المولى قال الشيخ للسيد اخذها لانه من كسبه والوجه ذلك بعد الحول .

اقول: اذا التقط العبد لقطة وصح التقاطه كان يأذن له المولى في الالتقاط و الاكتساب ثم اعتقه المولى قال الشيخ للمولى اخذها لانها كسب عبده حال عبوديته و كل كسب عبده حال عبوديته فله اخذه (اما الاولى) فلان علة صحة التقاط العبد كونها اكتساباً ولانه يجوز ان يأذن السيد في الاكتساب (واما الثانية) فظاهرة وقال المصنف الوجه ذلك بعد الحول (اللام) في الحول للعهداى بعد الحول الذى عرف فيه تعريفاً صحيحاً لان الملقوط في هذا الوقت كسب لما تقدم ولانه بعد الحول ان لم يتوقف تملك اللقطة على البينة بل يملكها بمضى الحول و عدم قصد ابقائها امانة فالملك حينئذ للسيد وان توقف التملك على البينة يثبت للسيد ملك ان يملك فلا يزول بالعتق واما قبل الحول فهي امانة وولاية وليس للسيد بعد العتق اخذ الامانات التي في يد العبد بعد العتق (و التحقيق) ان هذه المسئلة تبنى على ان الالتقاط هل هو للسيد ابتداء اولا بل هي ولاية للعبد وامانة في يده (فعلى الاول) للسيد اخذها مطلقا

لايد لاحد عليه فان كان في الحرم وجب تعريفه حولا فان لم يوجد المالك تخير (بين) الصدقة به وفي الضمان قولان (وبين) الاحتفاظ ولاضمان وان كان في غير الحرم فان كان دون الدرهم ملكه من غير تعريف و لو وجد المالك فالاقرب الضمان وان كان

(وعلى الثاني) ليس له اخذها اذا كان العتق قبل الحول .

قال دام ظله : فان كان في الحرم وجب تعريفه حولا فان لم يوجد المالك تخير (بين) الصدقة به وفي الضمان قولان (وبين) الاحتفاظ ولاضمان

اقول: قال الشيخ في النهاية في باب آخر من فقه الحج والمبسوط والخلاف يضمن وبه قال ابن الجنيد وابن ادريس ، وقال في النهاية في باب اللقطة لاضمان عليه ، وهو قول المفيد ، و ابن البراج ، وسلار ، وابن حمزة ، وجدي رحمه الله : و اختار المصنف في المختلف الاول لانه اتلاف مال الغير بغير اذنه ، و مارواه علي بن ابي حمزة عن العبد الصالح موسى بن جعفر الكاظم عليهما السلام قال سالته عن رجل وجد ديناراً في الحرم فاخذه قال بئس ما صنع ماكان ينبغي له ان ياخذه قال قلت له ابتلي بذلك قال يعرّفه قلت قد عرفه فلم يجد باغياً قال يرجع الى بلده فيتصدق به على اهل بيت من المسلمين فاذا جاء طالبه فهو له ضامن (١) (احتج) الاخرون بانه فعل ماامر به من الصدقة فلا يجب عليه عقوبة الضمان (والجواب) لامنافات بين الامر بالصدقة والضمان كلقطة غير الحرم اجماعاً .

قال دام ظله : وان كان في غير الحرم فان كان دون الدرهم ملكه من غير تعريف ولو وجد المالك فالاقرب الضمان .

اقول: وجه القرب انه تصرف في ملك الغير بغير اذنه فاستعقب الضمان (اما الاولى) فلثبوت الملك للمالك قطعاً ، والاصل البقاء و لان الضياع غير ناقل للملك عن مالكه و تجويز الشارع التملك لـه لايعطل غاية خلقه (و اما الثانية) فلقول الباقر عليه السلام من و جد شيئاً فهو له فليتمتع به حتى يأتيه طالبه فـاذا جاء طالبه رده اليه (٢) ، خرج رد العين بالاجماع فبقي القيمة وليس ذلك عن غير الدرهم لان الفاء

---

(١) ثل ب ١- خبر ٣ من كتاب اللقطة

(٢) ثل ب ٣- خبر ٢ من كتاب اللقطة .

ازيدمن ذلك وجب تعريفها حولاثم ان شاء تملك اوتصدق وضمن فيهما وان شاء احتفظها للمالك ولاضمان ويكره التقاط ماتقل قيمته ويكثر منفعته كالعصا والشظاظ والوتد والحبل والعقال وشبهها واخذ اللقطة مطلقا مكروه ويتاكد للفاسق وآكدمنه المعسر ويستحب الاشهاد .

المطلب الثانى فى الاحكام

وهى اربعة (الاول) التعريف و هو واجب وان لم ينو التملك سنة من حين الالتقاط و زمانه النهار دون الليل و لا يجب التوالى بل يعرف كل يوم فى الا بتداء ثم كل اسبوع ثم كل شهر بحيث لا ينسى انه تكرار لما مضى و ايقاعه عند اجتماع الناس وظهورهم كالغدوات و العشيات و ايام المواسم و المجتمعات كالاعياد و ايام الجمع و دخول القوافل ومكانه الا سواق و ابواب المساجد و الجوامع و مجامع الناس و يتولاه بنفسه و نائبه و اجيره و الاجرة عليه وان نوى الحفظ و الا قرب

للتعقيب من غير تراخ وانما يتعقب التملك والانتفاع الوجدان بلافصل فى الدرهم فما دون اما مازاد فلايتحقق فيه ذلك لتخلل التعريف سنة والنية فهو تراخ عنه فلوكان ذلك شرطاً فى الدرهم لزم مع تاخير البيان عن وقت الحاجة الاغراء بالجهل وتقديم مايجب تاخيره (واعلم) ان وجوب الضمان هوقول ابن ادريس وقال الشيخ فى النهاية وابوالصلاح لايضمن واما المفيد والشيخ فى الخلاف والمبسوط وسلار فلم يحكموا بضمان ولابعدمه بل جوزوا اخذه والانتفاع به من غير تعريف (اذا تقرر) ذلك فنقول سبب الضمان فى اللقطة هوتملك ملك الغير فعلى قول ابن ادريس والمصنف هو سبب مطلقا واماعلى قول الشيخ فى النهاية هومشروط ببلوغ الدرهم والزيادة .

قال دام ظله: والاقرب الاكتفاء بقول العدل ففى وجوب الاجرة حينئذ نظر

اقول: هنا مسئلتان (ا) يجوز التعريف بنائب اجماعاً وهل يكتفى بقوله فى التعريف لو قال انى عرفت ، حكم المصنف بان الاقرب القبول ان كان عدلا لان الاصل صيانة العدل عن الكذب ولعسر اقامة البينة عليه ولانها ولاية له (ويحتمل) عدمه للاصل

الاكتفاء بقول العدل ففي وجوب الاجرة ح نظر و يذكر في التعريف الجنس كالذهب و الفضة و ان اوغل في الابهام كان احوط بان يقول من ضاع له مال اوشيء وينبغي ان يعرفها في موضع الالتقاط و لا يجوز ان يسافر بها فيعرفها في بلد آخر ولو التقط في بلد الغربة جاز ان يسافر بها الى بلده بعد التعريف في بلد اللقطة ثم يكمل الحول في بلده ولو التقط في الصحراء عرف في اى بلد شاء و مالا بقاء له كالطعام يقوّمه على نفسه وينتفع به مع الضمان وله بيعه وحفظ ثمنه و لاضمان اويدفع الى الحاكم ولو افتقر بقائها الى العلاج كالرطب المفتقر الى التجفيف باع الحاكم الجميع او البعض لاصلاح الباقي ولو اخر الحول الاول عرف في الثاني و له التملك بعده على اشكال (الثاني) الضمان و هي امانة في يد الملتقط ابداً مالم ينو التملك او

(ب) لواستاجر العدل في التعريف فعلى قبول قوله في التملك هل يجب الاجرة فيه نظر منشأه ان التملك معلول لوجود التعريف و ثبوت الاجرة معلول له و الحكم بثبوت احد المعلولين يستلزم الحكم بثبوت الاخر وانه ايجاب مال على الغير بمجرد الدعوى والاقوى عندى عدم وجوب الاجرة .

قال دام ظله : ولو اخر الحول الاول عرف في الثاني و له التملك بعده على اشكال .

اقول: ينشأ (من) رواية محمد بن مسلم في الصحيح عن احدهما عليهما السلام قال سألته عن اللقطة قال لاتقربوها فان ابتليت فعرّفها سنة فان جاء طالبها و الافاجعلها في عرض مالك يجرى عليه ما يجرى على مالك الى ان يجيء له طالب (١) ؛ و الفاء للتعقيب بحسب ما يمكن فشرط في التملك التعريف سنة عقيب الالتقاط بلا فصل و عدم مجيء المالك والمجموع ينتفي بانتفاء جزء من اجزائه ولان التعريف لامكان لقاء المالك و انما يمكن في وقت طلبه و الظاهر انه بعد الحول ييأس منها فينتفي فائدة التعريف (ومن) عموم رواية الحلبي عن الصادق عليه السلام في الصحيح في اللقطة يجدها الرجل الفقير اهو فيها بمنزلة الغنى قال نعم قلت و اللقطة يجدها الرجل و اخذها قال يعرفها سنة فان جاء لها طالب و الافهى كسبيل ماله (٢) ، فلو

---

(١) ئل ب ٢ - خبر ٣ من كتاب اللقطة

(٢) ئل ب ٢ - خبر ١ - من كتاب اللقطة و ب ١٦ خبر ١

يفرط ولو نوى التعريف و التملك بعد الحول فهى امانة فى الحول مضمونة بعده و لو قصد الخيانة بعد قصد الامانة ضمن بالقصد وان لم يخن بخلاف المودع لتسليط المالك هناك و لو نوى التملك ثم عرف سنة فالا قرب جواز التملك و بنية التملك يحصل الضمان وان لم يطالب المالك على رأى (الثالث) التملك وانما يحصل بعد التعريف حولا ونية التملك، على رأى ولو قدم قصد التملك بعد الحول ملك بعده وان لم يجدد

كان الفور معتبراً لزم تاخير البيان عن وقت الحاجة ولعدم جواز جعل الاعم من السبب مكانه وهو الاقوى عندى .

قال دام ظله: ولو نوى التملك ثم عرف السنة فالاقرب جواز التملك.

اقول: لبطلان النية فكان وجودها كعدمها و لان جزء العلة لا يصلح ان يكون مانعاً (ويحتمل) عدمه لان اخذ مال غيره على وجه لا يجوز له اخذه فاشبه الغاصب والاقوى عندى الاول .

قال دام ظله : وبنية التملك يحصل الضمان و ان لم يطالب المالك على رأى .

اقول: قال الشيخ فى المبسوط يلزم الملتقط وقت مطالبة صاحبها لقوله عليه السلام من وجد لقطة فليشهد ذا عدل ولا يكتم ولا يغيب فان جاء صاحبها فليردها والا فهو مال الله يؤتيه من يشاء ، (١) و الاقوى الضمان بالتملك (لنا انه يتملك لمال الغير بغير اذ نه فيضمن .

قال دام ظله : وانما يحصل بعد التعريف حولا ونية التملك على رأى.

اقول: فيه ثلاثة اقوال (ا) ذهب ابن ادريس الى انه يدخل فى ملكه بغير اختياره وهو ظاهر كلام الشيخ فى النهاية وابنى بابويه (ب) قال الشيخ فى المبسوط لا يدخل فى ملكه الا باختياره ويكفى فيه النية فلا بد منها وان لم تتلفظ واختاره المصنف فى المختلف وهو الصحيح عندى (ج) انه لا يدخل فى ملكه الا باختياره بان يقول اخترت ملكها وهو قول الشيخ فى الخلاف وابن حمزة وابى الصلاح (احتج) الاولون بقول الصادق

---

(١) سنن ابى داود الجزء الثاني. كتاب اللقطة

قصداً ولا يفتقر الى اللفظ ولا الى التصرف سواء كان غنياً اوفقيراً مسلماًاو كافراً اماالعبد فيتملك المولى ولونوى التملك دون المولى لم يملك نعم له التصرف ويتبع به بعد العتق ومن انعتق بعضه حكمه حكم الحر في قدر الحرية وحكم العبد في الباقي ولونوى احد الملتقطين اختص بملك نصيبه (وهل) يملكها مجاناً ويتجدد وجوب العوض بمجيء مالكها او بعوض يثبت في ذمته اشكال ، والفائدة وجوب عزلها من تركته و استحقاق الزكوة بسبب الغرم ووجوب الوصية بها ومنع وجوب الخمس بسبب الدين على التقدير الثاني ويملك العروض كالاثمان ولايجوز التملك الابعد التعريف وان

عليه السلام يعرفها سنة فان جاء لها طالب والافهى كسبيل ماله (١) ، رواه الحلبي في الصحيح عقيب التعريف و عدم مجيء المالك بكونها كسبيل ماله لان الفاء للتعقيب من غير تراخ ، فلايكون معلقاً على غيره والا لتراخى عنه (واحتجت) الفرقة الثانية بقول احدهما عليهما السلام والافاجعلها في عرض مالك يجرى عليها مايجرى على مالك (٢) ،والفاء للتعقيب وصيغة افعل للامر ولااقل من ان يكون للاباحة لانه ليس للتهديد قطعا فيستدعى ان يكون المأمور به مقدوراً بعد التعريف وعدم مجيء المالك لانه عقب امره بالجعل بعدم مجيء المالك والتعريف سنة ولم يذكر اللفظ فلوشرط لتاخر البيان عن وقت الحاجة (وفيه) منع بل هو متاخر عن وقت السؤال وهو محذور ايضاً فلا يشترط اللفظ وهوالمطلوب (واحتجت) الفرقة الثالثة بان ماقلناه مجمع على تملكه به وغيره ليس عليه دليل .

قال دام ظله : وهل يملكها مجاناً و يتجدد وجوب العوض بمجيء مالكها او بعوض ثبت في ذمته اشكال .

اقول: قدتقدم البحث في ذلك ومنشأه قول النبي صلى الله عليه وآله فان جاء صاحبها والافهى مال الله يؤتيه من يشاء (٣) فجعلها من المباحات وقوله عليه السلام على اليدما اخذت حتى

---

(١) ئل ب ٢ - خبر ١ من كتاب اللقطة

(٢) ئل ب ٢ خبر ٣ - من كتاب اللقطة

(٣) سنن ابي داود - الجزء الثاني كتاب اللقطة

بقيت في يده احوالا ويكفي تعريف العبد في تملك المولى لواراده ومايوجدفي المفاوز اوفي خربة قدباداهلها فهو لواجده من غير تعريف ان لم يكن عليه أثر الاسلام والافلقطة على اشكال ، وكذا المدفون في ارض لامالك لها ولو كان لهامالك فهوله ولوانتقلت عنه بالبيع اليه عرفه فان عرفه فهواحق به والافهو لواجده (وهل) يجب تتبع من سبقه من الملاك اشكال ، وكذا التفصيل لووجده في جوف دابة ، امالووجده في جوف سمكة فهو لواجده وتحته دقيقة ، ولووجد في صندوقه اوداره مالاولايعرفه فهوله ان لم يشاركه

تؤدى (١) ويمكن الجمع بينهما بتملكه مجاناً ثم يتجدد وجوب اداء العوض بمجيء المالك كماذكر .

قال دام ظله : ومايوجد في المفاوز اوفي خربة قدباداهلها فهو لواجده من غير تعريف ان لم يكن عليه اثر الاسلام والافلقطة على اشكال .

اقول: قال الشيخ في النهاية وابن ادريس مايجده في موضع خرب لايجب تعريفه واطلقا لرواية محمد بن مسلم في الصحيح عن احدهما عليهما السلام قال سالته عن الورق يوجد في دار فقال ان كانت الدار معمورة فهي لاهلها وان كانت خربة فانت احق بما وجدت (٢) . (وما) في الاستفهام والمجازات للعموم (واجاب) عنه المصنف بحمله على انتفاء سكة الاسلام اوبعد التعريف حولا وذهب في المبسوط الى انه يكون لقطة مع اثر الاسلام عليه لدلالته على سبق ملك المسلمين له وهو الاقوى عندى.

قال دام ظله : ولو كان لهامالك فهوله ولوانتقلت عنه بالبيع اليه عرفه فان عرفه فهو احق به و الا فهو لواجده و هل يجب تتبع من سبقه من الملاك اشكال .

اقول: منشأه من وجود المقتضى و عدم النص فانه جاء بتعريف البايع اياه فان عرّفه فهو للبايع والا فهوله .

قال دام ظله : اما لووجده في جوف سمكة فهو لواجده و تحته دقيقة

اقول: الفرض ان ذلك الشيء الموجود في جوف السمكة مباح في الاصل

---

(١) سنن الدارمي ج٢ باب العادية ترد

(٢) ئل ب ٥ - خبر ١ من كتاب اللقطة

فى الدخول غيره والافلقطة ولودفع اللقطة الى الحاكم فباعها ردالثمن على المالك فان لم يعرف بعد الحول ردها على الملتقط لان له التملك و الصدقة لووجد عوض ثيابه او مداسه لم يكن له اخذه فان اخذه عرفه سنة ثم يملكه ان شاء الا ان يعلم بشاهد الحال انه تركه عوضاً فيجوز اخذه من غير تعريف و لومات الملتقط عرف الوارث حولا وملكها والبحث فيه كالموروث ولومات بعدالحول ونية التملك فهى موروثة ولولم ينو كان للوارث التملك والحفظ ولوفقدت من التركة فى اثناء الحول اوبعده من غير نية التملك احتمل الرجوع فى مال الميت و عدمه (الرابع) الرد ويجب مع قيام البينة ولايكفى الواحد ولا الوصف وان ظن صدقه للاطناب فيه نعم يجوز فان امتنع لم يجبر عليه ولودفع الى الواصف فظهرت البينة لغيره انتزعها الغير فان تلفت رجع على من شاء و يستقر الضمان على الواصف الا ان يعترف الدافع له بالملك فلايرجع عليه لورجع عليه المالك و لو اقام كل منهما بينة بعد الدفع الى الاول ولاترجيح اقرع فان خرج الثانى انتزعت من الاول ولو تلفت لم يضمن الملتقط ان كان قددفع بحكم الحاكم وان دفع باجتهاده ضمن ولو تملك بعدالحول فقامت البينة لم يجب دفع العين بل المثل اوالقيمة ان لم يكن مثلية فان رد العين وجب

(والدقيقة) هى افتقار تملك المباحات الى النية لانه لو كان المباح يمكن بمجرد دخوله فى يد من له اهلية التملك وكان الصياد كذلك لملك الصياد ذلك الشىء لكن التالى باطل بالرواية فالمقدم مثله .

قال دام ظله : ولوفقدت من التركة فى اثناء الحول او بعده من غير نية التملك احتمل الرجوع فى مال الميت وعدمه .

اقول: ينشأ (من) قوله ﷺ على اليد ما اخذت حتى تؤدى (١) (وانها) امانة والاصح عدم الرجوع .

قال دام ظله : فان رد العين وجب على المالك القبول وكذا لوعابت بعد التملك مع الارش على اشكال .

---

(١) سنن الدارمي ج ٢ - باب العارية ترد

على المالك القبول و كذا الوعابت بعد التملك مع الارش على اشكال ، والزيادة المنفصلة والمتصلة في الحول للمالك وفي التبعية للقطة نظر اقربه ذلك وبعده للملتقط ان تجددت بعد نية التملك والا فكالاول ، ولو رد العين لم يجب رد النماء فلو دفع العوض لمن قامت له البينة ضمن للثاني مع البينة لان المدفوع ليس نفس العين ويرجع على الاول لتحقق بطلان الحكم .

المقصد الرابع في الجعالة

وفيه مطلبان

(الاول) في الاركان وهي اربعة (الاول) الصيغة كقوله من رد عبدي اوضالتي او فعل كذا وما اشبهه من اللفظ الدال على العمل فلـه كذا فلو رد انسان ابتداء فهو

اقول: ينشأ من وجوب القيمة و وجود العيب (ومن) ان مناسبتها مع الارش للصحيحة و سدها معه مسدهـا اكثر من القيمة فوجب قبولها ، والاصح الاول لان التملك المضمون بغير عقد في غير المثلي بالقيمة فوجب بالتملك بها القيمة لانها من ذوات القيم لانه التقدير و اذا كان كذلك فالاصل بقاء وجوب القيمة وزواله يحتاج الى دليل وليس يمنع اعتبار المناسبة وانما المعتبر المثلي اومايقوم مقامها على اختلاف الرأيين ولم يحصل .

قال دام ظله : و الزيادة المنفصلة و المتصلة في الحول للمالك وفي التبعية للقطة نظر اقربه ذلك وبعده للملتقط ان تجددت بعد نية التملك والا فكالاول .

اقول: ينشأ من جهالة المالك وكون سبب اليد الالتقاط لانـه سبب الاصل الذي هو سبب النماء وسبب السبب سبب (ومن) انه لم يوجد بعد ضياعه وعلة العلة علة مجازاً واللفظ يحمل على الحقيقة والاصح عندي انها لقطة .

متبرع لاشيء له وكذا لورد من لم يسمع الجعالة على قصد التبرع و الافاشكال ، ولو كذب المخبر فقال قال فلان من رد ضالته فله كذا لم يستحق الراد على المالك ولا المخبر لانه لم يضمن ولو تبرع المخبر وقال من رد عبد فلان فله درهم لزمه لانه ضامن ولو قال من رد عبدى من العراق فى شهر كذا فله كذا اومن خاط ثوبى فى يوم كذا فله كذا صح بخلاف الاجرة للزومها بخلاف الجعالة (الثانى) الجاعل وشرطه ان يكون اهلا للاستيجار وفى العامل امكان تحصيل العمل فلا يشترط تعيينه ولا القبول نطقاً ولو عين فرده غيره فهو متبرع (الثالث) العمل وهو كل ما يصح الاستيجار عليه وهو كل عمل مقصود محلل وان كان مجهولا ولا يشترط الجهل فلو قال من خاط ثوبى اوحج عنى فله دينار صح لان جوازه مع الجهل يستلزم اولوية جوازه مع العلم

المقصد الرابع فى الجعالة

مقدمتان (ا) الجعالة لغة ما يجعل على ما يفعل وشرعاً الصيغة الدالة على الاذن فى عمل بعوض التزمه بله (ب) لما احتيج الى هذا العقد لرد الضوال و الاباق (١) ذكره المصنف عقيب اللقطة فغايته صحة التزام الاعواض على الاعمال المجهولة لان الحاجة ماسة اليها .

قال دام ظله: وكذا لورد من لم يسمع الجعالة على قصد التبرع و الافاشكال

اقول: اذا جعل على رد ضالة بلفظ عام كمن رد عبدى فرد من لم يسمع الجعل لاعلى قصد التبرع بل على قصد اخذ عوض استشكله المصنف و منشأ الاشكال (من) عدم قصد التبرع و سبق الجعل من المالك و عموم اللفظ له ولان الاعتبار انما هو بصيغة المالك و هى ضم قوله من فعل كذا فله كذا لانه قد فعل ما جعل عليه و (من) انه لم يثبت حكمه فى الجاهل به لاستحالة خطاب الغافل قالوا لم يقصد به جواباً لايجابه وبه يستحق و غيره متبرع قلنا ممنوعان بل سبب الاستحقاق صدور الايجاب من الموجب والفعل من القابل والاصح عندى الاول.

(١) كطلاب جمع آبق

(الرابع) الجعل وشرطه ان يكون معلوماً بالكيل اوالوزن اوالعدد ولوكان مجهولا كثوب غيرمعين اودابة مطلقة ثبت بالرد اجرة المثل ولوقيل بجواز الجهالة اذا لم يمنع من التسليم كان حسناً كقوله من ردعبدى فله نصفه ومن رد ثوبى فله ثلثه .

المطلب الثانى فى الاحكام

الجعالة جايزة من الطرفين فللعامل الفسخ قبل اتمام العمل ولاشىء له لانه اسقط حقه وكذا للجاعل قبل التلبس فى العمل مطلقا وبعده فيدفع اجرة ماعمل و يستحق العامل الجعل بالتسليم فلوجاء به الى باب منزله فهرب اومات لم يستحق شيئاً (ويحتمل) الاستحقاق مع الموت بالنسبة ويعمل بالمتاخر من الجعالتين سواء زادت اونقصت قبل التلبس والاّ فبالنسبة ولوحصلت الضالة فى يد انسان قبل الجعل وجب دفعها الى مالكها ولاشىء له وكذا المتبرع سواء عرف بردالاباق اولا وسواء جعل المالك وقصد العامل التبرع او لم يجعل وان لم يقصد التبرع ولو بذل جعلا غير معين كقوله من رد عبدى فله شىء لزمه اجرة المثل الا فى رد الآبق او البعير ففى رده من

قال دام ظله : ولوقيل بجواز الجهالة اذا لم تمنع من التسليم كان حسناً كقوله من ردعبدى فله نصفه ومن رد ثوبى فله ثلثه .

اقول: شرط الاصحاب فى الجعل العلم لنهيه ﷺ عن الغرر ووجه الحسن ان الجهل منع منه لمنعه التسليم اوادائه الى المنازعة وكلاهما منتف هنا ولان العمل وهو احد العوضين جازت جهالته فليجز فى الاخر وانما لم يجز به لان بالعوض يحصل الرضا فجاز توهمه كثيراً فرضى به وكان فى نفس الامر قليلا والاصح عندى الصحة

قال دام ظله : فلوجاء به الى باب منزله فهرب اومات لم يستحق شيئاً و يحتمل الاستحقاق مع الموت بالنسبة .

اقول: لانه فعل بعض المأمور به ووجه العدم عدم الفائدة لان استحقاق الجعل موقوف على تمام العمل وهو انما يتحقق برده الى الجاعل وتسليمه اليه لانه هوفائدته بخلاف الاجارة والاولى هو الاستحقاق مع الموت خاصة وهو اقوى عندى .

المصر دينار ومن غير مصره اربعة دنانير وان نقصت قيمة العبد او البعير فاشكال ، ولو استدعى الرد ولم يبذل اجرة فالراد متبرع على اشكال اقربه ذلك ان استدعى مجاناً، ولو جعل لفعل فصدر عن الجماعة تشاركوا فيه ولو صدر عن كل منهم فعل تام فلكل جعل كامل ولو جعل لكل من الثلاثة على الرد جعلا متفاوتاً فمن جاء به منهم فله ماعينه له ولو جاء به اثنان فلكل نصف جعله ولو جاء به الثلاثة فلكل ثلث جعله و كذا لو عين لاحدهم وجهل لغيره فللمعين بنسبة عمله من المسمى وللاخر بنسبة عمله من اجرة المثل ولو عين لواحد فتبرع آخر معه فللمعين النصف ولاشيء للمتبرع ، و لو قصد الثاني اعانة العامل فللعامل الجميع و لو قصد اجرة لنفسه فهو متبرع ولو جعل للرد من مسافة فرد من بعضها فله من الجعل بنسبة المسافة و لو رد من ابعد لم يستحق ازيد بل المسمى ان دخل الاقل دون ضد الجهة على الاقوى ولو لم يجده في المعين فاشكال

قال دام ظله : وان نقصت قيمة العبد او البعير فاشكال .

اقول: ينشأ من عموم النص ومن عدم الفائدة ولانه خلاف الظاهر والاولى اقل الامرين من اجرة المثل ومما نص الشارع عليه .

قال دام ظله : ولو استدعى الرد و لم يبذل اجرة فالراد متبرع على اشكال اقربه ذلك ان استدعى مجاناً .

اقول: ينشأ من انه فعل مأمور به ومن ان الامر لا يستلزم ضمان الاجرة و وجه الاقربية ظاهر لانه اذا استدعى مجاناً فتبرعه ظاهر والا لكان على الآمر لعدم تبرعه .

قال دام ظله : و لو رد من ابعد لم يستحق ازيد بل المسمى ان دخل الاقل دون ضد الجهة على الاقوى.

اقول: وجه القوة انه متبرع بالنسبة الى هذه الجهة و هو الامر بالرد فيكون له اجرة المثل والاقوى الاول .

قال دام ظله : و لو لم يجده في المعين فاشكال.

اقول: ينشأ من عدم الفعل المجعول عليه ومن انه فعل غير متبرع به محترم ، والاقوى انه لاشيء له .

والقول قول المالك مع اليمين في شرط اصل الجعل وشرطه في عبد معين وسعي العامل في الرد بان قال المالك حصل العبد في يدك قبل الجعالة تمسكا بالاصل ولو اختلفا في قدر الجعل اوجنسه تحالفا وثبت اقل الامرين من الاجرة و المدعى الاان يزيد ما ادعاه المالك على اجرة المثل فيثبت الزيادة ويحتمل تقديم قول المالك كالاصل ولو قال جعلت للرد من بغداد فقال العامل بل من البصرة قدم قول المالك ولو قال من رد عبدي فله دينار فرد احدهما استحق نصف الجعل ان تساوى الفعلان والافالنسبة ولو مات الجاعل بعد الرد اخذ الجعل من التركة ولو مات قبله فان لم يكن العامل قد عمل بطل وكذا ان كان قد عمل لكن يؤخذ من التركة بنسبة عمله .

كتاب الغصب وتوابعه

وفيه مقاصد الاول في الغصب وفيه مطلبان

الاول في الضمان و اركانه ثلاثة **الاول** الموجب و هو ثلاثة **الاول** التفويت بالمباشرة وهو ايجاد علة التلف كالقتل والاكل والاحراق **الثاني** التسبيب وهو ايجاد مايحصل التلف عنده لكن بعلة اخرى اذا كان السبب مما يقصد لتوقع تلك العلة كالحافر

قال دام ظله : و لو اختلفا في قدر الجعل اوجنسه تحالفا وثبت اقل الامرين من الاجرة والمدعى الا ان يزيد ما ادعاه المالك على اجرة المثل فثبت الزيادة و(يحتمل) تقديم قول المالك كالاصل .

اقول: وجه الاول ان كلا منهما مدع ومنكر فثبت اقل الامرين من الاجرة و المدعى لانه اذا نقص المدعى عن الاجرة فهو معترف بعدم استحقاق الزائد وان زاد فقد بطلت الزيادة بيمين الجاعل واكثر الامرين مما ادعاه الجاعل والاجرة لاعترافه باستحقاق الزائد ان زاد ففي هذه الصورة لايحتاج الى يمين المجعول له وان نقص فقد بطل بيمين المجعول له (والاحتمال الثاني) قول الشيخ في الخلاف والمبسوط و تبعه ابن البراج لان القول قوله في الاصل فكذا في قدره لانه تابع له والاقوى عندي ثبوت اقل الامرين مما ادعاه العامل والاجرة واكثر الامرين مما ادعاه المالك والاجرة

و فاتح رأس الظرف و المكره على الاتلاف **الثالث** اثبات اليد اذا كان بغير حق فهو غصب ، وهو الاستقلال باثبات اليد على مال الغير عدوانا ولايكفي رفع يد المالك مالم يثبت الغاصب يده ، والمودع اذا جحد أوعزم على المنع فهو من وقت الجحود اوالعزم غاصب ،ويتحقق اثبات اليد فى المنقول بالنقل الافى الدابة فيكفي الركوب والفراش بالجلوس عليه،وفى العقار بالدخول وازعاج المالك فان ازعج و لم يدخل أو دخل لا بقصد الاستيلاء ولم يزعج لم يضمن فان قصدفهو غاصب للنصف ، و لودخل الضعيف على القوى فى داره وقصد الاستيلاء لم يضمن ويضمن، لو كان القوى نائيا و الحوالة على المباشر لو جامع السبب الامع ضعفه بالتغرير كمن قدم طعام غيره الى آكل جاهل فالضمان يستقر على الآمر ، ولو دفع غيره فى بئر حفرها فالضمان على الدافع ؛ ولوفتح رأس زق فقلبته الريح الحادثة و سقط أوذاب بالشمس ففى الضمان اشكال ينشأ (من) ضعف المباشر (ومن) انه لايقصد بفتح الزق تحصيل الهبوب ، (و لو فك) قيد الدابة فشردت او عن المجنون فأبق اوفتح قفصا عن طاير فطار فى الحال او بعد مكث أوازال وكاء الظرف فسال مافيه ولايحبسه الاالوكاء أوفتح رأسه فتقاطرت قطرات وابتل اسفله قسقط أوقبض بالبيع الفاسد اوالسوم على اشكال اواستوفى منفعة الاجارة

كتاب الغصب وتوابعه

وفيه مقاصد

المقصد الاول فى الغصب

(مقدمة) للاصحاب في تعريف الغصب عبارتان (ا) الاستقلال باثبات اليد على مال الغير عدواناً واخذ مال الغير على جهة التعدى (ب) الاستيلاء على مال الغير بغير حق وهذه اعم من الاولى لدخول اخذ المودع ثوب المودع مثلا فى غيبته لظنه انه ثوبه فى الثانية وخروجه من الاولى وتشارك المقبوض بالسوم والبيع الفاسد فى كونه مضموناً على ممسكه فلهذه المناسبة ذكرهما هنا .

قال دام ظله : اوقبض بالبيع الفاسد اوالسوم على اشكال .

الفاسدة اوألقى صبيا فى مسبعة أوحيوانا يضعف عن الفرار فقتله السبع (ضمن)(١) ولو فتح باباعلى مال فسرق أودل سارقا أوأزال قيداً عن عبد عاقل فأبق لم يضمن ولو حفر بئراً فى غير ملكه أوطرح المعاثر فى المسالك اواتلف منفعة كسكنى الدار وركوب الدابة وان لم يكن هناك غصب ضمن ، ولو ارسل ماء فى ملكه فأغرق مال غيره أواجّج ناراً فاحرق لم يضمن مالم يتجاوز قدر الحاجة اختياراً مع علمه اوغلبة ظنه بالتعدى الى الاضرار فيضمن ، ولو عصب شاة فمات ولدها جوعاأو حبس المالك عن حراسة ماشيته فاتفق تلفها أوغصب دابة فتبعها الولد ففى الضمان نظر ، ولومنع غيره من امساك دابته المرسلة فتلفت أومن القعود على بساطه أومنعه من بيع متاعه فنقصت قيمته السوقية أو تلفت عينه لم يضمن ولومدّ بمقود دابة فقادها ضمن الا ان يكون المالك راكبا قادراً ويضمن حمل الغصب

اقول: الاشكال فى المقبوض بالسوم ومنشأه اختلاف الاصحاب والمشهور انه مضمون وهو اختيار ابن ادريس فى باب الغصب و قال فى موضع آخر من كتابه لا يكون مضموناً و هو اختيار المصنف فى المختلف (احتج) الاولون بقوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى تؤدى (٢) ـ والاخرون بالاصل والاقوى عندى الاخير .

قال دام ظله : ولو غصب شاة فمات ولدها جوعاً او حبس المالك عن حراسة ماشيته فاتفق تلفها او غصب دابة فتبعها الولد ففى الضمان نظر .

اقول: ينشأ فى الاول (من) انه مات بسببه لصحة استناده اليه عرفا (ولان) السبب هو فعل ما يحصل التلف عنده لعلة سواه وهذا تفسير بعض الفقهاء وزاد آخرون ، ولولاه لما اثرت العلة وهذا التفسير اولى ـ فعلى هذا التفسير ليس هو بسبب ولانه يمكن اعتياضه بعيره فهو اعم فليس بسبب (ولانه) لايدلّ عليه ولامباشرة فلاضمان وهذا هو منشأ النظر فى الباقين (وايضاً) ينشأ فى الباقى (من) انه تصرف فى المالك لافى المال (ومن) حيث انه سبب عرفاً (واما فى الثالث) فمن حيث انه سبب لحدوث ميل يشبه القسرى لوجود ميل الولد الى امه طبعاً فهو سبب (ومن) الشك فى كونه سبباً شرعياً فى الضمان والاصل

---

(١) جزاء شرط لقوله ولوفك .

(٢) سنن ابى داود ج٣ باب فى تضمين العارية خبر ١

لاحمل المبيع بالفاسد والسوم ، والحر لايضمن بالغصب وان كان صغيراً و لوتلف الصغير فيدالغاصب بسبب كلدغ الحية ووقوع الحايط ضمن على رأى ولو استخدم الحر فعليه الاجرة ولواستأجره لعمل فاعتقله ولم يستعمله ففى استقرار الاجرة نظر ولو حبس صانعا ولم ينتفع به لم يضمن اجرته ، ولواستأجر دابة أوعبداً فحبسه بقدر

البرائة (ولانه) يدخل تحت اليد بذلك وهوظاهر فانه يصدق كلما صار به تحت اليد و الولد لايكون مسروقاً لووقع من الحرز خفية ويلزمه كلما لم يصر مسروقاً لووقع من الحرز خفية لايصير تحت اليدوالولد لايصير مسروقاً بذلك لووقع من الحرز خفية فلا يصير تحت اليد .

قال دام ظله : ولو تلف الصغير فى يد الغاصب بسبب كلدغ الحية ووقوع الحائط ضمن على رأى .

اقول: هذا اختيار الشيخ فى كتاب الجراح من المبسوط لانه قربه من سبب الاتلاف على وجه لايمكن الاحتراز منه فصار كاليد ، وقال فى موضع آخر من المبسوط والخلاف لاضمان عليه لاصالة البرائة ولعدم دخول الحر تحت اليد والاقوى عندى عدم الضمان لانتفاء اليد والمباشرة لانها فعل مايضاف الاتلاف اليه حقيقة.

قال دام ظله : ولو استأجره لعمل فاعتقله ولم يستعمله ففى استقرار الاجرة نظر .

اقول: ينشأ (من) ان الاجرة ملكها الموجر بنفس العقد وقد مضى زمان يمكن العمل فيه وبدله الموجر فاستقرت الاباحة (ومن) ان الحر لايدخل تحت اليد ومنافعه تضمن بالتفويت لابالفوات (والتحقيق) ان هـذا هل هو تمليك للمنافع فاذا اهمل استعمالها حتى تلفت لم يضمن احداً وهو كالدين فى ذمة الحر فلا يسقط الابالاستيفاء اوالابراء والاشبه الثانى لان الحر يستحق عليه فى ذمته ولايملك عينه ولامنافعه لانها معدومة فيتبع الاصل فى الملك واليد وهما منتفيان ويرد استحقاق المستأجر الاول اجرة المثل على من استعمل الاجير الخاص ثانياً .

الانتفاع ضمن ، ولوغصب خمراً من مسلم أومتظاهر لم يضمن ولو كان كافراً ويضمن من الكافر المستتر و ان كان مسلما بالقيمة عند مستحليه لا بالمثل و ان اتلف الكافر على اشكال ، ولو نقل صبياحراً الى مضيعة فافترسه السبع ففي الضمان اشكال ولو فتح الزق عن جامد فقرب غيره النارمنه حتى ذاب فالضمان على الثاني ، والايدى المرتبة على يدالغاصب ايدى ضمان فيتخير المالك بين أن يطالب الغاصب عندالتلف ومن ترتب يده على يده سواء علم الغصب اولاوسواء كانت ايديهم يدالغاصب اولاوسواء استعاده الغاصب غصبا اولاوللمالك الرجوع على الجميع ببدل واحد لكن الثاني ان علم بالغصب طولب بكل ما يطالب به الغاصب ويستقر الضمان عليه اذا تلف عنده فلا يرجع على الاول لورجع عليه ويرجع الاول عليه لورجع على الاول هذا اذا تساوت القيمة أو كانت في يد الثاني اكثر ولوزادت في يد الاول طولب بالزيادة دون الثاني ولوجهل الثاني الغصب فان كان وضع يده يد ضمان كالعارية المضمونة و المقبوض بالسوم و البيع الفاسد فقرار الضمان على الثاني والافعلى الاول كالوديعة والرهن والوكالة ومهما اتلف الآخذ من الغاصب فقرار الضمان عليه الامع الغرور كمالواضافه به ولو

قال دام ظله : ولوغصب خمراً من مسلم اومتظاهر لم يضمن وان كان كافراً ويضمن من الكافر المستتر وان كان مسلما بالقيمة عند مستحليه لا بالمثل وان اتلف الكافر على اشكال .

اقول: ينشأ (من) صحة بيعه وشرائه اياه عندهم و اقرارهم عليه ولان كل مضمون مثلي انما يضمن بمثله الالمانع وهوهنا اسلام احدهما فمع عدمه يجب المثل وهواحد قولي ابن البراج و (من) ان دين الاسلام لايوجب خمراً وهوالحق .

قال دام ظله : و لو نقل صبيا حراً الى مضيعة فافترسه سبع ففي الضمان اشكال .

اقول: ينشأ (من) انه سبب (ومن) ان الحر لا يدخل تحت اليد وهو اختيار الشيخ في المبسوط والاقوى عندى الاول لانه فعل يتوقع التلف عنده فيكون سبباً للضمان فيضمن لان السبب يوجب الضمان مع انفراده كالمباشرة .

كان الغرور للمالك فالضمان على الغار وكذا لو أودعه المالك أو آجره اياه ، ولو وهبه الغاصب من آخر فرجع المالك عليه احتمل رجوعه على الغاصب لغروره وعدمه لان الهبة لاتستعقب الضمان ولو زوج الجارية من المالك فاستولدها مع الجهل نفذ الاستيلاد وبرء الغاصب وفي الارش اشكال ، وكذا لو وهب منه ولو قال هو عبدي فاعتقه فالاقوى النفوذ وفي الغرم اشكال ينشأ (من) الغرور (ومن) زوال الملك بازالته والصرف الى مصلحته ولو قال اعتقه عني ففعل ففي وقوعه من الغاصب اشكال ،

قال دام ظله : ولو زوج الجارية من المالك فاستولدها مع الجهل نفذ الاستيلاد وبرىء الغاصب وفي الارش اشكال وكذا لو وهبه منه .

اقول: اما نفوذ الاستيلاد فلوجود المقتضي له وهو علوق المملوكة بولد من مالكها حين العلوق فلو شرط فيه العلم لكان جعل شرط ماليس بشرط وهو من الاغلاط وادخال في الدين ماليس منه (واما) الاشكال في الارش ينشأ (من) غروره فكان كما لو قدم طعام الغير اليه فامره باكله (ومن) انه المباشر للاتلاف واعتماده هنا على ما توهمه مستلزماً للاباحة لانه لم ينص عليه بخلاف الآمر بالاكل فهو كشراء الجاهل بالغصبية للمغصوب فضمانه لزيادة القيمة كضمانه هنا للارش .

قال دام ظله : ولو قال هو عبدي فاعتقه فالاقوى النفوذ وفي الغرم اشكال ينشأ (من الغرور) ومن زوال الملك بازالته والصرف الى مصلحته .

اقول: المقصود فاعتقه عنك (ووجه) القوة انه فعل صدر من اهله في محله (ومن) حيث انه لم يقصد عتق عبده ولانه قصد ايقاع الصيغة الموجبة للتمليك الضمني والعتق بعده ولم يقع والايقاعات والعقود تابعة للمقصود والاقوى عندي الصحة لان العتق مبني على التغليب ولان العبد في حال العتق ملك للمعتق عن نفسه على تقدير وهو هنا حاصل وان الحاصل هنا اقوى من الضمني والاقرب عندي عدم الغرم هنا لثبوت الولاء للمعتق .

قال دام ظله : ولو قال اعتقه عني ففعل ففي وقوعه عن الغاصب اشكال

اقول: ينشأ (من) انه صدر من المالك (ومن) قصده لعتق عبد الغاصب لاعبد

ولوامر المالك بذبح الشاة فذبحها جاهلا بها ضمن الغاصب ، ولوامره بالاكل فباع اوبالعكس اوعمم الانتفاع فالاقرب زوال الضمان الافی الاخير على اشكال .

الركن الثانی المحل المغصوب اما عين اومنفعة والاعيان اما حيوان اوغيره فالحيوان يضمن نفسه حتى العبد بالجناية وباليد العارية باقصى القيمة ومالاتقدير فيه من الحر يجب من الرقيق ماينقص عن قيمته حصل بالجناية اوتحت اليد العادية من

نفسه ولان عتق عبده عن غيره مقدمة نقله اليه باختياره فلابدمن قصد اليه فاذا لم نعلم انه لم يحصل القصد فلم ينقل عنه لم يصح العتق وهو الاقوى عندی .

قال دام ظله : ولو امر المالك بذبح الشاة فذبحها جاهلا بها ضمن الغاصب ولو امره بالاكل فباع او بالعكس اوعمم الانتفاع فالاقرب زوال الضمان الافی الاخير على اشكال .

اقول: (وجه القرب) فی الاولين انه لوكان مملوكاً لغيره لضمنه له بالمخالفة و كلما ضمنه لغيره زال ضمان الغير بفعله اذا كان له و لان المالك تصرف فی ملك نفسه باختياره مخالفاً لامر الآمر بعد ان صار فی يده وتمكن منه (ويحتمل) الضمان للغرور ولانه امره بالاتلاف فی منفعته وخصوصية طريق الاتلاف غير مقصودة بالذات وهذا ضعيف والاصح الاول (ومنشأ الاشكال فی الاخير الغرور (ومن) انه سلم ماله اليه ومكنه منه تمكينا تاماً والاولى الضمان لضعف المباشرة بالغرور .

قال دام ظله : وما لاتقدير فيه من الحر يجب من الرقيق ما ينقص من قيمته حصل بالجناية اوتحت اليد المعدومة من اجنبی اومن قبله تعالى والمقدر الاقرب الاكثر من المقدر والارش .

اقول: وجه القرب ان الغاصب مأخوذ باشق الاحوال (ولانه) ان زاد الارش على المقدر (قلنا) نقص حصل فی يد الغاصب بنقص جزء اوصفة و كل نقص كذلك فهو مضمون عليه (ولانه) لما كان ملحقاً فی ضمان اليد بالاموال دون الاحرار وجب ان يكون مضموناً بقدر النقص كالاموال لانه انما ضمن باعتبار اتلاف المنفعة المملوكة و ضمنها بقيمتها و يفارق الجانی لانه فی الجناية ملحق بالاحرار فكلما لم يكن

اجنبی أومن قبله تعالی والمقدر الاقرب الاکثر من المقدر والارش ، ولوتجاوزت قیمتهدیة الحرفالاقوی تضمین الغاصب الزایددون الجانی ولوجنی علیه بما فیه القیمة فالاقوی وجوب دفعه مع القیمة سواء باشر الاجنبی اوالغاصب بخلاف الجانی علی غیر المغصوب فان رجع علی الاجنبی دفع الیه العبد ورجع بقیمته علی الغاصب وان

مضموناً بالجنایة علی الحرلم یکن مضموناً علی العبد و لوزاد المقدر دخل تحت عموم النص (ولانه) کلما یضمن بالجنایة فیضمنه الغاصب بالید و هذا الزائد یضمنه الجانی بالجنایة فیضمنه الغاصب بالید (ویحتمل) المقدرخاصة لعموم التقدیر و لان الجنایة اقوی من اثبات یدالغاصب والاقوی ضمان اکثر الامرین من المقدر والارش وهوتفاوت ما بین اقل قیمتهمعیباً واکثر قیمته صحیحاً .

قال دام ظله : ولوتجاوزت قیمته دیةالحرفالاقوی تضمین الغاصب الزائددون الجانی .

اقول: تقریره ما تقدم فی السابقة .

قال دام ظله : ولو جنی علیه بما فیه القیمة فالاقوی وجوب دفعه مع القیمة سواء باشر الغاصب اوالاجنبی بخلاف الجانی علی غیر المغصوب.

اقول: وجه القوة ان ضمان الغاصب من حیث المالیة و هذا عوض الجزء الفائت بخلاف الجانی غیره فانه فی المقدر ضامن باعتبار الجنایة لا المالیةالمحضة (ویحتمل) عدعه لان مع تلف الکل لایضمن ازید من ذلکفلایعقل وجوبه فی البعض مجاناً و الاقوی الاول .

قال دام ظله : فان رجع علی الاجنبی دفع الیه العبد ورجع بقیمته علی الغاصب وان رجع علی الغاصب بهما فالاقوی رجوع الغاصب علی الجانی بالقیمة مجانا .

اقول: وجه القوة قوله علیه السلام لایطل دم امرء مسلم (۱) فلا یعقل خلاص الجانی عن الضمان و یکون بمنزلة التالف (و یحتمل) وجوب دفع الغاصب الی

---

(۱) ثل ب۴۶ خبر۲ وفیه لایبطل د م الخ .

رجع على الغاصب بهما فالاقوى رجوع الغاصب على الجانى بالقيمة مجانا وفى عين البقر والفرس وأطرافهما الارش ولو مات فى يده ضمن القيمة وان تجاوزت دية الحر لو كان عبداً وغير الحيوان يجب ضمانه بالمثل ان كان مثليا وهوما تتساوى قيمة أجزائه فان تعذر فالقيمة يوم الاقباض لاالاعواز وان حكم الحاكم بها يوم الاعواز وغير المثلى يضمن بالقيمة يوم الغصب على رأى و ارفع القيم من حين الغصب الى حين التلف على رأى، ولاعبرة بزيادة القيمة ولا بنقصانها بعد ذلك واذا كسرت الملاهى فلا ضمان فان احرقت ضمن قيمة الرضاض وكذا الصليب والصنم والمستولدة والمدبر والمكاتب المشروط وغير المؤدى كالعبد فى الضمان والمنافع المباحة مضمونة بالفوات تحت اليد والتفويت ولو تعددت المنافع كالعبد الخياط الحايك لزم اجرة اعلاها اجرة ولاتجب اجرة الكل، ومنفعة البضع لاتضمن بالفوات وتضمن بالتفويت فلو وطىء وجب مهر المثل

الجانى القيمة بعد الجناية ويضمنه القيمة الاولى لاشتراط ضمانه بدفع العين اليه و لم يحصل وليس بجيد لا نه يشترط مع التمكن من دفعها و لم يتمكن و قد ضمن الغاصب ما باشرهو اتلافه (فعلى الاول) يضمن الغاصب قيمتين ـ قيمة للمالك ـ وقيمة للجانى بعد الجناية وله على الجانى قيمة قبل الجناية فيتقاصّان ان امكن وهو الاقوى .

قال دام ظله : وغير المثلى يضمن بالقيمة يوم الغصب على رأى وارفع القيم من حين الغصب الى حين التلف على رأى .

اقول: الاول قول الشيخ فى المبسوط ـ والثانى قوله فى المبسوط ايضا و الخلاف واختاره ابن حمزة وابن ادريس ، وقال ابن البراج والمصنف فى المختلف يضمن القيمة يوم التلف والحق اعلى القيم لان نقصان الصفة انما يضمن بسبب نقص القيمة فيكون اولى بالضمان و لانه مال تلف على المالك فى يد الغاصب و لا نه مأخوذ باشق الاحوال (و وجه) يوم التلف ان المغصوب لم ينقص من عينه و لا صفاته الخارجية شيء فلا يضمن تفاوت الرغبات لا نه خارج عن المغصوب و الاصح الاكثر .

وتضمن منفعة كلب الصيد وماصاده به الغاصب ولو اصطاد العبد المغصوب فهو للمالك وفي دخول الاجرة تحته نظر اقربه العدم ولو انتقصت قيمة العبد بسقوط عضو مثلا بآفة سماوية ضمن الارش والاجرة لما قبل النقص سليما ولما بعده معيبا وان كان بالاستعمال كنقص الثوب باللبس فالاقرب المساواة للاول فتثبت الاجرة والارش (ويحتمل) وجوب الاكثر من الارش والاجرة ولو غرم قيمة العبد الابق ضمن الاجرة للمدة السابقة على الغرم وفي اللاحقة اشكال .

الركن الثالث الواجب وهو المثل في المثلي والقيمة العليا في غيره على رأى و

قال دام ظله : ولو اصاد (اصطاد خ) العبد المغصوب فهو للمالك و في دخول الاجرة تحته نظر اقربه العدم .

اقول: لانه كسب العبد فيدخل في ملك مولاه واثبات اليد عليه موجب للاجرة (و يحتمل) التداخل لان المنفعة في الحقيقة حينئذ للسيد فيكون بمنزلة الرد لها اليه فلا يضمنها والا لجمع بين العوض والمعوض و هو باطل و الاقوى عندى ما هو الاقرب عند المصنف .

قال دام ظله : ولو نقصت بسقوط عضو (الى قوله) من الارش والاجرة

اقول: وجه القرب اختلاف الموجب وهو استهلاك الاجزاء والمنفعة (ووجه الثاني) ان اتلاف الاجزاء عوضه داخل في الاجرة الاترى ان المستاجر لا يضمن ارش البلى بالاستعمال لانه في مقابلة ما قد يضمنه من الاجرة و الاقوى وجوب الاجرة والارش معاً .

قال دام ظله : ولو غرم قيمة العبد الابق ضمن الاجرة للمدة السابقة على الغرم وفي اللاحقة اشكال .

اقول: ينشأ (من) انه قد برىء من العبد فيبرأ من توابعه ومن ان القيمة للحيلولة في العين وهي ثابتة في المنافع والاقرب عدم ضمان اجرة اللاحقة .

قال دام ظله : الركن الثالث الواجب وهو المثل في المثلي والقيمة العليا في غيره على رأى .

لو تلف المثلى فى يد الغاصب والمثل موجود فلم يغرمه حتى فقد ففى القيمة المعتبرة احتمالات **الاول** اقصى قيمته من يوم الغصب الى التلف ولا اعتبار بزيادة قيمة الامثال

اقول: قوله رأى ليس اشارة الى الخلاف فى القيمة العليا فى غير المثلى لانه قد سبق بل فى المثلى يضمن بالمثل مع وجوده لا غير وهذا اختيار اكثر الاصحاب لان مثل الشيء اخص به بدلا من القيمة لانه مثل له فى الشرع والحقيقة والقيمة مثل له فى الشرع خاصة فالاول اولى ولان خصوصية الاموال قد تكون مقصودة ولما تعذرت فى ذوات القيم واستحال التكليف بالمحال لم يجب منه استدراكها بخلافه هنا وقال ابن الجنيد يتخير المغصوب منه فى القيمة والمثل لان الضمان انما هو باختيار المالية ويحتمل استدراكها بالقيمة من غير حيف والاقرب المثل والخلاف هنا فى التفصيل وهو اختصاص المثلى بالمثل مع وجوده وغيره بالقيمة .

قال دام ظله :ولو تلف المثلى فى يد الغاصب (الى قوله) يوم الاقباض.

اقول: مأخذ الوجه الاول و الثانى ان عند اعواز المثل هل الواجب قيمة المغصوب لانه الذى تلف على المالك او قيمة المثل لانه الواجب عند التلف وانما رجعنا الى القيمة لتعذره قال المصنف كل منهما محتمل (فان) قلنا بالاول اعتبرنا الاقصى من وقت الغصب الى وقت تلف المغصوب (وان) قلنا بالثانى اعتبرنا من وقت تلف المغصوب لان المثل حينئذ يجب الى وقت الانقطاع و كذا القيمة الواجبة على الغاصب اعلى القيم من حين وجوب المتقوم وضمانه (ووجه) الثالث ان القيمة المعتبرة اقصى القيم من وقت الغصب الى الاعواز لان وجود المثل كبقاء عين المغصوب من حيث انه كان مأمورا بتسليم المثل كما كان مأموراً برد العين فاذا لم يفعل غرم اقصى قيمته فى المدتين كما ان المتقومات تضمن باقصى قيمتها لهذا المعنى ولا نظر الى ما بعد انقطاع المثل كما لا نظر الى ما بعد تلف المغصوب والمتقوم (ووجه) الرابع ان المثل لا يسقط بالاعواز الا ترى ان المغصوب منه لو صبر الى وجدان المثل ملك المطالبة به ولا فرق بين المسئلتين فالقيمة الواجبة على الغاصب اعلى القيم الواجب الى الدفع (ووجه) الخامس انه وقت وجوب القيمة والاصح الرابع.

الثاني اقصى قيمته من وقت تلف المغصوب الى الاعواز **الثالث** اقصى القيم من وقت الغصب الى الاعواز **الرابع** اقصى القيم من وقت الغصب الى وقت دفع القيمة **الخامس** القيمه يوم الاقباض ولوغرم القيمةثم قدرعلى المثل فلاترد القيمة بخلاف القدرة على العين ولو اتلف مثليا فظفر به فى غير المكان فالوجه الزامه بالمثل فيه ولوخرج المثل باختلاف الزمان او المكانعن التقويم بان اتلف عليه ماء فيمفازة ثم اجتمعا على نهر او أتلف جمدا فى الصيف ثم اجتمعا فى الشتاء احتمل المثل

قال دام ظله: ولو اتلف مثلياً فظفر به فى غير المكان فالوجه الزامه بالمثل

اقول: وجه القرب وجوب رد المظلمة اين طلبه ففى كل مكان هو مخاطب بذلك والا لجاز تأخير الزام الغاصب بالحق بغير رضاء المالك وهو محال اجماعاً (وبهذا القول) افتى ابن ادريس ـ وقال الشيخ فى المبسوط ان كان فى نقله مؤنة فان اتفقت القيمتان فى البلدين كان له المطالبة بالمثل لانه لاضرر عليه و ان اختلفا فالحكم فيماله مثل و فيما لامثل له واحد فللمغصوب منه ان يأخذمن الغاصب فى بلد المطالبة قيمته ببلد الغصب اويدع حتى يستوفى ذلك فى بلد الغصب لمافى نقله من المؤنة والضرر ـ و قال عليه السلام لاضرر و لاضرار (١) ـ وقال رحمه الله و كذا القرض واما السلم فليس له ان يطالبه ببلد غير بلد السلم لان عليه توفية المال فى مكان العقد ولاله مطالبته بالبدل سواء كان لنقله مؤنة اولا وان اتفقا عليه لم يجز لان اخذ البدل عن السلم فى الذمة لايجوز لقوله عليه السلام من اسلم فى شىء فلايصرفه الى غيره (٢) وتبعه ابن البراج ، و الاصح عندى اختيار والدى (والجواب) عن حجة الشيخ باستلزامه الضرر انه معارض بضرر المالك و كلما تعارض الضرران فالترجيح لنفى ضرر المالك لان الغاصب مأخوذ باشق الاحوال والضرر المنفى انماهو من شرع الحكم وهنا الغاصب ادخل الضرر على نفسه .

قال دام ظله: ولو خرج المثل باختلاف الزمان او المكان عن التقويم بان اتلف عليه ماء فى مفازة ثم اجتمعا على نهر او اتلف جمدا فى الصيف ثم

---

(١) قدتقدم من ذلك فى كتاب احياء الموات

(٢) سنن ابى داود (ج٣) باب السلف لايحول

وقيمةالمثلفيمثل تلك المفازة اوالصيف ، ولواتلف آنية الذهب ففى ضمان الزائد بالصنعة اشكال ينشأ (من) مساواة الغاصب غيره وعدمها فان اوجبناه ففى التضمين بالمثل اشكال ينشأ (من) تطرق الربا وعدمه لاختصاصه بالبيع ولواتخذ من السمسم الشيرج تخير بين المطالبة بالسمسم او بالشيرج والكسب والارش ان نقصت قيمته او

اجتمعا فى الشتاء احتمل المثل وقيمةالمثلفيمثل تلك المفازة اوالصيف .

اقول: ـ وجهالاول اطلاق النص بوجوب المثل و اختلاف الزمان و المكان اختلاف فى امورخارجة عن الماهيةوصفاتها (ووجه الثانى) انه خرج عن كونهمثلا لانه لاقيمةله والمالية وماتزيدبه و تنقص معتبرة هنا (والتحقيق) انالمماثلة هلهى باعتبار اتحاد الماهية اومع التساوى فىالمنافع والقيمة والمتعارف فىالاصولالاول و باعتبار المالية الثانى وهو الاصح لان الاعتبار فى المعاملات والضمانات بالقيمة لعدم ملك وضمان مالاقيمة له ولاتصح المعاملة عليه فتكون معتبرة فى المماثلة من جهة المالية .

قالدام ظله : ولواتلفآنية الذهب ففى ضمانالزائد بالصنعة اشكال ينشأ من مساوات الغاصب غيره وعدمها فان اوجبناه ففىالتضمين بالمثل اشكال ينشأ من تطرق الربا وعدمه لاختصاصه بالبيع .

اقول :هنا مسئلتان (ا) ضمان الزائد بالصنعة وهو مبنى على تحليل اتخاذها وتحريمه (فعلى الاول) يضمنه المتلف مطلقا (وعلى الثانى) لا يضمنه غير الغاصب و اما الغاصب ففيه اشكال ينشأ مما ذكره المصنف و معنى المساوات هنا ان الغصب لايصيّرمالا قيمة له شرعاً له قيمة وما هومحرم غيرمحرم وعدم المساوات انه يضمن بالغصب ماله قيمة سوقية فى نفسه ونقصه فىمال مملوك وانحرم لانه مأخوذ باشق الاحوال وينشأ ايضاً منانهمحرم يجوز اتلافه (ومن)انهذا الاستيلاء مضمونوجميع ماينقص فيهمضمون والاول اولى (ب)يتفرععلى القول بالضمان انه هليقوم بالجنس اشكالينشأمماذكرهالمصنف .

بالشيرج والناقص من السمسم ، ولو تعذر المثل الا باكثر من ثمن مثله ففي وجوب الشراء نظر و لو ابق العبد ضمن في الحال القيمة للحيلولة فان عاد ترادا وللغاصب حبس العبد الى ان يرد القيمة عليه على اشكال فان تلف العبد محبوسا فالاقرب ضمان قيمته الآن واسترجاع الاولى ، ولو تنازعا في عيب يؤثر في القيمة

قال دام ظله : ولو تعذر المثل الا باكثر من ثمن مثله ففي وجوب الشراء نظر .

اقول: ينشأ (من) انه لايتم الواجب المطلق الابه (ومن) انه ضمان لاكثر من القيمة اذلافرق بين اخذالمالك لها والبايع وهوضرر وحرج ولانه لوخاف اللص على الزائد لم يجب المثل فكيف يوجبه وفرق بافتراق العوض والثواب ،والاقوى وجوب الشراء بالاكثر .

قال دام ظله : ولو ابق العبد ضمن في الحال القيمة للحيلولة فان عاد ترادا وللغاصب حبس العبد الى ان ترد القيمة عليه على اشكال.

اقول: ينشأ من عدم الجمع بين العوض، والمعوض فيترادّ ان معاً ووجوب ردّ العين على الغاصب مع التمكن على الفور وهوالاولى .

قال دام ظله : فان تلف العبد محبوساً فالاقرب ضمان قيمته الان و استرجاع الاولى .

اقول: هذا ان قلنا ان له الحبس (ووجه القرب) ان حكم الغصب زال برد القيمة وهذه اليدغير الاولى لاستحقاقها ووجوب رد المالك القيمة الاولى واخذالعين وهي قدرالثانية (ويحتمل) عدمه لانه انما يستحق رد الاولى بدفع العين ولم يحصل ولان الحصول في يدالغاصب لايؤثرفي زوال ملكية المالك للقيمة التي في يده لان يدالغاصب موجبة للضمان فيستقرملك المالك على القيمة الاولى ان كانت اكثر وهو الاقوى عندي .

قال دام ظله : ولو تنازعا في عيب مؤثر في القيمة ففي تقديم احد الاصلين نظر.

ففي تقديم أحد الاصلين نظر ؛ والذهب والفضة يضمنان بالمثل لابنقد البلدعلى رأى فان تعذر واختلف المضمون والنقدفي الجنس ضمنه بالنقد وان اتفقافيه وفى الوزن ضمنه به وان اختلفا فى الوزن قوم بغيرجنسه حذرامن الربا .

المطلب الثاني في الاحكام وفصوله ثلاثة **(الاول)** فى النقصان ولاعبرة بالنقص لتغير السعر مع بقاء العين على صفاتها فلوساوى يوم الغصب عشرة ويوم الرد واحداً فلاشيء عليه فان تلف وجبت العشرة ولو تلف بعضه حتى عادالى نصف درهم بعدرد الاصل الى درهم وجب القدر الفائت وهو النصف بنصف اقصى القيمة وهوخمسة مع الباقي ولو عادت قيمته بالابلاء الى خمسة ثم انخفض السوق فعادت قيمته الى درهم لزمه مع الرد الخمسة الناقصة بالابلاء ولايغرم مانقص بالسوق من الباقي و لوكانت القيمةعشرة فأبلاه حتى ساوى خمسة ثم ارتفعت السوق فبلغت مع الابلاء عشرة احتمل رده مع العشرة لان التالف نصفه فلو بقى كله لساوى عشرين ورده مع الخمسة الناقصة بالاستعمال ولاعبرة بالزيادة بعد التلف كما لوتلف كلهثم زادت القيمة وهواقوى ،و لوقطع الثوب قطعالم يملكه بل يرد القطع مع الارش و لوكان العيب غير مستقر

اقول: منشأه تعارض الاصلين اعنى اصل الصحة واصل برائة الذمة من الزائد على قيمة المعيب والاقوى تقديم الاول .

قال دام ظله : والذهب والفضة يضمنان بالمثل لابنقد البلدعلى رأى

اقول: هذا قول ابن ادريس لانهما مثليان لان المثلي مايماثل اجزائه المقدارية كله فى الماهية و قال الشيخ فى المبسوط يضمن بنقد البلد ثم فرع و قال ان كان نقد البلد من جنس المغصوب و اختلف الوزن و القيمة قوم بغير الجنس ليسلم من الرباو يأخذ منه كمال حقه واجاب ابن ادريس بمنع الربا هنا والاصح عندى اختيار ابن ادريس .

قال دام ظله : ولوكانت القيمة عشرة (الى قوله) وهو اقوى .

اقول: وجه القوة ماذكره المصنف هنا وهو الحق عندى .

قال دام ظله : ولوكان العيب غير مستقر (الى قوله) وارش النقص

كما لو بل الحنطة حتى تعفنت او اتخذ منها هريسة او من التمر و السمن حلواء فان مصيره الى الهلاك لمن لا يريده فالاقوى رد العين مع الارش و كلما نقص شيئاً ضمنه على اشكال ينشأ (من) حصول البراءة بدفع العين و ارش النقص فيجوز أن يعانده المالك بعدم التصرف فيه الى ان يتلف (ومن) استناد النقص الى السبب الموجود في يد الغاصب ، ولو غصب شيئين ينقصهما التفريق كزوجي خف و مصراعي باب فتلف احدهما وقيمة الجميع عشرة والواحد ثلاثة ضمن سبعة وهو قيمة التالف مجتمعا و نقصان الباقي و كذا لو شق ثوبا نصفين فنقصت قيمة كل واحد منهما بالشق ثم تلف أحدهما ، اما لو غصب أحدهما وحده ثم تلف او اتلف أحدهما فانه يضمن قيمة التالف مجتمعا خاصة وهي خمسة (ويحتمل) سبعة لانه اتلف أحدهما فأدخل النقص على الباقي بتعديه (ويحتمل) ثلاثة لانه قيمة المتلف ولو لم ينقص الثوب بالشق رده بغير شيء، و يجب رد العين المغصوبة ما دامت باقية فان تعذر دفع الغاصب البدل و يملكه المغصوب منه ولا يملك الغاصب العين المغصوبة فان عادت فلكل منهما الرجوع وهل يجبر المالك على اعادة البدل لو طلبه الغاصب اشكال لا على رد النماء المنفصل

اقول: وجه القوة انها عين مغصوبة فيجب ردها والارش لنقصها ووجود السبب كوجود المسبب فكلما نقص شيئاً ضمنه ولا يسلم حصول البرائة والاصح عندي الضمان لكل ما يتجدد .

قال دام ظله : اما لو غصب احدهما وحده ثم تلف او اتلف احدهما فانه يضمن قيمة التالف مجتمعاً خاصة وهي خمسة و يحتمل سبعة لانه اتلف احدهما وادخل النقص على الباقي بتعديه و يحتمل ثلثة لانه قيمة المتلف .

اقول: وجه هذا انه انما جنى على هذا او غصبه خاصة والآخر لم يدخل تحت اليد ولا الجناية والاقوى عندي ضمان ارش الناقص منضماً لانه سبب فيه لترتب النقص عليه والترتيب هنا يعطي العلية.

قال دام ظله : ولا يملك الغاصب العين المضمونة فان عادت فلكل منهما الرجوع وهل يجبر المالك على اعادة البدل لو طلب الغاصب اشكال.

وعلی الغاصب الاجرة ان کان ذا أجرة من حین الغصب الی حین دفع البدل والنماء المنفصل فیما بینهما للمالك وکذا المتصل فیضمنه الغاصب لوزال وکذا المتصل و المنفصل علی اشکال اذا تجدد بعد دفع البدل ویضمن الاجرة وان لم ینتفع بأجرة المثل عن عمل مطلقا مدة الغصب ولوانتفع بالازید ضمن الازید ولوانتفع بالانقص ضمن اجرة المطلق ، ولوجنی العبد المغصوب فقتل قصاصا فعلی الغاصب أعلی القیم ولوجنی علی الطرف فاقتص منه ضمن الغاصب الارش وهوما ینقص من العبد بذلك دون أرش الید لانها ذهبت بسبب غیر مضمون ویحتمل أرش الید و اکثر الامرین (و

اقول: ینشأ من انه قداستقر ملکه علیه ولانه ینافی البدلیة اذما لایستقر علیه الملك لایصلح ان یکون بدلا قهریاً شرعاً لمایستقر علیه الملك ولانه قدلایرغب المعاملون فیه (ومن) انه للحیلولة وقد زالت والاول اولی لان الغاصب یؤخذ باشق الاحوال .

قال دام ظله : وکذا المتصل فیضمنه الغاصب لوزال وکذا المتصل والمنفصل علی اشکال اذا تجدد بعد دفع البدل .

اقول: ینشأ من انه لم یدخل تحت یده التی هی سبب الضمان (ومن) برائته من العین فاولی من النماء (ومن) انه سبب تلفه علی المالك و لانه لوکان فی ید الغاصب لضمنه وکلما یضمنه الغاصب بالید یضمنه اذا خرج المغصوب فی یده لا الی المالك اومن یقوم مقامه .

قال دام ظله: ولوجنی العبد المغصوب فقتل قصاصاً (الی قوله) ویحتمل ارش الید واکثر الامرین .

اقول: ذکر المصنف وجه الاول وهو ان الطرف تلف بسبب غیر مضمون فلا یضمن اما الاولی فلا نه بحق وجب شرعاً و هو القصاص و اما الثانیة فظاهرة لکن الغاصب یضمن نقص المالیة بالید وهو مازادعلی مقدار (مقدر ـ خ) الطرف (ووجه الثانی) ان ید الغاصب فی الضمان کالجنایة بلا شك بل اشد(ووجه الثالث)انه یضمن بها کضمان الاموال کما تقدم وهذا هوالاصح (والجواب) عن الاول بالمنع من غیر کونه غیر مضمون علیه لانه تلف ملکه فی ید الغاصب لابحق سبق علیه .

كذا) لو اقتص منه بعد رده الى السيد (وكذا) لو ارتد في يد الغاصب فقتل في يد المالك فانه يضمن القيمة ولو غصبه مرتداً أو سارقا فقتل أو قطع في يده ففي الضمان على الغاصب نظر فان منعناه ضمن النقص الزائد على المقدر لو حصل وكذا الاشكال لو انعكس ولو ارتد في يده ثم مات في يد مالكه من غير قتل ضمن الارش خاصة ، وكذا لو اشترى مرتداً او سارقا فقتل أو قطع في يد المشترى ففي كونه من ضمان البايع نظر، ولو طلب الولي الدية في النفس او المجنى عليه في الطرف لزم الغاصب أقل

قال دام ظله : و لو غصبه مرتدا او سارقا فقتل او قطع في يده ففي الضمان على الغاصب نظر فان منعناه ضمن النقص الزائد على المقدر لو حصل.

اقول: ينشأ من وجود السبب في يد السيد فكان مستحقاً فكان كوجود المسبب (ومن) حيث ان التلف حصل في يد الغاصب فضمنه (والتحقيق) ان الردة ان كانت عن فطرة لم يضمنه الغاصب لانه في حكم الميت و ان كان عن غير فطرة لم يخرج عن ملكه قبل القتل كما لايخرج املاك المرتد عنه قبله و سببه الردة وهي من باب الاعتقاد وقد اختلف المتكلمون في بقائه فمن منع منه يكون قد تجدد القتل وسببه في يده فيضمنه لان الاعتقاد الحاصل في يد السيد عدم ولم يقتل به وهذا الآن موجود وهو صالح للعلية ومن قال ببقائه فاشكال كما تقدم ولانه لايضمن بالجناية ولايضمن اليد ولا يضمن ازالة ملك المالك بالقتل فاولى ان لايضمن ازالة يده **قال المصنف** فعلى المنع يضمن الزائد عن المقدر من القيمة لو حصل و يضمن المنافع في يده لانه استقر ملك المالك عليها في علمه تعالى و يده عليها عادية و الحق عندي ضمان الزائد و المنافع .

قال دام ظله : وكذا الاشكال لو انعكس .

اقول: (ان قلنا) ثمة بعدم ضمانه (قلنا) هنا بضمانه (وان قلنا) ثمة بضمانه قلنا بعدم ضمانه القيمة لكن يضمن الارش بين كونه مستحقاً وغيره .

قال دام ظله :وكذا لو اشترى مرتدا او سارقا فقتل او قطع في يد المشترى ففي كونه من ضمان البايع نظر.

الامرين من قيمته ودية الجناية فان زادت جناية العبد على قيمته ثم مات فعلى الغاصب قيمته تدفع الى السيد فاذا أخذها السيد تعلق بها ارش الجناية فاذا أخذها الولى من السيد فللسيد الرجوع على الغاصب بقيمة اخرى لاستحقاق المدفوعة او لا بسبب في يده فضمنها ولو كان العبد وديعة فجنى بالمستغرق ثم قتله المودع فعليه قيمته و يتعلق بها أرش الجناية فاذا أخذها الولى لم تجب قيمة أخرى على المستودع لانه جنى وهو غير مضمون ولو جنى في يد سيده بالمستوعب ثم غصب فجنى أخرى بالمستوعب و لم يحكم به للاول بيع فيهما و رجع المالك على الغاصب بما اخذه الثاني منهما لان الجناية وقعت في يده و كان للمجنى عليه أو لا أن يأخذه دون الثاني لان الذي يأخذه المالك من الغاصب هو عوض ما أخذه المجنى عليه ثانيا فلا يتعلق به حقه فان مات في يد الغاصب فعليه قيمته يقسم بينهما ويرجع المالك على الغاصب بنصف القيمة ويكون للمجنى عليه أو لا ان يأخذه ، ولو جنى على سيده فالضمان على الغاصب كالاجنبي على اشكال ، ولو خصى العبد فعليه كمال القيمة ورده على رأى .

اقول: تقريره مامر .

قال دام ظله : ولو جنى على سيده فالضمان على الغاصب كالاجنبي على اشكال .

اقول: امافي العمد فيضمن الارش بين كونه مستحقاً وغير مستحق فلو قطعه في يد الغاصب ينشأ الاشكال (من) مباشرة المالك الاتلاف (ومن) ان الغاصب ضامن لما نقص بالجناية لاستحقاقها فلا فرق بين المالك وغيره بالنسبة الى المستوفى وفي الخطاء ينشأ (من) ان الغاصب ضامن (ومن) انه محتمل لما تعلق برقبة العبد بسبب الجناية لانه غصبه ورقبته بريئة فيجب ان يرده كذلك فيضمن ما تعلق برقبته ولا يثبت للمولى حق في رقبة العبد بسبب الجناية ؛ والاقوى ضمان الغاصب مع القصاص لتمام القيمة في النفس والاكثر في غيرها ولنقص القيمة في الخطاء اذا حصل .

قال دام ظله : ولو خصى العبد فعليه كمال القيمة ورده على رأى .

اقول: هذا اختيار الشيخ في موضع من المبسوط وابن ادريس وهو الاصح

فان سقط ذلك العضو بآفة فلاشيء عليه لانه يزيد به قيمته على اشكال وكذا لو نقص السمن(١) المفرط ولم ينقص القيمة وكذا الاصبع الزايدة ولو مثل به لم ينعتق على رأى ولو ساوى بعد الغصب الضعف لزيادة السوق فقطع يده فعادت الاولى رد العبد ومساويه ولو نقص الزائد ونصف الاصل وأوجبنا الاكثر لزمه المجموع والا الزائد وان نقص الربع فان أوجبنا الارش لزمه الربع والا النصف ولو غصب عبداً فقطع آخر يده تخير فيضمن الجاني النصف خاصة ولا يرجع على أحد والغاصب الزايد ان نقص اكثر من النصف ولا يرجع على أحد ولو لم تحصل زيادة استقر الضمان على الجاني

عندى وقال في موضع آخر من المبسوط له اخذ القيمة بعد ان يسلمه او يصير مجاناً لئلا يجمع بين العوض و المعوض و ليس بجيد لا نه عوض الفائت و الغاصب يلزم باشق الاحوال .

قال دام ظله : فان سقط ذلك العضو بآفة فلاشيء لانه تزيد به قيمته على اشكال .

اقول: ينشأ (من) انه تلف حصل في يد الغاصب و لانه يضمن بها كلما يضمن بالجناية (ومن) عدم حصول نقص المالية وهو ضامن لها والاولى الضمان .

قال دام ظله : ولو مثل به لم ينعتق على رأى .

اقول: قال في المبسوط والخلاف وابن البراج يعتق وعليه القيمة و منشأ الخلاف ان العتق هل هو لعدم قبول العبد المالية حينئذ او لعدم قبول المثل المالكية او عقوبة والاول اولى فينعتق ويضمن الغاصب اكثر الامرين من القيمة ودية الجراحات.

قال دام ظله : وان نقص الربع فان اوجبنا الارش لزمه الربع والا النصف .

اقول: لاوجه لايجاب الارش خاصة هنا لان الجاني غير الغاصب يضمن المقدر مع نقص الارش عنه فالغاصب اولى لانه مأخوذ باشق الاحوال .

---

(١) بكسر السين مقابل الهزال.

ولوغصبه شاباثم صارشيخا ضمن النقص و كذا لوكان أمرد فنبتت له اللحية على اشكال ولو نقصت الارض لترك الزرع كارض البصرة ضمن على اشكال و لو نقل التراب ردّه بعينه فان تعذر فالمثل وعليه الارش وتسوية الحفر والبايع اذا قلع أحجاره فعليه التسوية دون الارش ولو حفر بئراً فله طمّها الاان ينهاه المالك فيزول ضمان التردى ولو ذهب نصف الزيت بالاغلاء ضمن مثل الذاهب ولولم تنقص القيمة و كذا فى اغلاء العصير على رأى ، ولايجبر المتجدد من الصفات ماخالفه من التالف و ان تساويا قيمة بخلاف مالو اتفقا جنسا ولو غصب عصيراً فصار خمراً ضمن المثل و فى وجوب الدفع اشكال فان أوجبناه فصارخلا فى يدالمالك ففى وجوب ردالمثل اشكال فان

قال دام ظله : ولوغصبه شاباً فصار شيخا ضمن النقص وكذالو كان امرد فنبتت له اللحية على اشكال .

اقول: ينشأ من نقص المالية (و من) انه غير خارج عن المجرى الطبيعى و الفرق نقصان القوى فى الاول والاصح الضمان لانه يضمن اعلى القيم .

قال دام ظله : ولو نقصت الارض لترك الزرع كارض البصرة ضمن على اشكال .

اقول: ينشأ من ان ترك زرعها واجب شرعاً فلا يضمن بسببه و الاصح عندى الضمان لانه نقص حصل فى يد الغاصب فهومضمون ولهذا يضمن اعلى القيم .

قال دام ظله : ولوذهب نصف الزيت بالاغلاء ضمن مثل الذاهب وان لم ينقص القيمة وكذافى اغلاء العصير على رأى .

اقول : قال الشيخ فى المبسوط و الخلاف لايضمن لان الذاهب اجزاء مائية لاقيمة له وقال المصنف يضمن لانه مال نقص فى يدالغاصب والاولى الثانى

قال دام ظله: ولوغصب عصيرا فصار خمراً ضمن المثل وفى وجوب الدفع اشكال فان اوجبناه فصارخلا ففى وجوب ردالمثل اشكال .

اقول: (منشأ الاول) انه العين المغصوبة وللمالك اولوية اليدللتخليل (ومن) انه قدخرج عن ملكه و(منشأ الثانى) انه ان قلنا بوجوب الردحال كونه خمراً

صار خلافي يد الغاصب رده مع ارش النقصان ان قصرت قيمة الخل ولو غصب خمراً فتخللت في يده حكم بها للغاصب ويحتمل المالك والبذر والبيض اذا زرع أو فرخ فهو للمالك .

الفصل الثاني في الزيادة لو غصب حنطة فطحنها أو ثوبا فقصره أو خاطه لم يملك العين بل يردها مع الزيادة وأرش النقص ان نقصت القيمة بذلك ولا شيء له عن الزيادة ، ولو صاغ النقرة حليّا ردها كذلك فلو كسر ضمن الصنعة وان كانت من جهته وللمالك اجباره على ردها نقرة ولا يضمن ارش الصنعة ويضمن ما نقص من قيمة اصل النقرة بالكسر ، ولو صبغه بما يساوي قيمته تشاركا فالفاضل بينهما بالسوية والناقص من الصبغ فلو نقص المجموع عن قيمة الثوب رده مصبوغا مع أرش النقص وكذا تثبت الشركة لو اطارت الريح الثوب الى اجانة صباغ او غصب الصبغ من آخر ولو قبل الصبغ الزوال اجبر الغاصب على فصله وان استضر بعدم الصبغ او نقص قيمته ولو طلب الغاصب الازالة اجيب اليها سواء هلك الصبغ بالقلع على اشكال اولا فان تعيّب الثوب ضمن أرشه .

وجب هنا والا احتمله ان زال المانع وهو الخمرية (ومن) انه لما صار تالفاً ضمن مثله وملك الثاني متجدد لصاحب اليد (و التحقيق) ان هذا يبنى على ان الذوات هل هي متساوية واختلافها باعراض واحوال كمذهب الجبائي او متخالفة في الحقيقة كمذهب ابي الحسين (فعلى الاول) يجب رده لزوال المانع كما لو وجد المغصوب بعد ان ضاع (وعلى الثاني) لا يجب لانه غير المغصوب .

قال دام ظله : ولو غصب خمرا فتخللت في يده حكم بها للغاصب ويحتمل المالك .

اقول: وجه الاول انها خرجت عن الملك بالكلية واستولى عليها هذا فصارت ملكه ولحصول الخلّية واليد له فيما ليس بملك لاحد (ووجه الثاني) ثبوت الاولوية للمالك باليد للتخليل ورفعها تعد (بعد خ) فيد الغاصب عادية لا اعتبار بها لانه مأخوذ باشق الاحوال والاصح الاول .

قال دام ظله : ولو طلب الغاصب الازالة اجيب اليها سواء هلك الصبغ

ولو طلب أحدهما مالصاحبه بالقيمة لم يجبا لقبول وكذا لو وهبه اياه ولصاحب الثوب الامتناع من البيع لو طلبه الغاصب دون العكس ولو كان قيمة كل منهما خمسة وساوى المصبوغ عشرة الآن قيمة الثوب ارتفعت للسوق الى سبعة وانحطت قيمة الصبغ الى ثلاثة فللمالك سبعة ولو ساوى اثنى عشر فللمالك نصفها وخمسها وللغاصب خمسها وعشرها وبالعكس اذا النقص السوقي غير مضمون ولو مزج الزيت بزيته المساوى اوللاجود تشاركا وبالاردى يتخير المالك بالمثل و العين مع الارش ولو مزجه بالشيرج فهو اتلاف فعليه المثل ومزج الحنطة بالشعير ليس باتلاف بل يلزم بالانفصال وان شق ولو استدخل الخشبة المغصوبة في بنائه الزم بالعين وان ادى الى الهدم ولو رقع باللوح المغصوب سفينة وجب قلعه ان كانت على الساحل او كان اللوح في أعلاها بحيث لا تغرق بقلعه ولو كانت في اللجة وخيف الغرق بقلعه فالاقرب الرجوع الى القيمة الى أن تخرج الى الساحل ان كان في السفينة حيوان له حرمة او مال لغير الغاصب ولو كان له فالاقرب العين ، ولو خاط ثوبه بخيوط مغصوبة وجب نزعها مع الامكان ولو خيف

بالقلع على اشكال اولا .

اقول: لاخلاف في منع الغاصب من الازالة لو نقص الثوب بها ولافي اجابته مع عدم هلاك الصبغ وعدم نقص الثوب اصلا والاشكال في هلاك الصبغ (ومن) عدم نقص الثوب وينشأ (من) النهي عن اضاعة المال (ومن) انه طلب عين ماله ولاضرر على المالك فلا يمنع منه و هو الاقوى عندى اما لو طلب المالك الازالة اجيب سواء هلك الصبغ اولا

قال دام ظله :ولو كانت في اللجة وخيف الغرق بقلعه فالاقرب الرجوع الى القيمة الى ان يخرج الى الساحل ان كان في السفينة حيوان له حرمة او مال لغير الغاصب ولو كان له فالاقرب العين .

اقول: وجه القرب في الاول حرمة الحيوان ومال الغير فيجمع بين المصلحتين بالقيمة (ويحتمل) عدمه لانها عين مغصوبة وضعت بغير اذن مالكها فكان للمالك اخذها والالجاز دوام الغصب شرعاً وهو محال ووجه القرب في الثاني انه يلزم باشق الاحوال وذهاب حرمته بتعديه ويحتمل عدمه لامكان التوصل اليه من غير استهلاك بخلاف

تلفها لضعفها فالقيمة وكذا تجب القيمة لوخاط بها جرح حيوان له حرمة الامع امن التلف والشين ولومات المجروح اوارتد ففي النزع اشكال من حيث المثلة ولوادخل فصيلا في بيته أودينارا في محبرته وعسر اخراجه كسر عليه وان نقصت قيمته عنها ولولم يكن بفعله غرم صاحب الفصيل والدينار الارش سواء كان بفعله اولا ولو نقصت قيمة الدينار عن قيمة المحبرة وامكن اخراجه بكسره هو كسر ولوادخلت دابة رأسها في قدر واحتيج الى الكسر فان كانت يدمالك الدابة عليها أوفرط في حفظها ضمن وان لم تكن يده عليها فان فرط صاحب القدر بان جعلها في الطريق مثلا كسرت ولاشيء له ولوانتفى التفريط عنهما كسرت وضمن صاحب الدابة لان ذلك لمصلحته ولو نقصت قيمته لعيب ثم زال العيب في يد الغاصب فلاضمان مع بقاء القيمة .

الفصل الثالث في تصرفات الغاصب ويحرم عليه كل تصرف سوى الرد فلو وطيء الجارية جاهلين بالتحريم فعليه مهر امثالها اوعشر قيمتها مع البكارة ونصفه مع الثيوبة على الخلاف ويحتمل مع البكارة الاكثر من الارش والعشر ومع العقد جاهلين الاكثر من الارش والعشر ومهر المثل ولو اقتضها باصبعه فعليه دية البكارة فان وطئها مع ذلك لزمه الامران وعليه اجرة مثلها من حين غصبها الى حين عودها فان أحبلها لحق به الولد

البناء الذي لايقدر على اللوح الاباستهلاكه والاصح العين لوجوب دفعها وازالة الغصب ومالايتم الواجب الابه فهو واجب .

قال دام ظله: ولومات المجروح اوارتد ففي النزع اشكال من حيث المثلة

اقول: ومن حيث انه مال مغصوب يجب رده الى مالكه وهو الاولى .

قال دام ظله :فلو وطيء الجارية جاهلين بالتحريم (الى قوله) ومهر المثل

اقول: قال الشيخ وابن ادريس عليه مهر امثالها وارش البكارة ان كانت بكراً وذهب بعض اصحابنا الى وجوب العشر مع البكارة ونصفه مع الثيوبة وهو مروى (و وجه) الاحتمال ان نقص المالية مضمون عليه وارش البكارة ارش جناية و مهر البكر العشر عوضاً عن الوطى للرواية ومع فساد العقد يجب مهر المثل لانه عوض منافع البضع .

وعليه قيمته يوم سقط حيا وأرش مانقص من الام بالولادة ولوسقط ميتا فاشكال ينشأ (من) عدم العلم بحياته (ومن) تضمين الاجنبي أمالووقع بجنايته (ية ـ خ ل) فالاقوى الضمان ، ولوضربها اجنبي فسقط فعلى الضارب للغاصب دية جنين حروعلى الغاصب للمالك دية جنين أمة واو كانا عالمين بالتحريم فان اكرهها فللمولى المهر والولد والارش بالولادة والاجرة وعلى الغاصب الحدولوطاوعته حدّا وفي عوض الوطي اشكال ينشأ من النهي عن مهر البغي ومن كونه حقا للمالك امالو كانت بكراً فعليه أرش

قال دام ظله : ولو سقط ميتاً فاشكال ينشأ من عدم العلم بحيوته و من تضمين الاجنبي اما لووقع بجناية فالاقوى الضمان .

اقول: اذا وطيء الغاصب الجارية المغصوبة جاهلين وسقط الولد ميتاً ففيه ثلث مسائل (ا) ان يكون بغير جناية جان فيحتمل الضمان لانه نماء الجارية و فوت رقبته على مالكه ولانه كلما يضمنه الاجنبي بالجناية يضمنه الغاصب باليد على المغصوب وهذا يضمنه الاجنبي بالجناية (ويحتمل) عدم الضمان لان الولد قدانعقد حراً فلا يدخل تحت اليد ولا قيمة له لعدم العلم بجناية و لا بدل له ايضا بجناية مضمونة و الاقوى الضمان (ب) لو سقط بجناية الغاصب (فعلى القول) بضمانه لو سقط ميتاً بغير جناية يضمنه هنا قطعاً (و على القول) بعدم الضمان يحتمل الضمان هنا لانها لو صدرت من الاجنبي ضمنها الغاصب و ان لم يحصل له مال فاذا ضمن جناية الغير فضمان جنايته اولى لانه من باب التنبيه بالادنى على الاعلى (و يحتمل) ضعيفاً عدمه لانه قدانعقد حراً ولحق بالغاصب وانما اوجب الشارع عليه قيمته يوم سقط حياً ولم يسقط حيا والاصل البرائة ويمكن الفرق بينه وبين الاجنبي بان الاجنبي اوجبت جنايته مالا للغاصب وهو بدل الولد فكان كوجوده حياً فمن هنا ضمنه للمالك فاستحقاق المالك هنا تابع لاستحقاق الغاصب الدية فيتعلق به قيمته لفرضه مملوكاً واما جناية الغاصب فلايوجب للغاصب شيئاً لاستحالة استحقاقه على نفسه فلم يكن هنا بدل قائم مقام المبدل والاصح عندى الضمان لما تقدم ولاوجه عندى لعدم الضمان فيضمن دية جنين حرّ ، منها (١) دية جنين امه للمالك

---

(١) للتبعيض

البكارة ولايلحق به الولد فان مات في يد الغاصب ضمنه وان وضعته ميتا فالاشكال كما تقدم ولو كان بجناية جان ضمن جنين أمة ولو كان الغاصب عالما دونها لم يلحق به الولد ووجب الحد والمهر عليه وبالعكس تحد هي دونه ولامهر على اشكال ويلحق به الولد ، ولو باعها الغاصب فوطئها المشترى عالما بالغصب فكالغاصب وفي مطالبة الغاصب بهذا المهر نظر ينشأ (من) أن منافع البضع هل تدخل تحت الغصب ولايجب الامهر

والباقي للامام كما لو جنى الحر على زوجته الامة فاسقط جنيناً منه فانه يضمن الدية للامام (ج) ان يكون السقوط بجنايه اجنبي وقد ذكر المصنف حكمه .

قال دام ظله : فان مات في يد الغاصب ضمنه وان وضعته ميتا فالاشكال كما تقدم

اقول : قد تقدم البحث فيه .

قال دام ظله : ولو كان الغاصب عالما دونها لم يلحق به الولد ووجب الحد والمهر عليه وبالعكس تحد هي دونه ولامهر على اشكال .

اقول: ينشأ من كونها بغية والنبي صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن مهر البغي وهو الاصح ومن كونه حقاً للمالك.

قال دام ظله : ولو باعها الغاصب فوطئها المشترى عالماً بالغصب فكالغاصب وفي مطالبة الغاصب بهذا المهر نظر ينشأ من ان منافع البضع هل تدخل تحت الغصب ام لا

اقول: مراده بقوله ينشأ من ان منافع البضع هل تدخل تحت الغصب اى لو فوتها الغاصب بوطيها عالمين وهي مختارة هل يضمنها ويكون بمنزلة غصب منفعة اولا قد ذكر المصنف في الاشكال السابق (من) انه حق للمالك اتلفه الغاصب فيضمنه ولانه مأخوذ باشق الاحوال (ومن) النهى عن مهر البغى فان قلنا بضمانه اذا وطئها الغاصب عالمين يضمنه الغاصب هنا لان مايفوته غيره من يده كما يفوته هو وان قلنا لايضمنها الغاصب لم يضمن هنا .

قال دام ظله : ولا يجب الامهر واحد بوطيآت اذا اتحدت الشبهة وفي تعدده

واحد بوطیآت اذااتحدت الشبهة وفی تعدده بتعدده معلاستکراه نظر و مع الجهل ینعقدحراً، ویضمن المشتری القیمة ویرجع بهاعلی الغاصب فان الشراءلایوجب ضمان الولد ویضمن المشتری اجرة المنفعة التی فاتت تحت یده ومهر المثل عند الوطی وقیمة الولد عندانعقاده حرا و یرجع بکل ذلك علی الغاصب مع جهله ویغرم قیمة العین اذا تلفت ولایرجع و کذا المتزوج من الغاصب لایرجع بالمهر وفی رجوع المشتری بقیمة منفعة استوفاها خلاف ولو بنی فقلع بناؤه فالاقرب الرجوع بارش

بتعدده مع الاستکراه نظر.

اقول: ینشأ (من) تعدد السبب (ومن) ان الوطی المطلق هوالسبب وهوصادق علی الوحدة والکثرة و الامرالمعلق علی شرط لایلزم تعدده بتعدد الشرط و الفرق بینه وبین الشبهة ان الشبهة لولاها لانتفی المهرولانها کالنکاح و هنا الاعتبار بمجرد الوطی و الاقوی الاول لتعدده اذا کان المعلق علیه علة وهوهنا کذلك فان الاکراه الثانی غیرالاول قطعاً وکذا الوطی الثانی غیرالاول والوطی هوالعلة اوهووالاکراه

قال دام ظله: وکذا المتزوج من الغاصب لایرجع بالمهر وفی رجوع المشتری بقیمة منفعة استوفاها خلاف

اقول: یعنی مایحصل للمشتری فی مقابلة نفع کسکنی الدار و ثمرة الشجرة والصوف و اللبن ففیه قولان احدهما الضمان مستقرعلی الغاصب خاصة لانه سبب و المباشرضعیف بالغرور والثانی علی المباشرفان رجع علی الغاصب لمکان الحیلولة رجع علی المشتری و ان رجع علی المشتری لاستقرار التلف فی یده لم یرجع علی الغاصب والاقوی الاول وکلاالقولین للشیخ فی المبسوط وقدمضی البحث فی ذلك .

قال دام ظله : ولو بنی فقلع بناه فالاقرب الرجوع بارش النقص

اقول: وجه القرب ان البایع سبب و المشتری ذوید کالمباشروالسبب هنا اقوی من المباشروکلماکان السبب اقوی من المباشرفالضمان علی السبب اما الاولی فلانه انما شرع فی العقد والتصرفات بظن السلامة وسبب هذا الظن تغریرالبایع ایاه فصارهذا السبب اقوی واما الثانیة فاجماعیة ولانه لوقدم الیه طعاماً فاکله مع جهله

النقص ولو تعيب في يده احتمل الرجوع لان العقد لايوجب ضمان الاجرة بخلاف الجملة وعدمه ونقصان الولادة لاينجبر بالولد لانه زيادة جديدة.

ضمنه للتغرير بالاباحة فهنا اولى لانه تمليك والتمليك اقوى من الاباحة ويحتمل عدمه لانه بالبناء متلف ماله فلايرجع كما لايرجع بما انفق على العمارة والاصح عندى ما هو الاقرب عند المصنف .

قال دام ظله : ولو تعيب في يده احتمل الرجوع لان العقد لايوجب ضمان الاجزاء بخلاف الجملة وعدمه .

اقول: اذا اشترى من الغاصب جاهلا بالغصب واقبض المشترى العين فتعيبت في يده لابسبه وغرمه المالك الارش هل يرجع المشترى على الغاصب البايع بالارش ذكر المصنف فيه احتمالين (ا) الرجوع وقد بنى المصنف المسئلة على انه اذا تلف الكل لا يرجع بما زاد عن قيمته على البايع بل يكون من ضمانه واليه اشار بقوله بخلاف الجملة ثم اشار الى علة ضمان الجملة و الى الفرق بين الجملة و الاجزء التى هى صفات او بمنزلة الصفات و هى ما لا يفرد بالتقويم اما العلة فهى العقد لان الشراء عقد ضمان شرع فيه على ان يكون العين من ضمانه وان كان صحيحاً

واما الفرق فلان العقد يوجب ضمان الجملة ولايوجب ضمان الاجزاء بالارش بالانفراد وذلك لصورتين (احديهما) لوتعيب المبيع قبل القبض لم يكن للمشترى ان يجيز العقد ويطالبه بجزء من الثمن بل اما ان يفسخ او يجيز بكل الثمن و لو تلف فى يد الغاصب البايع استرد كل الثمن وهذا على قول الشيخ رحمه الله (الثانية) لواشترى عبدا بجارية وتقابضا ثم وجد البايع بالجارية عيباً قديماً فردها و قد تلف العبد فانه ياخذ قيمة ولولم يتلف وتعيب بعيب حادث لا بسببه لم يكن له المطالبة بالارش مع العبد بل اما ان يفسخ او يأخذ القيمة و من هذا الفرق ظهر انه يرجع على البايع بماضمنه من الارش لانه لولم يرجع عليه لكان قداستقر الضمان عليه فاستقراره اما بالعقد او باليد والاول باطل لماتقدم من انه لايقتضى ضمان الاجزاء والثانى باطل لانه مغرور باليد لانه سلمه اليه وعقده عقداً لايوجب ضمان الاجزاء

ولوغصب فحلافأنزاه على الانثى فالولد لصاحبها وان كانت للغاصب وعليه الاجرة على رأى والارش لو نقص بالضراب ولا تتداخل الاجرة والارش ولوهزلت الدابة لزمه الامران وان كان النقص بغير الاستعمال، وفوائد المغصوب للمالك اعيانا كانت كالثمرة والولد أومنافع كسكنى الدار مضمونة على الغاصب ولايملك المشترى مايقبضه بالبيع الفاسد ويضمنه وما يتجدد من منافعه الاعيان أو غيرها مع جهل البايع او علمه على

بانفرادها فصار السبب هو تغرير المالك اقوى من اليد (ب) عدم الرجوع لانه لايرجع بزائد القيمة عند تلف الكل كما قررتم فلا يرجع بالاجزاء للتسوية بين الكل و الاجزاء في الضمان لانه لولم يكن كل جزء مضموناً لم يكن الكل مضموناً و انا اقول الاصح عندى انه يرجع بزيادة القيمة والارش للتغرير لا لغيره (وقولكم) في الاولى انه عقد ضمان ان كان المراد منه انه اذا تلف المبيع عنده تلف من ماله واستقر عليه الثمن فهو مسلم لكنه لم يعقد على انه يضمن القيمة و معلوم انه لولم يكن المبيع مغصوباً لم يلزمه شيء بالتلف فكان الغاصب مغرراً موقعاله في خطر الضمان لان سبب الضمان من فعل الغاصب فكان اقوى من يد المشترى فليرجع عليه وان كان المراد غير ذلك فبينوه حتى ننظر في صحته وفساده على انا نمنع كونه عقد ضمان بغير ما فسرناه والصورتان المذكورتان في الفرق فيهما نظر فان عدم طلب ارش العيب الحادث في يد البايع مع اخذ العين مع تسليمه لانه تغيير للعقد ونقص من الثمن ولايجوز الامع الضرورة والنص عليه فلهذا لم يثبت الارش .

قال دام ظله : ولوغصب فحلا فانزاه على الانثى فالولد لصاحبها وان كانت للغاصب وعليه الاجرة على رأى .

اقول: هذا قول ابن ادريس لانها منفعة متلفة فكان عليه عوضها وهوالاقوى و قال الشيخ في المبسوط لااجرة لان النبي ﷺ نهى عن كسب الفحل (١) .

قال دام ظله : ولايملك المشترى ما يقبضه بالبيع الفاسد و يضمنه ومايتجدد من منافعه الاعيان او غيرهامع جهل البايع اوعلمه مع الاستيفاء

---

(١) سنن ابى داود (ج٣) باب في عسب الفحل وفيه نهى رسول الله (ص) عن عسب الفحل .

الاستيفاء وبدونه اشكال وما يزداد من قيمته لزيادة صفة فيه فان تلف في يده ضمن العين بأعلى القيم من حين القبض الى حين التلف ان لم يكن مثليا ولو اشترى من الغاصب عالما فاستعاد المالك العين لم يكن له الرجوع بالثمن ولو قيل يرجع مع وجود العين بالثمن كان حسنا وللمالك الرجوع على من شاء مع تلف العين و يستقر الضمان على المشترى و مع الجهل على الغاصب و يرجع المشترى الجاهل على الغاصب بما يغترمه مما ليس في مقابله نفع كالنفقة و العمارة و قيمة الولد لو غرمه المالك ، وفي رجوعه بما حصل له في مقابلته نفع كسكنى الدار و ثمرة الشجرة وقيمة اللبن نظر ينشأ (من) ضعف المباشرة بالغرور ومن اولوية المباشر؛ ولو زرع الارض المغصوبة أو غرسها فللمالك القلع مجانا وان قرب الحصاد ولا يملكه المالك بل هو للغاصب و كذا النماء وعليه اجرة الارض وطم الحفر والارش ولو بذل صاحب

و بدونه اشكال .

اقول: ينشأ من تبعية الاصل ولان الاصل في قبض مال الغير الضمان الا بسبب عدمه ولم يثبت (ومن) انها لم تقبض بالبيع الفاسد ولا بالغصب والحق الثاني لان مال الغير يجدد في يده بغير فعلها فكان كالثوب تطيره الريح .

قال دام ظله : و لو اشترى من الغاصب عالماً فاستعاد المالك العين لم يكن له الرجوع بالثمن ولو قيل يرجع مع وجود عين الثمن كان حسناً

اقول: وجه الاول اطلاق كثير من الاصحاب (ووجه الثاني) انه لم يزل عن ملكه وعينه باقية فكان له اخذه ولانه لو ملك البايع فاما بمجرد الدفع او بالبيع او بقيام البيع مقام الهبة والاول باطل لعدم صلاحيته للتملك والثاني باطل لان انتقال الثمن الى البايع والعين الى المشترى معلولا هذا العقد و نسبته اليهما متساوية و اذا بطل احد المعلولين المتساويين بطل الاخر والا لاجتمع النقيضان و لا شتراط كل منهما بالآخر معية لادورا و الثالث باطل لان بطلان عقد لا يوجب صرفه الى غيره لان لكل عقد لفظاً خاصاً به و الحق عندى رجوعه بعين الثمن مع وجوده وعدم رجوعه بشيء مع تلفه .

الغرس قيمة الا رض او بالعكس لم يجب القبول و قيل لو خيف سقوط حايط اسند بجذع الغير و لو نقل المغصوب فعليه الرد و ان استوعبت أجرته اضعاف قيمته و لو طلب المالك اجرة الرد لم يجب القبول ولو رضى المالك به فى موضعه لم يجز النقل ولو بنى الارض بتراب منها و الآلات المغصوب منه لزمه أجرة الارض مبنية ولو كانت الآلات للغاصب لزمه اجرة الارض خرابا . و لو غصب داراً فنقضها فعليه الارش و أجرة دار الى حين نقضها و اجرة مهدومه من حين نقضها الى حين ردها و كذا لو بناها بآلته ، اما لو بناها بآلتها فعليه اجرتها عرصة من حين النقض الى حين البناء و أجرتها داراً قبل ذلك وبعده ولا يجوز لغير الغاصب دعى الكلاء النابت فى الارض المغصوبة ولا الدفن فيها ولو وهب الغاصب فاتلفها المتهب رجع المالك على أيهما شاء فان رجع على المتهب الجاهل احتمل رجوعه على الغاصب بقيمة العين والاجرة وعدمه ، ولو اتجر بالمال المغصوب فان اشترى بالعين فالربح للمالك ان اجاز البيع وان اشترى فى الذمة فللغاصب فان ضارب به فالربح للمالك و على الغاصب اجرة العامل الجاهل ، ولو اقر بايع العبد بغصبه من آخر و كذبه المشترى اغرم البايع الاكثر من الثمن و القيمة للمالك ثم ان كان قد قبض الثمن لم يكن للمشترى مطالبته

قال دام ظله : وقيل لو خيف سقوط حائط اسند بجذع الغير .

اقول: هذا قول الشيخ فى المبسوط وفيه نظر لانه تصرف فى ملك الغير بغير اذنه (واحتج) الشيخ بان مراعاة المصالح الكلية اولى من الجزئية مع التعارض وفى اسناد الحائط حفظ انفس المارة وفى تركه حفظ بعض منافع جذع مع امكان زواله سريعاً فكان الاول اولى ولوجوبه على صاحب الجذع كفاية و عينا بفقد سواه (تنبيه) يجب دفع القيمة ان تلف والارش ان تعيّب والاجرة من بيت المال على القول بالوجوب وهو الاقوى عندى .

قال دام ظله : فان رجع على المتهب الجاهل احتمل رجوعه على الغاصب بقيمة العين والاجرة وعدمه .

اقول: وجه الرجوع الغرور والعدم لان الهبة لا يستعقب الضمان .

به و ان لم يكن قبضه فليس له طلبه بل اقل الامرين من القيمة و الثمن فان عاد العبد اليه بفسخ اوغيره وجب رده على مالكه واسترجع ما دفعه ولو كان اقراره في مدة خياره انفسخ البيع لانه يملك فسخه فيقبل اقراره بما يفسخه ، ولو أقر المشترى خاصة لزمه رد العبد الى المقر له ويدفع الثمن الى بايعه ولو اعتق المشترى العبد لم ينفذ اقرارهما عليه وكذا لو باعه على ثالث ولو صدقهما العبد فالاقرب القبول (ويحتمل) عدمه لان العتق حق الله تعالى كما لو اتفق العبد والسيد على الرق وشهد فيه عدلان بالعتق

خاتمة في النزاع لو اختلفا في تلف المغصوب قدم قول الغاصب مع يمينه لانه قد يصدق ولا بينة فاذا حلف طولب بالبدل وان كانت العين باقية بزعم الطالب للعجز بالحلف وكذا لو تنازعا في القيمة على رأى مالم يدّع ما يعلم كذبه كالدرهم في قيمة العبد وكذا لو ادعى المالك صفة تزيد بها القيمة كتعلم صنعة أو تنازعا في الثوب الذى على العبد أو الخاتم الذى في أصبعه أما لو ادعى الغاصب عيبا تنقص به القيمة كالعور أو ادعى رد العبد قبل موته والمالك بعده او ادعى رد الغصب أو رد قيمته أو مثله قدم

قال دام ظله : ولو صدقهما العبد فالاقرب القبول ويحتمل عدمه لان العتق حق لله تعالى كما لو اتفق العبد والسيد على الرق وشهد عدلان بالعتق.

اقول: اذا باع زيد عبداً فاعتقه المشترى ثم اقر بغصب البايع العبد من عمرو وصدقهما العبد ففي القبول احتمالان (وجه الاول) قوله (ع) اقرار العقلاء على انفسهم جائز (١) والاقوى الثاني لان العتق بالاصالة حق لله تعالى ولهذا لو اقر العبد لآخر بالرقية وشهد عدلان بالعتق وتعارضا قدم شهادة العدلين اجماعاً ولانه مبني على التغليب ويقدم على غيره .

قال دام ظله : وكذا لو تبايعا في القيمة على راى مالم يدع ما يعلم كذبه كالدرهم في قيمة العبد .

اقول : قال الشيخ في المبسوط والخلاف القول قول الغاصب مع يمينه لغرمه وانكاره وتقييد المصنف حسن وقال في النهاية القول قول المالك والاصح الاول .

---

(١) مستدرك باب ٣ من ابواب بيع الحيوان .

قول المالك مع اليمين ، ولواختلفابعد زيادة قيمةالمغصوب فی وقتها فادعی المالك الزيادة قبل التلف والغاصب بعده اوادعی المالك تجددالعيب المشاهد فی يدالغاصب والغاصب سبقه علی اشكال أوغصبه خمراً وادعی المالك تخلله فی يد (عندخل) الغاصب وانكر الغاصب قدم قول الغاصب ، ولوباع الغاصب شيئا أووهبه ثم انتقل اليه بسبب صحيح فقال للمشتری بعتك مالا أملك وأقام بينة فالاقرب أنه ان اقتصرعلی لفظ البيع ولم يضم اليهمايتضمن ادعاء الملكية سمعت بينتهوالافلا كأن يقول: بعتك ملكی أوهذا ملكی أوقبضت ثمن ملكی اواقبضتهملكی .

المقصد الثانی فی الشفعة

وهی استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه بالبيع و ليست بيعا فلايثبت خيارالمجلس وفيه فصول **الاول** المحل وهو كل عقارثابت مشترك بين اثنين قابل للقسمة فلاتثبت فی المنقولات علی رأی ولافی البناء والغرس اذا بيعامنفردين

قال دام ظله: ولو اختلفا بعد زيادة قيمة المغصوب (الی قوله) قدم قول الغاصب

اقول : ينشأ من اصالة عدم السبق (ومن) اصالة عدم البرائة والاقوی ترجيح اصل السلامة من العيب .

قال دام ظله :ولو باع الغاصب شيئاً اووهبه (الی قوله) اواقبضته ملكی

اقول : وجه القرب انه قد يبيع ماليس بملكه ولم يوجد ما ينافی الدعوی مطابقة ولا تضمنا ولا التزاماً (ومن)حيث الظاهروالاصل انه لايبيع الا ملكه فيحكم عليه بالظاهروالحق التفصيل وهوانه ان ضم اليه ما يدل علی انه ملكه كقوله بعتك ملكی اوهذا ملكی فانه لايسمع لانه تكذيب لما تقدم منه والاسمع .

المقصد الثانی فی الشفعة

وفيه فصول : الاول فی المحل

قال دام ظله : فلايثبت فی المنقولات علی رای .

اقول: هذااختيار الشيخ فی المبسوط والخلاف وابن حمزة والطبرسی وجدی

ولو بيعا منضمين الى الارض دخلافي الشفعة تبعاوفي دخول الدولاب نظرينشأ من جريان العادة بعدم نقله ولا تدخل الحبال التي يتركب عليها الدلاء ولا في الثمرة وان بيعت على شجرها مع الارض واحترزنا بالثابت عن حجرة عالية مشتركة مبنية على سقف لصاحب السفل فانه لاثبات لها اذلاأرض لها ولو كان السقف لهما فاشكال من حيث أنه في الهواء فليس بثابت و احترزنا بالمشترك عن غيره فلاتثبت بالجوار ولافيما قسم وميز الامع الشركة في الطريق اوالنهر اذا ضمهما البيع واحترزنا بقبول القسمة عن الطاحونةوالحماموبئر الماء والاماكن الضيقة وما اشبهها ممالايقبل القسمة لحصول الضرر بها وهو ابطال المنفعة المقصودة منه فلاشفعة فيها على رأى

للاصل ولقول الصادق عليه السلام ليس في الحيوان شفعة (١) و ذهب السيد المرتضى و ابن الجنيد وابن البراج وابن ادريس الى ثبوتها في كل شيء من المبيعات سواء كان منقولااولا ـ لقول الصادق عليه السلام الشفعة في كل شيء من حيوان او ارض او متاع الحديث (٢) ولم يثبت عندنا صحة سنده .

قال دام ظله :وفي دخول الدولاب نظر ينشأ من جريان العادة بعدم نقله.

اقول: (ومن) انه منقول حقيقة والاصح انه ان بيع مع الارض المشفوعة ثبت فيه والافلا .

قال دام ظله : واحترزنا بالثابت عن حجرة عالية مشتركة مبنية على سقف لصاحب السفل فانه لاثبات لها اذلاارض لها ولو كان السقف لهما فاشكال من حيث انه في الهواء فليس بثابت .

اقول: ومن ثبوته عادة والاولى عدم ثبوت الشفعة .

قال دام ظله : واحترزنا بالمشترك عن غيره (الى قوله) فلاشفعة فيها على رأى .

اقول: هنا مسائل (ا)لاشفعة بالجوار وكلام ابن ابى عقيل يشعر بثبوتها للجار

---

(١) ئل ب٧ خبر ٦ من كتاب الشفعة

(٢) ئل ب٧ خبر ٢ من كتاب الشفعة

ولوانتفى الضرر بقسمة الحمام تثبت الشفعةو كذا لوكان مع البئر بياض أرض بحيث يسلم البئر لاحدهما اوكان فى الرحى اربعة احجار دائرة يمكن أن ينفرد كل منهما بحجرين أوكان الطريق واسعا لاتبطل منفعته بالقسمة ولو ضم المقسوم أومالا شفعة فيه الى مافيه الشفعة تثبت فى الثانى بنسبة قيمته من الثمن و انما تثبت لو انتقلت الحصة بالبيع فلو وهب الشقص بعوض أوجعله صداقا أوعوضا عن صلح اوغير ذلك لم تثبت الشفعة ولوكان الشريك موقوفا عليه تثبت الشفعة فى الطلق ان كان واحداً

(لنا) قول الصادق عليه السلام لايكون الشفعة الا لشريكين مالم يقاسما الحديث (١) ـ والاصل و(احتج) ابن ابى عقيل بوجود السبب و هوالخوف من عشرة الداخل لقول الصادق عليه السلام قضى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بين الشركاء فى الارض والمساكن وقال عليه السلام لاضرر ولااضرار (٢) وهو من باب الايماء والدال على العلية كما تقرر فى الاصول (والجواب) انه لوسلم لكان الموجود هو الحكمة التى يشتمل عليها الوصف الذى جعله الشارع سبباً للحكم وهوالشركة ولايلزم من ثبوت الحكمة مجردة عن الوصف ثبوت الحكم المعلل بالوصف (ب) لاشفعة فيما قسم وميز خلافاً لابن ابى عقيل والبحث فيه كالجار (ج) لاشفعة فيما لايقبل القسمة وقدفسر المصنف عدم القبول و هومذهب الشيخ فى النهاية والمبسوط وعلى بن بابويه وابن البراج وسلاروقال السيدالمرتضى والمفيد وابن البراج وابن ادريس يثبت الشفعة و اقول كلما هو على خلاف الاصل يقتصر فيه على الدليل كالنص و الاجماع وهو ثابت فيما يقبل القسمة فيبقى الباقى على الاصل .

قال دام ظله : ولوكان الشريك موقوفاً عليه ثبتت الشفعة فى الطلق ان كان واحدا على رأى .

اقول: هذا اختيار ابن ادريس لانه شريك واحد فى مبيع واحد فكان له الشفعة كالطلق وذهب الشيخ فى المبسوط الى عدم ثبوتها فيه لعدم انحصار الحق فيه اوعدم الشرط وهوالملك لعدم الانتقال اليه والمقدمتان ممنوعتان .

---

(١) ئل ب٧ خبر ١ من كتاب الشفعة

(٢) ئل ب٥ خبر ١ من كتاب الشفعة

على رأى و الاقرب عدم اشتراط لزوم البيع فلو باع بخيار ثبت الشفعة اشترك او اختص بأحدهما ولايسقط خيار البايع حينئذ وكذا لوباع الشريك تثبت للمشترى الاول الشفعة وان كان لبايعه خيار الفسخ فان فسخ بعد الاخذ فالمشفوع للمشترى وان فسخ قبله فلاحق للبايع وفي المشترى اشكال .

قال دام ظله : والاقرب عدم اشتراط لزوم البيع فلو باع بخيار ثبت الشفعة اشترك اواختص باحدهما .

اقول: هذا اختيار والدى المصنف هنا في المختلف وابن ادريس لحصول البيع الذى هو علة فى الشفعة و انتقال الملك الى المشترى عندهما بنفس العقد مطلقا لابمضى الخيار وانقضاء مدة الشرط و اعترض المصنف على نفسه فى المختلف بان ذلك يقتضى اسقاط حق البايع من الخيار الثابت فى صلب العقد سابقاً على حق الشفيع الثابت بعد تحققه واجاب عنه فيه بان حق البايع باق فان فسخ البيع (البايع -خ ل) بطل البيع والشفعة وعاد الملك اليه وان لم يفسخ حتى خرجت المدة ثبتت الشفعة والبيع معا وقال الشيخ فى المبسوط والخلاف ان كان الخيار للبايع اوله و للمشترى فلاشفعة للشفيع لعدم انتقال الملك بمجرد العقد اليه واذا كان للمشترى وجبت الشفعة لانتقال الملك اليه بنفس العقد للزومه من جهة البايع لكن له المطالبة بعد انقضاء الخيار وتبعه ابن البراج وقال ابن الجنيد البيع ان كان على خيار المشترى وجبت الشفعة للشفيع وان كان للبايع اولهما لم يجب الابعد تمامه و الاقوى عندى استحقاق الشفعة للشفيع لكن ليس له الاخذ الابعد انقضاء الخيار سواء كان للبايع او للمشترى خاصة لسبق حقها لاقتضاء البيع اياه كخيار المجلس اوبعده فى متنه كخيار الشرط - والشفعة ثبتت بالبيع وبامر خارج عنه كالشركة وما بالذات اسبق مما بالغير و لماتقدم (ولان) المشترى انما رضى ببيع غير لازم له مدة الخيار فلايلزمه غيره و اخذ الشفيع الزام له بالبيع وثبوت العهدة عليه فى تلك المدة وهو غير البيع الواقع وليس للشفيع تغيير العقد .

قال دام ظله : وكذا لو باع الشريك ثبتت للمشترى الاول الشفعة (الى

الفصل الثانی فی الآخذ و المـاخوذ منه **اماالاخذ** فکل شریك متحد بحصة مشاعة قادر علی الثمن فلاتثبت لغیر الشریك الواحد علی رأی ولا للعاجز ولا للمماطل والها رب فان ادعی غیبة الثمن اجّل ثلاثة أیام فان أحضره والا بطلت الشفعة بعدها ولو ذکر انه فی بلد آخر اجّل بقدر وصوله منه وثلاثة أیام بعده مالم یستضر المشتری فان کان المشتری مسلما اشترط فی الشفیع الاسـلام وان اشتراه من ذمی والا فلا

قوله) وفی المشتری اشکال.

اقول: ینشأ من ثبوته ابتداء (ومن) زوال العلة الموجبة واشتماله علی نفی حکم السبب و کان مانعاً وهو الاقوی .

الفصل الثانی فی الاخذ والمأخوذ منه

قال دام ظله: فلایثبت لغیر الشریك الواحد علی رأی

اقول: هذا اختیار الشیخین وعلی بن بابویه والسید المرتضی والسلار وابی الصلاح والصدوق فی المقنع وابن البراج وابن حمزة والطبرسی وابن زهرة وقطب الدین الکیدری وابن ادریس وجدی للاصل ولروایة یونس بن عبدالرحمن عن عبدالله بن سنان فی الصحیح عن الصادق علیه السلام قال لاتکون الشفعة الالشریکین مـالم یتقاسماه فاذا صاروا ثلثة فلیس لواحد منهم شفعة (۱) وذهب ابن الجنید الی ثبوتها مع الکثرة وذهب الصدوق فی کتاب من لایحضره الفقیه الی انها لایثبت مع الکثرة فی الحیوان وثبتت مع الکثرة فی غیره واحتج الصدوق بهذه الروایة وبروایة احمد بن محمد بن ابی نصر عن عبدالله بن سنان قال سألته عن مملوك بین شرکاء واراد احدهم ان یبیع نصیبه قال یبیعه قلت فانهما کانا اثنین فاراد احدهما بیع نصیبه فلما اقدم علی البیع قال لهشریکه اعطنی قال هو احق به ثم قال علیه السلام لاشفعة فی الحیوان الا ان یکون الشریك فیه واحداً (۲) وهی ضعیفة السند ـ واخطأ ابن ادریس هنا حیث ادعی الاجماع علی انتفاء الشفعة مع الکثرة .

---

(۱) ئل ب۷ خبر۱ من کتاب الشفعة

(۲) ئل ب۷ خبر۷ من کتاب الشفعة

وللاب وان علا الشفعة على الصغير والمجنون وان كان هو المشترى لهما اوالبايع عنهما على اشكال وكذاالوصى على رأى والوكيل وتثبت للصغير و المجنون ويتولى الآخذ عنهما الولى مع المصلحة فلو ترك فلهما بعد الكمال المطالبة الا أن يكون الترك أصلح ولو أخذ الولى مع أولوية الترك لم يصح والملك باق للمشترى وتثبت للغائب والسفيه والمكاتب وان لم يرض المولى ويملك صاحب مال القراض بالشراء لا بالشفعة ان لم يكن ربح أو كان لان العامل لايملكه بالبيع وله الاجرة **واما الماخوذ منه** فهو كل من تجدد ملكه بالبيع و احترزنا بالمتجدد عن شريكين اشتريا دفعة ولو باع المكاتب شقصاً بمال الكتابة ثم فسخ السيد الكتابة للعجز لم تبطل الشفعة ولو اشترى الولى للطفل شقصا فى شركته جازأن يأخذ بالشفعة ولوحابى فى مرض الموت فان خرج من الثلث اخذه الشفيع بالمسمى و الا ما يخرج منه بالنسبة وان كان الوارث الشفيع وللمولى البايع عن احد الشريكين الاخذ للآخر وكذا الوكيل لهما ولو بيع شقص فى شركة حمل لم يكن لوليه الاخذ بالشفعة الا بعد أن يولد حيا ولو عفى ولى الطفل مع غبطة الاخذ كان للولى ايضا المطالبة على اشكال ينشأ من اداثه الى التراخي بخلاف الصبى عند بلوغه لتجدد الحق له حينئذ ولو ترك

قال دام ظله : وللاب وان علا الشفعة على الصغير والمجنون وان كان هو المشترى لهما اوالبايع عنهما على اشكال .

اقول: ينشأ من الرضا بالبيع والالم يصح فتسقط (ومن) ان اتحاد العلة لاينافى طلب المعلول وهو الاصح .

قال دام ظله: وكذا الوصى على رأى

اقول: خالف الشيخ فيه فى المبسوط لان الوصى متهم فيؤثر تقليل الثمن ولانه ليس له ان يشترى لنفسه بخلاف الاب والاصح اختيار المصنف هنا .

قال دام ظله : ولو عفا ولى الطفل مع غبطة الاخذ كان للولى ايضاً المطالبة على اشكال ينشأ (من) اداثه الى التراخى بخلاف الصبى عند بلوغه لتجدد الحق له حينئذ .

لاعسار الصبى لم يكن له الاخذ بعد يساره ولاللصبى والمغمى عليه كالغايب، وللمفلس الاخذ بالشفعة وليس للغرماء الاخذ بها ولااجباره عليه ولامنعه منه و ان لم يكن له فيها حظ نعم لهم منعه من دفع المال ثمنا فيها فان رضى الغرماء بالدفع اوالمشترى بالصبر تعلق حق الغرماء بالمشفوع والا كان للمشترى الانتزاع وللعبد المأذون فى التجارة الاخذ بالشفعة ولايصح عفوه ولو بيع شقص فى شركة مال المضاربة فللعامل الاخذ بها مع عدم الربح ومطلقا ان أثبتناها مع الكثرة فان تركها فللمالك الاخذ وقيل تثبت مع الكثرة فقيل على عدد الرؤس وقيل على قدر السهام .

فروع

على القول بالثبوت مع الكثرة **(الاول)** لو كان لاحد الثلاثة النصف والاخر الثلث والثالث السدس فباع أحدهم فانظر مخرج السهام فخذ منها سهام الشفعاء فاذا علمت

اقول: (ومن) حيث انه حق وهذا وليه وهذا هو الاصح عندى فان الشفعة حق للصبى ولايبطل بترك الولى وكل حق للصبى فللولى طلبه ولااستبعاد فى استحقاق الولى المطالبة بعد اسقاطه لبطلان الاسقاط فلايترتب عليه اثره .

قال دام ظله : وقيل تثبت مع الكثرة فقيل على عدد الرؤس وقيل على قدر السهام .

اقول : الاول اختيار الصدوق والثانى اختيار بعض الفقهاء لان المقتضى الملك ولانها من مرافق الملك فيقدر بقدره كالنماء ، وقال ابن الجنيد والشفعة على قدر السهام بين الشركة ولو حكم بها على عدد الشفعاء جاز (احتج) الصدوق بالرواية المنقولة عن على عليه السلام ان الشفعة على عدد الرجال (١) ولان من حصته اقل لو كان منفرداً لاخذ المال باجمعه كصاحب الاكثر ولان المقتضى هو مطلق الشركة (احتج) ابن الجنيد بان المقتضى للشفعة الشركة والمعلول يتزايد بتزايد علته وينقص بنقصها اذا كانت قابلة للزيادة والنقصان وهاتان الحجتان احتج بهما والدى لهما .

---

(١) ئل ب٧ خبر٥ من كتاب الشفعة

العدة قسمت المشفوع عليها ويصير العقار بين الشفعاء على تلك العدة ، فلو كان البايع صاحب النصف فسهام الشفعاء ثلاثة اثنان لصاحب الثلاث و للاخر سهم فالشفعة على ثلاثة ويصير العقار كذلك ولو كان صاحب الثلاث فالشفعة ارباعا لصاحب النصف ثلاثة أرباعه وللاخر ربعه ولو كان صاحب السدس فهي بين الآخرين اخماسا لصاحب النصف ثلاثة وللاخر سهمان وعلى الاخر يقسم المشفوع نصفين (**الثاني**) لوورث اخوان واشتريا (دفعة ـخ) فمات احدهما عن ابنين فباع أحدهما نصيبه فالشفعة بين أخيه وعمه (**الثالث**) لو باع احد الثلاثة من شريكه استحق الثالث الشفعة دون المشترى وقيل بالشركة وحينئذ لو قال المشترى قد اسقطت شفعتي فخذ الكل أو اترك لم يلزم لاستقرار ملكه على قدر حقه فكان كما لو اخذا بالشفعة ثم عفى أحدهما عن حقه (**الرابع**) لو عفى أحد الشركاء كان للباقي اخذ الجميع او الترك سواء كان واحداً او أكثر ولو وهب بعض الشركاء نصيبه من الشفعة لبعض الشركاء او غيره لم يصح ولو باع شقصا من ثلاثة دفعة فلشريكه أن يأخذ من الثلاثة ومن اثنين ومن واحد لانه بمنزلة عقود متعددة فاذا أخذ من واحد لم يكن للاخرين مشاركته لعدم سبق الملك على استحقاق الشفعة ولو رتب فللشفيع الاخذ من الجميع ومن البعض فان أخذ من السابق

قال دام ظله : ولو باع احد الثلاثة من شريكه استحق الثالث الشفعة دون المشترى وقيل بالشركة .

اقول: الاول قول الشيخ في الخلاف لان الشفعة ولوازمها امور اضافية لا تعقل الا بين اثنين فانها استحقاق قهري لنقل الملك من المشترى الى غيره ولا يعقل ذلك بين الانسان ونفسه والثاني قوله ايضاً فيه واختاره في المبسوط والمصنف في المختلف على القول بالشفعة مع الكثرة لتساويهما في العلة الموجبة للشفعة ويكفي في التغاير في الاضافة التغاير الاعتباري و لو سلمنا لكن سبب الشفعة مع الكثرة يقتضي اثرين (احدهما) استحقاق الاخذ (وثانيهما) دفع الشريك الاخر عنه والثاني لا مانع منه و لا يتوقف على المغايرة فيثبت هذا الاثر .

قال دام ظله : ولو رتب فللشفيع الاخذ من الجميع ومن البعض (الى

لم يكن للاحق المشاركة وان أخذ من اللاحق شاركه السابق (ويحتمل) عدم المشاركة لان ملكه حال شراء الثانى يستحق أخذه بالشفعة فلا يكون سببا فى استحقاقها ولو أخذ من الجميع لم يشاركه أحد (ويحتمل) مشاركة الاول الشفيع فى الشفعة الثانى و مشاركة الشفيع (و.خ) الاول و الثانى فى شفعة الثالث لانه كان ملكا صحيحا حال شراء الثالث ولهذا يستحق لو عفى عنه فكذا اذا لم يعف لانه استحق الشفعة بالملك لا بالعفو كما لو باع الشفيع قبل علمه فحينئذ للشفيع سدس الاول وثلاثة أرباع سدس الثانى وثلاثة اخماس الثالث وللاول ربع سدس الثانى وخمس الثالث وللثانى خمس الثالث فيصح من مائة وعشرين للشفيع مائة وسبعة وللاول تسعة وللثانى اربعة و على الاخر للاول نصف سدس الثانى و ثلث الثالث و للثانى ثلث الثالث فيصح من ستة و ثلاثين للشفيع تسعة وعشرون وللاول خمسة وللثانى اثنان (**الخامس**) لو باع أحد الاربعة وعفى آخر فللاخرين اخذ المبيع ولو باع ثلاثة فى عقود ثلاثة ولم يعلم الرابع ولا بعضهم ببعض فللرابع الشفعة فى الجميع وفى استحقاق الثانى والثالث فيما باعه

قوله) فلا يكون سببا فى استحقاقها .

اقول : وجه الاول ان سبب الشفعة الملك السابق وقد حصل و هذا يبنى على ان الشفعة هل تتبع الملك اللازم او مطلق الملك فعلى الثانى يشارك (وعلى الاول) فهل ترك الشفيع كاشف او سبب اللزوم فعلى الاول يستحق لا الثانى .

قال دام ظله : ولو اخذ من الجميع لم يشاركه احد و يحتمل مشاركة الاول الشفيع فى شفعة الثانى ومشاركة الشفيع والاول والثانى فى شفعة الثالث لانه كان ملكا صحيحا حال شراء الثالث

اقول: وجه الاول ان سبب الشفعة قد زال ولانها مبنية على الملك اللازم او بشرط دوامه الى الاخذ لانها حال قوة المعلول فينافى عدم العلة .

قال دام ظله : لو باع احد الاربعة (الى قوله) وجهان .

اقول : من حيث ثبوت الملك حال البيع وزواله

الاول واستحقاق الثالث فيما باعه الثاني وجهان وفي استحقاق مشترى الربع الاول فيما باعه الثاني والثالث واستحقاق الثاني شفعة الثالث ثلاثة أوجه، الاستحقاق لانهما مالكان حال البيع و عدمه لتزلزل الملك و ثبوته للمعفو عنه خاصة فان أو جبناه للجميع فللذى لم يبع ثلث كل ربع لان له شريكين فصار له الربع مضموما الى ملكه فكمل له النصف وللبايع الثالث والمشترى الاول الثلث لكل منهما سدس لانه شريك في شفعة مبيعين و للبايع الثاني و المشترى الثاني السدس لكل منهما نصفه لانه شريك في شفعة مبيع واحد ويصح من اثني عشر (السادس) لو كان الشفعاء الاربعة غيّبا فحضر أحدهم اخذ الجميع وسلم كل الثمن او ترك فان حضر آخر اخذ من الاول النصف او ترك فان حضر الثالث أخذ الثلث أو ترك فان حضر الرابع اخذ الرابع او ترك ولو قيل أن الاول يأخذ الجميع أو يترك أما الثاني فله أخذ حقه خاصة لان المفسدة وهي تبعيض الصفقة على المشترى منتفية هنا أو أخذ النصف كان وجها فان امتنع الحاضر أو عفى لم تبطل الشفعة و كان للغائبين اخذ الجميع و كذا لو عفى ثلاثة أو امتنعوا فللرابع اخذ الجميع ان شاء ولو حضر الثاني بعد اخذ الاول فأخذ النصف وفاسم ثم حضر الاخر وطالب فسخت القسمة ولو رده الاول بعيب فللثاني اخذ الجميع لان الرد كالعفو و

قال دام ظله : وفي استحقاق مشترى الربع الاول (الى قوله) للمعفو عنه خاصة .

اقول: وجه الثالث استقرار ملكه (ويحتمل) عدمه لتأخر الاستقرار فان جعلناه كاشفاً استحق وان جعلناه شرطاً لم يستحق لاستحالة تأخير الشرط عن المشروط وان قلنا بالاستحقاق بمجرد الملك ايضاً استحق ايضاً .

قال دام ظله : ولو كان الشفعاء الاربعة غيباً (الى قوله) او اخذ النصف كان وجها .

اقول: و جه الاول انه لم يوجد الان غيره و جاز عفو الغائبين فبقي هو المستحق لجميع نصف الشفعة وليس له اخذ بعض حقه ولان المطالبة وجدت منهما دون الثالث.

يحتمل سقوط حقه من المردود لان الاول لم يعف بل رد بالعيب فكان كما لو رجع الى المشترى ببيع أوهبة ولواستغلها الحاضر ثم حضر الثانى شاركه فى الشقص دون الغلة ولوقال الحاضر لا آخذ حتى يحضر الغايب لم تبطل شفعته على اشكال واذادفع الحاضر الثمن فحضر الغائب دفع اليه النصف فان خرج المبيع مستحقا فدرك الثانى على المشترى دون الشفيع الاول لانه كالنايب **(السابع)** لو كان الشفعاء ثلاثة فأخذ الحاضر الجميع ثم قدم احد الغائبين وسوغناله اخذ حقه خاصة أخذ الثلث فان حضر الثالث فله أن يأخذ من الثانى ثلث ما فى يده فيضيفه الى ما فى يدالاول ويقتسمانه نصفين فيصح من ثمانية عشر لان الثالث أخذ من الثانى ثلث الثلث و مخرجه تسعة وليس للسبعة نصف فيضرب اثنين فى تسعة للثانى اربعة ولكل من الباقيين سبعة لان الثانى ترك سدسا كان له اخذه وحقه منه ثلثاه و هو التسع فيتوفر على شريكه فى الشفعة والاول والثالث متساويان فى الاستحقاق ولم يترك احدهما شيئامن حقه فيجمع ما معهما ويقسم بينهما **(الثامن)** لواشترى واحد من اثنين شقصا فللشفيع أخذ نصيب أحدهما دون الآخروان تبعضت الصفقة على المشترى ولاخيار له و لواشترى اثنان نصيب و احد فللشفيع أخذ نصيب احدهما بعد القبض و قبله ولوو كل أحد الثلاثة شريكه فى بيع حصته مع نصيبه فباعهما لواحد فللثالث اخذ الشفعة منهما ومن أحدهما

قال دام ظله : ولو قال الحاضر لاآخذ حتى يحضر الغائب لم يبطل شفعته على اشكال .

اقول: ينشأ (من) انه الآن المستحق فاشبه المنفرد فاذا ترك مختاراً بطلت شفعته (ومن) انه تركه لعذر و هو خوف قدوم الغائب فينتزعه منه و قواه الشيخ فى المبسوط .

قال دام ظله : ولو باع الشريك نصف الشقص لرجل (الى قوله) احتمل مشاركة الاول .

اقول: وجه الاحتمال وجود الملك (ومن) استحقاق اخذه بالشفعة فلا يكون سبباً لها وهذه الفروع كلها ساقطة عندنا فلهذا لم يرجح فيها شيئا .

ولو باع الشريك نصف الشقص لرجل ثم الباقي لآخر ثم علم الشفيع فله اخذ الاول والثاني واحدهما فان اخذ الاول لم يشاركه الثاني وان اخذ الثاني احتمل مشاركة الاول وعلى ما اخترناه من سقوط الشفعة مع الكثرة للشفيع اخذ الجميع أو تركه خاصة.

الفصل الثالث في كيفية الاخذ

يملك الشفيع الاخذ بالعقد وان كان في مدة الخيار على رأي وهو قد يكون فعلا بأن يأخذه الشفيع ويدفع الثمن او يرضى المشتري بالصبر فيملكه حينئذ ولفظا كقوله أخذته أو تملكته وما اشبه ذلك من الالفاظ الدالة على الاخذ مع دفع الثمن او الرضى بالصبر ويشترط علم الشفيع بالثمن والمثمن معا فلو جهل احدهما لم يصح الاخذ وله المطالبة بالشفعة ولو قال أخذته بمهما كان لم يصح مع الجهالة ويجب تسليم الثمن اولا فلا يجب على المشتري الدفع قبله وليس للشفيع اخذ البعض بل الترك او الجميع فلو قال اخذت نصف الشقص فالاقوى بطلان الشفعة ويجب الطلب

الفصل الثالث في كيفية الاخذ

قال دام ظله : يملك الشفيع الاخذ بالعقد وان كان في مدة الخيار على رأي

اقول: الخلاف هنا قد مضى.

قال دام ظله : فلو قال اخذت نصف الشقص فالاقوى بطلان الشفعة .

اقول. القائل بدلالة المفهوم تبطل الشفعة عنده لان تقييد الاخذ بالنصف يدل على نفي الاخذ عن النصف الاخر عنده فيسقط المسكوت عنه بالمفهوم والمفهوم باستلزامه تبعيض الصفقة وغير القائل بدلالة المفهوم قوى الشفعة كالمصنف لان الشفعة انما تطلب بالتصريح لا بالفحوى ولعدم دلالة قوله اخذت النصف على اخذ الباقي لان اللزوم هنا شرعي لا عقلي فجاز اختياره لاخذ النصف دون الباقي (ويحتمل) عدمه لان اخذ النصف ملزوم لاخذ الكل وتحقق الملزوم يستلزم تحقق اللازم فيرجع المنشأ الى ان اللزوم الشرعي هل هو كاللزوم العقلي ام لا وانه هل يشترط التصريح بالمطابقة ام لا والاصح السقوط في غير المنطوق لا المأخر الطلب في غير المنطوق ويلزمه السقوط في الاخر لتبعض الصفقة لما مر .

قال دام ظله : ويجب الطلب على الفور فلو اخر مع امكانه بطلت شفعته

على الفور فلوأخرمع امكانه بطلت شفعتهعلى رأى وان لم يفارق المجلس ولاتجب مخالفة العادة فى المشى ولاقطع العبادة وان كانتمندوبة ولاتقديمه علىصلاةحضر وقتها ولوأهمل المسافر بعد علمهالسعى اوالتوكيل مع امكان احدهما بطلت و لو عجزلم تسقط وان لم يشهد على المطالبة ثم تجب المبادرة الى احدهما فى أولوقت الامكان وانتظار الصبح ودفع الجوع و العطش با لاكل والشرب و اغلاق الباب و والخروج من الحمام والاذان والاقامة وسنن الصلاة و انتظار الجماعة أعذار الا مع

على رأى وان لم يفارق المجلس .

اقول: اختلف الاصحاب هنا فقال الشيخ فىالمبسوط والنهاية وولده ابوعلى بالفورية وهو اختيار ابن البراج وابن حمزة ووالدى و جدى لانها خلاف الاصل اذالاصل ان لايملك ملك الغير الاباذنه ورضاه ليخرج المجمع عليه .و قال السيد المرتضى وعلىبن بابويه ، وابن الجنيد ، وابن ادريس ، انهاعلى التراخى لثبوتها والاصل البقاء (قلنا) فيمايقبله وهوهناممنوع(والحق)عندى انها على الفور لماروى عنالنبى ﷺ انه قال الشفعة لمن واثبها ولانها حق مبنى على التضيق لانها ضرر لاشتمالهاعلى اخذ مال الغير قهراً بغيررضاه والتراخى نوع توسيع فلايناسبهاو(لما) رواه علىبن مهزيار فى الحسن قال سالت اباجعفر عليه السلام عن رجلىطلب شفعة ارض فذهب علىان يحضر المال فلمينّضفكيف يصنع صاحب الارض انراد بيعها ايبيعها او ينتظر مجىء شريكه صاحب الشفعة قال ان كان معه فىالمصرفلينتظر به ثلاثةايام فان اتاه بالمال والا فليبع وبطلت شفعته فى الارض وان طلب الاجلالى انيحتمل المآل فلينتظر مقدار ماسافر الى تلك البلدة وينصرف زيادة ثلاثة ايام اذاقدم فان و افاه والافلا شفعة له (١) وجه الاستدلال انه عليه السلام حكم ببطلان الشفعة بعد مضى ثلاثة ايام اخرها للعذر فلوكان حق الشفعة لاعلى الفور لم تبطل شفعته بالتأخير مطلقا لعدم القائل بالفرق فالقول به احداثقول ثالث وهوباطل باجماعنا .

---

(١) ئل ب١٠ خبر١ من كتاب الشفعة

حضور المشترى وعدم اشتغاله بالطلب عن هذه الاشياء ويبدء بالسلام والدعاء وانما يأخذ بالثمن الذى وقع عليه العقد فان كان مثليا فعلى الشفيع مثله وان كان من ذوات القيم فعليه قيمته يوم العقد على رأى سواء كان مثل قيمة المشفوع أولا ولا يلزمه الدلالة والوكالة وغيرهما من المؤن ولو زاد المشترى فى الثمن بعد العقد لم تلحق الزيادة و ان كان فى مدة الخيار على رأى ولا يسقط عنه ما يحطه البايع وان كان فى مدة الخيار

قال دام ظله : وانما يأخذ بالثمن الذى وقع عليه العقد فان كان مثليا فعلى الشفيع مثله وان كان من ذوات القيم فعليه قيمته يوم العقد على رأى سواء كان مثل قيمة المشفوع اولا .

اقول: الاجماع على ان فى الثمن المثل يأخذه الشفيع بمثله وانما الخلاف فى ذى القيمة فقال الشيخ تبطل الشفعة وقال المفيد تثبت ويأخذ بقيمة الثمن (احتج) الاولون بان الشفعة خلاف الاصل فيقتصر على المجمع عليه (و لرواية) هرون بن حمزة فى الحسن عن الصادق عليه السلام (الى ان قال) فهو احق بها من غيره بالثمن (١) و المراد الاتحاد فى الماهية النوعية لانتفاء الشخصية بالاجماع (احتج) الاخرون بعموم ثبوت الشفعة وهو ممنوع (فرع) قال و الدى المصنف يأخذ بقيمته يوم العقد فى غير المثلى و الاقوى عندى ان يأخذ باعلى القيم من يوم العقد الى وقت الدفع لانه اخذ قهرى كالغصب .

قال دام ظله : و لو زاد المشترى فى الثمن بعد العتق فى مدة الخيار لم يلحق الزيادة وان كان فى مدة الخيار على رأى

اقول: هنا مسئلتان (ا) اذا زاد المشترى بعد العقد فى مدة الخيار لم يلحق الزيادة ويأخذ الشفيع بما وقع عليه العقد للرواية المتقدمة (وقيل) يلحق و ليس بجيد (ب) اذا حط البايع شيئاً من الثمن فى مدة الخيار لم يسقط عن الشفيع عندنا ، وقال الشيخ يسقط لانه يأخذ الثمن الذى استقر عليه البيع وهذا ضعفه ظاهر و اختار ابن ادريس ما اختاره هنا والاقوى عندى اختيار المصنف فى المسألتين .

---

(١) ئل باب٢ حبر١ من كتاب الشفعة

ويسقط أرش العيب ان أخذه المشترى ولو كان الثمن مؤجلا فللشفيع الاخذ كذلك بعداقامة كفيل اذالم يكن مليا وليس له الاخذ عندالاجل على رأى ولومات المشترى حل الثمن عليه دون الشفيع ولو باع شقصين معشريكين لواحد صفقة فلكل شريك أخذ شفعته خاصة ولواتحد الشريك فله أخذالجميع واحدهما ولوترك لتوهم كثرة الثمن فبان قليلا اولتوهمه جنسافبان غيره أوكان محبوسا بحق هوعاجز عنه اوبباطل مطلقا وعجزعن الوكالة اوأظهرله أن المبيع سهام قليلة فبانت كثيرة أوبالعكس اوانه اشتراه لنفسه فبان لغيره أو بالعكس او انه اشتراه لشخص فبان لآخر أوأنه اشترى الكل بثمن فبان انه اشترى نصفه بنصفه اوبالعكس اوأنه اشترى الشقص وحده فبان انه اشتراه معغيره أوبالعكس لم تبطل شفعته ولوأظهرله أنه اشتراه بثمن فبان انه اشتراه بأكثر اوانه اشترى الكل بثمن فبان انه اشترى به بعضه بطل شفعته وتصرف المشترى قبل الاخذ صحيح فان أخذه الشفيع بطل فلو تصرف بما يجب به الشفعة تخير الشفيع فى الاخذ بالاول أوالثانى فلو باعه المشترى بعشرة بعشرين فباعه الاخر بثلاثين فان أخذ من الاول دفع عشرة ورجع الثالث على الثانى بثلاثين والثانى على الاول بعشرين لان الشقص يؤخذ من الثالث وقد انفسخ عقده وكذا الثانى ولواخذ من الثانى صح الاول ودفع عشرين وبطل الثالث فيرجع بثلاثين ولوأخذ من الثالث صحت العقود ودفع ثلاثين ولووقفه المشترى أوجعله مسجداً او وهبه فللشفيع ابطال ذلك كله والثمن للواهب أن يأخذه ان لم تكن

قال دام ظله: ولو كان الثمن مؤجلا فللشفيع الاخذ كذلك بعد اقامة كفيل اذا لم يكن ملياً وليس له الاخذ عند الاجل على رأى

اقول: هذا قول الشيخ فى النهاية و قال فى المبسوط والخلاف يتخير بين اخذه بالثمن حالاً وبين الصبر الى الاجل ثم يأخذ بالثمن والاول اختيار المفيد و ابن ادريس وهوالاصح عندى لان الاجل له حصة من الثمن .

قال دام ظله : والثمن للواهب ان يأخذه ان لم تكن لازمة والافلا اشكال.

اقول: ينشأ (من) ان الهبة قد لزمت من جهة الواهب و الجمع بين الحقين يقتضي ذلك وهوان يكون العين للشفيع والثمن للموهوب له (ومن) حيث ان الاخذ

لازمة و الا فاشكال فان قلنا بهرجع المتهب بمادفعه عوضا والاتخير بينهوبين الثمن فان تقايل المتبايعان اورد ه بعيب فللشفيع فسخ الاقالةوالرد والدرك باق على المشترى فلورضى بالشراء لم يكن له الشفعة بالاقالة ولو قلنا بالتحالف عند التخالف فى قدر الثمن وفسخنا البيع به فللشفيع أخذه بماحلف عليه البايع لاخذه منه هنا و الشفيع يأخذ من المشترى ودركه عليه ولو كان فى يد البايع كلف الشفيع الاخذ منه أو الترك ولايكلف المشترى القبض والتسليم ويقوم قبض الشفيع مقام قبض المشترى والدرك مع ذلك على المشترى وليس للشفيع فسخ البيع والاخذ من البايع ولا تصح الاقالة بين الشفيع والبايع ولوانهدم او تعيب بفعل المشترى قبل المطالبة او بغيرفعلهمطلقا تخيرالشفيع بين الاخذ بالجميع أو الترك و الانقاض للشفيع وان كانت منقولة ، ولو كان بفعل المشترى بعد المطالبة ضمن المشترى على رأى

ابطال لها والاصح الاول ولايظن ان قوله و ان كانت الهبة لازمة الى آخره ـ فيه تناقض لان فرض لزومها يستلزم استقرار ملك المتهب المنافى لاخذ الشفع ففرض لزومها مع بقاء الشفعة تناقض ، لان المراد بلزوم الهبة كلزوم البيع المستحق به ويستقرملك المتهب على العين اوثمنها او المراد باللزوم لولا الشفعة كهبة ذى الرحم المقارنة للاقباض .

قال دام ظله : فان قلنا به رجع المتهب بما دفعه عوضا والا تخير بينه وبين الثمن .

اقول: ان قلنا ان الثمن للواهب فقد حكمنا ببطلان الهبة فيرجع المتهب بالعوض ان كان قدعوّض (وان) قلنا ان الثمن للمتهب تخير بينه وبين الثمن .

قال دام ظله : و لو كان بفعل المشترى بعد المطالبة ضمن المشترى على رأى .

اقول: اذا عيّب المشترى المبيع بعدالمطالبة بالشفعة قبل الاخذ كازالةصورة البناء خاصة ففيه اقوال ثلاثة (ا) انه يضمن وهوالمشهور واختاره ابوالقاسموالدى المصنف هنا وفى المختلف وهوالاقوى عندى لان الشفيع استحق بالمطالبةان يأخذ

اما لو تلف بعض المبيع فالاقرب أنه يأخذه بحصته من الثمن وان لم يكن بفعل المشترى، ولو

المبيع كاملا وتعلق حقه به فاذا تبعض بفعل المشترى ضمنه له (ب) انه لايضمن ويظهر من كلام الشيخ فى المبسوط لان الشفيع لايملك المطالبة بل بالاخذ فيتصرف المشترى فى ملكه تصرفاً سايغاً فلايضمنه لغيره لان الضامن لغيره لايتحقق ان يكون مالكاً لما ضمنه للغير فان الضمان تابع لملك من له الضمان ولا يجامع لمن عليه و نقل هذا القول شيخنا ابن سعيد ووالدى (والجواب) انا نمنع صدق ان المالك لايضمن ما يملكه لغيره كلياً بل اذا لم يتعلق حق الغير بتمليكه (بتملكه. خل) لازماً امامع بقائه (تعلقه .خل) فالمنع متوجه ولانسلم تنافى اجتماع الملك له والضمان عليه مطلقا كالراهن اذا عيب الرهن فانه يضمن الارش ويكون رهناً بل ذلك فى الملك المستقر وهنا ليس بمستقر و نمنع جواز هذا التصرف المعيب للمشترى بل هو منهى عنه لانه اضرار بالشفيع ونقص فيما جعله الشارع حقاً له (ج) قول ابى الصلاح فانه قال و ان استهدم المبيع اوهدمه المبتاع من غير علم بالمطالبة فليس للشفيع الا الارض والآلات وان هدمه بعد المطالبة فعليه رده الى اصله .

قال دام ظله :اما لو تلف بعض المبيع فالاقرب انه يأخذه بحصته من الثمن وان لم يكن بفعل المشترى.

اقول: الذى يظهر من كلام الشيخ فى المبسوط انه (ان كان) النقص بفعل المشترى اخذ الباقى بالقيمة والصواب بالحصة من الثمن لجواز كونها صنعة والظاهر ان مراد الشيخ ماصوبناه (وان كان)بغير فعله يأخذه بجميع الثمن او يترك لانه لايرجع النقص الى المشترى بشىء فيكون الاخذ منه اضراراً به والضرر لايزال بالضرر ، وقال فى الخلاف ان كان ذلك بامر سماوى فالشفيع بالخيار بين ان يأخذ بجميع الثمن او يترك وان كان بفعل آدمى كان له ان يأخذ العرصة بحصتها من الثمن والاصح عندى ما هو الاقرب عند المصنف (ووجه القرب) ان الثمن فى مقابلة الجميع فالباقى مقابله بعض الثمن هو ثمن له وهو انما يأخذ بثمن ما يأخذه لا با زيد ولا بانقص و لانه تعذر على الشفيع اخذ الجميع و

بنى المشترى أوغرس بان كان الشفيع غايبا أو صغيراً وطلب المشترى من الحاكم القسمة فللمشترى قلع غرسه وبنائه و ليس عليه طم الحفر (ويحتمل) وجوبه لانه نقص دخل على ملك الشفيع لتخليص ملكه اما نقص الارض الحاصل بالغرس والبناء فانه غير مضمون لانه لم يصادف ملك الشفيع ويأخذ الشفيع بكل الثمن أو يترك ولو امتنع المشترى من الازالة تخير الشفيع (بين) قلعه مع دفع الارش على اشكال (وبين)

قدر على اخذ البعض فكان له بالحصة بالثمن كما لو كان له شفيع آخر ولانه اخذ بعض ما دخل معه فى العقد فيأخذه بالحصة كما لو كان معه شيء لا شفعة فيه و اما الضرر فانما حصل بالتلف و لا منع للشفيع فيه و الذى يأخذه الشفيع يؤدى ثمنه و لايتضرر المشترى بأخذه .

قال دام ظله : ولو بنى المشترى او غرس بان كان الشفيع غائبا او صغيرا و طلب المشترى من الحاكم القسمة فللمشترى قلع غرسه و بنائه و ليس عليه طم الحفر و يحتمل وجوبه لانه نقص دخل على ملك الشفيع لتخليص ملكه.

اقول: صورة هذه المسئلة ان زيدا مثلا اشترى من احد الشريكين فى ارض شقصاً و كان الشريك الاخر غائبا اوصغيراً فطلب المشترى من الحاكم القسمة فقسم الحاكم الارض ثم بعد القسمة بنى المشترى او غرس حصته من الارض فلما حضر الشريك او بلغ طلب بالشفعة فاخذ الشقص المقسوم الذى فى يد المشترى فللمشترى حينئذ ان يقلع غرسه او بنائه (ام لا خ) وله صورة اخرى و هو ان يكون الملك المشفوع مقسوماً معيناً وقد اشتركا فى النهر و الطريق و ثبت بذلك الشفعة (اذا) عرفت ذلك فنقول الاول قول الشيخ فى المبسوط لانه تصرف فى ملك نفسه والثانى قول ابن الجنيد لانه يستحق اخذه مفرغا مثل ماكان والاقوى الاول .

قال دام ظله : ولو امتنع المشترى من الازالة تخير الشفيع بين قلعه مع دفع الارش على اشكال و بين بذل قيمة البناء و الغرس ان رضى المشترى

اقول: الاشكال هنا فى موضعين (ا) القلع وينشأ من ان حق الشفيع اسبق من بنائه فصار كالاستحقاق بالغصب (ومن)ان المشترى تام الملك قبل اخذ الشقص

بذل قيمة البناء والغرس ان رضى المشترى ومع عدمه نظر (و بين) النزول عن الشفعة فان اتفقا على بذل القيمة أوأوجبنا قبولها على المشترى مع اختيار الشفيع لم يقوّم مستحقا للبقاء فى الارض ولامقلوعا لانه انما يملك قلعه مع الارش بل اما ان تقوّم الارض وفيها الغرس ثم تقوّم خالية فالتفاوت قيمة الغرس فيدفعه الشفيع أوما نقص منه ان اختار القلع أويقوّم الغرس مستحقا للترك بأجرة أولاخذه بالقيمة اذا امتنعا من قلعه ولواختلف الوقت و اختار الشفيع قلعه فى وقت اسبق تقصر قيمته عن قلعه فى (وقت ـ خ) آخر فله ذلك ولوغرس المشترى أوبنى مع الشفيع أووكيله فى المشاع ثم أخذه الشفيع فالحكم كذلك ولوزرع المشترى فللشفيع أخذه وعليه ابقاء الزرع الى أوان الحصاد مجانا ، والنماء المنفصل المتجدد بين العقد والاخذ للمشترى وان كان نخلا لم يؤبر على رأى وعلى الشفيع التبقية الى وقت أخذه مجانا ، أما المتصل فللشفيع

ولهذا ملك النماء ومن بنى فى ملكه لم يتعد كالذى لاشفعة عليه وجواز انتزاعه من يده ليس موجباً لتعديه ونقض بنائه والا لثبت فى الموهوب اذا غرس اوبنى ورجع الواهب على القول بالجواز و لان الشفعة موضوعة لا زالة الضرر و لا يزال بضرر (ب) فى وجوب الارش مع القلع وينشأ (من) انه نقص دخل على ملك المشترى لمصلحة الشفيع و الى هذا ذهب الشيخ فى المبسوط (و من) ان التفريط حصل من المشترى حيث زرع فى الارض متزلزلة الملك واختاره المصنف فى المختلف.

قال دام ظله : ومع عدمه نظر.

اقول: ينشأ من قول جمهور الاصحاب ان له الاخذ بالقيمة (ومن) ان تملك مال الغير بغير رضاه غير جائز عقلا ولقوله تعالى «الاان تكون تجارة عن تراض منكم(١) وهذا هوالاصح عندى .

قال دام ظله :والنماء المنفصل المتجدد بين العقد والاخذ للمشترى وان كان نخلا لم يؤبر على رأى .

اقول: قال الشيخ الطوسى رحمه الله الثمرة للشفيع فى النخل غير المؤبر لانه يتبع الاصل فى البيع فكذا هنا لوجود المقتضى وهو كونه جزء من المسمى و هو

---

(١) النساء ـ ٢٨

ولوكان الطلع غيرمؤبروقت الشراء فهو للمشترى فان أخذه الشفيع بعدالتأبيرأخذ الارض والنخل دون الثمرة بحصتهما من الثمن ولوظهراستحقاق الثمن فان لم يكن معينافالاستحقاق باق والابطلت الشفعة ولاتبطل لو كان المدفوع من الشفيع مستحقا،ولو ظهرعيب فى الثمن المعين فرده البايع قدم حق الشفيع فيطالب البايع بقيمة الشقص ان لم يحدث عنده مايمنع الرد وبالارش ان حدث ولايرجع على الشفيع ان كان أخذه بقيمة العوض الصحيح ، ولو عاد الى المشترى بهبةوشبهها لم يملك رده على البايع ولوطلبه البايع لم تجب اجابته ولو نقصت قيمة الشقص عن قيمة الثمن فالاقرب ان الشفيع لايرجع بالتفاوت ولو كان فى يد المشترى فرد البايع الثمن بالعيب لم يمنع الشفيع لسبق حقه ويأخذ بقيمة الثمن وللبايع قيمة الشقص وان زادت عن قيمة الثمن ولايرجع المشترى بالزيادة (ويحتمل) تقديم حق البايع لان حقه استند الى وجود العيب الثابت حال البيع والشفعة تثبت بعده بخلاف المشترى لووجد المبيع معيبا لان حقه استرجاع الثمن و قدحصل من الشفيع فلافائدة فى الرد اما لولم يرد البايع الثمن حتى اخذ الشفيع فان له رد الثمن وليس له استرجاع المبيع لان الشفيع ملكه بالاخذ فلايملك البايع

ممنوع والفرق ظاهر ولانه مخالف للاصل .

قال دام ظله :ولو نقصت قيمة الشقص عن قيمة الثمن فالاقرب ان الشفيع لايرجع بالتفاوت .

اقول: اذا فسخ البايع البيع للعيب فى الثمن المعين و اخـذ قيمة الشقص بتقديم حق الشفيع و نقصت قيمة الشقص عن قيمة الثمن فعلى قول الشيخ للشفيع الرجوع بالتفاوت لان العقد قد بطل فلم يعتبر بما وقع عليه بل بما استقر وجوبه على المشترى و وجه القرب ان الشفيع قد ملكه بالعوض الذى وقع عليه العقد فلا تتغير حكمه بعد ذلك بالرد بالعيب ولانه يأخذ بالعقد ولم يبطل فى حق الشفيع له فلا يبطل عليه فالاقوى عندى ماهو الاقرب عند المصنف .

ابطال ملكه كما لوباعه المشترى لاجنبي ولوتلف الثمن المعين قبل قبضه فان كان الشفيع قد اخذ الشقص رجع البايع بقيمته والابطلت الشفعة على اشكال ولوظهر العيب في الشقص فان كان المشترى والشفيع عالمين فلاخيار لاحدهما ولو كانا جاهلين فان رده الشفيع تخير المشترى بين الرد والارش وان اختار الاخذ لم يكن للمشترى الفسخ وهل له الارش قيل لا لانه استدرك ظلامته ورجع اليه جميع ثمنه فكان كالرد ويحتمل ثبوته لانه عوض جزء فايت من المبيع فلا يسقط بزوال ملكه فحينئذ يسقط عن الشفيع من الثمن بقدره وكذا لوعلم الشفيع خاصة ولوعلم المشترى خاصة فللشفيع رده وليس له الارش ولو كان المشترى قد اشتراه بالبرائة من كل عيب فان علم الشفيع بالشرط فكالمشترى والا فله الرد .

الفصل الرابع فى مسقطات الشفعة

وتسقط بكل مايعد تقصيراً أوتوانياً في الطلب على رأى فاذا بلغه الخبر فلينهض للطلب فان منع بمرض اوحبس في باطل فليوكل ان لم يكن فيه مؤنة ومنة ثقيلة فان

قال دام ظله : و لو تلف الثمن المعين قبل قبضه فان كان الشفيع قد اخذ الشقص رجع البايع بقيمته والابطلت الشفعة على اشكال .

اقول: ينشأ (من) البطلان قهراً فعدمه شرط فيكون عدم التلف قبل القبض شرطاً في صحة البيع وشرط السبب شرط المسبب فيكون شرطاً في الشفعة فعاد الحق كما كان فانتفى الضرر (و من) سبق الاستحقاق لان عدم التلف قبل القبض شرط البقاء والسبب في الشفعة الحدوث وهذا هوالاصح عندى .

قال دام ظله : وهل له الارش (قيل) لا ، لانه استدرك ظلامته (الى قوله) من الثمن بقدره

اقول: قال الشيخ لا ارش وقد ذكر المصنف الوجهين فلاحاجة الى اعادتهما

الفصل الرابع فى مسقطات الشفعة

قال دام ظله : وتسقط بكل مايعد تقصيرا او توانيا فى الطلب

اقول: الخلاف هنا قدمضى

لم يجد فليشهد فان ترك الاشهاد فالاقرب عدم البطلان ولو بلغه متواتراً أو بشهادة عدلين فقال لم أصدق بطلت شفعته و يقبل عذره لو أخبره صبي أوفاسق أوعدل واحد ولو أخبره مخبر فصدقه ولم يطالب بالشفعة بطلت وان لم يكن عدلا لان العلم قد يحصل بالواحد للقرائن ولو أسقط حقه من الشفعة قبل البيع أو نزل عنها اوعفى أو أذن فالاقرب عدم السقوط و كذا لو كان وكيلا لاحدهما في البيع أو شهد على البيع أو بارك لاحدهما

قال دام ظله : فان لم يجد فليشهد فان ترك الاشهاد فالاقرب عدم البطلان

اقول: وجه القرب ان الظاهر انه ترك لعذر للمناسبة ولانه ثبت له حق الشفعة والاصل البقاء (ويحتمل) عدمه لان الاشهاد اذا كان قائماً مقام الطلب و قد تركه فيكون بمنزلة من ترك الطلب ولان الترك اعم من ان يكون للعذر اولا ولا نعلم الاول الا بالاشهاد ولم يوجد وهذا هو الاصح عندى لان الشفعة خلاف الاصل .

قال دام ظله : ولو اسقط حقه من الشفعة قبل البيع او ترك عنها او عفا او اذن فالاقرب عدم السقوط

اقول: هذا اختيار ابن الجنيد وابن ادريس لانه انما يستحقها بالبيع فلا حق له قبل البيع فلا يصح عفوه وقال الشيخان وابن حمزة يسقط لانه تمكن من دفع الضرر فلم يفعل والاقوى عندى ماهو الاقرب عند المصنف .

قال دام ظله : وكذا لو كان وكيلا لاحدهما في البيع او شهد على البيع او بارك لاحدهما في عقده او اذن للمشترى في الشراء او ضمن العهدة للمشترى

اقول: هنا مسائل (ا) لو كان الشفيع وكيلا لاحدهما في العقد فاوقعه قال الشيخ في المبسوط والخلاف لم تسقط شفعته وتبعه ابن ادريس لان ايجاد سبب الشفعة لا يوجب نفيها والاقوى عندى اختيار والدى في المختلف وهو عدم الشفعة لان رضاء المتعاقدين ثابت الى تمام العقد فقارن رضاه بالبيع القبول والاصل بقائه فبطلت (ب) اذا شهد على البيع قال الشيخ في النهاية بطلت شفعته وتبعه ابن حمزة وقال ابن ادريس لا تبطل الشفعة وقال والدى في المختلف ان وجدت دلالة على الرضا بالبيع بطلت

في عقده أوأذن للمشترى في الشراء أوضمن العهدة للمشترى أوشرطا له الخيار فاختار الامضاء ان ترتبت على اللزوم ولوجهلا قدر الثمن أوأخر المطالبة لبعده عن المبيع حتى يصل اليه اواعترف الشفيع بغصبية الثمن المعين اوتلفه قبل قبضه على اشكال

الشفعة (والتحقيق) ان مجرد سماعه العقد هو تحمل للشهادة فان طلب بلاتراخ لم تبطل والابطلت (ج) اذا بارك لهما اولا حدهما قال الشيخ في النهاية بطلت شفعته واختار الشيخ في المبسوط انه اذا سلم وبارك وعقبه بالطلب بلا تأخير لم تبطل والاقوى سقوط الشفعة وهو اختيار والدى في المختلف لانه يدل عرفا على الرضا بالبيع وقد وجد بعده فيسقط (د) اذا ضمن العهدة لاحدهما اختار الشيخ في المبسوط والخلاف عدم بطلان الشفعة وتبعه ابن ادريس واختار والدى في المختلف البطلان لدلالته على الرضا وهو الاقوى عندى ومتى تحقق التأخير مختارا بطلت الشفعة قطعاً .

قال دام ظله : اوشرطاله الخيار فاختار الامضاء ان ترتبت على اللزوم.

اقول: اذا شرط المتبايعان للشفيع الخيار فاختار امضاء البيع (هل) تسقط شفعته ام لا قال في المبسوط لايسقط لان سبب الشفعة اللزوم و اختيار السبب لا ينافي المسبب بل اذا كان السبب من فعل من يطلب المسبب و موقوفاً عليه فلا بد من ارادة السبب واتحاده حتى يثبت المسبب ولان استحقاق الشفعة متأخر عن لزوم البيع فاجازته قبل اللزوم كاذبة في البيع (وعلى الثانى) تسقط لان اجازة البيع بعده اسقاط للشفعة باجماع القائلين بهذا القول (وللنص) و(لتأخيرها) اختيارا فتبطل (بقى) علينا ان نبيّن الشفعة هل هى مترتبة على اللزوم اوعلى العقد (يحتمل) الاول من حيث انها معلولة للبيع فيتوقف لزومها على لزومه (ومن) حيث وقوع البيع ومجرده موجب للشفعة لعموم النص (والتحقيق) ان امضاء البيع هل هو شرط السبب اوالحكم .

قال دام ظله : اواتلفه قبل قبضه على اشكال .

اقول: اذا اعترف الشفيع بتلف الثمن المعين قبل قبضه قال الشيخ في المبسوط تبطل الشفعة لبطلان سببها ويحتمل عدمه لان الشفيع قد تعلق حقه قبل تجدد الفسخ والفسخ المتعقب للبيع الصحيح لايبطل الشفعة وهذا هو الاصح عندى وهذا فرع على

بطلت وتجوز الحيلة على الاسقاط بان يبيع بزياده عن (على-خل) الثمن ثم يدفع به عوضا قليلا أو يبرئه من الزائد أو ينقله بغير بيع كصلح أو هبة ولو قال الشفيع للمشترى بعني ما اشتريت او قايسمني بطلت ولو صالحه على ترك الشفعة بمال صح وبطلت الشفعة ولو كانت الارض مشغولة بالزرع فان أخذ الشفيع وجب الصبر وهل له الترك عاجلا والاخذ وقت الحصاد نظر ولو باع الشفيع نصيبه بعد العلم بالشفعة بطلت وللمشترى الاول الشفعة على الثانى ولو باع بعض نصيبه و قلنا بثبوتها مع الكثرة احتمل السقوط لسقوط بعض ما يوجب الشفعة و الثبوت لبقاء ما يوجب الجميع ابتداء فله اخذ الشقص من المشترى الاول وهل للمشترى الاول شفعة على الثانى فيه اشكال ينشأ من ثبوت السبب وهو الملك ومن تزلزله لانه يؤخذ بالشفعة اما لو باع الشفيع نصيبه قبل علمه ففى الابطال اشكال ينشأ من زوال السبب ومن ثبوته وقت البيع ، والشفعة موروثة كالمال على رأى سواء طالب الموروث اولا فللزوجة مع الولد الثمن ولو لم يكن وارث فهى للامام فان عفى أحد الوراث عن نصيبه لم تسقط وكان للباقين

المسئلة المتقدمة (من) انه اذا تلف الثمن المعين قبل قبضه هل تبطل ام لا .

قال دام ظله : وهل له الترك عاجلا والاخذ وقت الحصاد نظر .

اقول: ينشأ (من) انه لا ينتفع به قبل ذلك و يخرج الثمن فى يده فهو عذر فى التأخير (ومن) ان التأخير للمنفعة لا يوجب تأخير الشفعة كما لو بيعت ارض للزرع فى وقت لا ينتفع بها بل بعد شهر او شهرين لا تؤخر الشفعة الى او ان الانتفاع. و الاصح عندى انه لا يجوز تأخيرها لان الشفعة على خلاف الاصل و عموم ادلة فورية الشفعة .

قال دام ظله: والشفعة موروثة كالمال على رأى سواء طالب الموروث اولا،

اقول: هذا اختيار المفيد والسيد المرتضى والشيخ فى الخلاف وابن الجنيد لعموم آية الارث وقال الشيخ فى النهاية والخلاف وابن حمزة وابن البراج والطبرسى انها لا تورث لقول على عليه السلام لا تورث الشفعة (١) ولم يثبت.

---

(١) ئل ب ١٢ خبر ١ من كتاب الشفعة .

اخذ الجميع او الترك اما لوعفى الميت أوأ خرالطلب مع امكانه فانها تبطل و لو عفى أحد الوارثين وطالب الاخرفمات الطالب فورثه العافى فله الاخذ بالشفعة على اشكال ولومات مفلس وله شقص فباع شريكه كان لوارثه الشفعة ولو بيع بعض ملك الميت فى الدين لم يكن لوارثه المطالبة بالشفعة وكذا لو كان الوارث شريكا للموروث فبيع نصيب الموروث فى الدين ولو اشترى شقصامشفوعا ووصّى به ثم مات فللشفيع أخذه بالشفعة لسبق حقه ويدفع الثمن الى الورثة و بطلت الوصية لتعلقها بالعين لا البدل ولو وصّى لانسان بشقص فباع الشريك بعد الموت قبل القبول استحق الشفعة الورثة (و يحتمل) الموصى له ان قلنا انه يملك بالموت فاذا قبل الوصية استحق المطالبة لانا بنينا (تبينا ـ خل) ان الملك كان له ولا يستحق الورثة قبل القبول ولا الوارث لانا لانعلم أن الملك له قبل الرد (ويحتمل) مطالبة الوارث لان الاصل عدم القبول وبقاء الحق فاذا طالب الوارث ثم قبل الموصى له افتقر الى الطلب ثانيا لظهور عدم استحقاق الطالب (ويحتمل) أن المشفوع للوارث لان الموصى به

قال دام ظله: ولو عفى احد الوارثين وطالب الآخر فمات الطالب فورثه العافى فله الاخذ بالشفعة على اشكال.

اقول: ينشأ (من) انتقال الشفعة المستحقة لغير العافى اليه لان موروثه استحق حق الجميع بعد عفو العافى وهو حق موروث متجدد (ومن) سقوط شفعته لعفوه و انما يستحق غير ماعفى عنه باعتبار انه غيره لعدم العفو فلا يستحق نصيب غيره لاستلزامه التشقيص لانه كما يسقط حق الشريك فى جزء سقط حقه فى الكل ولانه رضى بشركة الشريك بعد البيع .

قال دام ظله : ولو اوصى الانسان بشقص فباع الشريك بعد الموت قبل القبول استحق الشفعة الورثة و يحتمل الموصى له ان قلنا انه يملك بالموت .

اقول: هذا يبنى على وقت ملك الموصى له وعلى وقت انتقال التركة الى الورثة وسيأتى .

انما انتقل اليه بعد أخذ الشفعة ولولم يطالب الوارث حتى قبل الموصى له فلاشفعة للموصى له لتأخرملكه عن البيع وفى الوارث وجهان مبنيان على من باع قبل علمه ببيع شريكه ولو اشترى المرتدعن فطرة فلا شفعة ان قلنا ببطلان البيع و عن غير فطرة تبثت الشفعة و لو قارض احد الشركاء الثلاثة آخرفاشترى من الثالث نصف نصيبه فلا شفعة لان أحدهما رب المال و الاخر عامل فان باع الثالث باقى نصيبه لا جنبى فالشفعة أخماسا لكل من المالك و العامل خمسان و لمال المضاربة الخمس بالسدس الذى له ان أثبتنا الشفعة مع الكثرة ولو باع أحد الثلاثة حصته من شريكه استحق الثالث الشفعة دون المشترى ويحتمل التسوية فان باع المشترى على اجنبى و لم يعلم الثالث بالبيعين فان أخذ بالعقد الثانى أخذ جميع ما فى يد مشتريه اذ لا شريك له فى الشفعة و ان أخذ بالاول أخذ نصف المبيع وهو السدس لان المشترى شريكه فيأخذ نصفه من المشترى الاول و نصفه من الثانى لان شريكه لما اشترى الثلث كان بينهما فاذا باع الثلث من جميع ما فى يده وفى يده ثلثان فقد باع نصف ما فى يده و الشفيع يستحق ربع ما فى يده و هو السدس فصار منقسما فى أيديهما نصفين فيأخذ من كل واحد منهما نصفه وهو نصف السدس ويرجع المشترى الثانى

قال دام ظله : ولو لم يطالب الوارث حتى قبل الموصى له فلاشفعة للموصى له لتأخير ملكه عن البيع وفى الوارث وجهان مبنيان على ان من باع قبل علمه ببيع شريكه .

اقول: يريد ان الوارث لم يطالب لعدم علمه وبالجملة لعذر يقتضى بقاء شفعته مع التأخير ومنشأ الوجهين (من) زوال المقتضى (ومن) وجود الاستحقاق وابقائه.

قال دام ظله: ولو باع احد الثلاثة حصته من شريكه استحق الثالث الشفعة دون المشترى ويحتمل التسوية.

اقول: وجه الاول عدم ثبوت الحق على نفسه للمستحق ولانها اضافة (ووجه) الثانى استوائهما فى الموجب ولانه لما جاز للشريك ان يملك المبيع بالخلطة دون الشراء فاولى ان يملكه بالخلطة مع الشراء .

على الاول بربع الثمن و تكون المسألة من اثنى عشرثم يرجع الى اربعة للشفيع النصف ولكل واحد الربع وان أخذ بالعقدين أخذ جميع ما فى يد الثانى وربع ما فى يد الاول فله ثلاثة أرباع ولشريكه الربع ويدفع الى الاول نصف الثمن الاول والى الثانى ثلاثة ارباع الثمن الثانى ويرجع الثانى على الاول بربع الثمن الثانى لانه ياخذ نصف ما اشتراه الاول و هو السدس فيدفع اليه نصف الثمن كذلك و قد صار نصف هذا النصف فى يد الثانى وهوربع ما فى يده فيأخذه منه ويرجع الثانى على الاول بثمنه وبقى المأخوذمن الثانى ثلاثه أرباع مااشتراه فاخذها منه ودفع اليه ثلاثة أرباع الثمن .

الفصل الخامس فى التنازع

لواختلفافى الثمن ولابينة قدم قول المشترى مع يمينه ولوأقاما بينةفالاقرب الحكم ببينة الشفيع لانه الخارج ولاتقبل شهادة البايع لاحدهما ويحتمل القبول على

الفصل الخامس فى التنازع

قال دام ظله: لواختلفا فى الثمن ولابينة قدم قول المشترى مع يمينه ولواقاما بينة فالاقرب الحكم ببينة الشفيع لانه الخارج .

اقول: هذا قول ابن ادريس وقال الشيخ فى الخلاف والمبسوط البينة بينة المشترى وهو الاصح عندى وقال ابن الجنيد البينة على الشفيع فى قدرالثمن اذالم يقرله بالشفعة فان اقرّ بها المشترى كانت البينة فى قدرالثمن عليه والاكانت يمين الشفيع انه لايستحق عليه زيادة على مايقرله بهمن الثمن (ووجه) القرب انه الخارج ولان بينة الشفيع ملزمة وبينة المشترى غيرملزمة لان الشفيع لوترك ترك فكان الملزوم اولى (واحتج) بان بينة المشترى تثبت زيادة الثمن والبينات ترجح بكثرة الاثبات و يحتمل التعارض لان النزاع وقع فيما وقع عليه العقد ولادلالة لليد عليه ولانه نزاع فى العقد وهومبنى على التحالف عند التخالف فى كمية الثمن .

قال دام ظله : ولاتقبل شهادة البايع لاحدهما ويحتمل القبول على

الشفيع مع القبض وله بدونه ولوكان الاختلاف بين المتبايعين و أقاما بينة فالاقرب الحكم ببينة المشترى ويأخذالشفيع به ولولم تقم البينة حلف البايع فيتخير الشفيع بين الاخذ به والترك والاقرب الاخذ بما ادعاه المشترى وكذا لواقام البايع البينة ولو قال المشترى لاأعلم كمية الثمن كلف جوابا صحيحاولو قال انسيته او اشتراه

الشفيع مع القبض و له بدونه .

اقول: وجه عدم القبول مطلقا ان قلة الثمن يوجب قلة الدرك عليه وكثرته توجب بطلان البيع باستحقاق الزيادة مع الشراء بالعين ويرجع الى عينه فالشفيع ينكره ففى الموضعين يجر نفعاً (ووجه القبول) على الشفيع مع القبض اقراره بزيادة الدرك عليه فلاتهمة و ما ذكره اولا لايقصد عقلا فى ضمن هذه الدورة و اختاره بالنسبة الى هذا المحذور (ووجه القبول له) مع عدمه لانه مدخل للضرر على نفسه والدرك انماهو للمقبوض .

قال دام ظله : ولو كان الاختلاف بين المتبايعين واقاما بينة فالاقرب الحكم ببينة المشترى ويأخذ الشفيع به .

اقول: قال الشيخ فى المبسوط يحكم بالقرعة فمن خرج اسمه حكم له و اخذ الشفيع بذلك الثمن ووجه القرب اما مع القول بان القول قول البايع مع بقاء العين فظاهر و اما على التفاسخ مع اليمين و هو اختيار المصنف فلانها مخالفة للاصلين انتقال الملك اليه ورضاء البايع بهذا العوض وبينة البايع يخالف اصلا واحداً وهو عدم رضاء المشترى بالزيادة ويأخذ الشفيع به لانه انما يأخذ من المشترى و يدفع اليه الثمن فيحكم عليه باقراره وهو يدعى كذب بينة البايع .

قال دام ظله : ولولم تقم بينة حلف البايع فيتخير الشفيع بين الاخذ و الترك والاقرب الاخذ بما ادعاه المشترى وكذا لواقام البايع البينة

اقول: وجه القرب ان المشترى اعترف بان البايع بالزيادة ظلمه فلا يظلم بها (ويحتمل) ضعيفاً اخذه بما حلف عليه البايع اواقام عليه البينة لانه قد ثبت شرعاً انه الثمن وان العقد وقع عليه فلواوجب الشارع غيره لتضاد الحكمان .

وكيلي ولااعلم به‌حلف وبطلت الشفعةولواختلفا فيقيمة العوض المجعول ثمناعرض على المقومين فان تعذر قدم قول المشترى على‌اشكال ولواختلفا فى‌الغراس‌أوالبناء فقال المشترى انا احدثته و انكرالشفيع قدم قول المشترى لانه ملكه و الشفيع يطلب تملكه عليه ولوادعى انه باع نصيبه على اجنبى فانكرالاجنبى قضى للشريك بالشفعة بظاهرالاقرار على‌اشكال وللشفيع دون‌البايع على‌اشكال احلاف المشترى

قال‌دام‌ظله : ولو اختلفا فى قيمة العوض المجعول ثمناً عرض على المقومين فان تعذرقدم قول المشترى على اشكال .

اقول: ينشأ من‌اخذ الملك منه‌قهراً فلايقهرعلى‌العوض‌ايضاً(ومن) الاصل.

قال‌دام‌ظله : ولوادعى‌انه باع‌نصيبه على اجنبى فانكرالاجنبى قضى للشريك بالشفعة بظاهرالاقرارعلى‌اشكال .

اقول: قال‌الشيخ فى‌الخلاف‌والمبسوط ثبتت الشفعة لقوله‌عليه‌السلام اقرارالعقلاء على انفسهم جائز(١) وقد اقرباستحقاقها فى ملكه و قال ابن ادريس لاتثبت الشفعة لعدم ثبوت البيع و هذا الاختلاف ثابت على تقديرادعائه عدم قبض الثمن و على تقدير اعترافه بقبضه لكن مع اعترافه بقبض الثمن عدم الشفعة اظهرلاستحالة اخذه من غير ثمن و البايع لايستحقه لاعترافه بقبضه و المشترى لايستحقه لانكاره البيع واستحالة استحقاق بيع‌غيرهما (ويحتمل) ان‌يقال يقبضه الحاكم و مع عدم اعترافه بقبض الثمن ثبوت الشفعة اظهر لاعترافه باستحقاق اخذ الملك من‌يده ودفع الثمن اليه‌قصاصاً لانه عوض ملكه.

قال‌دام‌ظله :وللشفيع دون‌البايع على‌اشكال‌احلاف المشترى.

اقول : لاشك فى احلاف الشفيع للمشترى اما لاثبات الشفعة على قول ابن ادريس فى‌المسئلة المتقدمة اوالدرك على‌قول الشيخ واما البايع فمنشأ الاشكال‌من حيث ان‌قصده حصول الثمن و هويحصل من الشفيع بغير يمين فلافائدة فى‌احلاف المشترى وكلما انتفت فائدةاليمين لم‌يجب‌الاحلاف اما الاولى فلان البيع‌استحقاق المشترى العين واستحقاق البايع الثمن‌ولايحلف البايع على نفى حق المشترى بل

---

(١)مستدرك ب٣ خبر١ من‌ابواب بيع‌الحيوان.

ولوادعى تأخير شراء شريكه فالقول قول الشريك مع يمينه ويكفيه الحلف على عدم استحقاقه الشفعة ولوادعى كل منها السبق تحالفا مع عدم البينة و لايكفى البينة على الشراء المطلق فان شهدت بتقدم أحدهما قبلت ولوشهدت بينتان لكل منهما بالسبق (احتمل) التساقط والقرعة ،ولوادعى الابتياع وادعى الشريك الارث واقاما بيّنة قيل يقرع والاقرب الحكم ببينة الشفيع . ولوصدق البايع الشفيع لم تثبت و كذا ان أقام الشفيع بيّنة انه كان للبايع ولم يقم الشريك بيّنة بالارث لانها لم تشهد بالبيع واقرار البايع لايقبل لانه اقرار على الغير ولا تقبل شهادته عليه وليست الشفعة من حقوق العقد فيقبل فيها قول البايع و لوادعى الشريك الايداع وأقاما بيّنة قدمت بينة الشفيع لعدم التنافى بين الايداع و

على نفى حقه وهوالثمن فلماحصل الثمن انتفت فائدة اليمين (واما) الكبرى فظاهرة (ومن) انه ادعى على شخص حقا فيحتاج نفيه عنه الى اليمين ولانه يريد جعل درك الثمن عليه والمشترى ينفيه فلابدمن اليمين وهواختيار الشيخ ولانه لودفع اليه مادفع الشفيع اليه وجب قبضه (واعلم) انه لابد من اليمين على قول ابن ادريس لعدم ثبوت الشفعة فلا يحصل له الثمن و هذا البحث انما يتأتى مع اطلاق الثمن و كونه مثلياً امامع تعيينه او كونه من ذوات القيم فللبايع احلاف المشترى قطعاً و انما جعل درك الشفيع على البايع هنالانه اخذ منه بسببه ولاتأثير للمدعى عليه بالشراء فيه.

قال دام ظله: ولو شهدت بينتان لكل منهما بالسبق احتمل التساقط والقرعة

اقول: وجه الاول عدم اولوية التقديم و استحالة الترجيح من غير مرجح و .متناع العمل بهما (ووجه) الثانى انه مشكل والاولى التساقط والتحالف .

قال دام ظله : ولوادعى الابتياع وادعى الشريك الارث واقاما بينة قيل يقرع والاقرب الحكم ببينة الشفيع .

اقول: الاول قول بعض الفقهاء لاعتضادها بالاصل و لانه ليس بمجرد انكار بل هودعوى زائدة ووجه القرب انه تبرع الملك فهو مخالف للاصل فيكون اقرب الى المدعى ومدعى الارث اقرب الى المنكر والاقوى عندى ماهو الاقرب عند المصنف

الابتياع نعم لوشهدت البيّنة بالابتياع مطلقا والاخرى ان المودع اودعه ما هوملكه فى تاريخ متأخر قيل قدمت بينة الايداع لانفرادها بالملك ويكاتب المودع فان صدق بطلت الشفعة والاحكم للشفيع ولوشهدت بينة الشفيع أن البايع باع وهو (ماهو خل) ملكه وبينة الايداع مطلقا قضى للشفيع من غير مراسلة لانتفاء معناها ويطالب مدعى الشفعة بالتحرير بان يحدد مكان الشقص و يذكر قدره و كمية الثمن فان قال الخصم اشتريته لفلان سئل فان صدق ثبتت الشفعة عليه وان قال هو ملكى لم اشتره انتقلت الحكومة اليه وان كذّبه حكم بالشفعة على الخصم على اشكال، وان كان المنسوب

قال دام ظله : نعم لوشهدت البينة بالابتياع مطلقا والاخرى ان المودع اودعه ماهوملكه فى تاريخ متأخر قيل قدمت بينة الايداع لانفرادها بالملك ويكاتب المودع فان صدق بطلت الشفعة والاحكم للشفيع .

اقول: قوله قيل اشارة الى قول الشيخ فى المبسوط (ووجه) قوله ان ملكية البايع المتأخرة عن البيع منافية للحكم بالبيع الآن فى ذلك التاريخ وقد ثبت بالبينة وملكيته التى هى شرط فى البيع حال البيع لم تثبت لان التقدير ان البينة شهدت بالبيع مطلقا اى من غير تقييد بملكيته فالشرط غير معلوم والمانع ثابت معلوم فلايحكم بالبيع ولان الشفعة ملك قهرى يبنى على الاحتياط التام لان الاصل ان ملك المسلم لاينتقل عنه الا باخباره فهى على خلاف الاصل فلايحكم بها الابتيقن ثبوت سببها ولم يحصل وقد استضعفه المصنف لان الشهادة بالملك المتأخر تنفى البيع السابق ولجواز بنائهم على الظاهر و هو اصالة بقاء الملك لعدم علمهم بالبيع فانه قد يخفى فيقدم بينة البيع ولانها ناقلة عن الاصل وبينة الايداع مقررة له والناقلة عن الاصل مقدمة على المقررة له كما تقرر فى الاصول وهو الاقوى عندى .

قال دام ظله : و ان كذبه حكم بالشفعة على الخصم على اشكال .

اقول: من حيث انتفائه عنه باقراره (ومن) حيث اعترافه بالشراء و تكذيب المنسوب اليه والاقرب الاخذ بالشفعة لاعترافه باستحقاق الاخذ من يده وتسليم الثمن الى الحاكم .

اليه غايبا انتزعه الحاكم ودفعه الى الشفيع الى أن يحضر الغايب ويكون على حجته اذا قدم ، وان قال اشتريته للطفل وله عليه ولاية (احتمل) ثبوت الشفعة لانه يملك الشراء له فيملك اقراره فيه(والعدم) لثبوت الملك للطفل ، والشفعة ايجاب حق فى مال الصغير باقرار وليّه فان اعترف بعد اقراره بالملكية للغايب أو للطفل بالشراء لم تثبت الشفعة ولو ادعى الحاضر من الشريكين على من فى يده حصة الغايب الشراء من الغايب فصدقه احتمل ثبوت الشفعة لانه اقرار من ذى اليد وعدمه لانه اقرار على الغير فان قدم الغايب و انكر البيع قدّم قوله مع اليمين و انتزع الشقص و طالب بالاجرة من شاء منهما ولا يرجع احدهما على الاخر ، و لو انكر المشترى ملكية الشفيع افتقر الى البينة وفى القضاء له باليد اشكال فلو قضى له بالنصف الذى ادعاه فى يده مع مدعى الكل باليمين لم يكن له الشفعة لو باع مدعى الكل الا بالبينة ان لم يقض باليد ، و لو ادعى كل من الشريكين السبق فى الشراء سمع من المدعى اولا فان لم يكن بينة حلفنا المنكر فان نكل حلّفنا المدعى وقضى له ولم تسمع دعوى الاخر لان خصمه قد استحق ملكه ، ولو اختلف المتبايعان فى الثمن وأوجبنا التحالف اخذه الشفيع بما حلف عليه البايع لا بما حلف المشترى لان للبايع فسخ البيع فاذا أخذه بما قال المشترى منع منه فان رضى المشترى باخذه بما قال البايع جاز وملك الشفيع اخذه بما قال المشترى فان عاد المشترى وصدق البايع وقال كنت غالطا فهل للشفيع اخذه بما حلف عليه الاقرب ذلك ولو ادعى على أحد و ارثى الشفعة العفو

قال دام ظله : ولو انكر المشترى ملكية الشفيع افتقر الى البينة وفى القضاء له باليد اشكال.

اقول: ينشأ (من) وضع الشارع اياها علامة على الملكية وسبباً ايضاً (ومن) ضعفها فلا يؤخذ ملك الغير بها لافتقارها الى عدم المعارض .

قال دام ظله : ولو اختلف المتبايعان فى الثمن واوجبنا التحالف (الى قوله) الاقرب ذلك .

اقول: تقرير هذه المسئلة انه اذا اختلف البايع والمشترى فى كمية الثمن

فشهد له الاخر لم يقبل فان عفى واعاد الشهادة لم تقبل لانها ردت للتهمة ولو شهدا بتداء بعد العفو قبلت ولو ادعى عليهما العفو فحلفا ثبتت الشفعة ، ولو نكل احدهما فان

وقلنا بالتحالف و فسخ البيع بالتحالف لم تبطل الشفعة لانه فسخ متجدد والاختلاف قبل اخذ الشفيع فيأخذ من البايع هنا ودركه عليه لانه اعترف باستحقاق اخذه بذلك الثمن الذى ادعاه و لايسقط حقه من العين بسقوط حق المشترى منها وانما يأخذه بما حلف عليه البايع والالم يكن فى احلافه فائدة لان فائدته نفى الثمن الذى قاله المشترى فاذالم يحصل له الاهو انتفى تأثير يمين البايع فلافسخ حينئذ هذا خلف ـ فان رضى المشترى باخذه لماقال البايع قبل تمام التحالف جاز ولايمين حينئذ ويأخذه الشفيع هنا من المشترى بما قال المشترى اولا لا عترافه بان الثمن هو الناقص و البايع ظالم بأخذه الزيادة فان عاد المشترى اى رجع عن دعواه وصدق البايع قبل حلف البايع حكم على المشترى باعترافه بصحة البيع فللشفيع اخذه حينئذ بما حلف عليه المشترى اى بما ادعاه فهذا عندى لايحتمل غيره وقال والدى انه الاقرب (ووجه القرب) قوله عليه السلام اقرار العقلاء على انفسهم جائز (۱) وقول المشترى اقرار على الغير اعنى الشفيع فلايسمع ويحتمل بما قال ثانيا لثبوته باقراره ودعواه الغلط فى الاولى وهو امر ممكن فلايدخل عليه ضرران الشفعة و نقص الثمن مع امكان صدقه ولان الاصل ان لاينتقل ملك الشخص عنه الابقوله وعلى القول بانتفاء الشفعة مع التحالف والتفاسخ يرجح بما قال ثانيا لان قوله الثانى سبب فى ثبوت الشفعة وثبوت الفرع ينافى نفى الاصل وانما قال كنت غالطا لانه لو قال كذبت لم يسمع قطعا واخذ بما قال اولا وقوله بما حلف عليه لايوهم اشتراط الحلف لان عنوان الموضوع ليس بشرط فى الحكم لانه يصدق كل نائم مستيقظ فى الجملة وانما ذكروا تحالف البايع والمشترى ولم يذكروا تحالف المشترى والشفيع لان كلا من البايع والمشترى مدع ومنكر فيحلف كل منهما من حيث هو مدعى عليه وليس كذلك المشترى والشفيع بل الشفيع مدع لاغير والمشترى مدعى عليه لاغير فاختص بالتحليف ولان البايع والمشترى مباشران للعقد والاحتمال فى قولهما على السواء

---

(۱) مستدرك ب۳ من ابواب بيع الحيوان .

صدّق الحالف الناكل فی عدم العفو فالشفعة لهما و یاخذ الناکل بالتصدیق لا بیمین غیره ودرکه علی المشتری وان کذبه احلف الناکل له و لا یکون النکول مسقطا لان ترك الیمین عذر علی اشکال فان نکل قضی للحالف بالجمیع و ان شهد اجنبی بعفو أحدهما فان حلف بعد عفو الاخر بطلت الشفعة والّا اخذ الاخر الجمیع ، و لو شهد البایع بعفو الشفیع بعد قبض الثمن قبلت ، ولو قال احد الوارثین للمشتری شراؤك باطل وقال الاخر صحیح فالشفعة باجمعها للمعترف بالصحة و کذا لو قال انما اتهبته اوورثته وقال الآخر اشتریته ، ولو ادعی المتبایعان غصبیة الثمن المعین لم ینفذ فی حق الشفیع بل فی حقهما ولا یمین علیه الّا أن یدعی علیه العلم ، ولو اقر الشفیع و المشتری خاصة لم تثبت الشفعة وعلی المشتری رد قیمة الثمن علی صاحبه و یبقی الشقص معه بزعم أنه للبایع و یدعی وجوب رد الثمن و البایع ینکرهما فیشتری الشقص منه اختیاراً ویتباریان فللشفیع فی الثانی الشفعة ، ولو أقر الشفیع و البایع خاصة رد البایع الثمن علی المالك و لیس له مطالبة المشتری ولا شفعة و لو ادعی ملکا علی اثنین فصدقه أحدهما فباع حصته علی المصدق فان کان المکذب نفی الملك عنه فلا شفعة وان نفی دعواه عن نفسه فله الشفعة .

والشفیع اجنبی عن العقد فتصدیق المباشر اولی ولرجوع المشتری مع التحالف الی الثمن والبایع الی المستحق ولو تحالف الشفیع و المشتری لم یرجع الشفیع الی شیء فلا فائدة فی تحلیفه ولو اختلفا بعد قبض المشتری و اخذ الشفیع فاذا تحالفا اقرّت العین فی ید الشفیع ورجع البایع علی المشتری بقیمته بعد الفسخ یوم قبضه

قال دام ظله: وان کذبه احلف الناکل له فلا یکون النکول مسقطا لان ترك الیمین عذر علی اشکال .

اقول: ینشأ (من) جوازها علی الصدق ـ و کراهتها للحظر.

المقصد الثالث

فی احیاء الموات

المشترکات اربعة ینظمها اربعة فصول (**الاول**) الاراضی والمیّت منها یملك بالاحیاء ونعنی بالمیّت ما خلاعن الاختصاص ولا ینتفع به امالعطلته لانقطاع الماء عنه اولا ستیلاء الماء علیه اولاستیجامه اولغیر ذلك وهو للامام علیه السلام خاصة لا یملکه الآخذ وان أحیاه مالم یأذن له الامام فیملکه ان کان مسلما بالاحیاء والا فلا واسباب الا ختصاص ستة

(**الاول**) العمارة فلا یملك معمور بل هو لمالکه وان اندرست العمارة فانها ملك لمعین اوللمسلمین الا ان تکون عمارة جاهلیة ولم یظهر انها دخلت فی ید المسلمین بطریق الغنیمة فانه یصح تملکها بالاحیاء ، ولافرق فی ذلك بین الدارین الاان معمور دارالحرب یملك بما یملك به سائر أموالهم ومواتها التی لایذبّ المسلمون عنها فانها تملك بالاحیاء للمسلمین و الکفار بخلاف موات الاسلام فان الکافر لا یملکها بالاحیاء ، ولو استولی طائفة من المسلمین علی بعض مواتهم ففی اختصاصهم بها من دون الاحیاء نظر ینشأ (من) انتفاء اثر الا ستیلاء فیما لیس بمملوك ، و کل ارض لم یجر علیها ملك لمسلم فهی للامام وما جری علیها ملك مسلم فهی له وبعده لورثته وان لم یکن لها مالك معین فهی للامام ولا یجوز احیاؤها الا باذنه فان بادر وأحیاها بغیر

المقصد الثالث فی احیاء الموات

قال دام ظله : ولو استولی طائفة من المسلمین علی بعض مواتهم ففی اختصاصهم بها من دون الاحیاء نظر ینشأ (من) انتفاء اثر الاستیلاء فیما لیس بمملوك .

اقول: (ومن) ان اراضیهم المحیاة تملك بالاستیلاء فالموات اولی بان تفید الاختصاص فیها ولان الاستیلاء ابلغ من التحجیر والاصح الاول فان الموات لاتملك الا بالاحیاء .

اذنه لم يملكها وان كان غايبا كان أحق بها مادام قائما بعمارتها فان تركها فبادت آثارها فاحياها غيره كان الثاني أحق (بها-خ) و للامام بعد ظهوره رفع يده ، و ما هو بقرب العامر من الموات يصح احياؤه اذا لم يكن مرفقا للعامر ولا حريما **(الثاني)** اليد فكل ارض عليها يد مسلم لاتصح احياؤها لغير المتصرف **(الثالث)** حريم العمارة فاذا قرر البلد بالصلح لاربابه لم يصح احياء ما حواليه من الموات من مجتمع النادي ومرتكض الخيل ومناخ الابل ومطرح القمامة و ملقى التراب ومرعى الماشية وما يعد من حدود مرافقهم و كذا سائر القرى للمسلمين والطريق والشرب وحريم البئر والعين ويجوز احياء ما قرب من العامر مما لا يتعلق به مصلحته، وحد الطريق لمن ابتكر ما يحتاج اليه في الارض المباحة خمس اذرع وقيل سبع فيتباعد المقابل ذلك ، وحريم الشرب مقدار مطرح ترابه و المجاز على طرفيه و لو كان النهر في ملك الغير فتداعيا الحريم قضي له مع يمينه على اشكال ، وحريم بئر المعطن اربعون

قال دام ظله: وحد الطريق لمن ابتكر ما يحتاج اليه في الارض المباحة خمس اذرع وقيل سبع .

اقول: الاول قول كثير من الاصحاب واختاره المصنف هنا وابو القاسم نجم الدين بن سعيد ، وقال الشيخ في النهاية وهو سبع اذرع واختاره ابن ادريس والمصنف في المختلف وهو الاصح عندي (لنا) رواية مسمع بن عبد الملك عن الصادق عليه السلام قال قضى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم (الى ان قال) والطريق اذا تشاح عليه اهله فحده سبع اذرع(١) و كذا في حديث السكوني عن الصادق عليه السلام (٢) (احتج الاولون) باصالة عدم الزائد

قال دام ظله : ولو كان النهر في ملك الغير فتداعيا الحريم قضي له مع يمينه على اشكال .

اقول: معنى الحريم هو الموضع القريب من موضع معمور يتوقف الانتفاع بذلك المعمور عليه و لايد لغير مالك المعمور عليه ظاهرا فهو حريم لذلك الموضع المعمور ، فاذا كان النهر في ملك الغير وتداعيا الحريم ففي تقديم ايهما اشكال ينشأ

---

(١) ئلب ١٠ خبر٥ من كتاب احياء الموات .

(٢) ئلب ١٠ خبر٤ من كتاب احياء الموات .

ذراعا والناضح ستون و العين الف في الرخوة وخمسمائة في الصلبة ، وحريم الحائط في المباح مقدار مطرح ترابه لواستهدم و للدار مطرح ترابها ومصب الميزاب والثلج والممر في صوب الباب هذا في الموات ولا حريم في الاملاك لتعارضها ولكل واحد أن يتصرف في ملكه كيف شاء ولو تضرر صاحبه فلا ضمان فلو جعل ملكه بيت حداد اوقصار اوحمام على خلاف العادة فلا منع ولو غرس في ارض احياها مايبرز اغصانه أوعروقه الى المباح لم يكن لغيره احياؤه وللغارس منعه وان كان في مبدء الغرس **(الرابع)** أن يكون مشعرا للعبادة كعرفة ومنى وجمع وان كان يسيراً لايمنع المتعبدين **(الخامس)** التحجير وهو بنسب المروز او التحويط بحائط اوبحفر ساقية محيطة أو ادارة التراب حول الارض اواحجار ولايفيد ملكا فان الملك يحصل بالاحياء لا بالشروع فيه ، و التحجير شروع في الاحياء بل يفيد اختصاصا واولوية فان نقله الى غيره صار احق به و كذا الومات فوارثه أحق به فان باعه لم يصح بيعه على اشكال ويملك به التصرف وللمنع من يروم احياءه فان قهره فاحياها لم يملك ثم المحجر ان أهمل العمارة اجبره الامام على الاحياء اوالتخلية عنها فان امتنع اخرجها السلطان من يده فان بادر اليها من احياها لم يصح مالم يرفع الامام يده اويأذن في الاحياء **(السادس)** اقطاع الامام وهو متبع في الموات فلا يجوز احياءه وان كان مواتا خاليا من التحجير كما اقطع النبى

(من) تعارض الحق والملك و الملك اقوى (ومن) توقف غاية الملك على الحريم فيساويه (ولان) الاصل عدم استحقاق حق في ملك لغير مالكه و كلام مالك الملك يوافق الاصل ودعوى مستحق النهر تخالف الاصل فهو المدعي والاول هو المنكر (و من) حيث ان الحريم لازم للنهر لاينفك عنه غالباً و كلام مدعيه يوافق الظاهر لان ثبوت الملزوم يستلزم ثبوت اللازم فمالك الارض يدعي خلاف الظاهر والاشكال هنا ينشأ (من) تفسير المدعى من هو ؛ ولو كان الاختلاف بينهما في ملكية ارض الحريم فصاحب النهر هو ذواليد لان اليد على ذى الحريم يد على الحريم ولان باحياء ذى الحريم يملك الحريم على الاقوى فيقدم قول مدعى الحريم لانه ذو يد .

صلى الله عليه وآله بلال بن الحرث العقيق فلما ولي عمر قال له ما اقطعته لتحجنه (١) (لتحجبه ـ خ ل) فاقطعه الناس (٢) وأقطع أرضا بحضر موت واقطع الزبير حضر فرسه فاجرى فرسه حتى قام فرمى بسوطه (٣) وهو يفيد الاختصاص وليس للامام أقطاع ما لا يجوز احياؤه كالمعادن الظاهرة على اشكال وفي حكم الاقطاع الحمى وهو منع الامام الناس عن رعي كلاء ما حماه في الارض المباحة ليختص به دونهم كما حمى النبي صلى الله عليه وآله وسلم

قال دام ظله: وكذا لو مات فوارثه احق فان باعه لم يصح بيعه على اشكال.

اقول: اى لو باع المحجر و منشأ الاشكال (من) ان الارض المفتوحة عنوة تباع بمجرد الاولوية تبعاً للاثار فكذا هنا (ومن) عدم الملك بل انما هو ملك الملك وليس حكمه حكمه والاقوى الثاني .

قال دام ظله : ولا يجوز للامام(ع) اقطاع ما لا يجوز احياءه كالمعادن الظاهرة على اشكال .

اقول: ينشأ (من) وجوه (ا) اختلاف الاصحاب هنا فقال بعضهم انها مملوكة للامام عليه السلام ، و هو اختيار المفيد ، و سلار و اذا كانت له فله ان يقطعها ، و قال آخرون المسلمون فيها مشتركون لا يجوز منع بعضهم عن حقه ، وقال ابن ادريس المعادن التي في ملكه عليه السلام له فله ان يقطعها وغيرها فلا (ب) قوله تعالى **«خلق لكم ما في الارض جميعا (٤)** اضاف الكل الى الكل بالاستحقاق و يقتضي الاشتراك والاصل في المباحات الاشتراك فلا يجوز التخصيص الا بنص وليس هنا وقيل بل اضاف الكل الى كل واحد والامام عليه السلام هو ولي المسلمين و والي المصالح فله التخصيص كالحمى والاقطاع في الموات فهو بيان مصرف ومنع بل هو تزاحم حقوق فلا تخصيص (ج) من ان الاستحقاق بحسب المصلحة والاحتياج فهو منوط بنظر الامام عليه السلام فجاز له

---

(١) حجنت الشيء و احتجنته اذا جذبته بالمحجن الى نفسك ـ المحجن كالصولجان ـ صحاح .

(٢) والحديث في سنن ابي داود (ج ٣) باب في قطاع الارضين

(٣) المستدرك ب ١٢ خبر ٤ من كتاب احياء الموات .

(٤) البقرة ـ ٢٧

النقیع وللامام ان یحمی لنفسه ولنعم الصدقة و الضوال ،ولیس لغیره ذلك ولایجوز نقض ماحماه الامام ولاتغییره ومن احیی منه شیئا لم یملکه مادام الحمی مستمرا فان کان الحمی لمصلحة فزالت فالوجه جواز الاحیاء .

الفصل الثانی

المنافع و هی الطرق والمساجد و الوقوف المطلقة کالمدارس و الربط و المشاهد وفائدة الطرق الاستطراق و الجلوس غیر المضر بالمارة فان قام بطل حقه وان کان بینة العود قبل استیفاء غرضه فلیس له دفع السابق الی مکانه ولوجلس للبیع و الشراء فی الاماکن المتسعة فالاقرب الجواز للعادة فان قام و رحله باق فهواحق به فان رفعه بنیة العود فالاقرب بطلان حقه وان استضر بتفریق معامله ولو

التخصیص (ومن) ان شخصاً طلب من النبی صلی الله علیه وآله وسلم ان یقطعه ملحاً عینه بموضع شخصه فقیل انه کالماء العد(۱) فقال صلی الله علیه وآله فلاذن فهذا هوالاقوی عندی .

قال دام ظله : ومن احیا منه شیئاً لم یملکه مادام الحمی مستمراً فان کان الحمی لمصلحة فزالت فالوجه جواز الاحیاء .

اقول: وجه الجواز زوال سبب المنع (ووجه المنع) ان التغیر انما یکون بالاجتهاد ولایجوز تغیر ما فعله الامام بالاجتهاد ولان الحمی لایثبت بمجرد المصلحة بل بحکم الامام فلا یزول الا به لامتناع مناطیة الاحکام بالمصالح .

قال دام ظله: ولوجلس بالبیع والشراء فی الاماکن المتسعة فالاقرب الجواز للعادة .

اقول: و یحتمل عدمه لان شرع الطریق لمصلحة الاستطراق فلا تستعمل فی غیرها والاقوی الاول .

قال دام ظله : فان قام ورحله باق فهو احق به فان رفعه بنیة العود فالاقرب بطلان حقه .

---

(۱) العد بالعین المکسورة المهملة والدال المکسورة المشددة قال الجوهری فی الصحاح هوالماء الذی لمادة لاینقطع کماء العین والبئر والجمع الاعداد ـ من حاشیة بعض نسخ القواعد .

ضاق على المارة او استضربه بعضهم منع من الجلوس ، وليس للسلطان اقطاع ذلك ولااحيائه ولاتحجيره وله ان يظلل على نفسه بمالاضرر فيه من بادية وثوب وليس له بناء دكة ، ولواسبق اثنان فالاقرب القرعة ، واما المسجد فمن سبق الى مكان فهو احق به فاذاقام بطل حقه وان قام لتجديد طهارة أو ازالة نجاسة أونوى العود الان يكون رحله باقيافيه ، ولو استبق اثنان و لم يمكن الاجتماع اقرع ولا فرق بين ان يعتاد جلوس موضع منه لقرائة القرآن اولتدريس العلم اولا ، اما المدارس والربط فمن سكن بيتا ممن له السكنى لم يجز ازعاجه وان طال زمانه مالم يشترط الواقف مدة معينة فيلزم بالخروج عند انقضائها ، ولوشرط على الساكن التشاغل بالعلم أو قرائة القرآن اوتدريسه فاهمل أخرج وله ان يمنع من المشاركة فى السكنى مادام على السفة فان فارق لعذر أوغيره بطل اختصاصه وهل يصير اولى ببقاء رحله اشكال .

اقول: وجه القرب انه لايملك وسبب الاولوية التصرف وقدزال (و من) انه ربما يتضرر بتفريق المعاملين والاول اقوى .

قال دام ظله : وليس له بناء دكة ولواستبق اثنان فالاقرب القرعة .

اقول : وجه القرب من حيث انه امرمشكل ولعدم الترجيح واستحالته بلا مرجح والمانع من كل منهما ثبوت حق الاخر فلو ارتفعا لثبتا و يستحيل اجتماعهما فتعيّنت القرعة (ومن) انها لتعيين المعين فى نفس الامر المشتبه عندنا لانها كاشفة و ليس احدهما متعيناً فى نفس الامر والاقوى عندى القرعة و نمنع انحصارها فى تعيين (تمييز ـ خ ل) المشتبه الثابت فى نفس الامر بل قد تكون للترجيح لرفع التنازع وهوالمطلوب للشارع .

قال دام ظله : وهل يصير اولى ببقاء رحله اشكال .

اقول: البحث هنا فى المدارس ومنشأ الاشكال (من) حيث انه رحله قد وضع بحق فلا يزول و(من) انه لم توضع المدرسة لوضع الرحل بل كون الرحل فيه تابع لكونه فيه فاذا زال المتبوع عادة لم يبق اثر للتابع .

الفصل الثالث

المعادن وهى قسمان ظاهرة وباطنة (أما الظاهرة) و هى التى لايفتقر فى الوصلة اليها الىمؤنة كالملح والنفط والكبريت والقار والموميا والكحل والبرام و الياقوت فهذه للامام يختص بها عند بعض علمائنا ، و الاقرب اشتراك المسلمين فيها فحينئذ لايملك بالاحياء ولايختص بها المحجر ولايجوز اقطاعها ولايختص المقطع بها و السابق الى موضع منه لايزعج قبل قضاء و طره فان تسابق اثنان اقرع مع تعذر الجمع ويحتمل القسمة وتقديم الاحوج ولو كان الىجنب المملحة ارض موات فحفر

الفصل الثالث فى المعادن

قال دام ظله : اما الظاهرة وهى التى لا تفتقر فى الوصول اليها الى مؤنة كالملح والنفط والكبريت والقار والموميا والكحل والبرام(١) والياقوت فهذه للامام عليه السلام يختص بها عند بعض علمائنا والاقرب اشتراك المسلمين فيها .

اقول: (ذهب) ابن البراج فى المهذب الى ان جميع المعادن من الانفال وهى للامام عليه السلام و ذهب المفيد ايضاً الى ان المعادن مطلقا من الانفال (و ذهب) ابن ادريس الى ان المعادن التى فى ملكه خاصة كبطون الاودية للامام عليه السلام و ما هو فى ارض المسلمين ويد مسلم عليه فلا يستحقه عليه السلام (و ذهب)الشيخ فى المبسوط الى ان المعادن الظاهرة يشترك المسلمون فيها وليس للسلطان ان يقطعه بل الناس كلهم فيها سواء ويأخذون منه قدر حاجتهم ولاخلاف فى ان ذلك لايملك وهوالذى اختاره والدى هنا وهو الحق .

قال دام ظله : فان تسابق اثنان اقرع مع تعذر الجمع ويحتمل القسمة وتقديم الاحوج .

اقول اذا ازدحم اثنان فى معدن ولم يمكن الجمع بينهما فلكل منهما حق الانتفاع فان سبق احدهما قدم اجماعاً والاقوى بقدر حاجته لقول النبى صلى الله عليه وآله وسلم من

---

(١)البرام بضم الباء معدن يعمل منه الاوانى والقدور .

فيها بئراوسابق الماء اليها فصار ملحا صح ملكها و لم يكن لغيره المشاركة ، ولو اقطع الامام هذه الارض جاز (وأما الباطنة) و هى التى تظهر بالعمل كالذهب و الفضة و النحاس والرصاص والبلور و الفيروزج فقيل انها للامام ايضاً خاصة و الاقرب عدم الاختصاص فان كانت ظاهرة لم يملك بالاحياء أيضا وان لم تكن ظاهرة فحفرها انسان واظهرها احياها فان كانت فى ملكه ملكها وكذا فى الموات ولو لم يبلغ بالحفر الى النيل فهو تحجير لا احياء ويصير حينئذ أحق (اخص ـ خ ل) ولا يملكها بذلك فان اهمل اجبر على اتمام العمل اوالترك وينظره السلطـان الى زوال عـذره ثم يلزمه احد الامرين ويجوز للامام اقطاعها قبل التحجير و الاحياء ولا يقتصر ملك المحيى على محل النيل بل الحفر التى حواليه ويليق بحريمه يملكها ايضاً ولو أحيى ارضا ميتة فظهر فيها معدن ملكه تبعا لها ظاهرا كان أو باطنا بخلاف مالو كان ظاهراً قبل احيائها ولو حفر فبلغ المعدن لم يكن له منع غيره من الحفر من ناحية أخرى فاذا وصل الى

سبق الى ما لم يسبقه مسلم اليه فهو احق به (١) و لو تساويا ففيه احتمالات (ا) القرعة لانه امر مشكل (ب) القسمة بينهما لتساويهما فى سبب الاستحقاق (ج) تقديم الا حوج لان سبب الا ستحقاق الا حتياج و كلما كان السبب اقوى قدم و الا قوى عندى الثانى .

قال دام ظله : واما الباطنة وهى التى تظهر بالعمل كـالذهب والفضة و الحديد والنحاس و الرصاص و البلور والفيروزج فقيل انها للامام (ع) ايضاً خـاصة والاقرب عدم الاختصاص .

اقول: قد تقدم الخلاف فى اختصاص الامام وعدمه فيه (ووجه) القرب ان الاصل اباحة ذلك وعدم اختصاص الامام عليه السلام به وانما قال فى الظاهرة انها مشتركة وقال هنا بعدم الاختصاص لان هذه ملحقة بالموات فمن احيا شيئاً منها فهو احق به.

قال دام ظله : ولو حفر كافر ارضاً فوصل الى معدن ثم فتحها المسلمون ففى صيرورته غنيمة او للمسلمين اشكال.

---

(١) المستدرك ب ١ خبر ٢ من كتاب احياء الموات .

ذلك العرق لم يكن له منعه منه لانه يملك المكان الذى حفره وحريمه ولوحفر كافرأرضا فوصل الى معدن ثم فتحها المسلمون ففى صيرورته غنيمة او للمسلمين اشكال ومن ملك معدنا فعمل فيه غيره فالحاصل للمالك ولا أجرة للغاصب ولوأباحه كان الخارج له ولو قال له اعمل ولك نصف الخارج بطل لجهالة العوض اجارة و جعالة فالحاصل للمالك وعليه الاجرة .

الفصل الرابع

فى المياه واقسامها سبعة **(الاول)** المحرز فى الانية أوالحوض او المصنع وهو مملوك لمن أحرزه وان اخذ من المباح ويصح بيعه **(الثانى)** البئران حفرت فى ملك أومباح للتملك اختص بها كالمحجر فاذا بلغ الماء ملكه ولايحل لغيره الاخذ منه الا باذنه ويجوز بيعه كيلا ووزنا ولا يجوز بيعه اجمع لتعذر تسليمه والبئر العادية اذا طمت وذهب ماؤها فاستخرجه انسان ملكها ولو حفر فى المباح لا للتملك بل للانتفاع فهو أحق به مدة مقامه عليها وقيل يجب بذل الفاضل من مائها عن قدر حاجته وفيه نظر فاذا

اقول: ينشأ (من) مشابهة الارض فيثبت له حكمها (و من) انه يعد غيرها و يخالفها فى الماهية وهو الاقوى .

قال دام ظله : ولو حفر فى المباح لا للتملك بل للانتفاع فهو احق به مدة مقامه عليها (وقيل) يجب بذل الفاضل من مائها عن قدر حاجته وفيه نظر .

اقول. هذا قول الشيخ لرواية عباس عن النبى صلى الله عليه وآله قال الناس شركاء فى ثلاث ، النار ، والماء والكلاء (١) و روى جابر ان النبى صلى الله عليه وآله نهى عن بيع فضل الماء (٢) (ووجه) النظر انه ان قلنا ان تملك المباحات لا يحتاج الى نية فقد ملك بهذا الماء فلايجب عليه بذل فاضله كسائر الاموال و المراد من الخبر بعد صحته

---

(١) سنن ابى داود (ج٣)(باب فى منع الماء) عن رجل من المهاجرين من اصحاب النبى(ص) وفيه المسلمون شركاء ورواه فى ل ايضا مسنداً عن ابى الحسن(ع) .

(٢) ل باب ٤ خبر ٢ من كتاب احياء الموات وفى سنن ابى داود(ج٣)(باب فى بيع فضل الماء) عن اياس بن عبد ان رسول الله (ص) نهى الخ .

فارق فمن سبق فهواحق بالانتفاع ولا يختص بهاأحد ولوحفرها جماعةملكوهاعلى نسبةالخرج و اذاحفر بئراً فيملكهلم يكن له منع جارهمن حفر اعمق فى ملكه وان كانيسرى الماء اليها و الملكفى القناة المشتركةبحسب الاشتراكفى العمل اوالخرج (**الثالث**) مياهالعيونوالغيوث والآبارفى الارض المباحة لاللتملكشرع لايختص بها أحدفمن انتزع منهاشيئافى اناءوشبههملكهويقدم السابقمع تعذر الجمع فان اتفقا اقرع **(الرابع)** مياه الانهـار الكبار كالفرات و دجلة و الناس فيها شـرع **(الخامس)** الانهار الصغار غير المملوكةتزدحم الناس فيها ويتشاحون فيمائها أو مسيل يتشاح فيهاهل الارض الشاربة منه ولايفى بسقى ما عليه دفعة فانه يبدء بالاول وهوالذى يلى فوهته ويحبس علىمن دونه حتى ينتهى سقيه للزرع الى الشراك وللشجر الى القدم وللنخل الى الساق ثم يرسلهالىمن هودونه ولايجب الارسال قبلذلكوان تلف الاخير فان لم يفضل عن الاول شيء او عن الثانى فلا شيء للباقين ، ولوكانت ارض الأعلى مختلفة فى العلو و الهبوط سقى كلاعلى حدته ولوتساوى اثنان فى القرب من الرأس قسم بينهما فان تعذر اقرع فان لم يفضل عن احدهما سقى من اخرجته القرعة بقدر حقهثم يتركه للآخر وليس له السقى بجميع الماء لمساوات الاخرلهفى الاستحقاق والقرعة تفيد التقديم بخلاف الاعلى مع الاسفل ولو كانت أرض أحدهما اكثر قسم على قدرها لان الزائد مساوفى القرب ولوأحيى انسان ارضاعلى هذا النهر لم يشارك السابقين بل يقسم لهمايفضل عن كفايتهم وان كان الاحياء فى رأس النهر وليس لهممنعه من الاحياء ولوسبق انسان الى الاحياء فى اسفله ثم احيا آخر فوقه ثم ثالث فوق الثانى قدم الاسفل فى السقى لتقدمه فى الاحياء ثم الثانى ثم الثالث **(السادس)** الجارى من نهر مملوك ينزّ من المباح بأن يحفر انسان نهراً فى مباح يتصل بنهر كبير مباح فمالم يصل الحفر الى الماء لايملكهوانماهوتحجيروشروع فى الاحياء فاذاوصل فقدملك

الماء المباح و النهى عن بيع فضل الماء لا يوجب البذل لجواز كونه للجهالة و على القول باحتياجة الى النية فيكون هذا كالتحجير فيفيد الاولوية ونمنع وجوب بذل الفاضل منه .

بالاحياء سواء أجرى فيه الماء اولا،لان الاحياء هو التهيئة للانتفاع فان كان لجماعة فهو بينهم على قدر عملهم اوالنفقة عليه ويملكون الماء الجارى فيه على رأى فان وسعهم أوتراضوا والاقسّم على قدر الانصباء فيجعل خشبة صلبة ذات ثقب متساوية على قدر حقوقهم فى مصدم الماء ثم يخرج من كل ثقب ساقية مفردة لكل واحد فلو كان لاحدهم نصفه وللآخر ثلثه ولثالث سدسه جعل لصاحب النصف ثلاث ثقب تصبّ فى ساقيته ولصاحب الثلث ثقبتان تصبّان فى أخرى ولصاحب السدس ثقبة ويصح المهاياة وليست لازمة واذا حصل نصيب انسان فى ساقية سقى به ماشاء سواء كان له شرب من هذا النهر اولا وكذا البحث فى الدولاب له أن يسقي بنصيبه ماشاء ولكل واحدان يتصرف فى ساقيته المختصة به بمهماشاء من اجراء غير هذا الماء اوعمل رحى أو دولاب اوعبارة و غيرذلك وليس لهذلك فى المشترك ولو فاض ماء هذا النهر الى ملك انسان فهو مباح كالطائر يعشش فى ملك انسان **(السابع)** النهر المملوك الجارى من ماء مملوك بان يشترك جماعة فى استنباط عين واجرائها فهو ملك لهم على حسب النفقة والعمل و يجوز لكل احدالشرب من الماء المملوك فى الساقية والوضوء والغسل وغسل الثوب مالم يعلم كراهية المالك ولايحرم على صاحبه المنع ولايجب عليه بذل الفاضل ولا يحرم عليه البيع لكن يكره ولواحتاج النهر الى حفر أواصلاح أوسد بثق(١) فهو عليهم على حسب ملكهم فيشترك الكل الى ان يصلوا الى الادنى من أوله ثم لاشيء عليه ويشترك الباقون الى أن يصلوا الى الثانى وهكذا (و يحتمل) التشريك .

قال دام ظله : ويملكون الماء الجارية منه على رأى .

اقول: ذهب الشيخ فى المبسوط الى عدم ملكهم الماء الجارى فى النهر المملوك لهم بل يكونون اولى به والاولى الملك لانه مباح قابل للتمليك يد هم عليه للتملك .

قال دام ظله : ولواحتاج النهر الى حفر او اصلاح اوسد بثق (٢) (ثقب ـ خ) فهو عليهم على حسب ملكهم فيشترك الكل الى ان يصلوا الى الادنى من اوله ثم لاشيء عليه و يشترك الباقون الى ان يصلوا الى الثانى وهكذا

---

(١) بثق النهر كسر سده ليفيض منه الماء .

(٢) البثق هو الفتحة الكبيرة .

تتمة

المرجع في الاحياء الى العرف فقاصد السكنى يحصل احياؤه بالتحويط ولو بخشب أو قصب والسقف والحظيرة يكفيه الحايط ولا يشترط تعليق الباب والزراعة بالتحجير بساقية أو مسنّاة أو مرزوسوق الماء ولا يشترط الحرث ولا الزرع لانه انتفاع كالسكنى والغرس به وسوق الماء اليه ولو كانت مستأجمة فعضد شجرها أو قطع المياه الغالبة وهيّئها للعمارة فقد أحياها ولو نزل منزلا فنصب فيه خيمة أو بيت شعر لم يكن احياء وكذا لو احاط بشوك وشبهه ولا يفتقر في الاحياء الى اذن الامام ولا الاسلام الا في أرض المسلمين واحياء المعادن بلوغ نيلها.

كتاب الاجارة وتوابعها

وفيه مقاصد **(الاول)** في الاجارة وفيه فصول **(الاول)** في الماهية وهي عقد ثمرته نقل المنافع بعوض معلوم مع بقاء الملك على أصله ولا بد فيه من الايجاب و القبول الصادرين عن الكامل الجائز التصرف فلا ينعقد اجارة المجنون ولا الصبي غير المميز ولا المميز وان أذن له الولي على اشكال، والايجاب آجرتك او اكريتك والقبول كل

ويحتمل التشريك.

اقول: (وجه) الاول ان ما بعد موضعه لا ينتفع به (ومن) انه ينتفع به لمصبّ مائه والاقوى الاول لان الباقين يختصون بما بعد الاول فعليهم خاصة عمارته.

كتاب الاجارة و توابعها

وفيه مقاصد الاول في الاجارة

وفيه فصول الاول في الماهية.

قال دام ظله: ولا الصبي غير المميز، ولا المميز وان اذن له الولي على اشكال.

اقول: ينشأ (من) انه مميز اذن له الولي فانجبر نقصه (ومن) عموم النص على عدم اعتبار عبارة الصبي والاقوى الثاني لان البلوغ سبب لا شرط.

لفظ يدل على الرضا ولايكفي في الايجاب ملكتك الاان يقول سكنى هذه الدار شهراً مثلا بكذا ولاتنعقد بلفظ العارية ولا البيع سواء نوى به الاجارة أوقال بعتك سكناها سنة لانه موضوع لملك الاعيان وهو لازم من الطرفين ولاتبطل بالبيع ولا العذر اذا امكن الانتفاع ولا بموت أحدهما على رأى الأن يكون الموجر موقوفا عليه فيموت قبل انتهاء المدة ، والاقرب البطلان في الباقي فيرجع المستأجر على ورثة الموجر بباقي الاجرة ولاينعلق به خيار المجلس ولو شرطا خيار لهما اولاحدهما أو لاجنبي صح سواء كانت معيّنة كأن يستأجر هذا العبد اوفي الذمة كالبناء مطلقا.

الفصل الثاني

في اركانها وهي ثلاثة

المحل وهي العين التي تعلقت الاجارة بها كالدار والدابة والآدمي وغيرها، و العوض ، والمنفعة .

المطلب الاول

المحل كل عين تصح اعارتها تصح اجارتها واجارة المشاع جايزة كالمقسوم و كذا اجارة العين المستاجرة ان لم يشترط المالك التخصيص ولابد من مشاهدتها أو وصفها بمايرفع الجهالة ان أمكن فيها ذلك والاوجبت المشاهدة فان باعها المالك

قال دام ظله : ولا بموت احدهما على رأى الاان يكون الموجر موقوفاً عليه فيموت قبل انتهاء المدة فالاقرب البطلان في الباقي .

اقول هنا مسئلتان (ا) اذا كان الملك الموجر طلقا هل تبطل الاجارة بموت احدهما نقول ، قال المفيد والشيخ في النهاية و سلار الموت يبطل الا جارة وقال الشيخ في الخلاف الموت يبطلها سواء كانت بموت الموجر اوالمستأجر وكذا قال في المبسوط واختاره ابن حمزة وابن البراج ، وقال ابن الجنيد ولومات المستأجر قام وارثه مقامه ، وقال ابو الصلاح لاتبطل الاجارة بالموت ويقوم ورثة كل واحد من المالك والمستأجر مقام مورّثه وبه قال ابن ادريس وهو الاصح عندي واختيار والدي (لنا) ان العقد وقع صحيحاً فيستصحب حكمه للا صل و لان العقد مملك فيملك

صح فان لم يكن المشترى عالما تخير بين فسخ البيع وامضائه مجانا مسلوب المنفعة الى آخر المدة ولو كان هو المستاجر فالاقرب الجواز ويجتمع عليه الاجرة و الثمن و

المستأجر المنافع والموجر مال الاجارة فينتقل حق كل الى ورثته للآية و احتج المخالف بان العقد انما اقتضى تسلط المستأجر على ملك الموجر فلا يقتضى تسليط غيره على ملك غيره وادعى الشيخ في الخلاف اجماع الفرقة على اختياره فيها ويبطل بما قلناه والاجماع ممنوع (ب) اذا كان الملك الموجر وقفاً ثم آجره الموقوف عليه ، والمصنف قوى هنا انه يبطل بموت الموجر خاصة لان البطن الثانى انما يتلقى الوقف من الواقف فموت الموجر هو بيان انتهاء مدة استحقاقه و ابتداء ملك غيره لا عنه حتى يتأخر ملك الوارث عن حق المستأجر بل انما استحقه تلك المدة لا غير اعنى مدة حياته وللمصنف قول آخر انه ان كان ناظراً في الوقف وآجره بنظره لم تبطل الاجارة و الا بطلت و الا قوى البطلان فى الوقف مطلقا لان استحقاق النظر كاستحقاق المنافع .

قال دام ظله : ولو كان هو المستأجر فالاقرب الجواز .

اقول: وجه الجواز انه ملك المنافع ملكاً مستقراً فلا يبطل بما يطرأ من ملك الرقبة وان كانت المنافع يتبعها ولا الملك الاول كما انه اذا ملك ثمرة غير مؤبرة ثم اشترى الشجرة فانه لا يبطل ملك الثمرة و ان كانت تدخل تحت الشراء لو لم يملكها اولا ويحتمل انفساخ الا جارة لانه اذا ملك الرقبة حدثت المنافع على ملكه تابعة للرقبة واذا كانت المنافع مملوكة له لم يبق عقد الاجارة عليها كما انه لو كان المانع ثابتاً فى الابتداء لم يصح منه الاستيجار كالنكاح فانه كما لا يجوز انه يتزوج امته كذلك لو اشترى زوجته ينفسخ النكاح (ولان) الا جارة والملك لا يجتمعان و الثانى قد ثبت فينتفى الاول والعكس باطل اجماعاً (ويمكن) الفرق بين النكاح وما نحن فيه بان ملك الرقبة فى النكاح يغلب ملك المنفعة به الا ترى ان سيد الامة اذا زوجها لا يجب عليه تسليمها وان قبض الصداق وفى الا جارة ملك المنفعة يغلب ملك الرقبة فان الموجر اذا قبض الاجرة يجب عليه تسليم العين (وايضاً) الموجر لم

لووجدها المستاجر معيبة بعيب لم يعلمه فله الفسخ وان استوفى بعض المنفعة ولو لم ينفسخ لزمه جميع العوض ولو كانت العين مطلقة موصوفة لم ينفسخ العقد وعلى الموجر الابدال ولو تعذر فله الفسخ فان رد المستأجر العين لعيب بعد البيع فالمنفعة للبايع ولو تلفت العين قبل القبض اوعقيب القبض بطلت مع التعيّن والا بطل في الباقي ويرجع من الاجرة بما قابل المتخلف وكذا لو ظهر استحقاقها ويستقر الضمان على الموجر مع جهل المستاجر وفي الزائد من اجرة المثل اشكال، وتصح اجارة العقار مع الوصف والتعيين لا في الذمة ويفتقر الحمام الى مشاهدة البيوت والقدر والماء والاتّون ومطرح الرماد وموضع الزبل ومصرف مائه او وصف ذلك كله و يجب على المستاجر علف الدابة وسقيها فان أهمل ضمن ولو استأجر اجيراً لينفذه في حوائجه فنفقته على المستأجر الا أن يشترط على الاجير فان تشاحا في قدره فله أقل مطعوم مثله و ملبوسه و لو قيل بوجوب العلف على المالك و النفقة على الاجير كان وجها فحينئذ ان شرطه على

يكن مالكاً للمنفعة حين باع فلا تصير المنافع ملكاً للمشترى بالشراء و السيد مالك لمنفعة بضع الامة المزوجة الا ترى انها لو وطئت بالشبهة يكون المهر له لا للزوج فاذا باع تبعت منافع البضع المملوكة له رقبتها وملكها الزوج بالشراء فانفسخ النكاح والاقوى عندى ماهو الاقرب عند المصنف .

قال دام ظله : و يستقر الضمان على الموجر مع جهل المستأجر وفي الزائد من اجرة المثل اشكال .

اقول: منشأه (من) انه المباشر (ومن) انه مغرور و الا شكال هنا كما مر في المشترى .

قال دام ظله : و لو استأجر اجيرا لينفذه في حوائجه فنفقته على المستأجر الا ان يشترط على الاجير فان تشاحا في قدره فله اقل مطعوم مثله وملبوسه ولو قيل بوجوب العلف على المالك والنفقة على الاجير كان وجها.

اقول: الاول قول الشيخ لانه استحق منافعه تلك المدة والنفقة للبقاء لاستيفاء المنافع فلا يجب عليه بذل المال ليحصل حق غيره ولانه بملكه للمنافع لم

المستاجر لزم بشرط العلم بالقدر والوصف فان استغنى الاجير لمرض أو بطعام نفسه لم يسقط حقه ولو احتاج الى الدواء لمرض لم يلزم المستأجر ولو احب الاجير أن يستفضل بعض طعامه منع منه ان كان قدر كفايته ويخشى الضعف عن العمل او اللبن معه و لو آجر الولى الصبى مدة يعلم بلوغه فيها اولا لكن اتفق (١) لزمت الاجرة الى وقت البلوغ ثم يتخير الصبى فى الفسخ والامضاء ولو مات الولى او انتقلت الولاية الى غيره لم تبطل به ولو آجر عبده ثم اعتقه فى الاثناء لم تبطل الاجارة ويجب على العبد ايفاء المنافع باقى المدة والاقرب عدم رجوعه على مولاه بأجرته ونفقته بعد العتق على المستأجر ان شرطت عليه والا فعلى المعتق لانه كالباقى على ملكه حيث ملك عوض نفعه .

يبق له عوض يبذله ليحصلها ولما رواه سليمان بن سالم عن الرضا عليه السلام عن رجل استأجر رجلا بنفقة مسماة و لم يفسر شيئاً على ان يبعثه فى ارض فما كان من مؤنة الاجير من غسل الثياب اوالحمام فعلى من ، قال على المستأجر (٢) (والجواب) انه محمول على اشتراط النفقة (والثانى) قول ابن ادريس للاصل وهو الحق لان الاجارة معاوضة لا يقتضى خارجاً عن العوضين بغير شرط (و لانه) يتفاوت الرغبات و الا جر باشتراط النفقة و عدمها و يقدر بها فيكون جزءاً من العوض لكنها مجهولة و جهل الجزء يقتضى جهل الكل و لان النفقة تابعة لملك الرقبة او الحرية فايجابها على غيرها تخصيص اونسخ لم يثبت .

قال دام ظله : ولو آجر عبده ثم اعتقه فى الاثناء لم تبطل الاجارة و يجب على العبد ايفاء المنافع باقى المدة والاقرب عدم رجوعه على مولاه باجرته .

اقول: قال الشيخ فى المبسوط فيه قولان (احدهما) يرجع باجرة المثل على السيد فى تلك المدة والاخر لايلزمه وهو الصحيح لانه لادليل عليه والاصل برائة

---

(١) كما لو آجره مدة لايتيقن انه يبلغ قبل مضيها كما لو كان عمره عشرا و آجره سنتين ثم اتفق انه بلغ بالاحتلام قبل مضى سنتين فانه يبطل ويتخير فيما بعد البلوغ (مفتاح الكرامة)

(٢) ئل ب ١٠ خبر ١ من كتاب الاجارة ـ وفيه على ان يبعثه الى ارض اخرى فما الخ .

المطلب الثاني في العوض

وبشترط أن يكون مال الاجارة معلوما بالمشاهدة اوالوصف الرافع للجهالة ثم ان كان مكيلا أوموزونا وجب معرفة مقداره باحدهما ،وفي الاكتفاء بالمشاهدة نظر,وكلما جاز ان يكون ثمنا جاز ان يكون عوضا عينا كان اومنفعة ماثلت اوخالفت ولو استأجر داراً بعمارتها لم يصح للجهالة وكذا لو استأجر السلاّخ بالجلد وكذا الراعي باللبن والصوف المتجدد أوالنسل اوالطحان بالنخالة اما بصاع من الدقيق اوالمرضعة بجزء من المرتضع الرقيق فالاقرب الجواز وكذا لو استأجر الحاصد بجزء من الزرع ،

الذمة ويحتمل الرجوع وعلى ما حكاه الشيخ بقول (ووجهه) ان منافعه صرفها في مصلحة بعد الحرية وملكية المنافع معلول لملك العين وقد زالت العلة فيزول المعلول وقد اتلفها فيضمنها .

قال دام ظله : وفي الاكتفاء بالمشاهدة نظر.

اقول: ينشأ (من) اختلاف الاصحاب فان الشيخ ذهب الى الاكتفاء بهما للاصل وانتفاء الغرر و منعه ابن ادريس للغرر و الحاصل ان الغرر الجهل فالشيخ فسره بالجهل من كل وجه وابن ادريس فسره بالجهل بوجه ما والصحيح الثاني لان النهي عن الغرر الذي هو المؤدي الى النزاع وهوهنا كذلك و لانه ربما انفسخت الاجارة في بعض المدة فيتعذر الرجوع بها .

قال دام ظله :اما بصاع من الدقيق او المرضعة بجزء من المرتضع الرقيق فالاقرب الجواز .

اقول: وجه القرب وجود المقتضي وهو العقد وانتفاء المانع للاصل ولان احد الشريكين لوساقى صاحبه ، وشرط له زيادة من الثمار يجوز وان كان عليه نفع في المشترك ويحتمل عدم الصحة لاستلزامها العمل في ملكه له بعوض على غيره ولان صحة الاجارة تستلزم استلزام الشيء لنقيضه لانه لزوم الاجارة بحالها يستلزم لزوم الملك له المستلزم لعدم وجوب العمل فيما يخصه لانه عمل في ملك نفسه له اذ منفعته تعود اليه فلا يستحق للغير وذلك يستلزم لزوم ملكه المستلزم لعدم لزوم الاجارة بحالها

ولو قال ان خطته اليوم فلك درهمان وان خطته غدا فدرهم احتمل اجرة المثل والمسمى. وكذا ان خطته روميا فدرهمان وفارسيا فدرهم، ولو استأجر لحمل متاع الى مكان في وقت معلوم فان قصر عنه نقص من اجرته شيئا معينا صح ولو أحاط الشرط بجميع الاجرة لم تصح وتثبت له أجرة المثل ،ولو آجره كل شهر بدرهم ولم يعين او استأجره لنقد الصبرة المجهولة وان كانت مشاهدة كل قفيز بدرهم او استأجره مدة شهر بدرهم فان زاد فبحسابه فالاقرب البطلان الا الاخير فان الزائد باطل ويملك الموجر الاجرة

واللازم باطل بالضرورة فكذا الملزوم ، وهذا مبني على ملك مال الاجارة بنفس العقد اما على تقدير الملك بالعمل فلا استحالة .

قال دام ظله : ولو قال ان خطته اليوم فلك درهمان وان خطته غدا فدرهم احتمل اجرة المثل والمسمى .

اقول: الاول قول ابن ادريس لانه عقد واحد اختلف فيه العوض بالتقديم والتأخير فلم يصح ولان الاجارة لم توجب شيئاً معيناً والثاني قول الشيخ في الخلاف (ولان) الاصل جواز ذلك والمنع يحتاج الى دليل (وقوله عليه السلام) و المؤمنون عند شروطهم (١) ،وقال الشيخ في المبسوط يصح العقد فان خاطه في اليوم الاول فله درهم وان خاطه في الغد كان له اجرة المثل ان لم تزد عن الدرهمين ولم ينقص عن الدرهم والاصح بطلان الاجرة فله اجرة المثل مطلقاً .

قال دام ظله: ولو آجره كل شهر بدرهم ولم يعين او استأجره لنقل الصبرة المجهولة وان كانت مشاهدة كل قفيز بدرهم او استأجره مدة شهر بدرهم فان زاد فبحسابه فالاقرب البطلان الا الاخير فان الزائد باطل .

اقول: هنا مسائل (ا) اذا آجره الدار كل شهر بدرهم ولم يعين مجموع المدة اختار شيخنا المصنف البطلان وهو اختيار ابن ادريس لفقد شرط الصحة فان العلم بقدر المنفعة شرط اجماعاً وهي هنا انما يعلم بالمدة والمدة مجهولة ولا يلزم من مقابلة كل جزء من اجزاء المدة المجهولة لعوض معلوم ضرورة المدة باجمعها معلومة ولا العوض

---

(١) ثلب ٦ خبر ١ - ٢-٥ من ابواب الخيار وفيه المسلمون الخ .

بنفس العقدفان شرط الاجل لزم ويشترط فيه العلم سواء تعدد او اتحد وسواء كانت معينة او مطلقة ويجب تسليمها مع شرط التعجيل أوالاطلاق وان وقعت الاجارة على عمل ملك العامل الاجرة بالعقد ايضا لكن لايجب تسليمها الابعدالعمل،وهل يشترط تسليمه الاقرب ذلك فاذا استوفى المستاجر المنافع استقرت الاجرة فان سلمت العين التى وقعت الاجارة عليها ومضت المدة وهى مقبوضة استقرالاجروان لم ينتفع ،وان كانت على عمل فسلم المعقود عليه كالدابة ير كبها الى المعين فقبضها ومضت مدة يمكن ركوبها فيها استقر عليه الاجروان كانت الاجارة فاسدة وتجب اجرة المثل فيها ،و لو بذل له العين فلم يأخذها المستاجر حتى انقضت المدة استقر الاجر عليه ان كانت الاجارة صحيحة والافلا ،ولوشرط ابتداء العمل فى وقت ومضت مدة يمكن فيها العمل خالية عنه فطلبه المالك فلم يدفع العين اليه صار غاصبافان عمل بعدذلك لم يستحق

معلوماً ، وقال الشيخ فى النهاية و المبسوط و المفيد تصح الاجارة فى شهر ، وقال ابن الجنيد ولابأس بان يستأجر الدار كل شهر بكذا و كل يوم بكذا ولا يذكر نهاية الاجارة(احتج) الشيخان بان التقدير آجرتك هذا الشهر بدرهم و كذا ما بعده دائماً (والجواب) المنع من ذلك (ب) اذا استأجره لحمل صبرة مجهولة القدرمشاهدة كل قفيز بدرهم بطل لجهل العمل والاجرة وقال الشيخ فى المبسوط اذا استأجره لحمل عشرة اقفزة من صبرة مشاهدة كل قفيز بدرهم صح و كذااذاقال بعتكها كل قفيز بدرهم صح ، وفرق بين اجارة الدار كل شهر بدرهم عند من لايجوّزذلك بان المدة مجهولة واما هيهنا الصبرة غيرمجهولة لانها معلومة بالمشاهدة (ج) اذا قال آجرتك الدار شهراً بدرهم فان زاد فبحسابه اختار المصنف الصحة فى شهره لان المدة والاجرة معلومتان ويحتمل البطلان لانه شرط شرطاً مجهولا والاصح البطلان فى الكل .

قال دام ظله : ويجب تسليمها مع شرط التعجيل الى قوله الاقرب ذلك

اقول : لانها معاوضة فلايستحق تسليم العوض الابتسليم المعوض وهذا قول الشيخ فى المبسوط وهو الاصح عندى ويحتمل عدمه لانه ملكه بنفس العقد فيجب عليه تسليمه الى مالكه .

اجرة ولو ظهر عيب في الاجرة المعينة تخير الموجر في الفسخ وفي الارش وفي المضمونة له العوض فان تعذر فالفسخ او الرضا بالارش ، وللموجر الفسخ ان أفلس المستأجر، ويجوز أن يوجر العين باكثر مما استاجرها به وان لم يحدث شيئا مقوما وكان الجنس واحداً على رأى وكذا لو سكن البعض وآجر الباقي بالمثل او الزائد وكذا لو تقبل عملا بشيء وقبّله لغيره باقل ، واستيفاء المنفعة او البعض مع فساد العقد يوجب اجرة

قال دام ظله : ويجوز ان يوجر العين باكثر مما استاجرها به وان لم يحدث شيئاً مقوماً وكان الجنس واحدا على رأى .

اقول: هذا اختيار المصنف وابن ادريس وسلار وجدي وهو الاصح عندي لوجود المقتضي وهو ملك المنفعة وانتفاء المانع وهو الربا اذ المعاوضة الثانية لم تقع على مال الاجارة الاول والالم يصح مطلقا ولرواية ابي المعزا في الحسن عن الصادق عليه السلام في الرجل يستأجر الارض ثم يواجرها باكثر مما استأجرها فقال لا بأس به الحديث(١) وقال الشيخان والسيد المرتضى وسلار والصدوق في المقنع وابو الصلاح وابن البراج في المهذب بالمنع مع اتحاد الجنس ومنع ابن الجنيد معه في الربوى (احتج) الشيخ بانه ربا وبما رواه الحلبي في الحسن عن الصادق عليه السلام في الرجل يستأجر الدار ثم يواجرها باكثر مما استأجرها قال لا يصلح ذلك الا ان يحدث فيها شيئاً (٢)، وعن ابي بصير قال قال ابو عبدالله عليه السلام اني لاكره ان استاجر رحى وحدها ثم اواجرها باكثر مما استأجرتها الا ان يحدث فيها حدثاً او يغرم فيها غرامة (٣) (والجواب) المنع من الربا وحمل الاحاديث على الكراهة .

قال دام ظله : وكذا لو تقبل عملا بشيء وقبله لغيره باقل.

اقول : منع الشيخ من ذلك كله لانه ربا وبالروايتين المتقدمتين في المسئلة السابقة وبما رواه ابو المعزا في الحسن عن الصادق عليه السلام (في حديث) ان فضل الحانوت والاجير حرام(٤)، والحق جوازه لما رواه محمد بن مسلم في الصحيح عن احدهما عليهما السلام

---

(١) ك ب ٢٠ خبر ٢ من كتاب الاجارة .
(٢) ك ب ٢٢ خبر ٢ من كتاب الاجارة .
(٣) ك ب ٢٢ خبر ٥ من كتاب الاجارة .
(٤) ك ب ٢٠ خبر ٢ من كتاب الاجارة .

المثل سواء زادت عن المسمى او نقصت عنه ، ويكره استعمال الاجير قبل أن يقاطع على الاجرة وأن يضمّن مع انتفاء التهمة .

المطلب الثالث في المنفعة

وشروطها ثمانية

الاول أن تكون مباحة فلو استاجر بيتا ليحرز فيه خمراً او دكانا لبيعه فيه اواجيراً ليحمل عليه مسكراً سواء كان لمسلم أو لكافر اوجارية للغناء اؤ كلبا للصيد لهواً أو ناسخا ليكتب كفراً اوغناء او استأجر الكافر مسلما للخدمة او مصحفا للنظر فيه لم يصح .

الثاني أن تكون مملوكة اما بالتبعية كمالك العين او بالاستقلال كالمستأجر فلا تصح اجارة الغاصب ولو عقد الفضولي وقف على الاجازة ولو شرط المالك المباشرة لم يكن له أن يوجر فان فعل وسلم العين حينئذ ضمن ، ويجوز مع عدم الشرط أن يوجر لمثله او اقل ضرراً سواء كان قبل القبض او بعده وسواء كان المستاجر هو الموجر أو غيره ويضمن العين بالتسليم .

الثالث ان تكون مقومة فلو استاجر تفاحة للشم أو طعاما لتزيين المجلس او الدراهم اوالدنانير اوالشمع لذلك او الاشجار للوقوف في ظلها ففي الجواز نظر ينشأ من انتفاء قصد هذه المنافع ولهذا لا يضمن منفعتها بالغصب وكذا لو استاجر

قال سألته عن الرجل يستكري الارض بمأة دينار فيكون نصفها بخمسة وتسعين ديناراً ويعمر هو نصفها قال لا بأس (۱) ولما تقدم .

قال دام ظله: الثالث ان تكون مقومة فلو استاجر (الى قوله) منفعتها بالغصب

اقول: لابد في المنفعة من ان تكون مقومة ليحسن بذل المال في مقابلها وان لم يكن كذلك كان بذل المال لها سفهاً وتبذيراً فمنع منه كما منع من شراء مالا ينتفع به (ووجه) الجواز فيما ذكرانها منافع وقد تحتاج اليها وانما قال تفاحة (لان) الصحة في الكثير اظهر لصحة استيجار المسك و الرياحين للشم ومن التفاح ما هو اطيب من

---

(۱) ثلب ۲۲ خبر ۱ من كتاب الاجارة .

حايطا مزوّقا للتنزه بالنظر اليه اما لو استأجر شجراً ليجفف عليها الثياب أو يبسطها عليها ليستظل بها فالوجه الجواز .

الرابع انفرادها بالتقويم فلو استأجر الكرم للثمرة أو الشاة لنتاجها أو صوفها أولبنها لم ينعقد لما يتضمن من بيع الا عيان قبل وجودها و الا ستيجار انما يتعلق بالمنافع ولو استاجر الظئر لا رضاع الولد مع الحضانة جاز. والاقرب جوازه مع عدمها للحاجة (وهل) يتعدى الى الشاة لا رضاع السخلة الاقرب ذلك ، وكذا

كثيرمن الرياحين اما التفاحة الواحدة فلا تقصد للشم كالكثير فيكون استيجارها كشراء الحبة من الحنطة والشعير والاصح عندى البطلان فى التفاحة للشم .

قال دام ظله : اما لو استأجر شجراً ليجفف عليها الثياب او يبسطها عليها ليستظل بها فالوجه الجواز.

اقول: وجه الجواز دعاء الضرورة اليها وبه قال الشيخ (ويحتمل) عدمه لان الاشجار لايقصد لهذه الاغراض و لعدم جعل الشارع لها قيمة على الغاصب مع ضمانه المنافع المتقومة والاقوى البطلان.

قال دام ظله : ولو استأجر الظئر لارضاع الولد مع الحضانة جاز والاقرب جوازه مع عدمها للحاجة.

اقول: يحتمل المنع لعدم انضباطه ولتناولها الاعيان ولاشيء من الاجارة كذلك و الاقوى الجواز وهو مذهب الشيخ الطوسى فى المبسوط لما ذكر و لقوله تعالى **«فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن»**(١) جعل ذلك مقابلة الارضاع ، (و التحقيق) ان هذا العقد يتناول الفعل وهو جعل الثدى فى فم الطفل و كون خصوص النسبة اليه و اللبن تابع للضرورة والآية يفهم منها ذلك لانها دلت على الفعل ويتناول اللبن.

قال دام ظله : وهل يتعدى الى الشاة لارضاع السخلة الاقرب ذلك.

اقول: وجه القرب الحاجة (و يحتمل) المنع لماتقدم ولعدم جريان العادة والاقوى الاول .

---

(١) الطلاق -٦ .

يجوز استيجار الفحل للضراب على كراهية و في جواز استيجار البئر للاستقاء منها اشكال ، ويجوز استيجار الاطياب للشم وان نقصت أعيانها بخلاف الشمع للا شعال والطعام للاكل والاجارة في الاستحمام للبث فيه واستعمال الماء تابع للاذن .

الخامس امكان وجودها فلو استأجر الارض للزراعة ولا ماء لها بطلت امالو لم يعين الزرع انصرف الى غيره من المنافع ولو كان نادراً وكذا لو استاجر عبداً مدة يعلم موته قبل انقضائها او استأجر اعمى للحفظ اواخرس للتعليم أو استاجر حيوانا لعمل لم يخلق له ويمتنع حصوله منه كما لو استأجر شاة للحرث او للحمل اما لو استأجرها يمكن منه وان لم يخلق له جاز كالابل للحرث والبقر للحمل .

السادس القدرة على تسليمها فلو استاجر الآبق منفرداً لم يصح ولو آجر للسنة القابلة صح وكذا لو آجره سنة متصلة بالعقد ثم أخرى له اولغيره ولو استاجر الدابة ليركبها نصف الطريق صح واحتيج الى المهاياة ان قصد التراوح و الا افتقر الى تعيين احد النصفين ، و المنع الشرعي كالحسي فلو استاجر لقلع ضرس صحيح او قطع يد صحيحة او استاجر جنبا او حايضا لكنس المسجد لم يصح ولو كانت السن وجعة أو اليد متاكلة صحت فان زال الالم قبل القلع انفسخت الاجارة ولواستاجر منكوحة الغير بدون اذنه في مايمنع حقوق الزوج لم يصح و لو كان للرضاع فان منع بعض حقوقه بطل والافلا ولواستاجرها الزوج اوغيره باذنه صح و ان كان لارضاع ولده منها في حباله ولو تلفت العين المستاجرة قبل القبض بطلت الاجارة وكذا بعده بلافصل ولوتلفت في الاثناء انفسخت في الباقي فان تساوت اجزاء المدة فعليه بقدر مامضى والاقسط المسمى على النسبة ودفع ماقابل الماضى ولوانهدمت الدار او غرقت الارض او انقطع ماؤها في الاثناء فللمستأجر الفسخ فان بادر المالك

قال دام ظله : وفي جواز استيجار البئر للاستقاء منها اشكال.

اقول: ينشأ (من) ان الاجارة لايتناول الاعيان (ومن) دعاء الضرورة اليه و الاقوى الجواز كالحمام .

قال دام ظله : ولوانهدمت الدار اوغرقت الارض اوانقطع مائها في الاثناء

الي الاعادة فالاقرب بقاء الخيار ولوشرط منفعة كالزرع فتلفت وبقى غيرها كصيد السمك منها بعد الغرق فهى كالتالفة تنفسخ فيها الاجارة ولوامكن الانتفاع بالعين فيما اكتراها له على نقص تخير المستاجر ايضاً فى الفسخ والامضاء بالجميع ،ولوغرق بعض الارض بطلت الاجارة فيه ويتخير فى الباقى بين الفسخ و امساكه بالحصة و لو منعه الموجر من التصرف فى العين فالاقرب تخيره بين الفسخ فيطالب بالمسمى وبين الامضاء فيطالب باجرة المثل ولوغصبه اجنبى قبل القبض تخير المستاجر ايضا فى

فللمستأجر الفسخ فان بادر المالك الى الاعادة فالاقرب بقاء الخيار.

اقول: لاصالة بقاء ما كان على ما كان (ويحتمل) عدمه لانه حال وجود الموجب لم يفسخ وبعده قد زال فينتفى حكمها (واعلم) انه اما ان يفوت شيء من المنافع على المستأجر اولا فان كان الاول فله الفسخ قطعاً وان لم يفت فهى المسئلة لان النص على ان الانهدام سبب الخيار والشارع اذا علق حكماً بوصف لم يعتبر حصول الحكمة التى هى مظنتها بالفعل فمن ثم جاز الفسخ (و من) حيث انه لم يفت شيء من المنافع وقع عليها العقد والاصح الاول.

قال دام ظله : ولو منعه الموجر من التصرف فى العين فالاقرب تخييره بين الفسخ فيطالب بالمسمى و بين الامضاء فيطالب باجرة المثل .

اقول: قال الشيخ يكون كالمتلف للمعقود عليه (ووجه) القرب انه ملك المنافع واتلفها عليه المالك تعدياً فيجب عليه قيمتها فله اخذ القيمة وهى اجرة المثل (ومن) حيث انه لم يمكنه مما وقع عليه العقد فله الفسخ (احتج) الشيخ بانه لايعقل وجوب عوض ما اتلفه هو على غيره له لانه يلزم الجمع بين العوض والمعوض وهو محال (والجواب) انه يجب عليه قيمته وله المسمى فلم يجمع بين العوض والمعوض ولهذا مثال فى الشرع وهو انه اذا جنى البايع فعيب المبيع بعد القبض ثم افلس المشترى مع بقاء العين و الثمن فى ذمته فللبايع الرجوع بالعين وللمشترى على البايع ارش جناية يسقط منه ارش العيب ارش معاوضة فقد ضمن المشترى للبايع ارش جنايته فهنا اولى.

قال دام ظله : ولوغصبه اجنبى قبل القبض تخير المستاجر (الى قوله)

الفسخ فيطالب الموجر بالمسمى وفی الامضاء فيطالب الغاصب باجرة المثل ؛ ولوردت العين فی الاثناء استوفی المستأجر المنافع الباقية وطالب الغاصب باجرة مثل الماضی وهل له الفسخ فيه و مطالبة الموجر نظر ، و لو كانت الا جارة على عمل مضمون كخياطة ثوب اوحمل شیء ففصب العبد الخياط او الدابة الحاملة فللمستأجر مطالبة المالك بعوض المغصوب فان تعذر البدل تخير فی الفسخ والامضاء ولو كان الغصب بعد القبض لم تبطل الاجارة وطالب المستأجر الغاصب باجرة المثل خاصة وان كان فی ابتداء المدة ، ولوحدث خوف منع المستاجر من الاستيفاء كمالو استأجر جملا

ومطالبة الموجر نظر.

اقول: هذه المسئلة كمسئلة مضت فی البيع و هی انه اذا اتلف غاصب اجنبی بعض المبيع كعبد من عبدين قبل القبض ، والكلام هنا فی موضعين (ا) الفسخ وهو مخير فيه ولاينفسخ العقد بمجرد ذلك (بل) له اجازة الاجارة فله حينئذ استيفاء المنافع الباقية و الرجوع على الغاصب باجرة مثل الماضی وله الفسخ فی الجميع لفوات المعقود عليه قبل قبضه لان المعقود عليه هو المجموع ولم يحصل له بكماله و هل له الفسخ فی الماضی خاصة ويستوفی المنافع فی الباقی فيه نظر ينشأ (من) تبعيض الصفقة وهو غير مقتضی العقد (ومن) اختصاصه بالمقتضی وهو فوات بعض المعقود عليه فيه لا فی غيره والنقص الحاصل بالتبعيض حصل فی يد الموجر ويده يد ضمان (ب) مطالبة الموجر فان كان قد قبض فله المطالبة بقسطه من المسمى وهو جزء منه نسبته اليه كنسبة اجرته الی اجرة الكل و هذا لا اشكال فيه بل هل لـه مطالبته بـاجرة المثل عن الماضی فيه نظر(من) حيث انه مضمون فی يده فيضمنه بقيمته(ومن) حيث ان العقد يقتضی ضمانه بماقبض عنه ولانسلم انه يقتضی ضمانه بالقيمة والاصل عدمه و هذا كاتلاف بعض المبيع و الا صح عندی انه لا يرجع عليه الا بقسطه من المسمى فعلى هذا لو لم يقبض شيئاً من المسمى لم يكن له الرجوع عليه بشیء و يستقر الضمان على الغاصب ،

قال دام ظله :ولوحدث خوف منع المستأجر من الاستيفاء كمالو استأجر

للحج فتنقطع السابلة فالاقرب تخير كل من الموجر و المستأجر في الفسخ والامضاء ولو استاجره دارا للسكنى فحدث خوف عام يمنع من الاقامة بذلك البلد ففي تخير المستأجر نظر ولو اخرجه المالك في الاثناء لم تسقط عنه أجرة السالف ولو استأجره لصيد شيء بعينه لم يصح لعدم الثقة بحصوله.

السابع امكان حصولها للمستاجر فلو اجر من وجب عليه الحج مع تمكنه نفسه للنيابة عن غيره لم يقع وكذا لو آجر نفسه للصلوات الواجبة عليه فانها لايقع

جملا للحج فينقطع السابلة فالاقرب تخير كل من الموجر و المستأجر في الفسخ و الامضاء .

اقول: وجه القرب انه قد حدث امر يمنع استيفاء المنافع لان الاحتراز عن الضرر المظنون واجب فكان للمستأجر الفسخ كما في الغصب قبل قبض المستأجر العين والموجر ايضاً لحفظ عينه ويحتمل عدمه لانه ملك المنافع ولم يتعذر عقلا استيفائها (ولان) حكم الاجارة معلوم والخوف مظنون فلايعارض المعلوم (والجواب) عن الاول ان الخوف رافع للقدرة الشرعية (وعن الثاني) ان وجوب العمل بالظن قطعي حاصل من مقدمتين قطعيتين هما ان المكلف العاقل حصل له ظن بحصول هذا الامر المخوف وكل من حصل له ظن بمخوف وجب عليه اجتنابه والاولى وجدانية والثانية اجماعية ولقوله تعالى **«ولا تلقوا بايديكم الى التهلكة»** (١) واتفق الكل على انه مايظن به الهلاك غير الشرعي والاجماع على ان الضرر في مثل هذا الموضع جار مجراه والاقوى عندي الاول وهو تخير كل واحد منهما.

قال دام ظله: ولو استاجر دارا للسكنى فحدث خوف عام يمنع من الاقامة بذلك البلد ففي تخير المستاجر نظر.

اقول: ينشأ مما تقدم والاصح هو التخيير والفرق ان الاول نادر فالمنع جاء من اجل منفعة المستأجر خاصة .

قال دام ظله: فلو آجر من وجب عليه الحج مع تمكنه نفسه للنيابة عن

---

(١) البقرة -١٩١ :

عن المستاجر وهل يقع عن الاجير الاقوى العدم ويصح الإستيجار للجهاد و الحج والصلاة لمن لاتجب عليه ويقع عن المستاجر لكن يشترط فى الصلاة الموت و كذا الصيام ولو استأجر ولىّ الميت عنه لصلاته الفايتة وجب على الاجير الاتيان بها على ترتيبها فى الفوات فلو استأجر اجيرين كل واحد عن سنة جاز لكن يشترط الترتيب بين فعليهما فان أوقعاه دفعة فان علم كل واحد منهما بعقد الاخر وجب على كل واحد منهما قضاء نصف سنة وان جهلا فكذلك وفى ضمان الولى اشكال ، ويجوز الاستيجار

غيره لم يقع و كذا لو آجر نفسه للصلوات الواجبة عليه فانها لاتقع عن المستأجر وهل تقع عن الاجير الاقوى العدم .

اقول: حصول المنفعة للمستأجر لازم لصحة الاجارة لايعقل انفكاكه عنه والا اجتمع العوضان لواحد فلا يتحقق المعاوضة هذا خلف اذا تقرر ذلك (فنقول) اذا استأجر انسان غيره لفعل عبادة لايقبل النيابة فى ذلك الوقت بطلت الاجارة قطعاً فهنا مسئلتان (ا) مستطيع وجب عليه حج الاسلام و آجر نفسه ليحج نيابة عن غيره لم تقع الاجارة (ب) اذا آجر نفسه لغيره للصلوة الواجبة عليه اى على الموجر لم تصح الاجارة فاذا اوقعها لم تقع عن المستأجر قطعاً (وهل) تقع عن الموجر قيل نعم (لان) الاجارة علة فى وجود الداعى الى الصلوة بشرائطها وصفاتها فلاتبطل فان علل الداعى لاتبطل الفعل كالامر بالمعروف و النهى عن المنكر فانهما علتان للداعى ولا يبطلان الصلوة (ولان) الاجارة والجعالة لو نافيا الاخلاص لم تصح الصلوة بهما عن الميت والاقوى البطلان لان الفعل الواحد لايكون له غايتان متنافيتان وغاية الصلوة التقرب والاخلاص لقوله تعالى : **«وما امروا الا ليعبدوا الله مخلصين** (١) و هذه الصيغة للحصر وهو مناف لكون حصول الاجرة غاية لكنه جعل الثانى غاية فينتفى الاول وانتفاء الاخلاص يوجب بطلان الصلوة والاجماع فرّق بين هذه الصورة وبين الاستيجار عن الميت.

قال دام ظله : ولو استأجر ولى الميت (الى قوله) اشكال.

اقول: ينشأ (من) انه الغار المفرط بعدم اعلامه (ومن) انه سبب وهما مباشران

---

(١) البينة -٣ .

للزيارة عن الحي والميت وفي جواز الاستيجار على الاحتطاب أو الاحتشاش او الالتقاط او الاحتياز نظر ينشأ من وقوع ذلك للموجر أو المستأجر .

الثامن أن تكون معلومة والاجارة اما ان تكون في الذمة او على العين و العين ان لم يكن لها سوى فائدة واحدة كفى الاطلاق والاوجب بيانها وعلى كل حال لابد من العلم بقدر المنفعة والاعيان يعسر ضبطها لكن تكثر البلوى بثلاثة ويحال غيرها عليها

الاول الادمي ويصح استيجاره (خاصاً) وهو الذي يستأجر مدة معينة فلا يجوز له العمل لغيره فيها الا باذنه فان عمل من دون الاذن فالاقرب تخير المستأجر بين الفسخ والمطالبة باجرة المثل او المسمى الثاني له اولمستأجره (ومشتركاً) وهو الذي يستأجر لعمل مجرد عن المباشرة او المدة ، وتملك المنفعة بنفس العقد كما تملك الاجرة به فاذا استوجر لعمل قدّر اما بالزمان كخياطة يوم او بمحل العمل كان يستاجره لخياطة ثوب معين ويصح هذان في الذمة ومعينا فاذا عينه بالمحل وجب تعيين الثوب و طوله ونوع التفصيل ونوع الخياطة و لو جمع بين الزمان والمحل بطل للغرر ويعين في تعليم القرآن السور اوالزمان وفي الارضاع يعين الصبي ومحل الارضاع أهو بيتها فهو أسهل اوبيت الصبي فهو أوثق للولي في حفظه ومدته

(ولانه) استأجرهما للفعل الصحيح ولم يوقعاه والعلم مقدور والتفريط منهما لان ترك المقدور منسوب الى القادر والاصح الاول لان السبب هنا اقوى من المباشر لتغريره كمن قدم الى غيره طعاماً غصبه .

قال دام ظله : وفي جواز الاستيجار على الاحتطاب او الاحتشاش او الالتقاط او الاحتياز نظر ينشأ (من) وقوع ذلك للموجر او للمستأجر .

اقول: يبنى على ان تملك المباحات هل يحتاج الى نية ام لا ، والاقوى الاول لانه اذا وجد في جوف السمكة شيئاً كان له تملكه مع النية .

قال دام ظله : ويصح استيجاره خاصاً (الى قوله) او لمستأجره.

اقول: على قول الشيخ تنفسخ الاجارة (ووجه) القرب انه ملك المنافع و هو اتلفها عليه فيتخير (بين) الفسخ لفوات المنافع التي هي مملوكة له (وبين) الرجوع على الموجر اوالمستأجر الثاني باجرة المثل اوبالمسمى الثاني وهو الاصح .

ولا تدخل الحضانة فيه وهل يتناول العقد اللبن او الحمل ووضع الثدى في فيه ويتبعه اللبن كالصبغ في الصباغة وماء البئر في الدار الاقرب الاول لاستحقاق الاجرة به بانفراده دون الباقي بانفرادها والرخصة سوغت تناول الاعيان وعلى المرضعة تناول مايدر به لبنها من الماكول والمشروب فان أسقته لبن الغنم لم تستحق اجراً ولو دفعته الى خادمتها فالاقرب ذلك ايضاً و يقدم قولها لو ادعته لانها امينة و له ان يوجر أمته و

قال دام ظله : وهل يتناول العقد اللبن او الحمل ووضع الثدى في فيه و يتبعه اللبن كالصبغ في الصباغة وماء البئر في الدار الاقرب الاول لاستحقاق الاجر به بانفراده دون الباقي (البواقي-خ ل) بانفرادها والرخصة سوغت تناول الاعيان .

اقول: يحتمل الثاني لان الاجارة موضوعة لاستحقاق المنافع فان استحق بها عين للضرورة فهي تابعة ولقوله تعالى **«فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن**(١) علّق الاجارة بفعل الارضاع لا باللبن وفائدة هذا انه لو انقطع اللبن طول المدة فعلى الاول ينفسخ وعلى الثاني وهي ان الاجارة وقعت للمنافع والاعيان تقع تابعة ويتخير المستأجر لان انقطاع اللبن عيب ولو قيل بان المعقود عليه كلاهما لانهما جميعاً مقصود ان كان حسنا فينفسخ العقد في الارضاع ويسقط قسطه من الاجرة ويتخير المستأجر لتفريق الصفقة وانما رخص في تناول الاجارة للاعيان هنا لان الضرورة داعية الى هذه العين ولا يجب على ربها بذلها مجانا والبيع لها ممتنع ويلزم الانتفاع بهذه العين المقصودة لوازم مضبوطة هي منافع فجعل الشارع الاجارة متناولة لهذه الاعيان و لان الاجارة تتناول منافع معلومة فقد سومح فيها مالا يتسامح في غيرها فلهذا عدل اليها.

قال دام ظله : فان اسقته لبن الغنم لم يستحق اجراً ولو دفعته الى خادمتها فالاقرب ذلك ايضاً .

اقول :وجه القرب ان المقصود الرضاع ويختلف باختلاف المرضعات فيحمل مطلقه على المباشرة ولم يفعل المعقود عليه (و يحتمل) استحقاق الاجرة لوجود

---

(١) الطلاق -٦ .

مدبرته وأم ولده للارضاع دون مكاتبته فان كان لاحديهن ولدلم يجزله أن يوجرها الأأن يفضل عن ولدها ولو كانت مزوجة افتقر المولى الى اذن الزوج فان تقدم الرضاع صح العقدان وللزوج وطيها وان لم يرض المستاجر فان مات المرتضع او المرضعة بطلت الاجارة ان كانت معينة ، ولو كانت مضمونة فالاقرب اخراج اجرة المثل من تركتها ويكفي في العمل مسماه، ولواختلف فالاقرب وجوب اشتراط الجودة وعدمها،

الارضاع ولان اللبن تابع لما تقدم والاصح عدم الاستحقاق اما المسمى فلان المعقود عليه فعلها مباشرة واما اجرة المثل فلانها متبرعة به .

قال دام ظله : فان مات المرتضع اوالمرضعة بطلت الاجارة ان كانت معينة ولو كانت مضمونة فالاقرب اخراج اجرة المثل من تركتها .

اقول : وجه القرب انه استحق هذه المنافع عليها وقد تعذر استيفاءها فيجب قيمتها وهي اجرة المثل وهو الاصح عندى (ويحتمل) انفساخ الاجارة اما في موت المرتضع فلانه تعذر استيفاء المعقود عليه لانه لايملك اقامة غيره مقامه لاختلاف الصبيان في الرضاع و اختلاف اللبن باختلافهم فانه قد يدر على احد الولدين دون الاخر وكان كانهدام الدار واما المرضعة فلما قلنا من احتمال انصراف الاطلاق اليها وقال محمد بن ادريس يبطل بموت المرتضع اوالمرضعة اوالاب لانه المستأجر وقد اختار في موضع آخر من كتابه ان موت المستأجر غير مبطل للاجارة .

قال دام ظله : ويكفي في العمل مسماه ولواختلف فالاقرب وجوب اشتراط الجودة وعدمها .

اقول: (وجه) القرب اختلاف الاغراض والاجر باختلافه فتركه غرر (ومن) استحقاق المسمى وهو معلوم (و التحقيق) ان هذه المسئلة راجعة الى الاختلاف بالاشتداد و الضعف في سببه وقد اختلف الناس على ثلاثة اقوال (ا) انه اختلاف بالنوع وهو التحقيق (ب) انه باعتبار اجتماع الامثال (ج) انه باعتبار اجتماع الاضداد (فعلى) الاول يجب اشتراط الجودة و عدمها و هذا اختيار المصنف وعلى الباقين لا يشترط (فعلى الثاني) يجب مسمى العمل (وعلى الثالث) لا يكون الضد

ولومرض الاجيرفان كانت مضمونة لم تبطل والزم بالاستيجار للعمل وان كانتمعينة بطلت وكذا لومات ، ولواختلف العمل باختلاف الاعيان فالاقرب انه كالمعينة مثل النسخ لاختلاف الاغراض باختلاف الاعيان و يجوزالاستيجار لحفرالآبار و الانهار و العيون فيفتقرالى معرفة الارض بالمشاهدة و ان يقدر العمل بالمدة و لو قدر بتعين المحفور كالبئروجب معرفة دورها و عمقها و طول النهروعمقه وعرضه ويجب نقل التراب عنالمحفور ولوتهور تراب من جانبيه لم تجب ازالته كالدابة ولو وصل الى صخرة لم يلزمه حفرهافله منالاجر بنسبة ماعمل و روى تقسيط اجر عشرقامات على خمسة وخمسين جزء فما اصاب واحداً فهو للاولىوالاثنينللثانية وهكذا فان عمل به احتملتعديه فتقسم الخمسة علىخمسةعشرولواستأجره لعمل اللبن فانقدره بالعمل

كالنوى فى التمروتراب العادة والشعيرفى الحنطة فيحمل علىالجيدوالاصح عندى ما جعله المصنف اقرب .

قال دام ظله: ولومرض الاجير(الى قوله) اختلاف الاعيان .

اقول: الصحيح ما ذكره المصنف فانّ الغرض لايحصل من غيرالناسخ فاشبه ما لو اسلم اليه فىنوع فسلم اليه غيره(ويحتمل) عدمه لانه ثبت فى ذمتهالنسخمطلقا و الاصح الاول لتعين كل ماتختلف الاغراض به و خصوصاً الناسخ معتبرلا ختلافهم فى الجودة والصحة .

قال دام ظله : وروى تقسيط عشرقامات على خمسة وخمسينجزءأفما اصاب واحدا فهو للاولى والاثنين فللثانية وهكذا فان عمل به احتمل تعديه فيقسم الخمسةعلى خمسةعشر.

اقول: روى الشيخ فى النهاية عن ابىشعيب المحاملى عن الرفاعىقالسألت ابا عبدالله عليه السلام عن رجلقبّل رجلايحفرله بئراً عشرقامات بعشرة دراهم فحفرلهقامة ثم عجزقالىقسم عشرةعلىخمسةوخمسينجزءفمااصابواحدافهوللقامة الاولىوالاثنين لاثنين ، والثلاثة للثالثة وعلى هذا الحساب الىعشرة(۱) ولم يتعرض الشيخ للافتاء

---

(۱) ئلب ۳۵ خبر۲ من كتاب الاجارة .

احتيج الى عدده وموضع ضربه وذكر قالبه فان قدره بقالب معروف والاحتيج الى تقدير الطول و العرض والسمك ولاتكفى الحوالة على قالب مشاهد غير معروف و لوقدر البناء بالعمل وجب ذكرموضعه و طوله و عرضه و سمكه وآلة البناء من لبن وطين أوحجر وجص فان سقط بعد البناء استحق الاجران لم يكن لقصور في العمل كما لوبناه محلولا ولوشرط ارتفاع الحايط عشراذرع فسقط قبلها لرداءة العمل وجب عليه الاعادة ولواستأجره لتطيين السطح او الحايط جاز و ان قدره بالعمل و يتقدر النسخ بالمدة والعمل فيفتقر في الثاني الى عدد الورق والسطور والحواشي و دقة القلم فان عرف وصف الخط والاوجبت المشاهدة ، ويجوز تقدير الاجل باجزاء الفرع أوالاصل والمقاطعة على الاصل ويعفى عن الخطاء اليسير للعادة لا الكثير ، و ليس له محادثة غيره وقت النسخ ويجوز على نسخ المصحف وعلى تعليم القرآن الامع الوجوب فيقدره بالعمل فيعدد السور او بالزمان على اشكال ينشأ من تفاوت السور في سهولة الحفظ ولوقال عشر آيات ولم يعين السورة لم يصح و يكفي اطلاق الايات

بها وعدمه و ذهب في المبسوط وابن ادريس الى تقسيط المسمى على اجرة المثل وهوالاقوى عندى (وتحمل) الرواية على انه استأجره لاستيفاء التراب والحافر غيره والضابط فيما اذا اردنا ان نعلم من عدد او مبدء عدد الى عدد متكرر كم يكون ان يضرب ذلك العدد في نفسه و تزيد عليه جذره فما بلغ ننصّفه فالنصف هو المطلوب (مثاله) اذااردنا ان نعلم من واحد الى عشرة مكرراً نضرب العشرة في نفسها تبلغ مأة ونزيد عشرة على المجموع وننصّفه صار خمسة وخمسين وهو المطلوب ،او نقول نزيد على العشرة واحدا ونضرب نصف العشرة في المجموع صار ايضاً خمسة وخمسين ولوعملنا بالرواية هل يتعدى في غيره فيقسمه الخمسة على خمسة عشر فيه اشكال ينشأ (من) عدم النص ووجود العلة .

قال دام ظله : وعلى تعليم القرآن الامع الوجوب فيقدره بالعمل في عدد السور او بالزمان على اشكال (ينشأ) من تفاوت السور في سهولة الحفظ

اقول: (ومن) اطلاق الاصحاب على جواز تقدير العمل بالزمان وهو الاصح عندى

منهاوحدّه الاستقلال بالتلاوة ولايكفى تبيعة (تتبع ـ خ ل) نطقه و لو استقل بتلاوة الآيةثم لقنه غيرها فنسى الاولى ففىوجوب اعادة التعليم نظرويجوز جعلهصداقا فلو استفادته منغيره كان لهااجر التعليم ، ويجوز الاستيجار على تعليم الخط والحساب والاداب ، وهليجوز على تعليمالفقه الوجه المنع مع الوجوبوالجواز لامعوعلى

قال‌دام ظله : ولواستقل بتلاوة الآية ثم‌لقنه غيرها فنسى‌الاولى‌ففى وجوب اعاد التعليم نظر .

اقول: ينشأ (من) انه لايصدق تعليم السورة اىحفظها الابحفظ آيها مجتمعة فىالقوة الحافظة لانالسورة هىجملة الآيات وانما وقعالعقد على المجموعووجوب الاجزاء بالتبعية (ومن) انه قدتعلم هذه الآية فيسقط عنه تعليمها فاذا نسيهالميجب اعادة التعليم لان الاجارة لاتقتضى التكرار (والتحقيق) ان هذه المسئلة تبنى على مسئلتين (ا) انالنسيان هلهو مقدور امْلا ؛ذهب الجبائيان الىالاول لانه عندهم ضد العلم والعلم مقدور و كلما كان احد الضدين مقدوراً كان الآخر مقدورا ، وذهب القاضى عبدالجبار وابو اسحق الىانه غير مقدور لانه عدم والعدم غير مقدور (فعلى الاول) لاتجب الاعادة لانه بسبب المستأجر (وعلى الثانى) يبنى على الثانية وهىانه هلالسورة عبارة عنمجموع الآيات مع الهيئةالاجتماعية اولامعهافان كانالاولوجب الاعادة وان كان الثانى لمتجب لان الجزء اذا لم نشترط فىصحته اجتماعه معباقى الاجزاء اجزء والاقوىعندى انه انامكن ولميكن بتفريط المستأجر وجبالاعادة لان الواجب هوفعل مايوجب الحفظ عادة .

قال دام‌ظله : وهل يجوزعلى تعليم الفقه الوجه المنع مع الوجوب والجوازلامعه .

اقول: البحث هنافى موضعين :(ا)من حيث الفرضية (ووجه) القرب انه اذا تعين التعليم عليه كان من الواجبات المعينة فلايجوز ان يأخذ الاجرعليهـا ولان كلمـا هوفى مقابله عوض لم يلزمه فعله عند عدم وصول العوض اليه والا لم يكن معاوضة ولم يكن العوض عوضاً ، . و يلزمه كلما يلزمه فعله على تقديرعدم وصول

الختان والمداواة وقطع السلع والحجامة على كراهة أجره مع الشرط وعلى الكحل فيقدر بالمدة خاصة ويفتقر الى تعيين المرة في اليوم أو المرتين والكحل على المريض ويجوز اشتراطه على الاجير ،والاقرب جواز اشتراط الآجر على البناء ولو لم يحصل البرء في المدة استقر الاجر، ولو برء في الاثناء انفسخ العقد في الباقي فان امتنع مع عدمه من الاكتحال استحق الاجير أجره بمضي المدة ، ولو جعل له عن البرء صح

العوض فلا يكون في مقابلة عوض لكن هنا كذلك لانه قد تعين عليه فلا تصح الاجارة ومع عدمه يجوز لوجود المقتضي وانتفاء المانع (اما الاول) فلانه فعل مقصود(واما الثاني) فلانه لا مانع الا وجوبه على الكفاية ولا يصلح للمانعية لان جميع الصنايع واجبة على الكفاية فان كلما تنتظم امر النوع واجب على الكفاية (والحق عندي) ان كل واجب على شخص معين لا يجوز للمكلف به اخذ الاجرة عليه والذي على الكفاية فان كان لو اوقعه بغير نية لم يصح ولم يترك الوجوب به لا يجوز اخذ الاجرة عليه لانه عبادة محضة وقال تعالى **وما امروا الا ليعبدوا الله مخلصين(١)** حصر غرض الآمر في انحصار غاية الفعل في الاخلاص وما يفعل بالعوض لا لذلك فلا يصح وغير ذلك يجوز اخذ الاجر عليه الا ما نص الشارع على تحريمه كالدفن (ب) في العمل وضبطه (فنقول) الفقه هو العلم بالاحكام الشرعية الفرعية المكتسبة عن ادلتها التفصيلية بالاستدلال فاما ان يستأجره للتدريس فيه بتعيين المدة لا من يتعلم وما يتعلم فالاصح الصحة وجازت الجهالة للحاجة كالجهاد(ويحتمل) العدم لعدم الضبط واما ان يستأجره مع تعيين من يتعلم او ما يتعلم فلا بد من ضبط المسائل التي يتعلمها .

قال دام ظله: والاقرب جواز اشتراط الاجر على البناء .

اقول: (وجه) القرب اصالة الجواز ولانه استأجر البناء على البناء وهو عمل وشرط عليه شيئاً آخر لا ينافي الكتاب والسنة ولقوله ﷺ المؤمنون عند شروطهم(٢) (ومن) حيث ان الاجارة لا يتناول الاعيان والاصح الصحة .

---

(١) البينة ـ ٤.

(٢) ثلب ٦ خبر ١ ـ ٢ ـ ٥ من ابواب الخيار وفيه المسلمون الخ .

جعالة لااجارة ، ولواشترط الدواء على الطبيب فالاقرب الجواز ، و لوقدر الرعى بالعمل افتقر الى تعيين الماشية فتبطل بموتها (ويحتمل)عدمه لانهاليست المعقودعليها وانمايستوفى المنفعة بهاوان تلف بعضها بطل فيه ولوولدت لم يجب عليه رعيها و لو قدره بالمدة افتقر الى ذكر جنس الحيوان ولا تدخل الجواميس والبخاتى فى اطلاق البقرو الابل لعدم التناول عرفا على اشكال ويذكرالكبروالصغروالعدد

قال دام ظله : ولواشترط الدواء على الطبيب فالاقرب الجواز.

اقول: (وجه) القرب انه شرط لايخالف الكتاب والسنة ولماتقدم فى اشتراط الاجير(ومن) حيث انها لاتتناول الاعيان والفرق بينه وبين الكحال العادة .

قال دام ظله : ولو قدر الرعى بالعمل افتقر الى تعيين الماشية فيبطل بموتها(ويحتمل) عدمه لانهاليست المعقود عليها وانمايستوفى المنفعة بها .

اقول: التقديرفى الرعى بالعمل بان يستأجره للرعى مدة معينة اولرعى علف هذه الارض المشاهدة المعينة بدوابه(فهل) يفتقر الى تعيين الدواب التى يرعاها ام لا، قال شيخنا يفتقروهوالاصح لاختلاف العمل باختلافها فى النفور وعدمه و الصعوبة و السهولة وكلما يختلف به يجب تعيينه ، و قال الشيخ فى المبسوط لايجب التعيين لافى العدد ولافى الشخص بل له ان يسترعيه القدر الذى يرعاه مثله فى العادة ويتفرع على ذلك انه لودفع اليه دواب فماتت ، فان قلنا التعيين شرط وعين بطلت الاجارة لانها تناول عيناً مخصوصة وقدتلفت فلايتعدى الى غيرها و الالم يتعين بالتعيين فلا يشترط التعيين لكنه شرط لما قلناه قوله رحمه الله ويحتمل عدمه اى عدم اشتراط التعيين هنا كماذهب اليه الشيخ لانها آلة يستوفى بها المنفعة وكانت كالقدوم فى النجارة وآلة قطع الحشيش فعلى هذا لايبطل بموت مادفع اليه من الدواب امالوعقدعلى انه يرعى له هذه الدواب المعينة فهلكت بطلت الاجارة اجماعاً .

قال دام ظله : ولايدخل الجواميس والبخاتى فى اطلاق البقروالابل لعدم التناول عرفا على اشكال .

اقول: ينشأ (من) تعارض النقل والمجاز فانه فى العرف لايستعمل فيهما غالباً

ويجوز الاستيجار للزرع ولحصاده وسقيه وحفظه ودياسه ونقله وعلى استيفاء القصاص في النفس و الاعضاء وعلى الدلالة على الطريق وعلى البذرقة فيجب تعينها بالعمل ولا تكفي المدة وعلى الوكيل والوزن والعدد فيتعين بالعمل أو المدة وعلى ملازمة الغريم فتعين بالمدة وعلى الدلالة على بيع ثياب معينة وشرائها و على السمسرة (١) وعلى الاستخدام سواء كان الخادم رجلا أوامرأة حراً اوعبداً لكن يحرم عليه النظر الى الامة من دون اذن والى الحرة مطلقا .

الثاني الدواب فاذا استأجر للركوب وجب معرفة الراكب بالمشاهدة و في الاكتفاء بوصفه في الضخامة والنحافة ليعرف الوزن تخمينا نظر . و يركبه الموجر على ماشاء من سرج وأكاف وزاملة على ما يليق بالدابة فان كان يركب على رحل للمستاجر وجب تعيينه فيجب أن يشاهد الموجر الآلات فان شرط المحمل وجب تعيينه بالمشاهدة أو الوزن وذكر الطول والعرض والغطا وجنسه أوعدمه ، فان عهد اتفاق المحامل كفى ذكر جنسها والوطاء وجنسه أو عدمه ووصف المعاليق ان شرط بما يرفع الجهالة والوزن اوالمشاهدة .

(ومن) تعارض المجاز العرفي الغالب الذي لم يبلغ الى حد الحقيقة والحقيقة اللغوية التي قل استعمالها ولم يبلغ الى حد المجاز العرفي .

قال دام ظله : وفي الاكتفاء بوصفه في الضخامة والنحافة ليعرف الوزن تخميناً نظر.

اقول: معرفة الراكب شرط في اجارة الدواب للركوب وطرقها ثلاثة (الف) وزن الراكب (ب) مشاهدته وتكفي اجماعاً (ج) وصفه فقيل يكفي وصفه في الضخامة والنحافة ليعرف وزنه تخميناً للاكتفاء بهما عادة ولانه لولاه لزم الحرج وقيل الوصف التام كالمشاهدة في التخمين و هو الاصح عندي (وقيل) لايكفي الوصف لان الغرض يتعلق بنقل الراكب وخفته وضخامته ونحافته وكثرة حركاته وسكناته والوصف لايفيد ذلك فيكون غرراً فلايصح .

---

(١) جمع السمسار .

ولا بد من تعيين الراكبين في المحمل ، ولا بد من مشاهدة الدابة المركوبة أو وصفها وذكر جنسها كالابل و نوعها كالبخاتي أو العراب والذكورة والانوثة فان لم يكن السير اليهما لم يذكر، وكذا اذا كانت المنازل معروفة فاذا اختلفا فيه او في السير ليلا أو نهاراً حمل على العرف وان لم تكن معروفة وجب ذكرها ، و اذا شرط حمل الزاد وجب تقديره وليس له ابدال ما فني بالاكل المعتاد الامع الشرط وان ذهب بسرقة أو سقوط أو بأكل غير معتاد فله ابداله وان شرط عدم الابدال مع الاكل .

ويجب على الموجر كل ماجرت العادة أن يوطى للمركوب به للراكب من الحداجة (۱) والقتب والزمام و السرج و اللجام و الحذام او البرذعة و رفع المحمل وحطه وشده على الجمل و رفع الاحمال وشدها و حطها والقايد و السايق ان شرط مصاحبته و ان آجره الدابة ليذهب بها المستأجر فجميع الافعال على الراكب و أجرة الدليل والحافظ على الراكب و على الموجر اركاب المستأجر اما برفعه او ببروك الجمل ان كان عاجزاً كالمرأة و الكبير والا فلا ، و لو انتقل الى الطرفين تغير الحكم فيهما ، و على الموجر ايقاف الجمل للصلوة و قضاء الحاجة دون ما يمكن فعله عليه كصلوة النافلة والاكل والشرب ، ولواستأجر للعقبة جاز ويرجع في التناوب الى العادة ، وتقسم بالسوية ان اتفقا والافعلى ماشرطاه وان يستأجر نوبا مضبوطة اما بالزمان فيحمل على زمان السير أو بالفراسخ ، وأن استأجر للحمل فان اختلف الغرض باختلاف الدابة من سهولتها وسرعتها و كثرة حركتها وجب ذكره فان الفاكهة والزجاج تضره كثرة الحركة وبعض الطرق يصعب قطعه على بعض الدواب والافلا.

وأما الاحمال فلابد من معرفتها بالمشاهدة اوالوزن مع ذكر الجنس وذكر المكان المحمول اليه والطريق ، ولواستأجر الى مكة فليس له الالزام بعرفة ومنى بخلاف مالواستأجر للحج ، ولوشرط ان يحمل ماشاء بطل ولوشرط حمل مأة رطل من (متن)

---

(۱) الحدج بالكسر الحمل ومركب من مراكب النساء مجمع البحرين

الحنطة ؛ فالظرف غيره فان كان معروفا والا وجب تعيينه ، ولو قال مأة رطل دخل الظرف فيه ، ولو استأجر للحرث وجب تعيين الارض بالمشاهدة او الوصف وتقدير العمل بتعيينها أو بالمدة وتعيين البقران قدر العمل بالمدة ، وان استأجر للطحن وجب تعيين الحجر بالمشاهدة او الوصف وتقدير العمل بالزمان أو بالطعام ولا بد من مشاهدة الدولاب ان استوجر له ومعرفة الدلاء وتقدير العمل بالزمان او بملاء البركة مثلا لا بسقى البستان لاختلاف العمل لقرب عهده بالماء وعطشه و لو كان لسقى الماشية فالاقرب الجواز لقرب التفاوت ولو استأجر للاستقاء عليها وجب معرفة الآلة كالراوية او القربة بالمشاهدة او الصفة وتقدير العمل بالزمان او عدد المرات او ملء معين ، ويجوز استيجار الدابة بآلاتها وبدونها ومع المالك وبدونه .

الثالث الارض ويجب عليها وصفها او مشاهدتها وتعيين المنفعة للزرع أو الغرس او البناء فان آجرها لينتفع بها بمهما شاء فالاقرب الجواز وبتخيير المستأجر في الثلاثة ولو قال للزرع أو الغرس بطل لانه لم يعين أحدهما ولو استأجر لهما صح واقتضى التنصيف ويحتمل

قال دام ظله : ولو كان لسقى الماشية فالاقرب الجواز لقرب التفاوت .

اقول: ويحتمل عدمه للجهالة والاصح عندى الجواز .

قال دام ظله : وتعيين المنفعة للزرع او الغرس او البناء فان آجرها لينتفع بها بمهما شاء فالاقرب الجواز .

اقول: وجه القرب الاصل (ولان) الاجارة عقد وضع لتمليك المنافع ففي اى شيء شاء صرفها ولاطلاق رواية محمد بن الحسن الصفار عن الحسن بن موسى الخشاب عن نميات بن كلوب عن اسحاق بن عمار عن جعفر عن ابيه عليهما السلام ان اباه كان يقول لا بأس بان يستأجر الرجل الدابة والارض والسفينة ثم يواجرها باكثر مما استأجرها به اذا اصلح فيها شيئاً (١) ولم يشترط التعيين (وقيل) بوجوب التعيين او النص على التعميم والالزم الغرر والاصح الاول .

قال دام ظله : ولو قال للزرع او الغرس بطل لانه لم يعين احدهما و

---

(١) ئل ب٢٢ خبر٢ من كتاب الاجارة .

التخيير، ولو آجرها الزرع ماشاء صح ولو عين اقتصر عليه وعلى ما يساويه او يقصر عنه في الضرر على اشكال ، ولو شرط الاقتصار على المعين لم يجز التخطي ولا الى الاقل وكذا التعميل لو آجرها للغراس فله الزرع وليس له البناء وكذا لو استأجر للبنا لم يكن له الغرس ولا الزرع واذا استاجر للزرع ولها ماء دايم أو يعلم وجوده عادة وقت الحاجة صح و ان كان نادراً فان استأجرها بعد وجوده صح للعلم بالانتفاع والافلا ولو آجرها على ان لاماء لها او كان المستأجر عالما بحالها صح وكان له الانتفاع بالنزول فيها او وضع رحله وجمع حطبه وزرعها رجاء للماء وليس له البناء ولا الغرس .

ولو استأجرها لاينحسر عنه الماء غالبا للزرع بطل ولو كان ينحسر وقت الحاجة وكانت الارض معروفة او كان الماء صافيا يمكن مشاهدتها صح والاولا ، ولو استاجرها لاينحسر عنه الماء للزراعة لم يجز لعدم الانتفاع فان علم المستاجر ورضى جاز ان كانت الارض معلومة وكذا ان كان الماء قليلا يمكن معه بعض الزرع ولو كان الماء ينحسر على التدريج لم يصح لجهالة وقت الانتفاع الا أن يرضى المستاجر ، ولو امكن الزرع الان العادة قاضية بغرقها

لو استأجر لهما صح واقتضى التنصيف ويحتمل التخيير .

اقول: وجه الاول انه استاجرها لمنفعتين والتشريك مع الاطلاق يحمل على التساوى لاستحالة الترجيح من غير مرجح فعلى هذا له ان يزرع الكل لان له العدول من الغرس الى الزرع لا العكس (ووجه) الثانى انه ملك المنفعتين فى كل جزء فيتخير والاول اقوى .

قال دام ظله : ولو عين اقتصر عليه وعلى ما يساويه او يقصر عنه فى الضرر على اشكال .

اقول: ينشأ (من) انه شرط سائغ لاينافى مقتضى العقد فلزم لقوله ﷺ المؤمنون عند شروطهم(١)(ومن) ان له استيفاء المنافع ولافرق بين متساويين فى استيفائها والا نقص ضرراً انفع للمالك و هو استيفاء لدون حقه فجاز و الاصح عندى الاول للخبر المتقدم .

---

(١) ثل ب ٦ خبر ١ ٥٢ من ابواب الخيار وفيه المسلمون الخ .

لم يجز اجارتها لانها كالفارقة ولو اتفق غرقه او تلفه بحريق أو غيره فلا ضمان على الموجر ولا خيار للمستأجر الا ان يتعذر الزرع بسبب الغرق او انقطاع الماء أو قلته بحيث لا يكفي للزرع أو تفسد الارض فيتخير في الامضاء في الجميع ويحتمل بما بعد الارش فان فسخ رجع الى اجرة الباقي واستقر ما استوفاه ، ويوزع على المدتين باعتبار القيمة وهي أجرة المثل للمدتين لا باعتبار المدة فان تجدد بعد الزرع فله الفسخ ايضا ، و يبقى الزرع الى الحصاد وعليه من المسمى بحصته الى حين الفسخ وأجرة المثل الى الحصاد للارض لها مثل ذلك الماء القليل ، ويجب تعيين المدة في اجارة الارض لاى منفعة كانت من زرع أو غرس أو بناء أو سكنى أو غير ذلك ، ولا يتقدر بقدر ولا يجب اتصال المدة بالعقد فان عين المبدء والا اقتضى الاتصال فان استأجر لزرع فانقضت المدة قبل حصاده فان كان لتفريط المستاجر كان يزرع ما يبقى بعدها فكالغاصب وان كان لعروض برد أو شبهه فعلى الموجر التبقية وله المسمى عن المدة وأجرة المثل عن الزائد و للمالك منعه من زرع ما يبقى بعد المدة على اشكال فان زرع بغير اذنه لم يكن له المطالبة بازالته الا بعد المدة

قال دام ظله : ولا خيار للمستأجر الا ان يتعذر الزرع بسبب الغرق او انقطاع الماء او قلته بحيث لا يكفي الزرع او يفسد الارض فيتخير في الامضاء بالجمع و يحتمل ما بعد الارش .

اقول: وجه الاول ان اجازته هو تقرير للعقد الاول على ما بقى من المنافع كانه كل المنافع (ووجه) الثاني ان الاجازة تقرير للعقد الاول و مقتضاه مقابلة الاجرة بجميع المنافع وهو يقتضي ملكية كل جزء منه في مقابلة كل منفعة منفعة منها فيلزم سقوط ما سقط عوضه وهو الاصح (واعلم) ان الارش هنا هو ارش المعاوضة وهو جزء من المسمى نسبته اليه كنسبة نقص الاجرة عن المنافع الناقصة عن اجرة كمال المنافع .

قال دام ظله : وللمالك منعه من زرع ما يبقى بعد المدة على اشكال .

أقول: يحتمل عدمه لانه يملك المنافع هذه المدة و هو الاصح و ذهب الشيخ في المبسوط الى ان المالك يملك منعه لاحتياجه الى المطالبة بالقلع و الزرع ثابت

ولواستأجر مدة لزرع لايكمل فيها فان شرط نقله بعد المدة لزم ، وان أطلق احتمل الصحة مطلقا وبقيد امكان الانتفاع (فعلى الاول) احتمل وجوب الابقاء بالاجرة ولو شرط

فى ملكه ومثل ذلك يشق فجعل له المنع فى الحال حتى يتخلص من ذلك ثم قال رحمه الله فان زرع لم يكن له ان يطالب بالقلع فى الحال لان له حق الانتفاع بالارض فى تلك المدة بالزراعة فهو مسبوق بمنفعته فلم يمنع من ذلك فان انقضت كان له ان يطالب بالقلع لان صاحب الارض لم يأذن له فى ذلك فهو فى معنى الغاصب ولانه لو لم يملك منعه لوجب ابقائه فيلزم قهر الغير على ملكه فيملك منعه فيلزم من عدم الملك الملك (والجواب) المنع من الملازمة .

قال دام ظله : ولو استأجر مدة لزرع لايكمل فيها فان شرط نقله بعد المدة لزم وان اطلق احتمل الصحة مطلقا وبقيد امكان الانتفاع (فعلى الاول) احتمل وجوب الابقاء بالاجرة .

اقول: وجه الاول وجود المقتضى لصدور الايجاب والقبول بالصيغة المعتبرة شرعا من مالكيهما الجائزى التصرف والمدة مضبوطة يمكن استيفاء منافعها وانتفاء المانع اذ ليس هنا الا جواز القلع بعدها فلا يحصل الانتفاع معه وهذا لايصلح للمانعية اذ ليس القلع بمتيقن لجواز الابقاء بالاجرة شرعا اوصلحا ، وعلم حصول استمرار الانتفاع الى آخر المدة ليس بشرط فى صحة الاجارة بل فى انتفاء الخيار وليس بحثنا فيه والا لم يصح اجارته اصلا (ووجه الثانى) انه لولا امكان الانتفاع لكان قد استأجر عينا خالية عن المنافع فتبطل لانه اولى من بطلان بيع عين لا ينتفع بها لان الاجارة تمليك المنافع واذا لم تكن منافع لم تصح و اما مع تحقق الانتفاع فكما لو حصل فصل فيها فلوجود المقتضى وانتفاء المانع (ووجه) وجوب الابقاء انه زرع وضع بحق فلا يقلع قبل ادراكه ولان عدم وجوب الابقاء يستلزم عدم ملكية المستأجر منفعة متقومة مطلوبة بالاجارة فلا تصح (ويحتمل) عدمه والا لصح شرط الابقاء بعد المدة لانه تصريح بمقتضى الاطلاق وهو يقتضى تجهيل العقد فلا يصح و الاصح وجوب الابقاء باجرة المثل لانه جمع بين الحقين لقوله عليه السلام ليس لعرق

التبقية الى وقت البلوغ بجهل العقد ولو استأجرها للغرس سنة صح وله ان يغرس قبل الانقضاء فان شرط القلع بعد المدة اولم يشترطه جاز القلع ولا أرش على أحدهما و يحتمل مع عدم الشرط منع المالك من القلع لا الغارس فيتخير (بين) دفع قيمة الغراس والبناء فيملكه مع أرضه (وبين) قلعهما مع أرش النقص (وبين) ابقائهما باجرة المثل، وان استأجر للسكنى وجب مشاهدة الدار اووصفها بما يرفع الجهالة وضبط مدة المنفعة والاجرة ، ولو استأجر سنتين باجرة معينة ولم يقدر لكل سنة قسطاً صح ولو سكن المالك بعض المدة تخير المستأجر في الفسخ في الجميع أوفي قدر ماسكنه فيسترد نصيبه من المسمى وفي امضاء الجميع فيلزمه المسمى وله أجرة المثل على المالك في ماسكن وله أن يسكن المساوى أوالاقل ضرراً الا مع التخصيص ويضع فيه ماجرت عادة الساكن من الرحل والطعام دون الدواب والسرجين والثقيل على السقف وله ادارة الرحى في الموضع المعتاد فان لم يكن لم يكن له التجديد ويجوز استيجار الدار ليعمل مسجداً يصلى فيه

الفصل الثالث في الاحكام

اذا استأجر الى العشاء اوالى الليل فهوالى غروب الشمس وكذا العشى الاان يتعارف الزوال ولو قال الى النهار فهوالى أوله ولو قال نهاراً فهومن الفجر الى الغروب

ظالم حق (١) واتفق الاصوليون على حجية دلالة المفهوم في هذا الحديث و الملازمة ممنوعة .

قال دام ظله: ولو استأجرها للغرس سنة صح الى قوله باجرة المثل.

اقول: وجه الاحتمال انه وضع باذن وهو غرس محترم ولقول النبى صلى الله عليه وآله وسلم ليس لعرق ظالم حق (٢) ومفهومه ان ما ليس بظالم له حق وهذا ليس بظالم (ويحتمل) عدمه والالجاز اشتراطه في الاجارة فيتجهل ولان تقدير المدة في الاجارة يقتضى التفريغ عند انقضائها والالم يكن له فائدة وهو الاصح .

---

(١) (٢) ئل ب٣ خبر١ من كتاب الغصب .

وليلاالى طلوع الفجرواذا نمت الاجرة المعينة في يد المستأجرفالنماء للموجران كان منفصلا فان انفسخت الاجارة ففي التبعية اشكال بخلاف المتصلة وظهورالبطلان فانها تابعة فيهما والاقرب عدم ايجاب الخيوط على الخياط واستيجار كل من الحضانة و الرضاع لايستتبع الآخرفان ضمهما فانقطع اللبن احتمل الفسخ لانه المقصود و التقسيط والخيار ، وفي ايجاب الحبرعلى الناسخ و الكش(١) على الملقّح والصبغ

الفصل الثالث في الاحكام

قال دام ظله : واذا تمت الاجرة المعينة في يد المستاجر(الى قوله) تابعة فيهما .

اقول: ينشأ (من) انه نمى على ملكه (ومن) انه تابع للاصل فلا يكون ملكه اقوى من ملكه وملك الاصل كان متزلزلافكذاالفرع والاقوى الاول .

قال دام ظله : والاقرب عدم ايجاب الخيوط على الخياط .

اقول: وجه القرب انهااعيان والاجارة انماتتناول المنافع (ويحتمل) ايجابها عليه حملا للاطلاق على العادة والاقوى الاول .

قال دام ظله : واستيجار كل من الحضانة والرضاع لايستتبع الاخر و ان ضمهما فانقطع اللبن احتمل الفسخ لانه المقصود والتقسيط والخيار .

اقول: الحضانة هنا غير التي مرت وهي هنا عبارة عن حفظ الصبي وتعهده بغسله وغسل رأسه وثيابه وخرقه وتطهيره من النجاسات وتكحيله واضجاعه في المهد وربطه وتحريكه في المهد لينام وحمله (ووجه)احتمال التقسيط انه جعل العوض في مقابلة شيئين قد فات احدهما فيسقط قسطه ولانهماجميعاً مقصودان (ووجه) الاحتمال الاخر ان الاجارة لاتتناول الاعيان الابالتبعية لان الاجارة وضعت للمنافع فالاعيان تقع تابعة فهي بمنزلة الصفات المكملة للمقصود ففقدهاعيب فيتخير في الفسخ والامضاء بالجميع لان التابع لايقابله جزء من العوض والاقوى الاول .

قال دام ظله: وفي ايجاب الحبر على الناسخ والكش على الملقح والصبغ

---

(١) الكش بضم الكاف مايلقح به النخل (المنجد) .

على الصباغ اشكال ولو قدر المالك على التخليص لم يجبر عليه اذا كان الغصب بعد الاقباض ولا على العمارة سواء قارن العقد الخراب كدار لاغلق لها أو تجدد بعد العقد نعم للمستاجر خيار الفسخ وعلى المالك تسليم المفتاح دون القفل فان ضاع بغير تفريط لم يضمن المستاجر وليس له المطالبة ببدله ، وعلى المالك تسليم الدار فارغة وكذا البالوعة والحش ومستنقع الحمام . فان كانت مملوة تخير فان تجدد الامتلاء في دوام الاجارة احتمل وجوبه على المستأجر لانه بفعله، وعلى الموجر لتوقف الانتفاع عليه ولا يجب على المستأجر التنقية عند انتهاء المدة بل التنقية من الكناسة و رماد الاتون كالكناسة ، ولو استأجر ارضا للزرع ولها شرب معلوم والعادة تقتضي التبعية دخل و لو اضطربت العادة بان يستأجر مرة الارض منفردة وتارة معه احتمل التبعية وعدمها ولو زرع اضر من المعين فللمالك المسمى و ارش النقص و الظرف على المستأجر و كذا الرشاء ودلو الاستقاء وينزع الثوب المستأجر ليلا ووقت القيلولة ويجوز الارتداء به على اشكال دون الاتزار .

على الصباغ اشكال .

اقول: ينشأ من العادة وان الاجارة لا تتناول الاعيان والاقوى الثاني .

قال دام ظله : ولو استأجر ارضا للزرع ولها شرب معلوم والعادة تقتضي التبعية دخل ولو اضطربت العادة بان يستأجر (مرة) الارض منفردة (وتارة) معه احتمل التبعية وعدمها .

اقول: وجه الاول ان الزراعة مفتقرة اليه والاجارة للزراعة كشرط الشرب والا لانتفت الغاية المقصودة (ووجه) الثاني الاقتصار على موجب اللفظ وانما يزاد عليه لعرف مطرد وليس والاصح الاول .

قال دام ظله : وينزع الثوب المستأجر ليلا ووقت القيلولة ويجوز الارتداء به على اشكال دون الاتزار.

اقول: ينشأ (من) انصراف العقد الى اللبس المعهود لانصراف اللفظ الى الحقيقة العرفية (ومن) انه ملك منافعه ولانه اخف ، ومن ملك منفعة ملك الاخف

الفصل الرابع في الضمان

العين امانة في يد المستأجر لايضمنها الابتعد أوتفريط في المدة وبعدها اذالم يمنعها مع الطلب سواء كانت الاجارة صحيحة أوفاسدة ولوضمنه الموجر لم يصح فان شرطه في العقد فالاقرب بطلان العقد فاذا تعدى بالدابة المسافة المشترطة أوحملها الازيد ضمنها كلها بقيمتها وقت العدوان ويحتمل أعلى القيم من وقت العدوان الى وقت التلف وعليه أجرة الزيادة ولافرق في الضمان بعدأن تلف في الزيادة اوبعدردها الى المشترطة ولوتلفت بعدردها الى مالكها بسبب تعبها وشبهه ضمنها والافلاولايسقط الضمان بردها الى المسافة ولوربط الدابة مدة الانتفاع استقرت الاجرة فان تلفت فلاضمان وان انهدم الاصطبل اذالم يكن مخوفا وكذا يد الاجير على الثوب الذى تراد خياطته اوصبغه اوقصارته اوعلى الدابة لرياضتها سواء كان مشتركا اوخاصا ولوتعدى في العين فغصبت ضمن وان كانت أرضا شرط زرعها نوعا فزرع غيره ولو سلك بالدابة الاشق من الطريق المشترط ضمن وعليه المسمى والتفاوت بين الاجرتين ويحتمل اجرة المثل وكذا لوشرط حمل قطن فحمل بوزنه حديداً ولو شرط قدراً فبان الحمل أزيد

منها فالاتزار لايجوز لانه اضر .

قال دام ظله : ولو ضمنه الموجر لم يصح فان شرط في العقد فالاقرب بطلان العقد .

اقول: هذا كما ذكر في بطلان الشرط في البيع وقدمر .

قال دام ظله : و اذا تعدى الدابة المسافة المشترطة اوحملها الازيد ضمنها كلها بقيمتها وقت العدوان ويحتمل اعلى القيم من وقت العدوان الى التلف .

اقول: وجه الاول انه وقت الضمان (ووجه الثاني) انه كالغاصب ولان نقصان القيمة السوقية انما لم يضمن مع رد العين والاصح الثاني .

قال دام ظله : لوسلك بالدابة الاشق من الطريق المشترط ضمن وعليه المسمى والتفاوت بين الاجرتين (ويحتمل) اجرة المثل وكذا لوشرط حمل قطن فحمل بوزنه حديداً .

فان كان المستأجر تولى الكيل من غير علم الموجر ضمن الدابة و الزائد و ان كان المسمى و الموجر فلا ضمان الا في المسمى وعلى الموجر رد الزائد و لا فرق بين ان يتولى الوضع من تولى الوكيل أو غيره وان تولاه اجنبي من غير علمهما فهو متعد عليهما ويضمن الصانع ما يجنيه وان كان حاذقا كالقصار بخرق الثوب والحمال بسقط الحمل عن رأسه أو يتلف بعثرته والجمال يضمن ما يتلف بقوده و سوقه و انقطاع حبله الذى شد به حمله ؛ والملاح يضمن ما يتلف من يده أو جدفه (١) او ما يعالج به السفينة والطبيب والكحال والبيطار سواء كان مشتركا أو خاصا وسواء كان في ملكه أو ملك المستأجر وسواء كان رب المال حاضراً أو غائبا وسواء كان الحمل الساقط بالسوق أو القود آدميا أو غيره و لو اتلف الصانع الثوب بعد عمله تخير المالك فى تضمينه أياه غير معمول ولا اجر عليه وفى تضمينه اياه معمولا ويدفع اليه أجرته و لو نقصت قيمة الثوب عن الغزل فله قيمة الثوب خاصة للاذن فى النقص ولا أجرة و كذا لو وجب عليه ضمان المتاع المحمول تخيرصاحبه بين تضمينه اياه بقيمته فى الموضع الذى سلمه ولا أجر له

اقول: (وجه الاول) انه استوفى المنافع المعقود عليها وزيادة فان القصد الوصول الى الغاية وقطع المسافة التى بين المبدء وبينها وشرط الاسهل فحصل الاشق فاشتركا فى قطع المسافة وزاد هذا بالمشقة (ووجه) الثانى ان الزيادة غير متميزة وهو متعد بالجميع لان لرب الدابة منعه من سلوك تلك الطريق كلها .

قال دام ظله: ولو استأجره لحياكة عشرة اذرع (الى قوله) بنسبة الناقص.

اقول: وجه الثانى انه اتى بالمشترط وزيادة ولانه اما ان يستحق الاجرة بعدم الزيادة خاصة وهو محال بالضرورة او بمجرد العمل وهو المطلوب او بهما وهو محال ايضاً (والجواب) انه جاز ان يستحق بالعمل بشرط عدم الزيادة وهو الاصح .

---

(١) جدف الملاح السفينة ـ ساق السفينة بالمجداف ـ المجداف بالدال المهملة وبالذال المعجمة خشبة طويلة مبسوطة احد الطرفين تسير بها القوارب ـ القارب السفينة الصغيرة ج قوارب (اقرب الموارد) .

وتضمينه في الموضع الذي أفسده ويعطيه الاجرة الى ذلك المكان ولو استاجره لحياكة عشرة اذرع في عرض ذراع فنسجه زائداً في الطول أو العرض فلا أجر له على الزيادة وعليه ضمان نقص المنسوج فيهما فان كان حاكه زائداً في الطول خاصة فله المسمى وان زاد فيهما أو في العرض احتمل عدم الاجر للمخالفة والمسمى وكذا لو نقص فيهما لكن هنا ان أوجبنا المسمى اسقط بنسبة الناقص ولو قال ان كان يكفي قميصا فأقطعه فقطعه فلم يكف ضمن ولو قال هل يكفي قميصا فقال نعم فقال اقطعه فلم يكفه لم يضمن ولو قال اقطعه قميص رجل فقطعه قميص امرأة احتمل ضمان ما بينه صحيحا و مقطوعا وما بين القطعين ولا يبرء الاجير من العمل حتى يسلم العين كالخياط ان كان العمل في ملكه ولا يستحق الاجرة حتى يسلمه مفروغا فلو تلفت العين من غير تفريط بعد العمل لم يستحق اجرة على اشكال ولو كان في ملك المستأجر برىء بالعمل واستحق الاجر به ولو حبس الصانع العين حتى يستوفي الاجرة ضمنها ولو اشتبه على القصار فدفع الثوب الى غير مالكه كان ضامنا على المدفوع اليه الا ان دفع علمه فان نقص بفعله ضمن و رجع على القصار ثم

قال دام ظله : ولو قال اقطعه قميص رجل فقطعه قميص امرأة احتمل ضمان ما بينه صحيحاً ومقطوعاً وما بين القطعين .

اقول: وجه (الاول) انه متعمد بهذا القطع ولم يحصل المأذون فيه (ووجه) الثاني انه اذن في قطعه قميص رجل فقد اذن في القطع المطلق وقيده بهذا القيد فاوجده بقيد آخر فيضمن تفاوت ما بين القطعين والاصح الاول لان القطع الماذون فيه لم يفعله وما فعله مضمون لانه منهي عنه و كلما نهى من التصرفات في مال الغير فانه يستعقب الضمان .

قال دام ظله : ولا يستحق الاجرة حتى يسلمه مفروغاً فلو تلفت العين من غير تفريط بعد العمل لم يستحق اجرة على اشكال .

اقول: (من) حيث انها معاوضة تقتضي حصول العوضين معا و لم يحصل احدهما فلا يحصل الاخر (ومن) حيث انه استأجره على العمل وقد عمل والاقوى الاول.

طالبه بثوبه فان هلك عند القصار احتمل الضمان لانه امسكه بغير اذن مالكه بعد طلبه و عدمه لعدم تمكنه من رده و الشروط السايغة لازمة ، فلو شرط ان لايسير عليها ليلا أووقت القائلة اولا يتأخر بها عن القافلة اولايجعل سيره فى آخرها أولا يسلك بها طريقا معينا فخالف ضمن وان تلفت لابسبب فوات الشرط ، وللمستأجر ضرب الدابة بمساجرت العادة به وتكبيحها باللجام (١) وحثها على السير ولا ضمان ، وللمعلم ضرب الصبيان للتأديب و يضمن لوجنى بتأديبه ولو ختن صبيا بغير اذن وليه أوقطع سلعة انسان بغير اذنه اومن صبى بغير اذن وليه فسرت الجناية ضمن ولوأخذ البراءة ففى الضمان اشكال ، ويضمن الراعى بتقصيره بان ينام عن السائمة أويغفل عنها أو يتركها تتباعد عنه اوتغيب عن نظره أويضربها باسراف اوفى غير موضع الضرب أولا لحاجة أويسلك بها موضعا يتعرض فيه للتلف ولو دفع الى غيره شيئا ليعمل فيه عملا استحق الصانع اجرة مثل العمل ان كان ذا اجرة عادة والا فلا ولو آجر مملوكة أو استاجر باذنه فافسد ضمن المولى فى سعيه ولا يضمن الحمامى الامع الايداع و التفريط ويصح اسقاط الاجرة المعينة بعد تحققها فى الذمة والمنفعة الثابتة فى الذمة و دون المنفعة المعينة ولو تسلم أجيراً ليعمل له صنعة فهلك لم يضمنه وان

قال دام ظله : فان هلك عند القصار احتمل (الضمان) لانه امسكه بغير اذن مالكه بعد طلبه (وعدمه) لعدم تمكنه من رده .

اقول: ذكر المصنف الوجهين والاصح عندى الاول والثانى ضعيف لااعتبار به .

قال دام ظله : ولواخذ البرائة ففى الضمان اشكال .

اقول: اذا قطع سلعة صبى اوبالغ وابرأه الولى او البالغ مما يحصل من سراية القطع قبله فهل يؤثر الابراء فى عدم ضمانه ام لا قال المصنف فيه اشكال و منشأه (من) ان الابراء مما لم يجب لايصح (ومن) انه للضرورة (و من) قول امير المؤمنين عليه السلام من تطبب اوتبيطر فليأخذ البرائة من وليه والافهو له ضامن (٢) .

---

(١) كبح الدابة باللجام جذبها به لتقف ولاتجرى (المنجد).

(٢) ل ب ٢٤ خبر ١ من ابواب موجبات الضمان من كتاب الديات .

کان صغیراً أوعبداً ولو استأجر الدابة لحمل قفیز فزاد فهو غاصب ضامن للجمیع ولوسلم الی الموجر وقال انه قفیز و کذب فتلفت الدابة بالحمل ضمن النصف و یحتمل بالنسبة ولو استأجر للقصاص ثم عفی سقط القصاص ولا اجرة فان اقتص الاجیر مع العلم ضمن ولا معه یستقر الضمان علی المستأجر ان تمکن من الاعلام والافاشکال .

قال دام ظله : ولوسلم الی الموجر وقال انه قفیز و کذب فتلفت الدابة بالحمل ضمن النصف و یحتمل بالنسبة .

اقول: اذا استأجره لحمل قفیز الی مکان معین باجرة مقدّرة معلومة ثم سلم الیه المستأجر قدراً وقال له انه قفیز و کذب فی اخباره وکان المدفوع قفیزین مثلا وتلفت الدابة بالحمل احتمل ضمان النصف واحتمل التقسیط علی الا صل و الزیادة (ووجه) الاول ان التلف حصل من تغریره ومباشرة الموجر ولانها تلفت بسبب مضمون وغیره فکان کما لوجرح نفسه جراحات وجرحه غیره جراحة واحدة او بالعکس (ووجه) الثانی ان کل قفیز مؤثر فی التلف مثل الآخر فقسمت القیمة علی الجمیع لامتناع ان یجعل اثنان مؤثران ضعف تأثیر الواحد قطعاً فی مقابلة الواحد بخلاف الجراحات التی لاتنضبط نکایاتها (مکاناتها ـ خ ل).

قال دام ظله : ولو استأجره للقصاص ثم عفا سقط القصاص ولااجرة فان اقتص الاجیر مع العلم ضمن ولا معه یستقر الضمان علی المستاجر ان تمکن من الاعلام والا فاشکال .

اقول: ینشأ (من) المباشرة والغرور وایضاً المستأجر لم یوجد منه الاالاستیجار للقصاص والعفو وعدم الاعلام والاولان مباحان والثالث غیر مقدور فلا یکلف به لاستحالة تکلیف ما لا یطاق و اذا کان السبب مباحا تعمّده للمکلف باصل الشرع لا یتعقب الضمان والموجر فعل القتل وهو مباح له لاستحالة تکلیف الغافل لکن هذه الاباحة حصلت بالجهل والغفلة لاباصل الشرع و مثل هذه لایسقط الضمان فی قتل المعصوم الدم بخلاف اباحة اسباب المستأجر فانها اباحة اصلیة شرعیة فکان الموجر اقوی

الفصل الخامس فى التنازع

لواختلفا فى اصل الاجارة فالقول قول منكرها مع اليمين فان وقع الاختلاف بعد استيفاء المنافع واتلاف الاجرة فان كان المدعى المالك فله المطالبة بالمتخلف من اجرة المثل وليس للمستأجر طلب الفاضل من المسمى لو كان ولاضمان فى العين وان كان هو المستاجر لم يسقط ضمان العين ان انكر المالك الاذن فى التصرف ولم يكن للمستاجر المطالبة بالفاضل عن اجرة المثل ان كان ، ولواختلفا فى قدر الاجرة فقال آجرتك سنة بدينار فقال بل بنصفه فالقول قول المستاجر مع يمينه؛ ولواختلفا فى المدة فقال آجرتك سنة بدينار فقال بل سنتين بدينارين فالقول قول المالك مع يمينه ولوقال بل سنتين بدينار فهنا قد اختلفا فى قدر العوض والمدة فالاقرب التحالف فاذا تخالفا قبل مضى شيء من المدة فسخ العقدان ويرجع كل منهما فى ماله فان رضى احدهما بما حلف عليه الآخر اقر العقد وان كان بعد المدة اوشيء منها سقط المسمى ووجب اجرة المثل مالم تزد عما يدعيه المالك وتنقص عما يد عيه المستأجر (ويحتمل)

(ومن) ان هذه الاباحة فى الحقيقة مستندة الى المستأجر وهو علتها فكان اقوى من المباشر لان فعله اقوى وهو الصحيح .

قال دام ظله : ولواختلفا فى المدة فقال آجرتك سنة (الى قوله) بالنسبة من الدينار .

اقول: وجه القرب ان كل واحد منهما مدع منكر (ويحتمل) تقديم المالك لان المستأجر قد اقر باستحقاق الدينار وهو يدعى كونه فى مقابلة شيئين و استحقاق السنة الزائدة والمالك ينفيهما فكان القول قوله مع اليمين ، وهذا قول ابن ادريس، وقال الشيخ فى باب المزارعة يستعمل القرعة (ووجه) احتمال استحقاق المنافع سنة بالنسبة من الدينار اتفاقهما على استحقاق المستاجر منافع السنة و المالك يدعى الزيادة على النسبة من الدينار و اقرار العقلاء على انفسهم جائز و القول قول المنكر مع اليمين ولذلك حكمنا على الموجر استحقاق المستاجر المنافع سنة وعدم ثبوت الزيادة على نسبتها من الدينار .

مع التحالف استحقاق المنافع سنة بالنسبة من الدينار ولوقال المالك آجرتكهاسنة بدينار فقال بل استاجرتني لحفظها سنة بدينار قدم قول المالك في ثبوت الاجرة لان السكنى قد وجدت من المستاجرفيفتقر الى بيّنة تزيل عنه الضمان ولو اختلفا في القدر المستأجر ، فالقول قول المالك وكذا لواختلفافي رد العين المستاجرة، ولواختلفا في التعدى فالقول قول المستأجر وكذا لوادعى الصانع او الملاح او المكارى هلاك المتاع وانكر المالك فالقول قولهم مع اليمين وكذا ان ادعى اباق العبد من يده او ان الدابة نفقت أو شردت وانكر المالك ولا أجرة على المستاجر مع اليمين ولو ادعى ان العبد مرض في يده وجاء به صحيحا قدم قول المالك ولو جاء به مريضا قدم قوله و لو اختلفافي وقت الهلاك او الاباق اوالمرض فالقول قول المستاجرلان الاصل عدم العمل ان قدر به وقلنا يملك بالعمل والا فاشكال، وان قدر بالزمان قدم قول المالك فلو قال امرتك بقطعه قباء فقال بل قميصا قدم قول المالك على رأى ، فلو أراد الخياط فتقه لم يكن له ذلك ان كانت الخيوط من

قال دام ظله : ولواختلفا فى وقت الهلاك اوالاباق اوالمرض فالقول قول المستأجر لان الاصل عدم العمل ان قدر به وقلنا يملك بالعمل والافاشكال.

اقول: على القول بان الموجر يملك الاجرة ملكاتاما مستقراً بتسليم العين الموضوعة للعمل لابمجرد العمل لكن له مدخل فى تلك الاجرة لا تنفاء التمليك بانتفائه اذا اختلف المتواجران فى وقت الهلاك فقال المستأجران الهلاك فى وقت كذا وهوقبل العمل اوقبل القبض وقال الموجر بل فى وقت كذا وهو بعدهما (احتمل) تقديم قول المستاجر لان الاصل عدم العمل و لانه ينكر وجوب العوض و لم يعترف بوجود سببه التام (ويحتمل) تقديم قول الموجر وهو مالك العبد اوالدابة لان المستأجر يدعى تقديم الهلاك اوالاباق على القبض والاصل عدمه .

قال دام ظله : ولوقال امرتك بقطعه قباء فقال بل قميصاً قدم قول المالك على رأى .

اقول: هذا اختيار الشيخ فى كتاب الاجارة من الخلاف و ابن ادريس لان .

الثوب أو المالك ولا اجرة له وعليه الارش ولو كانت الخيوط للخياط ففى أخذها نظر أقربه ذلك ، فلوقال المالك انا اشد فى كل خيط خيطا حتى اذاسله عاد خيط المالك فى مكانه لم يجب الاجابة وعلى رأى قدم قول الخياط فيسقط عنه الغرم وله اجرة مثله بعد اليمين لا المسمى ان زاد لانه لايثبت بقوله ، ولوغصبت العين فأقر الموجر بالملكية له قبل فى حقه دون المستأجر وللمستأجر مخاصمة الغاصب لاجل حقه فى المنفعة ؛ ولو اختلفا فى المبطل للعقد فالقول قول مدعى الصحة ، ولوقال آجرتك كل شهر بدرهم من غير تعيين فقال بل سنة بدينار ففى تقديم قول المستأجر

الاصل عدم الاذن الذى يدعيه الخياط ولانه احدث فيه نقصاً وهو يدعى انه مأذون فيه والاصل عدمه ولانهما لو اختلفا فى اصل الاذن كان القول قول المالك فكذا اذا اختلفا فى صفة لان عدم الموصوف علة لعدم الصفة وقال الشيخ فى كتاب الوكالة من الخلاف القول قول الخياط لان الاصل عدم تفريطه والاصح الاول .

قال دام ظله : ولو كانت الخيوط للخياط ففى اخذها نظر اقربه ذلك .

اقول: مبنى هذه المسألة ان الخيوط على الخياط فى استيجاره للخياطة مطلقا وقد تقدم الكلام فيها وقد قرر المصنف تقديم قول المالك ونفى الاجرة عنه والخيوط تتبع الاجرة على هذا التقدير فحيث لا اجرة لا يملك المالك الخيوط فكان للخياط اخذها وهذا هو الاقرب عند المصنف والاصح عندى (ويحتمل) ضعيفا منعه لانه اقر بكونها مستحقة للمالك والاجرة مستحقة له والمالك ظالم فى منعه الاجرة فلا يقابل الظلم بالظلم وليس بجيد لان احد العوضين اذا منعه من هو عليه لم يستحق اخذ الاجرة فلما حلف المالك تعذر اخذ الاجرة فانه يفسخ فى الخيوط .

قال دام ظله : ولو قال آجرتك كل شهر بدرهم من غير تعيين فقال بل سنة بدينار ففى تقديم قول المستأجر نظر .

اقول: منشأه (من) انه يدعى الصحة والمالك يدعى البطلان فيقدم قول مدعى الصحة (ومن) اصالة عدم اجارة سنة والاصل فى ذلك انه اذا ادعى مدعى الصحة (الصحة خ)

نظر فان قدمنا قول المالك فالاقوى صحة العقد في الشهر الاول.

بزيادة يتضمنها والاصل (۱) عدمها (هل)يكون القول قوله لاطلاق الاصحاب(ام لا) لاصالة العدم الاولى الثاني فيتعارضان فيقدم قول نافي الزيادة وانما يقدم قول مدعي الصحة قطعا فيما لم يشتمل الصحة على زيادة كما اذا ادعى احدهما اجارة كل شهر بدينار وادعى الاخر اجارة شهر واحد معين بدينار .

قال دام ظله :فان قدمنا قول المالك فالاقوى صحة العقد في الشهر الاول.

اقول: هذا اذا كان قسط هذا الشهر درهما(ووجه القوة)اتفاقهما على وقوع الاجارة في الشهر الاول بدرهم لكن احدهما يدعي وقوعه على وجه يبطل والاخر يدعي وقوعه على وجه يصح فكان القول قول الاخر(ويحتمل)ضعيفا البطلان لانه مقتضى قول المالك وقد قدمناه كما تقدم والاصح عندى الاول(لايقال)انهما لم يتفقا على صحة الاجارة في الشهر الاول بل انما يصح على قول المستأجر وتبطل على قول الموجر فالقطع بثبوته في الشهر الاول . لاوجه له (لانا نقول) هذا الكلام لاوجه له ، والغلط ينشأ من عدم تحرير المبحث فان البحث انما هو فيما اذا اتفقا على وقوع عقد وعلى تناوله شيئا معينا ولو ضمنا من زمان اوغيره ثم اختلفا في صحة العقد وبطلانه فان لم يشتمل دعوى الصحة على زيادة الاصل عدمها وكان المتفق عليه كل المراد كان القول قول مدعي الصحة اجماعا وان اشتملت على زيادة الاصل عدمها وكان المتفق عليه بعض المراد ففيه البحث والمسألة الاولى تقدمت وهذه المسالة الثانية فيحتمل الصحة فيما اتفقا عليه لافي الزيادة بمعنى تقديم قول مدعي الصحة فيه لوجود المقتضى و هو اتفاقهما على وقوع عقد و على تناوله للشهر الاول و عدم المانع فيه لان نفي الزيادة التي يدعيها ، لايقتضي البطلان فيه (و يحتمل) تقديم قول المالك في نفي العقد المقتضي لذلك لانه منكر، و سبب الاشتباه انهم قالوا يقدم قول مدعي الصحة في ما اتفقا على تناول العقد اياه فيوهم قولهم اتفقا على صحته .

---

(۱) الواو حالية .

وكذا الاشكال فى تقديم قول المستاجر لو ادعى أجرة معلومة اوعوضا معينا وانكر المالك التعيين فيهما والاقوى التقديم فيما لم يتضمن دعوى .

المقصد الثانى فى المزارعة

وفيه فصلان

الاول فى اركانها وهى اربعة **الاول** العقد ، المزارعة مفاعلة من الزرع وهى معاملة على الارض بالزراعة بحصة من نمائها ولا بد فيها (من ايجاب) كقوله زارعتك أو عاملتك أو ازرع هذه الارض على اشكال أو سلمتها اليك للزرع وشبهه

قال دام ظله : وكذا الاشكال فى تقديم قول المستاجر لو ادعى اجرة مدة معلومة اوعوضا معينا وانكر المالك التعيين فيهما فالاقوى التقديم فى ما لم يتضمن دعوى.

اقول: وجه القوة انه مع تضمن الدعوى الزائدة يكون على خلاف الاصل ويكون الآخر منكراً فيلزم من تقديم قول المستاجر تقديم المرجوح وهو على خلاف الاصل على الراجح وابطال الراجح وهو باطل (ويحتمل) التقديم مطلقا لعموم الاصل المقدم وهو تقديم مدعى الصحة .

المقصد الثانى فى المزارعة

قال دام ظله : ولابد فيها من ايجاب كقوله زارعتك اوعاملتك اوازرع هذه الارض على اشكال .

اقول: (من حيث) ان الشارع لم يضع للانشاء الا صيغة الماضى (ومن) دلالته على المقصود ولجواز جهالة العمل والعوض فيها اولى ولرواية الحسن بن محبوب عن جابر بن جرير (حريز- خ ل) عن أبى الربيع الشامى عن ابى عبدالله عليه السلام انه سئل عن رجل يزرع ارض رجل آخر فيشترط عليه ثلثا للبذر و ثلثا للبقر فقال لاينبغى ان يسمى بذراً ولا بقراً ولكن يقول لصاحب الارض ازرع لى ارضك ولك منها كذا و

مدة كذا بحصة معلومة من حاصلها (ومن قبول) وهو كل لفظ أوفعل دل على الرضا، وهوعَقد لازم من الطرفين لايبطل الا بالتقايل لابموت أحدهما ولابد فى العقد من صدوره عن مكلف جايز التصرف ، و لو تضمن العقد شرطا سايغا لا يقتضى الجهالة لزم ولوعقد بلفظ الاجارة لم تنعقد وان قصد الا جارة او الزراعة نعم يجوز اجارة الارض بكل ما يصح ان يكون عوضا فى الاجارة و ان كان طعاما اذا لم يشرط أنه مما يخرج من الارض ويكره أن يشترط مع الحصة شيئاً من ذهب أوفضة .

الثانى فى تعيين المدة و لابد من ضبطها بالشهور و الاعوام ولا يكفى تعيين المزروع عنها ويجوز على اكثر من عام واحد من غير حصر اذا ضبط القدر و لوشرط مدة يدرك الزرع فيها قطعا أو ظنا صح ولوعلم القصور فاشكال، و لو ذكر مدة يظن الادراك فيها فلم يحصل فالاقرب أن للمالك الازالة مع الارش اوالتبقية بالاجرة سواء كان بسبب الزارع كالتفريط بالتأخير اومن قبل الله تعالى كتغير الاهوية وتأخير المياه

كذا نصف اوثلث اوما كان من شرط الحديث (١) فاذا جاز القبول بهذه الصيغة فجواز الايجاب بالامر اولى، وعن الحسين بن سعيد عن النضر بن سويد عن عبدالله بن سنان انه قال فى الرجل يزارع ارض غيره فيقول ثلث للبقر و ثلث للبذر فقال لايسمى شيئا من الحب والبقر ولكن يقول ازرع ولى فيها كذاو كذا انشئت نصفا وان شئت ثلثا (٢) والاصح انه لايصح الا بلفظ الماضى و كذا فى كل عقد لازم .

قال دام ظله : ولوشرط مدة يدرك الزرع فيها قطعا اوظنا صح ولو علم القصور فاشكال.

اقول: ينشأ (من) امتناع المنفعة المقصودة من العقد التى هى شرط (و من) وجوب الابقاء لانه زرع بحق والاقوى بطلان العقد.

قال دام ظله : فلوذكر مدة يظن الادراك (الى قوله) و تأخير المياه.

اقول: وجه القرب ان التصرف فى ملك الغير بغير اذنه قبيح عقلا فالاذن الاول

---

(١) ثل ب ٨ خبر ٨ من كتاب المزارعة .

(٢) ثل ب ٨ خبر ٥ من كتاب المزارعة .

ولواتفقا على التبقية بعوض جازان كان معلوما ، ولوشرط فى العقدتأخيره عن المدة ان بقى بعدها فالاقرب البطلان ، ولوترك الزرع حتى انقضت المدة لزمه اجرة المثل ولو كان استأجرها لزمه المسمى ولايشترط اتصال المدة بالعقد.

الثالث امكان الانتفاع بالارض فى الزرع بان يكون لها ماء امامن بئر أونهر اوعين أومصنع وكذا ان آجرها للزرع و لو زارعها له ولا ماء لها تخير العامل مع الجهالة لامع العلم لكن فى الاجرة يثبت المسمى ولواستأجرها ولم يشترط الزرع لم يكن له الفسخ وكذالو شرط الزراعة وكانت فى بلاد تشرب بالغيث غالباولوانقطع فى الاثناء فللزارع الخيار انزارع اواستأجر له وعليه أجرة ماسلف .

الرابع الحصةويشترط فيها أمران العلم بقدرها و الشياع فلو أهمل ذكرها بطلت وكذا لوجهلاقدرها أوشرطا جزء غيرمشاع بان يشترط أحدهما النماء بأجمعه له أويشترط أحدهما الهرف (١) والاخرالافل أو مايزرع على الجداول والاخرفى غيرها أو يشترط أحدهما قدراً معلوما من الحاصل كعشرة اقفزة و الباقى للاخر

لايتناول مابعد المدة المشروطة فلايجبر على التبقية(ويحتمل) الوجوب لاذنه فى الشروع والقلع ضرر و قال ﷺ لاضرر ولا ضرار و لانه ليس لعرق ظالم (٢) وهوالاقوى عندى.

قال دام ظله : ولوشرط فى العقد تاخيره عن المدة ان بقى بعدها فالاقرب البطلان .

اقول: وجه القرب انه يقتضى تجهيل المدة ولان للشرط جزءاً من احدالعوضين فيتجهل بجهله (ومن) حيث انه قدشرط مايقتضيه ان قلناانه مع الاطلاق يجب التبقية ولاصالة الجوازوالاصح الاول .

---

(١) هرف الرجل نمى ماله ـ كاهرف (اقرب الموارد) والهرف هوالمتقدم من الزرع والافل بالفاء خلافه (فى حاشية بعض نسخ القواعد).

(٢) هكذا فى النسخ والظاهر سقوط لفظة (حق) .

ولوشرطا ان يكون الباقي بعد العشرة بينهما أوشرطا اخراج البذر اولا والباقي بينهما بطل على اشكال ويجوز التفاضل في الحصة والتساوي ولوشرط أحدهما شيئا على الاخر يضمنه له من غير الحاصل مضافا الى الحصة صح على رأى .

الفصل الثاني في الاحكام

اطلاق المزارعة يقتضي تخيير العامل في زرع اى نوع شاء ويتعين بالتعيين فان زرع الارض فللمالك الخيار بين المسمى مع الارش وبين أجرة المثل ، ولو زرع الاخف تخير المالك بين الحصة مجانا واجرة المثل و لوشرط نوعين متفاوتين في الضرر افتقر الى تعيين كل منهما وللمزارع أن يشارك غيره وان يزارع عليها غيره وان لم يأذن المالك نعم لوشرط الاختصاص لم تجز المشاركة ولا المزارعة وخراج الارض ومؤنتها على المالك الا ان يشترطه على العامل ، وتصح المزارعة اذا كان من أحدهما الارض خاصة ومن الاخر البذر والعمل والعوامل و كذا ان كان البذر لصاحب الارض او العمل منه أوكان البذر منهما سواء اتفقا في الحصة او اختلفا وسواء تساويا في البذر أوتفاوتا ، وفي صحة كون البذر من ثالث نظر وكذا لوكان البذر من ثالث والعوامل

قال دام ظله : ولوشرط ان يكون الباقي بعد العشرة بينهما او شرطا اخراج البذر اولا والباقي بينهما بطل على اشكال .

اقول: اما الاشكال في الاولى فينشأ (من) قوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم(١) (ومن) انه يمكن ان لا يخرج الا ذلك القدر فيختص الحاصل باحدهما وهو غير جائز اجماعا واذا تساوى احتمال الصحة واحتمال البطلان بطل العقد والاصح عندى البطلان واما الاشكال في المسألة الثانية وهو البذر فمنشأه اختلاف الاصحاب فجوزه الشيخ وابن ادريس ومنعه كثير من الاصحاب وهو الاصح عندى لما قلناه .

قال دام ظله : ولوشرط احدهما على الاخر شيئا يضمنه له من غير الحاصل مضافا الى الحصة صح على رأى .

اقول : هذا اختيار الشيخ (وقيل) بالمنع والاول اقوى للاصل .

قال دام ظله : وفي صحة كون البذر من ثالث نظر وكذا لو كان البذر

---

(١) ئل ب ٦ خبر ١-٢-٥ من ابواب الخيار .

من رابع . و كل مزارعة فاسدة فان الزرع لصاحب البذر وعليه اجرة الارض والفدان(١) ولو كان البذر من المالك فعليه أجرة العامل ، والاطلاق يقتضى كون البذر على العامل ويحتمل البطلان ، ولو تناثر من الحاصل حبّ فنبت في العام الثاني فهو لصاحب البذر ولو كان من مال المزارعة فهو لهما ويجوز للمالك الخرص على العامل ولا يجب القبول فان قبل كان استقراره مشروطا بالسلامة فلو تلف بآفة سماوية أو أرضية او نقص لم يكن عليه شيء ولو زاد فاباحة على اشكال .

من ثالث والعوامل من رابع .

اقول : ينشأ من اصالة الصحة (ومن) عدم وروده في الشرع والاسباب متلقاة من الشرع .

قال دام ظله : والاطلاق يقتضى كون البذر على العامل (ويحتمل) البطلان .

اقول: وجه الاول انه الغالب من عادة المزارعين والاطلاق يحمل على الغالب ولقول ابى عبدالله عليه السلام لما سئل عن المزارع قال النفقة منك والارض لصاحبها(٢) (واجيب) بان المفرد المحلى بلام الجنس لايفيد العموم (ووجه الثاني) صحة كونه من كل منهما فيكون اعم منهما و العام لادلالة له على الخاص فيبطل للجهالة وهو الاصح عندى .

قال دام ظله : ولو تلف بآفة سماوية او ارضية او نقص لم يكن عليه شيء ولو زاد فاباحة على اشكال

اقول: قال الشيخ في النهاية ومن زارع ارضا على ثلث او ربع و بلغت الغلة جاز لصاحب الارض ان يخرص عليه الغلة ثمرة كانت او غيرها فان رضى الزارع بماخرص احدهما كان عليه حصة صاحب الارض سواء نقص الخرص اوزادو كان له الباقي فان هلكت الغلة بعد الخرص بآفة سماوية لم يكن عليه للمزارع شيء واعترضه

---

(١) الفد بتخفيف الدال ـ هي البقر التي يحرث عليها اهلها (مجمع) .

(٢) ثلب ١٠ خبز٢ من كتاب المزارعة .

واذا اختلف أنواع الزرع جاز الاختلاف في الحصة منها والتساوي ، ولو كان في الارض شجر و بينه بياض فساقاه على الشجر وزارعه على البياض جاز وهل يجوز بلفظ المساقاة مع قصد الزرع والسقي اشكال ينشأ (من) احتياج المزارعة الى السقي ولو آجر الارض بما يخرج منها لم يصح سواء عيّنه بالجزء المشاع او المعين او الجميع، ويقدّم قول منكر زيادة المدة مع يمينه وقول صاحب البذر في قدر الحصة و لو أقاما

ابن ادريس بانه ان كان بيعا فهو مزابنة باطل (١) وان كان صلحا فان كان من هذه الثمرة بطل للغرر وان كان في ذمة العامل لم يسقط شيء بتلفه بآفة سماوية و غيرها (واحتج) الشيخ برواية يعقوب بن شعيب الصحيحة قال سالت اباعبدالله عليه السلام عن المزارعة فقال النفقة منك و الارض لصاحبها فما اخرج الله من شيء قسم على الشرط وكذلك قبّل رسول الله صلى الله عليه وآله خيبر قوما اتوه فاعطاهم اياها على ان يعمروها على ان لهم نصف ما اخرجت فلما بلغ الثمر امر عبدالله بن رواحة بخرص النخل فلما فرغ منه خيرهم فقال قد خرصنا هذا النخل بكذا صاعا فان شئتم فخذوه و ردوا علينا نصف ذلك وان شئتم اخذناه واعطيناكم نصف ذلك فقالت اليهود بهذا قامت السموات والارض (٢) وليس ببيع بل هو تقبّل اوصلح وجازمع الجهل لان مبنى عقد المزارعة على الجهالة فلم يضر فيه فمنشأ الاشكال الذى ذكره المصنف من هذا فانه لو لم يكن اباحة لم يكن فيه فائدة ان لم نقل بقول الشيخ فلا يسوغ والاصح انه اباحة فلا يحتاج الى عقد جديد او اباحة جديدة (ويحتمل) احتياجه الى اباحة جديدة لان العقود الفاسدة لا يحصل منها اباحة .

قال دام ظله : ولو كان في الارض شجر (الى قوله) الى السقي.

اقول: (و من) حيث ان الشارع وضع لكل منهما لفظا خاصا و الاصح انه لا يصح .

قال دام ظله : ويقدم قول منكر زيادة المدة مع يمينه وقول صاحب

---

(١) كذا في النسخ والظاهر (باطلة) .

(٢) ثل ب ١٠ خبر ٧ من ابواب بيع الثمار .

بينة احتمل تقديم بينة الاخر (وقيل) القرعة ولو ادعى العامل العارية و المالك الحصة أوالاجرة قدّم قول المالك في عدم العارية وله أجرة المثل مع يمين العامل مالم تزد عن المدعى وللزارع التبقية الى وقت الاخذ أمـا لو قال غصبتنيها فانه يحلف ويأخذ الاجرة والارش ان عابت وطمّ الحفر وازالة الزرع .

المقصد الثالث في المساقاة

وفيه فصلان

الاول في أركانها وهي خمسة : **الاول** العقد ، المساقاة معاملة على أصول ثابتة بحصة من ثمرها وهي مفاعلة من السقي وسميت به لان اكثر حاجة اهل الحجاز اليه لانهم يسقون من الآبار وهي عقد لازم من الطرفين ولا بد فيه (من ايجاب) دالّ على المقصود بلفظ المساقاة وماساواه نحو عاملتك وصالحتك واعمل في بستاني هذا أوسلمت اليك مدة كذا (وقبول) وهو اللفظ الدال على الرضا ولو قال استأجرتك لتعمل لي في هذا الحائط مدة كذا بنصف حاصله لم يصح على اشكال ينشأ (من) اشتراط العلم في الاجرة اذا قصدت اما اذا تجوز بلفظها عن غيرها فلا ولا تبطل بموت احد المتعاملين.

البذر في قدر الحصة ولو اقاما بينة احتمل تقديم بينة الاخر (وقيل) القرعة.

اقول : وجه الاحتمال الاول انه الخارج ولان كل من كان القول قوله كانت البينة بينة الاخر وحيث القول قول المالك فالبينة بينة الاخر و لا نه يدعى خلاف الظاهر وخلاف الاصل ولو ترك الخصومة لترك (وقيل) بالقرعة و اختاره الشيخ في بعض كتبه لان الربح هنا تابع للعمل ورأس المال ولا ترجيح والاقوى عندي الاول.

المقصد الثالث في المساقاة

وفيه فصلان (الاول) في اركانها

قال دام ظله: ولو قال استأجرتك لتعمل لي في هذا الحائط مدة كذا بنصف حاصله لم يصح على اشكال ينشأ (من) اشتراط العلم في الاجرة اذا قصدت اما اذا تجوز بلفظها عن غيرها فلا .

الثاني متعلق العقد وهو الاشجار كالنخل وشجر الفواكه والكرم و ضابطه كل ماله أصل ثابت (نابت دخل) له ثمرة ينتفع بها مع بقاءه ، وفي المساقاة على مالا ثمرة له اذا قصد ورقه كالتوت و الحنّاء اشكال اقربه الجواز و كذا ما يقصد زهره كالورد وشبهه والبقل والبطيخ والباذنجان وقصب السكر وشبهه ملحق بالزرع ولا تصح على مالا ثمرة له ولا يقصد ورقه كالصفصاف ولابد أن يكون الاشجار معلومة ثابتة فلو ساقاه على ودي غير مغروس ليغرسه بطل و ان لا تكون الثمرة بارزة فتبطل الا أن يبقى للعامل عمل تستزاد به الثمرة وان قل كالتأبير و السقي و اصلاح الثمرة لا ما لا يزيد كالجذاذ ونحوه ولابد أن يكون الثمرة مما تحصل في مدة العمل فلو ساقاه على

اقول : مراد المصنف ان العاقد قصد بلفظ الاجارة هنا المساقاة مجازاً فانه لو قصد الاجارة بطل قطعا لجهالة العوض والاشكال هنا في انه هل يصح عقد المساقاة بلفظ الاجارة مجازاً ينشأ (من) حيث ان السبب في الانتقال بالعقود بالالفاظ التي وضعها الشارع فلا اعتبار بالمجاز حينئذ لانه لم يكتف بقصد المعنى باي لفظ اتفق بل اعتبر اللفظ الذي وضعه (ومن) اصالة الصحة وعموم قوله تعالى اوفوا بالعقود(١) (ووجه) التجوز المشابهة بين العقدين في ان كل واحد منهما يشتمل على العمل وهو المقصود والاصح عندي انه لا يصح لان كل لفظ هو صريح في عقد خاص لا في غيره اذا اطلق ان امكن تقييده في موضعه صح فيه والا بطل .

قال دام ظله : وفي المساقاة على مالا ثمرة له اذا قصد ورقه كالتوت و الحناء اشكال اقربه الجواز وكذا ما يقصد زهره كالورد وشبهه .

اقول: وجه القرب ان معنى الثمرة موجود فيه واللفظ تابع للمعنى و يحتمل عدمه للنص على ان المساقاة على شجر له ثمرة ولا يسمى هذا ثمراً لغة ولا عرفا ولانه يدخل في بيع الاصل اما بالاصالة ولا شيء من الثمرة كذلك والاصح الاول (ووجه القرب) في الثانية وهو الورد وشبهه انه يعد ثمرة لاشتراكهما في المعنى المقتضى لاطلاق اللفظ عليه (ويحتمل) عدمه لانه لا يسمى ثمرة عرفا والاصح الاول ايضا .

---

(١) المائدة - ١ .

ودى مغروس مدة لايثمر فيها قطعا أوظنا اومتساويا بطل ولوعلم أوظن حصول الثمرة فيها صح و لو ساقاه عشر سنين و كانت الثمرة لايتوقع الافى العاشرة جاز و يكون ذلك فى مقابلة كل العمل و تصح المساقاة على البعل من الشجر كما تصح على مايفتقر الى السقى .

الثالث المدة ويشترط تقديرها بزمان معلوم كالسنة والشهر لابما يحتمل الزيادة و النقصان ، ولاتقدير لها كثرة فتجوز اكثرمن ثلاثين سنة أما القلةفتقدّر بمدة تحصل الثمرة فيها غالبا فان خرجت المدة ولم تظهر الثمرة فلاشى ء للعامل ولوظهرت فلم تكمل فهو شريك ، والاقرب عدم وجوب العمل عليه ولو قدّرالمدة بالثمرة فاشكال ، ولومات العامل قبل المدّة لم يجب على الوارث القيام به فان قام الوارث به والا استأجر الحاكم من تركته من يكمل العمل فان لم يكن تركة أوتعذّر

قال دام ظله : ولوظهرت ولم تكمل فهوشريك والاقرب عدم وجوب العمل عليه .

اقول: وجه القرب انه انما شرط العمل مدة معينة فلايجب بعدها و لا نه لو وجب لم يشترط تعيين المدة فى المساقاة لكن التالى باطل لانها معاملة على شىء يفتقر الى اجل فلابدمن ضبطه فالمقدم مثله والملازمة ظاهرة (ويحتمل) الوجوب لانه انما يستحق العامل الحصة بتمام العمل و كمال الثمرة والاصح الاول .

قال دام ظله: ولوقدر المدة بالثمرة فاشكال .

اقول: ذهب ابن الجنيد الى جوازه لمارواه يعقوب بن شعيب ، فى الصحيح ، عن الصادق عليه السلام عن الرجل يعطى الرجل ارضه فيها الرمان والنخل والفاكهة فيقول اسق هذا من الماء واعمره ولك نصف ما اخرج قال لابأس (١) ، (ولان) المقصود من هذا العقد الثمرة الاترى انه اذا اقتّت بزمان معين فان الشرط ان يعلم اويظن ادراكها فيه (ولانه) يؤدى الى النزاع و المشهور اشتراط تعيين الاجل و هو الاصح المنهى عن الغرر .

---

(١) ثل ب ٨ خبر ١ من كتاب المزارعة وفيه ما اخرجه الله عزوجل منه .

الاستيجار فللمالك الفسخ فان ظهرت الثمرة بيع من نصيب العامل مايحتاج اليه من العمل او بيع جميعه ، ولو لم تظهر الثمرة ففسخ المالك لتعذر من يكمل العمل عن الميت وجبت اجرة المثل عما مضى ولو كان معينا بطلت قبل الظهور فله الاجرة .

الرابع العمل ويجب على العامل القيام بما شرط عليه منه دون غيره فان اطلقا عقد المساقاة اقتضى الاطلاق قيامه بما فيه صلاح الثمرة و زيادتها كالحرث تحت الشجر والبقر التي تحرث و آلة الحرث وسقي الشجر واستقاء (ئه خ ل) الماء واصلاح طرق السقي والاجاجين وازالة الحشيش المضر بالاصول وتهذيب الجريد (الجرين خ ل) (۱) من الشوك وقطع اليابس من الاغصان وزبارة (۲) الكرم وقطع ما يحتاج الى قطعه والتلقيح والعمل بالناضح وتعديل الثمرة واللقاط والجذاذ واجرة الناطور واصلاح موضع التشميس ونقل الثمرة اليه وحفظها على رؤس النخل وبعده حتى يقسم وعلى صاحب الاصل بناء الجدار وعمل ما يستقى به من دولاب أودالية وانشاء النهر والكش للتلقيح على رأى ، وفي البقر التي تدير الدولاب تردد ينشأ (من) أنها ليست من العمل فاشبهت الكش (ومن) أنها تراد للعمل فاشبهت بقر الحرث و لو احتاجت الارض الى التسميد فعلى المالك شراؤه وعلى العامل تفريقه فان اطلقا العقد فعلى كل منهما ماذكرنا أنه عليه وان شرطاه كان تأكيداً وان شرط أحدهما شيئا مما يلزم الآخر صح اذا كان معلوما الا أن يشترط العامل على المالك جميع العمل فتبطل و يصح اشتراط الاكثر ،ولو شرط أن يعمل معه غلام المالك صح ولو شرط أن يكون عمل الغلام لخاص العامل

قال دام ظله : والكش للتلقيح على رأى .

اقول: ذهب الشيخ في المبسوط الى ان الكش على صاحب النخل لانه عين مال و لاشيء من عين المال بواجب على العامل لان عقد المساقاة انما يتناول العمل لاغير و اوجبه ابن ادريس على العامل لانه به يتم نماء الثمرة وصلاحها وعمله ومالا يتم الواجب الا به فهو واجب والاصح الاول .

قال دام ظله : و لو شرط ان يكون عمل الغلام لخاص العامل فالاقرب

---

(۱) الجرين ـ موضع تجفيف التمر ونحوه .

(۲) الزبارة ـ بالضم الخوصة حين تخرج من النواه ـ الخوصة ورق الشجر (اقرب)

فالاقرب الجواز ، ويجب تعيينه ونفقته على مولاه فان شرطها على العامل اومن الثمرة صح بشرط العلم بقدرها وجنسها ، ولو شرط العامل أن أجرة الاجراء الذين يحتاج الى الاستعانة بهم فى العمل على المالك أو عليهما صح ولو لم يشترط فهى عليه ومع الشرط يجب التقدير بالكمية أما لو شرط العامل أن يستاجر باجرة على المالك فى جميع العمل ولم يبق للعامل الا الاستعمال ففى الجواز اشكال.

الخامس الثمار ويجب ان تكون مشتركة بينهما معلومة بالجزئية المعلومة لا بالتقدير فلو اختص بها أحدهما اواهملا الحصة أوشرط أحدهما لنفسه شيئا معلوما والزائد بينهما أوقدّر لنفسه أرطالا معلومة والباقى للعامل او بالعكس أواختص أحدهما بثمرة نخلات معينة والاخر بالباقى أوشرط مع الحصة من الثمرة جزء من الاصل على

الجواز .

اقول: وجه القرب عموم قوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم(١) لانه فى الحقيقة شرط للحصة فى مقابل بعض العمل وهو جائز (ويحتمل) عدمه لانه شرط العوض له على عمل غيره والاصح الاول .

قال دام ظله: اما لو شرط العامل ان يستأجر باجرة على المالك فى جميع العمل ولم يبق للعامل الا الاستعمال ففى الجواز اشكال .

اقول: ينشأ (من) ان الاستعمال نوع من العمل فجاز ان يأخذ الحصة عليه(و من) انه ليس بعمل فى العرف و الاصح البطلان لانه فرق بين العمل والقول ولا يعد الاستعمال عملا فى المساقاة ولان الواقعة فى زمن النبى صلى الله عليه وآله وسلم ليس على هذه الصورة بل على فعل متقوّم.

قال دام ظله : او شرط احدهما لنفسه شيئا (الى قوله)على اشكال .

اقول: ينشأ (من) ان المساقاة معاملة على جزء من الثمرة فى مقابلة العمل فلا يتعدى الى الاصل ولانه جعل العوض العمل فى كل النخل ولا بد وان يصل الى كل عامل العوض وليس هنا(ومن) عموم قوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم (٢)والاصح الاول .

(١ - ٢) ثل ب٦ خبر ١ -٢- ٥ من ابواب الخيار وفيه المسلمون الخ .

اشكال أوساقاه بالنصف ان سقى ناضحا وبالثلث ان سقى عذيا(۱) او بالعكس أو ساقاه على أحد الحايطين لا بعينه أوشرط حصة مجهولة كالجزء أوالنصيب بطلت المساقاة ، ولوشرط له النصف من أحد النوعين والثلث من الاخر صح اذا علم مقدار كل منهما ولوساقاه على النصف من هذا الحايط من النوعين لم يشترط العلم بقدر كل واحد منهما ، ولوشرط المالك على العامل شيئا من ذهب أوفضة مع الحصة كان مكروها ووجب الوفاء به مالم تتلف الثمرة اولم تخرج فيسقط وفى تلف البعض أوقصور الخروج اشكال، ولوقال ساقيتك على أن لك النصف من الثمرة صح وان أضرب عن حصته وفى العكس اشكال فان أبطلناه فاختلفا فى الجزء المشروط لمن هو منهما فهو للعامل ، ولوقال على ان الثمرة بيننا فهو تنصيف ولوساقاه على بستانين بالنصف من أحدهما و الثلث من الاخر صح مع التعيين والافلا ،ولوساقاه على احدهما بعينه بالنصف على أن يساقيه على الاخر بالثلث صح على رأى ، ولوتعدد المالك وتفاوتا فى الشرط صح ان علم حصة

قال دام ظله: ولوشرط المالك على العامل شيئا من ذهب اوفضة مع الحصة كان مكروها ووجب الوفاء به الا ان يتلف الثمرة اولم تخرج فيسقط وفى تلف البعض اوقصور الخروج اشكال .

اقول ينشأ (من) سقوطه بتلف الكل و وجوب الكل لحصول الجميع بتمامه فيقابل المجموع المجموع فيكون الاجزاء فى مقابلة الاجزاء (ومن) عدم تقريره فلا يتقسط الاجزاء على الاجزاء لان المجموع غير مضبوط .

قال دام ظله: ولوقال ساقيتك على ان لك النصف من الثمرة صح وان اضرب عن حصته وفى العكس اشكال .

اقول : ينشأ (من) دلالة المفهوم هنا عرفا على القول بها (و من) ان ذكر بعض العام لايدل على التخصيص و دلالة المفهوم ضعيفة و الاصح انها ليست بحجة والاصح البطلان .

قال دام ظله: ولوساقاه على احدهما بعينه بالنصف على ان يساقيه على

---

(۱) عذيا ـ بالذال المعجمة بعدها الياء ـ مايشرب بعروقه .

كل منهما والافلا ولواتفقا صح وان جهلهما ، ولوانعكس الفرض بان تعدد العامل خاصة جاز تساويا او اختلفا ، ولوساقاه على أزيد من سنة وفاوت الحصة بينهما جاز مع التعيين ولوساقى أحد الشريكين صاحبه فان شرط للعامل زيادة على نصيبه صح والافلا ولااجرة له .

الفصل الثانى فى احكامها

يملك العامل الحصة بظهور الثمرة فلو تلفت كلها الاواحدة فهى بينهما فان بلغ حصة كل منهما نصابا وجبت عليه زكوته والافعلى من بلغ نصيبه ، ولوفسد العقد كانت الثمرة للمالك وعليه اجرة العامل ولو ظهر استحقاق الاصول فعلى المساقى أجرة العامل والثمرة للمالك فان اقتسماها وتلفت فان رجع المالك على الغاصب بالجميع رجع الغاصب على العامل بحصته و للعامل الأجرة عليه ولو رجع على العامل بالجميع فللعامل الرجوع بما وصل الى الغاصب و الاجرة ، و لو رجع على كل منهما بما صار اليه جاز ولو كان العامل عالما فلاأجرة له ، ولوهرب العامل فان تبرع بالعمل عنه أحد اوبذل الحاكم الاجرة من بيت المال فلاخيار والا فللمالك الفسخ ، و لو عمل المالك بنفسه او استأجر عليه فهو متبرع و للعامل الحصة اذليس له أن يحكم لنفسه ولوأذن له الحاكم رجع باجرة مثله اوبما أدّاه ان قصر عن الاجرة و لو تعذر الحاكم كان له ان يشهد انه يستأجر عنه ويرجع حينئذ ، ولولم يشهد لم يرجع و ان نوى على اشكال ، ولوفسخ فعليه اجرة مثل عمله قبل الهرب وله مع المتبرع

الاخر بالثلث صح على رأى .

اقول: ذهب الشيخ فى المبسوط الى بطلانه وهوالظاهر من كلام ابن الجنيد وجوّزه الشيخ فى موضع آخر من المبسوط وهو الحق للاصل ولان هذا امر مشروع فاشتراطه سائغ .

قال دام ظله :ولولم يشهد له لم يرجع وان نوى على اشكال .

اقول: ينشأ (من) امر الشارع بالاشهاد ولم يحصل (ومن) ان الاشهاد لاظهار نية الرجوع عند الدفع وسبب الرجوع هو النية لانها بها يندفع التبرع لابـاظهارهـا

الفسخ مع التعيين ، ولوعمل الاجنبى قبل أن يشعر به المالك سلم للعامل غير المعين الحصة و كان الاجنبى متبرعا عليه لا على المالك ، و العامل أمين فيقبل قوله فى التلف وعدم الخيانة وعدم التفريط مع اليمين ، ولو ثبت الخيانة فالاقرب ان يده لاترفع عن حصته وللمالك رفع يده عن نصيبه فان ضم اليه المالك حافظا فأجرته على المالك خاصة ولو لم يمكن حفظه مع الحافظ فالاقرب رفع يده عن الثمرة والزامه بأجرة عامل، ولو ضعف الامين عن العمل ضم غيره اليه ولوعجز بالكلية أقيم مقامه من يعمل عمله والاجرة فى الموضعين عليه، ولواختلفا فى قدر حصة العامل قدّم قول المالك مع اليمين وكذا لواختلفا فى ما تناولته المساقاة من الشجر ولو كان مع كل منهما بينة قدّم

فائدته هو الاثبات (والتحقيق) ان الاشهاد هل هو شرط فى الرجوع نفسه كاذن الحاكم مع وجوده وامكانه اوان السبب هو النية فيه فيقبل قوله لابعده و الاشهاد لاثباتها واظهارها خاصة و كلام الاصحاب محتمل لهما و كذا الروايات فعلى الاول لارجوع وعلى الثانى يرجع والاصح الاول .

قال دام ظله : ولو ثبت الخيانة فالاقرب ان يده لاترفع عن حصته .

اقول: وجه القرب ان الخيانة انما توجب رفع اليد عن مال الغير لا عن مال نفسه (ويحتمل) رفع يده مطلقا لعموم النص ولانه لايتم الرفع عن مال المالك الا بها اذ كل جزء معين يفرض فللمالك فيه حصة ، وما لايتم الواجب الابه فهو واجب والمطلق من حيث هولاوجود له فى الخارج الا فى الشخص المعين ، و اثبات اليد انما هوعلى الموجود فى الخارج والاصح الاول .

قال دام ظله : ولولم يمكن حفظه مع الحافظ فالاقرب رفع يده عن الثمرة والزامه باجرة عامل .

اقول: القرب وجوب حفظ مال المالك و وجوب العمل و لا يتم الا بذلك (ومن) حيث تضمّن المساقاة العمل لاالاستيجار (ويحتمل) تسلط المالك على فسخ المساقاة ان لم ينوبه احد فى العمل متبرعا اوباجرة مع عدم تعيينه ومطلقا مع تعيينه لتعذر العمل منه حينئذ والاصح الاول .

بينة الخارج ،ولوصدّقه أحد المالكين خاصة أخذ من نصيبه ما ادعاه وقبلت شهادته على المنكر، ولو كان العامل اثنين والمالك واحدا فشهد أحدهما على صاحبه قبلت ولو استأجره على العمل بحصة منها أو بجميعها بعد ظهورها والعلم بقدر العمل جاز والا فلا ، والخراج على المالك الا ان يشترطه على العامل أوعليهما وليس للعامل ان يساقي غيره ولو دفع اليه أرضا ليغرسها على أن الغرس بينهما فالمغارسة باطلة سواء شرط للعامل جزءاً من الارض أولا ، والغرس لصاحبه ولصاحب الارض ازالته وأجرة ارضه لفوات ما حصل الاذن بسببه وعليه أرش النقص بالقلع ولو دفع قيمة الغرس ليملكه أو الغارس قيمة الارض ليملكها لم يجبر الاخر عليه ، ولوساقاه على الشجروزارعه على الارض المتخللة بينها في عقد واحد جاز بأن يقول ساقيتك على الشجروزارعتك على الارض اوعاملتك عليهما بالنصف ، ولوقال ساقيتك على الارض و الشجر بالنصف جاز لان الزرع يحتاج الى السقي و لوقال ساقيتك على الشجرو لم يذكر الارض لم يجزله أن يزرع ، وكل شرط سايغ لا يتضمن الجهالة فانه لازم .

المقصد الرابع في الشركة

وفيه فصلان (**الاول**) الماهية وهي اجتماع حقوق الملاّك في الشيء الواحد على سبيل الشياع ، والمحل اما عين اومنفعة أوحق ، وسبب الشركة قديكون ارثا أوعقداً اومزجا اوحيازة بان يقتلعا شجرة أويغترفا ماء دفعة بآنية (وأقسامها أربعة): شركة العنان وهي (شركة الاموال) و (شركة الابدان) بان يشترك اثنان فصاعدا

المقصد الرابع في الشركة

و فيه فصلان (**الاول**) في الماهية (**مقدمة**) لفظ الشركة يطلق على معان اربعة (الف) شركة العنان ، وهي اجتماع حقوق الملاّك بالفعل في الشيء الواحد على سبيل الاشاعة (ب) شركة الابدان ، و هي عقد لفظي يدل على تراضيهما و اتفاقهما على اشتراكهما في كسب الاعمال التي تصدر منهما على قدر الشرط كاشتراك الدلالين والحمالين وارباب الصنايع فرأس المال الاعمال و عوضها و ما يحصل بها

فيما يكتسبونه بأيديهم تساوت الصنعة اواختلفت و(شركة المفاوضة)وهي أن يشتركا في ما يتساويان من مال ويلتزمان من غرم بغصب اوبيع فاسد و(شركة الوجوه)وهي أن يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح ليكون له بعضه والكل باطل سوى الاول وأركانها ثلاثة (المتعاقدان) ويشترط فيهما اهلية التوكيل والتوكل (والصيغة) وهي ما يدل على الاذن في التصرف ويكفي قولهما اشتركنا (والمال)وهو كلما يرتفع الامتياز مع مزجه سواء كان اثماناً أوعروضاأوفلوسا، فلايكفي مزج الصحيح بالقراضة ولاالسمسم بالكتان ولاعند اختلاف السكة ؛وتحصل الشركة بالمزج سواء كان اختياراً اواتفاقاوالمختلف انما يتحقق فيه الشركة بالعقد الناقل كأن يبيع أحدهما حصة مما في يده بحصة مما في يدالاخر،و لو باعا بثمن واحد اوعملا بأجرة واحدة تثبت الشركة سواء تساوت

ربح ، فخرج بالاعمال اروش الجنايات على الابدان واتفقت الامامية بعد ابن الجنيد على بطلانها فاما ان يتميز عمل كل منهما اولا فان كان الاول فلكل كسب عمله و ان كان الثانى فالحاصل مقسوم على قدر اجرة المثل لا الشرط (ج) شركة المفاوضة وهي عقد لفظي يدل على اتفاقهما على اشتراكهما في كل غنم و غرم يحدث لهما و عليهما الا الجناية على الحر وبذل الخلع والصداق بان يقولا اشتركنا شركة المفاوضة او تفاوضنا او يوجب احدهما بهذا اللفظ و يقبل الاخر واتفقت الامامية على بطلانها (د) شركة الوجوه (فقيل) هي ان يشترك وجيهان عند الناس فيبتاع كل منهما في الذمة الى اجل على ان ما يبتاعه كل واحد بانفراده يكون بينهما ثم يبيع كل منهما ما اشتراه ويؤدي منه الثمن فما فضل كان بينهما (وقيل) ان يبتاع وجيه في الذمة ويفوض بيعه الى خامل والربح بينهما (وقيل) ان يشترك وجيه لامال له و خامل ذومال فيكون العمل من الوجيه و المال من الخامل وهو في يد الخامل لايسلّمه الى الوجيه و يكون الربح بينهما (و قيل) ان يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح ليكون بعض الربح له و اتفقت الامامية بعد ابن الجنيد على بطلانها بجميع معانيها(والضابط)انه كلمالم يحصل الامتزاج اوحكمه الرافع للامتياز في غير القراض لم يحصل الشركة .

القيمتان او اختلفتا ولكل منهما بقدر النسبة من القيمة .

واذا تميز عمل الصانع من صاحبه اختص بأجرته ومع الاشتباه يحتمل التساوى والصلح ولابد وأن يكون رأس المال معلوما جنسا وقدراً معينا فلايصح فى المجهول ولاالجزاف ولاالغائب ولاالدين ولايشترط التساوى قدراً ويشترط امتزاجهما .

الفصل الثانى فى الاحكام

لايجوز لاحدالشريكين التصرف فى المال الممتزج الاباذن صاحبه فان اختص أحدهما بالاذن اختص بالتصرف وان اشترك اشترك، ويقتصر الماذون على ماأذن له فلو عين له جهة السفر اوبيع على وجه أوشراء جنس لم يجز التجاوز ولو شرطا الاجتماع لم يجز لاحدهما الانفراد ولواطلق الاذن تصرف كيف شاء ويضمن لوتجاوز المحدود، ويجوز الرجوع فى الاذن والمطالبة بالقسمة اذالشركة من العقود الجايزة من الطرفين وليس لاحدهما مطالبة الشريك باقامة رأس المال بل يقتسمان الاعواض اذالم يتفقا على البيع ،وينفسخ بالجنون والموت ولايصح التأجيل فيهاويقسّط الربح والخسران على الاموال بالنسبة .

ولوشرطا التفاوت مع تساوى المالين اوالتساوى مع تفاوته فالاقرب جوازه ان عملاأوأحدهما سواء شرطت الزيادة له او للاخر (وقيل) تبطل الا أن يشترط الزيادة

قال دام ظله : واذا تميز عمل الصانع من صاحبه اختص باجرته ومع الاشتباه يحتمل التساوى والصلح .

اقول : (وجه الاول) اصالة عدم التفاضل (ووجه الثانى) ان التساوى اتفاقى لعدم العلم بسببه فلايحكم به ولابالتفاضل لعدم العلم بوجود سببه فان كل ذى مبدأ انما يحكم بوجوده مع العلم بوجود مبدئه وتساوى القوى والحركات الصادرة عنها الافعال وتفاوتها غير معلوم وكذا لايعلم تساوى القيم فيتعين الصلح وهوالاصح . .

الفصل الثانى فى الاحكام

قال دام ظله : ولوشرطا التفاوت مع تساوى المالين (الى قوله) الا ان

للعامل ،والشريك أمين لايضمن مايتلف فيده الابتعدٍ أوتفريط ويقبل قوله فى التلف وان ادعى سببا ظاهراً كالغرق مع اليمين وعدم البينة وكذا لو ادعى عليه الخيانة او التفريط ويقبل قوله فى قصد مااشتراه انه لنفسه أوللشركة فان قال كان مال الشركة فخلصت بالقسمة فالقول قول الاخر فى انكار القسمة ،ولو أقر الآذن فى قبض البايع به دونه برىء المشترى من نصيب الآذن لاعترافه بقبض وكيله ،ثم القول قول البايع فى الخصومة بينه و بين المشترى وبينه و بين المقرّ ولا تقبل شهادة المقرّ عليه فى حقه ان كان عدلا والاحلف و اخذ من المشترى ولا يشاركه المقر ثم يحلف للمقر ولا تقبل شهادة المشترى له ولو ادعى المشترى على شريك البايع بالقبض فان كان البايع أذن فيه فالحكم كما تقدم و ان لم يأذن لم يبرء المشترى من حصة البايع لانه لم يدفعها اليه ولا الى وكيله ولا من حصة الشريك لانكاره والقول قوله مع

يشترط الزيادة للعامل.

اقول: للاصحاب اقوال ثلاثة (ا) صحة الشركة والشرط وهو قول السيد المرتضى والظاهر من كلام ابن الجنيد وجدى (ب) بطلانهما وهو قول الشيخ فى المبسوط وابن ادريس (ج) صحة الشركة وعدم لزوم الشرط وبه قال ابو الصلاح فانه قال يكون اباحته للزيادة (احتج) المرتضى بقوله تعالى **(اوفوا بالعقود)** (١) وهو اجرائها على ماوقعت عليه وقوله تعالى **(الاان تكون تجارة عن تراض منكم)** (٢) والتراضى انما وقع على ماشرطاه فلايسوغ غيره ونقل المرتضى ايضاً اجماع الفرقة والاجماع المنقول بخبر الواحد حجة (احتج) الشيخ بوقوع الاجماع على صحة الشركة مع تقسيط الربح على قدر رأس المال وليس على جواز خلافه دليل ولان الشركة ليست عقداً فى الحقيقة لوقوعها بدونه والتجارة عقد فلايندرج تحت الاية فالمملّك للربح اما تبعيته لرأس المال اوللعمل اذلاعقد هنا اذلا أجارة ولامضاربة ولا غيرهاسوى الشركة وليست عقداً ولاتعدّ فى الاسباب لاستحالة وجود المسبب بدون السبب ومجرد القول غيرلازم والاصح عندى قول المصنف .

---

(١) المائدة - ١ (٢) البقرة - ١٨٣

يمينه، و لايقبل قول المشترى على الشريك و للبايع المطالبة بقدر حقه خاصة لاعترافه بقبض الشريك حقه وعلى المشترى دفع نصيبه اليه من غير يمين فاذا قبض حقه فللشريك مشاركته في ما قبض وله ان لايشاركه ويطالب المشترى بجميع حقه فان شارك في المقبوض فعليه اليمين انه لم يستوف حقه من المشترى و ياخذ من القابض نصف نصيبه ويطالب المشترى بالباقي اذا حلف انه لم يقبض منه شيئا و ليس للمقبوض منه الرجوع على المشترى بعوض ما اخذ منه لاعترافه ببراءة ذمة المشترى، ولو خاصم المشترى شريك البايع فادعى عليه القبض لم تقبل شهادة البايع لانه يدفع عن نفسه ضرر مشاركة شريكه له في ما يقبضه من المشترى فيحلف و يأخذ من المشترى نصف الثمن وان نكل أخذ المشترى منه النصف ولو باع الشريكان سلعة صفقة ثم استوفى أحدهما شيئا شاركه الاخر فيه و ان تعدد المشترى ؛ اما لو تعدد الصفقة فلامشاركة وان اتحد المشترى ولو تساوى المالان فاذن أحدهما في العمل للاخر على أن يتساويا في الربح فهو بضاعة

فروع

(الاول) لو دفع الى آخر دابته ليحمل عليها والحاصل لهما فالشركة باطلة فان كان العامل قد آجر الدابة فالاجرة لمالكها وعليه أجرة مثل العامل فان قصر الحاصل عنهما تحاصّا ان كان بسؤال العامل والا فالجميع وان تقبل حمل شيء فحمله عليها او حمل عليها شيئاً مباحا فباعه فالاجرة والثمن له وعليه أجرة مثل الدابة لمالكها .

ويتفرّع على هذا فروع (ا) اذا كان لاحدهما عمل اومزيده وشرط له مزيد ربح تركب العقد من شركة وقراض واختصاص القراض باختصاص العامل بالعمل في ملك المالك انما هو في القراض المنقول عن الشركة لا المشترك معها (ب) على القول ببطلان الشركة، والشرط مع تساوى المالين واختلافهما في قدر الربح بالشرط او اختصاص احدهما بالعمل مع تساويهما في الربح او انفراد غير العامل به او بالزيادة يرجع العامل بالاجرة (ج) شركة العنان لاتوصف بالصحة والبطلان بل مرادهم بالشركة الموصوفة بهما اذن كل واحد في التصرف في كل المال للآخر مجازاً .

الثاني لودفع دابة الى سقاء وآخر راوية على الشركة في الحاصل لم تنعقد و كان الحاصل للسقاء وعليه اجرة الدابة والراوية ، و لوكان من واحد دكان و من الاخر رحى ومن ثالث بغل ومن رابع عمل فلاشركة ثم ان كان عقد أجرة الطحن من واحد منهم ولم يذكر أصحابه ولانواهم فله الاجر أجمع و عليه لاصحابه أجرة المثل، ولو نوى اصحابه أوذكرهم كان كما لو عقد مع كل واحد منهم منفرداً و لو استأجر من الجميع فقال استأجرتكم لطحن هذا الطعام بكذا فالاجر بينهم أرباعا لان كل واحد منهم لزمه طحن ربعه بربع الاجر ويرجع كل واحد منهم على كل واحد من اصحابه بربع اجرة مثله ولوقال قد استاجرت هذا الدكان والبغل والرحى و الرجل بكذا لطحن كذا فالاجر بينهم على قدر اجرة مثلهم لكل واحد من المسمى بقدر حصته .

الثالث لوضاداواحتطب اواحتش اوحاز بنية أنه له ولغيره لم تؤثر تلك النية و كان باجمعه له ، وهل يفتقر المحيز في تملك المباح الى نية التملك اشكال .

قال دام ظله: وهل يفتقر المحيز في تملك المباح الى نية التملك اشكال

اقول: استحالة تخلف المعلول عن علته و انفكاك الملك عن الاستيلاء في ما وجد في جوف السمكة يدل على عدم سببية الاستيلاء بانفراده ويستحيل كون المعرّف اعم (وجواز) الشهادة بالملك بالتصرف الذى هو الاستيلاء مع عدم العلم بالنية اذ الافعال الارادية تدل على الارادة لها لاعلى التخصيص باحد الوجوه مع استحالة الحكم بالمعلول مع الجهل بوجود العلة (يدل) على سببية الاستيلاء، و بالاول قال الشيخ في باب احياء الموات في المبسوط ، وقال في باب الشركة ايضاً فيه بالثاني، و الاصح الاول و اوردت على والدى انه لولم يملك الا بالنية لم يصح بيعه قبلها بل يكون استنقاذاً لكن اللازم باطل فالملزوم مثله واجاب بان ارادة البيع و القرض يستلزم نية التملك .

المقصد الخامس في القراض

وفصوله ثلاثة (الاول) في اركانه وهي خمسة .

الاول العقد فالايجاب قارضتك اوعاملتك على أن الربح بيننا نصفين اومتفاوتا والقبول قبلت وشبهه من الالفاظ الدالة على الرضا وهو عقد قابل للشروط الصحيحة مثل ان لايسافر بالمال اولا يشترى الامن رجل بعينه أو قماشا معينا وان عزّ وجوده كالياقوت الاحمر أولايبيع الاعلى رجل معين ولو شرط ماينافيه فالوجه بطلان العقد مثل ان يشترط ضمان المال أوسهما من الخسران اولزوم المضاربة اوان لايبيع الا برأس المال أوأقل ولوشرط توقيت المضاربة لم يلزم الشرط والعقد صحيح لكن ليس للعامل التصرف بعده .ولوشرط على العامل المضاربة في مال آخر اوياخذ منه بضاعة أوقرضا

المقصد الخامس في القراض

وفيه فصول ثلاثة (**الاول**) في اركانه وهي خمسة (**الاول**) العقد .

قال دام ظله : ولوشرط ماينافيه (الى قوله) برأس المال او اقل.

اقول: لان بطلان الشرط يستلزم بطلان المشروط قالوا انه عقد مع شرط قلنا التراضي انما وقع على هذا الوجه لابدونه وهو الاصح كالبيع .

قال دام ظله : ولوشرط توقيت المضاربة (الى قوله) فالوجه صحة الشروط

اقول: لعموم قوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم (١) ولانه غير مناف للمشروع ولا للعقد و قال الشيخ في المبسوط يبطل في شرط البضاعة لان العامل في القراض لايعمل عملا بغير جعل ولاقسط من الربح واذا بطل الشرط بطل القراض ولان قسط العامل يكون مجهولا لان المالك انما جعل العوض بشرط ان يعمل له عملا مجانا فينقص من حصة العامل قدرما يزيد فيه لاجل البضاعة وهو مجهول ، ثم قال رحمه الله و لو قلنا القراض صحيح و الشرط جائز لكنه لايلزم الوفاء به لان البضاعة لاتلزم القيام بها كان قويا وقال ابن البراج القراض والشرط فاسدان والاصح الاول .

---

(١) ئل ب ٦ خبر١ - ٢ - ٥ من ابواب الخيار وفيه المسلمون الخ

أويخدمه فيشيء بعينه فالوجه صحة الشرط .

الثاني المتعاقد ان ويشترط فيهما البلوغ والعقل وجواز التصرف ويجوز تعددهما واتحادهما وتعددأحدهماخاصة وأنيكونالدافع ربالمال ومن أذن له فلو ضارب العامل غيره باذن المالك صح وكان الاول وكيلا فان شرط لنفسه شيئا من الربح لميجز لانهلامال لهولاعمل ولو ضارب بغير اذنه بطلالثاني فان لم يربح ولا تلفمنه شيءرده علىالمالك ولاشيء لهولا عليه وان تلففي يدهطالب المالك منشاء منهما فان طالب الاول رجع علىالثاني مععلمه لاستقرار التلففيده وكذامععدم علمه علىاشكال ينشأ (من) الغرور وان طالب الثاني رجع علىالاول معجهله على اشكال لامع علمه ،وان ربح فللمالك خاصة، وفي رجوع الثاني على الاول باجرة

الثاني المتعاقدان

قال دام ظله فلوضارب العاملغيره (الى قوله) ينشأمنالغرور .

اقول: (ومن) ان القراض لايستعقب الضمان للمالك منغير تفريط ولاتعد بالنسبة الىالدافع والاصح استقرار الضمان علىالدافع.

قال دام ظله : و ان طالب الثاني رجع على الاول مع جهله على اشكال لامع علمه .

اقول: ينشأ (من) الغرور ولان المباشرمعالجهل في مالايضمن للمالكلوكان هوالدافع لايضمن بلالدافعاليه كما لوقدّم الىالمالك طعام نفسه (ومن) انالتلف فيده والاصح الاول.

قال دام ظله : وانربح فللمالك خاصة وفيرجوع الثاني علىالاول باجرة المثل احتمال .

اقول: وجه الاحتمال انهعملغير متبرع به ولميحصل العوض معاشتراطهمن الآمرعلى تقدير وقدحصل فيجب اجرة المثل (ويحتمل) عدمهلقول الاصحاب ولان القراض موضوع علىانه انلميحصل الربح فلاشيء له وهذا الربح فيحكمالمعدوم

المثل احتمال ،ولو قيل ان كان الثاني عالما بالحال لم يستحق شيئا ؛ وان جهل فله اجرة المثل على الاول كان وجها (ويحتمل) عدم لزوم الشراء ان كان بالعين وان كان في الذمة احتمل اختصاص الثاني به والقسمة بينه وبين العامل الاول في النصف واختصاص المالك بالاخر ان كان الاول شرط على الثاني أن للمالك النصف والاخر بينهما

والاصح وجوب الاجرة .

قال دام ظله : ولو قيل ان كان الثاني عالما بالحال (الى قوله) كان وجها

اقول: وجه ذلك امامع كونه عالما بما قال فلانه رضى بانه لاشيء له في مقابلة العمل على العامل فكان متبرعا بالنسبة اليه ورضى بان يكون من ربح مال الغير بغير اذن شرعي فكان كالمتبرع بالنسبة اليه فلاشيء له عليه وامامع الجهل فلان عمل المسلم و منافعه محترمة و هذا غير متبرع به وهو مغرور فكانت اجرته على الآمر وهذا هو الصحيح عندي.

قال دام ظله : (ويحتمل) عدم لزوم الشراء ان كان بالعين (الى قوله) و الآخر بينهما .

اقول: وجه هذا الاحتمال وهو التفصيل ظاهر للنص على ان من اشترى بعين مال غيره بغير اذنه لم يلزم الشراء وههنا كذلك اذ المالك لم يأذن للثاني ؛ و عقد المضاربة اذا اقتضى الاذن للعامل في الاستنابة في البيع والشراء انما هو في الاستنابة المجردة عن عقد مضاربة اخرى ولا يتناول التي في مضاربة اخرى باحدى الدلالات فيدخل تحت العموم ولعموم النص ايضا على انه اذا اشترى في الذمة ولم يذكر احداً وقع له (ووجه الثاني) انه اشترى للمضاربة في نيته فيقع الشراء لها و قد حصل ربح فللمالك تمام ماشرطه لنفسه وكذا لكل واحد من العاملين ولم يحتج الى ذكر حكم الربح اذا كان الشراء بالعين لانه ان اجاز المالك ملك السلعة وربحها والا بطل البيع فلا يملك الربح ، و قال الشيخ في المبسوط اذا قارض المقارض آخر على ان مهما رزقه الله من ربح كان بينهما نصفين ، من يستحق الربح ؟ هذه المسألة تبنى على مسألة الغاصب فمن قال ربح الغاصب لرب المال كان لرب المال هنا النصف لانه لا يستحق اكثر مما شرط لنفسه والنصف الآخر بين العاملين نصفان (وهل) يرجع الثاني

ولو شرط المريض للعامل ما يزيد عن اجرة المثل لم يحتسب الزائد من الثلث اذ المقيد بالثلث التفويت وليس حاصلا هنا لانتفاء الربح حينئذ (وهل) المساقاة كذلك اشكال ينشأ (من) كون النخلة تثمر بنفسها فهي كالحاصل واذافسد القراض بفوات شرط نفذت التصرفات وكان الربح بأجمعه للمالك وعليه للعامل اجرة المثل الااذافسد بان شرط جميع الربح للمالك ففي استحقاق الاجرة اشكال ينشأ من رضاه بالسعي مجانا .

الثالث رأس المال و شروطه اربعة الاول أن يكون نقداً فلايصح القراض بالعروض ولابالنقرة ولابالفلوس ولا بالدراهم المغشوشة ولو مات المالك و بالمال متاع فاقرّه الوارث لم يصح ولودفع شبكة للصائد بحصة فالصيد للصائد وعليه اجرة الشبكة **الثاني** ان يكون معينا فلايصح (يجوز ـ خ ل) على دين في الذمة ولو قال له اعزل المال الذى لى عليك وقدقارضتك عليه ففعل واشترى بعين المال للمضاربة فالشراء له وكذا ان اشترى في الذمة ، ولوأقرضه الفأشهراً ثم هو بعده مضاربة لم يصح ولوقال ضارب به شهراً ثم هو قرض صح ولوقال خذ المال الذى على فلان واعمل

على الاول بنصف الاجرة فيه وجهان و القائلون بان ربح الغاصب كله لنفسه اختلفوا في الربح هنافقال بعضهم الربح كله للعامل الثانى لاحق للاول فيه لانه غاصب قال والاول اقوى لان الثاني اشترى للاول بالنية فيقع له لاذنه ويفارق الغصب لان الغاصب اشترى لنفسه وللثانى الاجرة على الاول لانه لم يسلم له ماشرط فعلى هذا لاشيء لرب المال في الربح قولا واحداً هذا آخر كلامه .

قال دام ظله : ولوشرط المريض (الى قوله) فهي كالحاصل .

اقول: (ومن) حيث انها معدومة فلم يخرج من التركة شيئاً ثم جزم المصنف بالاول وهو الاصح .

قال دام ظله : واذافسد القراض بفوات شرط (الى قوله) بالسعي مجانا.

اقول: (ومن) عموم النص بانه اذافسد العقد فالربح للمالك وله الاجرة والى هذا ذهب الشيخ وهو الاصح .

به مضاربة لم يصح مالم يجدد العقد و كذا لوقال بعهذه السلعة فاذا نض ثمنها فهو قراض ولو كان وديعة أو غصبا عند فلان صح ، ولو كان قدتلف لم يصح و كذايصح لو كان فيده وديعة أوغصب لم يتلف عينه فضاربه المالك بهوالاقرب زوال الضمان بالعقد (ويحتمل) بقاؤه الى الاداء ثمنا عمايشتريه ولودفع اليه كيسين وقال قارضتك على أحدهما والاخروديعة ولم يعين اوقارضتك على أيهما شئت لم يصح **الثالث** أن يكون معلوما فلايصح على المجهول قدره وفي المشاهد اشكال .

الثالث رأس المال

قال دام ظله :وكذا يصح لو كان في يده وديعة (الى قوله) ثمنا عمايشتريه .

اقول: قد مضى مثل هذه المسالة في الرهن (و وجه القرب) انه اذن في بقائه في يده ولان القراض امانة و قد عقدا عقداً صحيحاً موجبا لكونه امانة فيصير امانة لان معنى الصحة ترتب الاثر و لانتفاء علة الضمان اذلا علة لههنا غير الغصب و قد زال (ووجه) الاحتمال الثاني ان القراض غيرمناف للضمان لاجتماعه معه كمافي التفريط فلا ينتفي بوجوده واصالة بقاء ماكان على ما كان و لقوله ﷺ على اليد ما اخذت حتى تؤدّى (١) (وحتى) لانتهاء الغاية فجعل انتهاء غاية الضمان الاداء اما الى المالك اوالى من اذن له والدفع الى البايع مأذون فيه فيكون غاية وهو المطلوب و اذا سلّمه الى البايع ثمنا برىء باجماع المسلمين ، والاقوى عندى ماهو الاقرب عند المصنف.

قال دام ظله :الثالث ان يكون معلوما فلا يصح على المجهول قدره و في المشاهد اشكال .

اقول: ذهب الشيخ في الخلاف الى اشتراط العلم و عدم الاكتفاء بالمشاهدة و قوّى في المبسوط الاكتفاء بها (وجه الاول) انه مرجوع اليه عند المفاضلة بالضرورة و لاشيء من المجهول يمكن الرجوع اليه عند المفاضلة ويلزم امتناع كون رأس المال

(١) سنن ابى داود ج ٣ باب تضمين العارية

فان جوزناه فالقول قول العامل مع يمينه في قدره **الرابع** أن يكون مسلّما في يد العامل فلو شرط المالك ان تكون يده عليه لم يصح أما لو شرط أن تكون مشاركا في اليد أو يراجعه في التصرف أو يراجع مشرفه فالاقرب الجواز ولو شرط أن يعمل معه غلام المالك جاز .

الرابع العمل وهو عوض الربح وشرطه ان يكون تجارة فلا يصح على الطبخ والخبز والحرف (١) اما النقل والكيل والوزن ولواحق التجارة فانها تبع للتجارة

مجهولا (ومن) حيث ان وضع هذا العقد على الجهالة اذ في مقابلة العمل جزء من الربح المجهول من حيث المشاهدة والقدر المتجر هنا والرجوع ممكن لجواز علمه بعد المضاربة وكون القول قول العامل مع عدم البينة ومع تعارضها تقدم بينة المالك لانه يدعي زيادة ، والاصل عدمها وقوّاه في المبسوط والاصح انه لا يصح لانه لو جاز لجاز مع جهالة نصيب كل واحد بالجزئية من الربح لكن التالي باطل فكذا المقدم (اما الملازمة) فلان جهالة رأس المال يستلزم جهالة الربح وهو يستلزم جهالة نصيب كل واحد منهما وامّا بطلان التالي) فاجماعي .

قال دام ظله : فان جوزناه فالقول قول العامل مع يمينه في قدره .

اقول: على القول بجواز العقد على المشاهد المجهول يكون القول قول العامل في القدر لاصالة برائة الذمة من الزائد .

قال دام ظله : الرابع ان يكون مسلما (الى قوله) فالاقرب الجواز .

اقول: لانه شرط سائغ لا يخالف الكتاب والسنة اذ للانسان التوثق على ماله بحفظه في يده او يد من يثق به وقد يستعان بالخائن في المعاملات لحذقه فيها فلو لم يشرع هذا الشرط لزم تضرر المالك اما بتسليم ماله الى من لا يثق به او ترك التجارة وكلاهما باطل (ويحتمل) عدمه (لانه) قد لا يجده عند الحاجة اولا يساعده على رأيه فيفوت عليه التصرف الرابح (ولان) القراض موضوع تمهيداً وتوسيعاً لطريق التجارة ولهذا احتمل فيه ضروب من الجهالة فيصان مما يخل به وهذا من اوله الى آخره لفظ المصنف في اثناء تقريره والاصح الاول .

---

(١) الحرف ما لا يتوقف على تعليم وتكرار والصنعة ما يتوقف

والتجارة هي الاسترباح بالبيع والشراء لا بالحرف والصنايع واذا اذن في التصرف واطلق اقتضى الاطلاق ماينولاه المالك من عرض القماش ونشره وطيّه واحرازه وبيعه وقبض ثمنه وايداعه الصندوق واستيجار مايعتاد الاستيجار له كالدلال و الوزّان والحمال ولو استأجر لماتجب عليه مباشرته فالاجرة عليه خاصة ولو عمل بنفسه مايستأجر له عادة لم يستحق اجرة ولو شرط عليه ماتتضيق التجارة بسببه لزم فان تعدى ضمن كما لو شرط أن لايشترى الاثوبا معينا اوثمرة بستان معين أولايشترى الامن زيد اولايبيع الاعليه وسواء كان وجود ماعيّنه عاما اونادراً ، ولو شرط الاجل لم يلزم ولو قال : ان مضت سنة فلاتشتر بعدها وبع صح . وكذا العكس ، ولو قال على أني لاأملك فيها منعك لم يصح ولو شرط أن يشترى أصلا ويشتركان في نمائه كالشجر أو الغنم فالاقرب الفساد لان مقتضى القراض التصرف في رأس المال.

الخامس الربح و شروطه اربعة **الاول** ان يكون مخصوصا بالمتعاقدين فلو شرط جزء منه لاجنبي فان كان عاملا صح والا بطل ولو شرط لغلامه حصة معهما صح سواء عمل الغلام أولا **الثاني** أن يكون مشتركا فلو قال خذه قراضا على ان الربح لك اولي بطل أما لو قال خذه فاتّجر به على أن الربح لك كان قرضا ولو قال على ان الربح لي كان بضاعة **الثالث** أن يكون معلوما فلو قال على ان لك مثل ما شرطه فلان لعامله ولم يعلمه احدهما بطل ولو قال على ان الربح بيننا فهو تنصيف وكذا خذه على النصف اوعلى أن

قال دام ظله : ولو شرط ان يشترى اصلا (الى قوله) في راس المال .

اقول: ولانه ليس امتزاجا بالتجارة وللقراض استرباح بالتجارة (ولانها) تحصل بنفس عين المال من غير تصرف العامل ولاشيء من ربح القراض كذلك (و يحتمل) الجواز لانه حصل للمالك بسعي العامل نماء متجدد به لانه لولا شرائه لماحصل له والصحيح الاول لان المضاربة عبارة عن معاوضتين معاوضة الشراء وبها يحصل للمالك ظهور الربح (ومعاوضة) البيع وبها يحصل انضاض والمضاربة تدل على ملك العامل لهما معا بالمطابقة وعلى كل واحد بالتضمن .

لك النصف وان سكت عن حصته امالو قال على أن لى النصف وسكت عن حصة العامل بطل على اشكال ولو قال على أن لك الثلث ولى النصف وسكت عن السدس صح وكان للمالك ولو قال خذه مضاربة على الربع او الثلث صح وكان تقدير النصيب للعامل ولو قال لك ثلث الربح وثلثا ما بقى صح وكان له خمسة اتساع لانه معناه ولو قال لك ثلث الربح و ربع ما بقى فله النصف ولو قال لك الربع وربع ما بقى فله ثلاثة اثمان ونصف ثمن سواء عرفا الحساب أو جهلاه لانه اجزاء معلومة **الرابع** أن يكون مقدراً بالجزئية لا بالتقدير كالنصف او الثلث فلو قال على ان لك من الربح مائة والباقى لى او بالعكس أو على أن لك ربح هذه الالف ولى ربح الاخرى أو لك نصف الربح الا عشرة دراهم أو عشرة أو على أن لى ربح أحد الثوبين أو احدى السفرتين أو ربح تجارة شهر كذا بطل و كذا لو قال على أن لك مائة والباقى بيننا ويصح لو قال على أن لك ربح نصفه أو نصف ربحه.

الفصل الثانى فى الاحكام

ومطالبه اربعة **الاول** العامل كالوكيل فى تنفيذ تصرفه بالغبطة فليس له التصرف بالغبن ولا بالنسية بيعا ولا شراء الا مع عموم الاذن كافعل ماشئت او خصوصه فان فعل لامعه وقف على الاجازة و الاقرب أنه يضمن القيمة لانه لم يفت بالبيع اكثر منها ولا

قال دام ظله : امالو قال على ان لى النصف وسكت عن حصة العامل بطل على اشكال .

اقول: ينشأ من المفهوم عرفا (ومن) ان ذكر بعض العام لايقتضى التخصيص وقد تقدم مثل هذه المسألة فى المساقاه .

الفصل الثانى فى الاحكام

ومطالبه اربعة (الاول) العامل

قال دام ظله : فليس له التصرف بالغبن (الى قوله) فلا يضمنها.

اقول: (ويحتمل) انه يضمن الثمن وهو اختيار المصنف فى تذكرة الفقهاء لانه يثبت بالبيع الصحيح و ملكه صاحب السلعة و قد فات بتفريط البايع هذا لفظ المصنف و الاصح الاول .

يتحفظ بتركه سواها وزيادة الثمن حصلت بتفريطه فلايضمنها .

وليس له ان يبيع بدون ثمن المثل ولايشترى باكثر منه مما لايتغابن الناس به فان خالف احتمل بطلان البيع وضمان النقص وعلى البطلان لو تعذر الرد ضمن النقص ولو امكن الرد وجب رده ان كان باقيا ورد قيمته ان كان تالفا ، و للمالك الزام من شاء فان رجع على المشترى بالقيمة رجع المشترى على العامل بالثمن و ان رجع على العامل رجع العامل بالزائد من قيمته على المشترى ولو ظهر ربح فللمالك المطالبة بحصته دون العامل، ولو اشترى باكثر من ثمن المثل بعين المال فهو كالبيع وان اشترى فى الذمة لزم العامل ان اطلق الشراء ولم يجز المالك وان ذكر المالك بطل مع عدم الاجازة وليس له أن يبيع الا نقداً بنقد البلد والاقرب أن له ان يبيع بالعرض مع الغبطة وليس له المزارعة ولايشترى الا بعين المال فان اشترى فى الذمة من دون اذن وقع له

قال دام ظله : وليس له ان يبيع بدون ثمن المثل (الى قوله) ضمن النقص

اقول: لما كان الغرض الذاتى من القراض تحصيل الربح والفائدة ، وجب ان يكون تصرف البايع مقصوراً على ما يحصل هذه الغاية الذاتية وان يمنع من التصرف المؤدى الى مايضادها فمن ثم بطل بيعه باقل من ثمن المثل لمنافاته الاسترباح، واليه ذهب فى المبسوط و الخلاف (و يحتمل) الصحة لمطلق الاذن والضرر ينجبر بضمان النقص والاصح انه يقف على الاجازة ويضمن النقص وللمالك مطالبته به او بقيمته.

قال دام ظله : والاقرب ان له ان يبيع بالعرض مع الغبطة .

اقول: لان الغرض من القراض الاسترباح وهو يحصل بالبيع بالعرض فكان مشروعا تحصيلا لفائدة القراض ـ وذهب الشيخ الى اقتضاء الاطلاق البيع نقداً بنقد البلد لانه كالوكيل والاصح الاول ويمنع كونه كالوكيل من كل وجه بل يشتركان فى مراعاة الغبطة وهى قد تقتضى التسوية بينهما كمنع البيع والشراء بعيب او بعين على المالك ومنع النسية و غيرها مما يتساويان وقد تقتضى الافتراق فان للعامل البيع و الشراء بالعرض لان غايته الاسترباح و كذا له شراء المعيب اذا كان فيه ربح ظاهر بخلاف الوكيل فيهما .

ان لم يذكر المالك و الابطل و ليس له أن يشترى باكثر من رأس المال فلو اشترى عبداً بالف هي رأس المال ثم اشترى بعينها آخر بطل الثاني وان اشترى في ذمته صح له اذا لم يذكر المالك و الاوقف على الاجازة و له ان يشترى المغيب و يردّ بالعيب و يأخذ الارش كل ذلك مع الغبطة و لو اختلفا في الرد والارش قدّم جانب الغبطة فان انتفت قدّم المالك وليس له أن يشترى من ينعتق على المالك الا باذنه فان فعل صح وعتق و بطلت المضاربة في ثمنه فان كان كل المال بطلت المضاربة ولو كان فيه ربح فللعامل المطالبة بثمن حصته والوجه الاجرة وان لم يأذن فالاقرب البطلان ان كان الشراء بالعين او في الذمة وذكر المالك .

قال دام ظله : وليس له ان يشترى من ينعتق (الى قوله) والوجه الاجرة

اقول: قال الشيخ في المبسوط اذا اشترى من ينعتق على رب المال باذنه و كان فيه ربح انعتق ويضمن للعامل حصته من الربح وان لم يكن فيه ربح انصرف العامل ولاشيء له ، وقال المصنف له الاجرة لانه بالشراء بطلت لانه لايمكن وقوعه للمضاربة وهو على تقدير وجود الربح حال الشراء غير متبرع به فكان له الاجرة (ولان) عند المضاربة يتضمن الشراء والبيع فما يمنع فيه البيع لايكون بمضاربة وهو الاصح عندى واما على قول الشيخ و غيره ممن قال بضمان المالك حصة العامل فمبناه على ان المضاربة تبطل بالاعتاق وان العامل يملك حصته بالظهور لانه باذنه في الشراء وقرابته اتلف نصيبه فكان كما لو استرد طائفة من المال بعد ظهور الربح واتلفه (ولانه) شريك يسرى العتق في نصيبه فيضمن النصيب وان قلنا بالقسمة او الانضاض ضمن اجرة المثل لانه عمل عملا حصل للمالك في مقابلته النفع المطلوب منه وفسخ قبل ملكه الحصة ولو كان المالك معسراً بقي قدر نصيبه رقيقا على الاول وعلى الثاني ينعتق كله وعلى المالك الاجرة يطالب بها اذا أيسر.

قال دام ظله : وان لم يأذن فالاقرب البطلان ان كان الشراء بالعين او في الذمة وذكر المالك .

اقول : لانه تصرف بغير اذن المالك ولا داخل تحت الاذن لان الاذن مقصور

والاوقع للعامل مع علمه وفي جاهل النسب او الحكم اشكال ولو اشترى من نذر

على الاسترباح وهذا اتلاف للاصل فهو مناف للاسترباح فهو منهي عنه (ويحتمل) الصحة لانه مال مقوّم قابل للعقود فصح شراؤه كما لو اشترى من نذر رب المال عتقه انعتق على المالك ويبطل المضاربة ويضمن العامل لانه سبب الاتلاف هذا لفظ المصنف والاقوى عندي اختيار المصنف .

قال دام ظله : والاوقع للعامل مع علمه وفي جاهل النسب او الحكم اشكال .

اقول : اذا اشترى من ينعتق على المالك بغير اذنه فان كان الشراء بالعين او في الذمة ونسبه الى المالك لفظا في نفس العقد او في نيته وعلم البايع النسبة اليه بطل البيع لانه عقد نهاه المالك عنه والنهي المتقدم كالفسخ المتجدد في الابطال (اما الاولى) فلان عقد القراض يقتضي الامر بالاسترباح وشراء ما فيه ربح و هذا اتلاف لرأس المال فهو ضد المأمور به والنهي هنا يدل على الفساد (واما الثانية) فظاهرة لان الفسخ المتجدد رفع للعقد في المستقبل ونهيه عنه يرفعه في الماضي والمستقبل (و لان) النهي يرفع اهلية التصرف (و لانه) على تقدير عدمه يقف على الاجازة فلو وقف معه على الاجازة لتساوى النهي عدمه و هو محال فتعين اقتضائه البطلان (ويحتمل) الوقوف على الاجازة لان النهي في المعاملات لا يقتضي الفساد (و ان) كان في الذمة و اطلق او لم يعلم المالك بان العامل نواه وقع في نفس الامر عن العامل ان لم ينو المالك ويقع عنه ظاهراً ان نواه . هذا كله اذا علم النسب و الحكم ولو جهلهما او جهل احدهما فاشكال ينشأ (من) انه مأمور بشراء ما فيه ربح ظاهراً والالزم التكليف بالمحال وهو هناك كذلك فصح وعتق ولم يضمن لان التلف حصل لمعنى في المبيع لم يعلم به المشترى فلم يضمن كما لو اشترى معيبا لم يعلم بعيبه فتلف به (ومن) ان الاذن في المضاربة انما ينصرف الى ما يمكن بيعه وتقليبه في التجارة والاسترباح منه ولا يتناول غير ذلك فان في شراء من ينعتق على المالك تفويت رأس المال مع الربح فكان اولى بالبطلان مما اذا اشترى باكثر من ثمن المثل او على خلاف

المالك عتقه صح الشراء وعتق على المالك ان لم يعلم العامل بالنذر ولاضمان ولو اشترى زوجة المالك احتمل الصحة والبطلان ولو اشترى زوج المالكة باذنها بطل النكاح وبدونه قيل يبطل الشراء لتضررها به وقيل يصح موقوفا ولا يضمن العامل مايفوت من المهر ويسقط من النفقة . (وقيل) مطلقا فيضمن المهر مع العلم وكذا لو اشترى من له عليه مال .

الغبطة فيكون حكمه كالاول ويضمن بتفريطه بترك الاستقصاء في السؤال فان العلم مقدور لنا كما تحقق في علم الكلام والبطلان في جاهل الحكم اقوى لانه غير معذور والالارتفع الحكم وجاهل النسب معذور والالزم تكليف مالايطاق وكلاهما باطل .

قال دام ظله : ولو اشترى زوجة المالك احتمل الصحة والبطلان .

اقول: منشأ الاحتمالين انها مال يمكن الاكتساب بها والزوج قابل لتملكها فيدخل تحت مطلق الاذن والنكاح هنا آكد وتمكن الزوج اكثر لتمكنه من اخذها من المضاربة واشتماله على فسخ عقد عقده باختياره و قصده فلايليق ان يفعل ماينافيه ولاشتماله على ضرر المالك (واحتمال) البطلان انما هو على تقدير الشراء بالعين او اضافة الشراء الى المالك في نفس العقد او في نيته فانه يبطل في نفس الامر ان قلنا بالبطلان لا ظاهراً بل يحكم له في الظاهر كما اذا اشترى من ينعتق على المالك و يتوصل في شرائها او يقاص كالوكيل ، قال المصنف و على الصحة (يحتمل) ان يقال ليس له بيعها الا باذنه لما فيه من ابطال استباحة المالك الوطي وقد اختار المالك حصوله (ويحتمل) جواز البيع لانه لما صح البيع بطل النكاح وبقي حكمها كسائر المملوكات والوجه انه لايصح شراءها الا باذن المالك .

قال دام ظله : ولو اشترى زوج المالكة باذنها (الى قوله) وكذا لو اشترى من له عليه مال .

اقول: القول ببطلان الشراء قول الشيخ في المبسوط (ووجهه) ان صحة الشراء يستلزم خسرانها وتفويتها مايملكه من النفقة وغيرها محققا، والربح متوهم ،والغرض الاقصى من القراض تحصيل الربح فلايصح (ولان) شراء الزوج ليس فيه حظ وما يتناوله

والوكيل في شراء عبد مطلق لو اشترى أب الموكل احتمل الصحة وعدمها والمأذون له في شراء عبد كالوكيل وفي التجارة كالعامل ولو اشترى العامل من ينعتق عليه ولا ربح في المال صح فان ارتفع السوق فظهر ربح وقلنا يملك به عتق حصته ولم يسر على اشكال اذ لا اختيار في ارتفاع السوق واختياره السبب وان كان فيه ربح وقلنا لا يملك العامل بالظهور صح ولا عتق وان قلنا يملك فالاقرب الصحة فيعتق نصيبه ويسرى الى نصيب

الاذن فيه حظ (ووجه الثاني) ان لا يكون اقل من الفضولي وهو قول كل من قال بصحة عقد الفضولي ووقوفه على اجازة المالك (ووجه الثالث) انه اشترى ما يمكنه طلب الربح فيه ولا يتلف رأس المال فجاز كما لو اشترى ما ليس بزوج وانما ضمن المهر مع العلم لانه اتلفه على المالك بفعله والاصح الثاني .

قال دام ظله : والوكيل في شراء عبد مطلق لو اشترى اب الموكل احتمل الصحة وعدمها .

اقول: منشأ الاحتمال ان الامر بالكلي المتواطي يقتضي التخيير في الجزئيات وقد مر الفرق بينه وبين عامل التجارة (ومن) اشتماله على ضرره بزوال ملكه (ولان) الظاهر انه اراد عبده قنية او تجارة وهذا ليس باحدهما وانما يبطل اذا كان الشراء بالعين او اضافه اليه على ما مر والفرق بينه وبين العبد المأذون له في التجارة ان العبد شرائه منحصر للمولى اضافه اليه اولا (والتحقيق) ان الملك وان كان ليس بمشكل لكن الغرض منه في المعاملة متفاوت فما كان انفع كان شراء الوكيل له اولى لان الواجب على الوكيل تحصيل الانفع مع التعارض والاب انفع في الامور الاخروية ، وغيره في الامور الدنيوية و كلاهما مقصود عند العقلاء فمن ثم حصل الاشكال والاصح توقفه على الاجازة .

قال دام ظله : ولو اشترى العامل من ينعتق عليه ولا ربح في المال صح (الى قوله) لاختياره الشراء .

اقول: اذا اشترى العامل من ينعتق عليه كابيه فاما ان لا يكون فيه حال الشراء

المالك ويغرم له حصته لاختياره الشراء (ويحتمل) الاستسعاء فی باقی القيمة للمعتق وان كان العامل موسراً والبطلان لانه مخالف للتجارة .

ربح ظاهر اويكون فهنا مطلبان ان لايكون فيه ربح حال الشراء فاما ان يستمر كذلك الى بيعه فيصح البيع فيه اولايستمر بل يظهر فيه ربح بعد الشراء كارتفاع السوق مثلا فالكلام فيه فی مسألتين (احديهما) فی انعتاق نصيب العامل وهو مبنی على ان العامل يملك ماشرط له من الربح لا الاجرة وعلى انه يملكه بالظهور وسياتی البحث فيه (وثانيهما) فی سراية العتق وهو مبنی على احدى المسالتين اما ان العتق القهری يسری او ان اختيار السبب هو اختيار المسبب والقدرة عليه اويستلزمه على اختلاف فيه بين المتكلمين (فعلى الاول) يسری وكذا على الثانية لانه اختار الشراء واماسكه حتى ارتفع السوق وهو سبب لملكه بارتفاع السوق الذی هو سبب العتق والى هذا الوجه اشار المصنف بقوله (واختياره السبب) وقوله رحمه الله (اذلا اختيار له فی ارتفاع السوق) اشارة الى وجه عدم السراية وتقريره ان السبب التام للعتق (المعتق ـ خ ل) هو مجموع ابتياعه وارتفاع السوق اوالسبب القريب ارتفاع السوق وهو ليس باختياره ولاتعلق لقدرته به فجزء السبب او السبب القريب غير مقدور له وكل ما كان جزء السبب او مقدور اوالسبب القريب غير مقدور لم يكن السبب مقدوراً فان لم نقل بسراية الانعتاق فهنا لم يسر هنا والاصح عند السراية لانه يملك بالظهور فيضمن للمالك القيمة كذا

قال دام ظله : و يحتمل الاستسعاء فی باقی القيمة للمعتق و ان كان العامل موسراً .

اقول: لان التقويم على خلاف الاصل فينتقر الى النص وهو قوله عليه السلام من اعتق الى آخره والالفاظ انما تحمل على حقائقها ووجود الملك ليس علة فی عدمه وان كان قد يعد لكن المعد والقابل لايكون فاعلا فالعلة فی العتق النسب وليس من فعله والملك معد ، ولرواية ابن ابی عمير عن محمد بن قيس قال قلت لابی عبدالله عليه السلام رجل دفع الى رجل الف درهم مضاربة فاشترى اباه وهو لايعلم قال يقوم فان زاد درهما

المطلب الثانى

ليس للعامل ان يسافرالا باذن المالكفان فعل بدون اذن ضمن وتنفذتصرفاته ويستحق الربح ولوأمره بالسفرالى جهة فسافرالى غيرها او بابتياعشىء معينفابتاع غيره ضمن ، ولوربح حينئذ فالربح على الشرط ولوسوغ له السفرلميكنله سلوك طريق مخوف فان فعل ضمن ، ولواذن فى السفرفاجرة النقل على مال القراض و نفقته فى الحضرعلى نفسه وفى السفرمن اصل (مال ـ خل) القراض كمال النفقة على رأى فلوكان معه غيره قسط (ويحتمل) مساواة الحضرو احتساب الزايد على القراض ولو انتزع المالك منه المالفى السفرفنفقة العود علىخاص العاملولومات لم يجب تكفينه .

واحداً انعتق واستسعى فىمال الرجل(١) وترك الاستفصال فىحكاية الحال يقتضى العموم فىالمقال والاقوى عندى السراية والغرم وقال ابوالصلاح وشيخنانجم الدين ابنسعيد(٢) يستسعى العبد مطلقا ايسواء كانالعامل موسراً اومعسراً.

قالدام ظله : ونفقته فىالحضرعلى نفسه وفى السفرمناصل القراض كمال النفقة على رأى فلوكان معه غيره قسط (ويحتمل) مساواه الحضر واحتساب الزائد علىالقراض .

اقول: البحث هنا فى مقامين (الاول) هل نفقة العامل فى السفر للتجارةعلى مال القراض أوعلىنفسه ، ذهب الشيخفىالنهاية والخلاف وابن الجنيد وابنالبراج وابن حمزة وابن ادريس وجدى و والدى فى مختلف الشيعة الى ان جملة النفقة فى السفرعلى مال المضاربة وهو الاصح عندى ، و ذهب فى المبسوط الى ان نفقته منماله خاصة دون مال القراض (واحتج)فى الخلاف باجماع الفرقة وفى المبسوط بانه دخل على ان يكون له من الربح سهم معلوم وليسله اكثرمن ذلك لانه ربما لايربحالمال اكثرمن هذا ، واستدل المصنف فى المختلف على الاول بمارواهعلى

---

(١) ل‌ب٨ خبر١ من كتاب المضاربة .

(٢) اىالمحقق صاحب الشرايع (قده)

المطلب الثالث

ليس للعامل وطى أمة القراض وان ظهر الربح فان فعل من غير اذن حدّ وعليه المهر وولده رقيق ان لم يظهر ربح ولا تصير أم ولد ولو ظهر ربح انعقد حراً وهى ام ولد وعليه قيمتهما وليس للمالك وطى الامة ايضا فان فعل فهى أم ولد ان علقت ولا حدّ وتحتسب قيمتهما وتضاف اليها بقية المال وان كان فيه ربح فللعامل حصته ولو اذن له المالك فى شراء أمة يطأها قيل جاز والاقرب المنع نعم لو احله بعد الشراء صح و ليس لاحدهما

ابن جعفر فى الصحيح عن اخيه موسى عليه السلام قال فى المضاربة ما انفق فى سفره فهو من جميع المال واذا قدم بلده فما انفق فمن نصيبه(١) .

(المقام الثانى) على القول بوجوب نفقته على مال القراض (هل) يستحق كمال النفقة اومازاد بسبب السفر اختار والدى المصنف الاول (واحتج) بقول موسى ابن جعفر عليه السلام ما انفق فى سفره فهو من جميع المال (٢) (و ما) للعموم (و قيل بالثانى) لانه انما حصل بالسفر الزيادة لا غير اما غيرها فسواء كان مسافراً اولافلا يكون علة فيه ويتفرع على وجوب كمال النفقة فى مال القراض انه لو كان معه مال آخر لنفسه قسطت النفقة عليهما على قدر المالين اما على القول بانه انما يستحق الزيادة بالسفر خاصة فان نفقته على نفسه .

قال دام ظله : ولو اذن له المالك فى شراء امة يطأها (قيل) جاز و الاقرب المنع .

اقول: القول بالجواز قول الشيخ الطوسى فى النهاية والقائل بالمنع شيخنا نجم الدين ابو القاسم بن سعيد وهو الاقرب عند والدى المصنف والاصح عندى لان الاباحة اما عقد او ملك يمين لقوله تعالى **والذين هم لفروجهم حافظون الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم فانهم غير ملومين فمن ابتغى وراء ذلك فاولئك هم العادون** (٣) وكلاهما مشروط ملك فلا يصح قبله لاستحالة تقديم المشروط على

(١ - ٢) ئل ب ٦ خبر ١ من كتاب المضاربة .

(٣) المؤمنون آية ٤ - ٥ - ٦ .

تزويج الامة ولامكاتبة العبد فان اتفقا عليهما جاز وليس له أن يخلط مال المضاربة بماله الامع اذنه فيضمن بدونه ولوقال اعمل برأيك فالاقرب الجواز ، وليس له ان يشترى خمراً ولاخنزيراً اذا كان أحدهما مسلما وليس لهأن يأخذ من آخر مضاربة ان تضرر الاول الاباذنه فان فعل وربح فى الثانية لم يشاركه الاول ، ولودفع اليه قراضا وشرط أن يأخذله بضاعة فالاقوى صحتهما ، ولوقارض اثنان واحداً وشرطاله النصف وتفاضلافى الباقى مع تساوى المالين اوبالعكس فالاقوى الصحة ، و لوكان العامل

الشرط (ووجه الاول) انه اذن له فى الانتفاع فيصح ولدعاء الضرورة اليه .

قال دام ظله : و ليس له أن يخلط مال المضاربة بماله الا مع اذنه فيضمن بدونه ولوقال اعمل برأيك فالاقرب الجواز .

اقول : لانه قد جعل النظر فى المصلحة وفعلها موكولا اليه وربما رأى الحظ للمضاربة فى المزج فانه اصلح له فيدخل تحت قوله اعمل برأيك (و قيل) ليس له ذلك لان ذلك ليس من التجارة و هو ممنوع فانه قد يكون من مصلحتها والاصح الاول

قال دام ظله : و لو دفع اليه قراضا و شرط ان ياخذ له بضاعة فالاقوى صحتهما .

اقول: قال الشيخ فى المبسوط يبطل الشرط لان العامل فى القراض لايعمل عملا بغير جعل ولاقسط من الربح واذا بطل الشرط بطل القراض لان قسط العامل يكون مجهولا لان المالك ما جعل له القسط حتى شرط له العامل عملا بغير جعل فيذهب من نصيب العامل قدر مايزيد فيه لاجل البضاعة وهو مجهول ثم قال و ان قلنا ان القراض صحيح و الشرط جائز لكنه لايلزم الوفاء به لان البضاعة لا يلزم القيام بها كان قويا وابن البراج جزم بالاول و قال المصنف فى المختلف و الحق صحة الشرط والعقد واى منافاة بين ان يعمل العامل عملا فى مال بعوض و فى غيره بغير عوض وهو الصحيح عندى لوجود المقتضى وهو العقد وقوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم والمانع منتف فيثبت القراض والشرط .

قال دام ظله : ولوقارض اثنان واحداً وشرطاله النصف وتفاضلافى

اثنين وساواهما في الربح صح وان اختلفا في العمل ، ولو أخذ من واحد مالا كثيراً يعجز عن العمل فيه ضمن مع جهل المالك ، ولو أخذ مأة من رجل و مثلها من آخر و اشترى بكل مأة عبداً فاختلطا اصطلحا او أقرع .

المطلب الرابع

العامل يملك الحصة من الربح بالشرط دون الاجرة على الاصح

الباقي مع تساوي المالين او بالعكس فالاقوى الصحة .

اقول: ذهب الشيخ في المبسوط والخلاف وابن ادريس الى بطلان الشركة لبطلان الشرط وقال السيد المرتضى تصح الشركة دون الشرط وهو الظاهر من كلام ابن الجنيد والادلة وقد تقدمت وذهب ابو الصلاح الى صحة الشركة دون الشرط بل يكون اباحة .

المطلب الرابع

قال دام ظله : العامل يملك الحصة من الربح بالشرط دون الاجرة على الاصح .

اقول: هذا اختيار الشيخ في المبسوط والخلاف والاستبصار وابن الجنيد و ابن حمزة وابن ادريس وهو الاصح وذهب في النهاية الى ان للعامل اجرة المثل و الربح كله للمالك واختاره المفيد وسلار وابن البراج وظاهر قول ابي الصلاح (لنا) قوله تعالى (الا ان تكون تجارة عن تراض منكم)(١) وقد حصلت وقوله تعالى (اوفوا بالعقود) (٢) و لرواية الحلبي في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال المال الذي يعمل به مضاربة لهمن الربح وليس عليه من الوضيعة شيء الا ان يخالف امر صاحب المال (٣) (احتج الشيخ) بان النماء تابع للاصل فيكون الربح للمالك و لانها معاملة فاسدة لجهالة العوض (والجواب) منع فساد هذه المعاملة و الجهالة لاتضر بجهالة العمل و كالمزارعة والمساقاة ونمنع تبعية النماء الاصل هنا .

---

(١) البقرة ١٨٢ . (٢) المائدة ـ١ .

(٣) ئل ب١ خبر ٢ من كتاب المضاربة .

ويملك بالظهور لا بالانضاض على رأى ملكا غير مستقر ، وانما يستقر بالقسمة أو بالانضاض و الفسخ قبل القسمة ، ولو اتلف المالك او الاجنبى ضمن له حصته ويورث عنه والربح وقاية لراس المال فان خسر وربح جبرت الوضيعة من الربح سواء كان الربح و الخسران فى مرة واحدة او مرتين وفى صفقة واحدة او اثنتين فلو دفع الفين فاشترى باحديهما

قال دام ظله : ويملك بالظهور لا بالانضاض على راى .

اقول: الذى سمعناه من والدى المصنف ادام الله ايامه ان فى هذه المسألة ثلاثة اقوال (ا) انه يملك بمجرد الظهور وهو الاصح لان سبب الاستحقاق الشرط الصحيح فاذا حصل الربح فليثبت مقتضى الشرط ولانه مملوك لابد له من مالك وليس رب المال لانه لا يثبت احكام الملك فى حقه فيلزم ان يكون للعامل اذ لا مالك سواهما اجماعا ولانه لو لم يملك بالظهور لم يكن له المطالبة بالقسمة لكن التالى باطل اتفاقا فكذا المقدم والملازمة ظاهرة لصدق لاشىء من غير الشريك له المطالبة بالقسمة اتفاقا و لانه لو لم يملك بالظهور لم يعتق عليه نصيبه من ابيه لو اشتراه وظهر ربح لكن التالى باطل فالمقدم مثله ، اما الملازمة فظاهرة اذ لا مقتضى الا ملكه قطعا ، و اما بطلان التالى فلحديث محمد بن قيس (١) ولقول ابى الحسن عليه السلام الربح بينهما (٢) وهذا يقتضى بعمومه ملكه بمجرد الظهور والاخبار كثيرة متواترة بهذا المعنى (واعلم) انه اذا قلنا انه يملك بالظهور يريد به ملكاً غير مستقر فلا يتسلط العامل عليه و ليس له التصرف فيه لانه وقاية لرأس المال بمعنى انحصار الخسران فيه لو حصل ما دامت المعاملة باقية (ب) انه يملك بالانضاض لانه قبله غير موجود خارجا بل هو مقدر موهوم و كل مملوك موجود خارجا بالضرورة مادام مملوكا وعلى هذا يثبت له بالظهور حق مؤكد ولهذا يورث عنه واذا اتلف المالك او الاجنبى المال ضمن حصته فان الاتلاف كالقسمة (ج) انه يملك مستقراً بالقسمة لانه لو ملك قبلها لكان شريكا فى المال فيكون النقصان الحادث شايعا فى المال لان التالف من المال المشترك يكون بينهما فلما انحصر فى الربح دل على عدم الملك (ولانه) لو ملكه لاختص بربحه (ولان)

---

(١) ئل ب٨ خبر١ كما تقدم .

(٢) ئل ب٣ خبر٥ من كتاب المضاربة .

سلعة وبالاخرى مثلها فخسرت الاولى وربحت الثانية جبر الخسران من الربح ولاشىء المعامل الا بعد كمال الالفين، ولو تلف مال القراض أو بعضه بعد دورانه فى التجارة احتسب التالف من الربح وكذا لو كان قبل دورانه على اشكال سواء كان التلف

القراض معاملة جائزة والعمل فيها غير مضبوط فلا يستحق العوض فيها الا بتمامه كما فى الجعالة (د) ان القسمة كاشفة عن ملك العامل لان القسمة ليست بعمل حتى يملك بها بل هى دالة على تمام العمل الموجب للملك (تذنيب) الاصح عندى انه يستقر ملك العامل بارتفاع العقد مع نضوض المال و القسمة باجماع الكل و هو نهاية الحال وكذا لو كان قدر رأس المال ناضّا و اقتسما الباقى وارتفع العقد و الضابط انه كلما ارتفع العقد والربح حاصل ولم يجب على العامل عمل ولا جبران خسران استقر ملكه .

قال دام ظله: ولو تلف مال القراض او بعضه بعد دورانه فى التجارة احتسب التالف من الربح وكذا لو كان قبل دورانه على اشكال .

اقول: هنا مسائل اربع (ا) تلف بعض المال قبل دورانه فى التجارة بلا عوض حصل كأن دفع اليه الفين فتلف احدهما (وفيه) احتمالان مبنيان على انه مال قراض بالفعل وعلى تفسير الخسران الذى له الربح وقاية فى العرف العادى (هل) هو كل نقص حصل فى مال القراض بيد العامل لا من فعله وتفريطه او يقيد بعد تصرف العامل بالتجارة (او) له تعلق بتصرف العامل بتجارته او نشأ من نفس المال الذى اشتراه العامل كالعيب وقد ذهب الى كل تفسير من هذه الثلاثة قوم (فعلى التفسير الاول) يجبر من الربح (وعلى الآخرين) لا يجبر ولان العقد لم يتاكد بالعمل وليس مال قراض بالفعل حقيقة (ب) ان يكون بعد دورانه لا بنقص سوق ولا بعوض بل بآفة كما لو اشترى عبدين فمات احدهما (فان قلنا) بالجبر فى المسالة الاولى فهنا اولى (وان قلنا) بتلف من رأس المال فى المسالة الاولى فهنا احتمالان (احدهما) انه هنا كذلك لانه نقص لا تعلق له بتصرف العامل وتجارته ولا هو ناش من المال الذى اشتراه العامل ولان العبدين مثلا بدل الالفين ولا عبرة بمجرد الشراء لانه تهيئة محل التصرف و الركن الاعظم فى

للمال او للعوض باحتراق أو سرقة او نهب اوفوات عين او انخفاض سوق او طريان عيب والزيادات العينية كالثمرة والنتاج محسوبة من الربح وكذا بدل منافع الدواب ومهر وطي الجوارى حتى لووطيء السيد كان مستردا مقدار العقر ولوكان رأس المال مأة فخسر عشرة ثم اخذ المال عشرة ثم عمل الساعى فربح فرأس المال ثمانية وثمانون وثمانية اتساع لان المأخوذ محسوب من رأس المال فهو كالموجود فالمال فى تقدير تسعين فاذا بسط الخسران وهو عشرة على تسعين اصاب العشرة المأخوذة دينار و تسع فيوضع ذلك من رأس المال وان أخذ نصف التسعين الباقية بقى رأس المال خمسين لانه قداخذ نصف المال فيسقط نصف الخسران و ان أخذ خمسين بقى أربعة واربعون و اربعة اتساع وكذا فى طرف الربح يحسب الماخوذ من رأس المال و الربح فلو كان المال مأة فربح عشرين فاخذها المالك بقى رأس المال ثلاثة و ثمانين و ثلثا لان الماخوذ سدس المال فينقص سدس رأس المال وهو ستة عشر وثلثان وحظها من الربح

المضاربة البيع لانه به يحصل فى المبيع الربح (والحق) عندى انه يجبر من الربح لانه تصرف فى رأس المال فلا يأخذ شيئا من الربح حتى يرد رأس المال الذى تصرف فيه الى المالك لقوله ﷺ على اليد ما اخذت حتى تؤدى (١) وانما قال على اليد ولم يقل على الذمة ليشمل ما فى الذمة والامانات كالوديعة وهذا الموضع وشبهها (ج) ان يتلف كل المال قبل دورانه فى التجارة كما لو اذن له المالك فى الشراء فى الذمة ورأس المال الف فاشترى بالف فى الذمة وقبل اقباضه البايع تلف الالف الذى فى يده للقراض والبحث فيه كالاولى واختار ابن البراج انهما معا رأس المال فيتخير من الربح وبه قال الشيخ الطوسى فى المبسوط وقيل بانه ان كان الشراء قبل تلف الالف وان كان بعده فالشراء للعامل واقول البحث انما هو فى الاول لان التلف قبل الشراء مبطل للمضاربة واختار والدى فى المختلف ان الشراء فى الذمة ان كان باذن المالك فهما معا رأس المال والا كان الشراء للعامل (د) ان يتلف بعد دورانه فى التجارة بان يتلف رأس المال بعد شرائه وظهور ربح وبقى قدر الربح والحق عندى هنا انه يجبر بالربح الباقى .

---

(١) سنن ابى داود ج-٣- باب العارية مؤداة .

ثلاثة وثلث فيستقر ملك العامل على نصف الماخوذ من الربح وهو درهم وثلثان فلو انخفضت السوق وعادما في يده الى ثمانين لم يكن للمالك أن يأخذه ليتم له المائة بل للعامل من الثمانين درهم وثلثان ولو كان قد اخذ ستين بقي رأس المال خمسين لانه قد أخذ نصف المال فبقي نصفه وان أخذ خمسين بقي رأس المال ثمانية وخمسين وثلثا لانه اخذ ربع المال وسدسه فبقي ثلثه وربعه فان أخذ منه ستين ثم خسر فصار معه اربعون فردّها كان له على المالك خمسة لان الذي اخذه المالك انفسخت فيه المضاربة فلا يجبر ربحه خسران الباقي لمفارقته اياه وقد أخذ من الربح عشرة لان سدس ما أخذه ربح، ولو ردّ منها عشرين بقي رأس المال خمسة وعشرين ، ولو دفع الفا مضاربة فاشترى متاعا يساوي الفين فباعه بهما ثم اشترى به جارية وضاع الثمن قبل دفعه رجع على المالك بألف وخمسمائة ودفع من ماله خمسمائة على اشكال فاذا باعها بخمسة آلاف أخذ العامل ربعها وأخذ المالك ثمن الباقي رأس ماله الفين وخمسمائة وكان الباقي ربحا بينهما على ما شرطاه ولو دفع اليه الفا مضاربة ثم دفع اليه الفا اخرى مضاربة واذن في ضم أحدهما الى الآخر قبل التصرف في الاول جاز وصار مضاربة واحدة وان (فان ـ خ ل) كان بعد التصرف في الاول في شراء المتاع لم يجز لاستقرار حكم الاول فربحه وخسرانه مختص به فان نضّ الاول جاز ضم الثاني اليه وان لم يأذن في الضم فالاقرب أنه ليس له ضمه ولو خسر العامل فدفع الباقي

قال دام ظله: ولو دفع الفاً مضاربة فاشترى متاعا (الى قوله) خمسمائة على اشكال .

اقول: القائل بملكه بالقسمة لا اشكال عنده في عدم الزامه بشيء وعلى القول بالملك بالظهور يحتمل الزامه لانه شريك (ومن) حيث انه لا يستقر ملكه الا بعدم الخسران وهذا الشرط لم يتحقق فلا يؤدى وكذا على القول بملكه بالانضاض فانه لا يستقر الا بالقسمة لكن ان قلنا بالشركة بالملك بالظهور فهنا اولى و لهذا فرض المصنف الانضاض .

قال دام ظله : ولو دفع اليه الفاً مضاربة ثم دفع اليه الفاً اخرى (الى قوله) فالاقرب انه ليس له ضمه .

ناضّا ثم اعاده المالك اليه بعقد مستأنف لم يجبر ربح الثاني خسران الاول لاختلاف العقدين ، وهل يقوم الحساب مقام القبض الاقرب انه ليس كذلك وليس للعامل بعد ظهور الربح اخذ شيء منه بغير اذن المالك فان نضّ قدر الربح واقتسماه وبقي رأس المال فخسر ردّ العامل اقل الامرين واحتسب المالك وان امتنع أحدهما من القسمة لم يجبر الآخر عليها ولا يصح أن يشترى المالك من العامل شيئا من مال القراض ولا أن يأخذ منه بالشفعة ولا من عبده القن ويجوز من المكاتب والشريك فيصح في نصيب شريكه وللعامل أن يشترى من مال المضاربة وان ظهر ربح بطل البيع في نصيبه منه .

الفصل الثالث في التفاسخ والتنازع

القراض عقد جائز من الطرفين لكل منهما فسخه سواء نضّ المال او كان به عروض وينفسخ بموت أحدهما وجنونه واذا فسخ القراض والمال ناض لا ربح فيه اخذه المالك ولا شيء للعامل وان كان فيه ربح قسم على الشرط وان انفسخ وبالمال

اقول: وجه القرب من حيث انه تصرف لم يأذن فيه المالك لانه انما اذن في التجارة والضم ليس منها ويحتمل الجواز لجواز ملزومه اذ يجوز شراء نصف سلعة مشاعا باحدهما والنصف الآخر بالآخر وهو يستلزم الضم وفيه نظر لانتقاضه بمضاربة الغير فانه يجوز ان يشترى نصف سلعة مشاعاً بمال احدهما والاخر بمال الآخر والاصح عندى انه لا يجوز الضم فعلى الجواز لا يضمن به وعلى عدمه يضمن .

قال دام ظله : وهل يقوم الحساب مقام القبض الاقرب انه ليس كذلك .

اقول: وجه القرب انتفاء حقيقة القبض وعدم دلالة الحساب على الفسخ باحدى الدلالات الثلاث (ويحتمل) انه كالقبض لان فائدته تميّز حق المالك من حق العامل فصار كالقبض والصحيح عندى الاول لان قبض المالك فسخ فاذا اعاده كان قراضا جديداً واحتاج الى عقد جديد والحساب ليس كذلك .

الفصل الثالث في التفاسخ والتنازع

قال دام ظله : وان انفسخ وبالمال عروض فان ظهر فيه ربح و طلب

عروض فان ظهر فيه ربح وطلب العامل بيعه اووجد زبونا (١) يحصل له ربح ببيعه عليه اجبر المالك على اجابته على اشكال وان لم يظهر ربح ولازبون لم يجبر المالك ولوطلب المالك بيعه فان لم يكن ربح أوكان واسقط العامل حقه منه فالاقرب اجباره على البيع ليرد المال كما اخذه وكذا يجبر مع الربح ، ولو نض قدر رأس المال فرده

العامل بيعه اووجد زبونا يحصل له ربح ببيعه عليه اجبر المالك على اجابته على اشكال .

اقول: الاشكال في المسألتين اما الاولى فمنشأه انه ان قلنا انه لا يملك الا بالانضاض او القسمة كان له الاجرة فلا يجبر المالك (ويحتمل) الجبر لانه لايكون اقل من الجعالة وقدتم العمل بظهور الربح وفسخ المالك فاستحق الجعل وهو جزء من الربح وانما يتم بالبيع و ما لا يتم الواجب الا به يكون واجبا و ان قلنا بالظهور فيحتمل الاجبار لانه يجب عليه ايضاً عوض عمله (ويحتمل) عدمه لانه ليس اقوى من الشريك الاصلي والشريك لايجبر شريكه على بيع ماله فهنا اولى (واما الثانية) فمنشأه (من) حيث ان ذلك هل هو ظهور ربح ام لا فقال بعض الفقهاء بالثاني اذ حصول الربح اما بزيادة القيمة السوقية او بحصول الشراء بذلك اما نفس البدل فلا بل هو رزق يساق الى مالك العروض والاصح الاجبار فيهما .

قال دام ظله : ولوطلب المالك بيعه فان لم يكن ربح اوكان واسقط العامل حقه منه فالاقرب اجباره على البيع ليرد المال كما اخذه .

اقول: هنا مسألتان (ا) ان لايكون فيه ربح (ووجه) القرب قوله ﷺ على اليد ما اخذت حتى تؤدى (٢) وهو عام ففاية كل آخذ (احد ـ خل) يؤدى الاداء كما اخذ (ويحتمل) عدمه لان غرض البيع ان يظهر الربح ليصل العامل الى حقه منه فاذا لم يكن ربح و ارتفع العقد لم يحسن تكليفه تعباً بلا فائدة (الثانية) ان يظهر فيه ربح فاما ان يسقط العامل حقه من الربح اولا فان كان الاول فمبناه على مسألتين (احديهما) انه هل يملك بالظهور اولا فان قلنا يملك بالظهور فهل يسقط بالاعراض

---

(١) بفتح اوله هو الراغب في الشراء ـ كانه مولد وليس من كلام العرب (جامع المقاصد)

(٢) سنن ابي داود (ج٣) باب العارية مؤداة وفيه توديه .

العامل لم يجبر على انضاض الباقي و كان مشتركا بينهما ولو ورد ذهبا ورأس المال فضة وجب الرد الى الجنس واذا فسخ المالك القراض ففي استحقاق العامل اجرة المثل الى ذلك الوقت نظر ؛ و اذا انفسخ والمال دين وجب على العامل تقاضيه وان لم يظهر ربح ولومات المالك فلورثته مطالبة العامل بالتنضيض وتجديد عقد القراض ان كان المال ناضا نقدا أو الافلا، ولومات العامل فللمالك تقرير وارثه على العقد ان كان المال نقدا أو الافلا (وهل) ينعقد القراض هنا بلفظ التقرير اشكال واذا مات المالك قدم حصة العامل

ام لا (يحتمل) الاول لانه ليس بملك مؤكد بل متزلزل و يتوقف على تمام العمل (ويحتمل) الثاني لان الاملاك لاتزول بالاعراض (فان قلنا) لايسقط بالاعراض لم يلزم المالك قبول ملكه فيجبر (وان قلنا) يسقط فمبناه على المسألة الاولى وهي ان لايكون فيه ربح (والاقرب) الاجبار للخبر (وثانيتهما) ان لا يملك بالظهور فيسقط بالاسقاط كالشفعة لانه لم يملكه بل استحق ان يملك كالشفيع والحقوق تسقط بالاسقاط (وان كان الثاني) و هو ان لا يسقط العامل حقه فان قلنا يملك بالظهور احتمل الاجبار لان المالك لايلزمه قبول ملكه و عدمه كالشريك (والاصح) الاجبار للخبر و لانه ملك بالظهور ملكا لازما ما دام الربح ظاهرا اوناضا فيلزمه عوضه و هو اتمام مقتضى العقد لانه اقتضى الشراء والبيع والاقوى انه يملك بالظهور ولايسقط بالاسقاط .

قال دام ظله : واذا فسخ المالك القراض ففي استحقاق العامل اجرة المثل الى ذلك الوقت نظر.

اقول: ينشأ (من) انه عمل غير متبرع به في مال المالك و تعذر العوض لان المالك لم يمكنه من اتمام العمل الى ان يحصل الربح (ومن) انحصار العوض في الربح لان مقتضى العقد انه لا شيء له ان لم يحصل ربح ولم يحصل والاصح ان له الاجرة.

قال دام ظله : ولومات العامل فللمالك تقرير وارثه على العقد ان كان المال نقدا والا فلا (وهل) ينعقد القراض هنا بلفظ التقرير اشكال .

اقول: ينشأ (من) انه عقد مبتداء فاعتبر فيه صيغته المعينة التي وضعها الشارع

على غرمائه ولومات العامل ولم يعرف بقاء مال المضاربة بعينه صار ثابتا في ذمته و صاحبه اسوة الغرماء على اشكال وان عرف قدّم وان جهلت عينه واذا تلف المال قبل الشراء انفسخت المضاربة فان اشترى بعد ذلك للمضاربة فالثمن عليه وهو لازم له سواء علم بتلف المال قبل نقد الثمن أو جهله ولو اجاز رب المال احتمل صيرورة الثمن عليه وبقاء المضاربة فان اشترى للمضاربة فتلف الثمن قبل نقده فالشراء للمضاربة وعقدها باق وعلى المالك الثمن (وهل) يحسب التالف من رأس المال نظر هذا ان كان المالك

له والاصح عندى انه لايصح لان العقد بطل والتقرير حقيقة في استمرار عقد موجود حين التقرير في المستقبل وليس هنا عقد (ومن) ان العقود الجائزة لاتفتقر الى الصيغ كافتقار اللازمة وقد يستعمل التقرير لانشاء عقد على موجب العقد السابق.

قال دام ظله : ولومات العامل ولم يعرف بقاء مال المضاربة بعينه صار ثابتا في ذمته وصاحبه اسوة الغرماء على اشكال .

اقول: ينشأ من اصالة البقاء وعدم الوجدان لايدل على العدم وقوله ﷺ : على اليد ما اخذت حتى تؤدى و من انه امانة و الاصل عدم التفريط ولم يجده بعينه ولان الضرب مع الغرماء يستلزم الحكم ببقاء المال اذ لولاه لم يضمن لان الاصل عدم التفريط وبعدمه والا لما ضرب لانه حكم العدم مع عدم التفريط فيكون مبنيا على النقيضين والثانى ممنوع فانا نمنع ان سبب الضمان العدم مع التفريط بل سببه اما هذا او اشتباهه في ماله بحيث يتعذر تسليمه .

قال دام ظله: واذا تلف المال قبل الشراء (الى قوله) صيرورة الثمن عليه.

اقول: لانه اشترى للمضاربة والشراء للمضاربة هو الشراء للمالك لانها وكالة في الابتداء ثم تصير وكالة وشركة في الاثناء وشركة في الانتهاء وقد اجازه المالك لكن لاتكون مضاربة (ومن) حيث ان المال ثبت ابتداء عليه والثمن (والمثمن ـ خ ل) له فلاينتقل الا بعقد مستأنف ولان المضاربة انفسخت بالتلف فصار كما لو اشترى قبل قبض شيء للمضاربة واجاز المالك .

قال دام ظله : وهل يحسب التالف من راس المال نظر (الى قوله) ولايلزم

اذن فى الشراء فى الذمة والا كان الثمن لازما للعامل والشراء له ان لم يذكر المالك والا بطل البيع ولايلزم الثمن احدهما ولواشترى بالثمن عبدين فمات أحدهما كان تلفه من الربح ولوماتا معا انفسخت المضاربة لزوال مالها اجمع فان دفع اليه المالك شيئا آخر كان الثانى رأس المال ولم يضم الى المضاربة الاولى وينفذ تصرف العامل فى المضاربة الفاسدة بمجرد الاذن كالوكيل والربح باجمعه للمالك و عليه اجرة المثل للعامل سواء ظهر ربح أولا الآان يرضى العامل بالبيع (بالسعى ـ خ ل) مجانا كأن يقول قارضتك والربح كله لى فلااجرة له حينئذ ، والعامل أمين لايضمن ما يتلف الا بتعد أوتفريط سواء كان العقد صحيحا اوفاسداً والقول قوله مع اليمين فى قدر رأس المال وتلفه وعدم التفريط و حصول الخسران وايقاع الشراء لنفسه او للمضاربة و قدر الربح وعدم النهى عن شراء العبد مثلا لوادعاه المالك ؛ و الاقرب تقديم قول المالك فى الرد وفى عدم اذن النسيئة وعدم الاذن فى الشراء بعشرة وفى قدر نصيب العامل من الربح ولوقال العامل ماربحت شيئاً اوربحت الفأئم خسرت أوتلف الربح

الثمن احدهما .

اقول: ينشأ (من) ان التالف قد تلف بعد الشراء وهو شروع فى التجارة فيحسب من رأس المال (ومن) انه قد تلف قبل التصرف فيه فلم يكن من رأس المال كما لو تلف قبل الشراء والاصح احتسابه من مال المضاربة .

قال دام ظله : والاقرب تقديم قول المالك فى الرد وفى عدم اذن النسيئة وعدم الاذن فى الشراء بعشرة وفى قدر نصيب العامل من الربح .

اقول: ذهب الشيخ فى المبسوط الى تقديم قول العامل كالمودعى لانه امين (ولان) عدمه ملزوم للضرر و قال عليه السلام لاضرر ولاضرار و نفى اللازم يستلزم نفى الملزوم (ووجه) اختيار المصنف انه مدع فيدخل تحت عموم الخبر وهو قوله عليه السلام البينة على المدعى واليمين على من انكر(١) وهو الاصح .

---

(١) ثل ب١٣ خبر ٣ من ابواب صفات القاضى .

قبل، بخلاف مالوقال غلطت او نسيت ، ولو اختلفا فيقدررأس المال فالقول قول العامل مطلقا على اشكال فلوادعى المالكأن رأس المال ثلثا الحاصلفصدّقهاحد العاملين بالنصف وادعى الاخرالثلث قدم قول المنكرمع يمينه فيأخذخمسمائة من ثلاثة آلافويأخذ المالكالفين رأس ماله بتصديق الآخر وللاخر ثلث المتخلف وهو خمسمائة وللمالك ثلثاه لانّنصيب المالك النصف ونصيب العامل الربع فيقسم الباقي على النسبة ومأأخذه الحالف زائدأعلىقدر نصيبه كالتالف منهما والتالف من المضاربة يحسب من الربح ولوادعى المالك القراض والعاملالقرض فالقولقولالمالكفيثبت له مع اليمينماادعاه من الحصة (ويحتمل) التحالف فللعامل اكثرالامرين من الاجرة

قال دام ظله : ولواختلافيقدرراس المال فالقول قول العاملمطلقا على اشكال .

اقول: قوله مطلقا اىسواء ربح المال اولاوسواء تلف بتفريط اولابهوالاشكال ينشأ (من) ان المالك يدعي عليه قبضا وهو ينكره (ولان) المال في يد العامل والقول قول صاحب اليد (ويحتمل) انه ان كان هناك ربح كان حكمه حكم الاختلاف في القدر المشروط في الربح لان قدرالربح يتفاوت بواسطة رأس المال فيكون القول قول المالك لان الاصل ان النماء تابع للاصل ولان القدر الزائد على مايدعيه العامل يدعي المالك ان له والعامل انتقاله عنه بالمعاملةاذالاصل ان النماء تابع للاصل والاصلعدم انتقالهعنه بالمعاملة وان كان تفريط ونقص عنرأس المال فالقول قول العامل لانه الغارم واعترض علىرجوعه الىالاختلاف في الربح بان الاختلاف فيالقدر المشروط من الربح اختلاف في كيفية العقدوالاختلاف هنا في القبضفيصدّق فيه نافيه كمالواختلف المتبايعان فيقدر الثمن ، والاصحانالقول قولالمالك الاانيكون هنا تفريط وتلف فالقول قول العامل .

قال دام ظله : ولوادعى المالك القراض والعامل القرض (الىقوله) منالاجرة والمشترط .

اقول: وجهالاول ان العامل يدعي انتقال المالعن مالكه و الاصل (ووجه)

والمشترط ، ولو اقاما بينة فعلى الاول تقدم بينة العامل ، ولو ادعى العامل القراض و المالك الابضاع قدم قول العامل لان عمله له فيكون قوله مقدما فيه (ويحتمل) التحالف فللعامل اقل الامرين من الاجرة والمدعى ولو ادعى العامل القراض والمالك الابضاع تحالفا وللعامل الاجر ، ولو تلف المال أو خسر فادعى المالك القرض والعامل القراض اوالابضاع قدم قول المالك مع اليمين ، ولو شرط العامل النفقة أو اوجبناها وادعى انه انفق من ماله وأراد الرجوع فله ذلك سواء كان المال في يده اورده الى المالك ، ولو شرطا لاحدهما جزء معلوما و اختلفا لمن هو فهو للعامل ، و لو انكر القراض ثم ادعى التلف لم يقبل قوله وكذا الوديعة وشبهها أما لو كان الجواب لاتستحق عندى شيئا وشبهه لم يضمن .

الثانى انهما مدعيان لان كلا منهما يدعى عقداً ينكره الاخر والاصل عدمه وانما كان له اكثر الامرين لانه ان كان الاكثر نصيبه من الربح فرب المال يعترف له به وهو يدعى الربح كله وان كان اجرة مثله اكثر فالقول قوله فى عمله مع يمينه كما ان القول قول رب المال فى ماله فاذا حلف قبل قوله فى انه ماعمل بهذا الشرط وانما عمل لغرض لم يسلم له فيكون له اجرة مثله وهو الاصح .

قال دام ظله : ولو اقاما بينة (فعلى الاول) تقدم بينة العامل.

اقول: لان القول قول المالك فالبينة بينة الآخر (وعلى الثانى) يتعارض البينتان فيتساقطان ويتحالفان ويكون الحكم كما ذكر المصنف فى ماتقدم

قال دام ظله : ولو ادعى العامل القراض والمالك الابضاع (الى قوله) من الاجرة والمدعى .

اقول: وجه الاول ماذكره المصنف (ووجه) الثانى ان كلا منهما يدعى عقداً ينكره الآخر فيكون القول قول المنكر وانما كان له اقل الامرين على الاحتمالين لان الاجرة ان كانت ازيد فهو يقر بعدم استحقاق الزايد واقرار العقلاء على انفسهم جائز (و ان) كانت انقص (فعلى الاول) لم يثبت للعامل بيمينه مادعاه بل اثبت بها عدم التبرع بعمله لا المضاربة (وعلى الثانى) فلان الزائد انتفى بيمين المالك والاصح احتمال الثانى .

المقصد السادس في الوكالة

وفصوله ثلاثة **الاول** في أركانها وهي اربعة :

الاول العقد وهو مايدل على استنابة في التصرف ولابدفيه (من ايجاب) دال على القصد كقوله وكّلتك اواستنبتك أوفوّضت اليك أوبع اواشترا واعتق ولوقال وكّلتني فقال نعم أو اشاربما يدل على التصديق كفى في الايجاب (ومن قبول) اما لفظاً كقبلت أورضيت وشبهه أوفعلا كمالوقال وكّلتك في البيع فباع ولا يشترط مقارنة القبول بل يكفى وان تأخر نعم يشترط عدم الرد منه فلورد انفسخ العقد و يفتقر في التصرف الى تجديد الايجاب مع علم الموكل ويجب أن تكون منجّزة فلوجعلها مشروطة بشرط متوقع اووقت مترقب بطلت نعم لونجّز الوكالة وشرط تاخير التصرف الى وقت اوحصول شرط جاز كأن يقول وكّلتك الآن ولاتتصرف الا بعدشهر واذافسد العقد لتعلقها على الشرط احتمل تسويغ التصرف عند حصوله بحكم الاذن وفائدة الفساد سقوط الجعل المسمى والرجوع الى الاجرة .

المقصد السادس في الوكالة

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

مقدمة

شرع الوكالة ثابت بالاجماع وبفعل النبي صلى الله عليه وآله فانه وكّل السعاة في اخذ الصدقات وروى انه وكّل عروة البارقي في شراء شاة الاضحية (١) ووكّل ابارافع في قبول نكاح ميمونة عن جابر قال اردت الخروج الى خيبر فذكرت لرسول الله صلى الله عليه وآله فقال اذا لقيت وكيلي فخذ منه خمسة عشر وسقا الحديث.

قال دام ظله : و اذا فسد العقد لتعلقها على الشرط (احتمل) تسويغ التصرف عند حصوله بحكم الاذن و فائدة الفساد سقوط الجعل المسمى و الرجوع الى الاجرة .

---

(١) المستدرك ب١٨ خبر - ١ من ابواب عقد البيع .

الثاني الموكّل ويشترط فيه أن يملك مباشرة ذلك التصرف بملك اوولاية فلا يصح توكيل الصبى وان كان مميزاً أوبلغ عشراً مطلقا على رأى و لا المجنون ولوعرض بعد التوكيل بطلت الوكالة ولا توكيل القنّ الاباذن المولى الا فيما - لاينوقف على الاذن كالطلاق والخلع ولا الوكيل الا باذن موكله صريحا أوفحوى مثل اصنع ما شئت والاقرب ان ارتفاع الوكيل عن المباشرة واتساعه وكثرته بحيث يعجز عن المباشرة اذن فى التوكيل معنى فحينئذ الاقرب أنه يوكّل فى ما زاد على مايتمكن منه لاالجميع و لا المحجور عليه الا فى مالايمنع الحجر تصرفه كالطلاق و

اقول: لوجود المقتضى وهو الاذن وانتفاء المانع اذليس الارفع الوكالة ورفع الخاص لايستلزم رفع العام فلم يرفع الاذن ولا لازمه بل ملزومه (ومن) ان الكلى لايوجد الافى احد الجزئيات وليس هنا الاالوكالة وقد ارتفعت والاصح الثانى وهو منعه من التصرف مطلقا .

الثانى الموكل

قال دام ظله : فلايصح توكيل الصبى وان كان مميزا او بلغ عشرا مطلقا على رأى .

اقول: الموكل كل متمكن شرعا او ممنوع بالجهل لاغير من مباشرة فعل يقبل الاستنابة بحق الملك اوالولاية القهرية اومأذونه فيها شرعا ولوبوسائط (فنقول) الصبى هل يتمكن من مباشرة فعل كماذكر قال شيخنا المصنف لاواختاره جماعة من اصحابنا فلايصح توكيله فى شىء البتة وقال الشيخ يصح تصرفه بالعتق والصدقة بالمعروف ثم نص ان كل من يصح تصرفه فى شىء يدخله النيابة صح التوكيل فيه ويلزم جواز توكيل الصبى (لنا) انّ مناط التصرفات البلوغ وليس ، وصغرى الشيخ ممنوعة .

قال دام ظله : والاقرب ان ارتفاع الوكيل (الى قوله) يتمكن منه لاالجميع .

اقول: دلالة اذن الموكل لوكيله فى التوكيل اما لفظية او معنوية و الاولى ظاهرة مذكورة فى القواعد وهذا الكلام مقصود على الدلالة المعنوية وهى على اقسام (الاول) ان يقتضيها شاهد الحال لترفع الوكيل عن مباشرة ماوكّل فيه فانه يدل فى

الخلع و استیفاء القصاص ، و لا یوکل المحرم فی عقد النکاح محرما و لا محلّا و لافی ابتیاع الصید وللمکاتب أن یوکّل ، وللمأذون لهفی التجارة فی ماجرت العادة بالتوکیل فیه وللاب والجد أن یوکلاعن الصغیر والمجنون .وللحاضر أن یوکل فی الطلاق علی رأی و للحاکم أن یوکّل عن السفهاء من یباشر الحکومة عنهم ، و یکره لذوی المروات مباشرة الخصومة ویستحب لهم التوکیل و للمرأة ان توکّل فی النکاح وللفاسق فی تزویج ابنته وولده ایجابا وقبولا و لیس سکوت السید عن

العادة والعرف علی الاذن دلالة ظاهرة (ویحتمل) عدم الجوازلان التصرف فیمال الغیرخلاف الاصل مبنی علی الاحتیاط التام فیقتصر علی مایدل علیه اللفظ بالمطابقة اوالتضمن اوالالتزام والکل منتف هنا(الثانی)اتساع الموکل فیه وعجزه عن المباشرة ولابد من علم الموکل بعجزه من مباشرة الجمیع لاعن بعضه فالاقرب جوازالتوکیل لثبوت دلالة الاقتضاء فانه امره بالتصرف فی الجمیع و اصلاحه وهو موقوف علی الاستنابة وبه قال الشیخ (ویحتمل) عدمه لان التوکیل غیر الفعل والمباشرة وانما امره بالثانی لاالاول ولانتفاء الدلالات الثلاث اما المطابقة والتضمن فظاهر واما الالتزام فلامکان انفکاکه لجواز نهیه عنه والاصح الاول (الثالث) علی القول بجوازالتوکیل مع کثرة الموکل فیه وعجزه عن الکل من حیث هو کل الاقرب عند المصنف انه لایوکله فی الکل بل فی مازاد علی المقدورلان التوکیل انما جازللحاجة فاختص بمادعت الیه وهو قول الشیخ الطوسی فی المبسوط (ویحتمل) العموم لجوازها وتخصیص البعض ترجیح من غیرمرجح ولاقتضاء الاطلاق ذلك وهوممنوع والاصح الاول لانهارخصة و کل رخصة تختص بمحل الضرورة .

قال دام ظله : وللحاضر ان یوکل فی الطلاق علی رأی.

اقول: منعه الشیخ فی النهایة وابن البراج وابوالصلاح وجوّزه ابن ادریس و المصنف وهوالصحیح لانه فعل یقبل النیابة فصح دخولها فیه والصغری ظاهرة لجوازها مع الغیبة و کذا الکبری لغیرها و لجواز الطلاق من الحکم باذنه حال الشقاق مع حضوره (احتج) الشیخ برواية زرارة عن الصادق علیه السلام قال لاتجوز الوکالة فی

النهى عن تجارة عبده اذناله فيها،والاقرب بطلان الاذن بالاباق و كل موضع للوكيل ان يوكّل فيه فليس له أن يوكّل الاامينا الا أن يعيّن الموكل غيره ولو تجددت الخيانة وجب العزل و كذا الوصى والحاكم اذا ولّى القضاء فى ناحية ، واذا اذن الموكل فى التوكيل فوكل الوكيل آخر كان الثانى وكيلا للموكل لاينعزل بموت الاول ولايعزله ولا يملك الاول عزله وان أذن له أن يوكل لنفسه جاز وكان الثانى وكيلا للوكيل ينعزل بموته وعزله وموت الموكل وللاول عزله .

الثالث الوكيل ويشترطفيه البلوغ والعقل فلاتصح وكالة الصبى ولاالمجنون، **والاقرب** جواز توكيل عبده و يستحب أن يكون الوكيل تام البصيرة عارفا باللغة

الطلاق(١) وحملها الشيخ على الحضور وحمل الاخبار المجوزة على الغيبة للضرورة جمعا بين الادلة وفى المستند ضعف لعموم قوله صلى الله عليه وآله الطلاق بيد من اخذ بالساق (٢) خرج الغايب للضرورة وليس فيه دلالة والاصح الجواز.

قال دام ظله : والاقرب بطلان الاذن بالاباق.

اقول: وجه القرب دلالة شاهد الحال (ويحتمل) عدمه لاصالة البقاء والاصح الاول.

قال دام ظله : فلاتصح وكالة الصبى ولا المجنون والاقرب جواز توكيل عبده .

اقول :قال المصنف الضمير فى عبده ليس راجعا الى الصبى او المجنون بل هو راجع الى الموكل اى ويصح ان يوكل الانسان عبد نفسه لوجود المقتضى وهو الايجاب والقبول وقبول الموكل والوكيل والفعل للاستنابة وانتفاء المانع اذليس الا العبودية وليس يمنع من التصرف للسيد (ويحتمل) عدمه فان وكالة العبد من باب الاذن له فى التصرف اذ بمجرد امره يجب على العبد الفعل ولايتوقف على رضاه ولا قبوله ولايمكن ان يثبت على المولى للعبد شيء فلاوكالة اذهى عبارة عن عقد يدل على الاستنابة فى التصرف وصلاحية ثبوت اجرة أوجعل والثانى محال والعقد انما يحتاج اليه فى من لايملك الموجب افعاله واقواله والفائدة فى ما اذا باعه او اعتقه والاقرب الصحة ووقوعها

---

(١) ١ب ٣٨ خبر٥ من ابواب مقدمات الطلاق .

(٢) مستدرك ب٢٥ خبر٣ من ابواب مقدمات الطلاق .

التي يحاور بها ويصح أن يكون الوكيل فاسقا ولو في ايجاب النكاح أو كافراً أو عبداً باذن مولاه وان كان في شراء نفسه من مولاه اوفي اعتاق نفسه ، و أن يكون امرأة في عقد النكاح وطلاق نفسها وغيرها ، وأن يكون محجوراً عليه لسفه أو فلس ولا يصح أن يكون محرما في عقد النكاح وشراء الصيد وبيعه وحفظه ولا معتكفا في عقد البيع ولو ارتدّ المسلم لم تبطل وكالته ، ولا يصح أن يتوكل الذمي على المسلم لذمي ولا لمسلم، ويكره ان يتوكل المسلم للذمي على المسلم ، وللمكاتب أن يتوكل بجعل مطلقا وبغيره باذن السيد واذا أذن لعبده في التجارة لم يكن له أن يوجر نفسه ولا يتوكل لغيره ،ولو عيّن له التجارة في نوع لم يجز له التجاوز عنه ولو وكّل اثنين وشرط الاجتماع اواطلق لم يجز لاحدهما التفرد بشيء من التصرف وان كان في الخصومة ، و لو مات أحدهما بطلت الوكالة و ليس للحاكم أن يضم الى الثاني أمينا و كذا لو غاب ، ولو وكّلهما في حفظ ماله حفظاه معافي حرز لهما ولو شرط لهما الانفراد جاز لكل منهما ان يتصرف من غير مشاورة صاحبه في الجميع ، والاقرب جواز وكالة الواحد عن المتخاصمين وعن المتعاقدين فيتولى طرفي العقد حتى في استيفاء القصاص من نفسه والدّين منه والحد فلو وكله شخص ببيع عبده وآخر بشراء عبد جاز ان يتولى الطرفين

بقوله وكلتك فانه ايجاب وقبول حكما .

قال دام ظله : والاقرب جواز وكالة الواحد عن المتخاصمين (الى قوله) لم تبطل الوكالة.

اقول : هنا مسألتان (ا) هل يجوز ان يتوكل شخص واحد عن المتخاصمين في دعوى واحدة في زمان واحد وثبوت كل واحد منهما في ايراد حجته ودافع الآخر اولا قال المصنف الاقرب الجواز لوجود المقتضي وانتفاء المانع (اما الاولى) فلان الاهلية الموجبة لجواز التوكيل عن كل واحد منهما ثابتة فيه و المقصود المأمور به شرعا اعتماد الحق من الطرفين واجتناب الباطل فيمكنه ايراد حجة كل واحد ودافع

ولوو كل زوجته اوعبد غيره ثم طلق الزوجة أو أعتق العبد لم تبطل الو كالة ، ولو أذن لعبده في التصرف في ماله ثم اعتقه أوباعه بطل الاذن لانه ليس على حدّ الو كالة بل هو اذن تابع للملك ويحتمل بقاء و كالته لواعتقه ولوو كّل عبد غيره ثم اشتراه لم تبطل و كالته .

الركن الرابع في متعلق الو كالة وشروطه ثلاثة :

الاول أن يكون مملوكا للمو كل فلوو كله على طلاق زوجة سينكحها اوعتق عبد سيملكه أوبيع ثوب سيشتريه لم يصح و كذا لوو كّل المسلم ذميا في شراء خمر أو بيعه اوالمحرم محلا في ابتياع صيد أوعقد نكاح اوالكافر مسلما في شراء مسلم أومصحف ولايشترط استقرار الملك فلوو كل في شراء من ينعتق عليه صح ، ولوقال اشترلي من مالك كرّ طعام لم يصح لانه لايجوز أن يشترى الانسان بما لما يملكه غيره، ولوقال اشترلي في ذمتك واقض الثمن عني من مالك صح ولوقال اشترلي من الدين الذى لي

الآخر وقصد الحق ولانه يجوز ان يكون شاهدا لهما فالو كالة اولى ولانه يجوز ان ينو كل لكل واحد على التفريق فجاز الجمع لعدم التنافي (واما الثانية) فظاهرة (ويحتمل) المنع لانه لابد في ايراد الحجة في المخاصمة من الاستقصاء والمبالغة فيتضاد الغرضان فيه و المأخذ أن الواجب هل هو الاصلح ام لا ، و ذكر الشيخ في المبسوط فيه وجهين (احدهما) الجواز لما ذكرنا والآخر عدمه قال وهو الاحوط لما ذكرناه نحن في وجه المنع بعينه (الثانية) هل يجوز ان يتولى طرفي العقد عن المتعاقدين قال الشيخ في المبسوط واما في تولى طرفي العقد فقد منع بعض الاصحاب من كون الشخص الواحد موجبا قابلا والاقرب الجواز فيهما كما اختاره المصنف والمأخذ ما ذكرناه.

قال دام ظله : و لواذن لعبده في التصرف في ماله (الى قوله) و كالته لواعتقه.

اقول: ان قلنا بصحة و كالته وانها و كالة حقيقية بقيت بعد العتق وهو الاحتمال الذى ذكره وان قلنا ان و كالته ليست و كالة حقيقية بل انما هو اذن بطلت بالاذن و الاصح البقاء .

عليك صح ويبرء بالتسليم الى البايع.

الثاني أن يكون قابلا للنيابة كانواع البيع، والحوالة ؛ والضمان، والشركة، والقراض ، و الجعالة ، و المساقاة ، و النكاح ، والطلاق ، والخلع ، والصلح ، و الرهن ، وقبض الثمن، والوكالة ، والعارية ، والاخذ بالشفعة ، والابراء ، والوديعة، وقسمة الصدقات ، واستيفاء القصاص ، والحدود مطلقا فى حضور المستحق وغيبته ، وقبض الديات ، والجهاد على وجه ، واثبات حدود الادميين لاحدوده تعالى ، و عقد السبق والرمى ؛ و الكتابة ، و العتق ، و التدبير، و الدعوى ، و اثبات الحجة ، و الحقوق ، والخصومة وان لم يرض الخصم ، و سائر العقود والفسوخ (والضابط) كل مالاغرض للشارع فيه فى التخصيص بالمباشرة من فاعل معين اما مالاتدخله النيابة فلايصح التوكيل فيه وهو كل ماتعلق غرض الشارع بايقاعه من المكلف به مباشرة كالطهارة مع القدرة وان جازت النيابة فى تغسيل الاعضاء مع العجز والصلوة الواجبة مادام حيا وكذا الصوم والاعتكاف والحج الواجب مع القدرة و النذر و اليمين و العهد والمعاصى كالسرقة و الغصب و القتل بل احكامها تلزم متعاطيها و القسم بين الزوجات لانه يتضمن استمتاعا والظهار واللعان وقضاء العدة ، وفى التوكيل باثبات اليد على المباحات كالالتقاط والاصطياد والاحتشاش والاحتطاب نظر ، ولايصح التوكيل

الرابع متعلق الوكالة

قال دام ظله : وفى التوكيل باثبات اليد على المباحات كالالتقاط و الاصطياد والاحتشاش والاحتطاب نظر .

اقول: ينشأ (من) ان تملك المباحات هل يفتقر الى النية ام لا قوّى الشيخ المنع من التوكيل فى الاحتطاب والاحتشاش وسوّغه فى احياء الموات وتبعه ابن ادريس و فى الجمع بين الحكمين نظر ، وكأن وجه الفرق قول النبى صلى الله عليه وآله وسلم من احيى ارضا ميتة فهى له قضاء من الله ورسوله (١) و لم يعلق الملك هنا باليد بل جعله مستنداً الى الاحياء .

(١) ئل ب١ خبر ٦ -٧ من كتاب احياء الموات .

فى الشهادة الاعلى وجه الشهادة على الشهادة ولافى كل محرّم وفى التوكيل على الاقرار اشكال فان أبطلناه ففى جعله مقرأ بنفس التوكيل نظر.

الثالث أن يكون معلوما نوعاما من العلم لينتفى عظم الغرر فلو وكّله فى شراء عبد افتقر الى وصفه لينتفى الغرر ويكفى لو قال عبد اتركيا وان لم يستقص فى الوصف

قال دام ظله : وفى التوكيل على الاقرار اشكال فان ابطلناه ففى جعله مقرأ بنفس التوكيل نظر .

اقول: منشأ الاشكال (من) ان الاقرار اخبار عن حق عليه فلا يلزم الغير خبر الغير الاعلى وجه الشهادة وهذا كما لو قال رضيت بما يشهد به على فلان فانه لا يلزمه ولان التوكيل فى الانشاءات لا فى الاخبارات وهو الحق (ومن) انه قول يلزم به الحق فاشبه الشراء و سائر التصرفات التى يصح فيها التوكيل وجوزه الشيخ فى المبسوط والخلاف قال فى المبسوط ومن الناس من يقول لا يصح ثم اختلف القائلون بعدم الصحة (فمنهم) من قال يكون توكيله واذنه فى الاقرار عنه اقراراً منه لانه اخبر عن حق عليه لخصمه (وقال) غيره لا يكون ذلك اقراراً لان التوكيل فى الشىء لا يكون اثباتا لنفس ذلك الشىء كما ان التوكيل فى البيع لا يكون بيعا وكذلك الامر بالامر لا يكون امراً (والحق) انه لا يكون اقرارا لان الاقرار اخبار وفى التوكيل انشاء واللفظ الواحد لا يمكن استعماله فيهما فى حالة واحدة لان الاخبار يستلزم احتمال الصدق ومقابله لانه مسبوق بنسبة يعتبر مطابقته لها، والانشاء يستلزم عدم احتمال الصدق ومقابله لعدم سبق النسبة فيه ولان الانشاء معلول اللفظ والاخبار غير معلول للفظ .

قال دام ظله : ويكفى لو قال عبد اتركيا وان لم يستقص فى الوصف ولو اطلق فالاقرب الجواز .

اقول: قال المصنف المراد بالاطلاق هنا ان يأمره بشراء عبد ولم يعين صنفه ولا وصفه ووجه القرب ان الوكيل قائم مقام الموكل فى ما هو وكيل فيه فاذا جعله قائما مقامه فى شراء عبد واطلق اقتضى جعل الخيار والتعيين اليه فيكون بمنزلة الوكالة المطلقة فتصح ، وذهب الشيخ فى المبسوط الى عدم الصحة لان فيه غرراً ولانه كلما

لوأطلق فالاقرب الجواز. ولوقال وكلتك على كل قليل وكثير لم يجز لتطرق الغرر وعدم الامن من الضرر وقيل يجوز وينضبط التصرف بالمصلحة ، ولوقال وكلتك بما الى من تطليق زوجاتي وعتق عبيدي وبيع املاكي جاز ولوقال بما الى من كل قليل و كثير فاشكال ، ولوقال بع مالي كله واقض ديوني كلها جاز وكذا بع ماشئت من مالي واقض ماشئت من ديوني ولوقال اشتر عبداً بمائة او اشتر عبداً تركيا فالاقرب الجواز

صح التوكيل فيه صح مباشرته بالفعل اجماعا و يلزمه كلما لايصح مباشرته بالفعل لايصح التوكيل فيه وشراء المجهول لايصح مباشرته فلايصح التوكيل فيه (والجواب) انه لم يوكله فی شراء عبد مجهول لانه باطل بل وكّله مطلقا فی الشراء لعبد يعينه الوكيل عند الشراء والاقرب الصحة لماذكرناه .

قال دام ظله : و لو قال وكلتك فی كل قليل وكثير لم يجز (الی قوله) بالمصلحة .

اقول: قدبيّن المصنف فی هذه المسألة وجه الاحتمالين .

قال دام ظله : ولو قال بما الی من كل قليل وكثير فاشكال .

اقول: قال الشيخ فی الخلاف والمبسوط لايصح لان فيه غرراً عظيما لانه ربما لزمه بالعقود مالا يمكنه الوفاء به و ما يؤدی الی ذهاب ماله وايضاً فلا دليل علی صحة هذه الوكالة فی الشرع وقال فی النهاية اذا شرط الموكل ان تكون الوكالة عامة قام الوكيل مقام الموكل علی العموم وبه قال ابن ادريس وهو قول المصنف وسلار وابن البراج لان كل فعل من الافعال التی يدخله النيابة يصح التوكيل فيه بالنصوصية والاندراج فجاز ان يندرج تحت العموم لتناوله الجزئيات بالسواء وتصرف الوكيل منوط بالمصلحة والحق اختيار الشيخ فی الخلاف .

قال دام ظله : و لو قال اشتر عبداً بمائة او اشتر عبداً تركيا فالاقرب الجواز .

اقول: وجه القرب ان الوكالة لايشترط فيها انتفاء الغرر من كل وجه للمسامحة فيها لعموم الحاجة ولانه جعل نظره كنظره ورضی بما يرتضيه فصح كالوكالة المطلقة

والتوكيل بالابراء يستدعي علم الموكل بالمبلغ المبرء عنه ولو قال ابرء من كل قليل و كثير جاز ولا يشترط علم الوكيل ولا علم من عليه الحق ولو قال بع بما باع به فلان سلعته استدعى علم الوكيل بالمبلغ او الموكل و لو وكله في مخاصمة غرمائه جاز و ان لم يعينهم .

الفصل الثاني في احكامها

ومطالبه خمسة

الاول في مقتضيات التوكيل اطلاق الاذن في البيع يقتضي البيع بثمن المثل حالاً بنقد البلد الاما يتغابن الناس بمثله ، وليس له أن يبيع بدونه او بدون ما قدّره ان عين ولو حضر من يزيد على ثمن المثل فالاقرب أنه لا يجوز بيعه بثمن المثل ولو حضر في مدة الخيار ففي وجوب الفسخ اشكال وله ان يبيع على ولده وان كان صغيراً على رأى لا على نفسه الا أن يأذن الموكل فله ان يتولى الطرفين ، واطلاق الاذن في الشراء يقتضي ابتياع الصحيح دون المعيب بثمن المثل بنقد البلد حالاً لا من نفسه، والتوكيل في البيع

(ويحتمل) عدمه للغرر والاصح الاول .

الفصل الثاني في احكامها

قال دام ظله : ولو حضر من يزيد على ثمن المثل فالاقرب انه لا يجوز بيعه بثمن المثل .

اقول : وجه القرب انتفاء غبطة الموكل وحصر تصرف الوكيل في الغبطة (ويحتمل)الجواز لاطلاق الاصحاب انصراف الاطلاق الى ثمن المثل والاصح الاول.

قال دام ظله : ولو حضر في مدة الخيار ففي وجوب الفسخ اشكال .

اقول: ينشأ (من) وجوب مراعاة الغبطة (ومن) صحة البيع بثمن المثل و الاصح الاول لانه يجب مراعاة الاصلح هنا .

قال دام ظله : وله ان يبيع على ولده وان كان صغيراً على رأى .

اقول : هذا هو المشهور لانه ملك البيع بتفويض مطلق (ولانه) امتثل امر موكله في البيع وحصل غرضه من الثمن فجاز (و لانه) باع بالثمن الذى لو باع

یقتضی تسلیم المبیع الی المشتری ولایملک الابراء من الثمن ولاقبضه لکن هل له أن یسلّم المبیع من دون احضار الثمن اشکال الاقرب المنع فیضمن لو تعذر قبض الثمن من المشتری ، ولو دلت قرینة علی القبض ملکه بأن یأمره ببیع ثوب فی سوق غایب عن الموکل أو فی موضع یضیع الثمن بترک قبض الوکیل له ، ولیس له بیع بعضه ببعض الثمن الامع القرینة کما لو امره ببیع عبدین ولو نص علی وحدة الصفقة لم یجز له التجاوز وله حینئذ أن یشتری من المالکین صفقة ، و لو وکله فی الشراء ملک تسلیم ثمنه و قبض المبیع کقبض الثمن ، ولو وکله فی التزویج کان له ان یزوجه ابنته وله ان یرد بالعیب مع الاطلاق ومع التعیین اشکال فان رضی المالک لم یکن له مخالفته ولو

به من اجنبی صح وخصوص الاشخاص لیس بمقصود وقال الشیخ فی المبسوط وقطب الدین الکیدری لیس له ذلک بمجرد التهمة لقوله ﷺ انت ومالک لابیک (۱) ولانه یکون موجبا قابلا والاصح الجواز .

قال دام ظله : ولایملک الابراء من الثمن ولاقبضه (الی قوله) قبض الثمن من المشتری .

اقول: ینشأ (من) ان موجب البیع ومقتضاه تسلیم المبیع الی المشتری اولا والوکیل نائب عنه فیثبت علیه مایثبت علی موکله (ومن) منع وجوب تسلیم المبیع اولا بل معا (ووجه) القرب وجوب الاحتیاط علی الوکیل وحفظ مال الموکل و دفعه اولا تغریر بالمال وهو الاصح .

قال دام ظله : وله ان یرد بالعیب مع الاطلاق ومع التعیین اشکال .

اقول: ینشأ (من) انه بالتعیین قد قطع اجتهاده منه ولعله قد امره بشرائه مع علمه بعیبه (ولانه) امره بادخال هذا العیب فی ملکه والرد یضادّه والوکیل فی شیء لایلزم ان یکون وکیلا فی مضادّه (ومن) ان الشراء ملزوم لجواز الرد بالعیب وقد ملک الملزوم فیملک اللازم وایضاً قد یتعلق الغرض بشراء هذا العبد سواء کان صحیحا او معیبا وقد یتعلق الغرض بشراء هذا العبد مع قید الصحة والتوکیل محتمل لهما فترجیح احدهما ترجیح بلامرجح والاصل عدم العلم بالعیب فوجب الوقف فجاء الاشکال و

---

(۱) ثل ب ۱۰۷ خبر ۱ من ابواب مایکتسب به.

استمهله البايع حتى يحضر الموكل لم تلزم اجابته فان ادعى رضا الموكل استحلف الوكيل ان ادعى علمه على نفى العلم ولورده فحضر الموكل و ادعى الرضا وصدّقه البايع بطل الرد ان قلنا بالعزل وان لم يعلم الوكيل لان رضاه بعزل للوكيل عن الرد ولو رضى الوكيل بالعيب فحضر الموكل واراد الرد فله ذلك ان صدّقه البايع على الوكالة أو قامت البينة والا ثبت على الوكيل الثمن.

الثاني فى تنصيص الموكل لا يملك الوكيل من التصرفات الا ما يقتضيه اذن الموكل صريحاً أو عرفا فلو وكله فى التصرف فى وقت معين لم يكن له التصرف قبله ولا بعده ولو عين له المكان تعين مع الغرض كأن يكون السوق معروفا بجودة النقد او كثرة الثمن أو حله أو صلاح أهله أو مودة بين الموكل وبينهم والا فلا ،ولو عين المشترى تعين ولو أمره بالبيع باجل معين تعين ولو أطلق احتمل البطلان للجهالة والصحة لتقييده بالمصلحة،ولو وكّله فى عقد فاسد لم يملكه ولا الصحيح ولو امره بالشراء بالعين او فى الذمة تعين ولو اطلق او خيّره تخير ولو عين النقد او النسية تعين ولو اطلق حمل على الحلول بنقد البلد فان تعدد فالاغلب فان تساويا تخير ولو باعها نقداً بماله بيعها نسية مع تعيين النسية صح البيع الا مع الغرض كالخوف على الثمن وشبهه ،ولو اشترى نسيئة بما امره به نقداً صح الا مع الغرض كخوفه أن يستضر ببقاء الثمن معه و لو وكله فى بيع عبد بمائة فباع نصفه بها أو أطلق فباع نصفه بثمن المثل للجميع صح و له بيع الآخر و كذا لو أمره ببيع عبدين بمائة فباع أحدهما بها ولو وكله فى شراء عبد معين بمائة فاشتراه بخمسين صح الا ان يمنعه من الاقل ، ولو قال اشتره بمائة لا بخمسين فاشتراه باقل من مائة وازيد من خمسين او أقل من خمسين

الاصح انه لا يملك الرد الا بامره .

قال دام ظله : ولو رده فحضر الموكل (الى قوله) عزل للوكيل عن الرد

اقول: هذه المسالة مبنية على مسئلتين (ا) ان الوكيل فى الشراء هل يملك الرد بالعيب ام لا (ب) ان العزل هل يتوقف على علم الوكيل ام لا وان قلنا انه لا يملك ولا ينعزل الا بعلمه العزل صح الرد والا فلا وقد ذكرت المسألتين فى موضعهما .

صح ولو قال اشتر نصفه بمائة فاشترى اكثر منه بها صح ، ولو قال اشترلي عبداً بمائة فاشترى مساويها باقل صح ، ولو قال اشترلي شاة بدينار فاشترى شاتين ثم باع احديهما بالدينار فالوجه صحة الشراء ووقوف البيع على الاجازة . ولو أمره بشراء سلعة معينة فاشتريها فظهر فيها عيب فالاقرب أن للوكيل الرد بالعيب ، ولو قال بع بالف درهم فباع بالف دينار وقف على الاجازة وليس التوكيل في الخصومة اذناً في الاقرار ولا الصلح ولا الابراء ولو وكله على الصلح عن الدم على خمر ففعل حصل العفو كما لو فعله الموكل ولو صالح على خنزير او أبرأه فاشكال وليس للوكيل بالخصومة أن يشهد

قال دام ظله: ولو قال اشترلي شاة بدينار فاشترى شاتين ثم باع احديهما بالدينار فالوجه صحة الشراء ووقوف البيع على الاجازة .

اقول: ينبغي التقييد بان قيمة احدهما دينار وصحة الشراء مذهب الشيخ في الخلاف ، لما روى عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم انه عرض له جلب فاعطى عروة البارقي ديناراً ليشترى به شاة للاضحية فاشترى به شاتين ثم باع احديهما بدينار وجاء الى رسول الله صلى الله عليه وآله بشاة ودينار فقال هذه الشاة وهذا دينارك فقال النبي صلى الله عليه وآله كيف صنعت فذكر له ما صنع فقال صلى الله عليه وآله بارك الله في صفقة يمينك(١) ولانه زاده خيراً واما توقف البيع على الاجازة فلانه لم يأذن فيه والاصح انه يقف على الاجازة .

قال دام ظله : ولو امره بشراء سلعة (الى قوله) الرد بالعيب .

اقول: وجه القرب اقتضاء العقد له و قد ملك الوكيل العقد كالموكل (ويحتمل) عدمه لما تقدم .

قال دام ظله : ولو وكله على الصلح (الى قوله) ولو صالح على خنزير او ابرأه فاشكال .

اقول: ينشأ (من) المخالفة (ومن) انه امره بالصلح على غير عوض مملوك و الخنزير مساوله في ذلك فكذا في الابراء والاقوى عدم الصحة للمخالفة .

---

(١) مستدرك باب ١٨ خبر ١ من ابواب عقد البيع وقد تقدم ذكر اختلاف النقل في (ج١) ص ٢١٦ فراجع .

لموكله فيها الا اذاعزل قبل الخصومة ولو وكل اثنين بالخصومة ففي انفراد كل منهما اشكال ولووكله في الخصومة لم يقبل اقراره على موكله بقبض الحق ولاغيره في مجلس الحكم وغيره ولو أذن له في تثبيت حق لم يملك قبضه وبالعكس ولووكله في بيع شيء أوطلب شفعة أوقسمة لم يملك تثبيته ولوقال اقبض حقي من فلان فله القبض من وكيله لامن وارثه لومات ، ولو قال اقبض حقي الذي على فلان كان له مطالبة الوارث ولو أذن لعبده في عتق عبيده اولغريمه في ابراء غرمائه أوحبسهم او لزوجته في طلاق نسائه فالاقرب دخول المأذون .

قال دام ظله: ولووكل اثنين في الخصومة ففي انفراد كل منهما اشكال.

اقول: قال ابن الجنيد يجوز الانفراد لانه لايمضي اقراره عليه ولاهو تصرف في مال اوحق مالي ولعسر الاجتماع على الخصومة (ومن) حيث عدم جواز تعدي ماحده الموكل والاصح عدم الجواز .

قال دام ظله :ولواذن لعبده في عتق عبيده اولغريمه في ابراء غرمائه اوحبسهم اولزوجته في طلاق نسائه فالاقرب دخول المأذون .

اقول: قال الشيخ في المبسوط اذاوكله في ابراء غرمائه لم يدخل هو في الجملة وكذلك في حبس غرمائه ومخاصمتهم وكذلك اذا وكله في تفريق ثلثه في الفقراء والمساكين لم يجزله ان يصرف الى نفسه منه شيئا وان كان فقيرا مسكينا لان المذهب الصحيح ان المخاطب لايدخل في امر المخاطب اياه في امر غيره فاذا امر الله تعالى نبيه ﷺ بان يامر امته ان يفعلوا كذا لم يدخل هو في ذلك الامر (واعلم) ان الآمر اذا نقل الامر بكلام غيره وكان ممن يتناوله الصيغة مثل قول النبي ﷺ :قال الله تعالى يا ايها الناس افعلوا كذا اوبكلام نفسه بصيغة يدخل فقد بيّن في الاصول ان الاقوى دخوله مع ان هذا ليس بامر (و وجه) القرب وجود المقتضي و هو عموم الصيغة وانتفاء المانع اذليس الا اتحاد المبرى والمبرى و ليس بمانع لعدم منافاته والتغاير بالاعتبار كاف في النسب .

المطلب الثالث فی حکم المخالفة

اذا خالفه فی الشراء فان اشتری فی الذمة ثم نقد الثمن صح ان أطلق ویقع له ان لم یجز الموکّل وان أجازه فالاقرب وقوعه له وان اضاف الشراء للموکل

المطلب الثالث فی حکم المخالفة

قال دام ظله : اذا خالفه فی الشراء فان اشتری فی الذمة ثم نقد الثمن صح ان اطلق و یقع له ان لم یجز الموکل و ان اجازه فالاقرب وقوعه له .

اقول: الوکیل اذا خالف الموکل فی جنس الفعل اوصنفه و وصفه المقصود فانه یکون فضولیا فیما فعله کما اذا وکله فی الشراء بثمن فزاد علیه او اشتری فی الذمة فاما ان یذکر البایع فی الایجاب اوهو فی القبول الموکل اولا فان کان الاول کان فضولیا وحکمه حکم شراء الفضولی وان کان الثانی فان لم یضفه الیه فی نیته و قصده وقع الشراء له ظاهراً وباطنا بلا اشکال وان اضافه الیه فی نیته فاما ان لا یجیزه الموکل اویجیزه فان کان الاول وقع الشراء للوکیل لان الخطاب فی قوله بعتك متوجه الیه والجواب بقوله قبلت اواشتریت اضافة الی نفسه ظاهراً ولم یوافق اذن الموکل فلغت النیة (وان) اجاز الموکل هل یقع له ای للموکل قال المصنف الاقرب نعم لانه فعل فضولی هو اهل لصیغة اجازة من له الاجازة و کلما کان کذلك وقع للمجیز والاولی ضروریة والثانی مسلّم عند المصنف والبحث علی تقدیرها وانما قال الاقوی خلافا لمن ابطل فعل الفضولی ولان کل من وقع له البیع مع الاجازة یکون البیع قبلها موقوفا علیها ویبطل ان لم یجز فی نفس الامر وهنا لیس کذلك لانه حکم علی تقدیر عدم الاجازة لوقوع البیع للوکیل فی نفس الامر والالما حصل الجزم بشیء من العقود (ولهذا) قدّم المصنف البحث عن عدم الاجازة علی البحث عنها وعندی فی وقوع البیع فی نفس الامر للوکیل مع عدم الاجازة نظر لانه اضافه الی غیره ونفاه عن نفسه فکیف یقع له فی نفس الامر بل الحق انه وقع فی الظاهر للوکیل والبایع لم یکلف الا باحکام وقوعه للوکیل والا لزم تکلیف ما لایطاق و اما مع الاجازة فالحق انه یقع للموکل بالنسبة الی الوکیل لاالی البایع الا ان یصدّقه و یرضی به

وقف على الاجازة وان اشترى بالعين وقف على الاجازة فان فسخ الموكل بطل ثم ان صدّقه البايع او ثبت بالبينة وجب عليه رد ما أخذه و الاحلف و ضمن الوكيل الثمن المدفوع ولو خالفه بالبيع وقف على الاجازة ولو اذن له فى الشراء بالعين فاشترى فى الذمة كان له الفسخ ولو انعكس احتمل اللزوم لان اذنه فى عقد يوجب الثمن فى (مع خ ل) تلفه يستلزم الاذن فى عقد لا يوجب الثمن الا مع بقائه والبطلان للمخالفة وتعلق الغرض وهو تطرق الشبهة فى الثمن او كراهية الفسخ بتلف العين ولو باع بدون ثمن المثل وقف على الاجازة وكذا لو اشترى باكثر منه و لو اذن له فى تزويج امرأة فزوّجه غيرها او زوّجه بغير اذنه فالاقرب الوقوف على الاجازة فان اجاز صح العقد و الا فلا والاقرب الزام الوكيل بالمهر أو نصفه مع ادعاء الوكالة

هذا تحقيق هذه المسالة .

قال دام ظله : ولو اذن فى تزويج امرأة فزوجه غيرها اوزوجه بغير اذنه فالاقرب الوقوف على الاجازة .

اقول: (من) قال يبطل عقد الفضولى فى النكاح لانه لايمكن وقوف النكاح على الاجازة (قال) ببطلانه هنالان ذكر الزوج شرط فى النكاح لقصد اعيان الازواج بخلاف البيع (ومن) قال يصح ويقف على الاجازة (وقف) هنا والاصح البطلان .

قال دام ظله: والاقرب الزام الوكيل بالمهر او نصفه .

اقول: قال الشيخ فى النهاية يلزم الوكيل المهر لانه غرّها وقال فى المبسوط ثبت نصف المهر وبه قال ابن ادريس ثم قوّى ما قاله الشيخ فى النهاية (احتج) الشيخ على (الاول) بان المهر ثبت بالعقد ولا ينتصف الا بالطلاق ولم يحصل فيجب الجميع (وعلى الثانى) بما رواه عمر بن حنظلة عن الصادق عليه السلام فى رجل قال لآخر اخطب لى فلانة فما فعلت من شىء مما قاولت من صداق او ضمنت من شىء وشرطت فذلك رضائى وهو لازم لى ولم يشهد على ذلك فذهب فخطب له و بذل عنه الصداق وغير ذلك مما طلبوه وسالوه فلما رجع عليه انكر ذلك كله قال يغرم لها نصف الصداق وذلك لانه هو الذى

أما لوعرفت الزوجة انه فضولى فالوجه سقوط المهرمع عدم الرضا و لو وكله فى بيع عبد بمائة فباعه بمائة وثوب صح ، و كل تصرف خالف الوكيل فيه الموكل فحكمه حكم تصرف الاجنبى واذا وكله فى الشراء فامتثل وقع الشراء عن الموكل و ينتقل الملك اليه لا الى الوكيل ، فلو اشترى ابا نفسه لم ينعتق عليه و اذا باع بثمن معين ملك الموكل الثمن وان كان فى الذمة فللوكيل و الموكل المطالبة و ثمن ما اشتراه فى الذمة يثبت فى ذمة الموكل و للبايع مطالبة الوكيل ان جهل الوكالة وحينئذ لو أبرءه لم يبرء الموكل و اذا اشترى معيبا بثمن مثله و جهل العيب وقع عن الموكل وان علم وقف على الاجازة مع النسبة والاقضى على الوكيل وان كان بغبن وعلم لم يقع عن الموكل الا مع الاجازة و ان جهل فكذلك و كل موضع يبطل الشراء للموكل فان سماه عند العقد لم يقع عن احدهما و الاقضى به على الوكيل ظاهراً .

ضيّع حقها الحديث (١) وقال بعض علمائنا المهر على الوكيل للاصل ولانه لم يفوّت عليها شيئا (وقيل) اذا انكر الموكل الوكالة فالقول قوله مع اليمين فاذا حلف بطل العقد ظاهراً ولا مهر ثم الوكيل ان كان صادقا وجب على الموكل طلاقها و نصف المهر وهذا هو الاقوى وسياتى البحث فى هذه المسألة .

قال دام ظله : اما لوعرفت الزوجة انه فضولى فالوجه سقوط المهر مع عدم الرضا .

اقول: لما (بيّن) ان مدعى الوكالة اذا زوّج من زعم انه موكله نيابة عنه ولم يثبت يلزمه نصف المهر (بيّن) فى هذا الكلام شرط لزومه وهو ان يكون المرأة جاهلة بانه فضولى ولوعلمت انه فضولى لم ترجع عليه بشيء لانها التى ضيعت و القائلون بلزوم المهر او نصفه اطلقوا القول باللزوم ولم يشترطوا جهلها والحق اختيار المصنف.

---

(١) ل ب٣ خبر١ من كتاب الوكالة .

المطلب الرابع في الضمان

الوكيل أمين لايضمن ما يتلف في يده الامع تعدّ اوتفريط ويده يد امانة في حق الموكل فلايضمن وان كان بجعل واذا قبض الوكيل ثمن المبيع فهوامانة في يده لايلزمه تسليمه قبل طلبه ولايضمنه بتاخيره الامع الطلب وامكان الدفع ولايضمن مع العذر فان زال فاخّر ضمن ولووعده بالرد ثم ادعاه قبل الطلب لم تسمع منه الان يصدّقه الموكل وفي سماع بينته اشكال ، ولولم يعده لكن مطله برده مع امكانه ثم ادعى التلف لم يقبل منه الابالبينة ولوأمره بقبض دينارمن مال مودع فقبض دينارين

المطلب الرابع في الضمان

قال دام ظله : ولووعده بالرد ثم ادعاه قبل الطلب لم تسمع منه الان يصدقه الموكل وفي سماع بينته اشكال .

اقول: اذا طلب الموكل من الوكيل العين التي في يده فوعده الوكيل بردها اليه ثم ادعى تلفها قبل الوعد لم تسمع دعواه لانها مناقضة لقوله الاول ولزمه الضمان و ان اقام بينة على دعواه ففي سماع بينته اشكال ينشأ (من) مساواة البينة اقرار الخصم فلو اقرّ الموكل بالتلف قبله قبل ولم يغرم فكذا البينة (و من) انه بوعده بالرد كذب هذه البينة لتناقض الوعد بالرد ودعوى التلف قبله وكلما كذب المشهود به شهوده لم تسمع بينته ولان كل بينة تقام لمن له اهليّة الدعوى فانها تستدعي تقديم دعوى من يقيمها فاذا لم تسمع الدعوى لفسادها فهي كالمعدومة فتقبل البينة من غير دعوى و هو باطل و التعليل بالتناقض اقوى لان عدم سماع البيّنة على هذا التعليل لتبرعها بالاداء ! فهو تعليل بعدم شرط يمكن وجوده واستماعها عند حاكم آخر على القول به و التعليل بالناقض تعليل ببطلانها من اصلها و الاصح عندي بطلان بينته (ويحتمل) عود الضمير في (قوله ثم ادعاه) الى الرد والتقرير كما سبق والتناقض هنا اظهر .

فتلفا فللمالك مطالبة من شاء بالزائد ويستقر الضمان على الوكيل ، و الاقرب ضمان الماذون فيه ولو كان من مال الدافع لم يكن له مطالبة الباعث باكثر من الدينار ويطالب الرسول بالزائد، ولو امره بقبض دراهم من (عن-خ ل) دين له عليه فقبض الرسول دنانير عوضها فان اخبره الرسول بالاذن في الصرف ضمن الرسول والافلا ، ولو وكله في الايداع فاودع ولم يشهد لم يضمن اذا انكر المودع ؛ ولو انكر الآمر الدفع الى المودع فالقول قول الوكيل لانهما اختلفا في تصرفه في ما (هو-خ) وكل فيه ولو كان وكيلا في قضاء الدين فلم يشهد بالقضاء ضمن على اشكال ، وكل من في يده مال لغيره أوفي ذمته له ان يمتنع من التسليم حتى يشهد صاحب الحق بقبضه سواء قبل قوله في الرد اولا وسواء كان بالحق بينة اولا واذا اشهد على نفسه بالقبض لم يلزمه دفع الوثيقة ، و اذا باع الوكيل ماتعدى فيه برء من الضمان بالتسليم الى المشترى لانه تسليم ماذون فيه فكان كقبض المالك ، واذا وكله في الشراء ودفع الثمن اليه فهو او الموكل المطالب به وان لم يسلّم اليه وانكر البايع كونه وكيلا طالبه والا

قال دام ظله: ويستقر الضمان على الوكيل والاقرب ضمان الماذون فيه .

اقول: اذا امر شخص آخر بقبض دينار من جملة ماله الذى اودعه عند زيد مثلا وامر الودعى تسليم الدينار اليه فسلّم اليه الودعى دينارين مثلا وكل منهما عالم بالزيادة ضمن الدينار الزائد كل واحد من الدافع لتعديه بدفعه والقابض لتعديه بقبضه وهو يلزم القابض الدينار الماذون فيه قال والدى المصنف الاقرب ذلك (ووجه) القرب انه انما امره بقبضه منفردا غير مختلط فلم يقبل الماذون فيه بقبضه هذا غير مأذون فيه (ويحتمل) عدمه للاذن في قبضه والخلط ليس منه والاصح الاول .

قال دام ظله : ولو كان وكيلا في قضاء الدين فلم يشهد بالقضاء ضمن على اشكال .

اقول: قال الشيخ في المبسوط يضمن اذا دفع في غيبته لانه امره بقضاء مبرىء ظاهراً وباطناً ولم يفعل ذلك ولان الاشهاد حفظ مال الموكل وفي تركه تعريض للتلف (ويحتمل) عدمه لانه امره بالقضاء وقد فعل والبا حر غاصب والاصح الاول .

فالموكل ، ولو تلف المبيع في يد الوكيل بعد ان خرج مستحقا طالب المستحق البايع او الوكيل او الموكل الجاهلين ويستقر الضمان على البايع وهل للوكيل الرجوع على الموكل اشكال ، ولو قبض وكيل البيع الثمن وتلف في يده فخرج المبيع مستحقا رجع المشتري على الوكيل مع جهله ، ويستقر الضمان على الموكل والا فعليه .

المطلب الخامس في الفسخ

الوكالة عقد جائز من الطرفين لكل منهما فسخها وتبطل بموت كل واحد منهما أو جنونه او اغمائه او الحجر على الموكل لسفه او فلس في ما يمنع الحجر التوكيل فيه ، ولا تبطل بفسق الوكيل الا في ما يشترط فيه امانته كولي اليتيم وولي الوقف على المساكين وكذا ينعزل لو فسق موكله اما وكيل الوكيل عن الموكل فانه ينعزل بفسقه لا بفسق موكله ، ولا تبطل بالنوم وان طال زمانه ولا السكر ولا بالتعدي مثل ان يلبس الثوب او يركب الدابة وان لزمه الضمان فاذا سلّمه الى المشتري برىء من الضمان ، ولو قبض الثمن لم يكن مضمونا فان رد المبيع عليه بعيب عاد الضمان لانتفاء

قال دام ظله : وهل للوكيل الرجوع الى الموكل اشكال .

اقول: الوكيل في شراء عين شخصية ان قبض المبيع و تلف في يده ثم ظهر استحقاقه لغير البايع فللمستحق مطالبة البايع بقيمة المبيع او مثله لانه الغاصب و الوكيل لقبضه مال الغير بغير اذنه ولحصول التالف في يده وهما يدضمان وعلى الموكل لان الوكيل سفيره ويده يده فيتخير المستحق مطالبة ايهم شاء ويستقر الضمان على البايع مع جهل الوكيل والموكل قطعا وهل يرجع الوكيل على الموكل لو رجع المستحق عليه على هذا التقدير اى على تقدير جهلهما قال المصنف فيه اشكال ينشأ (من) ان الموكل غارٌ والوكيل مغرور و المغرور يرجع على الغارّ دون العكس (ومن) انه بظهور فساد القصد بالاستحقاق صار الوكيل قابضا ملك الغير بغير حق وحصل التلف في يده والموكل غير قابض ولا متلف مباشرة ولا تسبيبا والاصح الاول .

المطلب الخامس في الفسخ

قال دام ظله : ولو قبض الثمن لم يكن مضمونا فان رد المبيع عليه

العقد المزيل له على اشكال وتبطل بعزل الوكيل نفسه في حضرة الموكل و غيبته وبعزل الموكل له سواء اعلمه العزل اولا على رأى وبتلف متعلق الوكالة كموت العبد الموكل في بيعه ، وكذا لو وكله في الشراء بدينار دفعه اليه فتلف أو ضاع او اقترضه الوكيل وتصرف فيه سواء وكله في الشراء بعينه أو مطلقا لانه وكله في الشراء به و

بعيب عاد الضمان لانتفاء العقد المزيل له على اشكال.

اقول: (ومن) انه قبض مبتداء ولاستحالة اعادة المعدوم عند ابي الحسين و كثير من ثقات المعتزلة ولم يوجد ما يوجبه واستحالة الحدوث من غير سبب وهو الاصح لان بالدفع الى المشترى برىء واليد المتجددة ليست عادية .

قال دام ظله : وبعزل الموكل له سواء اعلمه العزل اولا على راى .

اقول: شرط ابن الجنيد في انعزاله علمه لاستحالة تكليف الغافل لانه حكم شرعي والحكم الشرعي لولزم المكلف قبل علمه لزم تكليف الغافل ولانه حرج وقوّاه الشيخ في الخلاف وشرط في النهاية وابو الصلاح وابن البراج وابن حمزة وابن ادريس وقطب الدين الكيدرى العلم والاشهاد واحتج ابن الجنيد برواية هشام ابن سالم عن الصادق عليه السلام انه قال ان الوكيل اذا وكل ثم قام عن المجلس فامره ماض ابداً والوكالة ثابتة حتى يبلغه العزل عن الوكالة بثقة يبلغه اويشافهه بالعزل عن الوكالة (١) (ووجه) اختيار المصنف هنا ان قضية الجواز من الطرفين بطلانه بالفسخ مطلقا (ولانه) لولاه لكانت لازمة في ذلك الوقت وبطلان التالي يستلزم بطلان المقدم (ولانه) لواعتق العبد الذى وكله على بيعه اوعتقه لانعزل وكذا لو باعه فاذا لم يعتبر العلم في العزل الضمني ففي صريح العزل اولى (وفيه نظر) للفرق بعدم القائل في الضمني ضرورة ولايرد انه هنا بعدم شرط الفاعل لانه اول المسألة فهو مصادرة على المطلوب (قالوا) لوجاز لغير الاعلام لجاز الفسخ بغير الاعلام (لانه) رفع جواز فعل ماوكل فيه بعد ثبوته بدليل شرعي متاخر عن دليل ثبوته وهو شرعي ايضاً (قلنا) الفسخ تكليف والوكالة ليست بتكليف فان الوكيل لايجب عليه امتثال امر الموكل فلا يتم الملازمة والعلم هنا بالسبب فلا يضر تبعيته والوجه عندى الاول .

---

(١) ئل ب١ خبر١ من كتاب الوكالة .

معناه ان ينقده ثمنا قبل الشراء أو بعده ولو عزل الوكيل عوضه ديناراً واشترى به وقف على الاجازة فان أجازه والا وقع عن الوكيل . ولو وكله في عقد زوجته او بيع عبده او قبض داره من فلان فثبت بالبينة طلاق الزوجة وعتق العبد وبيع الدار بطلت الوكالة وتبطل الوكالة بفعل الموكل متعلق الوكالة وما ينافيها مثل ان يوكله في طلاق زوجته ثم يطأها فانه يدل عرفا على الرغبة واختيار الامساك وكذا لو فعل ما يحرم على غير الزوج بخلاف التوكيل في بيع سريته ، ولو وكله في بيع عبده ثم اعتقه عتقا صحيحا أو باعه كذلك بطلت الوكالة ولا تبطل مع فساد بيعه وعتقه مع علمه ومع جهله اشكال والاقرب في التدبير الابطال ، ولو بلغ الوكيل الوكالة فردّها بطلت وافتقر فيها الى تجديد عقد وله أن يتصرف بالاذن مع جهل الموكل ومع علمه اشكال .

قال دام ظله : ولو وكله في بيع عبد ثم اعتقه عتقا صحيحا او باعه كذلك بطلت الوكالة ولا تبطل مع فساد بيعه وعتقه مع علمه ومع جهله اشكال.

اقول: ينشأ (من) انتفاء السبب (ومن) القصد الى سبب العزل وايجاد ما يظنه سببا وذلك كاف (والتحقيق) ان قصد السبب هل يستلزم قصد المسبب الحق ذلك مع العلم بالسببية فجهله ان كان بالفساد مع علمه بسببه الصحيح للعزل انعزل و ان كان بالسببية لم ينعزل لانه لم يقصد بذلك العزل ولا اوجد سببه هكذا قال المصنف ونعم ما قال .

قال دام ظله : والاقرب في التدبير الابطال .

اقول : لانه ابقاء للملك الى ما بعد وفاته ثم يعتق بالوفاة وهو يضاد نقله عنه واثبات الشيء يستلزم ابطال ضده (ويحتمل)عدمه لعدم لزومه ولعدم منافاته ملك البيع والنقل والوكيل كالموكل والاصح الاول .

قال دام ظله: وله ان يتصرف بالاذن مع جهل الموكل ومع علمه اشكال

اقول: الوكالة جائزة من الطرفين فاذا عزل الوكيل نفسه انعزل والوكالة شيء مركب من الاذن العام في الفعل ومن الخصوصية التي يتميز بها عن باقي اقسامه والعزل يقتضي رفع الوكالة وهو لا يستلزم رفع جميع اجزاء المركب فالاذن الصادر من

و جحد الوکیل الوکالة مع العلم بهارد لها علی اشکال لامع الجهل اوغرض الاخفاء، وصورة العزل ان یقول فسخت الوکالة أو نقضتها او ابطلتها او عزلتك او صرفتك عنها او ازلتك عنها او ینهیه عن فعل ماامره به (وماوکل فیه ـ خ ل) و فی کون انکار الموکل الوکالة فسخا نظر .

الفصل الثالث فی النزاع

وفیه بحثان

الاول فی ماتثبت به الوکالة وهو شیئان تصدیق الموکل وشهادة عدلین ذکرین ولاتثبت بتصدیق الغریم ولا بشهادة النساء ولا بشاهد وامرأتین ولا بشاهد ویمین، ولابد من اتفاقهما فلوشهد احدهما انه وکله یوم الجمعة اوأنه وکله بلفظ عربی والاخر

الموکل باق بعد العزل ان کان الموکل جاهلا بعزل الوکیل نفسه وان علم بعزل الوکیل نفسه (ففی) بقاء الاذن اشکال ینشأ (من) انه مع علمه وتقریره یکون بمنزلة صدوره منه فبطل الاذن (ومن) وجود مطلق رضا الموکل بفعله واذنه فیه ولم یوجد مایرفعه من طرفه والاصل بقاء ما کان علی ماکان بخلاف عزل الموکل فانه یدل علی رفع الاذن عرفا دلالة ظاهرة .

قال دام ظله : وجحد الوکیل الوکالة مع العلم بهارد لها علی اشکال

اقول: ینشأ (من) انه حکم بعدمها دائما وهو ابلغ (ومن) ان الرد یستلزم الاقرار بصدورها والانکار ینافیه ومنافی اللازم مناف للملزوم فلایکفی نفیه ولایستلزمه ولانه یعلم بطلان هذا الکلام فلایؤثر وهو الاصح .

قال دام ظله : وفی کون انکار الوکیل الوکالة فسخا نظر .

اقول: ینشأ (من) ان انکار الوکیل الوکالة انکار لما یتوقف ثبوته علی وجودها والفسخ کذلك فنفی الوکالة نفی للفسخ فلو کان فسخا اجتمع النقیضان (ولان) الفسخ اقرار بها فلو کان الانکار فسخا لکان الانکار اقراراً هذا خلف (ومن) انه قد نفاها مطلقا فیقتضی الحکم بنفیها فی المستقبل وهذا معنی الفسخ (ولان) البقاء فرع الوجود ورفع الاصل یستلزم رفع الفرع والاصح الاول .

يوم السبت او بالعجمية لم تثبت مالم ينضم الى شهادة أحدهما ثالث ولو شهدا احدهما انه اقر بالوكالة يوم الجمعة او بالعربية والاخر يوم السبت او بالعجمية ثبتت ، و كذا لو شهد احدهما بلفظ وكلتك والاخر استنبتك اوجعلتك وكيلا اوجريا(١) فان كانت الشهادة على العقد لم تثبت وان كانت على الاقرار تثبت ؛ ولو قال أحدهما اشهدانه وكله و قال الاخر أشهد أنه اذن له في التصرف تثبت لانهما لم يحكيا لفظ الموكل و لو شهد احدهما أنه وكله في البيع والاخر انه وكله وزيدا او أنه لايبيعه حتى يستأمر زيداً لم تتم الشهادة ، ولو شهد احدهما انه وكله في بيع عبده والاخر أنه وكله في بيع عبده وجاريته تثبت وكالة العبد فان شهد باتحاد الصفقة فاشكال ، وكذا لو شهد أحدهما أنه وكله في بيعه لزيد والاخر في بيعه لزيد وان شاء لعمرو و لو شهدا بوكالته ثم قال احدهما قد عزله لم تثبت الوكالة ولو كان الشاهد بالعزل ثالثا تثبت الوكالة دونه وكذا لو شهدا بالوكالة وحكم بها الحاكم ثم شهد أحدهما بالعزل تثبت الوكالة دون العزل والاقرب الضمان ، ولو شهدا معا بالعزل ثبت ، ولا تثبت الوكالة بخبر الواحد ولا

الفصل الثالث في النزاع

وفيه بحثان (الاول) في ما تثبت به الوكالة

قال دام ظله : ولو شهد احدهما انه وكله في بيع عبده والاخر انه وكله في بيع عبده وجاريته تثبت وكالة العبد فان شهد باتحاد الصفقة فاشكال .

اقول: (من) حيث اتفاق الشهادة على الوكالة في بيع العبد ولا يسمع انفراد احدهما في الزيادة واتحاد الصفقة زيادة (ومن) التنافي (والحق) الثاني لانه كلما توقف على مجموع من متنافيين كان محالا والحكم بالبينة موقوف على صحة مجموع الشهادتين وهما متنافيتان فان احدهما يشهد ببيع العبد وحده والاخر ينفي بيعه وحده

قال دام ظله : وكذا لو شهد بالوكالة (الى قوله) والاقرب الضمان .

اقول: لانه اتلاف حصل بشهادته (ومن) عدم الحكم بالكذب وعدم الرجوع.

(١) الجرى بالراء المهملة كغني : الوكيل للواحد والجمع والمؤنث ـ مفتاح الكرامة

العزل و يصح سماع البينة بالوكالة على الغائب و تقبل شهادته على موكله و له في مالا ولاية له فيه ، ولوشهد المالكان بان زوج امتهما وكل في طلاقها لم تقبل وكذا لوشهدا بالعزل ويحكم الحاكم بعلمه فيها.

البحث الثاني في صور النزاع

وهي ستة مباحث

الاول لواختلفا في اصل الوكالة قدم قول المنكر مع يمينه وعدم البينة سواء كان المدعي هو الوكيل اوالموكل فلوادعى المشترى النيابة وانكر الموكل قضى على المشترى بالثمن سواء اشترى بعين اوفي الذمة الاأن يذكر في العقد الابتياع له فيبطل ولوزوجه امرأة فانكر الوكالة ولابينة حلف المنكر والزم الوكيل المهر وقيل النصف وقيل يبطل العقد ظاهراً ويجب على الموكل الطلاق اوالدخول مع صدق الوكيل نعم لوضمن الوكيل المهر فالوجه وجوبه اجمع عليه ويحتمل نصفه ، ثم

البحث الثاني في صور النزاع

قال دام ظله : ولوزوجه امراة فانكر الوكالة ولابينة حلف المنكر (الى قوله) ويحتمل نصفه .

اقول: الاول قول الشيخ في النهاية و ابن البراج و قطب الدين الكيدرى (لانه) اقر انه اخرج بضعها عن ملكها بعوض لم يسلم لها فكان عليه الضمان فان كل من اقر باخراج ملك عن غيره بعوض لم يسلم له لتفريطه ضمنه (و الثاني) قوله في المبسوط لرواية عمر بن حنظلة عن الصادق عليه السلام وقد تقدم (١) و اختاره ابن ادريس واما مع ضمان الوكيل فالوجوب ظاهر ووجوب الجميع لانه عقد صحيح لم يستعقب الطلاق بل هو اولى في عدم وجوب الزائد لانه لم يحكم الشارع بثبوته ابتداء والاصح النصف وقد ذكر المصنف هذه المسألة في ما تقدم واختار في ما تقدم ضمان الوكيل لكنه لم يذكر النصف او الكل و هيهنا قد اختار ان كان الوكيل قد ضمن المهر (احتمل) وجوبه كله (ويحتمل) نصفه و قد ذكرنا الوجهين و الثالث

---

(١) ثل ب٣ خبر١ من كتاب الوكالة .

المرأة ان ادعت صدق الوكيل لم يجز ان تتزوج قبل الطلاق ولا يجبر الموكل على الطلاق فيحتمل تسلط المرأة على الفسخ او الحاكم على الطلاق ولو تزوج الغائب بامرأة لادعائه الوكالة فمات الغائب لم ترثه الا أن تصدقها الورثة او تثبت الوكالة بالبينة ولو ادعى وكالة الغائب في قبض ماله من غريم فانكر الغريم الوكالة فلا يمين عليه ولو صدقه وكانت عين المال يؤمر بالتسليم ولو دفع اليه كان للمالك مطالبة من شاء باعادتها فان تلفت الزم من شاء مع انكار الوكالة ولا يرجع أحدهما على الآخر وكذا لو كان الحق دينا على اشكال الا أنه لو دفعه هنا لم يكن للمالك مطالبة الوكيل لانه لم ينتزع

نقله شيخنا نجم الدين بن سعيد رحمه‌الله .

قال دام ظله : ثم المرأة ان ادعت صدق الوكيل لم يجز ان تتزوج قبل الطلاق (الى قوله) على الطلاق .

اقول: البحث في هذه المسالة يأتي في باب النكاح ان شاء الله .

قال دام ظله : وكذا لو كان الحق دينا على اشكال .

اقول: اذا كان لغائب دين على حاضر فحضر زيد وادعى انه وكيل الغائب في استيفاء الدين من المديون فصدقه المدعى عليه لم يؤمر بالتسليم اليه على اشكال ينشأ (من انه) اقر بحق الاستيفاء فيلزمه الدفع كما لو اقر انه وارثه (ومن) حيث انه تسليم لا يبرئه فلا يجب كالعين وكما لو اقر ان هذا وصي الطفل (والاول) قول ابن ادريس (والثاني) قول الشيخ في الخلاف و هذه المسألة تبنى على ان من عليه حق هل له الامتناع من ادائه حتى يشهد ام لا فان قلنا به لم يلزم بالدفع الذي لا يبرىء ظاهراً الى المالك فاولى الى وكيله و الا لزمه الدفع و الاقوى عندي عدم الزام الحاكم بالاداء لانه اما ان يأمره باداء مال الغائب او مال نفسه و الاول محال و الا لزم الحكم على الغير باقرار غيره و الثاني محال لانه انما يدفع مال الغايب (و لانه) اقر بالاعم من وجوب التسليم ولا يلزم من ثبوت الاعم ثبوت الاخص و يتفرع على ذلك انه اذا انكر لم يستحق احلافه اما العين فلا تلزم بالدفع اليه قطعا لان حق الغائب منحصر في العين والدين امر كلي لا يتعين بالدفع الى المدعى .

عين ماله اذلا يتعين الابقبضه اوقبض وكيله ، وللغريم العود على الوكيل مع بقاء العين أوتلفها بتفريط ولادرك لوتلفت بغيرتفريطوكل موضع يجب على الغريم الدفع لوأقر تلزمه اليمين لوانكر، ولوادعى انه وارث صاحب الحق فكذبه حلف على نفى العلم فان صدقه على ان لاوارث سواه لزمه الدفع ولوادعى احالة الغائب عليه فصدقه احتمل قويا وجوب الدفع اليه وعدمه لان الدفع غيرمبرىء لاحتمال انكار المحيل و لو قال الغريم للوكيل لاتستحق المطالبة لم يلتفت اليه لانه تكذيب بينة الوكالة على اشكال ولوقال عزلك الموكل حلف الوكيل على نفى العلم ان ادعاه والا فلاو كذا لوادعى الابراء أوالقضاء .

الثانى أن يختلفا فى صفة التوكيل بأن ادعى الوكالة فى بيع العبد أوالبيع بالف اونسيئة اوفى شراء عبد اوبعشرة فقال الموكل بل فى بيع الجارية اوبالفين أونقداً أوفى شراء جارية او بخمسة قدم قول الموكل مع اليمين ، ولوادعى الاذن فى شراء الجارية بالفين فقال بل أذنت فى شراء غيرها أوفيها بالف وحلف فان كان الشراء بالعين

قال دام ظله : ولو ادعى احالة الغائب عليه فصدقه احتمل قويا وجوب الدفع اليه .

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

اقول: لانه مقر له بحق فى ذمته فيقبل بالنسبة اليه وليس بعين (ومن) حيث انه اقرار بمال الغير والاصح الاول لانه اقر باستحقاقه فى ذمته واقرار العقلاء على انفسهم جائز وفرق بين هذه والسابقة لان الوكيل انما يستوفى لموكله فاقر له باستحقاق اليد على مال الغير ولم يقر له المال فى ذمته بخلاف هذه فانه يستوفى لنفسه واقر باستحقاق المال وعلى الاول له احلافه .

قال دام ظله : ولوقال الغريم للوكيل لا تستحق المطالبة لم يلتفت اليه لانه تكذيب بينة الوكالة على اشكال .

اقول : ينشأ (من) ان عدم الاستحقاق قد يكون بالابراء او العزل و قد يكون بغيرذلك فهو اعم من تكذيب البينة و العام لايستلزم الخاص (ومن) انه مناف لمقتضى البينة لانها تقتضى استحقاقه فلا يسمع قوله بغيرحجة .

بطل العقد ان اعترف البايع ان الشراء لغيره او بمال غيره والاحلف على نفى العلم ان ادعاه الوكيل عليه فيغرم الوكيل الثمن للموكل ولاتحل له الجارية لانها مع الصدق للموكل ومع الكذب للبايع فيشتريها ممن هى له فى الباطن فان امتنع دفع الامر الى الحاكم ليأمر صاحبها ببيعها برفق وليس له جبره عليه فان قال ان كانت الجارية لى فقد بعتكها اوقال الموكل ان كنت أذنت لك فى شرائها بالعين فقد بعتكها فالاقرب الصحة لانه امر واقع يعلمان وجوده فلايضر جعله شرطا وكذا كل شرط علما وجوده فانه لايوجب شكافى البيع ولاوقوفه وان اشترى فى الذمة صح الشراء له فان كان صادقا توصل الى شرائها من الموكل فان امتنع اذن الحاكم فى بيعها أو بعضها وتوفية حقه من ثمنها ، ولواشتريها الوكيل من الحاكم بماله على الموكل جاز ولوادعى الاذن فى البيع نسيئة قدم قول الموكل مع يمينه ويأخذ العين فان تلفت فى يد المشترى رجع على من شاء بالقيمة فان رجع على المشترى رجع على الوكيل بما أخذ منه من الثمن وان رجع على الوكيل لم يكن للوكيل أن يرجع فى الحال بل عند الاجل باقل الامرين من الثمن والقيمة ولوادعى الاذن فى البيع بالف فقال انما اذنت بالف حلف الموكل ثم يستعيد العين ومع التلف المثل او القيمة على من شاء فان رجع على المشترى لم يرجع على الوكيل ان صدقه وان رجع على الوكيل رجع الوكيل عليه باقل الامرين من ثمنه وما اغترمه .

الثالث ان يختلفا فى التصرف كأن يقول تصرفت كما أذنت من بيع او عتق فيقول الموكل لم تتصرف بعد فالاقرب تقديم قول الوكيل لانه امين وقادر على الانشاء و التصرف اليه و يحتمل تقديم قول الموكل للاصل الدال على عدم الزام الموكل

قال دام ظله : فان قال ان كانت الجارية لى فقد بعتكها (الى قوله) فلا يضر جعله شرطا .

اقول : ويحتمل ضعيفا عدمه لانه شرط (ولانه) اقر بانتفائه فعلق البيع على شرط كاذب عنده فالبيع باطل بزعم العاقد فيبيع الحاكم لاستيفاء الغرامة و الحق الاول .

باقرار غيره ولو قال اشتريت لنفسي او لك قدم قوله مع اليمين ، ولوقال اشتريت بمائة فقال الموكل بخمسين احتمل تقديم قوْل الوكيل لانه امين و الموكل لانه غارم والوكيل ان كان الشراء بالعين لانه الغارم لمازادعلى الخمسين والموكل ان كان الشراء في الذمة لانه الغارم .

الرابع ان يختلفا في الرد فلوادعى الوكيل رد العين او رد ثمنها قدم قول الموكل على رأى وقول الوكيل ان كان بغير جعل على رأى، ولو انكر الوكيل قبض المال ثم ثبت ببينة اواعتراف فادعى الرداو التلف لم تسمع بينته و يقبل قول الوصي في الانفاق بالمعروف لافي تسليم المال الى الموصى له وكذا الاب والجد له والحاكم و امينه لوانكر الصبي بعد رشده التسليم اليه والشريك والمضارب ومن حصلت في يده ضالة.

الخامس ان يختلفا في التلف فلوادعى الوكيل تلف المال أوتلف الثمن الذي قبضه فكذّبه الموكل قدّم قول الوكيل مع اليمين وكذا الاب والجد والحاكم وامينه وكل من في يده امانة ولافرق بين السبب الظاهر والخفي ولوقال بعد تسليم المبيع قبضت الثمن ثم تلف في يدى قدم قوله لان الموكل يجعله خائنا بالتسليم قبل الاستيفاء .

قال دام ظله : فلوادعى الوكيل رد العين اورد ثمنها قدم قول الموكل على راى (وقول) الوكيل ان كان بغير جعل على راى .

اقول: (الاول) اختيار ابن ادريس للاصل والخبر (والثاني) قول الشيخ في المبسوط وابن البراج لان الوصي لا يقبل منه دعوى الرد الا ببينة فكذا الوكيل لمشاركته اياه في المعنى المقتضي لذلك (اما الاولى) فلقوله تعالى :**فاذادفعتم اليهم اموالهم فأشهدوا عليهم**(١) ولو كان قوله مقبولا لما امر بالاشهاد (واما الثانية) فظاهرة لانهما امينان قبضا المال لنفع المنوب ولعدم الفارق (و اجيب) بان الامر للارشاد او الندب والثانية ممنوعة والقياس باطل واتحاد طريق المسألتين ممنوع و عدم الفارق ايضاً ممنوع وعدم الوجدان لايدل على العدم ولانه قبض المال لمنفعة غيره دون منفعته فهو كالمودع والاقوى الاول .

---

(١) النساء -٧ .

ولو ظهر في المبيع عيب رده على الوكيل دون الموكل لانه لم يثبت وصول الثمن اليه والاقرب رده على الموكل ولو قال قبله قدم قول الموكل لان الاصل بقاء حقه ولو اقر بقبض الدين من الغريم قدم قول الموكل على اشكال .

السادس أن يختلفا في التفريط او التعدي فالقول قول الوكيل .

المقصد السابع في السبق والرمي

وفيه بابان (الاول) في السبق

(مقدمة)

السبق بسكون الباء المصدر وبالتحريك العوض وهو الخطر (١) والندب والرهن

قال دام ظله : ولو ظهر في المبيع عيب رده على الوكيل دون الموكل لانه لم يثبت وصول الثمن اليه والاقرب رده على الموكل .

قال الشيخ رحمه الله اذا ظهر في المبيع عيب رده على الوكيل دون الموكل لانه لم يثبت وصول الثمن اليه وقال المصنف الاقرب انه يرجع الى الموكل (ووجه) القرب انه ملكه والوكيل نائب عنه في البيع وقبض الثمن (ولان) المشترى امره بدفع الثمن الى البايع وقد فعل ما امر به فلا يضمن والبحث انما هو مع ثبوت الوكالة شرعا و الاصح عندى اختيار المصنف وقول الشيخ وتعليله ضعيفان .

قال دام ظله : ولو اقر بقبض الدين من الغريم قدم قول الموكل على اشكال .

اقول: ينشأ (من) انه ملك شيئا فملك الاقرار به (ومن) حيث انه اقرار في حق الغير والاصح الاول والا لزم الضرر وهو منفي بالخبر ولانه حرج وهو منفي بالاية (ولانه) اقامه مقام نفسه في القبض فيكون الوكيل كذلك في اقراره به.

---

(١) الخطر بالخاء المعجمة محركة: السبق الذى يتراهن عليه (مجمع).

يقال سبّق بتشديد الباء اذا أخرج السبق واذا أحرزه والسابق هو المتقدم بالعنق والكتد وقيل بالاذن وهو المجلّى والمصلى هو الثاني لانه يحاذي رأسه صلوى المجلي والصلوان عظمان نابتان عن يمين الذنب وشماله والتالي هو الثالث والبارع هو الرابع والمرتاح هو الخامس والحظي السادس والعاطف السابع والمؤمل الثامن واللطيم التاسع والسكيت العاشر و الفسكل الاخير و المحلل هو الذي يدخل بين المتراهنين ان سبق اخذ وان سبق لم يغرم والغاية مدى السباق والمناضلة المسابقة والمراماة .

وفي هذا الباب مطلبان الاول في الشروط وهي تسعة :

الاول العقد ولا بد فيه من ايجاب وقبول وقيل ... انها جعالة يكفي فيها الايجاب

المقصد السابع في السبق والرماية

وفيه بابان الاول في السبق

قال دام ظله : والسابق هو المتقدم بالعنق والكتد (وقيل) بالاذن وهو المجلي .

اقول: الكتد بفتح التاء و كسرها والاشهر الاول وهو مجتمع الكتفين بين اصل العنق والظهر والقول الاول هو المشهور عند الجمهور من الاصحاب وهو اختيار ابن ادريس والمصنف رهما تابعان للشيخ الطوسي في ذلك والقول بالاذن هو قول ابن الجنيد فانه قال يخط في النهاية خط معترض فايما خرج من الخيل بطرف اذنيه قبل صاحبه حكم لصاحبه بالسبق و كذلك الرواية عن امير المؤمنين عليه السلام اداها عن رسول الله صلى الله عليه وآله (١) والضمير في صاحبه الاخير يرجع الى الفرس اى صاحب الفرس وقول الشيخ هو الاصح (احتج) ابن الجنيد بقول النبي صلى الله عليه وآله بعثت و الساعة كفرسي رهان كاد احدهما أن يسبق الآخر باذنه (والجواب) انه مجاز ثم رد الشيخ قول ابن الجنيد بان احد الفرسين قد يرفع عنقه قليلا و كان هو السابق و كانت أذن الآخر اسبق .

وفي هذا الباب مطلبان الاول في الشروط

قال دام ظله : الاول العقد ولا بد فيه من ايجاب وقبول (وقيل) انها

(١) ثل ب ۴ خبر ۴ من كتاب السبق والرماية .

وهو البذل .

الثاني ما يسابق عليه وانما يصح على ماهوعدّةللقتال وهومن الحيوان كل ماله خف أو حافرويدخل تحت الاول الابل والفيلة وتحت الثاني الفرس والحمار والبغل فلاتصح المسابقة بالطيور ولا على الاقدام ولا بالسفن ولابالمصارعة ولابرفع الاحجاروفي تحريم هذه مع الخلوعن العوض نظر.

(الثالث) تقديرالمسافة ابتداء وانتهاء فلوشرط للسابق حيث يسبق من غير تعيين غاية لم يجز لان أحدهما قد يكون سريعا في أول عدوه مقصراً في انتهائه و

جعالة يكفي فيها الايجاب وهوالبذل.

اقول: المسابقة بذل عوض في مقابلة عمل وهذا قدر مشترك بينهاوبين الاجارة و الجعالة فبعض الاصحاب جعله جعالة لوجود خواصها فيه وهي ان بذل العوض فيه على مالايوثق بحصوله و عدم تعيين العامل (وقيل) اجارة لان باذل المال يريد ان يستفيد من عمل صاحبه في الركض والرمي فصاحبه اجيرله وهو المستأجرولاشتراط علم المعقود عليه من الجانبين (وفيه نظر) لانه مشترك بينهما.

قال دام ظله : وفي تحريم هذه مع الخلو عن العوض نظر.

اقول: ينشأ (من) قوله ﷺ لاسبق الافي نصل اوخف اوحافر(١) روى بسكون الباء وبفتحه (فعلى الاول) نقول اختلف الاصوليون في نفي الفعل فقيل يضمر المشروعية لانها اقرب الى الحقيقة (وقيل) يكون مجملا محتملا لنفي المشروعية ولنفي الفضيلة فعلى هذين القولين يحرم اماالاول فظاهر واما الثاني فللاحتياط ولانهامنشأ الفتن و المنازعات (وقيل) يضمر نفي الفضل فلايدل على التحريم فيبقى اصل الاباحة ونقل انه عليه السلام فعل المسابقة بالقدم (٢) (وعلى الثاني) وهوفتح الباء يدل على تحريم العوض لاعلى تحريمها و الاصح الاول لان السباق لاستعداد الجهاد و ليس هنا و فعل النبي صلى الله عليه وآله للمسابقة بالقدم ممنوع لضعف سنده.

---

(١) سنن ابي داود (ج٣) باب في السبق .

(٢) التذكرة (ج٢) كتاب السبق البحث الثالث .

بالعكس ولوشرط المال لمن سبق في وسط الميدان فاشكالولواستبقا بغيرغايةلينظر ايها يقف اولالم يجز.

الرابع تقدير الخطرويصح ان يكون دينـا اوعيناً حـالا ومؤجلا وان يبذله المتسابقان اواحدهمااوغيرهما ويجوزمن بيت المال .

الخامس تعيين مايسابق عليه بالمشاهدة ولايكفي العقد على فرسين بالوصف ومع التعيين لايجوز ابداله .

السادس تساوى مابه السباق فياحتمال السبق فلوكان أحدهما ضعيفا يعلم قصوره عن الاخر لم يجز .

السابع تساوى الدابتين فيالجنس فلايجوز المسابقة بين الخيل والابل ولا بين الابلوالفيلة ولابين الابل والخيل ولوتساويا جنسالاصنفا فالاقرب الجـ[illegible]ى

قال دام ظله: ولوشرط المال لمن سبق في وسط الميدان فاشكال.

اقول: ينشأ(من) انه لواعتبر السبق في خلال الميدان لاعتبر السبق بلاغايةمعينة فانه اذاسبق في وسط الميدان لم يجب التمام حينئذ الى الغايةفيكون الغاية احدهما لكن التالي باطل لانها معاوضة لم ترد هذه الجهالة فيهافيقف على ماجعله الشارع سببا، و لانه عليه السلام سابق من الحفيا الى ثنية الوداع على الخيل المضمر ومن الثنية الى مسجد بني زريق على الخيل غير المضمرة (١) ، فعين المبدء و المنتهى (ومن) انه كالسبق الى الغاية وحصول الغرض والاول اصح ؛ لان من الخيل مايقوى سيره في الابتداء ثم يضعف وصاحبه يبغي قصر المسافة ومنها مايضعف سيره في الابتداء ثم يقوى و صاحبه يبغي طول المسافة ويختلف الغرض فلابد من تعيين المبدء والمنتهى ويسميان بالاعلام لينقطع النزاع كالاجرة .

قال دام ظله : ولو تساويا جنسالا صنفا فالاقرب الجواز.

اقول: لتناول اسم الجنس للصنفين (و من) حيث بعد مساواتهما في السبق كالعربي و البرذون .

---

(١) سنن ابي داود (ج٣) باب في السبق وفيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سابق بين الخيل التي قدضمرت من الحفياء الخ بالفاء بعدها الياء والالف الممدودة .

والبرذون والبختي والعرابي .

الثامن ارسال الدابتين دفعة فلو أرسل أحدهما قبل الاخر ليعلم هل يدركه الاخر اولالم يجز .

التاسع جعل العوض للسابق منهما او منهما ومن المحلل ولو جعل لغيرهما لم يجز ولايجوز لوجعله للمسبوق ولا جعل القسط الاوفر للمصلي والادون للسابق ويجوز العكس وهل يجوز جعله للمصلي لو كانوا ثلاثة نظر وكذا الاشكال في جعل قسط للفسكل ،ولو جعلا العوض للمحلل خاصة جاز وكذا لو قالا من سبق منافله السبق ولايشترط المحلل والاقرب عدم اشتراط التساوي في الموقف .

قال دام ظله : التاسع جعل العوض للسابق منهما (الى قوله) لو كانوا ثلاثة نظر .

اقول: النص على انه لايجوز جعله للمسبوق اذ الفائدة التحريض على السبق لاعلى عدمه ويجوز للسابق وقد اجتمعا في المصلي اذا كانوا ثلاثة فان كل واحد يسبق ولايتأخر حذراً من خلوه من كونه سابقا اومصليا فيحصل الغرض ولاصالة الجواز والاصح انه لايصح لان المجعول عليه حينئذ ضد السبق .

قال دام ظله :وكذا الاشكال في جعل قسط للفسكل.

اقول: (من) حيث ان كل واحد يسعى في تحصيل الاكثر فلا يناقض الغرض (ومن) ان حصوله يقتضي تكاسله عن المبالغة في السبق وهو مناف لغرض المسابقة والاصح عدم الصحة .

قال دام ظله : والاقرب عدم اشتراط التساوي في الموقف .

اقول: للاصل ولزيادة حرص المتأخر وامكان السبق معه (ويحتمل) عدمه لانه مع التفاوت لايعرف فروسية الفارس و جودة سير الفرس لاحتمال كون السبق لقصر المسافة .

المطلب الثانى فى الاحكام

عقد المسابقةوالرماية لازم كالاجارة وقيل جائز كالجعالة وهوالاقرب ،ولكل منهمافسخه قبل الشروع ويبطل بموت الرامى والفرس ولومات الفارس فللوارث الاتمام على اشكال،ولواراد احدهما الزيادة أوالنقصان لم تجب اجابته وان كان بعدالشروع وظهور الفضل مثل ان يسبق بفرسه فى بعض المسافة أو يصيب بسهام اكثر فللفاضل الفسخ لا المفضول على اشكال وعلى القول باللزوم يجب البدئة بالعمل لا بتسليم

المطلب الثانى فى الاحكام

قال دام ظله : عقد المسابقة والرماية لازم كالاجارة (وقيل) جائز كالجعالة وهوالاقرب .

اقول: الاول قول ابن ادريس لعموم **(اوفوا بالعقود)** (١) والثانى قول الشيخ فى المبسوط والخلاف لانه صيغة الجعالة ولانها لولزمت لبطلت لعدم تحقق القدرة على تسليم المعقود عليه وكل عقد لازم على مالايتحقق القدرة على تسليمه فهوباطل وبطلان التالى يدل على بطلان المقدم واللام للعهد والمراد العقود اللازمةوهوالاصح.

قال دام ظله :ولومات الفارس فللوارث الاتمام على اشكال .

اقول: لان العقدتناول شخصامعينا وقدفات فانه مات فيبطل (ومن) ان حقوق الميت تنتقل الى الوارث لعموم الاية والاتمام حق له والاقوى عندى البطلان لانه وضع لتمرين الفارس والفرس واختبارهما .

قال دام ظله :فللفاضل الفسخ لاالمفضول على اشكال.

اقول: هذا فرع على كونها لازمة اوجائزة (فنقول) اذا قلنا بجوازها فلكل الرجوع قبل الشروع وبعده قبل ظهور فضل احدهما بل مع تساويهما و اما بعده فلصاحب الفضل الرجوع لانه اسقاط بعض حقه واماالمفضول ففيه اشكال ينشأ(من) انه لوجاز لفات غرض المسابقة فانه متى تحقق سبق صاحبه فسخ العقد ولانه كل من له ذلك فالقول قوله فيه فيكون القول قول مدعى الفسخ هذاخلف (ومن) جوازها

---

(١) المائده - ١

السبق ويجوز ضمانه والرهن به فان فسدت المعاملة بكون العوض ظهر خمراً رجع الى اجرة مثله فى جميع ركضه لافى قدر السبق (وقيل) يسقط المسمى لاالى بدل ولوفسد لاستحقاق العوض وجب على الباذل مثله اوقيمته ويحتمل اجرة المثل وليس لاحدهما ان يجنب الى فرسه فرسا يحرضه على العدو ولا يصيح به فى وقت سباقه ولو قال آخر من سبق فله عشرة فايهم سبق استحقها ،ولو جاؤا جميعا فلاشىء لاحدهم ولو سبق اثنان او اربعة تساووا ويحتمل ان يكون لكل واحد عشرة .

وقضية الجائز ذلك والاصح انه ليس له الفسخ بعد التمام بل قبله .

قال دام ظله : فان فسدت المعاملة بكون العوض ظهر خمراً (الى قوله) ويحتمل اجرة المثل .

اقول: اذا فسد عقد المسابقة لفقد شرط فى السبق المعين فى العقد فاما ان لا يكون له قيمة فى شرع الاسلام ولا يملك لكونه خمراً او يكون له قيمة فى شرع الاسلام ويمكن تقويمه فهنا مسألتان ذكرهما المصنف فى هذا الكلام (اما الاولى) ففيها قولان ذكرهما المصنف هنا الثانى منهما قول الشيخ (لانه) لم يعمل له شيئا وفائدة عمله يرجع اليه بخلاف ما اذا عمل فى الاجارة او الجعالة الفاسدتين فانه يرجع العامل الى اجرة المثل لان فائدة العمل ترجع الى المستاجر والجاعل و اختاره ابو القاسم بن سعيد (والاول) اختيار المصنف لان كل عقد استحق المسمى فى صحيحه فاذا المعقود عليه فى فاسده وجب عوض المثل كالاجارة لانه بصحة الاجارة عليه علم انه مملوك لصاحبه مقصود فى المعاوضة متقوم والفاسد يتضمن الامر فينتفى التبرع(ب) (١) وهو ان يكون له قيمة شرعا ويمكن تقويمه كما لو خرج مستحقا (فيحتمل) استحقاق مثله ان كان مثليا و الا فالقيمة لانهما تراضيا على هذا العوض وقد تعذر فله ما يقوم مقامه والاصح اجرة المثل لان العقد الفاسد على عمل يصح لولا هذا الخلل يجب اجرة المثل .

قال دام ظله : ولو قال آخر من سبق فله عشرة (الى قوله) ويحتمل ان يكون لكل واحد عشرة.

---

(١) هكذا فى النسخ وحق العبارة :واما الثانية الخ .

ولوقال من سبق فله عشرة ومن صلى فله خمسة فسبق خمسة وصلى خمسة فللخمسة عشرة او لكل واحد على الاحتمال وللثانية خمسة او لكل واحد ويحتمل البطلان على الاول لامكان سبق تسعة فيكون لكل من السابقين درهم وتسع وللمصلى خمسة ، ولوقال لاثنين ايكما سبق فله عشرة وايكما صلى فله عشرة لم يصح ولوقال ومن صلى فله خمسة صح ولوقال لثلاثة من سبق فله عشرة ومن صلى فله عشرة صح ، ولو قال من سبق فله عشرة ومن صلى فله خمسة فسبق احد الثلاثة وصلى آخر وتأخر ثالث فلا شيء للمتأخر ؛ ويجوز أن يخرج أحدهما اكثر مما يخرجه الآخر ويختلفا فلو قال أحدهما ان سبقتني فلك علي عشرة وان سبقتك فلي عليك خمسة أو قفيز حنطة جاز ولو اخرجا عوضين وادخلا المحلل وقالا من سبق فله العوضان فان تساووا احرز كل منهما سبقه

اقول: المراد عشرة مطلقة والاول قول الشيخ في المبسوط واختاره ابو القاسم ابن سعيد ومنشأ القولين ان (من) في المجازاة للعموم كما بين في الاصول فهو بمنزلة (كل) فهل يحمل على الكل المجموعي او على كل واحد واحد الشيخ حملها على الاول لانه انما بذل عشرة لا ازيد فلا يغرم اكثر منها فكانه قال كل السابقين لهم عشرة (ولانه) المفهوم عند الاطلاق (ولان) الاصل عدم الزائد (ولان) الحكم المعلق بصفة لا يتكرر بتكررها وقال المصنف يمكن حملها على الثاني فكانه قال كل سابق سابق فله عشرة لانه المفهوم من اطلاق (من) (ولان) الحكم في القضية الكلية على كل واحد واحد وهكذا جرى استعمالها في اصطلاح العلماء في كل علم والاصح الاول لاصالة براءة الذمة (والثاني) قوي ايضا لصدور المجعول عليه من كل واحد بتمامه لان عدم سبق غيره عليه معتبر في السابق وبه السبق لاسبقه على الكل والا لم يستحق احدهم شيئا .

قال دام ظله : ولوقال من سبق فله عشرة (الى قوله) و للمصلى خمسة

اقول: وجه الاول اصالة الصحة ووجود الشرط وهو التفضيل في الجعل (ويحتمل) البطلان لان امكان تفضيل المسبوق على السابق ولو على بعض التقادير مبطل للعقد لانه وضع لنفي جميع الوجوه المبطلات احتمالا ويقينا .

ولاشيء للمحلل وكذا لوسبقا المحلل و لو سبق المحلل خاصة اواحدهما خاصة احرزهما السابق ولو سبق احدهما والمحلل احرز السابق مال نفسه وكان مال المسبوق بين السابق و المحلل نصفين ولوشرط السبق باقدام معلومة كثلاثة أواكثر أو أقل لم يصح لعدم ضبطه وعدم وقوف الفرسين عند غاية بحيث تعرف المساحة بينهما.

الباب الثانى فى الرمى

مقدمة

الرشق بفتح الراء الرمى و بالكسر عدده و يوصف السهم (بالحابى) و هو ما وقع بين يدى الغرض ثم وثب اليه فاصابه وهو المزدلف (والخاصر) و هو ما أصاب احد جانبى الغرض و منه الخاصرة(و الخاصل) و هو المصيب للغرض كيف ما كان (والخازق) وهو ما خدشه ثم وقع بين يديه (والخاسق) وهو ما فتح الغرض و ثبت فيه (والمارق) وهوما نفذ من الغرض ووقع من ورائه (والخارم) و هو الذى يخرم حاشيته(والغرض)ما يقصد اصابته وهوالرقعة المتخذة من قرطاس أورق أو جلد او خشب او غيره (و الهدف) ما يجعل فيه الغرض من تراب أوغيره (و المبادرة) هى أن يبادر أحدهما الى الاصابة مع التساوى فى الرشق (والمحاطة) هى اسقاط ماتساويا فيه من الاصابة .

وفى هذا الباب مطلبان

الاول فى الشروط وهى اثنا عشر بحثا

(الاول) العقد وقدسبق (الثانى) العلم بعدد الرشق وهوشرط فى المحاطة قطعا وفى المبادرة على اشكال (الثالث) العلم بعدد الاصابة كخمسة من عشرين (الرابع)

الباب الثانى فى الرمى

قال دام ظله : (ب)العلم بعدد الرشق وهو شرط فى المحاطة قطعا وفى المبادرة على اشكال

اقول: شرطه فى المبسوط وابن ادريس وابوالقاسم بن سعيد فيهما لانه العمل المقصود والمعقود عليه وليكون غاية رميهما فيه معلومة منتهية اليه(ويحتمل)عدمه فى

العلم بصفتها فيقولان خواصل او خواسق او غيرهما و لوشرط الخواسق و الحوابى معا صح ولو أطلقا فالاقرب حمله على الخواصل (الخامس) تساويهما في عدد الرشق والاصابة وصفتها وساير أحوال الرمي فلوجعلا رشق أحدهما عشرة والاخر عشرين أو اصابة أحدهما خمسة والاخر ثلاثة أوأحدهما خواسق والاخر خواصل أويحط أحدهما من اصابته سهمين أويحط سهمين من اصابته بسهم من اصابة صاحبه أويرمي أحدهما من بعد والاخر من قرب أويرمي أحدهما وبين أصابعه سهم والاخر سهمان أويحط أحدهما واحداً من خطائه لاله ولاعليه لم يصح (السادس) العلم بقدر الغرض اما بالمشاهدة او بالتقدير لاختلافه في السعة و الضيق (السابع) معرفة المسافة اما بالمشاهدة او بالتقدير كمائة ذراع (الثامن) تعيين الخطر (التاسع) جعله للسابق (العاشر) تماثل جنس الالة لاشخصها ولاتعيين السهم ولوعينهما لم يتعين ولولم يعينا الجنس انصرف الى الاغلب في العادة فان اختلفت فسد (الحادى عشر) تعيين الرماة فلا يصح مع الابهام لان الغرض معرفة حذق الرامي وفي الحيوان يعتبر تعيين الحيوان لاالراكب لان الغرض هناك معرفة عدو الفرس لاحذق الراكب و كلما يعتبر تعيينه لو تلف انفسخ العقد ومالايعتبر يجوز ابداله لعذر وغيره ولو تلف قام غيره مقامه فلوشرطا أن لايرميا الا بهذا القوس أوهذا السهم اولايركب الاهذا الراكب فسد الشرط و تصح المناضلة على التباعد كما تصح على الاصابة فلايعتبر شروط الاصابة (الثانى عشر) امكان الاصابة المشروطة لامتناعها كما لوشرطا الاصابة من خمسمائة ذراع أواصابة مائة على التوالى

المبادرة لان الاستحقاق متعلق بالبدار الى العدد المشروط ولايجب اتمام العدد معه وهذا هوالاقوى عندى لاصالة عدم الاشتراط وعلى القول باللزوم يجب تعيين العدد والالوجب استمراره حتى يسبق احدهما وقد لايحصل وهو محال

قال دام ظله: ولو اطلقا فالاقرب حمله على الخواصل

اقول: لان الاطلاق يحمل على مسمى الاصابة وهو القدر المشترك بين الكل و كل ما عداه زيادة لايدل عليها اللفظ باحدى الدلالات الثلاث وشرط الشيخ في المبسوط في صحة العقد العلم بصفة الاصابة فعنده يبطل الاطلاق لعدم شرط المطلق ولا المعين لاستحالة

ولاوجوبها كاصابة الحاذق واحداً من مائة والوجه صحة الاخير لفائدة التعليم والنادر الاقرب صحته كبعد اربعمائة ولايشترط تعيين المبتدى بالرمي بل يقرع ثم لاينسحب فى كمال الرشق ولاذكر المبادرة ولاالمحاطة ولايحمل المطلق على المبادرة .

المطلب الثانى فى الاحكام

اقسام المناضلة ثلاثة (الاول) (المبادرة) مثل من سبق الى اصابة خمس من عشرين فهو السابق فلو أصاب احدهما خمسة من عشرة والاخر اربعة فالاول سابق ولايجب الاكمال ولو اصاب كل منهما خمسة فلا سبق ولايجب الاكمال ايضا ويحكم بالسبق لو أصاب احدهما خمسة من تسعة والاخر اربعة منها بدون العاشر (والمفاضلة) مثل من فضل صاحبه باصابة واحدة أو اثنتين اوثلاث من عشرين فهو السابق ويجب الاكمال مع الفائدة فلو شرطا ثلاثة فرميا اثنتى عشرة فأصابها أحدهما و اخطأه الاخر لم يجب الاكمال ولو أصاب عشراً لزمهما رمى الثالثة عشر فان أصاباها أو اخطئاها أوأصابها الاول فقد سبق ولا اكمال فان أصابها الثانى خاصة لزمهما الرابعة عشر وهكذا ولو رميا ثمانى عشرة فاصاباها أواخطئاها اوتساويا فى الاصابة لم يجب الاكمال والمحاطة مثل من أصاب خمسا من عشرين فهو السابق فلو أصابا خمسة من عشرة تحاطا واكملا وكذا لو أصاب أحدهما تسعة منها والاخر خمسة ولو لم يكن فى

الترجيح بغير مرجح والاول اقوى .

قال دام ظله : ولاوجوبها كاصابة الحاذق واحداً من مائة والوجه صحة الاخير لفائدة التعليم.

اقول: وجه الاحتمال اطلاق الاصحاب ولان الغرض الاقصى الجد (الحذق خ ل) والجهد فى المسابقة وليس هنا والاصل الصحة لفائدة التعليم فيصح له .

قال دام ظله : والنادر الاقرب صحته كبعد اربع مائة.

اقول: وجه القرب انه عقد غير لازم وهو ممكن ولان الجهد فيه اكثر واعظم وكلما تحققت الغاية فيه اكثر كان اولى بالصحة (ومن) حيث ان النادر لم يعتبر به الشارع وانما يحمل على الغالب والغالب التعذر فلا يصح والاصح الاول .

الاكمال فائدة من رجحان أومساواة اومنع عن التفرد بالاصابة بان يقصر عن العدد لم يجب الاكمال كما لو أصاب أحدهما خمسة عشر منها والاخر خمسة و لو أصاب الاول اربعة عشر وجب سهم الاكمال مالم تنتف الفائدة قبله ولو شرطا جعل الخاسق باصابتين جاز ويجوز عقد النضال بين حزبين كما يجوز بين اثنين ولا يشترط تساوى الحزبين عدداً بل تساوى الرميات فيرامى واحد ثلاثة يرمى هو ثلاثة و كل واحد واحداً فان عقد النضال جماعة على ان يتناضلوا حزبين احتمل المنع لان التعيين شرط والجواز فينصب لكل حزب رئيس يختار واحداً من الجماعة و الآخر آخر فى مقابلة الاول ثم يختار الاول ثانيا و الثانى ثانيا فى مقابلة ثانى الاول و هكذا الى ان ينتهيا على الجماعة والابتداء بالقرعة فان شرط الزعيم السبق على نفسه لم يلزم حزبه شيء والا كان عليهم بالسوية ويكون للآخر بالسوية من اصاب ومن لم يصب ويحتمل القسمة على

المطلب الثانى فى الاحكام

قال دام ظله : فان عقد النضال جماعة على ان يتناضلوا حزبين احتمل المنع (الى قوله) وهكذا الى ان ينتهيا على الجماعة .

اقول: يجوز المناضلة بين حزبين ، لما روى ان النبى ﷺ مر بحزبين من الانصار يتناضلون زعيم احدهما (ابن الاذرع) فاقرهم (١) (وهل) يجب ان يعين طائفة كل زعيم قبل العقد ليقع العقد بينهم ام لا يجب (قيل) بالاول واليه اشار المصنف بقوله (احتمل المنع) لانه لايجوز التزام الرماة فى الذمة بل تعيين الرامى شرط (ولانه) لولاه لوقع النزاع (وقيل) بالجواز لما يأتى وانما جعل الطريق الانتقاد والتراضى فيختار احد الزعيمين واحداً والاخر آخر وهكذا لان القرعة لامدخل لها فى المعاوضات (ولانها) قد يجتمع لاحدهما كل الحذاق و كذا تخيير كل من الزعيمين الكل دفعة واحدة(ولاد ائه) الى النزاع و كلام المصنف هنا ظاهر(ووجه) الجواز اصالة الصحة ووجود الشرط وهو تعيين الرامى وهو الاصح .

قال دام ظله :فان شرط الزعيم السبق على نفسه لم يلزم حزبه شيء

(١) لم نعثر عليه .

قدر الاصابة فيمنع من لم يصب ويشترط قسمة الرشق بين الحزبين بغير كسر فيجب اذا كانوا ثلاثة الثلث واربعة الربع ولو كان في أحد الحزبين من لا يحسن الرمي بطل العقد فيه وفي مقابله ويتخير كل من الحزبين لتبعض الصفقة ولو ظهر قليل الاصابة فقال حزبه ظننناه كثير الاصابة او كثير الاصابة فقال الحزب الآخر ظننناه قليل الاصابة لم يسمع ولو قال المسبوق اطرح فضلك واعطيك ديناراً لم يجز واذا شرط (الخاصل) وهي الاصابة المطلقة اعتدبها كيف ماوجدت بشرط الاصابة بالنصل فلو أصاب بعرضه او بفوقه لم يعتد به لانه من سبيء الخطاء ولو اطارت الريح الغرض فوقع في موضعه احتسب له اما لو شرط الخاسق فان ثبت في الهدف وكان بصلابة الغرض احتسب له والا فلا يحتسب له ولا عليه ولو اصابه في الموضع الذي طار اليه فان كان على صوب المقصد حسب له والا عليه ولو اخطأ لعارض مثل كسر قوس او قطع وتر او عروض ريح شديدة

الا كان عليهم بالسوية ويكون للاخر بالسوية من اصاب ومن لم يصب (ويحتمل) القسمة على قدر الاصابة .

اقول: وجه الاول ان الجميع بمنزلة الواحد لاشتراكهم في العقد الذي اوجب تساويهم فيه (ووجه) الثاني ان الاستحقاق بسبب الاصابة فكان لمن صدرت الاصابة منهم على قدرها والفرق بينه وبين المنضولين حيث تساووا في الغرم وان اختلفوا في الخطاء لان سبب الاستحقاق النضل وهو بالاصابة المشروطة ولو من واحد من الحزب وعدمه ، انما يتحقق بعدمها عن كل واحد واحد وعن الكل وهم متساوون فيه (ويحتمل) عدم غرم المصيب الذي لو اصاب غيره مثله لنضلوا لان سبب الغرم ليس منه .

قال دام ظله: ولو اخطأ لعارض مثل كسر قوس او قطع وتر او عروض ريح شديدة لم يحتسب عليه ولو اصاب ففي احتسابه له نظر .

اقول: ينشأ (من) تحقق المجعول عليه وهو الاصابة وقد حصلت لكنها مع هذا العارض اشد (ومن) انه لا يحسب عليه فلا يحسب له مع الاصابة لان الشارع اسقط اعتباره ولجواز صرف الريح الشديدة السهم المخطيء عن خطاه فيقع مصيبا فالاصابة بالريح اذن.

لم يحسب عليه ولو أصاب ففي احتسابه له نظر ولو شرط الخاسق فمرق حسب له ولو خرقه حسب عليه ، ولو ثقبه ثقبا يصلح للخسق فوقع بين يديه فالاقرب احتسابه له ولو وقع في ثقب قديم وثبت احتمل الاحتساب له وعدمه واذا تم النضال ملك الناضل العوض وله التصرف فيه كيف شاء وله ان يختص به وان يطعم اصحابه ولو شرط اطعامه لحزبه

قال دام ظله :ولو شرط الخاسق فمرق حسب له ولو خرقه حسب عليه ولو ثقبه ثقبا يصلح للخسق ووقع بين يديه فالاقرب احتسابه له .

اقول: الاصابة المجردة هي القرع ،والخرق هو ان يصيب الغرض ولا يثبت فيه والخسق هو ان يثبت فيه والخرم هو ان يصيب طرف الغرض فيخرمه والمروق هو ان يثقب ويخرج من الجانب الاخر اذا عرفت ذلك (فنقول) كلما شرط صفة من هذه الصفات التي توصف الاصابة بها اذا فعل المرتبة الاعلى منها استحق الجعل فاذا شرط الخاسق فمرق حسب له لان المروق اعلى من الخسق وثبوت السهم في الغرض ليس مقصوداً لذاته فاذا مرق وخرج من ذلك الجانب فقد اتى بالاعلى فاستحق الجعل و لو اتى بالاقل لم يحصل له الجعل لانه لم يأت بالشرط فاذا شرط الخاسق فخرق كان من الخطاء لانه اقل من المشروط ولو ثقبه ثقبا يصلح للخسق ووقع بين يديه ففيه وجهان اقربهما الاحتساب لان المقصود الاصابة وفتح الغرض وقد حصل وعدم الثبوت في الغرض لايدل على الضعف لجواز كونه لسعة الثقب فهو من جودة الرمي (وثانيهما) عدمه لان الثبوت مأخوذ في مفهوم الخاسق ولان ثبوته لحذق الرامي (ولانه) لولاه لصار الخاسق مساويا للخارق واختلاف مفهوم اسمها يوجب اختلاف حكمها .

قال دام ظله : ولو وقع في ثقب قديم وثبت احتمل الاحتساب له وعدمه.

اقول: لانه لم يخرق والخاسق يخرق وهو اختيار الشيخ في المبسوط (ومن) حيث ان السهم في قوته بحيث يخرق لو اصاب موضعا صحيحا وقال المصنف في التذكرة ان عرف قوة السهم بحيث يخرق احتسب خاسقا والافلا والاصح انه لا يحسب له ولا يحسب عليه ايضا لانه لم يعلم خطائه .

قال دام ظله :ولو شرط اطعامه لحزبه فالوجه الجواز .

فالوجه الجواز ولو قال لرام ارم خمسة عني وخمسة عنك فان اصبت في خمستك فلك دينار لم يجز ولو قال له ارم فان كانت اصابتك اكثر العشرة فلك دينار صح ولو شرطا احتساب القريب وذكرا حد القرب جاز وان لم يذكرا احتمل الفساد و التنزيل على ان الاقرب يسقط الابعد كيف كان ولو شرطا ذلك لزم قطعا ولو شرطا اسقاط مركز

اقول: الناس في هذه المسألة على ثلاثة اقوال (ا) صحتهما وهو ما اختاره المصنف هنا وهو اختيار بعض المتأخرين للاصل (ب) بطلانهما معا اعني النضال والشرط وهو اختياره في المبسوط لان عوض العمل للعامل (ولعدم) مساواة غير السابق له و بطلان الشرط موجب لبطلان المشروط وهو الاصح (ج) صحة النضال وبطلان الشرط وهو اختيار الشيخ في الخلاف وقواه في المبسوط .

قال دام ظله : ولو شرطا احتساب القريب وذكرا حد القرب جاز وان لم يذكرا احتمل الفساد والتنزيل على ان الاقرب يسقط الابعد كيف كان .

اقول : احتساب القريب جعله كالمصيب والمراد القريب من الغرض (ويحتمل) ان ينزل على ان كل سهم يكون اقرب من الغرض يسقط الابعد منه كيف كان وبهذا فسر بعض الفقهاء الحابي وقال انه معتاد بين الرماة فاذا قالوا نرمي عشرين رمية على ان الاقرب يسقط الابعد فمن فضل له خمسة فهو فاضل وهو نوع من المحاطة فاذا تساويا في القرب والبعد فلا فاضل و لا مفضول (و وجه) الاول الجهالة و عدم الضبط فان القرب والبعد اضافتان مختلفتان باعتبار ما يسابقان اليه ويمكن صدقهما على واحد بالقياس الى شيئين فاذا لم يضبط ما اليه تحققت الجهالة (ووجه) الثاني انه يمكن علمه بذلك والاصح البطلان.

قال دام ظله : ولو شرطا اسقاط مركز القرطاس ما حواليه احتمل الصحة والبطلان لتعذره .

اقول : وجه الجواز الاصل (ولانه) فيه التحريض على الحذق (ووجه) المنع ما ذكره المصنف من تعذر قصد وسط القرطاس واصابته اتفاقية والاصح الاول ومعنى هذا الشرط ان اصابة المركز تسقط اصابة ما حواليه اى ما حوالى المركز .

القرطاس ماحوالیه احتمل الصحة والبطلان لتعذره ولو انکسر السهم بنصفین فاصاب بالمقطع من الذی فیه الفوق حسب له وان أصاب بالنصل من الآخر فاشکال .

کتاب الوقوف والهدایا

وفیه مقاصد (المقصد الاول) الوقف وفیه فصول (الاول) فی ارکانه وهی ثلاثة مطالب (المطلب الاول) الصیغة

الوقف عقد یفید تحبیس الاصل واطلاق المنفعة ولفظه الصریح وقفت وحبّست وسبّلت علی رأی وغیره حرّمت وتصدّقت وابّدت فان قرن احدی هذه الثلاثة باحدی

قال دام ظله : ولو انکسر السهم بنصفین فاصاب بالمقطع من الذی فیه الفوق حسب له وان اصاب بالنصل من الاخر فاشکال .

اقول : ینشأ (من) انه لم یبق فیه لحامل الوتر و اعتماده والمقروع بالوتر انما هو النصف الذی فیه الفوق (ومن) حیث ان اشتداده مع الانکسار یدل علی جودة الرمی وغایة الحذق فیه لحصول المشترط .

کتاب الوقوف والهدایا

وفیه مقاصد (المقصد الاول) الوقف وفیه فصول (الاول) فی ارکانه وهی ثلاثة مطالب (المطلب الاول) الصیغة .

قال دام ظله : وحبست وسبلت علی رای .

اقول: هذا اختیار الشیخ فی الخلاف و ابن زهرة وقطب الدین الکیدری و ذهب فی المبسوط الی ان الصریح وقفت لاغیر وغیره لایحکم به الا بدلیل و اختاره ابن ادریس وهو الاصح عندی لاصالة بقاء الملك علی صاحبه وعدم خروجه الا بوجه شرعی ولاعرف شرعی هنا سوی لفظ الوقف لاشتراك البواقی بینه وبین غیره والموضوع للقدر المشترك لا دلالة له علی شیء من الخصوصیات بشیء من الدلالات نعم لو انضم الیه القرائن صار کالصریح اذ القصد المعانی (ولاستعمال) امیر المؤمنین علیه السلام

الثلاثة السابقة او بما يدل على المعنى مثل ان لايباع ولايوهب ولا يورث أو صدقة مؤبّدة اومحرمة اوبالنية صار كالصريح والالم يحمل على الوقف ويدين بنيته لوادعاه اوادعى ضده ويحكم عليه بظاهر اقراره بقصده (اما) الموقوف عليه فيشترط قبضه فى صحة الوقف ولورده بطل ولوسكت ففى اشتراط قبوله اشكال اقربه ذلك، وكذا الولى أماالبطن الثانى فلا يشترط قبوله ولايرتد عنه بردّه بل برد الاول ، و لوكان الوقف على المصالح لم يشترط القبول نعم يشترط القبض و يشترط اهلية الواقف

اياه حيث كتب: بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما تصدق به على بن أبى طالب و هو حى سوىّ تصدق بداره التى فى بنى زريق صدقة لاتباع ولاتوهب حتى يرثها الله الذى يرث السموات و الارض و اسكن هذه الصدقة خالاته ما عشن و عاش عقبهن فاذا انقرضوا فهى لذوى الحاجة من المسلمين (١) (احتج) الشيخ بان حبّست وسبّلت ثبت لهما عرف الاستعمال بين الناس وانضم الى ذلك عرف الشرع بقول النبى ﷺ ان شئت حبّست اصله وسبّلت ثمرته (٢) ولا دلالة فيه على المطلوب .

قال دام ظله : و لورده بطل و لو سكت ففى اشتراط قبوله اشكال اقربه ذلك وكذا الولى .

اقول: ينشأ (من) انه ليس للانسان ولاية ادخال الملك تبرعا بايقاع لفظى ابتداء فى ملك غيره بغير رضاه بغير ولاية شرعية وصريحه القبول (ومن) عدم اشتراط الاصحاب له ويكفى فى الاختيار الاخذ (وقيل) يبنى على انتقال الملك وعدمه (فعلى الثانى) لا يشترط القبول كالاباحة (و يحتمل) اشتراطه لانه تمليك المنافع كالاجارة وان قلنا بانتقاله الى الله تعالى فلا يشترط القبول كالاعتاق (ولانه) عيّن مصرفه و على قولنا انه ملك الموقوف عليه يشترط (ووجه) القرب انه تمليك منفعة او عين فلا بد له من سبب موجب وليس له ولاية تمليك غيره كما تقدم فلا بد فيه من فعلهما لانه السبب وهوالاصح .

---

(١) ثل ب٦ خبر ٣ من كتاب الوقف .

(٢) صحيح مسلم (ج٥) باب الوقف سنن ابى داود (ج٣) باب ماجاء فى الرجل يوقف الوقف وفيهما انشئت حبست اصله وتصدقت بها .

للتصرف ولايحصل الوقف بالفعل كبناء مسجد وان اذن في الصلوة فيه أوصلى فيه مالم يقل جعلته مسجداً واذا تم الوقف بالاقباض كان لازما لايقبل الفسخ وان تراضيا ويشترط تنجيزه ودوامه واقباضه واخراجه عن نفسه ونية التقرب فلو علّقه بصفة أوشرط أوقرنه بمدة لم يقع؛ ولو وقفه على من ينقرض غالبا ولم يذكر المصرف كما لو وقف على اولاده واقتصر أوساقه الى بطون تنقرض غالبا فالاقرب انه حبس يرجع اليه او الى ورثته بعد انقراضهم .

قال دام ظله : اوساقه الى بطون تنقرض غالبا فالاقرب انه حبس يرجع اليه او الى ورثته بعد انقراضهم .

اقول: هنا مسألتان (١) الصحة والفساد فقال الشيخان وابن الجنيد وسلار وابن البراج وابن ادريس يصح الوقف وقال ابن حمزة يكون حبسا بلفظ الوقف (وقيل) لايصح الوقف ولا الحبس والاصح صحته حبسا (لنا) انه نوع تمليك وصدقة فيتبع اختيار المالك في التخصيص وغيره كغير صورة النزاع وللاصل ولان تملك الاخير ليس شرطا في تمليك الاول والالتقدم المشروط على الشرط (ولرواية) ابي بصير عن ابي جعفر عليه السلام بوصية فاطمة عليها السلام بحوائطها السبعة الى علي بن ابي طالب (ع) فان مضى علي (ع) فالى الحسن (ع) فان مضى الحسن (ع) فالى الحسين عليه السلام فان مضى الحسين (ع) فالى الاكبر من ولدي (١) واعترضه المصنف بعلمها عليها السلام بعدم انقراض ولدها لقوله عليه السلام حبلان متصلان (الحديث) احتج المانع بان مقتضى الوقف التابيد فالمنقطع وقف على المجهول فيبطل كالابتداء (والجواب) المنع من الصغرى والفرق ظاهر (ب) اختلف الشيخان في حاله بعد الانقراض فقال المفيد يرجع الى ورثة الموقوف عليهم واختاره ابن ادريس وقال الشيخ يرجع الى ورثة الواقف واختاره سلار وابن البراج وهو لازم من كلام ابن البراج وهو الصحيح وقال ابن زهرة يرجع الى وجوه البر (لنا) انه وقف على قوم باعيانهم فلايتخطى الى غيرهم لقول العسكري عليه السلام الوقوف بحسب ما يوقفها اهلها ان شاءالله تعالى (٢)

---

(١) ثل ب ١٠ خبر ١ من كتاب الوقوف .

(٢) ثل ب ٢ خبر ١ من كتاب الوقوف .

ولو أبّد على احد التقديرين دون الآخر مثل أن يقف على أولاده وعقبهم ما تعاقبوا فان انقرض العقب ولاعقب له فعلى الفقراء، ولو انقرض الاولاد ولا عقب لهم فعلى اخوته واقتصر كان حبسا على التقدير الثانى وفى الاول اشكال، و لو وقف على من سيولد له ثم على المساكين اوعلى عبده ثم على المساكين فهومنقطع-

---

ولان جعفر بن حيان سال الصادق عليه السلام عن رجل وقف عليه وعلى قرابته واوصى لرجل ليس بينه وبينه قرابة من تلك الغلة بثلاثمائة درهم كل سنة ثم ساق الحديث فان مات كانت الثلثمائة درهم لورثته (الى قال) فان انقطع ورثته ولم يبق منهم احد كانت الثلاثمائة درهم لقرابة الميت (١) و الظاهر ان الوصية بالوقف والا لم يكن لورثة الموصى شيء (احتج المفيد) بان الوقف ناقل عن الواقف فلا يعود اليه الا بسبب و لم يوجد (ولانه) صدقة فلا ترجع اليه.

قال دام ظله: ولو ابد على احد التقديرين دون الآخر (الى قوله) وفى الاول اشكال.

اقول: ينشأ (من) انه وقف معلق على شرط اذا لم يوجد العقب لم يكن وقفا ولا نعنى بالشرط الا ذلك و كل وقف معلق على شرط باطل (ومن) انه يصح فى الابتداء اذا قل مراتبه ان يكون حبسا و قد حصل شرط الاستمرار فيدوم و لانه شرط بما هو مشروط به فى نفس الامر و الاصح الصحة وهو اختيار افضل المحققين نصير الدين الطوسى لاشتراك الوقف والحبس وانما يتميزان بالتأبيد و عدمه و لهذا صح الوقف المنقطع الاخير وحمل على الحبس.

قال دام ظله: ولو وقف على من سيولد له ثم على المساكين اوعلى عبده ثم على المساكين فهو منقطع الاول فيحتمل الصحة كمنقطع الآخر و البطلان اذ لا مقر له فى الحال.

اقول: الاول مذهب الشيخ فى الخلاف وقواه فى المبسوط وقال (والذى-خ) و الذى يقتضيه مذهبنا بطلان الوقف و اختاره (المصنف -خ) فى المختلف و هو الاصح

---

(١) ثلب ٦ خبر ٨ من كتاب الوقوف.

الاول (فیحتمل) الصحة کمنقطع الاخر (والبطلان) اذلامقر له فی الحال والقبض شرط فی صحته فلووقف ولم یسلّم الواقف ثم مات کان میراثا ولووقف علی ولده الاصاغر کان قبضه قبضا عنهم وکذا الجد والوصی وفی اشتراط فوریته اشکال وانما یشترط القبض فی البطن الاول ولو کان الوقف علی الفقراء فلابدمن نصب قیم یقبض الوقف ولو کان علی

عندی (لنا) لوصح للزم اما صحة الوقف مع انتفاء الموقوف علیه اووقوع الوقف المشروط او عدم جریان الوقف علی حسب ماشرط الواقف لانه حالة الوقف ان لم یکن هناك موقوف علیه فهو الاول و ان کان ولیس من لایصح الوقف علیه اجماعا فیکون للبطن الثانی فاما ان یحکم بالوقف من حین العقد و هو مخالف للشرط او بعد انقراض الاول فهو وقف معلق علی شرط وبطلان التالی باقسامه ظاهر (واحتج) الشیخ فی الخلاف بانه ذکر نوعین احدهما لایصح الوقف علیه والآخر یصح فیصح فی من یصح اذلا دلیل علی ابطاله ولامانع منه

قال دام ظله : والقبض شرط فی صحته (الی ان قال) و فی اشتراط فوریته اشکال .

اقول: ینشأ (من) انه کالقبول فی باقی العقود فی کونه شرطا فی اعتبار الایجاب فلا یتأخر عنه (ولان) تأخر شرط تاثیر الایجاب عنه علی خلاف الاصل لان الایجاب اذا وجد قبل شرط تاثیره فلا تاثیر له و عند وجود الشرط بعده لا مؤثر فلا یصح الا فی موضع ورد فیه النص و لم یعلم ثبوته هنا (و من) روایة عبید بن زرارة عن الصادق علیه السلام انه قال فی رجل تصدق علی ولده قد ادرکوا فقال اذا لم یقبضوا حتی یموت فهو میراث (١) علق البطلان علی عدم القبض المستمر الی الموت فلا یکون غیره شرطا والالزم تأخیر البیان عن وقت الحاجة و الاصح الثانی وظاهر کلام ابی الصلاح انه لا یشترط الفوریة و انه ان وقف علی المصالح العامة و المساجد و مات قبل التسلیم لزم فلم یشترط القبض هنا وان وقف علی معیّن ومات قبل التسلیم فهی وصیة .

---

(١) ئل ب٤ خبر٥ من کتاب الوقوف .

مصلحة تولّى القبض الناظر فيها .

ولووقف مسجدا اومقبرة لزم اذاصلى فيه واحد اودفن صلوة صحيحة للاقباض والاقرب ان قبض الحاكم كذلك ولووقف على نفسه بطل ولووقف على نفسه ثم على غيره فهو منقطع الاول و لو عطف بالواو فالاقرب اختصاص الغير بالنصف و بطلان النصف فى حقه ولوشرط قضاء ديونه أوادرار مؤنه أوالانتفاع به بطل الوقف بخلاف مالووقف على الفقهاء وهو منهم أوعلى الفقراء فصار فقيراً فانه يشارك ولوشرط عوده اليه عند الحاجة صح الشرط وصارحبسا وبطل وقفا بل يرجع اليه مع الحاجة ويورث

قال دام ظله : ولووقف مسجداً اومقبرة لزم اذا صلى فيه واحدا و دفن صلاة صحيحة للاقباض والاقرب ان قبض الحاكم كذلك .

اقول: الاقرب عند المصنف هو الاصح عندى لانه الوالى لهذه الاشياء ولانه فى الحقيقة وقف على المسلمين وهو وليهم (ويحتمل) عدمه لعدم النص عليه اذلم يذكرالا الاول .

قال دام ظله : ولووقف على نفسه ثم على غيره فهو منقطع الاول و لوعطف بالواو فالاقرب اختصاص الغير بالنصف و بطلان النصف فى حقه.

اقول: وجه القرب انه لم يجعل للغير اكثر من النصف لان العطف بالواو يقتضى التساوى والتشريك (ولانه) اضاف وقف المجموع الى المجموع من حيث هو مجموع فلايعطى لواحد (ويحتمل) ان يكون الكل للغير لان العطف بالواو يقتضى تساوى النسبة والموقوف هو المجموع من حيث هو مجموع فهو يقتضى ثبوته لكل واحد واحد منهما ولان الموقوف عليه بيان مصرف المنافع و الملك لله تعالى او للواقف على اختلاف الرأيين وهذا الاحتمال على هذين القولين ، و انما حكم بالتنصيف للتمانع و لا تمانع هيهنا فيكون الكل للغير (ولان) كل جزء يفرض فنسبته اليهما واحدة و انما اختص احدهما بجزء دون آخر لمنعه حق الاخر والضرورة ولا مانع هيهنا والاصح الاول والفرق بينه و بين منقطع الاول ان منقطع الاول ليس فى الطبقة الاولى ما يصح فيه بخلافه هنا .

ولوشرط الخيار في الرجوع عنه بطل الشرط والوقف ويجب اتباع كل شرط لاينافي مقتضى العقد ولوشرط اخراج من يريد بطل ولوشرط ادخال من يولد أومن يريد مع الموقوف عليهم جاز سواء كان الوقف على اولاده أوغيرهم .

ولو شرط نقله عن الموقوف عليهم الى من سيوجد بطل على اشكال وكذا الاشكال لوقال على أولادى سنة ثم على الفقراء .

قال دام ظله : ولوشرط نقله عن الموقوف عليهم الى من سيوجد بطل على اشكال .

اقول: ينشأ (من) ان وضع الوقف على اللزوم و اذا كان الموقوف عليه فى معرض السقوط فلا لزوم (ومن) انه يصح صرف الريع (١) مدة الى هذاو بعد ذلك الى غيره ولانه لووقف على ولده سنة ثم على المساكين صح اجماعا ولانه يصح اشتراط نقله مع تغير وصفه فكذا مع تجدد ولدله (فلانه) فى الحقيقة تغيير صفة فانه وقف عليهم ماداموا منفردين (ولانه) يصح اخراجهم عن البعض والوقف فى الكل متساو فاذاصح فى البعض صح فى البعض الآخر والا لكان الوقف مقولا بالتشكيك فيكون فى البعض اقوى منه فى البعض الآخر وهو باطل اجماعا (اما المقدمة) الاولى فلرواية عبدالله بن الحجاج عن الصادق عليه السلام عن الرجل يجعل لولده شيئاً وهم صغار ثم يبدولهان يجعل معهم غيرهم من ولدها قال لابأس (٢) وعن محمد بن سهل عن ابيه قال سالت اباالحسن الرضا عليه السلام عن الرجل يتصدق على بعض ولده بطرف من ماله ثم يبدوله بعده ان يدخل معه غيره من ولده قال لابأس (٣) وفيه نظر فان الصدقة لاتكون وقفا والمقدمات الباقية بينة (وذهب) الشيخ الى بطلان الاخراج و النقل وادعى الاجماع وهو الاصح

قال دام ظله : وكذا الاشكال لوقال على اولادى سنة ثم على الفقراء .

اقول: وجه الاشكال ان الموقوف عليه هل يملك املا (فان قلنا) يملكه

---

(١) بفتح الراء وسكون الياء النماء والزيادة (مجمع البحرين).

(٢) ٦ ب ٥ خبر ٣ من كتاب الوقوف وفيه عبدالرحمن بن الحجاج .

(٣) ٦ ب ٥ خبر ٢ من كتاب الوقوف .

ولووقف على اصاغر اولاده لم يجز له أن يشارك غيرهم مع الاطلاق على رأي ، ويجوز أن يشترط النظر لنفسه وللموقوف عليه ولاجنبي فان لم يعين كان الى الموقوف عليه ان قلنا بالانتقال اليه ولو شرط بيعه متى شاء اوهبته اوالرجوع فيه بطل الوقف ولو شرط اكل أهد منه صح الشرط .

لم يصح هذا فانه اذا ملك لايخرج الابمخرج ولم يرد الملك الموقت في الشرع بخلاف مدة حياته فان الحياة شرط في الملك (و ان قلنا) يملكه الله او الواقف صح لانه بيان مصرف منافعه وادعى المصنف في تذكرة الفقهاء الاجماع على صحته ثم لما سالناه عن هذا الاشكال قرر ماذكرناه والاصح الصحة .

قال دام ظله :ولووقف على اصاغر اولاده لم يجز له ان يشارك غيرهم مع الاطلاق على راى .

اقول: ذهب الشيخ في النهاية الى الجواز وقال ابن البراج ان شرط انه له دون غيره ممن عسى ان يرزقه الله من الاولاد فانه لايجوز ان يدخل غيره في ذلك والاصح انه لايجوز مطلقا (لنا) قول العسكري عليه السلام الوقوف بحسب ما يوقفها(١) (ولانه) عقد لازم فلايجوز تغييره والا لم يكن لازما و ماروواه جميل بن دراج قال قلت لابي عبدالله عليه السلام رجل تصدق على ولده بصدقة وهم صغار له ان يرجع فيها قال لا الصدقة لله(٢) (واحتج) بعضهم للشيخ برواية عبدالرحمن بن الحجاج عن ابى عبدالله عليه السلام في الرجل يجعل لولده بستانا وهم صغار ثم يبدوله ان يدخل معهم من ولده قال لابأس (٣) والحجة ضعيفة لعدم دلالتها على الوقف .

قال دام ظله:ويجوز ان يشترط النظر لنفسه(الى قوله)ان قلنا بالانتقال اليه

اقول: لانه ملك الموقوف عليه اصله ونمائه واما على القول بانه لله تعالى فالنظر الى حاكم الشرع وبالجملة فهذه المسألة مبنية على المسألة السابقة .

---

(١) ئل ب٢ خبر١ من كتاب الوقوف .
(٢) ئل ب٤ خبر٢ من كتاب الوقوف .
(٣) ئل ب٥ خبر٣ من كتاب الوقوف .

المطلب الثانى فى المتعاقدين

اما الواقف فيشترط فيه البلوغ والعقل وجواز التصرف (فلايصح) وقف الصبى وان بلغ عشرا (ولا) المجنون (ولا) المحجور عليه لسفه أوفلس (ولا) المكره ولا الفضولى ويصح وقوعه من المالك ووكيله ، ولووقف فى مرض الموت خرج من الثلث مع عدم الاجازة وكذا لو جمع بينه وبين غيره ويبدء بالاول فالاول ، ولوقال هووقف بعد موتى احتمل البطلان لانه تعليق والحكم بصرفه الى الوصية بالوقف (واما الموقوف عليه) فيشترط فيه امور اربعة (الوجود) و(التعيين) و(صحة التملك) و(تسويغ الوقف عليه) فلووقف على المعدوم ابتداء اوعلى الحمل كذلك لم يصح ولو وقف عليهما تبعاً للموجود صح ولووقف على أحد الشخصين اواحد القبيلتين اوعلى رجل غير معين اوامرأة بطل ولووقف على قبيلة عظيمة كقريش و بنى تميم صح ، ولو قال وقفت او هذه صدقة موقوفة و لم يذكر المصرف بطل ، ولووقف على المسلمين فهو لمن صلى الى القبلة و يحرم على الخوارج والغلاة .

ولووقف على المؤمنين فهو للاثنى عشرية وقيل لمجتنبى الكبائر والشيعة كل من

المطلب الثانى فى المتعاقدين

قال دام ظله : ولوقال هووقف بعد موتى احتمل البطلان لانه تعليق و الحكم بصرفه الى الوصية بالوقف.

اقول: (لانه) ابلغ من قوله قفوا هذا بعد موتى (ولاستعماله) فى الوصية كثيراً وهو الاصح لانه تصرف مالى معلق بالموت وهذا معنى الوصية.

قال دام ظله : ولو وقف على المؤمنين فهو للاثنى عشرية و قيل لمجتنبى الكبائر .

اقول: الاول قول السلار وابن ادريس وحكاه الشيخ فى التبيان (والثانى) قول الشيخ فى النهاية فانه قال يكون لمجتنبى الكبائر من اهل المعرفة بالامامة دون غيرهم ولايكون للفساق منهم معهم شىء على حال وكذا قال المفيد وابن البراج وابن حمزة وقال سلار يكون للامامية ولم يشرط العمل (ومبنى) ذلك على تفسير الايمان (فذهب)

قدّم عليا عليه السلام كالامامية والجارودية من الزيدية والكيسانية وغيرهم ، والزيدية كل من قال بامامة زيد بن على ، والهاشميون كل من انتسب الى هاشم من ولد ابى طالب والعباس والحارث وابى لهب والطالبيون من ولده أبو طالب ، واذا وقف على قبيلة او علق بالنسبة الى أب دخل فيهم الذكور والاناث بالسوية الا ان يعيّن أو يفضّل ويندرج فيهم كل من انتسب بالاب دون الام خاصة كالعلوية فانه يندرج تحته كل من انتسب الى على عليه السلام من جهة الاب .

ولا يعطى من انتسب اليه بالام خاصة على رأى ، ولو وقف على من اتصف بصفة أو دان بمقالة اشترك فيه كل من تصدق عليه تلك النسبة كالشافعية يندرج فيهم كل من اعتقد مذهب الشافعى من الذكور والاناث ، ولو وقف على الجيران فهو لكل من يصدق عليه عرفا انه جاره وقيل لمن يلى داره الى اربعين ذراعا من كل جانب وقيل الى اربعين

الوعيدية الى ان العمل جزء من الايمان فصاحب الكبيرة ليس بمؤمن وهو اختيار المفيد (و قال) بعض المتكلمين الفاسق له منزلة بين المنزلتين لا كافر ولا مؤمن و تحقيق هذه المسألة مذكور فى الكتب الكلامية (و الحق) عندى ان الايمان هو التصديق بالقلب واللسان وان العمل ليس بجزء ولا شرط فيه وهذا هو اختيار والدى المصنف واكثر المتكلمين وشيخنا نجم الدين ابو القاسم بن سعيد واول كلام الشيخ بعدم دخول الفاسق فى لفظ المؤمن عند الاطلاق فى العرف.

قال دام ظله : ولا يعطى من انتسب اليه بالام خاصة على رأى.

اقول: قد تقدمت هذه المسألة فى الخمس

قال دام ظله : ولو وقف على الجيران فهو لكل من يصدق عليه عرفا انه جاره (و قيل) لمن يلى داره الى اربعين ذراعا من كل جانب (و قيل) الى اربعين دارا .

اقول: الاول قول بعض الاصحاب (والثانى) قول الشيخين وابى الصلاح وسلار وابن البراج وابن ادريس وابن زهرة وابن حمزة وقطب الدين الكيدرى (و الثالث) قول بعض الاصحاب ايضا لرواية عايشة عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم انه سئل عن حد الجوار فقال

داراً ؛ ولووقف على من لايملك بطل كالمملوك القنّ ولاينصرف الوقف الى مولاه ولاعلى ام الولد ولاالمدبّر ولاعلى الميت ولاعلى الملك ولاالجن ولا المكاتب فلوعتق بعضه صح فى ماقابل الحرية ، ولووقف على المضالح كالقناطر والمساجد والمشاهد صح لانه فى الحقيقة وقف على المسلمين لكن هوصرف الى بعض مصالحهم بخلاف الوقف على البيع فانه لاينصرف الى مصالح اهل الذمة ولووقف على البيع والكنائس او معونة الزناة او قطّاع الطريق أوعلى كتبة التورية والانجيل لم يصح ويصح من الكافر .

وفى وقفه على الذمى خلاف ، والاقرب المنع فى الحربى والصحة فى المرتدّ

الى اربعين داراً(١) والوجه الاول لان الشرع يحمل على العرف فى غير الحقيقة الشرعية

قال دام ظله : وفى وقفه على الذمى خلاف والاقرب المنع فى الحربى والصحة فى المرتد عن غير فطرة

اقول: البحث هنا فى وقف المسلم على الكافر فنقول قال بعض الناس (الاصحاب ـ خ ل) بجواز الوقف على الذمى مطلقا حكاه الشيخ فى المبسوط وذهب الشيخ فى المبسوط الى جوازه عليه اذا كان قريبا لاغيره وجوّز المفيد الوقف على الكفار اذا كانوا اقارب سواء الابوان اوغيرهما وهواختيار الشيخ فى النهاية وابى الصلاح وابن حمزة ومنعه سلار وابن البراج مطلقا وقال ابن ادريس يصح على الوالدين الكافرين دون غيرهما من الاقارب وغيرهم وتارة سوّغه على الاقارب مطلقا ثم اخرى منعه واضطرب فى هذه المسألة (واحتج) الاولون بقوله تعالى **لاينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين و لم يخرجوكم من دياركم ان تبروهم و تقسطوا اليهم (٢)** وقوله عليه السلام على كل كبد حرّى(٣) (احتجت) الفرقة الثانية بالامر بصلة الرحم والمنع من مودة الكافر فيحمل على الاجنبى لجواز تخصيص الكتاب بالسنة عندنا ، ولماروى

---

(١) ئل ب٩٥ من ابواب العشرة من كتاب الحج خبر ٢ نقله مسنداً عن عمرو بن عكرمة عن ابى عبدالله (ع) من رسول الله صلى الله عليه وآله .

(٢) الممتحنة ٨ـ

(٣) لم نعثر عليه فى كتب الاحاديث نعم اورده فى مجمع البحرين فى مادة كبد.

عن غير فطرة ويصح الوقف على الفاسق والغنى ، ولو وقف على اقاربه اشترك الذكور والإناث بالسوية والاقرب والابعد ويحمل على من يعرف بانه قرابة له ولو شرط الترتيب او التفضيل أو الاختصاص لزم ، ولو وقف على اخوانه او اعمامه تساووا ولو وقف على اقرب الناس اليه ترتبوا كالميراث لكن يتساوون في الاستحقاق الآن يفضّل ولو وقف في وجوه البر واطلق فهو للفقراء و المساكين و كل مصلحة يتقرب بها الى الله تعالى و يصرف الوقف على المنتشرين الى من يوجد منهم ، و لو وقف المسلم على الفقراء اختص بفقراء المسلمين ولو وقف الكافر، بفقراء نحلته ولو وقف على مصلحة فبطل رسمها صرف في وجوه البر.

المطلب الثالث الموقوف

وشروطه اربعة أن يكون عينا مملوكة يصح الانتفاع بها مع بقائها و يمكن اقباضها فلا يصح وقف الدين ولا المطلق كفرس غير معين وعبد في الذمة او ملك مطلق

ان صفية بنت حيي زوجة النبي صلى الله عليه وآله وسلم وقفت على اخ لها يهودي(١) و الحجة في امره عليه السلام اوتقريره ولم يثبت (احتج) المانع مطلقا بان الوقف مودة ولا شيء من الكافر يجوز مودته لقوله تعالى: **لا تجد قوما يؤمنون بالله واليوم الآخر يوادون من حاد الله ورسوله ولو كانوا آبائهم او أبنائهم او اخوانهم او عشيرتهم (٢)** نهى عن مودة الكافر وان كان اباً (احتج) القائلون بالجواز على الوالدين بما فيه من البر بالابوين وقوله تعالى: **وصاحبهما في الدنيا معروفا (٣)** (و وجه) القرب في الحربي ما ذكرنا من الادلة على المنع ولان كل من يصح عليه الوقف ماله معصوم و كل حربي لا شيء من ماله بمعصوم لاباحة اخذه قهراً فلا شيء مما يصح الوقف عليه بحربي (ووجه) الصحة في المرتد عن غير فطرة انه بحكم المسلمين (ووجه) المنع الكفر والاقوى عندي انه لا يصح على الكافر مطلقا

---

(١) لم نجده .

(٢) المجادلة - ٢٢ (٣) لقمان - ١٤

ولامالایصح تملکه کالخنزیر نعم لووقفه الکافرعلی مثله فالاقرب الصحة ولاالحر نفسه ولامالایملکه الواقف کملك الغیرفان اجاز المالك فالاقرب اللزوم ولا المستاجر ولا الموصی بخدمته ولاوقف الطعام ولااللحم والشمع! .

وفی الدراهم والدنانیر اشکال ولاوقف الآبق لتعذر تسلیمه ، و یصح وقف المشاع ومن ینعتق علی الموقوف علیه فیبقی وقفا و قبضه کقبض البیع ویصح وقف کلما ینتفع به منفعة محللة مع بقائه کالعقار و الثیاب والاثاث والآلات المباحة و الحلی و السلاح والکلب المملوك و السنور والشجروالشاة و الامة و العبد دون المستولدة وفی المستولدة نظر، ولوجعل علوداره مسجداً دون السفل اوبالعکس أو جعل وسط داره ولم یذکر الاستطراق جاز .

المطلب الثالث الموقوف

قال دام ظله : ولا مالایصح تملکه کالخنزیر نعم لووقفه الکافرعلی مثله فالاقرب الصحة .

اقول: وجه القرب انه یصح نقله الی مثله بالبیع فجاز بالوقف (ویحتمل) البطلان لانه لایصح التقرب بنقلها (ومن) شرط الوقف التقرب هذا لفظ المصنف والاصح عندی البطلان .

قال دام ظله : ولامالا یملکه الواقف کملك الغیر و ان اجاز المالك فالاقرب اللزوم .

اقول : وجه القرب انه عقد صدرعن عاقل بالغ رشید فی محل قابل للنقل و اجازه المالك فوجد المقتضی وارتفع المانع فصح (ویحتمل) المنع لعدم صحة التقرب بملك الغیر وهوالاقوی .

قال دام ظله : وفی الدراهم والدنانیر اشکال .

اقول : منشأه انه هل یصح ان یکون لها منفعة حکمیة معتبرة فی نظر الشرع مع بقاء عینها ام لا .

الفصل الثانى فى الاحكام

الوقف اذا تم زال ملك الواقف عنه ثم ان كان مسجداً فهو فك ملك كالتحرير وان كان على معين فالاقرب انه يملكه وان كان على جهة عامة فالاقرب ان الملك لله

الفصل الثانى فى الاحكام

قال دام ظله : ان كان مسجدا فهو فك ملك كالتحرير وان كان على معين فالاقرب انه يملكه وان كان على جهة عامة فالاقرب ان الملك لله تعالى .

اقول: اختلفوا فى الوقف هل ينتقل عن ملك الواقف ام لا الظاهر من كلام ابى الصلاح انه لا ينتقل الرقبة عن ملكه لقوله عليه السلام حبس الاصل وسبل الثمرة (١) و لجواز ادخال من يريد مع صغر الاولاد ولو انتقل لم يجز له ذلك (والصغرى) قدمرت (والكبرى) ظاهرة والحق انتقاله عنه وهو مذهب الاكثر لان الوقف سبب قطع تصرف الواقف فى الرقبة والمنفعة فوجب ان يزول ملكه عنه كالعتق لانه معناه ثم اختلف القائلون بالانتقال فذهب الشيخ وابن ادريس الى انتقاله الى الموقوف عليه وهو الاصح لانه مال لثبوت الاحكام المالية فيه ولهذا يضمن بالقيمة فكان ملكا كام الولد وليس للواقف ولا لغيره (هما خل) من الناس فهو للموقوف عليه ونقض بيوارى المسجد وآلاتها فانها تضمن بالقيمة وملكها لله تعالى لا للناس ولما رواه على بن سليمان النوفلى قال كتبت الى أبى جعفر عليه السلام اسأله عن ارض اوقفها جدى على المحتاجين من ولد فلان بن فلان والرجل يجمع القبيلة وهم كثير متفرقون فى البلاد وفى ولد الواقف حاجة شديدة فسألونى ان اخصهم بها دون سائر ولد الرجل الذى يجمع القبيلة فاجاب ذكرت الارض التى أوقفها جدك على نفر من ولد فلان وهى لمن حضر البلد الذى فيه الوقف وليس لك ان تتبع من كان غائبا (٢) واللام للملك والمحكوم عليه هو الارض لا منفعتها لانها المذكور السابق ونقل ابن ادريس انتقاله الى الله تعالى وحكاه فى المبسوط عن قوم (لان) كل وقف صدقة و كل صدقة فهى لله تعالى (واما الصغرى) فقد صرح بها

(١) المستدرك ب٢ خبر ١ من كتاب الوقوف .

(٢) ثل ب ٨ خبر ١ من كتاب الوقوف .

تعالى ؛ واووقف الشريك حصته ثم اعتقها لم يصح العتق و كذا لو اعتقها الموقوف عليه ولواعتق الاخرلم يقوّم عليه الوقف ، ويملك الموقوف عليه المنافع المنجددة

الشيخ في النهاية حيث قال الوقف والصدقة شيء واحد (ولان) علي بن سليمان كتب الى ابي الحسن عليه السلام جعلت فداك ليس لي وارث ولي ضياع ورثتها من ابي وبعضها استفدتها ولا آمن الحدثـان فان لم يكـن ولد وحدث بي حادث فما ترى جعلت فداك ان أوقف بعضها على فقراء اخواني والمستضعفين اوأبيعهاواتصدق بثمنها في حيوتي عليهم فانياتخوف ان لاينفذ الوقف بعدموتي فان اوقفتهافي حيوتي فليان آكل منهاايام حيوتي امْلا فكتب عليه السلام فهمت كتابك في امرضياعك فليـس لكان تأكل منهامن الصدقة الحديث(١) فسمى الوقف صدقة (ولاستعمال) ابي عبدالله عليه السلام لفظ الصدقة في الوقف في رواية ابن ابي صالح (٢) و كذا استعمـل علي عليه السلام لفـظ الصدقة في الوقف في رواية ربعي بن عبدالله عـن ابي عـبدالله عليه السلام (٣) (واما الكبـرى)فلرواية جميل بن دراج الصحيحة قال قلت لابي عبدالله عليه السلام رجل تصدق على ولده بصدقة وهم صغاراله ان يرجع فيها قال لا الصدقة لله (٤) (ووجه)قرب كونه لله تعالى في الجهة العامةوهو الاصح تساوى نسبة كل واحد اليه واستحالة ملك كل واحد واحد وواحد معين لاستحالةالترجيح من غير مرجح والاجماع ولاالمجموع من حيث هو مجموع لاختصاص الحاضر و واحد غير معين لان الملك نسبة واضافة معينة فلايكون محلها مبهما وليس حكمه كالمباح فهو لله تعالى وقدفسر بانفكاك المحل عن ملك الآدميين واختصاصهم (و يحتمل) ان يكون ملكا للموقوف عليه وهو الكلي لماتقدم وفي المسجد والرباط يكون لله اجماعا لانتفاء الملك منهما .

---

(١) ئل ب٣ خبر١ من كتاب الوقوف .

(٢) ئل ب٦ خبر٣ من كتاب الوقوف

(٣) ئل ب٦ خبر٢ من كتاب الوقوف .

(٤) ئل ب٤ خبر٧ من كتاب الوقوف .

ملكا تاما كالصوف واللبن والنتاج وعوض البضع و اجرة الدابة والدار والعبد ، ولو شرط دخول النتاج فى الوقف فهو وقف ؛ و يملك الموقوف عليه الصوف و اللبن الموجودين وقت الوقف مالم يستثنه ولايصح بيع الوقف ولاهبته ولانقله ولوخربت الدار لم تخرج العرصة عن الوقف ولم يجز بيعها ، ولووقع بين الموقوف عليهم خلف بحيث يخشى خرابه جاز بيعه ولولم يقع خلف ولاخشى خرابه بل كان البيع انفع لهم لم يجز بيعه ايضاً على رأى .

ولو انقلعت نخلة قيل جاز بيعها والاولى المنع مع تحقق المنفعة بالاجارة للتسقيف

قال دام ظله : ولولم يقع خلف ولاخشى خرابه بل كان البيع انفع لهم لم يجز بيعه ايضا على راى .

اقول: هذا اختيار ابن ادريس وعليه اكثر العلماء وقال الشيخ المفيد ويجوز تغيير الشرط فى الوقف الى غيره عملا بالرواية ومارواه على بن مهزيار فى الصحيح قال كتبت الى ابيجعفر عليه السلام ان فلانا ابتاع ضيعة فاوقفها وجعل لك فى الوقف الخمس ويسأل عن رأيك فى بيع حصتك من الارض او يقومها على نفسه بما اشتراها أو يدعها موقوفة لك فكتب عليه السلام الى اعلم فلانا بانى آمره ببيع حقى من الضيعة وايصال ثمن ذلك الى وان ذلك رأيى ان شاء الله تعالى اويقومها على نفسه ان كان ذلك اوفق (ارفق - خ) له(١) والاصح الاول (والجواب) عن الرواية حملها على عدم تمام الوقف وظاهرها يدل عليه .

قال دام ظله : ولو انقلعت نخلة قيل جاز بيعها و الاولى المنع مع تحقق المنفعة بالاجارة للتسقيف وشبهه .

اقول: الاول قول الشيخ فى الخلاف قال لانه لايمكن الانتفاع بهذه النخلة الاعلى هذا الوجه (والثانى) قول ابن ادريس لان الوقف يقتضى دوام الاصل مع بقاء منفعته ومجرد بطلان القوى النباتية التى فيها وعدم ثمرتها لايلزم زوال كل منافعها بل

---

(١) ئل ب٦ خبره ٥ من كتاب الوقوف .

وشبهه ، ولوشرط بيعه عند التضرر به كزيادة خراج وشبهه وشراء غيره بثمنه اوعند خرابه اوعطلته او خروجه عن حدالانتفاع اوقلة نفعه ففي صحة الشرط اشكال ومع البطلان ففي ابطال الوقف نظر .

ونفقة المملوك على الموقوف عليهم وان كان ذا كسب على رأى ولواقعدا وعمى او جذم

يمكن عملها جسراً اوزرنوقاً (۱) وغير ذلك (واعلم) ان الحق انه متى فرض لها منفعة ما مع بقائها لم يجز بيعها لان الوقف للتأبيد اى مادامت هذه الجسمية الخاصة موجودة لامادامت صفة النخلة الموصوفة بحياة النبات قال المصنف في المختلف ونعم ما قال لانزاع بينهما لان دليل الشيخ يدل على جواز بيعها مع انتفاء سائر المنافع فيها وابن ادريس فرض وجود منفعة ومنع بيعها لوجودها وماذا يفعل بالثمن قال ابن الجنيد يشترى بمايكون وقفا والبحث مذكور في موضعه .

قال دام ظله : ولو شرط بيعه عند التضرر (الى قوله) ففي صحة الشرط اشكال .

اقول: ينشأ (من) قول ابى عبدالله عليه السلام في رواية جعفر بن حيان واذا رضوا كلهم وكان البيع خيراً لهم باعوا (۲) فاذا جاز بيعه بغير شرط الواقف فمعه اولى (ومن) ان الوقف للتأبيد والبيع ينافيه والاصح انه لايصح بيع الوقف بحال .

قال دام ظله : ومع البطلان ففي ابطال الوقف نظر.

اقول: جعل الشيخ العقود المتضمنة للشرط ليست معلقة عليها بل هي عقود وشروط و بطلان احد الجزئين لا يستلزم بطلان الاخر (ويحتمل) البطلان لانه انما اوقعه على هذا التقدير و لا يعلم رضاه بدونه و لم يدل على وقوعه بدونه باحدى الدلالات والفرق بينه و بين المعاملات ان للشرط مدخلا في العوض وهنا تبرع محض.

قال دام ظله : ونفقة المملوك على الموقوف عليهم وان كان ذا كسب على رأى .

---

(۱) الزرنوق بضم الزاء المعجمة والنون ويفتح :النهر الصغير (الزرنوقان) حائطان وفي المحكم منارتان مبنيتان على رأس البئر من جانبيها فتوضع عليهما الخشبة المعترضة عليهما ثم يعلق بها البكرة ويستقى بها (اقرب الموارد) .

(۲) ئل ب۶ خبر ۸ـ من كتاب الوقوف .

عتق وسقطت النفقة، ولو قتل قصاصا بطل الوقف ولو قطع فالباقي وقف ولو اوجبت مالا تعلق بكسبه ان قلنا بعدم الانتقال وكذا ان كان على المساكين أو على المعسر والا فعلى الموقوف عليه لتعذر بيعه على اشكال، ينشأ من أن المولى لا يعقل عبداً ، والاقرب الكسب

اقول: الموقوف عليه اما جهة عامة اولا والاول النفقة فى كسبه والثانى يكون على معين وهو مراد المصنف هنا فقال فى المبسوط يكون فى كسبه اذا لم يشترط او شرطها فى كسبه لان الغرض بالوقف انتفاع الموقوف عليه وهو موقوف على بقاء عينه وانما يبقى بالنفقة فتصير كانه شرطها فى كسبه وقال المصنف انها على الموقوف عليه وهو الاصح عندى لانها تابعة للملك و العين و المنافع ملك للموقوف عليه و الشيخ فى المبسوط تسلم انه ملك للموقوف عليه وعلى القول بعدم انتقاله اليه ان جعلناه على مستحق المنافع كالاجير الخاص والموصى بخدمته فعليه هنا والا فالاصح فى كسبه فلا يملك الموقوف عليه قدر نفقته فلا يجب عليه فطرته وعلى القول بانه لله تعالى (قيل) على بيت المال كمعتق مسلوب المنافع لزمانة و الاصح فى كسبه و كذا لو جعلناه للواقف ولو عجز الكسب فعلى بيت المال ان كان الملك لله تعالى او للواقف ولم يكن موجوداً او كان معسراً وعمارة العقار حيث شرط الواقف والا ففى غلته وان قصرت لم يجب عليه .

قال دام ظله : ولو اوجبت مالا تعلق بكسبه (الى ان قال) والاقرب الكسب.

اقول: اقوال فقهاء العالم فى هذه المسألة منحصرة فى خمسة (ا) تعلق مال الجناية بكسبه و هو اختيار الشيخ فى المبسوط و المصنف هنا لان مال الجناية لا يتعلق برقبته لان الموقوف لا يباع وكل من يتعلق المال برقبته يباع فالعبد الموقوف لا يتعلق مال الجناية برقبته وهذه حجة الشيخ فى المبسوط ولا يطل دم امرىء مسلم ولا يعقل المولى عبداً فيتعلق بكسبه (ب) انه يتعلق ببيت المال (ج) انه يتعلق بمال الواقف (د) انه يجب فى مال الموقوف عليه قال الشيخ فى المبسوط فمن قال ينتقل الملك اليه اعنى الموقوف عليه فهو فى ماله (ومن) قال ينتقل الى الله (قيل)

وليس للمجنى عليه استرقاقه فى العمد على اشكال ، ولو جنى عليه بما يوجب المال احتمل اختصاص الموجودين به فلهم العفو وشراء عبد أو شقص عبدبها يكون وقفا

فى مال الواقف لانه الذى منع الرقبة من تعلق الارش بها (وقيل) فى بيت المال كالحر المعسر(ه) انه يباع فيها وقد ذكره والدى المصنف احتمالا فى المختلف لانه يقتل فى الجناية فالبيع اولى و القول الرابع انما هو فى الوقف على المعين و الاصح عندى التعلق بالكسب لانه اقرب الاشياء الى الرقبة ولانه يجمع بين الحقين.

قال دام ظله: وليس للمجنى عليه استرقاقه فى العمد على اشكال .

اقول : ينشأ (من) ان الوقف لازم لوجود الحيوة فى الحيوان لايزول الا بزوالها لانه مقتضى التأبيد وهو مانع من تملك غير الموقوف عليهم مادام موجوداً فلا يصح تملكه (ومن) ان الولى يملك ابطال الوقف بابطال الحيوة فيملكه مع بقائها لانه عفو وهوحسن مندوب اليه شرعاولعموم الاخبار الدالة على جواز تملك الولى للعبد الجانى عمداً .

قال دام ظله: ولو جنى عليه بما يوجب المال احتمل اختصاص الموجودين به فلهم العفو وشراء عبداوشقص عبدبها يكون وقفا.

اقول: اذا قتل العبد الوقف قتلا يوجب المال كأن قتله حرٌ اجنبى فعليه قيمته (وهنا مسائل) (ا) ؟ مايفعل بالقيمة ، قال الشيخ فى المبسوط قال قوم يشترى بها عبد آخر ويقام مقامه سواء قيل انتقل ملكه الى الله اواليه لان حق البطون الاخر يتعلق برقبته فاذامات اقيم غيرها بقيمتها مقامها (ومنهم) من قال ينتقل القيمة اليه قال وهو الاقوى لاناقد بينا ان ملكه له والوقف لم يتناول القيمة لان موضوع الوقف عين شخصية لاغير واختار المصنف فى المختلف الاول لعدم اختصاص البطن الاول به ولهذا ياخذ البطن الثانى عن الواقف لاعن الاول والقيمة بدل العين يملكها من يملكها على حدما يملكها ويتعلق بهاحق من يتعلق حقه بها وملك البطن الاول ليس بمطلق بل الى نهاية هو حيوته فكذا بدلها وقولهم الوقف لايتناول القيمة (ان عنى) به عدم دلالته بالمطابقة فمسلّم لكن دلالة الالفاظ على الاحكام ليست مقصورة على

سواء اوجبت ارشا اودية فليس للموجودين العفو حينئذ ولو جنى عليه عبد بما يوجب القصاص فان اقتص الموقوف عليه استوفى وان عفى فهل لمن بعده من البطون الاستيفاء الاقرب ذلك ان لم يكن نفسا ولو استرق الجاني أو بعضه فهل يختص به او يكون وقفا اشكال

المطابقة (وان عنى) عدم دلالته على حكمها بالكلية فممنوع لدلالته عليها بالاقتضاء لانها قائمة مقام العين (ولان) حق الوقف اقوى من حق الرهن وهو يتعلق بالعوض والوقف اولى وهذا من دلالة مفهوم الموافقة والاصح الاول لئلا يبطل غرض الواقف (والثاني) قوى ايضا (ب؟) من يشترى هذا العبد الاقوى الحاكم لانا ان جعلناه ملكا لله تعالى فهو ظاهر وان جعلناه ملكا للموقوف عليه فكذلك لتعلق حق البطون الباقية به والحاكم ولي الكل وكذا ان كان للواقف فان تعذر فالموقوف عليه (ويحتمل) الموقوف عليه مطلقا لانه ملك له عندنا وحق الباقين تابع له فان تعذر بحجر اوشبهه فالواقف أو بعض المؤمنين حسبة (ج) العبد المشترى هل يصير وقفا بالشراء ام لابد من عقد جديد الاقوى الاول لانه بالشراء للمصرف ينصرف الى الوقف (ولانه) كالرهن (وعلى الثاني) يباشر ايقاعه من يباشر الشراء والاقوى الحاكم (د) لو لم يف اشترى بعض عبد ولو فضل اشترى آخر او شقص من آخر (ه) على اختصاص القيمة بالبطن الاول لهم العفو وعلى العدم لا.

قال دام ظله: ولو جنى عليه عبد بما يوجب القصاص (الى قوله) ان لم يكن نفسا .

اقول: لانه تعلق به حقهم بالفعل وهو فوته عليهم ولم يتجدد حقهم الآن بعد الجناية بل كان من حين الوقف ومن حيث ان عوضه كان للاول على القول به والعفو انما هو عن العوض اما اذا كانت نفسا فالبحث فيه كما مر والفرق بينه وبين النفس ان عند القتل ينقطع الوقف على احد القولين وهو انه لايشترى بقيمته عينا بل يكون بدله وقفا وهنا لاينقطع والاصح عندى ان لهم الاستيفاء ،وما ذا يستوفون (قيل) الدية لتغليب العفو (وقيل) القصاص والاول اصح .

قال دام ظله :ولو استرق الجاني أو بعضه فهل يختص به او يكون وقفا اشكال

ولواتفق هوومولاه على الفداء فهل يختص به اويشترى به عبداً يكون وقفا اشكال ولو وقف مسجداً فخرب وخربت القرية اوالمحلة لم يجز بيعه ولم يعد الى الواقف ، ولو أخذ السيل ميتا فالكفن للورثة. ولومات البطن الاول قبل انقضاء مدة الاجارة فالاقرب البطلان هنا ويرجع المستاجر على ورثة الموتى بما قابل الباقى مع الدفع ولايجوز للموقوف عليه وطى الامة فان فعل فلامهر و لوولدت فهو حر ولاقيمة عليه وفى صيرورتها ام ولد اشكال ومعه تنعتق بموته و تؤخذ من تركته قيمتها لمن يليه من البطون على اشكال ،

اقول :ينشأ(من)ان الوقف انما يتناول ملك العين وقد زال وعدمت وهذا لم يوقف بالاول لعدم تناوله اياه باحدى الدلالات ولانه لوصرح بوقفه لم يصح والا لصح وقف المعدوم اوالمعلق على شرط ولم يشترط فيه الملك والكل باطل (ومن) انه عوض الوقف ولم يختص به الاول اذ منعه من اخراجه لتعلق حق الثانى وهذه المسألة تبنى على انه هل يشترى بدل الوقف ما يكون وقفا اولا فعلى الاول يكون وقفا وعلى الثانى يختص بالموجود حالة الجناية والاصح عندى انه يكون وقفا وهذه المسألة قد تقدمت.

قال دام ظله : ولو اتفق هو ومولاه (الى قوله) اشكال.

اقول: منشأه ماتقدم .

قال دام ظله : ولومات البطن الاول قبل انقضاء مدة الاجارة فالاقرب البطلان هنا .

اقول: اذا آجر البطن الاول العين الموقوفة اجارة لاتنافى شرط الواقف لعدم ناظر شرطه الواقف صحت الاجارة فادامات (فان قلنا) ببطلان الاجارة اذامات الموجر فى الطلق فهنا اولى(وان قلنا) ببقائها فى الطلق فالاقوى هنا بطلانها وبه افتى لان ملكه وآثاره واحكامه مشروطة بحيوته وبعدها لايبقى شىء منها لاستحقاق الثانى له عن الواقف لاعنه فظهر انه تصرف فى المستقبل فى ملك غيره بغير اذنه فلم يصح (ويحتمل) ضعيفا عدمه لان الاعتبار فى الاجارة بالملك حالها وهو حاصل كالموروث والفرق ظاهر فان الوارث فى الطلق انما يملك عن الميت وهنا يملك عن الواقف لاعن الميت .

قال دام ظله : وفى صيرورتها ام ولد اشكال ومعه ينعتق بموته ويؤخذ

من تركته قيمتها لمن يليه من البطون على اشكال.

اقول: الامة الموقوفة على معين اذا وطئها الموقوف عليه في مرتبته واتت منه بولد فهنا مسائل (ا) هل تصير ام ولد ام لا قلنا هذه المسألة تبنى على ملكها (فان) قلنا ان الموقوف عليه لا يملكها لم تصر ام ولد قطعا (و ان) قلنا انه يملكها ففيه اشكال ينشأ (من) انها علقت منه بحر في مسيس ملكه والسبب في صيرورة الامة ام ولد علوقها بحر ممن مس ملكه جزء منها في حالة العلوق بوطئه حراً بالنص والاجماع (ومن) ان السبب هو مسيس الملك التام المختص بالمالك المعين ولا اختصاص هنا فان كل جزء يفرض منها لا يختص بها على الاصح خصوصا على القول بانه يغرم الكل بالاتلاف فملكه ناقص كالوقف على الفقراء اذا احبلها فقير (ولانها) يقوم عليه كلها بعتقها بالاستيلاد ولا شيء من ام الولد يقوم كلها على من هي ام ولده والاولى تاتي والثانية استقرائية من الاحكام الشرعية فانه لم يأت في نص الشارع واحكامه ذلك ولمنافاة الوقف الاستيلاد والاصح انها تصير ام ولد لعموم النص فان الاستيلاد مبني على التغليب كالعتق (ب) اذا قلنا تصير ام ولد تنعتق بموته يجب عليه قيمتها من تركته قولا واحداً لانه اتلفها على من بعده من البطون بعد موته فحال الاتلاف لم يكن في ملكه بخلاف ما لو اتلفها في حيوته لانه اتلفها على نفسه ولا يستحق وارثه في القيمة شيئا لانها حال الضمان لم تكن ملكه بل ضمانها لغيره وهل يكون للبطن الذي يليه واليه اشار المصنف بقوله لمن يليه من البطون او يشترى بها ما يكون وقفا فيه اشكال تقدم منشأه والاصح عندي انه يشترى بها هذا اذا كان هو تمام الطبقة وان كان له مشارك هو اولى من الذي يليه كان له ان يشترى به على الاشكال (ج) الولد ان لم يكن من ارباب الوقف فالحكم ما ذكرناه وان كان منهم في تلك الطبقة فهل يجب عليه القيمة من نصيبه يحتمل ذلك لعموم النص و لانه يعتقها بقدر ملك الميت لها فيرثها ولده منها (ويحتمل) العدم لان الوقف صح فيها ولا ينتقل الا بخروجها عن صلاحية الملك والاقوى الاول وتسمى هذه المسألة في اصطلاح الفقهاء بمتشعبة المبادي والبحث في قيمة الولد ياتي والاصح انها تصير ام ولد.

ويجوز تزويج الموقوفة ومهرها للموجودين وكذا ولدها ان كان من مملوك اوزنا ويختص به الموجودون وقت الولادة على رأى ؛ ولو كان من حر بوطى صحيح فالولد حر الامع شرط الرقية ، ولو كان بشبهة فالولد حر وعليه قيمته للموقوف عليهم ولووطئها الواقف فكالاجنبى .

الفصل الثالث في اللواحق

لووقف مسجداً على قوم باعيانهم كالفقهاء فالاقرب عدم التخصيص بخلاف المدرسة والرباط والمقبرة.

ولووقف في سبيل الله انصرف الى ما يتقرب به الى الله كالجهاد والحج والعمرة وبناء القناطر وعمارة المساجد وكذا لوقال في سبيل الله وسبيل الخير وسبيل الثواب

قال دام ظله : يجوز تزويج الموقوفة و مهرها للموجودين و كذا ولدها ان كان من مملوك أو زنا و يختص به الموجودون وقت الولادة على رأى .

اقول: ذهب ابن الجنيد الى انه يكون وقفا كامه وقواه في المبسوط قال فيه لان حكم كل ولد ذات رحم حكم امه كالمدبرة والاضحية والهدى (وفيه نظر) لان الاستقراء غير مفيد للعلم (واحتج) المصنف بانه نمائها فاشبه كسبها وثمرة البستان وانحصار الوقف فيما يتناوله اللفظ .

قال دام ظله :ولووقف مسجداً على قوم باعيانهم كالفقراء فالاقرب عدم التخصيص بخلاف المدرسة والرباط والمقبرة .

اقول: لانه ازالة ملك فهو كالتحرير فلامعنى للاختصاص ولانه ملك لله (ومن) عموم قوله عليه السلام الاوقاف على ما اوقفها (١) والاصل الصحة والاصح عدم صحة الوقف والفرق بينه و بين المدرسة والرباط الاجماع على جوازه فيهما ولان اسم المسجد لايصدق حقيقة الامع العموم بخلافهما .

قال دام ظله : ولووقف في سبيل الله انصرف الى ما يتقرب به الى الله

---

(١) الظاهر انه نقل الى المعنى من قوله عليه السلام الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها المنقول في: ئل ب ٢ خبر ١ من كتاب الوقوف .

ولاتجب القسمة اثلاثا واذاوقف على أولاده اشترك البنون والبنات والخنائى ولاتدخل الحفدة على رأى الا مع قرينة الارادة مثل أن يقول و الاعلى يفضل على الاسفل أوقال الاعلى فالاعلى اوقال وقفت على اولاد فلان وليس لهولد الصلب كما لوقال وقفت على اولادهاشم ، ولوقال وقفت على اولادى واولاداولادى اختص بالبطنين الاولين على رأى ولوقال على اولاد اولادى اشترك اولاد البنين و اولاد البنات بالسوية ولوقال

تعالى كالجهاد (الى قوله) ولاتدخل الحفدة على رأى .

اقول: هذا اختيار الشيخ فى المبسوط و ابن الجنيد لدلالة صحة النفى على كونه مجازا و انما يحمل على الحقيقة لا على المجاز ولقوله تعالى **ووصى بها ابراهيم بنيه ويعقوب** (١) فى قرائة من قرء بالنصب عطف يعقوب على بنيه و هو ابن ابنه والعطف يقتضى المغايرة (وفيه نظر) فانه قدقرىء ويعقوب بالرفع عطفا على ابراهيم وعلى النصب يكفى مغايرة الجزء للكل وقد جاء فى قوله تعالى : **من كان عدوا لله و ملائكته ورسله وجبريل** (٢) مع ان جبرئيل عليه السلام من الملائكة و يرد بان المغايرة هنا بالشرف فان جبرئيل اشرف و قال المفيد و ابن البراج وابو الصلاح و ابن ادريس يدخل الحفدة لقوله تعالى : **يوصيكم الله فى اولادكم (٣) ان كان له ولد (٤) حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم (٥) يا بنى اسرائيل (٦)** والاصح الاول لان الحقيقة اولى من المجاز وان كان اكثر ولو وجدت قرينة دالة على احد المعنيين حمل عليه .

قال دام ظله : ولو قال وقفت على اولادى واولاد اولادى اختص بالبطنين الاولين على راى .

اقول: الخلاف هنا كما تقدم .

قال دام ظله : ولوقال على اولاداولادى (الى قوله) البنات على راى .

---

(١) البقرة -١٢٦ . (٢) البقرة -٩٢ .
(٣) النساء -١٢ . (٤) النساء -١٢ .
(٥) النساء -٢٧ (٦) البقرة -٢٣ .

على من انتسب الى "لم يدخل اولاد البنات على رأي ولا يدخل تحت الولد الجنين الا بعد انفصاله حيا ، ولا تدخل الخناثى تحت البنين و البنات الا مع الجمع ولو قال على ذريتي اوعقبي او نسلي دخل الاحفاد من اولاد البنين والبنات ، ولو قال على اولادي و اولاد اولادي فهو للتشريك ولا يختص الاقرب الا بالشرط ، ولو عطف بثم او بالفاء اقتضى الترتيب وكذا لو قال الاعلى فالاعلى ولا يستحق البطن الثاني شيئا حتى ينقرض البطن الاول اجمع فلو بقي ولو واحد كان الجميع له ، ولو قال وقفت على أولادي واولادهم ماتعاقبوا على ان من مات منهم عن ولد فلولده نصيبه اقتضى الترتيب بين الادنى ووالده والتشريك بين الولد وعمه ولو رتب البعض وشرك البعض شرك في من شرك بينهم ورتب في من رتب كقوله وقفت على اولادي ثم على اولاد اولادي واولادهم ماتعاقبوا وتناسلوا او وقفت على اولادي واولاد اولادي ثم على اولادهم ماتعاقبوا الاعلى فالاعلى ، ولو قال وقفت على اولادي الثلاثة ومن مات منهم عن ولد فنصيبه لولده وعن غير ولد فنصيبه لاهل الوقف ، فلو خلف احدهم ولدين فنصيبه لهما فلو مات الثاني عن غير ولد فنصيبه بين الثالث والولدين اثلاثا ثم ان مات أحد الولدين عن غير ولد فنصيبه لاخيه وعمه ، ولو مات احد الثلاثة عن غير ولد وخلف اخويه و ابنى اخ له فنصيبه لاخويه خاصة فان مات ابوهما صار نصيبه لهما وصارما خلفه الاول اثلاثا ، ولو قال وقفت على اولادي على ان يكون للبنات الف والباقي للذكور لم يستحق الذكور شيئا حتى يسوي البنات ولو شرط اخراج بعضهم بصفة أورده بها جاز كقوله من تزوج منهن فلا نصيب له فلو تزوجت سقط نصيبها فان طلقت عاد وان كان رجعيا على اشكال .

اقول: الخلاف مع السيد المرتضى وابن ادريس وقد مضى .

قال دام ظله: ولو شرط اخراج بعضهم (الى قوله) وان كان رجعيا على اشكال

اقول: ينشأ (من) انها بحكم الزوجة ولهذا ترث وتجب نفقتها (و من انها) مطلّقة والطلاق رفع النكاح و يمنع كونها بحكم الزوجة من كل وجه وايضا يصدق هذه ليست بزوجتي بل مطلقة وصحة النفي دليل المجاز وعند الاطلاق لا يحمل عليه وهو الاصح .

واذا وقف على الفقراء انصرف الى فقراء البلد ومن يحضره ولو غاب احدهم لم يجب التربص بسهمه بل تجوز قسمته على غيره، والاقرب انه لا يجوز الدفع الى اقل من ثلاثة وكذا على كل قبيلة منتشرة اما المنحصرة فتجب التسوية والاستيعاب فيهم، ولو امكن في ابتداء الوقف استيعابهم ثم انتشروا فالاقرب وجوب التعميم فيمن يمكن والتسوية لان الواقف اراد التسوية والتعميم لامكانه فاذا تعذر بعد ذلك وجب العمل بما امكن بخلاف المنتشرين ابتداء، ولو وقف على مستحقي الزكوة فرق في الثمانية واعطوا كما يعطون هناك فيعطى الفقير والمسكين مايتم به غناه والغارم قدر الدين والمكاتب مايؤدى به الكتابة وابن السبيل مايبلغه والغازي مايحتاج اليه لغزوه وانكان غنيا.

ولو وقف على من يجوز الوقف عليه ثم على من لايجوز فهو منقطع الانتهاء يرجع الى ورثته ميراثا بعد انقراض من يجوز الوقف عليه ولو انعكس فهو منقطع الابتداء وفيه قولان، فان قلنا بالصحة فان كان الاول ممن لايمكن اعتبار انقراضه كالميت والمجهول والكنايس صرف في الحال الى من يجوز الوقف عليه وان امكن اعتبار انقراضه كالعبد والحربي ففي الانتقال في الحال او بعد الانقراض اشكال وكذا البحث اذا كان صحيح

قال دام ظله: واذا وقف على الفقراء انصرف الى فقراء البلد (الى قوله) اقل من ثلاثة.

اقول: لانه اقل الجمع وهو الاصح وقد حقق في الاصول والاحتمال للقول الآخر ان اقله اثنان ولان الوقف على غير المحصور يكون لبيان المصرف والقصد فيه الصفة مطلقا والاصح الاول ولو لم يكن في البلد ثلاثة ووجد خارجه وجب الاتمام.

قال دام ظله: ولو امكن في ابتداء الوقف استيعابهم (الى قوله) ابتداء

اقول: ويحتمل عدمه لسقوط التعميم لتعذره واذا اكتفى بالبعض كفى اى بعض كان والاصح الاول.

قال دام ظله: ولو وقف على من يجوز الوقف عليه (الى قوله) ففي الانتقال في الحال او بعد الانقراض اشكال.

اقول: الوقف اما ان يكون متصلا دائما اولا والاول لا كلام في صحته والثاني

الطرفين منقطع الوسط او بالعكس ، ولو وقف المريض على ابنه وبنته ولا وارث غيرهما دفعة داراً هي تركته فان اجازا لزم والاصح الثلث وقفا بينهما بالسوية على ماشرطوا الباقي طلقا ،وكذا لو وقف على وارثه الواحد جميع تركته كان لازما من الاصل مع الاجازة ومن الثلث مع عدمها ويصح من ثمانية عشر لـ لابن ثلاثة وقفا وثمانية ملكا وللبنت ثلاثة وقفا واربعة ملكا ، ولو اختار الابن ابطال التسوية دون ابطال الوقف بطل الوقف في التسع ورجع اليه ملكا فيصير له النصف وقفا والتسع ملكا وللبنت السدس والتسعان وقفا ان اجازت الوقف ايضا لان للابن ابطال الوقف فيماله دون مالغيره ، ولو قال وقفت على زيد والمساكين فلزيد النصف ولو قال على زيد وعمر والمساكين فلزيد و عمرو ثلثان و لو وقف على مواليه صرف الى الموجودين من الاعلى و الادون فان اجتمعا الى من يعيّن منهما فان اطلق فالاقرب البطلان وقيل بالتشريك .

اما ان يكون منقطع الاول اومنقطع الآخر او منقطع الوسط والكلام هنا في الاول في موضعين (الف) في صحته وبطلانه وفيه قولان قدتقدما (ب) على القول بالبطلان لا بحث واما على القول بالصحة فمتى ينتقل الى المرتبة الثانية فنقول لايخلو اما ان يكون ممن لايمكن اعتبار انقراضه اويمكن فان كان الاول انتقل في الحال الى المرتبة الثانية وان كان الثاني قال المصنف فيه اشكال ينشأ (من) انه لامستحق لغيرهم وقدملكوا الاصل والنماء تابع (ومن) انه انما جعله لهم بشرط انقراض من قبلهم ولم يحصل الشرط فيصرف (فينتقل ـ خ ل) الى الفقراء والمساكين مدة بقاء الموقوف عليه اولا ثم اذا انقرض رجعت اليهم والاول اختيار الشيخ في المبسوط والثاني حكاه عن قوم فيه وهذا مبني على قول من يقول بالصحة والاقوى عندي البطلان .

قال دام ظله : فان اطلق فالاقرب البطلان

اقول: اذا وقف على مواليه وله موال من اعلى ومن اسفل و لم يعيّن احدهما في لفظه ولا قصده ففي صحته خلاف و قال والدي المصنف الاقرب البطلان (و وجه) القرب ان اللفظ المشترك لايحمل على كل معانيه دفعة عند الاطلاق وان كان بلفظ الجمع على ماتحقق في الاصول وهذا الدليل مبني على مقدمتين (ا) ان لفظ المولى

ولو وقف على اولاده فاذا انقرضوا و انقرض اولاد اولاده فعلى الفقراء قيل يصرف بعد اولاده الى اولاد اولاده وليس بمعتمد بل يكون منقطع الوسط فاذا انقرض

مشترك بين المعتق والمعتق بالاشتراط اللفظى البحث : قال صاحب الصحاح المولى المعتق والمعتق وليس مراد الواقف غير هذين المعنيين لانه التقدير (ب) اللفظ المشترك حال الجمع لا يحمل على كلا المعنيين وحمله على كل واحد منهما ترجيح بلا مرجح باطل قطعا فيكون بمنزلة الوقف على احد شخصين وهذا باطل اجماعا فكذا ما نحن فيه لانه لازم له وقال فى المبسوط والخلاف وابن ادريس ينصرف اليهما لتناول اللفظ لهما كالاخوة و الاصح البطلان لان اللفظ المشترك لا يحمل على مجموع المعنيين عند الاطلاق والا لكان حقيقة فيه لانه من علامات الحقيقة وهو باطل و الالزم ان يكون كل لفظ مشترك بين معنيين مشتركا بين معان لا تتناهى وقول الشيخ كالاخوة ان اراد به انه مشترك بالاشتراك المعنوى كالاخ لانه اولى من الاشتراط اللفظى عارضناه بالنقل عن اهل اللغة كما ذكره صاحب الصحاح وان اراد ان حكم الاشتراك اللفظى فى حمله حال الجمع على مجموع المعنيين كالاشتراك المعنوى فهو ممنوع والفرق ظاهر وقال ابن حمزة اذا وقف على مولاه اختص بمولى نفسه دون موالى ابيه و لمولاه الذى اعتقه دون مولى نعمته الا اذا لم يكن له مولى عتق و كان لمولى نعمة و ان قال على موالى دخل فيه مولى العتاقة و مولى النعمة وهو مبنى على ان لفظة المولى مقولة بالتشكيك ومقولينها على الذى اعتقه هو اولى من ولى نعمته وانه يحمل لفظ الجمع عليهما (لا يقال) البحث هنا فى الجمع المضاف فيعم ومعنى العموم استغراقه لما يصلح له وهو صالح للكل (لانا) نقول العام هو اللفظ المستغرق لجميع ما يصلح له بحسب وضع واحد فخرج المشترك .

قال دام ظله : ولو وقف على اولاده فاذا انقرضوا وانقرض اولادا اولاده فعلى الفقراء (قيل) يصرف بعد اولاده الى اولاد اولاده وليس بمعتمد بل يكون منقطع الوسط .

اقول: قوله قيل اشارة الى قول قوم ورجحه الشيخ فى المبسوط على الاخير

أولاد اولاده عادالى الفقراء والنماءقبل انقراض اولاداولاده لورثة الواقف على اشكال وليس له غرس شجرة في المسجد لنفسه وهل له ذلك للوقف الاقرب المنع مع التضرر بها والا فلا ، و الفاضل من حصر المسجد و آلاته يصرف في مسجد آخر بخلاف المشاهد وتصح قسمة الوقف من الطلق الآان تتضمن ردا الى الطلق منه .

والحق مااختاره المصنف لانتفاء الدلالات الثلاث (واحتجوا) بدلالة شرط انقراضهم عرفاً على رجوعه اليهم و هو ممنوع واما على القول بان لفظ الاولاد يتناول اولاد الاولاد فلابحث لانه ينتقل اليهم وانما البحث على عدم تناول لفظ الاولادلهم حقيقة.

قال دام ظله : و النماء قبل انقراض اولاد اولاده لورثة الواقف على اشكال .

اقول: الوقف المنقطع الوسط بعدالمرتبة الاولى وقبل حصول شرط استحقاق المرتبة الثانية النماء لمن يكون نمائه (قلنا) على القول بعدم انتقاله عن الواقف يكون لورثة الواقف قطعا و على القول بانتقاله الى الله تعالى يكون في وجوه البر وعلى القول بانتقاله الى الموقوف عليه وهوالمراد بالبحث هنا (قيل) يكون لورثة الواقف لانه في حكم ملكه و لهذا تأخذ المرتبة الثانية (و يحتمل) عدمه لانتقاله عنه (فقيل) يكون لورثة الموقوف عليه الاول لانتقاله اليه ولم ينتقل الى المرتبة الثانية ولذلك استشكله المصنف والاصح انتقاله الى ورثة الواقف لانه احد المصارف لان استحقاق المرتبة الاولى انتهت بانقراضها فيرجع الملك الى الواقف ولهذا تأخذ المرتبة الثانية عنه

قال دام ظله : وليس له غرس شجرة في المسجد لنفسه وهل له ذلك للوقف الاقرب المنع مع التضرر بها والافلا .

اقول: وجه القرب امامع التضرر فلان المسجد انما بني لذكر الله و الصلوة و قرائة القرآن ولم يبن للغرس وقد حصل منه ضرر للمسجد او في ماذكر فيكون مغيراً للوقف فلايجوز وامامع عدمه فهو نفع للمسجد وتحصيل وقف له فيجوز (ويحتمل) المنع لماذكرناه وهوالحق عندى فانها تمنع من الصلوة في موضعها وهووقف لذلك فان كل جزء منه وقف لذلك.

وهل يجوز قسمة الوقف على نفرين الاقرب المنع مع اتحاد الواقف والموقوف عليه اما لو تعدد الواقف و الموقوف عليه فاشكال ، ولو اندرس شرط الواقف قسم بالسوية فان لم يعرف الارباب صرف فى البر ، ولو آجر المتولى باجرة المثل فى الحال فظهر من يزيد لم ينفسخ ولو آجر زيادة على المدة المشترطة فالاقرب البطلان

قال دام ظله: وهل يجوز قسمة الوقف على نفرين الاقرب المنع مع اتحاد الواقف والموقوف عليه .

اقول: وجه المنع انها تغير شرط الوقف وانه جعل لكل واحد حصة مشاعة وهى غير متميزة فلايجوز وهو الاصح (ويحتمل) ضعيفا الجواز لان القسمة افراز حق وتميزه فلم يستلزم تغير الوقف فى الملك ولافى الموقوف عليه ولا فى قدر المنافع بل هى تمييز لما يستحقه كل واحد مدة حيوته فجازت وعلى القول بان من عليه الوقف لايملكه لايصح قسمته وعلى القول بالملك فهو ناقص وليس تصرف فى نفس الملك والقسمة تصرف فى نفس الملك لانها تقتضى اخراج ملك كل واحد عن بعضه .

قال دام ظله : اما لو تعدد الواقف والموقوف عليه فاشكال .

اقول: المراد اذا وقف زيد مثلا نصيبه على عمرو ووقف بكر نصيبه على خالد ومنشأ الاشكال من ان كل واحد نقل ملكه بجميع حقوقه ومن جملتها جواز افرازه وتعيينه ولانه آكد فى الوقف (لانه) امر معين فاذا تعين محله كان اولى (ولانه) وقفان ولكل حكم نفسه فجاز تمييز احدهما عن الآخر (ومن) اطلاق الاصحاب منع قسمة الوقف (ولانه) وقف مشاعا وهو الاصح .

قال دام ظله : ولو آجر زيادة على المدة المشترطة فالاقرب البطلان فى الزائد خاصة .

اقول: لان المنافى بشرط الواقف الزيادة خاصة فيبطل فيه واما المشترطة فلانه كالمنصوص عليه فى الاجارة فيصح ويحتمل عدمه لمنافات العقد لشرط الواقف فيكون باطلا من اصله ولانه انما يتناول المجموع بالاصالة والآخر بالتبعية لضرورة دخولها فى المجموع ولان دلالة التضمن تابعة لدلالة المطابقة فاذا بطل الاصل بطل التابع والاصح الاول .

في الزائد خاصة ، ولوخلق حصير المسجد وخرج عن الانتفاع به فيه أوتكسر الجذع بحيث لاينتفع به في غير الاحراق فالاقرب بيعه وصرف ثمنه في مصالح المسجد.

المقصد الثاني

في السكنى والصدقة والهبة

وفيه فصول

الاول في السكنى ولابد فيها من ايجاب وقبول وقبض ونية التقرب ، و ليست ناقلة للملك بل فائدتها تسلط الساكن على استيفاء المنفعة المدة المشترطة فان قرنت بالعمر سميت عمرى وان قرنت بالاسكان قيل سكنى وبالمدة يقال رقبى اما من الارتقاب اومن رقبة الملك (والايجاب) ان يقول اسكنتك اواعمرتك اوارقبتك اوما اشبه ذلك هذه الدار اوالارض مدة عمرك اوعمرى اوسنة وتلزم بالقبض على رأى ، ولوقال لك

قال دام ظله : ولوخلق حصير المسجد (الى قوله) في مصالح المسجد.

اقول: لانه يلزم من المنع من بيعها خروجها عن الانتفاع في الوقف المذكور بالكلية فخرجت عن الوقف كموت العبد فجاز بيعها لزوال المانع ولضياعها وضيق المكان بها (ويحتمل) عدمه لعموم قول ابى الحسن عليه السلام لايجوز شراء الوقف (١) وعلى جواز بيعه يصرف ثمنه الى مصالح المسجد لاختصاص العين بهذه الجهة والقيمة تابعة للعين فلا تصرف في غيرها (و يحتمل) صرفها في المماثل لانه الاقرب الى مقصود الواقف والاصح عندى جواز البيع وصرف ثمنه في المماثل ان امكن والافقى غيره من المصالح .

المقصد الثاني في السكنى والصدقة والهبة

وفيه فصول الاول في السكنى

قال دام ظله : وتلزم بالقبض على رأى .

اقول: هنا ثلاثة اقوال (الف) انها تلزم بالقبض كالهبة (ب) انها تلزم بقصد

---

(١) ئل-ب٦ خبر١ من كتاب الوقوف .

سكنى هذه الدار ما بقيت او حييت صح ويرجع الى المسكن بعد موت الساكن ولو قال اعمرتك هذه الدار ولعقبك رجعت اليه بعد العقب ولا تنتقل الى المعمر و ان لم يشترط رجوعها اليه بعده ، و كل ما صح وقفه صح اعماره من الحيوان والعقار والاثاث و غير ذلك ، ولو قرن الهبة بمدة بطلت واذا وقت السكنى لم يجز له الرجوع قبل الانقضاء مع القبض و كذا لو قرنت بعمر المالك ، فان مات الساكن فلورثته السكنى حتى تنقضى المدة او عمر المالك .

ولو قرنت بعمر الساكن فمات المالك لم يكن لورثته ازعاجه قبل وفاته مطلقا على رأى ولو مات الساكن لم يكن لورثته السكنى ولو لم يعين مدة كان له اخراجه

التقريب (ج) انها لا تلزم و اطلق و الاصح الاول وهو الاشهر لان الشارع وضع صيغة هذا العقد سببا لنقل المنافع مدة معينة او مقرونة بعمر احدهما والاصل فى الاسباب اللزوم ولما ياتى .

قال دام ظله : و لو قرنت بعمر الساكن فمات المالك لم يكن لورثته ازعاجه قبل وفاته مطلقا على رأى.

اقول: هذا اختيار اكثر العلماء لانه عقد منجز فى صحة العاقد فكان ماضيا كغيره من العقود وجوّز ابن الجنيد اخراجه مع نقص ثلث التركة عن قيمة الدار لما رواه خالد بن نافع البجلى عن الصادق عليه السلام قال سالته عن رجل جعل لرجل سكنى دار مدة حيوته (يعنى) صاحب الدار فمات الذى جعل السكنى و بقى الذى جعل له السكنى ارأيت ان اراد الورثة ان يخرجوه من الدار لهم ذلك قال فقال ارى ان يقوّم الدار بقيمة عادلة وينظر الى ثلث الميت فان كان فى ثلثه ما يحيط بثمن الدار فليس للورثة ان يخرجوه وان كان الثلث لا يحيط بثمن الدار فلهم ان يخرجوه قيل له ارايت ان مات الرجل الذى جعل له السكنى بعد موت صاحب الدار يكون السكنى لورثة الذى جعل له السكنى قال لا (١) وغلّط الشيخ الراوى فى الحكم بعود الضمير فى حيوته الى صاحب الدار بل هو عائد الى الساكن و الا لم يتأت

---

(١) ئل ب٨ -خبر -١ من كتاب السكنى .

متى شاء ، ولاتبطل السكنى بالبيع بل يجب توفية ماشرط له ثم يتخير المشترى مع جهله بين الرضا مجانا والفسخ ، ولوقرنت السكنى بالعمر بطل البيع على اشكال ، واطلاق السكنى يقتضي ان يسكن بنفسه وأهله واولاده وليس له اسكان غيرهم الا مع الشرط ولا أن يوجر المسكن الا مع الاذن ولا يجب العمارة على أحدهما ولاله منع الآخر من غير المضر منها ، واذا حبس فرسه في سبيل الله اوغلامه في خدمة البيت أوالمشهد اوالمسجد لزم ولايجوز تغييره مادامت العين باقية ، ولوحبس شيئا على رجل فان عين وقتا لزم ويرجع الى الحابس أوورثته بعد المدة وان لم يعين كان له الرجوع متى شاء .

الفصل الثاني في الصدقة

ولابد فيها من ايجاب وقبول وقبض ونية القربة ، وتلزم مع الاقباض و لو قبض بدون اذن المالك لم يملك به واذا تمت لم يجز له الرجوع فيها مطلقا وصدقة السر

الاحكام التي ذكرها بعد ذلك لانها انما تصح اذا كان قد جعل السكنى مدة حيوة من جعل له السكنى فحينئذ يقوم وينظر باعتبار الثلث و زيادته ونقصانه و حملها المصنف على الوصية او المرض و الا لم يتأت الاحكام اذ عقد السكنى لازم فلا معنى لخروجها من الثلث الا مع الوصية و المرض و في سندها ضعف و الا صح اختيار المصنف .

قال دام ظله : ولوقرنت السكنى بالعمر بطل البيع على اشكال .

اقول: جوز ابن الجنيد بيعها ومنع الاصحاب من بيع المسكن الذي يعتد فيه المطلقة بالاقراء لجهالة وقت الانتفاع فهنا اولى وقوى الشيخ في المبسوط جواز بيع العبد الموصى بخدمته ابداً فهنا اولى (احتج) ابن الجنيد بما رواه الحسين بن نعيم عن ابى الحسن الكاظم عليه السلام قال سالته عن رجل جعل داراً سكنى لرجل ايام حيوته او جعلها له ولعقبه من بعده هل بقي له ولعقبه كما شرط قال نعم قلت فتقض بيعه الدار السكنى قال لاينقض البيع السكنى الحديث (١) وعندى في هذه المسألة اشكال قال والدى دام ظله لاافتي فيها بشيء .

---

(١) ثلب ١ خبر ـ٢ من كتاب السكنى .

افضل من الجهر الآمع التمهة بترك المواساة ، والمفروضة من الزكوة محرمة على بنى هاشم الآ منهم اوعند الضرورة ولا بأس بالمندوبة و غير الزكوة كالمنذورة و الاقرب جواز الصدقة على الذمى ويتاكد الصدقة المندوبة فى شهر رمضان ، والجيران افضل من غيرهم والاقارب افضل من الاجانب ، ومن احتاج اليه لعياله لم يستحب له التصدق و لاينبغى ان يتصدق بجميع ماله .

الفصل الثالث فى الهبة

وفيه مطلبان

الاول فى اركانها وهى ثلاثة الاول العقد ولا بد فيه من (ايجاب) وهو اللفظ الدال على تمليك العين من غير عوض منجزاً كقوله وهبتك و اهديت اليك وملكتك و كذا اعطيتك وهذا لك مع النية و(من قبول) وهو اللفظ الدال على الرضا كقوله قبلت و(من قبض) ويشترط صدورهما من مكلف جايز التصرف و هبة ما فى الذمة لمن عليه ابراء لا يشترط فيه القبول و لا تصح لغيره على رأى وللولى عن الطفل

الفصل الثانى فى الصدقة

قال دام ظله : والاقرب جواز الصدقة على الذمى .

اقول : لقوله عليه السلام على كل كبد حرا اجر(١) (ويحتمل) العدم لمنع المودة وقد مضى البحث فى هذه المسألة فى الوقف لانه صدقة .

الفصل الثالث فى الهبة

وفيه مطلبان الاول فى اركانها

قال دام ظله : وهبة ما فى الذمة لمن عليه ابراء لا يشترط فيه القبول و لا يصح لغيره على رأى .

اقول : الخلاف هنا فى موضعين (ا) عدم اشتراط القبول وهو الحق خلافا للشيخ فى المبسوط وابن زهرة وابن ادريس (لنا) قوله تعالى **فنظرة الى ميسرة وان**

---

(١) لم نعثر عليه فى كتب الاحاديث - نعم اورده فى مجمع البيان فى مادة (كبد) .

القبول مع الغبطة فلووهب اباه الفقير العاجز لم يصح قبوله حذراً من وجوب الانفاق ولا تكفى المعاطاة و الافعال الدالة على الايجاب نعم يباح التصرف والهدية كالهبة فى الايجاب والقبول والقبض ولا يصح تعليق العقد ولا توقيته ولا تأخير القبول عن الايجاب بحيث يخرج عن كونه جوابا .

الثانى لموهوب كل ما يصح بيعه جاز هبته مشاعا كان اومقسوما من الشريك وغيره ولا تصح هبة المجهول كأحد العبدين لا بعينه و الحمل و اللبن فى الضرع و تصح فى الصوف على الظهر و كل معلوم العين وان جهل قدره و لا تصح هبة دهن السمسم قبل عصره ولا هبة المعدوم كالثمرة المتجددة و ما تحمله الدابة و تصح هبة المغصوب من الغاصب وغيره و المستاجر من غير المستاجر و الآبق والضال والكلب المملوك و لو وهب المرهون فان بيع ظهر البطلان و ان انفك فللراهن الخيار فى الاقباض وفى صحة الاقباض حالة الرهن من دون اذن المرتهن اشكال فان سوغناه

تصدقوا خير لكم(١) وفى الدية **الا ان يصدقوا (٢)** ولانه اسقاط فلا يفتقر الى القبول كالعتق والطلاق والعفو عن الدية (احتج) الشيخ باشتماله على المنة ولا يجب قبولها كهبة العين والفرق ظاهر فان هبة العين تمليك وهبة الدين اسقاط (ب) هبته لغير من هو عليه فذهب الشيخ وابن ادريس الى الجواز لصحة بيعه والمعاوضة عليه كالعين نعم يشترط فى اللزم القبض (وقيل) لا يصح لاشتراطها بالقبض وقبض ما فى الذمة محال بل المقبوض مثله وانما يصح هبتها بعد تعيينها و حال الايجاب هى غير معينة قال الشيخ فى المبسوط لا يصح وقف الدين لانه مشروط بالقبض و هو ممتنع فى الدين و امتناع الشرط يوجب امتناع المشروط (قلنا) فيلزمك فى الهبة لانها مشروطة بالقبض والكبرى بحالها واختار المصنف فى المختلف الصحة قال و الموهوب الماهية و قبضها بقبض احد جزئياتها فيقبض المالك ثم يقبضه اويوكله فى القبض عنه ثم يقبض من نفسه على القول بجوازه كما اخترناه ولا يكفى قبضه عن الهبة قبضا عن المالك والاجاء الدور.

قال دام ظله : ولو وهب المرهون (الى قوله) من دون اذن المرتهن اشكال

---

(١) البقرة - ٢٨٠ . (٢) النساء - ٩٢

لم يحصل به الملك فان فك صحت الهبة ، ولا تصح هبة الدين لغير من عليه لامتناع قبضه وهبة الحامل لا تقتضي هبة الحمل و تصح البراءة من المجهول ، و لو علمه المديون وخشي من عدم الابراء لو اظهره لم يصح الابراء ولو أبرءه من مائة معتقداً انه لاحق له و كان له مائة ففي صحة الابراء اشكال .

الثالث القبض وهو شرط في صحة الهبة وشرطه اذن الواهب وايقاع القبض للهبة فلو قبض من دون اذنه لم ينتقل الملك اليه وانكانا في المجلس و كذا لو أقبضه الواهب لالله هبة ويقبل قوله في القصد ولو اقر بالهبة والاقباض حكم عليه وان كان في يد الواهب وله الاحلاف لو ادعى المواطاة ولا يقبل انكاره ولو مات الواهب قبله بطلت الهبة وان كان بعد الاذن في القبض ولو وهب ما في يد المتهب صحت ولم

اقول: (من) حيث حصول حقيقته والنهي في غير العبادات لايدل على الفساد والفائدة عدم توقفه على قبض آخر بعد اجازة المرتهن لها (ومن) انه ممنوع منه فلا يكون معتبراً في نظر الشرع وهو الاصح .

قال دام ظله : ولو ابرأه من مائة معتقداً انه لاحق له و كان له مائة ففي صحة الابراء اشكال .

اقول: ينشأ (من مصادفة الابراء محلا قابلا و مؤثراً فصح (و من) عدم القصد الى الابراء الصحيح وهو الاصح لانه قصد بلفظ الابراء مجازه وهو عدم الاسقاط ودلالة اللفظ الوضعية تابعة للارادة **(الثالث)** القبض مقدمتان (الف) القبض شرط في صحة عقد الهبة اعني ترتب اثره عليه فلا يملك المتهب الموهوب الا بعد القبض وعليه نص الائمة عليهم السلام و اجماع الامامية و يتفرع عليه انه لايجوز ولا يصح القبض الا باذن الواهب حقيقة واذا وقع العقد في الصحة والاقباض في المرض مضت من الثلث والنماء المتجدد بين العقد والقبض للواهب حقيقة (ب) استدامة اليد كافية في القبض فاذا وهبه ما في يده اعني يد المتهب او في يد من يده بمنزلة يده عليه صحت وافادت الملك .

قال دام ظله: ولو وهب ما في يد المتهب صحت (الى قوله) افتقر الى القبض

يفتقر الى تجديد قبض ولا اذن ولا مضي زمان يمكن فيه القبض وكذا لووهب ولي الطفل ماله الذى في يده ولو كان مغصوبا اومستاجراً اومستعاراً على اشكال افتقر الى القبض بخلاف مافي يد وكيله ولووهبه غيره افتقر الى قبض الولى أو الحاكم وقبض المشاع هنا كقبضه فى البيع ولووهب اثنين فقبلا وقبضا صحت لهما ولوقبل احدهما وقبض صحت فى نصيبه خاصة ولا يشترط فورية الاقباض على اشكال ويحكم بالملك من حين

اقول: هذا تفريع على المقدمتين اللتين ذكرناهما (وتقريره) ان نقول يد ولى الطفل هو يد الطفل فاذا وهب ولي الطفل الطفل عينا فى يد الولى لم يحتج الى تجديد قبض وكان استدامة يده الى بعد الهبة قبضا منه له ثم ذكر المصنف ما اذا وهب الولى الطفل مافى يد غيره وهو اقسام (الف) اذا وهبه مافي يد الغاصب احتاج الى القبض لان يده ليست بمنزلة يده اجماعا (ب) اذا وهبه مافي يد المستأجر احتاج الى قبضه لان يده ليست كيده هنا اجماعا لانه قبضه لنفسه (ج) اذا وهبه ماله فى يد المستودع فان يده كيده لايحتاج الى تجديد قبض اجماعا (د) اذا وهبه ماله فى يد وكيله كانت يده كيده اجماعا (ه) اذا وهبه فى يد المستعير ذكر المصنف ان فيه اشكالا منشأه (من) ان المستعير قبضه لنفسه لينتفع به فكان كالمستأجر (ومن) انه باذن المالك لايحق لازم بل متى شاء اخذه فكان كالوكيل وكلام الشيخ فى المبسوط يشعر باشتراط مضى زمان يمكن فيه القبض فى كل موضع تكون يده كيده واشار المصنف الى خلافه بقوله (ولامضى زمان) وهو الاصح عندى .

قال دام ظله : ولايشترط فورية الاقباض على اشكال

اقول: (من) ان الاصل عدم الاشتراط (ومن) انه جزء لايتيقن البقاء على الاجزاء الاخر مع التراخي (ولان) مع وجوده لامؤثر وهو العقد و حال العقد لااثر لفقد الشرط وهذه المسالة تقدمت فى باب الوقف (واعلم) ان الاصحاب اختلفوا فى القبض فقال والدى المصنف فى هذا الكتاب انه شرط فى صحة الهبة و هو الا صح عندى وهو اختيار ابى الصلاح ونقله ابن ادريس عن اكثر علمائنا (وقيل) انه شرط فى لزوم الهبة لا فى صحتها و انعقادها وهو اختيار ابن البراج و سلار وابن حمزة

القبض لامن حين العقد ولافرق فى اشتراط القبض بين المكيل والموزون وغيرهما والقبض فى مالا ينقل التخلية والنقل فى ما ينقل وفى المشاع بتسليم الكل اليه فان امتنع الشريك قيل للمتهب و كل الشريك فى القبض لك ونقله فان امتنع نصب الحاكم

و ابن ادريس وهو الظاهر من كلام الشيخين و قال الشيخ فى الخلاف و من وهب لغيره عينا قبل ان يهل شوال فقبله الموهوب له ولم يقبضه حتى يهل شوال ثم قبضه فالفطرة على الموهو ب له لان الهبة منعقدة بالا يجاب و القبول و ليس من شرط انعقادها القبض (و اذا تقرر) ذلك فنقول على القول بان القبض شرط فى اللزوم لافى الصحة و الانعقاد لايشترط فوريته وقد صرح الشيخ بعدم اشتراط الفورية فى كلامه فى الخلاف كما حكيناه عنه و انما الاشكال على القول باشتراط القبض فى الصحة والانعقاد ولما كان هو مذهب المصنف فى هذا الكتاب ذكران فيه اشكالا واختار والدى فى المختلف مذهب ابن البراج (واحتج) برواية ابى بصير الصحيحة قال قال ابو عبدالله عليه السلام الهبة جائزة قبضت او لم تقبض قسمت ام لم تقسم (١) الحديث (والجواب) انه لا يدل على المطلوب لا نه نفى اشتراطه فى الجواز و هو اعم من الوجوب ولا يلزم منه نفى الاشتراط فى الاخص لان الاشتراط فى الاخص اخص من الاشتراط فى الاعم فنفى الاشتراط فى الاعم اخص من نفى الاشتراط فى الاخص ولا دلالة للعام على الخاص (ولنا) رواية ابى بصير عن الصادق عليه السلام قال الهبة لا تكون هبة حتى تقبض (٢) فالمراد اما نفى الماهية اونفى الصحة (لانه) اقرب المجازات الى الحقيقة و على كلا التقديرين فالمطلوب حاصل و طريق الجمع بين الرواية الاولى و الثانية حمل الثانية على الثانى وهو نفى الصحة (و فيه نظر) لجواز ارادة نفى اللزوم و الاصل بقاء الملك على مالكه حتى يرد ناقل ومع القبض الناقل متفق عليه فبقى الباقى على الاصل .

---

(١) ل ب ٤ خبر - ٤ من كتاب الهبات (٢) ل ب ٤ خبر - ٧ من كتاب الهبات.

من یکون فی یده لهما فینقله لیحصل القبض ولو قبضه من دون اذن الشریك ففی اعتباره نظر وکذا فی کل قبض منهی عنه .

المطلب الثانی فی الاحکام

المتهب ان کان ذارحم لم یجز الرجوع بعد الاقباض وکذا ان کان اجنبیا وعوض وان کان ببعضها اوقصد الاجر اوتلفت العین او تصرف علی رأی وان لم یکن

قال دام ظله : ولو قبضه من دون اذن الشریك ففی اعتباره نظر وکذا فی کل قبض منهی عنه .

اقول: ینشأ (من) تحریمه فلایکون مراداً للشارع ولامعتبراً فی نظره (ومن) ان النهی فی غیر العبادات لایقتضی الفساد (ولقائل) ان یقول فساده لطف فی الواجبات فیجب مشروعیته اذا المکلف مع فساده یکون اقرب الی الامتناع عن التصرف فی ملك الغیر حینئذ لانتفاء فائدته ومعرفته باستحقاق العقاب ولایرد فی کل منهی عنه من المعاملات اذمالایستلزم حق الآدمی یکفی فی اللطف التکلیف والاعلام واللطف فی التکلیف هو العام فیکون الزائد علی ذلك من باب الاصلح وهوغیر واجب واما فی حق الآدمی فالمبالغة فیها اکثر وطلب الشرع الامتناع منه اشد فلطفها اکثر وهو الاصح و مراده بقوله کل قبض منهی عنه کل قبض هوشرط فی الصحة او اللزوم لامطلقا .

المطلب الثانی فی الاحکام

قال دام ظله : المتهب ان کان ذارحم لم یجز الرجوع بعد الاقباض و کذا ان کان اجنبیا و عوض وان کان ببعضها او قصد الاجر او تلفت العین او تصرف علی رأی .

اقول : قوله علی رأی فی التصرف وما اختاره المصنف هنا قول الشیخ فی النهایة وابن البراج وابن ادریس وهوالاصح وقال المفید یلزم بهلاك العین اواحداث المشتری فیها حدثاً ، وقال ابن حمزة تلزم بخروجها عن ملك الموهوب وان عادت وبتصرف یغیر العین کالخشب یصیره سریراً ،وقال سلار یجوز الرجوع فی مالم یعوض عنه مادامت العین باقیة ، وکذا قال ابوالصلاح ، ومنع ابوالصلاح من الرجوع فی

لازما والأفللواهب الرجوع ،ويكره لاحد الزوجين الرجوع على رأى .

الهدية مع التصرف (لنا) قوله تعالى **ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم**(١) وهذا مال للمتهب وليس الرجوع عن تجارة ولا عن تراض خرج ما قبل التصرف باتفاق الخصم و الدليل و لما رواه ابراهيم بن عبدالحميد عن الصادق عليه السلام قال انت بالخيار في الهبة مادامت في يدك فاذا خرجت الى صاحبها فليس لك ان ترجع فيها وقال قال رسول الله صلى الله عليه وآله من رجع في هبته فهو كالراجع في قيئه (٢) و(في الاحتجاج نظر) فانه ان سلم السند من منعه لم تسلم الدلالة فان مايدل عليه لايقولون به لانها تدل على لزومها بالقبض ومايقولون به لايدل عليه (واحتج) الآخرون برواية عبدالله بن سنان الصحيحة قال سألت ابا عبدالله عليه السلام عن الرجل يهب الهبة ايرجع فيها ان شاء ام لا فقال يجوز الهبة لذوى القربى و الذى يثاب من هبته (هديته خل) ويرجع في غير ذلك ان شاء (٣) وفي الصحيح عن الحلبى عن الصادق عليه السلام قال اذا كانت الهبة قائمة بعينها فله ان يرجع فيها والا فليس له(٤) وهما محمولان على ما اذا لم يتصرف (وفيه نظر) لان الاصل عدم التخصيص (لايقال) وجه الجمع بين رواية ابراهيم وبين هذه الرواية ماذكرناه (لانا نقول) هذه الرواية والتى قبلها صحيحتا السند فيقدمان على تلك والتاويل مع التعارض .

قال دام ظله : ويكره لاحد الزوجين الرجوع على راى

اقول: ذهب الشيخ في النهاية وابن ادريس الى كراهة الرجوع (وقيل) لا يجوز لرواية زرارة الصحيحة عن ابى عبدالله عليه السلام انه قال ولا يرجع الرجل في مايهبه لزوجته ولا المرئة في ماتهبه لزوجها حيزا و لم يحز اليس الله تعالى يقول ولا تأخذوا مما آتيتموهن شيئا فان طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً (٥) وهذا يدخل

---

(١) النساء - ٣٣.

(٢) ئل ب ١٠ خبر ٤ من كتاب الهبات　(٣) ئل ب ٦ خبر ١ من كتاب الهبات

(٤) ئل ب ٨ خبر ١ من كتاب الهبات .

(٥) ئل ب ٧ خبر ١ من كتاب الهبات

وافلاس المتهب لايبطل حق الرجوع ومع الحجر اشكال اما جناية الهبة فالاقرب انها تبطل حق رجوع الواهب ولو جوزنا الرجوع مع التصرف فان كان لازما كالكتابة والاجارة فهو باق على حاله، ولو باع او اعتق فلا رجوع ولو كان جايزاً بطل كالتدبير والوصية والهبة قبل القبض والرجوع يكون(باللفظ)مثل رجعت اوارتجعت اوابطلت اورددت اوفسخت اوغيرها من الالفاظ الدالة على الرجوع(وبالفعل)مثل ان يبيع اويعتق اويهب ، وهل يكون ذلك فسخا لاغير اوفسخا وعقداً الاقرب الثاني .

فيه الصداق وغيره واختاره المصنف في التذكرة وهو الاصح .

قال دام ظله : وافلاس المتهب لايبطل حق الرجوع ومع الحجر اشكال .

اقول: ينشأ (من تعلق حق الغرماء بها(ومن) وجود العين واستحقاق الواهب الرجوع قبله (ولان) استحقاق الغرماء تابع لملكه وملكه غير لازم و التابع لايؤثر في متبوعه .

قال دام ظله :اما جناية الهبة فالاقرب انها تبطل حق رجوع الواهب

اقول: وجه القرب ان ارش الجناية مقدم على الملك الحقيقي وحق الواهب ملك ان يملك فحقه اقوى (ولانه) اقوى من تصرف الموهوب و تصرف الموهوب مانع فهذا اولى (وانا اقول) ان كان المراد ان حق المجنى عليه مقدم على استحقاق المالك الرجوع فهذا لاشك فيه ولايحتمل عدمه وان كان المراد انه يمنع من رجوع المالك في الفاضل عن ارش الجناية فهو ممنوع .

فرع

لو رجع المالك ثم عفى صح الرجوع والعفو كاشف عن صحته وعدمه عن بطلانه او نقول معنى البطلان قبل العفو و الاستيفاء رفع اللزوم وبعد الاستيفاء المستوعب رفع الصحة وهذا هو مراد المصنف بالبطلان .

قال دام ظله : والرجوع يكون باللفظ (الى قوله) الاقرب الثاني .

اقول: وجه القرب ان الفسخ انما يثبت لتحقق العقد فلو كان باطلا لم يترتب عليه حكمه (ولانه) باول جزء منه تنفسخ الهبة فيبقى المحل قابلا لمجموع العقد و هو الاصح (ويحتمل) عدمه لانه وقع في غير ملكه واستحالة اقتضاء الواحد المتضادين

والاقرب ان الاخذ ليس فسخا واذا رجع وهي معيبة لم يرجع بالارش وان كان بفعل المتهب وان زادت زيادة متصلة فهي للواهب وان كانت بفعله ان سوغنا الرجوع مع التصرف وان كانت منفصلة كالولد واللبن فهي للمتهب ولو صبغ الثوب فهو شريك بقيمة الصبغ ولكل منهما القلع وفي الارش اشكال .

وملكا (١) شخصين متضادان وقال الشيخ في المبسوط يبطل البيع .

قال دام ظله: والاقرب ان الاخذ ليس فسخا .

اقول: اما اذا لم توجد قرينة تدل على الرجوع فلا يحكم بالرجوع قطعا لان كل فعل يمكن وقوعه على وجوه غير متلازمة فانه لا يدل بمجرده على احدها الا بدليل من خارج وهو القرينة الدالة على قصد الفاعل لانه اعم من كل واحد من تلك الوجوه ولا دلالة للعام على الخاص وان علم من قصده الفسخ وهو المراد بالبحث هنا (فقيل) لا ينفسخ الا بلفظ (لانه) عقد لفظي يترتب عليه مقتضاه و الاصل البقاء الا ما نص الشارع انه مبطل والعقود اللفظية التي يترتب عليها مقتضاها لم يأت في الشرع ابطالها مع بقاء محلها بمجرد الفعل واللفظ اما ان يدل عليه بلا وسط كقوله رجعت او بوسط كعقد البيع الدال على اثبات ضده (ويحتمل) كونه رجوعا لضعف الملك فيه ولان لفظ الرجوع انما كان رجوعا لدلالته عليه فكذا كل ما يدل عليه والاصح الاول.

قال دام ظله : وفي الارش اشكال .

اقول: هذا تفريع على جواز الرجوع مع التصرف (وتقريره) انه لو صبغ الموهوب الثوب ثم رجع الواهب بعد الصبغ فلكل منهما قلع الصبغ (لان) لكل منهما انفصال ملكه عن غيره فهل على القالع ارش ما نقص من ملك الاخر فنقول العيب اما في الصبغ او الثوب وعلى كل تقدير فالقالع اما المتهب او الواهب فان كان القالع المتهب والعيب في الصبغ لم يكن له ارش وان تعيب الثوب كان عليه الارش لانه عيب ملك غيره لتخليص ملكه (ويحتمل) عدمه لانه دخل في اذن المالك ضمنا لان تمليكه هو اذن له في سائر التصرفات وان كان القالع الواهب فان كان العيب في الثوب فلا

---

(١) بالاضافة.

والاقرب عدم انتقال حق الرجوع الی الوارث ولو مات المتهب لم یرجع الواهب ولو جن فالاقرب جواز رجوع الولی مع الغبطة ویکره تفضیل بعض الولد علی بعض فی العطیة ویستحب التسویة والعطیة لذی الرحم ویتاکد فی الوالد والولد واذا باع الواهب بعد الاقباض بطل مع لزوم الهبة وصح لامعه علی رأی ولو کانت فاسدة صح اجماعا ولو باع مال مورثه معتقداً بقائه او أوصی بمن اعتقه وظهر بطلان عتقه فکذلك ولو انکر القبض صدق بالیمین وان اعترف بالهبة ولو انکره عقیب قوله وهبته وملکته فکذلك ان اعتقد رأی مالك ولا تستلزم الهبة العوض من دون شرط مطلقا علی رأی

ارش لانه بفعله وان کان فی الصبغ احتمل الضمان لما قلناه وعدمه لانه من فعل المتهب وتفریطه لعلمه بجواز الرجوع وصبغه و هذا من املاء المصنف لفظا بلفظ والا صح الرجوع فی کل موضع یکون النقص من فعل غیر المالك لتخلیص ملکه .

قال دام ظله :والاقرب عدم انتقال حق الرجوع الی الوارث .

اقول: وجه القرب انه قد ملکه ایاه وانما جوز الرجوع لخصوصیة الواهب لاصالة انتفاء غیره ولیس (ویحتمل) انتقاله لانه حق له فیدخل تحت العموم والاصح الاول لان الرجوع فیها علی خلاف الاصل فیقتصر علی موضع النص وهو الواهب

قال دام ظله: ولو جن فالاقرب جواز رجوع الولی مع الغبطة

اقول: لانه قائم مقامه وله حق وهو الرجوع وللولی استیفاء حقوقه کلها مع الغبطة (ومن) حیث جهل ارادته وقصده والاصح الاول .

قال دام ظله: واذا باع الواهب بعد الاقباض بطل مع لزوم الهبة وصح لامعه علی رأی .

اقول : وجه الصحة ماتقدم وهو الاصح وذهب الشیخ فی المبسوط الی انه لا یصح البیع لانه صار ملکاً لغیره وقد تقدم .

قال دام ظله : ولا یستلزم الهبة العوض من دون شرط مطلقا علی رأی .

اقول : هذا مذهب ابن ادریس وقال الشیخ فی الخلاف والمبسوط هبة المساوی

فان عوض لم يكن للمالك الرجوع ولا يجب على الواهب القبول مع الاطلاق فان دفع عوضا مع عدم شرط فهي هبة اخرى فان شرطه صح مطلقا ومعينا وله الرجوع مالم يدفع المشروط ولا يجب على المتهب دفعه لكن ان امتنع فللواهب الرجوع فلو تلف الموهوب اوعاب قبل دفع المشترط وقبل الرجوع ففي التضمين نظر فان اوجبناه فالاقرب مع التلف ضمان اقل الامرين من العوض وقيمة الموهوب واذا اطلق العوض دفع المتهب ماشاء فان رضي

والاعلى والادنى تقتضي الثواب عندنا وقال ابو الصلاح الهبة التي تدعو اليها الرغبة في العوض عنها وهي مختصة بهبة الادنى للاعلى في الدنيا ان قبلها لزمه العوض عنها بمثلها ولا يجوز التصرف فيها ولا يعوض عنها (احتج) الشيخ بقول النبي صلى الله عليه وآله وسلم الواهب احق بهبته مالم يثب (١) قال الشيخ واثبت للواهب حق الرجوع قبل ان يثاب واسقط حقه من الرجوع بالثواب وجعله ثوابا على الحقيقة وهذا يشعر ان مراد الشيخ انها لا تلزم الا بالثواب لاما توهم ابن ادريس هكذا قاله المصنف في المختلف و الصحيح انه لا يجب مطلقا (**تفريع**) على القول بوجوب الثواب بما ذا يثيب (قيل) بالمثل او القيمة وهو اختيار ابي الصلاح لانه قبض يقتضي العوض ولا تسمية و كل ما كان كذلك وجب المثل في المثلي والقيمة في غيره (وقيل) بما يرضى به الواهب والارد لما روى ان اعرابيا وهب النبي صلى الله عليه وآله وسلم ناقة فاثابه عليها وقال ارضيت قال لا فزاده ثم قال ارضيت قال نعم الحديث (٢) قلنا ان صح السند لم يتم الدلالة لانه تبرع .

قال دام ظله :فلو تلف الموهوب اوعاب قبل دفع المشترى وقبل الرجوع ففي التضمين نظر .

اقول: (من) حيث انه لم يقبضه مجانا بل ليدفع عوضه ولم يحصل فضمنه (ومن) ان الضمان انما يجب لو اتلف ملك الواهب وليس والمتهب لا يجب عليه دفع العوض بل للواهب الرجوع في العين فالتفريط منه وقال ابن الجنيد يضمن والاصح عدم الضمان.

قال دام ظله :فان أوجبناه فالاقرب مع التلف ضمان اقل الامرين من العوض وقيمة الموهوب .

---

(١) لم نعثر عليه بلفظه نعم قد ورد بطرق الفريقين ما بمعناه.

(٢) ـ التذكرة (ج ٢) كتاب الهبة (البحث الثاني في الثواب .

الواهب وقبضه لم يكن له الرجوع وان لم يرض تخيير المتهب بين دفع الموهوب وعوض المثل ولو خرج العوض او بعضه مستحقا اخذه مالكه ثم ان كانت الهبة مطلقة لم يجب دفع بدله لكن للواهب الرجوع وان شرطت بالعوض دفع المتهب مثله او قيمته مع التعيين او العين اوماشاء ان رضي الواهب مع الاطلاق ولو كان معيبا الزم بالارش اودفع العين في المعينة لا المطلقة ، ولو ظهر استحقاق نصف العين رجع بنصف العوض و لو ظهر استحقاقها بعد تلفها في يد المتهب فالاقرب رجوعه على الواهب بما غرمه من القيمة

اقول: وجه القرب ان العوض ان كان اقل فقد رضي به عوضا واذن له في اتلافها بذلك وان كانت قيمة الموهوب اقل فالمتهب لا يجب عليه العوض وانما يجوز للواهب ان يرجع في العين فلا يجب اكثر من قيمتها (ومن) ان اعتبار العوض اثر الهبة وقد انفسخت فيرجع بقيمة الموهوب (والتحقيق) انه متى يكون للواهب الرجوع في الهبة التي ذكر فيها العوض هل له قبل دفع العوض مطلقا او بعد امتناعه من ادائه الاقرب الاول لقوله عليه السلام مالم يثب (١) وقبل دفع العوض لم يثب فعلى هذا اذا رجع بعد تلفها وقبل دفع العوض رجع بقيمتها او مثلها لاستحالة وجوب دفع العوض بعد انفساخ العقد المقتضي له (و على الثاني) نقول ان دفع العوض زائداً كان او ناقصاً عن القيمة لم يكن للمالك غيره والا كان له مثل الموهوب او قيمته لانه ليس له الالزام بالعوض على مذهب المصنف.

قال دام ظله: ولو ظهر استحقاقها بعد تلفها في يد المتهب فالاقرب رجوعه على الواهب بما غرمه من القيمة .

اقول: اذا وهبه عينا وقبضها المتهب ثم تلفت في يده وظهر استحقاقها فرجع على المتهب مالكها بقيمتها او مثلها فنقول لا يخلو اما ان يكون عوض عنها اولا عوض فان لم يكن قد عوض عنها او عوض باقل مما غرم رجع بما غرم لانه غره باذنه باتلافها بغير عوض او بعوض اقل غروراً يفيد الاباحة ظاهراً وله غاية حكمية مقصودة في نظر العقلاء و كل مغرور كذلك فمباشرته اضعف من سببية غروره و كلما كان كذلك

---

(١) لم نجده كما مر .

وان زادت عن العوض اوخلت عنه ولووهبه عصيراً فصار خمراً ثم عاد خلاً فله الرجوع على اشكال منشأه الاشكال فى الغاصب واحد احتماليه ولوافتك الرهن اوبطلت الكتابة فكذلك ان سوغناه مع التصرف ولوعاد الملك بعدزواله احتمل الرجوع .

رجع على الغار و انما قلنا غروراً يفيد الاباحة احترازا من ان يقول له اقبل هذا عندى و انا لا ارجع عليك بالقيمة فانه لا يرجع عليه اجماعا وانما قلنا له غاية الخ احترازاً عن قوله اتلف مالى هذا فانه لا يرجع على الاقوى (لان) كل ما فيه ضرر و لاحكمة مقصودة له فى نظر العقلاء فهو عبث و ان عوض بمساو او اكثر رجع بما دفع (ويحتمل) عدمه لان الهبة لايعقب الواهب ضمانا لانها تبرع ولان التلف فى يده و الاصح الاول .

قال دام ظله: ولووهبه عصيرا فصار خمرا ثم عاد خلا فله الرجوع على اشكال منشأه الاشكال فى الغاصب واحد احتماليه .

اقول: لما نشأ الاشكال فى غاصب العصير اذا صار خمراً فى يده ثم تخلل هل يملكه ام لانشاء الاشكال هنا فان الموهوب اولى من الغاصب بالملكية فان قلنا يملكه الغاصب لم يجز الرجوع قطعا هنا وان قلنا لا يملكه الغاصب بل يكون الخل للمغصوب منه ففى جواز الرجوع هنا اشكال منشأه استناد ملك الخل الى ملك العصير فكانه الاول بعينه (ولانه) انما ملكه بسبب ملكه الاول وقد كان متزلزلا بالرجوع فكذا هذا الملك لان المسبب لا يكون اقوى من السبب و خروجه عن الملك بالتخمير وتلفه فصار كما لو تلف بالكلية اوباعه المتهب (ولان) جواز الرجوع من آثار التصرف فى الملك المطلق وقد زال عند التخمير فيزول اثره و كذا الاشكال لو باعه عصيراً بخيار فانقلب خمراً ثم تخلل والاقوى عندى انه لارجوع له لانه لما صار خمراً خرج عن الملكية بالكلية واولوية اليد لا بسبب الملك بل بمجرد ثبوتها عليه فلما تخلل تجدد ملك لذى اليد لم يكن لا بسبب الملك الاول و لا عاد الملك الاول .

قال دام ظله : ولوعاد الملك بعدزواله احتمل الرجوع .

المقصد الثالث في الاقرار

وفيه فصول الاول في اركانه وفيه مطالب

المطلب الاول الصيغة

الاقرار اخبار عن حق سابق لا يقتضي تمليكا بنفسه بل يكشف عن سببه و لفظه الصريح لك عندي او علي او في ذمتي اوهذا و ما ادّعى معناه بالعربية وغيرها ويشترط تنجيزه فلوعلقه بشرط كقوله لك كذا ان شئت او ان قدم زيد اوان رضي فلان اوان شهد لم يصح ولو فتح (ان) (١) لزم و لو قال ان شهد لك فلان فهوصادق او فهوحق او صدق أو صحيح لزمه وان لم يشهد و لو قال ان شهد لك فلان صدقته او لزمني اوأديته لم يكن مقرا ولو قال له علي الف اذا جاء رأس الشهر لزمه ان لم يقصد الشرط بل الاجل وكذا لو قال اذا جاء رأس الشهرفله علي الف ، و لو قال كان له علي الف لزمه ولا تقبل دعواه في السقوط ، ولو قال لي عليك الف فقال نعم او اجل او بلى او صدقت اوأبررت او قلت حقاً اوصدقا أوأنا مقر به او بدعواك او بما ادّعيت اوأنت منكر اله اورددتها او قبضتها او قضيتكها او ابرءتني منها فهو اقرار ولو قال اليس لي عليك كذا فقال بلى كان اقراراً ولوقال نعم لم يكن اقرارا

اقول : هذا فرع على جواز الرجوع بعد التصرف الناقل فان التصرف الناقل مانع (ووجه) الاحتمال ان عين ماله في يد المتهب وقد زال المانع (ومن) حيث انه ابتداء ملك مغاير للاول وانما كان له ازالة الاول لاهذا ولان هذا الملك ليس من جهته فلا يملك فسخه وازالته وهذا هوالاصح عندي .

المقصد الثالث في الاقرار

وفيه فصول الاول في اركانه وفيه مطالب الاول الصيغة

قال دام ظله: ولوقال اليس لي عليك كذا فقال بلى كان اقراراً ولوقال نعم لم يكن اقرار أعلى راى .

---

(١) اى فتح همزة (أن) في الامثلة المذكورة.

على رأى ، والاقرار بالاقرار اقرار ولوقال لى عليك الف فقال انا مقر ولم يقل به اوخذه او زنه او انتقده اوزن اوخذ لم يكن اقراراً ولو قال انا اقر به احتمل الوعد ، و لو قال اشترمنى هذا العبد او استوهبه فقال نعم فهو اقرار وكذا لو قال بعنى اوملكنى اوهبنى ، ولو قال ملكت هذه الدار من فلان او غصبتها منه اوقبضتها منه فهو اقرار بخلاف تملكتها على يده ولو قال بعتك اباك فحلف عتق و لا ثمن

اقول : هذا قول الشيخ واكثر الاصحاب لان نعم فى جواب الاستفهام تصديق لما دخل عليه حرف الاستفهام وبلى تكذيب له من حيث ان اصل بلى بل زيدت عليها الياء وهى للرد والاستدراك واذا كان كذلك فقوله بلى رد لقوله ليس لى عليك الف لانه الذى دخل عليه حرف الاستفهام ونفى له ونفى النفى اثبات وقوله نعم تصديق له فكانه قال ليس لك على الف وهذا تلخيص ما نقل عن الكسائى وغيره من ائمة اللغة وعلى وفاقه ورد القرآن قال الله تعالى **الست بربكم قالوا بلى** (١) ولو قالوا نعم كفروا و قال تعالى **ام يحسبون انا لا نسمع سرهم ونجويهم بلى** (٢) و قال تعالى **أيحسب الانسان ان لن نجمع عظامه بلى** (٣) وقال تعالى فى نعم **فهل وجدتم ما وعد ربكم حقا قالوا نعم** (٤) وقال تعالى **ان لنا لاجراً ان كنا نحن الغالبين قال نعم** (٥) وقد قال قوم يكون مقراً لان كل واحد منهما يقام مقام الاخر فى العرف والاقرار انما يحمل على مفهوم اهل العرف لا على دقائق العربية والاصح الاول.

قال دام ظله : ولوقال لى عليك الف فقال انا مقر (الى قوله) ولوقال انا اقر به احتمل الوعد .

اقول: وجه القوة فى الاول انه لم يوجد منه لفظ دال على الاقرار فلا يحكم به (اما الاولى) فلان قوله انا مقر اعم من الاقرار بالمدعى اوغيره اذ يحتمل انا مقر بالشهادة او بطلان دعواك ولا دلالة للعام على الخاص (و اما الثانية) فظاهرة (ويحتمل) ان

---

(١) الاعراف - ١٧١ (٢) الزخرف - ٨٠
(٣) سورة القيمة-٣ (٤) الاعراف - ٤٤.
(٥) الشعراء - ٤٠

ولوقال لك علیّ الف فی علمی اوفیما اعلم اوفی علم الله تعالی لزمه ولوقال لك علیّ الف انشاءالله فالاقرب عدم اللزوم .

یکون اقراراً لانه وجد عقیب الدعوی فیصرف الیها للعرف و لقوله تعالی : **ءاقررتم واخذتم علی ذلکم اصری قالوا اقررنا(۱)** ولم یقولوا اقررنا بذلك ولایرد علیه علمه تعالی بان قصدهم ذلك فان مراده اخذهم باقرارهم و کلامهم لاقصدهم لعلمه بدون ذلك لقوله تعالی فاشهدوا (۲) ای بعضکم علی بعض او للملائکة و لانه جواب عن الدعوی فیکون ابلغ من نعم (اماالاولی) فلصلاحیتهما لذلك وقد ذکره عقیب الدعوی ولم یحتج الی التعبیر عن غیره فیکون جوابا لدفع محذور الهذریة فان من ادعی علیه بدینار فقال انا مقرّ بکون زید فی الدار عد سفیها هذاراً ودفع الهذریة عن کلام العقلاء مقصود للشارع ولهذا قبل الانکار بعد الاعتراف فی الاستثناء فکیف الاقرار (واماالثانیة) فظاهرة اذنعم دالة علی الاقرار وهذاصریح فیه وعندی فی قوله انا مقرّ به اشکال ایضا لجواز ان یرید فی المستقبل (لایقال) اسم الفاعل بمعنی الاستقبال مجاز ومنع اکثر الاصولیین من صدق المشتق مع عدم قیام المشتق منه بالنظر الی المستقبل (لانا) نقول قد استعمل فی لغة العرب و المجاز کثیر و مسألة الخلاف لا یحکم فیها بلا قرینة (ووجه) الاحتمال فی قوله انا اقرّ به انه مشترك بین الحال والاستقبال و المشترك لایحمل علی کلا معنییه ولا علی احدهما بدون القرینة و المستقبل لایکون اقراراً (ویحتمل) کونه اقراراً لان العرف یستعمله فی الثابت فی الذمة والالفاظ انماتحمل علی معانیها العرفیة .

قال دام ظله : ولوقال لك علی الف ان شاءالله فالاقرب عدم اللزوم

اقول: لانه علقه علی شرط مجهول (ولان) المشیة لاتعلم الامع العلم بانه ثابت فی ذمته لانه مسبب لاسباب شرعیة مباحة ولاوحی ولاخرق عادة فلاتعلم الامنه وتعریف الشیء بمالایعرف الا به اومعه دور (و من) ان الانکار بعد الاعتراف غیرمسموع و

---

(۱) (۲) آل عمران - ۷۵

ولوقال انا قاتل زيد فهو اقرار لامع النصب والوجه التسوية فى عدم الاقرار (الثانى) المقروهو قسمان مطلق و محجور فالمطلق ينفذ اقراره بكل ما يقدر على انشائه و لايشترط عدالته فيقبل اقرار الفاسق والكافر واقرار الاخرس مقبول مع فهم اشارته و يفتقر الحاكم الى مترجمين عدلين و كذا فى الاعجمى و كل من ملك شيئاً ملك الاقرار به والمحجورعليه سبعة .

الشرط حصل بعد تمام الاقرار ولاستعمالها تبركا لقوله تعالى **لتدخلن المسجد الحرام ان شاءالله** (١) ولايكون شرطا والاصح انه لايلزمه لانه علقه على الشرط وهو مستعمل حقيقة لغة والشرط غيرمعلوم الحصول ولا يمكن علمه عادة .

قال دام ظله: لوقال اناقاتل زيد فهو اقرار لامع النصب والوجه التسوية فى عدم الاقرار .

اقول: اما وجه الاقرار فى الاول فلان الالفاظ انما تحمل على حقائقها او اقرب مجازاتها فلفظة المشتق ان صدقت حقيقة على من وجد له المشتق منه على ماهو مذهب جماعة من الاصوليين والا كان ذلك اقرب مجازاته لان ماثبت له الوجود بالفعل وقتاما اقرب ممالم يثبت له بعد خصوصاً هنا لتحقق اثره ولوجود قرينة دالة عليه وهى عدم الاعمال فان اسم الفاعل بمعنى الماضى لايعمل فيحمل قوله (اناقاتل زيد) على الماضى ولاستعمال العرف اياه فى الاقرار واما مع النصب فلاتفاق اهل العربية على انه بمعنى الماضى لايعمل فيكون بمعنى المستقبل اذالحال معلوم فلايكون اقراراً و بيان الوجه انه قد يستعمل فى الماضى والمستقبل ودقائق العربية لايعرفها الا بعض الناس فلايحمل عليها لجواز جهلها او ارادة الخطاب بالمتداول بين العوام و لجواز الاضافة فى المستعمل فى الاستقبال و فرق بين العمل والاعمال والثانى اخص لان العمل تاثير العامل فى المعمول لفظا اومعنى كمقدر الاعراب والاعمال تاثير العامل فى المعمول لفظا خاصة وعدم الخاص لايستلزم عدم العام و الماضى و ان كان اقرب بوجه لكن المستقبل اقرب بآخر من حيث الامكان فان ماعدم امتنع وجوده اذن لامتناع اعادة

---

(١) الفتح - ٢٧

الاول الصبی ولا یقبل اقراره و ان اذن له الولی سواء کان مراهقا اولا ولو جوزنا وصیته بالمعروف جوزنا اقراره بها ولو ادعی انه بلغ بالاحتلام فی وقت امکانه صدّق من غیر یمین و الادار ولو ادعاه بالسّن طولب بالبینة ولو اقرّ المراهق ثم اختلف هو و المقرّ له فی البلوغ فالقول قوله من غیر یمین الاان تقوم بینة ببلوغه **الثانی** المجنون وهو مسلوب القول مطلقا وفی حکمه النائم والمغمی علیه و المبرسم والسکران وشارب المرقد وان تعمد لغیر حاجة ، ولو ادعی زوال العقل حال اقراره لم یقبل دعواه الا بالبینة وان کان له حالة جنون فالاقرب سماع قوله ولو شهد الشهود باقراره لم یفتقر الی ان یقولوا طوعا فی صحة من عقله.

الثالث المکره ولا ینفذ اقراره فی ما اکره علی الاقرار به ولو اقر بغیر ما

المعدوم و مالم یوجد بعد وتحقق اثره غیر معلوم هنا و الاصح عدم کونه اقراراً فی الحالین لان کل صیغة احتمل فیها لغة اوعرفا ان لایکون اقراراً لایکون اقراراً خصوصا فی ماهو مبنی علی الاحتیاط التام کالدماء .

قال دام ظله : ولو ادعی زوال العقل حال اقراره لم یقبل دعواه الا بالبینة وان کان له حالة جنون فالاقرب سماع قوله .

اقول: لان مجرد اللفظ لایوجب شیئا الا مع صدوره من اهله لکنه مشکوك فیه ولا یعلم الا من حال المقر وثبوت القوة الغریزیة التی هی العقل لکن ثبوته فی حال الاقرار غیر معلوم وليس له حال مستمر والجهل بالشرط یستلزم الجهل بالمشروط مع اصالة برائة الذمة ولایرد القلب لان برائة الذمة لیست بمشروطة وسبب عدم الحکم بالثبوت اصل البرائة وعدم العلم بموجب الثبوت بخلاف الحکم بالثبوت (ومن) انه حکم باقراره اوّلا ولو کان شرطا لما حکم به قبله ودعوی السقوط بعد الحکم بالثبوت لایقبل ویمنع الحکم بالاقرار اوّلا والاصح الاول وهو سماع قوله لان العقل شرط فی صحة الاقرار (قالوا) الجنون مانع لانه لولادعواه بانه صدر منه حالة الجنون لحکم به ولو کان شرطا لماحکم به حتی یعلم انه صدر فی حالة العقل (قلنا) العقل شرط اجماعا ویمنع الحکم بالاقرار مع الجهل بانه صدر فی زمان العقل .

اكره عليه صح ولو اكره على اداء مال فباع شيئاً من ماله ليؤديه صح البيع مع عدم حصر السبب ولو ادعى الاكراه حال الاقرار لم يقبل الا بالبينة وان اقر عند السلطان الا مع قرينة تدل عليه كالقيد او الحبس او التوكيل به فيصدق مع اليمين .

الرابع المفلس **الخامس** المبذر وقد مضى حكمهما

السادس المريض ويقبل اقراره ان برىء مطلقا على اشكال وان مات في مرض الاقرار فكذلك ان لم يكن متهما والا فمن الثلث ، ولو اقر بدين مستغرق ولا تهمة وثبت بالبينة آخر مستغرق أو أقر الوارث به على اشكال ثبت التحاص .

قال دام ظله: السادس المريض ويقبل اقراره ان برىء مطلقا على اشكال.

اقول: اختلف الفقها في اقرار المريض فقيل من الاصل مطلقا وقال بعضهم ان كان متهما في اقراره يمضى من الثلث كالوصية وسيأتى البحث في ذلك فهذه المسألة فرع على قول من يقول انه يمضى من الثلث وعلى تقدير ان يكون متهما في هذا الاقرار فيه اشكال ينشأ (من) عموم قوله عليه السلام اقرار العقلاء على انفسهم جائز (١) ولزوال المانع وهو المرض ولاطلاق الاصحاب اللزوم اذا برىء (ومن) انه بالتهمة صار وصية وهى لاتلزم والاصح عندى الاول وقوله مطلقا اى سواء كان متهما اوغير متهم .

قال دام ظله : ولو اقر بدين مستغرق ولا تهمة وثبت بالبينة آخر مستغرق او اقر الوارث به على اشكال ثبت التحاص .

اقول: منشأ الاول (من) تعلق حق الغرماء به فصار كاقرار المحجور عليه (و من) انه اقوى من البينة لانتفاء التهمة (ولانه) محجور عليه لقوله عليه السلام المريض محجور عليه الا في ثلث ماله (٢) (ولقائل) ان يقول هذا ليس بتصرف بل هو بيان و اخبار عما هو في نفس الامر فان العاقل لايتلف مال نفسه وعليه دين فلا يؤديه وهذا هو المشهور ومنشأه في الثاني (من) انه خليفته فاقراره كاقراره (ومن) انه لاينفذ تصرفه فلا ينفذ اقراره (ولأنه) من حين الموت هل ملك الوارث وتعلق به الدين اولم يملك

---

(١) مستدرك باب ٣ خبر ١ من ابواب بيع الحيوان .

(٢) لم نعثر عليه بهذا اللفظ وقد ورد ما هو بمضمونه في كتب الفريقين

ولافرق بين الاقرار للوارث وغيره على رأى ولو اقر لز وجته بمهر مثلها اودونه صح ولو اقر بزائد أو بغيره نفذ من الثلث مع التهمة ومن الاصل بدونها ، ولو اقر لاثنين متهم في حق احدهما اختص بالنشقيص ولو اقر بعين ماله وبدين في الذمة لاخر ولاتهمة فلا شيء للثاني وكذا لو قدم الثاني ، ولو اقر بوارث فالاقرب اعتبار التهمة وعدمها و

لقوله تعالى **من بعد وصية يوصى بها اودين**(١) (فعلى الثاني) لايقبل اقراره (وعلى الاول) يحتمل الوجهان لمساواته الميت في الملك (ومن) حيث ان ملك الميت اقوى والاصح انه لايصح بمعنى عدم تقدمه بما ثبت بالبينة او باقرار المورث وعدم مزاحمته للغرماء لتعلق حق الغرماء كالدين بالرهن .

قال دام ظله : ولافرق بين الاقرار للوارث وغيره على رأى .

اقول : هذا اختيار الشيخ والمفيد وابن البراج وسلار وابن ادريس ورواه في كتاب من لايحضره الفقيه وهو الاصح عندي وقال في المقنع انه يمضي في حق الوارث من الثلث واطلق وذهب ابن حمزة الى نفوذه في حق الاجنبي من الاصل مطلقا وفي حق الوارث مع التهمة من الثلث (لنا) رواية منصور بن حازم الصحيحة عن ابي عبدالله عليه السلام انه سأله عن رجل أوصى لبعض ورثته بأن عليه دينا فقال ان كان الميت مرضيا فاعطه الذى اوصى (٢) له وفي الصحيح عن الحلبي عن الصادق عليه السلام قال قلت الرجل يقر لوارث بدين فقال يجوز اذا كان مليا (٣) (احتج) صاحب المقنع برواية اسماعيل بن جابر الصحيحة عن ابي عبدالله عليه السلام قال سألت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل اقر لوارث له وهو مريض بدين له عليه فقال يجوز اذا كان الذى اقر به دون الثلث (٤) (واذا) للشرط وانتفاء الشرط موجب لانتفاء المشروط (ولان) الوراثة موجبة للتهمة (والجواب) حملها على التهمة جمعا بين الادلة ومنع الصغرى في الثاني .

قال دام ظله : ولو اقر بوارث فالاقرب اعتبار التهمة وعدمها.

اقول: وجه القرب انه يتضمن الاقرار بالمال فاذا كان متهما فيه فالمقتضى

---

(١) النساء -١٢- (٢) ئل ب ١٦ خبر ١ من كتاب الوصية

(٣) ئل ب ١٦ خبر ٧ من كتاب الوصية

(٤) ئل ب ١٦ خبر ٣ من كتاب الوصية

كذا اقراره باحبال الامة اواعتاق أخيه المملوك له وله عم ، ولو اقر الوارث بدين على الميت ولا تركة لم يلزمه ولو خلف تركة تخير في التسليم من التركة وغيرها فيلزمه اقل الامرين من الدين والتركة ، ولو تعدد الوارث ادى كل واحد بقدر ميراثه ولو اقر أحدهم لزمه من الدين بقدر ميراثه و لو كانا اثنين لزمه اقل الامرين من نصف التركة و نصف الدين

السابع العبد ولا يقبل اقراره بمال ولا حد ولا جناية توجب ارشا او قصاصا الآن يصدقه السيد و يتبع بعد العتق بالمال ، ولو قيل يقبل ويتبع به وان لم يصدقه السيد كان وجها ، ولو كان مأذونا في التجارة فاقر بما يتعلق بها قبل ويؤخذ ما اقر به مما

موجود فيثبت فيه الحكم (ومن) حيث انه اقرار بالنسب والمال تابع بالعرض.

قال دام ظله :(السابع)العبد ولا يقبل اقراره بمال(الى قوله)ولو قيل يقبل ويتبع به وان لم يصدقه السيد كان وجها.

اقول: منشأ القولين ان العبودية سلبت اهلية الاقرار ومناط اهليته البلوغ والرشد، والحرية شرط في نفوذه او العبودية مانعة من نفوذه (يحتمل) الاول لان شرط وجوب اداء مال على ذمة شخص اهليته للتملك والالزم تكليف مالا يطاق ولا شيء من العبد كذلك لقوله تعالى **ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء** (١) فنفى قدرته على اسباب الملك كلها بخلاف المعسر القادر على تملك المباحات والصدقات والهبات (ولان) فيه نقصا لقلة الرغبة فيه اذ ضمان شيء في الحرية يمنع الميراث بالولاء وامكانه مطلوب فيقل قيمته (ويحتمل) الثاني وهو الاصح ، لقوله ﷺ اقرار العقلاء على انفسهم جائز(٢) والجمع المعرف بالالف واللام للعموم (ولان) المحال يلزم لو وجب في الحال اداؤه وليس بل بعد الحرية وهو ممكن (والثاني) قول الشيخ في المبسوط لانها عنده قد تجامع الملك فلا تمنع اهليته.

---

(١) النحل - ٧٧ -

(٢) مستدرك باب ٣ خبر ١ من ابواب بيع الحيوان

في يده وان كان اكثر لم يضمنه المولى بل يتبع به بعد العتق ولا يصح اقرار المولى عليه بحدولا غيره ، ولو اقر عليه بالجناية فالاقرب قبول قوله ويجب المال ويتعلق برقبته لافي حق العبد كفك الارث فيعتق بالقيمة و ان قصرت على القولين ولا يقبل

قال دام ظله: ولا يصح اقرار المولى عليه بحد ولا غيره (الى قوله) فيعتق بالقيمة وان قصرت على القولين .

اقول : في هذا الكلام مسألتان (ا) اقرار السيد على العبد بحد او غيره من العقوبات كالتعزير وضرب اليد في الاستمناء باليد لا ينفذ على العبد اذا لم يقر العبد لانه اقرار بما يتعلق ببدنه او بما يؤلمه وهو لا يملك منه ذلك و هذه المسألة اجماعية بيننا (ب) اقرار المولى عليه بالجناية (فنقول) اما ان تكون الجناية موجبة للقصاص لو ثبت عليه او موجبة للمال فان كان الاول فهو مبني على مسألة هي ان الفقهاء اختلفوا فقال بعضهم كل ما يوجب القصاص لا يثبت فيه الا القصاص واذا فات محله فلا عوض له والدية لا تثبت الا صلحاً عوضا عن العفو (فعلى هذا) لا يقبل اقرار السيد في حقه وقال الاكثر انه يثبت احد الامرين على البدل القصاص فان تعذر ثبت عوضه الدية فعلى هذا (يحتمل) ضعيفا عدم القبول لان الدية تابعة لثبوت القصاص ولا يثبت باقراره هنا فلا يثبت الدية والاصح الثبوت لان القصاص هنا متعذر وهو ثابت بالنسبة الى السيد فتثبت الدية في رقبته لانها مال السيد وقد اقر بتعلق حق القصاص بها ومع تعذره فالدية و قد تعذر الاول فثبت الثاني وهو الاقرب عند المصنف لعموم قوله عليه السلام اقرار العقلاء على انفسهم جائز (١) ولا نسلم ان الدية تابعة لثبوت القصاص بل لثبوت سبب وجوبه وان انتفى وجوبه لمانع الحكم لا لمانع السبب وان كانت الجناية توجب المال كالخطاء حكم بتعلقه برقبته بلا اشكال (و اعلم) انه على التقديرين فالحكم بالجناية على السيد بالنسبة اليه لا الى العبد فثبت حكمها عليه ولا يثبت الاقرار في حق العبد في فك الارث اى لو مات ابوه ولا وارث سواه عتق بالقيمة وان قصرت عن الجناية على القولين اى على قولنا من انه يفك باقل الامرين وعلى قول الشيخ حيث

(١) مستدرك باب ٣ خبر ١ من ابواب بيع الحيوان

اقراره بالرق لغيرمن هو في يده ومن تحرر نصفه نفذ نصف اقراره و يتبع بالباقي

الثالث المقر له وله شرطان

الاول اهلية التملك فلواقر لدابة او لحائط لم يصح ولوقال بسبب الدابة قيل يكون اقراراً للمالك على تقدير الاستيجار (وفيه نظر) اذقديجب بسببها مالايستحقه المالك كأرش الجناية على سايقها اوراكبها نعم لوقال لمالكها أو لزيد على بسببها الزم ولو قال بسبب حملها لم يلزمه شي اذ لايمكن ايجاب شي بسبب الحمل، ولو اقر لميت صح وانتقل الى ورثته ولو قال لاوارث له سوى هذا الزم التسليم اليه ان كان دينا وفي العين نظر اقربه وجوب البحث ، ولو اقر للعبد صح وكان للمولى ولو اقر لحمل

قال يفك بارش الجناية اماهنا فلالانه اقرار في حق العبد ولايلزم العبد بعد عتقه من ارش الجناية التي اقربها السيد بشيء وكذا لو اقر برهنه الى اجل فانه لايسقط الاجل الفك بالقيمة لان العتق اغلب .

الثالث المقر له

قال دام ظله : وان قال بسبب الدابة قيل يكون اقراراً للمالك على تقدير الاستيجار وفيه نظر اذ قد يجب بسببها مالايستحقه المالك كارش الجناية على سائقها اوراكبها .

اقول: هذا قول بعض الاصحاب وقال الشيخ في المبسوط فان قال بسبب هذه البهيمة الف درهم كان ذلك اقراراً بالف و معنى السبب ان يكون الالف يثبت عليه بارش جناية منه عليها اواجرة منافعها وماشبه ذلك فعلى قول الشيخ يكون لمالكها وقال المصنف فيه نظر منشأه مما ذكره (ومن) اغلبية ما ذكره الشيخ و انما يحمل على الغالب لانه ارجح (ولان) ماحصل بسببها كالنماء و الاصل فيه كونه للمالك و الاصح مااختاره المصنف وهوانه لايكون للمالك بل تكون مجهولة المالك لانه اعم من استحقاق المالك ولادلالة للعام على الخاص نعم لوادعاه المالك كان له لانه مال لايدعيه غيره .

قال دام ظله : و لواقر لميت صح (الى قوله) وفي العين نظر اقربه

فلانة و عزّاه الى وصية او ميراث صح فان ولدت ذكراً وانثى فهو بينهما على حسب استحقاقهما ، ولو عزّاه الى سبب ممتنع كالجناية عليه والمعاملة له فالاقرب اللزوم و الغاء المبطل ولو اطلق فالوجه الصحة تنزيلا على المحتمل و يكون بين الذكر و

وجوب البحث .

اقول: لانه اقرار في حق الغير فلا ينفذ (ومن) حيث انه اقرار من صاحب اليد ولانه اقرار بالملكية وسببها وحق الغير مستدرك بالضمان والاصح الاول والا لنفذ الاقرار في حق الغير ولا اعتبار باليد هنا والفرق بينه وبين الدين ان الدين لا يتعين الا بالدفع الى المقرّ له فيكون اقراراً في حق نفسه خاصة .

قال دام ظله : ولو اقر بحمل فلانه وعزاه الى وصية او ميراث صح(الى قوله) ولو اطلق فالوجه الصحة تنزيلا على المحتمل .

اقول: البحث هنا في موضعين (ا) مع الاطلاق قال في المبسوط قيل فيه قولان (احدهما) يصح والآخر لا يصح قال فيه والاول اقوى(ووجه) الصحة قوله عليه السلام اقرار العقلاء على انفسهم جائز (١) وامكانه فيحكم عليه به ومعنى قوله تنزيلا على المحتمل اما بحمله على الوصية او الميراث وان كان مطلق الملك اعم منهما لكن حيث(انحصر) سبب الملك هنا فيهما والاقرار بالمعلول اقرار بالعلة (حكمنا) به عليه (ووجه) البطلان ان الملك نسبة واضافة لا تتحقق الا مع تحقق المنتسبين خارجا وهو هنا غير معلوم فلا يحكم به ولان شرط ملك الحمل سقوطه حيّا لان شرط الملك حيوة المالك ولا يعلم وجودها قبل سقوطه حيا والمشروط لا يتقدم على الشرط والميراث والوصية سببان لملكه عند سقوطه فاذا وجد كل واحد منهما منع ملك غيره واثّر ملكه فيه وفي نمائه عند سقوطه حيا فلذلك صح الاقرار مع اسناده الى سبب صحيح لان الاقرار في الحقيقة بوجود السبب وبالتبعية يملكه ومن قال بصحته عند الاطلاق جعل سقوطه حيا كاشفا عن سبق ملكه بهما وتأثيرهما فيه وجعل سقوطه ميتا كاشفا عن عدم ملكه وعدم تأثيرهما والاول اقوى (ب) مع تقييده بسبب محال هذا يبنى على المطلق فان بطل ثمّ فهنا اولى و

---

(١) المستدرك ب٣ خبر-١ من ابواب بيع الحيوان

الانثى نصفين ويملك الحمل ماأقر له به بعد وجوده حيا لدون ستة اشهر من حين الاقرار ولوولد لاكثر من مدة الحمل بطل واو وضع فى ما بينهما ولازوج ولا مالك حكم له لتحققه وقت الاقرار . ولو كان لها زوج اومولى ففى الحكم له اشكال ينشأ (من) عدم اليقين بوجوده (ومن) صحة الاقرار وللعادة ولوسقط ميتا فان عزاه الى ارث او وصية عاد الى مورث الطفل او الموصى وان اطلق كلف السبب وعمل بقوله وان تعذر التفسير بموته اوغيره بطل الاقرار كمن اقر لرجل لايعرف ، ولو ولدت اثنين احدهما ميت فالمال للآخر ولواقر لمسجد او مشهد اومقبرة اومصنع او طريق وعزاه الى سبب صحيح مثل أن يقول من غلة وقفه صح وان اطلق او عزاه الى سبب باطل فالوجهان.

ان صح ثم احتمله هنا لانه انكار بعد اعتراف فيبطل ولامتناع اجتماع بطلانه هنا مع صحته عند قوله من ثمن خمر فى غيره لان ذكر السبب الفاسد اما ان يقتضى انحصاره فيه وبطلان الاقرار مع امكان غيره اولا فان اقتضى اقتضى فيهما والا انتفى فيهما لكن الثانى ثابت بالاجماع فينتفى الاول ، وقال ابن الجنيد وابن البراج وجماعة ببطلانه (لان) الكلام لايتم الا بآخره ، والاصح عندى البطلان فى المسألتين هنا اعنى الاطلاق والتقييد بالمحال لانه لامك للحمل بالحقيقة وانما يوجد بسبب يصلح للتملك فاذا لم يقر به لم يصح .

قال دام ظله : ولو اقر لمسجد اومشهد اومقبرة اومصنع او طريق وعزاه الى سبب صحيح مثل ان يقول من غلة وقفه صح وان اطلق اوعزاه الى سبب باطل فالوجهان .

اقول: اذا اقر لمسجد فان اسنده الى سبب صحيح كغلة و قفه صح اجماعا وان اطلقه فعلى وجهين خرجا من القولين فى مسألة الحمل وان اضاف الى جهة فاسدة خرج حكم المسألة على الاحتمالين فى الحمل بل البطلان هنا اولى لاستحالة الملك حقيقة و المجاز ابعد هنا .

الثاني عدم التكذيب فلو قال هذه الدار لزيد فكذبه لم يسلّم اليه ثمّ امّا ان يترك في يد المقرّ او القاضي فان رجع المقرّ له عن الانكار سلّم اليه فان رجع المقرّ في حال الانكار فالاقرب عدم القبول لانه اثبت الحق لغيره بخلاف المقر له فانه اقتصر على

قال دام ظله: (ب) عدم التكذيب (الى قوله) فان رجع المقر في حال الانكار فالاقرب عدم القبول .

اقول : اذا اقرّ انسان بعين شخصية غير انسان في يده لشخص معين قابل لتملكها جائز التصرف فكذبه المقر له فيه مسائل (ا) لايسلّم العين الى المقرّ له اى لا يجبر المقر له على قبضها وتسلّمها خلافا لبعض الشافعية ثم ماذا يعمل بها فيه قولان (احدهما) تترك في يد المقرّ لانا لانعرف مالكها ويد من له اهلية اليد (التملك ـ خل) عليها و الاصل في يد المسلم وافعاله الصحة فهو اولى الناس لحفظها ولا قتضائها الملكية ظاهراً فلا اقل من ان يقتضي استحقاقها ظاهراً و الاقرار عارضه الانكار فاوقف حكمه و منع تأثيره في الحال فبقي المقتضي بلا معارض فيترك في يده (و ثانيهما) يتولاه القاضي لانه ولي الغياب عن المشاهدة اوغير المعلوم من هو فان رأى استحفاظ صاحب اليد كان امينا للقاضي كما لو استحفظ عدلا غيره وهذا هو الاصح عندى (وقول المصنف) : اما ان يترك في يد المقر او القاضي)ليس للتخيير بل للترديد بين القولين (ب) لو رجع المقر له عن الانكار وصدق المقر قبل رجوعه لان هذا الملك لايدعيه احد الا هو وصاحب اليد قد اقر له به (فعلى هذا) عدم تكذيب المقر له ليس شرطا في صحة الاقرار بل في نفوذه و الحكم به بخلاف الشرط الاول فانه شرط في صحة الاقرار (ج) ان يرجع المقر في اقراره ويكذّب نفسه في حال انكار المقرّ له قال المصنف الاقرب عدم القبول اما اذا قلنا تنزع من يده و يتولى حفظها القاضي فلا يقبل رجوعه قطعا و اما على القول بتركها في يده لا عن القاضي فيجيء الاحتمال الضعيف الذى نذكره فيما بعد ولذلك قال المصنف الاقرب لانه سلب ملكها عن نفسه باقرار محكوم به عليه لعموم الخبر والمشروط بعدم التكذيب نفوذ الاثبات لغيره في الحال و الحكم به (ويحتمل) القبول لانه مال لايدّعيه غيره

الانكار ولو اقرّ لعبد بنكاح او تعزير قذف فكذب السيد فالاقرب اللزوم بخلاف مالو كذب العبد اذ لاحق للسيد هنا ، ولو انكر المقرله بعبدقيل يعتق و ليس بجيد بل يبقى على الرقية المجهولة المالك ويحتمل الحرية ان ادعاها العبد.

وقد ادعاه هو ولانه انما حصر ملكه فى ملكية زيد و قد نفاها فبقى كالمباح (ولان) العدم هنا يعلم بثبوت الضد وليس (ولما) تقدم و قوله (لانه اثبت الحق لغيره الخ) اشارة الى الفرق بين المسألتين اعنى رجوع المقرّ ورجوع المقرله فان رجوع المقرانكار بعد اقرار لمعين محكوم به و رجوع المقرّله اعتراف بدعوى انكرها قبل والشارع يسمع الثانى دون الاول و اقرار المقرحكم بحادث ثبوتىّ وهو ملك الغيرو هو حكم بالعلم بسببه و ثبوته فلا يقبل التأويل بخلاف انكار المقرله لانه بناء على العدم الاصلى و يكفى فيه عدم العلم بثبوت السبب فيقبل التأويل .

قال دام ظله : ولو اقر لعبد بنكاح او تعزير قذف فكذب السيد فالاقرب اللزوم بخلاف مالو كذب العبد اذ لاحق للسيد هنا.

اقول: ويحتمل عدمه لاطلاق الاصحاب ان الاقرار للعبد اقرار للمولى، والاصح ان تعزير القذف لايؤثر ردّ السيد فيه لانه لاحق له فيه قطعا ، واما النكاح (فيحتمل) تأثير ردّ المولى فيه لانه موقوف فى اصله على رضاه فانه لايصح ان ينكح الا باذن السيد فاذا اقرّ بثبوته فهو اقرار على السيد فلا يلزم (ويحتمل) العدم لانه لاحق للمولى فى النكاح وهو الاصح لانا نحكم بثبوت حكمه فى حق المقر لافى مايتعلق بحقوق المولى.

قال دام ظله: ولو انكر المقرله بعبدقيل يعتق (الى قوله) ويحتمل الحرية ان ادعاها العبد .

اقول: (لما) بحث عن الاقرار بغير انسان اذا كذبه المقرله (شرع) هنا فى البحث عما اذا اقرّ بعبد لانسان فانكر المقرله ،وقد اختلف الفقهاء فيه هل يعتق العبد ام لا ، فقيل يعتق وهو قول الشيخ وابن البراج لان صاحب اليد لايدعيه والمقرله ينفيه فيصير العبد فى يد نفسه فيعتق ولانتفاء تملك المقر باقراره والمقرله بنفيه وانتفاء ملك غيرهما بالاصل (ولانه) كل مانفى ملكه وملك غيره مطلقا عتق و المقدم هنا ثابت

المطلب الرابع فی المقربه

وهو اما مال أو نسب اوحق ولايشترط فی المال العلم فيقبل بالمجهول ثم يطالب بالبيان ولا ان يكون ملكا للمقر بل لوكان بطل فلو قال داری لفلان او مالی او ملكی او عبدی أو ثوبی لفلان بطل للتناقض ، ولو شهد الشاهد بأنه أقر له بدار كانت ملك المقر الی أن اقر فالشهادة باطلة، ولوقال هذه الدار لفلان وكانت ملكی الی وقت الاقرار لم تسمع الضميمة وصح اقراره نعم يشترط أن يكون المقربه تحت يده وتصرفه فلوقال الدار التی فی يدی أو تحت تصرفی لزيدلزم ، ولوقال له فی ميراث أبی اومن ميراث ابی مائة صح وكان اقراراً بدين على التركة ، ولوقال فی ميراثی من أبی اومن ميراثی من ابی لم يكن اقرارا ويصح لوقال له من هذه الدار بخلاف من داری اوفی مالی الف، ولوقال فی ذلك كله بحق واجب اوبسبب صحيح وماجری مجراه صح واذاقال له فی هذه الدار مائة صح وطولب بالبيان فان انكر المقر له تفسيره صدق المقر مع اليمين ولواقر بحرية عبد فی يد غيره لم يقبل فان اشتراه صح تعويلا على قول صاحب اليد، والاقرب أنه فداء فی طرف البايع فلايثبت فيه خيار المجلس والشرط و الحيوان بالنسبة الی المشتری كما لايثبت فی بيع من يعتق على المشتری ولايثبت

اذاقراره نفی ملكه وملك جميع من عدا المقر له وحكم الشارع به وحصر الملك فی زيد ثم نفی زيد ملكه واعتبره الشارع ايضافانتفی الملك مطلقا عنه و ابطله المصنف بانه محكوم برقه وانه مال ورفع الخاص لايستلزم رفع العام (ووجه) الاحتمال الاخير و هو الحرية اذا ادعاها العبد وهو الاصح عندی انه مدع لامنازع له فيكون كالكيس (ويحتمل) العدم للحكم عليه بالملكية .

المطلب الرابع فی المقربه

قال دام ظله : ولواقر بحرية عبد فی يد غيره لم يقبل (الی قوله) فی بيع من يعتق على المشتری.

اقول : الشهادة على الغير بعين فی ملكه يكون اقراراً من الشاهد من وجه بمعنى انه لولم ينفذ شهادته وحصل يوما من الدهر فی يده بحيث لولاشهادته لكان ملكه

المبايع ولاء ولاللمشترى فاذا مات العبد اخذ المشترى من تركته الثمن وا لفاضل يكون موقوفا .

تمحضت تلك الصيغة للاقرار وحكم عليه بمقتضاها فلوقال انزيداً اعتق عبده غانما لم يحكم بحريته فى الحال بمجرد قوله فلواقدم على شرائه قال الشيخ فى المبسوط يصح الشراء والظاهر انه يريد فى الظاهر لانه اوقف الولاء تنزيلا للعبد (للعقد خ ل) على قول من صدقه الشرع وهو البايع صاحب اليد (قالوا) وفارق الا قرار برضاع محرم بينه وبين امرأة فسد نكاحها فان الشراء يحصل العتق اومقتضى الاقرار بخلاف النكاح لان الرضاع مناف له فيمنع من الاستمتاع بفرج اعترف انه حرام عليه وقال قوم انه ليس شراء بل افتداء (لان) البيع عقد مركب من جزئين بايجاب و قبول و صحته بصحتهما وفساده بفساد احدهما والقبول غير صحيح بالنسبة الى البيع لاعتراف المشترى بحريته وامتناع شراء الحر (والتحقيق) ماقاله المصنف و هو انه يجتمع فيه المعنيان جميعا فهو بيع من جهة البايع لا محالة و فداء ، واستنقاذ من جهة المشترى للحكم على كل باقراره عملا بعموم الخبر ويتفرع على هذه القاعدة فروع (ا) الخيار لايثبت شيء من انواعه للمشترى هنا لانه حكم عليه بعتقه قهراً كما اذا اشترى من ينعتق عليه قيل ولا يأخذ الارش لوخرج العبد معيبا لانه لارش فى الفداء (وفيه نظر) لان الارش جزء من الثمن والبايع يقر باستحقاقه وحده والمشترى يدعى استحقاقه مع الكل لانه يزعم ان البيع باطل وان الثمن كله مستحق له والصحيح عندى ان له اخذه (ب) لايحكم بالولاء ظاهراً لا للبايع ولا للمشترى لزعم البايع انه غير معتق و المشترى انه غير معتق فياخذ المشترى قدر الثمن من ماله الذى اكتسبه بعد الحكم بعتقه لان البايع ان كان صادقا فكل المال للمشترى وان كان كاذبا والصادق هو المشترى فالـولاء للبايع فى نفس الامر وقد ظلم المشترى باخذ الثمن وقد ظفر له بمال فياخذ ما ظلمه به منه هذا اذا لم يكن له وارث والعتق فيه ولاء فان فضل شيء كان موقوفا وهو اختيار الشيخ ولوقال انه حر الاصل كان شرائه فداء من جهته باجماع الكل فيرثه وارثه و اذا فقد النسب والسبب فالامام وليس للمشترى ان يأخذ منه شيئا (ج) لوتلف العبد قبل

الفصل الثاني في الاقارير المجهولة

وهي احدعشر بحثا (**الاول**) اذاقال لهعلي شيء الزم البيان ويقبل تفسيره وان قل ولوفسر بمالم يجرفي العادة تملكه كقشرجوزة اوحبة حنطة اوبمالايتملك في شرع الاسلام مع اسلامه كالخمر والخنزيروجلد الميتة اوبالكلب العقور والسرجين النجس و ان انتفع بهما اوبرد السلام او بالعيادة لم يقبل، ولوقال غصبته شيئا ففسره بالخمر اوالخنزير قبل مع كفر المقرله ومع الاسلام اشكال ولو قال اردت نفسه لم يقبل لانه جعل له مفعولين الثاني منهما شيئا فيجب مغايرته للاول أما لوقال غصبته ثم قال اردت نفسه قبل و كذا لوقال غبنته لانه قديغصب ويغبن في غير المال ، ولوقال له عندي شيء لم يقبل بهما لافادة اللام الملك ولو امتنع من التفسير حبس حتى يبين وقيل يجعل ناكلا فيحلف المدعي ولوفسره بكلب يجوز اقتناؤه قبل و كذا لوفسره بحدقذف او

القبض لم يكن للبايع المطالبة بثمنه اجماعا (واعلم) ان الفداء والاستنقاذ دفع عوض عن يد فان كانت اليد لاتستحق از التها ظاهرا فالاستنقاذ شرعي والاضروري .

الفصل الثاني في الاقارير المجهولة

قال دام ظله : ولوقال غصبته شيئا ففسره بالخمر والخنزير قبل مع كفر المقرله ومع الاسلام اشكال .

اقول: ينشأ (من) الاختلاف في تفسير الغصب فقال بعضهم انه عبارة عن الاستيلاء على ملك الغير قهرا ظلما ولاشتماله على (١) ذم (دم خ ل) لحق الغير وانتفاء ذلك في الخمر (وقيل) انه استيلاء منهي عنه على مافي يده محترمة تستحق الابقاء عليه ظاهراً ورفعها فجعلوا الغصب تبع استحقاق اليد وهو متحقق في الخمر لثبوت حق الامساك للتخليل (ولانه) يستعمل في العرف على رفع اليد قهراً عن شيء لايستحق الرافع اثبات يده عليه والخمر والخنزير كل منهما شي (والتحقيق) ان الاشكال الذي ذكره المصنف في الخمر لافي الخنزير فانه لايقبل والاصح عندي انه لايقبل فيهما

قال دام ظله : ولوامتنع من التفسير حبس حتى يبين وقيل يجعل

---

(١) كذا في النسخ .

حق شفعة ولوفسره بدرهم فقال المدعي بل اردت بقولك عشرة لم يقبل دعوى الارادة بل عليه ان يدعي نفس العشرة والقول قول المقر في عدم الارادة وعدم اللزوم ، ولو مات قبل التفسير طولب الورثة ان خلف تركة ولو ادعى المقر له جنسا غير ما فسره اولم يدع شيئا بطل الاقرار.

الثاني لوقال له علي مال قبل تفسيره بقليله وكثيره ولا يقبل بغيره كحد القذف وحق الشفعة والكلب العقور ويقبل بالمستولدة ولو قال مال جزيل اوجليل او عظيم اونفيس او خطير اوعظيم جداً اوعظيم عظيم قبل تفسيره بالقليل ايضا ولو

ناكلا فيحلف المدعي .

اقول الاول اختيار المصنف وبعض الاصحاب لانه قد صار مقراً وبالامتناع من التفسير صار مانعا من حق ثبت عليه فوجب ان يحبس (و الثاني) قول الشيخ في المبسوط وابن ادريس وقطب الدين الكيدري لانه بالامتناع من التفسير صار كالممسك عن جواب الدعوى فاقتضى ان يصير ناكلا والاصح الاول .

قال دام ظله : ولوقال مال جزيل او جليل (الى قوله) ولوقال كثير فقيل يكون ثمانين والاقرب المساواة .

اقول: (الاول قول الشيخ في المبسوط وابن البراج وقطب الدين الكيدري لانه استعمل فيها وهو دليل الحقيقة (اما الاولى) فلقوله تعالى **ولقد نصركم الله في مواطن كثيرة** (١) فعدت فكانت ثمانين ولحمله في النذر عند الاطلاق على ذلك للرواية وهو خاصة الحقيقة (واما الثانية) فلاستدلال ابن عباس باسقني دهاقا(٢) على وضعه للملآن عند احضاره ولا يرد الاشتراك للاصل ولا التواطي والا لما أمر بذلك عند الاطلاق في النذر (والثاني) قول ابن ادريس و المصنف و ابي القاسم بن سعيد وهو الاصح عندي لاختلاف الناس في الكثير ولاحد له في الشرع ولا اللغة ولا العرف ولان كل مال كثير بالنسبة الى ما دونه و الاستعمال اعم من الحقيقة و المجاز و لا

---

(١) التوبة - ٢٥ .

(٢) من ادهقت الكأس ملاءتها يقال ايضا كأس دهاق : اى ممتلئة ونطفة دهاق : اى نطفة افرغت افراغا شديداً (مجمع البحرين) .

قال كثير قبل يكون ثمانين والاقرب المساواة ولو قال اكثر مما لفلان وفسره باكثر عددا او قدراً الزم بمثله ويرجع في الزيادة اليه ، ولو قال كنت اظن ماله عشرة فثبت بالبينة مائة قبل تفسيره لخفاء المال اما لو شهد بالقدر ثم اقر بالاكثرية لم يسمع ، و لو فسره بالبقاء او المنفعة او البركة وكان اقل في القدر والعدد بان يقول الدين اكثر بقاء من العين او الحلال اكثر من الحرام او انفع ففي السماع نظر ولو قال لي عليك الف دينار فقال لك علي اكثر من ذلك لزمه الالف وزيادة ولو فسر باكثر فلوساً او حب حنطة او دخن فالاقرب عدم القبول .

دلالة للعام مع الخاص واستدلال ابن عباس بفهم المأمور الملآن من لفظ الدهاق عند الاطلاق وهو من علامات الحقيقة والقرينة في الآية ظاهرة و الرواية في صورة خاصة فلعله عليه السلام علم قصده ومع تسليمه فلا يمنع التواطي والتشكيك بل هو اظهر لاستعماله في غيره في صور كثيرة كقوله تعالى **اذكروا الله ذكراً كثيرا (١) وكم من فئة قليلة غلبت فئة كثيرة (٢)** ولانه لو لم يكن متواطيا ولا مشككا لكان جعله مجازاً فيما ذكروه اولى لاستعماله في غيره فاما بالاشتراك فالمجاز خير منه او يكون مجازاً في غيره وحقيقة فيه ولكن غيره اكثر استعمالا منه فصرف اليه ترجيحا للاغلبية (وقيل) بالوقف لتعارض كثرة المجاز واولوية الحقيقة .

قال دام ظله : ولو قال اكثر مما لفلان (الى قوله) ففي السماع نظر

اقول : ينشأ (من) ان الكثرة والاكثر انما تطلق حقيقة على العدد واللفظ انما يحمل على الحقيقة عند الاطلاق (ومن) انها تطلق على هذه المعاني ايضا لكن بقيد وهو مجاز ولكنه اعرف بنيته وقصده والاصح الثاني لان اللفظ اذا كان له حقيقة ومجاز فهو بالنسبة الى الحقيقة ظاهر وبرائة الذمة اقوى منه فلا تناقض في تفسيره و هو اعرف بقصده فيقبل تفسيره

قال دام ظله : ولو قال لي عليك الف دينار فقال لك علي اكثر من ذلك لزمه الالف وزيادة ولو فسره باكثر فلوساً او حب حنطة او دخن فالاقرب

---

(١) الاحزاب. ٤١ (٢) البقرة. ٢٥٠ .

الثالث اذا قال له علي كذا فهو كالشيء ولو قال كذا كذا فهو تكرار ولو فسر المفرد بدرهم نصبا لزمه درهم ونصب على التمييز وقيل يلزمه عشرون ولو رفعه

عدم القبول .

اقول : لفظة اكثر افعل التفضيل وانما يستعمل حقيقة على اتحاد الجنس ويحمل عليه عند الاطلاق كقوله تعالى **كانوا اكثر منكم** (١) وعلى غيره بقيد كقوله تعالى **انا اكثر منكم مالا** (٢) **وقالوا نحن اكثر اموالا واولاداً** (٣)(ويحتمل) القبول لصدق الاكثر على الزائد في المقدار وان اختلفا في الجنس حقيقة لان العرف واللغة متطابقان على ماهو في نفس الامر من ان الكثرة انما تتقوم من الآحاد فان اخذ الواحد (من) حيث هو واحد فقط لم يكن الحاصل من اجتماع امثاله الا الكثرة سواء كان معروض الوحدات مختلفا بالماهية او متفقا وان اخذ من حيث هو انسان او حجر مثلا فقط لم يكن اعتبار كونها كثيرة حاصلا الا مع اعتبار الوحدات فصدق الكثرة تابع لاجتماع الوحدات من غير اعتبار معروضها البتة فاذا زادت الوحدات صدق الاكثر من غير اعتبار المعروض .

قال دام ظله : ولو قال كذا وكذا فهو تكرار ولو فسر المفرد بدرهم نصبا لزمه درهم ونصب على التمييز وقيل يلزمه عشرون .

اقول: اذا قال لفلان علي كذا فهو كما لو قال شيء فيقبل تفسيره بما يقبل به تفسير الشيء فلو قال كذا كذا فهو كما لو قال كذا و التكرار للتأكيد لا للتجديد (المتحديد ـ خ ل) ولو قال كذا وكذا فعليه التفسير لشيئين مختلفين او متفقين فيقبل كل واحد منهما في تفسير كذا من غير عطف وكذا الحكم لو قال علي شيء شيء ولو قال علي كذا درهما بالنصب ففيه قولان ذكرهما المصنف هنا (الاول) وهو اختيار المصنف هنا انه يلزمه درهم واحد وقوله درهما تفسير لما ابهمه وهو الاصح عندي وقال بعض النحويين هو منصوب على القطع كأنه قطع ما ابتدأ به واقر بدرهم وهذا على قول

---

(١) التوبة (٧٠) والآية كانوا اشد منكم قوة واكثر اموالا واولاداً .
(٢) الكهف ٣٢ .　(٣) السباء ـ ٣٤ .

فكذلك وتقديره شيء هو درهم فجعل الدرهم بدلا من كذا ولو جره لزمه جزء درهم ويرجع اليه في تفسيره والتقدير جزء درهم (وكذا) كناية عنه وقيل يلزمه مائة

نحاة الكوفة (والثاني) قول الشيخ في المبسوط لان اقل عدد مفرد ينصب بعده المميز عشرون (وفيه نظر) لان في الاقرار لا يوازن المبهمات بالمعينات بواسطة الاعراب لان اصل البرائة اقوى من اصطلاحات النحاة ولان المخاطبات العامة بين اهل العرف العام لا تحمل على اصطلاحات العرف الخاص و لانه لو قال كذا درهم صحيح بالجر لم يلزمه مائة باتفاق الكل وان كانت الموازنة المذكورة تقتضي لزوم المائة والتقييد بالصحيح لنفي احتمال نصف درهم او ثلث درهم واعترف الشيخ بان الصيغة متى احتملت غير الاقرار بالشيء لا يكون اقراراً بذلك الشيء و دلالة الاعراب ظنية و بناء نقل الاموال على الاحتياط التام اجماعا ، وقال ابن ادريس والاولى الرجوع الى تفسيره لان كذا لفظ مبهم محتمل ولا يتعلق على الذمم شيء بامر محتمل والاصل برائة الذمة وقال المصنف في المختلف التحقيق ان القائل ان كان من اهل اللسان الزم بما قاله الشيخ والا رجع الى تفسيره كما قاله ابن ادريس.

قال دام ظله: ولو جره لزمه جزء درهم ويرجع اليه في تفسيره والتقدير جزء درهم (وكذا) كناية عنه وقيل يلزمه مائة .

اقول : وجه الاول اصالة برائة الذمة مع احتماله في الكلام وهو الاصح عندى والقول الثاني للشيخ في المبسوط لان كذا كناية عن العدد ودرهم بالجر تمييز لاقل عدد يخفض بعده المميز المائة هكذا نص علماء اللغة ولم يوجد في كلام العرب غير ذلك واجاب المصنف عنه بما ذكر وحاصله منع المقدمة الاولى وذكر سند المنع والجزء متيقن والزائد محتمل والاصل عدمه ومذهب ابن ادريس هنا كالاولى و كذا المصنف في المختلف ولا ريب ان دعوى الشيخ عرف خاص والعام واللغة يقتضيان اجمالها والالفاظ انما تحمل على العرف العام خصوصا والاصل برائة الذمة ولو قال كذا درهم بالرفع لزمه درهم واحد باتفاق الكل .

ولووقف قبل تفسيره بجزء درهم وكذا لو كرّر بغير عطف لايقتضي الزيادة كأنه قال شيء شيء وفي الجر يحتمل أنه اضاف جزءاً الى جزء ثم اضاف الآخر الى الدرهم كنصف تسع درهم وكذالو قال كذا كذا كذا وقيل يلزمه مع النصب احد عشر ولو عطف ورفع لزمه درهم لانه ذكر شيئين ثم ابدل منهما درهما فكأنه قال هما درهم ولو نصب احتمل لزوم درهم لان كذا يحتمل اقل من درهم فاذا عطف مثله وفسرهما بدرهم جازودرهمين لانه ذكر جملتين و فسّر بدرهم فيعود الى الجميع كمائة وعشرين درهما يعود التفسير الى الجميع واكثر من درهم بناء على ان الدرهم تفسير للاخير و يبقى الاول على ابهامه وقيل يلزمه احد وعشرون ولو قال الف ودرهم اودرهمان فالالف مبهم يقبل تفسيره بماقل و كثر ولو قال الف وثلاثة دراهم اووخمسون درهما أوألف ومائة وخمسة وعشرون درهما او خمسة عشر درهماً اوالف ومائة درهم فالجميع دراهم على اشكال . ولو قال على ثلاثة دراهم والف اوعشرون درهما والف فالالف مجهولة

قال دام ظله : وكذا لو كرر بغير عطف (الى قوله) و قيل يلزمه مع النصب احد عشر .

اقول: الثاني قول الشيخ في المبسوط لان اقل عددين ركّبا وانتصب ما بعدهما احد عشر والخلاف والبحث كما تقدم .

قال دام ظله: ولو عطف و رفع لزمه درهم (الى قوله) و قيل يلزمه احد وعشرون درهماً .

اقول: هذا قول الشيخ في المبسوط لانه اقل عددين عطف احدهما على الآخر وانتصب الدرهم بعدهما والخلاف والبحث كما تقدم والاصح انه مجمل يرجع فيه الى تفسيره .

قال دام ظله :ولو قال الف و ثلاثة دراهم او وخمسون درهما اوالف ومائة و خمسة وعشرون درهما او خمسة عشر درهما او الف و مائة درهم فالجميع دراهم على اشكال .

اقول : ينشأ (من) صلاحية تميز الحمل به كما قال تعالى **انهذا اخي له تسع**

ولو قال درهم و نصف فالاقرب حمل النصف على السابق.

الرابع اطلاق الاقرار بالموزون اوالمكيل ينصرف الى ميزان البلد و كيله و كذا الذهب والفضة ينصرف الى نقده الغالب سواء كان نقدهم مغشوشا اولا و سواء كان الوزن ناقصا اولا فان تعدد الوزن اوالنقد متساويا رجع اليه في التعيين ولو فسره

وتسعون نعجة (١) والحديث ان ﷺ وتوفي وهو ابن ثلاث وستين سنة (٢) وقال الشاعر **ولها اثنتان واربعون حلوبة سودا كخافية الغراب الا شحم (٣)** ولان حكم المعطوف والمعطوف عليه واحد (ولانهم) كرهوا تكرار التميز في مثل ذلك (كقوله تعالى) **ولبثوا في كهفهم ثلاثمائة سنين وازدادوا تسعا (٤)** وبه قال شيخنا الطوسي و ابن ادريس (ومن ان) رجوعه الى الاخيرة هو المتيقن فيحمل عليه و الباقي يكون مجملا (ولقوله تعالى) **اربعة اشهر وعشراً (٥)** (و لانه) كالاستثناء (ولان) العطف اذا لم يكن وصفا لم يكن بيانا (كقوله) الف وعبد لا يكون كل الالف عبيداً (ولان) العطف لو كان بيانا لا ستحال ان يضاد صفة المعطوف عليه و لما جاز ان يقول مررت بالف رجل وصبي (ولانه) اعم لقبوله التقييد ولا دلالة للعام على الخاص و يمنع تساوي المعطوف و المعطوف عليه في كل الاحكام سلمنا لكن لافي الذوات و الصفات المميزة و الالكان غيره مجازاً لكنه كثير فيلزم محذور الاشتراك او المجاز و القرينة في العدة ظاهرة فان العشر بغير تاء والاشهر مذكرة (فعلى الاول) لو باعه شيئاً بذلك صح وعلى (الثاني) لايصح.

قال دام ظله: ولو قال درهم و نصف فالاقرب حمل النصف على السابق.

اقول: لانه المتعارف (ويحتمل) عدمه للاحتمال و الحكم في اموال الناس انما هو المتيقن اوبما جعله الشارع مقامه ولم يثبت هنا ولان العطف في المفرد يقتضي الاشتراك في الحكم المذكور لافي الجنس.

---

(١) ص-٢٢. (٢) صحيح مسلم (ج٧) باب في كم سن النبي صلى الله عليه وسلم.
(٣) اى ذات شحم كثيرة.
(٤) الكهف ٢٤. (٥) البقرة ٢٣٤

بالناقص النادر قبل مع اتصاله و كذا لو فسر بالمغشوشة مع اشتمالها على الفضة لا بالفلوس ولوقال علي دريهمات اودراهم صغار وفسره بالناقص لم يقبل الامع الاتصال **الخامس** الجمع يحمل على اقله وهو ثلاثة سواء كان جمع قلة او كثرة وسواء كان معرفا بلام الجنس اومنكرا وسواء وصفه بالقلة اوالكثرة اولا فلوقال له علي دراهم لزمه ثلاثة و كذا لوقال الدراهم اودراهم كثيرة اووافرة اوقليلة ولوقال ثلاثة آلاف واقتصر الزم بتفسير الجنس بمايصح تملكه مما يصدق عليه ذلك العدد .

السادس لوقال له علي ما بين درهم وعشرة لزمه ثمانية ولوقال من درهم الى عشرة احتمل دخول الطرفين وخروجهما وخروج الغاية ، ولو قال اردت المجموع لزمه خمسة وخمسون لانك تزيد أول العدد وهو الواحد على آخره وهو العشرة ثم تضرب المجموع في نصف العشرة ، ولوقال له درهم في عشرة ولم يرد الحساب لزمه واحد ، ولوقال له درهمان في عشرة واراد الحساب لزمه عشرون، ولواراد درهمين مع عشرة قبل ولزمه اثناعشر ويقبل منه هذا التفسير وان كان من اهل الحساب على اشكال

قال دام ظله: ولوقال درهم الى عشرة احتمل دخول الطرفين وخروجهما وخروج الغاية .

اقول : لان المبدء والغاية (قيل) يدخلان معا كما لوقال قرأت القرآن من اوله الى آخره (وقيل) يخرجان معا وهذا اختيار ابن ادريس لان مبدء الشيء لايكون منه و الغاية لا تدخل لانها النهاية و هذا كما لوقال بعتك من هذا الجدار الى هذا الجدار فانه لايدخل الجداران في البيع اجماعا (ولقوله تعالى) **ثم اتموا الصيام الى الليل(١)** (وقيل) يدخل المبدء لان مبدء الشيء داخل فيه و يخرج الغاية و هو اختيار الشيخ لان الملتزم ازيد من الواحد والواحد مبدء العدد و الا لتزام فلا يخرج (وفيه نظر) لان هذا دليل ظني مبناه على الاغلب فلايعارض اصل البرائة والاصح عندي الثاني عملا بالمتيقن .

قال دام ظله : ولوقال درهمان في عشرة (الى قوله) يريدون هذا المعنى

---

(١) البقرة-١٨٣ .

لان كثيرا من العامة يريدون هذا المعنى ولوقال اردت درهمين في عشرة لي قبل ولزمه درهمان ولو قال درهمان في دينار لم يحتمل الحساب وسئل فان فسر بالعطف لزمه درهمان ودينار وان قال اسلمتهما في دينار فصدقه المقر له بطل اقراره لان التسلم لا يصح في الصرف وان كذبه صدق المقر له مع اليمين ولوقال له عندي زيت في جرة اوسيف في غمد او كيس في صندوق اوفص في خاتم او غصبت منه ثوبا في منديل لم يدخل الظرف ولوقال له عندي غمد فيه سيف أوجرة فيها زيت لم يدخل المظرف و كذا له خاتم فيه فص او عمامة في رأس عبد ولوقال له عندي خاتم واطلق اوثوب مطرز لزمه الخاتم بفصه على اشكال والطراز ولوقال له عندي جارية فجاء بها وهي حامل احتمل صحة استثناء الحمل بخلاف مالوقال له خاتم وجاء به وفيه فص واستثناه فان الظاهر عدم قبوله ولوقال له دار مفروشة اودابة مسرجة او عبد عليه عمامة احتمل الامرين

اقول : ويحتمل العدم لان العرف الخاص عنده نقله الى مايقتضيه الحساب والمنقول انما يحمل على المنقول اليه عند اهل ذلك العرف الخاص وهو مبهم لاعلى المعنى الاول المنقول عنه والاصح عندي الاول لانه ظني واصل البرئة اقوى.

قال دام ظله : ولوقال له عندي غمد فيه سيف (الى قوله) لزمه الخاتم بفصه على اشكال والطراز .

اقول منشأه (من) ان اسم الخاتم يجمعهما عرفا (ومن) انه ليس جزء من المسمى بل هو متصل به اتصال مماسة لااتحاد وكذا الطراز .

قال دام ظله : ولوقال له عندي جارية (الى قوله) فان الظاهر عدم قبوله.

اقول : وجه احتمال صحة الاستثناء ان الحمل ليس جزء من الجارية (ويحتمل) عدمه لانه تابع للام لانه نماء وعند الشيخ انه جزء منها و لهذا يدخل في البيع وهو ممنوع والفرق بين الحمل والفص ان الفص يتناوله اسم الخاتم فان رجع عنه كان رجوعا عن اقراره والاصح عندي قبول الاستثناء في الصورتين والفرق بين الخاتم في هذه الصورة والاولى ان الاولى الخاتم فيها مطلق وفي هذه معين .

قال دام ظله: ولوقال له دار مفروشة او دابة مسرجة اوعبد عليه عمامة

ولوقال دابة بسرجها اودار بفرشها اوسفينة بطعامها اوعبد بعمامته لزمه الجميع ، و لوقال له الف فى هذا الكيس ولم يكن فيه شيء لزمه الالف ولو كان الالف ناقصا احتمل الزامه بالاتمام ولوقال الالف الذى فى الكيس لم يلزمه الاتمام ولولم يكن فيه شيء ففى لزوم الالف وجهان ، ولوقال له فى هذا العبد الف قبل تفسيره بارش الجناية وبكونه مرهونا وبانه وزن فى شراء عشره الفا واشتريت انا جميع الباقى بالف و لم

احتمل الامرين .

اقول: ينشأ (من) دلالة الظاهر (ومن) الاصل ولانه يصح تقييده بقوله يفرش لى اولك فيكون اعم منهما ولادلالة للعام على الخاص والاقرار انما يحمل على المتيقن ولان يد العبد كيد سيده ولوتنازع رجلان فى سرج الدابة كان لصاحبها وصار كعمامة العبد وذهب الشيخ فى المبسوط الى انه لايكون اقراراً بالسرج و قال ابن الجنيد يكون اقراراً به و الاصح الاول .

قال دام ظله : ولوقال له الف (الى قوله) احتمل الزامه بالاتمام.

اقول: اذا قال له عندى الف فى هذا الكيس لزمه سواء كان فيه شيء اولم يكن فيه شيء لان قوله له عندى يقتضى اللزوم فان كان فيه دون الالف فيه وجهان (احدهما) الزامه بالاتمام لانه لولم يكن فيه شيء لزمه الالف وهذا عندى اقوى (وثانيهما) عدمه لحصره فيه لانه لم يقر الا بما فى هذا الكيس كما لوقال له مافى هذا الكيس وهو الف فغلط فى الوصف .

قال دام ظله: ولوقال له الالف (الى قوله) ففى لزوم الالف وجهان

اقول: الوجهان (من) حيث ان التعريف والاضافة الى الكيس يقتضيان انحصار اقراره فى ما فى الكيس المعين لانه اقر بمعين معهود معدوم فلايلزمه شيء و الالزم الحكم عليه بمالايدل لفظه عليه باحدى الدلالات الثلاث (ومن) حيث ان الاقرار بالف وهذا ضعيف والاصح الاول ولوكان فيه انقص (اقل ـ خ ل) من الالف جزم شيخنا بعدم الزام التمام وهو الحق (وقيل) شاذاً يلزمه وهو تخريج على ان الاشارة تقدم او اللفظ وهذه المسائل كلها مبنية على قبول البدل .

یلزمه الاعشر العبد ولوقال نقد عنی فی ثمنه الفا کان قرضا ولوقال نقدالفافی ثمنه وانا الفأبایجاب واحد فقداقر بالنصف ولوقال وزنت انا الفین فقداقر بالثلث ولوقال اوصی له بالف من ثمنه بیع وصرف الیه الفولواراد اعطاء الف من ماله من غیرالثمن لم یجب القبول ولو قال جنی بالف فتعلقت(الجنایة ـ خ) برقبته قبل ولوقال له فی هذا المال اومیراث أبی الف لزمه بخلاف له فی مالی اوفی میراثی من ابی .

السابع لو قال له علیّ درهم درهم درهم لزمه واحد ولوقال درهم ودرهم او ثم درهم لزمه اثنان ولوقال فدرهم لزمه واحد وتقدیره فدرهم لازم ولوقال درهم ودرهمان لزمه ثلاثةدراهم و کذادرهم ودرهم ودرهم ولوقال اردت بالثالث تاکیدالثانی قبل ولوقال اردت بالثانی تاکید الاول لم یقبل و کذا تجب الثلاثة لوقال درهم ودرهم ثم درهم أو بالعکس لاختلاف حرف العطف ولوقال له علیّ درهم قبله درهم او بعده درهم اوقبل درهم اوبعد درهم لزمه درهمان ولو قال قبله و بعده لزمه ثلاثة اذا القبلیة والبعدیة لاتحتمل الا الوجوب ولو قال له درهم مع درهم اوفوق درهم اوتحت درهم او معه اوفوقه اوتحته لزمه واحدلاحتمال فوق درهم لی اوفی الجودة.

الثامن لو اقرّ بدرهم فی مجلسین او بلفتین او شهد علیه بذلك فی تاریخین فهما واحد الاان یختلف السبب ولو اطلقه فی احدهما وقیده فی الاخر حمل المطلق علی المقید و کذا لو قیده بقیدین یمکن جمعهما امّا لوقیّده فی احد المجلسین بقید یضاد ما قیّده به فی الآخر فهما اثنان ولو شهدواحد باقرار بتاریخ وآخر باقرار فی تاریخ آخر جمع بینهما لاتحاد المخبر عنه ولایجتمع فی الافعال

التاسع لو قال هذه الدار لاحد هذین وهی فی یده الزم بالبیان فان عیّن قبل وللاخر احلافه واحلاف الاخر فان اقرّ للآخر غرم للثانی الاان یصدقه الأول وهل له احلاف الاول اشکال وللثانی احلافه ، ولواقرّ لزید فشهد اثنان بسبق اقراره لعمرو

قال دام ظله : ولوقال هذه الدار لاحدهذین (الی قوله) وهل له احلاف الاول اشکال

اقول: ینشأ (من) انه یمین. نکولها اما ان لایوجب رد یمین ولا اثبات دعوی

فكذبهما زيد فلا غرم ولو قال لا اعلم رفعها اليهما وكانا خصمين ولكل منهما احلافه لو ادعيا علمه ؛ ولو قال لزيد او الحايط كذا ففي صحة الاقرار نظر ، ولو قال لزيد والحايط كذا فالاقوى صحة النصف خاصة لزيد ولو صدق احد المدعيين بما يوجب الاشتراك كالارث والابتياع صفقة في النصف دون اشتراك السبب فهو لهما ، ولو لم يوجب الشركة لم يشاركه الآخر فان اقر بالجميع لاحدهما فان اعترف المقر له للآخر سلّم

او يوجب احدهما و الاول يقتضي عدم استحقافها اجماعا (والثاني) يستلزم كون احدهما لحق الغير ولانه اكذب دعواه و كل من اكذب دعواه لايمين له (ومن) انه يدفع عن نفسه الغرم وليس اليمين لحق الغير هنا من كل وجه (لانه) يدفع بها الغرم عن نفسه لو نكل (و لانه) لو اقرّ له لزمه دفع العين واندفع الغرم فله الاحلاف لان النكول كالاقرار ولو جعلنا النكول كالبينة لم يكن له احلافه لان الصحيح انه لاتسمع البينة مع اكذاب الدعوى التزاما امامطابقة فلاتسمع قطعا والاصح عندي انه لايمين له وانه لافرق بين الدلالتين .

قال دام ظله: ولو قال لزيد او الحائط كذا ففي صحة الاقرار نظر

اقول: ينشأ (من) ان الاقرار اما لزيد خاصة وهو ترجيح من غير مرجح لانهما في لفظه متساويان واما الحائط خاصة فهو كذلك ويبطل لعدم قبوله الملك اوأحدهما لابعينه وهو غير موجود ولامالك و كل من يصح الاقرار له مالك ولان (او) للترديد كانه قال اما لزيد اوليس لزيد بل للحائط فردّده بين ملك زيد وعدمه فلم يفد زيادة على عدم الاقرار (ومن) انّ زيداً هو الذي تملك منهما خاصة وقد اقر له بملك فيبطل في غير الذي يملك ويبقى هو (ولان) ذكر الحائط وجوده كعدمه .

قال دام ظله : و لو قال لزيد و الحائط كذا فالاقوى صحته النصف خاصة لزيد .

اقول: لاقتضاء الواو التسوية وهو الاقوى لانه اذا شرّك في الاقرار فكانه قال لزيد النصف وليس له الباقي لانه من لوازمه (ويحتمل) ان يكون ذكر الحائط لغوا لانه لايصح ان يكون مالكا وقد اقر بالملك فتصرف الى مايصح .

الیه النصف والآفان ادّعی الجمیع بعد ذلك فهو له .

العاشر لو قال احد هذین العبدین لزید طولب بالبیان فان عین قبل فان انکر زید حلف المقر ثم یقر الحاکم ما اقر به فی یده او ینتزعه الی ان یدعیه زید ولو قال لزید عندی درهم او دینار فهو اقرار باحدهما فیطالب بالتفسیر ولو قال اما درهم او درهمان ثبت الدرهم وطولب بالجواب عن الثانی ولو قال لزید فی هذا المال شرکة قبل تفسیره باقل من النصف .

الحادی عشر لو قال لزید مائة ونصف مالعمرو ولعمرو مائة ونصف مالزید فلزید شیء ولعمرو مائة ونصف شیء ولزید مأة وخمسون وربع شیء یعدل شیأ فالباقی بعد اسقاط الربع بمثله یعدل ثلاثة ارباع شیء فلکل مأتان ولو ذکر الثلث فلکل مائة وخمسون لان لزید شیئاً ولعمرو مائة وثلث شیء فلزید مائة و ثلث مائة وتسع شیء یعدل شیئاً فسقط تسع شیء بمثله فمائة وثلث یعدل ثمانیة اتساع شیء فالشیء مائة وخمسون ، ولو قال لزید عشرة ونصف ما لعمرو ولعمر عشرة و ثلث مالزید فلزید شیء ولعمرو عشرة وثلث شیء فلزید خمسة عشر وسدس شیء یعدل شیئا یسقط السدس بمثله تبقی خمسة عشر تعدل خمسة اسداس شیء فالشیء ثمانیة عشر هی ما لزید ولعمرو ستة عشر ، ولو قال لزید ستة ونصف مالعمرو ولعمرو اثنا عشر ونصف مالزید فلزید ستة عشر ولعمرو عشرون ولو ذکرنا هنا عوض النصف فی عمرو الثلث فلزید اربعة عشر و خمسان ولعمرو ستة عشر و اربعة اخماس .

الفصل الثالث فی تعقیب الاقرار بما ینافیه

و فیه مطلبان

الاول فی الاستثناء وقواعده خمس (الاولی) حکم الاستثناء و المستثنی منه متناقضان فالاستثناء من النفی اثبات ومن الاثبات نفی (الثانیة) الاستثناء المتکرر مع حرف العطف یعود الی المستثنی منه وکذا الوزاد اللاحق علی السابق أوساواه و بدونه (متن)

يرجع اللاحق الى السابق (الثالثة) الاقرب عود الاستثناء الى الجملة الاخيرة الا مع القرينة (الرابعة) الاستثناء من الجنس جايزاجماعا ومن غيره على الاقوى (الخامسة)

الفصل الثالث فى تعقيب الاقرار بما ينافيه

و فيه مطلبان الاول فى الاستثناء

قال دام ظله : الاقرب عود الاستثناء الى الجملة الاخيرة الامع القرينة

اقول: اختلف الاصوليون فى الاستثناء الواحد المتعقب للجمل (فقال) بعضهم يرجع الى الجميع واختاره الشافعى قياسا على الشرط ، و على قوله خمسة و خمسة الاستة (و لان) الاشتراك والمجاز خلاف الاصل (ولاقتضاء) العطف التسوية (وقيل) الى الاخيرة وهواختيار ابى حنيفة لانه خلاف الاصل يصاراليه لدفع محذور الهذرية فى مايرفع الضرورة وهوالواحد القريب (ولان) الظاهر انه لاينتقل من الاولى الابعد استيفاء غرضه (وقال) السيد المرتضى بالاشتراك للاستعمال وهو دليل الحقيقة (ولحسن) الاستفهام (وقال) ابوالحسين انظهر الاضراب عن الاولى بان يختلفا نوعا سواء اتحدت القضية كالقذف اولا كقوله اطعم ربيعة العلماء هم الفقهاء او اسما وحكما ويتحد النوع مثل اطعم ربيعة واكرم مضر (واطعم ربيعة ـ خ) واكرم ربيعة الا الطوال فان الاستثناء يرجع الى الاخيرة ، وان تعلقت احديهما بالاخرى بان اضمر حكم الاولى فى الثانية اواسم الاولى عادا الى الجميع وهذا التفصيل حسن (ووجه) القرب ما ذكرناه (ولانه) لورجع الى الجميع فان اضمر مع كل جملة استثناء لزم كثرة مخالفة الاصل وان لم يضمر كان العامل فى مابه الاستثناء اكثر من واحد . لكن لايجوز تعدد العامل فى اعراب واحد نص سيبويه عليه (ولئلا) يجتمع المؤثران المستقلان على الاثر الواحد .

قال دام ظله : الاستثناء من الجنس جائز اجماعا ومن غيره على الاقوى.

اقول: لانه استعمل فيه كثيراً كقوله تعالى : **فانهم عدولى الارب العالمين(١) فسجد الملائكة كلهم اجمعون الا ابليس (٢) وما كان لمؤمن ان يقتل مؤمنا الاخطاء (٣) الاان تكون تجارة (٤) وما لهم به من علم الا اتباع الظن(٥)**

(١) الشعراء ـ ٧٧　(٢) الحجرات ـ ٢٠.
(٣) النساء ـ ٩٢ ـ .　(٤) النساء ٣٣ ـ .　(٥) النساء ـ ١٥٧ ـ

الاستثناء المستوعب باطل و یجوز ابقاء فرد واحد علی الاقوی فاذا قال له علیّ عشرة دراهم الا تسعة لزمه واحد ولو قال له عشرة الا تسعة الا ثمانیة فهو اقرار بتسعة ولو عدّ الی الواحد فهو اقرار بخمسة (والضابط) اسقاط جملة المنفی من جملة المثبت بعد جمعهما فالمقرّ به الباقی، ولو قال له علیّ عشرة الا اثنین والا واحد فهو اقرار بسبعة ولو قال له عشرة الا اثنین الا اثنین لزمه ستة ولو قال له الف الا درهما فان سوغنا المتصل طولب بتفسیر الالف وقبل اذا بقی بعد الاستثناء شیء و لولم یبق احتمل بطلان التفسیر او الاستثناء و الا فالجمیع دراهم

لا یسمعون فیها لغوا ولا تأثیما الا قیلا سلاما سلاما (١) فلا صریخ لهم ولا هم ینقذون الا رحمة منا (٢) انا ارسلناهم الی قوم مجرمین الا آل لوط (٣) وقال الشاعر وبلدة لیس لها انیس ✽ الا الیعافیر والا العیس .وقال النابغة. **وما بالربع من احد الا اواری** و قال بعض الاصولیین لا یقبل الا باخراج ما لولاه لدخل (ولانه) اما من اللفظ او من المعنی و کلاهما باطل اما الاول فظاهر واما الثانی فلانه لو صح المعنی المشترك لصح استثناء کل شیء من کل شیء وصار من الجنس .

قال دام ظله : الاستثناء المستوعب باطل و یجوز ابقاء فرد واحد علی الاقوی .

اقول: الخلاف هنا بین الاصولیین والمباحث اربعة (ا) منع قوم من استثناء الاکثر وجوز استثناء النصف او اقل واختاره ابن درستویه النحوی (ب) منع القاضی ابوبکر والحنابلة من استثناء الاکثر والمساوی واوجبوا فی المستثنی ان یکون اقل (ج) جوز قوم الجمیع وهو اختیار اکثر علمائنا واکثر الاشاعرة واکثر الفقهاء والمتکلمین (د) اوجب ابوالحسین البصری ابقاء کثرة تقرب من مدلول اللفظ والادلة مذکورة فی الاصول .

قال دام ظله : ولو قال له الف الا درهما (الی قوله) والا فالجمیع دراهم

---

(١) الواقعة-٢٥- (٢) یس - ٢٣ -٢٥ - (٣) الحجر -٥٨ ٥٩-

ولو قال له على الف درهم الاثوبا فان منعنا المنقطع وجبت الالف و الاطولب بذكر قيمة الثوب فان استوعبت بطل التفسير فيطالب بغيره اوالاستثناء على الاحتمال ولوقال له الف الاشيئا كلف تفسيرهما ولوقال له ثلاثة الاثلاثة بطل الاستثناء وكذا له درهم الادرهما ولوقاله درهم ودرهم الادرهما قيل ان حكم بعوده الى الاخيرة بطل والاصح وليس بمعتمد امالوقال له ثلاثة ودرهمان الادرهمين فانه يصح والاقرب

اقول: هنا مسائل (ا) اذا قال له على الف الادرهما فعلى القول بجواز الاستثناء المنفصل لم يدل استثناء الدرهم على ان الكل دراهم فيبقى الالف مجملة فيطالب بتفسيرها ويقبل تفسيره اذا بقى بعد الاستثناء شيء والخلاف فى كمية ما بقى كما تقدم (ب) لو فسر بالمستغرق فالتفسير لغو اجماعا وفى الاستثناء وجهان (احدهما) الصحة لانه صحيح (من) حيث اللفظ والخلل انما هو فيما فسر به اللفظ ولا يلزم من بطلان التفسير بطلانه فيقال له هذا تفسير باطل ففسره بتفسير صحيح (والثانى) انه يبطل الاستثناء ويلزمه الالف لانه بيّن ما اراد باللفظ وكانه تلفظ به وهذا هو الاصح عندى (ج) على القول ببطلان المنفصل وهو الاستثناء من غير الجنس هل يكون الالف دراهم (قيل) نعم لان الاستثناء قرينة دالة عليه (وقيل) لا لانه وان لم يجز شرعا لكنه مستعمل فى العرف و الثانى اصح عندى والاول هو اختيار المصنف .

قال دام ظله : ولوقال له الف درهم الاثوبا (الى قوله) او الاستثناء على الاحتمال .

اقول: الثانى قول ابن الجنيد لانه استثناء مستوعب فيبطل (ووجه الاول) انه يصح اخراج البعض وقد اخرجه حيث ضمّه الى غيره فيبطل ما بطل به و يصح ماعداه

قال دام ظله : ولوقال له درهم ودرهم الادرهما (الى قوله) وليس بمعتمد.

اقول: هذا قول الشيخ و ابن ادريس استدلا بان الواو العاطفة تجمع بين العددين وتجعل الجملتين كالجملة الواحدة فلم يبق فرق بين قوله له على درهمان الادرهماً وبين قوله درهم و درهم الادرهما (احتج) المصنف بانه نص على ثبوت كل واحد من الدرهمين فلم يمكنه نفيه كما لو قال جاء زيد وعمرو وخالد الا زيداً

صحة له درهمان ودرهمان الادرهمين لان الاستثناء انما يرجع الى الاخير لولم يوجد قرينة الرجوع الى الجميع ولو قال له ثلاثة الادرهما و درهما ودرهما احتمل قويا بطلان الاخير وضعيفا الجميع ولوقال له ثلاثة الاثلاثة الادرهمين احتمل بطلان الاول المستوعب و الثانى المتفرع عليه و بطلان الاول خاصة فيعود الثانى الى المستثنى منه لبطلان مابينهما فيلزمه درهم وصحتهما فيلزمه درهمان لان ثلاثة الادرهمين فى مقام درهم هو المستثنى من الاقرار والاستثناء من العين صحيح كقوله هذه الدار لزيد الاهذا البيت وهذا الخاتم له الافصّه ولوقال هذه العبيد الاواحداً فله التعيين فلو ماتوا الاواحداً فقال هو المستثنى قبل ولوقال له علىّ عشرة الادرهم بالرفع لزمه العشرة

وهو الاصح و اما على القول بان الاستثناء يرجع الى الاخيرة يبطل الاستثناء قطعا .

قال دام ظله : والاقرب صحة له درهمان (الى قوله) قرينة الرجوع الى الجميع .

اقول: ويحتمل العدم لأن الشارع لم يحمل اللفظ على مجازه لتصحيح التصرف بل انما يحمل على حقيقته فان لم يصح حكم ببطلانه والفرق بينهما ان قوله له درهمان متعدد فيصح ان يقصد به بعضه كالدرهم بخلاف الدرهم لاتحاده لانه لواراد من درهم نصفه لكان الاشتثناء من غير الجنس هذا خلف .

قال دام ظله : ولوقال له ثلاثة الادرهماً ودرهما ودرهما احتمل قويا بطلان الاخير وضعيفا الجميع .

اقول : الاصح عندى بطلان الاخير لان به الاستغراق فيبطل لان كلا من الاول والثانى غير مستغرق فوقع موقعه فصحا (ووجه) بطلان الجميع ان كل واحد واحد غير مستغرق والكل هو المستغرق فيكون الكل باطلا وليس بجيد لانه بالاولين استوفى حقه من الاستثناء فبطل الثالث .

قال دام ظله : ولو قال له ثلاثة الا ثلاثة (الى قوله) هو المستثنى من الاقرار .

اقول : الحق هو الاخير وقد قرر نا برهانه فى الاصول ولااعتبار بالاولين.

ولوقال ماله عندى عشرة الادرهم فهو اقرار بدرهم ولو نصب لم يكن اقرارا بشيء، ولوقال هذه الدار لزيد و هذا البيت لى فهو كالاستثناء ولا فرق بين ادوات الاستثناء مثل له على عشرة سوى درهم او ليس اوخلا اوعدا او ماخلا اوماعدا اولايكون او غير درهم بالنصب ولورفع الغير فهو وصف ان كان عارفا والا لزمه تسعة ، ويشترط فى الاستثناء كله الاتصال ولوقال لزيد ستة الانصف مالبكر ولبكر ستة الانصف ما لزيد فلزيد شيء و لبكر ستة الا نصف شيء فلزيد ستة الّا ثلاثة تعدل ثلاثة ارباع شيء لانك تسقط الربع فى مقابلة الربع المستثنى فاذا جبرت و قابلت صار ستة تعدل ثلاثة و ثلاثة ارباع شيء فاذا اسقطت ثلاثة بمثلها بقى ثلاثة تعدل ثلاثة ارباع شيء فالشيء أربعة فلكل منهما اربعة و لو قال لزيد عشرة الانصف مالبكر ولبكر عشرة الاثلث مالزيد فلزيد شيء ولبكر عشرة الاثلث شيء فلزيد عشرة الاخمسة تعدل خمسة اسداس شيء فاذا جبرت وقابلت صار عشرة تعدل خمسة وخمسة اسداس شيء فاذا اسقطت خمسة بمثلها بقى خمسة تعدل خمسة اسداس شيء فالشيء تعدل ستة فهى لزيد ولبكر ثمانية ولوقال لزيد عشرة الاثلث مالبكر ولبكر خمسة عشر الانصف مالزيد فلزيد شيء و لبكر خمسة عشر الانصف شيء فلزيد عشرة و سدس شيء الاخمسة تعدل شيئا يسقط السدس بمثله تبقى خمسة تعدل خمسة اسداس شيء فالشيء ستة لزيد ولبكر اثنا عشر، ولواقر لاحدهما بمثل الآخر وعطف فى احدهما بالنصف واستثناه من الآخر فلذى العطف ثلاثة امثال ماللآخر .

المطلب الثانى فيما عدا الاستثناء

وهو سبعة

الاول اذاعطف (ببل) فان كانا معيّنين اومختلفين لم يقبل اضرابه ولزمه الامران ولو كانا مطلقين أوأحدهما لزمه واحد اوالاكثر فلوقال لهذا الدرهم بل هذا اوقفيز حنطة بل قفيز شعير لزمه الدرهمان والقفيزان ولوقال له هذا الدرهم بل درهم اودرهم

المطلب الثانى فى ماعدا الاستثناء

قال دام ظله : ولوقال له هذا الدرهم (الى قوله) (ويحتمل) لزوم

بل هذا الدرهم لزمه المعين (ويحتمل) لزوم الدرهمين ولو قال له درهم بل درهم لزمه واحد (ويحتمل) اثنين لاستدعاء الاضراب المغايرة ولو قال له درهم بل درهمان لزمه درهمان ولو قال له هذا الدرهم بل هذان لزمه الثلاثة و كذا لو قال له قفيز شعير بل قفيزان حنطة و لو قال له عشرة لا بل تسعة لزمه عشرة بخلاف الاستثناء و لو عطف (بلكن) لزمه ما بعدها اذلا يعطف بها الا بعد النفي فلو قال ماله عندى عشرة لكن خمسة لزمه خمسة .

الثاني اذا كان في يده شيء على ظاهر التملك فقال هذا الشيء لزيد بل لعمر و قضى به للاول وغرم للثاني قيمته و كذا غصبته من زيد بل من عمر و على اشكال أو

الدرهمين .

اقول: وجه الاول اصح لان ذكر المطلق مع المعين لايقتضى التكرار لانه يصدق حمل المطلق على المعين بانه هوهو ولاصالة برائة الذمة من غير المعين (ووجه) الثاني ان (بل) للاستدراك وانكار الاول فقد انكر شيئا أقرّ به فلم يقبل واقر بآخر والمقر به غير المنكر فدل على تعددهما ولان الاقرار بالمطلق يقتضى برائة بغير المعين بل بای درهم واقراره بالمعين يقتضى عدم برائة الا به فتغايرا (وفيه) نظر لانه انما يقتضى المطلق ذلك لو لم يأت بما يصلح ان يكون تعييناً وهذا صالح لذلك وكل ما يحتمل ان لايكون اقراراً بما يدل عليه اللفظ لايكون اقراراً به .

قال دام ظله : ولو قال له درهم بل درهم لزمه واحد (ويحتمل) اثنين لاستدعاء الاقرار المغايرة

اقول: وجه الاول انه اقرّ بدرهم مرتين فلم يلزمه الا واحد والاصح الاخير لان (بل) للاستدراك وانكار واعتراف وتواردهما على محل واحد فتعين التغاير والانكار لايقبل .

قال دام ظله : اذا كان في يده شيء (الى قوله) بل من عمر و على اشكال .

اقول : ينشأ (من) ان الغرم المتعارض وليس لامكان صدقه فيهما بان يكون

غصبته من زيد لا بل من عمرو او غصبته من زيد وغصبه زيد من عمرو وكذا استودعته من زيد بل من عمرو سواء اتصل الكلام أو انفصل ولو قال لزيد بل لعمرو بل لخالد حكم للاول وغرم لكل من الباقيين كمال القيمة ولو قال بل لعمرو وخالد فقيمة واحدة

ملكا لاحدهما والآخر في يده باجارة او غيرها فيصدق انه غصبه منهما (اما) من المالك فلانه استولى على ملكه قهراً ظلما ومنعه منه (واما) من ذي اليد فلانه لا يشترط في الغصب ملكية ذي اليد فلم يقر بما يستلزم الضمان للثاني لانه اقر بالاعم منه (ولانه) لم يقر لواحد منهما بالملكية لا بالمطابقة ولا بالتضمن ولا بالالتزام (ومن) ان الغصب موجب للرد والضمان (ولان) الاقرار كالفعل ولو شاهدناه قد غصبه من يد انسان حكمنا ضمانه له والاصل في اليد الملكية ويكفي في تضمين الغاصب لصاحبها لانه مأخوذ باشق الاحوال ولانها تكفي في العلم الذي يستند اليه الشاهد بالملكية لصاحبها وهذا هو الاقوى عندي لان من قواعدهم ان كل اقرارين متساويي الدلالة على الاقرار صدرا من شخص واحد اهل للاقرار حكم عليه لا على غيره بموجب كل منهما الولا الاخر ويقدم الاول في ما يتعارضان فيه ويكون تفويتا له منه على الثاني (واعلم) ان قوله غصبته من عمرو حكم الشارع له بانه لعمرو لولا اقرار سابق فلا يرد (ان كلما يحتمل ان لا يكون اقراراً هنا)(١) لانا نعتبر احتمال عدم كونه اقراراً على تقدير انفراده لكنه لم يوجد هنا تغليظا على الغاصب.

قال دام ظله: ولو قال غصبته من زيد وملكه لعمرو (الى قوله) ويحتمل الضمان

اقول: وجه الاحتمال الاخير الحيلولة والتفويت باقراره الاول (والتحقيق) انه ان قلنا بتضمنه في المسألة الاولى وهي قوله غصبته من زيد بل من عمرو فالضمان هنا قطعي (وان قلنا) بعدمه ثمة احتمل هنا عدم الضمان لما ذكره المصنف والصحيح عندي الضمان هنا لانه صرح بملكية الثاني وصدر منه ما احال بين المالك وملكه فيضمن (لا يقال) شرط الضمان بالحيلولة التعدي ولا يعلم وجوده هنا لامكان صدقه والحكم مستند الى الشارع (لانا) نقول هذا اقرار من ذي يد وقد اقر بانها يد ضمان فيكفي

---

(١) هكذا في النسخ ولعل في الكلام سقطا

لهما ولو قال لزيدو عمرو نصفين بل لخالد غرم لخالد الجميع و لوقال بل ولخالد فالثلث ولو قال بل لزيد وخالد فالنصف ولو صدقه الاول فی ذلك كله فلاغرم ، ولو قال غصبته من زيد وملكه لعمرو او وهو لعمرو لزمه الدفع الی زيد ولايغرم لعمرو (لانه) يجوز ان يكون فی يد زيد بحق اجارة اووصية اوعارية فلا تنافی ملكية عمرو ولم يوجد منه تفريط يوجب الضمان بخلاف هذا لزيد بل لعمرو لانه اقر للثانی بما اقر به للاول فكان الثانی رجوعا عن الاول بخلاف ماقلناه ولا يحكم بالملك لعمرو اذهو بمنزلة من اقر لغيره بما فی يد آخر (ويحتمل) الضمان و كذا لو قال هذا لزيد وغصبته من عمرو فانه يلزمه الدفع الی زيد ويغرم لعمرو علی اشكال

الثالث هل يصح البدل كالاستثناء الاقرب ذلك ان لم يرفع مقتضی الاقرار كما لو قال له هذه الدار هبة أوصدقة امالو قال له هذه الدار عارية اوسكنی (ففيه نظر)

قال دام ظله :وكذا لوقال هذا لزيد وغصبته من عمرو فانه يلزمه دفعه الی زيد ويغرم لعمرو علی اشكال.

اقول: ينشأ (من) انه لم يقر لعمرو بالملكية (ومن) ان الغصب موجب للضمان والرد والاصل فی اليد الملكية والاقوی عندی هنا عدم الضمان لانه قدم ملك زيد و لم يات بماينا فيه .

قال دام ظله :هل يصح البدل كالاستثناء الاقرب ذلك ان لم يرفع مقتضی الاقرار كما لوقال له هذه الدار هبة اوصدقة .

اقول: البدل تابع مقصود بما نسب الی المتبوع دونه اذا عرفت ذلك (فنقول) وجه القرب انه فسر بما جرت به اللغة واستعمل فی لسان العرب وفی القرآن لقوله تعالی **يسألونك عن الشهر الحرام قتال فيه (١) وما انسانيه الا الشيطان ان اذكره (٢)** فان اذكره بدل من الهاء فی انسانيه (ويحتمل) عدمه لانه باقراره صار ملكا للغير فلايقبل قوله فی رجوعه لانه انكار بعد اعتراف والاصح الاول .

---

(١) البقرة - ٢١٧ (٢) الكهف - ٦٢

ينشأ (من) كونه رفعالمقتضى الاقرار (ومن) صحة بدل الاشتمال لغةولو قال لهذه الدار ثلثها اوربعها ففيهالاشكال .

الرابع لوقال كان له على الف وقضيته اوقضيته منها خمسمائة لم يقبل قوله فى القضاء الابينة ولو قال لى عليك مائة فقال قضيتك منها خمسين فالاقرب لزوم الخمسين خاصة لاحتمال قوله منهامما يدعيه ولو قال اخذت منه الف درهم من دينى أومن وديعتى عنده فانكرالسبب و ادعى التملك حكم للمقر له بعدالاحلاف.

الخامس وقال له على الف من ثمن خمر او خنزير اوثمن مبيع هلك قبل قبضه أولم اقبضه اوثمن مبيع فاسدلم اقبضه اوضمنت به على انى بالخيارلزمه الالف و لم يقبل قوله فى المسقط ، ولو قال له على الف لاتلزم لزمه ولوقال له على الف ثم سكت ثم قال من ثمن مبيع لم اقبضه لزمه الالف ، ولو قال على الف من ثمن مبيع ثم

قال دام ظله : ولوقال له هذه الدار ثلثها اوربعها ففيه الاشكال .

اقول : ينشأ (من) كونه رفعا لمقتضى الاقرار (ومن) صحة بدل البعض لغة كقوله تعالى **ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا** (١) والاقوى عندى انه لايقبل لانه انكار بعد اعتراف .

قال دام ظله : ولوقال لى عليك مائة فقال قضيتك (الى قوله) مما يدعيه.

اقول : (ومن) العرف المشهور بين الناس انه انما يستعمل ذلك مع ثبوت المائة فى ذمته والاصح الاول لان ما بنى على الاحتياط لايكفى فيه الظن لانه انتقال من ظن الى يقين اوالى ظن اقوى وفى الاقرارات هو بالمعنى الاول ونقل مال الغير واثبات شىء فى ذمة الغير مبنى على الاحتياط بالمعنى الاول ولصحة قوله عقيب الدعوى قضيتك منها خمسين وليس لك غيرها و لاتناقض فيكون اعم من الاقرار بالاخرى ولادلالة للعام على الخاص ورجوع الضمير يمكن ان يكون باعتبار مجرد الاسم لاالوصف بانها عليه فلايستلزم الاقرار بالمائة.

قال دام ظله : ولوقال له على الف من ثمن مبيع (الى قوله) اوالتصديق

---

(١) آل عمران -٩١-

سكت ثم قال لم اقبضه احتمل القبول ان سمع مع الاتصال او التصديق واللزوم ، ولو قال على الف من ثمن عبدان سلم سلمت احتمل لزوم الف معجلا و بعد تسليم العبد ولو قال له الف مؤجلة اوزيوف أوناقصة لم يقبل مع الانفصال ومع الاتصال اشكال.

و اللزوم.

اقول: ان قلنا بعدم القبول مع الاتصال لانه انكار بعد اعتراف فهنا اولى وان قلنا بقبوله مع الاتصال فقد اختلف الاصحاب هنا فقال الشيخ فى المبسوط و الخلاف قبل منه لعدم منافاته اقراره (ولان) الاصل برائة الذمة (ولان) اقراره تعلق بالمبيع لقبول البدل كما تقدم والاصل عدم القبض واختاره ابن البراج ، وقال ابن ادريس لايقبل لانه اقرار بالمسقط بعد الاعتراف (والاقوى) الاول لان الانسان قد يخبر بما فى ذمته على حد ما فى ذمته وعدم القبول يسد باب الاقرار وهو مناف لحكمة الشرع اما لو صدقه المقر له بانه من ثمن مبيع كان القول قول منكر القبض (وعلى) لاينافيه لان العقد يقتضي ملك المشترى العين والبايع الثمن .

قال دام ظله : ولو قال له على الف (الى قوله) و بعد تسليم العبد

اقول: قال الشيخ رحمه الله ان وصل الكلام كان القول قول المقر مع اليمين لامكانه (ويحتمل) عدمه لانه انكار بعد اعتراف والاقوى القبول كالاولى .

قال دام ظله: ولو قال له الف مؤجلة اوزيوف او ناقصة لم يقبل مع الانفصال ومع الاتصال اشكال.

اقول : للشيخ قولان (احدهما) ثبوت الاجل مع الاتصال وبه قال ابن البراج (والثانى) لايثبت ويلزم به فى الحال وبه قال ابن الجنيد وابن ادريس، واختار المصنف فى المختلف والتذكرة الاول لان حكم الاقرار الزام المقر بما اقر به والحق المؤجل غير الحال فاذا اقر بالمؤجل لم يلزمه غيره كما لو اقر بنقد معين اووزن ناقص او مال معيب (ولان) الحق قد ثبت فى الذمة مؤجلا كما ثبت حالا فاذا اراد المقر الاخبار بما فى ذمته وجب ان يجعل الشارع له وسيلة اليه ولا وسيلة لو لم يقبل اقراره (احتج) الاخرون بانه وصل اقراره بما يسقط عنه المطالبة به (ولانه) اقرار بفعل الغير لان

لو قال له الف مؤجل من جهة تحمل العقل قبل قطعا ولو قال من حيث القرض لم يقبل قطعا ولو قال ابتعت بخيار او كفلت بخيار لم يقبل تفسيره ولو اقر العجمي بالعربية ثم قال لقنت فان كان لا يفهم سمعت دعواه والا فلا .

السادس لو قال له عندي دراهم وديعة قبل تفسيره سواء اتصل كلامه او انفصل ولو ادعى المالك انها دين فالقول قوله مع اليمين بخلاف ما لو قال امانة ولو قال له عندي وديعة وقد هلكت او رددتها اليه لم يقبل منه ، اما لو قال كان له عندي قبل ولو قال له علي الف وديعة لم يقبل تفسيره وتلزمه لو ادعى التلف (ولو قال) لك علي الف واحضرها وقال هذه التي اقررت بها وهي وديعة كانت لك عندي فقال المقر له هذه وديعة والتي اقررت بها غيرها وهي دين عليك (احتمل) تقديم قول المقر لامكان الضمان بالتعدي ولا يقبل قوله في سقوط الضمان لو ادعى التلف وتقديم قول المقر له وكذا لو قال لك في ذمتي الف وجاء بها وقال هي وديعة وهذه بدلها اما لو قال لك

التأجيل من فعل صاحب المال عليه وهو الاصح لانه اقر باستحقاق الغير وادعى ثبوت حق له وهو التأجيل فيحتاج في اثبات دعواه الى بينة او اقرار الخصم وحكمه .

قال دام ظله : ولو قال لك علي الف واحضرها (الى قوله) وتقديم قول المقر له .

اقول : الاول قول الشيخ في الخلاف والمبسوط وهو الاقوى عندي (والثاني) قول ابن ادريس (ووجه) الثاني ان (علي) يقتضي الثبوت في الذمة ولهذا لو قال علي ما علي فلان كان ضامنا و الوديعة لا تثبت في الذمة فلا يجوز التفسير بها و لان الاعيان الموجودة في الخارج لا تثبت في الذمة (احتج) الشيخ بان (علي) قد تستعمل في ايجاب رد الاعيان وتسليمها الى المقر له ولان حروف الصلة قد يقوم بعضها مقام بعض لقوله تعالى **و لهم على ذنب** (١) **و قوله تعالى لاصلبنكم في جذوع النخل** (٢) و الاجماع على قبول قوله له علي الف درهم وديعة مع الوصل وفي الفصل خلاف ولو كان (علي) يقتضي ثبوت نفس المقر به في الذمة لم يقبل قوله هذا لاقتضائه رفع الاقرار لان

---

(١) الشعراء - ١٣ (٢) طه - ٧٣

فى ذمتى الف وهذه التى اقررت بها كانت وديعة لم يقبل ولو قال له على الف ودفعها ثم قال كانت وديعة وكنت اظنها باقية فبانت تالفة لم يقبل لانه مكذب لاقراره امّا لو ادعى تلفها بعد الاقرار قبل بالبينة و لو قال له عندى وديعة دينا او مضاربة دينا صح ولزمه الضمان لانه قد يتعدى فيها فيكون دينا ولو قال اردت انه شرط على ضمانها لم يقبل ولو قال اودعنى مائة فلم اقبضها او اقرضنى مائة فلم آخذها قبل مع الاتصال على اشكال

السابع لو أقر بالبيع وقبض الثمن ثم انكر وادّعى الاشهاد تبعا للعادة من غير قبض فالاقرب سماع دعواه فيحلف المشترى وكذا لو اقر بالاقتراض ثم ادعى الاشهاد فى الصك قبل القبض حلف المقرض اما لو شهد الشاهدان بمشاهدة القبض فى الموضعين لم تسمع دعواه ولا يمين على المدعى .

الفصل الرابع فى الاقرار بالنسب

المقر به اما ولدا وغيره اما الولد فيشترط فى الاقرار به عدم تكذيب الحس والشرع والمقر به وعدم المنازع فلو اقر ببنوّة من هو اكبر منه سنا او مساو او اصغر بما لم تجر العادة بتولده عنه او بمن بينه وبين امّه مسافة لا يمكن الوصول فى مثل عمر الولد او ببنوة مشهور النسب بغيره او بمن كذبه الولد البالغ لم يثبت ولو نازعه

نفس العين لا تثبت فى الذمة بل الواجب الاداء او القيمة بالتلف .

قال دام ظله : ولو قال اودعنى مائة فلم اقبضها او اقرضنى مائة فلم آخذها قبل مع الاتصال على اشكال .

اقول: ينشأ (من) الايداع و الاقراض قد يصدق من دون القبض و القبول حقيقة عرفية فيقبل تفسيره ويقال اقرضنى فلم اقترض و اودعنى فلم استودع (ومن) انه انما يحمل على الصحيح شرعا وهو المنضم الى القبض والقبول فان القرض والوديعة انما يتحققان بالقبض .

قال دام ظله : ولو اقر بالبيع وقبض الثمن (الى قوله) حلف المقرض .

اقول : وجه القرب العادة ولان عدم القبول يفضى الى الحرج وهو الاصح عندى (ومن) انه انكار بعد اعتراف .

غيره لم يلحق باحدهما الا بالبينة او القرعة (وهل) حكم المرأة في اقرارها بالولد حكم الرجل (نظر) ولا يعتبر تصديق الصغير ولو انكر بعد بلوغه لم يلتفت الى انكاره لسبق ثبوت نسبه ولو مات الصغير ورثه الاب ولو اعترف ببنوة ميت مجهول ثبت نسبه وورثه وان كان كبيراً ذا مال مع عدم وارث غيره وكذا المجنون لا يعتبر تصديقه والاقرب اشتراط التصديق في الكبير العاقل وليس الاقرار بالولد اقرارا بزوجية امه

الفصل الرابع في الاقرار بالنسب

قال دام ظله : وهل حكم المرئة في اقرارها بالولد حكم الرجل نظر .

اقول : ينشأ (من) ان النص ورد في الرجل (ومن) اتحاد طريقهما ولورود رواية بصيغة المذكر تصلح لشمول المؤنث لوارید وقد اختلف الاصوليون فقال بعضهم يتناول الاناث مع الاطلاق لتغليب المذكر لو اجتمعا والحق انه لا يتناولهن لان الجمع تكرير الواحد وهو لا يتناول الانثى .

قال دام ظله: والاقرب اشتراط التصديق في الكبير العاقل .

اقول: هذا اختيار الشيخ في المبسوط وابن ادريس لان الاقرار بالنسب اقرار في حق المقر والمقر به لتلازم الاضافتين فيكون اقراراً في حق الغير والعقل يقضي برده لادائه الى اختلال احوال العباد وقيل (قبل ـ خ ل) في الصبي لحكم لم يوجد هنا وقال الشيخ في النهاية لا يعتبر لانه ليس اقراراً في حقه والا لكان اقراراً في حقه في حال الصغر لكن التالي باطل لانه لا يسمع اقرار غير الولي على الطفل فسماع اقراره موقوف على ابوته فلو ثبتت به دار (والجواب) الفرق فانه في الصغير دعوى بغير منازع فعلا ولا قوة ولا دعوى نقل ولا معارض له ظاهرا فتقبل بخلاف من له اهلية الانكار (ولتعذر) اقامة البينة غالبا والتصديق منه ويتفرع على الحاق الصغير بمجرد استلحاقه ارثه منه وعدم قتله به لو قتله وان تأخر الاستلحاق عن الموت والقتل لان امر النسب مبني على التغليب ولهذا يثبت بمجرد الامكان ولا اعتبار للتهمة فيه .

وان كانت مشهورة بالحرية ولواقر ببنوة ولدامته لحق به وكان حرا ان لم يكن لها زوج ولواقر ببنوة ولداحدى أمتيه وعينه لحق به وكان الآخر رقا وكذالو كانا من ام واحدة فان ادعت الأخرى ان ولدها هوالمقر به قدم قوله مع اليمين ولولم يعين ومات فالاقرب القرعة ، وهل يقبل تعيين الوارث اشكال ولوعين واشتبه و مات اولم يعين استخرج بالقرعة وكان الآخر رقا ويثبت الاستيلاد لام من اخرجته القرعة ولوكان لهما زوجان بطل اقراره به ولوكان لاحديهما زوج انصرف الاقرار الى ولد الاخرى واما غير الولد فيشترط التصديق اوالبينة وان كان ولدولد فاذا اقر بوالداوأخ اوغيرهما ولاوارث لهوصدقه المقر به توارثا بينهما ولايتعدى التوارث الى غيرهماولو كان له ورثة مشهورون لم يقبل اقراره فى النسب وان تصادقا واذا اقراحد الولدين خاصة ولاوارث غيرهما بثالث لم يثبت نسبه فى حق المنكر ولا المقر لعدم تبعض النسب بل يشارك بالنسبة الى حصة المقر فياخذ ثلث مافى يده و هو فضل ما فى يد المقر عن

قال دام ظله : ولواقر ببنوة ولداحدى امتيه (الى قوله) ولولم يعين ومات فالاقرب القرعة .

اقول :وجه القرب رواية ابى حمزة الثمالى عن ابى عبدالله عليه السلام (١) ولانه امر مشكل وقال الشيخ الطوسى فى المبسوط يقوم الوارث مقامه فى التعيين فان امتنع من التعيين والبيان وقال لااعلم اقرع (وفيه نظر) فان مجموع الوارث قائم مقامه لوسلم و هذا المعلوم بعضه ولايقوم البعض مقام الكل و اقرار الكل يستلزم الدور (وفيه نظر) لان المعتبر من هو وارث ظاهراً قبل ثبوت الاقرار .

قال دام ظله : وهل يقبل تعيين الوارث اشكال .

اقول : ينشأ (مماتقدم) (ومن) انه اقرار فى حق الغير (ومن) ان التعيين حق الميت فينتقل الى الوارث (والتحقيق) ان نقول ان اخبر الوارث عن مراد الميت كان شهادة فتسمع مع اجتماع الشرائط والافلا و انما ينتقل الى الوارث حق الانشاء لاحق الاقرار .

---

(١) ئل باب ٢٣ خبر ١ من كتاب الوصية

ميراثه ولو كان الاقرار ببنت لزمه دفع خمس مافي يده ولو اقرا معاً ثبت للمقر له كمال حصته ولو اقر اثنان من الورثة بنسب للميت وكانا عدلين ثبت النسب والميراث والا اخذ من حصتهما بالنسبة ولو شهد الاخوان بابن للميت وكانا عدلين ثبت نسبه وحاز الميراث ولا دور ولو كانا فاسقين أخذ الميراث ولم يثبت النسب وانما يثبت النسب بشهادة رجلين عدلين لا بشهادة رجل وامراتين ولا رجل ويمين ولا بشهادة فاسقين وان كانا وارثين .

فروع

(الاول) لو اقر الولد بآخر فاقر ابثالث ثبت نسب الثالث مع عدالتهما فلو انكر الثالث الثاني لم يثبت نسب الثاني ويأخذ السدس والثالث النصف و الاول الثلث فان مات الثالث عن ابن مقر دفع السدس الى الثاني ايضاً ولو كان الاولان معلومي النسب لم يلتفت الى انكاره لاحدهما وكانت التركة اثلاثا ولو انكر الاول و كان معلوم النسب لم يلتفت الى انكاره والا فله النصف وللاول السدس ان صدّقه الثاني.

(الثاني) لو اقر الوارث بمن هو اولى منه كان المال للمقر له فلو اقر العمّ باخ سلّم اليه التركة فان اقر الاخ بولد سلمت التركة الى الولد ولو كان المقر العم بعد اقراره بالاخ فان صدقه الاخ فالتركة للولد وان كذبه فالتركة للاخ ويغرم العم التركة للولد ان نفى وارثا غيره والا فاشكال

قال دام ظله : ولو كان المقر العم بعد اقراره بالاخ فان صدقه الاخ (الى قوله) والا فاشكال .

اقول: البحث هنا يتوقف على مقدمة هي ان الاعتبار في الاقرار بوارث يأخذ عين التركة صدوره ممن هو وارث لولا اقراره بهذا الوارث وفي الارث مطلقا اي بعين التركة وقيمتها ممن هو وارث لولا اقراره باولى منه كما ان الحائز للتركة اذا اقرّ بمشارك فان الاعتبار بكونه حائزاً لولا اقراره بمشارك و ذلك لاينافي خروجه عن الحائزية بهذا الاقرار فكذلك هيهنا فاذا اقر هذا الوارث ظاهراً بمشارك اواولى من حيث النسب حكم عليه بارث المقرّ به ولا دور ولا يثبت نسبه بالنسبة الى الميت الا ببينة كهوان كان كمالها اومع غيره اوغيره بشرائطها (ويتفرع) على ذلك انه لو اقر العم

(الثالث) لوأقر الاخ بولدللميت فالمال للولد فان اقر بآخرفان صدّقه الاول فالتركة بينهما وان كذبه فالتركة للاول ويغرم النصف للثاني وان انكر الثاني الاول فان اقر بثالث فان صدقه الاول فله النصف وان كذّبه غرم المقر الثلث ولواقر بولد ثم بآخر فصدقه الاول وانكر الثاني الاول فالتركة للثاني ولاغرم (الرابع) لواقرت الزوجة مع الاخوة بولد فان صدقها الاخوة فالمال للولد وكذا كل وارث ظاهر اقر باولى منه ولو اقر بمساودفع بنسبة نصيبه ولو كذبها الاخوة فلهم ثلاثة الارباع وللولد الثمن وللزوجة الثمن (الخامس) لواقر الاخ بولدين دفعة فصدقه كل واحد عن نفسه لم يثبت النسب ويثبت الميراث فيأخذ كل واحد النصف ولو تناكرا بينهما لم يلتفت الى تناكرهما ، ولواقر احد الاخوين بولدو كذّبه الآخر اخذ الولد نصيب المقر خاصة فان اقر المنكر بآخر دفع اليه مافي يده .

(السادس) لواقر بزوج لذات الولد اعطاه ربع مافي يده ولولم يكن ولداعطاه النصف فان اقرّ بزوج آخر لم يقبل فان اكذب اقراره الاول غرم للثاني ما دفع الى

باخ للميت حكم باولويته في الميراث واذا اقر بعد ذلك بولد للميت وارث فان صدقه الاخ فلابحث وان كذبه حكم عليه بمقتضى اقراره لاعلى الاخ فلايخلو (اما) ان يكون قدسلم التركة الى الاخ مختاراً (اولا) فان كان الاول ضمن التركة للولد قطعا و ان كان الثاني (فاما) ان يكون قدسلّمه الحاكم بموجب اقراره (اوهي باقية) في يده (او) في حكم الباقية كما لواتلفها العم والبحث هنا فيهما (فنقول) اما ان يكون قد نفى وارثا غير الاخ باقراره (اولا) فان كان الاول ضمن للولد قطعا وان كان الثاني (هل) يضمن للولد لوجوب دفعها الى الاخ باقراره الاول اولاجزم الشيخ في النهاية بالضمان وقال المصنف فيه اشكال ينشأ (من) انه باقراره الاول بالاخ قبل ثبوت نسب الولد سبب في تفويت التركة على الولد فيضمن و هذه حجة الشيخ (ومن) انه غير مناف و جاز صدقه فيهما فلم يصدر منه مناف لاقراره بالولد (ولانه) لم يقر بعدم استحقاق الولد ولا بملزومه والاقوى عندى قول الشيخ .

الاول وهل يثبت الغرم بمجرد الاقرار او بالتكذيب، الظاهر من كلام الاصحاب الثانى ولواقر بزوجة لذى الولد اعطاها ثمن مافى يده ولوخلا عن الولد اعطاها الربع فان اقر باخرى فان صدقته الاولى اقتسمتا والاغرم لها نصف ماأخذت الاولى من حصته ولو اقر بثالثة اعطاها الثلث فان اقر برابعة اعطاها الربع فان اقر بخامسة لم يلتفت اليه على اشكال فان انكر احدى الاربع غرم لهاربع الثمن او الربع ولوكان اقراره بالاربع دفعة ثبت نصيب الزوجية لهن ولا غرم سواء تصادقن اولا .

(السابع) لواقر الاخ من الاب باخ من الام اعطاه السدس فان اقر الاخ من الام بآخرين منهاوصدقه الاول سلم الاخ من الام اليهما ثلث السدس بينهما بالسوية ويبقى معه الثلثان وسلم اليهما الاخ من الاب سدسا آخر ويحتمل ان يسلم الاخ من الام من الثلثين ويرجع كل منهم على الاخ من الاب بثلث السدس ولو كذبه فعلى الاول للاول ثلثا السدس ولهما الثلث وعلى الثانى السدس بينهم اثلاثا (الثامن) لو اعترف الولد

قال دام ظله : وهل يثبت الغرم بمجرد الاقرار او بالتكذيب الظاهر من كلام الاصحاب الثانى.

اقول: لانه يثبت حكم الاول وحكم ببطلان غيره فيكون اقراراً بملك الغير فلا يقبل كما لو قال ما بيد زيد لعمرو فلا يغرم الا بتكذيب الاول (ومن) حيث ان اقراره الآخر مستلزم لتكذيب الاول ولانه يتلف حق الثانى .

قال دام ظله : فان اقر بخامسة لم يلتفت اليه على اشكال .

اقول: ينشأ (من) انه حكم الشارع بالاربع فلم يلتفت اليه فى الخامسة (ومن) انه اقر بها فيحكم عليه بمقتضى اقراره لعموم الخبر وقد اتلف عليها نصيبها لاقراره الاول.

قال دام ظله : (ز) لواقر الاخ من الاب باخ من الام اعطاه السدس (الى قوله) وعلى الثانى السدس بينهم اثلاثا .

اقول: وجه الاول ان الوارث اذا اقر بآخر دفع الزائد عما فى يده عن حقه هكذا نص الاصحاب (ووجه) الثانى ان قضية الشركة انما حصل لهم وما تووى منهم و

بالزوجة اعطاها الثمن فان اقر باخرى أعطاها نصف الثمن اذا كذبته الاولى فان اقر بثالثة واعترفت الاوليان بها واعترفت الثانية بالاولى استعاد من الاولى نصف الثمن ومن الثانية سدسه فيصير معه ثلثا الثمن يسلم الى الثالثة منه ويبقى له ثلث آخر.

(التاسع) لو كان احد الولدين عبدا او كافراً فاقر الحر المسلم بآخر فاعتق العبد او اسلم الكافر قبل القسمة شارك والا فلا ولو كذب بعد زوال المانع او قبله الثانى فلا شيء له الآن يرجع الى التصديق ولو كان احدهما غير مكلف فاقر المكلف بآخر عزل لغير المكلف النصف فان اعترف بعد زوال المانع دفع الفاضل عن نصيبه وان كذّب ملك المعزول ولو مات قبل الكمال وقد تخلف السدس خاصة فان كان قد افرزه الحاكم للايقاف فهو للمقر له والا فثلثاه .

(العاشر) لو اقرّ احد الولدين بابن وانكر الثانى ثم مات المنكر عن ابن مصدّق فالاقرب ثبوت نسب العم (ويحتمل) العدم لكن ياخذ من تركة الميت ما فضل عن نصيبه ولو اقر الولد بزوجة و للميت اخرى فان صدّقته الاخرى فالثمن بينهما و الا

له فائدتان (ا) صحة تصرف القابض فى ثلثى السدس وعلى الثانى فى ثلثه لاغير (ب) لو تلفت التركة قبل قبض السدس الاخر وافلس الاخ من الاب .

قال دام ظله : (ى) ولو اقر احد الولدين بابن وانكر الثانى (الى قوله) مافضل عن نصيبه .

اقول: البحث هنا فيما اذا كانا عدلين (ووجه) القرب انه قد شهد شاهدان عدلان بالنسب فيثبت اما الاولى فلانّا نبحث على تقدير عدالتهما (واما الثانية) فلعموم النص انه اذا شهد وارثان وكانا عدلين بالنسب ثبت (ويحتمل) عدمه لان شهادة ابن الابن تتضمن الشهادة على ابيه وتكذيب الاب صريحا لان اباه انكره اولا والشارع رد شهادة الابن على الاب لكونها فى مظنة تكذيبه فمع التصريح اولى وهو من باب التنبيه بالادنى على الاعلى (ووجه) ضعفه و قوة الاول ان الشهادة بالنسب بالنسبة الى الاب مقبولة من الابن عليه بعد موته بالنص فصار الاب الميت بالنسبة الى شهادة النسب من الابن كالاجنبى والاجنبى اذا كذّبه قبلت الشهادة عليه ولانه ربما كذب الاب ففى شهادة الابن تخليص لهمن استمرار المظلمة خصوصا فى النسب فقبلت .

فللاخرى ولاغرم على اشكال ولو اقر الاخ من الام باخ اما من الاب اومن الام او منهما فكذبه الاخ من الاب فللمقر حصته كملا و كذا لواقر بآخرين من الاب او منهما ولوكانا من الام فانه يدفع اليهما ثلث السدس لاعترافه بانهماشريكان في الثلث لكل منهم تسع و في يده تسع و نصف تسع فيفضل في يده نصف تسع ولواقر الاخوان من الام باخ منها دفعا اليه ثلث ما في يدهما سواء صدقهما الاخ من الاب او كذبهما ولو اقر به احدهما خاصة دفع ثلث ما في يده و لا اعتبار بتصديق الاخ من الاب او تكذيبه لكن لو صدق و كان عدلا كان شاهداً فان كان المقر عدلا ثبت النسب و الا فلا .

المقصد الرابع في الوصايا

(وفيه فصول) الاول في اركانها ومطالبه اربعة

المطلب الاول

الوصية تمليك عين اومنفعة بعد الموت و تفتقر الى ايجاب وهو كل لفظ دال على ذلك القصد نحو أوصيت بكذا او افعلوا كذا او اعطوا فلانا بعد وفاتي او لفلان كذا بعد وفاتي أو جعلت له كذا ولوقال هوله فهواقرار (يؤخذ به خ) في الحال لا يقبل منه حمله على الايصاء الا أن يقرنه بما يفسد الاقرار كما لوقال هو من مالي له فهو وصية ولوقال عينت له كذا فهو كناية ينفذ مع النية ولو قال وهبته وقصد الوصية لا التنجيز فالاقرب صحة التفسير لانه بمنزلة ملكت وقبول بعدالموت

المقصد الرابع في الوصايا

(وفيه فصول الاول في اركانها ومطالبه اربعة الاول)

قال دام ظله : ولوقال وهبته وقصد الوصية لا التنجيز فالاقرب صحة التفسير لانه بمنزلة ملكت .

اقول: (ومن) حيث انه لم يوضع لهذا المعنى لغة و لاشرعا ولاعرفا بخلاف ملكت الذي هو كالجنس ولانه يمكن تنفيذه في موضعه الصريح وهو التمليك الناجز و

ولا اثر له لو تقدم وبهما ينتقل الملك مع موت الموصى ولا يكفى الموت بدون القبول وبالعكس ولا يشترط القبول لفظا بل يكفى الفعل الدال عليه ولا اتصال القبول فلو قبل بعد الموت بمدة او فى الحياة بعد مدة صح مالم يرد فان رد فى حياة الموصى جاز ان يقبل بعد وفاته اذلا اعتبار بذلك الرد ولو رد بعد الموت قبل القبول بطلت وان كان بعد القبض وبعده لا تبطل وان كان قبل القبض على رأى ولو كان بعده لم تبطل اجماعا ولو رد بعض ما قبله وفى رد رأس العبد مثلا اشكال ينشأ من بطلان افراده فيبطل الرد أو الوصية ولو مات قبل القبول قام وارثه مقامه فى قبول الوصية ولا يدخل فى ملك الميت فلو

الاصح الاول لانه اعرف بنيته (ولانه) يستعمل له مجازاً كان يقول وهبته بعد وفاتى و دلالة اللفظ على حقيقته ظاهرة يحتمل النقيض فقد فسر بما يمكن .

قال دام ظله : ولو رد بعد الموت (الى قوله) وبعده لا تبطل وان كان قبل القبض على رأى .

اقول: قال الشيخ يجوز الرد بعد القبول قبل القبض لعدم استقرار ملكه عليه كالوقف قال وقال قوم لا يصح لانه لما قبل ثبت ملكه اما بالموت او بالشرطين واذا حصل فى ملكه لم يؤثر الرد لان الملك لا يزول بالاعراض ولانها تلزم بالقبول والموت، وقال ابن حمزة اذا رد الوصية قبل القبض صح الرد لان الهبة اقوى منها لانها منجزة و الوصية معلقة والهبة لا تلزم بالقبض والقبول و كذا الوصية لا تلزم بالموت والقبول (و فيه نظر) لاختلاف المسألتين فى الحكم والطرفين ، والاصح الاول .

قال دام ظله : وفى رد رأس العبد مثلا اشكال ينشأ (من) بطلان افراده فيبطل الرد او الوصية .

اقول : ينشأ (من) انه قد يعبّر عن الجملة بالرأس فى العرف الغالب والاصل فى تصرفات المسلم والفاظه الصحة لا الهذرية (ومن) ان الاصل عدم الاشتراك والنقل والمجاز ولا يحمل عليه عند الاطلاق الا مع اغلبيته فى الاستعمال على الحقيقة لكنه ممنوع وللاصوليين فيه قولان فهو موقوف على مقدمتين (احديهما) انه مجاز غالب (والثانية) اولى من الحقيقة المغلوبة وهما ممنوعتان (والتحقيق) ان تقريره موقوف

أوصى بالحامل والحمل من الزوج له فمات قبل القبول فقبل الوارث لم ينعتق عليه ولا على الوارث الاان يكون ممن ينعتق عليه ولا يرث الاان يكونوا جماعة ، و لو انعتق على بعضهم كما لو كان الوارث ابنا وبنتا والحمل انثى انعتق ثلثاها وورثت ثلثى سهم بنت مماعداها خاصة بخلاف مالو انعتق ثلثاه قبل الوفاة ولو قبل احد الوارثين و رد الاخر صح فى نصيب القابل فان كان ممن ينعتق عليه عتق عليه وقوّم الباقى و تصح مطلقة مثل ان مت فثلثى للمساكين ومقيدة مثل ان مت فى مرضى هذا اوفى سفرى هذا اوسنتى هذه أوبلدى فثلثى للمساكين فان برء اوقدم اوخرجت السنة عليه حيا او خرج من بلده فمات بطلت المقيدة لاالمطلقة ، ولو عجز عن النطق كفت الاشارة الدالة على المراد ولايكفى الكتابة بدون الاشارة اواللفظ وان عمل الورثة ببعضها على رأى (١) سواء شوهد كاتبا اواعترف بأنه خطه اوعرف ولو كتب وصية فقال أشهدوا

على مقدمات (ا) لايصح افراد الرأس بشىء من الاحكام بل احكامه ملزومة لاحكام الجميع ويستحيل وجود الملزوم بدون اللازم (ب) ان هذا اللزوم ليس بيّنا عند كل الناس فى كل الاحكام (ج) الوصية لاتصح الا بقبول واذا اقترن بها رد بطلت (اذا تقرر ذلك) (فنقول) منشأ الاشكال ان اللزوم غير بين فلايحكم به على المكلف بمجرد حكمه بثبوت الرد فى الملزوم لجواز كونه غير بين عنده ولم يعبر به فى البيع وغيره بل ابطل تصرفه وهذا قد استقريناه كثيراً من احكام الشرع فيبطل رد الرأس لعدم الحكم برد الباقى كما تقرر من عدم افراده بالحكم ومن حيث انه قد رد الوصية فى جزء فلا يمكن صحتها فيه لاشتراطها بالقبول وبطلانها بالرد قبله اجماعاً والباقى لا يملك بدونه فيبطل الوصية فيه لعدم قبوله للملك والحاصل انه اثبت احد المتلازمين ونفى الآخر فتعارض النفى والاثبات والاصح بطلان الوصية .

قال دام ظله : ولايكفى الكتابة بدون الاشارة اواللفظ وان عمل الورثة ببعضها على راى.

اقول: هذا اختيار ابن ادريس للاصل ولعدم لزوم الشرع بالشروع ، و قال الشيخ فى النهاية يتخير الوارث بين العمل بها وبين ردها فان عملوا بشىء منها لزمهم العمل

علىّ بمافي هذه الورقة أو قال هذه وصيتي فاشهدوا علىّ بها لم يجز حتى يسمعوامنه مافيه أويقرء عليه فيقرّ به فامااذا قرءه الشاهد مع نفسه فقال له الموصى قدعرفتما فيه فاشهد علىّ به فالاقرب القبول و كذا البحث في المقر واذاردّ الوصية رجع المال الى التركة فان عين بالرد واحد اوقصد تخصيصه بالمردود لم يكن له ذلك (اما) لورد في موضع يمتنع فيه الرد فان له تخصيص من شاء هبة ويحصل الرد بقوله رددت الوصية

بجميعها وقدروى الصدوق في كتابه عن ابراهيم بن محمد الهمداني قال كتبت الى ابي-الحسن الرضا عليه السلام رجل كتب كتاباً بخطه ولم يقل لورثته هذه وصيتي ولم يقل قد اوصيت الا انه كتب كتابا فيه ما اراد ان يوصي به هل يجب على ورثته القيام بما في الكتاب بخطه ولم يأمرهم بذلك فكتب عليه السلام ان كان له ولد ينفذون شيئا منها وجب ان ينفذوا كل شيء يجدون في كتاب ابيهم في وجه البر وغيره (١) و ليست صريحة في ما قاله الشيخ وهي مكاتبة لا يتحقق حالها ولئن سلمنا فهي محمولة على اعترافهم بصحة الوصية. بقي هنا بحثان (ا) اذا اقترن بالكتابة اشارة مفهمة مع عجزه عن النطق عمل بها باجماع علمائنا ، ولان الحلبي روى في الصحيح عن الصادق عليه السلام ان اباه حدثه ان امامة بنت ابي العاص بن الربيع اعتقل لسانها فاتاه الحسن والحسين عليهما السلام وهي لا تستطيع الكلام فجعلا يقولان اعتقت فلانا واهله ؟ فتشير برأسها نعم ام لا قلت فاجازا ذلك قال نعم (٢) (ب) الاشارة المفهمة مع الكتابة والقدرة على النطق هل تكفي، قال المصنف في التذكرة يحتمل ذلك لانها كتابة و الوصية بالكتابة جائزة و الاقوى عندى عدم الجواز لان الايقاعات الشرعية لفظية فكلية الكبرى ممنوعة

قال دام ظله: امااذا قرئه الشاهد مع نفسه فقال له الموصى قدعرفت ما فيه فاشهد على به فالاقرب القبول .

اقول: هذا اختيار ابن الجنيد لاعترافه بمعرفته بمافيه فيحكم عليه للخبر و لانه عبر عنه بما لا يحتمل غيره فكان نصاً في الوصية والموصى به فيصح (ويحتمل) عدمه لانتفاء الدلالات الثلاث اذا الاعتبار بوضع اللغة والاقوى الاول .

---

(١) ئل ب٤٨ خبر -٢ من كتاب الوصية .

(٢) ئل ب٤٩ خبر - ١ من كتاب الوصية .

أولا إقبلها اوما اذى مفناه ، ولو كانت الوصية لغيرمعين كفى فى التمليك الايجاب و الموت ولايتوقف على القبول كمن اوصى للفقراء ، وكذا لو اوصى للمصالح كعمارة مسجد (وهل) القبول كاشف عن انتقال الملك الى الموصى له بعد الموت أوسبب؟ فيه اشكال ينشأ (من) انتفاء الملك عن الميت وعدم دخوله فى ملك الورثة لقوله تعالى من بعد وصية (١) فلولم ينتقل الى الموصى له بقى بغيرمالك (ومن) كون القبول اما جزء من السبب أوشرطا كقبول البيع و انتفاء الملك عن الميت ممنوع كما لو قتل و كالمديون و كمالو نصب شبكة فوقع فيها صيد بعدموته والاية يراد بها من بعد وصية مقبولة ، والاقرب الاول ويمنع سببية القبول بل هو كاشف عن صحة الوصية وفسادها و المقتول والمديون لايملكان لكن الدين يتعلق بالتركة والدية تعلق (الدين - خ) بالرهن ، والصيد لايملكه الميت فعلى الاول النماء المتجدد بين الموت والقبول

قال دام ظله: وهل القبول كاشف عن انتقال الملك الى الموصى له بعد الموت (الى قوله) والصيد لايملكه الميت .

اقول: الموصى له اما يكون واحداً معينا بالشخص او بالصنف او بالنوع او كثيراً كثرة محصورة اوغيرمحصورة و كلما كان واحداً معينا بالشخص او كثيراً كثرة محصورة معينة اعتبر فيه القبول والا لم يعتبر القبول لامتناعه من الموصى له و ولاية الغير على خلاف الاصل والبحث هنافى مايعتبر فيه القبول (فنقول) اختلف الاصحاب فى هذه المسألة على اقوال ثلاثة (ا) قول الشيخ فى بعض كتبه وابن الجنيد ان القبول كاشف عن ملك الموصى له بعد الموت ملكا تاما لازما وهو اختيار المصنف هنا (ب) قول المصنف فى المختلف وابن ادريس والشيخ فى كتاب الفطرة من الخلاف وهو ان القبول سبب ولانعنى بالسبب هنا السبب التام ونص ابن ادريس على انه جزء السبب فانه قال الذى يقوى فى نفسى انه لاينتقل بالموت بل بانضمام القبول من الموصى له وحكى فى المبسوط القولين (ج) قال الشيخ فى موضع من الخلاف انه ينتقل بالوفاة وذكره فى المبسوط قولا لبعضهم وجعله انتقالا لامستقراً فانما يستقر بالقبول و يزول بالرد وزيفه فيه و

---

(١) النساء - ١٢

رجحه المصنف فى تذكرة الفقهاء (احتج) (الاولون) بوجوه (ا) الآية المذكورة فى الاصل(١)اخر الارث عن مجرد الوصية بفعل الموصى ولم يشترط القبول لقوله تعالى **من بعد وصية يوصى بها (٢)** والاضمار والحذف على خلاف الاصل ولانه جعل الوصية متقدمة على الارث وسببه الموت ولو كان القبول سببا او شرطا لزم ان يكون ما بالغير قبل ما بالذات وهو محال (ب) كلما تقدم على الشىء لم يحتج الى خارج عن علل المتأخر التامة وحكم ايصاء الموصى متقدم على الارث للاية ، والموت علة فى الارث ولا يتوقف حكم الايصاء على غيره فالقبول كاشف (ج) ان استحقاقه متعلق بالموت فاشبه الارث (واحتج) القائلون بالثانى بان انتقال الملك لابد له من سبب لانه حادث وليس الا الوصية و الوفاة و القبول اجماعا والاولان لايصلحان مع عدم الثالث لتخلف المعلول عنهما و لما بطل مع عدم القبول (لان) مالا يتوقف وجوده على وجود شىء بوجه مالا يؤثر عدمه فى عدمه كما بين فى علم الكلام اذ عدم المعلول بعدم العلة (و لانه) لو ملك بالموت لما ارتد بالرد كالميراث (و لانه) تمليك بعقد فيتوقف الملك فيه على القبول كالبيع ونحوه و لانه ليس للموصى ولاية على الموصى له فلا يملك تمليكه (تملكة - خ ل) فيهما كما لا يملك ازالة ملكه (واحتج) المصنف على قوله فى التذكرة بانه بعد الوفاة وقبل القبول ملك يستحيل كونه بلا مالك لانه نسبة بينه وبين المملوك وثبوته للميت فان الموت علة فى زوال الاملاك عنه وللورثة و الا لتلقى الموصى له الملك عنهم وهو باطل اجماعا ولان ملك الورثة متأخر عن الوصية اللاية ولغيره وغير الموصى له اجماعا فيتعين الموصى له ويمتنع لزومه واستقراره قبل القبول والا لما ارتد بالرد فتعين ماقلناه (وفيه نظر) لانه على تقدير عدم القبول يختار كونه للوارث ولا استحالة حينئذ وعدم القبول كاشف عما فى نفس الامر وعلى تقديره فللموصى له والقبول كاشف والاضمار ضرورى وتوقف بعضهم لتعارض الادلة واعترضه المصنف بان البحث عما فى نفس الامر والتوقف انما هو بالنسبة الينا ولا بحث فيه وعلى .

---

(١)اى المتن (٢)النساء -١٢

للموصى له وللورثة على الثانى ، ولوأوصى له بزوجته (١) فاولدها بعدالموت وقبل القبول فالولد حروأمه امولد على الاول (وعلى الثانى) الولدرق للورثة و لو مات الموصى له قبل القبول والرد فان قبل وارثه ملك الجارية والولد وعتق عليه ان كان ممن ينعتق عليه (على الثانى) على قول الشيخ و تكون الجارية امولد و يرث الولد

القول بان ملك الموصى له متأخر عن القبول فالملك قبل القبول للوارث اويبقى للميت فيه وجهان لاستحالة خروجه عنهما و يتعارض هنا تعدية الارث الذى هـو سبب ملك الوارث عن الوصية واشتراطه بعدمها وكلما شرط بعدم ملكه فالملكية منافية له قطعا فيستحيل تقدم مسببه عليهما واجتماعه مع منافى سببه وعدم اهلية الميت للملك لانه من الاعراض المشروطة بالحيوة وقال بعض الفقهاء عدم اهليته للملك ممنوع ومنقوض ببقاء ملكه فى مايحتاج اليه من مؤنة تجهيزه ودفنه وقضاء ديونه .

قال دام ظله : ولواوصى له بزوجته (الى قوله) وعلى الثانى الولد رق للورثة .

اقول : هذا فرع على القاعدة المذكورة وتقريره اذا زوج امته من حروشرط رقية الولد على القول بصحة الشرط ثم اوصى له بها ثم مات الموصى فاولدها الموصى له بعد موت الموصى وقبل القبول ثم قبل بعد ان حملت (فعلى) الاول وهو ان القبول كاشف عن ملك الموصى له بالموت ينفسخ النكاح لان النكاح لايجتمع ملك اليمين لتضاد احكامهما وملك اليمين اقوى فينفسخ النكاح بالموت ويثبت تحليله بملك اليمين وتكون امولد وولد هاحر (وعلى الثانى) و هو كون القبول سببا فملك الموصى له متأخر عن القبول فعلى القول بانتقالها الى الوارث بالموت وان الولد لايتبع الام فى الوصية وغيرها بل هو نماء منفرد بحكمه يكون الولد قد تجدد فى ملكهم فيكون رقا مستقرا لهم وان قلنا بتبعيته كالشيخ فالولد حر .

قال دام ظله: ولو مات الموصى له قبل القبول والرد (الى قوله) على الثانى على قول الشيخ .

اقول: هذا فرع على المسألة السابقة و تقريره ان الزوج المذكور فى المسألة

---

(١) اى التى امة للموصى ـ ح .

اباه و يحجب القابل ان كان اخا (على الاول) ولادور باعتباران توريثه يمنع كون القابل وارثا فيبطل قبوله فيؤدى توريثه الى عدمه (لانا) نعتبر من هو وارث حال القبول لولاه كالاقرار ولايرث على الثانى ولاتصير امه ام ولد ولو أوصى له بابيه فمات فقبل ابنه (فعلى الاول) تثبت حريته من حين الموت فيرث السدس ولادور من حيث انه لو ورث لاعتبر قبوله ولايجوز اعتبار قبوله قبل الحكم بحريته واذا لم يعتبر لم يعتق فيؤدى توريثه الى ابطال توريثه لانه اقر جميع الورثة وهم ابن الابن بمشارك فيثبت نسبه و يرث ، (وعلى الثانى) يعتق الجد على ابن الابن ولايرث ولو كان على الموصى له دين فقبل وارثه قضى منه الديون والوصايا ويعتق من يعتق عليه (على الاول) دون الثانى ولو وطىء الوارث قبل القبول فعليه المهر ولاتصير ام ولد لو احبلها (على الاول) دون الثانى وزكاة الفطرة على الموصى له لو تحلل الهلال(١) الموت و القبول على الاول دون الثانى .

السابقة الموصى له بزوجته وعلقت منه بعد موت الموصى و قبل القبول اذا مات قبل القبول و الرد انتقل حق القبول الذى هو كاشف على قول و مملك على آخر الى الوارث فلما قبل وارثه فعلى القول بان القبول كاشف ظهر ملك الموصى له بموت الموصى فينعقد الولد حراً و امه ام الولد وان قلنا ان القبول سبب ملك الوارث الجارية (واما الولد) فان قلنا انه تابع فى الانتقال كان رقا للوارث فان كان ممن يعتق عليه انعتق والا استقر ملكهم عليه و اشار بقوله (على الثانى) اى على سببية القبول واشار بقوله (على قول الشيخ) الى ما اختاره الشيخ من ان الحمل كالجزء من امه يدخل فى بيعها او الوصية بها لانا اذا قلنا انه يملك بالقبول وقلنا انه ليس كالجزء من امه يكون منفردا بحكمه لم ينتقل الى ورثة الموصى له لانه يتأتى على سبب ملكهم بل هو اما لورثة الموصى على احد الوجهين او على حكم مال الميت على الوجه الاخر فيحسب من التركة وهيهنا فروع كثيرة تتفرع على سبب ملك الموصى له ليس هنا موضع ذكرها .

---

(١) بالخاء المعجمة ـ بان مات الموصى قبل هلال شوال وقبل الموصى له بعده فعلى الاول اى الكشف تجب زكاته على الموصى له دون الثانى اى النقل ـ

المطلب الثانی فی الموصی

ویشترط فیه البلوغ والعقل والحریة فلاتنفذ وصیة الصبی وان کان ممیزا فی المعروف وغیره علی رأی ولاوصیةالمجنون مطلقا و(لا) السکران ولوجرح الموصی نفسه بما فیه هلاکها ثم أوصی لم تقبل ولو قیل بالقبول مع تیقن رشده بعدالجرح

المطلب الثانی فی الموصی

قال دام ظله : فلا تنفذ وصیة الصبی وان کان ممیزا فی المعروف و غیره علی رأی .

اقول: هذا اختیار ابن ادریس لعدم مناط التصرف فی المال و لارتفاع القلم عنه کالمجنون و کل من یصح تصرفه ،القلم ثابت علیه وجوز الشیخ فی النهایة و ابن البراج وصیته وهبته بشروط ثلاثة (ا) بلوغ العشر (ب) وضعه الاشیاء مواضعها (ج) کونها فی المعروف وجوزها المفید بالشرائط المذکورة دون وقفه وجوز سلار وصیته بالشرائط دون وقفه وهبته وجوز ابوالصلاح وصیة من بلغ عشراً مطلقا و وصیة من نقص عنها فی المعروف وساوی ابن الجنید بین البالغ الرشید وبین ابن ثمانی سنین و بنت سبع مع وضعها الاشیاء مواضعها وجوز ابن حمزة وصیة المراهق الرشید مطلقا وعتقه وهبته بالمعروف دون غیرهما (احتج) الشیخ بمارواه الصدوق فی الصحیح عن عبدالرحمن بن ابی عبدالله عن الصادق علیه السلام اذا بلغ الغلام عشر سنین جازت وصیته(١) والسفه مانع فی الکبیر ففی الصغیر اولی والصبی محجور علیه فی الاموال مأخوذ بالعبادات فیجمع بین العامین ویحمل علی الوصیة بالمعروف جمعا بین الادلة ولروایة الصدوق الصحیحة عن ابی بصیر عن الصادق علیه السلام قال اذا بلغ الغلام عشر سنین فاوصی بثلث ماله فی حق جازت وصیته الحدیث (٢) فان کان فی المعروف او العام فالمطلوب وان کان فی غیره فهو اولی والمعروف متحقق وغیره مشکوک والاصح الاول لان صحة التصرف ملزومة للتکلیف وهو منتف فی حق الصبی فینتفی ملزومه .

قال دام ظله :ولوجرح الموصی نفسه بمافیه هلاکها(الی قوله) وتحمل

(١) ئل ب٤٤ خبر٥ من کتاب الوصیة .　(٢) ئل ب٤٤ خبر٢ من کتاب الوصیة .

كان وجها وتحمل الرواية على عدم استقرار الحيوة على اشكال، امالو أوصى ثم قتل

الرواية على عدم استقرار الحيوة على اشكال .

اقول: الاول وهو عدم القبول مطلقا قول الشيخ وابي الصلاح وابن البراج ونقله ابن الجنيد رواية عن الصادق عليه السلام (١) ورجحه المصنف هنا وهو الاقوى عندي وقال الشيخ ومن احدث في نفسه حدث القتل من جراح اوشرب سم ثم اوصى كانت وصيته مردودة (والثاني) قول ابن ادريس (احتج) الاولون بانه سفيه فلاينفذ تصرفه في المال (ولانه) قاتل نفسه فلايتصرف في ماله كالوارث لوقتله منع منه (ولانا) نثبت سفهه ونمنعه من التصرف في المال باتلاف ماله فنفسه اولى (ولما) رواه ابوولاد عن الصادق عليه السلام وان كان اوصى بوصية بعدما احدث في نفسه من جراحة اوقتل لعله يموت لم يجز وصيته(٢) (احتج) ابن ادريس بانه عاقل رشيد فينفذ وصيته كغيره ولعموم النهي عن تبديل الوصية لقوله تعالى : **فمن بدله بعد ماسمعه فانما اثمه على الذين يبدلونه(٣)** ولقوله تعالى **من بعد وصية يوصى بها اودين(٤)** (ومن) عامة (واعلم) ان ابن ادريس جعل العلة في منع الاصحاب والرواية عدم رشده والمصنف علله بعدم استقرار الحيوة فيه فلايقبل وصيته سواء كان رشيداً اولا والاشكال في هذا في موضعين (ا) ابطال وصية غير مستقر الحيوة يحتمل ذلك لانه صار في حكم الميت ولهذا لايحتاج الصيد الى ذكاة اذا اعدم جرحه استقرار حيوته (ويحتمل) الجواز لانه حي عاقل بالغ رشيد فيصح (وهو الصحيح عندي ـ خ) ويمنع كونه في حكم الميت ولهذا يجب الدية كملا على من قتله (ولانه) يلزم بطلان وصية المريض لو بلغ هذه الحال ولم يقل به احد (ب) اذا قلنا بعدم الصحة فهل يحمل الرواية وقول الاصحاب على ذلك لانه قد يكون رشيداً فلا يصح المنع مطلقا من حيث السفه لعدم جواز وجود المعلول بدون وجود العلة وحمله على منع الوارث قياس (ويحتمل) عدمه لانه قد يكون مستقر الحيوة فلايصح منع وصيته مطلقا لعدم الاستقرار لما بينا اولا .

(١ - ٢) الباب ٥٢ خبر ١ من كتاب الوصية .

(٣) البقرة ـ ١٨١ (٤) النساء ـ ١٢

نفسه فانها تمضى ، وتصح وصية المبذر والمفلس ، ولوأوصى العبد لم تصح فان عتق و ملك ففى النفوذ اشكال ، وتنفذ وصية الكافر الابخمر اوخنزير لمسلم و فى الذمى اشكال اوعمارة كنيسة ولو أوصى بعمارة قبور انبيائهم جاز ؛ وتنفذ وصية الاخرس بالاشارة المعقولة ، ولوعقل لسان الناطق فعرضت عليه وصيته فاشار بهاوفهمت اشارته

قال دام ظله : ولواوصى العبد لم تصح فان عتق وملك ففى النفوذ اشكال .

اقول: ينشأ (من) انه ليس لهاهلية التملك حال الوصية فلايكون له اهلية التصرف فيه عن نفسه ولانه يشترط انه لومات فى الحال صحت الوصية وليس هنا (ولانه) لايصح تعلقها بشرط فلوصحت بشرط عتقه لصح تعلقها على شرط (ومن) انه ليس بتصرف فى الحال بل انماهو عند الموت فحال كونها تصرفا الشرائط حاصلة (ولان) مناط الوصية البلوغ والعقل والرشد وحصول الملك عندالموت لانه لو اوصى من لا يملك شيئاً اصلاحال الوصية ثم ملك عندالموت صحت الوصية اجماعا والاصح الاول لان موضوع التصرف الملك او كون الموصى اهلاله و ليس هنا لان العبودية تسلب الاهلية (ولقول) الباقر عليه السلام قضى امير المؤمنين عليه السلام فى مكاتب قضى نصف ماعليه واوصى بوصية فاجاز نصف الوصية وقضى فى مكاتب قضى ثلث ما عليه واوصى بوصية فاجاز ثلث الوصية(١) واذا لم يصح وصية المكاتب فلا يصح وصية العبد ولم يشترط امير المؤمنين عليه السلام ان يموت قبل عتقه بل قضى مطلقا وترك الاستفصال مع قيام الاحتمال يدل على العموم فى المقال .

قال دام ظله : وتنفذ وصية الكافر الا بخمر او خنزير لمسلم و فى الذمى اشكال .

اقول: ينشأ (من) ملك الذمى له ولهذا يضمنه له المسلم وقد امرنا بتقريرهم على احكامهم (ومن) ان الشارع حكم بنفى ملكه و كلما حكم بصحة وصيته حكم

(١) ئل ب ٨٠ خبر ١ من كتاب الوصية .

صحت وصيته ولو أوصى الفقير ثم استغنى صحت وصيته . ولو قال العبد متى عتقت ثم مت فثلثي لفلان فالاقرب الجواز و كل من عليه حق من مال اوغيره وجب عليه أن يوصى به اذا ظن الموت .

المطلب الثالث في الموصى له

ويشترط فيه امران: الوجود ، وصحة التملك ، فلو اوصى لمعدوم لم يصح و كذا للميت سواء علم بموته أو ظن حياته فبان ميتا اولما تحمله المرأة او لمن يوجد من أولاد فلان وتصح للحمل الموجود بان تاتي به لاقل من ستة اشهر اولاكثر مدة الحمل مع خلو ها من زوج ، ومولى ولو كان بينهما و هي ذات زوج أو مولى لم تصح لعدم العلم بوجوده حين الوصية وتستقر بانفصاله حيا فلو وضعته ميتا بطلت ولو مات بعد انفصاله حيا صحت وكانت لورثته ويسقط اعتبار القبول هنا على اشكال .

بملكيته والاية (١) بتقريرهم بمعنى ترك معارضتهم وهذه المسألة تبنى على ان الكافر مخاطب بفروع العبادات والاصح البطلان .

قال دام ظله : ولو قال العبد متى عتقت ثم مت فثلثي لفلان فالاقرب الجواز .

اقول : وجه القرب انه تصرف وارد على حال الوفاة والحرية فلا يمنع العبودية الان منه (ومن) انه ليس له اهلية الملك فيسلب اهلية التصرفات المتفرعة عليه (ولانه) علق الوصية على شرط والاصح عندى البطلان .

المطلب الثالث في الموصى له

قال دام ظله : ولو مات بعد انفصاله حيا صحت وكانت لورثته ويسقط اعتبار القبول هنا على اشكال

اقول: الوصية للحمل جائزة لان الوصية اوسع مجالا من الارث لان العبد و المكاتب لا يرثان وقد تصح الوصية لهما و كذا الكافر على قول واذا ثبت الميراث للحمل فالوصية اولى بالجواز لكن بشرطين: علم وجوده عند الوصية وسقوطه حياً (اذا

---

(١) كذا في النسخ كلها .

و لو رد الولى للمصلحة فالاقرب بطلان الوصية ان رد بعد الموت و كذا لورد بعد بلوغه ، وهل النماء المتجدد بين الوفاة والرد تابع او للموصى له اشكال

عرفت ذلك) فنقول هل يشترط هنا القبول من الولى قال المصنف فيه اشكال ينشأ (من) اطلاق الاصحاب صحة الوصية وانه اذا مات بعد الاستهلال كان لوارثه ولم يشترطوا القبول وهو يدل على عدم اعتباره (ولان) الشارع اوجب القبول على الولى فى ماله غبطة فيه فابطل رده (ومن) ان القبول شرط الوصية لان الوصية تقتضى ملك ان يملك مع الوفاة لا الملك حقيقة لان من ليس له ولاية ليس له تمليك غيره بغير اختياره و الاصح اعتبار القبول هنا.

قال دام ظله : ولورد الولى للمصلحة فالاقرب بطلان الوصية ان رد بعد الموت وكذا لورد بعد بلوغه.

اقول: وجه القرب ان الولى يقوم مقام المولّى عليه فى التصرفات مع مراعاة المصلحة فيصح الرد مع اشتماله على المصلحة ولانه يجوز صرف ماله فى المصالح و ازالة ملكه الحقيقى اللازم فازالة الملك الغير المستقر او ملك ان يملك اولى (ومن) انه ازالة حق او ملك بغير عوض اصلا فكان كالتبرع الممنوع منه والاصح الاول

قال دام ظله : وهل النماء المتجدد بين الوفاة والرد تابع او للموصى له اشكال .

اقول: هذه المسألة تبنى على ان الموصى له هل يملك بالموت و الرد فسخ متجدد والقبول سبب فى اللزوم او يكون الملك مراعى و القبول كاشف عن الملك بالموت والرد كاشف عن عدمه و بطلان الوصية او القبول سبب او شرط فى الملك (فعلى الاول) يكون النماء للموصى له (وعلى الثانى) لايكون له بل للورثة وكذا (على الثالث) والاصح عندى انه تابع للعين فى الرد ولما كانت الاصول التى تبنى هذه المسألة عليها فيها اشكال وخلاف بين الفقهاء كان فى هذه المسالة ايضا اشكال (واعلم) انه اشار بقوله (او للموصى له) الى القول الاول وبقوله (او تابع) الى الاقوال الباقية فانه كلما كانت العين ملكا له قبل القبول فالنماء له وكونه تابعا اى فى الرد .

ولا تصح لمملوك الاجنبي ولا لمدبره ولالام ولده ولا لمكاتبه المشروط على اشكال . وغير المؤدى وان اجاز مولاه ولو اعتق عند الاستحقاق ولاتكون وصيته للمولى ولوادى المطلق البعض صحت بنسبة الحرية ، وفي الوصية للجزء الحر اشكال

قال دام ظله : ولاتصح لمملوك الاجنبي ولالمدبره ولالام ولده ولا لمكاتبه المشروط على اشكال .

اقول: ينشأ (من) انفراده بمعاملة مولاه وضمانه له (ومن) انه مملوك الغير فلا تصح الوصية له لرواية عبدالرحمن بن الحجاج عن احدهما عليهما السلام قال لاوصية لمملوك (١) ولان الوصية اماله او لسيده والثاني باطل لان الموصي لم يقصده والاول باطل لان كل موصى له بملك يملك ولاشيء من عبدالغير يملك (لايقال) ينتقض بعبد نفسه (لانا) نقول الوصية لعبد نفسه وصية له بنفسه اى بفك ملكيته ولاشيء من عبد الغير يتحقق فيه ذلك ولرواية محمد بن قيس عن ابي جعفر عليه السلام في مكاتب كانت تحته امرأة حرة فاوصت له عند موتها بوصية فقال اهل الميراث لانجيز وصيتها لانه مكاتب لم يعتق ولايرث فقضى عليه السلام انه يرث بحساب ما اعتق منه ويجوز له من الوصية بحساب مااعتق منه(٢) والمشروط لم يعتق منه شيء وقضى في مكاتب اوصى له بوصية وقد قضى نصف ماعليه فاجاز نصف الوصية وقضى في مكاتب قبض ربع ماعليه واوصى له بوصية فاجاز ربع الوصية (٣) (واعلم) ان الشيخ رحمه الله في المبسوط اجاز الوصية لعبد الوارث ومكاتبه قال لان الوصية للوارث عندنا تصح واقول هذا دليل مركب من مقدمتين (احديهما) ان الوصية للعباد وصية لمولاه (و الثانية) ان الوصية للوارث تصح و هو ممنوع الصغرى و معارض بالاجنبي ، و اختار ابن البراج مذهب الشيخ في المبسوط .

قال دام ظله: وفي الوصية للجزء الحر اشكال .

اقول: ينشأ (من) انه لايتصور حصول الملك لبعض الانسان دون باقيه (ومن)

---

(١) ئل ب ٧٩ خبر ٢ من كتاب الوصية .

(٢-٣) ئل ب ٨٠ خبر ١ من كتاب الوصية .

وتصح بالجزء الشايع لعبد الموصى ومدبره ومكاتبه وام ولده ثم يعتبر ماوصّى به بعد خروجه من الثلث فان كان بقدر قيمته عتق ولاشيء له وكان الموصى به للورثة وان كانت قيمته اقل اعتق واعطى الفاضل وان كانت اكثر سعى للورثة في الباقي وان بلغت الضعف على

انه يرث بحساب ما عتق ويملك ايضا به فالمالك هنا هو الجزء الحر فصحت الوصية له (وفيه نظر) فان عبارة الفقهاء تدل على خلافه فانهم قالوا يرث بجزئه الحر و الباء للسببية فجعلوا الوارث الشخص وجعلوا سبب الارث جزئه ولو كان الجزء هو الوارث لقالوا ورث جزئه الحر ولم يذكر احد من الفقهاء ذلك والرواية انه يرث بحساب ما عتق فجعل الوارث هو الشخص والاصح عندى هو الاول (والتحقيق) ان المالكية من الاعراض النفسانية والمملوكية من الاعراض الجسمانية السارية المنقسمة بالمحل و حصول الاول للنفس الانسانية كاملا مشروط بانتفاء الثانية عن البدن المفارق (المقارن-خ ل) لتلك النفس اذ الحق تغايرهما عند محققي المتكلمين فمع عدم هذا الشرط عن كل البدن يعدم الاولى بالكلية على الاقوى ومع ثبوته في بعضه يثبت الاولى ناقصة عن ثبوته للنفس الانسانية بالنسبة الى جزء من المضاف اليه و هو المملوك نسبتها اليه كنسبة الجزء الثابت له الشرط الى البدن كله فالمالك في الحالتين هو النفس الانسانية لا بعضها فالمتجزى هو المملوك لا المالك .

قال دام ظله : و يصح الوصية بالجزء الشايع (الى قوله) وان بلغت الضعف على راى .

اقول : هذا اختيار الشيخ في الخلاف وابن الجنيد وابى الصلاح وابن ادريس (وهو الاقوى عندى -خ) وقال المفيد في المقنعة والشيخ في النهاية تبطل الوصية اذا بلغت الضعف وتبعهما ابن البراج في كتابي المهذب والكامل (احتج) المصنف بان الجزء الشايع يتناول نفسه أو بعضه لانه من جملة الثلث الشايع والوصية له بنفسه تصح لانه في الحقيقة وصية بعتقه والفاضل يستحقه بالوصية (لانه) يصير حرا فتملك الوصية فتصير كانه قال اعتقوا عبدى من ثلثي واعطوه الفاضل ولما رواه الحسن بن صالح عن ابى عبدالله عليه السلام في رجل اوصى لمملوكه بثلث ماله فقال يقوّم المملوك بقيمة عادلة

رأى و في المعين اشكال ، ولوأوصى للدابة فان قصد التملك او اطلق بطلت ولو قصد الصرف الى علفها فالاقرب الجواز .

ثم ينظر ماثلث الميت فان كان الثلث اقل من قيمة العبد بقدر ربع القيمة استسعى العبد في ربع القيمة وان كان الثلث اكثر من قيمة العبد اعتق العبد ودفع اليه الفاضل (١)

قال دام ظله : وفي المعين اشكال .

اقول: اذا اوصى لعبد بقدر قيمة رقبته أوبعضها وبالجملة بامر كلي يندرج تحت ذلك الامر رقبته صح اجماعا وقوّمت رقبته وعتق منه بقدره فان فضل فالوصية له وان اعوز عتق منه بالنسبة (قيل) العلة في صحة ذلك كونه يتناول الرقبة (وقيل) كونه وصية لعبده مطلقا و يتفرع على ذلك ما اذا اوصى له بعين معينة هل يصح ذلك اولا قال المصنف فيه اشكال ينشأ (من) انه انما جاز المشاع لدخول رقبته فيه فصار كالموصى بعتقه وهي منفية هنا و هذا على القول الاول و قول احدهما عليه السلام لاوصية لمملوك (٢) (ولان) مقتضى الوصية تمليك العبد وهومحال لان المحل غير قابل ولانه أوصى باعطاء عين فلا يجوز التخطي لانه تغيير للوصية (ولان) عتقه تبديل للوصية فلا يصح بخلاف الكلي (ومن) عموم الرواية المتقدمة واصالة الصحة وعموم الاية المقتضي لوجوب العمل بالوصية و اطلاق الاصحاب انه اذا او صى لعبد نفسه صحت وقوّم العبد واعتق وهذاهو الاصح عندي .

قال دام ظله : ولو اوصى للدابة فان قصد التملك او اطلق بطل ولو قصد الصرف الى علفها فالاقرب الجواز .

اقول: اذا اوصى بشيء للدابة فاما ان يقصد تمليكها اياه او يقصد صرفه في علفها او يطلق فان كان الاول فهو باطل لان تمليكها محال وان كان الثالث فباطل ايضاً لان الاطلاق يقتضي التمليك وان كان الثاني فالاصح الصحة لانه وصية في الحقيقة للمالك لان علفها عليه فهو المقصود بالوصية لانها وصية بصرفها في مصلحة مباحة

---

(١) ئل ب٧٩ خبر٢ من كتاب الوصية .

(٢) ئل ب٧٩ خبر٣ من كتاب الوصية .

والاقرب التوقف على قبول المالك وحينئذ ففي الدفع اليه اشكال فان دفع ففي جواز الصرف الى غير العلف اشكال والاقرب صحة الوصية للذمي وان كان اجنبيا والبطلان للحربي والمرتد ، وتصح الوصية للاجنبي والوارث سواء اجاز بقية الورثة اولا.

لمالك الدابة وكل ما كان كذلك فهو وصية له (ومن) حيث ان الوصية لمن اضيفت اليه (له) وانما اضافها (له) الى الدابة فلا تصح الوصية لها والاصح الاول لانه لفظ قصد به غير ظاهره فيكون كناية والوصية بالكناية صحيحة .

قال دام ظله : والاقرب التوقف على قبول المالك .

اقول: وجه القرب ان قلنا بالصحة (انها) وصية للمالك كما لو أوصى بعمارة داره (ولانه) لو لم يكن للمالك لكانت للدابة اذ لا واسطة و الثاني باطل والا لبطلت الوصية ونحن نبحث على تقدير صحتها فيعتبر قبوله (ويحتمل) عدمه لانه وصية في وجه من وجوه القرب لقوله ﷺ على كل كبد حراء اجر(١) فلا يشترط القبول كما لو اوصى بالعتق او الحج والاصح الاول لان حدوث الاستحقاق لملكه من غير رضاه بعيد جداً .

قال دام ظله : وحينئذ ففي الدفع اليه اشكال .

اقول: ينشأ (من) انها تصرف في مصلحته فيتولى قبضها ولا نها له (ومن) انه امر بصرفه في وجه خاص فيتولاه الوصي او القاضي لان الصرف في هذا الوجه لا يستلزم توليته والاقرب الاول .

قال دام ظله : فان دفع ففي جواز الصرف الى غير العلف اشكال .

اقول: ينشأ (من) وجوب اتباع غرض الموصي لانه لو لا ذلك لكان تبديلا للوصية وكل تبديل للوصية حرام باطل للاية (ومن) انها وصية له والاقرب الاول.

قال دام ظله : والاقرب صحة الوصية للذمي وان كان اجنبيا والبطلان للحربي والمرتد .

اقول: قال الشيخ في المبسوط لا يصح الوصية عندنا للكافر الذي لا رحم له

---

(١) لم نعثر عليه في كتب الاحاديث ونقله في مجمع البحرين في مادة (كبد) .

من الميت و في الخلاف الوصية لاهل الذمة جائزة بلا خلاف وفي اصحابنا خاصة من قيّدها اذا كان من قراباته ولم يشرط الفقهاء ذلك واما الحربي فلا يصح الوصية لهوجوزفي النهاية الوصية للرحم الكافر مطلقا وذهب المفيد الى صحة الوصية للكافر و شرط في الصدقة عليه كونه ذارحم و قال ابن الجنيد اذا اوصى بفداء بعض اهله من يداهل الحرب من اهل الكتاب والمشركين جاز ذلك ولايجيز وصيته لحربي ومنع ابن البراج من الوصية للكافر مطلقا وجوز ابن ادريس الوصية للكافر مطلقا وجوز ابو-الصلاح الوصية للكافر اذا كانت تبرعا لصلته والصحيح ما اختاره المصنف وهو جوازها للذمي مطلقا وبطلانها للحربي والمرتد لما رواه محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلام في رجل اوصى بماله في سبيل الله قال اعط لمن اوصى له وان كان يهوديا او نصرانيا ان الله تعالى يقول : **فمن بدله بعد ما سمعه فانما اثمه على الذين يبدلونه ان الله سميع عليم** (١) وايضا لما جازت الهبة للذمي وهي امضى عطية من الوصية كان جواز الوصية اولى (لايقال) ينتقض بالحربي حيث جازت الهبة له دون الوصية (لانا نقول) الفرق ان ملك الحربي غير لازم وماله غير معصوم ولايجب دفع ماله اليه بل يباح الاستيلاء عليه فلو جازت الوصية للحربي لكان اما ان يجب على الوصي الدفع اليه وهو محال لما تقدم اولا وهو المطلوب اذ معنى البطلان عدم ترتب اثر السبب عليه واثر الوصية وجوب التسليم (احتج) بقوله تعالى : **لاينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم-يخرجوكم من دياركم ان تبروهم و تقسطوا اليهم ان الله يحب المقسطين انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين(٢)** فاجاز مبرة الذمي و منع مبرة الحربي والوصية مبرة (احتج) المجيز للكافر مطلقا بقوله عليه السلام على كل كبد حراء اجر(٣) (والجواب) قد بينا المخصص (احتج) المانع مطلقا بان الوصية نوع مودة فيدخل تحت النهي (والجواب) المنع من الصغرى (واعلم) ان المصنف اختار جواز

---

(١) ثلب ٣٣ خبر ٣ من كتاب الوصية والاية في البقرة ١٨١ .

(٢) الممتحنة -٧-٨ (٣) تقدم آنفاً .

ولو أوصى لام ولده فالاقرب انها تعتق من الوصية لامن النصيب على رأى ، واطلاق الوصية يقتضى التساوى فى المتعدد فلو أوصى لاولاده وهم ذكور واناث تساووا الا ان يفضل وكذا لو أوصى لاعمامه واخواله، ولو قال على كتاب الله فللذكر ضعف الانثى وكذا الوقف،

الوقف على المرتد عن غير فطرة فى هذا الكتاب وهنا منع الوصية للمرتد ولم يقيد بكونه عن فطرة وسألناه عن ذلك فقال الاصح عندى انه لايصح الوقف عليه ولا الوصية له ان استمر على الكفر الى ان مات اوقتل والاصح بمعنى ان يكون احدهما كاشفا اى اسلامه كاشف عن صحة الوقف والوصية وموته على الكفر كاشف عن بطلانهما فقولى فى الوقف بالصحة و هنا بالبطلان لايتنافيان لانه على تقديرين .

قال دام ظله : ولو اوصى لام ولده فالاقرب انها تعتق من الوصية لامن النصيب على رأى .

اقول: اتفقت الامة على صحة (جواز ـ خ ل) وصية الانسان لام ولده ثم اختلفت الامامية فى عتقها هل تعتق من نصيب ولدها وتعطى ما اوصى لها به او تعتق من الوصية فان قصرت الوصية عن القيمة اعتق الفاضل منها من نصيب الولد اختار والدى المصنف فى هذا الكتاب الثانى وهو اختيار ابن ادريس لقوله تعالى **من بعد وصية يوصى بها اودين** (١) فجعل تعالى استحقاق الارث بعد الوصية والدين فلو اعتقناها من سهم ابنها لقدمنا الارث على الوصية وهو خلاف الاية وقال الشيخ فى النهاية والمصنف فى التذكرة يعتق من نصيب ولدها وتعطى ما اوصى لها به كذا فى كتاب العباشى ولا تنتقل التركة من حين الموت الى الورثة عند المصنف وقال ابن الجنيد تعتق من وصيتها او نصيب ولدها وتعطى بقية الوصية وقال ابن بابويه تعتق من الثلث وتعطى الوصية لما رواه ابو عبيدة فى الصحيح قال سألت اباعبدالله عليه السلام عن رجل كانت له ام ولد وله منها غلام فلما حضرته الوفاة أوصى لها بالفى درهم او باكثر ،للورثة ان يسترقوها قال فقال لابل تعتق من ثلث الميت وتعطى ما اوصى لها به (٢) وحملها المصنف

---

(١) النساء ـ ١٢ .

(٢) ئل ب٨٢ خبر ٢ من كتاب الوصية وزاد قال وفى كتاب العباس تعتق من نصيب ابنها وتعطى من ثلثه ما اوصى لها به .

ولو أوصى لقرابته فهو للمعروف بنسبه ذكراً كان اوانثى صغيراً او كبيرا غنيا اوفقيراً من قبل أب انتسب اليه اومن قبل ام بعيدا كان اوقريبا بالسوية و قيل لمن يتقرب اليه الى آخر اب وام له فى الاسلام ومعناه الارتقاء الى ابعد جد فى الاسلام والى فروعه ولا يرتقى الى آباء الشرك ولايعطى الكافر و كذا لوقال لقرابة فلان،

فى التذكرة على انها تعتق من نصيب الولد على ان يكون الثلث نصيباله وهوجيد واجاب عن حجة ابن ادريس بان المراد فى الآية استقرار الملك لما تقدم من عدم صلاحية الميت للتملك وعدم انتقالها الى الديان والموصى له قبل القبول واستحالة بقائها بغير مالك فينتقل الى الورثة والمتاخر الملك المستقر وايضا نمنع التقديم على الارث هنابل نقول انها بالوفاة تعتق وتحسب قيمتها على الولد لان العتق مبنى على التغليب والسراية ولهذا لولم يكن هناك وصية ولاارث سواها فانها تعتق على الولد وتستسعى لباقى الورثة مع امتناع تقديم بعض الورّاث فى الارث لمساواتهم له وذهب الجمهور الى ان علة صحة الوصية لام الولد كونها حرة بعد موته بلافصل وتعتق من رأس المال والوصية تعتبر من الثلث.

قال دام ظله : ولواوصى لقرابته فهو للمعروف بنسبه (الى قوله) ولا يرتقى الى آباء الشرك .

اقول: هنا مسائل (ا) يصح الوصية للاقارب بلفظ مطلق باجماع الكل (ب) اختلف الفقهاء فى محمله (محله خ ل) على اقوال ذكر منها هنا قولين (الاول) هو اختيار الشيخ فى الخلاف والمبسوط وابن ادريس وهو الاصح عندى وعند والدى و جدى (والثانى) اختيار الشيخ فى النهاية والمفيد فى المقنعة وانما اعتبر الاسلام لقوله عليه السلام قطع الاسلام ارحام الجاهلية (١) ويؤكده قوله تعالى لنوح عليه السلام **انه ليس من اهلك (٢)** و القول الثالث لابن الجنيد وهو ان يكون لمن يتقرب اليه من جهة ولده اووالديه قال ولااختار ان يتجاوز ولدالاب الرابع لان النبى صلى الله عليه وآله لم يتجاوز ذلك فى سهم ذوى القربى من الخمس حيث فرقه (لنا) ان اللفظ انما يحمل

---

(١) لم نجده (٢) هود ـ ٤٦ .

ولو قال لقرابة النبي ﷺ فهو لاولاد عبد المطلب واولادهاشم دون بني عبد شمس وبني نوفل

على المفهوم العرفي اذا تجرد عن الحقيقة الشرعية واذا اطلق القريب فهم المعروف بالنسب عرفا عاما (ج) يتساوى فيه القريب والاقرب والذكر والانثى لان لفظ القرابة مشترك بالاشتراك المعنوي بين الكل واللفظ حقيقة فيه والالكان مشتركا بالاشتراك اللفظي وما به التفاوت خارج عنه والالم يكن واحداً واللفظ عند الاطلاق انما يحمل على حقيقته (لايقال) مال يستحق بالقرابة فقدم الاقرب كالميراث (لانا) نقول الميراث يستحق بقرابة مخصوصة والوصية يستحق بالقرابة المطلقة (د) ظهر مما ذكر دخول الوارث فيه لان الوصية له عندنا صحيحة لقوله تعالى: **يا ايها الذين آمنوا كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين(١)** ودلالته على الوصية للوالدين نصا وعلى الباقي بعموم لفظ الاقربين ثم اكد الامر بقوله **حقا على المتقين (٢)** وهو يعطي عدم اتقاء من لايعتقد حقيتها ثم عقب التاكيد بالوعيد بالعقاب على المستقبل بقوله تعالى: **فمن بدله بعد ما سمعه فانما اثمه على الذين يبدلونه(٣)** ثم بين الوعيد بقوله تعالى: **ان الله سميع عليم (٤)** (قالوا) منسوخة بآية الارث (قلنا) لاتعارضه بل تؤكده لنصها على تقديم الوصية مطلقا.

قال دام ظله: ولو قال لقرابة النبي (ص) فهو لاولاد عبد المطلب (الى قوله) والاقرب دخول بني المطلب هنا.

اقول: لانهم قرابة النبي ﷺ في النسب ولقوله عليه السلام نحن وبنو المطلب لم نفترق في جاهلية ولا اسلام (٥) والمراد اتحاد القبيلة والاحكام لانه ليس المراد الافتراق المكاني ولا في غير الاحكام الشرعية لان كلام النبي ﷺ مهما امكن حمله على الحكم الشرعي فهو اولى من غيره لانه عليه السلام بعث لذلك (ولانه) لم يفترق

(١-٢-٣-٤) البقرة ١٨١

(٥) سنن ابي داود (ج٣) باب في بيان مواضع قسم الخمس وفيه انا وبنو المطلب الخ. وزاد في آخره وانما نحن وهم شيء واحد وشبك بين اصابعه.

والاقرب دخول بني المطلب هنا ، ولو أوصى لاقرب الناس اليه اولاقرب اقاربه ينزّل على مراتب الارث لكن يتساوى المستحق فللذكر مثل حظ الانثى وللمتقرب بالاب مثل المتقرب بالام ، وفي تقديم ابن العم من الابوين على العم من الاب هنا نظر ، وفي التسوية بين الاخ من الام والاخ من الابوين في العطاء نظر .

نفي عام لدلالته عرفا عليه (لايقال) يلزم مساواتهم في استحقاق الخمس والالم يثبت العموم (لانا نقول) فهو عام الخمس واستحقاق بني هاشم له بالنص ولايلزم من اختصاص بعض القرابة بحكم بالنص على عين نفي غيره عن باقي الاحكام (ويحتمل) العدم لعدم استحقاقهم الخمس لانه لذي القربى بالآية وكل القرابة يستحقون الخمس بالآية ولاشيء من بني المطلب يستحق الخمس والصغرى ممنوعة وقوله لذي القربى يمنع عمومه والاول اصح لان الوصية تتبع دلالة الالفاظ الصادرة من الموصي المبينة للوصية وتلك الدلالة اما لغوية اوعرفية اوشرعية وقد نص النبي ﷺ هنا على العرف فيحكم به.

قال دام ظله : ولو اوصى لاقرب الناس اليه اولاقرب اقاربه ينزل على مراتب الارث (الى قوله) وفي تقديم ابن العم من الابوين على العم من الاب هنا نظر .

اقول: ينشأ من تقديمه في الارث المعلول للاقربية الموجب للتقديم هنا فهو من باب الاستدلال باحد المعلولين على الآخر ولما رواه الحسن بن عمارة قال قال ابو عبدالله عليه السلام : ايما اقرب ابن عم لاب وام او عم لاب قال قلت حدثنا ابو اسحق السبيعي عن الحارث الاعور عن امير المؤمنين علي بن ابيطالب عليه السلام انه كان يقول اعيان بني الام اقرب من بني العلات قال فاستوى جالسا ثم قال جئت بها من عين صافية ان عبدالله ابا رسول الله ﷺ اخوابي طالب لابيه و امه (١) ومن ان العم اقرب من ابن العم وتقديمه في الارث لايدل على انه اقرب بل خرج بالنص و بهذا افتى المصنف في التذكرة وبه افتى .

قال دام ظله: وفي التسوية بين الاخ من الام والاخ من الابوين في

---

(١) ئل ب٥ خبر٢ من ابواب ميراث الاعمام .

ولو أوصى لجماعة ممن اقرب الناس اليه ووجد ثلاثة من اقرب الناس اليه فما زاد في درجة واحدة اعطوا ، وفي جواز تخصيص ثلاثة من دون الزائد نظر ، ولو لم يوجد ثلاثة في درجة واحدة

العطاء نظر .

اقول: ينشأ (من) ان الاخ من الابوين له سببان كل واحد منهما موجب للاستحقاق وهو التقرب بالاب والتقرب بالام ولو كانا في اثنين لاستحق كل واحد منهما بسبب نسبه فكذا اذا اجتمعا في الواحد (ولان) الوصية للاقارب تقسم كقسمة الميراث لما رواه الصدوق عن الحسن بن محبوب عن علي بن رئاب عن زرارة عن ابي جعفر عليه السلام في رجل اوصى بثلث ماله في اعمامه واخواله فقال لاعمامه الثلثان ولاخواله الثلث(١) وكتب سهل بن زياد الآدمي الى ابي عبدالله عليه السلام رجل له ولد ذكور واناث فاقر بضيعة انها لولده ولم يذكر انها بينهم على سهام الله وقرابته الذكر والانثى سواء فوقع عليه السلام ينفذون وصية ابيهم على ما سمى فان لم يكن قد سمى شيئا ردوها على كتاب الله عزوجل ان شاء الله (٢) والطريق واحد ولم يفرق الامة بين المسألتين وصورة النزاع (ومن) انه علق على مطلق القرابة وهما يتساويان فيهما (ولانهما) في درجة واحدة .

قال دام ظله: ولو اوصى لجماعة من اقرب الناس اليه (الى قوله) من دون الزائد نظر .

اقول : ينشأ (من) حصول الجماعة بالثلاثة فيحصل العمل بالوصية باعطاء الثلاثة لانه يصدق انه قد اعطى جماعة من اقرب الناس (اليه خ) وهذا مقتضى الوصية فلا يجب ماعداه فلا يجب الازيد فيختار الوصي ثلاثة منهم كما لو اوصى للفقراء (ومن) ان نسبة اللفظ الى الجميع واحدة فلا يختص بها البعض والا لزم الترجيح بلا مرجح (ولان) الموصى له اما الجميع او البعض والثاني اما ان يكون معينا اولا والثاني محال لعدم دلالة اللفظ عليه والثالث محال ايضا لان الوصية لغير معين باطلة فيتعين الاول وهو المطلوب بخلاف الوصية للفقراء لان المقتضى هناك جهة الفقر والاصح عندي الاول لحصول يقين البرائة بالاستيعاب على حسب مايمكن .

قال دام ظله : ولو لم يوجد ثلاثة في درجة واحدة اكمل من الثانية

---

(١) ل ب٦٢ خبر١ من كتاب الوصية .
(٢) ل ب٦٢ خبر٢ من كتاب الوصية .

اکمل من الثانیة او الثالثة فلو کان له ابن وأخ وعم تساووا ، ولو کان له ابن و ثلاثة اخوة دخلوا اجمع فی الوصیة و الاقرب اعطاء الابن الثلث ولو أوصی للعصبة دخل فیهم القریب والبعید دون المتقرب بالام خاصة ، ولو اوصی لاهل بیت فلان دخل فیه الآباء والاولاد والاجداد والاعمام و الاخوال واولادهم ، ولو أوصی لاهل فلان فهو لزوجته (ویحتمل) من تلزمه نفقته والذریة الاولاد واولادهم ذکوراً وأناثا وخناثی والاختان ازواج البنات والاصهار آباء زوجاته وامهاتهن و الآل القرابة ، والعترة الاقرب الیه نسبا وقیل الذریة والعشیرة القرابة والقوم اهل لغته والجیران

(الی قوله) والاقرب اعطاء الابن من الثلث .

اقول: وجه القرب انه لو کان معه اثنان لمنعوا الاخوة واخذ هو الثلث فاستحقاق الاخوة انما هو لنصیب المعدومین خاصة (ولانا) اقمنا من وجد فی (من ـ خ ل) الدرجة الثانیة مقام من عدم من الدرجة الاولی لضرورة الجمع (ولان) المستحق للجمیع مجموع ثلاثة من اقرب الناس الیه فمستحق الثلث واحد من اقرب الناس الیه وهو هنا ثابت اذ لا یشترط الاجتماع هنا و ایضاً الثلاثة یحجب عن الجمیع فواحد یحجب عن الثلث (و یحتمل) التسویة اذ مقتضی الوصیة التسویة بین المدفوع الیهم والاصح الاول .

قال دام ظله : ولو اوصی لاهل فلان فهو لزوجته (و یحتمل) من تلزمه نفقته .

اقول :وجه الاول قوله تعالی:**اذ قال لاهله** (١) ای لامرأته ویقال تأهل ای تزوج (ووجه) الثانی قوله **فنجیناه واهله الا امراته** (٢)والمراد من کان فی عیاله.

قال دام ظله :والعترة الاقرب الیه نسبا (وقیل) الذریة .

اقول: الاول قول ابن ادریس استدلالا بقول تغلب و ابن الاعرابی (والثانی) قول ابن زهرة وقطب الدین الکیدری نقلا عن تغلب وابن الاعرابی والمرجع فی

---

(١) طه ـ ٩ (٢) الانبیاء ـ ٧٦.

من يلى داره الى اربعين ذراعا على رأى ولو أوصى لمواليه وله موال من أحد الطرفين صرف اليه ولا يصرف الى موالى أبيه ، ولو اجتمعا فالاقرب البطلان ولو لم يكن له ذلك الى اللغة .

قال دام ظله : و القوم اهل لغته والجيران من يلى داره الى اربعين ذراعا على رأى .

اقول: هنا مسألتان (ا) القوم اهل لغته مطلقا عند سلار وذهب الشيخان و ابن البراج و ابن حمزة الى انهم الذكور من اهل لغته و قال ابو الصلاح يعمل بالمعلوم من قصده فان لم يعلم فيعرف قومه فى ذلك الاطلاق وقال ابن ادريس انهم الرجال من قبيلته ممن يطلق عليه العرف بانهم اهله وعشيرته دون من سواهم لانه الذى يشهد به اللغة قال الشاعر:

قومى هم قتلوا اميم اخى فاذا رميت يصيبنى سهمى

وانما قلنا يختص بالذكور لقوله تعالى **لا يسخر قوم من قوم ولا نساء من نساء**(١) وقول زهير :

فما ادرى وسوف اخال ادرى اقوم آل حصن ام نساء .

والشيخان اعرف باللغة ومقاصد العرب (ب) الجيران و قد تقدم البحث فى هذه المسألة فى الوقف .

قال دام ظله : ولو اوصى لمواليه وله موال من احد الطرفين صرف اليه ولا يصرف الى موالى ابيه ولو اجتمعا فالاقرب البطلان .

اقول: لفظ المولى مشترك والقائلون بان المشترك لا يحمل على كل معانيه عند الاطلاق لا حال الافراد و لا حال الجمع و هو اختيار المصنف و جماعة من الاصوليين اختلفوا هنا فقال بعضهم ببطلان الوصية وهو الاصح عندى واختاره المصنف هنا لان تعيين الموصى له شرط واللفظ المشترك لا يحمل على كلى معنييه وقال بعضهم بتخيير لعموم الاية الدالة على وجوب العمل بالوصية واما القائل بحمله على مجموع

(١) الحجرات -١١ والآية هكذا لا يسخر قوم من قوم عسى ان يكونوا خيرا منهم ولا الخ

مولى ففي استحقاق مولى أبيه نظر ينشأ من كونه ليس مولى له ومن المصير الى المجاز عند تعذر الحقيقة فان اعطيناه فلو كان له موال ولابيه موال فمات موالية قبله لم يعط موالى أبيه بخلاف مالو أوصى لاقرب الناس اليه وله ابن وابن ابن فمات الابن في حيوته فانه لابن الابن ولو أوصى المسلم لاهل قريته او للفقراء فهو للمسلمين من أهل القرية ومن الفقراء دون الكفار ولو كان جميع القرية كفاراً صحت ان كانوا اهل ذمة ولو كان الاكثر من أهل ذمة ففي تخصيص المسلمين نظر، ولو أوصى الكافر للفقراء صرف الى فقراء اهل نحلته وكذا لو أوصى لاهل قريته وان كانوا كفاراً ، ولو كان فيها مسلمون ففي دخولهم نظر ولو لم يكن فيها الا المسلمون صرف اليهم ولو أوصى للجارح صح وان سرت ولا تبطل وكذا القاتل على اشكال، وكذا لو قتلت المستولدة

المعنيين فلا اشكال عنده وقد تقدم البحث في هذه المسالة في الوقف .

قال دام ظله: ولو اوصى المسلم لاهل قريته (الى قوله) ففي تخصيص المسلمين نظر.

اقول: على القول ببطلان وصية المسلم للذمي فلا اشكال وعلى القول بالصحة ينشأ (من) عموم اللفظ ولان بعض الاصوليين منع من اخراج الاكثر (و من) ان كفرهم و اسلام الموصى اما ان يكون قرينة مخصصة اولا و الاول المطلوب (و الثاني) يستلزم عدم التخصيص مع مساواتهم لكنهم اتفقوا عليه والاولى التخصيص .

قال دام ظله: ولو اوصى الكافر للفقراء صرف الى فقراء اهل نحلته (الى قوله) ولو كان فيها مسلمون ففي دخولهم نظر.

اقول: ينشأ (من) عموم اللفظ ودلالة قرينة العداوة الدينية على عدم ارادتهم و الاصح الاول .

قال دام ظله: ولو اوصى للجارح صح وان سرت ولا تبطل وكذا القاتل على اشكال .

اقول: قال الشيخ يصح لعموم قوله تعالى **كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيراً الوصية للوالدين والاقربين (١)** وعموم قوله تعالى **من بعد وصية**

---

(١) البقرة -١٨٠-

سيدها فانها تعتق وكذا المدبر و ذوالدين المؤجل ، ولوأوصى لاصناف الزكوة او لمستحقيها فالاقرب استحقاق كل صنف ثمن الوصية والاكتفاء بواحد من كل صنف، ولوأوصى للفقراء دخل فيهم المساكين وبالعكس على اشكال (اما)لوأوصى للفقراء

يوصى بها اودين (١) (ولانه) تمليك بايجاب وقبول فصح كالبيع وقال ابن الجنيد لاوصية لقاتل عمداً لمنعه اقوى التمليكات بالموت وهوالميراث وفصل المصنف فى المختلف فقال ببطلانها ان تقدمت على فعل سبب القتل مقابلة له بنقيض مقصوده كالميراث وبصحتها ان تأخرت بشرط ان ينص عليه فلايدخل فى اللفظ العام كقوله اعطوا اولادى للقرينة المخصصة وهذا هوالاقوى عندى.

قال دام ظله: ولواوصى لاصناف الزكوة اولمستحقيها فالاقرب استحقاق كل صنف ثمن الوصية والاكتفاء بواحد من كل صنف .

اقول: هنا مسألتان (ا) ان حمله على الاصناف هل هو بالتشريك اوعلى جهة بيان المصرف قال المصنف الاقرب الاول وهوالاصح عندى (ووجه) القرب انه اوصى لثمان قبائل و الوصية تقتضى التمليك و تعدد الموصى له يقتضى التشريك حقيقة و الفرق بينه وبين الزكوة ان الزكوة لبيان المصرف والوصية تمليك وبيان للمالك (و من) انه جعل استحقاقها تابع (٢) لاستحقاق الزكوة و كل واحد من مستحقى الزكوة مصرف تام واللفظ الدال عليه بيان المصرف (ب) هل يكتفى بالواحد من كل صنف قال المصنف الاقرب الاكتفاء لانه كلما كان المستحق فيه الماهية النوعية المتحققة فى كل واحد من الاشخاص فهو لبيان المصرف وهوهنا كذلك لاستحالة ان يكون الموصى له الكل بالتشريك لانه تكليف بما لايطاق (ويحتمل) عدمه لانه اوصى بلفظ الجمع فلايحمل على الواحد لانه تكثير للمجاز والاصح الاول .

قال دام ظله: ولواوصى للفقراء دخل فيهم المساكين و بالعكس اشكال.

اقول : ينشأ (من) ان المسكين هل هواسوء حالا من الفقير ام لا فان قلنا انه

---

(١) النساء ١٢ -

(٢) هكذا فى النسخ والصحيح تابعا بالنصب .

بعشر وللمساكين بخمس وجب التمييز ولومات الموصى له قبل الموصى قيل بطلت وقيل ان لم يرجع فهى لورثة الموصى له فان لم يكن له وارث فلورثة الموصى ولو قال اعطوا فلانا كذا ولم يبيّن مايصنع به الصرف اليه يعمل بهماشاء ، ولوأوصى فى سبيل الله فالاقرب صرفه الى مافيه قربة وقيل يختص بالغزاة ويستحب الوصية للقرابة وارثاكان اوغيره

اسوءحالا دخل فى الوصية الفقير بخلاف العكس وان قلنا ان الفقير اسوء حالافالحكم بالعكس وان جعلناهما متساويين دخل كل منهما فى وصية الاخر والاولى عدم الدخول لانه مشكوك فيه فيقتصر على المعنى المطابقى.

قال دام ظله : ولومات الموصى له قبل الموصى قيل بطلت (وقيل) ان لم يرجع فهى لورثة الموصى له فان لم يكن له وارث فلورثة الموصى .

اقول: الاول قول المفيد ورواه ابن بابويه فى كتابه و هو قول مشهور بين الاصحاب (والثانى) قول ابن الجنيد واستحسنه المصنف فى المختلف وهوالاصح عندى (لنا) مارواه محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام قال قضى امير المؤمنين عليه السلام فى رجل اوصى لآخر والموصى له غائب فتوفى الذى اوصى له قبل الموصى قال الوصية لوارث الذى اوصى له الاان يرجع فى وصيته قبل موته الحديث (١) (ولعموم) الاية الدالة على ارث الوارث من الحقوق والاعيان وحق القبول مستحق للميت فينتقل الى وارثه (واحتج) القائلون بالبطلان بمارواه ابو بصير ومحمد بن مسلم جميعا فى الصحيح عن الصادق عليه السلام قال سئل عن رجل اوصى لرجل فمات الموصى له قبل الموصى قال ليس بشىء(٢) (والجواب) انها لاتدل على المطلوب لاحتمال ان يكون المراد ليس بشىء ينقض الوصية بل هى على حالها فى الثبوت ومع قيام الاحتمال يبطل الاستدلال وهذا الجواب ذكره الشيخ رحمه الله.

قال دام ظله : ولواوصى فى سبيل الله فالاقرب صرفه الى مافيه قربة و قيل تختص بالغزاة .

---

(١) ئل ب ٣٠ خبر ١ من كتاب الوصية .

(٢) ئل ب ٣٠ خبر ٤ من كتاب الوصية .

فروع

(الاول) لو أوصى لعبده برقبته احتمل ضعيفا البطلان والصرف الى التدبير (الثانى) لو أوصى لمكاتبه فالاقرب انه كالعبد وحينئذ فالاقرب اعتبار اقل الامرين من

اقول: اجمع علماء الاسلام على صحة الوصية بصرف شيء فى سبيل الله وعلى ان المجاهدين يدخلون فيها وانما اختلفوا فى موضعين (ا) هل يشاركهم غيرهم فيها ام لا فقيل بالاول ويكون الوصية حينئذ تصرف فى وجوه القرب وهو قول ابن ادريس وظاهر كلام الشيخ فى الخلاف لان السبيل الطريق وكل ما فيه قربة فهو طريق (وقيل) بالثانى وهو قول الشيخ فى بعض كتبه و ابن حمزة لان عرف الشرع يقتضى صرف السبيل الى الغزاة (ب) على القولين هل كلهم مصرف او بعضهم قولان (الاول) نعم و هو قول الشيخ فانه قال فى النهاية والمفيد فى المقنعة وابن البراج فى الكامل يخرج فى معونة المجاهدين ومع التعذر فى معونة الفقراء والمساكين وابناء السبيل ويقدم فقراء آل محمد ومساكينهم وابناء سبيلهم (والثانى) قول الشيخ فى الخلاف فانه قال اذا وقف وقفا وشرط ان يصرف منفعته فى سبيل الله جعل بعضه للغزاة المقطوعة دون العسكر المقاتل على باب السلطان وبعضه فى الحج والعمرة وذهب فى المبسوط الى صرفه الى المجاهدين اذا نشطوا ورجعوا الى حرفهم بعد ذلك .

قال دام ظله: لو اوصى لعبده برقبته احتمل ضعيفا البطلان و الصرف الى التدبير .

اقول: وجه الاول ان التمليك نسبة ولا تتحقق الا بتغاير المنتسبين (ووجه) الثانى استعمال اهل العرف لتضمنها ازالة ملكه وملك غيره عنه بعد موته و الاصح عندى الصحة وحكم به معظم الاصحاب حيث انهم جعلوا الوصية له بجزء شايع من ماله بمنزلة ما اذا اوصى له برقبته و قالوا صح لدخوله فى المال فكان فى الحقيقة وصية له برقبته ومازاد ان زاد وبعضها ان نقص فتعليلهم بذلك يدل على الصحة و لا وجه للبطلان عندى .

قال دام ظله : لو اوصى لمكاتبه فالاقرب انه كالعبد وحينئذ فالاقرب

القيمة ومال الكتابة فان ساواه الموصى به عتق (الثالث) لوأوصى لحمل امرأة من زوجها فنفاه باللعان بطلت على اشكال وكذا لواوصى لولد فلان واشار الى معين

اعتبار اقل الامرين من القيمة ومال الكتابة .

اقول: وجه قرب كونه كالعبد انه قبل ان يعتق منه شيء عبد فيدخل تحت العموم (ويحتمل) ان يعطى ما اوصى له به لا نا انما صرفنا فى العبد الى رقبته لعدم الملك وهو هنا منتف فالمقتضى موجود وهو الوصية فى نفس الامر والمانع منتف ثم على الاول وجه قرب اعتبار اقل الامرين انه اذا اوصى للعبد بمال صرف الى رقبته على ما تقرر فان كانت قيمته اقل كان بمنزلة من قد اعتقه لا بالكتابة لان التقدير ان عتقه بالتقويم بالوصية فيعتبر القيمة وان كان مال الكتابة اقل فلانه رضى بذلك القدر عوضا عن العبد ولزم ذلك للزوم الكتابة .

قال دام ظله : لو اوصى لحمل امرأة من زوجها فنفاه باللعان بطلت على اشكال .

اقول: منشأه انتفائه باللعان وثبوت النسب قبله لكن قطعه باللعان و اللعان انما يؤثر فى حق الزوجين الا ترى انها تعتد به ولو قذفها به قاذف حدلها ولو عادفاعترف به ورث اباه (والثانى) قول الشيخ فى المبسوط والاصح الاول .

قال دام ظله : وكذا لواوصى (الى قوله) مع تعلق غرضه بها .

اقول: وجه الاشكال انه ذكر التعيين والنسبة فيحتمل فى نفس الامر ان يكون التعيين مقصودا و النسبة للتعريف و بالعكس (ووجه) القرب انه ان علم تعلق غرضه بالنسبة فالوصية فى الحقيقة لمن صدقت عليه مع كونه هذا المعين ففى الحقيقة اوصى لمن اتصف بشيئين بالنسبة بهذا التخصيص لكن يستحيل اجتماعهما (ويحتمل) الصحة لحصول شرائط التمليك و قبوله التملك و الغلط منه فى العلة الغائية لا فى القابل و الفاعل وان لم يعلم صرف الى المعين لانه هو المالك فى الحقيقة اذ الملك شرط فى تشخص المالك خارجا و النسبة انما تراد للتعريف لان الكلى لا يكون مالكاً وهو الاصح .

فكذبت النسبة والاقرب البطلان مع تعلق غرضه بها (الرابع) لوأوصى بعين لحي" وميت اوللملك اوللحايط مع علمه احتمل تخصيص الحي" بالجميع اوالنصف ولوجهل فالنصف وكذالومات أحدهما بعد الوصية لهما اوقال اوصيت لكل من فلان وفلان بنصف المائة فان الحي يستحق النصف .

(الخامس)لوأوصى بشيء لزيد وللمساكين احتمل ان يكون لزيد النصف و الربع وكواحد منهم اما المساكين فلايعطى اقل من ثلاثة (السادس)لوقال اشتروا

قال دام ظله : لواوصى بعين لحي اوميت اوللملك اوللحائط مع علمه احتمل تخصيص الحي بالجميع اوالنصف .

اقول: وجه الاول انه قصد اخراجه عن ملكه واضافه الى زيد و الميت وهو يعلم عدم صحة اضافته الى الميت فيكون قد قصد اعطائه لزيد و ايضا العطف يقتضى التسوية فى الحكم و هو يملك كل العين هنا و التشريك من المزاحمة و لم يحصل ولانه نفى الملك عما سواهما و احدهما لايملك فيبقى للاخر(ووجه) الثانى التشريك لان الواو يقتضى التشريك فقد اوصى لكل منهما بالنصف و احدهما يصح والاخر يبطل الوصية له و اذا بطلت الوصية للموصى له يرجع الى ورثة الموصى و استدل بعضهم بانه لافرق بين قولنا العين لزيد وعمرو وبين قولنا هذه العين بين زيد وعمرو عرفا و الثانى يقتضى التشريك فكذا الاول و فيه نظر لمنع عدم الفرق لان دلالة الواو على التشريك من باب الظاهر لاستعمالها فى القرآن فى بيان المصرف كقوله تعالى **انما الصدقات للفقراء و المساكين** (١) و الاصح صحتها فى النصف ودلالة بين عليه نص والاصح صحتها فى النصف .

قال دام ظله : ولواوصى بشيء لزيد وللمساكين (الى قوله) فلاتعطى اقل من ثلاثة .

اقول: وجه الاول انه اوصى لفريقين فكان كما لواوصى لقريش وتميم (ووجه) الثانى ان اقل من يقع عليه اسم الفقراء ثلاثة فكأنه اوصى به لاربعة زيد احدهم فيكون

---

(١) التوبة ـ ٦٠

بثلثي رقابا فاعتقوهم لم يجز الصرف الى المكاتبين (السابع) لو اوصى لحمل فأتت به لاقل من ستة اشهر استحق فان ولدت آخر لاقل من ستة اشهر من ولادة الاول شاركه لتحقق وجوده وقت الوصية .

(الثامن) لو أوصى للمسجد صرف الى مصالحه سواء اطلق او عينه امالو قصد التمليك فانه يبطل (التاسع) لو أوصى لكل وارث بقدر نصيبه فهو لغو ولو خصص كل واحد بعين هي قدر نصيبه فالاقرب الافتقار الى الاجازة لظهور الغرض في اعيان الاموال وكذا لو أوصى ان يباع عين ماله من انسان بنقد بثمن المثل ولو باع عين ماله

له الربع (اما الاولى) فقد ثبت في الاصول (واما الثانية) وهي حملها على اقل الجمع فلعدم امكان استيعابهم فيكون جمعا ليس للعموم ولالما يقرب منه فيكون بمنزلة الجمع المنكر فيحمل على الاقل لدخوله على كل تقدير والزائد ليس بعض المراتب اولى من البعض فتخصيص بعضها ترجيح بلامرجح وهو محال (ووجه) الثالث التسوية بين كل واحد وبينه فيجب استيعاب من يمكن لانه اقرب من غيره الى الحقيقة فيحمل اللفظ عليه ويكون هذا كاحدهم وهذا هو الاصح عندي .

قال دام ظله : لو اوصى لكل وارث بقدر نصيبه فهو لغو (الى قوله) بنقد بثمن المثل .

اقول: هنا مسالتان (ا) اذا اوصى لكل وارث بعين هي قدر نصيبه كما لو اوصى لابنه بعبد قيمته مائتان واوصى لابنته بعبد قيمته مائة فالاقرب عند المصنف الافتقار الى الاجازة لتعلق الاغراض بخصوصيات الاعيان والمنافع الحاصلة منها فكما لا يجوز ابطال حق الوارث من قدر حقه لا يجوز من عينه (ويحتمل) عدم الافتقار الى الاجازة لان الاصل القيمة اذ اعيان الاموال لا اثر لها في زيادة المالية ونقصها مع تساوي القيمة ولان اعتبار الاعيان هنا مع عدم اعتبارها في بيع المريض تركته بثمن المثل على تقدير التسوية بين المنجز والوصية في المريض مما لا يجتمعان والثاني ثابت اجماعا فينتفي الاول وهذا قوي والاول اقوى (ب) لو اوصى ببيع عين ماله بثمن المثل من شخص فالحكم ما تقدم من اعتبار الاجازة وعدمها .

من وارثه بثمن المثل نفذ(العاشر) فى اشتراط التعيين اشكال فان لم نقل به لو أوصى لاحد هذين احتمل تخيير الوارث والقرعة وفى التشريك بعد ولو اوصى لمنكر كرجل تخيّر الوارث لتعذر القرعة ولو أوصى لمن يصدق عليه با لتواطى كالرجل اولمن شاءعم.

قال دام ظله :العاشر فى اشتراط التعيين اشكال

اقول: ينشأ (من) ان الملك امر معين وهو نسبة فلا بد من منتسب اليه معين ولاقتضاء الوصية تعلق حق الموصى له فلابد ان يكون معينا (ومن) صحة الوصية لفقير اوفقيرين .

قال دام ظله : فان لم نقل به لو اوصى لاحد هذين احتمل تخير الوارث والقرعة وفى التشريك بعد .

اقول: هذا فرع على القول بعدم اشتراط تعيين الموصى له وانه يصح الوصية للمبهم كقوله لاحد هذين (وتقريره) ان نقول على هذا التقدير ان اوصى بشيء لاحد شخصين ذكر المصنف فى التذكرة اوجها ثلاثة (ا) يتخير الوارث (ووجهه) ان التعيين حق للميت فيملكه الوارث لعموم آية الارث (ب) انه يقرع بينهما لانه امر مشكل لاستحقاق احدهما ولم يعلم ونسبة اللفظ اليها واحدة ولانه انما يرث الوارث بعد الوصية فلو كان له التعيين لتقدم عليها فيدور (وفيه نظر) فان المتقدم على الارث اصل الوصية والمتأخر هو تعيين الوصى له وتمييزه ولا دور (ج) انه يوقف حتى يصطلحا والا ولان ذكرهما فى هذا الكتاب وذكر بعض الفقهاء احتمالا رابعا وهو التوزيع لان كلا منهما يد عيه ولا ترجيح فيجمع بين الدعويين كسائر الدعاوى المتعارضة وهذا الاحتمال فى غاية الضعف لانه تبديل الوصية وتبديل الوصية غير جائز (اما الاولى) فلان احدهما تصريح بالتخصيص لانه موضوع له فلا يحتمل التشريك (واما الثانية) فلقوله تعالى **فمن بدله بعد ماسمعه فانما اثمه على الذين يبدلونه** (١) والاصح الاول لان القرعة انما هى

---

(١) البقرة - ١٨١

(الحادى عشر) لو أوصى لمن يتعذر حمل اللفظ عليه حقيقة فالاقرب صرفه الى المجاز كمالو أوصى لاولاده وله اولاد اولالاغير اولآ باثه وله اجداد الآفى مثل الدابّة فانّه لاينصرف الى البليد الآلقرينة لان الحقيقة هنا ممكنة اقصى مافى الباب انّه يقتضى بطلان الوصية وهوحكم شرعىّ فلايخرج اللفظ باعتباره عن حقيقته ومن ثم لم تحمل الوصيّة للموالى على المجاز وهوارادة المعيّنين على الاقوى والفرق بين الموالى وبين احد هذين ظاهر فانّ الثانى متواطىء (الثانى عشر) لوأوصى للحمل فوضعت حيّا وميتّا صرف الجميع الى الحيّ مع احتمال النصف وكذا لوأوصى لاحد هذين وجوزنا الوصيّة المبهمة ومات احدهما قبل البيان .

كاشفة عما هو معين فى نفس الامر وليس هيهنا والاصل فى هذه المسئلة ان هذه الوصية هى سبب للتمليك فى الحال والتعيين مبيّن اوهى صالحة للسببية عند التعيين (فعلى الثانى) يتخير الورث قطعا (**وعلى الاول**) يكون القرعة والقرعة قوية .

قال دام ظله : ولو اوصى لمن يتعذر حمل اللفظ عليه فالاقرب صرفه الى المجاز (الى قوله) فان الثانى متواطىء .

اقول: وجه القرب ان كلام العاقل لايحمل على اللغو والحقيقة متعذرة فيحمل على المجاز والالزم اللغو (ولان) هذا اللفظ ليس بمهمل فله معنى يفهم منه عند الاطلاق وهو الحقيقى ومع تعذره فعلى المجاز وهذه قاعدة مطردة عند اهل اللغة (و يحتمل) عدمه لان اللفظ عند الاطلاق انما يحمل على الحقيقة لاعلى المجاز وان بطل التصرف وهو الاصح عندى لان اصل صيانة مال الغير الى ناقل قطعى اقوى من اصل صيانة التصرف عن البطلان (ولان) المجاز على خلاف الاصل فلايرجّح على ما بنى على الاحتياط التام وهو التصرف فى مال الغير والحكم بنقله عنه.

قال دام ظله : ولو اوصى للحمل فوضعت حيا وميتا صرف الجميع الى الحى (الى قوله) ومات احدهما قبل البيان.

اقول: وجه الاول ان الميت كالمعدوم الاترى ان الواحد اذا انفصل ميتا تبطل الوصية له ولايصرف الى ورثته شىء وصار كالميراث الموقوف للحمل (ووجه الثانى)

المطلب الرابع فى الموصى به

وهو كل مقصود يقبل النقل ويشترط ان يكون موجوداً مختصا بالموصى منتفعا به غير زائد على الثلث الا مع اجازة الوارث ولا يشترط كونه مالا ولا معلوما ولا معينا ولا مقدوراً على تسليمه ولا نعنى بالموجود كونه موجودا بالفعل حال الوصية بل ما يمكن وجوده فلو أوصى بما تحمله الجارية او الدابة او بالثمرة المتجددة فى العام المقبل او باجرة سكنى (الدار ـ خ) السنة المستقبلة صح لانها فى تقدير الوجود ولو اوصى بالمنافع صحت وان لم تكن مالا لمساواتها له فى الانتفاع ولو أوصى بالمجهول او بالآبق او بالمغصوب صح ولو أوصى بمال الغير لم يصح لعدم الاختصاص ولو اوصى بالمشترك صح فى نصيبه لا ختصاصه به ولو أوصى بالخمر و الخنزير و كلب الهراش وطبل اللهو لم تصح .

ولو اوصى بما ينتفع به فى ثانى الحال كالخمرة المحترمة التى يرجى انقلابها

الاخذ بالاسوء فى حقه و الاول اصح (و وجه) الاشكال فى احد هذين انه اذا مات احدهما لم يبق صالحا للوصية له فتعين الآخر (ومن) حيث تردد الحى بين ان يكون له الجميع وان لا يكون لهشىء اصلا فيحكم له بالنصف (واعلم) ان هذه المسالة تبنى على ان البيان فى احد هذين هل هو كاشف عن كون المعين موصى له او سببا فى حصول هذا الوصف له (فعلى الاول) يقوم وارثه مقامه ويكون كأنه لم يمت (وعلى الثانى) يتأتى هذان الاحتمالان فعلى هذا ان قلنا بالنصف للحى يبطل النصف الآخر وهو الاصح عندى .

المطلب الرابع فى الموصى به

قال دام ظله : و لو اوصى بما ينتفع به فى ثانى الحال كالخمر المحترمة التى يرجى انقلابها والجرو القابل لتعليم الصيد فالاقرب الجواز

اقول: وجه القرب ثبوت حق عليها وهو الامساك للتخليل وثبوت الحرمة لها فيجوز الوصية بها (ولانه) فى الحقيقة وصية بمنفعة فتصح (ويحتمل) عدم الجواز لان الوصية تمليك وهى غير صالحة للتمليك والاصح عندى انه كلما يصح الانتفاع به

والجرو القابل لتعليم الصيد فالاقرب الجواز وكذا لوأوصى بالزبل او المجهول كاحد العبدين او بالقسط والنصيب ، وكل ماينتقل الى الوارث الا القصاص وحد القذف فانه لايقع للموصى له وان انتقل الى الوارث لان المقصود وهو التشفي يحصل للوارث دونه ، ولواوصى بكلب ولاكلب له لم تصح لتعذر شرائه ان منعنا بيعه مطلقا والا اشترى له مايصح بيعه (وعلى الاول) لو كان له كلاب ولا مال له فوجه اعتباره من الثلث تقدير القيمة لها (ويحتمل) التقدير بتقويم المنفعة واعتبار العدد ويتعذر الاوّل لان لوأوصى ذوالكلب وطبل اللهو وزق الخمر بأحدها ولا مال له سواها ولو كان له سواه نفذت الوصية وان قل لانه خير من ضعف الكلب الذى لاقيمة له .

من النجاسات كالجرو القابل للتعليم والزيت النجس لاشتعاله تحت السماء تصح الوصية به وكذا الخمر المحترمة كالتى اتخذت للتخليل لثبوت الاختصاص بها وانتقالها من يد الى يد بالارث .

قال دام ظله : وكذا لواوصى بالزبل .

اقول: البحث هنا فى مالايملك بل عليه اولوية اليد وله منفعة مباحة كالزبل فانه ينتفع للزرع هل يصح الوصية به ام لا والبحث فيه كالمسألة السابقة .

قال دام ظله : اوالمجهول كاحد العبدين اوبالقسط والنصيب .

اقول: هذا ليس بعطف على الاشكال بل على الصحة فان الموصى به يقبل الجهالة فلا يقدح فيه الابهام وهذا الاخلاف فيه بخلاف مالواوصى لاحد هذين فان فيه خلافا .

قال دام ظله : ولواوصى بكلب ولاكلب له لم يصح (الى قوله) لانه خير من ضعف الكلب الذى لاقيمة له .

اقول: وجه الاول انه الطريق الى تقويم مالاقيمة له مع وجود منفعة معتبرة شرعا كتقدير الرقبة فى الحر عند الحاجة كارش الجرح الذى لامقدر له شرعا (ووجه الثانى) ان المقصود من العين الانتفاع بها و باعتبار المنفعة تقلّ القيمة وتكثر ، والعين لاقيمة لها فالاعتبار حينئذ بالمنفعة (ولانه) لولاها لم تصح الوصية بالعين فالموصى به فى الحقيقة هى والعين تابعة فتكون المنفعة هى المقومة (ولان) القيمة فى الحقيقة للمنافع

واواوصى بطبل لهو بطل الا ان يقبل الاصلاح للحرب اوغيره مع بقاء الاسم ولولم يصلح الابرضه لم يصح فان الوصية لاتنزل على الرضاض لاعتمادها اسم الطبل، و لوكان الرضاض من ذهب أوعود كان هوالمقصود فتنزل الوصية عليه فكانه أوصى برضاضه ولو اوصى برضاضه صحت كأنه قال يكسر الطبل ويعطى رضاضه ، ويشترط ان لايكون الموصى به زائداً على ثلث الموجود عند الموت ، ويستحب التقليل فالربع

لاللذوات (ووجه الثالث) انه يعتبر العدد في غير المتفاضل ولاتفاضل هنا اذا التفاضل انما يكون باعتبار القيمه ولاقيمة للكلاب والاصح الثاني ويتفرع على ذلك مسألتان (ا) لو كان له كلب ينتفع به وطبل لهو لاقيمة لرضاضه ولامنفعة متقومة له وزق خمر محترمة فاوصى بواحد منها وقلنا باعتبار الثلث لم يجز الوجهان الاولان اعنى تقدير القيمة للعين او للمنفعة لانه لاقيمة للخمر ولامنفعة وكذا طبل اللهو فيتعين اعتبار مجرد العدد المركب من الوحدات (واعترض) بانه لامناسبة بين رؤسها والعدد المعتبر انما هو فيما يتجانس رؤسه كالكلاب فاعتبر بعضهم بناء على هذا تقدير القيمة والحصر ممنوع ولم يجزم المصنف هنا بشيء والاقوى عندى ان الموصى به ان كان هو الكلب صح في ثلثه لانه متقوم على المشهور عند علمائنا وعلى القول الآخر يحتمل الصحة فيه لانه غير متقوم فليس بمال في الحقيقة والمعتبر من الثلث انما هو المال لقوله عليه السلام المريض محجور عليه الافي ثلث ماله والمراد الحجر في المال اتفاقا (ولان) الاصل في الاستثناء الاتصال لانه الحقيقة (ويحتمل) اعتبار الثلث لان له منفعة مباحة متقومة وتعتور عليه الايدى المستحقة وله دية شرعية فيكون حكمه حكم المال في تحريم منع الورثة من ثلثه ولهذا يستعار له اسم المال والذى افتى به ما ذكرته (ب) لو كان له مال و كلاب ينتفع بها فاوصى بكل الكلاب او ببعضها ذكر المصنف هنا نفوذ الوصية و ان كثرت وقل المال لان المعتبر ان يبقى للورثة ضعف الموصى به والمال وان قل خير من ضعف الكلاب اذ لاقيمة لها وهذا عندى ضعيف والاصح تقدير القيمة لها وضمها الى المال لاعتبار الثلث على ماهو المشهور عند علمائنا وهذا الفرع انما هو على تقدير اعتبال الثلث فيها وهنا فروع كثيرة اعرضنا عنها للاختصار .

افضل من الثلث و الخمس افضل من الربع وهكذا فلو أوصى بازيد من الثلث فان اجاز الورثة صحت وان منعوا بطلت و لواجاز بعض الورثة نفذت الاجازة فى قدر حصته من الزيادة ولواجازوا بعض الزايد صح خاصة .

ولواوصى ببيع تركته بثمن المثل ففى اشتراط الاجازة اشكال والاجازة تنفيذ لفعل الموصى لا ابتداء عطية فلا يفتقر الى قبض ويكفى اجزت اوانفذت وشبهه فلواعتق عبداً ولامال له سواه اواوصى بعتقه فاجاز الورثة فالولاء كله لعصبته دون عصبة الوارث، ولافرق بين ان يكون الموصى مريضا اوصحيحا وتنفذ الاجازة ان وقعت بعد الموت اجماعا وفى نفوذها قبله قولان ولاتصح الاجازة الا من جايز التصرف فلاتنفذ اجازة

قال دام ظله: واواوصى ببيع تركته بثمن المثل ففى اشتراط الاجازة اشكال

اقول: ينشأ (من) ان غرض الورثة قد يتعلق بعين المال وذلك امر متعارف بين الناس (ومن) حيث ان المالية لم تنقص والشارع ما اعتبر الا المالية كما لو باع المورث والاصح عندى الثانى .

قال دام ظله : وينفذ الاجازة ان وقعت بعد الموت اجماعا وفى نفوذها قبله قولان .

اقول: ذهب الشيخ و ابن الجنيد و ابن حمزة و المصنف فى المختلف الى نفوذها ورواه الصدوق فى كتاب من لا يحضره الفقيه فى الصحيح وذهب المفيد و سلار و ابن ادريس الى عدم نفوذها (احتج) الاولون بعموم قوله تعالى من بعد **وصية يوصى بها او دين (١)** (و لان) الرد حق للورثة فاذا رضوا بها سقط حقهم و ما رواه منصور بن حازم قال سألت ابا عبدالله عليه السلام عن رجل اوصى بوصية اكثر من الثلث وورثته شهود فاجازوا ذلك له قال جائز قال على بن رباط و هذا عندى على انهم رضوا بذلك فى حيوته واقروا به (٢) وما رواه محمد بن مسلم عن

---

(١) النساء ـ ١٢ (٢) ١ ل باب ١٣ خبر ٢ من كتاب الوصية

المجنون ولاالصبى والسفيه و تصح من المفلّس ويعتبر الثلث وقت الوفاة لا الوصية سواء كانت الوصية بمعين او بجزء مشاع اولا فلو اوصى الغنى ثم افتقر اوالفقير ثم استغنى فالحكم بحالة الموت .

ولوقتل خطاء اواستحق ارشا خرجت الوصية من ثلث تركته وثلث ديته وارشه وكذاالعمد اذا تراضوا بالدية ولواوصى بالمضاربة بتركته (اجمع -خ) على ان نصف الربح للوارث صح ولوأوصى بواجب وغيره بدىء بالواجب من صلب المال والباقى من الثلث ان لم يجز الوارث ويبدء بالاول فالاول مع القصور ولو كان الجميع غير واجب بدء بالاول فالاول حتى يستوفى الثلث ويبطل الزائد ان لم يجز الوارث ولو أوصى لزيد بثلث و لعمرو بربع و لخالد بسدس و لم تجز الورثة صحت وصية زيد خاصة ولواوصى بثلثه لزيد وبثلثه لعمرو كان رجوعا على اشكال فان اشتبه الاول اقرع.

الصادق عليه السلام فى رجل اوصى بوصية وورثته شهود فاجازوا ذلك فلما مات الرجل نقضوا الوصية هل لهم ان يردوا ما اقروا به فى حيوته قال ليس لهم ذلك، الوصية جائزة عليهم اذا اقرّوا بها فى حيوته (١) (احتج) ابن ادريس بانها اجازة فى ما لايستحقونه بعدفلايلزمهم ذلك وهو الاصح.

قال دام ظله : ولو اوصى بثلثه لزيد و بثلثه لعمرو كان رجوعا على اشكال .

اقول: قال الشيخ فى الخلاف و ابن ادريس يكون رجوعا (وقيل) لايكون رجوعا وهو اختيار المصنف وحكى الشيخ القولين فى المبسوط (احتج) الاوّلون بوجهين (ا) نقل الشيخ الاجماع فى الخلاف وهو حجة (ب) انه لا يستحق التصرف فى اكثر من الثلث و تصرف الا نسان انما يصرف الى ماله التصرف فيه فيرجع اليه فيكون الثانية ناسخة للاولى (احتج) الآخرون بانتفاء الدلالات الثلث وهو الاصح لانه ليس بنقيض ولاضد فلا تبطل به .

---

(١) ئل ب ١٣ خبر ١ من كتاب الوصية

ولو اوصی بمعین زائد عن الثلث لاثنین ولم تجز الورثة فلهما منه بقدر الثلث، ولو رتب اعطی الاول و کان النقص علی الثانی سواء أوصی لکل منهما بشیء منه او اوصی لکل منهما بشیء منفرد ، ولو اجازوا وصیة النصف ثم ادّعوا ظن القلة صدقوا مع الیمین ولو کانت الوصیة بمعین فادّعوا ظن انه الثلث او ما زاد بیسیر او ان المال کثیر او أنه لادین لم یقبل منهم (ویحتمل) القبول ولو (اذا - خ) اوصی بالثلث ازید کان له من کل شیء ثلثه ولو أوصی بمعین یخرج من الثلث ملکه الموصی له بالقبول بعد الموت بغیر اختیار الورثة فان کان هو الحاضر فله التصرف فی الثلث و یقف الباقی حتی یحضر الغائب لانه معرض للتلف ویحتمل منعه من التصرف وان کان مستحقا بکل حال لان حق الوارث التسلط علی ضعف تسلطه وهو غیر ممکن هنا .

قال دام ظله : ولو اجازوا وصیة النصف (الی قوله) ویحتمل القبول.

اقول: وجه الاول انهم اجازوا الوصیة بالمعین ثم ادّعوا ما یبطلها والاصل عدمه فلا یقبل منهم (ووجه الثانی) انهم اعرف بقصدهم و الاغلب خفاء مال الغیر (و الفرق) بین النصف مطلقا والمعین ان النصف مبهم یقع فیه الاشتباه و کلما یقع فیه الاشتباه فالاصل عدم العلم به فیقبل قول الوارث مع الیمین لانه یوافق الا صل بخلاف المعین (ولانه) اجاز الوصیة بهذه العین والاصل الصحة فلا یقبل ما ینافیه والا لـم تستقر اجازة - وفی حاشیة بخط المصنف علی نسخة الاصل .والفرق انهم بنوا علی الاصل فی النصف وعلی الخلاف فی المعین ومعناه انهم ظنوا القلة فی النصف وبنـوا علی اصل عدم الزیادة وفی المعین ظنوا زیادة الترکة وهو علی خلاف الاصل فقوله فی الحاشیة وعلی الخلاف ای علی خلاف الاصل .

قال دام ظله :ولو اوصی بمعین یخرج من الثلث ملکه الموصی له بالقبول (الی قوله) لان حق الوارث علی ضعف تسلطه .

اقول : وجه الاول انه مستحق بکل حال لانه اما ان یحضر الغائب اولا فـان کان الاول کانت العین کلها له والا فله الثلث بکل حال والحق الثانی لان الوارث انما یحسب علیه مایصل الیه ویتمکن من التصرف فیه ولایمنع منه من جهة الوصیة وهذا

تنبيه

لواشتملت الوصية اوالمنجز فی مرض الموت علی کل تقدیر التصرف فی اکثر من الثلث احتمل البطلان لانها وصیة بغیر المعروف والصحة ویکون النقص کالاتلاف ونقص السوق کمالو کانت قیمة العین ثلاثین ولاشیء سواها ورجعت بالتشقیص الی عشرة اوباعه اواعتقه فرجع بالشرکة فی اقل جزء الی عشرة وکذا الاشکال لوأوصی له باحد مصراعی باب اواحد زوجی خف قیمتهما معاً ستة وقیمة کل واحد اثنان و مع البطلان لاعبرة باجازة بعض الورثة اما نقص القیمة بتشقیص الورثة فکالاتلاف فی الارث وفی الوصیة فتصح حینئذ وتؤثر الاجازة .

ممنوع منه من جهة الوصیة .

قال دام ظله: تنبیه لو اشتملت الوصیة او المنجز فی مرض الموت (الی قوله) فیرجع بالشرکة فی اقل جزء الی عشرة .

اقول :هذه مسألة شریفة من خصائص المصنف دام ظله (و تقریرها) انه اذا استلزم نفوذ تصرف المریض المتبرع به امّا الوصیة اوالمنجز اذاقلنا حکمه حکم الوصیة وهوالاصح علی کل تقدیر فی جزء مّا، نقص المال باکثر من الثلث کالمثال المذکور احتمل بطلان التصرف لان لازمه ممنوع منه شرعا و کلما کان اللازم ممنوعا منه کان الملزوم کذلك (اما الملازمة) فللفرض المذکور (واما المنع)من اللازم فللخبر والاجماع (ویحتمل) الصحة لان اتلاف المریض لایحسب من الثلث الذی اطلق له الشارع التصرف فیه کمالوقتل عبدا من عبدین واعتق عبداً فانه ینعتق علیه ثلث الباقی ولایحسب التالف وهذا النقص بغیر اختیار الموصی فجری مجری التلف وهذا المریض له مال فیدخل تحت العموم .

قال دام ظله : وکذا الاشکال لواوصی له باحدی مصراعی باب (الی قوله) وتؤثر الاجازة .

اقول: هنا مسائل ثلاث (ا) لواوصی باحد مصراعی باب اوأحد زوجی خف وینقص قیمه الثانی بالتفریق بحیث یزید علی الثلث فالاشکال کما تقدم (ب) اذا

الفصل الثانی

فی الاحکام و مطالبه ثلاثة

(الاول) الاحکام الراجعة الی اللفظ وفیه بحثان (الاول) الموصی به ، لـو أوصی بالحامل لم یدخل الحمل ولو أوصی بالحمل لم تدخل الام ولو سقط بجنایة جان صحت وعوض الجنین للموصی له بخلاف مالو اوصی له فانفصل بالجنایة میتا ولو سقط میتا بطلت الوصیة به و کانت مؤنة التجهیز علی الورثة و لو تعدد دخلا معا ولا بد من وجوده حال الوصیة فلو شککنا فی وجوده بطلت ویرجع فی الامة الی ضابط الشرع (اما البهائم) فتختلف باختلاف اجناسها فیرجع فیها الی العادة (اما) لو اوصی بما تحمل لم یشترط الوجود ولو أوصی بما یقع اسمه علی المحلل والمحرم صرف الی المحلل.

ولو أوصی بکلب نزل علی المنتفع به ولو لم یکن له سوی غیره یشتری له ، و لو أوصی له بطبل من طبوله وله طبل لهو وطبل حرب نزّل علی الحرب ، ولو لم یکن له الا طبل لهو لا یصلح الا له بطلت و کذا لو اوصی بالمحرم ویمکن ازالته عن صفته المحرمة کالعود اما لو لم یمکن فانها تبطل (اما) لو قال طبلا من مالی فانه یشتری له طبل حرب، ولو أوصی له بدف صحت ؛ واذا أوصی له بعود من عیدانه وله عود لهو وعود بناء

قلنا ببطلان الوصیة لم تؤثر الاجازه فی صحتها لان الاجازة انما تؤثر فی وصیة صحیحة ویتوقف لزومها علی الاجازة وهذه الوصیة باطلة من الاصل (وعندی فیه نظر) لانا نمنع بطلانها من الاصل لانها لیست اقل من تصرف الفضولی کبیعه (ج) لو حصل نقص بسبب تعدد الورثة بسبب وقوع الشرکة کما ذکر فان الناقص هنا کالتلف قطعا لانه لیس من فعل الموصی فکان کنقص السوق فیعتبر قیمة الآن وتصح الوصیة من الثلث بالنسبة الی القیمة الناقصة

قال دام ظله : واذا اوصی له بعود من عیدانه وله عود لهو وعود بناء وعود قوس بطلت لانه فی عود اللهو اظهر وفیه اشکال .

اقول: ینشأ (من) ان لفظة العود له حقیقة لغویة ثم استعمل فی عود اللهو عرفا فهل هو منقول بحیث یترک موضوعه الاول و بقی فیه مجازا عرفیا او لم یترک بل بقی

وعود قوس بطلت لانه في عود اللهو اظهر وفيه اشكال والضابط ان كل لفظ يقع على اشياء و قوعا متساويا اما لكونه مشتركا او لكونه متواطيا فان للورثة الخيار في تعيين ما شاؤا (ويحتمل) في المشترك القرعة و يحمل على الظاهر كالحقيقة دون المجاز ، و لو أوصى له بقوس انصرف الى قوس النشاب و النبل وهي العربية و الحسبان وهي فارسية لها مجرى من قصب يجعل فيها سهام صغار ويرمى بها دون قوس الندف ودون الجلاهق وهو قوس البندق ويتخير الوارث ولو وجدت قرينة حملت على ما دلت عليه ، ولو قال قوس الرمي الى الطير اعطى الجلاهق ولو قال اعطوه قوسا من قسيّ وله قوس ندف و بندق اعطى قوس البندق لانه اسبق الى الفهم ، و لو لم يكن له الا قوس ندف اعطى منها (ولو اتحد شخصا فاشكال- خ) ، اما لو قال قوسا

في هذا مجازاً راجحا والمجاز اولى من النقل لما تقرر في الاصول ثم مع التعارض بين المجاز الراجح والحقيقة المرجوحة هل يتوقف فيه ام يحمل على المجاز الراجح ام على الحقيقة المرجوحة فيه اقوال ثلاثة للاصوليين ورجح المصنف الوقف لان الامّة اذا لم تفصّل بين المسألتين ولم ينقل حكم احديهما ونقل حكم الاخرى لم يجز الفصل بينهما وقد خصص الطبل المطلق في الوصية بالمحلل بمجرد التحليل والتحريم واسلامهما وهو هنا ثابت فيثبت الحكم .

قال دام ظله : والضابط ان كل لفظ يقع على اشياء وقوعا متساويا (الى قوله) ويحتمل في المشترك القرعة.

اقول: الوصية بالمتواطي وصية بالماهية الصادقة على كل منهما فالمقصود هي والخصوصية تابعة لضرورة تشخص كل موجود ولذلك يتخير الورثة و الموصى به في المشترك واحد من الاثنين ولا ترجيح و حق الوصية مقدم على حق الوارث فلا يقبل قوله في التعيين لتفاوت الغرض هنا والمقصود من كل واحد بخلافه ثم فيتعين القرعة ولانه امر مشكل (و يحتمل) التخيير لان القرعة بيان ما هو معين في نفس الامر و ليس هنا .

قال دام ظله : ولو قال اعطوه قوسا (الى قوله) والاقرب انه يشترى له .

فالاقرب انه يشترى له ، و الاقرب دخول الوتر ان كان موجوداً و الا فلا ولو قال اعطوه قوسى ولاقوس له الا واحدة انصرفت الوصية اليه من اى الاجناس كان.

ولو أوصى له برأس من مماليكه تخير الوارث فى اعطاء الصغير والكبير والصحيح والمعيب والذكر والانثى والخنثى والمسلم والكافر فان امتنع اعطى الاقل فان تساووا فالقرعة وكذا لوقال اشتروا له من مالى رأسا ، ولو قال اعطوه رأسا من رقيقى وماتوا او قتلوا على اشكال قبل الوفاة بطلت ، ولو قتلوا بعدها لم تبطل وكان للموصى له مطالبة الجانى بقيمة من يعينه الوارث ولو اعتقهم الموصى بطلت ولو بقى واحد تعين

اقول: وجه القرب انه يحمل على الحقيقة ولفظ القوس حقيقة فى النبل وقوس النشاب والحسبان وفى الباقى مجاز فان كان متواطيا تخير الوارث وان كان مشتركا بالاشتراك اللفظى و هو الظاهر فان قلنا بالبطلان يبطل (و ان) قلنا بتخير الوارث اشترى له ماتخيره الورثة من المعانى الحقيقية المذكورة (ويحتمل) العدم للقرينة وهو ان الظاهر ان المراد قوس من قسيه (لاصالة عدم وجوب الشراء خ).

قال دام ظله : والاقرب دخول الوتر ان كان موجوداً والافلا.

اقول: اذا اوصى له بقوس معينة وفيه وتره هل يدخل الوتر فى الوصية ام لا قال المصنف الاقرب دخوله (ووجهه) انه لايتم الا به فصار كالجزء منه (ولانه) مع وجوده اذا اطلق القوس يفهم عرفا المجموع (ويحتمل) عدمه بخروجه عن مفهومه فصار كسرج الدابة والوجهان للشيخ الطوسى رحمه الله والاقوى الثانى لعدم دخوله فى مفهوم القوس و لـزومه له فانتفت الدلالات الثلاث و لان نقل مال الغير مبنى على الاحتياط التام .

قال دام ظله : ولو قال اعطوه رأساً من رقيقى (الى قوله) بقيمة من يعينه الوارث .

اقول: قال الشيخ فى المبسوط لاتبطل بقتلهم قبل الوفاة لان القيمة بدل منهم فصار كوجودهم (ولان) تمليك العين تمليك القيمة (ومن) ان الاعتبار انما هو عند الموت ولارقيق له حينئذ فقد اوصى له بمعدوم فلايصح والاصح عندى الاول .

للوصية ولولم يكن له رقيق حال الوصية بطلت ، اما لوقال اعطوه رأسا من الرقيق او اشتروا له من مالى اواوصيت له بعبدمن مالى لم تبطل .

ولوقال اعطوه عبداً من مالى وله عبد تخير الوارث بينه وبين الشراء ، و لو اوصى بثلث عبده فخرج ثلثاه مستحقا صرفت الوصية الى الثلث الباقى ، و لو قال اعطوه عبداً من عبيدى ولا عبيد له ثم تجدد له قبل الموت (احتمل الصحة) كما لو قال اعطوه الفا ولا مال له ثم تجدد اواعطوه ثلث مالى وله درهم ثم ملك مالا كثيراً

قال دام ظله : ولوقال اعطوه عبداً من عبيدى (الى قوله) اعتباراً بحال الوصية.

اقول: تقرير الاول ان بطلان الوصية هنا مع تعلقها بالمال المتجدد بعدها ممالايجتمعان والثانى ثابت فينتفى الاول بيان التنافى انه امااان يصح تعلقها بالمال المتجدد وان كان معدوما فى الحال اولاوالثانى يستلزم عدم تعلقها بالمتجدد بعدها والاول يستلزم عدم بطلان الوصية هنالوجود المقتضى للصحة وهوصدور الوصيةممن تصح منه لمن تصح له وانتفاء المانع اذليس الاعدم المال فى الحال ولايصلح للمانعية لصحة تعلق الوصية بما يتجدد من المال قبل الوفاة (واما ثبوت الثانى) فلرواية السكونى عن أبى عبدالله عليه السلام قال قال امير المؤمنين عليه السلام من اوصى بثلثه ثم قتل خطاء فان ثلث ديته داخل فى وصيته (١) ولمارواه الحسن بن صالح عن ابى عبد الله عليه السلام فى رجل اوصى لمملوك له بثلث ماله قال فقال يقوّم المملوك ثم ينظر مايبلغ ثلث الميت فان كان الثلث اقل من قيمة العبد بقدر ربع القيمة استسعى العبد فى ربع قيمته وان كان الثلث اكثر من قيمة العبد اعتق العبد ودفع اليه مايفضل من الثلث بعد القيمه(٢) ولم يفصل ولو كان مختصا بحال الوصية لزم تأخير البيان عن وقت الحاجة او الخطاب (وتقرير الثانى) ان الملك نسبة التملك ومالم يثبت المنتسبان لم يثبت النسبة فاذا لم يكن مال حال الوصية كذبت النسبة اليه بالملك فيكون اولى بالبطلان مما اذااوصى

---

(١) ئل باب ١٤ خبر ٣ من كتاب الوصية

(٢) ئل باب ٧٩ خبر ٢ من كتاب الوصية

(والمنع) اعتباراً بحال الوصية و كذا لو كان له مماليك ثم ملك آخرين فان ابطلنا الاول تعين حقه في الاولين والاتخير الوارث ولولم يكن له سوى واحد ومات عنه (فعلى البطلان) يحتمل الصحة هنا ولو اوصى له بشاة اجزء الذكر والانثى والخنثى لان التاء للوحدة واصلها شاهة لان تصغيرها شويهة والصغير والكبير والصحيح والمعيب والضأن و المعز ولا يجزى الظبى ، والبعير يدخل فيه الصغير و الكبير و في دخول الانثى اشكال اقربه انه كالانسان ، اما الجمل فكا لرجل والناقة كالانثى والبكرة بمنزلة

بالمرهون ولم يجز المرتهن لان التقابل بين عدم الملك وهو عدم الشرط وبين المشروط نسبة تقابل النقيضين والتقابل بين صحة الوصية وبين الرهن تقابل الضدين و تقابل النقيضين اقوى .

قال دام ظله : وكذا لو كان له مماليك ثم ملك آخرين (الى قوله) تخير الوارث .

اقول: هذه المسألة متفرعة على السابقة وقد ذكرنا الوجهين فيهما .

قال دام ظله : ولو لم يكن له سوى واحد ومات عنه فعلى البطلان يحتمل الصحة هنا .

اقول: ان قلنا بالصحة في الصورة السابقة فهنا اولى وان قلنا بالبطلان احتمل الصحة هنا لوجود عبد وهو الموصى به و كونه بعض عبيده مجازاً (و يحتمل) عدمه لانه انما اوصى له بشيء يصدق عليه انه بعض عبيده بالفعل لان المحكوم عليه انما هو بالفعل ولانه أوصى له بعبد موصوف بصفة وانتفاء الصفة يستلزم انتفاء الوصية (الموصوف ـ خ ل) ولان الالفاظ انما تحمل على حقايقها وليس هنا والاولى الصحة لانه وجد شرط الوصية وهو ملك الموصى وقبوله الانتقال .

قال دام ظله : والبعير يدخل فيه الصغير والكبير و في دخول الانثى اشكال اقربه انه كالانسان .

اقول : قال صاحب الصحاح البعير من الابل بمنزلة الانسان من الناس يقال للجمل بعير وللناقة بعير وانما يقال له بعير اذا اجذع وذهب الشيخ في المبسوط الى

الفتاة والبكر بمنزلة الفتى والثور للذكر والبقرة للانثى وفى دخول الجاموس فى البقر نظر ، ولاتدخل بقرة الوحش ولايدخل فى الكلب ولا فى الحمار الانثى ، و الدابة اسم للخيل والبغال والحمير فان تخصص عرف بلد بالفرس اوبغيره حمل عليه ولايدخل السرج فى الفرس ولاالثوب فى العبد.

ولوأوصى بدار اندرج مايدخل فى المبيع فان انهدمت قبل موته ففى انقطاع الوصية اشكال ينشأ (من) عدم تناول الاسم له (و من) دخول العرصة و النقض فى الوصية ، ولوانهدم بعضها لم تبطل وكذا بعدالموت وان كان قبل القبول ، ولو زاد فى عمارتها لم يكن رجوعا بخلاف طحن الحنطة والجمع يحمل على الثلاثة فلوقال اعتقوا رقابا فاقلّه ثلاثة فان و فى الثلث باثنين وبعض الثالث اشترى البعض على اشكال فان وفى بخسيسين وبعض ثالث اوبنفيسين فالاقرب الاول.

انصرافه الى الذكر لانه حقيقة عرفية والفاظ اهل العرف تحمل على الحقايق العرفية ويمنع كونه حقيقة عرفية اذاالمجاز اولى من النقل قالوا مجاز غالب اولى من حقيقة مغلوبة قلنا هما ممنوعان .

قال دام ظله : وفى دخول الجاموس فى البقر نظر .

اقول :ينشأ من اللغة والعرف .

قال دام ظله: والجمع يحمل على الثلاثة (الى قوله) اشترى البعض على اشكال

اقول: هنا مقدمات (ا) اقل الجمع ثلاثة لماتقرر فى الاصول (ب) لفظ الجمع يحمل على اقلّه لانه المتيقن (ج) اذااوصى بعتق رقاب يكون قداوصى بعتق كل واحد واحد من ثلاثة (د) الوصية بعتق عبد تقتضى الوصية بعتق كل واحد من اجزائه من غير توقف بعض على بعض لاستحالة الدور والترجيح من غير مرجح (ولان) كل واحد من الاجزاء لوعتق وحده لكان علة شرعا فى عتق الباقى فلا يعقل التوقف الشرعى ولا العقلى ولايتوقف على المجموع لان العلة لاتكون معلولة اذا سقط (١) بعض الواجب للعجز عنه لايستلزم سقوط الباقى هنا فظهر احدوجهى الاشكال لظهور اقتضاء الوصية

---

(١) ولعل حق العبارة واذاسقط الخ

تنبيه

الجمع بصيغة اقله تجزى فيه الثلاثة مطلقا و كذا بصيغة اكثره مع الاطلاق و مع التقييد يجب الازيدان احتمله القيد وان كان اخس فتجب الخمسة الخسيسة ولا يجزى عتق الاربعة النفيسة المساوية قيمة .

البحث الثانى الموصى له

لو قال ان كان حملها غلاما او ان كان الذى فى بطنها غلاما او ان كان مافى بطنها او كل حملها فاعطوه فولدت غلامين (او) جاريتين (او جارية) (او غلاما و جارية) بطلت ولو قال ان كان فى بطنها غلام استحق الغلام دون الجارية وان ولدا ، ولو ولدت غلامين احتمل تخيير الوارث والشريك والايقاف حتى يصطلحا فانه متداعى بينهما

عتق كل واحد من اجزاء كل واحد من الثلاثة والميسور لايسقط بالمعسور فتعذر بعض الاجزاء لا يمنع وجوب الباقى فيجب شرائه (ولانه) اقرب الى العمل بالوصية فان اثنين و بعض الثالث اقرب الى الثلاثة من الاثنين خاصة (و لان) عادة العرب فى لغتهم اطلاق الثلاثة على اثنين و بعض الثالث و كذا اهل الشرع كما فى الاقراء فى العدة (و من) ان الشراء انما هو لضرورة تحصيل الجمع و لم يحصل فيكون تضييعا على الورثة بغير فائدة وهذا قول الشيخ فى المبسوط والاول قول ابن ادريس وهو الاقوى عندى.

قال دام ظله :فان وفى بخسيسين و بعض ثالث او بنفيسين فالاقرب الاول.

اقول: هذا تفريع على وجوب شراء بعض الثالث (و وجه القرب) انه اقرب الى لفظ الموصى من غير زيادة يخرج من التركة ولا مدخل للمخاسة و النفاسة فى ذلك لتناول الوصية لهما بالسوية لتناول الكلى لجزئياته لجواز اختيار الخسيس للغير مع وجود النفيس ومن انه لايحصل المراد الذى هو الجمع والاصح الاول.

قال دام ظله : ولو قال ان كان فى بطنها غلام استحق الغلام (الى قوله) فانه متداعى بينهما :

اقول: لفظة غلام مفرد نكرة فلا تعم فيحتمل تخيير الوارث لان حكم الوارث حكم الموروث لانه حق للموروث فينتقل الى الوارث بعده لقبوله الانتقال فيدخل

و كذا لو قال اوصيت لاحدهما ثم مات قبل البيان (ويحتمل) الفرق هنا و لو أوصى للقراء فهو لمن يحفظ جميع القرآن والاقرب عدم اشتراط الحفظ على ظهر القلب ، والعلماء ينزّل على العلماء بعلوم الشريعة فيدخل التفسير والحديث والفقه ولا يدخل سامع الحديث اذا لم يعلم طريقه ولا الاطباء ولا المنجمون ولا المعبرون ولا الاد باء، ولو اوصى لزيد و

تحت العموم (ولانه) كلما تخير الوارث فى تعيين الموصى به المطلق تخير فى تعيين الموصى له و المقدم حق فالتالى مثله (بيان الملازمة) ان ملك الموصى له المعين مستند بالاخرة الى اختيار الوارث فالموصى له المطلق اولى (و اما حقية المقدم) فبالاجماع (ووجه الثانى) ان نسبة اللفظ الى كل واحد منهما كنسبته الى الآخر و الترجيح بلامرجح باطل فيكون بمنزلة العين الواحدة اذا ادّعاها اثنان ولا ترجيح لاحدهما (ووجه الثالث) انهما لا يجتمعان والا لكانت النكرة للعموم هذا خلف ولا يمكن ابطالهما لانا نبحث على تقدير صحة الوصية ولا وجه لترجيح احدهما فيقسم بينهما لا من حيث عموم اللفظ بل باعتبار جمع الدعاوى كما فى باب الدعاوى المتضادة والاصح الثالث .

قال دام ظله: و كذا لو قال اوصيت لاحدهما ثم مات قبل البيان (ويحتمل) الفرق هنا .

اقول: اذا قال اوصيت لاحدهما ثم مات قبل البيان كان فيه الاحتمالات الثلاثة السابقة والبيان كما مر (ويحتمل) الفرق هنا وهو ان احدهما نص فى التخصيص فلا يحتمل قبول الشركة (بخلاف غلام) لاحتمال حمله على الجنس .

قال دام ظله : ولو اوصى للقراء فهو لمن يحفظ جميع القرآن والاقرب عدم اشتراط الحفظ عن ظهر القلب .

اقول: وجه القرب صدق المشتق من دونه فانه يصدق على تالى القرآن من غير حفظ انه قارى القرآن ولصدق المشتق منه بدونه وللفرق بين القارى و الحافظ فان الاول اعم مطلقا (ويحتمل) اشتراطه للعرف والاصح الاول .

قال دام ظله : ولو اوصى لزيد ولجبرئيل (ع) (الى قوله) اذا الاضافة

لجبرئيل عليه السلام اولزيد والريح اوالحايط فالنصف لزيد والباقي باطـل (ويحتمل) صرف الكل الى زيد في الاخيرين اذالاضافة الى الريح والحايط باطلة بخلاف جبرئيل عليه السلام ولوقال لزيدوالله احتمل صرف الكل الى زيد فيكون ذكر الله تعالى تاكيداً لقربة الوصية وصرف سهم الله الى الفقراء فانهم محل حقوقه .

ولو أوصى لاقارب علوي معين في زمانه ارتقى في بني الاعمام من اقاربه الى اقرب جد ينسب اليه الرجل فيرتقي الى بني علي (ع) دون بني عبدالمطلب وعبدمناف وبعـد زمانه لايصرف الاالى اولاد ذلك العلوي ومن ينسب اليه لاالى علي عليه السلام ، ولواوصى

الى الريح والحائط باطلة بخلاف جبرئيل(ع)

اقول : التملك من الامور الممكنة المفتقرة الى فاعل وقابل وموضوع و هو المملوك والفاعل هوالموصى المكلف غير المحجور عليه والقابل هو الذى لداهلية التملك فمن جهة الفاعل اوصى لهماوالامتناع في غيرزيد من جهة القابل والفاعل غير مقتض لتخصيص زيد والقابل غير كاف في حصول الاثر فتحقق الاول و هوالحق لان مقتضى اللفظ ان لزيد النصف لاغير والباقي لايصح اضـافته اليه (ووجه الثاني) انه اضاف الملك كله الى زيدوالحائط والاضافة الى الحائط لاغية ببديهة العقل وهومعلوم للموصى فثبت الاضافة الى زيد لانه اخرجه عن ملك الوارث قوله (بخلاف جبرئيل) عليه السلام (وجه الفرق) ان جبرئيل حي عالم قادر فقد تصور الموصى ثبوت الملك له فيقصده بالوصية بخلاف الريح فانه يعلم انتفاء قصده فلايختص زيد في صورة الوصية لهولجبرئيل بل يبطل نصف جبرئيل وقدسبق تقرير هذا .

قال دام ظله : ولوقال لزيدوالله احتمل صرف الكل الى زيد (الى قوله) وصرف سهم الله الى الفقراء فانهم محل حقوقه .

اقول: وجه الاول العرف لاقتضائه ان ذكر الله تعالى في مثله لتأكيد القربه ومنه نشأمذهب من ذهب الى قسمة الخمس خمسة اقسام (ووجه الثاني) صحة اضافة الملك الى الله تعالى لقوله تعالى **فان لله خمسة** (١) واللام للملك حقيقة والاصل في

---

(١) الانفال - ٤١

لاقاربه دخل الوارث وغيره ولواوصى لاقارب اقاربه دخل فيه الاب و الابن و لواوصى لغير المنحصر كالعلويين صح ولايعطى اقل من ثلاثة ولايجب تتبع من غاب عن البلد (وهل) يجوز التخصيص اشكال وكذا جواز التفضيل اما لوأوصى لثلاثة معينين فانه يجب التسوية و لواوصى لبنى فلان و هم منحصرون اختص با لذكور و لو كانوا منتشرين دخل الاناث ، ولواوصى للارامل فهو لمن مات عنهن ازواجهن اوبن (١) عنهم بسبب ،ولوأوصى للاخوة لم تدخل الاخوات ولواوصى للايتام لم يدخل البالغ ولامن

الاطلاق الحقيقة وقوله تعالى **قل اللهم مالك الملك** (٢) اقصى ما فى الباب ان ملكه تعالى يقال عليه وعلى ملكنا لفظ الملك بالاشتراك اللفظى واللفظ يحمل على معنيى المشترك عند النص على ارادتهما ويتفرع على هذا حكم النصف الآخر فقيل انه للفقراء وهو اختيار المصنف هنا وقيل لوجه القرب وهو الاقوى عندى .

قال دام ظله : ولواوصى لغير المنحصر كالعلويين صح (الى قوله) هل يجوز التخصيص اشكال وكذا جواز التفضيل .

اقول: (من) حيث انه لو كان غير المنحصر للشريك لبطل فهو لبيان المصرف اذا العلم بتعذر الكل قرينة دالة على ارادته (ومن) حيث ان اللام حقيقة فى الملك فيحمل عليه وفى الاستيعاب على الممكن لتعذره (والتحقيق) ان الوصية اما ان تكون بلفظ يقتضى التعميم اولا ولا يجب فى الثانى واما الاول فالمراد منه اما كل واحد واحدا والكل المجموعى وعلى كلا التقديرين فيجب استيعاب ما امكن لسقوط الواجب بالعذر هنا وكونه اقرب الى الحقيقة و الفرق بينه وبين بيان المصرف ان المراد فيه الماهية من حيث هى واما العموم فالمراد منه كل واحد واحد اوالكل المجموعى واما جواز التفضيل فمنشأه ايضاً ذلك المنشأ الاول (فعلى القول) بجواز التخصيص يكون التفضيل اولى بالجواز والاقوى عندى انه للتشريك لان اللام حقيقة فى الملك والعطف بالواو حقيقة فى التشريك .

---

(١) جمع مؤنث من بان

(٢) آل عمران ٢٦

لاب ، ولواوصی لورثة فلان ومات عن غیروارث بطلت وفی الموالی اشکال ،ولوقال لعصبة زید فمات الموصی وزیدحی اعطی عصبته و لوقال لورثته بطلت ، ولو اوصی للشیوخ صرف الی من جاوز الاربعین وللشبان الی من جاوز البلوغ الی الثلاثین وللکهول الی من بلغ الاربعین وللغلمان والصبیان لمن لم یبلغ ، ولواوصی لأعقل الناس صرف الی الزهاد والعلماء ولوقال لأحمقهم تبع العرف .

المطلب الثانی فی الاحکام المعنویة

لوأوصی بخدمة عبده او اجرة داره اوثمرة بستانه صح من الثلث ایضا وهی تملیك لاعاریة فلومات الموصی له ورث عنه وتصح اجارته و اعارته ولا یضمن العبد اذا تلف فی یده بغیر تفریط واذاأوصی له بمنافعه ملك جمیع اکتساب العبد من الاصطیاد

قال دام ظله : ولو اوصی لورثة فلان ومات عن غیروارث بطلت وفی الموالی اشکال .

اقول: اذا اوصی لورثة زید ولم یکن له من الوارث الا الموالی من اعلی فهل یستحقون ام لا قال المصنف فیه اشکال ینشأ (من) کونه وارثا لغة وشرعا (ومن) العرف لانه اذا اطلق لفظ الوارث یسبق الی الذهن عرفا غیرهم ولم یدخلوا فیه و سبق المعنی الی الذهن عند الاطلاق دلیل الحقیقة فیکون فیهم مجازاً فلا یحمل علیهم عندالاطلاق ولیس تصحیح التصرف الناقل قرینة توجب الحمل علی المجاز و الاصح الاول لصدق المشتق منه حقیقة .

المطلب الثانی فی الاحکام المعنویة

قال دام ظله : واذا اوصی له بمنافعه ملك جمیع اکتساب العبد من الاصطیاد والاحتطاب (والاحتشاش-خ) فان عتق فاشکال .

اقول: الاشکال فی حیازة المباحات بعد العتق اذا نوی التملك لنفسه وقلنا النیة تؤثر من حیث انه ملك جمیع منافع هذا الشخص (و من) حیث ان تملك المباحات یتوقف علی النیة وقد نواها لنفسه وهوالاقوی .

والاحتطاب فان عتق فاشكال ، وفى تملك ولد الجارية وعقرها اشكال ينشأ (من) بطلان الوصية بمنفعة البضع و كون الولد جزءاً من الام يتبعها فى الاحكام (ومن) كون ذلك كله من المنافع ، وهل يملك الوطى الاقرب المنع ويمنع ايضاً الوارث

قال دام ظله : وفى تملك ولد الجارية وعقرها اشكال (الى قوله) يتبعها فى الاحكام .

اقول: مسائل هذا الباب يبنى على اصول ثلاثة(ا) ان المذهب الحق ان الوصية بالمنافع تمليك لها (ب) معنى التابيد استيعاب الوصية مدة بقاء العين من القبول والموت الى هلاك العين فالوصية بمنفعة العبد ابداً يستوعب مدةحيوتهوعلى هذين الحكمين اجمعت الاماميةفيلزم منذلك ان يورث من الموصى له ولهاجارتها واعارتها (ج) ان ابد ان (١) المنافع التى يتناولها الوصية داخلة فى الوصية ثمذكر فروعا متفرعة على هذه الاصول ـ و فى هذا الكلام منها فرعان (ا) هل يتناول الوصية بمنافع الجارية ولدها من زنا مثلا ام لا قال المصنف فيه اشكال منشأه ان اصطلاح الفقهاء على انه كسب والده و لهذا كان لوالده المكاتب الاستسعاء به عند اشرافه على العجزولانه قدروى ان النبى صلى الله عليه وآله سمى ولد الرجل كسبا لابيه (ومن) حيثقول الفقهاء ان الولدجزء منامه يتبعها فى الاحكام و به قال الشيخ رحمه‌الله والجزء لا يعد من المنافع و فيه اشارة الى دقيقة تاتى (ب) هل يملك عقرها وهو ما وجب بوطيها او بعقد النكاح عليها كالمهراذا زوجتاو مهرالمثل اوالعشراونصفه اذا وطئت وطيا موجباًلمهرفيهاشكال .

قال دام ظله : وهل يملك الوطى الاقرب المنع .

اقول: هذا فرع ثالث وهو متفرع على ملك المهر(فانقلنا) لايملك المهر لم يملك الوطى قطعا (وان) قلنا يملك المهراحتمل ضعيفا ملكالوطى لانهمنجملة المنافع فاذا ملك بالتحليل فالتمليك اولى (ووجه القرب) ان استباحة منافعالبضع انما هى بالعقد و ملك الرقبة اوباباحة المالك بصيغة خاصة و الكل منتف هنا (و

(١) هكذا فى النسخ كلها .

منه فان وطیء احدهما فهو شبهة لاحد علیه وتصیرام ولد لوحملت من الوارث لامن الموصی له واذا منعنا من تملك الولد فالاقرب سقوط الخدمة عنه ، ولووطئت للشبهة فعلی الواطی العقر للموصی له علی اشکال ، وان اتت بولد فهو حر وعلی الواطی

من) حیث انه منفعة متقومة والا صح الاول وعندی لاوجه لملك الوطی ولا اباحته هنا.

قال دام ظله : واذا منعنا من تملك الولد فالاقرب سقوط الخدمة عنه.

اقول: من حیث انه لم یوص بمنافعه وهو مغایر للام (ومن) حیث انه جزء من الام والوصیة بمنافعها تقتضی الوصیة بمنافع کل واحد من اجزائها والی هذه الدقیقة اشار (۱) بقوله (وکون الولد جزء من الام) (ولانه) معلول ذات الام فمنافعه معلولة لها (والتحقیق) ان منافعها هی المنافع التی هی علة فیها والعلة قد تکون قریبة وبعیدة فهل یحمل علی الجمیع اوعلی الاولی خاصة الحق الثانی لانه المفهوم عند الاطلاق فهو اما حقیقة عرفیة او مجاز راجح وکلاهما عند المصنف راجح و الصحیح عندی انه لایملك منافعه ولایتعلق به الوصیة .

قال دام ظله : و لو وطئت للشبهة فعلی الواطی العقر للموصی له علی اشکال .

اقول: ینشأ (من) ان المهر من نماء الرقبة و غلتها ولهذا یملکه مولی الجاریة وکل منافعها للموصی له بالوصیة و بهذا قال الشیخ الطوسی (ومن) انه بدل البضع لیس للموصی له لانه لایصح الوصیة لمنفعة البضع صریحا والبدل تابع للمبدل .

قال دام ظله : وان اتت بولد فهو حر (الی قوله) والافللوارث .

اقول: القیمة تابعة لملك الرقبة فان قلنا الولد یملکه الموصی له فالقیمة له والافلا والبحث فیه قد تقدم ونقول هنا من حیث انه ذات مساویة فی الماهیة لذات ابویه فلا یطلق علیه لفظ المنفعة الا بالمجاز عرفا فلا یدخل تحت الوصیة (ومن) حیث المعنی والحقیقة اللغویة فان المنفعة شیء تابع یجدد من العین کثمر الشجر .

---

(۱) یعنی قبل هذا الکلام .

قيمته فان قلنا الموصى له يملك الولد فالقيمة له والا فللوارث ولو ولدت من الموصى له فهو حر وعليه القيمة وفى المستحق ما تقدم وهل له المسافرة بالعبد الموصى بخدمته الاقرب ذلك وليس للعبد التزويج الا برضاها واذا قتل الموصى بخدمته ابداً ووجب القصاص بطلت الوصية وكان المطالب بالقصاص الوارث ، ولو كان القتل موجبا للقيمة احتمل صرفها الى الوارث لانتهاء الوصية بانتهاء العمر وشراء عبد حكمه ذلك وتقسيطها بينهما بان تقوم المنفعة المؤبدة والعين المسلوبة المنفعة ويقسط عليهما ولو

قال دام ظله : ولو ولدت من الموصى له فهو حر وعليه القيمة وفى المستحق ما تقدم .

اقول: منشأه تقدم والاحسن فى العبارة ان يقول هل عليه القيمة لان على تقدير ان يكون الولد له لا يستحق على نفسه فلا يحسن الجزم بان عليه القيمة و يستشكل فى المستحق لكن عدل عنها الى العبارة المذكورة لفوائد (ا) ان الولد لا يخلو اما ان يكون للموصى او للموصى له وعلى التقدير الثانى فانتقاله اليه من الموصى وعلى كل تقدير فالاصل ملك الموصى والموصى له طارء عليه فلا يرجح هنا اصالة برائة الذمه لانها متفرعة على خلاف الاصل وهى مسألة اجتهادية فاذا تكافأت الامارتان عند المجتهد حكم عليه بالقيمة وايقافها حتى يتبين المستحق للولد عنده بمرجح لاحدى الامارتين (ب) انه اذا مات لم يمكن الورثة من التصرف فى مقدار القيمة حتى يرجح (ج) لو افلس لم يقسم على الغرماء مقدار القيمة من ماله الا بعد المرجح .

قال دام ظله : وهل له المسافرة بالعبد الموصى بخدمته الاقرب ذلك.

اقول : هل للموصى له الانفراد بالسفر بالموصى له بمنفعته الاقرب ذلك (ووجه القرب) انه من جملة منافعه فاولم يكن له لتبعض عليه الانتفاع وقيل ليس له ذلك للتعريض للتلف والاصح الاول .

قال دام ظله : واذا قتل العبد الموصى بخدمته ابدا ووجب قصاص بطلت الوصية (الى قوله) و تقسط عليهما .

اقول: وجه الاول مع ما ذكر المصنف ان الاضافة تفيد الاختصاص فلا تقتضى

قطع طرفه احتمل ارشه التقسيط و اختصاص الوارث ولو لم تنقص به المنفعة كالانملة فللوارث، ولو جنى العبد قدم حق المجنى عليه على الموصى له فان بيع بطل حقه وان فداه الوارث استمر حقه وكذا ان فداه الموصى له وهل يجبر المجنى عليه على القبول اشكال ينشأ (من) تعلق حق الموصى له بالعين (ومن) كونه اجنبيا عن الرقبة التى هى متعلق الجناية وكذا المرتهن وتصح الوصية بالمنفعة مؤبدة و موقتة ومطلقة و الاقرب تخير الوارث، و لو قيدها بالعام المقبل فمرض بطلت ولو قيدها بوقت

الوصية منافع غيرها (و وجه) الثانى ان القيمة بدل الرقبة و منافعها فتقوم مقامهما (و لان) كل حق تعلق بالعين تعلق ببدلها اذا لم يبطل بسبب استحقاقها و يفارق الزوجة الامة اذا قتلت فانه لاحق للزوج فى القيمة ولا للمستأجر فى العين المستأجرة اذا تلفت لان سبب الاستحقاق يبطل بتلفها (ووجه الثالث) ان توزع على الرقبة مسلوبة المنفعة وعلى المنفعة لاشتمال الجناية على اتلاف عليهما فيضمن لكل منها ما اتلف عليه (والتحقيق) انه مبنى على ان المقتول لو لم يقتل لعاش قطعا ام لا والموصى له لا عوض له على الله تعالى على الاول لتناول الوصية وقت الحيوة.

قال دام ظله : ولو قطع طرفه احتمل فى ارشه التقسيط و اختصاص الوارث ولو لم ينقص المنفعة كالانملة فللوارث .

اقول: وجه الوجهين مامر والاول هو الصحيح هنا لانه قد نقص المنافع عليه قطعا فيضمن له وكيفية التقسيط ان ينظر ما للموصى له من قيمته ويأخذ من ارشه بقدره .

قال دام ظله : ولو جنى العبد قدم حق المجنى عليه على الموصى له (الى قوله) ومن كونه اجنبيا عن الرقبة التى هى متعلق الجناية .

اقول: الاصح عندى ان للموصى له الفداء كالمالك لتعلق حقه بالعبد ولا يتم الا بالفداء

قال دام ظله : وكذا المرتهن .

اقول: فى المرتهن ايضا الاشكال المتقدم و ايضا فان المرتهن ليس بمالك للرقبة ولا المنفعة والاقوى عندى ان له ذلك لان فيه جمعا بين الحقين .

قال دام ظله: ويصح الوصية بالمنفعة مؤبدة وموقتة ومطلقة والاقرب

مطلق كسنة من السنين تخير الوارث ويعتبر جميع قيمته فى الحالين فيخرج التفاوت من الثلث لانه لا يتعين له سنة حتى تعتبر منفعتها ولا يملك الوارث بيعه ان كانت موبدة او مجهولة ، ولو كانت موقتة جاز بيعه (وهل) يجوز فى المؤبدة بيعه من الموصى له نظر، و يملك عتقه مطلقا و لا يخرج استحقاق الموصى له ، و فى الاجزاء عن الكفارة اشكال ، وفى صحة كتابته اشكال ينشأ (من) امتناع الاكتساب عليه لنفسه (و من) امكان اخذ المال من الصدقات و ليس له الوصية بمنفعته و لا

تخير الوارث .

اقول: لانه قائم مقام المورث (ويحتمل) ان ينزّل على ما يتملك من المنافع فان تعددت وتباينت فبالقرعة لانه المتيقن.

قال دام ظله : وهل يجوز فى المؤبدة بيعه من الموصى له نظر .

اقول: ينشأ (من) ان العين التى لا منفعة لها مقصودة فى نظر العقلاء لا قيمة لها فلا يصح بيعها كما تقدم فى القاعدة السابقة (ومن) ملك اعتاقه وحصول التقرب وجرّ ولاء الاولاد فلم يسلب منفعته مطلقا ولتحقق المنفعة بالنسبة الى الموصى له خاصة بان يبيعه مع منفعته (ولان) اجتماع العين والمنفعة فى الملك مقصود .

قال دام ظله : وفى الاجزاء عن الكفارة اشكال .

اقول : ينشأ (من) ان الاعتاق يتناول عين الرقبة وهى خاصة له (ومن) حيث انه ناقص الملك (ولان) فائدة العتق تسلط المعتق على منافعه وقطع تسلط الغير عنه فى وقت ما ولا يحصل هنا فيكون كالرق بعد العتق و كالمنفعة (ولان) صحة عتق هذا مع منع عتق العبد و شرط الخدمة دائما عن الكفارة مما لا يجتمعان لان الواجب اما اعتاق عين العبد من غير اعتبار غيرها او اعتاق عبد كامل بمنافعه فان كان الاول انتفى الثانى وان كان الثانى انتفى الاول والثانى ثابت اجماعا فينتفى الاول.

قال دام ظله: وفى صحة كتابته اشكال (الى قوله) من الصدقات .

اقول: الاصح عندى صحة الكتابة .

اجارته و له ان يوصي برقبته وهذه المنافع تحسب من الثلث اجماعا لانها تنقص قيمة العين وان كنا لانقضي الديون من المنافع المتجددة بعد الموت ولا تقع موروثة بل يملكها الوارث فان كانت مؤبّدة احتمل خروج قيمة العين بمنافعها من الثلث لسقوط قيمتها اذا كانت مسلوبة المنفعة و الحيلولة مؤبّدة فكأنها الفاية اذ عبد لا منفعة له و شجرة لاثمرة لها لاقيمة لها غالبا و تقويم الرقبة على الورثة و المنفعة على الموصى له فيقوّم العبد بمنفعته فاذا قيل مائة قوّم مسلوب المنفعة فاذا قيل عشرة علم ان قيمة المنفعة تسعون ، و لو كانت موقتة قومت مع المنفعة تلك المدة

قال دام ظله : وهذه المنافع تحسب من الثلث اجماعا (الى قوله) و لو كانت موقته قومت مع المنفعة تلك المدة و بدونها فينظر كم قيمتها .

اقول: المنفعة الموصى بها اما مؤبدة اوموقتة فان كان الاول امتنع تقويمها بنفسها دون العين لان المنفعة ابداً هي منفعة مدة العمر ومدة العمر غير معلومة فلا يكون المنفعة المقيدة بها معلومة و مالا يعلم ولا يضبط لايمكن تقويمه و اذا تعذر تقويم المنفعة وحدها تعين تقويم الرقبة وفي كيفية التقويم وجهان ذكرهما المصنف (ووجه الثاني) ان الرقبة لم تدخل في الوصية فهي للورثة ولهم اعتاقها وبيعها على الموصى له وعلى غيره على قول فهم متمكنون منها فلا معنى لاحتسابها على الموصى له (لايقال) انه حال بينها وبين الورثة و الحيلولة كالاتلاف يضمن بها و لهذا يضمن الغاصب بها ولم يعتبر الشارع قدرة المالك على العتق والبيع (لانا نقول) حيلولة الغاصب ليست بحق من المالك ويؤخذ بالاسوء بخلافه هنا وتقويمها مسلوبة المنافع وبها تعرف قيمتها وحدها وهو الذي للورثة وبه يعرف مافوّت بالوصية على الوارث (وان كانت) المنفعة موقتة بسنة معينة او أزيد مثلا اختار والدي المصنف تقويم العين مع المنفعة تلك المدة وبدونها فالتفاوت يخرج من الثلث (و قيل) تقوم بنفسها لانها مضبوطة معلومة قيمتها اجرة المثل تلك المدة وانما رجح المصنف الاول لوجهين (ا) ان هذه الوصية تنقص قيمة العين قطعا وكلما نقص بالوصية من العين المتعلقة بها الوصية فانه محسوب على الموصى له وان لم يحصل له بخلاف نقص احد مصراعي الباب اذا اوصى له بالآخر

وبدونها فينظر كم قيمتها ،ولو اشتمل على منفعتين كالغزل والنساجة و اوصى باحديهما صح وامكن هنا التقويم ، و الاقرب البناء على العادة في استيفاء احدى المنفعتين و لو انتفت و قصد الدوام وعدم استيعاب الاوقات فاشكال : ولو اوصى باللبن دون

فان النقص هنا لم يتعلق بالعين المتعلقة بها الوصية مع انه لايخلو من شك (ب) ان تلك المنافع متجددة بعد الموت فلم يكن الموصى مفوتا لمادخل في ملكه و انما صحت الوصية لاضافتها الى العين (الغير-خل) واحتياج الناس الى ذلك فرخّص الشارع صحة الوصية بها وهذا على قول من يبطل الاجارة بموت الموجر واما على قول من يقول ان العين بعد الموت على حكم مال الميت ولوازم ملكه لاحقة بها قال بالثاني ان لم يعتبر نقص العين .

قال دام ظله : ولو اشتمل على منفعتين (الى قوله) والاقرب البناء على العادة في استيفاء احدى المنفعتين .

اقول: لان الالفاظ انما تحمل على المعهود عرفا لان اللفظ ظاهر فيه والظاهر راجح ونقيضه مرجوح والمرجوح حال التساوى لا يحمل عليه فحال المرجوحية اولى واهماله لايجوز وهما معا خلاف التقدير فالراجح اولى (ويحتمل) القرعة اذ لا ترجيح والاصح الاول.

قال دام ظله :ولو انتفت وقصد الدوام وعدم استيعاب الاوقات فاشكال.

اقول :اذا كان للعبد منفعتان كالحياكة والصباغة و اوصى لواحد باحديهما دائما لكن قصد عدم استيعاب الاوقات و انتفت العادة المخصصة المعينة لزمان كل واحدة منهما ففيه اشكال ينشأ (من) حيث انحصار الحق فيهما فهو للوارث وللموصى له فلا يبنى على اختيار احدهما كالترتيب فيحتمل القرعة لانه امر مشكل (ويحتمل) الصلح لعدم تميز الحق في نفسه والقرعة تكشف ما يتميز (ويحتمل) قسمة الزمان بينهما لصلوح كل وقت لهما ولا ترجيح فيقسم بينهما كتداعي العين (الغير-خل) (و يحتمل) تخيير الوارث لان الوصية مطلقة بالنسبة الى الاوقات و كان للمالك تعيين المطلق فكذا الوارث والاصح عندى القرعة .

الصوف قوّمت المنفعة خاصة لبقاء العين منتفعا بها (وهل) يحسب ما يبقى من القيمة للرقبة (للنوفية-خل) على الورثة من التركة فيه اشكال ينشأ (من) الحيلولة المؤبدة ونفقة العبد و الحيوان الموصى بخدمته و فطرته على الوارث فى الموقتة و فى المؤبدة اشكال و بعد العتق على العبد ولو اسقط الخدمة مطلقا او موقتة فللوارث و لو أوصى لاحدهما بحب زرعه ولآخر بتبنه صح و النفقة عليهما فان امتنع احدهما احتمل اجباره اذ فى تركه ضرر و اضاعة المال، وعدمه اذ لا يجبر على الانفاق على مال نفسه ولامال غيره ولوأوصى لاحدهما بفص خاتم ولآخر به فليس

قال دام ظله : وهل يحسب ما يبقى من القيمة للرقبة على الورثة من التركة فيه اشكال ينشأ من الحيلولة المؤبدة .

اقول : لنوضح ذلك بمثال وهو انه اذا اوصى بمنافع عبده مؤبّداً وقيمته بتمام منافعه مائة و بدونها عشرة فعلى القول بخروج الكل من الثلث يشترط ان يكون للورثة سوى العبد مائتان وعلى القول بان المعتبر التسعون يشترط ان يبقى للورثة ضعف التسعين (فهل) تحسب العشرة التى هى قيمة الرقبة المجردة عن المنافع على الورثة (اولا تحسب بل يشترط ان يكون لهم ضعف التسعين غيرها فيه اشكال ينشأ (مما) ذكره المصنف (ومن) بقاء الرقبة لهم ويمكنهم من استيفاء المنافع المتعلقة بالرقبة خاصة كالعتق والبيع على الموصى له وانما يقوّم بالنسبة الى هذه المنافع و هذا هو الاصح عندى .

قال دام ظله : ونفقة الحيوان (الى قوله) وفى المؤبدة على اشكال .

اقول: فيه احتمالات (ا) ان تكون على الوارث لان منشاطها ملك الرقبة لاالمنافع وهو هنا للوارث (ب) انها على الموصى له لانه ملك منافعه على التأبيد فكان اقوى من المالك هنا واولى (ج) انها فى كسبه ومع العدم فى بيت المال لعدم ملك الموصى له الرقبة فكان كالمستأجر ولافائدة للوارث فيه فايجابها عليه اجحاف والحق ابتناء هذه المسألة على نفقة الاجير الخاص مع عدم الشرط ويبنى على ذلك وجوب الفطرة .

لاحدهما الانتفاع بدون صاحبه ،ولوطلب صاحب الفص قلعه اجبر عليه ولواحتاجت النخلة الموصى بثمرتها الى السقى اوالدار الموصى بمنفعتها الى العمارة لم يجبر أحدهما لوامتنع ،ولواوصى بالرقبة لواحد وبالمنفعة لآخر قومت الرقبة على الاول و المنفعة على الثانى ، ولواوصى له من غلة داره بدينار وغلتها ديناران صح. فان اراد الوارث بيع نصفها وترك النصف الذى اجره دينار كان له منعه لجواز نقص الاجرة عن الدينار ولولم تخرج الدار من الثلث فللوارث بيع الزائد وعليهم ترك الثلث. فان كانت غلته ديناراً اواقل فهى للموصى له وان كانت اكثر فله دينار والباقى للورثة ؛ولواوصى بعتق مملوكه وعليه دين قدم الدين فان فضل من التركة مايسع ثلثه قيمة العبد عتق و الاعتق مايحتمله ويسعى فى الباقى ولولم يبق شىء بطلت وقيل ان كانت قيمته ضعف الدين عتق وسعى فى خمسة اسداس قيمته ثلاثة للديان وسهمان للورثة و ان كانت

قال دام ظله : ولواوصى بعتق مملوكه وعليه دين قدم الدين (الى قوله) وان كانت اقل بطلت .

اقول : الاول اختيار ابن ادريس والثانى اختيار الشيخ فى النهاية وابن البراج واختاره المفيد فى المقنعة (لنا) انه اذا لم يحط الدين بالتركة ففضل شىء فيكون مالا للمريض فيدخل تحت قوله عليه السلام الآفى ثلث ماله ومارواه الحلبى فى الحسن قال قلت لابى عبدالله عليه السلام رجل قال ان مت فعبدى حر وعلى الرجل دين فقال ان توفى وعليه دين قداحاط بثمن الغلام بيع العبد وان لم يكن قد احاط بثمن العبد استسعى فى قضاء دين مولاه وهوحر اذا اوفى (١) (احتج) الشيخ بمارواه زرارة فى الحسن فى رجل اعتق مملوكه عند موته وعليه دين قال ان كان قيمته مثل الذى عليه ومثله جاز عتقه والالم يجز(٢) وفى الصحيح عن عبدالرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام فى حديث طويل قلت : رجل مات وترك عبدا ألم يترك غيره وقيمة العبد ستمائة درهم ودينه خمسمائة درهم فاعتقه عند الموت كيف يصنع فيه قال يباع فيأخذ الغرماء خمسمائة ويأخذ الورثة مائة ثم قال فان كانت قيمته ستمائة درهم ودينه اربعمائة درهم قال

---

(١) ١١ ب ٣٩ خبر ٣ من كتاب الوصية ؛

(٢) ١١ ب ٣٩ خبر ٦ من كتاب الوصية .

اقل بطلت و كذا لو نجّز عتقه في مرض الموت ، ولو اوصى بعتق مماليكه دخل ما يملكه منفرداً ومشتركا فيعتق النصيب ويقوّم عليه من الثلث على اشكال ، ولو اوصى بعتق عبيده ولا تركة غيرهم عتق ثلثهم بالقرعة ولو رتّب بدء بالاول فالاول حتى يستوفى

كذا يباع العبد فيأخذ الغرماء اربعمائة ويأخذ الوارث مائتين ولا يكون للعبد شيء قال قلت فان كانت قيمة العبد ستمائة درهم ودينه ثلثمائة درهم قال فضحك ثم قال بعد كلام فالان يوقف العبد ويسنسعى فيكون نصفه للغرماء ويكون ثلثه للورثة ويكون السدس له (١) (والجواب) ماذكرناه اولى لاعتضاد الرواية بالاصل .

قال دام ظله : ولو اوصى بعتق مماليكه دخل ما يملكه منفرداً ومشتركا فيعتق النصيب ويقوم عليه من الثلث على اشكال .

اقول: ينشأ (من) عموم النص (ومن) ان الميت معسر فان العتق لا يقع الا بعد الموت و لان العتق بالسراية اما بالعتق او بالاداء وكلاهما لا يتحقق هنا الا بعد الموت وهو غير مخاطب اذن (و التحقيق) ان قوله عليه السلام من اعتق شقصا من عبد عتق عليه كله(٢) يخرج الميت من وجهين (ا)ان قوله عليه السلام من اعتق انما هو حقيقة في المباشرة و لا يتحقق في الميت ولا الوارث لانه كالوكيل عن الميت (ب) قوله عليه السلام انما يتحقق لمخاطب (واعلم) ان للاصحاب في هذه المسألة قولين (احدهما) قول الشيخ في النهاية انه يقوّم عليه ان كان ثلثه يحتمل و ان لم يحتمل عتق منه بقدر ما يحتمل و تبعه ابن البراج و اختاره والدى المصنف في المختلف(وثانيهما) قوله في المبسوط انه لا يقوّم و اختاره ابن ادريس (واحتج) والدى بان الموصى اوجد سبب السراية في العتق فيوجد مسببه (اما الاولى) فلان العتق في الحقيقة مستند اليه ولهذا كان ولائه له (واما الثانية) فظاهرة و بما رواه احمد بن زياد عن ابى الحسن عليه السلام قال سألته عن الرجل يحضره الوفاة وله مماليك لخاصة نفسه وله مماليك في شركة رجل آخر فيوصى في وصيته مماليكي احرار؟ما حال مماليكه الذين في الشركة فكتب عليه السلام يقوّمون عليه ان كان ماله يحتمل فهم احرار (٣)

---

(١) ئل ب ٣٩ خبر ٥ من كتاب الوصية . (٢) المستدرك ب ٤٨ خبر ٣ من كتاب العتق

(٣) ئل ب ٧٤ خبر ٢ من كتاب الوصية .

الثلث ،ولواوصى بعتق عدد معيّن من عبيده ولم يعيّنهم استخرج العدد بالقرعة الى ان يستوفي الثلث ويحتمل تخيير الورثة .ولواعتق ثلث عبده منجزا عند الوفاة عتق اجمع ان خرجت قيمته من الثلث والّا (المتحمل) ولواعتقه اجمع ولاشيء له سواه عتق ثلثه ولواوصى بعتق رقبة مؤمنة وجب فان تعذر قيل اعتق من لايعرف بنصب، ولواعتق بظن الايمان فظهر الخلاف اجزء عن الموصى ، ولوأوصى بعتق رقبة بثمن فتعذر لم يجب الشراء

(و احتج) الشيخ في المبسوط بان ملكه قد زال عن ماله بالموت الا القدر الذى استثناه و منع والدى الصغرى لانه اوجد سبب التقويم و الاصح عندى انه لاتقويم .

قال دام ظله: ولواوصى بعتق عددمعين من عبيده (الى قوله) و يحتمل تخيير الورثة .

اقول : لانه اما ان يكون الوصية بان يعتق الوارث واحدا لابعينه بان يقول احدكم حرولم يقل به احد او يعتق واحدا في نفسه و هو تكليف مالا يطاق او ما يعيّنه الوارث وهو المطلوب ولانه قائم مقام الموروث (و وجه) القرعة انه موضوع على قهر الوارث (ولانه) حق للعبد و لا ترجيح فيه فتعين القرعة لانه امر مشكل وهو الاصح .

قال دام ظله : ولو اوصى بعتق رقبة مؤمنة وجب فان تعذر قيل اعتق من لايعرف بنصب .

اقول: هذا قول الشيخ في النهاية خلافا لابن ادريس فانه ذهب الى انه لا يجزى الّا المؤمنة وقال ابن البراج اذا اوصى بعتق رقبة مؤمنة لم يجز ان يعتق الا من كان كذلك وقد ذكر انه اذا لم يوجد الرقبة اعتق من الناس من لايعرف بنصب و لا عداوة لاهل البيت عليهم السلام والذى ذكرناه احوط هذا آخر كلامه والحق عندى مذهب ابن ادريس (لنا) قوله تعالى **فمن بدله بعدماسمعه(١)** وعوّل الشيخ على رواية على بن ابى حمزة عن ابى الحسن عليه السلام قال سالته عن رجل اوصى بثلثين دينارا يعتق بها رجلا من اصحابنا فلم يوجد بذلك قال يشترى من الناس فيعتق (٢)

---

(١) البقره ١٨١　(٢) ثلب ٧٣ خبر ١- من كتاب الوصية .

بازيد ولووجد بادون اجزء عندالضرورة فيعتق ويعطى الباقى ، ولواوصى بجزء من ماله فالسبع وقيل العشر والسهم الثمن والشيء السدس وماعدا ذلك يرجع الى تعيين الوارث فيقبل وان قلّ كقوله اعطوه حظّامن مالى اونصيبا اوقسطا اوقليلا اوجزيلااو يسيراً اوعظيما او جليلا اوخطيراً .ولوادعى الموصى له تعيين الموصى فالقول قول الوارث مع يمينه انادعى علمه والا فلايمين ، ولوقال اعطوه كثيراً فكذلك و قيل

وابن ابى حمزة ضعيف .

قال دام ظله : ولواوصى بجزء من ماله فالسبع وقيل العشر .

اقول :القولان للشيخ رحمه الله فقال فى النهاية و الخلاف بالاول وهواختيار المفيد وابن الجنيد وسلار وابن البراج وابن حمزة وقال فى كتابى الاخبار بالثانى و هو اختيار ابنى بابويه والمصنف فى المختلف (واحتج) بمارواه الشيخ عن عبدالله بن سنان قال ان امرأة اوصت الىّ وقالت ثلثى يقضى بهدينى وجزء منه لفلانة فسالت عن ذلك ابن ابى ليلى فقال ماأرى لهاشيئا ماادرى ما الجزء فسألت اباعبدالله عليه السلام بعد ذلك و خبّرته كيف قالت المرأة وماقال ابن ابى ليلى فقال كذب ابن ابى ليلى لهاعشر الثلث ان الله تعالى امر ابراهيم عليه السلام وقال له **اجعل على كل جبل منهن جزءاً** وكانت الجبال يومئذ عشرة فالجزء هوالعشر من الشيء (۱) (احتج) الآخرون بمارواه ابن ابى نصر فى الصحيح قال سألت اباالحسن عليه السلام عن رجل اوصى بجزء من ماله فقال واحد من سبعة لان الله تعالى يقول لهاسبعة ابواب لكل باب منهم جزء مقسوم (۲)(والجواب) الاول يرجّح بكونه صاحب الواقعة و الاصح عندى انه العشر لانه يصدق عليه انه جزء حقيقة واللفظ اذاتردد بين الاقل والاكثر انما يحمل على الاقل (وايضا) فانه تعالى استعمله فى العشر ونصّ المعصوم باستدلاله به على ان هذا الاستعمال حقيقة قال الشيخ الاولى محمولة على الوجوب والثانية على الاستحباب جمعا بين الاخبار.

قال دام ظله : ولوقال اعطوه كثيراً فكذلك وقيل نحمله على النذر .

اقول: اذاقال اعطوه كثيراً من مالى كان بمنزلة قوله اعطوه حظا اونصيبا

---

(۱) ثل ب ۵۴ خبر ۲ من كتاب الوصية والآية فى البقرة - ۲۶۰

(۲) ثل ب ۵۴ خبر ۱۱ من كتاب الوصية والآية فى سورة الحجر - ۴۴.

يحمل على النذر ولو قال اعطوه جزءاً جزءاً من مالي احتمل سبع السبع او عشر العشر و ما يعينه الوارث ، ولو اوصى باشياء فنسي الوصي شيئا منها صرف قسطه في وجوه البر و قيل يصير ميراثا ، ولو اوصى بسيف معين دخلت الحلية والجفن ان كان في غمده على

من مالي وهو اختيار المصنف في كتبه و هو قول ابن ادريس للاقتصار بالرواية على موضع النص وهو الاصح والثاني قول الشيخ وابن حمزة والصدوق والالزم الاشتراك والمجاز و كلاهما على خلاف الاصل فعلى (الاول) يتخير الوارث وهو الاصح عندي.

قال دام ظله : ولو قال اعطوه جزءاً جزءاً من مالي احتمل سبع السبع او عشر العشر وما يعينه الوارث .

اقول: البحث هنا قدمضى (ووجه الثالث)، ان الروايتين المعينتين انما وردتا في الوصية بجزء المال لا جزء جزئه فلا يحمل على الاول لانه خلاف الاصل فيقتصر به على موضع النص وهو الاصح عندي .

قال دام ظله: ولو اوصى باشياء فنسي الوصي شيئا منها صرف قسطه في وجوه البر وقيل يصير ميراثا .

اقول: الاول مذهب الشيخين والصدوق وابن البراج والثاني نقله ابن ادريس عن الشيخ في جواب الحايريات وقوّاه (احتج) الاولون بان جعله ميراثا تبديل للوصية ، ومارواه محمد بن ريان قال كتبت اليه يعني علي بن محمد عليه السلام اسأله عن انسان يوصي بوصية فلم يحفظ الوصي الا باباواحداً منها - كيف يصنع في الباقي فوقّع عليه السلام الابواب الباقية اجعلها في البر(١) ولان ملك الورثة بعد الوصية فمالكه غيرهم وقد خفي فيصرف في البرّ كغيره (احتج) الاخرون بامتناع القيام بها فتبطل (والجواب) منع كلية الكبرى فان الممتنع المتعين لا مطلق الاخراج عن ملك الوارث وقصده القربة والاول هو الاصح .

قال دام ظله : ولو اوصى بسيف معين (الى قوله) على اشكال .

اقول: ينشأ (من) العرف وهو قول الشيخ ابي جعفر الطوسي وعدم دلالة

---

(١) ثل ب٦١ خبر١ من كتاب الوصية .

اشكال ، ولو اوصى له بسفينة أو صندوق او جراب قيل دخل المظروف ولو اوصى باخراج بعض ولده من التركة لم يصح وهل تكون وصية لباقي الورثة بالجميع او يلغو لفظه اشكال ، ولو قال حجوا عني بالف واجرة المثل اقل فالزيادة وصية للنائب فان

لفظ السيف عليه باحدى الدلالات الثلاث وهو الاصح لان نقل مال الغير مبني على الاحتياط و كل مبني على الاحتياط لايكفي فيه الاالجزم اومانص الشارع عليه من مراتب الظن كالبينة .

قال دام ظله : ولو اوصى له بسفينة او صندوق اوجراب قيل دخل المظروف .

اقول: هذا قول الشيخ ابي جعفر واختاره ابن الجنيد والصدوق وابو الصلاح وابن البراج لرواية ابي جميلة عن الرضا عليه السلام قال سألته عن رجل اوصى لرجل بسيف و كان في جفن وعليه حلية فقال له الورثة انما لك النصل وليس لك المال قال فقال لا بل السيف بما فيه له قال قلت رجل أوصى لرجل بصندوق وكان فيه مال فقال الورثة انما لك الصندوق وليس لك المال قال فقال ابو الحسن عليه السلام الصندوق بما فيه له (۱) و عن عقبة بن خالد عن الصادق عليه السلام قال سألته عن رجل قال هذه السفينة لفلان ولم يسم مافيها وفيها طعام ايعطاها الرجل ومافيها قال هي للذي اوصى له بها الا ان يكون صاحبها منهما وليس للورثة شيء (۲) واما المفيد فقيد الصندوق بالمقفل والجراب بالمشدود وهو اختيار ابي الصلاح (والحق) انه ان وجدت قرينة تقتضي الدخول دخل والافلا والبحث انما هو في المشار اليه .

قال دام ظله : ولو اوصى باخراج بعض ولده من التركة لم يصح وهل يكون وصية لباقي الورثة بالجميع او يلغو لفظه اشكال .

اقول: المشهور بين الاصحاب البطلان واختاره الشيخ في النهاية وروى محمد ابن بابويه في كتابه عن وصي علي بن السري قال قلت لابي الحسن عليه السلام ان علي بن السري توفي واوصى الي فقال رحمه الله فقلت وان ابنه جعفراً وقع على ام ولده فامرني

---

(۱) ئل ب ۵۷ خبر ۱ من كتاب الوصية .

(۲) ئل ب ۵۹ خبر ۱ من كتاب الوصية .

ان اخرجه من الميراث فقال لي اخرجه فان كنت صادقا فسيصيبه الخبل قال فرجعت فقدمني الى ابي يوسف القاضي فقال له اصلحك الله انا جعفر بن علي بن السري وهذا وصي ابي فمره فليدفع الي ميراثي من ابي فقال لي ما تقول فقلت نعم هذا جعفر بن علي بن السري وانا وصي علي بن السري قال فادفع اليه ماله فقلت له اريد ان اكلمك قال فادن فدنوت حيث لا يسمع احد كلامي فقلت له هذا وقع على امولد لابيه و امرني ابوه و اوصى الي ان اخرجه من الميراث ولا اورثه شيئا فاتيت موسى بن جعفر عليهما السلام بالمدينة فاخبرته وسالته فامرني ان اخرجه من الميراث ولا اورثه شيئا قال الله (١) ان ابا الحسن امرك فقلت نعم فاستحلفني ثلاثا ثم قال لي انفذ ما امرك فالقول قوله قال الوصي فاصابه الخبل (٢) بعد ذلك قال ابو محمد الحسن بن علي الوشا رايته بعد ذلك وقد اصابه الخبل (٣) قال ابن بابويه محمد عقيب هذه الرواية من أوصى باخراج ابنه من الميراث ولم يكن احدث هذا الحدث لم يجز للوصي انفاذ وصيته في ذلك (قال الشيخ في الاستبصار) هذا الحكم مقصور على هذه الوصية لا يتعدى بها الى غيرها والمصنف لم يعمل على هذه الرواية لانها قضية في واقعة فلا تعم لمخالفتها الادلة و من ثم استشكل بطلان الوصية بالكلية او وقوعها لغيره من الوارث بالجميع فيمضي من الثلث كما لو أوصى بذلك ابتداء (ومنشأ الاشكال) من حيث اطلاق الاصحاب بطلان الوصية (ومن) استلزامه ذلك فتمضي من الثلث والاقوى منه كون الباقي للورثة لم يحصل من مجرد لفظ الوصية مطابقة ولا تضمنا وهو ظاهر ولا التزاما لانه اعم بل هو حكم شرعي لازم لخروجه وعدم استحقاق غيره لنصيبه بوصية او غيرها واذا لم يوجد الملزوم ولا غيره يدل على وجود اللازم لم يحكم به والاقوى عندي البطلان واختار في المختلف صحتها من الثلث لباقي الورثة ومع اجازته يصح الكل لان اخراجه يستلزم تخصيص

---

(١) كانه تعجب من كلامه وان ابا الحسن امره وتقدير الكلام اسالك بالله او اناشدك ان ابا الحسن الخ بقرينة قوله فاستحلفني ثلاثا .　(٢) هو نوع من الجنون

(٣) ثم ب ٩٠ خبر ٢ من كتاب الوصية

كان معيناصح و كذا ان كان مطلقا ولوامتنع المعين فى الندب احتمل البطلان ،ولو قال اشتروا عشرة اقفزة بمائة وتصدقوابها فوجدعشرة اجود انواعها بثمانين فالعشرون للورثة لاللبايع ، ولواوصى بثلثه للفقراء وله اموال متفرقة جازصرف كل مافى بلد الى فقراءه ولوصرف الجميع فى فقراء بلدالموصى اوغيره اجزء ويدفع الى الموجودين فى البلد ولايجب تتبّع الغائب ، ولوقال اعتقوا رقابا وجب عتق ثلاثة الا ان يقصر الثلث فيعتق من يحتمله ولو كان واحداًولوقصر فالاقرب عتق شقص ان وجد والّا صرف

باقى الورثة (وانااقول)هذه الوصية مخالفة لنص القرآن حيث قال تعالى **يوصيكم الله فى اولادكم** الاية (١) و كل وصية مخالفة لنص القرآن فهى باطلة .

قال دام ظله : ولوامتنع المعين فى الندب احتمل البطلان .

اقول: (من) حيث ان غيره ليس امتثالا للوصية و انما اوصى بالحج من هذا المعين لا من غيره وهما متغايران (ومن) حيث ان بطلان المركب لايستلزم بطلان جزء بعينه وهوالاصح .

قال دام ظله :ولوقال اعتقوا رقابا (الى قوله) او يتصدق به على اشكال.

اقول: فى هذا الكلام مسائل اربع (ا) وجوب عتق المماليك الثلاثة لانه لفظ جمع و اقله ثلاثة على ما قرر فى الاصول (ب) لو تعذر وجب الممكن حتى الواحد لوجوب عتق كل واحد واحد و الميسور لا يسقط بالمعسور (ج) لو تعذر الاجزء واحد كنصف عبد مثلا فالاقرب عند المصنف وعندى الوجوب (و وجهه) ان وجوب عتق العبد يستلزم وجوب عتق اجزائه لتقدم الجزء فى الوجودين و العدمين فلا يكون متوقفا على الكل (و من) حيث انه وجب بالتبعية فان دلالة التضمن تابعة لدلالة المطابقة و مع عدم المتبوع لا يجب التابع (د) لولم يمكن شراء شيء من اجزاء العبد هل تبطل الوصية او يتصدق به قال المصنف فيه اشكال و منشأه من تعذر المصرف وهو العتق وغيره تبديل للوصية و هو منهى عنه بالآية و كيف لاوتعيين شيء ينفى غيره لزوما فامتنع العمل بالوصية فتبطل (ومن) حيث انه نوع من البر

---

(١) النساء -١٢-

الى الورثة او يتصدق به على اشكال و كذا الاشكال لو اوصى بشيء في وجه فتعذر صرفه فيه ولو اوصى له بعبد و لآخر بتمام الثلث صح، ولو ذهب من المال شيء فالنقص على الثاني ولو حدث عيب في العبد قبل تسليمه الى الموصى له فللثاني تكملة الثلث بعد وضع قيمة العبد صحيحا لانه قصد عطية التكملة والعبد صحيح بخلاف رخصه ، ولو مات العبد قبل الموصى بطلت وصيته واعطى الاخر مازاد على قيمة العبد الصحيح ولو كانت قيمته بقدر الثلث بطلت الثانية ، ولو قبل المريض الوصية بابيه عتق عليه من اصل المال (لانا) نعتبر من الثلث مايخرج عن ملكه وهنا لم يخرجه بل بالقبول ملكه وانعتق تبعا لملكه و كذا لو ملكه بالارث . اما لو ملكه بالشراء فانه يعتق من الثلث على الاقوى ، والاقرب في الا تهاب انه كالارث لانه عتق مستحق ولا عوض في مقابلته فحينئذ لو اشترى ابنه

وبطلان المركب لا يستلزم بطلان جزء بعينه فتبقى الوصية في البر (ولان) المعلوم من قصده بالعتق التقرب .

قال دام ظله : و كذا الاشكال لو اوصى بشيء في وجه فتعذر صرفه فيه.

اقول: (من) حيث انه اخرجه عن الورثة و جهل مستحقه (و من) حيث تعذر الوصية و المحذور من تبديلها لازم و الاصح عندى في هذه المسألة و المسألة السابقة البطلان .

قال دام ظله : اما لو ملكه بالشراء (الى قوله) ولا عوض في مقابلته.

اقول: هنا مسألتان (١) اذا اشترى المريض من ينعتق عليه بثمن المثل هل ينعتق عليه من الاصل فيصح شراء الكل او من الثلث فيبطل الشراء في ما لا يتسع له لاستلزام الملك هنا العتق في الآن الذي بعده بلافصل (فنقول) من ذهب من الاصحاب الى نفوذ منجزات المريض المتبرع بها من الاصل كابن ادريس ينفض عنده الشراء والعتق من الاصل هنا بل هو اولى ، (و غيره) كالمصنف قوى اعتبار الثلث لايجاب قوله (اشتريت) العتق كايجاب (انت حر) و كل منهما صدر عن قدرته واختياره والشراء هنا هو المفوت للثمن والمثمن على الورثة لاقتضائه حرية المبيع (ولان) ملك الثمن مستقر وملك المبيع غير مستقر فكان كلا ملك بالنسبة الى الورثة فصار الثمن كالمتبرع به والعتق

وهو يساوى الفا بخمسمائة فالزايد محاباة حكمه حكم الموهوب ، ولواوصى بالحجة تطوعا فهى من الثلث ولوكان واجبا فهى كالدين لاحاجة فيه الى الوصية لكن لوقال حجّوا عنى من ثلثى كانت فائدته زحمة الوصايا بالمضاربة ولايقدم على الوصايا فى الثلث ثم ان لم يتم الحج بماحصل من المضاربة كمل من رأس المال فيدخلها الدور فاذا كانت التركة ثلاثين وكل من اجرة المثل والوصية عشرة اخرج من الاصل شيء وهو تتمة الاجرة ويبقى ثلاثون الاشيئا ثلثها عشرة الاثلث شيء فللموصى له خمسة الاسدس شيء وكذا للحج فاذا ضم اليه شيء صار للحج خمسة وخمسة اسداس شيء تعدل عشرة فالشيء ستة فللموصى له اربعة .

اختيارى لاعوض فى مقابلته (ويحتمل) ضعيفا صحتها من الاصل لان الشراء بثمن المثل فلاتبرع فيه والعتق قهرى علّته القرابة والشراء مقرب والاصح عندى الاول ، لان الشراء يستلزم مامنع الشارع منه وهو اتلاف اكثر من الثلث على الورثة بغير عوض يحصل لهم فيمنع من اللازم والالزم تكليف مالايطاق او انفكاك اللازم عن ملزومه وكلاهما محال (ومبنى) هذه المسألة على مسألة كلامية هى ان القدرة على السبب هل هى قدرة على المسبب اوتستلزمها اولاقدرة على المسبب ذهب الجبائيان واتباعهما الى الاول وذهب عباد الصيمرى الى الثانى لان المسبب مع وجود السبب واجب ومع عدمه ممتنع ولاقدرة عليهما (فعلى الاول) يمضى من الثلث (وعلى الثانى) من الاصل (ب) لواتهبه المريض من غير شرط عوض (فمن) قال ان الهبة مع الاطلاق تستلزم الثواب وهو العوض المالى (من الاصحاب) (١) يمضى العتق من الثلث فيبطل الهبة فى مالا يتسع له وللتنبيه على هذا القول قال والاقرب (فى الاتهاب) وجزم (فى الوصية) بالصحة لعدم استلزامها الثواب المذكور ، والاصح انه يمضى من الاصل لانه يشتمل على دخول ملك وخروجه والدخول اذا لم يكن فى مقابلته عوض لم يمكن اعتبار الثلث، واما الخروج فقهرى لان المالك غير قابل لملكه فى الآن الثانى (ويتفرع) على هاتين المسألتين انه لواشترى المريض اباه وهو يساوى الفا بخمسمائة والتركة ستمائة

---

(١) متعلق بقوله فمن قال.

المطلب الثالث

في الاحكام المتعلقة بالحساب وفيه بحثان

الاول في ماخلا عن الاستثناء وفيه مقامان **الاول** اذا كان الموصى له واحداً، اذا اوصى له بمثل نصيب احد ورثته و اطلق فان تساووا فله مثل نصيب احدهم مزادا على الفريضة ويجعل كواحد منهم زادفيهم ، وان تفاضلوا فله مثل نصيب اقلهم ميراثا يزاد على فريضتهم وان أوصى له بمثل نصيب واحد معين فله مثل نصيبه مزاداً على الفريضة فان زاد على الثلث ولم تجز الورثة اعطى الثلث ، فلو كان له ابن أو بنت فاوصى بمثل نصيبه فان اجاز فله نصف التركة وان ردّ فله الثلث وسواء كان الموصى له احد الورثة او اجنبيا ، ولو كان له ابنان فاوصى له بمثل نصيب احدهما فله الثلث ولو كانوا ثلاثة فله الربع ولو كانوا اربعة فله الخمس وهكذا (**وطريقه**) ان تصحح مسألة الفريضة وتزيد عليها مثل نصيب من اضيف الوصيه الى نصيبه فلو كان له ابن و بنت واوصى له بمثل نصيب الابن فله سهمان من خمسة ان اجازا ،ولو قال مثل نصيب البنت فله الربع ولو كان له ثلاثة بنين وثلاث بنات واوصى له بمثل سهم بنت او احد ورائه فله العشر، ولو قال مثل نصيب ابن فله سهمان من احد عشر ،ولو قال مثل نصيب بنتي وله مع البنت زوجة فاجازتا فله سبعة من خمسة عشر وكذا البنت وللزوجة سهم واحد،ولو قال مثل نصيب الزوجة فله التسع ولو كن الزوجات اربعا فله سهم من ثلاثة وثلاثين وكذا لو كان مع الزوجات ابن ولو اوصى بمثل نصيبه فاجاز الورثة ففريضة الورثة من اثنين وثلاثين تضيف اليها

(فعلى اختيار) الشيخ يصح العتق في نصف العبد وخمسه بمائتين التي هي ثلث التركة لان الخمسمائة الزائدة على الثمن تبرع بها البايع وصح الشراء بثلث التركة من الثمن وهو مائتان في مقابلها (وعلى قول المصنف) من ان بطلان جزء من الثمن يستلزم بطلان مايقا بله من المثمن كنسبة الكل الى الكل يصح البيع في خمسي العبد بمائتين فيبطل في ثلاثة اخماسه في مقابلة ما بطل من الثمن وهو ثلاثة اخماسه فيعتق من العبد خمساه لاغير فقد حصل مع الورثة الثلثمائة التي بطل فيها الشراء من الثمن ومائة من التركة وذلك ضعفا ما اخرجه من ماله .

ثمانية وعشرين هي سهام الموصى له فيصير ستين ، ولو أوصى لاجنبي بنصيب ولده احتمل البطلان والصرف الى المثل .

المطلب الثالث في الاحكام المتعلقه بالحساب

وفيه بحثان الاول في ما خلا عن الاستثناء

قال دام ظله : ولو اوصى لاجنبي بنصيب ولده احتمل البطلان والصرف الى المثل .

اقول :قال في المبسوط بطلت الوصية وقال بعض علمائنا تصح الوصية ويكون بمنزلة ما لو اوصى له بمثل نصيب ابنه (ووجه الاول) ان صحتها موقوفة على بطلانها لتوقف صحتها على ان يكون للابن نصيب ولا يكون له نصيب حتى تبطل هذه الوصية لان الابن لا يملك الا بعد خروج الوصية لقوله تعالى **من بعد وصية يوصى بها او دين(١)** او بطلانها (والاول) غير متحقق لمنافاة صحة الوصية بنفس نصيبه ملكه بعد خروج الوصية والا لاعطى غير النصيب فكان تبديلا للوصية فلا يعلق ملكه على خروجها فبقى الثاني (ولان) بطلانها لازم لكل واحد من النقيضين فيكون واقعا دائما (اما الاول) فللزومه لعدم ثبوت النصيب للولد لعدم تحقق الموصى به اذ لا نصيب له حينئذ ولثبوته لعدم ترتب اثرها عليه حينئذ (و وجه الثاني) حمل اللفظ على مجازه للقرينة وهي ثابتة (ولانه) وصية له بجميع ماله في الحقيقة فصح ، والا صح عندى البطلان و هو اختيار والدى في المختلف لانه اوصى له بحق يستحقه ولده واذا اوصى بحق الغير لم يصح كما لو قال اوصيت لزيد بملك ولدى (والجواب) عن حجتهم ان اللفظ المطلق اذا كان حمله على الحقيقه يقتضى البطلان لا نحمله على المجاز للصحة بل نحكم ببطلانه وهذا طريق اهل الشرع ، وفرق بين الوصية بالجميع وبين هذا لان الوصية بالجميع لم يضفه الى احد وهنا اضافه (قالوا) المراد بالاضافة التقدير وهو كثير في الاستعمال عرفا كما لو قال بعت حمارى بما باع به زيد حماره (قلنا) له حقيقة في الملك مجاز في ما قلتم والالزم الاشتراك والمجاز خير منه (فعلى الصحة) لافرق بين زيادة لفظة المثل وحذفها

(١) النساء ١٢ .

ولو اوصى بمثل نصيب ابنه وكان قاتلا او كافراً بطلت على رأى ولو اوصى بمثل نصيب ابنه ولا ابن له بطلت ولو أوصى بمثل نصيب وارث مقدر اعطى ما لو كان موجوداً اخذه فلو خلف ابنين واوصى بمثل نصيب ثالث لو كان فله الرابع ولو كانوا ثلاثة فله الخمس (ويحتمل) ان يكون له الثلث مع الاثنين والربع مع الثلاثة ولو قال مثل

فقوله اوصيت بنصيبه مثل اوصيت بمثل نصيبه وانما فرق القائل بالبطلان .

قال دام ظله : ولو اوصى بمثل نصيب ابنه وكان قاتلا او كافراً بطلت على رأى .

اقول: هذا قول الشيخ فى المبسوط لانه اوصى له بمثل نصيب من لا شيء له (وقيل) يصح ويقدّر لو لم يكن قاتلا صيانة لكلام القائل عن الهذرية و الحق اختيار والدى فى المختلف وهو انه ان كان عارفا بانه قاتل وانه لاشيء له لم يصح وان جهل احدهما صحت .

قال دام ظله: ولو اوصى له بمثل وارث مقدر (الى قوله) و يحتمل ان يكون له الثلث مع الاثنين والربع مع الثلاثة .

اقول: اتفق الكل على صحة هذه الوصية سواء ذكر لفظة المثل او حذفها اذا عرفت ذلك (فنقول) هنا مسألتان (ا) ان يذكر لفظة المثل فيعطى الموصى له ما لو كان الوارث المقدر موجوداً اخذه فيرجع ضمير الفاعل الى الموصى له وضمير المفعول الى ما يأخذه الموصى له لو كان الوارث المقدر موجوداً (ويحتمل) ان يأخذ نفس نصيب الابن الذى اوصى له بمثل نصيبه (ووجه الاول) انه قدّره موجوداً واوصى له بمثل ما يأخذه مع وجوده لا بنفس النصيب لاستحالة كون الشيء مثل نفسه لان المماثلة من النسب والاضافات فالوصية تقتضى ان يكون للابن لو كان موجودا نصيب وللموصى له نصيب وان يكون النصيبان (المذكوران ـ خ) متساويين قدراً (ووجه الثانى) انه اقام الموصى له مقام الابن المقدّر وذلك الابن المقدر لولا الوصية لكان له الثلث على تقدير وجوده فلهذا الموصى له الثلث وانما كان له الربع فى ما اذا كان له ثلاثة بنين للعول بسبب الازدحام فان الابن يستحق الثلث و الموصى له

نصيب بنت لو كانت وله ثلاثة بنين فالثمن اوالسبع ولواوصى بمثل نصيب ابنه وله ابن وبنت فان اجازا فالفريضة من خمسة وان ردّا فمن تسعة ولو اجازاحدهما وردّ الآخر ضربت مسألة الاجازة فى مسألة الرد تبلغ خمسة واربعين فمن اجاز ضربت نصيبه من مسألة الاجازة فى مسألة الرد ومن ردّ ضربت نصيبه من مسألة الرد فى مسألة الاجازة فان اجاز الابن فله ثمانية عشرة حاصلة من ضرب اثنين فى تسعة و للبنت عشرة حاصلة من ضرب اثنين فى خمسة وتبقى سبعة عشر للموصى له ولو اجازت البنت فلها تسعة حاصلة من ضرب واحد فى تسعة وللابن عشرون حاصلة من ضرب اربعة فى خمسة و وللموصى له ستة عشر وهذا ضابط فى كل مايرد من اجازة البعض ورد الآخرين ولو اوصى بجزء معلوم فان انقسم الباقى على الورثة صحت المسألتان من مسألة الوصية وان انكسر فاضرب احدى المسالتين فى الاخرى ان لم يكن بينهما وفق والا ضربت جزء الوفق من فريضة الورثة فى فريضة الوصية وان شئت صححت فريضة الورثة ثم انظر الى جزء الوصية من اصله وانظر الى نسبته الى ما بقى وزد على سهام الورثة مثل تلك النسبة فما بلغ صحت منه المسألتان فلو أوصى بثلث ماله وله ابنان وبنتان ففريضة الوصية ثلاثة اسهم للموصى له ويبقى اثنان للورثة يوافق الفريضة فى النصف تضرب جزء الوفق من فريضتهم وهو ثلاثة فى فريضة الوصية تبلغ تسعة للموصى له ثلاثة.

وان شئت صححت الفريضة اولا من ستة تنظر الى جزء الوصية وهو ثلث يخرج من ثلاثة فتأخذ جزء الوصية وهو واحد وتنسبه الى مابقى وهو سهمان فاذا هو مثل نصفه وتزيد على فريضة الورثة وهى ستة مثل نصفه يصير تسعة ولو كان له ثلاث اخوات من

الثلث ولايمكن ابطال احد النصيبين فيعول بالمثل وكلما عال بالمثل فالمزيد مثل المزيد عليه والثلث اذا زيد على الثلاثة صار ربعا وانما جاء العول من وجود الابن الثالث المستحق وامتناع ابطال احدهما وهذا ليس بموجود فى العدم وهو الابن المقدر ، والاصح عندى الاول (ب) ان يحذف لفظة المثل (فنقول) اعطوه نصيب ابن ثالث او كان موجوداً فهنا يعطى فى المثال الاول الثلث اجماعا :

الابوين وجدمن الام فعلى الاول تأخذ جزء الوصية وهوالثلث يبقى سهمان لاينقسم على الورثة لانها من تسعة فتضرب تسعة فى ثلاثة تبلغ سبعة وعشرين و منهـا تصـح المسألتان ، للموصى له تسعة وللاخوات اثنا عشروستة للجد و على الثانى تزيد على التسعة مثل نصفها لانها نسبة جزء الوصية مما يبقى من مسألة الوصية و ليس للتسعة نصف فتضر بهافى مخرج النصف تصير ثمانية عشرفتزيد عليه مثل نصفه يصير سبعة وعشرين وهكذا الحكم لوأوصى بمثل نصيب ابنين اواكثراوابن وبنت اوابن وزوجة وغيرهما ولواوصى بجزء من حصة وارث معين خاصة فهنا احتمالات (الاول) وحـدة الوصية(الثانى) تعددها مرتبامقدما للوارث الاخر(الثالث) تقديم الاجنبى(الرابع) عدم الترتيب فيخرج الثلث ويقسم الباقى على الورثة ويقسط الثلث على النسب المحتملة بحسب الوصية فلواوصى له بنصف حصة ابن وله آخر فان اجاز الابن تقاسما النصف بالسوية وللآخر النصف والآدفع ثلث حصة على الاول والثانى وعلى الثالث يدفع الى الاجنبى الربع والى الآخر نصف السدس وعلى الرابع يحتمل هنا التقسيط اخماسا لان وصية الاجنبى بالربع وهى ثلاثة من اثنى عشر ووصية الابن بتكملة النصف وهى سهمان والتسوية لان مايحصل للمزاحم بعد الوصية يحصل مثله بالميراث للآخر ومازاد وصية وهما متساويان ولواوصى بالربع من حصة الابن دون البنت (فعلى الثلاثة الاول) كماتقدم (وعلى الرابع) يقسم الثلث من تسعة على ثلاثة عشر بين البنت والموصى له فتضرب احديهما فى الاخرى تبلغ مائة وسبعة عشر وتعطى البنت سهما من تسعة بالوصية والموصى له سهمين والفرق بين الاجازة وعدمها هنا زيادة حقها فى الوصية ونقصه فى الميراث اوبالعكس ولواوصى بمساواة البنت مع الابن احتمل الوحدة فالوصية بالسدس والتعدد فبالربع وتظهر الفائدة فى مالوأوصى لآخر بتكملة الثلث ولواوصى بنصف حصة الابن بعد الوصية دخلها الدور فللابن شىء وللموصى له نصف شىء وللبنت نصفها فالفريضة

قال دام ظله : ولواوصى بجزء من حصة وارث معين خاصة (الى قوله) فالفريضة تسعة والشىء اربعة .

اقول : هنا مسائل (الاولى) اذا اوصى بجزء من حصة وارث معين خاصة كما

اذا اوصى بنصف حصة واحد معين من الاثنين خاصة فهنا احتمالات (ا) وحدة الوصية لمنع الوصية الميراث فيما صحت فيه لتاخره عنها الآية فعدم الوصية شرط اوجزء وقد تحقق في احد الوارثين دون الاخر لدلالتها بالمطابقة على اعطاء الموصى له ذلك القدر ولم يتعرض لشيء آخر زيادة عن ذلك فكانت وصية واحدة للاجنبي (ب) تعددها اذ قوله (اعطوه نصف نصيب ابني) حصر الوصية للاجنبي في حصة احدهما و هو يدل بالالتزام على ان نصيب الآخر الاصلي لاينقص بل يعطى نصيبه تاما والالم يتحقق الحصر (ولان) التفاضل مع مقتضى التساوي انما هو بسبب غير سبب التساوي ، فسبب ملكية الفاضل ليس (عدم) الوصية اذ العدمي لايكون علة في الوجودي (ولان) العدم لا يعلل ولا يعلل به على قول بعض المتكلمين (ولا مجرد) البنوة من غير اعتبار الوصية وعدمها والا لكان الآخر كذلك هذا خلف ، فتعين ان يكون باعتبار الوصية فيكون هذه الوصية قد اشتملت على وصيتين (وصية) للاجنبي و (وصية) للابن الموفر (وعلى هذا التقدير) وهو تعدد الوصية يحتمل وجوها ثلاثة (ا) الترتيب بين الوصيتين مع تقدم الوارث لانه اوصى له بان يأخذ نصيبه كملا ولايزاحمه الموصى له اصلا وهذا معنى التقديم (ب) الترتيب مع تقديم الاجنبي لدلالة لفظه على وصية الاجنبي بالمنطوق وللوارث بالالتزام والثاني تابع للاول ومتأخر عنه و(لان) الوصية للولد ملزومة للوصية للاجنبي ومعلولة لها فيتأخر عنها (ج) عدم الترتيب بين الوصيتين لثبوتهما في زمان واحد بلفظ من غير تقديم ولاتاخير و(لتعارض) مرجحي تقديم كل منهما فيتساقطان ويرجع الى الاصل وهو عدم الترتيب ، اذا تقرر ذلك (فنقول) اما ان يجيز الموصى من نصيبه اولا ، (فان كان) الاول فلا بحث لانه في المثال المذكور يأخذ الموصى له الربع والمزاحم الربع وللابن الموفر النصف فيصح من اربعة و (ان كان) الثاني وهو انه لم يجز (فعلى وحدة الوصية) يدفع المزاحم ثلث ما في يده وهو السدس الى الاجنبي وللموفر النصف وكذا (على تعددها) وتقديم الوارث الآخر الموفر لانحصار وصية الاجنبي في نصيب المزاحم ونفوذها في ثلثه و هو السدس لاغير فللمزاحم ثلث التركة و للموفر مثله

بالميراث وتكملة النصف له بالوصية وهى السدس ولانا نسمى وصيته للموفّر بتكملة ما يحصل له بالميراث نصفا شيئا فيدفع اليه من ثلث التركة شيئا يبقى ثلث الاشياء للاجنبى لانه يختص بالنقص وقلنا التركة بين الاخوين لكل ثلث بالميراث فعرفنا ان التكملة الموصى بها للموفّر سدس فالفريضة حينئذ ستة للموصى له السدس واحد وهو ثلث نصيب الموصى من نصيب المزاحم واثنان للمزاحم وللموفر ثلاثة (و على تعددها) وتقديم الاجنبى يخرج ثلث التركة فيدفع منه الى الموصى له الاجنبى ربع التركة وللوارث الموفّر تتمة الثلث وهو نصف سدس ويصح من اثنى عشر للاجنبى ثلاثة وللوارث الموفّر سهم بوصيته واربعة بميراثه فله خمسة وللمزاحم اربعة (وعلى تقدير) تعدد الوصية وعدم تقديم احدهما بقسم الثلث على الوصيتين اعنى وصية الاجنبى ووصية الوارث الموفر ، وفى كيفية قسمة الوصية فى المذكور احتمالان ذكرهما المصنف وذكر وجههما (احدهما) قسمته اخماسا اذا لموصى له الاجنبى وصيته بثلاثة من اثنى عشر وللابن الآخر الموفّر وصيته بتمام النصف سهمان فان شئت فاضرب خمسة فى اثنى عشر ومنها تصح (الوصية ـ خ) وان شئت تضرب ثلاثة فى خمسة يبلغ خمس عشر الثلث تقسم اخماسا للاجنبى ثلاثة اخماسه وللابن خمساه ويبقى عشرة بين الابنين فيحصل للابن الموفر سبعة وللموصى له الاجنبى ثلاثة وللمزاحم خمسة (وثانيهما) قسمة الثلث بينهما بالسوية لما ذكره المصنف ، من ان وصية الاجنبى بالربع فله بالميراث الربع مع صحة الوصية فلاخيه كذلك فى تقرير الموصى بوصيته والزائد له بالوصية وانما يقسط النقصان على نسبة نفوذ كل الوصية (ولان) كلما اخذه الموصى له من نصيب مزاحم فللموفّر مثله بالوصية ، قال المصنف وهذا الوجه احسن فيصح من ستة الثلث بين الموصى له الاجنبى و الابن الموفّر بالسوية لكل سهم و الثلثان بين الابنين بالسوية .

(المسئلة الثانية) اذا كان له ابن وبنت واوصى بالربع من حصة الابن دون البنت ونعنى بالربع هنا ربع التركة (فعلى الثلاثة الاول) الحكم ماتقدم وهو ظاهر

فان على وحدة الوصية مع عدم الاجازة يدفع الابن الى الموصى له ثلث مافى يده و مخرج ثلث الثلث تسعة فاصل الفريضة تسعة للابن ستة ثلثها اثنان للموصى له وللابن اربعة وللبنت ثلاثة (وعلى تعدد الوصية) وتقديم الوارث يخرج الثلث يدفع الى البنت منه سهما من تسعة لان وصيتها بتمام الثلث ولها تسعان وللاجنبى تتمة الثلث سهمان ويقسم الباقى اثلاثاً للابن ثلثاه وللبنت ثلثه (وعلى تعدد الوصية) وتقديم الاجنبى يدفع الى الاجنبى الربع والى البنت نصف السدس تتمة الثلث والباقى يقسم اثلاثا ، فاصل الفريضة ستة و ثلاثون سهما للاجنبى تسعة وللبنت احد عشر وللابن ستة عشر (وعلى تعدد الوصية) و عدم التقديم يقسم الثلث على نسبة الوصيتين وفيه احتمالان (احدهما) قسمته على ثلاثة عشر اذ اصل الفريضة ثلاثة لا تقسم الثلثان على ثلاثة تضرب ثلاثة فى ثلاثة مخرج الثلث للموصى له ربع الاصل سهمان وربع ووصية البنت التفاوت بين النسعين (السبعين ـ خ) والثلث وهو سهم فمجموع الوصيتين ثلاثة اسهم وربع فيبسط من جنس الكسر فيكون ثلاثة عشر للموصى له تسعة اجزاء وللبنت اربعة فتضرب ثلاثة عشر فى تسعة تبلغ مائة وسبع عشر فالثلث للوصيتين وهو تسعة وثلاثون وللاجنبى سبعة وعشرون وللبنت بوصيتها اثنى عشر تبقى ثمانية وسبعون للبنت الثلث منها ستة وعشرون يكمل لها ثمانية و ثلاثون (الاحتمال الثانى) ان يقسم الثلث بين الاجنبى والبنت اثلاثا لان وصية البنت سهم وهو التفاوت بين الثلث والنسعين والباقى بالميراث وهو سهمان من تسعة فيكون للابن ضعفه بالميراث اربعة اسهم يبقى وصية الاجنبى سهمان (وهيهنا) دقيقة وهى ان للبنت ثلاثة اسهم مع الاجازة و كذا مع عدمها لكن مع الاجازة تكون لها اربعة من اثنى عشر بالوصية والميراث وللابن خمسة وللموصى له ثلاثة فللبنت سهمان ونصف بالميراث وسهم ونصف بالوصية ومع عدم الاجازة للابن خمسة وثلث وللبنت سهمان وثلثا سهم ولها بالوصية سهم وثلث فمع الاجازة يزيد حقها بالوصية وينقص بالميراث ومع عدم الاجازة ينقص حقها بالوصية عن حال الاجازة ويزيد حقها بالميراث واستخرج والدى هاتين المسألتين والحقهما بالقواعد ونحن على ساحل بحر القلزم فى سنة اثنتى عشرة وسبعمائة فى صحبة السلطان

تسعة والشيء اربعة ولواوصى بضعف نصيب ابنه اعطى مثله مرتين وقيل مثل واحد ولوقال ضعفاه فهو ثلاثة امثاله (ويحتمل) اربعة امثاله و لو قال ثلاثة اضعافه اعطى

غياث الدين محمد خدا بنده رحمه الله (المسألة الثالثة) لواوصى بمساواة البنت للابن في الميراث احتمل وحدة الوصية فانه منع الابن من السدس واعطاه البنت وهي وصية واحدة (ويحتمل) تعدد الوصية لانه كلما كان للابن سهم بالميراث كان للبنت نصفه فالزايد يكون لها وصية فاذااوصى لهامن نصيبه بالسدس فقد اوصى لها من نصيبها بنصف السدس والفايدة تظهر في شيئين (احدهما) زيادة حقها بالميراث و نقصانه في الوصية و بالعكس (الثاني) في ما اذا اوصى لآخر بتكملة الثلث فان قلنا بوحدة الوصية يكون له السدس وان قلنا بالتعدد يكون له نصف سدس وهذه المسألة وقعت في مازندران وسئل والدي المصنف عنها حين وصلنا في خدمة السلطان غياث الدين خدا بنده الى بلدة جرجان سنة اثنتى عشرة وسبعمائة .

قال دام ظله: واو اوصى بضعف نصيب ابنه اعطى مثله مرتين وقيل مثل واحد واو قال ضعفاه فهو ثلاثة امثاله و يحتمل اربعة امثاله .

اقول: قال الفراء ضعف الشيء مثلاه وهو قول كثير من اهل اللغة واكثر الفقهاء وقال صاحب الصحاح ضعف الشيء مثله وضعفاه مثلاه واضعافه امثاله وذكر الخليل ان الضعف ان يزاد على الشيء مثله فيجعل مثلين او اكثر وهنا مسألتان (١) اذا اوصى بضعف نصيب ابنه قيل اعطى مثل نصيبه لقوله تعالى **يانساء النبى من يأت منكن بفاحشة مبينة يضاعف لها العذاب ضعفين** (١) اى مثلين لانه تعالى لايجوز ان يعاقب على السيئة اكثر مما يجازى على الحسنة وقد قال تعالى **ومن يقنت منكن لله ورسوله و يعمل صالحا نؤتها اجرها مرتين (٢)** فعلم ان المراد في الاية الاولى بقوله ضعفين مثلان واذا كان الضعفان مثلين فالضعف مثل واحد وبه قال ابو عبدالله القاسم بن سلام (وقيل) مثلان لقوله تعالى **لاذقناك ضعف الحيوة وضعف الممات (٣)**

---

(١) الاحزاب - ٣٠　(٢) الاحزاب -٣١　(٣) الاسراء -٧٧

اربعة امثاله ولو قال بخمسة اعطى ستة و هكذا و لو قال ضعفوا لفلان ضعف نصيب ولدى فهو اربعة امثاله و كذا لوقال اعطوه ضعف الضعف (ويحتمل) ثلاثة امثاله و

وقال تعالى **فاولئك لهم جزاء الضعف بما عملوا** (۱) وقال تعالى **وما آتيتم من زكوة تريدون وجه الله فاولئك هم المضعفون** (۲) و قال تعالى **فآتت اكلها ضعفين** (۳) قال عكرمة يحمل في عام مرتين وقال الازهرى الضعف المثل فما فوقه وقال ابو عبيدة معمر بن المثنى ضعف الشيء مثله وضعفاه مثلاه و ثلاثة اضعافه اربعة امثاله و على هذا (واعلم) ان الشيخ في المبسوط اختار ان الضعف مثلان واختاره شيخنا ابو القاسم بن سعيد والمصنف هنا وقال في المبسوط وقال قوم الضعف مثل واحد و هكذا نقله والدى المصنف وابن سعيد ولم أحقق اسم القائل من الاصحاب لكنه قول مالك فسوى بين الضعف والمثل والاصح عندى الاول لصحة نفى احدهما مع اثبات الآخر (والجواب) عن احتجاجهم من وجهين (ا) نقل عن بعض المفسرين انه جعل عذابهن اذا اتين بفاحشة ثلاثة امثال عذاب غيرهن فلم يكن فيه دلالة (ب) ان الضعف قد يستعمل في المثل مجازاً والالزم الاشتراك والمجاز خير منه واللفظ مع اطلاقه انما يحمل على الحقيقة لا المجاز (ب) اذا اوصى له بضعفى نصيب ابنه للشيخ قولان قال في الخلاف يكون له ثلاثة امثاله لانه مجمع عليه ولا دليل على الزايد و لاضافة الضعف الى النصيب والضعف الذى هو مثلاه اذا اضفته الى نفسه يكون ثلاثة امثاله ثم قوى في الخلاف انه اربعة امثاله لان الضعف هو المثلان فاذا ثنيته وجب اربعة امثاله وهذا قوله في المبسوط والحق ما قاله اولا لان التضعيف ضم الشيء الى مثله فاذا قال ضعفيه فكانه ضم مثليه .

قال دام ظله : ولو قال ضعفوا لفلان (الى قوله) و يحتمل ثلاثة امثاله

اقول : الوجهان يستخرجان مما تقدم وقيل الثلاثة معلوم و الزائد مشكوك ومال الغير مبنى على الاحتياط فلا يزاد على الثلاثة .

---

(۱) السبأ ـ ۳۶ (۲) الروم ۳۸ (۳) البقرة ۲۶۷

لواوصى له بمثل احد بنيه الثلاثة وينقص منه نصيب الزوجة فصحح الفريضة تجدها من اربعة و عشرين للزوجة الثمن ثلاثة و لكل ابن سبعة و انقص سهم الزوجة من نصيب ابن يبقى اربعة وهى الوصية فزدها على اربعة و عشرين للموصى له اربعة و للمرأة ثمن الباقى ولكل ابن سبعة فان اوصى لاخر بربع ما يبقى من ثلث ماله بعد الاولى فخذ ثلث المال وانقص منه الوصية الا ولى وهى اربعة انصباء كما تقدم يبقى ثلث مال الا اربعة انصباء فهذا باقى ثلث المال ادفع ربعه الى الثانى و هو نصف سدس مال الانصباء يبقى من الثلث ربع مال الا ثلاثة انصباء زده على ثلثى المال يكون خمسة اسداس مال و نصف سدس مال الا ثلاثة انصباء تعدل انصباء الورثة و هى اربعة و عشرون نصيبا فاذا جبرت صار خمسة اسداس مال و نصف سدس مال تعدل سبعة و عشرين نصيبا فكمّل المال بان تضرب جميع ما معك فى مخرج الكسر و هو اثنى عشر فيكون مال تعدل ثلثمأة و اربعة و عشرين سهما ومنها تصح (الوصية - خ) و النصيب احد عشر.

المقام الثانى فى المتعدد و تصح مرتبا و مشتركا كما لو قال ثلثى لفلان و فلان ويقتضى التسوية مالم يفضل ولوقال ثلثى لفلان فان مات قبلى فهو لفلان صح و كذا ان رد فهو لفلان و لو قال ثلثى لفلان فان قدم الغائب فهوله فقدم قبل موت الموصى فهو للقادم سواء عاد الى الغيبة اولا لوجود شرط الا نتقال اليه فلا ينتقل عنه بعده ولو مات الموصى قبل قدومه فهى للاول سواء قدم اولا و يحتمل تخصيص

قال دام ظله: ولوقال ثلثى لفلان فان قدم الغايب فهوله (الى قوله) ويحتمل تخصيص القادم بالعين مالم يضف .

اقول: القدوم لابد لممن زمان فيحتمل ان يكون فى زمان حيوة الموصى (ويحتمل) زمان حيوة القادم ومنشأ الاحتمالين ان القدوم فعل القادم فلا يتعلق بغيره ولم يعلقه هو هيهنا لفظاً (ومن) حيث انه شرط لتصرفه فيحمل على ايام حيوته كغيره كما اذا قال ان دخل عبدى الدار فلله على عتقه (ولانتقاله) اليه بعد وفاته فلا ينتقل عنه لعدم سببه اذا تقرر ذلك فنقول اما ان يقدم فى حيوة الموصى اولا فان كان الاول

القادم بالعين مالم يضف ، ولو اوصى له بثلث و لآخر بربع ولثالث بخمس و لرابع بمثل وصية احدهم فله الخمس ولوقال فلان شريكهم فله خمس ما لكل واحدولو اوصى لاحدهم بمائة ولآخر بدار ولآخر بعبد ثم قال فلان شريكهم فله نصف ما لكل واحد لانه هنا يشارك كل واحد منهم منفردا والشركة تقتضى التسوية و فى الا ولى الجميع مشتركون ولوقيل له الربع فى الجميع كان اولى ولوخلف ثلاثة بنين و اوصى لثلاثة بمثل انصبائهم فالمال على ستة ان اجازوا ، و ان ردوا فمن تسعة و لو اجازوا لواحد وردوا على اثنين فللمردود عليهم التسعان ويحتمل امران فى المجازله ان يكون له السدس الذى كان له ماله اجازة الجميع فتاخذ السدس والتسعين(١)

استحق القادم قطعا لتحقق سبب الانتقال وهو الوصية وشرطه وهو القدوم وان قدم بعد موت الموصى فاما ان تكون العين باقية اوتالفة فان كان الثانى فلاشىء للقادم و ان كان الاول احتمل ان يكون للاول على الاول لانه لمّا مات الموصى وجد سبب ملك الموصى له الاول وهو الوصية والقبول فاذا ملكه الاول فلا ينتقل عنه بوصية غيره (لانه) لم يعهد فى الشرع فى غير الوقت وعلى الثانى ينتقل الى القادم لتحقق شرط الانتقال فيه واستمرار ملك الاول مشروط بعدم قدوم الغايب وقد انتفى الشرط فينتفى مشروطه ولو اضاف القدوم الى سنة معينة اوحيوة احدهما اوغيرهما فالحكم ظاهر .

قال دام ظله : ولو اوصى له بثلث ولآخر بربع (الى قوله) ولو قيل له الربع فى الجميع كان اولى .

اقول: وجه الاولوية انه جعله مشاركا لمجموع الثلثة فجعلهم و اياه مجموعا واحدا ولفظه يدل عليه ولم يجعله شريك كل واحد واحد وانما فرّق بين هذه المسألة وبين المسألة الاولى لان فى الاولى الشركة مع الكل من حيث هو كل لان الكل مشتركون فى شىء واحد باجزاء مشاعة وانما يختلف حصصهم بالمقدار واما فى الثانية فكل واحد منفرد من كل وجه والشركة فيه تقتضى الشركة مع كل واحد واحد والشركة تقتضى التسوية مع اطلاقها ومن ثمّ جزم فى الاولى دون الثانية .

قال دام ظله : ولو خلف ثلاثة بنين واوصى لثلثة بمثل انصبائهم (الى

---

(١) بضم التاء

من مخرجهما وهو ثمانية عشر ويبقى احد عشر لا تنقسم فتضرب عدد البنين فى ثمانية عشر وان يضم المجازله الى البنين ويقسم الباقى بعد التسعين (١) عليهم فتضرب اربعة فى تسعة فان اجازوا بعد ذلك للآخرين اتموا لكل واحد تمام السدس فيصير المال بينهم اسداسا على الاول ، وعلى الثانى يضمون ماحصل لهم وهو احد وعشرون من ستة وثلاثين الى ما حصل لهما وهو ثمانية ويقسمونه على خمسة تنكسر فتضرب خمسة فى ستة و ثلاثين تبلغ مائة وثمانين ولو اجاز واحد خاصة فللمجيز السدس ثلثة من ثمانية عشر وللباقين اربعة اتساع وهى ثمانية تبقى سبعة للموصى لهم تضرب ثلاثة فى ثمانية عشر ، ولو اجاز

قوله) تبلغ مائة وثمانين .

اقول: اما المردود عليهما فلهما ما كان لهما عند رد الكل وهو التسعان ولا خلاف فيه واما المجازله ففيه احتمالان (الف) ان له السدس لان وصيته يقتضى انه واحد من ستة وقد اجاز الورثة ذلك (ب) ان يضم المجازله الى البنين الثلاثة كما ذكر المصنف لانه جعله كواحد منهم تنقصه الاجازة ويزيده الرّد قضية للمساواة فيخرج التسعان للمردود عليهما ويقسم الباقى بينه وبين الاولاد (والتحقيق) ان هذه المسألة تبنى على الفرق بين المجموع من حيث هو مجموع و بين كل واحد واحد وهو ظاهر (فنقول) منشأ الاحتمالين ان هذه وصية للمجموع من حيث هو مجموع اووصية لكل واحد واحد بمثل ما لكل واحد واحد من اولاده (يحتمل) الاول لانه اتى بلفظ المجموع فى الوصية اوبلفظ العدد العارض للمجموع لا لكل واحد فقد نزّلهم منزلتهم ولهم الكل والمبلغ اذا عال مثله كان الزائد مثل المزيد عليه فالوصية انما هى بالنصف ولكل واحد السدس (ووجه الثانى) انه فرضهم اولاداً فيتساوى المجازله مع الاولاد فيقسم الباقى عليه وعلى الاولاد على اربعة وتظهر الفائدة فى امرين (ا) زيادة النصيب فانه على الاحتمال الاول يأخذ المجازله ستة من ستة وثلاثين وعلى الثانى سبعة لان للمردود عليهما تسعين (٢) ثمانية يبقى ثمانية وعشرون للمجازله ربعها (ب) لو اجازوا بعد ذلك للاثنين الباقيين (فعلى الاول) يكملون لكل واحد

---

(١) بضم التاء (٢) بضم التاء .

واحد لواحد دفع اليه ثلث مافي يده من الفضل وهو ثلث سهم من ثمانية عشر فتضربها في ثلاثة تبلغ اربعة وخمسين ، ولواوصى له بجزء مقدر و لآخر بمثل نصيب وارث احتمل اعطاء الجزء لصاحبه وقسمة الباقي بين و رثته و الموصى له و اعطاء صاحب النصيب مثل نصيب الوارث كان لاوصية غيرها ، فلواوصى له بثلث ماله ولآخر بمثل نصيب احد بنيه وهم ثلاثة فعلى الاول للموصى له بالثلث الثلث والباقي يقسم ارباعا بين

السدس فيصير المال اسداسا لكل واحد منهم ستة من ستة وثلاثين (وعلى الثاني) يضمون ما حصل لهم الى ما حصل لهما ويقتسمونه بالسوية فتضرب خمسة في ستة وثلاثين يبلغ مائة وثمانين ومنها يصح وانما لم يتساوى الموصى لهم مع اقتضاء الوصية التسوية لانهم لما ردوا على الاثنين بطلت الوصية لهما بالزايد فاذا اجازوا كانت هبة متجددة لهما لما يقتضيه الوصية وان اجاز واحد للكل فللمجيز السدس ثلثة من ثمانية عشر و للاخرين اربعة اتساع ثمانية يبقى سبعة للموصى لهم تقسم على ثلاثة تضربها في ثمانية عشر تبلغ اربعة وخمسين وان اجاز واحد لواحد دفع اليه ثلث مافي يده من الفضل على حال الاجازة وهو ثلث سهم من ثمانية عشر فاضربها في ثلثة تكن اربعة وخمسين ومنها تصح .

قال دام ظله: ولواوصى بجزء مقدر ولاخر بمثل نصيب وارث (الى قوله) ولاينقص من السدس شيء الا برضاه .

اقول: وجه الاول انه اوصى بمثل نصيب وهوما يحصل بعد الوصايا (ولان) مثل النصيب امامع النصيب اوبعده وهو بعد الوصية بالجزء ومامع البعد اوبعده بعد (ولانه) جعله كواحد منهم وساوى وصيته بنصيبه فلايكون له ازيدمنه ولاانقص (ووجه الثاني) انه النصيب والاصل الحقيقة (ولانه) لو كان المراد النصيب الذى بعد اخراج الجزء لكان اذا رد الموصى له بالجزء اخذ الموصى له بمثل نصيبه الذى يصيبه بعد اخراج الجزء (ولانه) جعله رابع اربعة ولم يقل انه بعد الوصية الاولى وهو ضعيف لانه ساواه باحدهم و كل واحد متأخر عن الجزء ومساوى المتأخر متأخر والاصح الاول (ووجه الثالث) ما ذكره المصنف فانه نص على انه مثل احدهم وقوله (فان ردوا بطلت وصية الثاني) هذا انما يتأتى على تقدير الترتيب اما مع التسويه

الثانى والبنين وتصح من ستة فان ردوا بطلت وصية الثانى وعلى الثانى للاول الثلث وللآخر الربع مع الاجازة وتصح من ستة وثلاثين و لوزاد الجزء على الثلث كالنصف احتمل وجها ثالثا وهو ان يجعل لصاحب النصيب نصيبه من الثلثين و هو ربعها لان الثلثين حق للورثة لا يؤخذ منهم شيء الا باجازتهم وصاحب النصيب كواحد منهم لا ينقص من السدس شيء الا برضاه (فعلى الاول) لصاحب الجزء النصف والباقي ارباعا للثانى والورثة وتصح من ثمانية (وعلى الثانى) للاول النصف وللثانى الربع ويبقى الربع بين البنين وتصح من اثنى عشر (وعلى الثالث) للاول النصف و للآخر السدس ويبقى الثلث للبنين وتصح من ثمانية عشر ؛ ولو أوصى لرجل بمثل نصيب وارث ولآخر بجزء مما يبقى من المال احتمل (ان يعطى) صاحب النصيب مثل نصيب الوارث اذا لم يكن ثمة وصية اخرى وأن يعطى مثل نصيبه من ثلثى المال (وان يعطى) مثل نصيبه بعد اخذ صاحب الجزء نصيبه فيدخلها حينئذ الدور فلو أوصى لواحد

فيقسم الثلث بين الوصيتين على ما كان لهما حال الاجازة فعلى المثال المذكور وهو مالم يزد الجزء على الثلث يقسم الثلث بين الوصيتين على ثلاثة والثلثان على البنين على ثلاثة و تصح من تسعة (وعلى الثانى) يقسم الثلث بينهما على سبعة و الثلثان على الورثة على ثلاثة وتصح من ثلاثة وستين سهماً و فى المثال الثانى وهو ما اذا زاد الجزء على الثلث كان يوصى بالنصف اذا رد الورثة ولم يقصد التقديم فعلى الاحتمال الاول يقسم الثلث على الموصى لهما على خمسة و الثلثان على الورثة على ثلاثة وتصح من خمسة واربعين وعلى الاحتمال الثانى يقسم الثلث بين الموصى لهما على ثلاثة والثلثان على الاولاد على ثلاثة وتصح من تسعة (وعلى الثالث) يقسم الثلث بين الموصى لهما على اربعة والثلثان على الاولاد على ثلاثة وتصح من ستة وثلاثين .

قال دام ظله : ولو اوصى لرجل بمثل نصيب وارث (الى قوله) فيدخلها حينئذ الدور .

اقول: وجه الاول انه جعله قبله فحال وجود الاولى الثانية كالمعدومة

بمثل نصيب ابن وله ثلاثة وللآخر بنصف باقي المال (فعلى الاول) لصاحب النصيب الربع وللآخر نصف الباقي ومابقي للبنين وتصح من ثمانية (وعلى الثاني) للاول السدس وللآخر نصف الباقي وتصح من ستة وثلاثين (واما الثالث) فله طرق (احدها) ان تأخذ مخرج النصف فتسقط منه سهما يبقى سهم ثم تزيد على عدد البنين و احدا تصير اربعة تضربها في المخرج تصير ثمانية تنقصها سهما تبقى سبعة فهي المال للموصى له بالنصيب سهم وللآخر نصف الباقي وهو ثلاثة ولكل ابن سهم (ثانيها) ان تزيد على سهام البنين نصف سهم وتضربها في المخرج تكون سبعة (ثالثها) تاخذ سهام البنين و هي ثلاثة فتقول هذا بقية مال ذهب نصفه فاذا اردت تكميله زد عليه مثله ثم زد عليه مثل سهم تكون سبعة (رابعها) ان تجعل المال سهمين و نصيبا وتدفع النصيب الى صاحبه و الى الآخر سهماً يبقى للبنين سهم تعدل ثلاثة فالمال كله سبعة و بالجبر تأخذ مالا فتلقي منه نصيبا يبقى مال الا نصيبا وتدفع نصف الباقي الى الموصى له الآخر يبقى نصف مال الا نصف نصيب يعدل ثلاثة انصباء فاجبره بنصف نصيب وزده على الثلاثة يبقى نصف كاملا يعدل ثلاثة و نصفا فالمال كله سبعة .

(ووجه الثاني) انه جعل له مثل نصيب الا بن و هو يملك من الثلثين بالنسبة و كل ما نقص من نصيبه من الثلثين فهو باختياره و اخراجه فيكون الموصى له كذلك والا لم يتحقق المماثلة (ووجه الثالث) انه اوصى بمثل نصيبه و هو الحاصل بعد جميع الوصايا لان الميراث بعد الوصية لقوله تعالى **من بعد وصية يوصى بها او دين (١)** فقد ساوى بينهما وبين الدين وجعل الميراث بعدهما فقد علقها بالثانية وجعلها معها (واعلم) ان الدور الذى أورده المصنف هنا و غيره من المحققين ليس من الدور المحال بل دور معية وذلك لان نصيب الوارث و نصيب الموصى له متلازمان في المعرفة و الجهالة كحال المضافين فاذا نظر اليهما الذهن خاصة عرف انه يلزم من تعريف احدهما لصاحبه الدور فان العلم بكمية النصيب يتوقف على معرفة الوصية الثانية و لا يعلم الا مع العلم بالنصيب فلا بد من ايراد ثالث غيرهما يعرفها و قد ذكره

---

(١) النساء ١٢ .

مسائل

الاولى لو اوصى له بمثل نصيب احد بنيه الثلاثة و لاخر بنصف مايبقى من الثلث - اخذت مخرج النصف و الثلث وهو ستة وتنقص منها واحدا يبقى خمسة فهى النصيب - ثم تزيد واحداً على سهام البنين وتضربها فى المخرج تكون اربعة و عشرين تنقصها ثلاثة تبقى احدوعشرون فهو المال - تدفع الى صاحب النصيب خمسة يبقى من الثلث اثنان تدفع منهما سهما الى الموصى له الآخر يبقى خمسة عشر لكل ابن خمسة (اوتزيد) على سهام البنين نصفا وتضربها فى المخرج تكون احدى وعشرين (اويحتمل) الثلث سهمين ونصيبا وتدفع النصيب الى صاحبه والى الآخر سهما يبقى من المال خمسة اسهم ونصيبان تدفع نصيبين الى ابنين تبقى خمسة من المال فهى النصيب فاذا بسطتها كانت احدى وعشرين (اوتأخذ) ثلث مال تدفع منه نصيبا الى صاحبه يبقى ثلث مال الآنصيبا تدفع نصفه وهو سدس مال الآنصف نصيب الى صاحبه يبقى سدس مال الآنصف نصيب تزيده على ثلثى المال يبقى خمسة اسداس مال الآنصف نصيب تعدل انصباء الورثة وهى ثلاثة ثم تجبر وتقابل تصير خمسة اسداس مال تعدل ثلاثة انصباء ونصفا فالمال يعدل اربعة انصباء وخمسا فاذا بسطت بلغت احدى وعشرين والنصيب خمسة

الثانية لو اوصى له بمثل نصيب احد بنيه وهم ثلاثة ولآخر بثلث مايبقى من الثلث بعد النصيب من الثلث (فطريقه) ان تجعل ثلث المال ثلاثة ونصيبا مجهولا فالنصيب المجهول للموصى له بالنصيب يبقى ثلاثة سهم للموصى له بالثلث يبقى سهمان من ثلث المال تضمها الى مابقى (فتقول) اذا كان ثلث المال ثلاثة ونصيبا مجهولا فثلثاه ستة ونصيبان مجهولان تضم اليها مابقى من الثلث وهو سهمان فتصير ثمانية ونصيبين مجهولين فالنصيبان للابنين يبقى ثمانية للابن الثالث فعرفنا ان النصيب المجهول فى الابتداء ثمانية (فتقول) من رأس لماقدرنا ثلث المال ثلاثة اسهم ونصيبا مجهولا وقد بان النصيب المجهول ثمانية فاذن ثلث المال احدى عشر فتخرج النصيب ثمانية ويبقى معنا من الثلث ثلاثة فتعطى الموصى له ثلث مابقي من الثلث سهما واحداً ويبقى سهمان تضمهما الى ثلثى المال

المصنف فى الكتاب وهوطريق التخلص من الدور .

وهو اثنان وعشرون لان الثلث احد عشر فتصير اربعة وعشرين لكل ابن ثمانية مثل النصيب وانما تصح هذه الوصية بالثلث اذا لم يكن النصيب مستغرقا لثلث المال فلو كان له ابنان بطلت الوصية وانما يتصور فى ثلاثة بنين او اكثر (او نقول) نجعل ثلث المال عدداً اذا اعطينا منه نصيبا يبقى عدد له ثلث فوضعناه اربعة واعطينا الموصى له الاول نصيب ابن واحد ويعطى الثانى ثلث ما بقى وهو واحد يبقى اثنان ضممناهما الى ثلثى المال وهو ثمانية صارت عشرة فاعطينا كل ابن واحداً كما فرضنا للموصى له الاول يبقى سبعة وهو الخطاء الاول زائداً فجعلنا ثلث المال خمسة والنصيب اثنين فاعطينا الموصى له الاول اثنين يبقى ثلاثة للموصى له الثانى واحداً يبقى اثنان ـ ضممناهما الى ثلثى المال وهو عشرة صار اثنى عشرة فاعطينا كل ابن اثنين تبقى سترة وهو الخطاء الثانى زائدا تلقى اقل الخطائين من الاكثر يبقى واحد وهو المقسوم عليه ثم تضرب العدد الاول المفروض وهو اربعة فى الخطاء الثانى وهو ستة تصير اربعة وعشرين ثم تضرب العدد الثانى المفروض وهو خمسة فى الخطاء الاول وهو سبعة تصير خمسة وثلاثين وتلقى الاول من الاكثر تبقى احد عشر وهو ثلث المال المطلوب وتمام المال ثلاثة وثلاثون واذا اردنا النصيب ضربنا النصيب الاول وهو واحد فى الخطاء الثانى وهو ستة وضربنا النصيب الثانى فى الخطاء الاول وهو سبعة يصير اربعة عشر نقصنا اقل العددين من الاكثر يبقى ثمانية فهو النصيب المطلوب .

(او نقول) ناخذ المال كله ثلاثة انصباء ووصيتين فنسمى الوصيتين وصية فيكون المال ثلاثة انصباء ووصية فتاخذ ثلث ذلك وهو نصيب وثلث وصية فندفع الى الموصى له الاول بوصية نصيبا فيبقى من الثلث ثلث وصية ـ فندفع الى الموصى له الثانى ثلث ذلك وهو تسع وصية يبقى من الثلث تسعا وصية ونزيد ذلك على الثلثين ليحصل معنا نصيبان وثمانية اتساع وصية تعدل ذلك انصباء الورثة وهى ثلاثة انصباء تسقط نصيبين بنصيبين فتبقى ثمانية اتساع وصية تعدل نصيبا فتكمل الوصية وهو ان نزيد على كل واحد من النصيبين مثل ثمنه لان كل شىء اسقطت تسعة فثمن ما بقى مثل التسع الساقط فيصير معنا وصية تعدل نصيبا وثمنا وقد كنا جعلنا المال ثلاثة انصباء ووصية فهو اذن (متن)

اربعة انصباء و ثمن فنبسط ذلك من جنس الكسر فيصير المال ثلاثة وثلاثين والنصيب ثمانية (اونقول) المال وصية واربعة انصباء بان نزيد نصيب الموصى له الاول على انصباء الورثة ونجعل الوصية الثانية وصية فالثلث نصيب وثلث نصيب وثلث وصية ندفع منه الى الموصى له نصيبا فيبقى ثلث نصيب وثلث وصية نـدفع بالوصية الثانية ثلث ذلك وهو تسع نصيب وتسع وصية فيبقى من الثلث بعد الوصيتين تسعا نصيب وتسعا وصية نزيد ذلك على الثلثين وذلك نصيبان وثلثا نصيب وثلثا وصية فيحصل معنا نصيبان وثمانية اتساع نصيب وثمانية اتساع وصية يعدل ذلك انصباء الورثة وهى ثلاثة انصباء فنسقط نصيبين وثمانية اتساع نصيب بمثلها فيبقى تسع نصيب يعدل ثمانية اتساع وصية فالنصيب الكامل يعدل ثماني وصايا فالنصيب ثمانية والوصية واحد وقد كنا جعلنا المال اربعة انصباء ووصية فهو ثلاثة وثلاثون .

الثالثة لو أوصى له بتكملة ثلث ماله بنصيب احد بنيه اى بفضل الجزء المذكور من المال على النصيب و لا خر بثلث ما بقى من الثلث و البنون ثلاثة ـ فناخذ ثلث المال و دفعناه الى الموصى له ونستثنى منه نصيبا فيبقى معنا من الثلث نصيب و يبقى فى يد الموصى له ثلث مال الانصباء وهو التكملة الموصى بها ـ ثم دفعنا الى الموصى له الثانى ثلث ما بقى من الثلث بعد التكملة وهو ثلث نصيب فيبقى من الثلث ثلثا نصيب ـ زدنا ذلك على ثلثى المال فيصير معنا ثلثا مال وثلثا نصيب يعدل ذلك انصباء البنين وهى ثلاثة انصباء ـ فنقابل بان نسقط ثلثى نصيب بمثله فيبقى ثلثا مال يعدل نصيبين وثلثا فنكمّل المال ـ وهو ان نزيد على ما معنا مثل نصفه بان نضرب ذلك فى ثلاثة ونقسمه على اثنين فيحصل معنا مال يعدل ثلاثة انصباء و نصفا فنبسطه انصافا فيصير المال سبعة و النصيب سهمين و الوصيتان من الثلث فنضرب ثلاثة فى سبعة فتصير احداً و عشرين والنصيب ستة اسهم فاذا اردنا التجزية اخذنا ثلث المال وهو سبعة دفعنا الى الموصى له الاول بالتكملة فضل الثلث على النصيب وهو واحد فيبقى من ثلث المال ستة دفعنا الى الموصى له الثانى ثلث ذلك سهمين يبقى اربعة نزيد ذلك على الثلثين فيصير ثمانية عشر للبنين لكل ابن ستة ولولا الوصية الثانية (متن)

بطلت الاولی (وبطریق الخطاءین) نفرض الثلث اربعة و التکملة واحداً نسلمه الی الاول و الی الثانی آخرویزاد الباقی علی الثلاثین ثم نقسم اثلاثا علی الورثة ونضم التکملة الی نصیب احدهم تصیر اربعة و ثلثا و کان ینبغی ان یکون اربعة فالثلث الخطاء الاول ثم نفرض خمسة و التکملة اثنین یبقی اثنان بعد الوصیتین نضم الی الثلاثین ونقسم المجموع علی الورثة لکل اربعة نضم الی التکملة فا لزائد واحد هو الخطاء الثانی فاذا نقص منه الاول بقی ثلثان هی المقسوم علیه ثم نضرب الخطاء الاول فی العدد الثانی یکون احداً و ثلثین و الخطاء الثانی فی الاول یصیر اربعة یبقی بعد النقص اثنان و ثلث هی ثلث المال فاذا اردت التکملة فاضرب التکملة الاولی فی الخطاء الثانی یکون واحداً و الثانیة فی الاول یکون ثلثین و بعد الاسقاط یبقی ثلث هو التکملة والمال سبعة وبعد البسط یکون احداً و عشرین و التکملة واحداً .

الرابعة لوأوصی له بمثل نصیب احد بنیه الثلاثة و لآخر بنصف مایبقی من الثلث ولثالث بربع المال . فخذ المخارج وهی اثنان وثلاثة واربعة واضرب بعضها فی بعض تبلغ اربعة وعشرین . وزد علی عدد البنین واحداً تصیر اربعة تضربها فی اربعة وعشرین تبلغ ستة وتسعین اسقط منها ضرب نصف سهم فی اربعة وعشرین وهی اثنی عشر تبقی اربعة وثمانون فهی المال . ثم انظر الاربعة والعشرین فانقص سدسها لاجل الوصیة الثانیة وربعها لاجل الوصیة الثالثة یبقی اربعة عشر فهی النصیب فادفعها الی الموصی له بالنصیب ثم ادفع الی الثانی نصف مابقی من الثلث وهو سبعة والی الثالث ربع المال احداً وعشرین تبقی اثنان واربعون لکل ابن اربعة عشر وتصح من اثنی عشر لانا ندفع ربع المال الی الموصی له به وناخذ ثلث المال ندفع منه نصیبا الی الموصی له بهیبقی ثلث مال الانصیبا ندفع نصفه الی الموصی له به ونضم الباقی وهو سدس مال الانصف نصیب الی الباقی من المال فیکمل نصف مال ونصف سدس مال الانصف نصیب یعدل ثلاثة انصباء فاذا جبرت وقابلت یبقی نصف مال و نصف سدس تعدل ثلاثة انصباء و نصفا فالنصیب سدس والمال اثنی عشر لانها مخرج الثلث والربع ،(متن)

ولواوصى بمثل احد بنيه الستة وبخمس مايبقى من ربعه بعد النصيب ولآخر بمثل احدهم الاربع مايبقى من ثلثه بعد النصيب وبعد الوصية الاولى فخذ ربع مال وانقص منه نصيبا وانقص خمس الباقى من الربع فيبقى من الرابع خمس مال الاربعة اخماس النصيب وزد عليه نصف سدس مال وهو فضل مابين الثلث والربع ليكون باقيا من الثلث فاجعل المال ستين والذى بقى من الربع هو خمس مال الاربعة اخماس النصيب وذلك اثنى عشر الاربعة اخماس نصيب فاذا زدت عليه نصف سدس المال وهو خمسة اسهم صار سبعة عشر الا اربعة اخماس نصيب فهذا هو الباقى من ثلث المال فاخرج منه نصيبا للثانى يبقى سبعة عشر الا نصيبا واربعة اخماس نصيب ثم استرجع من النصيب ربع مابقى من الثلث وذلك اربعة اسهم وربع سهم الا ربع نصيب وخمس نصيب وزد ذلك على مـابقى من الثلث فيكون احداً وعشرين سهما وربع سهم الا نصيبين وربع نصيب ضم ذلك الى ثلثى المال وهو اربعون سهما يكون مالا وسدس ثمن مال الا نصيبين وربع نصيب يعدل انصباء البنين وهى ستة فاذا جبرت صار مالا وسدس ثمن مال يعدل ثمانية انصباء وربع نصيب فاضرب ذلك فى مخرج المال وهو ثمانيه واربعون يكون ثلثمائة وستة وتسعين نصيبا فالنصيب تسعة واربعون سهما وهو مثل عددما كان معك من اجزاء المال وسدس ثمن المال **(و امتحانه)** ان تأخذ ربع المال وهو تسعة وتسعون وتنقص منه نصيبا وهو تسعة واربعون تبقى خمسون وتخرج خمسها عشرة اسهم فتكون الوصية الاولى تسعة وخمسين سهما فانقصها من ثلث المال وهو مائة واثنان و ثلاثون سهما يبقى من الثلث ثلاثة و سبعون سهما فاخرج منه نصيبا للثانى يبقى اربعة وعشرون سهما استثنى ربع ذلك ستة اسهم يبقى من النصيب ثلاثة واربعون سهما وهى الوصية الثانية والوصيتان مائة سهم و سهمان فاذا اخرجتهما من المال يبقى مأتتان واربعة و تسعون للبنين الستة لكل واحد تسعة و اربعون .

الخـامسة لواوصى له بمثل نصيب احد بنيه الثلاثة والآخر بثلث مابقى من الثلث ولاخر بدرهم فاجعل المال تسعة دراهم وثلاثة انصباء فادفع الى الموصى له الاول نصيبا والى الثانى والثالث درهمين يبقى سبعة و نصيبان ادفع نصيبين الى اثنين يبقى

سبعة للابن الثالث فالنصيب سبعة و المال ثلاثون فان كانت الوصية الثالثة درهمين فالنصيب ستة والمال سبعة وعشرون .

السادسة لواوصى لهبثلث ماله و لآخر بمائة ولثالث بتمام الثلث على المائة ولم يزد الثلث على مائة بطلت وصية التمام وان زاد على المائة واجاز الورثة مضت الوصايا و لو كان له ثلثمائة فاوصى له بخمسين و لآخـر بتمام الثلث فلكل منهما خمسون فان رد الاول وصيته فللثاني خمسون ولواوصى للاول بمائة فلاشيء للثاني سواء ردّ الاول اواجاز .

السابعة لو اوصى لواحد بالنصف و لآخر بالربع و قال لاتقدموا احديهما على الاخرى فالاقوى عندى مع عدم الاجازة بسط الثلث على نسبة الجزئين فالفريضة من تسعة ومع الاجازة من اربعة فان اجازوا لاحدهما خاصة ضربت مسألة الرد في مسالة الاجازة واعطيت المجاز له سهمه من مسالة الاجازة مضروبا في مسالة الرد و المردود

قال دام ظله : ولواوصى لواحد بالنصف ولاخر بالربع (الى قوله) فالفريضة من تسعة ،

اقول: اذا اوصى باجزاء من المال فان لم تزد على الثلث اخذتها من مخرجها وقسّمت الباقي على الورثة فان زادت على الثلث وقال لاتقدموا احديهما على الاخرى اى في الصحة اى لاتصححوا واحدة وتبطلوا الاخرى فان اجازت الورثة فالطريق ما تقدم وان لم يجيزوا فيقسم بينهم الثلث وفي كيفيتها وجهان (ا) ماجعله المصنف اقوى وهو الاصح عندى لنصّه على عدم التقديم فيتساويان فيقسم الثلث على نسبة الوصيتين فيقسم اثلاثا فيكون الفريضة من تسعة (ب) يحتمل ان يقال صاحب النصف يدعى الثلث كله وصاحب الربع يدعى الربع فيخلص لصاحب النصف نصف سدس ويبقى الربع كل منهما يدعيه فيقسم بينهما نصفين وسيأتي احتمالات الدعاوى (فرعان)(ا) قال الشيخ في الخلاف اذا اوصى بجميع ماله لواحد ولآخر بثلث ماله واجاز الورثة اخذ الاول جميع المال ويبطل الاخير لعدم محل وصيته وقال والدى اذا نص الموصى على عدم الرجوع عن الاولى وقصد العول فللاول ثلاثة ارباع وللثاني الربع لان الثلث المزاد على الكل

عليه سهمه من مسئلة الرد مضروبا في مسألة الاجازة ولواجاز بعض الورثة لهما دون البعض اعطيت المجيز سهمه من مسألة الاجازة مضروبا في مسألة الرد ومن لم يجز سهمه من مسألة الرد مضروبا في مسالة الاجازة وقسمت الباقي بين الوصيتين على ثلاثة ولو كان ماله ثلاثة آلاف فاوصى له بعبد يساوي خمسمائة ولاخر بدار تساوي الفا ولثالث بخمسمائة ومنع من التقديم ورد الورثة فلكل واحد منهم نصف ما اوصى له به.

الثامنة لو اوصى له بنصف ماله ولآخر بثلثه ولآخر بربعه على سبيل العول من غير تقديم ولا رجوع فقد بيّنا ان الوجه عندنا الصحة مع اجازة الورثة (فيحتمل) حينئذ قسمة المال على ثلاثة عشر سهما للموصى له بالنصف ستة وبالثلث اربعة وبالربع ثلاثة (واعطاء) صاحب النصف خمسة وثلثي سهم وصاحب الثلث ثلاثة وثلثي سهم وصاحب الربع سهمين وثلثي سهم لان صاحب النصف يفضل صاحب الثلث بسهمين من اثنى عشر فيد فعان اليهوما يفضلان صاحب الربع كل واحد منهما سهم فيأخذانه فيبقى ثمانية بينهم اثلاثا فتصح من ستة وثلاثين لصاحب النصف سبعة عشر والثلث احد عشر والربع ثمانية.

نسبته الى المجموع من الكل والثلث ربع (ب) قال الشيخ في الخلاف ولو بدا الصاحب الثلث كان له ولصاحب الكل الثلثان مع اجازة الورثة وعندنا لو نص على عدم الرجوع والعول كان للاول الربع ايضا ولو ردوا قسم الثلث على نسبة الاجازة.

قال دام ظله: ولو اوصى لواحد بنصف ماله ولاخر بثلثه (الى قوله) و بالربع ثلثه الى آخره.

اقول: وجه الاحتمال الاول نفوذ الوصية بكل المال على تقدير الاجازة لان هذه المسألة تفريع على نفوذها مع الاجازة وثبوت التفاضل بينهم لتصريح الموصى به فيقسم على قدر انصبائهم كالشركاء فيدخل النقص بسهم العول للضرورة على الكل والالزم الترجيح من غير مرجح ولان العمل بالوصية واجب ولا يتم الا بذلك فان قسمته على غير الانصباء تغيير للوصية ولانه لو اوصى باعداد مختلفة تقصر التركة عن الكل لقسم بينهم على قدر الوصايا كما لو اوصى لواحد بمائة وهي (قدر ـ خ) ثلث تركته

التاسعة لواوصى له بنصيب احد ولديه ولآخر بنصف الباقي واجازا فالفريضة من خمسة (لان) للاول نصيبا يبقى مال الآنصيبا للثانى نصفه يبقى نصف مال الآنصف نصيب يعدل نصيبين فاذا جبرت وقابلت بقى نصف مال يعدل نصيبين ونصفا فـالمال يعدل خمسة للاول سهم يبقى اربعة للثانى نصفها ولكل ابن سهم ولو لم يجيزا بطلت الثانية وكان المال اثلاثا، ولواجاز احدهما (احتمل) ضرب ثلاثة فى خمسة فللمجيز الخمس ولاخيه الثلث تبقى سبعة للاول اربعة لانه مع الاجازة ياخذ ثلاثة ومع عدمها خمسة فاذا اجازا حدهما نقص منه بالنسبة وللثانى ثلاثة (ويحتمل) ان يكون للاول مثل نصيب

ولاخر بمائة وخمسين ولآخر بخمسة وسبعين درهما مع عدم الرجوع والمنع من التقديم وقصد العول يقسم على هذه النسبة فكذا هيهنا ومع الرد يقسم الثلث على نسبة الكل مع الاجازة لان الموصى قصد تفضيل بعضهم على بعض على نسبة الانصباء فى كل جزء من ماله (ولعدم) اختلاف القسمة بين الشركاء بانصباء مختلفة على نسبة انصبائهم حالة كمال المال ونقصانه (ويحتمل) حمله على الدعاوى وهو ان يختص الاكثر نصيبا بما يفضل منه عن (على -خ) الأنقص لاقتضاء الوصية ذلك ويقسم الباقى بينهم بالسوية فذو النصف يفضل ذا الثلث بسهمين من اثنى عشر فيختص بهما ويفضل كل منهما على صاحب الربع بسهم واحد (لان) صاحب النصف يدعى بما بقى له وهو اربعة وصاحب الثلث يدعى اربعة ايضا وصاحب الربع يدعى ثلاثة فياخذه كل واحد منهما لان فى المال سعة وتبقى ثمانية يقسم بين الثلاثة فلصاحب النصف خمسة وثلثان ولصاحب الثلث ثلاثة اسهم وثلثان ولصاحب الربع سهمان وثلثان ومع الرد يقسم الثلث على هذه النسبة.

قال دام ظله: لواوصى له بمثل نصيب احد ولديه ولاخر بنصف الباقى (الى قوله) وللثانى اربعة.

اقول: الاحتمال الاول مجموع اشياء (ا) ان يكون للمجيز ماله حالة اجازة الكل ولغير المجيز ماله حالة رد الكل لان الاجازة انما تؤثر فى نصف المجيز لا فى غيره اصلا فتفرض موجودة فى حق المجيز فينقص نصيبه معدومة فى حق غيره فلا ينقص

المجيز لانه اقل الورثة سهاما فتصح من خمسة لان للثانى نصف نصيب المجيز وللاول مثل نصفه ايضا والآخر نصيب كامل فالمال يعدل نصيبين ونصفا فللمجيز واحد من خمسة ولكل من الموصى لهما واحد وللاخر اثنان ويضعف باخذه اكثر من الثلث (ويحتمل) من ستة لتجدد النقص بعد الوفاة فلم يكن مرادا للموصى فيكون للاول الثلث سهمان ولغير المجيز سهمان وسهم للمجيز وسهم للباقى (والحق) الاول لكن لكل من المجيز والاول ثلاثة ولغير المجيز خمسة وللثانى اربعة .

من نصيبه لولاها شيء (ب) ان ينقص الموصى له عن نصيب غير المجيز باجازة احدهما نصف ما لو منعا لزاد فى نصيبه عما لو اجازا ، لان فعل كل واحد انما يؤثر فى ما لو لم يكن الوصية لكان له ولا يؤثر فى ما يكون لغيره فرد كل واحد علة فى حصول نصف الزيادة له لا غير وعدم العلة انما يوجب عدم معلولها لا غير (ج) الموصى له الثانى مؤخر عن الاول والمنع فى عدم الاجازة عليه خاصة وهو ظاهر لانه اوصى له بنصف الباقى بعد الاول وهو تصريح فى تقديم الاول وتأخير الثانى (د) ان الموصى له الثانى انما يأخذ ما ينقص كل واحد والموصى له بالنصيب بالاجازة لا غير فيكون للمجيز ثلثة لانها نصيبه حال اجازة الكل (ولانه) يأخذ حقه من مسألة الاجازة مضروبا فى مسألة الرد ومسئلة الاجازة خمسة والرد ثلاثة وسهم المجيز من الخمسة واحد ومضروب الواحد فى ثلاثة ثلاثة ولغير المجيز خمسة لانها نصيبه حال الرد الكل ولانه ياخذ نصيبه من مسالة الرد وهى ثلاثة ونصيبه واحد مضروبا فى مسألة الاجازة وهى خمسة ومضروب الواحد فى الخمسة خمسة وللموصى له الاول اربعة لان له مع عدم الاجازة خمسة فاجازتهما تنقصه اثنين واجازة احدهما تنقصه واحدا للثانى والمصنف دام ظله مع الثانى لان الزيادة التى حصلت له بمنعهما انما حصلت بمساواته لكل منهما فالمؤثر فيها المجموع ولم يؤثر كل واحد فى نصفها بانفراده بل مع الانضمام مع الآخر وعدم المجموع يحصل بعدم اى جزء فرض فيأخذ مثل نصيب المجيز لعدم العلة الموجبة لعدم المعلول وايضا (فلانه) اقلهم سهما والموصى له بمثل النصيب مع التفاوت يعطى مثل الاول (ولانه) ليس له مثل نصيب الراد فلو لم يكن مثل نصيب المجيز لم يكن قد عمل بالوصية فلاجل ذلك منع المصنف

واواوصی له بمثل نصیب احداولاده وهم ثلاثة و لآخر بثلث مایبقی من جمیع المال بعد اخراج النصیب (فطریقه) ان تقدّر جمیع المال ثلاثة اسهم و نصیبا مجهولا والنصیب المجهول للموصی له بالنصیب وسهم للموصی له بالثلث یبقی سهمان لاینقسمان علی ثلاثة تضرب ثلاثة فی ثلاثة تصیر تسعة و نصیبا مجهولا فالنصیب المجهول للموصی له بالنصیب بقی تسعة ثلاثة للموصی له بالثلث و لکل ابن سهمان فظهر ان النصیب المجهول سهمان و المسألة من احد عشر سهمان للموصی له بالنصیب وثلاثة للموصی له بالثلث ولکل ابن سهمان اونقول ندفع الی الموصی له الاول نصیبا یبقی مال الا نصیبا ندفع ثلثه الی الثانی وهو ثلث مال الا ثلث نصیب یبقی ثلثا مال الاثلثی نصیب تعدل ثلاثة انصباء الورثة فاذاجبرت وقابلت یبقی ثلثا مال یعدل ثلاثة انصباء وثلثی نصیب فاذااکملت المال یبقی مال یعدل خمسة انصباء و نصفا فاذا بسطت من جنس الکسر بقی المال احدعشر والنصیب اثنان هذا مع اجازة الورثة ولولم تجز الورثة فالفریضة من تسعة لکل ابن سهمان و للموصی له بالنصیب سهمان و للآخر سهم لانا ندفع الی

الثانی وسلم الباقی والحق ما اختاره المصنف وهو الاحتمال الاول فی ان الموصی له بمثل النصیب له مثل ما للمجیز (لانه) اقل نصیبا ولغیر المجیز الثلث وللثانی ما نقص من المجیز ومن الموصی له بالنصیب فقد اشترک الاحتمال الاول وما اختاره المصنف فی الاول والثالث والرابع وتمایزا فی الثانی (وبقوله) والحق الاول اشار الی جهة اشتراکهما و(بقوله) لکن الی آخره اشار الی جهة مباینتهما وباقی وجوه الاحتمالات ذکرها المصنف وابطل الاحتمال الثانی بان غیر المجیز یاخذ اکثر من الثلث و هو باطل (لانه) مع عدم الاجازة یاخذ الثلث والاجازة تنقص الوارث فلا تزیده وجودها عن عدمها اجماعا .

قال دام ظله : ولواوصی له بمثل نصیب احد اولاده وهم ثلاثة (الی قوله) ولکل من الباقین اثنان وعشرون .

اقول : بنی المصنف هذه المسألة علی المسئلة السابقة واحتمالاتها وهی انه اذااوصی له بمثل نصیب احد ولدیه ولآخر بنصف الباقی واجازا حدهما (والاحتمال) الاول ضابطه

الاول نصيبا و الى الثاني تمام الثلث يبقى ثلثا مال يعدل ثلاثة انصباء فالثلث نصيب ونصف فالمال بعدالبسط تسعة والنصيب سهمان ولواجاز احدهم ضربت (على الاحتمال

ان تنظر ماللموصى له بالنصيب حالة الرد وماتنقصه اجازة الكل فينقص منه بنسبة اجازة المجيز وانما ضرب تسعة فى احد عشرلان التسعة مسألة الرد والاحد عشر مسالة الاجازة والقاعدة الكلية فى اجازة البعض ذلك وانما ضرب ثلاثة فى المجتمع لان اجازة الواحدة تنقص صاحب النصيب ثلث ماتنقصه اجازة الكل و له هنا حال رد الكل من تسعة وتسعين اثنان وعشرون (لان) له سهمين من تسعة مضروبة فى احد عشروله باجازة الكل سهمان من احد عشر مضروبة فى تسعة يكون ثمانية عشر فتفاوت بينهما اربعة نقصت باجازة الكل فينقص باجازة واحد ثلثها فينكسر فتضرب ثلاثة فى تسعة وتسعين يبلغ مائتين وسبعة وتسعين للموصى له بالنصيب اثنان وستون (لان) له باجازة الكل اربعة وخمسين مضروب ثلاثة فى ثمانية عشروله بردالكل ستةوستون مضروب ثلاثة فى اثنين وعشرين فاجازة الكل نقصته اثنى عشر فاجازة الواحد تنقصه ثلثها اربعة وللثانى تسعة واربعون (لان) لكل واحد من الرادين ستة وستين هى ثلث الثلثين وللمجيز اربعة وخمسون نقص منه اثناعشر تزيدها على الثلث وهو تسعة وتسعون يبلغ مائة واحدعشر منها للمجيز اثنان وستون كما ذكرنا بقى تسعة واربعون للثانى (ولان) للثانى حال رد الكل سهما من تسعة وتسعين وهو احدعشر مضروبة فى ثلاثة يبلغ ثلاثة وثلاثين وله حال اجازة الكل ثلثة من احدعشر من تسعة وتسعين وهى سبعة و عشرون مضروبة فى ثلاثة تبلغ احدا وثمانين فقدزادته اجازة الكل ثمانية واربعين فاجازة الواحدة تزيده ثلثها وهوستة عشر تضمها الى ثلاثة وثلاثين الحاصلة برد الكل يبلغ تسعة واربعين وهوالمطلوب فظهر من ذلك انا اعطينا المجيز نصيبه من مسألة الاجازة مضروبا فى مسألة الرد واعطينا الراد نصيبه من مسئلة الرد مضروبا فى مسألة الاجازة.

وهذا الاحتمال مبنى على تاثير الاجازة فى نقصان النصيب الموصى به بنسبة نصيب المجيز (وعلى الاحتمال الثانى) و هوان يكون لصاحب النصيب مثل نصيب المجيز بعدالوصايا كلها فيدخلها الدور فيفرض التركة نصيبا مجهولا و تسعة اسهم لان

الاول) تسعة فى احدى عشر ثم ثلاثة فى المجتمع تصير مائتين و سبعة و تسعين للاول اثنان وستون وللثانى تسعة واربعون وللمجيز اربعة وخمسون ولكل ابن من الآخرين ستة وستون (وعلى الثانى) من احد عشر لانا نجعل المال تسعة و نصيبا و يأخذ الثانى

الباقى بعد النصيب للاولاد اثلاثا وثلث نصيب المجيز للموصى له الثانى ومخرج ثلث الثلث تسعة للموصى له بالنصيب النصيب المجهول ولكل ابن ثلاثة واحد من نصيب المجيز للثانى بقى للمجيز سهمان فعرفنا ان النصيب المجهول سهمان فالمال كله احد عشر وهذا الاحتمال ضعيف لزيادة الوصيتين على الثلث فبرد الكل يرد الى الثلث و اجازة احد الورثة يزيدهما على الثلث لاينقصهما عنه وهنا قد حصل لهما ثلاثة من احد عشر وهى اقل من الثلث بثلثى سهم وللورثة ثمانية وهى اكثر من الثلثين بثلثى سهم فقد زادتهم اجازة بعضهم عن الثلثين وهذا باطل و الى هذا الوجه اشار بقوله و يضعف بما تقدم .

(وهذا الاحتمال) مبنى على تاثير الاجازة وان يقوم اجازة كل واحد بانفراده مقام اجازة الكل (وعلى الاحتمال الثالث) وهو ان يكون للموصى له مثل نصيب غير المجيز يحتمل وجهين (ا) ان يكون له مثل النصيب مع عدم الوصية وهو ثلث مزاد على الكل فيكون ربعا لانه جعله مساويا لواحد من اولاده فى النصيب والمساوات تقتضى ان لا ينقص عن ربع التركة اذا كانوا ثلاثة الا ما ينقص الولد وانما ينقص الولد حق لازم على الميت كدين مثلا اويلزم الوارث بمعنى انه لا يجوز له ابطاله بسبب صدر من الميت كوصية يخرج كلها او بعضها من الثلث او منجز متبرع به عندنا كذلك واما عند من يجيز منجز التبرعات من الاصل فانه يخرج موضوعه عن التركة والبحث هنا انما هو فى التركة اوما يصدر عن الوارث باختياره بعد الوفاة اذ لا اعتبار برده ولا اجازته ولا تصرفه قبلها وما نقص بالثالث لايؤثر فى نقصان النصيب لانه تجدد بعد الوفاة من فعل الوارث واختياره فلا يكون مرادا للموصى كما ذكرنا فحصر سبب النقصان اللازم للوارث فى الاولين (والاول) منتف فبقى الثانى ولا وصية الا له وللثانى ، ووصيته لاتنقصه عن النصيب الا ما ينقصه العول .

من نصيب المجيز سهما يبقى اثنان فالنصيب اثنان ويضعف بما تقدم (وعلى الثالث) للاول تسعة من ستة وثلاثين وللثانى تمام الثلث ثلاثة ومن المجيز سهمان و لهستة و

(والثانية) لاتنقص النصيب الموصى به (لان) وصية النصيب متقدمة عليهاو معنى التقدم ان المتقدمة تنفذ بالتمام و النقص الحاصل مختص بالمتأخرة فلايعارضها المتاخرة فالنصيب الربع فيخرج الثلث للو صايا للاول منه ربع التركة و الباقى للموصى له الثانى فاصل الفريضة اثنا عشر (لان) لها ربعا وثلثا وللموصى له بالنصيب الربع وهو ثلاثة وللثانى تمام الثلث وهوواحد بقى ثمانية تقسم بين الاولاد الثلاثة ينكسر فيضرب ثلاثة فى اصل الفريضة وهى اثنى عشر تبلغ ستة وثلاثين الثلث اثنى عشر للاول منه تسعة وللثانى ثلاثة تمام الثلث يبقى اربعة وعشرون لكل ابن ثلثها ثمانية وللثانى ايضا من نصيب المجيز سهمان (لانه) اوصى له بثلث الباقى بعد الوصية الا ولى فاذا اخرجنا تسعة وصية الاول من ستة و ثلاثين يبقى سبعة و عشرون للثانى ثلثها و هو تسعة اخذ منها من الثلث ثلاثة يبقى له ستة فى يد كل ابن اثنان فينفذ اجازة المجيز فيها لانها فى يده (و لانه) لواجاز الكل لكان له تسعة ولكل ابن ستة فلما اجاز واحد نفذت اجازته فى سهمين فللثانى خمسة و للمجيز ستة و لكل من الرادين الآخرين ثمانية .

(وهذا عندى ضعيف)لان النقص الحاصل من الاجازة انما هومن فعل الموصى (لانه) قصد انفاذ الوصيتين معا على التمام و الشرع حجر عليه بمعنى توقف لزوم فعله على اجازتهم لحقهم فاجازتهم تنفيذ لتصرفه فهومراد الموصى (وهذا الاحتمال) مبنى على تأثير الاجازة وعدم تأثيرما ينقصه الثلث بالوصية الثانية (ب) ان يكون له مثل نصيب غير المجيز بعد الثلث (لان) نقص المجيز باخراج الثلث فى الوصايا بغير اختياره بل هولازم له وهومن فعل الموصى والزام الشارع فلاتاثير للمجيز وانما تأثيره فى مازاد على الثلث .

(فنقول) تضرب مسألة الاجازة فى مسألة الرد يبلغ تسعة وتسعين فللاول سهمان من تسعة هى مسألة الرد مضروبين فى احد عشر مسألة الاجازة فله اثنان وعشرون و

لكل من الآخرين ثمانية (ويحتمل) عليه ان يكون الاول اثنان وعشرون من تسعة و تسعين ولغير المجيز كذلك وللمجيز ثمانية عشر وللثاني خمسة عشر وعلى المختار للاول من الثلث ثمانية عشر وباقيه واربعة من المجيز للثاني وللمجيز ثمانية عشر ولكل من الباقين اثنان وعشرون .

ولو قال ان لم يجز الورثة فلا تقديم لاحدهما فالوجه عندى الجواز و يحصل العول فنقسم الثلث على نسبة الاجازة فنجعل المال ثلاثة اسهم الثلث للموصى لهما لاينقسم على خمسة وسهمان للورثة لاينقسم على ثلاثة نضرب ثلاثة فى خمسة ثم ثلاثة فى المجتمع تصير خمسة واربعين ستة للموصى له بالنصيب وتسعة الآخرو (الباقى للاولاد خ) ولكل ابن عشرة.

كذا لكل واحد من الرادين يبقى خمسة عشر للثاني فقد اخذ الموصى له الاول مثل نصيب غير المجيز من الثلثين هنا واخذ الثاني تمام الثلث احد عشر ومن نصيب المجيز اربعة وذلك خمسة عشر وهذا الاحتمال مبنى على عدم تاثير الاجازة و ثبوت تاثير نقصان الثلث (وعلى الاحتمال الرابع) وهو المختار عند المصنف يخرج الثلث للوصايا للاول منه مثل نصيب المجيز (لانه) اقل انصباء الورثة وهو مضروب سهمين من احد عشر فى تسعة تبلغ ثمانية عشر يبقى من الثلث خمسة عشر للثاني الثلث (لان) الثلث للوصيتين و قد اخذ الاول حقه منه فالباقى للثاني و للثاني ايضا ما نقص من نصيب المجيز باجازته وهو اربعة فتكمل له تسعة عشر (و هذا الاحتمال) مبنى على تاثير اجازة الواحد كتأثير اجازة الكل و اختصاص الثاني بما نقص من نصيب الاول باجازة الكل .

قال دام ظله : ولو قال ان لم يجز الورثة فلا تقديم (الى قوله) لكل ابن عشرة .

اقول: وجه الجواز اصالة الصحة و لانها وصية صدرت من بالغ عاقل بامر ممكن لايخالف الكتاب و السنة فيجب العمل بها لم يتجاوز الثلث لقوله تعالى **فمن بدله الاية** (١) (و قيل) لا يجوز لان قوله ثلث ما يبقى بعد النصيب نص على

---

(١) البقرة ـ١٨١

العاشرة لو أوصى له بمثل نصيب احد بنيه الخمسة ولآخر بثلث مايبقى من الربع صح ولو كان البنون ثلاثة لم تصح وانما تصح فى اربعة فصاعداً (وطريقه) ان نجعل ربع المال ثلاثة اسهم ونصيبا مجهولا نعطى النصيب لصاحبه و واحداً لصاحب الثلث من الربع يبقى سهمان نضمهما الى ثلاثة ارباع المال وهو تسعة وثلاثة انصباء فيصير احد عشر سهما وثلاثة انصباء فندفع الانصباء الثلاثة الى ثلاثة بنين يبقى احد عشر للابنين الباقين لكل واحد خمسة ونصف فعرفنا ان النصيب المجهول فى الابتداء خمسة و نصف (فنقول) من رأس كنا قد جعلنا ربع المال ثلاثة اسهم ونصيبا مجهولا وقد ظهر ان النصيب المجهول خمسة ونصف فالربع ثمانية ونصف فنبسطها انصافا فهى سبعة عشر للموصى له بالنصيب احد عشر وهو مبسوط خمسة ونصف وللموصى له بثلث ما يبقى من الربع سهمان يبقى معنا اربعة نضمها الى ثلاثة ارباع المال و هو احد و خمسون تصير خمسة وخمسين نقسم على خمسة بنين لكل ابن احد عشر مثل حصة صاحب النصيب ولو كان البنون ستة واوصى لواحد بمثل احدهم ولآخر بربع مايبقى من المال بعد النصيب فتأخذ مالا وتعطى صاحب النصيب منه نصيبا يبقى مال الا نصيبا فتعطى ربعه للثانى وهو ربع مال الاربع نصيب . يبقى من المال ثلاثة ارباع الا ثلثة ارباع نصيب . تعدل انصباء البنين الستة . (فاجبر) ذلك بثلاثة ارباع نصيب ـ وزد مثله على انصباء البنين يكون ثلاثة ارباع مال يعدل ستة انصباء وثلاثة ارباع نصيب ـ فكمّل المال بان تزيد عليه ثلثه و تزيد على الانصباء ثلثها يكون مالا كاملا يعدل تسعة انصباء والنصيب واحد . فاعط صاحب النصيب نصيبه من المال يبقى ثمانية ربعه سهمان للثانى يبقى ستة لكل ابن سهم (اوتضرب) ستة الانصباء و ثلاثة ارباع النصيب فى مخرج المال وهو اربعة يكون سبعة وعشرين وتجعل النصيب عدد ما كان بقى من اجزاء المال وهو ثلاثة وهذه الطريقة تطرد فى جميع المسائل .

الحادية عشرة لو ترك ثمانية بنين و اوصى لرجل بمثل احد نصيب احدهم ولآخر بخمس ما يبقى من المال بعد النصيب ـ فخذ مالا وانقص منه نصيبا يبقى مال الا نصيباً انقص منه خمسه للثانى وهو خمس مال الا خمس نصيب يبقى اربعة اخماس (متن)

مال الا اربعة اخماس النصيب يعدل انصباء البنين وهى ثمانية اجبر ذلك باربعة اخماس نصيب ـ وزده على الانصباء تصير اربعة اخماس مال تعدل ثمانية انصباء واربعة اخماس نصيب ـ فكمّل المال بان (تزيد) عليه ربعه فزد على مامعك ربعه فيصير مالا يعدل احد عشر نصيبا ومنها تصح والنصيب واحد تدفعه الى الاول تبقى عشرة تدفع خمسها الى الثانى تبقى ثمانية بين البنين (اوتضرب) الثمانية والاربعة الاخماس الذى هو النصيب فى مخرج المال وهو خمسة تصير اربعة واربعين ومنها تصح و النصيب اجزاء المال الذى هو اربعة : ولو كان البنون اربعة فالفريضة من ستة بالطريق الاول .

الثانية عشرة لو اوصى بمثل (نصيب ـ خ) احد بنيه الاربعة ولآخر بنصف باقى الثلث بعد النصيب . فخذ ثلث مال وانقص منه نصيباً يبقى ثلث مال الا نصيباً تنقص نصفه للثانى يبقى من الثلث سدس مال الا نصف نصيب ـ تزيده على ثلثى المال فيصير خمسة اسداس مال الا نصف نصيب يعدل انصباء البنين فاجبر (ذلك ـ خ) يكن خمسة اسداس مال يعدل اربعة انصباء و نصفا ـ فكمّل المال بان تزيد على مامعك خمسه تصير مالا يعدل خمسة انصباء وخمسى نصيب فابسطها اخماسا تكون سبعة وعشرين والنصيب خمسة .

الثالثة عشرة لو ترك ابنين وابوين وبنتين واوصى لرجل بمثل نصيب ابن ولآخر بتكملة السدس بنصيب بنت ولآخر بتكملة الخمس بنصيب الام ولآخر بثلث ما بقى من الثلث بعد الوصايا ، فالمسالة من ثمانية عشر للابوين ستة وللابنين ثمانية وللبنتين اربعة (ثم) تجعل التركة شيئا ثم تاخذ السدس وهو سدس شىء فيلقى منه نصيب احدى البنتين وذلك سهمان فيبقى سدس شىء الا نصيبين فهذا هو التكملة الاولى (ثم) تاخذ خمس شىء فالق منه نصيب الام وهو ثلاثة اسهم يبقى خمس شىء الا ثلاثة انصباء فهذا هو التكملة الثانية (ثم) خذ مثل نصيب احد الابنين وذلك اربعة انصباء للموصى له بالمثل (ثم) اجمع ذلك كله فيكون خمس شىء وسدس شىء الا نصيبا فالق ذلك من الثلث فيبقى نصيب الا ثلث عشر شىء فخذ ثلثه وهو ثلث نصيب الا تسع عشر شىء فيبقى ثلثا نصيب الا تسعى عشر شىء فزد ذلك على ثلثى المال وهو ثلثا شىء فيصير ثمانية وخمسين

جزء من تسعين جزء من شيء وثلثي نصيب-فهذا يعدل انصباء الورثة وهي ثمانية عشر فالق ثلثي نصيب بمثلها (بمثلهما - خ ل) تبقى سبعة عشر وثلث نصيب يعدل ثمانية وخمسين جزءاً من تسعين جزء فاضرب جميع ما معك في المخرج وهو تسعون فتصير الانصباء الف نصيب وخمسمائة وستين والاشياء ثمانية وخمسين-فاقلب وحول واجعل الشيء الفا وخمسمائة وستين والنصيب ثمانية وخمسين .

(وامتحان) ذلك انك اذا اخذت لصاحب المثل نصيبه وهو مائتان واثنان وثلاثون فهوله ثم تأخذ سدس المال وهو مائتان وستون فالق من ذلك نصيب بنت وهو مائة وستة عشر فيبقى مائة واربعة واربعون فهذا هو التكملة الاولى (ثم) تاخذ خمس المال وذلك ثلثمائة واثنى عشر فالق منه نصيب الام وهو مائة واربعة وسبعون فتبقى مائة وثمانية وثلاثون فهو التكملة الثانية (ثم) اجمع ذلك كله اعني الوصايا الثلث فيكون مجموعها خمسمائة واربعة عشر فالق ذلك من الثلث وهو خمسمائة وعشرون فاعط من ذلك ثلثه للموصى له الثالث وذلك اثنان فيبقى اربعة فزدها على ثلثي المال وذلك الف واربعون فيصير الفا واربعة واربعين فاقسم ذلك بين الورثة على ثمانية عشر فيخرج من القسمة ثمانية وخمسون كما خرج النصيب اولاً فيكون للام مائة واربعة وسبعون وللاب مائة واربعة وسبعون وللبنتين مائتان واثنان وثلاثون وللابنين اربعمائة واربعة وستون .

الرابعة عشرة لو اوصى باجزاء مختلفة من شيء غير مستوعبة تخرج من الثلث لجماعة وبسّط الباقي على تلك النسبة فابسط الشيء على اقل عدد تحصل فيه تلك الاجزاء ، مثلا لو أوصى لزيد بثلث عبد ولا خر بربعه ولثالث بسدسه و الفاضل بينهم على النسبة - بسطت العبد اتساعا فان الاجزاء تخرج من اثنى عشر للاول اربعة وللثاني ثلاثة و للثالث اثنان الجميع تسعة وكذا الفاضل فتبسط العبد اتساعا للاول منها اربعة وللثاني ثلاثة وللثالث اثنان . ولو اوصى بالفاضل لغيرهم على النسبة ايضاً ضربت ثلاثة وفق التسعة مع اثنى عشر فيها تصير ستة وثلاثين للاوايل سبعة وعشرون وللاواخر تسعة .

الخامسة عشرة لو اوصى له بمثل احد بنيه الستة ولآخر بثلث ما يبقى من الربع (متن)

بعد النصيب ولثالث بنصف ما يبقى من الثلث بعد الوصيتين فخذ ربع مال وانقص منه نصيبا للاول يبقى ربع مال الا نصيبا ـ انقص منه ثلثه للثانى وذلك نصف سدس مال الاثلث نصيب يبقى من الربع سدس مال الا ثلثى نصيب زد عليه نصف سدس المال لان الربع اذا زدت عليه نصف سدس تصير ثلثا فيصير هذا والباقى من الربع الباقى من الثلث فيكون ربع مال الاثلثى نصيب هذا هو الباقى من ثلث المال بعد اخراج الوصيتين فانقص نصفه للثالث يبقى ثمن مال الاثلث نصيب زده على ثلثى المال يكون ثلثى مال وثمن مال الاثلث نصيب يعدل انصباء الورثة وهى ستة فاذا جبرت صار ثلثى مال وثمن مال يعدل ستة انصباء وثلث نصيب ـ فكمل المال وهو ان تزيد على ما معك خمسة اجزاء من تسعة عشر جزء فيصير مالا يعدل ثمانية انصباء فخذ بعها سهمين واعط الاول نصيبا يبقى من الربع سهم اعط ثلثه للثانى فالوصيتان سهم وثلث سهم يبقى من الثلث سهم و ثلث ادفع نصفه وهو ثلثا سهم الى الثالث فالوصايا الثلث سهمان يبقى ستة لكل ابن سهم فان اردت ان يزول الكسر ضربت المال الذى هو ثمانية فى ثلاثة يكون اربعة و عشرين والنصيب ثلاثة والوصية الاولى ثلاثة والثانية واحد والثالثة اثنان .

البحث الثانى فى ما اشتمل على الاستثناء

قاعدة

اذا اوصى بمثل نصيب وارث الاجزء معينا فابسط المسالة اولا على سهام صحاح يخرج منه صاحب الفرض والورثة بسهام صحاح ثم تضيف اليها للموصى له مثل سهام من اوصى له بمثله فتضربها فى مخرج المستثنى ثم تعطى كل من استثنى له من نصيبه ما استثنى وتعطى كل واحد من باقى الورثة بحساب ذلك من المستثنى وما بقى قسمته على جميع سهام الورثة و سهام الموصى له لكل واحد منهم بقدر سهامه وانظر ان كان من استثنى يستغرق الجملة او اكثر حتى لا تصح القسمة على الباقى فلا تتعرض للقسمة فانها لا تصح و لك طرق فى بيان استخراج ما يرد فى هذا الباب ويشتمل هذا البحث على مقامات .(متن)

المقام الاول اذا كان الاستثناء من اصل المال وفيه مسائل :

الاولى لو ترك اباوابنين و بنتا و اوصى لاجنبى بمثل الابن الاربع المال فالفريضة من ستة لكل من الاب والبنت سهم ولكل ابن سهمان فتضيف سهمين للاجنبى فتضرب الثمانية فى اربعة يصير اثنين و ثلاثين تعطى كل ابن ثمانية لانها الربع المستثنى وتعطى البنت بحساب ذلك من هذا الاستثناء اربعة وللاب اربعة فالجملة اربعة وعشرون للورثة غير الموصى له والباقى وهو ثمانية تقسم على سهام الورثة والموصى له لكل ابن سهمان ولكل من الاب والبنت واحد وللموصى له اثنان فلكل من الابنين فى اصل المستثنى ثمانية وفى الباقى سهمان فهى عشرة وللبنت فى الاصل اربعة و فى الباقى سهم وللاب كذلك فللموصى له اذن مثل ما للابن عشرة اسهم الاربع المال والربع ثمانية يبقى له سهمان (او نقول) ندفع نصيبا من مال ثم نسترد منه ربع المال يبقى مال وربع مال الا نصيبا يعدل انصباء الورثة فهى ثلاثة تصير بعد الجبر مال وربع مال يعدل اربعة انصباء فالمال يعدل ثلاثة انصباء وخمسا فاذا بسطت صارت ستة عشر والنصيب خمسة نسترد منه اربعة هى ربع المال يبقى للموصى له سهم ولكل ابن خمسة ولكل من البنت والاب اثنان ونصف فاذا اردت الصحاح بلغت اثنين وثلاثين والنصيب عشرة .

الثانية لو اوصى له بمثل نصيب ابن وله ثلاثة الاربع المال فالوصية صحيحة (فلا تتوهم) ان الاستثناء مستغرق من حيث انه لو لاه لكان له الربع وقد استثناه (لانا) نقول حقيقة هذه الوصية انه فضل كل ابن على الموصى له بربع المال فتجعل المال اربعة اسهم وتسلم لكل منهم ربع المال من غير مزاحم وهو الذى ينبغى ان تفضل به كل واحد على الموصى له فيبقى واحد تقسم على الاولاد والموصى له بالسوية فتضرب اربعة فى الاصل فهى ستة عشر لكل ابن اربعة تبقى اربعة تقسم ارباعا فلكل ابن سهم و للموصى له سهم فكمل لكل ابن خمسة فيفضل على الموصى له باربعة هى الربع اذا ضمت الى سهم الموصى له صار مثل نصيب ابن فالسهم مثل النصيب الاربع المال وبالجبر كالاول، ولو كان له ابن فاوصى له بمثل نصيبه الا نصف المال فقد فضله على الموصى له (متن)

بـالنصف ـ فاجعل المـال نصفين وخص الا بن باحدهما وتقسم الاخر عليهمـا فللموصى له ربع المال وهوسهم من اربعة فهو مثل نصيب الا بن الا نصف المال ، و لوكان له ابنان فاوصى بمثل نصيب احدهما الا نصف المال فالوصية باطلةلاستغراق الا ستثناء اذ قد فضل كل واحد بنصف المال فاذا سلمنا الى كل واحد ما فضل به نقد المال وكذا لواوصى بمثل احدهم وهم اربعة الأربع المال ، ولوقال الاسدس المال ضربت خمسة و هى العدد فى مخرج الا ستثناء تبلغ ثلاثين لكل ابن خمسة هى ضرب العدد فى نصيبه و هو واحد من اربعة قبل الوصية تبقى عشرة تقسم بينهم اخماسا فيكمل لكل ابن سبعة وللموصى له اثنان فله ايضاسبعة الا سدس المال(او نقول) نخرج من المال نصيبا و نسترد منه سدسه فيبقى مال و سدس مال الا نصيبا يعدل انصباء الورثة فبعد الجبر يبقى مال و سدس مال يعدل خمسة انصباء فالمـال يعدل اربعة انصباء وسبعى نصيب فللموصى له اثنان ولكل ابن سبعة :

الثالثة لوترك ابويه و ابنا وثلاث بنات و أوصى له بمثل نصيب الاب الا ثمن المال فالفريضة من ثلاثين وتضيف اليها خمسة و تضرب المجموع فى ثمانيـة تصيرمأتين وثمانين فلكل من الابوين ما استثنى وهو الثمن خمسة و ثلاثون و هو سبعة امثال نصيبه من الاصل اذ له فى اصل المسألة خمسة وتعطى الابن سبعة امثال نصيبه ايضا ستة وخمسين سهما و لكل بنت ثمانية و عشرون يبقى سبعون تقسم على سهام الورثة والموصى له وهى خمسة وثلاثون لكل سهم اثنان فلكل من الابوين عشرة وللابن ستة عشرولكل بنت ثمانية وللموصى له عشرة فله مالاحد الابوين الا ثمن المال لان كلا من الابوين له فى اصل المستثنى وفى الباقى خمسة واربعون و للموصى له خمسة واربعون الاثمن المال وهوخمسة وثلاثون فيبقى له عشرةوللابن فى اصل المستثنىوفى الباقى اثنان و سبعون ولكل بنت فى الا صل و الباقى ستة وثلاثون (**اونقول**) ناخذ مالا ونخرج منه نصيبا ونسترد من النصيب ثمن المال يبقى مال وثمن مال الا نصيبا يعدل انصباء الورثة و هى ستة يصيرالمال بعد الجبر و المقابلةو حذف الثمن الزائديعدلستةانصباءوتسعى نصيب فالوصيةتسعانصيب (منن)

الرابعة لو أوصت بمثل نصيب زوجها مع اب وابنين وثلاث بنات الاسدس المال فالفريضة من اثنى عشر و تضيف اليها ثلاثة وتضرب الجميع فى ستة يصير تسعين فللزوج ما استثنى وهو السدس بثلاثة اسهم خمسة عشر وهو خمسة امثال نصيبه وللاب عشرة و كذا لكل ابن ولكل بنت خمسة تبقى ثلاثون تقسمه على الورثة وللموصى له بقدر سهامهم وهى خمسة عشر لكل سهم اثنان فللزوج من الباقى ستة وللاب اربعة و كذا لكل ابن ولكل بنت سهمان وللموصى له ستة تكمل للزوج فى القسمين احدو عشرون وللموصى له مثله الاسدس المال وسدسه خمسة عشر يتخلف ستة .

الخامسة لو خلف أبوين وزوجة فأوصى بمثل الاب الا خمس المال فالفريضة اثنى عشر فزد عليها خمسة للموصى له (ثم) تضرب المجموع فى خمسة فكل من كان له قسط من سبعة عشر اعطى مضروبا فى خمسة (ثم) تاخذ سبعه عشر من الموصى له و هى خمس المال وتبسطها على الجميع بالنسبة فله ثلاثة عشر وللاب ثلاثون فله مثل نصيبه الا خمس المال .

السادسة لو أوصى له بمثل نصيب ابن الا نصف سدس المال وخلف ابنين وزوجة وابوين وبنتا وخنثى فالفريضة من اربعة وعشرين فللزوجة ثلاثة ولكل من الابوين والابنين اربعة وللبنت سهمان وللخنثى ثلاثة تضيف اليها اربعة وتضربها فى اثنى عشر مخرج نصف السدس تصير ثلثمائة وستة وثلاثين فتعطى الورثة ما استثنى لكل واحد بحصته فلكل ابن بحقه فى المستثنى لاربعة ثمانية وعشرون وذلك سبعة امثال حقه وهو نصف سدس المال و كذا لكل من الابوين ولكل من الزوجة والخنثى احدوعشرون وللبنت اربعة عشر تقسم الباقى وهو مائة وثمانية وستون على الجميع و الموصى له وسهامهم ثمانية وعشرون لكل سهم ستة فلكل ابن اربعة و عشرون و كذا لكل من الابوين و لكل من الزوجة والخنثى ثمانية عشر وللبنت اثنى عشر وللموصى له اربعة وعشرون فلكل ابن اثنان وخمسون ثمن الاصل المستثنى و من الباقى و للموصى له كذلك الا نصف سدس المال وهو ثمانية وعشرون يبقى له اربعة وعشرون.

السابعة لو أوصى له بمثل نصيب احد ابنيه مع زوجة الاربع المال فالفريضة من (متن)

ستةعشر وتضيف اليها سبعة وتضرب المجتمع فيمخرج الربع فيصيراثنين وتسعين و منها تصح ـ للموصى له اثنىعشر ولكلابن خمسة وثلاثون وللزوجة عشرة لاناًخذ مالا ونخرج منه نصيبا ونستثنى منه الربع يبقى مالوربع مال الانصيباً يعدل انصباء الورثة وهى نصيبان وسبعانصيب فاذا جبرت وقابلت يصير مالا وربع مال يعدل ثلاثة انصباء وسبعى نصيب فالمال يعدلنصيبين وخمسى نصيب واربعة اخماس سبعى نصيب فالنصيب خمسةوثلاثونلانهمضروبسبعةفي خمسةفالمالاثنانوتسعون فاذا استثنيتربعه وهو ثلاثة وعشرون من النصيب بقى اثنىعشر لكن معين الدين المصرى قال فاذا اعطيت كلابن بسهامهالسبعة ، الربع المستثنى منهذه المسألة وهوثلاثة وعشرون- انكسرت السبعة فى ثلاثة وعشرين لانه لايمكن اخراجحق الزوجة منهذهالمسالة علىهذاالحسابصحيحا فاضرب جميع المسالة فىسبعة فتصير ستمائة واربعة واربعين لكلابن بسهامه السبعة الربع مائة واحد وستون وتعطى الزوجة بحساب سهميهاستة واربعين يبقى مائتان وستة وسبعون تقسم علىسهام الورثة و الموصىله وهو ثلاثة و عشرون لكل سهماثنىعشر فيكون للزوجة اربعة و عشرون ولكلواحد من الابنين اربعةوثمانون وللموصىله اربعةوثمانونفلهمثل مالاحد الابنين الاربعالمال .

الثامنة لواوصى لهبمثل نصيب احد بنيهالثلاثة الامثل ماينقص نصيب احدهم بالوصية ـ جعلنا المال ثلاثة انصباء ووصية ـ فندفع الى الموصىله نصيبا ونسترجع منه ثلث وصية (لان) نقصان كلنصيب ثلثوصية فيبقى من المال نصيبان ووصية و ثلث يعدل انصباء البنين وهى ثلاثة انصباء فنقابل نصيبين بمثلهمافيبقى نصيب يعدل وصية و ثلثا فالنصيب اربعة والوصية ثلاثة فللموصى له ثلاثة من خمسة عشر و لكل ابن اربعة .

المقامالثاني انيكون الاستثناء من الباقى وفيه مسائل :

(الاولى) لواوصى له بمثلنصيب احدولديه الاثلث مايبقى بعداخراجالنصيب (فطريقه) انتجعل المال كله ثلاثة اسهم و نصيبا مجهولا وانما جعلناه ثلاثة اسهم ليكونلهثلث بعدالنصيب(ثم) نستردمن النصيبسهما كاملافانه ثلث المالونضمه(متن)

الى السهام الثلاثة فيصير معنا اربعة اسهم نقسمها بين الولدين فظهر ان النصيب المجهول سهمان لانه بقدر النصيب (ثم) نعود فنقول ان المال كان خمسة اسهم والنصيب منه سهمان فنصرف الى الموصى له سهمين يبقى ثلاثة نسترد منه مثل ثلث الباقي بعد النصيب وهو سهم فان الباقي بعد النصيب ثلاثة ونضمه الى الثلاثة فيصير معنا اربعة بين الابنين لكل واحد سهمان مثل النصيب المخرج ابتداءاً .

الثانية لو قال اعطوه بمثل نصيب احدهما الا ثلث مايبقى بعد الوصية لا بعد النصيب والوصية هي التي يتقرّر الاستحقاق عليها بعد الاستثناء (فطريقه) ان نجعل المال سهمين ونصيبا مجهولا وانما جعلناه سهمين ونصيبا بحيث اذا اخرجنا النصيب يبقى من المال ما اذا زيد عليه مثل نصفه يصير ثلاثة حتى نسترد من النصيب مثل نصف الباقي بعد النصيب فيكون قد استرجعنا مثل ثلث الباقي بعد الوصية فاذا جعلنا المال سهمين ونصيبا مجهولا استرجعنا من النصيب سهما كاملا فصار معنا ثلاثة ونصيب مجهول فنقسم الثلاثة على الابنين (الاثنين - خ ل) فلكل واحد سهم و نصف فظهر لنا ان النصيب المقدّر اولا كان سهما ونصفا فنعود ونقول ظهر ان المال كله قد كان ثلاثة اسهم ونصفا فنبسطها انصافا تصير سبعة والنصيب منها ثلاثة فنصرف الى الموصى له ونسترد مثل نصف الباقي بعد النصيب فالباقي بعد النصيب اربعة ومثل نصفه سهمان فنستردهما ونضمهما الى الاربعة ونقسمها على الابنين (الاثنين - خ ل) لكل واحد ثلاثة فقد حصل للموصى له ثلاثة الا مثل ثلث الباقي بعد تجرد الوصية وهو سهمان فيبقى له واحد، ولو اطلق وقال اعطوه مثل نصيب احد ولدي الا ثلث مايبقى من المال ولم يقل بعد الوصية او بعد النصيب نزّل على الوصية فانها الاقل واللفظ متردد .

الثالثة لو استثنى جزءاً مقدّراً من جزء مقدر كان يقول اعطوه مثل نصيب احد أولادي الثلاثة الا ثلث مايبقى من الثلث بعد اخراج النصيب (فطريقه) ان نجعل ثلث المال ثلاثة ونصيبا مجهولا (ثم) نسترد من النصيب المجهول سهما كاملا فيحصل معنا اربعة اسهم نضمها الى ثلثي المال وهو ستة اسهم ونصيبان يصير عشرة اسهم ونصيبين فنصرف النصيبين الى الابنين تبقى عشرة اسهم للابن الثالث فعرفنا ان النصيب كان عشرة - فنعود ونقول (متن)

كناقد جعلنا ثلث المال ثلاثة اسهم و نصيبا وقد ظهران ثلث المال ثلاثة عشر سهما فالنصيب عشرة وثلثاه ستة وعشرون وجملة المال تسعة وثلاثون فنأخذ عشرة من الثلاثة عشرة اسهما لصاحب النصيب ونسترد منه ثلث مابقى من الثلث بعد النصيب وهو واحد لان الباقى ثلاثة فيصير معنا اربعة نضمها الى ثلثى المال فيصير ثلاثين لكل ابن عشرة مثل النصيب المخرج ابتداءاً ، ولوقال ثلث مايبقى من الثلث بعد الوصية فنجعل ثلث المال سهمين ونصيبا مجهولا ونسترد من النصيب سهما ونضمه الى سهمين فيصير ثلاثة اسهم فنضمها الى ثلثى المال وهو اربعة ونصيبان فيصير سبعة ونصيبين نعطى النصيبين الابنين فتبقى سبعة لابن واحد فظهر ان النصيب كان سبعة (فنرجع) ونقول ثلث المال كان تسعة والنصيب سبعة نخرجه الى الموصى له ونسترد من النصيب ماذا ضم الى الباقى كان ثلاثة وهو سهم واحد ونضمه الى السهمين الباقيين يصير ثلاثة ونضمها الى ثلثى المال وهو ثمانية عشر فيصير احداً وعشرين لكل ابن سبعة وهو مثل النصيب المخرج ابتداءاً والباقى فى يد الموصى له ستة وهو مثل نصيب الابن الآثلث مايبقى من الثلث بعد الوصية وذلك ما اردنا ان نبيّن .

(**اونقـول**) نجعل المال ثلاثة انصباء ووصية فنأخذ ثلث ذلك نصيبا وثلث وصية وندفع الى الموصى له نصيبا فيبقى معنا ثلث وصية نسترجع من النصيب نصف الباقى سدس وصية فيحصل معنا نصف وصية وهو الباقى من الثلث بعد الوصية ونزيد ذلك على الثلثين فيحصل معنا نصيبان ووصية و سدس وصية تعدل ثلاثة انصباء فالق نصيبين بنصيبين فيبقى وصية و سدس تعدل نصيبا فالوصية ستة و النصيب سبعة والمال كله سبعة وعشرون ، و لوقال مثل نصيب احدهم الا ما انقصت الوصية احدهم من الثلث فاجعل ثلث المال نصيبا و شيئاً و الشيء هو ما انقص كل ابن من الثلث و المال ثلاثة انصباء وثلاثة اشياء وانقص من المال الوصية وهو نصيب الا شيئا فيبقى نصيبان و اربعة اشياء تعدل انصباء البنين وهى ثلاثة انصباء فالق نصيبين بنصيبين يبقى نصيب يعدل اربعة اشياء فالشيء يعدل ربع نصيب فاجعل النصيب اربعة اسهم والشيء سهما وقد كنا جعلنا المال ثلاثة انصباء وثلاثة اشياء فهو اذن خمسة عشر سهما للموصى له (متن)

من ذلك نصيب ؛ الاشيئا وهو ثلاثة اسهم و الشيء هو ما انتقص احدهم من الثلث سهم واحد اذا استثنيته من نصيب احدهم بقى ثلاثة اسهم وهو الوصية فانقص الوصية من المال يبقى اثنا عشر للبنين وان شئت اخذت مالا و نقصت منه نصيبا و استرجعت من النصيب ثلث مال الا نصيباً وهوما انقص احدهم من الثلث وزدت ذلك على المال فيكون مالا وثلث مال الا نصيبين يعدل انصباء البنين وهى ثلاثة ـ فاذا جبرت صار مالا وثلث مال يعدل خمسة انصباء فردّ ما معك الى مال واحد بان تنقص من الجميع مثل ربعه يبقى مال يعدل ثلاثة انصباء و ثلاثة ارباع نصيب فابسطه ارباعا تكون خمسة عشر سهما و النصيب اربعة اسهم ـ فاذا استثنيت من النصيب ثلث مال الا نصيبا يبقى ثلاثة اسهم وهو الوصية فان اوصى لآخر بربع ما يبقى من الثلث فخذ ثلث مال وانقص منه نصيبا و استرجع من النصيب ما انقص احدهم من الثلث وهو ثلث مال الا نصيبا وزد ذلك على باقى الثلث فيصير ثلثى مال الا نصيبين ـ فاذا دفع ربع ذلك الى الموصى له بربع باقى الثلث وذلك سدس مال الا نصف نصيب يبقى من الثلث نصف مال الا نصيبا ونصف نصيب ـ زده على ثلثى المال يكون مالا وسدس مال الا نصيباً ونصف نصيب تعدل انصباء البنين و هى ثلثة ـ فاذا جبرت صار مالا و سدس مال تعدل اربعة انصباء ونصفا فانقص سبع ما معك ليرجع الى مال واحد يكون مالا تعدل ثلاثة انصباء وستة اسباع نصيب فابسطه اسباعا يكون سبعة و عشرين و النصيب سبعة .

المقام الثالث ان يكثر الاستثناء

قاعدة

اذا كانت الوصية لاثنين فما زاد ـ تبسط المسألة على سهام الورثة و تضيف اليه لكل واحد من الموصى لهم مثل سهام من ذكر له مثله كما تقدم ـ وتضربها فى مخرج المستثنى الاول فما بلغ تضربه فى مخرج المستثنى الثانى فما بلغ تضربه فى مخرج المستثنى الثالث وهكذا بالغا ما بلغ ثم تأخذ جميع المستثنيات وتجمعه جملة (متن)

واحدة و تقسمة على من استثنى له من سهامه بنسبتهم ـ و تعطى من لم يستثن له من الورثة من باقى السهام بنسبة ما اعطيت المستثنى له بسهامه وما بقى بعد ذلك تقسمه على الجميع وعلى الموصى لهم اجمعين كما فعلت فى المستثنى المفرد و تجمع سهام الموصى لهم جملة (ثم) تنظر فى سهام واحد واحد ممن استثنى من حقه بشىء فتسقطه وما بقى من جملة سهامه فهو لمن اوصى له بمثل ماله فتعطيه من تلك الجملة التى عقدتها للموصى لهم واحدا واحداً الى آخرهم ـ هذا اذا كانت الكسور لا يدخل بعضها تحت بعض فان دخل بعضها تحت بعض من غير كسر مثل ان المستثنى من وصية احد الموصى لهما ثمن ومن وصية الاخر سدس فان مخرج الثمن يدخل فيه مخرج السدس ويدخل فيه ايضاً الربع والثلث و النصف اذا كانت سهام الورثة و الموصى لهم ازواجا و غاية ما ينكسر فى مخرج النصف تضربها فى اثنين اوفى الربع تضربها فى اربعة فلا يحتاج الى ان تضرب فى جميع المخارج لكن التقسيم و تميز السهام باق على حاله كما ذكرناه .

وفى هذا المقام مسائل

الاولى لو خلّف ابنين واوصى لواحد بمثل نصيب أحدهما الا سدس المال ولآخر بمثل ما للآخر الا ثمن المال ـ فاصل الفريضة سهمان وتضيف اليهما للوصيتين آخرين (ثم) تضربها فى ستة ثم تضرب الجميع فى ثمانية فتكون مائة واثنين وتسعين (ثم) تأخذ سدسه وثمنه جملة تعطى كل ابن نصفها وهو ثمانية وعشرون يبقى مائة وستة و ثلاثون تقسم ارباعا لكل ابن اربعة وثلاثون وللوصيتين ثمانية وستون فالمستثنى منه سدس المال ثلاثون (لان) لنظيره من الولدين فى القسمين اثنين وستين فله مثله الا سدس المال وسدسه اثنان وثلاثون يتخلف له ثلاثون وللمستثنى منه الثمن ثمانية وثلاثون (لان) لنظيره اثنين وستين فله مثله الا ثمن المال وثمنه اربعة وعشرون يتخلف له ثمانية وثلاثون ، ويمكن قسمتها من ستة وتسعين بان تضرب ستة فى اربعة وتأخذ ثمن المرتفع وسدسه وهو سبعة لا تنقسم على الولدين تضرب اثنين فى المرتفع تبلغ ثمانية واربعين ثمنه وسدسه اربعة عشر يتخلف اربعة وثلاثون لا تنقسم ارباعا تضرب (متن)

اثنين فى ثمانية واربعين تصير ستة وتسعين لكل ابن من الثمن والسدس اربعة عشر وله من الباقى سبعة عشر سهما وللمستثنى منه السدس خمسة عشر لانها مثل نظيره الذى اجتمع له من القسمين احد وثلاثون الاسدس المال وهو ستة عشر سهما ويبقى تسعة عشر سهما للآخر (لانه) مثل نظيره الآثمن المال وهو اثنا عشر .

(او نقول) تأخذ مالا وتخرج منه نصيبين وترد منهما اليه سدسه وثمنه يصير مالا وسدسه وثمنه الا نصيبين يعدل نصيبين فاذا جبرت صار الجميع وهو مال وثمنه وسدسه يعدل اربعة انصباء والمال اربعة وعشرون والمجموع احد وثلاثون والنصيب سبعة وثلاثة أرباع فللاول ثلاثة وثلاثة ارباع وللثانى اربعة وثلاثة ارباع وتصح من غير كسر من ستة وتسعين .

الثانية لو اوصى له بمثل نصيب احد أولاده الثلاثة الآسدس المال ولآخر بمثل آخر الآثمن المال تضيف سهمين الى ثلاثة اصل الفريضة (ثم) تضرب المجتمع فى ستة (ثم) المرتفع فى ثمانية تصير مأتين واربعين (ثم) تاخذ سدسه وثمنه للولدين لكل ابن خمسة وثلاثون وللآخر كذلك ـ وتقسم الباقى وهو مائة وخمسة وثلاثون اخماسا لكل ابن سبعة وعشرون فيكمل له بالقسمتين اثنان وستون وللمستثنى منه السدس اثنان وعشرون (لان) له مثل نظيره الآسدس المال وسدسه اربعون وللآخر اثنان و ثلاثون لان الثمن وهو ثلاثون اذا اسقط من اثنين وستين بقى ماقلناه ، وقد تصح من مائة وعشرين بان تضرب وفق احد مخرجى الاستثناء فى الآخر (ثم) تضرب الخارج فى اصل الفريضة تبلغ مائة وعشرين تقسمه اخماسا (ثم) يأخذ من المستثنى منه السدس عشرين تقسم اخماسا ويؤخذ من المستثنى منه الثمن خمسة عشر يقسم كذلك فيكمل لكل ابن احد وثلاثون وللاول احد عشرهى مثل النصيب الآسدس المال وللآخر ستة عشرهى مثل النصيب الاثمن المال (او نقول) نأخذ مالا ونخرج منه نصيبين ونسترد السدس والثمن فالمجموع احد وثلاثون والنصيب ستة وخمس فللاول اثنان وخمس وللثانى ثلاثة وخمس ونسقط سبعة .

الثالثة لو اوصى له بمثل نصيب احد اولاده الثلاثة الآربع المال وللثانى بمثل (متن)

آخر الأسدس المال ولثالث بمثل آخر الاثمن المال فلنضف ثلاثة الى ثلاثة اصل الفريضة (ثم) نضرب المجتمع في اربعة (ثم) المرتفع في ستة (ثم) القائم في ثمانية تصير الفاومائة واثنين وخمسين (ثم) نأخذ المستثنيات وهي الربع والسدس والثمن نقسمها على البنين اثلاثا فلكل ابن مائتان وثمانية اسهم ونقسم الباقي وهو خمسمائة وثمانية وعشرون على ستة النصف للبنين لكل ابن ثمانية وثمانون فيكمل له من القسمين مائتان وستة وتسعون وللمستثنى منه الربع ثمانية اسهم و للمستثنى منه السدس مائة واربعة اسهم وللمستثنى منه الثمن مائة واثنان وخمسون وقد يقوم على الطريقة الثانية التي ذكرناها في اول هذا المقام من مائة واربعة واربعين .

(**او نقول**) نأخذ مالا ونخرج منه ثلاثة انصباء ونسترد منها ربعه وسدسه وثمنه فالمجموع بعد الجبر يعدل ستة انصباء والمال اربعة وعشرون والمجموع سبعة و ثلاثون والنصيب ستة وسدس للاول وللثاني سهمان وسدس وللثالث ثلاثة وسدس ـ فاذا اردت التصحيح ضربت ستة في اربعة وعشرين ويرجع كل منهم الى ثمن ما كان له في المسألة الاولى ، ولو كان معهم بنت واوصى لواحد بمثل نصيب ابن الأربع ما يبقى من المال بعد اخراج جميع الوصايا ولآخر بمثل البنت الأثمن ما يبقى من ماله بعد نصيب البنت.

(**فنقول**) الباقي بعد جميع الوصايا انصباء الورثة وهي سبعة فخذ ربعه وهو نصيب وثلاثة ارباع نصيب فانقصه من نصيب ابن وهو نصيبان يبقى ربع نصيب وهو وصية الاول (ثم) خذ مالا وانقص منه نصيب بنت يبقى مال الأنصيباً (ثم) استرجع من نصيب البنت ثمن الباقي المال بعد نصيب البنت وذلك ثمن مال الاثمن نصيب وزده على المال يكون مالا وثمن مال الانصيباً وثمن نصيب انقص منه ربع النصيب الذي هو وصية صاحب الابن يبقى مال وثمن مال الأنصيباً وثلاثة اثمان نصيب يعدل انصباء الورثة وهي سبعة انصباء ـ فاذا جبرت صار مالا وثمن مال يعدل ثمانية انصباء وثلاثة اثمان نصيب فاذا ضربته في مخرج الكسر وهو ثمانية يكون سبعة وستين سهما ومنها تصح والنصيب تسعة وهو ما كان معك من عدد اجزاء المال والثمن . (متن)

(**وامتحانه**) ان نخرج من المال نصيب البنت تسعة يبقى ثمانية و خمسون نأخذ ثمنه وهو سبعةاسهم وربع سهم انقصها من نصيب البنت يبقى سهم وثلاثة ارباع سهم وهووصية صاحب البنت فاخرجها من المال (ثم) اخرج ربع نصيب وهووصية صاحب الا بن و ذلك سهمان وربع يبقى من المال ثلاثة وستون للبنت تسعة ولكل ابن ثمانية عشر ـ فاضرب الفريضة فى اربعة للكسر تكون مائتين وثمانية وستين.

الرابعة لو اوصى له بنصيب احد ابويه مع اربعة بنين الا ثمن المالوسدس ثمن المال فالفريضة من ستة وتضيف آخر للوصية وتضربها فى ثمانية (ثم) تضرب المرتفع وهو ستة وخمسون فى مخرج سدس الثمن وهو ثمانية واربعون تبلغ الفين وستمائة وثمانية وثمانين فتأخذ ثمنه وسدس ثمنه و هو ثلثمائة و اثنان و تسعون و تقسمه بالسوية بين الابوين والبنين الاربعة فيكمل لهم الفان وثلثمائة واثنانوخمسون ويبقى ثلثمائة وستة وثلاثون يقسّم اسباعا لكل واحد من الورثة ثمانية و اربعون و للموصى له كذلك فله مثل مالاحدالابوين الاثمن المال وسدس الثمن ويمكن قسمتها من ثلاثمائة وستة و ثلاثين بان تأخذ مالا وتخرج منه نصيبا وتستردّ منه ثمن المال وسدس ثمنه يصير بعد الجبر مالا وثمنه وسدس ثمنه يعدل سبعة انصباء و المجموع يعدل خمسة وخمسين والنصيب سبعة وستة اسباع سهم وللموصى له ستة اسباع سهم و المال ثمانية واربعون ـ فاذا اردت الصحاح ضربته فى سبعة واذا ضربت الاصل وهو ستة وخمسون فى ستة على الطريقة الثانية فكذلك (لانا) نضرب وفق ثمانيةواربعين مع ستة وخمسين وهو ستة فى ستة وخمسين (ولان) سدس الثمن يدخل فى الثمن فان انكسر تضرب فى ستة لكن بعض المسائل لاينأتى فيه ذلك ، فحينئذ لكل من الورثة فى المستثنى بالثمن وسدس الثمن تسعة واربعون و الباقى بعد ذلك اثنان و اربعون تقسم على الورثة والموصى له فيكون لكل سهم من سبعة(اسهم ـ خ)ستةاسهم، فللموصى له مثل مالاحدالابوين خمسة وخمسون الاثمن المال وسدس الثمن وهو تسعة واربعون فله ستة،ولو خلّف اربعة بنين واوصى بمثل احدهم الاثلث مايبقى من الثلث(مثن)

بعداخراج نصيب احدهم ولآخر بمثل احدهم الاربع ما يبقى من الثلث فمخرج الثلث والربع اثنى عشر تضرب الثلاثة التى هى مخرج الكسر المنسوب الى المال فيها تبلغ ستة وثلاثين تزيد عليه سبعة هى مجموع الثلث والربع من اثنى عشر تبلغ ثلاثة واربعين فهى حصة ابن واحد (ثم) تضرب سهام الورثة والموصى لهما وهى ستة فى اثنا عشر تبلغ اثنين وسبعين تزيد عليه السبعة تبلغ تسعة وسبعين فهو ثلث المال فما يبقى من الثلث ستة وثلاثون ثلثه اثنى عشر وربعه تسعة فللموصى له الاول احد وثلاثون و للثانى اربعة وثلاثون وللبنين الاربعة مائة و اثنان و سبعون ، فاصل المال مائتان وسبعة و ثلاثون (والطريق) ان تجعل الكسور المنسوبة الى ما يبقى متفقة المخرج ان لم تكن (ثم) تضرب المخرج المنسوب الى المال فى ذلك المخرج فما بلغ تزيد عليه جميع الكسور المنسوبة الى مايبقى من مخرجها المذكوران كانت الوصايا مستثناة بتلك الكسور او تنقصها منه ان كانت زائدة فما بلغ اوبقى فهو نصيب الوارث الموصى بمثل نصيبه ثم تضرب سهام الورثة والموصى لهم فى مخرج الكسور المنسوبة الى مايبقى ايضا فما بلغ تزيد عليه الكسور المنسوبة ايضاً ، اوتنقصها منه كما فعلناه اولا فما حصل فهو عدد الكسر المنسوب الى المال فان كان مثل نصيب الوارث او اقل فالوصية باطلة والافتضربه فى مخرجه تبلغ اصل المال اوتجعل ثلث المال نصيبا وشيئاً والشيء اثنى عشر لاجتماع الثلث و الربع فيه فالمال ستة و ثلاثون وثلاثة انصباء تدفع نصيبا الى الاول و تسترد منه اربعة و الى الثانى نصيبا تسترد منه ثلثة يصير ثلاثة واربعين ونصيبا يعدل انصباء الورثة فالنصيب اربعة عشرو ثلث ؛ وللاول عشرة و ثلث ، وللثانى احد عشر وثلث والمال تسعة و سبعون فاذا اردت الصحاح ضربتها فى ثلاثة .

الخامسة قد يتحد المستثنى منه ويكثر الموصى له مختلفا - فاضرب مخارج الكسور فى الفريضة واجمع الجميع كما ذكرناه اولا واقسمه على عدد الموصى لهم واعط الوارث المستثنى من حقه مثل سهم واحد من الموصى لهم وبقية الورثة من نسبته ان كان معه غيره (ثم) اضف ماحصل من المستثنى المجموع الى مابقى من الاصل (متن)

ان بقي منه شيء مرة اخرى واقسمه على الوارث والموصى لهم واجمع سهام الموصى لهم كما ذكرناه واجمع سهام الوارث المستثنى منه اولا واخراً واسقط من جملته ما استثنى من كل واحد منهم واحداً واحداً فما فضل من جملته بعد المستثنى فهو لكل واحد من الموصى لهم المستثنى ذلك القدر المذكور من حقه .

مثاله لو خلّف ابناواحداً وأوصى لواحد بمثل نصيبه الأسدس المال ولآخر بمثل النصيب الا ربع المال ولآخر بمثل النصيب الأثمن المال واجاز الولد فاصلها سهم وتضيف اليه ثلاثة وتضربها في مخرج الربع (ثم) المرتفع في مجموع السدس (ثم) القائم في مخرج الثمن فهي سبعمائة و ثمانية و ستون ربعها و سدسها و ثمنها اربعمائة وستة عشر نقسمها على عدد سهام الموصى لهم وهو ثلاثة تنكسر تضرب جملة المسألة في واحد ونصف يكون الفا ومائة واثنين و خمسين سهما فالربع و السدس والثمن ستمائة واربعة وعشرون تقسم على ثلاثة و نعطي الوارث سهما وهو مائتان و ثمانية اسهم يبقى تسعمائة و اربعة و اربعون نقسم على الوارث و الموصى لهم فحق الوارث بالربع من الباقي مائتان وستة وثلاثون سهما تضيفه الى ما اعطيته في الاصل، فيكون له اولا وآخراً اربعمائة و اربعة واربعون و للمستثنى منه الربع مائة وستة وخمسون فله مثل الابن الأربع المال وللمستثنى منه السدس مائتان و اثنان وخمسون فله مثل الا بن الأسدس المال و للموصى له المستثنى من حقه الثمن ثلثمائة سهم (وعلى الطريقة الثانية) تخرج من مائتين وثمانية وثمانين سهما ، وقد تصح من ستة وتسعين بان تضرب الستة في الفريضة وهي اربعة (ثم) وفق الثمانية مع المرتفع منه تبلغ ستة و تسعين فللابن اربعة وعشرون و كذا لكل من الثلاثة (ثم) تقسم ما في يد المستثنى منه الربع ارباعا له ربعه و كذا للابن والباقيين (ثم) ستة عشر مما في يد المستثنى منه السدس ارباعا (ثم) نقسم اثنى عشر مما في يد الثالث فيكمل للابن سبعة وثلاثون وللمستثنى منه الربع ثلاثة عشر هي مثل ما في يد الابن الأربع المال وللمستثنى منه السدس احد وعشرون وهي مثل ما في يده الأسدس المال وللثالث خمسة وعشرون وهي مثل ما في يده الاثمن المال (او نقول) نأخذ مالا ونـدفع منه (متن

ثلاثة انصباء ونسترجع منها الكسور ومخرجها اربعة وعشرون والمجموع سبعة وثلاثون والنصيب تسعة وربع وللاول خمسة وربع وللثانى ثلاثة وربع وللثالث ستة وربع فاذا اردت الصحاح ضربت اربعة فى اربعة وعشرين

السادسة لو اوصى له بنصيب احد ابنيه الاسدس المال ولآخر بمثله الا ثمن المال ولآخر بمثله الا نصف سدس المال فالفريضة من اثنين تضيف اليها ثلاثة للاجانب وتضرب الخمسة فى سنة ثم المجتمع فى مخرج الثمن ثم المرتفع فى مخرج نصف السدس تصير الفين وثمان مائة وثمانين، فسدسها وثمنها ونصف سدسها الف وثمانون سهما تقسم على عدد الاوصياء وهم ثلاثة كل سهم ثلثمائة وستون تعطى كل ابن سهما فالمجموع سبعمائة وعشرون ـ يبقى الفان ومائة وستون تقسم اخماسا للولدين وللاوصياء فلكل ابن اربعمائة واثنان وثلاثون فيكمل مع الاول له سبعمائة واثنان وتسعون سهما وللمستثنى منه السدس ثلاثمائة واثنى عشر ، وهو مثل النصيب الا سدس المال و هو اربعمائة وثمانون وللمستثنى منه الثمن اربعمائة واثنان وثلاثون وذلك مثل النصيب الا ثمن المال وهو ثلاثمائة وستون ، وللمستثنى منه نصف السدس خمسمائة واثنان وخمسون وهو مثل النصيب الا نصف سدس المال وهو مائتان واربعون (وعلى الطريقة الثانية) تنقسم من مائة وعشرين سهما لكل ابن ثلاثة وثلاثون سهما وللمستثنى منه السدس ثلاثة عشر وللمستثنى منه الثمن ثمانية عشر وللمستثنى منه نصف السدس ثلاثة وعشرون (او نقول) نأخذ مالا وندفع منه ثلاثة انصباء ونسترد منها سدسه وثمنه ونصف سدسه فالمجموع يعدل انصباء الورثة وهى نصيبان وبعد الجبر يعدل المجموع خمسة انصباء والمال اربعة وعشرون والمجموع ثلاثة وثلاثون والنصيب ستة وثلاثة اخماس ، وللاول اثنان وثلاثة

التقديم فاذا قال لا تقديم كان تناقضا وليس بجيد لاختلاف الشرط و الا صح الاول فيقسم الثلث على قدر مالهما حال الاجازة وهو خمسة (ولان) الثلث مع عدم الاجازة هو مجموع الوصيتين (لانه) قدر المال الذى يتصرف فيه الميت شرعا فكانه كل ماله المطلق له الاول سهمان وللثانى ثلاثة فينظر مالا ينقسم ثلثه على خمسة و ثلثاه على ثلاثة فيضرب ثلاثة فى خمسة تبلغ خمس عشر ويضرب ذلك فى ثلاثة يبلغ

اخماس والمثانى ثلاثة وثلاثة اخماس والمثالث اربعة وثلاثة اخماس، فاذا اردت الصحاح ضربت خمسة فى اربعة وعشرين .

السابعة لو خلّف ثلاثة بنين وثلاث بنات ـ و اوصى لاجنبى بمثل احد بنيه الاعشر المال ـ ولآخر بمثل آخر الانصف سدس المال ـ ولآخر بمثل بنت الاثلث خمس المال ـ ولآخر بمثل مالاحد بنيه واحدى بناته الاسدس المال فمخرج الكسور ستون ومجموع الكسور منه خمسة و عشرون وهو مايخص ثلاثة بنين وبنتين وهم الموصى بمثل انصبائهم فيضاف اليه لبنت اخرى ثلاثة وثمن تبلغ ثمانية وعشرين وثمنا ويبقى احد وثلاثون وسبعة اثمان تقسم على سهام الورثة والموصى لهم وهو سبعة عشر نصيب كل بنت واحد وسبعة اثمان فيضاف الى ماصابها اولا وهو ثلاثة وثمن فيبلغ خمسة وهو نصيب بنت واحدة من ستين ونصيب الموصى لهم مجملا بثمانية اسهم منها خمسة عشر فللموصى له بمثل ابن الا العشر اربعة وبمثل ابن الانصف السدس خمسة وبمثل بنت الاثلث الخمس واحد وبمثل ابن وبنت الاالسدس خمسة فالجميع خمسة عشر **(او تقول)** ناخذ مالاونخرج منه اربعة انصباء ونسترد (من) الاول عشر المال (ومن) الثانى نصف سدسه (ومن) الثالث ثلث خمسه (ومن) الرابع سدسه فالمال والكسور الا اربعة انصباء تعدل انصباء الورثة وهى اربعة ونصف فالمجموع بعد الجبر يعدل ثمانية انصباء ونصفا فالمال ستون والمجموع خمسة وثمانون والنصيب عشرة فللاول بعد حذف الكسور اربعة وللثانى خمسة وللثالث واحد وللرابع خمسة.

الثامنة لو اوصت لاجنبى بمثل نصيب ابنها الاثمن المال ولآخر بمثل نصيب

خمسة واربعين الثلث للوصايا على خمسة للاول سهمان هى ستة و للثانى ثلثه هى تسعة والباقى للاولاد لكل واحد عشرة ويرد عليه ان الموصى له بمثل النصيب لم يحصل له مثل نصيب الولد الاصلى ولا الحاصل بل مثله على تقدير لم يحصل وهو تقدير الاجازة وهذا من متمسكات القائلين بالبطلان وفيه نظر (لانه)لايلزم من عدم حصول ماوصى له بتمامه بطلان الوصية لعارض .

قال دام ظله: الثامنة لو اوصت لاجنبى بمثل نصيب ابنها (الى قوله)

بنتها الاعشر المال والثالث بتمام الثلث ولاوارث سواهما مع الزوج ، فالفريضة اربعة تعدل ثلثي المال فهوستة (ثم) تضرب وفق مخرج الثمن فيها تبلغ اربعةوعشرين «ثم» تضرب وفق العشر العشر وهو خمسة تبلغ مائة وعشرين للابن من الثلثين اربعون وللزوج عشرون وكذا للبنت والموصى له الاول اربعون نسترد منها خمسةعشر وللثاني عشرون ونسترد منها اثنى عشر فيبقى من الثلث سبعة فهى للثالث (ويحتمل) ان يكون للثاني ثلاثة وللثالث اثنى عشر لانه استثنى من وصيته عشر المال وهو اثنى عشر والذى بقى من الثلث بعد الاول خمسة عشر فلم يبق مثل ونصيب البنت بل اقل فيخرج المستثنى من الباقى والاول اقوى..

التاسعة لواوصى له بمثل نصيب احد بنيه الستة الاخمس ما يبقى من الثلث بعد النصيب ولآخر بمثل نصيب آخر الا ثلث ما يبقى من الثلث بعد ذلك كله و لآخر بنصف سدس جميع المال فلنسم الوصايا وصية فيكون المال ستة انصباء و وصية ، فنأخذ ثلث ذلك وهو نصيبان وثلث وصية وندفع منه الى الموصى له الاول نصيبا فيبقى من الثلث نصيب و ثلث وصية و نسترجع من النصيب خمس ذلك وهو خمس نصيب وثلث خمس وصية فيكون الباقى من الثلث بعد اخراج الوصية الاولى نصيا و خمس نصيب و خمسى وصية (لان) ثلث خمس وصية اذا زيد على ثلث وصية بلغ خمسى وصية فيد فع من ذلك الى الموصى له الثاني نصيبا فيبقى خمس نصيب وخمسا وصية ونسترجع من النصيب الثاني ثلث الباقى من الثلث وهو ثلث خمس نصيب و ثلثا خمس وصية نزيد ذلك على الباقى من الثلث فيحصل معنا

والاول اقوى

اقول : وجه القوة ان الموصى جعل للثاني مثل نصيب البنت الا عشر المال وعشره اثنى عشرو نصيب البنت عشرون فاذا دفعنا اليها ثمانية عملنا بقول الموصى لان الثمانية مثل العشرين الا عشر المال امّا اذا اعطيناه ثلثه فقد خالفنا الوصيّة وبدلناها وهو غير جائز لقوله تعالى **فمن بدله بعدما سمعه فانما أثمه على الذين يبدلونه**(١)

---

(١) البقرة - ١٨١

اربعة اجزاء من خمسة عشر جزءاً من نصيب وثمانية اجزاء من خمسة عشر جزءاً من وصية لان ثلث خمس نصيب هو جزء من وصية لان ثلث خمس نصيب هو جزء واحد من خمسة عشر جزء من نصيب فاذا اضفت الى خمس نصيب وهو ثلاثة اجزاء من خمسة عشر جزءاً كان اربعة اجزاء من خمسة عشر وثلثا خمس وصية وهو سهمان من خمسة عشر جزء من وصية اذا اضيف الى خمسي وصية وهو ستة من خمسة عشر صار ثمانية اجزاء من خمسة عشر جزءاً من وصية ، فظهر ان الباقي من الثلث بعد اخراج الوصيتين اربعة اجزاء من خمسة عشر جزءاً من نصيب وثمانية اجزاء من خمسة عشر جزءاً من وصية فزد ذلك على ثلثي المال وهو اربعة انصباء وثلثا وصية فيحصل اربعة انصباء و اربعة اجزاء من خمسة عشر جزءاً من نصيب ووصية وخمس وصية (لان) ثمانية اجزاء من خمسة عشر جزءاً من وصية اذا اضيف الى ثلثي وصية اعني عشرة اجزاء من خمسة عشر جزءاً من وصية كان المجموع وصية وخمس وصية فندفع من المجموع و هو اربعة انصباء واربعة اجزاء من خمسة عشر جزءاً من نصيب ووصية وخمس وصية الى الموصى له الثالث نصف سدس المال وهو نصف نصيب و نصف سدس وصية فيبقى ثلاثة انصباء و نصف واربعة اجزاء من خمسة عشر جزءاً من نصيب ووصية وجزء وثلاثة ارباع جزء من خمسة عشر جزءاً من وصية (لان) نصف سدس وصية وهو سهم وربع من خمسة عشر جزءاً من وصية اذا اسقط من خمس وصية وهو ثلاثة اسهم من خمسة عشر جزءاً من وصية كان الباقي سهما وثلاثة ارباع سهم فقد احتجنا الى نصف نصيب من خمسة عشر التي جعلناها نصيبا ينكسر ، فنضرب اثنين في خمسة عشر تبلغ ثلاثين فالنصيب تقسمه ثلاثين جزء واحتجنا الى بسط الوصية الى ستين حيث احتجنا الى ربع جزء من خمسة عشر ، فظهر ان الباقي بعد الوصايا بثلاثة انصباء وثلاثة وعشرون جزءاً من ثلاثين جزءاً من نصيب هي نصف نصيب قد كان سبعة و نصفا من خمسة عشر فهو الآن خمسة عشر واربعة اجزاء من نصيب قد كان خمسة عشر فهي الآن ثمانية اجزاء فالمجموع ثلاثة وعشرون جزءاً من ثلاثين جزءاً من نصيب وبقي معنا ايضاً وصية وسبعة اجزاء من ستين جزء من وصية قد كان سهما وثلاثة ارباع

سهم من خمسة عشر فيكون من ستين سبعة اسهم، وهذا الباقي كله وهو ثلاثة انصباء وثلاثة وعشرون جزءاً من ثلاثين جزءاً من نصيب ووصية وسبعة اجزاء من ستين جزءاً من وصية تعدل انصباء الورثة وهي ستة انصباء ؛ فسقط ثلاثة انصباء وثلاثة وعشرون جزءاً من ثلاثين جزءاً من نصيب بمثلها فيبقى نصيبان وسبعة اجزاء من ثلاثين جزءاً من نصيب تعدل وصية وسبعة اجزاء من ستين جزءاً من وصية ،فاذن الوصية تعدل نصيبين لان عدد الانصباء مثلا عدد الوصية فالوصية اثنان والنصيب واحد والمال ستة انصباء ووصية فهو اذن ثمانية فنضرب ذلك في ثلاثة لان المال يجب ان يكون له نصف سدس ومخرجه اثنى عشر وهو يوافق الثمانية بالربع فنضرب ربع احدهما في الآخر فتصير اربعة وعشرين فتاخذ ثلث المال ثمانية ندفع الى الموصى له اولا نصيبا و هو ثلاثة فيبقى خمسة نسترجع من النصيب خمس الباقي وهو واحد يحصل معنا ستة فندفع الى الموصى له الثاني نصيبا وهو ثلاثة فيبقى ثلاثة ونسترجع منه ثلث ذلك و هو واحد فيحصل معنا اربعة زدنا ذلك على ثلثي المال و هو ستة عشر فصار عشرين ندفع الى الثالث نصف سدس المال سهمين يبقى ثمانية عشر لكل ابن ثلاثة وقد كان للموصى له الاول سهمان فهي مثل النصيب الاخمس الباقي من الثلث بعد النصيب و للموصى له الثاني سهمان وهو مثل النصيب الاثلث الباقي من الثلث وللموصى له الثالث سهمان هي نصف السدس.

العاشرة لو خلف تسعة بنين واوصى بنصف ما يبقى من الربع بعد اخراج نصيب ابن واحد منه ولآخر بثلث ما يبقى و لآخر بربع ما يبقى فمخرج النصف والثلث والربع اثنا عشر والنصف والثلث و الربع منها ثلاثة عشر تضرب اربعة في اثنى عشر تبلغ ثمانية واربعين تنقص منها ثلاثة عشر تبقى خمسة و ثلاثون و هي نصيب ابن واحد ثم تضرب التسعة في اثنى عشر تبلغ مائة وثمانية تنقص منها ثلاثة عشر تبقى خمسة وتسعون وهي ربع المال فنصيب الموصى له الاول ثلاثون والثاني عشرون و الثالث خمسة عشر واصل المال ثلاثمائة و ثمانون وقد تصح من ستة و سبعين بان تأخذ مخرج الكسور وهي اثنى عشر فنقول هي ربع مال الانصيبا فاذا كملناه بنصيب

صار ربعا كاملا فمجموع المال ثمانية واربعون واربعة انصباء فاذا اخرج النصيب من الربع بقي اثنى عشر للاول ستة وللثانى اربعة وللثالث ثلاثة يبقى من المال اربعة انصباء وخمسة وثلاثون تدفع اربعة انصباء الى اربعة من الاولاد ثم تقسم خمسة وثلاثين على خمسة اولاد فلكل ابن سبعة فالنصيب سبعة فالربع تسعة عشر فالمجموع ستة وسبعون هذا ان قصد اعطاء العايل من اصل المال ، ولو حصره فى الربع فالطريق ان نجعل المال ارباعا ندفع ربعا الا نصيبا الى الموصى لهم يبقى ثلاثة ارباع ونصيب الى الورثة تعدل تسعة انصباء فالربع نصيبان وثلثان فالمجموع عشرة وثلثا نصيب تضرب مخرج الكسر وهو ثلاثة فى عشرة وثلاثين تبلغ اثنين وثلاثين والربع ثمانية والنصيب ثلاثة تبقى خمسة تقسم على ثلاثة عشر تضرب ثلاثة عشر فى اثنين وثلاثين وانما طولنا الكلام فى هذا الباب وخرجنا فيه عن مناسبة الكتاب لان اصحابنا المتقدمين رضوان الله عليهم اجمعين اعطونا القوانين الكلية ولم يتعرضوا لهذه التفريعات الجزئية فتعرضنا نحن لها ليتمهر الفقيه الحاذق لاستخراج ما يرد عليه من هذا الباب والله الموفق للصواب .

الفصل الثالث فى تصرفات المريض

وهى قسمان منجزة ومعلقة بالموت

اما المؤجلة فكالوصية بالاجماع فى اخراجها من الثلث وكذا تصرفات الصحيح المقترنة بالموت ، واما المعجلة للمريض فان كانت تبرعا فالاقرب انها من الثلث ان مات فى مرضه وان برء لزمت اجماعا فهنا بحثان .

الاول فى بيان مرض الموت الاقرب عندى ان كل تصرف وقع فى مرض اتفق

الفصل الثالث فى تصرفات المريض

وهى قسمان منجزة ومعلقة بالموت

قال دام ظله : واما المعجلة للمريض فان كانت تبرعا فالاقرب انها من الثلث ان مات فى مرضه وان برء لزمت اجماعا

الموت معه سواء كان مخوفا اولا فانه يخرج من الثلث ان كان تبرعا والا فمن الاصل وقيل

اقول : اختلف الفقهاء فى تصرفات المريض المنجزة المتبرع بها اعنى بلا عوض غير الاقرار فقال بعضهم انها من الثلث كالمعلقة بالموت وهو اختيار والـدى المصنف والشيخ فى المبسوط والصدوق وابن الجنيد ومفهوم قول الشيخ فى الخلاف وقال المفيد فى المقنعة والشيخ فى النهاية وابن البراج وابن ادريس انها من الاصل و الاول هو الصحيح عندى لوجوه (الف) مارواه على بن يقطين فى الصحيح قال سالت ابا الحسن عليه السلام مال الرجل من ماله عند موته قال الثلث و الثلث كثير(١) وما فـى المجازات والاستفهام للعموم على ماقرر فى الاصول فما زاد على الثلث ليس له ويكون تصرفا فى غير ملكه فلايصح (لايقال) هذا مجاز لاحقيقة للاجماع على انه ملكه فلا حجة ـ لتعدد المجاز وزيادة الاضمار على خلاف الاصل (لانا) نقول اقرب المجازات القدرة على التصرف والتمكن منه فيحمل عليه (ب) مارواه شعيب بن يعقوب فى الصحيح قال سالت ابا عبدالله عليه السلام عن الرجل يموت ماله من ماله فقال له ثلث ماله و المرأة ايضاً (٢) ـ وجه الاستدلال ان السؤال وقع عن الملك الذى يجوز له فيه سائر التصرفات والتبرعات لان مطلق الملك ليس بمنفى بالاجماع ولاجواز التصرف وفى الواجب بقى فى التبرع وهو يعم الوصايا وغيرها (ج) لو كانت من الاصل لقدم العتق المتبرع به على الدين والتالى باطل فالمقدم مثله بيان الملازمة ان المرض لايصلح للمانعية حينئذ فبقى حكم الصحة لاصالة البقاء واما بطلان التالى فلمارواه زرارة فى الصحيح عن الصادق عليه السلام اذا ترك الدين عليه ومثله اعتق المملوك واستسعى (٣) (د) كلما اعتبر فى العتق المتبرع به المنجز الثلث اعتبر فى كل منجز متبرع به الثلث لكن المقدم حق والتالى مثله اما الملازمة (فلان) العتق مبنى على التغليب و هو اولى من الهبة (لانه) ينفذ فى نصيب الشريك ولعدم فرق الامة بينهما ولنصهم على عدم الفرق

---

(١) ئل ب ١٠ خبر ٨ من كتاب الوصية . (٢) ئل ب ١٠ خبر ٢ من كتاب الوصية على نقل الصدوق وعلى نقل الكلينى يعقوب بن شعيب عن ابى بصير الخ

(٣) ئل ب ٣٩ خبر ١ من كتاب الوصية وفى ئل (اذا ترك الذى عليه الخ وهو غلط من النساخ فراجع ب ص ١٦٩ ج ٩ طبع النجف) .

ان كان مخوفا فكذلك والّا فمن الاصل كالصحيح ولا بد من الاشارة الى المرض المخوف فنقول قد يحصل في الامراض تفاوت وله طرفان وواسطة .

(ولان) كل من قال باعتبار الثلث في غير العتق قال في اعتباره في العتق و كل من قال بعدم اعتباره في احدهما قال بعدم اعتباره في الآخر (واما) حقية المقدم فلما رواه الحسن بن الجهم قال سمعت ابا الحسن عليه السلام يقول في رجل اعتق مملوكا وقد حضره الموت و اشهد له بذلك وقيمته ستمائة درهم وعليه دين ثلثمائة درهم ولم يترك شيئاً غيره قال يعتق منه سدسه لانه انما له منه ثلاثمائة وله السدس من الجميع (١) وروى الجمهور عن عمر بن حصين ان رجلا من الانصار اعتق ستة اعبد له في مرضه لا مال له غيرهم فاستدعاهم رسول الله صلى الله عليه وآله فجزّأهم ثلاثة اجزاء و اقرع بينهم و اعتق اثنين وارق اربعة (٢) (احتج) القائلون بالثاني بانه ماله و الاصل جواز تصرف المالك في ملكه لعموم قوله صلى الله عليه وآله الناس مسلطون على اموالهم (والجواب) ان العام يخصص بالخاص .

(خاتمة)

المنجّزة المتبرع بها تشارك الوصايا في خروجها من الثلث عندنا وتأخّرها عن الديون وتزاحم الوصايا (قيل) وبالعكس (وقيل) لا (ويقضى فضلها) (ونقص فصلها ـ خ ل) عنها حال الصحة اجماعا وتفارقها بلزومها للموصى كالصحة وفورية قبولها وتبطل بالموت قبله اجماعا واجتماع شرايط تاثيرها حالها وتاثيرها حال حيوة الموصى .

قال دام ظله : فهنا بحثان (الى قوله) والافمن الاصل كالصحيح .

اقول : لمّا بين المصنف ان علة اعتبار الثلث في المنجزات المتبرع بها المرض احتاج الى بيانه (فنقول) قال قوم العلة هو المرض مطلقا وهو اختيار المصنف (وقيل) بشرط كونه مخوفا واختاره في المبسوط قال و اما ما ليس بمخوف كوجع الضرس واشباهه فان التصرفات الصادرة من المتصف بها تخرج من اصل التركة لجريانه

---

(١) ل ب ٣٩ خبر ٢ من كتاب الوصية .

(٢) مستدرك باب ١٦ خبر ٣ من كتاب الوصية .

اما (الطرف) الذى يقارن الموت فهو ان يكون قد حصل معه يقين التلف كقطع الحلقوم والمرى وشق الجوف واخراج الحشوة ففى اعتبار نطقه اشكال ينشأ من عدم استقرار حياته فلا يجب بقتله حينئذ دية كاملة ولا قصاص فى النفس بل حكمه حكم الميت (الطرف الثانى)مقابله وهو ماله حكم الصحة كوجع العين والضرس وحمّى يوم والفالج والسل المستمر لتطاول زمانهما فهذا ليس بمخوف .

واما (الواسطة) فكل مرض لا يقين معه بالتلف ولا يستبعد معه كالحمى المطبقة لا كالحمّى الربع والغبّ الا ان ينضم اليها برسام اورعاف دائم أوذات جنب أووجع صدر اورية اوقولنج و كالاسهال المفرط او المستصحب للزحير او الدم و كغلبة الدم اما على جميع البدن فينفتخ البدن به مع الحمى وهو الطاعون لانه من شدة الحرارة فتنطفى

مجرى الصحيح والاصح عندى الاول لعموم الاخبار لقوله(ع) المريض محجور عليه الا فى ثلث ماله والوصف هنا سبب اجماعا فاما ان يكون هو الخاص او العام و الاول محال والا لكان قد جعل غير السبب مكانه وهو محال (احتج) الشيخ على قوله فى المبسوط بان رواية على بن يقطين المتقدمة تقتضى ترجيح الموت لقوله عليه السلام ما للرجل من ماله عند موته (١) وذلك لا يكون الا بامارة الموت و كذا كثير من الروايات (والجواب) المنع من الدلالة فان قوله عند الموت معناه عند حصول الموت سواء كان المرض مخوفا اولا فالموت هو الكاشف هذا مقتضى الرواية سلمنا لكن ذكر بعض افراد العام بحكم لا يقتضى تخصيص عام كما بين فى الاصول ودلالة مفهوم المخالفة ضعيف جداً .

قال دام ظله : اما الطرف الذى يقارن الموت (الى قوله) ينشأ من عدم استقرار حيوته .

اقول : (ومن) كونه حيا حقيقة فان الموت لم يحصل فيه بالفعل وثبوت بعض احكام الميت له لا يستلزم العموم وهو الاقوى عندى .

---

(١) ئل ب ١٠ خبر ٨ من كتاب الوصية .

الحرارة الغريزية اوعلى بعض البدن فينتفخ بهذلك العضو و كغلبة البلغم وهوابتداء الفالج فانهمخوف فى الابتداء لانه يعقل اللسان ويسقط القوة فان صارفالجا تطاول و كغلبة المرّة الصفراويّة و كالجرح الواصل الى جوف الدماغ اوالبدن اماغير الواصل اليه كالحاصل فى اليد والساق والفخد فان حصل منه انتفاخ والم وضربان اوتأكّل ومدة، (١) فمخوف والافلا واما ماينذر بالموت ولايمس البدن فلايعدّ فى المرض و التبرعات معه ماضية من الاصل كحال المرامات و كالاسير اذاوقع فى يدالمشركين و كركوب البحر وقت التموج و كاقامة الحجة عليه بما يوجب القتل و كظهور الطاعون والوباء فى بلده و كالحمل قبل ضرب الطلق وبعده امالومات الولد معها فانه مخوف وهذا التفصيل عندى لااعتبار به .

البحث الثانى فى حقيقة التبرع

وهو ازالة الملك عن عين مملوكة يجرى الارث فيها من غير لزوم ولا اخذ عوض يماثلها فلوباع بثمن المثل لزم وصح و كذا لواشترى به ولايمنع من اخراج ماينتفع به من مأكول او ملبوس اومشروب ولا من ابتياعه بثمن المثل سواء كانت عادته ذلك اولااما لوباع بدون ثمن المثل اواشترى باكثر منه اووهب اواعتق اووقف اوتصدق فانه يخرج من الثلث على الاقوى والاقرار مع التهمة من الثلث ولا معها من الاصل فهنا مطالب .

قال دام ظله : البحث الثانى فى حقيقة التبرع .

اقول : التبرع هو ازالة ملك نفسه اومنوبه اختياراً لابعوض ولاوجوب وعرّفه المصنف بانه ازالة الملك عن عين مملوكة يجرى الارث فيها من غير لزوم ولااخذ عوض يماثلها .

قال دام ظله :امالوباع بدون ثمن المثل (الى قوله) ولامعها من الاصل.

اقول : هنامسالتان (الف) محاباة المريض وهى ان يعاوض باقل من قيمة مايدفعه هو وهذا حكمه حكم التبرعات فى الزيادة والوقف والصدقة تبرع بالاصل لانه بغير

---

(١) التاكل بالفارسية (خوره) والمدة بكسر الميم ما يجتمع فى الجرح من القيح .

الاول فى التبرعات وفيه مسائل **الاولى** الهبة والعتق والوقف والصدقة المندوبة محسوبة من الثلث ولو نذر الصدقة فى مرض الموت فالاقرب انه من الثلث وكذا لو وهب

عوض دنياوى وقد مضى البحث فى هذه المسألة (ب) الاقرار قال الشيخ رحمه الله فى النهاية يمضى من الاصل مع عدالة المقر وانتفاء التهمة فى اقراره ومن الثلث ان كان متهما سواء الاجنبى والوارث وتبعه ابن البراج ورواه ابن بابويه فى كتاب من لا يحضره الفقيه واطلق فى المقنع انه يمضى فى حق الوارث من الثلث ولم يقيد بالتهمة وذهب المفيد الى انه يمضى من الاصل ان كان دينا وان كان عينا فان كان هناك دين محيط بالتركة وكان متهما لم يقبل اقراره وان كان عدلا مأمونا قبل وامضاه سلار وابن ادريس من الاصل مطلقا وابن حمزة جعل اقراره للوارث مع التهمة وعدم البينة بصحة ما اقر له به كالوصية وغيره من الاصل والحق ما اختاره المصنف من كونه من الاصل مع عدم التهمة ومن الثلث معها لرواية منصور بن حازم الصحيحة قال سالت اباعبدالله عليه السلام عن رجل اوصى لبعض ورثته بان عليه دينا فقال له ان كان الميت مرضيا فاعطه الذى اوصى له (١) وفى الصحيح عن العلا بياع السابرى قال سالت اباعبدالله عليه السلام عن امرأة استودعت رجلا مالا فلما حضرها الموت قالت له ان المال الذى دفعت اليك لفلانة وماتت المرأة فاتى اوليائها الرجل وقالوا له انه كان لصاحبتنا مال لا نراه الا عندك فاحلف لنا ما قبلك شىء افيحلف لهم فقال ان كانت مأمونة عنده فليحلف وان كانت متهمة فلا يحلف ويضع الامر على ما كان فانما لها من مالها ثلثه (٢) (احتج) ابن ادريس بالاجماع على ان اقرار العقلاء على انفسهم جائز ولقوله تعالى **ولو على انفسكم او الوالدين والاقربين** (٣) والشهادة على النفس هو الاقرار وهو عام فى جميع الاحتمالات (والجواب) المنع من انعقاد الاجماع على صورة النزاع فان الخلاف قائم سلمنا لكن الجواز لا ينافى القبول من الثلث مع التهمة ونمنع العموم فى الاجماع .

قال دام ظله: ولو نذر الصدقة فى مرض الموت فالاقرب انه من الثلث.

---

(١) ئل ب١٦ خبر-١ من كتاب الوصية .

(٢) ئل ب١٦ خبر-٢ من كتاب الوصية . (٣) النساء -١٣٤-

صحيحا واقبض مريضا لان القبض هو المزيل للملك و كذا الوابرء عن دين او كاتب عبداً وانزاد عن ثمن المثل ولوشرط في الهبة عوض المثل فمن الاصل ودونه يكون الزائد من الثلث ويمضى من الاصل مايؤدّيه من الديون و اروش الجنايات سواء وقعت في الصحة اومرض الموت و كذا مهر المثل مع الدخول اما لوزاد كان الزائد من الثلث و لوخصّ بعض الديون بالقضاء لم يكن لباقي الديان المشاركة وان قصرت التركة اما لواُوصى بتخصيصه بالقضاء لم يصح ويمضى من الاصل الكفارة الواجبة واجرة المثل عن حجة الاسلام او المنذورة في الصحة واجرة مثل الصلوة من الثلث وان كانت واجبة وبالجملة كل واجب يخرج من صلب المال.

الثانية لواخذ عوضا هو ثمن مثل ما بذله من المال فهو من رأس المال كالبيع واصناف المعاوضات سواء كان مع اجنبي اووارث وسواء كان متّهما اولا ولو باع الوارث بثمن المثل واقر بقبض الثمن من غير مشاهدة نفذ البيع ان كان مستوعبا و كان الاقرار من الثلث مع التهمة وما يتغابن الناس بمثله يمضى من الاصل ولواوصى ان يكفّن بالمرتفع مضى الزائد عن المجزى من الثلث ولواشتمل البيع على المحاباة مضى ما قابل السلعة من الاصل والزائد من الثلث و كذا لوشرط اقل من عوض المثل في الهبة

اقول : وجه القرب عموم قوله عليه السلام المريض محجور عليه الا في ثلث ماله (ولانه) لم يجب عليه باصل الشرع فكان تبرعا (وقيل) يمضى من الاصل لعموم الامر بالوفاء بالنذر ولانه واجب والواجبات تمضى من الاصل ولان علّة الخروج من الثلث الاستحباب وقدزال بالنذر (وفيه نظر) لانه مصادرة على المطلوب (ولانه) لو صح نذره لكان للرجل عند موته اكثر من الثلث والتالي باطل لماتقدم من قول ابي الحسن عليه السلام الثلث في رواية علي بن يقطين وهو عام (لانه) قدثبت في الاصول ان (ما) في الاستفهام تقتضي عموم جوابها ـ فلزم ان كل ماله منحصر في الثلث فكلما ليس من الثلث ليس من ماله فلم يقع تصرّفه في ماله (ولانه) محجور عليه والاقوى عندي ما هو الاقرب عند المصنف .

الثالثة نكاح المريض مشروط بالدخول فان مات قبله بطل العقد ولامهر ولا ميراث واوماتت (قبله) فكذلك وان دخل صح العقد فان كان المسمى بقدر مهر المثل او اقل نفذ من الاصل والافالزائد من الثلث وله ان ينكح اربعا ولوزوجت المريضة نفسها فالاقرب الصحة وعدم اشتراط الدخول فان كان بدون مهر المثل فالاقرب النفوذ ويكره للمريض ان يطلق ويمضى لوفعل لكنهما يتوارثان فى العدة الرجعية وترثه المرأة انمات فى الحول من حين الطلاق مالم تتزوج اويبرء من مرضه فلومات بعد الحول ولوبساعة اوبرء فى اثناء الحول ثم مات قبل خروجه اوتزوجت فى اثنائه وان طلق الثانى باينا فلاميراث والاقرب انتفاء الارث مع الخلع والمباراة وسؤالها الطلاق

قال دام ظله : ولو زوجت المريضة نفسها فالاقرب الصحة و عدم اشتراط الدخول .

اقول : وجه القرب عموم قوله تعالى **وانكحوا الايامى منكم** (١) وعموم قوله عزوجل **اوفوا بالعقود** (٢) وان النص انما جاء فى الذكر (ولانه) اكتساب لوجوب المهر والنفقة لها والنكاح لا يوجب عليها مالا بخلاف الذكر لانه يثبت عليه مالا (و يحتمل) مشاركتهما فى الحكم لمشاركتهما فى علته وهى مزاحمة الوارث فى الميراث والاصح الاول بل لاوجه لهذا الاحتمال عندى .

قال دام ظله : فان كان بدون مهر المثل فالاقرب النفوذ .

اقول : لانه ليس بتفويت لشىء من المال بل هو اكتساب بعوض غير مالى (ويحتمل) اعتبار المحاباة وهى زيادة مهر المثل عن المسمى من الثلث لان تمليك البضع يقتضى تمليك عوض هو مهر المثل فاذا نقص كان كالابراء (ولان) حق الوارث لا يمكن تعلقه بالمعوض فلا يتعلق بالعوض لانه تابع (ولانه) لا يعتبر اجازته له (لانه) لاحق له فيه ولا يدخل تحت الحجر فلا يقدر العوض بمثله .

قال دام ظله : والاقرب انتفاء الارث مع الخلع (الى قوله) الا فى

---

(١) النور -٣٢ (٢) المائدة -١ .

وكونها كافرة اوامة وقت الطلاق وان اسلمت اواعتقت في الحول الا في العدة الرجعية ولو طلق اربعا ونكح بعد العدة اربعا ودخل ثم مات ورث الثمان نصيب الزوجية بالسوية وكذا الوطلق الاواخر وتزوج اربعا غيرهن ورثه الجميع وهكذا ولو اعتق امته في مرض الموت وتزوج بها فدخل صح العتق والعقد وورثت ان خرجت من الثلث والا فبالنسبة ولو اعتق امته في مرض الموت وتزوجها بمهر ودخل صح الجميع ان خرجت من الثلث وورثت والا بطل العتق في الزائد وما قابله من المهر.

الرابعة لو آجر نفسه باقل من اجرة المثل فهو كما لو نكحت باقل من مهر المثل ولو آجر دابته ،وعبيده باقل فهو من الثلث ولو اوصى بان يباع عبده من زيد وجب.

المطلب الثاني في كيفية التنفيذ

ان كانت العطايا معلقة بالموت مضت من الثلث. فان اتسع لها والا بدىء بالاول

العدة الرجعية.

اقول: وجه القرب سؤالها فانتفت التهمة وقد رضيت بكونها اجنبية (ويحتمل) الارث لعموم النص والاصح الاول (واعلم) ان ما اختاره هنا هو اختيار الشيخ في الاستبصار فانه قال انما ترثه بعد العدة اذا قصد الاضرار بها لما رواه زرعة عن سماعة قال سالته عليه السلام عن رجل طلق امرأته وهو مريض قال ترثه مادامت في عدتها فان طلقها في حال اضرار فهي ترثه الى سنة الحديث(١) ونقل عن محمد بن القاسم الهاشمي قال سمعت ابا عبدالله عليه السلام يقول لا ترث المختلعة والمباراة والمستأمرة في طلاقها من الزوج شيئاً اذا كان في سنتهن في مرضه الزوج الحديث (٢) وقال في المبسوط و الخلاف لو انتفت التهمة كما لو سألته الطلاق ثلاثا قال بعضهم لم ترثه (لانه) لا يتهم في طلاقها وقال بعضهم ترثه و هو الصحيح عندنا لعموم الاخبار واختار هذا الترجيح ابن ادريس.

---

(١) ثل ب١٤ خبر ٩ من ابواب ميراث الازواج.

(٢) باب ١٥ خبر ١ من ابواب ميراث الازواج.

فالاول ولافرق بين العتق وغيره وان كانت منجّزة فكالوصية في خروجها من الثلث او اجازة الورثة واعتبار خروجها من الثلث حال الموت وانه يزاحم بها الوصايا في الثلث وانها مع الاجتماع وقصور الثلث يبدء بالاول منها فالاول وتفارقها في كونها لازمة في حق المعطى وليس له الرجوع فيها وان قبولها على الفور واشتراط مايشترط لها في الصحة كالعلم والتنجيز وانها متقدمة على الوصية وانها لازمة في حق المعطى و الوارث لو برء واذا وهب وتصدق وحابى فان وسع الثلث والّا بدء بالاول فالاول حتى يستوفى الثلث ولو جمع بين المنجّزة والمؤخّرة قدمت المنجّزة فان وسع الثلث للباقي اخرج والا اخرج مايحتمله ،ولو اعتق شقصا من عبد ثم شقصا من آخر ولم يخرج من الثلث الا العبد الاول عتق خاصة .

ولو اعتق الشقصين دفعة و كان الباقي من كل منهما يساوى الشقص من الآخر واتّسع الثلث للشقصين خاصة فالاقرب عتق الشقصين خاصّة ولو خرج احدهما (من ثلث -خ) اقرع ولو ملك من يعتق عليه بغير عوض كالهبة او بغير عوض موروث كما لو آجر نفسه للخدمة بعتق من صلب المال وورث .

و لو انتقل بالشراء فالاقرب انه كذلك فلو اشتراه بتركته اجمع عتق و لو اشتراه باكثر من ثمن المثل فان خرجت المحاباة من الثلث فكذلك والا نفذت المحاباة

قال دام ظله : ولو اعتق الشقصين دفعة (الى قوله) عتق الشقصين خاصة.

اقول: لان السراية انما تتحقق مع اليسار واتساع الثلث وليس (بجيد-خ) (ويحتمل) القرعة لانه بمنزلة عتق العبدين لايساره في كل منهما بالآخر والاصح الاول.

قال دام ظله: ولو انتقل بالشراء فالاقرب انه كذلك .

اقول : لان الشراء بالمثل لا يشتمل على تبرع و العتق قهرى لا يعتبر فيه الثلث (ويحتمل) اعتباره من الثلث (لان) الشراء بمنزلة اعتاق العبد لانه علة فيه فاختياره للشراء هو تبرعه بالعتق ببذل عوض في مقابلته و للمصنف قول آخر في هذا الكتاب في المطلب الثاني في الاحكام المعنوية و هو انه ينعتق من الثلث على الاقوى و هذا الذى ذكره هنا هو الذى استقر عليه رأيه و الاصح عندى ما اختاره هنا.

من الثلث واستسعى القريب في الباقي ولواوصى له بمن ينعتق عليه فقبله انعتق من صلب المال لان اعتبار الثلث انما هو فيما يخرجه عن ملكه اختياراً (وكذا) لووهب اوورث (وكذا) المفلس والمحجور عليه والمديون والمريض ولووهب ابنه فقبله وقيمته مائة وخلّف مائتين وابناً آخر عتق واخذ مأة ولو كان قيمته مأتين والتركة مأة عتق اجمع واخذ خمسين .

ولواشترى ابنى عمّ بالف لايملك سواهاثم اعتق احدهما ووهبه الآخر وخلفهما مع مولاه ولاوارث له سواه اعتق ثلثا المعتق الآان يجيز المولى ثم يرث بثلثه ثلثي بقية التركة فيعتق منه ثمانية اتساعه ويبقى تسعه وثلث اخيه للمولى (ويحتمل) عتق جميعه ويرث اخاه لانه بالاعتاق يصير وارثا لثلثي التركة فتنفذ اجازته في عتق باقيه فتكمل له الحرية ثم يكمل له الميراث ولوملك من يرثه ممن لاينعتق عليه كابن عمه ثم مات ملك نفسه وعتق واخذ باقي التركة ان لم يكن هناك وارث ولـو كان هناك وارث لم يعتق وان كان ابعد فان اعتقه في مرضه فان خرج من الثلث عتق واخذ التركة والاعتق مايحتمله الثلث وورث بنسبته وكذا لو كان قد اقرّ بانه كان اعتقه في صحته مع التهمة وكل مايلزم المريض في مرضه من حق لايمكنه دفعه كارش الجناية وجناية عبده وماعارض عليه بثمن المثل واتلاف مال الغير ظلما اوغيره والنكاح بمهر المثل، يمضي من الاصل .

ولواعتق المستوعب اووهبه ثم مات المعتق اوالموهوب قبله احتمل البطلان

قال دام ظله : ولواشترى ابنى عم بالف لايملك سواها (الى قوله) ثم يكمل له الميراث .

اقول : وجه الاول انه لاشك في اعتبار العتق من الثلث لا نه تبرع فينعتق ثلثاه لانه ثلث التركة فيرث ثلثي التركة على ما يأتي و التركة ثلثه وكل اخيه فيكون له تسعاه وثلثا اخيه ويبقى للمولى تسعه وثلث اخيه والحق الثاني (ووجهه ماذكره المصنف.

قال دام ظله: ولواعتق المستوعب (الى قوله) والصحة فيه .

اقول: وجه الاول انه لايصح التبرع في جزء ما حتى يملك الورثة ضعفه و

فى الجميع والصحة فيه ولواعتق تبرعا ثم اقر بدين فان كان متهما نفذ العتق او لا وان لم يكن متهما فالاقرب تقديم الدين ، ولو باع فحابى فان اجاز الورثة لزم البيع وان لم يجيزوا فاختار المشترى الفسخ فله ذلك لتبعض الصفقة، وان اختار الامضاء قال علماؤنا يصح ماقابل الثمن من الاصل والمحاباة من الثلث والحق عندى مقابلة اجزاء الثمن باجزاء

ليس (ووجه) الثانى ان التبرع لم يتلف شيئاً على الورثة ولا فرق بين وجوده وعدمه بالنسبة اليهم فيصح (ولان) التصرف لايقع باطلا فى نفسه بل يبطل برد الورثة له بعد الموت وزيادته على الثلث وهما غير متحققين هنا اذ لا يتحققان الا فى مال وهذا ليس بمال و لا يتحقق المالية فيه بوجه واذا تحقق المقتضى وانتفى المبطل صح و الفائدة تظهر فى قضاء الصلوة مع تمكنه من الاتيان بها بعد العتق اذا خلف ولداً والجناية خطأ ووصية الغير له بشيء اوهبته اما اذا كان له كسب بعد الاعتاق كان بمنزلة الموجود فان كان ضعف قيمته ولا وارث له الا السيد فقدمات حرا بلاخلاف بين المسلمين اما على القول بانه يموت حراً اذا لم يخلف شيئاً فهنا اولى وان قلنا يموت رقا هناك فسببه ان السيد لم يخلف شيئا وهنا قد خلف شيئا لان كسبه للسيد على كل تقدير فحصل للورثة ضعف قيمة العبد فيعتق قطعا وان كان الكسب مثل قيمته فان قلنا لو لم يخلف شيئا مات حراً فهنا اولى وان قلنا مات رقيقا فهنا لايرق لان المولى خلف شيئا فيحتمل هنا ان لا يعتبر الثلث لانه ان اعتبر لم يتوفر على الورثة شيء وان لم يعتبر لم ينقص والموجود خير من ضعف المعدوم فيصح (ويحتمل) اعتباره فنقول صح العتق فى نصفه وللمولى كل الكسب النصف بتبعية الملك الباقى له منه بعد العتق والنصف الآخر بحق الارث فيحصل لوارثه ضعف ما انعتق (العتق ـ خل) فيصح العتق وباقى شعب هذه المسألة وفروعها تركناه مخافة التطويل .

قال دام ظله : ولواعتق تبرعا (الى قوله) فالاقرب تقديم الدين .

اقول: وجه القرب ان التبرع متأخر عن الدين فاقراره طريق شرعى كالبينة لعدم التهمة فيه (ويحتمل) عدمه لانه اقرار فى حق العبد فلايقبل والاصح الاول.

قال دام ظله : ولو باع فحابى فان اجاز الورثة لزم البيع (الى قوله)

المبيع كما في الربوى (ولان) فسخ البيع في البعض يقتضى فسخه في قدره من الثمن، و كما لا يصح فسخ البيع في الجميع مع بقاء بعض الثمن كذا لا يصح في البعض مع بقاء جميع الثمن فلو باع عبداً لا يملك سواه وقيمته ثلاثون بعشرة فقد حابى بثلثى ماله (فعلى الاول) يأخذ ثلثى العبد بجميع الثمن لانه استحق الثلث بالمحاباة والثلث الآخر بالثمن (وعلى ما اخترناه) يأخذ نصف المبيع بنصف الثمن وينفسخ البيع فى الباقى لأن فيه مقابلة بعض المبيع بقسطه من الثمن عند تعذر جميعه كما لو اشترى قفيزاً يساوى تسعة بقفيز تساوى ثلاثة ولو باعه بخمسة عشر جاز فى ثلثيه بثلثى الثمن.

(وعلى الاول) فى خمسة اسداسه بالجميع (وطريق) هذا ان ينسب الثمن و ثلث التركة الى قيمته فيصح البيع فى مقدار تلك النسبة و هى خمسة اسداسه وعلى ما اخترناه تسقط الثمن من قيمة المبيع و ينسب الثلث الى الباقى فيصح البيع فى قدر تلك النسبة وهو ثلثاه بثلثى الثمن او ينسب الثلث الى المحاباة فيصح البيع فى قدر تلك النسبة فان خلف عشرة اخرى فعلى قولنا يصح البيع فى ثمانية اتساعه بثمانية اتساع الثمن .

(وعلى ما اختاره) علماؤنا يأخذ المشترى نصفه و اربعة اتساعه بجميع الثمن ويرد نصف تسعه او تنسب الثمن الى المثمن ونستخرج قدر المحاباة فللورثة ضعفها من العبد والثمن (فنقول) فى الاولى صح البيع فى شىء من العبد بثلث شىء من الثمن فالمحاباة بثلثى شىء فللورثة شىء وثلث والشىء من العبد فيبطل من الثمن

مع بقاء جميع الثمن .

اقول: الاول قول الشيخ الطوسى رحمه الله و كثير من علمائنا اما صحته فى مساوى الثمن فلان المقتضى موجود والمانع وهو التبرع منتف واما اعتبار الثلث فى الزائد فلانه هبة فى الحقيقة والحق اختيار المصنف (لان) فيه مقابلة بعض المبيع بقسط من الثمن عند تعذر اخذ جميعه بجميع الثمن كما لو اشترى عينين بثمن واحد وانفسخ العقد فى احدهما وقول علمائنا يستلزم اخذ بعض المبيع بجميع الثمن وهو مخالف للايجاب فاشبه ما لو قال بعتك هذا بمائة فقال قبلت نصفه بها .

ثلث شيء فالثمن فى تقدير ثلثى شيء و العبد فى تقدير شيئين فالشيء خمسة عشر فللمشترى خمسة عشرهى نصفه فرجع اليه من الثمن خمسة و كذا للورثة .

(وفى الثانية)يصح البيع فى شيء بنصف شيء من الثمن فالمحاباة بنصف شيء فللورثة شيء وقدحصل لهم من الثمن نصف شيء يبقى لهم نصف شيء من العبدفيبطل البيع فى مقابله وهوربع شيء من الثمن فالعبدفى تقديرشيء ونصف والثمن فى تقدير نصف شيء وربع فالشيء عشرون .

(وفى الثالثة) صح البيع فى شيء من العبد بنصف شيء من الثمن فللورثة مقابل المحاباة شيء من التركة و الثمن وقد حصل لهم نصف شيء من الثمن فالعبد والعشرة الزائدة فى تقدير شيء ونصف فالشيء ستة وعشررن وثلثان .

المطلب الثالث

فى المسائل الدورية فى هذا الباب وهى انواع

(**الاول**) العتق وفيه مسائل **الاولى** اذا خرجت العطية المنجزة من الثلث حال الموت تبيّنا صحتها حال العطية والافما يحتمله الثلث فان نمى المعطى او كسب شيئاً قسم بين الورثة و بين صاحبه على قدر مالهما فيه فربما افضى الى الدور فلو اعتق عبده ولاشيء سواه فكسب مثل قيمته ثم مات السيدفللعبد من كسبه بقدر ماعتق وباقيه للسيدفيزداد به مال السيد فيزداد الحرية فيزداد حقه من كسبه فينقص به حق السيد من الكسب فتنقص بهالحرية .

(وطريقة) استخراج قدر الحرية ان نقول عتق منه شيء و لهمن كسبه شيء و للورثة من العبد و كسبه شيئان لان لهم ضعف ماعتق وقد عتق منه شيء ولايحسب على العبد ما حصل لهمن الكسب لانه استحقه لا من سيده بل من الحرية فالعبد و كسبه نصفان بين الورثة والعبدفيتحرر نصف العبد وله نصف الكسب ، ولو كسب ضعف قيمته فلهمن كسبه شيئان فصار له ثلاثة اشياء للورثة شيئان فينقسم العبد و كسبه خمسة للورثة خمساه وخمسا كسبه،ولو كسب ثلاثة امثال قيمته فله ثلاثة اشياء من كسبه مع ما(متن)

عتق منه وللورثة شيئان فيعتق ثلثاه وله ثلثا كسبه و لهم الثلث منهما فان اقـرض (اقترض - خ ل) مولاه مثل قيمته فاتلفه ثم مات عن ضعفه فان ابرئه العبد عتق وسلم اليه (له- خ ل) باقى كسبه والاعتق منه خمسة اسداسه وله من كسبه وقرضه بالنسبة، ولو كسب نصف قيمته عتق منه شيء وله نصف شيء ولهم شيئان فالجميع ثلاثة اشياء ونصف تبسط انصافا فله ثلاثة اسباعها فيعتق منه ثلاثة اسباعه وله ثلاثة اسباع كسبه والباقى لهم ، ولو كانت قيمته مائة فكسب تسعة فاجعل له بازاء كل دينار شيئا فقد عتق منه مأة شيء وله من كسبه تسعة اشياء ولهم مائتا شيء فيعتق منه مأة جزء و تسعـة اجزاء من ثلاثمائة وتسعة وله من كسبه مثل ذلك ولهم مائتا جزء من نفسه ومائتان من كسبه ، ولو استغرق دين المولى القيمة والكسب صرف الجميع فى الدين والاصرف من العبد و كسبه مايقضى به الدين والباقى يقسم كالكامل و كسبه فلو كان كل من الدين والكسب كالقيمة صرف فيه نصف العبد و نصف كسبه وقسّم الباقى نصفين و كذا باقى الكسب ولو كان للسيد مثل قيمته و كسب العبد مثلا آخر قسمت العبد و مثلى قيمته على الاشياء الاربعة فلكل شيء ثلاثة ارباع فيعتق ثلاثة ارباع العبد وله ثلاثة ارباع كسبه .

(المسألة الثانية) لو اعتق عبداً قيمته عشرون ثم آخر عشرة فكسب كل عبد مثل قيمته اكملت الحرية فى الاول فيعتق منه شيء وله من كسبه شيء وللورثة شيئان ويقسم العبدان و كسبهما على الاشياء الاربعة فلكل شيء خمسة عشر فيعتق منه بقدر ذلك وهو ثلاثة ارباعه وله ثلاثة ارباع كسبه والباقى لهم ولو بدء بالادنى عتق كله واخذ جميع كسبه واستحق الورثة من الآخر و كسبه مثلى المعتق وهو نصفه ونصف كسبه فيبقى نصفه ونصف كسبه بينهما نصفين فيعتق ربعه وله ربع كسبه ويرق ثلاثة ارباعه ويتبعه ثلاثة ارباع كسبه وذلك مثلا ما اعتق منهما ولو اعتقهما دفعة اقرع فمن خرجت قرعته كان حكمه كما لو بدء به .

(الثالثة) لو اعتق ثلاثة قيمتهم سواء وعليه دين يساوى احدهم و كسب احدهم مثل قيمته اقرع لاخراج الدين فان وقعت على غير المكتسب بيع فى الدين ثم (متن)

اقرع بين المكتسب والآخر لاجل الحرّية فان وقعت على غير المكتسب عتق كله ورقّ الآخر وماله لهم وان وقعت قرعة الحرية على المكتسب عتق ثلاثة ارباعه وله ثلاثة ارباع كسبه وباقيه وباقي كسبه والعبد الآخر للورثة ، ولو وقعت قرعة الدين على المكتسب قضي الدين بنصفه ونصف كسبه ثم اقرع بين باقيه والآخرين للحرّية فان وقعت على غيره عتق كله وان وقعت عليه عتق باقيه واخذ باقي كسبه ثم اقرع بين العبدين لاتمام الثلث فمن وقعت عليه عتق ثلثه وكذا لو وهب احدهم كان للمتهب من العبد وكسبه مثل ما للعبد من نفسه وكسبه في هذه المسائل .

(**الرابعة**) لو اعتق عبدين مستوعبين متساويين في القيمة دفعة فمات احدهما فان وقعت القرعة عليه فالحيّ رقّ وتبين ان الميت نصفه حرّ لان مع الورثة مثلي نصفه وان وقعت على الحيّ عتق ثلثه ولا يحسب الميت على الورثة ، ولو اعتق عبداً مستوعبا قيمته عشرة فمات قبل سيده وخلف عشرين فهي لسيده بالولاء وظهر انه مات حرّاً وان خلف عشرة عتق منه شيء وله من كسبه شيء ولسيده شيئان وقد حصل في يد سيده عشرة تعدل شيئين فتبين ان نصفه حرّ وباقيه رق والعشرة يستحقها السيد نصفها بالرق والباقي بالولاء ، فان خلّف وارثا قريبا فله من رقبته شيء ومن كسبه شيء يكون لوارثه ولسيده شيئان فتقسم العشرة على ثلاثة للوارث ثلثها وللسيد ثلثاها وتبيّن انه عتق من العبد ثلثه ، ولو كان المعتق جارية وخلفت زوجها ومعتقها ثم مات السيد قلنا ان نجعل للجارية من تلك العشرة وصية ثم نزيد عليها نصف وصيّة لان الراجع الى السيد من وصية الجارية نصفها فيكون مع ورثة السيد عشرة الا نصف وصية و ذلك مثل وصيتين فنجبر العشرة بنصف وصية فتكون العشرة مثل وصيتين ونصف فالوصية الواحدة خمسا هذه فاخرج من العشرة خمسيها وهي اربعة فهي وصية الجارية والباقي سعاية الجارية .

(**وامتحانه**) ان تدفع من العشرة التي هي تركته اربعة للوصية تبقى ستة وهي السعاية فاجعلها في يد ورثة السيد (ثم) اقسم الاربعة بين ورثة الجارية وورثة السيد نصفها للزوج اثنان ونصفها للسيد اثنان فزدهما على الستة التي كانت في ايديهم فيصير لهم ثمانية وهي مثلا الوصية لان الوصية ابدا بالثلث ، ولو خلف عشرين فله من كسبه شيئان (متن)

لوارثه ولسيده شيئان فالعشرون بين السيد والوارث نصفان وتبيّن انه عتق نصفه فان مات الولد قبل موت السيد وكان ابن معتقة ورثه السيد لانا تبينا ان اباه مات حرّ آلان السيد ملك عشرين وهي مثلا قيمته فعتق وجر ولاء ابنه الى سيده فورثه ولو لم يكن ابن معتقة لم ينجرّ ولائه ولم يرثه سيد ابيه وكذا ينجرّ لو خلف الابن عشرين ولم يخلف الاب شيئا او ملك السيد عشرين من اى جهة كانت فانه يرث الولد ولو لم يملك عشرين لم ينجرّ ولاء الابن اليه لان اباه لم يعتق وان عتق بعضه جرّ من ولاء ابنه بقدره فلو خلّف الابن عشرة وملك السيد خمسة (فنقول) عتق من العبد شيء وينجر من ولاء ابنه بمثله ويحصل له من ميراثه شيء مع خمسة وهما يعدلان شيئين وباقي العشرة لمولى أمّه فتقسّم بين السيد ومولى الام نصفين وتبين انه قد عتق من العبد نصفه وحصل للسيد خمسة من ميراث ابنه وكانت له خمسة وذلك مثلا ما عتق من الاب .

الخامسة لو اعتق جارية قيمتها خمسمائة ثم مات وترکت خمسمائة وزوجا و اوصت لرجل بالثلث (ثم) مات السيد وعليه خمسون تأخذ خمسمائة وتدفع منها وصية وتدفع تلك الوصية بوصية الجارية (ثم) تدفع ثلثها الى الموصى له بالثلث يبقى ثلثا وصية بين الزوج وورثة السيد نصفين فللزوج ثلث وصية ولورثة السيد ثلث وصية فزدها على خمسمائة التي هي القيمة ثم ادفع منها دين السيد يبقى اربعمائة وخمسون و ثلث وصية وهو مثل ثلاث وصايا فاطرح ثلث وصية بمثلها تبقى اربعمائة و خمسون مثل وصيتين وثلثي وصية فالوصية الواحدة ثلثة اثمانه فتخرج من اربعمائة وخمسين ثلاثة اثمانها وهو مائة وثمانية وستون درهما وثلاثة ارباع درهم فتلك وصية الجارية وسعايتها تمام القيمة وهي ثلثمائة واحد وثلاثون درهما وربع درهم .

وامتحانه أن تجعل السعاية في يد ورثة السيد و هي ثلثمائة واحد و ثلاثون درهما وربع درهم ثم خذ الوصية وهي مائة وثمانية وستون وثلاثة ارباع درهم فادفع ثلثها في وصية الجارية لانها اوصت بثلث مالها فيبقى مائة و اثنى عشر و نصف فاجعل للزّوج نصف ذلك ستة و خمسون وربع ولورثة السيد ما بقي ستة وخمسون و ربع فتزيدها على ما في ايديهم فتكون ثلثمائة وسبعة وثمانين ونصفا فادفع خمسين دين (متن)

السيد يبقى لهم ثلثمائة وسبعة وثلاثون ونصف وهى مثل الوصية مرتين .

النوع الثانى المحاباة

اما النكاح فلو تزوّج واصدق عشرة مستوعبة ومهر مثلها خمسة فلها مهر المثل و ثلث المحاباة فان ماتت قبله فورثها ولم تخلّف سوى الصداق دخلها الدور فتصح المحاباة فى شيء فيكون لها خمسة بالصداق و شيء بالمحاباة و يبقى لورثة الزوج خمسة الاشيئا ثم رجع اليه بالميراث نصف مالها وهو اثنان ونصف ونصف شيء صار لهم سبعة و نصف الا نصف شيء يعدل شيئين اجبر و قابل يخرج الشيء ثلاثة فكان لها ثمانية يرجع الى ورثة الزوج نصفها اربعة صار لهم ستة ولورثتها اربعة فان ترك الزّوج خمسة اخرى بقى مع ورثة الزوج اثنا عشر ونصف الا نصف شيء يعدل شيئين فالشيء خمسة فيصح لها جميع المحاباة و يرجع ما حاباها به الى ورثة الزوج و بقى لورثتها صداق مثلها و لو كان للمرأة خمسة فلا شيء للزّوج بقى مع الزوج عشرة الا نصف شيء يعدل شيئين فالشيء اربعة فيكون لها بالصداق تسعة مع خمسة اربعة عشر يرجع الى ورثة الزوج نصفها مع الدينار الذى بقى لهم صار لهم ثمانية ولورثتها سبعة ولو ترکت دينارين عاد الى الزوج من ميراثها ثلاثة ونصف ونصف شيء صار لهم ثمانية ونصف الا نصف شيء اجبر وقابل يخرج الشيء ثلاثة وخمسين فصار لورثته ستة واربعة اخماس ولورثتها خمسة وخمس .

و **اما الخلع** فلو خالعها فى مرضها باكثر من مهرها فالزائد محاباة تمضى من الثلث فلو خالعته بثلاثين مستوعبة وصداق مثلها اثنى عشر فله ثمانية عشر اثنا عشر قدر الصداق وستة ثلث الباقى ولو كان صداقها ستة فله اربعة عشر ولو تزوج المريض بمائة مستوعبة ومهر المثل عشرة ثم مرضت فاختلعت منه بالمائة و هى ترکتها فلها مهر مثلها وشيء بالمحاباة والباقى له ثم يرجع اليه مهر المثل وثلث الشيء بالمحاباة فصار بايديهم مائة الا ثلثى شيء يعدل شيئين فبعد الجبر يخرج الشيء ثلاثة اثمانها وهو سبعة وثلاثون ونصف فصار لها ذلك مع مهر المثل ويرجع اليه مهر المثل وثلث الباقى اثنى عشر ونصف فيصير لورثته خمسة وسبعون وهو مثلا المحاباة .(متن)

واما البيع فقد مضى حكمه ونزيد (فنقول) لو باع عبداً مستوعبا قيمته ثلثمائة بمائة فاتلفها (فعلى) مااخترناه نحن فيما تقدم صح البيع فى شيء من العبد بثلث شيء من الثمن ويبطل فى ثلثمائة الاشيئا و على الورثة دفع تمام المائة لان البايع اتلفها فصارت دينا وهومائة الاثلث شيء فيبقى للورثة مأتان الاثلثى شيء تعدل مثلى ماجاز بالمحاباة و هو ثلثا شيء فاذا جبرت و قابلت صار مائتان تعدل شيئين فالمائة تعدل شيئا وهو الذى يصح فيه البيع من العبد وذلك ثلثه بثلث الثمن وبقى مع الورثة ثلثاه فيردّون على المشترى بقية الثمن وهو ثلثاه فيبقى معهم من العبد بعد الردّ انه ثلاثة وثلاثون وثلث وهو مثلا ماجاز بالمحاباة و على قول علمائنا يصح البيع فى خمسة اتساعه بجميع الثمن وقد حصل فى ضمن ذلك المحاباة وبقى للورثة اربعة اتساعه وهو مثلا الجائز بالمحاباة .

(**او نقول**) له بالمائة التى هى الثمن ثلث العبد وله بالمحاباة ثلثا الباقى وهو تسعا العبد فيجتمع له خمسة اتساع العبد بجميع الثمن ويبقى مع الورثة اربعة اتساعه وهومثلا المحاباة ،ولو اشترى المريض عبداً قيمته ثلثمائة بمائة ثم تقايلا ومات المشترى ولاشيء له (سوى) العبد (فطريقه) ان تصحّح الاقالة فى شيء من الثمن بثلاثة اشياء من العبد يبقى ثلثمائة الاثلاثة اشياء ورجع اليه شيء من الثمن يبقى ثلثمائة الاشيئين تعدل مثلى المحاباة وذلك اربعة اشياء فتصير بعد الجبر والمقابلة ستة اشياء تعدل ثلثمائة فالشيء خمسون و هو الجائز بالاقالة و ذلك نصف الثمن فقد صحت الاقالة فى نصف العبد بنصف الثمن فقد حصل فى ضمن ذلك المحاباة ويبقى مع الورثة نصف العبد وهو مائة وخمسون ونصف الثمن بفسخ البيع ومجموعهما مائتان و هومثلا المحاباة .

(وعلى اختيار) علمائنا نجيز الاقالة فى ثلثى العبد بجميع الثمن و قد حصل فى ضمن ذلك المحاباة فيحصل لهم الثمن بفسخ البيع وثلث العبد مجانا فيجتمع لهم الثمن كله وثلث العبد وهومثلا المحاباة ولو كان المشترى قد خلّف ثلثمائة اخرى صحّت الاقالة فى جميع العبد لانه قد حصل لهم الثلثمائة التى خلفها والمأة الثمن فذلك اربعمائة وهومثلا المحاباة (متن)

تنبيه

تنفيذ المريض لفعله او لفعل مورّثه كابتدائه و ان كان منجزا فلو باع صحيحا ماقيمته ثلاثون بعشرة والخيارله فاختار اللزوم مريضا مضى من الثلث وكذا لوباع الصحيح بخيار ثم مات فورثه المريض قبل انقضائه اعتبرت اجازته من الثلث على اشكال اما اجازته لوصية مورّثه اومنجّزاته في المرض فمن الثلث قطعا .

قال دام ظله: وكذا لو باع الصحيح بخيار (الى قوله) من الثلث على اشكال

اقول :تقرير هذه المسألة انه اذا باع الصحيح الجائز التصرف ماله بدون ثمن المثل وشرط لنفسه الخيار مدة معلومة ثم مات قبل انقضائه فورثه مريض واجاز البيع في مرض الموت هل يمضي الاجازة من الثلث اومن الاصل قال المصنف فيه اشكال (ينشأ) من ان المشترى هل يملك قبل لزوم البيع في مدة الخيار اولا فعلى الثاني يكون في مدة الخيار تركته في حكم مال الميت فيعتبر اجازته من الثلث وعلى الاول (يحتمل) نفوذها من الاصل (لانه) لم يخرج مالا بل رضي ببيع صادر من صحيح البدن غير محجور عليه وهذا اقوى عندى (ويحتمل) ضعيفا اعتباره من الثلث لان خروجه عن الموروث غير مستقر وانما يستقر نقل الملك باجازة الوارث فاجازته سبب في التملك المستقر فصار كما لو ملك ببيعه (وفيه نظر) لانه يكفي فيه الترك اى ترك الفسخ حتى ينقضي الخيار فيلزم وكلما يكفي فيه الترك لايكون من فعله فلا يعتبر فيه الثلث وهذا بخلاف مالو باعه الصحيح بغير علمه جاهلا بالقيمة فورثه المريض واجازه فان اجازته سبب لنقل الملك لاغيرها وفورية الفسخ بخيار الغبن على القول بفوريته انما هو في صحيح البدن المتصرف في ملكه شرعا اما المريض فمع زياده العين على الثلث لايكون خياره على الفور بالنسبة الى الوارث اجماعا ولهذه الدقيقة قيد المصنف بقوله بخيار اما لو باع الصحيح بخيار ثم زادت القيمة السوقية زيادة كثيرة فورثه المريض واجاز البيع فانه هنا لايعتبر الثلث قطعا لان فسخه اكتساب واجازته عدم اكتساب وملك الزيادة هنا لتمليك الاصل لايتوقف على زائد على سبب تمليكه ولهذه الدقيقة قيدنا البيع باقل من ثمن المثل .

النوع الثالث

الهبة والعقر وفيه مسائل

المسألة الاولى لووهب عبده المستوعب واقبض وقيمته مائتان و كسب مائةثم مات الواهب (فنقول) صحت الهبة فيشيء وتبعه من كسبه نصف شيء وللورثة شيئان مثلا ماجازت فيهالهبةفيكون الجميع ثلاثة اشياء ونصفا يعدل الكسب والرقبةوذلك ثلاثمائة فيخرج قيمة الشيء الواحد خمسة وثمانون وخمسة اسباع العبد ويتبعهمن الكسب مثل نصفه اثنان واربعون وستة اسباعوهوثلاثة اسباع الكسب ويبقى للورثة (من العبد) اربعة اسباعه وذلك مائة واربعة عشر وسبعان (ومن) الكسب مثل نصفه سبعة وخمسون وسبع و هواربعة اسباعه و مجموع ذلك مائة واحد و سبعون وثلاثة اسباع وهو مثلا ماجاز بالهبة فان كان المتهبمريضا وعاد فوهبه من الواهب وماتاو لامال لهما سواه جازت الهبة فيشيء ويتبعه من كسبه مثل نصفه فيصير شيئاو نصفاً فلمّاعاد ووهبهمن الواهب صحت هبته فيثلث ذلك وهو نصف شيء فزده على مابقى بيد ورثةالواهب فيصير معهم ثلثمائة الاشيئا وهويعدل مثلى ماجاز بالهبة و هوشيئان فاذا جبرت وقابلت صار ثلثمائة تعدل ثلاثة اشياء ، فالشيء الواحد مائة و هونصف العبد ويتبعه من كسبه مثل نصفه وهو خمسون ويبقى مع ورثة الواهب نصف العبد و نصف الكسب وذلك مائة وخمسون و رجع اليهم بالهبة الثانية ثلث ما جاز بالهبة و ذلك خمسونفيجتمع معهم مائتان وهو مثلا(١)ماجاز بالهبة وبقى معورثةالموهوب له مائةوهى مثلا ماجازت فيههبة المتهب .

المسألة الثانية لووهب اخته مائة لايملك سواها واقبض فماتت عنهوعنزوج فقد صحتالهبة فيشيءوالباقىللواهب ورجع اليه بالميراث نصف الشيء الذىجازت الهبة فيهصار معه مائة الانصف شيء يعدل شيئين اجبر وقابل يصير الشيء خمسى ذلك اربعون ترجع الىالواهب منهاعشرونفيكمل معه ثمانون وبقى للزوجعشرون ومنطريقالبابتأخذعدداً لثلثه نصفوهو ستة فتأخذثلثهاثنين وثلثى نصفهسهما(متن)

---

(١) بالاضافة

يبقى سهم فهو للاخت ويبقى للواهب اربعة فتقسم المائة على خمسة و السهم المسقط لايذكر لانه يرجع على جميع السهام الباقية بالسوية فيجب اطراحه .

الثالثة لووهب مريض مريضا مائة لايملك سواها ثم عاد المتهب فوهبها للاول ولا يملك غيرها فقد صحت الهبة فى شى ثم الثانية فى ثلثه بقى للموهوب الاول ثلثا شىء وللواهب مائة الا ثلثى شىء يعدل شيئين اجبر (١) وقابل يخرج الشىء سبعة وثلاثين ونصفا رجع الى الواهب ثلثها اثنى عشر و نصف وبقى للموهوب خمسة و عشرون و من طريق الباب تضرب ثلاثة فى ثلاثة و تسقط من المرتفع سهما يبقى ثمانية فاقسم المائة عليها لكل سهمين خمسة و عشرون ثم خذ ثلثها ثلاثة اسقط منها سهما يبقى سهمان فهى للموهوب الاول وذلك هو الربع ولو خلّف الواهب مائة اخرى فقد بقى مع الواهب مائتان الا ثلثى شىء يعدل شيئين فالشىء ثلاثة اثمانها وذلك خمسة وسبعون رجع الى الواهب ثلثها بقى مع ورثته خمسون .

الرابعة لو وهب جارية مستوعبة قيمتها ثلاثون ومهر مثلها عشرة فوطئها المتهب ثم مات الواهب فقد صحت الهبة فى شىء وسقط عنه من مهرها ثلث شىء وبقى للواهب اربعون الا شيئا وثلثا يعدل شيئين ، فبالجبر و المقابلة يخرج الشىء خمس ذلك و عشره وهو اثنا عشر خمسا الجارية (٢) فتصح فيه الهبة ويبقى للواهب ثلاثة اخماسها و له على المتهب ثلاثة اخماس مهرها ستة و كذا لو وطئها اجنبى و يكون عليه ثلاثة اخماس المهر للواهب وخمسان للمتهب الا ان الهبة انما تنفذ فى مازاد على الثلث مع حصول المهر من الواطى فان لم يحصل شىء لم تزد الهبة على الثلث و كلّما حصل منه شىء نفذت الهبة فى الزيادة على قدر ثلثه ، ولووطئها الواهب فعليه من عقرها بقدر ما جازت الهبة فيه وهو ثلث شىء يبقى معه ثلاثون الا شيئا وثلثا يعدل شيئين فالشىء تسعة وهو خمس الجارية و عشرها وسبعة اعشارها لورثة الواطى وعليهم عقر الذى جازت الهبة فيه ثلاثة فان اخذ من الجارية بقدرها صار له خمساها (متن).

---

(١) بصيغة الامر (٢) عطف بيان لقوله اثنا عشر .

الخامسة لو تزوج على مائة مستوعبة ومهر المثل عشرون فلها بالمثل عشرون و بالمحاباة شيء وللورثة ثمانون الا شيئا يعدل مثلى ما جاز بالمحاباة وذلك شيئان اجبر وزد فتصير ثلاثة اشياء تعدل ثمانين فالشيء ستة وعشرون وثلثان و هو الجايز لها بالمحاباة فيجتمع لها بالمحاباة و مهر المثل ستة و اربعون و ثلثان و للورثة ثلاثة و خمسون وثلث مثلا المحاباة ، و لا دور ، فان ماتت قبله دخلها الدور فان المحاباة تزيد لرجوع بعضها اليه بالارث .

(فنقول) لها بالمثل عشرون و بالمحاباة شيء وللزوج ثمانون الا شيئاً ورجع اليه نصف ما معها وهو عشرة و نصف شيء فيجتمع معه تسعون الا نصف شيء يعدل مثلى ما جاز بالمحاباة و ذاك شيئان فاذا جبرت و قابلت صار معك شيئان و نصف تعدل تسعين فالشيء ستة وثلاثون وهو الجايز لها بالمحاباة فيكون لها بالمثل عشرون و بالمحاباة ستة و ثلاثون و بقى مع الزوج اربعة و اربعون ويرجع اليه بالارث النصف ثمانية وعشرون فيجتمع معه اثنان و سبعون وهو مثلا (١) الجايز بالمحاباة و يبقى مع ورثتها ثمانية وعشرون ، و لو اوصت بثلث مالها فلها بالمثل عشرون و بالمحاباة شيء و الوصية ثلثه وهو ستة و ثلثان وثلث شيء فيرجع الى الزوج نصف الباقي وهو ستة و ثلثان وثلث شيء فزده على ما بقى معه وذلك ثمانون الا شيئاً فيجتمع معه ستة وثمانون وثلثان الا ثلثى شيء يعدل مثلى ما جاز بالمحاباة و ذلك شيئان فاذا جبرت وقابلت صار معك شيئان وثلثا شيء يعدل ستة وثمانين وثلثين (فابسط) الجميع اثلاثا يصير الاشياء ثمانية و الدراهم مائتين و ستين (فاقسم) الدراهم على الاشياء يخرج من القسمة اثنان و ثلاثون ونصف وهو الشيء و ذلك هو المحاباة (فزد) ذلك على مهر المثل وهو عشرون يصير اثنين و خمسين و نصفا (فاعط) ثلثها للوصية و هو سبعة عشر ونصف (واعط) نصف الباقي و هو سبعة عشر ونصف للزوج بالارث (فزده) ذلك على ما بقى معه وهو سبعة و اربعون ونصف تصير معه خمسة و ستون وذلك مثلا (٢) المحاباة، فان كان عليها دين عشرة واوصت بثلث مالها فلها بالمثل (متن)

---

(١) بالاضافة　(٢) بالاضافة .

عشرون و بالمحاباة شيء و يخرج من ذلك للدين عشرة و يبقى عشرة وشيء للوصية ثلثها ثلاثة وثلث وثلث شيء و للزوج نصف الباقي ثلاثة وثلث وثلث شيء فزد ذلك على ما بقي معه وهو ثمانون الا شيئا فيصير معه ثلاثة و ثمانون و ثلث الا ثلثي شيء يعدل مثلي ما جاز بالمحاباة وهو شيئان فيصير بعد الجبر والمقابلة ثلاثة وثمانون و ثلث تعدل شيئين و ثلثي شيء فاذا بسطت الجميع اثلاثاً صار قيمة الشيء احداً وثلاثين و ربعا و هو الجايز بالمحاباة فزد ذلك على [مهر] المثل و هو عشرون فيصير احداً و خمسين و ربعا فاعط الغريم منها عشرة تبقى احد و اربعون و ربع فأعط ثلثها للوصية وذلك ثلاثة عشر وثلاثة ارباع وأعط الزوج نصف الباقي و هو ثلاثة عشر وثلاثة ارباع و بقي ثلاثة عشر و ثلاثة ارباع لورثة الزوجة و تحصل بيد ورثة الزوج ثمانية و اربعون و ثلاثة ارباع بنقص الصداق و ثلاثة عشر و ثلاثة ارباع بالميراث فيجتمع معهم اثنان وستون ونصف و هو مثلا (١) ماجاز بالمحاباة .

السادسة لو وهبه جارية مستوعبة و قيمتها مائة وعقرها خمسون فوطئها رجل بشبهة ثم مات فالعقر من جملة الكسب فنقول صحت الهبة في شيء من الجارية وتبعها من العقر مثل نصفه وللورثة شيئان مثلا الهبة فيصير ثلاثة اشياء ونصفا فاقسم عليها قيمة الجارية و العقر وهو مائة وخمسون يخرج من القسمة اثنان واربعون و ستة اسباع وهو ثلاثة اسباعها و فيه صحت الهبة من الجارية و يتبعه من العقر احد وعشرون و ثلاثة اسباع للمتهب ويبقى للورثة اربعة اسباعها وهو سبعة وخمسون وسبع ومن العقر مثل نصف ذلك ثمانية وعشرون واربعة اسباع فذلك خمسة وثمانون وخمسة اسباع وهو مثلا ما صحت فيه الهبة .

ولو وطئها المتهب جازت الهبة من الجارية في شيء ويتبعها من العقر مثل نصفه فيصير شيئا ونصفا وللورثة شيئان مثلا ما صحت فيه الهبة فالمجموع ثلاثة اشياء ونصف فاقسم عليها مائة وخمسون قيمة الجارية والعقر يخرج بالقسمة اثنان واربعون وستة اسباع وهو ما صحت فيه الهبة وتبعه مثل نصفه من العقر فيسقط لانه حصل في ملكه يبقى (متن)

---

(١) بالاضافة

لورثة الواهب من الجارية اربعة اسباعها سبعة وخمسون وسبع ويبقى لهم من العقر مثل نصف ذلك ثمانية وعشرون واربعة اسباع فيأخذونها من الموهوب له ومجموع ذلك خمسة وثمانون وخمسة اسباع مثلا(١) الجائز بالهبة ،

ولو وطئها الواهب جازت الهبة فى شيء وتبعه مثل نصفه ولورثة الواهب شيئان فاقسم عليها الرقبة وهومائة ويسقط باقى العقر باستيفاء الواهب له بالوطى فيخرج من القسمة ثمانية وعشرون واربعة اسباع وذلك قدر الهبة وله بالعقر مثل نصف ذلك اربعة عشر وسبعان و مجموع ذلك اثنان واربعون وستة اسباع ويبقى لورثة الواهب سبعة وخمسون وسبع وهو مثلا (٢) الهبة .

ولو وطئها جميعا جازت الهبة فى شيء وبطلت فى مائة الا شيئا وعلى الواهب عقر ماجازت فيه الهبة وهو نصف شيء وعلى الموهوب له عقر ما بطلت فيه الهبة وهو خمسون الا نصف شيء فيصير مع الواهب مائة وخمسون الا شيئين وهو تعدل مثلى ما يصح فيه الهبة وذلك شيئان فاذا جبرت وقابلت صار معك اربعة اشياء تعدل مائة وخمسين فالشيء يعدل سبعة وثلاثين ونصفا وذلك قدر الهبة وبطلت فى اثنين وستين ونصف وعلى الواهب عقر ما وطىء نصف شيء وذلك ثمانية عشر وثلاثة ارباع وعلى الموهوب له عقر ما وطىء خمسون الا نصف شيء و هو احد و ثلاثون و ربع فاذا تقاصا بقى على الموهوب له اثنى عشر و نصف فزد ها على ما بقى للواهب فيكون خمسة وسبعين وذلك مثلا الجايز بالهبة .

السابعة لو اعتق جارية قيمتها ثلث التركة ثم تزوجها على ثلث آخر ودخل سقط المسمى والا دار لان ثبوته يستدعى النكاح المتوقف على صحة العتق فى الجميع المتوقف على بطلان المسمى ليخرج من الثلث نعم يثبت مهر المثل وان كان اكثر من المسمى ولا يثبت الاقل منه ومن مهر المثل لانه كالارش . فلو كان بقدر ثلث صح العتق فى شيء ولها من مهر المثل بازائه وللورثة شيئان بازاء ما عتق فالتركة فى تقدير (متن)

---

(١) بالاضافة　　(٢) بالاضافه

اربعة اشياء شيئان للجارية وشيئان للورثة فيعتق ثلاثة ارباعها ولها ثلاثة ارباع مهر المثل والباقي للورثة ولو كان مهرها نصف قيمتها وهي مستوعبة عتق منها شيء ولها بصداقها نصف شيء وللورثة شيئان يقسّط الجميع سبعة فلها ثلاثة ولهم اربعة فيتحرر ثلاثة اسباعها ولو اراد الورثة ان يدفعوا حصّتها من مهرها وهو سبعها ويعتق منها سبعاها ويسترقوا خمسة اسباعها فليس لهم ذلك ، ولو كان يملك مع الجارية قدر نصف قيمتها عتق ثلاثة اسباعها ولها ثلاثة اسباع مهرها وانما قلّ العتق لانها لمّا اخذت ثلاثة اسباع مهرها نقص المال فيعتق منها ثلث الباقي وهو ثلاثة اسباعها وطريقه ان نقول عتق منها شيء ولها بمهرها نصف شيء وللورثة شيئان يعدل ذلك الجارية ونصف قيمتها فالشيء سبعاها وسبعا نصف قيمتها وهو ثلاثة اسباعها فهو الذي عتق منها وتأخذ نصف ذلك من المال بمهرها وهو ثلاثة أسباعه ، ولو كان يملك مثل القيمة عتق اربعة اسباعها ولها اربعة اسباع مهرها يبقى للورثة ثلاثة اسباعها وخمسة اسباع قيمتها وذلك يعدل مثلي ما عتق منها .

وطريقه ان تجعل السبعة الاشياء معادلة لها و لقيمتها فعتق منها بقدر سبعي الجميع وهو اربعة اسباعها وتستحق سبع الجميع بمهرها وهو اربعة اسباع مهرها و ان كان يملك مثلي قيمتها عتقت كلها وصح نكاحها لانها تخرج من الثلث ان اسقطت مهرها وان لم تسقط عتق ستة اسباعها ولها ستة اسباع مهرها ويبطل عتق سبعها ونكاحها ولو خلّف اربعة امثال قيمتها صح عتقها ونكاحها وصداقها لان ذلك يخرج من الثلث ولو زوّج امته عبداً وقبض الصداق واتلفه ثم اعتقها فلا خيار لها اذ لو فسخت لارتدّ المهر ولم تخرج من الثلث فيبطل العقد والخيار ،ولو اوصى له بنسبته فمات قبل القبول و وخلّف اخاه فقتل عتقت ولم ترث والا لحجبت الاخ فيبطل القبول فيبطل العتق .

النوع الرابع الجنايات

(**الاولى**) اووهبه عبداً مستوعبا فقتل العبد الواهب فان اختار المتهب الدفع دفعه اجمع نصفه بالجناية ونصفه لانتقاض الهبة فيه لان العبد قد صار الى الورثة وهو (متن)

مثلا نصفه فتبين صحة الهبة فى نصفه وان اختار الفداء فخلاف (قيل) باقل الامرين (وقيل) بالارش فان كانت قيمته دية فنقول صحت الهبة فى شيء وندفع اليهم باقى العبد وقيمة ماصحت الهبة فيه وذلك يعدل شيئين فالشيء نصف العبد ،ولو كانت قيمته ثلاثة اخماس الدية فاختار فدائه بالدية فقد صحت الهبة فى شيء ويفديه بشيء وثلثين فصار مع الورثة عبد وثلثا شيء يعدل شيئين فالشيء ثلاثة ارباع فتصح الهبة فى ثلاثة ارباع العبد ويرجع الى الواهب ربعه مائة وخمسون وثلاثة ارباع الدية سبعمائة و خمسون صار الجميع تسعمأة وهو مثلا (١) ماصحت فيه الهبة ولو ترك الواهب مائة دينار ضممتها الى قيمة العبد فان اختار دفع العبد ثلثه وربعه وذلك قدر نصف جميع المال بالجناية وباقيه لانتقاض الهبة فيصير للورثة العبد والمائة وهو مثلا ما جازت الهبة فيه وان اختار الفداء و قد علمت انه اذا لم يترك شيئا فدى ثلاثة ارباعه فزد على ذلك ثلاثة ارباع المائة يصير ذلك سبعة اثمان العبد فيفديه بسبعة اثمان الدية .

الثانية لو اعتق عبداً مستوعباً قيمته مائة فقطع اصبع سيده خطاء عتق نصفه و عليه نصف قيمته فيصير للسيد نصفه و نصف قيمته وذلك مثلا ما عتق واوجبنا نصف القيمة لان عليه من ارش جنايته بقدر ما عتق منه (فنقول) عتق منه شيء وعليه شيء فصار مع السيد عبد الا شيئاً و شيء يعدل شيئين فاسقط شيئا بشيء يبقى ما معه من العبد يعدل شيئاً مثل ما عتق منه ولو كانت قيمة العبد مائتين عتق خمساه لانه عتق منه شيء وعليه نصف شيء للسيد فصار للسيد نصف شيء وبقية العبد يعدل شيئين فيكون بقية العبد تعدل شيئا و نصفا و هو ثلاثة اخماسه و الشيء الذى اعتق خمساه ، ولو كانت قيمته خمسين فما دون عتق كله لانه يلزمه مائة وهى مثلاه او اكثر وان كانت قيمته شيئين قلنا عتق منه شيء و عليه شيء و ثلثا شيء للسيد مع بقية العبد يعدل شيئين

قال دام ظله : وان اختار الفداء فخلاف قيل باقل الامرين وقيل بالارش

اقول: قدمضى ان العبد الجانى خطأ اذا طلب مولاه افتكاكه هل يفكه بالارش او باقل الامرين فلاحاجة الى ذكره هنا .

---

(١) بالاضافة .

فبقية العبد اذن ثلث فيعتق منه ثلاثة ارباعه وعلى هذا القياس الآن ما زادمن العتق على الثلث ينبغى ان يقف على اداء ما يقابله من القيمة كما لو دبّر عبدا وله دين فكلما قضى من الدين شيء عتق من الموقوف بقدر ثلثه .

الثالثة لو اعتق عبدين دفعة قيمة احدهما مائة والآخر مائة و خمسون فجنى الا خس على النفيس جناية نقصته ثلث قيمته وارشها كذلك فى حياة مولاه ثم مات اقرع بين العبدين فان وقعت قرعة الحرية على الجانى عتق منه اربعة اخماسه وعليه اربعة اخماس ارش جنايته و بقى لورثة سيده خمسه وارش جنايته و العبد الآ خرو ذلك مائة و ستون مثلا ما عتق منه بان نقول عتق منه شيء وعليه نصف شيء لان جنايته بقدر نصف قيمته بقى للسيد نصف شيء وبقية العبدين تعدل شيئين فعلمنا ان بقية العبدين شيء ونصف فاذا اضيف الى ذلك الشيء الذى عتق صارا جميعا يعدلان شيئين ونصفا فالشيء الكامل خمساهما و ذلك اربعة اخماس احدهما و ان وقعت على المجنى عليه عتق ثلثه وله ثلث ارش جنايته يتعلق برقبة الجانى وذلك تسع الدية لان الجناية على من ثلثه حرّ فيضمن بقدر ما فيه من الحرية و الرق والواجب له من الارش يستغرق قيمة الجانى فيستحقه بها ولا يبقى لسيده مال سواه فيعتق ثلثه و يرق ثلثاه ولو كانت قيمته احدهما خمسين وقيمة الآخر ثلاثين فجنى الا دنى على الاعلى حتى صارت قيمته اربعين فان وقعت القرعة على الادنى عتق منه شيء وعليه ثلث شيء يعدل الثلث و باقى العبدين شيئين فظهر ان العبدين شيئان وثلثان فالشيء ثلاثة اثمانهما وقيمتهما سبعون فثلاثة اثمانهما ستة وعشرون وربع وهى من الادنى نصفه و ثلثه وربع سدسه و ان وقعت على الآخر عتق ثلثه وحقه من الجناية اكثر من قيمة الجانى فيأخذه بها او يفديه المعتق .

(**الرابعة**) لو جنى عبد على حرّ جناية وقيمته خمسمائة فعفى عن موجبها ثم سرت ولا شيء له سوى موجبها فان اختار السيد الدفع فلا بحث لان موجب الجناية مثلا قيمة العبد فيكون العبد لورثة المجنى عليه وان اختار الفداء (فنقول) جاز العفو فى شيء (متن)

من القيمة وبقي خمسمائة الاشيئا يفديها السيد بمثليها لان الدية هي مثلا القيمة فيصير لورثة المجني عليه الف الاشيئين يعدل مثلي ماجاز فيه العفو وهو شيئان فيصير اربعة اشياء تعدل الفا فالشيء مائتان وخمسون وهو قدر العفو وذلك نصف العبد ويفدي السيد النصف الآخر بمثل قيمته وهو نصف الدية وهو مثلا (١) ماجاز فيه العفو ، ولو كانت قيمته ستمائة واختار السيد الفداء جاز العفو في شيء ويفدي السيد الباقي بمثله ومثل ثلثيه فيصير لورثة المجني عليه الف الاشيئا وثلثي شيء يعدل مثلي ماجاز بالعفو وهو شيئان فاذا جبرت وقابلت صار ثلاثة اشياء وثلثي شيء يعدل الفا فابسط الجميع اثلاثا يصير ثلاثة آلاف تعدل احد عشر شيئا فالشيء الواحد يعدل مائتين واثنين وسبعين وثمانية اجزاء من احد عشر جزء من دينار وذلك هو الجايز من العفو و هو خمسة اجزائه من احد عشر ويفدي باقيه بمثله ومثل ثلثيه من الدية وذلك خمسمائة وخمسة واربعون وخمسة اجزاء من احد عشر جزء من دينار وذلك مثلا (٢) ماجاز فيه العفو

ولو كانت قيمته سبعمائة فدى السيد الباقي بمثله و مثل ثلاثة اسباعه فيصير الفا الاشيئا وثلاثة اسباع شيء يعدل شيئين فاذا جبرت وقابلت صار ثلاثة اشياء وثلاثة اسباع شيء يعدل الفا فالشيء الواحد سدس الالف وثمنه وذلك مائتان واحد وتسعون وثلثان وهو الجايز بالعفو من العبد وهو ثلثه وثلثا ثمنه ويفدي السيد باقيه وهو نصفه وثلثا ثمنه بمثله من الدية ومثل ثلاثة اسباعه وذلك خمسمائة وثلاثة وثمانون وثلث وهو مثلا ماجاز فيه العفو من العبد .

ولو كانت قيمة العبد ثمان مائة كان الذي يجوز فيه العفو بموجب ما تقدم من العمل خمسة اجزاء من ثلاثة عشر ويفدي السيد باقيه بمثله ومثل ربعه من الدية و ذلك ثمانية اجزاء من ثلاثة عشر وهو اربعمائة واثنان وتسعون واربعة اجزاء من ثلاثة عشر جزء من دينار بمثلها ومثل ربعها من الدية وذلك ستمائة وخمسة عشر دينارا و خمسة اجزاء من ثلاثة عشر جزء من دينار وذلك مثلا ماجاز فيه العفو من العبد لان (متن)

---

(١) بالاضافة　　(٢) بالاضافة.

الجايز من العبد بالعفو هو خمسة اجزائه من ثلاثة عشر وذلك ثلثمائة وسبعة دنانير و تسعة اجزاء من ثلاثة عشر جزء من دينار .

وعلى هذا لو كانت قيمة العبد تسعمائة فان العفو يجوز في ثلثمائة واحد وعشرين ديناراً وثلاثة اسباع دينار وذلك سبعاه ونصف سبعه ويفدى السيد باقيه وذلك نصفه و سبعه بمثله ومثل تسعه من الدية وذلك خمسة اسباع العبد وهو ستمائة واثنان واربعون و ستة اسباع دينار وهو مثلاما جاز فيه العفو و لو كانت قيمته الفا استوى الدفع و الفداء ولا يدخله الدور لان العفو يصح في ثلثه ويدفع ثلثيه او يفديه بمثلهما من الدية وذلك مثلاما جاز فيه العفو .

(**الخامسة**) لو وهب عبداً مستوعبا قيمته مائة فجنى على الموهوب بنصف قيمته جازت الهبة في شيء من العبد ويجعل للموهوب نصف ما بطلت فيه الهبة بالجناية وذلك خمسون الا نصف شيء ويبقى لورثة الواهب خمسون الا نصف شيء وذلك مثلاما جازت فيه الهبة وهو شيئان فاذا جبرت و قابلت صار خمسين يعدل شيئين و نصفا فالشيء عشرون وذلك ماجازت فيه الهبة وبطلت في ثمانين ورجع على المجنى عليه نصفها بالجناية اربعون فيصير للموهوب له ستون و يبقى للورثة اربعون وهو مثلا ما جاز فيه الهبة .

ولو جنى على الواهب بنصف قيمته جاز بالهبة شيء ويرجع نصفه بالجناية فيصير للورثة مائة الا نصف شيء وذلك يعدل مثلي ماجاز فيه الهبة وهو شيئان فاذا جبرت وقابلت صار معك مائة تعدل شيئين و نصفا فالشيء الواحد اربعون و هو الذى جازت الهبة فيه و يرجع نصفه بالجناية فيصير مع ورثة الواهب ثمانين مثلا ماجازت فيه الهبة .

ولو انه جنى على الواهب والموهوب على كل واحد بنصف ذلك قيمته جازت الهبة في شيء ويرجع نصفه بالجناية و تبطل الهبة في مائة الا شيئا ويرجع نصف ذلك بالجناية فاذا تراد ابقى مع الموهوب له بعد الاخذ والرد خمسون ومع ورثة الواهب خمسون بعد الاخذ والرد وذلك يعدل مثلي ماجازت فيه الهبة وذلك شيئان فيكون قيمة الشيء الواحد خمسة وعشرين وهو الجايز بالهبة وتبطل في خمسة وسبعين (متن)

فاذا تراد ابقى فى يد ورثة الواهب خمسون مثلا ماجاز فيه العفو (والفروع) كثيرة ذكرنا اصولها وطولنا الكلام هنا (لان) علمائنا رضى الله عنهم لم يتعرضوا لشىء من هذه الفروع ولا سلكوا هذا الطريق والله ولى التوفيق .

الفصل الرابع

فى الوصية بالولاية وفيه مطلبان (المطلب الاول فى اركانها وهى اربعة

(الاول) الموصى فيه، الوصية بالولاية استنابة بعد الموت فى التصرف فى ما كان له التصرف فيه من قضاء ديونه و استيفائها ورد الودائع واسترجاعها والولاية على اولاده الذين له الولاية عليهم من الصبيان والمجانين و النظر فى اموالهم والتصرف فيها بمالهم الحظ فيه وتفريق الحقوق الواجبه والمتبرع بها وبناء المساجد ولا تصح فى تزويج الاصاغر لعدم الغبطة على اشكال ؛ وتصح فى تزويج من بلغ فاسد العقل مع الضرورة الى النكاح ولا فى بناء البيعة و كتبة التورية فانها معصية .

(الثانى) الصيغة وهى قوله وصيت اليك اوفوضت اليك امور اولادى او نصبتك وصيا لهم اوفى حفظ مالى اوفى ماله فعله ولا بد فيه من القبول فى حياة الموصى او بعد موته ، ولو قال أوصيت اليك ولم يقل لتتصرف فى مال الاطفال احتمل الاقتصار على مجرد الحفظ و التصرف ، ولو اعتقل لسانه فقرىء عليه كتاب الوصية فاشار برأسه

الفصل الرابع فى الوصية بالولاية

قال دام ظله : ولا تصح فى تزويج الاصاغر لعدم الغبطة على اشكال .

اقول : ويحتمل الصحة مع وجود الغبطة فى التعجيل وفواتها بالانتظار كوجود كفو لا يوجد بعد ذلك عادة لانه على هذا التقدير يناسب شرعية الوصية بذلك والاول هو المشهور من قول الاصحاب وهو الاصح لانتفاء الغاية من النكاح فينتفى صحته (ولان) الولاية خلاف الاصل فيقتصر على محل النص وسيأتى هذه المسألة فى باب النكاح مستوفاة ان شاء الله تعالى .

الثانى الصيغة

قال دام ظله : ولو قال اوصيت اليك (الى قوله) على مجرد الحفظ

بما يدل على الايجاب كفى ويقتصر على المأذون فلو جعل له النظر فى مال معين لم يتعد الى غيره ولو جعل له النظر فى مال الطفل الموجود لم يكن له النظر فى متجددات امواله ولو اطلق له النظر فى ماله دخل فيه المتجدد .

(**الثالث**) الموصى وهو كل من له ولاية على مال اواطفال اومجانين شرعا كالاب والجد له اما الوصى فليس له الايصاء الا ان يأذن له الموصى على رأى فان لم

والتصرف .

اقول : وجه الاول انه المتيقن وهو حفظ المال لاجتماع الكل عليه والاصل عدم غيره (ووجه) الثانى العرف فانه يقتضى قيامه مقامه وليس المراد الاقتصار على قوله اوصيت اليك خاصة لانه لاخلاف فى انه لغو بل المراد الاقتصار على قوله اوصيت اليك فى امور اطفالى ولم يتعرض للتصرف والاصح الاول .

الثالث الموصى

قال دام ظله : اما الوصى فليس له الايصاء الا ان ياذن له الموصى على رأى .

اقول: هذا اختيار المفيد و ابى الصلاح و ابن ادريس خلافا للشيخ فى النهاية والخلاف و ابن الجنيد و ابن البراج (لنا) الاصل سقوط ولايته بعد موته و عدم جواز تسليط الغير على الاطفال (ولان) استنابته حيا اقوى من استنابته ميتا فلما لم يصح منه ابدال نفسه بغيره فى الحيوة فاولى انه لايصح منه ابدال نفسه بغيره بعد الوفاة (احتج) المخالف برواية محمد بن الحسن الصفار الصحيحة انه كتب الى ابى محمد الحسن بن على عليهما السلام رجل كان وصى رجل فمات واوصى الى رجل هل يلزم الوصى وصية الرجل الذى كان هذا وصيه فكتب عليه السلام يلزمه بحقه ان كان له قبله حق ان شاء الله تعالى (١) والظاهر ان مراده بالحق هنا حق الايمان (ولان) الوصى قد ملك من النظر بالوصية مثل ما يملكه الجد من النظر فلما جاز للجد ان يوصى فكذا الوصى (والجواب) حمل الرواية على ما اذا اوصى الموصى بذلك وهو الاصح ولهذا قال

---

(١) ئل باب ٧٠ خبر ١ من كتاب الوصية

يأذن كان النظر الى الحاكم بعدموت الوصي وكذا لومات انسان ولا وصي له كان للحاكم النظرفي تركته فان لم يكن حاكم جازان يتولاه من المؤمنين من يوثق به

عليه السلام اذا كان له قبله حق وهو اولى من جعل الحق حق الايمان ومساواة الملك ممنوعة .

قال دام ظله : فان لم يكن حاكم جازان يتولاه من المؤمنين من يوثق به على اشكال .

اقول: ينشأ (من) انه من باب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر وهذا اعظم فروض الكفايات (ومن) انتفاء الحكم الشرعي والاصح الاول (فحكمه حكم الوصي اذن - خ).

تنبيه

المراد بالحاكم هنا السلطان العادل الاصلي اونائبه فان تعذر فالفقيه الجامع لشرائط الفتوى فقوله (فان لم يكن حاكم) المراد به فقد هؤلاء الثلاثة وهو اختيار والدي المصنف وابن ادريس وقال الشيخ رحمه الله في النهاية اذا مات الانسان من غير وصية كان على الناظر في امور المسلمين ان يقيم له ناظراً ينظر في مصلحة الورثة يبيع لهم ويشترى ويكون ذلك جائزاً وان لم يكن السلطان الذى يتولى ذلك اويامر به جاز لبعض المؤمنين ان ينظر ذلك من قبل نفسه ويستعمل فيه الامانة فيؤديها من غير اضرار بالورثة ويكون مافعله ماضيا وتبعه ابن البراج فيظهر من كلامه هذا ان المراد به الاول (واحتج) الشيخ برواية سماعة قالت اباعبدالله عليه السلام عن رجل مات وله بنون وبنات صغار وكبار من غير وصية وله خدم ومماليك وعبيد كيف يصنع الورثة بقسمة ذلك الميراث قال ان قام رجل ثقة قاسمهم ذلك كله فلابأس (١) علق على قيام الرجل الثقة ولم يشترط الفقه (الفقيه) فلو كان شرطاً يلزم تاخير البيان عن وقت الحاجة (والجواب) اشتراط الفقه (الفقيه - خ ل) معلوم بنصوص أخر (وللزومه) في الحاكم

(١) ئل ب ٨٨ خبر٢ من كتاب الوصية .

على اشكال ،ولايجوز نصب وصي على اولاده الكاملين ولاعلى غير أولاده وان كانوا ورثة صغاراً اومجانين كالاخوة والاعمام نعم له نصب وصي في قضاء ديونه وتنفيذ وصاياه ولايجوز له نصب وصي على ولده الصغير اوالمجنون مع الجد للاب بل الولاية للجد في بطلانها مطلقا اشكال نعم تصح في اخراج الحقوق وليس للام ان توصي على اولادها وان لم يكن لهم اب ولاجد ، وللجد للاب ان يوصي على اولاد اولاده اذا لم يكن لهم اب ولو أوصى بثلثه للفقراء ومات وله جد اطفاله لم يتصرف الجد في الثلث بل الحاكم اذا لم يكن له وصي .

الرابع الوصي وشروطه ستة (الاول) العقل فلاتصح الوصية الى المجنون منضما ومنفرداً (الثاني) البلوغ فلايصح التفويض الى الطفل منفرداً سواء كان مميزاً اولا ويصح منضما الى البالغ لكن لايتصرف حال صغره بل يتصرف الكبير الى ان يبلغ وحينئذ لايجوز للبالغ التفرد ،ولو بلغ الصبي فاسد العقل او مات جاز للكبير الانفراد ولا يداخله الحاكم وليس للصبي بعد بلوغه نقض مافعله الكبير قبله اذا لم يخالف المشروع و

فان اجبتم بكونه معلوما بالضرورة من الدين (قلنا) فالفقه (فالفقيه ـ خ ل) كذلك.

قال دام ظله : ولايجوز له نصب وصي (الى قوله) وفي بطلانها مطلقا اشكال .

اقول : في هذه المسألة اقوال ثلاثة (الف) قال الشيخ في الخلاف وموضع من المبسوط ببطلانها مطلقا (لان) ولاية الاب انقطعت بموته مع وجود الجد وليا (ولان) ولاية الجد مساوية لولاية الاب اواقوى ولاوصي مع الاب مطلقا فكذا مع الجد وتردد ابن ادريس (ب) عدم العمل في زمان وجود الجد الجائز التصرف ويعمل بها بعد الجد اوخروجه عن جواز التصرف ولتناولها سائر الازمان ووجود مانع في زمان لايقتضي بطلانها في الجميع وهو قول بعضهم (ج) ذهب الشيخ في المبسوط الى صحتها حال حيوة الجد في الثلث لان له اخراجه عن ملك الوارث فازالة الولاية اولى والاصح عندي الاول .

هل يقتصر البالغ من التصرف على مالا بد منه نظر (الثالث) الاسلام فلا تصح وصية المسلم الى كافر وان كان رحماً ويصح ان يوصى اليه مثله .

وهل يشترط عدالته في دينه نظر ، وتصح وصية الكافر الى المسلم الا ان

قال دام ظله : وهل يقتصر البالغ من التصرف على مالابد منه نظر.

اقول : اذا اوصى الى اثنين احدهما صغير والآخر بالغ صح وانفرد البالغ بتصرف مالابد منه (وهل) له التصرف في مايستغنى عنه ايضا فيه اشكال ينشأ (من) ان الولاية هل تثبت للطفل الآن ويكون ممنوعا لمانع كنوم الموصى عند بلوغه (يحتمل الاول) لوجود السبب (ولانه) لم يوص اليه منفرداً بل مع غيره (ويحتمل الثانى) لانه لايملك التصرف لنفسه حال الصغر فكذا لغيره (ولان) في الوصاية معنى الامانة ومعنى الوكالة من حيث انها تعتمد تفويضا من الغير ومعنى الولاية وهو لايتأهل لهذه المعانى (ولان) ولاية الصبى مملوكة لغيره فلا يملك شيئا من الولاية فلا يصح جعله وليا (ولان) الوصاية تجويز التصرف والصبى ليس من اهل التصرف (فعلى الاول) يقتصر على مالابد منه وهو الاصح عندى لانه ليس بمستقل وانما جوزنا استقلاله في الضروريات للضرورة (وعلى الثانى) يستبد مطلقا.

قال دام ظله : وهل يشترط عدالته في دينه نظر.

اقول : اذا اوصى الكافر الى مثله والمراد بالكافر هنا الذمى فهل يشترط فى صحة وصيته عدالة الوصى فى ملته ام لا فيه اشكال ينشأ (من) ان عدم العدالة فى المسلم يمنع صحة الوصية اليه فمع الكفر اولى (ولانها) امانة والفاسق ليس من اهل الامانة (ومن) ان العدالة لاتتجزى (ولان) الكفر اعظم من الفسق لانه منكر الاصل والفرع والفاسق ينكر الثانى لا الاول فاذا لم يكن كفره مانعا فالاولى ان لايكون فسقه مانعا (وفيه نظر) لان الفاسق اذا لم يعمل بما يجب ويحرم لم يفد علمه بهما وتحصيل غاية الوصية واذا كان الكافر فى ملته يعتقد هما و يعمل به حصلت الغاية فالفرق ظاهر والاصح عندى انه لاتصح الوصية الى الكافر مطلقا .

يكون تركته خمراً اوخنزيراً (الرابع) العدالة وفي اعتبارها خلاف الاقرب ذلك و يشكل الامر في الاب الفاسق نعم لو أوصى الى العدل ففسق بعد موته عزله الحاكم و نصب غيره فان عاد اميناً لم تعد ولايته والاب تعود ولايته بالتوبة ولاتعود ولاية القاضي والوصي بالافاقة بعد الجنون (الخامس) الحرية فلاتصح الوصية الى مملوك غيره الاباذن مولاه وتجوز الوصية الى المرئة والاعمى والوارث (السادس) كفاية الوصي واهتداؤه الى مافوض اليه فلو قصر عن ذلك نصب الحاكم معه اميناً وكذا لو تجدد

قال دام ظله : (الرابع) العدالة وفي اعتبارها خلاف الاقرب ذلك ويشكل الامر في الاب الفاسق .

اقول :شرط الشيخ في المبسوط والمفيد في المقنعة وابن حمزة وسلار وابن البراج عدالة الوصي في صحة الوصية اليه لانها امانة على مال الغير فلايناط بالفاسق (ولان الوصية ركون الى الوصي قطعاً ولاشيء من الفاسق يركن اليه لانه ظالم ولاشيء من الظالم يركن اليه لقوله تعالى **ولاتركنوا الى الذين ظلموا فتمسكم النار**(١) وابن ادريس تارة شرطها وتارة لم يشرطها والمصنف لم يشرطها في المختلف لانها نيابة فيتبع اختيار المنوب كالوكالة (وفيه نظر) لانها نيابة في حق غير المنوب فيعتبر فيها العدالة كتوكيل الوكيل وتوكيل الاب في حق ولده والاصح عندي اشتراطها وهو اختيار والدي المصنف هنا لان الوصي يعتبر اقراره ولاشيء من الفاسق يعتبر اقراره اما (الاولى) فظاهرة متفق عليها (واما الثانية) فلقوله تعالى **ان جائكم فاسق بنبأ فتبينوا** (٢) (ولان) الفاسق لايساوي المؤمن فلايصح الوصية اليه والالثبت المساوات (اما الاولى) فلقوله تعالى **افمن كان مؤمنا كمن كان فاسقا لايستوون**(٣)(و اما الثانية) فلان المساوات لاتعم والا لارتفعت الاثنينية بينهما فيعم نفيها لانه نقيضها والجزئيتان لاتتناقضان واستيفاء البحث فيه في الاصول واما الاب فهل ينعزل بفسقه

---

(١) هود -١١٥ (٢) الحجرات.٦ (٣) السجده - ١٨

العجز بعد الموت ولاينعزل بخلاف العدل اذا فسق وهل تعتبر الشروط حالة الوصية اوالوفاه خلاف اقربه الاول فلواوصى الى طفل او مجنون او كافر ثم مات بعد زوال المانع فالاقرب البطلان .

المطلب الثانى فى الاحكام

الوصية بالولاية كالوصية بالمال فى انها عقد جايز لكل من الموصى والوصى الرجوع فيه لكن الوصى اذا قبل الوصية لم يكن له الرد بعد وفاة الموصى و له الرد فى حال حياته فان بلغه الرد صح و الّا بطل و لزمه حكم الوصية فان امتنع اجبره الحاكم على القيام بها ؛ ولولم يقبل الوصية ابتداء ولم يعلم بها حتى مات الموصى ففى الزامه بها نظر والوصى امين لايضمن ما يتلف الّا بتعدّ او تفريط اومخالفة

(يحتمل) ذلك لان الولاية تتضمن الامانة والفاسق ليس اهلالها (ويحتمل عدمه) لان المقتضى لثبوت الولاية الابوّة (ولان) شفقة الاب تمنعه عن ضياع مال الابن عليه بخلاف الوصى الفاسق والاصح عندى انه لاولاية له مادام فاسقا لانها ولاية على من لايدفع عن نفسه ولايعرب عن حاله ويستحيل من حكمة الصانع ان يجعل الفاسق امينا يقبل اقراراته واخباراته على غيره مع نص القرآن على خلافه فان عاد عادت ولايته .

قال دام ظله : وهل تعتبر الشروط حالة الوصية اوالوفاة (الى قوله) فالاقرب البطلان .

اقول: وجه الاول انها حال تحمّل الامانة وحال الركون اليه (ولانه) لومات على تلك الحالة لثبت التصرف (ولان) مقتضى الوصية ان لامانع للتصرف الّا حيوة الموصى لاغير وليس هناك وهو اختيار ابن ادريس (ويحتمل) الثانى لانها حال الولاية (وانما) تحتاج اليها فى تلك الحال (واعلم) ان اشتراطها عند الوفاة ثابت باجماع واما الخلاف ففى اشتراطها حال الوصية والحق عندى اشتراطها من حين الوفاة مدة بقائها.

المطلب الثانى فى الاحكام

قال دام ظله : ولولم يقبل الوصية ابتداءاً ولم يعلم بها حتى مات الموصى ففى الزامه بها نظر .

شرط الوصية وله ان يستوفي دينه على الميت مما في يده وان كان له حجةمن غير اذن الحاكم وان يشترى لنفسه من نفسه وان يبيع على الطفل من ماله فيكون موجبا قابلا بشرط البيع بثمن المثل وان يقضي ديون الصبي و ان ينفق عليه بالمعروف وليس له ان يزوج الاطفال وله تزويج اماتهم وعبيدهم وليس له ان يشهد للاطفال بحق له فيه ولاية و يجوز في غيره الا ان يكون وصيا في الثلث فيشهد بما يتسع له التصرف باتساع الثلث والقول قوله في الانفاق وقدره بالمعروف لا في الزيادة عليه وفي تلف المال من غير تفريط و في عدم الخيانة في البيع و غيره ، و لو نازعه في تاريخ موت أبيه اذبه تكثر النفقة او في دفع المال اليه بعد البلوغ فا لقول قول الصبي مع اليمين .

ولو أوصى الى اثنين فصاعداً فان اطلق او شرط الاجتماع لم يجز لاحدهما

اقول: اطلق الاصحاب عدم جواز رد الوصية لرواية منصور بن حازم عن الصادق عليه السلام قال اذا اوصى الرجل الى اخيه وهو غائب فليس له ان يرد عليه وصيته لانه لو كان شاهدا فابى ان يقبلها طلب غيره(١) وعن محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام قال ان اوصى رجل الى رجل وهو غائب فليس له ان يرد وصيته فان اوصى اليه وهو بالبلد فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل (٢) والظاهر من كلام الشيخ في المبسوط و الخلاف جوازه و هو الاقوى عندى للاصل ولا زالة الضرر الواصل اليه بالتحمل غير المستحق وقال تعالى **ماجعل عليكم في الدين من حرج(٣)** وقال عليه السلام لاضرر ولااضرار في الاسلام(٤) ولان قبولها والتصرف فيها تبرع في التصرف للغير فلايلزمه ذلك بدون قبوله كالوكالة (ولانه) لاولاية له على الغير فيلزمه امر بغير اختياره .

قال دام ظله: ولو اوصى الى اثنين فصاعداً (الى قوله) فانه ينفرد بالانفاق خاصة .

---

(١) ئل ب ٢٣ خبر ٣ من كتاب الوصية (٢) ئل ب ٢٣ خبر ١ من كتاب الوصية .
(٣) الحج ٧٧ (٤) ئل في جميع اخبار باب ١٣ من كتاب احياء الموات الا انه ليس فيها لفظة على الاسلام وفي بعضها لاضرر ولاضرار على مؤمن.

التفرد عن صاحبه بل يجب عليهما التشاور في كل تصرف فان تشاحا لم ينفذ ماتفرد به احدهما من التصرف الا فيما لابد منه كا كل اليتيم ولبسه (ويحتمل) عندي مع نهيه

اقول: تقرير هذه المسألة انه اذا اوصى الى اثنين فلا يخلو اما ان يختلف محل ولايتهما او يتحد والاول لا اشتراك بينهما بل ينفرد كل واحد ما فوض اليه باتفاق الامامية واكثر الامة كان يوصي الى احدهما بقضاء ديونه والى الآخر بالولاية على اطفاله (والثاني) يشتركان في الولاية فلا يخلو اما ان يوصي اليهما على الاجتماع او ينص على الاجتماع والانفراد لكل منهما او يجعل لاحدهما على الاجتماع لا غير وللآخر على الانفراد والاجتماع او يطلق (فالاول) يحرم على كل واحد منهما الانفراد بالتصرف في شيء اصلا ويجب عليهما الاجتماع ويجبرهما الحاكم عليه وينفذ تصرف احدهما منفرداً في رد الاعيان المستحقة للغير كالودايع والاعيان المغصوبة لوقوعه موقعه (ولان) لما لكها اخذها بغير اذن احدهما (واما العقود) وما يتعلق بالاجتهاد فلا يصح باتفاق الكل، وانما الخلاف فيما اذا تشاحا ولم يتفقا على النظر في شيء هل ينفذ ماتفرد احدهما به من التصرف في مالابد منه كا كل اليتيم ولبسه (فهذه) مسألة الكتاب المقصودة هنا بالذات (فنقول) قال الشيخ في النهاية نعم وهو المشهور بين الاصحاب (ووجهه) ان في تاخير هذه الاشياء الى اجتماعهما ضرراً (ولانه) لو اقتضى امتناع احدهما من الفعل امتناع الآخر منه لما اثما بامتناعهما اذ امتناع كل واحد منهما يوجب منع الاخر ولا اثم على الترك مع المنع من الفعل (ولان) كل واحد منهي عن الفعل مع ترك الاخر المنهي عنه لا يأثم بتركه لاستحالة اتحاد متعلق الامر والنهي (وفيه نظر) لانتقاضه بالواجب على المجموع كالجمعة، وقال في المبسوط والخلاف لايجوز الانفراد مطلقا وهو اختيار ابن ادريس والمصنف ومذهبه انه يضمن المنفرد بالاتفاق مع النهي عن الانفراد لانه تصرف في ملك الغير بغير اذنه ولا اذن شرعي لانه ليس بولي قهري شرعا وانما يتصرف بما تقتضيه الوصية ولا تقتضي الانفراد والضرر يندفع باذن الحاكم او الحسبة مع تعذره لا بالوصية ولما رواه محمد بن الحسن الصفار في الصحيح

عن التفرد تضمين المنفق وحمل قول علمائنا على ما اذا اطلق فانه ينفرد بالانفاق خاصة ويجبرهما الحاكم على الاجتماع فان تعذر استبدل بهما وليس لهما قسمة المال.

ولو مرض احدهما او عجز ضم الحاكم اليه من يعينه ولو مات اوفسق استبد

قال كتبت الى ابي الحسن العسكري عليه السلام رجل كان اوصى الى رجلين ايجوز لاحدهما ان ينفرد بنصف التركة والآخر بالنصف الاخر فوقع عليه السلام لاينبغي لهما ان يخالفا الميت وان يعملا على حسب ما امرهما ان شاء الله تعالى (۱).

قال الصدوق والتوقيع عندي بخط الامام(ع)

فقد اطلق المنع ولو جاز في البعض لزم تاخير البيان عن وقت الحاجة او الاغراء بالجهل لانه اطلق العام واراد الخاص من غير قرينة و(اجاب) المصنف عن اطلاق تجويز الانفراد في مالا بد منه بانه محمول على ما اذا اطلق الوصية فانه يجوز الانفراد بما لابد منه (والثاني) ان يجعل لكل واحد منهما التصرف على الاجتماع والانفراد وكل واحد منهما وصي كامل بانفراده فيجوز لكل الانفراد ويجوز لهما الاجتماع فيتخيران في ذلك باتفاق الامة (والثالث) وهو تجويز الانفراد لواحد خاصة فلكل ما فوض اليه لايتعداه (واما الرابع) وهو ان يوصي اليهما ويطلق ولا ينص على الاجتماع ولا على الانفراد واختلف الاصحاب هنا فقال الشيخ في الخلاف والمبسوط لايجوز الانفراد ويجب الاجتماع وهو اختيار ابن ادريس وابن حمزة وظاهر كلام علي ابن بابويه وابي الصلاح وقال الشيخ في النهاية ان شرطا ان لايمضيا الوصية الا بعد ان يجتمعا لم يكن لكل واحد منهما الانفراد وان لم يكن الموصي قد اشترط عليهما ذلك جاز لكل واحد منهما ان يستبد بما يصيبه ويطالب صاحبه بقسمة الوصية وكذا قال ابن البراج وهو يعطي انه مع الاطلاق يجوز التفرد واختار المصنف الاول وهو الاصح عندي (لانه) انما اوصى الى مجموع اثنين لا الى كل واحد ولرواية محمد بن الحسن الصفار المتقدمة .

قال دام ظله : ولو مرض احدهما او عجز ضم الحاكم اليه (الى قوله)

---

(۱) ئل باب ۵۱ خبر ۱ من كتاب الوصية

الأخر بالحكم من غير ضم على اشكال ولعل الاقرب عندى وجوب الضم لانه لم يرض برأى واحد ولو سوّغ لهما الاجتماع و الانفراد تصرف كل واحد منهما كيف شاء و ان انفرد ، ويجوز ان يقتسما المال و يتصرف كل منهما فى ما يصيبه وفيما فى يد صاحبه كما يجوز انفراده قبل القسمة فان مرض احدهما اوعجز لم يضمّ الحاكم اليه معينا وان قلنا بالضم مع الاجتماع ولوخرج احدهما عن الوصية بموت او فسق لم يضم الحاكم ، ولوشرط لاحدهما الانفراد دون الآخر وجب اتباعه .

ولو شرط استقلال احدهما عند موت الاخر صح شرطه ، ولو جعل لا حدهما النظر فى قسط المال او فى طائفة من الاولاد او فى المال خاصة والآخر فى الباقى او فى الاولاد صح ولو أوصى الى زيد ثم الى عمرو لم يكن رجوعا ولولم يقبل عمرو انفرد زيد ولو قبلا لم ينفرد احدهما بالتصرف الا مع قرينة دالة على الرجوع او على التفرد ، ولوقال لزيد اوصيت اليك ثم قال ضممت اليك عمرواً فان قبلا معاً لم ينفرد احدهما وان لم يقبل عمرو انفرد زيد ولو قبل عمرو ضم الحاكم آخر ؛ ولو اختلفا فى التفريق على الفقراء تولّى الحاكم التعيين على ما يراه ، ولو اختلفا فى حفظ المال فان كان فى يدهما موضع للحفظ حفظ فيه والاسلّماه الى ثالث يكون نائبا لهما والا تولاه الحاكم ، ولوقال أوصيت الى زيد فان مات فقد أوصيت الى عمرو صحّ ويكون كل منهما وصيا الآان عمرواً وصى بعد زيد و كذا أوصيت اليك فان كبر ابنى فهو وصيى.

لم يرض برأى واحد .

اقول : ينشأ (من) اطلاق اكثر الاصحاب انه يستبد من غير ضمّ (ولانه) مع وجود الوصى لاولاية للحاكم معه هكذا اطلق الاصحاب ايضا (ولان) التخصيص بالذكر يدل على نفيه عما عداه عند قوم مطلقا وهنا اتفاقا (ومن) ان الموصى اوصى الى الاثنين ولم يوص اليه بانفراده فلم يجز له التفرد والاقرب وجوب الضم لانه اوصى الى مجموع ولم يرض برأيه وحده وهو الاصح عندى لان الحاكم له من الولاية ما كان للموصى الذى بطلت وصيته بفسقه اوموته كما لومات الوصى الواحد فان للحاكم الولاية اجماعا .

ويجوزان يجعل للموصى جعلا ولولم يجعل جازله اخذ اجرة المثل عن نظره في ماله (وقيل) قدر الكفاية (وقيل) اقلهما واذا أوصى اليه بتفريق مال لم يكن لـه اخذشيء منه و ان كان موصوفا بصفات المستحقين ، وله اعطاء اهله و اولاده مـع الوصف ولوقال جعلت لك ان تضع ثلثي فيمن شئت او حيث رأيت فله ان يأخذ كما يعطى غيره من غير تفضيل .

ولو أوصى اليه بتفريق ثلثه فامتنع الوارث من اخراج ثلث ما في يده فالاقرب اخراج الثلث كله مما في يده تجانس المال او اختلف ، وله ان يقضي ما يعلمه مـن الديون من غير بيّنة بعد احلاف اربابها وردالوديعة .

قال دام ظله : ويجوز ان يجعل للوصي جعلا (الى قوله) وقيل اقلهما

اقول : الاول قول الشيخ في النهاية في باب التصرف في مال الايتام وهو الاقوى عندى (والثاني) قول الشيخ ايضا في النهاية (والثالث) قول الشيخ في الخلاف والتبيان وقال في المبسوط اذا كان فقيراً جاز له ان يا كل من مال اليتيم اقل الامرين من كفايته واجرة مثله وقال ابن ادريس يأخذ قدر الكفاية (لقوله تعالى) **ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيراً فليا كل بالمعروف** (١) فهذه خمسة اقوال :

قال دام ظله : ولو اوصى اليه بتفريق ثلثه (الى قولـه) تجانس المال او اختلف .

اقول : لانه يستحق تفريق الثلث فاذا لم يعط الوارث مما في يده كان له الاخذ من غيره اقتصاصا كولي لدين ووكيله (ولان) الوارث غصب حق الغير فكان للموصى اليه بالتفريق تغريمه من التركة (ولان) عليه ان يؤدى من العين ومع التعذر فالعوض عنها والاول متعذر والثاني ممكن فتعين (ومن) ان له ولاية التفريق لا المعاوضة (ولان) الوصية لم تتناول مما في يده الا ثلثه والاصح الاول .

---

(١) النساء ـ ٦

الفصل الخامس

فی مابه تثبت الوصية واحكام الرجوع

تثبت الوصية بالمال بشهادة عدلين ومع عدم عدول المسلمين تقبل شهادة اهل الذمة خاصة وشهادة واحد مع اليمين ومع امرأتين وتقبل المرئة فی ربع ماشهدت به (وهل) يفتقر الی اليمين فيه اشكال وشهادة اثنتين فی النصف وثلاث فی ثلاثة ارباع واربع فی الجميع (وهل) يثبت النصف او الربع بشهادة الرجل من غير يمين الاقرب ثبوت الربع ان لم نوجب اليمين فی طرف المرءة .

الفصل الخامس

فی مابه يثبت الوصية واحكام الرجوع

قال دام ظله : وتقبل المرأة فی ربع ماشهدت به وهل يفتقر الی اليمين فيه اشكال .

اقول : ينشأ (من) اطلاق الرواية القبول فلو احتاج الی يمين لزم تاخير البيان عن وقت الحاجة (ولان) الاصحاب اطلقوا ثبوت ربع الوصية وربع ميراث المستهل بشهادة الواحدة ولم يوجبوا اليمين وقد نص ابن ادريس عليه فانّه قال تقبل شهادة القابلة وحدها اذا كانت بشهادة العدالة فی استهلال الصبی فی ربع ميراثه بغير يمين وتقبل شهادة امرأة واحدة فی ربع الوصية وشهادة اثنتين فی نصف ميراث المستهل ونصف الوصية وذلك لايجوز الاعند عدم الرجال (وعلی المسألتين) اجماع اصحابنا فلاجل ذلك قلنا بذلك (ومن) انها شاهد واحد واحتاج الرجل فهی اولی (ولان) الاصل عدم الوصية وعدم الاستهلال فلايحصل الظن المساوی للیقين شرعا فی وجوب العمل الا باليمين والاول اصح .

قال دام ظله : وهل يثبت النصف او الربع (الی قوله) فی طرف المراة

اقول: هنا مسألتان يتفرعان علی قبول شهادة المرأة الواحدة بالوصية من غير يمين (ا) هل يقبل شهادة الرجل الواحد فی النصف من غير يمين (يحتمل) ذلك لان شهادته بمنزلة شهادة امرأتين (ويحتمل) عدمه لعدم النص عليه وهذا هو

والاقرب وجوب اليمين لو شهد عدل وذمي ولا تثبت الولاية الا بشهادة عدلين ولا تقبل شهادة النساء وان كثرن ولا بشاهد ويمين ؛ وفي قبول اهل الذمة مع عدم عدول المسلمين نظر اقربه عدم القبول .

الاصح عندي (ب) تقبل شهادته في الربع من غير يمين قال المصنف الاقرب ذلك (ووجه القرب) انه اولى من المرأة فيكون من باب التنبيه بالادنى على الاعلى (و من) عدم النص وهذا هو الاصح عندي وقوله (ان لم نوجب اليمين في طرف المرأة) انما قيد بذلك لانه لو قلنا بوجوب اليمين فهنا لم يتفرع وجوب قبول الرجل بغير يمين لانه ينتفي دلالة مفهوم الموافقة فيجب حينئذ اليمين مع شهادة الرجل الواحد فيثبت كل الوصية .

قال دام ظله : والاقرب وجوب اليمين لو شهد عدل وذمي .

اقول: اذا شهد عدل واحد مسلم وذمي بالوصية فالاقرب عندي وعند والدي المصنف الاحتياج الى اليمين مع المسلم ولا اعتبار بشهادة الذمي هنا (ووجه القرب) انه لا اعتبار بشهادة الذمي للآية (ولان) الذمي انما يقبل بشرط عدم المسلم والشرط منتف هنا (ويحتمل) عدمه لقوله تعالى (**او آخران من غيركم (١)**) واذا قبل ذمي مع ذمي آخر فمع مسلم اولى والاصح الاول اقتصاراً على محل النص :

قال دام ظله : وفي قبول اهل الذمة مع عدم عدول المسلمين نظر اقربه عدم القبول

اقول : تقرر اصل هذه المسألة المتفرعة عليه (فنقول) ثبتت الوصية بالمال بشاهدين ذكرين عدلين في دينهما من اهل الذمة مع فقد عدول المسلمين (عندنا ـ خ) لقوله تعالى **يا ايها الذين آمنوا شهادة بينكم اذا حضر احدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم او آخران من غيركم ان انتم ضربتم في الارض فاصابتكم مصيبة الموت الاية (٢)** والمراد من غيركم اهل الكتاب لان الخطاب

(١ ـ ٢) المائده ١٠٤

ولو اشهد عبدين على حمل امته انه منه وانهما حران ثم مات فردت شهادتهما واخذ التركة غيره ثم اعتقهما وشهدا قبلت للولد ورجعا رقا ويكره له استرقاقهما ولا تقبل شهادة الوصي فيما هو وصي فيه ولا في ما يجر به نفعا وان كان اتساع ولاية .

(والوصية) عقد جائز من الطرفين يجوز للموصي الرجوع فيها سواء كانت بمال او ولاية ويتحقق الرجوع بالتصريح وبفعل ما ينافي الوصية وينظمها امور اربعة :

للمسلمين وغيرهم كفار وغير اهل الذمة لا تقبل شهادتهم اجماعا فتعين اهل الذمة وحيث شرط عدالة المسلمين ففيهم في دينهم اولى بالاشتراط (لا يقال) قيل من غيركم اى من عشيرتكم (وقيل) من غير ملتكم و القائلون بالثاني قال بعضهم انها منسوخة بقوله تعالى **واشهدوا ذوى عدل منكم** (١) وهو عام (لانا نقول) ليست بمنسوخة بل هي محكمة فان النسخ خلاف الاصل وهو قول ابن عباس وابن المسيب وابن جبير و ابن سيرين و الشعبي والثوري و تفسيره بغير عشيرتكم ممنوع و يبطل بانه خطاب للمؤمنين كافة والضمير في غيركم راجع اليهم والاصل عدم الاضمار وغير المؤمنين الكفار (ولان) يحيى بن محمد روى عن الصادق عليه السلام قال سالته عن قول الله تعالى **يا ايها الذين آمنوا شهادة بينكم** (الى قوله) **او آخران من غيركم** قال من اهل الكتاب فان لم يجدوا من اهل الكتاب فمن المجوس الحديث (٢) اذا تقرر ذلك فنقول هل يقبل شهادة اهل الذمة العدول في دينهم مع عدم عدول المسلمين في الولاية وهذه هي المسألة المذكورة في الكتاب هنا قال المصنف (فيه نظر) ينشأ (من) وجود المقتضي وهو تعذر عدول المسلمين المفضي الى تعذر اثبات الوصية (ولانه) ينتقل بشهادتهما المال الذى يرثه الطفل الى غيره بالوصية فاثبات ولايته عليه اولى من اثبات ملك عليه (غيره ـ خ ل) (ومن) حيث عدم النص فان الكتاب العزيز ناطق بعدم الركون اليهم في قوله **ولا تركنوا الى الذين ظلموا** (٣) وقبول شهادتهم ركون اليهم واما ثبوت المال

---

(١) الطلاق ـ ٢　(٢) ئل كتاب الوصية　(٣) هود ـ ١١٥

(الاول) صريح الرجوع مثل رجعت ونقضت وفسخت وهذا لوراثى ولو قال هومن تركتى فليس برجوع على اشكال ولوقال هوميراثى اوهوحرام على الموصى له اوهو ميراث اوارث فهو رجوع .

(الثانى) مايتضمن الرجوع كالبيع والعتق والكتابة والهبة مع الاقباض و بدونه ولكن لايملك هناالمتهب و كذاالرهن والوصية بالبيع اوالكتابة ، ولواوصى بهلزيد ثم اوصى بهلعمرو فهورجوع مالم ينص على التشريك ، ولوقال الذى اوصيت بهلزيد فقداوصيت بهلعمرو فهورجوع والتدبيررجوع ، ولواوصى له بثلث ماله ثم باع المال لم يكن رجوعاً بخلاف ثلث معين اوعين مخصوصة ولورجع عن المصرف بان أوصى لزيد بعين ثم لعمرو باخرى وقصر الثلث ثم أوصى بالاولى لبكر فالاقرب تقديم وصية عمرو .

فللنص عليه (ولان) كل كافر فاسق ولاشيء من الفاسق تقبل شهادته فلاشيء من الكافر تقبل شهادته و الاولى بينة مجمع عليها بين المسلمين واما الثانية فلقوله تعالى **ان جائكم فاسق بنبأ فتبينوا** (١) والاصح عندى انها لاتقبل فى الولاية ولا وجه لاحتمال القبول عندى .

قال دام ظله : ولوقال هومن تركتى فليس برجوع على اشكال.

اقول: ينشأ (من) ان الموصى به تركة (ومن) العرف اذهوفى العرف دال على انه للورثة والاصح الاول لان التركة ماتركه الميت من مال وهواعم من الموصى به والميراث والعام لاينافى شيئا من جزئياته .

قال دام ظله: ولورجع عن المصرف بان اوصى لزيد (الى قوله) فالاقرب تقديم وصية عمرو .

اقول: وجه القرب ان وصية بكر متاخرة عن وصية عمرو والوصية الاولى بالعين لزيد بطلت فلاحكم لها (ومن) حيث انه اوصى باخراج هذه العين قبل الوصية باخراج العين التى لبكر والاعتبار انما هو بالاخراج عن ملكه لاخصوصيات الموصى لهم

---

(١) الحجرات ـ ٦

الثالث مقدمات الامور التى لو تحققت لناقضت الوصية كالعرض على البيع و مجرد الايجاب فى الرهن والهبة اما تزويج العبد والامة واجارتهما وختانهما وتعليمهما فليس برجوع والوطى مع الاعتزال ليس برجوع وبدونه دليل على قصد الرجوع لانه تسرى ولو أوصى له بسكنى دار سنة ثم آجرها سنة لم تنفسخ فان مات فالاقرب ان له سنة كاملة بعد انقضاء مدة الاجارة .

فيقوم بكر مقام الاول وهو زيد فى التقديم لو قصر الثالث عن الوصايا والاصح الاول .

قال دام ظله : ولو اوصى له بسكنى دار سنة (الى قوله) بعد انقضاء مدة الاجارة .

اقول : اذا اوصى بمنفعة دار سنة ثم آجرها سنة مثلا نظر ان مات بعد انقضاء مدة الاجارة فالوصية بحالها وان مات قبله فوجهان اقواهما عندى ما هو الاقرب عند المصنف وهو انه يستأنف للموصى له سنة من حين انقضاء مدة الاجارة (ووجه) القرب استحقاق الموصى له منفعة سنة ولم يمكن ابطال الاجارة فكان له بعدها (ولان) الوصية تناولت سنة مطلقة وانما اوجبنا السنة الاولى مبادرة الى توفية حقه فاذا منع مانع اعطى سنة غيرها بخلاف الاجارة (المعينة ـ خ) فانها تقتضى الاتصال بالعقد والا بطلت لعدم تعيين مبدئها هذا خلف (ولانه) لامنافاة بين الاجارة المعينة والوصية المطلقة فلا يدل على الرجوع والاصل عدمه (والوجه الثانى) بطلان الوصية لاقتضاء اطلاقها سنة متصلة بالموت ولهذا وجب على الوارث تسليمها اليه بعد الموت على الفور مع عدم المانع ولا يتخير سنة تعيينها وقد استحقت لغيره فيبطل والاصح الاول ونمنع اقتضاء الوصية السنة الاولى بعينها (فعلى الوجه الثانى) لو انقضت مدة الاجارة قبل انقضاء سنة من يوم الموت فالمنفعة بقية السنة للموصى له وتبطل الوصية فى مامضى وان انقضت بعد سنة من يوم الموت بطلت الوصية لان الوصية تناولت منفعة السنة الاولى فاذا صرفت الى غيره بطلت الوصية وهذا الاحتمال ضعيف ويتفرع على الوجهين انه لو لم يكن آجرها الموصى ولم يسلم الوارث الى الموصى له بلا عذر ومضت سنة فعلى الوجه الاول يسلم الى الموصى له سنة اخرى (وعلى الثانى) يغرم الوارث

الرابع الفعل المبطل للاسم كما لو اوصى له بحنطة فطحنها او بدقيق فعجنه او غزل فنسجه او بقطن فغزله او بدار فهدمها او بزيت فخلطه بغيره و كذا الحنطة لو مزجها هذا مع التعيين (اما) لو اوصى بصاع من صبرة ثم صب عليها غيرها فانه لا يكون رجوعا ان كان الممزوج به مماثلا وان كان اجود فهو رجوع لانه احدث فيه زيادة ولم يرض بالتمليك فيها ولو كان اردى لم يكن رجوعا ولو انهالت عليه حنطة اجود ففى كونه رجوعا اشكال ولو بنى عرصة اوصى بها فهو رجوع (و كذا) لو غرسها و(كذا) لو اوصى بثوب فقطعه قميصا او بخشب فاتخذه بابا او بشيء فنقله من بلد الموصى له الى مكان بعيد على اشكال فى ذلك كله .

قيمة منفعة السنة واصل المسألة مبنى على ان الاجارة لا تبطل بموت الموجر و هو المختار عند المصنف وعندى .

قال دام ظله: ولو انهالت عليه(١) حنطة اجود ففى كونه رجوعا اشكال

اقول: اذا اوصى له بحنطة معينة فانهالت عليها حنطة للموصى اجود قبل موت الموصى عن غير فعله ولا اذنه (هل يقتضى) ابطال الوصية فيه اشكال ينشأ من اصالة بقاء الوصية و لانها كالشركة فلا يمنع و من خروجها عن امكان التسليم للموصى به وحده وعدم وجوب تبرع الوارث بالزيادة فصارت كالتالفة و الاقوى عندى انه يكون شريكا بالنسبة من القيمتين لان الاصل بقاء الوصية وعدم الرجوع وقوله (فى كونه رجوعا) المراد فى حكم الرجوع لمشابهته اياه فى الابطال اما لو خلطها هو بفعله فهو رجوع لانه هو المانع من التسليم .

قال دام ظله : ولو بنى عرصة اوصى بها فهو رجوع (الى قوله) على اشكال فى ذلك كله .

اقول: ينشأ (من) انها لو بطلت فى هذه الصور لكان لوجود المنافى و هذه ليست بمنافية فى نفس الامر لانه لو صرح ببقائها لثبتت مع هذه الاشياء (ومن) الظاهر فان هذه التصرفات دالة عرفاً على ابقائها لنفسه وابطال الوصية فان قلنا ان البناء

---

(١) انهالت اى انصبت

ولواوصى له بخبز فجعله فتيتا اوبقطن فحشي به فراشا اوبرطب فجففه تمرا او بلحم فقدده ففي كونه رجوعاً اشكال، ولوأوصى له بالف ثم اوصى له بالف فهي واحدة وكذا بالف معينة ثم بالف مطلقة وبالعكس ، ولوأوصى بالف ثم بالفين فهي بالفين والرجوع في البعض ليس رجوعا في الباقي ؛ ولوتغير الاسم تغير فعل الموصى كما لوسقط الحب في الارض فصار زرعا اوانهدمت الدار فصارت براحا في حياة الموصى بطلت الوصية على اشكال ، ولولم يكن الانهدام مزيلا لاسم الدار سلمت اليه دون ما انفصل منها

والغرس رجوع في البياض المتخلل ففي المغرس والاس اولى والاقوى عندى انه رجوع في الاس والمغرس لاغيرهما .

قال دام ظله : ولواوصى بخبز فجعله فتيتاً (الى قوله) ففي كونه رجوعا اشكال .

اقول: ينشأ (من) الظاهر فانها ظاهراً تدل على ابطال الوصية (ومن) عدم منافاتها (ولان) الوصية نقل ملك عنه الى الموصى له بعد الموت فشرطه الملك قبل الموت وهو حاصل للموصى فلاينافي مافعل لبقاء الملك فلايقتضي بطلان الوصية و لاينافي ايضاً التصرفات المعلولة للملك الغير المزيلة له كالهبة قبل الاقباض والرهن وهو الاقوى عندى .

قال دام ظله: ولو تغير الاسم بغير فعل الموصى (الى قوله) بطلت الوصية على اشكال .

اقول: ينشأ (من) فقد الموصى به فانه انما يعطى ما يطلق اللفظ عليه حقيقة (ومن)تعلق حق الموصى له بالعين ولم تعدم بجميع اجزائها ، والاقوى عندى الفرق بين تبدل الصورة النوعية ومجرد الاسم وعدم بعض الاجزاء فان في الصورة الاولى الاقوى البطلان لعدم الحقيقة الاولى ووجود غيرها في الاخيرين الصحة (اما الثانية)فلان المقصود الحقيقة والاسم للتعيين وهي بعينها موجودة (واما الثالثة) فالوصية بالكل تستلزم الوصية بالاجزاء فاذا بقي البعض صرف في الوصية

قال دام ظله: ولو لم يكن الانهدام مزيلا لاسم الدار سلمت اليه دون ما انفصل

على اشكال و فى كون الجحود رجوعاً اشكال ينشأ (من)انه عقدفلا يبطل بجحده كغيره من العقود (ومن) دلالته على انه لايريد ايصاله الى الموصى له .

خاتمة تشتمل على مسائل متعددة

(الاولى) لواوصى بعبد مستوعب لزيد و بثلث ماله لعمرو ولم يقصد الرجوع ومنع من التقديم واجاز الوارث قسم العبد ارباعا (ويحتمل) اسداسا ولوقصدالرجوع

منها على اشكال .

اقول: لااشكال فى عدم بطلان الوصية بالدارمع بقاء الاسم و انما الاشكال فى وجوب تسليم ماانفصل منها بالانهدام كالانقاض(١)والالات الى الموصى له ومنشائه من ان الوصية تعلقت بالدار والانقاض لاتسمى داراً وانما يدخل مع بقائها الى الموت جزء منها وامامع عدم اسم الدارفلادليل عليه (ومن) انهاحال الوصية جزء منهافدلّت لفظة الدارعليها بالتضمن فتدخل فى الوصية والاصل البقاء والاصح الثانى .

قال دام ظله :وفى كون الجحود رجوعاً اشكال(الى قوله)الى الموصى له

اقول: ذكر المصنف الوجهين (وانااقول)الجحود حكم لعدم الوصية فى الماضى والمستقبل فيدل الاول عليه بل هواولى (ووجه الثانى) ان الرجوع يستلزم الاقرار بالوصية والجحود ينافيه ومنافاة اللازم تستلزم منافاة الملزوم فلايثبت به والاقوى عندى انه ابطال للوصية .

خاتمة تشتمل على مسائل متعدده

قال دام ظله لو اوصى بعبدمستوعب لزيد(الى قوله)ولوقصدالرجوع قسم اثلاثا

اقول : وجه الاول ان الوصايا كالدين (للاية) يقسم التركة مع الاجازة على مجموعها وقداوصى لواحد بجميعه ولآخر بثلثه فابسط العبد من جنس الكسر ثم تضم اليه (اليها ـ خ ل) الثلث الموصى به يصيراربعة ثم اقسم العبد على اربعة اسهم يصير الثلث ربعا كما فى مسائل العول (ووجه الثانى) ان للاول ثلثى العبد لا يزاحمه فيه (فيهما ـ خ ل) احدويبقى الثلث الاخر قداوصى لكل منهما به من غير تقديم فيقسم بينهما

---

(١) النقض بالكسر اسم البناء المنقوض اذاهدم وبالضم ماانتقض من البنيان والجمع انقاض ونقوض (اقرب الموارد)

قسم اثلاثا فان خلف مع العبد مائتين وقيمة العبد مائة ولم يقصد الرجوع اخذ الثانى على الاول مع الاجازة ثلث المال وثلثا عايلا من العبد وهو ربعه وللاول ثلاثة ارباعه ولو رد الورثة مازاد على الثلث فللاول نصف العبد على الثانى (ويحتمل) على الاول ايضا وللثانى سدس التركة فيأخذ سدس العبد و سدس المائتين فله من العبد ستة عشر و ثلثان و من باقى التركة ثلاثة و ثلاثون و ثلث (ويحتمل) قويا على الاول اقتسامهما الثلث حالة الرد على حسب مالهما فى الاجازة فوصية صاحب العبد اقل لانه شرك معه فى وصية غيره ولم يشرك فى وصية الثانى غيره فلصاحب الثلث ثلث المائتين من غير مزاحمة ويشتركان فى العبد للثانى ثلثه وللآخر جميعه فيصير ارباعا وفى حالة الرد ترد وصيتهما الى ثلث المال تضرب مخرج الثلث فى مخرج الربع يكون اثنى عشر ثم فى ثلاثة تكون ستة و ثلاثين فلصاحب الثلث ثلث المائتين و هو ثمانية من اربعة

فيكون للاول خمسة اسداس وللثانى سدس كالدعاوى المتعارضة فى البعض خاصة كما لو ادعى واحد كل العين والآخر ثلثها .

قال دام ظله :وان خلف مع العبد مائتين (الى قوله) فله عشر العبد و خمس المائتين على الثانى .

اقول: اذا اوصى لشخص بعين من ماله كعبد معين ولاخر بجزء مشاع كثلث المال اوربعه واجاز الوارث الوصيتين تفرد صاحب المشاع بوصيته من غير المعين ثم يشارك صاحب المعين فيه فيقسمانه بينهما على قدر حقيهما ويدخل النقص على كل واحد منهما بقدر ماله فى الوصية كمسائل العول و كما لو اوصى لرجل بمال ولاخر بجزء منه فامافى حال الرد فان كان وصيتهما لاتتجاوز الثلث مثل ان يوصى بسدس ماله لرجل ولآخر بمعين قيمته سدس المال فهى كحال الاجازة سواء اذ لااثر للرد وان جاوزناه رددنا وصيتها الى الثلث وهل يقسم بينهما على قدر وصيتهما الآن صاحب المعين ياخذ نصيبه من العين والآخر يأخذ حقه من جميع المال (اويقتسمان) الثلث على حسب ماليهما فى الاجازة كل منهما محتمل (اعتباراً) بنصه او باستحقاقهما لوصحت الوصيتان (لان) النقصان من الشريكين انما هو على قدر استحقاقهما (ولان) وصية الثانى تتضمن رجوعاً ما عن الاول لمزاحمته اياه والمرجوع عنه لايحتسب (ولان)

وعشرين وربع العبد وهو ثلاثة اسهم صار له احد عشر و لصاحب العبد ثلاثة ارباعه و هو تسعة تضمّها الى سهام صاحب الثلث فالجميع عشرون ففي الرد تجعل الثلث عشرين فالمال ستون فلصاحب العبد تسعة من العبد وهو ربعه وخمسه ولصاحب الثلث ثمانية من الاربعين وهي خمسها وثلاثة من العبد وهي عشره و نصف عشره (ويحتمل) مع عدم الاجازة ضم سهامه الى سهام الورثة وبسط باقي العبد والتركة اخماسا فله عشر العبد وخمس المائتين على الثاني .

صاحب العبد اولى لانه اوصى له بشيء شرّكه معه غيره فيه وصاحب الثلث افرده بشيء لم يشاركه فيه غيره فوجب ان يقسم الثلث بينهما حالة الرد على حسب مالهما في الاجازة كسائر الوصايا (ومن) (١) ان حال الاجازة انما دخل النقص للتزاحم ولولاه لما دخل نقص فلا يوجد في غيره فينزل على الوصية (ولان) كل واحد قد اوصى له بثلث وقد رجعت الوصيتان الى الثلث وهو نصف الوصيتين فيرجع كل الى نصف وصيته فيدخل النقص على كل منهما بقدر ماله في الوصية ثم على التقدير الاول يأخذ (٢) صاحب المعين نصيبه منه ويضم للآخر سهامه الى سهام الورثة ويقتسمون الباقي على خمسة لان له السدس وللورثة اربعة اسداس (ام يأخذ) صاحب العين نصيبه من المعين والآخر ياخذ حقه من جميع المال و هو السدس فيحصل هنا احتمالات ثلاث .

(الف) ان يقسم الثلث بينهما على قدر الوصيتين ويأخذ صاحب المعين نصيبه من المعين والآخر نصيبه من جميع المال ـ فياخذ الاول نصف العبد ويأخذ صاحب الثلث سدس العبد وسدس المائتين ـ فيأخذ من العبد ستة عشر وثلثا (ومن المأتين) ثلاثة وثلاثين وثلثا .

(ب) ان يقسم الثلث بينهما على قدر الوصيتين ـ وياخذ صاحب المعين نصيبه من المعين وصاحب الثلث يضم نصيبه الى انصباء الورثة و يقسم بينهم اخماسا فيكون له عشر العبد وخمس المأتين .

(ج) ان يقسما المال على حسب مالهما في الاجازة فهيهنا احتمالان .

(الف) ان يكون لصاحب الثلث ربع العبد مع الاجازة (فنقول) هنا نضرب

---

(١) عطف على قوله اعتباراً بنصه من قبيل العطف على المعنى.

(٢) استفهام بقرينة قوله بعد ذلك ام يأخذ صاحب العين الخ .

(الثانية) لو خلّف عبداً مستوعباقيمته مائة واوصى به لواجد ولآخر بثلثه ولآخر بسدسه على جهة العول قسم العبد تسعة سنة لصاحب الكـل واثنان لصاحب الثلث وواحدة لصاحب السدس (ويحتمل) ان يكون للاول تسعة وعشرون من ستة وثلاثين و للثاني خمسة وللثالث اثنان ولو جعل العول بين المستوعب والآخرين دونهما فللاول

مخرج الثلث في مخرج الربع يكون اثنى عشر سهما ، ثم في ثلاثة يكون ستة وثلاثين (لانا) نقسم الثلث اثلاثا والثلث الآخر ارباعا ـ فلصاحب الثلث ثلث المأتيـن و هو ثمانية من اربعة وعشرين وربع العبد وهو ثلاثة اسهم من اثنى عشر من الفريضة صار له احد عشر ولصاحب العبد ثلاثة ارباعه وذلك تسعة صار الجميع عشرين ، ففي حال الرد نجعل الثلث عشرين والمال كله ستون ـ فلصاحب العبد تسعة من العبد وهو ربعه و خمسه ولصاحب الثلث ثمانية من الاربعين وهي خمسها وثلاثة من العبد وذلك عشرة ونصف عشرة.

(والطريق) ان ينسب الثلث الى ما حصل لهما في حال الاجازة ثم يعطى كل و احد مما حصل له في الاجازة مثل تلك النسبة (وعلى الوجه الاول) ينسب الثلث الى وصيتهما ثم يعطى كل واحد في الرد مثل الخارج بالنسبة (ب) ان يكون العبد اسداسا حال الاجازة (فنقول) هنـا يضرب مخرج الثلث في مخرج السدس يكون ثمانية عشر فلصاحب الثلث ثلث المأتين وهو اربعة من اثنى عشر وسدس العبد وهو واحد صارا خمسة ولصاحب العبد خمسة اسداس العبد خمسة ـ صار الجميع عشرة ـ ففي حال الرد يجعل ثلـث المال عشرة والمال كله ثلاثون ، فلصاحب العبد خمسة من العبد هي نصفه ، ولصاحب الثلث واحد من العبد هو عشره واربعة من العشرين وهي خمسها .

قال دام ظله : (ب) لو خلف عبداً مستوعبا (الى قوله) وللثالث اثنان .

اقول: وجه الاول ظاهر على طريقة العول فان الفريضة من ستة للاول ستة ويزاد عليهـا مثل ثلثها اثنـان للثـانى و يزاد عليها مثل سدسها واحد للثالث (و اما الثاني) فان للاول ثلثين لا يدّعيها غيره ؛ اربعة من ستة يبقى ثلث سدس منه يدّعيه صاحب الكل وصاحب الثلث و يقسم نصفين ، فنضرب اثنين في ستة يبلغ اثنى عشر و السدس الآخر يدعيه الثلاثة فيقسم اثلاثا فنضرب ثلاثة في اثنى عشر يبلغ ستة و ثلاثين للاول الثلثان بغير منازع اربعة و عشرون و يقسم سدس وهو ستة بينه و بين

ثلاثة ارباع وللثاني السدس وللثالث نصفه ولورد الوارث قسم الثلث كذلك ولو كان مع العبد مائتان واوصى لواحد بهولآخر بثلث ماله ولآخر بسدسه فلصاحب العبد مع الاجازة ثلثا العبد ولصاحب الثلث تسعاه وثلث الدراهم ولصاحب السدس تسعه وسدس الدرهم ومع الرد يضرب صاحب العبد بمائة وصاحب الثلث بهاوصاحب السدس بخمسين وينحصر حق صاحب العبد فيهوعلى الاحتمال القوى تجعل الثلث ثمانيةعشر للاول ستة من العبد وللثاني اثنان منهوستةمن باقي التركة وللثالث واحدمنه وثلاثة من باقي التركة.

صاحب الثلث لكل ثلاثة و سدس آخر بين الثلاثة لكل اثنان يكمل لصاحب الكل تسعة وعشرون ، ولصاحب الثلث خمسة ولصاحب السدس اثنان .

قال دام ظله ولو كان مع العبدمائتان (الى قوله) وثلثه من باقي التركة.

اقول : اما حال الاجازةفما ذكره هنا على الاحتمال الاول (واما) على الاحتمال الثانيفللاول ثلثا العبد من غيرمنازع وقد تعارض هو والموصى له بالثلث في السدس فيقسم بينهما نصفين وقد تعارض الثلاثةفي السدس فيقسم بينهم اثلاثافيقسم العبد ستة وثلاثين للاول تسعة وعشرون من ستة وثلاثين من العبد وللثاني خمسةمنه وثلث المأتين وللثالث اثنان منه وسدس المأتين.

(واما) حال الرد فيقسم الثلث اخماسا لان الموصى له بالعبد اوصى له بمائة، والموصى له بالثلث اوصى له بمائةايضااذ ثلث المال مائةوالموصى له بالسدس قداوصى له بخمسين و انما دخل النقص عليهم في حال الاجازة لضرورة الازدحام واما حال الرد فلا ازدحام هذا على احتمال قسمة الثلث حال الرد على وصاياهم.

(اما) على الاحتمال القوى وهو قسمة الثلث على حسب مالهم في الاجازة يقسم الثلث ثمانية عشر لان حال الاجازة يقسم العبد تسعة فالتركة بعض فلصاحب العبدثلثاه ستة وللموصى له بالثلث تسعاه اثنان منه و ثلث باقي التركة ستة فتصير ثمانية وللموصى له بالسدس تسع العبد واحدوسدس الدراهم ثلاثةتصير اربعة مجموع سهامهم ثمانية عشرففي حال الرد يقسم الثلث كذلك (للاول)ستةمن العبد وهوثلاثة (وللثاني) ثمانية منها اثنان من العبد هي تسعة وستة من ثلثي التركة اعني ثمانية

(الثالثة) لو ترك ثلاثة قيمة كل واحد مائة واوصى بعتق احدهم ولآخر بثلث ماله على سبيل العول عتق من العبد ثلاثة ارباعه و كان للموصى له ربعه وثلث العبدين الآخرين مع الاجازة ومع الرد تبلغ الوصيتان مائتين والثلث مائة وهو مثل نصفه فلكل واحد نصف ما اوصى له به فيعتق من العبد نصفه ولصاحب الثلث سدس كل عبد (ويحتمل ما تقدم) .

(**الرابعة**) اذا كان مال اليتيم غائبا فولاية التصرف فى ماله الى قاضى بلده لا قاضى بلد المال مع عدم الوصى ولو مات صاحب ديون غريبا لم يكن لقاضى بلدة الموت استيفاء ديونه فان اخذها حفظها على الوارث (**الخامسة**) للوصى أن يوكل فى آحاد التصرفات التى لم تجر عادته ان يتولاها .

عشر ثلثها (وللثالث) اربعة هذا على الاحتمال الاول .

واما على الاحتمال الثانى فان الثلث يقسم على اثنين و سبعين سهما لصاحب العبد تسعة وعشرون من العبد (ولصاحب) الثلث تسعة وعشرون ايضا من العبد و التركة (ولصاحب) السدس اربعة عشر من العبد والتركة (والاصل) فى احتمال (لى-خل) قسمة الثلث على حسب الوصيتين اوعلى حسب مالهما فى الاجازة (ان) ما ياخذه صاحب الثلث و صاحب السدس من العبد (هل) يكون الموصى قد رجع فيه عن الوصية لصاحب العبد (ام لا) .

(والفائدة) انه لو رجع عن وصيتهما فى العبد يكون ما كان لهما للورثة ام للموصى له بالعبد الاقوى الاول لان ملك اثنين لشىء واحد محال فلما جعله ملكا بعد وفاته لهما فقد نفى ملك الموصى له بالعبد عنه بعد الوفاة فهو رجوع عنه .

قال دام ظله : ولو ترك ثلاثة قيمة كل واحد مائة (الى قوله) ويحتمل ما تقدم .

اقول : تقرير الاحتمالات فى هذه المسئلة ووجوهها قدمر فى المسألة الثانية لان الموصى بعتقه قائم مقام الموصى له بجميع العبد فيرد ما تقدم من الاحتمالات فى الموصى له بالعبد فكلما صح للموصى له بالعبد فهنا ينفذ العتق فى مثله فيكون للثانى ما كان له هناك (فمن) الاحتمالات ان ينفذ العتق فى خمسة اسداسه و يكون للثانى سدسه وثلث الآخرين كما ذكر (ومنها) انه مع الرد ينفذ العتق فى نصف العبد وللثانى

(السادسة) لو اقام الاب وصيًا لاطفاله لم يكن للقاضي تغييره بعد موته الآن يتغير حاله ولو كان باجرة ووجد القاضي المتبرع فالاقرب انه ليس له العزل ان وفى الثلث والآ جاز لخفة المؤنة عن الاطفال .

(السابعة) لو اوصى الي فاسق بتفريق ثلثه فقد سبق بطلان الوصية اليه على رأى فان فرق لم يضمن ان كان الثلث لقوم معينين لانهم لو اخذوه من غير دفع جاز

سدس كل عبد ستة عشر وثلثان (وعلى الاحتمال القوى) ينفذ العتق في ربع العبد و خمسه وللثاني منه عشره ونصف عشره وخمس الآخرين (ويحتمل) نفوذ العتق في نصف العبد ويضم حصة الآخر الى مال الورثة ويقسم باقي العبد والآخرين اخماسا فللثاني من الموصى بعتقه عشره وخمس الاخرين وللورثة خمساه واربعة اخماس الآخرين .

قال دام ظله : لو اقام الاب وصيا لاطفاله (الى قوله) لخفة المؤنة عن الاطفال .

اقول: تقرير وجه القرب ان نقول امامع وفاء الثلث فانه لاولاية للحاكم مع الوصي (ولان) المريض له جعل الولاية على الاطفال و المجانين للغير وله التبرع بثلث ماله فجعله عوضا عن عمل مقصود في نظر العقلاء اولى واما مع عدم وفاء الثلث (فلان) العمل الذى وقع في مقابلته اجرة يمكن تحصيله من المساوى بغير اجرة فدفع الاجرة عنه تبرع والتبرع لايمضى فى اكثر من الثلث ولا يجبر الوصى على قبول الاقل فيعزله الحاكم والا لزم نقيض احد الامرين المذكورين وقد فرض خلافه (ويحتمل) عدم جواز عزله فيعزله مطلقا لان له جعل الولاية للغير و ليس للحاكم مداخلته ودفع اجرة المثل عن العمل ليس بتبرع فلا يعتبر فيه الثلث وليس لاحد منعه (واعلم) ان هذا البحث على تقدير عدم زيادة المدفوع عن اجرة المثل (اما) اذا زاد ولم يخرج من الثلث عزله الحاكم مع عدم قبوله بالاجرة قطعا والاقوى عندى انه ليس للقاضى العزل اذا لم يزد ما عينه الموصى للوصى عن اجرة المثل ويمضى من الاصل وكذا لو لم يعين امامع زوال عدالته فتزول ولايته .

قال دام ظله :ولو اوصى الى فاسق (الى قوله) على رأى .

قول: الخلاف فى هذه المسألة مضى .

وان كان لغير معينين ضمن لان تفريقه عليهم يتعلق بالاجتهاد والفاسق ليس من اهله فيضمن للتعدى (وهل) يقبل قول الامين فى التفرقة الاقرب العدم ان كان على قوم معينين والقبول ان كان على قوم غير معينين .

(الثامنة) لواوصى بالنقص الذى يستحق به الشفعة فحق الشفعة للوارث لا الموصى له **(التاسعة)** لودفع اليه مالا فقال اصرف بعضه الى زيد والباقى لك فمات قبل الدفع انعزل ولو قال ادفع اليه بعد موتى لم ينعزل .

تم الجزء الاول من كتاب قواعد الاحكام فى معرفة الحلال والحرام ويتلوه (الجزء الثانى) من كتاب النكاح انشاء الله تعالى وفرغ المصنف رحمه الله من تصنيف هذا الجزء ليلة تاسع شهر رمضان سنة تسع وتسعين وستمأة والحمد لله اولا وآخرا وظاهرا وباطنا

قال دام ظله :وهل يقبل قول الامين (الى قوله) على غير معينين .

اقول: وجه القرب انه اذا كانوا معينين كان المال لهم وهو فى يده و يدعى ايصاله والاصل عدمه ولا مكان اقامه البينة هنا ان انكر الورثة التفرقة ؛ و الاقرب قبول قول الامين مع اليمين ومع عدم انكار الوارث يقبل قوله بغير يمين فى حقهم و ولو انكر الموصى لهم فالقول قولهم مع اليمين وعليه البينة واما مع عدم التعيين فلانه قد رضى باجتهاده ونظره وامانته فيقبل قوله (ويحتمل) قبول قوله لان من له ولاية شىء قبل اقراره فيه (ويحتمل) عدم القبول مطلقا للاصل والاصح عندى قبول قوله مطلقا، هذا آخر ما اوردناه فى حل اشكالات الجزء الاول من القواعد

والحمد لله الذى وفقنا لاتمامه وصلى الله على سيدنا محمد النبى وآله المعصومين

و فى آخر كتاب الوصية من بعض نسخ الايضاح ما هذا لفظه)

صورة ما كتبه المصنف قدس الله نفسه الشريفة بالمراحم الربانية ـ فرغ من تسويده مصنفه العبد الفقير الى الله تعالى محمد بن الحسن بن يوسف بن على بن المطهر فى يوم عيد الفطر سنة اربع وعشرين وسبعمأة الهلالية بالحلة بخطه

تم الجزء الثانى بحمد الله (حسب ماجزيناه) وانتظروا للجزء الثالث من كتاب النكاح ان شاء الله تعالى

فهرس الجزء الثانى من ايضاح الفوائد

رقم الصفحة	العنوان
٢ـ	(كتاب الدين وتوابعه)
٢	ـ كراهة الاستدانة
٢	ـ مطالبة المديون اذا التجأ الى الحرم
٣	ـ وجوب الاجتهاد فى طلب المديون
٣	ـ حكم بيع الدين على من هو عليه
	(فى القرض)
٣	ـ حكم اشتراط الرهن فى القرض
٥	ـ حكم ردّ المقترض العين فى المثلى
٥	ـ بعض فروع القرض
٧	ـ حكم ما لو اسقط السلطان الدراهم المقترضة
	(فى الرهن)
٩	ـ هل يقوم شرط الرهن فى عقد البيع مقام القبول
١١	ـ ما يجوز رهنه
١٤	ـ جملة من فروعه واحكامه
١٩	ـ شرائط العاقد
٢٢	ـ الحق المرهون به
٢٥	ـ قبض الرهن
٣٠	ـ فروع قبضه
٣٥	ـ اللواحق
٤٣	ـ التنازع
	(فى الحجر)
٥٥	ـ حجر المجنون والسفيه
٥٧	ـ حجر المملوك
٦٠	ـ حجر المريض
٦٤	ـ حجر المفلس
٦٥	ـ منعه من التصرف
٦٩	ـ بيع ماله
٧٢	ـ اختصاص الغريم بعين ماله
٧٩	ـ حبس المفلس
٧٩	ـ بقايا مباحث الباب
	(فى الضمان)
٨٦	ـ احكامه
	(فى الحوالة)
٩٦	ـ فروعها
	(فى الكفالة)
١٠٠	ـ فروعها
	(فى الصلح)
١٠٨	ـ فروعه
١٠٩	ـ التنازع
	(كتاب الامانات وتوابعها)
١١٣ـ	(فى الوديعة)
١١٤	ـ موجبات الضمان
١٢٠	ـ احكام الوديعة
١٢٣ ـ	(فى العارية)
١٢٦	ـ احكامها
١٢٨	ـ بعض فروعها

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

رقم الصفحة	العنوان
١٣٥	**(فى اللقطة)**
١٤٠	ـ احكامها
١٤٧	ـ لقطة الحيوان
١٥٠	ـ لقطة الاموال
١٥٥	ـ احكامها
١٦١	**ـ (فى الجعالة)**
١٦٣	ـ احكام الجعالة
	(كتاب الغصب و توابعه)
١٦٥	ـ تعريف الغصب
١٦٦	ـ ضمان المغصوب
١٨٦	ـ فيما لو غيّر المغصوب
١٨٨	ـ حرمة سائر تصرفات الغاصب
١٩٧	**ـ (فى الشفعة)**
٢٠١	ـ الآخذ والمأخوذ منه
٢٠٣	ـ جملة من فروعها
٢٠٨	ـ كيفية الاخذ
٢١٦	ـ مسقطات الشفعة
٢٢٣	ـ فى التنازع
	(كتاب احياء الموات)
٢٣١	ـ اقسام المشتركات احدها العمارة
٢٣٥	ـ ثانيها المنافع
٢٣٧	ـ ثالثها المعادن
٢٣٩	ـ رابعها المياه

رقم الصفحة	العنوان
	(كتاب الاجارة و توابعها)
٢٤٢	ـ ماهية الاجارة
٢٤٣	ـ اركانها احدها المحل
٢٤٧	ـ ثانيها العوض
٢٥١	ـ ثالثها المنفعة
٢٥٨	ـ اجارة الآدمى
٢٦٨	ـ اجارة الارض
٢٧٣	ـ الاحكام
٢٧٥	ـ عدم ضمان العين
٢٨٠	ـ التنازع
	(فى المزارعة)
٢٨٤	ـ اركانها
٢٨٧	ـ احكامها
	(فى المساقات)
٢٩٠	ـ اركانها
٢٩٦	ـ احكامها
	(فى الشركة)
٢٩٨	ـ ماهيتها
٣٠٠	ـ احكامها
	(فى القراض)
٣٠٤	ـ اركانه وهى خمسة احدها العقد
٣٠٥	ـ ثانيها المتعاقدان
٣٠٨	ـ ثالثها رأس المال
٣٠٩	ـ رابعها العمل

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

رقم الصفحة	العنوان
٣١٠	ـ خامسها الربح
٣١١	ـ احكامه
٣٢٦	ـ التفاسخ والتنازع
	(فی الوکالة)
٣٣٤	ـ الموکل
٣٣٦	ـ الوکیل
٣٣٨	ـ متعلق الوکالة
٣٤٣	ـ احکامها
٣٤٧	ـ حکم المخالفة
٣٥٠	ـ ان الوکیل امین
٣٥٢	ـ ان الوکالة عقد جائز
٣٥٥	ـ التنازع
	(فی السبق والرمی)
٣٦٢	ـ فی السبق
٣٦٧	ـ فی احکامه
٣٧٠	ـ فی الرمی وشروطه
٣٧٢	ـ احکامه
	(کتاب الوقوف والهدایا)
٣٧٧	ـ صیغة الوقف وکیفیتها
٣٨٤	ـ شروط الواقف والموقوف علیه
٣٨٨	ـ شروط الموقوف
٣٩٠	ـ احکام الوقف
٣٩٩	ـ اللواحق

رقم الصفحة	العنوان
	(فی السکنی والصدقة والهبة)
٤٠٧	ـ السکنی
٤٠٩	ـ الصدقة
٤١٠	ـ الهبة
٤١٤	ـ احکام الهبة
	(فی الاقرار)
٤٢٣	ـ صیغة الاقرار
٤٢٦	ـ المقر
٤٣٢	ـ المقر له
٤٣٩	ـ الاقاریر المجهولة
٤٥١	ـ تعقیب الاقرار بما ینافیه
٤٥٩	ـ ما عدا الاستثناء
٤٦٣	ـ الاقرار بالنسب
	(فی الوصایا)
٤٧٠	ـ الوصیة من العقود
٤٧٨	ـ شرائط الموصی
٤٨١	ـ شرائط الموصی له
٥٠٤	ـ شرائط الموصی به
٥١١	ـ احکام الموصی به
٥١٧	ـ احکام الموصی له
٥٢١	ـ الاحکام المعنویة
٥٣٠	ـ الوصیة بالعتق وعلیه دین
٥٣١	ـ الوصیة بعتق ممالیکه

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

رقم الصفحة	العنوان
٥٣٣	ـ الوصية بالمبهمات
٥٣٥	ـ الوصية باخراج بعض الورثة من الارث
٥٤١	ـ الاحكام المتعلقة بالحساب مع خلوها عن الاستثناء
٥٧٣	ـ فيما اشتمل على الاستثناء
٥٨٠	ـ فيما اذا كثر الاستثناء
٥٩٢	ـ تصرفات المريض .
٥٩٣	ـ الفرق بين المنجزات والوصايا
٥٩٦	ـ حقيقة التبرع
٦٠٠	ـ كيفية التنفيذ
٦٠٥	ـ المسائل الدورية
٦٢٢	ـ الموصى فيه
»	الصيغة
٦٢٣	ـ الموصى
٦٢٥	ـ فى الوصى وشرائطه
٦٢٨	ـ احكام الوصية
٦٢٩	ـ الوصية الى متعدد
٦٣٤	ـ فيما به تثبت الوصية
٦٣٦	ـ ان الوصية عقد جائز وبيان الرجوع
٦٤١	ـ خاتمه تشتمل الخ
٦٥٣	ـ جدول الخطأ والصواب

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

