الجواهر الفقهية
في شرح الروضة البهية

كتاب الضمان ـ كتاب الحوالة ـ كتاب الكفالة ـ كتاب الصلح
كتاب الشركة ـ كتاب المضاربة ـ كتاب الوديعة
كتاب العارية ـ كتاب المزارعة ـ كتاب المساقاة

تأليف
السيد عبد الله فضل الله فضل الحسيني

الجزء الحادي عشر

دار الأضواء
بيروت ـ لبنان

الجواهر الفقهية
في شرح الروضة البهية

شبكة الفكر
alfeker.net

جَميعُ الحُقوقِ محفُوظة

الطّبْعَة الأولى
١٤٣٣هـ - ٢٠١٢م



دار الأضواء
للطباعة والنشر والتوزيع
مكتب ١٠٢ - سنتر زعرور - طريق المطار
ت: ٠١/٤٥٦٥٦٧ - ٠٣/٢١٠١٥٦ - ص.ب ٢٥/٤٠
E-mail:adwaaprintings@hotmail.com

الجواهر الفقهية

في شرح الروضة البهية

كتاب الضمان ـ كتاب الحوالة ـ كتاب الكفالة ـ كتاب الصلح
كتاب الشركة ـ كتاب المضاربة ـ كتاب الوديعة ـ كتاب العارية ـ كتاب المزارعة ـ كتاب المساقاة

تأليف
السيد عبد الله فضل الله فحص الحسيني

الجزء الحادي عشر

دار الأضواء
بيروت ـ لبنان


بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الضمان

كتاب الضمان(١)

الضمان

(١) الضمان مشتق من الضَمْن، لأنه ينقل ما كان في ذمة المضمون عنه من مالٍ إلى ذمة الضامن، فتكون ذمة الضامن متضمنة أو تتضمن الحق، فالنون فيه أصلية، وهذا متفق عليه عندنا.

وعن أكثر العامة أن الضمان غير ناقل، وإنما يفيد اشتراك الذمتين، ذمة المضمون عنه وذمة الضامن، لأن الضمان مشتق من الضم فالنون فيه زائدة، ويتخير المضمون له في المطالبة.

ويرده تصريح أهل اللغة بكون النون أصلية، قال في مصباح المنير: (ضمنت المال وبه ضماناً فأنا ضامن وضمين، التزمته، ويتعدى بالتضعيف، فيقال: ضمنّته المال، ألزمته إياه، قال بعض الفقهاء: الضمان مأخوذ من الضم، وهو غلط من جهة الاشتقاق، لأن نون الضمان أصلية، والضم ليس فيه نون، فهما مادتان مختلفتان) انتهى.

والضمان تعهّد بمال أو نفس، والثاني الكفالة، والأول إما أن يتعهد بمال وهو ليس عليه مال فهو الضمان المصطلح، وإما أن يتعهد بمال وهو عليه مال فهو الحوالة.

فالضمان بالمعنى الأعم أعني مطلق التعهد منقسم إلى الكفالة والضمان والحوالة، والضمان بالمعنى الأخص هو قسيم الحوالة والكفالة.

والضَمان – بفتح الضاد –مصدر من ضَمِنَ الرجلُ الشيءَ ضَمْناً وضَماناً: كفله (أقرب الموارد).

هذا معناه لغةً، وشرعاً: عقد شرع للتعهّد الخاصّ.

– قال صاحب الرياض: الضمان يطلق على معنيين أحدهما أخصّ من الآخر، والأعمّ عبارة عن عقد شرع للتعهّد بنفس أو مال، والأوّل الكفالة، والثاني الحوالة إن كان ممّن في ذمّته مال، وإلاّ فالضمان بالمعنى الأخصّ، ويقال له: ضمان المال، وهو المراد منه حيث يطلق بلا قيد، بخلاف القسمين، فلا يطلق عليهما إلاّ مقيّداً، والدليل من الكتاب قوله تعالى: ﴿**أَوْفُوا بِالْعُقُود**﴾ وقوله: ﴿**ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم**﴾، ومن السنّة نحو النبويّ المشهور في قضيّة ضمان عليّ (عليه السلام) عن الميّت، وأنّه قال (صلى الله عليه وآله) لعليّ (عليه السلام) حينئذ: «جزاك الله عن الإسلام

والمراد به[١] الضمان بالمعنى الأخصّ قسيم الحوالة والكفالة لا الأعمّ[٢] الشامل لهما.

(**وهو**[٣] **التعهّد بالمال**) أي الالتزام به (**من البريء**[٤]) من مال مماثل لما ضمنه للمضمون عنه.

وبقيد المال[٥] خرجت الكفالة، فإنّها تعهّد بالنفس.

وبالبريء[٦] الحوالة، بناءً على.....

= خيراً، وفكّ رهانك كما فككت رهان أخيك»، وكان كلّ ذلك حين لم يصلّ النبيّ (صلى الله عليه وآله) على الميّت لكونه مديوناً... إلخ.

(١) يعني أنّ المراد من الضمان في هذا الكتاب هو التعهّد بالمعنى الأخصّ في مقابل التعهّد الذي يسمّى بالحوالة والذي يسمّى بالكفالة.

إيضاح: اعلم أنّ الضمان بالمعنى الأعمّ عبارة عن التعهّد المطلق الشامل للضمان في هذا الكتاب والضمان في كتابي الحوالة والكفالة، فالمراد من الضمان في قوله المصنّف (رحمه الله) «كتاب الضمان» هو المعنى الأخصّ للضمان.

(٢) أي ليس المراد من الضمان هنا هو المعنى الأعمّ الشامل للكتابين الآخرين المذكورين.

تعريف الضمان

(٣) الضمير في قوله «وهو» يرجع إلى الضمان.

(٤) أي من شخص بريء من مال مماثل لما يضمنه، بخلاف الحوالة.

وعُرّف الضمان بالمعنى الأخص بأنه تعهد للمال ممن ليس عليه مال للمضمون عنه، والتعهد هو الالتزام كما في المصباح، وبقيد المال خرجت الكفالة لأنها تعهد بنفسٍ، وممن ليس عليه مال للمضمون عنه أي أنه برئ للمضمون عنه، وهو قيدٌ لإخراج الحوالة، لأن المحال عليه مديون للمحيل فلا يكون بريئاً.

(٥) أي خرج بقول المصنّف (رحمه الله) في مقام التعريف «التعهّد بالمال» التعهّد بالنفس الذي يسمّى بالكفالة.

(٦) أي خرج بقول المصنّف في مقام التعريف «من البريء» تعهّد من اشتغلت ذمّته بمال =

اشتراطها[١] بشغل ذمّة المحال عليه[٢] للمحيل[٣] بما أحال به.

(**ويشترط كماله**[٤]) أي كمال الضامن المدلول عليه بالمصدر[٥] أو اسم الفاعل أو المقام[٦]، (**وحرّيّته**[٧]). فلا يصحّ ضمان العبد في المشهور،.....

= المسمّى بالحوالة.

(١) الضمير في قوله «اشتراطها» يرجع إلى الحوالة. يعني أنّ هذا الخروج مبنيّ على القول باشتراط اشتغال ذمّة المحال عليه للمحيل بما أحال به.

(٢) وهو الذي يحال المال عليه.

(٣) بصيغة اسم الفاعل من باب الإفعال، وهو الذي يحيل المال الذي استقرّ في ذمّته على ذمّة غيره ممّن تشتغل ذمّته بمثل ما هو في ذمّة المحيل.

شروط الضامن

(٤) الضمير في قوله «كماله» يرجع إلى الضامن. أي كمال الضامن بأن يكون بالغاً عاقلاً، لما تقدم سابقاً من أن الصبي والمجنون مسلوبا العبارة شرعاً.

(٥) يعني أنّ الضامن الذي يكون مرجعاً للضمير إمّا يعلم من المصدر – وهو الضمان في قوله المصنّف (رحمه الله) «كتاب الضمان» – كما في قوله تعالى: ﴿**اعدلوا هو أقرب للتقوى**﴾ أو من اسم الفاعل، وهو البريء في قوله «من البريء».

(٦) يعني أنّ القرينة المقاميّة تدلّ على أنّ مرجع الضمير المبحوث عنه هو الضامن، وهي أنّ الكلام في الضمان.

(٧) يعني يشترط في الضامن حرّيّته علاوةً على كماله. والبحث فيه من جهتين: الجهة الأولى: هل يصح ضمان العبد بغير إذن سيده؟ قولان أحدهما عدم الصحة، لأن العبد لا يقدر على شيء، قال تعالى: ﴿**عَبْداً مَمْلُوكاً لاَ يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ**﴾[١]، وذمته مملوكة للمولى فلا يملك إثبات شيء فيها إلا بإذنه، وهو المنقول من جماعة منهم الشيخ، ثانيهما الصحة، لعمومات ﴿**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾[٢] السالمة عن المعارض، إذ لا يتصور=

---

(١) سورة النحل، الآية: ٧٥.

(٢) سورة المائدة، الآية: ١.

لأنّه[1] لا يقدر على شيء.

= مانع إلا حق المولى، وهو غير مانع هنا، لأنه على تقدير الصحة يُتبع به بعد العتق، وهو غير منافٍ لشيء من حقوق المولى، وهو المنقول عن العلامة في التذكرة.

الجهة الثانية من البحث أنه لو وقع ضمان العبد بإذن سيده فهل يتعلق بذمته أو بكسبه، فعلى الأول الضمان على العبد، وعلى الثاني الضمان من مال المولى، لأن كسب العبد مالٌ للمولى.

ذهب جماعة منهم المحقق إلى أنه يتعلق بذمة العبد ويُتبع به بعد العتق، لأن إطلاق الضمان المأذون أعم من كلٍ منهما، أعني من كون الضمان في ذمته أو كسبه، والعام لا يدل على الخاص ليتعين كون الضمان من الكسب، ولم يقع من المولى ما يدل على التزامه في مُلكه الذي هو كسب العبد هنا.

وعن جماعة منهم المحقق الثاني أنه في كسب العبد فيكون الضمان من مال المولى، لأن إطلاق الضمان محمول على المعهود، والمعهود هو الضمان الذي يستعقب الأداء، والذي يتعقبه الأداء هو كونه من مال المولى، لأن الأداء من غير مال السيد ممتنع، ومن العبد لا يكون عقيب الضمان بل عقيب العتق.

إن قلت: لو كان الضمان من مال المولى فلِمَ خص الضمان بكسب العبد دون بقية الأموال.

قلت: لو كان الضمان في جميع أموال المولى لكان المولى هو الضامن وهو الذي صدرت الصيغة منه وهو على خلاف الفرض فيلزم أن يكون في خصوص كسب العبد، وقال الشارح في المسالك: (والبحث في ذلك – أي في كون الضمان من كسب العبد – قريب مما لو أذن له في الاستدانة، فينبغي ترتب قول ثالث، وهو أن الضمان يتعلق بمال المولى ولا يختص بكسب العبد ولعله أقوى) انتهى.

القول في ضمان العبد

(١) فإنّ العبد لا يقدر على شيء، فلا يجوز له هذا التعهّد الخاصّ.

أقول: قول الشارح (رحمه الله) «لأنّه لا يقدر على شيء» – كما تداولته ألسنة الفقهاء – اقتباس من قوله تعالى ﴿ضَرَبَ اللهُ مَثَلاً عَبْداً مَمْلُوكاً لاَ يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ﴾، (النحل: ٧٥).=

وقيل: يصحّ ويتبع به[١] بعد العتق.

(إلاّ[٢] **أن يأذن المولى، فيثبت**) المال (**في ذمّة العبد**) **لا في** مال المولى[٣]، لأنّ إطلاق الضمان أعمّ من كلّ منهما[٤]، فلا يدلّ على الخاصّ[٥].

وقيل: يتعلّق بكسبه[٦]، حملاً[٧] على المعهود من الضمان الذي يستعقب الأداء.

وربّما قيل بتعلّقه[٨] بمال المولى مطلقاً[٩]، كما لو أمره[١٠] بالاستدانة، وهو[١١] متّجه.

(١) يعني أنّ القول الآخر المخالف للقول المشهور هو صحّة ضمان العبد للمال، لكن يطالب هو بعد العتق بالمال الذي ضمنه.

(٢) استثناء من قوله «ويشترط... حرّيّته». يعني إذا أذن المولى ضمان العبد للمال صحّ واستقرّ في ذمّة العبد.

(٣) أي لا يثبت المال الذي ضمنه العبد بإذن مولاه في مال المولى.

(٤) الضمير في قوله «منهما» يرجع إلى ذمّة العبد وذمّة المولى.

(٥) والمراد من «الخاصّ» هو ذمّة المولى.

(٦) يعني قال بعض بتعلّق المال الذي ضمنه العبد بإذن المولى بما يحصّله العبد بالكسب.

(٧) هذا دليل للقول المذكور، وهو حمل ضمان العبد على المعنى المعهود منه، وهو استعقاب الضمان أداء ما ضمنه العبد من دون تراخٍ ودون أن يتعلّق بذمّة العبد حتّى يتبع به بعد العتق.

(٨) أي بتعلّق ما ضمنه العبد بإذن المولى بمال المولى.

(٩) أي سواء كان بكسب العبد أم من غيره.

(١٠) فاعله هو الضمير العائد إلى المولى، والضمير الملفوظ يرجع إلى العبد. يعني كما لو أمر المولى عبده بالاستدانة وجب أداء الدين من مال المولى كذلك ما لو أذنه المولى في الضمان، فيجب أداء ما يضمنه العبد أيضاً من مال المولى.

(١١) يعني أنّ القول بتعلّق ما يضمنه العبد بمال المولى مطلقاً هو المتّجه في نظر الشارح (رحمه الله).

(إلا[١] أن يشترط كونه من مال المولى)، فيلزم بحسب ما شرط، ويكون[٢] حينئذ كالوكيل.

ولو شرطه[٣] من كسبه فهو كما لو شرطه من مال المولى، لأنّه[٤] من جملته.

ثمّ إن وفّي الكسب بالحقّ المضمون[٥]، وإلاّ ضاع[٦] ما قصر.

ولو أُعتق العبد قبل إمكان تجدّد شيء[٧] من الكسب ففي بطلان الضمان أو

---

(١) استثناء من قوله «فيثبت في ذمّة العبد». يعني لو اشترط العبد تعلّق ما يضمنه العبد بمال المولى صحّ ووجب أداؤه منه.

(٢) اسم «يكون» هو الضمير العائد إلى العبد.

(٣) فاعله هو الضمير العائد إلى العبد، والضمير الملفوظ يرجع إلى ما يضمنه العبد. يعني لو شرط العبد تعلّق ما يضمنه بمال حاصل من كسبه لزم ووجب أداؤه من مال المولى لا من كسبه، لما سيأتي.

(٤) الضمير في قوله «لأنّه» يرجع إلى كسب العبد. فإنّ كسب العبد أيضاً من جملة أموال المولى.

(٥) قال الشارح في المسالك: (فإن وفّى كسبه بمال الضمان فقد تم للمضمون له حقه، وإلا ضاع عليه ما قصُر، فلو أُعتق العبد قبل إمكان تجدد شيء من الكسب فهل يبقى التعلق به أم يبطل الضمان لفوات المحل المعيّن لأداء المال، لإنصراف الإطلاق إلى الكسب الذي هو ملك المولى وقد فات، الظاهر من كلامهم الأول، فإن ذلك هو معنى الكسب، فإذا عتق صار كسبُه وما في يده سواء، ومع ذلك لا يُسمى في اصطلاح الشرع كسباً وإن أطلق عليه لغةً) انتهى. وحاصل كلامه أن الضمان يبطل لفوات المحل كما هو الوجه الثاني، وأن متعلق الضمان الكسب وهو لغةٌ يطلق على كسب العبد بعد العتق وإن لم يطلق عليه شرعاً كما هو الوجه الأول.

(٦) فإذا لم يف المال الحاصل من كسب العبد بما ضمنه العبد ضاع وتلف المال المضمون بمقدار قصر عنه كسبه.

(٧) فإذا ضمن العبد مالاً وشرط كونه من كسبه وأُعتق قبل حصول شيء من كسبه ففي بطلان الضمان وعدمه – بمعنى تعلّق المال بذمّته بعد العتق – وجهان.

بقاء التعلّق به[١] وجهان.

(**ولا يشترط علمه[٢] بالمستحِقّ[٣]**) للمال المضمون،.....

(١) الضمير في قوله «به» يرجع إلى كسب العبد بعد العتق.

عدم اشتراط علم الضامن بالمستحِقّ

(٢) الضمير في قوله «علمه» يرجع إلى الضامن.

(٣) بصيغة اسم الفاعل، والمعنى لا يشترط علم الضامن باسم المضمون له ونسبه، ولا المضمون عنه كذلك كما عليه الأكثر، لأن الضمان وفاء دين، وهو جائز عن كل مديون فلا يشترط العلم بالمضمون عنه، وأما المضمون له فإن اعتبرنا قبوله لفظاً كما هو مقتضى العقد اللازم عند المشهور اقتضى ذلك تميزه، ولا يعتبر الأزيد من ذلك، وإن لم نشترط قبوله اللفظي لم يعتبر العلم به بوجهٍ، لعمومات ﴿**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾[١] السالمة عن المعارض، ولأخبار.

منها: خبر الفضيل عن أبي عبدالله (عليه السلام) (لما حضر محمد بن أسامة الموتُ دخل عليه بنو هاشم، فقال لهم: قد عرفتم قرابتي ومنزلتي منكم وعليّ دين، فأُحب أن تقضوه عني، فقال علي بن الحسين (عليه السلام): ثُلث دينك عليّ ثم سكت وسكتوا فقال علي بن الحسين (عليه السلام) عليّ دينُك كلّه، ثم قال (عليه السلام): أما أنّه لم يمنعني أن أضمنه أولاً إلا كراهة أن يقولوا سبقنا)[٢] وهو ظاهر في عدم معرفة المضمون له.

وما رواه الشيخ في الخلاف عن أبي سعيد الخدري (قال: كنا مع رسول الله (صلى الله عليه وآله) في جنازة فلما وضعت، قال: هل على صاحبكم من دين؟ قالوا: نعم درهمان، فقال: صلّوا على صاحبكم، فقال علي (عليه السلام): هما عليّ يا رسول الله، وأنا لهما ضامن، فقام رسول الله (صلى الله عليه وآله) فصلّى عليه، ثم أقبل على عليّ فقال: جزاك الله عن الإسلام خيراً وفك رهانك كما فككت رهان أخيك)[٣]، وخبر جابر بن عبدالله (أن النبي (صلى الله عليه وآله) كان لا يصلي على رجل عليه دينٌ، فأُتي بجنازة فقال: هل على صاحبكم دين، فقالوا: نعم ديناران، فقال: صلّوا على صاحبكم، فقال أبو قتادة: هما عليّ يا رسول الله، قال: فصلّى عليه فلما فتح الله على =

(١) سورة المائدة، الآية: ١. (٢) الوسائل الباب – ٣ – من أبواب الضمان حديث ١.

(٣) الوسائل الباب – ٣ – من أبواب الضمان حديث ٣.

وهو[١] المضمون له بنسبه[٢] أو وصفه، لأنّ الغرض إيفاؤه[٣] الدين، وهو[٤] لا يتوقّف على ذلك[٥].

= رسوله قال: أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم، فمن ترك مالاً فلورثته، ومن ترك ديناً فعليّ)[١]، وهما ظاهران في عدم اشتراط العلم بالمضمون له.

وعن الشيخ في المبسوط والمقداد في التنقيح اشتراط العلم بالمضمون له والمضمون عنه، أما اشتراط العلم بالأول ليُعرف هل هو سهل المعاملة أو لا، واشتراط العلم بالثاني ليُنظر هل يستحق بذلك عليه أو لا.

وعن العلامة في المختلف اعتبار العلم بالمضمون عنه دون المضمون له، أما اشتراط العلم بالأول لأنه لا بد من تميّزه عند الضامن ليقع الضمان عنه، وعدم اشتراط العلم بالثاني للخبرين السابقين.

(١) الضمير في قوله «وهو» يرجع إلى المستحقّ.

(٢) الضميران في قوليه «بنسبه» و«وصفه» يرجعان إلى المستحقّ.

(٣) أي إيفاء الضامن للدين، وهذا من قبيل إضافة المصدر إلى فاعله.

(٤) الضمير في قوله «وهو» يرجع إلى الإيفاء.

(٥) المشار إليه في قوله «ذلك» هو علم الضامن بالمستحقّ نسباً أو وصفاً.

ذهب المشهور إلى عدم اشتراط العلم بالحق المضمون لخبر الفضيل المتقدم[٢]، الظاهر في أن الدين كان مجهولاً، ولخبر عطا عن أبي جعفر (عليه السلام) (قلت له: جلعت فداك: إن عليّ ديناً، إذا ذكرته فسد عليّ ما أنا فيه، فقال (عليه السلام): سبحان الله! أو ما بلغك أن رسول الله (صلى الله عليه وآله) كان يقول في خطبته: من ترك ضياعاً[٣] فعليّ ضياعه،و من ترك ديناً فعليّ دينه، ومن ترك مالاً فلأهله، فكفالة رسول الله (صلى الله عليه وآله) ميّتاً ككفالته حيّاً، وكفالته حياً ككفالته ميّتاً، فقال الرجل: نفّست عني، جعلني الله فداك)[٤]، وعموم النبوي (الزعيم غارم)[٥].

(١) الوسائل الباب – ٣ – من أبواب الضمان حديث ٢ و٣.

(٢) الوسائل الباب – ٣ – من أبواب الضمان حديث ١.

(٣) الضياع هو العيال.

(٤) الوسائل الباب – ٩ – من أبواب الدين حديث ٥.

(٥) مستدرك الوسائل الباب – ١ – من أبواب الضمان حديث ٢.

وكذا لا يشترط معرفة قدر الحقّ المضمون، ولم يذكره[١] المصنّف.

ويمكن إرادته من العبارة بجعل المستحقّ[٢] مبنيّاً للمجهول[٣].

فلو ضمن ما في ذمّته[٤] صحّ على أصحّ القولين، للأصل[٥]، وإطلاق النصّ[٦]،.....

= وعن الشيخ في المبسوط والخلاف والقاضي في المهذب وابن إدريس في السرائر عدم الجواز، وهو ضعيف بما سمعت.

(١) أي لم يذكر المصنّف (رحمه الله) عدم اشتراط علم الضامن بقدر الحقّ المضمون وإن لم يكن شرطاً لحصّة الضمان.

(٢) يعني أنّ إرادة الحقّ المضمون بجعل لفظ «المستحقّ» مبنيّاً للمفعول ممكنة.

أقول: وأنت خبير بأنّ كلام الشارح (رحمه الله) – هذا – وإن كان يدفع به إشكال عدم تعرّض المصنّف (رحمه الله) لعدم اشتراط علم الضامن بقدر الحقّ المضمون، لكنّه يتولّد منه إشكال آخر، وهو عدم تعرّضه إذاً لعدم اشتراط علم الضامن بالمضمون، وهذا رجوع إلى ما فرّ منه الشارح (رحمه الله)، لأنّ قول المصنّف «المستحَقّ» إمّا مبنيّ للمعلوم، فلا دلالة له على ما أفاده الشارح، وإمّا مبنيّ على المفعول، فلا دلالة له على ما أفاده المصنّف، بناءً على تفسير الشارح لكلامه، وكيف كان فلا تخلو عبارة المصنّف عن الإشارة إلى أحد الأمرين.

(٣) وفي بعض النسخ «مبنيّاً للمجهول» بدل قوله «مبيّناً للمفعول»، والمعنى واحد.

(٤) يعني لو ضمن الضامن ما استقرّ في ذمّة المضمون بلا معرفته لقدر الحقّ المضمون له صحّ.

(٥) المراد من «الأصل» هو أصالة الصحّة.

(٦) أي ولإطلاق النصّ المنقول عن فضيل وعبيد عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال: لمّا حضر محمّد بن أُسامة الموت دخل عليه بنو هاشم، فقال لهم: قد عرفتم قرابتي، ومنزلتي منكم، وعليّ دين، فأُحبّ أن تقضوه عنّي، فقال عليّ بن الحسين (عليه السلام): ثلث دينك عليّ، ثمّ سكت وسكتوا، فقال عليّ بن الحسين (عليه السلام): عليّ=

ولأنّ الضمان[١] لا ينافيه الغرر، لأنّه [٢] ليس معاوضة، لجوازه من المتبرّع[٣].

هذا إذا أمكن العلم به[٤] بعد ذلك كالمثال[٥]، فلو لم يمكن كضمنت[٦] لك شيئاً ممّا في ذمّته لم يصحّ[٧] قطعاً.

وعلى تقدير الصحّة[٨] يلزمه ما تقوم.....

= دينك كلّه، ثمّ قال عليّ بن الحسين (عليه السلام): أما أنّه لم يمنعني أن أضمنه أوّلاً إلاّ كراهة أن يقولوا: سبقنا[١].

فالخبر يدلّ على صحّة ضمان ما لم يعرف الضامن قدره المتعلّق بذمّة المضمون.

(١) هذا دليل ثالث لعدم اشتراط معرفة الضامن لقدر الحقّ المضمون، وهو أنّ الضمان لا ينافيه الغرر الحاصل من الجهل بمقدار الحقّ.

(٢) يعني أنّ الضمان ليس من قبيل المعاوضة التي ينافيها الغرر الحاصل من الجهل.

(٣) أي لأنّه يجوز للضامن أن يضمن تبرّعاً.

(٤) الضمير في قوله «به» يرجع إلى «ما» الموصولة في قول الشارح (رحمه الله) «ما في ذمّته». يعني أنّ عدم اشتراط العلم بقدر الحقّ المضمون إنّما هو فيما إذا أمكن العلم به بعدالضمان.

(٥) المراد من قوله «المثال» هو قوله «فلو ضمن ما في ذمّته».

(٦) هذا مثال لعدم إمكان العلم بعد الضمان بأن يقول الضامن للمضمون له: ضمنت لك شيئاً ممّا في ذمّة المضمون عنه، فإنّ ذلك لا يعلم به بعد الضمان، بخلاف الأوّل، فإنّ الحقّ المستقرّ في ذمّة المديون يمكن العلم به بعد الضمان.

(٧) جواب شرط، والشرط قوله «فلو لم يمكن».

قال الشارح في المسالك: (وموضع الخلاف في صورة يمكن العلم فيها بعد ذلك، كما لو ضمن الدين الذي عليه، أو ثمن ما باع من فلان، أما لو لم يمكن الاستعلام لم يصح الضمان قولاً واحداً، كما لو قال: ضمنت شيئاً مما لك على فلان، لصدق الشيء على القليل والكثير) انتهى، وعدم جواز الضمان للزوم الإبهام والجهالة في الواقع.

(٨) أي على تقدير عدم العلم بالحق المضمون وقت الضمان يلزم الضامن ما ثبت بالبينة أنه =

(١) الوسائل الباب – ٣ – من أبواب كتاب الضمان حديث ١.

به[١] البيّنة أنّه كان لازماً للمضمون عنه وقت الضمان لا ما يتجدّد[٢] أو يوجد في دفتر[٣] أو يقرّ به المضمون.....

= كان لازماً للمضمون منه وقت الضمان، لا ما يتجدد لأنه لم يتعلق به الضمان، ولا ما يوجد في كتاب أو دفتر، لأنه ليس طريقاً مثبتاً لما في الذمة، ولا مايقرّ به المضمون عنه لأن إقراره إنما ينفذ على نفسه لا على غيره ولا على ما يحلف عليه المضمون له عنده واليمين عليه من قبل المضمون عنه، وذلك عند اختلاف المديون الذي هو المضمون عنه مع الدائن الذي هو المضمون له في مقدار الدين، فيقول الدائن: مائة، ويقول المديون: خمسون فالمديون هو المنكر فيقدم قوله مع يمينه، فلم لم يحلف وردّ اليمين على المدعي وحلف يثبت أن الدين مائة، ولكن لا يثبت أن الحق المضمون هو المائة، لأن حلف المدعي اليمين المردودة يثبت الحق للمضمون له الحالف في قبال تنازعه مع المضمون عنه، فلا يُلزم الضامن بما ثبت بمنازعة المضمون له وبالجملة فكما لا يثبت على الضامن ما أقره المضمون عنه فكذلك لا يثبت على الضامن ما يوجبه اليمين المردود من المضمون عليه.

(١) الضميران في قوليه «به» و«أنه» يرجعان إلى «ما» الموصولة التي يراد منها الحقّ.
يعني يلزم الضامن الحقّ الذي تقوم به البيّنة أنّه يكون في عهدة المضمون عنه في الوقت الذي ضمنه فيه.

(٢) أي لا يلزم الضامنَ من الدين ما يتجدّد بعد وقت الضمان.
إيضاح: اعلم أنّ الديون التي تتوجّه إلى ذمّة المضمون عنه بغير البيّنة تكون على أنواع:
الأوّل: ما يتجدّد من الدين بعد الضمان.
الثاني: ما يوجد في دفتر المضمون عنه.
الثالث: ما يقرّ به المضمون عنه.
الرابع: ما يثبت بحلف المضمون له بردّه من المضمون عنه إذا تنازعا في قدر الحقّ المضمون.
فلا يجب من الديون المذكورة على عهدة الضامن شيء، والثابت الواجب إنّما هو ما يثبت بشهادة البيّنة الشرعيّة.

(٣) أي في دفتر المضمون عنه الذي كتب فهو فيه ديونه. =

عنه[١] أو يحلف عليه المضمون له[٢] بردّ اليمين من المضمون عنه، لعدم دخول الأوّل[٣] في الضمان، وعدم ثبوت الثاني[٤]، وعدم نفوذ الإقرار في الثالث[٥] على الغير[٦]، وكون[٧] الخصومة حينئذٍ[٨] مع الضامن والمضمون عنه[٩]، فلا

(١) وهو المديون.

(٢) كما إذا تنازع المضمون له والمضمون عنه في خصوص دين، فتحمّل المضمون له المدّعي الحلف المردود من المضمون عنه المنكر وثبت الدين في ذمّة المضمون عنه، فذلك ممّا لا يجب على عهدة الضامن.

(٣) المراد من «الأوّل» هو ما يتجدّد من الدين بعد وقت ضمان الضامن.

(٤) المراد من «الثاني» هو ما يوجد في دفتر المضمون عنه، وهو المديون.

(٥) المراد من «الثالث» هو ما يقرّ به المضمون عنه، وهو المديون.

(٦) الجارّ والمجرور يتعلّقان بقوله «نفوذ» الواقع في ضمن قوله «عدم نفوذ الإقرار»، بمعنى أنّ إقرار المضمون عنه نافذ في حقّه لا غيره – أعني الضامن –، وهذا الحكم هو مقتضى القاعدة المشهورة: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز».

(٧) وهذا ردّ على ما ذكر في الوجه الرابع، وهو ما ثبت الضمان بحلف المضمون له بعد ردّ اليمين من المضمون عنه.

توضيح ردّ الوجه الرابع هو أنّ النزاع بعد الضمان إنّما هو بين الضامن والمضمون له، فإنّه يدّعي أزيد ممّا ثبت بالبيّنة والضامن ينكره، ولا دخل فيه للحلف الذي تحمّل المضمون له عند نزاعه وخصومته مع المضمون عنه.

وبعبارة أُخرى: إذا تخاصم المضمون له – وهو الدائن – والمضمون عنه – وهو المديون – في مقدار دين توجّه الحلف إلى المديون، لكنّه ردّه وتحمّله الدائن وثبت الدين المتنازع فيه في عهدة المديون، فذلك الدين الثابت في ذمّة المديون المضمون عنه لا يلزم عهدة الضامن.

ولا يخفى أنّ قوله «كون الخصومة» – بالجرّ – عطف على مدخول لام التعليل في قوله «لعدم دخول الأوّل».

(٨) أي بعد الضمان.

(٩) ولا يخفى أنّ «عن» هنا بمعنى اللازم.

=

يلزمه[١] ما يثبت[٢] بمنازعة غيره[٣]، كما لا يثبت ما يقرّ[٤] به في الرابع[٥].

نعم[٦]، لو كان الحلف[٧] بردّ الضامن ثبت.....

= – من حواشي الكتاب: كذا في النسخ، والظاهر «له» بدل «عنه»، وقد وقع هذا في عبارة شرح الشرائع أيضاً، فلا تغفل (حاشية جمال الدين (رحمه الله)).

(١) الضمير في قوله «فلا يلزمه» يرجع إلى الضامن، وفاعله هو «ما» الموصولة المذكورة بعده.

(٢) فاعله هو الضمير العائد إلى «ما» الموصولة.

(٣) الضمير في قوله «غيره» يرجع إلى الضامن.

والمراد منه هو المضمون عنه الذي نازع المضمون له وثبت حقّه باليمين المردودة، فما يثبت في هذه الخصومة لا يلزم عهدة الضامن.

(٤) فاعله هو الضمير العائد إلى الضامن والضمير في قوله «به» يرجع إلى «ما» الموصولة.

(٥) المراد من «الرابع» هو الوجه الرابع الذي أشار إليه الشارح (رحمه الله) بقوله «أو يحلف عليه المضمون له بردّ اليمين من المضمون عنه»، وقد ردّه فيما سبق بقوله «وكون الخصومة حينئذٍ... إلخ».

حاصل معنى العبارة: كما لا يثبت الدين الذي أقرّ به الضامن في الوجه الرابع المتقدّم ذكره في عهدة المضمون عنه الذي هو المديون، لأنّ إقرار الضامن – هذا – إقرار على نفس غيره.

ولا يخفى أنّ المشبّه في قوله «كما لا يثبت... إلخ» هو عدم ثبوت ما يثبت بالحلف المردود من المضمون عنه إلى المضمون له في عهدة الضامن، والمشبّه به هو عدم ثبوت ما يقرّ به الضامن للمضمون له في عهدة المضمون عنه من مقدار الدين.

(٦) استدراك عن عدم ثبوت ما يثبت بحلف المضمون له في عهدة الضامن بعد ردّ الحلف من المضمون عنه بأنّ المضمون له لو تحمّل الحلف المردود من شخص الضامن فيما إذا تنازعا في مقدار الدين فحلف الدائن – أعني المضمون له – ثبت ما يدّعيه في ذمّة الضامن بالحلف المردود منه.

(٧) أي لو كانت الدعوى بين المضمون له وبين الضامن بحيث كان المضمون عنه ميتاً أو غائباً أو لم تجرِ المنازعة وهو طرف فيها، فالمضمون له يدعي المائة والضامن=

ما[١] حلف[٢] عليه. (و)كذا[٣] (لا) يشترط علمه[٤] (بالغريم)، وهو المضمون عنه، لأنّه[٥] وفاء دين عنه[٦]، وهو[٧] جائز عن كلّ مديون.

ويمكن أن يريد به[٨] الأعمّ منه ومن المضمون له، ويريد بالعلم به[٩]: الإحاطة بمعرفة حاله من نسب أو وصف، لسهولة[١٠] الاقتضاء وما شاكله، لأنّ الغرض

= خمسون، فيقوم قول الضامن مع عيينة لأنه منكر، فإن لم يحلف ورد اليمين على المدعي هنا وهو المضمون له، وقد حلف اليمين المردودة، فيلزم الضامن حينئذٍ بدفع المائة كما هو واضح لأن الدعوى عليه.

(١) والمراد منه هو الدين الزائد.

(٢) فاعله هو الضمير العائد إلى المضمون له، والضمير في قوله «عليه» يرجع إلى «ما» الموصولة. أي ثبت في عهدة الضامن ما حلف عليه المضمون له.

عدم اشتراط علم الضامن بالغريم

(٣) المشار إليه في قوله «كذا» هو عدم اشتراط علم الضامن بمقدار الحقّ المضمون.

(٤) الضمير في قوله «علمه» يرجع إلى الضامن. يعني ومثل عدم اشتراط علم الضامن بمقدار الحقّ المضمون هو عدم اشتراط علمه بالمضمون عنه، وهو المديون.

(٥) الضمير في قوله «لأنّه» يرجع إلى الضمان.

(٦) الضمير في قوله «عنه» يرجع إلى المضمون عنه.

(٧) يعني أنّ وفاء الدين جائز عن كلّ مديون، سواء علم به الضامن أم لا.

(٨) الضمير في قوله «به» يرجع إلى الغريم. يعني يمكن أن يريد المصنّف (رحمه الله) من قوله «الغريم» المعنى الأعمّ الشامل للمضمون عنه والمضمون له. بناءً على كون المستحق مبنياً للمجهول.

(٩) الضمير في قوله «به» يرجع إلى الغريم. يعني يمكن أن يريد المصنّف من قوله «ولا بالغريم» الإحاطة بمعرفة حال الغريم من حيث النسب والأوصاف.

وحاصل المعنى هو أنّه لا يشترط في صحّة الضمان إحاطة علم الضامن بجميع نسب الغريم وأوصافه.

(١٠) تعليل لعدم لزوم علم الضامن بنسب المضمون عنه أو بوصف من أوصافه، =

إيفاؤه(١) **الدين، وذلك لا يتوقّف على معرفته**(٢) كذلك(٣)، **(بل تميّزهما)**(٤) أي المستحقّ(٥) والغريم.....

= لاستحباب كون المؤمن سهل القضاء سهل الاقتضاء، كما في الخبر: «المؤمن سهل القضاء وسهل الاقتضاء».

(١) يعني أنّ الغرض من الضمان هو إيفاء الضامن للدين الذي ثبت في ذمّة المضمون عنه، وذلك لا يتوقّف على معرفة الغريم به نسباً أو وصفاً.

(٢) الضمير في قوله «معرفته» يرجع إلى الغريم إن كان من قبيل إضافة المصدر إلى مفعوله أو إلى الضامن إن كان من قبيل إضافته إلى فاعله.

والمراد من الغريم هنا هو معناه الأعمّ الشامل للدائن والمديون.

(٣) المشار إليه في قوله «كذلك» هو خصوصيّات حال الغريم من نسب أو وصفه.

(٤) أي تميز المستحق والغريم، وعلى التفسير الأول للمستحق بكونه مبنياً للمعلوم على وزن اسم الفاعل وهو المضمون له، فيشترط تميز المضمون له والمضمون عنه، وعلى التفسير الثاني للمستحق بكونه منهياً للمجهول على وزن اسم المفعول وهو الحق المضمون، فيشترط تميز الحق والمضمون عنه والمضمون له، لأن الغريم أعم منهما كما تقدم، واعتبار تميز الحق والمضمون عنه والمضمون له ناشئ من أن الضمان عقدٌ فلا بُدّ من القصد فيه، والقصد المذكور متوقف على قصد الحقّ لأنه لا بد من قصد أدائه، ومتوقف على قصد المضمون له لأنه لا بد أن يقصد إيفائه، ومتوقف على قصد المضمون عنه ليتمكن من قصد عمن عليه الدين عند الإيفاء.

وفيه كما في المسالك: إن المعتبر هو القصد إلى الضمان، والقصد هو الالتزام بالمال الذي يذكره المضمون له مثلاً في الذمة، وذلك غير متوقف على معرفة من عليه الدين الذي هو المضمون عنه فلو قال شخص: إني أستحقّ في ذمة شخص مائة درهم فقال له الآخر: ضمنتها لك، كان قاصداً إلى الضمان مع عدم معرفة المضمون عنه.

(٥) المراد من «المستحقّ» إمّا المضمون له إن قرئ بصيغة اسم الفاعل، وإمّا الحقّ الذي يضمنه الضامن إن قرئ بصيغة اسم المفعول.

ولا يخفى أنّ تفصيل ما ذكره الشارع (رحمه الله) بقوله «أمّا الحقّ... إلخ» يقتضي= إرادة الحقّ من المستحقّ بصيغة اسم المفعول، فيكون حاصل معنى العبارة هكذا: لا

ليمكن[١] توجّه القصد إليهما[٢]، أمّا الحقّ[٣] فليمكن أداؤه، وأمّا المضمون له فليمكن إيفاؤه، وأمّا المضمون عنه فليمكن القصد إليه.

ويشكل بأنّ المعتبر القصد إلى الضمان، وهو التزام المال الذي يذكره المضمون له[٤]، وذلك[٥] غير متوقّف على معرفة من عليه الدَين، فلو قال[٦] شخص: إنّي أستحقّ في ذمّة آخر مائة درهم مثلاً، فقال آخر[٧]: ضمنتها لك كان قاصداً إلى عقد الضمان عمّن كان عليه الدين مطلقاً[٨]، ولا دليل على اعتبار العلم بخصوصه[٩].

= يشترط علم الضامن بالحقّ الذي ثبت في ذمّة المضمون عنه ولا علمه بمعرفته المضمون عنه ولا المضمون له، بل إنّما يشترط تمييز الثلاثة، فيكون مرجع الضمير في قوله «تميّزهما» هو المستحقّ – بصيغة اسم المفعول – والغريم الشامل للمديون والدائن.

(١) تعليل لاشتراط تمييز الثلاثة المذكورة.

(٢) الضمير في قوله «إليهما» يرجع إلى المستحقّ – بصيغة اسم المفعول – وإلى الغريم الشامل للدائن والمديون.

(٣) تفصيل لاشتراط تمييز الثلاثة.

(٤) وهو مالك الدين أعني الدائن.

(٥) المشار إليه في قوله «ذلك» هو قوله «هو التزام المال... إلخ». يعني أنّ التزام الضامن المال الذي يذكره المضمون له لا يتوقّف على معرفة المضمون عنه، وهو من عليه الدين.

(٦) مثال لصحّة الضمان في صورة عدم معرفة الضامن للمضمون عنه.

(٧) أي فقال الضامن: ضمنتها. والضمير الملفوظ في قوله «ضمنتها» يرجع إلى مائة درهم.

(٨) أي سواء كان المضمون عنه متميّزاً أم لا، وسواء كان الضامن عالماً به أم لا، وسواء أذن المضمون عنه له في الضمان أم لا.

(٩) الضمير في قوله «بخصوصه» يرجع إلى المضمون عنه.

(ولا بدّ له[١] من إيجاب وقبول) مخصوصين[٢]، لأنّه من العقود اللازمة

إيجاب الضمان

(١) الضمير في قوله «له» يرجع إلى الضمان. يعني لا بدّ في صحّة الضمان من العقد الشامل للإيجاب من قبل الضامن والقبول من قبل المضمون له.

(٢) وقع الخلاف بينهم في اشتراط رضا المضمون له في الضمان، والمشهور على الاشتراط، لأن حقه سيتحول من ذمة غريمه إلى ذمة الضامن، والناس تختلف في حُسن المعاملة وسهولة الاقتضاء، فربما كان المضمون له لا يرضى بإبدال غريمه بالضامن، فلو لم يعتبر رضاه للزم الضرر عليه، ولصحيح عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله (عليه السلام) (في رجل يموت وعليه دين، فيضمنه الضامن للغرماء، فقال (عليه السلام): إذا رضي به الغرماء فقد برئت ذمّة الميّت)[١].

وللشيخ قول بعدم الاشتراط لأن أمير المؤمنين (عليه السلام) وأبا قتادة قد ضمنا الدين ولم يسأل النبي (صلى الله عليه وآله) عن رضا المضمون له كما في خبري أبي سعيد الخدري وجابر بن عبدالله المتقدمين[٢].

وأجيب بأنهما قضية في واقعة لا عموم فيهما، أو أن غرماء الميت كانوا حاضرين وقد حصل منهم الرضا كما عن سيد الرياض.

ثم على القول باشتراط الرضا فهل المعتبر مجرد رضاه كيف اتفق ولو مع التراضي أو لا بدّ من القبول اللفظي قولان، ذهب إلى الأول فخر المحققين في الإيضاح والأردبيلي للخبرين المتقدمين المتضمنين لضمان أمير المؤمنين (عليه السلام) وأبي قتادة، باعتبار اكتفاء النبي (صلى الله عليه وآله) بضمانهما من دون قبول لفظي من غرماء الميت، ولأصالة عدم الاشتراط، ولمخالفة الضمان لغيره من العقود المملّكة، لأن الضمان لا يُثبت ملكاً جديداً وإنما يتوثق به الدين الذي كان مملوكاً للمضمون له.

وذهبت جماعة إلى القبول اللفظي لأن الضمان بعد اشتراط الرضا هو معاملة بين شخصين فهو عقد، فلا بدّ فيه من القبول اللفظي لأنه من العقود اللازمة، ولأصالة عدم انتقال حق المضمون له إلا أن يتحقق المزيل وهو القبول. =

(١) الوسائل الباب – ٢ – من أبواب الضمان حديث ١.

(٢) الوسائل الباب – ٣ – من أبواب الضمان حديث ٣ و٢.

الناقلة[١] للمال من ذمّة المضمون عنه إلى ذمّة الضامن.

(**والإيجاب**[٢] **ضمنت وتكفّلت**)، وتميّز[٣] عن مطلق الكفالة بجعل متعلّقها[٤] المال، (وتقبّلت وشبهه[٥]) من الألفاظ الدالّة عليه[٦] صريحاً.

(**ولو قال: مالُكَ عندي أو عليّ أو ما عليه**[٧] **عليّ فليس بصريح**)، لجواز إرادته أنّ للغريم[٨] تحت يده.....

= بل إذا كان الضمان من العقود اللازمة فيشترط فيه جميع ما اشترط في العقد اللازم من كون بلفظ الماضي واللفظ العربي وعدم الفصل بين الإيجاب والقبول.

وفيه: لو قلنا بكونه من العقود اللازمة فقد تقدم أنه يكفي في إيجابه وقبوله كل ما يدل على إنشائهما سواء كان اللفظ صريحاً أم لا، وسواء كان بالعربي وبالماضي أم لا، بل يصح إنشاؤه بالفعل والكتابة كما عليه العرف لصدق العقد على كل ذلك، هذا مع أن اشتراط رضا المضمون له كما هو الظاهر لا يستلزم كون الضمان عقداً، لأن الضمان تعهد بإيفاء الدين وغاية ما يستلزم الرضا وليس القبول.

(١) صفة ثانية للعقود. يعني أنّ عقد الضمان من العقود اللازمة التي توجب انتقال المال من ذمّة المضمون عنه إلى ذمّة الضامن.

(٢) يعني أن الإيجاب الذي يتحمّل الضامن هو أن يقول: ضمنت وما يلحق به.

(٣) فاعله هو الضمير العائد إلى الضمان. يعني أنّ الضمان يتميّز عن مطلق الكفالة بذكر امال في الضمان والنفس في الكفالة بأن يقول الضامن في مقام الإيجاب: ضمنت المال أو الدين الذي في ذمّة فلان.

(٤) الضمير في قوله «متعلّقها» يرجع إلى الكفالة. بمعنى أنّ الضامن يقول في مقام الإيجاب: تكفّلت المال الذي في ذمّة فلان.

(٥) بأن يقول «تعهّدت» دين فلان.

(٦) أي على الضمان.

(٧) الضمير في قوله «عليه» يرجع إلى الديون. يعني لو قال الضامن للمضمون له: إنّ ما على المديون عليّ لم يكن صريحاً في الضمان.

(٨) المراد من «الغريم» هو المضمون عنه، والضمير في قوله «يده» يرجع إلى الضامن.

مالاً[١]، وأنّه[٢] قادر على تخليصه، أو أنّ[٣] عليه السعي أو المساعدة ونحوه.

وقيل: إنّ «عليّ[٤]» ضمان، لاقتضاء «عليّ» الإلتزام[٥].

ومثله[٦] في ذمّتي، وهو متّجه.

أمّا ضمانه[٧] عليّ فكافٍ، لإنتفاء الإحتمال[٨]، مع تصريحه[٩] بالمال.

---

(١) لقوله الأول: لو قال: مالك عندي، فيحتمل أن يكون الضامن أراد إخبار المضمون له بأنه للغريم مال تحت يده فلا يكون منشئاً للضمان بالجملة المتقدمة.
أو أراد إخباره بأنه قادر على تخصيص ماله عند قوله: مالك عليّ، أو أراد إخباره بأنه عليه السعي في تحصيل ماله عند قوله: ما عليه عليّ.

(٢) فإنّ القول المذكور الصادر عن قائله ليس بصريح في الضمان، لأنّه يمكن أن يريد به أنّ للمديون عنده مالاً يمكنه تخليصه منه.

(٣) فقول الضامن: مالك عندي أو عليّ يمكن أن يريد بهذا القول السعي أو المساعدة على تحصيل حقّ الدائن من المديون، فلا يدلّ على الضمان الذي هو التعهّد للمال في ذمّته.

(٤) أي لو قال الضامن: مالك عليّ أو ما عليه عليّ فهو ضمان لما في ذمّة المضمون عنه. لكون ظاهره الالتزام لا الإخبار، ولم أجد من قال به.

(٥) يعني أنّ لفظ «علي» يدلّ على التعهّد والالتزام.

(٦) الضمير في قوله «مثله» يرجع إلى لفظ «عليّ». يعني ومثل لفظ «عليّ» قول الضامن: «في ذمّتي» في الدلالة على الالتزام الذي هو الضمان، لا الإخبار.

(٧) يعني لو قال الضامن: ضمانه عليّ فهو يكفي في صحّة الضمان. لأنه نص في الضمان من دون احتمال الإخبار.

(٨) أي لانتفاء الاحتمالات المتقدّمة في هذا القول الأخير.

(٩) يعني أنّ كفاية قوله: ضمانه عليّ إنّما هو في صورة تصريح الضامن بالمال بأن يقول: ضمان ماله عليّ، فلو لم يصرّح بلفظ المال لم يكف ذلك في صحّة عقد الضمان، لأنّه يمكن أن يريد بقوله: ضمانه عليّ ضمان نفسه، فيكون كفالةً لا ضماناً.

(**فيقبل المستحق**[١])، وهو المضمون له.

(**وقيل: يكفي رضاه**[٢]) بالضمان وإن لم يصرّح بالقبول، لأنّ حقّه[٣] يتحوّل من ذمّة إلى أُخرى، والناس يختلفون في حسن المعاملة وسهولة القضاء[٤]، فلا بدّ من رضاه[٥] به، ولكن لا يعتبر القبول[٦]، للأصل[٧]، لأنّه[٨] وفاء دين.

والأقوى الأوّل[٩]، لأنّه عقد لازم، فلا بدّ له من إيجاب وقبول لفظيّين

قبول الضمان

(١) أي يقبل الدائن المضمون له الذي هو صاحب الحقّ انتقاله من ذمّة المديون إلى ذمّة الضامن.

(٢) يعني قال بعض بكفاية رضى المضمون له بلا حاجة إلى التلفّظ بالقبول.

(٣) هذا تعليل للزوم رضى المضمون له بأنّ حقّه الذي في ذمّة المديون ينتقل من ذمّة المديون إلى ذمّة الضامن، والناس يختلفون في حسن المعاملة وعدمه، فله أن يرضى به أم لا.

(٤) يعني أنّ الناس يختلفون في سهولة قضاء الدين وعدمها، ولعلّ المديون يكون أسهل قضاءً بالنسبة إلى الضامن الذي ينتقل الحقّ إلى ذمّته، فعسى أن لا يرضى الدائن بذلك.

(٥) الضمير في قوله «رضاه» يرجع إلى المستحقّ أعني صاحب الدين، وفي قوله «به» يرجع إلى تحوّل الحقّ من ذمّة إلى ذمّة أُخرى.

(٦) يعني يعتبر رضى المضمون له في صحّة الضمان، لكن لا يعتبر تلفّظه بالقبول، والقائل بذلك هو فخر المحقّقين (رحمه الله) في الإيضاح والمحقّق الأردبيليّ (رحمه الله).

(٧) يعني أنّ الأصل هو عدم اشتراط التلفّظ بالقبول.

(٨) الضمير في قوله «لأنّه» يرجع إلى الضمان. وهذا تعليل لاستناده إلى الأصل في عدم اشتراط القبول اللفظيّ في الضمان. يعني أنّ الضمان وفاء دين، فالأصل عدم اشتراط القبول اللفظيّ فيه.

(٩) المراد من «الأوّل» هو القول باحتياج الضمان إلى قبول لفظيّ وعدم كفاية الرضى المجرّد عنه.

صريحين متطابقين[١] عربيّين، فعلى ما اختاره من اشتراطه يعتبر فيه ما يعتبر في العقود اللازمة[٢].

وعلى القول الآخر[٣] **(فلا يشترط فوريّة القبول)**، للأصل[٤] وحصول الغرض.

وقيل: لا يشترط رضاه مطلقاً[٥]، لما روي[٦] من ضمان عليّ (ع) دين الميّت الذي امتنع النبيّ (ص) من الصلاة عليه، لمكان دينه[٧].

(ولا عبرة بالغريم[٨])، وهو المضمون عنه لما ذكرناه من أنّه وفاء.....

---

(١) المراد إمّا تطابقهما في الماضويّة أو في الفوريّة والاتصّال بينهما.

(٢) مثل الماضويّة والعربيّة والفوريّة والاقتصار على الألفاظ المعيّنة.

(٣) هو وكفاية رضى المضمون له في صحّة الضمان.

(٤) يعني أنّ الأصل هو عدم اشتراط الفوريّة وأنّ الغرض من الضمان – وهو أداء دين المديون – يحصل بذلك.

(٥) كما هو قول الشيخ وقد تقدم، والإطلاق للفظ والقلب.

(٦) وهو خبر الخدري المتقدم وفيه قال: كنّا مع رسول الله (صلى الله عليه وآله) في جنازة، فلمّا وضعت قال: هل على صاحبكم من دين؟ قالوا: نعم درهمان، فقال: صلّوا على صاحبكم، فقال عليّ (عليه السلام): هما عليّ يا رسول الله وأنا لهما ضامن، فقام رسول الله (صلى الله عليه وآله) فصلّى عليه، ثمّ أقبل على عليّ (عليه السلام) فقال: جزاك الله عن الإسلام خيراً، وفكّ رهانك كما فككت رهان أخيك.

(٧) الضمير في قوله «دينه» يرجع إلى الميّت، والجارّوالمجرور في قوله «لمكان دينه» يتعلّقان بقوله «امتنع».

عدم اعتبار رضى الغريم

(٨) أي لا يشترط رضى الغريم – وهو المضمون عنه – في صحّة الضمان. بلا خلاف فيه، =

عنه[١]، وهو غير متوقّف على إذنه[٢].

(نعم، لا يرجع[٣] عليه مع عدم إذنه) في الضمان وإن أذن[٤] في الأداء، لأنّه[٥] متبرّع، والضمان[٦] هو الناقل للمال من الذمّة.

(ولو أذن له[٧]) في الضمان **(رجع[٨])** عليه **(بأقلّ الأمرين ممّا أدّاه ومن الحقّ)**

= لأن الضمان كالقضاء فكما يجوز أداء الدين بغير إذنه فكذا الالتزام بأداء الدين بالضمان، ولصحة الضمان عن الميت في الخبرين[١] اللذين تضمنا ضمان أمير المؤمنين (عليه السلام) وأبي قتادة.

(١) الضمير في قوله «عنه» يرجع إلى المضمون عنه. يعني أنّ عدم اشتراط رضى المديون في صحّة الضمان إنّما هو لكون الضمان وفاء دين عنه، وهو لا يتوقّف على رضاه.

(٢) الضمير في قوله «إذنه» يرجع إلى المضمون عنه.

(٣) فاعله هو الضمير الراجع إلى الضامن. يعني إذا ضمن الضامن بدون إذن المديون ورضاه لم يجز له أن يرجع عليه ويطالبه بما ضمنه وأدّاه.

ويرجع الضامن على المضمون منه بما أداه إن كان الضمان بإذنه، بلا خلاف فيه، لأن الضامن هنا غير متبرع فماله محترم فيجوز له الرجوع لمكان الإذن، ولو كان الضمان بغير إذن المضمون عنه لا يرجع وإن كان الأداء بإذنه بلا خلاف فيه لأنه متبرع بالضمان لا يجوز له الرجوع، والإذن بالأداء ليس إذناً بأصل الضمان.

(٤) أي وإن أذن المديون المضمون عنه في أداء الدين.

(٥) أي لأن الضامن يتبرّع بما يعطيه بلا استحقاق عوض يعطيه المديون.

(٦) يعني لو أذن المديون في الضمان جاز للضامن أن يرجع على المضمون عنه، لكون الضمان ناقلاً من ذمّة إلى أُخرى.

(٧) الضمير في قوله «له» يرجع إلى الضامن.

(٨) فاعله هو الضمير العائد إلى الضامن، والضمير في قوله «عليه» يرجع إلى المديون. يعني إذا أذن المديون في ضمان الضامن وأدّى الضامن المال إلى الدائن رجع عليه=

(١) الوسائل الباب – ٣ – من أبواب الضمان حديث ٢ و٣.

فإن أدّى[١] أزيد منه كان متبرّعاً بالزائد، وإن أدّى[٢] أقلّ لم يرجع بغيره[٣]، سواء أسقط[٤] الزائد عنه بصلح أم إبراء.

ولو وهبه[٥] بعد ما.....

= وطالبه بأقلّ الأمرين من مال أداه إلى الدائن ومن حقّ للدائن على ذمّة المضمون عنه.
أما لو كان الحق المضمون أقل من الذي دفعه، بحيث دفع الضامن أكثر منه وقت الأداء فلا يستحق الزائد على المضمون عنه لأنه متبرع، ولم يقع إذن من المضمون عنه بالزائد، وإنما الإذن في أصل الضمان بمقدار الحق.
وأما لو كان الذي دفعه أقل من الحق المضمون عنه بحيث وقع الضامن أقل منه، فلا يرجع إلا بما دفع للأخبار:
منها: خبر عمرو بن يزيد عن أبي عبدالله (عليه السلام) (عن رجل ضمن عن رجل ضماناً ثم صالح عليه، قال (عليه السلام): ليس له إلا الذي صالح عليه)[١]، وقال الشارح في المسالك: (ولا فرق عندنا في رجوعه – أي الضامن – بالبعض الذي أدّاه بين كون الزائد سقط عنه بإبراء المضمون له وغيره، خلافاً لبعض العامة حيث جوّز له الرجوع بالجميع لو أُبرئ منه أو من بعضه، لأنه هبة ومسامحة من رب الدين للضامن خاصة) انتهى.

(١) تفصيل لرجوع الضامن بأقلّ الأمرين بأنّه لو أدّى أزيد ممّا هو للدائن على ذمّة المديون كان متبرّعاً بالنسبة إلى الزائد.

(٢) أي إن أدّى الضامن أقلّ من الحقّ الذي هو للدائن على ذمّة المديون لم يجز له أن يرجع على المضمون عنه بغير ما أدّى.

(٣) الضمير في قوله «بغيره» يرجع إلى الأقلّ.

(٤) فاعله هو الضمير العائد إلى المضمون له. يعني لا فرق في عدم جواز رجوع الضامن على المضمون عنه بغير ما أدّاه وكان أقلّ الأمرين بين كون الدائن مسقطاً للزائد عن الحقّ بالمصالحة وبين كونه كذلك بإبراء ذمّة المديون من القدر الزائد.

(٥) فاعله هو الضمير العائد إلى المضمون له، وهو الدائن والضمير الملفوظ يرجع إلى =

(١) الوسائل الباب – ٦ – من كتاب الضمان حديث ١.

أدّى[١] الجميع[٢] البعض[٣] أو الجميع[٤] جاز رجوعه[٥] به.

ولو أدّى عرضاً[٦] رجع بأقلّ الأمرين من قيمته[٧] ومن الحقّ، سواء رضي

= المضمون عنه، وهو المديون. يعني لو وهب الدائنُ المديونَ بعض ما أدّاه الضامن أو جميعه والحال أنّ الضامن قد أدّى الجميع جاز للضامن الرجوع على المضمون له، لأنّ هبته بعد التأدية لا تمنع من الرجوع.

(١) فاعله هو الضمير الراجع إلى الضامن.

(٢) أي أدّى الضامن جميع ما هو في ذمّة المديون.

(٣) أي وهب الدائن بعض ما هو في ذمّة المديون، وهذا مفعول ثانٍ لقوله «وهبه».

(٤) مفعول ثانٍ آخر لقوله «وهبه». فلو أدى الضامن جميع ما عليه ثم وهبه المضمون له جميع ما قدمه أو بعضه جاز للضامن أن يرجع بجميع ما دفع لصدق الأداء، والهبة فيما بعدُ لا مدخلية لها في صدق الأوامر وعدمه.

(٥) الضمير في قوله «رجوعه» يرجع إلى الضامن، وفي قوله «به» يرجع إلى قوله «الجميع».

(٦) لو أدى الضامن عرضاً من متاع وغيره في مقام الأداء أيضاً يرجع بأقل الأمرين من قيمة العرض ومن الدين، بلا فرق بين أن يكون قد رضي المضمون له بالعرض عن دينه بغير عقد، وبين أن يصالحه الضامن بالعرض عن دينه، فلو كان الثوب يساوي مائة، وقد صالحه به على الدين المساوي لمائتين لم يرجع إلا بقيمة الثوب.

والعَرْض: المتاع، و- كلّ شيء سوى النقدين أي الدراهم والدنانير، قالوا: الدراهم والدنانير عين وما سواهما عَرْض، ج عُرُوض (أقرب الموارد).

(٧) الضمير في قوله «قيمته» يرجع إلى العرض. وهذا بيان لأقلّ الأمرين. يعني إذا أدّى الضامن عن المضمون عنه متاعاً إلى المضمون له من جهة الحقّ الذي هو في ذمّة المضمون عنه رجع عليه بأقلّ الأمرين من قيمة المتاع ومن الحقّ، فلو كان على ذمّة المضمون عنه خمسون ديناراً مثلاً ديناً فأدّى الضامن ثوباً رجع على المضمون عنه بالأقلّ من قيمة الثوب ومن الخمسين.

المضمون له به[١] عن الحقّ من غير عقد أو بصلح.

(ويشترط فيه) أي في الضامن **(الملاءة[٢])** بأن يكون مالكاً لما يوفي به[٣]

(١) الضمير في قوله «به» يرجع إلى المتاع. يعني لا فرق في رضى الدائن بالمتاع عن الحقّ بين أن يكون بلا عقد وبين أن يكون بعقد صلح.

اشتراط ملاءة الضامن أو علم المضمون له

(٢) يشترط في الضامن الملاءة وهو شرط في لزوم الضمان، لأن الضمان عقد لازم بين المضمون له والضامن، أما الضامن فلا يجوز له الفسخ لعموم الوفاء بالعقود، ولأن فيه تضييع حق المضمون له، لأنه إذا فسخ لا يمكن للمضمون له الرجوع عليه للفسخ ولا على المضمون عنه لانتقال الحق فمن ذمته بالضمان إلى ذمة الضامن.

وأما المضمون له فلا يجوز له الفسخ كذلك لعموم الوفاء بالعقود، ولأن الحق قد انتقل من ذمة المضمون منه إلى ذمة الضامن فكيف يجوز للمضمون له الفسخ والرجوع على المضمون عنه وقد برئت ذمته من الحق.

إذا تقرر ذلك فإن كان الضامن مليّاً وقت الضمان أو علم المضمون له بإعساره ورضي به لزم الضمان على المضمون له بلا خلاف فيه لما تقدم من الأدلة على اللزوم، وأما لو كان الضامن معسراً وقت الضمان ولم يعلم بذلك المضمون له كان للمضمون له فسخ الضمان والعود على المضمون عنه لأن الضمان عقد مبني على تسهيل الأمر والقصد منه استيفاء الدين من الضامن، وإنما يكون الاستيفاء إذا كان الضامن موسراً، ولما كانت طبيعة الضمان ما ذكرناه وأقدم المضمون له على الرضا به بما له من المعنى المذكور فيكون إيسار الضامن شرطاً ضمنياً في العقد، وعليه فإذا تبين فيما بعدُ أن الشرط المذكور لم يكن متحققاً ثبت له خيار الفسخ.

هذا واشتراط اليسار ابتدائي وليس استدامة، لأن الشرط الضمني معتبر وقت الضمان فقط وقد تحقق بحسب الفرض.

والملاءة: الغنى والقدرة.، المليء: هو الغنيّ المقتدر.

(٣) الضمير في قوله «به» يرجع إلى «ما» الموصولة في قوله «لما يوفي». يعني يشترط في الضامن غناه واقتداره على ما يوفي به حقّ المضمون له.

الحقّ المضمون فاضلاً عن المستثنيات[١] في وفاء الدين، (**أو علم**[٣] **المستحقّ بإعساره**[٢]) حين الضمان، فلو لم يعلم به حتّى ضمن تخيّر المضمون له في الفسخ[٤].

وإنّما تعتبر الملاءة في الابتداء لا الاستدامة، فلو تجدّد إعساره[٥] بعد الضمان لم يكن له الفسخ، لتحقّق الشرط[٦] حالته.

وكما لا يقدح تجدّد إعساره فكذا تعذّر[٧] الاستيفاء منه بوجه آخر[٨].

(**ويجوز الضمان حالاً**[٩] .....

(١) وقد تقدّم ذكر مستثنيات الدين في كتاب الدين في ما سبق في قوله «ولا تباع داره ولا خادمه ولا ثياب تجمّله».

(٢) عطف على قوله «الملاءة». يعني يشترط في صحّة ضمان الضامن إمّا ملاءته أو علم المضمون له بكون الضامن معسراً ورضاه مع ذلك بالضمان.

(٣) الضمير في قوله «بإعساره» يرجع إلى الضامن.

(٤) أي فسخ عقد الضمان.

(٥) بأن عرض الإعسار للضامن بعد الضمان، فلا يجوز الفسخ حينئذٍ للمضمون له.

(٦) وهو تمكّن الضامن من أداء الدين. والضمير في قوله «حالته» يرجع إلى الضمان.

(٧) أي وكذا لا يقدح في صحّة الضمان تعذّر استيفاء الحقّ من الضامن لا من جهة إعساره، بل لمانع آخر.

(٨) أي وكذلك لو تعذر الاستيفاء من الضامن لوجهٍ غير وجه الإعسار، وهو ما لو مات أو فرّ أو استعان بظالم، فعقد الضمان لازم لتحقق شرطه وقت الضمان فلا يجوز للمضمون له الفسخ حينئذٍ.

جواز كون الضمان حالاً ومؤجّلاً

(٩) وهو ما إذا ضمن الضامن أداء دين المضمون عنه بلا تأجيل. فالضامن تارة يضمن ديناً مؤجلاً وأُخرى ديناً حالاً، وعلى التقديرين إما أن يكون ضمانه حالاً بأن يدفع الآن=

ومؤجّلاً(١) **عن حالّ**(٢) **ومؤجّل**(٣) سواء(٤) تساوى المؤجّلان(٥) في الأجل أم تفاوتا(٦)،.....

= وإما أن يكون مؤجلاً بأن يؤدي بعد مدة فالصور أربعة، أن يكون الدين حالاً والضمان حال، وأن يكون الدين حالاً والضمان مؤجل، وأن يكون الدين مؤجلاً والضمال حال، وأن يكون الدين مؤجلاً والضمان مؤجل.

والصورة الرابعة إما أن يكون الأجل في الضمان مساوياً للأجل في الدين أو أزيد أو أنقص فالصور ستة، وعلى التقادير الستة إما أن يكون الضمان تبرعاً أو بسؤال المضمون عنه.

والصورة الرابعة بشقوقها الثلاثة جائزة بالاتفاق للعمومات السالمة عن المعارض، والصور الثلاثة الأول أيضاً جائزة لنفس هذه العمومات، نعم نُسب الخلاف إلى المقنعة والنهاية بأن الضمان يشترط بأجل وأوّلت عبارتهما بما لا يخالف، ولذا قال في المسالك: (وكلها – أي الصور – جائزة على الأقوى إلا أن موضع الخلاف فيها غير مُحرّر) انتهى.

(١) وهو ما إذا ضمن الضامن أداء الدين بعد مدّة.

(٢) وهو ما إذا كان الدين على ذمّة المديون حالاً.

(٣) وهو ما إذا كان الدين على ذمّة المديون مُؤجّلاً.

ولا يخفى أنّ في المقام أربع صور:

الأُولى: كون الدين حالاً والضمان مؤجلاً.

الثانية: كون الدين حالاً والضمان حالاً.

الثالثة: كون الدين مؤجّلاً والضمان حالاً.

الرابعة: كون الدين مؤجّلاً والضمان مؤجّلاً.

(٤) هذا الإطلاق ناظر إلى الصورة الأخيرة من الصور الأربع المشار إليها في الهامش السابق.

(٥) المراد من «المؤجّلان» هو الدين والضمان.

(٦) يعني لا فرق في صحّة الضمان بين تساوي أجلي الدين والضمان – بأن كان مدّة الدين والضمان شهراً – وبين عدمه، وهو ما إذا كانت المدّة متفاوتة بأن كان الدين مؤجّلاً=

للأصل[١].

ثمّ إن كان الدين حالاً[٢] رجع مع الأداء مطلقاً[٣]، وإن كان[٤] مؤجّلاً فلا رجوع عليه[٥] إلاّ بعد حلوله[٦] وأدائه مطلقاً[٧].

(والمال المضمون ما جاز أخذ الرهن عليه)[٨] .....

= إلى شهر وكان الضمان موقّتاً إلى شهرين.

(١) يعني أنّ الأصل هو عدم اشتراط التساوي في صحّة الضمان.

(٢) إن كان الدين حالاً فالضامن لا يرجع على المضمون عنه إلا بعد الأداء سواء كان الأداء حالاً لأن الضمان حال، أو كان مؤجلاً لأن الضمان مؤجل، بلا خلاف فيه ولا إشكال، لأن رجوع الضامن على المضمون عنه لا يكون إلا بعد اشتغال ذمة المضمون عنه للضامن بالمال، ولا تشتغل إلا بأداء الضامن للدين.

(٣) أي سواء كان الضمان حالاً أم مؤجّلاً.

(٤) اسم «كان» هو الضمير العائد إلى الدين. يعني إن كان الدين مؤجّلاً وكان أجله شهرين مثلاً وأدّاه الضامن قبل حلول الأجل لم يجز له الرجوع على المديون إلاّ بعد انقضاء شهرين.

(٥) الضمير في قوله «عليه» يرجع إلى المديون. أي وإن كان الدين مؤجلاً فلا رجوع للضامن حينئذ إلا إذا حل الأجل وقد أدى الدين، والوجه أنه إذا كان الدين مؤجلاً وضمن مؤجلاً فواضح، فلا تشتغل ذمة المضمون عنه إلا بعد الأداء، والأداء بحسب الفرض إنما يكون بعد أجل الضمان.

وإذا كان الدين مؤجلاً والضمان حال فذمة المضمون عنه لا تشتغل بمجرد الأداء، لأن دينه مؤجل، والحلول بالنسبة إلى الضامن إنما هو تبرع له من قبل المضمون له فلا يسري إلى المضمون عنه.

(٦) الضميران في قوليه «حلوله» و«أدائه» يرجعان إلى الدين. أي بعد حلول أجل الدين وبعد أدائه.

(٧) أي سواء كان الضمان حالاً أم مؤجّلاً.

القول في المال المضمون

(٨) عُرّف المال المضمون عند الفقهاء بأنه كل مال ثابت في الذمة، وهذا التعريف متضمن=

وهو[١] المال الثابت في الذمّة وإن كان متزلزلاً[٢].

(ولو ضمن[٣] للمشتري عهدة الثمن) أي.....

= للمالية وللثبوت في الذمة، أما الأول فلا إشكال فيه ولا خلاف، وأما الثاني فيشمل ما لو كان ثبوته في الذمة ثبوتاً مستقراً أو غير مستقر كالثمن في مدة الخيار والمهر قبل الدخول، وهما ثابتان في ذمة المشتري والزوج ثبوتاً فتزلزلاً، وهذا الشرط الثاني في القدر المتيقن من أدلة الضمان، ولأن انتقال الدين من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن بالضمان فرع ثبوته في ذمة المضمون عنه،و وإلا فلو لم يكن ثابتاً فكيف ينتقل.

والشهيد هنا في اللمعة عرّفه بأن ما جاز أخذ الرهن عليه، ولا تنافي بين التعريفين لأن ما يجوز أخذ الرهن عليه هو المال الثابت في الذمة كما تقدم في كتاب الرهن وعلى كلٍ فلو ضمن ما لم يجب في الذمة كأن يقول: مهما أعطيت فلاناً فهو عليّ، لم يصح لأنه ضمانٌ لمال غير ثابت في الذمة.

(١) الضمير في قوله «وهو» يرجع إلى «ما» الموصولة في قوله «ما جاز». يعني أنّ المال الذي يجوز ضمانه هو ما ثبت في ذمّة المضمون عنه ولو كان متزلزلاً، ويجوز أن يؤخذ عليه الرهن.

(٢) كما هو الحال في البيع الخياريّ.

(٣) فاعله هو الضمير العائد إلى الضامن. يعني لو ضمن الضامن للمشتري ردّ الثمن – إذا احتيج إلى ردّه – صحّ الضمان، ولزم على الضامن ردّ الثمن إذا ظهر بطلان البيع الواقع عليه.

وهو المُعبّر عنه بضمان العهدة وضمان الدَرَك والدرك التبعة كما في الصحاح، وقيل: سُمي ضمان الدرك لالتزامه الغرامة عنه إدراك المستحق عين ماله، وفي التذكرة: (سُمي ضمان العهدة لالتزام الضامن ما في عهدة البائع رده)، وذلك فيما لو وقع البيع على عين مخصوصة وقد دفع المشتري الثمن، فلو تبين أن المبيع مستحق للغير ولم يُجز المالك العقد الفضولي فيبطل البيع من رأس ويُردّ المبيع إلى مالكه، ويطالب المشتري البائع بالثمن المدفوع فيصح ضمان الثمن للمشتري من حين البيع حينئذٍ، لأنه مال للمشتري ثبت له في ذمة البائع من حين العقد، وكذا يجري الكلام فيما لو =

دركه[١] على تقدير الاحتياج إلى ردّه (**لزمه**) ضمانه (**في كلّ موضع يبطل فيه البيع من رأس**[٢] **كالاستحقاق**[٣]) للمبيع المعيّن، ولم يُجز المالك البيع أو أجازه[٤] ولم يُجز قبض البائع الثمن[٥].

= وقع البيع على الثمن المخصوص فيصح الضمان للبائع عن عهدة المثمن.

إيضاح: إنّ المضمون له في الفرض هو المشتري، والمضمون عنه هو البائع، والمال المضمون هو الثمن الواقع عليه البيع المنعقد بين البائع والمشتري، وفي الضمان كذلك يلزم الضامنَ ردّ الثمن إلى المشتري في كلّ موضع يبطل فيه من رأس، وهذا يتمّ في فرض بطلان نفس البيع، لكن لو أُبطل البيع بالإقالة أو بالخيار أو بغير ذلك لم يضمن الضامن الثمن، كما سيأتي، لعدم اشتغال ذمّة البائع بالثمن في صورة إبطال البيع، فلا معنى لانتقال الحقّ من ذمّة إلى أُخرى، بخلاف كونه باطلاً من الأصل.

(١) الضمير في قوله «دركه» يرجع إلى الثمن.

الدَّرَك: التبعة ومنه قولهم: «ما لحقك من دَرَك فعليّ خلاصه أي تبعته (المنجد).

والمراد من ضمان المشتري الدرك هنا هو جبران الثمن.

(٢) يعني أنّ لزوم درك الثمن للضامن إنّما هو فيما إذا ظهر البيع باطلاً من رأس لا فيما إذا عرض للبيع البطلان بالإقالة أو الفسخ.

(٣) مثال لبطلان البيع من رأس. والمراد من «الاستحقاق» هو خروج المبيع مال الغير، فإذا باع البائع مبيعاً معيّناً مثل ثوب معيّن فخرج كون الثوب مال الغير بطل إذاً البيع من رأس إذا لم يجز البيعَ الواقع مالك الثوب، فلو أجازه كان صحيحاً، كما هو الحال في سائر موارد بيع الفضوليّ إذا أجازه المالك.

(٤) فاعله هو الضمير العائد إلى المالك، والضمير الملفوظ يرجع إلى البيع. وهذا شقّ آخر لبطلان البيع المذكور، وهو فرض ما أجاز فيه المالك البيع، لكن لم يجز قبض البائع للثمن، ففيه أيضاً يبطل البيع من رأس.

(٥) بحيث أجاز المالك العقد الفضولي الواقع على ماله المعيّن ولم يُجز ما وقع من قبض البائع للثمن بل يريد قبضه بيده فكذلك هو لم يجز البيع الواقع بل المعيّن لأن قبض البائع للثمن من مستلزمات البيع المذكور فلو لم يُجز لازمه فهو عدم إجازة للبيع بجميع لوازمه، فيبطل من رأس. =

ومثله[١] تبيُّن خلل[٢] في البيع اقتضى فساده[٣] من رأس كتخلّف شرط[٤] أو اقتران[٥] شرط فاسد لا ما[٦] تجدّد فيه البطلان كالفسخ بالتقايل والمجلس[٧] والحيوان والشرط وتلف[٨] المبيع قبل القبض، لعدم اشتغال ذمّة المضمون عنه[٩] حين الضمان على تقدير.....

---

(١) الضمير في قوله «مثله» يرجع إلى الاستحقاق. يعني ومثل خروج المبيع مال الغير في عدم صحّة البيع وكذا عدم صحّة ضمان الضامن درك الثمن هو ظهور خلل في عقد البيع موجب لبطلان البيع من رأس.

(٢) سيذكر الشارح (رحمه الله) أمثلة للخلل الموجب لبطلان البيع من رأس في قوله «كتخلّف شرط... إلخ».

(٣) الضمير في قوله «فساده» يرجع إلى المبيع.

(٤) كما إذا شرطا وصفاً في المبيع أو في الثمن وتخلّف فإذاً يحكم ببطلان البيع من رأس.

(٥) كما إذا اقترن بعقد البيع شرط يوجب فساده، مثل اشتراط شرب الخمر في عقد البيع.

(٦) وهذا ناظر إلى قول المصنّف (رحمه الله) «لزمه في كلّ موضع يبطل فيه البيع من رأس». يعني فلو لم يبطل البيع من رأس، بل عرض له البطلان من قبل المتعاقدين لم يلزم الضامنَ ضمان الثمن وعهدته.

(٧) أي كالفسخ بخيار المجلس وخيار الحيوان وخيار الشرط، ففي هذه الصور لا يكون البيع باطلاً من رأس.

(٨) هذا مثال آخر لبطلان البيع لا من رأس، بل عرضاً، وهو ما إذا تلف المبيع قبل قبض المشتري.

(٩) والمراد من «المضمون عنه» هو البائع، فإنّه لم تشتغل ذمّته بالثمن حين الضمان، بخلاف ما لم يعلم بطلان البيع ظاهراً، لكن كان باطلاً من رأس في الواقع.
فلو كان الفسخ موجباً لفسخ العقد من حينه فلم يكن البيع حال الضمان فاسداً مع العلم أن الضمان قد وقع عند البيع، ومع عدم فساده عند الضمان فضمانه ضمان لما لم يجب فلا يصح.

طروء[١] الانفساخ، بخلاف الباطل من أصله ولو في نفس الأمر[٢].

(**ولو ضمن له**)[٣] أي للمشتري ضامن عن البائع[٤] (**درك ما يحدثه**) المشتري

(١) أي على تقدير عروض الانفساخ للبيع، وقد تقدّمت أمثلته.

(٢) أي ولو كان بطلان البيع في الواقع لا الظاهر، وهو خروج المبيع مستحقّاً للغير والإخلال بالبيع بقدر بعض شرائط الصحّة، كما تقدّم، ففيه تشتغل ذمّة البائع بالثمن، فيصحّ ضمانه.

ضمان درك ما يحدثه المشتري

(٣) لو اشترى المشتري أرضاً وأراد أن يضع فيها غرساً أو يبني بناءً فلو ظهرت الأرض مستحقة للغير فهل يجوز أن يضمن ضامن حال عقد البيع للمشتري على تقدير ظهور كونها مستحقة وأن المالك الأصلي أراد قلع ما غرسه المشتري أو بناه، فليضمن له التفاوت الحاصل في البناء والغرس بين قيمته ثابتاً وبين قيمته مقلوعاً.

قيل: لا يصح الضمان كما عن جماعة منهم المحقق بل ظاهرهم أنه المشهور، لأنّه ضمان ما لم يجب، لأن المشتري لم يجب له الأرش حال الضمان ضرورة عدم استحقاق المشتري ذلك على البائع قبل البناء والغرس ولا بعد البناء والغرس، وإنما يستحقه على البائع بعد القلع، فلو كان الضمان من حين البيع فهو ضمان ما لم يجب، وذهب بعض العامة – كما في المسالك – والشهيد في اللمعة إلى أن الضمان يصح، لأن سبب ضمان الأرش هو استحقاق الأرض لغير البائع وهو موجود حال البيع، والضمان مصاحب له زمناً.

فالأقوى عدم الصحة كما عليه المشهور، غايته أن غالبهم صرحوا بعدم الصحة سواء كان الضمان – من أجنبي أم من نفس البائع لوجود العلة من أنه ضمان ما لم يجب، وخالفهم المحقق في أن عدم صحة الضمان فيما لو كان من أجنبي، وأما لو كان من نفس البائع فيصح الضمان، لأن الأرش الذي يستحقه المشتري على البائع إنما يستحقه بنفس عقد البيع فالضمان منه يكون تأكيداً لما هو ثابت عليه.

(٤) لا يخفى أنّ الضامن في الفرض المذكور هو من يتعهّد درك ما يحدثه المشتري، والمضمون له هو المشتري، والمضمون عنه هو البائع.

في الأرض (من بناء[١] أو غرس) على تقدير ظهورها[٢] مستحقّة لغير البائع وقلعه[٣] لها أو أخذه[٤] أُجرة الأرض **(فالأقوى جوازه[٥])**، لوجود سبب الضمان حالة العقد، وهو[٦] كون الأرض مستحقّة للغير.

وقيل: لا يصحّ الضمان هنا، لأنّه ضمان ما لم يجب[٧]، لعدم استحقاق المشتري الأرض على البائع حينئذٍ[٨]، وإنّما استحقّه[٩] بعد القلع.

---

(١) مثل أن يضمن الضامن للمشتري ما يحدثه في الأرض المشتراة من البائع لو خرجت مستحقّةً للغير وأراد المالك تخريب البناء وقلع الغرس.

(٢) الضمير في قوله «ظهورها» يرجع إلى الأرض.

(٣) الضمير في قوله «قلعه» يرجع إلى المالك، وهذا القول مجرور بالعطف على قوله «ظهورها»، والضمير في قوله «لها» يرجع إلى البناء والغرس. أي على تقدير قلع المالك البناء والغرس.

– من حواشي الكتاب: ضمير «لها» باعتبار معناه الذي هو عبارة عن البناء والغرس و، وكلّ منهما جنس يجوز تأنيث ضميره (الحديقة).

(٤) أي على تقدير أخذ المالك أُجرة الأرض التي صارت مشتغلة ببناء المشتري وغرسه.

(٥) الضمير في قوله «جوازه» يرجع إلى الضمان. يعني أنّ الأقوى – في مقابل القول الآخر – هو جواز الضمان المذكور.

(٦) يعني أنّ سبب الضمان هو كون الأرض حال الضمان مالاً للغير، وهذا يوجب الخسارة المذكورة المتوجّهة إلى المشتري بفعل البائع، فيجوز ضمان ما هو في ذمّة البائع للمشتري.

(٧) فإنّه إذا لم يجب مال على ذمّة المضمون عنه لم يصحّ ضمانه، وفي المقام لا يستحقّ المشتري شيئاً على ذمّة البائع إلاّ بعد البناء والغرس وبعد قلع مالك الأرض للغرس وتخريبه للبناء، وهما لم يتحقّقا بعدُ.

(٨) أي حين عقد الضمان.

(٩) الضمير الملفوظ في قوله «استحقّه» يرجع إلى الأرش.

وقيل: إنّما يصحّ هذا الضمان من البائع[١]، لأنّه[٢] ثابت عليه بنفس العقد وإن لم يضمن[٣]، فيكون ضمانه[٤] تأكيداً.

وهو[٥] ضعيف لأنّه لا يلزم من ضمانه[٦] - لكونه بائعاً مسلّطاً[٧] على الانتفاع[٨] مجّاناً[٩] - ضمانه[١٠] بعقده مع عدم اجتماع.....

---

(١) يعني أنّ الضمان لأرش البناء والغرس اللذين يحدثهما المشتري في الأرض التي يشتريها من البائع، ثمّ تظهر الأرض مستحقّة للغير فيخرب البناء ويقلع الغرس لا يصحّ من غير البائع، بل يصحّ من نفس البائع، لأنّ الضمان كذلك متوجّه إلى ذمّة البائع بنفس العقد وإن لم يتعرّض له باللفظ، فلو ضمنه البائع لفظاً كان ذلك تأكيداً لما هو ثابت في الواقع.

(٢) الضمير في قوله «لأنّه» يرجع إلى الضمان، وفي قوله «عليه» يرجع إلى البائع.

(٣) فاعله هو الضمير العائد إلى البائع. أي وإن لم يضمن البائع لفظاً.

(٤) الضمير في قوله «ضمانه» يرجع إلى البائع. يعني أنّ تلفّظ البائع بضمان ما ذكر تأكيد لما يضمن بسبب عقد البيع.

(٥) يعني أنّ القول باختصاص صحّة الضمان في الفرض المذكور بنفس البائع ضعيف.

وحاصله أن البائع ضامن للأرش بعقد البيع لأنه قد سلّطة على البيع للانتفاع به مجاناً بعد دفع الثمن، فلو كان الانتفاع في المبيع موجباً لنقصان ماله أو بذل أجرة فيضمن البائع.

ولكن ضمانه بسبب البيع لا يستلزم ضمانه بعقد الضمان مع عدم اجتماع شرائط عقد الضمان، لأن من جملتها كونه ثابتاً حال الضمان والمفروض أن الأرش غير ثابت للمشتري على البائع من حين البيع وإنما يثبت بعد القلع فالأقوى عدم صحة الضمان.

(٦) الضمير في قوله «ضمانه» يرجع إلى البائع.

(٧) بصيغة اسم الفاعل. فإنّ البائع يسلّط على الانتفاع بالمبيع مجّاناً.

(٨) أي انتفاع المشتري.

(٩) منصوب على الحاليّة.

(١٠) بالرفع، فاعل لقوله «لا يلزم»، والضمير في قوله «بعقده» يرجع إلى الضمان. يعني أنّ =

شرائطه[١] التي من جملتها كونه[٢] ثابتاً حال الضمان.

وتظهر الفائدة[٣] فيما لو أسقط المشتري عنه[٤] حقّ الرجوع بسبب البيع، فيبقى له[٥] الرجوع بسبب الضمان لو قلنا بصحّته[٦]، كما لو كان له[٧] خياران فأسقط أحدهما.

ونظير ضمان غير البائع درك[٨] الغرس ضمانه[٩] عهدة المبيع لو ظهر معيباً،

= التعهّد الحاصل للبائع من عقد البيع لا يلزم منه الضمان الحاصل من صيغة الضمان.

(١) أي من جملة شرائط صحّة الضمان كون متعلّق الضمان ثابتاً حال عقد الضمان والحال أنّه لم تجتمع في الفرض المذكور شرائط الضمان، لعدم ثبوت أرش البناء والغرس في ذمّة البائع عند عقد الضمان.

(٢) الضمير في قوله «كونه» يرجع إلى ما يضمن.

(٣) يعني أنّ فائدة القول بأنّ الضمان لأرش البناء والغرس الحادثين من المشتري في الأرض المشتراة عند خروجها مستحقّة للغير هل هو بسبب عقد البيع أو بسبب عقد الضمان مستقلاً تظهر فيما يشير إليه الشارح (رحمه الله).

(٤) كما إذا أسقط المشتري عن البائع حقّ الرجوع عليه الحاصل من عقد البيع بالنسبة إلى الأرش الحاصل في الفرض المذكور.

(٥) أي فيبقى للمشتري حقّ الرجوع بالنسبة إلى الأرش المذكور بسب عقد الضمان.

(٦) الضمير في قوله «بصحّته» يرجع إلى الضمان.

(٧) أي كما إذا كان للمشتري خياران في البيع مثل خيار المجلس والحيوان، فإذا أسقط أحدهما بقي الآخر.

(٨) بالنصب، مفعول لقوله «ضمان الغير». يعني كما أنّ الأقوى في ضمان الغير أرش الأبنية والغرس للمشتري إذا ظهرت الأرض مستحقّة للغير هو الجواز كذلك الأقوى في ضمان الغير للمشتري الأرش الحاصل بظهور المبيع معيباً هو الجواز أيضاً، لأنّ الأرش جزء من الثمن ثابت حين الضمان.

(٩) أي ضمان غير البائع، فكما وقع الخلاف في الضمان للمشتري لدَرَك الغرس كذلك وقع الخلاف في ضمان عهدة المبيع، وذلك لو اشترى إنسان عيناً ثم ظهر أنها معيوبة=

فيطالب المشتري بالأرش، لأنّه[١] جزء من الثمن ثابت وقت الضمان.

ووجه العدم[٢] هنا[٣] أنّ الاستحقاق له[٤] إنّما حصل بعد العلم بالعيب واختيار[٥] أخذ الأرش والموجود[٦] من العيب حالة العقد[٧] ما[٨] كان يلزمه تعيّن الأرش، بل التخيير بينه وبين الردّ[٩]، فلم يتعيّن الأرش إلاّ بعد.....

= بعيب فيثبت للمشتري خيار العيب فلو لم يفسخ فله حق أرش العيب فهل يجوز ضمانه للمشتري أو لا.

فعن العلامة في القواعد أنه يصح الضمان، لأن الأرش جزء من الثمن وهو ثابت من حين عقد البيع فيكون ضمانه ضماناً لما ثبت، وعنه في التحرير وعن جماعة العدم، لأن استحقاقه للأرش إنما حصل بعد العلم بالعيب، والعلم بالعيب قد حصل بعد عقد البيع، ولأن الأرش لم يكن ثابتاً حال العقد لأنّ الثابت حالته هو العيب، والعيب يوجب التخيير بين الأرش والرد، فلا يتعين الأرش إلا بالاختيار، وهو لا يكون إلا بعد العقد فضمانه حال البيع ضمان لما لم يجب.

(١) الضمير في قوله «لأنّه» يرجع إلى الأرش.

(٢) يعني أنّ وجه عدم صحّة الضمان المذكور في مقابل القول الأقوى – وهو صحّة الضمان – هو أنّ استحقاق المشتري للأرش يحصل بعد العلم بالعيب، فقبله لا أرش، لكونه من قبيل ضمان ما لا يجب.

(٣) المشار إليه في قوله «هنا» هو فرض ضمان الغير الأرش الحاصل من عيب المبيع.

(٤) الضمير في قوله «له» يرجع إلى الأرش.

(٥) بالجرّ، عطف على قوله المجرور «العلم». أي بعد اختيار المشتري أخذ الأرش لا الفسخ.

(٦) الواو تكون للحاليّة، ومدخولها مبتدأ، خبره هو «ما» الموصولة في قوله «ما كان يلزمه». يعني والحال أنّ العيب الموجود في حال عقد الضمان لم يكن موجباً للأرش.

(٧) أي عقد البيع.

(٨) «ما» نافية. يعني أنّ العيب الموجود حال عقد البيع لا يوجب تعيّن الأرش خاصّةً، بل يكون موجباً للتخيير.

(٩) أي ردّ المبيع. وبعبارة أُخرى: إنّ تحقّق العيب في المبيع حال عقد البيع لا يكون=

الضمان[١].

والحقّ[٢] أنّه أحد الفردين الثابتين تخييراً حالة البيع، فيوصف بالثبوت قبل اختياره[٣] كأفراد الواجب المخيّر[٤].

(ولو أنكر المستحقّ[٥] القبض) من الضامن[٦] .....

= مصحّحاً للضمان، لتعلّقه بما هو ثابت عند البيع، بل المشتري يتخيّر بين أخذ الأرش وبين الفسخ بسبب العيب الموجود حال العقد، فلا يكون الأرش ثابتاً، فلا يجوز ضمانه.

(١) يعني أنّ تعيّن الأرش إنّما هو بعد الضمان، فيكون من قبيل ضمان ما لم يجب.

(٢) هذا بيان لوجه صحّة الضمان في المقام – كما أفاده السيّد كلانتر في تعليقته –، وحاصله هو أنّ الأمرين الثابت أحدهما تخييراً يصدق عليهما أنّهما ثابتان، لأنّ السبب – وهو العيب – كان حاصلاً حالة البيع، فالمسبّب عنه – وهو استحقاق المشتري لاختيار الأرش أو الردّ – كان ثابتاً لا محالة، إذن لا مانع من ضمان الأرش ودرك العيب بعد كونه ثابتاً ولو تخييراً.

(٣) الضمير في قوله «اختياره» يرجع إلى الأرش.

(٤) هذا – كما أفاده السيّد كلانتر في تعليقته – تنظير للمقام بالواجب المخيّر شرعاً كالتخيير بين خصال كفّارة الصوم، فكما يصدق على أفراد الواجب المخيّر أنّها ثابتة ثبوتاً تخييريّاً كذلك هنا يثبت الأرش والردّ ثبوتاً تخييريّاً.

إنكار المضمون له القبض

(٥) المراد من «المستحقّ» هو صاحب الدين، أعني المضمون له.

(٦) لو أنكر المضمون له القبض وقد ادعاه الضامن، فالقول قول المضمون له مع يمينه، لأنه منكر لموافقة قوله لأصالة عدم القبض، هذا إذا لم يأتِ الضامن المدعي للقبض بالبينة.

ولو أتى بالبينة وكان أحدُ الشاهدين نفسَ المضمون عنه تقبل، سواء كان الضمان بإذن المضمون عنه أم عدمه، أما مع عدم إذنه بالضمان فواضح، لأن المضمون عنه قد=

(**فشهد عليه**[١] **الغريم**) وهو المضمون عنه (**قبل**[٢])، **لأنّه**[٣] إن كان آمراً بالضمان[٤] فشهادته[٥] عليه شهادة على نفسه[٦] **باستحقاق الرجوع**[٧] عليه، وشهادةٌ لغيره[٨] فتسمع[٩]، وإن كان الضامن متبرّعاً[١٠] عنه[١١] **فهو أجنبيّ**، فلا

= برئت ذمته من الدين وشهادته للضامن بالدفع ليس فيها نفع له، لأن الضامن سواء كان دافعاً أم سيدفع فيما بعد لا يرجع على المضمون عنه لعدم الإذن بالضمان، وأما مع إذنه بالضمان فشهادته على أن الضامن قد وقع هي شهادة على نفسه باستحقاق الضامن للرجوع عليه، وهي شهادة على غيره بأنه قد أوصل الحق إلى المضمون له، وهي في كلا شقيها لا نفع فيها فتقبل.

(١) الضمير في قوله «عليه» يرجع إلى القبض.

(٢) أي قبل شهادة المديون على القبض.

(٣) الضمير في قوله «لأنّه» يرجع إلى الغريم.

(٤) يعني أنّ الغريم لو أمر الضامن بالضمان فشهادته على القبض شهادة على ضرر نفسه، فتقبل.

(٥) الضمير في قوله «فشهادته» يرجع إلى المضمون عنه، وهو المديون، والضمير في قوله «عليه» يرجع إلى القبض.

(٦) الضمير في قوله «نفسه» يرجع إلى المديون.

(٧) توجيه لكون شهادته عليه بأنّ الضامن يرجع بما أدّاه إلى المضمون له على المضمون عنه الذي هو المديون.

(٨) والمراد من الغير هو الضامن. وبعبارة أُخرى: إنّ شهادة المديون على ضرر المضمون له المنكر للقبض شهادة على ضرر نفسه، لرجوع الضامن عليه، وأيضاً شهادة نافعة للضامن، فلا مانع من قبول شهادته إذا أمر الضامن بالضمان.

(٩) نائب الفاعل هو الضمير الراجع إلى شهادة الغريم.

(١٠) أي إن كان الضامن متبرّعاً في أدائه بلا أمر من المديون كان الغريم أجنبيّاً، فلا مانع من قبول شهادته للضامن وعلى ضرر المضمون له الذي ينكر القبض.

(١١) الضمير في قوله «عنه» يرجع إلى المضمون عنه، وهو المديون، والضمير في قوله «فهو» يرجع إلى الغريم.

مانع من قبولها[١]، لبراءته[٢] من الدين، أدّى أم لم يؤدّ.

لكن إنّما تقبل [٣] **(مع عدم التهمة)**[٤] بأن تفيده[٥] الشهادة فائدة زائدة على ما يغرمه[٦] لو لم يثبت.....

(١) أي لا مانع من قبول شهادة الأجنبيّ في حقّ الأجنبيّ.

(٢) أي لبراءة ذمّة الغريم من الدين، لأنّ الضامن بمجرّد ضمانه قد نقل ما هو في ذمّة الغريم إلى ذمّة نفسه، سواء أدّاه أم لا، فحينئذٍ يكون المديون بريء الذمّة بمجرّد الضمان، فلا شيء لا له ولا عليه في فرض أداء الضامن أو عدمه، فلذا لا مانع من قبول شهادته.

(٣) نائب الفاعل هو الضمير العائد إلى شهادة المضمون عنه. يعني أنّ قبول شهادته مشروط بعدم كونه متّهماً في شهادته.

(٤) عدم التهمة شرط في كل شهادة حتى تقبل، ولكن الكلام في المواطن التي يُتهم فيها المضمون عنه لو شهد، وقد فرضوا التهمة في صُور.

منها: أن يكون الضامن قد صالح على أقل من الحق فيكون رجوع الضامن بما صالح وهو أقل من الحق، وعليه فشهادة المضمون عنه للضامن حينئذٍ تجر نفعاً لنفسه، لأن الصلح لو لم يثبت لبقي مجموع الدين في ذمة الضامن، وفيه: إنه يكفي في سقوط الزائد عن المضمون عنه اعتراف الضامن بذلك، ولا حاجة إلى الثبوت بالبينة، والحاصل إن اعتراف الضامن بأنه أدى أقلّ من الحق إقرار منه على نفسه فلا يرجع على المضمون عنه إلا بما اعترف به حينئذٍ، ويسقط الزائد عن المضمون عنه من دون حاجة إلى البينة فتندفع التهمة ولا بدّ من قبول الشهادة حينئذٍ.

ومنها: أن يكون الضامن معسراً ولم يعلم المضمون له بإعساره، فإن له الفسخ حيث لا يثبت الأداء ويرجع على المضمون عنه، فيدفع المضمون عنه بشهادته عود الحق إلى ذمته.

ومنها: أن يكون الضامن قد تجدد عليه الحجر للفلس، وللمضمون عنه عليه دين، فإنه يُوفّر بشهادته مال الضامن فيزداد ما يضرب به.

(٥) هذا بيان لصورة التهمة في الشهادة، وهي ما إذا أفادت الشهادة فائدة زائدة على ما يؤدّيه الضامن عن المضمون عنه.

(٦) فاعله هو الضمير العائد إلى المضمون عنه، والضمير الملفوظ يرجع إلى «ما» الموصولة.

الأداء[١]، فتردّ[٢].

وللتهمة[٣]صور، منها[٤] أن يكون الضامن معسراً[٥] ولم يعلم المضمون له[٦] بإعساره، فإنّ له[٧] الفسخ حيث لا يثبت الأداء، ويرجع[٨] على المضمون عنه، فيدفع[٩] بشهادته عودَ الحقّ إلى ذمّته[١٠].

ومنها[١١] أن يكون الضامن قد تجدّد.....

(١) أي أداء الضامن. يعني لو ترتّبت على شهادة الغريم فائدة مادّيّة – كما سيشير الشارح (رحمه الله) إلى أمثلتها – لم تقبل شهادته.

(٢) نائب الفاعل هو الضمير الراجع إلى الشهادة. يعني أنّه لو ترتّبت على شهادة الغريم فائدة لنفسه ردّت.

(٣) التُهْمَة والتُهَمَة، تُهَمْ وتُهَمات: اسم من الإتّهام، ما يُتَّهم عليه (المنجد).

(٤) الضمير في قوله «منها» يرجع إلى صور التهمة.

إيضاح: إذا كان الضامن معسراً ولم يعلم المضمون له عند الضمان بإعساره – فلو كان عالماً به لم يجز له فسخ الضمان، وبعد علمه به جاز له فسخ الضمان والرجوع إلى المضمون عنه، وهو المديون – فإذا شهد المضمون عنه على أنّ الضامن قد أدّى الدَين كان متّهماً في شهادته باحتمال كون شهادته لأن يدفع بها عن نفسه رجوع المضمون له – وهو الدائن – عليه، فلا تقبل شهادته.

(٥) وغير قادر على أداء الدين.

(٦) وهو صاحب الدين. والضمير في قوله «بإعساره» يرجع إلى الضامن.

(٧) الضمير في قوله «له» يرجع إلى المضمون له. يعني يجوز للمضمون له أن يفسخ الضمان إذا لم يثبت الأداء.

(٨) فاعله هو الضمير العائد إلى المضمون له.

(٩) فاعله هو الضمير العائد إلى المضمون عنه، والضمير في قوله «بشهادته» يرجع إلى المضمون عنه.

(١٠) يعني يدفع المديون رجوع الدائن عليه بعد فسخ الضمان.

(١١) الصورة الثانية من صور التهمة هي تجدّد الحجر على الضامن بعروض الإفلاس له=

عليه[١] الحجر للفَلَس و[٢] للمضمون عنه عليه[٣] دين، فإنّه[٤] يُوفّر بشهادته مالَ المفلّس[٥]، فيزداد[٦] ما يضرب به[٧].

ولا فرق في هاتين[٨] بين كون الضامن متبرّعاً وبسؤال[٩]، لأنّ فسخ[١٠]

= بعد كونه متمكّناً عند الضمان.

(١) الضمير في قوله «عليه» يرجع إلى الضامن.

(٢) الواو تكون للحاليّة. والمضمون عنه هو المديون.

(٣) الضمير في قوله «عليه» يرجع إلى الضامن.

إيضاح: إذا كان الضامن محجوراً عليه بسبب إفلاسه وحكم بتقسيم أمواله بين الغرماء والديّان وكان المضمون عنه من جملة الغرماء الذين لهم عليه دين والمفروض أنّ كلّ ما يوجد من أموال المحجور عليه يقسم بين الغرماء بنسبة ما يطالبونه به، كما مرّ في كتاب الدين، وكلّما قلّ الشركاء كثر نصيب الباقين منهم كان المضمون عنه الشاهد على أداء الضامن حقّ الدائن المضمون له متّهماً بدفع كون صاحب الدين شريكاً في تقسيم أموال الضامن، فلا تقبل شهادته.

(٤) الضميران في قوليه «فإنّه» و«بشهادته» يرجعان إلى المضمون عنه. يعني أنّ المضمون عنه يتّهم في شهادته بأنّه يوفّر بها مال المفلّس – وهو الضامن – ليزداد سهمه بالتقسيم.

(٥) المراد من «المفلّس» هو الضامن.

(٦) هذا متفرّع على ازدياد مال الضامن بشهادة الغريم، لأنّ المال إذا توفّر زاد سهم الغريم في مقابل التقسيم.

(٧) المراد ممّا يضرب به هو سهم الغرماء.

(٨) المشار إليه في قوله «هاتين» هو صورة إعسار الضامن مع عدم علم المضمون له بإعساره، وصورة الحجر على الضامن للفلس وللمضمون عنه عليه دين.

(٩) بأن يكون الضمان بالتماس المضمون عنه.

(١٠) تعليل لعدم الفرق بين الضمان تبرّعاً أو بسؤال المضمون عنه بأنّ المضمون له إذا فسخ الضمان في الصورة الأُولى – وهو صورة إعسار الضامن – رجع على المديون في أخذ حقّه على التقديرين.

الضمان يوجب العود على المديون على التقديرين[١]، ومع الإفلاس ظاهر[٢].

وجعل بعضهم[٣] من صور التهمة أن يكون الضامن قد صالح على أقلّ[٤] من الحقّ، فيكون رجوعه[٥] على تقدير كونه[٦] بسؤال إنّما هو بالمدفوع[٧]، فتجرّ[٨] شهادة المضمون عنه تهمةً بتخفيف الدين عنه.

---

(١) المراد من «التقديرين» هو كون الضمان تبرّعاً وكونه بالتماس المضمون عنه. ومع العود على التقديرين تكون شهادة المضمون عنه للضامن بالأداء دفع لعود الدين عليه فتثبت التهمة.

(٢) يعني أنّ عدم الفرق بين هاتين الصورتين المبحوث عنهما في فرض الإفلاس ظاهر، فلا يحتاج إلى إيضاح، لأنّ المضمون عنه متّهم في شهادته بازدياد مال الضامن حتّى يزداد ما يضرب به بلا فرق بين كون الضمان تبرّعاً أو بسؤال.

(٣) أي جعل بعض الفقهاء قسماً ثالثاً لصورة التهمة، وهو ما إذا صالح الضامن المضمونَ له، كما سيأتي.

(٤) يعني أنّ الضامن إذا صالح المضمون له على الدين الذي هو له على المديون بأقلّ منه – مثلاً إذا كان حقّ المضمون له على ذمّة المضمون عنه مائة دينار وكان الضمان بسؤال من المديون وقد صالح الضامنُ الدائنَ بثمانين ديناراً بدلاً عن الحقّ الذي هو مائة دينار – فلو ثبت أداء الضامن بشهادة المديون لم يرجع الضامن عليه إلاّ بثمانين ديناراً، ولو لم يثبت الأداء جاز للمضمون له أن يرجع على المضمون عنه بتمام الحقّ الذي هو مائة دينار في المثال، وعند ذلك يتّهم المضمون عنه في شهادته، فلا تقبل كما هو الحال في الصورتين المتقدّمتين.

(٥) الضمير في قوله «رجوعه» يرجع إلى الضامن.

(٦) الضمير في قوله «كونه» يرجع إلى الضمان.

(٧) وهو الذي صالح عليه الضامنُ المضمونَ له ويكون أقلّ من الحقّ.

(٨) أي فتوجب شهادة المضمون عنه اتّهامه بكون ما يرجع عليه الضامن به أخفّ ممّا يعطيه في فرض عدم ثبوت الأداء.

وفيه[١] نظر، لأنّه يكفي في سقوط الزائد عن المضمون عنه اعتراف[٢] الضامن بذلك، فلا يرجع[٣] به وإن لم يثبته[٤]، فتندفع التهمة وتقبل الشهادة كما نبّه عليه[٥] المصنّف بقوله: (**ومع عدم قبول قوله**[٦]) للتهمة أو لعدم[٧] العدالة (**لو غرم الضامن رجع**[٨]) على المضمون عنه (**في موضع الرجوع**)، وهو[٩] ما لو كان ضامناً بإذنه (**بما أدّاه أوّلاً**)[١٠]،.....

(١) الضمير في قوله «فيه» يرجع إلى فعله بعض الفقهاء.

(٢) فاعل لقوله «يكفي». يعني أنّ الزائد عمّا تصالح عليه الضامن والمضمون له يسقط عن المضمون عنه باعتراف الضامن، فلا وجه لاتّهام المضمون عنه في شهادته.

(٣) فاعله هو الضمير العائد إلى الضامن، والضمير في قوله «به» يرجع إلى الزائد.

(٤) الضمير الملفوظ في قوله «لم يثبته» يرجع إلى الأداء. يعني أنّ الضامن لا يرجع على المضمون عنه إلاّ بما اعترف بأدائه، سواء أثبت أداءه إلى المضمون له أم لم يثبته، فلا اتّهام يتوجّه إلى المضمون عنه الشاهد في شهادته.

(٥) أي كما نبّه المصنّف (رحمه الله) على عدم جواز رجوع الضامن إلاّ بما اعترف به، أثبته أم لا.

(٦) الضمير في قوله «قوله» يرجع إلى المضمون عنه.

(٧) يعني أنّ عدم قبول قول المضمون عنه – بمعنى عدم قبول شهادته في أداء الحقّ – إمّا هو لكونه متّهماً أو لعدم كونه عادلاً.

(٨) فاعله هو الضمير العائد إلى الضامن،

(٩) الضمير في قوله «وهو» يرجع إلى موضع الرجوع. يعني أنّ موضع الرجوع هو ضمان الضامن بإذن المضمون عنه.

(١٠) توصيفه بالأول، لأنه لو لم يستطع الضامن إثبات دعواه بالدفع وإن كان الدفع واقعاً فسيدفع ثانياً لو حلف المضمون له على نفي مدعاه.

والحكم للمضمون له بناءً على رد الشهادة إما للتهمة في المضمون عنه وإما لعدم العدالة، ومع الحكم للمضمون له فعلى الضامن أن يدفع ثانية، والأولى قد دفعها بحسب دعواه، وحينئذٍ فلو أراد أن يرجع على المضمون عنه حيث يجوز له الرجوع فيرجع بما دفعه أولاً، لا بما دفعه ثانياً، لأن ما دفعه ثانياً – باعتراف الضامن والمضمون عنه – ظلم.

لتصادقهما[١] على كونه[٢] هو المستحقّ في ذمّة المضمون عنه، واعترافه[٣] بأنّ المضمون له ظالم بالأخذ ثانياً.

هذا مع مساواة الأوّل[٤] للحقّ أو قصوره[٥]، وإلاّ[٦] رجع عليه بأقلّ الأمرين منه[٧] ومن الحقّ، .....

(١) الضمير في قوله «لتصادقهما» يرجع إلى الضامن والمضمون عنه.

(٢) الضمير في قوله «كونه» يرجع إلى ما أدّاه أوّلاً.

(٣) بالجرّ، عطف على مدخول لام التعليل في قوله «لتصادقهما»، والضمير يرجع إلى الضامن. يعني يعلّل عدم جواز رجوع الضامن على المضمون عنه إلاّ بما أدّاه أوّلاً بأمرين:

أ: تصادق الضامن والمضمون عنه على كون ما أدّاه الضامن أوّلاً هو المستحقّ في ذمّة المضمون عنه.

ب: اعتراف الضامن بأنّ الحقّ هو ما أدّاه أوّلاً وأنّ أخذ المضمون له ثانياً إنّما هو ظلم صدر عنه.

(٤) المراد من «الأوّل» هو ما أدّاه الضامن إلى المضمون له أوّلاً. فمع المساواة فيرجع بما أدى، وأما مع القصور فيكون قد دفع أقل من الحق فلا يرجع إلا بالأقل كما تقدم بيانه سابقاً.

(٥) الضمير في قوله «قصوره» يرجع إلى الأوّل. يعني أنّ الحكم برجوع الضامن على المضمون عنه بما أدّاه أوّلاً إنّما هو في صورتي تساوي الحقّ وما أدّاه الضامن أو قصور ما أدّاه أوّلاً عن الحقّ.

(٦) أي وإن لم يساو ما أدّاه الضامن أوّلاً الحقّ بأن كان أكثر منه أو أقلّ. بل كان ما أداه أولاً أكثر من الحق فلا يرجع إلا بالحق لأن الزائد متبرع بدفعه فلا يرجع به كما تقدم أيضاً.

(٧) بيان لأقلّ الأمرين، والأمران هما ما أدّاه الضامن أوّلاً والحقّ الذي هو في ذمّة المديون. فيكون الرجوع بالحق حينئذٍ ولو قال الشارح (وإلا رجع عليه بالحق) لكان أولى وأخصر.

لأنّه[١] لا يستحقّ الرجوع بالزائد عليه[٢].

ومثله[٣] ما لو صدَّقه[٤] على الدفع وإن لم يشهد، ويمكن دخوله[٥] في عدم قبول قوله[٦].

(ولو لم يصدّقه[٧] على الدفع) الذي ادّعاه **(رجع[٨])** عليه[٩] **(بالأقلّ)** ممّا ادّعى[١٠] أداءه.....

---

(١) الضمير في قوله «لأنّه» يرجع إلى الضامن.

(٢) الضمير في قوله «عليه» يرجع إلى أقلّ الأمرين.

(٣) أي من حيث عدم قبول شهادة المضمون عنه.

(٤) فاعله هو الضمير العائد إلى المضمون عنه، والضمير الملفوظ يرجع إلى الضامن. أي لو صدّق المضمون عنه الضامن على الدفع – من دون شهادته على أنّ الضامن دفع إلى المضمون له أكثر من حقّه – فإنّ الضامن لا يستحقّ إلاّ مقدار الحقّ، فإن صدّقه على أنّه دفع ما يساوي الحقّ أو ما هو أقلّ منه غرم للضامن ما صدّقه.

(٥) الضمير في قوله «دخوله» يرجع إلى «ما» الموصولة في قوله «ما لو صدّقه».

(٦) أي يمكن دخول هذا الفرض في قول المصنّف (رحمه الله) «ومع عدم قبول قوله... إلخ»، لأنّ عدم قبوله من مصاديق ذاك القول للمصنّف.
والسالبة صادقة حتى مع انتفاء موضوعها، لأنه لو لم يشهد يصدق أنه لم يقبل قوله.

عدم تصديق المضمون عنه دفع الضامن

(٧) أي لو لم يصدّق المضمون عنه الضامن على الدفع الذي يدّعيه الضامن. فعن المحقق أن الضامن يرجع بما أداه أخيراً لكونه لم يثبت سواه بظاهر الشرع، وعن غيره أن الضامن يرجع بأقل الأمرين مما أداه أولاً ومما أداه ثانياً كما علّله الشارح هنا.

(٨) فاعله هو الضمير الراجع إلى الضامن.

(٩) الضمير في قوله «عليه» يرجع إلى المضمون عنه.

(١٠) فاعله هو الضمير العائد إلى الضامن.

أوّلاً[١] وأداءه أخيراً[٢]، لأنّ الأقلّ إن كان هو الأوّل[٣] فهو[٤] يعترف بأنّه لا يستحقّ سواه[٥]، وأنّ المضمون له ظلمه[٦] في الثاني[٧]، وإن كان[٨] الثاني فلم يثبت ظاهراً سواه[٩].

وعلى ما بيّناه[١٠] يرجع بأقلّ منهما[١١]، ومن الحقّ.

---

(١) وهو ما أدّاه الضامن قبل النزاع.

(٢) وهو ما أدّاه الضامن بعد نزاعه للمضمون له.

(٣) وهو ما أدّاه الضامن أوّلاً وقبل النزاع.

(٤) الضمير في قوله «فهو» يرجع إلى الضامن.

(٥) الضمير في قوله «سواه» يرجع إلى ما أدّاه الضامن أوّلاً وقبل النزاع. يعني أنّ الأقلّ لو كان هو ما أدّاه الضامن أوّلاً فإنّ الضامن يقرّ بأنّ الأقلّ هو الحقّ المستقرّ على ذمّة المضمون عنه.

(٦) الضمير الملفوظ في قوله «ظلمه» يرجع إلى الضامن. يعني أنّ الضامن يقرّ بأنّ الحقّ هو الأقلّ الذي أدّاه أوّلاً، وأنّ المضمون له ظلمه بأخذ ما دفعه ثانياً.

(٧) أي في التأدية الثانية.

(٨) اسم «كان» هو الضمير الراجع إلى الأقلّ. يعني لو كان الأقلّ هو ما أدّاه الضامن ثانياً فلم يثبت على الظاهر حقّ سوى الأقلّ الذي أدّاه إلى المضمون له.

(٩) الضمير في قوله «سواه» يرجع إلى الأقلّ.

(١٠) أي في قولنا في الصفحة السابقة «وإلاّ رجع عليه بأقلّ الأمرين».

(١١) وهما ما أدّاه الضامن أوّلاً وما أدّاه ثانياً. يعني يرجع الضامن على المضمون عنه بالأقلّ من الأمرين ومن الحقّ الذي هو في ذمّة المضمون عنه.

* * *

كتاب الحوالة

كتاب الحوالة[١]

(وهي[٢] التعهّد بالمال[٣] من المشغول بمثله[٤]) للمحيل.

الحوالة

تعريف الحوالة

(١) الحوالة اسم مصدر من أحال يحيل إحالةً.

أحالَ الرجلُ الغريمَ بدينه على آخر: صرفه عنه إليه، فهو مُحِيْل والغريم مُحال والغريم الآخر مُحال عليه والمال مُحال به والاسم الحَوالَة (أقرب الموارد).

وقال في المصباح (وحوّلت الرداء نقلت كل طرف إلى موضع الآخر، والحَوالة بالفتح مأخوذة من هذا، فأحلته بدينه نقلتَه إلى ذمة غير ذمتك)، والنصوص الآتية الدالة على أحكامها تدل على مشروعيتها بالالتزام.

وهذا معناها لغةً، وأمّا شرعاً فالحوالة عقد شرع لتحويل المال من ذمّة إلى ذمّة مشغولة بمثله.

(٢) الضمير في قوله «وهي» يرجع إلى الحوالة.

(٣) خرج بقيد المال التعهّد بالنفس، فإنّه ليس بحواله، بل كفالة.

(٤) الضمير في قوله «بمثله» يرجع إلى المال. أي من الذي تشتغل ذمّته بمثل المال الذي هو لمن يحيل.

أقول: لا يخفي أنّ أركان الحوالة ثلاثة:

أ: المحيل، وهو الذي يحيل غريمه إلى من يطالبه بمثل المال الذي يحيله عليه.

ب: المحال – بضمّ الميم – وهو الذي يحال حقّه على شخص آخر.

ج : المحال عليه – بضمّ الميم أيضاً –، وهو الذي يطالبه المحيل بمثل المال الذي يحيله عليه.

وعُرّفت كما في الشرائع بأنها (عقد شُرّع لتحويل المال من ذمة إلى ذمة مشغولة بمثله). وتحويل المال يفيد أنها ناقلة للمال من ذمة المُحيل إلى ذمة المُحال عليه، ومنه سميت حوالة، وقيد (مشغولة بمثله) صفة للذمة المتحول إليها المال، وهي ذمة المحال عليه، وعليه فيشترط في الحوالة أن يكون المُحال عليه مديوناً للمحيل بمثل =

هذا[١] هو القدر المتّفق عليه من الحوالة، وإلاّ[٢] فالأقوى جوازها على

= ما أحال، وعليه فتخرج الحوالة على البريء. هذا مع أن الحوالة على البريء عند البعض حوالة بل هو المشهور كما ستسمع ومع ذلك عرّفها بما سمعت فحاول دفع الإشكال بأحد طريقين: الأول بأننا نعرف الحوالة المتفق عليها لا المختلف فيها، الثاني أن الحوالة على البريء أشبه بالضمان، فهذا المصداق كأنه من غير مصاديق الحَوالة، فلا يأتي الإشكال بأن التعريف غير جامع، وردّه في المسالك: (ولا ينفعه حكمه بكونها بالضمان أشبه، فإن رجحان الشبه لا يخرجها عن كونها حَوالة في الجملة).

هذا والماتن هنا عرّفها بما سمعت والمعنى أنها تعهد بمالٍ من المُحال عليه الذي ذمته مشغولة بمثل ما تعهد، وذمته مشغولة للمحيل، وتخرج الحوالة على البريء أيضاً من هذا التعريف، ويأتي أحدُ الطريقين لإدخالها.

(١) المشار إليه في قوله «هذا» هو التعريف الذي أتى به المصنّف (رحمه الله) للحوالة. يعني أنّ التعريف المذكور لا خلاف فيه.

(٢) أي وإن لم يكن التعريف المذكور مورد الاتّفاق بين الفقهاء فالأقوى جواز إطلاق الحوالة على التعهّد الحاصل من شخص بريء الذمّة من مثل المال المحال عليه.

وهذا هو المشهور، لعموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[١]، ولأصالة عدم اشتراط كونه مديوناً للمحيل، وللشيخ قول بالبطلان وتبعه القاضي وابن حمزة لأصالة عدم ترتب الأثر على الحوالة على البريء، وعن جامع المقاصد والشهيدين أن الخلاف هنا مبني على الخلاف في أن الحوالة هل هي استيفاء أو استيعاض، فعلى الأول تجوز، كما جاز الضمان من البريء لأنه وفاء دين، وعلى الثاني لا تجوز، لأن العوض متوقف على كون المحال عليه مشغول الذمة للمحيل حتى يجوز للمُحال الذي هو الدائن أن يأخذ عوض دينه من المحال عليه.

وعن الفاضل الجواد في مفتاح الكرامة أن هذا من تخريجات الشافعية، وإنما هي = أصلٌ برأسه وعقدٌ منفرد كما صرح بذلك جماعة.

(١) سورة المائدة، الآية: ١.

البريء، للأصل[١]، لكنّه[٢] يكون أشبه بالضمان، لاقتضائه[٣] نقل المال من ذمّة مشغولة إلى ذمّة بريئة، فكأنّ المحال عليه بقبوله[٤] لها ضامن لدين المحتال[٥] على المحيل، ولكنّها[٦] لا تخرج بهذا الشبه عن أصل الحوالة، فتلحقها[٧] أحكامها.

(**ويشترط فيها رضى الثلاثة**[٨])، أمّا رضى المحيل والمحتال فموضع

(١) يعني أنّ الأصل هو عدم اشتراط كون ذمّة المحال عليه مشغولة بمثل المال المحال عليه.

(٢) الضمير في قوله «لكنّه» يرجع إلى تعهّد البريء. يعني أنّ الحوالة على شخص بريء الذمّة يشبه بالضمان.

(٣) يعني أن تعهّد البريء بالمال يقتضي انتقال المال من ذمّة مشغولة إلى ذمّة بريئة، والضمان كذلك.

(٤) الضمير في قوله «بقبوله» يرجع إلى المحال عليه، وفي قوله «لها» يرجع إلى الحوالة.

(٥) وهو الدين الذي يتعلّق بالمحال المطالِب للمحيل به.

(٦) الضمير في قوله «لكنّها» يرجع إلى الحوالة على البريء. يعني لكنّ الحوالة المذكورة لا تخرج عن كونها من مصاديق الحوالة بسبب هذا الشبه.

(٧) الضمير في قوله «فتلحقها» يرجع إلى الحوالة على البريء، وفي قوله «أحكامها» يرجع إلى الحوالة المتّفق عليها. يعني أنّ أحكام الحوالة تجري على الحوالة المذكورة أيضاً.

اشتراط رضى الثلاثة

(٨) وهم الأشخاص الثلاثة من المحيل والمحتال – وهو المحال – والمحال عليه.

واعتبار رضا المحيل والمُحال موضع وفاق، لأن المحيل قبل الإحالة مديون وهو مخيّر في جهات القضاء فلا يتعين عليه بعض الجهات قهراً فيتعين رضاه، ولأن المُحال قبل الإحالة دائن، وحقه ثابت في ذمة المُحيل فلا يُلزم بالنقل إلى ذمة أُخرى إلا برضاه.

وأما المُحال عليه الذي اشتغلت ذمته للمديون فاشتراط رضاه هو المشهور للإجماع،=

وفاق[١]، ولأنّ[٢] من عليه الحقّ مخيّر في جهات القضاء من ماله، ودينه المحال به من جملتها[٣]، والمحتال[٤] حقّه ثابت في ذمّة المحيل، فلا يلزمه[٥] نقله إلى ذمّة أُخرى بغير رضاه[٦]، وأمّا المحال[٧] عليه فاشتراط رضاه هو المشهور؛ ولأنّه[٨] أحد أركان الحوالة، ولاختلاف الناس في.....

= ولأنه أحد أركان الحوالة فكان كأخويه في الرضا، ولاختلاف الناس في استيفاء ديونهم سهولة وصعوبة، وقد كان استيفاء دينه على يد المُحيل فنقله على يد المُحال متوقف حينئذٍ على رضاه، وفيه: أما الإجماع فموهون فقد خالف المفيد في المقنعة والشيخ في النهاية ومال إليه العلامة في المختلف وهو خيرة جماعة آخرين ومع مخالفتهم كيف يتحقّق الإجماع نعم هو مشهور، والمشهور الفتوائي لا حجة فيه.

وعن الثاني أن المحيل قد أقام المحال مقام نفسه في القبض بالحوالة فلا وجه للافتقار إلى رضا من عليه الحق وهو المحال عليه.

وعن الثالث فاختلاف الناس في الاستيفاء لا يمنع من مطالبة المستحق للدين وهو المحيل بدينه ولو من خلال مَنْ ينصبه وهو المحال.

(١) يعني أنّ اشتراط رضى المحيل والمحتال في صحّة الإحالة إجماعيّ.

(٢) هذا تعليل لاشتراط رضى المحيل خاصّةً بأنّ من على ذمّته حقّ للغير يتخيّر في جهات الأداء، فله أن يؤدّيه من أمواله، والدين الذي له على ذمّة الغير من جملة أمواله.

(٣) هذا خبر لقوله «دينه»، والضمير في قوله «جملتها» يرجع إلى جهات القضاء.

(٤) وهو الذي يحال حقّه على الغير، وهذا تعليل لاشتراط رضى المحال في صحّة الحوالة بأنّ حقّه ثابت في ذمّة المحيل، فلا يجبر على قبوله نقل الحقّ من ذمّة المحيل إلى ذمّة أُخرى.

(٥) الضمير في قوله «فلا يلزمه» يرجع إلى المحتال، وفي قوله «نقله» يرجع إلى الحقّ.

(٦) أي بغير رضى المحتال.

(٧) هذا تعليل لاشتراط رضى المحال عليه بأنّ هذا الاشتراط هو المشهور بين الفقهاء.

(٨) أي ولأنّ المحال عليه هو أحد أركان الحوالة الثلاثة.

والإتيان بالواو يفيد أن ما قبله دليلٌ مستقل، والتعبير عنه بالمشهور مع أن دليلهم=

الاقتضاء[١] سهولةً وصعوبةً.

وفيه نظر[٢]، لأنّ المحيل قد أقام المحتال مقام نفسه في القبض بالحوالة[٣]، فلا وجه للافتقار إلى رضى من عليه الحقّ[٤]، كما لو وكّله[٥] في القبض منه، واختلاف[٦] الناس في الاقتضاء لا يمنع من مطالبة المستحقّ ومن[٧] نصبه خصوصاً مع اتّفاق الحقّين[٨] جنساً ووصفاً، فعدم اعتباره[٩] أقوى.

= الأول الإجماع من باب التنبيه على أن الإجماع المدعى هو من قبيل المشهور ليس إلا.

(١) وهذا دليل آخر لاشتراط رضى المحال عليه في صحّة الحوالة، وهو أنّ الناس يختلفون في تحصيل الدين منهم من حيث السهولة والصعوبة.

(٢) يعني أنّ في الاستدلال على اشتراط رضى المحال عليه في صحّة الحوالة إشكالاً، وهو أنّ صاحب الدين المحيل يقيم المحتال مقام نفسه في تحصيل دينه من المديون المحال عليه، فلا حاجة إلى اشتراط رضاه.

(٣) أي بسبب الحوالة.

(٤) وهو المحال عليه.

(٥) فاعله هو الضمير العائد إلى صاحب الحقّ المحيل، والضمير الملفوظ يرجع إلى المحتال.

(٦) هذا ردّ على الاستدلال المشار إليه في قوله« ولاختلاف الناس... إلخ» بأنّ اختلاف الناس فيما ذكر لا دخل له في المنع من مطالبة صاحب الحقّ للمديون المحال عليه بحقّه إمّا بنفسه أو بمن يقوم مقامه.

(٧) بالجرّ محلاً، عطف على قوله «المستحقّ» المضاف إليه. يعني لا يمنع الاختلاف المذكور من مطالبة من نصبه المستحقّ، وهو المحتال في الحوالة.

(٨) وهما الحقّ الذي هو للمحتال على ذمّة المحيل والحقّ الذي هو للمحيل على ذمّة المحال عليه، مثل ما إذا كان حقّ المحيل على ذمّة المحال عليه ألف منّ حنطة وكان حقّ المحتال على ذمّة المحيل أيضاً كذلك.

(٩) أي فعدم اشتراط رضى المحال عليه في صحّة الحوالة أقوى من القول باشتراطه.

نعم، لو كانا مختلفين[١] وكان الغرض استيفاء مثل حقّ المحتال توجّه اعتبار رضى المحال عليه، لأنّ ذلك[٢] بمنزلة المعاوضة الجديدة[٣]، فلا بدّ من رضى المتعاوضين[٤].

ولو رضي المحتال بأخذ جنس ما على المحال عليه زال المحذور[٥] أيضاً.

وعلى تقدير اعتبار رضاه[٦] ليس هو على حدّ رضاهما[٧]، لأنّ الحوالة عقد

---

(١) مثل ما إذا كان حقّ المحيل على ذمّة المحال عليه ديناراً وكان حقّ المحتال على ذمّة المحيل درهماً وكان الغرض من الحوالة استيفاء الدرهم لا الدينار، فلو كان حال الحقّين كذلك اشترط رضى المحال عليه.

(٢) المشار إليه في قوله «ذلك» هو كون الغرض استيفاء مثل حقّ المحتال من المحال عليه.

(٣) لأنّ المعاوضة على الدينار بالدرهم تكون مبادلة جديدة يعتبر فيها رضى المحال عليه.

(٤) وهما المحال والمحالي عليه.

(٥) ولم يكن ذلك معاوضة جديدة محتاجة إلى رضى الطرفين، فإذاً لا يشترط فيه رضى المحال عليه.

والمحذور هو اعتبار رضا المتعاوضين في المعاملة الجديدة الشامل لرضا المحال عليه، وزواله لأن المحال قد رضي بأخذ ما على المحال عليه عوضاً عن دينه، فلا بد من الدفع إليه من قبل المحال عليه، لأن المحال عليه مديون للمحيل ويجب عليه الدفع لو طالبه صاحب الدين أو من نصبه، والحاصل أنه لا يشترط رضا المحال عليه.

(٦) يعني وعلى فرض اعتبار رضى المحال عليه في صحّة الحوالة فهو ليس مثل اعتبار رضى المحيل والمحتال، لأنّ الحوالة من العقود اللازمة المفتقرة إلى الإيجاب والقبول، وهما يقومان بفعل المحيل والمحتال لا المحال عليه.

(٧) الضمير في قوله «رضاهما» يرجع إلى المحيل والمحتال.

فلا يشترط في رضا المحال عليه أن يقع عند عقد الحوالة كما يشترط في رضا المحيل والمُحال، لأن الحوالة عقدٌ لا بدّ فيها من إيجاب وقبول، والإيجاب من المحيل والقبول من المحال، فرضاهما مشروط بكونه عند العقد، بخلاف رضا المحال عليه=

لازم لا يتمّ إلاّ بإيجاب وقبول، فالإيجاب من المحيل، والقبول من المحتال.

ويعتبر فيهما[١] ما يعتبر في غيرهما[٢] من اللفظ العربيّ والمطابقة وغيرهما، وأمّا رضى المحال عليه فيكفي[٣] كيف اتّفق متقدّماً[٤] ومتأخّراً ومقارناً.

ولو جوّزنا الحوالة على البريء اعتبر رضاه[٥] قطعاً.

ويستثنى من اعتبار رضى المحيل ما لو تبرّع المحال عليه[٦] .....

= على تقدير اعتباره، فلا دليل على كون رضاه معتبراً عند العقد بل يكفي مطلق الرضا سواء تقدم على العقد أم تأخر فضلاً عن المقارنة، هذا ويأتي إشكال على ما قرره الشارح من أن الحوالة لو كانت قائمة بين المحيل والمحال فقط فلا معنى لتعريفها بأنها تعهد بالمال، لأن التعهد عملٌ من المحال عليه، وقد ثبت بناءً على ما تقدم أن الحوالة معاملة بين شخصين لم يكن هو أحدهما.

(١) يعني ويعتبر في الإيجاب والقبول المتحقّقين في عقد الحوالة ما يعتبر في غيرها من اللفظ العربيّ والمطابقة وغيرهما كالماضويّة، بخلاف رضى المحال عليه، فلا يعتبر فيه شيء إلاّ حصوله.

هذا والحوالة معاملة بين المحيل والمُحال، لأن المحيل ينقل دين الثاني من ذمة إلى ذمة ولذا اعتبرنا رضاهما سابقاً وإذا كانت معاملة فهي عقد، والعقد مؤلف من الإيجاب والقبول.

(٢) من إيجاب وقبول العقود اللازمة، وقد تقدم أن المشهور اشترط في العقد اللازم أن يكون باللفظ الصريح العربي وبالماضي مع عدم الفصل بين الإيجاب والقبول، وقد تقدم أكثر من مرة أنه لا دليل عليه، وأنه يكفي صدق العقد على ذلك عرفاً وعليه فيصح الإنشاء والقبول بكل ما يدل عليه من لفظ صريح أو مع قرينة، أو فعل أو كتابة، بالعربي وغيره.

(٣) فاعله هو الضمير الراجع إلى رضى المحال عليه.

(٤) يعني سواء في حصول رضى المحال عليه تحقّقه قبل عقد الحوالة أو بعده أو مقارناً له.

(٥) أي لا شبهة في وجوب حصول رضى البريء إذا كان هو المحال عليه.

(٦) كما إذا تعهّد المحال عليه أداء الدين الذي هو على ذمّة المحيل للمحتال بلا عوض=

بالوفاء[١]، فلا يعتبر رضى المحيل قطعاً، لأنّه[٢] وفاء دينه بغير إذنه.

والعبارة عنه[٣] حينئذٍ أن يقول المحال عليه للمحتال: أحلتك بالدين الذي لك على فلان على نفسي، فيقبل[٤]، فيقومان[٥] بركن العقد.

وحيث تتمّ الحوالة تلزم[٦]، (**فيتحوّل فيها المال**) من ذمّة المحيل إلى ذمّة

= فحينئذ لا حاجة إلى رضى المحيل قطعاً.

(١) فلو تبرع المحال عليه بالوفاء فلا يعتبر رضا المحيل، لأن المحال عليه بتبرعه يوفّى دين المحيل، ويجوز وفاء دين الآخرين بغير إذنهم، وعليه فتكون الحوالة هنا قائمة بين المُحال والمحال عليه كما ذهب إليه العلامة في القواعد والشارح.

وفيه: إن ما فُرض ليس حوالة، بل هو ضمان وقد تقدم عدم اعتبار رضا المضمون عنه.

(٢) أي لأنّ التبرّع بالوفاء هو من أقسام وفاء دين المديون بغير إذنه ولا مانع منه.

أقول: يمكن الخدشة في ذلك بأنّ أداء دين المديون نوع إحسان في حقّه، وكذا منّته عليه، فلا يحكم بعدم اشتراط رضاه، لعدم تحمّل بعض الناس منّة غيره عليه بأداء ديونه، فعدم اشتراط رضاه ليس خالياً عن الشبهة والخدشة.

(٣) الضمير في قوله «عنه» يرجع إلى عقد الحوالة. يعني أنّ العبارة عن عقد الحوالة من قبل المحال عليه الذي هو أحد أركانه الثلاثة أن يقول لمخاطبه الذي هو المحتال: أحلتك بالدين الذي لك على فلان على نفسي، فيقول المحتال: قبلت أو رضيت أو غير ذلك من الألفاظ الدالّة على القبول.

ومعنى قوله: «أحلتك» أي صرفت الدين الذي لك على ذمّة فلان إلى نفسي.

(٤) فاعله هو الضمير العائد إلى المحتال.

(٥) فاعله هو الضمير العائد إلى المحتال والمحال عليه. يعني أنّ المحتال والمحال عليه يقومان بركني عقد الحوالة، وهما الإيجاب والقبول.

(٦) أي تلزم الحوالة، ولا يجوز فسخها، كما هو الحال في سائر العقود اللازمة.

فالحوالة عقد لازم لعموم قوله تعالى: ﴿**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾[١] هذا من جهة ومن جهة ثانية فالحوالة تفيد نقل المال وتحويله من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، وهو موضع =

(١) سورة المائدة، الآية: ١.

المحال عليه (**كالضمان**[١]) عندنا، ويبرأ المحيل من حقّ المحال بمجرّدها[٢] وإن لم يبرئه المحتال، لدلالة التحوّل عليه[٣] في المشهور[٤].

(ولا يجب) على المحتال **(قبوله**[٥]**) على**.....

= وفاق بيننا، وخالف زُفر من العامة فجعلها بمعنى الضم كالضمان عندهم، وفيه: إن الحوالة مشتقة من التحول بخلاف الضمان فقد يشتق من الضم وإن كان الأصح أنه مشتق من الضمن كما تقدم.

(١) يعني كما أنّ المال في الضمان يتحوّل من ذمّة المضمون عنه إلى ذمّة الضامن كذلك في الحوالة أيضاً يصير المال متحوّلاً من ذمّة المحيل إلى ذمّة المحال عليه.

(٢) أي بمجرّد الحوالة تبرأ ذمّة المحيل وإن لم يبرئه المحتال على المشهور للأخبار:

منها: خبر منصور بن حازم عن أبي عبدالله (عليه السلام) (عن الرجل يحيل على الرجل بالدراهم، أيُرجع عليه؟ قال: لا يُرجع عليه أبداً، إلا أن يكون قد أفلس قبل ذلك)[١]، وإذا كان الخبر دالاً على براءة ذمة المحيل فلا يجوز للمحال أن يطالبه سواء أبرأه أم لا، وخبر عقبة عن أبي الحسن (عليه السلام) (سألته عن الرجل يُحيل الرجل بالمال على الصيرفي، ثمّ يتغير حال الصيرفي، أيرجع على صاحبه إذا احتال ورضي؟ - أي يرجع المحتال -، قال (عليه السلام): لا)[٢] ومثلها غيرها.

وعن الشيخ وأبي الصلاح والقاضي وابن الجنيد اعتبار براءة المُحال وإلا لا تبرأ ذمة المحيل لصحيح زرارة عن أحدهما (عليه السلام) (في الرجل يحيل الرجل بمالٍ كان له على رجلٍ آخر، فيقول الذي احتال: برئتَ مما لي عليك، فقال (عليه السلام): إذا أبرأه فليس له أن يرجع عليه، وإن لم يُبرأه فله أن يرجع على الذي أحاله)[٣]، والخبر لا يصلح لمعارضة ما تقدم على أنه يمكن حمله على نحوٍ يقتضي الجمع بين الأخبار.

(٣) الضمير في قوله «عليه» يرجع إلى البراءة، والتذكير باعتبار كونها مصدراً جائز الوجهين.

(٤) قيد لبراءة ذمّة المحيل بمجرّد الحوالة.

حكم قبول المحتال للحوالة على المليء

(٥) يعني لا يجب على المحتال قبول الحوالة على المحال عليه الغنيّ.

---

(١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب الضمان حديث ٣.

(٢) المصدر السابق، حديث ٤.

(٣) المصدر السابق، حديث ٢.

المليء)[١]، لأنّ الواجب أداء الدين، والحوالة ليست أداء[٢]، وإنّما هي نقل له من ذمّة إلى أُخرى، فلا يجب قبولها[٣] عندنا.

وما ورد من الأمر بقبولها على المليء على تقدير صحّته[٤] محمول على الاستحباب.

(**ولو ظهر إعساره**[٥]) حال الحوالة بعدها[٦] (**فسخ المحتال**) إن شاء، سواء

---

(١) إذا أحال المحيل دائنه على الغني الموسر فلا يجب على المُحال قبولُ الحوالة، بلا خلاف فيه، لأن الواجب أداء الدين والحوالة ليست أداءً، بل هي نقل الدين من ذمة إلى أُخرى، ولا يجب القبول على الدائن، وخالف داوود الظاهري فقال بالوجوب للنبوي (إذا أحيل أحدكم على الملي فليحتل)[١] وهو غير واردٍ من طرقنا، ولا جابر له، وعلى تقدير صحته فهو محمول على الاستحباب أو الإرشاد.

(٢) فإنّ الحوالة لا يصدق عليها الأداء.

(٣) أي فلا يجب قبول الحوالة على المحتال عند علماء الإماميّة.

– قال في الحديقة: خلافاً لعلماء العامّة، فإنّ المضمون عنه لا يبرأ عندهم، فالمضمون له يرجع إن شاء إلى الضامن وإن شاء رجع إلى المضمون عنه، إذ الضمان عند العامّة ضمّ ذمّة إلى أُخرى.

(٤) الضمير في قوله «صحّته» يرجع إلى «ما» الموصولة في قوله «ما ورد». يعني أنّ الأخبار الواردة في وجوب القبول على المحتال ضعيفة أوّلاً، وتحمل على استحباب القبول عليه ثانياً.

ظهورإعسار المحال عليه

(٥) الضمير في قوله «إعساره» يرجع إلى المحال عليه. يعني لو ظهر بعد العقد كون المحال عليه حال الحوالة معسراً جاز للمحتال فسخ العقد.

(٦) متعلق بقوله (ظهر)، هذا لو رضي المُحال بالحوالة وكان المُحال عليه فقيراً مع علم =

---

(١) جواهر الكلام ج٢٦ ص١٦٦.

شرط[١] يساره أم لا،و وسواء تجدّد له اليسار[٢] قبل الفسخ أم لا وإن زال[٣] الضرر، عملاً بالاستصحاب[٤].

ولو انعكس[٥] بأن كان موسراً حالتها فتجدّد إعساره فلا خيار، لوجود الشرط[٦].

(ويصحّ ترامي[٧] الحوالة) بأن يحيل المحال عليه المحتال على آخر، ثمّ

= المُحال بذلك لزمت الحوالة، وكذا إذا كان موسراً ثم تجدد فقره بعد الحوالة، بلا خلاف ولا إشكال، لأن الحوالة من العقود اللازمة، ومع رضا المُحال وبقية الشرائط تنعقد وتلزم، فلا يجوز فسخها فيما بعدُ، ولدلالة الأخبار على ذلك كخبر منصور بن حازم وخبر عقبة المتقدمين.

وأما لو كان المُحال عليه معسراً حال الحوالة ولم يطلع المحال على ذلك ثم علم بعد ذلك كان له الفسخ والعود على المحيل بلا خلاف فيه لقاعدة الضرر ولخبر منصور المتقدم بحسب ذيله.

ثم إذا ثبت الخيار وتجدد اليسار للمحال عليه فهل يرتفع خياره وجهان: من زوال الضرر فيجب أن يزول الخيار، ومن أن الخيار قد ثبت فيستصحب عند الشك بارتفاعه.

(١) فاعله هو الضمير العائد إلى المحتال، والضمير في قوله «يساره» يرجع إلى المحال عليه.

(٢) أي سواء حصل للمحال عليه اليسار بعد كونه معسراً حال العقد أم لا.

(٣) أي وإن زال ضرر المحتال بتجدّد اليسار للمحال عليه.

(٤) المراد من «الاستصحاب» هو استصحاب خيار الفسخ الحاصل حال العقد بكون المحال عليه معسراً بعد تجدّ اليسار له وبعد الشكّ في بقاء الخيار حينئذٍ.

(٥) أي انعكس حال المحال عليه بكونه موسراً حين عقد الحوالة، ثمّ تجدّد له الإعسار، فإذاً لا خيار للمحتال.

(٦) المراد من «الشرط» هو يسار المحال عليه حين عقد الحوالة.

صحّة ترامي الحوالة ودورها

(٧) المراد من «الترامي» هو إحالة المحال عليه المحتال على شخص آخر بالمال الذي=

يحيل الآخر[١] محتاله على ثالث، هكذا، ويبرأ المحال عليه في كلّ مرتبة كالأوّل[٢]، (**ودورها**[٣]) بأن يحيل المحال عليه في بعض المراتب على المحيل الأوّل.

وفي الصورتين[٤] المحتال متّحد[٥]، وإنّما تعدّد المحال عليه.

= تعلّق بذمّته بالحوالة وهكذا.

فإذا أحال المديون دائنه على مديونه فهذه هي الحوالة الأولى، فيصح للمحال عليه أن يحيل المُحالَ على رابع مشغول الذمة أو بريئها على الخلاف المتقدم، ويصح للرابع المحال عليه أن يحيله على خامسٍ وهكذا وهو المراد بترامي الحوالة.

والترامي لا خلاف فيه ولا إشكال، لأن الحوالة الأولى صحيحة فالثانية وما بعدها يجب القول بصحتها لاجتماع شرائط الصحة مع عدم المانع ولعموم ﴿**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾[١] وفي الترامي يتعدد المُحال عليه، مع أن المحال واحدٌ في الجميع، وفي الجميع أيضاً تبرئ ذمة المحيل وتشتغل ذمة المحال عليه، فإذا صار المحال عليه محيلاً فتبرأ ذمته وتشتغل ذمة غيره الذي أحال عليه الدين وهكذا.

(١) يعني أنّ المحال عليه الثاني يحيل محتاله على محال عليه ثالث، وهكذا الثالث يحيل المحتال على محال عليه رابع.

(٢) يعني كما أنّ المحيل الأوّل يبرأ بالحوالة كذلك المحال عليه الذي يحيل المحتال على محال عليه آخر وهكذا.

(٣) أي ويصحّ دور الحوالة كما إذا أحال المحالُ عليه الأوّل المحتالّ على الثاني، ثمّ أحاله الثاني على المحيل الأوّل.

والدور جائز بلا خلاف فيه بعد اجتماع شرائط الصحة مع عدم المانع فيندرج تحت عموم قوله: ﴿**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾[٢].

(٤) المراد من «الصورتين» هو صورة ترامي الحوالة وصورة دورها.

(٥) يعني أنّ المحتال في كلتا الصورتين متّحد، لكنّ المحال عليه يتعدّد.

(١ و٢) سورة المائدة، الآية: ١.

(**وكذا الضمان**[١]) يصح تراميه بأن يضمن الضامن آخر[٢]، ثمّ يضمن الآخر[٣] ثالث، وهكذا.

ودوره[٤] بأن يضمن المضمون[٥] عنه الضامن.....

صحّة ترامي الضمان ودوره

(١) أي ومثل الحوالة الضمان في صحّة الترامي والدور.

ولا خلاف ولا إشكال في ترامي الضمان بحيث لو ضمن المالَ ضامنٌ، فيصح أن يضمنه عنه آخر، وهكذا إلى عدة ضمناء، لتحقق شرط الضمان وهو ثبوت المال في ذمة المضمون عنه، ويرجع كل واحد من الضمناء على المضمون عنه إذا كان الضمان بإذنه.

وكما يصح الترامي يصح دور الضمان، بأن يضمن الأصيلُ وهو المضمون عنه ضامنه، أو ضامنَ ضامنه وإن تعدد، لعدم المانع، ويسقط بذلك الضمان ويرجع الحق كما كان.

وعن الشيخ في المبسوط المنع من دور الضمان، لصيرورة الفرع فيه أصلاً والأصل فيه فرعاً، فالفرع هو الضامن والأصل هو المضمون عنه، فلو صح الدور كان الضامنُ مضموناً عنه، مع أن الضامن فرعٌ فكيف يكون أصلاً، ولعدم الفائدة في الدور إذ يرجع الحق على ما كان.

ورُدّ بأن جعل الفرع أصلاً والأصلُ فرعاً ليس بمانع، فالضامن فرعٌ في ضمان وهو أصل في ضمان آخر ولا إشكال فيه فالاختلاف في الأصلية والفرعية لا يصلح للمانعية، وأما الفائدة فإنه لو وجد المضمونُ له الأصيلَ الذي صار ضامناً وجده معسراً ونحو ذلك فإن له الفسخ والرجوع على الضامن السابق، وبأن يضمن المضمون عنه الدين الثابت في ذمة الضامن بحيث يكون الضمان حالاً والدين مؤجلاً أو بالعكس وهذه فائدة ثانية.

(٢) فاعل لقوله «يضمن»، والمفعول هو قوله «الضامن».

(٣) أي بأن يضمن الضامنَ الآخرَ ضامن ثالث.

(٤) بالرفع، عطف على قوله المرفوع «ترامیه».

(٥) بالرفع، فاعل لقوله «يضمن»، والمفعول هو قوله «الضامن». ومثال دور الضمان هو ضمان المضمون عنه الضامن الأخير.

في بعض المراتب[١].

ومنعه[٢] الشيخ (ره)، لاستلزامه[٣] جعل الفرع[٤] أصلاً، ولعدم[٥] الفائدة.

ويضعّف[٦] بأنّ الاختلاف فيهما[٧] غير مانع، وقد تظهر[٨] الفائدة في ضمان الحالّ مؤجّلاً[٩] .....

(١) أي في بعض أدوار الضمان مثل أن يضمن المضمونُ عنه الضامنَ الأخير، ويمكن أن يتجدّد الضمانات على هذا النحو، فتدور مرّتين أو ثلاث مرّات وهكذا..

(٢) الضمير في قوله «منعه» يرجع إلى دور الضمان. فإنّ الشيخ (رحمه الله) منعه بدليلين:
أ: استلزام الدور جعل الفرع أصلاً.
ب: عدم الفائدة في دور الضمان، لأنّ انتقال المال من ذمّة المضمون عنه إلى ذمّة الضامن، ثمّ انتقاله إلى ذمّة المضمون عنه يوجب انتفاء الفائدة عن عقد الضمان وكونه لغواً وبلا أثر.

(٣) الضمير في قوله «لاستلزامه» يرجع إلى الدور. فعلّل الشيخ المنع بكون الدور مستلزماً لجعل الفرع أصلاً.
– من حواشي الكتاب: وهذه العلّة تجري في الترامي أيضاً، وإمكان ظاهر الحكاية المنع عن الدور فقط، فتأمّل إلاّ أن يجعل كلا الوجهين علّة واحدة (الحديقة).

(٤) المراد من الأصل هو الضامن ومن الفرع هو المضمون عنه. يعني بعد القول بصحّة دور الضمان يصير الضامن فرعاً والمضمون عنه أصلاً.

(٥) هذا دليل ثانٍ للشيخ (رحمه الله) لعدم جواز دور الضمان، وهو أنّه لا تبقى فائدة في الضمان كذلك، لرجوع الدين إلى المديون الأوّل الذي كان المال في ذمّته في بادي الأمر.

(٦) هذا ردّ على الدليل الأوّل بأنّ الاختلاف بين الأصل والفرع لا يمنع من دور الضمان.

(٧) الضمير في قوله «فيهما» يرجع إلى الأصل والفرع، لأنّ الشخص الواحد يجوز أن يوجد فيه الوصفان.

(٨) وهذا ردّ على ثاني دليلي الشيخ (رحمه الله)، وهو عدم فائدة في دور الضمان بظهور الفائدة في ضمان الحالّ مؤجّلاً.

(٩) كما إذا كان في ذمّة المضمون عنه دين يصير بعد دور الضمان مؤجّلاً. =

وبالعكس[١]، وفي الضمان[٢] بإذن[٣] وعدمه[٤]، فكلّ ضامن يرجع مع الإذن[٥] على مضمونه[٦] لا على الأصيل[٧]، وإنّما يرجع عليه[٨] الضامن الأوّل[٩] إن ضمن بإذنه.

= فهو غير مطالب بالدفع إلا بعد الأجل، مع أن الدين قبل الضمان كان حالاً.

(١) وهذا بيان فرض أخر يوجد فيه فائدة دور الضمان، كما إذا كان الدين الثابت في ذمّة المضمون عنه مؤجّلاً فضمنه الضامن حالاً، ثمّ ردّ الضمان إلى ذمّة المضمون عنه ثانياً حالاً، فتظهر فائدة دور الضمان. فهو مطالب بالدفع الآن، مع أن الدين قبل الضمان كان مؤجلاً.

(٢) أي وقد تظهر فائدة دور الضمان في الضمان بإذن المضمون عنه وبدونه، فإنّ الضامن في الفرض الأوّل يرجع على المضمون عنه، بخلاف الثاني، كما تقدّم.

(٣) يجوز للضامن أن يرجع على المضمون عنه إن وقع الضمان بإذنه على ما تقدم، وعليه فلو ترامى الضمان، فالضامن الأول يرجع على المضمون عنه، والضامن الثاني يرجع على الأول وهكذا، فلو كان الضامن الثالث هو نفس المضمون عنه الأصيل فيجوز له أن يرجع على الضامن الثاني بما دفع، مع أنه لو قلنا باستحالة الدور فسيرجع عليه الضامن الأول ويُغرّم من دون أن يرجع على أحدٍ وهذه فائدة الدور مع الإذن.

(٤) الضمير في قوله «عدمه» يرجع إلى الإذن.

وقد تقدم عدم جواز رجوع الضامن على المضمون عنه إن كان الضمان بغير إذن، لأنه متبرع، وعليه فالضامن الأول لا يرجع على المضمون عنه، ولا الثاني على الأول، ولا الثالث على الثاني، فلو كان الضامن الثالث هو نفس المضمون عنه الأصيل فلا يجوز له أن يرجع على الضامن الثاني، مع أنه قبل الدور لن يُغرّم المضمون عنه بشيء لأن الضامن الأول لا يجوز له الرجوع.

(٥) أي مع إذن المضمون عنه.

(٦) يعني أنّ كلّ ضامن يرجع على من ضمن عنه بإذنه.

(٧) أي لا يرجع الضامن على المضمون عنه الأوّل.

(٨) الضمير في قوله «عليه» يرجع إلى الأصل الذي هو المضمون عنه الأوّل.

(٩) بمعنى أنّ الضامن الأوّل يرجع على المضمون عنه الأوّل الذي كان الضمان بإذنه.

وأمّا الكفالة فيصحّ ترامیها[١] دون دورها[٢]، لأنّ حضور المكفول الأوّل[٣] يبطل ما تأخّر منها[٤].

(و) كذا تصحّ (**الحوالة بغير جنس الحقّ**[٥]) الذي للمحتال على المحيل بأن

---

(١) يعني أنّ ترامي الكفالة لا مانع منه، كما إذا تكفّل زيد بنفس عمرو بأن يأتي به إلى القاضي، ثمّ تكفّل خالد بنفس زيد، ثمّ تكفّل بكر بنفس خالد وهكذا.

ولا خلاف ولا إشكال لوجود المقتضى مع عدم المانع، أما المقتضي فهو التعهد بإحضار نفس ويصح أن يتعهد الثاني عن الأول بإحضار الغريم كما صح للأول التعهد بإحضاره وهكذا، ولا يتصور هنا مانع.

(٢) أي لا يصحّ دور الكفالة بأن يتكفّل المكفول الأوّل – وهو عمرو في المثال المذكور في الهامش السابق – بنفس بكر الكفيل الأخير في المثال المذكور، لأنّ حضور المكفول الأوّل – وهو عمرو في المثال – يبطل الكفالات المتأخّرة، وهي كفالة خالد لنفس زيد وكفالة بكر لنفس خالد.

(٣) وهو عمرو في المثال السابق ذكره.

(٤) الضمير في قوله «منها» يرجع إلى الكفالة الأُولى.

صحّة الحوالة بغير جنس الحقّ

(٥) كما إذا كان الحقّ الثابت في ذمّة المحال عليه حنطة أو درهماً وكان حقّ المحتال الثابت في ذمّة المحيل شعيراً أو ديناراً.

فلو كان على المحيل مائة درهم، وله عشرة دنانير على المحال عليه فلو أحال المحال بالدنانير التي له في ذمة المحال عليه فلا إشكال من ناحية المحال عليه، لأنه يجب عليه دفع الدنانير العشرة، فدفعها إلى المحال جائز لأنه دفع إلى وكيل الدائن كما هو واضح.

وإنما الكلام في أنّ المُحالَ له في ذمة المحيل مائةُ درهم فكيف أحاله بعشرة دنانير مع أن الحوالة قائمة على الإحالة بنفس الدين الثابت في ذمة المحيل، وهو مندفع لأن الحوالة إما استيفاء وإما اعتياض، وعلى الأول فيجوز للمحيل أن يفي دينه بغير جنسه مع التراضي مع المحال الدائن، وعلى الثاني فيجوز المعاوضة على الدين الذي هو=

يكون له[١] عليه دراهم فيحيله على آخر بدنانير، سواء جعلنا الحوالة استيفاءً[٢] أم اعتياضاً[٣]، لأنّ إيفاء الدين بغير جنسه[٤] جائز مع التراضي.

وكذا المعاوضة[٥] على الدراهم بالدنانير.

ولو انعكس[٦] .....

= دراهم بالدنانير.

(١) الضمير في قوله «له» يرجع إلى المحتال، وفي قوله «عليه» يرجع إلى المحيل.

(٢) بمعنى أنّ المحتال يستوفي دينه من المحيل بالحوالة.

(٣) بمعنى تعويض ما في ذمّة المحيل بما في ذمّة المحال عليه.

(٤) كما إذا أوفى المديون دينه ٠ وهو درهم – بدينار.

(٥) أي وكذا تصحّ المعاوضة على الدراهم بالدنانير.

(٦) بأن كان الفرض بعكس الفرض الأوّل.

ولا يخفى أنّ الفرض الأوّل هو كون المال الذي على ذمّة المحيل دراهم، فأحالها على آخر بدنانير، وفرض العكس هو كون المال الثابت في ذمّة المحيل دنانير، فأحالها بدراهم على ذمّة الآخر.

أقول: إنّ المثالين المذكورين كليهما يكونان للحوالة بغير جنس الحقّ بلا تفاوت بينهما. فلو أحال المحال بالدراهم التي له على المحال عليه الذي اشتغلت ذمته بالدنانير، فهي إحالة الدراهم على الدنانير، فقد ذهب الشيخ في أول باب الحوالة من مبسوطه وابنا زهرة وحمزة والقاضي إلى أنه يشترط تساوي المالين في صحة الحوالة، والتساوي هو وحدة الجنس والنوع والصفة، بل عن التذكرة أنه من مشاهير الفقهاء وجوب التساوي بين الدينَين، ودليلهم التفصي من التسلط على المحال عليه بما لم تشتغل ذمته به، إذ لا يجب عليه أن يدفع إلا ما عليه، وجواز دفع شيء من جنسٍ غير جنس الدين الثابت عليه معاوضة مستقلة لا تقتضيها نفس الحوالة.

وعن الشيخ في موضع آخر من باب الحوالة في المبسوط والعلامة في التذكرة والتحرير والفاضل المقداد في التنقيح وثاني المحققين والشهيدين الجواز، لأن الحوالة إما أن يشترط فيها رضا المحال عليه أو لا، وعلى الأول فالمحال عليه قد=

فأحاله[١] بحقّه على من عليه[٢] مخالف صحّ[٣] أيضاً، بناءً[٤] على اشتراط رضى المحال عليه، سواء جعلناها[٥] استيفاءً أم اعتياضاً بتقريب التقرير[٦].

ولا يعتبر التقابض في المجلس حيث تكون[٧] صَرفاً، لأنّ المعاوضة على

= رضي بدفع مثل ما عليه وإن لم يكن من جنس ما عليه فيتعين الجواز سواء قلنا بأن الحوالة استيفاء أم اعتياض.

وعلى الثاني فمع عدم رضا المحال عليه فهو متوقف على صحة الحوالة على البريء، فإن قلنا بالجواز هنا نقول به هنا وإلا فلا إذ لا يجب على المحال عليه إلا دفع الدنانير فكيف يجب عليه دفع الدراهم.

(١) فاعله هو الضمير العائد إلى المحيل، والضمير فيه وكذا الضمير في قوله «بحقّه» يرجعان إلى المحتال.

(٢) والمراد منه هو المحال عليه.

(٣) أي لا فرق في صحّة الحوالة بين الأصل والعكس. كما تقدّم.

(٤) يعني أنّ الحكم بالصحّة مبنيّ على اشتراط رضى المحال عليه بأداء غير ما هو في ذمّته، كما إذا كان المال الثابت في ذمّته دنانير وأحال المحيل المحتال على المحال عليه بالدراهم.

(٥) أي لا فرق في الحكم بصحّة الحوالة المذكورة بين جعل الحوالة استيفاء دين وبين جعلها معاوضة.

(٦) التقرير المتقدّم هو قول الشارح (رحمه الله) في الصفحة السابقة «لأنّ إيفاء الدين بغير جنسه جائز مع التراضي، وكذا المعاوضة على الدراهم بالدنانير».

(٧) اسم «يكون» هو الضمير العائد إلى المعاوضة. أي لا يعتبر التقابض في المجلس في صورة كون المعاوضة من قبيل الصرف.

إيضاح: لا يخفى أنّه يشترط في صحّة بيع الصرف – وهو بيع الدراهم بالدنانير – التقابض في المجلس، لكن في حوالة الدنانير بالدراهم أو بالعكس لا يشترط التقابض في مجلس الحوالة، لأنّها وإن كانت معاوضة، لكنّها ليست بيعاً حتّى تلزم رعاية الشرط المذكور في بيع الصرف.

هذا الوجه[١] ليست بيعاً.

ولو لم يعتبر رضى المحال عليه صحّ الأوّل[٢] دون الثاني[٣]، إذ لا يجب على المديون[٤] الأداء من غير جنس ما عليه[٥].

وخالف الشيخ (ره) وجماعة فيهما[٦]، فاشترطوا تساوي المحال به[٧] وعليه جنساً ووصفاً، استناداً[٨] إلى أنّ الحوالة تحويل ما في ذمّة المحيل إلى ذمّة المحال عليه، فإذا كان على المحيل دراهم مثلاً وله[٩] على المحال عليه دنانير كيف يصير حقّ المحتال على المحال عليه دراهم ولم يقع[١٠] عقد يوجب

---

(١) أي على وجه حوالة الدنانير بالدراهم.

(٢) المراد من «الأوّل» هو إحالة المحتال بأن يأخذ حقّه بغير جنسه، كما إذا كان حقّه دراهم، فأحاله المحيل بأن يأخذ من المحال عليه دنانير.

(٣) المراد من «الثاني» هو إحالة المحتال على المحال عليه بأن يؤدّي الحقّ بغير جنسه الذي ثبت في ذمّته، كما إذا كان في ذمّة المحال عليه دراهم فأحال المحيل المحتال على المحال عليه بأن يأخذ منه الدنانير، ففي هذا الفرض يعتبر رضى المحال عليه.

(٤) وهو المحال عليه.

(٥) الضمير في قوله «عليه» يرجع إلى المديون.

(٦) الضمير في قوله «فيهما» يرجع إلى الفرضين المذكورين.

(٧) أي تساوي المحال به للمال المحال عليه.

(٨) مفعول له، تعليل لاشتراط تساوي الحقّين – المحال به والمحال عليه – جنساً ووصفاً بأنّ الحوالة هي تحويل المال الثابت في ذمّة المحيل إلى ذمّة المحال عليه، فيشترط التساوي بينهما.

(٩) الضمير في قوله «له» يرجع إلى المحيل. يعني إذا تخالف الحقّان اللذان ثبتا في ذمّتي المحيل والمحال عليه فما هو الوجه لصيرورة جنس الحقّ خلاف ما كان بالحوالة.

(١٠) الواو في قوله «ولم يقع» تكون للحاليّة. يعني كيف يصير الحقّ الثابت أوّلاً على خلافه جنساً والحال أنّه لم يقع عقد موجب للتغاير.

ذلك[١]، لأنّا إن جعلناها[٢] استيفاءً كان المحتال بمنزلة من[٣] استوفى دينه[٤] وأقرضه[٥] المحال عليه وحقّه[٦] الدراهم لا الدنانير، وإن كانت[٧] معاوضة فليست[٨] على حقيقة المعاوضات[٩] التي يقصد بها تحصيل ما[١٠] ليس بحاصل من جنس مال[١١] أو زيادة قَدَر[١٢] أو صفة[١٣]، وإنّما هي[١٤] معاوضة

---

(١) المشار إليه في قوله «ذلك» هو تحويل ما في ذمّة المحال عليه إلى خلافه جنساً.

(٢) الضمير الملفوظ في قوله «جعلناها» يرجع إلى الحوالة.

(٣) بالجرّ محلاً، لإضافة قوله «منزلة» إليه.

(٤) الضمير في قوله «دينه» يرجع إلى المحيل. يعني أنّ المحتال يكون بمنزلة المأمور الذي يستوفي دين المحيل من المحال عليه، فلا يجوز له الاستيفاء إلاّ من الجنس الذي كان ثابتاً في ذمّة المحال عليه.

(٥) فاعله هو الضمير العائد إلى المحيل، والضمير الملفوظ يرجع إلى الدين.

(٦) الواو في قوله «وحقّه» تكون للحاليّة، والضمير يرجع إلى المحتال.

(٧) عطف على قوله «إن جعلناها». يعني وإن قلنا بكون الحوالة من قبيل المعاوضة فليست معاوضة حقيقيّة لتحصيل ما ليس بحاصل.

إيضاح: إنّ المعاوضات الحقيقيّة تكون لتحصيل ما ليس بحاصل، مثلاً إنّ البائع يبيع المبيع لتحصيل ثمنه الذي ليس بحاصل له، أو لتحصيل الأكثر في مقابل الأقلّ، أمّا الحوالة فليست كذلك، بل هي معاوضة خاصّة لتسهيل قضاء حاجة المكلّفين، فيعتبر فيها تساوي المالين.

(٨) يعني أنّ الحوالة ليست معاوضة حقيقيّة.

(٩) يعني أنّ المعاوضات الحقيقيّة هي التي يقصد بها تحصيل ما ليس بحاصل.

(١٠) كما أنّ بائع الحنطة يبيعها بثوب وهو لا يحصل للبائع إلاّ بالمعاوضة.

(١١) كمعاوضة الحنطة بالثوب.

(١٢) كمعاوضة الأقلّ بالأكثر.

(١٣) كمعاوضة الجيّد بالرديّ أو بالعكس.

(١٤) ضمير «هي» يرجع إلى الحوالة.

إرفاق ومسامحة[١] للحاجة[٢]، فاعتبر فيها[٣] التجانس[٤] والتساوي.

وجوابه[٥] يظهر ممّا ذكرناه.

(وكذا) تصحّ (الحوالة بدين عليه[٦] لواحد على دين للمحيل على.....

(١) فإنّ الحوالة معاوضة إرفاق واقعة بين الناس مسامحةً.

(٢) أي لحاجة الناس إلى المعاوضة كذلك.

(٣) أي في الحوالة.

(٤) بين الحقّين المحال به والمحال عليه.

(٥) يعني أنّ جواب استدلال الشيخ (رحمه الله) يظهر ممّا تقدّم وهو أنّ الحوالة وإن كانت معاوضة لا تمنع من تغاير الجنسين إذا اشترط رضى المحال عليه.

الحوالة بدين لواحد على دين على اثنين

(٦) الضمير في قوله «عليه» يرجع إلى المحيل. يعني إذا كان المحيل مديوناً لشخص واحد فأحال المحتال المديون على شخصين مديونين للمحيل صحّ.

وتحرير المسألة متوقف على مقدمة، وهي أن الضمان عندنا ناقل للمحال من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن كما تقدم، وليس الضمان ضاماً ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه كما عليه مخالفونا هذا من جهة ومن جهة أُخرى لو كان لشخص على اثنين دين بمقدار ألف درهم مثلاً، فعلى كل واحد خمسمائة، فإذا ضمن كل واحد منهما صاحبه فإما أن يقترنا وإما أن يتلاحقا، وعلى الأول ينتقل ما في ذمة كل واحدٍ منها إلى الآخر ويبقى الأمر على ما هو عليه من ثبوت خمسمائة في ذمة كل واحد منهما، وعلى الثاني يجتمع الدين بتمامه في ذمة الأخير، لأن نصفه ثابت في ذمة الآخر بالدين والنصف الآخر قد ثبت بالضمان، وبعد ثبوت الجميع في ذمة الآخر ينتقل الجميع إلى ذمة الضامن الثاني لتأخر ضمانه إذا تقرر ذلك فلو أحال صاحب الألف ثالثاً عليهما بالألف في صورة ضمانهما مقترنين، فالمحال يأخذ من كل واحد منهما خمسمائة لعدم تأثير الضمان من هذه الحيثية كما تقدم.

ومنع الشيخ في المبسوط هذه الحوالة، لأن فيها زيادة ارتفاق، حيث إن المحال مخيّر=

اثنين(١) **متكافلين**(٢)) أي قد ضمن كلّ منهما ما في ذمّة صاحبه دفعةً واحدةً(٣) أو متلاحقين(٤) مع إرادة(٥) الثاني ضمان ما في ذمّة الأوّل في الأصل لا مطلقاً(٦)، لئلاّ يصير المالان(٧) في ذمّة الثاني.

= بالرجوع بالألف على كل واحدٍ منهما، بعد ثبوت الألف في ذمة كل واحدٍ منهما، نصفه بالدين ونصفه بالضمان، وهذا التخيير في الرجوع ارتفاق لم يكن من قبل الحوالة، فلا تصح لأنه يشترط في الحوالة مساواة الدينين قدراً وجنساً ووصفاً فمن ناحية الوصف فالمحال كان دينه على واحد وقد أصبح دينه على اثنين مخيراً بينهما، وهذا زيادة في الصفة.

وفيه: إن الرجوع بالألف على كل واحد من الضامنين مبني على كون الضمان بمعنى الضم، وهو مذهب مخالفينا، وأما على كون الضمان ناقلاً للمال من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن فلم يثبت في ذمة كل واحد من الضامنين إلا الخمسمائة كما لو كان الأمر قبل الضمان، فلا ارتفاق.

ولو سلم ذلك فليس مطلق الارتفاق مانعاً من الحوالة وإلا لما جازت الحوالة على من هو أملى منه وأحسن وفاءً.

(١) الجارّ والمجرور يتعلّقان بقوله «الحوالة». يعني تصح حوالة دين لشخص على دين على مديونين.

(٢) بمعنى كون كلّ منهما ضامناً لما هو في ذمّة الآخر دفعةً واحدةً.

(٣) بأن يقول كلّ منهما: أنا ضامن لما هو ثابت في ذمّتك دفعةً واحدةً بأن لا يسبق أحدُهما الأخر في هذا القول.

(٤) بأن سبق ضمان أحدهما وتأخّر ضمان الآخر.

(٥) هذا القيد يختصّ بقوله «متلاحقين». يعني إذا كان الضمانان متلاحقين لم يصحّ الضمانان إلاّ إذا أراد الضامن الثاني ضمان ما هو في ذمّة الأوّل في الأصل، كما أوضحناه في المثال المذكور المتقدّم.

(٦) أي لا الأعمّ من المال الذي تعلّق بذمّة الأوّل في الأصل وبالضمان.

(٧) وهما المال الذي كان في ذمّة الأوّل في الأصل والمال الذي تعلّق بذمّته بالضمان.

ووجه جواز الحوالة عليهما[١] ظاهر، لوجود المقتضي للصحّة[٢] وانتفاء المانع، إذ ليس[٣] إلاّ كونهما[٤] متكافلين، وذلك[٥] لا يصلح مانعاً.

ونبّه[٦] بذلك على خلاف الشيخ (ره)، حيث منع منه[٧] محتجّاً باستلزامها[٨] زيادة الارتفاق[٩]، وهو[١٠] ممتنع[١١] في الحوالة، لوجوب موافقة الحقّ المحال

---

(١) الضمير في قوله «عليهما» يرجع إلى قول المصنّف (رحمه الله) «اثنين متكافلين». يعني أنّ وجه جواز الحوالة بدين لواحد على دين للمحيل على اثنين كذلك ظاهر، والوجه الظاهر هو وجود المقتضي وعدم المانع.

(٢) المقتضي للصحّة هو كون المحيل مديوناً بالنسبة إلى المحتال وكون الاثنين المحال عليهما أيضاً مديونين بالنسبة إلى المحيل.

(٣) اسم «ليس» هو الضمير الراجع إلى المانع.

(٤) الضمير في قوله «كونهما» يرجع إلى اثنين. يعني أنّ ما يتوهّم كونه مانعاً عن صحّة الحوالة المذكورة ليس إلاّ كون كلّ واحد منهما ضامناً لما هو في ذمّة الآخر، وليس ذلك صالحاً للمنع.

(٥) المشار إليه في قوله «ذلك» هو كون الاثنين المديونين متكافلين.

(٦) فاعله هو الضمير العائد إلى المصنّف (رحمه الله)، والمشار إليه في قوله «بذلك» هو قول المصنّف «وكذا الحوالة بدين عليه لواحد على دين للمحيل على اثنين متكافلين». يعني أنّ المصنّف (رحمه الله) أشار بذلك إلى خلاف الشيخ الطوسيّ (رحمه الله) الذي منع من جواز الحوالة المذكورة.

(٧) الضمير في قوله «منه» يرجع إلى جواز الحوالة المذكورة.

(٨) الضمير في قوله «باستلزامها» يرجع إلى الحوالة المذكورة.

(٩) أي الارتفاق بالمحتال. يعني أنّ الحوالة كذلك توجب زيادة الارتفاق بالمحتال.
أقول: وجه زيادة الارتفاق بالمحتال هو جواز رجوعه على اثنين والحال أنّه كان له قبل ذلك الرجوع على شخص واحد، وهو المحيل خاصّةً.

(١٠) الضمير في قوله «وهو» يرجع إلى استلزام الزيادة.

(١١) المراد من الامتناع هنا هو عدم جوازها وعدم صحّتها.

به[١] للمحال عليه من غير زيادة ولا نقصان قدراً ووصفاً[٢].

وهذا التعليل[٣] إنّما يتوجّه على مذهب من[٤] يجعل الضمان ضمّ ذمّة إلى ذمّة، فيتخيّر[٥] حينئذٍ[٦] في مطالبة كلّ.....

(١) المراد من «الحقّ المحال به» في الحوالة المذكورة هو حقّ المحتال الثابت في ذمّة شخص واحد، وهو المحيل.

والمراد من «الحقّ المحال عليه» هو ما في ذمّة الاثنين المديونين.

(٢) والحال أنّ الحقّين في الحوالة المذكورة لا يتساويان من حيث الوصف، فإنّ وصف الحقّ المحال به هو جواز الرجوع فيه إلى شخص واحد، وأمّا وصف الحقّ المحال عليه فهو جواز الرجوع فيه إلى شخصين وهذا زيادة للحقّ وصفاً لا قدراً.

وفي الحوالة عند الشيخ يكون المحال مخيراً بالرجوع بالألف على كل واحدٍ من المتكافلين مع أنه قبل الحوالة كان له الرجوع على واحد وهو المحيل صاحب الألف فاختلفت الصفة بين المالين.

(٣) يعني أن تعليل الشيخ (رحمه الله) بزيادة الحقّ المحال به بالنسبة إلى الحقّ المحال عليه من حيث الوصف إنّما يتوجّه على مذهب العامّة.

ولا يخفى أنّ العامّة يعرّفون الضمان بأنّه ضمّ ذمّة إلى أُخرى، مثلاً إذا ضمن زيد ما هو في ذمّة عمرو كانت ذمّة كليهما مشغولة بحقّ المضمون له، بمعنى أنّه يجوز له أن يرجع على كلّ واحد من الضامن والمضمون عنه لاستيفاء حقّه، لكنّ الخاصّة يعرّفونه بفراغ ذمّة المضمون عنه عن حقّ المضمون له بالضمان، فلا يجوز للمضمون أن يرجع على المضمون عنه، بل إنّما له أن يرجع على الضامن خاصّةً، ففي الحوالة المذكورة لا يجوز للمحتال أن يرجع على كلّ واحد من الاثنين المتكافلين بمجموع الحقّ أصلاً وضماناً، بل له أن يرجع على كلّ واحد منهما بمقدار الحقّ الذي تعلّق بذمّته بالضمان وهو ٢٠٠ درهماً في المثال المذكور سابقاً، فلا توجد في الحوالة المذكورة زيادة ارتفاق بالمحتال.

(٤) وهم العامّة.

(٥) فاعله هو الضمير العائد إلى المحتال.

(٦) أي حين إذ قلنا بأنّ الضمان ضمّ ذمّة إلى ذمّة أُخرى، كما ذهب إليه العامّة.

منهما[١] بمجموع الحقّ[٢]، أمّا على مذهب أصحابنا من أنّه[٣] ناقل للمال من ذمّة المحيل[٤] إلى ذمّة المحال عليه[٥] فلا ارتفاق[٦]، بل غايته[٧] انتقال ما على كلّ منهما[٨] إلى ذمّة صاحبه[٩]، فيبقى الأمر كما كان[١٠].

(١) الضمير في قوله «منهما» يرجع إلى الاثنين المتكافلين.

(٢) المراد من «مجموع الحقّ» هو ما تعلّق بالذمّة بالأصل والضمان.

(٣) يعني أنّ الضمان على مذهب الخاصّة ناقل للمال من ذمّة المضمون عنه إلى ذمّة الضامن.

(٤) المراد من «المحيل» هنا هو الذي يحيل الدين الواقع في ذمّته لواحد على دين على اثنين.

(٥) والمراد من «المحال عليه» هو الشخصان المديونان للمحيل.

أقول: لا يخفى عدم مناسبة الإتيان بلفظي «المحيل» و«المحال عليه» للمقام، بل المتناسب له هو أن يأتي الشارح (رحمه الله) بلفظي «الضامن» و«المضمون عنه» كما أُشير إليه في الحاشية الآتية:

– من حواشي الكتاب: الأولى هنا بدل المحيل والمحال عليه الضامن والمضمون عنه، فإنّ الكلام في الاثنين المتكافلين، وقد فرض الضمان بينهما إلى الحوالة (حاشية سلطان العلماء (رحمه الله)).

(٦) يعني إذا عرّفنا الضمان بانتقال المال من ذمّة المضمون عنه إلى ذمّة الضامن لم يجز للمحتال في المثال المذكور أن يرجع على كلّ واحد من الاثنين المتكافلين، فلا ارتفاق بالمحتال أزيد ممّا كان قبل ذلك.

(٧) الضمير في قوله «غايته» يرجع إلى الضمان الحاصل من كلّ واحد من الاثنين لما هو في ذمّة صاحبه.

(٨) الضمير في قوله «منهما» يرجع إلى الاثنين المتكافلين.

(٩) وقد أوضحنا ذلك في المثال المتقدّم ذكره في الهامش ٣ من الصفحة السابقة.

(١٠) أي كان المحتال يطالب بكراً في المثال المتقدّم بمائتي درهم بسبب حوالة المحيل، وكان يطالب خالداً بمائتي درهم كذلك قبل كون كلّ منهما متكافلاً، وبعد تحقّق الضمان ينتقل المالان المذكوران من ذمّة كلّ منهما إلى ذمّة الآخر بلا زيادة ولا=

ومع تسليمه[١] لا يصلح للمانعيّة، لأنّ مطلق الارتفاق بها[٢] غير مانع إجماعاً، كما لو[٣] أحاله[٤] على أملى منه[٥] وأحسن وفاءً[٦].

(ولو أدّى المحال عليه[٧] فطلب الرجوع) بما أدّاه على المحيل.....

= نقصان، فلا ارتفاق بالمحتال.

(١) الضمير في قوله «تسليمه» يرجع إلى الارتفاق. يعني لو سلّمنا استلزام الحوالة المذكورة للارتفاق فذلك لا يصلح للمانعيّة منها.

(٢) الضمير في قوله «بها» يرجع إلى الحوالة. يعني أنّ مطلق الارتفاق الحاصل من الحوالة لا يمنع من صحّتها إجماعاً.

(٣) هذا مثال لاستلزام الحوالة الارتفاق والحال أنّه لا يمنع من صحّتها.

(٤) الضمير الملفوظ في قوله «أحاله» يرجع إلى المحتال، والفاعل هو الضمير العائد إلى المحيل.

(٥) أي من المحيل.

(٦) أي كما لو أحال المحتالَ إلى امرئ أكثر تمكّناً من المحيل من حيث المال وأحسن وفاءً منه بالديون.

تعارض الأصل والظاهر في الحوالة.

(٧) هذه مسألة من المسائل الخلافية في الحوالة نبّه عليها المصنّف (رحمه الله) في آخر هذا الكتاب، كما جرت عليه عادته في آخر كلّ كتاب.

هذا، وفرض هذه المسألة هو أن يؤدّي المحال عليه إلى المحتال ما ثبت في ذمّة المحيل، ثمّ يرجع على المحيل ليأخذ منه ما أدّاه، لزعمه أنّ ذمّته لم تكن مشغولة بدين للمحيل، لكنّ المحيل يدّعي شغلها به وأنّ المحال عليه قد أدّى ما ثبت في ذمّته، فليس له أن يرجع على المحيل.

وقد تقدم صحة الحوالة على البريء كما هو المشهور، وعليه فالحوالة لا تدل على ثبوت دين للمحيل على المحال عليه، لأن الأعم لا يدل على الأخص، وعليه أيضاً لو صدرت الحوالة على زيد، فقام المحال عليه وأدى ما حُوّل عليه ثم طالب المحيل بما دفع منكراً لثبوت دين للمحيل عليه، فأنكر المحيل ذلك وقال: إنّما حوّلته عليك =

(لإنكاره[١] الدين) وزعمه[٢] أنّ الحوالة على البريء بناءً على جواز الحوالة عليه (وادّعاه[٣] المحيل تعارض الأصل[٤])، وهو[٥] براءة ذمّة المحال عليه من دين المحيل **(والظاهر)**، وهو كونه[٦] مشغول الذمّة، إذ الظاهر أنّه لولا اشتغال ذمّته[٧] لما أُحيل عليه.

= لثبوت دين لي عليك حينئذٍ.

فالقول قول المحال عليه مع يمينه، لأن المحيل يدعي الدين على المحال عليه، والمحال عليه ينكره، والأصل براءة ذمة المحال عليه من دين المحيل.

وأما لو قلنا بانحصار الحوالة على مشغول الذمة ثم اختلف المحال عليه والمحيل بما سمعت، لم يُقبل قول المحال عليه في نفي الدين لاقتضاء الحوالة هنا ثبوته، فالمحال عليه ينكر الدين ويوافقه الأصل من براءة ذمته من دين المحيل إلا أنه يدعي فساد الحوالة التي صدرت، حيث يدعي أنها حوالة على البريء، وهي باطلة لاشتراط الحوالة على مشغول الذمة كما هو الفرض، والمحيل يدعي الدين ويوافقه الظاهر من صحة الحوالة حيث يدعي أنها حوالة على مشغول الذمة، ومدعي الصحة مقدم.

(١) هذا دليل لرجوع المحال عليه على المحيل، وهو إنكاره استقرار دين في ذمّته للمحيل.

(٢) يعني أنّ المحال عليه يزعم جواز الحوالة على البريء.

(٣) أي ادّعى المحيل ديناً له في ذمّة المحال عليه.

(٤) يعني في الفرض المذكور يتعارض الأصل – وهو عدم اشتغال ذمّة المحال عليه بالدين – والظاهر، لأنّ الحوالة ظاهرة في اشتغال ذمّة المحال عليه بدين للمحيل.

(٥) الضمير في قوله «وهو» يرجع إلى الأصل.

(٦) أي كون ذمّة المحال عليه مشغولة بدين للمحيل بظهور الحوالة في ذلك.

(٧) الضميران في قوليه «ذمّته» و«عليه» يرجعان إلى المحال عليه.

وفيه: إنه لا ظاهر هنا لأن الكلام مبني على جواز الحوالة على البريء، فالحوالة غير ظاهرة في كون المحال عليه مشغولَ الذمة، فيجب تقديم الأصل من دون معارضة الظاهر له على ما تقدم شرحه.

(**والأوّل**) وهو الأصل (**أرجح**) من الثاني حيث يتعارضان غالباً[١]، وإنّما يتخلّف[٢] في مواضع نادرة، (**فيحلف**) المحال عليه على أنّه بريء من دين

(١) قوله «غالباً» منصوب، لكونه مفعولاً فيه لقوله «أرجح. يعني أنّ الأصل يرجّح على الظاهر عند تعارضهما في الأغلب، ففي المقام يقدّم قول المحال عليه في عدم اشتغال ذمّته بدين للمحيل مع الحلف.

(٢) يعني يتخلّف رجحان الأصل على الظاهر في مواضع نادرة، وقد مرّ ذكر هذه المواضع النادرة التي يقدّم فيها الظاهر على الأصل في تضاعيف الكتاب، وقد أُشير إليها في بعض حواشي الكتاب:

– من حواشي الكتاب: منها دعوى الأُخت زوجيّة رجل ودعواه أُختيّتها كما يأتي في النكاح، ومنها في التجارة دعوى نقص المبيع وغير ذلك ممّا هو مذكور في تضاعيف الكتاب (حاشية الشيخ عليّ (رحمه الله)).

حاشية أُخرى:وفي غير الغالب يعمل بالظاهر، ولا يلتفت إلى الأصل، وله صور: منها إذا شكّ بعد الفراغ من الطهارة أو غيرها من العبادات في فعل من أفعالها، وكذا لو شكّ في فعل من أفعال الصلاة بعد الانتقال منه إلى غيره وإن كان فيها، وليس كذلك الطهارة، والفارق النصّ.

ومنها شكّ الصائم في النيّة بعد الزوال، وأمّا قبل الزوال فيستأنف.

ومنها لو شكّ بعد خروج وقت الصلاة في فعلها، فإنّه يبنى على الفعل.

ومنها لو صلّى، ثمّ رأى على ثوبه أو بدنه نجاسة غير معفوّ عنها وشكّ هل لحقت قبل الصلاة أو بعدها وأمكن الأمران فالصلاة صحيحة.

ومنها إذا ظنّ دخول الوقت ولا طريق له إلى العلم لغيم وحبس ونحوهما فيبني على الظنّ، وأنّ الأصل العدم.

ومنها ما لو شكّ في دخول الليل للصائم.

ومنها امرأة المفقود تتزوّج بعد البحث عنه أربع سنين.

ومنها إذا ادّعى من نشأ في دار الإسلام من المسلمين الجهل بتحريم الزنا والخمر ووجوب الصلاة ونحو ذلك، فإنّه لا يقبل قوله، لأنّ الظاهر يكذّبه وإن كان الأصل عدم علمه بذلك، ومثله من يدّعي ما يشهد أيضاً بخلافه، كما إذا ادّعى الغبن من هو=

المحيل، (**ويرجع**[١]) عليه بما غرم، (**سواء كان**) العقد الواقع بينهما (**بلفظ الحوالة أو الضمان**)[٢]، لأنّ الحوالة على البريء[٣] أشبه بالضمان، فتصحّ[٤] بلفظه.

وأيضاً[٥] فهو يطلق على ما يشملهما[٦] بالمعنى[٧] الأعمّ، فيصحّ التعبير[٨] عنها.

= من أهل الخبرة.

ومنها ما لو اختلف البائع والمشتري في نقصان المبيع وكان المشتري قد حضر الكيل أو الوزن، وقد مرّ ذلك في البيع.

ومنها نجاسة البلل الخارج من الفرج إذا لم يستبرأ، فإنّه يحكم بنجاسته وإن كان الأصل فيما عدا النجاسات العشر الطهارة بشهادة الظاهر، بأنّه من البول إن كان السابق بولاً ومن المنيّ إن كان منياً... إلخ (حاشية الشيخ عليّ (رحمه الله)).

(١) فاعله هو الضمير العائد إلى المحال عليه، والضمير في قوله «عليه» يرجع إلى المحيل.

(٢) فلو كان العقد بلفظ الحوالة فواضح، لأن العقد عقدٌ لها، ولو كان بلفظ الضمان فيصح إرادة الحوالة على البريء من لفظ الضمان، لأنها أشبه بالضمان على ما تقدم، بل غير المشهور قد جعلها من مصاريف الضمان.

(٣) يعني أنّ الحوالة على شخص بريء الذمّة من دين أشبه بالضمان، فيجوز إتيان صيغها بلفظ الضمان.

(٤) أي فتصحّ الحوالة بلفظ الضمان.

(٥) يعني أنّ الدليل الآخر لعدم الفرق في الحكم المذكور هو أنّ الضمان يطلق على المعنى الذي يشمل الضمان والحوالة معاً. والضمير في قوله «فهو» يرجع إلى الضمان.

(٦) الضمير الملفوظ في قوله «يشملهما» يرجع إلى الضمان والحوالة.

(٧) الجارّ والمجرور يتعلّقان بقوله «يشملهما».

والمراد من المعنى الأعمّ للضمان هو كونه بمعنى التعهّد الشامل للمال الذي تكون ذمّة المحال عليه مشغولة به كما هو الحال في الحوالة، أو لا تكون كذلك كما هو الحال في الضمان.

(٨) الضمير في قوله «به» يرجع إلى الضمان، وفي قوله «عنها» يرجع إلى الحوالة.

ويحتمل الفرق[١] بين الصيغتين، فيقبل[٢] مع التعبير بالضمان دون الحوالة، عملاً بالظاهر[٣].

ولو اشترطنا في الحوالة اشتغال ذمّة المحال عليه بمثل الحقّ[٤] تعارض أصل الصحّة[٥] والبراءة[٦]، فيتساقطان، ويبقى مع المحال.....

(١) بحيث يقبل قول المحال عليه لو كان العقد بلفظ الضمان، لحمل الضمان على المعهود منه، لأن المحال عليه حينئذٍ ضامن والضامن أعم من مشغول الذمة وبريئها.
بخلاف ما لو كان العقد بلفظ الحوالة بعد حمل الحوالة على المعهود منها، وظاهرها حينئذٍ أنها على مشغول الذمة فلا يقبل قول المحال عليه، بل يُقدم قول المحيل مع يمينه لموافقته لهذا الظاهر.
وفيه: إن الحوالة بناءً على ما هو المفروض من صحتها على البريء لا تدل بظاهرها على أنها محل مشغول الذمة.

(٢) أي فيقبل قول المحال عليه في عدم اشغال ذمّته بدين للمحيل إذا أتي بالصيغة بلفظ الضمان لا ما إذا أُتي بها بلفظ الحوالة، ففيها لا يقبل قوله.

(٣) فإنّ الحوالة ظاهرة في اشتغال ذمّة المحال عليه بدين للمحيل، فيقدّم فيها الظاهر على الأصل.

(٤) كما تقدّم في تعريف الحوالة في أوّل الكتاب في قول المصنّف (رحمه الله) «وهي التعهّد بالمال من المشغول بمثله».

(٥) فإنّ صحّة الحوالة تقتضي اشتغال ذمّة المحال عليه بدين للمحيل.

(٦) فإنّ أصالة براءة ذمّة المحال عليه تقتضي عدم اشتغال ذمّته بدين للمحيل.
وقد عرفت أنه يقدم الظاهر حينئذٍ لتقديم مدعي الصحة، وهذا ما صرح به في المسالك، نعم قال عقيب ذلك (ويمكن على هذا أن يقال تساقط الأصلان، وبقي مع المحال عليه أنه أدى دين المحيل بإذنه، فيرجع عليه على التقديرين، وهو حسنٌ، فإن قيل: الإذن في الأداء إنما وقع في ضمن الحوالة فإذا لم يُحكم بصحتها لا يبقى الإذن مجرداً، لأنه تابع فيستحيل بقاؤه بدون متبوعه، قلنا: الإذن وإن كان في ضمن الحوالة إلا أنه أمرٌ يتفقان على وقوعه، وإنما يختلفان في أمرٍ آخر، فإذا لم يثبت لا ينتفي ما قد وقع الاتفاق منهما عليه) انتهى.

عليه[١] أداء دين المحيل بإذنه، فيرجع[٢] عليه.

ولا يمنع[٣] وقوع الإذن في ضمن الحوالة الباطلة المقتضي[٤] بطلانها، لبطلان تابعها[٥]، لاتّفاقهما[٦] على الإذن، وإنّما اختلفا في أمر آخر[٧]، فإذا لم يثبت[٨] يبقى ما اتّفقا عليه من الإذن في الوفاء المقتضي للرجوع[٩].

ويحتمل عدم الرجوع[١٠]، ترجيحاً[١١] للصحّة المستلزمة لشغل الذمّة[١٢].

---

(١) أي ويبقى بعد التساقط أنّ المحال عليه لو أدّى دين المحيل بإذن منه جاز له الرجوع عليه بما أدّاه.

(٢) فاعله هو الضمير العائد إلى المحال عليه، والضمير في قوله «عليه» يرجع إلى المحيل.

(٣) هذا دفع لتوهّم أنّ الحوالة على البريء إذا كانت باطلة لم يبق موقع للإذن الذي كان في ضمنها، فيبطل الإذن ببطلان الحوالة.

(٤) صفة لقوله «الإذن» والضميران في قوليه «بطلانها» و«تابعها» يرجعان إلى الحوالة.

(٥) المراد من التابع هو الإذن المتحقّق في ضمن الحوالة.

(٦) هذا دفع للتوهّم المذكور، والضمير في قوله «لاتّفاقهما» يرجع إلى المحيل والمحال عليه.

(٧) المراد من «الأمر الآخر» هو اشتغال ذمّة المحال عليه بدين للمحيل وعدمه.

(٨) فاعله هو الضمير العائد إلى الأمر الآخر. يعني فإذا لم يثبت اشتغال ذمّة المحال عليه بدين للمحيل بقي الإذن المتّفق عليه.

(٩) أي لرجوع المحال عليه على المحيل.

(١٠) يعني ويحتمل صحّة القول بعدم جواز رجوع المحال عليه على المحيل في الفرض. لعدم سماع قوله ترجيحاً لمدعى الصحة وهو قول المحيل، وهو الذي جزم به في المسالك، وجعل الأول احتمالاً.

(١١) تعليل للاحتمال المذكور، فإنّ الاختلاف في المقام إنّما هو في صحّة عقد الحوالة وفسادها، فيرجّح قول مدّعي الصحّة – وهي مستلزمة لاشتغال ذمّة المحال عليه بدين للمحيل – على مدّعي خلافها.

(١٢) أي ذمّة المحال عليه.

* * *

كتاب الكفالة

كتاب الكفالة[١]

الكفالة

(١) الكفالة اسم مصدر من كَفِلَ وكَفُلَ كَفْلاً وكُفُولاً الرجلَ وبالرجلِ والمالَ وبالمالِ: ضمنه، ويقال: كفل عنه بالمال لغريمه أي ضمنه (المنجد).

وهي بحسب اللغة أعم من التعهد بالمال أو النفس، والمعروف في تعريفها شرعاً أنها عقد شُرّع للتعهد بالنفس، وقد ادعى في التذكرة أنها مشروعة عند عامة أهل العلم، لكنها مكروهة، لمرسل الصدوق عن أبي عبدالله (عليه السلام) (الكفالة خسارة غرامة ندامة)[١]، ولخبر الرقي عنه (عليه السلام) (مكتوب في التوراة: كفالة ندامة غرامة)[٢]، ولخبر أبي العباس عن أبي عبدالله (عليه السلام) (قال (عليه السلام) له: ما منعك من الحج؟ قال: كفالة تكفّلت بها، قال (عليه السلام): وما لك وللكفالات، أما علمت أن الكفالة هي التي أهلكت القرون الأُولى)[٣].

ثم إن الكفالة معاملة بين الكفيل والمكفول له فهي عقد مؤلف من إيجاب وقبول، فيصح إنشاؤهما بكل ما يدل عليهما ولو بالفعل أو الكتابة، وعن المشهور اشتراط اللفظ الصريح وبالماضي مع عدم الفصل لأنه عقد لازم، وقد عرفت أنه لا دليل عليه.

– من حواشي الكتاب: والكفالة ثابتة بالسنّة والإجماع والكتاب، وفي سورة يوسف (عليه السلام) ﴿**فخذ أحدنا مكانه**﴾ فتأمّل، ولكنّها مكروهة، وفي الأخبار: «الكفالة خسارة غرامة ندامة»، وفي آخر: «وما لك والكفالات، أما علمت أنّها أهلكت القرون الأُولى» (الرياض.

حاشية أُخرى: لمّا كانت الكفالة من العقود اللازمة فلا بدّ من وقوعها بين اثنين ولو حكماً ورضاهما بذلك، ومدار الكفالة على ثلاثة:

الكفيل، وهو هنا بمعنى الفاعل وإن كان يصلح للمفعول أيضاً، لكنّهم اسطلحوا على وضعه للفاعل وتخصيص المكفول باسم المفعول.

والمكفول له، وهو صاحب الحقّ ولو بالدعوى.

ومكفول، وهو من عليه الحقّ أو الدعوى (شرح الشرائع).

---

(١) الوسائل الباب – ٧ – من أبواب الضمان حديث ٢.

(٢) المصدر السابق حديث ٥. (٣) المصدر السابق، حديث ٤.

(**وهي**[١] **التعهّد بالنفس**)، أي التزام[٢] إحضار المكفول متى طلبه[٣] المكفول له.

وشرطها[٤] رضى الكفيل والمكفول له دون المكفول[٥]، لوجوب الحضور

تعريف الكفالة

(١) يعني أنّ الكفالة هي التعهّد بالنفس التي يستحق عليها الحضور في مجلس الحكم ولو من أجل دعوى المكفول له، نعم لا تصح الكفالة في حد للنبوي (لا كفالة في حدّ)[١]. وهي في مقابل الضمان الذي هو التعهّد بالمال، كما تقدّم.

(٢) أي التزام الكفيل لإحضار المكفول متى طلبه المكفول له.

(٣) الضمير في قوله «طلبه» يرجع إلى المكفول.

شرط الكفالة

(٤) يعني أنّ شرط صحّة عقد الكفالة هو رضى الكفيل والمكفول له.

(٥) أي لا يشترط في الكفالة رضى المكفول، لأنّه يجب عليه الحضور، فلا يشترط رضاه.

وقوام الكفالة على ثلاثة: الكفيل وهو هنا بمعنى الفاعل، والمكفول له وهو صاحب الحق أو الدعوى، والمكفول وهو من عليه الحق أو الدعوى، ولا بد من رضا الكفيل لأن الحق لا يلزمه إلا برضاه، وكذا رضا المكفول له، لأنه صاحب الحق فلا يجوز إلزامه بشيء بغير رضاه، وبهما يتم عقد الكفالة.

وأما المكفول فعلى المشهور لا يعتبر رضاه لوجوب الحضور عليه متى طلبه صاحب الحق بنفسه أو وكيله، والكفيل هنا بمنزلة الوكيل حيث يطلب المكفول له إحضاره، وعن الشيخ والقاضي والحلي اعتبار رضاه، وقواه العلامة في التحرير وصاحب الجواهر لأنه إذا لم يرضَ المكفول بالكفالة لا يلزمه الحضور مع الكفيل، وعليه فلا يتمكن الكفيل من إحضاره، فلا تصح كفالته لأنها بغير المقدور، ولا تُقاس بالضمان لإمكان وفاء دينه من مال غيره بغير إذنه، ولا يمكن أن ينو ب الكفيل هنا عنه في الحضور.

وفيه: منع عدم وجوب الحضور مع الكفيل بدون رضاه، لأن صاحب الحق متى طلبه =

(١) الوسائل الباب – ١٦ – من أبواب الضمان حديث ١ و٢.

عليه[١] متى طلبه صاحب الحقّ ولو بالدعوى[٢] بنفسه[٣] أو وكيله، والكفيل بمنزلة الوكيل[٤] حيث يأمره[٥] به.

ويفتقر[٦] إلى إيجاب[٧] وقبول[٨] بين الأوّلين[٩] صادرين على الوجه المعتبر[١٠] في العقد اللازم.

(وتصحّ حالّة[١١] .....

= وجب عليه الحضور ولو لم يكن مكفولاً، فمع الكفالة فيجب الحضور لأنه طلبه بواسطة وكيله، ثم لو قيل باعتبار رضاه، فهو ليس على حد رضا الكفيل والمكفول له، لأنه لا بد من اقتران رضاهما للعقد، بخلاف رضاه فيصح كيفما وقع، كرضا المحال عليه ورضا المضمون عنه.

(١) الضمير في قوله «عليه» يرجع إلى المكفول، وكذا الضمير في قوله «طلبه».

(٢) أي ولو كان الحقّ لم يثبت شرعاً وإنّما ادّعاه مدّعيه.

(٣) أي يجب على المكفول الحضور عند صاحب الحقّ بنفسه أو بوكيله.

(٤) يعني أنّ الكفيل يكون بمنزلة الوكيل حيث يأمر المكفول له بإحضار المكفول.

(٥) فاعله هو الضمير العائد إلى المكفول له، وهو صاحب الحقّ، والضمير الملفوظ يرجع إلى المكفول، والضمير في قوله «به» يرجع إلى الحضور.

إفتقار الكفالة إلى الإيجاب والقبول

(٦) فاعله هو الضمير العائد إلى عقد الكفالة. يعني أنّ الكفالة من العقود، فتحتاج إلى إيجاب وقبول.

(٧) والإيجاب من الكفيل.

(٨) والقبول من المكفول له، وهو صاحب الحقّ.

(٩) المراد من «الأوّلين» هو الكفيل والمكفول له.

(١٠) والوجه المعتبر في العقد اللازم هو العربيّة والماضويّة وتقدّم الإيجاب وغير ما ذكر على خلاف في بعضها.

صحّة الكفالة حالّةً ومؤجّلةً

(١١) المراد من كون الكفالة حالّةً هو إحضار الكفيل للمكفول متى طلبه المكفول له بلا تأخير. =

ومؤجّلة[١])، أمّا الثاني[٢] فموضع وفاق، وأمّا الأوّل فأصحّ القولين، لأنّ[٣] الحضور حقّ شرعيّ لا ينافيه الحلول.

وقيل[٤]: لا تصحّ[٥] إلاّ مؤجّلةً **(إلى أجل[٦] معلوم)** لا يحتمل الزيادة والنقصان كغيره[٧] من الآجال المشترطة.

---

(١) المراد من كون الكفالة مؤجّلةً هو إحضار الكفيل للمكفول بعد أجلٍ معيّن إذا طالبه المكفول له به.

أما المؤجلة فلا خلاف فيها، وأما الحالة فعلى المشهور لأصالة عدم اشتراط التأجيل فيها، ولأن الحضور حق شرعي فلا يمنعه الحلول، وعن جماعة منهم الشيخ والمفيد وسلاّر وابن حمزة عدم جواز الحالة فيشترط في الكفالة الأجل، وليس لهم دليل سوى الاقتصار على القدر المتيقن من صحة الحوالة المؤجلة، ولعدم الفائدة في الحالة، ورُدّ بأن لها دليل الأصل فلا داعي للاقتصار على المتيقن، ولأن فائدتها مطالبة الكفيل بالإحضار وقت الفراغ من صيغة الكفالة إذ لم يكن المكفول حاضراً.

(٢) المراد من «الثاني» هو كون الكفالة مؤجّلة، وهذه هناك خلاف في صحّتها.

(٣) تعليل لكون صحّة الكفالة المؤجّلة أصحّ القولين بأنّ حضور المكفول حقّ شرعيّ عليه لا ينافيه كونه حالاً.

(٤) والقائل هو الشيخ المفيد والشيخ الطوسيّ في النهاية والسبزواريّ في الكفاية وسلاّر والقاضي ابن البرّاج (رحمه الله).

(٥) فاعله هو الضمير العائد إلى الكفالة. يعني قال جمع من الفقهاء – وقد سمّيناهم في الهامش السابق – بعدم صحّة الكفالة إلاّ مؤجّلةً وأنّها لاتقع حالّةً.

(٦) الجارّ والمجرور يتعلّقان بقوله «مؤجّلةً». يعني إذا كانت الكفالة مؤجّلةً وجب كون الأجل معلوماً بحيث لا يحتمل الزيادة والنقصان.،

وهو موضع وفاق بيننا، لأن الأجل المجهول يوجب الغرر، إذ ليس له وقت يستحق المطالبة فيه كغيره من الآجال المشترطة، وخالف بعض العامة فاكتفى بالأجل المجهول قياساً على العارية للجامع بينهما وهو التبرع في كلٍ منهما وهو فاسد.

(٧) الضمير في قوله «كغيره» يرجع إلى أجل الكفالة. يعني يجب كون أجل الكفالة معلوماً =

(**ويبرأ الكفيل بتسليمه**[١]) تسليماً (**تامّاً**) بأن لا يكون هناك مانع من تسلُّمه[٢] كمتغلّب[٣] أو حبس ظالم وكونه[٤] في مكان لا يتمكّن من وضع يده[٥] عليه، لقوّة[٦] المكفول وضعف المكفول له، وفي المكان[٧] المعيّن إن بيّناه في العقد، وبلدِ[٨] العقد مع الإطلاق، (**وعند الأجل**[٩]) أي.....

= كما تجب معلوميّة كلّ أجل غير أجل الكفالة من آجال الديون وغيرها.

ما يبرأ به الكفيل

(١) الضمير في قوله «بتسليمه» يرجع إلى المكفول له.

(٢) الضمير في قوله «تسلّمه» يرجع إلى المكفول له. يعني أنّ التسليم التامّ لا يحصل إلاّ بفقدان المانع من تسلّم المكفول له وقبضه المكفول.

والمراد بالتسليم التام أن يكون في الوقت والمكان المعينين في العقد، أو في بلد العقد عند الإطلاق، وأن لا يكون للمكفول له مانعٌ من تسلمه، وإذا سلمه الكفيل كذلك فقد برئ من عهدة حضوره.

(٣) يعني أنّ المانع من التسلّم يكون على أقسام، منها:

أ: المتغلّب الذي يثبت يده على المكفول له.

ب: حبس الظالم للمكفول له.

ج: كون المكفول في موضع لا يتمكّن المكفول له من أن يضع يده عليه.

(٤) الضمير في قوله «كونه» يرجع إلى المكفول.

(٥) الضمير في قوله «يده» يرجع إلى المكفول له، وفي قوله «عليه» يرجع إلى المكفول.

(٦) تعليل لعدم إمكان وضع يد المكفول له على المكفول بأنّه إمّا لكون المكفول قويّاً أو لكون المكفول له ضعيفاً.

(٧) الجارّ والمجرور يتعلّقان بقول المصنّف (رحمه الله) بتسليمه». بمعنى كون التسليم في المكان المعيّن الذي بيّناه في العقد.

(٨) بالجرّ، عطف على مدخول «في» الجارّة في قوله «في المكان». يعني يبرأ الكفيل بتسليم المكفول للمكفول له في بلد عقد الكفالة لو كان مطلقاً.

(٩) أي يبرأ بتسليم المكفول للمكفول له عند الأجل الذي بيّناه. =

بعده[١] إن كانت مؤجّلة، (**أو في الحلول**[٢]) متى شاء إن كانت حالّة ونحو ذلك[٣].

فإذا سلّمه كذلك[٤] بريء، فإن امتنع[٥] سلّمه إلى الحاكم[٦] وبريء أيضاً، فإن لم يمكن[٧] أشهد عدلين بإحضاره[٨] إلى المكفول له وامتناعه من قبضه.

= أي إذا كانت الكفالة مؤجلة وقد حلّ الأجل أو كانت الكفالة حالة وطلب المكفول له إحضاره، فأحضره وسلّمه تسليماً تاماً فقد برئ بلا خلاف فيه ولا إشكال، لأن غرض الكفالة حضور الغريم وقد أُحضر.

(١) أي بعد الأجل، لأنّ الأجل يصدق بعد تحقّقه، كما هو الحال في سائر الآجال، مثلاً تجب الصلاة عند الزوال أي بعده.

(٢) يعني يبرأ الكفيل بتسليمه المكفول، في زمان شاء فيه المكفول له إحضار المكفول لو كانت الكفالة حالّة غير مؤجلّة.

(٣) أي ونحو اشتراط إحضار المكفول في الزمان والمكان المشروطين في العقد هو اشتراط غيرهما مثل إحضار المكفول على حالة مخصوصة كالركوب أو المشي أو غيرهما.

(٤) المشار إليه في قوله «كذلك» هو تسليم المكفول تسليماً تامّاً، كما فصّله الشارح (رحمه الله).

(٥) فاعله هو الضمير العائد إلى المكفول له. يعني لو امتنع المكفول له من تسلّم المكفول وقبضه سلّمه الكفيل إلى الحاكم وبرئت ذمّته.

(٦) لأنه ولي الممتنع، وعن بعض أنه لا يشترط تسليمه إلى الحاكم، لأن غاية ما يجب على الكفيل إحضار الغريم إلى المكفول له وقد تمّ، ولا يجب عليه التسليم بل التسلم وهو الأقوى.

(٧) فاعله هو الضمير العائد إلى التسليم إلى الحاكم. يعني فإن لم يمكن التسليم إلى الحاكم لعدمه أو لتعذّر الوصول إليه أشهد الكفيل عدلين.

(٨) الضمير في قوله «بإحضاره» يرجع إلى المكفول. يعني أنّ الكفيل يشهد شاهدين عدلين بإحضار المكفول إلى المكفول له وامتناعه من تسلّمه.

وكذا يبرأ بتسليم المكفول نفسه[١] تامّاً وإن لم يكن من الكفيل على الأقوى، وبتسليم غيره[٢] له كذلك.

(ولو امتنع) الكفيل من تسليمه[٣] ألزمه الحاكم به، فإن.....

(١) بأن يسلّم المكفول نفسه إلى المكفول له بلا صدور للتسليم عن الكفيل فيبرأ بتسليم المكفول نفسه بلا إشكال، لأن غرض الكفالة حضور الغريم، وقد حضر فيبرأ الكفيل، وخالف العلاّمة في التذكرة بأنه يبرأ لو سلم الغريم نفسه من جهة الكفيل وإلا فلا، وفيه: إنه مع حصول الغرض لا بدّ من الحكم ببراءة الكفيل والخروج عن عهدة الحضور لحصول الغرض، وكذا يبرأ لو أحضره غيرُ الكفيل لحصول غرض الكفالة أيضاً.

(٢) الضمير في قوله «غيره» يرجع إلى الكفيل. فلو سلم المكفول غير الكفيل إلى المكفول له برئت أيضاً ذمّة الكفيل.

امتناع الكفيل من التسليم

(٣) أي من تسليم المكفول. والضمير في قوله «ألزمه» يرجع إلى الكفيل، وفي قوله «به» يرجع إلى التسليم.

وما تقدم إنما كان عند امتناع المكفول له من التسلم مع بذل الكفيل، أما لو امتنع الكفيل من الإحضار عند طلب المكفول له الإحضار كان للحاكم إجباره وإن امتنع حبسه حتى يُحضره أو يؤدي الكفيل ما على المكفول للمكفول له.

ما إجبار الحاكم بالإحضار، فلأن الإحضار حق للمكفول له، وهو حق ثابت على الكفيل، فللحاكم إجباره على إيصال الحق إلى صاحبه من باب تحقيق الحق وإقامة العدل والأمر بالمعروف باليد.

وأما أن للحاكم حبسه فللأخبار،

منها: خبر الأصبغ بن نباتة (قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) في رجل تكفل بنفس رجل أن يحبس، وقال له: اطلب صاحبك)[١]، وخبر عامر بن مروان عن أبي عبدالله =

(١) الوسائل الباب – ٩ – من أبواب الضمان حديث ٢.

أبى[١] (**فللمستحقّ**) طلب (**حبسه**[٢]) من الحاكم (**حتّى يحضره**[٣] **أو يؤدّي ما عليه**) إن أمكن أداؤه عنه كالدين[٤]، فلو لم يتمكن كالقصاص[٥] .....

= (عليه السلام) عن أمير المؤمنين (عليه السلام) (أنه أُتي برجل قد كفل بنفس رجل فحبسه فقال: اطلب صاحبك)[١].

وأما التخيير بين الحبس وبين أن يؤدي الكفيل فهو الذي ذهب إليه الشيخ في النهاية وابن إدريس في السرائر والعلامة في التحرير والإرشاد لما ورد في مرسلة الصدوق المتقدمة (الكفالة خسارة غرامة ندامة)[٢]، ولما في خبر الرقي المتقدم (مكتوب في التوراة كفالة ندامة غرامة)[٣]، وهي مشعرة بإلزام الكفيل بدفع ما على الغريم ولذا عُبّر عنها بالخسارة وعن العلامة في التذكرة وغيره بأن نصوص الحبس دالة على عدم إلزام الكفيل بالدفع، بل قد يكون غرض المكفول لا يتعلق بالأداء، أو كان متعلقاً بالأداء من الغريم فقط، ولذا لا يجب على المكفول القبول لو دفع الحقّ الكفيلُ.

ثم على تقدير تمامية القول بوجوب الدفع على الكفيل تخييراً فهو واجب فيمن يمكن أخذه من الكفيل كالمال، ولو لم يمكن كالقصاص وزوجية المرأة والدعوى بعقوبة توجب حداً أو تعزيراً فلا بد من إلزامه بالإحضار مع الإمكان، ثم لو كان الحق مما له بدلٌ مالي كالدية في القتل العمدي ومهر مثل الزوجة فيجب عليه البدل بناءً على هذا التقدير

(١) فاعله هو الضمير العائد إلى الكفيل.

(٢) الضمير في قوله «حبسه» يرجع إلى الكفيل. يعني لو أبى الكفيل عند إلزام الحاكم إيّاه بإحضار المكفول جاز إذاً للمكفول له الذي هو صاحب الحقّ أن يطلب من الحاكم حبس الكفيل، فما لم يطلبه لم يجز للحاكم حبسه.

(٣) يعني يحبس الكفيل إلى زمان إحضاره المكفول أو إلى أن يؤدّي الحقّ الذي ثبت للمكفول له في ذمّة المكفول.

(٤) فإنّ الحقّ إن كان عبارة عن مثل الدين تمكّن الكفيل أيضاً من أدائه.

(٥) فإنّ الحقّ إذا كان مثل القصاص لم يمكن استيفاؤه من الكفيل، لعدم كونه جانياً. =

(١) الوسائل الباب – ٩ – من أبواب الضمان حديث ٤.

(٢) الوسائل الباب – ٧ – من أبواب الضمان حديث ٢. (٣) المصدر السابق، حديث ٥.

والزوجيّة[١] والدعوى[٢] بعقوبة توجب حدّاً أو تعزيراً أُلزم بإحضاره حتماً مع الإمكان، وله[٣] عقوبته[٤] عليه كما في كلّ ممتنع[٥] من أداء الحقّ مع قدرته[٦] عليه، فإن لم يمكنه[٧] الإحضار وكان له[٨] بدل كالدية في القتل وإن كان عمداً ومهر[٩] مثل الزوجة وجب.....

(١) كما لو تعهّد الكفيل للزوجة الإتيان بالزوج وكذا لو تعهّد إحضار الزوجة لوجها ففيهما لا يمكن للكفيل أداء الحقّ الذي ثبت في ذمّة المكفول أو المكفولة من الزوجيّة، لعدم جواز النيابة فيها، كما هو أوضح من أن يخفى!!

(٢) أي كالدعوى، ومثاله أن يقيم المكفول له على المكفول دعوى توجب عقوبة من حدّ أو تعزير، فإنّ تلك العقوبة لا يمكن إجراؤها على الكفيل، فلا يبرأ الكفيل في هذه الأمثلة الثلاثة إلاّ بإحضاره المكفول.

(٣) الضمير في قوله «له» يمكن إرجاعه إلى المكفول له، ويحتمل إرجاعه إلى الحاكم.

(٤) الضمير في قوله «عقوبته» يرجع إلى الكفيل، وفي قوله «عليه» يرجع إلى الإحضار. أي إذا ألزم بالإحضار حتماً لعدم إمكان أخذ الحق من الكفيل، وقد امتنع الكفيل من الإحضار فللمكفول له حق العقوبة عليه بالحبس كما في كل ممتنع عن أداء الحق مع قدرته عليه.

(٥) أي كما يجوز للحاكم عقوبة كلّ من يمتنع من أداء الحقّ الذي عليه وهو قادر على أدائه.

(٦) الضمير في قوله «قدرته» يرجع إلى الممتنع، وفي قوله «عليه» يرجع إلى أداء الحقّ.

(٧) الضمير في قوله «لم يمكنه» يرجع إلى الكفيل.

(٨) الضمير في قوله «له» يرجع إلى الحقّ. يعني فإن لم يمكن الكفيل إحضار المكفول وكان للحقّ الذي ثبت في ذمّة المكفول بدل –مثل الدية في القتل عن عمد الذي يوجب القصاص ومع عدم إمكان القصاص ينتقل إلى الدية – وجب على الكفيل بدل الحقّ.

(٩) بالجرّ، عطف على مدخول الكاف الجارّة في قوله «كالدية». وهذا مثال آخر للحقّ الذي له بدل، فإذا لم يمكن الكفيل إحضار الزوجة وجب عليه أداء مهر المثل إلى الزوج وكذا إذا تكفّل إحضار الزوج ولم يمكنه الإحضار، فيجب عليه أن يؤدّي مهر المثل إلى الزوجة.

عليه[١] البدل.

وقيل[٢]: يتعيّن إلزامه بإحضاره إذا طلبه المستحقّ مطلقاً[٣]، لعدم انحصار الأغراض في أداء الحقّ، وهو قويّ.

ثمّ على تقدير كون الحقّ[٤] مالاً وأدّاه[٥] الكفيل فإن كان قد أدّى بإذنه[٦] رجع[٧] عليه.

وكذا[٨] إن أدّى بغير إذنه مع كفالته بإذنه وتعذّر إحضارُه[٩]، وإلاّ[١٠] فلا رجوع.

---

(١) الضمير في قوله «عليه» يرجع إلى الكفيل.

(٢) والقائل هو العلاّمة (رحمه الله) في كتابه (التذكرة).

– من حواشي الكتاب: ذهب جماعة من الأصحاب منهم العلاّمة في التذكرة إلى أنّه لا يتعيّن على المكفول له قبول الحقّ، بل له إلزام الكفيل بالإحضار مطلقاً، لعدم انحصار الأغراض في أداء الحقّ، فقد يكون له غرض لا يتعلّق بالأداء أو يتعلّق بالأداء من الغريم لا من غيره وخصوصاً فيما له بدل، فإنّه بدل اضطراريّ لا عين الحقّ الذي يتعلّق غالباً به أي بحصوله، وهذا هو الأقوى (المسالك).

(٣) سواء كان للحق بدل أم لا.

(٤) أي الحق الذي ثبت في ذمّة المكفول للمكفول له.

(٥) الضمير في قوله «أدّاه» يرجع إلى المال.

(٦) الضمير في قوله «بإذنه» يرجع إلى المكفول. يعني إن كان الكفيل قد أدّى المال الذي ثبت في ذمّة المكفول للمكفول له بإذن المكفول رجع على المكفول وأخذه منه.

(٧) فاعله هو الضمير الراجع إلى الكفيل، والضمير في قوله «عليه» يرجع إلى المكفول.

(٨) أي وكذا رجع الكفيل على المكفول إن أدّى المال بغير إذن المكفول وكانت الكفالة بإذنه مع تعذّر الإحضار.

(٩) لما تعذر عليه الإحضار وأُلزم بالمال فيكون التغريم مسبباً عن إذن الغريم بالكفالة، لأن الإذن في الشيء إذنٌ في لوازمه فيرجع عليه لوجود الإذن.

(١٠) أي وإن لم يكن الأداء ولا لاكفالة بإذن المكفول فلا رجوع للكفيل عليه.

والفرق بين الكفالة والضمان في رجوع من أدّى بالإذن هنا[١] وإن كفل[٢] بغير الإذن بخلاف الضمان[٣] أنّ[٤] الكفالة لم تتعلّق بالمال.....

---

(١) المشار إليه في قوله «هنا» هو الكفالة. يعني أنّ الكفالة إذا لم تكن بإذن المكفول لكن مع ذلك أدّى الكفيل المال وكان ذلك بإذن المكفول جاز للكفيل أن يرجع على المكفول ويأخذ منه المال الذي أدّاه إلى المكفول له، أمّا الضمان فلو كان بغير إذن المضمون عنه وكان تبرّعاً، ثمّ أذن المضمون عنه في أداء المال إلى المضمون له لم يجز للضامن أن يرجع على المضمون عنه ويأخذ المال منه.

والفرق بينهما هو أنّ الكفالة لا تتعلّق بالذات بالمال، بل هي تعهّد بإحضار النفس، فنسبة الكفيل إلى المال نسبة الأجنبيّ إليه، فلو أدّاه بإذن المكفول جاز له الرجوع عليه بعد أداء المال، بخلاف الضامن، لانتقال المال فيه إلى ذمّة الضامن بالضمان وفراغ ذمّة المضمون عنه ولو كان الضمان تبرّعاً وبلا إذن المضمون عنه.

(٢) فاعله هو الضمير العائد إلى الكفيل.

(٣) والخلاف في أنّه لو كان الضمان بغير إذن المضمون عنه فلا رجوع للضامن على المضمون عنه وإن أذن له بعد ذلك في الأداء.

فقد تقدم في باب الضمان أن الضامن لا يرجع على المضمون عنه لو أدى بإذنه إذا كان الضمان بغير إذنه، مع أنه قد حُكم هنا برجوع الكفيل على الغريم لو أدى بإذنه وإن كانت الكفالة بغير إذنه، وعليه فما هو الفرق بينهما.

والفرق هو أن الكفالة لم تتعلق بالمال بالذات وإنما تعلقت بإحضار النفس فيكون الكفيل بالنسبة للمال أجنبياً، فإن أداه بإذن الغريم فله حق الرجوع وإن كانت الكفالة بغير إذنه، بخلاف الضمان فإنه قد تعلق بالمال ابتداءً ولذا كان الضمان ناقلاً للمال من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن فلو كان الضمان بغير إذنه لكان الضامن متبرعاً، وحال تبرعه قد انتقل المال إلى ذمته فلا يجوز له الرجوع لعدم الإذن في الضمان، ولا ينفعه بعد ذلك الإذن في الأداء لأنه كإذن الأجنبي للمديون في أداء دينه من نفس مال المديون، وهذا لا يجعل غير متبرعاً، والمضمون عنه بعد الضمان أجنبي عن المال المضمون.

(٤) مرفوعة محلاً خبر لقوله «الفرق».

بالذات[١]، وحكم الكفيل بالنسبة إليه[٢] حكم الأجنبي فإذا أدّاه[٣] بإذن المديون فله[٤] الرجوع، بخلاف الضامن، لانتقال المال إلى ذمّته بالضمان، فلا ينفعه[٥] بعده الإذن في الأداء، لأنّه[٦] كإذن البريء للمديون[٧] في أداء دينه[٨].

وأمّا إذنه[٩] في الكفالة إذا تعذّر إحضاره[١٠] واستئذانه في الأداء فذلك[١١]

---

(١) بل تعلّقت أوّلاً وبالذات بالنفس.

(٢) الضمير في قوله «إليه» يرجع إلى المال.

(٣) فاعله هو الضمير العائد إلى الكفيل، والضمير الملفوظ يرجع إلى المال.

(٤) الضمير في قوله «فله» يرجع إلى الكفيل.

(٥) الضمير الملفوظ في قوله «فلا ينفعه» يرجع إلى الضامن، والضمير في قوله «بعده» يرجع إلى الضمان. يعني أنّ المال يتعلّق بذمّة الضامن بالضمان، فلا فائدة في إذن المضمون عنه فيما بعد في الأداء.

(٦) الضمير في قوله «لأنّه» يرجع إلى إذن المضمون عنه. فإنّ هذا الإذن مثل إذن بريء الذمّة.

(٧) قوله «المديون» مفعول به لقوله «إذن البريء»، واللام تكون للتقوية. يعني أنّ إذن المضمون بعد الضمان مثل إذن بريء الذمّة للمديون في أداء دينه.

(٨) الضمير في قوله «دينه» يرجع إلى المديون. فكما أنّ البريء لو قال للمديون: أدّ دينك لم تشتغل ذمّته بالمال بذلك القول كذلك المضمون عنه لو لم يأذن من أوّل الأمر في الضمان، فلو ضمن الضامن عنه تبرّعاً، ثمّ أذن في أداء المال لم يجز للضامن الرجوع على المضمون عنه.

(٩) الضمير في قوله «إذنه» يرجع إلى الكفيل.
والمراد منه كون الكفيل مأذوناً في أداء الحقّ عند تعذّر الإحضار والإستيذان، فذلك من لوازم الكفالة.

(١٠) الضميران في قوليه «إحضاره»و«استئذانه» يرجعان إلى المكفول.

(١١) المشار إليه في قوله «فذلك» هو قوله «وأمّا إذنه... إلخ».

من لوازم الكفالة، والإذن فيها[١] إذن في لوازمها.

(ولو علّق الكفالة) بشرط[٢] متوقّع أو صفة[٣] مترقّبة **(بطلت)** الكفالة.

(وكذا الضمان[٤] والحوالة) كغيرها[٥] من العقود اللازمة.

(نعم، لو قال[٦]: إن لم أُحضره[٧] إلى كذا.....

---

(١) فإنّ إذن المكفول في الكفالة إذن في لوازم الكفالة.

تعليق الكفالة

(٢) يعني لو علّق الكفالة على شرط متوقّع، أي شرط ينتظر ويحتمل حصوله – كما إذا قال الكفيل: أنا كفيل زيد أن أُحضره إن جاء عمرو – بطلت.

لأن كل عقد لازم إذا علق على شرط غير معلوم التحقق يبطل، لاشتراط القصد في العقد، ومع التعليق المذكور لا يتم القصد، وبدونه يبطل العقد بلا خلاف في ذلك.

(٣) بأن يعلّق الكفالة على صفة مترقّبة، أي حاصلة قطعاً في زمانها، كما إذا قال الكفيل: أنا كفيل زيد أن أُحضره إن طلعت الشمس أو غربت أو انقضى الشهر.

وبالجملة لو علّقت الكفالة على كلّ واحد من الشرط والصفة بطلت، لأنّها من العقود اللازمة، فيجب تحقّق التنجيز في عقدها.

(٤) أي ومثل الكفالة في لزوم التنجيز وعدم جواز التعليق عقد الحوالة والضمان.

(٥) أي كغير هذه الثلاثة المذكورة من العقود اللازمة التي يشترط فيها التنجيز.

(٦) فاعله هو الضمير العائد إلى الكفيل. يعني لو أجرى الكفيل صيغة الكفالة معلّقاً بحيث قدّم الشرط على الجزاء بقوله: إن لم أُحضره إلى كذا كان عليّ كذا صحّت الكفالة أبداً ولم يجب على عهدته الجزاء، وهو المال.

(٧) الضمير الملفوظ في قوله «لم أُحضره» يرجع إلى المكفول، واللفظ هذا يقرأ بصيغة المتكلّم وحده من باب الإفعال.

فإن ذكر الجزاء أولاً لزمه المال الذي شرطه على نفسه عند عدم الإحضار، وإن ذكره أخيراً صحت الحوالة وألزم بالإحضار فقط دون المال، والحكم فيها على المشهور لخبرين الأول خبر أبان بن عثمان عن أبي العباس البقباق (قلت لأبي عبدالله (عليه =

كان[١] عليّ كذا صحّت الكفالة أبداً ولا يلزمه المال المشروط).

(ولو قال[٢]: عليّ[٣] كذا إن[٤] لم أُحضره.....

= السلام): رجل كفل لرجل بنفس رجل وقال: إن جئتُ به وإلاّ فعليّ خمسمائة درهم – كما في التهذيب وفي الكافي: إن جئتَ به وإلا فعليك خمسمائة درهم –، قال (عليه السلام): عليه نفسه ولا شيء عليه من الدراهم، فإن قال عليّ خمسمائة درهم إن لم أدفعه إليه، قال (عليه السلام): تلزمه الدراهم إن لم يدفعه إليه)[١]، وخبر داود بن الحُصين عن أبي العباس البقباق عن أبي عبدالله (عليه السلام): (سألته عن رجل يكفل بنفس الرجل إلى أجل فإن لم يأتِ به فعليه كذا وكذا درهماً، قال (عليه السلام): إن جاء به إلى الأجل فليس عليه مال، وهو كفيلٌ بنفسه أبداً إلا أن يبدأ بالدراهم، فإن بدأ بالدراهم فهو لها ضامن من أنه إن لم يأتِ به إلى الأجل الذي أجّله)[٢]، وأشكل على الحكم بأنه أي فرق بين الشقين حتى يختلف الحكم، لأن مجرد تقديم الجزاء أو تأخيره لا مدخل له في اختلاف الحكم، لأن الشرط وإن تأخر فهو في حكم المتقدم مع أن سند الروايتين غير سليم ففي الأولى أحمد بن الحسن الميثمي وهو واقفي لم يوثق، وفي الثانية داوود بن الحصين وهو واقفي غير أنه ثقة كما عن النجاشي، والإنصاف إن الإشكال في السند في غير محله لأن الثانية إما صحيحة وإما موثقة كما اعترف بذلك في الجواهر، وإنما الاستناد إلى هاتين الروايتين في الحكم المذكور المخالف للقواعد العربية المقررة في غاية الإشكال، ولذا ذكروا وجوهاً خمسة لرفع الإشكال يطول نقلها فراجعها في المسالك والجواهر.

(١) جزاء لقوله: إن لم أُحضره.

(٢) وهذه صورة أُخرى من الصيغتين المعلّقتين، وهي قول الكفيل: عليّ كذا إن لم أُحضره.

ولا يخفى أنّ الجزاء قدّم في هذه الصيغة على الشرط، بخلاف الأُولى.

(٣) جزاء مقدّم.

(٤) شرط متأخّر.

(١) الوسائل الباب – ١٠ – من أبواب الضمان حديث ١.

(٢) المصدر السابق حديث ٢.

لزمه[١] ما شرطه من المال إن لم يحضره) على المشهور.

ومستند الحكمين[٢] رواية داود بن الحُصَين[٣] عن أبي العبّاس عن الصادق (ع).

وفي الفرق بين الصيغتين من حيث التركيب العربيّ نظر[٤]، ولكنّ المصنّف

(١) الضمير في قوله «لزمه» يرجع إلى الكفيل. يعني أنّ الكفيل لو أجرى الصيغة بتقديم الجزاء على الشرط لزمه المال.

(٢) المراد من «الحكمين» هو تعلّق المال بذمّة الكفيل في صورةتقديم الجزاء على الشرط، وعدمه في صورة تقديم الشرط على الجزاء. يعني لا دليل للفرق بين الصيغتين إلاّ الرواية. والرواية هي خبر داود بن الحصين المتقدم.

– قال صاحب الوسائل (رحمه الله) في شرح هذا الحديث: لا يبعد أن يكون الدراهم التي حكم بعدم لزومها هنا ما كان مغايراً ومخالفاً لما في ذمّة المكفول ويكون الكفيل أُلتزم بها عقوبةً له إن لم يحضر المكفول، والتي حكم بلزومها هي التي في ذمّة المكفول، وربّما فهم هذا من قوله «إلاّ أن يبدأ بالدراهم» بأن تكون اللام للعهد في ذمّة المكفول، ووجّه بعض فقهائنا بأنّه إذا بدأ بالرجل كان كفالة، وكان ذكر الدراهم تأكيداً، لأنّه إذا لم يحضره لزمه المال وإن لم يشترط، وإن بدأ بالدراهم كان ضماناً.

(٣) مصغّراً.ولا يخفى أنّ داود بن الحصين – كما عن العلاّمة (رحمه الله) في الخلاصة – واقفيّ، وقال العلاّمة: والأقوى عندي التوقّف.

(٤) مبتدأ مؤخّر، خبره المقدّم هو قوله «في الفرق». أي لا فرق بين الصيغتين المذكورتين إلاّ من حيث تقديم الجزاء وتأخيره، وذلك لا يوجب فرقاً من حيث التركيب العربيّ.

– من حواشي الكتاب: فإنّ الفرق بينهما ليس إلاّ بمجرّد تقديم الشرط على الجزاء في الأوّل والعكس في الثانية، ومثل هذا ممّا لا دخل له في اختلاف الحكم، لأنّ الشرط – وإن تأخّر – في حكم المتقدّم كذا قال (رحمه الله) في شرحه الكبير، وما ذكر مبنيّ على اصطلاح العلماء الميزانيّة وأمّا على اصطلاح أهل الأدبيّة فالأمر بالعكس، فإنّ قولهم: إن جئتني أكرمتك في قوّة قولهم:أكرمتك وقت مجيئك إيّاي، وعلى الاصطلاحين فالنظر وارد.

والجماعة عملوا بمضمون الرواية جامدين[١] على النصّ مع ضعف سنده[٢].

وربّما تكلّف متكلّف[٣] للفرق بما لا يسمن ولا يغني من جوع[٤]، وإن أردت الوقوف على تحقيق الحال فراجع ما حرّرناه في ذلك بشرح[٥] الشرائع وغيره.

(**وتحصيل الكفالة**) أي حكم[٦] الكفالة.....

---

(١) أي بلا تصرّف وتعمّق في المعنى الحاصل من الرواية، بخلاف الشيخ الحرّ العامليّ (رحمه الله) حيث أوّلها بما نقلناه عنه مفصّلاً.

(٢)وجه ضعف سند الرواية هو وجود داود بن الحصين، وقد تقدّم في الهامش ١ من هذه الصفحة نقل كلام العلاّمة (رحمه الله) في حقّه.

(٣) من الوجوه التي تكلّفها بعض الفقهاء لبيان الفرق بين الصيغتين ما ذكره الشارح (رحمه الله) في المسالك حيث قال: منها ما ذكره الشيخ عليّ من أنّ السرّ في لزوم المال إذا قدّمه براءة ذمّة المضمون عنه، فيمتنع الكفالة، وإذا قدّم الكفالة كان الضمان المتعقّب لها، لكونه معلّقاً على شرط باطل، ولمنافات الضمان صحّة الكفالة، وهذا السرّ الذي أظهره ناشٍ من ظاهر كلام القواعد وما أشبهها.

(٤) يعني أنّ التكلّف للفرق بين الصيغتين – كما نقلناه عن بعض الفقهاء – لا يفيد فائدة يعتنى بها.

أقول: قوله «بما لا يسمن ... إلخ» اقتباس من الآية الشريفة: ﴿**لَيْسَ لَهُمْ طَعَامٌ إِلاَّ مِنْ ضَرِيعٍ** (٦) **لاَ يُسْمِنُ وَلاَ يُغْنِي مِنْ جُوعٍ**﴾ الآيتان ٦ و٧ من سورة الغاشية، وكم آية من آيات القرآن الشريفة صارت يضرب بها المثل وتداولتها الألسن، وهذا ضوء من أضواء إعجاز هذه المعجزة الخالدة لنبيّنا نبيّ الرحمة (صلى الله عليه وآله) وحشرنا معهم.

(٥) وهو الكتاب المعروف بـ«المسالك».

حصول الكفالة بإطلاق الغريم قهراً

(٦) يعني لو أطلق امرؤ الغريمَ من يد صاحب الحقّ بالقهر والغلبة حصل فيه أيضاً حكم الكفالة ولو لم تتحقّق الكفالة نفسها، لعدم إجراء صيغة الكفالة.

(**بإطلاق**[١] **الغريم من المستحقّ**[٢] **قهراً**[٣])، فيلزمه إحضاره أو أداء ما عليه[٤] إن أمكن[٥].

وعلى ما اخترناه[٦] مع تعذّر إحضاره، لكن.....

- والمراد من «حكم الكفالة» هو إلزام الشخص الذي أطلق المديون بإحضاره أو بأداء ما عليه من الحقّ.

(١) الجارّ والمجرور يتعلّقان بقوله «تحصل». فمن أطلق غريماً من يد صاحبه أو من يد وكيله قهراً ضمن إحضاره، أو أداء ما عليه بلا خلاف فيه، أما ضمان إحضاره فلقاعدة نفي الضرر والضرار[١]، ولأنه غاصب بإطلاق الغريم قهراً والغاصب يضمن ما غصبه، وفي الثاني ضعف لعدم صدق الغاصب عليه عرفاً وهو غير داخل تحت استيلائه.
وأما أداء الحق فلأنه بالإطلاق قد فوّت مال الغير عليه فيضمن، ويدل على الحكم بكلا شقيه ما ورد في تفويت القاتل وسيأتي.
ثم قال في الجواهر: (ثم لا يخفى عليك أن الحكم المزبور لما كان ذلك لازم الكفالة، أُطلق عليه اسمها، وإلا فهو ليس من الكفالة المصطلحة قطعاً ضرورة عدم العقد فيه) انتهى.

(٢) أي من يد صاحب الحقّ.

(٣) أي بالقهر والغلبة.

(٤) الضمير في قوله «عليه» يرجع إلى الغريم.

(٥) أي إن إمكن أداء الحقّ الذي ثبت في ذمّة الغريم مثل أن يكون من قبيل الدين والمال لا من قبيل الحقوق الغير القابلة للأداء من قبل المطلق كالقصاص وحقّ الزوجيّة وغيرهما ممّا تقدّم ذكره.

(٦) وهو ما اختاره الشارح (رحمه الله) في قوله السابق «وقيل يتعيّن إلزامه بإحضاره إذا طلبه المستحقّ مطلقاً، لعدم انحصار الأغراض في أداء الحقّ، وهو قويّ».
أقول: ولا يخفى عدم استقامة عبارة الشارح (رحمه الله) هنا، وكأنّه أراد أن يقول: وعلى ما اخترناه لا يؤدّي الكفيل عن المكفول إلاّ فيما إذا تعذّر إحضاره.

(١) الوسائل الباب – ١٧ – من أبواب الخيار حديث ٣.

هنا[١] حيث يؤخذ منه[٢] المال لا رجوع له[٣] على الغريم إذا لم يأمره[٤] بدفعه[٥]، إذ لم يحصل من الإطلاق[٦] ما يقتضي الرجوع.

(فلو كان) الغريم[٧] **(قاتلاً)** عمداً كان أم شبهه[٨] **(لزمه[٩] إحضاره أو الدية).**

(١) المشار إليه في قوله «هنا» هو إطلاق الغريم من يد صاحب الحقّ.

(٢) الضمير في قوله «منه» يرجع إلى الشخص المطلِق الذي يكون بحكم الكفيل، فإذا أخذ المال الذي ثبت في ذمّة الغريم من المطلق – بصيغة اسم الفاعل – لم يرجع هو على الغريم إذا لم يأمره بدفع المال، لكن لو أمره به جاز له الرجوع عليه بعد الدفع.

(٣) الضمير في قوله «له» يرجع إلى المطلِق الذي يكون بحكم الكفيل في المقام.
أي لا رجوع للمخلِّص إذا أدى ما على الغريم لعدم صدور الإذن من الغريم، إذ غاية ما وقع هو التخليص وهو لا إذن فيه من الغريم بالرجوع بخلاف الكفالة المصطلحة فمع إذن الغريم يرجع الكفيل عليه عند الأداء.

(٤) فاعله هو الضمير العائد إلى الغريم، والضمير الملفوظ يرجع إلى المطلِق.

(٥) أي بدفع المال الذي ثبت في ذمّة الغريم المطلق بصيغة اسم المفعول.

(٦) يعني أنّ إطلاق الشخص الغريم لا يقتضي الرجوع إذا أُخذ المال من المطلِق.

حكم ما لو كان الغريم قاتلاً

(٧) أي الغريم الذي أُطلق بقهر المطلِق. فلو كان المخلِّص قاتلاً عمداً لزم المخلِّصُ إحضاره أو رفع الدية عند تعذر إحضاره، بلا خلاف فيه لصحيح حُريز عن أبي عبدالله (عليه السلام) (عن رجل قتل رجلاً عمداً فرُفع إلى الوالي، فدفعه الوالي إلى أولياء المقتول ليقتلوه، فوثب عليهم قومٌ فخلّصوا القاتل من أيدي الأولياء، فقال (عليه السلام): أرى أن يُحبس الذي خلّص القاتل من أيدي الأولياء حتى يأتوا بالقاتل، قيل: فإن مات القاتل وهم في السجن، قال (عليه السلام): فإن مات فعليهم الدية يؤدونها جميعاً إلى أولياء المقتول)[١].

(٨) أي شبهه العمد.

(٩) الضمير في قوله «لزمه» يرجع إلى المطلِق، وفي قوله «إحضاره» يرجع إلى الغريم. =

(١) الوسائل الباب – ١٥ – من أبواب الضمان حديث ١.

ولا يقتصّ منه[١] في العمد، لأنّه[٢] لا يجب على غير المباشر[٣].

ثمّ إن استمرّ القاتل هارباً ذهب المال[٤] على المُخلِّص[٥].

وإن تمكّن الوليّ[٦] منه في العمد وجب عليه[٧] ردّ الدية إلى الغارم[٨] وإن[٩]

= قال في المسالك: (لا فرق في ذلك بين كون القتل عمداً أو غيره إذ القصاص لا يجب إلا على المباشر فإذا تعذر استيفاؤه وجبت الدية) انتهى.

وظاهره التخيير مع أن الخبر صريح بالإحضار أولاً، ومع التعذر فالدية ولعله يريد الشارح الترتيب لا التخيير.

(١) أي لا يجوز الاقتصاص من المطلِق إذا كان المطلّق قاتلاً عن عمد.

(٢) الضمير في قوله «لأنّه» يرجع إلى الاقتصاص.

(٣) أي المباشر للقتل. يعني لا يجب الاقتصاص من غير المباشر للقتل.

(٤) المراد من «المال» هو دية القتل.

وقد تقدم أنه يجب على المخلّص الإحضار، ومع التعذر فالدية، والتعذر يتم فيما لو مات القاتل كما هو صريح الخبر المتقدم أو ما لو استمر هربه، ثم لو تمكن الولي من القاتل بعد دفع المُخلِّص للدية وجب على الولي، رد الدية على الغارم وإن لم يقتص الولي من القاتل بل لو عفا، لأن الدية قد وجبت لمكان الحيلولة باعتبار أن المخلّص قد حال بين الولي وغريمه، وإذا زالت الحيلولة فلا شيء على المخلّص، وبالجملة فعدم القتل بعد تمكن الولي منه مستند إلى اختيار الولي لا إلى تقصير المخلّص، بخلاف وقت الهروب فعدم القتل مستند إلى تخليص المخلِّص فلذا أُلزم بالدية.

(٥) المراد من «المخلّص» – بصيغة اسم الفاعل – هو الشخص المطلق للقاتل عن عمد.

(٦) أي وليّ الدم. والضمير في قوله «منه» يرجع إلى القاتل الهارب بإطلاق المطلِق.

(٧) الضمير في قوله «عليه» يرجع إلى الوليّ.

(٨) وهو المطلِق الذي أطلق القاتل.

(٩) «إن» هنا وصليّة.، يعني يجب على وليّ الدم أن يردّ إلى المطلِق الدية التي أخذها منه وإن لم يقتصّ من القاتل بعد التسلّط عليه.

لم يقتصّ من القاتل، لأنّها[١] وجبت لمكان الحيلولة وقد زالت[٢]، وعدم[٣] القتل الآن مستند إلى اختيار المستحقّ[٤].

ولو كان تخليص الغريم من يد كفيله[٥] وتعذّر استيفاء الحق[٦] من قصاص[٧] أو مال وأُخِذَ الحقّ من الكفيل[٨] كان له[٩] الرجوع على الذي خلّصه[١٠] كتخليصه[١١] من يد المستحقّ.

(ولو غاب المكفول) غيبةً يُعرَف موضعُه[١٢] **(أُنظِرَ)** الكفيل.....

(١) تعليل لوجوب ردّ الدية إلى المطلِق الغارم بأنّ الدية وجبت على المطلِق، لمكان الحيلولة المتحقّقه بين القاتل ووليّ الدم، فإذا زالت ردّت إلى من أُخذت منه.

(٢) فاعله هو الضمير المستتر العائد إلى الحيلولة.

(٣) مبتدأ، خبره قوله «مستند».

(٤) وهو وليّ الدم الذي له حقّ القصاص.

(٥) كما إذا أثبت الكفيل يده على الغريم وأطلقه شخص من يده قهراً وتعذّر تحصيله واستيفاء الحقّ منه.

(٦) يعني تعذّر استيفاء الحقّ من القاتل الهارب بفعل المطلِق له من يد الكفيل.

(٧) بيان للحقّ الذي تعذّر استيفاؤه من القاتل الهارب، وهو القصاص أو أخذ الدية.

(٨) أي أُخذ الحقّ من الكفيل للقاتل.

(٩) الضمير في قوله «له» يرجع إلى الكفيل. يعني إذا أُخذ من الكفيل الحقّ الذي ثبت في ذمّة القاتل الهارب من الكفيل بقهر المطلِق رجع الكفيل على المطلِق.

(١٠) الضمير الملفوظ في قوله «خلّصه» يرجع إلى الغريم.

(١١) أي كتخليص الذي خلّص الغريم من يد المستحقّ، كما تقدّم في الفرض السابق، وهذا مبنيّ على كون قوله «كتخليصه» من قبيل إضافة المصدر إلى فاعله، وعلى عدّه من قبيل إضافته إلى مفعوله يرجع إلى الغريم.

حكم غياب المكفول

(١٢) الضمير في قوله «موضعه» يرجع إلى المكفول. يعني لو كان المكفول غائباً بحيث =

بعد[١] مطالبة المكفول له بإحضاره[٢]، (**وبعد**[٣] **الحلول**) إن كانت مؤجّلة (**بمقدار**[٤] **الذهاب**) إليه (**والإياب**)، فإن مضت[٥] ولم يحضره حبس[٦] وأُلزم ما تقدّم[٧].

ولو لم يُعرَف موضعه[٨] لم يكلّف إحضاره، لعدم إمكانه ولا شيء.....

= يعرف مكانه أُمهل الكفيل بمقدار زمان الذهاب إلى ذاك المكان والإياب منه.
وكذا لو كانت الكفالة مؤجلة وطلبه منه بعد حلولها بلا خلاف في شيء من ذلك، لأن إحضاره متوقف على إمهاله مدة الذهاب والعود، وإذا وجب الإحضار وهو ذو المقدمة فيجب إمهاله مدة الذهاب والعود وهو المقدمة.
ثم لا فرق في وجوب الإمهال بين أن تكون محلة الغريم تتجاوز مسافة التقصير أو لا، خلافاً لبعض العامة فلم يوجب الإمهال إذا كانت المحلة أقل من مسافة القصر وهو ضعيف لما سمعت.

(١) يعني أنّ مدّة الإنظار إنّما هي بعد مطالبة المكفول له لا قبلها.

(٢) الضمير في قوله «بإحضاره» يرجع إلى المكفول.

(٣) أي أُمهل الكفيل المدّة المذكورة بعد حلول مدّة الكفالة لو كانت مؤجّلة.
وبعبارة أُخرى: إنّ مدّة الإنظار تلاحظ في الكفالة الحالّة من زمان مطالبة المكفول له، وفي المؤجّلة من زمان حلول الأجل المذكور فيها.

(٤) الجارّ والمجرور يتعلّقان بقوله «أُنظِرَ».

(٥) فاعله هو الضمير المستتر العائد إلى المدّة أو إلى النظرة المفهومة من قوله «أُنظِرَ».

(٦) نائب الفاعل هو الضمير الراجع إلى الكفيل.

(٧) أي ما تقدّم من بدل الحقّ لو كان قابلاً للأداء لا ما يكون مثل القصاص والزوجيّة.

(٨) فإذا لم يُعرف موضع الغريم وقد انقطع خبره فعن المسالك والتذكرة ومجمع البرهان أن لا يُكلّف بالإحضار لعدم إمكانه، ولا شيء عليه لأنه لم يكفل المال، وهو على إطلاقه مشكل إذ لا بد من تقييده فيما لا يمكن أداؤه ولا بدل له كحق البضع وحقوق التعزير، أما فيما يمكن أداؤه أوله البدل فلا محالة يكون الكفيل مكلفاً بالأداء، لأنه من مقتضى لوازم الكفالة على ما تقدم.

عليه[١]، لأنّه لم يكفل المال ولم يقصّر في الإحضار.

(**وينصرف الإطلاق**[٢] **إلى التسليم في موضع العقد**[٣])، لأنّه[٤] المفهوم عند الإطلاق.

ويشكل[٥] لو كانا في بريّة أو بلد غربة قَصدُهما[٦] مفارقَته سريعاً، لكنّهم[٧] لم يذكروا هنا[٨] خلافاً كالسلم[٩]، والإشكال[١٠] يندفع بالتعيين.

(**ولو عيّن**[١١] **غيره**) أي غير موضع العقد (**لزم**) ما شرط.

---

(١) يعني أنّ الكفيل لو جهل موضع المكفول لم يحكم عليه بشيء من الأداء أو الحبس.

إطلاق عقد الكفالة

(٢) يعني أنّ الكفالة إذا أُطلقت انصرفت إلى تسليم المكفول في موضع العقد.

(٣) أطلق المحقق وجماعة انصراف إطلاق الكفالة إلى بلد العقد، لأنه المفهوم عند الإطلاق، وهو يتم لو كان محل العقد هو بلد المكفول له، أو بلدٌ قد استوطنه كلٌ من المكفول له والكفيل، أما لو كان محل العقد هو البرية أو بلد غربةٍ بالنسبة إليهما بحيث هما قاصدان، لمفارقته سريعاً، فالقرائن الحالية تدل على عدم إرادته من العقد.

(٤) الضمير في قوله «لأنّه» يرجع إلى موضع العقد.

(٥) يعني يشكل الحكم بإحضار المكفول في موضع العقد إذا أُجري عقد الكفالة في برّيّة أو بلد غربة.

(٦) الضمير في قوله «قصدهما» يرجع إلى الكفيل والمكفول له.

(٧) يعني أنّ الفقهاء لم يذكروا في وجوب إحضار المكفول في موضع العقد – لو أُطلقت الكفالة ، خلافاً.

(٨) المشار إليه في قوله «هنا» هو إطلاق الكفالة.

(٩) أي كما لم يذكر الفقهاء خلافاً في وجوب ردّ المبيع في موضع العقد في بيع السلم.

(١٠) يعني أنّ دفع الإشكال إنّما هو بتعيين موضع التسليم في العقد.

تعيين غير موضع العقد

(١١) يعني لو عيّن التسليم في غير موضع العقد لزم العمل بما اشترط.

وحيث يُعيّن[١] أو يُطلق ويَحضرهُ في غير ما عيّن شرعاً لا يجب تسلّمه[٢] وإن انتفى الضرر[٣].

(**ولو قال الكفيل: لا حقّ لك**[٤]) على المكفول حالة الكفالة[٥] فلا يلزمني

(١) أي إذا عُيّن موطن التسليم بالتعيين، أو أطلق موضع التسليم وبالانصراف تعيّن بلد العقد، فلو سلّم الكفيلُ الغريمَ في غير الموطن الذي وجب شرعاً تسليمه فيه فلا يجب على المكفول له تسلمه وإن انتفى الضرر، لأنه ليس تسليماً تاماً، وخالف الشيخ فحكم بوجوب التسلم عليه لو انتفى الضرر عليه.

(٢) أي لا يجب على المكفول له قبول المكفول وتسلّمه في غير الموضع الذي عيّن في العقد.

(٣) أي وإن انتفى ضرر المكفول له بقبض المكفول في غير الموضع المشروط المعيّن في العقد.

إنكار الكفيل حقّ المكفول له

(٤) المخاطب هو المكفول له. يعني إذا وقع النزاع بين الكفيل والمكفول له – بأن قال الكفيل للمكفول له: لا حقّ لك على ذمّة المكفول عند عقد الكفالة، فتكون الكفالة باطلة، فلا يجب عليّ إحضاره – وادّعى المكفول له ثبوت حقّه في ذمّة المكفول حال العقد وأنّ الكفالة صحيحة قدّم قول مدّعي الصحّة.

(٥) بعد اتفاق الكفيل والمكفول له على وقوع الكفالة قال الكفيل: لا حق لك على المكفول حالة الكفالة، وقال المكفول له: لي حق عليه حين الكفالة، قُدّم قول المكفول له بلا خلاف فيه، لأن اعتراف الكفيل بوقوع الكفالة يستدعي ثبوت حقٍ للمكفول له على المكفول، ولأن دعواه فيما بعد بأنه لا حق له مستلزم لفساد الحوالة إذ لا معنى لكفالة الغريم وهو بريء بالنسبة للمكفول له بخلاف دعوى المكفول له فإنها دعوى بصحة الحوالة، ولا ريب أن القول قول مدعي الصحة، ويقدم قوله مع يمينه لأنه منكر.

وعليه فإذا حلف المكفول له وقد تعذر على الكفيل إحضار الغريم فهل يجب عليه أداء المال من غير بينة، قاله في التذكرة والمسالك احتمالاً، والأقرب عدم الوجوب لأن =

إحضاره فالقول قول المكفول[١] له لرجوع الدعوى إلى صحّة الكفالة[٢] وفسادها، فيقدّم قول مدّعي[٣] الصحّة، و(**حلف المستحقّ**)، وهو المكفول له، ولزمه[٤] إحضاره.

فإن تعذّر[٥] لم يثبت الحقّ بحلفه السابق[٦]، لأنّه[٧] لإثبات حقّ يصحّح الكفالة، ويكفي فيه[٨] توجّه الدعوى.

نعم، لو أقام[٩] بيّنة بالحقّ.....

= الكفالة تستدعي إحضار الغريم للمكفول له، وهو أعم من ثبوت المال على الغريم. نعم لو أقام المكفول له البينة على ثبوت المال، وأُغرم الكفيل لم يرجع على الغريم، لاعتراف الكفيل ببراءته عند دعواه السابقة بأن المكفول له لا حق له على المكفول حالة الكفالة، وأن الكفيل مظلوم بالدفع.

(١) يعني إذا حصل النزاع بينهما بما ذكر قدّم قول المكفول له ويحكم على الكفيل بإحضاره.

(٢) فإنّ المكفول له يدّعي صحّة الكفالة بادّعائه ثبوت حقّه في ذمّة المكفول الذي هو الشرط في صحّتها، والكفيل يدّعي فسادها بعدم ثبوت حقّ له في ذمّة المكفول حين عقد الكفالة الذي تفسد الكفالة بانتفائه.

(٣) وهو المكفول له.

(٤) الضمير في قوله «لزمه» يرجع إلى الكفيل، وفي قوله «إحضاره» يرجع إلى المكفول.

(٥) فاعله هو الضمير العائد إلى الإحضار.

(٦) وهو الحلف الذي تحمّله المكفول له لإثبات صحّة الكفالة. يعني لا يثبت بهذا الحلف الحقّ وأوصافه لو اختلفا فيه.

(٧) الضمير في قوله «لأنّه» يرجع إلى الحلف السابق.

(٨) يعني أنّ الحلف السابق يكفي فيه وجود دعوى الحق، فلا يثبت به نفس الحقّ.

(٩) فاعله هو الضمير العائد إلى المكفول له. يعني لو أقام المكفول له بيّنة على ثبوت حقّه في ذمّة المكفول وأثبته عند الحاكم ألزم الحاكم الكفيل بأداء حقّه.

وأثبته[١] عند الحاكم ألزمه[٢] به كما مرّ، ولا يرجع[٣] به على المكفول، لاعترافه[٤] ببراءة ذمّته[٥]، وزعمه[٦] أنّه مظلوم.

(وكذا[٧] لو قال) الكفيل للمكفول له: (أبرأته[٨]) من الحقّ أو أوفاكه[٩]،

---

(١) فاعله هو الضمير العائد إلى المكفول له، والضمير الملفوظ يرجع إلى الحقّ.

(٢) فاعله هو الضمير العائد إلى الحاكم، والضمير الملفوظ يرجع إلى الكفيل، والضمير في قوله «به» يرجع إلى الحقّ الذي أثبته المكفول له بالبيّنة عند الحاكم.

(٣) فاعله هو الضمير العائد إلى الكفيل، والضمير في قوله «به» يرجع إلى الحقّ. يعني أنّ المكفول له إذا أثبت حقّه بالبيّنة عند الحاكم وأخذه من الكفيل لم يجز للكفيل أن يرجع على المكفول، لأنّ الكفيل يعترف بعدم اشتغال ذمّة المكفول للمكفول له وأنّ المكفول مظلوم بزعمه.

(٤) الضمير في قوله «لاعترافه» يرجع إلى الكفيل.

(٥) الضمير في قوله «ذمّته» يرجع إلى المكفول.

(٦) الضمير في قوله «زعمه» يرجع إلى الكفيل. وفي قوله «بأنّه» يرجع إلى المكفول.

ادّعاء الكفيل إبراء المكفول له

(٧) أي وكذا يحلف المكفول له إذا قال له الكفيل: أبرأتَ المكفولَ من حقّك وأنكره المكفول له.

(٨) بصيغة الخطاب، والمخاطب هو المكفول له، والضمير الملفوظ الثاني يرجع إلى المكفول.

أي بعد اتفاق الكفيل والمكفول له قال الكفيل: أبرأت المكفول، أو دفع الحقَ إليك، ولازمه عدم إحضار المكفول، فأنكر المكفول له الإبراءَ أو الدفعَ، كان القول قول المكفول له مع يمينه، لأنه منكر لموافقة قوله لأصالة بقاء اشتغال ذمة المكفول، وهذا عند عدم البينة للكفيل على الإبراء أو الدفع.

(٩) فاعله هو الضمير المستتر العائد إلى المكفول، والمخاطب هو المكفول له، والضمير الملفوظ الثاني يرجع إلى الحق. يعني أنّ المكفول له يحلف في هذه الصورة أيضاً، ويقدّم قوله بذلك.

لأصالة[١] بقائه.

ثمّ إن حلف المكفول له على بقاء الحقّ بريءٍ[٢] من دعوى الكفيل، ولزمه[٣] إحضاره.

فإن جاء بالمكفول فادّعى[٤] البراءة أيضاً لم يُكتفَ[٥] باليمين التي حلفها[٦]

---

(١) تعليل لتوجّه الحلف إلى المكفول له في الصورتين المذكورتين بأنّ الأصل هو بقاء حقّ المكفول له على ذمّة المكفول، فيوافق قوله الأصل، فهو منكر، واليمين على من أنكر.

(٢) فاعله هو الضمير العائد إلى المكفول له. يعني بعد الحلف يبرأ المكفول له ممّا يدّعيه الكفيل من بطلان الكفالة، لعدم ثبوت حقّ له في ذمّة المكفول.

(٣) الضمير في قوله «لزمه» يرجع إلى الكفيل، وفي قوله «إحضاره» يرجع إلى المكفول. أي لزم الكفيلَ إحضار المكفول بعد حلف المكفول له على صحّة الكفالة ووجوب إحضار المكفول على الكفيل بمقتضى الكفالة.

(٤) فاعله هو الضمير العائد إلى المكفول. يعني لو ادّعى المكفول أيضاً بعد مجيئه براءة ذمّته من حقّ المكفول له حلف المكفول له مرّةً أُخرى.

أي بعد دعوى الكفيل الإبراء وبعد تقديم قول المكفول له مع يمينه، وبعد حلف المكفول له فقام الكفيل وأحضر الغريم ثم ادعى براءة ذمة المكفول لأنه قد دفع أو أبرأه المكفول له فأنكر المكفول له ذلك، كان القول قول المكفول له مع يمينه لأنه منكر أيضاً، ولا يكتفي باليمين السابقة، بل على المكفول له يمين أخرى لأن هذه الدعوى مستقلة ومغايرة للدعوى السابقة، لأن السابقة إنما كانت من الكفيل لبراءة نفسه من وجوب إحضار الغريمولازمها دعوى براءة ذمة المكفول، وهذه دعوى لبراءة ذمة الغريم من دون التلازم المذكور.

(٥) أي لم يقتصر باليمين السابقة التي حلفها المكفول له، لأنّها كانت للنزاع الواقع بينه وبين الكفيل، ولأنّ حلفه السابق كان لإثبات الكفالة.

(٦) الضمير في قوله «حلفها» يرجع إلى اليمين، وهي مؤنّث سماعيّ.

للكفيل، لأنّها[١] كانت لإثبات الكفالة، وهذه[٢] دعوى أُخرى وإن لزمت تلك[٣] بالعرض.

(فلو لم يحلف[٤] وردّ اليمين عليه) أي على الكفيل فحلف **(بريء[٥] من الكفالة، والمال[٦] بحاله)** لا يبرأ المكفول منه، لاختلاف الدعويين[٧] كما مرّ، ولأنّه[٨] لا يبرأ بيمين غيره[٩].

نعم، لو حلف المكفول اليمين المردودة[١٠] على.....

(١) الضمير في قوله «لأنّها» يرجع إلى اليمين السابقة الصادرة عن المكفول له.

(٢) المشار إليه في قوله «هذه» هو دعوى المكفول براءة ذمّته من حقّ المكفول له.

(٣) المشار إليه في قوله «تلك» هو دعوى الكفيل براءة ذمّة المكفول من حقّ المكفول له. يعني وإن كانت هذه الدعوى الثانية للدعوى الأُولى.
وبعبارة أُخرى: وإن كانت الدعوى الأُولى مستلزمة لهذه الدعوى الثانية.

(٤) فاعلا قوليه «لم يحلف» و«ردّ» هما الضميران العائدان إلى المكفول له، وهو مدّعي ثبوت الحقّ في ذمّة المكفول، والضمير في قوله «عليه» يرجع إلى الكفيل. يعني لو لم يحلف المستحقّ وردّ الحلف على الكفيل فحلف هو برئ من الكفالة، ولكنّ المال يبقى في ذمّة المكفول.

(٥) فاعله هو الضمير العائد إلى الكفيل. يعني ذا تحمّل الكفيل اليمين المردودة إليه برئت ذمّته من تبعات الكفالة.

(٦) يعني أنّ المال الذي يدّعيه المستحقّ ثبوته في ذمّة المكفول يبقى بحاله حتّى يثبت سقوطه.

(٧) إحدى الدعويين هي دعوى الكفيل بطلان الكفالة، لعدم ثبوت حقّ المكفول له في ذمّة المكفول، والثانية هي عدوى المكفول براءة ذمّته من ثبوت حقّ المكفول له فيها.

(٨) الضمير في قوله «لأنّه» يرجع إلى المكفول. يعني أنّ المكفول لا يبرأ بيمين غيره من الحقّ الذي يدّعيه المكفول له.

(٩) وهو الكفيل.

(١٠) أي اليمين المردودة من المكفول له.

البراءة[١] برئاً[٢] معاً، لسقوط الكفالة بسقوط الحقّ[٣]، كما لو أدّاه[٤].

وكذا لو نكل[٥] المكفول له عن يمين المكفول فحلف[٦] برئا معاً.

(ولو تكفّل اثنان[٧] بواحد كفى تسليم أحدهما[٨]) إيّاه تامّاً، لحصول

---

(١) الجارّ والمجرور يتعلّقان بقوله «حلف». يعني لو حلف المكفول اليمين المردودة من المستحقّ على براءة ذمّته من الحقّ صحّ، وبرئ الكفيل والمكفول كلاهما.
فلو كانت الدعوى بين المكفول والمكفول له، بحيث ادعى المكفول الإبراء وأنكره المكفول له، كان القول قول المكفول له مع يمينه، فلو نكل عن اليمين، وقام المكفول وحلف اليمين المردودة عليه برئ المكفول من الحق، ومع حصول الإبراء تسقط الكفالة ويبرأ الكفيل، وكذا لو حلف المكفول في هذه المسألة يمين النكول لا يمين الرد فكذلك نفس الحكم المتقدم.

(٢) الضمير يرجع إلى الكفيل والمكفول.

(٣) فإذا ثبت سقوط الحقّ باليمين المردودة سقطت الكفالة أيضاً.

(٤) الضمير المستتر في قوله «أدّاه» يرجع إلى المكفول، والضمير الملفوظ يرجع إلى الحقّ. أي كما تسقط الكفالة لو أدّى المكفول حقّ المكفول له.

(٥) يعني وكذا تسقط الكفالة ويبرأ الكفيل والمكفول لو نكل المكفول له عن اليمين فحلف المكفول.
أقول: لا يخفى الفرق بين ردّ اليمين والنكول عنها، فإنّ الأوّل عبارة عن ردّ المكفول له الحلفَ إلى المكفول، والثاني عبارة عن توجّه الحلف إلى المكفول بالنكول وحكم الحاكم.

(٦) فاعله هو الضمير العائد إلى المكفول.

تكفّل اثنين بواحد

(٧) بأن كان شخصان متكفّلين بإحضار شخص واحد.

(٨) يعني لو سلّم المكفولَ أحد المتكفّلين كفى عن الآخر إذا كان التسليم تامّاً كما تقدّم. والضمير في قوله «إيّاه» يرجع إلى المكفول.

الغرض[١]، كما لو سلّم نفسه[٢] أو سلّمه[٣] أجنبيّ.

وهل يشترط تسليمه[٤] عنه وعن شريكه، أم يكفي الإطلاق؟ قولان، أجودهما الثاني[٥]، وهو الذي يقتضيه إطلاق العبارة[٦].

= فإذا تكفل رجلان - دفعةً أو مرتباً - برجلٍ فسلّمه أحدهما لم يبرأ الآخر كما عن الشيخ وابن حمزة والقاضي للأصل وهو عدم براءة ذمة الثاني بعد الشغل، ولكون الكفيلين كالرهنين اللذين إذا فُكّ أحدهما لم يُفك الآخر، وعليه فلو هرب الغريم بعد تسليم أحدهما جاز للمكفول له الرجوع على الثاني.

وعن غيرهم أنه لو سلمه أحدهما يبرأ الآخر، لأن المقصود من الكفالة تسلمه وقد حصل، بل لو سلّم نفسه أو سلّمه الأجنبي يبرأ الكفيل فلو سلّمه الكفيل فيبرأ شريكه بالكفالة من باب أولى، ومعه لا يبقى مجال للأصل للقطع ببراءة ذمة الآخر، وكونهما كالرهنين قياسٌ مع الفارق، وعلى القول الثاني فلو هرب الغريم بعد تسليم الكفيل الأول لا يجوز للمكفول له الرجوع على الكفيل الثاني لأنه بريء.

ثم على القول الثاني فهل يشترط في الكفيل المُسلِّم أن ينوي بالتسليم تسليمه عنه وعن شريكه أم يكفي الإطلاق في التسليم، قال في المسالك: (وجهان)، وجه الاشتراط أن المكفول له لا يجب عليه قبول الحق ممن ليس عليه بذله إلا إذا نوى بالتسليم عنه وعن شريكه فيكون التسليم من جهتهما فيجب القبول، ووجه الإطلاق حصول الغرض وهو التسليم ولا يشترط أن يكون من جهة الكفيل الثاني.

(١) والغرض من الإحضار هو استيفاء الحقّ من قصاص أو دية أو دين أو نفقة، وهو حاصل من إحضار أحد الكفيلين للمكفول.

(٢) يعني كما يكفي في حصول الغرض تسليم المكفول نفسه إلى المكفول له.

(٣) أي سلّم المكفول إلى مكفول شخص أجنبيّ.

(٤) الضميران في قوليه «تسليمه» و«عنه» يرجعان إلى الكفيلين. يعني أنّ الاكتفاء بتسليم أحد الكفيلين هل يشترط فيه أن يسلّم أحد الكفيلين عن نفسه وعن شريكه أم يكفي فيه الإطلاق؟ فيه قولان.

(٥) المراد من «الثاني» هو كفاية الإطلاق.

(٦) فإنّ قول المصنّف (رحمه الله) «كفى تسليم أحدهما» يقتضي كفاية الإطلاق في التسليم =

وكذا[١] القول في تسليم نفسه وتسليم الأجنبيّ له[٢].

وقيل: لا يبرأ[٣] مطلقاً[٤]، لتغاير الحقّين[٥]، وضعفه[٦] ظاهر.

وتظهر الفائدة[٧] لو هرب بعد تسليم الأوّل.

(ولو تكفّل[٨] بواحد لاثنين فلا بدّ من تسليمه.....

= بلا حاجة إلى تقييد بكونه عن نفس من يسلّمه أو عن شريكه.

(١) أي وكذا يكفي الإطلاق عند تسليم المكفول نفسه وعند تسليم الأجنبيّ له، فلا يشترط وقوع التسليم عن نفسه أو عن الكفيل.

(٢) فيجري فيهما الوجهان السابقان بحيث لو سلّم المكفول نفسه فهل يجب عليه أن ينوي أنه عن الكفيل أو يكفي الإطلاق وكذا لو سلّمه الأجنبي للمكفول له.

(٣) يعني قال بعض الفقهاء – وهو الشيخ (رحمه الله) – بعدم براءة ذمّة الآخر بتسليم أحد الشريكين مطلقاً.

(٤) أي سواء قصد نفسه أو شريكه.

(٥) فإنّ حقّ إحضار أحد الكفيلين غير الحقّ الذي هو في ذمّة شريكه.

لأن ما على الكفيل الثاني مغاير لما على الكفيل الأول كالرهنين، وضعفه ظاهر إذ هو قياس مع الفارق لما تقدم من جواز تسليم الأجنبي فتسليم الشريك أولى.

(٦) فإنّ ضعف هذا القول ظاهر، فحصول الغرض بإحضار أحد الكفيلين، كما تقدّم.

(٧) أي وتظهر فائدة الخلاف في الذهاب إلى كلّ واحد من القولين لو هرب المكفول بعد تسليم أحد الكفيلين إيّاه إلى المكفول له، فعلى القول بعدم براءة الشريك الآخر يجوز للمكفول له إلزامه بإحضاره، بخلاف ما لو قلنا ببراءة أحد الشريكين بتسليم الشريك الآخر للمكفول، فإنّه لا يجوز للمكفول له إلزام الشريك الآخر بالإحضار، لأنّه قد برئ من ذلك بتسليم شريكه للمكفول.

التكفّل بواحد لاثنين

(٨) أي إذا تكفّل كفيل واحد إحضار المكفول الواحد إلى اثنين وجب عليه تسليم المكفول إلى كلا المكفول لهما.

إليهما[١] **معاً، لأنّ** العقد الواحد هنا بمنزلة عقدين[٢]، كما لو تكفّل لكلّ واحد على انفراده[٣]، أو ضمن[٤] دينين لشخصين فأدّى دين أحدهما، فإنّه لا يبرأ من دين الآخر، بخلاف السابق[٥]، فإنّ الغرض من كفالتهما للواحد إحضاره[٦] وقد حصل[٧].

(ويصحّ التعبير) في عقد الكفالة **(بالبدن**[٨] **والرأس**.....

(١) بأن قال شخص لرجلين: أتكفل بإحضار الغريم إليكما، ولم يعقد مع كل شخصٍ كفالة مستقلة، وهنا لا بد من التسليم إليهما معاً، لأن العقد مع الاثنين بمنزلة عقدين، فهو كما لو تكفل لكل واحدٍ منهما على انفراده، وكما لو ضمن دينين لشخصين، وقد أدى دين أحدهما فإنه لا يبرأ من دين الآخر، وهذا هو الفارق بين هذه المسألة وبين ما تقدم، حيث كان الفرض في السابق هو كفالتهما له بإحضاره وقد حصل من أحدهما فيبرأ الآخر، وهنا كانت الكفالة منه لشخصين فلا بد من إحضاره لهما معاً.

(٢) يعني أنّ العقد الواحد في الفرض المذكور يكون بمنزلة عقدين لاثنين.

(٣) يعني أنّ العقد الواحد هنا مثل عقدين مستقلّين انعقد بين الكفيل وبين كلّ واحد من الاثنين.

(٤) هذا تنظير آخر لكون العقد الواحد بمنزلة العقدين، والمنزّل عليه هو ما إذا ضمن أحد دينين لشخصين بعقد واحد وأدّى دين أحدهما، فإنّه لا يبرأ من دين الآخر.

(٥) يعني أنّ هذا الفرض بخلاف الفرض السابق، وهو كفالة اثنين لإحضار شخص واحد للمكفول له، وقد تقدّم براءة ذمّة أحدهما بإحضار شريكه المكفول، لحصول الغرض فيه.

(٦) الضمير في قوله «إحضاره» يرجع إلى الواحد.

(٧) فاعله هو الضمير العائد إلى الغرض.

ما يصحّ التعبير به في العقد

(٨) أي يصحّ التكفّل بإحضار بدن المكفول أو رأسه أو وجهه.

فالأصل في الكفالة أن تتعلق بذات الغريم بأن يقول: كفلت لك فلاناً، وأنا كفيل به أو =

والوجه[١])، فيقول[٢]: كفلت لك بدن فلان أورأسه أو وجهه، لأنّه يعبّر بذلك[٣] عن الجملة[٤]، بل عن الذات[٥] عرفاً.

وألحق به [٦] الكبد[٧] والقلب وغيرهما من الأجزاء التي لا تبقى الحياة

= بإحضاره، وفي حكم ذاته نفسُه وبدنه، لأنهما بمعنى واحد في العرف العام.

(١) المراد منهما بحسب الوضع هو الجزء المخصوص من البدن، إلا أنهما قد يطلقان عرفاً على جملة البدن فيقال يبقى رأسه ووجهه، ويراد به ذاته وجملة بدنه، ولهذا الإطلاق العرفي صحح المشهور الكفالة لو تعلقت بالرأس أو الوجه، واستشكل ثاني المحققين والشهيدين بأن الرأس والوجه وإن أُطلقا على الجملة عرفاً إلا أن إطلاقهما على أنفسهما خاصة شائع متعارف إن لم يكن أشهر، وحمل اللفظ المحتمل لمعنيين على الوجه المصحح للكفالة وهو الذات أو جملة البدن في غير محله، نعم لو صرح بإرادة جملة البدن من لفظي الرأس والوجه اتجهت الصحة.

وفيه: إن الأصحاب قد ذكروا الرأس والوجه باعتبار قابلية اللفظ للدلالة على جملة البدن، فلذا حكموا بصحة الكفالة لو تعلقت بهما، مع التسليم بأن حملهما على جملة البدن بحاجة إلى قرينة ولو حالية.

(٢) فاعله هو الضمير العائد إلى الكفيل، فيقول الكفيل: كفلت لك بدن فلان أو رأسه أو وجهه، أي تعهّدت لك إحضار بدن المكفول أو رأسه أو وجهه.

(٣) المشار إليه في قوله «بذلك» هو ما ذكر من الألفاظ الثلاثة: البدن والرأس والوجه.

(٤) أي يعبّر عن جملة الأعضاء بما ذكر من الألفاظ.

(٥) يعني بل يعبّر بهذه الألفاظ عن ذات الإنسان.

(٦) الضمير في قوله «به» يرجع إلى ما ذكر من البدن وغيره.

(٧) أي بالبدن، ألحق الفاضل في التذكرة والتحرير القلب والكبد ونحوهما من الأعضاء التي لا يمكن الحياة بدونها، والجزء المشاع كالثلث والربع وغيرهما، لأنه لا يمكن إحضار هذه الأجزاء إلا بإحضار المكفول كله.

وفيه: إن إحضار الجزء الذي لا يعيش بدونه وما في حكمه وإن كان غير ممكن إلا بإحضار الذات إلا أن ذلك لا يقتضي صحة العقد، لأن الإحضار فرع الكفالة، والكفالة الصحيحة فيما لو تعلقت بالمجموع أو ما يطلق عليه، وأما إذا تعلقت ببعضه =

بدونها[١] والجزء [٢] الشائع فيه كثلثه وربعه، استناداً إلى أنّه لا يمكن إحضار المكفول إلاّ بإحضاره[٣] أجمع.

وفي غير البدن نظر[٤]، أمّا الوجه والرأس فإنّهما وإن أُطلقا على الجملة[٥]، لكن يطلقان[٦] على أنفسهما إطلاقاً شائعاً متعارفاً إن لم يكن أشهر[٧] من إطلاقهما على الجملة[٨]،.....

= فلا دليل على صحته، وقال في المسالك: (ولو جاز إطلاق هذه الأجزاء على الجملة مجازاً لم يكن ذلك كافياً لكونه غير متعارف مع أنه في المتعارف – أي الرأس والوجه – ما قد سمعت وحينئذٍ فالقول بعدم الصحة أوضح) انتهى.

وفيه: إنه إذا كان الإطلاق على الجملة مجازاً مع وجود قرينة فتصح الكفالة حينئذٍ وإن كان غير متعارف، لأن الإطلاق المتعارف قد يغني عن القرينة إن كان مشهوراً، ومع فرض وجود القرينة لا داعي لتقييد الإطلاق بالمتعارف.

والكَبْد والكِبْد والكَبِد: من الأمعاء مخلوق لإفراز الصفراء مؤنّثة، ج أكْباد وكُبُود (أقرب الموارد).

(١) أي لا يعيش الإنسان بدون الأعضاء المذكورة.

(٢) بالرفع، عطف على قوله «الكبد» يعني ألحق بما ذكر الجزء الشائع.

(٣) يعني لا يمكن إحضار ثلث المكفول أو ربعه إلاّ بإحضار المكفول بأجمعه.

(٤) أي وفي الاكتفاء بالتعبير عن المكفول بغير البدن إشكال.

(٥) يعني أنّ الوجه والرأس وإن أُطلقا على جملة البدن، لكن إطلاقهما على أنفسهما أيضاً إطلاق شائع بين العرف، فلذا لا يكفيان في صيغة الكفالة.

(٦) يعني أنّ الوجه والرأس كثيراً ما يستعملان ويراد منهما معنى أنفسهما حقيقةً.

(٧) يعني أنّ إطلاقهما على أنفسهما حقيقةً أشهر من إطلاقهما على جميع الأعضاء مجازاً. ففي الأشهر زيادة شهرة على المشهور، وهذه الزيادة هي القرينة على إرادة المعنى الأشهر وهو نفس العضو، ومعه كيف نحمل اللفظ على جملة البدن الذي هو مشهور فقط، وفيه: ما تقدم أن النزاع في قابلية إرادة الجملة من لفظ العضو، وليس النزاع في محل لفظ العضو على الجملة من دون قرينة.

(٨) أي على جميع الأعضاء.

وحمل[١] اللفظ المحتمل للمعنيين[٢] على الوجه المصحّح[٣] مع الشكّ في حصوله[٤] وأصالة[٥] البراءة من مقتضى[٦] العقد غير[٧] جيّد.

نعم[٨]، لو صرّح بإرادة الجملة من الجزأين[٩] اتّجهت.....

(١) هذا مبتدأ، خبره قوله «غير جيّد».

(٢) المراد هو المعنى الحقيقيّ والمعنى المجازيّ.

(٣) بصيغة اسم المفعول، أي على الوجه الذي يقال بصحّته في الاستعمالات. مع أنه محتمل لإرادة نفس العضو من دون قرينة غير جيد.

(٤) الضمير في قوله «حصوله» يرجع إلى الوجه المصحَّح. أي مع الشك في قصد المعنى المصحح للكفالة، والأصل عدم قصده.

(٥) بالجرّ، عطف على مدخول «مع» في قوله «مع الشكّ». أي ومع أصالة البراءة ممّا يقتضيه العقد. أي ومع الشك في قصد المتكلم للمعنى المصحح للكفالة وهو جملة البدن فنشك في حصول الكفالة، ومع الشك في حصولها نشك في وجوب الإحضار، ومع الشك في الوجوب تجري أصالة البراءة، وعليه فحاصل المعنى:أن حمل اللفظ على أحد معنييه بدون قرينة غير جيد مع الشك في قصد المتكلم له والأصل عدم قصده، ومع كون هذاالمعنى مستلزماً لوجوب الإحضار، وأصالة البراءة تنفيه.

– قال السيّد كلانتر في تعليقته: إنّ نفس الشكّ في المراد كافٍ في عدم جواز هذا الحمل، مضافاً إلى وجود أصل موضوعيّ في المقام، وهي أصالة عدم ترتّب مقتضى العقد، وهو وجوب إحضار المكفول على الكفيل.

وأقول: فالأصل عدم اشتغال ذمّة الكفيل بالأحكام التي يقتضيها عقد الكفالة إذا شكّ في تحقّقها.

(٦) ومقتضى عقد الكفالة هو وجوب إحضار المكفول على الكفيل.

(٧) خبر لقوله المتقدّم «حمل اللفظ».

(٨) استدراك عن قوله «حمل اللفظ... غير جيّد». يعني لكن لو صرّح الكفيل بإطلاق اللفظين المذكورين وإرادة جميع أعضاء المكفول فالوجه هو الصحّة.

(٩) المراد من «الجزأين» هو الرأس والوجه.

الصحّة[١] كإرادة[٢] أحد معنيي المشترك، كما أنّه[٣] لو قصد الجزء بعينه فكقصد[٤] الجزء الذي لا يمكن الحياة بدونه[٥].

وأمّا[٦] ما لا تبقى[٧] الحياة بدونه[٨] مع عدم إطلاق اسم الجملة[٩] عليه

(١) أي صحّة الكفالة.

(٢) تنظير لصحّة استعمال اللفظ الشائع إطلاقه على معنييه الحقيقيّ والمجازيّ في أحدهما إذا صرّح بإرادته على صحّة استعمال اللفظ المشترك بين معنيين في أحدهما مع التصريح بإرادته، كما إذا أطلق لفظ «العين» على الباصرة مع التصريح بإرادة هذا المعنى كأن يقول: رأيت عيناً باكية.

(٣) يعني كما لو عبّر المتكلّم بلفظ الرأس والوجه وقصد نفس العضو عند إطلاق لفظ الرأس أو الوجه فيأتي فيه الكلام المتقدم من ذكر الأجزاء التي لا يعيش الإنسان بدونها كالقلب والكبد، فعن المشهور عدم الصحة وعن العلامة الصحة.

(٤) يعني أنّ قصد العضوين من الوجه والرأس مثل قصد الجزء الذي لا يمكن الحياة بدونه مثل الكبد والقلب.

(٥) الضمير في قوله «بدونه» يرجع إلى الجزء الذي لا يمكن الحياة بدونه.

(٦) من هنا أخذ الشارح (رحمه الله) في بيان حكم ما إذا أُطلق اللفظ الذي يدلّ على عضو لا يعيش الإنسان بدونه.

(٧) يعني أنّ إطلاق العضو الذي لا تبقي حياة الإنسان بدونه مثل الكبد والقلب وغيرهما مجاز.

(٨) الضمير في قوله «بدونه» يرجع إلى «ما» الموصولة.

(٩) أي مع عدم إطلاق جملة البدن على العضو المذكور حقيقةً ولو أُطلق مجازاً، وكان الأولى أن يقول الشارح (رحمه الله). مع عدم إطلاق العضو المذكور على جملة البدن حقيقةً ولو أُطلق مجازاً.

وظاهره أن الكل لا يطلق على الجزء، وهذا ما لا ربط له في المقام، إذ ما له الرط هو عدم اطلاق الجزء على الكل ولذا نقل عن الشيخ حسن ولد الشارح أنه علّق على نسخة الأصل بقوله: (كان الظاهر أن يقال: إنه مع عدم إطلاق اسمه على الجملة) انتهى.

حقيقةً فغايته[١] أنّ إطلاقه[٢] عليها مجاز، وهو[٣] غير كافٍ في إثبات الأحكام الشرعيّة، ويلزم مثله[٤] في كلّ جزء من البدن.

فالمنع[٥] في الجميع أوجه[٦]، أو إلحاق الرأس[٧] والوجه مع قصد الجملة بهما.

(دون اليد[٨] والرجل) وإن.....

(١) أي غاية ما يقال في تصحيح إطلاق العضو المذكور على جميع البدن هو أنّ هذا الاستعمال مجاز.

(٢) الضمير في قوله «إطلاقه» يرجع إلى العضو الذي لا تبقى الحياة بدونه، والضمير في قوله «عليها» يرجع إلى الجملة.

(٣) الضمير في قوله «وهو» يرجع إلى الإطلاق مجازاً. يعني أنّ إطلاق اللفظ الدالّ على العضو المبحوث عنه على جملة البدن مجازاً غير كافٍ في عقد الكفالة الذي يترتّب عليه الأحكام الشرعيّة من إلزام الكفيل للإحضار وحبسه عند الامتناع وأخذ الحقّ منه وغير ذلك.

وفيه: إنه كافٍ مع وجود القرينة للقطع بإرادة الجملة حينئذٍ، ومع إرادة الجملة تصح الكفالة سواء عُبّر عنها بلفظها أم بلفظ آخر.

(٤) أي ومثل إطلاق العضو المذكور في عدم جواز الاكتفاء به في عقد الكفالة إطلاق كلّ جزء من البدن وإرادة جميعه. وفيه: إنه لا خير فيه مع صحة المجاز المحتف بالقرينة الدالة على إرادة جملة البدن.

(٥) هذا مبتدأ، خبره قوله «أوجه». يعني أنّ القول بالمنع عن إجراء عقد الكفالة بالألفاظ المذكورة أوجه من القول بالجواز.

(٦) أي في جميع ما ذكر إلا البدن، وهو قول للشارح تبعاً للمحقق الثاني.

(٧) يعني أنّ الأوجه هو أن يقال بإلحاق لفظي الرأس والوجه بالبدن في إرادة جميع الأعضاء. كما عليه المشهور.

(٨) أي لا يجوز إجراء عقد الكفالة بتكفّل إحضار يد المكفول ورجله وإن قصد منهما جملة البدن. وهذه من الأجزاء التي تبقى الحياة بدونها، ولا يُطلق على الجملة، وعليه =

قصدها[١] بهما مجازاً، لأنّ المطلوب شرعاً كفالة المجموع[٢] باللفظ الصريح الصحيح كغيره[٣] من العقود اللازمة.

والتعليل[٤] بعدم إمكان إحضار الجزء المكفول بدون الجملة فكان في قوّة كفالة الجملة ضعيف، لأنّ المطلوب[٥] لمّا كان كفالة المجموع لم يكن البعض كافياً في صحّته وإن توقّف إحضاره[٦] عليه،.....

- فإذا قلنا بعدم صحة الكفالة في الأجزاء التي لا تبقى الحياة بدونها كما عليه المشهور فالقول بعدم الصحة هنا أولى.

وعلى مبنى العلامة قد يقال بالصحة هنا أيضاً، لأن إحضار الجزء المكفول هنا يستدعي إحضار الذات أيضاً، ولذا قال في المسالك: (ولا يبعد القول بالصحة فيه – (أي في الجزء الذي يمكن الحياة بدونه – لمن يقول بها فيما سبق) انتهى، هذا وقد عرفت أنه مع إرادة الجملة تصح الكفالة سواء عُبّر بلفظها أم بلفظ آخر، فالمدار على صحة المجاز لو أطلق لفظ العضو وأريد به جملة الذات، وليس المدار على إرادة الجملة من لفظ العضو بلا قرينة كما يفهم من بعض عبارات الشارح، وليس المدار أيضاً على كون الجزء مما يتوقف إحضاره على إحضار الجملة أو لا كما يفهم من تعليل العلامة عند إلحاق القلب والكبد بالبدن.

(١) الضمير في قوله «قصدها» يرجع إلى الجملة، وفي قوله «بهما» يرجع إلى اليد والرجل.

(٢) يعني أنّ المطلوب شرعاً هو التعهّد بإحضار مجموع بدن المكفول.

(٣) كما هو مبنى المشهور وقد عرفت أكثر من مرة أنه لا دليل عليه، ولو سُلم فاشتراط اللفظ الصريح في العقد اللازم إنما هو في الألفاظ التي يتم بها إنشاء الإيجاب والقبول فقط، دون الألفاظ التي تدل على متعلقات العقد ومتمماته.

والضمير في قوله «غيره» يرجع إلى عقد الكفالة.

(٤) هذا مبتدأ، خبره قوله «ضعيف».

(٥) دليل ضعف التعليل المذكور هو كون المطلوب من الكفالة إتيان جميع بدن المكفول، فالتعهّد بإتيان بعضه غير كافٍ في صحّة العقد.

(٦) الضمير في قوله «إحضاره» يرجع إلى المجموع، وفي قوله «عليه» يرجع إلى العضو المذكور.

لأنّ[١] الكلام ليس في مجرّد الإحضار، بل على وجه الكفالة الصحيحة، وهو[٢] منتفٍ.

(**ولو مات المكفول**) قبل إحضاره[٣] (**بطلت**[٤]) الكفالة، (**لفوات متعلّقها**[٥])، وهو[٦] النفس، وفوات[٧] الغرض لو أُريد البدن.

ويمكن الفرق بين التعبير[٨] بكفلت فلاناً وكفلت.....

(١) هذا جواب عن توهّم صحّة الإتيان باليد والرجل في صيغة الكفالة لتوقّف إتيان المجموع بإتيانهما.

والجواب هو أنّ المطلوب في الكفالة هو إحضار مجموع البدن، فلا بدّ من الإتيان باللفظ الدالّ عليه صريحاً، ولا يكفي الإتيان باللفظ الدالّ عليه التزاماً.

(٢) الضمير في قوله «وهو» يرجع إلى وجه الكفالة الصحيحة. يعني أنّ الإتيان باليد والرجل في صيغة الكفالة لا يكون على الوجه المذكور، فلا يكفي.

بطلان الكفالة بموت المكفول

(٣) الضمير في قوله «إحضاره» يرجع إلى المكفول.

(٤) أي الكفالة بلا خلاف فيه، لأن متعلق الكفالة إحضار النفس وقد فاتت بالموت، ولأن المنصرف من الكفالة إنما هو الإحضار في حال حياة الغريم، ولأن المكفول له لو أراد من المكفول حقوقاً بدنية كحق البضع والتقاص فقد فات الغرض بالموت، لأن هذه الحقوق لا يمكن إجراؤها على بدن الميت.

(٥) الضمير في قوله «متعلّقها» يرجع إلى الكفالة.

(٦) فإنّ متعلّق الكفالة إنّما هو إحضار النفس، فإذا مات فات.

(٧) دليل ثانٍ لبطلان الكفالة بموت المكفول، وهو أنّه لو أُريد إحضار البدن فقد فات هذا الغرض بموت المكفول.

(٨) فإنّ التعبير عن صيغة الكفالة يكون على قسمين:

أ: كفلت فلاناً.

ب: كفلت بدن فلان.

بدنه[١]، فيجب إحضاره[٢] مع طلبه في الثاني دون الأوّل بناءً على ما اختاره المحقّقون من أنّ الإنسان ليس هو الهيكل[٣] المحسوس.

ويضعّف[٤] بأنّ مثل ذلك[٥] منزّل على المتعارف لا على المحقّق عند الأقلّ، فلا يجب[٦] .....

= فلو عبّر الكفيل بالثاني وجب عليه إحضار بدن المكفول بعد الموت لو طلبه المكفول له.

(١) وقال الشارح في المسالك: (ويمكن الفرب بين أن يكون قد قال في عقد الكفالة: كفلت لك حضور بدنه أو حضور نفسه، فيجب على الأول إحضاره ميتاً إن طلبه منه، وإلا فلا، ويُبين الثاني على أن الإنسان ما هو؟، فإن كان الهيكل المحسوس فكذلك - أي يجب إحضاره -، وإلا فلا، إلا أن هذا يُضعّف بانتفاء بالفائدة في إحضار الميت) انتهى.

(٢) الضمير في قوله «إحضاره» يرجع إلى البدن، وفي قوله «طلبه» يرجع إلى المكفول له.

(٣) بالنصب، خبر «ليس»، والمراد منه هو جسد الإنسان بلا روح فيه.

الهَيْكَل: الصورة والشخص والتمثال، الواحدة هَيْكَلَة، ج هَياكِل (المنجد).

- من حواشي الكتاب: وأصله اسم أعجميّ بمعنى الصورة ثمّ لمّا صوّر الحكماء للكواكب صوراً ووضعوها في البيوت يعبدونها بناءً على زعمهم أنّها أظلّة، وأشباح للأنوار الحقيقيّة وسمّوا هذه الصور بهياكل النور أطلقوا عرفاً على بيت فيه هذه الصور هيكلاً أيضاً، ثمّ يطلق الهيكل على مطلق الصورة (الحديقة).

(٤) أي التفريق باعتبار أنه لو قال كفلت بدنه فيحمل على ما هو المتعارف من الكفالة بإحضاره حياً وعليه فلا فرق بين التعبيرين في عدم وجوب الإحضار بعد الموت.

(٥) المشار إليه في قوله «ذلك» هو ما يستعمل من التعابير في العقود. يعني أنّ الألفاظ المأتيّة بها في العقود تنزّل على معانيها المتعارفة بين الناس لا على المعاني المحقّقة بين المحقّقين.

(٦) يعني فلا يجب إحضار بدن المكفول بعد الموت على كلا التعبيرين المذكورين في صيغة الكفالة.

على التقديرين[١].

(إلاّ[٢] في الشهادة على عينه[٣]) ليحكم[٤] عليه (بإتلافه[٥] أو المعاملة) له إذا كان[٦] قد شهد عليه[٧] من[٨] لا يعرف نسبه[٩]، بل شهد على صورته[١٠]، فيجب إحضاره ميّتاً حيث يمكن[١١] الشهادة.....

(١) المراد من «التقديرين» هو قوله «كفلت فلاناً» وقوله «كفلت بدنه».

(٢) هذا استثناء من قوله «ولو مات المكفول بطلت لفوات متعلّقها» بأنّ الكفالة لو تعلّقت ببدن المكفول للحكم عليه لم تبطل، لحصول الغرض منه.

(٣) الضمير في قوله «عينه» يرجع إلى المكفول.
أي على شخصه، بحيث لو ادعى عليه المكفول له بأنه قد أتلف له شيئاً أو عامله بمعاملة، وأراد إثبات الدعوى عليه بالبينة، والبينة لاتعرف المكفول بنسبه بل بصورته، فلا بد من إحضاره لتقع الشهادة على شخصه.

(٤) بصيغة المجهول، والضمير في قوله «عليه» يرجع إلى المكفول.

(٥) أي ليحكم على المكفول بأنّه أتلف المال أو وقعت المعاملة له.

(٦) اسم «كان» إمّا هو الضمير العائد إلى المكفول أو هو «من» الموصولة الآتية.

(٧) الضمير في قوله «عليه» يرجع إلى المكفول.

(٨) يحتمل أن تكون «من» الموصولة فاعلاً لقوله «شهد»، والاحتمال الآخر فيه هو ما أشرنا إليه في الهامش ٦ من هذه الصفحة.

(٩) الضمير في قوله «نسبه» يرجع إلى المكفول.

(١٠) أي شهد من لا يعرف نسب المكفول على صورته.
أقول: مثال الفرض المذكور هو ما إذا شهد شاهد بصدور قتل أو جناية عن شخص يعرفه بصورته لا بنسبه واسمه، وكذا ما إذا شهد بوقوع المعاملة لشخص يعرفه بصورته وهيكله لا بحسبه ونسبه، ففي هذين الفرضين المذكورين يجب على الكفيل إحضار بدن المكفول بعد الموت ليحكم الحاكم عليه أو له.

(١١) يعني وجوب إحضار بدن المكفول على الكفيل إنّما هو في صورة إمكان الشهادة عليه، وهي ما إذا لم تتغيّر صورة الميّت بحيث لا يمكن معرفته.

عليه بأن لا يكون قد تغيّر بحيث لا يعرف[١].

ولا فرق حينئذٍ[٢] بين كونه قد دفن وعدمه، لأنّ ذلك[٣] مستثنىً من تحريم نبشه[٤].

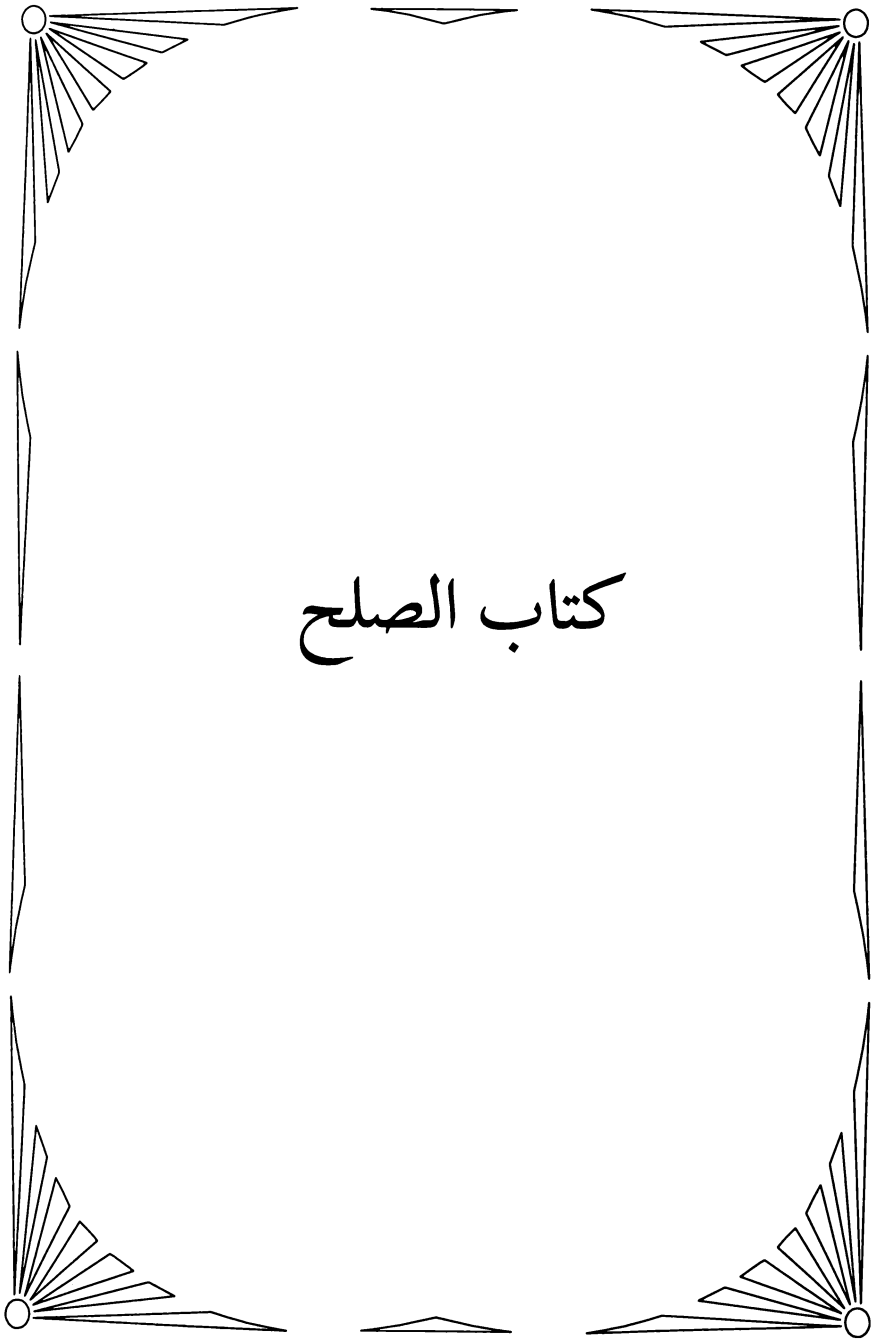
(١) ومع عدم المعرفة المسبّبة عن تغيره لا تنفع الشهادة على شخصه فلا معنى لإحضاره حينئذٍ.

(٢) يعني إذا حكم على الكفيل بوجوب إحضار الميّت لم يكن فرق بين أن يدفن المكفول الميّت وبين أن لا يدفن، فيجب على الكفيل إحضاره في كلتا الصورتين.

(٣) هذا جواب عن توهّم أنّ الميّت إذا دفن لم يجز نبش قبره، فكيف يحكم بوجوب إحضاره الملازم لنبش قبره المحرّم.

فأجاب عنه بقوله «لأنّ ذلك مستثنىً... إلخ». يعني أنّه من الموارد التي يستثنى فيها نبش قبر الميّت إحضاره للشهادة على عينه بإتلافه أو المعاملة له.

(٤) الضمير في قوله «نبشه» يرجع إلى القبر المفهوم من لفظ «دفن».



كتاب الصلح

كتاب الصلح [١]

(وهو[٢] .....

الصلح

(١) المضاف والمضاف إليه خبر لمبتدأ مقدّر هو «هذا»، والإضافة بيانيّة. يعني أنّ هذا هو كتاب الصلح.

الصُلح ـ بالضمّ ـ : السلْم، وهو اسم من المصالحة مذكّر ومؤنّث، يقولون: وقع الصلح ووقعت الصلح. صالَحَه: وافقه، و ـ خلاف خاصمه (أقرب الموارد).

الصُلح شرعاً عقد موضوع لقطع التجاذب والتخاصم والتنازع، وهو مشروع بالاتفاق لقوله تعالى: ﴿**وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً**﴾[١]، وفي آية أُخرى: ﴿**وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما**﴾[٢]، وللأخبار، منها: خبر حفص عن أبي عبدالله عليه السلام (الصلح جائز بين الناس)[٣]، ومرسل الصدوق (الصلح جائز بين المسلمين إلاّ صلحاً أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً)[٤].

هذا والصلح عقد لقطع المنازعة السابقة أو المتوقعة لإطلاق الأخبار المتقدمة، وعن بعض العامة تخصيصه بقطع المنازعة السابقة فقط وهو ضعيف.

والمفهوم من الآيتين وقوع الصلح عند النزاع، لكنّ الصلح قد صار عند فقهاء الشيعة عقداً مستقلاً بنفسه لا يتوقّف على سبق خصومة، بل لو وقع ابتداءً على عين بعوض معلوم كان كالبيع في إفادة نقل العين، ولو وقع على منفعة بعوض معلوم كان كالإجارة في إفادة نقل المنفعة، والسنّة في شرعيّة الصلح مطلقاً بلا تقييده بسبق النزاع هو قوله عليه السلام «الصلح جائز بين المسلمين إلاّ صلحاً أحلّ أو حرّم حلالاً»، وعن بعض العامّة اشتراط سبق النزاع في صحّة الصلح.

ـ قال في الرياض في بيان ماهيّة الصلح: وهو في الأصل لقطع المنازعة السابقة أو المتوقّعة.

حكم الصلح

(٢) الضمير في قوله «وهو» يرجع إلى الصلح.

---

(١) سورة النساء، الآية: ١٢٨ .
(٢) سورة الحجرات، الآية: ٩.
(٣) الوسائل، الباب ـ ٣ ـ من أبواب أحكام الصلح، حديث ١.
(٤) المصدر السابق، حديث ٢.

جائز مع الإقرار[١] والإنكار[٢]) عندنا[٣] مع سبق نزاع ولا معه[٤]، ثمّ إن كان المدّعي[٥] محقّاً استباح ما دفع إليه المنكر صلحاً، وإلاّ فهو[٦] حرام باطناً[٧]، عيناً كان[٨] .....

---

(١) كما إذا تصادق المتصالحان على ثبوت حقّهما في مورد المصالحة. بحيث أقر شخص بمال عليه لآخر ثم يصالحه عليه بمال آخر أو ببعض المدعى به أو بغير ذلك من منفعة ونحوها، وهو جائز لعموم الأخبار المتقدمة.

(٢)كما إذا ادعى أحدهما ثبوت حقّه في مورد المصالحة وأنكره الآخر. المصالحة بينهما إما بمال آخر أو ببعض المدعى أو بمنفعة ونحوها، وهو صحيح عندنا أيضاً لعموم الأخبار المتقدمة، وخالف في ذلك الشافعي حيث منعه مع الإنكار نظراً إلى أن المدعى قد عاوض على ما لم يثبت له فلا تصح المعاوضة كما لو باع مال غيره.

هذا ومراد الأصحاب من الصحة هنا هي الصحة الظاهرية، وأما بحسب الأمر فلا يستبيح كلّ منهما ما وصل إليه بالصلح إذا كان غير محق واقعاً، فإذا أنكر المُدعى عليه المدعى به ظاهراً وهو يعلم أنه غير محق وافعاً وصُولح علىً بعض ما عليه في الواقع أو بمال آخر فلا يجوز للمنكر أن يستبيح ما بقي من مال المدعى عيناً أو ديناً، فلو صالح على العين بمال آخر فهي بأجمعها في يده مغصوبة ولا يُستثنى له منها مقدار ما دفع لعدم صحة المعارضة في نفس الأمر.

(٣) ظرف لقوله «جائز». يعني أنّ الصلح جائز عند الإماميّة مع سبق نزاع بين المتصالحين ومع عدمه.

(٤) الضمير في قوله «معه» يرجع إلى سبق النزاع. يعني أنّ الصلح يصحّ عند الإماميّة ولو لم يسبق نزاع بين المتصالحين.

(٥) أي الذي يكون في النزاع مدّعياً لو كان محقّاً وصالح حقّه بعوض مال يأخذه من المنكر بالصلح يباح له المال المأخوذ، وإن كان كاذباً فهو حرام في الواقع، لكونه أكل مال بالباطل.

(٦) الضمير في قوله «فهو» يرجع إلى «ما» الموصولة في قوله «ما دفع».

(٧) أي في واقع الأمر.

(٨) اسم «كان» هو الضمير العائد إلى «ما» الموصولة في قوله «ما دفع». يعني لا فرق في حرمة المال المأخوذ بغير حقّ واقعيّ بين كونه عيناً ـ كما إذا صالح عن حقّه بثوب أو درهم ـ وبين كونه ديناً.

أم ديناً[١]، حتّى لو صالح عن العين[٢] بمال فهي[٣] بأجمعها حرام، ولا يستثنى له[٤] منها مقدار ما دفع[٥] من العوض، لفساد المعاوضة في نفس الأمر.

نعم، لو استندت الدعوى إلى قرينة ـ كما لو وجد[٦] بخطّ مورِّثه أنّ له حقّاً على أحد فأنكر[٧] وصالحه[٨] على .....

---

(١) كما إذا تصالحا على أن يؤدّي المدّعى عليه ديناً استقرّ على ذمّة المدّعي.

(٢) المراد من «العين» هو ما يدّعيه المدّعي كاذباً، ثمّ يصالح عنه بمال، فيعطي المال المنكرَ ويأخذ منه العين، فهي بأجمعها محرّم ولو كان قد أعطي مقدار مال في مقابلها.

أقول: مثال الفرض هو الثوب الذي يكون في يد زيد قيمته عشرون درهماً يدّعيه عمرو أنّه له كاذباً، ثمّ يصالح المدّعي على الثوب بعشرة دراهم، فيعطيها المنكر ويأخذ الثوب منه بالمصالحة الواقعة بينهما بعشرة، لكن لا يجوز له التصرّف في الثوب، وكذا لو كان هو محقّاً وكان المنكر كاذباً فتصالحا وأعطى زيد المنكر نصف قيمة الثوب للمدّعي المحقّ، وفي هذا الفرض أيضاً لا يجوز له التصرّف في الثوب.

وبالجملة إنّ المصالحة لا تبيح العين المتنازع فيها لمن كان في دعواه أو إنكاره كاذباً.

(٣) الضمير في قوله «فهي» يرجع إلى العين التي تصالحا عليها، وكذلك الضمير في قوله «بأجمعها».

(٤) الضمير في قوله «له» يرجع إلى المدّعي كاذباً، وفي قوله «منها» يرجع إلى العين.

(٥) فاعله هو الضمير العائد إلى المدّعي.

ـ من حواشي الكتاب: كما لو ادّعى زيد على عين في يد عمرو وأنكر عمرو، ثمّ تصالحا على أنّ زيداً يأخذ هذه العين ويدفع إلى عمرو عشرة دراهم مثلاً، فلو كان زيد غير محقّ حرم تصرّفه في العين مطلقاً، ولم يبح له مقابل عشرة الدراهم (حاشية سلطان العلماء رحمه الله).

(٦) فاعله هو الضمير العائد إلى المدّعي، ومفعوله هو قوله «أنّ له حقّاً».

(٧) فاعله هو الضمير العائد إلى قوله «أحد».

(٨) فاعله هو الضمير العائد إلى قوله «أحد»، وضمير المفعول يرجع إلى المدّعي. أي صالح المنكرُ المدعي على إسقاط الدعوى، والمصالحة على إسقاط الدعوى مصالحة على إسقاط المدعي لليمين، لأن اليمين حقّ للمدعي على المنكر بعد فتح الدعوى عند =

إسقاطها[١] بمال ـ فالمتّجه صحّة الصلح.

ومثله[٢] ما لو توجّهت الدعوى بالتهمة، لأنّ اليمين[٣] حقّ يصحّ الصلح على إسقاطه[٤].

(إلاّ[٥] ما أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً)، كذا[٦] ورد في الحديث[٧] النبويّ.

وفُسّر تحليل الحرام[٨] بالصلح على استرقاق حرّ أواستباحة بضع لا سبب

= الحاكم، وكذا ما لو توجهت الدعوى بالتهمة فيتوجه على المنكر اليمين، ولا يمكن رده فيمكن هنا للمنكر المصالحة على إسقاط اليمين المتوجه إليه.

(١) الضمير في قوله «إسقاطها» يرجع إلى الدعوى.

(٢) الضمير في قوله «مثله» يرجع إلى وجدان الخطّ المفهوم من قوله «لو وجد». يعني ومثل وجدان الخطّ الموجب لصحّة المصالحة الموجبة لكون ما يؤخذ بها حلالاً هو ما إذا كانت دعوى المدّعي مع التهمة بأن يكون المدّعى عليه في مقام الاتّهام وتوجّهت الدعوى شرعاً.

(٣) المراد من «اليمين» هو ما يتوجّه إلى المنكر، فإنّها حقّ للمدّعي على عهدة المنكر، وتجوز المصالحة على هذا الحقّ بمال.

(٤) الضمير في قوله «إسقاطه» يرجع إلى الحقّ.

(٥) هذا استثناء من قوله «وهو جائز مع الإقرار والإنكار». يعني أنّ الصلح الذي يوجب صيرورة الحلال حراماً وبالعكس لا يجوز شرعاً.

(٦) المشار إليه في قوله «كذا» هو قوله «إلاّ ما أحلّ... إلخ». يعني ورد حديث بمضمون الجملة المذكورة. ولا خلاف فيه في صورة الاستثناء.

(٧) الحديث رواه محمّد بن عليّ بن الحسين قال: قال رسول الله ﷺ البيّنة على المدّعي، واليمين على المدّعى عليه، والصلح جائز بين المسلمين إلاّ صلحاً أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً.[١]

(٨) يعني قد فسّروا قوله ﷺ في الحديث: «إلاّ ما أحلّ حراماً» بأمثلة:

أ ـ المصالحة على كون الحرّ مملوكاً.

ب ـ المصالحة على كون بضع المرأة مباحاً.

ج ـ المصالحة على شرب الخمر وأكل الميتة.

---

(١) الوسائل الباب ـ٣ ـ من أبواب أحكام الصلح، حديث ٢.

لإباحته[١] غيره أو ليشرب الخمر ونحوه، وتحريم[٢] الحلال بأن لا يطأ أحدهما حليلته[٣] أو لا ينتفع بماله ونحوه، والصلح على مثل هذه باطل ظاهراً وباطناً.

وفُسّر[٤] بصلح المنكر على بعض المُدّعى[٥] أو منفعته[٦] أو بدله[٧] مع كون أحدهما عالماً[٨] ببطلان الدعوى، لكنّه[٩] هنا صحيح ظاهراً وإن فسد باطناً.

---

(١) الضمير في قوله «لإباحته» يرجع إلى البضع، وفي قوله «غيره» يرجع إلى الصلح.

(٢) بالرفع، عطف على قوله «تحليل الحرام». يعني وفسّر قول النبيّ ﷺ في الحديث: «أو حرّم حلالاً» بالمثالين المذكورين:

أ ـ المصالحة على عدم وطي أحد المتصالحين حليلته.

ب ـ المصالحة على عدم انتفاع أحد المتصالحين بماله الحلال.

(٣) مثل الزوجة أو الأمة المباح وطؤهما.

(٤) نائب الفاعل هو الضمير الراجع إلى قوله النبيّ ﷺ: «أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً».

(٥) يعني أنّ تحليل الحرام يصدق على صلح المنكر على بعض المال المدّعى، كما إذا ادّعى زيد ثوباً وأنكره عمرو وتصالحا على بعض الثوب أو على منفعته أو عوضه، فهذا الصلح يكون محلّلاً للحرام إذا كان المنكر يصدّق في نفسه المدّعي ويعلم أنّ الثوب له وأنّه حرام له.

(٦) الضمير في قوله «منفعته» يرجع إلى المدّعى بصيغة اسم المفعول. كما إذا صالح المنكرُ المدّعي على منفعة الثوب في المثال المذكور في الهامش السابق بأن يلبسه في مدّة معلومة، فذلك الصلح يكون محلّلاً للحرام بالنسبة إلى المنكر العالم بصدق المدّعي في دعواه.

(٧) الضمير في قوله «بدله» يرجع إلى المدّعى. يعني ومن قبيل تحليل الحرام هو ما إذا صالح المنكر العالم بصدق المدّعي على بدل المدّعى بأن يعطي بدل المال المدّعى لمن يدّعيه بالصلح، فهذا الصلح يكون محلّلاً للحرام، لأنّ المال المدّعى حرام بالنسبة إلى المنكر، فلا يحلّ له بالصلح.

(٨) فإن الصلح على بعض المال المدّعى أو منفعته أو بدله يكون بالنسبة إلى العالم ببطلان الدعوى من قبيل تحليل الحرام، وبالنسبة إلى المحقّ من قبيل تحريم الحلال.

(٩) الضمير في قوله «لكنّه» يرجع إلى الصلح. يعني لكنّ الصلح في الفرض يحكم بصحّته في الظاهر.

وهو[١] صالح للأمرين[٢] معاً، لأنّه[٣] محلّل للحرام بالنسبة إلى الكاذب[٤]، ومُحرّم للحلال بالنسبة إلى المحق[٥].

وحيث كان[٦] عقداً جائزاً[٧] في الجملة[٨] (فيلزم[٩] بالإيجاب والقبول

(١) الضمير في قوله «وهو» يرجع إلى صلح المنكر على بعض المدّعى أو منفعته أو بدله.

(٢) المراد من «الأمرين» هو تحليل الحرام وتحريم الحلال.

(٣) الضمير في قوله «لأنّه» يرجع إلى الصلح.

(٤) لأن مال الغير المعلوم كذلك محرم عليه، وبالصلح يحلّ له ظاهراً.

(٥) فإنّ المحقّ إذا أعطى الكاذب ماله بالصلح كان محرّماً للحلال، فإنّ ماله حلال لنفسه، لكنّه يحرّم على نفسه ماله الحلال ويعطيه غير المحقّ.

شروط الصلح

(٦) اسم «كان» هو الضمير العائد إلى الصلح. يعني فإذا ثبت جواز الصلح في بعض الموارد ـ وهو ما إذا لم يحلّل حراماً وبالعكس ـ فهو من العقود اللازمة المحتاجة إلى الإيجاب والقبول.

(٧) قوله «جائزاً» ليس في مقابل اللازم، بل المراد هو كون الصلح عقداً مشروعاً.

(٨) أي إذا لم يحلّل حراماً وبالعكس.

(٩) لعموم الأمر بالوفاء بالعقود، هذا واعلم أنه عقد مستقل وأُدعي عليه الإجماع كما عن التذكرة والسرائر، وعن الشيخ في المبسوط أنّه فرعٌ على عقود خمسة، وهو مذهب الشافعي، فجعله فرع البيع إذا أفاد نقل الملك بعوض معلوم، وفرع الإجارة إذا وقع على منفعة بعوض معلوم، وفرع الهبة إذا تضمن ملك العين بغير عوض، وفرع العارية إذا تضمن إباحة منفعة بغير عوض، وفرع الإبراء إذا تضمن إسقاط دين أو بعضه، وقال عنه في الجواهر: (لا وجه له ضرورة فرض عدم القصد به ـ أي بالصلح ـ شيئاً منها ـ أي من الأمور الخمسة ـ وإلا كان باطلاً لعدم وقوع البيع والهبة مثلاً بلفظ الصلح) انتهى، ويُردّ أيضاً بأن إفادة عقد فائدة عقد آخر لا يقتضي كونه من أفراده، ومن هذا البيان تعرف أنه لو قلنا بكونه عقداً مستقلاً فهو عقد لازم لما تقدم من لزوم الوفاء بالعقود، وعلى قول الشيخ يكون جائزاً في بعض الموارد كما إذا كان فرع العارية أو الهبة على بعض الوجوه.

الصادرين[١] **من الكامل**) بالبلوغ[٢] والرشد (الجائز[٣] التصرّف) برفع[٤] الحجر. وتصحّ[٥] وظيفة كلّ من الإيجاب والقبول من كلّ منهما بلفظ صالحت وقبلت.

وتفريع اللزوم[٦] على ما تقدّم[٧] غير حسن، لأنّه[٨] أعمّ منه[٩]، ولو عطفه بالواو كان أوضح.

---

(١) صفة للإيجاب والقبول.

(٢) أي الكمال الحاصل بالبلوغ والرشد. وكان عليه أن يقول: بالبلوغ والعقل والرشد، وقد تقدم أنّ الصبي والمجنون مسلوبا العبارة، والسفيه محجور عليه.

(٣) بالجرّ، صفة بعد صفة لموصوف محذوف.

(٤) الجارّ والمجرور يتعلّقان بقوله «جائز التصرّف». يعني كونه جائز التصرّف بسبب رفع الحجر.

(٥) فاعله قوله «وظيفة». يعني وتؤدّي وظيفة الإيجاب والقبول بلفظ «صالحت» و«قبلت»، فلا يختصّ أحد اللفظين بأحد المتصالحين، لعدم الدليل على تقييد الإيجاب من أحدهما. بخلاف سائر العقود، فيصحّ لفظ «صالحت» من كليهما وكذلك لفظ «قبلت».

(٦) إشارة إلى قول المصنّف ﷺ «فيلزم بالإيجاب والقبول». فإنّ المصنّف فرّع قوله هذا على ما تقدّم من قوله «وهو جائز مع الإقرار.. إلخ» والحال أنّ الجواز أعمّ من اللزوم وغيره، والأولى والأوضح إتيانه بالواو بدل الفاء بأن يقول «ويلزم بالإيجاب والقبول».

(٧) أي ما تقدّم فقد قال الماتن في متنه (كتاب الصلح وهو جائز مع الإقرار والإنكار، إلا ما أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً فيلزم بالإيجاب والقبول) فقد تكلم عن مشروعية الصلح أولاً ثم رتب عليها اللزوم، وتفريع اللزوم على المشروعية غير حسن، لأن المشروعية أعم من اللزوم، إذ قد يكون مشروعاً وجائزاً، وعليه فلو عطف اللزوم بالواو الاستئنافية لكان أحسن، لأنه يشعر بصدد بيان حكم جديد.

(٨) الضمير في قوله «لأنّه» يرجع إلى ما تقدّم.

(٩) الضمير في قوله «منه» يرجع إلى اللزوم. يعني أنّ الجواز أعمّ من اللزوم.
ولا يخفى أنّ الجواز إمّا في مقابل المنع وإمّا في مقابل اللزوم.
والمراد من الجواز فيما تقدّم هو معناه المقابل للمنع الشامل للّزوم ومقابله.

ويمكن التفاته[١] إلى أنّه عقد، والأصل في العقود اللزوم إلاّ ما أخرجه الدليل، للأمر بالوفاء بها[٢] في الآية المقتضي له[٣].

(وهو[٤] أصل في نفسه) على أصحّ القولين وأشهرهما[٥]، لأصالة[٦] عدم الفرعيّة، لا فرع[٧] البيع والهبة والإجارة والعارية والإبراء، كما ذهب إليه الشيخ، فجعله[٨] فرع البيع إذا أفاد نقل العين[٩] بعوض معلوم، وفرع الإجارة إذا وقع

---

(١) الضمير في قوله «التفاته» يرجع إلى المصنّف رحمه الله. وهذا توجيه الشارح رحمه الله للتفريع المذكور بأنّ المصنّف يمكن التفاته في عبارته المتقدّمة «وهو جائز... إلخ» إلى عقد الصلح لا نفس الصلح، فتكون العبارة هكذا: إنّ الصلح عقد مشروع يلزم بالإيجاب والقبول، وعلى هذا التوجيه ينتفي عدم استحسان العبارة.

(٢) فإنّه ورد في القرآن الكريم الأمر بالوفاء بالعقود في قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾[١].

(٣) الضمير في قوله «له» يرجع إلى اللزوم.

أصليّة الصلح

(٤) الضمير في قوله «وهو» يرجع إلى الصلح. يعني أنّ الصلح عقد مستقلّ بنفسه على أصحّ القولين في مقابل القول بكونه عقداً تابعاً لغيره ومتفرّعاً عليه مثل البيع والإجارة. والمخالف هو الشيخ في المبسوط.

(٥) أي أشهر القولين.

(٦) يعني أنّ الأصل هو عدم كون الصلح عقداً متفرّعاً على غيره.

أقول: اختلفوا في الصلح وأنّه هل هو عقد مستقلّ بنفسه أو لا استقلال له، بل هو يوجد أبداً في ضمن العقود، فعن العلاّمة رحمه الله في التذكرة أنّ كون الصلح عقداً مستقلاً إجماعيّ بين الفقهاء، كما قال: «الصلح عند علمائنا أجمع عقد قائم بنفسه ليس متفرّعاً على غيره».

(٧) أي ليس الصلح متفرّعاً على عقد البيع.

(٨) فاعله هو الضمير العائد إلى الشيخ رحمه الله، وضمير المفعول يرجع إلى الصلح.

(٩) فإذا قال البائع في صيغة البيع: صالحتك على هذا بهذا، فقبل المشتري، كان هذا صلحاً بالتبع.

---

(١) سورة المائدة، الآية: ١.

على منفعة معلومة[١] بعوض معلوم، وفرع العارية إذا تضمّن إباحة منفعة بغير عوض[٢]، وفرع الهبة إذا تضمّن ملك العين بغير[٣] عوض، وفرع الإبراء إذا تضمّن إسقاط دين، استناداً[٤] إلى إفادته فائدتها حيث يقع على ذلك الوجه، فيلحقه[٥] حكم ما لحق به[٦].

وفيه[٧] أنّ إفادة عقد فائدة آخر[٨] لا تقتضي الاتّحاد، كما لا تقتضي الهبة بعوض معيّن فائدة البيع[٩].

(ولا يكون طلبه[١٠] إقراراً)، لصحّته[١١] مع الإقرار والإنكار، .....

---

(١) فإذا قال في صيغة الإجارة: صالحتك على منفعة هذا بهذا، كان هذا الصلح فرعاً للإجار

(٢) فإذا قال صاحب المال: صالحتك على منفعة هذا الثوب بلا عوض، كان فرعاً للعارية.

(٣) فإذا قال: صالحتك على أن يكون هذا الثوب لك بلا عوض، كان فرعاً لعقد الهبة.

(٤) أي استند القائلون بالفرعيّة إلى إفادة الصلح في المواضع المذكورة فائدة ما ذكر.

(٥) ضمير المفعول في قوله «فيلحقه» يرجع إلى الصلح.

(٦) أي يلحق الصلحَ حكمُ عقد لحق الصلح به.

(٧) أي يرد على الاستدلال المذكور أنّ إفادة عقد الصلح فائدة غيره لا يوجب الاتّحاد.

(٨) أي فائدة عقد آخر.

(٩) فإنّ الهبة مع العوض لا تكون بيعاً وإن أفادت فائدته.

أحكام الصلح

(١٠) الضمير في قوله «طلبه» يرجع إلى الصلح. يعني إذا طلب أحد المتنازعين من الآخر الصلح فذلك لا يعدّ إقراراً منه باستقرار حقّ صاحبه عليه لأن الصلح على ما تقدم يصح مع الإقرار والإنكار، فهو أعم من الإقرار، وطلب الأعم لا يعني الإقرار بالأخص، نعم على مذهب الشافعي خص الصلح بالإقرار فقط، فطلب الصلح حينئذ إقرار، لأن الإقرار هو مصداقه الوحيد. فطلب الصلح لا يعد إقراراً، بخلاف طلب البيع والهبة وغيرهما، فإنّهما يدلاّن على إقرار الطالب بكون المطلوب منه ذا حقّ.

(١١) الضمير في قوله «لصحّته» يرجع إلى الصلح. يعني أنّ الصلح يصحّ مع الإقرار ومع الإنكار، كما تقدّم.

ونبّه[١] به على خلاف بعض العامّة الذاهب إلى عدم صحّته[٢] مع الإنكار، حيث فرّع[٣] عليه أن طلبه إقرار، لأنّ إطلاقه ينصرف إلى الصحيح[٤]، وإنّما يصحّ مع الإقرار، فيكون[٥] مستلزماً له[٦].

(ولو اصطلح[٧] الشريكان على أخذ أحدهما رأس[٨] المال والباقي[٩] للآخر

---

(١) ضمير الفاعل في قوله «نبّه» يرجع إلى المصنّف رحمه الله، والضمير في قوله «به» يرجع إلى قوله «ولا يكون... إلخ».

(٢) فإنّ بعض العامّة ذهب إلى عدم صحّة الصلح مع الإنكار، ثمّ فرّع عليه أنّ طلب الصلح من أحد المتنازعين الذي هو منكر إقرار بحقّ الآخر.

(٣) فاعل قوله «فرّع» هو الضمير العائد إلى بعض العامّة، والضمير في قوله «عليه» يرجع إلى عدم صحّة الصلح مع الإنكار.

(٤) فإنّ طلب أحد المتنازعين الصلح من الآخر ينصرف إلى الصلح الصحيح، وهو لا يصحّ إلاّ مع الإقرار بحقّ الآخر.

(٥) اسم «يكون» هو الضمير العائد إلى طلب الصلح.

(٦) الضمير في قوله «له» يرجع إلى الإقرار.

(٧) قوله «اصطلح» أصله «اصطلح» ـ من باب الافتعال ـ ومجرّده «صلح»، فزيد حرفا الألف في أوّله والتاء المنقوطة في وسطه، ثمّ قبلت التاء المنقوطة طاءً مشالةً، لقاعدة صرفيّة، وهو أنّ مصدر الافتعال ومشتقّاته لو وجد فيها أحد الحروف الستّة ـ منها الصاد ـ قلبت تاؤه طاءً، فصار «اصطلح».

والحاصل أنّه لو تصالح الشريكان على نحو ما فُصّل في الكتاب صحّ عند انقضاء الشركة وعند إرادتهما فسخها.

(٨) المراد من «رأس المال» هو المال الذي يجعل عند ابتداء الشركة.

أقول: أضرب هاهنا مثلاً: إذا جعل كلّ من زيد وعمرو ألف دينار لتأسيس شركة، ثمّ أرادا فسخ الشركة وصالحا على أن يأخذ زيد رأس المال الذي مقداره ألفا دينار ويبقى باقي الأموال الموجودة فيها لعمرو صحّ، سواء حصل الضرر بالشركة أو النفع.

(٩) المراد من «الباقي» هو الأموال الحاصلة بالشركة مع غضّ النظر عن رأس المال الذي جعل في الابتداء.. =

ربح أو خسر صحّ عند انقضاء[١] الشركة) وإرادة فسخها[٢]، لتكون الزيادة مع من هي[٣] معه بمنزلة الهبة، والخسران على من هو[٤] عليه بمنزلة الإبراء.

(ولو شرطا بقاءهما على ذلك[٥]) بحيث يكون ما يتجدّد من الربح والخسران

= وكان الصلح عند انتهاء الشركة، بحيث اصطلحا على أن يكون لأحدهما رأس ماله وللآخر الربح والخسران صح الصلح بلا خلاف فيه، لصحيح الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام (في رجلين اشتركا في مال فربحا فيه، وكان من المال دين وعليهما دين، فقال أحدهما لصاحبه: أعطني رأس المال ولك الربح وعليك التوى، فقال عليه السلام: لا بأس إذا اشترطا، فإذا كان شرط يخالف كتاب الله عز وجل فهو ردّ إلى كتاب الله عز وجل)[١].

ولكن بما أن وضع الشركة شرعاً يقتضي أن يكون الربح لهما والخسارة عليهما، فهذا الصلح يكون مخالفاً لمقتضى الشركة ولذا حُمل على أن الربح والزيادة مع من هي معه بمنزلة الهبة من الآخر له، والخسران على من هو عليه بمنزلة الإبراء منه للآخر.

(١) يعني أنّه يصحّ الصلح كذلك في زمان انقضاء الشركة.

(٢) الضمير في قوله «فسخها» يرجع إلى الشركة. يعني أنّ الصلح يجوز عند إرادة فسخ الشركة.

(٣) ضمير «هي» يرجع إلى الزيادة، والضمير في قوله «معه» يرجع إلى «من» الموصولة. يعني أنّ الزيادة المتعلّقة بمن هي عنده تكون بمنزلة الهبة، بمعنى كونها هبة له من جانب الشريك.

(٤) ضمير «هو» يرجع إلى الخسران، والضمير في قوله «عليه» يرجع إلى «من» الموصولة، بمعنى كون الخسران المتوجّه إلى من هو عليه بمنزلة الإبراء من جانب شريكه.
توضيحه أنّ الخسران الذي يتقبّله أحد الشريكين يكون مشتركاً بينه وبين شريكه بمقتضى الشركة، فالصلح كذلك إنّما هو بمنزلة الإبراء من جانب الشريك المتقبّل له بالنسبة إلى الخسران المشترك.

(٥) كما إذا شرط الشريكان بقاءهما على كون رأس المال لأحدهما والباقي من الربح والخسران للآخر. وكان الصلح في أثناء الشركة أو في ابتدائها، فقد ذهب الماتن في الدروس إلى المنع، لعدم تسميته صلحاً بل هو شرط وهو شرط على خلاف مقتضى عقد الشركة والصحيح المتقدم ظاهر في انتهاء الشركة فلا يشمل المقام حيث ورد في الخبر =

---

(١) الوسائل الباب ـ ٤ ـ من أبواب كتاب الصلح، حديث ١.

لأحدهما دون الآخر (ففيه[١] نظر)، من مخالفته[٢] لوضع الشركة، حيث إنّها تقتضي كونهما[٣] على حسب رأس المال، ومن[٤] إطلاق الرواية[٥] بجوازه[٦] بعد ظهور الربح[٧] من غير تقييد بإرادة القسمة[٨] صريحاً، فيجوز مع ظهوره[٩] أو ظهور الخسارة[١٠] مطلقاً[١١].

= (فربحا فيه) وهو ظاهر في الانتهاء، فلو كان صلحاً وهو في الابتداء أو الأثناء فلا يكون مشمولاً للخبر، وتبعه عليه المحقق الثاني والشارح في المسالك، وعن غيرهم الصحة تمسكاً بإطلاق الخبر لعدم اختصاصه بصورة انتهاء الشركة، هذا إذا كان صلحاً، ولو كان شرطاً فهو نافذ لعموم (المؤمنون عند شروطهم)[١].

(١) الضمير في قوله «ففيه» يرجع إلى الشرط المذكور.

(٢) الضمير في قوله «مخالفته» يرجع إلى الشرط وهذا بيان وجه بطلان الشرط المذكور، وهو أنّه مخالف لوضع الشركة، لأنّها تقتضي كون النفع والخسران على نسبة رأس المال.

(٣) ضمير التثنية في قوله «كونهما» يرجع إلى الربح والخسران.

(٤) هذا بيان وجه جواز الشرك المذكور، وهو كون الرواية المطلقة دالّة على جوازه.

(٥) الرواية الدالّة على جواز الشرط مطلقاً منقولة عن الحلبيّ عن أبي عبدالله عليه السلام في رجلين اشتركا في مال، فربحا فيه، وكان من المال دين، وعليهما دين، فقال أحدهما لصاحبه: أعطني رأس المال، ولك الربح وعليك التوى، فقال: لا بأس إذا اشترطا، فإذا كان شرط يخالف كتاب الله فهو ردّ إلى كتاب الله عزّ وجلّ[٢].

(٦) الضمير في قوله «بجوازه» يرجع إلى الشرط. يعني أنّ إطلاق الرواية ـ حيث إنّ فيها: «لا بأس إذا اشترطا» ـ يدل على جواز الشرط المذكور.

(٧) كما يستفاد من قوله عليه السلام: «ولك الربح» أنّ الشرط المذكور كان بعد ظهور الربح.

(٨) يعني أنّه لم يقيّد الشرط في الرواية بإرادة التقسيم وفسخ الشركة، بل جوّز الشرط مطلقاً.

(٩) الضمير في قوله «ظهوره» يرجع إلى الربح.

(١٠) أي يجوز الشرط المذكور مع ظهور الربح أو الخسران مطلقاً.

(١١) أي سواء أرادا التقسيم وفسخ الشركة أم لا.

---

(١) الوسائل، الباب ـ ٢٠، من أبواب المهر، حديث ٤.

(٢) الوسائل، الباب ـ ٤ ـ من أبواب كتاب الصلح، حديث١.

ويمكن أن يكون نظره[١] في جواز الشرط مطلقاً[٢] وإن كان في ابتداء الشركة، كما ذهب إليه[٣] الشيخ وجماعة زاعمين أنّ إطلاق الرواية يدلّ عليه[٤]، ولعموم «المسلمون عند شروطهم».

والأقوى المنع[٥]، وهو[٦] مختاره في الدروس.

(ويصحّ الصلح على كلّ من العين والمنفعة بمثله[٧] .....

---

(١) الضمير في قوله «نظره» يرجع إلى المصنّف ﷺ.

أقول: لا يخفى أنّ المصنّف رأى أنّ الشرط المذكور في أثناء الشركة ومع ظهور الربح والخسران مشكل حيث قال «ولو شرطا بقاءهما على ذلك ففيه نظر»، ولم يتعرّض لجوازه أو لعدم جوازه في ابتداء الشركة.

(٢) أي سواء كان الشرط المذكور في ابتداء الشركة أم حين الفسخ أم في أثنائها.

(٣) الضمير في قوله «إليه» يرجع إلى جواز الشرط المذكور، فإنّ الشيخ وجماعة من الفقهاء جوّزوه لأمرين:

أ ـ إطلاق الرواية المذكورة.

ب ـ عموم الحديث النبويّ المشهور: «المؤمنون عند شروطهم».

(٤) الضمير في قوله «عليه» يرجع إلى جواز الشرط المذكور.

(٥) أي الأقوى عند الشارح ﷺ هو منع الشرط المذكور.

(٦) الضمير في قوله «وهو» يرجع إلى المنع، وفي قوله «مختاره» يرجع إلى المصنّف ﷺ.

(٧) الضمائر في أقواله «بمثله» و«جنسه» و«مخالفته» ترجع إلى كلّ واحد من العين والمنفعة.

ولا يخفى أنّ ذكر قوله «جنسه» بعد قوله «بمثله» من قبيل ذكر الخاصّ بعد ذكر العامّ، لأنّ التماثل أعمّ من التجانس، فإنّك قد تجد الشيئين متماثلين عيناً أو منفعةً، لكنّهما لا يكونان متجانسين أيضاً، بل يمكن كون أحدهما درهماً والآخر ديناراً، والمصنّف ﷺ قال بجواز الصلح على المتماثلين عيناً ومنفعةً والمتخالفين كذلك.

التفصيل في متعلّق الصلح

اعلم أنّ الصلح أوسع من البيع والإجارة من حيث المتعلّق، لأنّ متعلّق الصلح إمّا عين أو منفعة أو دين أو حقّ، فكلّ من هذه الأربعة المذكورة قابلة للصلح، والصلح على التقادير=

= الأربعة إمّا مع العوض أو بلا عوض، فتحصل من ضرب اثنين في أربعة ثمانية صور: (٢×٤ = ٨).

والصلح مع العوض على أقسام تبلغ إلى ستّ عشرة صورةً يضرب الأربعة في الأُخرى: (٤×٤ = ١٦).

والصلح بلا عوض له أربعة أقسام، ومجموع أقسام الصلح مع العوض وبلا عوض يكون عشرين صورةً، إليك الأقسام المذكورة بالتفصيل:

الأوّل: الصلح على العين بالعين، كأن يصالح على الدار بالثوب أو على الدراهم بالدنانير.

الثاني: الصلح على العين بالمنفعة، كما إذا صالح على الثوب بمنفعة الدار.

الثالث: الصلح على العين بالدين، كما إذا صالح على الثوب بالدين في الذمّة.

الرابع: الصلح على العين بحقّ، كما إذا صالح على الثوب بحقّ الشفعة.

الخامس: الصلح على المنفعة بالمنفعة، كما إذا صالح على منفعة الدار بمنفعة الدابّة.

السادس: الصلح على المنفعة بالعين، كأن يصالح على منفعة الدار بالثوب.

السابع: الصلح على المنفعة بالدين، كأن يصالح على منفعة الدار بالدين في ذمّته.

الثامن: الصلح على المنفعة بالحقّ، كأن يصالح على منفعة الدار بحقّ الشفعة.

التاسع: الصلح على دين بعين، كأن يصالح على الدين الذي في ذمّته بثوب.

العاشر: الصلح على دين بمنفعة، كأن يصالح على دين في ذمّته بمنفعة دار.

الحادي عشر: الصلح على دين بدين، كأن يصالح على الدين الذي في ذمّته بدين له في ذمّة الآخر.

الثاني عشر: الصلح على دين بحقّ، كأن يصالح على الدين في ذمّته بحق الشفعة.

الثالث عشر: الصلح على حقّ بعين، كأن يصالح على حق الشفعة بثوب.

الرابع عشر: الصلح على حقّ بمنفعة، كأن يصالح على حقّ الشفعة بمنفعة الدار.

الخامس عشر: الصلح على حقّ بدين، كأن يصالح على حقّ الشفعة بدين في ذمته.

السادس عشر: الصلح على حقّ بحقّ، كأن يصالح على حقّ التحجير بحقّ الشفعة.

السابع عشر: الصلح على عين بلا عوض، كأن يصالح على الثوب أو الدار بلا عوض.

الثامن عشر: الصلح على منفعة بلا عوض، كأن يصالح على منفعة الدار بلا عوض.

التاسع عشر: الصلح على دين بلا عوض، كأن يصالح على ديّته في ذمة الغير بلا عوض.

العشرون: الصلح على حقّ بلا عوض، كما إذا صالح على حقّ التحجير بلا عوض.

وجنسه ومخالفه[١]، لأنّه[٢] بإفادته فائدة البيع صحّ على العين[٣]، وبإفادته[٤] فائدة الإجارة صحّ على المنفعة، والحكم في المماثل والمجانس والمخالف فرع[٥] ذلك[٦]، والأصل[٧] والعموم[٨] يقتضيان صحّة الجميع[٩]، بل ما هو أعمّ منها[١٠] كالصلح على حقّ الشفعة[١١] والخيار[١٢] وأولويّة .....

(١) كما لو صالح على عين بالمنفعة أو بالعكس، وجواز الصلح في هذه الصور لعموم مشروعية الصلح، بل لا يختص جوازه بما ذكر فلو صالح على مثل إسقاط خيار أو إسقاط حق الشفعة أو إسقاط أولوية في تحجير أو سوق أو مسجد صح أيضاً للعموم.

(٢) الضميران في قوليه «لأنّه» و «بإفادته» يرجعان إلى الصلح. فإنّ الصلح لمّا أفاد فائدة البيع صحّ تعلّقه بالعين.

(٣) أي لكون الصلح يفيد فائدة البيع صح تعلقه بالعين، ولأنه يفيد فائدة الإجارة صح تعلقه بالمنفعة.

(٤) الضمير في قوله «بإفادته» يرجع إلى الصلح. يعني أنّ الصلح لكونه مفيداً فائدة الإجارة يصحّ تعلّقه بالمنفعة.

(٥) يعني أنّا إذا قلنا بأنّ الصلح يفيد فائدة البيع ـ إذا تعلّق بالعين ـ وفائدة الإجارة ـ إذا تعلّق بالمنفعة ـ تفرّع عليه الحكم بصحّة الصلح على المماثل والمجانس والمخالف.

(٦) المشار إليه في قوله «ذلك» هو إفادة الصلح فائدة البيع في موضع وفائدة الإجارة في آخر.

(٧) المراد من «الأصل» هو أصالة الصحّة في العقود.

(٨) أي عموم قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾[١].

(٩) يعني أنّ الأصل والعموم يقتضيان صحّة الصلح على جميع الصور المذكورة.

(١٠) يعني أنّ الأصل والعموم يقتضيان صحّة الصلح على الأعمّ من كلّ من العين والمنفعة.

(١١) فإنّه يصحّ الصلح على حقّ الشفعة، كما تقدّم تفصيل الأقسام المذكورة، كأن يصالح على حقّ الشفعة بالعين أو المنفعة.

(١٢) كما إذا صالح على حقّ خياره في عقد البيع بالعين أو المنفعة.

(١) سورة المائدة، الآية ١.

التحجير[١] والسوق[٢] والمسجد[٣] بعين ومنفعة وحقّ آخر[٤]، للعموم[٥].

(ولو ظهر استحقاق[٦] العوض المعيّن) من أحد الجانبين[٧] **(بطل الصلح)**[٨] كالبيع[٩]، ولو كان[١٠] مطلقاً رجع ببدله، ولو ظهر في المعيّن[١١] عيب .....

---

(١) كما إذا صالح على حقّ تحجيره بعين أو منفعة.
والمراد من «التحجير» هو جعل الأحجار في أطراف الأراضي المباحة، للتصرّف فيها بعداً، فإنّه يوجب له حقّ الأولويّة لا الملك إلى أن يحييها.

(٢) كما إذا صالح على حقّ أولويّته في السوق بعين أو منفعة.

(٣) كما إذا صالح على حقّ أولويّته في المسجد بعين أو منفعة.

(٤) يعني ويصحّ الصلح على حقّ بحقّ، كما إذا صالح على حقّ أولويّته في المسجد بحقّ تحجير غيره.

(٥) أي لعموم قوله تعالى ﴿أوفوا بالعقود﴾.

(٦) يعني إذا تصالحا على عين بعين أو على منفعة بمنفعة، ثمّ ظهر استحقاق ما صولح عليه للغير حكم ببطلان الصلح.

(٧) المراد من «الجانبين» هو العوض والمعوّض.

(٨) لو ظهر أن أحد العوضين المعينين في عقد الصلح مستحقّ للغير أو أنه لا يصح تملكه كالخمر والخنزير بطل الصلح بلا خلاف فيه ضرورة أن العوضين في الصلح هما من أركانه، وإذا انتفى أحد الركنين بطل الصلح حينئذ، ولا يقاس ما هنا على المهر في النكاح الذي لا يوجب فساد العوض فساداً في عقد النكاح، بل يرجع إلى مهر المثل، لحرمة القياس، ولعدم العوض المقرر شرعاً هنا في الصلح لو بطل العوض المعيّن بخلاف المهر فلو بطل لثبت مهر المثل.
ثم هذا كله إذا كان العوض معيّناً، ولو كان العوض كلياً بالذمة وكان ما دفعه خارجاً مستحقاً للغير رجع ببدله ولا فساد في العقد.

(٩) كما أنّ البيع أيضاً إذا كان متعلّقاً بشيء معيّن فظهر استحقاق الغير له يحكم ببطلانه لا ما إذا تعلّق بكلّيّ في الذمّة.

(١٠) اسم «كان» هو الضمير الراجع إلى العوض. يعني لو كان العوض المصالح عليه مطلقاً ـ أي كلياً لا معيّناً ـ صحّ الصلح ورجع ببدله.

(١١) يعني لو ظهر في العوض المعيّن عيب جاز لمن أخذ المعيب فسخ الصلح.

فله[١] الفسخ.

وفي تخييره[٢] بينه وبين الأرش وجه قويّ، ولو ظهر[٣] غبن لا يُتَسامح[٤] بمثله[٥] ففي ثبوت الخيار كالبيع وجه قويّ، دفعاً[٦] للضرر المنفيّ[٧] الذي يثبت بمثله[٨] الخيار في البيع.

(ولا يعتبر في الصلح على النقدين[٩] القبض في المجلس)[١٠]، لاختصاص

---

(١) الضمير في قوله «فله» يرجع إلى آخذ المعيب. أي ظهر العيب في المعيّن لا يبطل العقد لوجود العوض ولو بالجملة، هذا ووجود العيب في العوض موجب لثبوت الخيار لقاعدة نفي الضرر، ولكن هل يثبت له الأرش أيضاً قياساً على ظهور العيب في أحد العوضين في البيع حيث يثبت له التخيير بين الفسخ والأرش، أو لا يثبت له الأرش، لأن إثبات الفسخ له دافع للضرر المترتب عليه لو ألزم بقبول العوض المعيب، فإثبات الأرش بعد دفع الضرر بحاجة إلى دليل وهو منتف، مع أنّ الأصل عدم ثبوت الأرش.

(٢) أي وفي تخيير آخذ العوضِ المعيب المتصالح عليه بين فسخ الصلح وبين أخذ الأرش وجه قويّ.

(٣) أي لو ظهر في أحد العوضين المتصالح عليهما غبن فثبوت الخيار فيه قويّ.

(٤) بصيغة المجهول، والضمير في قوله «بمثله» يرجع إلى الغبن. يعني إذا كان الغبن فاحشاً بحيث لا يتسامح العرف به.

(٥) مع جهالة المغبون، ويثبت له الخيار كما يثبت الخيار في البيع للغبن، لقاعدة نفي الضرر، وهي التي أثبتت الخيار في البيع عند ظهور الغبن فيه.

(٦) يعني أنّ كون وجه ثبوت الخيار قويّاً إنّما هو لدليل دفع الضرر الحاصل بالغبن بثبوت حقّ الخيار.

(٧) أي الضرر المنفيّ في قوله ﷺ «لا ضرر ولا ضرار».

(٨) الضمير في قوله «بمثله» يرجع إلى الضرر. يعني أنّ الضرر الغير المتسامح به يُثبت في البيع خيار الفسخ، فكذلك الضرر الغير المتسامح به في أحد العوضين المتصالح عليهما يُثبت في الصلح خيار الفسخ.

(٩) كما إذا صالح على الدراهم بالدنانير.

(١٠) لما ثبت أن الصلح ليس فرعاً للبيع، وإنما هو عقد مستقل، فلا يُعتبر فيه ما اعتُبر في =

الصرف[١] بالبيع، وأصالة[٢] الصلح، ويجيء على قول الشيخ اعتباره[٣].

وأمّا من حيث الربا[٤] ـ كما لو كانا[٥] من جنس واحد ـ فإنّ الأقوى ثبوته[٦] فيه، بل في كلّ معاوضة، لإطلاق التحريم[٧] في الآية .....

= بيع الصرف من التقابض في المجلس، لأن أدلة التقابض مختصة بالبيع والصلح غير البيع، نعم على مذهب للشيخ حيث جعله فرعاً للبيع فيلحقه حكمه.

(١) أي لاختصاص معاوضة النقدين التي يشترط فيها القبض في المجلس بعقد البيع.

(٢) هذا دليل آخر لعدم اشتراط القبض في الصلح على النقدين وإن كان يشترط في البيع، وهو أنّ الصلح عقد مستقلّ بالأصالة، ولو أفاد فائدة البيع في بعض الموارد، كما تقدّم.

(٣) الضمير في قوله «اعتباره» يرجع إلى القبض. يعني بناءً على قول الشيخ ﷺ بأنّ الصلح ليس أصلاً مستقلاً، بل هو تابع وفرع بحيث إنّه لو تعلّق بالعين بعوض كان بيعاً ولو تعلّق بالمنفعة كان إجارة وهكذا، فعلى هذا المبنى يشترط القبض في صحّة المصاحة على النقدين.

(٤) يعني أنّ الصلح على النقدين له حكمان:

أ ـ حكم القبض في المجلس.

ب ـ حكم الربا.

أمّا الأوّل فقد تقدّم حكمه في الصلح على النقدين، بناءً على كونه فرعاً لا أصلاً. وأمّا حكم الربا فالأقوى ثبوته في الصلح المبحوث عنه، فإذا تصالحا على درهم أو دينار بدرهم أو دينار فزاد أحد العوضين على الآخر لزم الربا المحرّم فيه أيضاً كما يلزم أيضاً في بيعهما بهما مع أخذ الزيادة.

(٥) اسم «كانا» هو ضمير التثنية العائد إلى النقدين.

(٦) الضمير في قوله «ثبوته» يرجع إلى الربا، وفي قوله «فيه» يرجع إلى الصلح. أي ثبوت الربا في الصلح وإن جُعل عقداً مستقلاً، لإطلاق تحريم أدلة الربا، وقد تقدم بحثه في كتاب البيع.

(٧) فإنّ تحريم الربا في الآية مطلق يشمل كلّ معاوضة، بيعاً كان أو صلحاً أو غيرهما. والمراد من «الآية» هو قوله تعالى: ﴿**أحلّ الله البيع وحرّم الربا**﴾[١]، فإنّ قوله تعالى: ﴿**حرّم الربا**﴾ يشمل الربا في جميع المعاوضات إلاّ ما استثني.

---

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٧٥.

والخبر[١].

(ولو أتلف[٢] عليه ثوباً يساوي درهمين فصالح على أكثر[٣] أو أقلّ فالمشهور الصحّة)، لأنّ مورد الصلح الثوب[٤] لا الدرهمان.

---

(١) والخبر الدالّ على حرمة الربا مطلقاً ـ حتّى في الصلح ـ مروي عن النبي ﷺ قال: من أكل الربا ملأ الله بطنه ناراً بقدر ما أكل منه، فإن كسب منه مالاً لم يقبل الله شيئاً، ولم يزل في لعنة الله والملائكة ما دام عنده منه قيراط[١].

ولا يخفى أنّ الربا إمّا هو أخذ الزيادة في معاوضة جنسين ربويّين، وإمّا أخذ الزيادة في القرض.

(٢) ضمير الفاعل في قوله «لو أتلف» يرجع إلى أحد المتصالحين، والضمير في قوله «عليه» يرجع إلى المتصالح الآخر.

(٣) بمعنى أنّه لو أتلف على آخر ثوباً قيمته درهمان، ثمّ صالحه بثلاثة دراهم مثلاً إذاً لا يلزم الربا المحرّم، وكذا لو صالحه بأقلّ من درهمين.

فالثوب من القيمي، وعليه فإذا أتلف قيميّاً فهل يثبت في ذمته مثله أو قيمته، فإن قلنا بالأول فالثابت ثوب مماثل له، وهذا الثوب وإن كان يساوي درهمين ولكن لو صالحه على الثوب بدرهمين أو أكثر أو أقل فالصلح جائز، ولا ربا فيه لتغاير جنس العوضين مع عدم كون الثوب مما يكال أو يوزن، وهذا ما ذهب إليه المشهور، ويدل عليه عموم النبويّ (على اليد ما أخذت حتى تُؤدي)[٢]، لأنه ظاهر في ثبوت نفس الثوب عليه، والانتقال إلى قيمته لعدم إمكان أداء نفسه لأنه تالف، ولعدم إمكان مثله لعدم معرفة مثل له.

وعلى الثاني فيثبت في ذمة التالف قيمته وهو درهمان، فلو صالحه على الأقل أو الأكثر فالصلح باطل لأنه ربا، وهذا ما ذهب إليه الشهيدان في الدروس والمسالك والمحقق الثاني في جامع المقاصد، بل ونُسب الحكم إلى الشيخ في الخلاف والمبسوط، لأن الخبر المتقدم ظاهر في ردّ ما أُخذ هذا إن وُجد، وإن تلف فعليه ردّ قيمته.

(٤) فإنّهما تصالحا على الثوب التالف بدرهمين، ولم يتصالحا على نفس الدرهمين بأزيد أو أنقص حتّى يلزم الربا.

---

(١) المستدرك، الباب ـ ١ـ، من أبواب الربا، ح ١٢.

(٢) سنن البيهقي، ج٦، ص ٩٠.

وهذا[١] إنّما يتمّ على القول بضمان القيميّ بمثله، ليكون الثابت في الذمّة ثوباً، فيكون هو متعلّق الصلح، أمّا على القول الأصحّ من ضمانه بقيمته[٢] فاللازم لذمّته[٣] إنّما هو الدرهمان، فلا يصحّ الصلح عليهما[٤] بزيادة عنهما ولا نقصان مع اتّفاق الجنس. ولو قلنا باختصاص الربا بالبيع[٥] .....

(١) أي القول بصحّة الصلح المذكور وعدم لزوم الربا فيه مبنيّ على القول بأنّ التالف القيميّ يضمن بمثله أوّلاً، ثمّ يبدل بالقيمة ثانياً.
أمّا على القول بضمانه بالقيمة أوّلاً فلا يجوز الصلح على الثوب التالف بدرهمين، للزوم الربا.
ولا يخفى أنّ الفقهاء قد اختلفوا في ضمان القيميّ وأنّ التالف هل يضمن بقيمته من حين الإتلاف أو يضمن بمثله إلى زمان الأداء فيبدل بالقيمة، استناداً إلى قوله تعالى: ﴿**فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم**﴾[١] .
ومن أراد تفصيل الاستدلال على القولين في ضمان القيميّ فليراجع كتاب البيع للشيخ الأنصاري قدس سره.

(٢) الضمير في قوله «بقيمته» يرجع إلى القيميّ.

(٣) الضمير في قوله «لذمّته» يرجع إلى الضامن.

(٤) الضميران في قوليه «عليهما» و«عنهما» يرجعان إلى الدرهمين. يعني إذا قلنا بضمان الضامن المتلف للقيميّ بقيمة التالف لم يجز الصلح على الدرهمين اللذين هما قيمة القيميّ بأقلّ منهما ولا بأزيد منهما، للزوم الربا.

(٥) كما هو مذهب غير المشهور، والمتجه هنا الصحة حينئذ لأن الصلح هنا على الدرهمين بأقل منها أو أزيد ليس من الربا بعد اختصاصه بالبيع، إلا أنه مبنى ضعيف كما تقدم في كتاب البيع هذا من جهة، ومن جهة أخرى لو سلم أن قيمة الثوب هي الثابتة في الذمة ولكن لا تختص القيمة بالدراهم أو الدنانير، بل يجوز أن يكون ما في الذمة أمراً كلياً، بمعنى أنه يلزمه ضمان ما يساوي الدرهمين، سواء كان من جنس الدراهم أم الدنانير أم غيرهما، لا خصوص الدرهمين، وعليه فلو وقع صلحاً في قبالهما أقل من الدرهمين فلا يلزم الربا لعدم اتحاد جنس العوضين.

(١) سورة البقرة، الآية: ١٩٤ .

توجّه[١] الجواز أيضاً، لكنّ المجوّز لا يقول به[٢].

(ولو صالح منكر الدار على سكنى المدّعي[٣] سنةً فيها[٤] صحّ)، للأصل[٥]، ويكون[٦] هنا مفيداً فائدة العارية.

(ولو أقرّ[٧] بها[٨]، ثمّ صالحه[٩] على سكنى المقرّ صحّ) أيضاً[١٠].

---

(١) جزاء لقوله «لو قلنا». يعني لو قيل باختصاص حرمة الربا بالبيع توجّه القول بجواز الصلح فيما ذكر، لكنّ الذين يجوّزون الصلح المذكور لا يقولون باختصاص الربا بالبيع، بل يقولون بحرمته مطلقاً، سواء حصل في البيع أم في غيره.

(٢) الضمير في قوله «به» يرجع إلى اختصاص الربا بالبيع.

(٣) كما إذا ادّعى زيد أنّ الدار التي في يد عمرو هي له وأنكر عمرو، ثمّ صالحه بسكنه في الدار المتنازع فيها سنةً صحّ الصلح بلا خلاف ولا إشكال، لعموم جواز ومشروعية الصلح، ويكون هذا الصلح مفيداً فائدة العارية، لأنه انتفاع بالمنفعة لمدة معلومة بغير عوض.

(٤) الضمير في قوله «فيها» يرجع إلى الدار، وهي مؤنّث سماعيّ.

(٥) إما لأصالة الصحة في العقود، وإما لوجود مقتضى الصحة هنا لمشروعية الصلح بعد عدم المانع.

(٦) اسم «يكون» هو الضمير الراجع إلى الصلح. يعني أنّ الصلح الكذائيّ بسكن المدّعي في الدار المتنازع فيها يفيد فائدة العارية، فإنّها عبارة عن انتفاع المستعير ممّا يستعيره من المعير.

(٧) ضمير الفاعل في قوله «لو أقرّ» يرجع إلى المنكر. يعني لو رجع المنكر في المثال المتقدّم ذكره عن إنكاره وأقرّ بكون الدار المتنازع فيها للمدّعي، ثمّ صالحه على السكنى فيها إلى سنة فصحّ هذا الصلح أيضاً.

(٨) الضمير في قوله «بها» يرجع إلى الدار.

(٩) ضمير الفاعل في قوله «صالحه» يرجع إلى المدّعي، وضمير المفعول يرجع إلى المنكر، ويجوز العكس، بل هو أولى.

(١٠) يعني كما كان الصلح في الفرض السابق صحيحاً فكذا يكون في هذا الفرض أيضاً صحيحاً.

فلو ادعى زيدٌ الدار فأقر من هي في يده، ثم قام المُدعي وهو المُقر له وصالح المُقرّ على=

(ولا رجوع) في الصورتين[١]، لما تقدّم من أنّه[٢] عقد لازم، وليس فرعاً على غيره[٣].

(وعلى القول بفرعية[٤] العارية له[٥] الرجوع)[٦] في الصورتين، .....

= أن يسكن المقر الدار سنة صح الصلح لعموم جواز الصلح، ولأن الصلح مع الإقرار جائز على ما تقدم، وفي كلتا الصورتين يكون الصلحُ لازماً لعموم ﴿**أوفوا بالعقود**﴾[١] بعد كون الصلح عقداً مستقلاً وليس فرعاً على غيره.

(١) المراد من «الصورتين» هما صورة صلح المنكر على سكنى المدّعي في الدار سنةً، وصورة صلح المدّعي على سكنى المنكر فيها سنةً بعد رجوعه عن الإنكار وإقراره بكونها للمدّعي.

(٢) وقد تقدّم كون الصلح من العقود اللازمة، استناداً إلى قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾.

(٣) يعني فلا يقال: إنّ الصلح في المقام بمعنى العارية، وهي من العقود الجائزة، وقد تقدّم كون الصلح أصلاً مستقلاً لا فرعاً لغيره ولو أفاد فائدته.

(٤) الضمير في قوله «بفرعيّته» يرجع إلى الصلح. يعني لو قلنا بأنّ الصلح ليس عقداً مستقلاً، بل هو عقد تابع لما أفاد فائدته ففي المقام يكون فرعاً للعارية، وهي من العقود الجائزة، فيجوز الرجوع في كلتا الصورتين المذكورتين.

(٥) الضمير في قوله «له» يرجع إلى المصالح.

(٦) على القول بفرعية الصلح وليس عقداً مستقلاً، ففي صورة الإنكار فيكون المنكر قد صالح المدعى على سُكنى الدار سنة بغير عوض، لأن الصلح قد وقع على سكنى الدار في قبال إسقاط الدعوى، وإسقاطها ليس عوضاً يتملكه المنكر، والعارية بغير عوض مما يجوز للمُعير فسخها فالصلح الذي يفيد ذلك مما يجوز للمنكر هنا فسخه حينئذ. وفي صورة الإقرار والصلح هنا من الذي قد أُعترف له وهو المدعى على سكنى المقّر الدار سنةً، فالصلح على منفعة بغير عوض وهو فرع العارية، والعارية من دون عوض مما يجوز للمعير فسخها فيجوز للمدعى هنا فسخ الصلح كذلك.

هذا والشارح في المسالك جعل الصلح في صورة الإقرار مما يفيد المنفعة بعوض، لأنه قد وقع على سكنى الدار في قبال خروج العين عن يد المُقر، وعليه فالعارية بعوض لازمة فلا يجوز فسخ الصلح في صورة الإقرار.

---

(١) سورة المائدة، الآية: ١.

لأنّ متعلّقه[١] المنفعة بغير عوض فيها[٢]، والعين[٣] الخارجة من يد المقرّ ليست[٤] عوضاً عن المنفعة الراجعة إليه[٥]، لثبوتها للمقرّ له[٦] بالإقرار قبل أن يقع الصلح، فلا يكون في مقابلة المنفعة[٧] عوض، فيكون عارية يلزمه[٨] حكمها من جواز[٩] الرجوع فيه عند القائل بها[١٠].

---

(١) الضمير في قوله «متعلّقه» يرجع إلى الصلح. وهذا تعليل لجواز الصلح المذكور بأنّه يتعلّق بمنفعة الدار بلا عوض، وهذا هو معنى العارية.

(٢) أي في الصورتين المذكورتين.

(٣) هذا دفع إشكال مقدّر هو أنّ الفرض الثاني ـ وهو رجوع المنكر عن الإنكار وإقراره بكون الدار للمدّعي وصلح المدّعي على سكنى المقرّ فيها سنةً ـ يكون من قبيل الصلح على العين في مقابل المنفعة، لأنّ العين تخرج من يد المنكر في مقابل المنفعة، وهي سكناه في الدار المتنازع فيها سنةً، وذلك فائدة بيع العين، وليس من قبيل فائدة العارية.
فأجاب عنه بقوله «لثبوتها للمقرّ له.. إلخ»، وحاصله أنّ الدار ثبتت للمدّعي بإقرار المنكر لا بالمصالحة في مقابل المنفعة، فإذا ثبت كون الدار متعلّقة بالمدّعي بإقرار المنكر، ثمّ صولح على سكنى المنكر سنةً كان هذا فائدة العارية.

(٤) اسم «ليست» هو الضمير الراجع إلى العين.

(٥) الضمير في قوله «إليه» يرجع إلى المقرّ.

(٦) المراد من «المقرّ له» هو المدّعي. يعني أنّ العين ثبتت للمدّعي، وكانت متعلّقة بإقرار المنكر قبل الصلح.

(٧) يعني فالمنفعة التي صالح المدّعي عليها بعد إقراره تكون بلا عوض، بمعنى كون الصلح هنا بلا عوض، ومعلوم أنّ تمليك المنفعة بلا عوض هو معنى العارية.

(٨) اسم «فيكون» هو الضمير العائد إلى فعل المتصالحين، والضمير الملفوظ في قوله «يلزمه» أيضاً يرجع إلى الفعل الواقع بين المتصالحين، والضمير في قوله «حكمها» يرجع إلى العارية.

(٩) هذا بيان لحكم العارية، وهو جواز الرجوع.

(١٠) أي عند القائل بفرعيّة الصلح للعارية.

(ولمّا كان[١] الصلح مشروعاً لقطع التجاذب والتنازع بين المتخاصمين) بحسب أصله[٢] وإن صار[٣] بعد ذلك أصلاً مستقلاً بنفسه لا يتوقّف على سبق خصومة **(ذكر فيه[٤] أحكام من التنازع)** بحسب ما اعتاده المصنّفون[٥]، **(ولنشر) في هذا** المختصر[٦] إلى بعضها في مسائل[٧]:

(الأولى[٨]: لو كان بيدهما[٩] درهمان فادّعاهما أحدهما وادّعى الآخر .....

تمهيد

(١) يأتي جوابه في قوله «ذكر فيه.. إلخ». يعني أنّ الصلح شرع بحسب أصله الأوّليّ لقطع التجاذب والتنازع بين المتخاصمين، ثمّ صار عقداً مستقلاً يشمل أيضاً الموارد التي لم يسبق فيها نزاع، فلذا ذكروا فيه أحكام التنازع، فأراد المصنّف ﷺ ذكر بعض أحكام من التنازع، فقال «ولنشر إلى بعضها».

(٢) الضمير في قوله «أصله» يرجع إلى الصلح.

(٣) اسم «صار» هو الضمير العائد إلى الصلح. يعني وإن صار الصلح بعد جعله الأوّليّ الشرعيّ لقطع التجاذب عقداً مستقلاً بنفسه لا يتوقّف على سبق نزاع وتخاصم عليه.

(٤) أي ذكر في كتاب الصلح بعض أحكام التنازع.

(٥) أي بحسب استقرار عادة العلماء الذين صنّفوا كتب الفقه على بيان أحكام التنازع في كتاب الصلح.

(٦) المراد من قوله «هذا المختصر» هو كتاب اللمعة الدمشقيّة.

(٧) يعني أنّا نشير إلى بعض أحكام التنازع في ضمن عدّة مسائل.

مسائل في بعض أحكام التنازع

المسألة الأُولى

(٨) المسألة الأولى من المسائل التي يذكر فيها بعض أحكام التنازع هي ما إذا كان بيد المتخاصمين درهمان وادّعى أحدهما كونهما له خاصّةً، وادّعى الآخر كون أحد الدرهمين خاصّةً له، فإذاً يحكم بتنصيف أحد الدرهمين بينهما واختصاص الآخر بالآخر.

(٩) وادعاهما أحدهما، وقد ادعى الآخر أحدَ الدرهمين، كان لمدعيهما درهم ونصف، وللآخر نصف درهم، لأن مدعي أحد الدرهمين لا يدعي الدرهم الآخر، وهذا الدرهم =

أحدهما[١]) خاصّةً فللثاني[٢] (نصف درهم)، لاعترافه[٣] باختصاص غريمه[٤]

= الآخر يكون للآخر بلا منازع، لأنه تحت يده ويدعيه بدون معارض.

وأما الدرهم الأول فمدعي الدرهمين يدعيه، وكذا مدعي الدرهم، والدرهم تحت أيديهما، فكلٌ منهما مدع ومنكر فيتحالفان، ويُعطى كل واحد منهما نصف درهم، فيكون لمدعي الدرهمين درهم ونصف، ولمدعي الدرهم نصف درهم، ويدل عليه فضلاً عن مقتضى قاعدة التحالف المتقدمة أخبار:

منها: صحيح عبدالله بن المغيرة عن غير واحد من أصحابنا عن أبي عبدالله ﷺ (في رجلين كان معهما درهمان فقال أحدهما: الدرهمان لي، وقال الآخر: هما بيني وبينك، فقال أبو عبدالله ﷺ: أما الذي قال هما بيني وبينك فقد أقرّ بأنّ أحد الدرهمين ليس له وأنه لصاحبه، ويقسّم الدرهم الثاني بينهما نصفين)[١]، ومثله مرسل محمد بن أبي حمزة[٢].

هذا وقاعدة التحالف تقتضي الحلف مع أن النصوص خالية عنه، وقد ذكر العلامة في التذكرة لزوم الحلف جمعاً بين النصوص والقاعدة وعليه فإن حلفا قُسّم الدرهم بينهما، ومن نكل منهما قُضي به للآخر، ولو نكلا معاً أو حلفا اليمين المردودة فيقسم بينهما أيضاً، واستحسنه في المسالك سواء كان

مدعي الدرهم يدعي درهماً معيناً أم مشاعاً، وأما الشهيد في الدروس فقد ذهب إلى إذا مدعي الدرهم إذا ادعى الدرهم المشاع فالدرهمان بينهما مناصفة بعد حلف مدعي الدرهم للآخر على نفي دعواه عن الجميع، لأن النصف من الدرهمين بيد مدعي الدرهمين، وكذا النصف الآخر بيد مدعي الدرهم، فمدعي التمام خارج بالنسبة إلى النصف الذي تحت يد مدعي الدرهم، فيكون مدعي التمام مدعياً الدرهم منكراً بالنسبة لما تحت يده فيحلف المنكر ويأخذ ما في يده من النصف، وأما النصف الآخر فهو تحت يد مدعي التمام بدون معارضة فهو له، وعليه فلا يجري التحالف.

(١) الضمير في قوله «أحدهما» يرجع إلى الدرهمين.

(٢) وهو الذي يدّعي أحد الدرهمين.

(٣) الضمير في قوله «لاعترافه» يرجع إلى الثاني.

(٤) المراد من الغريم هو المتخاصم الآخر.

(١،٢) الوسائل، الباب ـ ٩ـ من أبواب الصلح حديث ١ وملحقه.

بأحدهما[١]، ووقوع النزاع في الآخر مع تساويهما فيه[٢] يداً[٣]، فيقسم[٤] بينهما بعد حلف كلّ منهما لصاحبه على استحقاقِ[٥] النصف، ومن نكل[٦] منهما قضي به[٧] للآخر، ولو نكلا[٨] معاً أو حلفا قسم[٩] بينهما نصفين، (**وللأوّل**[١٠] **الباقي**[١١]).

قال المصنّف في الدروس: ويشكل[١٢] إذا ادّعى الثاني النصف مشاعاً، فإنّه يقوي القسمة نصفين، ويحلف الثاني[١٣] للأوّل، وكذا في كلّ مشاع.

---

(١) يعني أنّ مدّعي أحد الدرهمين يعترف بكون أحد الدرهمين للمتخاصم خاصّةً، وإنّما يتنازع في أحدهما.

(٢) الضمير في قوله «فيه» يرجع إلى الآخر. يعني أنّ المتخاصمين يكونان متساويين في الدرهم المتنازع فيه من حيث اليد، لأنّه بيدهما حسب الفرض، فلو كان الدرهم المتنازع فيه بيد أحدهما خاصّةً كان قوله مقدّماً على قول الآخر، لكونه منكراً.

(٣) قوله «يداً» منصوب على التمييز.

(٤) نائب الفاعل هو الضمير العائد إلى الدرهم المتنازع فيه. يعني أنّه يقسم بينهما بالمناصفة بعد التحالف.

(٥) فكلّ منهما يحلف على أنّ النصف له لا لصاحبه.

(٦) أي من امتنع من المتخاصمين عن الحلف يحكم بكون الدرهم للآخر.

(٧) الضمير في قوله «به» يرجع إلى الدرهم.

(٨) أي إذا امتنع كلاهما عن الحلف أو حلف كلاهما قسم الدرهم الواحد بينهما بالمناصفة، ولا يرجّح أحدهما على الآخر.

(٩) نائب الفاعل هو الضمير العائد إلى الدرهم الواحد.

(١٠) وهو الذي يدّعي كلا الدرهمين.

(١١) المراد من «الباقي» هو الدرهم الواحد والنصف.

(١٢) قوله «يشكل» بصيغة المعلوم، والفاعل هو الضمير المستتر الراجع إلى الحكم بتنصيف أحد الدرهمين. يعني أنّ المصنّف ﵀ رأى في كتابه (الدروس) أنّ هذا الحكم مشكل إذا ادّعى الثاني نصف الدرهم بنحو المشاع المنتشر في الدرهمين، ثمّ قوّى القول بتقسيم الدرهمين نصفين.

(١٣) المراد من «الثاني» هو مدّعي النصف مشاعاً وهو يحلف على نفي ادّعاء الآخر الكلّ.

وذكر[١] فيها أنّ الأصحاب لم يذكروا هنا[٢] يميناً، وذكروا المسألة[٣] في باب الصلح، فجاز[٤] أن يكون الصلح قهريّاً، وجاز أن يكون اختياريّاً[٥]، فإن امتنعا[٦] فاليمين.

وما حكيناه نحن من اليمين ذكره العلاّمة في التذكرة[٧] أيضاً، فلعلّ المصنّف يريد[٨] أنّ الكثير لم يذكره.

(وكذا[٩] .....

---

(١) ضمير الفاعل في قوله «ذكر» يرجع إلى المصنّف، والضمير في قوله «فيها» يرجع إلى الدروس، والتأنيث باعتبار الجمع.

(٢) المشار إليه في قوله «هنا» هو المسألة الأُولى. يعني أنّ المصنّف ﷺ قال في كتابه (الدروس) بأنّ الأصحاب لم يذكروا في المسألة الأُولى المبحوث عنها لزوم الحلف على مدّعي أحد الدرهمين.

(٣) المراد من «المسألة» هو مسألة ادّعاء أحدهما الدرهمين، والثاني درهماً واحداً، فإنّ الأصحاب ذكروها في باب الصلح.

(٤) أي أن الأصحاب قد ذكروا المسألة في باب الصلح مع أنّ المسألة ليست من هذا الباب فيجوز أن يكون ذكرهم للمسألة في باب الصلح أنّ الصلح فيها قهري أو اختياري.

(٥) أي الاحتمال الآخر هو كون الصلح هنا اختياريّاً.

(٦) بناءً على كون الصلح اختيارياً وقد امتنعا فلا بد من يمين الثاني للأول بناءً على مبنى الشهيد في الدروس، لأنّ هذا الكلام من تتمة كلامه هناك.

(٧) فإنّ العلاّمة ﷺ ذكر في كتابه (التذكرة) لزوم اليمين على مدّعي الواحد من الدرهمين.

(٨) أي لعلّ المصنّف ﷺ يريد من قوله في كتاب الدروس: «أنّ الأصحاب لم يذكروا هنا يميناً» أنّ أكثر الفقهاء ـ لا جميعهم ـ لم يذكروا هنا يميناً.

(٩) المشار إليه في قوله «كذا» هو الحكم بكون الدرهم الواحد لمدّعي الدرهمين وتنصيف الواحد بينه وبين خصمه في الفرض السابق. يعني أنّ الحكم هنا هو نفس الحكم هناك.

لو أودعه[١] رجل درهمين، وآخر[٢] درهماً وامتزجا[٣] لا بتفريط وتلف أحدهما)، فإنّه[٤] يختصّ ذو الدرهمين بواحد، ويقسم الآخر بينهما[٥].

هذا[٦] هو المشهور بين الأصحاب، .....

---

(١) الضمير الملفوظ في قوله «أودعه» يرجع إلى الودعيّ المعلوم بالقرينة اللفظيّة أعني قوله «أودعه» ولو لم يذكر سابقاً.

(٢) أي أودعه رجل آخر درهماً واحداً في مقابل من أودعه درهمين. وامتزجا لا بتفريط منه، ثم تلف أحد الدراهم كذلك، أي لا بتفريط من الودعي، فالمشهور بين الأصحاب أنّ لصاحب الدرهمين درهماً ونصفاً، ولصاحب الدرهم نصف درهم، وذلك لأنّ أحد الدرهمين الباقيين هو لصاحب الدرهمين بلا إشكال فيه، والدرهم الآخر كما يحتمل أن يكون لصاحب الدرهمين فيحتمل أن يكون لصاحب الدرهم، ولا مرجح لأحدهما على الآخر، فمقتضى العدل تنصيفه نصفين بينهما، ويدل عليه خبر السكوني عن الصادق عن أبيه عليهما السلام (في رجلٍ استودع رجلاً دينارين فاستودعه آخرٌ ديناراً فضاع دينار منها، قال: يُعطى صاحب الدينارين ديناراً، ويُقسّم الآخر بينهما نصفين)[١].

وهذا الخبر مطابق لمقتضى قاعدة العدل المتقدمة، وكل من الخبر والقاعدة لا يقتضي الحلف، نعم الشهيد في الدروس استشكل في ذلك ومال إلى القرعة، لأنها لكل أمرٍ مشكل، وهنا تعيين مالك الدرهم الثاني الباقي مشكل فمجراه القرعة.

(٣) فاعله هو ضمير التثنية العائد إلى درهم واحد ودرهمين. يعني أنّ هذه الثلاثة دراهم اختلطت عند الودعيّ بلا تفريط منه. وإلا يجري فيه الحكم السابق، وكان الأحسنُ تأخير قيد (لا بتفريط) لما بعد التلف.

(٤) الضمير في قوله «فإنّه» يرجع إلى الشأن. يعني أنّ الشأن في هذا الفرض أيضاً هو أن يحكم باختصاص صاحب الدرهمين بواحد وتقسيم الواحد الآخر بينهما.

(٥) أي بين صاحب الدرهمين وصاحب درهم واحد.

---

(١) الوسائل، الباب ـ ١٢ـ، من أبواب الصلح، حديث١.

(٦) يعني أنّ التقسيم المذكور هو الحكم المشهور بين علماء الإماميّة رحمهم الله.

ورواه[١] السكونيّ عن الصادق عليه السلام.

ويشكل[٢] هنا مع ضعف المستند[٣] بأنّ التالف[٤] لا يحتمل كونه[٥] لهما، بل من أحدهما خاصّةً، لامتناع الإشاعة هنا[٦]، فكيف يقسم الدرهم بينهما[٧] مع أنّه[٨] مختصّ بأحدهما قطعاً.

---

(١) ضمير المفعول في قوله «رواه» يرجع إلى التقسيم المذكور، يعني أنّ السكونيّ روى حديثاً عن الإمام الصادق عليه السلام يدلّ على التقسيم على النحو المذكور وهو الحديث المتقدم.

(٢) قوله «يشكل» بصيغة المعلوم، والفاعل هو الضمير العائد إلى الحكم بتنصيف الدرهم الواحد بينهما، والمشار إليه في قوله «هنا» هو مسألة الودعيّ.

(٣) أي من حيث سنده، حيث إنّ السكونيّ في سند الرواية، وهو ضعيف، لكونه واقعيّاً. وفيه: إنه ثقة ومنجبر بعمل الأصحاب، وموافق لقاعدة العدل والإنصاف.

(٤) يعني أنّ وجه إشكال تقسيم الواحد بينهما هو أنّ الدرهم التالف لا يكون لكليهما، بل هو لأحدهما خاصّةً.

(٥) الضمير في قوله «كونه» يرجع إلى التالف، وفي قوله «لهما» يرجع إلى صاحب الدرهمين وصاحب الدرهم الواحد. لأن الدرهم التالف من أحدهما قطعاً، وليس من كليهما، فالتالف إما درهم من درهمي زيد وإما درهم عمرو، فكيف جعل المشهور التلف عليهما معاً مع أنه مختص بأحدهما.

(٦) أي لا يمكن كون الدرهم التالف مشتركاً بينهما مشاعاً، لأنّه إمّا لصاحب الدرهمين أو لصاحب الدرهم الواحد، فكيف يتوجّه الضرر إلى كليهما ويحكم بتقسيم الدرهم الواحد بينهما؟!

(٧) الضمير في قوله «بينهما» يرجع إلى صاحب الدرهمين وصاحب الدرهم الواحد. يعني كيف يحكم بتقسيم الدرهم الواحد بينهما مع أنّ التالف لأحدهما خاصّةً؟!

(٨) الضمير في قوله «أنّه» يرجع إلى الدرهم الواحد. فإنّ الدرهم الواحد التالف الذي يحكم بتنصيفه مختصّ إمّا بصاحب الدرهمين أو بصاحب الدرهم الواحد، فكيف يحكم بالتنصيف.

والذي يقتضيه[١] النظر، وتشهد له الأصول الشرعيّة القول بالقرعة في أحد[٢] الدرهمين، ومال إليه[٣] المصنّف في الدروس، لكنّه لم يجسر[٤] على مخالفة الأصحاب، والقول في اليمين[٥] كما مرّ من عدم تعرّض الأصحاب له.

وربّما امتنع[٦] هنا إذا لم يعلم الحالف عين حقّه.

واحترز بالتلف لا عن .....

---

(١) هذا رأي الشارح ﷺ في الفرض المذكور المبحوث عنه، وهو أن يحكم باختصاص أحد الدرهمين الباقيين بصاحب الدرهمين، وإجراء القرعة بينهما في الدرهم الآخر.

(٢) قال صاحب الحديقة ﷺ: أي في كلّ واحد منهما، والظاهر أنّ ظاهره صحيح، لأنّ إحداهما مختصّ بصاحب اليمين، فلا قرعة إلاّ للآخر.

ـ قال الشيخ عليّ ﷺ: قوله «القول بالقرعة في أخذ الدرهمين... إلخ»، أخذ بالمعجمتين مصدر لا بالمهملتين كما يوجد محرّفاً في بعض النسخ، والمراد أنّ القرعة إن ظهرت لصاحب الدرهمين أخذهما، أو لصاحب الدرهم أخذه، أو لكلّ واحد واحد أخذاهما، والوجه يظهر ممّا أفاده.

(٣) الضمير في قوله «إليه» يرجع إلى القول بالقرعة. فإنّ المصنّف ﷺ في كتابه (الدروس) مال إلى الحكم بالقرعة.

(٤) قوله «لم يجسر» في بعض النسخ «لم يجترئ»، والفاعل هو الضمير العائد إلى المصنّف. يعني أنّ المصنّف ما كان له جرأة على مخالفة الأصحاب أي الفقهاء الإماميّة (رحمهم الله).

(٥) يعني أمّا القول بيمين صاحب الدرهم الواحد في الفرض المبحوث عنه فلم يتعرّض الأصحاب له كما لم يتعرّضوا له في الفرض السابق أيضاً. فالأصحاب في المسألة السابقة لم يحكموا باليمين تمسكاً بالنصوص وإن كانت القاعدة تفرض الحلف، فهنا لم يذكروا اليمين مع إطلاق النص وقاعدة العدل والإنصاف لا تقتضيه.

(٦) فاعله هو الضمير العائد إلى الحلف. يعني ربّما الحلف في هذا الفرض في صورة عدم علم الحالف بعين الدرهم الذي يختصّ به.

تفريط[١] عمّا لو كان بتفريط، فإنّ الودعيّ يضمن التالف، فيضمّ[٢] إليهما ويقتسمانها[٣] من غير كسر.

وقد يقع مع ذلك[٤] التعاسر[٥] على العين، فيتّجه القرعة.

ولو كان بدل[٦] الدراهم مالاً يمتزج أجزاؤه[٧] بحيث لا يتميّز[٨] ـ وهو

---

(١) يعني أنّ المصنّف ﷺ احترز بقوله «وامتزجا لا بتفريط» عمّا إذا اختلطا بتفريط الودعيّ بأن خلق الدراهم عمداً، فإذاً يضمن الدرهم التالف ويزيده على الدرهمين الباقيين، فلا حاجة إلى تنصيف الدرهم الواحد.

(٢) أي يضمّ الودعيّ درهماً بدل التالف إلى الدرهمين الباقيين.

(٣) ضمير المؤنّث في قوله «يقتسمانها» يرجع إلى الدراهم الثلاثة أعني الدرهمين الباقيين وما ضمّ الودعيّ إليهما بدل التالف.

(٤) المشار إليه في قوله «ذلك» هو قوله «غير كسر». يعني ومع ذلك أيضاً يمكن التنازع بينهما في خصوص عين الدرهم، بأن يطلب صاحب الدرهمين الدرهم المنضمّ بدل التالف، وهكذا يطلبه صاحب الدرهم الواحد، فيحصل التنازع، ففي هذا الفرض أيضاً يتوجّه الحكم بالقرعة.

(٥) أي التنازع والتخاصم. إذ قد يدعي أحدهما أن ماله في الدرهمين الباقيين، أو يدعي كلّ منهما أن ماله في هذين الدرهمين فيبقى التعاسر على حاله وإن ضم الودعي درهماً ثالث، فالمتجه القرعة حينئذٍ، لأنها لكل أمرٍ مشكل، وتعيين مال كلٍّ منهما مشكل فالمرجع القرعة.

(٦) بالرفع، اسم «كان» وخبرها المنصوب هو قوله «مالاً». يعني لو كان بدل الدراهم في الفرض المذكور مالاً بحيث إذا امتزج أجزاؤه لم يتميّز فله حكم سيشير إليه.

(٧) الضمير في قوله «أجزاؤه» يرجع إلى المال.

(٨) كما لو أودع زيد عند رجل قفيزين من حنطة وأودع عمرو قفيزاً عنده، فامتزجا واختلطا ولم تتميز الأجزاء، ثم تلف قفيز بغير تفريط من الودعي، فالباقي وهو القفيزان مما تحصل فيه الشركة قهرياً، لأنه بعد الامتزاج أصبحت الأقفزة الثلاثة مالاً مشتركاً للاثنين، فإذا تلف قفيز فالتلف عليهما بنسبة المالين، فعلى صاحب القفيزين تلف =

متساويها ـ كالحنطة والشعير وكان لأحدهما قفيزان[١] مثلاً، وللآخر قفيز[٢]، وتلف قفيز بعد امتزاجهما بغير تفريط[٣] فالتالف على نسبة المالين[٤]، وكذا الباقي، فيكون لصاحب القفيزين قفيز وثلث[٥]، وللآخر[٦] ثلثا قفيز .

والفرق أنّ الذاهب هنا[٧] عليهما معاً، بخلاف الدراهم، لأنّه[٨] مختصّ بأحدهما قطعاً.

= ثلثي قفيز، وعلى صاحب القفيز تلف ثلث قفيز.

والفرق بين هذا الفرع وبين سابقه هو أنّ المال هنا كان شراكة بعد المزج فالتلف عليهما، والمال هناك لم يقع مورداً للشركة فالتلف من أحدهما خاصة.

(١) القَفيزْ: مكيال ثمانية مكاكيك، ج أقْفِزَة وقُفْزان (أقرب الموارد).

(٢) أي يكون للآخر قفيز واحد، كما كان للآخر في الفرض السابق درهم واحد.

(٣) أمّا لو كان التلف بتفريط الودعيّ حكم بضمانه، كما تقدّم آنفاً في فرض الدراهم الثلاثة.

(٤) فيذهب ـ كما صرّح به السيّد كلانتر أيضاً في تعليقته ـ على صاحب القفيزين ثلثان من القفيز التالف، وعلى صاحب القفيز ثلث.

(٥) فيأخذ صاحب القفيزين قفيزاً واحداً وثلث قفيز.

(٦) أي يبقى لصاحب القفيز الواحد ثلثان من قفيز واحد، لاختصاص ثلثه بصاحب القفيزين.

(٧) أي الفرق بين المال الممتزج الذي لا يتميّز أجزاؤه وبين الدراهم هو أنّ التالف هنا يذهب على صاحب كلا المالين بالنسبة.

(٨) الضمير في قوله «لأنّه» يرجع إلى التالف. يعني أنّ الدرهم التالف في مسألة الدراهم يختصّ بأحدهما قطعاً، كما تقدّم.

(الثانية[١]: يجوز جعل السقي بالماء عوضاً للصلح)[٢] بأن يكون مورده[٣] أمراً آخر من عين أو منفعة، (و) كذا يجوز كونه[٤] **(مورداً له[٥])**، .....

المسألة الثانية

(١) أي المسألة الثانية من المسائل التي قال عنها في ما سبق «ولنشر إلى بعضها في مسائل».

(٢) أصل المسألة فيما لو ادعى شخص على آخر بشيء، فأنكر المدعى عليه أو أقر ولكنه صالح المدعي على أن يستقي شجر المدعي بماء المدعى عليه في قبال ما ادعي به، فقال الشيخ: لا يصح هذا الصلح، لأنّ العوض وهو الماء مجهول، بناءً على كون هذا الصلح فرعاً للبيع، وكما لا يصح البيع بعوض مجهول فكذا الصلح المتفرع عليه.

وغيره قائل بالصحة إما لأن الصلح ليس فرعاً للبيع فالشرط في البيع من معلومية العوض لا يجري في الصلح إلا بدليل، وهو منتف، وأما لو سلمنا كما هو الحق من لا بدية العلم بالعوض سواء قلنا بفرعية الصلح أم كونه عقداً مستقلاً، فمجهولية الماء هنا لا تضر بصحة المعاملة، لأنه يصح بيع ماء الشرب الموجود في العين أو النهر فيما لو قُدّر بمدة معينة مع المشاهدة، وإذا جاز ذلك في البيع فيجوز في الصلح، والمشاهدة مع العلم بالمدة تغني عن العلم بالمقدار فلا جهالة حينئذ.

(٣) الضمير في قوله «مورده» يرجع إلى الصلح. يعني يجوز جعل السقي عوضاً للصلح فيما يكون مورد الصلح أمراً آخر من العين أو المنفعة.

أقول: مثاله هو ما إذا اختلف زيد وعمرو في ثوب كلّ يدّعيه لنفسه، ثمّ تصالحا لقطع التنازع على كون الثوب لعمرو بعوض سقي عمرو لأرض متعلّقة بزيد في مدّة معيّنة، وكذا إذا اختلفا في سكنى دار كلّ يدّعي كونها له، ثمّ تصالحا لقطع التنازع على كونها لأحدهما بعوض سقيه لحديقة متعلّقة بالآخر في مدّة معيّنة.

(٤) الضمير في قوله «كونه» يرجع إلى السقي.

(٥) الضمير في قوله «له» يرجع إلى الصلح. يعني يجوز كون السقي مورداً للصلح. بحيث يقع الصلح على ماء السقي في قبال عين أو منفعة، فتكون العين أو المنفعة عوضاً عن=

وعوضه[١] أمراً آخر كذلك[٢]، وكذا لو كان أحدهما[٣] عوضاً، والآخر مورداً كلّ ذلك[٤] مع ضبطه بمدّة معلومة.

ولو تعلّق[٥] بسقي شيء مضبوط[٦] دائماً، أو بالسقي بالماء .....

= مورد الصلح.

أقول: مثاله هو ما إذا اختلف زيد وعمرو في وجوب سقي حديقة مشتركة بينهما، ثمّ تصالحا لقطع التنازع على اختصاص السقي بأحدهما بعوض عين أو منفعة يعطي أحدهما إيّاه لآخر.

(١) الضمير في قوله «عوضه» يرجع إلى السقي، وهو بالجرّ، عطف على الضمير المضاف إليه في قوله «كونه»، أي يجوز كون عوض السقي أمراً آخر.

(٢) أي من عين أو منفعة. يعني يجوز كون السقي مورداً للصلح وجعل عوضه شيئاً آخر من عين أو منفعة.

(٣) الضمير في قوله «أحدهما» يرجع إلى السقيين. يعني يجوز كون أحد السقيين مورداً للصلح، كما إذا اختلفا في سقي حديقة مشتركة بينهما وادّعى كلّ واحد منهما وجوب سقيها على عهدة الآخر، ثمّ تصالحا لقطع التنازع على اختصاص السقي المختلف فيه بأحدهما بعوض سقي الآخر لحديقة متعلّقة به أو مشتركة بينهما، ففي الفرض ـ ذلك ـ يكون أحد السقيين مورداً للتنازع والصلح والآخر عوضاً عنه.

(٤) أي كلّ مورد يجعل فيه السقي عوضاً عن العين أو المنفعة، أو السقي المتنازع فيه يجب كون السقي مضبوطاً بمدّة معلومة.

(٥) ضمير الفاعل في قوله «تعلّق» يرجع إلى الصلح. يعني يجوز جعل متعلّق الصلح أمرين:

أ ـ جعل محلّ السقي أمراً معلوماً، كما إذا جعلا سقي حديقة أو مزرعة مورداً للصلح.

ب ـ جعل متعلّق الصلح الماء المجتمع في حوض مخصوص، بأن يسقي أحد المتصالحين به مزرعة أو حديقة متعلّقة بآخر ولو كان مقدارهما غير معلوم، وبالجملة يجوز ضبط السقي إمّا بالماء المجتمع في حوض أو بئر وإما بالمسقّي.

(٦) هذا مثال ضبط السقي من حيث المحلّ المسقيّ، وقوله «دائماً» يتعلّق بالسقي.

أجمع[١] دائماً وإن جهِل المسقيّ[٢] لم يبعد[٣] الصحّة.

وخالف الشيخ رحمه الله في الجميع[٤] محتجّاً بجهالة الماء[٥]، مع أنّه[٦] جوّز بيع ماء العين والبئر، وبيع جزء مشاع منه، وجعله[٧] عوضاً .....

---

(١) أي بمجموع الماء الذي يكون في حوض مثلاً، وهذا مثال لضبط السقي بنفس الماء.

(٢) المراد من «المسقّي» هو المكان الذي تصالحا على سقيه من الحديقة أو المزرعة. يعني لا يشترط كون المسقّي معلوماً بعد كون الماء الذي يسقى به معلوماً.

(٣) جزاء لقوله «ولو تعلّق... إلخ». يعني في صورة ضبط السقي إمّا بضبط مقدار الماء أو بضبط مقدار المسقّي لا يبعد القول بصحّة الصلح فيهما.

ففي الصورة الثانية المشاهدة قد وقعت على مجموع الماء وهي تغني عن العلم بمقداره، وفي الصورة الأُولى ما دام قد عرف المسقى فيعرف ما يحتاجه من ماء وهو يغني عن العلم بمقداره، وجهالة المقدار وعدم العلم به في كل الصور مغتفرة لأنّ المشاهدة تغني عن العلم كما هو واضح.

ـ من حواشي الكتاب: لضبط الأوّل بالمسقّي، وضبط الثاني بجميع الماء دائماً، والجهالة الباقية يتسامح فيها في باب الصلح، كما أفاده في المسالك (حاشية الشيخ علي رحمه الله).

(٤) أي خالف الشيخ الطوسيّ رحمه الله في صحّة الصلح إذا كان الضبط بمجموع الماء، وهو الثاني من الأمرين المذكورين.

(٥) يعني أنّ الشيخ احتجّ على عدم جواز الضبط بالماء المجتمع أو بالمسقّي بأنّ الماء المجتمع في حوض معلوم أو المصروف لسقي شيء مضبوط وإن كان معلوماً على الظاهر، لكن لا يعلم مقداره تفصيلاً، فلا يمكن ضبطه، والجهالة فيه توجب الغرر المانع من صحّة الصلح.

(٦) الضمير في قوله «أنّه» يرجع إلى الشيخ رحمه الله. وكأنّ هذا تعريض بالشيخ بأنّ الجهالة بمقدار الماء المجتمع في حوض مثلاً أو المصروف لشيء مضبوط لو كانت مانعة عن صحّة الصلح فكيف لا تكون مانعة عن صحّة البيع والحال أنّه يقول بجواز بيع ماء العين والبئر، وكذا يقول بصحّة بيع جزء مشاع من مائهما؟!

(٧) بالنصب، عطف على قوله «بيع». يعني أنّ الشيخ جوّز جعل ماء البئر والعين عوضاً =

للصلح[١].

ويمكن تخصيصه[٢] المنع هنا بغير المضبوط، كما اتّفق مطلقاً[٣] في عبارة كثير..

(وكذا) يصحّ الصلح (على إجراء الماء[٤] على سطحه أو ساحته) .....

= للصلح، فلو كانت الجهالة بمقدار الماء مانعة عن الصلح وعن ضبط السقي بالماء المجتمع أو المصروف فلتمنع كذلك عن صحّة البيع وعن جعل ذلك عوضاً للصلح والحال أنّ الشيخ جوّزهما!

(١) أي جعل الشيخ الماء المشاهد للشرب عوضاً للصلح، فعليه أن يقول بجواز جعل الماء المشاهد للسقي عوضاً للصلح، لأن الفرق بينهما غير فارق ما دامت المشاهدة في كليهما تغني عن العلم بالمقدار.

(٢) الضمير في قوله «تخصيصه» يرجع إلى الشيخ ﷺ. يعني يمكن أن يخصّص الشيخ المنع هنا في عوض الصلح على ماء السقي من ناحية أن السقي غير معين بمدة مضبوطة كما اتفق عدم الضبط في عبارات الكثير من الفقهاء.

وفيه: إنّ عبارات الكثير من الفقهاء وإن كانت مطلقة من ناحية الضبط إلا أنّ مرادهم منها المقيّد بمدة معلومة حتى ترتفع الجهالة وتكون المشاهدة مغنية عن العلم بالمقدار.

(٣) أي اتّفق الحكم بالمنع مطلقاً في عبارة كثير من الفقهاء.

(٤) أي بأن يجري أحد المتصالحين ماء داره مثلاً على سطح دار المتصالح الآخر. بحيث صالح المدعي المدعى عليه في قبال المدعى به على أن يجري المدعى عليه ماء المدعي على سطح أرض المدعى عليه أو ساحته ليصل الماء إلى أرض المدعي، فيكون جريان الماء على السطح أو الساحة عوضاً عن العين، والصلح فيه جائز بلا خلاف ولا إشكال لعموم أدلة مشروعية الصلح، نعم لا بد أن يعلم موضع الجريان من أرض المدعى عليه،= = بحيث يعلم طوله وعرضه لترتفع الجهالة، لأن جريان الماء بعرض متر هو أقل من جريانه بعرض مترين، وجريانه بطول عشرة أمتار في أرض المدعى عليه هو أقل من جريانه بطوله عشرين، وهكذا، لا يعتبر تعيين العمق كما عليه الشهيدان، لأنّ المدعي هنا قد مَلَك المجرى بالمصالحة، ومن ملك شيئاً مَلَك قراره إلى تخوم الأرض، واستشكل عليهما في الجواهر بأنه مَلَكَ استحقاق إجراء الماء لا أنّه مَلَك المجرى وعليه لا بد من تعيين العمق.

جاعلاً له[١] عوضاً[٢] ومورداً[٣] (بعد العلم بالموضع الذي يجري منه الماء)[٤] بأن يقدّر مجراه[٥] طولاً وعرضاً، لترتفع الجهالة عن المحلّ[٦] المصالح عليه.

ولا يعتبر تعيين العمق[٧]، لأنّ من ملك شيئاً ملك قراره[٨] مطلقاً[٩]، لكن ينبغي مشاهدة الماء[١٠] أو وصفه[١]، لاختلاف الحال[٢] بقلّته وكثرته.

---

(١) الضمير في قوله «له» يرجع إلى إجراء الماء على السطح أو الساحة. يعني يجوز الصلح على إجراء الماء على السطح أو الساحة إذا جعل له عوض، وكذا يجوز جعل إجراء الماء مورداً للصلح.

(٢) أمّا كون الماء عوضاً فمثل ما إذا تصالحا على شيء بإجراء الماء على السطح أو الساحة.

(٣) أمّا كون الماء مورداً فمثل ما إذا تصالحا على إجراء الماء على السطح أو الساحة بإزاء مال أو شيء آخر.

(٤) يعني يشترط في صحّة الصلح على إجراء الماء على السطح أو الساحة العلم بالموضع الذي يجري منه الماء.

(٥) الضمير في قوله «مجراه» يرجع إلى الماء. يعني بأن يعلم مجرى الماء بتقديره طولاً وعرضاً، ولا يحتاج إلى تقديره من حيث العمق.

(٦) أي المحلّ الذي تصالحا على إجراء الماء عليه من السطح أو الساحة.

(٧) أي لا يشترط تعيين مقدار عمق مجرى الماء، لأنّ من ملك إجراء الماء في مجرى معلوم من حيث الطول والعرض فهو يملكه من حيث العمق كيف شاء.

(٨) الضمير في قوله «قراره» يرجع إلى الشيء.

والمراد من القرار هو أسفل الشيء المملوك.

(٩) أي من دون حاجة إلى تعيين مقدار عمق الشيء المملوك.

(١٠) أي ينبغي اشتراط مشاهدة الماء الذي يجري على سطح الغير أو ساحته. بالنسبة للمدعى عليه لأن الماء سيجري في أرضه، فلا بد من رؤيته ورؤية جريانه لترتفع الجهالة، لأنّ الماء الكثير قوياً في جريانه بخلاف الماء القليل، والقوي موجب للضرر =

ولو كان[٣] ماء مطر اختلف[٤] أيضاً بكبر ما يقع[٥] عليه وصغره، فمعرفته تحصل بمعرفة محلّه[٦].

ولو سقط السطح[٧] بعد الصلح أو احتاجت الساقية[٨] إلى إصلاح فعلى مالكهما[٩]، لتوقّف الحقّ .....

= في حال المجرى فتشترط رؤيته، ولذا قال في المسالك: (وقد أطلق المصنف وغيره حكم الماء من غير أن يشترطوا مشاهدته لرفع الغرر، ولا بأس باعتباره ـ أي اعتبار المشاهدة ـ لاختلاف الأغراض بقلته وكثرته) انتهى.

(١) الضمير في قوله «وصفه» يرجع إلى الماء. يعني يشترط في صحّة الصلح على إجراء الماء على السطح أو الساحة إمّا مشاهدته أو وصفه من حيث المقدار.

(٢) أي لاختلاف حال المجرى من حيث قلّة الماء الجاري فيه وكثرَته.
والضميران في قوليه «قلّته وكثرته» يرجعان إلى الماء.

(٣) اسم «كان» هو الضمير العائد إلى الماء. يعني لو كان الماء الذي تصالحا على إجرائه على السطح أو الساحة ماء مطر اشترط في العلم به معرفة المحلّ الذي ينزل فيه المطر. فتعرف الكمية بمعرفة الموطن الذي يسقط فيه.

(٤) فاعله هو الضمير العائد إلى الماء.

(٥) فاعله هو الضمير العائد إلى المطر، والضمير في قوله «عليه» يرجع إلى «ما» الموصولة. يعني أنّ الاختلاف في قلّة ماء المطر وكثرته يحصل بكبر ما ينزل عليه المطر وصغره.

(٦) الضمير في قوله «محلّه» يرجع إلى ماء المطر. فلو كان المحلّ كبيراً كثر ماء المطر بالتبع، ولو كان صغيراً قلّ مقدار ماء المطر النازل فيه كذلك.

(٧) أي السطح الذي تصالحا على إجراء الماء عليه. يعني إذا تصالحا إجراء الماء على سطح، ثمّ سقط أو خرب بعد الصلح وجب إصلاحه على مالكه.

(٨) الساقِيَة: النهر الصغير، وهو فوق الجدول ودون النهر، ج ساقيات وسَواق (أقرب الموارد).

(٩) ضمير التثنية في قوله «مالكهما» يرجع إلى السطح والساقِية. يعني إذاً احتاج السطح إلى الإصلاح فعلى عهدة مالكه، وإذا احتاجت الساقية إلى الإصلاح فعلى عهدة =

عليه[١]، وليس على المصالح مساعدته[٢].

(الثالثة[٣]: لو تنازع صاحب السفل[٤] والعلوّ في جدار البيت[٥] حلف صاحب السفل[٦])، لأنّ جدران[٧] البيت كالجزء منه[٨]، فيحكم .....

= مالكها أيضاً. على نحو الوجوب، لأن جريان الماء متوقف على الإصلاح، فيجب الإصلاح حينئذ من باب وجوب المقدمة، والإصلاح على المالك لأنهما ملكه فالغرم عليه كما كان الْغنم له.

(١) الضمير في قوله «عليه» يرجع إلى الإصلاح.

(٢) الضمير في قوله «مساعدته» يرجع إلى المالك.

المسألة الثالثة

(٣) أي المسألة الثالثة من المسائل المبحوث عنها تكون في خصوص تنازع صاحب البيت السافل وصاحب البيت العالي في جدار البيت.

(٤) قال في المصباح: (والسفل خلاف العلو، بالضم، والكسرُ لغة، وابن قتيبة يمنع الضم) انتهى.

(٥) لو تنازع صاحب الأسفل مع صاحب الأعلى في جدران البيت الحاملة للأعلى، فالمشهور أن القول قول صاحب الأسفل مع يمينه، لأنّ جدران البيت المتنازع في ملكيتها جزء من البيت الأسفل، وهو تحت يد صاحب الأسفل، فالأعلى مدعٍ والأسفل منكر، فيقدم قول الأسفل مع يمينه.

وقال ابن الجنيد: إنّ جدران البيت بينهما، لأنّ حاجتهما إليها واحدة، فكلّ منهما مدعٍ ومنكر فيحلفان وتكون الجدران لهما، وكذا لو نكلا، وأما لو حلف أحدهما ونكلَ الآخر فالجدران للحالف.

(٦) يعني حلف صاحب البيت السافل، لكونه منكراً، ولكون صاحب العلوّ مدّعياً.

(٧) الجَدْر والجِدارُ: الحائط، ج الأوّل جُدْران، وجمع الثاني جُدْر وجُدُر (أقرب الموارد).

(٨) الضمير في قوله «منه» يرجع إلى البيت. يعني أنّ مالك البيت يملك جمع أجزاء البيت، ومنها جدار البيت. هذا وقد جعل الشارح الجدران كالجزء، مع أنّه في المسالك قد صرح بأنها جزء حيث قال: (هذا هو المشهور ويعضده أن جدران البيت جزؤه) انتهى.

بها[١] لصاحب الجملة[٢].

وقيل: تكون بينهما[٣]، لأنّ حاجتهما إليه واحدة[٤].

والأشهر الأوّل[٥].

(و) لو تنازعا (في جُدران الغرفة[٦] يحلف صاحبها[٧])، لما ذكرناه من الجزئيّة، ولا إشكال هنا[٨]، لأنّ صاحب البيت[٩] لا تعلّق .....

---

(١) ضمير المؤنّث في قوله «بها» يرجع إلى الجدران. يعني يحكم بكون الجدران لصاحب البيت، ومنها جدار السقف المتنازع فيه.

(٢) أي لصاحب جملة أجزاء البيت.

(٣) ضمير التثنية في قوله «بينهما» يرجع إلى صاحب السفل وصاحب العلوّ. يعني أنّ الجدار المتنازع فيه يحكم بكونه لصاحبي السفل والعلوّ كليهما، لتساوي حاجتهما إليه.

(٤) أي متساوية.

(٥) المراد من «الأوّل» هو الحكم لصاحب السفل مع حلفه.

(٦) الغُرْفة ـ بالضمّ ـ: العلِّيَّة، ج غُرُفات وغُرَفات (أقرب الموارد).

والمراد منها هو البيت العالي الواقع على سقف البيت السافل. فلو تنازع صاحب البيت السافل وصاحب البيت العالي الواقع على سقف البيت السافل في جدران البيت بأن ادّعى كلّ منهما كونها له قدّم قول صاحب البيت العالي مع الحلف، لما ذكرناه من جزئيّة الجدران للبيت.

(٧) الضمير في قوله «صاحبها» يرجع إلى الغرفة. فلو كان هناك بيت هو ملك لإنسان، وفوق البيت غرفة ويسكن الغرفة شخص آخر وهو مالك لها، فتنازع صاحب الأسفل مع ساكن الغرفة في جدران الغرفة الفوقية فيقدم قول مالك الغرفة، لأنّ الجدران جزء منها، ويقدم قوله مع يمينه لأنه منكر، لأنّ خصمه لا يدَ له على الغرفة فهو مدعٍ، بلا خلاف في ذلك حتى من ابن الجنيد.

(٨) أي لا يجيء هنا الإشكال المذكور في الفرض السابق حيث قال «لأنّ حاجتهما إليه واحدة».

(٩) يعني أنّ صاحب البيت السافل لا تعلّق له بجدران الغرفة.

له[١] به إلاّ كونه[٢] موضوعاً على ملكه، وذلك[٣] لا يقتضي الملكيّة، مع معارضة اليد[٤].

(وكذا) يقدّم قول صاحب الغرفة لو تنازعا **(في سقفها[٥])** الذي هو فوقها، لاختصاص صاحبها[٦] بالانتفاع به كالجدار[٧] وأولى[٨].

(ولو تنازعا[٩] في سقف البيت)[١٠] المتوسّط .....

---

(١) الضمير في قوله «له» يرجع إلى صاحب البيت، وفي قوله «به» يرجع إلى الجدار.

(٢) أي كون الجدار موضوعاً على ملك صاحب البيت السافل. يعني لا علقة لـه بجـدران الغرفة إلاّ أنّها وضعت على ملكه، وذلك لا يقتضي الملكيّة.

(٣) المشار إليه في قوله «ذلك» هو وضع الجدران في ملك صاحب البيت.

(٤) أي مع معارضة وضع الجدران على ملك صاحب البيـت الـسافل بيـد صـاحب الغرفـة العالية، فتقدّم اليد.

(٥) الضمير في قوله «سقفها» يرجع إلى الغرفة. أي سقف الغرفة، ولذا وصفه الشارح بأنه هو الذي فوق الغرفة، احترازاً عن أرض الغرفة الذي هو جزء من سطح البيت الأسـفل، والسقف جزء من الغرفة وساكنها يده عليها فهو المنكر فيقدم قوله مع يمينه.

(٦) أي لاختصاص صاحب الغرفة بالانتفـاع بـسقف الغرفـة، ولا تعلّـق لـصاحب البيـت بالسقف المذكور.

(٧) أي كما كان الانتفاع بالجدران مختصّاً بصاحب الغرفة.

(٨) أي كون سقف الغرفة الفوقانيّ متعلّقاً بصاحب الغرفة أولى مـن تعلّـق الجـدران بـه. ووجه الأولوية أنّ الجدار أعني جدار الغرفة قد يأتي فيـه احتمـال أن يكـون صـاحب الأسفل قد بنى جداراً على سطحه، أمـا فـي سـقف الغرفـة فـلا يـأتي هـذا الاحتمـال لاستحالة أن يكون قد بنى سقفاً فوق سقفه بدون جدار، ولو كان مع الجدار فـلا معنـى لحصر النزاع في السقف مع التسليم بكون الجدار لصاحب الغرفة.

(٩) فاعله هو الضمير العائد إلى صاحب الغرفة وصاحب البيت السافل. يعنـي لـو تنازعـا في السقف الذي هو فوق البيت السافل وتحت الغرفة حكم بالقرعة.

(١٠) لو تنازع صاحب الأسفل وصاحب الغرفة العليا في سقف البيت، الذي هو سـقف =

بينهما[١] الحامل[٢] للغرفة (أُقرع بينهما)، لاستوائهما في الحاجة إليه[٣] والانتفاع به، والقرعة لكلّ أمر مشتبه[٤].

ويشكل[٥] بأنّ مورد القرعة المحلّ الذي لا يحتمل اشتراكه بين .....

= للأسفل وأرض للغرفة، وهو التوسط بين البيت والغرفة بحيث يكون سقفاً للأسفل وحاملاً للغرفة، فقد وقع الخلاف على أقوال:

الأول: أنهما يستويان فيه، لأنه سقف للأسفل وأرض للغرفة فهو جزء في كلٍّ منهما، فإذا ادعاه كلّ منهما، فكل واحد منهما مدعٍ ومنكر فيتحالفان وهو لهما، وكذا لو نكلا، وأما لو نكل أحدهما وحلف الآخر فهو للحالف، وهو قول الشيخ في المبسوط وقواه في الدروس.

الثاني: إنّ السقف المذكور لصاحب الغرفة، لأنّ الغرفة العليا متقومة بأرضها الحاملة لها، والبيت قد يكون بغير سقف، ولكنه لا يكون بغير أرض، وعليه فبما أنهما متفقان على أنه توجد غرفة عليا وساكنها بدء عليها، فهما متفقان على أن يد ساكن الغرفة على أرضها الحاملة لها، فيكون صاحب الغرفة يده على السقف الحامل دون صاحب البيت الأسفل، فالأول منكر والثاني مدعٍ فيقدم قول صاحب الغرفة مع يمينه، وهو قول ابن الجنيد وابن إدريس واختاره المحقق الثاني في جامع المقاصد، ورجحه الفاضل في الكثير من كتبه، ومال إليه الشارح هنا وفي المسالك.

الثالث: أنه يقرع بينهما، لأنها لكل أمرٍ مشكل، وتعيين السقف المذكور مشكل فمجراه القرعة، وهو قول منسوب إلى الشيخ، واستحسنه المحقق في الشرائع وهو قول الماتن هنا.

(١) ضمير التثنية في قوله «بينهما» يرجع إلى البيت السافل والغرفة.

(٢) لكون الغرفة واقعة عليه.

(٣) فإنّ السقف المذكور متساوي الانتفاع بين صاحب الغرفة والبيت السافل.

(٤) فالمورد يناسب إجراء القرعة، لحصول موضوعها، وهو حصول الاشتباه.

(٥) وجه الإشكال أنّ مورد القرعة عندما يكون المال لأحدهما خاصة، ولكنه غير مُميز بأنه الأول أو الثاني، فيُعين بالقرعة، مع أنّ السقف هنا قد يكون مشتركاً بينهما كما هو القول الأول، فتعيين المالك بالقرعة على هذا الاحتمال ليس في محله.

ثم العجب من المصنف حيث ذهب في الدروس إلى اشتراك السقف بينها كما هو =

المتنازعين[١]، بل هو[٢] حقّ لأحدهما مشتبه، وهنا ليس كذلك، لأنّه كما يجوز كونه لأحدهما يجوز كونه[٣] لهما معاً، لاستوائهما فيه، لأنّه[٤] سقف لصاحب البيت وأرض لصاحب الغرفة، فكان كالجزء من كلّ منهما[٥].

وفي الدروس قوّى اشتراكهما[٦] فيه مع حلفهما أو نكولهما[٧]، وإلاّ[٨] اختصّ بالحالف، لما ذكر من الوجه[٩].

= القول الأول، مع أنّه هنا في اللمعة قد ذهب إلى القرعة.

(١) ولا يخفى أنّ في السقف المتوسّط بين الغرفة والبيت السافل ثلاثة احتمالات:
أ ـ كونه لصاحب البيت السافل.
ب ـ كونه لصاحب الغرفة.
ج ـ كونه مشتركاً بينهم.

(٢) الضمير في قوله «هو» يرجع إلى مورد القرعة. يعني مورد القرعة هو ما يكون حقّاً لأحدهما.

(٣) الضمير في «كونه» يرجع إلى السقف المتوسّط. وفي قوله «لهما» يرجع إلى صاحب الغرفة وصاحب البيت السافل.

(٤) الضمير في قوله «لأنّه» يرجع إلى السقف المتوسّط. يعني أنّ السقف الكذائيّ يكون حقّاً لكلا المتنازعين، لكونه سقفاً لصاحب البيت السافل وأرضاً لصاحب الغرفة.

(٥) أي من البيت السافل ومن الغرفة، فعلى ذلك لا يقدّم قول أحد منهما على قول الآخر، بل تجري القرعة بينهما.

(٦) الضمير في قوله «اشتراكهما» يرجع إلى صاحب البيت وصاحب الغرفة، وفي قوله «فيه» يرجع إلى السقف المتوسّط المتنازع فيه. فقال الشهيد ﷺ في كتابه (الدروس) باشتراكهما فيه مع حلف كليهما.

(٧) فإذا نكلا معاً عن الحلف حكم باشتراكهما في السقف المتوسّط.

(٨) أي إن نكل أحدهما عن الحلف وحلف الآخر يحكم بكون السقف المتنازع فيه متعلّقاً بمن يحلف.

(٩) الوجه هو استوائهما في الحاجة إلى السقف المتوسّط وفي الانتفاع به، لكونه سقفاً للبيت السافل وأرضاً لصاحب الغرفة.

وقيل: يقضى به لصاحب الغرفة[١]، لأنّها[٢] لا تتحقّق بدونه، لكونه[٣] أرضها والبيت[٤] يتحقّق بدون السقف، وهما[٥] متصادقان على أنّ هنا غرفة، فلا بدّ من تحقّقها[٦]، ولأنّ تصرّفه[٧] فيه أغلب من تصرّف الآخر[٨]، وليس[٩] ببعيد.

وموضع الخلاف في السقف الذي يمكن إحداثه[١٠] بعد بناء البيت، أمّا ما لا

---

(١) يعني قال بعض الفقهاء باختصاص السقف المتوسّط بصاحب الغرفة.

(٢) الضمير في قوله «لأنّها» يرجع إلى الغرفة. يعني أنّ الغرفة لا تتحقّق ولا قوام لها بدون السقف المتوسّط.

(٣) فإنّ السقف المتوسّط أرض للغرفة، ولا يمكن قرارها بدونه.

(٤) الواو للحاليّة. يعني والحال أنّ البيت يتحقّق بدون السقف المتوسّط بينهما.

(٥) يعني أنّ صاحب البيت وصاحب الغرفة كليهما يتّفقان على وجود الغرفة في الفرض، فلا بدّ من تحقّقها، ولا تتحقّق بدون وجود الأرض التي وقعت الغرفة عليها.

(٦) الضمير في قوله «تحقّقها» يرجع إلى الغرفة.

(٧) الضمير في قوله «تصرّفه» يرجع إلى صاحب الغرفة، وفي قوله «فيه» يرجع إلى السقف المتوسّط. يعني والدليل الآخر لاختصاصه بصاحب الغرفة هو غلبة تصرّفه فيه على تصرّف صاحب البيت السافل. لأنه أرض غرفته هو أكثر من تصرف صاحب الأسفل فيه، لأنّ الإنسان يتصرف بأرض بيته أكثر من تصرفه بسقفه.

(٨) وهو صاحب البيت السافل.

(٩) أي القول بتعلّق السقف المتوسّط بصاحب الغرفة لا يكون بعيداً عند الشارح ﷺ.

(١٠) الضمير في قوله «إحداثه» يرجع إلى السقف. يعني أنّ الخلاف إنّما هو في السقف الممكن بناؤه بعد إتمام الجدار. كالسقوف التي تبنى بالأخشاب والحديد حيث يمكن بعد كمال الجدران بناء السقوف عليها بهذه المواد. ففي هذه الجدران يمكن اشتراكهما أو انفراد أحدهما بها.

يمكن كالأزج[١] الذي لا يعقل .....
إحداثه[٢] بعد بناء الجدار الأسفل[٣]، لاحتياجه[٤] إلى إخراج بعض الأجزاء عن سمت وجه الجدار قبل انتهائه[٥]، ليكون[٦] حاملاً للعقد[٧]، فيحصل به[٨] الترصيف[٩] بين السقف والجدران، فهو[١] لصاحب السفل بيمينه، لدلالة .....

---

(١) أي ما لا يمكن إحداثه بعد بناء البيت الأسفل، بل يُبنى مع بناء البيت الأسفل، كالأزج، وهو على ما في المصباح (يُبنى طولاً، ويقال: الأزج السقف، والجمع آزاج = = مثل سبب وأسباب)، وبناء الأزج كما في جامع المقاصد (هو بناء معروف بعُقد فوق الجدران بالجص والآجر غالباً، ولا ريب أنّ هذا النوع من البناء إنما يُفعل قبل امتداد الجدار في العلو، لأنه لا بدّ من إخراج بعض الأجزاء ونحوه عن سمت وجه الجدار عند قرب محل العُقد، ليكون حاملاً للعقد، فيحصل الترصيف بين السقف والجدران، وهو دخول آلات البناء من كل منهما في الآخر، وذلك دليل على أنّه صاحب الأسفل، فإنّه باتصاله ببنائه اقتضى كون اليد له) انتهى. هذا وإذا عرفت بناء الأزج فصاحب الأسفل يده عليه فيكون صاحب الغرفة خارجاً، فالثاني مدعٍ والأول منكر لموافقة قوله الظاهر فيقدم قوله مع يمينه.

والأَزَج ـ محرّكةً ـ: بيت يبنى طولاً، ج آزُج وآزاج وإزَجَة (أقرب الموارد).

(٢) الضمير في قوله «إحداثه» يرجع إلى «ما» الموصولة التي يراد منها السقف. يعني أنّ الجدار لو كان كالأزج لم يجر فيه الخلاف المذكور.

(٣) فالجدار لو كان مثل الأزج لم يمكن إحداثه بعد بناء الجدار الأسفل.

(٤) يعني أنّ السقف المذكور يحتاج إلى إخراج بعض أجزائه عن سمت وجه الجدار قبل إكماله.

(٥) الضمير في قوله «انتهائه» يرجع إلى الجدار.

(٦) اسم «ليكون» هو الضمير المستتر العائد إلى الجدار.

(٧) قوله «للعقد» بضمّ العين وفتح القاف يراد منه الحلّ والعقد والشدّ.

(٨) الضمير في قوله «به» يرجع إلى كونه حاملاً.

(٩) قوله «الترصيف» من رَصَفَ الحجارةَ في المسيل رَصْفاً: ضمّ بعضها إلى بعض (أقرب الموارد).

ذلك[٢] على جزئيّته[٣] منه.

(الرابعة: إذا تنازع صاحب غرف[٤] الخان[٥] وصاحب بيوته في المسلك)[٦]،

---

(١) يعني أنّ السقف لو كان على نحو الأزج تعلّق بصاحب البيت الأسفل مع حلفه على كونه له.

(٢) المشار إليه في قوله «ذلك» هو الترصيف المذكور. يعني أنّ الكيفيّة المذكورة تدلّ على كون السقف المذكور جزءً من البيت، فيختصّ بصاحب البيت.

(٣) الضمير في قوله «جزئيّته» يرجع إلى السقف، وفي قوله «بينه» يرجع إلى البيت.

المسألة الرابعة

(٤) الغُرَف جمع الغُرْفة: البيت الواقع في العلوّ.

(٥) الخان، ج خانات: الحانوت (المنجد).

يعني أنّ المسألة الرابعة من المسائل المبحوث عنها تكون فيما إذا حصل النزاع بين صاحبي الغرف والبيوت الواقعة في خان في المسلك الذي يشمل الصحن أيضاً.

(٦) صاحب بيوت الخان أي صاحب بيوت الخان السفلي، وصاحب الغُرف هو صاحب بيوت الخان العليا، فلو تداعيا الصحن، وهو الذي وضعت المرقاة في صدره، والصدر هو نهايته في السعة، وهو آخر خطته في الجهة المقابلة للباب، فكلّ منهما يقول: إن الصحن له فيُقض من الصحن لصاحب الأعلى بما يسلك فيه إلى العلو، أو فقل يُقضي من الصحن بممرٍ له، ولكن هذا الممر في الصحن يشاركه صاحب الأسفل فيه أيضاً، والزائدُ عن الممرِ يكون لصاحب الأسفل فقط، هذا على المشهور، وذلك لأنّ يد صاحب الأسفل على نفس الممر لافتقاره إلى السلوك في الصحن إلى بيوته السفلى، ويد صاحب العلو على الممر أيضاً لسلوكه إلى غرفته العليا، ومع ثبوت أيديهما معاً عليه فلو ادعاه كلّ واحد منهما فكلّ منهما مدعٍ ومنكر فيتحالفان وهو لهما.

وأما الزائد عن الممر فلاً يدَ لصاحب العلو عليه، لأنه لا يفتقر في السلوك إلى الزائد، مع أنّ يد صاحب السفلى عليه بحسب الظاهر، فالثاني منكر والأول مدعٍ، فيقدم قول صاحب السفلى مع يمينه.

هذا وقد احتمل الشهيد في الدروس الاشتراك بينهما في تمام الصحن، الممر والزائد عليه، لأن صاحب الأعلى لا يُكلف بالمرور على خط مستوٍ، ولا يُمنع من وضع شيء=

والمراد به[١] هنا مجموع الصحن بدليل قوله[٢]: (**حلف صاحب الغرف في قدر ما يسلكه**[٣]، **وحلف الآخر على الزائد**[٤])، لأنّ النزاع لو وقع على مسلك في الجملة[٥] أو معيّن[٦] لا يزيد عن القدر لم يكن على .....

= في الصحن ولا من الجلوس قليلاً، وهذا أمارةٌ على أنه ذو يد على تمام الصحن كما أنّ صاحب الأسفل كذلك، فكل منهما مدعٍ ومنكر فيتحالفان ويكون الصحن لهما.
وقد حكم الماتن في اللمعة هنا بكون الممر للأعلى فقط والباقي من الصحن للأسفل فقط، لأنّ يد الأعلى على الممر كما هو واضح لأنّه مسلكه إلى الأعلى فصاحب الأسفل يكون مدعياً فيقدم قول صاحب الأعلى في الممر مع يمينه، وأما الزائد من الصحن فيد صاحب الأسفل عليه فهو المنكر فيقدم قوله مع يمينه، وسيأتي بيان ضعفه.

(١) الضمير في قوله «به» يرجع إلى المسلك، وهو بصيغة اسم المكان، أي محلّ الذي يسلك فيه إلى الغرف والبيوت الواقعة في الخان.

(٢) يعني أنّ قول المصنّف ﷺ «حلف الآخر على الزائد» دليل على كون المراد من «المسلك» هو المعنى الشامل للصحن، لعدم منازعة صاحب الغرف في الزائد عن مقدار المسلك الذي يحتاجون إليه حتّى يحتاج صاحب البيوت إلى الحلف.

(٣) لأنّ مقدار ما يسلكه صاحب الغرف يكون في تصرّفه ويده، فصاحب البيوت مدّعٍ بالنسبة إليه، وصاحب الغرف منكر، فعليه الحلف على ذلك.

(٤) يعني حلف صاحب البيوت على القدر الزائد عن مقدار المسلك، لأنّ الزائد عنه هو صحن لبيوت صاحب البيوت، فهو منكر وعليه اليمين.

(٥) أي على قدر محلّ السلوك إجمالاً وبلا تعيين. وهذه جملة تعليلية لكون المراد من المسلك في كلام الماتن هو تمام الصحن، لأنه لو كان النزاع بينهما على خصوص المسلك لا على تمام الصحن، فالمسلك المتنازع عليه إما معيّن لا يزيد عن قدر المسلك، وإما مسلك في الجملة، وعلى كل منهما هو المسلك الوحيد للأعلى فيقدم قول الأعلى مع يمينه، ولا يجوز من الأعلى أن يطالب الأسفل باليمين على الزائد لعدم التنازع فيه، مع أنّ الماتن قد حكم بكون اليمين على الأسفل في الزائد وهذا كاشف عن أنّ النزاع في تمام الصحن، ولذا حملنا لفظ المسلك على التمام.

(٦) بأن يكون محلّ السلوك قدراً معيّناً لا يزيد عن مقدار السلوك.

الآخر[١] حلف، لعدم منازعته[٢] له في الزائد[٣].

ووجه الحكم للأعلى[٤] بقدر المسلك كونه من ضرورة الانتفاع بالغرف، وله[٥] عليه يد في جملة الصحن، وأمّا الزائد عنه[٦] فاختصاص صاحب البيوت به[٧] أقوى، لأنّه[٨] دار لبيوته، فيقدّم قول كلّ منهما[٩] فيما يظهر اختصاصه[١٠] به.

---

(١) وهو صاحب البيوت.

(٢) الضمير في قوله «منازعته» يرجع إلى صاحب الغرف، وفي قوله «له» يرجع إلى صاحب البيوت.

(٣) أي في الزائد عن قدر السلوك.

(٤) يعني أنّ وجه الحكم بمقدار المسلك لصاحب الغرف مع حلفه هو كون المسلك من ضروريّات الانتفاع بالغرف، لأنّها لا يمكن الانتفاع بها إلاّ بالطريق المنتهي إليها. وهو قول المصنف وقد تقدم، وفيه: إنّ يد الأعلى على الممر وهو غير مشكوك فيه، ولكن هذا لا ينفي وجود يد صاحب الأسفل عليه كما عليه المشهور.

(٥) الضمير في قوله «له» يرجع إلى صاحب الغرف، وفي قوله «عليه» يرجع إلى المسلك. يعني أنّ صاحب الغرف ذو يد بالنسبة إلى مقدار السلوك في جملة الصحن لا الزائد عنه.

(٦) الضمير في قوله «عنه» يرجع إلى المسلك. يعني وأمّا بالنسبة إلى مقدار زائد عن المسلك فالحكم باختصاص صاحب البيوت به أقوى.

(٧) الضمير في قوله «به» يرجع إلى الزائد.

(٨) أي لأنّ الزائد دار لبيوت صاحبها.

الدار: المحلّ يجمع البناءَ والعرصةَ، مؤنّثة وقد تذكّر (أقرب الموارد).

(٩) ضمير التثنية في قوله «منهما» يرجع إلى صاحب البيوت وصاحب الغرف. يعني يقدّم قول كلّ من صاحب البيوت وصاحب الغرف بالنسبة إلى ما يختصّ به ظاهراً، فمقدار المسلك يختصّ بصاحب الغرف، والزائد عنه يختصّ بصاحب البيوت في الظاهر، كما تقدّم.

(١٠) الضمير في قوله «اختصاصه» يرجع إلى «ما» الموصولة، وفي قوله «به» يرجع إلى كلّ واحد منهما.

وفي الدروس رجّح[١] كون المسلك بينهما، واختصاص[٢] الأسفل بالباقي، وعليه[٣] جماعة، لأنّ[٤] صاحب السفل يشاركه في التصرّف فيه، وينفرد بالباقي، فيكون قدر المسلك بينهما.

واحتمل[٥] الاشتراك في العرصة أجمع، لأنّ صاحب الأعلى لا يكلّف المرور على خطّ مستوٍ[٦]، ولا يمنع[٧] من وضع شيء فيها[٨]، ولا[٩] من الجلوس قليلاً،

---

(١) فاعله هو الضمير العائد إلى صاحب الدروس. يعني أنّ المصنّف ﷺ في كتابه (الدروس) رجّح القول بكون مقدار المسلك مشاعاً بحيث يشترك بينهما.

(٢) بالنصب، عطف على قوله «كون». يعني رجّح المصنّف اختصاص صاحب البيوت بالزائد عن مقدار المسلك.

(٣) أي على الترجيح المذكور فتوى جماعة من الفقهاء.

(٤) هذا تعليل للاشتراك المذكور في ترجيح المصنّف ﷺ في الدروس بأنّ صاحب البيوت يشارك صاحب الغرفة في التصرّف في مقدار السلوك.
ـ قال المصنّف في كتاب الدروس: لو تنازع صاحب الأعلى وصاحب الأسفل في عرصة الخان الذي مرقاة في صدره فالأقرب القضاء بقدر الممرّ بينهما، واختصاص الأسفل بالباقي.

(٥) فاعله هو الضمير العائد إلى المصنّف. يعني أنّه احتمل في كتابه (الدروس) اشتراكهما في العرصة أيضاً بقوله: «وربّما أمكن الاشتراك في العرصة، لأنّ صاحب الأعلى لا يكلّف على العبور على خطّ مستو».

(٦) يعني ـ كما أفاده السيّد كلانتر أيضاً في تعليقته ـ لا يكلّف صاحب الأعلى بالمرور على خطّ مستو يوصل باب الخان بالمرقى.

(٧) نائب الفاعل في قوله «لا يمنع» هو الضمير العائد إلى صاحب الأعلى. يعني أنّه لا يمنع من وضع شيء في العرصة في القدر الزائد عن مقدار السلوك.

(٨) الضمير في قوله «فيها» يرجع إلى العرصة.

(٩) يعني أنّ صاحب الأعلى لا يمنع من الجلوس في المقدار الزائد عن الممرّ قليلاً.

فله[١] يد على الجميع في الجملة كالأسفل[٢].

ثمّ إن كان المرقى[٣] في صدر[٤] الصحن تشاركا في الممرّ إليه[٥]، أو اختصّ به[٦] الأعلى.

وإن كان المرقى في دهليزه[٧] خارجاً[٨] لم يشارك[٩] الأسفل في شيء من

---

(١) الضمير في قوله «فله» يرجع إلى صاحب الأعلى.

(٢) أي كصاحب الأسفل. يعني كما أنّ لصاحب الأسفل يد تصرّف بالنسبة إلى العرصة فكذلك لصاحب الأعلى أيضاً يد تصرّف فيها.
ولا يخفى أنّ قوله «في الجملة» إشارة إلى تصرّف صاحب الأعلى في جميع العرصة بأن يمرّ من أيّ نقطة منها شاء.

(٣) المَرْقى والمَرْقاة، ج مَراق، الدرجة (المنجد).

(٤) أي في وسط الصحن وداخل الساحة. يعني لو كان المرقى في وسط صحن الخان بأن يمتدّ من وسط الصحن إلى أن يرتقى به إلى الغرف ففيه احتمالان:
أ: اشتراك صاحب الأسفل والأعلى فيه.
ب: اختصاص صاحب الغرف به.

(٥) الضمير في قوله «إليه» يرجع إلى المرقى. والمشاركة هو قول المشهور المتقدم، وأيضاً يتشاركان في الممر على احتمال المصنف في الدروس، لأن اشتراكهما في تمام الصحن مستلزم لاشتراكهما في الممر.

(٦) أي يحتمل اختصاص المرقى بصاحب الغرف. والضمير في قوله «به» يرجع إلى المرقى.

(٧) قال في المسالك: (والدهليز بكسر الدال ما بين الباب والدار، وهو فارسي معرب).
والدِهْليز، ج دَهالِيز: ما بين الباب والدار، المسلك الطويل الضيِّق (المنجد).

(٨) أي في الخارج عن صحن الخان. أي كان المرقى إلى الأعلى في دهليز الخان عند باب الخان، لم يشارك الأعلى الأسفل في صحن الخان، بل يكون تمام الصحن للأسفل لوجود يده عليه، مع عدم وجود يد للأعلى عليه كما هو واضح.

(٩) فاعله هو الضمير العائد إلى صاحب الأعلى، وقوله «الأسفل» بالنصب على المفعوليّة. يعني أنّ صاحب الأعلى في الفرض المذكور ـ وهو كون المرقى في دهليز الخان ـ لا يشارك صاحب الأسفل في شيء من العرصة، لعدم تصرّفه في شيء من صحن الخان.

الصحن، إذ لا يد له[١] على شيء منها.

ولو كان المرقى في ظهره[٢] اختصّ صاحب السفل بالصحن والدهليز أجمع[٣].

(و) لو تنازعا[٤] (في الدرجة[٥] يحلف العلويّ[٦])، لاختصاصه[٧] بالتصرّف فيها بالسلوك وإن كانت[٨] موضوعة في أرض صاحب السفل، وكما يحكم بها[٩] للأعلى يحكم بمحلّها[١٠].

---

(١) الضمير في قوله «له» يرجع إلى صاحب الأعلى، وفي قوله «منها» يرجع إلى العرصة.

(٢) الضمير في قوله «ظهره» يرجع إلى الخان. يعني لو كان المرقى في الخارج عن الخان اختصّ الصحن والدهليز بصاحب الأسفل، لأنّ يده عليهما بخلاف الأعلى فلا يد له عليهما. ولا حقّ تصرّف لصاحب الغرف فيهما، لمروره من طريق خاصّ يتعلّق به خاصّةً.

(٣) أي بلا أن يشارك صاحب الأعلى صاحبَ الأسفل في شيء من الصحن والدهليز.

(٤) فاعله هو الضمير العائد إلى صاحب الأعلى وصاحب الأسفل.

(٥) فيقضى بها لصاحب الأعلى مع يمينه، لاختصاصه بالتصرف بها بالسلوك، فهو صاحب اليد عليها، وهي وإن كانت موضوعة في أرض الصحن التي هي للأسفل، إلا أن مجرد الوضع لا يوجب كون الأسفل صاحبَ يدٍ عليها.

والدَرَجَة، ج دَرَج: المرقاة (المنجد).

(٦) أي يحلف صاحب العلويّ، فيختصّ الدرجة به.

(٧) الضمير في قوله «لاختصاصه» يرجع إلى صاحب الأعلى، وفي قوله «فيها» يرجع إلى الدرجة.

(٨) إن وصليّة. يعني وإن كانت المرقاة موضوعة في العرصة التي تختصّ بصاحب الأسفل.

(٩) الضميران في قوليه «بها» و«بمحلّها» يرجعان إلى المرقاة.

(١٠) للأعلى عند التنازع في محل الدرجة، أما مع عدم المنازعة فيحكم لمن يدعيها. إن قلت: إنّ الدرجة في أرض الأسفل، لأنها في الزائد عن الممر، والزائد للأسفل.

قلت: ما قبل وضع الدرجة كان محلها للأسفل فيده عليها فيقدم قوله مع يمينه عند التنازع، وأما بعد البناء فبحسب الظاهر أنّ الأعلى هو صاحب اليد على المحل، إذ لعله قد اشترى المحل المذكور من الأسفل.

(وفي الخزانة[١] تحتها[٢] يقرع) بينهما، لاستوائهما فيها[٣] بكونها متّصلة[٤] بملك الأسفل، بل من جملة بيوته[٥]، وكونها[٦] هواء لملك الأعلى، وهو كالقرار، فيقرع[٧].

ويشكل[٨] بما مرّ في السقف، ويقوى .....

---

(١) الخزانَة، ج خَزائن: مكان الخَزْن (المنجد).

(٢) الضمير في قوله «تحتها» يرجع إلى المرقاة. يعني لو اختلفا في الخزانة التي تقع تحت المرقاة لم يحكم لأحدهما إلاّ بالقرعة. لأن لكل واحد منهما شاهداً على أنّه صاحب يد عليها، فباعتبار أنّ الدرجة لصاحب العلو، وإذا ملك شيئاً ملك قراره إلى تخوم الأرض كما يملك عنانه إلى السماء فيكون الأعلى صاحب يد عليها، وباعتبار أنّ الخزانة متصلة بملك الأسفل فهو صاحب يد كذلك، ومع التنازع فكلّ منهما مدعٍ ومنكر فيتحالفان كما عليه المحقق والفاضل والشهيد في الدروس.

وذهب الماتن هنا إلى القرعة لأنّ تعيين الخزانة مشكل وهو مجرى القرعة، وفيه: إن القرعة تجري إذا علمنا على نحو القطع أنّ الخزانة لأحدهما فقط لأنّ موردها فيما لو كان المتنازع لأحدهما واقعاً إلا أنه مشتبه ظاهراً، أما مع احتمال الاشتراك فلا تأتي القرعة.

(٣) أي لكون نسبة الخزانة إلى كليهما على حدّ سواء.

(٤) هذا دليل نسبة الخزانة إلى صاحب الأسفل.

(٥) أي بل الخزانة من جملة بيوت صاحب الأسفل.

(٦) هذا دليل نسبة الخزانة إلى صاحب الأعلى، وهو أنّها هواء لملك صاحب الأعلى.

(٧) أي بعد تساوي نسبة كليهما إلى الخزانة بما ذكر يحكم بإجراء القرعة فيها.

(٨) فاعله هو الضمير العائد إلى الحكم بالقرعة. يعني أنّ الحكم بالقرعة في خصوص نزاعهما في الخزانة الواقعة تحت الدرجة يشكل بما مرّ في الحكم بالقرعة في نزاعهما في السقف المتوسّط في قول الشارح ﷺ «ويشكل بأنّ مورد القرعة... إلخ».

والإشكال هو أنّ إجراء القرعة إنّما هو فيما إذا لم يحتمل الاشتراك بين المتنازعين والحال أنّ المحتمل هنا هو كون الخزانة لصاحب السفل أو لصاحب العلوّ أو مشتركة بينهما.

استواؤهما[١] فيها مع حلف كلّ لصاحبه، وهو اختياره[٢] في الدروس، ولا عبرة بوضع الأسفل آلاته تحتها[٣].

ويشكل أيضاً[٤] الحكم في الدرجة[٥] مع اختلافهما في الخزانة، لأنّه[٦] إذا قضي بالخزانة لهما[٧]، أو حكم بها[٨] للأسفل .....

---

(١) الضمير في قوله «استوائهما» يرجع إلى صاحب السفل والعلوّ، وفي قوله «فيها» يرجع إلى الخزانة. يعني أنّ الأقوى عند الشارح هو تساوي صاحب السفل والعلوّ بالنسبة إلى الخزانة، فيحكم باشتراكهما مع حلف كلّ منهما لآخر.

(٢) يعني أنّ ما قوّاه الشارح ﷺ من تحالفهما في خصوص الخزانة هو اختيار المصنّف ﷺ أيضاً في كتابه (الدروس).

(٣) الضمير في قوله «تحتها» يرجع إلى الخزانة. يعني أنّ مجرّد وضع صاحب الأسفل آلاته تحت الخزانة لا يوجب أولويّته بها.

(٤) وهذا إشكال آخر في خصوص الدرجة في صورة اختلافهما في الخزانة والحكم بتعلّق الخزانة بكليهما، لأنّ الدرجة في هذه الصورة تكون كالسقف المشترك بينهما، فيأتي فيها الاحتمالات المذكورة في خصوص السقف المتوسّط.

(٥) والحكم فيها للأعلى مع اختلافهما بالخزانة التي تحت الدرجة، فلو حكمنا بكون الخزانة لهما كما هو مذهب جماعة، أو بكون الخزانة للأسفل بحسب القرعة كما هو قول الماتن هنا مع أن البناء الذي هو فوق الدرجة للأعلى فتكون الدرجة كالسقف المتوسط بين البيت السفلي والغرفة الفوقية، وعليه فكما جرى النزاع في السقف على أقوال يجب أن يجري النزاع في الدرجة، مع أن الحكم في الدرجة وأنهما للأعلى بغير خلاف.

وفيه: إن قياس الدرجة على السقف غير صحيح، لأنّ الدرجة مما يحتاج إليها العلوي فقط بخلاف السقف المذكور فإنهما بحاجة إليه معاً.

(٦) الضمير في قوله «لأنّه» يرجع إلى الشأن من الكلام.

(٧) الضمير في قوله «لهما» يرجع إلى صاحب الأسفل وصاحب الأعلى.

(٨) يعني يأتي الإشكال أيضاً إذا حكم بتعلّق الخزانة بصاحب الأسفل.

بوجه[١] تكون[٢] الدرجة كالسقف المتوسّط بين الأعلى والأسفل، لعين ما ذكر[٣] خصوصاً مع الحكم بها للأسفل وحده[٤]، فينبغي حينئذٍ[٥] أن يجري فيها الخلاف السابق[٦] ومرجّحه[٧]، ولو قضينا بالسقف للأعلى[٨] زال الإشكال هنا[٩]، وإنّما يأتي[١٠] على مذهب المصنّف هنا[١١] وفي الدروس[١٢]، .....

---

(١) أي بوجه من القرائن، أو بإقرار صاحب الأعلى أو غير ذلك ممّا يوجب الحكم بتعلّقها بصاحب الأسفل.

(٢) الجملة جزاء للشرط الواقع في قوله «إذا قضي... إلخ».

(٣) أي لعين ما ذكر في السقف المتوسّط في قول المصنّف ﵀ في ما سبق«أُقرع بينهما» وفي قول الشارح ﵀ في تلك الصفحة «لاستوائهما في الحاجة إليه والانتفاع به».

(٤) أي الاحتمال المذكور في السقف المتوسّط يأتي خصوصاً فيما إذا حكم بتعلّق الخزانة بصاحب الأسفل.

(٥) أي حين إذ حكم بتعلّقها بصاحب الأسفل.

(٦) أي الخلاف السابق في خصوص السقف المتوسّط.

(٧) الضمير في قوله «مرجّحه» يرجع إلى الخلاف. يعني أنّ كلّ ما ذكر من المرجّح في الخلاف الحاصل في السقف المتوسّط يجري هنا أيضاً. والشارح قد رجح الاشتراك فيه مع التحالف فراجع.

(٨) يعني لو حكم بكون السقف المتوسّط لصاحب الأعلى في المسألة المتقدّمة زال الإشكال في مسألة الاختلاف في الدرجة أيضاً، بمعنى أنّه يحكم بتعلّق الدرجة بصاحب الغرفة، فيزول الإشكال.

(٩) قوله «هنا» إشارة إلى مسألة الخلاف في الدرجة.

(١٠) فاعله هو الضمير العائد إلى الإشكال.

(١١) يعني أنّ الإشكال المذكور يأتي على مذهب المصنّف ﵀ هنا، وهو القول بالقرعة. فلو خرجت باسم الأسفل لكان مناقضاً للحكم بكون الدرجة للعلوي، لأنّ الدرجة والسقف متحدان الحكم.

(١٢) أي يأتي الإشكال المذكور بناءً على مذهب المصنّف في كتابه (الدروس) أيضاً، وهو قوله باشتراك صاحب الغرفة وصاحب البيوت في السقف المتوسّط. فلا يكون العلوي مختصاً به فكيف كان العلوي مختصاً بالدرجة، مع أنّ حكمها حكم السقف.

فإنّه[١] لا يجامع اختصاص العلويّ بها[٢] مطلقاً[٣].

(الخامسة[٤]: لو تنازع راكب الدابّة وقابض لجامها[٥]) فيها[٦] (حلف الراكب)، لقوّة يده[٧] وشدّة تصرّفه بالنسبة إلى القابض.

---

(١) الضمير في قوله «فإنّه» يرجع إلى كلّ واحد من مذهبي المصنّف هنا وفي الدروس.

(٢) الضمير في قوله «بها» يرجع إلى الدرجة. يعني أنّ مذهب المصنّف ﷺ في الدروس ـ حيث قوّى فيها اشتراكهما مع حلفهما أو نكولهما والاختصاص بالحالف الواحد ـ وكذا مذهبه هنا ـ وهو الحكم بالقرعة ـ لا يجامع اختصاص صاحب الأعلى بالدرجة مطلقاً.

(٣) قوله «مطلقاً» إشارة إلى جميع التقادير والفروض، بل يحكم باختصاص الدرجة بصاحب الأعلى في بعض الصور، وهو ما إذا قلنا بالقرعة في خصوص الخزانة وإصابة القرعة باسم صاحب الأعلى، فلو لم تصب القرعة اسمه لم يحكم باختصاص الدرجة به.

المسألة الخامسة

(٤) أي المسألة الخامسة من المسائل التي يذكر فيها بعض أحكام التنازع في الصلح، كما تقدّمت الإشارة إليها فيما سبق في قوله «ولنشر إلى بعضها في مسائل».

(٥) الضمير في قوله «لجامها» يرجع إلى الدابّة. يعني إذا تنازع راكب الدابّة وقابض لجامها في خصوص الدابّة، بأن يدّعي كلّ منهما تعلّق الدابّة به خاصّةً فعند ذلك يحكم بتعلّق الدابّة بالراكب مع حلفه.

اللِجام: ما يُجعَل في فم الفرس من الحديد مع الحَكَمتين والعذارين والسير، قيل: عربيّ، وقيل: معرّب لِگام بالفارسيّة، ج أَلْجَمه ولُجُم ولُجْم (أقرب الموارد).

(٦) الضمير في قوله «فيها» يرجع إلى الدابّة.

(٧) الضميران في قوليه «يده» و«تصرّفه» يرجعان إلى الراكب. وذهب الشيخ في المبسوط إلى أنه يُقدم قول الراكب مع يمينه، لأن يدَ كلٍّ منهما على الدابة، إلا أن يدَ الراكب على الدابة أقوى من يد قابض اللجام، وتصرف الراكب أشدّ من تصرف الآخر، وزيادة اليد وشدة التصرف تجعل الراكب هو صاحب اليد دون قابض اللجام. =

وقيل: يستويان[١] في الدعوى، لاشتراكهما في اليد، وقوّتها[٢] لا مدخل له في الترجيح، ولهذا[٣] لم تؤثّر[٤] في ثوب بيد أحدهما أكثره[٥]، كما سيأتي، وما مع الراكب من[٦] زيادة نوع التصرّف لم يثبت شرعاً كونه مرجّحاً، وتعريف المدّعي والمنكر منطبق[٧] عليهما.

= وذهب الشيخ في الخلاف وابن إدريس في السرائر وغيرهما إلى أنهما سواء في الدعوى، لثبوت يد كلٍّ منهما عليها، وزيادة التصرف للراكب لم تثبت أنها مرجح، كما أن قوة يد الراكب لا مدخل لها في الترجيح بعد ثبوت يد الآخر، فيتحالفان، وهي لهما.

(١) فاعله هو الضمير العائد إلى الراكب والقابض. يعني قال بعض الفقهاء بعدم تقدّم قول الراكب مع الحلف، بل كلاهما يتساويان في الدعوى، لاشتراكهما في التصرّف والتسلّط على الدابّة.

(٢) الضمير في قوله «قوّتها» يرجع إلى اليد. يعني قوّة يد الراكب ـ كما ذكر ـ لا توجب تقدّم قوله مع الحلف.

(٣) المشار إليه في قوله «لهذا» هو عدم قوّة اليد وتأثيرها في الترجيح.

(٤) فاعله هو الضمير العائد إلى اليد. يعني ولعدم تأثير قوّة اليد في الترجيح لا يحكم بتقدّم قول من بيده أكثر الثوب على قول من بيده أقلّه في الفرض الآتي.

(٥) الضمير في قوله «أكثره» يرجع إلى الثوب.

(٦) بيان لـ «ما» الموصولة في قوله «وما مع الراكب». يعني أنّ زيادة تصرّف الراكب لا توجب الحكم بالترجيح.

(٧) خبر لقوله «وتعريف المدّعي... إلخ»، والضمير في قوله «عليهما» يرجع إلى الراكب والقابض. يعني أنّ المدّعي ينطبق على كلّ منهما، كما أنّ المنكر أيضاً ينطبق على كليهما، فلا ترجيح لقوّة تصرّف الراكب.

فقد عُرف المدعى بأنه إذا تَرَكَ تُرك، وعرف بأنّ قوله مخالف للأصل، وعُرّف بأنّ قوله مخالف للظاهر، وعُرّف المنكر بأنه إذا تُرك ترك، وبأن قوله موافق للأصل، وبأن قوله موافق للظاهر.

فالراكب لو تَرَكَ الدابة لتركه قابض اللجام وكذا العكس، والراكب لو تركه قابض =

وهو[١] قويّ، فيحلف[٢] كلّ منهما لصاحبه إن لم يكن[٣] بيّنة، وأمّا اللجام[٤] فيقضى به[٥] لمن هو في يده[٦]، والسرج[٧] لراكبه.

(ولو تنازعا ثوباً في يد أحدهما أكثره[٨] فهما سواء)، لاشتراكهما[٩] في اليد، ولا

= اللجام على الدابة لانتفت الدعوى، وكذا العكس.

والراكب قوله مخالف للأصل، إذ الأصل عدم كون الدابة له، وكذا يجري في قابض اللجام، والراكب قوله مخالف للظاهر، لأنّ الظاهر وهو العرف يرى أنّ الدابة لقابض لجامها عند انفراده، وكذا العكس لأنّ العرف يرى أنّ الدابة لراكبها عند انفراده.

(١) أي القول بتساويهما في الدعوى وعدم ترجيح الراكب أقوى.

(٢) أي يتفرّع على القول بعدم ترجيح الراكب توجّه الحلف على كلّ منهما لصاحبه.

(٣) قوله «لم يكن» تامّة لا يحتاج إلى الخبر، بل يحتاج إلى الفاعل، وهو البيّنة. يعني أنّ الحكم بالتحالف إنّما هو في صورة عدم وجود البيّنة لأحدهما، فلو كانت لأحدهما البيّنة حكم على طبق مقتضاها.

(٤) يعني أمّا نفس اللجام فحكمه هو أنّه لمن هو بيده، والشارح ﷺ ذكر بعد بيان حكم الدابّة التي تنازع فيها راكبها وآخذ لجامها حكم نفس اللجام والسرج، وهو أنّ الأوّل يحكم بكونه للآخذ عند النزاع في خصوصه، والثاني يحكم بكونه للراكب هكذا.

(٥) الضمير في قوله «به» يرجع إلى اللجام، وكذا ضمير «هو».

(٦) الضمير في قوله «يده» يرجع إلى «من» الموصولة.

(٧) بالرفع. يعني أمّا حكم السرج فهو تعلّقه براكب الدابّة لو تنازع الراكب وآخذ اللجام فيه.

السَرْج: الرحل، وغلب استعماله للخيل، ج سُرُوج (أقرب الموارد).

(٨) مبتدأ مؤخّر، خبره المقدّم هو قوله «يد أحدهما». يعني لو تنازع اثنان في ثوب يكون أكثره في يد أحدهما وأقلّه في يد الآخر حكم باشتراكهما في الثوب المتنازع فيه، لتساويهما في اليد، ولا ترجيح لمن يكون أكثره في يده، إذ لم يثبت أنها دليل شرعي، وعليه فكل منهما مدع ومنكر فيتحالفان.

(٩) ضمير التثنية في قوله «لاشتراكهما» يرجع إلى المتنازعين.

ترجيح لقوّتها[١].

والتصرّف هنا[٢] وإن اختلف كثرةً وقلّةً، لكنّه[٣] من وادٍ واحد[٤]، بخلاف الركوب[٥] وقبض اللجام.

نعم، لو كان أحدهما[٦] ممسكاً له[٧] والآخر لابساً[٨] فكمسألة الراكب والقابض، لزيادة تصرّف اللابس على اليد المشتركة[٩].

---

(١) ضمير التأنيث في قوله «لقوّتها» يرجع إلى اليد.

(٢) يعني أنّ التصرّف في أخذ أحدهما الأكثر من الثوب والآخر الأقلّ منه ي كون من وادٍ واحد، فلا ترجيح لأحدهما.

(٣) الضمير في قوله «لكنّه» يرجع إلى التصرّف.

والمراد من قوله «من وادٍ واحد» أي من قبيل واحد ومن نوع كذلك.

(٤) لأنّ العرف يرى أنّ كلاً منهما متصرف بالثوب بدون الترجيح بقلته أو كثرته، بخلاف مسألة الراكب وقابض اللجام حيث يرى العرف أنّ الراكب متصرف بالدابة أكثر من تصرف الآخر.

(٥) يعني أنّ ركوب الدابّة وقبض لجامها ليسا من وادٍ واحد، بل يحتمل كون تصرّف الراكب أقوى من تصرّف قابض لجامها.

(٦) الضمير في قوله «أحدهما» يرجع إلى المتنازعين.

(٧) الضمير في قوله «له» يرجع إلى الثوب. يعني لو كان أحد المتنازعين ممسكاً للثوب وكان الآخر لابساً له فحكمه حكم راكب الدابّة وقابض لجامها من حيث ترجيح الراكب مع حلفه.

(٨) فيد كلٍّ منهما على الثوب، إلا أن اللابس يده أقوى وتصرفه أشد وأكثر فيجري هنا ما يجري في مسألة الراكب والقابض في الدابة، إلا أن يقال كما في المسالك: (وربما قيل هنا بتقديم اللابس، لأن الظاهر أنه لم يتمكن من لبسه إلا وهو غالب على الثوب مستقل اليد) انتهى.

(٩) أي اليد التي اشتركت في التصرّف في الثوب.

(وكذا[١]) لو تنازعا (في العبد وعليه[٢] ثياب لأحدهما[٣] ويدهما عليه)، فلا يرجّح صاحب الثياب[٤] كما يرجّح الراكب بزيادة ذلك على يده[٥]، إذ لا دخل للّبس في الملك[٦]، بخلاف الركوب، فإنّه[٧] قد يلبسها[٨] بغير إذن مالكها أو بقوله[٩] أو بالعارية.

ولا يرد مثله[١٠] في الركوب، لأنّ الراكب ذو يد[١١]، بخلاف العبد، فإنّ اليد

---

(١) أي وكذا لا يرجّح قول صاحب الثوب الذي هو على بدن العبد المتنازع فيه إذا كان العبد في تصرّف كلا المتنازعين.

(٢) الضمير في قوله «عليه» يرجع إلى العبد.

(٣) مع فرض ثبوت أيديهما عليه، فهما فيه سواء، وثياب أحدهما لا مدخلية لهما لزيادة الملك، إذ قد يلبسها بغير إذن مالكها أو بالعارية، فهي ليست يداً عرفاً.
الضميران في قوليه «لأحدهما» و«يدهما» يرجعان إلى المتنازعين، والواو بينهما تكون للحاليّة، والضمير في قوله «عليه» يرجع إلى العبد.

(٤) أي صاحب الثياب التي هي على بدن العبد.

(٥) أي كما يرجح الراكب بزيادة وصف الركوب على يده المشتركة مع يد الآخر، ومن هنا وقع الترجيح بالركوب دون الترجيح باللبس.

(٦) أي لا دخل للبس الثوب في ملكيّة صاحبه، لإمكان اللبس بدون إذن مالك الثوب.

(٧) الضمير في قوله «فإنّه» يرجع إلى العبد.

(٨) الضمير في قوله «يلبسها» يرجع إلى الثياب، وكذلك الضمير في قوله «مالكها»، والتأنيث باعتبار كون الثياب جمع الثوب.

(٩) أي بقول مالك الثياب. يعني يمكن أن يلبس العبد الثياب بقول المالك أو بالعارية منه، فلا يدلّ على المالكيّة.

(١٠) أي لا يرد مثل ما ذكرنا، لعدم ترجيح قول صاحب الثياب على قولنا بترجيح قول الراكب، لأنّ الراكب هو صاحب يد، بخلاف صاحب الثياب بالنسبة إلى العبد اللابس.

(١١) أي أن الراكب له يدٌ على الدابة، وقد تقوّت بالركوب، وهنا صاحب الثياب وإن كان له يدٌ على العبد لكن لم تتقوّ باللبس، لأنّ الثياب وإن كانت تحت يد العبد، إلا أنّ =

للمدّعي[١] لا له.

ويتفرّع عليه[٢] ما لو كان لأحدهما[٣] عليه يد، وللآخر ثياب خاصّةً[٤]، فالعبرة[٥] بصاحب اليد.

(ويرجّح صاحب الحمل[٦] في دعوى البهيمة الحاملة[٧]) وإن[٨] كان للآخر

= العبد لا يدَ له فالثياب ليست تحت يد العبد، بل تحت يد المُدعي من رأس، فلم يسلم للمدعي إلا يده على العبد دون اللبس.

(١) المراد من «المدّعي» هو كلّ واحد من المتنازعين في العبد، والضمير في قوله «له» يرجع إلى العبد.

(٢) الضمير في قوله «عليه» يرجع إلى الترجيح بمناط اليد. يعني يتفرّع على المناط المذكور حكم النزاع في الفرض المذكور.

(٣) الضمير في قوله «لأحدهما» يرجع إلى المتنازعين، وفي قوله «عليه» يرجع إلى العبد.

(٤) بأن لا يكون للآخر على العبد يد، بل كان ثياب العبد له خاصّةً.

(٥) أي يحكم على العبد بأنّه لصاحب اليد لا لصاحب الثياب.

(٦) الحمْل ـ بالكسر ـ: ما حُمل، ج أحْمال وحُمُولَة (أقرب الموارد).

(٧) قولَه «الحاملة» صفة للبهيمة. يعني إذا تنازع صاحب المحمول على البهيمة وقابض زمامها في البهيمة بأن ادّعى كلّ منهما بأنّ البهيمة تكون له فهنا فرعان:

الأول: أن لا يكون لأحدهما يدٌ على البهيمة إلا حمل أحدهما عليها فيقدم قوله مع يمينه، لأنه يستفاد من وجود الحمل عليها كونُه مستقلاً بها وصاحبَ يد عليها.

الثاني: أن يكون لأحدهما حملَ عليها وللثاني يدٌ ككونه ممسكاً بزمامها، فهي كمسألة الراكب وقابض اللجام، إلا أن هناك قد وقع الخلاف بخلاف هنا حيث لا خلاف في تقديم صاحب الحمل لكونه أشدَّ تصرفاً وأشدَّ يداً، قال الشارح في المسالك: (إلا أنّ مسألة الحمل أقوى، ولهذا لم يُذكر فيها خلافاً، ووجهه أنّ الحمل أقوى دليلاً على كمال الاستيلاء، فإنّ الركوب أسهل تعلقاً من الحمل، وفي الدروس جعل الراكب ولابس الثوب وذا الحمل سواء في الحكم، وهو كذلك) انتهى.

(٨) «إن» وصليّة. يعني لا تمنع يد الآخر على البهيمة بقبض زمامها من ترجيح يد صاحب الحمل، لأنّ الحمل يدلّ على كمال استيلاء صاحبه على البهيمة.

عليها يد أيضاً بقبض زمام[١] ونحوه[٢]، لدلالة الحمل على كمال استيلاء مالكه[٣] عليها، فيرجّح[٤].

وفي الدروس سوّى[٥] بين الراكب ولابس الثوب وذي الحمل في الحكم، وهو[٦] حسن.

(وكذا) يرجّح (صاحب البيت في) دعوى (الغرفة) الكائنة[٧] (عليه[٨] وإن كان بابها[٩] مفتوحاً إلى) المدّعي[١٠] (الآخر)، .....

---

(١) الزِمَام ـ بالكسر ـ: ما يُزَمُّ به أي يُشَدُّ، و ـ الخيط في البرّة وقيل: في الخشاش يُشَدُّ إلى طرفه المقْوَد كقوله: «فقلت لها سيري وأرخي زمامه»، ج أزِمَّة (أقرب الموارد).

(٢) الضمير في قوله «نحوه» يرجع إلى قبض الزمام. يعني ومثل قبض زمام الدابّة هو سوقها من خلفها، فهو أيضاً لا يكون مانعاً عن ترجيح قول صاحب الحمل.

(٣) الضمير في قوله «مالكه» يرجع إلى الحمل، وفي قوله «عليها» يرجع إلى الدابّة، والجارّ والمجرور يتعلّقان بالاستيلاء.

(٤) قوله «فيرجّح» بصيغة المجهول، ونائب الفاعل هو الضمير العائد إلى صاحب الحمل.

(٥) فاعله هو الضمير العائد إلى المصنّف ﷺ. يعني أنّ المصنّف قال في كتابه (الدروس) بتساوي راكب الدابّة ولابس الثوب وذي الحمل، في الحكم. وبعبارة أُخرى رجّح قول الراكب في الفرض الأوّل، وقول اللابس في الفرض الثاني، وقول صاحب الحمل في الفرض الثالث.

(٦) أي القول بالتساوي بين المذكورين حسن.

(٧) قوله «الكائنة» صفة للغرفة. أي الواقعة على البيت.

(٨) الضمير في قوله «عليه» يرجع إلى البيت.

(٩) الضمير في قوله «بابها» يرجع إلى الغرفة.

(١٠) يعني وإن كان باب الغرفة مفتوحاً إلى جهة المدّعي الآخر. فلو تداعيا غرفةً على بيت أحدهما غير أن بابها إلى غرفة الآخر، كان الرجحان لدعوى صاحب البيت قطعاً، لكونها في ملكه الذي هو عنان بيته، وهذا العنان تابع للقرار، ومجرد فتح الباب إلى الغير لا يُفيد يداً عرفاً. =

لأنّها[١] موضوعة في ملكه، وهو[٢] هواء بيته، ومجرّد فتح الباب[٣] إلى الغير لا يفيد اليد.

هذا[٤] إذا لم يكن من[٥] إليه الباب متصرّفاً فيها بسكنى وغيرها، وإلاّ[٦] قدّم، لأنّ يده عليها[٧] بالذات، لاقتضاء التصرّف له، ويد مالك الهواء بالتبعيّة، والذاتيّة

= نعم لو فرض كون الآخر ـ مع كون باب الغرفة مفتوحاً إلى غرفته ـ متصرفاً فيها بسُكنى وغيره، فيقدم قول الساكن مع يمينه، لأنه صاحب يد بالتصرف، والآخرُ وإن كان صاحب يد أيضاً إلا أن الساكن يده أصلية فعلية لأنه متصرِّف بالغرفة، والثاني يده تبعية لأنه مالكٌ للقرار فيكون مالكاً لمحل الغرفة لأنه عنان لذلك القرار، واليد الفعلية أولى وأقوى من التبعية.

(١) الضمير في قوله «لأنّها» يرجع إلى الغرفة، وفي قوله «ملكه» يرجع إلى صاحب البيت. وهذا تعليل لترجيح قول صاحب البيت على قول المدّعي الآخر بأنّ الغرفة بنيت على فوق بيت صاحبه.

(٢) الضمير في قوله «وهو» يرجع إلى الملك. يعني أنّ المراد من ملكه الذي وضعت الغرفة عليه هو فضاء بيته.

(٣) أي مجرّد فتح باب الغرفة إلى ملك الآخر لا يوجب كونه صاحب يد بالنسبة إلى الغرفة.

(٤) المشار إليه في قوله «هذا» هو ترجيح قول صاحب البيت في الفرض المذكور.

(٥) قوله «من» موصولة يراد منها الذي يدّعي ملكيّة الغرفة التي يفتح بابها إلى ملكه. يعني أنّ ترجيح قول صاحب البيت على قول المدّعي الآخر إنّما هو في صورة عدم تصرّفه في الغرفة بالسكنى وغيرها.

(٦) أي وإن كان المدّعي الآخر أيضاً متصرّفاً في الغرفة يحكم بترجيح قوله على صاحب البيت.

(٧) الضمير في قوله «عليها» يرجع إلى الغرفة، وفي قوله «يده» يرجع إلى المدّعي الآخر. يعني أنّ يد الذي يفتح باب الغرفة إلى ملكه وهو ساكن فيها تكون بالذات، لأنّ التصرّف يدلّ على كون المتصرّف صاحب يد بالذات، بخلاف صاحب البيت، فإنّ يده عليها تكون بالتبعيّة.

أقوى، مع احتمال التساوي[١]، لثبوت اليد من الجانبين في الجملة، وعدم تأثير قوّة اليد.

(السادسة[٢]: لو تداعيا جداراً[٣] غير متّصل ببناء أحدهما[٤] أو متّصلاً ببنائهما معاً) اتّصال ترصيف[٥]، وهو[٦] تداخل الأحجار ونحوها على وجه يبعد كونه[٧] محدثاً بعد وضع الحائط المتّصل به[٨] **(فإن حلفا أو نكلا فهو[٩] لهما، وإلاّ[١٠])** فإن حلف أحدهما ونكل الآخر **(فهو للحالف[١١])، ولو** .....

---

(١) وهذا احتمال آخر في الفرض المذكور، وهو عدم ترجيح يد أحد من صاحب البيت والمدّعي الآخر، لأنّ كليهما يكونان متصرّفين في الجملة.

المسألة السادسة

(٢) أي المسألة السادسة من مسائل أحكام التنازع في الصلح.

(٣) أي لو تنازع اثنان في خصوص جدار غير متّصل ببناء أحدهما أو متّصل ببناء كليهما حكم بكون الجدار لكليهما عند التحالف وعند نكولهما عن الحلف.

(٤) فلو اتّصل ببناء أحدهما خاصّةً حكم له، كما سيأتي.

(٥) بأن كان اتّصال الجدار ببناء كليهما على نحو الترصيف. وهو تداخل الأحجار واللبن على وجه يبعد كونه مُحدثاً بعد البناء، وهذا الاتصال المذكور دال على أيديهما معاً على الجدار، فيحلفان ويكون لهما بالتنصيف.

(٦) يعني أنّ الترصيف هو تداخل الأحجار والأخشاب.

(٧) الضمير في قوله «كونه» يرجع إلى الجدار.

(٨) الضمير في قوله «به» أيضاً يرجع إلى الجدار.

(٩) يعني لو حلف كلا المتنازعين أو نكل كلاهما عن الحلف حكم بكون الجدار متعلّقاً بكليهما بالسويّة.

(١٠) استثناء من حلفهما ونكولهما. يعني لو لم يحلف كلاهما، بل حلف أحدهما خاصّةً ونكل الآخر حكم بتعلّق الجدار بمن حلف.

(١١) الجارّ والمجرور يتعلّقان بفعل من أفعال العموم هو خبر لقوله «فهو».

اتّصل[١] بأحدهما) خاصّةً[٢] (حلف) وقُضيَ له[٣] به.

ومثله[٤] ما لو كان لأحدهما عليه[٥] قبّة[٦] أو غرفة أو سترة[٧]، لصيرورته بجميع ذلك ذا يدٍ، فعليه اليمين مع فقد البيّنة.

(وكذا[٨] لو كان لأحدهما) خاصّةً (عليه[٩] جِذع[١٠])، فإنّه يُقضى .....

---

(١) فاعله هو الضمير العائد إلى الجدار. يعني لو اتّصل الجدار المتنازع فيه ببناء أحدهما خاصّةً حلف هو خاصّةً، وحكم بتعلّق الجدار به.

(٢) بحيث اتصل الجدار ببناء أحدهما اتصال ترصيف، فالاتصال المذكور يقتضي كون صاحب البناء المتصل ذا يد على الجدار فيقدم قوله مع يمينه لأنه منكر.

(٣) الضمير في قوله «له» يرجع إلى أحدهما، وفي قوله «به» يرجع إلى الحلف، والباء للسببيّة.

(٤) الضمير في قوله «مثله» يرجع إلى الاتّصال المفهوم من قوله «ولو اتّصل». يعني ومثل اتّصال الجدار ببناء أحد المتنازعين في تقدّم قول أحدهما بالحلف هو ما إذا كان لأحدهما على الجدار المتنازع فيه قبّة أو غرفة أو سترة.

(٥) الضمير في قوله«عليه» يرجع إلى الجدار.

(٦) أي ومثل الترصيف الكاشف عن اليد ما لو كان لأحدهما قبّة أو غرفة أو سترة ـ بالضم كل ما يستر الشيء ـ فصاحبها هو ذو يدٍ على الجدار فيقدم قوله مع يمينه، لأنه منكر.

والقُبَّة ـ بالضمّ ـ: بناء سقف مستدير مقعّر معقود بالحجارة أو الآجرّ على هيئة الخيمة، ج قباب وقُبَب (أقرب الموارد).

(٧) السُتْرَة، ج سُتَر: ما يستر به، سُتْرَة السطح: ما يُبنى حوله (المنجد).

(٨) المشار إليه في قوله «كذا» هو اتّصال الجدار ببناء أحد المتنازعين. يعني ومثل ذلك في تقدّم قول أحدهما بالحلف هو ما إذا كان على الجدار المتنازع فيه جذع لأحدهما، فيحكم له بالحلف أيضاً.

(٩) الضمير في قوله «عليه» يرجع إلى الجدار.

(١٠) ذهب الشيخ إلى أنه لا يُقضى لصاحب الجذع بأنه ذو يد، لجريان العادة بالتسامح للجار في ذلك، ولدلالة كون الجدار بين ملكيهما على ثبوت اليد لهما، فوضع الجذع =

له[١] به بيمينه، أو لهما[٢] فلهما.

ولو اتّصل[٣] بأحدهما وكان للآخر عليه[٤] جذع تساويا[٥] على الأقوى.

وكذا[٦] لو كان لأحدهما واحدة من المرجّحات[٧]، ومع الآخر الباقية، إذ[٨] لا

= من أحدهما مزيدُ انتفاع فقط، وزيادة التصرف لا تقتضي الترجيح لإحدى اليدين على الأخرى.

وفيه منع ظاهر، لأن وضعه بين الملكين دال على ثبوت اليدين لو كان مجرداً، وأما مع وضع الجذع لأحدهما فيكون صاحب اليد هو الواضع دون الآخر، فيقدم قول صاحب الجذع مع يمينه لأنه منكر، وهذا ما عليه المشهور.

والجِذع، ج جُذُوع وأجْذاع: ساق النخلة (المنجد).

(١) علَى القول المشهور، وكذا ما بعده.

والضمير في قوله «له» يرجع إلى أحدهما، وفي قوله «به» يرجع إلى الجذع، والباء للسببيّة.

(٢) قوله «لهما» عطف على قوله «لأحدهما»، فتكون العبارة هكذا: لو كان لأحدهما عليه جذع أو كان لهما على الجدار جذع حكم لهما.

(٣) فاعله هو الضمير العائد إلى الجدار.

(٤) الضمير في قوله «عليه» يرجع إلى الجدار.

(٥) أي تساوي صاحب البناء المتّصل بالجدار وصاحب الجذع الواقع عليه في استحقاقهما للجدار.

فالاتصال الترصيفي يعطي أنه أحدهما صاحب يد، ووضع الجذع يفيد أن الآخر صاحب يد، وعليه فهو لهما مع التحالف خلافاً للشيخ حيث حكم بكون وضع الجذع لا يفيد اليدَ للتسامح به في العادة.

(٦) أي ومثل تساوي صاحب البناء المتّصل وصاحب الجدار هو ما إذا كان لأحدهما أحد المرجّحات وكان للآخر باقيها.

(٧) المراد من «المرجّحات» هو اتّصال الجدار بالبناء وكون القبّة أو الغرفة أو السترة أو الجذع على الجدار.

(٨) تعليل لتساوي صاحب المرجّح الواحد وصاحب المرجّحات الكثيرة في دعواهما بالنسبة إلى الجدار بأنّ المرجّح هو كون صاحبه صاحب يد على الجدار، ولا أثر لزيادة اليد وقلّتها.

أثر لزيادة اليد، كما سلف[١].

(أمّا الخوارج[٢]) من أحد الجانبين[٣] أو منهما من[٤] نقش ووتد[٥] ورفّ[٦] ونحوها[٧] (والروازن[٨]) كالطاقات (فلا ترجيح بها[٩])، لإمكان إحداثها[١٠] من جهة واضعها من غير شعور الآخر[١١] .....

---

(١) إشارة إلى قوله سابقاً «وقوّتها لا مدخل له في الترجيح».

(٢) سيأتي جواب أمّا في قوله «فلا ترجيح بها». يعني أمّا الأشياء الخارجة عن الجدار كالأمثلة المذكورة فلا توجب الترجيح لأحدهما.

قال في المسالك: (المراد بالخوارج كلما خرج عن وجه الحائط من نقش أو وتد ورف ونحو ذلك، فإنه لا يفيد الترجيح لمالكه، لإمكان إحداثه له من جهته من غير شعور صاحب الجدار، ومثله الدواخل فيه، كالطاقات غير النافذة والرزان النافذة) انتهى.

(٣) أي الخوارج من جانب أحد المتنازعين أو من كليهما.

والضمير في قوله «منهما» يرجع إلى المتنازعين.

(٤) هذا بيان الخوارج عن الجدار، فذكر الشارح ﷺ لها أُموراً:

أ: النقش في الجدار.

ب: الوتد في الجدار.

ج: الرفّ في الجدار.

(٥) الوَتْد: والوَتِد كسعد وكتف: ما رُزَّ في الأرض أو الحائط من خشب (أقرب الموارد).

(٦) الرَفّ: شبه الطاق تجعل عليه طرائف البيت، ج رُفُوف ورِفاف (أقرب الموارد).

(٧) الضمير في قوله «نحوها» يرجع إلى الثلاثة المذكورة.

(٨) الروازن جمع، مفرده الروزنة.

الرَوْزَنَة: الكوّة معرّبه، ج رَوازِن (أقرب الموارد).

(٩) الضمير في قوله «بها» يرجع إلى الخوارج والروازن. يعني فلا يرجّح صاحب الخوارج والروازن في دعواه للجدار.

(١٠) الضميران في قوليه «إحداثها» و«واضعها» يرجعان إلى الخوارج والروازن.

(١١) يعني يمكن أن يحدث صاحب الخوارج والروازن إيّاها بدون علم الآخر.

(إلاّ[١] معاقد القمط[٢]) ـ بالكسر ـ، وهو الحبل الذي يشدّ به الخصّ[٣]، وبالضمّ[٤] جمع قماط، وهي[٥] شداد الخصّ من ليف وخوص وغيرهما، فإنّه[٦]

---

(١) استثناء من قوله «فلا ترجيح». يعني أنّ وجود الروازن والخوارج عن الجدار لا يوجب ترجيح قول صاحبها على قول الآخر إلاّ معاقد القمط، فإنّها توجب ترجيح قول صاحبها على قول الآخر.

(٢) المعاقد جمع، واحده المَعْقد: موضع العَقَد (أقرب الموارد).

أصل المسألة أنه لو اختلفا فَي خُصّ، قُضي لمن إليه معاقد القمط، والخَصّ على ما في المسالك: (الخُصّ بالضم البيت، يعمل من القصب)، ويؤيده ما في المصباح المنير حيث قال: (الخُص البيت من القصب)، وأما في الجواهر أن الخُصّ من ليف أو خوص أو نحوهما، وإن كانت بالكسر فهي حبل يُشدّ به الخُصّ، وعليه فلو تنازعا في شبه الجدار المبني من القصب بين الملكين، أو في البيت المبني من القصب وهو بين الملكين، قُضي لمن إليه الحبل الذي يُشدّ به الخُصّ، على المشهور لصحيح منصور بن حازم عن أبي عبدالله عليه السلام (سألته عن خُصّ بين دارين، فزعم أن علياً عليه السلام قضى به لصاحب الدار الذي من قبَله القمط)[١]، ولخبر عمر بن شمر عن جابر عن أبي جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام (أنه قضى في رجلين اختصما إليه في خُصّ فقال: إن الخُصّ للذي إليه القماط)[٢]، وعن أبي حنيفة عدم الترجيح بمعاقد القمط، وكذا عن المحقق في النافع، مع همل الخبرين المتقدمين على أنهما قضية في واقعة فلا يُتعدى الحكم فيها، ويكون حكم الخُصّ حكم الجدار بين الملكين.

والقمْط ـ بالكسر ـ وضبطه الهرديّ بالضمّ: حبل من ليف أو خوص تشدّ به الأخَصاص (أقرب الموارد).

(٣) الخُصّ، ج أخْصاص وخُصُوص وخِصاص: البيت من قَصَب أو شجر (المنجد).

(٤) يعني أنّ القمط بالضمّ جمع قماط.

(٥) الضمير في قوله «وهي» يرجع إلى القمط بالضمّ جمع قماط.

(٦) الضمير في قوله «فإنّه» يرجع إلى شأن الكلام.

---

(١) الوسائل، الباب ـ ١٤ـ، من كتاب الصلح، حديث١.

(٢) المصدر السابق، حديث ٢.

يقضى بها[١]، فيرجّح من إليه[٢] معاقد القمط لو تنازعا (في الخصّ) ـ بالضمّ ـ ، وهو البيت الذي يعمل من القصب ونحوه على المشهور بين الأصحاب[٣].

ومنهم[٤] من جعل حكم الخصّ كالجدار بين الملكين، وهو[٥] الموافق للأصل[٦].

(١) الضمير في قوله «بها» يرجع إلى المعاقد، والباء للسببيّة.

(٢) الضمير في قوله«إليه» يرجع إلى «من» الموصولة. يعني يرجّح قول من كانت المعاقد في الخصّ إلى جانبه لو تنازعا في الخصّ.

(٣) أي الحكم بالترجيح المذكور هو المشهور بين الفقهاء.

(٤) يعني أنّ بعض الفقهاء جعل حكم الخصّ مثل حكم الجدار من حيث عدم ترجيح قول من إليه المعاقد، وقال بتساوي المتنازعين في خصوص الخصّ أيضاً، كما قالوا بالتساوي في الجدار المتنازع فيه.

(٥) الضمير في قوله «وهو» يرجع إلى الجعل المفهوم من قوله «منهم من جعل». يعني أنّ جعل التساوي بين المتنازعين هو الموافق للأصل.

(٦) والمراد من «الأصل» هو أصالة عدم اختصاص أحد المتنازعين بالخصّ المتنازع فيه.



كتاب الشركة

كتاب الشركة[١]

الشركة بفتح الشين فكسر الراء، وحُكي فيها[٢] كسر الشين وسكون الراء.

(وسببها[٣] قد يكون إرثاً) .....

الشركة

الشركة لغةً

(١) الشِرْكَة ـ بالكسر، وتضمّ ـ في الاصطلاح: اختلاط النصيبين فصاعداً بحيث لا يتميّز الواحد عن الآخر، وتُطلَق على العقد وإن لم يوجد الاختلاط المذكور (أقرب الموارد).

وقال في المصباح المنير: (وشَرِكة وزان كَلِم وكَلِمة، بفتح الأول وكسر الثاني ـ إلى أن قال ـ ثم خُفّف المصدر بكسر الأول وسكون الثاني، واستعمال المُخفّف أغلب فيقال: شِرْك وشِرْكة، كما يقال: كِلْم وكِلْمة على التخفيف، نقله الحجة في التفسير وإسماعيل بن هبة الله الموصلي على ألفاظ المهذب، ونصّ عليه صاحب المحكم وابن القطاع) انتهى.

(٢) الضمير في قوله «فيها» يرجع إلى لفظة الشركة. يعني حكي عن البعض كون لفظة الشركة بكسر الشين وسكون الراء.

أسباب الشركة

(٣) الضمير في قوله «سببها» يرجع إلى الشركة، يعني أنّ سبب حصول الشركة بين الشخصين أو صاعداً قد يكون هو الإرث، وقد يكون العقد أو الحيازة أو المزج.

واعلم أن الشركة تطلق على معنيين:

الأول: هو اجتماع حق مالكين فصاعداً في الشيء الواحد على سبيل الشياع، وهذا المعنى =

لعين[١] أو منفعة[٢] أو حقّ[٣] بأن يرثا[٤] مالاً أو منفعة[٥] دار استأجرها .....

= هو المتبادر من معنى الشركة لغةً وعرفاً، قال في المسالك: (إلا أنه لا مدخل له في الحكم الشرعي ـ من الصحة والبطلان ـ المترتب على الشركة من كونها من جملة العقود المفتقرة إلى الإيجاب والقبول، والحكم عليها بالصحة والبطلان، فإن هذا الاجتماع يحصل بعقدٍ وغيره، بل بغيره أكثر، حتى لو تعدى أحدهما ومزج ماله بمال الآخر قهراً، بحيث لا يتميزان تحققت الشركة بهذا المعنى) انتهى.

الثاني: عقد ثمرته جواز تصرف المُلاّك بالشيء الواحد على سبيل الشياع فيه، وهذا المعنى للشركة هو الذي أوجب إدراجها في جملة العقود، وبهذا المعنى يلحقها حكم الصحة والبطلان.

والشركة بالمعنى الأول قد تكون بسبب إرثٍ وقد تكون بسبب عقدٍ وقد تكون بسبب حيازة وقد تكون بسبب المزج وعلى كل التقادير فالمشترك قد يكون عيناً وقد يكون منفعة وقد يكون حقاً، ومثال ما لو كان سبب الشركة إرثاً هو: كأن يرث ثلاثة من الأخوة داراً لمورثهم أو يرثون منفعةَ دارٍ قد استأجرها مورثهم أو يرثون حق الخيار الثابت لمورثهم، وعلى مثل هذا فقس بقية الأمثلة، وسيذكر الشارح البقية الواقعة، وإلا فبعض الصور المتقدمة لا صغرى لها كما سيأتي التنبيه عليها.

(١) قوله «لعين» وما بعده مفعول لقوله «إرثاً»، واللام تكون للتقوية. يعني أنّ سبب الشركة قد يكون إرث عين، كما إذا مات مورّث وورثه اثنان أو أزيد.

(٢) كما إذا مات المورّث وورث عنه أولاده منفعة دار أو حانوت استأجرهما إلى خمسين سنةً.

(٣) بالجرّ، عطف على مدخول اللام الجارّة في قوله «لعين».

(٤) هذا مثال لحصول سبب الشركة في عين هي متعلّق الإرث.

(٥) أي يرث الوارثان منفعة دار، وهذا مثال لحصول سبب الشركة في منفعة.

مورّثهم[١] أو حقّ[٢] شفعة وخيار[٣].

(وعقداً[٤]) بأن يشتريا داراً بعقد واحد أو يشتري كلّ واحد منهما جزءً مشاعاً منها[٥] ولو على التعاقب[٦] أو يستأجراها[٧] أو يشتريا بخيار لهما[٨].

---

(١) والمناسب لقوله «يرثا» هو إتيانه بلفظ التثنية أعني «مورّثهما».

(٢) هذا مثال ثالث، وهو مثال لحصول الشركة في حقّ، كما إذا كان للمورّث حقّ شفعة في ملك، فمات وورث ذلك الحقّ عنه أولاده أو سائر ورّاثه.

(٣) بالجرّ، عطف على قوله المجرور «شفعة»؛ هذا مثال ثانٍ لحصول الشركة في حقّ، والمعنى هو أن يرث الوارثان حقّ خيار، كما إذا شرط المورّث خيار فسخ لنفسه في بيع إلى خمسة أيّام، فمات قبل إعمال ذلك الحقّ وورث الحقّ عنه ورّاثه.

حاصل العبارة هو أنّ الإرث الذي قد يكون سبب الشركة يحصل تارةً في عين وتارةً في منفعة وأُخرى في حقّ.

(٤) بالنصب، عطف على قوله المنصوب «إرثاً»، وهو خبر آخر لقوله «يكون». يعني أنّ سبب الشركة قد يكون هو العقد، كما إذا اشترى الشريكان داراً أو غيرها بعقد واحد، فإذاً تحصل الشركة بينهما بالعقد.

(٥) الضمير في قوله «منها» يرجع إلى الدار، وهي مؤنّث سماعيّ. وهذا مثال آخر لكون العقد سبباً لحصول الشركة بين الشخصين.

(٦) كما إذا اشترى أحد الشخصين نصف الدار أوّلاً مشاعاً، ثمّ اشترى نصفها الباقي شخص آخر كذلك، فتحصل الشركة بينهما بالعقدين المتعاقبين.

(٧) وهذا مثال لحصول الشركة في منفعة بالعقد.

(٨) وهذا مثال لحصول الشركة في حقّ بسبب العقد.

ولا يخفى أنّ إتيان الأمثلة الثلاثة إشارة إلى كون العقد سبباً لحصول الشركة في عين ومنفعة وحقّ.

(وحيازةً[١]) لبعض المباحات[٢] (دفعةً[٣]) بأن يشتركا في نصب حبالة[٤] ورمي سهم مثبت[٥]، فيشتركا[٦] في ملك الصيد.

---

(١) بالنصب، خبر ثالث لقوله «يكون». يعني أنّ سبب الشركة قد يكون هو الحيازة في بعض المباحات. والحيازة تتحقق فيما لو اشتركا في نصب حبالة الصيد المشتركة بينهما، أو يشتركان في رمي السهم المشترك لهما، فيحوزان بالنصب أو الرمي طيراً فهو لهما شراكة، وقد تتحقق فيما لو اقتلعا شجرة أو اغترفا ماءً، ولصدور العمل منهما فتكون الشجرة أو الماء شراكة، هذا والحيازة تكون سبباً في الشراكة في الأعيان فقط كما هو واضح.

والحِيازَة من حازَهُ يَحُوزُه حَوْزاً وحِيازَةً: ضمّه وجمعه، و ـ كلّ من ضمّ شيئاً إلى نفسه فقد حازه، و ـ العقارَ: ملكه (أقرب الموارد).

(٢) المراد من «المباحات» هو المشتركات التي لا اختصاص لأحد بها، والناس فيها شرع واحد، فكلّ من حاز يملكه، مثل الحشيش والحطب والحيتان وغير ذلك.

(٣) هذا قيد لقوله «حيازةً». يعني بأن تكون الحيازة دفعةً واحدةً من الشخصين، فإذاً تكون الحيازة سبباً لحصول الشركة بينهما.

(٤) الحِبالةَ ـ بالكسر ـ : المِصْيَدَة، ج حَبائِل، ومنه الحديث: «النساء حبائل الشيطان»، (أقرب الموارد).

يعني أنّ سبب حصول الشركة بالحيازة دفعةً قد يكون نصب حبالة مشتركة بين الشخصين.

(٥) بصيغة اسم الفاعل، صفة لقوله «سهم».

والمراد من السهم المثبت هو الذي يصيب الصيد ويمنعه عن الفرار في مقابل سهم يخطئ راميه فلا يصيب الصيد.

(٦) يعني في صورة اشتراكهما في نصب الحبالة أو إصابة سهمهما تحصل الشركة بينهما في الصيد المأخوذ.

ولو حاز كلّ واحد شيئاً من المباح منفرداً[١] عن صاحبه اختصّ كلّ بما حازه[٢] إن لم يكن عمل كلّ واحد بنيّة الوكالة عن صاحبه[٣] في تملّك نصف ما يحوزه، وإلاّ اشتركا أيضاً على الأقوى[٤]، فالحيازة قد توجب الاشتراك مع التعاقب[٥]، وقد لا توجبه في الدفعة[٦].

---

(١) كما إذا حاز شخص صيداً وحاز الآخر صيداً آخر، فلا تحصل الشركة بينهما في شيء من الصيدين.

(٢) لما سيأتي من أنّ الحيازة سبب للملك، فإذا حاز أحدهما شجرة فتكون ملكاً له، ولا تكون مورداً للشركة إلا إذا جوّزنا شركة الأبدان على ما سيأتي من أنهما يشتركان بعقدٍ على أن يكون عمل أحدهما ملكاً لهما، وسيأتي أنها باطلة إلا من الإسكافي.

(٣) فلو نوى واحد من الشخصين الوكالة عن الآخر في تملّك نصف ما يصيده أو يحوزه فإذاً تحصل الشركة بينهما.

وسيأتي أنه هل تتحقق الوكالة في الحيازة أو لا، فعلى القول بالجواز لو نرى بالحيازة عنه وعن موكله فيكون كل منهما قد حاز النصف فهي لهما، وعلى القول بالعدم فالوكالة لا تقع ونيته لا معنى لها، فالحيازة للأول والملك له فقط بدون اشتراك.

(٤) قوله «على الأقوى» يتعلّق بقوله «اشتركا».

ـ من حواشي الكتاب: وغير الأقوى قول ابن الجيد بشركة الأعمال مطلقاً، أو قول المحقّق، لعدم الاستثناء (حاشية الشيخ علي ﷺ).

(٥) كما لو نوى كلّ من الشخصين الوكالة في تملّك النصف عن الآخر فإذاً تحصل الشركة ولو مع التعاقب أيضاً.

(٦) كما إذا أصاب كلّ شخص صيداً أو شيئاً آخر بنيّة مستقلّة، فلا تحصل الشركة بينهما في الشيء المأخوذ، لأنّ فعل كلّ منهما لا تعلّق له بالآخر وإن حصل الفعلان دفعةً واحدةً.=

(ومزجاً[١]) لأحد ماليهما بالآخر بحيث (لا يتميّز) كلّ منهما عن الآخر بأن يكونا متّفقين جنساً ووصفاً[٢].

فلو امتزجا بحيث يمكن التمييز وإن عسر كالحنطة بالشعير[٣] أو الحمراء من الحنطة بغيرها[٤] أو الكبيرة الحبّ[٥] بالصغيرة ونحو ذلك فلا اشتراك[٦].

= ولعلّ هذا إشارة إلى كون قول المصنّف ﷺ «دفعةً» زائداً، لأنّ الشركة قد تحصل بالتعاقب، كما إذا نوى كلّ منهما الوكالة عن صاحبه في تملّك نصف الشيء المأخوذ بالحيازة، وقد لا تحصل الشركة وإن كانت الحيازة دفعةً واحدةً، كما إذا استقلاّ في نيّة التملّك.

(١) بالنصب، عطف على قوله «إرثاً». يعني أنّ السبب الرابع لحصول الشركة هو مزج أحد مالي الشخصين بالآخر، كما إذا مزج منّ حنطة لأحدهما بمنّ حنطة لآخر بحيث لا يتميّزان، ولا فرق في اختلاط المالين الموجب للشركة بين كونه باختيار المالكين أو بدونه. والمزج قد يتحقق في العين لَمزج الزيت بالزيت، إلا أنه لا يجري في المنفعة، نعم بعضهم فرض مثالاً للمزج بالمنفعة كما لو استأجر شخصٌ دراهم للتزين بها بناءً على جواز ذلك ثم مزجت الدراهم بغيرها حيث كان لكل درهم خصوصية فيتحقق المزج بمنافع الدراهم المستأجرة.

(٢) كما إذا كانت الحنطتان الممزوجتان ذواتا وصفين متّفقين.

(٣) فإنّ الحنطة الممتزجة بالشعير يعسر تمييزهما عرفاً.

(٤) الضمير في قوله «بغيرها» يرجع إلى الحمراء. فإنّ الحنطة الحمراء لو امتزجت بغيرها يعسر تمييزها.

(٥) كما إذا كانت إحدى الحنطتين كبيرة الحبّ والأُخرى صغيرة.

(٦) يعني إذا لم تكن الممتزجتان متّفقتين جنساً ووصفاً، بل كانتا بحيث يمكن التمييز ولو بالعسر فلا تحصل الشركة بينهما.

ولا فرق هنا[١] بين وقوعه اختياراً[٢] أو اتّفاقاً[٣].

(والشركة قد تكون عيناً[٤]) أي في عين، كما لو اتّفق الاشتراك بأحد الوجوه السابقة[٥] في شيء من أعيان[٦] الأموال.

(ومنفعةً[٧]) كالإشتراك في منفعة دار استأجراها[٨] أو عبد أُوصي[٩] لهما بخدمته.

(وحقّاً) كشفعة وخيار ورهن[١٠].

---

(١) المشار إليه في قوله «هنا» هو حصول المزج بين المالين.

(٢) كما إذا مزجهما الشريكان بالاختيار.

(٣) كما إذا اتّفق المزج بلا اختيار.

متعلّق الشركة

(٤) يعني أنّ الشركة قد تحصل في عين، وسيأتي حصول الشركة في منفعة وحقّ أيضاً.

(٥) المراد من «الوجوه السابقة» هو الإرث والحيازة والمزج والعقد.

(٦) كما إذا حصلت الشركة بأحد الأسباب المذكورة في عين، وبعبارة أُخرى: إنّ الشركة في العين تحصل بالإرث أو العقد أو الحيازة أو المزج.

(٧) أي الشركة قد تحصل في منفعة عين، كما إذا استأجر رجلان داراً أو أوصى أحد خدمة عبد لهما.

(٨) الضمير الثاني في قوله «استأجراها» يرجع إلى الدار.

(٩) بصيغة المجهول، والضمير في قوله «لهما» يرجع إلى الشريكين، وفي قوله «بخدمته» يرجع إلى العبد.

(١٠) كما إذا ارتهن رجل دار زيد بدين، ثمّ مات فورث أولاده عنه حقّ الرهن.

وهذه الثلاثة[١] تجري في الأوّلين[٢]، وأمّا الأخيران[٣] فلا يتحقّقان إلاّ في العين.

ويمكن فرض الامتزاج في المنفعة[٤] بأن يستأجر كلّ منهما[٥] دراهم للتزيين بها[٦] حيث نجوّزه[٧] متميّزةً[٨]، ثمّ امتزجت بحيث[٩] لا تتميّز.

---

(١) المراد من قوله «هذه الثلاثة» هو العين والمنفعة والحقّ. يعني أنّ الشركة تحصل في العين والمنفعة والحقّ بالإرث والعقد لا بالحيازة والمزج، فإنّهما يختصّان بالعين.

(٢) أي الأوّلين من الأسباب الأربعة المذكورة للشركة، وهما الإرث والعقد.

(٣) أي الأخيران من الأسباب الأربعة المذكورة للشركة، وهما الحيازة والمزج، فإنّ الشركة بهما لا تتحقّق إلاّ في العين خاصّةً.

(٤) هذا رجوع عن القول باختصاص الأخيرين بالعين، فإنّ المزج الموجب للشركة يمكن فرض وجوده في المنفعة أيضاً، كما إذا استأجرا دراهم متميّزة للزينة، ثمّ امتزجت الدراهم على نحو غير متميّز بعضها من بعض، فيشتركان في منفعة الدراهم الممتزجة.

(٥) الضمير في قوله «منهما» يرجع إلى الشريكين.

(٦) الضمير في قوله «بها» يرجع إلى الدراهم.

(٧) الضمير الملفوظ في قوله «نجوّزه» يرجع إلى الاستيجار المفهوم من قوله «بأن يستأجر».

ـ قال في الحديقة معلّقاً على قوله «نجوّزه»: إشارة إلى الخلاف في جواز إجارة الدراهم وإن كان للتزيين.

(٨) بالنصب، لكونه وصفاً ـ ولو مع الفصل بينه وبين موصوفه ـ للدراهم.

(٩) فلو امتزجت الدراهم بحيث يمكن تمييزها لم تحصل الشركة.

(والمعتبر) من الشركة شرعاً عندنا[1] (شركة العنان) ـ بكسر العين ـ، وهي

المعتبر من الشركة

شركة العنان

(١) أي المعتبر من الشركة في الشرع عند الفقهاء الإماميّة (رحمهم الله) هو شركة الأموال المعبّر عنها بشركة العنان.

إيضاح: قد نقلوا للشركة أقساماً أربعةً يجيء توضيح كلّ واحد منها في العبارات الآتية:

الأوّل: شركة العنان، وهي الشركة في الأموال بأحد الأسباب المذكورة.

الثاني: شركة الأعمال، وهي التعاقد بين الشخصين على أن يعمل كلّ منهما بنفسه ويشتركا في الحاصل من عملهما.

الثالث: شركة المفاوضة، وهي أن يشترك اثنان بعقد لفظيّ على أن يكون بينهما ما يكتسبان.

الرابع: شركة الوجوه، وهي أن يشترك اثنان وجيهان لا مال لهما بعقد لفظيّ، ليبتاعا في الذمّة.

والصحيح من الأقسام الأربعة المذكورة عند الفقهاء الإماميّة ^ هو شركة العنان خاصّة.

وهي شركة الأموال، بمعنى أن يكون لكلٍّ منهما مالٌ، فيمزج كلٌّ مع الآخر، ويشترطان العمل به بأبدانهما، ويتساويان في الربح والخسران مع تساوي المالين، ولا يجوز لأحد الشريكين التصرف في المال المشترك إلا بإذن شريكه.

وهذه الشركة لا بد فيها مع اشتراك المالين من صيغة عقدية من إيجاب وقبول على أن يعملا بالمال المشترك ليكون الربح لهما والخسارة عليهما، وهذا هو المعنى الثاني =

= للشركة، وبهذا المعنى صح إدراجها في باب مستقل من أبواب الفقه، وهي بهذا المعنى يلحقها الحكم الشرعي من الصحة والبطلان، فإذن الشركة عقد على التكسب بالمال المشترك، فإن كان المال مشتركاً قبل المعاملة فهو وإلا لا بد من مزجه ليصير مشتركاً، وهذه الشركة تصح عندنا بلا خلاف فيه، بل عليه الإجماع بقسميه كما في الجواهر. وهذه الشركة تُسمى بشركة العِنان، والعِنان بالكسر هو سَيْر اللجام الذي يمسك به الدابة، والسَيْر هو ما يُقدّ من الجلد بل هو (قَدّةٌ من الجلد مستطيلة)، وإذا تقرر ذلك فقد اختلفوا فيما أخذت منه كلمة شركة العِنان.

فقيل من عَنان الدابة، ولذا قال في المصباح المنير: (وقال بعضهم: مأخوذة من عنان الفرس، لأنه يملك بها ـ أي بشركة العنان ـ التصرف في مال الغير كما يملك التصرف في الفرس بعنانه) انتهى.

أو يقال: إنها مأخوذة من عنان الدابة لاستواء الشريكين في ولاية الفسخ والتصرف واستحقاق الربح على قدر رأس المال كاستواء طرفي العنان.

أو إنها مأخوذة من عنان الدابة لتساوي الفارسين إذا استويا على فرسيهما وتساويا في السير، فيكونان سواء، لكون كل منهما قابضاً على دابته بالعنان يسيرها كيف شاء، فكذلك الشريكان يستويان في التصرف في المال المشترك.

أو إنها مأخوذة من عِنان الدابة، لأن كل واحدٍ منهما يمنع الآخر من التصرف كما يشتهي ويريد كما يمنع العِنانُ الدابّة.

أو إنها مأخوذة من عَنان الدابة، لأن الأخذ بعنان الدابة حبسٌ لإحدى يديه على العنان مع أن يده الأُخرى مطلقة يستعملها كيف شاء، وكذلك الشريك يمنع بالشركة نفسه عن التصرف في المال المشترك كما يشتهي، وهو مطلق التصرف في سائر أمواله.

أن إنها مأخوذة من (عنّ) إذا ظهر، إما لأنه ظهر لكلٍّ منهما مال لصاحبه، وإما لأنها أظهر أنواع الشركة ولذلك أجمع على صحتها. =

شركة الأموال، نسبت إلى العِنان، وهو سير[١] اللجام الذي يمسك به الدابّة، لاستواء[٢] الشريكين في ولاية الفسخ والتصرّف واستحقاق الربح على قدر رأس[٣] المال كاستواء طرفي العنان أو تساوي[٤] الفارسين فيه إذا تساويا في السير،

= أو انها مأخوذة من (المعانّة) وهي المعارضة، فكل واحدٍ منهما عَارَض بما أخرجه ما أخرجه الآخر، وهذا ما قاله الزمخشري، وقد جعله مردداً بين هذا المعنى وبين معنى ثانٍ، وهو أن العِنان مؤلف من طاقين مستويين، وبشركة الأموال يكون الشريكان مستويين في التصرف.

(١) السَيْر: قِدَّة من الجَلد مستطيلة، ج سُيُور، وقد يجمع على أسْيار (أقرب الموارد).

اللِجام: ما يُجعَل في فم الفرس من الحديد مع الحَكَمتَين والعذارين والسير (أقرب الموارد).

(٢) قد ذكر الشارح ﷺ لوجه التسمية المذكورة وجوهاً:

أ ـ أنّ الشريكين يتساويان في ولاية الفسخ والتصرّف واستحقاق الربح في خصوص المال المشترك، مثل استواء طرفي العنان من حيث الطول.

ب ـ أنّ كلّ واحد من الشريكين يمنع الآخر من التصرّف في المال المشترك كيف يشاء، كما يمنع العنان الدابّة.

ج ـ أنّ كلّ واحد من الشريكين يحبس إحدى يديه على المال المشترك ويطلق الأُخرى بالنسبة إلى سائر أمواله، كما أنّ راكب الدابّة يحبس إحدى يديه بأخذ عنان الدابّة ويطلق الأُخرى.

(٣) فإنّ كلّ واحد من الشريكين يتساوى مع الآخر في التصرّف في المال المشترك بمقدار رأس المال الذي هو له.

(٤) بالجرّ، عطف على مدخول الكاف الجارّة في قوله «كاستواء»، والضمير في قوله =

أو لأنّ كلّ[١] واحد منهما يمنع الآخر من التصرّف حيث يشاء كما يمنع العنان الدابّة، أو لأنّ الآخذ[٢] بعنانها يحبس إحدى يديه[٣] عليه ويطلق الأُخرى، كالشريك يحبس يده عن التصرّف في المشترك مع انطلاق يده في سائر ماله[٤].

وقيل: من (عَنَّ) إذا ظهر، لظهور[٥] مال كلّ من الشريكين لصاحبه أو لأنّها أظهر أنواع الشركة.

وقيل: من المُعانَّة[٦]، وهي المعارضة، لمعارضة كلّ منهما بما أخرجه الآخر.

= «فيه» يرجع إلى العنان. يعني أو كتساوي الفارسين في العنان إذا تساويا في السير.

(١) هذا هو الوجه الثاني من الوجوه الثلاثة المذكورة لوجه التسمية.

والضمير في قوله«منهما» يرجع إلى الشريكين.

(٢) هذا هو الوجه الثالث من الوجوه الثلاثة المذكورة لوجه التسمية.

وقوله «الآخذ» بصيغة اسم الفاعل، والضمير في قوله «بعنانها» يرجع إلى الدابّة.

(٣) الضمير في قوله «يديه» يرجع إلى الآخذ، وفي قوله «عليه» يرجع إلى العنان.

(٤) فإنّ الشريك يطلق يده الأُخرى بالنسبة إلى سائر أمواله.

(٥) هذا وجه آخر لوجه التسمية، وهو أخذ العنان من «عَنَّ» بمعنى ظهر الشيء، فإنّ مال كلّ منهما ظاهر لصاحبه.

(٦) هذا وجه آخر لبيان وجه التسمية المذكورة لم يرض الشارح به ولا بما قبله، فلذا عبّر عنهما بـ«قيل».

عانَّهُ مُعانَّةً وعِناناً: عارضه (أقرب الموارد).

(لا شركة[١] الأعمال) بأن يتعاقدا على أن يعمل كلّ منهما بنفسه[٢] ويشتركا في الحاصل[٣]، سواء اتّفق عملهما قدراً[٤] .....

ما لا يصحّ من أنواع الشركة

شركة الأعمال

(١) أي لا تعتبر شركة الأعمال، وهذا هو القسم الثاني من أقسام الشركة. وهي المسماة بشركة الأبدان، بأن يقع العقد بين اثنين على أن يكون أجرة عمل كلٍّ منهما مشتركاً بينهما، سواء اتفقا في العمل كخياطين، أم اختلفا كالخياط مع النّساج، وكذلك تحصل الشركة المذكورة فيما لو وقع العقد بينهما على أن ما يحصله أحدهما كالحيازة فهو لهما على نحو الاشتراك.

فهذه الشركة باطلة ويختص كلّ منهما بأجرته وبما حازه، بلا خلاف في ذلك إلا من ابن الجنيد، ودليلهم الإجماع بعد عدم الدليل الخاص على الجواز من الكتاب والسنة، هذا فضلاً عن عدم تحقق موضوع الشركة هنا، إذ موضوعها المال المشترك وفي هذه الشركة لم يتحقق مزج ماليهما بل كل ما يحصله أحدهما متميزاً عما يحصله الآخر فيكون لصاحبه، لا له ولشريكه.

نعم ما أورده العلامة في التذكرة (من شركة سعد بن أبي وقاص وعبدالله بن مسعود وعمار بن ياسر فيما يغنمونه، فأتى سعد بأسيرين ولم يأتيا بشيء، فأقرهم النبي ﷺ وشركهم جميعاً) غير ثابت من طرقنا ولا يوجد له جابر.

(٢) كما إذا تعاهدا على أن يعمل كلّ منهما بنفسه ويشتركا في الحاصل من العمل.

(٣) أي في الحاصل من عمل كلّ منهما.

(٤) الاستواء في العمل من حيث القدر هو مثل ما إذا عمل كلّ واحد منهما ثماني ساعات في اليوم.

ونوعاً[١] أم اختلف فيهما[٢] أو في أحدهما، وسواء[٣] عملا في مال مملوك أم في تحصيل مباح، لأنّ كلّ واحد منهما متميّز ببدنه[٤] وعمله فيختصّ بفوائده[٥]، كما لو اشتركا في مالين وهما[٦] متميّزان.

(ولا[٧]) شركة (المفاوضة[٨])، .....

---

(١) الاستواء في العمل من حيث النوع هو مثل ما إذا عملا في التجارة أو الزراعة أو غير ذلك.

(٢) الضمير في قوله «فيهما» يرجع إلى القدر والنوع، وكذلك الضمير في قوله «أحدهما». كأن يكون أحدهما خياطاً والآخر نساجاً، وكان أجرة أحدهما أكثر من الآخر، وهذا كله إشارة إلى خلاف بعض العامة، فمنهم من منع من صحتها مطلقاً موافقاً للإمامية، ومنهم من أجازها مطلقاً مع اتفاق الصيغتين لا مع اختلافها، ومنهم من أجازها في غير اكتساب المباح.

(٣) أي لا فرق في عدم اعتبار الشركة في الأعمال بين كون عملهما في مال مملوك ـ كأن يشتركا في تحصيل مال مملوك ـ وبين كون عملهما في تحصيل مال غير مملوك مثل حيازة الحشيش والحيتان وغيرهما من المباحات.

(٤) فإنّ كلّ إنسان متمايز عن غيره من حيث بدنه وأعماله، فلا تتحقّق الشركة في عمله ولا في الحاصل من عمله.

(٥) الضمير في قوله «بفوائده» يرجع إلى العمل.

(٦) الضمير في قوله «وهما» يرجع إلى المالين. يعني كما لا تتحقّق الشركة في المالين المتمايزين كذلك لا تتحقّق في العمل المتمايز عن غيره.

شركة المفاوضة

(٧) عطف على قوله «شركة الأعمال». يعني لا تعتبر شركة المفاوضة.

(٨) فاوَضَهُ في الأمر مُفاوَضَةً: ساواه، و ـ في المال: شاركه فيه. =

وهي[١] أن يشترك شخصان فصاعداً بعقد لفظيّ على أن يكون بينهما ما يكتسبان ويربحان[٢] ويلتزمان[٣] من غرم[٤] ويحصل لهما[٥] من .....

= شركة المفاوضة: بالوصف والإضافة، أي شركة متساويين مالاً وتصرّفاً وديناً، ويقابلها شركة العِنان (أقرب الموارد).

قال الشارح في المسالك: (وهي أن يشترك شخصان فصاعداً على أن يكون بينهما ما يكتسبان ويربحان، ويلتزمان من غرم ويحصل لهما من غنم، فيلزم كل واحدٍ منهما ما يلزم الآخر من أرش جناية وضمان غصب وقيمة مُتلَف وغرامة الضمانِ والكفالةِ، ومقاسمة ما يحصل له من الميراث ويجده من رِكاز ولقطة ويكتسبه في تجارته بماله المختص به، ولا يستثنى من ذلك إلا قوت يومه وثياب بدنه وجارية يتسراها، فإنه لا يشاركه، وكذا يستثنى من الغُرم الجناية على الحر وبّذل الخُلع والصداق إذا أُلزم أحدهما. وقال صاحب إصلاح المنطق: شركة المفاوضة أن تكون مالهما من كل شيء يملكانه بينهما، وهو مخصوص بما ذكرناه، لاستثناء القائل بها بذلك، وهي باطلة إلا عند أبي حنيفة ومن شذّ) انتهى.

وعلى كل فهي باطلة بلا خلاف فيه بيننا لعدم الدليل على جوازها من كتاب أو سنة، ولأن هذه الشركة لا توجب المزج بين المالين، بل يكون كلُّ مالٍ متميزاً عن الآخر، فكما أن الغنم له فالغرم عليه، ولا دليل على أنّ الغرم أو بعضُه على الآخر.

(١) الضمير في قوله «وهي» يرجع إلى شركة المفاوضة.

(٢) عطف على قوله «يكتسبان». يعني أن يتعاقدا بعقد لفظيّ على أن يكون ما يكتسبان وما يحصّلان من الربح بينهما مشتركاً.

(٣) أي يلتزمان بكون الغرم مشتركاً بينهما.

(٤) الغُرْم: ما يلزم أداؤه من المال، ما يُعطى من المال على كره، الضرر والمشقّة (المنجد).

(٥) الضمير في قوله «لهما» يرجع إلى المتعاقدين.

غنم[١]، فيلتزم كلّ منهما للآخر مثل[٢] ما يلتزمه من أرش[٣] جناية وضمان غصب[٤] وقيمة متلف[٥] وغرامة ضمان[٦] وكفالة[٧]، ويقاسمه[٨] فيما يحصل له من ميراث أو يجده[٩] من ركاز[١٠] .....

---

(١) الغُنْم من غَنِمَ الشيءَ غُنْماً: فاز به بلا مشقّة وناله بلا بدل، فهو غانِم (أقرب الموارد).

(٢) مفعول لقوله «فيلتزم».

(٣) الأرْش، ج أُرُوش: الديّة (المنجد).

يعني أنّ كلاً من المتعاقدين يلتزم ويتعهّد أرش الجناية التي يرتكبها الآخر بمقدار السهم الذي يتعيّن بينهم.

(٤) بأن يلتزم كلّ منهما ضمان ما يضمن الآخر بالغصب.

(٥) بصيغة اسم المفعول، بمعنى أن يتعهّد كلّ منهما قيمة ما يتلف بيد الآخر.

(٦) الضمان هو التعهّد بالمال من البريء (اللمعة الدمشقيّة).

(٧) الكفالة هي التعهّد بالنفس (المصدر السابق).

يعني أنّ كلاً من المتعاقدين يلتزم الاشتراك في الغرامة التي تحصل للآخر بسبب ضمانه للمال أو كفالته للنفس.

(٨) قوله «يقاسمه» عطف على قوله «فيلتزم»، والضمير فيه يرجع إلى كلّ واحد منهما. حاصل العبارة هو هكذا: فيلتزم كلّ منهما للآخر مثل ما يلتزمه من أرش جناية (إلى) ويقاسمه فيما يحصل للآخر من ميراث أو يجده الآخر من ركاز.

(٩) عطف على قوله «يحصل».

(١٠) الرِكاز: ما ركزه الله تعالى في المعادن، ج رِكْزان وأرْكِزَة (أقرب الموارد).

وقال في المصباح المنير إنه (المال المدفون في الجاهلية، وهو قول أهل الحجاز، ويُقال هو: المعدن) انتهى.

ولقطة[١] ويكتسبه[٢] في تجارة ونحو ذلك.

ولا يستثنيان[٣] من ذلك إلاّ قوت اليوم وثياب البدن[٤] وجارية[٥] يتسرّى[٦] بها، فإنّ الآخر لا يشارك فيها[٧].

وكذا يُستثنى في هذه الشركة[٨] من الغرم الجناية على الحرّ[٩] وبذل .....

---

(١) اللُقَطَة كهُمَزَة: الشيء الذي تجده مُلقىً فتأخذه، وقال الليث: اللُقْطَة بالسكون ولم تسمع بغيره، وفي التعريفات: «اللُقَطَة هو مال يوجد على الأرض ولا يُعرَف له مالك...»، (أقرب الموارد).

(٢) عطف على قوله «يحصل».

(٣) بصيغة التثنية، والفاعل هو الضمير العائد إلى المتعاقدين، والمشار إليه في قوله «ذلك» هو ما ذكر من الأُمور. يعني أنّ المتعاقدين يتعاهدان الشركة في جميع الأُمور المذكورة، ولا يستثنيان منها إلاّ أُموراً ذكرها الشارح ﷺ.

(٤) المراد من «ثياب البدن» هو ما يلبسه ويحتاج إليه في مقابل ما هو للتجمّل والتزيّن.

(٥) بالنصب، عطف على قوله «قوت اليوم».

(٦) قوله «يتسرّى» أصله تسرّر.

تَسَرَّرَ: اتّخذ سُرِّيَه، ويقال فيه أيضاً: «تَسَرَّى» على الإبدال، كما يقال في تظنَّن تظنّى (المنجد).

والمراد هنا جارية يتمتّع بها بالمضاجعة والوطي.

(٧) الضمير في قوله «فيها» يرجع إلى الأُمور المذكورة.

(٨) المراد من قوله «هذه الشركة» هو شركة المفاوضة.

(٩) فلا شركة فيما غرم أحدهما بسبب الجناية على الحرّ، بخلاف الجناية على المملوك، فإنّها داخل في قوله «من أرش جناية».

الخلع[١] والصداق[٢] إذا لزم[٣] أحدهما.

(ولا) شركة **(الوجوه[٤])**، وهي أن يشترك اثنان وجيهان لا مال لهما بعقد

---

(١) أي بذل المال من جانب الزوجة للزوج للطلاق الخلعيّ، فلا شركة فيه.

ـ من حواشي الكتاب: قوله «وبذل الخلع والصداق...إلخ»، هذا إن لوحظ بالنسبة بالمرأة إذا كانت أحد الشريكين كان داخلاً في الغرم، ويصحّ ظاهر الكلام، وإن لوحظ بالنسبة إلى المرء فيكون داخلاً في الغنم، فلا يصحّ العطف ظاهراً، فلا بدّ أن يقدّر محذوف، أي ويستثنى من الغنم ذلك (الحديقة).

(٢) وهو ما يجعل مهراً للزوجة.

(٣) فاعله هو الضمير العائد إلى كلّ واحد من الأُمور الثلاثة المذكورة، ومفعوله هو قوله «أحدهما»، وضمير التثنية يرجع إلى المتعاقدين.

تقدير العبارة هكذا: ويستثنى من هذه الشركة غرم الجناية على الحرّ وبذل الخلع والصداق إذا لزمت أحد المتعاقدين.

شركة الوجوه

(٤) الوجوه جمع، مفرده الوجه.

الوَجْه: سيّد القوم، ج وُجُوه، يقال: «هم وجوه القوم» أي سادتهم وأعيانهم (أقرب الموارد).

والمراد هنا هو منزلة الشخص ومكانته بين الناس.

إيضاح: قد فسّر الشارح ﷺ شركة الوجوه بثلاثة معانٍ:

الأوّل: شركة اثنين موجّهين لا مال لهما... إلخ.

الثاني: أن يشتري الوجيه الذي لا مال له في الذمّة ويفوّض بيعه إلى غير الوجيه... إلخ.

الثالث: أن يشترك وجيه لا مال له وخامل ذو مال، ليكون العمل من الوجيه والمال من الخامل... إلخ. =

لفظيّ، ليبتاعا[١] في الذمّة على أنّ ما يبتاعه[٢] كلّ منهما يكون بينهما، فيبيعان ويؤدّيان الأثمان[٣]، وما فضل فهو[٤] بينهما، أو أن يبتاع[٥] وجيه في الذمّة ويفوّض

= وسيأتي تفصيل كلّ واحد من هذه التفاسير الثلاثة.

قال الشارح في المسالك: (لشركة الوجوه تفسيرات، أشهرها أن يشترك اثنان وجيهان عند الناس لا مال لهما بعقد لفظي ليبتاعا في الذمة إلى أجلٍ على أن ما يبتاعه كل واحدٍ منهما يكون بينهما، فيبيعان ويؤديان الأثمان، وما فَضَل بينهما.

وقيل: أن يبتاع وجيهٌ في الذمة ويُفوّض بيعه إلى خامل، ويشترط أن يكون الربح بينهما.

وقيل: أن يشترك وجيه لا مال له وخاملٌ ذو مال، ويكون العمل من الوجيه والمال من الخامل، ويكون المال في يده لا يُسلّمه إلى الوجيه والربح بينهما.

وقيل: أن يبيع الوجيهُ مالَ الخامل بزيادة ربح ليكون بعضُ الربح له، والكل عندنا باطل خلافاً لابن الجنيد، فإنه جوّزها بالمعنى الأول، ولأبي حنيفة مطلقاً) انتهى.

وبطلانها للإجماع المدعى ولأنه لا دليل على جوازها، ولأنه لم يتحقق المزج بين المالين فلا يتحقق موضوع الشركة.

(١) أي ليشتريا الأمتعة في الذمّة لمقبوليّتهما بين الناس.

(٢) بمعنى أن يكون ما يشتري كلّ واحد منهما يتعلّق بكليهما.

(٣) بمعنى أنّ المتعاقدين يبيعان ما يشتريان في ذمّتهما بقصد الإشتراك ويؤدّيان أثمان الأشياء التي تعلّقت بذمّتهم.

(٤) الضمير في قوله «فهو» يرجع إلى «ما» الموصولة، والضمير في قوله «بينهما» يرجع إلى المتعاقدين.

(٥) وهذا هو التفسير الثاني من التفاسير الثلاثة المذكورة، وهو أن يشتري صاحب الوجهة والشأن في الذمّة ويفوّض البيع إلى صاحبه.

بيعه إلى خامل[١] على أن يكون الربح بينهما، أو أن يشترك[٢] وجيه لا مال له وخامل ذو مال، ليكون العمل من الوجيه والمال من الخامل، ويكون المال في يده[٣] لا يُسلّمه إلى الوجيه والربح[٤] بينهما أو أن[٥] يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح، ليكون بعضه[٦] له.

وهذه الثلاثة[٧] بمعانيها عندنا[٨] باطلة.

(و) المشتركان شركة العنان[٩] **(يتساويان في الربح والخسران مع تساوي**

---

(١) رجل خامِل: ساقط لا نباهة له، ج خَمَل (أقرب الموارد).

(٢) وهذا هو التفسير الثالث من التفاسير الثلاثة المذكورة.

(٣) الضمير في قوله «يده» يرجع إلى الخامل، والضمير الملفوظ في قوله «لا يسلّمه» يرجع إلى المال.

(٤) بالرفع، عطف على اسم «يكون»، وهو قوله «المال»، والضمير في قوله «بينهما» يرجع إلى المتعاقدين.

(٥) ولا يخفى أنّ هذا ليس تفسيراً مستقلاً رابعاً لشركة الوجوه، بل هو من أفراد التفسير الأخير.

(٦) الضمير في قوله «بعضه» يرجع إلى الربح، وفي قوله «له» يرجع إلى الوجيه.

(٧) المراد من قوله «هذه الثلاثة» هو شركة الأعمال وشركة المفاوضة وشركة الوجوه.

(٨) أي عند الفقهاء الإماميّة &. يعني أنّ الأقسام الثلاثة المذكورة للشركة باطلة عندنا.

أحكام شركة العنان

(٩) قوله «شركة العنان» منصوب، لكونه مفعولاً مطلقاً نوعيّاً للمشتركين. يعني أنّ الشريكين إذا كانت الشركة من قبيل شركة العنان يتساويان في الربح والخسران.

المالين[١]**، ولو اختلفا) في مقدار المال (اختلف) الربح بحسبه**[٢].

والضابط أنّ الربح بينهما على نسبة المال متساوياً[٣] ومتفاوتاً[٤]، فلو عبّر[٥] به

---

(١) أي المالين اللذين جعلاهما مورد الشركة.

(٢) الضمير في قوله «بحسبه» يرجع إلى الاختلاف المفهوم من قوله «ولو اختلفا».
أي بحسب مقدار المال، وكذا عليه من الخسارة بحسب ماله ولم يذكر الماتن الخسارة واقتصر على الربح، لتقدم الربح على الخسارة مع أنه إذا ذكر الربح فيكون حكم الخسارة معروفاً حينئذٍ، بلا خلاف في ذلك، لأن الربح تابعٌ للمال لأنه نماؤه، فإذا كان مال أحدهما مساوياً لمال الآخر كان الربح بينهما بالتنصيف، والخسارة على المال لأن من له الغنم فعليه الغرم، فلو كان أحد المالين كالآخر كان الغرم عليهما بالتنصيف، ومنه يعرف حكم الربح والخسارة، عند اختلاف مقدار المالين.

(٣) فإذا كان المالان متساويين ـ كما إذا جعل كلٌّ واحد منهما خمسين ديناراً ـ فالربح بينهما بالتساوي.

(٤) فإذا كان المالان غير متساويين قدراً كان الربح بينهما بنسبة ماليهما، فمثلاً إذا كان لأحدهما مائة ألف دينار وكان للآخر مائتا ألف دينار وكان الربح خمسة عشر ديناراً كان لصاحب مائتي ألف دينار عشرة دنانير وكان للآخر خمسة دنانير.

(٥) فاعل قوله «عبّر» يرجع إلى المصنّف ﷺ، والضمير في قوله «به» يرجع إلى قول الشارح ﷺ: «والضابط أنّ الربح بينهما على نسبة المال... إلخ». فلو عبّر به أي يكون الربح على نسبة المال، لكان أخصر من عبارة المصنف، لأن المصنف قد ذكر نسبة الربح عند التساوي ونسبته عند اختلاف المالين، ولكان أولى لأن عبارة الشارح تفيد أن الاختلاف في الربح مسبب عن اختلاف المالين، أما عبارة المصنف فلا تدل على أن سبب الاختلاف في الربح هو الاختلاف في المالين، وذلك لو كان لأحدهما ثلثا المال وللآخر الثلثُ الباقي فيجب أن يكون الربح على مقدار نسبة المالين، ولكن لو شُرط =

لكان أخصر وأدلّ على المقصود[١]، إذ لا[٢] يلزم من اختلاف الربح[٣] مع اختلاف المالين كونه[٤] على النسبة.

= بجعل الربح بينهما على أن يكون لصاحب الثلثين ثلاثة أرباع الربح ولصاحب الثلث ربعٌ لصدق اختلاف الربح عند اختلاف المالين كما هو مقتضى عبارة الماتن، مع أن المصنف لا يريد هذه الصورة من عبارته السابقة.

(١) والمقصود هو بيان التساوي والتفاوت في الربح على نسبة ماليهما.

(٢) تعليل من الشارح في كون عبارة المصنّف غير وافيةٍ بالمقصود، وأنّ المصنّف لو أتى بعبارة الشارح: «والضابط أنّ الربح بينهما على نسبة المال متساوياً ومتفاوتاً» كان أخصر وأدلّ، ببيان أنّ قول المصنّف: «ولو اختلفا اختلف الربح» لا يدلّ على أنّ اختلاف الربح كان حسب اختلاف المال، بل يدلّ على مجرّد الاختلاف. فمثلاً إذا كان لأحدهما خمسون ديناراً وللآخر مائة دينار، لكنّهما اشترطا على أن يكون لصاحب الخمسين أربعون بالمائة من الربح ولصاحب المائة ستّون بالمائة فإنّ نسبة الربحين نسبة الخُمسين إلى ثلاثة أخماس، ولكن نسبة المالين نسبة الثلث إلى الثلثين، فلم يكن اختلاف الربحين على حسب اختلاف المالين ولا على تلك النسبة، فعبارة المصنّف ﷺ تشمل هذا الفرض مع أنّه غير مقصود.

فالحاصل أنّ كلمة «لو» تدلّ بالوضع على ملازمة الجزاء للشرط، أي اختلاف الربح ملازم لاختلاف الشريكين في مقدار المال مع أنّ هذه الملازمة غير ثابتة.

(٣) يعني إذا كان الربح مختلفاً وكان المالان أيضاً مختلفين بين الشريكين لم يلزم من ذلك كون الربح على نسبة المالين.

(٤) الضمير في قوله «كونه» يرجع إلى الربح.

(ولو شرطا غيرهما[1]) أي غير التساوي في الربح على تقدير تساوي المالين بأن

---

(١) ضمير التثنية في قوله «غيرهما» يرجع إلى التساوي في الربح والخسران.

أي شرطا زيادة الربح مع تساوي المالين، أو شرطا تساوي الربح والخسران مع تفاوت المالين، وقد وقع الخلاف فيه على أقوال:

الأول: الصحة وإليه ذهب المرتضى مدعياً عليه الإجماع وتبعه عليه جماعة منهم العلامة وولده لعموم **{أوفوا بالعقود}**[1]، ولعموم (المؤمنون عند شروطهم)[2]، ولأصالة الصحة في العقود، وبناء الشركة على الإرفاق لكلٍّ منهما، ومن جملته موضع النزاع.

الثاني: البطلان للشرط مع بطلان عقد الشركة، وذهب إليه الشيخ وابن إدريس والمحقق والقاضي بل نُسب إلى الأكثر، لانتفاء دليل الصحة، ولأنه أكل للمال بالباطل لأن الزيادة ليس في مقابلها عوض لأن الفرض أنه ليس في قبال الزيادة عمل، ولم يقع اشتراط الزيادة في عقد معاوضة كالبيع ليُضم شرط زيادتها إلى أحد العوضين، ولا اقتضى تملكها عقدُ هبة، مع أن الأسباب المثمرة للملك معدودة وليس هذا واحداً منها، فيكون اشتراط الزيادة اشتراطاً لتملك شخص مالَ غيره بغير سببٍ ناقلٍ للملك، وإذا بطل الشرط بطل العقد المشروط، إذ لم يقع التراضي بالشركة ولا الإذن في التصرف إلا على ذلك التقدير، وقد تبيّن فساده فلا يندرج تحت عموم **{أوفوا بالعقود}**[3] ولا تحت بقية العمومات الواردة في دليل القول الأول، والإجماع المدعى من قبل السيد المرتضى على القول الأول معارض بالإجماع المدعى على القول الثاني من ابن إدريس، ومع الغض عن المعارضة فإجماع السيد موهون لذهاب الأكثر إلى خلافه.

الثالث: صحة عقد الشركة دون الشرط، وهو قول أبي الصلاح الحلبي، وهو مبني على أنّ الشرط الفاسد غيرُ مفسدٍ.

---

(١) المائدة، الآية: ١.
(٢) الوسائل، الباب ٢٠، من أبواب المهور، حديث ٤.
(٣) المائدة، الآية: ١

شرطا فيه[١] تفاوتاً حينئذ[٢]، أو غير[٣] اختلاف استحقاقهما في الربح مع اختلاف المالين كمّيةً (**فالأظهر البطلان**) أي بطلان الشرط.

ويتبعه[٤] بطلان الشركة بمعنى الإذن[٥] في التصرّف، فإن عملا كذلك[٦] فالربح تابع للمال وإن خالف الشرط، ويكون لكلّ منهما أُجرة عمله[٧] بعد

---

(١) الضمير في قوله «فيه» يرجع إلى الربح.

(٢) أي حين إذ تساوى المالان. يعني لو التزم المتعاقدان التفاوت في الربح مع تساوي المالين بطل عقد الشركة. وهو القول الثاني المتقدم، هذا والمراد من بطلان الشركة بطلان عقدها، أما نفس الشركة من مزج المالين فلا يملك بطلانها لتحقق المزج في الخارج، ولما كان المراد من الشركة هو عقدها لذا قال الشارح عقيب ذلك: (بمعنى الإذن في التصرف).

(٣) بالنصب، عطف على قوله «تفاوتاً». يعني لو شرطا غير اختلاف الربح مع اختلاف المالين قدراً فالأظهر هو البطلان.

(٤) الضمير في قوله «يتبعه» يرجع إلى بطلان الشرط. يعني إذا بطل الشرط المذكور حكم ببطلان عقد الشركة أيضاً.

(٥) أي المراد من «بطلان الشركة» هو بطلان الإذن في التصرّف، فلا يجوز لأحد منهما التصرّف في المال المشترك.

(٦) المشار إليه في قوله «كذلك» هو بطلان الشركة مع بطلان الشرط. يعني إذا بطل الشرط وتبعه بطلان الشركة لم يجز لهما التصرّف في المال المشترك، فلو عملا كذلك كان الربح تابعاً للمال.

(٧) فيأخذ كلّ منهما أُجرة عمله ويتبع الربح المال.

وضع[١] ما قابل عمله في ماله[٢].

ووجه البطلان بهذا الشرط[٣] أنّ الزيادة الحاصلة في الربح لأحدهما ليس في مقابلها[٤] عوض، ولا وقع اشتراطها[٥] في عقد معاوضة لتضمّ إلى أحد العوضين، ولا اقتضى تملّكها[٦] عقد هبة، والأسباب المثمرة للملك معدودة، وليس هذا[٧] أحدها، فيبطل الشرط، ويتبعه العقد المتضمّن للإذن في التصرّف، لعدم تراضيهما إلاّ على ذلك التقدير[٨] ولم يحصل.

وينبغي تقييده[٩] بعدم زيادة عمل ممّن شرطت له .....

---

(١) بمعنى أنّ أُجرة عمله توضع وتنقص بعد وضع ما يقابل عمله الذي عمل به في ماله.

(٢) الجارّ والمجرور يتعلّقان بقوله «عمله». يعني ينقص من أُجرة عمله ما يقابل عمله في شخص ماله.

(٣) المراد من «هذا الشرط» هو شرط عدم تساوي الربح بنسبة المالين أو شرط عدم اختلافهما في الربح مع اختلاف كمّيّة المالين.

(٤) الضمير في قوله «مقابلها» يرجع إلى الزيادة. يعني أنّ الربح الزائد عن مقدار مال أحد منهما لا يوجد له وجه مملّك شرعيّ من حيث العوض ولا من حيث الشرط.

(٥) الضمير في قوله «اشتراطها» يرجع إلى الزيادة.

(٦) مفعول لقوله «اقتضى». يعني ولم يقتض اختصاص زيادة الربح بأحدهما عقد هبة.

(٧) المشار إليه في قوله«هذا» هو اشتراط الزائد على النحوين المذكورين في الهامش ٨ من هذه الصفحة.

(٨) المراد من «ذلك التقدير» هو الشرط الفاسد المذكور على النحوين المشار إليهما في الهامش ٣ .

(٩) أي تقييد البطلان المذكور.

الزيادة[١]، وإلاّ[٢] اتّجه الجواز[٣].

وقيل: يجوز مطلقاً[٤]، لعموم الأمر بالوفاء بالعقود[٥]، والمؤمنون عند شروطهم، وأصالة[٦] الإباحة، وبناء[٧] الشركة على الإرفاق[٨]، ومنه[٩] موضع النزاع[١٠].

(وليس لأحد الشركاء التصرّف) في المال المشترك **(إلاّ بإذن الجميع)**[١١]، لقبح

---

(١) نائب فاعل لقوله «شرطت».

(٢) أي وإن شرطت لأحدهما الزيادة في الربح بعد شرط الزيادة في العمل اتّجه القول بالجواز.

(٣) أي وإن شرطت الزيادة في الربح لمن له زيادة عمل فهو جائز بلا خلاف فيه ولا إشكال، بل ظاهر التذكرة الإجماع عليه.

(٤) سواء زاد عمل من شرطت له الزيادة أم لا.

(٥) في قوله تعالى: {أوفوا بالعقود}.

(٦) بالجرّ، عطف على مدخول اللام الجارّة في قوله «لعموم الأمر».

(٧) هذا دليل رابع لجواز زيادة أحدهما في الربح، وهو أنّ الشركة بنيت على الإرفاق.

(٨) الإرفاق من الرِفْق ـ بالكسر ـ: لين الجانب واللطف ضدّ العنف، يقال: «عامله بالرِفْق» (أقرب الموارد).

(٩) الضمير في قوله «منه» يرجع إلى الإرفاق.

(١٠) المراد من «موضع النزاع» هو جواز شرط زيادة أحدهما في الربح.

(١١) بما أن الشركة على معنيين، فالأول هو اجتماع حق الملاّك في الواحد على سبيل الشياع بسبب الإرث أو العقد أو الحيازة أو المزج، وهذه الشركة لو تمت فلا يجوز لأحد الشريكين التصرف في المال المشترك إلا مع إذن بقية الشركاء، لحرمة التصرف في مال الغير بغير إذنه، ومجرد اشتراك المال لا يدل على الإذن، سواء كان الاشتراك باختيار =

التصرّف في مال الغير بغير إذنه عقلاً[١] وشرعاً[٢].

(ويقتصر[٣] من التصرّف على المأذون) على تقدير حصول الإذن، **(فإن تعدّى[٤])** المأذون **(ضمن)**.

= الشركاء أم لا، لأن الإذن بالتصرف أمرٌ زائد على مفهوم الشركة بهذا المعنى.

والمعنى الثاني للشركة هو عقد ثمرته جواز التصرف في المال المشترك لتحصيل الربح على أن يكون الربح لهما والخسران عليهما بنسبة المال، والشركة بهذا المعنى تدل على الإذن بالفحوى، لأن العقد هنا لا بد أن يدل على عملهما بالمال المشترك، ودلالته على العمل دلالة على إذن كلٍّ منهما بالتصرف للآخر.

(١) فإن العقل يحكم بحرمة التصرّف في المال المشترك بلا إذن الشريك، لأنّه من قبيل الخيانة في الأمانة، وهو قبيح عقلاً.

(٢) إشارة إلى الروايات الموجودة في مظانّها، منها ما عن الحسين بن المختار قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام : الرجل يكون له الشريك فيظهر عليه قد اختان شيئاً، أله أن يأخذ منه مثل الذي أخذ من غير أن يبيّن له؟ فقال: شوه، إنّما اشتركا بأمانة الله، وإنّي لأُحبّ له إن رأى شيئاً من ذلك أن يستر عليه، وما أُحبّ أن يأخذ منه شيئاً بغير علمه[١].

(٣) فاعله هو الضمير العائد إلى المتصرّف المفهوم من قوله «التصرّف» أو إلى المفهوم من قوله «بإذن». يعني أنّ المتصرّف المأذون يقتصر على التصرّف الذي أذن فيه الشركاء. فإن أطلقوا الإذن تصرف كيف شاء من وجوه التجارة والاسترباح، مرابحة ومساومة وتولية، وإن قيّدوا الإذن تصرف على مقدار خصوص الإذن كما هو واضح.

(٤) أي إن تجاوز عن قدر التصرّف المأذون كان ضامناً، للخيانة الحاصلة منه. لقاعدة اليد (على اليد ما أخذت حتى تؤدي)، لأنه متصرف في مال الغير بغير إذنه، وهو مما لا إشكال فيه.

---

(١) الوسائل، الباب ـ ٥ ـ من أبواب كتاب الشركة، حديث ١.

واعلم أنّ الشركة كما تطلق على اجتماع حقوق الملاّك[١] في المال الواحد على أحد الوجوه السابقة[٢] كذلك تطلق[٣] على العقد[٤] المثمر جواز تصرّف الملاّك في المال المشترك، وبهذا المعنى اندرجت الشركة في قسم العقود[٥]، وقبلت[٦] الحكم بالصحّة والفساد لا بالمعنى الأوّل[٧]، والمصنّف ﷺ أشار إلى المعنى الأوّل[٨] بما افتتح[٩] به من الأقسام، وإلى .....

(١) المُلاّك بضمّ الميم وتشديد اللام جمع المالك.

المالِك: اسم فاعل وصاحب المُلك، ج مُلاّك ومُلَّك (أقرب الموارد).

(٢) وهي الإرث والعقد والحيازة والمزج (الحديقة).

(٣) نائب الفاعل هو الضمير الراجع إلى الشركة.

(٤) وهو من العقود الجائزة يؤدّى بأيّ لفظ كان، ولو عيّنا أجلاً لم يلزم إلى هذا الأجل أيضاً (الحديقة).

(٥) فتكون الشركة بهذا المعنى من العقود، وتخرج عن الإيقاعات وغيرها، كما لا يخفى.

(٦) يعني أنّ الشركة بمعنى كونها عقداً مثمراً لجواز تصرّف الملاّك في المال المشترك تقبل الحكم بالصحّة والفساد، بمعنى أنّها يحكم بكونها صحيحة أو فاسدة.

(٧) المراد من قوله «المعنى الأوّل» هو اجتماع حقوق الملاّك في المال الواحد على أحد الوجوه الماضية. يعني أنّ الشركة بهذا المعنى لا تتّصف بالصحّة والفساد، لأنّ الشركة بهذا المعنى إمّا موجودة أم لا، فلا معنى لاتّصافها بالصحّة والفساد، بل أمرها دائر بين الوجود والعدم، وهو واضح.

(٨) المراد من قوله «المعنى الأوّل» هو اجتماع حقوق الملاّك في المال الواحد.

(٩) أي ابتدأ به المصنّف ﷺ عند بيان أسباب الشركة، فإنّ المصنّف قال في ابتداء كتاب الشركة: «وسببها قد يكون إرثاً وعقداً... إلخ».

الثاني[١] بالإذن المبحوث عنه هنا[٢].

(ولكلّ) من الشركاء **(المطالبة بالقسمة** [٣] **عرضاً**[٤]) ـ بالسكون ـ، وهو ما عدا

---

(١) المراد من «الثاني» هو كونها عقداً مثمراً لجواز تصرّف الملاّك في المال الواحد المشترك.

(٢) أي أشار إلى المعنى الثاني بقوله «ويقتصر من التصرّف على المأذون».

وفيه: إنّ المصنف قد أشار إلى القسم الثاني عند تعرضه لشركة العنان، بل هو بيان لتمام القسم الثاني من الشركة حينئذٍ، وأما الإذن المبحوث عنه هنا فهو إشارة إلى المعنى الأول، لأن المعنى الثاني مما يجوز للشريك التصرف في المشترك لتحقق الإذن، فنفي التصرف للشريك إلا بعد إحراز الإذن كما هو عبارة الماتن هنا إنّما يجري في المعنى الأول كما هو واضح.

(٣) الشركة بمعنييها غير لازمة، وعليه فيجوز لكل شريك أن يطالب بالقسمة، أما الشركة بالمعنى الأول فواضح إذ لا يجب على الإنسان مخالطة غيره في ماله، مع أن الأصل أن يتصرف كلّ منهما في ماله كيف شاء، ومن جملة التصرف إفرازه وقسمته عن غيره.

وأما الشركة بالمعنى الثاني فهي عقدٌ، ومرجعه إلى الإذن للغير في التصرف مع مزج المالين، والإذن في معنى الوكالة، فيجوز له أن يرجع في الإذن كما يرجع في وكالته. والقِسْمَة: النصيب، ج قِسَم (أقرب الموارد).

(٤) قال في المصباح (العَرَض بفتحتين متاع الدنيا، والعَرْض بالسكون المتاع، قالوا: والدراهم والدنانير عينٌ وما سواهما عَرْضٌ، والجمع عُروض مثل فلس وفُلوس، وقال أبو عبيد: العُروض الأمتعة التي لا يدخلها كيلٌ ولا وزن ولا تكون حيواناً ولا عقاراً) انتهى، وفي مجمع البحرين: (العَرْض بفتح العين جمعه عُروض كفلس وفلوس، وكل شيء عَرْضٌ سوى الدراهم والدنانير) وعليه فإذا كان العَرْض هو كل متاع سوى النقدين فالمعنى أن أحد الشريكين لو طالب بالقسيمة فله المطالبة بالعين الموجودة =

النقدين (**كان المال، أو نقداً**[١]).

(**والشريك أمين**)[٢] على ما تحت يده [٣] من المال المشترك [٤] المأذون له في وضع يده[٥] عليه (**لا يضمن**[٦] **إلاّ بتعدّ**)، وهو فعل ما لا يجوز فعله[٧] في المال، (**أو**

= المشتركة بينهما، لأنّ حقه منحصر فيها سواء كانت العين نقداً أم عَرْضاً، وليس له المطالبة بأن يدفع الشريك قيمة ما للشريك الآخر من دراهم ودنانير لو كان المال المشترك عرْضاً، نعم له المطالبة بالنقد إذا كان المال المشترك نقداً.

والعَرْض: المتاع، و ـ كلّ شيء سوى النقدين، قالوا: الدراهم والدنانير عين وسواهما عَرْض، ج عُرُوض (أقرب الموارد).

(١) النقد هو الدرهم والدينار.

(٢) لأنه مع الإذن ـ كما عرفت ـ يكون وكيلاً، والوكيل أمين من قبل المالك، ولا يضمن الأمين لو تلف المتاع تحت يده بغير تفريط بلا خلاف ولا إشكال، وستمرّ عليك النصوص الكثيرة في الوديعة[١] والعارية[٢] والإجارة[٣] على أنّ الأمين لا يضمن.

(٣) الضمير في قوله «يده» يرجع إلى الشريك.

(٤) صفة للمال. يعني أنّ الشريك أمين بالنسبة إلى المال الذي يكون تحت يده، وهو مأذون في التصرّف فيه.

(٥) الضمير في قوله «يده» يرجع إلى الشريك، وفي قوله «عليه» يرجع إلى المال.

(٦) فإذا كان الشريك أميناً على وضع يده على المال المشترك لم يضمن، لإطلاق قولهم: «الأمين لا يضمّن».

(٧) الضمير في قوله «فعله» يرجع إلى «ما» الموصولة. والتعدي فعلٌ وجودي بأن يفعل في المال ما لا يجوز فعله.

---

(١) الوسائل، الباب ـ ٤ ـ من أبواب الوديعة. (٢) الوسائل، الباب ـ ١ ـ من أبواب العارية.
(٣) الوسائل، الباب ٢٨ و٢٩ و٣٠ من أبواب الإجارة.

تفريط)، وهو التقصير في حفظه[١] **وما**[٢] **يتمّ به صلاحه.**

(ويقبل يمينه[٣] **في التلف)** لو ادّعاه بتفريط وغيره[٤] **(وإن كان السبب ظاهراً**[٥]**)** كالحرق والغرق.

وإنّما خصّه[٦]، لإمكان إقامة البيّنة .....

---

(١) الضمير في قوله «حفظه» يرجع إلى المال، وكذلك الضمير في قوله «صلاحه».

(٢) أي التقصير في رعاية ما يتمّ به صلاح المال من تقليبه ونقله وأمثالها. والتفريط أمرٌ عدمي، بأن يترك فعلاً يجب فعله لحفظ المتاع، وعلى كلٍّ فمع التعدي والتفريط يكون خائناً بسبب فعله فيضمن لعموم (على اليد ما أخذت حتى تؤدي).

(٣) الضمير في قوله «يمينه» يرجع إلى الشريك. فإذا ادّعى الشريك التلف لم تطلب منه البيّنة، بل قبلت يمينه في إثبات دعواه لتلف المال. فلو ادعى الشريك تلف المال المشترك، سواء ادعى التلف لسببٍ ظاهرٍ كالفرق أو الحرق، أو ادعاه لسبب خفي كالسرقة، يقبل قوله مع يمينه في دعوى التلف لأنه أمين، والأمين مُصدّق، وخالف بعض العامة وهو الشافعي فأوجب عليه البينة في الأول وهو ضعيف. والشريك المدعي قد جعلنا مُنكراً لأن شريكه لمّا لم يصدقه في دعواه فكأنه ادعى عليه الخيانة بالتفريط أو التعدي وهو ينكر فلذا قُدّم قوله مع يمينه.

(٤) والضمير في قوله «غيره» يرجع إلى التفريط. يعني لا فرق في قبول يمين الشريك بين أن يدّعي الشريك الآخر تلف المال المشترك في يده بالتفريط ـ بأن قال: فرّطت فتلف ـ وبين غيره.

(٥) أي وإن كان سبب التلف ظاهراً، وبذكره أشار إلى القول بعدم قبول يمينه في التلف إذا كان بسبب ظاهر وأنّ الشريك تطلب منه البيّنة.

(٦) فاعله هو الضمير العائد إلى المصنّف ﷺ، وضمير المفعول يرجع إلى السبب الظاهر.

عليه[١]، فربّما احتمل[٢] عدم قبول قوله[٣] فيه، كما ذهب إليه[٤] بعض العامّة، أمّا دعوى تلفه بأمر خفيّ كالسرق[٥] فمقبول إجماعاً.

(ويكره مشاركة الذمّيّ[٦] وإبضاعه)[٧]، .....

(١) الضمير في قوله «عليه» يرجع إلى السبب الظاهر.

(٢) أي ربّما يحتمل عدم قبول دعوى الشريك التلف إذا كان بسبب ظاهر.

(٣) الضمير في قوله «قوله» يرجع إلى الشريك، وفي قوله «فيه» يرجع إلى السبب الظاهر.

(٤) الضمير في قوله «إليه» يرجع إلى عدم القبول.

(٥) فإنّ السرق لا يكون إلاّ في الخفاء، فلو ادّعى الشريك تلف ما في يده بالسرقة قُبِل قوله باليمين بلا خلاف فيه.

حكم مشاركة الذمّيّ

(٦) يعني تكره الشركة مع الذمّيّ، وكذا يكره إبضاعه وإيداعه، للرواية التي سيشير إليها.

(٧) للأخبار.

منها: خبر ابن رئاب عن أبي عبدالله عليه السلام (لا ينبغي للرجل المسلم أن يشارك الذمّي ولا يبضعه بضاعة، ولا يودعه وديعة، ولا يصافيه المودّة)[١]، وخبر السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام (أن أمير المؤمنين عليه السلام كره مشاركة اليهودي والنصراني والمجوسي، إلا أن تكون تجارة حاضرة لا يغيب عنها المسلم)[٢].

والثاني: مطلق يشمل الذمي والحربي، والأول مقيّد بالذمي، غير أن ضالة الإطلاق والتقييد لا تجري في غير الأحكام الإلزامية، فإطلاق الخبر الثاني غير مقيد وهو دال على مطلق الكافر، وهذا ما عليه فتوى القوم، وقد نفى عنه الخلاف في الغنية.

(١) الوسائل، الباب ٢ من أبواب كتاب الشركة، حديث ١.

(٢) المصدر السابق، حديث ٢.

وهو[١] أن يدفع[٢] إليه مالاً يتّجر فيه[٣] والربح لصاحب المال خاصّةً[٤]، **(وإيداعه[٥])**، لقول الصادق عليه السلام: «لا ينبغي للرجل المسلم أن يشارك الذمّيّ، ولا يبضعه بضاعة، ولا يوجعه وديعة، ولا يصافيه المودّة»[٦].

(ولو باع الشريكان سلعة[٧] صفقةً[٨] وقبض أحدهما من .....

---

(١) الضمير في قوله «وهو» يرجع إلى الإبضاع. يعني أنّ المراد من الإبضاع هو دفع المال إلى الذمّيّ حتّى يتّجر به ويكون الربح لصاحب المال خاصّةً.

والمراد من الذمّيّ هو أهل الكتاب من اليهود والنصارى والمجوس.

(٢) ضمير الفاعل يرجع إلى المسلم، والضمير في قوله «إليه» يرجع إلى الذمّيّ.

(٣) الضمير في قوله «فيه» يرجع إلى المال.

(٤) فلا شركة للذمّيّ في الربح، بل يكون له أُجرة عمله.

(٥) عطف على قوله «مشاركة الذمّيّ»، والضمير فيه يرجع إلى الذمّيّ. يعني ويكره أيضاً جعل المال أمانةً في يد الذمّيّ.

(٦) الرواية هي خبر ابن رئاب المتقدم.

بيع الشريكين صفقةً وقبض أحدهما من الثمن

(٧) السِلْعَة ج سِلَع: المتاع وما يتاجَر به (المنجد).

(٨) إذا باع الشريكان سلعة بينهما صفقة، ثم استوفى أحدهما من المشتري شيئاً من الثمن بنيّة أنه له، شاركه الآخر فيه، على المشهور، لأن كلّ جزء من الثمن مشترك بينهما، فما يحصل من الثمن فهو لهما، وللأخبار.

منها: المرسل عن أبي حمزة (سُئل أبو جعفر عليه السلام عن رجلين بينهما مال، منه بأيديهما ومنه غائب عنهما، فاقتسما الذي بأيديهما، وأحال كلّ واحد منهما من نصيبه الغائب، فاقتضى أحدهما ولم يقتضِ الآخر، قال عليه السلام: ما اقتضى أحدهما فهو بينهما، ما يُذهب بماله)[١]. =

---

(١) الوسائل، الباب ـ ٦ـ من أبواب كتاب الشركة، حديث ١.

ثمنها[١] **شيئاً شاركه الآخر فيه**[٢]) على المشهور، وبه أخبار كثيرة[٣]، ولأنّ كلّ جزء من الثمن مشترك بينهما[٤]، فكلّ ما حصل منه[٥] بينهما كذلك[٦].

= ووجه الاستدلال أنّ المال الغائب لما كان مالاً مشتركاً فما يحصل لأحدهما فهو بينهما، فكذلك الثمن فهو مال مشترك لهما فما يحصل لأحدهما فهو لكليهما وخالف ابن إدريس إلى أن لكلٍّ منهما ما يقبضه ولا يشاركه الآخر فيه بدليلين:

الأول: أن لكل واحدٍ من الشريكين أن يُبرئ الغريم ـ وهو المشتري ـ من حقه، ويهبّه ويصالح على شيء منه دون الآخر، ومتى أبرأه برئ الغريم من حق الشريك المُبرئ وإن بقي حق الشريك الآخر، وكذا إذا صالح، وعليه فكما لا يشارك الآخرُ الشريكَ المصالح والبريء فكذا لا يشاركه لو استوفى.

الدليل الثاني: أن متعلق الشركة بينهما هو العين، وقد ذهبت ولم يبقَ منها إلا عوضها، وهو دين في ذمة المشتري، فإذا أخذ أحدهما نصيبه لم يكن قد أخذ عيناً من أعيان الشركة فلا يشاركه الآخر فيما أخذ، لأنّ ما في الذمة لا يتعين إلا بقبض المالك أو وكيله، والمفروض هنا أن الشريك القابض لم يقبض إلا لنفسه فكيف نحكم بكون الآخر له شيء في المقبوض.

والصَفْقَة: ضرب اليد على اليد في البيع، و ـ البَيْعَة، قالوا: لا يجوز تفريق الصفقة أي العقد الواحد قبل التمام، وكانت صفقة البيع عند العرب أن يضرب المشتري بيده على يد البايع إن رضي البيع، ثمّ سمّي عقد البيع الصفقة (أقرب الموارد).

(١) الضمير في قوله «ثمنها» يرجع إلى السلعة.

(٢) الضمير في قوله «فيه» يرجع إلى الشيء الذي قبضه أحد الشريكين من ثمن السلعة.

(٣) راجع كتاب الوسائل: ج١٣، ص ١٧٤، ب١ من أبواب كتاب الشركة.

(٤) أي بين الشريكين.

(٥) الضمير في قوله «منه» يرجع إلى الثمن.

(٦) أي يكون كلّ ما يحصل من الثمن مشتركاً بينهما.

وقيل[١]: لا يشارك، لجواز أن يبرئ[٢] الغريم من حقّه[٣]، ويصالحه[٤] عليه[٥] من غير أن يسري[٦] إلى الآخر، فكذا[٧] الاستيفاء، ولأنّ[٨] متعلّق الشركة هو العين وقد ذهبت، والعوض أمر كلّيّ لا يتعيّن إلاّ بقبض المالك أو وكيله، ولم يتحقّق[٩] هنا بالنسبة إلى الآخر، .....

---

(١) القائل هو ابن إدريس ﷺ، فإنّه رأى أنّ ما قبضه أحد الشريكين لا يكون مشتركاً بينهما.

(٢) فاعله هو الضمير العائد إلى الشريك غير القابض من الثمن شيئاً.

والمراد من «الغريم» هو المشتري.

(٣) الضمير في قوله «حقّه» يرجع إلى الشريك غير القابض.

(٤) ضمير الفاعل في قوله «يصالحه» يرجع إلى الشريك غير القابض، والضمير الملفوظ يرجع إلى الغريم الذي هو المشتري.

(٥) الضمير في قوله «عليه» يرجع إلى الحقّ.

(٦) فاعله هو الضمير العائد إلى كلّ واحد من الإبراء والمصالحة. يعني يمكن أن يبرئ الشريك غير القابض الغريم من حقّه أو يصالحه من دون أن يسري كلّ منهما إلى شريكه القابض.

(٧) يعني وكذا استيفاء الشريك جزءٌ من الثمن لا يسري إلى الشريك غير القابض.

(٨) هذا دليل ثانٍ لقول ابن إدريس ﷺ بعد اشتراك الشريك غير القابض فيما قبضه الآخر، وهو أنّ متعلّق الشركة هو العين والحال أنّ العين بيعت وذهبت، والعوض أمر كلّيّ في الذمّة لا يتعيّن إلاّ بقبض مالكه أو وكيله، ولم يتحقّق هنا قبض المالك ولا قبض وكيله، فلا اشتراك فيما قبضه أحد الشريكين من الثمن.

(٩) فاعله هو الضمير العائد إلى القبض، والمشار إليه في قوله «هنا» هو قبض أحد الشريكين شيئاً من الثمن.

لأنّه[١] إنّما قبضه[٢] لنفسه.

وعلى المشهور[٣] لا يتعيّن[٤] على الشريك غير القابض مشاركته[٥]، بل يتخيّر[٦] بينها وبين مطالبة الغريم[٧] بحقّه، ويكون قدر حصّة .....

---

(١) الضمير في قوله «لأنّه» يرجع إلى الشريك القابض شيئاً من الثمن.

(٢) أي قبض شيئاً من الثمن بقصد أن يتعلّق بنفسه خاصّةً.

(٣) يعني أنّ الشريك غير القابض بناءً على القول المشهور ـ وهو مشاركة الشريك غير القابض مع الشريك القابض فيما قبض من الثمن ـ مخيّر بين المشاركة وغيرها.

(٤) قوله «لا يتعيّن» بصيغة المعلوم، والفاعل هو قوله «مشاركته». يعني أنّ الشريك غير القابض لا يجبر على الشركة فيما قبض الآخر من الثمن، بل يتخيّر بينه وبين مطالبة المشتري بمقدار حقّه.

(٥) الضمير في قوله «مشاركته» يرجع إلى الشريك القابض. وسبب التخيير أن المال الكلي في الذمة وهو عوض العين قد طلب الشريك الأول منه شيئاً فإذا قبضه تعيّن أن يكون له، لما مرّ من أنه يتعين بالقبض، وعليه فإذا أجاز الشريك الثاني هذا القبض فيكون القبض عنهما وهولهما، وإن لم يُجز فيبقى حقه في ذمة الغريم يطالبه.

وفيه: إن هذا مخالفٌ لما تقدم أن كل جزء من الثمن مشترك ولذا كان ما قبضه أحدهما فهو لهما معاً.

وعلى كلٍّ فعلى التخيير فتكون حصة الشريك غير القابض عند الشريك القابض كالمتاع تحت يد الفضولي، فإن أجاز الشريك غير القابض هذا القبض فالمقبوض لهما، والنماء تابع للأصل فيكون النماء لهما أيضاً.

(٦) فاعله هو الضمير العائد إلى الشريك غير القابض، والضمير في قوله «بينها» يرجع إلى المشاركة.

(٧) المراد من قوله «الغريم» هو المشتري. والضمير في قوله «بحقّه» يرجع إلى الشريك غير القابض.

الشريك[١] في يد القابض[٢] كقبض الفضوليّ[٣] إن أجازه[٤] ملكه[٥]، ويتبعه[٦] النماء، وإن ردّه[٧] ملكه[٨] القابض، ويكون[٩] مضموناً عليه على التقديرين[١٠].

---

(١) أي الشريك الآخر الذي لم يقبض.

(٢) أي في يد الشريك القابض.

(٣) أي كما أنّ ما يقبضه الفضوليّ حقّ للمالك ويحتاج إلى إجازته كذلك في المقام يكون ما أخذه الشريك القابض ـ وهو حصّة الشريك غير القابض ـ من المشتري حقّاً له ومحتاجاً إلى إجازته، فإن أجازه ملكه، وإلاّ فلا يملكه الشريك غير القابض، بل يملكه نفس القابض.

(٤) فاعله هو الضمير العائد إلى الشريك غير القابض، ومفعوله هو الضمير العائد إلى القبض.

(٥) فاعله هو الضمير العائد إلى الشريك غير القابض، ومفعوله هو الضمير الملفوظ العائد إلى قدر حصّته الذي أخذه الشريك القابض.

(٦) الضمير في قوله «تبعه» يرجع إلى قدر حصّة الشريك غير القابض. يعني إذا أجاز الشريك غير القابض أخذ الشريك القابض قدر حصّته فإذاً يتبعه ملك النماء الحاصل فيه.

(٧) فاعله هو الضمير العائد إلى الشريك غير القابض، والضمير الملفوظ يرجع إلى القبض.

(٨) الضمير الملفوظ في قوله «ملكه» يرجع إلى قدر الحصّة. يعني إذا ردّ الشريك غير القابض قبض مقدار حصّته ملك المقدار المذكور نفس القابض.

(٩) اسم «يكون» هو الضمير العائد إلى قدر الحصّة.

(١٠) المراد من «التقديرين» هو الردّ والإجازة. يعني أنّ قدر الحصّة المقبوض يكون مضموناً على القابض على تقدير الإجازة والردّ. هذا والمراد أن الضمان على القابض =

ولو أراد[١] الاختصاص بالمقبوض بغير إشكال فليبع[٢] حقّه[٣] للمديون على وجه يسلم من الربا[٤] بثمن[٥] معيّن، فيختصّ[٦] به، وأولى منه[٧] الصلح .....

= فيما قبضه قبل اختيار الشريك، سواء اختار فيما بعد الإجازة أو الرد، وليس المراد الضمان بعد الإجازة أو الرد، لأنه مع الإجازة فلا ضمان لأنه أمين، ومع الرد فلا ضمان لاختصاص المال بالقابض.

(١) فاعله هو الضمير العائد إلى الشريك القابض. يعني لو أراد القابض اختصاصه بما قبضه بلا إشكال وضمان فليبع حقّه للمشتري بثمن معيّن لا بثمن كلّيّ، لأنّه لو باعه بثمن كلّيّ اشترك الشريك غير القابض فيما يقبضه من الثمن.

ولا يخفى أنّ الفرض المذكور هو أحد الطرق التي سيذكرها الشارح & لاختصاص القابض بملك ما يقبضه، وسيشير إلى باقيها.

(٢) فاعله هو الضمير العائد إلى الشريك القابض.

(٣) الضمير في قوله «حقّه» يرجع إلى القابض.

والمراد من «المديون» هو المشتري. فالبيع بحيث يبيع الشريك حقه من الثمن للمشتري المديون بثمن معين على وجهٍ يسلم من الربا، فيختص الشريك حينئذٍ بالثمن المعين المقبوض، وكذا لو صالح عن حقه بثمن معين على وجهٍ يسلم من الربا.

(٤) فلو كان المال المشترك حنطة فليبع حقّه في مقابل الدرهم أو الحنطة بغير زيادة عن حقّه.

(٥) الجارّ والمجرور يتعلّقان بقوله «فليبع».

(٦) فاعله هو الضمير العائد إلى القابض، والضمير في قوله «به» يرجع إلى المقبوض.

(٧) الضمير في قوله «منه» يرجع إلى البيع، وهذا هو الطريق الآخر لاختصاص القابض بالمقبوض، وهو أن يصالح المشتري على حقّه. وجه الأولوية أن الربا يجري في البيع بالاتفاق بخلاف الصلح فإن فيه خلافاً.

عليه[١]، أو يبرئه[٢] من حقّه[٣] ويستوهب[٤] عوضه، أو يحيل به[٥] على المديون، أو يضمنه له[٦] ضامن.

وموضع الخلاف[٧] مع حلول الحقّين فلو كان أحدهما[٨] مؤجّلاً لم .....

---

(١) الضمير في قوله «عليه» يرجع إلى المقبوض.

(٢) فاعله هو الضمير العائد إلى القابض، والضمير الملفوظ يرجع إلى المديون أعني المشتري.

(٣) الضمير في قوله «حقّه» يرجع إلى القابض.

(٤) أي يقبل عوض حقّه بعنوان الهبة. كأن يقول الشريك للمشتري: أبرأتك من حقي من ثمن المتاع بشرط أن تهبني عوضاً معيناً.

(٥) بمعنى أنّ القابض يحيل شخصاً آخر على المديون لقبض حقّه، وهذا هو الطريق الثالث من الطرق.

(٦) الضمير في قوله «له» يرجع إلى القابض. فالمعنى هو أن يضمن حقّه شخص ثالث عن المديون أعني المشتري، وهذا طريق رابع من الطرق.

(٧) يعني أنّ موضع الاختلاف في مشاركة غير القابض فيما قبض الشريك وعدمها إنّما هو في فرض كون الحقّين حالّين بأن باعا حالاً لا مؤجّلاً فقبض أحدهما مقدار حصّته من الثمن ولم يقبض الآخر، فهنا يجري الخلاف المتقدّم في أنّه هل يشاركه الآخر الذي لم يقبض أم لا؟

(٨) ضمير التثنية في قوله «أحدهما» يرجع إلى الحقّين. يعني لو كان أحد الحقّين مؤجّلاً لم يشترك غير القابض فيما يقبضه الآخر، مثلاً إذا باع الشريكان غنماً مشتركاً بينهما بألف درهم، لكن باع أحدهما حقّه بخمسمائة درهم حالاً وأخذه وباع الآخر بها مؤجّلاً لم يشترك غير القابض فيما قبضه الشريك.

يشارك[١] فيما قبضه الآخر[٢] قبل حلول الأجل.

واحترز ببيعهما صفقةً[٣] عمّا لو باع كلّ واحد نصيبه وإن كان[٤] لواحد، كما لا فرق في الصفقَة[٥] بين كون المشتري واحداً ومتعدّداً، لأنّ الموجب للشركة[٦] هو العقد الواحد على المال المشترك.

وفي حكم[٧] الصفقة ما اتّحد سبب شركته .....

---

(١) فاعله هو الضمير العائد إلى أحدهما الذي يراد منه صاحب حقّ مؤجّل.

(٢) والمراد منه هو صاحب الحقّ المعجّل.

(٣) أي احترز المصنّف ﷺ بقوله «صفقةً» عن بيعهما بعقدين وببيعين، فلا يشترك غير القابض فيما قبض الشريك. فاحترز ببيعهما صفقة وهي العقد الواحد وهو احتراز عما لو باع كل واحدٍ نصيبه بعقدٍ، وإن كان العقدان لواحد، أي كان المشتري منهما واحداً، فإنهما لا يشتركان فيما يقبضه أحدهما، بلا خلاف فيه، لأن الثمن المعين المقبوض لأحدهما قد تعين بالعقد الصادر من القابض فلا حصة للآخر فيه.

(٤) أي وإن كان البيع بعقدين لشخص واحد.

(٥) يعني كما لا فرق في الخلاف المذكور في الصفقة الواحدة بين كونها للمشتري الواحد أو المتعدّد.

ولا فرق بين أن يبيع الشريكان السلعة صَفَقَة لمشترٍ واحد أو مشتريين، لأنّ الموجب للشركة هو العقد الواحد على المال المشترك، فيكون الثمن من الاثنين مالاً مشتركاً، ويجري فيه النزاع السابق عند قبض أحدهما بعضَه.

(٦) أي السبب للشركة هو العقد الواحد الواقع على المال المشترك، فلا فرق بين كون المشتري واحداً وبين كونه متعدّداً.

(٧) يعني أنّ ما تقدّم في خصوص بيع الشريكين بصفة واحدة مع أخذ أحدهما مقداراً =

كالميراث[١] والإتلاف[٢] والاقتراض[٣] من المشترك.

(ولو ادّعى المشتري) من المشتركين[٤] المأذونين .....

= من الثمن من الخلاف بين المشهور وبين ابن إدريس ﷺ جارٍ فيما إذا اتّحد سبب الشركة كالميراث والإتلاف والاقتراض.

(١) وذلك فيما لو ورثا مالاً واحداً من مورثهم، فهم شركاء قبل القسمة فلو قبض أحدهما بعضه فهما شريكان فيه على المشهور.

(٢) كما إذا أتلف متلف ألف دينار مشترك بين الشخصين وأخذ أحدهما من المتلف خمسمائة دينار فهل يشترك الآخر فيما قبضه شريكه أم لا؟ فهما شريكان على المشهور.

(٣) وذلك كما إذا اقترض مقترض عشرة دنانير من المال المشترك بين الشريكين، ثمّ أدّى خمسة دنانير إلى أحد الشريكين فهل يشترك فيه الشريك الآخر أم لا؟

ولا يخفى أنّ الخلاف الواقع بين المشهور وابن إدريس ﷺ جارٍ في جميع الصور المذكورة.

(٤) أي المشتري الذي هو أحد الشريكين المأذونين في الشراء. فإنّ كلمة «من» هنا تكون للتبعيض.

فهنا فرعان:

الأول: ما لو اشترى أحد الشريكين شيئاً فادعى الآخر أنه اشتراه لهما وأنكر المشترك المشتري وقال: إني اشتريته لنفسي، فالقول قول المشتري مع يمينه، لأن المشتري وإن كان شريكاً وهو وكيلٌ عن شريكه إلا أنه لا يتعين عليه العمل بمقتضى الوكالة، لأنها ليست لازمة، فإذا نوى الشراء لنفسه صح ووقع له، غير أن الآخر يدعي أنه وقع الشراء لهما والمشتري ينكر ذلك فالمشتري منكر فلذا قدم قوله مع يمينه. يبقى أن المدعي يدعي على الآخر شيئاً لا يملك له أن يطلع عليه، لأنه يدعي على الآخر أنه نوى عنهما، والنية من الأمور الباطنية لا يمكن أن يطلع عليها إلا صاحبها، ولازمه أن لا تكون الدعوى مسموعة فيقدم قول المشتري بغير يمين، إلا أن المدعي وإن لم =

(شراء[١] شيء لنفسه[٢] أو لهما حلف)، وقبل بيمينه، لأنّ مرجع ذلك[٣] إلى قصده، وهو[٤] أعلم به[٥]، والاشتراك لا يعيّن التصرّف بدون القصد[٦]، وإنّما .....:

= يمكن الإطلاع له عليها بنفسه إلا أنه يُحتمل أن يطلع علتها لو أقر الآخر بها، فلذا على المدعي إذا أراد أن تكون دعواه مسموعة فعليه أن يجعلها دعوى بالإقرار بحيث يدعى أن الآخر أقرّ بالشراء لهما، ولذا قال الشارح في المسالك: (وإنّما يتوجه دعوى الشريك عليه إذا جعلها على وجهٍ مسموع، بأن يدعي إقراره بذلك ونحوه، أما لو ادعى الإطلاع على نية ذلك لم يكن مسموعاً، لأنه محال، فلا يمكن معرفته إلى من قبله) انتهى.

الفرع الثاني: أن يشتري أحد الشريكين شيئاً فيدعي المشتري أنه اشتراه لهما ويُنكر الآخر، فيقدم قول المشتري مع يمينه بلا خلاف أيضاً، لأن المشتري وكيل أمين، فقوله مقبول في الفعل الموكل فيه فدعواه مسموعة من غير بينة، إلا أن الآخر بإنكاره يدعي عدم وقوع الشراء لهما والأول ينكر ذلك بدعواه المتقدمة، فيقدم قول المنكر مع يمينه. وأيضاً على الشريك الآخر هنا أن يجعل الدعوى اللازمة لإنكاره مسموعة، بأن تكون الدعوى على الإقرار بالشراء لهما، لا على الإطلاع على نيته، لأنه محال.

(١) بالنصب، مفعول لقوله «ادّعى». يعني لو ادّعى أحد الشريكين شراء شيء لنفسه أو لهما قبل ما ادّعاه مع الحلف.

(٢) الضمير في قوله «لنفسه» يرجع إلى المشتري، وفي قوله «لهما» يرجع إلى الشريكين.

(٣) المشار إليه في قوله «ذلك» هو ما ادّعاه من الشراء لنفسه أو لهما.

(٤) الضمير في قوله «وهو» يرجع إلى المشتري.

(٥) الضمير في قوله «به» يرجع إلى القصد.

(٦) كأنّ هذا دفع لتوهّم أنّ الاشتراك يعيّن كون الشراء لهما، فردّه بأنّ الاشتراك بمجرّده لا يقتضي ذلك، بل لكلّ واحد منهما قصد الاشتراك فيما يتعاملانه أو قصد الانفراد.

لزمه[١] الحلف مع أنّ القصد من الأمور الباطنة التي لا تعلم إلاّ من قبله[٢]، لإمكان[٣] الاطّلاع عليه[٤] بإقراره.

(١) الضمير في قوله «لزمه» يرجع إلى المشتري. يعني لو قيل: لماذا يلزمه الحلف مع أنّ القصد من الأُمور الباطنة التي لا طريق إليها إلاّ من قبله، قلنا: لإمكان الاطّلاع... إلخ.

(٢) الضمير في قوله «قبله» يرجع إلى المشتري القاصد.

(٣) هذا تعليل للزوم حلف المشتري على ما قصده.

(٤) الضمير في قوله «عليه» يرجع إلى القصد، وفي قوله «بإقراره» يرجع إلى المشتري.



كتاب المضاربة

كتاب المضاربة[١]

(وهي[٢] أن يدفع[٣] مالاً إلى غيره[٤] ليعمل[٥] فيه بحصّة[٦] معيّنة من ربحه)

المضاربة

تعريف المضاربة

(١) المضاربة مصدر باب المفاعلة تقع بين الاثنين، على أن يدفع أحدهما مالاً للآخر ليعمل به، على أن يكون للعامل حصة معينة من الربح كالنصف أو الثلث أو الربع، ويدل على مشروعيتها النصوص الكثيرة.

منها: خبر الحلبي عن أبي عبدالله (المال الذي يعمل به مضاربة، له من الربح وليس عليه من الوضيعة شيء، إلاّ أن يخالف أمرَ صاحب المال)[١].

ضارَبَ له وضارَبَه بالمال مُضارَبَةً، و ـ فيه: اتّجر في ماله، وهي القِراض (أقرب الموارد).

ـ من حواشي الكتاب: المضاربة من الضرب في الأرض والسير فيها، وشرعاً عقد بين اثنين أو أكثر يكون من أحدهما المال، ومن الآخر العمل بحصّة من ربح ذلك المال، وهذا العقد مركّب من عقود، فإنّه في الابتداء أمين، ومع التصرّف وكيل، ومع الربح شريك، ومع الفساد أجير، ومع المخالفة غاصب (المهذّب).

(٢) الضمير في قوله «وهي» يرجع إلى المضاربة.

(٣) فاعله هو الضمير العائد إلى المضارب بصيغة اسم الفاعل، وهو صاحب المال.

(٤) الضمير في قوله «غيره» أيضاً يرجع إلى المضارب بصيغة اسم الفاعل.

(٥) فاعله هو الضمير العائد إلى غيره، والضمير في قوله «فيه» يرجع إلى المال.

(٦) الباء في قوله «بحصّة» تكون للمقابلة، أي في مقابل مقدار معيّن من ربح المال الذي يعمل فيه العامل.

---

(١) الوسائل، الباب ـ ١ ـ من كتاب المضاربة، حديث ٤.

مأخوذة[١] من الضرب في الأرض، لأنّ العامل يضرب فيها[٢] للسعي على التجارة وابتغاء[٣] الربح بطلب[٤] صاحب المال، فكأنّ[٥] الضرب مسبّب ..... عنهما[١]،

---

(١) خبر لمبتدأ مقدّر، وهو المضاربة. وهذا بيان لوجه تسمية القراض بالمضاربة، فهي مأخوذة من الضرب، والضرب إما الضرب في الأرض، لأن العامل يضرب فيها للسعي في التجارة ولابتغاء الربح بطلب صاحب المال، فكان الضرب مسبّباً عنهما، وإما الضرب في الربح لكلٍّ منهما بسهم، أو للضرب في المال لما في المضاربة من ضرب المال وتقليبه، هذا ويقال للعامل مضارب بكسر الراء، لأنه الذي يضرب في الأرض وهو الذي يُقلّب المال، ولم يشتق أهل اللغة لرب المال اسماً من المضاربة، وأهل الحجاز يسمونها قراضاً، إما من القرض وهو القطع، ومنه المقراض لأنه يُقرض به، فكأن صاحب المال اقتطع من ماله قطعة وسلّمها للعامل أو اقتطع له قطعة من الربح، وإما أن يكون القِراض من المقارضة وهي المساواة والموازنة يقال: تقارض الشاعران إذا وازن كلٌّ منهما الآخر بشعره، ووجهه أن المال هنا من المالك والعمل من العامل فقد تساويا في قوام العقد، لتساويهما في أصل استحقاق الربح وإن اختلفا في كميته، ويقال هنا للمالك معارِض بالكسر، وللعامل معارَض بالفتح.

(٢) الضمير في قوله «فيها» يرجع إلى الأرض، وهي مؤنّث سماعيّ. يعني أنّ العامل يسير في الأرض للتجارة.

(٣) أي لاكتساب الربح.

(٤) يعني أنّ الضرب والسعي في الأرض من قبل العامل يكون بطلب صاحب المال.

(٥) هذا هو توجيه لكون المضاربة بين الاثنين مع أنّ الضرب في الأرض في المقام حاصل من العامل خاصّةً بأنّ الضرب ـ وإن كان من العامل خاصّةً ـ مسبّب عن صاحب المال والعامل كليهما، لكنّ صاحب المال يضرب في الأرض بالتسبيب والعامل بالمباشرة، فيوجّه إطلاق معنى بين الاثنين عليها.

فتحقّقت المفاعلة لذلك[٢]، أو من ضرب كلّ منهما[٣] في الربح بسهم، أو لما فيه[٤] من الضرب بالمال وتقليبه[٥].

وأهل الحجاز يسمّونها[٦] قراضاً من القرض، وهو القطع، كأنّ صاحب المال اقتطع منه[٧] قطعة .....

---

(١) الضمير في قوله «عنهما» يرجع إلى صاحب المال والعامل.

(٢) المشار إليه في قوله «لذلك» هو كون الضرب مسبّباً عنهما.

(٣) وهذا هو الوجه الثاني من وجوه التسمية المذكورة في الهامش ١ من الصفحة السابقة.

(٤) الضمير في قوله «فيه» يرجع إلى عقد المضاربة. وهذا هو ثالث الوجوه المذكورة للتسمية.

(٥) الضمير في قوله «تقليبه» يرجع إلى المال.

والمراد من تقليب المال هو نقله وتبديله.

تسمية المضاربة قراضاً

(٦) الضمير في قوله «يسمّونها» يرجع إلى المضاربة. فإنّ أهل الحجاز يسمّون المضاربة قراضاً، وقد ذكر الشارح ﷺ أيضاً للتسمية بالقراض وجوهاً ملخّصاً:

الأوّل: أنّ القراض ـ بكسر القاف ـ بمعنى القطع، لأنّ صاحب المال اقتطع قطعة من ماله وأعطاها للعامل للتجارة.

الثاني: أنّ القراض مأخوذ من المقارضة بمعنى المساواة، فإنّ صاحب المال والعامل يتساويان في عقد القراض من حيث كون المال من أحدهما والعمل من الآخر.

الثالث: أنّ القراض بمعنى المساواة، لتساوي كلّ من صاحب المال والعامل في أصل استحقاق الربح وإن اختلفا في الكمّ.

(٧) الضمير في قوله «منه» يرجع إلى المال.

وسلّمها[١] إلى العامل، أو اقتطع[٢] له قطعة من الربح في مقابلة عمله، أو من المقارضة، وهي المساواة، ومنه: «قارض الناس ما قارضوك، فإن تركتهم لم يتركوك»[٣].

ووجه التساوي هنا[٤] أنّ المال من جهة، والعمل من أخرى، والربح في مقابلهما[٥]، فقد تساويا[٦] في قوام العقد[٧] أو أصل[٨] استحقاق الربح وإن اختلفا في كمّيته[٩].

---

(١) أي أعطى القطعة إلى العامل، وهذا هو الوجه الأوّل من الوجوه المذكورة للتسمية بالقراض.

(٢) فاعله هو الضمير العائد إلى صاحب المال، والضمير في قوله «له» يرجع إلى العامل.

(٣) هو قول أبي الدرداء من أصحاب رسول الله ﷺ، على ما قيل، ومراده تساوَ مع الناس في حركاتهم وسكناتهم وأقوالهم، وإلاّ تساوٍ بأن افتخروا عليك وتكبّروا وأنت لم تفعل كذلك فهم لا يخلّون، بل يبنون على أذيّتك وإخفاض حالك مثلاً، والظاهر أنّ معنى التساوي مجاز من أخذ القرض وإعطائه.. إلخ (الحديقة).

(٤) المشار إليه في قوله «هنا» هو المضاربة.

(٥) ضمير التثنية في قوله «مقابلهما» يرجع إلى المال والعمل.

(٦) فاعله هو الضمير العائد إلى صاحب المال والعامل.

(٧) أي عقد المضاربة.

(٨) أي تساوي العامل وصاحب المال في أصل استحقاق الربح، وهذا هو الوجه الثالث من وجوه التسمية بالقراض، كما تقدّم في الصفحة السابقة.

(٩) يعني وإن كان يمكن اختلافهما في قدر الربح في بعض الموارد.

قال الشارح في المسالك تبعاً للتذكرة: (واعلم أن من دفع إلى غيره مالاً ليتجر به =

(وهي[١] جائزة من الطرفين[٢])، سواء نضّ[٣] المال أم كان .....

= فلا يخلو إما أن يشترطا كون الربح بينهما أو لأحدهما أولا يشترطا شيئاً، فإن شرطا بينهما فهو قراض ـ مضاربة ـ وإن شرطاه للعامل فهو قرض، وإن شرطاه للمالك فهو بضاعة، وإن لم يشترطا شيئاً فكذلك ـ أي بضاعة ـ ويكون الربح للمالك تبعاً للمال إلا أن للعامل أُجرة المثل) انتهى. وله فائدة أُخرى وهي: أن عقد المضاربة يقتضي أن يكون العامل ودعياً أميناً مع صحة العقد وعدم ظهور الربح، وهو شريك مع ظهور الربح، ومع التعدي غاصب، وفي تصرفه وكيل، ومع فساد العقد أجير له أُجرة المثل، ومن الواضح أن ليس المراد إنشاء هذه العقود بإنشاء عقد المضاربة، بل المراد أنه يتبعها أحكام هذه العقود حينئذٍ.

جواز المضاربة

(١) الضمير في قوله «وهي» يرجع إلى المضاربة.

(٢) أي من طرف صاحب المال وطرف العامل، بمعنى أنّ كلاً منهما يفسخ عقد المضاربة متى شاء، بخلاف العقد اللازم الذي لا يجوز لأحد من المتعاقدين فسخه من دون تراضٍ، مثل البيع والإجارة وغيرهما. بلا خلاف فيه بل ادعى عليه الإجماع كما عن جماعة، وهو الحجة للخروج عن قاعدة اللزوم في العقود، ولأنّ المضاربة وكالة في الابتداء ثم قد تصير شركة عند ظهور الربح، والوكالة والشركة جائزان فلا محالة تكون المضاربة جائزة.

(٣) من النَضّ: الدرهم، و ـ الدينار، استخلصه منه نضّاً أي نقداً (أقرب الموارد).

يعني أنّ المضاربة من العقود الجائزة، سواء كان المال الذي يعطي المضارب للعامل من النقود مثل الدراهم والدنانير أو من العروض.

قال الفيومي في مصباح المنير: (وأهل الحجاز يسمون الدراهم والدنانير نضّاً وناضّاً، =

به[١] عروض[٢] يجوز[٣] لكلّ منهما فسخها[٤]، ومن لوازم جوازها منهما[٥] وقوع

= قال أبو عبيد: إنما يسمونه ناضاً إذا تحول عيناً بعد أن كان متاعاً) انتهى، ولذا قال الشارح في المسالك: (والمراد بإنضاض المال صيرورته دراهم أو دنانير كما كان).

والمعنى أن المضاربة يجوز فسخها سواء كان المال الذي دفعه صاحبه إلى العامل عُروضاً ـ أي متاعاً ـ أو ناضاً، والمراد بالعُروض هو المتاع وذلك عندما يشتري العامل المتاع بالمال المدفوع من صاحبه، والمراد بالنض رجوع الدراهم والدنانير كما كانت بحيث قد دفع رب المال الدراهم أو الدنانير وقد اشترى بها العامل أمتعة ثم باعها فيقال حينئذٍ نضّ المال.

هذا وسكت عن صورة وهي: ما لو كان العالم لم يشترِ شيئاً بالمال المدفوع إليه، وعلى جميع الصور فيجوز فسخ المضاربة من الطرفين لما تقدم من الأدلة.

(١) الباء هنا بمعنى «في»، والضمير يرجع إلى المال.

(٢) العروض ـ بضمّ العين ـ جمع العرض.

العَرْض: المتاع، ويقال: العَرَض بالتحريك، و ـ كلّ شيء سوى النقدين أي الدراهم والدنانير، قالوا الدراهم والدنانير عين وما سواهما عَرْض، ج عُرُوض (أقرب الموارد).

(٣) هذا تفسير لكون العقد جائزاً، فإنّ من خواصّ العقد الجائز جواز فسخ كلّ من المتعاقدين له متى شاء، وجواز وقوع العقد بكلّ لفظ شاءا.

(٤) الضمير في قوله «فسخها» يرجع إلى المضاربة.

(٥) الضمير في قوله «منهما» يرجع إلى العامل وصاحب المال. وهذه هي الخاصّيّة الثانية للعقود الجائزة، كما تقدّم في الهامش ٣ في مقابل العقود اللازمة التي لا يجوز إيقاعها إلاّ بالألفاظ الخاصّة الواردة من قبل الشارع.

العقد بكلّ لفظ يدلّ عليه[١].

وفي اشتراط وقوع قبوله[٢] لفظيّاً أو جوازه بالفعل أيضاً قولان[٣] لا يخلو ثانيهما[٤] من قوّة[٥].

---

(١) الضمير في قوله «عليه» يرجع إلى العقد. أي يدل على العقد، وصحة إنشاء العقد الجائز بكل لفظ دالٍ عليه مبني على مشهور القدماء حيث التزموا بذلك في قبال العقد اللازم فاشترطوا في إنشائه خصوص اللفظ الصريح، وقد عرفت في كتاب البيع كفاية الإنشاء بكل لفظ سواء كان العقد جائزاً أم لازماً، بل جواز الإنشاء بالفعل الدال عليه كالكتابة والمعاطاة.

(٢) الضمير في قوله «قبوله» يرجع إلى عقد المضاربة. يعني هل يشترط في وقوع قبول عقد المضاربة كونه باللفظ أم يكفي الفعل أيضاً؟ فيه قولان.

(٣) فعن العلاّمة في التذكرة والمحقق الثاني في جامع المقاصد الاكتفاء بالفعل، بل في الرياض نسبته إلى عدم الخلاف، وظاهر الشارح هنا التفريق بين القبول والإيجاب، بحيث يصح وقوع القبول باللفظ والفعل بخلاف الإيجاب فينحصر وقوعه باللفظ دون الفعل، وهذا ما ذهب إليه العلامة في جملة من كتبه، وأشكل صاحب الجواهر بأن التفرقة بين الإيجاب والقبول مع عدم الدليل عليها مشكل.

(٤) المراد من ثاني القولين هو جواز وقوع قبول عقد المضاربة بالفعل أيضاً، فيكفي في قبول عقد المضاربة أخذ العامل المالَ من صاحبه.

(٥) قوله «قولان لا يخلو ثانيهما من قوّة»، لكون العقد جائزاً، وظاهره كظاهر التذكرة عدم الخلاف في ذلك كلّه، وإلاّ فكونه في حكم العقد اللازم أقوى، اقتصاراً فيما خالف الأصل الدالّ على تبعيّة النماء للأصل على القدر المتيقّن، ولذا اعتبر هنا التواصل بين الإيجاب والقبول بالتنجيز (الرياض).

(ولا يصحّ اشتراط اللزوم[١] أو الأجل فيها[٢]) بمعنى[٣] أنّه لا يجب الوفاء بالشرط، ولا تصير لازمة بذلك[٤] ولا[٥] في الأجل، بل يجوز .....

ما لا يصحّ اشتراطه في المضاربة

(١) أي لا يصحّ شرط اللزوم في عقد المضاربة.

(٢) الضمير في قوله «فيها» يرجع إلى المضاربة. فليس ذكر الأجل في المضاربة مفسداً لها، بل لو ذكر الأجل في عقد المضاربة لا يصير العقد لازماً، بل يجوز فسخها قبله ولا يجب الوفاء بهذا الشرط بلا خلاف فيه، للأصل، لأن أصل المضاربة جائزة فلا يكون الشرط المثبَت فيها على خلاف أصلها، ولذا قال سيد الرياض: (لجواز أصله بلا خلاف كما مضى، فلأن يكون الشرط المثبت فيه جائزاً بطريق أولى) انتهى.

وإذا تقرر عدم وجوب الوفاء بشرط الأجل لو ذكر الأجل، فذكر الأجل في متن العقد يفيد أن الإذن بالتصرف من رب المال للعامل مقيّد بمدة الأجل، فيمنع العامل من التصرف بعد هذه المدة، لأن التصرف من العامل تابع للإذن ولا إذن بعد الأجل.

وأما اشتراط اللزوم في عقد المضاربة فهو شرط باطل، لأنه شرط على خلاف مقتضى العقد، وعلى المشهور أن الشرط الفاسد مفسد فيبطل عقد المضاربة حينئذٍ، وعليه فتكون عبارة الماتن في عدم صحة اشتراط اللزوم على ظاهرها.

(٣) يعني أنّ المراد من عدم صحّة اشتراط اللزوم والأجل هو عدم وجوب الوفاء بالشرطين المذكورين.

(٤) المشار إليه في قوله «بذلك» هو شرط اللزوم. يعني يجوز لكلّ منهما فسخ عقد المضاربة وإن شرطا فيه اللزوم.

(٥) أي لا يجب الوفاء بشرط الأجل في عقد المضاربة أيضاً. وهو ظاهر في صحة العقد وإن بطل الشرط، وهو مبني على أنّ الشرط الفاسد غير مفسد.

فسخها[١] فيه[٢]، عملاً بالأصل[٣]، (ولكن) اشتراط الأجل (يثمر[٤] المنع من التصرّف بعد الأجل إلاّ بإذن جديد[٥])، لأنّ التصرّف تابع للإذن ولا إذن بعده[٦]، وكذا لو أجلّ[٧] بعض التصرّفات كالبيع[٨] أو الشراء[٩] خاصّةً[١٠]، أو نوعاً خاصّاً[١١].

---

(١) الضمير في قوله «فسخها» يرجع إلى المضاربة.

(٢) الضمير في قوله «فيه» يرجع إلى الأجل.

(٣) المراد من «الأصل» إمّا استصحاب الجواز أو الأصل العدميّ.

(٤) أي يفيد المنع من تصرّف العامل بعد انقضاء الأجل.

(٥) لأنّ صاحب المال لم يأذن في التصرّف بعد انقضاء الأجل.

(٦) الضمير في قوله «بعده» يرجع إلى الأجل.

(٧) يعني وكذا يمنع العامل من التصرّف لو أجّل صاحب المال في بعض التصرّفات بقوله: أمسك عن البيع أو الشراء إلى الوقت الفلانيّ، أو اشتر إلى شهر كذا، فلا يجوز للعامل التصرّف بعد الأجل إلاّ بإذن جديد منه.

(٨) بأن أجّل البيع إلى مدّة معيّنة كقوله: بع إلى شهر كذا.

(٩) يعني أنّ الشراء هو كالبيع فيما ذكر.

(١٠) يعني لو أجّل صاحب المال بيع المال أو شراءه لم يجز للعامل التصرّف في غير ما أجّل وأجاز.

(١١) أي أجّل صاحب المال نوعاً خاصّاً من أنواع البيع مثل النقد والنسيئة والسلف وغيرها. قال الشارح في المسالك: (لا خلاف عندنا في جواز هذه الشروط ولزومها، وإن ضاقت لسبب هذه ـ أي الشروط ـ التجارة) انتهى، لأنّ التصرف من العامل تابع للإذن، والإذن مُقيّد.

ويفهم من تشريكه[١] بين اشتراط اللزوم والأجل تساويهما[٢] في الصحّة[٣] وعدم لزوم الشرط.

والمشهور أنّ اشتراط اللزوم مبطل[٤]، لأنّه[٥] منافٍ لمقتضى العقد[٦]، فإذا فسد الشرط تبعه العقد، بخلاف شرط الأجل[٧]، فإنّ مرجعه[٨] إلى تقييد التصرّف بوقت خاصّ، وهو[٩] غير منافٍ[١٠].

ويمكن أن يريد المصنّف ذلك[١١]، وإنّما شرّك بينهما في عدم صحّة الشرط

---

(١) الضمير في قوله «تشريكه» يرجع إلى المصنّف ﷺ. يعني أنّ المصنّف شرّك بين اشتراط اللزوم واشتراط الأجل بقوله «ولا يصحّ اشتراط اللزوم أو الأجل فيها» في الحكم.

(٢) أي تساوي اشتراط اللزوم واشتراط الأجل.

(٣) أي في صحّة العقد وعدم لزوم العمل بالشرط.

(٤) قال المشهور من الفقهاء بأنّهما إذا اشترطا اللزوم في عقد المضاربة حكم ببطلانها.

(٥) الضمير في قوله «لأنّه» يرجع إلى اشتراط اللزوم.

(٦) فإنّ مقتضى العقد الجائز هو الجواز، فاشتراط اللزوم ينافي مقتضى العقد، ويلزمه بطلان العقد وفساده أيضاً بعد بطلان الشرط وفساده.

(٧) فاشتراط الأجل لا يوجب بطلان العقد.

(٨) أي مرجع اشتراط الأجل إنّما هو إلى تقييد التصرّف بوقت مخصوص، وهو لا ينافي مقتضى عقد المضاربة.

(٩) الضمير في قوله «وهو» يرجع إلى تقييد التصرّف.

(١٠) أي غير منافٍ لمقتضى عقد المضاربة، وهو الجواز وكونه معرضاً للفسخ.

(١١) المشار إليه في قوله «ذلك» هو بطلان العقد ببطلان شرط اللزوم وعدم بطلانه باشتراط الأجل.

مطلقاً[١] وإن افترقا في أمر آخر[٢].

(ويقتصر العامل[٣] من التصرّف على ما أذن المالك له) من نوع التجارة[٤] ومكانها[٥] وزمانها ومن يشتري منه[٦] ويبيع عليه وغير ذلك.

فإن خالف ما عيّن له ضمن[٧] المال، لكن لو ربح كان بينهما[٨] بمقتضى الشرط،

---

(١) أي سواء شرط اللزوم أو شرط الأجل.

(٢) أي وإن افترقا الشرطان في بطلان العقد ببطلان شرط اللزوم وعدم بطلانه بعدم بطلان شرط الأجل.

اقتصار العامل على التصرّف المأذون فيه

(٣) يعني يجب على العامل أن يقتصر في التصرّف على ما أذن فيه المالك.

(٤) كما إذا أذن له في تجارة الحنطة خاصّةً.

(٥) الضميران في قوليه «مكانها» و«زمانها» يرجعان إلى التجارة.

(٦) الضميران في قوليه «منه» و«عليه» يرجعان إلى «من» الموصولة.

(٧) فاعله هو الضمير العائد إلى العامل. يعني ضمن العاملُ المالَ لو تلف.

للأخبار:

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أحدهماعليه السلام (عن الرجل يُعطي المال مضاربة ويُنهى أن يخرج به فخرج؟ قالعليه السلام : يضمن المال، والربح بينهما) [١]، وصحيح الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام (في الرجل يعطي الرجل المال فيقول له: ائت أرض كذا وكذا ولا تجاوزها واشترِ منها، قال عليه السلام: فإن جاوزها وهلك المال فهو ضامن، وإن اشترى متاعاً فوضع فيه فهو عليه، وإن ربح فهو بينهما) [٢] ومثلها غيرها.

(٨) يعني أنّ الربح الحاصل يقسم بينهما على ما شرطا، ولا يمنع ذلك الحكمُ بالضمان.

---

(١) الوسائل، الباب ـ١ـ من أبواب كتاب المضاربة، حديث ١.

(٢) المصدر السابق، حديث ٢.

للأخبار[١] الصحيحة، ولولاها[٢] لكان التصرّف باطلاً أو موقوفاً[٣] على الإجازة.

(ولو أطلق[٤] له) الإذن .....

---

(١) يعني إذا خالف العامل ما عيّن له المالك وتصرّف فيما لم يأذن فيه حكم بضمانه وقسم الربح بينهما، وهذا الحكم يستفاد من الأخبار الصحيحة، المتقدمة.

(٢) الضمير في قوله «لولاها» يرجع إلى الأخبار الصحيحة. يعني لو لم تكن دلالة الأخبار الصحيحة على الحكم المذكور لحكم ببطلان تصرّف العامل في غير ما أذن فيه المالك. بمعنى أن الربح بتمامه لصاحب المال، والعامل لا أجرة له ولا ربح، أما عدم الربح فلأنه ليس بمضاربة لعدم الإذن، وأما عدم الأجرة فلأنه عمل تبرعي أو موقوفاً على الإجازة.

(٣) أي تكون صحّة تصرّف العامل معلّقة على إجازة المالك مثل تصرّف الفضوليّ.

إطلاق إذن المالك

(٤) فاعله هو الضمير العائد إلى صاحب المال، والضمير في قوله «له» يرجع إلى العامل.

قال المحقق في الشرائع: (وإذا أذن له في التصرف تولى بإطلاق الإذن ما يتولاه المالك)، وقال الشارح في المسالك عقيب ذلك: (المراد بالإذن في التصرف هنا إطلاق عقد المضاربة، إذ لا يفتقر العامل معها ـ أي مع المضاربة ـ في جواز التصرف إلى إذن آخر، وكان حقه أن يقول: ولو أطلق العقد تولى العامل بالإطلاق ما ذكر، وحاصل ذلك أن المضاربة لما كانت معاملة على المال للاسترباح، كان إطلاق العقد مقتضياً لفعل ما يتولاه المالك في التجارة بنفسه من عرض القماش ونشره وطيّه وإحرازه وبيعه وقبض ثمنه وإيداعه الصندوق ونحو ذلك.

وهذا النوع لو استأجر عليه فالأُجرة عليه ـ أي على العامل ـ خاصة حملاً للإطلاق على المعتاد ـ أي أن المعتاد أن هذا من عمل التاجر فكذلك يكون من عمل المأذون العامل ـ أما ما جرت العادة بالاستئجار عليه كالدلالة والحمل ووزن الأمتعة الثقيلة التي لم تجرِ عادة التاجر بمباشرتها بحسب حال تلك التجارة من مثل ذلك التاجر فله ـ أي العامل ـ الاستئجار عليه حملاً على المعتاد أيضاً، ولو عمل هذا النوع بنفسه ـ أي العامل ـ لم =

(تصرّف[١] **بالاسترباح**[٢]) في كلّ ما يظنّ فيه[٣] حصول الربح من غير أن يتقيّد بنوع أو زمان[٤] أو مكان.

ويتولّى[٥] أيضاً بالإطلاق ما يتولاّه المالك في التجارة بنفسه عن عرض[٦] القماش على المشتري ونشره[٧] وطيّه[٨] وإحرازه[٩] وبيعه وقبض ثمنه[١٠].

= يستحق أجرة أنه متبرع في ذلك) انتهى. وكلامه متين وبه يتم شرح عبارة الشهيدين هنا، نعم إطلاق العقد في المضاربة يُحمل على كل تصرف بالمال من أجل ما يظن فيه الربح من غير أن يتقيد التصرف بمكان أو زمان أو تجارة، بل يحمل الإطلاق على كل تصرف يتولاه المالك فيجوز للمأذون العامل أن يفعله عملاً بالعرف الذي هو الضابط في ذلك.

(١) فاعله هو الضمير العائد إلى العامل.

(٢) أي تصرّف العامل بما يحصل منه الربح بلا تقييد لعمله بنوع خاصّ من التصرّفات.

(٣) الضمير في قوله «فيه» يرجع إلى «ما» الموصولة. يعني يتصرّف العامل عند إطلاق إذن المالك في التصرّف بكلّ ما يظنّ فيه حصول الربح.

(٤) أي بلا تقييد عمله بزمان ولا مكان.

(٥) فاعله هو الضمير العائد إلى العامل.

(٦) المراد من العرض هنا هو جعل المتاع في معرض البيع في الأسواق.

القُماش: ما على وجه الأرض من فتات الأشياء حتّى يقال لرذالة الناس: قماش، ج أقمشة. قُماش البيت: متاعه (أقرب الموارد).

(٧) الضمائر في قوله «نشره» وما بعده ترجع إلى القماش.

(٨) وهو ضدّ النشر.

(٩) وهو جعل القماش في الحرز.

(١٠) أي قبض ثمن القماش.

ولا أُجرة له[١] على مثل ذلك[٢]، حملاً للإطلاق[٣] على المتعارف، وله[٤] الاستئجار على ما جرت العادة به كدلالة[٥] ووزن[٦] الأمتعة الثقيلة التي لم تجر عادته[٧] بمباشرة مثلها[٨].

(وينفق[٩] في السفر كمال نفقته[١٠] من أصل المال[١١]).

---

(١) يعني أنّ العامل لا يستحقّ أُجرة في قبال أمثال تلك الأعمال المذكورة.

(٢) المشار إليه في قوله «ذلك» هو ما ذكر من الأعمال الراجعة إلى القماش.

(٣) المراد من «الإطلاق» هو إطلاق إذن المالك.

(٤) الضمير في قوله «له» يرجع إلى العامل. يعني يجوز للعامل أن يستأجر أجيراً على ما يتعارف بين الناس.

(٥) المراد من «الدلالة» هو اتّخاذ الواسطة والدلاّل لبيع الأمتعة أو شرائها إذا تعارف ذلك بين الناس.

(٦) أي وله الاستئجار على وزن الأمتعة الثقيلة الذي لم تجر العادة على أن يباشره العامل، بخلاف الأمتعة الخفيفة التي يباشر العامل وزن أمثالها عادةً.

(٧) الضمير في قوله «عادته» يرجع إلى العامل.

(٨) الضمير في قوله «مثلها» يرجع إلى الأمتعة.

حكم النفقة

(٩) فاعله هو الضمير العائد إلى العامل.

(١٠) الضمير في قوله «نفقته» يرجع إلى العامل.

(١١) المراد من «أصل المال» هو غير الربح الحاصل من التجارة.

واختلف فيه على ثلاثة أقوال.

القول الأول: وهو المشهور أن جميع ما ينفقه العامل في السفر من مأكل ومشرب =

= وملبس ومسكن ونحو ذلك مما هو داخل في نفقته حال السفر فيكون من أصل المال، للأخبار:

منها: صحيح علي بن جعفر عن أخيه أبي الحسن عليه السلام (في المضارَب ما أنفق في سفره فهو من جميع المال، فإذا قدم بلده فما أنفق فهو من نصيبه)[1] وما موصولة عامة تشمل كل نفقة في حال السفر.

القول الثاني: أن القدر الزائد عن نفقة الحضر من أصل المال، بدليل أنّ نفقة الحضر على العامل بالاتفاق، فما ساواه في السفر يُحتسب عليه أيضاً، والزائد يكون من مال المضاربة فيكون ما يحصل بسبب السفر هو الزيادة ليس إلا، وأما غيرها فسواء كان مسافراً أم حاضراً فلا بد منه فلا يكون السفر علةً فيه.

القول الثالث: أن جميع نفقة السفر على العامل كنفقة الحضر، لأن المبيع مال المالك، والأصل أن لا يتصرف العامل فيه إلا بما دلّ عليه الإذن، ولم يدل الإذن إلا على حصةٍ من الربح فلا يستحق العامل سواها وتكون النفقة عليه حضراً أو سفراً، وكلا القولين غير معروفي القائل، مع أنّ القول الثالث هو الموافق للقواعد، ولكن النصوص دالة على الأول وهو المتّبع، هذا ولا بدّ من التنبيه على أمور:

التنبيه الأول: المراد بالنفقة كل ما يحتاج إليه العامل في السفر بما هو مضارَب من مأكول وملبوس ومركوب ونحو ذلك، ويراعى فيها ما يليق بحاله عادة على وجه الاقتصاد، فلو أسرف حُسب عليه لعدم إذن الشارع بالإسراف، وعليه فما فيه إسراف فهو على العامل، ولو قتّر على نفسه لم يحسب له، لعدم النفقة الفعلية مع أن المستثنى في الخبر النفقة الفعلية لحمل كل لفظٍ على الفعلية لا على القوة والشأنية والتقدير كما هو الأصل في ذلك عرفاً. =

(١) الوسائل، الباب ـ٦ـ من أبواب كتاب المضاربة، حديث ١.

والمراد بالنفقة ما يحتاج فيه[١] إليه من مأكول وملبوس ومشروب ومركوب وآلات ذلك[٢] وأُجرة المسكن ونحوها[٣].

ويراعي[٤] فيها ما يليق به[٥] عادةً .....

= ثم إذا عاد من السفر فما بقي من أعيان النفقة ولو من المأكول يجب رده إلى مال المضاربة، لأنه مع البقاء المذكور قد تبين عدم وقوع الباقي نفقةً للعامل حال سفره، أو يتركه وديعة أن يسافر إذا كان العامل ممن يتكرر سفره لنفس ذلك المال.

التنبيه الثاني: المراد من السفر هو السفر العرفي لا الشرعي، والمراد بالثاني ما يجب فيه التقصير، ويحمل على العرفي حملاً للفظ السفر الوارد في صحيح علي بن جعفر وغيره على المعنى العرفي، للقطع بعدم إرادة الشرعي هنا للانصراف، وعليه فلو كان السفر قصيراً دون المسافة أو كان طويلاً وأتم الصلاة فيه للإقامة فنفقة العامل تلك المدة على أصل مال المضاربة.

التنبيه الثالث: إن نفقة العامل في السفر من مال المضاربة وإن لم يظهر ربحٌ بعدُ للإطلاق في الخبر المتقدم، ولذا عبّر الفقهاء بكون النفقة من أصل المال للإشعار بذلك.

(١) الضمير في قوله «فيه» يرجع إلى السفر، وفي قوله «إليه» يرجع إلى «ما» الموصولة.

(٢) المشار إليه في قوله «ذلك» هو ما ذكر من المأكول والملبوس والمشروب والمركوب. يعني ينفق العامل من أصل المال في آلات المأكول مثل الظروف المحتاج إليها عند الأكل وفي مثل لوازم الخياطة المحتاج إليها في الملبوس وفي مثل اللجام والزمام من آلات الركوب وفي مثل لوازم السيّارة في الزمان الحاضر.

(٣) الضمير في قوله «نحوها» يرجع إلى أُجرة المسكن مثل أجرة حمل الأمتعة.

(٤) فاعله هو الضمير العائد إلى العامل، والضمير في قوله «فيها» يرجع إلى النفقة.

(٥) الضمير في قوله «به» يرجع إلى العامل.

مقتصداً[١]، فإن أسرف[٢] حسب عليه، وإن قتر[٣] لم يحسب له[٤].

وإذا عاد[٥] من السفر فما بقي من أعيانها[٦] ولو من الزاد[٧] يجب ردّه[٨] إلى التجارة، أو تركه[٩] إلى أن يسافر إن كان[١٠] ممّن يعود إليه[١١] قبل فساده[١٢].

---

(١) بالنصب، حال من فاعل قوله «يراعي»، وهو العامل.

(٢) فاعله هو الضمير العائد إلى العامل، وكذا الضمير في قوله «عليه».

والمراد من الإسراف هو صرف الزائد عن الاقتصاد عادةً.

(٣) من قَتَرَ على عياله قَتْراً وقُتُوراً: ضيّق عليهم في النفقة، فهو قاتِر وقَتُور وأقْتَر (أقرب الموارد).

(٤) يعني لا يحسب ما قتره العامل على نفسه لنفسه.

(٥) فاعله هو الضمير العائد إلى العامل.

(٦) الضمير في قوله «أعيانها» يرجع إلى النفقة.

(٧) أي وإن كان ما بقي من قبيل الزاد.

(٨) الضمير في قوله «ردّه» يرجع إلى «ما» الموصولة. يعني إذا رجع العامل من سفر التجارة فما بقي من النفقة وإن كان هو الزاد يردّه إلى مال التجارة أو يتركه إلى أن يسافر للتجارة مرّةً أُخرة ويصرفه فيها.

(٩) الضمير في قوله «تركه» يرجع إلى «ما» الموصولة.

(١٠) اسم «كان» هو الضمير العائد إلى العامل.

(١١) الضمير في قوله «إليه» يرجع إلى السفر.

(١٢) الضمير في قوله «فساده» يرجع إلى «ما» الموصولة، والمراد منها هو الباقي من النفقة. وحاصل المعنى هو أنّ العامل يترك الزائد من النفقة إلى أن يسافر مرّةً ثانيةً، ويصرفه في التجارة إن كان العامل يسافر عادةً للتجارة بشرط عدم فساد ما بقي من الزاد لو تركه إلى سفر آخر.

ولو شرط[١] عدمها لزم.

ولو أذن[٢] له بعده فهو[٣] تبرّع محض.

ولو شرطها[٤] فهو تأكيد[٥]، ويشترط حينئذٍ[٦] تعيينها، لئلاّ يتجهّل الشرط،

---

(١) فاعله هو الضمير العائد إلى صاحب المال، والضمير في قوله «عدمها» يرجع إلى النفقة. يعني لو شرط صاحب المال عدم نفقة للعامل في عقد المضاربة لزم العمل بالشرط. لأن الشرط جائز لأنه غير منافٍ لمقتضى عقد المضاربة، فيلزم لعموم (المؤمنون عند شروطهم).

(٢) فاعله هو الضمير العائد إلى صاحب المال، والضمير في قوله «له» يرجع إلى العامل، وفي قوله «بعده» يرجع إلى الشرط. يعني لو أذن صاحب المال في النفقة للعامل بعد شرط عدمها فهو تبرّع من صاحب المال. لأنه غير لازم عليه لا بمقتضى النص للخروج عنه بالشرط، ولا بالشرط لأن الشرط يقتضي العدم، وعليه فإذا كان تبرعاً فيجوز للمالك الرجوع فيه متى شاء.

(٣) أي الإذن بعد شرط عدم النفقة تبرّع محض من صاحب المال بالنسبة إلى العامل.

(٤) فاعله هو الضمير العائد إلى العامل، والضمير في قوله «شرطها» يرجع إلى النفقة.

(٥) يعني أنّ شرط العامل نفقة السفر في عقد المضاربة تأكيد، لأنّ إطلاق العقد يقتضي ثبوت النفقة. للنص المتقدم، فشرطه تأكيد لمقتضى العقد، نعم هو شرط لازم لا تأكيدي على القولين الآخرين.

(٦) يعني حين إذ شرط العامل النفقة في عقد المضاربة يشترط تعيينها، لئلاّ يلزم الجهل بالشرط الموجب للغرر.

قال في المسالك: (وهل يشترط تعيينها حينئذٍ وجهٌ قوي حذراً من الجهالة في الشرط، الذي هو جزء العقد، بخلاف ما تناوله إطلاق العقد بإذن الشارع)، وقال في =

بخلاف ما ثبت بأصل الشرع[١].

ولا يعتبر في ثبوتها[٢] حصول ربح، بل ينفق ولو من الأصل[٣] إن لم يربح، وإلاّ كانت[٤] منه.

ومؤنة المرض في السفر على العامل[٥].

وكذا[٦] سفر لم يؤذن فيه وإن استحقّ .....

= الجواهر: (بل ربما قيل بعدم وجوب ضبطها حتى على الأول ـ أي على القول الأول بكون شرطها تأكيدياً ـ لكونها ثابتة بأصل الشرع فلا يزيد الاشتراط على الثابت بالأصل) انتهى.

(١) أي بمقتضى إطلاق عقد المضاربة، لأنّ العامل لم يتعرّض فيه للنفقة حتّى يلزم الجهل الموجب للغرر في العقد.

(٢) الضمير في قوله «ثبوتها» يرجع إلى النفقة. يعني لا يعتبر في ثبوت النفقة حصول ربح في المضاربة.

(٣) أي ينفق العامل من أصل مال التجارة إذا لم يربح.

(٤) اسم «كانت» هو الضمير العائد إلى النفقة، والضمير في قوله «منه» يرجع إلى الربح.
أي ولو كان ربح لكانت النفقة من الربح، هذا وفي التذكرة والمسالك أنها من الربح مقدّمة على حق العامل ضرورة كون ذلك كالخسارة اللاحقة للمال التي يجب جبرها بما يتجدد من الربح، وفي الرياض إن إطلاق النص والفتوى يقتضي كون النفقة من أصل المال حتى مع وجود الربح.

(٥) يعني أنّ نفقة برء العامل من المرض في السفر لا يحسب لا من أصل المال ولا من الربح، بل هي على عهدة العامل نفسه. وكذا مؤنة الموت على العامل خاصة، لأن مؤنة المرض والموت لم تتعلق بالتجارة.

(٦) يعني وكذا نفقة سفر لم يؤذن فيه صاحب المال تكون على عهدة العامل. لأن إطلاق =

الحصّة[١].

والمراد بالسفر العرفيّ[٢] لا الشرعيّ[٣]، وهو ما اشتمل على المسافة[٤]، فينفق[٥] وإن كان قصيراً، أو أتمّ[٦] الصلاة إلاّ أن يخرج عن اسم المسافر[٧]، أو يزيد[٨] عمّا تحتاج التجارة إليه[٩]، فينفق من ماله إلى أن يصدق الوصف[١٠].

= النفقة في الصحيح المتقدم منصرف إلى السفر المأذون من قبل المالك، وغير المأذون إما بتجاوز المأذون أو بالتوجه إلى غير جهة المأذون، فلا تكون النفقة حينئذٍ من مال المضاربة، نعم لو حصل الربح فله حصة منه للشرط في ذلك.

(١) يعني وإن استحقّ العامل حصّته من الربح الحاصل من السفر غير المأذون فيه، لكنّ النفقة المصروفة فيه تكون على عهدة العامل نفسه.

(٢) المراد من «السفر العرفيّ» هو ما اشتمل على قطع المسافة وإن كان قصيراً.

(٣) السفر الشرعيّ هو السفر الشامل على قطع ثمانية فراسخ الذي يوجب قصر الصلاة.

(٤) المراد من «المسافة» هنا هو ثمانية فراسخ ذهاباً، أو أربعة فراسخ ذهاباً وأربعة فراسخ إياباً.

(٥) فاعله هو الضمير الراجع إلى العامل.

(٦) كما إذا كان العامل كثير السفر الذي لا يجوز له قصر الصلاة ولو كان بمقدار المسافة الشرعيّة، فينفق فيه أيضاً من أصل المال.

(٧) كما إذا كانت المسافة قليلة جدّاً، فلا ينفق العامل فيه من أصل المال.

(٨) فاعله هو الضمير العائد إلى السفر. يعني فلا ينفق في السفر الذي لا تحتاج إليه التجارة.

(٩) الضمير في قوله «إليه» يرجع إلى «ما» الموصولة.

(١٠) المراد من «الوصف» هو اتّصاف السفر بالسفر الذي تحتاج التجارة إليه.

واحترز[١] بكمال النفقة عن القدر الزائد عن نفقة الحضر، فقد قيل: إنّه[٢] لا ينفق فيه سواه[٣].

ونبّه[٤] بأصل المال على أنّه لا يشترط حصول ربح، كما مرّ.

(وليشتر[٥] نقداً بنقد البلد[٦] بثمن المثل فما دون)، فلو اشترى .....

---

(١) فاعله هو الضمير العائد إلى المصنّف ﷺ. يعني أنّ المصنّف احترز بقوله «وينفق في السفر كمال نفقته من أصل المال» عن القول بأنّ العامل ينفق بالقدر الزائد عن نفقة الحضر، لأنّه في الحضر ينفق من مال شخصه، والزائد عنه يحسب من أصل المال، فقال المصنّف بأنّه ينفق في السفر للتجارة كمال نفقته بلا التفات إلى قدر نفقته في الحضر ومحاسبة الزائد عنه في السفر.

(٢) الضمير في قوله «إنّه» يرجع إلى العامل، وفي قوله «فيه» يرجع إلى السفر. يعني قال بعض الفقهاء بأنّ العامل لا ينفق في السفر إلاّ القدر الزائد عن نفقة الحضر.

(٣) الضمير في قوله «سواه» يرجع إلى الزائد عن نفقة الحضر.

(٤) فاعله هو الضمير العائد إلى المصنّف ﷺ. فإنّه نبّه بقوله «من أصل المال» على أنّ العامل ينفق أصل المال وإن لم يحصل ربح، كما تقدّم.

كيفيّة الاشتراء

(٥) فاعله هو الضمير العائد إلى العامل. يعني يجب على العامل عند شراء المتاع للتجارة أن يشتري نقداً لا نسيئةً، وكذا أن يشتري بنقد البلد لا بغيره، وبثمن المثل أو أقلّ منه لا بأزيد منه.

(٦) عامل المضاربة إما أن يشتري بمال المضاربة متاعاً وإما أن يبيع هذا المتاع، وهنا تعرّض للأول، فإذا أراد شراء متاع بمال المضاربة فعليه أن يشتريه حالاً لا نسيئة، بمعنى أن لا يدفع العامل من مال المالك فيما بعدُ، فالنسيئة غير جائزة، لأن إطلاق عقد المضاربة =

نسيئةً[١] أو بغير نقد البلد[٢] أو بأزيد[٣] من ثمن المثل كان[٤] فضوليّاً، فإن أجازه المالك صحّ، وإلاّ[٥] بطل، لما في النسيئة[٦] من احتمال الضرر بتلف رأس المال[٧]، فيبقى عهدة الثمن[٨] متعلّقةً .....

= يقتضي أن يشتري العامل بعين المال لأنه المتيقن من المضاربة، ولأن قد يتلف هذا المال تحت يد العامل فعلى المالك أن يدفع ثمن المتاع من غير مال المضاربة، والتصرف في غير مال المضاربة غير مأذون فيه العامل.

ثم على العامل أن يشتري المتاع بنقد البلد، لأن إطلاق العقد يقتضيه، فلا يجوز له الشراء بنقد غير البلد، كالإطلاق في الوكالة.

وعلى العامل أن يشتري المتاع بثمن المثل فما دون، ولا يجوز شراء المتاع بالأزيد عن ثمن المثل، للتضييع مع القدرة على المحافظة على مال المالك، كالوكيل أيضاً، وعليه فيشترط في تصرفات العامل في مال المالك الغبطة أي ما فيه المصلحة فلو خالف لكان شراؤه فضولياً، لأنه غير مأذون فيه.

(١) في مقابل قوله «نقداً».

(٢) في مقابل قوله «بنقد البلد».

(٣) في مقابل قوله «بثمن المثل فما دون».

(٤) جواب شرط، والشرط هو قوله «فلو اشترى».

(٥) أي إن لم يجز صاحب المال ما ذكر بطل الاشتراء كذلك، كما هو مقتضى كون الاشتراء الكذائيّ فضوليّاً.

(٦) هذا تعليل لكون الاشتراء نسيئةً فضوليّاً ومحكوماً بالبطلان عند عدم إجازته بأنّ فيه احتمال الضرر في التجارة، لأنّه يحتمل فيه تلف رأس المال وبقاء ثمنه على عهدة المالك.

(٧) المراد من «رأس المال» هو ما اشتراه نسيئةً.

(٨) المراد من «الثمن» هنا هو ثمن ما اشتراه نسيئةً.

بالمالك[١] وقد لا يقدر[٢] عليه، أو لا يكون له[٣] غرض في غير ما دفع[٤]، وحملاً[٥] في الأخيرين[٦] على المتعارف[٧] وما[٨] فيه الغبطة كالوكيل.

(وليبع[٩] كذلك) بنقد البلد نقداً .....

---

(١) المراد من «المالك» هو صاحب المال.

(٢) فاعله هو الضمير العائد إلى المالك، والواو تكون للحاليّة، والضمير في قوله «عليه» يرجع إلى الثمن.

(٣) الضمير في قوله «له» يرجع إلى المالك.

(٤) المراد من «ما دفع» هو رأس المال الذي أعطاه العامل.

(٥) قوله «حملاً» مفعول له، تعليل لعدم جواز اشتراء العامل بغير نقد البلد وبأزيد من ثمن المثل.

(٦) المراد من «الأخيرين» هو اشتراء العامل بنقد البلد وبثمن المثل فما دون.

(٧) فإنّ المتعارف بين الناس في معاملاتهم هو اشتراؤهم المتاع بنقد البلد وبثمن المثل فما دون لا غيرهما.

(٨) عطف على قوله «المتعارف»، والضمير في قوله «فيه» يرجع إلى «ما» الموصولة. يعني وحمل الأخيرين على المتعارف وعلى ما فيه المصلحة والغبطة مثل الوكيل، بمعنى أنّ تصرّف الوكيل كما يحمل على المتعارف من الاشتراء بنقد البلد وبما هو بثمن المثل فما دون وبما فيه الغبطة كذلك إذن المالك في اشتراء العامل في المضاربة يحمل على الشراء بنقد البلد وبثمن المثل فما دون وعلى ما فيه مصلحة المالك إذا رآها العامل.

كيفيّة البيع

(٩) فاعله هو الضمير العائد إلى العامل. يعني أنّ العامل كما عليه أن يشتري نقداً وأيضاً عليه الاشتراء بنقد البلد وبثمن المثل فما دون. كذلك عليه أن يبيع أيضاً، كما ذكر في =

(بثمن[١] المثل فما فوقه[٢])، لما[٣] في النسيئة من التغرير بمال المالك، وحملاً[٤] للإطلاق على المتعارف، وهو نقد البلد كالوكالة[٥].

وقيل: يجوز بغيره[٦] وبالعرض[٧] مع .....

= الاشتراء مثل ما يفعله الوكيل. وهنا تعرّض للمورد الثاني وهو بيعه للمتاع الذي اشتراه بمال المضاربة، ثم كون البيع بغير نسيئة لما في بيع النسيئة من التغرير بمال المالك، وكون البيع بنقد البلد لإطلاق عقد المضاربة كالإطلاق في الوكالة، وكون البيع بثمن المثل فما فوق للتضييع لو باعه بأدون من ثمن المثل مع القدرة على تحصيل الزائد.

(١) الباء تكون للمقابلة. يعني أنّ العامل في المضاربة يجب عليه أن يبيع المتاع نقداً بنقد البلد بثمن المثل.

(٢) الضمير في قوله «فما فوقه» يرجع إلى ثمن المثل. يعني لا يجوز للعامل أن يبيع بأقلّ من ثمن المثل، لكن يجوز له أن يبيع بأزيد منه.

(٣) هذا دليل لعدم جواز بيع العامل نسيئةً، وهو أنّ بيع النسيئة لا يخلو عن الغرر المتوجّه إلى المالك.

(٤) هذا تعليل لقوله بنقد البلد، فإنّ إطلاق الإذن في البيع يقتضي البيع بنقد البلد.

(٥) كما أنّ الوكالة في البيع أيضاً تقتضي أن يكون البيع بنقد البلد.

(٦) الضمير في قوله «بغيره» يرجع إلى نقد البلد. أي بغير نقد البلد ـ أي بلد البيع، وكذا يجوز بيعه بالعَرْض، قال في المسالك: (لأن الغرض الأقصى منها ـ أي المضاربة ـ تحصيل الربح، وهو قد يكون بغير نقد البلد كالعُروض، والأقوى جوازه بها مع الغبطة) انتهى.

(٧) قوله «بالعرض» ـ بفتح العين وسكون الراء ـ بمعنى المتاع. يعني قال بعض الفقهاء: يجوز للعامل في المضاربة أن يبيع المتاع بالمتاع وكذا أن يبيع بغير نقد البلد.

كونه[١] مظنّة للربح، لأنّ الغرض الأقصى منها[٢] ذلك، بخلاف الوكالة[٣]، وفيه[٤] قوّة.

ولو أذن المالك في شيء من ذلك[٥] خصوصاً أو عموماً كتصرّف[٦] برأيك أو كيف شئت جاز[٧] بالعرض قطعاً، أمّا النقد وثمن المثل فلا يخالفهما[٨] إلاّ مع التصريح[٩].

---

(١) الضمير في قوله «كونه» يرجع إلى البيع بغير نقد البلد وبالعرض. يعني إذا كان البيع كذلك مظنّة لتحصيل الربح جاز للعامل ذلك.

(٢) الضمير في قوله «منها» يرجع إلى المضاربة، والمشار إليه في قوله «ذلك» هو الربح.

(٣) يعني أنّ الغرض الأقصى في المضاربة هو تحصيل الربح خاصّةً، بخلاف الوكالة التي ليس الغرض منها إلاّ رعاية مصلحة المالك، سواء حصل معها ربح أم لا.

(٤) الضمير في قوله «فيه» يرجع إلى القول بجواز البيع بغير نقد البلد وبالعرض.

(٥) المشار إليه في قوله «ذلك» هو البيع بغير نقد البلد والبيع بالعرض.

(٦) هذا وما بعده كلاهما مثالان للإذن عموماً.

(٧) هذا جواب شرط، والشرط هو قوله «لو أذن». يعني أنّ المضارب لو أذن للعامل في البيع عموماً جاز له أن يبيع بالمتاع قطعاً.

(٨) الضمير في قوله «فلا يخالفهما» يرجع إلى النقد وثمن المثل، وفاعله هو الضمير العائد إلى العامل. يعني أنّه لا يجوز للعامل مخالفة البيع بالنقد والبيع بثمن المثل إلاّ مع التصريح من صاحب المال.

(٩) أي التصريح من صاحب المال بأن يقول: أذنت لك في أن تبيع نسيئةً وبأقلّ من ثمن المثل، فإذاً يجوز له البيع كذلك بهذا التصريح لا بالإذن عموماً. لأن الإذن العام يحمل على المتعارف، والمتعارف هو التصرف المفيد لتحصيل الربح مع أن البيع نسيئة =

نعم، يستثنى من ثمن المثل نقصان يتسامح به[١] عادةً.

(وليشتر[٢] بعين المال) لا بالذمّة[٣] (إلاّ مع الإذن[٤] في الذمّة) ولو[٥] بالإجازة.

= وبدون المثل مخالف لتحصيل الربح، بخلاف العَرْض فإن التصرف فيه مع الغبطة مشمول للإذن العام، لأن ليس فيه نقصان ربح.

(١) الضمير في قوله «به» يرجع إلى النقصان. يعني يجوز للعامل أن يبيع المتاع بالقدر الناقص من ثمن المثل الذي يتسامح به بأن يبيع ما يسوى ألفاً بأنقص منه واحداً أو اثنين مثلاً.

الاشتراء بالعين لا بالذمّة

(٢) فاعله هو الضمير العائد إلى العامل. يعني يجب على العامل أن يشتري المتاع في مقابل عين المال ـ بأن يشتري الحنطة مثلاً بثوب معيّن في الخارج ـ لا بثمن كلّيّ في ذمّته ـ بأن يشتري الحنطة بدينار كلّيّ في ذمّته ـ، وإلاّ فله حكم سيأتي.

(٣) مع عدم إذن صاحب المال الشراء بها في الذمّة.

أي اشترى في الذمة بدون الإذن ولو الإذن اللاحق فتارة يذكر العاملُ المالكَ في متن العقد، بمعنى أن الثمن في ذمة المالك ولم يُجز المالك فيقع العقد باطلاً لبطلان عقد الفضولي مع عدم إجازة المالك، وأُخرى يذكر المالك نية ولم يذكره في لفظ العقد ولم يُجز المالك، فالعقد لا يكون عقداً عن المالك لعدم إجازته، ويُحكم بالعقد على العامل بمعنى عليه أن يتخلص بنفسه من البائع وهو حكم بكون العقد ظاهراً عن العامل، وإن كان واقعاً باطلاً لكونه عن المالك ولم يُجز المالك، ولو لم يذكر المالك لا لفظاً ولا نية فالعقد واقع عن العامل واقعاً وظاهراً وعليه دفع الثمن إلى البائع.

(٤) أي الصادر عن صاحب المال ولو بعد انعقاد الاشتراء في الذمّة.

(٥) أي وإن كان الإذن مسبوقاً بعمل العامل، وهو المعبّر عنه بالإجازة.

أقول: ومن المعلوم أنّ الإذن هو الرضا قبل العمل، والإجازة هي الرضا بعد العمل.

فإن اشترى[١] فيها بدونه ولم يذكر المالك لفظاً ولا نيّةً[٢] وقع له.

ولو ذكره[٣] لفظاً فهو[٤] فضوليّ، ونيّةً[٥] خاصّةً يقع[٦] للعامل ظاهراً[٧] وموقوفاً باطناً، فيجب التخلّص[٨] من حقّ البائع.

---

(١) فاعل قوله «اشترى» هو الضمير العائد إلى العامل، والضمير في قوله «فيها» يرجع إلى الذمّة، وفي قوله «بدونه» يرجع إلى الإذن. يعني فإن اشترى العامل المتاع بما في ذمّته بدون إذن من المالك يأتي حكمه في قوله «وقع له».

(٢) أي إذا لم يذكر العامل اسم المالك لفظاً ولا نواه قلباً صحّ البيع ووقع للعامل.

(٣) فاعله هو الضمير العائد إلى العامل، والضمير الملفوظ يرجع إلى المالك.

(٤) يعني أنّ الشراء مع ذكر المالك فضوليّ يحتاج إلى إجازته.

(٥) عطف على قوله «لفظاً». يعني لو ذكر العاملُ المالكَ في قلبه بلا ذكره لفظاً فالبيع له ظاهراً.

(٦) فاعله هو الضمير العائد إلى البيع المذكور. وهذا جواب الشرط أعني قوله «ولو ذكره... نيّةً».

(٧) يعني يحكم بوقوع الشراء للعامل في الظاهر، لكن في الواقع يقع الشراء لمن نواه قلباً ويكون فضوليّاً موقوفاً على إجازته، كما أنّ الحكم كذلك إذا تلفّظ باسم المالك.

(٨) يعني يجب على العامل أن يتخلّص من حقّ البائع بأن يؤدّي ثمن متاعه لا أن يصبر وينتظر إجازة المالك أو ردّه، فإذا أدّى الثمن إلى البائع مع نيّة الشراء للمالك فأجازه المالك أخذ الثمن منه ووقع الشراء للمالك، وإن ردّه المالك وقع الشراء لشخص العامل.

(ولو تجاوز[١] ما حدّ له[٢] المالك) من الزمان والمكان والصنف **(ضمن[٣]، والربح على الشرط[٤])**، كما مرّ.

أمّا لو تجاوز بالعين[٥] والمثل[٦] والنقد[٧] وقف[٨] على الإجازة، فإن لم يجز بطل.

ضمان العامل بالتعدّي

(١) فاعله هو الضمير العائد إلى العامل.

(٢) الضمير في قوله «له» يرجع إلى العامل.

(٣) أي ضمن العامل المالّ لو تلف.

(٤) أي على ما عيّناه من النصف أو الربع أو غيرهما.

(٥) بأن اشترى العامل عيناً غير ما عيّنه المالك.

(٦) بالجرّ، عطف على قوله «العين». وهذا إشارة إلى تجاوز العامل بالمثل بأن اشترى بأزيد من ثمن المثل أو باع بأقلّ منه.

(٧) كما إذا تجاوز العامل الشراءَ بالنقد فاشترى نسيئةً أو اشترى بغير نقد البلد أو باع كذلك. فيقف البيع في الجميع على الإجازة وإلا بطل، لأن البيع في الثلاثة الأخيرة فضولي، والفرق بينها وبين ما لو تجاوز ما حدّ له المالك، أن مخالفة ما صرح به المالك قد ورد فيه النصوص بكون البيع صحيحاً والربع على ما شرط مع كون الضمان على العامل وقد تقدمت، بخلاف ما هنا فلا بد من إعمال القواعد، وهي قاضية بما سمعت من كون البيع فضولياً لعدم الإذن فيه.

(٨) جواب شرط، والشرط هو قوله «لو تجاوز». يعني في الصور المذكورة التي تجاوز العامل ما حُدّ له في بيع أو شراء لا يحكم فيها ببطلان البيع أو الشراء، بل يقف على إجازة المالك، كما هو الحكم في الفضوليّ، ويبطل إذا لم يجزه المالك، ويصحّ عند إجازته.

(وإنّما تجوز) المضاربة (بالدراهم[١] والدنانير) إجماعاً[٢]، وليس ثمّة علّة مقنعة غيره[٣]، فلا تصحّ بالعروض[٤] ولا الفلوس[٥] ولا الدين[٦] وغيرها[٧]، ولا فرق

انحصار الجواز في الدرهم والدينار

(١) بأن يعطي المضارب للعامل دنانير ودراهم للمضاربة والتجارة.

قال في المسالك: (واشتراط ذلك في المال موضع وفاق، ونقله في التذكرة، وهو العمدة)، وقال في الجواهر: (بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه)، وعُلّل أيضاً بأن المضاربة معاملة تشتمل على غرر، إذ العمل مجهول والربح غير متيقن الحصول، وإنما سُوغت هذه المعاملة مع ذلك للحاجة فتختص بما تسهُل التجارة به وتروج في كل حال، وهو النقدان فقط دون غيره.

(٢) يعني أنّ جواز المضاربة بهما إجماعيّ بين الفقهاء.

(٣) الضمير في قوله «غيره» يرجع إلى الإجماع. قال الشارح ﷺ: ليس لانحصار جواز المضاربة في الدراهم والدنانير دليل مقنع يوجب اطمئنان النفس غير الإجماع.

(٤) العروض ـ بضمّ العين ـ، جمع العرض ـ بفتح العين وسكون الراء ـ كما ذكرناه. يعني لا تصحّ المضاربة بالأمتعة بأن يعطي المالك مقداراً من الحنطة أو الأقمشة للعامل للمضاربة والتجارة. والدليل عليه قيام الإجماع على غيره، وكذا بالنسبة لما بعده.

(٥) الفلوس جمع، مفرده الفلس.

الفَلْس: قطعة مضروبة من النحاس يُتَعامَل بها، وهي من المسكوكات القديمة، ج فُلُوس وأفْلُس (أقرب الموارد).

(٦) أي لا تصحّ المضاربة بالدين بأن يجعل صاحب الدين في ذمّة العامل مورداً للمضاربة، كما إذا كان لزيد في عهدة عمرو ألف دينار فضاربه بالدين المذكور.

(٧) أي وغير ما ذكر، مثل أن يضارب بالذهب والفضّة غير المسكوكين.

بين المعيّن[١] والمشاع[٢].

(وتلزم الحصّة[٣] بالشرط[٤]) دون الأُجرة[٥]، لأنّها[٦] معاملة صحيحة، فيلزم مقتضاها[٧]، وهو[٨] ما شرط للعامل من الحصّة، وفي قول .....

---

(١) كما إذا أعطى المالك للعامل دراهم ودنانير معيّنة للمضاربة.

(٢) كما إذا جعل الدراهم والدنانير المشتركة بين المالك والعامل رأس المال للمضاربة.

لزوم الحصّة بالشرط

(٣) أي تجب الحصّة المشترطة من الربح لكلّ من المالك والعامل نصفاً أو ربعاً أو غيرهما.

(٤) أي الشرط المذكور في متن عقد المضاربة، هذا ومحل النزاع أن المضاربة هل هي معاملة صحيحة أو لا، فعلى الأول يجب الالتزام بالشرط الوارد في عقدها، والصادر من رب المال والعامل على الربح بالنصف أو الثلث ونحوهما وعليه قول جميع العلماء على اختلاف مذاهبهم إلا قليلاً من أصحابنا كما في المسالك، وقال في الجواهر: (الموافق لما هو المشهور، بل المجمع عليه من مشروعيتها)، بالإضافة إلى النصوص وقد تقدم بعضها.
وعن المفيد والشيخ في النهاية أنّ الربح كله للمالك، وللعامل أُجرة المثل، لأن المعاملة باطلة لجهالة العوض، ورُدّ بمخالفته للنصوص الكثيرة مع أنّ الجهالة بالعوض لا تضرّ في الكثير من العقود كالمزارعة والمساقاة.

(٥) أي الأُجرة لعمل العامل.

(٦) الضمير في قوله «لأنّها» يرجع إلى المضاربة. يعني أنّ المضاربة معاملة صحيحة بحكم الشرع.

(٧) أي يلزم ما تقتضيه المضاربة.

(٨) الضمير في قوله «وهو» يرجع إلى مقتضى المضاربة. يعني أنّ المضاربة مقتضاها لزوم العمل بما شرط فيها للعامل من الحصّة.

نادر[١] أنّ اللازم أُجرة المثل، وأنّ المعاملة[٢] فاسدة، لجهالة العوض، والنصوص الصحيحة على صحّتها[٣]، بل إجماع المسلمين يدفعه[٤].

---

(١) للشيخ والمفيد وجماعة، وندوره بالنسبة إلى ما قابله مع النصّ والإجماع (حاشية الشيخ عليّ ﷺ).

(٢) يعني النادر من الأقوال هو بطلان المضاربة ولزوم أُجرة المثل للعامل، لأنّ العوض ـ وهو الحصّة المعيّنة من الربح ـ غير معلوم.

(٣) خبر لقوله «والنصوص الصحيحة». يعني أنّ النصوص الصحيحة تدلّ على صحّة المضاربة، فلا يلتفت إلى القول المذكور، ومن النصوص الدالّة على صحّة المضاربة، ننقل ثلاثة منها:

الأوّل: محمّد بن عليّ بن الحسين بإسناده عن أبي بصير ـ يعني المراديّ ـ قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يقول للرجل: أبتاع لك متاعاً والربح بيني وبينك؟ قال: لا بأس[١].

الثاني: محمّد بن يعقوب بإسناده عن محمّد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: من اتّجر مالاً واشترط نصف الربح فليس عليه ضمان، الحديث[٢].

الثالث: محمّد بن الحسن بإسناده عن إسحاق بن عمّار عن أبي الحسن عليه السلام قال: سألته عن مال المضاربة، قال الربح بينهما، والوضيعة على المال[٣].

(٤) الضمير في قوله «يدفعه» يرجع إلى القول النادر.

---

(١) الوسائل، الباب ـ٣ـ من أبواب المضاربة، حديث١.

(٢) المصدر السابق، حديث٢.

(٣) المصدر السابق، حديث ٥.

(والعامل أمين لا يضمن[١] إلاّ بتعدّ أو تفريط)[٢] ومعهما[٣] يبقى العقد[٤]، ويستحقّ[٥] ما شرط له[٦] وإن ضمن المال.

عدم ضمان العامل

(١) أي لا يحكم على العامل بالضمان إذا تلف رأس المال بلا إفراط منه ولا تفريط. بالاتفاق وعليه الأخبار:

منها: صحيح الحلبي المتقدم عن أبي عبدالله عليه السلام (المال الذي يُعمل به مضاربة له من الربح وليس عليه من الوضيعة شيء إلاّ أن يخالف أمرَ صاحب المال) [١].

(٢) بالاتفاق للأخبار:

منها: خبر الحلبي المتقدم، وصحيحه الآخر عن أبي عبدالله عليه السلام (في الرجل يُعطي المال فيقول له: ائتِ أرض كذا وكذا، ولا تجاوزها واشترِ منها، قال عليه السلام: فإن جاوزها وهلك المال فهو ضامن، وإن اشترى متاعاً فوضع فيه فهو عليه، وإن ربح فهو بينهما) [٢]، وهذا الخبر دال أيضاً على أنه بالتجاوز لا ينفسخ العقد ولذا كان الربح بينهما، بالإضافة إلى أن التعدي والتفريط ليسا من موجبات الفسخ.

(٣) الضمير في قوله «معهما» يرجع إلى التعدّي والتفريط.

(٤) يعني أنّ الإفراط والتفريط من العامل لا يوجبان بطلان عقد المضاربة، بل يبقى العقد بحاله، ويستحقّ العامل الحصّة المعيّنة له، لكن يضمن العامل لرأس المال لو تلف.

(٥) فاعله هو الضمير العائد إلى العامل.

(٦) الضمير في قوله «له» أيضاً يرجع إلى العامل، كما أنّ فاعل قوله «ضمن» هو الضمير الراجع إلى العامل.

---

(١) الوسائل، الباب ـ١ـ من أبواب أحكام المضاربة، حديث ٤.

(٢) الوسائل، الباب ـ١ـ ن أبواب أحكام المضاربة، حديث ٢.

(ولو فسخ المالك فللعامل أُجرة مثله إلى ذلك الوقت)[١] الذي فسخ فيه **(إن لم يكن) ظهر (ربح)**[٢]، **وإلاّ**[٣] فله حصّته[٤] من الربح.

حكم الفسخ

(١) أي وقت فسخ المالك عقد المضاربة، وقد تقدّم أنّ عقد المضاربة من العقود الجائزة، ولكلّ من المتعاقدين فسخه متى شاء، لكن لو فسخ المالك فعليه أُجرة المثل لعمل العامل.

(٢) اعلم أن عقد المضاربة من العقود الجائزة فيصح فسخه من المالك أو العامل، وقد ينفسخ بطرو ما يقتضي الانفساخ من موت أحد الطرفين أو جنونه، وعلى التقادير الثلاثة فإمّا أن يكون المال كله ناضاً أو يكون النضّ لقدر رأس المال دون الربح إذ الربح عروض، أو يكون المال بجميعه عُروضاً أو ببعضه.

وعلى التقادير الاثني عشر إما أن يكون قد ظهر ربح أو لا، فالصور أربع وعشرون صورة، وقد تعرض الشهيدان لبعضها، وعليه.

فلو فسخ المالك مع ظهور الربح فللعامل حصته من الربح على الشرط المذكور في العقد بلا خلاف، ولو فسخ المالك مع عدم ظهور الربح، فعن المحقق وجماعة أن للعامل أجرة المثل إلى وقت الفسخ، لأن عمله محترم وقد صدر منه بإذن المالك، ولم يصدر منه على وجه التبرع فله أجرته.

وعن غيرهم أنه لا شيء للعامل، لأنه أقدم على الحصة من الربح على تقدير وجودها، ولم توجد ولا شيء له غيرها مع كون المالك مسلّطاً على الفسخ متى شاء.

(٣) يعني لو ظهر ربح من المضاربة حين فسخ المالك فللعامل حصّته من الربح.

(٤) الضمير في قوله «حصّته» يرجع إلى العامل.

وربّما يشكل[١] الحكم بالأُجرة على تقدير عدم الربح بأنّ[٢] مقتضى العقد استحقاق الحصّة إن حصلت[٣] لا غيرها، وتسلّط المالك على الفسخ من مقتضياتها[٤]، فالعمل قادم على ذلك[٥]، فلا شيء له[٦] سوى ما عيّن.

ولو كان المال عُروضاً[٧] عند الفسخ فإن .....

---

(١) يعني أنّه يمكن كون ما حكم به المصنّف ﷺ مشكلاً، وهو لزوم أُجرة المثل عند فسخ المالك مع عدم ظهور ربح، لأنّ مقتضى عقد المضاربة هو استحقاق العامل الحصّة المعيّنة له إن حصلت لا استحقاق الأُجرة.

(٢) الجارّ والمجرور يتعلّقان بقوله «يشكل».

(٣) فاعله هو الضمير العائد إلى الحصّة، والضمير في قوله «غيرها» أيضاً يرجع إلى الحصّة.

(٤) فإنّ مقتضى عقد المضاربة هو تسلّط المالك على الفسخ.

(٥) المشار إليه في قوله «ذلك» هو العمل الذي يقدم عليه العامل مع كونه في معرض عدم استحقاق الشيء.

(٦) أي لا شيء للعامل سوى الحصّة المعيّنة له على فرض حصول الربح.

(٧) أي كان مال المضاربة متاعاً بالشراء، فهو تارة قد ظهر الربح وأُخرى لا، ومع ظهور الربح في المتاع بأن زادت قيمته السوقية بعد الشراء فللعامل حصته في هذه الزيادة، وعليه فإن رضي المالك ببيع المتاع على أن يأخذ العامل حصته من الربح فهو، وإن لم يرض المالك بالبيع فللعامل أن يبيعه لو أراد من دون رضا المالك مع طلب من الحاكم ليجبره على البيع.

ومع عدم ظهور الربح في المتاع فهو للمالك، ولكن هل للعامل أن يبيعه من دون رضا المالك باحتمال أنه يربح فيه فيكون له حصة من الربح قولان:

القول الأول: عدم الجواز لتعلق حق العامل به حيث يُحتمل وجود راغب في المتاع =

كان به[١] ربح فللعامل بيعه[٢] إن لم يدفع المالك إليه[٣] حقّه منه[٤]، وإلاّ[٥] لم يجز إلاّ بإذن المالك وإن رجي[٦] الربح حيث لا يكون بالفعل[٧].

ولو طلب المالك إنضاضه[٨] ففي إجبار العامل .....

= يزيد في الثمن فيحصل الربح، ورُدّ بعدم تحقق الربح عند احتمال وجود الراغب في الشراء، إلا أن يكون الراغب موجوداً بالفعل ويريد الشراء بأزيد من قيمته فهو في قوة ظهور الربح، ورُدّ الاستثناء أيضاً بعدم صدق الربح عرفاً عليه، وبأنه لو سلم فيصير العامل شريكاً، ومع ذلك لا يسقط إذن المالك إلا عند الامتناع.

(١) الضمير في قوله «به» يرجع إلى المال.

(٢) الضمير في قوله «بيعه» يرجع إلى المال.

(٣) الضميران في قوله «إليه» و«حقّه» يرجعان إلى العامل.

(٤) الضمير في قوليه «منه» يرجع إلى الربح.

(٥) أي إن لم يمتنع المالك من أداء الحصّة من الربح فلا يجوز للعامل بيع المتاع. ويحتمل كون الاستثناء راجعاً إلى قوله «فإن كان به ربح» فيكون المعنى أنّ المال إن لم يكن له ربح فلا يجوز للعامل بيعه إلاّ بإذن المالك وإن كان الربح يحصل من البيع.

(٦) بضيعة المجهول.

(٧) يعني إذا لم يظهر ربح للمال بالفعل لم يجز له بيعه إلاّ بإذن المالك، لكن يجوز للعامل بيع المتاع لو رجي به ربح بالفعل.

(٨) لو كان مال المضاربة عُروضاً وقد فُسخ عقد المضاربة، فهل للمالك إلزام العامل ببيع المتاع ـ وهذا هو معنى الانضاض ـ أولاً.

فقد قيل بأنه يجب على العامل أن ينضّ المال فيجوز للمالك إلزامه بذلك، لأن العامل قد أخذ المال نقداً فيجب عليه أن يرده كذلك لإطلاق (على اليد ما أخذت حتى =

عليه[١] قولان، أجودهما العدم[٢].

ولو انفسخ العقد من غير[٣] المالك إمّا بعارض[٤] يفسد العقد الجائز أو من قبل[٥] العامل فلا أُجرة له[٦]، بل الحصّة[٧] إن ظهر ربح. وقيل له: الأُجرة

= تؤدي)[١]. ورُدّ بأن دليل الضمان لا يشمل المقام، لأن العامل هنا مأذون فلا يضمن، مع أن وجوب النضّ مما لا دليل عليه فمجراه البراءة عند الشك فيه.

والإنضاض من نَضَّ مالُه: صار عيناً بعد أن كان متاعاً (المنجد).

والمراد هنا هو طلب المالك من العامل إبدال المتاع بالنقد.

(١) الضمير في قوله «عليه» يرجع إلى الإنضاض. يعني ففي جواز إجبار المالك العامل على إبدال المتاع بالنقد قولان.

(٢) خبر لقوله «أجودهما». يعني أنّ أجود القولين في المسألة هو عدم جواز إجبار العامل على الإنضاض.

(٣) يعني انفساخ العقد من غير أن يفسخه المالك.

(٤) كعروض جنون أو إغماء وغيرهما، فإنّ العقد الجائز يبطل بعروض أمثال ذلك، بخلاف العقد اللازم. وعليه فإن لم يظهر الربح. فلا شيء للعامل من الربح لعدمه ولا من الأُجرة بالاتفاق لإقدامه على أن يكون له حصته من الربح ولم تظهر، وكذا لو فسخ العامل عند عدم ظهور الربح.

(٥) يعني إذا حصل انفساخ عقد المضاربة بفسخ العامل ـ فإنّه يجوز له فسخها متى شاء ـ فلا أُجرة له.

(٦) الضمير في قوله «له» يرجع إلى العامل.

(٧) يعني أنّ العامل ليس له أُجرة في صورة انفساخ عقد المضاربة، بل له الحصّة لو ظهر ربح، وعن العلاّمة في التذكرة أن له أُجرة المثل، وهو ضعيف.

---

(١) سنن البيهقي، ج٦، ص٩٠ . كنز العمال ، ج٥، ص٢٥٧، حديث رقم: ٥١٩٧ .

أيضاً[١].

(والقول قول العامل في قدر رأس المال[٢]) لأنّه[٣] منكر للزائد، والأصل معه[٤].

(و) في (قدر الربح[٥])، لأنه[٦] أمين، فيقبل قوله[٧] فيه.

---

(١) يعني كما أنّ المالك لو فسخ عقد المضاربة كان للعامل الأجرة فالحاكم هو كذلك عند انفساخ العقد بما ذكر. على قول المحقق وجماعة، وهو مختار الماتن هنا، وهذه هي الصور التي تعرض لها الشهيدان من أربع وعشرين صورة، ومنها يعرف حكم البقية.

القول في الخلاف بين المالك والعامل

(٢) هذا تعرّض للمسائل الراجعة إلى التنازع والقضاء في خصوص المضاربة، فإنّ العادة جرت على ذكر بعض المسائل المتنازع فيها بين المتعاقدين في ضمن بيان الأحكام، والمصنّف أخذ من هنا في بيان بعض تلك المسائل، تبعاً للعادة المشار إليها، فقال: إذا اختلف المالك والعامل في مقدار رأس المال فقال المالك: إنّه كان ألفاً مثلاً وقال العامل: بل كان خمسمائه لا أزيد فالقول قول العامل بمعنى أنّه يحلف، ويثبت قوله باليمين.

(٣) يعني أنّ العامل منكر للزائد عن الألف مثلاً.

(٤) وهو أصالة عدم الزائد، فيوافق قولُه الأصلَ، وهذا هو علامة كونه منكراً.

(٥) وهذه هي المسألة الثانية من المسائل المتنازع فيها بين المتعاقدين، وهو أنّ المالك إذا ادّعى كون الربح عشراً، وادّعى العامل كونه خمساً قدّم قول العامل.

فالعامل منكرٌ لموافقة قوله لظاهر الشرع حيث حكم الشارع بكونه أميناً، فيقدم قوله مع يمينه.

(٦) أي العامل أمين، ويتفرّع على ذلك سماع قوله في خصوص الربح.

(٧) الضمير في قوله «قوله» يرجع إلى العامل، وفي قوله «فيه» يرجع إلى الربح.

(وينبغي[١] أن يكون رأس المال معلوماً عند العقد[٢])، لترتفع الجهالة عنه[٣]، ولا يُكتفى[٤] بمشاهدته.

وقيل[٥]: تكفي المشاهدة، وهو[٦] ظاهر .....

لزوم معلوميّة رأس المال

(١) يعني من شرائط صحّة عقد المضاربة أن يكون رأس المال الذي يدفع المالك إلى العامل معلوماً حين العقد.

(٢) فلا يكفي كونه معلوماً بعد العقد. فيكون رأس المال معلوماً بالقدر والوصف للنهي عن الغرر، وعن الشيخ في المبسوط والعلامة في المختلف أنه تكفي المشاهدة لزوال معظم الغرر بالمشاهدة، ورُدّ ببقاء الجهالة ولا ترتفع إلا مع العلم بالقدر والوصف، وقال الشارح في المسالك: (وحكى في المختلف عن الشيخ القول بجواز المضاربة من غير تقييد بالمشاهدة، وقواه في المختلف محتجّاً بالأصل، وقوله ﷺ[١]: المؤمنون عند شروطهم) انتهى.

(٣) الضمير في قوله «عنه» يرجع إلى رأس المال.

(٤) بصيغة المجهول، والضمير في قوله «بمشاهدته» يرجع إلى رأس المال. يعني لا يجوز الاكتفاء بمشاهدة رأس المال في صحّة المضاربة.

(٥) والقائل بكفاية المشاهدة هو الشيخ رحمه الله في كتابه (المبسوط). والعلامة.

* من حواشي الكتاب: وهذا القول للمبسوط، وربّما يعزى إلى المرتضى، وهو ضعيف، وأضعف منه الاكتفاء بالجزاف وإن لم يشاهد، كما حكاه في المختلف عن الطوسيّ وقوّاه لعموم «المؤمنون عند شروطهم»، وهو كما ترى، فالحقّ اعتبار كونه معلوم القدر إمّا للجهالة أو للاقتصار فيما خالف الأصل المتقدّم المجمع على المتيقّن (الرياض).

(٦) الضمير في قوله «وهو» يرجع إلى الاكتفاء بالمشاهدة.

اختياره[١] هنا، وهو مذهب الشيخ والعلاّمة في المختلف، لزوال معظم[٢] الغرر بالمشاهدة، وللأصل[٣]، ولقوله[٤] ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم».

فإن قلنا به[٥] واختلفا في قدره[٦] فالقول قول العامل، كما تقدّم، للأصل[٧].

والأقوى المنع[٨].

---

(١) الضمير في قوله «اختياره» يرجع إلى المصنّف رحمه الله، وقوله «هنا» إشارة إلى هذا الكتاب.

يعني أنّ الظاهر من عبارة المصنّف في اللمعة الدمشقيّة هو الاكتفاء بالمشاهدة حيث قال «وينبغي أن يكون رأس المال معلوماً عند العقد»، فإنّه يشمل ما إذا كان معلوماً بالمشاهدة أيضاً.

والماتن قد فرض التنازع في قدر المال فيكون من القائلين بكفاية المشاهدة، وفيه: إنّ جميع الفقهاء المشترطين للتعيين قد فرضوا التنازع فراجع كتبهم.

(٢) فإن المشاهدة يرفع بها الغرر الحاصل عند الجهل.

(٣) المراد من «الأصل» هو أصالة الجواز إذا لم يثبت المنع.

(٤) بالجرّ، عطف على قوله «للأصل». وهذا دليل آخر للاكتفاء بمشاهدة رأس المال في صحّة عقد المضاربة.

(٥) الضمير في قوله «به» يرجع إلى الاكتفاء بالمشاهدة.

(٦) أي في قدر رأس المال. يعني لو قلنا بالاكتفاء بالمشاهدة، ثمّ اختلفا في مقدار رأس المال فالقول قول العامل، لأنّ الأصل عدم الزائد ممّا يقرّ به.

(٧) يعني أن الأصل هو عدم الزيادة.

(٨) يعني أنّ الأقوى هو عدم جواز الاكتفاء بمشاهدة رأس المال، لعدم ارتفاع الجهالة بها.

(وليس للعامل أن يشتري ما فيه[١] ضرر على المالك كمن ينعتق عليه[٢]) أي على المالك، لأنّه[٣] تخسير محض، والغرض من هذه المعاملة الاسترباح، فإن اشتراه[٤]

عدم جواز شراء ما فيه الضرر

(١) الضمير في قوله «فيه» يرجع إلى «ما» الموصولة. يعني لا يجوز للعامل أن يشتري مالاً يوجب الضرر على المالك كالمثال المذكور في قول المصنّف ﷺ «كمن ينعتق عليه».

قال في المسالك: (لما كان مبنى عقد القِراض على طلب الربح فكل تصرف ينافيه يكون باطلاً، ومن جملته شراء من ينعتق على المالك، لأنه تخسير محض، فضلاً عن عدم اشتماله على الغرض المقصود من العقد) انتهى، والغرض المقصود من العقد هو الربح.

(٢) الضمير في قوله «عليه» يرجع إلى المالك. أي كاشتراء العامل عبداً ينعتق على المالك، مثل اشتراء أبيه، لأنّ المالك إذا ملك أباه انعتق عليه قهراً.

(٣) الضمير في قوله «لأنّه» يرجع إلى شراء من ينعتق عليه. يعني أنّ الشراء كذلك هو إضرار محض على المالك والحال أنّ الغرض من عقد المضاربة هو الاسترباح.

(٤) أي اشترى من ينعتق على المالك. فشراء من ينعتق على المالك تارة بغير إذن المالك وأُخرى بإذنه، وعلى الأول فتارة يكون العامل عالماً بنسب من يشتريه وعالماً بكونه ينعتق على المالك وأُخرى يكون جاهلاً بهما وثالثة بأحدها.

فلو اشتراه بغير الأذن مع العلم بالنسب والانعتاق فيكون الشراء عن المالك شراءً فضولياً، ويتوقف على إجازة المالك ككل عقد فضولي، فإن أجاز فيكون كمثل ما لو اشتراه بإذن المالك وسيأتي الكلام فيه عند التعرض للشق الثاني، وإن لم يُجز بطل الشراء وكأنه لم يقع.

ولو اشتراه بغير الاذن مع جهله بهما أو بأحدهما فنظر، وقال الشارح في المسالك: (فيحتمل كونه كذلك ـ أي فضولياً ـ لأن الاذن في هذا الباب إنما ينصرف إلى ما يمكن =

بدون إذنه كان فضولياً مع علمه[١] بالنسب.

والحكم[٢] أمّا مع جهله بهما[٣] أو بأحدهما ففي صحّته[٤] وعتقه عن المالك أو إلحاقه بالعالم[٥] وجهان[٦]، مأخذهما[٧] انصراف[٨] الإذن إلى ما يمكن .....

= بيعه وتقليبه في التجارة للاسترباح ولا يتناول غير ذلك، فلا يكون ما سواه مأذوناً فيه، والتباسُ الأمر ظاهراً ـ على العامل ـ لا يقتضي الاذن، غايته أنه غير آثم لجهله.

ويحتمل صحة البيع ويُحكم بعتقه على المالك قهراً ولا ضمان على العامل، لأنّ العقد المذكور إنما يقتضي شراء ما ذُكر بحسب الظاهر، لا في نفس الأمر، لاستحالة توجه الخطاب إلى الغافل، لاستلزامه تكليف ما لا يطاق، وكما لو اشترى معيباً لم يعلم بعيبه فتلف بذلك العيب) انتهى.

(١) الضمير في قوله «علمه» يرجع إلى العامل. أي مع علم العامل بنسب ما اشتراه وأنّه أبو المالك أو أُمّه مثلاً.

(٢) المراد من «الحكم» هو انعتاق الأب مثلاً على المالك.

(٣) أي جهل العامل بالنسب والحكم.

(٤) أي ففي صحّة الشراء وعتق العبد المذكور عن المالك وجهان.

(٥) يعني وفي إلحاق الشراء مع جهل العامل بالنسب والحكم معاً أو بأحدهما بشراء العالم ـ بأن لا يحكم بصحّة الشراء إلاّ بإذن المالك ـ وجهان.

(٦) هذا مبتدأ مؤخّر، خبره قوله المقدّم «ففي صحّته وعتقه... إلخ».

(٧) أي مأخذ الوجهين.

(٨) هذا هو دليل الوجه الثاني، وهو إلحاق الشراء مع الجهل بالنسب والحكم معاً أو بأحدهما بالشراء مع العلم وعدم صحّة الشراء إلاّ مع. إذن المالك أو إجازته كالفضوليّ، فإنّ الإذن ينصرف إلى ما يمكن بيعه والاسترباح به لا إلى ما يوجب الضرر، ولا يمكن بيعه والإسترباح به، كما في شراء من ينعتق عليه.

بيعه[١] والاسترباح به، فلا يدخل هذا[٢] فيه مطلقاً[٣]، ومن كون[٤] الشرط[٥] بحسب الظاهر، لاستحالة توجّه الخطاب إلى الغافل، كما لو اشترى معيباً لا يعلم بعيبه فتلف به[٦].

(وكذا لا يشتري[٧] من ربّ المال[٨] شيئاً)، لأنّ المال له[٩]، ولا يشترى مال الإنسان بماله[١٠].

---

(١) الضمير في قوله «بيعه» يرجع إلى «ما» الموصولة.

(٢) المشار إليه في قوله «هذا» هو شراء من ينعتق على المالك، والضمير في قوله «فيه» يرجع إلى الإذن.

(٣) أي سواء كان عالماً بالنسب والحكم معاً أو بأحدهما، أو كان جاهلاً كذلك.

(٤) هذا هو دليل الوجه الأوّل، وهو صحّة الشراء وانعتاق العبد المشترى عن المالك.

(٥) المراد من «الشرط» هو انصراف الإذن إلى ما يمكن بيعه والاسترباح به. يعني أنّ هذا الشرط شرط ظاهريّ، فلا يشمل الغافل والجاهل.

(٦) الضمير في قوله «به» يرجع إلى العيب. يعني إذا اشترى العامل مالاً معيباً غفلةً فمات بالعيب الموجود فيه لم يحكم ببطلان شرائه، كما فيما نحن فيه.

(٧) فاعله هو الضمير العائد إلى العامل. يعني وكذا لا يجوز للعامل أن يشتري شيئاً من المالك، لأنّ المال له، ولا يشترى مال شخص بماله!

(٨) المراد من «ربّ المال» هو المالك في المضاربة. فلا يشتري من رب المال لأن البيع فيه نقلٌ وانتقال، وهو غير متحقق عند الشراء من رب المال، لأن مال المضاربة ماله ولا يُشترى مال الإنسان بماله، ولأن الإذن في المضاربة للاسترباح، وهو محمول عرفاً على الاسترباح من غير المالك فلا يكون العامل مأذوناً بالاسترباح من نفس المالك.

(٩) الضمير في قوله «له» يرجع إلى ربّ المال.

(١٠) الباء تكون للمقابلة. يعني لا يشترى مال شخص في مقابل ماله.

(ولو أذن[١] في شراء أبيه) وغيره[٢] ممّن ينعتق عليه **(صحّ[٣] وانعتق)**، كما لو اشتراه[٤] بنفسه أو وكيله[٥]، وبطلت المضاربة في ثمنه[٦]، لأنّه[٧] بمنزلة التالف، وصار الباقي[٨] رأس المال إن كان[٩].

إذن المالك في شراء أبيه

(١) فاعله هو الضمير العائد إلى المالك، والضمير في قوله «أبيه» يرجع أيضاً إلى المالك.

وهذا هو الشق الثاني من المسألة السابقة، وعليه فإذا أذن المالك بشراء أبيه من مال المضاربة صح الشراء بلا إشكال، كما لو اشترى نفسُ المالك أباه، أو اشتراه وكيله؛ وينعتق على المالك لما سيأتي في باب العتق من عدم تملك الإنسان أحد أبويه.

ومع الانعتاق فإن كان ثمنه تمام مال المضاربة بطلت المضاربة، لأن الإذن من المالك بالشراء المذكور يكون فسخاً لها، وإن كان الثمن بعضاً من مال المضاربة فتبطل المضاربة في البعض لأنه فسخ كما تقدم، وتبقى صحيحة في الباقي لوجود الإذن مع عدم صدور فسخ بالنسبة للباقي.

(٢) أي وغير أبيه ممّن ينعتق عليه، مثل ولده.

(٣) جواب شرط، والشرط هو قوله «لو أذن». يعني صحّ شراء العامل أبا المالك إذا أذن فيه، وينعتق الأب على المالك.

(٤) فاعله هو الضمير العائد إلى المالك، والضمير الملفوظ فيه يرجع إلى الأب. يعني كما ينعتق أبو المالك لو اشتراه المالك بنفسه أو وكيله.

(٥) الضميران في قوليه «بنفسه» و«وكيله» يرجعان إلى المالك.

(٦) يعني يحكم ببطلان المضاربة بالنسبة إلى ثمن أبي المالك.

(٧) الضمير في قوله «لأنّه» يرجع إلى الثمن. يعني أنّ ثمن الأب في حكم المال التالف.

(٨) أي الباقي من ثمن الأب إن كان.

(٩) قوله «كان» هنا تامّة بمعنى وجد وتحقّق، وفاعله هو الضمير العائد إلى الباقي.

(والعامل الأُجرة[١]) سواء ظهر فيه[٢] ربح أم لا، أمّا مع عدمه[٣] فظاهر إلاّ على الاحتمال السابق[٤] فيما لو فسخ .....

(١) العامل إذا اشترى من ينعتق على المالك فتارة يبحث في صحة الشراء والانعتاق مع إذن المالك بالشراء وعدمه، وهذا ما قد تقدم، وأُخرى يبحث عما للعامل في البيع على تقدير إذن المالك بالشراء، لأنه مع عدم الإذن فيكون عمله تبرعياً فلا أجرة له، ولا شيء غيرها.

وعليه فلو أذن المالك للعامل بشراء من ينعتق على المالك فتارة يظهر ربح حين الشراء بأن زادت قيمته السوقية وأُخرى لا يظهر فيه ربح وعلى الأول فالمحكي عن بعض أن ربّ المال يضمن للعامل حصته من الربح، لتحقق ملك العامل عند ظهور الربح ولا يقدح العتق القهري بإذن المالك، الذي مرجعه استرداد طائفة من ماله بعد ظهور الربح وإتلافها، وكما يضمن في الأخير يضمن في المقام.

وفيه: أن العامل يملك حصته من الربح عند الظهور إن لم يكن عقد المضاربة قد بطل بهذا الشراء، مع أن عقد المضاربة قد بطل فلا حصة للعامل من الربح، لأن الإذن في المضاربة هو إذن لما اقتضى التقلب والاسترباح، ومع الاذن بشراء من ينعتق على المالك كما هو المفروض فلا يكون إذناً بالمضاربة، بل يكون فسخاً لها ورجوعاً عنها، نعم وإن لم يثبت له شيء من الربح إلا أنّ له أُجرة المثل لأن عمله محترم غير متبرع به.

وعلى الثاني عند عدم ظهور الربح فلا شيء للعامل من الربح لعدم ظهوره، ولكن له أُجرة المثل لأنه غير متبرع به.

(٢) الضمير في قوله «فيه» يرجع إلى شراء الأب. يعني أنّ العامل يستحقّ الأُجرة في شراء أبي المالك وغيره، سواء ظهر ربح فيه أم لا.

(٣) يعني أنّ الحكم بالأُجرة مع عدم ظهور ربح ظاهر.

(٤) المراد من «الاحتمال السابق» هو كون العامل عالماً بتسلط المالك على الفسخ متى =

المالك[١] بنفسه، وأمّا مع ظهوره[٢] فلبطلان المضاربة بهذا الشراء، لعدم كونه[٣] من متعلّق الإذن[٤]، لأنّ متعلّقه[٥] ما فيه ربح ولو بالمظنّة، وهو[٦] منفيّ هنا، لكونه[٧] مستعقباً للعتق، فإذا صرف الثمن فيه[٨] بطلت[٩].

= شاء، وقد أقدم على العمل بأن له حصة من الربح على تقدير ظهوره فليس له إلا هذه الحصة إذا ظهر الربح، والمفروض عدم الظهور فلا شيء له من الربح ولا من أُجرة المثل.

(١) أي الاحتمال السابق إنّما هو في خصوص فسخ المالك المضاربة لو شاء.

(٢) الضمير في قوله «ظهوره» يرجع إلى الربح. يعني وأمّا الحكم باستحقاق العامل للأُجرة في فرض شراء أبي المالك وظهور الربح فلبطلان عقد المضاربة بالشراء المذكور وكونُ عمله محرّماً لا يوجب خلوّه عن الأُجرة.

(٣) الضمير في قوله «كونه» يرجع إلى شراء أبي المالك.

(٤) المراد من «الإذن» هو الإذن في المضاربة لا الإذن الحاصل من المالك، كما هو المفروض في المقام.

(٥) الضمير في قوله «متعلّقة» يرجع إلى الإذن. يعني أنّ متعلّق الإذن الحاصل في عقد المضاربة هو شراء مال يحصل به الربح ولو بالمظنّة والحال أنّ شراء الأب لا يشمله الإذن المذكور ولو حصل إذن آخر، كما هو المفروض في المسألة.

(٦) أي الإذن في شراء الأب منفيّ في المسألة.

(٧) أي لكون شراء الأب موجباً لعتقه.

(٨) الضمير في قوله «فيه» يرجع إلى شراء الأب. يعني إذا صرف العامل الثمن في شراء أبي المالك بطلت المضاربة.

(٩) فاعله هو الضمير العائد إلى المضاربة.

ويحتمل ثبوت الحصّة إن قلنا بملكها[١] بالظهور، لتحقّقه[٢]، ولا يقدح عتقه[٣] القهريّ، لصدوره[٤] بإذن المالك، كما لو استردّ[٥] طائفة من المال بعد ظهوره، وحينئذ[٦] فيسري[٧] على العامل مع يسار المالك إن قلنا بالسراية في

---

(١) الضمير في قوله «بملكها» يرجع إلى الحصّة. يعني يحتمل القول باستحقاق العامل للحصّة من الربح إذا ظهر الربح في شراء أبي المالك.

(٢) الضمير في قوله «لتحقّقه» يرجع إلى الربح.

(٣) أي لا يقدح في استحقاق العامل للحصّة من الربح الظاهر في شراء أبي المالك عتق الأب قهراً.

(٤) الضمير في قوله «لصدوره» يرجع إلى الشراء. يعني أنّ الشراء قد صدر بإذن المالك.

(٥) فاعل قوله «استردّ» ـ بصيغة المعلوم ـ هو الضمير العائد إلى المالك. وهذا تنظير لاستحقاق العامل الحصّة من الربح بأنّ المالك إذا استردّ قدراً من رأس المال وأبقى آخر في المضاربة بعد ظهور الربح استحق العامل الحصّة المعيّنة فيه، وهو يستحقّ الحصّة المعيّنة عند شراء أبي المالك وعتقه بعد ظهور الربح أيضاً.

(٦) أي حين إذ حكم باستحقاق العامل للحصّة عند شراء الأب وعتقه وظهور الربح يسري العتق على حقّ العامل أيضاً مع تمكّن المالك من أداء حقّ العامل، مثل أن يشتري العامل أبا المالك بمائة دينار، ثمّ صارت قيمته مائة وعشرين ديناراً، فيستحقّ العامل عشرة دنانير من الربح الحاصل، إذاً يسري عتق الأب إلى الجميع حتّى حقّ العامل لو كان المالك قادراً على أداء حصّة العامل.

(٧) أي يسري العتق القهري إلى حصة العامل، والسريان إما ليسار المالك وإما لأن المالك الذي هو شريك العامل قد اختار السبب وهو الشراء، واختيار السبب اختيار للمسبب الذي هو العتق هنا.

العتق القهري[١] أو مع اختيار الشريك[٢] السبب.

(ولو اشترى) العامل **(أبا[٣] نفسه)** وغيره[٤] ممّن ينعتق عليه[٥] **(صحّ)**[٦]، إذ لا

---

(١) يعني أنّ السراية في العتق الاختياريّ مسلّمة، لكنّ الخلاف إنّما هو في العتق القهريّ.

(٢) يعني أنّ سراية العتق في موردين:

أ ـ إذا قلنا بسراية العتق إلى حقّ الشريك في العتق القهريّ.

ب ـ إذا أعتق الشريك سهمه باختياره، فإذاً يسري العتق إلى حقّ شريكه أيضاً، فيحصل العتق ويؤدّي قيمة حقّ شريكه.

ولا يخفى أنّ قوله «مع اختيار الشريك» هو أحد الموردين المذكورين.

اشتراء العامل أبا نفسه

(٣) مفعول لقوله «لو اشترى». يعني لو اشترى العامل أبا نفسه لا أبا صاحب المال الذي مضى حكمه صحّ.

(٤) بالنصب، مفعول آخر لقوله اشترى.

والمراد من قوله «غيره» هو اشتراء ولده الموجب لانعتاقه عليه.

(٥) الضمير في قوله «عليه» يرجع إلى العامل.

(٦) أي صح الشراء وكان من مال المضاربة، ولا يخلو إما أن يكون فيه ربح حين الشراء أو لا. وعلى الأول مع كون العامل يملك حصته عند ظهور الربح فينعتق نصيبه من الربح، ويسري العتق في الباقي، ولكن ليس على العامل بل يسعى المعتّق في باقي قيمته، سواء كان العامل موسراً أم معسراً، بلا خلاف فيه كما في الجواهر لصحيح ابن أبي عمير عن محمد بن قيس عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل دفع إلى رجلٍ ألف درهم مضاربة، فاشترى أباه وهو لا يعلم، قال عليه السلام: يُقوم فإنّ زاد درهماً واحداً أُعتق واستسعى في مال الرجل)[١]، وترك الاستفصال في جواب السؤال ينزل منزلة العموم في المقال، وعليه =

---

(١) الوسائل، الباب ـ ٨ ـ من أبواب أحكام المضاربة، حديث ١ .

ضرر على المالك، (**فإن ظهر فيه**[١] **ربح**) حال الشراء أو بعده[٢] (**انعتق نصيبه**) أي نصيب العامل، لاختياره[٣] السبب المفضي[٤] إليه، كما لو اشتراه[٥] بماله، (**ويسعى المعتق**) ـ وهو الأب[٦] ـ (**في الباقي**[٧]) وإن كان الولد[٨] موسراً، .....

= سواء كان العامل موسراً أم معسراً فيسعى المعتّق في الباقي.

وقيل ـ وكما في الجواهر أنه احتمل ـ إنه مع سريان العتق فالباقي على العامل إذا كان موسراً مع حمل الرواية على ما لو كان معسراً جمعاً بين الرواية وبين ما سيأتي في باب العتق أنّ الذي يختار السبب يُلزم بالمسبّب، والعامل قد اختار سبب العتق وهو الشراء بالانعتاق بتمامه عليه.

(١) الضمير في قوله «فيه» يرجع إلى شراء الأب.

(٢) كما إذا اشترى أباه بمائة، ثمّ صارت قيمته مائتين.

(٣) الضمير في قوله «لاختياره» يرجع إلى العامل. يعني أنّ العامل اختار السبب المنجرّ إلى العتق.

(٤) قوله «المفضي» ـ بصيغة اسم الفاعل ـ أي المنجرّ والمنتهي، والضمير في قوله «إليه» يرجع إلى العتق.

(٥) ضمير الفاعل في قوله «اشتراه» وكذا الضمير في قوله «بماله» يرجعان إلى العامل، والضمير الملفوظ في قوله «اشتراه» يرجع إلى الأب. يعني كما أنّ العامل لو اشترى أباه بماله كان موجباً للعتق كذلك في صورة ظهور الربح ينعتق عليه الأب من حصّته.

(٦) أي أبو العامل، وقوله «العتق» بصيغة المفعول.

(٧) أي الباقي من ثمنه وما يفضل عن حصّة العامل.

(٨) أي وإن كان الولد ـ وهو العامل ـ ذا يسار، بمعنى أنّ لزوم سعي الأب في أداء الباقي من ثمنه والفاضل عن حصّة ابنه العامل غير مشروط بإعسار ابنه، بل يسعى هو في الباقي وإن كان ولده العامل ذا غنىً.

لصحيحه[١] محمّد بن أبي عمير عن الصادق عليه السلام الحاكمة[٢] بإستسعائه من غير استفصال.

وقيل: يسري[٣] على العامل مع يساره، لاختياره[٤] السبب، وهو[٥] موجب لها، كما سيأتي[٦] إن شاء الله تعالى، وحملت الرواية[٧] على إعساره[٨]، جمعاً بين الأدلّة[٩].

---

(١) الصحيحة هي صحيحة ابن أبي عمير المتقدمة.

(٢) قوله «الحاكمة» صفة للصحيحة. يعني أنّ الصحيحة دالّة على استسعاء الأب فيما بقي من ثمنه وفضل عن حصّة العامل، ولم يفصّل الإمام عليه السلام فيما بين كون العامل موسراً أو معسراً.

(٣) فاعله هو الضمير العائد إلى العتق. يعني قال بعض الفقهاء بأنّ العتق يسري على العامل إذا كان موسراً، بمعنى أنّ الأب يعتق من مال العامل كاملاً، فيعطي العامل سهم المالك كلّاً، ولا يحتاج إلى سعي الأب في عتق نفسه.

(٤) الضمير في قوله «لاختياره» يرجع إلى العامل.

والمراد من «السبب» هو شراء الأب.

(٥) الضمير في قوله «وهو» يرجع إلى اختيار السبب، والضمير في قوله «لها» يرجع إلى السراية.

(٦) أي سيأتي تفصيل ذلك في كتاب العتق إن شاء الله تعالى.

(٧) يعني حملت الرواية الدالّة على عتق الأب بلا استفصال على كون العامل معسراً لا ما إذا كان موسراً.

(٨) الضمير في قوله «إعساره» يرجع إلى العامل.

(٩) فإنّ بعض الأدلّة يدلّ على سعي الأب فيما يبقى من ثمنه ويفضل عن حصّة العامل، ويدلّ بعض الأدلّة على عتقه من مال العامل مطلقاً، فيجمع بينهما بحمل ما يدلّ على =

وربّما فرق بين ظهور الربح حالة الشراء وتجدّده[١]، فيسري في الأوّل[٢] دون الثاني[٣]، ويمكن حمل الرواية عليه[٤] أيضاً.

وفي وجه ثالث[٥] بطلان البيع[٦]، لأنه[٧] منافٍ لمقصود القراض[٨]، إذ الغرض

= عتقه من مال العامل على ما إذا كان موسراً، ويحمل ما يدلّ على سعي الأب على ما إذا كان العامل معسراً بلا مال.

(١) الضمير في قوله «تجدّده» يرجع إلى الربح والتفريق بناءً على أن الربح إذا تجدد بعد الشراء لا يكون الشراء مجموع السبب حتى يقال: إنه اختار السبب الموجب للسراية، بل السبب هو الشراء مع ارتفاع قيمة السوق الذي لا اختيار للعامل فيه، بل ارتفاع القيمة هو السبب القريب فلا يلزم العامل بالقيمة لعدم اختياره.

(٢) المراد من «الأوّل» هو ظهور الربح حال الشراء.

(٣) المراد من «الثاني» هو ظهور الربح بعد الشراء.

(٤) الضمير في قوله «عليه» يرجع إلى التفصيل المذكور.

(٥) يعني يحتمل في المسألة وجه ثالث، وهو بطلان البيع.

(٦) المراد من «البيع» هو شراء العامل أبا نفسه وبطلان البيع احتمال ومفاده أنّ الشراء المذكور منافٍ لمقصود القِراض، إذ الغرض منه هو السعي للتجارة التي تقتضي التقلب والاسترباح، وهذا الشراء المتعقب بالعتق منافٍ لذلك فلا يكون مأذوناً فيه، فيكون موقوف على الإجازة.

وهذا احتمال احتمله المحقق والشهيد الثانيين كما في الجواهر وأنه اجتهاد في مقابل النص الذي هو صحيح ابن أبي عمير المتقدم.

(٧) الضمير في قوله «لأنّه» يرجع إلى شراء العامل أبا نفسه.

(٨) أي المضاربة. يعني أنّ الشراء المذكور ينافي الغرض من المضاربة.

هو السعي للتجارة التي تقبل التقليب[١] للاسترباح، والشراء المتعقّب للعتق ينافيه[٢]، والوسط[٣] قويّ لولا معارضة إطلاق النصّ[٤] الصحيح.

---

(١) المراد من «التقليب» هو التصرّف في المال وتبديله بما يشاء والحال أنّ شراء الأب موجب لانعتاقه على العامل قهراً وخروجه عن حيّز التقليب.

(٢) الضمير الملفوظ في قوله «ينافيه» يرجع إلى التقليب للاسترباح.

(٣) المراد من «الوسط» هو القول الثاني من الأقوال الثلاثة، وهو الفرق بين يسار العامل وإعساره.

فالأقوال في شراء العامل أباه ثلاثة:

أ: استسعاء الأب فيما بقي من حصّة العامل.

ب: التفصيل بين يسار العامل وغيره.

ج: البطلان.

(٤) المراد من «إطلاق النصّ» هو الإطلاق وعدم الاستفصال في الرواية الصحيحة المنقولة في ما سبق، فإنّ فيها قوله عليه السلام: أُعتق واستسعى في مال الرجل»، فإنّ ذلك ينافي القول بالفرق بين يسار العامل وإعساره.

كتاب الوديعة

كتاب الوديعة[1]

الوديعة

تعريف الوديعة

(١) الوَديعَة مؤنّث الوَديع، و ـ ما أُودع من شيء فعلية بمعنى مفعولة بتاء النقل إلى الاسميّة. واشتقاقها من معنى الترك، لأنّها شيء يترك عند الأمين، ج وَدائع (أقرب الموارد).

ولا خلاف في مشروعيتها، قال تعالى: ﴿إِنَّ اللهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا﴾[1] وقوله تعالى: ﴿فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللهَ رَبَّهُ﴾[2]، والنبوي (رُدّ الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن مَنْ خانك)[3] ومثله غيره.

ثم إنّ الوديعة تطلق على دفع المال للغير قال في المصباح: (وأودعتَ زيداً مالاً دفعتَه إليه ليكون عنده وديعة، وجمعها ودائع).

ولكن قد وقع النزاع بين الفقهاء أنّ ألفاظ العقود كالبيع والإجارة والوديعة والصلح هل هي أسماء للعقود أو لما يترتب عليها، وعليه فمن عرّف الوديعة بأنها الاستنابة في الحفظ فيكون قد ذهب إلى اسم الوديعة يطلق على نفس عقدها.

هذا وأشكل على هذا التعريف بإشكالات.

منها: أنّ العقد مفتقر إلى إيجاب وقبول، والتعريف المتقدم من الاستنابة متضمن لمعنى الإيجاب فقط، فلا بد من ضميمة القبول إليه فيقال: الوديعة هي الاستنابة وقبولها.

منها: أنّ التعريف شامل للوكالة فلا يكون مانعاً للأغيار، لأنّ الوكالة تقتضي الاستنابة في حفظ ما وُكّل في بيعه وغيره، ورُدّ بأن حقيقة الوكالة ليست هي الاستنابة في =

---

(١) سورة النساء، الآية: ٥٨ .
(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٨٣ .
(٣) مستدرك الوسائل، الباب ـ١ـ من أبواب كتاب الوديعة، حديث ١٢ .

(وهي[١] استنابة[٢] في الحفظ) أي استنابة فيه[٣] بالذات[٤]، فلا يرد مثل الوكالة في بيع[٥] شيء أو شرائه[٦] مع إثبات اليد[٧] عليه، فإنّها[٨] تستلزم

= الحفظ، بل حقيقتها الإذن فيما وُكّل فيه، والحفظ تابع من توابع هذا الإذن، بخلاف الوديعة فحقيقتها الاستنابة، والتعريف إنما يكون لذات الشيء لا للوازمه وتوابعه.

* من حواشي الكتاب: والوديعة قد تطلق على العين المودعة. ولا كلام فيه، وقد تطلق بمعنى العقد المعروف، وهي حينئذٍ مصدر ظاهراً كالوجيف والصهيل ونحو ذلك، والتاء تاء المصدر، كما في الوحدة والرحمة أي للوحدة أطلقت على العقد كأسماء سائر العقود مثل البيع ونحو ذلك، فإنّها إما مصدر أو اسم مصدر، ولمّا كان هذا العقد سبباً في الشرع للاستنابة في الحفظ فسمّاه بها تسمية السبب باسم المسبّب، فصار الاستنابة في الحفظ في معنى العقد المقيد للاستنابة فيه، فلا إشكال حينئذٍ بما ذكره الشارح يحتاج إلى الجواب عنه بما في الشرح من الوجهين (الحديقة).

(١) الضمير في قوله «وهي» يرجع إلى الوديعة.

(٢) استنابهُ استنابةً: طلبه نائياً عنه (أقرب الموارد).

(٣) الضمير في قوله «فيه» يرجع إلى الحفظ.

(٤) كما أنّ الوكالة والإجارة والمضاربة استنابة في الحفظ بالعرض ولا بالذات، لأنّ الغرض فيما ذكر ليس الاستنابة في الحفظ، بل هي فيما ذكر تكون بالعرض.

(٥) الظرف يتعلّق بالوكالة. يعني فلا يرد على التعريف المذكور للوديعة شموله للوكالة في بيع شيء أو شرائه، لأنّها وإن تحقّق فيها أيضاً استنابة في الحفظ، لكنّها تكون بالعرض.

(٦) أي الوكالة في شراء شيء.

(٧) أي في فرض إثبات الوكيل يده على الشيء.

(٨) الضمير في قوله «فإنّها» يرجع إلى الوكالة.

الاستنابة فيه[١] إلاّ أنّها[٢] بالعرض، والقصد بالذات[٣] الإذن فيما وكّل فيه.

ثمّ الاستنابة إنّما تكون من المودع[٤]، والوديعة لا تتمّ إلاّ بالمتعاقدين[٥]، فلا تكون الوديعة هي الاستنابة[٦]، بل هي[٧] وقبولها وإن اكتفينا بالقبول الفعليّ[٨].

وكأنّ[٩] التعريف لمّا كان لعقدها[١٠] كما علم من .....

---

(١) الضمير في قوله «فيه» يرجع إلى الحفظ.

(٢) الضمير في قوله «أنّها» يرجع إلى الاستنابة. يعني أنّ الاستنابة في الحفظ في الوكالة تكون بالعرض لا بالذات.

(٣) أي القصد والغرض الأصليّ في الوكالة إنّما هو الإذن في البع أو الشراء.

(٤) المراد من «المودع» ـ بصيغة اسم الفاعل ـ هو صاحب الوديعة.

أقول: لا يخفى أنّ الوديعة تكون من قبيل العقود، وهي تحتاج إلى الإيجاب والقبول، لكن تفسير الوديعة بالاستنابة في الحفظ لا يناسب كونها من العقود، بل يناسب كونها من الإيقاعات غير المحتاجة إلى القبول، فاعتذر الشارع ﷺ من هذا الإشكال بقوله الآتي «أو لأنّ الاستنابة تستلزم قبولها... إلخ».

(٥) المراد من «المتعاقدين» هو المودع والمستودع.

(٦) يعني فلا تكون الوديعة هي الاستنابة خاصّةً بحيث لا تحتاج إلى القبول، فيرد الإشكال المذكور وأنّ الوكالة عقد متقوّم بالإيجاب والقبول والحال أنّ الاستنابة إيقاع محض.

(٧) الضمير في قوله «بل هي» يرجع إلى الاستنابة، وكذلك الضمير في قوله «قبولها».

(٨) يعني أنّ الوديعة يكفي فيها القبول الفعليّ، كما إذا أخذ المستودع الوديعة فذلك مغنٍ عن القبول القوليّ.

(٩) هذا جواب عن الإشكال المذكور.

(١٠) الضمير في قوله «لعقدها» يرجع إلى الوديعة. يعني أنّ التعريف المذكور إنّما هو =

مذهب[١] المصنّف وكان المعتبر منه[٢] الإيجاب تسامح[٣] في إطلاقها[٤] عليه، أو لأنّ الاستنابة تستلزم قبولها[٥]، فإنّها لو تجرّدت عنه[٦] لم تؤثّر.

(وتفتقر[٧] إلى إيجاب وقبول) كغيرها[١] من العقود، **(ولا حصر في الألفاظ**

= بالنسبة إلى عقد الوديعة، والمعتبر منه الإيجاب، فتسامح المصنّف رحمه الله في إطلاق الاستنابة على العقد.

(١) يعني أنّ عادة المصنّف جرت على كونه بصدد تعريف العقود من المعاملات دون نفسها، كما هو ظاهر.

(٢) الضمير في قوله «منه» يرجع إلى العقد.

(٣) قوله «تسامح» جواب شرط، والشرط هو قوله «لمّا كان».

(٤) الضمير في قوله «إطلاقها» يرجع إلى الاستنابة، والضمير في قوله «عليه» يرجع إلى العقد.

أي تسامح في إطلاق الوديعة كعقد على خصوص الإيجاب، قال الشارح في المسالك: (إن القبول هنا بالقول ليس بشرط، بل يقوم الفعلُ مُقامه، فكأن المتوقف عليه العقد هو الإيجاب خاصة، وإن كانت الوديعة لا تتم إلا بهما) انتهى.

(٥) وهذا اعتذار آخر بأنّ الاستنابة مستلزمة للقبول، فالتعبير عن الوديعة بالاستنابة يدل على القبول أيضاً.

(٦) يعني أنّ الاستنابة لو تجرّدت عن القبول لم تؤثّر في حصول الوديعة.

افتقار الوديعة إلى الإيجاب والقبول

(٧) فاعله هو الضمير العائد إلى الوديعة. فإنّ الوديعة لمّا كانت من العقود احتاجت إلى الإيجاب من المودع، والقبول من المستودع. ويدل عليه خبر مروان بن عمّار عن أبي عبد الله عليه السلام (اعلم أن ضارب علي عليه السلام بالسيف وقاتله لو ائتمنني واستنصحني =

الدالّة عليها[٢]) كما هو شأن العقود الجائزة من الطرفين[٣]، فيكفي كلّ لفظ دلّ عليها[٤]، بل التلويح[٥] والإشارة المفهمة .....

= واستشارني، ثم قبلت ذلك منه لأديتُ إليه الأمانة)[١].

وهي من العقود الجائزة بالاتفاق، لأن الاستنابة في الحفظ توكيلٌ فيه، والوكالة جائزة، ومقتضى جواز عقدها من الطرفين عدم انحصار ألفاظ إيجابها وقبولها بلفظ خاص صريح، بل يصح إنشاؤها بكل لفظ دالٍ على ذلك كما هو المشهور على ما تقدم، وقد عرفت جواز ذلك في العقود اللازمة، بل وكفاية الكتابة والفعل الدالين على الإنشاء.

(١) أي كما هو شأن جميع العقود.

(٢) الضمير في قوله «عليها» يرجع إلى الوديعة. وقد تقدّم الفرق بين العقود اللازمة والجائزة من عدم انحصار عقود الجائزة في ألفاظ خاصّة، بل يجوز إجراؤها بأيّ لفظ يفيد مضمونها.

(٣) أي الجائزة من قِبل كلّ من الموجب والقابل.

أقول: اعلم أنّ العقود على ثلاثة أقسام:

أ: اللازمة من الطرفين كالبيع والإجارة.

ب: الجائزة من الطرفين كالوكالة والهبة والجهالة قبل العمل.

ج: اللازمة من طرف والجائزة من طرف آخر مثل الرهن اللازم من طرف الراهن والجائز من طرف المرتهن، والكتابة اللازمة من طرف المالك والجائزة من طرف المملوك.

(٤) الضمير في قوله «عليها» يرجع إلى الوديعة.

(٥) التلويح من لَوَّح الرجلُ تلويحاً: أشار من بعيد مطلقاً بأيّ شيء كان، ومنه سمّيت الكناية الكثيرة الوسائط تلويحاً أقرب «الموارد».

---

(١) الوسائل، الباب ـ٢ـ من أبواب الوديعة، حديث ٨ .

لمعناها[١] اختياراً[٢].

(ويكفي في القبول الفعل)، لأن الغرض منه[٣] الرضا بها، وربّما كان الفعل ـ وهو[٤] قبضها ـ أقوى من القول باعتبار دخولها[٥] في ضمانه.

---

(١) والإشارة المفهمة لمعنى الوديعة مثل أن يشير المودع إلى المستودع في جعل الوديعة عنده، فيأخذه المستودع.

(٢) يعني تكفي الإشارة والتلويح في عقد الوديعة ولو في حال الاختيار.

كفاية القبول الفعليّ

(٣) الضمير في قوله «منه» يرجع إلى القبول، وفي قوله «بها» يرجع إلى الاستنابة.

قال الشارح في المسالك: (أطلق المنصف وجماعة هنا أنه يكفي القبول بالفعل، مع اعترافهم بكونها عقداً، نظراً إلى أنّ الغاية منها إنّما هو الرضا بالاستنابة، وربما كان الفعل أقوى فيه ـ أي في الرضا بالاستنابة ـ عن القول باعتبار التزامه به ودخوله في ضمانه حينئذٍ لو قصّر بخلاف القبول الفعلي، فإنه وإن لزمه ذلك شرعاً إلا أنه ليس صريحاً في الالتزام من حيث إنه عقد جائز، فإذا فسخه ولم يكن قبضه لم يظهر أثره، واليد توجب الحفظ إلى أن ترده إلى مالكه لعموم على اليد ما أخذت= = حتى تؤدي، وهذا أحسن إلاّ أن فيه بعض الخروج عن حقيقة العقد.

ومن ثم ذهب بعض العلماء إلى أنها إذن ـ أي الوديعة ـ لا عقد، وفرّع عليه عدم اعتبار القبول القولي، وآخرون إلى أن الإيجاب إن كان بلفظ أودعتك وشبهه مما هو على غير صيغ العقود وجب القبول لفظاً وإن قال: احفظه ونحوه ـ مما هو على غير صيغ العقود ـ لم يفتقر إلى القبول اللفظي كالوكالة وهو كلام موجه) انتهى.

وفي الرياض عن الأخير (ووجهه غير واضح).

(٤) يعني أنّ القبول الفعليّ عبارة عن قبض المستودع الوديعة فإنّه أقوى من القبول القوليّ.

(٥) الضمير في قوله «دخولها» يرجع إلى الوديعة وفي قوله «ضمانه» يرجع إلى المستودع القابض.

والتزامه[١] بحفظها بواسطة القبض وإن لم يحصل الإيجاب فيه[٢] أولى إلاّ أنّ فيه[٣] خروجاً عن باب العقود التي لا تتمّ إلاّ بصيغة من الطرفين[٤]، ومن ثمّ قيل: إنّها[٥] إذن مجرّد لا عقد.

وكيف كان[٦] لا تجب مقارنة القبول للإيجاب، قوليّاً كان أم فعليّاً.

---

(١) هذا مبتدأ، خبره قوله «أولى» يعني أنّ التزام القابض بحفظ الوديعة بسبب القبض أولى وإن لم يحصل الإيجاب من المودع المالك. أي هو ملتزم بحفظها عند قبضها وإن لم يحصل الإيجاب، فمع حصول الإيجاب أولى أو أن القبول الفعلي أولى من القبول اللفظي، لأن في الفعلي تدخل الوديعة في ضمانه ويجب عليه أن يلتزم بحفظها لعموم (على اليد) بخلاف القبول القولي عند عدم القبض، فلو فسخ قبل تحقق القبض فلا يظهر اثر لهذا القبول، وهذا ما صرّح به الشارح في المسالك، فيكون المعنى الثاني أولى.

(٢) الضمير في قوله «فيه» يرجع إلى الحفظ.

(٣) الضمير في قوله «فيه» يرجع إلى الاكتفاء المفهوم من قوله «ويكفي الفعل» يعني وإن كان الفعل ـ وهو القبض ـ كافياً في القبول ومغنياً عن القبول اللفظيّ، بل هو أولى من حيث الدلالة على الالتزام، لكنّ فيه خروج عن باب العقود التي لا تتمّ إلاّ بالصيغة من الطرفين.

(٤) وهما الموجب والقابل.

(٥) الضمير في قوله «إنّها» يرجع إلى الوديعة. يعني ولاحتياج العقود إلى الإيجاب والقبول اللفظيّين قال بعض بأنّ الوديعة التي يكون قبولها بالفعل هي مجرّد إذن وليست بعقد.

(٦) أي سواء قلنا بلزوم القبول اللفظيّ أم بكفاية القبول الفعليّ أيضاً لا تجب مقارنة القبول للإيجاب.

قال في الرياض: (بلا خلاف يظهر، وبه صرّح في المفاتيح، وأنه لا ريب فيه ولا شبهة، حيث يكون القبول فعلياً، ولو كان قولياً ففيه نوع مناقشة لولا حكاية عدم الخلاف التي هي حجة عامة) انتهى.

(ولو طرحها[1] عنده) ولم يحصل منه[1] ما يدلّ على الرضا[2] **ولا قبضها، (أو**

لزوم ما يدلّ على الرضا

(١) فاعله هو الضمير المستتر العائد إلى المودع، والضمير الملفوظ يرجع إلى الوديعة، والضمير في قوله «عنده» يرجع إلى الودعيّ. يعني لو طرح صاحب الوديعة ماله عند الودعيّ ولم يحصل منه آثار الرضا ولا قبضه لم تتحقّق الوديعة بذلك.

فالإيجاب منحصر باللفظ أو بالإشارة والتلويح عند الشارح، والقبول قد يتحقق بالقول وقد يتحقق بالفعل وعليه فهنا صور:

الأولى: أن يضع المال عنده ولم يحصل من صاحب المال ما يدل على الاستنابة في الحفظ من قولٍ أو إشارة أو تلويح، فقبله قولاً، فالودعي لا يجب عليه الحفظ ولا ضمان عليه، أما أنه لا يجب عليه الحفظ لعدم تحقق عقد الوديعة لاشتراط القول أن الإشارة في الإيجاب ولم يحصل كلّ منهما، ومع عدم الإيجاب فلا عقد، وأما أنه لا يجب عليه الضمان، لأن المال لم يدخل تحت يده، لأنه لم يقبض بحسب الفرض وإن قبل قولاً.

الثانية: أن يضع المال عنده من غير إيجاب فقبله فعلاً، فلا يتحقق عقد الوديعة لعدم الإيجاب، إلا أن الودعي يضمن، لأنّ المال داخل تحت يده فيندرج تحت عموم (على اليد ما أخذت حتى تؤدي)[1].

الثالثة: أن يتلفظ المالك بالإيجاب مع الطرح فيقبل الآخر قبولاً قولياً، وبه يتم عقد الوديعة، فيجب عليه الحفظ ولا يضمن إلا مع التقصير.

الرابعة: نفس الصورة الثالثة إلا أنه يقبل قبولاً فعلياً، فيتم عقد الوديعة إلى آخر ما ذكر في الثالثة.

الخامسة: أن يصدر الطرح من المالك سواء تقارن الطرح مع الإيجاب من قول أو =

---

(١) سنن البيهقي، ج٦، ص٩٠، كنز العمال، ج٥، ص٢٥٧، حديث رقم: ٥٩١٧ .

أكرهه[٣] **على قبضها لم تصر وديعة**)، لانتفاء القبول الشرعيّ فيهما[٤].

وأما الإيجاب فقد حصل[٥] بالطرح بأن يضمّ إليه قولاً أو ما في حكمه[٦] يفيده[٧]، وقد .....

= إشارة أم لا، والودعي لم يقبلها قولاً ولا فعلاً، فلم يتم عقد الوديعة فلا يجب عليه حفظها من باب الوديعة، ولا ضمان عليه لعدم تحقق القبض.

وفي المسالك أنه يأثم إذا تلفت بعد غياب المالك، لأنه يجب عليه الحفظ من باب المعاونة على البر وإعانة المحتاج، فلو تلفت فلا يضمن وإنما يأثم، ورُدّ بأن المعاونة مستحبة وليست بواجبة.

السادسة: ما لو أكره على قبض الوديعة فلا وديعة لعموم رفع (ما استكرهوا عليه)، فلا قبول شرعاً وليست يده بيدِ حينئذٍ، فلا يجب الحفظ ولا يضمن عند التلف.

(١) الضمير في قوله «منه» يرجع إلى الودعيّ.

(٢) المراد من «ما يدلّ على الرضا» هو الإيماء والإشارة وغير ذلك.

والضمير في قوله «قبضها» يرجع إلى الوديعة.

(٣) أي أكره صاحب المال الودعيّ على القبض. والضمير في قوله «قبضها» يرجع إلى الوديعة.

(٤) ضمير التثنية في قوله «فيهما» يرجع إلى الطرح والإكراه.

حكم الإيجاب

(٥) يعني أنّ الإيجاب قد يتّفق تحقّقه بالطرح، كما إذا ضمّ إليه القول.

(٦) كأن يضمّ إلى الطرح ما هو في حكم القول مثل الإشارة المفيدة للإيجاب.

(٧) فاعله هو الضمير المستتر العائد إلى «ما» الموصولة، والضمير الملفوظ يرجع إلى الإيجاب بمعنى أن يضمّ صاحب المال إلى الطرح شيئاً من الإيماء والإشارة ممّا يفيد الإيجاب.

لا يحصل[١] بأن يقتصر على مجرّد الطرح، وفي الثاني[٢] لا تصير وديعة وإن قبل[٣] قولاً أو فعلاً، لكنّ في الثاني[٤] يجب عليه الحفظ لليد[٥] لا للوديعة، وفي الأول[٦]، تتمّ[٧] بالقبول بهما[٨]، فيجب عليه[٩] الحفظ.

وحيث لا يجب لعدم القبول[١٠] قد يجب لأمر آخر، كما[١١] لو غاب المالك

---

(١) عطف على قوله «فقد يحصل بالطرح». يعني وقد لا يحصل الإيجاب بطرح الوديعة، كما إذا لم يضمّ إليه القول ولا ما يدلّ على الإيجاب.

(٢) المراد من «الثاني» هو الطرح بلا ضمّ القول ولا ما يدلّ على الإيجاب.

(٣) فاعله هو الضمير العائد إلى الودعيّ. يعني إذا طرح المالك مجرّداً وقبل الودعيّ قولاً أو فعلاً بأن قبضه لم تصر بذلك وديعة.

(٤) المراد من هذا «الثاني» هو قبوله فعلاً.

(٥) يعني أنّ الدليل على الحفظ في صورة قبض مال الغير إذا طرحه عنده فقبضه هو قوله(ص): «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّيه».

(٦) هذا عطف على قوله السابق «وفي الثاني» والمراد من «الأوّل» هو الطرح للضمّ إليه مما يدلّ على الإيجاب.

(٧) فاعله هو الضمير العائد إلى الوديعة. يعني وفي الفرض الأوّل تتمّ الوديعة بالقبول القوليّ والفعليّ.

(٨) الضمير في قوله «بهما» يرجع إلى القول والفعل.

(٩) أي فيجب على الودعيّ حفظ المال إذا قبل بالقول أو الفعل في صورة طرح المالك ماله إليه مع انضمام القول أو ما يدلّ على الإيجاب.

(١٠) أي في الموارد التي لا يجب على الودعيّ الحفظ لعدم القبول قد يجب بسبب أمر آخر.

(١١) مثال لوجوب الحفظ بسبب غير القبول، وهو ما إذا ترك المالك الوديعة وغاب =

وتركها[١] وخيف عليها الذهاب[٢]، فيجب من باب المعاونة على البرّ كفايةً[٣]، لكن لا ضمان بتركه[٤].

وأما مع الإكراه (**فلا يجب حفظها**[٥])، مطلقاً[٦]، بل يجوز تركها[٧] وإن قبضها به[٨] في حضور[٩] المالك وغيبته إلاّ أن يكون المكره[١٠] مضطرّاً[١١] إلى الإيداع،

= وخاف الودعيّ تلفه، فإذاً يجب الحفظ عليه من باب المعاونة على البرّ، لقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾[١].

(١) الضميران في قوليه «تركها» و«عليها» يرجعان إلى الوديعة.

(٢) المراد من «الذهاب» هو التلف.

(٣) أي يجب عليه بالوجوب الكفائيّ.

(٤) يعني لا يضمن الودعيّ بترك الحفظ.

حكم الإكراه على القبض

(٥) الضمير في قوله «حفظها» يرجع إلى الوديعة.

(٦) أي سواء قبض الودعيّ المال في فرض الإكراه أم لا.

(٧) الضميران في قوليه «تركها» و«قبضها» يرجعان إلى الوديعة.

(٨) الضمير في قوله «به» يرجع إلى الإكراه.

(٩) الجارّ والمجرور يتعلّقان بقوله «يجوز تركها».

(١٠) قوله «المكره» بصيغة اسم الفاعل. يعني يجب على الودعيّ حفظ المال الذي أقبضه المكره إذا كان المكره مضطرّاً.

(١١) كما إذا خاف صاحب المال من تسلّط الظالم على ماله فاضطرّ إلى إيداعه عند الودعيّ، إذاً يجب على الودعيّ حفظ المال الموضوع عنده من باب المعاونة على البرّ والتقوى، كما تقدّم.

---

(١) سورة المائدة، الآية:٢ .

فيجب إعانته[١] عليه كالسابق[٢].

فقوله[٣]: «**فلا يجب حفظها**» مطلق في الثاني[٤] من حيث[٥] الوديعة، ومع عدم القبول[٦] أو القبض في الأوّل[٧] على ما فصّل[٨].

(**لو قبل**[٩]) الوديعة قولاً أو فعلاً (**وجب**) عليه (**الحفظ**) ما دام مستودعاً[١٠].

---

(١) الضمير في قوله «إعانته» يرجع إلى المالك المكره، والضمير في قوله «عليه» يرجع إلى الودعيّ.

(٢) أي كما تقدّم مثله في قوله «قد يجب لأمر آخر كما لو غاب المالك... إلخ».

(٣) الضمير في قوله «فقوله» يرجع إلى المصنّف رحمه الله. يعني فقول المصنّف «فلا يجب حفظها» مطلق في صورة الإكراه.

(٤) المراد من «الثاني» هو صورة إكراه صاحب المال.

(٥) الجارّ والمجرور يتعلّقان بقوله «مطلق». يعني أنّ قول المصنّف رحمه الله بعدم وجوب حفظ المال عند إكراه الودعيّ مطلق من حيث الوديعة، فلا يجب عليه الحفظ بحكم الوديعة، سواء قبل قولاً أم فعلاً، ولا ينافي ذلك الإطلاق حكم ما يجب عليه حفظه من حيث المعاونة على البرّ وحفظ مال المسلم إذا كان مشرفاً على التلف.

(٦) هذه العبارة إشارة إلى عدم ضمان الودعيّ في الفرض الأوّل، وهو طرح المالك ماله عنده إذا لم يحصل القبول أو القبض من الودعيّ.

(٧) المراد من «الأوّل» هو فرض طرح المالك ماله عند الودعيّ.

(٨) وقد تقدم التفصيل بين حصول القبول من الودعيّ وبين عدمه.

وجوب الحفظ

(٩) فاعله هو الضمير العائد إلى الودعيّ، وجواب «لو» هو قوله «وجب عليه الحفظ».

(١٠) المراد من لفظ «المستودع» هو الودعيّ، ومعنى العبارة هكذا: يجب على الودعيّ =

وكذا بعده[١] إلى أن يؤدّي[٢] إلى المالك أو من في حكمه[٣].

وبذلك[٤] يظهر عدم المنافاة بين وجوب الحفظ وعدم وجوب البقاء على

= حفظ الوديعة ما دامت هي باقية عنده بعنوان الوديعة إذا قبل، لكن إذا فسخ عقد الوديعة سلب عنها عنوان الوديعة، وحينئذٍ أيضاً يجب عليه حفظها، لكن لا بحكم الوديعة، بل بحكم حفظ ما أخذت يده حتّى يؤدّيه إلى صاحبه بلا خلاف فيه، لأن الحفظ من مقتضيات الوديعة فلو لم يجب حفظها لم يجب أداؤها، مع أن الودعي مما يجب عليه رد الوديعة للأخبار:

منها: النبوي (رُدّ الوديعة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك)[١]، فلو جاز له إهمالها وعدم حفظها فكيف يترتب عليه وجوب الأداء، وللأخبار الآتية والدالة على الضمان عند عدم الحفظ، فلو لم يكن الحفظ واجباً لم يكن وجهٌ للضمان عند تركه.

(١) الضمير في قوله «بعده» يرجع إلى كونه مستودعاً. يعني وكذا يجب عليه حفظ الوديعة بعد سلب عنوان الوديعة أيضاً. فيجب عليه الحفظ بعد الفسخ لاستلزام تركه إضاعة المال المنهي عنه في الشريعة، مع استلزام تركه للضرر على المالك، بالإضافة إلى إطلاق أدلة رد الوديعة المتقدمة الشامل لمفروض مسألتنا، ولا يتم الرد إلا بالحفظ.

(٢) فاعله هو الضمير العائد إلى الودعيّ. يعني يجب عليه حفظ المال إلى أن يؤديّه إلى مالكه.

(٣) الضمير في قوله «حكمه» يرجع إلى المالك.

والمراد ممّن هو في حكم المالك هو وكيله.

(٤) المشار إليه في قوله «بذلك» هو حفظ المال إلى أن يودّيه إلى المالك.

---

(١) مستدرك الوسائل، الباب ـ١ـ من أبواب الوديعة، حديث ١٢ .

الوديعة[١] من حيث إنّها عقد جائز.

(ولا ضمان عليه[٢]) لو تلفت أو عابت[٣] (إلاّ بالتعدي فيها[٤]) بأن .....

---

(١) فإنّ الوديعة من العقود الجائزة التي يمكن فسخها، لكن مع هذا لا يسقط عن الودعيّ وجوب حفظ المال. فلا يأتي الإشكال بأنّ الوديعة عقد جائز ويجوز للودعي الفسخ متى شاء فكيف يجب عليه الحفظ مطلقاً، ورده بأنه يجب عليه الحفظ مطلقاً ولو بعد الفسخ إلى أن يردها إلى المالك لما تقدم من الأدلة وهذا لا ينافي جواز فسخها متى شاء الودعي.

ضمان الودعيّ

(٢) الضمير في قوله «عليه» يرجع إلى الودعيّ. يعني أنّ من حكم الوديعة عدم الضمان على الودعيّ مع عدم الإفراط أو التفريط في حفظ الوديعة، لأنّ الودعيّ أمين، وهو لا يضمّن. بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان)[١]، وخبر أبان عن أبي جعفر عليه السلام (ـ إلى أن قال ـ: ليس عليه غرم بعد أن يكون الرجل أميناً)[٢]..

(٣) فاعله هو الضمير العائد إلى الوديعة. يعني لا يضمّن الودعيّ عند حصول العيب في الوديعة لو حفظها بلا إفراط منه ولا تفريط.

(٤) الضمير في قوله «فيها» يرجع إلى الوديعة. فمع التعدي أو التفريط يضمن بلا خلاف للأخبار.

منها: مكاتبة محمد بن الحسن إلى أبي محمد عليه السلام (في رجل دفع إلى رجلٍ وديعة، وأمره أن يضعها في منزله أو لم يأمره، فوضعها في منزل جاره فضاعت، هل يجب عليه إذا خالف أمره وأخرجها عن ملكه،؟ فوقّع عليه السلام: هو ضامن لها إن شاء الله)[٣].

---

(١) الوسائل، الباب ـ٤ـ من أبواب الوديعة، حديث ١ و٥.
(٢) المصدر السابق، حديث ٥.
(٣) الوسائل، الباب ـ٥ـ من أبواب الوديعة، حديث ١

ركب[١] الدابّة أو لبس الثوب أو فتح الكيس[٢] المختوم أو المشدود، (أو التفريط[٣]) بأن قَصَّر في الحفظ عادةً[٤].

(فلو أخذت منه[٥] قهراً فلا ضمان) إن لم يكن[٦] سبباً في الأخذ القهري .....

---

(١) هذا وما بعده أمثلة للتعدّي والإفراط في الوديعة. واعلم أن حفظ الوديعة إنما يكون بحسب العادة، فالثوب يحفظ في الصندوق والشاة في المراح والدابة في الاصطبل، وكلّ شيء في حرزه بحسب عادة العرف، ولذا قال الشارح في المسالك: (لما لم يكن لحفظ الوديعة كيفية مخصوصة من قبل الشارع، كان المرجع فيه إلى العُرف مما عُدّ منه حفظاً لمثل تلك الوديعة، وكان هو الواجب ولم يتعقبه ضمان لو فُرض تلفها معه) انتهى.

وعلى هذا فالضابط في ترك الحفظ بالتعدي أو التفريط يرجع فيه إلى العُرف، وإن حصر التقصيرَ بعضُهم في ستة وهي: الانتفاع بها والإيداع والتقصير في دفع المهلكات، والمخالفة في كيفية الحفظ، والتضييع بأن يلقيها في مضيعة، والجحود.

(٢) الكِيْس للدراهم والدنانير والدرّ والياقوت، ج أكْياس وكِيَسَة بكسر ففتح، وفي المصباح: «الكِيْس: ما يُخاط من خِرَق»، (أقرب الموارد).

(٣) عطف على قوله المجرور «التعدّي». يعني لا يضمّن الودعيّ إلاّ بالتفريط أيضاً.

(٤) أي التقصير في حفظ المال بحسب العادة.

(٥) الضمير في قوله «منه» يرجع إلى الودعيّ. وهذا الحكم متفرّع على قوله «ولا ضمان... إلخ». يعني إذا اتّفق أخذ الوديعة من الودعيّ بالجبر والظلم لم يكن هو ضامناً للوديعة. لعدم صدق التقصير عند الأخذ القهري، نعم هذا مشروط بعدم كون الودعيّ سبباً في الأخذ القهري، كما لو كان هو الساعي بها إلى الظالم ولم يقدر بعد ذلك على دفعه، فإنه يضمن لأنه فرّط في الحفظ، ومثله ما لو أخبر اللص فسرقها.

(٦) اسم «لم يكن هو الضمير العائد إلى الودعيّ. يعني عدم ضمان الودعيّ في الفرض إنّما هو فيما إذا لم يكن الودعيّ سبباً في أخذ الظالم منه.

بأن[١] سعى بها إلى الظالم، أو أظهرها[٢] فوصل إليه[٣] خبرها مع مظنّته[٤].

ومثله[٥] ما لو أخبر[٦] بها اللصّ[٧] فسرقها[٨].

ولا فرق[٩] بين أخذ القاهر لها[١٠] بيده وأمره[١١] له .....

---

(١) هذا بيان لكون الودعيّ سبباً في الأخذ القهريّ، كما إذا سعى بالوديعة إلى الظالم وأخبره بها فأخذها الظالم. والضمير في قوله «بها» يرجع إلى الوديعة.

(٢) الضمير الملفوظ في قوله «أظهرها» يرجع إلى الوديعة. وهذا مثال ثانٍ لكون الودعيّ سبباً، وهو أن لا يكتم الوديعة، بل يظهرها.

(٣) الضمير في قوله «إليه» يرجع إلى الظالم، وفي قوله «خبرها» يرجع إلى الوديعة.

(٤) الضمير في قوله «مظنّته» يرجع إلى الوصول المفهوم من قوله «فوصل».

أي مظنّة وصول الخبر وأخذ الظالم لها، فلو ظن الودعي ذلك وأظهرها فإنه ضامن لأنه فرّط في الحفظ.

(٥) الضمير في قوله «مثله» يرجع إلى السعي. يعني ومثل السعي إلى الظالم من حيث الضمان هو إخبار الودعيّ للّصّ بخبر الوديعة فسرقها.

(٦) فاعله هو الضمير العائد إلى الودعيّ، والضمير في قوله «بها» يرجع إلى الوديعة.

(٧) اللّصُّ ـ ويثلّث ـ: السارِق، ج لُصُوص وألْصاص ولَصَصَة (أقرب الموارد).

(٨) فاعله هو الضمير العائد إلى اللصّ، والضمير الملفوظ يرجع إلى الوديعة.

(٩) أي لا فرق في عدم ضمان الودعيّ لو أخذ الظالم منه بلا سعي ولا إخبار منه بين أخذه منه بيده مباشرةً وبين أمره للودعيّ بدفع الوديعة إليه.

(١٠) الضمير في قوله «لها» يرجع إلى الوديعة، وفي قوله «بيده» يرجع إلى الظالم.

(١١) الضمير في قوله «أمره» يرجع إلى الظالم، وفي قوله «له» يرجع إلى الودعيّ. أي وأمر الظالم للودعي بدفع الوديعة إليه كرهاً، فلا فرق بين الصورتين في عدم ضمان الودعي لأنه غير مقصّر، على المشهور بين الأصحاب، وعن أبي الصلاح وأبي المكارم =

بدفعها[١] إليه كرهاً[٢]، لانتفاء التفريط فيهما[٣]، فينحصر الرجوع[٤] على الظالم فيهما[٥] على الأقوى[٦].

وقيل: يجوز له[٧] الرجوع على المستودع[٨] في .....

= والعلاّمة في التذكرة جواز رجوع المالك مخيّراً على الظالم والودعي إذا سلم الودعي الوديعة للظالم قهراً دون ما لو أخذها الظالم فالمالك يرجع عليه خاصة.

ووجه التخيير أنّ المالك مما يجوز له الرجوع على الظالم لعموم (على اليد)، ولهذا العموم يجوز له الرجوع على الودعي لأنه باشر التسليم فكانت الوديعة تحت يده، وفيه: إنه لا سبيل على المحسن لقوله تعالى: ﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ﴾[١]، والودعي محسن ولم يفرط في الحفظ بحسب الفرض..

(١) الضمير في قوله «بدفعها» يرجع إلى الوديعة، وفي قوله «إليه» يرجع إلى الظالم.

(٢) يعني أنّه لا فرق في عدم ضمان الودعيّ عند أخذ الظالم الوديعة منه بين أن يأخذه الظالم من يد الودعيّ قهراً وجبراً وبين أن يأمره بالدفع فدفع الوديعة إليه بالإكراه والإجبار.

(٣) ضمير التثنية في قوله «فيهما» يرجع إلى الأخذ والأمر الصادرين عن القاهر.

(٤) أي ينحصر حقّ رجوع المالك إلى الظالم ـ لا إلى الودعيّ ـ في الموردين المذكورين.

(٥) الضمير في قوله «فيهما» يرجع إلى أخذ الظالم بيده وأمره بالدفع، كما تقدّم.

(٦) يعني أنّ القول الأقوى بين القولين هو انحصار رجوع المالك إلى الظالم لا إلى غيره في مقابل القول برجوعه إلى الودعيّ في فرض أمر الظالم للودعيّ بالدفع.

(٧) الضمير في قوله «له» يرجع إلى المالك.

(٨) المراد من «المستودع» هو الودعيّ.

---

(١) سورة التوبة، الآية: ٩٢.

الثاني[١] وإن استقرّ الضمان[٢] على الظالم[٣].

(ولو تمكّن) المستودع (من الدفع) عنها[٤] بالوسائل الموجبة لسلامتها[٥] (وجب[٦] ما لم يؤدّ[٧] إلى تحمّل الضرر الكثير، كالجرح[٨] وأخذ المال)، فيجوز

---

(١) المراد من «الثاني» هو أمر الظالم للودعيّ بدفع الوديعة إليه.

(٢) المراد من استقرار الضمان على الظالم هو أنّه إذا رجع المالك إلى الودعيّ وأخذ منه قيمة الوديعة أو مثلها رجع الودعيّ أيضاً إلى الظالم الذي أخذ الوديعة منه جبراً، فيستقرّ الضمان بالأخير على عهدة القاهر الظالم.

(٣) بمعنى لو رجع المالك على الودعي لجاز للودعي أن يرجع على الظالم، بخلاف ما لو رجع على الظالم فلا يجوز له أن يرجع على الودعي، فالضمان بالأخير على الظالم.

حكم الدفع عن الوديعة

(٤) الضمير في قوله «عنها» يرجع إلى الوديعة. يعني لو قدر الودعيّ على دفع الظالم عن أخذ الوديعة منه بالوسائل الموجبة لبقاء الوديعة محفوظة عن الظالم وجب عليه ذلك بلا خلاف به، لأنه مقدمة للحفظ المأمور به على نحو الإطلاق، فلو لم يفعل مع قدرته على الدفع حتى أخذها الظالم كان الودعي مقصراً فيضمن.

(٥) أي سلامة الوديعة.

(٦) فاعله هو الضمير العائد إلى الدفع.

(٧) فاعله هو الضمير العائد إلى الدفع. يغني وجب الدفع بالوسائل الموجبة لحفظ الوديعة ما لم يوجب الضرر الكثير على نفسه.

(٨) هذا وما بعده مثالان للضرر الكثير، بمعنى أنّه لو انجرّ الدفع إلى جرح الودعيّ أو إلى أخذ ماله لم يجب. لأنه تحمّل الضرر ودفع المال ضرر، وهو منفي في الشريعة.

تسليمها[١] حينئذٍ وإن قدر[٢] على تحمّله.

والمرجع في الكثرة[٣] والقلّة إلى حال المكَرة[٤]، فقد تعدّ الكلمة اليسيرة من الأذى[٥] كثيراً[٦] في حقّه[٧]، لكونه جليلاً[٨] لا يليق بحاله[٩] ذلك، ومنهم[١٠] من لا يعتدّ بمثله[١١].

---

(١) أي يجوز حينئذٍ تسليم الوديعة إلى الظالم.

(٢) أي وإن تمكّن الودعيّ من تحمّل الضرر، لكن لا يجب عليه ذلك. للإطلاق في أدلة نفي الضرر.

(٣) يعني أنّ الملاك في كثرة الضرر الموجب لجواز دفع الوديعة إلى الظالم المشار إليه في قوله «تحمّل الضرر الكثير» هو حال الودعيّ المكره.

قال في المسالك: (المرجع في كثرة الضرر وقلته إلى حال المكرَه ـ أي الودعي ـ فمنهم من يعدّ الكلمة اليسيرة من الأذى الكثير في حقه لكونه شريفاً لا يليق بحاله ذلك، ومنهم من لا يعتدّ بأمثال ذلك، وهكذا القول في الضرب وأخذ المال) انتهى.

(٤) بصيغه المفعول، وهو الودعيّ هنا.

(٥) والسباب والفحش.

(٦) يعني قد تعدّ الكلمة اليسيرة المشتملة على الإهانة في حقّ شخص كثيرة، لجلالة شأنه ورفعة مقامه.

(٧) الضمير في قوله «حقّه» يرجع إلى المكره، وكذا الضمير في قوله «لكونه».

(٨) أي عظيماً قدراً ومنزلةً.

(٩) أي لا يليق بحال الشخص الجليل تلك الكلمة اليسيرة الموهنة.

(١٠) أي ومن الناس من لا يعني إلى تلك الكلمة اليسيرة الموهة.

(١١) الضمير في قوله «بمثله» يرجع إلى قوله «ذلك» المراد منه الكلمة المشتملة على الأذى.

وأمّا أخذ المال[١] فإن كان مال[٢] المستودع[٣] لم يجب بذله مطلقاً[٤]، وإن كان من الوديعة فإن لم يستوعبها[٥] وجب الدفع عنها[٦] ببعضها ما أمكن، فلو ترك[٧] مع القدرة على سلامة البعض فأخذ[٨] الجميع .....

(١) يعني وأمّا ملاك أخذ المال الموجب لجواز دفع الودعيّ الوديعة إلى الظالم فلا تقدير فيه.

(٢) بالنصب، خبر لقوله «كان».

(٣) أي الودعيّ. فلا يجب بذله، لأنه ضرر عليه وهو منفي وإن كان قادراً على تحمله، وقال سيد الرياض: (وفيه نظر لوجوب الحفظ ولا يتم إلا به، فيجب، والضرر يندفع بالرجوع إلى المالك بعد نيته) انتهى، أي بعد نية الرجوع حتى لا يكون متبرعاً

(٤) سواء كان المال المأخوذ بمقدار الوديعة أم أقلّ منه.

(٥) فاعله هو الضمير العائد إلى المال، والضمير الملفوظ يرجع إلى الوديعة.

(٦) الضميران في قوليه «عنها» و«ببعضها» يرجعان إلى الوديعة.

ولا يخفى أنّ الباء في قوله «ببعضها» تكون للمقابلة. يعني وجب دفع بعض الوديعة في مقابل حفظ بعض آخر.

من باب وجوب حفظ الباقي، لأن هذا الباقي مما يجب حفظه سواء بقي المدفوع تحت يد الودعي أم دفعه إلى الظالم، وبما أن وجوب حفظ الباقي متوقف على بذل المدفوع فيجب بذله حينئذٍ.

(٧) فاعله هو الضمير العائد إلى الودعيّ. يعني لو ترك الودعيّ إعطاء بعض الوديعة لحفظ الباقي فأخذ الظالم جميع الوديعة حكم بضمان الودعيّ للتقصير.

(٨) قوله «فأخذ» يجوز قراءته معلوماً، والفاعل إذاً هو الضمير العائد إلى الظالم، ومجهولاً، ونائب الفاعل إذاً هو قوله «الجميع».

ضمن ما[١] يمكن سلامته، وإن لم يمكن[٢] إلاّ بأخذها[٣] أجمع فلا تقصير، ولو أمكن الدفع عنها[٤] بشيء من ماله لا يستوعب قيمتها[٥] جاز، ورجع[٦] مع نيّته[٧].

[وفي وجوبه[٨] نظر].

---

(١) أي ضمن الودعيّ القدر الذي كان حفظه ممكناً له لأنه مع عد الدفع المذكور وقد أثبتنا وجوبه فهو مقصّر فيضمن.

(٢) فاعله هو الضمير العائد إلى الدفع.

(٣) الضمير في قوله «بأخذها» يرجع إلى الوديعة. يعني لو لم يكن دفع الظالم إلاّ بأخذ جميع الوديعة فلا تقصير إذاً من الودعيّ ولا ضمان.

(٤) يعني لو أمكن للودعيّ دفع الظالم عن الوديعة بدفع مقدار من مال نفسه أقلّ من مقدار الوديعة جاز له ذلك، ثمّ رجع إلى صاحب الوديعة فيما دفعه إلى الظالم لحفظ الوديعة.

(٥) الضمير في قوله «قيمتها» يرجع إلى الوديعة، وفاعل قوله «جاز» هو الضمير العائد إلى الدفع.

(٦) فاعله هو الضمير العائد إلى الودعيّ، والضمير في قوله «نيّته» يرجع إلى الرجوع المفهوم من قوله «رجع».

(٧) أي ورجع على المالك مع نية الرجوع، وبدونها يكون الدفع تبرعياً.

(٨) الضمير في قوله «وجوبه» يرجع إلى الدفع. يعني وفي الحكم بوجوب دفع مال نفسه لحفظ الوديعة وجهان.

أقول: قوله «وفي وجوبه نظر» لم يوجد في بعض نسخ الكتاب من المطبوعة والمخطوطة.

ولو أمكن حفظها[١] عنه بالاستتار منه وجب، فيضمن بتركه[٢].

(نعم، يجب عليه[٣] اليمين لو قنع بها الظالم، .....

(١) الضمير في قوله «حفظها» يرجع إلى الوديعة، وفي قوله «عنه» يرجع إلى الظالم.
يعني لو أمكن حفظ الوديعة عن أخذ الظالم إيّاها باختفاء الودعيّ وجب عليه ذلك، ووجوبه من باب المقدمة للحفظ الواجب.
فلو ترك ما يمكن من الاستتار من الظالم فأخذه حكم بضمانه، للتقصير.

(٢) أي يضمن الودعيّ بترك الاستتار إذا أخذه منه الظالم.

(٣) الضمير في قوله «عليه» يرجع إلى الودعيّ، والضمير في قوله «بها» يرجع إلى اليمين، وهي مؤنث سماعيّ. هذا وقد عرفت وجوب الحفظ على الودعي، فإذا أراد الظالم أخذها فإن تمكن من الدفع من دون ضررٍ يجب، لأنه مقدمة للحفظ الواجب، ولو توقف على بذل المال ففيه التفصيل المتقدم، ولو توقف الدفع على الكذب لجاز، بل وجب، ولو توقف الدفع على اليمين فتجب من باب وجوب المقدمة للحفظ الواجب بلا خلاف في ذلك ولا إشكال، وللأخبار.
منها: خبر إسماعيل بن سعد الأشعري عن أبي الحسن الرضا عليه السلام (سألته عن رجل أحلفه السلطان بالطلاق أو غير ذلك فحلف، قال عليه السلام: لا جناح عليه، وعن رجل يخاف على ماله من السلطان فيحلفه لينجو به منه، قال عليه السلام: لا جناح عليه، وسألته هل يحلف الرجل على مال أخيه كما يحلف على ماله؟ قال: نعم[١]، ومرسل الصدوق عن الصادق عليه السلام (اليمين على وجهين ـ إلى أن قال ـ فأما الذي يؤجر عليها الرجل إذا حلف كاذباً، ولم تلزمه الكفّارة فهو أن يحلف الرجل في خلاص امرئ مسلم أو خلاص ماله من متعدٍّ يتعدّى عليه من لصّ أو غيره)[٢] ومقتضى هذه الأخبار جواز الحلف مطلقاً =

(١) الوسائل، الباب ـ١٢ـ من كتاب الأيمان، حديث ١.
(٢) الوسائل، الباب ـ١٢ـ من كتاب الأيمان، حديث ٩.

فيورّي[١]) بما يخرجه عن الكذب بأن[٢] يحلف أنّه ما استودع من فلان ويخصّه بوقت أو جنس[٣] أو مكان أو نحوها[٤] مغاير لما استودع.

وإنّما تجب التورية عليه مع علمه[٥] بها، وإلاّ سقطت[٦]، لأنّه[٧] كذب مستثنىً للضرورة[٨]، ترجيحاً لأخفّ .....

= إلاّ أنّ الفقهاء قيدوها بما إذا لم يقدر على التورية، وإلا فيجب عليه الحلف مُوّرياً بما يخرج عن الكذب، لأنّ الضرورة تُقدّر بقدرها، وعليه فإن أمكن الحلف بدون كذب وهذا لا يكون إلا مع التورية فيجب، وإلا فيجور الحلف كاذباً.

(١) فاعله هو الضمير العائد إلى الودعيّ. يعني يجب عليه التورية بحيث يخرجه عن ارتكاب الكذب.

وَرّى الشيء توريةً: أخفاه (أقرب الموارد).

(٢) هذا بيان معنى التورية، بمعنى أن يحلف الودعيّ على أنّه لم يقبل الوديعة من فلان ويريد في نفسه في يوم فلان مثلاً أو في ساعة فلان من دون أن يفهم الظالم مراده.

(٣) بأن يقصد أنّه لم يستودع من فلان ثوباً مثلاً فيما إذا كانت الوديعة كتاباً مثلاً.

(٤) أي يورّي بنحو الأمثلة المذكورة.

(٥) الضمير في قوله «عليه» يرجع إلى الودعيّ، وفي قوله «بها» يرجع إلى التورية.

يعني أنّ وجوب التورية إنّما هو في صورة معرفة الودعيّ للتورية، فإن لم يعرفها سقط الوجوب عنه.

(٦) فاعله هو الضمير العائد إلى التورية.

(٧) الضمير في قوله «لأنّه» يرجع إلى التورية، والتذكير باعتبار الخبر أو باعتبار جواز الأمرين في المصدر.

(٨) يعني أنّ التورية وإن كانت كذباً، لكن يستثنى حرمته عند الضرورة.

القبيحين[١] حيث تعارضا.

(وتبطل) الوديعة (بموت كلّ منهما): المودع[٢] والمستودع كغيرها[٣] من

---

(١) المراد من «القبيحين» هو:

أ ـ قبح ارتكاب الكذب.

ب ـ قبح تضييع مال الغير، وهو المستودع.

فإذا تعارض القبيحان قدّم ارتكاب أخفّهما، وهو في المقام قبح ارتكاب الكذب بالتورية بالنسبة إلى تضييع مال الغير.

بطلان الوديعة

(٢) المراد من «المودع» هو صاحب الوديعة، والمراد من «المستودع» هو الودعيّ.

(٣) أي كغير الوديعة من سائر العقود الجائزة. وقد تقدم أن الوديعة عقد جائز من الطرفين، وإذا كانت كذلك فتبطل بموت كل واحدٍ منهما أو جنونه، للإجماع على بطلان العقود الجائزة بذلك.

فلو عرضت هذه الأمور للمالك فتبقى الوديعة في الودعي أمانة شرعية لا مالكية، والفرق بينهما أن المالكية ما كانت بإذن المالك، والشرعية ما كانت بإذن الشارع دون المالك، وهنا لا إذن للمالك بعد جنونه أو إغمائه أو موته فتكون شرعية.

هذا من جهة ومن جهة أُخرى فالأمانة الشرعية غير مضمونة لإذن الشارع له في وضع يده عليها إلى أن يردها، ومن جهة ثالثة فمن حكم الأمانة الشرعية وجوب المبادرة إلى ردها عليها إلى أن يردها، ومن جهة ثالثة فمن حكم الأمانة الشرعية وجوب المبادرة إلى ردها على الفور إلى المالك أو من يقوم مُقامه، فإن أخّر عن ذلك مع قدرته يضمن، ولو تعذر الوصول إلى المالك أو من يقوم مُقامه سلّمها إلى الحاكم لأنه ولي الغائب، ووجوبُ ردها فوراً لعدم إذن المالك، وما إذنُ الشارع بوضع اليد عليها إلا لحفظها =

العقود الجائزة، (**وجنونه**[١]، **وإغمائه**) وإن قصر وقتهما[٢]، (**فتبقى**[٣]) في يد المستودع[٤] على تقدير عروض ذلك[٥] للمودع[٦]، أو يد[٧] وارثه أو وليّه، أو يده[٨] بعد صحّته على تقدير عروضه[٩] له (**أمانة شرعيّة**[١٠]) أي مأذوناً في

= وإيصالها إلى مالكها وهذا ما يقتضي الوجوب الفوري للرد، بخلاف الأمانة المالكية فلا يجب ردها إلا مع طلب مالكها، لأن وضع الودعي يده عليها إنما كان بإذن من المالك، ومن جهة رابعة فلو عرضت هذه الأمور للودعي فتبقى الأمانة تحت يد وارثه أو وليه إلى آخر ما ذُكر من أحكام الأمانة الشرعية.

(١) الضميران في قوليه «جنونه» و«إغمائه» يرجعان إلى كلّ واحد من المودع والمستودع.

(٢) الضمير في قوله «وقتهما» يرجع إلى الجنون والإغماء. يعني إذا عرض لهما الجنوب والإغماء ولو في وقت قصير حكم ببطلان عقد الوديعة.

(٣) أي تبقى الوديعة في يد الودعيّ بعنوان الأمانة الشرعيّة لا المالكيّة، ويأتي الفرق بينهما.

(٤) أي الودعيّ.

(٥) المشار إليه هو كلّ واحد من الجنون والإغماء.

(٦) الجارّ والمجرور يتعلّقان بقوله «عروض».

(٧) هذا عطف على قوله «يد المستودع». يعني إذا عرض لصاحب الوديعة ما ذكر بقيت الوديعة في يد الودعيّ أو في يد وارثه أو في يد وليّه.

والضمائر في أقواله «وارثه» و«وليّه» و«يده» و«صحّته» ترجع إلى الودعيّ.

(٨) أي تبقى في يد الودعيّ بعد صحّته بزوال الجنون والإغماء والموت.

(٩) أي على تقدير عروض ما ذكر للودعيّ.

(١٠) أي تبقى في يد الودعيّ بعنوان الأمانة الشرعيّة.

حفظها[١] من قبل الشارع لا المالك، لبطلان إذنه[٢] بذلك.

ومن[٣] حكم الأمانة الشرعيّة وجوبُ المبادرة إلى ردّها[٤] وإن لم يطلبها[٥] المالك.

(ولا يقبل قول الودعيّ) وغيره[٦] ممّن هي[٧] في يده **(في ردّها إلاّ ببيّنة[٨])**،

---

(١) يعني أنّ الفرق بين الأمانة الشرعيّة والمالكيّة هو أنّ الودعيّ مأذون من قبل المالك في حفظ الوديعة في الأمانة المالكيّة، ومأذون في حفظ الوديعة في الأمانة الشرعيّة من قبل الشارع.

(٢) الضمير في قوله «إذنه» يرجع إلى المالك، والمشار إليه في قوله «بذلك» هو عروض أحد الأُمور المذكورة. يعني أنّ الودعيّ مأذون من الشارع في حفظ الوديعة بعد بطلانها.

(٣) هذا هو الفرق الثاني بين الأمانة الشرعيّة والمالكيّة، وهو أنّ الودعيّ عليه أن يبادر إلى أداء الوديعة التي هي أمانة شرعيّة في يده إلى صاحبها، بخلاف الأمانة المالكيّة.

(٤) الضمير في قوله «ردّها» يرجع إلى الوديعة.

(٥) أي وإنّ لم يطلب الأمانة الشرعيّة مالكها.

القول في ردّ الوديعة

(٦) بالجرّ، عطف على قوله «الودعيّ». أي لا يقبل قول غير الودعيّ أيضاً ممّن تكون الأمانة في يده.

(٧) ضمير «هي» يرجع إلى الوديعة.

(٨) الباء في قوله «ببيّنة» تكون للسببيّة أو الاستعانة. يعني لا يقبل في الردّ قول من يكون المال في يده إلاّ بسبب بيّنة يقيمها أو بالاستعانة بها. لأنه مدعٍ وأصالة عدم الرد على عكس قوله، بخلاف الأمانة المالكية فإنه منكر لوادعي الردّ ولم يصدقه المالك، لأنه أمين فيقبل قوله فيه مع اليمين.

بخلاف[١] الأمانة المستندة إلى المالك، فإنّه[٢] لا يجب ردّها بدون الطلب، أو ما في حكمه كانقضاء[٣] المدّة المأذون فيها[٤]، وقد يقبل قوله[٥] في ردّها كالوديعة، وقد لا يقبل، كما إذا قبضها[٦] لمصلحته كالعارية[٧] والمضاربة[٨].

---

(١) هذه العبارة ناظرة إلى قوله «ومن حكم الأمانة الشرعيّة وجوب المبادرة... إلخ».

(٢) الضمير في قوله «فإنّه» يكون لشأن الكلام، والضمير في قوله «ردّها» يرجع إلى الوديعة.

(٣) مثال لما هو في حكم الطلب.

(٤) الضمير في قوله «قوله» يرجع إلى الوديعة.

(٥) الضمير في قوله «يرجع إلى الودعيّ، وفي قوله «ردّها» يرجع إلى الأمانة المستندة إلى المالك. يعني أنّ الأمانة المالكية تكون على قسمين:

أ: قسم يقبل فيه قول من في يده الأمانة كالودعيّ.

ب: قسم لا يقبل فيه قوله في الردّ كالعارية والمضاربة.

(٦) فاعله هو الضمير العائد إلى من في يده الأمانة، والضمير الملفوظ يرجع إلى الأمانة، والضمير في قوله «لمصلحته» يرجع إلى الودعيّ.

(٧) سيأتي تعريف العارية في الآتي بعد كتاب الوديعة، وأنّها هي العقد المثمر لجواز التصرّف في العين بالانتفاع مع بقاء الأصل.

(٨) وقد مرّ تعريف المضاربة في كتابها قبل هذا الكتاب، فإنّ القابض في كلا المثالين يقبض ما في يده لمصلحة نفسه، بخلاف الوديعة، فإنّ الودعيّ لا يأخذ الوديعة إلاّ للحفظ، وهو مصلحة لصاحب المال.

ومن الأمانة الشرعيّة[١] ما بطل من الأمانة المالكية كالشركة والمضاربة بموت[٢] ونحوه، وما[٣] تطيره الريح إلى دار الغير من .....

تفصيل حول الأمانة الشرعيّة

(١) يعني أنّ الأمانات المالكيّة تصير أمانة شرعيّة في بعض الموارد، منها ما إذا بطلت الأمانة المالكيّة كالأمثلة المذكورة.

قال الشارح في المسالك: (ولها ـ أي للأمانة الشرعية ـ صورٌ كثيرة:

أحدها: ما ذكر من الوديعة التي يعرض لها البطلان، وكذا غيرها من الأمانات كالمضاربة والشركة والعارية.

ومنها: ما لو أطارت الريح ثوباً ونحوه إلى داره.

ومنها: ما لو انتزعَ المغصوبَ من الغاصب بطريق الحسبة.

ومنها: ما لو أخذ الوديعة من صبي أو مجنون عند خوف تلفها.

ومنها: ما يصير بأيدي الصبيان من الأموال التي يكتسبونها بالقمار كالجوز والبيض، وعلم به المولى فإنه يجب عليه رده إلى مالكه أو وليّه.

ومنها: ما لو استعار صندوقاً ونحوه، أو اشتراه، أو غيره من الأمتعة فوجد فيه شيئاً به، فيكون أمانة شرعية وإن كان المُستعار مضموناً.

ومنها: اللقطة في يد الملتقط مع ظهور المالك، وضابطه: ما كان وضع اليد عليها بغير إذن المالك مع الإذن فيه شرعاً) انتهى.

(٢) يعني تصير الأموال المأخوذة بعنوان الشركة والمضاربة الموجودة في يد الشريك والعامل أمانة شرعيّة بموت المضارب والشريك. والضمير في قوله «نحوه» يرجع إلى الموت.

(٣) عطف على قوله «ما بطل». وهذا المثال الثاني للأمانة الشرعيّة، وهو المال الذي يطيره الريح من دار مالكه إلى دار الجار كالثوب ونحوه.

الأمتعة[١]، وما[٢] ينزع من الغاصب بطريق الحسبة[٣]، وما[٤] يؤخذ من الصبيّ والمجنون من مال الغير وإن كان كسباً من قمار[٥] كالجوز والبيض، وما[٦] يؤخذ من مالهما وديعةً عند خوف تلفه بأيديهما[٧]، وما[٨] يتسلّمه منهما نسياناً، وما[٩]

---

(١) الأمتعة جمع، مفرده المتاع.

المَتاع ـ بالفتح ـ: كلّ ما ينتفع به من الحوائج كالطعام والبزّ وأثاث البيت والأدوات والسُلَع، ج أمْتِعَة (أقرب الموارد).

(٢) يعني أنّ الثالث من الأمثلة للأمانة الشرعية هو المال الذي يؤخذ من يد الغاصب بحكم الوظيفة الشرعية، كما إذا غصب غاصب مال الغير وتمكّن رجل من أخذه من يد الغاصب وأخذه فيصير ذلك أمانة شرعيّة في يد الآخذ المنقذ.

(٣) المراد من «طريق الحسبة» هو الواجب الكفائيّ كنزع مال المسلم من يد الغاصب.

(٤) يعني أنّ الرابع من أمثلة الأمانة الشرعية هو المال المأخوذ من يد الصبيّ والمجنون، كما إذا رأى مال الغير في أيديهما مشرفاً على التلف فأخذه من أيديهما لحفظه لصاحب المال.

(٥) أي وإن كان مال الغير الموجود في يد الصبي أو المجنون كسباً من قمار.

القِمار: كلّ لعب يشترط فيه غالباً أن يأخذ الغالب شيئاً من المغلوب، سواء كان بالورق أو غيره، وأصل القمار أن يأخذ الواحد من صاحبه شيئاً فشيئاً في اللعب (أقرب الموارد).

(٦) يعني ومثل مالهما إذا أخذه رجل من يدهما بعنوان الحفظ والأمانة عند خوف التلف.

(٧) أي الصبيّ والمجنون.

(٨) يعني أنّ المال الذي يؤخذ من الصبيّ والمجنون نسياناً وغفلةً يكون أمانة شرعيّة عند الأخذ.

(٩) يعني أنّ الخامس من أمثلة الأمانة الشرعيّة هو المال الذي يوجد في المتاع الذي يشتريه مشترٍ، مثل المال الموجود في الصندوق المشترى.

يوجد فيما يشتري من الأمتعة كالصندوق[١] من مال[٢] لا يدخل في المبيع، واللقطة[٣] في يد الملتقط مع ظهور المالك[٤].

وضابطه[٥] ما أُذن[٦] في الاستيلاء عليه شرعاً، ولم يأذن فيه[٧] المالك.

(ولو عيّن) المودع (موضعاً للحفظ[٨] اقتصر) المستودَعُ (عليه[٩])، فلا يجوز

---

(١) هذا مثال لما يشترى من الأمتعة ويوجد فيه شيء.

(٢) بيان لقوله «وما يوجد». يعني أنّ ما يوجد يكون مالاً لا يدخل في المبيع، فلو كان داخلاً في المبيع تعلّق بالمشتري.

(٣) يعني أنّ السادس من أمثلة الأمانة الشرعيّة هو المال الذي يجده الشخص.

اللُّقَطَة كهُمَزَة: الشيء الذي تجده مُلْقىً فتأخذه، وقال الليث: اللُّقْطَة بالسكون ولم تسمع بغيره، وفي التعريفات «اللُّقَطَة هو مال يوجد على الأرض، ولا يُعرف له مالك، وهي على وزن التعريفات «الضُحَكَة مبالغة في الفاعل...»، (أقرب الموارد).

(٤) يعني أنّ اللقطة تكون أمانة شرعية في يد الملتقط لو ظهر مالكها.

(٥) الضمير في قوله «ضابطة» يرجع إلى كون الشيء أمانة شرعيّة في يد الآخذ.

(٦) بصيغة المجهول. يعني أنّ مناط كون الشيء أمانة شرعيّة في يد الآخذ هو إذن الشارع في الاستيلاء على المال الذي هو في يد الآخذ.

(٧) الضمير في قوله «فيه» يرجع إلى «ما» الموصولة الواقعة في قوله «ما أُذن».

تعيين موضع الحفظ

(٨) أي لحفظ الوديعة.

(٩) الضمير في قوله «عليه» يرجع إلى الموضع المأذون فيه للحفظ. واقتصر الودعي عليه وجوباً، بلا خلاف فيه، لأصالة حرمة التصرف في مال الغير بغير إذنه، وعليه فلو نقلها عن الموضع المعيّن إلى ما هو أدون حرزاً يضمن للتعدي، وإنّما الخلاف في صورتين: =

نقلها[١] إلى غيره وإن كان[٢] أحفظ، عملاً[٣] بمقتضى التعيين، ولاختلاف الأغراض في ذلك[٤].

وقيل: يجوز إلى الأحفظ، لدلالته[٥] عليه بطريق أولى، وهو[٦] ممنوع.

= **الأولى**: ما لو نقلها إلى الأحرز، فقد ذهب جماعة إلى جواز نقلها حينئذٍ محتجين بالإجماع وبدلالة مفهوم الموافقة عليه، وذهب الكثير منهم إلى عدم جواز النقل المذكور، ومع مخالفة هذا الكثير منهم الشيخ في النهاية وابن زهرة والعلامة والحلي فكيف ينعقد الإجماع، وأما مفهوم الموافقة فلا يجري لاختلاف الأغراض في مواضع الحفظ اختلافاً كثيراً.

نعم إن فهم من تعيين الموضع أنه من باب المثال لمكان الحرز جاز النقل إلى الأحرز، لعدم خصوصية المكان المعيّن حينئذٍ.

الصورة الثانية: ما لو نقلها إلى المساوي، فقد نقل المحقق قولاً عن بعضٍ بالجواز، لتوافق المتساويين في الضرر والنفع، ورُدّ بأن إلحاق مساويه به قياس محض وهو باطل، نعم على ما تقدم إن كان ذكر المكان من باب المثال فيجوز التعدي عنه إلى مساويه لعدم خصوصية المكان المعيّن.

(١) الضمير في قوله «نقلها» يرجع إلى الوديعة، وفي قوله «غيره» يرجع إلى الموضع.

(٢) اسم «كان» هو الضمير العائد إلى قوله «غيره». يعني وإن كان غير الموضع المعيّن أحفظ بالنسبة إلى حفظ الوديعة في الموضع المعيّن.

(٣) مفعول له، تعليل لقوله «اقتصر».

(٤) المشار إليه في قوله «ذلك» هو تعيين موضع حفظ الوديعة.

(٥) الضمير في قوله «لدلالته» يرجع إلى تعيين الموضع، وفي قوله «عليه» يرجع إلى الأحفظ.

(٦) أي القول المذكور ممنوع، لعدم تماميّة الأولويّة هنا، لاختلاف الأغراض، كما تقدّم.

وجوّز آخرون التخطّي[١] إلى المساوي[٢]، وهو[٣] قياس باطل[٤]، وحينئذٍ[٥] فيضمن بنقلها[٦] عن المعيّن[٧] مطلقاً[٨].

(إلاّ[٩] أن يخاف تلفها[١٠] فيه، فينقلها[١١] عنه) إلى الأحفظ .....

---

(١) المراد من «التخطّي» هو نقل الوديعة من موضع آخر.

(٢) أي الموضع المساوي للموضع المعيّن من حيث حفظ الوديعة فيهما.

(٣) الضمير في قوله «وهو» يرجع إلى تجويز التخطّي. يعني أنّ الحكم بجواز نقل الوديعة عن الموضع المعيّن إلى غيره المساوي قياس باطل.

(٤) قوله «قياس باطل» إشارة إلى كون القياس على قسمين: صحيح وباطل.

أمّا الأوّل فالقياس الألويّ، كما في قوله تعالى: ﴿**ولا تقل لهما أُفٍّ**﴾.

وأمّا الثاني فالقياس الذي لا يوجد فيه أولويّة في المقيس بالنسبة إلى المقيس عليه.

(٥) أي حين نقلها عن الموضع المعيّن إلى الأحفظ أو المساوي مع القول بعدم الجواز، فيضمن الودعيّ لو تلفت.

(٦) الضمير في قوله «نقلها» يرجع إلى الوديعة.

(٧) أي عن الموضع المعيّن.

(٨) أي سواء كان أحفظ أم كان مساوياً.

خوف التلف في الموضع المعيّن

(٩) استثناء من قول المصنّف رحمه الله «ولو عيّن موضعاً للحفظ اقتصر عليه».

(١٠) الضمير في قوله «تلفها» يرجع إلى الوديعة، وفي قوله «يرجع إلى الموضع المعيّن.

(١١) فاعله هو الضمير العائد إلى الودعيّ، والضمير الملفوظ يرجع إلى الوديعة، والضمير في قوله «عنه» يرجع إلى الموضع المعيّن. فينقلها عن الموضع المعيّن لسقوط وجوب الحفظ في المكان المعين، لأن بقائها في العين الموجب لتلفها منافٍ لوجوب حفظ =

أو المساوي[١] مع الإمكان[٢]، فإن تعذّر[٣] فالأدون.

(ولا ضمان حينئذٍ[٤])، للإذن فيه[٥] شرعاً، وإنّما جاز المساوي هنا[٦]، لسقوط حكم المعيّن بتعذّره[٧]، فينتقل[٨] إلى ما في حكمه[٩]، وهو[١٠] المساوي أو ما فوقه[١١].

= الوديعة، وعليه فينقلها إلى الأحرز أو المساوي مع الإمكان، وعند التعذر فينقلها إلى الأدون لعدم قدرته على الحفظ إلا بذلك فيتعين، ثم على تقدير جواز النقل لخوف التلف فلو نقلها عن المكان المعيّن فتلفت فلا ضمان عليه بلا خلاف فيه لعدم تقصيره، ولأنه محسنٌ.

(١) أي الموضع المساوي.

(٢) أي مع إمكان النقل عن الموضع المعيّن إلى الأحفظ أو المساوي.

(٣) فاعله هو الضمير العائد إلى النقل. يعني فإن لم يمكن النقل عن الموضع الذي يخاف تلف الوديعة فيه إلى الأحفظ أو المساوي جاز نقلها إلى الأدون من الأحفظ أو المساوي.

(٤) قوله «حينئذٍ» إشارة إلى جواز النقل إلى الأحفظ أو المساوي عند خوف التلف في الموضع المعيّن.

(٥) الضمير في قوله «فيه» يرجع إلى النقل.

(٦) المشار إليه في قوله «هنا» هو فرض الخوف من التلف في الموضع المعيّن.

(٧) أي بتعذّر الموضع المعيّن.

(٨) بصيغة المجهول.

(٩) الضمير في قوله «حكمه» يرجع إلى الموضع المعيّن.

(١٠) الضمير في قوله «وهو» يرجع إلى «ما» الموصولة.

(١١) أي فوق الموضع المعيّن.

ويمكن شمول كلامه[١] للأدون[٢] عند الخوف وإن وجد المساوي[٣]، كما يشمل[٤] المنع من الأعلى[٥] عند عدمه[٦]، ويشمل[٧] أيضاً فيهما[٨] ما لو نهاه[٩]

---

(١) الضمير في قوله «كلامه» يرجع إلى المصنّف رحمه الله.

والمراد من كلام المصنّف هو قوله «إلاّ أن يخاف تلفها فيه فينقلها»، فهو يشمل النقل إلى الأدون من الموضع المعيّن أيضاً حتى مع القدرة على المساوي، مع أنه مع قدرته على المساوي لا يجوز النقل إلى الأدون لأنه يُعدّ الودعي حينئذٍ مقصراً فلو تلف يضمن.

(٢) أي الموضع الأدون من المعيّن.

(٣) أي وإن وجد الموضع المساوي للموضع المعيّن.

(٤) فاعله هو الضمير العائد إلى كلام المصنّف رحمه الله. والمراد بالمنع هو منع نقلها عن المعين، وهو مستفاد من كلامه (ولو عيّن المودع موضعاً للحفظ اقتصر المستودع عليه)، والحاصل أنه لا يجوز نقلها من المكان المعين إلى الأعلى عند عدم خوف التلف وإن ذهب البعض إلى الجواز.

(٥) يعني كما يشمل كلام المصنّف منع النقل عن الموضع المعيّن إلى الموضع الأعلى للحفظ عند عدم الخوف. والمعنى إلى الأعلى، وإلا فلو أريد النقل من الأعلى إلى غيره لكان نقلاً إلى الأدون وهو غير جائز بالاتفاق ولا معنى لإبرازه من كلام الماتن، بخلاف النقل إلى الأعلى فيحسن إبرازه من كلام الماتن لوجود الخلاف فيه.

(٦) الضمير في قوله «عدمه» يرجع إلى الخوف.

(٧) فاعله هو الضمير العائد إلى كلام المصنّف رحمه الله.

(٨) الضمير في قوله «فيهما» يرجع إلى الخوف وعدم الخوف.

(٩) فاعله هو الضمير العائد إلى المودع، والضمير الملفوظ يرجع إلى الودعيّ.

عن غير المعيّن[١] وعدمه[٢]،وهو[٣] كذلك.

(ويحفظ[٤] الوديعة بما جرت العادة به[٥]) في مكان الوديعة .....

---

(١) أي لو نهى صاحب الوديعة الودعيَّ عن نقله إلى غير المعيّن، بأن يقول لا تنقله عن الموضع المعيّن إلى غيره.

(٢) الضمير في قوله «عدمه» يرجع إلى النهي. أي وعدم النهي، أما مع عدم النهي فهو مورد الصورتين السابقتين على ما تقدم بيانهما، وأما مع النهي فلو عيّن موضعاً ونهاه عن النقل حتى إلى الأعلى ولا خوف على الوديعة من التلف فلا يجوز نقلها، لأنه لا يجوز مع عدم النهي فمع النهي أولى.

وكذا لو عيّن له موضعاً وقد خاف عليها من التلف فلا بد من نقلها حتى إلى الأدون عند فقد المساوي والأحرز حتى مع النهي، لأن بدون النقل المذكور يكون مقصراً ويضمن.

وخلاصة العبارة هي أنّ الحكم بالجواز في الصورة الأُولى ـ وهي الخوف من التلف في المعيّن ـ وكذا الحكم بعدم الجواز في الصورة الثانية ـ وهي عدم الخوف ـ ثابت، سواء نهاه المالك عن النقل إلى غير المعيّن أم لم ينهه عنه.

(٣) الضمير في قوله «وهو» يرجع إلى الشمول المفهوم من قوله «يشمل». وهذا هو رأي الشارح رحمه الله في المسألة، وهو عدم الفرق بين نهي المودع وعدمه.

وفيه: إنه في محله عند خوف التلف فيجوز نقلها إلى الأدون سواء نهاه عنه أم لا بشرط تعذر المساوي، لا مع وجدان المساوي وإلا لكان مُقصّراً.

وجوب الحفظ على طبق العادة

(٤) فاعله هو الضمير العائد إلى الودعيّ.

(٥) الضمير في قوله «به» يرجع إلى «ما» الموصولة في قوله «بما جرت».

وقد تقدم أن الحفظ واجب وليس له كيفية مخصوصة من قبل الشارع، فالمرجع فيه إلى العرف على وجهٍ لا يُعدُّ الودعي مضيّعاً ومفرّطاً وخائناً ومهملاً ومتعدياً.

وزمانها[١]، لأنّ الشارع لم يحدّ لها[٢] حدّاً، فيرجع إلى العادة **(كالثوب والنقد في الصندوق)** المقفّل[٣]

أو الموضوع في بيت محرز[٤] عن الغير، **(والدابّة في الإصطبل)** المضبوط بالغلق[٥]، **(والشاة في المراح[٦])** كذلك[٧] أو المحفوظ[٨] بنظر المستودع.

وهذه الثلاثة[٩] ممّا جرت العادة بكونها حرزاً لما ذكر[١٠].

وقد يفتقر[١١] إلى أمر آخر، أو يقوم .....

---

(١) أي زمان الحفظ بالنسبة إلى الوديعة، ومعلوم أنّ أدوات حفظ الوديعة في الليل غير أدوات حفظها في اليوم.

(٢) يعني أنّ الشارع لم يعيّن حدّاً لحفظ الوديعة، فيرجع فيه إلى عادة الناس في الحفظ من حيث الزمان والمكان.

(٣) صفة للصندوق. يعني أنّ الثوب والنقد مثلاً يحفظان في الصندوق المقفّل عادةً.

(٤) بصيغة اسم المفعول، صفة للبيت. أي المحفوظ عن دخول الغير فيه.

(٥) الغَلَق ـ محرّكةً ـ: ما يُغلَق به الباب ويفتح بالمفتاح، ج أغْلاق، جج أغاليق (أقرب الموارد).

(٦) المُراح ـ بالضمّ ـ: مأوى الإبل والبقر والغنم أي موضع راحتها في الليل (أقرب الموارد).

(٧) أي المضبوط بالغلق.

(٨) أي الموضع المحفوظ بنظر الودعيّ.

(٩) المراد من «الثلاثة» هو الصندوق والإصطبل والمراح.

(١٠) المراد من قوله «ما ذكره» هو النقد والدابّة والشاة.

(١١) فاعله هو الضمير العائد إلى الحفظ يعني قد يتّفق احتياج الحفظ للوديعة إلى أمر آخر غير ما ذكر من الأُمور الثلاثة، وهي الصندوق والإصطبل والمراح، كما قد يفتقر حفظ الوديعة في الصندوق إلى دفنه في الأرض، فيجب ذلك عليه.

غيرها[١] مقامها عادةً[٢].

ولا فرق في وجوب الحرز على المستودع[٣] بين من يملكه[٤] وغيره[٥]، ولا بين من يعلم[٦] أنّه لا حرز له وغيره[٧].

---

(١) الضمير في قوله «غيرها» يرجع إلى الصندوق والإصطبل والمراح، وكذلك ضمير قوله «مقامها».

(٢) أي على حسب عادة الناس.

(٣) أي يجب على الودعي حفظ الوديعة في حرزها سواء كان مالكاً للحرز أم لا، ولا يقال إنه مع عدم تملكه للحرز فلا يجب، لأنه يقال: إن الحفظ الواجب متوقف على إيجاد الحرز وعلى وضع الوديعة فيه، فيجب عليه إيجاد الحرز عند عدم تملكه مع وضع الوديعة فيه حينئذٍ.

(٤) الضمير الملفوظ في قوله «يملكه» يرجع إلى الحرز. يعني لا فرق في الحكم بوجوب حفظ الوديعة في الحرز المناسب لها بين أن يملك الودعيّ الحرز المذكور أم لا، فلو لم يملكه وجب أيضاً عليه تحصيل الحرز ولو بالإجارة أو العارية أو غير ذلك.

(٥) أي غير من يملك الحرز.

(٦) أي ولا فرق بين المستودع الذي يعلم بأنّ الودعيّ لا حرز له وبين غيره.

(٧) أي يجب على الودعي حفظ الوديعة في حرزها سواء علم المُودع أن عنده حرزاً أم لا، ولا يقال: إنه مع علم المودع أنه لا حرز عنده وقد قدم إليه الوديعة فيكون إذناً في عدم حفظها في حرزها، لأنه يقال: الحفظ واجب على الودعي وهو متوقف على إيجاد الحرز ووضعها فيه، وعلمُ المودع بعدم وجود الحرز لا يقتضي الإذن للودعي بوضعها في غير حرزها كما هو واضح.

(ولو استودع[١] من طفل أو مجنون ضمن[٢])، لأنّهما[٣] ليسا أهلاً للإذن، فيكون[٤] وضع يده على مالهما[٥] بغير إذن شرعيّ[٦]، فيضمن إلاّ أن يخاف[٧] تلفها

الاستيداع من طفل أو مجنون

(١) أي لو استودع الودعيّ الوديعة من يد طفل أو مجنون فتلفت حكم بضمانه، لأنّهما ليسا أهلاً لعقد الوديعة.

(٢) فلو كان المودع طفلاً أو مجنوناً فلا تصح الوديعة، لاعتبار الكمال في طرفي عقدها، كغيرها من العقود، بلا خلاف ولا إشكال كما في الجواهر، وعليه فلو صدر من أحدهما الإيجاب فهو كالعدم، وكذا الإذن في القبض لكونهما مسلوبي العبارة شرعاً، فلو وضع الودعي يده على الوديعة والحال هذه فيكون وضعاً بغير حق لعدم الإذن بحسب الفرض، فيضمن لعموم (على اليد ما أخذت حتى تؤدي)[١].

ثم بعد الوضع المذكور يجب على الودعي رُد المال إلى وليّهما، ولا يجوز رده إليهما للحجر عليهما، فلا يبرأ الودعي إلا برد المال إلى وليهما الخاص أو العام عند تعذر الخاص.

(٣) يعني أنّ المجنون والصبيّ ليسا من أهل الإذن، فإذنهما كلا إذن، فيضمن الودعيّ الآخذ منهما الوديعة.

(٤) اسم «يكون» هو الضمير العائد إلى الودعيّ، والضمير في قوله «يده» أيضاً يرجع إلى الودعيّ.

(٥) الضمير في قوله «مالهما» يرجع إلى الصبيّ والمجنون.

(٦) وفي بعض النسخ «بغير إذن شرعيّة»، وقال الشيخ عليّ ﷺ في توجيه هذا التعبير: «لمّا كان الإذن بمعنى الرخصة أو الإباحة جاز تأنيثه كنظائره ممّا يجوز فيه مراعاة اللفظ والمعنى».

(٧) ضمير الفاعل في قوله «أن يخاف» يرجع إلى الودعيّ، والضمير في قوله «تلفها» يرجع إلى الوديعة.

---

(١) سنن البيهقي، ج٦، ص٩٠.

في أيديهما، فيقبضها[١] بنيّة الحسبة[٢]، فالأقوى عدم الضمان[٣]، لكن يجب مراجعة الوليّ[٤] ما أمكن.

ولا فرق[٥] بين كون المال لهما[٦] أو لغيرهما .....

---

(١) فاعله هو الضمير المستتر العائد إلى الودعيّ، والضمير الملفوظ يرجع إلى الوديعة.

(٢) يعني إذا خاف الودعيّ تلف الوديعة في أيدي الصبيّ والمجنون وجب عليه أخذها من باب وجوب حفظ مال المسلم كفايةً. أي بنية التقرب لله سبحانه وتعالى، من أجل حفظ أموالهما فيكون محسناً فلا يضمن لقوله تعالى: ﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ﴾[١]، إلا أن بعضهم كالمحقق حكموا بالضمان عليه وأن الإحسان إنّما يرفع حرمة التصرف في مال الغير ليس إلا، وأما الضمان فباقٍ لعموم (على يد ما أخذت حتى تؤدى)[٢]، وهو كما ترى.

(٣) فعند خوف التلف يجوز للودعيّ أخذ الوديعة من الصبيّ والمجنون، ولا يحكم بضمانه.

(٤) أي مراجعة الودعيّ لوليّ الطفل عند خوف التلف، لحرمة التصرف في مال المولى عليه إلاّ مع الضرورة، ومع إمكان أخذ الإذن لا ضرورة في البين.

(٥) أي لا فرق في الضمان في صورة عدم خوف التلف وعدم الضمان في صورة خوف التلف بين كون المال في أيدي الصبيّ والمجنون متعلّقاً بهما أو بغيرهما.

(٦) الضميران في قوليه «لهما» و«لغيرهما» يرجعان إلى الصبيّ والمجنون، فلو أنشئا الإيجاب لإيداع مالهما أو مال غيرهما فهو كالعدم لأنهما مسلوبا العبارة، وكذا إذنهما في القبض، وكذا لو ادعيا إذن المالك لهما في توكيلهما عنه في الإيداع، كل ذلك لسلب عبارتهما شرعاً.

---

(١) سورة التوبة، الآية: ٩٦.

(٢) سنن البيهقي، ج٦، ص٩٠.

وإن[١] ادّعيا إذنه[٢] لهما في الإبداع.

(و) حيث يقبض[٣] الوديعة منهما مع جوازه[٤] أوّلاً معه[٥] (يبرأ[٦] بالردّ إلى وليّهما) الخاصّ[٧] أو العام[٨] مع تعذّره[٩] لا إليهما[١٠].

(ويجب[١١] إعادة الوديعة على المودع) مع المطالبة في .....

---

(١) كلمة «إن» وصليّة، وضمير الفاعل في قوله «ادعيّا» يرجع إلى الصبيّ والمجنون.

(٢) الضمير في قوله «إذنه» يرجع إلى الوليّ، وفي قوله «لهما» يرجع إلى الصبيّ والمجنون. يعني وإن ادّعى الصبيّ والمجنون أنّ الوليّ أذن لهما في الإيداع.

(٣) فاعله هو الضمير العائد إلى الودعيّ، والضمير في قوله «منهما» يرجع إلى الصبيّ والمجنون.

(٤) الضمير في قوله «جواز» يرجع إلى القبض المفهوم من قوله «يقبض»، وصورة الجواز هي ما إذا خاف تلف الوديعة لو بقيت في أيديهما، كما تقدّم

(٥) أي لا مع جواز القبض، وهو صورة عدم خوف التلف.

(٦) فاعله هو الضمير العائد إلى الودعيّ. يعني إذا أخذ الودعيّ الوديعة من أيدي الصبيّ والمجنون مع الجواز أوّلا معه لم يبرأ من الضمان إلاّ بردّ الوديعة إلى وليّهما.

(٧) المراد من الوليّ الخاصّ هو الأب والجدّ له.

(٨) أي وليّهما العامّ، وهو الحاكم الشرعيّ.

(٩) الضمير في قوله «تعذّر» يرجع إلى الوليّ الخاصّ.

(١٠) أي لا يبرأ الودعيّ بردّ الوديعة إلى الصبيّ والمجنون

وجوب الردّ فوراً

(١١) يعني يجب على الودعيّ إرجاع الوديعة إلى صاحبها إذا راجعه فيها. بلا خلاف فيه ولا إشكال، لقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا﴾[١]، وللأخبار: منها: النبوي (ردّ الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك)[٢].

---

(١) سورة النساء، الآية: ٥٨ .

(٢) مستدرك الوسائل، الباب ـ ١ ـ من أبواب الديمة، حديث ١٢ .

أوّل[١] وقت الإمكان بمعنى رفع يده[٢] عنها والتخلية[٣] بين المالك وبينها[٤].

فلو كانت في صُندوق مُقفّلٍ[٥] فَفَتحُه[٦] عليه، أو بيت[٧] محرز فكذلك لا

ثم إن هذا الوجوب عند المطالبة، لأنه مع عدمها لا يجب الرد بل يجوز لأنّ الوديعة عقد جائز من الطرفين.

(١) ظرف لقوله «إعادة الوديعة».

قال في الرياض: (ولعل الوجه فيه مع عدم اقتضاء الأمر الفورية هو وجوب الاقتصار في وضع اليد على مال الغير على القدر المتحقق معه إذنه، ومطالبة الرد تقتضي انقطاعه فلا يجوز له التصرف زيادة على ما يتحقق به الرد) انتهى.

(٢) الضمير في قوله «يده» يرجع إلى الودعيّ، وفي قوله «عنها» يرجع إلى الوديعة. يعني أنّ المراد من إعادة الوديعة هو رفع اليد عن الوديعة ورفع المانع الموجود بين المالك وبين الوديعة وهذا تفسير للرد، فليس المراد منه مباشرته للرد وتحمل مؤنة هذا الرد، بل المراد منه رفع يده عنها والتخلية بين المالك وبينها، فلو كانت موضوعة في صندوق لكفى أن يفتحه له، وإن كانت في بيت مُحرز فكذلك، وهكذا، والدليل عليه أن الودعي نائب في الحفظ فقط فلا يجب عليه تحمل مؤنة الرد ولا مباشرته.

(٣) بالجرّ، عطف على قوله المجرور «رفع يده» أي المراد من الإعادة هو رفع الموانع التي تقع بين الوديعة وبين المالك.

(٤) الضمير في قوله «بينها» يرجع إلى الوديعة.

(٥) بصيغة اسم المفعول، صفة للصندوق.

فَقَّلَ الأبوابَ: غلّقها (أقرب الموارد).

(٦) أي ففتح الصندوق على المالك. والضمير في قوله «عليه» يرجع إلى المالك.

(٧) بالجرّ، عطف على قوله المجرور «صندوق». يعني لو كانت الوديعة في بيت محفوظ ومقفّل وجب أيضاً على الودعيّ فتحه على المالك.

نقلها[١] إلى المالك زيادةً على ذلك[٢].

والعذر[٣] الشرعيّ كإكمال[٤] الصلاة وإن كانت[٥] نفلاً على الأقوى ما لم

---

(١) أي ليس المراد من إعادة الوديعة إلى صاحبها نقلها إليه.

(٢) أي لا يجب على الودعيّ أزيد من رفع يده عن الوديعة ولا من رفع المانع الموجود بينها وبين المالك.

(٣) بالرفع، مبتدأ، خبر قوله «كالعقليّ». وقد عرفت أنه يجب على الودعي ردُّ الوديعة عند المطالبة في أول أوقات الإمكان، ووجوب الرد هذا مشروط بالإمكان العقلي كسائر الأحكام التكليفية لقبح تكليف العاجز، فلو طالبه المودع وكان في حاجة ضرورية له فلا يجب عليه الرد إلا بعد انقضاء الحاجة وهذا موضع وفاق بينهم.

ولكن هل وجوب الرد مشروط بالإمكان الشرعي بحيث لو كان في صلاة واجبة أو نافلة فلا يجب الرد حتى تنقضي الصلاة، ذهب جماعة منهم الشارح هنا وفي المسالك إلى ذلك، لأن المانع الشرعي كالمانع العقلي، وخالف العلامة في التذكرة إلى عدم كون النافلة عذراً شرعياً لجواز قطعها، مع أنه في باب الوكالة من كتابه المذكور ذهب إلى كونها عذراً.

ثم هل المانع العادي كالمانع العقلي بحيث لو طلبها المودع وكان بين الودعي وبينها حائل من مطرٍ ونحوه فيؤخر الرد إلى حين انقضائه، وهو كذلك لأن تحمل المانع العادي حرج وعُسر وهما منفيان في الشريعة.

(٤) هذا مثال للعذر الشرعيّ، وهو إكمال الصلاة، فلا يجب على الودعيّ قطع الصلاة إذا طالبه المالك بالوديعة في حالها.

فإن كانت واجبة فهي موضع وفاق، وإن كانت نفلاً فالمخالف هو العلامة في التذكرة.

(٥) اسم «كانت» هو الضمير العائد إلى الصلاة. يعني وإن كانت الصلاة التي يريد الودعيّ إكمالها مندوبةً لا واجبةً.

يتضرّر المالك بالتأخير[١]، والعادي[٢] كانتظار انقطاع المطر[٣] ونحوه[٤] كالعقليّ.

وفي إكمال[٥] الطعام والحمّام وجهان.

والمعتبر في السعي[٦] القصد[٧] وإن قدر[٨] على الزيادة.

---

(١) يعني يجوز للودعيّ تأخير إعادة الوديعة إلى صاحبها بمقدار إتمام صلاته بشرط أن لا يتضرّر المالك بالتأخير بهذا المقدار، كما إذا ضاق وقت السفر الضروريّ ولم يتّسع بمقدار إكمال صلاة الودعيّ، فإذا لا يجوز للودعيّ تأخير إعادة الوديعة عن زمن إكمال صلاته مع مطالبة المالك حينها، بل يجب عليه قطع الصلاة وإعادة الوديعة إلى صاحبها.

(٢) عطف على قوله «العذر الشرعيّ»، وهذا مبتدأ ثانٍ بالعطف، خبره قوله «كالعقليّ».

(٣) أي العذر العادي مثل انتظار انقطاع المطر، فلا مانع من تأخير إعادة الوديعة بمقدار رفع العذر العادي أيضاً.

(٤) أي نحو انتظار المطر مثل انتظار رفع ظلمة الليل إذا طولبت الوديعة في ظلمة الليل.

(٥) خبر مقدّم لقوله «وجهان». يعني وفي كون عذر إكمال الطعام والحمّام مثل العذر العقليّ وجهان. منشأهما اختلاف تشخيص الحرج والمشقة بتركهما.

(٦) أي السعي في حفظ الوديعة.

(٧) بالرفع، خبر لقوله «والمعتبر». يعني أنّ المعتبر في وجوب السعي في حفظ الوديعة هو السعي المتوسّط والمقتصد لا أزيد منه، كما في قوله تعالى: ﴿وَاقْصِدْ فِي مَشْيِكَ﴾[١] أي اقتصد.

فالمعتبر في مشي الإنسان شرعاً وعرفاً هو القصد في مشيه، لا العذر ولا الهرولة، قال الله تعالى: ﴿وَاقْصِدْ فِي مَشْيِكَ﴾، هذا بالنسبة لمطلق المشي، وأما لو كان رد الوديعة بالمعنى المتقدم من التخلية متوقفاً على الشيء، فلا يجب على الودعي إلا القصد فيه.

ويحتمل كون المراد من «السعي» هو السعي في الذهاب لإعادة الوديعة إلى مالكه.

(٨) فاعله هو الضمير الراجع إلى الودعيّ.

---

(١) سورة لقمان، الآية: ١٩ .

والحكم[١] ثابت كذلك (وإن[٢] كان) المودع (كافراً) مباح[٣] المال كالحربيّ، للأمر[٤] بأداء الأمانة إلى أهلها من غير قيد.

القول في المودع الكافر

(١) اللام في قوله «الحكم» تكون للعهد الذكريّ. يعني أنّ الحكم المذكور ـ وهو إعادة الوديعة إلى صاحبها برفع اليد عنها وبالتخلية بينها وبين المالك ـ ثابت وإن كان صاحب الوديعة كافراً.

(٢) وصلية، وهو متعلق بوجوب رد الوديعة على المودع عند المطالبة، وعليه فيجب رد الوديعة ولو كان المودع كافراً، حربياً كان أو غيره، فلا خلاف فيه لإطلاق قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا﴾[١]، وللأخبار الكثيرة.

منها: خبر عنبسة بن مصعب عن أبي عبد الله عليه السلام (ثلاثة لم يجعل الله لأحدٍ من الناس فيهن رخصة: أداء الأمانة إلى البر والفاجر، والوفاء بالعهد للبر والفاجر، وبر الوالدين برين كانا أو فاجرين)[٢]، وفي ثانٍ (لا عذر لأحدٍ فيها)[٣] إلى آخره، وفي ثالث (فاتقوا الله وأدوا الأمانة إلى الأسود والأبيض وإن كان حرورياً، وإن كان شامياً)[٤]، وفي رابع (أد الأمانة إلى من ائتمنك وأراد منك النصيحة ولو إلى قاتل الحسين عليه السلام)، وفي خامس (أدوا الأمانة ولو إلى قاتل ولد الأنبياء)[٥].

وعن أبي الصلاح أوجب رد الوديعة إن كانت للكافر، وكانت وديعة إلى سلطان الإسلام وكانت الوديعة في غيبة الإمام عليه السلام، وفي الرياض أنه شاذ، ودليله بأنه فيء للمسلمين.

(٣) أي الكافر الذميّ الذي يباح ماله للمسلم مثل الحربيّ لا الكافر الذي لا يباح ماله للمسلم مثل الكافر الذّميّ.

(٤) يعني أنّ عدم الفرق في صاحب الوديعة بين كونه كافراً حربيّاً وبين غيره إنّما هو لعموم الأمر بأداء الأمانة إلى صاحبها بلا تقييد بين الكافر وبين غيره في قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا﴾.

---

(١) سورة النساء، الآية: ٥٨ .

(٢و٣ و٤ و٥) الوسائل، الباب ـ٢ـ من أبواب أحكام الوديعة، حديث ١، وملحقه و٣ و٤ و٦ .

وروى[١] الفضيل عن الرضا عليه السلام، قال: سألته[٢] عن رجل استودع رجلاً من مواليك مالاً له قيمة، والرجل الذي عليه المال رجل من العرب يقدر أن لا يُعطيه[٣] شيئاً،، والمودع[٤] رجل خارجيّ[٥] شيطان، فلم أدع[٦] شيئاً، فقال عليه السلام: قل له[٧]: «يردُّ عليه، فإنّه ائتمنه[٨] عليه بأمانة الله».

وعن الصادق[٩] عليه السلام: «أدّوا الأمانات إلى أهلها وإن .....

---

(١) الرواية نقلها شيخ الطائفة في كتاب الاستبصار، وهي منقولة في كتاب الوسائل أيضاً[١].

(٢) الضمير في قوله الراوي «سألته» يرجع إلى الرضا عليه السلام.

(٣) أي أن لا يعطي صاحب المال شيئاً.

(٤) المراد من «المودع» هو صاحب المال.

(٥) الخارجيّ هو الذي يرى رأي الخوارج، وهم الذين خرجوا عن طاعة عليّ عليه السلام في وقعة صفّين بعد تحكيم الحكمين، وحكموا ـ نعوذ بالله ـ بكفره عليه السلام، وصاروا نحلة من النحل الناشئة في المائة الأولى من الهجرة، وأمرهم مشهور مسطور في كتب الملل والنحل والتاريخ.

(٦) فاعله هو الضمير العائد إلى الفضيل الراوي. يعني قال فضيل: قلت في حقّ صاحب المال: إنّه خارجيّ وشيطان وكذا وكذا ولو أترك شيئاً من الذمّ في حقّه بهذه الكلمات.

(٧) أي قل للرجل الودعيّ الذي هو من موالينا.

(٨) يعني أنّ الرجل الخارجيّ المودع عدّ الودعيّ أميناً بأمانة الله.

(٩) الرواية عن الحسين الشبّانيّ عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: قلت له: رجل من مواليك يستحلّ مال بني أُميّة ودماءهم، وإنّه وقع لهم عنده وديعة، فقال: أدّوا الأمانة إلى أهلها وإن كانوا مجوساً، فإنّ ذلك لا يكون حتّى يقوم قائمنا، فيحلّ ويحرّم[٢].

---

(١) الوسائل، الباب ـ٢ـ من أحكام الوديعة، حديث ٩ .

(٢) نفس المصدر، حديث ٥ .

كانوا[١] مجوساً».

(ويضمن[٢] لو أهمل) الردّ (بعد المطالبة[٣]) وإمكان[٤] الردّ على الوجه السابق[٥]، لأنّه[٦] من أسباب التقصير.

ولو كان التأخير لعذر وجب في أوّل أوقات إمكانه[٧].

(أو أودعها[٨] لغيره) ولو لزوجته .....

---

(١) اسم «كانوا» هو الضمير العائد إلى أهل الأمانات.

أسباب الضمان

(٢) فاعله هو الضمير العائد إلى الودعيّ.

(٣) أي بعد مطالبة صاحب الوديعة للودعيّ بالوديعة. فلو أهمل الرد في أول أوقات إمكان الرد ضمن بلا إشكال ولا خلاف، لانقطاع الإذن بالاستنابة في الحفظ بسبب المطالبة، فتنقلب يده من يد مؤتمن إلى يدٍ متعدٍ فيندرج تحت عموم (على اليد)[١].

(٤) بالجرّ عطف على قوله المجرور «المطالبة».

(٥) المراد من «الوجه السابق» هو رفع اليد والتخلية بين المالك والوديعة.

(٦) الضمير في قوله «لأنّه» يرجع إلى الإهمال بعد الإمكان.

(٧) الضمير في قوله «إمكانه» يرجع إلى الردّ.

(٨) قوله «أو أودعها» عطف على قوله «أهمل بعد المطالبة»، وفاعله هو الضمير العائد إلى الودعيّ، والضمير الملفوظ يرجع إلى الوديعة، والضميران في قوليه «لغيره» و«لزوجته» يرجعان إلى الودعيّ. يعني وكذا يضمن الودعيّ إذا أودعها الودعي غيره من غير ضرورة ولا إذن من المالك يضمن، وهو موضع وفاق بينهم، لأنه تصرف في مال الغير بغير إذنه، ولمكاتبة محمد بن الحسن إلى أبي محمد عليه السلام (رجل دفع إلى رجل وديعة =

---

(١) سنن البيهقي، ج٦، ص٩٠.

أو ثقة[١] **(من غير**[٢] **ضرورة)** إلى الإيداع.

فلو اضطرّ[٣] إليه بأن خاف .....

= فوضعها في منزل جاره فضاعت، فهل يجب عليه إذا خالف أمره وأخرجها عن ملكه؟ فوقّع عليه السلام: هو ضامن لها إن شاء الله)[١]. ولا فرق في هذا الغير بين زوجته وولده وعبده وغيرهم، ولا بين الثقة وغيره، ولا بين أن يجعل ذلك الغير مستقلاً بها أو شريكاً في الحفظ بحيث يغيب عن نظره، كل ذلك لإطلاق الوكيل على الغير ولو كان غيره هو زوجته.

(١) أي أودع الوديعة لشخص موثّق.

والحاصل أنّ الودعيّ يضمن الوديعة في الصورتين المذكورتين إلى هنا:

الأول: إذا أهمل إعادة الوديعة بعد المطالبة وإمكان الردّ.

الثاني: إذا أودعها غيره ولو كان زوجته أو شخصاً موثّقاً مع عدم ضرورة تقتضي إيداعها لغيره.

(٢) الجارّ والمجرور يتعلّقان بقوله «أودعها».

(٣) فاعله هو الضمير الراجع إلى الودعيّ، والضمير في قوله «إليه» يرجع إلى الإيداع. فلو حصلت ضرورة الإيداع بأن خاف عليها من حرق أو سرقة أو نهب أو أراد سفراً وتعذر ردها إلى المالك أو وكيله دفعها إلى الحاكم، وإن تعذر ذلك أودعها العدل حينئذٍ، ولا تسمى وديعة حينئذٍ عند الحاكم أو العدل لما قاله في الجواهر بما ملخصه: أنّ الودعي عليه أن يحافظ على شيئين: عليه المحافظة عليها من حيث إنّها وديعة، وعليه الحفاظ عليها من حيث كونها مالاً محترماً، ومع الضرورة يرتفع حفظ وجوب الوديعة ويبقى عليه المحافظة من حيثية كونها مالاً محترماً، فيضعها عند الحاكم ليحفظها لأنها مال محترم ومع تعذره فعند العدل، ولا تسمى وديعة، إذ الوديعة هي الاستنابة في الحفظ والمالك لم يأذن للودعي في استنابة الحاكم أو العدل.

---

(١) الوسائل، الباب ـ٥ـ من أبواب أحكام الوديعة، حديث ١.

عليها[١] من حرق أو سرق أو نهب لو بقيت في يده وتعذّر ردّها[٢] إلى المالك والحاكم[٣] أودعها[٤] العدل[٥].

وفي حكم[٦] إيداعها اختياراً إشتراك الغير في اليد ولو زوجةً وولداً، ووضعها[٧] في محلّ مشترك في التصرّف بحيث لا يلاحظها[٨] في سائر[٩] الأوقات.

---

(١) يعني أنّ الاضطرار الموجب لجواز الإيداع لغيره هو خوفه على الوديعة من حرق أو سرق أو نهب.

(٢) أي تعذّر ردّ الوديعة إلى المال.

(٣) أي تعذّر الردّ إلى الحاكم أيضاً، وإلاّ وجب عليه الردّ إليه.

(٤) جواب شرط، والشرط هو قوله «فلو اضطرّ».

(٥) بالنصب، مفعول ثانٍ لقوله «أودعها». يعني لو اضطرّ الودعيّ إلى إيداع الوديعة عند غيره بسبب خوفه من التلف أودعها عند شخص عادل.

(٦) أي وفي حكم إيداع الودعيّ الوديعة عند غيره من حيث الضمان جعل غيره شريكاً في الوديعة بمعنى أنّه كما يحكم بضمانه لو أودع الوديعة عند غيره اختياراً كذلك يحكم بضمانه لو أشترك الغير في اليد على الوديعة ولو كان الغير زوجته أو ولده. وكذلك لو وضعها في محل مشترك في التصرف فيكون مفرّطاً في الجميع فيضمن.

(٧) بالرفع، عطف على قوله «إشتراك الغير». يعني وفي حكم الإيداع عند الغير اختياراً من حيث الضمان وضع الوديعة في مكان مشترك بين الودعيّ وغيره في التصرّف.

(٨) فاعله هو الضمير العائد إلى الودعيّ، والضمير الملفوظ يرجع إلى الوديعة.

(٩) قوله «سائر» بمعنى «جميع». يعني أنّ المحلّ المشترك يكون بحيث لا يلاحظ الودعيّ الوديعة الموضوعة فيه في جميع الأوقات.

(أو سافر[١] بها كذلك) أي من غير ضرورة إلى استصحابها[٢] في السفر بأن[٣] أمكنه عند إرادة السفر إيصالها[٤] إلى المالك أو وكيله عامّاً[٥] أو خاصّاً[٦]، أو إيداعها[٧] العدل فترك وأخذها معه، فيضمن.

أمّا مع الضرورة[٨] ـ بأن تعذّر جميع ما تقدّم[٩] .....

---

(١) فاعله هو الضمير العائد إلى الودعيّ، والضمير في قوله «بها» يرجع إلى الوديعة، وهذا أيضاً. عطف على (لو أهمل أو أودعها عند الغير)، فإنه يضمن لو سافر بها من غير ضرورة ومع عدم إذن المالك بذلك، بلا خلاف فيه، لأنّ إذن المالك مع الإطلاق يتناول الحفظ في الحضر فقط عملاً بالعادة، ولأنّ السفر لا يخلو من خطر في الجملة، فالسفر بها تغرير بمال المالك وتعريض له للتلف، فيُعدّ الودعي معه مفرّطاً في حفظها. نعم لو ألجأته الضرورة للسفر بها كما لو اضطر إلى السفر وخاف عليها من السرقة ولم يمكن له ردها إلى المالك أو وكيله أو الحاكم أو العدل فلا ضمان عليه لأنه محسن، وكذا لو أذن المالك له بالسفر بها فلا ضمان، لعدم التعدي من الودعي حينئذٍ.

(٢) أي بلا ضرورة تقتضي جعل الوديعة مصاحباً له في السفر.

(٣) هذا تفسير لعدم الضرورة الموجبة لاستصحابها.

(٤) أي أمكن الودعيّ إيصالُ الوديعة إلى صاحبها عند قصد السفر.

(٥) المراد من الوكيل العامّ لصاحب الوديعة هو الذي جعله وكيلاً في جميع أُموره، حتّى الوديعة.

(٦) الوكيل الخاصّ هو وكيل الودعيّ في خصوص الوديعة.

(٧) بالرفع، عطف على قوله «إيصالها».

(٨) يعني أمّا إذا اضطرّ الودعيّ إلى استصحاب الوديعة في السفر... إلخ.

(٩) هذا تفسير الضرورة الموجبة لاستصحاب الوديعة في السفر، وهو صورة تعذّر =

وخاف[١] عليها في البلد أو اضطرّ[٢] إلى السفر ـ فلا ضمان[٣]، بل قد يجب[٤]، لأنّه[٥] من ضروب الحفظ.

والمعتبر في تعذّر التوصّل[٦] إلى المالك ومن بحكمه المشقّة الكثيرة عرفاً، وفي

= جميع ما تقدّم.

والمراد من «ما تقدّم» هو إمكان إيصال الوديعة إلى صاحبها أو إلى وكيل الودعيّ العامّ أو الخاصّ أو إيداعها للعدل.

(١) عطف على قوله «تعذّر». يعني أنّ الضرورة الموجبة لاستصحاب الوديعة في السفر تتحقّق بأمور:

أ ـ تعذّر جميع ما تقدّم.

ب ـ خوف الودعيّ على الوديعة إذا بقيت في البلد.

ج ـ الاضطرار إلى السفر.

(٢) فاعله هو الضمير العائد إلى الودعيّ. وهذا هو الأمر الثالث الموجب لجواز استصحاب الوديعة في السفر، وهو اضطرار الودعيّ إلى السفر. بحيث لا وقت عنده لردها لأنه خائف عليها في البلد فيسقط وجوب الرد.

(٣) هذا جواب لقوله «أمّا مع الضرورة».

(٤) فاعله هو الضمير العائد إلى الاستصحاب يعني بل قد يقال بوجوب استصحاب الوديعة في السفر.

(٥) أي استصحاب الوديعة في السفر يكون من أقسام الحفظ لها.

(٦) يعني أنّ تعذّر إيصال الوديعة الموجب لجواز استصحاب الوديعة في السفر يعتبر فيه حصول المشقّة الكثيرة في الإيصال في نظر العرف.

قال الشارع في المسالك: (المعتبر في تعذر الوصول إلى المالك أو وكيله والحاكم المشقة الكثيرة، وهو المعبر عنه بالتعذر عرفاً لا لغة، لما في إلزامه بتحمل ما يزيد على ذلك من الحرج والضرر المنفيين) انتهى.

السفر[١] العرفيّ[٢] أيضاً، فما قصر عنه[٣] كالتردّد[٤] إلى حدود البلد وقرىً[٥] لا يطلق على الذهاب إليها[٦] السفر يجوز فيه مصاحبتها[٧] مع أمن الطريق.

---

(١) عطف على قوله «في تعذّر التوصّل»، والجارّ والمجرور يتعلّقان بقوله «والمعتبر». والسفر المبحوث عنه في المقام هو العرفي لا الشرعي، لأن إذن المالك له بالحفظ مقتصراً على حال الحضر في قبال السفر العرفي، لا في قبال السفر الشرعي، وعليه فيجوز له استصحابها في حدود البلد بحيث لا يصدق عليه أنه مسافر عرفاً مع صدق أنه ما زال في الحضر.

(٢) يعني أنّ المعتبر في السفر الذي لا يجوز استصحاب الوديعة فيه هو السفر العرفيّ الذي يصدق عليه السفر عرفاً لا ما لا يصدق عليه السفر عرفاً مثل السير إلى أطراف البلد.

(٣) الضمير في قوله «عنه» يرجع إلى السفر العرفيّ. يعني لو قصر السير عن السفر العرفيّ لم يطلق عليه السفر ولم يمنع من استصحاب الوديعة فيه.

(٤) هذا مثال لما يقصر عن السفر العرفيّ، وهو الذهاب إلى أطراف البلد والقرى والإياب منها.

(٥) قرىً ـ بضمّ القاف وبكسرها ـ جمع القرية على غير القياس.

القَرْيَة ـ بالفتح ويكسر ـ: قيل: كلّ مكان اتّصلت به الأبنية واتخذ قراراً، وقيل: المدينة ما كان حولها سور، بخلاف القرية والبلد، والنسبة قَرَوِيّ وقَرَبِيّ على غير القياس، ج قُرىً وقِرىً على غير قياس الجمع (أقرب الموارد).

(٦) الضمير في قوله «إليها» يرجع إلى حدود البلد والقرى.

(٧) يعني أنّ السفر الذي لا يصدق عليه السفر عرفاً يجوز فيه استصحاب الوديعة بشرط كون الطريق الذي تحمل فيه الوديعة أمناً. لأنه مع الخوف فهو مفرّط في الحفظ لو استصحبها معه.

ولا يجوز إيداعها في مثله[١] مع إمكان استصحابها[٢]، واستثني منه[٣] ما لو أودعه[٤] مسافراً، أو كان المستودَع منتجعاً[٥]، فإنّه يسافر بها من غير ضمان، لقدوم[٦] المالك عليه.

(أو طرحها[٧] في موضع .....

---

(١) أي لا يجوز إيداع الوديعة في مثل التردّد بين حدود البلد والقرية وعدم استصحابها. في مثل هذا الخروج الذي لا يسمى سفراً عرفياً، وعليه فلا يجوز له إيداعها عند الحاكم أو العدل، لأنه ليس مضطراً لرفع يده عن الوديعة.

(٢) أي مع تمكّن الودعيّ من استصحاب الوديعة معه في السفر المذكور.

(٣) الضمير في قوله «منه» يرجع إلى الضمان. أي واستثنى من السفر الموجب للضمان ما لو أودع المالك وديعته للودعي حال كون الودعي مسافراً، ومع علم المالك بحاله فهو إذن منه إليه باستصحابها في هذا السفر.

(٤) فاعله هو الضمير العائد إلى المالك، والضمير الملفوظ يرجع إلى الودعيّ.

(٥) قال في مصباح المنير: (انتجع القوم إذا ذهبوا لطلب الكلاء في مواضعه)، فلو أودعها المالك مَنْ هو منتجعٌ فيجوز للودعي السفر بها حينئذٍ من غير ضمان لقدوم المالك على ذلك حيث أودعه المال وهو على تلك الحال، وليس على الودعي حينئذٍ ترك السفر لأجلها، لوجود الإذن في السفر بها بدلالة القرينة الحالية.

والمنتجع ـ بصيغة اسم الفاعل ـ هو الذي يسافر لطلب الكلأ.

انْتَجَعَ الكلأ: طلبه في موضعه (أقرب الموارد).

(٦) أي لإقدام المالك على ما يوجب استصحاب الودعيّ الوديعة. والضمير في قوله «عليه» يرجع إلى عدم الضمان.

(٧) عطف على قوله (ما لو أهمل) فيضمن للتفريط، والحاصل أنه لو طرحها في موضع =

تتعفّن[١] فيه) وإن كان حرزاً لمثلها[٢]، لما عرفت[٣] من أنّ الحرز مشروط بأُمور أُخر هذا[٤] منها.

وفي حكم العفن[٥] الموضع المفسد كالنّدي[٦] للكتب.

= عفنٍ مدة بحيث تتعفن في هذه المدة كالأقمشة، أو وضعها في مكان نـدي مـدة بحيـث تفسد فيها كالكتب، فيضمن في الصورتين للتفريط، وقال في المسالك: والمرجـع في ذلـك كله إلى كون مثل ذلك المكان لا يصلح للوديعة عرفـاً بحـسب المـدة التـي يـضعها فيهـا) انتهى.

(١) قوله «تتعفّن» بصيغة المضارع من تَعَفَّنَ الشيءُ: فسد من نُدُوَّةٍ أصابته (المنجد).

(٢) الضمير في قوله «لمثلها» يرجع إلى الوديعة.

(٣) تعليل لضمان الودعيّ إذا طرح الوديعة في موضع تتعفّن فيه ولو كـان الموضـع حـرزاً لأمثال الوديعة، بأنّه عرفت فيما تقـدّم أنّ مـن شرائـط الحفـظ أُمـوراً أُخـر غـير جعـل الوديعة في حرز، مثلاً جعل الوديعة في صندوق لحفظها قد يحتـاج إلى دفنـه في الأرض أيضاً الموجب للحفظ.

(٤) المشار إليه في قوله «هذا» هو عدم طرح الوديعة في موضع تتعفّن فيه.

والضمير في قوله «منها» يرجع إلى الأمور.

فكما تقدم أن الصندوق المقفل حرز للنقد ولكن مع خوف السرقة فيحتـاج مـع إقفالـه إلى حراسته أو نقله، وكذلك هنا فالموضع المعين حرز للأقمشة أو الكتب إلا أنّ عفونته أو رطوبته تمنع من وضع الوديعة فيه مدة بحيث يؤثر العفن أو الرطوبة.

(٥) العفَنْ ـ بفتح العين وسكون الفاء ـ مصدر.

(٦) النّدى، ج أنْداء وأنْدِيَة: المطر، ما يسقط في الليل من غبار الماء المتكاثف (المنجد).

والمراد من «الندى» هنا مطلق الرطوبة. يعني وفي حكم طرح الوديعة في موضع تتعفّن فيه من حيث الضمان جعلها في موضع يصل إليها فيه الندى إذا كانت الوديعة من قبيل الكتب.

وضابطه[١] ما لا يصلح لتلك الوديعة عرفاً بحسب مدّة إقامتها فيه.

(أو ترك[٢] سقي الدابّة أو علفها ما[٣] لا تصبر عليه[٤] عادةً)، ومثلها[٥] المملوك.

والمعتبر السقي والعلف بحسب المعتاد لأمثالها[٦]، فالنقصان .....

---

(١) الضمير في قوله «ضابطه» يرجع إلى موضع الوديعة الذي يوجب الضمان إذا تلفت أو تعفّنت الوديعة فيه.

والحاصل هو أنّ مناط الموضع الذي إذا طرح الودعيّ الوديعة فيه ضمن هو كون الموضع بحيث لا يناسب الوديعة عرفاً من حيث المدّة التي تبقى الوديعة فيه.

(٢) عطف على قوله في ما سبق «أهمل»، وفاعله هو الضمير العائد إلى الودعيّ.

يعني وكذا يضمن الوديعة إذا كانت دابّة ترك سقيها أو علفها مدّةً لا تصبر عليها عادةً.

هذا واعلم أنه يجب على الودعي سَقي الدابة وعلفها بما يحفظ نفسها، بلا خلاف فيه، لأن علفها وسقيها من مقدمات حفظها الواجب عليه، واعلم أن المراد بالدابة هنا مطلق الحيوان المحترم، وأولى منه ما لو كانت الوديعة آدمياً كالعبد، وعليه فإذا وجب على الودعي العلف والسقي وأهمل، فإما أن تموت الدابة وإما أن تُهزل فتنقص قيمتها، وعلى الأول فيضمن قيمتها لتحقق التفريط، وكذا على الثاني فيضمن نقصانها، بل لو ترك العلف أو السقي فماتت بغير ذلك فهو ضامن أيضاً، لأنه بالترك المذكور يصير ضامناً لأن يده حينئذٍ يدُ عدوان فتندرج تحت عموم (على اليد) وإن ماتت بغير هذا، وقال في المسالك: (هذا هو الذي تقتضيه قواعد الوديعة) انتهى.

(٣) أي زماناً لا تصبر فيه الدابّة على الترك.

(٤) الضمير في قوله «عليه» يرجع إلى الترك، أي ترك السقي والعلف.

(٥) أي ومثل الدابّة هو المملوك إذا ترك مالكه ما يتغذّى ويبقى به.

(٦) الضمير في قوله «لأمثالها» يرجع إلى الدابّة.

عنه[١] تفريط[٢]، وهو[٣] المعبّر عنه بعدم صبرها[٤] عليه، فيضمنها[٥] حينئذٍ[٦] وإن ماتت[٧] بغيره.

ولا فرق في ذلك[٨] بين أن يأمره[٩] بها ويطلق[١٠] وينهاه[١١]، .....

---

(١) الضمير في قوله «عنه» يرجع إلى المعتاد من السقي والعلف.

(٢) أي تقصير موجب للضمان.

(٣) الضمير في قوله «وهو» يرجع إلى التفريط، وفي قوله «عنه» يرجع إلى الموصول، وهو «ال» الموصولة في قوله «المعبّر».

(٤) الضمير في قوله «صبرها» يرجع إلى الدابّة، وفي قوله «عنه» يرجع إلى «ال» الموصولة في قوله «المعبّر».

حاصل العبارة هو أنّ التفريط هو الذي يعبّر عنه بعدم صبر الدابّة عليه.

(٥) فاعله هو الضمير العائد إلى الودعيّ. أي فيضمن الودعيّ الوديعة التي هي الدابّة.

(٦) أي حين التفريط والتقصير عن السقي والعلف.

(٧) أي وإن ماتت الدابّة بسبب غير التفريط المذكور.

(٨) المشار إليه في قوله «ذلك» هو الحكم بالضمان.

(٩) فاعله هو الضمير العائد إلى المالك، والضمير الملفوظ يرجع إلى الودعيّ، والضمير في قوله «بها» يرجع إلى السقي والعلف.

(١٠) أي وبين أن يطلق المالك ولم يأمره بالسقي ولا بالعلف ولم ينهاه عنهما.

(١١) فاعله هو الضمير العائد إلى المالك، والضمير الملفوظ يرجع إلى الودعيّ.

ولا يخفى أنّ الإطلاق أحد شقّي عدم الفرق، وحاصل المعنى هو أنّه لا فرق في ضمان الودعيّ للوديعة بين أن يأمره المالك بالسقي والعلف أو ينهاه عنهما وبين أن يطلق من دون أمر ولا نهي.

واعلم أن وجوب السقي والعلف ثابت على الودعي لأنهما من مقدمات الحفظ، =

= غايته لو أنفق الودعي رجع على المالك بما غُرّم، والرجوع عليه عند وجود أمره واضح، ثم مع النهي يبقى وجوب العلف والسقي ثابتاً على الودعي، لكون الوديعة ذا كبدٍ حراء ولكونها نفساً محترمة فيكون حفظها حقاً لله وإن أسقط المالك حقه منها بالنهي، بالإضافة إلى أن إتلاف المال منهي عنه فنهيه كالعدم ولذا قال في المسالك: (ولا إشكال في وجوبهما مع النهي) انتهى، وإنما الكلام في شيئين:

الأول: فلو أنفق الودعي مع النهي هل يرجع إلى المالك أو لا، ومقتضى القواعد جواز الرجوع لأن الودعي محسن ولا سبيل على المحسنين فلا يُلزم بكون النفقة عليه، ولكن بما أنّ المالك له حق التصرف في بقية ماله فلا سبيل للودعي على ماله حتى يرجع عليه بغير إذنه فلذا إذا استطاع الودعي التوصل إلى إذن المالك بالنفقة أو إذن وكيله فهو، وإلا رفع أمره إلى الحاكم، فإن تعذر أنفق هو وأشهد عليه ويرجع مع نية الرجوع، ولو تعذر الإشهاد اقتصر على نيّة الرجوع، فاشتراط إذن المالك أو وكيله لعدم تسلط الودعي على بقية مال المالك، واشتراط إذن الحاكم لأنه ولي الممتنع، واشتراط الإشهاد من باب الإرشاد بمعنى لو ادعى الودعي النفقة وأنكر المالك لأمكن للودعي إثبات حقه بالبينة، واشتراط نية الرجوع لئلا يكون عمله تبرعاً، ولا رجوع مع التبرع.

الأمر الثاني: لو ترك الودعي العلف والسقي مع النهي فهل يضمن أو لا، ذهب المحقق وجماعة إلى عدم الضمان لأنّ الدابة للمالك ومع النهي المذكور فيكون المالك قد أسقط الضمان عنه كما لو أمره بإلقاء ماله في البحر، غايته أن الودعي مأثوم لتركه حق الله تعالى.

وقيل: يضمن، وفيه ما قاله في الجواهر: (خلافاً لبعض فأجرى حكم الوديعة مع النهي إلا أنه كما ترى، للأصل ـ أي البراءة من الضمان ـ بعد انصراف دليل الضمان إلى غيره) انتهى.

وأما لو أطلق المالك بحيث لم يأمر بالعلف والسقي ولم ينهى، فوجوب السقي والعلف ثابت على الودعي لأنهما من مقدمات الحفظ الواجب، وعليه فلو أنفق وأراد الرجوع فله ذلك كما فصّل سابقاً عند نهي المالك.

لوجوب[١] حفظ المال عن التلف.

هذا[٢] هو الذي يقتضيه إطلاق العبارة، وهو[٣] أحد القولين في المسألة.

والأقوى أنّه[٤] مع النهي لايضمن[٥] بالترك، لأنّ حفظ المال إنّما يجب على مالكه[٦] لا على غيره[٧].

نعم[٨]، يجب في الحيوان مطلقاً[٩]، لأنّه[١٠] ذو روح، لكن لا يضمن بتركه[١١]

---

(١) يعني أنّ علّة عدم الفرق بين الصورتين هي وجوب حفظ المال عن التلف مطلقاً.

(٢) المشار إليه في قوله «هذا» هو عدم الفرق.

(٣) يعني أنّ القول بعدم الفرق بين الصورتين هو مقتضى إطلاق عبارة المصنّف رحمه الله وأحد القولين في المسألة المبحوث عنها.

(٤) الضمير في قوله «أنّه» يرجع إلى الودعيّ.

(٥) فاعله هو الضمير العائد إلى الودعيّ. يعني أنّ الأقوى عند الشارح رحمه الله هو عدم ضمان الودعيّ مع نهي المالك عن السقي والعلف.

(٦) الضمير في قوله «مالكه» يرجع إلى المال. فيجب الحفظ على مالكه بالذات، وما وجوب الحفظ على الودعي إلا بالعرض، فيثبت عند عدم النهي ويسقط مع النهي.

(٧) الضمير في قوله «غيره» يرجع إلى المالك.

(٨) هذا استدراك عمّا قوّاه الشارح رحمه الله من عدم ضمان الودعيّ مع نهي المالك عن السقي والعلف، وهو أنّ الوديعة لو كانت دابّة وجب حفظها مطلقاً، لأنّها ذات روح يجب حفظها.

(٩) أي سواء أمره المالك بالسقي والعلف أم أطلق أم نهاه عنهما.

(١٠) يعني أنّ الحيوان صاحب روح يجب حفظه مطلقاً.

(١١) الضمير في قوله «بتركه» يرجع إلى كلّ واحد من السقي والعلف. =

كغيره[١].

واعلم أنّ مستودَع[٢] الحيوان إن أمره[٣] المالك بالإنفاق أنفق[٤] ورجع عليه بما غرم، وإن أطلق[٥] توصّل إلى استئذانه[٦]، فإن تعذّر[٧] رفع أمره[٨] إلى الحاكم، فإن تعذّر[٩] أنفق .....

= أقول: إنّ حفظ الحيوان يجب على المكلّف وجوباً تكليفيّاً، وليس حكماً وضعيّاً، فلو تركه الودعيّ فقد ترك الواجب وأثم وإن لم يكن ضامناً، لأنّ الضمان حكم وضعيّ، لكن بانتفائه لا تنتفي آثار ترك العمل بالحكم التكليفيّ، فالإثم ثابت هنا وإن لم يكن الضمان كذلك.

(١) الضمير في قوله «كغير» يرجع إلى الحيوان.

(٢) بصيغة اسم المفعول، وهو الودعيّ الذي قبل الوديعة التي هي الحيوان فيما نحن فيه.

(٣) الضمير في قوله «أمره» يرجع إلى المستودع الذي هو الودعيّ.

(٤) ضمير الفاعل في كلّ من قوليه «أنفق» و«رجع» يرجع إلى الودعيّ، والضمير في قوله «عليه» يرجع إلى المالك. يعني أنّ الودعيّ الذي أمره المالك بالإنفاق على الحيوان المستودع ينفق ويرجع إلى المالك بما أنفق.

(٥) فاعله هو الضمير العائد إلى المالك. يعني لو لم يأمر المالك بالإنفاق على الحيوان، بل أطلقه في عقد الوديعة وجب على الودعيّ تحصيل إذن المالك في الإنفاق.

(٦) الضمير في قوله «استئذانه» يرجع إلى المالك.

(٧) فاعله هو الضمير العائد إلى الاستئذان.

(٨) الضمير في قوله «أمره» يرجع إلى الإنفاق. يعني إذا تعذّر على الودعيّ استئذان المالك في الإنفاق على الحيوان رفع أمر الإنفاق إلى الحاكم الشرعيّ.

(٩) فاعله هو الضمير العائد إلى الحاكم.

هو[١] وأشهد عليه[٢] ورجع به[٣]، ولو تعذّر الإشهاد اقتصر على نيّة الرجوع إن أراده[٤]، وقُبِل قوله[٥] فيها، وفيَ القدر[٦] بالمعروف[٧]، وكذا القول[٨] مع نهي المالك له[٩] عنه.

وفي حكم النفقة ما يفتقر[١٠] إليه من[١١] الدواء وغيره.

---

(١) يعني إذا تعذر الحاكم ولم يمكن للودعيّ رفع أمر الإنفاق إليه أنفق على الحيوان بما يليق به، وطلب الشاهد على الإنفاق، ثمّ رجع إلى المالك بما أنفقه.

(٢) الضمير في قوله «عليه» يرجع إلى الإنفاق.

(٣) أي رجع الودعيّ بما أنفق على الحيوان في الفرض المذكور.

(٤) الضمير في قوله «أراده» يرجع إلى الرجوع. يعني تعذّر الإشهاد يقتصر الودعيّ على نيّة الرجوع إلى المالك، وينفق على الحيوان بتلك النيّة.

(٥) الضمير في قوله «قوله» يرجع إلى الودعيّ، وفي قوله «فيها» يرجع إلى النفقة. فلو ادعى الودعي النفقة وأنكر المالك فيقبل قول الودعي مع يمينه لأنه مؤتمن فهو المنكر، وهذا يقبل قوله في قدر النفقة.

(٦) أي يقبل قول الودعيّ في مقدار الإنفاق أيضاً.

(٧) أي المقدار المتعارف في الإنفاق.

(٨) يعني أنّ الحكم المذكور في صورة إطلاق المالك للإنفاق يجري في صورة نهي المالك الودعيّ عن الإنفاق أيضاً.

(٩) الضمير في قوله «له» يرجع إلى الودعيّ، وفي قوله «عنه» يرجع إلى الإنفاق.

(١٠) فاعله هو الضمير الراجع إلى الحيوان، والضمير في قوله «إليه» يرجع إلى «ما» الموصولة.

(١١) بيان لـ«ما» الموصولة في قوله «ما يفتقر».

وفي حكم[١] الحيوان الشجر المفتقر إلى الحرث والسقي وغيرهما.

(**أو ترك**[٢] **نشر الثوب**) الذي يفسده[٣] طول مكثه كالصوف والإبرسم[٤] (**للريح**[٥]) حتّى لو لم يندفع[٦] بنشره وجب لبسه بمقدار ما يندفع الضرر عنه[٧]، وكذا عرضه[٨] على البرد.

ومثله[٩] توقّف نقل الدابّة إلى الحرز أو العلف أو السقي على .....

---

(١) يعني أنّ الحكم بوجوب الإنفاق على الحيوان مطلقاً جارٍ في خصوص الشجر الذي يحتاج إلى السقي والحرث، فيجبان على الودعيّ.

(٢) عطف على (ما لو أهمل)، قال في المسالك: (يجب في كل وديعة ما يقتضي بقائها، ودفع ما يوجب فسادها كنشر الثوب وطيّه وتعريضه للهواء في كل وقت يفتقر إليه بحسب جنسه عادة، حتى لبسه لو لم يندفع ضرره، فلو أخلّ بذلك ضمن سواء أذن المالك فيه أم سكت، لأن الحفظ واجب عليه مطلقاً فيجب كل ما يتوقف عليه إذا كان مقدوراً) انتهى.

(٣) الضمير الملفوظ في قوله «يفسده» يرجع إلى الثوب.

(٤) معرّب أبريّسم، فإنّ الصوف والإبريسم يحتاجون إلى النشر، فلو قصّر فيه ضمن.

(٥) الجارّ والمجرور يتعلّقان بالنشر.

(٦) فاعله هو الضمير العائد إلى الفساد المفهوم من قوله «يفسده»، والضميران في قوليه «بنشره» و«لبسه» يرجعان إلى الثوب.

(٧) الضمير في قوله «عنه» يرجع إلى الثوب.

(٨) يعني وكذا يجب طرح الثوب في معرض البرد.

(٩) الضمير في قوله «مثله» يرجع إلى لبس الثوب لدفع الفساد عنه. يعني ومثل لبس الثوب لدفع الفساد عنه هو ركوب الدابّة لو توقّف عليه نقل الدابّة إلى الحرز أو علفها. وكذلك لو توقف حفظ الكتاب على تقليبه وغير ذلك، كل ذلك من باب وجوب مقدمة الواجب.

الركوب[١]، والكتاب[٢] على تقليبه[٣] والنظر فيه، فيجب ذلك[٤] كلّه، ويحرم[٥] بدونه.

(أو انتفع[٦] بها) لا لذلك[٧]، (أو مزجها[٨]) بماله أو بمال غيره بحيث لا يتميّز،

---

(١) الجارّ والمجرور يتعلّقان بقوله «توقّف».

(٢) أي ومثل لبس الثوب لدفع الفساد عنه هو توقّف حفظ الكتاب على التقليب والنظر فيه.

(٣) أي تصريفه. والضمير في قوله «تقليبه» يرجع إلى الكتاب، كما أنّ الأمر كذلك في قوله «فيه».

(٤) المشار إليه في قوله «ذلك» هو كلّ واحد من التصرّفات المذكورة من لبس الثوب وركوب الدابّة والكتاب. يعني أنّ التصرّفات المذكورة تقليب في الوديعة تجب لدفع الفساد عنها، وتحرم لغير ذلك.

(٥) فاعله هو الضمير العائد إلى التصرّف، والضمير في قوله «بدونه» يرجع إلى التوقّف. يعني أنّ التصرّفات المذكورة في الوديعة تحرم لو لم يتوقّف عليها حفظها. وعليه فيأثم ويضمن.

(٦) فاعله هو الضمير العائد إلى الودعيّ، والضمير في قوله «بها» يرجع إلى الوديعة.

(٧) المشار إليه في قوله «لذلك» هو توقّف الوديعة على ما ذكر. يعني يحكم بضمان الودعيّ إذا انتفع بالوديعة باللبس والركوب والنظر في الكتاب لا لتوقّف دفع الفساد عنها عليها.

(٨) فاعله هو الضمير العائد إلى الودعيّ، والضمير الملفوظ يرجع إلى الوديعة. يعني يحكم بضمان الودعيّ لو مزج الوديعة بماله أيضاً، للتعدي، والأمثلة واضحة.

مثل ما إذا مزج الحنطة المودعة عنده، بحنطة نفسه أو بحنطة غيره.

سواء مزجها بأجود[١] أم بأدون، بل لو مزج إحدى الوديعتين بالأُخرى ضمنهما معاً وإن كانا لواحد[٢].

ومثله لو خلطها[٣] بمال لمالكها غير[٤] مودع عنده، للتعدّي[٥] في الجميع.

(وليرد[٦]) الوديعة حيث يؤمر[٧] به أو يريده[٨] هو (**إلى المالك أو وكيله**[٩])

---

(١) كما إذا مزج الحنطة الرديّة المودعة عنده، بحنطة أجود منها أم بأدون منها.

(٢) أي وإن كانت الوديعتان لمودع واحد، كما إذا كانت الحنطتان المودعتان لشخص واحد فمزجهما الودعيّ.

(٣) الضميران في قوله «خلطها» و«لمالكها» يرجعان إلى الوديعة.

(٤) بالجرّ، صفة لقوله المجرور «مال».

(٥) يعني أنّ علّة الحكم بالضمان في جميع الفروض المذكورة هو تعدّي الودعيّ.

من تردّ إليه الوديعة

(٦) اللام في قوله «ليردّ» تكون للأمر. يعني يجب على الودعيّ أن يردّ الوديعة حيث يؤمر بالردّ.

(٧) بصيغة المجهول، ونائب الفاعل هو الضمير العائد إلى الودعيّ، والضمير في قوله «به» يرجع إلى الردّ.

(٨) ضمير الفاعل يرجع إلى الودعيّ، كما أنّ ضمير «هو» أيضاً يرجع إلى الودعيّ تأكيداً، والضمير الملفوظ يرجع إلى الردّ. أي يريد الودعيّ الرد بدون أمر من المالك، لأنّ الوديعة عقد جائز فيجوز للودعي الرد والفسخ.

(٩) أي إلى وكيل المالك. ولما كانت الوديعة من العقود الجائزة فيجوز لكل من الطرفين الفسخ، وعليه فيجب على الودعي ردها إلى المالك ولا يبرأ بردها حينئذٍ إلى الحاكم، لأنه لا ولاية له على الحاضر الرشيد، نعم يجوز ردها إلى وكيل المالك سواء كان وكيلاً عاماً أم لخصوص قبض ودائعه، لأن يد الوكيل يدّ الموكل. =

المتناول[١] وكالته[٢] مثل ذلك[٣] مخيّراً[٤] فيهما.

(**فإن تعذّر**) المالك[٥] أو وكيله (**فالحاكم**) الشرعيّ (عند الضرورة إلى رِدّها[٦]). لا بدونه[٧]، لأنّ الحاكم لا ولاية له[٨] على من له وكيل، والودعيّ

= ولو عجز عن ردها إلى المالك أو وكيله وكان مضطراً إلى ردها ولا يمكن حفظها عنده إما للعجز عن الحفظ وإما لعروض خوف يفتقر معه إلى التستر، حال كون هذا التستر منافياً لرعايتها، وإما للخوف عليها من السرقة أو الحرق أو النهب أو نحو ذلك من الضرورات فيجوز حينئذٍ دفعها إلى الحاكم لأنه ولي على الغائب في حفظ أمواله.

وإن تعذر إيصالها إلى الحاكم أودعها الثقة ولا ضمان عليه في الموردين الأخيرين لمكان الضرورة، نعم إن لم يكن له عذر لم يجز دفعها إلى الحاكم أو الثقة، وإن كان له فسخ الوديعة، لأنه قد التزم فلا يبرأ إلا بدفعها إلى المالك أو كيله، لأن المالك لم يرضَ بغير يد الودعي، ولا ضرورة إلى إخراجها من يده فليحفظها إلى أن يجد المالك أو يتجدد له عذر، بلا خلاف في ذلك كله كما في المسالك.

(١) صفة للوكيل.

(٢) الضمير في قوله «وكالته» يرجع إلى الوكيل.

(٣) المشار إليه في قوله «ذلك» هو استرداد الوديعة من الودعيّ.

(٤) حال من فاعل قوله «ليردّ»، وضمير التثنية في قوله «فيهما» يرجع إلى المالك ووكيله.

(٥) يعني لو تعذّر المالك وكذا وكيله ردّ الودعيّ الوديعة إلى الحاكم عند الضرورة المقتضية للردّ.

(٦) الضمير في قوله «ردّها» يرجع إلى الوديعة.

(٧) الضمير في قوله «بدونه» يرجع إلى الاضطرار المفهوم من الضرورة.

(٨) يعني أنّ الدليل على عدم جواز ردّ الوديعة إلى الحاكم إذا لم تتحقّق ضرورة هو عدم ولاية الحاكم على من له وكيل، والودعيّ في الفرض بمنزلة الوكيل.

بمنزلته[١]، وإنّما جاز الدفع إليه[٢] عند الضرورة، دفعاً للحرج[٣] والإضرار[٤]، وتنزيلاً له[٥] حينئذٍ[٦] منزلة من لا وكيل له[٧].

وتتحقّق الضرورة بالعجز عن الحفظ[٨] وعروض خوف يفتقر معه[٩] إلى التستّر المنافي لرعايتها[١٠]، أو الخوف على أخذ المتغلّب[١١] لها تبعاً لماله[١٢] أو

---

(١) الضمير في قوله «بمنزلته» يرجع إلى الوكيل. يعني أنّ الودعيّ بمنزلة الوكيل في حفظ الوديعة، فكما أنّ الوكيل موظّف في حفظ المال الموكّل في بيعه أو شرائه فكذلك الودعيّ.

(٢) يعني أنّ دليل جواز ردّ الوديعة في الضرورة إلى الحاكم إنّما هو دفع الحرج عن الودعيّ وكذا دفع الإضرار عن المالك، وتنزيل المالك منزلة من لا وكيل له في أخذ الوديعة.

(٣) أي الحرج الحاصل للودعيّ.

(٤) أي الإضرار على المالك.

(٥) الضمير في قوله «له» يرجع إلى المالك.

(٦) أي حين إذ تحقّقت الضرورة الموجبة لدفع الوديعة إلى الحاكم.

(٧) الضمير في قوله «له» يرجع إلى «من» الموصولة المراد منها مالك الوديعة.

(٨) أي الضرورة الموجبة لدفع الوديعة إلى الحاكم هي عجز الودعيّ عن حفظ الوديعة وعروض خوف تلف الوديعة.

(٩) الضمير في قوله «معه» يرجع إلى خوف تلف الوديعة.

(١٠) الضمير في قوله «لرعايتها» يرجع إلى الوديعة.

(١١) أي الظالم الغالب على الودعيّ في أخذ الوديعة من يده.

(١٢) الضمير في قوله «لماله» يرجع إلى الودعيّ. يعني أنّ الخوف قد يعرض للودعيّ من قبل غلبة ظالم عليه ليأخذ ماله أوّلاً، فيأخذه ويأخذ الوديعة معه تبعاً.

استقلالاً[١]، أو الخوف عليها[٢] من السرق أو الحرق أو النهب ونحو ذلك.

فإن تعذر الحاكم حينئذٍ[٣] أودعها الثقة.

ولو دفعها[٤] إلى الحاكم مع القدرة على المالك ضمن، كما يضمن لو دفعها[٥] إلى الثقة مع القدرة على الحاكم أو المالك.

(ولو أنكر[٦] الوديعة حلف)، لأصالة البراءة.

---

(١) أي الخوف من أخذ الظالم الوديعة من يد الودعيّ مستقلاً لا بتبع ماله، بأن يقصد الظالم من بدء الأمر أخذ الوديعة خاصّةً.

(٢) بأن يحصل الخوف على الوديعة من السرقة ونحوها.

(٣) يعني لو تعذّر الحاكم عند الضرورة أودع الوديعة لشخص موثّق.

(٤) فاعله هو الضمير العائد إلى الودعيّ، والضمير الملفوظ يرجع إلى الوديعة. يعني لو دفع الوديعة إلى الحاكم مع إمكان دفعها إلى نفس المالك حكم عليه بضمانها لو تلفت. لأنه متعدٍ، حيث تصرف من غير إذن المالك ولا ضرورة تلجئه إلى ذلك، وكذا ما بعده.

(٥) أي كذا يحكم بضمان الودعيّ لو دفع الوديعة إلى الثقة مع التمكّن من الحاكم أو المالك.

والحاصل هو أنّ الودعيّ يجب عليه مراعاة المراتب في الدفع، بمعنى دفعها إلى المالك عند الضرورة أوّلاً، ثمّ دفعها إلى الحاكم ثانياً، ثمّ دفعها إلى الثقة ثالثاً.

أحكام التنازع

(٦) فاعله هو الضمير العائد إلى الودعيّ. وهذه المسألة من المسائل الخلافيّة بين المالك والودعيّ، وهي إنكار الودعيّ الوديعة. فلو ادعى رجل وديعة على آخر فأنكر الثاني فيقدم قول الثاني مع يمينه بلا خلاف فيه ولا إشكال، لأنه منكر حيث لو تُرك ترك، ولأصالة عدم اشتغال ذمته بالرد.

(ولو أقام) المالك بها[١] (بيّنة قبل حلفه[٢] ضمن)، لأنّه[٣] متعدّ بجحوده لها (إلاّ أن يكون جوابه[٤]: لا تستحقّ[٥] عندي شيئاً وشبهه) .....

---

(١) الضمير في قوله «بها» يرجع إلى الوديعة.

(٢) الضمير في قوله «حلفه» يرجع إلى الودعيّ. فلو ادعى رجل وديعة على آخر فأنكر الثاني، وأقام الأول الذي هو المدعي البينة على ذلك، قُدم الأول مع البينة، لأن تقديم قول المنكر عند فقدان الأول للبينة، وعليه فيلزم الثاني بالوديعة وعليه ردها، وبعد إثبات الوديعة تحت يده ظاهراً بحسب البينة فهو ليس بمؤتمن، لارتفاع أمانته بالجحود، بل هو خائن، فيده على العين يدٌ غير مؤتمنة فتندرج تحت عموم (على اليد)، فلو تلفت قبل الرد يضمن.

(٣) الضميران في قوليه «لأنّه» و«بجحود» يرجعان إلى الودعيّ، والضمير في قوله «لها» يرجع إلى الوديعة.

(٤) الضمير في قوله «جوابه» يرجع إلى الودعيّ. وهذا استثناء من قوله «لو أقام بها بيّنة قبل حلفه ضمن»، بمعنى أنّ الودعيّ لا يضمن لو أجاب في مقابل دعوى المالك: إنّك لا تستحقّ عندي شيئاً.

(٥) بصيغة المخاطب، وهو خطاب للمالك. فلو ادعى عليه الوديعة فقال: لا تستحق عندي وديعة، فلم ينكر الإيداع بل أنكر وجود وديعة مستحقة عنده، فهو منكر يقدم قوله مع يمينه عند فقد المدعي البينة.

وأما لو أتى المدعى بالبينة فيثبت على المنكر أنه ودعي وأن عنده وديعةً، ويلزم بالرد، فلو ادعى التلف حينئذٍ أو الرد سمعت دعواه هذه، ولم يقع تناقض بين هذه الدعوى وبين إنكاره السابق، لأنه مع تلفها اللاحق أو الرد لا تكون عنده وديعة مستحقة، وتكون هذه الدعوى بالتلف أو الرد تفسيراً وتأويلاً لإنكاره السابق.

ومما تقدم تعرف أنه لو ادعى التلف بعد إنكاره السابق أو ادعاه ابتداءً من غير سبق =

كقوله[١]: ليس لك عندي وديعة يلزمني[٢] ردّها ولا عوضها، فلا يضمن[٣] بالإنكار، بل يكون[٤] كمدّعي التلف يقبل قوله بيمينه[٥] .....

= الإنكار المذكور فلا يكون جاحداً للأمانة وليس عليه ضمان لأنه أمين، فإن صدقه المالك بدعواه التلف فهو وإلا كان القول قول الودعي في التلف مع يمينه، ويشهد له مرسل الصدوق عن الصادق عليه السلام (عن المُودَع إذا كان غير ثقة هل يقبل قوله؟ قال عليه السلام: نعم ولا يمين عليه)[١].

ولم يخالف إلا الشيخ في المبسوط فلم يقبل قول الودعي في التلف إلا بالبينة، لأنه مدعٍ، فيندرج تحت عموم (البينة على من ادعى واليمين على من أنكر)، وفي الجواهر قال عنه: (رماه بعضهم بالشذوذ).

ثم على القول بتقديم قول الودعي في التلف فهل يقدم قوله مع يمينه كما هو مقتضى القواعد، أو أنه لا يمين عليه مطلقاً تمسكاً بظاهر الخبر المتقدم كما عن الصدوق والشيخ في النهاية وابن حمزة، أو أنه لا يمين عليه إلا مع التهمة كما عن ابن الجنيد وأبي الصلاح جمعاً بين الخبر والقواعد، والأقوى الأول وهو المنسوب للأكثر إعمالاً لقواعد القضاء بعد كون الخبر مرسلاً.

(١) هذا مثال لقوله «شبهه».

(٢) أي الوديعة التي يلزمني ردّها أو ردّ عوضها ليست عندي.

(٣) فاعله هو الضمير العائد إلى الودعيّ. يعني ففي الجواب المذكور لا يحكم بضمانه.

(٤) اسم «يكون» هو الضمير العائد إلى الودعيّ. يعني ففي الجواب المذكور يكون الودعيّ مدّعياً لتلف الوديعة، فلا يضمن.

(٥) الضمير في قوله «بيمينه» يرجع إلى الودعيّ.

---

(١) الوسائل، الباب ـ٤ـ من أبواب الوديعة، حديث ٧.

أيضاً[١]، لإمكان تلفها بغير تفريط[٢]، فلا تكون مستحقّة[٣] عنده، ولا يناقض قوله[٤] البيّنة.

ولو أظهر[٥] لإنكاره الأوّل[٦] تأويلاً كقوله: ليس لك عندي وديعة يلزمني

---

(١) قوله «أيضاً» إشارة إلى أنّه كما يقبل قول المدّعي للتلف كذلك يقبل قول الودعيّ هنا.

(٢) فإذا تلفت الوديعة لم يضمنها الودعيّ لو لم يقصّر.

(٣) أي لا تكون الوديعة مورد استحقاق المالك عند الودعيّ.

والضمير في قوله «عنده» يرجع إلى الودعيّ.

(٤) أي لا يناقض قول الودعيّ البيّنة.

(٥) فاعله هو الضمير العائد إلى الودعيّ.

(٦) المراد من «إنكاره الأوّل» هو المذكور في قول الصنّف ﷺ «لو أنكر الوديعة».

وفي المسألة السابقة لم ينكر الإيداع بل أنكر الوديعة المستحقة وقد عرفت ما فيها، وفي المسألة الأسبق قد أنكر الإيداع ومطلق الوديعة وعليه فلو أتى المدعي للوديعة بالبينة وأتى المنكر بتأويل بأن ادعى التلف أو الرد حينئذٍ، وجعل أن قصده من إنكار الإيداع والوديعة ادعاء التلف أو الرد، فهل تسمع دعواه الجديدة بالتلف أو الرد أو لا.

قيل: لا تسمع دعواه ولا تقبل ببينته لو أتت بينة وشهدت له بالتلف، لأنه بإنكاره السابق مكذبٌ لدعواه اللاحقة، فلا تسمع لتناقض كلاميه، ومع عدم سماع دعواه الجديدة لا تقبل البينة عليها.

وقيل: تسمع دعواه وتقبل بينته لعموم (البينة على من ادعى)، وهو مدع بالتلف هنا، والتناقضُ الحاصل بين كلاميه مدفوعٌ لجواز صدور الجحود الأول عن نسيان فيُعذر، وهو اختيار المحقق في الشرائع والعلامة في التذكرة.

وقيل: بالتفصيل من أنه إذا أظهر لإنكاره السابق تأويلاً كقوله: ليس لك عندي وديعة يلزمني ردها أو ضمانها فتقبل بينته بعد سماع دعواه، وإذا لم يظهر لإنكاره السابق =

ردّها[١] أو ضمانها ونحو ذلك فالأقوى[٢] القبول أيضاً[٣]، واختاره[٤] المصنّف رحمه الله في بعض تحقيقاته.

(والقول قول الودعيّ في القيمة لو فرّط[٥])، لأصالة عدم الزيادة عمّا يعترف به[٦].

= تأويلاً فلا تقبل البينة ولا تسمع الدعوى وقد اختاره الشهيد واستحسنه الشارح في المسالك، وفيه: إنه خروج عن مفروض المسألة ـ كما في الجواهر ـ لأن التأويل المذكور لا يصلح تفسيراً لإنكار الإيداع فلا يسمع منه هذا التأويل تمسكاً بظاهر كلامه.

(١) بأن يؤوّل الودعيّ قوله: ليس عندي وديعة إلى أنّ الوديعة اللازمة عليّ ردّها ليست عندي.

(٢) جواب شرط، والشرط هو قوله «لو أظهر».

(٣) أي كما يقبل قوله بدون التأويل كذلك يقبل مع التأويل المذكور.

(٤) الضمير في قوله «اختاره» يرجع إلى القبول. يعني أنّ المصنّف رحمه الله اختار قبول قول الودعيّ في الفرض المذكور في بعض تحقيقاته.

(٥) يعني أنّ الودعيّ إذا قصّر وفرّط في حفظ الوديعة وحكم بضمانه للوديعة واختلفا في قيمتها فقال المالك: قيمتها عشرة وقال الودعيّ: قيمتها خمسة.

فقيل: بتقديم قول المالك مع يمينه، وهو للشيخ محتجاً بأنّ الودعي بالتفريط أصبح خائناً فلا يكون قوله مسموعاً.

وعن الأكثر تقديم قول الودعي مع يمينه، لأنه منكر للزيادة، وتقديم قوله من ناحية إنكاره هذه الزيادة لا من ناحية كونه أميناً.

(٦) الضمير في قوله «به» يرجع إلى «ما» الموصولة.

وقيل[١]: قول المالك، لخروجه[٢] بالتفريط عن الأمانة.

ويُضعّف[٣] بأنّه[٤] ليس مأخذ القبول.

(وإذا مات المودع[٥] سلّمها) المستودع[٦] (إلى وارثه) إن اتّحد، (أو إلى من يقوم

---

(١) يعني قال بعض الفقهاء بقبول قول المالك وتقديمه على قول الودعيّ، لأنّ الودعيّ إذا فرّط خرج عن كونه أميناً.

* من حواشي الكتاب: القول للشيخ محتجاً بأنّه بالتفريط خرج عن الأمانة، فلا يكون قوله مسموعاً، ويضعّف بأنّا لا نقبل قوله من جهة كونه أميناً، بل من حيث إنّه منكر للزائد، فيكون القول قوله، كما أنّ المالك مدّعٍ فعليه البيّنة، عملاً بعموم الخبر، وهذا حكم لا يختصّ بالأمين، بل الحقّ تعدّيه إلى كلّ من شاركه في هذا المعنى وإن كان غاصباً، وعليه الأكثر (المسالك).

(٢) الضمير في قوله «لخروجه» يرجع إلى الودعيّ.

(٣) بصيغة المجهول، ونائب الفاعل هو الضمير الراجع إلى القول المذكور.

(٤) الضمير في قوله «بأنّه» يرجع إلى كون الودعيّ أميناً. يعني أنّ مناط قبول قول الودعيّ في الفرض ليس كونه أميناً حتّى يسقط بخروجه عن الأمانة.

الردّ لو مات المودع

(٥) المراد من «المودع» ـ بصيغة اسم الفاعل ـ هو صاحب المال. يعني إذا مات صاحب المال وجب على الودعيّ أن يسلّم الوديعة إلى وارثه.

(٦) المراد من «المستودع» هو من بيده الوديعة وموت المودع فسخ لعقد الوديعة، لأنها من العقود الجائزة التي تبطل بموت أحد طرفيها، وتكون الوديعة حينئذٍ عند الودعي أمانة شرعية، يجب ردها فوراً إلى ورثته، لأنهم هم المالكون لماله بعد موته شرعاً، وعليه فإن كان لكل الورثة وكيلٌ أو ولي سلّمها إليه، لأن يد الوكيل أو الولي يد الموكل والمولى =

مقامه[١]) من وكيل[٢] ووليّ.

فإن تعدّد[٣] سلّمها إلى الجميع إن اتّفقوا[٤] في الأهليّة[٥]، وإلاّ فإلى الأهل[٦] ووليّ الناقص.

(ولو سلّمها[٧] **إلى البعض)** من دون إذن الباقين[٨] **(ضمن**[٩] **للباقي)** بنسبة

= عليه، ومع تسليم الوديعة إلى بعض الورثة دون البعض من غير إذن البقية فإنه يوجب ضمان حصص الباقين من الوديعة، بلا خلاف في ذلك كله ولا إشكال، وضمانه في الأخير لأنه متعدٍ حيث تصرّف فيها بغير إذن ملاّكها.

(١) الضمير في قوله «مقامه» يرجع إلى الوارث.

(٢) أي من وكيل الوارث أو وليّه.

(٣) فاعله هو الضمير العائد إلى الوارث، والضمير الملفوظ في قوله «سلّمها» يرجع إلى الوديعة.

(٤) فاعله هو الضمير الراجع إلى الجميع، وفي بعض النسخ «اتّفق»، وكلاهما صحيحان.

(٥) كما إذا كان جميع الورّاث كاملين بالبلوغ والعقل والرشد.

(٦) يعني فلو كان بعض الورّاث أهلاً سلّم الودعيّ سهمه إليه، ولو كان بعض الورّاث ناقصاً بالصبى والجنون سلّم سهمه إلى وليّه.

(٧) ضمير الفاعل يرجع إلى الودعيّ، وضمير المفعول يرجع إلى الوديعة. يعني لو سلّم الودعيّ جميع الوديعة إلى بعض الورّاث مع كونهم متعدّدين حكم بضمانه بالنسبة إلى سهم الباقين.

(٨) أي الباقين من الورّاث.

(٩) فاعله هو الضمير العائد إلى الودعيّ.

حصّتهم، لتعدّيه[١] فيها بتسليمها إلى غير المالك[٢].

وتجب المبادرة[٣] إلى ردّها إليهم[٤]، حينئذٍ كما سلف[٥]، سواء علم الوارث بها[٦] أم لا.

(ولا يبرأ) المستودع[٧] .....

---

(١) الضمير في قوله «لتعدّيه» يرجع إلى الودّعي، والضميران في قوليه «فيها» و«بتسليمها» يرجعان إلى الوديعة.

(٢) المراد من «غير المالك» هو الورّاث الذين لا يجوز لهم أخذ سهم الآخرين.

(٣) يعني تجب على الودعيّ المبادرة إلى ردّ الوديعة إلى الورّاث إذا مات صاحب الوديعة.

(٤) الضمير في قوله «إليهم» يرجع إلى الورّاث.

والمراد من قوله «حينئذٍ» هو حين موت صاحب الوديعة.

(٥) أي كما سلف سابقاً في قول المصنّف رحمه الله «وتبطل بموت كلّ منهما»، وقول الشارح رحمه الله أيضاً في مقام شرح قول المصنّف «ومن حكم الأمانة الشرعيّة وجوب المبادرة إلى ردّها».

(٦) الضمير في قوله «بها» يرجع إلى الوديعة. يعني لا فرق في وجوب ردّ الوديعة إلى وارث المودع بين كون الوارث عالماً بوجود الوديعة عند الودعيّ وبين عدم كونه عالماً بذلك.

قال الشارح في المسالك: (وتجب المبادرة إلى التسليم المذكور، لأنها بموت المودع صارت أمانة شرعية، ولا فرق في وجوب المبادرة بين علم الورثة بالوديعة وعدمه عندنا، وقال بعض الشافعية: إنه مع علمهم لا يجب الدفع إلا بعد الطلب، ونفى عنه في التذكرة البأس) انتهى.

الإعادة بعد التعدّي أو التفريط

(٧) بصيغة اسم المفعول، وهو الودعيّ. يعني إذا تعدّى الودعيّ في الحفظ بإخراج الوديعة عن حرزها وحكم بضمانها لم يبرأ من الضمان بإرجاع الوديعة إلى حرزها الأوّل.

(بإعادتها[١] إلى الحرز لو تعدّى[٢]) فأخرجها[٣] منه، (أو فرّط[٤]) .....

---

(١) الضمير في قوله «بإعادتها» يرجع إلى الوديعة.

(٢) فاعله هو الضمير العائد إلى الودعيّ.

(٣) أي فأخرج الوديعة من الحرز.

(٤) عطف على قوله «تعدّى». يعني وكذا لا يبرأ الودعيّ من الضمان إذا قصّر في حفظ الوديعة بجعلها في صندوق غير مقفل، ثم قفّل الصندوق المذكور.

فإنه يضمن على تقدير التلف أو النقصان كما تقدم، فلو أعاد الثوب إلى الحرز بعد لبسه فهل يبرأ من الضمان السابق أو لا، مقتضى القواعد عدم الإبراء لثبوت الضمان عند التعدي واستصحابه عند انتهاء التعدي، وظاهرهم الإتفاق عليه، ولا يسقط الضمان عنه إلا أن يحصل من المالك ما يقتضي زواله، وهذا متحقق بأمور:

الأول: أن يرد الودعي الوديعة بعد التفريط ثم يجدد المالك لنفس الودعي عقدها من جديد، وفي هذا إشكال في سقوط الضمان، لأنه وديعة مستأنفة لا تفريط فيها فيترتب عليها حكمها من كون الودعي أميناً.

الثاني: لو قال المالك بعد التفريط: أذنت لك في حفظها، أو استأمنتك عليها مع عدم فسخ العقد الأول، فمن جماعة منهم المحقق والشارح أنه يرتفع الضمان، لأن الضمان لحق المالك وقد رضي بسقوطه بإحداثه ما يقتضي الأمانة، وعن جماعة عدم ارتفاع الضمان بما ورد من المالك، لاستصحاب الضمان بعد كون ما صدر من المالك ليس عقداً جديداً للوديعة قطعاً لعدم فسخ العقد السابق.

الثالث: ما لو أبرأ المالكُ الودعي من الضمان، وعن جماعة أن الضمان يسقط بالإبراء، لأنّ الضمان لحق المالك وقد رضي بسقوطه بالإبراء، وقيل: إن الإبراء لا موضوع له هنا، لأنّ مورده هو المال الثابت في الذمة فيصح حينئذٍ إبراء الغريم منه، وأما مقامنا فلا مال ثابت للمالك في ذمة الودعي، غايته أن عليه الضمان بمعنى لو تلفت العين وجب عليه بدلها أو قيمتها، والحال أنها لم تتلف إلى الآن، فالإبراء المبحوث عنه هنا هو إسقاط لما سيثبت من المال وقد عرفت أن مورده هو المال الثابت.

بتركه[١] غير مقفّل، ثمّ قفّله ونحوه[٢]، لأنّه[٣] صار بمنزلة[٤] الغاصب، فيستصحب حكم الضمان[٥] إلى أن يحصل من المالك ما يقتضي زواله[٦] بردّه عليه، ثمّ يجدّد[٧] له الوديعة أو يجدّد[٨] له الإستئمان بغير ردّ كأن يقول[٩] له: أودعتكها[١٠] أو استأمنتك[١١] عليها، ونحوه[١٢] على الأقوى[١٣].

---

(١) الضميران في قوليه «بتركه» و«قفّله» يرجعان إلى الحرز الذي جعلت الوديعة فيه.

(٢) الضمير في قوله «نحوه» يرجع إلى الإخراج المفهوم من قوله «فأخرجها».

(٣) الضمير في قوله «لأنه» يرجع إلى الودعيّ. وهذا دليل الحكم بضمان الودعيّ مع التعدّي والتفريط، وهو أنّ الودعيّ يصير بالتقصير بمنزلة الغاصب، فيضمن.

(٤) ولا يخفى عليك أنّ الودعيّ ليس غاصباً محضاً، لعدم كونه عاصياً بذلك، بل عليه الضمان خاصّةً.

(٥) المراد من «الضمان المستصحب» هو الذي تحقّق مع التعدّي والتفريط.

(٦) الضمير في قوله «زواله» يرجع إلى الضمان، وفي قوله «بردّه» يرجع إلى الودعيّ، وفي قوله «عليه» يرجع إلى المالك.

(٧) فاعله هو الضمير العائد إلى المالك، والضمير في قوله «له» يرجع إلى الودعيّ.

(٨) أي يجدّد المالك الاستيمان للودعيّ بدون أن يردّ الودعيّ إليه الوديعة.

(٩) هذا مثال للاستيمان بدون ردّ الوديعة.

(١٠) أي أودعتك الوديعة التي هي عندك ثانياً.

(١١) أي بأن يقول المالك للودعيّ: جعلتك أميناً على الوديعة التي هي عندك.

(١٢) بالنصب، مفعول آخر لقوله «يقول له». أي يقول المالك للودعيّ أمثال ما ذكر بأن يقول له: احفظ الوديعة، فقد رضيت بكونها عندك.

(١٣) هذا القول هو الأقوى في مقابل القول الذي سيشير إليه بقوله «قيل».

وقيل: لا يعود[١] بذلك، كما لا يزول الضمان عن الغاصب بإيداعه[٢].

أو يبرئه[٣] من الضمان على قول قويّ[٤].

(ويقبل قوله[٥] بيمينه في الردّ) وإن كان مدّعياً بكلّ وجه[٦] على المشهور،

---

(١) فاعله هو الضمير العائد إلى الاستيمان، والمشار إليه في قوله «بذلك» هو الاستيمان والإيداع المجدّدين من قبل المالك بقوليه المذكورين.

(٢) الضمير في قوله «إيداعه» يرجع إلى الغاصب. يعني كما لا يزول الضمان عن الغاصب بعد الحكم عليه بالضمان يجعل المالك ماله عنده وديعة كذلك لا يزول الضمان عن الودعيّ بعد تعدّيه أو تفريطه بالإيداع والاستيمان المجدّدين له من قبل المالك.

(٣) هذا عطف على قوله في الصفحة السابقة «ثمّ يجدّد... إلخ». يعني يزول الضمان بإبراء المالك للودعيّ من الضمان.

(٤) يعني أنّ عدم ضمان الودعيّ بإبراء المالك مبنيّ على القول القويّ بين القولين، والقول الآخر عدم سقوط الضمان بالإبراء، لأنّه من قبيل ضمان ما لم يجب.

دعوى الودعيّ للردّ

(٥) أي يقبل قول الودعيّ ردّ الوديعة مع يمينه لموافقة قوله لظاهر الشرع، لأنّه أمين ومحسن، ولأنه قابض لمصلحة المالك، ولأن الأصل براءة ذمته، هذا على المشهور، وعن العلامة في القواعد وغيره التنظر فيه، لكونه مدعياً بحسب ظاهر كلامه لأنه يدعي الرد فيقدم قول المالك حينئذٍ لأنه منكر والأصل عدم الرد.

ثم على القول بتقديم قول الودعيّ، فهل يُقدم قوله مع اليمين أو بدونها، فيه نفس الخلاف المتقدم في دعواه التلف وقد تقدم.

(٦) المراد من «كلّ وجه» هو الوجوه التي عدّوها علامة لمعرفة المدّعي من كونه لو تَرَك تُرِك، ومن كون قوله خلاف الظاهر، وكونه خلاف الأصل. غير أن إطلاقه ليس في محله، لأن من جملة التعاريف أن المدعى من تَرَك تُرك، وهو غير منطبق على الودعي =

لأنّه[١] محسن وقابض لمحض مصلحة المالك، والأصل[٢] براءة ذمّته.

هذا[٣] إذا ادّعى[٤] ردّها على من ائتمنه[٥]، أمّا لو ادّعاه[٦] على غيره[٧] كوارثه[٨] فكغيره[١] من الأُمناء[٢]، لأصالة عدمه[٣]، وهو[٤] لم يأتمنه[٥]، فلا

= عند دعوى الرد، لأنه لو ترك لم يتركه المودع من طلب الوديعة، نعم هو مدعٍ لأن قوله على خلاف الأصل، إذ الأصل عدم الرد.

(١) هذا تعليل لقبول قول الودعيّ مع كونه مدّعياً محضاً بأنّه محسن قبض الوديعة لمصلحة صاحبها، فلا يحكم بضمانه.

(٢) هذا دليل آخر للقبول. والضمير في قوله «ذمّته» يرجع إلى الودعيّ.

(٣) المشار إليه في قوله «هذا» هو قبول قول الودعيّ في الردّ بيمينه. يعني أن قبول قوله كذلك إنّما هو فيما إذا ادّعى الردّ إلى نفس المالك الذي جعله أميناً على الوديعة.

(٤) فاعله هو الضمير العائد إلى الودعيّ، والضمير في قوله «ردّها» يرجع إلى الوديعة.

(٥) ضمير الفاعل في قوله «ائتمنه» يرجع إلى «من» الموصولة التي يراد منها المالك، وضمير المفعول المتّصل يرجع إلى الودعيّ.

(٦) فاعله هو الضمير العائد إلى الودعيّ، والضمير الملفوظ يرجع إلى الردّ. يعني لو ادّعى الودعيّ ردّ الوديعة على غير من ائتمنه من الورّاث كان إذاً مثل سائر الأمناء الذين لا تصدّق دعواهم الردّ.

(٧) الضمير في قوله «غيره» يرجع إلى «من» الموصولة.

أي لو ادعى الرد على غير المالك، وأنكر المالك الرد إلى غيره، فعلى الودعي البينة، لأن الودعى برده إلى غير المالك يكون مفرّطاً ومعه لا أمانة له، فلا يُقدم قوله لظاهر الشرع بل يكون قوله على خلاف الأصل إذ الأصل عدم الرد فهو مدعٍ، وهو مما لا خلاف فيه.

(٨) هذا مثال لغير من ائتمنه. والمعنى ولو كان ذلك الغير وارث المالك، وهذا الوارث

يكلّف[٦] تصديقه.

ودعوى ردّها[٧] على الوكيل كدعواه[٨] على الموكّل، لأنّ يده[٩] كيده.

كغيره من الأمناء، وعليه فلو ادعى ردها إلى واحدٍ من الأمناء فيكون قد ردها إلى غير المالك ويأتي فيه الكلام المتقدم.

(١) الضمير في قوله «فكغيره» يرجع إلى الودعيّ.

(٢) المراد من «الأُمناء» غير الودعيّ هو المستأجر والمستعير والشريك وغير ذلك.

(٣) الضمير في قوله «عدمه» يرجع إلى الردّ.

(٤) الضمير في قوله «وهو» يرجع إلى الوارث. يعني أنّ الوارث لم يجعل الودعيّ أميناً على الوديعة.

(٥) الضمير الملفوظ في قوله «لم يأتمنه» يرجع إلى الودعيّ.

(٦) بصيغة المجهول، ونائب الفاعل هو الضمير الراجع إلى الوارث. يعني أنّ الوارث لا يكلّف بتصديق الودعيّ في الردّ، لأنّه لم يأخذه أميناً على الوديعة حتّى يلزمه قبول قوله في الردّ.

(٧) الضمير في قوله «ردّها» يرجع إلى الوديعة. يعني أنّ دعوى الودعيّ ردَّ الوديعة إلى وكيل المالك كدعواه الردّ إلى الموكّل من حيث قبول قوله.

(٨) الضمير في قوله «كدعواه» يرجع إلى الودعيّ.

(٩) يعني أنّ يد الوكيل كيد الموكّل.

كتاب العارية

كتاب العارية[١]

بتشديد الياء[٢]، .....

العارية

العارية لغةً

(١) العارية منسوبة إلى العارة اسم من الإعارة، وقال الليث: «سمّيت عاريةً، لأن طلبها عار وعيب»، فتكون على هذا منسوبة إلى العار، وهي شرعاً تمليك منفعة بلا بدل (أقرب الموارد).

قال في مصباح المنير: (وتعاوروا الشيء واعتوروه تداولوه، والعاريّة من ذلك، والأصل فعليّة بفتح العين، قال الأزهري: نسبة إلى العارة، وهي اسم من الإعارة، يقال: أعرته الشيء إعارة وعارة مثل أطعته إطاعة وطاعة، وأجبته إجابة وجابة.

وقال الليث: سميت عارية لأنها عارٌ على طالبها، وقال الجوهري مثله. وبعضهم يقول: مأخوذة من عار الفرس إذا ذهب من صاحبه لخروجها من يد صاحبها، وهما غلط، لأنّ العاريّة من الواو، لأن العرب تقول: هم يتعاورون العواري ويتعورونها، بالواو، إذا أعار بعضهم بعضاً والله أعلم، والعار وعار الفرس من الياء، فالصحيح ما قاله الأزهري، وقد تُخفف العاريّة في الشعر، والجمع العواري) انتهى.

* من حواشي الكتاب: هي بتشديد الياء، كأنّها منسوبة إلى العار، لأنّ طلبها عار وعيب، ذكره الجوهريّ وابن الأثير في النهاية، وقيل: منسوبة إلى العارة، وهي مصدر من قولك: أعرته إعارةً وعارةً، كما يقال: أجاب يجيب إجابةً وجابةً، وأطاق إطاقةً وطاقةً، وقيل: مأخوذ من عار يعير إذا جاء وذهب، ومنه قبل للبطّال: عيّار، لتردّده في بطالته، فسميّت عاريّةً، لتحوّلها من يد إلى يد (حاشية زين الدين رحمه الله).

(٢) يعني أنّ كلمة العاريّة تكتب وتقرأ بتشديد الياء.

وتخفّف[١]، نسبةً إلى العار[٢]، لأنّ طلبها[٣] عار، أو إلى[٤] العارة مصدر ثانٍ[٥] لـ«أعرته» إعارةً، كالجابة[٦] للإجابة، أو من عار[٧] إذا جاء وذهب، لتحوّلها[٨] من يد[٩] إلى أُخرى[١٠]، .....

---

(١) بصيغة المجهول، ونائب الفاعل هو الضمير الراجع إلى الياء. وقد سمعت أن تخفيفها ضرورة في الشعر فقط كما في المصباح، وقال الشارح في المسالك: (وقال الخطائي: إن اللغة الغالبة العارية وقد تخفف) انتهى وظاهره أنها تخفف في غير الشعر أيضاً.

(٢) كما عن الليث والجوهري على ما في المصباح، وهو المنقول عن النهاية الأثيرية وتقدم تغليط المصباح لهذا القول.

والعار: كلّ شيء لزم به عيب أو سُبّة، ج أعْيار (أقرب الموارد).

(٣) الضمير في قوله «طلبها» يرجع إلى العارية.

(٤) عطف على قوله «إلى العار». يعني أن تكون نسبة الشيء المأخوذ عاريةً إلى العارة.

(٥) يعني أنّ لفظ «العارة» مصدر ثانٍ لقوله أعرته إعارةً: أي اسم مصدر للإعارة، وهو المقصود من قوله: (مصدر ثانٍ لأعرته إعارة)، وهذا القول كما في الأزهري، وهو الذي صححه المصباح.

(٦) يعني كما أن لفظ «الجابة» مصدر ثانٍ للإجابة.

(٧) يعني أن لفظ «العارية» مأخوذ من عار يعير بمعنى جاء وذهب.

أي من عار الفرس إذا خرج من يد صاحبه، ومن هذا الفعل قيل للبطّال عيّار، لتردده في بطالته.

(٨) الضمير في قوله «لتحوّلها» يرجع إلى العارية. يعني يمكن أخذ العارية من عار يعير بمعنى جاء وذهب باعتبار تحوّل العارية من يد إلى أُخرى.

(٩) أي من يد المالك.

(١٠) أي إلى يد المستعير.

أو من التعاور[١]، وهو التداول[٢].

وهي[٣] من العقود الجائزة .....

(١) يعني أنّ لفظ «العارية» مأخوذ من التعاور بمعنى التداول.

كما يظهر من المصباح، ولكن ظاهره أيضاً أنه راجع إلى الإعارة.

(٢) التداول من تَداوَلَتْهُ الأيدي: تعاقبته أي أخذته هذه مرّةً وهذه مرّةً، ومنه قولهم: «تَداوَلُوا الشيءَ بينهم» (أقرب الموارد).

والمراد منه هنا هو التعارف والعمل بين الناس.

جواز عقد العارية

(٣) الضمير في قوله «وهي» يرجع إلى العارية. العارية عقد شُرّع لإباحة الانتفاع بعين من الأعيان على وجه التبرع، ولا خلاف ولا إشكال في مشروعيتها لبناء العقلاء عليها مع عدم نهي الشارع عنها، ولقاعدة السلطنة المستفادة من النبوي (الناس مسلطون على أموالهم)[١]، ولقوله تعالى: ﴿وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ﴾[٢]، وفي مجمع البحرين (الماعون اسم جامع لمنافع البيت كالقدر والدلو والملح والماء والسراج والخمرة ونحو ذلك مما جرت العادة بعاريته)، ولحديث المناهي (نهى النبيﷺ أن يمنع أحدٌ الماعون جاره، وقال: من منع الماعون جاره منعه الله خيره يوم القيامة، ووكّله إلى نفسه، ومن وكّله إلى نفسه فما أسوأ حاله)[٣]، وخبر أبي بصير عن أبي عبد اللهعليه السلام في الآية الشريفة المتقدمة: (هو القرض يقرضه والمعروف يصنعه ومتاع البيع يعيره)[٤] ونحوه خبر سماعه[٥]. ومقتضى هذه الأخبار وجوب العارية عليه عند الطلب ولكنها محمولة على الاستحباب المؤكد للإجماع المدعى كما عن جماعة.

(١) البحار، ج٢، ص٢٧٢ .
(٢) سورة الماعون، الآية: ٨ .
(٣) الوسائل، الباب ـ٧ـ من أبواب ما تجب فيه الزكاة، حديث ١٢ .
(٤) المصدر السابق، حديث٣.
(٥) المصدر السابق، حديث٢.

تثمر[١] جواز التصرّف في العين بالانتفاع مع بقاء الأصل غالباً[٢].

(ولا حصر أيضاً) أي عوداً[٣] إلى ما ذكر في الوديعة **(في ألفاظها[٤])إيجاباً[٥]** وقبولاً، بل كلّ ما دلّ على الإذن من طرف المعير[٦] فهو إيجاب.

---

(١) فاعله هو الضمير العائد إلى العارية. يعني أنّ ثمره عقد العارية هي جواز تصرّف المستعير في العين بالانتفاع بها مع بقاء العين، كما أنّ المستعير ينتفع بالثوب المستعار مع بقاء عينه.

(٢) قيّده بالغالب، احترازاً عن إعارة الغنم والبقر، فإنّ المقصود فيهما عارية لبنهما والحال أنّ اللبن يزول بالانتفاع به.

عدم الحصر في ألفاظ العارية

(٣) يعني أن قوله «أيضاً» من باب آض يئيض أيضاً بمعنى عاد يعود عوداً.

والحاصل هو أنّ عقد الوديعة لا ينحصر في ألفاظ خاصّة، وكذلك عقد العارية، فإنّه لا ينحصر فيها.

أي كما كان كل لفظٍ كافياً في إنشاء الإيجاب والقبول في الوديعة، فكذلك يكفي كل لفظ في إيجاب وقبول العارية، لأنها من العقود الجائزة، وهذا مبنيّ على ما تقدم من التوسع في العقود الجائزة دون اللازمة، إذ يشترط في الثانية صراحة ألفاظ إيجابها وقبولها، وقد عرفت عدم الدليل عليه مع كفاية كل لفظ دال على إنشاء الإيجاب والقبول سواء كان ذلك في العقود اللازمة أم الجائزة.

(٤) الضمير في قوله «ألفاظها» يرجع إلى العارية.

(٥) يعني لا ينحصر عقد العارية في ألفاظ خاصّة لا من حيث الإيجاب ولا من حيث القبول.

(٦) قوله «المعير» ـ بصيغة اسم الفاعل ـ بمعنى الذي يعير العارية، والمستعير هو الذي يقبل العارية.

ويكفي الفعل[١] في القبول، بل لو[٢] استفيد رضاه[٣] من غير الألفاظ كالكتابة والإشارة ولو مع القدرة[٤] على النطق كفى[٥].

---

(١) أي لا يجب كون القبول في العارية باللفظ. كما عن الكثير من الأصحاب ـ كما في المسالك ـ لما ذكروه في الوديعة والوكالة ونحوها من أنّ المقصود من القبول هو الرضا، وقد يتحقق الرضا بنفس الفعل، لجريان العادة بمثله، وعن بعضهم اشتراط اللفظ في القبول كاشتراطه في الإيجاب، وعُلّل كما في الرياض بأنه هو الموافق للأصل، إذ الأصل هو اللفظ في العقود، وفيه: قد عرفت في كتاب البيع أنّ المدار على صدق العقد عرفاً، ومن الواضح صدقه على كل ما يدل على إنشاء الإيجاب والقبول سواء كان باللفظ أو بالفعل أو بالكتابة، ولذا جوّزنا المعاطاة في البيع وفي بقية العقود اللازمة إلا ما خرج بالدليل كالزواج والطلاق.

(٢) يعني بل يكفي في إيجاب العارية رضى المعير ولو بالكتابة والإشارة.

(٣) الضمير في قوله «رضاه» يرجع إلى المعير. فإذا كان الفعل كافياً في القبول لكشفه عن الرضا، فكل ما دل على الرضا من غير الألفاظ كالكتابة والإشارة يكون كافياً أيضاً، هذا بالنسبة لشرح عبارة الشارح، وإلا فقد عرفت أنّ المدار على صدق العقد، وهو صادق في الفعل وغيره مما يدل على إنشاء الإيجاب والقبول.

(٤) أي ولو مع قدرة المعير على النطق. أما على المبنى المتقدم من عدم حصر الإنشاء باللفظ فواضح، وأما على مبنى الشارح من الاقتصار في العقود اللازمة والجائزة على الألفاظ فهو مشكل، لأنّ صدق العقد على غير اللفظ في مقامنا موجب لصحة العقد وصدقه بغير الألفاظ في بقية العقود، وعلى تقدير المنع في البقية فيجب الالتزام بالمنع هنا فلا تغفل.

(٥) جواب شرط، والشرط هو قوله «لو استفيد».

ومثله[١] ما لو دفع[٢] إليه ثوباً حيث وجده[٣] عارياً أو محتاجاً إلى لبسه، أو

---

(١) الضمير في قوله «مثله» يرجع إلى «ما» الموصولة في قوله «كلّ ما دلّ... إلخ». يعني ومثل ما دلّ على الإذن من المعير هو ما لو دفع المعير الثوب إلى غيره.

(٢) فاعله هو الضمير العائد إلى المعير، والضمير في قوله «إليه» يرجع إلى المستعير.

(٣) فاعله هو الضمير العائد إلى المعير، والضمير الملفوظ يرجع إلى المستعير.

قال العلاقة في التذكرة: (لا تفتقر العارية إلى لفظٍ، بل يكفي قرينه الإذن بالانتفاع من غير لفظ دالٍ على الإعارة أو الاستعارة، لا من طرف المُعير ولا من طرف المستعير، كما لو رآه عارياً فدفع إليه قميصاً فلبسه تمت العارية، وكذا لو فرش لضيفه فراشاً أو بساطاً أو مصلى أو حصيراً، أو ألقى إليه وسادة فجلس عليها، أو مخدة فاتكأ عليها، كان ذلك إعارة) انتهى. وظاهره أنّ الإيجاب والقبول لا يحتاجان إلى اللفظ بل يتحققان بالفعل، وهذا ما أرسله الشارح هنا، إلا أن الشارح اكتفى بالفعل في إنشاء الإيجاب ولم يتكلم عن قبوله وأنه باللفظ أو بالفعل، وإن كان السياق يقتضي أن يكون القبول بالفعل، والشارح جعل هذا المورد مساوياً لما سبق، مع أنَّ السابق هو الاكتفاء بالفعل في القبول وما عُطف عليه هنا هو الاكتفاء بالفعل في الإيجاب والقبول، وإن كان مثله من ناحية كفاية الفعل.

ثم إنَّ هذا لا يتم إلا إذا قلنا بجريان المعاطاة في العقود، وهذا مما لم يلتزم به القدماء فضلاً عن العلامة والشارح.

ثم إنَّ هذا ليس من العارية في شيء بل هو من جواز الانتفاع بالإذن، وهو أعم من العارية التي هي من العقود بالاتفاق، نعم لو قصد بدفع الثوب ونحوه ضيفاً مخصوصاً وأراد بالدفع إنشاء الإيجاب فأخذه الآخر وقد قصد بالأخذ إنشاء القبول لكان من العارية، ولكن المتعارف ليس كذلك، بل المتعارف هو الإذن بالانتفاع ليس إلا.

فرش[١] لضيفه فراشاً[٢]، أو ألقى[٣] إليه وسادة[٤] أو مخدّة[٥].

واكتفى[٦] في التذكرة بحسن الظنّ بالصديق في جواز الانتفاع بمتاعه[٧].

---

(١) بالجرّ، عطف على قوله «لبسه»، والضمير في قوله «لضيفه» يرجع إلى المستعير.

يعني إذا وجد المعير المستعير محتاجاً إلى فرش لضيفه ودفع إليه ذلك كفى ذلك في الدلالة على الرضى والإذن.

(٢) قوله «فراشاً» بكسر الفاء والنصب، لكونه تمييزاً، فيكون معنى العبارة هكذا: أو وجده محتاجاً إلى فرش يفرشه لضيفه فراشاً.

(٣) فاعله هو الضمير العائد إلى المعير، والضمير في قوله «إليه» يرجع إلى المستعير.

(٤) الوساد ـ مثلثةً ـ: المتّكأ، وكلّ ما يتوسّد به من قماش وتراب وغير ذلك، ج وُسُد (أقرب الموارد).

(٥) المِخدَّة ـ بالمسر ـ: المصدغة، لأنّ الخدّ يُوضَع عليها، ج مَخادّ (أقرب الموارد).

(٦) يعني أنّ العلاّمة رحمه الله في كتابه المسمّى بـ«تذكرة الفقهاء» اكتفى في صحّة العارية بوجود حسن الظنّ بالصديق حتّى يجوز الانتفاع بمتاعه، ولعلّ وجهه كون العاريّة عقداً جائزاً يكفي في تحقّقه ذلك.

(٧) أي بمتاع الصديق من الثوب وغيره. قال في التذكرة: (أنه لا يشترط فيها ـ أي لا يشترط اللفظ في العارية ـ، ولا في الإيجاب ولا في القبول، بل يكفي ما يقوم مقامه من الأمور الدالة على الظن بالرضا، لأنه عقد ضعيف، لأنه يثمر إباحة الانتفاع، وهي ـ أي إباحة الانتفاع ـ قد تحصل بغير عقدٍ، كما لو حَسُن ظنه في صديقه كفى في الانتفاع) انتهى.

وظاهره أن إباحة الانتفاع لا العارية مما يكفي فيها حسن الظن بالصديق لآية الإذن =

وينبغي تقييده[١] بكون منفعته[٢] ممّا يتناوله[٣] الإذن الوارد في الآية[٤] بجواز[٥]

= وهي قوله تعالى: ﴿لَّيْسَ عَلَى ٱلْأَعْمَىٰ حَرَجٌ وَلَا عَلَى ٱلْأَعْرَجِ حَرَجٌ وَلَا عَلَى ٱلْمَرِيضِ حَرَجٌ وَلَا عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ أَن تَأْكُلُوا۟ مِنۢ بُيُوتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ ءَابَآئِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أُمَّهَٰتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ إِخْوَٰنِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَخَوَٰتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَعْمَٰمِكُمْ أَوْ بُيُوتِ عَمَّٰتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَخْوَٰلِكُمْ أَوْ بُيُوتِ خَٰلَٰتِكُمْ أَوْ مَا مَلَكْتُم مَّفَاتِحَهُۥٓ أَوْ صَدِيقِكُمْ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَأْكُلُوا۟ جَمِيعًا أَوْ أَشْتَاتًا﴾[١] حيث إن ظاهر الآية دالٌ على كفاية حسن الظن بالصديق في إباحة الانتفاع بكل ما يملكه نعم الإذن بتناول الأكل يدل على تناول الأضعف بمفهوم الموافقة، والتعدي إلى الأضعف متوقف على ملاحظة خصوصيتين في المأذون فيه هنا، وهما: كون الأكل المأذون فيه محدوداً بمدة يسيرة عرفاً، وكون الأكل المأذون فيه مما يقتضي إتلاف عين مخصوصة وهي الطعام، وما خرج عن ذلك يدخل في عموم النهي عن تناول مال الغير. ثم إنَّ المرجع في الصديق إلى العرف، ولا بدّ مع حسن الظن في الصديق ـ كما في المسالك ـ عن عدم الكراهة منه، وإلاَّ فقد تتفق الكراهة في الكثير مما يملكه مع تحقق الصداقة.

(١) الضمير في قوله «تقييده» يرجع إلى جواز الانتفاع بمال الصديق، استناداً إلى حسن الظنّ به.

(٢) الضمير في قوله «منفعته» يرجع إلى ما ينتفع به من المتاع.

(٣) الضمير في قوله «يتناوله» يرجع إلى «ما» الموصولة في قوله «ممّا».

(٤) يعني يمكن تقييد قول العلاّمة رحمه الله بجواز انتفاع الصديق بمتاع صديقه، استناداً إلى حسن الظنّ به بما يستفاد من الآية أعني جواز انتفاع الصديق بأمتعة صديقه.

(٥) الجارّ والمجرور يتعلّقان بقوله «الإذن الوارد». فيحمل كلام العلاّمة على ما يستفاد من الآية الشريفة من جواز الأكل ممّا يوجد في بيت الصديق لا الانتفاع بجميع أمتعته بنحو العارية ولو لم يشمله مفهوم الآية بالقياس الأولويّ.

---

(١) سورة النور، الآية: ٦١.

الأكل من بيته[١] بمفهوم[٢] الموافقة، وتعدّيه[٣] إلى من .....

---

(١) الضمير في قوله «بيته» يرجع إلى الصديق.

(٢) هذا متعلّق بقوله «يتناوله الإذن الوارد في الآية»، بمعنى أنّ كلّ تصرّف في مال الصديق يشمله الإذن المستفاد من الآية بالأولويّة يحكم بجوازه لا تصرّف من لا يشمله هذا الإذن.

إيضاح: إنّ أكل الصديق من بيت صديقه يجوز بدلالة الآية الشريفة، أمّا سائر الانتفاعات من مال الصديق فهو على ثلاثة أقسام.

الأول: ما كان مساوياً للأكل مثل الشرب.

الثاني: ما كان أقوى من الأكل مثل بيع مال الصديق والانتفاع بثمنه.

الثالث: ما كان أخفّ من الأكل مثل الانتفاع بظلال أشجار حديقة الصديق.

إذا عرفت ذلك فاعلم أنّه يجوز تصرّف الصديق إذا كان تصرفه أخفّ من الأكل مثل القسم الثالث بمفهوم الموافقة.

أمّا القسم الثاني فلا يستفاد من الآية قطعاً، وأمّا القسم الأوّل فلا يدلّ عليه القياس الأولويّ، لانتفاء موضوعه، بل يمكن أن يقال أنّه قياس لا دليل على حجّيّته.

والآية التي يستفاد منها جواز أكل الصديق من بيت صديقه هي الآية ٦١ من سورة النور: ﴿لَّيْسَ عَلَى ٱلْأَعْمَىٰ حَرَجٌ وَلَا عَلَى ٱلْأَعْرَجِ حَرَجٌ وَلَا عَلَى ٱلْمَرِيضِ حَرَجٌ وَلَا عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ أَن تَأْكُلُوا۟ مِنۢ بُيُوتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ ءَابَآئِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أُمَّهَٰتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ إِخْوَٰنِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَخَوَٰتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَعْمَٰمِكُمْ أَوْ بُيُوتِ عَمَّٰتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَخْوَٰلِكُمْ أَوْ بُيُوتِ خَٰلَٰتِكُمْ أَوْ مَا مَلَكْتُم مَّفَاتِحَهُۥٓ أَوْ صَدِيقِكُمْ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَأْكُلُوا۟ جَمِيعًا أَوْ أَشْتَاتًا﴾

(٣) الضمير في قوله «تعدّيه» يرجع إلى جواز الانتفاع بمال الصديق، وهو مرفوع تقديراً، لعطفه على قوله «تقييده». يعني ينبغي تعدّي الحكم بجواز الانتفاع بمال الصديق إلى =

تناولته[١] من الأرحام لا مطلق[٢] حسن الظنّ، لعدم[٣] الدليل، إذ المساوي[٤] قياس، والأضعف[٥] ممتنع بطريق أولى.

(ويشترط كون المعير كاملاً[٦] جائز التصرّف[٧]).

(ويجوز إعارة الصبيّ بإذن[٨] الوليّ) لمال .....

= الانتفاع بأموال الذين ذكروا في الآية مثل الآباء والأُمّهات والإخوان والأخوات وغيرهم ممّن ذكر في الآية.

حاصل العبارة هو أنّه ينبغي الحكم بجواز الإنتفاع بأموال من ذكر في الآية أيضاً، كما يستفاد من جواز الأكل من بيت الصديق الانتفاع بماله.

(١) فاعله هو الضمير العائد إلى الآية، والضمير الملفوظ يرجع إلى «من» الموصولة.

(٢) يعني لا يستند في جواز الانتفاع بمال الصديق إلى مطلق حسن الظنّ الذي اكتفى به العلاّمة رحمه الله في التذكرة.

(٣) أي لعدم الدليل على جواز الاستناد إلى مطلق حسن الظنّ.

(٤) يعني أنّ جواز الانتفاع بمنفعة المتاع المساوية لمنفعة الأكل قياس محض، وهو باطل.

(٥) أي الانتفاع بمنفعة المتاع التي تكون أشدّ خسارةً على الصديق يمتنع بطريق أولى.

والحاصل هو أنّ المناط لجواز الانتفاع بمال الصديق هو دلالة الآية لا حسن الظنّ مطلقاً، كما قال به العلاّمة رحمه الله.

شروط المعير

(٦) يعني يشترط في صحّة العارية أن يكون صاحب المال كاملاً بالبلوغ والعقل.

(٧) بأن لا يكون ممنوعاً عن التصرّف بالفلس والسفه.

(٨) الجارّ والمجرور يتعلّقان بقوله «إعارة» أي يجوز للصبي أن يعير ماله بإذن الولي، مع أنه قد تقدم في كتاب البيع أنه لا يجوز للصبي أن يبيع ماله وإن أذن الولي، والرفق =

نفسه[١] ووليّه، لأنّ المعتبر إذن الوليّ، وهو كافٍ في تحقّق هذا العقد[٢].

هذا[٣] إذا علم المستعير بإذن الوليّ، وإلاّ[٤] لم يقبل قول الصبيّ في حقّه[٥] إلاّ أن تنضمّ إليه[٦] قرائن تفيد الظنّ المتاخم[٧] للعلم به[٨]، كما إذا طلبها[٩] من الوليّ فجاء .....

= بينهما هو ما قاله في المسالك وغيره أنَّ العارية لما كانت عقداً جائزاً فيُكتفى فيها بكل ما دل على رضا المُعير وإن لم يكن لفظاً، فصدور الإذن من الولي كان بمنزلة الإيجاب، والإذن حاصل منه للصبي فلذا صح هنا، بخلاف العقود اللازمة كالبيع فيشترط في إيجابها اللفظ، وإذن الولي ليس لفظاً فلا ينعقد إيجاب حينئذٍ.

(١) الضميران في قوليه «نفسه» و«وليّه» يرجعان إلى الصبيّ.

يصح إعارة الصبي من مال وليه بإذن الأخير، لأن المُعير حقيقة هو الولي وأذنه إيجاب كما تقدم.

(٢) المراد من قوله «هذا العقد» هو عقد العارية.

(٣) المشار إليه في قوله «هذا» هو جواز إعارة الصبيّ.

(٤) أي إن لم يحصل للمستعير العلم بإذن الوليّ في إعارة الصبيّ لا يجوز أخذ المال من يد الصبيّ عاريةً، ولا يقبل قول الصبيّ في إذن الوليّ له. لسلب عبارته شرعاً.

(٥) الضمير في قوله «حقّه» يرجع إلى الوليّ.

(٦) الضمير في قوله «إليه» يرجع إلى قول الصبيّ.

(٧) أي المقارن والمقارب.

(٨) الضمير في قوله «به» يرجع إلى قول الصبيّ.

(٩) فاعله هو الضمير العائد إلى المستعير، والضمير الملفوظ يرجع إلى العارية. وهذا مثال لكون قول الصبيّ منضماً إليه القرائن المفيدة للظنّ المقارن للعلم.

بها[١] الصبيّ وأخبر[٢] أنّه أرسله بها ونحو ذلك، كما يقبل قوله[٣] في الهديّة[٤] والإذن[٥] في دخول الدار بالقرائن.

ولا بدّ مع إذن الوليّ له[٦] في إعارة ماله[٧] من وجود المصلحة بها[٨] بأن تكون يد المستعير أحفظ من يد الوليّ في ذلك الوقت[٩]، أو لانتفاع[١٠] الصبيّ بالمستعير

---

(١) أي أتى الصبيّ بالعارية بعد طلب المستعير من المعير.

(٢) فاعله هو الضمير العائد إلى الصبيّ، والضمير في قوله «أنّه» يرجع إلى الوليّ، والضمير الملفوظ في قوله «أرسله» يرجع إلى الصبيّ، والضمير في قوله «بها» يرجع إلى العارية. والحاصل هو أنّ الصبيّ إذا أخبر المستعيرَ أنّ الوليّ أرسله حتّى يوصل إليه العارية بعد طلب المستعير من المعير جاز قبول قوله.

(٣) الضمير في قوله «قوله» يرجع إلى الصبيّ.

(٤) الهَدِيَّة: مؤنّث الهَدِيّ، وـ ما أُتحِف به أي بُعِث به إكراماً، وسمّيت لأنّها تُقدَّم أمام الحاجة، وقيل: الهديّة هي شيء يعطى للمودّة يراد بها وجه الله تعالى، ج هَدايا وهَداوى وهَداوٍ (أقرب الموارد).

(٥) بالجرّ، عطف على قوله «الهديّة». يعني كما يقبل قول الصبيّ في الهديّة كذلك يقبل قوله في الإذن في الدخول إذا انضمّ إليه القرائن المفيدة للظنّ.

(٦) الضمير في قوله «له» يرجع إلى الصبيّ.

(٧) يعني لابدّ في صحّة إعارة الصبيّ مال نفسه مع إذن الوليّ من وجود مصلحة في الإعارة، وإن لم يكن فيها مصلحة لم تصحّ.

(٨) الضمير في قوله «بها» يرجع إلى العارية، والباء تكون بمعنى «في».

(٩) يعني بأن تكون يد المستعير في الزمان الذي تقع العارية فيه أحفظ من يد الوليّ.

(١٠) بأن تكون المصلحة في إعارة مال الصبيّ انتفاع الصبيّ بالمستعير انتفاعاً أزيد بمراتب من انتفاع المستعير بمال الصبيّ.

بما يزيد عن منفعة ماله، أو تكون العين[١] ينفعها الاستعمال ويضرّها الإهمال، ونحو ذلك.

(وكون العين[٢] **ممّا يصحّ الانتفاع بها مع بقائها**)، فلا يصحّ إعارة ما لا يتمّ الانتفاع به[٣] إلاّ بذهاب عينه كالأطعمة[٤].

ويستثنى من ذلك[٥] المنحة[٦]، وهي الشاة المستعارة للحلب، .....

---

(١) أي بأن تكون العين المستعارة يضرّها الإهمال ويفيدها الاستعمال.

شروط العين المستعارة

(٢) عطف على قوله «كون المعير كاملاً». يعني أنّ الشرط الآخر في صحّة العارية هو كون العين قابلة للانتفاع بها مع بقاء عينها. فكل ما يصح الانتفاع به شرعاً مع بقاء عينه فهو مما تصح عاريته، وهو من مقتضيات معنى العارية عرفاً، ولأن الإذن إذنٌ بالانتفاع فقط فلا بد من بقاء العين، فتصح العارية في مثل الثوب والدابة، ولا تصح عارية الأطعمة والأشربة التي تذهب عيها بالانتفاع بها.

(٣) الضميران في قوليه «به» و«عينه» يرجعان إلى «ما» الموصولة التي يراد منها العين المستعارة.

(٤) الأطعمة جمع، مفرده الطعام.

الطعام: اسم لما يُؤكّل كالشراب لما يُشرَب، ج أطْعِمَة وجج أطْعِمات (أقرب الموارد).

(٥) المشار إليه في قوله «ذلك» هو شرط كون العين ممّا يصحّ الانتفاع بها مع بقائها.

(٦) بالرفع، نائب الفاعل لقوله «ويستثنى».

والمراد من «المنحة» هو الشاة التي تعطى عاريةً للبنها.

المِنْحَة ـ بالكسر ـ: العطيّة، وقال في المصباح: المِنْحَة في الأصل الشاة أو الناقة يعطيها صاحبها رجلاً يشرب لبنها، ثمّ يردّها إذا انقطع اللبن، ثمّ كثر استعمالها حتّى أُطلِق على كلّ =

للنصّ[1].

= عطاء، ج مِنَح (أقرب الموارد).

والمنحة بالمعنى المتقدم على ما في المصباح مما تجاوز إعارتها بلا خلاف فيه، بل عليه الإجماع كما في جماعة وإن كانت على خلاف الأصل، لأن اللبن المقصود من الإعارة هو عين لا منفعة فهو يستعير الشاة ليستفيد من عينٍ بها، فلذا كانت على خلاف الأصل، والدليل هو الإجماع إلا أن في التذكرة استدل على جوازها بالنبوي المروي عن العامة (العارية مؤادة، والمِنحة مردودة، والدين يُقضى، والغريم غارم)[1] والنبوي الدال على ردها دال على مشروعيتها.

(١) يعني أنّ الدليل لاستثناء المنحة من الشرط المذكور هو النصّ، وقد نقل النصّ ـ على ما أفاده السيّد كلانتر ـ في المغني لابن قدامة: ج٥ ص ١٨٣ من كتاب العارية، وصرّح في الجواهر في كتاب العارية بعدم وجود النصّ في المنحة من طرقنا، وحيث إنّ النصّ الوارد في خصوص المنحة ضعيف من جهة الطريق استندوا في الاستثناء إلى الإجماع.

* من حواشي الكتاب: ويستثنى من مورد المنع «المنحة» بالكسر، للإجماع والنصّ، وفي تعدّي الحكم إلى غير الشاة من الأنعام وإلى غير اللبن من الصوف والشعر وجهان، والعدم أوجه (الرياض).

قال صاحب الحديقة رحمه الله: هكذا ذكر الأصحاب، وعندي فيه نظر، إذ المنحة بنفسها ممّا يمكن الانتفاع به مع بقاء العين، وليست العارية حينئذٍ هو اللبن حتّى يحتاج إلى الاستثناء، إذ المحنة ليست هي اللبن، بل الشاة ذات اللبن المقصود من إعارتها واستعارتها للبنها، فالحكم فيها على القاعدة كما لا يخفى، ولا أدري وجهاً لما ذكره الأصحاب هنا، فتأمّل، ولكن نذكر لها توجيهاً في كتاب الإجارة.

(١) المغني، لأبن قدامة،ج٥، ص١٨٣ .

وفي تعدّيه[١] إلى غيرها من الحيوان المتّخذ للحلب[٢] وجهان[٣]، والاقتصار[٤] فيما خالف الأصل على موضع اليقين[٥] أجود.

(وللمالك[٦] الرجوع فيها[٧] متى شاء)، لاقتضاء جواز العقد .....

---

(١) الضمير في قوله «تعدّيه» يرجع إلى الاستثناء، وفي قوله «غيرها» يرجع إلى المنحة.

(٢) أي الحيوان الذي يتّخذ للبنه.

(٣) مبتدأ مؤخّر، خبره المقدّم هو قوله «في تعدّيه».

وظاهرهم التعدية إلى غير الشاة من البقر والماعز والناقة ولذا قال في المسالك: (وعدوا الحكم إلى غير الشاة مما يتخذ للحلب من النعام وغيرها) انتهى، وعدّى العلامة في التذكرة إلى جواز إعارة الغنم للانتفاع بصوفها ونحو ذلك، وتنظر الشارح في المسالك بالتعدية، لأن الحكم في المنحة على خلاف الأصل فيقتصر فيه على مورد الوفاق واليقين وهو إعارة الشاة للبنها فقط. هذا وقد قيل إن المنفعة أمرٌ عرفي وقد تُعد بعض الأعيان منفعة وإن كانت هي عين، كاللبن في الشاة فإنه بنظر العرف منفعة وليس عيناً، وعليه فالمنحة عارية لا تحتاج إلى دليل سوى دليل مشروعية مطلق العارية، لأن العين المستعارة هي الشاة وهي لا تتلف، وما يُتلف هو من قبيل المنفعة وليس هو مورد العارية، وعليه فيجوز التعدي إلى غير الشاة ويجوز التعدي إلى غير اللبن، لكون غير اللبن من الصوف والوبر والشعر من قبيل المنافع لا الأعيان.

(٤) هذا مبتدأ، خبره قوله «أجود».

(٥) المراد من «موضع اليقين» هو الشاة فقط.

رجوع المالك في العارية

(٦) أي المعير الذي هو صاحب العارية.

(٧) الضمير في قوله «فيها» يرجع إلى العارية. يعني يجوز لصاحب العارية أن يرجع فيما =

ذلك[١] **(إلاّ في الإعارة[٢] للدفن)** أي دفن الميّت المسلم ومن بحكمه[٣]، فلا يجوز الرجوع فيه[٤] **(بعد الطمّ[٥])**، لتحريم نبشه[٦] وهتك حرمته إلى أن تندرس عظامه[٧].

= أعاره ويفسخ العارية متى شاء، لكون العارية من العقود الجائزة.

عقد العارية جائز من الطرفين بلا خلاف فيه، لأن قوامه الإذن بالإباحة ومن الواضح جواز الرجوع بالإذن ويلزمه جواز الرجوع عن الرضا به الذي هو قوام القبول، وعليه فيجوز لكلٍ من المتعاقدين فسخ العارية متى شاء، ويستثنى من ذلك موارد.

منها: إعارة الأرض لدفن ميت مسلم، فلا يصح الرجوع بعد الدفن لتحريم نبشه وهتك حرمته إلى أن تندرس عظامه، وهو موضع وفاق كما في المسالك، وبلا خلاف فيه كما في الرياض وغيره.

(١) المشار إليه هو الرجوع.

(٢) أي في إعارة الأرض لدفن الميت فيها، فلا يجوز الرجوع فيها.

(٣) الضمير في قوله «بحكمه» يرجع إلى «من» الموصولة المراد منها الميّت المسلم.

والمراد ممّن هو بحكم المسلم هو الطفل والمجنون ومن يوجد في بلاد المسلمين من لقيط الإنسان.

(٤) الضمير في قوله «فيه» يرجع إلى المورد المذكور للإعارة.

(٥) من طَمَّ البئرَ: سوّاها ودفنها (المنجد).

(٦) الضمير في قوله «نبشه» يرجع إلى موضع الدفن، وفي قوله «حرمته» يرجع إلى الميّت.

يعني عدم جواز فسخ إعارة الأرض لدفن الميّت المسلم ومن يحكمه إنّما هو لحرمة نبش قبر المسلم، وأيضاً لحرمة هتك حرمته.

(٧) أي إلى زمان اندراس عظام الميّت، فإذا اندرست العظام جاز لصاحب الأرض المستعارة الرجوع فيها.

ولو رجع[١] قبله جاز وإن كان الميّت قد وضع[٢] على الأقوى، للأصل[٣]، فمؤنة الحفر[٤]، لازمة لوليّ الميّت، لقدومه[٥] على ذلك إلاّ أن يتعذّر .....

---

(١) فاعله هو الضمير العائد إلى مالك الأرض، والضمير في قوله «قبله» يرجع إلى الطمّ. يعني يجوز لمالك الأرض أن يرجع فيما أعاره من الأرض قبل تسوية قبر الميّت.

أي قبل الطم، والرجوع قبل الطم إما بعد الحفر وقبل وضع الميت في لحده، وإما بعد الحفر وبعد الوضع، ففي الصورة الأولى يجوز له الرجوع لعدم محذور الهتك والنبش لعدم تحقق الوضع كما يجوز له الرجوع قبل الحفر، ولو رجع المالك حرُم الدفن، لكونه تصرفاً في مال الغير بغير إذنه وهو محرم، وهذا مما لا إشكال فيه ولا خلاف.

وفي الصورة الثانية فقد صرح أكثر من واحدٍ من الأصحاب بجواز رجوع المالك قبل المواراة لعدم صدق النبش حينئذٍ، وقيل: بعدم الجواز لما في إخراج الميت من لحده قبل الطم من هتكٍ لحرمته، ولذا أفتى الفقهاء في باب التكفين بقرض نجاسة كفن الميت إذا تعذر التغسيل في القبر، وما ذلك إلا لكون الإخراج بعد الوضع وقبل الطم مستلزماً للهتك.

(٢) أي وإن كان الميّت وضع في القبر المحفور في الأرض المستعارة.

(٣) المراد من «الأصل» هو استصحاب جواز رجوع المالك قبل الستر والطمّ.

(٤) فإذا جاز رجوع المالك في عارية الأرض والحال أنّ القبر قد حفر لزم وليّ الميّت أن يلتزم بمؤونة الحفر، ولا تعلّق لصاحب الأرض بها.

قال الشارح في المسالك: (قال في التذكرة: ومؤنة الحفر إذا رجع بعد الحفر وقبل الدفن لازمه لولي الميت، ويشكل فيما لو لم يمكنه الدفن إلا كذلك ـ بحيث وصّى الميت بالدفن في الأرض العارية ـ، إذ لا تقصير فيه فينبغي كونه من مال الميت) انتهى.

(٥) الضمير في قوله «لقدومه» يرجع إلى وليّ الميّت. يعني علّة كون مؤونة الحفر على عهدة الوليّ هو إقدامه على ذلك. =

عليه[١] غيره ممّا[٢] لا يزيد عوضه[٣] عنه فيقوى كونه[٤] من مال الميّت، لعدم التقصير[٥]، ولا يلزم وَليَّه[٦] طمّه، للإذن[٧] فيه.

= أي قدوم ولي الميت على الحفر في الأرض العارية للدفن مع علمه بأنه يجوز للمالك الفسخ متى شاء، فإذا رجع المالك وهو عالم بجواز ذلك له فيكون الولي قد قصّر، فالمؤنة عليه للتقصير.

(١) الضمير في قوله «عليه» يرجع إلى وليّ الميّت، وفي قوله «غيره» يرجع إلى موضع الحفر المراد منه هو الأرض المستعارة.

(٢) هذا بيان لقوله «غيره». يعني إلاّ أن يتعذّر على الوليّ دفن الميّت في غير الأرض المستعارة التي تكون مؤونة الدفن فيها أقلّ من مؤونة الدفن في المستعارة، فإذاً تؤخذ المؤونة من مال الميّت.

والحاصل أنّه إذا تمكّن الوليّ من دفن الميّت في غير الأرض المستعارة التي تكون أقلّ مؤونةً منها فتخلّف ودفنه في المستعارة وجب على الوليّ تحمّل المؤونة، وإذا انعكس الأمر كانت المؤونة من مال الميّت. وعلى كلٍ فمع عدم التقصير تكون مؤنة الحفر من مال الميت خلافاً للتذكرة حيث جعلها من مال الولي مطلقاً.

(٣) الضمير في قوله «عوضه» يرجع إلى «ما» الموصولة في قوله «ممّا لا يزيد»، وفي قوله «عنه» يرجع إلى الدفن في الأرض المستعارة.

(٤) الضمير في قوله «كونه» يرجع إلى مؤونة الحفر.

(٥) المراد من «التقصير» هو عدم الحفر في الأرض غير المستعارة التي تكون أقلّ مؤونةً من الأرض المستعارة.

(٦) أي لا يجب على وليّ الميّت طمّ ما حفر بعد رجوع المالك.

(٧) أي لإذن المالك في حفر الأرض قبل الرجوع.

ويستثنى[١] آخران أيضاً.

أحدهما[٢] إذا حصل بالرجوع ضرر على المستعير لا يُستدرك[٣]، كما لو أعاره[٤] لوحاً رقّع[٥] به سفينته ولجّج[٦] في البحر، فلا رجوع للمعير إلى أن يمكنه[٧] الخروج إلى الشاطئ[٨]، أو إصلاحها[٩] مع نزعه[١٠] من غير ضرر.

ولو رجع قبل دخول السفينة[١١] أو بعد .....

---

(١) أي ويستثنى من الحكم بجواز رجوع المعير في العارية موضعان آخران:

أ: إذا حصل ضرر عظيم على المستعير بالرجوع.

ب: إذا أعار للرهن بعد الوقوع.

(٢) أي أحد الموضعين للآخرين.

(٣) بصيغة المجهول، ونائب الفاعل هو الضمير الراجع إلى الضرر.

(٤) فاعله هو الضمير الراجع إلى المعير، والضمير الملفوظ يرجع إلى المستعير.

(٥) أي استعان المستعير باللوح المستعار على إصلاح سفينته ودخل في البحر.

(٦) من لَجَّجَت السفينةُ تلجيجاً: خاضت اللجّة، وـ القومُ: ركبوا اللجّةَ (أقرب الموارد).

(٧) أي لا يجوز الرجوع في إعارة اللوح المستعار المستعمل في ترقيع السفينة بعد الدخول في البحر إلى أن يمكن المستعير الخروج منه إلى شاطئ البحر. لما فيه من الضرر بالغرق الموجب لذهاب مالٍ أو تلف نفس.

(٨) أي الساحل.

(٩) الضمير في قوله «إصلاحها» يرجع إلى السفينة. يعني إلى أن يمكن المستعير إصلاح السفينة مع نزع اللوح منها.

(١٠) أي مع نزع اللوح من السفينة من دون ترتّب ضرر على المستعير.

(١١) أي قبل دخول السفينة في البحر.

خروجها[١] فلا إشكال في الجواز[٢]، مع احتمال الجواز مطلقاً[٣] وإن وجب الصبر بقبضه[٤] إلى أن يزول الضرر.

والثاني[٥] الاستعارة للرهن بعد وقوعه[٦]، وقد تقدّم[٧].

(وهي[٨] أمانة) في يد المستعير **(لا يضمن إلاّ** .....

---

(١) أي بعد خروج السفينة من البحر.

(٢) أي فلا إشكال في جواز رجوع المعير في إعارة اللوح المستعار.

(٣) أي سواء دخلت السفينة في البحر أم لا، وسواء خرجت منه أم لا.

إلا أنه لا يجب التسليم إليه، أما جواز الرجوع للمالك لأنه الأصل في العارية، وأما عدم وجوب تعجيل التسليم لما فيه من الضرر على المستعير في التسليم الفوري.

وفائدة هذا الاحتمال أنه يجب على المستعير ردها فوراً بعد زوال الضرر، لأنه بعد فسخ المالك تكون العارية أمانة شرعية لا مالكية، والأمانة الشرعية يجب ردها فوراً في أول أوقات الرد، ويجب الرد بعد زوال الضرر مباشرة من غير مطالبة من المالك.

(٤) الضمير في قوله «بقبضه» يرجع إلى اللوح المستعار.

(٥) أي الأمر المستثنى الثاني في قول الشارح رحمه الله «ويستثنى آخران أيضاً»، وهو ما إذا أعار المالك ماله للمستعير حتّى يجعله رهناً عند الدائن بدين يأخذه منه، ففي هذا الفرض أيضاً لا يجوز للمعير الرجوع في العارية.

(٦) أي بعد وقوع الرهن. فلا يجوز للمالك الرجوع في العارية بعد رهنا وقد تقدم بحثه في كتاب الرهن.

(٧) أي وقد تقدّم في كتاب الرهن قول المصنّف رحمه الله «ولو استعار للرهن صحّ».

القول في الضمان

(٨) الضمير في قوله «وهي» يرجع إلى العارية.

بالتعدّي[١] أو التفريط) إلاّ ما استثنى[٢].

(وإذا استعار[٣] أرضاً) صالحةً للزرع والغرس والبناء عادةً **(غرس أو زرع أو**

---

(١) أي الإفراط. ولا خلاف ولا إشكال في كون العارية أمانة عند المستعير فلا يضمن للأخبار:

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا هلكت العارية عند المستعير لم يضمنها إلا أن يكون قد إشترط عليه)، وصحيحه الآخر عنه عليه السلام (صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان، وليس على المستعير عارية ضمان).

واستثنى منه مواضع.

منها: ما لو تعدى أو فرّط فلا خلاف في ضمانه إذ النصوص قد حكمت بأمانته ومع التعدي أو التفريط لا أمانة فتنقلب يده من يد ائتمان إلى يد عدوان فيضمن، هذا فضلاً عن أن المالك لم يأذن له بالتعدي أو التفريط يضمن.

ومنها: ما لو اشترط ضمانها عليه فيضمن لو تلفت بلا خلاف فيه ويدل عليه صحيح الحلبي الأول المتقدم، ومثله غيره.

ومنها: عارية الذهب والفضة وإن لم يشترط ضمانها وسيأتي الكلام فيها مفصلاً عند تعرض الماتن لها.

(٢) اعلم أنّ العارية لا تضمن إلاّ في موردين:

أ: إذا كانت ذهباً أو فضّةً.

ب: إذا شرط المعير ضمان المستعير في عقد العارية.

(٣) فاعله هو الضمير العائد إلى المستعير. يعني إذا أخذ الأرض من مالكها عاريةً جاز له أن يزرع أو يغرس أو يبني في الأرض المستعارة، وقد أطلق الأصحاب جواز الانتفاع بالعارية للمستعير، والمرجع في تقدير نوع الانتفاع منها وصفته وقدره إلى العرف بحسب العادة السارية فيه، فلو أعاره بساطاً اقتضت العادة بالانتفاع به بالفرش =

بنى) مخيّراً فيها[١] مع الإطلاق أو التصريح بالتعميم[٢].

وله[٣] الجمع بينها بحسب الإمكان، لأنّ ذلك كلّه انتفاع بتلك العين يدخل في الإطلاق أو التعميم.

ومثله[٤] ما لو استعار دابّة صالحة للركوب والحمل.

= ونحوه من الوجوه المتعارفة، ولو أعاره لحافاً اقتضت العادة بالانتفاع بـه غِطـاءاً ولا يجوز افتراشه لعدم جريان العادة بذلك، ولـو أعـاره حيوانـاً للحمـل اقتـضت العـادة بتحميله قدراً معيناً فلا تجوز الزيادة وهكذا.

ثم لو تعددت منافع العين المعارة، فإن عين المُعير نوعاً منها تعين لدوران جواز الانتفاع مدار الاذن، والاذن مقيّد بحسب الفرض، وإن عمّم جاز الانتفاع بجميع وجوه منافع العين كأن يُعيره الأرض وهي صالحة للغرس والزرع والبناء، والتعميم هو التنصيص على جواز الانتفاع بجميع المنافع فيجـوز للمـستعير ـ والحـال هـذه ـ عمـوم الانتفـاع لعموم الاذن.

وإن أطلق المعير إذنه فلم يقيده بنوع ولم ينص على التعميم فيجوز مطلق الانتفاع تمسكاً بإطلاق الاذن، وهو بمنزلة التعميم.

(١) الضمير في قوله «فيها» يرجع إلى الثلاثة المذكورة. يعني أنّ المالك إذا أعار الأرض ولم يقيّد الاستفادة منها تخيّر المستعير في الغرس والزرع والبناء فيها.

(٢) بأن يصرّح المالك بتخيّر المستعير في الانتفاع بالأرض المستعارة كيف شاء.

(٣) أي يجوز للمستعير أن يجمع بين التصرّفات الثلاثـة المـذكورة عنـد الإمكـان، بمعنـى جواز الزرع والغرس معاً في الأرض والبناء عليها عند الإمكان.

(٤) يعني ومثل استعارة الأرض المعدّة للزرع والغرس والبناء هو استعارة الدابّة الصالحة للركوب والحمل.

(لو عيّن[١] له جهة لم يتجاوزها) ولو إلى المساوي[٢] والأدون[٣]، عملاً بمقتضى التعيين واقتصاراً على المأذون.

---

(١) فاعله هو الضمير العائد إلى المعير، والضمير في قوله «له» يرجع إلى المستعير، وفي قوله «لم يتجاوزها» يرجع إلى الجهة المعيّنة من جانب المعير.

كان الكلام في المتقدم من ناحية لزوم العمل بإذن المعير، وكلامنا هنا في أنه لو أذن المعير للمستعير في الانتفاع من جهة من جهات منافع العين، فهل يجوز للمستعير أن يتعدى إلى الأضعف بالأولوية أو لا؟ كمن أعاره أرضاً للغرس فهل يجوز أن يزرع، والزرع أقل ضرراً من غرس الأشجار، ذهب جماعة منهم الشهيدان والمحقق والعلامة في التبصرة إلى عدم التعدي إلى المساوي فضلاً عن الأضعف اقتصاراً على القدر المأذون، لأصالة حرمة التصرف في مال الغير بغير إذنه، ولم يصدر من المعير إذن بالمساوي ولا بالأضعف.

وذهب بعضهم كالشيخ في المبسوط والحلي في السرائر وابن زهرة في الغنية إلى جواز التعدي إلى الأضعف للأولوية، وفيه: إنه من الجائز تعلق غرض المالك بالنوع الخاص من التصرف ومع هذا التعلق لا يتعدى في الاذن لعدم ملاحظة غير المأذون من قبل المالك.

وعن العلامة في التحرير والتذكرة جواز التخطي إلى المساوي أيضاً، وفيه: إنه قياس باطل إلا إذا علم أن التخصيص في الاذن من باب المثال، وبه يخرج عن موضع النزاع، إذ النزاع في التخصيص لا في التمثيل.

(٢) أي المساوي من حيث الضرر على المعير.

(٣) أي الأقلّ من حيث الضرر.

وقيل: يجوز التخطيّ إلى المساوي[١] والأقلّ ضرراً، وهو[٢] ضعيف، ودخول الأدون[٣] بطريق أولى ممنوع[٤]، لاختلاف الغرض في ذلك[٥].

نعم، لو علم انتفاء الغرض[٦] بالمعيّن اتّجه جواز التخطّي إلى الأقلّ، أمّا المساوي[٧] فلا[٨] مطلقاً[٩]، كما أنّه[١٠] مع النهي عن التخطّي يحرم[١١] .....

---

(١) كما إذا صرّح المعير بجواز الركوب على الدابّة، فيجوز للمستعير الانتفاع منها بحمل الصبيّ عليها أو بركوب ضيعة عليها.

(٢) الضمير في قوله «وهو» يرجع إلى القول بالتخطّي.

(٣) يعني والقول بدخول التصرّف الأقلّ في الإذن في التصرّف الأقوى بطريق أولى ممنوع، الأغراض تختلف في حقّ المعير.

(٤) خبر لقوله «دخول الأدون».

(٥) المشار إليه في قوله «ذلك» هو الإذن الصادر عن المعير.

(٦) فإذا علم انتفاء غرض المعير عن تعيين ركوب نفس المستعير على الدابّة المستعارة جاز له الانتفاع بركوب صبيّة.

(٧) كما إذا عيّن ركوب نفسه فإذاً لا يجوز ركوب أخيه أو ضيفه ولو كانا مساويين له في الانتفاع بالدابّة.

(٨) أي فلا يجوز التخطّي إلى المساوي.

(٩) أي سواء علم انتفاء الغرض أم لا.

سواء علم بانتفاء غرض المعير بالمعنى أم لا، وفيه: أنه مع العلم بانتفاء الغرض فيكون ذكر المعين من باب المثال، والتمثيل لا يصلح لتقييد الاذن بخلاف التخصيص.

(١٠) الضمير في قوله «أنّه» يرجع إلى شأن الكلام.

(١١) فاعله هو الضمير العائد إلى التخطّي.

مطلقا[١].

وحيث يتعيّن المعيّن[٢] فتعدّى إلى غيره[٣] ضمن[٤] الأرض، .....

---

(١) أي سواء علم انتفاء العض أم لا.

أي يحرم التعدي إلى الأدون والمساوي وهو معنى الإطلاق، ودليله أنه مع النهي فالتصريح بعدم التعدي وأن الاذن مقتصر على المعين ثابت.

(٢) يعني في صورة تعيّن جهة الانتفاع بالعين المستعارة يحكم بضمان المستعير عند تخطّيه عمّا عيّن إلى غيره.

(٣) الضمير في قوله «غيره» يرجع إلى المعيّن.

(٤) فاعله هو الضمير العائد إلى المستعير فهو ضامن.

كما لو أعاره الأرض للغرس فزرع أو بنى، والأول تعديه إلى الأدون، والثاني تعديه إلى الأشد، أو أعاره الأرض لغرس معين من الشجر فزرع صنفاً آخر مماثل له وهو تعديه إلى المساوي.

وعلى كل قمع التعدي هل يلزم المستعير الأجرة لمجموع ما فعل، أو يسقط منها مقدار أجرة المأذون فيه ويثبت الزائد خاصة، وقد يُستدل للأول بأنه تصرف في ملك الغير غير إذنه وهو مستلزم لثبوت الأجرة كملاً، ويستدل للثاني من أن المعير قد أباحه المنفعة المخصوصة فلا يجب لها عرض، نعم مع تخطيه إلى غيرها كان مقدار منفعة المأذون مباحاً له فيضمن الزائد ليس إلا، وقد قوّى الشارح الأول في الروضة هنا وفي المسالك.

وفصّل العلامة بين النهي عن التخطي وبين الإطلاق، فأوجب الأجرة كملاً مع النهي، وأسقط التفاوت مع الإطلاق، وأشكل عليه بعدم وضوح الفرق بينهما، لأن التخطي في الحالين غير مأذون فيه، غايته أن في النهي قد نص على المنع، وفي الإطلاق جاء المنع من إطلاق عدم الاذن، وهذا لا يوجب اختلافاً في الحكم المذكور، هذا كله مع كون العين المعارة تحت يده مضمومة بحيث لو تلفت فيطالب ببدله أو قيمتها، لأن يده يد عدوان حينئذٍ.

ولزمه[١] الأجرة لمجموع ما فعل من غير أن يسقط منها[٢] ما قابل المأذون على الأقوى، لكونه[٣] تصرّفاً بغير إذن المالك، فيوجب الأُجرة، والقدر المأذون فيه لم يفعله[٤]، فلا معنى لإسقاط قَدَره[٥].

نعم، لو كان المأذون فيه[٦] داخلاً في ضمن المنهيّ عنه، كما لو[٧] أذن له في تحميل الدابّة قدراً معيّناً[٨] فتجاوزه، أو في ركوبها[٩] بنفسه فأردف[١٠] غيره تعيّن إسقاط قدر المأذون، لأنّه[١١] بعض ما استوفي من المنفعة وإن .....

---

(١) أي يلزم المستعير أُجرة مجموع التصرّف في الأرض.

(٢) الضمير في قوله «منها» يرجع إلى الأُجرة. يعني لا يسقط من أُجرة التصرّف في الأرض أُجرة القدر المأذون في التصرّف فيه.

(٣) أي لكون تصرّفه تصرّفاً عدوانياً وبلا إذن من المالك، فتجب عليه أُجرة التصرّف مطلقاً.

(٤) الضمير الملفوظ في قوله «لم يفعله» يرجع إلى القدر المأذون فيه.

(٥) أي فلا معنى لإسقاط أُجرة القدر المأذون في التصرّف فيه.

(٦) أي لو كان التصرّف المأذون فيه داخلاً في التصرّف المنهيّ عنه.

(٧) هذا مثال لدخول التصرّف المأذون فيه في التصرّف المنهيّ عنه.

(٨) مثل ما إذا أذن المعير في تحميل الدابّة إلى فرسخ فحمّلها إلى فرسخين.

(٩) الضمير في قوله «ركوبها» يرجع إلى الدابّة. وهذا مثال ثانٍ للفروض المبحوث عنه.

(١٠) أر ركب المستعير وأخذ معه حين الركوب على الدابّة شخصاً آخر.

(١١) الضمير في قوله «لأنّه» يرجع إلى القدر المأذون فيه.

والفرق بين هذا الفرض والفرض السابق حيث قال عنه «من غير أن يسقط منها» هو أنّ المستعير خالف ما عيّن له في الفرض السابق، فعليه الأُجرة، وفي هذا الفرض زاد على التصرّف المأذون فيه.

ضمن[١] الدابّة أجمع.

(ويجوز له[٢] بيع غروسه وأبنيته[٣] ولو على غير[٤] المالك) على المشهور، .....

---

(١) فاعله هو الضمير العائد إلى المستعير. يعني وإن حكم بضمان المستعير للدابّة عند تخطّيه عن التصرّف المأذون فيه الداخل في التصرّف المتخطّى إليه.

ما يجوز للمستعير من البيع

(٢) الضمير في قوله «له» يرجع إلى المستعير. يعني يجوز للمستعير بيع ما غرسه في الأرض المستعارة.

(٣) وكذا يجوز له بيع البناء الذي بناء في الأرض المستعارة.

(٤) إذا أذن المعير للمستعير بغرس الأرض المعارة أو بالبناء فيها فغرس أو بنى فهل يجوز للمستعير أن يبيع غرسه وبناءه على غير المالك أو لا، بعد الاتفاق من دون إشكال على جواز البيع المذكور على المالك، لوجود المقتضي مع عدم المانع، فالأول لأن الغرس ملك للمستعير فيجوز بيعه لعموم أدلة مشروعية البيع، والثاني من عدم المانع من البيع لكون الغرس في أرض المشتري، فإذا اشتراها لا يمنعه أحدٌ من الوصول إليه مع عدم توقف الوصول على التصرف في ملك الغير.

وأما البيع على غير المالك فالمشهور على الجواز، وعن الشيخ في المبسوط العدم، ودليله أن الغرس في معرض القلع والبناء في معرض الهدم لأن المعير له سبيل على ملكه فمع البيع من المستعير تبطل العارية، لأن البيع منه فسخ، ولا يوجد إذن في بقاء الغرس أو البناء بين المالك والمشتري فيجوز للمالك حينئذٍ مطالبة المشتري بقلع غرسه وبنائه من أرضه، ومع احتمال القلع فيكون الغرس أو البناء في معرض التلف لعدم ماليته.

وفيه: إن احتمال قلعه لا يخرجه عن المالية المسوّغة لبيعه، فكما جاز بيع الحيوان المُشرف =

لأنّه[١] مالك غير ممنوع من التصرّف فيه[٢] فيبيعه[٣] ممّن شاء.

وقيل: لا يجوز بيعه[٤] على غير المعير، لعدم استقرار ملكه[٥] برجوع المعير،

= على التلف والعبد المُستحق للقتل من باب القصاص مع أنه في معرض التلف فكذلك مقامنا، وإذا جاز البيع لكونه مالاً فهو مملوك للمستعير والمستعير غير ممنوع من التصرف فيه فيجوز له بيعه ممن شاء وهو دليل المشهور.

والجارّ والمجرور في قوله «على غير المالك» يتعلّقان بقوله «بيع غروسه».

(١) فإن المستعير بالنسبة إلى الأشجار المغروسة في الأرض المستعارة والأبنية المبنيّة عليها مالك غير ممنوع من التصرّف فيها.

(٢) الضمير في قوله «فيه» يرجع إلى ما يملكه المستعير من الأشجار والأبنية.

(٣) فاعله هو الضمير العائد إلى المستعير، والضمير الملفوظ يرجع إلى ما يملكه من الأغراس والأبنية.

(٤) الضمير في قوله «بيعه» يرجع إلى ما يملكه المستعير من الأشجار والأبنية. فإنّ بعض الفقهاء قال بعدم جواز بيعه على غير مالك الأرض.

أقول: وجه المنع هو أنّ العارية في معرض الهدم والنقض من جهة جواز رجوع المعير، لكنّ الأقوى أنّ ما يبيعه المستعير مملوك له في حال بيعه، وهو غير ممنوع من التصرّف فيه، وتزلزل الملك لا يمنع من جواز بيعه كما في نظائره نحو الحيوان المبيع وهو مشرف على التلف.

(٥) الضمير في قوله «ملكه» يرجع إلى المستعير، والباء في قوله «برجوع» تكون للسببيّة. يعني أنّ عدم استقرار ملك المستعير إنّما هو بسبب جواز رجوع المعير في الأرض المستعارة.

وهو[١] غير مانع من البيع، كما يباع المشرف[٢] على التلف ومستحق[٣] القتل قصاصاً.

ثمّ إن كان المشتري جاهلاً بحاله[٤] فله[٥] الفسخ للعيب[٦] لا إن كان[٧] عالماً،

---

(١) الضمير في قوله «وهو» يرجع إلى عدم استقرار ملك المستعير.

(٢) قوله «المشرف» ـ بصيغة اسم الفاعل ـ صفة للمال المقدّر. وهذا استشهاد على انّ عدم استقرار المالك لا يكون مانعاً عن بيع المالك.

(٣) بالرفع، عطف على قوله «المشرف»، وهو نائب فاعل ثانٍ لقوله «يباع». وهذا هو الشاهد الثاني لعدم منع تزلزل الملك عن بيع ما يملك، وهو جواز بيع العبد المحكوم عليه بالقتل قصاصاً.

(٤) الضمير في قوله «بحاله» يرجع إلى المبيع، وهو الأشجار والأبنية التي أوجدها المستعير في الأرض المستعارة.

(٥) أي يجوز لمشتري الأشجار والأبنية المذكورة فسخ البيع الكذائي إذا كان جاهلاً بالحال.

أي يكون البائع مستعيراً، فله الفسخ لأن المبيع في غير أرض البائع مع جواز قلعه وهو عيب فيه، فله الفسخ بخيار العيب.

(٦) المراد من «العيب» هو كون الأشجار والأبنية في الأرض المستعارة.

(٧) اسم «كان» هو الضمير العائد على المشتري. يعني لو كان المشتري عالماً بكون الأشجار والأبنية في الأرض المستعارة لم يجز له الفسخ. لإقدامه على ذلك، بل يُنزّل المشتري منزلة المستعير، فكما أن المستعير عندما زرع كان يعلم بجواز فسخ المالك للعقد مع مطالبته بالقلع ويكون الضرر على المستعير لإقدامه على ذلك، فالمشتري مثله.

بل ينزّل[١] منزلة المستعير.

ولو اتّفقا[٢] على بيع ملكهما[٣] معاً بثمن واحد صحّ[٤]، ووزّع الثمن عليهما[٥]

---

(١) بصيغة المجهول، ونائب الفاعل هو الضمير العائد إلى المشتري. يعني ففي صورة علم المشتري بكون الأشجار والأبنية في الأرض المستعارة لا يجوز له فسخ البيع، بل يكون في حكم المستعير، بمعنى كونه بمنزلة المستعير.

أقول: فالغرس والبناء يتعلّقان بالمشتري، ويكون ملك فسخ العارية بيد مالك الأرض، وللمناقشة فيه مجال، لاختلاف أغراض المالك في عقد العارية.

(٢) يعني لو اتّفق مالك الأرض ومالك الأشجار والأبنية في بيع الأرض وما فيها في مقابل ثمن واحد صحّ بيعهما.

(٣) الضمير في قوله «ملكهما» يرجع إلى المالك والمستعير.

(٤) لو اتفق المعير والمستعير على بيع الأرض والغرس معاً بعقد واحدٍ، وأن يكون في قبالهما ثمنُ واحد، صح البيع بلا إشكال لكون الأرض والغرس ملكاً لهما، ويجوز لهما التصرف في ملكهما، ومن التصرف الجائز البيع.

(٥) أي على الأرض وما فيها من الأشجار والأبنية.

والتوزيع مبني على كون المالك هل يجوز له فسخ العارية قبل أوان حصاد الزرع أو لا، فعلى الول تُقوّم الأرض خالية وعلى الثاني مشغولة، ثم إن التوزيع مبني على كون المستعير هل له الحق في مطالبة المالك بالأرش على تقدير القلع أو لا، فعلى الأول يقوّم الزرع أنه مُستحق القلع الآن بالأرض للنقصان الحاصل فيه بسبب القلع، وعلى الثاني يُقوّم الزرع بأنه مُستحق القلع بدون أرش وإن نقصت قيمته بسبب القلع.

ثم على القول بدفع الأرش لا يجب على المستعير قلع زرعه عند الطلب قبل دفع الأرش من المالك، فلو لم يدفع الأرش جاز للمستعير إبقاء زرعه إلى حين الدفع، غير أن هذا الإبقاء مشروط بكونه بأجرة جمعاً بين منفعة الأرض للمالك وبين أرش المستعير، وعليه فيُقوّم الزرع بكونه مستحق القلع الآن بالأرش إلا أن عليه أجرة الأرض.

فيقسَّط على أرض مشغولة به[١] على وجه الإعارة مستحقَّ[٢] القلع بالأرش أو الإبقاء[٣] بالأُجرة أو التملّك[٤] بالقيمة مع التراضي، وعلى[٥] ما فيها مستحق[٦]

---

(١) يعني يقسم الثمن على الأرض في حال كونها مشغولة بالغرس والبناء.

(٢) أي على وجه كون مالك الأرض مستحقاً لقلع الأشجار والأبنية مع أدائه لأرش ما يقلع.

وهذا مبني على جواز فسخ المالك عقد الوديعة قبل أوان الحصاد لما فيه من ضررٍ على المستعير، ومبني على أن المستعير يستحق الأرش لو نقس الزرع بسبب القلع.

(٣) عطف على قوله «القلع». يعني أنّ المالك يكون مستحقاً لإبقاء الأشجار والأبنية على الأرض في مقابل أُجرتها.

أقول: إنّ اشتغال الأرض بالأشجار والأبنية على وجه الإعارة يقتضي كون مالك الأرض مستحقاً لقلع الغرس والبناء مع أداء الأرش، وكذا يقتضي كونه مستحقاً لإبقائها مع الأجرة، وقد لا يستحقّ شيئاً منهما، كما هو الحال في صورة تملّك المعير برضى المستعير.

(٤) عطف على قوله «القلع». يعني يكون المالك إمّا مستحقاً لقلع الغرس والبناء مع الأرش أو مستحقاً للإبقاء مع الأجرة، أو مستحقاً لتملّك الأشجار والأبنية بالقيمة مع رضى المستعير. وهو مبني على جواز الفسخ من قبل المالك قبّل أوان الحصاد.

(٥) هطف على قوله «على أرض مشغولة».

حاصل العبارة هو أنّ الثمن المأخوذ من المشتري يقسم على أرض مشغولة وعلى ما في الأرض من الأشجار والأبنية والحال أنّ مالك الأرض يستحقّ القلع، كما تقدّم تفصيله.

(٦) بالنصب، حال، وذو الحال هو «ما» الموصولة في قوله «على ما فيها». يعني أنّ ما هو موجود في الأرض المستعارة مستحقّ للقلع.

القلع على أحد الوجوه[١]، فلكلٍّ[٢] قسط ما يملكه.

(ولو نقصت العين) المعارة **(بالاستعمال[٣] لم يضمن)** المستعيرُ **النقصَ[٤]**،

---

(١) اللام في قوله «الوجوه» تكون للعهد الذكريّ، وهي ثلاثة:

أ: القلع مع الأرش.

ب: الإبقاء مع الأجرة.

ج: التملّك مع القيمة.

(٢) أي فلكلّ من المعير والمستعير قيمة ما يملكه من الأرض وما عليها.

فما للأرض فهو للمعير، وما للزرع فهو للمستعير، على أن التقويم المذكور تلحظ نسبته من الثمن فلو قُوّمت الأرض بأربعين والزرع بعشرة فيُقسّم الثمن أخماساً وهكذا.

عدم ضمان النقص الحاصل من الاستعمال

(٣) الباء تكون للسببيّة.

فلو نقصت العين المعارة أو تلفت بالاستعمال من غير تعدٍ أو تفريط فلا ضمان على المستعير، لأنه مأمون في الاستعمال وإن ترتب عليه النقصان أو التلف، ولصحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (لا غُرم على مستعير العارية إذا هلكت إذا كان مأموناً)[١]، ومثله غيره.

وقد نقل الشارع في المسالك قولاً لا يُعرف قائله بضمان العين لو تلفت بالاستعمال، لأن الظاهر عدم تناول إذن المعير لهذا الاستعمال المتعقّب بالتلف، على أن يكون ضمانها في آخر حالات وجودها.

وفيه: إنه اجتهاد في قبال النص فلا يقبل مع رد دعوى انصراف الاذن عن هذا الاستعمال بعد فرض عدم التعدي أو التفريط من المستعير.

(٤) مفعول لقوله «لم يضمن».

---

(١) الوسائل، الباب ـ١ـ من كتاب العارية، حديث ٣.

لإستناد التلف[١] إلى فعلٍ مأذون فيه ولو من جهة الإطلاق[٢].

وتقييده[٣] بالنقص قد يفهم أنّها[٤] لو تلفت به ضمنها[٥]، وهو[٦] أحد القولين في المسألة، لعدم[٧] تناول الإذن للإستعمال المتلف عرفاً وإن دخل[٨] في الإطلاق، فيضمنها[٩] آخرَ حالات التقويم.

---

(١) المراد من «التلف» هو النقص الحاصل في العارية بسبب انتفاع المستعير.

(٢) المراد من «الإطلاق» هو إطلاق الإذن الصادر عن المعير.

(٣) الضمير في قوله «تقييده» يرجع إلى المصنّف رحمه الله. يعني أنّ المصنّف قيّد العين بالاستعمال في قوله «لو نقصت العين بالاستعمال»، ولم يقل «لو تلفت»، فيفهم من هذا التقييد أنّ العين لو تلفت بالاستعمال حكم بضمان المستعير لهذا التلف.

(٤) الضمير في قوله «أنّها» يرجع إلى العين المستعارة، كما أنّ فاعل قوله «تلفت» هو الضمير العائد إلى العين، والضمير في قوله «به» يرجع إلى الاستعمال.

(٥) فاعله هو الضمير العائد إلى المستعير، والضمير الملفوظ يرجع إلى العين.

(٦) أي القول بضمان المستعير لتلف العارية الحاصل بالاستعمال هو أحد القولين في المسألة.

(٧) هذا دليل للقول بالضمان عند تلف العارية بسبب الاستعمال، وهو أنّ الإذن في الاستعمال لا يشمل الاستعمال المتلف.

(٨) أي وإن دخل الاستعمال المتلف أيضاً في إطلاق الإذن.

(٩) فاعله هو الضمير العائد إلى المستعير، والضمير الملفوظ يرجع إلى العارية. يعني يضمن المستعير العين حال كونها في آخر حالات قيمتها المختلفة بحسب الأزمنة، وهو يوم التلف.

وقيل: لا يضمن[١] أيضاً[٢] كالنقص، لما ذكر من الوجه[٣] وهو[٤] الوجه.

(ويضمن[٥] العاريةَ باشتراط الضمان)، عملاً بالشرط المأمور بالكون[٦] معه، سواء شُرط ضمان العين أم الأجزاء[٧] أم هما[٨]، فيتّبع .....

---

(١) يعني أنّ القول الآخر في المسألة المبحوث عنها هو عدم ضمان المستعير لو تلفت العارية بسبب الاستعمال.

(٢) يعني كما لا يحكم على المستعير بالضمان في فرض نقص العارية بالاستعمال كذلك لا يحكم عليه بالضمان عند التلف بالاستعمال أيضاً.

(٣) يعني أنّ الوجه الجاري في الحكم عند نقص العارية جارٍ عند تلفها أيضاً، وهو إطلاق الإذن الصادر عن المالك.

(٤) الضمير في قوله «وهو» يرجع إلى الوجه. يعني أنّ الوجه المذكور وجه وجيه وصحيح.

ضمان العارية

(٥) فاعله هو الضمير العائد إلى المستعير. يعني يحكم بضمانه باشتراط الضمان في العقد.

وقد تقدم أنه لا خلاف فيه لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام «إذا هلكت العارية عند المستعير لم يضمنها إلا أن يكون قد اشترط عليه»[١]، ومثله غيره.

(٦) أي المأمور بالعمل بالشرط، لقوله صلى الله عليه وآله: «المؤمنون عند شروطهم»[٢].

والضمير في قوله «معه» يرجع إلى الشرط.

(٧) كما إذا شرط ضمان أجزاء العارية.

(٨) ضمير «هما» يرجع إلى العين والأجزاء، كما إذا شرط ضمانِ العين وأجزائها معاً.

---

(١) الوسائل، الباب ـ١ـ من أبواب العارية، حديث١.

(٢) الوسائل، الباب ـ١ـ من أبواب المهور، حديث٤.

شرطه[١].

(وبكونها[٢] ذهباً أو فضّةً)، سواء .....

---

(١) الضمير في قوله «شرطه» يرجع إلى الضمان.

(٢) عطف على قوله «باشتراط الضمان». يعني ويحكم أيضاً بضمان المستعير عند كون العارية ذهباً أو فضّةً ولو لم يشترط الضمان، بلا خلاف في الدراهم والدنانير، وإنما الخلاف في غيرهما من المصوغ وغيره، وذهب إلى الاختصاص فخر المحققين والقطيفي وسيد الرياض وان بحمزة في الوسيلة لجملة من الأخبار الصريحة في الدرهم والدينار.

منها: صحيح ابن سنان عن أبي عيد الله عليه السلام (لا تُضمن العارية إلا أن يكون قد اشترط فيها ضمان، إلا الدنانير فإنها مضمونة وإن لم يشترط فيها ضماناً)[١]، وخبر عبد الملك بن عمرو عن أبي عبد الله عليه السلام (ليس على صاحب العارية ضمان إلا أن يشترط صاحبها إلا الدراهم فإنها مضمونة، اشترط صاحبها أو لم يشترط)[٢].

وعن الشيخ والعلامة والشهيدين ضمان مطلق الذهب والفضة للأخبار.

منها: صحيح زرارة (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: العارية مضمونة؟ فقال عليه السلام: جميع ما استعرت فتوى ـ أي هلك ـ فلا يلزمك تواه إلا الذهب والفضة، فإنهما يلزمان، إلا أن تشترط عليه أنه متى توى لم يلزمك تواه، وكذلك جميع ما استعرت فاشترط عليك لزمك، والذهب والفضة لازم لك وإن لم يشترط عليك)[٣]، وموثق إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله أو أبي إبراهيم عليه السلام (العارية ليس على مستعيرها ضمان، إلا ما كان من ذهب أو فضة، فإنهما مضمونان إشترطا أو لم يشترطا)[٤]. =

---

(١) الوسائل، الباب ـ٣ـ من كتاب العارية، حديث١ .

(٢) المصدر السابق، حديث٣ .

(٣) المصدر السابق، حديث٢ .

(٤) المصدر السابق، حديث٤ .

كانا[١] دنانير ودراهم أم لا على أصحّ القولين، لأنّ فيه[٢] جمعاً بين النصوص المختلفة[٣].

وقيل: يختصّ[٤] بالنقدين[٥]، استناداً إلى الجمع[٦] أيضاً، وإلى الحكمة[٧] الباعثة على الحكم[٨]، .....

= وصناعة الإطلاق والتقييد تقتضي حمل الذهب والفضة على الدنانير والدراهم، وأن الحكم بالضمان مختص بهما، غير أنّه قد ثبت في محله عدم حمل المطلق على المقيد إذا كانا مثبتين، ولذا توقف جماعة في الحكم في غير الدينار والدرهم منهم العلامة في التذكرة.

(١) اسم «كانا» هو الضمير العائد إلى الذهب والفضّة. يعني لا فرق في الحكم بالضمان بين كون العارية ديناراً من ذهب أو درهماً ن فضّة وبين كونهما غير مسكوكين.

(٢) الضمير في قوله «فيه» يرجع إلى القول بالضمان مطلقاً.

(٣) يعني أنّ النصوص الواردة في ضمان الذهب والفضّة مختلفة، فبالحكم بالضمان مطلقاً يجمع بينها، وسيأتي ذكر هذه الأخبار في الهوامش الآتية، فانتظر.

(٤) فاعله هو الضمير العائد إلى الضمان. فإنّ القول الآخر هو الحكم بالضمان المختصّ بالنقدين.

(٥) المراد من «النقدين» هو الدرهم والدينار.

(٦) يعني أنّ القول المذكور أيضاً مستند إلى الجمع بين الأخبار المختلفة الواردة في المسألة.

(٧) هذا هو المستند الثاني للقول باختصاص ضمان الذهب والفضّة بما إذا كانا درهماً ودیناراً لا ما إذا كانا غير مسكوكين.

(٨) وهو حكم الضمان والحاصل أن منفعة الدينار والدرهم منحصرة بالإنفاق وإذهاب العين، وعلى فرض وجود منفعة أخرى كالتزين مثلاً فهي ضعيفة بخلاف منفعة مطلق الذهب والفضة فهي غير منحصرة بالإنفاق بل لها منافع كثيرة والتزين منها، وعليه =

وهي[١] ضعف المنفعة المطلوبة منهما[٢] بدون الإنفاق، فكانت عاريتهُما[٣] موجبة

= فلما كانت منفعة الدينار والدرهم مختصة بإتلاف العين فيناسبها الحكم بالضمان، بخلاف منفعة الذهب والفضة فيناسبها عدم الضمان لأن منفعتها كثيرة في غير الإنفاق، إذ يستفيد المستعير بهما ويرجعهما إلى المالك.

ويُضعّف بأن هذا لا يصلح لتأسيس الحكم الشرعي لأنه مبني على الاستحسان، ولأن إعارة الدينار والدرهم إنما تصح على تقدير بقاء عينهما، وبقاء العين هو شرط في صحة العارية وعليه فما فرض من التعليل بإذهاب العين بالإتلاف منافٍ لمعنى العارية، ولأن ضعف المنفعة وقوتها لا مدخل له في اختلاف الحكم، كما لا يختلف حكم استعارة البعير وقطعة من الحصير.

(١) الضمير في قوله «وهي» يرجع إلى الحكمة الباعثة.

(٢) الضمير في قوله «منهما» يرجع إلى النقدين.

أقول: حاصل المستند الثاني للقول المبحوث عنه هو أنّ المنفعة المطلوبة من النقدين هي الإتفاق، ألا ترى إلى قوله تعالى: والذين يكنزون الذهب والفضّة ولا ينفقونها في سبيل الله فبشّرهم بعذاب أليم*يوم يحمى عليها من نار جهنّم فتكوى بها جباههم وجنوبهم وظهورهم هذا ما كنزتم لأنفسكم فذوقوا ما كنتم تكنزون﴾[١]، فإنّ النقدين إذا لم ينفقا فاتت المنفعة القويّة المطلوبة منهما ومن عاريتهما وإن كانت لا تخلو عن منفعة، لكنّها ضعيفة بالنسبة إلى المنفعة الموجودة في الإنفاق، وأيضاً توجب جعل النقدين في معرض التلف، فيحكم بضمانهما، لكونهما في معرض ما يوجب الضمان.

(٣) الضمير في قوله «عاريتهما» يرجع إلى الدرهم والدينار. يعني أنّ عارية النقدين توجب تلفهما ذاتاً، وهذا موجب للحكم بالضمان في عاريتهما.

---

(١) سورة التوبة، الآية: ٣٤ و ٣٥ ..

بالذات[١] لما يوجب التلف، فيضمنان[٢] بها.

ويضعّف[٣] بأنّ الشرط الانتفاع بهما[٤] مع بقائهما، وضعف[٥] المنفعة حينئذ لا مدخل له في اختلاف الحكم، وتقدير[٦] منفعة الإنفاق حكم بغير الواقع.

(ولو ادّعى) المستعير **(التلف[٧] حلف)، لأنّه[٨]** أمين، فيقبل .....

---

(١) يعني يمكن عدم تلفهما بالعرض، لكنّهما يكونان في معرض التلف بالذات عند عاريتهما.

(٢) بصيغة المجهول، ونائب الفاعل هو الضمير العائد إلى النقدين، والضمير في قوله «بها» يرجع إلى العارية.

(٣) أي يضعّف القول المذكور بأنّ الشرط في صحّة العارية هو إمكان الانتفاع بها مع بقاء العين، والشرط حاصل في إعارة النقدين.

(٤) الضميران في قوليه «بهما» و«بقائهما» يرجعان إلى النقدين.

(٥) هذا بيان لتضعيف استناد القول المذكور إلى الحكمة الباعثة المذكورة بأنّ ضعف المنفعة حينئذٍ لا دخل له في اختلاف الحكم.

(٦) هذا مبتدأ، خبره قوله «حكم بغير الواقع». يعني أنّ فرض انحصار وجه الانتفاع بالنقدين في الإنفاق في قوله «ضعف المنفعة المطلوبة منهما بدون الإنفاق» حكم لا واقعيّة له.

ادّعاء المستعير التلف

(٧) بالنصب، مفعول لقوله «ادّعى». فيحلف المستعير.

لأنه المنكر لموافقة قوله ظاهر الشرع من حيث كونه أميناً، وإن كان بحسب ظاهر كلامه مدعياً لأنه يدعي التلف.

(٨) الضمير في قوله «لأنّه» يرجع إلى المستعير.

قوله فيه[١] كغيره[٢]، سواء ادّعاه[٣] بأمر ظاهر[٤] أم خفيّ[٥]، ولإمكان[٦] صدقه[٧]، فلو لم يقبل قوله لزم تخليده الحبس.

---

(١) أي يقبل قول المستعير في تلف ما بيده.

(٢) أي كغير المستعير من المناء الذين تكون العين في أيديهم مثل الودعيّ والعامل في القراض ومَنْ كانت يده على العين بإذن المالك وغيرهما.

(٣) فاعله هو الضمير العائد إلى المستعير، والضمير الملفوظ يرجع إلى التلف.

(٤) مثال الأمر الظاهر الموجب للتلف هو الحرق والنهب.

(٥) مثال الأمر الخفيّ الموجب للتلف هو السرق.

(٦) هذا دليل آخر لقبول ادّعاء المستعير تلف العارية، وهو أنّه لو لم يقبل ادّعاء التلف بالحلف لزم أن يخلّد في الحبس، لعدم تمكّنه من إقامة البيّنة على التلف في بعض الموارد مثل السرق.

إيضاح: إذا طلب المعير عين ماله وادّعى بقاءها وأجاب المستعير بتلف العين بالسرق مثلاً فلو لم يقبل الحاكم قوله بالحلف وطالبه بإقامة البيّنة على تلف العين ولم يقدر المستعير عليها وكان صادقاً في الواقع إذاً يحكم الحاكم بحبسه، ويخلّد فيه.

(٧) الضمائر في أقواله «صدقه» و«قوله» و«تخليده» ترجع إلى المستعير وهذا تعليل ثانٍ لقبول قوله، فبالإضافة إلى أمانته يمكن أن يكون صادقاً في دعوى التلف فلو لم يقبل قوله مع يمينه لكان مدعياً وكان المُعير هو المنكر، فلو قدم قول المُعير مع يمينه لوجب على المستعير ردّ العارية وإذا نكل عن أداء حق الناس حُبس، وبما أن العين يتعذر عليه ردها لتلفها واقعاً لأن المقروض صدقه فيقتضي ذلك تخليده في السجن.

(ولو ادّعى[١] الردّ حلف المالكُ)، لأصالة عدمه[٢] وقد قبضه[٣] لمصلحة نفسه[٤]، فلا يقبل .....

ادّعاء المستعير الردّ

(١) فاعله هو الضمير العائد إلى المستعير. يعني لو ادّعى المستعير ردّ العارية إلى المالك وأنكره المالك سمع قول المالك بحمله على عدم الردّ.

فالمالك منكر إذ الأصل عدم الرد، وأمانة المستعير لا تقتضي تصديقه في الرد، لأن المستعير قد قبض لمصلحة نفسه بخلاف الودعي فإنه قد قبض لمصلحة المالك فالودعي محسن ولا سبيل على المحسن فكذا قُبل قول الودعي في الرد دون المستعير، إذا المستعير حينئذٍ ليس محسناً.

وفيه: لو كان المناط في تقديم قول الودعي هو إحسانه لجرى في الوكيل لو ادعى الرد، لأن الوكيل محسن حيث قبضه لمصلحة الموكل مع أنه وقع الإتفاق على عدم قبول قول الوكيل بالرد، وإنما القبول لقول الموكل مع يمينه، ومن هنا يستكشف أن الأمين مطلقاً إذا ادعى الرد فهو مدعٍ بحسب ظاهر كلامه فيقدم قول صاحبه المنكر، وأما الودعي فقد قبل قوله في الرد للنص، وهو مرسل الصدوق عن الصادق عليه السلام «عن المُودَع إذا كان غير ثقة هل يقبل قوله؟ قال عليه السلام: نعم ولا يمين عليه»[١].

(٢) الضمير في قوله «عدمه» يرجع إلى الردّ.

(٣) الواو في قوله «وقد قبضه» تكون للحاليّة، وفاعله هو الضمير العائد إلى المستعير، والضمير الملفوظ يرجع إلى المال.

(٤) الضمير في قوله «نفسه» يرجع إلى المستعير. يعني أنّ علّة تقدّم قول المالك فيما إذا كان الخلاف في الردّ هي أخذ المستعير العارية لمصلحة نفسه، بخلاف الوديعة، فإنّ قبض الودعيّ يكون لمصلحة المالك.

---

(١) الوسائل، الباب ـ٤ـ من أبواب الوديعة، حديث٧.

قوله[١] فيه، بخلاف الودعيّ.

ومعنى عدم قبول قوله[٢] فيه الحكم بضمانه للمثل[٣] أو القيمة[٤] حيث يتعذّر العين[٥] لا الحكم بالعين مطلقاً[٦]، لما تقدّم[٧] في دعوى التلف.

---

(١) أي لا يقبل قول المستعير في الردّ.

(٢) يعني أنّ المقصود من عدم قبول قول المستعير في ردّ العارية أنه يُلزم بالرد لو حلف المعير، فإن كانت العين موجودة عنده على تقدير كذب دعواه فهو، وإن كانت العين غير موجودة عنده على تقدير صدقة فالحكم عليه بالرد هو الحكم بضمان مثلها أو قيمتها.

وبما أن واقع حاله غير معلوم لنا فيحكم عليه بدفع المثل أو القيمة من أجل عدم تخليده في الحبس، لأنه مع الحكم عليه برد العين وكانت العين متعذرة لعدم وجودها عنده فيُحبس لنكوله عن أداء حق الناس حتى يرد، ومع تعذر الرد يُخلّد.

(٣) كما إذا كانت العارية مثليّاً مثل الدراهم والدنانير.

(٤) كما إذا كانت العارية قيميّاً مثل الثوب والحيوان.

(٥) أي الحكم بضمان المستعير لمثل العارية أو لقيمتها إنّما هو في صورة تعذّر أدائه للعين لا ما إذا أمكن أداء عين العارية.

(٦) سواء تعذّر ردّ العين أم لا.

(٧) يعني أنّ الحكم بأداء المثل أو القيمة إنّما هو لما تقدّم في دعوى المستعير تلف العين حيث قال الشارح ﷺ «فلو لو يقبل قوله لزم تخليده الحبس»، ففي المقام أيضاً لو كلّف المستعير بأداء عين العارية عند التعذّر لزم تخليده في الحبس.

(وللمستعير الاستظلال[١] بالشجر) الذي غرسه[٢] **في الأرض المعارة للغرس وإن استلزم[٣] التصرّف في الأرض بغير الغرس[٤]، لقضاء .....**

استظلال المستعير والمعير

(١) إذا استعار أرضاً للغرس فغرسها فهل يجوز للمعير دخول الأرض والاستظلال بالشجر أو لا، لا إشكال في جواز الدخول إلى الأرض لأنها ملكه فله الدخول إليها في أي وقت شاء، ويجوز له أن يستظل بشجرها وإن كان الشجر ملكاً لغيره، لأنه حال الاستظلال جالس في ملكه كما لو جلس في أملاكه الأخرى غير المُعارة واتفق له التظليل بشجر غيره، أو جلس في ارض مباحة واتفق له التظليل بشجر غيره. ثم هل يجوز للمستعير دخول الأرض والاستظلال أو لا، لا إشكال في جواز دخول المستعير إلى الأرض، لأن الشجر ملكه فله الدخول لأجل الشجر بأن يسقيه ويحرسه ويهذبه ونحو ذلك وليس له أن يدخل لغرض آخر غير ما يتعلق بمصلحة الشجر والثمر كالتفرج، لأن الاستعارة وقعت لمنفعة معينة فلا يتعداها.

وأما الاستظلال فإن جاز الدخول لمصلحة الشجر فيجوز له الاستظلال حال كون الدخول جائزاً، وإن كان الدخول ممنوعاً كما لو كان للتفرج فلا يجوز له الاستظلال لأنه تصرف منهي عنه.

هذا وقال الشارح في المسالك: (تنبيه: يعلم من قولهم إن المستعير ليس له الدخول للتفرج أنه لا يجوز لأحدٍ الدخول إلى أرض غيره للتفرج بطريق أولى إلا بإذن المالك) انتهى.

(٢) الضمير الملفوظ في قوله «غرسه» يرجع إلى الشجر.

(٣) فاعله هو الضمير العائد إلى الاستظلال.

(٤) يعني وإن كان الاستظلال من الشجر يستلزم تصرّفاً في الأرض المعارة بتصرّف غير غرس الشجر فيها.

العادة به[١]، كما يجوز له[٢] الدخول إليها لسقيه[٣] وحرثه وحراسته وغيرها[٤]، وليس له[٥] الدخول لغير غرض يتعلّق بالشجر كالتفرّج[٦].

(وكذا) يجوز (للمعير) الاستظلال بالشجر المذكور[٧] وإن كان[٨] ملكاً لغيره، لأنّه[٩] جالس في ملكه، كما لو جلس في غيره[١٠] من أملاكه، فاتّفق له[١١] التظلّل بشجر غيره، أو في المباح[١٢] كذلك[١٣].

---

(١) الضمير في قوله «به» يرجع إلى الاستظلال.

(٢) الضمير في قوله «له» يرجع إلى المستعير، وفي قوله «إليها» يرجع إلى الأرض المعارة.

(٣) الضمائر في أقواله «لسقيه» و«حرثه» و«حراسته» ترجع إلى الشجر.

(٤) أي وغير التصرّفات المذكورة ممّا له تعلّق بالشجر المغروس.

(٥) الضمير في قوله «له» يرجع إلى المستعير.

(٦) تَفَرَّجَ الغَمُّ: تكشّف (المنجد).

(٧) يعني كما يجوز لصاحب الشجر الاستظلال به في ارض المالك كذلك يجوز للمعير الاستظلال بالشجر المذكور.

(٨) اسم «كان» هو الضمير العائد إلى الشجر. يعني وإن كان الشجر ملكاً لغير المعير.

(٩) أي لأنّ المعير حين الاستظلال يجلس في ملك نفسه، وهو الأرض المغروس فيها الشجر.

(١٠) أي كما يجوز له الجلوس في ملك له غير الأرض المغروس فيها الشجر. يعني في سائر أملاكه، ثمّ اتّفق له استفادته من ظلّ أشجار الغير.

(١١) الضميران في قوليه «له» و«غيره» يرجعان إلى المعير.

(١٢) عطف على قوله «في غيره». يعني كما يجوز للجميع الاستظلال حين الجلوس في الأرض المباحة مثل الطرق والأسواق والميادين وغيرها.

(١٣) أي فاتّفق له الانتفاع بظلّ شجر غيره.

وكذا يجوز له[١] الانتفاع بكلّ ما لا يستلزم التصرّف في الشجر.

(ولا يجوز) للمستعير **(إعارة العين[٢] المستعارة إلاّ بإذن المالك)**، لأنّ الإعارة إنّما تناولت[٣] الإذن له[٤] خاصّةً.

نعم، يجوز له استيفاء المنفعة بنفسه[٥] ووكيله، لكن لا يعدّ ذلك[٦] إعارةً، لعود المنفعة إليه[٧] لا إلى الوكيل.

وحيث يعير[٨] يضمن .....

---

(١) الضمير في قوله «له» يرجع إلى المعير. يعني وكذا يجوز للمعير التصرّف في الأرض المعارة والانتفاع بها بأيّ نحو شاء بشرط عدم استلزامه التصرّف في الشجر المغروس.

إعارة المستعير للعين المستعارة

(٢) أي لا يجوز لمن استعار العين أن يعيرها غيره إلاّ بإذن المالك.

بلا إشكال ولا خلاف ضرورة اقتضاء عقد العارية إباحة المنافع لخصوص المستعير، لا تمليكه إياها حتى يتملكها ثم يعيرها إلى غيره، نعم يجوز للمستعير أن يستوفي المنفعة بنفسه أو وكيله، ولا]تعدْ ذلك إعارة الوكيل، لأن المنفعة عائدة إلى المستعير لا إلى الوكيل.

(٣) فاعله هو الضمير العائد إلى الإعارة. يعني أنّ الإعارة لا تفيد إلاّ الإذن للمستعير خاصّةً لا لغيره.

(٤) الضمير في قوله «له» يرجع إلى المستعير.

(٥) الضميران في قوليه «بنفسه» و«وكيله» يرجعان إلى المستعير.

(٦) المشار إليه في قوله «ذلك» هو استيفاء وكيل المستعير للمنفعة. يعني أنّ الاستيفاء الكذائيّ لا يعدّ إعارةً، لأنّ الوكيل بمنزلة نفس الموكّل..

(٧) الضمير في قوله «إليه» يرجع إلى المستعير.

(٨) فاعله هو الضمير العائد إلى المستعير. يعني إذا لم يجز المعير إعارة العارية لغير =

العين[١] والمنفعة، ويرجع المالك على من شاء منهما[٢].

فإن رجع[٣] على المستعير الأوّل يرجع[٤] على الثاني الجاهل[٥] إلاّ أن تكون العارية مضمونة[٦]، .....

= المستعير وخالفه المستعير وأعارها حكم بضمانه للعين والمنفعة. لعدوانه، وكذا يضمن المستعير الثاني العين لو تلفت تحت يده لعدم الإذن له من قبل المالك.

ويرجع المالك على أيهما شاء بأجرة المثل عن مدة الإعارة الثانية، لضمان كلٍ منهما منافع المعين المستوفاة وغير المستوفاة، لمالية المنفعة مطلقاً وقد فُوّتت على المالك فيضمنها الأول لعدوانه، والثاني لعدم إذن المالك له.

(١) أي عين العارية ومنفعتها.

(٢) الضمير في قوله «منهما» يرجع إلى المستعير الأوّل والمستعير الثاني.

(٣) أي لو رجع المالك على المستعير الأول بأجرة المثل وببدل العين لو تلفت فلا يرجع الأول على الثاني، إن كان الثاني جاهلاً بكونها عارية إذا كانت العارية مضمونة عليه على كل حال كعارية الذهب والفضة فيرجع الأول عليه حينئذٍ، لأن الثاني ضامن لها على كل حال.

وإن كان الثاني عالماً بكونها عارية من غير إذن مالكها فيرجع الأول عليه، لأن الضمان يستقر على من تلفت العين تحت يده، والمقروض أنها تلفت تحت يد الثاني، وتكون المسألة حينئذٍ كتعاقب الأيدي الغاصبة على العين مع استقرار الضمان على من تلفت العين عنده.

(٤) فاعله هو الضمير العائد إلى المستعير الأوّل.

(٥) أي المستعير الثاني الذي يكون جاهلاً بكون ما يستعيره من الأوّل عاريةً.

(٦) يعني إذا كانت العين المستعارة مضمونة على المستعير الثاني ـ كما إذا شرط الأوّل على الثاني الضمان ـ جاز رجوعه إلى الثاني.

فيرجع[١] عليه ببدل العين خاصّةً[٢].

ولو كان[٣] عالما استقرّ[٤] الضمان عليه كالغاصب[٥].

وإن[٦] رجع على الثاني[٧] رجع[٨] على الأوّل[٩] .....

---

(١) فاعله هو الضمير العائد إلى المستعير الأوّل، والضمير في قوله «عليه» يرجع إلى المستعير الثاني. يعني إذا شرط المستعير الأوّل الضمان على الثاني جاز له الرجوع إليه ببذل العين خاصّةً، ولم يجز له الرجوع بمنفعتها.

(٢) فلا يجوز له الرجوع بمنفعة العين، لكون المستعير الثاني جاهلاً، كما هو الفرض.

(٣) اسم «كان» هو الضمير العائد إلى المستعير الثاني. يعني لو كان الثاني عالماً بأنّ العين المعارة ليست متعلّقة بالمستعير الأوّل كان الضمان مستقراً على عهدة المستعير الثاني وثابتاً في ذمّته.

(٤) أي ثبت ضمان العارية في الفرض المذكور في عهدة المستعير الثاني.

والضمير في قوله «عليه» يرجع إلى المستعير الثاني.

(٥) أي كما يستقرّ الضمان بالأخير على عهدة الغاصب إذا أعطى المغصوب غيره وهو جاهل بكونه غصباً.

(٦) عطف على قوله «فإن رجع على المستعير الأوّل». يعني وإن رجع المالك إلى المستعير الثاني فهو يرجع إلى المستعير الأوّل.

(٧) أي ولو رجع المالك على المستعير الثاني فإن كان عالماً لا يرجع إلى المستعير الأول لاستقرار الضمان عليه، إذ لو رجع لكان قد أتلف العين بدون عوض، وإن كان جاهلاً رجع على الأول، لأن الأول قد غرّه بأن العارية له، والمغرور يرجع على غرّه، إلا أن تكون العارية مضمونة فلا يرجع الثاني على الأول وإن كان الثاني جاهلاً لأنها مضمونة عليه على كل حال مع علمه بأنها عارية وإن جهل بأنها لغير المستعير الأول.

(٨) فاعله هو الضمير العائد إلى المستعير الثاني.

(٩) أي على المستعير الأوّل.

بما[١] لا يَرجِع[٢] عليه[٣] به لو رجع[٤] عليه، لغروره[٥].

(ولو شرط[٦] سقوط الضمان في الذهب والفضّة .....

---

(١) يعني يرجع الثاني على الأوّل بشيء من المنافع لا يرجع فيه المستعير الأوّل على الثاني، كما تقدّم.

(٢) بصيغة المضارع المعلوم، وفاعله هو الضمير العائد إلى المستعير الأوّل.

(٣) الضمير في قوله «عليه» يرجع المستعير الثاني، وفي قوله «به» يرجع إلى «ما» الموصولة التي يراد منها المنافع. أي لا يرجع المستعير الأوّل على المستعير الثاني بتلك المنافع التي استوفاها المستعير الثاني.

(٤) فاعله هو الضمير العائد إلى المالك، والضمير في قوله «عليه» يرجع إلى المستعير.

الأول: أي لو رجع المالك على الأول، وهذا لا يكون إلا في صورة جهل الثاني حال كون العارية غير مضمونة.

(٥) الضمير في قوله «لغروره» يرجع إلى المستعير الثاني.

حاصل العبارة أعني قوله «وإن رجع على الثاني رجع على الأوّل بما لا يرجع عليه به لو رجع عليه، لغروره» وهو أنّ المستعير الثاني إذا جهل بكون العين المعارة ليست ملكاً للمعير الثاني ورجع المالك عليه فله الرجوع على المستعير الأوّل بكلّ ما غرمه للمالك حتّى بالنسبة إلى بدل المنافع التي أخذها المالك منه.

وأمّا المستعير الأوّل فلا يجوز له الرجوع على المستعير الثاني ببدل المنافع التي استوفاها من العين المعارة لو رجع المالك عليه ببدل تلك المنافع المستوفاة، لأنّه هو الذي سلّطه على استيفاء تلك المنافع مجّاناً، فهو الذي غرّه بالعارية الكذائيّة فكيف يرجع فيها على من اغترّ به، وهو المستعير الثاني، نعم، أنّ المستعير الأوّل يغرم كلّ ذلك للمالك، لأنّه غاصب بالنسبة إلى ما هو ملك للمالك.

(٦) بصيغة المعلوم، والفاعل هو الضمير العائد إلى المستعير.

صحّ[١])،عملاً[٢] بالشرط.

(ولو شرط[٣] سقوطه مع التعدّي أو التفريط احتمل[٤] الجواز)، لأنّه[٥] في قوّة

---

(١) جواب شرط، والشرط هو قوله «لو شرط».

أي صح شرط الإسقاط لعموم (المؤمنون عند شروطهم)، ولخصوص صحيح زرارة (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: العارية مضمونة؟ فقال عليه السلام: جميع ما استعرت فتوى فلا يلزمك تواه، إلا الذهب والفضة، فإنهما يلزمان إلا أن تشترط عليه أنه متى توى لم يلزمك تواه).

(٢) أي استناداً إلى قوله صلى الله عليه وآله: «المؤمنون عند شروطهم».

(٣) هذا أيضاً بصيغة المعلوم، والفاعل هنا أيضاً هو الضمير العائد إلى المستعير، والضمير في قوله «سقوطه» يرجع إلى الضمان.

(٤) يعني إذا شرط المستعير في عقد العارية سقوط ضمانه مع الإفراط والتفريط في العارية احتمل جواز الشرط المذكور في مقابل الاحتمال الآخر المشار إليه في قوله الآتي «ويحتمل عدم صحّة الشرط».

وقيل: يصح الشرط لعموم (المؤمنون عند شروطهم)، ولأن معنى شرط سقوط الضمان عند التعدي هو الإذن في إتلافه، وإذا أذن في التلف لا يضمن التالف كما لو أمره بإلقاء ماله في البحر.

وقيل: لا يصح الشرط باعتبار إنه إسقاط للواجب قبل وجوبه، إذ الضمان مسبّب عن التعدي أو التفريط لا قبلهما فكيف يسقط قبل حصول سببه، فإسقاط الضمان بمعنى الإبراء ولا يصح الإبراء مما لم يجب.

(٥) الضمير في قوله «لأنّه» يرجع إلى الشرط المذكور. يعني أنّ الشرط يكون بمنزلة الإذن للمستعير في إتلاف مال المعير.

الإذن له[١] في الإتلاف، فلا يستعقب[٢] الضمان، (كما لو أمره[٣] بإلقاء متاعه في البحر).

ويحتمل[٤] عدم صحّة الشرط، لأنّهما[٥] من أسباب الضمان، فلا يعقل إسقاطه[٦] قبل وقوعه[٧]، لأنّه[٨] كالبراءة ممّا لم يجب.

والأوّل[٩] أقوى.

---

(١) الضمير في قوله «له» يرجع إلى المستعير.

(٢) فاعله هو الضمير العائد إلى الإتلاف.

(٣) فاعله هو الضمير الراجع إلى المعير، والضمير الملفوظ يرجع إلى المستعير، والضمير في قوله «متاعه» يرجع إلى المعير.

(٤) هذا مقابل للاحتمال الأوّل، وهو سقوط الضمان بالشرط، ومفاد هذا القول هو عدم صحّة الشرط المذكور.

(٥) يعني أنّ التعدّي والتفريط موجبان لضمان المستعير العارية، فلا يصحّ إسقاط الضمان قبل وقوع سببه، لأنّ هذا من قبيل إسقاط ما لم يجب.

(٦) الضمير في قوله «إسقاطه» يرجع إلى الضمان.

(٧) أي قبل وقوع سبب الضمان. يعني أنّ دليل احتمال عدم صحّة إسقاط الضمان مع التعدّي والتفريط هو كون هذا الشرط من قبيل إسقاط ما لم يجب، كما أشرنا إليه في الهامش السابق.

(٨) الضمير في قوله «لأنّه» يرجع إلى الإسقاط، وقوله «لم يجب» أي لم يثبت.

(٩) يعني أنّ الاحتمال الأوّل بين الاحتمالين المذكورين هو الأقوى.

(ولو قال الراكب[١]: أعرتنيها[٢]، وقال المالك: آجرتكها[٣] حلف الراكب[٤])، لاتفاقهما[٥] على أن تلف[٦] المنافع وقع على ملك المستعير، وإنما يختلفان في الأُجرة، والاصل براءة ذمته[٧] منها.

(وقيل): يحلف (المالك)[٨]، .....

القول في اختلاف الراكب والمالك

(١) يعني لو اختلف مالك الدّابة وراكبها بأن قال الراكب: أعرتنيها، وقال المالك: آجرتكها قدّم قول الراكب بالحلف.

(٢) بصيغة المخاطب، والضمير الملفوظ الثالث يرجع إلى الدابّة.

(٣) هذا أيضاً بصيغة المخاطب، والضمير الملفوظ الثالث يرجع إلى الدّابّة.

(٤) فالقول قول الراكب مع يمينه كما عن الشيخ وابن زهرة وأول الشهيدين والأردبيلي، لأنّ المالك مدع للأُجرة والراكب ينكرها، والأصل عدم اشتغال ذمة الراكب بالأُجرة.

(٥) يعني أنّ المالك والراكب متّفقان على أنّ الانتفاع بمنافع الدّابة وقع في زمان كونها ملكاً للمستعير إمّا بالعارية أو بالإجارة، فيرجع الخلاف بينهما إلى استحقاق الملاك الأُجرة وعدمه، والأصل هو البراءة.

(٦) المراد من التلف هو الاستيفاء.

(٧) الضمير في قوله «ذمّته» يرجع إلى المستعير، وفي قوله «منها» يرجع إلى الأُجرة.

(٨) يعني أنّ القول الآخر هو تقدّم قول المالك بالحلف على كون الدّابة مستأجرة على المشهور، لأنّ المنافع مالٌ للمالك كالعين فالأصل ملكية المالك للمنافع والراكب يدعي ملكيتها بغير عوض، وهو على خلاف الأصل المتقدم، فهو المدّعي والمالك منكر فيقدم قول المالك مع يمينه.

وقول الراكب الموافق لأصالة عدم اشتغال ذمّته بالأُجرة لا يجعله منكراً مطلقاً، بل يجعله منكراً بالنسبة إلى القيمة التي يدّعيها المالك فقط، ولا يجعله منكراً مطلقاً لأنه =

لأنّ المنافع[١] أموال كالأعيان فهي بالأصالة لمالك العين فادّعاء الراكب ملكيّتها بغير عوض على خلاف الأصل[٢]، وأصالة براءة ذمّته[٣] إنّما تصحّ من خصوص ما ادّعاه المالك[٤]، لا من مطلق الحق[٥] بعد استيفائه[٦] منفعة ملك غيره.(وهو[٧] أقوى)، ولكن[٨] لا يقبل .....

= معترف باستيفاء منافع الغير.

وعليه، فإذا حلف المالك سقطت دعوى الراكب بالإعارة وتثبت دعوى المالك بأنها مستأجرة، ولكن لا تثبت أُجرة المسمى من قبل المالك، لأنّ المالك بخصوصها مدعٍ والراكب ينفيها بدعواه العارية، ولا يمكن الأخذ بقول الراكب فتنتفي أُجرة المسمى وتثبت أُجرة المثل.

(١) يعني أنّ منافع الأعيان أيضاً أموال، فكما أنّ الأعيان نفسها تتعلّق بالمالك أصالةً كذلك منافعها أيضاً تتعلّق بالمالك.

(٢) فإنّ الأصل يقتضي استحقاق الراكب لمنافع الدّابة بالعوض لا مجّاناً.

(٣) الضمير في قوله «ذمّته» يرجع إلى الراكب، يعني أنّ أصالة البراءة التي استندوا إليها في الاحتمال الأوّل لا يصحّ الاستناد إليها إلّا في القدر المعيّن الذي يدّعيه المالك لا بالنسبة إلى مطلق الحقّ.

(٤) وهو المقدار المعيّن الذي يدّعيه المالك.

(٥) حتّى جميع المنافع المستوفاة.

(٦) الضميران في قوليه «استيفائه» و«غيره» يرجعان إلى الراكب.

(٧) الضمير في قوله «وهو» يرجع إلى القول الثاني، وهو تقدّم قول المالك بالحلف.

(٨) استدراك عن قوله «وهو أقوى». يعني أنّ القول بتقدّم قول المالك المدّعي كون الدابّة مستأجرة لا مستعارة أقوى لكن لا مطلقاً أي حتّى في دعوى المالك للأُجرة، لأنّه في ذلك مدّعٍ.

قوله[١] فيما يدّعيه من[٢] الأجرة، لأنّه[٣] فيها مدّعٍ، كما أن الراكب بالنسبة إلى العارية[٤] مدّعٍ، بل يحلف[٥] على نفي العارية.

(**ويثبت له**[٦] **أجرة المثل**)، لثبوت أنّ الراكب تصرّف في ملك غيره[٧] بغير تبرّع منه، (**إلّا أن تزيد**) أُجرة[٨] المثل (**على ما ادّعاه**) المالك[٩] (**من**[١٠] **المسمّى**) فيثبت

---

(١) الضمير في قوله «قوله» يرجع إلى المالك.

(٢) هذا بيان لـ «ما» الموصولة. يعني لا يقبل قول المالك في الأُجرة.

(٣) الضمير في قوله «لأنّه» يرجع إلى المالك، وفي قوله «فيها» يرجع إلى الأُجرة المعيّنة. يعني أنّ المالك بالنسبة إلى الأُجرة مدّعٍ يحتاج إلى البيّنة.

(٤) فلا يقبل قول الرّاكب في دعواه العارية إلّا أن يقيم عليه البيّنة.

(٥) فاعله هو الضمير العائد إلى المالك. يعني أنّ المالك لا يقبل قوله في الأُجرة. والراكب أيضاً لا يقبل قوله في دعواه العارية، فإذاً يحلف المالك على عدم كون الدّابة مستعارة، فيثبت له أجرة مثل الدّابة لا الأُجرة التي يدّعيها.

(٦) الضمير في قوله «له» يرجع إلى المالك.

(٧) فبدعوى المالك وحلفه على نفي العارية يثبت تصرّف الراكب في ملك الغير بغير تبرّع منه بلا أن يكون مجّاناً.

(٨) بالرفع، فاعل لقوله «تزيد». يعني لو زادت أُجرة المثل عن مقدار يدّعيه المالك ـ كما إذا كان ما يدّعيه المالك خمسين ديناراً وكانت أجرة المثل مائة ـ فلا يكون إذاً للمالك أزيد ممّا يدّعيه.

(٩) فاعل لقوله «ما ادّعاه».

(١٠) بيان لـ «ما» الموصولة في قوله «ما ادّعاه».

المسمّى، لاعترافه[١] بعدم استحقاقه سواه[٢].

ويشكل[٣] بأنّ المالك يدّعي الزائد من .....

---

(١) الضميران في قوليه «لاعترافه» و«استحقاقه» يرجعان إلى المالك.

(٢) الضمير في قوله «سواه» يرجع إلى المسمّى وهو اختيار العلّامة في القواعد أيضاً.

(٣) فاعله هو الضمير العائد إلى ثبوت أُجرة المثل. يعني أنّ القول بحلف المالك وثبوت أُجرة المثل له مشكل، لأنّه إذا كان مدّعياً لأزيد منها وكان الراكب نافياً لما يدّعيه المالك فالحكم بإعطاء الراكب لمقدار أجرة المثل خاصّة لا الزائد عنها يحتاج إلى دليل شرعيّ، وهو غير موجود في المقام، لأنّه ليس في المقام سوى حلف المالك على نفي العارية التي يدّعيها الراكب، والحلف كذلك ليس حلفاً على نفي الإجارة ولا على نفي الأُجرة التي يدّعيها المالك، كما أنّ الحلف المذكور لا يثبت الإجارة أيضاً.

وأمّا إثبات أقلّ الأمرين من المسمّى وأُجرة المثل فهو شيء مسلّم، لكنّ البحث إنّما هو عن الدّليل على نفي الزائد عن أُجرة المثل، وأيّ دليل في المقام مستند إليه في نفي الزائد؟!

والحاصل أنّ الزائد عن أُجرة المثل لا يندفع إلّا بحلف الراكب على نفيه، فإذا حلف أو نكل يحكم بمقتضاهما، بمعنى أنّ الراكب إذا حلف على عدم الزائد عن أُجرة المثل لم يجز للمالك أخذ الزائد، وإذا نكل عن الحلف وتحمّله المالك حكم بالزائد للمالك.

فلا يصحّ نفي الزائد المذكور إلّا بحلف الراكب، لأنّه المنكر للأُجرة مطلقاً، مع أنّ المشهور لم يُلزموا الراكب بيمين على نفيه كما ألزموا المالك بيمين على نفي العارية.

وبهذا يضعف قول المشهور، وأنّ الأقوى أنهما يتحالفان، لأنّ كلاً منهما مدّعٍ ومنكر، فالمالك مدّعٍ للإجارة ومنكرٌ للإعارة والراكب بالعكس وهذا مورد التحالف، فيحلف المالك على نفي العارية ويحلف الراكب على نفي الأجرة المدّعاة من قبل المالك، وتثبت أجرة المثل لاعتراف الراكب باستيفاء منافع ملك الغير، إلّا أن تكون أجرة المسمّى أقل، فيثبت الأقل لاعتراف المالك بعدم استحقاقه سوى المسمّى، وهذا ما عليه العلّامة في المختلف والشهيد في بعض تحقيقاته وتبعهما جماعة عليه.

الأُجرة[١] على تقدير زيادة ما يدّعيه[٢] عن أُجرة المثل، والراكب ينفيه[٣]، فلا بدّ من وجه[٤] شرعيّ يقتضي نفيه[٥]، وحلفه[٦] على نفي الاعارة لم يدل على نفي الاجارة، كما لم يدلّ[٧] على إثباتها، وإثبات أقل الأمرين[٨] باليمين[٩] مسلّم[١٠]، لكن يبقى النزاع في الزائد[١١] على تقديره[١٢] لا يندفع إلّا بحلف الراكب على نفي

---

(١) فعلى ذلك يكون المالك مدّعياً بالنسبة إلى الزائد عن أُجرة المثل.

(٢) فاعله هو الضمير العائد إلى المالك، والضمير الملفوظ يرجع إلى «ما» الموصولة.

(٣) الضمير الملفوظ في قوله «ينفيه» يرجع إلى «ما» الموصولة.

(٤) أي لا بدّ من دليل شرعيّ يستند إليه في نفي الزائد.

(٥) الضمير في قوله «نفيه» يرجع إلى الزائد.

(٦) يعني أنّ حلف المالك على نفي العارية لا يدلّ على نفي الإجارة.

(٧) فاعله هو الضمير العائد إلى حلف المالك، والضمير في قوله «إثباتها» يرجع إلى الإجارة. يعني أنّ حلف المالك كما لا يدلّ على نفي الإجارة كذلك لا يدلّ على إثباتها.

(٨) المراد من «الأمرين» هو أُجرة المثل والمسمّى. والضمير في قوله «إثباتها» يرجع إلى الإجارة. يعني أنّ حلف المالك كما لا يدلّ على نفي الإجارة كذلك لا يدلّ على إثباتها.

(٩) أي باليمين من قبل المالك.

(١٠) وفيه: إن الأقل وهو أُجرة المثل في المثال المفروض قد ثبتت لاعتراف الراكب باستيفاء منافع ملك الغير، ولم تثبت ليمين المالك، لأنّ يمينه على نفي الإعارة.

(١١) أي في الزائد عن أُجرة المثل لو كان زائداً عنها.

(١٢) فاعله هو الضمير الراجع إلى النزاع بالنسبة إلى الزائد. يعني أنّ هذا النزاع لا يندفع إلّا بحلف الراكب على نفي الإجارة.

ولا يخفى أنّ ما يخطر بالبال ـ كما أفاد السيّد كلانتر أيضاً في تعليقته ـ هو عدم انسجام العبارة واحتياجها إلى واو عاطفة قبل قوله «لا يندفع»، كما هو ظاهر.

الإجارة، أو نكوله[١] فيحلف[٢] المالك عليها، ويأخذ[٣] الزيادة.

فالأقوى[٤] حينئذٍ .....

---

(١) الضمير في قوله «نكوله» يرجع إلى الراكب، أي نكول الراكب عن اليمين مع حلف المالك اليمين المردودة عليه فيثبت الزائد، غير أنه قد ثبت بيمينين من قبل المالك، يمين المنكر حال كونه نافياً للعارية، ويمين المدعي المردودة، حال كونه قد ادّعى الأجرة، هذا مع أن المشهور قد اكتفى بيمين واحدة من المالك وأنّها يمين المنكر في مقام نفي الزائد ولم يتعرضوا لمقام إثباته.

وحاصل العبارة هو أنّ إثبات أقلّ الأمرين بيمين المالك هو ممّا لا كلام فيه، لكن يبقى النزاع في الزائد الذي يدّعيه المالك على تقدير ثبوت الزيادة. وهذه الدعوى باقية بحالها، ولا ترتفع إلّا بحلف الراكب على نفي الإجارة.

(٢) أي إذا نكل الراكب عن اليمين حلف المالك على الإجارة وأخذ القدر الزائد أي المسمّى وإن كان أكثر من أُجرة المثل. والضمير في قوله «عليها» يرجع إلى الإجارة.

(٣) فاعله هو الضمير الراجع إلى المالك. يعني أنّ الحلف على عدم الزيادة يتوجّه أوّلاً إلى الراكب، فإذا نكل عن الحلف حلف المالك، وأخذ الزيادة عن أجرة المثل.

(٤) فما قوّاه الشارح﵀ متفرّع على الإشكال الذي أشار إليه مفصّلاً في قوله «ويشكل بأنّ المالك.. إلخ»، وحاصل ما قوّاه هو لزوم التحالف وثبوت أقلّ الأمرين من أجرة المثل والمسمّى.

* من حواشي الكتاب: قوله «فالأقوى حينئذٍ أنهما يتخالفان»، واعترض المتورّع الأردبيليّ في شرحه على الإرشاد على القول بالتحالف هنا بأنّه إذا أحلف المالك المنكر على نفي الإجارة فقد أسقط حقّه الذي كان له في الدنيا مطالبة باليمين ـ كما يثبت في محلّه أنّ اليمين مسقط ـ وبالنّص والإجماع، وقد اعترف أن ليس له حقّ آخر غيرها، ولا معنى لدعوى المستعير عليه الإعارة وتحليفه، فلا معنى للتحالف وأخذ الأقلّ من =

أنّهما[١] يتحالفان لأنّ كلًّا منهما[٢] مدّعٍ ومدّعى عليه، فيحلف المالك على نفي الإعارة[٣]، والراكب على نفي الإجارة[٤]، ويثبت أقلّ الأمرين[٥]، لانتفاء الزائد من المسمّى[٦] بيمين المستعير، .....

= المدّعى والأُجرة خصوصاً إذا ادّعى أنّ الأُجرة عين معيّنة، ولأنّ المدّعي هنا في الحقيقة هو المالك، فإذا ادّعى ولم يقدر على إثباتها وأحلف خصمه فما بقي للمتصرّف دعوى عليه، فالذي هو الظاهر أن يقدّم الحاكم دعوى المالك، فإنّه المدّعي لا غير، فإن أثبت ما ادّعاه بالبيّنة فهو، وإلّا فنقول: للمالك الإحلاف، فإن اختار ذلك وحلف المتصرّف سقط عنه الحقّ الذي يدّعيه، ولا حقّ له غيره بإقراره، فإنّ قوله: بل أعرتني ليس دعوى مطلوبة له، بل جواب الخصم، فلا يحتاج إلى إثباتها بعد رفع الخصم باليمين، فليس هذا محلّ التحالف ولا محلّ تقديم دعواه وإثبات أقلّ الأمرين (انتهى ما أردنا نقله من كلامه قدس سره).

(١) الضمير في قوله «أنّهما» راجع إلى المالك والراكب، وكذا ضمير الفاعل في قوله «يتحالفان».

(٢) الضمير في قوله «منهما» يرجع إلى المالك والراكب. يعني أنّ كلًّا من المالك والراكب مدّعٍ ومنكر.

(٣) لأنّ المالك منكر للإعارة.

(٤) لأنّ الراكب منكر للإجارة.

(٥) وهما أُجرة المثل والمسمّى. فلو كانت أجرة المثل هي الأقل فهي ثابتة لاعتراف الراكب بالاستيفاء كما تقدم، ولو كانت أجرة المسمّى هي الأقل فهي ثابتة لاعتراف المالك بعدم استحقاق سواها.

(٦) أي لانتفاء الزائد عن أُجرة المثل. يعني أنّ الزائد عن أُجرة المثل ينتفي بيمين المستعير.

والزائد[١] عن أجرة المثل باعتراف المالك.

وهذا[٢] هو الذي اختاره المصنف في بعض تحقيقاته[٣].

هذا[٤] إذا وقع الاختلاف بعد انقصاء مدّة لها[٥] أجرة عادة، أو ما[٦] يدّعي كونها[٧] مدة الاجارة، أمّا قبله[٨] فالقول قول .....

---

(١) بالجرّ، عطف على قوله «الزائد» الأوّل. يعني ولانتفاء الزائد عن أُجرة المثل باعتراف المالك.

(٢) المشار إليه في قوله «هذا» هو التحالف. يعني أنّ ما قوّاه الشارح ﷺ هنا هو ما قد اختاره المصنّف ﷺ أيضاً في بعض تحقيقاته.

(٣) الضمير في قوله «تحقيقاته» يرجع إلى المصنّف.

(٤) المشار إليه في قوله «هذا» هو القول بالتحالف وتقوية الشارح له. يعني أنّ التحالف إنّما مجراه هو فرض الاختلاف بين المالك والراكب بعد انقضاء مدّة لها أجرة عادةً، أو فرض انقضاء مدة هي مدّة الإجارةن وأمّا إذا كان الاختلاف قبل ذلك فالقول قول الراكب في نفي الإجارة، ويجب إذاً ردّ الدابة إلى صاحبها.

(٥) الضمير في قوله «لها» يرجع إلى المدّة.

(٦) عطف على قوله «مدّة»، وفاعل قوله له «يدّعي» هو الضمير العائد إلى المالك. أي بعد انقضاء مدّة يدّعي المالك كونها مدّة الإجارة.

والمعنى ما تقدم يجري فيما لو وقع الاختلاف بعد انقضاء مدة يدعي المالك كونها مدة الإجارة، أو وقع الاختلاف بعد مضي مدة لها أجرة عادة.

(٧) أي كون المدّة المنقضية مدّة الإجارة.

(٨) الضمير في قوله «قبله» يرجع إلى الانقضاء.أي قبل الانقضاء بحيث وقع الاختلاف بعد العقد ولم يقع من الراكب استيفاءٌ للمنافع أبداً، فلا إشكال ولا خوف ـ كما في الجواهر ـ في تقديم قول الراكب مع يمينه في عدم الإجارة، لأنّ المالك يدعي ثبوت =

الراكب[١] في نفي الإجارة، وتُستردُّ العين[٢].

= الأجرة عليه والأصل عدم اشتغال ذمّته بالأجرة. ولم يدع الراكب هنا استيفاء المنافع بغير عوض حتى يُعارض بالأصل من أن المنافع للمالك، لأنه لا استيفاء أبداً، وهذا هو الفارق بين فرعنا وبين الفرع المتقدم.

(١) أي يقدّم قول الراكب في نفي الإجارة.

(٢) أي تستردّ الدابة المركوبة إلى مالكها، لأن الإجارة باطلة بيمين الراكب، والعارية باطلة لدعوى المالك للإجارة، لأنّ بدعواه المذكورة ينفي العارية، ونفيه لها فسخ منه لها على تقدير ثبوتها واقعاً لأنها من العقود الجائزة وهذا النفي كافٍ في فسخها، فلا بدّ من رد العين إلى مالكها حينئذٍ لعدم إذن من المالك بوضعها تحت يد الراكب لا بالإجارة ولا بالعارية.



كتاب المزارعة

كتاب المزارعة[1]

المزارعة

المزارعة لغةً واصطلاحاً

(١) المزارعة مصدر باب المفاعلة من زارعَ مزارعةً: طرح الزّرع في الأرض، وـ فلاناً: عامله على الأرض ببعض ما يخرج منها ويكون البذر من مالكها (أقرب الموارد).

ولا إشكال في مشروعيتها، لأنّها معاملة عقلائية لم يردع عنها الشارع، ولجملة من الأخبار المتعرضة لإحكامها وسيأتي التعرض لها، بل إنها مستحبة ففي خبر الواسطي (سألت جعفر بن محمدعليه السلام عن الفلاحين؟ قال: هم الزارعون كنوز الله في أرضه، وما في الأعمال شيء أحبّ إلى الله من الزراعة، وما بعث الله نبياً إلّا زرّاعاً إلّا إدريسعليه السلام فإنه كان خياطاً)[1]، وفي خبر ثانٍ (إنّ الله جعل أرزاق أنبيائه في الزّرع والضرع كيلا يكرهوا شيئاً من قطر السماء)[2]، وفي ثالث (الكيمياء الأكبر الزراعة)[3]، وفي رابع (الزارعون كنز الأنام يزرعون طيباً، أخرجه الله، وهم يوم القيامة أحسن الناس مقاماً وأقربهم منزلة، يدعون المباركين)[4]، وفي خامس (سُئل رسول اللهصلى الله عليه وآله: أيّ المال خير؟ قال: زرع زرعه صاحبه وأصلحه وأدّى حقّه يوم حصاده، قال: فأيّ المال بعد الزّرع خير؟ قال: رجل في غنمه قد تبع بها مواضع القطر، يقيم الصلاة ويؤتى الزكاة، قال: فأيّ المال بعد الغنم خير؟ قال: البقر يغدو بخيرٍ وتروح بخير، قال: فأيّ المال بعد البقر خيرٌ؟ قال: الراسيات في الوحل والمطعمات في المحل، نعم الشيء النخل، من باعها فإنما ثمنه بمنزلة رمادٍ على رأس شاهقة، اشتدّت به الريح في يوم عاصف إلّا أن يخلف =

---

(١) الوسائل، الباب ١٠ من أبواب مقدمات التجارة، حديث٣..

(٢) الوسائل، الباب٣ من كتاب المزارعة والمساقاة، حديث٢.

(٣) الكافي، ج٥، ص٢٦١ . (٤) الوسائل، الباب٣ من كتاب المزارعة والمساقاة، حديث٧ .

(وهي[١]) لغةً مفاعلة من الزرع، وهي[٢] تقتضي وقوعه[٣] منهما معاً[٤]، .....

= مكانها، قيل: يا رسول الله: فأيّ المال بعد النخل خير؟ فسكت، فقال له رجل: فأين الإبل؟ قال: فيها الشقاء والجفاء والعناء وبُعد الدار، تغدو مدبرة وتروح مدبرة، لا يأتي خيرها إلّا من جانبها الأشم، أما إنها لا تعدم الأشقياء الفجرة[١]. وتسمى بالمخابرة ولعله من الخبرة بمعنى النّصيب أو من الخبارة بمعنى الأرض الرخوة.

(١) الضمير في قوله «وهي» يرجع إلى المزارعة. يعني أنّ المزارعة في اللغة مادة الزرع، لكن في الاصطلاح معاملة خاصة سيشير إليها المصنّف في قوله «معاملة على الأرض...» إلخ..

من حواشي الكتاب: والمزارعة من العقود اللازمة، فلا بدّ من الإيجاب والقبول الدالّين على الرضا بتسليم الأرض وتسلّمها للمزارعة بالحصّة المخصوصة.. إلخ، المزارعة عقد مشروع، ومنع منه الشافعيّ وأبو حنيفة وبعض العامة إلّا في مواضع مخصوصة (المسالك).

(٢) الضمير في قوله «وهي» يرجع إلى المفاعلة. يعني أن كونها من باب المفاعلة يقتضي وقوع الزراعة من كليهما، لأنّ باب المفاعلة يستعمل في معنى يقع بين الاثنين.

(٣) الضمير في قوله «وقوعه» يرجع إلى الزرع، وفي قوله «منهما» يرجع إلى صاحب الأرض والعامل.

(٤) المزارعة مفاعلة من الزرع، والمفاعلة لغةً تقتضي وقوع الزرع منهما، غير أنّ المزارعة في الاصطلاح بأنها معاملة على الأرض بحصة من حاصلها، بحيث يوقع صاحب الأرض والعامل معاملة على الأرض ليزرعها العامل ويكون للمالك حصّةٌ من الزرع، وهذا يفيد أن الزرع لم يقع إلّا من العامل فقط. وقد يجاب تحقيقاً للمعنى اللغوي القاضي بوقوع =

---

(١) الوسائل، الباب٤٨ من كتاب أحكام الدواب، حديث١ .

لكنّها[١] في الشّرع صارت (معامَلة على الأرض بحصّة[٢] من حاصلها إلى أجل معلوم) ونُسب الفعل[٣] اليهما بفعل أحدهما مع طلب .....

= الزرع منهما أن صاحب الأرض بإيقاعه المعاملة مع العامل قد أمر العامل بالزرع ويطلق على الآمر بالزرع لفظ الزارع نظراً إلى سببيّة الأمر في وقوع الزرع كالمضاربة، فالعامل فيها قد وقع منه الضرب إلّا أن رب المال لما أمر فيقال له مضارب أيضاً.

(١) أي لكنّ المزارعة صارت في اصطلاح الشرع بمعنى معاملة على الأرض.. إلخ.

(٢) الباء في قوله «بحصة» تكون للمقابلة، والضمير في قوله «حاصلها» يرجع إلى الأرض. والأكثر عرفوا المزارعة بأنها معاملة على الأرض بحصة من حاصلها، والمعاملة جنس تشمل إجارة الأرض وبيعها والمساقاة وبقيد (على الأرض) تخرج المساقاة لأنها معاملة على الأصول القائمة لسقيها بحصة من ثمرها، وبقيد (بحثة من حاصلها) تخرج الإجارة والبيع، لأنهما معاملة على الأرض بعوض معيّن، بل لو كان هذا العوض من حصة الحاصل لبطلت الإجارة والبيع، لأنّ العوض المعين يجب أن يكون متحقّقاً والحصة من الحاصل قد لا تتحقق عند عدم نتاج الأرض شيئاً من الزرع.

هذا وزاد المصنف وجماعة على التعريف (إلى أجل معلوم)، وهذا القيد من جملة شروط المزارعة، فذكره في التعريف إما لبيان الواقع من أنها لا تصح إلّا بهذا الشرط، وإمّا لإخراج المزارعة الفاسدة لأنّ مجهولية الأجل توجب فساد المزارعة، وإمّا للاستطراد في ذكر هذا الشرط من باب الكشف عن الماهية بذكر بعض شروطها وهذا الكشف استطرادي هنا، لأنّ الكشف في التعريف إنما يكون في الأركان وهي الأجزاء من جنس وفصل، ولا يتم بذكر الشروط.

(٣) هذا جواب عن سؤال مقدّر، وهو أن باب المفاعلة يستعمل في معنى صادر عن شخصين والحال أن فعل الزراعة لا يحصل إلّا من العامل، فكيف نسب إلى اثنين؟ =

الآخر[١]، فكأنه[٢] لذلك فاعل كالمضاربة.

وخرج بالمعاملة على الأرض المساقاة[٣]، فإنّها بالذات على الأصول[٤].

وبالحصة[٥] إجارة الأرض للزراعة، أو الأعم[٦]، إذ لا تصحّ[٧] بحصّة من الحاصل.

وقيد الأجل[٨] لبيان الواقع، .....

= فأجاب الشارح رحمه الله بما حاصله أنها نسب فعل الزراعة إلى المالك والعامل معاً، لأنّ العامل فاعل للزراعة بالمباشرة، والمالك يطلب منه الفعل ويفعلها بالتسبيب، فكأنّ الفعل يقع من كليهما ويصدر عنهما.

(١) المراد من «الآخر» هو مالك الأرض، فإنه يطلب الزراعة من العامل بعقد المزارعة.

(٢) الضمير في «فكأنّه» يرجع إلى الآخر، والمشار إليه في قوله «لذلك» هو طب الفعل. يعني أنّ مالك الأرض أيضاً يكون زارعاً بالطلب والتسبيب.

(٣) سيأتي تفصيل المساقاة في كتابها، وأنّها معاملة على الأشجار والأصول. والضمير في قوله «فإنّها» يرجع إلى المساقاة.

(٤) أي الأشجار.

(٥) أي خرج بقول المصنّف «بحصّة» إجارة الأرض. يعني أنّ إجارة الأرض للزراعة في مقابل الأجرة لا تعدّ مزارعةً.

(٦) يعني أنّ إجارة الأرض للأعمّ من الزراعة وغيرها ليست مزارعة.

(٧) فاعله هو الضمير العائد إلى الإجارة. يعني أنّ إجارة الأرض في مقابل حصّة من حاصلها لا تصحّ، لأنّ شرط صحّة الإجارة هو كون الأجرة معلومة والحصّة الحاصلة ليست كذلك.

(٨) يعني أنّ تقييد التعريف ـ كما ارتكبه المصنّف رحمه الله ـ بالأجل المعلوم ليس قيداً احترازياً، بل إنما هو لبيان واقع الأمر، لأنّ المزارعة لا بدّ لها من وقوعها مقيّدة بأجل معلوم.

أو تخصيص[١] للصحيحة، أو استطراد[٢] لبعض الشرائط التي يحصل بها[٣] الكشف عن الماهيّة[٤]، وإن لم يكن ذكرها من وظائف[٥] التعريف.

(وعبارتها[٦]: زارعتك، أو عاملتك، .....

---

(١) يعني أنّ ذكر قيد الأجل في تعريف المزارعة إنما هو لاختصاص التعريف بالمزارعة الصحيحة، بمعنى أنّ المزارعة الصحيحة هي ما تكون مقيّدةً بالأجل المعلوم.

(٢) المقصود من الاستطراد هو ذكر بعض القيود والشرائط بالمناسبة في مقام التعريف وإن لم يكن ذكره من وظائف التعريف.

(٣) الضمير في قوله «بها» يرجع إلى الشرائط.

(٤) أي ماهيّة المزارعة، بمعنى أنّ ذكر الأجل المعلوم إنّما هو من قبيل ذكر شرائط المزارعة التي تكون كاشفة عن حقيقة المزارعة وماهيّتها.

والحاصل هو أنّ ذكر قيد الأجل في التعريف ليس قيداً احترازياً، بل أتي به لأمور:

أ ـ بيان الواقع وأنّ كلّ مزارعة لا بدّ لها من وقوعها مقيّدة بأجل معلوم.

ب ـ تخصيص تعريفها بالمزارعة الصحيحة.

ج ـ كشف هذا الشرط عن حقيقة المزارعة وماهيّتها.

(٥) أي من شرائطه.

الوظيفة: العهد والشرط (المنجد).

صيغ المزارعة إيجاباً وقبولاً

(٦) الضمير في قوله «عبارتها» يرجع إلى المزارعة. يعني أنّ صيغة المزارعة تجري بهذه الألفاظ. فالمزارعة معاملة بين رب الأرض والعامل، فهي عقد مؤلف من الإيجاب والقبول، وهو عقد لازم بلا خلاف في ذلك، ويقتضيه الأمر بالوفاء بالعقود إلّا ما خرج بالدليل، ولا دليل على إخراج المزارعة. وعلى مبنى مشهور القدماء لما كانت المزارعة من العقود اللازمة فيشترط في إيجابها وقبولها كل لفظٍ صريح، فلا ريبَ في الاجتزاء حينئذٍ في الإيجاب بلفظ (زارعتك، وسلّمت إليك، وقبّلتك الأرض، =

أو سلّمتها[1] اليك، وشبهه) .....

= وعاملتك على الأرض بحصة من حاصلها)، ونحوها من صيغ الماضي الدالة على الإنشاء صريحاً، وكذا القبول، وقد اختار العلّامة في القواعد الاكتفاء بالقبول الفعلي، وقال عنه في الجواهر: (وما اختاره العلّامة في القواعد في غير محله).

هذا وقد عرفت أنه يكفي صدق العقد، وهو صادق عرفاً على كل لفظ دال على إنشاء الإيجاب والقبول، وإن لم يكن صريحاً، بل تكفي المعاطاة والكتابة ونحو ذلك من الدوالي العرفية على إنشاء الإيجاب والقبول.

نعم، لا يصح إنشاء الإيجاب بلفظ الأمر، لعدم تحقق الإنشاء به عرفاً، إلّا أن المشهور أجازوا ذلك استناداً إلى خبر أبي الربيع الشامي عن أبي عبد الله عليه السلام: (سُئل عن الرجل يزرع أرض رجلٌ آخر، فيشترط عليه ثلثاً للبذر وثلثاً للبقر؟ فقال: لا ينبغي أن يسمّي بذراً ولا بقراً، ولكن يقول لصاحب الأرض: أزرعُ في أرضك ولك منها كذا وكذا، نصف أوثلث، وما كان من شرط، ولا يسمّي بذراً ولا بقراً)[1] وإلى خبر النضر بن سويد بن عبد الله بن سنان (أنه قال: في الرجل يزارع فيزرع أرض غيره فيقول: ثلث للبقر وثلث للبذر وثلث للأرض، قال: لا يسمّى شيئاً من الحب والبقر، ولكن يقول: أزرعُ فيه كذا وكذا، إن شئت نصفاً وإن شئت ثلثاً)[2].

والوارد فيهما صيغة المضارع كما في الوسائل والجواهر وغيرهما.

ورُدَّ المشهور بأن الرواية لا تدل على الأمر بل على المضارع، وبأنّ الرواية لا تدلّ على وقوع الإيجاب بهذه الصيغة من المضارع وإلّا لوجب ذكر القبول، مع أنه غير مذكور، وهذا كاشف عن أنّ هذا المذكور في الرواية من جملة القول الذي يكون بين المتعاقدين قبل العقد ليتقرر الأمرُ بينهما.

(١) الضمير الملفوظ الثاني في قوله «سلّمتها» يرجع إلى الأرض. يعني أنّ صاحب الأرض يقول للعامل: سلّمت الأرض إليك.

(١) الوسائل، الباب٨ من كتاب المزارعة والمساقاة، حديث ١٠.

(٢) الوسائل، الباب٨ من كتاب المزارعة والمساقاة، حديث ٥.

كقبّلتك[١] هذه الأرض، ونحوه من صيغ الماضي الدّالة على إنشاء العقد[٢] صريحاً.

والمشهور جوازها[٣] بصيغة إزرع هذه الأرض، استناداً[٤] إلى رواية قاصرة الدلالة عن إخراج هذا العقد اللازم عن نظائره[٥]، فالمنع أوجه[٦].

(فيقبل) الزارع **(لفظاً[٧])** على الأقوى كغيره[٨].

(وعقدها[٩] لازم)، لعموم الامر بالوفاء .....

---

(١) أي جعلتك تقبل الأرض.

أقول: ولا يخفى احتياج الصيغ الثلاث الأخيرة إلى ذكر مكمّل كقول صاحب الأرض: لتزرعها غلى مدّة معلومة بحصة معلومة.

(٢) أي من صيغ الماضي الدّالة على إنشاء عقد المزارعة مثل سائر العقود التي تجري بالصيغ الماضية.

(٣) الضمير في قوله «جوازها» يرجع إلى المزارعة. يعني أنّ المشهور جواز المزارعة يقول صاحب الأرض للعامل: ازرع هذه الأرض.

(٤) يعني أنّ القول المشهور هو جواز «ازرع» لصيغة المزارعة، للاستناد إلى رواية ابن سنان المتقدمة.

(٥) فإنّه في نظائر عقد المزارعة تجب رعاية كون العقد بصيغ الماضي، ولا يخرج هذا العقد عن نظائره بالرواية القاصرة الدلالة على إخراجها.

(٦) أي، فالمنع من إجراء عقد المزارعة بصيغة «ازرع» أوجه.

(٧) أي، يجب قبول الزارع لعقد المزارعة باللفظ على الأقوى.

(٨) أي كغير عقد المزارعة من سائر العقود.

لزوم المزارعة

(٩) الضمير في قوله «عقدها» يرجع إلى المزارعة.

بالعقود[١] إلّا ما[٢] أخرجه الدّليل. وليس هذا[٣] منه إجماعاً.

(ويصحّ التقايل[٤] فيه[٥])، لأنّه معاوضة محضة[٦]، فيقبلها[٧] كالبيع، **(ولا تبطل[٨] بموت أحدهما)**، لأنّ ذلك[٩] من مقتضى اللزوم.

---

(١) كما في قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[١].

(٢) أي، إلّا العقود التي أخرجها الدليل عن لزوم العمل بمضمونها مثل العقود الجائزة.

(٣) المشار إليه في قوله «هذا» هو عقد المزارعة، والضمير في قوله «منه» يرجع إلى «ما» الموصولة في قوله «ما أخرجه».

صحّة التقايل

(٤) تقايَل البيعان تقايلاً: تفاسخا البيع، وعبارة الأساس: «تقايلاه بعد ما تعاقداه»، (أقرب الموارد).

يعني يصحّ في عقد المزارعة إقالة كلّ منهما الآخر. والتقايل هو إبطال العقد المستند إلى اختيار المتعاقدين، ويصح التقايل فيه لإطلاق أدلة الإقالة، كما ورد في الخبر (من أقال مسلماً أقال الله عثرته يوم القيامة).

(٥) الضمير في قوله «فيه» يرجع إلى عقد المزارعة، وكذلك الضمير في قوله «لأنّه».

(٦) يعني أنّ عقد المزارعة معاوضة محضة، واحترز بذلك من عقد النكاح، لأنّه ليس معاوضة محضة، ولا يجوز التقايل فيه.

(٧) فاعله هو الضمير العائد إلى عقد المزارعة، والضمير الملفوظ يرجع إلى الإقالة.

عدم بطلان المزارعة بالموت

(٨) فاعله هو الضمير العائد إلى المزارعة، فلا تبطل بموت أحدهما كغيره من العقود اللازمة، لأنّ مقتضى اللزوم عدم بطلانه، وللاستصحاب.

(٩) المشار إليه في قوله «ذلك» هو عدم البطلان.

---

(١) سورة المائدة، الآية: ١.

ثمّ إن كان الميت العامل[١] قام وارثه[٢] مقامه في العمل، وإلّا[٣] استأجر الحاكم عليه[٤] من ماله، أو على ما يخرج من حصّته[٥]، وإن كان[٦] المالكَ بقيت[٧] بحالها، وعلى العامل القيام بتمام العمل[٨].

---

(١) قوله «العامل» منصوب، لكونه خبراً لقوله «كان» يعني: إذا كان الميتُ صاحبَ الأرض انتقل حكم العقد إلى وارثه، وإن كان العامل قام وارثُه مقامه في العمل، أو استأجر الحاكم من مال العامل أجيراً أو يستأجر من الحصة التي له من الحاصل، نعم لو شرط المالك على العامل مباشرته للعمل فيبطل عقد المزارعة بموت العامل، لعدم إمكان تحقق الشرط، سواء كان موته قبل خروج الزرع أو بعده، واستشكل الشارح في البطلان بعد خروج الزرع، لأنّه قد ملك الحصة وإن وجب عليه بقية العمل، فخروج الحصة عن ملكه بعد ذلك بعيد، وردّه في الجواهر بأن الملك وإن حصل لكنه متزلزل إلى حصول تمام العمل من نفس العامل، والمفروض عدمه.

(٢) الضميران في قوليه «وارثه» و«مقامه» يرجعان إلى العامل.

(٣) أي، وإن لم يكن للعامل وارث يتعهّد عمل الزرع استأجر الحاكم أجيراً لعمل الزراعة.

(٤) الضمير في قوله «عليه» يرجع إلى العمل، وفي قوله «ماله» يرجع إلى العامل.

(٥) الضمير في قوله «حصّته» يرجع إلى العامل، يعني يستأجر الحاكم أجيراً لما بقي من عمل الزراعة في مقابل ما يخرج من حصّة العامل.

(٦) اسم «كان» هو الضمير العائد إلى الميت. يعني لو مات مالك الأرض الواقع عليها عقد المزارعة بقيت المزارعة بحالها ولم تبطل.

(٧) فاعله هو الضمير العائد إلى المزارعة، وكذا الضمير في قوله «بحالها».

(٨) يعني أنّ العامل يقوم بإتمام عمل الزراعة عند موت صاحب الأرض.

واستثني من الأوّل[١] ما لو شرط عليه[٢] العمل بنفسه فمات قبله[٣].

ويشكل[٤] لو مات بعده خصوصا بعد ظهور الثمرة وقبل تمام العمل، لأنّه[٥] قد ملك الحصة.

(ولا بد من كون النماء[٦] مشاعاً) بينهما .....

---

(١) أي يستثنى من الفرض الأوّل ـ وهو موت العامل ـ فرض ما لو شرط المالك عمل الزراعة على نفس العامل، فإذا كان كذلك لم يجز للحاكم أن يستأجر لعمل الزراعة شخصاً آخر.

(٢) الضمير في قوله «عليه» يرجع إلى العامل، وكذلك الضمير في قوله «بنفسه».

(٣) أي فمات العامل قبل عمل الزراعة.

والحاصل هو أنه إذا مات العامل قبل عمل الزراعة في فرض شرط عمل الزراعة على نفس العامل لم يجز للحاكم استيجار شخص آخر للعمل، بل عليه أن يحكم ببطلان المزارعة. لفوات موضوع الشرط.

(٤) فاعل قوله «يشكل» هو الضمير العائد إلى الحكم بالبطلان. يعني أنّ الحاكم ببطلان المزارعة عند موت العامل بعد ما أقدم على عمل الزراعة خصوصاً بعد ظهور الثمرة وقبل إتمام العمل مشكل.

(٥) الضمير في قوله «لأنّه» يرجع إلى العامل. يعني إذا مات العامل بعد إقدامه على عمل الزراعة وظهور الثمرة فقد ملك الحصة من حاصل الزراعة، فكيف يحكم ببطلان المزارعة؟

القول في النماء

(٦) يعني أنّ من شرائط صحّة المزارعة كون النماء الحاصل منها مشتركاً بين المالك والعامل على نحو الإشاعة بلا خلاف فيه للأخبار. =

(تساويا[١] فيه أو تفاضلا).

فلو شرط[٢] لأحدهما شيء معيّن وإن كان[٣] البذر، وللآخر الباقي، أو لهما[٤]

= منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (لا تقبل الأرض بحنطة مسمّاة، ولكن بالنصف والثلث والربع والخمس لا بأس، وقال: لا بأس بالمزارعة بالثلث والربع والخمس)[١].

(١) فاعل قوليه «تساوياً» و«تفاضلا» هو الضمير العائد إلى المالك والعامل. والضمير في قوله «فيه» يرجع إلى النماء. يعني لا فرق في اشتراكهما في النماء بين أن يكون سهم أحدهما أزيد من سهم الآخر، وهو صورة التفاضل، أم لا يكون كذلك، وهو صورة التساوي.

(٢) بصيغة المجهول، ونائب الفاعل هو قوله «شيء»، فلو شرط لأحدهما شيء معين كأن يشترط أن يكون للعامل حصّة معينة من النماء في قبال البذر على أن يكون الباقي بينهما إشاعة فلا يجوز على المشهور لعدم تحقق الإشاعة في مجموع النماء، ولجواز أن لا تحصل هذه الحصة المعينة.

وذهب الشيخ وابن البراج وابن إدريس والعلّامة في المختلف إلى جواز استثناء حصة معينة بمقدار البذر على أن يكون الباقي على نحو الإشاعة، لأنّ النصوص المتقدمة ظاهرة في صحة المزارعة بالحصة المشاعة كالثلث والربع، وهي حاصلة هنا، وعليه فلا تكون النصوص ظاهرة في إشاعة جميع الحاصل بينهما والأقوى المنع لظهور النصوص في إشاعة جميع الحاصل، ومنه تعرف بطلان ما لو اشترط أحدهما حصة معينة من باب الرغبة في الاختصاص وليس من باب أنها للبذر، وتعرف بطلان ما لو شرط لأحدهما حصة معينة والباقي للآخر.

(٣) اسم «كان» هو الضمير العائد إلى الشيء المعيّن، أي وإن كان الشيء المعيّن المشروط كونه لأحدهما هو البذر.

(٤) أي أو كان الباقي من الشيء المعيّن للمالك والعامل.

---

(١) الوسائل، الباب ١٦ من أبواب المزارعة، حديث ١.

بطل[١]، سواء كان الغالب[٢] أن يخرج منها ما يزيد على المشروط وعدمه[٣].

(ولو شرط أحدهما على الآخر شيئاً يضمنه[٤] مضافاً إلى الحصّة) من ذهب، أو

---

(١) جواب الشرط، والشرط هو قوله «فلو شرط»، وفاعله هو الضمير العائد إلى عقد المزارعة أو الشرط.

(٢) أي لا فرق في بطلان الشيء المعيّن المشروط لأحدهما بين كون ما يخرج من الزراعة أزيد ممّا شرط في الأغلب أم لا، مثل ما إذا شرط لأحدهما خمسون منّاً من حنطة وكان ما يخرج من الزراعة أزيد منها أو أقلّ.

(٣) الضمير في قوله «عدمه» يرجع إلى الخروج المفهوم من قوله «أن يخرج».

اشتراط شيء مضمون مضاف إلى الحصّة

(٤) كما إذا شرط صاحب الأرض على العامل ضمان مقدار ذهب أو فضّة علاوةً على ما يختصّ به من حصّة النماء أو مائة درهم أو شيئاً آخر من غير النماء صح الشرط على المشهور، لأنّ شرط الإشاعة كأن يدفع مائة دينار في مجموع الحاصل حاصلٌ، وإنما الزيادة لأحدهما في غير النماء فيندرج تحت عموم (المؤمنون عند شروطهم)[١].

وقيل: لا يصحّ، وعن المسالك وغيره أنه لم يُعرَف القائل، بل ولا دليله لمخالفته لعموم نفوذ الشوط من غير مخصص أو مقيّد.

وعلى المشهور فالمشروط له يملك حصة ميعنة من خارج النماء وحصة مشاعة من مجموع النماء، وعليه فلو خرج النماء سليماً ولم يتعرض للتلف ولا للنقصان بحسب عادته فيثبت للمشروط له ما تقدّم.

ولو تلف بعض النماء أو نقص بحسب عادته فقد ذهب الشارح إلى سقوط نسبة التالف من الحصة المعينة أيضاً، فلو كانت الحصة المعينة مثلاً مائة دينار، وكان =

---

(١) الوسائل، الباب ٢٠ من أبواب المهور، حديث ٤.

فضّة، أو غيرهما[١] (صحّ[٢]) على المشهور، ويكون قراره[٣] مشروطاً بالسلامة كاستثناء[٤] أرطال معلومة من الثمرة في البيع.

ولو تلف البعض سقط من الشرط[٥] بحسابه، لأنّه[٦] كالشّريك وإن كانت حصته[٧] معيّنة، مع احتمال أن لا يسقط شيء بذلك[٨]، عملا بإطلاق الشرط[٩].

= الحاصل بحسب العادة مئة من فنقص إلى الخمسين فتنتقص الحصة المعينة إلى الخمسين أيضاً، لأنّ الشرط جعل الحصة المعينة من الخارج كالشريك معهما، فإن دخل النقص على الشريكين فيدخل النقص على الشريك الثالث.

وفيه: إنه على خلاف عموم أدلة صحة الشرط أو إطلاقها، فلا يسقط من الشرط شيء ولو تلف جميع الحاصل فضلاً عن تلف بعضه.

(١) أي غير الذهب والفضّة، كما إذا شرط عليه ثوباً علاوةً على الحصة.

(٢) جواب الشرط، والشرط هو قوله «لو شرط».

(٣) الضمير في قوله «قراره» يرجع إلى الشرط أو الشيء. يعني أنّ الشرط المذكور لا يثبت إلّا بسلامة الزراعة من الآفات.

(٤) أي كما يصحّ استثناء أرطال معلومة من الثمرة عند بيعها بالتخمين.

(٥) أي سقط من الشيء المشروط بحساب ما تلف من الزراعة. والضمير في قوله «بحسابه» يرجع إلى البعض.

(٦) الضمير في قوله «لأنّه» يرجع إلى العامل. يعني أن العامل بعد شرط الشيء يكون في حكم الشريك، فكما أنّ التالف يحاسب عليه كذلك يحاسب عليه ما شرط عليه وتلف.

(٧) الضمير في قوله «حصّته» يرجع إلى العامل.

(٨) المشار إليه في قوله «بذلك» هو تلف البعض. يعني يحتمل عدم سقوط شيء من الشرط.

(٩) يعني أنّ احتمال عدم سقوط شيء ممّا شرط إنّما هو للعمل بإطلاق الشرط.

(ولو مضت المدّة[١] والزرع باق فعلى العامل الأجرة[٢]) لما بقي من المدّة.

(وللمالك قلعه[٣])، إذ لا حقّ .....

بقاء الزرع مع مضيّ المدة

(١) أي إذا تمّت مدّة المزارعة والحال أنّ الزارع باقٍ فعلى العامل أداء الأجرة بالنسبة إلى ما بقي من الزمان، فيشترط في عقد المزارعة تعيين المدة، بلا خلاف فيه، فإن شرطت مدة معينة فهو، ولو لم تشترط المدة بل وقع عقد المزارعة على زرع الحنطة مثلاً فقط فهل يصح العقد لأنّ للزّرع أمداً بحسب العادة فيبنى العقد عليه ويكتفي بذلك عن ذكر المدة وهذا ما عليه جماعة، أو يحكم ببطلان العقد كما عليه المشهور، لأنّ أمد الزرع غير مضبوط فلا بدّ من التعيين دفعاً للضرر.

وعلى كلٍّ فلو عيّنت مدة معينة وقد مضت والزّرع باقٍ فهل للمالك إزالته أو لا؟ ذهب المشهور إلى ذلك، لأنّ العامل يستحق التبقية في المدة، وبعدها يكون المالك مسلطاً على ملكه كيف شاء، ولأنه لاحق للعامل في إبقائه بعد المدة فلو أبقاه بدون رضا المالك يكون ظلماً.

وعن بعضهم أنه ليس له الإزالة، لأنّ الزرع قد حصل في الأرض بحق فلا يكون للمالك قلعه، ولأنّ للزرع أمداً معيناً غير دائم الثبات فإذا اتفق الخلل لا يسقط حق الزارع كما لو استأجر الأرض مدة معينة للزرع وانقضت قبل إدراك الزرع.

وعن العلاّمة في القواعد بأنّ للمالك القلع مع الأرش، هذا وقال الشارح في المسالك: (نعم لو اتفقا على إبقائه بعوض أو غيره صحّ، لأنّ الحق لا يعدوهما، ولكن لا يجبر أحدهما عليه) انتهى.

(٢) أي أُجرة الأرض بمقدار زَمن بقاء الزرع في أرض المالك.

(٣) أي يجوز للمالك قلع الزرع بعد انقضاء مدّة المزارعة.

للزارع[١] بعدها، فيتخيّر المالك بين القلع، والإبقاء بالأجرة[٢] إن رضي العامل بها[٣]، وإلّا قلع[٤].

ولا أُجرة للمالك على ما مضى من المدّة لو لم ينتفع بالمقلوع[٥]، لأنّ مقتضى العقد قصر الحقّ[٦] على الحصّة، مع احتمال وجوبها[٧] على الزارع لو كان التأخير بتفريطه[٨]، لتضييعه منفعة الأرض بتأخيره.

---

(١) المراد من «الزارع» هو العامل. يعني أنّه لا حقّ للعامل في أن يبقي الزرع في أرض المالك. والضمير في قوله «بعدها» يرجع إلى مدّة المزارعة.

(٢) بأن يرضى المالك ببقاء الزرع في أرضه مع أخذ الأُجرة من العامل.

(٣) الضمير في قوله «بها» يرجع إلى الأُجرة.

(٤) أي إن لم يرض العامل ببقاء الزرع في أرض المالك مع الأُجرة جاز للمالك قلع الزرع.

(٥) المراد من «المقلوع» هو الزرع الذي يقلعه المالك بعد انقضاء مدّة الزراعة. يعني إذا قلع المالك الزرع ولم يكن الزرع قابلاً للانتفاع به لم يجز لصاحب الأرض أن يطالب العامل بأجرة المدة الماضية التي كانت الأرض فيها مشتغلة بالزرع المقلوع.

(٦) يعني أنّ مقتضى عقد الزراعة هو انحصار حق المالك في الحصة الحاصلة من زرع العامل لا غيرها.

(٧) هذا احتمال آخر في المسألة، وهو أنّ العامل إذا أخّر وأبقى الزرع في الأرض وقلعه المالك وسقط عن الانتفاع به وجب على العامل أداء الأُجرة. وإذا كان التأخير بتفريطه لا بسبب طبيعي، ومع تفريطه يكون قد ضيّع منفعة الأرض على المالك في تلك المدة فيضمن الأُجرة. والضمير في قوله «وجوبها» يرجع إلى الأُجرة.

(٨) الضميران في قوليه «بتفريطه» و«لتضييعه» يرجعان إلى العامل.

ولا فرق في كون المقلوع بينهما[١] بين كون البذر من مالك الأرض، أو الزّارع.

وهل يستحق المالك قلعه[٢] بالأرش، أو مجّاناً قولان[٣]، وظاهر العبارة[٤] ككثير[٥] عدمه[٦].

وعلى القول به[٧]، فطريق معرفته[٨] أن يقوّم الزرع قائماً[٩] بالأجرة إلى .....

---

(١) الضمير في قوله «بينهما» يرجع إلى المالك والعامل. يعني أنّ الزرع المقلوع يقسم بين المالك والعامل. ولا فرق في ذلك بين كون البذر من مالك الأرض أو من العامل. فالمقلوع بينهما على ما اشترطا من الحصة سواء كان البذر من المالك أم من الزارع، لأنّ تعيين الحصة قد تمّ بالعقد ولم يستثنَ البذر، بل لو استثنى البذر من الحاصل لكان مبطلاً على القول المشهور وقد تقدّم.

(٢) يعني إذا جاز للمالك قلع الزرع بعد انقضاء مدّة المزارعة إذا فهل يحكم عليه بأن يؤدي أرش الزرع أم له القلع من دون أرش؟

(٣) قول المشهور أنّ له القلع بدون الأرش، وقول العلّامة أنّ له القلع مع الأرش جمعاً بين الحقين، وقد تقدما.

(٤) يعني أنّ ظاهر عبارة المصنّف رحمه الله في قوله «وللمالك قلعه» هو عدم الأرش.

(٥) أي مثل عبارة عدد كثير من الفقهاء.

(٦) خبر لقوله «ظاهر العبارة»، والضمير فيه يرجع إلى الأرش.

(٧) اي على القول بوجوب الأرش. فطريق معرفة الأرش أن يقوّم الزرع قائماً في الأرض بالأجرة إلى أوان حصاده، وكونه بالأجرة لأنّه لا يستحقّ على المالك الإبقاء، وأن يقوّم الزرع مقلوعاً، والتفاوت بينهما هو الأرش.

(٨) الضمير في قوله «معرفته» يرجع إلى الأرش.

(٩) قوله «قائماً» حال من الزرع.

أوان[١] حصاده[٢] ومقلوعاً.

(ولا بدّ من إمكان الانتفاع[٣] بالأرض) في الزّراعة المقصودة منها[٤]، أو في نوع منها[٥] مع الإطلاق[٦] .....

---

(١) الأوان: الوقت والحين، ج آونَة (أقرب الموارد).

(٢) الحصاد من حصَدَ الزرعَ والنباتَ حَصْداً وحِصاداً (بفتح الحاء وكسرها): قطعة بالمنجل (أقرب الموارد)

والحاصل أنّ طريق معرفة الأرض هو تقويم قيمة الزرع باقياً في الأرض بالأُجرة وتقويم قيمة الزرع في حال كونه مقلوعاً، مثلاً إذا كانت قيمة الزرع في الصورة الأولى ألفاً وفي الصورة الثانية خمسمائة فالتفاوت بينهما هو النصف.

إمكان الانتفاع بالأرض

(٣) أي يشترط في صحّة المزارعة كون الأرض ممكن الانتفاع بها في الزراعة. عادة بأن تكون من الأراضي الزراعية وأن يكون لها ماء ولو تقديراً، إما من نهرٍ أو بئرٍ أو عين أو غير ذلك، حتى المطر بحيث يكون هذا الماء كافياً لسقي الزرع غالباً، بلا خلاف في ذلك، لمنافاة عدم إمكان الانتفاع بها لمقتضى العقد، إذ العقد ينصرف إلى ما يمكن حصول المقصود من الزراعة، وهو لا يتحقق إلّا في الأرض التي يمكن الانتفاع بها على التفصيل المتقدم.

(٤) الضمير في قوله «منها» يرجع إلى الأرض.

(٥) الضمير في قوله «منها» يرجع إلى الزراعة. يعني إذا أُطلق العقد من حيث الزراعة المقصوجة لزم كون الأرض ممكن الانتفاع بالنسبة إلى نوع من أنواع الزاراعات.

(٦) أي مع إطلاق عقد المزارعة فيصح للعامل أن يزرع الحنطة مثلاً التي هي نوع من الزراعة المقصودة، فيجب أن تكون الأرض قابلة للانتفاع في هذه الزراعة.

(بأن[١] يكون لها ماء من نهر أو بئر أو مصنع[٢]، أو تسقيها الغيوث غالباً)، أو الزيادة[٣] كالنيل[٤].

والضابط إمكان الانتفاع بزرعها[٥] المقصود عادةً، فإن لم يمكن بطلت المزارعة[٦] وإن رضي العامل[٧].

(ولو انقطع) الماء **(في جميع المدّة[٨])** مع كونه[٩] معتاداً لها قبل ذلك **(انفسخت)**

---

(١) هذا بيان لإمكان الانتفاع بالأرض.

(٢) المَصْنَع: كالحوض الذي يُجْمَع فيه ماءُ المطر، ج مَصانِع (أقرب الموارد). وقال في مصباح المنير: (والمصنع ما يُصنع لجمع الماء نحو البركة والصهريج).

(٣) عطف على الغيوث، والمعنى أن تسقيها الزيادة الحاصلة من ماء نهرٍ كالزيادة الحاصلة من نهر النيل عند فيضانه.

(٤) النِيْل ـ بالكسر ـ: نهر معروف بمصر، ويعرف ببحر النيل أيضاً هنديّ معرّب (أقرب الموارد).

(٥) الضمير في قوله «بزرعها» يرجع إلى الأرض.

(٦) يعني فإن لم يمكن الانتفاع بالأرض بالوجوه المذكورة تبطل المزارعة. لعدم تحقق الشرط من الانتفاع.

(٧) أي وإن رضي العامل بعدم صلاحيّة الأرض للانتفاع بها. لأنَّ رضاه لا يجعل الأرض قابلة للانتفاع من أن العقد يقتضي أن تكون قابلة لذلك.

(٨) أي في جميع معدّة المزارعة. ابتداءً واستدامة فتنفسخ المزارعة لفوات الشرط، وإن كان نزوله معتاداً قبل ذلك.

(٩) الضمير في قوله «كونه» يرجع إلى الماء، وفي قوله «لها» يرجع إلى الأرض. يعني إذا كان الماء جارياً على أرض المزارعة عادةً، لكن قطع في تمام مدّة المزارعة صارت المزارعة منفسخة.

المزارعة.

(وفي الأثناء[١] يتخيّر العامل)، لطروّ[٢] العيب، ولا يبطل العقد، لسبق الحكم بصحّته، فيستصحب[٣]، والضرر[٤] يندفع بالخيار، **(فإن فسخ[٥] فعليه)** من

---

(١) عطف على قوله «في جميع المدّة». يعني فلو انقطع الماء في أثناء مدّة المزارعة لم يحكم بالبطلان ولا بانفساخ المزارعة، بل يحكم بتخيير العامل في فسخ المزارعة بالتفصيل المذكور.

قال الشارح في المسالك: (قد عرفت أنَّ إمكان الزرع شرط صحة المزارعة، فإذا وُجد الشرط في الابتداء ثم تجدد انقطاع الماء فمقتضى القاعدة بطلان العقد لفوات الشرط لباقي المدة، ولكن المصنف ـ أي المحقق ـ والعلامة أطلقا القول بعدم البطلان، بل حكما بتسلطه ـ أي العامل ـ على الفسخ، وكأنهما نظرا إلى صحة العقد ابتداءً فيستصحب. والضرر اللاحق للزارع بانقطاع الماء يجبر بتسليطه على الفسخ) انتهى.

(٢)هذا تعليل لتخيير العامل وعدم بطلان المزارعة بأنّ العيب عارض لا يوجب البطلان. كما عن المحقق والعلامة، وإلاَّ فمقتضى القواعد البطلان.

(٣) نائب الفاعل هو الضمير العائد إلى الحكم بصحّة عقد المزارعة.

(٤) هذا دفع لتوهّم أنّ العامل يتضرّر ببقاء العقد صحيحاً، لعدم انتفاعه بالأرض التي قطع ماؤها. والدفع هو أنّ الضرر المتوجّه إلى العامل قابل للاندفاع، وذلك بجعل الخيار له، فلو شاء فسخ.

(٥) فاعله هو الضمير العائد إلى العامل، والضمير في قوله «فعليه» أيضاً يرجع إلى العامل، فعليه أُجرة الأرض للمدة السابقة كما عن العلامة في الإرشاد والشهيد، لأن العامل قد انتفع بالأرض في هذه المدة في قبال عوض للمالك على أن يكون العوضُ حصةً من الحاصل، ولم يسلم هذا العوض للمالك لاختيار العامل الفسخ، فالعامل بالفسخ قد فوّت على المالك عوض الأرض المسمى فيثبت له الأُجرة حينئذٍ. =

الأُجرة (بنسبة ما سلف) من المدّة، لانتفاعه[١] بأرض الغير بعوض لم يسلم له[٢]، وزواله[٣] باختياره الفسخ.

ويشكل[٤] بأنّ فسخه لعدم إمكان الإكمال[٥]، وعمله[٦] الماضي مشروط بالحصّة لا بالأُجرة[٧]، فإذا فاتت بالانقطاع ينبغي أن لا يلزمه[٨] شيء آخر. نعم،

= وفيه: إن فسخ العامل من أجل عدم الانتفاع بالأرض فإلزامه بالعقد ضرر عليه ولذا جوزنا له الفسخ، فلم يكن الفسخ لإضرار الغير بل لرفع الضرر عنه هذا من جهة ومن جهة أُخرى فعمل العامل في أرض الغير في المدة مشروط بالحصة لا بالأُجرة، وإذا فاتت الحصة لا بسبب اختيار العامل فلا شيء عليه حينئذٍ.

(١) الضمير في قوله «لانتفاعه» يرجع إلى العامل. يعني أنّ العامل انتفع بأرض المالك في مقابل العوض الذي لم يصل إليه.

(٢) الضمير في قوله «له» يرجع إلى الغير.

(٣) الضمير في قوله «زواله» يرجع إلى الانتفاع، وفي قوله «باختياره» يرجع إلى العامل، يعني أنّ زوال الانتفاع بأرض الغير إنّما حصل باختيار العامل فسخ المزارعة.

(٤) فاعله هو الضمير العائد إلى ثبوت أُجرة الأرض. يعني يشكل الحكم بثبوت أُجرة المثل في الفرض، لأنّ العامل لم يفسخ المزارعة عن رضاه، بل لعدم إمكان الانتفاع بالأرض بقطع مائها.

(٥) ففسخه لرفع الضرر عنه لا لإضرار الغير.

(٦) يعني أنّ عمل العامل في الزمان الماضي إنّما كان في مقابل حصّة معيّنة في عقد المزارعة.

(٧) يعني أنّ عمله الماضي لم يكن في مقابل الأُجرة، بل كان في مقابل الحصّة، فإذا فاتت الحصّة بقطع الماء كان جديراً بأن لا يستحقّ شيئاً بنسبة ما مضى من المدّة.

(٨) الضمير الملفوظ في قوله «أن لا يلزمه» يرجع إلى العامل. أي ينبغي أن لا يلزم العاملَ غيرُ الحصّة.

لو كان[١] قد استأجرها[٢] للزراعة توجّه ذلك[٣].

(وإذا أُطلق[٤] المزارعة زرع) العامل (ما شاء) إن كان البذر .....

---

(١) اسم «كان» هو الضمير العائد إلى العامل. يعني لو كان العامل قد استأجر الأرض للزراعة، ثمّ انقطع ماء الأرض فإذاً ينبغي الحكم بدفع أُجرة ما مضى إلى المالك.

(٢) فاعله هو الضمير العائد إلى العامل، والضمير الملفوظ يرجع إلى الأرض.

(٣) المشار إليه في قوله «ذلك» هو لزوم دفع الأُجرة إلى المالك بالنسبة إلى ما مضى من مدّة الإجارة.

لأنَّ عقد الإجارة قد وقع على عوض معين في قبال استيفاء منافع الأرض في مدة معينة، فلو خرجت الأرض عن الانتفاع في أثناء المدة لبطل عقد الإجارة، ويثبت على العامل أُجرة الأرض لما سلف من المدة، لأنَّ المالك لم يقدم على إجارتها بحصةٍ من حاصلها، وإنَّما بعوض معين لمدة معينة، فإن لم تسلم المدة المعينة للعامل قسطت الأُجرة على ما مضى وأخذ المالك النسبة.

إطلاق المزارعة

(٤) فاعله هو الضمير العائد إلى المالك. يعني إذا لم يقيّد المالك في عقد المزارعة نوع الزراعة في الأرض جاز للعامل أن يزرع في الأرض أيّ نوع من الزراعة شاء.

وهل تعيين نوع الزرع شرط في صحة عقد المزارعة، ذهب المشهور إلى العدم، وذهب العلامة في التذكرة إلى وجوب التعيين لتفاوت ضرر الأرض باختلاف جنس المزروعات، فيلزم بتركه الضرر، ورُدّ بأن المالك قد دخل على أضرّ الأنواع إذا أطلق، وبإطلاقه يصح للعامل أن يزرع أيّ نوع ولو كان أضرّها، وعليه فالإطلاق هنا كما لو عمم المالك لأن بالتعميم دخل كل فرد من أفراد الماهية باللفظ، والإطلاق قد دل على الماهية من حيث هي، وكل فرد متضمن لهذه الماهية فيكون الأمرُ بها أمراً بكل فرد من أفرادها حينئذٍ. =

منه[١]، كما هو[٢] الغالب، أو بذل المالك ما[٣] شاء إن شُرِطَ[٤] عليه.

وإنّما تخيّر[٥] مع الإطلاق، لدلالة المطلق على الماهيّة[٦] من حيث هي، وكلّ فرد من أفراد الزرع يصلح أن يُوجَد المطلق في ضمنه[٧]. وأولى منه[٨] لو عمّم الإذن،

= وعن المحقق الثاني التفريق بين التعميم والإطلاق فمع التعميم يجوز زرع الفرد الأشدّ ضرراً بخلاف الإطلاق فلا يجوز، لأنَّ الإطلاق تجويز للقدر المشترك بين الأفراد، ولا يلزم من الرضا بالقدر المشترك الرضا بالأشد ضرراً، وضعفه ظاهر لأنَّ المطلق دال على الماهية من حيث هي وهي محققة في كل فرد حتى الفرد الأشد ضرراً منه، أمَّا لو كان البذر من المالك كما سيأتي في بعض الصور فالتخيير حينئذٍ للمالك وهذا واضح.

وعلى الإطلاق من قبل المالك يجوز للعامل أن يزرع ما شاء بشرط كون البذر منه.

(١) الضمير في قوله «منه» يرجع إلى العامل.

(٢) يعني كما يكون البذر من العامل في أغلب موارد المزارعة.

(٣) مفعول لقوله «بذل»، وفاعل قوله «شاء» هو الضمير العائد إلى العامل. يعني لو شرط البذر على عهدة المالك في عقد المزارعة وجب على المالك أن يبذل أيّ نوع من البذر شاء العامل.

(٤) بصيغة المجهول، ونائب الفاعل هو الضمير الراجع إلى البذر، والضمير في قوله «عليه» يرجع إلى المالك.

(٥) فاعله هو الضمير العائد إلى العامل.

(٦) فإذا أطلق البذر تحقّقت حقيقة البذر في ضمن كلّ فرد من أفراد الماهيّة.

(٧) الضمير في قوله «ضمنه» يرجع إلى الفرد.

(٨) يعني أنّ الأولى من الإطلاق من حيث نوع الزراعة هو عموميّة الإذن الصادر عن المالك في الزرع بأن يقول: ازرع في الأرض ما تريد.

لدلالته[١] على كلّ فرد فرد.

وربّما فرق بين الإطلاق[٢] والتعميم، بناءً على أنّ الإطلاق إنّما يقتضي تجويز[٣] القدر المشترك بين الأفراد، ولا يلزم من الرضا بالقدر المشترك الرضا بالأقوى[٤]، بخلاف التعميم[٥]، وممّا ذكرناه[٦] يظهر ضعفه[٧].

(ولو عيّن[٨] شيئاً من الزرع لم يتجاوز[٩] ما عُيّن له)، سواء كان المعيّن شخصيّاً

---

(١) الضمير في قوله «لدلالته» يرجع إلى تعميم الإذن. يعني أنّ تعميم الإذن يدلّ على كلّ فرد فرد من أفراد العامّ.

(٢) وهو إطلاق الزرع في الكلام الصادر عن المالك والتعميم كذلك.

(٣) يعني أنّ الإطلاق يقتضي جواز القدر المشترك بين أفراد الزرع، بمعنى أنّ كلّ فرد من أفراده يصدق عليه الإطلاق، لكن لا يكشف من رضى المالك بهذا القدر المشترك رضاه بالفرد الأقوى من أفراده، مثلاً إذا رضي المالك بالقدر المشترك بين الأفراد الصادق على زرع الشعير في الأرض لم يكشف عنه رضاه بزرع الحنطة فيها.

(٤) أي الفرد الأقوى من أفراد الزرع، كما تقدّم.

(٥) فإنّ تعميم الزرع الصادر عن المالك يشمل الفرد الأقوى من أفراده أيضاً.

(٦) المراد من «ما ذكرناه» هو قوله «لدلالة المطلق على الماهيّة من حيث هي». يعني ممّا ذكرناه يظهر ضعف الفرق بين الإطلاق والتعميم.

(٧) الضمير في قوله «ضعفه» يرجع إلى الفرق.

عدم تجاوز العامل ما عُيّنَ له

(٨) فاعله هو الضمير العائد إلى المالك. يعني لو عيّن المالك نوعاً من الزرع لم يجز للعامل التخلّف عه.

(٩) فاعله هو الضمير العائد إلى العامل. أي لا يجوز للعامل أن يتخلّف عمّا عيّن المالك =

كهذا الحبّ[١] أم صنفيّاً كالحنطة[٢] الفلانيّة أم نوعيّاً[٣] أم غيره، لاختلاف الأغراض باختلافه[٤]، فيتعيّن ما تعلّق به.

(فلو) خالف[٥] و(زرع الأضرّ قيل: يتخيّر المالك بين الفسخ، .....

= من نوع الزرع. فلا خلاف فيه لعموم (المؤمنون عند شروطهم)[١].

(١) هذا مثال لكون الزرع معيّناً شخصيّاً.

(٢) هذا مثال لكون الزرع معيّناً صنفاً، بأن يقول المالك للعامل: ازرع في الأرض الحنطة الطهرانيّة أو القمّيّة أو غيرهما.

(٣) كما إذا عيّن المالك زرع نوع من الحنطة أو الشعير اللذين لهما أصناف مختلفة.

(٤) الضمير في قوله «باختلافه» يرجع إلى الزرع.

(٥) فاعل قوليه «خالف» و«زرع» هو الضمير العائد إلى العامل، فلا تجوز المخالفة بلا خلاف فيه لعدم وجود مفهوم الموافقة، ولو خالف كان المالك بالخيار إن شاء فسخ وله أُجرة المثل، وإن شاء أمضى العقد وله الحصة المسماة مع الأرش لما تضررت به الأرض من زرع الأشدّ ضرراً، كما ذهب إليه العلامة والمحقق، أمّا جواز الفسخ للمالك لعدم وفاء العامل بالشرط، وإن فسخ المالك كان المزروع بتمامه ـ وهو الأشد ضرراً ـ غير مأذون فيه فيثبت على العامل أُجرة المثل أعني أُجرة الأرض.

وإن أمضى المالك العقد فهو إمضاء لما أذن به سابقاً في المعين، غير أن هناك ضرراً زائداً على المعين غير مأذون فيه العامل فيثبت عليه الأرش لهذا الزائد فقط، فالمالك له الحصة في قبال المأذون، وله الأرش في قبال الزائد.

وأشكل المحقق والشهيد الثانيان وغيرهما كصاحب الرياض بأن الحصة المسماة قد وقعت في قبال المعين ولم يحصل، والذي حصل هو زرع الأشد وهو غير مأذون فيه =

---

(١) الوسائل الباب ـ ٢٠ ـ من أبواب المهور حديث ٤.

فله[١] أُجرة المثل) عمّا زرعه[٢]، (وبين[٣] الإبقاء، فله المسمّى مع الأرش[٤]).

ووجه التخيير[٥]: أنّ مقدار المنفعة المعقود عليها قد استوفي[٦] بزيادة[٧] في ضمن زرع الأضرّ[٨]، فيتخيّر[٩] بين الفسخ لذلك[١٠]، فيأخذ[١١] الأُجرة لما زرع[١٢]، .....

= فلا استحقاق للمالك شيئاً من الحصة فوجوب أُجرة المثل للأرض في كل المدة عن الزرع الأشد هو الأقوى.

(١) أي فللمالك أُجرة المثل عمّا زرعه العامل.

(٢) يعني إذا تخلّف العامل عمّا عيّنه المالك من زرع شخص أو صنف أو نوع من الزرع وزرع الأضرّ وفسخ المالك المزارعة كان للمالك أُجرة مثل ما زرعه العامل.

(٣) عطف على قوله «بين الفسخ». يعني وكذا تخيّر المالك بين إبقاء الزرع وأن يأخذ الحصّة المسمّاة في متن عقد المزارعة مع أرش أرضه.

(٤) أي أرش الأرض الذي حصل بزرع الأضرّ.

(٥) أي تخيير المالك بين الفسخ، فله أُجرة المثل، وبين الإبقاء، فله الحصّة المسمّاة في العقد.

(٦) يعني أنّ العامل قد استوفى المنفعة التي عقد عليها مع زيادة.

(٧) الباء في قوله «بزيادة» تكون للمصاحبة وبمعنى «مع».

(٨) قوله «الأضرّ» مفعول لـ«زرع» من باب إضافة المصدر إلى مفعوله. يعني أنّ العامل قد استوفى المنفعة التي وقع العقد عليها في ضمن زرع ما هو أضرّ على الأرض بالنسبة إلى ما هو أخفّ ضرراً بالنسبة إليها.

(٩) فاعله هو الضمير العائد إلى المالك.

(١٠) المشار إليه في قوله «لذلك» هو زرع الأضرّ في الأرض.

(١١) فاعله هو الضمير العائد إلى المالك.

(١٢) فاعله هو الضمير العائد إلى العامل.

لوقوعه[١] أجمع بغير إذنه، لأنّه[٢] غير المعقود عليه، وبين[٣] أخذ المسمّى في مقابلة مقدار المنفعة المعيّنة مع أخذ الأرش في مقابلة الزائد الموجب[٤] للضرر.

ويشكل[٥] بأنّ الحصّة المسمّاة إنّما وقعت في مقابلة الزرع المعيّن ولم يحصل، والذي زرع[٦] لم يتناوله[٧] العقد ولا الإذن[٨]، فلا وجه لاستحقاق المالك فيه[٩] الحصّة[١٠]، .....

---

(١) أي لوقوع جميع الزرع بلا إذن صادر عن المالك. والضمير في قوله «إذنه» يرجع إلى المالك.

(٢) الضمير في قوله «لأنّه» يرجع إلى ما زرعه العامل من غير إذن المالك فيه.

(٣) عطف على قوله «بين الفسخ». يعني أنّ المالك يتخيّر بين الفسخ وبين الإبقاء وأخذ الحصّة المسمّاة في متن العقد في مقابل مقدار المنفعة المعيّنة وأخذ أرش الأرض الحاصل من زرع الأضرّ.

(٤) صفة لقوله «الزائد». أي الزرع الزائد عمّا أذن فيه المالك الموجب للضرر على الأرض.

(٥) فاعله هو الضمير العائد إلى التخيير المذكور. يعني أنّ الحكم بهذا التخيير يشكل بأنّ الحصّة المسمّاة إنّما وقعت في مقابل الزرع المعيّن ولم يحصل، لأنّ ما زرعه العامل لم يكن مورداً للعقد، فلا وجه للقول بالتخيير المذكور.

(٦) فاعله هو الضمير العائد إلى العامل.

(٧) الضمير الملفوظ في قوله «لم يتناوله» يرجع إلى قوله «الذي».

(٨) بالرفع، عطف على قوله «العقد». يعني أنّ الذي زرعه العامل لم يشمله العقد ولا الإذن، فما وقع لم يقصد وما قصد لم يقع.

(٩) الضمير في قوله «فيه» يرجع إلى الزرع.

(١٠) بالنصب، مفعول لقوله «استحقاق».

ومن ثمّ[١] نسبه إلى القيل، تنبيهاً على تمريضه[٢].

والأقوى وجوب أُجرة المثل[٣] خاصّةً.

(ولو كان) المزروع[٤] **(أقلّ ضرراً)** من المعيّن **(جاز[٥])**،

---

(١) أي ومن أجل الإشكال المذكور نسب المصنّف ﷺ هذا الحكم إلى القيل في قوله فيما سبق «قيل: يتخيّر المالك... إلخ».

(٢) يعني أنّ المصنّف نبّه بنسبة الحكم المذكور إلى القيل على أنّه ضعيف.

(٣) يعني أنّ الأقوى عند الشارح ﷺ هو وجوب أُجرة المثل لأرض المالك.

(٤) أي لو كان زرع العامل أقلّ ضرراً على الأرض بالنسبة إلى الزرع المعيّن في العقد جاز للعامل زرعه.

(٥) جواب شرط، والشرط هو قوله «لو كان»، فلو عيّن المالك نوعاً من الزرع فهل يجوز للعامل الانتقال إلى الأقل ضرراً، فعن جماعة أنّه يجوز التعدي لمفهوم الموافقة، وعن المحقق والشهيد الثانيين عدم الجواز، قال الشارح في المسالك: (وغرض مالك الأرض ليس منحصراً فيما يتعلق بمصلحة الأرض، بل القصد الذاتي له إنّما هو الانتفاع بالزرع، ومصلحة الأرض تابعة لا مقصودة بالذات، فلا شك أنَّ الأغراض مختلفة في أنواع المزروع، فربما كان غرضه في الأشد ضرراً من حيث نفعه والحاجة إليه وإن حصل للأرض ضرر، ولا يتعلق غرضه بالأخف وإن انتفعت الأرض، ألا ترى أن الأرض لو انتفعت بترك الزرع رأساً لم يكن ذلك كافياً في جواز ترك المزارع العمل نظراً إلى مصلحة الأرض، وحينئذٍ فالأقوى عدم التعدي لما عُيّن مطلقاً) انتهى.

هذا وإن جاز التعدي وقد تعدى العامل فلا يستحق المالك الفسخ لعدم تخلف الشرط، لأنَّ الاذن بالمعين إذن بالأقل، ولا أرش للمالك لعدم زيادة ضرر على الأرض بحسب الغرض، نعم يستحق المالك الحصة. =

فيستحقّ[١] ما سمّاه[٢] من الحصّة، ولا أرش[٣] ولا خيار، لعدم الضرر.

ويشكل[٤] بأنّه غير معقود عليه أيضاً[٥]، فكيف يستحقّ[٦] فيه شيئاً، مع أنّه[٧] نماء بذر العامل الذي لا دليل على انتقاله عن ملكه[٨].

= وإن لم يُجز التعدي وقد تعدى العامل فقد حكم العلامة بكون المالك بالخيار بين الفسخ لتخلف الشرط وبين الإبقاء، ومع الفسخ فله أُجرة المثل عن الأرض في المدة، ومع الإبقاء فله الحصة المسماة من دون أرش لأنّه لا زيادة ضرر على المالك بحسب الفرض.

وأشكل عليه بأنّ المالك لو أبقى العقد فالحصة للمعيّن ولم يحصل، وما حصل غير مأذون فيه لأنّه حسب الفرض لا يجوز التعدي فالأقوى أُجرة المثل.

(١) فاعله هو الضمير العائد إلى المالك.

(٢) الضمير الملفوظ في قوله «سمّاه» يرجع إلى «ما» الموصولة.

(٣) أي لا أرش لأرض المالك ولا خيار له، بخلاف زرع الأضرّ.

(٤) أي يشكل القول باستحقاق المالك لما سمّاه من الحصّة، بأنّ زرع الأقلّ ضرراً لم يكن مورداً لعقد المزارعة، فما وقع لم يقصد وما قصد لم يقع.

(٥) إشارة إلى ما تقدّم من الإشكال الموجود في تجاوز العامل ما عُيّن له بزرع الأضرّ في قوله «ويشكل بأنّ الحصة المسمّاة إنّما وقعت في مقابلة الزرع المعيّن ولم يحصل».

وفيه: إن الاذن بالمعين إذن بالأقل المزروع فيشمله العقد، نعم إشكاله جارٍ بناءً على عدم جواز التعدي مع الحكم بثبوت الحصة للمالك عند الإبقاء كما هو مختار العلامة.

(٦) فاعله هو الضمير العائد إلى المالك. والضمير في قوله «فيه» يرجع إلى الأقلّ ضرراً.

(٧) يعني أنّ المزروع يكون نماء بذر العامل، ولا دليل على انتقاله عن ملكه إلى ملك المالك.

(٨) أي عن ملك العامل.

والأقوى ثبوت أُجرة المثل[١] أيضاً كالسابق.

(ويجوز أن يكون من أحدهما[٢] الأرض حسب[٣]، ومن الآخر[٤] البذر والعمل[٥] والعوامل[٦]).

---

(١) يعني أنّ الأقوى عند الشارح ﷺ هنا أيضاً هو ثبوت أُجرة المثل لأرض المالك التي زرع العامل فيها غير ما عُيّن له في العقد، كما قال بهذا الحكم نفسه في صورة زرع الأضرّ في قوله «والأقوى وجوب أُجرة المثل خاصّةً».

صور ما يجوز للمتعاقدين

(٢) أي من أحد المتعاقدين اللذين هم المالك والعامل المتزارعان.

(٣) قوله «حُسب» ـ بضمّ الباء ـ هنا بمعنى «خاصّةً».

(٤) أي ويجوز أن يكون البذر والعمل والعوامل من الآخر، وهو العامل.

والحاصل أنّه يصحّ في عقد المزارعة اشتراط كون الأرض من أحد المتزارعين، وكون البذر والعمل والعوامل من الآخر.

(٥) أي عمل الزرع.

(٦) المراد من «العوامل» هو آلات الزرع والحرث والحصاد، فالزرع بحاجة إلى أربعة أمور: الأرض والبذر والعمل وآلات العمل وهي العوامل، والأصل في المزارعة أن يقدم المالكُ الأرض، والعاملُ البقية مع الالتفات إلى أنّه لا يمكن تقديم الأربعة من أحدهما والآخر لا يقدم شيئاً، لأنَّ الثاني لا يُسمى مزارعاً ولا يتحقق موضوع العقد والمعاملة حينئذٍ، ثم إما أن يقدم أحدهما شيئاً من الأربعة والأخرُ الباقي، وإمَّا أن يقدم شيئين من الأربعة والباقي من الآخر، ولا ثالث، والصور الناتجة يمكن حصرها، وكذا يمكن تقديم بعض الشيء من أحد الأمور الأربعة كنصف البذر ونصف العمل ونصف آلات العمل والباقي من الآخر وعلى الثاني لا يمكن حصر الصور لعدم حصر الجزء.

وعلى كلٍ فالصور كلها جائزة بلا خلاف فيه نظراً إلى إطلاق أخبار المزارعة أو عمومها.

وهذا[١] هو الأصل في المزارعة، ويجوز جعل اثنين[٢] من أحدهما، والباقي من الآخر، وكذا واحد[٣] وبعض الآخر.

ويتشعّب من الأركان الأربعة[٤] صور كثيرة لا حصر لها[٥] بحسب الشرط بعضها[٦] من أحدهما[٧]، .....

---

(١) المشار إليه في قوله «هذا» هو كون الأرض خاصّةً من أحدهما، والباقي من البذر والعمل والعوامل من الآخر. يعني أنّ المزارعة بهذا النحو هي الأصل، لكن يتصوّر فيها صور كثيرة لا تنحصر في عدد.

(٢) أي الاثنين من الأمور الأربعة: الأرض والبذر والعمل والعوامل. يعني يجوز أيضاً اشتراط كون اثنين من الأمور الأربعة المذكورة من أحدهما، وكون الباقي ـ وهما اثنان باقيان ـ من الآخر.

(٣) بالجرّ، عطف على قوله «اثنين». يعني يجوز كون واحد من الأُمور الأربعة المذكورة بتمامه وبعض من أمر آخر من أحدهما، وكون الباقي من الآخر، بأن يشترط الأرض بتمامها وبعض البذر أو بعض العمل أو العوامل على أحدهما، ويشترط الباقي على الآخر.

(٤) المراد من «الأركان الأربعة» هو الأرض والبذر والعمل والعوامل.

(٥) الضمير في قوله «لها» يرجع إلى الصور. أي لا حصر للصور من حيث الشرط الحاصل منهما.

والمراد من الحصر هنا هو الحصر العرفيّ لا الحصر العقليّ، لأنّ الصور المتصوّرة الحاصلة من الأركان الأربعة محصورة لا محالة بالغة ما بلغت!

(٦) الضمير في قوله «بعضها» يرجع إلى الأركان الأربعة المذكورة.

(٧) أي من أحد المتزارعين.

والباقي[١] من الآخر.

(وكلّ[٢] واحدة من الصور الممكنة جائزة) متى كان من أحدهما بعضها[٣] ولو جزءً من الأربعة، ومن[٤] الآخر الباقي، مع ضبط[٥] ما على كلّ واحد[٦].

---

(١) عطف على قوله «بعضها». يعني يجوز شرط كون الباقي من الآخر.

أقول: لا بأس بالإشارة إلى بعض صور المسألة، ويتّضح باقي الصور بالقياس إليه، وهي صورة كون أحد الأركان الأربعة المذكورة من أحدهما، وكون الباقي من الآخر، وهي هكذا:

من أحدهما	من الآخر
١ ـ الأرض	العمل والبذر والعوامل
٢ ـ البذر	الأرض والعمل والعوامل
٣ ـ العمل	الأرض والبذر والعوامل
٤ ـ العوامل	الأرض والبذر والعمل

حكم الصور الممكنة

(٢) هذا مبتدأ، خبر، قوله «جائزة». يعني أنّ جميع الصور الممكنة جائزة بعد اشتراط كون ما شرط مضبوطاً.

(٣) الضمير في قوله «بعضها» يرجع إلى الأركان الأربعة المذكورة. يعني يصحّ اشتراط كون بعض الأركان الأربعة من أحدهما ولو كان ذلك البعض جزءً من الأربعة المذكورة، بأن يكون بعض البذر أو العمل أو العوامل من أحدهما ويكون الباقي من الآخر.

(٤) عطف على قوله «من أحدهما».

(٥) أي مع اشتراط كون ما شرط على كلّ واحد منهما مضبوطاً ومعلوماً.

(٦) أي على كلّ واحد من المتزارعين.

(ولو اختلفا في المدّة[١] حلف منكر[٢] الزيادة)، لأصالة عدمها[٣]، فإن بقي الزرع بعد ما ثبت منها[٤] فكما سبق[٥].

(و) لو اختلفا **(في الحصّة[٦] حلف صاحب البذر)**، لأنّ النما، تابع له[٧]، فيقدّم قول مالكه[٨] في حصّة الآخر، لأصالة[٩] عدم خروج ما زاد عن ملكه[١٠]،

أحكام النزاع

(١) أي لو اختلفا في مدّة المزارعة بأن يقول أحدهما مدّتها سنة، ويقول الآخر إنّها سنتان.

(٢) أي قدّم قول منكر الزيادة مع الحلف لأصالة عدمها مع يمينه سواء كان العاملُ أو المالك، وإن كان الأصل أن يدعي العامل زيادة المدة والمالك ينكرها.

(٣) الضمير في قوله «عدمها» يرجع إلى الزيادة.

(٤) الضمير في قوله «منها» يرجع إلى المدّة. يعني إن بقي الزرع في الأرض بعد ثبوت مدّة عند الحاكم يكون حكمه كما سبق.

(٥) من جواز قلعه للمالك مع الأرش أو بالمجّان على الخلاف المتقدم.

(٦) كما إذا قال المالك: لي نصف الحصّة الحاصلة، وقال العامل: لك ربعها لا الأزيد، فلما كان الحاصلُ تابعاً للبذر لأنّه نماؤه، فإذا اختلفا في قدر الحصة فيقدم قول صاحب البذر في حصّة الآخر مع يمينه، لأصالة عدم خروجها عن ملكه، نعم يثبت للآخر ما يعترف به صاحب البذر أنه له، وبالاعتراف يرفع اليد عن الأصل المذكور.

(٧) أي النماء تابع للبذر.

(٨) أي يقدّم قول صاحب البذر في تعيين حصّة الآخر.

(٩) هذا تعليل لتقدّم قول صاحب البذر بأنّ الأصل هو عدم خروج ما زاد عمّا أقرّ به صاحب البذر عن ملكه.

(١٠) الضمير في قوله «ملكه» يرجع إلى صاحب البذر والزائد هو الفارق بين قوليهما، =

وعدم استحقاق الآخر له[١]، واتّفاقهما[٢] على عقد تضمّن[٣] حصّة إنّما نقل عنه في أصل الحصّة، لا في الحصّة المعيّنة، فيبقى حكم إنكار الزائد بحاله[٤] لم يخرج عن الأصل[٥].

(ولو أقاما بيّنة قدّمت بيّنة الآخر[٦]) في .....

= فلو كان البذر من العامل وادعى المالك أن حصَّته النصف فادعى العامل أنَّ حصَّته الربع، كان للمالك الربع مع يمين العامل لأصالة عدم خروج الربع الثاني عن ملكه، لأنَّ الحاصل تابع للبذر، وهو ملك العامل.

(١) أي عدم استحقاق الآخر لما زاد عمّا يقرّ به صاحب البذر.

(٢) هذا مبتدأ، خبره قوله «إنّما نقل عنه»، والضمير يرجع إلى المالك والعامل.

أقول: كأنّ هذا دفع لتوهّم أنّ المالك والعامل متّفقان على وقوع عقد متضمّن لحصّة للعامل، فلا مجال للاستناد إلى أصالة عدم خروج ما زاد عن ملك صاحب البذر. فأجاب عنه بقوله «إنّما نقل عنه في أصل الحصّة»، وهذا ما لا شكّ فيه، وإنّما الكلام في قدرها. والمشكوك هو هذا المقدار الزائد عمّا يقرّ به صاحب البذر، والأصل عدمه.

(٣) قوله «تضمّن» مجرور محلاً، لكونه صفة لقوله المجرور «عقد».

(٤) الضمير في قوله «بحاله» يرجع إلى حكم إنكار الزائد.

(٥) أي عن أصالة عدم خروج ما زاد عن ملك صاحب البذر.

(٦) المراد من «الآخر» هو المدّعي في مسألتي الاختلاف في المدّة وفي الحصّة. والأصل في القضاء أن البينة على المدعي واليمين على من أنكر، وأنه لا تسمع بينة المنكر لأنَّ وظيفته اليمين فقط ولذا لو قدّم كلّ منهما بيِّنة فلا تسمع إلاَّ بنية المدعي فقط لأنَّها وظيفته، وقد تقدم تسمية المدعي بالخارج والمنكر بالداخل، أمَّا أن المنكر داخل لكونه صاحب يدٍ أو صاحب أصل أو صاحب ظاهر ومنه تعرف وجه تسمية المدعي =

المسألتين[١]، وهو[٢] العامل في الأُولى[٣]، لأنّ مالك الأرض يدّعي[٤] تقليل المدّة، فيكون القول قوله[٥]، والبيّنة بيّنة[٦] غريمه العامل[٧]، ومن[٨] ليس له بذر في

= بالخارج وعليه ففي المسألتين السابقتين من النزاع في قدر المدة وقدر الحصة لو أتى المدعي بالبينة فلا تقبل يمين المنكر هذا من جهة ولا تقبل بنية المنكر أيضاً لأنَّه داخل، فلو أقام كلّ منهما بينة فتقدم بنية الخارج، وهو العامل في الصورة الأولى لأن المنكر لزيادة المدة هو المالك على ما تقدم.

وهو من ليس له البذر في الصورة الثانية، لأنَّ المنكر هو صاحب البذر على ما تقدم.

(١) المراد من «المسألتين» هو مسألة الاختلاف في الحصّة والاختلاف في المدّة، واللام تكون للعهد الذِّكريّ.

(٢) الضمير في قوله «وهو» يرجع إلى الآخر. يعني أنّ المراد من الآخر الذي يقدّم قوله هو العامل في مسألة الاختلاف في مدّة المزارعة.

(٣) أي المسألة الأُولى، وهي اختلافهما في مدّة المزارعة.

(٤) يعني أنّ مالك الأرض يدّعي في مسألة الاختلاف في مدّة المزارعة قلّة المدّة، والعامل يدّعي كثرتها. أقول: والأولى التعبير بأنّ مالك الأرض ينكر الزيادة، والعامل يدّعيها.

(٥) الضمير في قوله «قوله» يرجع إلى مالك الأرض، وهو منصوب للخبريّة.

(٦) بالنصب، للخبريّة لقوله «فيكون». يعني فتقدّم بيّنة غريم مالك الأرض، وهو العامل، وبعبارة أُخرى أنّ العامل مدّع لزيادة المدّة والمالك منكر لها، فإذا أقاما بينتين تقدّم بيّنة العامل، لأنّ البيّنة على المدّعي، واليمين على المنكر.

(٧) بالجرّ، صفة للغريم، أو عطف بيان له.

(٨) بالرفع محلاً، عطف على قوله «العامل في الأُولى» يعني أنّ المراد من الآخر الذي هو المدّعي في المسألة الثانية هو الذي ليس البذر منه، سواء كان هو المالك أو العامل.

الثانية[١] من العامل ومالك الأرض، لأنّه[٢] الخارج[٣] بالنظر إلى الباذر[٤] حيث قدّم قوله[٥] مع عدم البيّنة[٦].

(وقيل[٧]: يقرع)، لأنّها[٨] لكلّ أمر مشكل.

ويشكل[٩] بأنّه لا إشكال هنا، فإنّ من كان القول قوله[١٠] فالبيّنة بيّنة صاحبه، فالقول بتقديم بيّنة المدّعي فيهما[١١] أقوى.

---

(١) أي المسألة الثانية، وهي مسألة الاختلاف في الحصّة.

(٢) الضمير في قوله «لأنّه» يرجع إلى من ليس له بذر.

(٣) أي الخارج من حيث يده وتسلّطه.

(٤) فإنّ صاحب البذر داخل من حيث إثبات يده وتسلّطه بالنسبة إلى نماء البذر.

(٥) الضمير في قوله «قوله» يرجع إلى من له بذر، وهو الباذر.

(٦) أي مع عدم البيّنة ممّن ليس له بذر.

(٧) يعني أنّ القول الآخر في صورة إقامة كلا المتزارعين للبيّنة هو العمل بالقرعة في مقابل القول المتقدّم أعني بيّنة المدّعي ولم يعرف قائله، لأنَّ القرعة لكل أمرٍ مشكل، وفيه: إنَّه لا إشكال مع العموم الوارد في القضاء أن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، والتفصيل قاطع للشركة.

(٨) أي لأنّ القرعة تجري في كلّ أمر مشكل، والأمر في المسألتين مشكل.

(٩) فاعله هو الضمير العائد إلى القول بالقرعة. يعني أنّ القول بالقرعة في المسألتين يشكل بأنّه لا إشكال ولا إبهام فيهما، لأنّ البيّنة على المدّعي، واليمين على عهدة المنكر، فلا إشكال.

(١٠) بالنصب، خبر لقوله «كان».

(١١) الضمير في قوله «فيهما» يرجع إلى المسألتين، وقوله «أقوى» خبر لقوله «فالقول».

(وللمزارع[١] أن يزارع غيره[٢] أو يشارك غيره)،

لأنّه[٣] يملك منفعة الأرض بالعقد اللازم، فيجوز له[٤] نقلها ومشاركةُ .....

مزارعة الزارع غيره ومشاركته له

(١) بصيغة اسم الفاعل، والمراد منه هو العامل في عقد المزارعة.

(٢) الضمير في قوله «غيره» يرجع إلى المزارع. يعني يجوز للعامل أن يتعاقد مع الآخر على المزارعة أو يشاركه فيها في بعض حصته ولا يتوقف ذلك على إذن المالك بلا خلاف فيه، لأنَّ المزارعة من العقود اللازمة الموجبة لنقل منفعة الأرض إلى العامل في قبال حصَّة من الحاصل للمالك، وإذا تملك العامل منفعة الأرض كان له نقلها إلى غيره في المزارعة، ومشاركة غيره عليها لأنَّ الناس مسلطون على أموالهم، ولا يتوقف ذلك على إذن مالكها إذ لا حق له في المنفعة بحسب الفرض لخروجها عن ملكه في قبال الحصة المخصوصة، ومما يدل على جواز المزارعة المذكورة موثق سماعة (قلت: الرجل يبذر في الأرض مائة جريب أو أقل أو أكثر طعاماً أو غيره فيأتيه رجل فيقول له: مني مني نصف ثمن هذا البذر الذي زرعته في الأرض ونصف نفقتك عليّ وأشركني فيه؟ فقال: لا بأس)[١].

ومما تقدم تعرف أن مزارعة الغير من قبل العامل أن يعقد عقد مزارعة بينه وبين ثالث غير المالك ليكون من الثالث بعضُ ما على العامل في قبال شيء من حصة العامل.

وتعرف أن مشاركة الغير من قبل العامل أن يبيع العامل بعض حصته من الزرع بعوض معلوم لغير المالك.

(٣) يعني أنّ المزارع يملك منفعة الأرض بعقد المزارعة فيجوز له التصرّف فيها يملكه.

(٤) الضمير في قوله «له» يرجع إلى المزارع والضمير في قوله «نقلها» يرجع إلى المنفعة. أي نقل المنفعة وظاهره جواز مزارعة العامل للغير على تمام ماله من الحصة في قبال تمام منفعة الأرض وهو أيضاً جائز لما تقدم.

---

(١) الوسائل، الباب١٣من أبواب المزارعة، حديث١.

غيره[١] عليها، لأنّ الناس مسلّطون على أموالهم.

نعم، لا يجوز له[٢] تسليم الأرض إلاّ بإذن مالكها[٣].

وربّما اشترط[٤] كون البذر منه[٥]، ليكون تمليك الحصّة منوطاً به[٦]، .....

---

(١) الضمير في قوله «غيره» يرجع إلى المزارع، وفي قوله «عليها» يرجع إلى المنفعة ومنفعة الأرض بأن يبيع شيئاً من الحصَّة المشاعة بعوض معلوم غير أنَّه يشترط في المشاركة شرائط البيع من ظهور الزرع ونحو ذلك.

(٢) أي لا يجوز للمزارع أن يسلم الأرض إلى غيره إلاّ بإذن مالكها.

(٣) الضمير في قوله «مالكها» يرجع إلى الأرض لأنَّ المالك قد أذن للمزارع الأوَّل أن يضع يده على الأرض ليستوفي منفعتها، وإذن المالك له بالتسلم للعين لا يعني إذناً له بالتسليم للغير.

(٤) أي ربّما يشترط في جواز مزارعة المزارع غيره كون البذر من المزارع.

(٥) الضمير في قوله «منه» يرجع إلى المزارع الذي يزارع غيره فربما شرط كون البذر منه لأنَّ البذر إذا كان من المالك فالحاصل له تبعاً للبذر إلاّ من أذن له، ولم يأذن إلاّ للعامل بتملك الحصَّة فلا يجوز للعامل حينئذٍ أن يشارك أو يزارع غيره على ملك المالك.

بخلاف ما لو كان البذر من العامل فالحاصل له تبعاً للبذر، وإذا كان الحاصل له فهو قد أذن بتملك المالك لحصَّة منه على أن يكون الباقي للعامل، فيجوز له أن يشارك أو يزارع حينئذٍ.

ورُدّ بأن هذا يجري في المزارعة لا المشاركة، لأنَّ العامل ـ بعدما ظهر النماء ـ يتملك حصَّة منه إذا كان البذر من المالك، ومع ملكه لهذه الحصة فلا مانع بأن يتسلط على بيعها أو بيع بعضها كيف شاء بخلاف ما لو لم يظهر الحاصل فهو لا يملك شيئاً، وهو مأذون بالعمل فقط فلا يجوز له أن يأذن لغيره بالعمل فلذا لا تجوز المزارعة.

(٦) الضمير في قوله «به» يرجع إلى كون البذر من العامل.

وبه[١] يفرق بينه[٢] وبين عامل المساقاة حيث لم يجز له[٣] أن يساقي غيره، وهو[٤] يتمّ في مزارعة غيره لا في مشاركته.

ويمكن الفرق بينهما[٥] بأنّ عمل الأُصول[٦] في المساقاة مقصود بالذات كالثمرة[٧]، فلا يتسلّط عليه[٨] من لا يسلّطه المالك، بخلاف الأرض في المزارعة،

---

(١) الضمير في قوله «به» يرجع إلى اشتراط كون البذر من العامل الذي يزارع غيره. ويكون البذر من العامل يُفرّق بين عامل المزارعة وعامل المساقاة، فعامل المزارعة يجوز له المزارعة أو المشاركة لأنّه يملك الحاصل بتمامه لأن البذر منه، بخلاف عامل المساقاة فلا يجوز له أن يساقي غيره لأنه لا يملك الأشجار ولا الأصول القائمة.

بالإضافة إلى أن المقصود من عقد المساقاة هو سقي الشجر من نفس العامل ولذا لا يجوز له أن يساقي غيره بخلاف عقد المزارعة فالغرض منها هو تمليك حصةٍ للمالك في قبال تمليك العامل منفعة الأرض مع تمام الحاصل إذا كان البذر منه، وإذا تملك العامل تمام الحصة فيجوز له المشاركة، وإذا تملك تمام منفعة الأرض فيجوز له أن يزارع غيره.

(٢) الضمير في قوله «بينه» يرجع إلى عامل المزارعة.

(٣) أي لا يجوز لعامل المساقاة أن يتعاقد مع غيره على عقد المساقاة.

(٤) يعني أنّ اشتراط كون البذر من العامل في جواز مزارعته غيره إنّما يتمّ في خصوص مزارعته غيره لا في خصوص مشاركته غيره، ففيها لا يأتي هذا الوجه، لأنّه لا يشترط فيها كون البذر من المزارع.

(٥) الضمير في قوله «بينهما» يرجع إلى المزارعة والمساقاة.

(٦) يعني أنّ عمل العامل في الأشجار مقصود بالذات في عقد المساقاة، فلا يجوز إرجاعه إلى غيره.

(٧) أي كما أنّ الثمرة هي المقصودة بالذات في المساقاة.

(٨) الضمير في قوله «عليه» يرجع إلى العمل.

فإنّ الغرض فيها[١] ليس إلاّ الحصّة، فلمالكها[٢] أن ينقلها إلى من شاء.

(إلاّ[٣] أن يشترط عليه[٤] المالك الزرع بنفسه)، فلا يجوز له[٥] إدخال غيره[٦] مطلقاً[٧]، عملاً[٨] بمقتضى الشرط.

(والخراج[٩] على المالك)، لأنّه[١٠] موضوع على الأرض ابتداءً لا على الزرع (إلاّ

---

(١) يعني أنّ الغرض في المزارعة هو الحصّة الحاصلة منها.

(٢) الضميران في قوليه «فلمالكها» و«ينقلها» يرجعان إلى الحصّة.

(٣) هذا استثناء، من قوله فيما سبق«للمزارع أن يزارع... إلخ». أي لا يجوز المزارعة المبحوث عنها في صورة اشتراط المالك الزرع على نفس العامل.

(٤) الضميران في قوليه «عليه» و«بنفسه» يرجعان إلى العامل.

(٥) أي فلا يجوز للعامل أن يشارك غيره في الزرع.

(٦) الضمير في قوله «غيره» يرجع إلى العامل.

(٧) أي سواء كان إدخال الغير في الزرع بنحو المزارعة أو بنحو المشاركة.

(٨) فإنّ عدم جواز إدخال الغير في العمل إنّما هو للعمل بقوله : «المؤمنون عند شروطهم

كون الخراج على المالك

(٩) الخراج هو ما يأخذه السلطان عن الأراضي المفتوحة عنوة، وهي التي تُملك تبعاً لتملك الآثار الموجودة فيها، وهذا الخراج على المالك لا على العامل، لأنّه موضوع على الأرض، ولأصالة براءة ذمة العامل منه.

والخُراج ـ بالتثليث ـ: المال المضروب على الأرض، يقال: كم خراج أرضك، وأصله ما يخرج من غلّة الأرض (أقرب الموارد).

(١٠) يعني أنّ الخراج مضروب على الأرض ابتداءً، فهو على عهدة المالك، ولا تعلّق له بالعامل.

مع الشرط[١]، فيتّبع شرطه في جميعه[٢] وبعضه مع العلم بقَدَره[٣]، أو شُرِط قدر معيّن منه[٤].

ولو شرط الخراج على العامل فزاد السلطان فيه[٥] زيادة فهي على صاحب الأرض، لأنّ الشرط لم يتناولها[٦].

(وإذا بطلت المزارعة فالحاصل[٧] **لصاحب البذر، وعليه**[٨] **الأُجرة)** للباقي[٩]،

---

(١) بأن يشترط المالك كون الخراج على عهدة العامل.

(٢) الضميران في قوليه: «جميعه» و«بعضه» يرجعان إلى الخراج.

(٣) أي مع العلم بقدر الخراج لا مانع من اشتراط كون جميعه أو بعضه على العامل.

(٤) بأن يشترط المالك كون ربع الخراج أو خمسه مثلاً على عهدة العامل، فهذا ممّا لا مانع منه.

(٥) الضمير في قوله «فيه» يرجع إلى الخراج. يعني إذا اشترط كون الخراج على عهدة العامل، ثمّ زاد السلطان فيه زيادة حكم إذاً يكون الزائد على عهدة المالك.

(٦) يعني أنّ شرط كون الخراج على عهدة العامل لم يشمل الزيادة الحاصلة من جانب السلطان.

حكم بطلان المزارعة

(٧) يعني أنّ الحاصل من الزرع يختصّ بصاحب البذر مالكاً كان أو عاملاً.

(٨) الضمير في قوله «عليه» يرجع إلى صاحب البذر وعلى صاحب البذر الأُجرة لأنَّ الحاصل نماؤه، فهو مملوك له تبعاً لمملوكية البذر، وعليه فإن كان البذر من الزارع فالحاصل له وعليه أُجرة المثل عن الأرض لصاحبها، وإن كان البذر من المالك فالحاصل له، وعليه أُجرة المثل عن العمل للعامل، وما قدمه العامل أيضاً إذا شُرط عليه شيء من بقية الأركان الأربعة.

(٩) المراد من «الباقي» هو الأرض والعمل والعوامل.

فإن كان البذر من صاحب الأرض فعليه[١] أُجرة مثل العامل والعوامل[٢]،

ولو كان[٣] من الزارع فعليه[٤] لصاحب الأرض أُجرة مثلها[٥]، ولِما[٦] شُرِطَ عليه من الآخرين[٧]، ولو كان البذر منهما[٨] فالحاصل[٩] بينهما،

ولكلّ منهما[١٠] على الآخر أُجرة مثل ما يخصّه من[١١] الأرض وباقي .....

---

(١) أي فعلى صاحب الأرض أُجرة مثل العامل في الزرع.

(٢) أي وكذا يُعطي صاحب الأرض العامل أُجرة مثل العوامل للعامل. لأنّه مع فرض كون صاحب الأرض قد قدّم البذر فلم يبقَ من الأركان الأربعة إلاّ العمل والعوامل من الآخر.

(٣) اسم «كان» هو الضمير العائد إلى البذر.

(٤) أي فيجب على العامل أن يعطي صاحب الأرض أُجرة مثل الأرض.

(٥) الضمير في قوله «مثلها» يرجع إلى الأرض.

(٦) أي وعلى العامل أُجرة مثل ما شرط لصاحب الأرض من الركنين الآخرين، وهما العوامل والعمل.

(٧) بصيغة التثنية، والمراد هو الركنان الآخران من الأركان الأربعة المذكورة. إذ ربما قد شرط على المالك العوامل، وعلى ثالث العمل.

(٨) الضمير في قوله «منهما» يرجع إلى المالك والعامل.

(٩) يعني أنّ الحاصل من الزرع يقسم بين العامل والمالك.

(١٠) أي يجب على كلّ من المالك والعامل أُجرة مثل ما يختصّ بالآخر مثل الأرض والعوامل.

(١١) بيان لـ«ما» الموصولة. يعني أنّ ما يخصّ الآخر هو الأرض والعوامل، فإذا كانت العوامل من العامل وجب على صاحب الأرض أُجرتها، وكذا يجب على صاحب العوامل أُجرة الأرض لصاحبها.

الأعمال[١].

(ويجوز لصاحب الأرض الخرص[٢] على الزارع) بأن يُقَدِّر[١] ما يخصّه[٢] من

---

(١) فلو كان البذر مناصفة فصاحب الأرض قد زرع نصف أرضه ببذره ولا معنى لأن يدفع أُجرة المثل عن هذا النصف لنفسه ولا للعامل، لكن على العامل أن يدفع أُجرة نصف الأرض، فصاحب الأرض له على العامل أُجرة الأرض التي تخصه بحسب حصَّة العامل وكان على الشارح أنَّه يأتي بالقيد الأخير وهو: (بحسب حصة الآخر).

جواز الخرص لصاحب الأرض

(٢) الخَرْص ـ بفتح الخاء وسكون الراء ـ بمعنى التخمين.

خَرَصَ فيه: حدس وقال بالظنّ (أقرب الموارد).

والحاصل أن المالك يجوز له أن يشتري حصة العامل بعد تخمينها في قبال حبٍ من نفس الجنس بل ومن نفس حصَّة العامل، ووقت الخرص بعد بلوغ القلة وانعقاد الحب قبل أوان الحصاد، وهذا الشراء بحاجة إلى رضا العامل، وهو مما لا شك فيه.

ولزوم العوض على المالك إنَّما يكون إذا خرج الحاصل من حصَّة العامل بالسلامة، فإن تلفت أو بعضها فسيأتي حكمه، وهذا الخرص جائز على المشهور، وهو جائز لكلٍ من المالك والعامل للأخبار.

منها: صحيح أبي الصباح الكناني عن أبي عبدالله (إن النبي لما افتتح خيبر تركها في أيديهم على النصف، فلما أدركت الثمرة بعث عبدالله بن رواحة إليهم فخرص عليهم، فجاؤوا إلى النبيﷺ فقالوا: إنَّه قد زاد علينا، فأرسل إلى عبدالله بن رواحة فقالﷺ: ما يقول هؤلاء؟ قال: خرصت عليهم بشيء، فإن شاءوا يأخذون بما خرصت وإن شاءوا أخذنا)، ومرسل محمد بن عيسى (قلت لأبي الحسن : إنَّ لنا أكرة فنزارعهم فيجيئون فيقولون: إنا قد حزرنا هذا الزرع بكذا وكذا، فأعطوناه ونحن نضمن لكم أن =

الحصّة تخميناً، ويُقَبّلَه[٣] به[٤] .....

= نعطيكم حصَّتكم على هذا الحزر، قال: وقد بلغ؟ قلت: نعم، قال: لا بأس بهذا، قلت: إنَّه يجيء بعد ذلك فيقول: إنَّ الحزر لم يجيء كما حزرت قد نقص، قال: فإذا زاد يُردّ عليكم؟ قلت: لا، قال: فلكم أن تأخذوه بتمام الحزر، كما أنه إذا زاد كان له، كذلك إذا نقص كان عليه)[1].

وأشكل عليهم ابن إدريس بأن الخرص إن كان بيعاً فهو مماثلة ومزابنة، وهي أن يشتري حمل النخل بتمر والزرع بحنطة، وقد مضى حرمتهما في كتاب البيع، وإن كان صالحاً فهو لازم وإن لم يخرج الحاصل بالسلامة، هذا إذا كان العوض من غير الحاصل، ولو كان من الحاصل فهو باطل لاتحاد العوض والمعوض وردّ بأن هذا الخرص لو كان بيعاً فهو مستثنى من المماثلة للأخبار المتقدمة، ولو كان صلحاً فلا يضره اتحاد العوض والمعوض مع ورود الأخبار به. هذا مع العلم أن هذه المعاملة هي المسماة بالقبالة، وقد تقدم ذكر ما في كتاب البيع على أن يكون إيجابها (أتقبل حصتك بكذا وكذا) فيقبل الآخر.

(١) فاعله هو الضمير الراجع إلى المالك، ومفعوله هو «ما» الموصولة.

(٢) الضمير الملفوظ في قوله «يخصّه» يرجع إلى العامل، وقوله من «الحصّة» بيان لـ «ما» الموصولة. يعني يجوز للمالك أن يقدّر مقدار الحصة التي تختص بالعامل، ويقبلّه في مقابل الحبّ ولو من حاصل الزرع في المزارعة.

(٣) من باب التفعيل، منصوب، لكونه معطوفاً على مدخول «أن» الناصبة في قوله «بأن يقدّر»، وفاعله هو الضمير العائد إلى المالك، ومفعوله هو الضمير المتّصل العائد إلى العامل.

(٤) الضمير في قوله «به» يرجع إلى «ما» الموصولة في قوله «ما يخصّه»، والمراد منه هو الحصّة المختصّة بالعامل.

(١) الوسائل، الباب ١٠، من أبواب بيع الثمار، حديث٣.

بحبّ[١] ولو منه بما خرصه[٢] به (مع الرضا[٣]).

وهذه[٤] معاملة خاصّة مستثناة من المحاقلة[٥] إن كانت[٦] بيعاً أو صلحاً.

---

(١) الباء في قوله «بحبّ» تكون للمقابلة، والضمير في قوله «منه» يرجع إلى الزرع المشترك بين المالك والعامل. يعني ولو كان الحبّ الذي يقبّل المالكُ العاملَ به من محصول الزرع المشترك.

(٢) فاعله هو الضمير العائد إلى المالك، والضمير المتّصل يرجع إلى «ما» الموصولة، والضمير في قوله «به» يرجع إلى قوله «ما يخصّه»، وهو الحصّة.

(٣) أي مع رضا العامل.

(٤) يعني أنّ المعاملة المبحوث عنها بالتفصيل المذكور هي معاملة خاصّة مستثناة من المحاقلة التي هي بيع السنبل في مقابل حبّ منه أو من غيره، فإنّ بيع السنبل بحبّ منه أو من غيره غير جائز.

(٥) من حاقَلَه محاقَلَةً: باعه الزرعَ في سنبله بالبُرّ قبل بدوّ صلاحه، ومنه الحديث: «أنّه نهى عن المحاقلة زارعه»، (أقرب الموارد).

قال المصنّف ﷺ في كتاب المتاجر في المسألة الأُولى من مسائل الفصل الرابع في بيع الثمار «لا يجوز بيع الثمرة بجنسها على أُصولها، نخلاً كان أو غيره، ويسمّى في النخل مزابنة، ولا السنبل بحبّ منه أو من غيره، ويسمّى محاقلة.

وقال الشارح ﷺ في توضيح «المحاقلة»: «مأخوذة من الحقل، جمع حقلة، وهي الساحة التي تزرع، سمّيت بذلك لتعلّقها بزرع في حقلة».

(٦) اسم «كانت» هو الضمير العائد إلى المعاملة. يعني إن كانت المعاملة المذكورة بيعاً أو صلحاً كانت مستثناةً من عدم جواز المحاقلة.

(فيستقرّ) ما[١] اتّفقا عليه **(بالسلامة[٢])**، **فلو تلف الزرع)** أجمع من قبل الله[٣] تعالى **(فلا شيء)** على الزارع، ولو تلف البعض سقط منه[٤] بالنسبة، ولو أتلفه[٥] متلف ضامن[٦] لم تتغيّر المعاملة، وطالبَ المتقبّلُ[٧] المتلفَ بالعوض، ولو زاد[١]

---

(١) بالرفع محلاً، لكونه فاعلاً لقوله «فيستقرّ». وهذا متفرّع على جواز شراء مالك الأرض حصّة العامل تخميناً في مقابل حبّ منه أو من غيره. يعني فإذا اتّفقا في المعاملة المذكورة على شيء لا يستقرّ على ذمّة مالك الأرض إلاّ بسلامة الزرع عن التلف صحّ.

(٢) أي بشرط سلامة الحاصل، ولا دليل على هذا الشرط وقد تقدم الكلام فيه في مسألة القبالة في بيع الثمار، قال في المسالك: (والمشهور أن لزوم العوض فيه مشروط بالسلامة، فإن تلفت الغلة أجمع بآفة من قبل الله تعالى فلا شيء على الزارع، ولو تلف البعض سقط بالنسبة، ولو أتلفها متلف ضامن فهي بحالها، ويطالب المتقبّلُ المتلفَ بالعوض، والحكم بذلك هو المشهور بين الأصحاب، ومستنده غير واضح، وحكمه لا يخلو من إشكال إن لم يكن انعقد عليه الإجماع، وأنّى لهم به، وإنّما هو شيء ذكره الشيخ في بعض كتبه، وتبعه عليه الباقون معترفين بعدم النص ظاهراً على هذه اللوازم، ولو كان النقصان بسبب الخطأ لم يسقط من المال شيء عملاً بالأصل، وهو مروي عن الكاظم مرسلاً) انتهى.

(٣) كما إذا تلف الزرع بسبب الحرّ أو البرد أو غير ذلك من الآفات الإلهيّة.

(٤) الضمير في قوله «منه» يرجع إلى «ما» الموصولة في قوله «ما اتّفقا».

(٥) ضمير المفعول يرجع إلى الزرع، وفاعله قوله «متلف».

(٦) صفة لقوله «متلف»، وهذا قيد لإخراج متلف غير ضامن مثل الحيوان.

(٧) بصيغة اسم الفاعل من باب التفعّل، مرفوع، وفاعل لقوله «طالب»، ومفعوله هو قوله «المتلفَ» بالنصب. يعني لو أتلف الزرعَ متلفٌ ضامنٌ بعد اشتراء مالك =

فالزائد للمتقبّل[٢]، ولو نقص[٣] بسبب الخرص لم يسقط بسببه[٤] شيء.

هذا[٥] إذا وقعت المعاملة بالتقبيل، ولو وقعت بلفظ البيع[٦] اشترط فيه شرائطه[٧]، مع احتمال كونه[٨] كذلك[٩].

= الأرض حصّة العامل بالخرص والتخمين لم تتغيّر صحّة المعاملة المذكورة، بل يطالب مالك الأرض المتلف الضامن بعوض الزرع.

(١) فاعله هو الضمير العائد إلى الزرع. يعني لو زاد الزرع عمّا خرص وخمّن فالزائد يختصّ بمن تقبّله.

(٢) والمتقبّل بالتخمين هو مالك الأرض.

(٣) أي ولو نقص الزرع عمّا خمّن وخرص لم يسقط بذلك شيء.

(٤) الضمير في قوله «بسببه» يرجع إلى النقصان المفهوم من قوله «لو نقص».

(٥) المشار إليه في قوله «هذا» هو الأحكام المذكورة المتقدّمة. يعني أنّ الأحكام المذكورة إنّما تجري في صورة وقوع المعاملة بينهما بلفظ التقبيل بأن يقول المالك: تقبّلت منك كذا بكذا. وتكون عقداً مستقلاً في قبال البيع والصلح.

(٦) أي لو وقعت المعاملة المذكورة بلفظ البيع ـ بأن يقول العامل: بعتك كذا بكذا ـ اشترط فيه مراعاة شرائط البيع.

(٧) الضمير في قوله «شرائطه» يرجع إلى البيع. ومن شرائط البيع عدم الزيادة والنقصان إذا كانت السلعتان من جنس واحد. مع معلومية كل منهما، وهذا يلزم منه أن يكون العوض من غير الحاصل.

(٨) الضمير في قوله «كونه» يرجع إلى المعاملة الواقعة تخميناً بلفظ البيع. يعني يحتمل كون حكم المعاملة الواقعة بينهما بلفظ البيع مثل حكم وقوعه بلفظ التقبيل.

(٩) أي بحيث لا يشترط فيه شرائط البيع. أي مع احتمال كون البيع كالقبالة، فلا يشترط فيه شرائط البيع، لإطلاق الأخبار المتقدمة.

ولو وقع[١] بلفظ الصلح فالظاهر أنّه كالبيع[٢]، وقوفاً[٣] فيما خالف الأصل[٤] على موضع اليقين، وقد تقدّم الكلام على هذه القبالة في البيع[٥].

---

(١) فاعله هو الضمير العائد إلى ما وقع من المعاملة بالخرص.

(٢) يعني لو وقع المعاملة بالخرص بلفظ الصلح فالظاهر أنّه كوقوعه بلفظ البيع، فيلزم فيه مراعاة شرائط البيع مع الاحتمال المذكور.

(٣) يعني أنّ علّة لزوم رعاية شرائط البيع هي التوقّف فيما خالف الأصل على موضع اليقين.

(٤) والأصل هو مراعاة شرائط البيع في جميع موارد المعاملة إلاّ ما أخرجه الدليل، والمتيقّن منه هو ما وقع بلفظ التقبيل، فلا يشمل المورد الذي وقع بلفظ الصلح.

(٥) أي وقد تقدّم صحّة التقبيل في كتاب المتاجر في المسألة الثالثة من مسائل الفصل الرابع في قول المصنّف «يجوز أن يتقبّل أحد الشريكين بحصّة صاحبه من الثمرة».

والحاصل هو أنّ القبالة كذلك معاملة مستقلّة لا يشترط فيها شرائط البيع إذا وقعت بلفظ القبالة لا إذا وقعت بلفظ البيع والصلح.

كتاب المساقاة

كتاب المساقاة[1]

(وهي[2]) .....

المساقاة

المساقاة لغةً واصطلاحاً

(١) لا خلاف في مشروعيتها، لأنها معاملة عقلائية لم يردع عنها الشارع المقدس، ولجملة من الأخبار.

منها: خبر يعقوب بن شعيب عن أبي عبدالله (عن رجل يُعطي الرجل أرضه، وفيها رمان أو نخل أو فاكهة، ويقول: اسقِ هذا من الماء وأعمره ولك نصف ما أخرج؟ قال: لا بأس[1]، ومثله غيره.

وأنكر مشروعيتها أبو حنيفة وزُفر من علماء العامة للجهالة والضرر، وهو قول ضعيف في قبال النصوص المتقدمة.

والمساقاة مصدر باب المفاعلة من ساقاه مُساقاةً: سقى فلانٌ فلاناً: استعمله في نخيل أو كروم ليقوم بإصلاحها على أن يكون له سهم معلوم ممّا تغلّه (أقرب الموارد).

قال في الصحاح: المساقاة أن يستعمل رجلٌ رجلاً في نخل وكرم ليقوم بإصلاحها على أن يكون له سهم معلوم.

(٢) الضمير في قوله «وهي» يرجع إلى المساقاة، وهو مبتدأ، خبره في متن المصنّف ﷺ هو قوله «معاملة... إلخ»، وفي كلام الشارح ﷺ هو قوله «مفاعلة».

والمفاعلة تقتضي وقوع السقي من العامل وصاحب الأرض، غير أن وقوع السقي من العامل حقيقة ومن صاحب الأرض باعتبار طلبه السقي عند إيقاع المعاملة، فلا إشكال كما في المزارعة والمضاربة. =

---

(١) الوسائل، الباب٩، من أبواب المزارعة، حديث٤ .

لغةً[١] مفاعلة من السقي، واشتقّ[٢] منه دون باقي أعمالها[٣]، لأنّه[٤] أنفعها وأظهرها في أصل[٥] الشرعيّة،

= هذا وعلى العامل السقي وتهذيب الأشجار وتلقيحها وكل ما يصلحها فتسمية كل هذه الأعمال بالمساقاة ناشئة من أن السقي أظهر هذه الأعمال وأنفعها وأكثرها مؤنة وأشدها مشقة، فلذا خُص اشتقاق المعاملة من السقي فقط دون البقية.

(١) قوله «لغةً» منصوب، لكونه تمييزاً. يعني أنّ المساقاة في اللغة من مادّة السقي.

(٢) بصيغة المجهول، ونائب الفاعل هو لفظ المساقاة، والضمير في قوله «منه» يرجع إلى السقي. يعني أنّ لفظ المساقاة الذي هو اسم لمعاملة خاصّة اشتقّ من هذا اللفظ، ولم يؤخذ من الألفاظ التي تتعلّق بسائر أعمال المساقاة، فإنّ الأعمال التي تتعلّق بعهدة العامل فيها لا تختصّ بالسقي فقط، لكنّ السقي أنفع تلك الأعمال وأظهرها.

(٣) الضمير في قوله «أعمالها» يرجع إلى المساقاة.

(٤) هذا دليل اشتقاق المساقاة من لفظ السقي، وهو أنّ السقي أنفع الأعمال في المساقاة والضمير في قوله «لأنّه» يرجع إلى السقي، وفي قوله «أنفعها» يرجع إلى الأعمال، وكذا ضمير قوله «أظهرها».

(٥) يعني أنّ السقي الذي هو أنفع أعمال المساقاة وأظهرها يكون موجباً لأصل شرعيّة المساقاة.

قال الشارح في المسالك: (المساقاة مفاعلة من السقي، وخص الاشتقاق منه ـ أي السقي ـ دون باقي الأعمال التي تتوقف عليه المعاملة، لأنّه أظهرها وأنفعها في أصل الشرعية، لوقوعه بالحجاز التي يُسقى فيها النخل من الآبار، ولأنّه أكثر مؤنة وأشد مشقة من غيره من الأعمال، وعرفاً ما ذكره المصنف) انتهى، وما ذكره المحقق (فهي معاملة على أصول ثابتة بحصة من ثمرتها).

وعليه فالمراد بأصل الشرعية أن لفظ المساقاة قد وضع في زمن الشارع لهذا المعنى، =

وهو[١] نخل الحجاز الذي يسقى من الآبار[٢] مع كثرة مؤنته[٣].
وشرعاً[٤] **(معاملة على الأُصول[٥] بحصّة[٦] من ثمرها)**.

= وهو المفاعلة من عمل العامل من سقي وتهذيب وإصلاح ومن عمل المالك لأمره بذلك، وقد خُصّ الاشتقاق من السقي لأن الوضع قد تم في الحجاز، وأهل الحجاز أكثر حاجة إلى سقي نخلهم من الآبار دون بقية الأعمال، وقد نقل لفظ المساقاة بحسب الحقيقة المتشرعية إلى أنها معاملة على أصول ثابتة بحصة من ثمرتها، وهذا النقل إلى المتشرعية هو المعبّر عنه بالعرف في المسالك، وبالشرع في الروضة هنا.

(١) الضمير في قوله «وهو» يرجع إلى الأصل. يعني أنّ الأصل الموجب لشرعيّة المساقاة هو نخل الحجاز الذي يكون مشروباً من ماء الآبار.

(٢) الآبار جمع، مفرده البئر.

البِئْر: حفرة في الأرض عميقة يستقى منها الماء، مؤنثّة، ج آبار وبِئار وأبْؤُر (أقرب الموارد).

(٣) الضمير في قوله «مؤنته» يرجع إلى السقي.

(٤) عطف على قوله «لغةً». أي بحسب الحقيقة المتشرعية، وقد عبّر عنه في المسالك بالوضع العرفي.

(٥) المراد من «الأصول» هو الأشجار في المساقاة.

(٦) الباء في قوله «بحصّة» تكون للمقابلة. يعني أنّ المعاملة في المساقاة تقع في مقابل حصّة من تمر الأشجار. والضمير في قوله «ثمرها» يرجع إلى الأُصول.

فالمعاملة جنس يتناول كل معاوضة، وبقيد (على الأصول) تخرج المزارعة لأنّها العاملة على الأرض، وبقيد (بحصة من ثمرتها) تخرج إجارة الأرض المشجرة وإن صحت، ولكن لا تصح بحصة من ثمرة الشجر نفسه، بل لا بد من كون العوض معيناً مضموناً في الذمة. هذا وعرّفها الكثير (بأنها معاملة على الأصول الثابتة بحصَّة من ثمرها)، وبقيد (الثابتة) تخرج الخضراوات والمغارسة، وهي أن يقدم المالك الأرض للعامل =

فخرجت بالأُصول[١] المزارعة، وبالحصّة[٢] الإجارة المتعلّقة بها[٣]، فإنّها[٤] لا تقع بالحصّة.

والمراد بالثمرة معناها[٥] المتعارف، لتردّده[٦] في المعاملة على ما يقصد ورقه[٧] ووردِه، ولو لوحظ إدخاله[٨] أُريد بالثمرة نماء الشجر، ليدخل .....

= على أن يغرسها ليكون الشجر بينهما بحسب الشرط القائم بينهما.

(١) لا يخفى أنّ التعريف مشتمل على الجنس والفصل، فالجنس يشمل الأغيار، والفصل يخرج الأغيار، فبإتيان قيد الأُصول في التعريف خرجت المزارعة، فإنّ موردها الزرع، كما تقدّم في كتاب المزارعة.

(٢) أي خرج بإتيان قيد الحصّة في تعريف المساقاة إجارة الأرض والأشجار.

(٣) الضمير في قوله «بها» يرجع إلى الأُصول.

(٤) الضمير في قوله «فإنّها» يرجع إلى الإجارة. يعني أنّ إجارة الأصول لا تقع في مقابل الحصّة، بل تقع في مقابل الأُجرة المعلومة.

(٥) يعني المراد من الثمرة في تعريف المساقاة هو معناها المتعارف، وهو ما يؤكل ولا يراد بالثمرة كل نماء للشجر مقصودٍ عند الغارس وإن لم يؤكل، كورق الحناء الذي يقصد عند غرس شجره مع أنّه غير مأكول، فلا يراد ذلك لأنّ المصنف قد تردد في صحة المساقاة على ما يُقصد ورقه وورده.

(٦) الضمير في قوله «لتردّده» يرجع إلى المصنّف رحمه الله. يعني أنّ المصنّف مردّد في صحّة المساقاة في غير الثمر المتعارف الحاصل من الأشجار مثل الورق والورد.

(٧) الضميران في قوليه «ورقه» و«ورده» يرجعان إلى «ما» الموصولة في قوله «على ما يقصد».

(٨) أي لو لوحظ إدخال ما يقصد ورقه وورده في المساقاة أُريد من الثمرة نماء الشجر الشامل للورد والورق.

فيه[١] الورق المقصود والورد.

ولم يقيّد[٢] الأُصول بكونها ثابتة كما فعل غيره، لأنّ ذلك[٣] شرط لها، وذكره[٤] في التعريف غير لازم أو معيب[٥]، ومن قيّد به[٦] جعله وصفاً للشجر مخصّصاً[٧] لموضع البحث لا شرطاً.

(وهي[٨] لازمة من الطرفين) لا تنفسخ اختياراً إلاّ .....

---

(١) الضمير في قوله «فيه» يرجع إلى النماء.

(٢) فاعله هو الضمير العائد إلى المصنّف. يعني أنّ المصنّف لم يشترط في الأُصول كونها ثابتة والحال أنّ غير المصنّف فعل كذلك، لأنّ ذلك من شرائط المساقاة، فلا حاجة إلى ذكره في التعريف.

(٣) المشار إليه في قوله «ذلك» هو كون الأصول ثابتة، والضمير في قوله «لها» يرجع إلى المساقاة.

(٤) الضمير في قوله «ذكره» يرجع إلى كون الأصول ثابتة.

(٥) يعني أنّ ذكر القيد المذكور في التعريف موجب لكونه معيباً.

قال في الحديقة معلّلاً هذا: لعدم جواز إدخال الشروط في الذاتيّات المذكورة في الحدود.

(٦) يعني والذي قيّد التعريف بذلك جعل قيد كون الأشجار ثابتة من أوصاف الأشجار ولم يذكره بعنوان الجزئية ليكون معيباً، ولا بعنوان الشرطية ليكون غير لازم، وإنّما جعله وصفاً للشجر ليخصص موضع البحث في المساقاة.

(٧) يعني أنّ المقيِّد يخصّص مورد البحث بما تكون ثابتة لا أنّه يريد كون الثبات شرطاً في صحّة المساقاة.

لزوم المساقاة

(٨) الضمير في قوله «وهي» يرجع إلى المساقاة. يعني أنّ المساقاة من العقود اللازمة من طرفي المالك والعامل. بلا خلاف فيه لعموم ﴿أوفوا بالعقود﴾[١].

---

(١) الوسائل، الباب٩، من أبواب المزارعة والمساقاة، حديث٢ .

بالتقايل[١].

(وإيجابها[٢] ساقيتك أو عاملتك[٣] أو سلّمت إليك أو ما أشبهه) من الألفاظ الدالّة على إنشاء هذا العقد[٤] صريحاً كقبّلتك[٥] عمل كذا أو عقدت معك[٦] عقد المساقاة ونحوه من الألفاظ الواقعة بلفظ الماضي.

وزاد[٧] في التذكرة: تَعَهّد نخلي أو اعمل فيه[٨].

---

(١) أي لا يجوز لأحد من المتعاقدين فسخ المساقاة إلاّ بالإقالة الصادرة عن كليهما وهو فسخ للعقد بالتراضي، لعموم أدلة الإقالة وقد تقدمت في آخر كتاب البيع.

إيجاب المساقاة

(٢) يعني أنّ إيجاب عقد المساقاة هو قول المالك: ساقيتك أي عاقدتك على المساقاة.

ولما كانت المساقاة من العقود اللازمة كان لا بد في إيجابها وقبولها من اللفظ الماضي الصريح الدال على الإنشاء على المشهور، وقد تقدم أنه لا دليل عليه بل يكفي كل دالٍ يدل على الإنشاء سواء كان لفظاً أو فعلاً أو كتابة.

(٣) أي عاملتك معاملة المساقاة.

(٤) أي الألفاظ الدالّة على عقد المساقاة بالصراحة.

(٥) بأن يقول المالك للعامل: قبّلتك عمل المساقاة.

(٦) والمخاطب هو العامل.

(٧) فاعله هو الضمير العائد إلى العلاّمة ﵀. يعني أنّ العلاّمة زاد في صيغه المساقاة علاوةً على الألفاظ المذكورة قوله: تعهّد نخلي واعمل فيه مخاطباً للعامل.

(٨) الضمير في قوله «فيه» يرجع إلى النخل. وتعهد واعمل فيه ليسا من صيغ الماضي، وعلى مبناهم أنّه لا يصح الإنشاء بغير الماضي.

وإخراج[١] هذا العقد[٢] عن نظائره من العقود اللازمة بوقوعه بصيغة الأمر[٣] من غير نصّ مخصّص مشكل، وقد نوقش في أمر المزارعة[٤] مع النصّ عليه[٥]، فكيف هذا[٦]؟!

(**والقبول الرضا به**[٧])، وظاهره[٨] الاكتفاء بالقبول الفعليّ، كما مرّ في المزارعة،

---

(١) هذا مبتدأ، خبره قوله «مشكل». ولا يخفى أنّ هذا ردّ لما ارتكبه العلاّمة ﷺ في التذكرة.

(٢) المراد من قوله «هذا العقد» هو عقد المساقاة.

(٣) فإنّ تجويز إيجاب عقد المساقاة بصيغة الأمر على خلاف نظائره من العقود اللازمة والحال أنّه لم يرد في جوازه نصّ مشكل.

(٤) يعني أنّ الفقهاء ناقشوا في جواز إيجاب عقد المزارعة بصيغة الأمر مع دلالة النصّ عليه، فكيف يمكن القول به في عقد المساقاة؟!

(٥) وقد تقدم، وتقدم أنّ النص دال على الإنشاء بصيغة المضارع على فرض صحة السند فراجع.

(٦) أي عقد المساقاة مع عدم النص فيه.

حكم القبول

(٧) أي الرضا بالإيجاب على أن يكون القبول بلفظ الماضي، لأنّه من العقود اللاّزمة، وظاهر كلام المصنف الاكتفاء بمطلق الرضا به وإن لم يكن الكاشف عنه لفظاً، وهو مشكل على مبناهم لعدم الدليل على خروج عقد المساقاة عن أحكام العقود اللازمة.

(٨) الضمير في قوله «ظاهره» يرجع إلى المصنّف ﷺ. يعني أنّ ظاهر عبارة المصنّف حيث قال «والقبول الرضا به» هو جواز القبول الفعليّ.

إذ الرضا يحصل بدون القول[١].

والأجود الاقتصار على اللفظ الدالّ عليه[٢]، لأنّ الرضا أمر باطنيّ لا يعلم[٣] إلاّ بالقول الكاشف عنه[٤]، وهو[٥] السرّ في اعتبار الألفاظ الصريحة الدالّة على الرضا بالعقود، مع أنّ المعتبر[٦] هو الرضا، لكنّه أمر باطنيّ لا يعلم إلاّ به[٧]، ويمكن أن يريد[٨] هنا ذلك[٩].

(وتصحّ) المساقاة (إذا بقي للعامل عمل تزيد به[١٠] الثمرة)، سواء .....

---

(١) فإنّ الرضا الذي اكتفى به المصنّف في القبول يحصل بالفعل أيضاً.

(٢) يعني أنّ الأجود في الدلالة هو اختصاص القبول باللفظ وعدم كفاية الفعل فيه.

(٣) نائب الفاعل هو الضمير الراجع إلى الرضا.

(٤) الضمير في قوله «عنه» يرجع إلى الرضا.

(٥) الضمير في قوله «وهو» يرجع إلى كون القول كاشفاً عن رضا الباطن. يعني أنّ سرّ اعتبار الألفاظ الصريحة في العقود هو كاشفيّتها عن الرضا الباطنيّ.

(٦) يعني أنّ الأمر يدور مدار الرضا، لكنّه أمر باطنيّ لا طريق إليه إلاّ بألفاظ العقود.

(٧) الضمير في قوله «به» يرجع إلى القول. أي بالقول، وفيه: إنه يكفي ما عليه العرف من الاكتفاء بكل دالٍ عليه ولو كان غير لفظي.

(٨) فاعله هو الضمير العائد إلى المصنّف ﷺ. يعني يمكن أن يريد المصنّف من قوله «والقبول الرضا به» القول الكاشف عن الرضا.

(٩) المشار إليه في قوله «ذلك» هو القول الكاشف.

اشتراط بقاء عمل للعامل

(١٠) الضمير في قوله «به» يرجع إلى العمل. يعني أنّ من أحكام المساقاة صحّتها في صورة بقاء مقدار من عمل الأشجار لو أتى به العامل أوجب زيادة الثمرة مثل الحرث والسقي وغيرهما. =

(ظهرت[١]) قبل العقد (أو لا).

والمراد بما فيه[٢] مستزاد الثمرة نحو الحرث[٣] والسقي ورفع أغصان[٤]

= ولا إشكال ولا خلاف في صحة المساقاة قبل ظهور الثمرة، لتحقق موضوع المساقاة حيث يوجد عملٌ للعامل في إيجاد الثمرة.

كما أنه إذا ظهرت الثمرة واكتمل نضوجها بحيث لم تحتج إلى عملٍ تستزيد به كماً أو كيفاً فلا تصح المساقاة بلا خلاف فيه لعدم موضوع المساقاة حينئذٍ، وإن احتاجت بعد نضوجها إلى عملٍ كالنقل والحفظ من السارق.

وقد وقع الخلاف في صحة المساقاة بعد ظهور الثمرة وقبل نضوجها بحيث يبقى للعامل عمل تُستزاد به، كالسقي والحرث وتأبير شجر النخل، فعلى المشهور على ما في الحدائق الصحة، بدليلين:

الأول: أن الغرض من المساقاة تحصيل الثمرة، وفي المقام بقاء شيء من عمل العامل تستزاد به فتصح المساقاة تحصيلاً لهذه الفائدة.

الثاني: إن العقد هنا أبعد عن الغرر للوثوق بالثمرة فيكون العقد أولى عما لو كانت الثمرة معدومة كما في الفرض الأوّل.

(١) فاعله هو الضمير العائد إلى الثمرة. يعني لا فرق في الحكم بصحّة المساقاة في الفرض المذكور بين ظهور الثمرة قبل العقد وبين عدمه.

(٢) الضمير في قوله «فيه» يرجع إلى «ما» الموصولة.

(٣) الحرث هنا بمعنى شقّ الأرض.

حَرَثَ الرجلُ الأرضَ: شقّقها بالسكّة وأثارها للزراعة (أقرب الموارد).

(٤) الأغصان جمع، مفرده الغصن.

الغُصْن ـ بالضمّ ـ: ما تشعّب عن ساق الشجر دقاقها وغلاظها، ج غُصُون وغِصَنَة وأغْصان (أقرب الموارد).

الكرم[١] على الخشب وتأبير[٢] ثمرة النخل.

واحترز به[٣] عن نحو الجذاذ[٤] والحفظ والنقل وقطع الحطب الذي يعمل به[٥] الدُبس[٦] من الأعمال التي لا يستزاد بها الثمرة، فإنّ المساقاة لا تصحّ بها[٧] إجماعاً.

نعم، تصحّ الإجارة حينئذٍ[٨] على بقيّة الأعمال .....

---

(١) الكَرْم كفَلْس: العنب، ج كُرُوم (أقرب الموارد).

(٢) التأبير من أبّر النخلَ والزرعَ: مثل أَبَره.

أَبَرَ النخلَ والزرعَ: أصلحه، ألقحه (أقرب الموارد).

(٣) الضمير في قوله «به» يرجع إلى عمل تزيد به الثمرة، أي احترز المصنّف ﷺ بقيد العمل الموجب لزيادة الثمرة عن عمل الجذاذ والحفظ والنقل وما ذكر بعدها. يعني لو عمل العامل هذه الأعمال التي لا توجب زيادة في الثمرة لم تكن مورداً للمساقاة.

(٤) الجذاذ ـ مثلّثةً والضمّ أفصح ـ: المُقطَّع المكسّر، و ـ ما تكسّر من الشيء (أقرب الموارد).

والمراد هنا قطع ما فضل من أغصان الأشجار بحيث لا يوجب زيادة الثمرة.

(٥) الضمير في قوله «به» يرجع إلى الحطب.

أي إن قطع الحطب والنقل اللذان هما مقدمة لعمل دبس العنب والخرنوب لا تستزاد به الثمرة.

(٦) الدِبْس ـ بالكسر ـ: عسل العنب، هذا هو المشهور، و ـ عسل التمر، و ـ عسل النحل (أقرب الموارد).

(٧) الضمير في قوله «بها» يرجع إلى الأعمال المذكورة التي لا تزيد في الثمرة.

(٨) أي حين إذ لم يبقَ من العمل ما يزيد به الثمرة لا تصحّ المساقاة، لكن تصحّ الإجارة والجعالة والصلح. لأنَّ العوض هنا معلوم، وهو جزء معلوم من الثمرة الحاصلة.

بجزء[١] من الثمرة والجعالة[٢] والصلح.

(ولا بدّ) في صحّة المساقاة **(من كون الشجر)** المساقى عليه **(نابتاً[٣])** بالنون أو بالثاء المثلّثة[٤].

ويخرج على الأوّل[٥] المساقاة على الوديّ[٦] غير[٧] المغروس أو المغروس[٨]

---

(١) يعني تصحّ إجارة العامل على بقيّة أعمال الأشجار التي لا توجب زيادة في الثمرة في مقابل مقدار معلوم منها بالكيل والوزن من الثمرة، ولا ربط لها بالمساقاة.

(٢) بالرفع، عطف على قوله «الإجارة». يعني تصحّ الإجارة والجعالة والصلح مع العامل بالنسبة إلى ما بقي من عمل الأشجار.

ما يشترط في الشجر

(٣) قوله «نابتاً» خبر «كون». يعني من شرائط صحّة المساقاة كون الشجر المتعلّق به عقد المساقاة نابتاً أو ثابتاً، كما سيشير إليهما.

(٤) فعلى هذا الاحتمال تكون العبارة هكذا: ولا بدّ من كون الشجر ثابتاً.

(٥) المراد من «الأوّل» هو قراءته بالنون.

(٦) الودي بكسر الدال المهملة بعد الواو المفتوحة والياء المشددة أخيراً، بوزن الفني، وهو فسيل النخل قبل أن يغرس، فهو ليس بنابت.

والوَدِيّ: صغار الفسيل، الواحدة وَدِيَّة، سمّي به لأنّه يخرج من النخل، ثمّ يُقطَع منه فيُغْرَس (أقرب الموارد).

(٧) بالجرّ، صفة لقوله «الوديّ». يعني أنّ قوله «لا بدّ من كون الشجر نابتاً» لو قرىء بالنون خرج عن حكم صحّة المساقاة ما إذا كانت متعلّقة بالوديّ الذي لا يكون مغروساً، كما إذا ساقاه على صغار النخل التي لم تغرس في الأرض.

(٨) هذا صفة أخرى للوديّ. يعني يخرج عن حكم صحّة المساقاة على القراءة الأُولى ـ وهي بالنون ـ المساقاة على الوديّ الذي غرس في الأرض، لكن لم يثبت فيها.

الذي لم يَعلِق[١] بالأرض، والمغارسة[٢]، وبالثاني[٣] ذلك[٤] وما لا يبقى غالباً كالخضروات[٥]، ويمكن خروجها[٦] بالشجر، .....

---

(١) فاعله هو الضمير العائد إلى الوديّ المغروس حديثاً بحيث لم يثبت في الأرض أي لم يستقل بعدُ بحيث لم تمضِ مدة معتدة على زرعه حتى تثبت أصوله وجذوره فلا يُسمى نابتاً.

قال السيّد كلانتر في تعليقته هنا: من عَلَقَ يَعْلِقُ بمعنى عدم ثبات جذور الشجر وأصوله في الأرض.

(٢) بالرفع، عطف على قوله «المساقاة». يعني ويخرج بقوله «نابتاً» المغارسة، وهي أن يدفع أحدهما أرضاً للآخر ليغرسها الثاني على أن يكون الغرس بينهما، فالمغارسة خارجة لأنها معاملة لإنبات الأصول وليست معاملة على الأصول النابتة.

من حواشي الكتاب: والظاهر أنّ المغارسة هي إجارة العامل لعمل الغرس بشيء من المغروس أو بشيء آخر (الحديقة).

(٣) عطف على قوله «على الأوّل». يعني ويخرج عن حكم الصحّة على القراءة الثانية ـ وهي القراءة بالثاء المثلّثة أعني ثابتاً ـ المساقاة على ما ذكر، وكذا المساقاة على ما لا يبقى غالباً.

(٤) المشار إليه في قوله «ذلك» هو الوديّ غير المغروس أو المغروس الذي لم يثبت في الأرض.

(٥) الخضروات جمع، مفرده الخضراء.

الخَضْراء: خُضَر القبول، ج خَضْرَوات.

الخُضْرَة: البقل، و ـ القثّاء، و ـ الخِيار، والمباطخ وكلّ شيء ليس له أصل، وعن عليّ: «ليس في الخُضَر زكاة» أراد بالخضر البقل وما بعده، ج خُضَر وخُضْر (أقرب الموارد).

(٦) يعني ويمكن خروج الخضروات بقيد الشجر، ولا يحتاج إلى القيد المبحوث عنه، وهو «ثابت» بناءً على القراءة الثانية. =

فيتّحد المعنيان[١].

(ينتفع بثمرته[٢] مع بقاء عينه)

بقاء يزيد عن سنة غالباً[٣].

واحترز[٤] به عن نحو البطّيخ[٥] والباذنجان[٦] والقطن وقصب السكّر[٧]،

= فلا فرق بين وصف الشجر بالنابت أو الثابت، هذا والقدر المتيقن من نصوص المساقاة هو المساقاة على الأشجار النابتة أو الثابتة، وفي غيره لا دليل فيقتصر على القدر المتيقن لأنَّ المساقاة على خلاف الأصل للجهالة والغرر.

(١) المراد من المعنيين هو كون الشجر نابتاً أو ثابتاً. يعني بعد خروج الخضروات بقيد الشجر يخرج عن حكم صحّة المساقاة ما إذا تعلّقت بمثل الورديّ المغروس أو غير المغروس، سواء قرىء قول المصنّف ﷺ بالنون أو بالثاء المثلّثة.

(٢) الضميران في قوليه «بثمرته» و«عينه» يرجعان إلى الشجر. يعني ومن شرائط المساقاة كون الشجر المتعلّق به المساقاة قابلاً للانتفاع بثمرته مع بقاء عينه زائداً عن سنة.

(٣) أقول: احترز الشارح ﷺ بقيد الغالب عن القطن، فإنّه يبقى أصله أزيد من سنة اتّفاقاً، كما سيأتي كلامه فيه.

(٤) فاعله هو الضمير العائد إلى المصنّف ﷺ، والضمير في قوله «به» يرجع إلى شرط الانتفاع المذكور.

(٥) البِطِّيخ ـ بكسر الباء وتشديد الطاء ـ: ضرب من اليقطين لا يعلو ولكن يذهب حبالاً على وجه الأرض، واحدته بِطِّيخَة (أقرب الموارد).

(٦) الباذنجان معرّب بادمجان.

(٧) السُكَّر: ماء القصب إذا غُلي واشتدّ وقذف بالزبد فارسيّ معرّب (أقرب الموارد).

فإنّها[١] ليست كذلك وإن تعدّدت اللقطات[٢] مع[٣] بقاء عينه ذلك[٤] الوقت وبقي[٥] القطن أزيد من سنة، لأنّه خلاف الغالب.

(وفيها[٦] له ورق) لا يقصد من عمله[٧] بالذات إلاّ ورقه **(كالحنّاء[٨] نظر)**،

---

(١) الضمير في قوله «فإنّها» يرجع إلى المذكورات من البطّيخ وما عطف عليه. يعني أنّ الأمثلة المذكورة ليست ممّا ينتفع بثمرته مع بقاء عينه.

(٢) أي وإن كانت لقطات الأمثلة المذكورة متعدّدة، كما أنّ الباذنجان يلقط، ثمّ يثمر مرّات عديدة.

(٣) هذه الفقرة تتعلّق بقوله «وإن تعدّدت». يعني وإن كان بعض ما ذكر من الأمثلة متعدّدة لقطاته والحال أنّه تبقى عينه. والضمير في قوله «عينه» يرجع إلى ما تتعدّد لقطاته في مدّة سنة.

(٤) المراد من قوله «ذلك الوقت» هو الأزيد من سنة. فلو قطف البطيخ والباذنجان على دفعات ففي الدفعة الأولى وإن بقيت عينه ذلك الوقت، إلاّ أنّه لا يبقى أكثر من سنة مع أنّه لا ساق له.

(٥) عطف على مدخول «إن» الوصليّة. يعني وإن بقي القطن أزيد من سنة، فإنّه لا تصحّ المساقاة عليه، لأنّ بقاءه كذلك يكون على خلاف الغالب.

حكم ما له الورق خاصّةً

(٦) خبر مقدّم لمبتدأ مؤخّر هو قوله «نظر». يعني وفي صحّة المساقاة على شجر لا يقصد منه إلاّ ورقه وجهان.

(٧) الضمير في قوله «عمله» يرجع إلى «ما» الموصولة.

(٨) الحِنّاء، واحدتها حِنّاءة، ج حُنّآن: نبات يُتّخذ ورقُه للخضاب الأحمر المعروف وله زهر أبيض كالعناقيد (المنجد).

من[١] أنّه في معنى الثمرة، فيكون مقصود المساقاة حاصلاً به، ومن[٢] أنّ هذه المعاملة على خلاف الأصل، لاشتمالها على جهالة العوض، فيقتصر بها[٣] على موضع الوفاق[٤].

ومثله[٥] ما يقصد ورده، وأمّا التوت فمنه[٦] ما يقصد ورقه، وحكمه[٧] كالحنّاء، ومنه[٨] ما يقصد ثمره، ولا شبهة في .....

---

(١) هذا بيان لأحد وجهي النظر، وهو جواز المساقاة على ما ذكر، وهو أنّ الورق في حكم الثمرة، فيحصل فيه المقصود من المساقاة. وهذا دليل لصحة المساقاة عليه، ذهب العلامة وتبعه الشارح إلى الجواز، لأن الورق المقصود كالثمرة من الشجرة بحسب المعنى، فيكون مقصود المساقاة حاصلاً به، وعلى المشهور المنع لأنَّ المساقاة على خلاف الأصل للجهالة والغرر فيقتصر فيها على محل الوفاق، وهو ثمر الشجر ليس إلا.

(٢) هذا بيان لوجه عدم جواز المساقاة على أمثال الحنّاء، وهو كون المساقاة معاملة مستقلّة على خلاف الأصول، لكونها مشتملة على العوض المجهول، فيكتفي فيها على مورد الوفاق، وهو الأشجار الثابتة.

(٣) الضمير في قوله «بها» يرجع إلى المعاملة المذكورة.

(٤) وموضع الوفاق هو جواز المساقاة على الأشجار الثابتة.

(٥) أي ومثل ما يقصد ورقه هو ما يقصد ورده.

(٦) الضمير في قوله «منه» يرجع إلى التوت. يعني أنّ قسماً من شجر التوت لا يقصد منه إلاّ ورقه لتغذية دود القزّ، فيكون حكمه مثل حكم الحنَّاء الذي ذكر فيه الوجهان.

(٧) الضمير في قوله «حكمه» يرجع إلى التوت.

(٨) يعني أنّ قسماً من التوت هو الذي يقصد ثمره. وهو ملحق ببقية الأشجار التي تقصد ثمرتها، بل هو منها.

إلحاقه[١] بغيره من شجر الثمر، والقول بالجواز في الجميع[٢] متّجه.

(ويشترط[٣] تعيين المدّة) بما لا يحتمل الزيادة والنقصان، ولا حدّ .....

---

(١) الضميران في قوليه «إلحاقه» و«بغيره» يرجعان ألى التوت. يعني لا إشكال في إلحاق التوت الذي يقصد منه ثمره بسائر الأشجار التي تصحّ عليها المساقاة.

(٢) يعني أنّ القول بجواز المساقاة في جميع ما ذكر حتّى ما لا يقصد ثمره متّجه.

اشتراط تعيين المدّة

(٣) أي ومن شرائط صحّة المساقاة تعيين مدّتها بحيث لا يحتمل الزيادة والنقصان فيها فاشتراط المدة في المساقاة بلا خلاف فيه، فلو ترك ذكر المدة لبطل العقد، ويشترط في المدة شرطان.

الأول: تعيين المدة بما لا تحتمل الزيادة ولا النقصان، وما يحتمل الزيادة والنقصان كقدوم الحاج وإدراك الغلة وإن كانت الغلة هي المعامل عليها، هذا على المشهور وقوفاً فيما خالف الأصل على موضع اليقين، وذهب ابن الجنيد إلى جواز تقدير المدة بإدراك الغلة المُساقى عليها نظراً إلى ثبوت الإدراك عادة، فهو كالمعلوم فيجوز بناء العقد عليه، وقال عنه في المسالك (والأجود الأوّل وإن كان كلامه لا يخلو من وجه).

الثاني: أن تكون المدة مما تحصل فيها الثمرة غالباً، وإن قلت هذه المدة، إذا ساقاه في آخر العمل بحيث يبقى منه وقت يسيّر، فيه مستزاد للثمرة كالشهر، وهذا الشرط الثاني واضح إذ لو شرطت مدة لا تحصل فيها الثمرة غالباً لانتفى موضوع المساقاة ولما حصلت للعامل حصته من الثمرة لعدم وجود ثمرة في البين. ومما تقدم تعرف لأبدية ضبط المدة من دون حدٍ لها من جانب الزيادة كما لا حدّ لها من جانب القلة، نعم هي مشروطة بكون الثمرة تحصل فيها غالباً، وخالف الشافعي من العامة وشرط في جانب الزيادة أن لا تزيد عن الثلاثين سنة، وهو تحكم ـ كما في المسالك ـ إذ لا دليل عليه.

لها[١] في جانب الزيادة،

وفي جانب النقصان[٢] أن يغلب فيها حصول الثمرة.

(ويلزم[٣] العامل مع الإطلاق) أي إطلاق المساقاة بأن قال: ساقيتك على البستان الفلانيّ سنةً بنصف حاصله، فقبل[٤] **(كلّ عمل متكرّر كلّ[٥] سنة)** .....

---

(١) الضمير في قوله «لها» يرجع إلى مدّة المساقاة. أي لا تنحصر مدّة المساقاة من حيث الزيادة، فللمتعاقدين أن يعيّنا مدّتها بما شاءا.

(٢) أي ويشترط في جانب نقصان المدّة أن يغلب حصول الثمرة فيها.

ما يلزم العامل من الأعمال

(٣) فاعله هو قوله «كلّ عمل»، ومفعوله هو العامل. يعني أنّ المساقاة تقتضي لزوم كلّ عمل يتكرّر كلّ سنة على العامل.

(٤) فاعله هو الضمير العائد إلى العامل.

(٥) بما أن الأعمال التي تحتاجها الأرض كثيرة وبعضها على المالك، وبعضها على العامل حاول الفقهاء تحديد ما على كلٍ منهما، فكل عملٍ له الدخل في إيجاد الثمرة وفعليتها وجودتها فهو على العامل، وكل عمل لا تستزاد به الثمرة فهو على المالك، وعُبّر عن الأوّل بالعمل المتكرر كل سنة لأنَّ الأعمال التي فيها صلاح الثمرة متكررة كل سنة لتكرر الثمرة.

وعليه فالمتكرر كل سنة هو السقي وحرث الأرض وحفرها المحتاج إليه السقي، وما يتوقف عليه السقي من الآلات والعوامل، من البقر وخشبة الحرث والسكة، وما يتوقف عليه السقي من الحفر وإصلاح الحفر التي يقف فيها الماء عند وصوله إلى أصول الشجر، وإزالة الحشيش المُضرّ بالأصول من ناحية بقاء الثمرة ونموها، وإزالة الجريد وهو قطع الجزء اليابس من الشجر الذي يضر بقاؤه بالثمرة، ومقدمات =

ممّا[١] فيه صلاح الثمرة أو زيادتها كالحرث والحفر حيث يحتاج إليه[٢]، وما يتوقّف[٣] عليه من الآلات والعوامل وتهذيب الجريد[٤] بقطع[٥] ما يحتاج إلى قطعه منه[٦]، ومثله[٧] أغصان الشجر المضرّ .....

= السقي كالدلو والرش وإصلاح طريق الماء وفتح رأس الساقية وسدها عند الفراغ على ما تقتضيه الحاجة، ووضع الحشيش ونحوه فوق العناقيد صوناً لها من الشمس المضرة بها، ورفعها عن الأرض حيث يضرّ بها ذلك، واللقاط وهو التقاط الثمرة بحسب نوعها ووقتها، فما يؤخذ للزبيب يجب قطعه عند حلاوته في الوقت الصالح له، وما يُعمل دبساً فكذلك، وما يؤخذ للأكل فعند انتهاء نضوجه وهكذا، وإصلاح موضع التشميس إذا افتقرت الثمرة إلى تشميسها على الأرض فيجب إصلاح موضع تشميسها ونقلها إليه وتقليبها فيه، وهكذا من بقية الأعمال إلى حين القسمة.

وأمَّا ما على المالك فهو العمل الذي لا يتكرر كل سنة في الأرض كإصلاح الجدار وبنائه ووضع الشوك في حدود الأرض وهكذا.

(١) أي الأعمال التي لها دخل في إصلاح الثمرة أو في زيادتها.

(٢) الضمير في قوله «إليه» يرجع إلى «ما» الموصولة في قوله «ممّا فيه صلاح الثمرة».

(٣) فاعله هو الضمير العائد إلى العامل. يعني يلزم على عهدة العامل كلّ ما يحتاج إليه العمل الملزم عليه من الآلات والعوامل.

(٤) الجَرِيد: قضبان النخل، الواحدة الجَرِيدَة، فعيلة بمعنى مفعولة، وإنّما تسمّى جريدة إذا جرّد عنها خوصُها (أقرب الموارد).

(٥) الجارّ والمجرور يتعلّقان بقوله «تهذيب».

(٦) الضمير في قوله «منه» يرجع إلى الجريد.

(٧) أي ومثل قطع ما يحتاج إلى قطعه هو قطع أغصان الشجر التي تضرّ بحاله.

بقاؤها[١] بالثمرة أو الأصل، **(ومنه[٢] زيادة الكرم)** والسقي ومقدّماته[٣] المتكرّرة كالدلو[٤] والرشاء[٥] وإصلاح[٦] طريق الماء واستقائه[٧] وإدارة الدولاب[٨] وفتح رأس الساقية[٩] وسدّها عند الفراغ[١٠]، وتعديل[١١] الثمرة بإزالة ما يضرّها[١٢] من .....

---

(١) الضمير في قوله «بقاؤها» يرجع إلى الأغصان. يعني يلزم على العامل في المساقاة قطع أغصان الشجر التي تضرّ بالثمرة أو أصل الشجر.

(٢) أي ومن قبيل العمل المتكرّر في كلّ سنة اللاَّزم على عهدة العامل في المساقاة قطع الزائد من شجر العنب وسقيه.

(٣) الضمير في قوله «مقدّماته» يرجع إلى السقي.

(٤) الدَلْو: الذي يُستقى به، مؤنّث وقد يذكّر، ج أدْلٍ (أقرب الموارد).

(٥) الرِشاء: الحبل، وقيل: حبل الدلو، ج أرْشِيَة (أقرب الموارد).

(٦) أي وكإصلاح طريق الماء لسقي الأشجار.

(٧) أي استقاء الماء، وفي أكثر النسخ (الاستقاء) وهو تنقية الماء من الحمأة ونحوها، والحمأة هي الطين كما في المصباح.

(٨) الدُولاب: المنجنون التي تديرها الدابّة ليستقى بها، و ـ كلّ آلة تدور على محور من خشب أو غيره (أقرب الموارد).

(٩) أي وكفتح رأس النهر الذي يسقى به.

(١٠) أي وكسدّ الساقية بعد الفراغ عن السقي.

(١١) أي وكحذف بعض الثمرة ممّا هو زائد يمنع عن وصول الهواء إليها.

(١٢) يعني أنّ ما يضرّ الثمرة أحياناً هو الأغصان والورق، بمعنى أنّه يجب على العامل أن يزيل ما يضرّ الثمرة مثل الأغصان والورق.

الأغصان[١] والورق ليصل إليها[٢] الهواء وما يحتاج إليه من الشمس، وليتيسّر قطعها[٣] عند الإدراك، ووضع[٤] الحشيش ونحوه فوق العناقيد[٥]،

صوناً لها[٦] عن الشمس المضرّة بها، ورفعها[٧] عن الأرض حيث تضرّها[٨]، ولِقاطها[٩] بمجرى العادة بحسب نوعها، فما يؤخذ[١٠] للزبيب يقطع في الوقت الصالح له، وما يعمل[١١] دبساً فكذلك وهكذا، وإصلاح موضع .....

---

(١) إزالة الأغصان هنا بعد ظهور الثمرة، وما تقدم من تهذيب الجريد وقطع أغصان الأشجار إنَّما هو قبل الظهور فلا تكرار في العبارة فافهم.

(٢) أي ليصل إلى الثمرة الهواء وضوء الشمس.

(٣) الضمير في قوله «قطعها» يرجع إلى الثمرة. يعني يلزم إزالة ما يضرّ الثمرة حتّى يتيسّر أخذ الثمرة في وقت حصادها بعد ما نضجت.

(٤) أي ويلزم على العامل أن يضع العلف اليابس على عناقيد العنب ليحفّها.

(٥) العناقيد جمع العنقود. العُنْقُود من العنب والأراك والبطم ونحوه: ما تعقد وتراكم من حبّه في عرق واحد (أقرب الموارد).

(٦) الضمير في قوله «لها» يرجع إلى الثمرة، وكذلك الضمير في قوله «بها».

(٧) الضمير في قوله «رفعها» يرجع إلى العناقيد.

(٨) الضمير الملفوظ في قوله «تضرّها» يرجع إلى العناقيد.

(٩) الضمير في قوله «لقاطها» يرجع إلى الثمرة. يعني يلزم على عهدة العامل في المساقاة جمع الثمرة في وقت يعتاد لقاط نوعها فيه.

(١٠) يعني أنّ النوع الذي يؤخذ لعمل الزبيب يؤخذ في وقته المعتاد له.

(١١) يعني أنّ العنب الذي يؤخذ لعمل الدبس أيضاً يلقط في وقته المناسب له. والحاصل أنّه يلقط كلّ ثمرة في وقت يصلحه على حسب العادة الجارية.

التشميس[١] ونقل الثمرة إليه[٢] وتقليبها[٣] ووضعها على الوجه المعتبر وغير ذلك من الأعمال[٤].

(ولو شرط[٥] بعضه على المالك صحّ) بعد أن يكون مضبوطاً **(لا جميعه[٦])**،

---

(١) يعني يجب على العامل أن يصلح الموضع الذي يجعل الثمرة فيه حتّى يصيبه ضوء الشمس وحرارتها.

(٢) أي إلى الموضع التشميس.

(٣) الضميران في قوليه «تقليبها» و«وضعها» يرجعان إلى الثمرة.

(٤) قال في الجواهر: (وأما ما ذكروه من الضابطين فلا أثر له في شيء من الأدلة، فالمتجه حينئذٍ الرجوع في مثل ذلك إلى المتعارف في إطلاق عقد المساقاة مما يجب على العامل والمالك) انتهى.

اشتراط بعض الأعمال على المالك

(٥) فاعله هو الضمير العائد إلى العامل، والضمير في قوله «بعضه» يرجع إلى العمل، يعني يجوز للعامل أن يشترط كون بعض العمل على المالك.

أي بعض العمل الذي يتكرر كل سنة، فلو شرط على المالك صح الشرط، إن بقي للعامل شيء من العمل مما له زيادة في نمو الثمرة وكمالها، وإلاّ فلو كان الباقي المترتب على العامل لا دخل له في نمو الثمرة أو شرط جميع العمل على المالك لبطلت المساقاة، لأنَّ العامل لا يستحق شيئاً من الحصة إلا بالعمل فيها فإذا رفعه عن نفسه بالشرط فلا شيء له حينئذٍ.

(٦) أي لا يجوز اشتراط كون جميع الأعمال على عهدة المالك، لأنّ العامل لا يستحقّ الحصّة إلاّ بالعمل، فلا يستحقّها بدونه.

لأنّ الحصّة لا يستحقّها العامل إلاّ بالعمل، فلا بدّ أن يبقى عليه[١] منه شيء فيه مستزاد الثمرة وإن قلّ[٢].

(وتعيين[٣] **الحصّة بالجزء المشاع**[٤]) كالنصف والثلث (**لا المعيّن**[٥]) كمائة رطل، والباقي للآخر أو بينهما[٦].

(**ويجوز اختلاف الحصّة في الأنواع**[٧]) كالنصف من العنب، والثلث من

---

(١) الضمير في قوله «عليه» يرجع إلى العامل، وفي قوله «منه» يرجع إلى العمل.

(٢) فاعله هو الضمير العائد إلى العمل.

اشتراط تعيين الحصّة بالجزء المشاع

(٣) عطف على قوله في ما سبق «تعيين المدّة». يعني ويشترط في المساقاة تعيين الحصّة بالجزء المشاع بأن يشترط نصف الثمرة الحاصلة للعامل أو ربعها.

(٤) لا خلاف أنّه لا بد من كون حصة العامل مشاعة، سواء تساوت الحصتان أم لا، لأنَّ المساقاة على خلاف الأصل فيقتصر فيها على مورد اليقين، وهو الحصة المشاعة كالمزارعة.

(٥) أي لا يجوز شرط مقدار معيّن كمائة رطل من ثمرة الشجرة في المساقاة.

(٦) أي كون الباقي بينهما، وكذلك تبطل لعدم تتحقق الإشاعة في مجموع النماء أيضاً.

اختلاف الحصّة

(٧) يعني يجوز اختلاف مقدار الحصّة في أنواع الثمرات في المساقاة بأن يشترط الربع من نوع العنب مثلاً، والثلث من نوع آخر مثل الرطب.

بحيث كان البستان مزروعاً بالنخل والعنب، ووقع العقد على نصف الحاصل من النخل وربع الحاصل من العنب، فيصح بلا خلاف فيه، لتحقق الإشاعة في مجموع النماء. =

الرطب، أو النوع الفلانيّ

(**إذا علماها**[١]) أي الأنواع، حذراً من وقوع أقلّ[٢] الجزءين لأكثر الجنسين مع الجهل بهما[٣]، فيحصل[٤] الغرر.

(**ويكره أن يشترط ربّ المال**[٥] **على العامل**) مع الحصّة (**ذهباً أو فضّة**)[٦]،

= ولكن بشرط أن يعلم كلّ من المالك والعامل بمقدار كل نوع، كأن يُعلم مقدار موضع النخل كعشرين ذراعاً مثلاً، ومقدار موضع العنب كثلاثين ذراعاً، وهذا الاشتراط حتى لا يكون أقل الجزئين ـ وهو الربع بالنسبة إلى النصف ـ وقد وقع لأكثر الجنسين من النخل والعنب مع جهل العامل، فإنه إذا كان جاهلاً لزم الغرر، ولو كان عالماً فيصح مع علمه لإقدامه على ما هو المعلوم لديه.

(١) فاعله هو الضمير العائد إلى المالك والعامل في المساقاة. يعني أنّ جواز اختلاف الحصّة باختلاف أنواع الثمرة إنّما يصحّ في صورة علمهما بأنواع الثمار، بأن علما أنواع الأشجار من العنب والنخل وغيرهما.

(٢) أي يمكن وقوع الثلث مثلاً للأشجار التي يكثر عددها، ووقوع النصف للأشجار التي يقلّ عددها في صورة الجهل بهما.

(٣) أي المحذور المذكور إنّما يأتي في صورة الجهل بعدد أشجار الجنسين المختلفين.

(٤) أي فيحصل الغرر مع الجهل لا العلم.

حكم اشتراط الذهب أو الفضّة على العامل

(٥) المراد من «ربّ المال» هو مالك الأشجار في المساقاة. يعني يكره على مالك الأشجار أن يشترط على عهدة العامل ذهباً أو فضّةً علاوةً على الحصّة التي عيّنت له.

(٦) صح الشرط بلا خلاف ولا إشكال، لعدم منافاة الشرط لمقتضى العقد وبعد تحقق الإشاعة في مجموع النماء، ومضى مثله في المزارعة، فيلزم الوفاء به لعموم {المؤمنون =

ولا يكره غيرهما[١]، للأصل[٢].

= عند شروطهم}[١] وخالف فيه بعض العامة فمنع من الشرط وأبطل العقد، هذا وإنما الكلام في موردين:

الأوَّل: هذا الشرط وإن كان صحيحاً إلاَّ أنَّه مكروه للمالك بلا خلاف فيه، ولا دليل على الكراهة كما اعترف بذلك غير واحد، ولعل مثل عدم الخلاف فيه كافٍ في ثبوت الكراهة كما في الجواهر، وفيه: إنَّ قاعدة التسامح جارية في السنن والمستحبات لا في المكروهات.

هذا والكراهة مخصوصة بما إذا اشترط ذهباً أو فضة، أمَّا لو شرط غيرهما بالإضافة إلى الحصَّة فلا كراهة لعدم الدليل.

المورد الثاني: يجب الوفاء بالشرط على العامل بشرط سلامة الثمرة، وقد مضى مثله في المزارعة، على ما هو المشهور بين الأصحاب، وعليه فإن تلفت الثمرة بآفة سماوية أو لم تخرج الثمرة فيسقط الشرط عن العامل، لأنه لولا السقوط لكان أكل المالك للمشروط أكلاً للمال بالباطل، لأنَّ الشرط أصبح جزءاً من العوض بحيث تكون الحصَّة مع الشرط للمالك في قبال حصَّة العامل، ويمتنع أن يستحق أحد الشريكين عوضه أو بعضه دون أن يستحق الشريك الآخر شيئاً من عوضه، مع أن المفروض أن العامل لا شيء له من الحصة لتلف المجموع أو عدم خروج الثمرة.

ولو تلف البعض فيحتمل أن يسقط من الشرط بنسبة التالف لأنَّ الشرط أصبح شريكاً ثالثاً في البين على ما تقدم بيانه في المزارعة، ويحتمل عدم السقوط عملاً بمقتضى الشرط.

هذا واعلم أنه كما يصح الشرط من رب المال على العامل كذلك يصح العكس، ولا كراهة في العكس لعدم الدليل عليها مع عدم دعوى الإجماع.

(١) أي لا يكره شرط غير الذهب والفضّة على العامل.

(٢) المراد من «الأصل» هو أصالة الجواز.

---

(١) الوسائل، الباب ٢٠، من أبواب المهور، حديث ٤.

(فلو شرط[١]) أحدهما (وجب) ما شرطه (بشرط سلامة الثمرة[٢]).

فلو تلفت أجمع أو لم تخرج[٣] لم يلزم[٤]، لأنّه[٥] حينئذٍ[٦] أكل مال بالباطل، فإنَّ العامل لم يحصل له عوض ما عمل[٧]، فكيف يخسر مع عمله الفائت شيئاً آخر[٨].

ولو تلف البعض[٩] فالأقوى عدم سقوط شيء[١٠]، عملاً بالشرط، كما لا يسقط من العمل شيء بتلف بعض الثمرة[١١].

---

(١) فاعله هو الضمير العائد إلى المالك، والضمير في قوله «أحدهما» يرجع إلى الذهب والفضّة.

(٢) فلو تلفت الثمرة أجمع لم يجب على العامل أداء ما شرطه المالك من الفضّة والذهب.

(٣) فاعله هو الضمير العائد إلى الثمرة.

(٤) أي لم يلزم على العامل ما شرطه المالك من المال.

(٥) الضمير في قوله «لأنّه» يرجع إلى لزوم ما شرطه المالك.

(٦) أي حين إذ تلفت الثمرة أجمع، فلا يجوز للمالك أن يأخذ المال الذي شرطه على العامل علاوةً على الحصّة، لأنّه أكل مال بالباطل.

(٧) يعني أنّ العامل قد عمل والحال أنّه لم يحصل له عوض عمله بتلف الثمرة أو عدم خروجها، فكيف يلزم بإعطاء مال من عنده؟!

(٨) المراد من «الشيء الآخر» هو المال المشروط على عهدة العامل من قبل المالك من ذهب أو فضّة أو غيرهما.

(٩) أي لو تلف بعض الثمرة لا جميعها.

(١٠) أي فالأقوى عدم سقوط شيء ممّا شرطاه للمالك من المال علاوةً على الحصّة.

(١١) يعني كما لو تلف بعض الثمرة لم يسقط شيء من الحصّة المعيّنة في مقابل عمل العامل.

(وكلّما فسد العقد فالثمرة للمالك[١])، لأنّها[٢] تابعة لأصلها، **(وعليه[٣] أُجرة مثل العامل)**، لأنّه[٤] لم يتبرّع بعمله، ولم يحصل له[٥] العوض المشروط، فيرجع إلى الأُجرة.

هذا[٦] إذا لم يكن[٧] عالماً بالفساد[٨]، ولم يكن[٩] الفساد بشرط عدم الحصّة

حكم فساد العقد

(١) يعني في الموارد التي يحكم ببطلان المساقاة تتعلّق ثمرة الأشجار بالمالك.

(٢) الضمير في قوله «لأنّها» يرجع إلى الثمرة، وكذا الضمير في قوله «لأصلها». والمراد من الأصل هنا هو الشجر. فلأنها نماء الأصل فهي ملك لمالك الأصل ولم يحصل ما يوجب نقلها عنه لفساد العقد، وعلى المالك أُجرة المثل للعامل، لأنّه غير متبرع بعمله ولم يحصل له العوض المشروط من الحصَّة فيرجع إلى الأُجرة بلا خلاف في ذلك.

(٣) الضمير في قوله «عليه» يرجع إلى المالك.

(٤) يعني أنّ العامل لم يعمل في المساقاة بقصد كون عمله مجّاناً وتبرّعاً. والضمير في قوله «بعمله» يرجع إلى العامل.

(٥) أي ولم يحصل للعامل عوض عمله، وهو ما شرطاه من الحصّة، فيجب على المالك أداء أُجرة المثل.

(٦) المشار إليه في قوله «هذا» هو الحكم بوجوب أُجرة مثل عمل العامل. يعني أنّ الحكم المذكور إنّما هو في صورة عدم علم العامل بفساد المساقاة، وإلاّ فلا شيء له.

(٧) اسم «لم يكن» هو الضمير العائد إلى العامل. هذا إذا لم يكن عالماً بالفساد.

(٨) وإلاّ فلو كان عالماً بالفساد وقد أقدم فهو متبرع بالعمل فلا يستحق شيئاً.

(٩) بحيث يقع العقد مع شرط جميع الثمرة للمالك، ومع الشرط المذكور فيكون العامل قد أقدم على التبرع بعمله فلا شيء له وإن كان جاهلاً بفساد العقد.

للعامل[١]، وإلاّ[٢] فلا شيء له، لدخوله[٣] على ذلك.

(ولو شرط[٤] عقدَ مساقاة في عقد مساقاة فالأقرب الصحّة)، لوجود المقتضي[٥] وانتفاء المانع.

---

(١) يعني أنّ الحكم المذكور إنّما هو فيما إذا لم يكن الفساد بسبب شرط عدم الحصّة للعامل.

(٢) استثناء ممّا تقدّم، وهو الحكم بوجوب أُجرة المثل للعامل، يعني لو علم العامل بفساد المساقاة أو جاء بطلان المساقاة من ناحية شرط عدم الحصّة للعامل فلا شيء إذاً للعامل.

(٣) الضمير في قوله «لدخوله» يرجع إلى العامل. يعني أنّ عدم لزوم شيء على المالك وللعامل في الصورتين المذكورتين إنّما هو لإقدام العامل على أمر لا أُجرة له فيه.

اشتراط عقد مساقاة في عقد مساقاة

(٤) أي لو شرط المالك عقد مساقاة في عقد مساقاة فالأقرب الصحّة وذلك بأن قال المالك: ساقيتك على هذا البستان بكذا على أن أساقيك على البستان الآخر بكذا، فعن الشيخ في المبسوط المنع محتجاً بأنّه كالبيعين في بيع وهو منهي عنه، وبأنّه لا لزوم لهذا الشرط، والمراد بالشرط هو المساقاة الثانية، لأنّه بمنزلة الوعد ولا يجب الوفاء به.

وفيه: أن التنظير ليس في محله، لأنَّ المقام نظير ما لو باع شيئاً بكذا بشرط أن يبيعه شيئاً آخر بكذا، وهذا ليس منهيّاً عنه في البيع، وإنّما المنهي عنه في البيع هو بيع المتاع حالاً بكذا ومؤجلاً بكذا، والبيع على تقدير بثمن، وعلى تقدير آخر بثمن لا ربط له في المقام كما هو واضح، وبأن هذا الشرط ـ أعني المساقاة الثانية ـ وإن كان وعداً إلاّ أنه شرط فيجب الوفاء به لعموم (االمؤمنون عند شروطهم)[١].

(٥) والمقتضي هو كون الشرط سائغاً وفي ضمن عقد جائز، فيشمله عموم «المؤمنون عند شروطهم».

---

(١) الوسائل، الباب ٢٠، من أبواب المهور، حديث ٤.

أمّا الأوّل[١] فهو اشتراط عقد سائغ في عقد سائغ لازم، فيدخل في عموم «المؤمنون عند شروطهم».

وأمّا الثاني[٢] فلأنّ المانع[٣] لا يُتخيّل إلاّ كونه[٤] لم يرض أن يعطيه[٥] من هذه الحصّة إلاّ بأن يرضى[٦] منه من الآخر[٧] بالحصّة[٨] الأُخرى، ومثل هذا لا يصلح[٩] للمنع كغيره[١٠] من الشروط السائغة الواقعة في العقود.

---

(١) وهو وجود المقتضي.

(٢) وهو انتفاء المانع.

(٣) يعني أنّ المانع الذي يتخيّل وجوده في المقام ليس إلاّ توقّف رضى المالك بإعطاء الحصّة المشروطة في المساقاة على رضى العامل بإعطاء الحصّة المشروطة في المساقاة الأخرى.

وقال الشارح ﷺ: إنّ مثل هذا لا يصلح للمنع عن صحّة المساقاة المشروط فيه عقد مساقاة آخر.

(٤) الضمير في قوله «كونه» يرجع إلى المالك، وفاعل قوله «لم يرض» هو الضمير الراجع إلى المالك.

(٥) فاعله هو الضمير الراجع إلى المالك، والضمير الملفوظ يرجع إلى العامل.

(٦) فاعله هو الضمير الراجع إلى العامل، والضمير في قوله «منه» يرجع إلى المالك.

(٧) أي من عقد المساقات الآخر.

(٨) الجارّ والمجرور يتعلّقان بقوله «بأن يرضى». يعني أنّ رضى المالك بالحصّة المسمّاة في المساقات الأُولى يتوقّف على رضى العامل بالحصّة الأُخرى المسمّاة في المساقاة الأُخرى.

(٩) خبر لقوله «مثل هذا».

(١٠) أي كغير هذا الشرط من سائر الشروط السائغة.

والقول بالمنع للشيخ[١] ﷺ، استناداً إلى وجه ضعيف[٢] يظهر مع ضعفه ممّا ذكر[٣] في وجه الصحّة.

(ولو تنازعا[٤] في خيانة العامل حلف العامل)، لأنّه[٥] أمين، فيقبل قوله[٦] بيمينه في عدمها[٧]، ولأصالة عدمها.

---

(١) فإنّ الشيخ ﷺ قال بالمنع من شرط عقد المساقاة في عقد مساقاة أُخرى.

من حواشي الكتاب: القول بالبطلان للشيخ محتجّاً عليه بأنّه بيعتان في بيعة، فإنّه ما رضي أن يعطيه من هذه الحصّة إلاّ بأن يرضى منه من الآخر بالحصّة الأخرى، وهكذا في البيع إذا قلت: بعتك عبدي بألف على أن تبيعني عبدك بخمسمائة فالكلّ باطل، لأنّ قوله: «على أن تبيعني عبدك» إنّما هو وعد لا يلزم الوفاء به والحال أنّه قد نقص الثمن لأجله، فإذا بطل ذلك ردّ إلى الثمن ما نقص منه، وهو مجهول، فيجهل الثمن (من الشارح ﷺ).

(٢) وقد ذكرنا الوجه الذي استند إليه الشيخ في الهامش السابق.

(٣) المراد من «ما ذكر» هو قول الشارح ﷺ «فلأنّ المانع لا يتخيّل... إلخ».

التنازع في خيانة العامل

(٤) فاعله هو الضمير العائد إلى المالك والعامل. يعني أنّ المالك والعامل إذا اختلفا في خيانة العامل قدّم قول العامل بالحلف.

(٥) بلا خلاف فيه ولا إشكال، لأنَّ العامل أمين، حيث هو نائب عن المالك في حفظ مال المالك مع كون يده على المال بإذن المالك والأمين مصدّق، فضلاً عن كون المالك يدعي الخيانة والعامل ينكرها والقول قول المنكر مع يمينه لأصالة عدم الخيانة.

(٦) الضميران في قوليه «قوله» و«بيمينه» يرجعان إلى العامل.

(٧) الضميران في قوله المكرّر «عدمها» يرجعان إلى الخيانة. يعني أنّ الدليل على تقدّم قول العامل كونه أميناً أوّلاً، وأصالة عدم الخيانة ثانياً.

(وليس للعامل أن يساقي غيره[١])، لأنّ في المساقاة تسليطاً[٢] على أصول الغير وعملها[٣]، والناس يختلفون في ذلك[٤] اختلافاً كثيراً، فليس لمن رضي المالك،

عدم جواز مساقاة العامل غيره

(١) الضمير في قوله «غيره» يرجع إلى العامل. يعني لا يجوز للعامل أن يعاقد غيره على الأصول على المشهور، لأن المساقاة عقد على الأصول المملوكة للمالك، والعامل لا يملك سوى الحصة من الثمرة بعد الظهور، والمالك لم يأذن ولم يسلّط إلا العامل فلا يجوز للعامل أن يسلّط غيره بعقد ثانٍ على أصول المالك حينئذٍ، ولأنَّ عقد المساقاة هو سقي الأصول ونحوه مما هو مقصود بالذات، فلا يجوز للعامل الذي أُريد مباشرته للسقي ونحوه بحسب مقتضى العقد أن يعامل غيره عليه بغير إذن المالك لاختلاف الناس في العمل وتفاوت الأغراض فيه، فَرِضى المالك بعمل العامل في الأصول لا يدل على رضاه بتسليط العامل غيره على الأصول.

وعن ظاهر الإسكافي احتمالاً كما في الجواهر أنَّه يجوز ولو بدون إذن المالك كما في الإجارة والمزارعة، وقد قوّاه بعض المتأخرين.

(٢) منصوب، لكونه اسماً لـ«أنّ». يعني أنّ دليل عدم جواز مساقاة العامل غيره هو كونها تسليطاً للغير على أشجار المالك وتسليطاً على العمل عليها والحال أنّ الناس يختلفون في الرضى بتسلّط الأشخاص على أموالهم، فالعامل لا يجوز له أن يسلّط غيره على أُصول المالك.

(٣) بالجرّ، عطف على مدخول «على» في قوله «على أصول الغير».

(٤) المشار إليه في قوله «ذلك» هو تسلّط الأشخاص على أصول الناس وعلى العمل فيها، فيمكن أن يرضى المالك بتسلّط العامل على أصوله وعلى العمل فيها ولا يرضى بتسلّط غيره عليها.

بعمله[١] وأمانته أن يولّي[٢] من لم يرضه المالك له، بخلاف المزارعة[٣]، فإنّ عمل الأرض[٤] غير مقصود، وحصّة[٥] المالك محفوظة على التقديرين[٦].

وأمّا الفرق[٧] ـ بأنّ النماء تابع للأصل، .....

---

(١) الضميران في قوليه «بعمله» و«أمانته» يرجعان إلى «من» الموصولة التي يراد منها العامل في المساقاة.

(٢) فاعله هو الضمير الراجع إلى «من» الموصولة التي يراد منها العامل، ومفعوله هو قوله «من لم يرضه»، والجملة تؤوّل إلى المفرد، لكونها خبراً لـ«ليس».

(٣) يعني أنّ المساقاة تكون على خلاف المزارعة.

حيث تقدم جواز أن يزارع العاملُ غيره، لأنَّ العامل قد تملك منافع الأرض والثمرة في قبال حصَّة منها للمالك إذا كان البذر من العامل، فالمقصود من المزارعة أن تكون للمالك الحصة في قبال منافع الأرض للعامل سواء عمل فيها بنفسه أم لا، ولذا جاز له مزارعة الغير.

(٤) يعني أنّ العمل من مباشر خاصّ على الأرض التي تكون مورداً للمزارعة ليس مقصوداً للمالك، بل المقصود منها هو حصول الحصّة له بعمل أيّ شخص كان ولو كان غير العامل.

(٥) يعني أنّ الحصّة المعيّنة في المزارعة محفوظة، سواء حصل العمل من نفس العامل أو من غيره.

(٦) المراد من «التقديرين» هو مباشرة العامل عمل المزارعة ومباشرة من زارعه العامل.

(٧) يعني أمّا توهّم الفرق بين المزارعة والمساقاة ـ حيث تجوز مزارعة العامل غيره وعدم جواز مساقاته غيره بكون الأصول متعلّقة بالمالك، ولا يجوز للعامل تسليط أحد عليها، ويكون النماء تابعاً للبذر في المزارعة، فيجوز للعامل تسليط غيره عليه ـ فيتمّ مع كون البذر من العامل، ولا يتمّ مع كونه من المالك.

وهو[١] من مالك الأصول في المساقاة[٢]، ومن الزارع[٣] في المزارعة، فلمالك الأصل[٤] تسليط من شاء دون غيره[٥] ـ فإنّما[٦] يتمّ[٧] مع كون البذر من العامل والمسألة[٨] مفروضة في كلامهم

أعمّ منه[٩]، ومع ذلك[١٠] فإنّ العقد اللازم يوجب الحصّة المخصوصة لكلّ

---

(١) الضمير في قوله «وهو» يرجع إلى الأصل.

(٢) يعني أنّ الأصل الذي يتبعه النماء هو من المالك في المساقاة.

(٣) يعني أنّ الأصل الذي يتبعه النماء هو من العامل في المزارعة، فيجوز له تسليط غيره عليه.

(٤) المراد من «مالك الأصل» هو العامل في المزارعة.

(٥) الضمير في قوله «غيره» يرجع إلى مالك الأصل. والمراد من غير مالك الأصل هو العامل في المساقاة.

(٦) هذا جواب لقوله «وأمّا الفرق» وردّ لتوهّم الفرق المذكور بين المزارعة والمساقاة.

(٧) فاعله هو الضمير العائد إلى الفرق.

(٨) الواو حاليّة. يعني والحال أنّ المسألة المعنونة في القول بجواز مزارعة العامل غيره أعمّ من كون البذر منه أو من المالك.

(٩) الضمير في قوله «منه» يرجع إلى كون البذر من العامل.

(١٠) المشار إليه في قوله «ذلك» هو فرض المسألة أعمّ من كون البذر من العامل أو من المالك، أي ومع كون مفروض مسألة مزارعة العامل للغير أعم، فلا بد من إيجاد فارق آخر بين المزارعة والمساقاة يُجوّز للعامل أن يزارع غيره وهو: أن العامل قد تملك الحصَّة بالعقد، وإذا تملكها فيجوز له أن ينقلها من شاء وإن لم يكن البذر منه، ولا ينافيه عدم وجود الحصّة وقت المزارعة الثانية فتكون باطلة، لأنَّ المعاملة حينئذٍ ليست على نفس =

منهما[١]، فله[٢] نقلها إلى من شاء وإن لم يكن البذر منه[٣]، وكونها[٤] غير موجودة حين المزارعة الثانية غير مانع، لأنّ المعاملة[٥] ليست على نفس الحصّة، بل على الأرض[٦] والعمل والعوامل[٧] والبذر بالحصّة[٨]، فمن استحقّ بالعقد اللازم

= الحصة ليعتبر وجودها، بل على العمل والعوامل والبذر في قبال تملكه لشيء من الحصَّة المترقب ظهورها، فيجوز له أن ينقل هذا التسلط للغير في قبال العمل والعوامل والبذر من ذلك الغير.

وفيه: إن هذا جارٍ في المساقاة أيضاً فهو ليس بفارق.

(١) أي المالك والعامل. يعني أنّ عقد المزارعة يوجب اختصاص الحصّة المخصوصة بكلّ من المالك والعامل.

(٢) الضمير في قوله «فله» يرجع إلى العامل، وفي قوله «نقلها» يرجع إلى الحصّة. يعني فإذا كان عقد المزارعة موجباً لاختصاص الحصّة المعيّنة بكلّ منهما جاز للعامل نقل حصّته إلى من شاء وإن لم يكن البذر منه.

(٣) الضمير في قوله «منه» يرجع إلى العامل.

(٤) الضمير في قوله «كونها» يرجع إلى الحصّة، وهذا مبتدأ، خبره قوله «غير مانع».

(٥) يعني أنّ المزارعة الثانية لم تقع على الحصّة نفسها، بل وقعت على الأرض وسائر الأركان.

(٦) أي الأرض التي وقعت المزارعة عليها.

(٧) أي الأسباب المحتاج إليها لعمل الزراعة.

(٨) يعني أنّ عقد المزارعة وقع على أن تكون الأرض من المالك ويكون العمل والعوامل من العامل في مقابل الحصّة المعيّنة.

شيئاً[١] تسلّط[٢] على نقله مع انتفاء المانع.

(والخراج[٣] على المالك)، لأنّه موضوع على الأرض والشجر، فيكون على مالكهما[٤] (إلاّ مع الشرط)

بأن يكون[٥] على العامل أو بعضه[٦]، فيصحّ مع ضبط المشروط[٧].

---

(١) المراد من الشيء هو الحصّة المعيّنة.

(٢) فاعله هو الضمير العائد إلى «من» الموصولة، والضمير في قوله «نقله» يرجع إلى الشيء.

كون الخراج على المالك

(٣) الخراج ما يأخذ السلطان عن الأراضي المفتوحة عنوة، وهي تملك تبعاً لتملك الآثار فيها، والآثار كالشجر، فالخراج على مالك الشجر وليس على العامل، لأنّه يستحق الحصة بسبب عمله لا بسبب شجره. والخُراج ـ بالتثليث ـ: المال المضروب على الأرض (أقرب الموارد).

(٤) الضمير في قوله «مالكهما» يرجع إلى الأرض والشجر.

(٥) اسم «أن يكون» هو الضمير العائد إلى الخراج. يعني إذا شرطا كون الخراج على عهدة العامل اختصّ إذاً به وأُخذ منه. لعموم (المؤمنون عند شروطهم)[١].

(٦) الضمير في قوله «بعضه» يرجع إلى الخراج.

(٧) أي يصحّ اشتراط بعض الخراج على عهدة العامل بشرط كون ما يشترط عليه مضبوطاً فإن كان المشروط جميع الخراج فلا بد من العلم بمقداره بحسب العادة، وإن كان بعضه فلا بد من العلم بمقدار البعض كمائة من ألف، أو كنصف الخراج بعد العلم بمقداره عادة، وقد مضى مثله في المزارعة.

---

(١) الوسائل، الباب٢٠، من أبواب المهور، حديث٤.

(وتملك[١] الفائدة بظهور الثمرة)، عملاً بالشرط، فإنّ العقد اقتضى أن يكون[٢] بينهما، فمتى تحقّقت[٣] ملكت كذلك[٤].

(وتجب الزكاة على من بلغ نصيبه[٥] النصاب) من المالك والعامل، لوجود

---

(١) بصيغة المجهول. يعني أنّ ثمرة الأشجار في المساقاة تملك بمحض الظهور، ولا يحتاج تملّكها إلى نضجها وحصادها.

والمراد بالفائدة نماء الأصول الذي هو الثمرة، وعليه فتملك بالظهور بين العامل والمالك على النسبة المشترطة فلا خلاف فيه منا، وخالف بعض الشافعية وقالوا: إن العامل لا يملك حصَّته إلا بعد القسمة، ورُدّ: بأن الشرط تمليك الحصَّة من الثمرة، والثمرة صادقة حين ظهورها فيجب أن يتحقق الملك حينئذٍ.

(٢) اسم «يكون» هو الضمير العائد إلى العقد، والضمير في قوله «بينهما» يرجع إلى المالك والعامل.

(٣) فاعله هو الضمير العائد إلى الثمرة.

(٤) أي تملك بمحض الظهور وتكون لهما.

وجوب الزكاة

(٥) الضمير في قوله «نصيبه» يرجع إلى «من» الموصولة، وقوله «النصاب» بالنصب، مفعول لقوله «بلغ». يعني أنّ كلّ واحد من المالك والعامل بلغ نصيبه من الحصّة الحاصلة من المساقاة حدّ النصاب تجب عليه الزكاة وذلك لتحقق شرط وجوب الزكاة، فالزكاة تجب على الزرع والثمرة حين بدو صلاحهما، وكلّ من المالك والعامل قد ملك الثمرة من حين صدق الاسم قبل بدو الصلاح فتجب الزكاة حينئذٍ على من بلغ نصيبه النصاب.

وخالف ابن زهرة في الغنية فأوجب الزكاة على من كان البذر منه وهو المالك هنا =

شرط الوجوب، وهو[١] تعلّق الوجوب بها على ملكه[٢].

(ولو كانت المساقاة بعد تعلّق الزكاة[٣] وجوّزناها[٤]) بأن بقي من العمل ما فيه

= محتجاً بأن الحصَّة للآخر كالأُجرة، وقال الشارح في المسالك: (وضعفه ظاهر، لأنَّ الحصَّة قد مُلكت هنا بعقد المعاوضة في وقتٍ يصلح لتعلق الزكاة بها لا بطريق الأُجرة، ثم لو سلم كونها بالأُجرة فمطلق الأُجرة لا يمنع من وجوب الزكاة، بل إذا تعلق الملك بها بعد الوجوب ـ بحيث تعلق ملكها بالأُجرة بعد بدو صلاحها ـ إذ لو استأجره بزرع قبل بدو صلاحها، أو آجر المالك الزرع كذلك لَوَجَبَتْ الزكاة على مالك الأُجرة كما لو اشترى الزرع كذلك ـ أي قبل بدو صلاحها ـ، نعم لو كان يذهب إلى أن الحصَّة لا يملكها من لا بذر له بالظهور، بل بعد بدو صلاح الثمرة ونحوه أمكن ترتب الحكم، لكنَّه خلاف إجماع الأصحاب، ومع ذلك لا يتم تعليله بالأُجرة، بل يتأخر ملكه عن الوجوب) انتهى.

أقول: قد تقدّم في كتاب الزكاة في الفصل الأوّل في قوله «وأمّا الغلاّت فيشترط فيها التملّك بالزراعة أو الانتقال قبل انعقاد الثمرة وانعقاد الحبّ، ونصابها ألفان وسبعمائة رطل بالعراقيّ».

(١) الضمير في قوله «وهو» يرجع إلى شرط الوجوب، وفي قوله «بها» يرجع إلى الثمرة.

(٢) الضمير في قوله «ملكه» يرجع إلى كلّ واحد من المتعاقدين.

(٣) أي بعد ظهور الثمرة في الأشجار، فإنّ وقت تعلّق الزكاة هو زمن ظهور الثمرة.

(٤) الضمير الملفوظ الثاني في قوله «جوّزناها» يرجع إلى المساقاة. يعني إذا كانت المساقاة بعد ظهور الثمرة وقلنا بجوازها... إلخ.

ولا يخفى أنّ جواز المساقاة بعد ظهور الثمرة إنّما هو فيما إذا بقي شيء من الأعمال الموجب لزيادة الثمرة، فلو لم يبقَ للعامل عمل مفيد لها لم تصحّ المساقاة.

مستزاد الثمرة حيث جوّزناها مع ذلك[١] **(فالزكاة[٢] على المالك)**، لتعلّق الوجوب بها[٣] على ملكه.

(وأثبت السيّد) أبو المكارم حمزة **(بن زهرة[٤] ﷺ الزكاة[٥] على المالك في المزارعة والمساقاة دون العامل[٦])** مطلقاً محتجّاً بأنّ حصّته[٧] كالأُجرة.

وهو[٨] ضعيف، لأنَّ الأُجرة إذا كان ثمرةً أو زرعاً قبل[٩] تعلّق الوجوب

---

(١) المشار إليه في قوله «ذلك» هو العمل الذي يوجب زيادة الثمرة.

(٢) جواب شرط، والشرط هو قوله «لو كانت».

(٣) الضمير في قوله «بها» يرجع إلى الثمرة، وفي قوله «ملكه» يرجع إلى المالك.

(٤) السيّد حمزة بن زهرة من أكابر فقهاء الشيعة الإماميّة ﷺ، وله مصنّفات كثيرة في الفقه وغيره، توفّي ﷺ في سنة ٥٨٥ الهجريّة، وقبره بحلب بسفح جبل جوشن عند مشهد السقط.

(٥) بالنصب، مفعول لقوله «أثبت»، يعني أنّ ابن زهرة ﷺ أثبت وجوب الزكاة في المزارعة والمساقاة على عهدة المالك.

(٦) أي لم يثبت ابن زهرة الزكاة على عهدة العامل في المزارعة والمساقاة، سواء انتقل مورد العقدين إلى العامل قبل تعلّق الزكاة أو بعده.

(٧) الضمير في قوله «حصّته» يرجع إلى العامل. يعني أنّ ابن زهرة ﷺ استدلّ على ما قال بأنّ حصّة الزارع والعامل في المساقاة تكون مثل الأُجرة التي يؤتيها المالك، فكما أنّ زكاة الأُجرة تتعلّق بالمالك ولا ربط لها بالأجير فكذلك في المزارعة والمساقاة تتعلّق الزكاة بالمالك ولا ربط لها بالعامل.

(٨) الضمير في قوله «وهو» يرجع إلى الاحتجاج المفهوم من قوله «محتجّاً».

(٩) يعني أنّ أُجرة الأجير أيضاً إذا كانت قبل تعلّق الزكاة وكانت الأُجرة ثمرةً أو زرعاً وجبت زكاتها على الأجير نفسه.

وجبت الزكاة على الأجير، كما لو ملكها[١] كذلك بأيّ وجه كان، وإن أراد[٢] كالأُجرة بعد ذلك فليس محلّ النزاع إلاّ أن يذهب[٣] إلى أنّ الحصّة لا يملكها العامل بالظهور، بل بعد بدوّ الصلاح[٤] وتعلّق الزكاة، لكنّه[٥] خلاف الإجماع، ومعه[٦] لا يتمّ التعليل بالأُجرة[٧]، بل يتأخّر ملكه[٨] عن الوجوب.

---

(١) فاعله هو الضمير العائد إلى الأجير، والضمير الملفوظ يرجع إلى الثمرة، والمشار إليه في قوله «كذلك» هو قبل تعلّق وجوب الزكاة.

(٢) فاعله هو الضمير العائد إلى ابن زهرة ﷺ. يعني لو أراد ابن زهرة كون الحصّة في المزارعة والمساقاة مثل الأُجرة بعد تعلّق الزكاة فهذا ليس مورداً للنزاع.

(٣) فاعله هو الضمير العائد إلى ابن زهرة. يعني إلاّ أن يقول ابن زهرة بأنّ العامل لا يملك الحصّة بالظهور، بل يملكها بعد بدوّ الصلاح وظهوره.

(٤) يعني إلاّ أن يقول ابن زهرة ﷺ بأنّ العامل يملك الحصّة بعد بدوّ الصلاح. والمراد من «بدوّ الصلاح» هو الاحمرار والاصفرار في النخل.

(٥) يعني أنّ الذهاب إلى ما ذكر يكون مخالفاً لإجماع الفقهاء.

(٦) الضمير في قوله «معه» يرجع إلى الذهاب المذكور. يعني إذا قيل بملك العامل للحصّة المعيّنة بعد وجوب الزكاة أو بدوّ الصلاح لم يتمّ التعليل بكون الحصّة مثل الأُجرة، بل المناسب إذاً أن يعلّل بأنّ تعلّق حقّ العامل بالحصّة المعيّنة إنّما هو بعد تعلّق الزكاة بذمّة المالك.

(٧) أي في قوله «محتجّاً بأنّ حصّته كالأُجرة».

(٨) الضمير في قوله «ملكه» يرجع إلى العامل.

(والمغارسة[1] باطلة)، .....

بطلان المغارسة

(١) المغارسة معاملة خاصة على الأرض بأن يدفع مالكها الأرض إلى رجلٍ ليغرسها على أن يكون الغرس بينهما، وهي باطلة ـ كما في المسالك وغيره ـ عندنا وعند أكثر العامة، لأنَّ عقود المعاوضات موقوفة على إذن الشارع، وهو منفي هنا.

وفيه: إن الشارع مُمضي في المعاملات فلذا ذهب جماعة من المتأخرين إلى الصحة بعد صدق عنوان العقد عليها فتندرج تحت عموم قوله تعالى: {**أوفوا بالعقود**}[1].

نعم على القول بالبطلان فلا فرق بين كون الغرس من المالك أو العامل أو منهما، وعلى البطلان فالغرس لصاحبه فإن كان من صاحب الأرض، فعليه أُجرة مثل عمل العامل، لأنَّ العامل لم يعمل متبرعاً بل بالحصَّة ولم تسلم له، وإن كان الغرس من العامل فعليه أُجرة مثل الأرض عن مدة شغله لها، ولصاحب الأرض قلعه، لأنه غير مستحق للبقاء فيها، ولو قلعه المالك حال كون الغرس للعامل فيضمن أرشه، لأنَّه غُرس بإذن المالك وليس هو عرقَ ظالم حتى لا يكون له حق، وقد تقدم أنَّ الأرش هو التفاوت في القيمة بين كونه قائماً ومقلوعاً.

ولو قلعه العامل حال كون الغرس له فإن أضرّ بالأرض فيجب عليه طم الحفر التي حدثت، وأرش الأرض لو نقصت أو تعيبت بالقلع، وقلع العروق المتبقية وهكذا.

والمغارسة مصدر من باب المفاعلة، مجرّدها غرس.

غَرَسَ الشجرَ غَرْساً: أثبته في الأرض (أقرب الموارد).

ولا يخفى أنّا ما وجدنا مهما تتبّعنا هذه الكلمة في كتب اللغة، وكأنّها صيغت بالقياس إلى أمثالها واصطلح الفقهاء عليها بعد ما رأوا أمثال هذه الكلمة ـ كالمساقاة =

(١) سورة المائدة، الآية: ١.

وهي[١] أن يدفع[٢] أرضاً إلى غيره[٣] ليغرسها على أنّ الغرس[٤] بينهما.

(ولصاحب الأرض قلعه[٥]، وله[٦] الأُجرة) عن الأرض، **(لطول بقائه[٧])** فيها.

= والمضاربة والمزارعة ـ مضبوطة في كتب اللغة ولم يتفطّنوا لعدم تعرّض اللغويّين لها ومن المعلوم أنّ اللغة علم متوقّف على السماع ولا مجال للقياس والرأي فيها وإلاّ انجرّ الأمر بالأخير إلى تعسّر التفهيم والتفهّم بل إلى تعذّرهما!

وأيضاً لا يكون اللفظ مصطلحاً لمعنًى إلاّ بعد استعماله في معنًى لغةً وبعدئذ قد يستعمل في المعنى الاصطلاحيّ إمّا بالمجاز أو بالنقل أو بهجر المعنى الأوّل بالمرّة، وهذه الكلمة ـ كما أشرنا إليه آنفاً ـ لم ترد في كتب اللغة حتّى يصطلح عليها لمعنًى وكم لها من نظائر!!

(١) يعني أنّ المغارسة في الاصطلاح هي ما ذكره الشارح ﷺ.

(٢) فاعله هو الضمير العائد إلى المالك.

(٣) الضمير في قوله «غيره» يرجع إلى المالك، والضمير الملفوظ في قوله «ليغرسها» يرجع إلى الأرض.

(٤) الغرس هنا بمعنى المغروس.

والمراد من «الغرس» هنا هو الأشجار التي يثبتها العامل في أرض المالك بهذه المغارسة الباطلة.

أحكام المغارسة

(٥) الضمير في قوله «قلعه» يرجع إلى ما غرسه العامل على أنّه من باب المغارسة.

(٦) أي لصاحب الأرض أُجرة أرضه لمدّة بقاء الأشجار المغروسة فيها.

(٧) الضمير في قوله «بقائه» يرجع إلى الغرس، وفي قوله «فيها» يرجع إلى الأرض.

(ولو نقص[١] بالقلع ضمن أرشه) وهو[٢] تفاوت ما بين قيمته مقلوعاً وباقياً في الأرض بالأُجرة.

ولو كان الغرس من مالك الأرض[٣] وقد شرط على العامل غرسه[٤] وعمله بالحصّة فهو[٥] لمالكه، وعليه[٦] أُجرة الغارس وما عمل فيه من الأعمال.

(و) على تقدير كونه من العامل **(لو طلب كلّ منهما ما[٧] لصاحبه)** فطلب الغارس[٨] الأرض بالأُجرة على أن يبقى الغرس فيها أو أن تكون[٩] ملكه

---

(١) فاعله هو الضمير العائد إلى الغرس، يعني لو حصل في الشجر المغروس نقص بقلع المالك ضمن أرشه.

(٢) يعني أنّ قدر الأرش يعلم بتعيين قيمة الشجر مقلوعاً وتعيين قيمته باقياً في الأرض مع أُجرة مثل البقاء فيها.

(٣) كما إذا كان الشجر من صاحب الأرض وشرط على العامل الغرس وغيره في مقابل الحصّة بعنوان المغارسة الباطلة، فإذاً يتعلّق الشجر بالمالك، ويجب على المالك أُجرة غرس العامل للشجر.

(٤) الضميران في قوليه «غرسه» و«عمله» يرجعان إلى الشجر.

(٥) الضمير في قوله «فهو» يرجع إلى الغرس، وكذا الضمير في قوله «لمالكه».

(٦) الضمير في قوله «عليه» يرجع إلى المالك.

(٧) مفعول لقوله «طلب»، فهو منصوب محلاً.

(٨) أي إذا طلب العامل الغرس من مالك الأرض أن يبقى الغرس فيها في مقابل الأُجرة لم يجب على المالك قبوله.

(٩) اسم «أن تكون» هو الضمير العائد إلى الأرض. يعني إذا طلب العامل من المالك أن يملّكه الأرض بالقيمة لم يجب عليه القبول. والضمير في قوله «ملكه» يرجع إلى العامل.

(بعوض)، أو طلب صاحب الأرض الغرس بقيمته[١] (**لم يجب على الآخر إجابته**[٢])، لأنّ كلاً منهما[٣] مسلّط على ماله.

وحيث يقلعه[٤] الغارس يجب عليه طمّ[٥] الحفر وأرش[٦] الأرض لو نقصت[٧] به، وقلع[٨] العروق المتخلّفة عن المقلوع في الأرض.

ولم يفرق المصنّف كالأكثر[٩] في إطلاق كلامه بين العالم بالفساد والجاهل في

---

(١) الضمير في قوله «بقيمته» يرجع إلى الغرس. يعني لو طلب مالك الأرض من العامل أن يملّكه الغرس المتعلّق به بقيمته لم يجب عليه القبول.

(٢) الضمير في قوله «إجابته» يرجع إلى الطلب.

(٣) يعني أنّ كلاً من المالك والعامل مسلّط على ماله وملكه.

(٤) الضمير في قوله «يقلعه» يرجع إلى الغرس. يعني إذا قلع الغارس الأشجار التي تتعلّق به وجب عليه أن يطمّ حفر الأشجار المقلوعة.

(٥) الطمّ مصدر من طمَّ طَمّاً البئرَ: سوّاها ودفنها (المنجد).

(٦) بالرفع، عطف على قوله «طمّ الحفر». يعني يجب على الغارس طمّ الحفر وكذا أرش الأرض لو حصل فيها نقص بالقلع.

(٧) فاعله هو الضمير العائد إلى الأرض، والضمير في قوله «به» يرجع إلى القلع.

(٨) بالرفع، عطف على قوله «طمّ الحفر». يعني يجب على العامل الغارس أيضاً قلع العروق المتخلّفة عن الأشجار المغروسة التي قلعها وبقيت عروقها في الأرض.

(٩) أي لم يفرق المصنّف ﷺ ـ مثل أكثر الفقهاء ـ في إطلاق كلامه بين العامل العالم بفساد المغارسة وبين الجاهل به في وجوب أرش الأرض على العامل ووجوب أُجرته على المالك.

استحقاق الأرش[١] وثبوت أُجرته[٢] لو كان الغرس لمالك الأرض، وليس ببعيد الفرق[٣]، لتبرّع العالم بالعمل[٤]، ووضعِه[٥] الغرس بغير حقّ، وبه[٦] فارق

---

(١) والمراد منه هو أرش الأرض المستقرّ على ذمّة العامل.

قال في المسالك: (ولم يُفرّق الأصحاب في إطلاق كلامهم بين العالم بالبطلان والجاهل، بل تَعْلِيلُهُم مؤذن بالتعميم، ولا يبعد الفرق بينهما، وأن لا أرش لصاحب الأرض مع علمه، ولا أرش لصاحب الغرس مع علمه، أمَّا الأوَّل فللإذن في التصرف فيها بالحصَّة مع علمه بعدم استحقاقه، وأما الثاني فلظلمه بالغرس مع علمه بعدم استحقاقه) انتهى.

(٢) الضمير في قوله «أُجرته» يرجع إلى العامل. أي وجوب أُجرة العامل على ذمّة المالك في فرض تعلّق الغرس به.

(٣) أي لا يبعد ثبوت الفرق بين العامل العالم ببطلان المغارسة وبين الجاهل به في وجوب الأرش والأُجرة.

(٤) فإنّ العامل العالم بالعمل لا يستحقّ شيئاً، لإقدامه على العمل مجّاناً. لعلمه بالبطلان، ولا أرش لنقصان غرسه لأنّه وضعه بغير حق.

(٥) بالجرّ، عطف على قوله «لتبرّع العالم». أي ولوضع العامل الشجر الذي يتعلّق به فيم وضع لا حقّ له فيه.

(٦) الضمير في قوله «به» يرجع إلى الفرق المذكور، وقوله «فارق» فعل ماضٍ بصيغة المعلوم وزان ضارب، وفاعله هو الضمير العائد إلى العامل العالم بفساد المغارسة. يعني أنّ العالم بالفساد الذي يضع غرسه فيما لا حقّ له فيه يفارق المستعير الذي يضع غرسَه في أرض استعارها للغرس، فإنّ المالك في الاستعارة إذا قلع الغرس ضمن الأرش الحاصل في الغرس بالقلع، لأنّه وضع غرسه فيما له حقّ فيه، لاستعارته الأرض للغرس، بخلاف العالم بفساد المغارسة، فإنّه وضع غرسه فيما لا حقّ له فيه، فإذا حصل نقص في الأشجار المتعلّقة به لم يكن له أن يطالب المالك بالأرش.

المستعير[١] للغرس، لأنّه[٢] موضوع بحقّ وإذن[٣] صحيحة شرعاً، بخلاف هذا الغرس[٤].

(ولو اختلفا[٥] في الحصّة حلف المالك)، لأنّ النماء تابع للأصل[٦]، فيرجع إلى مالكه[٧] في مقدار ما أخرجه[٨] منه .....

---

(١) بالنصب، مفعول لقوله «فارق». وهو مفعول به مِنْ استعار الأرض للغرس، فلو غرسها وقلع المالك الغرس فعل المالك الإرش لأنَّ الغرس قد وضع بحق وبإذن من قبل المالك.

(٢) الضمير في قوله «لأنّه» يرجع إلى الغرس الثابت في الأرض المستعارة.

(٣) بالجرّ، عطف على مدخول الباء الجارّة في قوله «بحقّ»، وقوله «صحيحة» صفة لقوله المجرور «إذن»، وتأنيث الضمير إنّما هو بتأويل الإذن إلى الإجازة. يعني أنّ الغرس وضع في الأرض المستعارة بالإذن الصادر عن المالك.

(٤) المراد من قوله «هذا الغرس» هو غرس العامل العالم ببطلان المغارسة، فإنّه قد وضع غرسه في أرض المالك بلا حقّ ولا إذن، فلا يستحقّ الأرض الحاصل فيه بقلع المالك.

القول في أحكام النزاع

(٥) فاعله هو الضمير العائد إلى المالك والعامل. يعني لو اختلف المالك والعامل في مقدار الحصّة المتعلّقة بهما ـ كما إذا قال المالك: إنّ حصّة العامل هي الثلث، وقال العامل: إنّها النصف ـ قدّم قول لمالك بالحلف. لأنَّ الثمرة نماء الأصول فهي تابعة لها في الملكية أيضاً فقول المالك موافق لهذا الأصل والعامل مدعٍ للزيادة.

(٦) المراد من «الأصل» هو الشجر الذي وقع عقد المساقاة عليه.

(٧) أي فيرجع إلى مالك الأصل في تعيين مقدار النماء الذي أخرجه عن ملكه.

(٨) فاعله هو الضمير العائد إلى المالك، والضمير الملفوظ يرجع إلى «ما» الموصولة، والضمير في قوله «منه» يرجع إلى النماء.

عن ملكه[١]، مع أصالة بقاء غيره[٢] وعدم انتقاله[٣] وملكِ[٤] الغير[٥] له.

(وفي المدّة[٦] يحلف المنكر)، لأصالة[٧] عدم ما يدّعيه[٨] الآخر من الزيادة.

تمّ الجزء الأولّ[٩] من الروضة البهيّة في شرح اللمعة الدمشقيّة، ويتلوه[١٠] في

---

(١) الضمير في قوله «ملكه» يرجع إلى المالك.

(٢) الضمير في قوله «غيره» يرجع إلى «ما» الموصولة في قوله «ما أخرجه». يعني إذا شكّ في إخراج غير المقدار الذي يعترف به مالك الأصل كان الأصل بقاءه في ملك صاحب الأصل.

(٣) أي مع أصالة عدم انتقال ما هو زائد عمّا يعترف به المالك عن ملك صاحب الأصل.

(٤) بالجرّ، عطف على قوله «انتقاله». أي ومع عدم انتقال الزائد عمّا يعترف به المالك إلى غيره وعدم ملك غيره له.

(٥) المراد من «الغير» هو العامل. والضمير في قوله «له» يرجع إلى غير المتيقّن خروجه عن ملك المالك.

(٦) أي لو اختلف المالك والعامل في مدّة المساقاة ـ كما إذا ادّعى المالك كونها سنة وادّعى العامل كونها سنتين ـ قدّم قول منكر الزائد مع الحلف. لأنه منكر بحسب ظاهر قوله.

(٧) أي يقدّم قول المنكر للزيادة بالحلف، لأصالة عدم ما يدّعيه من الزيادة.

(٨) الضمير الملفوظ في قوله «يدّعيه» يرجع إلى «ما» الموصولة. والمراد من «الآخر» هو مدّعي زيادة المدّة.

(٩) لا يخفى أنّ المصنّف ﵀ لم يكتب اللمعة في جزئين، وإنّما الشارح ﵀ هو الذي قسم شرح اللمعة على جزئين، فعلى ذلك إطلاق لفظ اللمعتين على ما كتبه المصنّف ـ كما هو المشهور والمتداول ـ غير صحيح، لأنّ المصنّف لم يكتب اللمعة إلاّ في جزء واحد.

(١٠) الضمير المفعول في قوله «يتلوه» يرجع إلى الجزء الأوّل، والفاعل هو قوله «كتاب الإجارة».

الثاني[١] كتاب الإجارة على يد مصنّفها[٢] العبد الفقير إلى الله زين الدين بن عليّ بن أحمد الشاميّ العامليّ عامله الله بلطفه، وعفا[٣] عنه وعنهم وعن جميع المؤمنين بمنّه وكرمه إنّه أكرم الأكرمين.

واتّفق الفراغ منه[٤] ظهر يوم الثلاثاء سادس شهر جمادي الأُخرى سنة ستّ وخمسين وتسعمائة[٥] حامداً لله مصلّياً على رسوله وآله، مسلّماً، مستغفراً، اللّهمّ وفّق لإكماله واجعله خالصاً لوجهك الكريم بمحمّد وآله الطيّبين الطاهرين.

---

(١) أي الجزء الثاني من الروضة البهيّة، حذف الموصوف بقرينة ذكره قُبَيل هذا.

(٢) الضمير في قوله «مصنّفها» يرجع إلى الروضة البهيّة.

(٣) فاعله هو الضمير العائد إلى الله تعالى، والضمير في قوله «عنه» يرجع إلى الشارح زين الدين، والضمير في قوله «عنهم» يرجع إلى الشارح وأبيه وجدّه وإن كان الأولى أن يقول «عنهما» لبدئه بدعاء نفسه من قبل.

(٤) الضمير في قوله «منه» يرجع إلى الجزء الأوّل.

(٥) وجدير بالذكر أنّ الشهيد الثاني ﵀ تولّد سنة إحدى عشرة وتسعمائة الهجريّة، واستشهد سنة خمس وستّين وتسعمائة الهجريّة وهو ابن أربع وخمسين سنة، فظهر من جميع ذلك أنّ الفراغ من شرح هذا الجزء اتّفق تسع سنة قبل استشهاده، رحم الله الماضين وأطال الله أعمار الباقين.

الفهرس

كتاب الضمان ٥
تعريف الضمان ٨
شروط الضامن ٩
القول في ضمان العبد ١٠
عدم اشتراط علم الضامن بالمستحق ١٣
عدم اشتراط علم الضامن بالغريم ٢٠
إيجاب الضمان ٢٣
قبول الضمان ٢٦
عدم اعتبار رضى الغريم ٢٧
اشتراط ملادة الضامن أو علم المضمون له ٣١
جواز كون الضمان حالاً وموجلاً ٣٢
القول في المال المضمون ٣٤
ضمان درك ما يحدثه المشتري ٣٨
إنكار المضمون له القبض ٤٢
عدم تصديق المضمون عنه دفع الضامن ٥١
كتاب الحوالة ٢٣
تعريف الحوالة ٥٥
اشتراط رضى الثلاثة ٥٧
حكم قبول المـ ـال للحوالة على المليء ٦٣
ظهور إعسار المحال عليه ٦٤
صحة ترامي الحوالة ودورها ٦٥
صحة ترامي الضمان ودوره ٦٧
صحة الحوالة بغير جنس الحق ٧٠
الحوالة بدين لواحد على دين على اثنين ٧٥
تعارض الأصل والضاهر في الحوالة ٨٠
كتاب الكفالة ٨٧
تعريف الكفالة ٩٠
شرط الكفالة ٩٠

افتقار الكفالة إلى الإيجاب والقبول ٩١
صحة الكفالة حالة ومؤجله ٩١
ما يبرأ به الكفيل ٩٣
امتناع الكفيل من التسليم ٩٥
تعليق الكفالة ١٠١
حصول الكفالة بإطلاق الغريم قهراً ١٠٤
حكم ما لو كان الغريم قاتلاً ١٠٦
حكم غياب المكفول ١٠٨
إطلاق عقد الكفالة ١١٠
تعيين غير موقع العقد ١١٠
إنكار الكفيل حق المكفول له ١١١
ادّعاء الكفيل إبراء المكفول له ١١٣
تكفّل اثنين بواحد ١١٦
التكفّل بواحد لإثنين ١١٨
ما يصحّ التعبير به في العقد ١١٩
بطلان الكفاية بموت المكفول ١٢٦

كتاب الصلح ١٣١

تعريف الصلح ١٣٣
حكم الصلح ١٣٣
شروط الصلح ١٣٨
أصلية الصلح ١٤٠
أحكام الصلح ١٤١
التفصيل في متعلق الصلح ١٤٥
تمهيد ١٥٦
مسائل في بعض أحكام التنازع/ المسألة الأولى ١٥٦
المسألة الثانية ١٦٥
المسألة الثالثة ١٧١
المسألة الرابعة ١٧٨
المسألة الخامسة ١٨٧
المسألة السادسة ١٩٥

كتاب الشركة ٢٠١
تعريف الشركة ٢٠٣
أسباب الشركة ٢٠٣
متعلّق الشركة ٢٠٩
المعتبر من الشركة/ شركة العنان ٢١١
ما لا يصحّ من أنواع الشركة/ شركة الأعمال ٢١٥
شركة المفاوضة ٢١٦
شركة الوجوه ٢٢٠
أحكام شركة العنان ٢٢٢
حكم مشاركة الذمّيّ ٢٣٤
بيع الشريكين صفقة وقبض أحدهما من الثمن ٢٣٥
كتاب المضاربة ٢٤٧
تعريف المضاربة ٢٤٩
تسمية المضاربة قراضاً ٢٥١
جواز المضاربة ٢٥٣
ما لا يصحّ اشتراطه في المضاربة ٢٥٦
اقتصار العامل على التصرف المأذون فيه ٢٥٩
إطلاق إذن المالك ٢٦٠
حكم النفقة ٢٦٢
كيفيّة الاشتراء ٢٦٩
كيفيّة البيع ٢٧١
الاشتراء بالعين لا بالذمّة ٢٧٤
ضمان العامل بالتعدّي ٢٧٦
انحصار الجواز في الدرهم والدينار ٢٧٧
لزوم الحصّة بالشّرط ٢٧٨
عدم ضمان العامل ٢٨٠
حكم الفسخ ٢٨١
القول في الخلاف بين المالك والعامل ٢٨٥
لزوم معلوميّة رأس المال ٢٨٦
عدم جواز شراء ما فيه الضّرر ٢٨٨

إذن المالك في شراء أبيه ٢٩١
اشتراء العامل أبا نفسه ٢٩٥
كتاب الوديعة ٣٠١
تعريف الوديعة ٣٠٣
لزوم ما يدلّ على الرضا ٣١٠
حكم الإيجاب ٣١١
حكم الإكراه على القبض ٣١٣
وجوب الحفظ ٣١٤
ضمان الودعيّ ٣١٦
حكم الدفع عن الوديعة ٣٢٠
بطلان الوديعة ٣٢٦
القول في ردّ الوديعة ٣٢٨
تفصيل حول الأمانة الشرعيّة ٣٣٠
تعيين موضع الحفظ ٣٣٢
خوف التلف في الموضع المعيّن ٣٣٤
وجوب الحفظ على طبق العادة ٣٣٧
الاستيداع من طفل أو مجنون ٣٤٠
وجوب الرد فوراً ٣٤٢
القول في المودع الكافر ٣٤٦
أسباب الضمان ٣٤٨
من تردّ إليه الوديعة ٣٦٤
أحكام التنازع ٣٦٧
الردّ لو مات المودع ٣٧٢
الإعادة بعد التعدّي أو التّفريط ٣٧٤
دعوى الودعيّ للردّ ٣٧٧
كتاب العارية ٣٨١
تعريف العارية ٣٨٣
جواز عقد العارية ٣٨٥
عدم الحصر في ألفاظ العارية ٣٨٦
شروط المعير ٣٩٢

شروط العين المستعارة ٣٩٥
رجوع المالك في العارية ٣٩٧
القول في الضمان ٤٠٢
ما يجوز للمستعير من البيع ٤٠٩
عدم ضمان النقص الحاصل من الاستعمال ٤١٤
ضمان العارية ٤١٦
ادّعاء المستعير التلف ٤٢٠
ادّعاء المستعير للرّد ٤٢٢
استظلال المستعير والمعير ٤٢٤
إعارة المستعير للعين المستعارة ٤٢٦
القول في اختلاف الراكب والمالك ٤٣٢
كتاب المزارعة ٤٤١
تعريف المزارعة ٤٤٣
صيغ المزارعة إيجاباً وقبولاً ٤٤٧
لزوم المزارعة ٤٤٩
صحّة التقايل ٤٥٠
عدم بطلان المزارعة بالموت ٤٥٠
القول في النماء ٤٥٢
اشتراط شيء مضمون مضاف إلى الحصّة ٤٥٤
بقاء الزرع مع مضيّ المدة ٤٥٦
إمكان الانتفاع بالأرض ٤٥٩
إطلاق المزارعة ٤٦٣
عدم تجاوز العامل ما عيّن له ٤٦٥
صور ما يجوز للمتعاقدين ٤٧١
حكم الصور الممكنة ٤٧٣
أحكام النزاع ٤٧٤
مزارعة الزارع غيره ومشاركته له ٤٧٨
كون الخراج على المالك ٤٨١
حكم بطلان المزارعة ٤٨٢
جواز الخرص لصاحب الأرض ٤٨٤

كتاب المساقاة ٤٩١
تعريف المساقاة ٤٩٣
لزوم المساقاة ٤٩٧
إيجاب المساقاة ٤٩٨
حكم القبول ٤٩٩
اشتراط بقاء عمل للعامل ٥٠٠
ما يشترط في الشّجر ٥٠٣
حكم ما له الورق خاصّةً ٥٠٦
اشتراط تعيين المدّة ٥٠٨
ما يلزم العامل من الأعمال ٥٠٩
اشتراط بعض الأعمال على المالك ٥١٣
اشتراط تعيين الحصّة بالجزء المشاع ٥١٤
اختلاف الحصّة ٥١٤
حكم اشتراط الذهب أو الفضّة على العامل ٥١٥
حكم فساد العقد ٥١٨
اشتراط عقد مساقاة في عقد مساقاة ٥١٩
التنازع في خيانة العامل ٥٢١
عدم جواز مساقاة العامل غيره ٥٢٢
كون الخراج على المالك ٥٢٦
وجوب الزكاة ٥٢٧
بطلان المغارسة ٥٣١
أحكام المغارسة ٥٣٢
القول في أحكام النزاع ٥٣٦