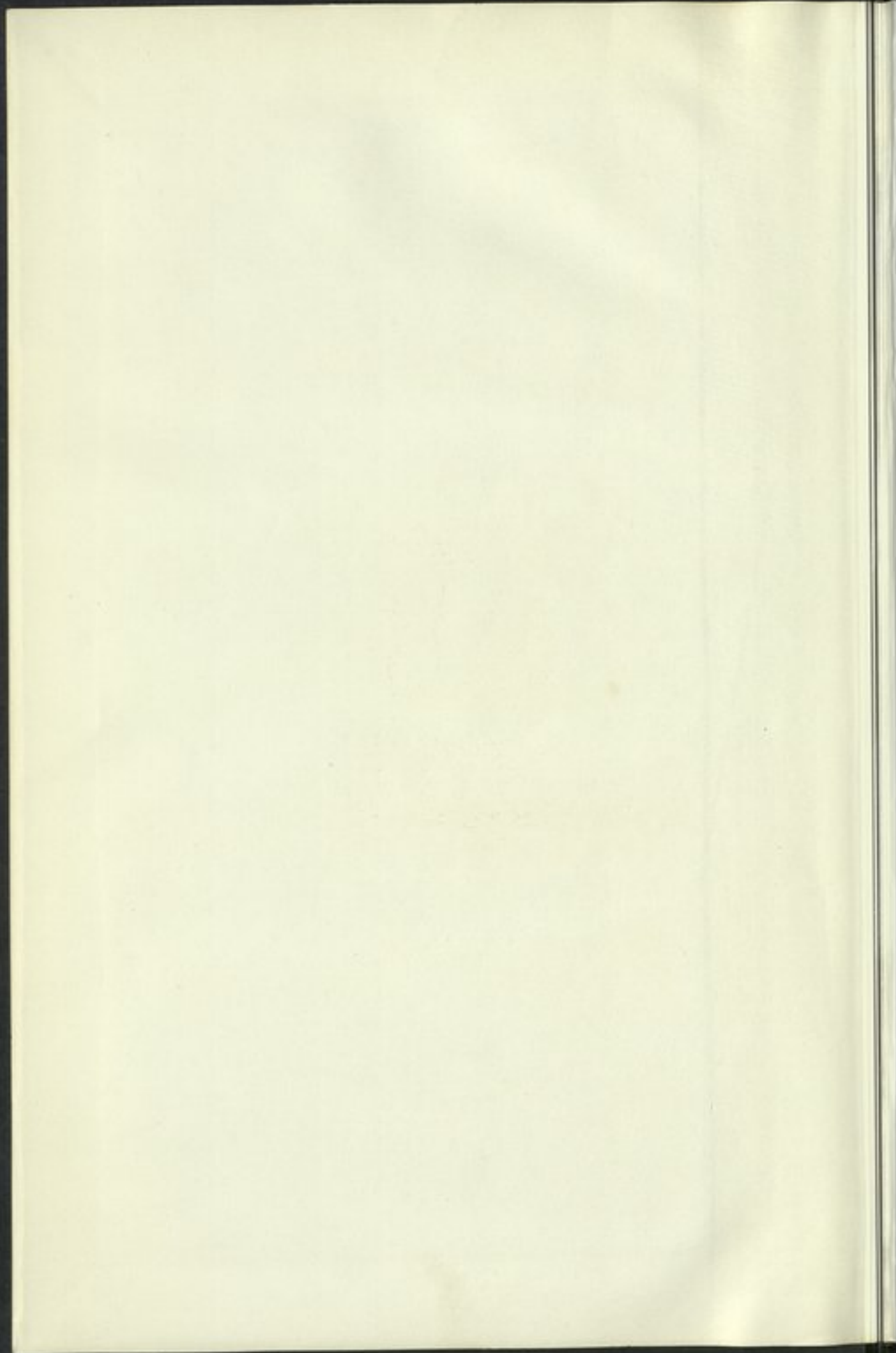
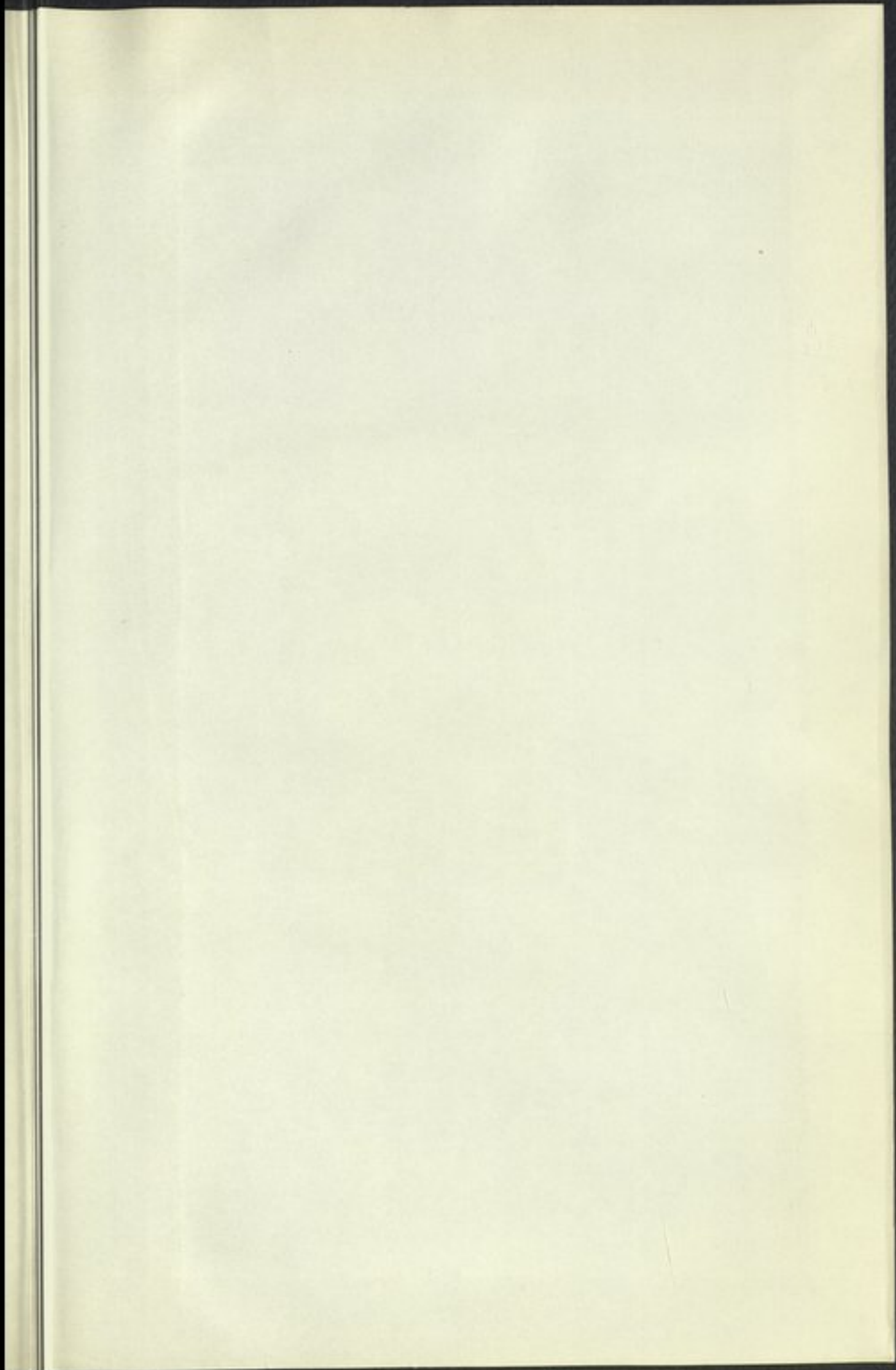
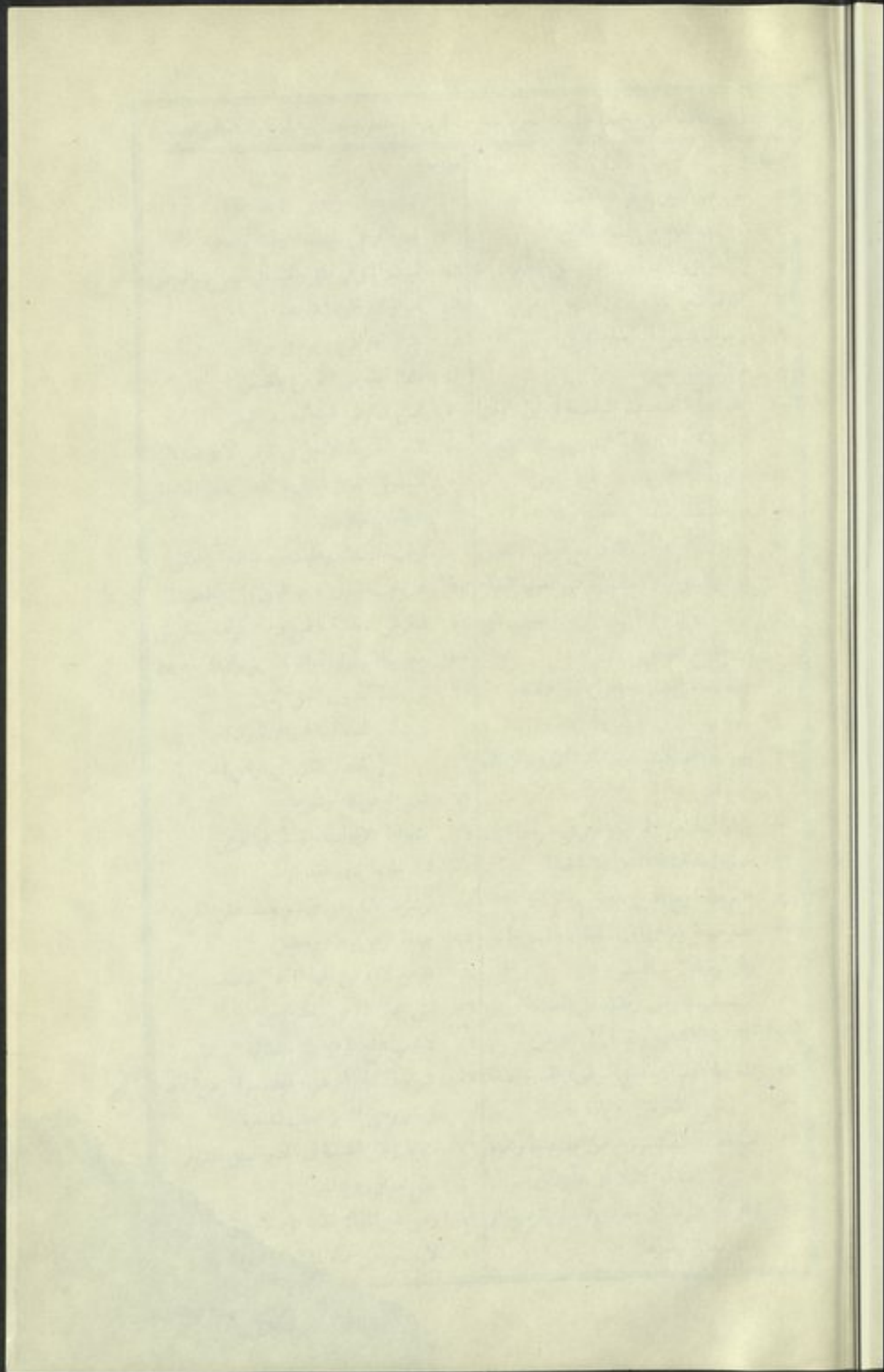


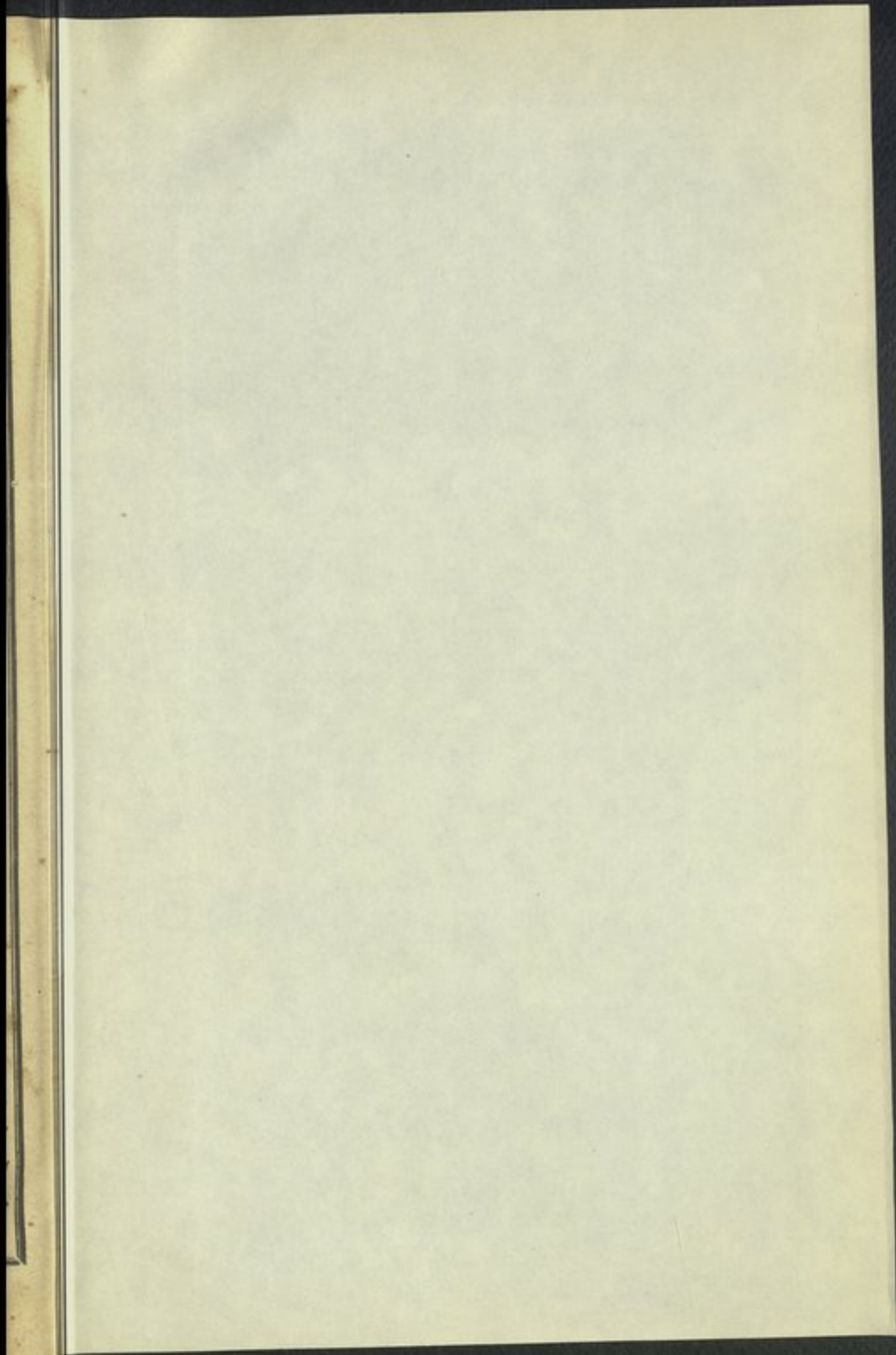
AMERICAN
UNIVERSITY OF
BEIRUT











فهرست كتاب الدين من مفتاح السكراة ويدخل فيه الرهن والحجر والضمان والحوالة والكفالة والصلح

صفحة	صفحة
٤٥	٢
لو أقرضه بشرط ان يقرضه غيره	تعريف الدين وكراهة الاستدانة اختيارا
٤٦	٤
صحة قرض ما يضبط وصفه وقدره	وجوب العزم على قضاء الدين
٤٦	٥
ثبوت المثل في المثل والقيمة في القيمي يوم القرض	كراهة نزول صاحب الدين على المدين الخ
٤٦	٥
جواز اقتراض الخبز عدا ووزنا	فيا لو اتجا المدين الى الحرم
٤٨	٦
جواز اقتراض الجوارى والثالي	وجوب السعي في قضاء الدين
٤٨	٨
ملك المقرض القرض بالقبض	مستثنيات الدين
٥١	١٠
ليس للمقرض ارجاعه بعد القبض	عدم صحة العبادات الموسعة في أول وقتها
٥٣	١٤
لا يلزم شرط الاجل في القرض الا في عقد لازم	المنافية للأداء « والسكلام على مسئلة الضد »
٥٥	١٤
لا يتأجل الدين الحال بزيادة ويتمجل المؤجل	ما يجب على المدين عند غيبة المدين
باسقاط بعضه	١٨
٥٦	١٨
لو قال ملكتك وعليك رد عوضه أو اطلق	تحريم مطالبة المعسر وحبه
٥٧	١٨
هل يجب القبول لو رد العين وان رخصت	جواز انكار المعسر الدين مع خوف الحبس
٥٧	١٩
للمقرض المطالبة بالجميع وان أقرضه تفاريق	بالاعتراف وجواز الحلف مع التورية ونية القضاء
٥٧	١٩
وجوب القبول لو دفع اليه تفاريق وان أقرضه جملة	لو استدانة الزوجة النفقة الواجبة وجب على
٦٧	١٩
لو أسقط المدين أجل الدين	الزوج دفع العوض
٦٨	١٩
لو أسقط السلطان الدرهم المقرضة	عدم صحة المضاربة بالدين قبل قبضه
٦٩	٢٠
« المقصد الثاني في الرهن »	صحة بيع الدين على من هو عليه وغيره
٦٩	٢١
معنى الرهن لغة وشرعا	وجوب دفع جميع الدين الى المشتري وان كان
٧١	٢١
اشترط الايجاب والقبول في الرهن	التنن أقل
٧٤	٢٣
لو شرط ما يتأني عقد الرهن	جواز أخذ ثمن الحجر من الذمي في الجزية والدين
٧٥	٢٤
لو شرط عليه رهن في بيع فاسد فظن الزوم	عدم صحة قسمة الدين الا بالحوالة
٧٥	٢٨
صحة الرهن سفرا وحضرا	عدم صحة بيع الدين بالدين
٧٦	٣١
الرهن لازم من جهة الراهن خاصة	عدم صحة بيع أرزاق السلطان وسهم الخمس
٧٦	٣١
منى يجوز للراهن أخذ الرهن	والزكاة الا بعد القبض
٧٦	٣١
لا يجب دفع الرهن الا بالمطالبة	استحباب القرض وفضله على الصدقة
٧٧	٣٢
شرط العين المرهونه وعدم جواز رهن المنافع	اشترط الايجاب والقبول في القرض
٧٧	٣٤
في ان رهن المدبر ابطال لتدبيره	اشترط عدم الزيادة في القرض في القدر والصفة
٧٩	٣٦
شرط رهن الخدمة في المدبر يبطل التدبير	جواز تبرع المقرض بالزيادة
٨٠	٣٧
عدم جواز رهن الدين	اشترط رد المكسرة عوض الصحيحة ونحوه
٨١	٣٧
رهن غير الملوک يقف على الاحالة	لو شرط رهنا أو كفيلا أو رهنا بدين آخر
٨١	٣٨
لا يصح رهن مالا غائبا	لو أقرضه بشرط ان يقترض منه أو يقرضه أو
	بيعه بمحابة وغيرها

صحيفة	صحيفة
١٢٦ لوباع الراهن فطلب المرهن الثمنه فهل هو أجازة	٨٢ لا يصح رهن الارض المفتوحة عنوة
١٢٨ جواز اشتراط المرهن الوكالة في العقد لنفسه	٨٢ لا يصح رهن مالا يمكن قبضه
١٣٠ لو امتنع الراهن من الاداء وقت الحلول	٨٣ لا يصح رهن المسلم أو المصحف عند الكافر
١٣١ لا يصح الرهن على الاعيان وان كانت مضمونة بل على الدين	٨٣ جواز رهن الحسناء عند الفاسق على كراهة
١٣٣ عدم صحة الرهن على ما سيصدر ديناً	٨٣ عدم جواز رهن الوقف والمكاتب
١٣٤ التشريك بين الرهن وسبب الدين في عقد	٨٤ حكم رهن أم الولد
١٣٦ جواز الرهن على الثمن في مدة الخيار وعلى مال الجمالة بعد الرد وعلى النفقة الماضية أو الحاضرة وعلى مال الكتابة	٨٥ صحة الرهن في زمن الخيار
١٣٧ عدم جواز الرهن على الدية قبل استقرار الجنابة	٨٦ رهن الأم بدون ولدها الصغير
١٣٧ عدم جواز الرهن على الاجارة المتعلقة بعين المؤجر	٨٨ رهن المشاع والمرتد والجاني
١٣٨ جواز الزيادة في الرهن بدين واحد وزيادة الدين على مرهون واحد	٩٢ رهن ما يسرع اليه الفساد
١٣٨ تحقيق الحال في اشتراط القبض في الرهن	٩٣ لو نذر العتق عند شرط فهل يصح رهنه قبله
١٤٢ اشتراط اذن الراهن في القبض	٩٤ لو رهن عصيراً فصار خيراً في يد المرهن
١٤٤ لا يشترط استدامة القبض	٩٥ لو جمع خيراً مرقاً فتخلل في يده
١٤٤ كفاية استصحاب القبض وعدم لزوم تجديده	٩٦ لو غصب عصيراً فصار خيراً ثم تخلل
١٤٦ لوباع من المستودع دخل في ضمانه بمجرد البيع	٩٦ لو استعار مالا ليرهنه
١٤٦ لو رهن المغصوب عند الغاصب زال الضمان بالعقد	١٠٣ عدم صحة رهن المجهول
١٤٨ زوال الضمان عن الغاصب بايداعه واجارته	١٠٤ لو غصب عينا ورهنها أو باعها فصادف الملك
١٤٩ عدم زواله باعارته وتوكيله في البيع والاعتاق وإبرائه من الضمان	١٠٤ لو رهن ما يصح فيه الرجوع كالوهاب
١٥٠ زوال الضمان بالارتهان عن المستعير المفرد أو المشترط عليه الضمان أو القابض بالسوم	١٠٥ لو رهن الوارث التركة وهناك دين
١٥٠ عدم اجبار الراهن على الاقباض الا أن يكون شرطاً في بيع فلبائع الخيار	١٠٥ اختلف في انتقال التركة للوارث مع الدين
١٥١ كيفية القبض	١١٠ اشتراط كفاية الموجب والقابل وتملك الموجب أو حكمه
١٥٢ عدم صحة القبض الا من كامل وجواز الاستنابة فيه الاستنابة الراهن	١١٠ جواز رهن مال الطفل مع المصلحة
	١١٣ لو استداننا ورهننا ثم قضى أحدهما
	١١٣ لو تعدد المرهن وانحد العقد من الواحد
	١١٤ عدم جواز التصرف في الرهن للراهن والمرهن
	١١٦ لو تصرف أحدهما وقم موقوفاً لاعتق المرهن
	١١٧ لو أفتك الرهن هل تلزم العتود
	١٢٠ لو أفتق الراهن باذن المرهن أو بالعكس
	١٢٠ لو أذن له في الهبة ثم رجع قبل الاقباض
	أحيل الراهن الجارية المرهونة
	لو استدان المرهن

صحيفة	صحيفة
١٨٨ ما يدخل في الرهن وما لا يدخل	١٥٣ التصرف في الرهن بما يزيل الملك قبل القبض
١٩٠ لو رهن ما بمزج بغيره	رجوع
١٩١ لو جنى العبد المرهون	١٥٣ لو اقلب الرهن خيرا
١٩٦ لو تلف المرتهن الرهن	١٥٤ الغائب لا يصير رهنا الا بالقبض
١٩٦ لو صارت البيضة المرهونة فرخا	١٥٥ يحكم على الراهن باقراره بالاقباض ولو ادعى
١٩٧ مؤنة المرهون على الراهن	المواطاة فله الاخلاف
١٩٨ فيما لو رهن الغاصب	١٥٦ لا يجوز تسليم المشاع الا باذن الشريك
١٩٨ في بدل الرهن الواجب بالجناية	١٥٦ لو رضيا يكون العين في يد الشريك جاز
١٩٨ المتخاصم في بدل الرهن هو الراهن	١٥٧ تنازع الشريك والمرتهن
١٩٩ لو عقا الراهن عن الجناية على المرهون	١٥٧ لو حجر عليه لفسد لم يكن له الاقباض
٢٠١ لو أدى بعض دين الرهن	١٥٧ حكم القبض لو كانا ساكنين في الرهن
٢٠٢ لو رهن عبيدين	١٥٧ الاختلاف في القبض أو الاذن
٢٠٣ لو أدى أحد الوارثين نصف الدين	١٥٩ تلف بعض الرهن المشروط في البيع أو تعييه
٢٠٣ لو تعلق الدين بالتركة وأدى أحد الوارثين	١٦٠ لو شرطا وضع الرهن على يد غيرها
نصف الدين	١٦١ لو جملاه على يد عديلين
٢٠٤ لو قال المالك بع الرهن	١٦٢ عدم جواز نقله عن العدل المتفق عليه
٢٠٥ ﴿ مسائل النزاع ﴾	١٦٢ لو كان المرتهن اثنين فأت أحدهما
٢٠٥ لو اختلفا في عقد الرهن	١٦٣ لو رده العدل عليهما أو على الحاكم أو عدل آخر
٢٠٦ دعوى دخول النخل في رهن الارض	١٦٥ لو أمر العدل بالبيع عند الحلول الخ
٢٠٧ لو ادعى عليها رهن عبدها	١٦٨ جملة من فروع وضع الرهن عند العدل
٢٠٨ لو ادعى على واحد رهن عبده	١٧٧ لو مات المرتهن ولم يعلم الرهن
٢٠٩ التنازع في أنه رهن أو وديعة	١٧٨ حكم ابتياع المرتهن للرهن
٢١٠ التنازع في أن الرهن العبد أو الجارية	١٧٨ تقديم المرتهن على غيره مع الحجر
٢١١ التنازع في رهن العبد أو هو مع الجارية	١٧٩ لا يضمن الرهن الا بالتفريط
٢١١ لو قال دفعت ما على الرهن من الدينين الخ	١٨١ لو تصرف المرتهن في الرهن
٢١٢ لو قال لم آو عند التسليم أحد الدينين ونظائره	١٨٤ لو علم المرتهن جحود الوارث استقل بالاستيفاء
٢١٣ التداعي في الأبرآء وعدم الرد	١٨٤ لو اعترف بالرهن لم يصدق في الدين الا بالينة
٢١٤ النزاع في قدر الدين	١٨٤ فيما يجب على المرتهن بالوطن
٢١٥ التداعي في أن الرهن على المؤجل أو الحال	١٨٥ لو شرط كون الرهن ميبعا عند تمذر الادآء
٢١٥ النزاع في التفريط وفي القيمة معه	١٨٧ في أن فوائد الرهن للرهن
٢١٦ النزاع في تقديم الرجوع عن الاذن للراهن	١٨٨ لو أدى ما يخص أحد الرهين لم يجز له ما ساه
في البيع عليه وتأخرها	بالآخر

صفحة	صفحة
٢٦٧	٢١٩
الولي استنجا من يعمل	دعوى الرهن الغلط في اقراره بقبض المرتهن
٢٦٧	الرهن
استحباب بيع ما يطلب بزيادة وشراؤه الرخيص	٢٢٠
ليس للاب أخذ الاجرة مع وجود المتبرع	دعوى الرهن الكذب في الاقرار
٢٦٨	٢٢١
الولي رهن مال الطفل والمضاربة به	لو اعترف الجاني بالجناية على الرهن فصدقه
٢٦٨	الرهن خاصة أو المرتهن خاصة
هل الوصي الانحياز بمال الطفل بنفسه	٢٢١
جواز ابضاع مال الطفل وبناء العقار له وشراؤه	لو اعترف المرتهن خاصة بجناية العبد أو الرهن
٢٦٩	خاصة
عدم جواز بيع عقاره الا للحاجة	٢٢٣
جواز كتابة رقيقه وعقته على مال	لو قال الرهن أعتقته قبل الرهن الخ
٢٦٩	٢٣٢
جواز خلطه مع عياله في التفقة واستحباب ان	لو اعترف أو أحدهما بقبض العدل الرهن فأنكر
يحسب عليه أقل	٢٣٣
٢٧٠	لو قال بتك السلامة بكذا فقال بل رهنها
جواز جعله في المكتب والصنعة	٢٣٣
٢٧٠	أسباب الحجر ستة
جواز قرض ماله مع الخوف	٢٣٤
٢٧١	(الاول) الصفر
عدم جواز قرضه مع الأمن	٢٣٥
٢٧١	زوال الحجر بالبلوغ والرشد
جواز قرضه ان أراد السفر	٢٣٥
٢٧١	ما يحصل به البلوغ
للأب والوصي الاستنابة	٢٤٣
٢٧٢	الكلام في الرشد
قبول قول الولي	٢٤٤
٢٧٢	لا تعتبر العدالة في الرشد
(الثاني) من أسباب الحجر الجنون	٢٤٧
٢٧٢	ما يعلم به الرشد
أولياء المجنون	٢٤٩
٢٧٣	الاشكال في صحة العقد الواقع للاختبار
الولي الطلاق عن المجنون	٢٥١
٢٧٣	لا يكفي الطعن في السن مع فقد الرشد
لا ينفذ بيع المجنون ولو أذن الولي	٢٥١
٢٧٣	الشهادة المثبتة للرشد
الولي تزويج المجنون مع الحاجة	٢٥٢
٢٧٣	صرف المال في الخير ليس بتبذير
(الثالث) من أسباب الحجر السفه	٢٥٤
٢٧٣	ما يتحقق به التبذير
المراد بالسفيه	٢٥٥
٢٧٤	في أولياء الطفل والمجنون
منع السفه من التصرفات المالية	٢٥٨
٢٧٥	في ولي السفه
توقف حجر السفه وزواله على حكم الحاكم	٢٦٠
٢٧٧	تصرف الولي مشروط بالقبضة
شراء السفه بمد الحجر	٢٦٠
٢٧٨	للولي القصاص والعفو على مال
جواز تصرف السفه باذن الولي	٢٦١
٢٧٨	لا يعتق الولي الا للضرورة ولا يطلق
اتلاف السفه مال الغير	٢٦٢
٢٨٠	لا يعفو الولي عن الشفمة ولا يسقط مالا الامع
اقراره بالدين أو بما يوجب مالا	المصلحة
٢٨٠	٢٦٢
صحة تصرفات السفه الغير المالية	ما يجوز للولي أكله من مال الطفل
٢٨١	٢٦٦
صحة توكيله في العقد	وجوب حفظ مال الطفل واستنائه
٢٨١	
السفه في العبادات كالرشيد الا الزكوة	

صحيفة	صحيفة
٣٢٠ لو اشترى عبدا نسيته بشرط الاعتاق	٢٨١ احرام السفية في الواجب والندوب
٣٢١ لو وهب بشرط العوض ثم أفلس	٢٨٣ انعقاد يمينه وجواز عفو عن القصاص
٣٢١ لو أقر بدين سابق	٢٨٣ (الرابع) من أسباب الحجر الرق
٣٢٢ لو أقر بدين وأسنده الى ما بعد الحجر	٢٨٣ منع المملوك من التصرفات عدى الطلاق
٣٢٣ لو أقر بعين	٢٨٤ حكم ما يستدينه العبد
٣٢٤ لو أقر بعين فكذبه المقر له	٢٨٧ العبد المأذون في التجارة
٣٢٤ لو ادعى أجنبي شراء عين في يده	٢٩٥ لا يقبل اقرار المأذون وغيره بالجناية والحد
٣٢٤ لو قال هذا المال مضاربه	٢٩٦ (الخامس) من أسباب الحجر المرض
٣٢٤ لو باعه شخص أو أقرضه بعد الحجر	٢٩٦ الكلام في منجزات المريض
٣٢٤ لو جنى بعد الحجر أو أتلف	٣٠١ الكلام في اقرار المريض
٣٢٥ في أجرة الكيال والوزان والحال	٣٠٢ حلول الدين بموت المدين
٣٢٥ هل له الرد بالعيب والفسخ بالخيار	٣٠٣ عدم حلول الدين بالحجر
٣٢٦ ليس له قبض دون	٣٠٣ كيفية تعلق الدين بالتركة
٣٢٦ لو استولد جارته	٣٠٤ عمرة الخلاف في تعلق الدين بالتركة
٣٢٦ لو أقر بمال وأطلق	٣٠٦ لو تصرف الوارث في التركة ثم ظهر دين
٣٢٧ لو أقام شاهدا بدين خلف أو نكل	٣٠٧ الوارث أحق بعين التركة ان أدى الدين
٣٢٧ لصاحب الدين الحال منع المدين من السفر	٣٠٨ الدية تحسب من التركة
٣٢٨ ببغني المبادرة في بيع مال المفلس	٣١٠ (السادس) من أسباب الحجر الفلس
٣٢٩ بقية الواجبات والمستحبات لبيع ماله	٣١٠ معنى المفلس لغة وشرعا
٣٣١ لا يكلف الغرما اثبات انتماء غيرهم	٣١١ الحجر على من لا مال له في المتجدد
٣٣٢ لو اقتضت المصلحة تأخير قسمة ماله	٣١١ شرائط الحجر على المفلس
٣٣٢ ما يستثنى له من أمواله	٣١٢ احتساب معوضات الدين من جملة ماله
٣٣٣ لو ظهر غريم بعد القسمة	٣١٣ يحجر الحاكم لدين المجنون واليتيم دون الغائب
٣٣٥ لو ظهر المبيع من ماله مستحقا	٣١٣ قسمة أموال المفلس في الديون الحالة
٣٣٦ لو بذلت زيادة بعد الشراء	٣١٤ استحباب اظهار الحجر
٣٣٦ عدم وجوب الاكتساب لما يتيقن من الدين	٣١٤ منع المحجور عليه من كل تصرف مالي
٣٣٦ هل تباع أم ولده	٣١٦ عدم منعه من غير المالي
٣٣٦ هل تؤجر ضيمته الموقوفة	٣١٦ عدم منعه من تحصيل المال
٣٣٧ عدم توقف رفع الحجر على اذن الحاكم	٣١٦ عدم منعه من التدبير والوصية
٣٣٨ بيع المفلس على الغرما أو غيرهم	٣١٦ هل تصرفاته المالية باطلة أو موقوفة
٣٣٩ المحجني عليه أولى ببده من الغريم	٣١٨ عدم منعه من التصرف في الذمة
٣٣٩ تلف المال المودع قبل القسمة من مال المفلس	٣١٩ تعلق الحجر بماله المتجدد

صحيفة	صحيفة
٣٣٩ من وجد عين ماله تخير بين أخذها والضرب مع الفرما.	٣٨٢ أحكام الضمان
٣٤٥ لو أفلس المستأجر فله مؤجر فسخ الاجارة والضرب مع الفرما.	٣٨٢ في ان الضمان ناقل
٣٤٧ لو أفلس المؤجر للداية والضرب مع الفرما.	٣٨٣ هل للضامن الرجوع على المديون
٣٤٨ ﴿ المقصد الرابع في الضمان ﴾	٣٨٥ صحة ترامي الضمان ودوره
٣٤٨ الضمان ينقل المال من ذمة الى ذمة	٣٨٥ صحة اشتراط الاداء من مال بعينه
٣٤٩ أقسام الضمان	٣٨٧ من أدى دين غيره رجع مع الاذن لا بدونه
٣٥٠ تعريف الضمان	٣٨٩ لو صالح الضامن على الدين بأقل منه أو أكثر
٣٥١ ﴿ الفصل الاول ﴾ في الضمان بالمال من البري	٣٨٩ أحكام الضامن لهبة الثمن
وأركانها	٣٩١ ضمان درك ما يحدته المشتري
٣٥٢ لا يصح التعليق واشتراط الخيار في الضمان	٣٩٢ لو ضمن اثنان
٣٥٢ يصح اشتراط تأجيل الحال في الضمان وبالعكس	٣٩٣ ضمان كل من المديونين ما على صاحبه
٣٥٦ شروط الضامن	٣٩٥ ابراء المضمون له الضامن من بعض الدينين
٣٥٨ ضمان الزوجة وضمان المملوك	٣٩٦ لو تبرع بالضمان ثم سئل ثالثا الضمان عنه
٣٦٠ ضمان النفي	٣٩٧ لو أنكر الضامن الضمان فاستوفى الحق منه بالينة هل له الرجوع على الاصيل
٣٦١ ضمان المفلس	٣٩٨ لو أنكر المستحق دفع الضامن
٣٦١ لو اختلفا في ان الضمان حال الاهلية	٤٠٠ لو ادعى قضاء الدين المأذون له فيه فانكر المستحق
٣٦٢ ضمان المكاتب والمرضى	٤٠٣ ﴿ الفصل الثاني في الحوالة ﴾
٣٦٢ الكلام في المضمون عنه	٤٠٣ تعريف الحوالة وشروطها
٣٦٢ لا يعتبر رضا المضمون عنه في الصحة	٤٠٦ صحة الحوالة على البري
٣٦٤ صحة الضمان عن الميت	٤٠٧ عدم وجوب قبول الحوالة
٣٦٤ لا يشترط معرفة المضمون عنه بل امتيازه	٤٠٧ الحوالة عقد لازم
٣٦٥ الكلام في المضمون له	٤٠٨ لو ظهر له قدر الحال عليه تخيير
٣٦٥ لا يشترط علم الضامن بالمضمون له	٤٠٨ الحوالة ناقلة للمال
٣٦٥ يشترط رضا المضمون له بالضمان	٤٠٩ صحة الحوالة على من عليه حق يخالف
٣٦٧ هل يشترط قبول المضمون له	٤١٠ صحة ترامي الحوالات ودورها
٣٦٧ شرائط المال المضمون	٤١١ صحة الحوالة بما لا مثل له
٣٧٧ صحة ضمان المجهول في الجملة	٤١١ الحوالة بالثمن زمن الخيار وبمال الكتابة
٣٧٩ لا يصح ضمانت ما تقوم به البينة ونحوه	٤١١ احالة المكاتب سيده بثمن المبيع
٣٨١ صحة الابراء من المجهول	٤١٢ لو قضى المحيل الدين الحال به
٣٨١ لو قال ضمانت من واحد الى عشرة	٤١٢ لو ادعى المحيل شغل ذمة الحال عليه فانكر

صحيفة	صحيفة
٤٤٧ لو أسلم الكفيل على الحر أو أسلم أحد التريمين	٤١٣ لو احتال البائع فردت السلعة بعيب
٤٤٩ لو خيف غرق السفينة فألقى بعض الركبان متاعه أو أمره بعضهم بالقائه	٤١٧ لو احتال البائع على المشتري فتجدد الفسخ
٤٥٢ لو قال طلقها وعليّ كذا	٤١٨ لو ظهر فساد البيع بعد الحوالة بالتمن
٤٥٣ انتقال حق الكفالة الى الوارث	٤١٨ لو أحال بئمن العبد وصدفاه على الحر به
٤٥٣ لو انتقل الحق عن المستحق برأ الكفيل	٤٢١ لو اختلفا في قصد الوكالة من الحوالة
٤٥٣ لو أدى الكفيل الدين	٤٢٣ لو قال احتلتي فقال بل وكنتك وبالعكس
٤٥٣ (المقصد الخامس في الصلح)	٤٢٤ لو أجل التبييض في الحوالة
٤٥٤ تعريف الصلح	٤٢٥ لو احتال البريء على مشغول الذمة وبالعكس
٤٥٥ فساد الصلح المحلل للحرام وبالعكس	٤٢٦ ﴿ الفصل الثالث في الكفالة ﴾
٤٥٦ الصلح أصل بنسبه	٤٢٦ تعريف الكفالة وشروطها
٤٥٨ صحة الصلح على الاقرار والانكار	٤٢٨ صحة الكفالة حاله وموجبه
٤٥٩ لا يشترط في الصلح سبق الخصومة	٤٢٨ في المكفول
٤٥٩ لا يضر الجهل بالمصالح عليه	٤٣٠ لا يشترط العلم بقدر المال
٤٥٩ يصح الصلح على العين والدين	٤٣١ صحة كفالة المدعى عليه وبدن الميت
٤٦١ الصلح عقد لازم	٤٣١ اطلاق الكفالة يقتضي التعجيل
٤٦١ أركان الصلح وشروطها	٤٣١ وجوب ضبط الاجل مع اشتراطه
٤٦٤ هل يجزي الربا في الصلح	٤٣١ التسليم في بلد العقد مع الاطلاق
٤٦٨ طلب الصلح ليس باقرار	٤٣٢ جواز المطالبة بالمكفول في الحال مع عدم التأجيل
٤٦٨ لو اصطاح الشريك كان على ان لاحدهما رأس ماله ولا اخر الربح والخسران	٤٣٢ ما يخرج به الكفيل عن المهدة
٤٧١ المصالحة في التقدين ليست صرفاً	٤٣٤ لو كان المكفول غائباً
٤٧١ صحة الصلح على العين والمنفعة بالجنس والمخالف	٤٣٤ لو امتنع الكفيل من احضار المكفول
٤٧٢ (نزاحم الحقوق)	٤٣٦ لو قال ان لم أحضره فعلي كذا وبالعكس
٤٧٣ حكم التصرف بالنسبة الى الطرق النافذة	٤٣٩ لو مات المكفول له
٤٧٤ أحكام الطرق المرفوعة	٤٤٠ لو أطلق غريباً من يد صاحب الحق
٤٨٢ حكم الجدار المخصص	٤٤١ لو قال الكفيل لا حق لك على المكفول
٤٨٥ حكم الجدار المشترك ونحوه	٤٤٢ لا تكفل اثنان برجل أو تكفل لاثنتين
٤٨٧ لا يجبر صاحب السفن ولا العلو على عمارة الجدار الحامل للعلو	٤٤٣ لو ادعى ابراء المكفول
٤٨٧ قسمة الجدار المشترك طولاً وعرضاً	٤٤٤ صحة الترامي في الكفالات
٤٨٩ بعض أحكام الجدار المشترك	٤٤٤ لو قال أنا كفيل بفلان أو بنفسه الخ
	٤٤٥ لو قال كفلت بكده أو يده الخ
	٤٤٦ لو هرب المكفول أو غاب

صفحة	صفحة
٥٠٠ جواز جعل الخدمة عوضاً في الصلح	٤٩٠ أحكام ما لو كان العلو شخص والاسفل لآخر
٥٠١ تنازع الزاكب وقابض اللجام	٤٩٠ اشتراك البئر والقناة
٥٠٢ تنازع ذي الحمل على الدابة وغيره	٤٩٠ مستحق اجراء المال في ملك غيره
٥٠٢ التنازع على ثوب في أيديهما	٤٩٠ حكم السقف المشترك
٥٠٢ التنازع على القرقة	٤٩١ مستحق وضع الخشب على حائط البئر
٥٠٣ مصالحة الاجنبي عن المنكر	٤٩١ لو وجد بنائه أو نحوه في ملك الغير وجعل
٥٠٣ مصالحة الاجنبي المدعي لنفسه	السبب
٥٠٤ لو خرجت اليه أغصان الجار	٤٩٢ عدم جواز بيع الهواء ونحوه
٥٠٥ العروق الممتدة والحائط المائل	٤٩٢ (مسائل النزاع)
٥٠٥ صحة الصلح عن المجهول	٤٩٢ لو ادعى بيتاً في يد آخر بسبب بوجوب التشريك
٥٠٥ صحة الصلح عن كل ما يتخذ عنه العوض	فصدق أحدها تشاركاً
٥٠٦ الصلح عن القصاص بعبد مستحق أو حر	٤٩٤ لو تغاير السبب فلا تشريك
٥٠٦ لا يصح الصلح عمالاً يجوز أخذ العوض عنه	٤٩٦ لو ادعى أحدها الدرهمين والآخر نصفها
٥٠٧ لو تداعيا جداراً بين ملكيهما	٤٩٧ لو امتزج الدرهم والدرهمان عند الودي
٥٠٩ تنازع صاحب العلو والسفل	٤٩٨ لو اختلط بمنزج الاجزاء كالدهن
٥١٠ تنازع صاحب البيوت السفلى وصاحب العليا	٤٩٨ لو اشقه الثوبان لملكين
في الرصة	٥٠٠ جواز كون عوض الصلح السقي
٥١٢ التنازع في المسناة بين الملكين	٥٠٠ جواز الصلح على اجراء الماء على سطحه

المجلد الخامس

F
349.297

A51m A

من

v. 5

C1

كتاب

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة

أوله كتاب الدين تصنيف المولى العلامة

الحقق المدقق المتبحر المتقن

السيد محمد جواد بن محمد

بن محمد الحسيني العاملي

المجاور بالنجف الاشرف

حياوميناقدس الله سره

آمين

38860

وفي هامش كل صفحة منه ما ينحصر من المتن المذكور

cat. July, 1931

﴿ كتاب الدين ﴾ وتوابعه وفيه مقاصد الاول في الدين وفيه مطالبان (الاول) تكره
الاستدانة اختيارا (متن)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله كما هو اهله والصلوة والسلام على خير خلقه محمد وآله الطاهرين المصومين ورضي الله عن
علمائنا ومشايخنا اجمعين وعن رواتنا الصالحين (و بعد) فهذا ما وفق الله سبحانه بفضلہ واحسانه اليه واعان
بمنه وكرمه وحسن تجاوزه عليه من اجزاء (مفتاح الكرامة) في شرح قواعد العلامة اعلا الله مقامه تأليف
الاقول الاذل محمد الجواد الحسيني العاملي عاله الله سبحانه بفضلہ في الدنيا والاخرة
﴿ كتاب الدين وتوابعه وفيه مقاصد الاول في الدين وفيه مطالبان ﴾

قال في (الصحيح) ابو عبيد الدين واحد الدينون يقال دنت الرجل قرضته وهو الذي يظهر من مطاوي
كلام النبوية وفي (المصاحح المنبر) الدين لغة القرض وعن المبيع فالصدق والغصب ليس بدين لغة بل
شردنا على التشبيه وفي (القاموس) الدين ما العجل وما لا يبجل له فقرض وفي (جامع الشرائع) الدين ما ثبت
في الذمة بقرض او بيع او تلاف او جناية او نكاح او نفقة زوجة او سب جناية من يعقل منه فكل
قرض دين ولا عكس (وفي الوسيلة) القرض كل مال لزم في الذمة بعقد عوضا عن مثله والدين كل مال
لزم في الذمة عوضا عن غير مثله وفي (جامع المقاصد) في الفرع الثالث عشر كلام نافع في المقام جد استسمعه
والمصنف جعل في الدين مطالبين ثانيهما في القرض وقضيته ان الدين وانعم على كل ثابت في الذمة سواء
كان قرضا ام لا وساقى له في الفرع الثالث عشر ما يلوح او يظهر منه المخالفة لاهنا - ﴿ قوله ﴾ - ﴿ تكره
الاستدانة اختيارا ﴾ كما في (السرائر والغنية وجامع الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس
وجامع المقاصد والمفتاح ودراية الحر) وهو ظاهر النبوية حيث قال لا يدين وتقل عنه في (المختلف) انه قل
يكراه وهو ظاهر (المختلف) ايضا من وجه آخر (وفيها) ايضا ان المشهور كراهية الدين مع الغاوفي
(مجمع البرهان) ان الاكثر على الكراهية مطلقا لا ما استثنى ولعل دليلهم على شدة الكراهية مع الاختيار
مع عدم ما يرجع اليه لقضائه وعدم الولي الاخبار الدالة على المنع واستعرف حالها وظل الجواز الاصل
وحصول التراضي وآية الدين وآية الرهن وادلة السلف والسبب وخصوص اخبار الباب مع الشهرة فجمع
بينها الكراهية ومعنى الاختيار الغنى عنه وعدم الحاجة اليه وتفاوت الكراهية بشدة وضدها كما استعرف

وتخف الكراهة لو كان له ما يرجع اليه لفضائه (متن)

ولعل مرادهم بالدين المستفاد من الاستدانة ما شغل الذمه كما اشار اليه في (جامع الشرائع) فيدخل البيع سلفا ونسيئة بلى وقد اذ لم يحضر الثمن الا ان يخص بما لا يكون حالا مقصودا اذ ان في الحال عرفا كما سمعته عن (القاموس) ويمكن ان يكون مرادهم به القرض كما هو موجود في كلام جماعة ويؤيده ما في (الصحاح) لكن الادلة باطلاقها اعم من ذلك **قوله** **﴿** وتخف الكراهة لو كان له ما يرجع اليه لفضائه **﴾** كما هو صريح (الدرر والظاهر التحرير) حيث قال الاولى تركه وظاهر (النهاية والسرائر وجامع الشرائع) ان لا كراهية حينئذ ولعله لما دل كما ستسمع على الجواز مطلقا غير مقيد بالحاجة ولا بان كان الوفاء ولا بالتدبير كان له من يقضي عنه غنا او غلما فكيف اذا كان مع احد هذه الثلثة مضافا الى ادلة السلف والنسيئة وحصول التراضي وغيرها وقد نفي في (التذكرة) الكراهية مع الحاجة اذا كان له وفاء او كان له من يقوم مقامه في الاداء ويشهد لذلك قول الصادق عليه السلام في رواية سلمه ولا يستقرض على ظهره الا وعنده وفاء (وقوله عليه السلام) بعد ذلك الا ان يكون له ولي يقضي عنه من بعده وليس منا من يموت الا جعل الله عز وجل له وليا يقوم في عديته فيقضي عنه عديته ودينه لكن هذه الرواية دلت على كمال المبالغة في الكراهية حيث دلت على ان السؤال والطواف على الابواب يتقدم على الاستدانة مع شدة ماورد في المنع عن السؤال (واما قوله) في صحبة معاوية بن وهب انما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك يعني عدم الصلاة على الانصاري الذي مات ليعطوا ويرد بعضهم على بعض ولئلا يستخفوا بالدين وقدمات رسول الله صلى الله عليه وسلم وعليه دين ومات الحسن عليه السلام وعليه دين وقتل الحسين عليه السلام وعليه دين فقد يدل على ان المنع للمبالغة ولهذا اول فنه صلى الله عليه وسلم بما ذكر ولم يذكر عدم الحاجة ولا عدم ما يرجع اليه لفضائه ولا عدم من يقضي عنه (ثم) قد استفاد من رواية سلمه ونحوها عدم شدة الكراهة مع وجود هذه الثلاثة (فليتأمل) وفعلهم صلوات الله عليهم يحتمل أحد الأمرين المذكورين في خبر سلمه أو كليهما بناء على زوال الكراهية بأحدهما مع الحاجة أو يكون المحض للدلالة على الجواز أو رفع الشدة والحاجة الى حمله على الضرورة وشدة الحاجة كما في (التحرير والدرر وجامع المقاصد) وفي (الدرر والمفاتيح) ان الكراهية تخف أيضا اذا كان له ولي يقضي عنه وقد يلوح ذلك من (التحرير) وظاهر (النهاية وجامع الشرائع) زوال الكراهية اذا كان يعلم انه اذا مات قضي عنه وليه وهو الذي فهمه من (النهاية) المصنف في (المختلف) وقد سمعت ما في التذكرة وقد اعترض في (السرائر) كلام النهاية فقال انه غير واضح لان الولي لا يجب عليه قضاء دين من هو ولي له بلا خلاف ورده (في المختلف) بأن الشيخ لم يدع وجوب القضاء على الولي وانما عول في زوال الكراهية على ما رواه سلمه وساق محمل الشاهد من الرواية ورده أيضا في (الدرر) قال وكذا أي تخف الكراهية لو كان له ولي يقضيه وان لم يجب عليه فزال مناقشة ابن ادریس لان عدم وجوب القضاء لا ينافي وقوع القضاء (وفيه) ان زوال مناقشة ابن ادریس بما قاله غير واضح بل بالرواية ونفي الحرج (ولمعلم) ان اطلاق عبارة الكتاب والدرر يقتضي كراهية الاستدانة كراهية مخففة اذا كان له ما يرجع اليه لفضائه سواء كان غنيا أو محتاجا وقد تشعر بنحو ذلك عبارة التحرير وقد سمعت آغا ماني (التذكرة) من نفي الكراهية مع الحاجة اذا كان له وفاء أو ولي واعتمده صاحب (جامع المقاصد) وقد يكون قيد الاختيار في المسئلة الاولى

وتزول مع الاضطرار اليه فيقتصر على كفايته وموثة عائلته على الاقتصاد ويجب العزم على القضاء (متن)

مأخوذا هنا في عبارة الكتاب ونحوها كما هو الظاهر ﴿ قوله ﴾ ﴿ وتزول مع الاضطرار اليه ﴾ كافي (السرائر وجامع الشرائع والتحرير والارشاد والدروس) وهو معنى قوله في (التذكرة) وان اشددت زالت وهو ظاهر (النهاية) وقد يلوح من (الغنية) ودليله العقل وظاهره انه لما فرق بين أن يكون له وفاة أو ولي وعدمه ولم يعلم من فعله صلوات الله عليه ولا من فعلهم صلى الله عليهم أنه كان للحاجة كما أشرنا اليه آنفا وقد يدل خبر سلمه على عدم زوالها بالسكينة مع الاضطرار اذا لم يكن له أحد الامرين لانه قدم فيه سؤال اللقمة والقمطين والتمرين على الدين وان أرادوا بالاضطرار خوف التلف وجبت « فتأمل » وقال (الرضا عليه السلام) فان غلب عليه فليستدثن على الله وعلى رسوله صلى الله عليه وسلم ما يقوت به عياله (ويلعلم) انه لو تمكن من الصدقة حيث لا ولي ولا وفاة كرهت له الاستدانة وان اضطر في وجه قوي يرشد اليه خبر سلمه وفي (التذكرة) ان سؤال الناس حينئذ أولى من الاستدانة وفي (النهاية والسرائر والتحرير والدروس) ان قبول الصدقة للمستحق أولى من الاستدانة ونحوه ما يأتي للمصنف ولو خاف التلف ولا وجه له سواها وجبت كافي التذكرة وغيرها واذا توقف قضاء حاجة المؤمن مثلا مع القدرة على الاداء بسهولة وسرعة استجبت واذا قصد التوسعة مع القدرة كذلك كانت مباحة واذا لم يقدر على الاداء لاحالا ولا مؤجلا لعدم شيء عنده وعدم قدرته على الكسب ونحوه مما يحصل به الاداء عرفا مع عدم الحاجة بالفعل وعدم اطلاع المدائن على حاله حرمت وكذا مع نية عدم الاداء وعلى الاول يمكن حمل قول أبي الصلاح وأبي المسكرم بالحكمة اذا لم يكن قادرا على قضاؤه والذي يقتضيه النظر باعتبار القواعد ومراعاة الاخبار ان القدر المحتاج اليه لنفسه وعياله لا كراهية فيه مع وجود الوفاء او الولي وما عداه يكره بغير تفاوت واخبار النهي والمنع ما بين صحيح غير صحيح كقول (الصادق عليه السلام) نعوذ بالله من غلبة الدين وغلبة الرجال ورواد الابلم أولا صحيح ولا صريح كالخبر المروي عنه صلى الله عليه وسلم وعن أمير المؤمنين والصادقين عليهم السلام (ومنها) خبر سلمه الدال على شدة السكره أو المنع وعلى زوالها أو خفتها مع الولي او القدرة على الوفاء كما عرفت والضمير في اليه في العبارة يرجع الى الدين المستفاد من الاستدانة ﴿ قوله ﴾ ﴿ فيقتصر على كفايته وموثة عياله على الاقتصاد ﴾ وفي (النهاية) وعند الضرورة لا يستدثن الا مقدار حاجته اليه من نفقته ونفقة عياله وفي (السرائر) لا يستدثن الا بمقدار حاجته وكفايته على الاقتصاد من نفقته ونفقة عياله من يجب عليه نفقته ولا يخفى ان مرتبة الكفاية والحاجة دون مرتبة الاقتصاد والاقتصاد دون مرتبة التوسعة فيحتمل أن يكون الاقتصاد في عبارة الكتاب قيدا في الامرين أعني كفايته وموثة عياله فيراد بالكفاية - حينئذ الكفاية عادة فترادف الاقتصاد فيكون الايضاح ويحتمل أن يكون قيدا في الاخير فيكون المراد أنه يقتصر في الاستدانة على ما تدفع به حاجته وان لم يبلغ مرتبة الاقتصاد بالنسبة اليه وأما بالنسبة الى عياله فيستدثن ما يبلغ به مرتبة الاقتصاد ولا يتجاوز الى التوسعة (ومما) ذكر يعرف توجيه عبارتي النهاية والسرائر ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويجب العزم على القضاء ﴾ كافي (المراسم والسرائر والتذكرة والارشاد والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمفاتيح) وهو معنى ما في (المنع والنهاية وجامع الشرائع) من انه ان لم ينو كان سارقا وهو مضمون ما في النصوص من ان من استدان ديننا فلم ينو قضاؤه كان بمنزلة

ويكره لصاحب الدين النزول عليه فإن فعل فلا يقيم أكثر من ثلاثة أيام وينبغي له احتساب ما يهديه إليه مما لم تجر له به عادة من الدين والافضل للمحتاج قبول الصدقة ولا يتعرض للدين ولو التجأ المديون الى الحرم لم تجز مطالبته (متن)

السارق ولما كان القضاء واجبا كان العزم عليه كذلك وفي (جامع المقاصد) يدل عليه النص والاجماع وفي (المالك) ان ذلك من أحكام الايمان وفيه نظر ظاهر (١) نعم اعتقاد وجوب الاداء من أحكام الايمان لا قصد الاداء وفعل الواجب والاكثر من اعتقاد وجوب الصلاة ولم يقصد فعلها ولم يفعلها ولم يعمله معنى العزم على اقتضائه يجب عليه الوفاء عند الطلب والامكان بمعنى انه يكون في قصده اذا خطر بباله ولا يفرق في ذلك بين أن يكون المدين حاضرا أو غائبا وان كان يتوهم من عبارة الشرائع خلاف ذلك ﴿ قوله ﴾ « ويكره لصاحب الدين النزول عليه ﴾ التصحيح غيره واجماع (الغنية) وما فيه من الاضرار وبه صرح في (النهاية والسرائر والتذكرة) وغيرها والضمير راجع الى المديون وان لم يجز له ذكر ﴿ قوله ﴾ « فن فعل فلا يقيم أكثر من ثلاثة أيام ﴾ كما سيأتي (النهاية والسرائر وجامع الشرائع والتذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمفاتيح) للموثق وغيره واجماع الغنية وعن أبي الصلاح انه يحرم الزائدوني رواية سماعه لا يأكل من طعامه بعد ثلاثة أيام وهو محمول على الكراهة الشديدة ﴿ قوله ﴾ « وينبغي له احتساب ما يهديه مما لم تجر له به عادة من الدين ﴾ كما في (النهاية والسرائر وجامع الشرائع) وغيرها لامر أمير المؤمنين عليه السلام بذلك وهو على الاستحباب قطعا لان الهدية يجوز قبولها مطلقا كما في (جامع المقاصد) وفي (الدروس والمفاتيح) ينبغي له احتساب ما يهديه ويتأكد فيما لم تجر عاداته به والحجة على ذلك الموثق ومفهوم الخبر أن كان يصلحك قبل أن تدفع اليه مالك قلت نعم قال فخذ منه ما يعطيك وفي (الغنية) الاجماع على كراهية قبول هديته لاجل الدين وعلى ان الاولى به اذا قبلها الاحتساب بهامن جملة ما عليه ﴿ قوله ﴾ « ولو التجأ المديون الى الحرم لم تجز مطالبته ﴾ كما في (السرائر والتذكرة وجامع المقاصد والتحرير والدروس) ومعنى الاتجاه انه دخل اليه متحصنا به وهاربا من المطالبة وعليه حمل في (السرائر) عبارة النهاية حيث قال في (النهاية) اذا رأى صاحب الدين المديون في الحرم لم تجز مطالبته ولا ملازمته ونحوه ما حكى عن علي بن بابويه اذا كان لك على رجل حق فوجدته بمكة أو في الحرم فلا تطالبه ولا تسلم عليه فتفرغه الا أن تكون أعطيتك حقتك في الحرم فلا بأس أن تطالبه في الحرم قال في (السرائر) وما ذكره وأورده شيخنا في (نهايته) يجب أن يحمل الخبران صاحب الدين مطالب المدين خارج الحرم ثم هرب منه والتجأ الى الحرم فلا يجوز لصاحب الدين مطالبته ولا افزاعه فاما اذا لم يهرب الى الحرم ولا التجأ خوفا من المطالبة بل وجدته في الحرم وهو مليء بماله ومسر بدينه فله مطالبته وملازمته (وقول ابن بابويه) الا أن تكون أعطيتك حقتك في الحرم فلك أن تطالبه في الحرم يلوح بما ذكرناه وبينه على ما حررناه ولو كان ماروى صحيحا لورد ورود أمثاله متواترا والصحاب والتابعون والمسلمون في جميع الاعصار يتجأون الى الحكم

« ١ » مراده على الظاهر انه من لوازم الايمان ومقتضياته لمن عمل بمتنصاه فان مقتضى الايمان بالله تعالى العزم على فعل الطاعة وترك المعصية ولا يستلزم ذلك ككفر من خالف هذا المقتضى كما لا يخفى (محسن الحسيني العاملي)

اما لو استدان فيه فالوجه الجواز ويجب على المديون السعي في قضاء الدين (متن)

في الحرم ويطالبون الغرماء بالديون ويحبس الحاكم على الامتناع من الاداء الى عصرنا من غير تناكر بينهم في ذلك واجماع المسلمين على خلاف ذلك ووافق ما اخترناه وهذا معلوم ضرورة أو كالتضرورة الى آخر ما قال وهو صريح التحرير أيضا ولكن في (الغنية) الاجماع على انه لا يحل له المطالبة على حال وعلى هذا فيحمل ما في (السرائر) على سيرة المخالفين لانه من يوم مات صلى الله عليه وآله لم يكن لنا قضاة ولا أحكام « فتأمل » وفي (جامع الشرائع) ولا يطالبه في الحرم ولا يسلم عليه فيه لئلا يروعه حتى يخرج وقد يحمل كلامها على ما حمل عليه كلام النهاية (١) وفي (المخالف) تكراه المطالبة ان أدانه خارج الحرم وان أدانه فيه لم يكرهه وفي (الدروس) انه قول نادر وألحق القاضي واتقى مسجد النبي صلى الله عليه وسلم والمشاهد المشرفة بالحرم وهو الموافق للاعتبار وقال جماعة انه يضيق عليه في المطعم (أما كل خل) والمشراب بأن يمنع من أسباب النفل وقد تقدم مثله في باب الحج فيمن التجأ الى الحرم وعليه حد أو تعزير أو قصاص وتام الكلام في المطالبة يأتي انشاء الله في الفرع السادس ﴿ قوله ﴾ ﴿ اما لو استدان فيه فالوجه الجواز ﴾ كافي (التذكرة والايضاح وجامع المقاصد) وهو الذي سمعته عن علي بن بابويه وقد سمعت ما في (السرائر) وهو ظاهر كل من قال ولو التجأ الى الحرم لم تجز مطالبة لان المستدين في الحرم احد قسمي غير الملتجئ* ودليله ان سبب المطالبة وهو الاستدانة قد تحقق في الحرم وانه لولاه لزم الحرج لافضائه الى منع المداينة في الحرم لان المدين اذا علم منعه من المطالبة امتنع من (عن خ ل) الادائه وفي ذلك ضرورة وتصديق على الناس ولان الجناية الواقعة في الحرم تجوز المطالبة بها والدين اولي لانه اخف فتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويجب على المديون السعي في قضاء الدين ﴾ كافي (النهاية والسرائر) وظاهر اطلاقهم وجوب السعي حتى بالتكسب وهو الموافق لما في (الوسيلة وجامع الشرائع والمخالف واللمعة والروضه وجمع البرهان) حيث قيل فيها امر بالاكتساب وفي (الدروس والروضه) انه يجب عليه التكسب بما يليق به أي بالمديون ولو كان باجارة نفسه وعليه تحمل الرواية عن امير المؤمنين عليه السلام واستحسنه في (المسالك) وقواه في (جامع المقاصد) كانه يوافق ما حكى عن عميد الدين انه يجب على المديون السعي اذا حرت عادته بالسعي وكذا لو لم تجر عادته اذا لم يستضر وقد تحمل (عبارة الكتاب والنهاية والسرائر) على غير السعي بالتكسب كان يؤجر دار غلته الموقوفة عليه ودابته كذلك وام ولده الموقوفة عليه على تأمل في ذلك لان في المسبوط في موضعين منه (والخلاف والسرائر والشرائع والتذكرة) في موضعين منها (والتحريير والتبصره) وفسل الكتاب وظاهر (الارشاد) انه لا يجب عليه التكسب ولا يجبر عليه وهو (خبرة غاية المرام والكفاية) بل صرح في اكثر هذه انه لا يجب عليه قبول الصدقة والوصية ولا القرض ولا نجبر المرأة على التزويج لتقبض المهر وتفي الدين ولا هو على خلع زوجته ولا على

(١) وان أتى على ظاهره كان مسندهما قوله جل شأنه ومن دخله كان آمنا فانه يقضى ببطان سببية المطالبة وهي الاستدانة لكونه في الحرم وفيه انه اذا لم يستحق المطالبة حين القرض لم يستحقها أصلا لا تنقاسبب آخر يقضها ثم انه ليس التمسك بهذا العموم في هذا الفرع بأولى من التمسك بعموم النصوص الدالة على استحقاق المطالبة بالدين والاجماع المزمع على ذلك خرج منه ما اذا التجأ بقي الباقي مضافا الى ما استسمع عن قريب (منه قدس سره)

وترك الاسراف في النفقة بل يتنعم بالقليل (١٠٢١)

الاحتشاش والاحتطاب والاصطياد والاعتنام والتلصص في دار الحرب وقتل الابطال وساب ثيابهم
وسلاحهم وقد نفى الخلاف عن ذلك كله الشيخ في (المبسوط) (١) وفي (التذكرة) (لوجني عليه أو على
عبده جان لا يجب عليه ان يعفوا على مال وفي قصاص) (المبسوط والتحرير والارشاد والمسالك) ان له العفو
بجنا وفي (غاية المرام والمسالك والزوضة ومجمع البرهان والكفاية) ان المشهور انه لم يجز (يجب خ ل)
دفعه الى غرمائه ليستعملوه وفي (الغنية وظاهر السرائر) الاجماع على ذلك والمشهور كما في (المسالك
والكفاية) انه لا يجوز الزامه وموآجرته وهو كذلك وقد طفت عباراتهم بذلك وذلك نوع من التكب
كما هو ظاهر جماعة كثيرين كالشيخ في (الخلاف) وابن زهره في (الغنية) والمصنف في (المختلف)
والشيبه في (اللمعة) حيث جعلوا المسائلين من سنخ واحد وهو كذلك الا ان يقول ان الزامه
ومطالبته وموآجرته واستعماله غير وجوب التكسب عليه واجباره عليه قلت هو كذلك بالنسبة الى غير الاخبرين
وفي (التذكرة) (الاجماع على عدم جواز مطالبته وملازمته وجسه ولم يتعرض لموآجرته لكنه يظهر من
بعضهم في كتاب التضا الفرق بين وجوب التكسب وبين تسليمه الى غرمائه ليستعملوه ويتسلطوا على
منافعه باجارتها ونحوها وقد استوفينا الكلام هناك اكل استيفاء (حجة) القائل بوجوب التكسب
عليه قضاء الدين (ماروي عن علي عليه السلام) بطريق السكوني انه كان يحبس في الدين ثم ينظر
فان كان له مال اعطى الغرماء وان لم يكن دفعه الى غرمائه فيقول لهم اصنعوا به ما شئتم ان شئتم فأجروه
وان شئتم استعملوه وهو يدل على وجوب التكسب في وفاة الدين وأن قضاء الدين واجب على اقدار
مع المطالبة والتكسب قادر ولهذا يجرم عليه الزكاة لان المنافع تجري بحري الاعيان وحينئذ فهو خارج
من الآية وانه يلزم الضرر والاضرار لو لم يوجب عليه التكسب وان فتح باب عدم الوجوب يلزم مفسد
كثيرة (وحجة القائل بعدم) لاصل وظاهر الآية وخبر غياث بن ابراهيم عن الباقر والصادق عليهما
السلام ان عليا عليه السلام كان يحبس في الدين فاذا تبين له افلاس الرجل وحاجته خلى سبيله حتى يستفيد
مالا واستعدت امرأة على زوجها عند امير المؤمنين عليه السلام انه لا ينفق عليها وكان زوجها معسرا
فبي ان يجسه وقال ان مع المعسر يسرا ولو كان التكسب واجبا لامر به والمنافع لا تجري بحري المال
في جميع الاحكام وروى ابو سعيد الخدري من طرق العامة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال خذوا
ما وجدتم ليس لكم الا ذلك ولا حرج على معاد لم يرد على بيع ماله والشهرة تجبر ما هلك من ضعف
وقد رد في (السرائر) خبر السكوني بانه غير صحيح ولا مستقيم لانه مخالف لاصول مذهبا ومحكم
التنزيل (وقد استوفينا الكلام) في هذه المسائل والمطراف في باب القضاء وجمعنا بين الاخبار وقتنا جميع
الاقوال وبنا الحل بما لا يزيد عليه وما ذكرناه في المقام بنذرة من ذلك على حسب ما اقتضاه المقام وقد
تقدم في المكاسب ان الواجب منها ما يحتاج اليه لقوته وقوت عياله ولا رجة له الا الاكساب ويأتي
بعض الكلام في باب الفلاس ﴿ قوله ﴾ ﴿ وترك الاسراف في النفقة بل يتنعم بالقليل

(١) في قصاص السرائر والشرائع والتحرير والارشاد والمختلف والزوضة والمسالك ومجمع البرهان يانه اذا مات
ودله دين يجوز لورثته القصاص وان لم يضموا الدين للغرماء وهذا يناسب ما نحن فيه ايضا (منه قدس سره)

ولا يجب ان يضيق على نفسه ولو طوب وجب دفع ما يملكه اجمع عدى دار السكنى وعبد
الخدمه و فرس الركوب وقوت يوم وليله له ولعاليه ان كان حالا (متن)

ولا يجب ان يضيق على نفسه (وله اراد ما في الوسيلة من انه يأمر بالاكتساب والاتفاق بالمعروف على
نفسه وعياله وصرف التفاصيل في الدين ونحوه ما في (جامع الشرائع) من انه يقتصد من دون صرف
ولا تقتير وما فضل لدينه وفي (التحرير) يجب عليه ترك الاسراف في النفقة ويقتصد بها
ولا يجب عليه التقتير ومثله ما في (الدروس) مع زيادة ان الاقرب انه يستحب له التقتير اذا رضى عياله
ولعل المراد بالاعتقاد في الكتب الثلاثة هو المراد من قول المصنف بل يقع القليل فيكون الممنوع
منه التوسع التي هي فوق الاقتصاد وان لم يعد اسرافا وبهذا تدفع الحجة بين مفهومي تحريم الاسراف
والقناعة بالقليل اذ مفهوم الاول حل ما عداه ومفهوم الثاني تحريم ما سواه ويبدو ان يراد بالقليل التلبي
الذي يسد رمقه بالنسبة الى نفسه وان كان بالنسبة الى عياله بראي الاقتصاد لكن في (النهاية) ينبغي ان
يتقنع بالاعتدال ولا يجب عليه ان يضيق على نفسه بل يكون بين ذلك قواما ومثله ما في (السرائر) غير انه
ابدل يتقنع يتوسع وفي (جامع المقاصد) لذي يقتضيه النظر وجوب الكف عما عدى المستثنى له من قوته وقوت
عياله بالمعروف ولا يجب عليه ان يتقنع بما دون ذلك **قوله** (ولو طوب وجب دفع ما يملكه
عدى دار السكنى وعبد الخدمه و فرس الركوب وقوت يوم وليله له ولعاليه ان كان حالا) كما في التذكرة
و (جامع المقاصد) مع زيادة ثياب بدنه في الاخير وهو الظاهر من (التذكرة) في اثنا عباراتها واقصر
في (النهاية والوسيلة وجامع الشرائع) على استثناء الاولين فقط وفي (السرائر والتحرير والدروس)
على استثناء ثلثها واستثناء قوت يوم وليله له ولعاليه ولم يذكر فرس الركوب وسنسمع ان في الغنية الاجماع
عليه نعم زاد في الدروس ثياب البدن وفي (التذكرة) الاجماع على انه لا يجوز بيع دار السكنى ونسب
الخلاف في الخدم الى العامة وظاهره اتفاقنا على استثنائه قلت والنصوص متضافرة باستثناء دار السكنى
وحسنه الحلبي دالة على استثناء الجارية وسنسمع ما في (المبسوط والغنية) من الاجماع وقال الصدوق
كان شيخنا محمد بن الحسن رضي الله تعالى عنه يروي انها ان كانت الدار واسمة يكتفي صاحبها ببعضها
فعله ان يسكن منها ما يحتاج اليه ويقضي ببقيتها دينه وكذلك ان كفته دار بدون ثمنها باعها واشترى
بثمنها دارا يسكنها ويقضي ايضا بالثمن دينه وفي (الروضة) لو زادت هذه الاشياء في احد الوصفين
يعنى السلم والكيفية وجب الاستبدال والاقتصار على ما يلقى بحاله وانه لو احتاج الى المتعدد استثنى
كالمسجد ومنع في (التذكرة) من بيع الدار والخدمه وتكليفه شراء ادون منها واستند الى الاصل وعموم
التهي عن بيع هذه الاشياء وقال ان كان في دار سكنه فضلة يستغني عنها وجب بيع تلك الفضلة لعدم
الضرورة والحديث مسنده ونص على الاخير جماعة منهم صاحب الجامع (وفي جامع المقاصد) لو كانت ثياب
بدنه فقده ونفاسها لا يقه بحاله لم يجب بيعها وان قوت اليوم والليله له ولعاليه بالاقتصاد من غير تفاوت
بينه وبينهم هذا كلامهم في باب الدين والظاهر عدم الفرق بين المئلس وغيره من المدنيين في اكثر
هذه كما في (مجمع البرهان) واما كلامهم في باب المئلس ففي (المبسوط والغنية) الاجماع على انه لا يباع
داره التي يسكنها ولا خادما الذي يخدمه وزاد في (الغنية) الاجماع على عدم بيع دانه التي يجاهد
عليها ولم تذكر فرس الركوب في غير فلس (التذكرة والارشاد وجامع المقاصد والروضة) كالمبسوط

وغيره (نعم) ذكر فيه وفي غيره زيادة على المدار والحادم ثياب بدنه كما في (المبسوط) وغيره وثياب تجمله كما في (الارشاد والمختلف والمعة) وغيرها وكسوته كما في (الشرائع) وحكي عن ابي علي انه يستحب ان لا يطلب الغرما، بيع المدار والحادم وثياب التجمل وفي (المبسوط) ايضاً يجب ان يكسى ويكسى جميع من يجب عليه كسوته من زوجته واقار به اجماعاً وقدرها ماجرت به عادته من غير سرف وقد جد ذلك بقبض وسراويل ومنديل وحذاء لرجله وان كان من عادته ان يتطلى دفع اليه طيلان وان كان برداً شديداً زيد في ثيابه محشوة واما جنسها فانه ايضاً يرجع فيها الى عادة مثله من (مع خل) لاقتصاد ونحوه ما في (التذكرة) وفي (المبسوط) ايضاً انه لا خلاف في انه يجب عليه ان يتفق عليه وعلى من يجب نفقته من اقار به وزوجته ومما ليك من المال الذي في يده ولا يسقط عنه نفقة واحد منهم وقال في (الكفاية) انهم قالوا انه يجزى عليه نفقته ونفقة من يجب عليه نفقته وكسوته ويتبع في ذلك عادة امثاله الى يوم قسمة ماله فيعطى هو وعياله نفقة ذلك اليوم انتهى وفي (التذكرة) لا يزيد على نفقة ذلك اليوم لانه لا ضبط بعده وفي (المسالك) لا فرق في هذه المستثنيات بين كونها عين مال بعض الغرما وعدمه عندنا وظاهره الاجماع واستشكل في (التحرير) فيما اذا كانت المدار والحادم عين مال بعض الغرما وينبغي ان لا يتابع ولا تدفع ام الولد في ثمن رقبته اذا كان محتاجاً اليها للخدمة ويكون هذا مستثنى من الرجوع في العين ومن يعاها في ثمن رقبته وفي (التذكرة) ان كل ما يترك له اذا لم يوجد في ماله اشترى له لقوله صلى الله عليه وسلم (ابدأ بنفسك ثم بمن تعول) ومعلوم ان فيمن يعوله من يجب نفقته عليه فيقدمون لانهم يجرون مجرى نفسه لان النفقة لاحياتهم وقال جماعة منهم المصنف في (التذكرة) اذا كانت هذه المستثناة رهنها جاز بيعها كما لو باشر بيع هذه الاشياء باختياره فانه يجوز قبض ثمنها وسبب المصنف الى بعض ذلك قالوا ولا يترك الفرش والبسط بل يباح بالبد والحصر القليلة القيمة وقال في (التذكرة) اعتبار ما يليق بحاله في حال افلاسه لا في حال ثروته ولو كان يلبس دون اللائق بحاله في حال الثروة فتتبرأ لم يزد عليه (اذا عرفت هذا) فاعلم ان معظم اهلوا استثناء الكسوة في باب الدين ومن ذكر الكسوة قائماً ذكرها بثياب بدنه والبدن مما لا يتناول كسوة عياله وذكرها في باب الدين استثناء قوت يوم وليه وله لعياله واستثنوا في باب الفلاس فقته يوم القسمة لا غير قالوا ويجزى عليه نفقته مدة الحجر ونفقة من يجب عليه نفقته الى يوم القسمة فيعطى نفقة ذلك اليوم خاصة والجمع ممكن حين ولم اجده نصاً ولا فتوى في استثناء كتب العلم الا ما قاله المولى الاردبيلي من انهم قد يستثنون بعض الامور المحتاج اليها غالباً مثل الكتب العلمية لاهلها (نعم قد يقال) اذا كان قاضياً في بلدنا عن الكتب ولا يمكنه القضاء بدونها يمكن استثنائها كما لعله يرشد اليه قوله في (التذكرة) ان شرط الاخذ عندنا ان لا يكون مما يحتاج اليه المفلس في ضروريات معاشه انتهى فتأمل فيه (وروى) المشايخ الثلاثة عن المعلى قال قلت لابي عبد الله عليه السلام ان حلي ديننا وانقله ان يعوزني وقال لا يتام واخاف ان يموت ضعفتي بقبت ومالي شيء فقال لا تبع ضعفتك ولكن اعط بعضاً وامسك بعضاً ونحوه خبر الحظ والوسم وقد يحملان على عدم الطلب المضيق اذ قد لا يكون لليتام ولي يطلب على الضيق بل يتفق عليهم بالتدرج فلا ينافيان كلام الاصحاب وقد يستبعد استثناء مثل الفرس والحادم والحادمين اذا احتاج اليها وثياب التجمل دون قوت اكثر من يوم وليه ولا وجه له لان المدار على ما كان من ضروريات معاشه وبه دوام بقائه وحياته وعدم اذلاله ومهاتته وما زاد على نفقة اليوم واليلة ليس له حذر جمع اليه كما اسمعنا كعنه (التذكرة)

وعند حلول الأجل مع المطالبة ان كان مؤجلا ولا تصح صلاته في اول وقتها ولا شيء من الواجبات الموسعة المنافية في اول اوقاتها قبل القضاء مع المطالبة وكذا غير الدين من الحقوق كالزكاة والخمس (متن)

هذا ولو انه تبرع واعطى هذه المستثنيات في الدين فالظاهر انه يجوز له ذلك ويبرء كانه عليه المولى الاردبي لکنه امر بالتأمل وهذا حديث اجمالي وتام الكلام في محله **قوله** **﴿**وعند حلول الأجل مع المطالبة ان كان مؤجلا **﴾** اعاد ذكر المطالبة بعد العهد **﴿**قوله **﴿**ولا تصح صلواته في اول وقتها ولا شيء من الواجبات الموسعة المنافية في اول اوقاتها قبل القضاء مع المطالبة وكذا غير الدين من الحقوق كالزكاة والخمس **﴾** كما صرح بذلك في (السرائر والمختلف والتذكرة ومجمع البرهان) واستدل عليه في الاول بان قضاء الدين واجب مضيق واداء الصلوة في اول وقتها واجب موسع وكل شيء يمنع من الواجب المضيق فهو قبيح بلا خلاف من محصل وفي (الوسيلة) ان الحال يلزم قضائه متى طال به صاحبه مع فقد العذر والمذر الاعسار ودخول وقت الصلوة حتى يفرغ من ادائها والاصحاب في باب الوكالة وغيره جعلوا العذر الشرعي ما اذا كان يصلي فطال به او ضاق الوقت فتشاغل بالصلوة والعذر العرفي ما اذا كان في الحمام او كان يأكل ونحوه وقد جعل المصنف هنا وفي (التذكرة) الزكاة والخمس كالدين وان لم يطالب به الحاكم لان اربابها في العادة مطالبون وكذلك الدين لعير العالم واحترز بالمنافية عن الصلوة ومن اقوى ما يستدل به على بطلان صلواته في اول وقتها ان اداء الدين مأمور به على الفور ولا يتم الا بترك العبادة وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب وما وجب تركه ففعله منهي عنه والنهي في العبادات يقتضي الفساد وان كان تبعا ولا ريب في التوقف المذكور لان وجود احد الضدين يتوقف على انتفاء الآخر عقلا وان كان الضد شرعيا اذ المراد بعد فرض ضدا والقول بفتي التوقف مخالف لما عليه القوم اجمع لان عدم المانع من جملة العلل كما قاله ملا ميرزا ثم ان ارادة احد الضدين مضادة لارادة الضد الاخر صرح به في الشرح الجديد لتحريم الفعل متوقف على ارادته ففعل الضد متوقف على ارادته المتوقفة على انتفاء ارادة الضد الاخر وهو المراد بالصارف في كلام القوم ففتح توقف فعل الضد على الصارف عن الاخر كما وقع جماعة بصادم الاصول المقررة (وقد اعترض) جماعة بمنع كون ترك الضد مقدمة للمأمور به بل هو من المقارنات الاتفاقية فلو كان ترك الضد مقدمة لفعل ضده لكان القول بان فعل الضد مقدمة لترك ضده اولي بالاذعان ولما كان منشأ توم التوقف هو المقارنة الاتفاقية حصل الاشتباه في المقامين مع انه محال وغرضهم من الصورة الثانية الاشارة الى لزوم شبهة الكمي ووجه كونها اولي بالاذعان ان فعل المباح مستلزم لترك الحرام لا ينفك عنه فينبغي على مدعاك ان يكون فعل المباح مقدمة لترك الحرام بالاولوية ولا كذلك ترك العبادة مثلا فانه لا يستلزم اداء الدين بل كثيرا ما يترك الضد الخاص ولا يوتى بالمأمور به وانت خبير بان الاستلزام غير التوقف وفرق تام بين كون وجوب المقدمة للتوصل وكون وجودها للتوصل وقد حصل لهم الاشتباه في المقامين (بيان ذلك) انا نقول ان فعل المباح وان استلزم ترك الحرام لكنه ليس مقدمة له وليس ترك الحرام متوقفا عليه فان ترك الحرام قد يتخلف عن جميع الافعال مع وجود الصارف ان كانت الاكوان باقية مستتنية عن المؤثر ان لم تقل بان الكون الباقي يوصف بالاباحة وان قلنا بوصفه بها كما يوصف السكوت المستمر في المكان المنصوب بالحرمه لم يتجه ذلك الاعلى ووجه

آخر وان قلنا بعدم البقاء او الاحتياج كان ترك الحرام مقارنا لفعل ضد من اضداده من حيث انه من لوازم وجود المكلف وانه لا يتلوه وهذا بخلاف فعل المأمور به وهو اداء الدين فانه لا يتخلف عن ترك الضد وهو العبادة وهي مقدمة له كما عرفت وان لم يستلزمه وجودا فنشأ الخلط والاشتباه عدم الفرق بين الاستلزام والتوقف وعدم الفرق بين كون وجوب المقدمة لتتوصل او وجودها فنظر الجماعة المذكورين الى الوجود لا الوجوب كما سيوضح وما قالوه من انه محال بحتمل امرين (الاول) انه يلزم الدور (وفيه) ان المقامين متغايران وقد تعرض اهل الاصول لبيان قياسه على الحركة والسكون لوجه له لانها تقيضان وكلامنا في الضدين الذين ترك احدهما مقدمة لفعل الاخر (الثاني) ان يكون المراد ان ترك الضد كما هو مقدمة لفعل الضد الاخر على دعواك ففعل الضد الاخر ايضا علة لترك هذا الضد وقد عرفت ان فعل الضد في الغالب ليس مقدمة ولا علة لترك الضد الاخر هذا (واتحقيق) ان شبهة الكسبي لا تندفع الا بالتزام ان المباح واجب تخيرا مباح عينا لان مقدمة ترك الحرام امر (قدر خ ل) مشترك بين وجود الصارف الذي هو عدم التصور والشوق والارادة وبين فعل مباح والمفروض ان التكليف بترك الحرام مستمر فالتكليف الناشئ من قبله بالقدر المشترك كذلك (نعم) لو اتقطع وجوب ذلك القدر كما في خصال الكفار لا تقطع وجوب تلك المباحات بوقوع بعض افراد ذلك القدر المشترك وما نحن فيه ليس كذلك (الا ان تقول) ان الواجب التخيري لا يسمى واجبا تخيرا الا فيما لا يمكن ان يكون لخضاه التي هي امور اختيارية بدل غير اختياري (وفيه) ان ترك تزويج احدي الاختين ابي احدي التركيبين واجب مع انه يمكن ان لا يكون هناك شوق اصلا الى شي منها ومعلوم ان الشوق غير اختياري فيلزم ان لا يسمى ذلك واجبا تخيرا فتأمل جيدا (وكيف كان) فلعل منشأ توهم الناظرين للتوقف فيما نحن فيه ما أشرنا اليه آفا من انهم نظروا الى ان ترك الضد كثيرا ما يتخلف عن فعل ضده فظنوا ان لا مدخلية لترك الضد في فعل ضده والا فكيف يدعى ان تركه ليس الا لفعل ضده مع ما نراه من انه يترك هذا الضد ولا يوقى بالآخر وظنوا ان مقدمة الشيء هي ما يتوقف عليه الفعل في نظر المكلف مع تغطته لكونه مما يتوقف عليه (واما) مع وجود الصارف عن المأمور به وعدم حصوله في الخارج فلا يتحقق واجب في الخارج فلا توقف ثم سرور الكلام الى حال الاشتغال والتفطن وانكروا التوقف (وفيه) ان عدم تغطته للتوقف لا يقضي بعدم التوقف في نفس الامر مع انه جارفي سائر المقدمات (ومما ذكر) يعلم حال ما اجيب به عن الدليل المذكور من ان وجوب المقدمة توصلي والوجوب كذلك يقتضي اختصاصه بحالة الامكان ومع وجود الصارف عن فعل المأمور به لا يمكن التوصل اليه بترك الضد اذ انت خبير بان اختيار الصارف بالاختيار لا ينافي امكان تركه واختيار الفعل والتوصل اليه بالمقدمة كما في تكليف الكافر بالعبادة اذ هو مكلف بالواجب وبمقدماته مضافا الى ما يلزم هذا القائل من انه يجري في كل واجب لغيره فيقال وجوب الوضوء للصلوة يختص بحال امكان الصلوة ومع وجود الصارف عنها لا معنى لوجوب الوضوء ولم يقل به احد بل يلزمه ان يقول ان وجوب كل شي مخصوص بحال امكانه ومع وجود الصارف عنه ينتهي وجوبه ونحوه ما قيل من ان دليل وجوب المقدمة لو سلم فانما هو في حال ارادة الفعل واذا وجد صارف عنه لم يكن مريدا للفعل فلا يلزم تكليف ما لا يطاق أو خروج الواجب عن كونه واجبا (وفيه) ان الدليل يدل على الوجوب في حال امكان الارادة ولا يشترط فعليتها نعم وجودها لا بد وان يكون في حال الارادة وهو غير ما نحن فيه (وربما اجيب) بان وجوبها ليس

اصلياً وانما هو تبعية وهو غير نافع للمستدل لان ما وجب تركه تبعاً لا يكون فعله منياً عنه لعدم العقاب على ترك المقدمة لانه ليس مطلوباً لذاته ولهذا لم تثبت له احكام الواجب الاصلي لانه يجتمع مع الحرام (وفيه) ان معنى قولنا ان وجوبها تبعية ان وجوب ذبيها يحصل من الامر به ووجوبها يحصل من العقل وهو من ادلة الشرع فهنا خطا بان اصليان للشارع احدهما لفظي والاخر عقلي ومقتضى قواعدهم وحججهم انها واجبة شرعاً وان الوجوب الشرعي لا يجتمع مع الحرام (اما الاول) فهو كان مراد القائلين بوجوبها وهم الاكثر غير المعنى الشرعي لم يكن هناك خلاف ولا نزاع لان الثاني لم ينف الا المعنى الشرعي كما هو واضح وما وجب شرعاً تبعاً او اصاله كان تركه حراماً منياً عنه لكن العقاب في التبعية على ترك متبوعه على المشهور لكننا نحن قد نفرق بين المقدمات كما نسمع (واما الثاني) فلا تفاق علمائنا على عدم جواز اجتماع الامر والنهي في شيء واحد شخصي ومعناه ان ما امر به لا يتصور ان يقع على وجه يكون حراماً بحيث يقع الامتثال سواء قلنا بقاء التكليف وعدمه لاما توهمه صاحب المعالم من ان امتناع اجتماع المأمور به والمنهي عنه انما هو على تقدير بقاء الوجوب بعد الفعل وما استندوا اليه من قطع المسافة على الوجه المحرم لاجله لانه اذا انحصر القطع في الوجه المحرم كانت مقدمة الواجب المشروط لا المطلق وكذا اذا لم ينحصر واختار القطع على الوجه المحرم وليست في الصورتين مقدمة للواجب المطلق حتى تكون واجبة وحراماً كما نسب ذلك الى القائلين بوجوبها صاحب (المعالم) وبعض من تأخر عنه مع انه خلاف ما صرحوا به واقتضته قواعدهم لانهم يقولون بأن المقدمة الواجبة ليست الا القطع بالنحو السابق ولا يجوز القطع بالنحو الحرام فاذا عصى المسكف صار حجه واجبا مشروفاً وهذا القطع بالنسبة الى حجة مقدمة الواجب المشروط وكذلك الحال في اتقاد الفريق على الوجه المحرم اذ الواجب عليه الاقادة على الوجه السابق للحلال لكنه لما عصى حصل الغرض فظن انه امثل وليس كذلك بل هو عاص وان حصل الغرض (وفيه) ان الخصم لا يريد اكثر من هذا فتأمل جيداً والقول بأن المقدمة انما هي قطع المسافة أي الامر السكفي من حيث هو من دون خصوصية الفرد المخصوص من القطع لا يدفع ضماً لتحقيق القدر المشترك في ضمن الحرام (فليندر) فقد تحصل انها واجبة شرعاً كسائر الواجبات الشرعية لان اجتماع مع الحرام أقصى ما هناك انه لا يترتب عليها ثواب ولا على تركها عقاب على المشهور لانها لم تجب لنفسها وانما وجبت لغيرها لسكنا قد نفرق بين المقدمات التي هي ترك أضرار وغيرها فنقول بترتب العقاب على ترك الاولى فاذا صلى ولم يقض الدين كان معاقباً على فعل الصلاة قليلاً لهذا والمحقق الثاني في (جامع المقاصد) لم يلتفت الى هذه الاجوبة لسددها (فأجاب) عن الدليل المذكور بأننا نسلم ان الواجب الموسع يكون تركه مقدمة لواجب مضيق لانه لم يقم عليه دليل وظاهر الاوامر الواردة به الاطلاق في جميع وقته الا ما أخرجه الدليل (ثم اعترض) بأن وجوب قضاء الدين على الفور يتأني وجوب الصلاة في الوقت الموسع لانه حين وجوب الصلاة اذا تحقق وجوب القضاء على الفور يلزم تكليف ما لا يطاق وان لم يبق وجوب القضاء خرج الواجب عن كونه واجباً (وأجاب) بأننا لا نسلم وجوب تكليف ما لا يطاق اذ لا يمنع أن يقول الشارع أوجبت عليك كلا من الامرين لكن أحدهما مضيق والاخر موسع فان قدمت المضيق فقد امتثلت وسدت من الائم واذا قدمت الموسع فقد امتثلت وأتمت بالخالف في التسديم (والحاصل) ان الامر يرجع الى وجوب التسديم وكونه غير شرط في الصحة والامتثال مع انتفاذه بتضييق الوقت فانه ان بقي الوجوب لزم ماسبق وان خرج لزم خروج الواجب عن صفة الوجوب مع انه لا دليل على الترجيح اذ هما واجبان

مضيقان قد تعارضا فلا بد من خروج أحدهما عن صفة الوجوب لئلا يلزم المحذور والدلائل تدل على خلافه ومع تسليمه فلا دليل يقتضي خروج واحد بعينه من الصلاة في (من خل) أجزاء الوقت للحق المضيق فالحكم بصحة الصلاة في آخر الوقت أيضا باطل لأنه يستلزم الترجيح بلا مرجح ولا تنافسه بمناسك يوم النحر فإن الترتيب فيها واجب ولو خالف اجزئت عن الواجب الذي في الذمة وإنما يجزئ لو كانت واجبة مع عدم الترتيب لامتناع اجزاء غير الواجب عن الواجب وإنما يعقل الوجوب على التقديرين والتأني على تقدير واحد بخصوصه بناء على ما قدمناه فلو كان وجوب شيء يقتضي إيجاب ما يتوقف عليه وإن كان مقابله (في مقابلة خ ل) واجبا لامتناع الاجزاء هنا وفي كل موضع أشبهه وقال إن هذا من غوامض التحقيق (وفيه) على أن الأمر بقضاء الدين عند المطالبة معارض للأوامر المطلقة المتعلقة بالعبادة تعارض قولك صلي وانتقد الفريق في أي وقت غرق ومعلوم أن الثاني يحكم في مثله على الأول لاطلاقه فكانه قال صلي وأنت مأمور بالصلاة وانقاد الفريق إلا إذا عرض لك فريق قلت مأمور بالصلاة فكان الدليل قائما على أن ترك الواجب الموسع مقدم على واجب مضيق (وقوله) لا يمتنع إلى آخره لا نمنه لكن لا نصير إله إلا إذا علمت إرادته كما في مناسك منى والأقليات على ظاهر الخطاب من الإطلاق والتحديد وفي صورة ضيق الوقت قول يقاء الوجوب إن كان ذلك من تقصير المكلف والأفلا ويقدم ما هو أهم في نظر الشارع فتقدم الصلوة على إتياء الدين ويقدم اتقاد المؤمن وحفظ بيضة الإسلام على الصلوة ثم إنه في (جامع المقاصد) قال فإن قيل الضد العام إنما يتقوم بالاضداد الخاصة فيكون الضد الخاص أيضا منبها عنه (واجب) أن المطلوب في النهي هو الكف عن الشيء والكف عن الأمر العام غير متوقف على شيء من الأمور الخاصة لا مكان الكف عن الأمر الكلي من حيث هو (وفيه) على تقدير إمكانه أن ذلك ليس بمطلوب بل المطلوب الاجتناب عن الخصوصيات كما في سائر المناهي كالزنا ونحوه ثم إن قوله جل شأنه « إنما يتقبل الله من المتقين » ونحوه مما ورد في الأخبار يقتضي عدم قبول الضد من تارك المأمور به إلا أن يفرق بين الاجزاء والقبول لكن بشكل ذلك في المستحبات لأن اجزائها حصول الثواب وهذا هو القبول (إلا إن يقال) إن قوله عز وجل « إن الحسنات يذهبن السيئات » ونحوه مما ورد في الأخبار في المستحبات يقتضي القبول من المسي (أيضا) (الأن يقال) إن القبول على سبيل لزوم إنما يكون من المتقين وأما القبول من غيرهم فإما هو بعنوان التفضل ولذا ورد أن من فعل كذا كان له كذا ويستوجب الغفران ودخول الجنة وما تعلق به الشهيد الثاني من عظم البلية وعموم البلوى من لزوم بطلان النافذة مطلقا والفرضة الأعم الضيق ولزوم التيمم إلا لأوحدني الناس قائما يدل على الصحة وعدم أعمال هذا المقتضي لأعلى في المقتضي فيصبر الحاصل أن اقتضاء الأمر النهي عقلي لكن لا نقول أن النهي يقتضي السداد وذلك لوصح كان أصح ما يتمسك به للصحة إذ لوصح ذلك لكثير في الناس القليل والقال والثناهي ولو وجدت حملة العلم وأهل الديانات ينهون أكثر الناس عن النافذة ويلزمونهم بتأخير الفريضة إلى آخر الوقت وفي إكتفاء ذلك واستقامة الطريقة على قديم الدهر وسالف العصر على خلافه دليل على بطلانه لكنه يلزم على هذا اجتماع الأمر والنهي في الضد المنهي عنه أعني الصلاة في المثال المذكور إلا أن نقول إن النهي التبعي لا يقتضي التحريم كما أنه لا يقتضي الكراهية وكما أن الوجوب التبعي لا يستحق عليه ثوابا ولا على تركه عقابا لكن قد يقال إن هذا رجوع إلى المقارنة (فإنم) وأما قطع المسافة على البعير المحرم فالنهي فيه إيسالي فلينأمل في ذلك أو نقول إن النهي عنه بالنهي التبعي إيقاع الضد أعني الصلوة لا ما هيئها كالصلوة في المسجد

وتباع دار الغله وفاضل دار السكنى ودار السكنى ان كانت رهنا ولو غاب المدين وجب على المدين نية القضاء والعزل عند وفاته والوصية به ليوصل الى مالكة او وارثه ولو جهله اجتهد في طلبه فان آيس منه قيل يتصدق به عنه (متن)

فان ماهيتها واجبة وابقاها في المسجد مستحب وهذا رجوع الى ما في (جامع المقاصد) قد تحصل ان المقدمة ان كانت تركا لضد كان النهي عن ايقاع ضدها وان كانت فعلا وأتى بها على وجه محرم كان النهي عن فعلها كقطع المسافة على البعير المحرم فليلاحظ فانه دقيق ﴿ قوله ﴾ ﴿ وتباع دار الغله ﴾ بلا خلاف اجده والمراد بها الدار المرصدة للثاء كالبيت المعد للاجارة ونحو ذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ وفاضل دار السكنى ودار السكنى اذا كانت رهنا ﴾ قد تقدم الكلام فيها ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو غاب المدين وجب على المدين نية القضاء والعزل عند وفاته والوصية به ليوصل الى مالكة ولو جهله اجتهد في طلبه فان آيس منه قيل يتصدق به عنه ﴾ هذه المسئلة قد تكلمنا فيها في باب الميراث عند الكلام على ميراث الغائب غيبة منقطعه لعدم الفرق بين الميراث وبين سائر الحقوق كما نص عليه بعضهم ولا بد ان نذكر كلامهم في المقام وقد عبر المصنف وغيره بما لو غاب المدين ونحوه وزاد في (النهاية والسرائر) غيبة لا يقدر عليه معها (وفي الشرائع والختلاف) غيبة منقطعة والمراد بمنقطع الغيبة ما صدق عليه ذلك عرفا لانه يختلف فيه باعتبار نهاية الشأن ونحوه الذكر وذلك قد يكون اطول الغيبة حتى يتقطع خبره أو لا فتقاده بين ركب وعسكر ونحو ذلك أما من عرف مكانه كمن أسرته الروم أو أسره السلطان ولم يعرف خبره فكأنه لا يصدق عليه هذا العنوان ولا كذلك عنوان النهاية لكن المصنف في (المختلف) نزل عنوان النهاية على ما في الشرائع (وقد يقال) ان المدار على القدرة وعدمها ومن ذلك ما اذا لم يعلم أحي هو أم ميت فليتأمل في ذلك إذ قد يفهم من العبارات الاربع ان الغائب غيبة غير منقطعة أو يقدر عليه معها انه لا يجب الايصاء به له ولا عزله بل يسلمها اليه أو يستأمره في امرها أو يكون حاله حال سائر الديانة وقد صرحوا بانه لا يجب على المدين « حينئذ » نية القضاء وقد سمعت فيما سلف ما دل على وجوب نية القضاء مطلقا من نص واجماع ولعل الوجه في اعادته ان الحكم هنا أكد او يكون المراد وجوب تجديد العزم « فليتأمل » فيه وأما وجوب العزل عند وفاته فظاهره انه اجماعي كما في (جامع المقاصد) وظاهر كلامهم انه لا خلاف فيه كما في (المسالك) والاجماع ظاهر (المختلف) كما ستعرف وقد نسب اليه صاحب (المسالك والكفاية) ايضا وفي (النهاية) وجب ان ينوي قضائه ويعزل ماله عن ملكه فان حضرته الوفاة وصى به وظهره انه يجب العزل مطلقا وحمله في (المختلف) على من حضرته الوفاة أو على استبقاء ما يساوي الدين بمعنى انه يجوز له التصرف في جميع أمواله بالصدق وغيرها الا ما يساوي الدين وذلك لانه في (السرائر) بعد ان نقل كلام (النهاية) رده بان العزل غير واجب بالاخلاق بين المسلمين فضلا عن طائفتنا وظاهر توجيه (المختلف) بان العزل عند الوفاة مجمع عليه عندنا والا لما صح ان يكون جوابا لابن ادريس وهو الذي فيه منه صاحب (المسالك والكفاية) كما عرفت وما يقطع به على ذلك ان ابن ادريس قال قبل ذلك انه اذا حضرته الوفاة سلمه الى من يشق به كما نسيم كلامه وهو يقضي بوجوب العزل عند الوفاة وفي (جامع الشرائع) اهل ذكره بالكلية وكانه فهم من اجماع جده الاطلاق وفي (المسالك) وغيرها لولا ظهور الاجماع لا يمكن تطرق القول بعدم اللصل مع عدم النص (وربما)

وجه بأنه غاية ما يمكن وأنه اقرب الى الوفا وبعيد عن تصرف الغير وهو كما ترى لا يقضي بالوجوب مع ان قضية ذلك انه يتعين بذلك فلو تلف يكون من مال الغير وليس كذلك لعدم الدليل على الانتقال ولعل معقد الاجماع لا يتناول ذلك وفي (ايضاح النافع) الظاهر انه يتعين بالعزل وقد يكون العزل ليتصرف في باقي التركة اذ بدونه لا يجوز له التصرف فيها وفي (الرياض) مُسب وجوب العزل عند الوفاة للنهاية والموجود في (النهاية) والمحكي عنها ما سمعته وحكي عن (السرايز) انه ادعى اجماع المسلمين على عدم وجوب العزل والموجود فيها نفي الخلاف بينهم وهذا سهل وحكي عن (المسالك) انه احتل عدم الخلاف وقد سمعت عبارة المسالك بلفظها واعظم من ذلك انه في (الرياض) وجه اجماع (السرايز) على عدم وجوب العزل مطلقا وقد عرفت انه محكي على مخالفة ما في (النهاية) والا لما صح توجيه (المختلف) وما صح ما في (المسالك والكفاية) من ان ظاهر (المختلف) الاجماع كما عرفت واما وجوب الوصية به فهو ظاهر (النهاية) كما عرفت (السرايز) وجامع الشرائع والنافع والتذكرة وغيرها وفي (غاية المرام) انه لا خلاف فيه وفي (مجمع البرهان) كانه لا خلاف فيه وبذل عليه بعض الاخبار مؤيدا بالاعتبار وفي (السرايز) انه يسلمه الى من يثق بديانته ويجعله وصيه في تسليمه الى صاحبه وفي (الروضه) يجب كون الوصايه الى ثقة وان قلنا بجواز الوصاية الى غيره في الجملة لانه تسليط على مال الغير وفي (ايضاح النافع) ان الوصية واجبة ان توقف الثبوت عليها والاستحباب مؤكدا وربما وجبت وان كان مشهورا عليها خصوصا اذا سقطنا التامين في دعوى الدين على الميت اذا اوصى به عند موته (فامل) واما انه يجتهد في طلبه لو جهله فقد صرح به في (النهاية) و(السرايز) و(الشرائع) والنافع والتذكرة وجامع المقاصد و(المسالك والكفاية) غير ان المسئلة مفروضة في (النهاية) و(السرايز) فيما اذا جهله الوارث وفي (جامع الشرائع) فان حضره الموت وصى الى ثقة به واجتهد الوصي في طلبه فاذا مات طلب وارثه وفي (المسالك) المعتبر في الاجتهاد هنا بذل الوسع في السؤال عنه في الامكنة التي يمكن كونه او خبره بها ويستمر كذلك على وجه لو كان لظنر وما اهل فيه ذكر الطلب والاجتهاد فيه (الارشاد) والمختلف والدروس واللمعة والروضه) وغيرها وفي (الرياض) ولو لم يعرفه اجتهد في طلبه بذل الوسع في السؤال عنه في الامكنة التي يمكن كونه او خبره بها ويستمر كذلك على وجه لو كان لظنر بلاخلاف اجده انتهى (فامل) وقضية كلام (الشرائع) والكتاب) وما واقفها انه اذا جهله لا يجب عليه العزل ولا الوصية به بل يكفي الاجتهاد في الطلب ثم التصديق به عند القائلين بوجوب التصديق واستعرف الحال في ذلك وقد استدلوا على وجوب الاجتهاد في الطلب بصحيفة هشام بن سالم قال سئل خطاب الاعور ابا ابراهيم عليه السلام وانا جالس فقال انه كان عند ابي اجير يعمل عنده بالاجرة فقصدته وني من اجره (اجرته خ ل) شي* وفي (التبذير) ولا تعرف له وارثا قال فاطلبوه قال فطلبناه فلم نجده فقال مساكين وحرك يديه فاعاد عليه فقال اطلب واجهد فان قدرت عليه والا فهو كسبيل مالك حتى يجي* له طالب فان حدث بك حدث فأوصي به ان جاء له طالب ان يدفع اليه وبصحيفة معاوية بن وهب على ما يراه المتأخرون في اصحاب الاجماع عن (ابي عبد الله عليه السلام) في رجل كان له على رجل حتى فقده ولا يدري اين يطلبه ولا يدري احى هو ام ميت ولا يعرف له وارثا ولا نسا ولا ولد اقل اطلبه قال فان ذلك قد طال فانصدق به قال اطلبه والظاهر ان المراد بالطلب والاجتهاد الدوال والارتقاب وربما اشعر ظاهر الاخير بوجوب الطلب دائما كما قد يشعر به ايضا مفهوم خير زواره كما سئمه ومن المعلوم انه

لا يحسن من الحكيم الامر بالطلب مع الياس وعدم امكان الوجدان فيحمل على عدم الياس والاستحباب وقد استدلووا بهذه الاخبار على المشهور بين الاصحاب من ان ميراث المقود يتر بص به مدة لا يعيش اليها مثله عادة ولم يحكموا هناك بوجود الفحص والطلب (فأمل) والاعتبار يستبعدان يكلفه بالمراسلات والكتابات الى الاطراف او الطلب والسؤال في المجامع والاسواق او في اطراف الارض لبقايا الحجر ونحوها لم يكن له تقصير في شأنها اذ من المعلوم ان ذلك يحتاج الى اتلاف المال وتمب البدن وليست هي لقطه وقد روى زرارة في (الصحيح) عن ابي جعفر عليه السلام عن الرجل يكون عليه الدين لا يقدر على صاحبه ولا على ولي له ولا يدري بأي ارض هو قال لا جناح عليه بعد ان يعلم الله ان نيته الاداء وقد عرفت ان جماعة اهلوا ذكر الطلب والاجتهاد في المقام ايضا واما انه يتصدق به مع الياس فظاهر (الكتاب والشرائع والنافع والتذكرة) التردد حيث نسب فيها ذلك جميعها الى القيل ونحو ذلك ما في (كشف الرموز) والظاهر ان ذلك لم يكن خبر بن وهب الذي ظاهره المنع من التصديق به كما اشار اليه في (التذكرة) وقد اسمعنا كه لا لعدم النص كما في (المسالك والكفاية) ولا لان التصديق بماله لغيره مع عدم برائة ذمته غير معلوم الجواز لانه لاشبهه في الجواز كما في (المسالك) ولا ينبغي النزاع فيه كما في (مجمع البرهان) اذا كان دينا لانه ماله فيكون مسلطا عليه واما الحكم بانه يتصدق به « حينئذ » فهو المشهور كما في (جامع المقاصد والروضه) وهو خيرة النهاية والقاضي على ما حكى عنه (وجامع الشرائع والارشاد والمختلف والتبصره واللمعة والمقتصر وجامع المقاصد) وظاهرهم ان ذلك على سبيل الوجوب كما فهمه الصبيري والشهيد الثاني والمولى الاردبيلي وصاحب الرضا وقد قواه في (الميسر) باستجوده في (المسالك) والذي فهمه في (جامع المقاصد) منهم انما هو الجواز قل وذهب في (المختلف) الى الجواز تبعا للشيخ وجماعة وهو الظاهر من جماعته وهو الاسد لوجه كاستسليم وفي (جامع المقاصد والمسالك) انه حيث يمكن من اجماع الحاكم هو اولى من الصدقة بغير اذنه وان كان جائزا الا انه ابصر بمواقفها وحججهم عليه ما ارسله في (الفتاوى) بقوله بعد ذكر خبر ابن وهب وقد روى في هذا خبر آخر ان لم تجد له وارثا وعلم منك الجهد فتصدق به وما ارسله في (السرائر) قال وقد روى انه اذا لم يظفر تصديق به عنه وليس عليه شيء وما رواه في (الكافي والتهذيب) عن نصر بن حبيب صاحب الخان قال كتبت الى عبد صالح (العبد الصالح ل) عليه السلام قد وقعت عندي مائة درهم واربعة دراهم وقد مات صاحبها ولم أعرف له ورثة فرأيت في اعلامي حالها وما أصنع بها فقد ضقت بها ذرعا فكتب عليه السلام اعمل فيها وأخرجها صدقة قليلا قليلا حتى تخرج قال في (الاستبصار) انما له ان يتصدق بها اذا ضمن لصاحبها او انما للامام فأمره ان يتصدق عنه بها ويعد الثاني ان عدم معرفة الورثة لا يدل على عدمهم وهو لم يطلب ولم يفحص وكون ذلك للامام مشروط بالعلم بعدم الوارث (الا أن تقول) الشرط في ارثه عدم العلم بالوارث وفي (موثقة) هشام بن سالم (١) تدفع الى المساكين يكرر عليه ذلك وكانت قصد السائل في المراجعة

(١) وهي ما رواه الشيخ في الموثق عن هشام بن سالم قال قال حفص الاعور ابا عبد الله وأنا عنده جالس قال انه كان لابي اجير كان يقوم في رحاه وله عند نادرهم وليس له وارث فقال ابو عبد الله تدفع الى المساكين ثم قال رأيتك فيها ثم اعاد عليه المسألة فقال له مثل ذلك فاعاد عليه المسألة فقلت له وارثا فان وجدت له وارثا والا فهو كسبيل مالك ثم قال ما عسى ان تصنع بها ثم قال نوصي بها فان جاءها طالب والا فحق كسبيل مالك (مصححه)

أولاً وثانياً وثالثاً مع امره له بالصدقة أولاً وثانياً هو انه قد سمع جواز التملك مع الضمان وكانت رغبته في ذلك فجوز له عليه السلام أخيراً والشهرة تجبرها في الاخبار من الضعف ولولا ذلك لتعطل المسأل وخرج عن الانتفاع ثم أن من هو عليه محتاج الى تفرغ ذمته ولا سبيل الا الصدقة اذا لم يمكن الحاكم وفي (الدروس وايضاح النافع والروضه) انه يتخير بين ابقائه في يده ودفعه الى الحاكم والصدقة وفي (السراير) انه يجتهد في طلبه فان لم يجده سلمه الى الحاكم فان قطع على انه لا وارث له كان لامام المسلمين وواقفه فخر الاسلام لانه مع وجود الوارث يكون للوارث وولي الحاكم مع غيبته والا فهو للامام وقضية كلامها انه لا يجوز التصديق به كما فهمه جماعة من السراير وفي (التشريح) قول ابن ادريس هو الحق اذا علم موته وعدم وارثه اما اذا انتهى العلم بذلك فحفظه أولى حتى يظهر خبره أو خبر وارثه وفي (الدروس وجامع المقاصد) انه مع التطلع على موته وانتفاء الوارث لاشك في كونه للامام ونحوه ما في المختلف (وفي الحدائق) انه لا خلاف فيه حينئذ (وفي جامع المقاصد) انه لاشك في جواز دفعه الى الحاكم مع اليأس اما الوجوب فلا دليل عليه مع ان اكثر الاصحاب على خلافه انتهى والقطع بجواز دفعه الى الحاكم لا يجتمع مع وجوب التصديق به وهذا والظاهر ان الصدقة لا تتوقف على سبق العزل ويكفي قصد الصدقة بما يدفعه عن المستحق وظاهر كلامهم انه حين التصديق لا يحتاج الى وصية لانه قد برئت ذمته (وفيه) انه قد يظهر بعد ذلك ولا يرضى ويكون للمدين مال يمكن الوفاء منه ففائدة التصديق جواز التصرف في باقي المال ان كان فيه عين موجودة غير ممتازة والخروج عن عهدة الواجب وعدم الضمان مع عدم ظهور صاحب ومصرف هذه الصدقة عند القائل بالجواز مصرف الصدقة المنذوبة واما القائل بالوجوب فيحتمل ان يكون كذلك لانها لم تجب على المالك وانما وجبت بالعارض على المدين ووارثه (وربما قيل) أن الاحوط ان تصرف الى مستحق الزكوة كما هو الظاهر من كلامهم في امثال ذلك وفيه تأمل واضح اذ ذلك انما هو في الزكوة لانه نسب في (المتنهي) حلية المنذورة الى علمائنا وأكثر العامة الى غير ذلك من المؤيدات (وليعلم) أن مضمناً اخبار الباب دل على ابقائه امانة في يده وبعضها دل على التملك وانه كسبيل ماله يتصرف فيه كيف شاء مع الضمان والوصية به وهو شاذ كما في (الرياض) وليعلم ان اخبار الباب وكلام الاصحاب في المقام قد تضمننا بيان حال المال المجهول المالك المشهور برد المظالم كما في (مجمع البرهان) وضابطه كل مال لا فائدة في تعريفه كما تضمنه الخبر كما ستسمع وبالجملة كل مال حصل في يدك من مالكة أو وكيله أو مستودعه معلوماً كان المالك ثم جهته أو كان مجهولاً لك من أول الامر كأن كنت معه في فندق أو خان أو قافلة ولا تعرفه وحصل في متاعك أو يدك شيء ونحوه من ماله غفلة أو خطأ وليس هذا لقطة ولا في حكمها لمكان كلام الاصحاب وقد سمعته واخبار الباب الصريحة في ذلك (منها ما رواه) علي عن العبيدي عن يونس قال سئل (أبو الحسن الرضا عليه السلام) عن وجد متاع شخص معه ولم يجده حتى جاء الى الكوفة ولم يعرفه صاحبه (قال أبو الحسن عليه السلام) كيف يعرفه ولم يعرف بلده فاذا كان كذلك فبعمه وتصديق به قال له علي من جعلت فذاك قال علي أهل الولاية (ومنها) ما رواه علي عن العبيدي عن يونس قال سئل عبداً صالحاً عليه السلام فقلت جعلت فذاك كنا مراقبين لقوم بمكة وارنخلنا عنهم وحملنا بعض متاعهم بنبر علم وقد ذهب القوم ولا نعرفهم ولا نعرف أوطانهم وقد بقي المتاع عندنا فما نصنع به قال فقال يحملونه حتى تلحقهم بالكوفة قال يونس فقلت له

والمسر لا يحل مطالبته ولا حبسه ويجوز له الانكار والحلف ان خشي الحبس مع الاعتراف
ويوري وينوي القضاء مع المكته (متن)

لست اعرفهم ولا تدري كيف نسئل عنهم قال به واعطئتم اصحابك قتلت جعلت فداك أهل
الولاية قال نعم وهما يدلان على الموضوع والحكم وانه لا يشترط الحاكم ولا العدالة في المعطي ولا المعطى
وانه يصح اعطائه للساده ولعل من ذلك ما يقع فيه الاشتباه من التعال في المجامع والحمامات ونحوها ومن
ذلك ما يؤخذ من الحاكم الظالم ولا يعرف صاحبه مما علم انه حرام وغصب لانه لا يمكن تعريفه عملا
بالعلة المومي اليها في خبر يونس المتقدم ولعل حال الظالم حال السارق والغاصب كما ستسمع وليس
من ذلك ما يؤخذ من السارق أو يستودعه السارق له فانه في حكم القطة كما في خبر حفص قال سئلت
أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أودعه رجل من اللصوص دراهم أو متاعاً واللص مسلم قل لا يرد
فان أمكنه أن يرد على أصحابه فعمل والا كان في يده بمنزلة القطة يصيبها فغيرها حولاً فان جاء
صاحبها ردها عليه والا تصدق بها فان جاء صاحبها بعد ذلك خيره بين الاجر والنعم ولم يذكر
فيها له ان يملكها بعد التعريف كالقطة هذا عند المشهور كما في (الكفاية) وأوجب ابن ادريس دفعها
الى امام المسلمين فان تعذر ابقاها امانة واختر المصنف في (الارشاد) وغيره انه يتصدق به فيكون
من المال المجهول المالك وكذلك ما جاء به الریح أو الطير الى دارك ما هو امانة شرعية لانه لا يمكن
تعريفه عملاً بالعلة المومي اليها اذ قد لا يعرف صاحبه ذهابه منه وليس منه ما يجده في داره أو صندوقه
الذي يشاركه فيه غيره كما أفق به جماعة لورود النص به على تأمل لنا فيه لمخالفته قواعد القطة وعند
الشيخ في (المبسوط) ان القطة ان أراد تملكها وجب تم ينها والا فهي مال مجهول المالك وبما يسى برد
الظالم ما اذا كان في ذمته ديون لا يعرف أصحابها واموال غصبها وانفها واخماس وزكوات ونحو ذلك
فليحفظ ذلك في باب القطة والوديعة والدين وغيرها من الابواب فان هذا مجموع من مجموع ذلك
وليس له في الفقه باب على حده ﴿ قوله ﴾ ﴿ والمسر لا يحل مطالبته ولا حبسه ﴾ اجماعاً كما
في التذكرة وفي (مجمع البرهان) لا خلاف على الظاهر في تحريم حبسه بل مطالبته وملازمته وأذاه على
تقدير ثبوت عدم قدرته على الاداء شرعاً وفي (المختلف) انه الأشهر وبجريمة المطالبه واللاحاح عليه صرح
(في النهاية والمبسوط وفتحة الزاويدي والغنية والسرائر) وغيرها وقد يظهر من الغنية الاجماع على
ذلك واذا لم يحل مطالبته فبالاولى أن لا يحل حبسه وفي الكتاب والسنة اشارة الى ذلك كخبر عبد الله
ابن سنان وموقفة عمار وقال الصدوق في (المتبع) تتلا عن أبيه مختاراً له ان اتفق ما أخذ في طاعة الله
سبحانه فنظرة الى ميسره وان كان اتفق ما أخذ في معصية الله فطالبه بحقك فليس هو من أهل هذه
الآية انتهى وقال في (الدروس) فيه بدمع ان المنفق في المعروف أوسع محرراً لانه يحل له الزكوة ولعل
المنفق في المباح ملحق بالطاعة عنده وفي (المختلف) ان ظاهر كلام أبي الصلاح يوافق قولها وقد تقدم
عند شرح قوله ويجب على المدين السعي في قضاء الدين ما له تقع تام وذلك كله حيث يثبت اعساره
أو يعلم المدين به ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويجوز له الانكار والحلف ان خشي الحبس مع الاعتراف
ويوري وينوي القضاء مع المكته ﴾ كما في (السرائر وجامع الشرائع والتذكرة والمختلف والدروس
وجامع المقاصد) وهو المحكي عن الحلبي غير انه في (جامع الشرائع) ترك ذكر التورية وصرح في (جامع المقاصد)

ولو استدان الزوج النفقة الواجبة وجب على الزوج دفع عوضه ولا تصح المضاربة بالدين قبل قبضه لأن تعيينه بقبضه فإن فعل فالربح بأجمعه للمدينون إن كان هو العامل والا فللمالك (متن)

بان التورية واجبة لأن الكاذب ملعون انتهى فأمل وأبو الصلاح اشترط اعلامه ذلك أي العزم على القضاء قبل التبين أو بعدها وفي المختلف إن الأقرب إن اعلامه ليس شرطاً في الجواز ونحوه ما في الدروس ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو استدان الزوج النفقة الواجبة وجب على الزوج دفع عوضه ﴾ كما في (النهاية وجامع الشرائع والتذكرة) لأن المتبادر من دفع العوض دفعه إلى المدين وهو قول الشيخ في (النهاية) وجب عليه القضاء عنها وفي الخبر يقضي عنها ما استدان بالمعروف وقال في (السرائر) الواجب على الزوج تسليم النفقة بالمعروف إلى المرأة ثم قضى هي ما استدان وإن قضاء الدين واجب عليها دون الزوج وفي (المختلف) إن قول الشيخ ممكن إذ الزوجة هنا كالوكيل عن الزوج فيجب عليه القضاء ومنع عليه ذلك في (جامع المقاصد) لأن استحقاقها النفقة لا يبصرها كالوكيل وقال إن كلام ابن ادریس هو المتجه وإن كان المدول عن ظاهر الرواية لا يخلو عن شيء (قلت) من الشائع الذائع عرفاً إن من دفع إلى شخص مالا يقضي به دينه يقال إنه قضى دينه ودفع عوض دينه وعليه تحمل الرواية وكلام النهاية وغيرها في (الدروس) إنه يقضي نفقة الزوجة استدانها أم لا أذن في الاستدانة أم لا ولا يقضي نفقة الأقارب مطلقاً إلا مع أذنه أو أذن الحاكم ونحوه ما في حواشي الكتاب (قلت) وجه الفرق إن نفقة الزوج حق مالي كالعوض اللازم في المعاوضة ونفقة الأقارب إنما وجبت على طريق المساوات وسد الخلق لا للملك فلا تستقر في الذمة وإنما يأتم بتركها وتمام الكلام في باب النكاح ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا تصح المضاربة بالدين قبل قبضه لأن تعيينه بقبضه ﴾ قال في (التذكرة) في باب المضاربة لا يجوز القراض على الدين ولا نعلم فيه خلافاً قال ابن المنذر أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم أنه لا يجوز أن يجعل الرجل ديناً له مضاربة انتهى وفي (السرائر) وظاهر (المختلف) الإجماع على منع جعل الدين مضاربة ذكره في أثناء كلامهما (كلامهما) في بيع الدين والحكم صرح في (النهاية) وأكثر من تأخر عنها وفي الخبر القوي الذي رواه السكوني في رجل له على رجل مال فقاضاه ولا يكون عنده ما يقضيه فيقول هو عندك مضاربة قال لا يصح حتى يقضيه وأشار بقوله لأن تعيينه بقبضه إلى جواب ما علمه يقال من إن الثابت في الذمة مقبوض لمن هو في ذمته كما صرحوا به في السلم والصرف فلم لا يكون مقبوضاً هنا والمضار به شرطها القبض وحاصل الجواب إن المضاربة شرطها تشخيص المال وتعيينه والدين قبل قبضه لا يتشخص فأتى شرط المضاربة ﴿ قوله ﴾ ﴿ فإن فعل فالربح بأجمعه للمدينون إن كان هو العامل ﴾ كما في التذكرة في موضعين منها والكتاب في باب المضاربة (والدروس وحواشي الكتاب) وموضعين من (جامع المقاصد والمسالك) لما عرفت من أن ذلك لا يقضي بتعيين الدين لكونه إلى الآن في يد المدين ولم يجعله وكلاً في التبيين (القبض) فيكون الدين باقياً في الذمة وتية القراض لا أثر لها في الشراء بملكه قال في (التذكرة) وكذا إذا اشترى القراض في الذمة ودفع المال لأن المأذون فيه هو الشراء لينقد فيه مال القراض وقد تقرر أن المال الذي في يده له فإذا اشترى وقع الشراء له (وقد يقال) لم لا يكون الشراء فضولاً أو يتوقف على الإجازة لأنه نواه العقود بالتقصود ﴿ قوله ﴾ ﴿ والا فللمالك

وعليه الاجرة ويصح بيع الدين على من هو عليه وعلى غيره (متن)

وعليه الاجره ﴿ أي وان لم يكن المديون هو العامل بل كان العامل ثالثا فالرجح للمالك وقد قيد في (الدروس وحواشي الكتاب وجامع المقاصد) بما اذا اشترى بالعين واجاز المالك لبطلان الاذن السابق بفساد المضاربة قالا واذا اشترى في الذمه فالرجح للعامل وعليه الاثم والضمين وينبغي ان يقيد بما اذا نوى الشراء لنفسه وفي (حواشي الكتاب) في الفرق بين كون العامل المديون أو غيره نظر وكذا في اختصاص المالك بالرجح اذا كان العامل غير المديون لان القراض فاسد فيفسد ما تضمنه من الاذن في القبض وانت قد عرفت الفرق من ان العامل اذا كان هو المديون لم يتعين المال للمالك بخلاف ماذا قبضه الثالث فانه وكيل المالك في قبض الدين فيتعين بتعيين المديون وقبض الوكيل وما الفساد مخصوص بما اذا كانت تلك الامور المتضمنة من توابع العقود الفاسدة ولو ازمها اما اذا اقتضى اللفظ مضاربة ووكالة لاشتماله على الاذن في التصرف فان فساد المضاربة لا يقتضي فساد الوكالة كما لو باعه وأجره في عقد واحد واختلت بعض شروط البيع فان الاجاره صحيحة وان فسد البيع كما نبه على ذلك الكوكبي في (جامع المقاصد) قد تحصل ان الذي يفسد بفساد المضاربة انما هو الاذن في المضاربة لا الاذن في القبض لانه بمنزلة الوكيل بالنسبة الى قبض المال والمضارب بالنسبة الى العمل فيسقط متعلق المضاربة خاصة (وقد يقال) ان المضاربة الفاسدة ان اقتضت في الثالث الاجنبي وكذا في القبض خارجة عن حقيقتها فلنكن في المديون كذلك فكيف يفرق بينه وبين الثالث لان المفروض في المقامين افرار المال وعزله والشراء به وحينئذ فالمضاربة الفاسدة ان كانت بجامعة للوكالة في تعيين المال فهي واقعة في الموضوعين والا فلا ثم ان كون الاذن في القبض خارجا عن مقتضيات المضاربة اول ممنوع بل الظاهر ان بعض لوازمها وتوابعها فينبغي ان يقعها في الفساد (وقد يقال) ان المراد ما اذا كان اللفظ مشتقاً على وكالة ومضاربة كأن يقول خذ ديني من فلان وقد جعلت مضاربة فتأمل جيدا وكيف كان فيحسب يكون الرجح للمالك مع اجازته الشراء بالعين يكون للعامل اجرة المثل كما هو مقتضى المضاربة الفاسدة ﴿ قوله ﴾ (يصح بيع الدين على من هو عليه وعلى غيره) قد تقدم الكلام فيه في باب السلم وقال أيضاً في المقام في (المختلف) يجوز بيع الدين وهو مذهب علمائنا ولا فرق بين يبعه على من هو عليه ولا على غيره وفي (اللمعة والروضة) انه المشهور ونسبه في (المبسوط) الى رواية اصحابنا وفي (السرائر) ان اجماعهم منعتهم بغير خلاف على صحة بيع الدين وامضائه واخبارهم على ذلك وكذلك اقوالهم وتصنيفاتهم ومطوراتهم وفتاواهم الا انه خصه بيبعه على من هو عليه كما ستسمع والمراد بعد الحلول بما هو حاضر وأما قبله فاستمع الكلام فيه والمخالف فيما نحن فيه ابن ادريس فمنع من يبعه على غيره من هو عليه استنادا الى دليل قاصر وتقسيم غير حاضر وقد قل كلامه في (المختلف) بربطه على طوله وبالغ في رده وقد رماه جماعة بالضعف للاصل والعمومات السالمة عن المعارض الا ما يظهر من (السرائر) من دعوى الاجماع الموهون بمصيرهم الى خلافه وأما يبعه قبل الاجل ففي (السرائر) ان كان مؤجلا لا يجوز يبعه على من هو عليه بلا خلاف ولبزم عليه بطريق الاولوية تحريمه على غيره وفي (التبتيح) ان المشهور ان الدين لا يجوز يبعه قبل حواله مطلقا وهو ظاهر جماعة كالمحقق في (الشرائع والنافع) والمصنف في (الارشاد) وما يأتي من الكتاب وغيرها وصرح آخرون منهم

فيجب على المدينون دفع الجميع الى المشتري وان كان الثمن أقل على رأي (مثن)

المصنف في (التحرير) والشهيد في (الدروس) والجواز خيرة جماعة كالمصنف في (التذكرة والمختلف) والشهيد في (اللمعة والروضة) وصاحب ايضاح النافع والمقدس الاردبيلي والمولى الخراساني ومال اليه في (المسالك) وكان المحقق الثاني متردد وقد نص أكثر هؤلاء على ان ذلك أي الجواز إنما هو فيما اذا باعه بلحال لا بالمؤجل وفي (الروضة) مال الى جوازه بالمؤجل أيضا وكذلك المقدس الاردبيلي وقواه صاحب (ايضاح النافع) ولقد ضبط صاحب (غاية المرام) في المقام ففوق خطه ولعل مستند المسانعين بعد الاجماع الظاهر من (السرائر) المعتضد بشهرة (التنقيح) اجماعهم على عدم جواز بيع السلم قبل حلوله وهو محكي في (كشف الرموز والتنقيح وظاهر الغنية وجامع المقاصد ومجمع البرهان والسكافية) كما بينا ذلك كله وقلنا ان المخالف صاحب (الوسيلة) في ظاهره وبعض من تأخر ممن ندر مستندا الى انه حق مالي فيجوز بيعه ولا ينافيه عدم استحقاق المشتري له لتعلق ذلك بالمطالبة دون المالكية الى آخر ما بيناه هناك وقد يضاف بأن ذلك مبني على حصول الملكية وهي محل مناقشة اذ هي فرع الانتقال وهو مشروط باقتضاء المدة فصرف الاستحقاق المنقذ الى المطالبة خاصة دون الملكية لا وجه له لظهور اشتراطها باقتضاء المدوة وفيه نظر ظاهر فالمدار على الاجماع وحينئذ فيتجه للقائل بالجواز ان يقول ان الاجماع مقفود فيما نحن فيه فيبقى الاصل والعمومات سالمة عن المعارض (ثم) ان سلطنا عدم انتقال المال المسلم فيه حين العقد (قلنا) ان الملكية حاصلة فيما نحن فيه بمجرد السبب غاية الامر توقف المطالبة على اقتضاء الاجل كما في مهر الزوجة ولذا اطبقوا على المنع في السلف واختلفوا هنا فقد ظهر ما يحتاج به لسكل من القولين ووجه جوازه بالمؤجل يتوقف على بيان المراد من الدين في بيع الدين بالدين الذي نهي عنه في خبر ملحة وانقد الاجماع عليه هل هو ما كان دينا قبل العقد كما هو ظاهر جماعة فيخص بذلك أو يشمل ما صار دينا بسبب العقد وان لم يكن دينا وقد تقدم منا بيان ذلك في أول المقصد الرابع في أنواع البيع وقلنا هناك ان المشهور الثاني وفي باب السلف ظهر لنا انه محل اجماع لان المسلم فيه ليس بدين حال العقد وإنما يصير دينا بهمع ان ظاهرهم الاجماع كما هو صريح (جامع المقاصد) على انه من بيع الدين المهني عنه لو كان الثمن دينا كما أوضحنا ذلك فيما سلف وقد تقدم في أول هذا الباب أي باب الدين عن (الوسيلة وجامع الشرايع) ما قد يدل على ذلك وتقدم في باب الصرف ماله فنع نام في المقام ونتمام الكلام يأتي قريبا عند تعرض المصنف له عند قوله ولا يصح بيع الدين بدين آخر ﴿ قوله ﴾ (فيجب على المدينون دفع الجميع الى المشتري وان كان الثمن أقل على رأي) قاله المتأخرون كما في (الموسوس والمهذب البارع) وهو المشهور كما في (مجمع البرهان) وعليه لا أكثر كما في (الايضاح وجامع المقاصد) وهو الموافق للقوانين كما قاله جماعة وفي (غاية المرام) انه لا خلاف في جواز بيع الدين بأقل من قيمته مع علم البائع بالقيمة انتهى فأملا (١) وهو خيرة (السرائر) اذا صح البيع (والتحرير والتذكرة والارشاد والمختلف والايضاح وشرح الارشاد لفخر الاسلام والتنقيح والمقتصر وغاية المرام وجامع المقاصد والمبسيه والمسالك والروضة ومجمع البرهان والسكافية) وقال الشيخ في (النهاية) من باع الدين بأقل

(١) وكأنه نقل عبارة السرائر غير متامل فيها (منه قدس سره)

بما له على المدين لم يلزم المدين أكثر مما وزن المشتري من المال وحكي ذلك عن القاضي وقد مال
 إليه على الظاهر المحقق في (الشرائع) والشهد في (اللمعة وغاية المراد) وصاحب (إيضاح النافع) وفي
 (الدروس) لا معارض للخبر وتردد في (النافع) كما هو ظاهر تلميذه في شرحه واستندوا إلى ما رواه الكليني
 والشيخ عن محمد بن الفضيل عن أبي حمزة (قال) سئلت أبا جعفر عليه السلام عن رجل كان
 لرجل عليه دين فجاء رجل فاشترى منه بمرض ثم انطلق إلى الذي عليه الدين فقال له اعطني ما لفلان
 عليك فاني قد اشتريته منه كيف يكون القضاء في ذلك قال أبو جعفر عليه السلام يرد عليه الرجل
 الذي عليه الدين ماله الذي اشتري به من الرجل الذي له الدين وعن محمد بن الفضل (قال) قلت للرضا
 عليه السلام رجل اشترى ديناً على رجل ثم ذهب إلى صاحب الدين فقال له ادفع لي ما لفلان عليك
 قد اشتريته منه قال يدفع إليه قيمة ما دفع إلى صاحب الدين ويرى الذي عليه المال من جميع ما بقي
 عليه وهما على اضطراب فيها لأن محمداً روى هذا المضمون تارة عن الامام عليه السلام وتارة عن أبي
 حمزة وقصور سندهما وعدم الجابر مخالفان للقواعد مع ان الأولى غير صريحة في المطلوب بل قيل ولا
 ظاهرة فيه ولهذا أغفلها جماعة ولا وجه لما في الثانية من برائة ذمة المديون من الباقي وقد بالغ في
 (السرائر) في ردّها وقد حملنا على ارادة الضمان من البيع مجازاً لشبهه به في المعاوضة أو فساد البيع للربا
 وغيره فيكون الدفع مأذوناً فيه من البائع في مقابلة ما دفع ويبقى الباقي للمالكه ويكون المراد ببرائة المدين
 البرائة من حق المشتري لا مطلقاً أو تحصل على ان البائع شرط على المشتري ابراء المديون من الزائد
 أو اشتراط أخذ قيمة المدفوع ثمناً لا غير ووبما حملنا على كون المدفوع مساوياً لكنه لا يجري في الثانية
 إلى غير ذلك من التوجيهات (وقد) يناقش في الحلبيين الاولين بأن لفظ الشراء لا يستعمل في الضمان
 حقيقة ولا مجازاً على انه ضمان من دون اذنه واضمار الاذن ولم يجز له ذكر بعيد ويدفع فساد البيع قوله
 عليه السلام ويرى من جميع ما بقي عليه فإن ظاهره مطلق البرائة والحل على البرائة من المشتري
 خاصة بعيد جداً إذ ليس له عليه شيء وكيف يلزمه الدفع بحكم العقد الفاسد فإن المشتري العالم بالفساد
 ادري بغير اذنه فليس له الرجوع عليه وان كان جاهلاً كان له الرجوع على البائع لكن التأويل وان بعد خبر
 من الطرح كما عليه جماعة وقد استظهر فخر الاسلام من كلام الشيخ أن المديون يبرء من الباقي برائة
 تابعة لصحة البيع ولزومه فلو عرض له البطلان يرد لعب أو خيار أو غير ذلك عادت الزيادة هذا وقد قال
 جماعة انه لا بد من رعاية السلامة من الربا لو كانا ربويين ورعاية شروط الصرف لو كانا من الائمان
 ويبقى الكلام في تصوير الاخير ولو وقع صلحا فإن كان مما يجري فيه الربا اغتفر الثاني والاغتفر معا وقد
 تقدم الكلام فيه في باب الربا ولو كان ثمن مساوياً أو ازيد كان يكون الدين مائة فيبيعه بثوب مساوياً لثمنه
 أو زائداً عليها قيمة صح اجاباً كما في (شرح الارشاد وحواشي الكتاب) وفي (السرائر) بعد ان قل كلام
 النهاية وقد سمعته قال قول الشيخ ظريف عجب تضحك منه الشكلى وهو انه اذا كان الدين
 ذهباً فكيف يجوز ان يبيعه بذهب أقل منه وان كان فضة كيف يجوز ان يبيعه بفضة أقل منه
 وان كان ذهباً فباعه بفضة أو فضة فباعه بذهب كيف يجوز انفصالهما من مجلس البيع الا
 بعد أن يتقابضا إلى آخر ما قال ورده في (المختلف) بأن الشيخ لم يبحر هو ولا غيره الدين في
 التهود بل يجوز أن يكون ذهباً وفضة وغيرها من الاقشة والامتنعة ثم لم يبحر ببيع الدين بالتهود
 ولا أوجبوا أن يكون الثمن من الذهب والفضة حتى يتعجب من ذلك ويظهر للعامة قلة ادراكه

ولو باع الذمي على مثله خمرآ أو خنزيراً جاز أخذ الثمن في الجزية والدين ولو كان البائع مسلماً لم يحمل (متن)

وعدم تحصيله وسوء أذبه ومواجهته مثل هذا الشيخ المعظم الذي هو رأس المذهب والمستخرج للمعاني من كلام الأئمة عليهم أفضل الصلوة والسلام الى آخر ما قال قلت لعل ابن ادریس نظر الى ان الدين ان كان من غير الأمان لا تتقدر فيه الاكثرية والاقلية الا أن قول انهما تتقدران بالنسبة الى القيمة وعلى كل حال فلا وجه لمواجهته لشيخ الطائفة وامامها بهذا الكلام (فرع) ولو كان على الدين رهن انتقل الى المشتري تبعاً للدين نص عليه فخر الاسلام في (الايضاح) في باب الكفالة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو باع الذمي على مثله خمرآ أو خنزيراً جاز أخذ الثمن في الجزية والدين ﴾ اما جواز أخذ الثمن المذكور من الذمي في الدين فقد صرح به في (المبسوط) في باب الرهن (والسراير والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والمختلف والارشاد واللمعة والروضة والمسالك ومجمع البرهان والكفاية) وغيرها وهو ظاهر الباقي وان تفاوتوا في الظهور وعليه يحمل قوله في (النهاية) من شاهد مدينا قد باع ما لا يحمل للمسلم تملكه من خمر أو خنزير أو غيرها وأخذ ثمنه جاز أن يأخذه منه ويكون حلالاً له بأن يكون المراد من المدين الذمي وفي أكثر ما ذكر صرح بأنه يجوز أخذ الثمن وان شاهده المسلم كما في الاخبار فيحتمل ان يحمل على انه كان يبيع في بيته أو نحوه من الاماكن المستورة فيطلع عليه المدين أو يحمل على أن لا يكون الشر مشروطاً عليه في الذمة فليتأمل لان جماعة قيدوا الحكم بما اذا كان مستتراً كما هو مقتضى الشرع قالوا فلو تظاهر به لم يميز ثلث لانه حينئذ في حكم الحربي عند الاصحاب ومن ثم قيدوا بالذمي لان الحربي لا يقر على شيء من ذلك فلا يجوز تناوله منه اقتصاراً فيما خالف الاصل الدال على تحريم ثمن هذه على المسلم مطلقاً على المتيقن وليس الا الذمي ولاختصاص النصوص به تصريحاً في بعض وظهوراً في بعض آخر بحكم التلبه والتبادر لتدور وجود الحربي في بلاد الاسلام التي هي مورد الاخبار ودليل المسئلة ان له عليه ديناً فيكون في ذمته فيجوز أخذه من كل ماله وظاهر (مجمع البرهان والرياض) انه اجماعي وهو كذلك لانا لم نجد مخالفاً مضافاً الى أخبار الباب كخبر منصور قال قلت لابي عبدالله عليه السلام لي على رجل ذمي دراهم فبيع الخمر والخنزير وأنا حاضر فيحل لي أن آخذها فقال انما لك عليه دراهم فقتضائك دراهمك واحتمال عدم العلم بكون ذلك المدفوع ثمن الخمر كما في (مجمع البرهان) من البعيد جداً ومثله صحيح محمد بن مسلم المروي في (الكافي والتهذيب) عن ابن جعفر عليه السلام ورواه الشيخ في (التهذيب) بسند آخر عن داود ابن سرحان في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل كان له على رجل دراهم فباع خمرآ أو خنزيراً وهو ينظر اليه قضاء قال لا بأس اما للمقتضي لخلال واما للبائع فحرام ونحوه صحيحه زراره المروية في (الكافي) وخبر محمد بن يحيى الخثعمي وخبر أبي بصير واطلاق هذه الروايات الاربع وان شمل المسلم الا ان الظاهر بحكم التبادر والغالب هو الذمي دون المسلم لعدم اعتياده لبيع هذه الاشياء في بلاد الاسلام التي هي مورد الروايات وعلى تقدير الشمول يجب تخصيصها بغيرها من الاخبار المتضافرة بتحريم بيع الخمر والخنزير وان ذلك من السحت وعدم تملكه لثمنها وفساد بيعه لهما فكيف يجوز اقتضاء مالا يملكه ويكون باقياً على ملك المشتري ويجب رده عليه أو التصديق به عنه مع جهله

ولا يصح قسمة الدين فلو اقتسماها في الذم كان الحاصل لهما والتالف منهما نعم لو أحال كل منهما صاحبه بحصته وقيل المدينان صح (متن)

به وعلى ذلك تحمل حسنة محمد بن مسلم في رجل ترك غلاما له في كرم له يبيعه عبدا أو عصيرا فأطلق الغلام فعصر خمرًا ثم باعه قال لا يصلح ثمنه الى أن قال ثم قال أبو عبد الله عليه السلام ان أفضل خصال هذه التي باعها الغلام أن يتصدق بثمنها ومثله رواية أبي أيوب الخزاز فتحملان على عدم معرفة المشعري أو عدم إمكان تحصيله مضافا الى نحوى رواية ابن أبي نجران الصحيحة اليه عن مولانا الرضا عليه السلام عن نصراني أسلم وعنده خمر وخنزير وعليه دين هل يبيع خمره وخنزيره قال لا فان تحريم قضاء الدين من أثمانها عليه بعد اسلامه يستلزم تحريم الاقتضاء على المسلم الاصلى بطريق أولى وأما مقطوعة يونس في مجوسى باع خمرًا وخنزير الى أجل مسمى ثم أسلم قبل أن يحل المال قال له دراهمه وقال ان أسلم رجل وله خمر وخنزير ثم مات وهي في ملكه وعليه دين قال يبيع دينه او ولي له غير مسلم خمره وخنزيره فيقضي دينه وليس له أن يبيعه وهو حي ولا يمسه وهذه قد أفنى بها في (النهاية) على ما قبل إذ لم أجد ذلك فيها وأعرض عنها الاصحاب ورموها بالضعف بل قال في (كشف الرموز) ان أطراح مثل هذه الرواية أولى من اثباتها لثلاث بطلانها قتل الكتاب ونقل المحقق في (النافع) لم يصادف الواقع لان الشيخ قال وعليه دين على ما حكى عنه ولهذا قال في (التنقيح) لان القائل ثم قال ان العمل بالرواية باطل لان المسمى ان خرج عن ملك الذمى باسلامه لا يجوز بيعه حيا وميتا بنفسه ولا بوكيله والاجاز يبيعه بنفسه لكنه باطل اجماعا فهذه أخبار الباب وبما حرره في بيانها يندفع اشكال المقدس الاردبيلي واشكال المولى الخراساني قال في (مجمع البرهان) ان الاخبار مختلفة بحيث يشكل الجمع بينها وانطباقها على القوانين وقال في (الكفاية) قال بعضهم لو كان البائع مسلما لم يجز وهو مناف لا ملاق أخبار كثيرة فالحكم به مشكل وأنت قد عرفت الحال والعرض الذي أشار اليه هو الشيخ في رهن (المبسوط) وابن ادريس في (السرائر) والمحقق في (الشرائع) والمصنف في (الكتاب والتذكرة) والتحرير والمختلف (وقد يلوح من (السرائر) والمختلف) انه اجماعى واما جواز أخذ الجزية من ثمن خمرهم وخنزيرهم كما صرح به المصنف في (الكتاب والتذكرة) فهو صريح صحيح محمد بن مسلم ورواه الصدوق في (المقنع) على ما قبل

قوله ﴿ ولا يصح قسمة الدين فلو اقتسما ما في الذم كان الحاصل لهما والتالف منهما ﴾ كما في (النهاية) والمختلف والمبسوط) على ما حكى عنه (والجواهر القاضية والوسيلة والغنية والسرائر) في باب لدين (وجامع الشرائع والشرائع والنافع والتذكرة) في موضعين (والارشاد والدروس والعمدة وحواشي الكتاب والتنقيح) وهو ظاهرا أكثر الباقيين وحكاة في (المختلف) عن أبي علي وأبي الصلاح اتقى وفي (ابصاح النافع) انه أظهر وفي (الغنية) الاجماع عليه وفي (الكفاية) أن المعروف بين الاصحاب أنه لا يصح قسمة الدين وفي (الروضة ومجمع البرهان) أنه المشهور واذا لم تصح قسمته كان الحاصل لهما والتالف منهما وقد حكيت على كون الحاصل لهما والتالف منهما الشهرة أيضا في شركة التذكرة ودين مجمع البرهان أيضا ونسبه في (التنقيح) الى الشيخ وأتباعه وفي (الرياض) تارة أنه الأشهر وأخرى أن الشهرة عظيمة فتأمل ومحل النزاع ما اذا كان بين اثنين فصاعدا دين بسبب واحد اما عقد أو ميراث أو استهلاك أو اتلاف أو غير ذلك كما ذكر ذلك في شركة (التذكرة) وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والكفاية والمقنع) وقد

صرح في باب الشركة (في النهاية والخلاف والمبسوط والوسيلة والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والمختلف وشرح الارشاد للفخر وجامع المقاصد والروض والكفاية) وغيرها بأنه لو باع الشريكان سلعة صفة ثم استوفى أحدهما شيئاً شاركه الآخر فيه وقد حكى عن القاضي وصرح في شركة (الكافي والغنية وجامع الشرائع وجمع البرهان والكفاية والمفاتيح) بأنه لا تصح قسمة الدين وقضيته كما هو صريح بعضها أن الحاصل لهما والثالث عليهما وقد حكى في شركة (الخلاف) إجماع الفرقة وأخبارهم على ما حكيناه عنه وفي شركة (الغنية) أيضاً الإجماع على ما حكيناه عنها وقد حكيت الشهرة في شركة (جامع المقاصد والمسالك وجمع البرهان) كل على ما حكيناه عنه وفي (الكفاية) نسبته إلى الأكثر بل في (جمع البرهان) أيضاً كأنه لا خلاف فيه إلا من ابن ادریس وروى الشيخ في الصحيح عن سليمان بن خالد قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلين كان لهما مال بأيديهما ومنه متفرق عنهما فاقسما بالسوية ما كان في أيديهما وما كان غائباً عنهما فهلك نصيب أحدهما مما كان غائباً واستوفى الآخر عليه أن يرد على صاحبه قال نعم ما يذهب بماله ورواه الصدوق بإسناده عن ابن مسكان عن سليمان بن خالد مثله وروى في (التهذيب) عن عبد الله بن سنان في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام قال سألت عن رجلين بينهما مال منه دين ومنه عين فاقسما العين والدين فقوى الذي كان لأحدهما أو بعضه وخرج الذي للآخر يرد على صاحبه قال نعم ما يذهب بماله وروى في (التهذيب) عن أبي حمزة قال سئل أبو جعفر عليه السلام عن رجلين بينهما مال منه بأيديهما ومنه غائب فاقسما الذي بأيديهما وأحال كل واحد منهما بنصيبه من الغائب فاقضى أحدهما ولم يقضى الآخر قال ما يقضى أحدهما فبؤ بينهما وما يذهب بماله ورواه أيضاً بسند آخر في الموثق عن محمد بن مسلم مثله ورواه بسند آخر عن معاوية بن عمار ورواه في (التهذيب) والتهذيب عن أبي جعفر عن أبيه (أبانه خ ل) عن علي عليه السلام في رجلين بينهما مال بأيديهما ومنه غائب فاقسما الذي بأيديهما وأحال كل واحد منهما بنصيبه من الغائب فاقضى أحدهما ولم يقضى الآخر قال ما يقضى أحدهما فبؤ بينهما وما يذهب بماله وقصور السند فيما عدى الصحيح منجبر بالشهرة المعلوم والمثبوتة والإجماع المحكي وبعض الوجوه الاعتبارية من أن المال مشترك فإن التقدير ذلك فلا يختص به القابض ولا دليل على لزوم القسمة في مثل ذلك مع أن الأصل عدمه وظاهر (جمع البرهان) بل صريحه أنه لم يقف إلا على رواية غيبات قل ومستندهم رواية غيبات إلى أن قال والمستند غير معتبر لوجود غيبات وقد نسب جماعة الخلاف في المسئلة لابن ادریس مطلقين والموجود في دين (السراير) مانصه وإذا كان الشريكان لهما مال على الناس فاقسما واختار كل واحد منهما شيئاً منه ثم قبض أحدهما ولم يقبض الآخر كان الذي قبضه أحدهما بينهما على ما يقتضيه أصل شركتهما وما بقي على الناس إضامته ذلك لأن المال الذي في ذم الغرماء من الديون غير مقسوم فهو شركة بعد لأن ما في الذم غير مقبوض ولا يتعين حتى تصح قسمة فلاجل ذلك مباحصل منه شيء يكون بينهما على ما يقتضيه أصل شركتهما انتهى فكلامه هنا نص صريح في موافقة المشهور كما حكيناه عنه آفاً (سابقاً ل) وقال في شركة (السراير) فيما إذا كان بينهما شيء فباعه بشئ معلوم أن الشيخ قال أنه إذا أخذ أحدهما حقه من المشتري شاركه الآخر ورده بما حصله أن مقتضى الأصول أن لكل منهما أن يقبض حقه ولا يشاركه الآخر وقال ما ذهب إلى ذلك سوى شيخنا أبي جعفر ومن قبله وتابعه وقال أن المفيد المرتضى ما تعرض للمسئلة إلى آخر ما قال كما ستسمعه ثم قال أن الوارد في المقام ثلثة أخبار أحدها مرسل ولو سلم الخبر أن الخبران تسليم جدل لملئناهما على أن المال الذي

هو الدين كان على رجلين فاخذ احد الشركين جميع ما على أحد الفريقين قالوا اجب عليه هاهنا ان يقاسم شريكه على نصف ما اخذه منه لانه اخذ ما يستحقه هو وشريكه فهذا وجه صحيح فيحمل الخبران عليه ان احسن الظن برواتهما هذا محصل ما ذكره وحاصله ان قوله عليه السلام ما اقتضى أحدهما فهو بينهما لا صراحة فيه لان المقتضي لم يصرح فيه بكونه مجموع الدين أو حصص المقتضي فقط ودلالاتها على المطلوب متوقفة على ارادة الامر الثاني والنظ بمحمل الامرين (ويرد) عليه ان ما الواقعة في الجواب للعموم وكذا ترك الاستفصال في حكاية الحال المحتملة يقتضيه أيضاً (واما) خبر قرب الاسناد عن رجلين اشترك في السلم ايضاح لما أن يقتضا قبل أن يقبضا قال لا بأس فيحمل على الصحة دون اللزوم كما اننا حملنا الاخبار السابقة على عدم اللزوم أو يحمل الخبر المذكور على ما اذا اصطالحا على ما في الذم أو نحو ذلك جمعاً بين الاخبار كما سبأني فاندفع الاشكال عن صاحب الكفاية وفي (المختلف وايضاح النافع والمسالك) أن قول ابن ادريس لا يخلو عن قوة وفي (جامع المقاصد) انه قوي متين وميل اليه في (مجمع البرهان والمفاتيح) وكأنه في المفاتيح مستشكل (ثم خ) قال في (السرائر) كما اشترنا اليه آفا انه لم يذهب الى ذلك الا الشيخ في (النهاية) ومن تابعه وان المفيد وعلم الهدى لم يتعرضا للمسئلة وان أحدا من المتقدمين ما وضعها في تصنف له ولا ذكرها أحد من القميين وأنت قد عرفت أن الشيخ ذكرها في (النهاية) وغيرها وان من تقدم عليه كابي علي ومن عاصره صرح بذلك بل هو في كتاب الدين صرح بذلك وكأنه نسي ذلك الا أن تدعي الفرق بين المقامين فنقول انه يوافق المشهور فيما اذا اقتضا وكان الدين على متعددين ولا كذلك ما اذا كان الدين على واحد قلت كلامه وتعليقه في باب الدين يعطي عدم الفرق ثم ماذا تقول فيما اذا كان لها على شخص فبخر حنطه وعشرون درهما فاقبضا ذلك فكانت الحنطة لواحد والدرهم لآخر فاستوفى أحدهما ولم يستوفى الآخر والحاصل أن تكليف الفرق لا يكاد يتم وقوله ولا ذكرها أحد من القميين فيه ان غير اتميين من الاجلاء العظام قد روي المسئلة كما عرفت وكم من حكم ما لم به القميين ثم ان الصدوق روى خبر غياث فيكون عاملاً به على ما قاله في أول كتابه وقد رواه أيضاً محمد بن علي بن محبوب وهو قمي وقد روى خبر ابي حمزة شيخ القميين ورئيسهم وهو احمد بن عيسى ثم ان طريق الصدوق الى غياث فيه أبوه وسعد وأحمد وكلهم قميون فكيف يقول ولا ذكرها أحد من القميين وقد احتج في شركة (السرائر) على منخاره بأن لكل واحد منهما ان يبره الغريم من حقه وبهيه ويصالح على شيء منه دون الآخر ومضى ابرئ بره من حقه وان بقي حق الآخر وكذا اذا صالح عليه فكما لا يشارك من وهب وصالح المستوفي الآخر كذلك لا يشاركه هو ان استوفى ولان متعلق الشركة بينهما كان هو العين وقد ذهبت ولم يبق عوضها الا الدين في ذمته فاذا أخذ أحدهما حقه منه لم يكن قد أخذ عبثاً من أعيان الشركة بل من امر كلي في الذمة لا يتعين الا قبض المالك أو وكيله وهنا ليس كذلك لانه انما قبض نفسه ولم يقبض لشريكه بالوكالة وأنت خير بضعف الملازمة السابقة كما رماها بذلك جماعة واطال في بيانه في (المختلف) وحاصله الفرق بين استقام الحق وقبضه واما دليله الثاني فقد ايده المحقق الثاني والشهيد الثاني بوجوه خمسة كلها غير وجهة وان قال في (جامع المقاصد) أن بعضها في غاية المتانة والقوة وان الروايات لا تقاومها وذلك لعدم تحقيق المقام لانها انما توجه لو جعلنا حق الشريك متعيناً في القبول على جهة الشركة والامر عند القائل به ليس كذلك لانهم أجمعوا هنا على انه لصاحب الدين أن يطالب به

منفردا لان الاصل في مستحق الدين ان يتسلط على تحصيله واجمعوا على أن الشريك اذا لم يختار
 مشاركته يختص بما قبض وحينئذ فاذا قبضه المديون شيئا معينا من ماله فقد تراضى هو والقابض على
 حصر بعض هذا الامر الكلي الثابت في الذمة في الفرد المقبوض والحال ان مافي الذمة وهو الامر الكلي
 مشترك بين الشريكين فالشريك الآخر اجازة هذا التخصيص في الفرد المعين فيشاركه فيه وان
 لا يميزه فيطالب المديون بحقه لان حق التعيين لا يتم الا برضاه وحينئذ فيتعين المعين أولا فقبضه
 وهذا هو الوجه في تخصيصهم له بين المشاركة ومطالبة المديون بحقه فعلى هذا لو اشترى بما قبضه شيئا
 وقف البيع على اجازة شريكه بمقدار حقه (فن قيل) اذا كان تعيين الكلي متوقفا على رضا الشريكين
 فيجب أن يطلع حق الشريك القابض من المقروض أيضا لان الكلي لم يصح حصره في المعين بسبب
 عدم رضى الشريك فكيف يتعين بالنسبة الى واحد دون واحد مع استحالة الترجيح بغير مرجح
 (ونجاب) بأن المرجح موجود هنا وهو أن القابض قد رضي بتعيين حقه أجمع في المعين لكنه كان موقوفا
 على عدم اختيار الشريك مشاركته والحال انه ليس بمجموع مافي الذمة حتى يحكم بطلانه بسبب نعلق
 حق الشريك بالتعيين وانما هو بقدر حقه فاذا لم يتخير الشريك مشاركته فيه انحصر حقه فيه لتقدمه على
 ذلك في ابتداء القبض وانما توقف على امر وقد حصل وبقي التقدير الآخر باقيا في ذمة المديون للشريك ومن
 هنا وجب على الغريم الدفع اليه لانه يتقدر حقه وامر به بوزول الى انحصاره فيه أو فيه وفي شريكه وكلاهما يجب
 الدفع اليه والشريك وان لم يجب الدفع اليه قبل المطالبة الا ان هذا المدفوع لم يجب دفعه لاجله بل لاجل
 الشريك المطالب والحاصل ان الحق لما كان قد تعين باختيار المالك وقبض الغريم وانما كان موقوفا على
 أمر الشريك فاذا لم يرض به تحقق شرط التعيين للقابض واستقر ملكه على المقبوض وبهذا تندفع
 الامور الحسنة ويظهر أن ليس فيها من القوة شيء كما ظنه جماعة كما عرفت وستسمع هذه الوجوه فهذا
 المقبوض على المذهب المشهور نصفه يكون ملكا للقابض تماما لتعيينه له على التقديرين بل على التوطين
 قماره قبل اختيار الشريك له وتلفه عليه واما النصف الآخر فهو مقبوض بيده لنفسه قبضا
 منزولا مراعى باختيار الشريك الرجوع بحصته على المديون فيتم أو على مشاركة فينتقل ملكه اليه
 فان اختار الرجوع على المديون تبين ملك القابض له بالقبض وتبعه التمام وان اختار أخذه ملكه على
 الظاهر من حين قبض شريكه لانه يكون بمنزلة عقد الفضول واما تلفه قبل اختيار الشريك فهو من
 القابض على التقديرين لتقدمه على ضمانه ولعموم على اليد ما اخذت حتى تؤدي وقد بين ذلك كله
 في (المسالك) لكنه بعد ذلك قل ان قول ابن ادریس لا يخلو من قوة كما ستسمع وقد حاول هذا
 التحرير صاحب (التفتيح) ولم ينتج به في كلامه مجالا مشكلا ونحوه مافي شركة (التذكرة) والوجوه التي
 ايدوا بها كلام ابن ادریس (اولها) انه ان وجب الاداء بالمطالبة بحقه وجب أن لا يكون للشريك فيه
 حق وقد عرفت الحال في هذا آفا (الثاني) انه لو كان للشريك في المدفوع حق لزم وجه قبض وهو تسلط
 الشخص على مال غيره بغير اذنه وقد عرفت أن حق الشريك غير متعين على جهة الشركة بل جعلناه
 بخيرا فلا قبض (الثالث) انه لو كان كذلك لوجب أن يبرء الغريم من مقداره حقه من المدفوع
 لاستحالة بقاء الدين في الذمة مع صحة قبض عوضه وجوابه يعرف مما مر (الرابع) انه لو نهاه
 الشريك عن قبض حقه فان تمكن من المطالبة بحصته وجب أن لا يكون للشريك فيها حق والا
 امتنع أخذ حقه بمنع الشريك (والجواب) انك قد عرفت أن ليس للشريك حق متعين على جهة

ولا يصح بيع الدين بدين آخر ولا يبعه نسيئة ولو كان الثمن والمثمن من الربويات اشترط
في يبعه بمجنسه التساوي قدراً والمأول (متن)

الشركة فيتمكن من المطالبة بحقه وللشريك الاجازة بعد وان نهاء قبل (الخامس) ان المقبوض اما
أن يكون مالا مشتركاً أولاً فان كان مشتركاً وجب على تقدير تلفه ان يتلف منهما كسائر اموال الشركة
وتبرء ذمة الغريم منه والا لم يكن للشريك فيه حق وقد عرفت أن ليس للشريك حق متعين وان
التلف من القابض لعموم الخبر واقدمه على الضرر وزاد في جامع المقاصد (سادساً) وهو ما اذا ضمن
ضامن لاحد الشرى يكن حصته فانه يصح الضمان لعموم ادلته فيختص بالمال (بأخذ المال خ) المضمون من
الضامن قال وهذا أحد دلائل التمكن من أخذ الحصة منفرداً (وسابعاً) وهو انه لو أجل أحد الشركين
حصته باشرط ذلك في عقد لازم ونحوه جاز قطعاً فان قبض الشريك بعد ذلك لم يرجع شريكه
عليه بشي. لانه لا يستحق شيئاً الآن وتمكنه من تأجيله يقتضي جواز قبض الحصة منفرداً لاستلزامه
تمييز حصته عن حصة الآخر فلو امتنع ذلك امتنع التضمين وهذا هو اللذان دعيا صاحب (المسالك) الى
القول بقوة قول ابن ادريس وهما ليس بشي. لأن الابراء والهبة ويبيع حقه على المدين ومصلحته عنه
وتصلحها على ما في الذم بعضا ببعض وضمان الغير لاحد الشركين وتأجيل أحدهما حصته ونحو ذلك
خارجة عما نحن فيه اذ لا ريب في بقاء حق الشريك وليست كالتبض اذ التمييز الذهني كاف في صحتها
واما في صورة القبض فليس كذلك اذ المال مشترك فان التذير ذلك فاذا دفع الى أحدهما قلنا دفع
عما في ذمته والدفع اتم هو المال المشترك فلا يختص به القابض وما ذكره المصنف في الكتاب
من انه لو احوال كل واحد منهما صاحبه بحصته وقيل المدينان صح قد استشكل فيه في التذكرة ونظر
فيه في التنقيح وفي (الدروس) انه لا اثر له لانه توكيل في المعنى قلت وجملة من اخبار الباب قد
اشير فيها الى ذلك وربما حمل كلام المصنف على سبق الدين كما في (الدروس والحواشي والتنقيح
والمسالك والكفاية) وغيرها وحمل أيضاً في (جامع المقاصد والمسالك والروضه) وغيرها على صحة
الحوالة من البري وذلك في الحوالة الاولى خاصة لانها حوالة ممن ليس في ذمته دين فينبغي على صحتها
ولا يلزم في الثانية لانها تقع ممن كانت ذمته مشغولة بما أخذه في الاولى وليس هو من الحوالة على
البري لانها صحيحة على الاقوى لكان اجماع (السرائر) وعموم الامر بالوفاء وهو المشهور والمخالف الشيخ
في أحد قوليه في (المبسوط) وحينئذ يمكن توجيه بعض اخبار الباب التي تضمنت بظاهرها انها لا اثر لها ونظام
الكلام في المسئلة في باب الشركة فايحظ قوله ﴿ولا يصح بيع الدين بدين آخر ولا يبعه نسيئة﴾
الكلام يقع في مقامات (الاول) بيع الدين المؤجل بعقد آخر والحال انه لم يحل بدين كذلك (الثاني)
ان يكون مؤجلاً بهذا العقد كأن يبيع متاعه مؤجلاً بثمن كذلك (الثالث) بيع الدين المؤجل الذي لم يحل
بمخاضر مشخص مشار اليه (الرابع) بيع دين مؤجل حال بمخاضر مشار اليه (الخامس) بيع دين حال بدين
مؤجل حال (السادس) بيع دين مؤجل حال بمضمون في الذمة حال (السابع) بيع دين مؤجل حال بثمن
مؤجل كان يبيعه نسيئة (الثامن) ما اذا كان لكل منهما دين على الآخر فتبايعا بالدينين (اما الاول)
قد قل الاجماع جماعة على فسادهم وقد فسر بيع الكالي بالكالي المصنف والشهيدان والمتداد والكركي
وغيرهم بما اذا كان العوضان مؤجلين والنهي عن بيع الكالي بالكالي بهذا اللفظ من طرق العامة

والذي في إخبارنا إنما هو التهي عن بيع الدين بالدين كما في رواية طلحة بن زيد وفي (الصحيح) في بيع الدين قال لا يبيعه نسيتاً وأما قدما فليبيعه بما شاء ويظهر من (التذكرة) في مقام آخر أن بيع الكلي بالكلي هو بيع الدين بالدين سواء كان مؤجلاً أم لا وظاهره تحريم كلا الأمرين وقد تقدم الكلام في ذلك في المقصد الرابع في أنواع البيع (وأما الثاني) ففي مجمع البرهان ان ظاهر العرف وكلام الفقهاء فسادة وانه كالاول لانه أيضاً بيع الكلي بالكلي ثم احتمل قصره على الاول لانه المتبادر وأيده بالاصل مع عدم العلم بالاطلاق عرفاً وبالمعمومات مع ان سند روايتي المنع غير معلوم الصحة لان الاولى عامية والثانية ضيقة بطلحة بن زيد البتري فيقتصر على موضع اليقين (قلت) الضعف منجبر بالشبهة والاشتهار كما اعترف هو بذلك وقد صرح جماعة بطلان هذا التسم وفساده وكلامهم في باب السلم معلوم وستسمع الاجماع عن جامع المقاصد بل صرح (في النهاية والسرائر والمختلف والدروس والامعة وحواشي الكتاب وجامع المقاصد والروضة) بطلان البيع فيما اذا جعل ثمن المسلف فيه ديناً يستحقه في ذمة البائع وهو أقرب الى الصحة مما نحن فيه ولهذا ذهب المحقق وتلميذه الآبي والمصنف في (التحرير) والمقداد والتطيفي الى الصحة فيما مثلنا به ومبنى الكلام في مسثلتنا يتوقف على بيان المراد من الدين يبيع الدين بالدين الذي سمي عنه في الخبر وانعقد الاجماع عليه هل عبارة عما كان ديناً قبل العقد فيخص بذلك أو يشمل ما صار ديناً بسبب العقد وان لم يكن ديناً قبله والمشهور بل المجمع عليه الثاني كما بيناه غير مرة لان المسلم فيه فيما مثلنا به ليس بدين حال العقد وإنما يصير ديناً به مع ان ظاهرهم الاجماع على انه من بيع الدين المنهي عنه لو كان الثمن ديناً غير حال وإنما يتأملون فيه من جهة الثمن الذي هو في الذمة وفي حكم المقبوض ولم أجد من أخرج المسلم فيه عن الدين لأن كان بعد العقد لاقبله الا الفاضل الشيخ ابراهيم التطيفي وهو على تأخره معلوم التسبب عند من يعتبر ذلك وقال المحقق الثاني في (جامع المقاصد) اسم الدين واقع على المؤجل وان لم يكن قد ثبت في الذمة بعد لان المحققين من أهل اللغة فسروا الكلي بالمؤخر وقد اطلق جميع الفقهاء على أن بيع المؤجل الموصوف بمثله باطل (قلت) وقد سمعت ما ذكرناه في أول الباب في تفسير الدين (ومما ذكر) يعلم حال ما ذكره الشهيد الثاني في كتابه من أن الدين المنوع منه ما كان عوضاً حال كونه ديناً بمقتضى تعلق الباء به والمضمون عند العقد ليس بدين وإنما يصير ديناً بعده فلم يتحقق بيع الدين به ولانه يلزم مثله في بيعه بحال والفرق غير واضح ودعوى اطلاق اسم الدين عليه ان أرادوا به قبل العقد فمنوع أو بعده فاشتركوا واطلاقهم له عليه عرفاً اذا بيع فيه مجاز ولو اعتبر هذا الاطلاق جاء مثله في الحال اذا لم يقبضه خصوصاً اذا أمهله من غير تأجيل انتهى وهذا ايراد أورده المحقق الثاني وأجاب عنه بما حكيناه عنه (قلت) والفرق بينه وبين الحال أنه مع اشتراط التأجيل وذكره في العقد يصدق انه بيع دين بمثله اما بعد العقد فواضح وأما في أثناءه فلان الشرط كالجزء من العقد وترتب الحكم من الصحة والفساد إنما يتوقف على تمامه فاطلاق اسم الدين عليه في أثناء العقد وبعده حقيقي بخلاف الحال فانه ان صح اطلاقه في صورة الامهال فجاز لما عرفت فلا اشتراك فليحفظ (فليحفظ) هذا فانه نافع في المقامات الآتية (وأما المقام الثالث) فقد تقدم الكلام آنفاً عند شرح قوله يبيع الدين على من هو عليه (وأما الرابع) أعني بيع الدين الحال بمضار مشار اليه فقد حكى على جوازه الاجماع في (المقتصر) وهو ظاهر (ايضاح النافع) وفي (مجمع البرهان) لا كلام فيه وفي (الرياض) لا خلاف في الجواز الا في البيع على غير من هو عليه

فخالف فيه ابن ادريس وقد قدم ولا فرق في ذلك بين أن يكون مؤجلاً ثم حل أو يكون غير مؤجلاً (وأما الخامس) وهو بيع الدين الحال بدين مؤجل قد حل فقد جوزوه في (الدروس) قال لو كان الدين حالاً جاز بيعه بالعين والدين الحال ونحوه ما في (اللمعة) وقواه في (الروضة) ومنع منه الشيخ في (النهاية) والمصنف هنا وفي (التذكرة) في موضع منها والمختلف ومنع في (الوسيلة) والنافع وكشف الرموز وحواشي الكتاب والمهذب (البارع) من بيع دين بدين آخر وفي (المهذب) الاجماع عليه قال ما حاصله فلو باعه ديناً في ذمة زيد بدين للمشتري في ذمة عمر ولم يميز قولاً واحداً واطلاق كلامهم يتناول ما نحن فيه فلي تأمل فيه وما نسبناه الى النهاية هو الذي فهمه منها المصنف في المختلف وهذه عبارة (النهاية) ولا بأس أن يبيع الانسان ماله على غيره من الديون قدماً ويكره أن يبيع الانسان ذلك نسبة ولا يجوز بيعه بدين آخر مثله وهي محتملة لما اذا كانا مؤجلين أو حالين كعبارة الكتاب والتذكرة لكنه قال في (المختلف) وأما ان كان حالاً لم يميز بيعه بدين آخر مثله وهل يجوز بيعه نسبة قال في (النهاية) يكره ذلك مع ان منع من بيعه بدين آخر مثله فقد فهم منها المنع من بيع الدين الحال بالحال والا لما صحت المعارضة لان المؤجلين الذين لم يحل لم يميز بيع أحدهما بالآخر اجماعاً (وكيف كان) فالدين المؤجل اذا حل يحتمل أنه لا يجوز بيعه بدين مؤجل قد حل لصدق اسم الدين عليه لثمنه الاجل في الزمان السابق على العقد فيلزم حينئذ بيع الدين بالدين اذ لا يعد من اعتبار الاجل فيه اعتباره حين ثبوته فيكون الدين ما ضرب له أجل في أول الامر فلا ينافيه خلوه عنه في ثاني الحال ولذا تراهم يطلقون عليه بعد حلول أجله اسم الدين اطلاقاً حقيقياً لا يصح السلب عنه ويحتمل الجواز للشك في الصدق وهو كما عرفت وللزوم الاقتصاد في المتع عن بيع الدين بالدين المختلف للاصل على محل الوفاق وما نحن فيه محل خلاف فليس من محل الغرض والخبر المانع عنه وان كان عاماً لكنه قاصر سناً بشكل الاستناد عليه فيما عدى محل الاجماع الا أن قول ان الشهرة جارية له سلمنا عدمها لكن اشتهاره لا يكاد ينسكروا (وأما المقام السادس) فهو كما اذا باعه الدين الحال بدين كلي لم يكن مستقراً في ذمته قبل البيع فقد صرح ببيرواره في (الشرائع والمنافع والكتاب) فيما يأتي (والتحريرو والتذكرة والارشاد والمهذب والبارع والمقتصر والمسالك والروضة ومجمع البرهان) وهو ظاهر (الدروس واللمعة) وغيرها وفي ايضاح النافع يجوز قطعاً وظاهره الاجماع وفي (المسالك والرياض) لا اشكال فيه ويظهر ايضاً من المسالك الاجماع وقد سمعت ما في (جامع المقاصد) آتفاً ودليلاً بعد الاصل والعمومات انه لا يصدق عليه لغة اسم الدين ولا الكالي بل ولا عرفاً وان تأمل في العرف المقدس الاردبيلي (وأما السابع) فقد منع منه في (السرائر والتذكرة) في موضع منها (والارشاد والتحريرو والدروس واللمعة والمقتصر وجامع المقاصد) واستحسنه (في المختلف) ووجه ما حرره في بيان المقام الثاني والمقام الخامس والجواز خيرة (النهاية والشرائع والنافع وكشف الرموز والتذكرة) في موضع منها (وحواشي الكتاب والتبقيح وايضاح النافع والمسالك) وميل اليه (في الروضة ومجمع البرهان) للأصل وان الدين المنوع عن بيعه بمثله ما كان عوضاً حال كونه ديناً الى آخر ما حكيتاه عن الشهيد الثاني في المقام الثاني مضافاً الى ما ذكرنا في حجة الجواز في المقام الخامس وفي كثير مما ذكر صرح بالكراهة وأما الثاني فقد منع منه (في جامع المقاصد) وفصل هو (في حاشية الارشاد) فمنع منه اذا كان مؤجلين لم يحل وجوزوه اذا كانا حالين وقد تقدم الكلام في مثله في باب الصرف هذا وحيث يصح البيع فلا بد من مراعاة شروطه كما أشار اليه المصنف بقوله ولو كان الثمن

وارزاق السلطان لا يصح بيعها الا بعد قبضها وكذا السهم من الزكاة والخمس ﴿المطلب الثاني في القرض﴾ وفيه فضل كثير وهو أفضل من الصدقة بمثله في الثواب (متن)

والمؤمن من الربويات اشترط في بيعه بجنسه التساوي قدرًا والحلول ﴿قوله﴾ وارزاق السلطان لا يصح بيعها الا بعد قبضها ﴿كما﴾ (في المنفعة والنهاية والوسيلة والسرائر والتذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد) لان ذلك غير مملوك ﴿قوله﴾ (وكذا السهم من الزكاة والخمس) كما (في السرائر والتذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد) لعدم ملكها لعدم قبضها ﴿المطلب الثاني في القرض﴾

﴿قوله﴾ (وفيه فضل كثير) وهو مندوب مرغّب فيه اجماعًا كما (في التذكرة) بل استحبابه ضروري لكونه كاد لا يوجد في الغري على مشرته أفضل الصلاة والسلام (قل الباقية عليه السلام) من أقرض قرصًا الى ميسرة كان ماله في زكوة وهو في صلوة من الملائكة عليه حتى يقتضيه (وعن) كتاب عقاب الاعمال عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من شكى اليه أخوه المسلم فلم يقرضه حرم الله عليه الجنة يوم يجزي المحسنين (وعن الامالي) في خبر المذاهبي من احتاج اليه أخوه المسلم في قرض وهو يقدر عليه ولم يفعل حرم الله عليه ربح الجنة الى غير ذلك من الاخبار الكثيرة الخائفة عليه المرغبة اليه ﴿قوله﴾ (وهو أفضل من الصدقة بمثله في الثواب) هذا من الاخبار المرغبة فيه وقد رواه الشيخ (في النهاية)

وابن ادريس في (السرائر) والمصنف (في التحرير) ونقل روايته (في التذكرة) عن الشيخ قال في (جامع المقاصد) الجار في مثله يحتمل أن يتعلق بالصدقة فيكون المعنى القرض بشي أفضل من الصدقة بمثل ذلك الشيء وأفضليته في الثواب فيكون الجار في قوله في الثواب متعلقًا بأفضل (وقد يقال) الأفضلية هنا لا تكون الا باعتبار الثواب فقد يقال ان في الثواب مستدرك ويحتمل أن يكون الجار الاول متعلقًا بأفضل ويكون المعنى المراد ان القدر المقرض أفضل من الصدقة به بتقدير مثله في الثواب (ويرده) أن المتنازل به هو مقدار ثواب المتصدق به لا مقدار مثله فيكون فساد انتهى (قلت) التقدير بمن المتصدق به يستلزم التقدير بمثل ثوابه فلا فساد كما انه لا استدراك على التقديرين لجواز كون القيد لبيان الواقع من قبيل قتل النبيين بغير حق ويظهر بجناحه ردّه في الارض والمعنى الثاني هو الاوفق بمناسبة الآخر المشهور وهو ان درهم

الصدقة بمشرة والقرض بثمانية عشر وذلك لان القدر المعروف من ثواب الصدقة والمشتوك بين جميع افرادها عشرة فيكون درهم القرض بعشرين الا انه يرجع الى ثمانية عشر ويوافق الخبر المشهور وذلك لان الصدقة بدرهم مثلاً ما صارت عشره وحصلت لصاحبها حتى أخرج درهما ولم يعد اليه فالثواب الذي كسبه في الحقيقة تسعة فيكون القرض بثمانية عشر لانه أفضل منه بمثله لان درهم القرض يرجع الى صاحبه والمفاضلة تمام هو في الثواب المكتسب ولك أن تقول أن درهم القرض لما كان يرجع بعينه ويرجع ما قبله من الثواب المخصوص بتلك العين يكون الباقي ثمانية عشر فتأمل في هذا واما المعنى الاول فإما يدل على أرجحية القرض على الصدقة مطلقًا لا على تقدير الرجحان ثم ان ترتب الثواب

عليه فضلًا عن زيادته على ثواب الصدقة فرع التقرب به الى الله سبحانه وتعالى فلو خلى عنه لم يترتب عليه ثواب فضلًا عن زيادته وذلك ظاهر مضافًا الى الخبرين الربا ربا أن أحدهما حلل والآخر حرام فانما الحلل فهو أن يقرض الرجل أخاه قرصًا طمعا أن يزيده ويعوضه أكثر مما يأخذ من غير شرط فهو مباح له وليس له عند الله ثواب فيما أقرضه وهو قوله تعالى فلا يربو عند الله الحديث (وقد يقال) ان

﴿قوله﴾ (وهو مندوب مرغّب فيه اجماعًا) هذا من الاخبار المرغبة فيه وقد رواه الشيخ (في النهاية) وابن ادريس في (السرائر) والمصنف (في التحرير) ونقل روايته (في التذكرة) عن الشيخ قال في (جامع المقاصد) الجار في مثله يحتمل أن يتعلق بالصدقة فيكون المعنى القرض بشي أفضل من الصدقة بمثل ذلك الشيء وأفضليته في الثواب فيكون الجار في قوله في الثواب متعلقًا بأفضل (وقد يقال) الأفضلية هنا لا تكون الا باعتبار الثواب فقد يقال ان في الثواب مستدرك ويحتمل أن يكون الجار الاول متعلقًا بأفضل ويكون المعنى المراد ان القدر المقرض أفضل من الصدقة به بتقدير مثله في الثواب (ويرده) أن المتنازل به هو مقدار ثواب المتصدق به لا مقدار مثله فيكون فساد انتهى (قلت) التقدير بمن المتصدق به يستلزم التقدير بمثل ثوابه فلا فساد كما انه لا استدراك على التقديرين لجواز كون القيد لبيان الواقع من قبيل قتل النبيين بغير حق ويظهر بجناحه ردّه في الارض والمعنى الثاني هو الاوفق بمناسبة الآخر المشهور وهو ان درهم

الصدقة بمشرة والقرض بثمانية عشر وذلك لان القدر المعروف من ثواب الصدقة والمشتوك بين جميع افرادها عشرة فيكون درهم القرض بعشرين الا انه يرجع الى ثمانية عشر ويوافق الخبر المشهور وذلك لان الصدقة بدرهم مثلاً ما صارت عشره وحصلت لصاحبها حتى أخرج درهما ولم يعد اليه فالثواب الذي كسبه في الحقيقة تسعة فيكون القرض بثمانية عشر لانه أفضل منه بمثله لان درهم القرض يرجع الى صاحبه والمفاضلة تمام هو في الثواب المكتسب ولك أن تقول أن درهم القرض لما كان يرجع بعينه ويرجع ما قبله من الثواب المخصوص بتلك العين يكون الباقي ثمانية عشر فتأمل في هذا واما المعنى الاول فإما يدل على أرجحية القرض على الصدقة مطلقًا لا على تقدير الرجحان ثم ان ترتب الثواب

عليه فضلًا عن زيادته على ثواب الصدقة فرع التقرب به الى الله سبحانه وتعالى فلو خلى عنه لم يترتب عليه ثواب فضلًا عن زيادته وذلك ظاهر مضافًا الى الخبرين الربا ربا أن أحدهما حلل والآخر حرام فانما الحلل فهو أن يقرض الرجل أخاه قرصًا طمعا أن يزيده ويعوضه أكثر مما يأخذ من غير شرط فهو مباح له وليس له عند الله ثواب فيما أقرضه وهو قوله تعالى فلا يربو عند الله الحديث (وقد يقال) ان

ولا بد فيه من (إيجاب) صادر عن أهله (متن)

ترتب الثواب عليه وزيادته على ثواب الصدقة فضل من الله سبحانه وتعالى وان لم يقصد القربة لانه لا يقع الا في يد المحتاج ولانه يعود فيقرض مرة أخرى ولا كذلك الصدقة وقد يقع التفضل على كثير من فاعلي البر من غير اعتبار القربة كالكرم والحياء وقد روي أن القرض مرتين بمثابة الصدقة مرة وبمحمل على الصدقة الخاصة كالصدقة على الارحام والعلماء والاموات فقد روي انها على أقسام كثيرة منها ما أجره عشرة ومنها سبعون ومنها (سبعائة خزل) وسبعائة وسبعون ألفاً **قوله** «ولا بد فيه من ايجاب صادر عن أهله» قال في (جامع المقاصد) فظاهر عباراتهم انه لا بد من الايجاب القولي وعبارة (التذكرة) أدل على ذلك قلت وهو كذلك ففي (المراسم والوسيلة) وجملة من العبارات انه يقتصر الى ايجاب وقبول وهذه العبارات ظاهرة في القولي فيما أي الايجاب والقبول وكما ان عبارة (الشرائع) في بعض نسخها (والمسالك والروضة والكفاية) صريحة في ذلك فيها وقريب منها عبارة (اللمعة) وعبارة (التذكرة) كادت تكون صريحة في ايجاب الايجاب القولي وعبارة (الارشاد والتحرير) ظاهرة في اشتراط اللفظ فيها وان تفاوتتا في الظهور وعبارة (التذكرة) في القبول كعبارة الكتاب صريحة في الاكتفاء في العملي والقولي وهو الذي قرره في (الدروس) قال والاقترب الاكتفاء بالقبض لان مرجعه الى الاذن في التصرف وكان التعليل عليل ان أراد الاكتفاء به في الملك كما هو الظاهر ونسب ذلك الى جماعة في (المسالك) قلت بل ظاهر (التذكرة) كما فعه منها المولى الاردبيلي أنه لا نزاع في القبول العملي وانما النزاع في عدمه مطلقاً وقد خلت بقية العبارات عن التعرض للعقد بالكلية لكن كلامهم في الاحكام والثمرات يدل على التوقف على العقد على أحد القولين كقولهم ان ليس للمقرض انتزاع العين وان للمقرض أن ينتفع من رد العين فيرد بدلها وقد يكونون ممن يكتفون بالمعاطة (حجة) القائل باشتراط الايجاب والقبول القوليين انه لا خلاف في افادته انتقال الملك اما بالعقد والقبض أو مع ضمنية التصرف على الخلاف الآتي فلا جرم وجب الاقتصار فيه لمخالفة الاصل على ما يتحقق به الانتقال بالاجماع والضرورة وهو ما اذا كان العقد يتضمن الايجاب والقبول فلا تكفي المعاطات فيه وان اكتفى بها في حصول اباحة التصرف (قلت) ويكتفي بها في حصول الثواب ولزوم العوض اذ يكفي في ذلك القصد والاعطاء والقبض بذلك القصد ولا ينبغي النزاع في ذلك كما في مجمع البرهان (وحجة) القائل باعتبار اللفظ في الايجاب والاكتفاء بالقبول العملي في حصول الملك وترتب الاحكام كعدم جواز انتزاع العين للمقرض صدق اسم القرض لغة وعرفاً والاصل عدم اعتبار أمر زائد عليه وانه لم ينقل عن العصر السالف اعتبار الصيغة مع استمرار الطريقة على ذلك في الجليل والحقير بل الظاهر أنهم كانوا يكتفون بمجرد الطلب والقربة والاعطاء كما يرشد الى ذلك حديث استقرض علي بن الحسين عليهما السلام فانه كالفاهر في ذلك (الا أن يقال) ان ذلك كله من باب المعاطة وأما كلام أهل اللغة فقد قل في (مجمع البيان) أقرض فلان فلانا اذا أعطاه ما يتجزاه منه وفي (الصحاح والقاموس) القرض ما تعطيه لتقاضاه ونحوه ما في (مجمع البحرين) وفي (المصباح المنير) استقرض طلب القرض واقترض أخذه ونحوه ما في (النهاية الاثرية) وكلامهم هذا وان دل على عدم الحاجة الى القول من الجانبين فتكفي المعاطة كما احتملناه من كلام جماعة الا انك يمكنك أن تدعي أن ظاهرهم الاجماع على اعتبار اللفظ في

كقوله أقرضتك أو تصرف فيه أو انتفع به أو ملكتك وعليك رد عوضه وشبهه (متن)

الايجاب وقد اكتفوا في الوكالة في الايجاب والقبول بما يدل عليهما ولو بالاشارة المفهومة في الاول والفعل الدال على الرضا في الثاني من غير خلاف بينهم (١) والمشهور في العارية الا اكتفاء بما يدل على الايجاب والقبول وان لم يكن لفظاً كما أن المشهور ذلك في الهبة أعني صدقة التطوع وظاهر (التذكرة) عدم الخلاف بيننا في جواز قبول المضاربة بالفعل وفي الاكتفاء في الايجاب والقبول بكل لفظ هذا مضافاً الى ما سمعته عن (التذكرة) من ظهور عدم الخلاف في الاكتفاء بالقبول الفعلي فيما نحن فيه نعم قال جماعة في الشركة حيث تكون من جملة العقود لا بد فيها من اللفظ الصريح من الجانبين ولعله للفرق بينها وبين الشركة ويحتمل أن يكون مخالفة الاصل ثم الظاهر انه على القولين لا يشترط فيه المقارنة ولا غيرها مما يشترط في العقود اللازمة وهذا كله بناء على المشهور من عدم توقف الملك على التصرف وأما على القول بتوقفه عليه فينبغي أن لا يتوقف على العقد بمعنييه لان ثمرة الخلاف في جواز رجوع المقرض بالعين مادامت باقية ووجوب قبولها لو دفعها المقرض فلي المشهور ليس للمقرض الرجوع بالعين وله ذلك على القول الآخر وكذلك الحال في التام قبل التصرف ان قلنا بأنه أي التصرف ناقل للملك حقيقة أو ضمناً يعني قبل التصرف بلحظة يسيرة كما في العبد المأمور بعقده عن الأمر الغير المالك فانه للمقرض على المشهور والمقرض على القول الآخر ولو قيل فيه بالكشف فقيه احتمالان وتظهر الفائدة أيضاً في فقه الحيوان وفي وقت انعاقه لو كان ممن يعتقد على المقرض الى غير ذلك وبذلك يظهر ما في (المسالك) من قوله ولو قلنا بتوقف الملك على التصرف كان قبله بمنزلة الاباحة فينبغي أن لا يتوقف على العقد (الا أن يقال) ان ترتب الأثر به د التصرف على الوجه الآتي الماير للاباحة يتوقف على ما يدل عليه وهو العقد انتهى فتأمل في كلامه الاخير ثم انه ليس في كلامهم تصريح ببيان المراد بالتصرف الموجب للملك على ما ذكره في (المسالك) وبعض العبارات تشعر بأنه المثلف أو الناقل وعن الشهيد أنه مطلق التصرف كما هو الظاهر فيعود اختلاف لفظياً بينه وبين القول الثاني فان القبض نوع من التصرف على ما قد قيل وهذا حديث اجمالي ونسب الكلام يأتي بعون الله تعالى كما يأتي الجمع بين قولهم انه عقد جائز وقولهم ليس للمقرض الرجوع بالعين وان كانت باقية بل له المطالبة بها أو تبنيها وبتدفع الاشكال عن صاحب المسالك وامل المصنف أراد بقوله صادر عن أهله ما أشار اليه في (التذكرة) بقوله يعتبر فيه أهلية التبرع لأن القرض تبرع فلا يقرض الولي مال الطفل الا لضرورة ومنه يعلم حال قوله في (الدروس) وأهلوه أهل البيع اذ ليس أهله أهل البيع بل هناك شرط آخر زائد كما عرفت ﴿ قوله ﴾ كقولك أقرضتك أو تصرف به أو انتفع به أو ملكتك وعليك رد عوضه وشبهه ونحوه ما في التحرير وزاد في (التذكرة) أسلفتك أو خذ هذا بمنه أو خذها واصرفه فيما شئت ورد مثله وقال جماعة انه لا ينحصر في لفظ كالعقود الجائزة بل كل لفظ دل عليه كفي الا أن أقرضتك صريح في معناه فلا يحتاج الى ضميمة عليك رد عوضه ونحوه وغيره يحتاج اليها كما صرح به في (جامع

(١) وقد يقال ان ذلك من باب المعاوضة في الوكالة والفرق انه لا يثبت بذلك جعل لو كان مشروطاً فيها فتأمل ويجري مثل ذلك في العارية بل في الوديعة بل قيل في الوديعة أنها ليست من العقود (منه طالب تراه)

(وقبول) وهو ما يدل على الرضا قولاً أو فعلاً وشرطه عدم الزيادة في القدر أو الصفة (متن)

المقاصد والمساك والروضة والرياض) ولم يذكر في الارشاد هذا التمسك أعني عليك رد عوضه بعد تنفع به وتصرف به ولعله اكتفى بالمقابلة وذكره قبل وقال في (الدروس) له عقد إيجابه أقرضتك أو أسفنتك أو ملكتك وعليك رد عوضه أو خذته مثلاً أو قيمة أو تصرف فيه أو انتفع به كذلك وشبهه انتهى ولعله لو أخر عليك رد عوضه مع قوله مثلاً أو قيمة إلى بعد قوله وانتفع به واستغنى عن قوله كذلك لكان أجود وسيأتي الكلام فيما إذا قال له ملكتك وأطلق والضمير في شبهه في عبارة الكتاب عائد إلى قوله كقوله أقرضتك ويمكن عوده إلى قوله وعليك رد عوضه بتأويل هذا المعنى وشبهه **قوله** «وقبول وهو ما يدل على الرضا قولاً وفعلاً» قد عرفت الحال في ذلك والقائل بافتقاره إلى اللفظ قال لا ينحصر في عبارة ففي (الشرائع) هو اللفظ الدال على الرضا ولا ينحصر في عبارة ونحوه ما في التحرير وفي (الدروس واللمعة) قبلت وشبهه **قوله** «وشرطه عدم الزيادة في القدر أو الصفة» ربوية كانت العين المستقرضة أم غيرها عندنا كما في التذكرة والمساك وفي (الغنية) الإجماع على أنه يحرم اشتراط الزيادة سواء كان في القدر أو الصفة وفي (السرائر) أنه لا خلاف بين أصحابنا أنه متى شرط زيادة في العين أو الصفة كان باطلاً والإجماع حاصل من عندنا على هذا انتهى وفي (المختلف) إذا أقرضه شيئاً وشرط عليه أن يرد عليه خيراً مما أقرضه كان حراماً وبطل القرض إجماعاً وفي (مجمع البرهان) أن تحريم شرط النفع في القرض عيناً إجماعاً بين المسلمين وفي (الكفاية) يحرم اشتراط النفع لأعلم فيه خلافاً وبالجملة المذكور بأطرافه صرح في (البسوط والسرائر) وما أخر عنها وهو معنى قول المحقق في كتابه ويجب الاقتصار على العوض وهذا الإطلاق وما كان نحوه وإن عم صورتي اشتراط الزيادة وعدمها كعموم أدلة تحريم الربا والزيادة إلا أنه مخصصة بالصورة الأولى خاصة كما ستمع وقد استثنى جماعة من منع اشتراط الصفة ما لو شرط الصحاح عوض الغلة فإنه جائز منهم الشيخ في (النهاية) والقاضي والحلي فيما حكى عنها وابن حمزة في (الوسيلة) وزاد الحلبي أيضاً جواز اشتراط العين من التقدين بدل المصوغ منهما واشتراط الخالص بدل العش وفي (السرائر) أن مراد الشيخ الغلة مكسرة الدرهم وقد صرح في (الوسيلة) والنهاية) بالفساد بزيادة الصفة فيما عدا ذلك كما ستمع كلام الوسيلة وظاهر (التحرير) التردد وقد يلوح ذلك أي التردد من الكفاية وظاهر المحقق المقدس الأردبيلي الميل إلى ذلك وتعميم الحكم في المنفعة الحكمية لا خصوص ما في النهاية وما وافقها بل ربما يظهر من حكايته عن الشيخ والجماعة أنهم عموا الحكم قال وأما اشتراط الزيادة وصفاً مثل أن يشترط الصحيح عوضاً عن المكسور فنقل عن الشيخ والجماعة جوازه وكأنه مثل اشتراط الجيد عوضاً عن الردي الاصل وعدم ظهور دخوله تحت الربا وعدم دليل آخر من إجماع ونحوه وخبر العامة ليس بصحيح ومعارض بخبر محمد بن مسلم ثم ذكر جملة من الأخبار المطلقة في جواز أخذ نفع القرض إلى أن قال نعم يمكن حملها على ما إذا لم يشترط جمعاً بين الأدلة ثم أورد جملة من الروايات الدالة على قبي البأس ما لم يشترط ثم ذكر صحيحة محمد بن قيس وقال هذه صريحة في المنع والتحريم عن الزيادة الوصفية إلى أن قال قولاً الجميل بل ولولا هذه الرواية لكان قول الشيخ والجماعة قوياً بما تقدم من عدم نص صحيح في المنع في الوصف لأن الأخبار المتقدمة لنا دلت بالعموم على البأس مع الشرط وهوام من الكراهية والتحريم وكان الحمل على الكراهية أولى فتأمل (وفيه) مع إطلاق

فلو شرطها فسد ولم يفد جواز التصرف (متن)

بأبي الاصحاب على خلاف هذا القول ومنهم الشيخ في (الميسر) انه مصادم لاجماع (الغنية والسرائر والمختلف) وان ثبوت البأس المدلول عليه بالمفهوم في الاخبار مع الزيادة مطلقاً أو مع الشرط كقول الصادق عليه السلام في صحيح الحلبي اذا اقرضت الدرهم ثم جئت بخبر منها فلا بأس اذا لم يكن بينكما شرط وان كان أعم من الكراهية والتحريم الا أن صحيفة محمد بن قيس لما صرحنا بالتحريم كما اعترف به هو وجب حمل هذا الاطلاق في هذه الاخبار عليها وتقييده بها وهذا متن الصحيفة المذكورة من اقرض رجلاً ورقاً فلا يشترط الا مثلها فان جوزي بافضل منها فليقبل ولا يأخذ أحد منكم ركوب دابة أو عارية متاع يشترطه من اجل ورقه ثم ان خبر خالد بن الحجاج قد تضمن ان الربا جاء من قبل الشرط وانما يفسده الشروط والضعف منجبر بالشبهة معتضد بما عرفت وقد وسمه في (الرياض) بالصحة وليس بصحيح لان احداً لم يوثق بخالد غير ما حكاه ابن داود عن النجاشي قال يحيى بن الحجاج بغدادي ثقة هو وأخوه خالد ناقلاً لذلك عن النجاشي واستظهر بعضهم زيادة لفظ هو وايدته بأن النجاشي لم يذكر خالداً في الموثقين ولعل مستند الشيخ ومن وافقه كما في (السرائر) موثقة (صحيفة نخل) يعقوب بن شعيب قال سئلت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يقرض الرجل الغلة فيأخذ منه الدرهم الطاز جبة طمية بها نفسه قال لا بأس وذكر ذلك عن علي عليه أفضل الصلوة والسلام ورده في (السرائر) وغيرها بأنه ليس في الخبر للشرط ذكر فلا دلالة فيه فان أعطاه الصبيح والزائد بدون الشرط ما لا خلاف فيه وقد حكى عليه الاجماع جماعة كما سنسمع هذا وفي صحيفة محمد بن قيس المذكورة أنفاً كلاماً وتحقيقاً يأتي ذكره قريباً وقد ذكرنا بعضه في باب الربا عند شرح قوله ولو اراد المعاوضة الخ ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو شرطها فسد ﴾ اي لو شرط الزيادة في قدر القرض أو صفته كأثني عشر في عشرة والصحيفة في المكسرة فسد القرض للاجماعات المحكية أنفاً كاجماع السرائر والمختلف بل واجماع الغنية والنبوي المنجبر بالشبهة واستدل عليه في (جامع المقاصد) بالنصوص الدالة على صحته مع الزيادة اذا لم يشترطها (وقد يقال) ان الظاهر من اخبار الباب انما هو بطلان الشرط فان مفهوم نفي البأس مع عدم الشرط في كثير منها انما توجه الى الزيادة كموثقة اسحق بن عمار المشتملة على انه ينيله الشيء بعد الشيء كراهية أن يأخذ ماله يحمل ذلك قال لا بأس اذا لم يكونا شرطاه ومثله خبر اسحق الآخر وحسن الحلبي ونحوه قوله عليه السلام في صحيفة ابن قيس ولا يأخذ أحدكم ركوب دابة الى آخره وقد تقدم لنا في بحث الشروط ان فساد الشرط لا يقتضي فساد العقد على الاصح (وقد يجاب) بأن بعضها أيضاً دال على ما ذكره في (جامع المقاصد) على تأمل وقد قلنا في باب الربا عن (مجمع البيان) وعن ظاهر الاصحاب تحريم المامله وما يحصل منها من رأس المال والزيادة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو يفد جواز التصرف ﴾ للاجماع وظاهر النصوص المصرحة بفساد الزيادة مع اشتراطها المستلزم لفساد المشروط بها كما في (الرياض) وقد عرفت الحال في ظواهر النصوص وفي (المسالك) الاجماع على انه لا يفيد وهو معلوم من الاجماع المحكية على فساد العقد ويكون مضموناً كما هو الشأن في البيع الفاسد لتقاعدة المشهورة بل المجمع عليها وهي كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسد وخالف في (الوسيلة) فانه قال والفساد ما يؤدي الى الربا مثل شرط الزيادة في الصنف أو القدر أو اباحة ما على الرهن فاذا

وان لم يكن ربوبياً ولو تبرع المقرض بالزيادة جاز (متن)

كان كذلك لم يملكه بنفس القرض وبقي امانة في يده وقد حمله في (مجمع البرهان) على صورة جهل المقرض واستظهر عدم ضمانه حينئذ لان القاعدة المذكورة لم تثبت عنده بالدليل ولا اجماع عليها لوجود الخلاف في الجملة ولعله فهم الخلاف من ابن حمزة هنا وقد تقدم الكلام في هذه القاعدة لكن العجب من صاحب الرياض اذ هو ممن يعترف بصحة هذه القاعدة ومع ذلك قيد الضمان بالعلم مستندا الى هذه القاعدة ونسب الخلاف لابن حمزة وقد عرفت ان القاعدة مطلقة كعبارة الوسيلة ﴿ قوله ﴾ (وان لم يكن ربوبياً) قد عرفت ان ظاهر (التذكرة والمسالك) الاجماع على ذلك وقد حاول بذلك التنبيه على أن القرض ممنوع فيه من الزيادة مطلقا لانه انما جعل للاتفاق ومحض الاحسان لا كالبيع الذي انما يمنع فيه من الزيادة في الربويات لانه مبني على المغالبة والمالكه فدليل دخول الربا في القرض غير الآيه كالنبوي وغيره ولهذا يحرم القرض مع الزيادة وان لم يكن ربوبياً ولا يصح اشتراط الصحيح والجيد عوض المكسر والرددي فلا يصح أن يقال ان دخول الربا في القرض مؤيد للقول بأنه أي الربا يعم جميع المعاوضات اذ القول باختصاصه بالبيع والقرض من دون سائر المعاوضات بعيد كما في (مجمع البرهان) وقد استوفينا الكلام في ذلك في باب الربا ﴿ قوله ﴾ (ولو تبرع المقرض بالزيادة جاز) اجماعا كما في (الغنية والتذكرة وظاهر المسالك والروضه) حيث نفى عنه الخلاف فيها والنصوص بذلك مستفيضة وفيها الصحاح وفي (الغنية) الاجماع على انه لا فرق في ذلك بين أن يكون ذلك عادة المقرض او لم يكن وقد نص على ذلك جماعة منهم الشيخ في (المبسوط) وقال جماعة انه لا يكره لاطلاق النصوص (قلت) وفي اخبار الخاصة والعامه ما يدل على عدم كراهية الاعطاء بل على استحبابه والشيخ في (النهاية) بعد ان عد جملة من المواضع التي يجوز قبول الزيادة فيها عينية أو وصفية مع عدم الشرط قال والاولى فنجنب ذلك أجمع ونص جماعة على انه لا فرق بين أن يكون ذلك من نيتها أو لم يكن (قلت) ويدل عليه صريحاً بعد اطلاق النصوص خبر أبي الربيع حيث يقول فيه وقد علم المستقرض والقارض انما اقرضه ليعطيه أجود منه قال لا بأس اذا طابت نفس المستقرض وقد روى هذا الخبر صحيحاً في (الكافي والتهذيب) الى السراة فهو عند جماعة ملحق بالصحاح وفي (الدروس) انه يكره اذا كان ذلك من نيتها ولم يذكراه لفظاً ولعله بناء على المسامحة في أدلة الكراهية وقد سمعت ما في (النهاية) وهذه الزيادة ان كانت حكمية كالمو دفع الكبير بدل الصغير والجيد بدل الردي فقد قال جماعة انه يملكه المقرض بقبضه مستقراً وهو الظاهر وفي (حسنة الحلبي) لو وهبها له كلاً كان أصليح وكأنه عليه السلام اراد الاشارة الى رفع الكراهية وان كانت عينيه فالظاهر كون الزائد بمنزلة الهبة فيلزمه أحكامها كما قاله جماعة منهم صاحب الجامع لامرارة بقاء الملك على أصله مضافاً الى اطلاق الهبة عليه في الحسنه في الزيادة الحكمية كما سمعت فتأمل وفي عبارة (مجمع البرهان) في المقام نوع خلل هنا وفي بعض الاخبار دلالة على المنع عن الزيادة مطلقاً كصحيحة يعقوب بن شعيب وقد حملها الشيخ على الكراهية تارة وعلى الشرط أخرى وربما حملت على التقية كما يفهم من خبر هذيل بن حيان حيث قال وقد سئلت من قبلنا فذكروا ان ذلك فاسد لايجل وربما استجود الحمل الاول ولا منافات فيه لما سلف فان موارد ما دل على الفضل في الزيادة انما هو في صورة الاعطاء خاصة ولا كذلك ما دل على المنع فان مورده صورة

ولو شرط رد المكسرة عوض الصحيحة أو الاقتص أو تأخير القضاء لنا الشرط وصح القرض
لانه عليه لاله ولو شرط رهنا أو كفيلا به جاز لانه أحكام ماله أما لو شرط رهنا بدين
آخر فالأقرب الجواز (متن)

الآخذ خاصة وقد استوفينا الكلام في هذا الخبر في باب الربا عند شرح قوله ولو اراد المعاوضة على
التفاضلين وسيجيء الكلام مستوفى أيضاً قريباً وفي (جمع البرهان) ان ظاهر جملة من الاخبار وجوب
أخذ الاجود ذكره في التذكرة وليس يعيد وعدم الآخذ وتكليف المقترض بغير الاجود مني بالاصل
ولانه فضل ماله وزيادة بلا مانع فيجب القبول ولدخوله تحت مثل المال وما تقدم من الوجوب في
السلف نعم يمكن المنع في الزيادة العينية وهنا أيضاً لا ينبغي مع عدم المنه بل قد يكون له المنه لو قبل
خصوصاً اذا نمر دفع الحق بغير زيادة لتعدد الكيل أو الوزن ولم يقبل أن يأخذ ما يحتمل حقه ويبره
عن الزيادة لو كانت ويدل على استحسان القبول حسن الاقتصاء والقضاء وهو ظاهر انتهى (وقد يقال)
ان الاخبار التي ادعي ظهورها في وجوب أخذ الاجود انما تضمنت نفي البأس كصحيحة الحلبي وحسنه
وروايتي خالد وابي الربيع وهو ليس بتلك المكانة من الظهور في الوجوب وهو يحتاج الى دليل
صريح واضح ثم انه اذا كان مكروها كيف يكون واجبا وعساك تقول انه استند الى قوله عليه السلام
في صحيحة ابن قيس فان جوزي بأفضل منها فليقبل (وفيه) انه امر بعد الحظر أو توهمه ﴿ قوله ﴾
﴿ ولو شرط رد المكسرة عوض الصحيحة او الاقتص أو تأخير القضاء لنا الشرط وصح القرض لانه
عليه لاله ﴾ وفاقاً (للتذكرة والدروس) في الاول مع التصريح في (التذكرة) بأن الاقوى صحته
لازومه ولتحريفي في الاول والثالث واستشكل فيه في الثاني أعني رد الاقتص سواء كان مما يجري فيه
الربا أولاً وقد يلوح من التذكرة التردد في الثالث أعني اشتراط تأخير القضاء وليس كذلك ووجه
ما قواه فيها أي التذكرة من عدم لزوم هذا العقد حيث يصح أن القرض مبني على المماثلة بين القرض
والعوض فاذا شرط ترك البعض أو التأخير مثلاً فقد وعده بالاحسان ولا يجب الوفاء انما الواجب أداء
ما اقتضاه القرض (وقد أورد) على تعليل المصنف بأنه لا يرتبط بالدعوى فان كون الشرط عليه لاله اذا
كان فاسداً لاغياً كيف يصح القرض مع انه لم يقع التراضي الا على الوجه المتضمن للشرط (وأجاب)
في (جامع المقاصد) بأن في ذلك تنبيهاً على أن هذا الشرط كما دل على الرضا بالقرض معه دل على الرضا
به بدون لانه اذا رضي بما عليه رضي بماله بطريق أولى فيكون الرضا بالقرض واقفاً على وجهين أحدهما
مدلول عليه بمنطوق اللفظ والآخر بمفهوم الموافقة فاذا امتنع أحدهما لنفي وصح القرض باعتبار الوجه
الآخر ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو شرط رهنا أو كفيلا جاز لانه أحكام ماله ﴾ هذا مما لا أجد فيه خلافاً كما
يظهر ذلك من (جامع المقاصد) حيث جعل المسئلة الآتية محل خلاف وبالجملة صرح في (التذكرة
والتحريز والدروس وجامع المقاصد) وهو ظاهر الباقي كما يظهر ذلك من كلامهم في المسئلة الآتية
وغيرها وكذلك الحال فيما اذا أقرضه بشرط الاشهاد أو الاقرار به عند الحاكم كما في التذكرة لان
ذلك كله من التوثيق وأحكام الحجية وليست بمنافع ماله ﴿ قوله ﴾ ﴿ أما لو شرط رهنا بدين
آخر فالأقرب الجواز ﴾ كما في (المبسوط والتذكرة والايضاح وكثير الفوائد وجامع المقاصد) وظاهر
التذكرة الاجماع عليه حيث قال ولو شرط رهناً بدين آخر فالأقرب عندهم الجواز وقالت الشافعية انه

وكذا يجوز لو أقرضه بشرط أن يقترض منه أو يقرضه آخر أو يبيعه بضمن المثل أو بدونه أو يسلفه أو يستلف منه (ممن)

كشروط زيادة الصفة وهو ممنوع انتهى وخيرة (التحرير وحواشي الكتاب) المنع واستجوده في (الدروس) على الظاهر لتحقق زيادة المنفعة وللخبر النبوي (وفيه) أن ذلك ليس زيادة في مال القرض وإنما هو شرط خارج عنه وإن كان زيادة بحسب الواقع فإن المنهي عنه هو الزيادة في مال القرض والنبوي معارض بالاجتماع والاختبار الآخر كما ستسمع ومنه يعلم الحال فيما إذا شرط كفيلاً بدين آخر وكان صاحب (التفويض) متردد في المسئلة ونعم الكلام في المسئلة الآتية - **قوله** - «وكذا يجوز لو أقرضه بشرط أن يقترض منه أو يقرضه أو يبيعه بضمن المثل أو بدونه أو يسلفه أو يستلف (يستلف خ ل) منه» هذه المسئلة من أمهات المسائل ومهماتنا وقد صنف أستاذنا العلامة الامام الماهر ملا محمد باقر حشره الله سبحانه مع من ضاحجه في الحائر رسالة في تحريم ذلك أعني القرض بشرط البيع المشتعل على المحاباة وادعى على ذلك اتفاق الاصحاب وتضافر الروايات وواقفه على ذلك العلامة الحبر المعتمد الشيخ جعفر دام ظله وخالفهما في ذلك أستاذنا الامام العلامة أستاذ الكل في عصره السيد محمد مهدي حشره الله تعالى مع أجداده الطاهرين صلوات الله عليهم أجمعين ولما كان كذلك أحب شيخنا ومولانا العالم العابد الزاهد الحبر التحرير الكامل الشيخ حسين نجف دام ظله ان أنظر الاخبار وكلام الاصحاب وأميز الخطأ من الصواب فذكرت ذلك لسيدنا المشار اليه أسبغ الله رحمته ورضوانه وغفرانه عليه فدل على بعض المطالب وأشار الى ملاحظة كلام كاشف الرموز الحسن بن أبي طالب فنظرت الرسالة المذكورة فوجدتها قد تضمنت أمرين (الاول) ان فتح هذا الباب يسد باب المعروف بالكلية (والثاني) ان ذلك قرض يجر نفعاً وكل قرض كذلك فهو حرام فعارضت الامر الاول بما ذكره أصحابنا من الحيل للتخلص من الربا متفقين عليه من دون مخالف أصلاً وما ذكره من جواز بيع الشيء بأضعاف قيمته حالاً وموجباً من غير خلاف أيضاً فبالاول قد فتحوا باب الحيلة وبالتالي يتحقق سد باب القرض والمعروف لمن أراد ان من أراد ان يقرض دراهم يعامل (يعامل خ ل) بسببها بما باقه مندوحة عن ذلك ببعض ما ذكره من التخلص كما اذا أراد ان يقرضه مائة بشرط ان يشتري منه المقرض متاعه الذي يسوى عشرة بمشرين فليعه المتاع المذكور بمائة وعشرين ويهبه المائة ويقرضه اياها الى غير ذلك من أنواع التخلص من القرض بشرط البيع مع المحاباة وبدونها فستلثنا ان قلنا بالتحريم فيها لم يفتح بها باب المعروف وقد جعلوا ما ذكره طريقاً لسده لمن أراد ان قلنا بجوازها لم يكن السد مستنداً اليها بل هي كغيرها من أنواع التخلص فلم يكن هناك شيء لولاها لم يكن (وأما) الأمر الثاني فذكرت أنه مردود بالاجماع والنصوص والفتاوى وأسبغت الكلام في رسالة بلغنا فيها أبعاد الغايات (وخلاصة) الكلام في المقام أن الأستاذ رضي الله عنه قال لا يجوز ان يبيع المقرض من المستقرض بأزيد من ثمن المثل أو يشتري منه بأقل أو يصالح أو يعارض (يعاوض خ ل) كذلك أو يملك منه شيئاً أو منفعة بمنتهية أو غيرها وادعى على ذلك الوفاق ثارة وعدم الخلاف أخرى وان الروايات بذلك متضافرة ونحن نقول قال الفاضل الآبي اليوسفي في (كشف الرموز) ان الشيخ ادعى الاجماع على أنه لمن يقرض غيره مالا أن يتناع منه شيئاً بأقل من ثمن المثل لا على وجه التبرع بل بسبب

الاقراض وانه لا يعرف له (مخالف مشهور خل) مخالفاً وقال في (الخلاف) اذا باع داراً على أن يقرض المشتري الف درهم او يقرضه البائع الف درهم فانه سائغ وليس بمحظور دليلنا اجماع الفرقة وفي (الفتاوى) يجوز ان يقرض غيره مالا على ان يأخذه في بلد آخر او على ان يعامله في بيع او اجارة او غيرها بدليل اجماع العاقبة وهذان الاجماعان باطلاً بينهما يتناولان محل النزاع والاطلاق حجة حتى يظهر المخصص ودعوى ظهور ما كان بشن المثل على تقدير تسليمها تقول ان ذلك ليس بحيث يمنع من شمول غيره لكونه خفياً اقصاصه انه اظهر وقد نطهر دعوى الاجماع من المنفعة وسنسمع عبارتها برمتها (وفي التذكرة) يجوز ان يقرض الزائد ثم يستقرض الآخر منه الناقص ثم يباريان سواء شرط في اقراضه ما يفعله الآخر اولا خلافاً للشافعي فقد قصر الخلاف على الشافعي (فلينأمل) والمراد بفعل الآخر الاقراض والابراء وقد سمعت مافي (المبسوط والتذكرة والكتاب وكثير الفوائد والايضاح وجامع المقاصد) من الحكم بالجواز ما اذا شرط فيه رهناً على دين آخر وان ظاهراً التذكرة دعوى الاجماع على ذلك والاشاذ قدس سره في الرسالة حكى عن بعض علماء زمانه دعوى عدم الخلاف الا من العامة في صحة جميع ما منع هو منه انتهى ويؤيد ذلك الاجماع المستفيضة على صحة عقد البيع بشرط القرض والاقراض وقد صرح بعضهم بانها من سنخ واحد كما يأتي نقله عن التتبع وهو ظاهر المنفعة كما سنسمع كما هو ظاهر جميع من شرك بينهما في الأدلة بل قد يقال ان الامام عليه السلام جعلهما من واد (سنخ خل) واحد كما في صحيح يعقوب بن شعيب عن ابي عبدالله عليه السلام قال سألت عن الرجل يبيع او يقرض عشرة دينارا ويقرض صاحب السلم عشرة دينار او عشرة دينارا قال لا يصلح اذا كان قرضاً بغير فضاء ولا يصلح قرضه عليه السلام كيف نفى صلاحية البيع بشرط القرض لانه قرض بغير فضاء وقد ذكر جماعة هذا الخبر في دليل المانعين في المستثنى ويأتي بيان الحال فيه عند التعرض للأخبار والشافعية لم يفرقوا بين المستثنى وقالوا بفسادهما بل قضية استدلال الاستاذ على المنع فيما نحن فيه بأن الشرط في المعاملة جزء العوض أن المستثنى من واد واحد وعلى ذلك تكون الاجماع المتضاربة في تلك دليلاً على هذه لكنا نحن قد تأمل في كونها من سنخ واحد وصرح بعضهم بأنهما مختلفان وهو ظاهر آخرين كما يأتي بيان ذلك كله والقرض أن ذلك لازم للاستاذ ومن صرح بالانحداد أو ظهر منه ذلك وفي (النهاية والسرائر وجامع الشرائع) يجوز أن يقرض غيره مالا على أن يعامله في التجارات وهذا باطلانه يتناول ما كان بشن المثل أو يزيد أو نقص كما تقدم نحوه في عبارة الفتاوى وفي (التذكرة) القرض قابل للشروط السائغة فلو أقرضه شيئاً بشرط أن يقرضه مالا صح ولم يلزمه ما شرط بل هو وعد وعده وكذا لو أقرضه بشرط أن يقرض منه أو يبيعه بشن المثل أو بدونه أو يسلفه أو يستلف منه كما في (الكتاب وجامع المقاصد) وهو ظاهر الكاشاني في الوافي أو صريحه وحكى الشهيد عن السيد العبيد القول بالزوم خلافاً لما في التذكرة وان له الفسخ والرجوع في العين اذا تعذر الحاكم اما مع وجوده فله الزامه بما شرط لانه يجب الوفاء وفي موضع آخر من التذكرة لو كان له عليه دين فطالبه فسأله الصبر عليه الى وقت معلوم بشرط ان يشتري منه ما يساوي مائة دينارين جاز والمخالف المصنف في (التحرير) قال لو شرط في القرض ان يؤجره داره او يبيعه شيئاً أو يقرضه مرة اخرى جاز اما لو شرط ان يؤجره داره بأقل او يستأجر منه بأكثر فالوجه التحريم ومنع فيه ايضاً من اشتراط رهن او كفيل على قرض آخر كما سمعت وظاهر الشهيد في (الدروس) موافقته في ذلك على تأمل في ظهور

ذلك من الدروس وستسمع كلامه في المسئلة الآتية واستجود في حواشيه على القواعد المنع من اشتراط الضمين والكفيل على قرض ومنع مولانا المقدس الاردبيلى من اشتراط العارية لرواية محمد بن قيس ونقل في (كشف الرموز) عن بعض الاصحاب المنع من اشتراط المعاملة المحابانية وتردده في وهو الذي يلوح من صاحب التنقيح كما انه قد يظهر من (المختلف وغاية المرام) موافقة الأستاذ قدس سره قال في (المختلف) في ذيل كلام له في مسئلة البيع بشرط القرض المتنازع فيه اباحة البيع بالمحابة مع اشتراط القرض لا العكس ونقل هذا الكلام في غاية المرام سا كذا عليه اذ قد يقال ان أقصى ما في المختلف نفي كون ذلك محل نزاع بينه وبين أهل عصره فيحتمل أن يكون حكمه عنده ويكون بخلافه وأن يكون متردداً والانصاف ان هذا عدول عن الظاهر ونقل الأستاذ عن المحقق موافقة ولعله أشار الى قوله في الحيل الشرعية كل ذلك بغير شرط ونحن قد توافقنا في ذلك أي اشتراط الهبة كما ستسمع في الكلام على صحيحة محمد بن قيس أو أشار الى قوله ولو شرط النفع حرم والسوق يعطي أنه مساق لغير هذا واستعرف أن المراد من النفع في كلامهم الزيادة في نفس مال القرض واشتراط النفع كذلك ما اخلاف في حرمة كما سمعته فيما مضى عن الكفاية ثم ان هذه الكلمة قد وقعت لمن جوز او تردد ثم ان الشهيد وصاحب التنقيح حكيا عن المحقق التردد في بعض تصانيفه فيما اذا جعل القرض شرطاً في البيع مع المحابة كما ستسمع وقال صاحب (التنقيح) ان له كلاماً واحتجاجاً لا يحسن ذكره وقد عرفت أن ظاهره أي المقداد أن المسئتين من سنخ واحد ويأتي تمام الكلام في حال هذه الكلمة ونقل الأستاذ عن أبي طالب الحسيني موافقة في رسالته الفارسية ولعلها كمباراة الشرايع ونحوها واستظهر من الاستبصار موافقة ولعله ظهر له مما ذيل به فيه خبر يعقوب بن شعيب ويأتي نقله وانه ليس من الظهور في شيء كما انه نسب الى (القواعد وجامع المقاصد) موافقة والموجود فيها صريحاً مخالفة كما رأيت وسمعت واقوى ما استند اليه من كلامهم اطلاقهم انه لو شرط الزيادة في القرض فسد ولو تبرع جاز وقولهم لو شرط النفع حرم ولم يقد الملك فقال ان قهائنا رحمهم الله تعالى باجمعهم صرحوا بان القرض بشرط المنفعة حرام مطلقين للفظ غير مقيد بما اذا لم تكن معاملته محابانية او غيرها كالعارية والهبة بل خصوا الحيلة بصورة التبرع واتقت عباراتهم ولم تختلف مقالاتهم اصلاً ورأساً (قلت) هذا هو الامر الثاني من الامرين الذين بنيت عليها الرسالة وفي الاستناد الى هذا الاطلاق نظر من وجوه (الاول) انهم قد اتفقوا على اشتراط الرهن وقالوا لو شرط في الرهن انتفاع المرتهن به جاز وهو نفع جره القرض (الثاني) ان من ادعى موافقتهم له كالمصنف في التحرير والشهيد وغيرها قد جوزوا القرض بشرط البيع بدون محاباة بل الظاهر اطلاقهم على ذلك كما عرفت وهذا نفع جره القرض (الثالث) ان الشيخ وجماعته كثيرين جوزوا اشتراط رهن على دين آخر بل قلنا ان ظاهر التذكرة الاجماع عليه كما عرفت ذلك آتفاً (الرابع) ان الشيخ والتميمي والقاضي والحلي والعماد جوزوا اشتراط اعطاء الصحيح بدل الغلة وسمعت ما زاده ابو الصلاح فاين اتفاق عباراتهم وعدم اختلاف مقالاتهم اصلاً وأساساً (الخامس) قد نقل الاجماع جماعة على جواز ان يقرضه بشرط ان يعطيه في بلدة اخرى وهذا نفع جره القرض في بعض الاحوال وعليه استمر الطريقة في الاعصار والامصار وحصول النفع قد يكون من خوف الطريق او زيادة في سعر او كمال رغبة (السادس) ان الاجماع السالفة مع نصريح جماعة بما قددها مقيدة لهذا الاطلاق (السابع) ان الاطلاق معارض باطلاق الاخبار المتضاربة ان خير القرض ما جر نفعا (الثامن) انه

موافق العامة كما حكاه عنهم (في التذكرة) والرشد في خلافهم ولهذا احتمل جماعة في خبر يعقوب ابن شبيب المتضمن ان القرض اذا اجر نفعاً لا يصلح حمله على التيقية وقد صرح جم غفير من اصحابنا بان الخبر المروي عنه صلى الله عليه وسلم المتضمن ان كل قرض جر نفعاً فهو حرام من طروق العامة وليس من طروقا والتبع يشهد بذلك (التاسع) ان السياق في كلامهم وملاحظة اطرافه يدلان على ان المراد بالنفع هو الزيادة في نفس مال القرض لاما كانت بسبب آخر خارج وان كانت زيادة بحسب الواقع كما تقدم بيانه آنفاً وبذلك جمعوا بين الاخبار كما في المدائق (العاشر) ان هذا الاطلاق معارض بالخبر المصرحة بجواز القرض بشرط المعاملة مع الهبة كخبر اسحق بن عمار وخبر عبد الملك بن عتبة بل قد عقد في الوافي بابا سرد فيه مشطرا صالحا من الاخبار المتضمنة لذلك (الحادي عشر) ان هذا الاطلاق معارض بالاجماع المستفيضة على جواز البيع بشرط القرض بناء على ان المستثنين من باب واحد (الثاني عشر) انه معارض بما لعله يظهر من دعوى الاجماع (في التذكرة) على جواز القرض بشرط الاقراض او الابرار وما يظهر منها من دعوى الاجماع ايضا على جواز اشتراط رهن على دين آخر كما قد عرفت أفتد هذا كله يستند الى هذا الاطلاق ويدعي عليه الوفاق فقد تحصل ان النفع عندهم على ضربين حرام وحلال فالحرام ما كان في نفس مال القرض من زيادة في التدر أو الصفة على خلاف في بعض أقسام الصفة قد سمعته آنفاً وأما نحو ركوب الدابة فيدخل في الصفة والحلال ما كان بشرط خارج عن ذلك وبذلك تنتم الكلمة ويجمع بين الاخبار كما ان الربا ريوان حرام وحلال فالحلال ما قاله الصادق عليه السلام في تفسير قوله تعالى (وما أتيتم من ربا ليربوا في أموال الناس) الآية قال هو هديتك الى الرجل تطلب منه الثواب افضل منها فذاك ربا يوكل ثم ان ما ورد في علته محرره فهو لبيان الحكمة لا العلة والاحرمة الخليل التي ذكرها الفقهاء ودلت عليها الاخبار ومن ذلك يعلم الحال فيما ذكره الاستاذ قدس سره من أن الخليل الشرعية انما تتحقق في موضوعات الاحكام لانها انفسها وانها هنا فيها نفسها لان النفع المحرم اعم من المعاملة الهباتية عندهم (لانا نقول) على تقدير تسليم الخلية هنا وان ذلك ليس امرا على حده قضت به الاصول والادلة انها هنا في الموضوع لمكان العقد الآخر كما هو الشأن في الربا الحلال وقد ادعى الاستاذ قدس سره انه يظهر من المولى الاردبيلي عدم الخلاف فيما ادعاه هو وكذا من الملح الصبيري ولقد تبعت مجمع البرهان فاطهر لي ذلك الظهور بل قد سمعت انه في مجمع البرهان مال الى جواز اشتراط الزيادة في الصفة مطلقا فتجاوز مضار الشيخ والقاضي والفقهاء والعماد واستدل بالاصل وعدم ظهور دخوله تحت الربا وعدم دليل آخر من اجماع وقال ان خبر العامة ليس بصحيح ومعارض بحسنة محمد بن مسلم المتضمنة ان خبر القرض ما جر نفعاً وقال ان هذه الرواية ورواية العامة الى آخر ما تقدم نقله عنه آنفاً فكيف برحي من صاحب هذا الكلام نفي الخلاف عما ادعاه الاستاذ مع شدة ما بينهما من الاختلاف نعم منع من اشتراط العارية لمكان الرواية كما عرفت آنفاً وما زاد الفاضل الصبيري في (غاية المرام) على نقل كلام العلامة في المختلف وقد سمعته آنفاً فكانت النسبة الى المصنف في المختلف أولى نعم أسهب وأطرب في ايضاح كلام المختلف وقال في موضع آخر منها لو عين الثمن في اشتراط البيع على زيد لزم وان كان أقل من ثمن المثل ولو اشترط الرهن والكتيل لزم ولو اشترط على دين آخر جوزه العلامة في (القواعد) ومنه في التحرير لما فيه من جبر النفع انتهى (احتج) الاستاذ قدس سره ومن نقل عنه المنع كاشف الرموز بخبر محمد بن قيس وهو أقدم ما يستدل به لهم عن أبي

جعفر عليه السلام قال من أقرض رجلاً ورقاً فلا يشترط إلا مثلها فإن جوزي بالأجود منها فليقبل ولا يأخذ أحد منكم ركوبة دابة أو عارية متاع من أجل قرض ورقه وجه الدلالة النهي عن كل شرط سوى شرط عوضه وأخذ مثله وحصر الشرط الجائز فيه فقط وقد أجيب عنفي (كشف الرموز والمختلف) باشتراك محمد بن قيس بين الثقة وغيره (قلت) الظاهر أنه الثقة لأنه روى عنه يوسف بن عقيل وقد قال النجاشي أنه وعاصم ابن حميد يرويان عنه وقال النجاشي والمصنف في (الخلاصة) إن البجلي له كتاب ونقل عن القميين أن ليوسف بن عقيل كتاباً وقال الظاهر إن الكتاب لمحمد بن قيس ولأنه تلميذه وينقل عنه ولم ينقل ولا غيرها إن لمحمد بن قيس الضعيف الذي يروي أيضاً عن أبي جعفر عليهم السلام كتاباً وكذا المدح مع عدم ثبوت نقله عن الإمام عليه السلام (وأجاب في المختلف) أيضاً بأنها معارضة بقولهم عليهم السلام خير القرض ما جر نفعاً ولا يخفى عليك أن العلامة في المختلف أن تعرض للبيع بشرط الاقراض وقد استدلت وعارض بما سمعت وهذا يؤيد ما قد قيل من تساوي المستثنى (ومن قول) في الجواب (أولاً) أنها معارضة بالأخبار الأخر التي يأتي نشرها وهي غير ما ذكره في المختلف (وثانياً) بأنها متروكة للظاهر على ما بيناه في وجه دلالتها من حصر الشرط الجائز في المثل وقد عرفت انعقاد الإجماعات على جواز اشتراط الزهن والكفيل والبيع بدون محاباة وغير ذلك (وثالثاً) أن تعليق الحكم على الورق قد يشعر بجواز ذلك في غيره لآلانه مفهوم لقب فقط بل لمكان التعليق عليه وعدم حاجة إلى ذكره لولم يرد التقى عماعداً لأنه يمكن أن يقال لو أقرض قرضاً أو شيئاً وإنما يلغى مفهوم اللقب حيث لا يتأتى التعبير عن المراد إلا به كفي قولنا زيد موجود ومحمد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولذلك كان معتبراً قطعاً في عبارات الفقهاء وبه يثبت الوفاق والخلاف وعلى هذا يكون الخبر متروك الظاهر أيضاً بالإجماع المنقول في (الخلاف وظاهر التذكرة) على أنه لا فرق بين مال القرض ريوياً كان أو غير ريوياً في تحريم الزيادة مع الشرط بل الإجماع على ذلك معلوم (ورابعاً) بأن قوله عليه السلام فإن جوزي بالأجود فليقبل قرينة على أن المراد بقوله لا يشترط إلا مثلها أنه لا يجوز أن يقرضه بشرط أن يرد الصحيح عن المكسر ولا الجيد عن الردي ولا بشرط زيادة القدر كما هو في جملة الأخبار ستمها وقد عرفت أن هذا هو الذي فهمه الأكثر من الأخبار وجعلوه وجه الجمع بل قد وجدت بعض الأجلة يستدل بالخبر المذكور على جواز البيع بشرط الاقراض وينعجب من العلامة في المختلف كيف سكت عن الاستدلال به ثم إن صحة الخبر ليست بتلك المسكنة من الوضوح فيرجح عليه ما هو أوضح منه صحة أو كان معضداً بشي آخر وأما ما اشتمل عليه من تحريم اشتراط العارية فقد نقول به وكذلك الهبة الغير الموضوعة لأنها ليست معاملة محضة لكن تسميتها معاملة في عرفهم يوجب دخولها تحت عقدة إجماع الغنية إلا أن نقول لافرق عرفاً بين قوله بشرط أن تعطيني أو تهني فليأمل جيداً (واحتجوا) أيضاً بصحيح الحلبي قال سأته عن الرجل يستقرض الدراهم البيض عدداً ثم يعطي سوداً وقد عرف أنها أثقل مما أخذ فتعليب نفسه أن يجعل له فضلاً قال لأبأس إذا لم يكن فيه شرط ولو وهبها له كان أصلح (وفيه) أنه إنما تضمن المنع عن زيادة القدر (فإن قلت) عدوله عليه السلام عن قوله ما لم يشترط إلى قوله ما لم يكن فيه شرط ربما يدل على عموم الشرط بحيث يشمل المعاملة (قلت) هو مخصوص لمكان السياق والأخبار الأخر سلماً لكن إقصاء أنه دل بمفهومه على وجود البأس وهو ليس نصاً في التحريم كما أشار إليه المولى الأردبيلي حيث قال إن غير خبر محمد بن قيس لا ينهض دليلاً انتهى (وفيه) أن الظاهر من وجود البأس خصوصاً في باب الربا التحريم بل قد يقال

كما قال الشهيد ان كلمة لا بأس تفيد الكراهية فالمدار في الجواب على أنه مخصوص (واحتج) لهم
 في (كشف الرموز) بخبر يعقوب بن شعيب وهو صحيح قال سألت عليه السلام عن الرجل يبيع في بيع
 أو نمر عشرين دينارا ويقرض صاحب السلم عشرة دنانير أو عشرين دينارا قال لا يصلح اذا كان
 قرضاً بغير نفعاً قال وسألت عن الرجل يأتي حريفه وخليطه فيستقرضه الدنانير فيقرضه ولولا انه يخاطبه
 ويحاربه ويصيب عليه غلته لم يقرضه فقال ان كان معروفاً بينهما فلا بأس وان كان انما يقرضه من
 أجل انه يصب عليه غلته فلا يصلح (قلت) كأن المراد من صدر الخبر في كلام السائل أن المشتري
 يعطي بصفة السلم وبصفة القرض ثم يأخذ من المقرض بالقرض بقدر ما يأخذه بالسلم فالمراد بصاحب
 السلم البائع وعلى هذا فلا اشكال وان كان المراد أنه يبيعه بشرط أن يقرضه وقلنا ان قوله عليه السلام
 لا يصلح ظاهر في التحريم كان معارضاً بالاخبار الدالة على صحة اشتراط القرض في البيع والاجماع
 المستفيضة وان كان المراد أنه يقرضه بشرط البيع بدون محاباة كان معارضاً بالاجماع المعلوم وان كان
 مع المحاباة كان معارضاً بالاجماع المتقولة والاخبار المستفيضة الدالة على صحة ذلك البيع والاخبار
 الدالة على أن خبير القرض ما جر نفعاً وقد احتمل صاحب الوافي حمله على التيقه كما جزم صاحب
 الحدائق وهو حسن بالنسبة الى ما عدى المعنى الاول والشيخ في (الاستبصار) احتمل الكراهية والحمل
 على الاشتراط كما سمعته فيما سلف والاحتمال الاول أعني الحمل على التيقه لا يناسب المعنى الاول كما
 عرفت بل يناسب ما عداه والاحتمال الثاني يناسب الاول كما بينا فيما سلف فان كان المعنى الثاني أظهر
 تميز حمله على التيقه وكذلك الحال في المعنى الثالث والرابع وهما بعيدان فتمين أحد الاربعين وعلى ارادة
 أوهما لاخبار عليه هذا كله ان قلنا لا يصلح ظاهر في التحريم والا فقد تأمل فيه من قد تأمل وعليه
 فبحسب كلام آخر (وأما) عجزه فهو ظاهر أو نص في غير المعاملة والكلام انما هو فيها على انه معارض
 بمرسلة جميل الذي قال فيها ويصرفون الينا غلاتهم فتيبها لهم بأجر وثنا في ذلك منفعة فقال لا بأس
 قال ولا أعلم الاقل لولا ما يصرفون الينا من غلاتهم لم يقرضهم فقال لا بأس وهذا واضح الدلالة مروى
 في (التيقه والتهذيب) هذا كله ان قلنا ان منطوق لا يصلح ومفهوم لا بأس ظاهران في التحريم وقد
 يستدل لهم بخبر أبي الربيع وهو محمول على التبرع كما أسعنا كما عند شرح قوله ولو تبرع المقرض وليس
 فيه دلالة لهم اصلاً ان لم يكن عليهم ومثله صحيحة يعقوب بن شعيب الاخرى التي هي مستند الشيخ
 في نهايته ومن واقفه في جواز اشتراط الجيد عوضاً عن الزدي وقد سمعنا عند شرح قوله وشرطه عدم
 الزيادة واستدل لهم كاشف الرموز بالاحتياط (وفيه) انه ليس بدليل شرعي والاقدم على تحريم
 ما لم يعلم تحريمه حرام لان احتمال الصحة قائم وهو مقدم على احتمال الفساد في المعاملات فالحكم
 بالبطان يكون نهجاً على منع المسلم من مال يحتمل أن يكون ملكه (فان قلت) ان احتمال الصحة
 غير قائم (قلنا) فلا وجه حينئذ للاحتياط وأما استناد الاستاذ قدس سره الى انهم في الجميل
 الشرعية صرحوا بأنه لا يجعل هبة الزائد شرطاً وعلوه بان الشرط جزء العوض (فقيه) أن المصريح
 انما هو المحقق والشهيدان في (الشرائع والدروس واللمعة والروضه) ولا رابع لهم فيما أجد فكيف
 يعبر عن ذلك بما لعله يظهر منه ارادة الجميع وقد سلف لنا أنا قد نواقسه على ذلك لمكان العرف كما
 سمعت (حجة) القائلين بالجواز بعد الاجماع التي قد سمعنا آفا عموم الكتاب والاصل والاخبار
 المتضاربة بأن خبير القرض ما جر نفعاً كما في حسنة محمد بن مسلم أو صحبته عن أبي عبد الله عليه السلام

حيث قال قلت ان من عندنا يرون أن كل قرض يجر نفعاً فسد فقال أوليس خير القرض ما جر
 نفعاً ومثله خبر محمد بن عبده ومرسلة بشر بن مسلمة المروية (في الكافي والنهذيب) بطريقين وخبره
 الآخر وهو صحيح على الصحيح في الحسن بن علي بن فضال الى غير ذلك من أخبار الباب وقد عقد
 له صاحب الوافي باباً واسعاً (وخبر) محمد بن اسحق بن عمار قال قلت لابي الحسن عليه السلام أن سلسيل
 طلبت مني مائة ألف درهم على أن تربحني عشرة آلاف درهم فأقرضها تسعين ألفاً وأيعبها ثوباً أو شيئاً
 تقوم علي بألف درهم بعشرة آلاف درهم قال لا بأس (وفي رواية) أخرى لا بأس اعطها مائة ألف
 درهم وبها الثوب بعشرة آلاف درهم واكتب عليها كتابين والخبر صريح في المطلوب ومحمد بن
 اسحاق عند الاستاذ ثقة لم يثبت وقفه كما انه لم يثبت عنده ضعف علي بن حديد فيكون حجة عنده
 (وخبر) محمد بن اسحق أيضاً عن الرضا عليه السلام الرجل يكون له المال فدخل على صاحبه يبيعه لؤلؤة
 تساوي مائة درهم بألف درهم ويؤخر عليه المال الى وقت قال لا بأس قد أمرني أبي عليه السلام
 ففعلت ذلك وزعم انه سأل أبا الحسن عليه السلام فقال له مثل ذلك (قلت) البيع انما جاء من القرض
 ولا تأثير للتأخير بل القرض وتأخيره سواء كما أشار اليه (في الدروس) وخبر عبد الملك بن عتبة وهو
 صحيح على الصحيح الا أنه مضمرة وهو حجة عندنا والمسؤول إما الصادق أو الكاظم عليهما السلام قال
 سألت عن الرجل يريد أن أعيته المال ويكون لي عليه مال قبل ذلك فيطلب مني مالاً أزيد على مالي
 الذي لي عليه أيسقيم أن أزيد مالاً وأيعه لؤلؤة تساوي مائة درهم بألف درهم فأقول له أيعك
 هذه اللؤلؤة بألف درهم على أن أؤخر ثمنها ومالي عليك كذا وكذا شهراً قال لا بأس وصحيح محمد
 ابن اسحق بن عمار على الصحيح قال قلت لابي الحسن عليه السلام يكون لي على الرجل دراهم فيقول
 أخربي بها وأنا أربحك بها فأيعه جبه تقوم علي بألف درهم بعشرة آلاف درهم أو قال بعشرين
 ألف درهم وأؤخره بالمسأل قال لا بأس (ومثله) خبر مصدق بن صدقة وكذا مرسل يونس وخبر
 سليمان الديلمي عن رجل كتب الى العبد الصالح عليه السلام يسأله اني أعامل قوماً أيعهم الدقيق أربح
 عليهم في التقيز درهمين الى أجل معلوم وانهم يسألوني أن أعطيهم من نصف الدقيق دراهم فهل من
 حيلة لا أدخل في الحرام فكتب اليه أقرضهم الدراهم قرضاً وازدد عليهم في نصف التقيز بقدر ما كنت
 تبيع (وأما) خبر يونس الشيباني قال قلت لابي عبد الله عليه السلام الرجل يبيع البيع والبائع يعلم أنه
 لا يسوي والمشتري يعلم أنه لا يسوي إلا أنه يرجع فيه فيشتره منه الى أن قال فقال لا تقر به فليس
 مما نحن فيه على أنا نحمله على المتبايعين الذين لم يقصدوا البيع ولم يوجبه في الحقيقة ومما يشهد على
 ما نحن فيه ما قد يدل بظاهره على حصر الربا الحرام فيما اذا كان النفع مستنداً الى نفس مال القرض
 فنه (مارواه) في الفقيه من قوله عليه السلام الربا ربوان ربا يؤكل الى أن قال والربا الذي لا يؤكل
 فهو أن يدفع الرجل الى الرجل عشرة دراهم على أن يرد عليه أكثر فهذا الذي نهى الله تعالى عنه
 ومثل ذلك بعينه ذكر في الفقه المنسوب الى مولانا الرضا عليه السلام وهو حجة عند الاستاذ قدس
 الله تعالى روحه فأين يقع خبر محمد بن قيس على ما فيه من هذه الاخبار المستفيضة المتعاضدة المتعددة
 بما عرفت وقد عرفت أن قضية استدلال الاستاذ دام ظله بأن الشرط في المعاملة جزء العوض انه
 لا يجوز عنده البيع بشرط الاقراض أو القرض وقد عرفت أن جماعة جعلوا المستثنى من واحد
 وأن الشافية مخالفون لنا في المستثنى لانها عندهم على حد سواء فالواجب أن تعرض الأخرى على

ولو قال أقرضتك بشرط ان أقرضك غيره صح ولم يجب الوعد بخلاف البيع (متن)

سبيل الاجمال قال علم الهدى في (الاتصار) بما انفردت به الامامية جواز ابتياع الانسان من غيره متاعا أو غيره على أن يسلف البائع أو يقرضه مالا الى أجل أو يستقرض منه وأنكره باقي الفقهاء وحظروه وحثنا بعد الاجماع دخوله في عموماً البيع وقد نص على ذلك كله المفيد في (المنفعة) بهذه العبارة مع زيادة أو يستلف (يستلف خل) منه واقتصر على نسبة الخلاف الى أهل الخلاف وقال لسانعرف لهم حجة على الانكار وذلك لان البيع واقع على وجه حلال والسلف والقرض جائزان واشترطهما في عقد البيع غير مفسد له بحال وقد سئل الباقر عليه السلام عن القرض يجر نفعاً فقال خير القرض ما جر نفعاً وهذا منه تنبيه على اتحاد المستثنى وفي (المبسوط) نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع وسلف وهو أن يبيع مثلاً داراً على أن يقرضه المشتري ألف درهم وهذا عندنا مكروه وليس يفسد للبيع وفي (غاية المراد) هذا عندنا سائغ وفي (الخلاف) الاجماع عليه وفي أربعة مواضع من التذكرة أنه يجوز عندنا ابتياع الانسان من غيره متاعاً أو غيره بشرط قرض أو هبة أو بيع آخر أو اجارة وفي (كشف الحق) ذهب الامامية الى جواز بيع أشياء بشرط سائغ وأبو حنيفة والشافعي أبطلوا ذلك وفي (كشف الرموز) لو كان البيع جار القرض فالعقد صحيح كأقضى به الاصحاب وبه أقضى وأجزم القول وقال أيضاً قد تواردت ألفاظ الاصحاب من الثلاثة وسائر وكثير من متابعيهم على انه لا بأس أن يتناع الانسان من غيره متاعاً أو حيواناً أو غير ذلك بالتقدي والتسبب ويشترط أن يسلفه شيئاً أو يستلف (يستلف خل) منه في شيء أو يقرضه شيئاً معلوماً الى أجل معلوم أو يستقرض منه والبيع والوفاء به لازم وربما يدعى على هذه المسئلة الاجماع انتهى وفي (المختلف) المشهور بين علمائنا الماضين ومن عاصرناه الا من شذ أنه يجوز بيع الشيء اليسير باضعاف قيمته بشرط أن يقرض البائع المشتري شيئاً لا يملكه نصوا على جواز بيع الانسان شيئاً ويشترط الاقراض والاجارة والسلف وغير ذلك من الشروط السائغة وكان بعض من عاصرناه يتوقف في ذلك قلت المتوقف شيخه المحقق نص عليه في (الدروس والتنقيح) كما عرفت وقال في (الدروس) لا وجه لتوقفه ثم احتج عليه في المختلف بخمسة وعشرين دليلاً بعضها على سبيل الاحتجاج وبعضها على سبيل الالتزام وبعضها لم يظهر لنا وجهه وادعى في (المختلف) في أثناء الاحتجاج اتفاق علماء الامامية على ذلك قال لانهم قالوا لا بأس ان يتناع الانسان من غيره متاعاً أو حيواناً أو غير ذلك الى آخر ما نقله عنهم في (كشف الرموز) وقد أسمعنا كما ثم قال في (المختلف) واجماع الامامية حجة ثم نقل عبارة المنفعة برمنها وقال الشهيد في (قواعده) الشرط الذي لا ينافي العقد كشرط خياطة ثوب وقرض مال صحيح عندنا فهذه الاجماع التي كادت تكون متواترة ان لم تكن دليلاً على المسئلة الاولى لان كانت هذه من سنخ تلك كما سمعته عن جماعة فلا أقل من أن تكون شواهد وامارات تعضد أدلة تلك بها ويتأنس بها لها ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو قال أقرضتك بشرط أن أقرضك غيره صح ولم يجب الوعد بخلاف البيع ﴾ لانه عقد لازم من الطرفين فا تضمنه من الشروط الصحيحة معتبرة في العوضين فيلزم بخلاف القرض فانه جائز من الطرفين أو من طرف المقرض وأعاد هذه المسئلة وقد تقدم ذكرها في قوله أو يقرضها لبيان عدم وجوب الشرط لانه وعد عليه لاله ورضاه ثابت معه وبدونه بطريق أولى فلا يفسد العقد ولا يلزم الشرط بل لو كان له كما اذا كان له زمان نهب

ويصح قرض كل ما يضبط وصفه وقدره فان كان مثلياً ثبتت في الذمة مثله كالذهب والفضة
وزنا والحنطة والشعير كيلاً ووزناً والخبز وزناً وعدداً للعرف وغير المثلي ثبتت قيمته وقت
القرض لا يوم المطالبة (متن)

أوغرق صح المقدم كعرفت آتفاً واحتمل المنع حينئذ في الدروس احتمالاً **قوله** - (ويصح قرض
كل ما يضبط وصفه وقدره) قد قرروا ما يصح قرضه ضابطاً وهو كل ما يضبط وصفه وقدره قالوا فهذا
يجوز اقراضه فيجوز اقراض الذهب والفضة وزناً فيرد وزناً وعليه اقتصر الاكثر وقال في (التحرير) لو
كانت الدراهم مما يتعامل بها عدداً اشترط تعيين العدد ويرد عدداً ولم يتعرض للذهب والدنانير ولعله
لوجود التفاوت الكثير لو اقترضت عدداً ويظهر من المصنف في الفرع الخامس انه لا يجوز اقراض الدراهم
والدنانير بغير الوزن وقال في (الدروس) انما يصح القرض مع علم العين بالمشاهدة وبالاختبار كيلاً ووزناً
وعدداً فيما شأنه ذلك فقد تدخل الدراهم في قوله عدداً اذا كان شأنها ذلك كما هو المتعارف في القروش
في هذه الأوقات والاعصار ويجوز اقراض الحنطة والشعير كيلاً ووزناً وكذا سائر الحبوب والتمر والزبيب
لكن يشترط في اقراض الموزون كيلاً عدم الاختلاف المؤدي الى الجهالة كما اذا كان قطعاً كباراً تنجاني
في الكيل ونحو ذلك فلو اقترض المقدم جزافاً غير معتبر لم يقد الملك ولم يجز التصرف فيه وان اعتبره بعد
ذلك وان تصرف فيه قبل الاعتبار ضمنه ولا طريق الى التخلص منه الا بالصلح وسيأتي في كلام
المصنف ما اذا قدره بمكيال معين أو صنجة معينة غير معروفين عند الناس وان لم يصح لتعدد المثل ويأتي
كلام من تأمل فيه اذا كان ذلك محفوظاً وسيأتي الخلاف في بعض الموارد التي لا يصح السلم فيها لعدم
انضباطها بالوصف **قوله** - (فان كان مثلياً ثبت في الذمة مثله) يجوز اقراض المثل اجماعاً كما في (التذكرة
والدروس وغاية المرام) ويثبت مثله في الذمة اجماعاً كما في (الغنية والتذكرة وغاية المرام وظاهره المسالك والمفاتيح)
والحق به جماعة كثيرون العين المستقرضة منهم المصنف في (التذكرة) وما يأتي من الكتاب والشهد والمقداد
وغيرهم **قوله** - (كالذهب والفضة وزناً والحنطة والشعير كيلاً ووزناً) قد تقدم الكلام في ذلك
قوله - (والخبز وزناً وعدداً للعرف) الجار متعلق بالعدد وجواز اقراضه وزناً مما لا خلاف فيه كما في
(المسالك) وغيره واما جواز استقرضه عدداً ففي (المبسوط) يجوز استقرض الخبز ان شاء وزناً وان شاء عدداً
لان احداً من المسلمين لم ينكره ومن انكر من الفقهاء قد خالف الاجماع وفي (الخلاف والدروس وظاهر
السرايز والتذكرة) الاجماع على جواز استقرض الخبز والسوق يدل على انه مسوق لها اي الوزن والعدد
وفي (جامع الشرائع) قد سبق الاجماع عليه الخلاف واجماع المختلف وغاية المرام نص على جوازه عدداً
وظاهر المسالك الاجماع على ذلك وفي (الكفاية والمفاتيح) انه المشهور ولعل ذلك منها لاشتراط الشهيد
في الدروس في اقراضه عدداً عدم العلم بالتفاوت ونحوه ما في (التنقيح وايضاح النافع) ولعلمهم ارادوا كما
فيه جماعة التفاوت الذي لا يتسامح به بل عبارة ايضاح النافع كادت تكون صريحة في ذلك والافرواية
الصباح بن سياهه واسحق بن عمار مصرحان بالجواز مع التفاوت ومنجبرتان معتضدتان بما عرفت مضافاً
الى اطلاق خبر غياث ومثله الجوز والبيض كما صرح به في (الميسية والمسالك والكفاية والمفاتيح والحدائق)
وقد قال عليه السلام في خبر الصباح نحن نستقرض الجوز الستين والسبعين عدداً فيه الصغيرة والكبيرة
قوله - (وغير المثلي ثبتت قيمته وقت القرض لا يوم المطالبة) اما جواز اقراض القيمي المعبر

عنه بنبر المثلي الذي يمكن فيه السلف قدسكى عليه الاجماع في (التذكرة والدروس وغاية المرام) وظاهر
 مجمع البرهان وقد يظهر من الغنية الاجماع عليه وفيها لا يضبطه الوصف قولان كما ستسمع وقد يظهر من
 الوسيلة ان لا قرض في غير المثلي واما ثبوت قيمته في الذمة فهو المشهور كافي (غاية المرام والمسالك والمفاتيح)
 وفي (الكفاية) انه اشهر و به صرح في (المبسوط والغنية والسرائر) وغيرها وقد يظهر من الثاني الاجماع عليه
 لاختلاف الصفات فالقيمة اعدل وقاها الخلاف انه يثبت مثله أيضاً وفي (الشرائع) لو قيل به أيضاً
 كان حسناً لانه أقرب الى الحقيقة ولخبرين عاميين واردين في مطلق الضمان أحدهما تضمن انه صلى
 الله عليه وسلم أخذ قصعة امرأة كسرت قصعة أخرى والثاني انه ضمن عائشة انا حقه وطعامها لما
 كسرته وقد عورضا بنهر آخر وارد في معتنق الشقص ومع ذلك فيها حكاية حال فلعل الغريم رضي
 بذلك وتظهر الفائدة فيما اذا وجد مثله من كل الوجوه التي لها مدخل في القيمة ودفعه الغريم فعلى هذا
 القول يجب قبوله وعلى المشهور لا يجب وفيها اذا تغيرت اسعار القيمي فعلى المشهور يوم القبض وعلى
 القول الآخر يوم دفع العوض واختبر في (التذكرة) ضمان المثل الصوري فيما يضبطه الوصف وهو ما
 يصح السلم فيه وضمان ما ليس كذلك بالقيمة لخبرين عاميين أحدهما انه صلى الله عليه وسلم استقرض
 بكراً فرد باز لا وانه استقرض بكراً فأمر برد مثله (وفيه) ان مطلق الدفع أعم من الوجوب ولا ريب
 في جوازه مع التعرضي لانه زاده خيراً وما أمر به صلى الله عليه وسلم لم يقع اذ لم ينقل لان المنقول انه اقترض
 قرضاً من رجل بكرة قدمت عليه ايل الصدقة فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكرة فرجع أبو رافع
 وقال لم أجد الا جملاً جباراً رباعياً فقال اعطه اياه ان خير الناس أحسنهم قضاء فلا يدل على تحقق
 البراءة بالبكرة بل يجوز كونه مشروطاً بالتراضي وقد اتفقوا في باب الغصب على ضمان القيمي بالقيمة
 من دونه تأمل ولا خلاف وقد استوفينا الكلام في ذلك وأما ان المتبر قيمته وقت القرض على تقدير
 اعتبار القيمة مطلقاً أو على بعض الوجوه فهو المشهور كما في (غاية المرام) و به صرح في (جامع الشرائع
 وجامع المقاصد والمفاتيح) والمراد بالقرض هنا القبض والتسليم بناء على الغالب من اتصال القبض
 بالنظر للدال على القرض الذي هو الايجاب ولان القبض هو القبول بناء على الاكتفاء بالفعل وهو
 الغالب في المادة فيكون القرض مستلزماً للقبض عادة أو غالباً فتوافق عبارة الكتاب عبارة الدروس
 واللمعة والروضة حيث صرح فيها بوقت القبض وفي (الدروس) انه المشهور وهو معنى ما في السرائر
 من قوله وقت الاقباض وما في (التحرير) من قوله وقت الاقراض وما في (الشرائع والتبصرة والارشاد)
 من قولهما فيها وقت التسليم فليس هناك تعدد أقوال بالنسبة الى هذه العبارات كما صنع صاحب الكفاية
 وصاحب الرياض وقد فهم جماعة عدم التخالف بين عبارة الكتاب وعبارة الشرائع وقد سمعت
 ما حكيناه عن الصيمري في (غاية المرام) في شرح عبارة الشرائع وقد نال المحقق الثاني في شرح
 عبارة الكتاب اذا ثبت هذا فالواجب قيمته يوم القرض لانه وقت الثبوت في الذمة وهذا لا يتم
 الا أن يراد من القرض القبض والتسليم بالتعريف الذي ذكرناه وقيل الاعتبار بقيمته يوم التصرف
 بناء على انتقال الملك به كما سيأتي وأما عدم اعتبار قيمته يوم المطالبة فقد قال في (المسالك) ولا اعتبار
 بقيمته يوم المطالبة هنا قولاً واحداً الا على القول بضمانه المثل ويتمتع فيعتبر يوم المطالبة كالمثل على
 أصح الاقوال ويأتي الكلام فيما اذا دفع المتعرض العين في القيمي هل يجب القبول على المقرض أم لا

ولو تعذر المثل في المثلي وجبت القيمة يوم المطالبة ويجوز اقراض الجوارى واللائي لما قلناه
من ضمان القيمة ويملك المقرض القرض بالقبض (متن)

﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو تعذر المثل في المثلي وجبت القيمة يوم المطالبة ﴾ كما في (السرائر والتذكرة وجامع المقاصد) لما سئمه عنه في الدراهم (ومجمع البرهان والمسالك والكفاية والمفاتيح) لأن الثابت إنما هو المثل الى أن يطالبه ولعل المراد المطالبة مع التسليم فلو فرضنا أنه طالبه ولم يسلم اليه ثم اتفق وجوده فالظاهر انحصار الحق فيه لاني القيمة فلم يكن مافي المختلف من قوله والاجود يوم الدفع مخالفا لما في السرائر حتى يمد قولاً آخر وقد اتفقوا في باب الغصب على وجوب قيمته يوم الاقباض والتسليم وقد استوفينا فيه هناك الكلام (وقيل) نجب قيمته وقت القرض وهذا نسب الى ابن ادريس فيما اذا تعذرت الدراهم نسبة اليه في الايضاح ولم أجده في السرائر ذكرها في المستثنين وكأنه اختاره في التحرير فيما اذا تعذرت الدراهم لسبق علم الله سبحانه وتعالى بتعذر المثل وقت الاداء وفي (جامع المقاصد) أن بهر واية صحيحة ثم ضعفه بأنه لا منافاة بين وجوب المثل وقت القرض طردا للقاعدة الاجماعية والانتقال الى القيمة وقت المطالبة ويأتي تمام الكلام في الفرع الخامس عشر (وقيل) وقت التعذر وهو خيرة التحرير ونسب الى الشيخ في النهاية والقاضي وابن ادريس في موضع من كتابه فيما اذا تعذرت الدراهم وهو خيرة السكتب في ذلك كما يأتي ويظهر ذلك من الايضاح أيضا لأنه وقت الانتقال الى البديل الذي هو القيمة وضعف بأن تعذره بمجرد لا يوجب الانتقال الى القيمة لعدم وجوب الدفع حينئذ فيستصحب الواجب الى أن يجب دفعه بالمطالبة بحيث لم يوجد الآن ينتقل الى القيمة ويأتي تمام الكلام ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويجوز اقراض الجوارى ﴾ اجماعا كما في ظاهر (التذكرة والمسالك والكفاية) حيث قل في الاول عندنا كما يجوز اقراض العبيد ونفى الخلاف عن ذلك في الاخيرين وعن اقراض العبيد أيضا في الاخير وفي (المسوط) لأعرف نصالا صحابنا في جواز اقراض الجوارى ولا في المنع والاصل جوازه وعموم الاخبار يقتضي جوازه ونحوه مافي الخلاف بتفاوت يسير ونص في (السرائر والشرائع) وغيرها مما تأخر عنها على الجواز وان لم يميز السالف فيها لان ضبطها غير محتاج للاستغناء عنه بوجود القيمة والخلاف بمض العامة في الجارية التي يحمل وطلبها ﴿ قوله ﴾ ﴿ والثالثي لما قلنا من ضمان القيمة ﴾ كما في (السرائر والتحرير والتذكرة والمختلف وجامع المقاصد والمسالك) واليه مال في الشرائع حيث قال يذني الجواز ومال اليه أيضا المقدس الاردبيلي وعدم الجواز خيرة المسوط وجامع الشرائع وظاهر الارشاد وفي (الدروس) فيه قولان وفي (الكفاية) فيه وجهان وعلى القول بالجواز هل يعتبر في صحة القرض العلم بقيمته عنده لينضبط حالة العقد فان ذلك بمنزلة تقدير ما يقدر بالكيل والوزن أم يكفي في جوازه مشاهدته على حد ما يعتبر في جواز بيعه ويبقى اعتبار القيمة بعد ذلك أمر وراء الصحة على المقرض معرفتها مراعاة لبراءة ذمته اطلاق كلام الاصحاب كما في (المسالك) يدل على الثاني والاول وجه وجيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويملك المقرض القرض بالقبض ﴾ هذا هو المشهور كما في (غاية المرام والمسالك والروضة والكفاية ومجمع البرهان) بل في الاخير انه المعقول وفي (المسالك) ان كثيرا منهم لم يذكر فيه خلافا بل فيه أيضا انه لا يكاد يتحقق فيه خلاف وفي (الرياض) ان عليه عامة من تأخر وظاهر (الغنية والسرائر) وموضوعين من التذكرة الاجماع عليه وبه صرح في (المسوط والخلاف)

والغنية والسراير وجامع الشرائع والشرايع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد والمختلف والدروس واللمعة) وسائر ما تأخر وكل من قال ان المقرض ليس له الرجوع في العين فهو قائل بأنه يملك بالقبض فكانت الكلمة متفقة على ذلك وفي (الخلاف والمبسوط والغنية والشرايع والدروس) وغيرها انه لا يملك بالتصرف لانه فرع الملك فلا يكون مشروطا به بل قال في الغنية انه لا خلاف في جواز التصرف بعد قبضه وقولم يكن مملوكا لما جاز ذلك فيه واستدل عليه في (الخلاف) بأنه اذا ملك جارية جاز التصرف فيها فقولم يملكه لم يجوز له التصرف فيه فما نسب اليه من القول بأنه انما يملك بالتصرف لم يصادف محله ويرشد اليه ان الشهيد في (الدروس) نسب المشهور الى الشيخ والقول بالتصرف الى القيل نعم قال في (الخلاف) في مسألة أخرى بعد مستثنا التي نص فيها على انه يملك بالقبض لا بالتصرف قال يجوز للمستقرض أن يرد مال القرض بلا خلاف وأما المقرض فعدنا ان له الرجوع فيه ولاصحاب الشافعي فيه قولان أحدهما مثل ما قلناه ومنهم من قال ان قلنا يملك بالقبض فليس له الرجوع وان قلنا يملك بالتصرف فليس له الرجوع بعد التصرف دليلنا انه عين ماله فكان له الرجوع فيه لان المنع يحتاج الى دليل انتهى وليس في هذا ظهور ولا اشعار في انه انما يملك بالتصرف كما استعرفه عند بيان الثمرة وقد وقع مثله في (المبسوط) قال بعد نصريه بما قلناه عنه ويجوز للمقرض أن يرجع فيه كما ان له أن يرجع في الهبة مع ان أحدا لم ينسب اليه الخلاف غير صاحب التنقيح فانه نسب اليه ولم ينسبه الى الخلاف (والحاصل) ان هذا القول لم نجد له لاحد من طائفتنا وانما نسب في الخلاف والتذكرة الى الشافعية في أحد قولها ولهذا نفي الخلاف عما عليه الاصحاب في (الغنية والسراير) وغيرها كما عرفت وان كان فهو شاذ نادر ولهذا أهل الاكثر ذكره فلا معنى لما في الرياض من نسبة القول بالملك بالقبض الى الاشهر فلا أقبل من أن يقول انه المشهور كما في (المسالك) وغيرها كما عرفت وان كان في النفس منه شيء أيضا ويسقي الكلام في هذا التصرف هل هو المسبوق بالمقد أو غيره فنحن كأن الاول كما هو ظاهر كلام الحاكم له وكلام بعض الشافعية المحكي عنه فان كان كاشفا عن سبق الملك من حين القبض كما هو الظاهر مما حكاه في الدرر من عن هذا القائل قال انه يجعل التصرف كاشفا عن سبق الملك مطلقا عاد النزاع لفظيا من حيث ان الية حينئذ المقرض على القوابن وان قلنا انه كاشف عن سبق الملك قبله بلا فصل او ناقل قبل التصرف بلحظة كما في العبد المأمور بعته عن الأمر غير المالك كان النزاع معنويا لكن انما صرنا الى ذلك في العبد المأمور بعته لممكن الضرورة ولا ضرورة هنا ولذلك ترك المحقق الثاني هذا التأويل وقال في العبد المذكور انه ثبت ملكه بالدليل وما نعرف وقته ولا موجهه ولا يضر ذلك وان كان المراد بالتصرف المعنى الثاني أي غير المسبوق بالمقد فلا مانع من حصول الملك به حينئذ لانه حينئذ معاواة في القرض كالمعاطات في البيع وعلى ذلك استمرت الطريقة فيكي حينئذ في جواز التصرف اذن للمالك وليس تابعا للملك ولا متوقفا عليه كححررتاه في بيع المعاواة بما لا يزيد عليه وبذلك ينقدح دليل المشهور كما استعرف وعلى كل حال فيحتمل ان يكون المراد بالتصرف التصرف المتلف للعين او الناقل للملك أو يراد به مطلق التصرف كما حكى عن الشهيد في بعض تحقيقاته او يراد التصرف المستدعي للملك كالترجيع والاجارة وطحن الطعام وقد حكى في (التذكرة) الوجوه الثلاثة عن بعض الشافعية ولم يرجح شيئا وعلى بعضها يعود النزاع لفظيا (اذا عرفت) هذا فاعلم ان املاق كلام أكثر الاصحاب ملكه بالقبض منزل لمكان ذكرهم المقدم في أول الباب على ما اذا كان بعد المقدم كما هو الشأن في الصرف

والهبة وهو صريح (التحرير والتذكرة والمختلف والدروس وإيضاح النافع) لكن قد عرفت في أول الباب ان أكثر العبارات قد دخلت عن التعرض لذكر العقد بالكلية فينبغي ملاحظة كلام من أطلق ولم يتعرض لذكر العقد الا أن يقول انه مأخوذ في ماهية القرض بالتوجه الذي ذكرناه في أول الباب ويظهر من (الوسيلة) انه يملك بالعقد قال ملكه بنفس القرض الا أن يقول أراد بالقرض القبض والتسليم كما مر مثله في كلام المصنف ولعله نظر ان أبقى على ظاهره الى أنه عقد مملك صدر من أهله في محله من غير مانع مع قصد التمليك فينبغي أن يترتب عليه أثره ولا يحتاج الى القبض وحده لكنه باعراض الاصحاب عنه تمكن أصل عدم الانتقال منه وبذلك يظهر عدم الملك بالقبض وحده من دون عقد قبله وقد يستدل على حصول الملك به وحده باستمرار الطريقة وإطلاق بعض الفتاوى والصحيحة مضافا الى عدم الاقتصار على صيغة مخصوصة وعدم نقل ذلك وعدم وقوعه في الزمن الاول كما قيل وعدم اعتبار القبول القولي عند جماعة فان هذه شواهد على ان مراد من اشترط الايجاب والقبول انما هو التمييز بينه وبين العطية ولما كان هذا التمييز لا يتأتى بدون لفظ يدل عليه من الموجب اشترطوا الايجاب القولي بأي لفظ يدل على المطلوب ولم يشترطوا بعد القبض أزيد من ذلك فليتأمل في ذلك كله وقد احتج على انه يملك بالقبض لا بالتصرف بعد الاجاعات التي سمعنا بان التصرف فرع الملك فيمتنع كونه شرطا فيه والادار كما صرح بذلك جماعة وأشير اليه في (المبسوط والخلاف والغنية والشرائع) وغيرها كما عرفت وقال في (المسالك) فيه نظر واضح لمنع تبعية التصرف للملك مطلقا وتوقفه عليه فيكفي في جواز التصرف اذن الملك فيه ورد في (مجمع البرهان) أولا بان الاذن انما حصل من الملك بأن يكون مالكا وعليه العوض لا مطلقا كما في سائر المعامضات فانها على تقدير بطلانها لا يجوز التصرف بان الاذن قد حصل وثانياً بأنه يشكل جميع التصرفات لان الوطي مثلا لا يمكن الا بالملك أو التحليل ومعلوم عدم الثاني فاذا لم يكن الاول لم يجز وكذا البيع ونحوه فانه لا يجوز لتغير ماله الا بالو كالة أو فضولا ومعلوم انتفاءهما انتهى وهذا انما يتم مع سبق العقد واعتقاد انه انما شرع للتمليك مع حصول القبض للتمييز والا فقلنا ان الاذن سبب تام في جواز التصرف وناقص في افادة الملك وبالتصرف يحصل تمام سبب الملك فان كان غير ناقل وأكتفيا به فالامر واضح وان كان ناقلا أو وطنا أفاد الملك الضمني قبل التصرف بلحظة يسيرة لمكان الضرورة واستقامة الطريقة يكتب الرجل لاخيه أو يرسل اليه رسولا أقرضني كذا وكذا فيرسل اليه ما أراد أو دونه ولا صيغة ولا عقد ولا أقل من أن يكون كالمعاملة في البيع في جارية كانت أو غيرها فليحفظ ذلك وقد قالوا فيما يقع بين الناس من الهدية من غير لفظ يدل على الايجاب والقبول يحتمل افادته الملك والاباحة وقد احتمل في (الدروس) عدم اشترط الايجاب والقبول في الهدية ويلوح ذلك من التذكرة وبه حكم في التحرير واستحسنه بعضهم وقال بعضهم انه يجوز وطي الجارية التي أرسلت هدية ومارية القبطية كانت من الهدايا وأم زيد أهداها المختار زين العابدين عليه السلام وقد احتمل في (المسالك والكفاية) فيما نحن فيه جواز الوطي على القولين وفيه زيادة على ما قول وفي (الدروس) انه ليس عقدا محتمقا ولهذا اغتفر في ما في الصرف بل هو راجع الى الاذن في الائلاف المضمون والائلاف يحصل بازالة الملك أو الدين فهو كالمعاملة انتهى فليتأمل في ذلك ولا بد من مراجعة ما ذكرناه في أول هذا الباب وقد استدل بعض متأخري المتأخرين على المشهور بصحيفة زراره قال قلت لابي جعفر عليه السلام رجل دفع الى رجل مالا قرضا على من زكاه على

فليس للمقرض ارتجاعه بل للمقرض دفع المثل مع وجود الاصل فلو اقترض من بنعتق عليه الفتحى بالقبض (من)

المقرض أو على المقرض قال لا بل زكوتها ان كانت موضوعة عنده حولاً على المقرض قال قلت فليس على المقرض زكوتها قال لا يزكى المال من وجهين في عام واحد وليس على المدافع شي لأنه ليس في يده إنما المال في يد الآخذ فن كان المال في يده زكاه قال قلت أفيزكى مال غيره من ماله قل ان ماله مادام في يده وليس ذلك المال لاحد غيره ثم قال يازواره أرايت وضیعة ذلك المال أو ربحه لمن هو وعلى من هو قلت للمقرض قال فله الفضل وعليه النقصان وله أن ينكح وبليس منه وبأكل وهذا الخبر صريح في حصول الملك بدون التصرف الناقل أو المتلف أو المستدعي للملك لكنه ظاهر في حصول الملك بمجرد القبض من دون توقف على عقد سابق الا أن تدعي انه مأخوذ في ماهية كما سلف فتأمل قيل وقد يقرب منه الموثق عن رجل استودع رجلاً ألف درهم فضاعت فقال الرجل كانت عندى وديعة وقال الآخر إنما كانت عليك قرضاً قال المال لازم له الا أن يقيم البينة أنها كانت وديعة فتأمل في وجه دلالة فقد تحصل ان هنا أموراً خمسة يمكن حصول ملك المال المقرض بها وهي اما القرض أي المقدم وحده واما هو مع القبض بعده أو القبض فقط أو التصرف بدون القرض أو معه فالاول مما لا ريب في عدم حصوله به كما انه لا ريب في عدم توقفه على الخامس لانه لا ريب في حصول الملك بالثاني وانما الاشكال في الثالث والخامس فليتأمل فيهما جيداً وليلاحظ ما ذكرنا في معنى القرض في أول الباب وما في (مجمع البرهان) من أن صاحب المسالك نقل عن الدروس أن لاختلاف في عدم الملك بالتصرف فبني على جعله كاشفاً كما حكاه في (الدروس) عن القائل به كما عرفت ويحتمل وجهاً آخر وثمرة القولين على تقدير وجود القائل بالتصرف تظهر في الزكوة كما أشير اليه في الخبر وفي النماء وغيره كما أشيرنا اليه في أول الباب ويأتي تمام الكلام قريباً ﴿ قوله ﴾ ﴿ فليس للمقرض ارتجاعه ﴾ كما في (السرائر) وجامع الشرائع والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والتبصرة والدمعة والميسية والمسالك والروضة والكفاية والرياض) ونسبه في الدروس الى الفاضل فكانه متامل فيه وفي (الكفاية) انه أشهر وفي (المسالك) انه المشهور وفي (الرياض) نسبه الى الاكثر وقال ان عليه عامة من تأخر وقال أيضاً بما يستشعر من كثير من العبارات الاجماع عليه وهذه يكذبها الوجدان وقد تبع بذلك صاحب المسالك لكنه انما استشعر ذلك من عبارة الكتاب فقط واستعرف انه وهم والمخالف الشيخ في (الخلافة والمبسوط) قد جوز فيهما أن المقرض ارتجاعه وظاهر الاول الاجماع عليه حيث قال عندنا مع التصريح فيهما بأنه يملكه بالقبض وفي (السرائر) ليس على ما قاله دليل ولا دل عليه شيء يرتضى وفي (التحرير) أنه ضعيف (جبة المشهور) ان فائدة الملك أن لا ينسلط عليه غيره والثابت بالمقد والقبض للمقرض انما هو البديل فيستصحب الحكم الى أن يثبت المزيل وليس هناك سوى دعوى الاجماع في (المسالك) على جواز العقد وهي مع فتوى الاكثر بعدم جواز الرجوع في العين موهونة وقد سمعت انكاره في السرائر على الشيخ الدليل ولو كان جائزاً من الطرفين عنده لما أئجه ذلك له (فتأمل) والمصرح بجوازه من الطرفين الشهيديان (في الدرر والمسالك) والفاضل الميسي وهو ظاهر الشيخ في (المبسوط والخلافة) ولا تغفل عما في السرائر وستسمع أن ليس مراد

الشبهين بالجواز الجواز بالمعنى المتعارف وان اختلفا في تنزيهه (شرطه خل) وفي (التحرير) انه عقد لازم
 من جهة المقرض جائز من جهة المقرض على معنى أن للمقرض رد العين والمثل ولو طلب المقرض العين
 لم يجبر المقرض على دفعها وتظهر الفائدة فيما اذا أقرضه عينا قيمية فعلى القول بجوازه من طرف المقرض
 أنه يجوز للمقرض ردها بعينها ويجبر المقرض على قبولها وأما في المثلي فلا تظهر فائدة عند التأمل
 الصادق وكلام جامع المقاصد محتمل الجواز من الطرفين أو من طرف المقرض وقد يستند في كونه
 جائزا الى عدم انحصار إيجابه في لفظ واكتفاء جماعة فيه باقتبول الفعلي وذلك شأن العقود الجائزة (وفيه)
 ان الرهن لازم من طرف الزامن ولا يتحصر إيجابه في لفظ فليتأمل ثم انا نقول الظاهر ان مراد القائل
 بجوازه عدم امهال المقرض الى قضاء الوطر من العين وان كان قضية العرف ذلك فيجوز لكل منهما
 الرجوع في الجميع أو البعض في المجلس وغيره كما صرح به في (الدروس) ويكون العرف من ذلك الرد
 على مالك حيث قال ليس للمقرض الرجوع فيما أقرضه حتى يقضى المقرض وطره منه أو يمضي زمان يتسع
 لذلك وما في (المسالك) من أن المراد بالجواز تساط المقرض على أخذ البديل اذا طالب به متى شاء وانهم
 اذا أرادوا بالجواز هذا المعنى فلا مشاحة في الاصطلاح وان كان مغايرا لغيره من العقود من هذا الوجه
 فان كان أراد ما ذكرناه والا ففیه ان جواز أخذ البديل كان مقتضى القرض والقبض وحاصلا قبل
 الفسخ وليس ذلك أثره بل ذلك حاصل لو كان عقدا لازما وهذا بعيد عن معنى الفسخ اذ هو ابطال
 أثره الشرعي فاذا لم تخرج العين الموجودة عن ملكه لم يكن العقد مفسوخا وليس النزاع في أمر اصطلاحوا
 عليه حتى أنهم يسأحون فيه ولا يسأحون عليه بل في ترتب الأثر الشرعي كما هو ظاهر ومثله في الوهن
 ما في (مجمع البرهان) من انه ليس بعيد أن يكون النزاع فيما قبل الفسخ يعني اذا تحقق العقد مع الشرط
 وحصل الملك الناقل فع عدم طر بان الفسخ عليه بالتقابل من الجانبين أو من جانب واحد هل يجوز
 الرجوع في العين مع كراهية المقرض أم لا اذ فيه أن النزاع حينئذ قبل الفائدة اذ المقرض أن يفسخه
 ويأخذ ماله بل المطالبة به فسخ والمقرض الفسخ واعطاء العين فليس للمقرض عدم القبول مع احتمال
 حصول الفسخ بمجرد رد العين من دون احتياج الى عبارة (واحتج) في (المبسوط) على جواز الرجوع
 بأنه كالهبة قال له أن يرجع فيه كما له أن يرجع في الهبة ونحوه ما في (الخلاص) من أنه عين ماله فله أن
 يرجع فيه وهو كما عرفت مبني ومتفرع على تملك المقرض وظاهر في كونه عقدا جائزا وغاية الامر
 أنه لم يفصله فعمل في (المسالك) كلامه على غير ظاهره ما أجاب عنه بإبداء الفرق بينه وبين الهبة
 بالعوض وعدمه أو بالدليل وعدمه ولم تكن حجة الشيخ المساواة بينه وبينها بل كونه عقدا جائزا
 واكتفى عن ذلك بالمثال ثم ان هناك فرقا آخر بينهما وبين الهبة وهو أن الملك فيها لا يستقر الا بالتصرف
 وفي القرض يستقر بالقبض ثم قال في (المسالك) ويمكن تعليقه بالاتفاق على أن القرض عقد جائز
 ومن شأنه أن من اختار فسخه يرجع الى عين ماله وقال هذا وجه حسن لم ينهوا عليه وقد عرفت
 أن الشيخ نه عليه لكنه لم يفصله فلم يكن أتى بغير ما أتى به الشيخ الا أن تقول انه في (المسالك)
 فهم من الشيخ ما أشار اليه في (السرائر) حيث لم يفهم منه أن العقد عنده جائز والا لما صح له ان يقول
 في رده انه لا دليل عليه الى آخره فليتأمل جيدا ثم انه في المسالك قال ان الحكم في المسئلة مبني على
 الخلاف السابق فان قلنا ان المقرض لا يملك الا بالتصرف بأي معنى اعتبرناه فمقرض الرجوع في
 العين قبله لانها ملكه وان قلنا انه يملك بالقبض فهل يمكن القول بذلك ظاهر (التواعد) لعدم لانه جعل

ولو شرط الاجل في القرض لم يلزم (متن)

هذه المسئلة مفرعة على تلك بالفاء ويظهر من المصنف يعني المحقق ان الخلاف في هذه المسئلة جار وان قلنا بملك بالقبض وهذا هو الظاهر انتهى (وفيه) ان اقدم ما في عبارة الكتاب انه فرع عدم الاتجماع على القول بالملك وذلك لا يدل على انه لا يمكن القول بخلافه حتى لا يكون فيه خلاف مع ما برآه من خلاف الشيخ في كتابيه ومع ما شاهدته من شيخه المحقق من ظهور جريان الخلاف في عباراته على القول بالملك وما هو ذا في التذكرة فرع كالكتاب ثم نقل كلام الشيخ واحتججه عن الشافعي واجاب عنه بما ذكره في المسالك فليحفظ ذلك وبما ذكر يعرف حال ما فرعه المصنف من ان للمقرض دفع المثل مع وجود الاصل اذ هو ظاهر على المشهور وكذلك لو استقرض من ينعق عليه فانه ينعق عليه بالقبض عندنا كما في (التذكرة) ومن قال بالملك بالتصرف ينعق عنده بالتصرف وتظهر التمرة أيضا في النماء قبل التصرف وقد قلنا بقيام الاحتمالين على القول بالكشف وفي فتنه لو كان حيوانا وقد اوضحنا ذلك كله فيما سلف ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو شرط الاجل في القرض لم يلزم ﴾ هذا هو المشهور كما في (الكفاية) والظاهر انه مجمع عليه كما في (مجمع البرهان) ولا خلاف فيه يعرف الا ممن ندر من بعض من تأخر كما في (الرياض) وقال فيه ربما اشترت عبارة الشرائع وغيرها بالاجماع وهو الحجة انتهى فأمل فيه وموضع الاشعار من الشرائع قوله ان الرواية مهجورة وهو خيرة السرار في ظاهرها وجامع الشرائع والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والنروس واللمعة والتشريح وغاية المرام والروضة ومجمع البرهان على تأمل ضعيف له فيه ويمكن تعميم عبارة الارشاد بحيث تشملها كما احتمله المقدس الأردبيلي للأصل مع عدم الموجب متضدا بما يظهر من دعوى الاجماع من جماعة وقد استدولوا عليه بجواز اصله المستلزم لجواز شرطه وقد عرفت من قبل الحال في جواز الاصل وما أريد بهذا الجواز وان الاصح ان المراد به عدم لزوم الاجل الذي اقتضاه العقد بحسب العرف وذلك لا يدل الاعلى عدم لزومه بمجرد العقد وهو لا يتنافى لزومه مع الشرط وقد يستدل عليه أيضا بأنه مستحب بالاجماع والكتاب والسنة والاستحباب لا يتعلق بايقاع الصيغة بل بمدلولها وما هو الا تاخير المطالبة الى قضاء الوطر واستحباب التأخير وهو عين معنى الجواز وفيه كما بينته في (الرياض) ان الاستحباب انما تعلق باجراء الصيغة لا بخصوص مدلولها وان كان هو الوجه في تعلقه باجرائها فكان مفاد الادلة انه يستحب القرض وابتعاد سببه ولا يتنافى وجوب السبب بمداه كما هو الشأن في التجارة فقد تضافت الادلة باستحبابها مع وجوب العمل بمقتضيات اسبابها سلمنا لكن ذلك انما يتجه بالنسبة الى نفس المقدوانه بمجرد لا يقتضي وجوب التأخير بل غاية الاستحباب كما يستفاد من ادلة استحبابه ولا كلام فيه للاجماع على جواز العقد المستلزم لعدم وجوب التأخير فيه ولكنه لا يتنافى لزومه بسبب آخر غير نفس العقد المجرد وهو العقد المركب من الشرط لمعوم ما دل على لزوم الوفاء بالشرط كما لو وقع عقد البيع حالا فانه لا يقتضي وجوب التأخير في احد العوضين الى اجل ولا كذلك لو اوقفه مؤجلا فقد يكون عقدا القرض بنفسه لا يفيد لزوم اجل ومع شرطه يفيد لزومه فلان منافاة بين جواز اجل القرض نظرا الى نفس المقدوانه وبشرطه فيه لتغاير السببين كما لو اشترط اجله في عقد آخر لازم كما سنسمعه عن الاكثر للاستدلال بذلك على المطلوب غير متوجه وقد فرق بين القرض والبيع بعدم دلالة عقده على اجل بخلاف القرض لدلالته عليه بحسب العرف

لكن يصح ان يجعل اجله شرطا في عقد لازم فيلزم (متن)

كما مر فاذا لم يجب الوفاء به مع دلالة العقد الذي هو الاصل في لزوم الوفاء به وبالشرط الحاصل في ضمنه عليه فقدم وجوب الوفاء به اذا دل عليه الشرط أولى فيتم الاستدلال قليلا بل جيدا (هذا) والخالف في المسئلة المحدث الكاشاني في ظاهر المغايب فانه يظهر منه فيه القول بلزوم العقد المشروط فيه التأجيل ولزوم الأجل وكانه ميل اليه في (المساك والكفاية) وبه قطع صاحب (الحدائق) وقد سمعت ما حكيتاه عن (مجمع البرهان) واستدلوا عليه بعمومات الوفاء بالعقود والتزام الشروط ومضرة الحسين ابن سعيد قال سأله عن رجل أقرض رجلا دراهم الى أجل مسمى ثم مات أبجمل مال القرض بعد موت المستقرض منه أم لورثته من الأجل مالم يستقرض في حياته فقال اذا مات فقد حل مال القارض والتقريب فيما من تقريره عليه السلام ان الأجل لازم في القرض مطلقا بل ظاهرها كون ذلك في عقد القرض ومن مفهوم الشرط الذي هو حجة وما عساه يقال يمنع ظهورها في المطلوب اذ أقصى ما هناك الدلالة على صحة الأجل لا اللزوم الذي هو المفروض (فيه) ان لفظة يحل ظاهرة في عدم استحقاق المطالبة قبل اقباض المدة المضروبة حال حيوة المستقرض (واستدل في الحدائق) بقوله جل شأنه (اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه) قال وهي شاملة للسلم والنسيئة والقرض (وبما روي) في الفقه المنسوب الى مولانا الرضا عليه السلام من أقرض قرضا ولم يرد عليه عند اقباض الأجل كان له من الثواب في كل يوم صدقة دينار (و بالخبر) المروي عن تواب الاعمال من أقرض وضرب له أجلا الحديث وأيده المولى المقدس الاردبيلي بما دل على وجوب الوفاء بالوعد من العقل والنقل قال الا أن عدم العلم بالقول به يمنع عن ذلك والا كان القول به جيدا (وفيه) مع عدم القائل به واطباق الاصحاب على خلافه على الظاهر كما عرفت أن غاية الادلة المذكورة ما عدى المضرة صحة التأجيل وليست محل نزاع وثمرتها جواز تأخير الدفع الى الاجل ووجوبه بعده وذلك غير لزومه الذي هو عبارة عن وجوب التأخير اليه الذي هو محل النزاع وضعف دلالة الآية الشريفة من وجه آخر وهو اختصاصها بالدين وهو غير القرض كما تقدم بيانه مضافا الى أن الخبرين قاصران من جهة السند ولا جابر لها في المقام وأما المضمرة ففي (الشرائع) انها مهجورة وقد حملت على الاستحباب ومثل ما نحن فيه ما اذا شرط في عقد القرض تأجيل مال حال سواء كان القرض أم غيره اذ الحكم فيهما واحد كما هو ظاهر كلامهم وقد صرح بذلك في (الميسبة والمساك) **قوله** «لكن يصح أن يجعل أجله شرطا في عقد لازم فيلزم» كما في (التذكرة والدروس والتفتيح وغاية المرام وايضاح النافع وجامع المقاصد والميسبة والمساك والروضة والكفاية ومجمع البرهان) بل في الاخير يمكن عدم الخلاف فيه وكأنه في الدروس متردد حيث قال قال الفاضل يلزم تبعا للزوم ويشكل بان الشرط في اللزوم يجعله جائزا فكيف ينعكس وفي رواية الحسين اشعار بذلك ويمكن حمله على التنبه انهم (حجة المشهور) بعمومات الوفاء بالعقود والتزام الشروط مع عدم المانع المذكور هناك وان جزء العقد اللازم لازم وقال في (جامع المقاصد) ان الشهيد أورد اشكالا في المقام حاصله انه ان أريد بلزومه توقف العقد المشروط فيه عليه فسلم لكنه خلاف المتبادر من كونه لازما اذ العقود المشروط فيها شروط لا تقتضي لزوما بل فائدتها تسلط من تعلق غرضه بها على المنسوخ بالاخلال بها وان أريد لزوم ذلك الشرط في نفسه بمعنى انه لا سبيل الى الاخلال به لم يطرده الا ان يفرق بين اشتراط ما سبقه وما هو واقع ويجعل

وكذا لا يلزم لو أجل الحال بزيادة فيه ولا يثبت الزيادة وله تعجيل المؤجل بأسقاط بعضه
مع التراضي (متن)

التأجيل من قبيل الواقع فيتم (ويمكن الجواب) بأن المراد بكون الشرط لازماً وجوب الوفاء به كواجب
الوفاء بالعقد اللازم لانه من جملة مقتضياته وتسلط من تعلق عرضه به على الفسخ بدونه لا ينافي هذا
المقدار من اللزوم من طرف العاقد الآخر فيكون الشرط والعقد لازمين من طرف المشتري ومن طرف
من تعلق به عرضه يكون لازماً مع الاتيان بالشرط لا بدونه وهذا معنى واضح صحيح نعم ما سبق من
اشتراط العتق في العبد المبيع اذا أخل به المشتري يسقط البائع على الفسخ وليس له اجبار المشتري متاف
لهذا وان كان المختار أن له الاجبار فلا منافاة وما ذكره من الفرق بين الشرط الذي سيفعل وغيره أيضاً
متجه فلا يبعد أن يقال اذا شرط الحال في عقد لازم كأن كما لو شرطه في العوض الواقع في ذلك العقد
فيلزم بهذا الاشتراط وهذا هو المفهوم من اطلاق الاصحاب تأجيل الحال في عقد لازم وليس هو
كاشتراط أن يفعل الفعل الفلاني انتهى وقد تقدم الكلام في المقام في أول باب النقد والنسيئة وفي الفصل
الثالث في الشرط عند شرح قوله ولو أخل المشتري بالزمن والكفيل وقد استوفينا الكلام في البابين
ورجحنا أنه يلزم وان امتنع بحججه الحاكم فان تعذر تسلط على الفسخ لمكان الاجامعات والعمومات الى
غير ذلك مما ذكرناه في باب النقد والنسيئة وبينا ان هذا الشرط هل يلزم من الجانبين أو من جانب
واحد فالامر يد المشتري وقع الشرط له وان لو شرط توكيله في عقد لازم ثم عزله هل ينزل أم لا وقلنا
ان ذلك كله اذا لم يكن لغيرها مدخل في الشرط وأما معه فلا مثل شرط العتق وبينا الحال في الامر يد
عليه ومثال ما نحن فيه أن تقول بعثك الدار مثلاً بكذا وشرطت عليك أن يكون قرضك أودبتك الفلاني
مؤجلاً الى سنة فيقبل المشتري ومثله في (التذكرة) بما اذا قال بعثك هذا بشرط أن تصبر بالدين كذا
والمشترى على هذا الشرط الى آخره وفيه تأمل لانه يشبه أن يكون تعليقاً ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا لا يلزم
لو أجل الحال ﴾ كافي (المبسوط والخلاف والسرائر والشرائع والنافع والتذكرة والتبصرة والتحرير والارشاد
والندروس والميسب والمسالك والكفاية) وفي الاخير انه المشهور بين الاصحاب ومثاله أن يبيع صاحب
الدين بعبارة تدل عليه من دون ذكره في عقد كأن يقول أجلك في هذا الدين مدة كذا اذ ليس
ذلك بعقد يجب الوفاء به بل هو وعد يستحب الوفاء به ولا فرق بين أن يكون مهراً أو غيره كما في
(النافع) وخالف بعض العامة حيث ذهب الى ثبوت التأجيل في ثمن المبيع والاجرة والصدقات وعوض
المخلع دون القرض وبدل المتلف وذهب آخرون منهم الى ثبوته في الجميع ومنه يعلم الحال فيما لو أجل
الحال بزيادة فيه كما نه عليه المصنف ونص عليه في (المبسوط) بل لا يصح بنقلها ولا أخذها ﴿ قوله ﴾
﴿ ولا يثبت الزيادة فيه ﴾ كما في (المبسوط والخلاف والسرائر) وغيرها ولا يصح أخذها لو بذلت
بمجرد جعلها في مقابلة التأجيل ﴿ قوله ﴾ ﴿ وله تعجيل المؤجل بأسقاط بعضه مع التراضي ﴾ كما
(في السرائر والشرائع والتبصرة والتحرير) وغيرها وبدل عليه ما رواه الكليني والشيخ في (الكافي
والتهذيب) عن أبان بن تغلب في الصحيح عن حدثه عن أبي عبد الله عليه السلام قال سألت عن الرجل
يكون له على الرجل دين فيقول له قبل أن يحل الأجل عجل النصف من حتى على أن أضع عنك
النصف أيحل ذلك لواحد منهما منه قال نعم ونحوه حسنة الحلبي أو صحبته كما سئمت وكما يعتبر

(فروع الاول) لو قال ملكتك وعليك رد عوضه فهو قرض ولو قال ملكتك واطلق ولم يوجد قرينة دالة على القرض كسبق الوعد به فهو هبة فان اختلفا احتمل تقديم قول الواهب لانه ابصر بنيته (متن)

التراضي في اسقاط البعض يعتبر في تعجيله بغير اسقاط لان الاجل أيضا حق لهما لتعلق غرض كل منهما به فان التعجيل قد لا يرضى به صاحب الحق لحصول ضرر بالقبض بخلاف ونحوه وبالنسبة الى الآخر واضح لكن اسقاط الاجل يكفي فيه بمجرد الرضا أما اسقاط بعض الحق فيحتمل كونه كذلك كما يقتضيه ظاهر اطلاقهم ويكون الرضا بالبعض قائماً مقام البراءة فانه كما يظهر من تضاعف كلامهم في مواضع متفرقة انه لا يختص باللفظ وفي (كتاب الجنائيات) يقع بلفظ العقود ونحوه فيكون هذا منه ويحتمل قويا توقف البراءة على لفظ يدل عليه صريحا كالبراءة والاسقاط والعفو أو الصلح لامطلق الرضا لاصالة بقاء الملك الى أن يتحقق المزيل شرعا وفي (الكفاية) هل يكفي الرضا في الاسقاط أو توقف البراءة على لفظ فيه وجان وقال وكذا يصح تعجيل بعضه بزيادة في أجل الباقي لانا خير به بزيادة فيه ومسنند المجموع صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (قلت) روى الحلبي في الحسن أو الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال سئل عن الرجل يكون عليه الدين الى أجل مسى فيأتيه غريمه فيقول أقدمني كذا وكذا وأضع عنك بقية أو يقول أقدمني بعضه وأمد لك في الأجل فيما بقي عليك قال لأرى به بأسا الحديث وتام الكلام في باب الربا ﴿ قوله ﴾ (فروع الاول) لو قال ملكتك وعليك رد عوضه فهو قرض ﴿ قد سبقت هذه المسئلة وانما أعادها ليني عليها ما بعدها ﴾ ﴿ قوله ﴾ (ولو قال ملكتك وأطلق ولم توجد قرينة دالة على القرض كسبق الوعد به فهو هبة) كافي (التذكرة وجامع المقاصد) وفي (التحرير وحواشي الكتاب) ان فيه نظرا ينشأ من أن الهبة كذلك ومن استعمال هذه اللفظة في الهبة وغيرها ولا دلالة للعام على الخاص وهو كما ترى لان قوله ملكتك اذا تجرد عن ذكر رد العوض وهو المعنى بالاطلاق كان حقيقة في الهبة ومجازا في القرض لانه جزء مفهومه وجزئه الآخر رد العوض وقيد بعدم وجود القرينة لانه مع وجودها يجب حمل اللفظ على مقتضاها لان القرائن تصرف اللفظ عن ظاهره الى غيره فيكون معها قرضا وبدونها هبة ﴿ قوله ﴾ (ولو اختلفا احتمل تقديم قول الواهب لانه ابصر بنيته) والاصل عصمة ماله وعدم التبرع ووجوب الرد على الاخذ بقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى تؤدى وهو خيرة (التحرير والتذكرة) ومحل الاختلاف ما اذا قال ملكتك وأطلق واختلفا في القصد (وفيه) انك قد عرفت أن لفظ التملك المجرد عن رد العوض حقيقة في الهبة ومجازا في القرض فلا يصار اليه الا بقرينة تفترض انتفاها على الظاهر من عبارة الكتاب ودعوى خلاف الظاهر والحقيقة في سائر العقود لا تنفك اليها والقصد وان كان معتبرا الا أن الظاهر في الاقفاط الصريحة اقترانها بالقصد فيحمل الاقرار عليه وقد أجمعوا كما في المسائل على انه لو ادعى عدم القصد الى البيع ونحوه مع تصريحه بلفظه لم يثبت اليه (ومما ذكر) يعرف حال باقي الادلة فان اصالة العصمة قد انقطعت بما وقع من اللفظ الصريح ومثله القول في الخبر فانه مع وجود السبب الناقل للملك شرعا الرفع للضمان يخرج موضع النزاع عن ذلك فهي انما يستدل بها عند عدم وجود ما يعد سببا ناقلا شرعا لامه نعم لو شهدت قرينة كسبق الوعد بالقرض واختلفا حينئذ في القصد قدم قول المدافع

وتقديم قول المتهب قضية للظاهر من ان التملك من غير عوض هبة (الثاني) لورد المقرض العين في المثلي وجب القبول وان رخصت وكذا غير المثلي على اشكال منشاؤه ايجاب قرضه القيمة (الثالث) للمقرض مطالبة المقرض حالا بالجميع وان اقرضه تفاريق ولو اقرضه جملة فدفع اليه تفاريق وجب القبول (متن)

بيئته عملا بالقرينة وكان المسئلة مفروضة عند المصنف في (التذكرة والتحرير) من هذا التبيل وأما لو اختلفا في ذكر البديل فانه يقدم قول المقرض أي المتهب لاصالة عدم الذكر كما في (التذكرة وجامع المقاصد) وهذا غير مذكور في عبارة الكتاب ﴿ قوله ﴾ - (وتقديم المتهب قضية للظاهر من ان التملك من غير عوض هبة) الوجه فيه ظاهر مالم تشهد القرينة باقرض كسبق الوعد به ﴿ قوله ﴾ - (لورد المقرض العين في المثلي وجب القبول وان رخصت) كما في (التذكرة والتحرير والدروس والتنقيح وجامع المقاصد وجمع البرهان) لان الواجب أمر كلي في الذمة والعين أحد افراده والتعيين الى من عليه الحق وفي الاخير ان الظاهر عدم الخلاف في جواز اعطاء العين في المثلي ووجوب قبولها ومعنى رخصت بضم العين قصت قيمتها السوية عما كانت مع بقاء العين بحالها ﴿ قوله ﴾ - (وكذا غير المثلي على اشكال منشاؤه ايجاب قرضه القيمة) والوجه الآخر من الاشكال مساواة المدفوع للمأخوذ وان القيمة انما اعتبرت لتعذر المثل ونحوه ما في (التذكرة والتحرير) في عدم الترجيح واختير عدم وجوب القبول في (الايضاح والتنقيح وجامع المقاصد) لان الواجب في قرض القيمي هو القيمة وقت القرض كما أشار اليه المصنف هنا فاذا دفع العين فقد دفع غير الواجب فيكون القبول مشروطا بالتراضي وكون انما اعتبرت لتعذر المثل اولا غير معلوم ثم ان الكلام في الثابت في الذمة الآن لافيا كان حقه الثبوت وقد عدل عن ثبوته بدليل نعم لو كان الواجب المثل ومع التعذر القيمة ثم ذلك واختير وجوبه في (الخلاف والدروس والمسالك وجمع البرهان) وقد يظهر ذلك من المبسوط وفي (الدروس) ان في الخلاف الاجماع عليه وفي (الخلاف) يجوز للمقرض أن يرد مال القرض على القارض بلا خلاف انتهى فتأمل و يأتي في القطة ما يشهد بذلك وفي (جمع البرهان) انه يفهم عرفا انه اذا أعطى العين يجب القبول ولا يطلب غيره الا مع التغيير المنقص للقيمة وقال أيضا ان العرف والتبادر من العوض والتسامح فيه من جانب المقرض دليل وجوب القبول وان كون الواجب هو القيمة محمول على تقدير عدم اعطاء العين كما في المثلي فانه يجب المثل على تقدير عدم اعطاء العين وفي (الدروس) أيضا يحتمل وجوب قبولها ان تساوت القيمة أو زادت وقت الرد وان قصت فلا وسيأتي في الفرع الرابع من كلام المصنف ما هو كالصريح في ذلك ﴿ قوله ﴾ - (للمقرض مطالبة المقرض حالا بالجميع وان اقرضه تفاريق) كافي (التحرير والدروس وجامع المقاصد) والوجه فيه واضح لان الجميع حاله المطالبة به وكذلك الحال في العكس كما لو اقرضه جملة فان له المطالبة بها تفاريق وحالا في عبارة الكتاب مخفف والمراد بقوله وان اقرضه تفاريق انه اقرضه الجملة في دفعات ﴿ قوله ﴾ - (ولو اقرضه جملة فدفع اليه تفاريق وجب القبول) كافي (الدروس وجامع المقاصد) لانه حق له استحق أخذه وليس كالبيع والثمن يجب تسليم جميعه نظرا الى اتحاد الصفقة فليس له فيما نحن فيه الامتناع من أخذه الى أن يسلمه الجميع اذ لا صفقة

(الرابع) لو اقترض جارية كان له وطئها وردها اذا لم تنقص على المالك مجانا ولو حملت صارت ام ولد يجب دفع قيمتها فان دفعها جاهلا حملها ثم ظهر استردها وفي الرجوع بمنافعها اشكال ويدفع قيمتها يوم القبض لا يوم الاسترداد (الخامس) لو اقترضه دراهم او دنائير غير معروفة الوزن او قبة من طعام غير معلومة الكيل او قدرها بمكيال معين او صنجة معينة غير معروفين عند الناس لم يصح لتعذر رد المثل (متن)

هنا ويطالب بالباقي في المال ولا يجب على المقرض التأخير وان قل الزمان الامع الاعصار **قوله** «ولو استقرض جارية كان له وطئها» كافي (التحرير والتذكرة والدروس وجامع المقاصد) وفي الاول التقييد بعد الاستبراء ان وجب ولا ريب ان المراد بعد القبض كما قيد بذلك في (التذكرة والدروس) وفي (المسالك والكفاية) كان له وطئها بمجرد القبض وان اوقفناه على التصرف لم يحل بمجرد القبض وعن بعض العامة ان الملك بالقرض سبب ضعيف فلا يحل به الوطئ فيشبه عارية الجوارى للوطئ وهو منهي عنه وقد قيل انه من قبيل الهذيان **قوله** «وردها اذا لم تنقص على المالك مجانا» كافي (الدروس) وظاهرها ان له ذلك كذلك وان لم يرض المقرض وهو متجه على مختار الدروس من ان الاصح وجوب قبول العين في القيمي اذا لم تنقص أو مطلقا والمصنف استشكل في ذلك وقد يكون رجع عنه الا ان يكون المراد جواز الرد اذ ارضى المالك لكنه حينئذ لا يحتاج الى التقييد بعدم النقص ولعله لذلك لم يذكره في (التذكرة) وأما الرد مجانا حيث يجب القبول حيث لا تنقص فلانه صادف ملكا فلا عوض عليه فيه وأما مع النقص أو الحمل من غيره فالتقاء على الارش جاز كافي (الدروس) **قوله** «ولو حملت صارت أم ولد يجب دفع قيمتها» كافي (التذكرة والدروس) والوجه فيه ظاهر **قوله** «فان دفعها جاهلا بحملها استردها وفي الرجوع بمنافعها اشكال» أما الاول فظاهر وأما الرجوع بمنافعها فقد استشكل فيه في (التذكرة والايضاح) كالكتاب من ان اباحة المنافع بغير عوض معلول للدفع للملك لا انتفاء جميع أنواعه كالعارية ونحوها الا هذا وقد اتفق وانتفاء العلة يقتضي انتفاء المعلول ومن اذنه للمقرض في استيفاء المنافع بغير عوض لانه المفرط والاولى أقوى كما في حواشي الكتاب وأقرب كما في (الدروس) ولا يخلو عن قوة كما في (جامع المقاصد) لما ذكره وعموم قوله عليه السلام على اليد ما أخذت حتى تؤدي ولانه قد تبين أن يد المقرض بغير حق فتكون يد عدوان اذ لا واسطة بينهما غاية ما في الباب ان ذلك لم يكن معلوما بحسب الظاهر فاذا علم ترتب عليه أثره وقد سبق في المبيع يباعا فاسدا انه يستحق الرجوع بمنافعه وهذا نظيره **قوله** «ويدفع قيمتها يوم القرض لا يوم الاسترداد» كافي (التذكرة والدروس) أما الاول فقد تقدم بيانه فيما سلف وأما الثاني وهو عدم اعتبار قيمة يوم الاسترداد فظهور فساد الدفع **قوله** «ولو اقترضه دراهم أو دنائير غير معروفة الوزن أو قبة من طعام غير معلومة الكيل أو قدرها بمكيال معين أو صنجة معينة غير معروفين عند الناس لم يصح لتعذر المثل» كما صرح بذلك كله في (التذكرة) وصرح في (التحرير) بعدم الصحة في المكيال والصنجة المعينين الغير المعروفين عند الناس وقضية كلام الكتاب والتذكرة انه لا يصح اقراض الدرهم والدنائير عددا كما هو المتعارف في هذه الاعصار فياهو مضروب بسكة

(السادس) ينصرف اطلاق القرض الى اداء المثل في مكانه فلو شرط القضاء في بلد اخر
 جاز سواء كان في حمله مؤنة اولا ولو طالبه المقرض من غير شرط في غير البلد او فيه مع
 شرط غيره وجب الدفع مع مصلحة المقرض (متن)

السلطان من الفضة والذهب كما أشرنا الى ذلك عند شرح قوله ويصح قرض كل ما يضبط وصفه وأما
 عدم الصحة في المكيال والصنعة المذكورين في الكتاب وان فرض حفظهما لان شرط صحة القرض
 العلم بالقدر وإنما يتحقق بكون المكيال عاما وكذا الوزن وهما مع كونهما في معرض التلف فلا يبق الى
 العلم بالقدر طريق لا يخرج المقدر بهما عن الجهالة ولو ادعى المالك العلم لم يقبل منه الا بالينة ولو ادعى
 التريم العلم قبل قوله مع اليمين لانه غارم وقد قيل عليه ان تعذر رد المثل مع حفظ المكيال والصنعة
 غير واضح فكان عليه أن يعلى بتفسير ذلك وأجيب بإمكان ارادة كونه بمعرض التلف فيكون الشأن
 فيها تعذر رد المثل باعتبار تفهما ﴿ قوله ﴾ ﴿ ينصرف اطلاق القرض الى أداء المثل في مكانه ﴾
 كافي (التذكرة والدروس وجامع المقاصد) لانه موضع الوجوب اذا قرض على طريق الحلول واستظهر
 في (جامع المقاصد) انه لو أجل بسبب لازم فوضع الرد ممكن الحلول ﴿ قوله ﴾ ﴿ فلو شرط
 القضاء في بلد اخر جاز سواء كان في حمله مؤنة اولا ﴾ للاخبار والاجماع المحكي في (الخلاف) والظاهر
 من التذكرة وعموم قوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم ولا فرق في ذلك بين أن تكون المصلحة
 في جانب المقرض أم المقرض اذ المنوع منه الزيادة في مال القرض عيناً أو وصفاً وليس هذا من
 ذلك كما بيانه ويبيح الكلام في ان ذلك يلزم أم لا بل يجوز لكل منهما مخالفة والذي يقتضيه
 النظر انه لا يجوز للمقرض مخالفة والمطالبة في غير بلد الشرط لان العقد لازم من طرفه كما عرفت
 فيما سلف ويلزمه ما شرطه أو شرطه عليه وليس ذلك من التأجيل في شيء وان رجع اليه بالآخرة
 ولا فرق في ذلك بين أن يكون للمقرض مصلحة في ذلك أم لا أو يكون عليه ضرر أم لا وانه يجوز
 للمقرض مخالفة والدفع متى شاء لعدم لزومه من طرفه فيجب على المقرض قبوله وان كان عليه في
 ذلك ضرر لانه أقدم على ذلك وقد قيل مثل ذلك في السلم وستسمع كلام الاصحاب وما اختاره المصنف
 لكن يرد على التحقيق انه قد مر ان المراد بالزوم من طرف المقرض انه لا يجوز له المطالبة بالعين لانه
 لا يجوز له المطالبة بالبدل فليتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو طالبه المقرض من غير شرط في غير البلد أو فيه مع
 شرط غيره وجب الدفع مع مصلحة المقرض ﴾ وقال في (التذكرة) وجب الدفع ولم يتعرض للمصلحة
 وقد يكون مستشكلا في التذكرة بناء على عود الاشكال في آخر كلامه الى الجميع وقال في (الدروس)
 في المستثنى لم يجب الدفع وان كان الصلاح للدافع واختار فيه في (جامع المقاصد) وجوب الدفع مالم يختلف
 قيمة المثلي وتكون قيمة مكان المطالبة أكثر فانه لا يجب الدفع حينئذ للضرر الا أن يرضى المقرض
 بقيمة موضع القرض جمعا بين الحقتين وقد سلف في أول الباب فيما اذا التجس المديون الى الحرم انه اختار
 في (المختلف) وجوب الدفع وقت المطالبة كالغصب وستسمع له كلاما آخر والوجه فيما اختاره المصنف من
 وجوب الدفع اذا طالبه في بلد القرض وقد شرط الاداء في غيره وكان للدافع مصلحة ان القرض حال
 والشرط لا يصيره مؤجلا ولا معنى لا مطراح الشرط بالكلية فيجب أداء ماله عند المطالبة حيث لا مانع

ولو دفع في غير بلد الاطلاق او الشرط وجب القبول مع مصلحة المقرض (السابع) لو
 اقترض نصف دينار فدفع دينارا صحيحا وقال نصفه قضاء ونصفه امانه جاز ولم يجب
 القبول اما لو كان له نصف آخر فدفعه عنهما وجب القبول (الثامن) لو دفع ما اقترضه
 ثمننا عن سلعة اشتراها من المقرض فخرج الثمن زبوا فان كان المقرض عالما وكان الشراء بالعين
 صح البيع (متن)

يمنع شرعا وليس الا الضرر وقد فرض عدمه فالمراد بقوله مع مصلحة المقرض عدم ضرر على المقرض
 لان مصلحة المقرض قد تكون في عدم الدفع وان لم يكن ثم ضرر وبذلك يجمع بين الحقيقتين وأما عدم
 وجوب الدفع اذا لم يكن له مصلحة فلانه ضرر لم يقتضه عقد القرض ولم يلزمه فلا يجب عليه الالتزام
 به لظاهر لا ضرر ولا ضرار وكذلك الحال فيما اذا طالبه بمال القرض في غير بلد القرض والحال انه لم
 يشترط أدائه في غير بلد القرض اذ الحكم في المستثنين من واد واحد وفي (المبسوط والتحرير) لو أقرضه
 في بلد ثم طالبه في بلد آخر لم يجب عليه حمله الى بلد المطالبة ولا يجبر على دفعه لان قيمته تختلف ولو
 طالبه بالقيمة لزم وقد حكى ذلك عن القاضي أيضا في المختلف وقال انه غير جيد ثم قرب ان القرض
 كالغصب يجب فيه دفع المثل وقت المطالبة ﴿قوله﴾ (ولو دفع في غير بلد الاطلاق أو الشرط
 وجب القبول مع مصلحة المقرض) استشكل في (التذكرة) ولم يتعرض للمصلحة ونفى في (الدروس)
 وجوب القبول وان كان الصلاح للقباض وفي (التحرير) لو تبرع المقرض بدفع المثل وامتنع المقرض
 كان له ذلك وان لم يكن في حمله مؤنة وحاصل ما أراد المصنف ان الحق لما كان حالا وكان لبلد الاطلاق وبلد
 الشرط علامة بوجوب الدفع فيه جمعنا بين الامرين بأنه ان كان على المقرض ضرر كالاختياج الى
 حمله حيث كان ذامونة او الخوف من النهب ونحوه لم يجب القبول والاوجب وينبغي ابدال اشتراط
 المصلحة بعدم الضرر كما مر وقد سمعت ما اقتضاه النظر في المقامين ثم اني وجدت بعض الفضلاء ينقله
 عن بعض المحققين لكنك قد عرفت ما فيه ﴿قوله﴾ (لو اقترض نصف دينار فدفع دينارا
 صحيحا وقال نصفه قضاء ونصفه امانة جاز ولم يجب القبول) كما في (المبسوط وجامع الشرائع
 والتحرير والتذكرة والدروس) لان الشركة عيب والالتزام بالوديعة تكليف فلا بد من المرادة
 فاذا تراضيا كان بينهما نصفين ولكل منهما ان يتصرف بنصفه مشاعا وان اتفقا على كسره جاز وان
 اختلفا لم يجبر الممتنع وان اتفقا على ان يكون نصفه قضاء ونصفه قرضا او ثمننا لمبيع كان جائزا وكان له
 التصرف في جميع الدينار وقد فرضت المسئلة في (المبسوط والتذكرة) في نصف دينار مكسور وهو ظاهر
 التحرير وكلام الدروس مطلق بحيث يشمل النصف المضروب على حده وكذلك الحال فيما لو
 اقترض نصف عبد فدفع اليه عبدا تاما كما في الدروس ﴿قوله﴾ (أما لو كان له نصف
 آخر فدفعه عنها وجب القبول) كما في (التذكرة والدروس وجامع المقاصد) لان المجموع مستحق
 له عنده وهذا ظاهر متجه فيما اذا كان النصفان قراضا كما هو مفروض في (التذكرة) في خصوص الفرض
 اما لو كان مضر وبين على حده فقد يقال انه لا يجب عليه القبول لانه غير الحق وفي مفروض (التذكرة)
 ايماء الى ذلك وقد نفى عنه البعد في جامع المقاصد ﴿قوله﴾ (لو دفع ما اقترضه ثمننا عن
 سلعة اشتراها من المقرض فخرج الثمن زبوا فان كان المقرض عالما وكان الشراء بالعين صح البيع)

وعلى المقرض رد مثل الزبوف وان كان في الذمة طالبة بالثمن سليما وللمشتري احتساب ما دفعه ثمنا عن القرض ولو لم يكن عالما وكان الشراء بالعين كان له فسخ البيع (التاسع) لو قال المقرض اذا مت فانت في حل كان وصية ولو قال ان مت كان ابراء باطلا لتعلقه على الشرط (العاشر) لو اقترض ذمي من مثله خمرانم اسلم احدهما سقط القرض (منن)

كما في (التذكرة والتحرير والدروس) قال في (جامع المقاصد) لانه قد رضي بكون المدفوع ثمنا وان كان خلاف ما يظن بحسب الظاهر لان ضرر ذلك مع الجهل عليه وقد اندفع بعله ﴿ قوله ﴾ (وعلى المقرض رد مثل الزبوف) لان القرض صحيح وان كان انما أخذها على انها خالصة لانه انما اقترض هذا المعين ظاناً انه خالص فخرج على خلاف ما ظن وذلك لا ينافي صحة القرض نعم لو شرط في عقد القرض كونها خالصة فخرجت زبواً كان منافياً كما هو الشأن فيما لو اشترى الميب او بالميب من الجنس فتدبر ﴿ قوله ﴾ (وان كان في الذمة ماله بالثمن سليما وللمشتري احتساب ما دفعه ثمنا عن القرض) كما في (التحرير والتذكرة والدروس وجامع المقاصد) اما الاول فلان البيع انما جرى على نقد مخصوص غير معين بالمدفوع فيصرف اطلاقه الى الخالص فلا يصلح دفعه ثمنا لعدم المطابقة واما الثاني فلانه حق له في يد البائع وله عليه مثله بالقرض فيسوغ له احتسابه عنه ﴿ قوله ﴾ (ولو لم يكن عالماً وكان الشراء بالزبوف كان له فسخ البيع) كما في (التذكرة والدروس) وفي (جامع المقاصد) انه يشكل بان الثمن المعين اذا خرج من غير الجنس بطل البيع ولو خرج بعضه بطل في ذلك البعض وانت خير بان الظاهر ان المراد ان الميب كان من الجنس ﴿ قوله ﴾ (ولو قال المقرض اذا مت فانت في حل كان وصية ولو قال ان مت كان ابراء باطلا لتعلقه على الشرط) كما في (التذكرة والتحرير وجامع المقاصد) ووافق في (الدروس) في الاول دون الثاني حيث نسبة الى القيل وقال الاقرب العمل بقصده فان المدلول محتمل في العبارتين وفي وصايا الكتاب ونصح مطلقة مثل ان مت فثلثي للمساكين ومقيدة مثل ان مت في مرضي هذا او في سفري هذا او سئتي هذه او بلدي فثلثي للمساكين وواقفه على ذلك في (جامع المقاصد) فقد خالفنا هناك ما هنا الا ان قول الابرا غير الوصية لانه يعتبر فيه الجزم دونها وفي (حواشي الشهيد وجامع المقاصد) ان الفرق بين ان واذا ان اذا ظرف في الاصل وان عرض لها معنى الشرط فكأنه قال وقت موتي انت في حل وذلك مجزوم به غير مشكوك فيه فلا تعليق فيه فيصح وان حرف وضع للشرط فاذا قال ان مت كان مقتضيا للشك في كونه ابراء لان مقتضى تعليق الموت بكلمة ان الشك في حصوله ومتى كان المعلق عليه مشكوكا فيه فالمعلق بطريق أولى ولا يضر كون الموت بحسب الواقع مقطوعا به لان الاعتبار في الجزم وعدمه بالصيغة الواقعة ابراء فمتى لم تكن واقعه على جهة الجزم لم تكن صحيحة نعم قد استثنى بعضهم ما اذا كان المعلق عليه واقعا والمبرء او الموكل او الواقف او البائع عالما بوقوعه كقوله ابرئت ذمتك ان كان اليوم الجمعة اختار ذلك الشهيد في باب الوقف وكان المحقق الثاني واقعه عليه وفيه تأمل نعم قد استثنى ما اذا كان الشرط مكملا كقوله ان كان هذا مالي قد بدت اوهذه زوجتي فهي طالق وزاد في الحواشي في الفرق بين ان واذا ان الشارع في انشاء الوصايا وضع اذا لان ومع نقل الشارع لا يبحث والكلام في الثبوت ﴿ قوله ﴾ (واقترض ذمي من مثله خمرانم اسلم او اسلم احدهما سقط القرض) كما في (التذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد)

ولو كان خنزيراً فالقيمة (الحادي عشر) لو دفع المديون اموالاً على التفريق من غير جنس الدين قضاءً ثم تغيرت الاسعار كان له سعر يوم الدفع لا وقت المحاسبة وان كان مثلياً (متن)

لانه لا يجب على المسلم اداء الحر ولا قيمته لانه من ذوات الامثال فلا يجوز للسلم المطالبة به لكنه قال بعد ذلك في (الدروس) الا قرب لزوم القيمة باسلام الغريم وقد تقدم في باب السلم فيما اذا سلم كافر الى كافر في خر فاسلم احدهما قبل القبض انه يحتمل بطلان السلم والمشتري اخذ دراهمه وهو خيرة المصنف (وجامع المقاصد) والسقوط لا الى بدل والقيمة عند مستحليه وياتي للمصنف في باب الكفالة فيما اذا كان لذي ذمي خر على ذمي وكفله آخر مثله واسلم احد الغريمين ان يبرأ الغريم (الجميع خ) على اشكل والمحقق الثاني قال ان سلم صاحب الحق بطلت الكفالة وحصلت البرائة وان سلم من عليه الحق بقيت الكفالة قد اختلف كلامه في الابواب الثلاثة فليرجع الى الكفالة من اراد الوقوف على ذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو كان خنزيراً فالقيمة ﴾ كما في (التذكرة والدروس وجامع المقاصد) وكذلك الحال في آله اللهب وعلى القول بضيان المثل فكلاول ﴿ قوله ﴾ ﴿ لو دفع المديون اموالاً على التفريق من غير جنس الدين قضاءً ثم تغيرت الاسعار كان له سعر يوم الدفع ﴾ اي القبض والاقباض اجماعاً كما في (المسالك والمفاتيح) وفي (الكفاية والرياض والحدايق) ففي الخلاف عنه واليه اشير في النهاية في موضع منها والسرائر وبه صرح في النهاية ايضا في موضع آخر والوسيلة والشرائح والنافع والارشاد والتبصرة وجامع المقاصد وايضاح النافع والميسية والمسالك ومجمع البرهان والكفاية والمفاتيح وغيرها لان جعل المدفوع قضاءً يقتضي كونه من جنس الدين فلما لم يكن عند الدفع الذي هو وقت القضا من جنسه فلا بد من احتسابه على وجه يصير من الجنس وذلك باعتبار قيمته يومئذ سواء كان مثلياً او قيمياً كما به عليه المصنف بقوله وان كان مثلياً ولا فرق في الدين بين ان يكون سلفاً ام غيره ولا في المدفوع بين كونه عروضاً او غيرها كما صرح به جماعة وهو ظاهر آخرين واستظهر جماعة كالميسي والشهد الثاني والقدس الاردبيلي والخراساني والكاشاني وهو قضية كلام الباقي ان هذه الاعراض تدخل في ملك الغريم بمجرد القبض وان لم يحصل المساعدة قلت وقضية ذلك انه يسقط بازائها من الدين بسعرها ذلك اليوم لانها لم تنتقل اليه مجاناً وانما انتقلت عوضاً فلا بد من سقوط عوضها وذلك ظاهر فيما اذا كان الدين احد التقدين والمدفوع من الاعراض واما اذا كان الدين حنطة والمدفوع قاشاً فالظاهر انها بحسبان بسعر (سرخل) ذلك اليوم ويشكل فيما اذا كان له عليه دنائير فدفع اليه دراهم ثم انه تغير سعر الدنائير بالزيادة او النقصان فان موثقة اسحق بن عمار المروية في (الفتية والتهذيب) قد تعطلت في احد الوجهين انه يحاسبه على الدنائير بسعر اليوم الذي استقرضها فيه المستدين وستسمعه ثم اني وجدت الشهيد في حواشيه يحكي عن شمس الدين انه قال ان المقبوض يدخل في ملك القابض ساعره ام لم يساعره وان لم يقع عليه عقد سواء كان المقبوض مثلياً او غير مثلي عن قيمي او مثلي وتلزم القيمة وقت القبض ان دخوله في ملكه لانه دفعه عوضاً عماله مع تعيين المديون انتهى ويدل على الحكم المذكور من الاخبار ما رواه الشيخ عن محمد بن الحسن الصفار قال كتبت اليه في رجل كان له على رجل مال فلما حل عليه المال اعطاه به طعاماً او قطناً او زعفراناً ولم يقاطعه على السعر فلما كان بعد شهرين او ثلثة ارتفع الطعام والزعفران والقطن او تنقص باي السعرين يحسبه هل لصاحب

ولو كان الدفع قرضاً لا قضاء كان له المثل ان كان مثلياً والا فالقيمة وقت الدفع لا وقت
المحاسبة في البابين معا (متن)

الدين سعر يومه الذي اعطاه وحل ماله عليه او السعر الثاني بعد شهرين او ثلثه يوم حاسبه فوقع عليه
السلام ليس له الاعلى حسب سعر وقت مادفع الطعام انشاء الله تعالى ذروي نحوه في (الكافي) عن محمد
ابن يحيى في الصحيح قال كتب محمد بن الحسن الى ابي محمد عليه السلام الحديث وما يدل على انسحاب
الحكم في التقدين لو كان احدهما في ذمته فاعطاه الآخر قضاء عن دينه من غير محاسبة كما اشرفنا اليه
مارواه المشايخ المثة رحمهم الله تعالى عن اسحق بن عمار في الموثق قال سئلت ابا ابراهيم عليه السلام عن
الرجل يكون له عليه المال فيقضي بعضاً دنائير وبعضاً دراهم فاذا جاء بحاسبني ليوفيني يكون قد تغير سعر
الدنائير ابي السعرين احسب له الذي كان يوم اعطاني الدنائير او سعر رومي الذي احاسبه فقال سعر
يوم اعطاك الدنائير لانك حبست عنه منفعتها ولعل قوله عليه السلام حبست عنه منفعتها كناية عن انتقالها
الى القابض وزوال ملك الدافع عنها فلا انتفاع له بها بالكلية لخروجها عن ملكه وبه يحصل حبس منفعتها
عنه واذا انتقلت الى ملك القابض سقط بازانها من تلك الدراهم بما قابلها بصرف ذلك اليوم قلل في الخبر
عبارة عن الدراهم ومارواه في (التهذيب) عن يوسف ابن ايوب عن شريك بن ابراهيم بن ميمون عن ابي عبد
الله عليه السلام في الرجل يكون له على الرجل دراهم فيعطيه دنائير ولا يصارفه فتصير الدنائير بزيادة او
قصان قال له سعر يوم اعطاه ونحوه خبر عنه بن عبد الملك الهاشمي وموتته ابراهيم بن عبد الحميد وموتته
اسحق بن عمار الاخرى وفي دلالة الاخيرة نوع خطأ وذلك لان الخبر هكذا قال قلت لابي ابراهيم
عليه السلام الرجل يكون له على الرجل الدنائير فيأخذ منه دراهم ثم يتغير السعر قال فعي على السعر الذي
أخذها منه يومئذ وان أخذ دنائير فليس له دراهم عنده فدنائيره عليه يأخذها برأسها متى شاء يقول الراوي ثم تغير
السعر ظاهره انه تغير سعر الدراهم فيوافق الاخبار الاخر ويكون معناه انه أخذ الدراهم أولاً مكان
دنائيره ثم أخذ دنائير ثانياً بعد ذلك فليس للمعطي أن يجعلها في مقابلة دنائيره التي كانت له عليه أولاً
ويطلب منه دراهمه اذ لا دراهم له عليه حينئذ بل ليس له الا دنائيره التي اعطاها ثانياً يأخذها متى
شاء وان كان المراد انه تغير سعر الدنائير جاء الاشكال الذي ذكرناه آنفاً وكان الخبر مخالفاً للاخبار
الاخر وكلام الاصحاب عند اعمان النظر وقد يؤول حينئذ لان تغير سعر الدنائير يستلزم تغير سعر
الدراهم فليتمل في المقام جيداً ﴿ قوله ﴾ (ولو كان الدفع قرضاً لا قضاء كان له المثل ان كان
مثلياً والا فالقيمة وقت الدفع لا وقت المحاسبة في البابين معا) الحكم في ذلك ظاهر كما تقدم غير مرة
وقد دلت موثقة اسحق بن عمار الاخيرة على الحكم في المثلي كما عرفت وانما الكلام في قوله في البابين
قد قال الشهيد في حواشيه (قيل) ان المراد بالبابين القرض والقضاء أما في القضاء فظاهر وأما في القرض
فلا يجابه في القسي القيمة يوم القرض وكلامه في القضاء دال على أن القسي سواء كان من جنس الحق
أو من غيره تعتبر قيمته يوم الدفع أيضاً لاطلاقه ذلك وقوله وان كان مثلياً فانه يعرف منه القسي بطريق
أولى وصرح به في الدفع قرضاً لتساوي الدفين بالنسبة الى القسي انسي (وفيه) أولاً أنه تكرر وثانياً
ان هذا الحكم في المدفوع قضاء لا يختص بما اذا كان قسيماً وقال الشهيد وليس المراد بالبابين المثلي
والقسي لان المثلي في القرض لا التفات الى قيمته الا عند نذر المثلي وهو غير مختص بحالة الدفع بل

(الثاني عشر) يجوز بيع الدين بعد حلوله على الغريم وغيره بمحاضر او مضمون حال لا يؤجل (الثالث عشر) لا يجب دفع المؤجل سواء كان ديناً او تمناً او قرصاً او غيرها قبل الاجل فان تبرع لم يجب اخذه وان اتقى الضرر بأخذه ومع الحلول يجب قبضه فان امتنع دفعه الى الحاكم ويكون من ضمان صاحبه وكذا البائع سلماً يدفع الى الحاكم مع الحلول ويبرأ هو من ضمان المشتري وكذا كل من عليه حق حال او مؤجل فغفل فامتنع صاحبه من اخذه ولو تعذر الحاكم وامتنع صاحبه من اخذه فلا قرب ان هلكه منه لامن المديون (متن)

أي وقت تعذر قال ويحتمل أن يكون المراد بالبايعين الدفع من جنس الدين ومن غير جنسه على معنى أن المراد سواء كان المدفوع قرصاً من جنس القرض الاول أم من غيره وفي (جامع المقاصد) ان هذا الوجه وقال الشهيد ويتصور في القرض صور أربع (الاولى) ما اذا دفع مثلياً من الجنس فله المثل ويتهانر ان وافق الدفع الحلول (الثانية) ما اذا دفع مثلياً من غير الجنس فله المثل ولا تهانر (الثالثة) ما اذا دفع قبا من جنس الماق كما اذا أسلم في جارية فدفع اليه جارية قرصاً بصفات السلم فله القيمة أيضاً يوم القرض (الرابعة) ما اذا دفع قيمياً من غير الجنس فله القيمة أيضاً ولا تهانر والصور الاربع آتية في الدفع قضاء وفي الكل يعتبر القيمة يوم القبض ﴿ قوله ﴾ يجوز بيع الدين بعد حلوله على الغريم وغيره بمحاضر او مضمون حال لا يؤجل هذا تقدم الكلام فيه مراراً أقرها عند شرح قوله في أواخر المطلب الاول من مطلبي الدين ويصح بيع الدين على من هو عليه وعلى غيره واخترت بالحلول عما قبله فلا يصح قبله عنده وقد سلف لنا أن الاصح الصحة قبله وان معناها في السلم وأراد بقوله وغيره الرد على ابي ومافي الذمة يعبر عنه بالمضمون واخترت بقوله لا يؤجل عن بيعه به لصدق اسم الدين عليه وان لم يكن قد ثبت في الذمة بعد كما بيناه فيما سلف وقد أوضحنا الفرق بينه وبين المضمون الحال وحكى الشهيد في حواشيه قولين فيما اذا باع مافي ذمته بشي آخر في ذمته مؤجلاً للصحة لازماً في الذمة مقبوض ونسبه إلى الفخر وأبي القاسم وقواد والبطلان لانه عين بيع الدين بالدين وقد استوفينا الكلام في ذلك الصنف عند شرح قوله ولو كان له عليه ديناً فامرته أن يحولها درهم ﴿ قوله ﴾ لا يجب دفع المؤجل سواء كان ديناً او تمناً او قرصاً او غيرها قبل الاجل فان تبرع لم يجب اخذه وان اتقى الضرر بأخذه ومع الحلول يجب قبضه وان امتنع دفعه الى الحاكم ويكون من ضمان صاحبه وكذا البائع سلماً يدفع الى الحاكم مع الحلول وهو يبرأ من ضمان المشتري وكذا كل من عليه حق حال او مؤجل فغفل فامتنع صاحبه من اخذه ولو تعذر الحاكم وامتنع صاحبه من اخذه فلا قرب ان هلكه منه لامن المديون هذه الاحكام قد تذكر في المقام وقد تذكر في السلم والاكترون ذكرها في التسيئة وقد تعرض المصنف لبعضها في موضعين من باب السلم وتكلمنا هناك بما اقتضاه المقام ونسب الكلام في هذه الاحكام ان يقال لا ريب انه لا يجب دفع المؤجل قبل حلوله كما طفت بذلك عباراتهم في مقامات شتى نمسك بالاصل والثغرات الى لزوم العمل بمقتضى الشرط وقد حكي في (التذكرة) الاجماع على انه ليس للمشتري المطالبة بالمسلم فيه قبل الأجل ولا قائل بالفصل بل الاجماع معلوم في التسيئة كما ادعاه شيخنا صاحب الرياض وفي قول المصنف سواء كان ديناً او تمناً

او قرصاً او غيرها نظر لأنه يظهر منه ان الدين مبين للقرض والتمن وقد عرفت حقيقة الحال في اول الباب وان القرض والتمن يعدان ديناً وقوله او غيرها يقتضي مغايرة الدين للحقوق الثابتة بما سوى هذه الامور كالانلاف والتذرونحو ذلك فتأمل وأما انه ان تبرع بالحق الموجل الذي عليه سواء كان من الدين أو التمن في النسبته أو المبيع في السلم قبل الاجل لم يجب أخذه ولا قبضه فما لا أجد فيه خلافاً وقد صرح بذلك على منوال هذا العنوان في الوسيلة وكذا المراسم والمقنعة وصرح بذلك في بيع النسبته في النهاية وغيرها وقد فني عنه البعد في مجمع البرهان واستظهره صاحب الكفاية وفي (الرياض) الاجماع عليه وصرح به في باب السلم جماعة وفي (التحرير) سواء كان عليه ضرر أو خوف أو مؤنة أم لا وقال في (مجمع البرهان) قد يتخيل وجوب القبض لان الأجل لرعاية حال المشتري والترفع له لا لأجل البائع ولهذا يزداد التمن فاذا حصل التمن الزائد للبائع تقداً فهو غاية مطلوبه ولان الظاهر أن الحق ثابت والأخذ مع دفع صاحبه عندهم واجب عقلاً ونقلًا وقد أفاد الأجل عدم وجوب الدفع لا عدم وجوب الاخذ (وفيه) انا تمنع (أولاً) استلزام انحصار فائدته في ذلك بعد تسليمه وجوب الأخذ على البائع مع مخالفته الاصل السالم عن المعارض من نص أو اجماع لاخصاصه بتفسير صورة القرض (وثانياً) بمنع الانحصار لجواز تعلق غرض البائع بتأخير القبض الى الأجل فان الاغراض لا تنضب كما يأتي التنبيه على ذلك في القرع الرابع عشر وأما انه مع الحسول يجب قبضه فهو صريح المبسوط والوسيلة والسرائر والشرائع والمنافع والتحرير والتذكرة والكتابات فيما سلف والارشاد والمختلف والدروس واللمعة وغيرها ذكره واذلك في مقامات شتى وهو أي وجوب القبض قضية كلام المقنعة والنهاية والمراسم والحكم مما لا ريب فيه وفي (الرياض) الاجماع عليه ومعنى وجوبه عليه انه يأثم بتركه كما صرح به في (الدروس) ولا فرق في الحسول بين ما كان حالاً في الاصل أو مؤجلاً وحل الأجل كما صرحوا به ولا فرق بين أن يكون في قبضه ضرر أم لا كما في التحرير وهو قضية اطلاق كلام غيره وأما انه ان امتنع دفعه الى الحاكم ان أمكن فهو خيرة المبسوط والسرائر والشرائع والارشاد والتذكرة والتحرير والمختلف والدروس واللمعة والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية وغيرها على اختلاف لهم في التعبير عن ذلك فني بعضها قبضه الحاكم او النائب عنه كالمبسوط والتذكرة والتحرير واللمعة والدروس في موضع منه وفي بعضها قبضه الحاكم ان سأله البائع كالشرائع والكتابات في باب السلف وفي بعضها وجب دفعه الى الحاكم ان أمكن كالمختلف والدروس في موضع آخر منه وهو ظاهر جماعة كالمصنف هنا وغيره حيث يقولون دفعه الى الحاكم كالكتاب فليأتمل وفي (الكفاية) جاز الدفع الى الحاكم ووجب في (السرائر) على الحاكم القبض ومنع من اجباره المستحق على قبضه أو ابرائه وهو ظاهر المبسوط في الاول وصرح به في الثاني واستبعد ما في السرائر في الامرين صاحب الدروس وقد حكم بهما في حواشيه على الكتاب قال ليس له اجباره على القبض والابراء وحكى في (المختلف) عن أبي علي انه يجبره على الاخذ وحكى في سلم جامع المقاصد قولاً بأنه انما يقبضه الحاكم اذا سئل البائع اذا أجبر المسلم على القبض ولم يقبض ثم استظهر ان له أن يقبضه وان لم يجبره على قبضه اذا امتنع وانه لو لم يسئله لاجب عليه قبضه وانه يجوز له ذلك وان لم يسئله لانه نائب مناب المالك وانه ليس له اجباره ان لم يسئله المالك لان يده يد رضي بها المشتري ولم يصدر منه ما ينافيه (قلت) وعلى ما استظهره يمكن تنزيل اطلاق كلام الاصحاب فتجتمع

الكلمة ويبقى الكلام في كلام من أوجب دفعه الى الحاكم بعد امتناعه من قبضه من أول مرة لعدم
الدليل عليه وحينئذ فله تأخير دفعه والتصرف فيه حيث يكون كليا كما هو المفروض الى أن يطالبه المالك
أو من يقوم مقامه ولعله الى ذلك أشار في (الكفاية) بقوله جاز كما سمعت الا أن الايصال اليه أحوط
مسارعة الى ابراء الذمة وخروجا عن خلاف فتوى من عرفت وكيف كان فإذا قبضه الحاكم وجوبا
أو جوازا كان من ضمان صاحبه من غير خلاف يعرف وأما اذا لم يدفعه الى الحاكم مع امكان
الوصول اليه بلا مشقة بالغة فانه يكون من ضمان المدين وأستندوا في ذلك كله الى أن فيه اقتصارا فيما
خالف الاصل الدال على عدم تعيين الدين حيث كان كليا لا يقبض صاحبه أو من يحكمه على محل
الوقائق والتفاتا الى اندفاع الضرر عن المدين بالدفع الى الحاكم فلو قصر كان كالمفروض من حيث تمكنه
من دفعه الى مستحقه أو نائبه فيكون من ماله وقد خالف على الظاهر في ذلك جماعة منهم الشيخ في
النهاية فقال ما حاصله انه ان حل الأجل وامتنع من قبضه مع تمكنه وتعيينه ثم هلك كان من مال البائع
ان كان ثمنا ونحوه ما في المراسم والوسيلة والتافع من دون أن يخصصه بصورة عدم التمكن من
الحاكم يدفع اليه وهو المحكي عن المفيد والقاضي وعبارة المقننة التي عندي غير تقيية في المقام من
الفاظ لكن الظاهر منها ذلك ويناسبه ما حكاه عن أبي الصلاح في المختلف وقد ينزل كلامهم على
صورة عدم التمكن من الحاكم وقد يكون نظرهم الى أن الاصل عدم وجوب الدفع الى الحاكم الذي هو
وكيل مع وجود الموكل وامكان تسليمه بالاتيان به اليه وطرحه بين يديه كما هو ظاهر الوسيلة بل والنهاية واليه
مال المولى الاردبيلي والخراساني من دون اعتبار الاتيان به وطرحه عنده بل اكتفينا بتعيينه وتمكينه منه وبذلك
صرح جماعة في باب الكفالة وحيث يقبضه الحاكم فجماعة على انه يخلي بينه وبينه ويبرأ الحاكم منه
وآخرون انه يجعله في بيت المال فيحفظه على صاحبه وليس هناك من مخالفة فلا اختلاف وقد
عرفت أن كلامهم في هذه المقامات قد جمعناه من أبواب شتى كاسلم والنسيئة والدين وغير ذلك اذ
المدار في الكل على التأجيل والحلول في الحقوق مع مساواة المدفوع للحق في الجنس والقدر والوصف
كما نبه على ذلك في (الوسيلة والمراسم والتذكرة والارشاد والدروس واللمعة وجامع المقاصد والروضة
ومجمع البرهان والكفاية) وغيرها حيث يعبرون بالحق أو يقولون وكذا كل من عليه حق حال أو مؤجل
فحل كما في الكتاب وحيث يقولون انما يجب القبض في الحال اذا ساوى المدفوع الدين جنسا ووصفا
وقدرا فلو فقد أحد الثلاثة لم يجب القبض قطعا وقضية قول المصنف وكذا البائع سلا الى آخره ان حكم
البائع سلا لم يندرج في عموم ماسبق وليس كذلك لاندراجه في عموم المؤجل ولعل ذكره لمكان
الاهتمام بشأنه واما انه لو تذر الحاكم وامتنع صاحبه من أخذه فانه يكون هلاكا منه لامن المدين
قد صرح به الشهيدان والمحقق الثاني والمولى الاردبيلي والخراساني وغيرهم لان في الحكم يكون هلاكا
من المدين ضررا عظيما ولان الممتنع من أخذه حقه مع امكانه يكون مضيعا له ولانه يجب قبول المدفوع سلا
(سلا خ ل) ولا نفي بالتعيين الا ذلك ولا فرق في ذلك بين ما اذا عرضه على المالك بعد تعيينه ولم يأت به
وبين ما اذا أتاه به وطرحه عنده نعم يجب حفظه بمجرد (المجربى خ ل) العادة في الصورة الاولى دون الثانية
وان كان قضية كلام الاصحاب عدم وجوب الحفظ في صورتين حيث أطلقوا في الضمان عنه دفعا للضرر
ولو وجب الحفظ لبقى الضرر المحذور ولزم الضمان بالتقصير فيه والنتيجة ما قلناه وهو الذي استوجهه المحقق
الثاني ويمكن تنزيل اطلاقهم عليه ويأتي عن الدروس ما يشهد عليه وفي حواشي الشهيد ان المقول انه

(الرابع عشر) لو أسقط المديون أجل الدين الذي عليه لم يسقط وليس لصاحبه المطالبة في الحال (متن)

مع تعذر الحاكم بشهد شاهدين على انه دفع اليه دينه فامتنع من قبضه فاذا تلف من غير تفریط كان من مال صاحب الدين انتهى ولعل الغرض من اعتبار اشهاد الشاهدين اثبات الدعوى بالتعيين عند الامتناع لو انكرها المدين لا لتحقق ذلك في نفس الامر واعتبر المولى الاردبيلى والخراساني أن يجعله في مكان يسهل عليه أخذه منه ويرفع يده عنه ووجه غير الاقرب ان الدين انما يتعين بقبض المالك أو من يقوم مقامه ومن ثم كان للمديون تغييره ما لم يقبض وكأنه مال اليه في (الايضاح) ورد بأن التعيين كما يتوقف على قبض المالك يتوقف على تعيين المديون فاذا امتنع أحدهما في محل الوجوب وجب أن يسقط اعتباره حذراً من لزوم الضرر ومن ثم يجوز أخذ الدين اذا ظفر المالك بمال للمديون الممتنع من الاداء وتعذر احكامه ويكون تعيين المالك كافياً وهل ينسحب هذا الحكم فيمن أجبره الظالم على دفع نصيب شريكه الغائب في مال على حكم الاشاعة بحيث يتعين المدفوع للشريك فلا يتف منها ما وكذا لو تسلط الظالم بنفسه فأخذ قدر نصيب الشريك قال (في جامع المقاصد) لم أجد للاصحاب فيه نصراً محلياً بنفي ولا اثبات مع ان الضرر قائم هنا أيضاً والمنتهج عدم الانسحاب انتهى وهو كذلك لان القسمة لا تصح الا باتفاق الشركاء ونظام الكلام في باب القضاء هذا ومقتضى كلامهم أن المشتري اذا لم يطرحه عنده بل عرضه عليه وهو عنده وامتنع أنه يبقيه بيده ممبهاً على وجه الامانة وينبغي مع ذلك أن لا يجوز له التصرف فيه وأن يكون تمامه للمنتع وزكوته عليه وان لا يشاركه الدين لو حجز على المديون المقلس بعد ذلك قبل القبض وظاهر الايضاح أن الاصحاب لا يقولون بذلك وقد قال في (الدروس) ان للمشتري التصرف فيه وقد عرفت آفاً انه حكم فيه بالضمان فيما نحن فيه ومقتضى ذلك انه لا يخرج عن ملكه وانما يكون تلفه من البائع عقوبة والا لزم ضمان مال الغير الذي في يد مالكه بلا جناية ولا يد وهو مستحيل فليتأمل وفي جواز المرافعة الى حكم الجور عند تعذر الوصول الى الحق او تعمسه اشكال كما في (الكفاية) ونحوه في (مجمع البرهان) لسكان الاخبار الكثيرة الناهية عن ذلك وانت خبير بأن الظاهر كما ذهب اليه جملة من اصحابنا كما قيل اختصاص تحريم الترافع اليهم بوجود الحاكم الشرعي كما هو ظاهر جملة من اخبار المسئلة وبعضها وان كان مطلقاً الا انه يجعل على المقيد فتأمل ثم ان ظاهر الاخبار المشار اليها المنع من الترافع في اثبات الحق بالبينة او اليقين دون مجرد الاستعانة بهم على اخذه مع ثبوته وعدم انكار الخصم ذلك كما هو محل البحث فتلاحظ الاخبار في المقام ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أسقط المديون أجل الدين الذي عليه لم يسقط وليس لصاحبه المطالبة في الحال ﴾ قد عرفت ان لزوم الاجل في الدين انما يكون لثبوته بالعقد اللازم كما اذا باعه نسيئة أو لجملة أي الاجل شرطاً في عقد لازم بناء على المشهور كما عرفته في اول الباب أو يكون بنقد وشبهه فان الاول كان الاصل فلا ريب في عدم سقوطه لانه قد ثبت بالعقد اللازم كما هو المفروض فلا يسقط بمجرد الاسقاط ولان في الاجل حقاً لصاحب الدين ولهذا لا يجب قبوله قبل الاجل نعم لو تقابلا في الاجل سقط. واما الثاني فقد عرفت ان فيه احتيالاً للزوم من الجانبين او من جانب واحد فالامر بيد المشتري ونفع الشرط له وقد استوفينا الكلام في ذلك وان كان الثالث فكلاً ول

(الخامس عشر) لو اقترض دراهم ثم اسقطها السلطان وجاء بدراهم غيرها لم يكن عليه الا الدراهم الأولى فان تعذرت قيمتها وقت التعذر ويحتمل وقت القرض من غير الجنس لامن الدراهم الثانية حذرا من التفاضل في الجنس المتحد (متن)

ويزيد عليه انه لا يسقط بالتقابل لانه انما يكون في العقود لافي النذور ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو اقترض دراهم ثم اسقطها السلطان وجاء بدراهم غيرها لم يكن عليه الا الدراهم الاولى ﴾ قد عرفت مما مر انه لو اقترض دراهم وجب عليه رد مثلها في الوزن والصفة ولا يردها بسكة مخالفة لسكة القرض فلو اسقط السلطان تلك الدراهم وجاء بغيرها لم يكن له الا الدراهم الاولى كما هو خيرة الشيخ في النهاية والقاضي على ما حكى عنهما وابن ادريس وسبطه وصاحب جامع الشرائع والتذكرة والتحرير والمختلف والدروس وفي الاخير انه اشهر وفي (المفاتيح) انه مذهب الاكثر لانها من ذوات الامثال فكانت مضمونة بالمثل وللصحيحين الصريحين في ذلك احدهما عن يونس في مكاتبه الرضا عليه السلام والمخالف الصدوق في المنع قال وان استقرضت من رجل دراهم ثم سقطت تلك الدراهم وتغيرت فلا يباع بها شي فلصاحب الدراهم الدراهم التي تجوز بين الناس وقال في (الغنية) كان شيخنا محمد بن الحسن يروي حديثا في ان له الدراهم التي تجوز بين الناس ذكر ذلك عقيب رواية يونس عن مولانا الرضا عليه السلام (قلت) لعل الحديث الذي رواه شيخه هو ما رواه ثقة الاسلام والشيخ عن يونس في الصحيح في الكافي على الصحيح فيما يرويه العبيدي عن يونس وفي ابراهيم بن هاشم (واما التهذيب) ففي طريقه سهل فان فيه لك ان تأخذ منه ما ينفق بين الناس كما اعطيته ما ينفق بين الناس وحكي عن ابي علي انه قال ولا تختار للمستقرض الا ان يعطي ما ينفق بين الناس كما أخذ ما ينفق بين الناس وقد جمع الشيخ بين الاخبار بحمل ما ينفق بين الناس في الخبر الاخير على معنى قيمة ما كان ينفق بين الناس وكذلك اول الدراهم الاولى في الاوabin بقيمة الدراهم الاولى دفعا للتناهي قال لانه لا يجوز ان تسقط الدراهم الأولى حتى لا تكاد توفى خذاصلا فلا يلزمه اخذها وهو لا يتنفع بها وانما له قيمة الدراهم الأولى وليس له المطالبة بالدراهم التي تكون في الحال انتهى وهو كما ترى وابعده منه جمع الصدوق في الغنية ومثله حمل بعض متأخري المتأخرين الرواية الاخيرة على مهر الزوجة او ثمن المبيع فان فيه مع خروجه عن الظاهر ان حكم هذين يرجع بالآخرة الى حكم القرض ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان تعذرت قيمتها وقت التعذر ﴾ هذا مختار (التذكرة) في المقام وقد حكي فيه عن النهاية والقاضي والسرائر وقد تقدم الكلام فيما اذا تعذر المثل في المثلي وان المختار والاصح وجوب القيمة يوم المطالبة كما حكيناه هناك عن جماعة وقد اختاره هنا الشهيد في (الدروس) والمحقق الثاني والحاصل أنا قد استوفينا الكلام فيما سلف وتعرضنا للكلامهم في المقام والقول فيما نحن فيه بالوجوب وقت القرض موافق للنظر والخبر نفي الضرر وقد حكي عن الشيخ في المقام وعن السرائر في مقام آخر ولم اظفر به في كلاميما فيما نحن فيه وكأنه مال اليه اوقال به في التحرير في المقام وفيما سلف قال بوقت التعذر ﴿ قوله ﴾ ﴿ من غير الجنس لامن الدراهم الثانية حذرا من التفاضل في الجنس المتحد ﴾ كما صرح به في (السرائر) والتذكرة والمختلف والدروس وجامع المقاصد) وهو قضية كلام الباقرين لانه اذا أبطل رواجها من حيث كونها دراهم لم يبق الاعتبار التقدي وهو أنقص باعتبار ان للسكة اعتبارا فتزيد بها القيمة وأما مع المساواة في الوزن فلا بأس

وكذا لو جعل قيمتها أقل ولو ضارب فالأقرب أن رأس المال الدراهم الساقطة مع احتمال جبر النقص بالربح ولو سقطت أو نقصت بعد البيع لم يكن للبايع إلا النقد الأول ولو تعامل بعد النقص والعلم فلا خيار وإن كان قبل العلم فالأقرب ثبوت الخيار للبايع سواء تبايعا في بلد السلطان أو غيره (المقصد الثاني في الرهن) وهو وثيقة لدين المرهن وأركانه أربعة الصيغة والمحل والماقد والحق فهنا فصول (متن)

والجار متعلق بمحذوف على أنه حال من قيمتها أو صفة لها ﴿ قوله ﴾ (وكذا لو جعل قيمتها أقل) أي لو جعل السلطان قيمتها أقل كان الحكم فيه كما في إسقاطها فع التذرية يأخذ القيمة من غير الجنس حذرا من الربا ﴿ قوله ﴾ (ولو ضارب فالأقرب أن رأس المال الدراهم الساقطة) وجه القرب كما في (الإيضاح وجامع المقاصد) أنها رأس المال فكيف يتصور المطالبة بغيرها كما لو دفع فضة فإنه ليس له المطالبة بذهب ولأنه نقص لم يحصل من التجارة أي البيع والشراء وإنما حصل من السلطان والمضاربة إنما انعقدت بالنسبة إليها والأصل بقاء ما كان ﴿ قوله ﴾ (مع احتمال جبر النقص بالربح) ووجهه أنه نقص حصل بعد دورانه في التجارة وضعف بأن رأس المال بحاله والنقص الذي يجب جبرانه هو النقص عن رأس المال ولم يحصل فإن نقصان قيمة رأس المال لا يعد نقصا في رأس المال وهو ظاهر وكأنه متأمل في (التذكرة) ﴿ قوله ﴾ (ولو سقطت أو نقصت بعد البيع لم يكن للبايع إلا النقد الأول) كما في (التذكرة والدروس وجامع المقاصد) لوجوب حمل العقد على المتعارف حينئذ أو الغالب ﴿ قوله ﴾ (فلو تعامل بعد النقص والعلم فلا خيار) كما في (التذكرة وجامع المقاصد) والمراد بعد علم البايع لأنه هو الذي يدخل عليه الضرر حينئذ وأما المشتري فلا ضرر عليه لولم يعلم ﴿ قوله ﴾ (وإن كان قبل العلم فالوجه ثبوت الخيار للبايع سواء تبايعا في بلد السلطان أو غيره) ثبوت الخيار للبايع حينئذ خيرة (التذكرة والدروس وجامع المقاصد) لأنه نقص سابق على العقد ولم يعلم به فطريقه وطريق العيب واحد وهو نقص المائبة لانه اما عيب او كالعيب ولم تفرق الامر بينهما كما في (الإيضاح) ووجه العدم انه ما زادت فيه صفة ولا نقصت منه صفة هي زيادة أو قبضة عن المجرى الطبيعي فلا يكون عيبا وقد وقع عليه العقد وضعف بان المراد بالزيادة والنقص باعتبار الغالب ولهذا يعد كون الضيعة منزلة الجيوش عيبا مع عدم نقصان منها ولا زيادة وهذا المعنى ثابت هنا لانه صار ناقصا باعتبار العرف الغالب ويستوي في ذلك بلد السلطان وغيره اذ لا اثر لتفاوت البلدان يكون الامر في ذلك متفاوتا بالظهور ونقصا

﴿ المقصد الثاني في الرهن وهو وثيقة لدين المرهن ﴾

الرهن اما مصدر او اسم الشيء المرهون والثاني يجمع على رهن كسهم وسهام وقال ابو عمرو رهن ايضاً جمع وقال الاخفش هي قبيحة لانه لا يجمع فعل على فعل الا قليلا كسقف وسقف بل هو جمع الجمع اي رهن وقد طفحت عباراتهم بانه لنة الثبات والندوام وان اللغة الغالبة رهن واما ارهن ففي (المبسوط والسرائر والتحرير) قد قيل انها لنة وفي (التنقيح) انها لنة قليلة وفي (المهذب البارع) لا يقال ارهن وفي (القاموس) رهن وارهن بمعنى ونحوه ما في الصحاح والمصباح المنير وقال في (المسالك) ويطلق على الحبس اي سبب كان قال الله تعالى (كل نفس بما كسبت رهينة) اي محبوسة واخذ الرهن الشرعي من هذا المعنى انسب (قلت) وبهذا المعنى صرح في (المصباح المنير) وقد يظهر من

(المبسوط وقه الراوندي والغنية والسرائر والتحرير والدروس وحواشي الكتاب والتتبع وكنز العرفان والمهذب البارع وايضاح النافع والمساك) انه حقيقة شرعية حيث قيل في المبسوط والسرائر وفي (الشرعية) اسم لجعل المال وثيقة الى اخره وفي (قه الراوندي) انه في الشريعة اسم لما يجعل وثيقة وفي (الغنية) انه في الشريعة عبارة عن جعل العين وثيقة في دين الى آخره وفي (التحرير والمهذب البارع) انه في الشرع عبارة عن المال الذي يجعل وثيقة وفي (الدروس والحواشي والتتبع وكنز العرفان وايضاح النافع والمساك) انه شرعا وثيقة وظاهرهم ان المراد انه كذلك في لسان الشارع ولا مانع منه ان لم يثبت انه في اللغة لما جعلوه معنى شرعيا له من المصدر او اسم المصدر او المال لكن في (الصحاح) انه اي الرهن معروف ومثله ما في نهاية ابن الاثير في اثناء كلامه له وفي (المصباح المنير) رده المتاع بالدين حبهته به فهو مرهون وفي (القاموس) الرهن ما وضع عندك لينوب مناب ما أخذ منك فكان ذلك ثابتا في اللغة ولا ريب انهم كانوا يتدانون ويرهنون فلم يتحقق فيه الحقيقة الشرعية لان معيارها ان يستعمل الشارع لفظا في ماهية جديدة ومعنى مستحدث ويكون اللفظ حقيقة فيه في لسان المشرعة ولم يوجد ذلك في الرهن فلا بد حينئذ من تنزيل كلام الاصحاب على حقيقة المشرعة واصطلاح الفقهاء لينزل كلامهم عند اطلاقهم عليه فيكون المراد انهم اصطالحوا على أحد معانيه ولا مؤاخذه في ذلك الا على صاحب المسالك حيث قال وأخذ الرهن الشرعي من هذا المعنى أي الحبس أنسب ان اقتصر الى المناسبة والانصاف ان قولهم شرعا كالتص في ارادة المعنى الشرعي فيساوي في ذلك صاحب المسالك وغيره وهكذا الحال في كل ما كان من هذا القبيل كالقرض والاجارة والبيع ونحو ذلك ونعم ما قال في (مجمع البحرين) وفي عرف الفقهاء وثيقة لدين المرهن (وقد يقال) ان الشارع والمشرعة اذا استعملوه في أحد المعاني وخصوه بها وهجروا بقيتها كان حقيقة شرعية (قلت) هو كذلك ان تحقق ذلك والظاهر تحققه لان الظاهر اخذ القبض في ماهية كما تدل عليه الاخبار كما يأتي بيان ذلك مفصلا في الكلام على اشتراط القبض ثم اني وجدت الاستاذ قدس سره قد تعرض في الفوائد الجديدة لذلك فقال اعلم انه ربما يقول الفقهاء في العبادات والمعاملات في مقام التعريف انه لغة كذا وشرعا كذا ولعل المراد معنى اللفظ المذكور لتلك العبادات والمعاملات اعم من ان يكون حقيقيا أو مجازيا لتزاعمهم في ثبوت الحقيقة الشرعية أو يكون مرادهم اعم من الشارع والمشرعة أو يكون المراد من المعنى المعنى الصحيح شرعا والمعتبر عند الشارع والمشرع بحسب الشرع وهذا هو الاقرب ثم بينه بان الفقهاء متفقون على ان المعاملات ليست توقيفية كالعبادات الى آخر ما حرره وانت خبير بان ما قرره لا يتم في الرهن في بعض تعاريفه لان قولهم وثيقة لدين المرهن لم يزيدوا فيه على المعنى اللغوي شيئا من الشروط وغيرها الا ذكر الدين ولعلمهم جروا فيه على الغالب لا لتقصدهم الاخراج ولعل العرب انما كانوا يرهنون على الدين فتأمل جيدا وانما يتم في تعريف البيع ونحوه حيث يذكرون فيه بعض الشروط وغيرها كتعريف المصنف الرهن في التذكرة بانه عقد شرع للاستيثاق على الدين فليحفظ ذلك (والحاصل) انه لو كان المقصود تحديد المعاملات الصحيحة لوجب استقصاء شرائط الصحة مع انهم لم يتعرضوا فيها الا لقليل منها ويمكن ان يقال لما كان الغالب في المعاملات مشاركة بعضها لبعض في بعض الصفات كاشتراك البيع مع الهبة في نقل الملك ومع الاجارة في النقل بعوض واشتراك الاجارة مع الجمالة الى غير ذلك وكان الواجب تمييز بعضها عن

بعض لتوقف العلم بثبوت أحكامها المختلفة عليه وليحمل كلامهم عند الاطلاق على ذلك قصدوا تمييز بعضها عن بعض بوجه ما من الوجوه وهذا امر يختلف من حيث الاستثناء عن الشروط والاحتياج اليها كما أنهم ربما احتاجوا في بعضها الى واحد من الشروط أو الى أكثر (فان قلت) فما الوجه حينئذ في الحكم بانها شرعية مع عدم اشتغال بعضها على شروط الصحة واشتغال بعضها على بعض شروطها (على شروطها خ ل) (قلت) المراد بالشرعي هنا الوقوف على الشرع في الجملة ومقابلته الغوي والعرفي أعني مالا يتوقف له على الشرع اصلا فلا يقدح في الحكم بالشرعية اشتغال الحد على شيء من المفهومات الغوية نعم يقدح فيه عدم اشتغاله على شيء من المعاني الشرعية ولم يوجد في كلامهم اطلاق الشرعي على مثل ذلك الا الرهن على بعض التعاريف على تأمل فيه والوثيقة تطلق على المذكر والمؤنث كما في (التذكرة) وغيرها يقولون في الصيغة هذا وثيقة دينك فانه يراد به ما يوثق به مطلقا من غير نظر الى التأنيث والتذكير فاستويا فيه بحسب الاستعمال وخرجت عن كونها للتأنيث قال ذلك كله في (مجمع البرهان) وقال جماعة ان التاء للقل والامر في ذلك سهل وفي (حواشي الكتاب والتنقيح) انه اختلف في معناها هنا فقيل ليستوفي دينه (حقه خ ل) منه وقيل ليستوفي دينه به قال في (الحواشي) والاول اشهر ونظير الفائدة في رهن ام الولد فعلى الاول لا يصح وعلى الثاني يصح لان منع المالك من التصرف فيها وامكان بيعها في الجملة لجواز زوال المانع يدعوا المالك الى القضاء وليس في اضافة الدين الى الرهن دور لانا نعرفه في التعرف بصاحب الدين او من له الوثيقة من دون أن نأخذ الرهن في تعريفه والتخصيص بالدين مبني اما على الغالب أو على عدم جواز الرهن على غيره وان كان مضمونا كالغصب وكذا ما يمكن تطرق ضمانه كالمبيع وثمته لاحتمال فساد البيع باستحقاقهما وبقصان قدرها أو على أن الرهن عليها انما هو لاستيفاء الدين على تقدير ظهور الغلغل بالاستحقاق أو تعذر العين ويكون مبدأ الرهانة هنا من حين الظهور وفيه تكلف مع انه قديمي بحاله فلا يكون دين وكيف كان فهو ثابت بالاجماع كما في (المبسوط) وفقه الزاوي والغنية والسرائر والتذكرة والتحرير والدروس والتنقيح والمذهب البارع) بل في الاخير كالتذكرة التصريح باجماع المسلمين وهو ظاهر غيره كالغنية وغيرها ولم يقل أحد بوجوده والامر المستفاد من الجملة الخبرية في الآية الشريفة للارشاد وبه نص الكتاب المجيد والسنة الغراء ﴿ قوله ﴾

﴿ الصيغة ولا بد فيها من ايجاب كقولهم رهنتك أو هذا وثيقة عندك على كذا وما أدى معناه من الالفاظ ﴾ ظاهر المصنف هنا أنه لا بد في الايجاب والقبول من أن يكونا لفظيين وهو ظاهر (المبسوط) وفقه الزاوي والوسيلة والغنية والسرائر وجامع الشرائع والنافع والتحرير والارشاد والتبصرة والدروس والائمة والروضة والمسالك والكفاية) ويستفاد من الشرائع أن القبول غير منحصر في اللفظ بل يكون بالفعل والاشارة ونحوهما لقوله والقبول وهو الرضا بذلك الايجاب ولعله لكونه جائزا من طرف القابل وفي (المسالك) أن ظاهر الجماعة اعتبار القبول القولي انتهى وظاهر المبسوط وفقه الزاوي والوسيلة والغنية والسرائر وجامع الشرائع والنافع والارشاد والتبصرة أنه لا بد فيها أي الايجاب والقبول من اللفظ العربي الماضوي والمقارنة وتقديم الايجاب على القبول كما هو الشأن في سائر العقود اللازمة لانه المتبادر من قولهم لا بد فيه من الايجاب والقبول ولعلم استندوا في ذلك الى أن الاصل عدم الانقضاء وعدم ترتب أحكام الرهن الا اذا ثبت كونه رهنا بالاجماع ونحوه ولا اجماع الا مع الامور المذكورة ولا دلائل على غيرها (وفي الوسيلة والغنية والسرائر وجامع الشرائع) التصريح بأنها من

شروط الصحة ولم يتعرض في المقننة والنهاية والمراسم للصيغة أصلاً وصريح الشرائع والتحرير
والكتاب والتذكرة والدروس واللمعة والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية والمفاتيح انه أي
عقد الرهن لا يختص بلفظ ولا بلفظ الماضي ولم يشترط في التذكرة والدروس والكفاية اللفظ العربي
وفي (جامع المقاصد) لا بد من كون الإيجاب والقبول بلفظ الماضي لانه صريح في الانشاء وقال أيضا
انه يشكل غير العربي لان الاطلاق محمول على العربي ولان العقود اللازمة تتوقف على العربية وتمنع
صدق العقد على العقد بالمعجمة مع امكان العربية واعتبر في (التذكرة) لفظ الماضي مع أنه أجاز كما
عرفت هذا وثيقة وهذا رهن وليس اماميين فيحتمل انه احتراز عن المستقبل خاصة كما يشعر به آخر كلامه وهو
قوله فلو قال أرهنتك كذا وأنا قبل لم يعتد به أو انه أراد ما يدل على الانشاء صريحاً بالماضي المصطلح أو أراد انه
إذا أتى بالفعل فلا بد من الماضي فلا يجزي الامر والمستقبل وقد أجاز الإيجاب في الدروس بلفظ الامر كخذه
وامسكه وقال في (التذكرة) الخلاف في الاكتفاء فيه بالمعاطاة والاستيجاب والإيجاب عليه المذكور في المبيع
آت هنا واستشكل فيه في (جامع المقاصد) بأن البيع ثبت فيه حكم المعاطاة بالاجماع بخلاف ما هنا
أما الاستيجاب والإيجاب فعم انتهى وقسم الرهن في التذكرة الى قسمين (الاول) الرهن ابتداء أي
من غير كونه شرطاً في عقد لازم (والثاني) ما اشترط فيه مثل أن يقول بتلك هذا الشيء بشرط أن ترهني
عبدك فقول اشتريت ورهنت أو زوجتك نفسي على مهر قدره كذا بشرط أن ترهني دارك على
المهر فيقول الزوج قبلت ورهنت فالقسم الاول لا بد فيه من الإيجاب والقبول عند من اشترطها ولم
يكتف بالمعاطاة واما القسم الثاني فقد اختلف فيه فقال بعض الشافعية لا يكفي ذلك بل لا بد ان
يقول البائع بعد ذلك قبلت وكذا المرأة تقول بعد ذلك قبلت الرهن لانه لم يوجد في الرهن سوى
الإيجاب وهو بمفرده غير كاف وقال الآخرون الشرط من البائع والمرأة يقوم مقام القبول ولم يرجح
شيئاً وهذا قد يشعر بأنه غير جازم بالاشترط وسنسمع ترده فيما يأتي من الكتاب واختار في موضع
آخر من التذكرة وولده وابن المتوج فيما حكى عنه والمحقق الثاني انه لا بد من القبول ولا يكفي
الاشترط عنه كما سنسمع بيانه (كلامه خـ) وللشيخ في المبسوط كلام سنسمعه هذا كلام الاصحاب على
اختلاف آرائهم وتفتيح البحث ان يقال ان هذا العقد لما كان لازماً من جانب وجازماً من جانب آخر فبعضهم
غلب فيه جانب الجائز مطلقاً وآخرون غلبوا جانب اللزوم لان اعتبار ما اعتبروه في العقود اللازمة دون
الجائزة انما هو للاقتصار فيما خالف الاصل الدال على عدم اللزوم وعدم ترتب الاحكام على المتيقن
وهو جار في المقام لتضمنه اللزوم من طرف الراهن وعدم اللزوم من جانب المرتهن غير قادح بعد كون
المنشأ للاعتبار هو نفس اللزوم المخالف للأصل من حيث هو من دون اعتباره من الطرفين فليتأمل
في كل من الوجهين والتحقيق ان يقال ان عموم قوله سبحانه أوفوا بالعقود يقضي بالصحة والجواز في
كل ما يصدق عليه انه عقد رهن الا ان يدل دليل على اشتراط امر آخر غير ذلك أو شيء زائد فيه
على ذلك كما قام مثل ذلك في البيع ولعل الشهرة كافية في المقام لانها تكون قرينة على ان ذلك بدون
معد الشهرة كان مما لا يسي عقداً في زمن الصدور فليتأمل وقالوا بما يؤدي معنى رهنتك وثقتك
بالتضعيف وأرهنتك لانه لا يبلغ شذوذاً واحد المنع وهي أوضح دلالة من كثير ما عدوه وقال في (الدروس)
لو قال خذ على مالك أو بمالك فهو رهن ولو قال امسكه حتى أعطيك مالك وأراد الرهن جاز ولو

وتكفي الاشارة مع العجز كالكتابة وشبهها وقبول كقوله قبلت او ما يدل على الرضا وهل يقوم شرط الرهن في عقد البيع مقام القبول نظر (متن)

أراد الوديعه أو اشتبه فليس برهن ﴿ قوله ﴾ ﴿ وتكفي الاشارة مع العجز كالكتابة ﴾ أي كما تكفي الكتابة مع العجز عن النطق اذا عرف ذلك من قصده والاكتفاء بالاشارة مع العجز مصرح به في (الشرائع) وأكثر ما تأخر عنها و يعتبر فيها كونها مفهومة للمقصود كما صرح به جماعة ولا ريب أن ذلك مراد من أطلق ولا يتشتر رفع امكان غير الواقع لاحتمال اللفظ الصريح له بل الافهام المقصود عرفاً ولا تنحصر في عضو ولا فرق بين أن يكون العجز لمرض أو أصلياً وإن أوهمت بعض العبارات اعتبار الثاني حيث يعبرون بالآخرس ولا تكفي الكتابة بمجرد لا يمكن العبث أو ارادة أمراض قال في (التذكرة) ولا تكفي الكتابة والاشارة الا مع العجز فتكفي الاشارة الدالة عليه وكذا الكتابة مع الاشارة ولا تكفي الكتابة المجردة عن الاشارة الدالة على الرضا انتهى ونحوه ما في الشرائع من عدم الاكتفاء بمجرد الكتابة الا أن عبارة الشرائع أشمل وأولى لان الأولى ان يقول في (التذكرة) ولا تكفي الكتابة المجردة عن الدلالة اذ قد تكون الكتابة مع أمر آخر غير الاشارة دالة على الرضا فيكفي بذلك كما هو الشأن في الاشارة المجردة عن الكتابة مع الفهم والدلالة وفي (مجمع البرهان) ينبغي الاكتفاء بهما مع القدرة على النطق لان الغرض الفهم لا اللفظ والا لا تفت صحتها مع العجز ايضاً لعدم اللفظ المشروط الا مع تعذر النياية الا لشروط بالمعجز غير واضح وهذا منه بناء على اصل فاسد وهو أن المدار على الرضا في نحو ذلك وقد مر بيانه في باب البيع ﴿ قوله ﴾ ﴿ وهل يقوم شرط الرهن في عقد البيع مقام القبول نظر ﴾ هذا ما أشرنا اليه آنفاً وقد سمعت تصوير المسئلة فيما حكيناه عن التذكرة حيث فرضها فيما اذا كان الايجاب الرهن عقيب ايقاع البيع بحيث لا يقع بينهما تراخ مع كون احدهما مع الآخر جزءاً للمقد لا لشروط وقوع احدهما عقيب الآخر على الفور عادة ووجه النظر على ما في جامع المقاصد من إصالة عدم اشتراط التأخر عن الايجاب ومن أن صحة الرهن موقوفة على حصول الصيغة المعبرة شرعاً والاصل عدم اعتبار ما تقدم فيه القبول على الايجاب ولأن القبول عبارة عن الرضا بالايجاب فقبل حصول الايجاب لا يتحقق الرضا به اذ ليس ثم شيء يرضى به فالاصل عدم الاكتفاء به وأنت خير بما يرد على الأخير بان يقال ان الغرض من قبول العلم بالرضا الباطني وهو حاصل بالاشتراط اذ معناه انه راض بما توجهه وقابل طالب لما اشترطه عليك اذا فعلته الا ان يقال لا يلزم من الرضا وقت الاشرط الرضا وقت الرهن ووجهه في (الايضاح) من انه أي الشرط لفظ دال على الرضا ويصح تقدمه ان قلنا به أي بصحة تقديم القبول على الايجاب ومن ان القبول متأخر عن القابل والمقبول بالذات واشترطه موجب فيتقدم فهو أحدما لكان الشيء الواحد متأخراً عن آخر بالذات ومنقدها عليه بالذات فيدور ولأن القبول لا يكون موجباً للإيجاب بالضرورة ويلزمه قولنا الموجب لا يكون قبولاً بالضرورة والشرط موجب والاقوى عندي ان القبول لا يصح تقدمه على الايجاب مطلقاً انتهى فليتأمل في كلا وجهيه اذ ذلك موقوف على بيان معنى القبول وقد اوضحنا الحال في باب البيع والشيخ في (المبسوط) جوز تقديم القبول في المقام قل واما الوقت الذي يجوز اخذ الرهن به فانه يجوز بعد لزوم الحق ويجوز ايضاً مع لزومه مثل ان يكون مع

وشرط ما هو من قضايا الرهن كدمه كقوله على ان يباع في الدين او يتقدم به على الغرماء ولو شرط ما ينافي العقد بطل كالمنع من يعه في حقه اما لو شرط في البيع اذن فلان او بكذا فالوجه الصحة وكذا يصح لو شرط ان ينتفع به المرهن او ان يكون النماء المتجدد رهنا (متن)

الرهن (١) ان يقول بملك هذا الشيء بكذا على ان ترهن كذا بالثمن وقال اشترته على هذا صح شرط الرهن وثبت وبرهته بعد عقد البيع ويسلمه اليه واذا ثبت جواز شرطه جاز ليجاب الرهن وقبوله فيه فيقول بملك هذا الشيء بألف درهم وارهننت منك هذا الشيء بالثمن وقال المشتري اشترته منك بألف درهم ورهننتك هذا الشيء فيحصل عقد البيع وعقد الرهن انتهى وفي (المختلف) بعد نقله هذا عن الشيخ تأمل فيه بأنه وثيقة للدين فلا يصح اقترانه معه في العقد وليعلم انه لو قدم البائع أو المشتري الارتفاع على البيع في المثال لم يصح على الظاهر كما لو قال المشتري ارهننت واشتريت أو قال البائع رهننتك وبعثك وسيعرض المصنف لهذا الفرع في الفصل الرابع في الحق ويأتي تمام الكلام هناك ﴿ قوله ﴾ ﴿ وشرط ما هو من قضايا الرهن كدمه كقوله على ان يباع في الدين او يتقدم به على الغرماء ﴾ او كأن يشترط منافعه للرهن وان لا يبيعه الا باذن المرهن او يكون في يده او يد عدل فان هذه الشروط لا يضر التعرض لها في رهن التسريع ولا المشروط وانما يفيدنا كيدا لمقتضاه كما (في الوسيلة والتذكرة) وتفصيل المقام ان يقال ان الرهن عقد قابل للشروط والصحيحة التي لا تنفسي الى جباله في بيع ان شرط فيه اجماعا كما في (التذكرة) فان شرط في الرهن شرطا فاما ان يكون من مقتضى عقده او لا يكون من مقتضاه وعلى الثاني اما ان يتعلق بمصلحة العقد كالأشهاد او لا يتعلق به غرض كقوله بشرط ان لا تأكل الهريسة او يكون غير هذين وعلى الاخير فاما ان يكون مما ينتفع به المرهن ويضر الرهن أو بالعكس وعلى التقدير إما أن يكون الرهن رهن تبرع أو مشروطا في عقد بيع وشبهه والذي يقتضيه النظر جواز اشتراط كل مباح في الرهن اذا لم يناف مقتضاه ولم يكن مما لا تتعلق به أغراض العقلاء لأنها شروط سائفة فيجب الوقوف عندها سواء كان تبرعا أو مشروطا في بيع وشبهه وقد يقع الاشتباه في بعض الشروط هل هي منافية أولا كما سنسمع عن المبسوط وغيره وقد أسبغنا الكلام في أحوال الشروط في باب البيع في الفصل الثالث في الشروط ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو شرط ما ينافي العقد بطل كالمنع من يعه في حقه ﴾ أو من تسليمه اليه بالكلية وكاشتراط عدم فكه بعد أداء الحق واشتراط أن يرهنه عند غيره وعند في (الوسيلة) من الشروط المخالفة ما اذا شرط أن لا يبيعه الا بما يرضاه الرهن أو فلان وعند في (المبسوط) من الشروط المخالفة لمقتضى العقد ما اذا شرط أن يبيعه بعد شهر أو لا يبيعه الا بما يرضاه الرهن أو يرضاه رجل آخر أو يكون نمانه رهنا معه وما اشبه ذلك قال فهذه كلها شروط فاسدة لانه مخالفة لمقتضى العقد وما كان كذلك فهو مخالف للشرع فكان فاسدا وهل يفسد الرهن الاقوى في نفسي ان الشرط يفسد ويصح الرهن ولا يبطل البيع الذي اقترن به الرهن لعدم الدليل وقال بعد ذلك اذا رهن نخلا على ان ما أنمرت يكون رهنا مع النخل او رهن ماشية على ان ما ينتج يكون التاج داخلا في الرهن فالشرط باطل وقيل انه يصح ويدخل في الرهن وهو الاقوى انتهى وهذا رجوع

(١) كذا وجدناه في نسختين صحيحتين والمراد ظاهر (منه قدس سره)

ولو شرط عليه رهن في بيع فاسد فظن اللزوم فرهن فله الرجوع ويصح الرهن
سفرا وحضراً (متن)

منه عن بعض ما ذكره ويأتي عند قوله والاقرب عدم دخول المتجدد الا مع الشرط نقل الاجامات
والاقوال وقال في (الخلافة) اذا شرط في حال عقد الرهن شروطا فاسدة كانت الشروط فاسدة ولم
يبطل الرهن ولا البيع وفي (المختلف) انهما يبطلان ايضا وستسمع الحال والمصنف هنا قد صحح ما لو
شرط في البيع اذن فلان او يبعه بكذا او ان ينتفع به الزاهن او يكون النماء المتجدد رهنا وصحح في
المختلف والتذكرة ايضا ما اذا شرط ان لا يبيعه الا بعد شهر او لا يسلعه اياه الا بعد شهر مثلا بل صحح
في التذكرة اشتراط كون منافع الرهن للمرتهن اذا لم يكن الدين قرضا مشروطا بذلك وقال في
(الوسيلة) اذا شرط النماء لنفسه فان كان ذلك في دين في الذمة صح الرهن وبطل الشرط وان كان
في قرض مستأنف بطل القرض والرهن والشرط وان كان في بيع فان كان النماء مجبولا لم يصح وبلا
صح ونحوه ما في جامع الشرائع ومنع في الدرر من اشتراط توقف البيع على رضى الزاهن او
أجنبي وقوى في (الايضاح) الجواز في اشتراط اذن الغير والبطلان في اشتراط يبعه بكذا ومال المحقق الثاني
الى البطلان فيها لان فلانا قد لا يأذن والتمن المعين قد لا يئله الرهن فيتعذر اخذ الدين من قيمته
فيتمني مقصوده فيكون الشرط منافيا وقد حكم في (التذكرة والمختلف) انه اذا بطل الشرط بطل
المشروط لان الرضا بالمقدانما وقع على ذلك الشرط فاذا لم يصح لم يصح العقد وهو كذلك بالتسبة الى
عقد الرهن لان الفرض انه مخالف لمتنضاه واما اذا كان هذا الرهن الفاسد فساد شرطه مشروطا في
بيع مثلا فهل يفسد البيع اولا الظاهر التفصيل فالفساد فيما اذا جر الشرط جهالة الثمن كما اذا شرط
في البيع رهنا وشرط ان يبقى عنده وتكون منافعة وزوائده للمرتهن فالبيع باطل لان المشروط استحقاقه
حينئذ يصير جزءا من الثمن وهو مجبول ويصح البيع فيما عدا ذلك ويكون للبايع الخيار لانه لم يسلم له
الرهن ولا شرطه لفساده بفساده كما هو الفرض بل نقول له الخيار وان قلنا بصحة الرهن مع فساد شرطه
كما سمعته عن المبسوط لانه لم يسلم له الشرط المذكور فيصح ان نقول له الخيار صح الرهن او فسد
لانه ان صح الرهن لا يسلم له الشرط وان لم يصح لم يسلم له اصل الرهن - ﴿ قوله ﴾ - ﴿ ولو شرط
عليه رهن في بيع فاسد فظن اللزوم فرهن فله الرجوع ﴾ وفي بعض النسخ فلا رجوع والمراد انه شرط
عليه في البيع الفاسد رهنا على دين آخر ووجه الأولى انه انما قصد الرهن بشرط اللزوم فهو وان كان
منجزا في الصورة فهو في المعنى معلق فكان كما لو باع مال ابيه بظن الحيوة وانه فضولي فبان ميتا وان
المبيع ملكه فان فيه وجوها ثلثة الصحة والوقوف على اجازته بعد ذلك والبطلان ووجه الثاني انه عقد
صدر من اهل مع القصد الى الرهن غاية الامر انه اوقعه على اعتقاد وجوبه عليه فكان كما لو أبرئت
ذمت الزوج بظن صحة الطلاق او ذهب واهبه بظن صحة الهبة الاولى وقد قارن الثانية ما يقتضي
اللزوم وامثال ذلك ولو ظن صحة البيع الفاسد ولم يكن قد شرط عليه فيه الرهن على دين آخر فرهنه
تبرعا باعتقاد صحة البيع وانه لولاه لم يرهنه غاية الامر انه لم يكن مشروطا عليه فلا رجوع له وهذا ما
يرشد الى عدم الرجوع فيما نحن فيه - ﴿ قوله ﴾ - ﴿ ويصح الرهن سفرا وحضرا ﴾ اجماعا كما في
(الخلافة وكثير العرفان) وظاهر غيرهما قال في (الخلافة) وبه قال جميع الفقهاء الا مجاهدا فقال لا يجوز

وهو عقد لازم من جهة الراهن خاصة فان ادى او ابرأ او اسقط المرهن حقه من الرهن كان له اخذه ولا يجب على المرهن دفعه مع خروجه عن الرهانة الا بعد المطالبة به ويبقى امانة في يده (متن)

الا في السفر وحكى ذلك عن داود وحكا في كنز العرفان عن الضحاك أيضاً ولا يشترط عدم الكتاب اجماعاً كما في (التحرير) والتقييد في الآية بالسفر وعدم وجدان الكتاب خرج منحرج الاغلب ﴿ قوله ﴾ (وهو عقد لازم من جهة الراهن خاصة) وجائز من طرف المرهن اجماعاً كما في (التذكرة وجمع البرهان) وظاهر الغنية ولم اجد فيه خلافاً من احد وقد يتوهم من الشيخ في (المبسوط والخلاف) وليس كذلك قال عقد الرهن ليس بلازم ولا يجبر الراهن على تسليم الرهن فان سلم باختياره لزم التسليم والاولى ان تقول يجب بالايجاب والقبول ويجبر على تسليمه وقال في مقام آخر واذا قبض المرهن باذن الراهن صار الرهن لازماً اجماعاً وانما الخلاف قبل القبض ثم صرح بأنه لازم من جهة الراهن دون المرهن وحكم ايضاً في عدة مواضع ان القبض واجب على الراهن في مسألة ما اذا مات المرهن قبل قبض الرهن ومسئلة ما اذا اذن المرهن في قبض الرهن ثم رجع عن الاذن ومسئلة ما اذا اذن له ثم جن الراهن او اغمي عليه وقال لو خرس الراهن فان كان لا يحسن الاشارة ولا الكتابة لم يجز للمرهن قبضه لانه يحتاج الى رضاه ولا طريق له الى ذلك فلاحكام الاول تنل على لزوم الرهن بمجرد العقد وان القبض واجب على الراهن وقوله في مسألة الأخرس ينافي ذلك كما سيأتي بيان ذلك في الفصل الخامس ولو لم يكن لازماً من طرف الراهن لانتفت فائدته وانما جاز من قبل المرهن لانه يدق حق نفسه ولا كذلك الراهن قالوا وليس له نظير في العقود الا الكتابة المشروطة عند الشيخ فانها عنده ايضاً جائزة من قبل العبد خاصة ويناسبه عقد الفضولي من احد الجانبين وكان القرض نظيره اذا قلنا انه لازم من طرف المقرض جائز من طرف المقرض اذا قلنا بان له ان يرد العين في القيمي ويجب على المقرض القبول كما هو مذهب جماعة ﴿ قوله ﴾ (فان ادى او ابرأ او اسقط المرهن حقه من الرهن كان له اخذه من المرهن) من لوازم اللزوم عدم جواز الانتزاع الا بان يؤدي الراهن الدين او يبرأ المرهن او يسقط هو أي المرهن حقه من الرهن فانه حينئذ يجوز له الانتزاع وفي حكم تأدية الراهن ما اذا تبرع عنه متبرع بذلك او اذا ضمنه ضامن مع قبول المرهن او حوله هو به وفي حكم ابرأ المرهن الاقالة السقطلة للثمن المرهون به او الثمن المسلم فيه المرهون به ومعنى اسقاط المرهن حقه من الرهن فسخه لعقد الرهانة لجوازه من قبله ويبقى الكلام فيما لو قبضه البعض او ابرأه هو منه فهل يكون حكمه حكم ما لو قبض الجميع او ابرأ منه فيبطل الرهن بسقوط جزء مامن الدين وان قل كما هو مختار المصنف فيما يأتي من الكتاب او يبقى الرهن بأجمعه ما بقي من الدين جزء كما هو خيرة المبسوط مدعي انه اجماع كما ستمسح انشاء الله تعالى ﴿ قوله ﴾ (ولا يجب على المرهن دفعه الا بعد المطالبة به ويبقى امانة في يده) كما هو الشأن في كل حق كان ثبوته في اليد باذن شرعي كالمستأجر وحينئذ يبقى امانة مالكية لاشريعة لانه مقبوض باذن المالك وقد كان وثيقة و امانة فاذا سقطت الوثيقة بقيت الامانة فيصير بمنزلة الوديعة لا بمنزلة ما اذا اطارت الریح نوبا الى دار انسان حيث يلزمه رده على مالكة ابتداء او اعلامه به وهذا ونحوه

(الثاني) المحل وشروطه اربعة ان يكون عيناً مملوكة يصح قبضه للمرهن ويمكن بيعه فلا يصح رهن المنافع ورهن المدبر ابطال للتدبير على رأي (متن)

هو المعبر عنه بالامانة الشرعية حيث أن الشارع جعله اميناً عليه دون المالك لان المالك لم يرض بكونه في يده ونبه بذلك على خلاف بعض العامة حيث ذهب الى انه اذا قضاه يكون مضموناً واذا ابرأه تم تلف الرهن في يده لا يضمنه استحساناً وهو محكم بل ينبغي العكس فانه مع القضا يكون المالك عالماً بانفكاك ماله فاذا لم يطالب به فقد رضي ببقائه امانة واما الابراء فقد لا يعلم به الراهن قال في (التذكرة) وينبغي ان يكون المرتهن اذا ابرأ الراهن من الدين ولم يعلم الراهن أن يعلمه بالابراء او يرد الرهن عليه لانه لم يتركه عنده الا على سبيل الوثيقة بخلاف ما اذا علم به لان قدر رضي بتركه في يده ﴿ قوله ﴾

﴿ الثاني المحل وشروطه اربعة ان يكون عيناً مملوكة يصح قبضه للمرهن ويمكن بيعه ﴾ كما صرح بذلك كله في (الشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد والتبصرة والدروس والدمعة) وصرح في (الغنية والسرائر وجامع الشرائع وكنز العرفان) وغيرها باشتراط كونه عيناً يمكن بيعه وقد يلوح من الاولين الاجماع على الامرين حيث حكى الخلاف فيهما في القبض ولم يحكياه فيهما واستسمع عند التفريعات الاجماعيات والنزاعات والشبهات والمراد بكون الرهن مملوكاً ما هو اعم من ملك الاصل والمنفعة كالاستعار وهذه الشرائط ليست على وتيرة واحدة فمنها ما هو شرط الصحة وهو ما عدى المملوكة فانها شرط اللزوم باعتبار رهن ملك الغير ولا يضر لانها شروط في الجملة ولان المملوكة المطلقة من شروط الصحة وصدوره عن المالك او اجازته من اسباب اللزوم فصح التفريع على الامرين ﴿ قوله ﴾

﴿ فلا يصح رهن المنافع ﴾ اجماعاً كما في (المسالك) وقد يظهر من جماعة لكنه في (المختلف) صرح بوجود الخلاف ولم يسمه ولم نجد لاحد من الخاصة والعامة في التذكرة والخلاف ولعله اشار الى ما ذهب اليه جماعة من صحة رهن خدمة المدبر كما سنسمع لان الدين أن كان موجلاً فالمنافع تلف الى حلول الاجل فلا تحصل فائدة الرهن وان كان حالاً فيقدر ما يتأخر قضا الدين تلف جزء من المرهون فلا يحصل الاستيقاق ولان المنافع لا يصح اقباضها الا باتلافها فكل عدم الصحة متجها على القول باشتراط الاقباض وبدونه وتأمل فيه الشهيد الثاني في حاشيته على الروضة بان استيقاق الدين من عين الرهن ليس بشرط بل منه أو من بدله ولو بيعه قبل الاستيقاق كما لو رهن ما يتسارع اليه الفساد قبله والمنفعة يمكن جواز ذلك فيها بان يوجر العين ويجعل الاجرة رهناً وقریب منه القبض لامكانه بتسليم العين ليستوفي منها المنفعة ويكون عوضها رهناً ثم قال الا أن يقال أن ذلك خروج عن المتنازع اذ لا كلام في جواز رهن الاجرة انما الكلام في المنفعة نفسها والفرق بينها وبين ما يتسارع اليه الفساد امكان رهنه والمنافع عارض (قلت) الفرق بينهما ان الاذن في البيع معلوم بقرينة ظاهرة وهو قصد كل منها حفظ ماله الا أن نقول أن ذلك جار فيما نحن فيه فلي تأمل وقوله والمنافع عارض لا وجه له لان مقتضى الفساد فيما يتسارع اليه الفساد موجود وقت الرهن ولا كذلك الحال في المنفعة اذا تعفت فانه يجب بيعها وجعل الثمن رهناً قطعاً كما في الايضاح كما سنسمع وقال في (التذكرة) وانما جعل تسليم العين قبضاً في الاجارة لمكان الحاجة الى المنافع ولا حاجة الى رهن المنافع وان قبض العين ليس قبضاً تاماً في الاجارة ﴿ قوله ﴾

﴿ ورهن المدبر ابطال لتدبيره على رأي ﴾ موافق (للشرائع والتذكرة والارشاد)

وشرحه لولده والتحرير والمختلف والتلخيص واللمعة وحواشي الكتاب وغاية المرام وجامع المقاصد وفي
 (المسالك) نسبه الى الاكثر وهي في محل النظر الا أن يراد اكثر المتأخرين نعم في (المبسوط
 والسرائر) اذا دبر عبده ثم رهنه بطل التديرو لان التديرو وصية ورهنه رجوع فيها وان قلنا ان
 الرهن صحيح والتديرو بحاله كان قويا لانه لا دليل على بطلانه فعلى هذا اذا حل الأجل في الدين
 وقضاء المدين من غير الرهن كان جائز وان باعه كان له ذلك وفي (الخلاف) اذا دبر عبده ثم رهنه
 بطل التديرو وصح الرهن ان قصد بذلك فسخ التديرو وان لم يقصد بذلك الفسخ لم يصح الرهن
 واستدل بعدم الخلاف والاجماع على ان التديرو بمنزلة الوصية قال والوصية له الرجوع فيها فكذا التديرو
 وقال قأما اذا لم يقصد الرجوع فلا دلالة على بطلانه الى ان قال وان قلنا ان الرهن صحيح والتديرو بحاله كان
 قويا انتهى لكنه في (الدروس) قد نسب الى اكثر القدماء انه لا ينتقض تديرو لو باعه أو وهبه
 ولا ينتقض تديرو وهو كذلك فعن الحسن انه قال يبيع خدمته أو يشترط عتقه على المشتري فيكون
 الولا له وعن ابي علي انه يبيع خدمته مدة الحيوة وقال الصدوق في (المنع) انه لا يصح بيعه الا ان
 يشترط على المشتري اعتاقه عند موته وقال المفيد في (المنع) اذا باع ومات محرر فلا سبيل للمشتري
 عليه وقال الشيخ في (التهابة) انه لا يجوز بيعه قبل تقض تديرو الا ان يعلم المشتري ان البيع للخدمة
 قال في (الدروس) وتبعه على ذلك جماعة قلت منهم صاحب الجامع وقد يفهم ذلك من الوسيلة وحكي
 في الدروس عن الحلين الا الشيخ يحيى انهم على بطلان التديرو بمجرد البيع وعن ابن ادريس انه
 حل بيع الخدمة على الصلح مدة حيوته وعن الفاضل انه حل بيعها على الاجارة مدة فدية قل وقطع
 المحقق ببطلان بيع الخدمة لانها منسفة بمجولة والروايات مصرحة بها وان رسول الله صلى الله عليه
 وسلم باع خدمة المدبر ولم يبيع رقبته وعورضت برواية محمد بن مسلم هو مملوكه ان شاء باعه وان شاء
 أعتقه وأجيب بحمل البيع على الرجوع قبله توفيقا والجهالة في الخدمة غير قاذحة لجواز استثناء هذا من
 التواعد المرعية على أن المقصود من البيع في جميع الاعيان هو الانتفاع ولا تقدر لأمده فالعمل على
 المشهور وتخريجه على تناول البيع الرقبة ويكون كمشروط العتق باطل بتصريح الخبر والفتوى بتناول
 البيع الخدمة دون الرقبة انتهى وهذا وان كان في البيع والهبة الا انها اذا كانا لا يبطلان أي التديرو
 فالرهن بالاولى ان لا يبطله واستوجه المصنف في تديرو التحرير بعدم بطلانه بالرهن وكأنه مال اليه في الروضة
 ولعله متوقف فيه في المسالك وفي (مجمع البرهان) الظاهر الصحة في الرهن وعدم ابطاله التديرو لعموم ادلة
 الرهن وجواز التصرف في المدبر ولكن لما لم يكن بينه وبين الرهن منافاة فالظاهر بقائه موقوفا فان
 بيع في الدين بطل تديرو وان لم يبيع في مدبره وبؤيده انه لو كان بينهما منافاة لم يمتد صحة الرهن لوجود
 التديرو قبله وعلى تقدير بطلان التديرو بالرهن انما يبطل بعد تمام الرهن وصحته وهو غير معلوم الصحة هنا
 لورود العقد على المدبر الذي لا يجتمع رهنه مع تديرو ولا حل هذا قيل بعدم صحة بيعه الا بعد ابطال التديرو
 على ان البطلان بعد تمام الرهن لا ينع لوقوع الصيغة على المدبر الا ان يقال يبطل قبل الصيغة انما كافي
 العبد المأمور بعنته ولكن انما قيل بذلك هنا للضرورة وهي مقبودة هنا لعدم النص والاجماع
 وسيأتي في رهن البائع ماله خيار فيه ان الفسخ يحصل بالقصد المقارن وقد ذهب جماعة في باب القصاص
 الى ان العبد المدبر اذا قتل عمدا واختار أولياء المقتول استرقاقه انه لا يبطل تديرو والذاهب الى ذلك
 المفيد في المنع والشيخ في النهاية والتهذيب والمصنف والفاضل المنندي وحكي عن الكاتب والصدوق

فلو شرط رهن الخدمة فيه بطل على رأي (متن)

ولهم على ذلك أخبار لكن الأكثر على بطلان تدييره (وحجة) القائل بالبطلان ان التديير من الصيغ الجائزة كالوصية فاذا تعقبه الرهن أبطله كما لو تعقبه غيره من العقود كالبيع والهبة لكون ذلك رجوعاً عنه لان الغرض من العقود الملكية ملك من انتقل اليه ولا يتم الا بالرجوع والغرض من الرهن استيفاء الدين من قيمته فهو مناف للتديير وبني في (جامع المقاصد) القولين على ان التديير هل هو عتق بصفة أو وصية بالتعق فعلى الاول لا يبطل وعلى الثاني يبطل وهذا غير مستقيم على مذهبا لاجتماعهما في (الخلاف والمسالك) وظاهر السرائر على جواز الرجوع بالتديير فيكون وصية وانما بني هذا البناء أصحاب الشافعي ونقل في (الكفاية) في المسئلة اقوالا ثلثة القول بصحة الرهن وان رهن رقبته ابطال تدييره والقول بعدم الصحة والقول بان التديير مراعى عنك فيستقر او يأخذ في الدين فيبطل انتهى والقول بعدم الصحة لم نعرفه ولا نقله احد الا ما سمعته في عبارة الخلاف على بعض الوجوه وهو ما اذا لم يقصد الفسخ وصاحب الكفاية اطلق وتعبيره عن القول الثاني أعني صحة الرهن والتديير بان التديير مراعى الى آخره غير جيد فانه تعبير باللازم هذا وفي (النهاية والمنعم والمبسوط) انه اذا دبر الرهن المملوك كان باطلاً في (المبسوط) لانه ليس له التصرف فيه وفي (المختلف) انه لا يبطل ولعل غرض المصنف من ذكر هذه المسئلة هنا انما هو باعتبار ما بعدها **قوله** **﴿**فلو شرط رهن الخدمة فيه بطل على رأي **﴾** موافق (للسرائر والتذكرة والمختلف وغاية المرام والمسالك ومجمع البرهان) ونسبه في (الايضاح) الى من عدى الشيخ في النهاية قال ذهب الشيخ في النهاية الى انصراف البيع والرهن الى منافعه فعلى هذا لو شرط رهن الخدمة صح عند الشيخ رحمه الله ولم يصح عند الباقيين انتهى (قلت) كلامه منظور فيه لان الشيخ في النهاية لم يتعرض لرهن المدبر لاقى الرهن ولا في التديير وانما تعرض لبيعه كما سمعت وقد عرفت ان جماعة واقفوه على ذلك وان الشهيد نسبه في تدير الدروس الى المشهور تارة والى الاكثر أخرى ثم قال ان الخبر والفتوى صريحان في تناول المبيع للذمة وقد ذكروا ضابطه وهي ان ما صح بيعه جاز رهنه ذكرها الشيخ والمصنف في (الخلاف والمبسوط والتذكرة) والشهيد في قواعد فكلان هؤلاء موافقين للشيخ في (النهاية) في صحة رهن الخدمة ولهذا قال الشهيد في (الدروس) في المقام ان خدمة المدبر يصح رهنها وفاقا لجماعة وقد سلف انتهى وأشار الى أكثر القسما بقوله جماعة كما عرفت وبعض متأخري المتأخرين أنكروا القاعدة والرواية الدالة على جواز بيع خدمة العبد ولم نجد من طعن في القاعدة صريحا غير المولى الاردبيلي قال ليس كل ما يجوز بيعه يجوز رهنه نعم العكس صادق وستسمع في رهن الطير في الهواء تصر بهم بصدق الاصل وعدم صدق العكس عكس ما قال لكن سيأتي في رهن أم الولد والمرتب ما قد يناق في ذلك وعساك تقول من لم يصحح رهن الخدمة فائق بعدم صحة القاعدة (قلت) لاملزمة قطعاً اذ لعله لم يظفر بالرواية اولا يقول بصحة بيع المنافع مطلقاً وان وردت به رواية لناقاتها القواعد المرعية وستعرف ان عباراتهم طافحة بهذه القاعدة في رهن الدين وغيره في مواضع ستسمعها ان شاء الله تعالى وأما الرواية فقد اعترف بها المحقق في السرائر والمصنف في المختلف وغيرها وقد سمعت ان الشهيد قال والروايات مصرحة بها فكلان هناك روايات وليس ما يحكونه الا كما يروونه

ولا رهن الدين (متن)

وقد روي في (الهداية) عن الصادق عليه السلام انه سئل عن رجل أعتق جاريته عن دبر ايأها ان شاء أو ينكحها أو يبيع خدمتها مدة حيونه قال أي ذلك شاء فعل فلا تصنع الى مافي الحدائق من احتمال كونها من روايات العامة حيث لم يقف عليها بعد التبع وخص المصنف منافع المدبر بالذكر لمكان الرواية والخلاف والا فهي من جزئيات رهن المنافع وقد تقدم عدم جواز رهنها ووسط قوله ورهن المدبر الى آخره تمهيدا لذلك ونحو ذلك مافي الشرائع فيكون قوله فلو شرط متفرعا على قوله ولا يصح رهن المنافع - قوله - ﴿ ولا رهن الدين ﴾ كما في (الغنية والسرائر والشرائع والارشاد والدروس وجامع المقاصد) وكذلك النافع والتحرير والتبصرة وفي (الكفاية) انه المشهور اما لعدم جواز بيعه ان قلنا به أو لاشتراط القبض وعدم امكانه فيه لانه امر كلي لا وجود له في الخارج يمكن قبضه وما يقبض بتعيين المديون ليس نفسه وان وجد في ضمنه واحتمل جوازه على هذا القول أعني اشتراط القبض والا كفا في القبض بما يعينه المديون بناء على صدق قبض الدين عليه عرفا كية ما في الذمة فرع وجود عموم في الادلة يتناول ذلك اذ المتبادر من الادلة قبض المرهون نفسه لاما هو فرد من افراده وصدق القبض عرفا لا يستلزم القبض المتبادر من الادلة فلم يتم ما احتمله في الدروس والروضة من الصحة كية ما في الذم وأنه يجزئ قبض ما يعينه المديون وقد قال بها في (المسالك) ومال البها في مجمع البرهان تمسكا بالاملاق والتفاتا الى ما ذكر وان كان القبض شرطا وقد عرفت الحال في هذا الاطلاق واستعرف أيضا ان هذا القول على اطلاقه محل نظر بل قد نقول بعدم صحة رهن الدين وان قلنا بعدم اشتراط القبض كما هو خيرة الكتاب لانه لا يصح بيعه كما قيل بل لعدم المناقاة بين عدم اشتراطه أي القبض واعتبار كونه مما يقبض مثله مضافا الى الوقوف على ظواهر الاصول وعدم الاكتفاء في الخروج عنها بمجرد الاطلاقات المتبادر منها غير ما نحن فيه وأما عمومات الوفاء بالعقود فتصرف الى ما يتبادر من اطلاقات نصوص الرهن لانا اذا لحظناها ولحظنا ماورد في بعضها مما هو كالتعليل لشرعية الرهن بأنه للوثوق الغير الحاصل في اغلب افراد ما نحن فيه حصل لنا الظن المعتد به بأن عقد الرهن لا يصح الا فيما يمكن قبضه وان لم نشترط اقباضه فمضمون العقد الذي يجب الوفاء به هو الصحيح الشرعي والذي يكون المرهون فيه بنفسه مما يمكن قبضه كما سيأتي في نظائره من عدم لزوم الوفاء فيما لا يمكن قبضه وبيعه كالحجر وشبهه فليتأمل ومن هنا يندفع تعجب الشهيد من المصنف في الكتاب حيث قال بعدم اشتراط القبض وعدم صحة رهن الدين نعم لو كان قد صرح في الكتاب بالبناء المذكور في التذكرة لم يتجه الاعتذار عنه بما ذكرناه لكنه لا يعلم ان رأيه في الكتاب مبني على ما قاله في التذكرة قال فيها لا يصح رهن الدين ان شرطنا في الرهن القبض لانه لا يمكن قبضه انتهى وقد يستدل على عدم جواز رهن الدين بأن أخذ الرهن ليس الا من جهة عدم الوثوق باستيفاء ما في الذمة فكيف يستوثق باستيفائه بمثله وفيه مع اختلاف الناس في القضاء والدين انه لا يجزئ لو كان الدين المرهون على المرهون نفسه فان الاستيثاق حاصل كالقبض بناء على ان مافي الذمة مقبوض فلو وجد القائل بالفصل وقلنا ان مافي الذمة مقبوض وقلنا يتناول الاطلاقات الدالة على اشتراط القبض لهذا الفرد لكن القول به جيدا جدا ومن هنا مضافا الى سابقه يظهر ان الاستناد الى الاطلاقات في الجواز على الاطلاق أي حتى لو كان الدين المرهون على غير المرهون

ولا مالا يملك فيقف على الاجازة ولو ضمنه مع المملوك مضى فيه ووقف الآخر على اجازة المالك ولا رهن مالا يصح تملكه كالحشرات او مالا يملكه المسلم ان كان احدهما مسلماً كالخمر وان كان المرتهن ذمياً او الراهن عبد المسلم وان وضعها على يد ذمي على رأي (متن)

مع اشتراط القبض في محل التأمل ﴿ قوله ﴾ - ﴿ ولا مالا يملك فيقف على الاجازة ولو ضمنه مع المملوك مضى فيه ووقف الآخر على اجازة المالك ﴾ كما في (الشرايع والنافع والتذكرة والارشاد والتحرير والتبصرة والدروس واللمعة) وغيرها اذ المعروف المشهور بين الاصحاب جريان العقد الفضولي في سائر العقود وقد عرفت المخالف في ذلك في باب البيع والشيطان في (المنفعة والنهاية) نصاً في المقام على بطلان الرهن فيما لا يملك ولذلك نسب الحكم هنا في الكفاية الى المشهور وقال في (الروضة) انه يصح على اشهر الاقوال وقال في (جمع البرهان) قد مر في باب البيع التأمل في دليله ويزيد هنا عدم الدليل على جواز الفضولي في الرهن الا القياس على البيع والشراء او عدم القائل بالفرق ان صح (وفيه) انه ليس من القياس في شيء اذ ليس المراد بالعقود في الكتاب والسنة العقود الصادرة عن مباشرة المالك والا لم يدخل عقد ولي ولا وكيل بل المراد التي يرتضونها هم أو اوليائهم ويستوي فيها الرضا السابق بالتوكيل أو المقارن أو المتعقب بالاجازة وبه يظهر معنى قوله تعالى (الا أن تكون تجارة عن تراض) وليس معنى التجارة مجرد العقد (والحاصل) أنا ندعي استقامة السيرة على العقود الفضولية وفيها دل على صحة نكاح الفضولي من اجماع وأخبار ائمة شاهد على ثبوتها في باقي العقود وكذلك الاخبار الواردة في اقتراض الوصي غير المولى مال العصبي ليتجر به وأخبار الخس من تحليل المناكح والمسالك الى غير ذلك من اجازة صاحب المال المجهول مالكة الذي تصدق به عنه واللقطة الى غير ذلك مما مر بيانه في باب البيع وقد يستشكل في الصحة مع الضميمة اذا جهل المرتهن بالحال ولم يجز المالك على القول باشتراط تعيين المرهون وعدم صحة ما فيه جهاله وكذلك على القول بعدم الاشتراط والاكتفاء بالتمييز في الجملة لعدم التمييز في المسئلة وهو اشكال واه فاسد كما تقدم بيانه في باب البيع ولا فرق في ذلك بين ما اذا كان الرهن واحد مشاعاً بينهما أو كان قد رهن ملكين صفة أحدهما له والآخر لصاحبه ﴿ قوله ﴾ - ﴿ ولا رهن مالا يصح تملكه كالحشرات ﴾ وما لا منفعة فيه كفضلات الانسان وأشباها مما لا يعدم ملكاً للاجماع المحكي في (المبسوط) على عدم صحة بيع ذلك كما أوضحناه في باب المكاسب وبين المراد من الحشرات وكذلك الخمر لا يصح رهنه اجماعاً عند مسلم وكافر من مسلم وكافر اذ لا شبهة في عدم ملكه ﴿ قوله ﴾ - ﴿ وما لا يملكه المسلم ان كان أحدهما مسلماً كالخمر ﴾ والخنزير اذ لا خلاف في عدم صحة رهنهما اذا كان الراهن مسلماً وكذا اذا كان المرتهن كذلك ولم يضعهما عند ذمي كما ستعرف ﴿ قوله ﴾ - ﴿ وان كان المرتهن ذمياً أو الراهن عند المسلم ﴾ (أو الرهن عبداً أسلم خل) أو الرهن عبد المسلم (خل) وان وضعها على يد ذمي على رأي (أشار الى مقاله الشيخ في (المبسوط والخلاف) قال اذا استقرض ذمي من مسلم مالا ورهن بذلك خمرًا يكون على يد ذمي آخر يبيعها عند محل الحق فباعها وأتى بشئها جاز له أخذه ولا يجر عليه وزاد في (الخلاف) أن له ان يطالب بمالا يكون ممن محرم هذا كلامه في السكتانيين ولم يمتنع بشيء مما ذكره له من أن حق الوفاء الى الذمي فيصح كما لو باعه وأوفاه ثمنه لكنه مستنبط من كلامه والفرق واضح لان الرهن يؤثروا الى

ولا الارض المفتوحة عنوة ويصح رهن الأبنية والاشجار فيها ولا رهن الطير في الهواء
ولا السمك في الماء (متن)

بيع الحاكم بخلاف المبيع فانه يبيعه الذمي وكذلك أطبق من تأخر عنه ممن تعرض للفرع المذكور على
خلافه كابن ادريس على ما حكاه عنه في تخلص التلخيص والمحقق والمصنف في كسبه وولده والشهيدان
والمحقق الثاني والصبيري والمقدس الاردبيلي وغيرهم واستعرف الحال في رهن العبد المسلم أو المصحف
عند كافر على يد مسلم وقد عطف المصنف بان الوصية للتبني على اندراج هذه المسائل التي هي في
محل الحفاء في اطلاق قوله ولا ما لا يملكه المسلم ان كان أحدهما مسلماً فان كونه المرتهن ذمياً قد
يتخيل بسببه صحة الرهن لان مقصوده عائد عليه وليس كذلك لان الرهن انما يصح اذا كان للراهن
سلطنة ملك على الرهن أو مافي حكمه كالمستعار وكذلك لو كان الراهن عبداً لمسلم وهو ذمي فان يده
يد مولاه وكذا لو وضع المسلم الحجر على يد ذمي لان الذمي حينئذ وكيل المسلم فيده يده وفي بعض
النسخ أو الرهن عند المسلم بحذف ألف الراهن وقراءة عند بالنون لكن هذه العبارة حينئذ قبيح اذ
ليس هذا فرداً خفياً فان جعل الحجر مرهونة عند المسلم ليس أخفى ليعطف على المعطوف بان ولو
ضم اليه وضعا على يد ذمي لوجب اسقاط ان الاخرى ولو أنه قال وان كان المرتهن ذمياً والرهن عند
المسلم على يد ذمي الى آخره لكان أولى كذا قال في (جامع المقاصد) ونحوه ما حكى عن ابن المتوج
والمناسب في مقابلة كلام الشيخ أن يقرأ الراهن عند المسلم باثبات ألف الراهن ونون عند لكن يرد
عليه ما ذكر أخيراً وهو سهل وقد يرشد اليه قوله على رأي وقد يكون عائداً الى الجمع ﴿ قوله ﴾
﴿ ولا الارض المفتوحة عنوة ﴾ كما في (المبسوط والخلاف والسرائر والشرائع والتحرير والارشاد
والتذكرة والدروس) وغيرها مع التعبير في أكثر هذه بأرض الخراج ولعله يشمل الارض التي
صوّل أهلها على ان تكون ملكاً للمسلمين وضرب عليهم الخراج وقد استوفينا الكلام في ذلك في باب
البيع بما لا يزيد عليه وهذا يصح تفريعه على الثاني لعدمه واحتمال كونه من باب بيع ما يملك وما لا
يملك مردود بانتفاء العلم واقدرة مع عدم امكان الاجازة وتفريعه على الرابع لعدمه أي العلم
واقدره ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويصح رهن الأبنية والاشجار فيها ﴾ كما في (الشرائع والتحرير والتذكرة
والدروس وجامع المقاصد وجمع البرهان) مع التقييد في الآية الأخيرة بما اذا لم يكن البناء معمولاً من
ترايبها واليه أشار في (المبسوط) في أرض الوقف وقد يقال بالجواز في ذلك كما هو ظاهر اطلاق الباقيين
عملاً بما استمرت عليه السيرة من بيع الابريق والمجملات والحبوب والسبح الحسينية على مشرفها
السلام وغير ذلك مما يعمل من ترايبها فتأمل وظاهر العبارة وما كان نحوها كصريح التذكرة
والتحرير أن الارض لا يصح رهنها معها فان فعل جاء حكم تبعض الصفة مع انه في بيع التذكرة
والكتاب يجوز بيعها معها ولا أجد فرقا الا ان الآثار قد تزول قبل حلول أجل الدين فلا يصح بيع
الارض فتأمل اوان الاخبار هناك دلت بظاهرها على جواز بيعها مطلقاً فنزلت على ما اذا تصرف فيها
بها ولم يرد هناك شيء من الاخبار اسكن ذلك لا يصلح للفرق لان ما جاز بيعه جاز رهنه وقد بينا في
باب البيع أنه يجوز بيعها بالتبع واستوفينا الكلام في ذلك الباب بما لم يوجد في كتاب وفي (الدروس)
لو قلنا بملكها تبعاً لها جاز رهنها وهو خيرة المسالك ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا رهن الطير في الهواء

ولا العبد المسلم او المصحف عند الكافر فأن وضعهما (وضعا خ ل) على يد مسلم فالاقرب الجواز وكذا يجوز رهن الحسناء عند الفاسق لكنه يكره ولا رهن الوقف (متن)

ولا السمك في الماء ﴿ قوله ﴾ (في الشرائع والارشاد) وفي حواشي الكتاب اذا جرت عادة الطير بالرجوع الى البرج يصح رهنه وكذا السمك في الماء اذا كان مملوكا محصورا وقبضه ممكن ونحوه ما في جامع المقاصد والمسالك وتام الكلام في باب البيع ولعل هذا منهم مبني على اشتراط القبض ولو لم يشترط القبض امكن القول بالصحة مطلقا لعدم المانع وتوهم تعذر استيفاء الحق من ثمنه لعدم صحة بيعه يتدفع بإمكان الصلح عليه وكلية ما صح بيعه صح رهنه ليست منعكة كلياً عكسا لغويا وقد تقدم مثله في الدين فليأمل ﴿ قوله ﴾ (ولا العبد المسلم او المصحف عند الكافر وان وضعهما على يد مسلم فالاقرب الجواز) وفي (المبسوط والشرائع) انه اولى ونحو ذلك ما في الارشاد وشرحه لولده والابيضاح والدرروس واللمعة وحواشي الكتاب وغاية المرام والروضة واستحسنه في المسالك واستظهره في مجمع ابهران وقال فخر الاسلام في (شرح الارشاد) والشهيد في حواشي الكتاب لا أن يكون المرتهن وكيل في البيع فانه لا يصح ولم يرجح في التحرير وحكى المنع من ذلك في المختلف عن بعض علمائنا وقال انه اولى وهو ظاهر ابن الجيند حيث قال فيما حكى عنه ولا اختار ان يرهن الكافر مسحفا ولا ما يجب على المسلم تعظيمه ولا صغيرا من الاطفال ومنع في (التذكرة) من رهنها عند الكافر وقضيته الاطلاق بقرينة ما ذكره من طريق الشافعي فيكون مخالفا للكتاب وقد استوفينا الكلام في باب البيع (حجة القول بالجواز) ان المتنضي موجود والمانع مقفود اذ لا مانع الا الكفر وهو انما يمنع اذا استلزم ثبوت سبيل له لانه لا يستلزم ذلك اذ الرهن ليس بتملك ولا يستلزم استحقاق تملك وانما يستلزم منع المالك عن التصرف وذلك لا يستلزم سبيلا للغير لانه ممنوع ايضا ويستلزم ايقان دينه من ثمنه ولا ريب انه يجوز ايقان دين الكافر من ثمن المصحف والعبد ويستلزم ان يباع في دينه والبايع هو الوكيل والحاكم وعلى كلا التقديرين هو ليس بسبيل كالمات ولم يخلف غيرها او حجر عليه لدين الكافر وليس له سواهما وقد اشكل الفرق على صاحب الحدائق وشيخنا صاحب الرياض بين ما نحن فيه وبين ما اذا رهن الذمي الحجر عند المسلم على يد ذمي والفرق واضح كما اشترنا اليه آقا لان الرهن يؤول بالآخرة الى بيع الحاكم ولا يجوز له ان يبيع الحجر وله ان يبيع المصحف والعبد المسلم وفي (المبسوط) أن أحاديث النبي وأهل بيته صلى الله عليهم بمنزلة المصحف وفي (التحرير) أن الاقرب كراهية رهن الاحاديث وكتب الفقه ولا بد أن يلحظ المقام في باب البيع وفي رهن السلاح من الحربي احتمالان ﴿ قوله ﴾ (ويجوز رهن الحسناء عند الفاسق لكنه يكره) به بذلك على أقاويل العامة في ذلك ذكرها في التذكرة ﴿ قوله ﴾ (ولا رهن الوقف) وان نجد الموقوف عليه للمنع من صحة بيعه أو لعدم ملكه أو تمام ملكه وعلى تقدير جواز بيعه على بعض الوجوه فان بعضه لا يتعدى بثمنه عن شراء وقف على بعض الآراء وما يباع للحاجة قد يتطرق اليه في وقت الاحتياج الى بيعه عندهم فلا يكون مقصود الرهن حاصلا ولعله لذلك أطلق من تعرض له كالمحقق في الشرائع والمصنف في التحرير والتذكرة والشهيد في الدرر واطلاق كلامهم في الوقف يعطيه ولو قلنا انه يباع ولا يجب اقامة بدله كما اذا بيع لحرف تلفه مع شدة حاجة أهله كما هو مذهب بعضهم كالغني

ولا المكاتب وان كان مشروطا وفي رهن ام الولد في ثمن رقبته مع اعسار المولى اشكال
ومع يساره اشكال (متن)

والسيد والشيخ في النهاية وأبي يعلى أمكن رهنه وقد استوفينا الكلام في ذلك في باب البيع بما لم يوجد في كتاب
﴿ قوله ﴾ (ولا المكاتب) عند علاناسوا كانت مشروطة أو مطلقة لأنها عقد لازم لا يمكن استيفاء الدين
منه لأنه لا يصح بيعه كما ذكر ذلك كله في (التذكرة) وقال نعم لو كانت الكتابة مشروطة وعجز
فانه يصح رهنه لأن للمالك حينئذ فسخ الكتابة وقد يكون الرهن فسخا لها قلت وقد مر نظيره في
المدير فتدير ﴿ قوله ﴾ (وفي رهن ام الولد في ثمن رقبته مع اعسار المولى اشكال) نسب في
(الايضاح وحواشي الكتاب) للشهيد الى الاصحاب المنع من رهن امهات الاولاد وظاهرها الاجماع
على ذلك ولعلمها فهما ذلك من اشتراطهم في الرهن ان يكون مما يجوز بيعه وهو محل تأمل ولم أجد
من صرح بذلك أي المنع من رهن امهات الاولاد مطلقا غير ابن سعيد في جامع الشرائع والمصنف
في التذكرة وقد يظهر ذلك من السرايز وهو خيرة الايضاح وجامع المقاصد ولم يتعرض لذلك
في المنفعة والمراسم والنهاية والخلاف والوسيلة والجواهر وغيرها بل قد يظهر من موضعين من المبسوط
وكذا الغنية الجواز على الاطلاق كما حكى عن أبي علي وقد نفى عنه البعض في المختلف وقال في
(جامع المقاصد) ان فيه قوة واختبر الجواز في ثمن رقبته مع اعسار المولى في (التحرير والدروس)
والمنع كذلك بل مطلقا كما عرفت في الايضاح وجامع المقاصد حجة المنع وان جاز بيعها حينئذ
الاجماع الظاهر من الفخر والشهيد كما سمعت وانه يجوز ايسار المولى فيمتنع البيع فتتسنى فائدة
الرهن كما هو الشأن في رهن الوقف عند الاحتياج كما مر لان دوام التمكّن من البيع شرط في الرهن
والا كان كدمه فتأمل فكانت (١) الاولى التي استند اليها في (الدروس) في الجواز وجعلها غيره أحد
وجهي الاشكال ممنوعة لعدم اطراد الكفاية (٢) في المقام وأما جواز البيع وان كان الاصل عدمه لا تقطع
اصل الجواز عندنا قطعاً فلان المتقضي موجود والمانع بالاعسار للاجماع مقوود ولا كذلك الرهن
لعدم العلم بفقد المانع لعدم تحقق معقد الاجماع وهو الاعسار الذي هو علة لارتقاع المانع ولا يلزم من
ذلك أن لا يجوز رهن المرتد عن فطره والجاني لبقاء المالية فيها كما ستمع واطلاق عبارة الكتاب
وغيرها يقتضي عدم الفرق بين حيوة مولاهم وموته ﴿ قوله ﴾ (مع يساره اشكال) لامتناع
البيع حينئذ فيكون جواز الرهن حينئذ بعد ذلك جزم في الدروس هنا بعدم الجواز وقال في
(التحرير) لو جوزنا رهنها مطلقاً لم يجز بيعها مادام ولدها حيا وبنى في (الايضاح) هذه المسئلة على ان
صحة الرهن هل هي مشروطة بإمكان البيع بالفعل دائماً او امكانه في الجملة قال والحق الاول فلا
يجوز رهن أم الولد هنا قطعاً وجعل اشكال المصنف مبني على الوجه الثاني قال وعلى الثاني وهو
مراد المصنف منشأ الاشكال ان الرهن ليس باخراج عن الملك ولجواز الاعسار وجواز موت
الولد وليس من لوازم الرهن البيع قطعاً ومن حيث ان الرهن أثره امكان استيفاء الدين منه أو من ثمنه
ولا يمكن الا بالنقل عن ملك الراهن الى غيره وكونها أم ولد مضاد له لا يمكن اجتماعه معه وامتناع

(١) يعني اذا جاز بيعها كان رهنها أولى (منه طالب ثراه) (٢) أي كل ما جاز بيعه جاز رهنه (منه)

وفي غير الثمن اشد اشكالا ويصح رهن ذي الخيار لأيهما كان (متن)

الاجتماع مع اللازم أي البيع يستلزم امتناعه مع المزموم أي الرهن وكونها أم ولد ثابت فينتفي أثر الرهن الى آخر ما قال وفي البناء المذكور نظرا لانه قد توجه منشأ الاشكال مع قطع النظر عن البناء المذكور فنشأ الصحة ان الرهن ليس بيعا وقد لا يفضي الى البيع فلا يجب الحكم بطلانه فيما لا يصح بيعه اصلا لامكان حصول الفائدة منه وهي معنى التوثق بوجه آخر فان المسالك اذا صار محجورا عليه في ماله بحيث يمنع من نحو العتق مثلا كان ذلك سببا باعنا له على اداء الدين وزوال الحجر وأما وجه العدم فواضح لكن يضعف وجه الصحة بان المقصود الاصل من الرهن استيفاء الدين من قيمته فلا بد فيه من صلاحيته لذلك لانه معرض لذلك وان كان قد يحصل الاداء بوجه آخر وقال الشهيد في حواشيه في قوله اشكل نظر لان افعال التفضيل لا يبنى من رباعي الا ما شذ نحو ما أعطاه وما أكرمها (قلت) مذهب سيويه وهو الرئيس ان بناء أفضل التفضيل من افضل مقبس وقد قلوا هو أعطاهم للدرهم وأولاهم للمعروف وأكرم لي من زيد وهذا المسكن أقدر من غيره وفي المثل أفلس من ابن المذلق وقد استعمل في الرباعي من غير باب افعال كما في النبوي فبولما سواه أصح ﴿ قوله ﴾ وفي غيره أشد اشكالا وجه الاشكال اذ كرهناه أو ما ذكر في الايضاح من امكانه بالفعل أو بالجملة وجزم في (الدروس) بانه لا يجوز رهنها في غير ثمنها موسرا كان المولى أو معسرا ووجه الشدة ان امكان البيع تم أقرب ﴿ قوله ﴾ (ويصح رهن ذي الخيار لأيهما كان) وقال في (الشرائع) يصح الرهن في زمن الخيار سواء كان للبايع أو للمشتري أولهما لا انتقال البيع بنفس العقد ونحوها عبارة اللمعة وقد حملها في الروضة على خلاف المراد منها وقال في (الدروس) رهن ذي الخيار جائز ويكون من البائع فسحا ومن المشتري اجازة عند الفاضلين فراده بذئ الخيار صاحب الخيار على الظاهر وظاهر نسبه ذلك الى الفاضلين التأمل في ذلك لكنه محتمل انه متامل في الطرفين أو فيما اذا كان من طرف البائع والظاهر الثاني لانه لا تأمل في ان تصرف المشتري فيما له فيه الخيار التزام واجازة وكانه لذلك قال في (المسالك) لو كان الخيار للمشتري خاصة فلا اشكال ويكون الرهن مبطلا للخيار ولذلك أيضا نص في التحرير على المشتري وسكت عن البايع واستشكل فيما اذا رهن الموهوب الذي يصح رجوعه فيه قال لو باع عبدا بالخيار له أو لها فرهنه المشتري في مدة الخيار جاز وعند الشيخ لا يجوز بناء على قوله بعدم الانتقال الا بعد الخيار ولو رهنه المشتري في مدة خياره لزم البيع الى أن قال وكذا لو رهن الموهوب مما يصح رجوعه فيه هل يكون رجوعا اشكال انتهى ويأتي الكلام في الموهوب عند تعرض المصنف له وفهم في المسالك من الشرائع من التعليل ان الراهن هو المشتري بناء على انتقال الملك اليه وان كان تم خيار واستشكل في جواز رهن المشتري لو كان الخيار للبايع أو لها وان قلنا بملكه لما فيه من التعرض لابطال حق البائع قال ومثله بيعه وما أشبهه من الامور الناقلة للملك وقال ويجوز للبايع رهنه لو كان الخيار له أو لها ويكون فسحا للبايع ونحن نقول اذا رهنه البائع فاما أن يكون له الخيار خاصة أو للمشتري خاصة أولهما وكذلك الشأن فيما اذا رهنه المشتري فان كان قد رهنه البائع والخيار له خاصة كان ذلك فسحا للقاعدة المشهورة بل المجمع عليها كما بينا ذلك في باب الخيار وهل يصح الرهن حينئذ أولا يصح لان الشيء الواحد لا يحصل به (العقد خ ل) الرهن والفسخ معا قولان أقواهما الاول

ورهن الأم دون ولدها الصغير وإن حرمتا التفرقة (متن)

لان المحصل للفسخ والمك القصد المقارن فيحصلان قبيله كما هو المشهور كما بيناه في آخر باب الخيار
ايضا ومنه يعرف ما اذا رهته والخيار لها وما اذا رهن الموهوب مما يصح رجوعه فيه وأما حيث يرهن
البائع والخيار للمشتري خاصة ففيه احتمالان الصحة فيكون كرهن مال الغيب يتوقف على الاجازة
وعدمها لان المشتري قد يمضي فيفوت الوثوق الذي هو مقتضى الرهن فتأمل (وأما) اذا رهته المشتري
والخيار له خاصة فلا ريب في أنه اجازة وفي صحة الرهن كما لو وطئ أو أعتق أو باع وقد حكى على
ذلك الاجماع جماعة ولم يتأمل في ذلك أحد الا المقدس الاردبيلي والحراساني كما بيناه في باب الخيار
أيضا وأما اذا رهته المشتري والخيار لها أو للبائع خاصة فيرشد اليه ما قلناه في باب البيع من انه لو باع
المشتري أو وقف أو وهب في مدة خيار البائع أو خيارها لم ينفذ الا باذن البائع وصرح جماعة في باب
الزكوة ان المشتري ممنوع من كثير من التصرفات المناهية لخيار البائع كالبيع والهبة ونحوهما وقالت
الشافعية لا ينفذ شيء من هذه العقود مطلقا ولم يقل بذلك أحد منا فيما أجد ولو رهن غريمه المفلس
عينه التي له الرجوع فيها قبله فالاجود المنع ثم عد الى عبارة الكتاب وظاهرها ان من ثبت له الخيار
بالشركة أو الاستقلال يصح له رهن ماله فيه الخيار عند غيرها أو عند أحدها اذا أمكن وقد احتمل
المحقق الثاني في العبارة وجوها ثلثة قال يمكن أن يكون المصدر مضافا الى مفعوله والمعنى يصح رهن
ما فيه الخيار فيكون الجار والمجرور متعلقا يصح أي يصح ذلك لكل من ثبت له الخيار منهما فيكون
المجرور في خبر كان هو العائد وفيه تكلف لان ذا الخيار هو صاحبه فيكون المصدر مضافا الى فاعله أي
يصح رهن صاحب الخيار ما فيه الخيار ومتعلق الجار في لايها محذوف والجار والمجرور في موضع الوصلية
وكان فيه ناقصة هي صلة الموصول والتقدير وان كان الخيار لاي المتعاقدين كان له ويمكن ان يكون
متعلق الجار والمجرور محذوف على انه حال من الخيار والتقدير ويصح رهن ذي الخيار ثابتا لايها الخيار
كان والعائد في الموضعين الضمير المجرور في الخبر (قلت) لعل الاولى أولى اذ صدق ذي الخيار على
ما فيه الخيار لا يرمى بالتكليف والانكار وأما الثاني ففيه من كثرة الحذف والتقدير ما لا يخفى وأما
الثالث فلان الحال من المضاف اليه لا تجوز الا اذا اقتضى المضاف عمله أو كان جزء ماله أضيفا أو
مثل جزئه والكل مفعود واذا كان المراد بذئ الخيار صاحب الخيار وان كان المراد به ما فيه الخيار
فعله يكون من قبيل مثل الجزء كقوله جل شأنه (ملة ابراهيم حنيفا) لكنه يشمل حينئذ ما لا يراد على
انه قد فر في الوجه الاول من ارادة ذلك وقال فيه تكلف وقد يقال ان هناك وجها رابعا خاليا
من كثرة الحذف والتقدير والتأخير وهو أن يكون الجار صلة الخيار وكان تامه فيصير المعنى
فيصح رهن ما ثبت فيه الخيار لاحدها (وفيه) أنه يشمل رهن عادم الخيار مال صاحبه فيه الخيار مع أمور
آخر فتدبر ﴿ قوله ﴾ (ورهن الأم دون ولدها الصغير وإن حرمتا التفرقة) هذا فرع على الرابع
وقد حكى الاجماع على جواز رهن الجارية بدون ولدها الصغير في التذكرة والابضاح وفي (التحرير)
يجوز رهن الجارية وان كان لها ولد صغير اجماعا انتهى ولا يحرم ذلك وان حرمتا التفرقة لان الرهن
لا يعد تفرقة لانه غير مزيل للملك ولا يمنعها الرهن من الرضاع فله أمرها بتمهيد الولد وحضاته كما أشير
اليه في المبسوط وغيره نعم ان قلنا بجواز بيعها مفردة بعد الرهن احتمل عدم جواز افرادها بالرهن
لان ذلك ينفي الى التفرقة المحرمة وقد تقدم في باب البيع ان التفرقة محرمة بالنصوص والاجماع المحكية

وحيثذا اما ان نبيع الام خاصة ويقال تفرقة ضرورية او نقول يباعان ثم يختص المرهن بقيمة الام فتقوم منفردة فاذا قيل مائة ومنضمة فيقال مائة وعشرون فقيمة الولد السدس ويحتمل تقدير قيمة الولد منفردا حتى تقل قيمته فاذا قيل عشرة فهو جزء من احد عشر (متن)

﴿ قوله ﴾ (وحيثذا اما ان نبيع الام خاصة ويقال تفرقة ضرورية) أي حين رهنها منفردة لان كان جائزا اذا حل الحق وأراد بيعها وقلنا بتحريم التفرقة فان باع المالك فلا اشكال كافي (الايضاح) في وجوب الغم وان بيعت عليه جبرا احتمل أن يقال تفرقة ضرورية لان علة جواز البيع الرهن وهو مختص بها (وفيه) ان الرهن اقتضى بيعها لا بيعها منفردة والتفرقة محرمة بالنص فيجب بيع الولد معها من باب المقدمة لتوقف صحة البيع على عدم التفرقة فيكون استحقاق بيعها مستندا الى الرهن ووجوب بيع الولد مستندا الى تحريم التفرقة ولهذا ترك هذا الاحتمال في (المبسوط واثذكرة والدروس) وغيرها نعم جزم به في التحرير ولعله منه بناء على جواز التفرقة لانا ان لم نقل بتحريم التفرقة فان باعها المالك فالأفضل جمعها في البيع ويجوز الافراد وان بيعت عليه كما لو باعها الحاكم في الدين بغير اذنه لانه لغيره منه مثلا في (الايضاح) أنه يبيعها منفردة قطعاً وبيع في عبارة الكتاب بالنون ليناسب قوله أو نقول وينضح وجه التفرقة الضرورية ويحتمل أن يكون بالياء فبراد الحاكم أو الراهن أو المرهن فأمل ﴿ قوله ﴾ (أو نقول يباعان ثم يختص المرهن بقيمة الام) قال في (المبسوط) يباعان معا فما قابل الجارية فهو رهن يكون المرهن احق به وهو الذي جزم به في الدروس على التقدير المذكور اي تقدير تحريم التفرقة وقر به في التذكرة وقواه في جامع المقاصد ﴿ قوله ﴾ (فتقوم منفردة فاذا قيل مائة ومنضمة فيقال مائة وعشرون فقيمة الولد السدس) للتقويم على تقدير بيعها معا واختصاص المرهن بقيمة الام ثلاثة أنحاء (الاول) ما ذكره المصنف هنا واحتمله في (الايضاح والدروس وجامع المقاصد) وهو قول الشيخ في المبسوط حكاه عنه في الدروس من أنها تقوم منفردة عن ولدها ذات ولد فتنتظر قيمتها منفردة لتعلق حق المرهن بها لا بولدها وقيمتها مع الولد فما زاد على قيمتها حال الافراد يكون للراهن والقيمة للمرهن وهذا التقويم بعد البيع فاذا قيل قيمتها منفردة ذات ولد مائة وقيمتها بقيمة الولد مائة وعشرون فظاهر ان قيمة الولد سدس وهو العشرون لانها سدس المائة والعشرون وكان الاولى للمصنف ان يقول فتقوم منفردة ذات ولد لانها على تقديره تقل قيمتها لمكان اشتغالها بالحضانة كما ان الاولى ان لا يقول منضمة بل يقول قيمتها بقيمة ولدها لان قيمتها منضمة مائة وتسعة وعشرة اجزاء من احد عشر جزء من عشر جزء كما سنسمع (الثاني) ان يقوم كل واحد منهما وحده فتقل قيمة الولد لانه يكون ضائعا يحتاج الى من يريه ويؤخذ من الثمن بالنسبة ولم يذكر في التذكرة والتحرير غيره وهو الظاهر من المبسوط وقد سمعت مافي الدروس وفي (الايضاح) انه الاصح واليه اشار المصنف بقوله ويحتمل تقدير قيمة الولد منفردا الى آخره وكان الاولى ان يقول وقيمة الام منفردة كما اشترنا اليه وبانه انه اذا قيل بعد بيعها مائة وعشرين وتقويمها بمائة منفردة ان قيمة الولد منفردا عشرة قيمته جزء من احد عشر لان المجموع احدى عشرة عشرة والعشره جزء الاحدى عشرة عشرة وقد زادت القيمة مع الانضمام عشرة فلا بد ان نجعلها احد عشر جزءا فنأخذ من كل درهم جزءا فيحصل عندنا عشرة اجزاء فنأخذ جزءا من هذه الاجزاء العشرة ونضعه على حده فيبقى من هذه

فروع (الاول) يصح رهن المشاع وبعضه على الشريك وغيره (متن)

الاجزاء تسعة مجموعها درهم الاجزاء فاذا ضمناه الى العشرة دراهم التي اخذنا من كل واحد منها جزءاً يحصل عندنا احد عشر درهماً كل درهم ناقص جزءاً فنأخذ من هذه للعبد درهماً الاجزاء هو تسعة اجزاء والباقي للام ومجموعه تسعة تامة ثم يرجع الى الخبر الذي وضعناه على حده فتقسمه احد عشر جزءاً للولد جزءاً والباقي للجارية فتكون قيمة الولد عشرة دراهم وتسعة اجزاء درهم وجزءاً من احد عشر جزءاً من عشر درهم وقيمة الام مائة درهم وتسعة دراهم وعشرة اجزاء من احد عشر جزءاً من عشر درهم وقد قال في (جامع المقاصد) ان قيمة الام مائة وتسعة وجزءاً من احد عشر جزءاً من درهم فليأمل وناقش في تسبيط هذه الزيادة وادعى انها للام لان الرهن انما تعلق بالجارية منفردة فتكون له قيمتها كذلك وأطال في بيان ذلك (وفيه) أنا نقول على تقدير نحرهم التفرقة كما هو المفروض انه قد أخذ في رهنيتها بيعها مع ولدها فكانه رهن عنده يبيعها مع ولدها الا ان نقول انه رهن عنده ذلك لاعلى سبيل الاجتماع بل على سبيل الانفراد وربما يقال ان المتبادر الاجتماع نعم المناقشة تتوجه على القول الآخر (الثالث) من انحاء التقيوم ما احتمله في (الدروس) وهو ان يقوموا جميعاً ثم يقوم الولد منفرداً من دون تقيوم الجارية منفردة فيقال قيمته منفرداً عشرة ومع امه خمسون فقيمتها الخمس وبقية هناك شيء آخر وهو انه لم لا يباع كل منهما بانفراده لرجل واحد فلا تفرقه ولا تقيوم الا ان يقال ان الغالب الاسهل الصفة قال في (التذكرة) الاقرب يبيعها معاً لان الجمع بينهما في العقد ممكن ثم قال بعد ذلك فاذا بيعا بعامتة واحدة لثلاث يقع التفرق المنهي عنه ولم يزد على ذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ و يصح رهن المشاع ﴾ كافي (المنفعة والنهاية والمبسوط والخلاف والمراسم والوسيلة والغنية والسرائر وجامع الشرائع والشرائع والنافع) وسائر ما تأخر عنها وفي (الخلاف والغنية والتذكرة وظاهر الدروس) الاجماع عليه وفي (التذكرة) أيضاً يصح رهن المشاع سواء رهن من شريكه أو من غير شريكه وسواء كان ذلك مما يقبل القسمة أو لا يقبلها وسواء كان الباقي للراهن أو لغيره مثل أن يرهن نصف داره أو نصف عبده أو حصته من الدار المشتركة بينه وبين غيره عند علمائنا أجمع انتهى وظاهرها أيضاً الاجماع على جواز رهن المشاع من دون اذن الشريك حيث قال ولو لم يأذن الشريك فكذلك عندنا ونسب الخلاف الى أبي حنيفة قال قال أبو حنيفة لا يجوز رهن المشاع من غير اذن الشريك انتهى وهذا غير القبض والاقباض كما ستسمع وقد نسب في الخلاف وغيره الى أبي حنيفة المنع على الاطلاق ومرادهم بقولهم يصح رهن المشاع ورهن المشاع جائز انه يصح رهن الجزء المشاع (حجة) الاصحاب بعد الاجماع المعلوم الاصل والعموم واحتج الكوفي بأنه لا يمكن قبضه وهو خطأ صرف وبأنه قد يصير جميع ما رهن بعضه في حصة الشريك وليس كالبيع فانه اذا باع زال ملكه فكانت المقاسمة مع المشتري والاصل والعموم والاجماع منا ومنهم حجة عليه وبيان ما استند اليه من الفرض المذكور ما اذا رهن نصيبه من بيت معين من دار مشتركة فاتفق وقوع ذلك البيت في حصة شريكه وأما حكمه فيحتمل أن يكون اتفاق حصوله في حصة الشريك كالخلاف الراهن فنلزمه القيمة أو كلف الرهن من الله سبحانه وتعالى فلا تلزمه أو يبنى الحكم على الاختيار والاجبار فان كان في القسمة مختاراً فهو كالانلاف والا فكالتلف والاول أولى لانه قد حصل له في ذلك الجانب مثل ما رهنه وهو خيرة التذكرة والدروس

ويكون على المهاياة كاشركا. (والثاني) يصح رهن المرتد وان كان عن فطرة على اشكال (متن)

(ومما ذكر) يعلم حكم ما قاله المصنف أو بعضه على الشريك وغيره وقد سمعت اجماع التذكرة المنطوق على ذلك اذا عرفت هذا فهل يتوقف الاقباض على اذن الشريك في المنقول وغيره كما هو خيرة التحرير والدروس والعمدة لاستلزامه التصرف في مال الشريك وهو منهي عنه بدون اذنه فلا يمتد به شرعا وانما يتوقف على اذن الشريك في المنقول كالجواهر والسيف كما هو خيرة المبسوط وكأنه مال اليه في الروضة لانه في غير المنقول لا يستدعي تصرفا بل رفع يد الراهن عنه خاصة ويمكنه منه وقد يتوهم من كلام التذكرة أنه لا يتوقف على اذن الشريك مطلقا وليس كذلك قطعا وعلى تقدير اعتباره فلو قبضه بدون اذن الشريك وفعل الحرام تم القبض على الاصح لان التهي انما هو لحق الشريك فقط للاذن من قبل الراهن الذي هو معتبر شرعا وفي (الروضة) انه أجود ولو رضي الشريك بعد القبض تم كما صرح به في العمدة ﴿ قوله ﴾ (ويكون على المهاياة كاشركا) الظاهر انه عطف على قوله يصح والضير اما للجزء المشاع أو لهن ذلك الجزء المشاع وقد يشعر ذلك باشتراط القبض في تحقق الرهن كما عليه جماعة والانسب بمذهب المصنف في جميع كتبه من أن القبض ليس بشرط فيه أن يكون مبنا على مطوي في الكلام تقديره واذا قبضه يكون على المهاياة قائل وكيف كان فلما كان القبض في رهن المشاع يتسلم الكل أراد أن يبين انه اذا حصل القبض جرت المهاياة بين المرتهن والشريك جرياها بين الشريكين ولا بأس بتبعيض اليد بحكم الشبوع فلا يدافع الرهن بتبعيض اليد كما لا يدافعه استيفاء الرهن المنافع فان تشاحوا ولم يتهايوا أخذوا الحاكم وجعله عند أمينه قالوا ويكره لهم ويتعلق الرهن بحصة الراهن من الاجرة ولشكن مدة الاجارة لا يزيد عن اجل الحق فلو زادت بطل الزائد ويتخير مستأجر الجاهل الا أن يميز المرتهن ﴿ قوله ﴾ (ويصح رهن المرتد وان كان عن فطرة على اشكال) قال في (التذكرة) المرتد اما أن يكون عن فطرة أو لاعتق فطرة والاول يجب قتله في الحال ولا تقبل توبته عند علمائنا ثم نه اختار فيها ان المرتد عن فطره لا يصح رهنه وهو خيره في المختلف وكأنه مال له في الايضاح أو قال به وفاقا لابي علي فيها حكى لانه في كل آن يجب اعدامه وتبين اتلافه فانتهت غاية الرهن وهو الوثوق لان الرهن يقتضي وجوب البقاء الى حلول أجل الوفاء وهذه الردة تقتضي في كل آن كما عرفت وجوب القتل ان أمكن أو دفعه الى السلطان لحصل التضاد بين الحكيمين لاختلاف مقتضى الامرين ولان المرتد بمنزلة مالا نفع فيه أو بمنزلة غير المملوك أو بمنزلة المستحق للغير ولا نسلم أنه يجوز بيعه لانه لا يقبل التطهير كما سنسمع سلمنا لكتنا نفرق كما في (الايضاح) بينه وبين الرهن لجواز الانتفاع به في البيع منغمة حالية بخلافه هنا وقد يظهر من الحكمي من كلام أبي علي انه خارج حينئذ عن الملك الا أن تقول ان المفروض انه قد فات السلطان اولم يتهاى من يقتله كما في هذه الأزمان ولم يخرج بها عن الملك فجاز رهنه للاصل والعموم ولا مراض الا الارتداد الذي قد عرفت حاله ولانه يجوز بيعه فيجوز رهنه بطريق اولي أو تقول ان رهنه حينئذ كرهن المريض المأبوس من برته فجاز رهنه وان وجب قتله في كل آن لان المانع انما هو القتل وهو غير موجود ولا معلوم الوجود فلا مانع حينئذ بل المانع متوقع الوجود فهو كرهن المريض ولعله لذلك اطلق في المبسوط وجامع الشرائع جواز رهن المرتد بحيث يشمل ما كان عن فطره وصرح به فيه في الشرائع والتحرير والارشاد

والجاني عمدا او خطأ (متن)

وشرحه لفخر الاسلام وحواشي الكتاب واللمعة والروضة وغاية المرام وجمع البرهان واستجوده في المسالك وفي (جامع المقاصد) انه اقوى ولم يرجح شيئا الشهيد في الدروس بل اقتصر على نقل الاقوال ويظهر من جامع المقاصد ان جواز يعمه مما لا ريب فيه عنده لانه قال في وجه الاشكال منشأه من جواز يعمه فيجوز رهنه بطريق أولى ولم اجد بذلك مصرحا من اصحابنا نعم حكى ذلك في التذكرة عن العامة حيث نقل عنهم أنهم استدلوا على جواز رهنه بجواز يعمه والمولى الاردبيلى خص جواز يعمه في الدين وهو مطالب بالدليل والعموم لا يجدي لما نستسمع نعم كل من قال بجواز رهنه قد يقال ان ظاهره جواز يعمه وليس كذلك اذ قد سمعت ما حكيتاه عن الايضاح وقد استشكل فيني جواز يعمه كوالده في التذكرة وقد ذكرنا في باب المكاسب عن الاصحاب ان كل نجس لا يقبل التطهير لا يجوز يعمه وقلنا ان القول بجواز بيع المرتد عن فطرة ضعيف جدا وان من جوزه لعنه بناء على قبول نوبته كما هو خيرة بعض من تأخر وقلنا ان المعروف من مذهب الاصحاب عدم جواز يعمه ثم انا قد لانسلم جواز رهن العبد المريض المأبوس من برئه المشرف على الموت قبل حلول اجل الدين كما تستمع ولو كان المرتد عن فطرة امة او كان الارتداد عن ملة فني (الروضة) أن الامر واضح لعدم قتلها مطلقا لقبول نوبته قلت وكذلك لو كان خفي وقد صرح بجواز رهن المرتد لانه فطرة فيما منع فيه من رهنه أو استشكل فيه كالتذكرة والمختلف والدروس وقد ينزل اطلاق المبسوط وجامع الشرائع على ذلك بل كلام المبسوط في مطاويه كالتظاهر في ذلك وقد يكون المصنف مستشكلا فيه ايضا لان المي قد لا يتوب فلا تحصل فائدة الرهن وهو الوثوق الا اني لم اجد مصرحا من الاصحاب بعدم جواز رهن المي وكلام ابي علي يحمل على الفطري فتكون الكلمة متفقة على الجواز فيه اي المي فليتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ والجاني عمدا او خطأ ﴾ كافي (الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والتلخيص والمختلف وشرح الارشاد لفخر الاسلام والدروس واللمعة وغاية المرام وجامع المقاصد والمسالك والروضة وجمع البرهان) وهو ظاهر اطلاق جامع الشرائع حيث صحح رهن الجاني وحكى هذا القول في المبسوط بلفظ القيل لبقاء المالية وان استحق العائد القتل ولجواز العفو (وفيه) ان المالية معرضة الزوال باسترقاق المجني عليه له او بقدر الجنابة في الخطأ وفي العمد باستحقاق القتل والاستناد الى احتمال العفو ضعيف والشرائط التي اعتبرت في الرهن كالمالية والملكية وصحة يعمه وقبضه انما اعتبرت لتحصيل الوثوق لانفسها فلا التفتت اليها اذا تخلف عنها الا ان تقول ان المعبر في صحة الرهن استجماع شروطه حال المقد فليتأمل وتجوز البيع لمكان امكان حصول المقصود منه وهو الانتفاع به بخلاف الرهن ولذا قال الشيخ في (المبسوط والمخلاف) بطلان رهن الجاني سواء كانت الجنابة عمدا او خطأ قال لانها ان كانت عمدا فقد وجب عليه التقصاص وان كانت خطأ فلسيده ان يسلمه الى من جنى عليهم فانها تتعلق برقبة العبد والسيد بالخيار بين ان يسلمه ليباع في الجنابة وبين ان يفديه فابها فمل قارهن على البطلان لانه وقع باطلا في الاصل ولا يصح حتى يتأنف انتهى وهو موافق لقاعدة الرهن مضافا الى ان الجنابة العارضة في دوام الرهن تقتضي تقديم حق المجني عليه فاذا وجدت اولا منعت من ثبوت حق المرتهن فتأمل (وقد يخرج) المشهور بان الجنابة

ولا تبطل الحقوق بل تقدم على الرهن فان كان عالما بالعيب او تاب او فداء مولاه ثم علم
فلا خيار لزوال العيب والاختير في فسخ البيع المشروط به لأن الشرط اقتضاه سليما فان
اختار امساكه فليس له ارش وكذا لا ارش لو قتل قبل علمه ولا يجبر السيد على فداء
الجاني وان رهنه او باعه (متن)

لا تنافي الرهن ولهذا اذا جنى بعد ما رهن تعلقت به الجنابة ولم يبطل الرهن وفي (المسالك) انه يفهم
من قوله في الشرائع والجاني خطأ وفي العمد تردد والاشبه الجواز ان جواز رهن الجاني خطأ مما
لا خلاف فيه قلت ولعله لأن رهنه التزام بنكته ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا تبطل الحقوق بل تقدم على
المرتهن ﴾ هذا احسن مما يوجد في بعض النسخ بل تقدم على الرهن لان ضمير كان وعلم وتخيير لا مرجع
له الا المرتهن نعم لا بد من تقدير شي وهو حق مضافا الى المرتهن وكانت تقدمها على حق المرتهن
والمشترى مما لا ريب فيه لان الرهن ليس باعظم من الملك فلو كان العبد ملكا للمرتهن وجنى كانت
الجنابة مقدمة ولسبقها وتعلق حق المجني عليه بالرقبة ومن ثم لو مات الجاني لم يلزم السيد بخلاف المرتهن
فان حقه لا ينصرف فيها بل تشاركها ذمة الراهن وذلك اي التقدم اذا اعجز المولى عن فكه حيث له فكه
﴿ قوله ﴾ ﴿ فان كان عالما بالعيب او تاب او فداء مولاه ثم علم فلا خيار ﴾ اي ان كان المرتهن
عالما بالعيب في المرتد والجاني فلا خيار له في فسخ البيع المشروط به وكذا ان تاب المرتد حيث تقبل
توبته او فدى الجاني مولاه ولم يكن عالما بعيه ثم علم فلا خيار ﴿ قوله ﴾ ﴿ لزوال العيب ﴾ هذا
لا يصح تعليلا لسقوط الخيار في المسائل الثلاث لعدم زواله مع العلم فلا يصح في الأولى ﴿ قوله ﴾
﴿ والاختير في فسخ البيع المشروط به لان الشرط اقتضاه سليما ﴾ اي وان لم يعلم بالعيب ولا حصلت
التوبة ولا الفداء تخيير المرتهن في فسخ البيع المشروط بذلك الرهن لان الشرط اقتضى رهنه سليما
لتنزيل الاطلاق على السلامه وبه صرح في الدروس وجامع المقاصد ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان اختار
امساكه فليس له ارش ﴾ كما في (البسوط) في المرتد (وجامع المقاصد) فيها لان الارش لغايت المبيع
بحصول العيب فيه وقال في (جامع المقاصد) فان قيل لما اقتضى الشرط رهنه سليما وجب ان يذل
ارش الغائب ليجعله رهنا قلنا انما وجب بالشرط رهن العبد وقد حصل وكونه معينا لا يقتضي اشتراط
رهن شي آخر قضية ذلك ان كل ما فات من صفات الرهن لا يمكن المطالبة به ومنه يعلم انه ليس
له المطالبة بالارش لو قتل قبل علمه او بعد علمه كما اشار اليه المصنف بقوله وكذا الاش لو قتل قبل علمه
وترك ما لو قتل بعد العلم لانه يعلم بالاولوية ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يجبر السيد على فداء الجاني وان رهنه
او باعه ﴾ لما كان المولى مخيرا في جنابة عبده خطأ بين فكه ودفعه الى المجني عليه او وليه ليستوفي
ذلك من رقبته فاذا رهنه او باعه وامتنع من فكه فمختار المصنف انه لا يجبر عليه بل يتسلط المجني عليه
على العبد وقد تقدم الكلام فيما اذا باعه وان الاكثر على ان يمه التزام بالفداء اذا كان مؤثرا وان
المصنف في نهاية الاحكام احتل عدم التزام السيد بالفداء لان اكثر ما فيه انه التزام بالفداء فلا يلزمه
الفداء كما اذا قال الراهن انا اقضي الدين من غير الرهن وقواه في التحريم والفرق انه ازال ملكه
عنه فلزمه الفداء كما لو قتله بخلاف الرهن وقد استوفينا الكلام في المسئلة وامرأها في الفصل الثالث
في العوضين وفي خيار العيب وأما اذا رهنه فيحتمل زوال تخييره لتعذر الدفع الى المولى ليستوفي من

بل يتسلط المجني عليه فان استوعب الارش القيمة بطل الرهن والاقضي المقابل (الثالث)
لو رهن ما يسرع اليه الفساد قبل الاجل فان شرط يمه وجعل قبل الثمن رهنا صح وان
شرط منعه بطل وان اطلق فالاقرب الجواز فيباع ويجعل الثمن رهنا (متن)

رقبته لمكان الرهن ويحتمل بقاء تخييره لامكان اداء الدين من غيره فهو قادر على الدفع وهذا الوجه
لا يتوجه في البيع وسنسمع ما توجه به كلام المصنف فجعلها من سنخ واحد كما في الروضة غير جيد
﴿ قوله ﴾ ﴿ بل يتسلط المجني عليه ﴾ اي عليه ان امتنع المولى من فدائه وكانه كره التكرار في
لفظ عليه فاكتفى بواحده ووجهه ان محل الجنابة باق والجنابة لا تنافي الرهن ولهذا اذا اجنى بعدما
رهن تعلقت به الجنابة ولم يبطل الرهن وليس رهنه كتمته اذا صححتا عقته لانه ابطال لمحل الجنابة
كالبيع عند جماعة فان استوعب الارش القيمة بطل الرهن والا فني المقابل اي وان لم يستوعب
الارش القيمة بطل الرهن في مقابلة الارش لان العين رهن وقد تعلق حتى آخرها مقدم عليه فان
استوعبها بطل الرهن وسقط وان بقي منه شيء مثل العشر مثلا كان ذلك رهنا ولا فرق بين العمد
والخطاء ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو رهن ما يسرع اليه الفساد قبل الاجل فان شرط يمه وجعل الثمن
رهنا صح ﴾ كما في (المبسوط والشرايع والتحرير والتذكرة والدروس واللمعة وغاية المرام وجامع المقاصد
والمسالك والروضة) وهو قضية كلام الغنية والسرائر وظاهر غاية المرام الاجماع عليه حيث قال
قطعا ووجه انه شرط يحصل معه المقصود من الرهن فيبطله الراهن ويجعل ثمنه رهنا فان امتنع منه رفع
المرهن امره الى الحاكم ليبيعه او يأمره به فان تعذر جاز البيع دفعا للضرر والمخرج واحتجزوا بقولهم
قبل الاجل عما اذا كان لا يفسد الا بعد حلوله بحيث يمكن يمه قبله فانه لا يمتنع وكذا لو كان حالا
لامكان حصول المقصود منه ويجب على المرهن السعي على بيع ما يفسد حيث صح رهنه بأحد الوجوه
لمراجعة المالك أو الحاكم فان ترك مع امكانه ضمن الا ان ينهائ المالك فينتفي الضمان وقد نه على هذه
الفروع جماعة ولو امكن اصلاحه بدون البيع كتجفيفه كما في العنب والرطب صح رهنه قولاً واحداً
كما في المسالك ولم يجز يمه بدون اذن المالك وموتة اصلاحه على الراهن كتنفقه الحيوان فالمراد بما
يسرع اليه الفساد في المسئلة المفروضة مالا يمكن اصلاحه بتجفيفه وفي (الدروس) انه لو نوى فساد
فهو اولى بالصحة ويبيع عند الاشراف على الفساد ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان شرط منعه بطل ﴾ اي
ان شرط منعه من يمه بطل الرهن كما في (المبسوط والتذكرة والدروس وجامع المقاصد) وهو قضية
كلام الغنية والسرائر والشرايع لانه لا يمتنع به المرهن فلا يحصل معه المقصود من الرهن قلت
الصحة محتملة كما في المسالك لما ستممه فيما اذا اطلق من انه يجزى على يمه ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان
اطلق فالاقرب الجواز فيباع ويجعل الثمن رهنا ﴾ هذا حكاية في (المبسوط) قولاً وقال انه لا دليل
عليه ونسبه في الدروس الى الفاضلين والموجود في الشرايع الاقتصار على نقل القولين كما صنع
هو في الدروس وكما في التحرير ولم يذكر في النافع وقد وافق المصنف هنا وفي التذكرة ولده
في الايضاح على الظاهر والشهيدان في اللمعة والروضة والمسالك والمحقق الثاني والصيبري لان المقصود
من رهن العين انما يتحقق على هذا التقدير فيجب المصير اليه صيانة لتصرفات من لاهلية التصرف
عن الفساد مع امكان تزييلها على وجه يصح معه من غير احتياج الى ارتكاب الجواز أو حمل على مالا

ولو طرأ ماعرضه للفساد فكذلك (لرابع) لو نذر العتق عند شرط ففي صحة رهنه قبله نظر (متن)

يدل عليه المقدم فان عقد الرهن يتضمن الاذن في البيع لان الغرض الاصيلي من الرهن استيفاء الدين من ثمنه وقال الشيخ في (المسوط) وان أطلق ذلك لم يجز الرهن وهو قضية كلام الغنية والسرائر ونسبه في (الدروس) الى كتابي الشيخ ولم أجده في الخلاف والنهاية لان الاجبار على البيع اجبار على ازالة ملكه وبيع الرهن قبل حلول الاجل وذلك لا يقتضيه عقد الرهن فلم يجب فاذا ثبت انه لا يجبر على البيع فالمرهون لا يملك استيفاء الحق منه فلم يصح عقد الرهن كما لو رهن عبدا عتقه بشرط يوجد قبل المحل (وفيه) ان في ترك بيعه اضارا بالمالك والمرتهن معا وفي بيعه احسانا ليهما فوجب البيع جمعا للحقين ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو طرأ ماعرضه للفساد فكذلك ﴾ كفي (التذكرة) والدروس وجامع المقاصد) وظاهر الايضاح الاجماع عليه قال لو طرأ على الرهن ماعرضه للفساد كتفن الخنطة وجب بيعه وجعل الثمن رهنا قطعاً ولعله أراد اذا خيف عليه الفساد فأمل وفرضها في (التذكرة) فيما اذا ابتلت الخنطة وتمذر التجفيف والفرق بينه وبين ما سبق ان المقتضي لطر والفساد فيما سبق موجود وقت الرهن وفي هذا طار بعده والطارى لا يساوي المقارن ومن ثم يتعلق الرهن بالقيمة لو أتلف الرهن متلف وهي دين ولا يجوز رهن الدين ابتداءً فينبذ يباع ويتعلق بثمنه ونظيره في البيع ابقاء العبدقانه يمنع من بيعه واذا طرأ لم يوجب الانساخ هذا اذا طرأ ذلك بعد القبض وأما اذا طرأ الفساد قبل القبض فانظاهر البطلان ﴿ قوله ﴾ ﴿ لو نذر العتق عند شرط ففي صحة رهنه قبله نظر ﴾ اذا نذر عتقه صح اجابا سوا عتقه على وقت أو وصف مثل أن يقول لله علي ان أعنته ان دخل رأس الشهر أو ان جاء زيد او أطلقه كقول الله علي أن أعنته أو قيده بالتعجيل مثل قوله لله علي أن أعنته الآن وعلى كل واحد من هذه التقادير لا يخرج ملكه عنه بالنذر بل بنفس الاعناق فان كان النذر مطلقاً أو مقيداً بالتعجيل لم يجز له رهنه لتعلق حق العتق به ووجوب اخراجه عن ملكه فيناقي جواز رهنه الذي يقتضي وجوب ابقائه في دين المرتهن محفوظاً عليه حتى يستوفي منه أو من غيره وان كان مقيداً بالوقت أي الشرط فقد تردد فيه المصنف هنا وولده في الايضاح على الظاهر والشهد في الدروس ولم يعرضوا لما اذا علقه على الوصف كما اذا علق عتقه على دخول الشهر وقرب في (التذكرة) جواز رهنه في الوصف أو الشرط لكنه قال انه لا يباع لو حل الدين قبل الوصف أو الشرط لانه وان لم يخرج عن ملكه بالنذر الا أنه قد تعلق به حق الله تعالى وبيعه مبطل لذلك الحق وجعل وجهي النظر في الدروس من بقاء الملك واصالة عدم الشرط ومن ان سبب العتق سابق والشرط متوقع (ثم قال) فعلى الاول لو وقع الشرط وعتق خرج عن الرهن ولا يجب اقامة بدله اذا كان المرتهن عالماً بحاله والا فلا قرب الوجوب واعترض في (جامع المقاصد) على الاستاذ في عدم الي أن الشرط متوقع بان توقع خروجه عن ملكه بسبب يتجدد لا يمنع صحة الرهن كما لو رهن مر بضان المعتبر في صحة الرهن استجماع شروطه حال العقد ولا أثر لما يمكن تجرده من المناقبات (قلت) قد عرفت في رهن الجاني ان اعتبار الشروط لمكان الوتوق لا لها نفسها فامل (ثم قال) ان التحقيق ان المسئلة مبنية على ان من نذر أن يفعل فعلا عند شرط أو غدا هل يبحث بفعل ما ينافي ذلك قبل الفند كما لو نذر أو حلف ليا سكن هذا الطعام غدا هل يبحث باتلافه الآن أم لا للاصحاب في ذلك قولان ثم قال ان الاحوط القول

(الخامس) لو رهن عصيرا فصار خمرا في يد المرتهن زال الملك فأن أريق بطل الرهن ولا يتخير المرتهن لحصول التلف في يده (متن)

بعدم الصحة ووجه ابتناء هذه المسئلة على تلك انه على تقدير الخنث يكون بيع العبد ممنوعا منه فيمتنع الرهن لانقضاء مقصود الوثيقة حينئذ وعلى العدم لا أثر للمنافي الذي تجرده ممكن لكن المصنف في نذر الكتاب والشيخ في المبسوط وابني سعيد في الجامع والشرايع وغيرهم قالوا لو حلف لياكلن هذا الطعام غدا فأكله أو بعضه اليوم حنث لتحقق مخالفة لان التوقيت كما يقتضي نفي الفعل فيما بعد الوقت المقدر يقتضيه قبله فكأنه حلف أن لا يأكله قبل الغد ولا بعده فكما يحنث بالتأخير يحنث بالتقديم وللعمامة قول بالانحلال وقد احتمله بعض الاصحاب لانه اذا وقت اليمين لم يجب عليه الوفا قبل الوقت وحين حضر كان قد اتقى متعلق اليمين ومبنى القولين على ان اليمين هل يقتضي الامر حالها بالايقاع اذا حضر الوقت أولا يقتضيه الا اذا حضر والحاصل انا لم نجد المصرح بالخلاف في مسئلة الحلف بل من لم يحكم بها وهو أقل قليل بل ما بين محتمل أو مستشكل كعوض من تأخر كالتشديد الثاني وربما بنى الحكم فيها على المسئلة الاصولية وهي ان المكلف اذا علم انقضاء شرط التكليف هل يحسن تكليفه قبل مجيء غدا أولا فعلى الاول يحنث ونجيب الكفارة والبناء غير صحيح وعندنا انه لا يحسن التكليف ولا الاشتراط عند العلم بانقضاء الشرط وفي (الايضاح) ان مبنى مستثنى على مستثنى (الاولى) انه هل يجوز بيع هذا المذور عتقه أم لا (الثانية) هل يشترط امكان البيع في صحة الرهن أم لا

﴿ قوله ﴾ (لو رهن عصيرا فصار خمرا في يد المرتهن زال الملك) يصح رهن العصير اجماعا كما في (المبسوط والتذكرة) وخوف تغييرها لا يمنع من صحة الرهن كما يجوز رهن المريض فلو صار خمرا بعد تحقق الرهن زال الملك وانفسخ الرهن كافي (المبسوط والشرايع والتذكرة) والتحرير وجامع المقاصد (المسالك) وقال في (الخلاف) يجوز اما كالتحلل والتخليل ولا يجب اراقة لانه لا خلاف في جواز التحلل والتخليل وعن أبي الصلاح انه ان صار خمرا بطلت وثيقة الرهن ووجبت اراقة وهو شاذ وقال في (التذكرة) معنى قولنا يبطل الرهن لانريد به ارتفاع اثره بالكفاية والا لم يعد الرهن بل المراد ارتفاع حكمه مادامت الحرية ثابتة قلت يريد ان العلاقة باقية لمكان الاولوية ففي الحقيقة الرهن والملك موجودان بالقوة القرينية لان تخلله متوقع وانما الزائل كونه ملكا ورهنا بالفعل لوجود الحرية المنافية لذلك فيكون البطلان مراعى ببقائه كذلك أو بطله فان عاد خلا عاد الملك والرهن كما استمع ونظيره ما اذا أسلمت زوجة الكافر فانه يخرج من حكم العقد ويحرم عليه وطؤها فاذا أسلم الزوج قبل انقضاء العقد عاد حكم العقد وكذلك اذا ارتد أحد الزوجين وليس انقلابه خمرا كارتداد العبد حتى تقول يبقا الملك لان المرتد يصح التصرف فيه فلم يخرج عن الملكية ولا كذلك الحر وكأنه لما ذكر قال المصنف زال الملك فيما اذا صار خمرا ولم يقل بطل الرهن ومع الاراقة حكم يبطلان الرهن فأشار بذلك الى أن أثر الرهن لا يضمحل بالتخيم بالكفاية ﴿ قوله ﴾ (فان أريق بطل الرهن ولا يتخير المرتهن لحصول التلف في يده) أي ان كان مشروطا في بيع كما اذا باع أو اشتري بشرط رهن له فرض للرهن التخيم في يده فانه لا خيار له في فسخ ذلك البيع المشروط فيه بحصول التلف في يده كما في (التذكرة والمسالك) وكذا التحرير وقد يعطى التعليل انه لو تلف في يد الراهن يتخير في البيع

فإن عاد خلا عاد الملك والرهن ولو استحال قبل القبض تخير المرتهن في المبيع المشروط فيه
فإن عاد خلا تعلق حق المرتهن به ان لم نشترط القبض في الرهن ولو جمع خمرًا مراقًا فتخلل
في يده ملكه ولو غصب خمرًا فتخلل في يده فالأقرب انه كذلك (متن)

وليس كذلك بل الحكم فيه انه اذا تلف في يد الراهن قبل القبض فإن قلنا بأنه ليس شرطًا كما هو
خيرة المصنف في الكتاب فالحكم كذلك لعروض المبتل بعد تمام الرهن وان اشترطناه تخير المرتهن
في العقد المشروط فيه كما سنعلم ذلك قريبًا ﴿ قوله ﴾ (فإن عاد خلا عاد الملك والرهن) كما
في المبسوط والجواهر وجامع الشرائع والتذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك) وهو
معنى قوله في الارشاد وعاد رهنا وقوله في الشرائع عاد الى ملك الراهن لانه اذا عاد الى ملكه عاد
الرهن بحاله لانه تابع للملك كما صرح بذلك في (المبسوط) فاندفع عنها اعتراض المسالك وقد سمعت
ماحكي من كلام أبي الصلاح ووجه الحكم المذكور ظاهر مما مر فلا معنى لتأمل المولى الاردبيلي فيه
وقد يشبه بما اذا مجددت بينة لمن ماتت بينته وقد عرفت ان له نظائر (ومنها) أيضا ما اذا اشترى المرتهن
عينًا من الراهن بدينه فإنه يصح ويطلق الرهن فاذا تلفت العين قبل القبض عاد الدين والرهن عند
جماعة وكذا لو قبضه ثم تقايلا ﴿ قوله ﴾ (ولو استحال قبل القبض تخير المرتهن في المبيع المشروط) كما
في (التذكرة) حيث قال بطل الرهن وكان للمرتهن الخيار في البيع الذي شرط فيه والذي ينبغي كما في
(جامع المقاصد) أن يكون هذا منزلا على اشترط القبض في الرهن اما على القول بعدم اشترطه فلا وجه له
وبمثل ذلك صرح في التحرير قال لو رهنه عصيرا فصار خمرًا قبل القبض بطل الرهن ولا خيار للمرتهن
في البيع الذي شرط فيه ارتهانه عندنا ومن شرط القبض أثبت الخيار ومثل ذلك قال في المسالك ﴿ قوله ﴾
﴿ فإن عاد خلا تعلق حق المرتهن به ان لم نشترط القبض في الرهن ﴾ لان الرهن قد تم لعدم توقف
تمامه على القبض ولم يطل بالكلية بمجرد صيرورته خمرًا كما عرفت ﴿ قوله ﴾ (ولو جمع خمرًا
مراقًا ملكه) كما في (المبسوط والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك) وهو الذي قواه في التحرير
بعد الاستشكل وفي (الشرائع) في كونه ملك الثاني تردد ولعله لخروجها عن ملك الاول بصيرورته
خمرًا وقد خرجت عن أولوية اليد باراقها فانتهى تعلقها به بالكلية لانه أسقط حقه منها وأزال يده
عنها ومن ان الجامع للخمر ممنوع من ذلك ومحرم عليه ويده لا تثبت عليها فلا يصح تملكه بذلك
قولكم الاول أسقط حقه ليس بصحيح لانه فعل الاراقة التي أمره الشارع بها (وفيه) انما تمنع منه من
الجمع على تقدير ارادة التخليل وانما تمنع على تقدير ارادة استعماله خمرًا وتمنع كون يده لا تثبت عليها
على تقدير ارادة التخليل ولا تعني باسقاط حقه الا اراقها وعدم امساكها والجامع لا يملكها الا بالجمع
بل يكون أحق باليد فاذا صارت خلا في يده فقد مجدده له الملك بالاسنيلا على المباح كالاصطياد
فقد تحصل انه ان جمعه الثاني بنية التخليل ملكه والا فالاول أحق به لانه قبضه قبضا منها عنه والاول
يده أسبق فتأمل جيدا وبقبل قوله في قصد نية التخليل وعدمه ﴿ قوله ﴾ (ولو غصب خمرًا
فتخلل في يده فالأقرب انه كذلك) كما في (المبسوط والايضاح) وغصب الكتاب لانها قد خرجت
عن ملك المنصوب منه وسلطته وقد حدثت ملكيتها في يد الناصب فتكون له كائز المباحات وهذا
انما يتم اذا لم تكن محترمة ووجه احتمال كونها للمالك ان يد الناصب يد عدوان وهذه هي عين

أما لو غصبه عصيرا فصار في يده خمرًا ثم تخلل فإنه يرجع إلى مالكه (السادس) يجوز أن يستعير مالا ليرهنه (متن)

ملك المالك فتكون له وهو خيرة غصب (التذكرة) وقد يلوح منها الاجماع حيث قال هذا مذهبنا وفي غصب (الخلاف) نفي الخلاف عنه والتحقيق كما في موضعين من جامع المقاصد انها ان كانت محترمة كالنخذه للتخليل وخمر الظمي المستر فإنها يتصور فيها الغصب وسلطنة الغصب منه ثابتة عليها يكون الملك فيها بعد العود خلا للمالك الاول ويجب عليه ردها وبالتخليل يضمن المثل لو تلفت وان كانت غير محترمة لم يتصور فيها الغصب ولا بقاء السلطنة ولا وجوب الرد فالمالك المتجدد لا يخلو الكلام في باب الغصب وان لم أن في (التذكرة وجامع المقاصد) وكذا المالك أن الحر قسما محترمة وهي التي اتخذت للتخليل فان ابقائها لذلك جائز اجماعا ولانه لولا احترامها لادى ذلك إلى تعذر اتخاذ الحل لان العصير لا ينقلب إلى الحموضة الا بتوسط الشدة فلم يحترم وأريق في تلك الحال لتعذر اتخاذ الحل وكلامهم هذا قد يعطى انه مامن خل الا ويصير خمرًا قبل انتهاء الحموضة وهو قضية كلام جماعة من المتقدمين كما ينه في رسالة العصرة في العصير وينا فيها أيضا معنى العصير وانه غير خاص بما استخرج مائه وأما غير المحترمة فهي التي اتخذت لغرض الحريه وهل يجب اراقها للشافعي فيه قولان وعندنا يجب اراقها كما في التذكرة فلم ترقها حتى تخلت ظهرت عندنا ﴿ قوله ﴾ «أما لو غصبه عصيرا فصار خمرًا في يده ثم تخلل فإنه يرجع إلى مالكه» بلا خلاف كما في (غاية المرام والمالك) ويرد معه اشر النقصان ان قصرت قيمة الحل وهل يجب دفعه إلى المقتص من اذا صار خمرًا في يد الغاصب الظاهر ذلك لبقاء الاولوية لا يمكن ارادة التخليل الا أن يعلم منه ارادة الشرب ويجب على الغاصب أيضا رد مثل العصير كما هو واضح فان صار خلا في يد المالك وسب عليه رد المثل على الغاصب لان الاجزاء عين ماله والمانع من ملكيتها الحرية وقد زالت فيكون الملك بينه قد عد وان حدث له صورة أخرى نعم لو قص وجب الارش وقد استوفينا الكلام في باب الغصب (وليعلم) أن الحر قد يذكر كما في (تاموس) وغيره فلذا ذكر المصنف والشيخ في المبسوط والمحقق والشهيد الضمائر في هذه المباحث ولا ريب انها توثت وان تأنيها سماعي ولم ينسب انكار التذكرة في (المصباح المنير) الا للاصمعي بل ظهر الكتاب المذكور انها على حد سواء قال الحر معرفة ويذكر ويوثت فيقال هو الحر وهي الحر وقال الاصمعي الحر أنتي وأنكر التذكرة انتهى ولم يتعرض في (الصحاح) لشيء منهما وكيف كان فلا تتبعي المبادرة إلى الانكار على أساطين الاصحاب والأشارة إلى التذكرة خلاف الصواب ﴿ قوله ﴾ «يجوز ان يستعير مالا ليرهنه» لأجد خلافا في صحة هذا الرهن الا من ابن شريح حيث قال فيما حكى عنه على القول بأنها عارية لا يصح رهنه لانها غير لازمة ولعله غير مخالف في أصل الحكم ولذلك قال ابن المنذر فيما حكى عنه انه اجماع كل من يحفظ عنه العلم انتهى وفي (المالك) أجمع العلماء على جواز رهن مال النير بأذنه على دينه في الجملة ومثله ما في المفاتيح وفي (جمع البرهان) لاشك في أنه جائز يجمع عليه وقد اختلفوا في سبيل هذا المقدم فعندنا كما في موضعين من التذكرة أن سبيله سبيل العارية وبه صرح في المبسوط وعارية التذكرة أيضا وكذا جامع الشرائع وعارية التحرير وهو ظاهر أكثر الباقيين وحكاها في (الايضاح) عن والده والمحققين وحكى في (المبسوط) قولاً بأنه على سبيل الضمان المعلق بالمال

فيذكر قدر الدين وجنسه ومدة الرهن (متن)

وهذا حكاية في التذكرة عن بعض الشافعية ومعناه ان سيد العبد ضمن دين الغير في رقبة ماله من غير تعلق بالذمة وهذا المعنى فاسد لانه لو قال التزمت دينك في رقبة هذا العبد بطل كما سئتم الا أن يقال في توجيهه كما في (الدروس) أن المير أغاب المستعير في الضمان عنه ومصرفه هذا المال وجه الاول انه قبض مال غيره لمنفعة نفسه منفردا بها فكان عارية كما لو استعاره للخدمة وان الضمان لما يثبت في الذمة ولا يثبت في رقبة العبد كما قلتم لانه لو قال التزمت دينك في رقبة هذا العبد بطل ولا استبعاد في افضاء العارية الى اللزوم كاعارة الارض للدفن والجذع للبناء وقد لا تقول باللزوم كما سئتم ووجه الثاني قياسه على ما لو أذن لعبد في ضمان دين غيره فصح الضمان مع فراغ الذمة وكما ملك الزام ذمة العبد دين الغير له أن يملك الزامه غرما له والجامع كون كل منهما محلا للحق والتصرف ولان الحق المتعلق بالذمة ينبغي أن يتعلق مثله بالرقبة كالمالك والاولى أن يستدل له بأن العارية تقتضي استيفاء المنفعة مع بقاء العين ولا تقتضي بيعها ومقتضى هذا العقد ومنفعة بيع العين واخراجها عن الملك فبإذن العارية وان شابهها صورة ولا مانع بعد قيام الاجماع على الصحة من استعمال الشارع صيغة عقد في آخر وأما ما استدلوا به (فيه) أن يمنع فراغ ذمة المولى في القيس عليه والضمان عندنا مستقل بنفسه يتعلق بالذمة لا بالمال ونحوه هذا الخلاف كما في المبسوط والدروس في أنه هل يجب ذكر قدر الدين وجنسه وحلوله أو تأجيله أم لا قال في (المبسوط) من قال انه ضمان قال لا يجوز الا أن تكون هذه الاشياء معلومة لانه لا يجوز ضمان مال مجهول ومن قال هو عارية جوز مع الجهالة لأنه يجوز أن يستعير عبدا للخدمة ويستخدمه فيما شاء من الاعمال ولا يجب ذكر المدة فيه ونحوه ما في الدروس لكن حكي في التذكرة عن الشافعي القائل بأنه ضمان انه قال لا بد من ذكر هذه الاشياء لاختلاف أغراض الضمان (الضامن خ) لاحتفال ان يرهنه على أضعاف قيمته وعلى مدة تزيد على عمره وهو غرر عظيم وقد جعل في المبسوط أكثر فروع هذه المسئلة من ثمرات الخلاف (منها) ما إذا رهنه على دين مؤجل قال فليس للمالك العبد اجباره الراهن على الفك على القول بالضمان كمن ضمن ديننا مؤجلا فانه لا يطالب الاصيل بتعجيله لبراءة ذمته وان قلنا انه عارية كان له مطالبته بفكها لان العارية لا تلزم (ومنها) ما إذا باعه المرتهن بأقل من ثمن المثل مما يتعاقبان مثله قال فعلى العارية يرجع بقيمة تامة وعلى الضمان يرجع بما بيع به وكذا اذا بيع بأكثر منه فعلى الضمان يرجع بالجميع وعلى العارية يرجع بقدر قيمته (ومنها) أيضا ما اذا رجع عن الاذن بعد القبض كما يأتي بيان ذلك كله بحول الله وقوته ﴿ قوله ﴾ ﴿ فيذكر قدر الدين وجنسه ومدة الرهن ﴾ اذا أذن في الرهن فان سوغ له الرهن كيف شاء جاز للراهن أن يرهنه على أي مقدار شاء وعند أي مرتين شاء وكيف شاء من حلول أو تأجيل أي أجل شاء كما صرح به جماعة لأن تعميم هذا النوع من التصرف يجري مجرى التصبيح على كل واحد من الجزئيات وان خص البعض وعم الباقي بخص ما خصه ولا يجوز له التجاوز الا مع العلم برضا المالك والقبطة له وساغ التصرف في الباقي كيف شاء كما سيأتي بيانه وان أطلق الاذن ولم يقيد بتعميم ولا تخصيص احتمل الجواز للاطلاق واتقاء التخصص لعدم الاولوية بالبعض دون البعض فيتخير كما لو عمم وهو خيرة التحرير وجامع الشرائع في آخر كلامه وظاهر اطلاق الشرائع والارشاد واللمعة ومجمع البرهان وصريح المبسوط

فأن خالف فللمالك فسخه والا فلا ولو رهن على أقل صح وعلى أكثر يحتمل البطلان
مطلقا وفيما زاد (متن)

والدروس ان جعلناه عارية كما سمعت آفا وسمعت ما حكاه في التذكرة عن الشافعي القائل بأنه
ضمان ثم ان الظهور من اطلاقات الكتب الاربعة ليس بالمكانة منه واحتمل البطلان والمنع لما فيه
من التعرير بالمالك لاحتمال أن برهنه على أضعاف قيمته والى مدة تزيد على عمره ولا غرر أعظم من
ذلك فلا بد من ذكر هذه الاشياء كما هو ظاهر الكتاب في الباب والعارية وصرح في التذكرة في
المقام والعارية وجامع المقاصد وهو المحكي عن ابن المتوج وفي (المالك) انه أولى ولم يرجح في الروضة
ولا عارية التعرير ثم انه في التذكرة ذكر الثلاثة التي في الكتاب وزاد الصفة التي هي غير صفة
الحلول أو التأجيل ان كان قوله وغيرها بالثنية وان كان بالتأنيث يكون زاد الصفة وغيرها كعنيين من
برهن عنده لاشترائك الملة لاختلاف الناس في ذلك اختلافا شديدا وان كان حكى فيها عن العامة
خلافه فيه ولم يفت بشيء وحكى عن ابن المتوج أنه لا بد من تعيينه وفي (جامع المقاصد) لا بأس بوجود
تعيينه وزيدت الصفة في المسالك والروضة على تقدير احتمال الوجوب ويبقى الكلام في قول المصنف
فيما بعد ولو لم يعين تخير الراهن فان ظاهره مخالفة لما استظهرناه منه هنا ومن البعيد جدا أن يقال ان
التعيين واجب ولو أخسل به تخير تمسكا بظاهر الاطلاق فيكون جميعا بين الكلامين فانه جمع غير
واضح وقد يكون مراد المصنف أنه يجب التعيين اذا علم من حال المالك ارادته وبدونه حيث يقع
باطلا وان لم يعلم حاله ولم يعين تخير فيكون موافقا للقول الآخر فتدبر بل قد نقول ان مراد الجميع
ماعدا بعضا انه انما يجب الذكر والتعيين فيما يعلم من حال المالك ارادته دون غيره كما ينفي عنه تمثيلهم
بما اذا أذن له في الرهن على مائة عند من شاء وكيف شاء لم يخبر له مخالفة وكذا لو عين المدة أو غيرها
ويكون ذكركم للثلاثة أو الاكثر بناء على الغالب أو على التمثيل فليحفظ ذلك وقد يرشد الى ذلك
عدم ذكر جماعة للمرتين والصفة ﴿ قوله ﴾ (فإن خالف فللمالك فسخه) كما في (الدروس وعارية
التحرير) وفي (المبسوط وجامع الشرائع) لم يصح وعمله بناء في المبسوط على ما يجتاز من عدم صحة الفصولي
وفي (جامع المقاصد والمسالك والروضة) كان فضوليا وفي (التحرير) لانجوز مخالفة وفي (التذكرة)
الامع الغيبة وفي (التحرير) انه لو أذن في الحال فرهن في المؤجل لم يصح ﴿ قوله ﴾ (والا فلا)
هذا قد يعطى بأن العارية للرهن لازمة من دون توقف وقوله فيما يأتي قريبا وقبله اشكال يقتضي
التردد في كونها لازمة (ويجوز) بأن الفسخ بمعنى الرجوع في الاذن غير المطالبة بالمك لان المطالبة بالمك
لاتنافي لزوم الرهن كما ستمعه عن جماعة والمحقق الثاني في آخر المسئلة فهم اتفاه بين المقامين وسعترف
حقيقة الحال ﴿ قوله ﴾ (ولو رهن على أقل صح) كانه مما لا خلاف فيه وبه صرح في (المبسوط
والسرائر وجامع الشرائع والتذكرة والتحرير والدروس) وغيرها لثبوت الاذن في الاقل بطريق أولى
﴿ قوله ﴾ (وعلى أكثر يحتمل البطلان مطلقا وفيما زاد) اذا رهنه على أكثر مما أذن له في رهنه
عليه فقد احتمل المصنف البطلان بمعنى عدم الزوم بدليل ماسبق فيما لو خالف المأذون فيه وهو خيرة
الدروس على الظاهر وحكاه في المبسوط عن بعض الناس لانه تصرف غير مأذون فيه وأما احتمال البطلان
فيما زاد فهو خيرة المبسوط وكذا التحرير على اشكال له فيه واحتمله في الدروس ولم يرجح في التذكرة

ولو لم يعين تخيير الراهن في رهنه بما شاء عند من شاء الى اي وقت شاء وللمالك مطالبته
بالفك عند الحلول وقبله اشكال (متن)

وجامع المقاصد شي منهما كالكتاب وفي بعض نسخ جامع المقاصد يجب أن يستثنى من هذه المسئلة ماله
رهنه بالزائد وبكل جزء منه فإنه رهن بالمقدار المأذون فيه على وفق الاذن والزائد موقوف ويكون موضع
الوجهين ما اذارهنه على الجموع ثم انه استشكل في الصحة لانا اذا قسطنا الاجزاء على الاجزاء يكون بعضه
رهننا بالمأذون فيكون خلاف الاذن لان الاذن اقتضى رهن جميعه بالمأذون فيه وفي نسخة أخرى المتجه انه ان
رهن على الاكثر وعلى كل جزء منه يصح في المأذون فيه وبطل في الزائد وجها واحدا وان رهن على الاكثر
مقتصر على ذلك فالمتجه البطلان مطلقا ونحن نقول اذا رهن على الاكثر وكل جزء منه احتمل الوجهين
البطلان في الجميع لمكان المخالفة كما لو باع الوكيل بالنسيئة الفاحش كما اذا باع ما يساوي مائة
بمئتين فانا لا نقول انه يصح من المبيع في القدر الذي يساوي الثمن وهو نصفه مضافا الى بعض
الصفقة على المرتهن فقد صح أن يكون موضع الوجهين ما اذا رهنه على كل جزء جزأ والوجه الثاني
البطلان في الزائد ووجه شبهه بالمأذون وغيره المأذون ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو لم يعين تخيير الراهن ﴾ هذا
تقدم الكلام فيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ والمالك المطالبة بالفك عند الحلول ﴾ على القولين كما في (المبسوط
والتذكرة) فكأنه اجماعي ولا فرق بين أن يكون مؤجلا فيحصل أو حالا من أصله كما في
(المبسوط والتذكرة والتحرير والدروس) لانه لم يدفعه لملكه المستعير بل لينتفع به ويرده والعارية
وان لزمنا بالنسبة الى الرهن عند القائل بذلك لكن لزوما غير مانع من المطالبة بالفك بعد الحلول
فقد وجد مقتضى وانفق المانع لمكان الاستصحاب وعلى القول بالضمان فالضامن أن يطالب المضمون
عنه بفكاه ليخلص نفسه من الضمان اذا ضمن بأمره وكان مال الضامن حالا كل ذلك مع قدرة
المدين وعبرة الكتاب كالمبسوط وجامع الشرائع والروضة والمسالك ان المطالب بالفك انما هو
لراهن وهو ظاهر اطلاق التحرير والدروس وقد يقال انه اذا حل الاجل وأمهل المرتهن الراهن
ان للمالك أن يقول للمرتهن اما أن ترد مالي علي أو تطالب الراهن بالدين ليؤديه فيفك الرهن كما اذا
ضمن دينا مؤجلا ومات الاصيل فالضامن أن يقول اما أن تطالب بمقتك من التركة أو تبرئني
﴿ قوله ﴾ ﴿ وقبله اشكال ﴾ كما في (التلخيص) ينشأ من انه عارية فله المطالبة متى شاء لان ماهية
العارية تقتضي عدم الزوم وهو خيرة المبسوط والتذكرة في المقام كما يظهر لمن تدبر والسراير
وجامع الشرائع وعارية التحرير والتذكرة ومن انه أذن في عقد لازم فلزم لان الاذن في عقد لازم
يوجب على الاذن الوفاء به فليس له المطالبة قبل الاجل لمناقته لمقتضى الرهن المأذون فيه وهو خيرة
التحرير في المقام وجامع المقاصد وظاهر المسالك والروضة وعارية الايضاح وحواشي الشهيد ورهن
المفاتيح واستشكل في عارية الكتاب وهذا بناء مناع على كونه عارية وعلى فرض اجابة المرتهن للمتمسه
من قبول قبض الدين والفك قبل الاجل أما الثاني فواضح وأما الاول فلأن أصحابنا على انه عارية
فكيف يبنى اشكالهم على رأي غيرهم فليحظ ذلك وستسمع الكلام في بيان الثاني مستوفى وأما على
القول بأنه ضمان فلا مطالبة له قبل الاجل كما اذا ضمن دينا مؤجلا فانه لا يطالب الاصيل بتعجيله
لا يراة ذمته وفي (المبسوط والتذكرة) بين الجواز وعدمه على القول بالعارية والضمان ولما كان خيرة

وللمرتهن البيع لو لم يقبضه الغريم فيرجع المالك على الراهن بالاكثر من القيمة وما بيعت به
وللمالك الرجوع في الاذن قبل العقد وبعده قبل القبض ان جعلنا القبض شرطا (متن)

الكتابين انه عارية نسبتا اليهما الجواز وكذلك صنع الشهيد في الدرر حيث نسب اليهما الجواز على
انه في موضع آخر من التذكرة صرح بالجواز وقضية كلام المبسوط والتذكرة وكل من قال بالجواز
ان العارية غير لازمة وان ذلك لا ينافي لزوم الرهن وفي (جامع المقاصد) بنى الاشكال على ما بناء عليه في
المبسوط ثم حقق انه عارية لازمة وفي (الايضاح) في المقام كلام كأنه غير ملتزم الاطراف عند
امعان النظر فيما وجه به الاشكال وبنى البحث عليه ﴿قوله﴾ (وللمرتهن البيع لو لم يقبضه الغريم
فيرجع المالك على الراهن بالاكثر من القيمة وما بيعت به) كما في (جامع الشرائع والتحرير والتذكرة
والدرر وجامع المقاصد وجمع البرهان) وهو خيرة المبسوط عند ملاحظة اطرافه قطعاً وهو الذي فهمه
مولانا المقدس الازدي من عبارة الارشاد وعبارة الشرائع مثلها كما ستسمعها وهو خلاف ما فهمه منها
في المسالك كما ستسمعه وبيان ذلك انه اذا باعه على وجه يصح بوكالة أو استئذان من المالك
أو الحاكم فان باعه بقيمته رجع المالك بذلك على القولين كما في (التذكرة) وان بيع بأقل من ثمن
المثل بما لا يتغابن بمثله بطل وان كان مما يتغابن بمثله صح وضمن الثقيصة فيرجع المالك بتمام القيمة
على القول بالعارية لان بيعه بأقل من القيمة كان لاجل مصلحة الراهن في وفاء دينه وأما القول
بالضمان فلا يرجع الا بما بيع به لانه لم يقض من الدين الا ذلك القدر والضامن انما يرجع بما غرمه
فتأمل فيه وان بيع بأكثر استحقه لانه ثمن ملكه لان العين باقية على ملكه الى زمان البيع وقال في
(المسالك) في شرح قوله في الشرائع ولو بيع بأكثر من ثمن مثله كان المطالبة بما بيع به لا يتصور بيعه
بتقصان عن قيمته فعبارة المصنف بثبوت الزيادة عن ثمن المثل أجود من عبارة القواعد بأنه يرجع بأكثر
الامرين لايهاما امكان بيعه بدون القيمة وهو ممتنع بخلاف الزيادة لامكان اتفاق راغب فيها فيزيد
عن ثمن المثل بحيث لولا ظهوره لما وجب نحره لكونه على خلاف العادة المعروفة في ثمن مثله وربما
فرض نقصان الثمن عن القيمة مع صحة البيع بسبب قلة الراغب في الشراء مع كون قيمة المال في
ذلك الوقت والمكان عند ذوي الرغبة أزيد مما بذل فيه وبشكل بأن المعتبر في القيمة ما يسدل في
ذلك الوقت لاما يمكن فان كان الذي باع به المرتهن يسوغ البيع به لم يثبت للمالك سواء والا لم يصح
البيع انتهى (وفيه) ان من الذي يسوغ بيعه به ما اذا باعه مما يتغابن به ولسنا نريد بالاقتصار أكثر من
ذلك فلم يكن هناك اشكال (واورد في جامع المقاصد) اشكالا وهو ان البيع اذا كان برضا المالك
لم يستحق الا الثمن والا كان باطلا (وأجاب) بان خصوص ذلك البيع ليس برضا المالك لانه صار حقا
لازماً باذنه حتى لو صرح بعدم الرضا لم يمتد به فيجب حينئذ ان يضمن له كمال حقه حذراً من الضرر
ولا يخفى ان ضمان القيمة حيث يكون الثمن أقل منها انما هو في القبيح فلو كان أقل منها في المثلي
فالضمان بالمثل ﴿قوله﴾ (وللمالك الرجوع في الاذن قبل العقد وبعده قبل القبض ان جعلنا
القبض شرطا) كان الاولى ذكر هذا عند قوله وللمالك المطالبة فيقول بعد ذلك وله الرجوع ويحصل
من ذلك انتظام أحكام المرتهن في سلك واحد وقد حكى الاجماع في التذكرة على ان المسالك
العبد الرجوع في الاذن قبل الرهن ولا ريب ان له الرجوع بعد العقد وقبل الاقباض ان قلنا انه شرط

ولو تلف في يد المرتهن فالاقرب سقوط الضمان عنه (متن)

في الصحة أو اللزوم كما أطلق في الكتاب وغسبه ووجهه ظاهر وأما إذا قلنا انه ليس شرطا أو كان الرجوع بعد العقد والقبض فلا يصح له الرجوع على القول بالضمان وكأن العامة لا يختلفون في ذلك وأما على القول بالعارية فكذلك كما في (المبسوط والسرائر والتذكرة والتحرير واللمعة والمسالك والروضة) وهو قضية كلام الدروس لانه لا دليل على فسخ العقد بعد لزومه ﴿ قوله ﴾ ﴿ لو تلف في يد المرتهن فالاقرب سقوط الضمان عنه ﴾ كأن الكلمة متفقة على سقوط الضمان عن المرتهن لو تلف في يده قال في (المبسوط) لو هلك عند المرتهن أو جنى فباع في الجناية ضمنه الزاهن على القول بالعارية لا على القول بالضمان وقضيته ان لا ضمان على المرتهن مطلقا ونحوه ما في التحرير حيث قال لو تلف في يد المرتهن بنير تفرط رجع على الزاهن بالقبضة وينفي الضمان عن المرتهن صرح في عارية الكتاب وفي (الشرائع والارشاد) ضمنه الزاهن بقيمة ان تلف ومن المعلوم انه في يد المرتهن غالبا فيكون تلفه في يده وقد قيد في المسالك عبارة الشرائع بما اذا كان بعد الرهن وفي (اللمعة) يضمن الرهن لو تلف وقضيته ان المرتهن لا يضمن وقبدها في (الروضة) بما اذا كان بعد الرهن وفي (الدروس) اقتصر على نقل كلام المبسوط وفي (المسالك) لا يضمن المرتهن بنير تفرط وفي (التذكرة) لو تلف في يد المرتهن فان كان بنير تفرط فلا ضمان عليه لان المرتهن أمسكه على انه رهن لعارية والمرتهن أمين لا يضمن ما يتلف في يده من الرهن وهذا كله يشهد لما فسر به السيد عميد الدين عبارة الكتاب قال السيد في (كنز الفرائد) مراده انه لو تلف الرهن للاستعار في يد المرتهن فالاقرب الوجيهين انه لا ضمان على المرتهن لانه أمين لا يضمن الا بالتفرط وأضعفها الضمان لان العارية للرهن مضمونة ويد المرتهن مترتبة على يد الزاهن المستعير وهي يد ضمان فتكون المترتبة كذلك وقال في (الايضاح) هذه المسئلة موضع اشتباه قال المصنف قدس سره لي في الدرس حيث حققت البحث عليه ان هذه المسئلة فرع على قوله وللمالك مطالبته بالفك عند الحلول وقبله اشكال وقريره ان بعد الحلول اذا كان الزاهن موسرا فلك الزامه بالافتك فان جعلناه عارية أو غلبنا عليه العارية كاختيار والدي والمحققين قبل له الرجوع فيها قبل الافتك قبل نعم لان العارية ماهيتها تقتضي عدم اللزوم فاذا رجع قبل له مطالبة المرتهن بأن يلزم المدبون بماله أو يرهن غيره يقوم مقامه ليخلص له عين ماله اذ قبض المرتهن مبني على العارية وقد بطلت فاذا أهمل المرتهن وأمسك الرهن في يده ضمن والاقوى انه ليس له ذلك لانه أذن في عقد لازم فيلزم فلا يضمن المرتهن وهو الاقرب بل هو الاصح فهذا وجه قول المصنف فالاقرب سقوط الضمان عنه (قلت) اذا لم يكن له الرجوع ولا مطالبة المرتهن فلا وجه لاحتمال الضمان على هذا التقدير فلا معنى لتخصيصه بترتب الحكم عليه الا أن يقال ان بناء الاقرب على ثبوت الرجوع وجواز المطالبة ومقابله يعني غير الاقرب مبني على عدم ذلك فيكون الاقرب مبنيا على اللزوم ومقابله على عدمه فلم يكونا من واد واحد ثم قال في (الايضاح) وأما قبل الحلول فعلى تقدير أن يدفع الزاهن هل يجب على المرتهن القبول يحتمل ذلك لانها عارية لا يلزم فلا يلزم المبني عليها والاصح انه لا يجب فعلى الاول يعني وجوب القبول اذا لم يأخذ المرتهن المال فلتف الرهن في يده ضمن وعلى الثاني لا يضمن وهو الاصح (قلت) اذا لم يجب القبول لم يبق احتمال لغير الاقرب الا ان تقول ان الاقرب مبني على

ويضمنه المستعير وان لم يفرط بقيمته (متن)

وجوب القبول وغير الاقرب مبني على عدم الوجوب كما مر مثله في ما بعد الحلول ثم ان وجوب قبول الدين قبل الاجل لا قائل به الا من شذ من تأخر عن تأخر كما عرفت وان اراد وجوب قبول رهن عوض الرهن (فيه) ان العارية ان كانت لازمة لا يجب وان لم تكن تجاوز الرجوع ثابت من دون عوض فكيف مع العوض بل لا وجه لتخصيص ذلك بما اذا دفع الرهن لان ذلك جائز دفع او لم يدفع ان كانت جائزة والافلا على كل حال (ثم قال في الايضاح) قال والذي يمكن توجيه هذه المسئلة بان تقول على القول بانها عارية له الرجوع مطلقا اي قبل الحلول وبعده فلا يعطل الرهن فلا يجوز للمرتهن امساك العين بل يجعلها بقول الحاكم او باقائها عند عدل ينصبه الحاكم لقبضها فان لم يفعل المرتهن كان ضامنا (قلت) فتكون الفائدة في رجوعه عن الرهن رفع يد المرتهن عن الرهن لا غير وهو بعيد عن العبارة وتكون المسئلة مبنية على أن العارية لازمة أو غير لازمة واحتمال فرض المسئلة فيما لو رضي المرتهن بقبول الدين أو البديل خلاف ظاهر العبارة مع ما فيه من مفاسد أخر (وكيف) كان فأقسام المسئلة على هذه الاحتمالات أن يقال تلف الرهن في يد المرتهن اما أن يكون قبل الحلول أو بعده وعلى الاول اما أن يدفع الرهن الدين أولا وعلى الثاني اما أن يكون بعد الافتكاك أو قبله وعلى الثاني اما أن يكون المبر قد طالب المرتهن بأن يلزم الرهن بالافتكاك فأهمل أولا أو يكون قد طالب الرهن بالافتكاك وعلم المرتهن ولم يلزمه به أولا يعلم وعلى التقادير اما أن يكون الرهن أزيد من الدين أو مساويا أو أنقص والرهن اما موسرا أو معسرا وعلى التقادير اما أن يكون من باب الضمان أو العارية اللازمة أو غير اللازمة مع لزوم الرهن أو عدم لزومه ولما كان فرض المسئلة في عدم التفريط لم يتوجه التعرض للتشقيق فيه فعلى القول بأنه من باب الضمان فالظاهر أن لا ضمان على المرتهن ولا الرهن أما الاول فظاهر على جميع الاحتمالات وأما الثاني فلانه تلف من مالكة لانه لم يقض عنه شيأ والضامن انما يرجع بما أدى ولم يسقط الحق عن ذمة الرهن كما حكى عنهم ذلك في المبسوط وغيره وأما على القول بأنه عارية فأحكام هذه الاقسام لا تخفى بعد ما ذكرناه عند التأمل التام ﴿ قوله ﴾ (ويضمن المستعير وان لم يفرط) ظاهر (المسالك) الاجماع عليه وقد سمعت كلام الاصحاب وانه ظاهر في ذلك في صدر المسئلة المتقدمة فجمعوا بين مقتضى العارية من وجوب الرد وافضائها الى التلف بوجوب ضمان العوض وهو صريح الايضاح وجامع المقاصد والمفاتيح وفي عارية التحرير لم يكن على أحد ضمانه وقد احتمله في الدروس لانها امانة عندنا قال الا أن تقول الاستعارة المعرضة للتلف مضمونة (قلت) هو كذلك كما ستسمع فيما اذا تلف قبل أن يرهن وفي عارية الكتاب يضمن المستعير في المضمونة وهذا على القول بأنه عارية وان التلف بعد الرهن وأما على القول بالضمان فلا ضمان كما سمعت وظاهر اطلاقهم في المقام انه أي المستعير يضمن اذا تلف في يده بعد فكاه وهو كذلك لما ستسمع من ظهور دعوى لاجماع على انه عارية مضمونة والمصنف في آخر كتاب الرهن من التذكرة استقر بعدم الضمان لان حفظ العين حينئذ بأذن المالك فصار كالمدين وفيه نظر واضح ستعرفه ﴿ قوله ﴾ (بقيته) ﴿ كما ﴾ (في الشرائع والتحرير والارشاد وجامع المقاصد) وغيرها يوم التلف كما في (المسالك والروضة) وظاهر جامع المقاصد واحتمل في التحرير ضمانها يوم الاقباض أو بأعلى القيم على اشكال والاصح

وكذا ان تعذر اعادته ولو لم يرهن ففي الضمان اشكال (السابع) لو قال اذنت لي في رهنه بعشرة فقال بل بخمسة قدم قول المالك مع اليمين (الثامن) لا يصح رهن المجهول (متن)

انه يضمنه بها يوم التلف لانه باق على ملك الغير وليس بأسوه حالا من الغاصب ونعم الكلام يأتي في محل آخر وذلك في القيمي لا المثلي ﴿قوله﴾ - ﴿وكذا ان تعذر اعادته﴾ لغصب ونحوه كما في (الشرائع والتحرير) في أول كلامه والمسالك وظاهر الكتاب والشرائع ان تعذر الرد في حكم التلف مطلقا ما عدا يعه في الرهن كما هو صريح المسالك وقد صرح في التحرير وفاقا للمبسوط انه اذا جنى العبد ويبيع في الجنابة انه يرجع بقيمته وهو يوافق اطلاق الشرائع والكتاب ولعله مبني على الغالب من يعه بقيمته والا فالظاهر أن المالك يرجع بالاكثر من القيمة واليمن فليتأمل جيدا ﴿قوله﴾ - ﴿ولو لم يرهن ففي الضمان اشكال﴾ الاقوى انه يضمن كما في (التذكرة) في موضع منها وقواعد الشهيد وجامع المقاصد وكاد يكون صريح التحرير وهو ظاهر مجمع البرهان لانه عارية مضمونة عندنا كما في التذكرة وقد نص الاصحاب على انها عارية مضمونة كما في الايضاح وذلك يقتضي انها تضمن بمجرد القبض ولانه قبضا للاتلاف في دينه فهو قبض ضمان فيكون مقتضى الضمان هو القبض لذلك لا الرهن في الدين فكان كالقبوض بالسوم وفي (المسالك والروضات) لا يضمن الا بالتفريط وقد سمعت مافي المدرس وعارية التحرير وفي (التذكرة) بدتسع وعشرين قائمة كما قلناه عنه استقر عدم الضمان قبل الرهن في أول عنوان المسئلة ثم استشكل ثم استقر عدم وجوه انه امانة فلا يضمن الا بالرهن وانه انما يضمن بالتمريض للاتلاف وسببه الرهن والمسبب لا يقدم على السبب وجوابه أن الموجب انما هو القبض على سبيل الضمان كما في كل عارية مضمونة ويزيد أن هذا شبيه بالمعاوضة كما في الايضاح وما ذكر يعلم الحال فيما اذا تلف في يد الراهن بعد فكه وطلب المالك له كما أشرنا اليه آتفا ﴿قوله﴾ - ﴿لو قال اذنت لي في رهنه بعشرة فقال بل بخمسة قدم قول المالك مع اليمين﴾ للأصل ولانه منكر لزيادة ما يدعيه المستعير والأصل براءة ذمته من وجوب ابقائه حتى يوفي العشرة وكان الأولى أن يجعله تدينا لانه فرع الفرع لافراعا برأسه وقد يستشهد له بالاخبار والاجماع الدالة على تقديم الراهن فيما اذا اختلف هو والمرتهن في مثل ذلك كأن قال الراهن رهنه بعشرة وقال المرتهن بعشرة كما استمع ذلك ان شاء الله تعالى عند تعرض المصنف له ﴿قوله﴾ - ﴿لا يصح رهن المجهول﴾ قال في المختلف قال الشيخ لو قال رهنك هذا الحق بما فيه لم يصح فيما فيه للجبل به وهذا يشعر بمنع رهن المجهول والأولى عندي الجواز عملا بالأصل الدال عليه نعم يشترط تعيينه فلو قال رهنك أحد هذين بطل انتهى (قلت) نفي في الخلاف الخلاف عن عدم صحة الرهن فيما في الحق وظاهر انه اجماع المسلمين كما هو عادته وصرح في (المبسوط) في مواضع بعدم جواز رهن المجهول وفي (التذكرة) لو كان ما في الحق مجهولا لم يصح الرهن قطعا في الظرف خاصة للحالة على أشكال ويصح الرهن في الحق عندنا وان تفرقت الصفقة اذا كان له قيمة مقصوده والتحقيق ما حققه الشهيد في حواشيه واقتناه المحقق الثاني من أن المجهول من جميع الوجوه أو من بعضها بحيث يمنع من توجه القصد اليه لا يصح رهنه وما في الحق كالشاة من القطيع لا يتوجه القصد اليهما وأما المجهول لا كذلك كعذه الصبيرة اذا لم يعلم قدرها فلا بأس به لان عقد الرهن ليس من العقود المبينة على

(التاسع) لو غصب عينا ثم باعها أو رهنها أو وهبها أو أجزها ثم ظهر مصادفة التصرف للملك ببيراث أو شراء وكيل وشبهه صح التصرف (المأثر) لو رهن ماله الرجوع فيه قبله لم يصح على اشكال كموهوب له الرجوع فيه وكالبائع مع افلاس المشتري اما لو رهن الزوج قبل الدخول نصف الصداق فإنه باطل (متن)

المغابنة لان ذلك في عقود المعاوضات التي يطلب فيها كل من المتعاضين غيب صاحبه لأن الرهن مبني على قبول الغيب لان الراهن مغيبون للمرهن قال في (التذكرة) الراهن والواهب مغبونان والمهب والمرهن مرتفعان ولا خيار لهما عند الرؤية كما اذا رهنه المال الغائب أو وهبه له لا تتفاء الحاجة اليه ومعلوم أنه لا خيار لهما باعتبار هذين العقدين أما لو شرط كل من الهبة والرهن موصوفين في عقد البيع مثلا فظهرت بخلاف الوصف ثبت الخيار بالعارض ﴿ قوله ﴾ - ﴿ لو غصب عينا ثم باعها أو وهبها أو رهنها أو أجزها ثم ظهر مصادفة التصرف للملك ببيراث أو شراء وكيل وشبهه صح التصرف ﴾ اذا أوقع الغاصب بعض هذه فنانا لزومها وعدم توقفها على اجازة المالك ثم ظهر سبق ملكه للعين على التصرف صح وكان القصد الى ذلك كافيا ولا يحتاج الى اجازة كما قلنا فيما اذا شرط عليه رهن في بيع فاسد فظن اللزوم فرهن وقد سمعت قول المصنف هناك ان له الرجوع كما في بعض النسخ وان كان ممن يعتقد توقفها على اجازة المالك فالظاهر توقفه على الاجازة لانه قصد البيع الموقوف على الاجازة دون المنجز وقد سبق في باب البيع ما اذا باع مال أياه بظن حياته فبان ميتا ان فيه وجوها ثلاثة وان الاقوى الصحة وأما لو سبق التصرف للملك فعلى المشهور من كشف الاجازة يكون باطلا لتضاد الملكين من شخصين لشيء واحد بعينه وقد تحقق أحد الضدين وهو ملك الغاصب فينتفي الآخر وعلى القول الآخر من أنها ناقلة يصح وهل يتوقف على الاجازة احتملان ﴿ قوله ﴾ - ﴿ لو رهن ماله الرجوع فيه قبله لم يصح على اشكال كموهوب له الرجوع فيه ﴾ رهن الموهوب في موضع يصح فيه الرجوع يصح كرهن ما فيه الخيار وفقا للايضاح والدروس وجامع المقاصد وكذا حواشي الكتاب للاصل ووجود المتضي واتفاء ما يعده الخصم مانعا وعدم الفرق بينه وبين ما فيه الخيار فكما صح فيه صح فيما نحن فيه ولانه يصدق كل ملك يمنع غير من هو له من التصرف فهو ملك لازم وبلزمه بمكس التقيض على رأي القدماء كل ما ليس بملك لازم فهو ليس بملك مانع غير من هو له من التصرف فيه ووجه عدم الصحة انه ليس ملكه قبل الرجوع فيه والرهن مشروط بالملك فيتأخر عنه فلو كان علة فيه لتقدم عليه فيلزم الدور وهو معنى ما يقال ان الرهن موقوف على الملك الموقوف على الفسخ المتأخر عن الرهن (وقد أجاب) الشهيد عن مثل ذلك فيما اذا باع ذو الخيار ماله فيه الخيار بأنه دور معية كما بيناه في باب الخيارات عند قوله والاقرب صحة العقود وهو معنى قوله في الايضاح أن الجزء الاول من عقد الرهن علة في الرجوع والمالك ومجموعه علة لصحة الرهن وهو مشروط بالملك فلا دور انتهى فتأمل ونحن نقول المحصل للفسخ والمالك القصد المقارن فيحصلان قبيله كما هو الشأن فيما لو وطئ البائع أو أعتق أو وهب في مدة الخيار فانا لا نقول ان وطئه محرم ولا أول جزء منه وقد استوفينا الكلام في المسئلة في بيع ذي الخيار و باب الهبة ﴿ قوله ﴾ - ﴿ وكالبائع مع افلاس المرهن ﴾ يريد أن البائع لو رهن عين ماله التي وجدها عند الفلوس كان الرهن صحيحا لانه برهنه لها قد رجع بها

(الحادي عشر) لو رهن الوارث التركة وهناك دين فالأقرب الصحة وان استوعب ثم ان قضى الحق والاقدم حق الدين (متن)

وفسخ العقد وفي بعض نسخ الدرر لو رهن غريمه المفلس عينه التي له الرجوع فيها قبله فالأجود المنع وهذه غير ما نحن فيه وحكمها ان الصحة تتوقف على الاجازة وفي بعض نسخه لو رهن غريم المفلس عينه التي له الرجوع فيها قبله فالأجود المنع واولى منه لو رهن الزوج نصف الصداق قبل طلاق غير المسوسة وعلى هذه النسخة نطالبه بالفرق بينه وبين رهن الموهوب حيث صححه واستجود المنع هنا وهو غير واضح نعم رهن الزوج نصف الصداق المعين قبل طلاق غير المسوسة غير صحيح بدون الاجازة لان الفسخ هنا لا بد فيه من لفظ الطلاق والشهاد كما هو ظاهر واليه اشار المصنف هنا بقوله اما لو رهن الزوج قبل الدخول نصف الصداق فانه باطل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو رهن الوارث التركة وهناك دين فالأقرب الصحة وان استوعب ثم ان قضى الحق والاقدم حق الدين ﴾ لم يفرق المصنف هنا بين ما اذا استوعب الدين التركة ام لا واطلاقه يقضي بعدم الفرق بين ما اذا كان الوارث موسرا ام لا ووجه المسئلة يتوقف على بيان حال التركة اذا كان على الميت دين مستوعب لها وغير مستوعب وهي من المشكلات التي تعم بها البلوى وقد اضطربت فيها الفتوى حتى من الفقيه الواحد في الكتاب الواحد بل في الباب الواحد كما سنسمع (وتنقيح البحث) ان يقال قد اتفقوا على ان للدين تعلقا بالتركة على انها لا تنتقل الى الغرما ولا الى الله سبحانه وتعالى لان مصيبتها حينئذ او عيبه المساكين وعلى انها ان لم يكن هناك دين ولا وصية تنتقل الى الوارث بمجرد الموت وعلى ان الفاضل عن الدين ان لم يستوعب ينتقل الى الورثة ان لم يكن هناك وصية وعلى ان ما زاد عن الثلث ينتقل اليهم وان اوصى به اذا لم يميزوا والظاهر انه لا خلاف في انهم اذا اجازوا كان تنفيذ الوصية لاعطية مبتدئة واختلفوا في مواضع (الاول) ما اذا كان الدين مستوعبا للتركة قبل تيقى على حكم مال الميت ولا تنتقل الى الورثة او تنتقل اليهم ويكون تعلق الدين بها كتعلق الارش برقبة الجاني فيصح للورثة له التصرف ويحتم عليهم اداء الدين المساوي لها او كتعلق الدين بالرهن فلا ينفذ تصرفهم الا مع الاجازة من الغرما او يكون تعلقا مستقلا برأسه محتملا لنفوذ تصرف الورثة وعدمه (الثاني) ما اذا لم يكن الدين مستوعبا كما اذا كان اقصى فقد اختلفوا فيما قابل الدين منها فبعض على انه على حكم مال الميت وآخرون على انتقاله الى الورثة وأن تعلق حق الغرما اما كتعلق الرهن او كتعلق الارش كما مر مثله في المستوعب واختلفوا ايضا في الفاضل عن الدين الذي اتفقوا على انه ينتقل الى الورثة فبعضهم على انه لا يجوز للوارث التصرف فيه قبل القضاء وانه لا يسقط شيء من الدين بتلف بعض من التركة لتعلق حق الغرما بكل جزء منها مشاعا لان التركة حينئذ باجمعا كالرهن وبعض على انه ينفذ تصرفه فيه اي فيما زاد على الدين وللمصنف في ارث الكتاب مذهب غريب فانه ذهب الى ان التركة تنتقل الى الورثة اذا كان الدين مستوعبا واما اذا لم يكن مستوعبا فما قابل الدين على حكم مال الميت وهذا اتفقوا على التدبيرين اي الاستيعاب وعدمه على ان الحاكمة للوارث فيما يدعيه لمورثه وما يدعي عليه وانه لو اقام شاهدا بدين حلف هو دون الدين والظاهر اتفاقهم ايضا كما قيل على ان الورثة اولى واحق بعين التركة ولذلك قال بعضهم ان النزاع انما هو في قيمة التركة لا في عينها والا فالناس متسلمون

على أنهم أحق بالدين وأنه من هنا نشأ الظن لبعض الناس أن القول بأن التركة للورثة مع الاستيعاب هو المشهور بل ظن أنه محل وفاق انتهى فليتأمل جيدا في قول هذا البعض (وكيف) كان فالقائل بأن التركة تبقى على حكم مال الميت ولا تنتقل إلى الورثة الشيخ في الخلاف وكذا المبسوط كما نقل عنه وابن ادريس في وصايا السرائر وباب قضاء الدين عن الميت والمحقق في الشرائع في باب الموارث والقضاء والتقصاض والمصنف في الارشاد والشهيد في ميراث الدروس وقد مال إليه اوقال به الفخر في رهن الايضاح ومثله والده في وصايا المحتلف وهو ظاهر المنع والنهاية وفقه الراوندي بل هو ظاهر الخلاف او صريحه في باب الفطرة فيمن اوصى بعد ثم مات قبل هلال شوال ولم يقبل الموصى له الا بعد ان هل فانه قال لا يلزم احدا فطرته وقضية ذلك كما فهمه منه في السرائر انه يبقى تلك المدة بلا مالك وهو مذهب الاكثر كما في المسالك والكفاية والمفاتيح وفي (السرائر) لا خلاف في ان التركة لا تدخل في ملك الورثة ولا العرما بل تبقى موقوفة على قضاء الدين وقال في باب قضاء الدين انه الذي تقتضيه اصول مذهبا وقد استدلووا عليه باستمرار طريقة الناس على دفع الثمن في الدين اذ لو اقتصر مقتصر على دفع الاصل في الدين دون الثمن لانكروا عليه اشد انكارا وبقوله جل شأنه (من بعد وصية يوصى بها او دين) وقد تكررت هذه الكلمة الشريفة في حديث واحد من دون تقدم عهد اربع مرات وما كانت عادة سبحانه في بيان الاحكام ذلك بل يجعل ويجعل وقال الاردبيلي في اياته قالوا ان قوله جل شأنه من بعد وصية يوصى بها او دين متعلق بجميع ما تقدم من اول قسمة الميراث فالقائل يقتضى ظاهر الآية الشريفة اما باق على حكم مال الميت او منتقل إلى العرما ولا قائل بالثاني فتعين الاول وقد استدلل بها جماعة كالشيخ وابن ادريس وغير الاسلام والشهيد وغيرهم على عدم انتقال المال إلى الورثة والحل على استقرار الملك او على استقرار الظرف أعني قوله جل شأنه من بعد وصية وجعله حالا من الانصبا المذكورة في الآية الشريفة حتى يكون المعنى لكل ما وظف له بالفرض او غيره بعد الوصية والكون والاثبوت اعم من الملك فيجوز ان يكون المراد ان ذلك يكون لهم بعد الوصية والدين على وجه الاستقرار بعد ان كان متزلا يدفعه ان المتبادر انما هو الملك والاستحقاق كما في المال لزيد ومن ثم سعى النحاة هذه اللام لام الملك فكيف ينزل قوله تعالى له النصف على ان المراد يستقر له ما في ملكه من قبل ان هو الاعراض عن الظاهر إلى التأويل من دون دليل واضح ولا ريب ان الظاهر ان الظرف لغو لا حال من الثلث مثلا ومن هنا يظهر ضعف ما في حجر جامع المقاصد من ان الآية الشريفة انما تدل بمفهوم المحالفة وهو ضعيف انتهى لانه من المنطوق الذي لا يلحظ فيه المفهوم كقولنا بئلك المبيع بعد العقد ومثله كثير كما في قولنا اذا باعك فاشتر واذا سلم عليك فرد عليه السلام فليتدبر في ذلك فقد صح لنا ان نقول ان المعلق في الآية الشريفة اما الملك او جواز التصرف اوهما معا اولاً واحداً منهما والاخير باطل قطعاً كالثالث لانه يستحيل تعلق الملك على بعدية الدين والوصية مع بقاء جواز التصرف مطلقا اي اي تصرف كان حتى يكون المعنى في احد الوجهين أنه لا يملك الا بعد الدين ويجوز له التصرف قبله فتعين احد الاولين ويدفع الثاني ظهور الملك والاستحقاق من الكلام وعدم تبادر كون الظرف حالا من الانصبا والتقدم في قوله جل شأنه من بعد هو التقدم الذي اراده المتكلمون وهو ان المتأخر لا يجمع المتقدم كتقدم عدم الحادث على وجوده وتقدم بعض اجزاء الزمان على بعض فلا يثبت ملك او جواز

تصرفه في رهن أو غيره حتى ينتهي المتقدم ويستتم تمام الكلام في الآية الشريفة وقال في (جوامع الجامع) (١) لا خلاف في أن الدين مقدم على الوصية والميراث وأن قدمت الوصية على الدين فكانه قبل من بعد أحد هذين فإن لفظ أو لا توجب الترتيب وإنما هي لاحد الشئين أو الأشياء ولعله أراد أن يراد أو لإرادة بيان التساوي بين الدين والوصية في تقديمها على الأثر وإن كل واحد منهما مستقل في التقديم لا لأن أحدهما مقدم لا المجموع وتقديم الوصية أما لأنها مظنة التفريط أو لأن الغالب في أهل الجده وأصحاب الأموال إنما هو الوصية أو لأنه لا ينبغي أن يترك الدين إلى ما بعد الموت واستدلوا على هذا القول بما رواه ثقة الإسلام في باب قضاء الزكوة عن الميت في الصحيح عن عباد بن صهيب الذي وثقه التجاشي والمصنف في الإيضاح والظاهر وقوع الاشتباه من الكشي فإن ما في الحديثين من التدرج فيه إنما وقع من عباد بن كثير البصري كما يظهر من أحاديث أخر مع أن في الحديث الثاني نصريحاً به مضافاً إلى أن الشيخ في (ست) و(قر) و(ق) لم يتعرض لفساد عقيدته وابن أبي عمير عن الحسن عنه وقال الأستاذ في الفوائد الرجالية لا تأمل ولا شبهة في كون ابن صهيب ثقة جليلاً وكثيراً ما رأينا الكشي يروي الأحاديث الواردة في شخص في آخر لمشاركته له في الاسم أو الكنية أو اللقب سلمنا ولكن أقصاه أن يكون موثقاً والموثق حجة عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل فرط في الخراج زكوة في حياته فلما حضرته الوفاة حسب جميع ما كان فرط فيه مما يلزمه من الزكوة ثم أوصى به أن يخرج ذلك فيدفع إلى من نحب له قال جائز يخرج ذلك من جميع المال إنما هو بمنزلة دين لو كان عليه ليس للورثة شيء حتى يؤدوا ما أوصى به من الزكوة وهي ظاهرة أو صريحة في المراد ولا قائل بالفرق بين الوصية بالزكوة وغيرها وبصحة سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام قضى أمير المؤمنين عليه السلام في دية المقتول أنه برئها للورثة على كتاب الله وسبابهم إذا لم يكن على المقتول دين والحمل على استقرار الملك خروج عن الظاهر كما هو الظاهر ولا يخفى عليك أن هذه الأدلة الثلاثة تدل على عدم الانتقال إلى الورثة وإن لم يستوعب الدين التركة فلي تأمل وقد ذهب ناس إلى أن الميت ممن يملك على الحقيقة كما يبقى عليه الدين بل قيل قد يحدد له الملك بعد الموت كملكه لحيته وما يقع في شبكته كما هو خيرة وصايا الروضة ومال إليه الفخر في ميراث الإيضاح ونسبه إلى بعض ولعله أراد المحقق في باب القصاص فيها إذا شهد الوارث على جرح الموروث قبل الاندمال وكانهم استندوا إلى أنهم اجمعوا على أن دينه تقضى من ذلك وتنفذ وصاياه ولا طريق له إلا الملك والمحقق أن ذلك كله على حكم ماله بحكم الدليل الذي دل على ذلك أي أن الميت في حكم المالك له لعصمته به عن تعلق ملك غيره به وصرفه في مصالحه وأن يملك الميت وبالموت نزول عنه الأمل وما ذكره في وصايا جامع المقاصد من الاتفاق على أن المال لا يبقى بلا مالك فلهذا اتفق العلماء على ضيقه من أنه لا يبقى بلا مالك ولا من هو في حكمه والافكيك يتم له ذلك والا كثيرون من القدماء على أن التركة لا يملكها الوارث إذا أحاط بها الدين لكن كلامه في الوصايا صريح في أن المال لا بدله من مالك حقيقة فلا يجدي هذا التأويل ثم أنه مما راض بإجماع السرائر وقد سمعته وقد أطبقوا على أن من مات ولا وارث له إلا مملوك أنه يشترى من التركة ويعتق ليرثها وقد بقي المال في هذه المدة بلا مالك ومثله مالو أوصى

(١) وبعض الناس يسميه بجامع الجوامع وهو غلط (كذا يحفظ المصنف قدس سره)

بأن يصرف مال معين في الصلوة أو الصيام أو الحج أو شراء الأجر والحص لبناء القناطر ونحو ذلك مما هو كثير (وقد أجاب) عن الوصايا المذكورة بأن المال الموصى بصرفه في ذلك ملك الورثة ولم تدر ماذا يقول فيمن مات ولا وارث له إلا مملوك ولعله يريد الاتفاق بينهما وبين خصمه في ملك الوصية أو اتفاقا حدث فيما قارب عصره لكن الشهيد ممن يوافق الخلاف كما عرفت (وأما) القول بأن التركة في الفرض المذكور للورثة فهو خيرة المبسوط على ما وجدناه وجامع الشرائع ومواريث الكتاب وقضائه وشفعته ووصاياه وحجره ورهته كما نعطيه عبارته هنا وقضاء التحرير والمختلف ورهن التذكرة وحجرها وحجر الايضاح ووصاياه وجامع المقاصد في المقام والمجرر والوصايا والمختلف أيضا في ظاهره أو صريحه في موضع آخر منه وكذا حواشي الشهيد في المقام والمواريث وقضاء المسالك ومواريثه ومواريث كشف اللثام وظاهر حجر التذكرة الاجماع عليه حيث قال الحق عندنا ان التركة تنتقل الى الوارث وقد سمعت اجماع وصايا جامع المقاصد وربما ظهر من بعضهم انه المشهور ووجههم ان المال لا يبقى بلا مالك وان الاجماع منعقد على انها لا تنتقل الى الغرماء فتعين الانتقال الى الورثة وانما لو لم تنتقل اليهم لما شارك ابن الابن عمه لو مات أبوه بعد جده وحصل الابراء حينئذ والتالي باطل اجماعا فلقد علمت انه وان الخالف مع الشاهد انما هو الوارث فلو لا الانتقال لسوى الغريم وقد عرفت ما يجب به أهل القول الاول عن الدليل الاول ولعلمهم بجهلهم عن الثاني بأن الابراء مما يكشف عن الانتقال من حين الموت فتأمل وعن الثالث بأن ذلك لمكان الاولوية والاختصاص بالاعيان فليتأمل (وكيف) كان فعل القولين يمنع الوارث من التصرف فيها الى أن يوفي الدين أو يأذن الغرماء وقد حكى على ذلك الاجماع في قضاء الايضاح والمسالك وظاهر السرائر في قضاء دين الميت قال في (الايضاح) أجمع الكل على انه اذا مات من عليه دين يحيط بجميع التركة لا يجوز للوارث التصرف فيها الا بعد قضاء الدين واذن الغرماء ونحوه قال في المسالك وهو كذلك كما يشهد به التبع لان أصحاب هذا القول يقولون ان تعلق الدين بها تعلق الرهن بالدين كما في المبسوط وغيره وهو الذي حرم به المصنف في ثلاثة مواضع من الكتاب كالموارث والقضاء والوصايا وانما يترددون في انه كتعلق الرهن أو تعلق الارش فيما اذا لم يستوعب وقل من تردد في الامرين فيما نحن فيه على انك ستعرف فيما اذا لم يستوعب ان جماعة على أن التعلق فيه كتعلق الرهن بل لم أجد مصرحا في المقامين بان تعلق الدين بالتركة كتعلق الارش الا ما حكاه الشهيد في حواشي الكتاب في باب الحجر عن السيد الرضى رضي الله عنه ولم يظهر من جامع المقاصد في الباب تبعا للكتاب حيث قربا هنا صحة رهن الوارث التركة لكنه في جامع المقاصد رجع عنه في باب الحجر فقال بالمنع فيما اذا لم يستوعب وان كان ربما ظهر منه في اثناء الكلام التردد أو العدول فيها أولى بالمنع أو التردد والمصنف كانه متردد في الباب المذكور وقد حرم في التحرير بعدم صحة الرهن في المقام وقد سمعت ما حرم به في الموارث وغيره بل حرم في الموارث بانه كالرهن فيما اذا لم يستوعب وفي (المبسوط) ذكر الاحتمالين في المقام من دون ترجيح وقد سمعت ما حكيتاه عنه وسنسمع ايضا من ان التعلق عنده كتعلق الرهن فيما لم يستوعب وكيف كان فالمنع من التصرف فيما نحن فيه اعني مع الاستيعاب مما لا ينبغي الشك فيه على القولين للاجماعين المتقولين الذين يشهد لهما التبع وغيره وانما تظهر الثمرة في التام كما صرح به جماعة كثيرون وهو ايضا مما يؤيد الاجماعين المذكورين واما المحاكمة والتخير في جهات القضاء فانها ثابتان على القولين كما عرفت آنفا وصرح بها جماعة وليعلم ان الفخر في الايضاح

والحقيق الثاني اختارا ان تعلق الدين بالتركة ليس واحدا من التعليقين وانما هو تعلق ثالث مستقل برأسه وقد حكى عن الشهيد وحكاه في التذكرة عن بعض العامة ولا فائدة مهمة في المقام تقتضي تحوير ذلك واذ قد ثبت منع التصرف فلو ظهر ان هناك ديناً مستوعباً وقد تصرف الوارث كان تصرفه غير نافذ اذا لم يؤد الوارث ولا كذلك ما اذا حدث دين كأن كان قد باع متاعاً واكمل ثمنه فرد بالعيب السابق فالظاهر نفوذه ان ادى الدين والافسخ المدين التصرف توصلاً الى اخذ دينه من تركته وكلام المصنف في هذا الفرع في باب الحجر غير منقح واما اذا لم يستوعب الدين التركة فقد علمت ان الكلام يقع فيه في مقامين في الفاضل عن الدين وفيما قبله اما الاول ففي ميراث الكتاب انه يمنع من التصرف فيه وتكون التركة بأجمعها كالرهن وهو خيرة الايضاح في الحجر والرهن والدروس في الارث وجامع المقاصد في موضع من الحجر كما عرفته آتفا وايضاح النافع في باب الدين وهو ظاهر المبسوط وقد سمعت ما في السرائر من الاطلاق الآيه الشريفة والخبرين المتقدمين وأنه لا اولوية لبعض على بعض في اختصاص التعلق به ولان الاداء لا يقطع به بذلك البعض لجواز التلف ولما خرج الميت عن صلاحية استغراق الدين لذمته وجب أن يتعلق بكل ما يمكن أدائه منه من أمواله لان حدوث تعلقه ببعض آخر عند تلف بعض معلوم الانتفاء ولان الباقي اذا تلف قبل القضا ضمن الوارث وهذا يدل على أن التعلق بجميع التركة والا فكيف يتعلق بما يتبع حدوث تعلقه به ليجب بدله حيث تعذر واحتمل في التذكرة نفوذ التصرف فيه اي في الفاضل عن الدين وهو خيرة في حجر الكتاب وقضائه والشهيد في حواشيه على موارث الكتاب والمسالك والكفاية وهو قضية كلام جامع الشرائع بل صريحه في باب الدين للضرر والمخرج ولبعد الحجر في مال كثير ليسير جدا وان الحجر انما وقع لاجل الدين وذلك يتقدر بقدره مؤيداً باستمرار طريقة الناس على ذلك ويكون التصرف مراعى بوقا الباقي بالدين فلو قصر تلف أو قص لزم الوارث الاكمال فان تعذر الاستيفاء منه تسلط المدين أو الحاكم على تقض تصرفه على الاجود ولعله اذا عزل وعين ما يقوم بالدين وزيادة كان أحوط وقد يستدل على ذلك بما رواه المشايخ الثلاثة عن البرنظي باسناده أنه سئل عن رجل يموت ويترك عيالا وعليه دين أينفق عليهم من ماله قال ان استيقن ان الذي عليه يحيط بجميع المال فلا ينفق عليهم وان لم يستيقن فلينفق عليهم من وسط المال وقد رواه الحر العاملي عن ابي الحسن عليه السلام بهذا المتن وهو صحيح الى البرنظي في طريق الكافي والتهذيب فيكون صحيحاً عند جماعة ممن تأخر لولا الامتياز وروى في الكافي التهذيب عن البجلي عن ابي الحسن عليه السلام بهذا المتن مع تغيير فيه فلا كأنه سهو من بعض الرواة ويبقى الكلام في الآيه الشريفة لانك قد عرفت انها ظاهرة في خلاف هذا القول الا ان تقول ان الاحتمالات في البعديه في قوله جل شأنه من بعد وصية يوصي بها أو دين ثلاثة (الاول) ان يكون المراد من بعد وصولها لاهلها فلا يجوز التصرف فيها قبله بوجه من الوجوه (الثاني) ان يكون المراد من بعد عزلها وتعيينها فلا يجوز قبله بوجه (الثالث) من بعد وجودها في المال الواسع فيجوز التصرف فيها يفضل او في الكل ويكون ضمناً وقد يؤيد الاخير انه ثبت ملك الام الثالث مثلاً فلها التصرف فيه كيف شئت وقوله جل شأنه من بعد الوصية والدين لا بد ان يحصل على معنى لا ينافي ذلك وهو الوجه الاخير وقد عرفت ما يؤيد الاول من الخبرين وغيرهما فالقول بالمنع اوفق بظاهر الادلة واشبه باصول المذهب واقرب الى الاعتبار ولا سيما مع الاعسار او عدم الوثوق بالوارث واحوط في الدين والضرر

﴿ الفصل الثالث في العاقبة ﴾ ويشترط كفاية الموجب والقابل وتملك الموجب أو حكمه كالمستعير وولي الطفل مع المصلحة كالاقتراض في نفقته أو اصلاح عقاره (متن)

والخرج يندفعان بالاستيذان من الدين أو الدفع اليه أو الى الحاكم ان عبر الوصول اليه أو العزل عند الثقة الامين كما ذكره في باب الدين وقد اوضحنا الحال في ذلك ونحوه عند شرح قوله ولو غاب المدين والاستبعاد لا يصلح ان يكون دليلا والسيرة سيرة عوام والا فالعلماء مختلفون ومضطربون والخبر ان غير صحيحين ولا صريحين لاحتمال حملها على القرض والضرورة مع ما اشتمل عليه الاخير من مخالفة الاجماع كما اشرنا اليه مع ان اصحاب هذا القول ما المواهبها ولا وجدت احدا ذكرهما دليلا وكيف كان فلا ينهضان على مقاومة ادلة القول الآخر وما ذكر في المقامين يعرف حال ما قابل الدين من التركة والحال في الوصية والدين واحد كما في جوامع الجامع وفتاوى الزاوي وغيرهما مما صنف في آيات الاحكام وبه صرح جماعة في باب الوصايا مستدلين بالآية الكريمة وان كانوا في باب الدين والرهن والخبر والمواريث والقضا انما تعرضوا لحال الدين وهذه المسئلة قد تعرضنا لها في باب المواريث واسبقنا الكلام فيها هناك وكذلك في باب القضا وكثير من الاصحاب ما تعرض لها ومن تعرض لها ما اسبق الكلام فيها كما سمعت كلامهم حتى ان اصحاب آيات الاحكام كالأروندي والمقداد والمولى الاردبيلي والمفسرين من الخاصة والعامة كالبيضاوي وغيره ما تعرضوا للحكم فيها اصلا ما عند المولى الاردبيلي فانه نظر وتأمل واحتمل ثم قل ان المسئلة مشكلة ثم احالها على كتب الفروع وقال ان العلامة اختلف كلامها فيها في القواعد في ثلثة مواضع ﴿ الفصل الثالث في العاقبة ﴾ - ﴿ قوله ﴾ - ﴿ ويشترط كفاية الموجب والقابل ﴾ كما هو الشأن في سائر العقود والكفاية بالبلوغ والرشد وجواز التصرف والقصد والاختيار كما عبر بذلك جماعة وفي (المبسوط والسرائر والجامع والشرائع والارشاد) وغيرها الاقتصاد على كونها جائزي التصرف والحكم في ذلك واضح فلا يصح رهن الصبي والمجنون مطلقا ومعتورا ولا العاقل والساهي والتائم والسكران والعايب والمأزول ولا المكره المسلوب القصد فان لم يسلبه فكالمفضولي يتوقف على اجازته بعد لا كالصبي ﴿ قوله ﴾ - ﴿ وتملك الموجب ﴾ قال في (جامع المقاصد) لو قال وتملك الموجب لكن اولى وأخصر مع ان فيه ايهام الاكفان بتجده تملكه (قلت) له اراد ادراج المكاتب لانه ليس مالكا على الظاهر بل متملك وادراجه في حكم المالك كالوكيل والولي لا يخلو من بعد فاتملك يشمله والمالك اما على الاشتراك بمعنىه أو على عموم المجاز والايهام المذكور موهوم أو اراد دفع توهم التكرار لانه لو قال وتملك الموجب لربما فهم انه يشترط ان يكون الرهن مما يملك وقد تقدم حكمه والامر سهل ﴿ قوله ﴾ - ﴿ أو حكمه كالمستعير وولي الطفل مع المصلحة كالاقتراض في نفقته أو اصلاح عقاره ﴾ أما المستعير فقد تقدم الكلام فيه وأما ولي الطفل ففي (المسالك) انه لا خلاف عندنا في أنه يجوز له أن يرهن ماله اذا افتقر الى الاستدانة مع المصلحة والمخالف بعض الشافعية فمنع من رهنه مطلقا قلت وبه صرح في المبسوط والشرائع والتحرير والتذكرة والارشاد والدروس وغيرها وقيد في المبسوط والروضة والرياض بما اذا لم يكن بيع شي من ماله أعود وفي الاخيرين أولم يمكن وفي (التذكرة والمسالك) بما اذا تعذر البيع وفي الاولين والروضة يجب أن يكون على يد ثقة يجوز ابداعه منه قلت ويصح أن يرهن ماله فيما اذا اشترى له بمائة نسبية

ما يساوي مائتين ورهن من ماله ما يساوي مائة فان لم يعرض التلف فبني الغبطة الظاهرة وان عرض
 فلا ضرر مع حصول الغبطة أيضا كما صرح به في التذكرة وأشار اليه في المبسوط بقي الكلام فيما اذا
 لم يرهن الا برهن تزيد قيمته عن المائة ولم يكن الرهن مما لا يخشى تلفه كالعقار كان يكون مما يخاف
 عليه التلف وقد قوى في التذكرة الجواز في موضع يجوز ايداعه وأنت خبير بأن الارهان مانع من
 التصرف فرمما يتلف فيتضرر به الطفل بخلاف الايداع فليتأمل وفي (المبسوط والشرايع والتذكرة
 والارشاد والدروس) وغيرها انه يجوز لولي الطفل أخذ الرهن له اذا باع ماله نسيئة اذا كان له فيه الحظ
 ومثله ما في اللمعة والدروس والروضة من أنه يصح أخذ الرهن له اذا بيع كذلك أو خيف على المال
 ونحو ذلك ما في الكفاية ويمكن أن يراد بالجواز أو الصحة المعنى الخاص فلا يجب لاصالة العدم اذا
 كان الدين في ذمة ملي أو ثقة ولجواز ابضاع ماله ولا يتصور فيه الرهن وكأن المراد به هنا معناه
 اعم والمقصود منه الوجوب وبه قطع في التذكرة قال بعد ما حكينا عنه ولو كان المشتري موسرا لم
 يكف الولي به بل لابد من الارتهان بالثمن قل ولو لم يحصل أو حصل الظن بيساره وأمانته أمكن
 البيع نسيئة بغير رهن كما يجوز ابضاع مال الطفل انتهى وفي (المسالك والروضة والرياض) انه يعتبر
 كون الرهن مساويا أو أزيد وكونه بيد الولي أو عدل والشهاد على الحق فلو أخل ببعض هذه ضمن
 مع الامكان وفي (حجر التذكرة) انه يرهن به رهنا وافيًا فان لم يفعل ضمن وفي رهنها انه لافرق في
 ذلك بين الاولياء فالاب والجد له والوصي والمالك وأمينه سواء في ذلك وفي (المبسوط) ان هؤلاء
 الخمسة لا يصح تصرفهم الا على وجه الاحتياط والحظ للصغير وفي (حجر التذكرة) لا يحتاج الاب اذا باع
 مال ولده عن نفسه نسيئة أن يرهن له من نفسه وكذا لو اشترى له سلعا مع الغبطة بذلك والحصل
 من مجموع كلامهم وما يقتضيه أصول المذهب انه يجوز لولي الطفل مطلقا الرهن والارتهان مع كمال
 الاحتياط بمراعاة المصلحة سواء رهن أو ارتهن مما يخاف تلفه أم لا في بيع أو قرض بل قد يجبان اذا
 قطع بالثمن أو الذهب لو لم يرهن أو يرهن ونحو ذلك ما اذا باع له أو منه نسيئة مع كمال الغبطة كما
 أشرنا اليه آنفا اذا لم يحصل الاطمئنان أما لو اطمئن الاثنان لمكان الديانة والملازمة والايقان جاز
 كذلك من غير رهن وارتهان والعقار بفتح العين (وقد) تعرض الاصحاب في المقام لحال اقراض الولي
 مال الطفل للغير واقراضه منه لنفسه أما الاول ففي (المبسوط) انه لا يجوز له القرض الا في موضع الضرورة
 كالخوف من نهب أو حرق أو غرق فيجوز له حينئذ أن يقرضه من ثقة ملي يقدر على قضاءه وزيدي
 جامع الشرائع والتذكرة والتحرير والمسالك ومجمع البرهان مع الارتهان وزيد في جامع الشرائع
 والمسالك والشهاد وفي (حجر التحرير) ان استرهن كان أحوط وفي (الكفاية) ان الاحوط الاقراض من
 ثقة المولى والارتهان والشهاد مع الامكان واقتصر في الشرائع والارشاد واللمعة ورهن التذكرة
 وحجر الكتاب على انه يجوز له مع المصلحة كالخوف أن يقرضه ويرهن وقضية كلام هؤلاء انه مع
 امكان الرهن لا يعتبر كون المقرض ثقة لانضباط الدين بالرهن وصرح بعضهم ان ذلك غير واجب
 ولا يبعد القول بالوجوب اذا ظهرت امارات الخوف بل لا يبعد وجوب الشهاد اذا قلنا ان أداء الدين
 من الوكيل بغير اشهاد وتفریط وفي (حجر التذكرة) انه لو تمكن من الارتهان ورضي بالكفيل ضمن
 وفي (الشرايع وحجر الكتاب واللمعة والروضة والمسالك) انه لو تعذر الرهن في موضع الخوف والضرورة
 والحاجة أقرضه من ثقة غالبا وزاد في اللمعة العدل بعد الثقة واقتصر في الارشاد على اقراضه من الثقة وقضية

كلامهم أنه اذا تعذر الثقة لا يجوز الاقراض وهو مشكل بل الاقراض اولى لانه مرجو الحصول في الدنيا أو الآخرة بخلاف التلف من الله سبحانه الا ان يثبت العوض عليه جل شأنه فيرجع لانه أكثر تقدير وفي (مجمع البرهان) اذا تعذر الرهن اكتفي بالملائمة والثقة ومع التعذر يسقط ومع وجودهما يحتل تقديم الثقة ويحتل تقديم الملى وفي (حجر التذكرة) كل موضع جاز له ان يقرضه فيه فإنه يشترط أن يكون المقرض ملياً أميناً فان تمكن من الارتهاق ارتهن وان تعذر جاز من غير رهن لان الظاهر من يستقرض من أجل حفظ التيمم انه لا يبذل رهنه فاشترطه مفوت لهذا الحظ وهذا الجمع بين الثقة والعدل في عبارة اللعنة تأكيداً وتفسيراً للثقة بالعدل لان ذلك هو المعتبر شرعاً مع أحمال الاكتفاء بالثقة العرفية فانها أعم من الشرعية والمراد بقولهم الثقة غالباً الثقة في ظاهر الحال يعني الاكتفاء بظاهر أمره ولا يشترط العلم بذلك لتعذره فعبروا عن الظاهر بالغالب نظراً الى أن الظاهر يتحقق بكون الغالب على حاله كونه ثقة لان المراد كونه في أغلب أحواله ثقة دون القليل لان ذلك غير كاف وقد صرح في التذكرة أيضاً بأنه لو لم يكن للقيم حفظ وإنما قصد ارفاق المقرض لم يجز اقراضه كما لو لم تجز هبته وقال ان من الخوف على مال التيمم ما اذا خاف على حفظه من السوس ومثل ذلك قال في المسالك وأما الثاني وهو اقراض الولي من مال الصبي لنفسه فقد أجازاه الشيخ في النهاية والعلوي في الوسيلة اذا كان متمكناً من قضاء ذلك وقال في (السرائر) لا يجوز له بحال لانه أمين والأمين لا يجوز أن يتصرف في أمانيه وقد ذكر القولين في التحرير من دون ترجيح وفي (جامع الشرائع وحجر التذكرة) اشترط الملائمة والمصلحة للطفل واحتل ذلك في المسالك والكفاية قالاً لانه كاقراضه لغيره لانه تصرف في مال التيمم وهو مشروط بالمصلحة واحتمالاً جواز اقراضه مع عدم الضرر على الطفل وان لم يكن له مصلحة قال في (المسالك) لا إطلاق رواية أبي الربيع عن الصادق عليه السلام أنه سئل عن رجل ولي يقيم فاستقرض منه فقال ان علي ابن الحسين عليهما السلام كان يستقرض من مال أيتام كانوا في حجره فلا بأس بذلك قال والرواية مع تسليم سندها مطلقة يمكن تقيدها بالمصلحة (قلت) الرواية صحيحة في أحد طريق الكافي رواها عن منصور بن حازم وفي آخر رواها عنه بطريق غير صحيح لكنه عندنا قوي لان معلى ابن محمد لم يثبت عندنا اضطرابه ورواية أبي الربيع مذكورة في التهذيب ومثلها عنه في الكافي والتهذيب في سند صحيح الى الحسن بن محبوب والمصنف في التذكرة استدلل على اشترط الملائمة والمصلحة برواية أبي الربيع المذكور ولم يتضح لنا وجهه وينبغي أن يعتبروا الرهن عليه حذراً من افلاسه وزيادة دونه فيحفظ بالرهن وكذا يعتبر الاشهاد حفظاً للحق كما قالوا مثله فيما اذا قوم الوصي على نفسه مع كون البيع مصلحة للطفل ورنما فسر قوله جل شأنه (ولا تقر بوا مال التيمم الا بالتي هي أحسن) بأن يكون للمتصرف مال قدر مال الطفل زائد على المستنبيات في الدين وفسره بعضهم بكون المتصرف قادراً على اداء الدين المأخوذ من ماله بحسب حاله وفي رواية ابن أسباط ان كان لاختيك مال يحيط بمال التيمم ان تلف فلا بأس وان لم يكن له مال فلا تعرض بمال التيمم ونحوه روايته الاخرى ونحوها غيرها مما تضمن العمل بمال التيمم على سبيل القراض أو القرض وكلها خالية عن اشترط الرهن والاشهاد وهذا حديث اجمالي وعام الكلام في باب الحجر بلفظ الله سبحانه وبركة خير خلقه محمد وآله صلى الله عليه وسلم وقد تقدم في باب الزكوة وباب القرض ماله نفع في المقام

ولو استدان ورهنا ثم قضى أحدهما صارت حصته طلقا ان لم يشترط المرتهن رهنه على كل جزء من الدين ولو تعدد المرتهن واتحد العقد من الواحد فكل منهما مرتهن للنصف خاصة (متن)

﴿ قوله ﴾ (لو استدان ورهنا ثم قضى أحدهما صارت حصته طلقا ان لم يشترط المرتهن رهنه على كل جزء) يريد انه لو استدان شخصان من رجل مقدار معلوما كقائة درهم مثلا ثم رهنا عنده على الدينين رهنا مشتركا بينهما بعقد واحد صادر منهما مباشرة أو توكيلا ثم قضى أحدهما ما عليه صارت حصته من الرهن طلقا كما صرح بذلك في (المبسوط والتذكرة وجامع المقاصد) والمخالف أبو حنيفة حيث قال ان الرهن رهن بكل الدين ومثل اقتضاء الابراء هذا اذا لم يجعل في حال الرهن مجموع كل من الاستحقاقين رهنا لمجموع الدين وبكل جزء منه أما لو جعله كذلك فلا انفكاك لان ذم الغير ملكه على مال آخر جائز بخلاف ما اذا لم يجعله كذلك لان الرهن ملك الانسان على دين غيره خلاف الاصل فلا يصار اليه الا بما يدل عليه ولما اتفق وجب أن يصرف ملك كل منهما الى ماعليه من الدين وحينئذ فينكف نصيب كل منهما بأداء ماعليه لامتناع بقاء الرهانة بعد أداء الحق وفي (المبسوط والتذكرة) ليس له أن يطالب المرتهن بالقسمة بل المطالب بها الشريك وانه لا يجوز للمرتهن أن يقاسمه الا بأذن الشريك ونحوه ما في التحرير وجوز في المبسوط ان يقاسمه وان لم يأذن الشريك اذا كان الرهن من المكبل والموزون ثم قال الاحوط ان لا يجوز القسمة الا برضاه في كل شيء ولم يتعرض المصنف هنا لحال القسمة ويتعرض لها في الفصل السادس حيث قال قاسم المرتهن بعد اذن الشريك سواء كان مما يقسم بالاجزاء كالمكبل أولا كالعبد (وتفصيل الكلام في المقام) أن يقال العقد اما أن يتحد أو يتعدد فعلى الاول فاما أن يتحد الراهن والمرتهن أو يتعدد الراهن فقط أو المرتهن كذلك وكذا الحال اذا تعدد العقد على كل الاحوال فالرهن اما واحد بالذات أو متعدد والمصنف قد بحث عن صورتين في المقام احدهما تعدد الراهن واتحاد المرتهن مع اتحاد العقد كما عرفت والثانية عكسها كما ستسمع (وهناك تفصيل) آخر وهو أن يقال ينفك بعض الرهن دون بعض بأحد أمور ستة (الاول) تعدد العقد كما اذا رهن نصف العبد بعشرة بصفقة على حده وصفه الآخر في صفقة أخرى فانه اذا قضى دين أحد النصفين خرج ذلك النصف عن الرهن وبقي الآخر رهنا بدينه المختص (الثاني) ان يتعدد من عليه الدين وهو ما ذكره المصنف هنا (الثالث) أن يتعدد مستحق الدين وهو ما يأتي (الرابع) أن يقضي أحد الموكلين كما لو وكل رجلان رجلا في أن يرهن عبدهما من زيد بدينه الذي عليهما فرهن ثم قضى أحد الموكلين (الخامس) اذا فك المستعير نصيب أحد المالكين (السادس) أن يقضي أحد الورثين ما يخصه من الدين على أحد الاحتمالين فيما اذا رهن عبدا بمائة ثم مات عن ولدين فقضى أحدهما حصته من الدين فانه يحتل أن ينفك نصيبه كما لو رهن في الابتداء اثنان ولعل الاقوى عدم الانفكاك لان الرهن في الابتداء انما صدر من واحد وقصيته حبس كل المرهون الى أداء كل الدين ولا كذلك لو لم يكن هناك رهن وتعلق الدين بكل التركة أو بعضها فنك أحدهما نصيبه فانه ينفك لان تعلق الدين به ان كان كتملق الرهن فهو كما لو تعدد الراهن وان كان كتملق الارش بالجاني فهو كما لو جنى العبد المشترك فأدى أحد الشريكين نصيبه وسببه المصنف على ذلك في أواخر الباب ﴿ قوله ﴾ (ولو تعدد المرتهن واتحد العقد من الواحد فكل منهما مرتهن للنصف) كما في (المبسوط والتذكرة وجامع المقاصد) اذا استوى

وفي التسيط مع اختلاف الدين اشكال فأن وفي احدها صار النصف طلقا فان طلب
قسمة المفكوك ولا ضرر على الآخر اجيب والا فلا بل يقر في يد المرتهن نصفه رهنا
ونصفه امانة والراهن والمرتهن ليس لاحدهما التصرف الا باذن الآخر (متن)

قدر الدينين وهذه هي الصورة الثانية التي أشرنا إليها آنفا وهي تنحل الى صورتين لانه اما أن يتحد
فيها قدر الدين أو يختلف فعلى الاول يكون كل منهما مرتهنا للنصف فكان بمنزلة عقدين فاذا وفي
احدهما خرجت حصته من الرهن كما ذكره المصنف هنا وعليه نص في المبسوط والتذكرة وجامع
المقاصد ومنع أبو حنيفة من انفكاك شي حتى يؤدى دينهما جميعا قياسا على الرهن الواحد ﴿قوله﴾
﴿ وفي التسيط مع اختلاف الدين اشكال ﴾ هذه هي الصورة الثانية من الصورة الثانية وهي ما اذا
اختلف قدر الدين سواء اختلف مع ذلك في الجنس أم لا فيحتمل التسيط والتصنيف والتسيط أقسط
اذا لم يف الرهن بالمجموع وهو خيرة الايضاح وجامع المقاصد لقيام الدليل عليه لأن مقتضى الرهن
قضاء الدين كله من ثمن المرهون اذا وفي وفيها نحن فيه اذا قضى الزائد من احد الدينين على الآخر
من ثمن الرهن اقتضى تعلق ذلك الزائد بالرهن فيكون متعلق بمجموع الدين الزائد من الرهن أكثر من
متعلق الآخر وان لم يقض امتنع كونه رهنا بالمجموع وقد فرض كونه رهنا بالمجموع فكان التسيط
مستنادا من خارج وهو جعل الرهن رهنا بالمجموع لامن أصل التثريبك (ويمكن) أن يستدل عليه
بمكس التقيض على مذهب القدماء كأن يقال كل ما لم يجب صرف ثمنه مع بيعه في الدين لم يكن متعلقا
به ويلزمه قولنا كل ما صرف ثمنه في الدين مع بيعه متعلق به وأكثر الثمن ثمن الاكثر مع تساوي الاجزاء
فيكون الدين الاكثر متعلقا به وهو المطلوب ولا قائل بالفرق بين متساوي الاجزاء ومختلفها كما في
الايضاح (وجه التصنيف) انه أصل في الاشتراك كما شرك بينهم في الملكية وان الاسباب اذا اجتمعت
تساوت (والجواب) ان الاصل قطع بما ذكرنا وكذا أصل تساوي الاسباب في التسيط ثم ان المفروض
عدم تساويها (وليعلم) أن تعلق الدين بالرهن على أربعة أقسام (تعلق) كل الدين بكل الرهن
(وتعلق) كل الدين بكل جزء من الرهن (وتعلق) كل جزء من الدين بكل الرهن وهذا أدعى في المبسوط
الاجماع عليه (وتعلق) كل جزء من الدين بكل جزء من الرهن والمذكور في كلام (كتب خ ل) الاصحاب
ثلاثة أقسام يأتي ان شاء الله ذكرها ونظام الكلام فيها عند تعرض المصنف لذلك في الفصل السادس
عند شرح قوله ولو أدى بعض الدين بقي كل المرهون رهنا بالباقي ﴿قوله﴾ ﴿ فان وفي احدها
صار النصف طلقا ﴾ كما عرفت وجهه وان ذلك عند التساوي أو اذا قلنا بعدم التسيط عند التفاوت
﴿قوله﴾ ﴿ فان طلب قسمة المفكوك ولا ضرر على الآخر اجيب ﴾ كما في (المبسوط والتذكرة)
والمقاسمة هنا بين المالك والمرتهن ﴿قوله﴾ ﴿ والا فلا بل يقر في يد المرتهن نصفه رهن ونصفه
أمانة ﴾ كما في (التذكرة) وحكاة فيها عن الشيخ لما في ذلك من تضرر المرتهن بالقسمة ﴿قوله﴾
﴿ والراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف ليس لاحدهما التصرف الا باذن الآخر ﴾ كما في (المراسم
والتحريم والارشاد والتبصرة ومجمع البرهان) وفي (المهذب البارع) انه المشهور وفي (التذكرة) بعد
أن ذكر انه يمنع من التصرفات القولية كالبيع والهبة والرهن قال وكذا التصرفات الفعلية يمنع من جميعها
اجماعا وفي (مجمع البرهان) الظاهر ان عدم جواز تصرف المرتهن مما لا خلاف فيه قلت هو كذلك ويستسمع

اجماع المفاتيح لانه ليس ماله مجردا وبمجرد الرهن لا يستلزم جواز التصرف مضافا الى العمومات وخصوص بعض الروايات كموثقة عبيد بن زرارة وموثقة عبيد الله بن بكير حيث تضمنتا انه لا يباع حتى يجبي، صاحبه ونحوها موثقة اسحق بن عمار والظاهر ان المراد من منعه من التصرف عدم الصحة أو عدم النفوذ كالفصولي لاحصول الائتم وفعل الحرام بقوله بت كما يتناه في بيع الفضولي وأما الراهن فليس له التصرف في الرهن يبيع أو نحوه مما يوجب ازالة الملك ولا باجارة أو سكنى وغيرها مما يوجب نقضه كما في المقنعة والنهاية والمراسم والوسيلة والسرائر وجامع الشرائع والشرائع والنافع والتحرير والتبصرة والدروس واللمعة والروضة والمسالك وهو قضية مفهوم كلام الغنية بل هو قضية كلام الباقرين بالاولوية كالشيخ في الخلاف والمبسوط وغيره كما استسمع وفي (الرياض) انه لا خلاف فيه وفي (غاية المرام) لاشك فيه وفي (المفاتيح) ليس لاحدهما التصرف فيه الا باذن الآخر اجماعا الا تصرفا يعود نفعه عليه انهم ما أردنا نقله من كلامه (وحجتهم) بعد الاجماع النقل المشهور كما في ايضاح النافع من قوله صلى الله عليه وسلم الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف ونحوه ما في التنقيح وأما ما لا يوجب ازالة الملك ولا نقضه فصرح الوسيلة والتحرير والتذكرة في اثناء كلام له والروضة والمسالك منع الراهن منه أيضا وهو ظاهر اطلاق المقنعة والنهاية والمراسم والتبصرة والارشاد والدروس واللمعة والمهذب البارع وهو قضية مفهوم كلام الغنية وفي (الرياض) ان الشهرة به عظيمة وفي (مجمع البرهان) انه ظاهر أكثر العبارات وعن (السرائر) الاجماع على المنع في مطلق التصرفات ولم أجده (١) وفي (الخلاف) الاجماع على انه ليس له أن يكرى داره المرهونة أو يسكنها غيره وظاهر المبسوط الاجماع على انه ليس له استخدام العبد وركوب الدابة وزراعة الارض وسكنى الدار قال ان ذلك كله غير جائز عندنا ويجوز عند المخالفين ونص في (الشرائع) على المنع من الاستخدام (٢) وفي (المبسوط والخلاف) الاجماع على أنه لا يجوز له وطى الامة المرهونة وفي (الجواهر) انه لا خلاف فيه وفي (كشف الرموز) ان العمل منقاد على خلاف الرواية للدالة على الجواز وظاهره الاجماع كما هو ظاهر النافع والدروس حيث وسمت الرواية في الاول بأنها مبحورة وفي الثاني بأنها متروكة وفي (التنقيح وايضاح النافع) هجرها الاصحاب وفي الثاني أيضا هجرها القوم وقد يظهر من الغنية دعوى الاجماع أيضا وقد نص على الحكم المذكور في النهاية والسرائر وجامع الشرائع وغيرها ولا فرق في الجارية بين ما اذا كانت تحبل أولا كما في الخلاف وغيره (وحجتهم)

(١) بل هو موجود فانه ذكر أن ثقة الحيوان المرهون على الراهن دون المرتهن وانه ان أففق المرتهن كان متبرعا ليس له الرجوع على الراهن الا اذا شرط عليه ذلك ثم قل وقد روي ان له أي للمرتهن ركوبها والانتفاع بها بما أففق أو الرجوع على الراهن ثم قال والاولى عندي أنه لا يجوز له التصرف في الرهن على كل حال لانا قد أجمعنا بغير خلاف ان الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف في الرهن انتهى وكان الشارح طاب ثراه نظر الى كلامه في أوائل المبحث حيث منع الراهن من التصرف المبطل أو المنقوص لحق المرتهن كالبيع والرهن عند آخر الارض المرتهن ومنعهما أيضا ما عدا ذلك مثل السكنى والزراعة والاستخدام والركوب وغيرها الا بالتراضي ولم يدع اجماعا ولم يقع نظره على هذه العبارة المذكورة في أواسط المبحث (لمصححه محسن الحسيني العاملي)

(٢) وغيره الاستخدام حيث قال لا يجوز للراهن التصرف في الرهن باستخدام ولا سكنى الى آخره (محسن)

فلو بادر أحدهما بالتصرف لم يقع باطلا بل موقوفا (متن)

بعد الاجماع المحرر المذكور المشهور المؤيد بالامور الاعتبارية من التعريض للأبطال وبما ذكر في التذكرة والمسالك وغيرها من وجه الحكمة وهو تحريك الزهن الى الآداء اذ لو جاز له الانتفاع ولو في الجملة لانتفت الفائدة الى آخر ما ذكره والرواية المشار اليها حسنة الحلبي أو صحيحته وصحيفة محمد بن مسلم حيث تضمنتا انه ان قدر عليها خاليا لا بأس وهما محمولتان على التقية كما أشار اليه في المبسوط وقد مال الى العمل بها المولى الأردبيلي والخراساني وجزم بها الكاشاني والبحراني ممتضدين بما احتمله في (التذكرة) حيث قال بعد حكايته فيها كلام المبسوط وقال انه يشعر بعدم الخلاف عندنا قال ويمكن الاحتجاج للجواز بقوله عليه السلام الظهر يركب ورواية السكوني وساقها وبان التعليل ضرر قول المولى الأردبيلي بعد نقل كلامه هذا يشم منه رائحة الجواز قلت ما كنا لتعديل عن المعلوم من كلامه الى المشوم الموهوم فانه صرح في أول البحث الثالث في الرد على الشيخ حيث جوز التزويج واستدل بعموم قوله جل شأنه (وانكحوا الايامي منكم) بان الزهن والمرهين ممنوعان من التصرف في الزهن ثم ان كلامه هذا الذي استندوا اليه قد يشعر أوله بدعوى الاجماع على المنع حيث نسب الجواز الى الشافعي ومالك في رواية عنه ونسب الى الشيخ المنع وقال ان كلامه يشعر بعدم الخلاف كما سمعته آتفا (سلمنا) لسكنه ما عساه يجدي موافقة التذكرة لهم في أحد محتملاتها مع ما سمعته من الاجماع لكن هو لا ما عدا الأردبيلي لا يبالون بالاحاطات أصلا (وبما ذكر) يعلم حال ما ذكره المصنف في التذكرة والشهيد في الدروس وأبو العباس والصيعري والشهيد الثاني وغيرهم من جواز التصرف بما يعود به النفع على المرهين كداواة المريض ورعي الحيوان وتأبير الفحل وختن العبد وخفض الجارية ان لم يؤد الى التقض الا أن يقال بحصول الاذن بذلك بالفحوى ولسكنه حينئذ خروج عن الغرض لان محله التصرف الذي لم يتحقق فيه اذن أصلا وليعلم انه لا يجبر على الداواة ونحوها بخلاف النفقة وكان الرعي منها وفي معناه سقي الاشجار وموتة الجدار وتجهيف الثمار وأجرة الاصطبل والبيت الذي يحفظ فيه المتاع المرهون كما سيأتي ذلك في كلام المصنف في أثناء الفصل السادس في الواحق ﴿ قوله ﴾ ﴿ فلو بادر أحدهما بالتصرف لم يقع باطلا بل موقوفا ﴾ اذا تصرف الزهن بما يمنع منه فان كان يعقد أو يعتق كان موقوفا على اجازة المرهين كما في (النهاية وجامع الشرائع والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد وشرحه لولده واللمعة والمقتصر وغاية المرام والميسبة وايضاح النافع والمسالك والروضة والكفاية والرياض) لعموم أدلة العتق السالبة عن المعارض لان المانع قد زال بالاجازة وذلك لابناني تنجيز العتق (المقدخل) كسائر العقود التي يشترط فيها ذلك لان التوقف الممنوع منه هو توقف المقتضي على شرط لا على زوال مانع والفرق بين المراعي والموقوف ان ما يتوقف عليه الحكم بالصحة في الموقوف يكون جزء سبب وفي المراعي يكون كاشفا عما هو صحيح في نفس الامر (وقد يقال) انه اذا كان منهي عنه مع اشتراطه بالقرينة كيف يمكن الحكم بالصحة مضافا الى الاصل وانا لانجد عموما في أدلة لزوم العتق بحيث يشمل ما نحن فيه (وقد يجاب) بأن متعلق النهي هو التصرف وليس مجرد ايقاع الصيغة تصرفا كما أشرنا اليه آتفا وبيناه في باب الفضولي ويشهد على ذلك ان الشيخ جوز في المبسوط والخلاف

الاعتق المرتهن فإنه يبطل وإن اجازته الراهن ولو سبق اذنه صح فلو افكك الرهن ففي لزوم العقود نظر (متن)

وغيره تزويج العبد المرهون إذا اشترط عدم التسليم إلا بعد الفك كما سيأتي إن شاء الله تعالى وأما العموم فقد قيل أنه مما قد تسالم الخصوم في الظاهر على وجوده لأن المانع لم يستند إلى عدمه بل استند إلى غيره كذا قيل (قلت) الذي استدل بالعموم في المقام صاحب الإيضاح النافع لكنه قد يكون قضية كلام الباقيين وقد طفحت عباراتهم في المقام بالاستدلال بأن العتق مبني على التغلب والراوندي أخذ يحاول الاستدلال على وجود العموم بكل آية تنطق بتحرير الرقبة في الكفارات قال فإنها تدل على جواز العتق إلى آخر مقال (وأطلق) المنع من عتق الراهن في (المبسوط والمراسم والوسيلة والغنية) وكانه مال إليه أو قال به في الدرر كون العتق إيقاعاً فلا يكون موقوفاً لاعتبار التنجيز فيه وقد عرفت الحال في ذلك وبعض هؤلاء لا يقول بالفضولي في البيع ولا تر جيب في كشف الرموز والتفويض وإن كان التصرف بدون عقد أو إيقاع كأن يكون باتتاع منه أو من سلطه عليه ولو بمقد لم يصح وقيل محرمانم إن قلنا إن التمام المتجدد يبيع الرهن كما يأتي بيانه في الفصل السادس ثبتت عليه أجره ذلك إن كان ماله أجره عادة وكانت رهناً وإن لم قل بالتبعية لم يلزمه شيء كما نبه على ذلك في المسالك واستحسنه صاحب الكفاية ﴿ قوله ﴾ (الاعتق المرتهن فإنه يبطل وإن اجازته الراهن) كفاية (الشرائع والتحرير والارشاد وشرحه لولده والدرر واللمعة وغاية المرام والتفويض وجامع المقاصد والميسر والمسالك والروضة وجمع البرهان والكفاية) وفي (الروضة) إن العتق يقع بإطلاقاً قطعاً ما لم تسبق الإذن إذ لا عتق إلا في ملك وظاهره الإجماع وفي (شرح الارشاد) (الإيضاح خ ل) لغرض الاستسلام قد اتفق الكل على اضمار الصحة في قوله عليه وآله السلام لا عتق إلا في ملك وفي (المسالك) إن كثيراً من الأصحاب لم يتوقفوا فيه (قلت) إن كان هناك إجماع فلا كلام. والألفاظ الضولي جار في مثله إذا اعتقه المرتهن عن الراهن ﴿ قوله ﴾ (ولو سبق اذنه صح) أي لو سبق إذن الراهن للمرتهن في العتق صح إن كان عن الراهن أو مطلقاً وكذا لو كان عن المرتهن وينقل ملكه إلى الممتق قبل إيقاع الصيغة المعترة بالأذن كغيره من المأذونين فيه أي العتق ويحتمل على تكلف أن يكون المراد أن لو سبق إذن أحدهما للآخر في التصرف صح تصرفه فيه ﴿ قوله ﴾ (فلو افكك الرهن ففي لزوم العقود نظر) أي لو افكك الراهن الرهن أو افكك ممتك فإن يقرأ مبنيًا للمجهول ففي لزوم العقود الصادرة من الراهن من دون إذن المرتهن أو اجازته نظر وقال في (التذكرة) ولو لم يعلم أي المرتهن حتى قضى الراهن الدين احتمل بقائها أي العقود فتكون لازمة انتهى فأمل وكما استشكلوا هنا في لزوم العقود وعدمه كذلك استشكلوا في نفوذ العتق وعدمه وينبغي أن يستشكلوا أيضاً في نفوذ الوقف وعدمه وقد يفرق بينه وبين العتق لأنه مبني على التغلب قال في (التحرير) فإن فك قضي نفوذ العتق أشكال وفي (الدرر) لو افكك لا ينفذ العتق لأنه لا يقع معلقاً وفي (المسالك) أنه ينفذ وفي (التذكرة) قل عن الشافعي قولين أحدهما أنه لا ينفذ لأنه لا يملك اعتاقه فاشبه ما إذا اعتق المحجور عليه للسفه ثم زال الحجر والثاني أنه ينفذ لأن المانع حتى المرتهن وقد زال ثم قال والخلاف فيه كالخلاف فيما إذا اعتق المحجور عليه بالفلس عبداً ثم افكك عنه الحجر ولم ينفق بيع ذلك العبد ثم رجعتنا إلى باب الحجر فوجدناه

والاقرب للزوم من جهة الراهن قبل الفك ولو اجاز الرهانة الثانية ففي كونه فسخا له
مطلقا او فيما قابل الدين الثاني او العدم مطلقا نظر (متن)

ينقل عن الشيخ قدس الله روحه وبعض العامة القول ببطلان العتق وجعله أقوى ثم نقل قولاً بأن
العتق لا يقع باطلا بل يكون موقوفاً ونفى عنه البأس والاكترون لم يتعرضوا لحال العتقود والعتق مع
الفك او الافسكاك وانما تعرضوا لخالهما مع الاجازة فيحتمل أن يكون الجميع من سنخ واحد وان لا
يكون كذلك ويأتي في أواخر الفصل السادس عند شرح قوله فان افكك ظهر صحة العتق ماله نفع
نام في المقام وقد قوى الزوم في العتقود الفخر في الايضاح والشهيد في حواشيه والمحقق الثاني لانها
لازمة في أصلها كما هو الفرض وجوازها انما كان بسبب حق المرتهن وقد زال فيزول الجواز ولاها لازمة
من طرف الراهن لصدور العقد اللازم منه في حال كونه مالكا لحقه أن يكون لازماً كما يأتي فربما فقد
وجد المقتضي والجواز انما هو لعلاقة حق المرتهن فاذا زال لم يبق للجواز مقتضى وفرق واضح بين
ما اذا باع مال غيره فضولياً ثم ورثه أو اشتراه وكيله حيث قال انه يقع باطلاً أو موقوفاً على اجازة البائع
لوارث لان مال الغير غير مملوك للمصرف فالمقتضي للصحة متصف بمجرد الصيغة لا تعد مقتضياً بخلاف
ما نحن فيه فان الملك منحصر في الراهن والمقتضي وهو العقد الصادر من أهله في مملوك موجود غاية الامر
ان حق المرتهن مانع فاذا اتفق عمل المقتضي عمله (وأيضاً) فانه لا سبيل الى اعتبار اجازة المرتهن بعد
انقطاع علاقته ولا الى بطلان تصرف الراهن المالك اذ تصرفه قبل الافسكاك غير محكوم ببطلانه
بعده ووجه الجواز ان هذه العتقود وقعت جائزة فيقوى جوازها مستصحباً وسيأتي للمصنف في الفصل
السادس انه اذا جنى على الرهن في يد المرتهن جاز فمضى الراهن عن المال الذي لزم الجاني بسبب
الجناية ان الاقرب أن المرتهن يأخذ المال الذي أوجبه الجناية من الراهن (الجاني خ ل) فان افكك
الرهن ظهرت صحة العفو ولا فلا وقوى في جامع المقاصد عدم صحة العفو وعدم وقوعه موقوفاً
بل قال ان القول بصحة العفو وكونه موقوفاً على فك الرهن ليس شياً قلت وقد يكون قضية ذلك
ان العتق والوقف كذلك بل قد يلزمه ذلك في العتق فليتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ والاقرب للزوم من
جهة الراهن قبل الفك ﴾ كما هو خيرة (الايضاح وجامع المقاصد) لانه صدر منه العقد في حال كونه
مالكا لحقه أن يكون لازماً ولا مقتضي للجواز الا حق المرتهن وهو منحصر في جانبه فيختص به لان
العقد فضولي بالنسبة اليه متوقف على اجازته وشأن العقد فضولي على القول بأن الاجازة كاشعة كما هو
الحق أن يكون جائزاً من طرف من وقع العقد فضولياً بالنسبة اليه خاصة دون العاقد الآخر مع الفضولي
فالعقد فيما نحن فيه لازم من جهة الراهن البائع والمشتري وجائز من جهة المرتهن خاصة لان الفضولية
انما هي بالنسبة اليه نعم لو قلنا ان الاجازة نافذة وجزأ للسبب في الفضولي كان العقد جائزاً من طرف
الفضولي وغيره أعني العاقد الآخر لكننا قد نقول بالزوم فيما نحن فيه وان قلنا ان الاجازة في الفضولي
نافذة لان المأني به هنا سبب تام أقصاه ان المانع موجود وهو لا يخل بوجود السبب التام من الرهن
الذي هو المالك كذا حقق في جامع المقاصد وهو جيد ﴿ قوله ﴾ ﴿ فلو اجاز الرهانة الثانية
ففي كونه فسخا له مطلقاً أو فيما قابل الدين أو العدم مطلقاً نظر ﴾ يجوز الزيادة في الرهن على الدين
وفيه عليه وهذا الثاني اما أن يكون عند المرهون عنده أو عند غيره (فالصور ثلاث) أما الصورة الاولى

قد تعرض لها المصنف بخصوصها فيما يأتي من الباب في آخر الفصل الرابع في الحق ومثاله ان
 يكون قد رهن عنده ثوبا بعشرة دراهم ثم بعد ذلك زاده ثوبا آخر ليكون مرهونا مع الاول بالعشرة
 ولا كلام فيها لجواز عروض مانع من الاستيفاء من الرهن الاول ولزيادة الارتفاق وقد نفى الخلاف في
 المبسوط عن صحة ذلك ونص عليها في جامع الشرائع والتذكرة في موضعين منها والتحرير والدروس وجامع المقاصد
 فيما يأتي والمسالك وجمع البرهان ولا فرق بين كون قيمة كل من الرهنيين مساوية لتقدر الدين أو
 أقص أو أزيد والثوبان في المثال يكونان رهنا بكل الدين على ما سيأتي من أنه ان شرط كونها على
 الحق وعلى كل جزء منه لم يفسخ مادام من الحق شيء وان شرط كونها رهنا عليه لا على كل جزء منه
 سح وانفسخ بأداء شيء من الحق وفي وجوب القبول هنا لبعض الحق نظر من ادائه الى الضرر
 بالانفاخ ومن قضية الشرط ووجوب قبض بعض الحق في غير ما يلزم منه نقص في المسالية وان
 أطلق ففي حمله على المعنى الاول والثاني نظر اقواء الاول كما ستعرف وقال أبو حنيفة يقسم الدين على
 قيمة الرهن الاول يوم قبضه وعلى قيمة الزيادة يوم قبضها فلو كانت قيمة الاول يوم قبضه ألفا وقيمة
 الزيادة يوم قبضت خمسمائة والدين ألف يقسم الدين اثلاثا في الزيادة ثلث الدين وفي الاصل ثلثا
 الدين (وأما الصورة الثانية) وهي رهن المرهون عند المرهين على دين آخر ففي (المبسوط والخلاف والشرائع
 وجامع الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس وغاية المرام وجامع المقاصد فيما يأتي والمسالك
 وجمع البرهان) انه يصح ولا يشترط فسخ الرهن الاول ثم تجديده لهما كما في الدروس بل يضم الثاني بعقد
 جديد كما في المسالك وقال في (الدروس) فان شرط كونه رهنا عليهما فالرهانة الاولى باقية ولو لم يشترط
 الرهن بأن اتفقا على ارادة المجرع فكذلك وان أطلقا ففي بطلان الاول تردد وقضية كلام الاصحاب
 الاطلاق ولعله لما أشار اليه في التذكرة من أن الدينين اذا كانا لواحد لم يحصل من التنازع ما اذا تعدد فأنزل
 ومنع أبو حنيفة من هذه الصورة كما منع الثالثة كما يأتي مستندا الى أن الدين يشغل الرهن ولا عكس ومعناه ان
 الزيادة في الرهن شغل فارغ والزيادة في الدين شغل مشغول (وفيه) انه مع عدم اطراده لعدم الشغل فيما اذا
 كانت القيمة زائدة على قيمة الرهن الاول أضعافا مضاعفة غير مانع لعدم المانع مع وجود مقتضي فان التوثيق
 بشيء لشيء آخر لا ينافي التوثيق به لآخر فتدبر (وأما الصورة الثالثة) وهي رهن المرهون عند غير المرهين
 باجازة منه وهذه تنحل الى صورتين (الاولى) أن يكون ذلك باتفاق المرهين من غير ابطال الاول
 وحينئذ يكون رهنا على الحقين كما في التحرير وظاهر الشرائع والارشاد وفي (الدروس) ما سمعته آتفان
 التردد في بطلان الاول اذا أطلقا والصحة اذا اشترطا كونه رهنا عليهما أو اتفقا على ارادة المجموع
 (الثانية) أن يكون ذلك من دون اذن المرهين الأول ثم يعلم فيطلق الاجازة فان كان الرهن أزيد
 من دين الاول قام في المسئلة احتمالات ثلاثة وان كان مساويا أو أقص فاحتمالان ولم يرجح المصنف
 هنا ولا في التحرير ولا ولده في الايضاح ولا الشهيد في الدروس وحواشي الكتاب ولا الصيمري
 في غاية المرام شيئا من الاحتمالات (الاول) منها عدم البطلان مطلقا أي في مجموع الرهن سواء ما قابل
 دينه وما زاد عليه كما هو خيرة التذكرة وجامع المقاصد ونفي عنه البعد في مجمع البرهان وهو ظاهر
 الارشاد لعموم ما دل على وجوب الوفاء بالعقد الشامل لموضع النزاع وعدم ثبوت مناف يقتضي البطلان
 لانه لا يمنع كون الشيء رهنا لمجموع (مجموع خل) لا يفي ثمنه بأدائه لان الاداء ثمرة الرهن بعد تحققه لافسه
 وانما يثبت الاداء بحسب حال الثمن باعتبار كثرته وقلته وتقدّم دين شخص في الاداء على آخر

ويترتب حكم اسقاط الثاني حقه ولو لم يعلم الاول حتى مات الراهن ففي تخصيص الثاني
 بالفاضل عن دين الاول من دون الغرماء اشكال ولا حكم لاجازة الاول ولا فسخه بعد
 موت الراهن (متن)

لا ينافي تعلق كل من الدينين بالرهن لما قلناه من أن ذلك ثمرة الرهن ومقصوده ولا محذور في أن
 يكون المقصود في بعض أولى وأسبق من البعض الآخر وان استويا فيما له المقصود والثمرة ولا يه لو
 تضمن عقد واحد رهنا بدينين وتقديم أحدهما في الاداء على الآخر ثم تأدية الآخر بعد أداء الاول
 لم يكن ذلك باطلا في المقدين المستقلين أولى لوقوع الثاني بعد اقطع صحة الاول فلا بد في طرو البطلان
 عليه من دليل أقوى من دليل الصحة (الثاني) البطلان مطلقا ووجهه ان مقتضى الرهن الاختصاص
 بمجموعه بالنسبة الى الدين المرهون به ليقضى ذلك الدين من ثمنه واختصاص كل من الدينين بمجموع
 الرهن متافيان لان اختصاص أحدهما بالمجموع على هذا الحكم ينافي اختصاص الآخر وقد ثبت
 رهن الثاني بالسبب الطارئ واجازة المرتهن الاول فيطل الاول الثالث ان الاجازة موجبة لفسخ رهنه
 فيما قابل الدين الثاني لان المذافة باعتبار مقصود الرهن مختصة به بخلاف ما زاد وضمف بأن الرهن
 متعلق بالمجموع فان اقتضى الاختصاص اقتضاه في المجموع والا لم يقتض في شيء منه ولأن الثمن
 على تقدير اعتبار المقابلة والزيادة بالنسبة اليه لا يضبط قد يكون في وقت الرهانة كثيرا يبقى منه
 بقية بعد الدين الثاني ثم يتجدد التصان والعكس ويستجمل تجدد ثبوت الحق بعد كون العقد حال
 وقوعه غير مقتض له وأما اذا ساواه أو قص عنه فانه يسقط الاحتمال الثالث **قوله** «و يترتب
 حكم اسقاط الثاني حقه» يريد أنه لو أسقط المرتهن الثاني حقه فحكمه يترتب على الاحتمالات الثلاثة
 فعلى الاول في كلام المصنف لاحق للمرتهن الاول وعلى الثاني لاحق له فيما قابل الدين الثاني وعلى
 الثالث حقه بحاله ومنه يعرف حال ما اذا اسقط المرتهن الاول حقه ويزيد هذا في شيء وهو ما اذا كان
 دين المرتهن الاول مائة مثلا ودين المرتهن الثاني كذلك وكانت قيمة الرهن يوم قبضه المرتهن الاول
 تساوي مائة ويوم قبضه الثاني تساوي خمسين فاذا أسقط الاول حقه كل رهنا عند الثاني على خمسين
 فقط وان كان له عنده مائة فاذا وقاه خمسين له أن يأخذ الرهن وتبقى الخمسون الاخرى بلا رهن بناء
 على أن المعتبر في قيمة الرهن إنما هو حين قبضه أو حين العقد هذا في الصورة الثانية من الثالثة وأما
 على الاولى منها فاذا أسقط أحدهما حقه احتمل اختصاص الآخر بالجميع ان قلنا انه رهن على كل من
 الحقتين وعلى كل جزء منهما أو بالنصف ان تساوى الدينان أو قلنا ان التنصيف هو الاصل والافالتسيط
 كما مر مثله فيما لو تعدد المرتهن وأحمد العقد **قوله** «ولو لم يعلم الاول حتى مات الراهن ففي
 تخصيص الثاني بالفاضل عن دين الاول من دون الغرماء اشكال ولا حكم لاجازة الاول ولا فسخه
 بعد موت الراهن» اذا لم يعلم المرتهن الاول بالرهانة الثانية حتى مات الراهن فان كان مساويا لدين
 المرتهن ولم يميز أو قلنا بعدم اعتبار اجازته اختصاص به ولا يبحث وان قلنا باعتبارها وأجاز جاء الاحتمالان
 السابقان وان كان زائدا فلما أن تكون العين قد بيعت في دين الاول وبقت من القيمة بقية عن دينه
 أو بيع بعضها في دين الاول وبقي البعض الآخر عن الدين فاضلا فان كان الاول امتنع ففوذ الرهن
 الثاني في الفاضل من القيمة عن دين الاول لان الرهانة الثانية حينئذ خالية عن الاجازة والافتكك

ولو اعتق الراهن بأذن المرتهن وبالعكس سقط الغرم (متن)

وهي لا تكون الا بهما فاذا اتفق التعلق بالعين اتفق التعلق بالقيمة فلا يختص الثاني بالفاضل دون الغرم كما حكم بذلك في حواشي الكتاب وغاية المرام وجامع المقاصد ولا حكم حينئذ أي بعد البيع لاجازة المرتهن ولا لفسخه لا لقطع علاقه واستيفائه حقه كما هو المفروض وأما احتمال الاختصاص استنادا كما في الايضاح وغيره الى أن الرهن الثاني لم يقع باطلا بل موقوفا على زوال مزاحمة الاول وقد زالت في الفاضل والى انه كان لازما من جهة الراهن فأرهن شيئا لان ذلك انما يتجه اذا افتكه أو أجاز المرتهن واذا لم يكن شيئا منهما ظهر انه وقع باطلا نعم يتم ذلك اذا كان الفاضل فاضلا من العين لامن القيمة لما ذكر من الوجهين هذا كله اذا لم يميز قبل البيع في المسئلتين اوقلا بعدم اعتبار اجازته وان أجاز قبله وقلنا باعتبارها كما هو الظاهر جاءت الاحتمالات الثلاثة السابقة وكانت اجازته كاشفة عن عدم تعلق حق باقي الغرماء ورده كاشفا عن التعلق المذكور فكان تعلق حق الغرماء وعدمه فرع الاختصاص والاختصاص وعدمه فرع نفوذ الرهانة الثانية وعدم نفوذها ونفوذها بالنسبة الى العين انما يكون بأحد أمرين الاجازة والافتكالك كما عرفت فتكون اجازته بالنسبة الى العين معتبرة بعد موت الراهن كما كانت قبله اذ لا دليل على زوال اعتبارها بقول المصنف ولا حكم لاجازة الاول ولا فسخه انما يصح على تقدير احتمال نفوذ رهن الثاني بقيمة الرهن بعد بيعه لاداء دين الاول وصاحب غاية المرام قال كما قال المصنف من انه لاحكم لاجازة الاول ولا فسخه ووجهه بتوجيهه سخيلا بل هو غلط صرف هذا تنقيح البحث في المسئلة وقد جعل في حواشي الشهيد وجهي الاشكال من عدم جوازه ابتداء فكذا انتهاء وفي (الايضاح) من انه لم يقع باطلا بل موقوفا على زوال مزاحمة الاول وقد زالت ولانه كان لازما من جهة الراهن ومن انه لم يكن عقدا لازما ولانه حال وجوده كان ممنوعا من التصرف وفي هذه الحال لا يعتبر (لا يعلم خل) تصرفه ونحوه ما في جامع المقاصد ولكنه بعد ذلك حقق المقام بنحو ما ذكرناه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو اعتق الراهن بأذن المرتهن أو بالعكس سقط الغرم ﴾ دين المرتهن اما حال أو مؤجل وعلى التقديرين فاما أن يأذن في العتق أو الهبة مما كان بغير عوض أو في البيع فان أذن في الاولين ففعل فلا اشكال في عدم لزوم اقامة بدله لانها بغير عوض وقد زال متعلق الرهن وهو العين بأذن المرتهن ولا فرق في ذلك بين كون الدين حالا أو مؤجلا كما نص على ذلك جماعة وان أذن في البيع فباع انفسخ الرهن ولا يجب عليه جعل قيمته مكانه كما في الشرائع والتذكرة والارشاد والكتاب فيما يأتي والروضة ومجمع البرهان والكفاية وفي (المسالك) انه المشهور لان البيع انما وقع باذنه ولم يوجد ما يدل على رهنية الثمن اذ الفرض عدم المقدم عليه وللشيخ في المبسوط تفصيل لان له فيه عبارتين قول في احدهما لو باع باذنه انفسخ الرهن ولا يجب عليه جعل قيمته مكانه وقال فيه بعد أسطر ولو أذن له في البيع بعد (في خل) محل الحق فباع صح البيع وكان ثمنه رهنا مكانه حتى يقضى منه أو من غيره وهو خيرة التحرير وظاهر الدروس ولم يرجح في المسالك فالخلاف انما هو فيما اذا كان حالا أو قد حل ولا يخالف في المؤجل الا ما حكى عن الكوفي من وجوب جعل قيمته رهنا هذا كله اذا لم يشترط المرتهن كون القيمة رهنا والا لزم كما نص عليه في الخلاف والمبسوط وغيرها والظاهر أنه لا خلاف فيه عندنا بل يظهر من التذكرة والمسالك الاجماع عليه حيث قال في الاول صح

ولو اذن في الهبة فوهب فرجع قبل الاقباض صح الرجوع على اشكال ينشأ من سقوط حقه بالاذن وعدمه (متن)

البيع والشرط عندنا وفي الثاني قطعاً لعموم قوله صلى الله عليه وسلم المؤمنون عند شروطهم ولا فرق في ذلك بين أن يكون الدين حالاً أو مؤجلاً ومثله في الجواز عندنا كما في التذكرة ما لو كان الدين مؤجلاً فأذن المرتهن في البيع بشرط أن يجعل ثمنه من حقه فإنه يلزم الشرط لأنه شرط سائغ تدعو الحاجة اليه وظاهره الاجماع عليه والمخالف الشيخ في الخلاف قال يكون الثمن رهناً ولا يلزمه الوفاء بتقديم الحق قبل الاجل ونحوه كما في المبسوط (قلت) ومثل اشتراط كون القيمة رهناً ما إذا اتفقا على نقل الوثيقة الى عين أخرى واحتمال المنع في هذا متوجه لأنه ينتفع البدل مع بقاء الاول الا أن يخاف عليه من الفساد فيبقى احتمال الجواز لان الحق لا يبدوهما فتأمل وأما إذا أعتق المرتهن بأذن الراهن كما أشار اليه للمصنف بقوله وبالعكس فالحكم فيه ظاهر كما في جامع المقاصد (قلت) ان كل المرتهن أعتقه عن نفسه بنى على أنه هل ينتقل اليه بالصيغة أو قبلها آناً يسيراً أو بالاذن وان كان عن المالك فكلاصل وبينى الحال فيه على قبوله التوكيل والظاهر أنه يقبله فليلاحظ في محله واذا باع المرتهن بأذن الراهن قبل حلول دينه جاز ويكون الثمن رهناً حتى يحل الدين ولا (فلا تخل) يجوز للمرتهن التصرف فيه كما صرح به جماعة كثير من المصنف فيما يأتي وقيل لا يكون رهناً حكاه في جامع الشرائع **قوله** (ولو أذن له في الهبة فوهب فرجع قبل الاقباض صح الرجوع على اشكال ينشأ من سقوط حقه بالاذن وعدمه) أي ينشأ الاشكال من التردد في سقوط حق المرتهن بالاذن وعدمه ووجه التردد ان الاذن في المسقط يدل على الرضا بالسقوط فيمكن عده مسقطاً (وفيه) ان المتأني للرهن هو المتقضي للسقوط لا الرضا به قال في (جامع المقاصد) فالاصح صحة الرجوع وبه جزم في (التذكرة) ولم يرجح صاحب الايضاح ولا الشهيد في حواشي الكتاب للتردد الناشئ من ان التصرف الناقل لا يجامع الرهن فاذا اذن ووقع الراهن فقد رفع لازم الرهن ورفع اللازم يستلزم رفع الملزوم فيسقط حقه ومن ان المسقط هو النقل فعلا لا امكانه والاذن انما افاضت الثاني لا الاول ونحن نقول اذا اذن المرتهن ورجع فاما ان ياذن في تصرفات ناقله كالبيع والهبة المقبوضة او غير ناقله كالهبة الغير المقبوضة والوطؤ مثلاً وعلى التقديرين فالرجوع اما قبل ايقاع التصرفات او بعده وعلى التقادير فالراهن اما علم بالرجوع ام لا وكذلك الحال فيما اذا اذن الراهن للمرتهن ورجع كذلك فاذا اذن المرتهن في تصرف ناقل ثم رجع قبل ايقاعه مع علم الراهن به فهو كما اذا لم ياذن ولا يسقط حقه بذلك صرح بذلك في المبسوط وغيره واما اذا رجع ولم يعلم الراهن فباع وتصرف ففي المبسوط ان البيع باطل والرجوع صحيح وفيه نظر اذ الظاهر انه من باب عزل الوكيل ولم يعلم حتى تصرف ولو اذن له في البيع او الهبة فباع بشرط الخيار او وهب ولم يقبض فرجع المرتهن ففي الاول يحتمل عدم الصحة لان مبنى البيع على اللزوم والنقل والخيار عارض انما يظهر اثره في حق من له الخيار ويحتمل الصحة لان المقدم لم يلزم ويقوى الاشكال فيما اذا كان الخيار اصيلاً كخيار المجلس ولعل الاقوى فيها عدم الصحة كما لعله يفهم من كلام الايضاح وجامع المقاصد واما الثاني وهو ما اذا وهب ولم يقبض فإنه يصح له فيه الرجوع بلا اشكال لان الاذن ليست مسقطه بمجرد ما قطعاً لما عرفته فيما اذا اذن ورجع قبل ايقاع المسقط انما هو المقدم

ولو اجبها الراهن لم يبطل الرهن وان كان بأذن المرتهن وان صارت ام ولده وفي بيعها اشكال ولو ماتت في الطلق فعليه القيمة (متن)

فيجب النظر في حاله فنظرننا فيه فاذا هو عار عن النقل فضلا عن الزوم لان الركن الاعظم فيه هو الاقباض ولم يحصل وحينئذ فلا اشكال في صحة الرجوع وامتناع الاقباض سواء كان اذن في الهبة مطلقا او صرح بالاذن بالاقباض واما اذا اذن في غير اقل كالوطى فيأتي حكمه في المسئلة الآتية واما اذا انعكس الامر كما لو اذن الراهن للمرتهن في البيع او الهبة او غير ذلك فلا ريب ان له الرجوع في زمن الخيار مطلقا وفي الهبة قبل الاقباض بل وبعده الا في مواضع معلومة نعم حكمه حكم المرتهن باعتبار العلم بالرجوع وعدمه لان المرتهن حينئذ وكل عنه ويبقى الكلام في انه اذا رجع الراهن في زمن الخيار او في الهبة بعد الاقباض هل يعود رهنا كما كان الظاهر المدم لمثل ما تقدم لكنهم قد قالوا فيما اذا اشترى المرتهن عين من الراهن بدينه انه يصح ويبطل الرهن فان تلفت العين قبيل القبض عاد الدين والرهن قاله في المبسوط وهو قد يستأنس به لما نحن فيه وليس به وقال ايضا وكذا لو قبضه ثم تقايلا عاد الدين والرهن كالمصير يصير خراثم يعود خلا وهذا الاخير نظير ما نحن فيه ويأتي بيان الحال فيه واما اذا رجع في الهبة قبل الاقباض فالظاهر بقا الرهنية ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو اجبها الراهن لم يبطل الرهن وان كان بأذن المرتهن وان صارت ام ولده وفي بيعها اشكال ولو ماتت في الطلق فعليه القيمة ﴾ الجارية المرهونة اما ان يطأها الراهن او المرتهن وذلك اما مع الاذن او بدونها فالصور اربع ولك ان تزيد في القسمة فتقول وذلك اما مع الحبل او بدونه وعلى الاول اما ان تموت في الطلق ام لا وعليه ايضا اما ان يحل الحق وهي حامل ام لا واذا ولدت من الراهن فهل تباع قبل ان نسقيه اللبن اولا وعلى التقادير اما ان يرجع بالاذن ام لا مع علم الآخر وبدونه الى غير ذلك ونحن نستوفي الكلام في ذلك ان شاء الله تعالى (فالاولى) من الصور الاربع ان يطأها الراهن بأذن المرتهن ويجبها فان الرهن لا يبطل كما نص عليه في المبسوط والخلاف والغنية والسرائر وجامع الشرايع والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والتلخيص والمختلف والمعة وغاية المرام وجامع المقاصد والروضة والمسالك ومجمع البرهان والكفاية وهو قضية كلام الباقرين وفي (المسالك) الاشبهه فيه وظاهر التذكرة الاجماع عليه حيث قال عندنا لان الرهن بعد تمامه ولزومه انما يبطل بمنافيه والاحبال وان وقع بالاذن غير مناف وان صارت ام ولد اذ لا يتمتع بيعها اذا تعلق بها حق المرتهن سابقا على الاستيلاء اما مطلقا او مع الاعسار على اختلاف الاراء والقائل بامتناع بيعها يقول بعدم المناقات ايضا لان الولد مانع طار بجوز زواله بموته فتباع لزوال المانع كما سنسمع واما انها تصير ام ولده فقد نص عليه في اكثر الكتب السالفة وهو مما لا ريب فيه وظاهر التذكرة الاجماع عليه حيث نسبته الى مذهبنا وهذان الحكمان جاريان فيما اذا وطأها بدون اذن المرتهن كما هو قضية اطلاق الاكثر وصرح السرائر والغنية وغاية المرام والمسالك والروضة وغيرها وهي الصورة الثانية بل لعل الاول في هذه اولى نعم تفرقان في امور اخر كالاثم والتعريف والتزام القيمة كما سنسمع وعلى التقديرين اي الوطى مع الاذن وبدونه هل يجوز بيعها ام لان فالصنف هنا وفي الارشاد والتلخيص وولده في الايضاح والشهد في المدرس وغاية المراد وابن السيد عميد الدين في تخلص التلخيص والحراساني في الكفاية لم

يجزموا بشي فهم بين مصرح بالتردد والاشكال وبين قائل في المسئلة خلاف او قولان او اقوال
 وستعرف وجه ذلك عندهم ولعلمهم لا يتأملون في جواز بيعها لو كانت مرهونة في بمن رقبها لكن
 المستشكل والمجوز والمانع اطلقوا ولم يفرقوا والذي ينبغي تنزيل كلامهم على ماعدى هذا الفرض
 والشيخ في الخلاف والسيد حمزه في الغنية والمصنف في التذكرة والشهيد في الحواشي على الظاهر
 منه انها تباع مع اعسار الزاهن ومع يساره يجب بذل القيمة لتكون رهنا جمعا بين الحقيين وفي (الغنية)
 الاجماع عليه ولم يبينوا لنا ان بذل القيمة مع اليسار هل هو بعد حلول الدين او قبله وكيف كان
 فيه ان الرهانة ان بقيت فهي متعلقة بالعين والا فلا تعلق لها بالقيمة فتأمل ولا حق لها مع سبق حق
 غيرها عليها وكان الاجماع موهوب بمصير الجماعة الى خلافه وان اختلفوا وفي (السرايز) ان ماني الخلاف
 مخالف لاصول المذهب قلت لكنه احوط والشيخ في المبسوط على ما حكاه عنه في جامع المقاصد
 وابن ادريس في السرايز والمصنف في المختف والشهيد في اللمعة والكركي في جامع المقاصد والشهيد
 الثاني في المسالك والمقدس الاردبيلي في مجمع البرهان على انه يجوز بيعها مطلقا لسبق حق المرهن
 على حقا فيقدم سبق الحقيين عملا بالاستصحاب ولعدم الفارق بين تعلق الدين (الحقين خل) بها وبمن
 رقبها ولعله اقوى لان عموم بيع الرهن لاداء الدين وان عارضه عمومات النهي عن بيع امهات الاولاد
 الا ان هذا ارجح بسبق حق المرهن الذي لادليل على بطلانه فيخص به عموم النهي قلت هذا متوجه
 فيها اذا لم يأذن وعلى هذا القول تباع ان استوعب الدين قيمتها والا فلا يجوز بيع الفاضل الا اذا لم
 يوجد من يشتري للقابل والمحقق في الشرائع والمصنف في التحرير على المنع من البيع وكذا الشيخ
 في المبسوط على ما حكى عنه الشهيد في غاية المراد وحكاه عنه في باب الكتابة ابن السيد
 العميد في تخلص التلخيص ولم يحضرن في المبسوط في باب الكتابة وكلامه في المقام كانه ظاهر في الجواز
 وكيف كان فقد قال في الابيضاح في تحرير هذا القول انه يمنع من التصرف حينئذ حتى يؤدي الدين
 وفي (الدروس) انه يقام بدلها ويتوقع قضاء الدين او موت ولدها وكأنه اراد هذا الصيرري بقوله
 انه يجبر على فكها بخلاف غيرها فان الزاهن لا يجبر على الفك بل له ان يوفي الدين من الرهن لكن
 قال الشهيد ايضا في (غاية المراد) انه لاتنافي بين المنع من بيعها وبقاء الرهن تر بصا لموت الولد ومنعا
 للمالك عن التصرف فيها وقضيته انه لا يقيم بدلها ثم انهم لم يوضحوا لنا متى يقيم بدلها اقبل الحلول
 ام بعده وكأنه قال في الروضة بهذا القول بل قد يظهر منها ان المنع من البيع جار على الاقوال الثلاثة
 فتلاحظ عبارتها فانها غير واضحة (وحجة) هذا القول عموم النهي عن بيع ام الولد وان قوة الاستيلاء
 تضاهي قوة العتق بل ربما كانت انفذ منها باعتبار نفوذ الاستيلاء فيما لا ينفذ فيه العتق كاستيلاء
 المجنون والمجور عليه وكذا المريض ينفذ استيلاؤه من الاصل واعتاقه من الثلث ولا تنافي بين المنع
 من بيعها وبقاء الرهن تر بصا لموت الولد ومنعا للمالك من التصرف (وفيه) ان العموم معارض بما هو اقوى
 منه واكثر فيخص به وسبق تعلق الحق هو القاضي بالفروق بين ما نحن فيه وما مثلوا به والترص
 تعطيل لحق المرهن وتعليق بعير المعتاد (وهناك) قول رابع حكاه في المسالك وهو جواز بيعها مع وطنه
 بغير اذنه ومنعه مع وقوعه باذنه وحكى عن الشهيد اختياره في بعض حواشيه وهو قوي موافق للاصول
 والاعتبار ان لم يكن خارقا للاجماع على الخلاف (وهناك) قول خامس لابي حنيفة لم يمتلئه احد من
 اصحابنا وهو انها تمتق مطلقا فان كان معسرا استسعت في قيمتها وان كان موسرا الزم رهن قيمتها

وكذا لو وطأ أمة غيره بشبهة (متن)

(قلت) هو مقتضى القياس على استيلاء المجنون والمهجور عليه هذا كله إذا جلت أو ولدت ولم تمت أو لم تنقص قيمتها أما لو ماتت بالطلاق أو قصت قيمتها بالولادة فالصواب أن لا قيمة ولا إرش إذا كان الوطؤ مع الإذن كما نبه عليه في جامع الشرائع والتحرير والتذكرة وجامع المقاصد وقد اطلق المصنف الحكم بأن عليه القيمة فينزله على ما ذكرنا والا فقد يقال أن إضافة الهلاك إلى الوطئ ولو كان بغير إذن يبيده وأحواله إلى غلل آخر وعوارض تعرض أقرب من إضافته إلى الوطئ إلا أن تقول أنه سبب ظاهر كحضر البئر ونحوه وحيث يجب الإرش أو القيمة يكون رهنا معها وله أن يصرفه إلى قضاء الحق ولا يرهن وهل تباع قبل أن تسقيه اللبن الظاهر ذلك إذا وجد من يسقيه أو شرط على المشتري سقيه وعدم المسافرة بها والا فلا عملا بخبر الضرار وموافقة للاعتبار (الصورة الثالثة) أن يطأها المرهين بأذن الراهن فالوطؤ جائز ولا حد ولا مهر والولد حر لاحق بالمرهين وقد حكى على هذا الإجماع في الخلاف والمبسوط وفي (الغنية) نفى عنه الخلاف وظاهر الخلاف الإجماع على أنه لا يلزم الأب قيمته ونص عليه في (المبسوط والغنية والسرائر) وفي (الدروس) أنه لا مهر ولا قيمة عند الشيخ وهو بعيد إلا أن يحمل على التحليل لكن كلام الشيخ ينبغي لأن الغرض من الرهن الوثيقة ولا وثيقة مع تسلط المالك على البيع والوطئ وغيره من المنافع المعرضة للنقص أو الانتلاف انتهى فتأمل فيه ولم يرجع في التذكرة لكن للشيخ في المبسوط والخلاف والسيد حمزة في الغنية كلام يعطي تحريم الوطئ على المرهين مع إذن الراهن قال في (المبسوط) إذا وطأها بأذن الراهن فإن لم يدع الجهالة بتحريم ذلك فهو زنا وقال في (الخلاف) إذا وطأ الجارية المرهونة بأذن الراهن مع العلم بتحريم ذلك لم يجب عليه المهر انتهى ومثله قال في الغنية وكأنه يخالف للإجماع فلمله محمول على اشتراط التلغظ بالتحليل أو على وطنها على صفة لا يباح معها الوطؤ كما إذا كانت محرمة أو في حيض لكن ذلك في غاية البعد عن عبارة المبسوط فليلاحظ ذلك وهل نصير أم ولد في الحال أولا نصير ولو ملكها المرهين بعد ذلك ففي (الخلاف والمبسوط والتحرير) أنها لو اشتراها المرهين صارت أم ولده واستدلوا عليه بالاشتقاق وفي (المختلف) أنها لا نصير بذلك أم ولد وهو ظاهر التذكرة وهو الظاهر وهذه يجوز بيعها بخلاف كما في السرائر (الرابعة) أن يطأها بدون إذن فإن كان ظنها زوجته أو أمته فلا حد وعليه المهر والولد حر وعليه قيمته للراهن يوم سقط حيا وإن ادعى الجهالة وكانت محتمة قبل دعواه ثم إن أكرهها وجب المهر وكذلك يجب أن ادعت الجهالة وكانت محتمة ويسقط عنها بذلك الحد وإن كان عالما فهو زان وعليه الحد ويجب المهر إن كانت مكرهة إجماعا وإن طاعت فتولان ذكرناهما غير مرة وإن كانت جاهلة حد هو دونها ولو أحبلها كان الولد رقيقا لأن نسبه لا يثبت للمرتهن لأنه زان فيتبع الولد الأم هذا وأما إذا رجع عن الإذن بعد الوطئ لم ينفع الرجوع وإن رجع قبله فإن علم برجوعه فقد سقط إذنه ولا يجوز له وطؤها وإن لم يعلم وفعل كان مافعله ماضيا وقد قيل أنه لا يكون ماضيا كما نبه على ذلك كله في المبسوط ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا لو وطأ أمة لغيره لشبهة ﴾ أي نجب القيمة لذلك لو وطأ شخص أمة غيره لشبهة فسأت في الطلق وظاهر التذكرة الإجماع عليه حيث قال عندنا لأن الوطأ استيلاء عليها والعلوق من آثاره فأدمننا به اليد والشبهة إنما تمنع الاتم لاسقاط

ولا يضمن زوجته ولا المزني بها الحرة المختارة لان الاستيلاء اثبات يد والحرة لا تدخل تحت اليد وفي اعتبار القيمة يوم التلف او الاجال او الاعلى نظر ولو باع الراهن باذن المرتهن صح ولا يجب رهنية الثمن الا اذا شرط ولو قال اردت بالاطلاق ان يكون الثمن رهنا لم يقبل ولو ادعى شرط جعل الثمن رهنا حلف المنكر ولو انعكس الفرض لم يكن للمرتهن التصرف في الثمن قبل الاجل ولو باع الراهن فطلب المرتهن الشفعة ففي كونه اجازة اشكال فان قلنا به فلا شفعة ولو اسقط حق الرهانة فله الشفعة ان قلنا بلزوم العقد (متن)

ضمان مال الغير ومنه يعلم حكم ما اذا كان بدون شبهة بالاولى ﴿قوله﴾ ﴿ ولا يضمن زوجته ﴾ بلاخلاف كما في التذكرة لان الوطأ مستحق شرعا فلا يترتب عليه ضمان اذ لا عدوان ﴿قوله﴾ ﴿ ولا المزني بها الحرة المختارة لان الاستيلاء اثبات يد والحرة لا تدخل تحت اليد ﴾ احتراز بالحرة عن الامة فانها تضمن مطلقا وبالمختارة عن المكروه فانه يجب عليه ضمانها لان التكوين من لفظته والسبب في التلف صادر عنه ﴿قوله﴾ ﴿ وفي اعتبار القيمة يوم التلف او الاجال او الاعلى نظر ﴾ الاصح اعتبار قيمته يوم التلف كما تقدم الكلام في ذلك مستوفى في البيع الفاسد والعين المغصوبة وليس المراد بالاعلى في كلام المصنف الاعلى من يوم التلف ويوم الاجال بل الاعلى من يوم الاجال الى حين التلف والمراد بالقيمة القيسية السوقية فلو نقصت لتقصان في العين ببيع ونحوه فهو مضمون قطعا كما في (جامع المقاصد) وقد اوضحنا الكلام في ذلك ايضا ﴿قوله﴾ ﴿ ولو باع الى آخره ﴾ قد تقدم الكلام في ذلك عند شرح قوله ولو أعتق الراهن بأذن المرتهن ﴿قوله﴾ ﴿ ولو قال أردت بالاطلاق أن يكون الثمن رهنا لم يقبل ﴾ كما في (المبسوط والتحريير والدروس وجامع المقاصد) ومرجعه الى الاختلاف في النية ووجهه ان الاعتبار بما دل عليه اللفظ ولا دلالة في الاذن في البيع على ذلك ﴿قوله﴾ ﴿ ولو ادعى شرط جعل الثمن رهنا حلف المنكر ﴾ أي الراهن كما فهمه في (جامع المقاصد) مختارا له وفقا لدروس وفي (التذكرة) حلف المرتهن لان القول قوله في أصل الاذن فكذا في صفته وهو ظاهر المبسوط قال لو قال أذنت بشرط أن تعطيني حتى منه فقال الراهن بل مطلقا فاقول قول المرتهن لان القول قوله في أصل الاذن فكذا في صفته وهو نظير ما نحن فيه وقال في (التحريير) بعد نقل ذلك عنه عندي فيه اشكال وكذا لو قال أذنت بشرط جعل الثمن رهنا انتهى فهو في التحريير مستشكل فيما نحن فيه ايضا وقد يكون الاثبات بلفظ المنكر دون الراهن في كلام المصنف للاشعار بسبب تقدم قوله وهي كونه منكرا وقد يكون ما سمعته عن التذكرة والمبسوط فأمل ﴿قوله﴾ ﴿ ولو انعكس الفرض لم يكن للمرتهن التصرف في الثمن قبل الاجل ﴾ المراد بانعكس الفرض أن يبيع المرتهن باذن الراهن وقد صرح بذلك جماعة كثيرون وقد تقدم الكلام في ذلك عند قوله ولو أعتق الراهن باذن المرتهن ﴿قوله﴾ ﴿ ولو باع الراهن فطلب المرتهن الشفعة ففي كونه اجازة اشكال فان قلنا به فلا شفعة ولو أسقط حق الرهانة فله الشفعة ان قلنا بلزوم العقد ﴾ استشكل المصنف هنا وفي الارشاد في كون طلب المرتهن الشفعة اجازة والاطهر انه اجازة كما هو خيرة غاية المراد وجامع المقاصد ومجمع البرهان ولا تبطل به الشفعة اما الاول فلان الشفعة مسبوقه ببيع صحيح وهو فرع رضى المرتهن

فطلبها يدل على رضاه بالبيع لانه طلب معلول البيع فثبت العلة ضرورة اذ يجب تنزيل طلب المكلف على الوجه الصحيح لوجوب صيانة كلامه شرعا عن المذموم مع الامكان لان طلبها قبل البيع غير مشروع وفعل المسلم لا ينزل الا على المشروع ولا ريب ان الشفعة تابعة لمالك المشتري سواء كان لازما أو جائزا وان وقع الخلاف في الجائز فيمتنع القول بأن المرهن غير مجيز على تقدير القول بترتب الشفعة على العقد المطلق أعني المملك اذ قبلها لا ملك لكنه طلبها فيمتنع على تقديرها انتقال الملك الا أن يقال ان الشفعة والفسخ متساويان كما سئمه عن الايضاح وتعرف ضعفه والدلالة دلالة اقتضاء وهي معتبرة وان كانت لا تستفاد من اللفظ بمجرد بل بعمونة شيء آخر وبذلك فارقت دلالة الالتزام لانها تستفاد من اللفظ بمجرد بشرط العلم بالوضع وتحقق اللزوم وأما الثاني فلان هذا الطلب استلزم الرضا ببيع ترتب عليه طلب الشفعة كما عرفت ولا يزيد هذا الرضا عن رضاه غيره من طالبي الشفعة وهو الذي حكاه الشهيد عن ابن المتوج ووجه احتمال كونه ليس باجازة ان اللفظ لا يدل عليها باحدى الدلالات الثلاث وأنه أم لجواز صدوره حال الغفلة عن الرضا بالبيع وعن الرهن ولا دلالة للعلم على الخاص كما في (الايضاح والحواشي وجامع المقاصد وغاية المراد) ووجه في الايضاح أيضا بأن طلب ثبوت ملكه وازالة ملك المشتري هو طلب مساوي الفسخ يعني الشفعة فلا يثبت عليه ضده يعني ملك المشتري لانه انما صدر منه المساوي قلت معناه ان الفسخ والشفعة متساويان في طريق ازالة الملك عن المشتري فكما ان الفسخ لا يكون اجازة فكذا لاخذ بالشفعة وفي (غاية المراد) انه ضعيف لان الشفعة ازالة ملك بعد ثبوته والفسخ رفعه بالسكينة فكيف يتساويان انتهى ووجه سقوط الشفعة ان قلنا ان الطلب اجازة انها رضى بالبيع والرضا بالبيع يسقط الشفعة وقد عرفت ان الرضا بالبيع الذي يترتب عليه طلب الشفعة لا يسقطها والا لم تثبت شفعة أصلا وقد قالوا يبقاؤها فيما اذا شهد أو بارك أو أذن في الاتباع أو ضمن الدرك أو توكل في البيع الموجب للشفعة وان كان بعضهم تردد وقال في (الايضاح) التحقيق ان هذه المسئلة تبنى على أن الشفعة هل تثبت بمجرد العقد أم بلزومه فان قلنا بالاول لم تكن اجازة ولم تسقط الشفعة به وان قلنا بالثاني كان اجازة فتبطل الشفعة لان طلبها يدل على اجازته لتلزم الشفعة والا لم يصح الطلب انتهى ومعناه كما ان الشريك اذا اجاز البيع ورضي به بعد البيع بطلت الشفعة ومعنى الاول كما في شرحه على الارشاد ان الشفعة تتبع مطلق البيع القابل للزوم سواء لزم أولا فلا يدل الطلب على الرضا بالبيع فاعترضه المحقق الثاني بأنه لا يعقل ثبوت الشفعة بمجرد العقد الذي هو الايجاب والقبول لان هذا بمجرد لا يقتضي البيع فان البيع نفس النقل أو نفس الايجاب والقبول المتضمنين للنقل أو الانتقال فكيف يعقل اثبات الشفعة التي هي تابع من نوابم البيع بمجرد العقد ومع ذلك فلا يشترط بعد تحقق صحة البيع لزومه انتهى وأنت خير بأنه قد يقال لعله أراد ان بيع الراهن بيع صحيح لازم من طرف الراهن قابل للانتقال واللزوم بالاجازة أو الابراء أو اسقاط حق الرهانة لان هذه تكشف عن الانتقال حين العقد فكان حال طلب الشفعة كحال التناهي المتجدد فيما بين العقد والاجازة فلما كتفينا بمثل ذلك في ثبوت الشفعة صح طلبها كما كتفينا فيه بصحة العقد وان لم يكن لازما كما اذا باع والحيار له أو لها فبناء على ذلك لم يكن حينئذ طلب الشفعة اجازة لانه لعله يادري طلبها لانه يريد أن يسقط حق الرهانة ليأخذ بالشفعة ويكون قد فاز فيكون ذلك منه اشارة الى خلاف ما ذكر والده من الاشكال وما بعده من قوله ولو أسقط حق الرهانة فله الشفعة ان قلنا بلزوم العقد ولهذا ساء تحقيقا مضافا الى

وبجوز ان يشترط المرتهن الوكالة في العقد لنفسه او لغيره او وضعه على يد عدل وليس
لراهن فسخ الوكالة حينئذ (متن)

انه لا يكاد يتحصل لقوله ولو أسقط الى آخره معنى صحيح اذ لا يشترط بعد تحقق صحة البيع لزومه ثبوتها بل لو كان جائزا من الطرفين ثبتت كما عرفت ثم انك قد عرفت أيضا أنهم قالوا بيقانها فيما اذا شهد او بارك وقد سلف له ان الاقرب لزوم العقد من طرف الراهن فليتأمل في ذلك جيدا وستسمع تفسيره في جامع المقاصد وكيف كان كلام المصنف فلا يرد على كلام ولده على النحو الذي وجهناه به ما أورده عليه في جامع المقاصد من قوله ان في كلام المصنف ولو أسقط حق الرهانة ما يدل على عدم صحة بنائه لانه بعد اسقاطه الرهانة حكم بأنه يستحق الشفعة على تقدير القول بلزوم العقد لانه حينئذ يكون بيعا صحيحا وبدونه هو كالفضولي لا يشتر ملكا ومقتضاه انه لا يستحق شفعة على القول بعدم اللزوم اذ ليس بيعا ولا يشتر ملكا فلو كان بناء الشارح الاشكال صحيحا لكان جزم المصنف باشتراط القول بلزوم العقد في ثبوت الشفعة منافيا لتعدد المستفاد من الاشكال انتهى وتقلناه بنامه لان فيه تبيانا للمراد من عبارة المصنف وهو كما ترى وكيف لا يكون عقد الفضولي بيعا ولا يشتر ملكا ثم انه بيع في ملك فكان كالفضولي وكيف لا يستحق شفعة على القول بعدم اللزوم مع وجود العقد المملك والشارح لم يبين الاشكال على ما حقق وانما بنى المسئلة ولكن بقي في كلام الايضاح اشياء وهي ان المقابلة بين الشقين على ما نزلنا عليه كلامه ليست تامة والشقان في أنفسهما أيضا ليسا تامين على أي توجيه كان وما ذكرناه تأويل وتنزيل والا فالظاهر ان ايراد صاحب جامع المقاصد متوجه عليه وعلى كل حال ينبغي التأمل في هذا المقام ﴿ قوله ﴾ « وبجوز ان يشترط المرتهن في العقد الوكالة لنفسه أو لغيره » كما (في المبسوط والخلاف والوسيلة والسرائر والشرائع والتحرير والارشاد والتبصرة والدروس والمسالك وجمع البرهان والكفاية) وهو قضية كلام الباين وفي (الرياض) ففي الخلاف عنه وفي (الغنية) الاجماع على جواز اشتراطه في العقد لنفسه ولا قائل بالفرق ويدل عليه الاصل والعمومات الدالة على لزوم الوفاء بالعقود والشروط السائفة أي الغير المخالفة للكتاب والسنة ﴿ قوله ﴾ « ووضعه على يد عدل » هذا أيضا مما لا خلاف فيه وفي (الخلاف) الاجماع عليه وصرح في المبسوط والسرائر وأكثر ما تأخر عنها ويأتي تمام الكلام فيه ﴿ قوله ﴾ « وليس للراهن فسخ الوكالة حينئذ » كما في (المبسوط والخلاف والسرائر وجامع الشرائع والنافع والتحرير والارشاد والتبصرة والدروس وغاية المرام وجامع المقاصد وایضاح النافع والمسالك والروضة وجمع البرهان والكفاية) وهو ظاهر كثير من الباين وقد يظهر من السرائر ان لا يخالف منا حيث نسب الخلاف الى بعض أهل الخلاف وحكاه في المبسوط بلفظ القيل ولعله أراد الشافعي في أحد قوليهِ وتردد في الشرائع في اللزوم وضعفه في السنة بأن المشروط في اللزوم يزوم جواز الفسخ لو أخسل بالشرط لا وجوب الشرط وربما احتدل في وجه ترده في الشرائع بأن الوكالة من العقود الجائزة ومن شأنها تسلط كل منهما على الفسخ وان لزوم الشرط انما يكون مع ذكره في عقد لازم كالبيع وليس الرهن كذلك لان ترجيح أحد طرفيه ترجيح بلا مرجح والوجوه الثلاثة ضعيفة جدا فالاول يمنع عدم لزوم الوفاء بالشرط اذ المشهور الوجوب كما تقدم بيانه خصوصا فيما يكون العقد المشروط كافيا في تحققه كالوكالة لانه يصير كجزء من الايجاب والقبول يلزم حيث يلزمان والثاني بأن جواز الوكالة بحسب

نعم لو مات بطلت دون الرهانة ولو مات المرتهن فان شرط في العقد انتقال الوكالة الى الوارث لزم والا لم ينتقل اما الرهنية فتنقل بالميراث كالمال بين الورثة ولو أقر المرتهن بالدين انتقلت الرهنية دون الوكالة والوصية (متن)

الاصل لا ينافي لزومها بسبب كالاتي في العقد اللازم والثالث بأن عقد الرهن لما كان لازماً من طرف الراهن كان ما يلزمه الراهن على نفسه بعقده لازماً من قبله عملاً بمقتضى اللزوم والشرط وقع من الراهن على نفسه فيلزمه واما تسلط المرتهن على فسخ العقد المشروطة فيه الوكالة فغير متوجه فيما نحن فيه لانه دفع ضرر أقوى منه نعم لو كان مشروطاً في عقد لازم آخر كالبيع توجه الفسخ حينئذ الا أن المقصود هنا شرطها في عقد الرهن وهناك وجه رابع ذكره الصيمري بعنوان السؤال وهو انه اذا مات الراهن بطلت الوكالة دون الرهانة كما ستسمع ولو كانت لازمة لما بطلت لان العقود اللازمة لا تبطل بالموت وأجاب عنه بما حاصله ان تغيير حكم الوكالة لعارض لا يوجب تغيير حقيقتها اذ هي استنابة الوكيل ومع موت الراهن لاستنابة ومع انتفاء الحقيقة ينتفي الحكم لان الجواز واللزوم من أحكام الوكالة ولا بقاء للحكم مع انتفاء الحقيقة وهل المرتهن عزل نفسه الظاهر ان له ذلك وكذلك الحال في الاجنبي فانه لمصلحة أيضاً فكأنه نفسه لجواز عقد الوكالة الا مع ثبوت اللزوم وهنا غير ثابت وقد يقال اذا كانت الوكالة والبيع مصلحة للراهن أو كانت لغيره انه ليس له عزل نفسه للدليل لزوم الشرط خرجت الوكالة الغير المشروطة وبقي الباقي ولانه يفوت الغرض من التوكيل وفيه نظر ظاهر ﴿ قوله ﴾ ﴿ نعم لو مات بطلت دون الرهانة ﴾ كما هو قضية كلام المبسوط وصريح الشرائع والنافع والتحرير والارشاد والدروس وغاية المرام وجامع المقاصد والمسالك وجمع البرهان والكفاية لان الوكالة استنابة في فعل مخصوص بحال الحيوة لان الوكيل ينزل بموت الموكل ولا كذلك الرهانة بل تنتقل الى ورثة المرتهن كما كانت له لانها حق من الحقوق المتعلقة بالمال فيكون الحكم في استحقاقها كاستحقاق المال بين الورثة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو مات المرتهن فان شرط في العقد انتقال الوكالة الى الوارث لزم والا لم تنتقل اما الرهنية فتنقل بالميراث كالمال بين الورثة ﴾ ذكر هذا مع امكان فهمه مما سبق ليبين أن الوكالة تنتقل مع الشرط فانتفى المقام ذكر عدم انتقالها بدونها وذكر الرهنية ودليل انتقال الوكالة مع الشرط أدلة لزوم الشرط اذ الظاهر عدم المانع منه وانه مشروع وبذلك صرح في (الارشاد والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك والكفاية) ولم يتأمل فيه سوى المولى الاردبيلي وكان تأمله في محله فليتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أقر المرتهن بالدين انتقلت الرهنية دون الوكالة والوصية ﴾ اذا ظهر استحقاق الدين لغير المدين صح الرهن وكان القابل فضولياً فاذا أجاز المالك صح ولزم ولا فرق في ذلك بين كونه باقرار أو بيينة ومشله مالو باع المرتهن الدين الذي استحقه في ذمة الراهن فقد حكى الشهيد عن املاء نحر الاسلام انه نقل الاجماع على أن الرهن ينتقل الى المشتري وانه حكاه أيضاً على انه ينتقل الى الوارث أيضاً اذا انتقل الدين اليه بالارث وانه قال انه في هذه الصور كلها لا ينتقل حق الوكالة والوصية ومعنى عبارة المصنف انه لو أقر المرتهن بأن الدين الذي وقع عليه العقد لا يخرج صح الاقرار وثبت كون الدين والرهانة به حقاً للمقر له اذ الاجاز ولو كان قد اشترط المرتهن في عقد الرهن أو غيره من العقود اللازمة كونه وكيلا في البيع حال حيوة

وإذا امتنع الراهن من الاداء وقت الحلول باع المرتهن ان كان وكيلًا والا فالخالكم وله حبسه حتى يبيع بنفسه (متن)

الراهن ووصياً في يعه بعد موته لم ينتقل ذلك الى المقر له لانه خلاف المشروط ولان ذلك استثناء عن الراهن لاحق يختص به المرتهن ليعقل نفوذ اقراره فيه ولا حاجة في تفسيرها الى تصويره انه أقر انه كان وكيلًا كما صنع في جامع المقاصد ثم اعترض عليه (أولاً) بأنه لا انتقال هناك بل الرهنية بمقتضى الاقرار حتى للمقر له من أول الامر الا أن قول ان لم تفسر بذلك التفسير احتاجت الى تقدير اذا أجاز كما صنعت ثم انه قد يكون المراد على ذلك التفسير انه ظهر انتقال الرهنية (وثانياً) بأنه انما ثبت الرهنية للمقر له بشرط كونه وكيلًا عنه واعترافه بأنه أوقعها عنه وظاهر العبارة ان مجرد ايقاع الرهانة بين الراهن والمرتهن كلف في ثبوتها انتهى وهي مناقشة هينة جدا على التقديرين (وثالثاً) بأن العبارة خالية من الدلالة على ما يراد بقوله والوصية فانه وان جرى للوكالة في بيع الرهن ذكر لكن لم يجر للوصية ذكر أصلاً في دلالة اللفظ على المعنى المراد شدة خفاء ﴿ قوله ﴾ ﴿ وإذا امتنع الراهن من الاداء وقت الحلول باع المرتهن ان كان وكيلًا ﴾ يريد انه أي المرتهن اذا كان وكيلًا باع الرهن بنفسه مع حلول الدين اما بأصله أو باقتضاه أجله حتى لو كان حالاً فله البيع في مجلس الرهن مالم يشترط عليه تأخير التصرف الى مدة فيقوم مقام تأجيل الدين وعلى ذلك أي كونه وكيلًا حل ما روي في الكافي والتهذيب والفتاوى عن اسحق بن عمار في الموثق برواية الثالث وظاهر الكتاب والشرايع والنافع والتحرير والدروس وجامع المقاصد والفتاوى والكفاية انه يجوز له استيفاء دينه من الثمن مطلقاً حيث عبر فيها بمثل عبارة الكتاب ماعدى النافع فان فيه انه لو كان وكيلًا في بيع الرهن فباع بعد الحلول صح البيع فانه لم يفرض فيه الامتناع والتعذر وفي (النهاية والسرائر) التقييد بما اذا كان وكيلًا في البيع واستيفاء حقه لكنه في السرائر فرض المسئلة فيما اذا غاب ولا مغايرة كما ستعرف في آخر البحث ومحوها ما في الكفاية وربما قيد بتوافق الدين مع المثلن في الجنس والوصف والوجه في الاول الاستناد الى ما دل على جواز المقاصة عند الامتناع من أداء الحق من فني المخرج والضرر في الشرع والى ما عد من الحسن أو الصحيح الدال على جوازها عند الخوف من جحود وورثة الراهن وغيره والمظنة قد تقضي بمجراياتها فيما نحن فيه بل فيما في النافع على انا قد قول ان الاذن في البيع بعد الحلول قرينة على الرخصة في الاستيفاء في الاغلب فنزل عليه الاطلاقات المذكورة وقد يستدل على ذلك بقول الصادق عليه السلام في صحيحة عبد الله بن سنان استوثق من مالك إذ الظاهر أن الاستيفاء باعتبار أخذ الدين من الراهن بعد الامتناع من الاداء واحتمال ارادة المجرع عن الانتفاع بعيد والوجه في التقييد أن الاصل عدم الجواز ولا دليل عليه سوى الاذن في البيع وهو لا يستلزم الاذن في الاستيفاء (وفيه) أن التقييد المذكور مع النقص عما ذكرنا لا يجدي لعدم قيام دليل صالح عليه وان قيل بمثله فيما اذا كان ما في ذمة المديون مثل الدين في الوصفين فانه يجوز له المقاصة والتهاتر من دون توقف على المرادة كما مر مثل ذلك عن الشهيد في باب القرض فليتأمل فيه وفي (السرائر والارشاد والمختلف) عبارات أخر وهي اذا حل الدين لم يجز يعه الا أن يكون وكيلًا وهذه قد تعطى ما يفهم من عبارة الكتاب ونحوها ﴿ قوله ﴾ ﴿ والا فالخالكم وله حبسه حتى يبيع بنفسه ﴾ أي وان لم

(الفصل الرابع) في الحق وشروطه ثلاثة ان يكون ديننا لازما او آيلا اليه يمكن استيفاؤه منه فلا يصح الرهن على الاعيان وان كانت مضمونة كالغصب والمستعار مع الضمان والمقبوض بالسوم على اشكال (متن)

يكن وكلا طلب من الراهن البيع أو الاذن فيه فان فعل والا رفع أمره الى الحاكم والمصنف طوى ذلك لظهوره فيلزمه الحاكم بالبيع أو يبيع عليه لانه ولي الممتع وله حبه لان ذلك حق عليه ويدل عليه الخبر المروي عن أمير المؤمنين عليه السلام وكذا له تعزيره والظاهر عدم الخلاف في جواز ذلك للحاكم بل يمكن أن يقال انه يجب عليه ذلك كما هو صريح السرائر وقد يفهم ذلك من التذكرة وغيرها وقد تقدم مثله وقد يحمل موثق اسحق بن عمار الذي أشرنا اليه آنفا على ما إذا أذن الحاكم وقد اختلفت عباراتهم في المقام اختلافا لا يؤدي الى اختلاف في الحكم فالمبسوط كالكتاب وفي (الشرايع) والا رفع أمره الى الحاكم ليلزمه البيع فان امتنع كان له حبه وله أن يبيع عليه وفي (التحرير) والا رفع أمره الى الحاكم وللحاكم حبه حتى يبيع أو يوفيه وفي (الدروس) للحاكم بيعه وله حبه وتعزيره حتى يبيع بنفسه وفي (الوسيلة) اذا لم يأذن أو غاب باعه الحاكم وفي (السرائر والمختلف والارشاد) اذا حل الدين لم يجزعه الا أن يكون وكلا أو باذن الحاكم وفي (الكفاية) ان لم يكن وكلا في البيع لم يكن له البيع بنفسه لا أعرف فيه خلافا (قلت) أطلق أبو الصلاح جواز البيع مع عدم التمكن من استئذان الراهن وفي (التذكرة) انه لو لم يكن له بيعة أو لم يكن في البلد حاكم فله بيعه بنفسه كما ان من ظفر بغير جنس حقه من مال المديون وهو جاحد ولا بيعة له له بيعه وبأخذ حقه والظاهر ان مراده بعدم كونه أي الحاكم في البلد كونه بعيدا بحيث يشق التوصل اليه عادة لامطلاق كونه في غير البلد ونحوه مافي جامع المناصد قال لو لم يكن الحاكم موجودا باع بنفسه ولو أشهد شاهدي عدل كان أولى ولو تعذر اثبات الرهانة عند الحاكم باع بنفسه وان كان مع وجود الحاكم لسلا يضييع حقه ونحوه مافي الميسبية والمسالك لكنهما عبرا عن الحكم الاول بتعذر وصوله الى الحاكم لعدمه أو لبعده وقد يكون مستندهم في ذلك دفع الضرر والخرج واطلاق موثق اسحق المتقدم وقد لا يعارضه في المقام الموثقان الآتيان لعدم انصرافهما اليه فليحفظ وزاد في المسالك ما اذا افتقر الى اليمين لكون المدعى عليه غائبا ونحوه فانه احتمال فيه جواز الاستقلال دفعا لمشقة الحلف واستظهر عدمه لامكان الاستيفاء من وكيل المديون وهو الحاكم فلا يسبب بنفسه وقول المصنف وغيره اذا امتنع الراهن من الاداء يشمل ما اذا كان حال غيبته أو حضوره ولذا فرضت المسئلة في السرائر فيما اذا غاب وقد تضمن موثقا عبید وابن بكير انه اذا غاب الراهن لا يباع الرهن حتى يجبي وقد حملا على ما اذا لم يكن وكلا ﴿ قوله ﴾ ﴿ الفصل الرابع في الحق وشروطه ثلاثة ان يكون ديننا لازما أو آيلا اليه يمكن استيفائه منه فلا يصح الرهن على الاعيان وان كانت مضمونة كالغصب والمستعار مع الضمان والمقبوض بالسوم على اشكال ﴾ قد طفت عباراتهم بأن الحق هو الدين الثابت في الذمة صرح بذلك في (المبسوط وقعه الراوندي) وجامع الشرايع والشرايع والتافع والارشاد والتذكرة والتبصرة والدروس واللمعة والروضة والمسالك والمغاتيح وقال في (الشرايع) كالقرض وضمن المبيع ومثله مافي اللمعتين وقال في (التافع) مالا كان أو منفعة وقال في (التذكرة) أن يكون ديننا ثابتا في الذمة حالة الرهن لازما ثم قال ثابت في الذمة اما بالفعل أو بالقوة وفي

(بمع البرهان) كأن دليله الاجماع وفي (المسالك والروضة والكفاية) انه الدين الثابت في الذمة وان لم يستقر وزاد في الدروس الذي يمكن استيفاؤه من الرهن ومرادهم بالثابت في الذمة كما بينه جماعة ما كان مستحقا فيها أعم من أن يكون ثبوته مستقرا كسائر الديون أو غير مستقر كالثمن في زمن الخيار كما سمعت التصريح به عن بعض وظاهر اشتراطهم كونه ديناً عدم جوازه على العين مطلقاً مضمونة أو غير مضمونة واستعرف المصرح بالجواز وظاهرهم انه لا بد من ثبوته في الذمة قبل الرهن واستعرف القائل بجوازه مع المقارنة (إذا عرفت) هذا فعد الى عبارة الكتاب فالمراد بكونه لازماً اما اللزوم الحقيقي كالدين اللازم وبالآيل الى اللزوم الثمن في زمن الخيار واما أن يكون المراد بكونه لازماً أن يكون ثابتاً في الذمة فإنه سيأتي له جواز الرهن على الثمن في مدة الخيار وبكونه آيلاً الى اللزوم أن يكون ثبوته في الذمة بالقوة القريبة من الفعل كما في مسألة التشارك بين الرهن وسبب الدين وهي صورة المقارنة كما يأتي وعلى تقدير بطلان هذه الصورة لا يبقى لاشتراط أحد الأمرين من كون الحق ثابتاً أو آيلاً الى الثبوت وجه أصلاً الا أن يقال انه يتحقق في الاعيان المضمونة فانها لكون الحق فيها آيلاً الى الثبوت لوجود سببه يصح الرهن بها من هذه الجهة فلا يبقى مانع الا جهة كونها أعياناً لكنه قال في (التذكرة) يشترط مع ثبوت الدين لزومه فعلا حالة الرهن أو قوة قريبة من الفعل كالثمن في مدة الخيار لقرب حاله من اللزوم وقال ما كان الاصل في وضعه الجواز كالجعل في الجملة فان كان قبل الشروع في العمل لم يصح الرهن عليه لانه لم يجب ولم يعلم فضاؤه الى اللزوم فليحفظ ذلك فإنه يناسب ابقاء عبارة الكتاب على ظاهرها وأراد بإمكان استيفاء الحق من الرهن اخراج الاجارة المتعلقة بعين المؤجر كالاجير الخاص فإنه لو تمدد لم تستوف المنفعة من غيره فلا يرهن على المنفعة كما سئمت وبيان عدم صحة الرهن على الاعيان مطلقاً امتناع استيفاء العين الموجودة من شيء آخر وهو أي عدم الصحة في غير المضمونة موضع وفاق كما في جامع المقاصد والمسالك والمفاتيح واستنظر المولى الاردبيلي من التذكرة عدم الخلاف وأما المضمونة فالمنع فيها خيرة الغنية والسرائر والرياض وظاهر اطلاق المحقق وجمعة كما عرفت ونسبته في الرياض الى الاكثر وفي (المسالك والكفاية) أطلق المحقق وجماعة المنع وهذا أثبت مما في الرياض وحجتهم الاصل وأن لا دليل على الصحة لعدم الاجماع واختصاص الآية الشريفة وجملة من النصوص بالدين وعدم انصراف اطلاق باقيها الى محل الفرض لانه سبق لامر آخر وما سمعته عن المصنف وغيره من عدم استيفائها بعينها من شيء آخر (وفيه) ان العمومات الدالة على لزوم الوفاء بالعقود هي الدليل القاطع للاصل ولم يعلم عدم تداولها في زمن الشرع (الشارع خ ل) حتى لا تتناولها هذه العمومات ولم تتحقق الشهرة على المنع حتى تكون اشارة على عدم التداول في العصر المذكور يستند اليها في الجملة مضافاً الى القطع بتداول حبس الرهن فيه ودعوى ان ذلك يسمى رهناً لتقوعه وأما الاخير فبرد (أولاً) بإمكان التوثيق بأخذ العوض عند التلف كما استعرف الحال في ذلك (وثانياً) عدم جريانه في الدين المجمع على جواز الرهن عليه فإن ما يستوفى من الرهن أو ثمنه ليس عين الدين الكلي الذي اشغلت به الذمة لانه مغاير لجزيئاته ولو في الجملة ولذلك اختبر جواز الرهن عليها في التذكرة والتحرير والايضاح والدروس وجامع المقاصد والمسالك وجمع البرهان ومال اليه أو قال به في المفاتيح للاصل والعمومات وهو عقد صدر من أهله في محله ولا مانع الا ما ذكر في حجة المنع كما قد عرفت الحال في ذلك كله وان معنى التوثيق حاصل باستحقاق أخذ عوض العين عند تلفها من المرهون وذلك هو المقصود من

ولا على ما ليس بثابت حالة الرهن كما لو رهن على ما يستدينه أو على ثمن ما يشتريه منه فلو دفعه إلى المرتهن ثم اقترض لم يصير بذلك رهنا (متن)

الرهن إذ المعقول منه كونه وثيقة للحق المرهون به على أن يستوفى منه عند الحاجة وهذا كما يصدق في الرهن على الدين يصدق على الرهن في موضع النزاع وعساک تقول فعلى هذا يجوز الرهن على غير المضمون من الأعيان لثبوت التوثيق بهذا المعنى في الرهن عليها فيجانب بوجهين (الأول) أن الفارق الإجماع لانعقاده على عدم الجواز فيها ووقوع الاختلاف هنا (الثاني) أن العين في محل البحث مضمونة عند الرهن فمعدتها متعلقة بالذمة ولا كذلك العين المضمونة (وفيه) أن مضمونيتها عند الرهن مشروطة بالتلف وليست بالفعل على اليقين والضمان بالشرط جار في نحو العارية فإنها وإن لم تكن مضمونة عند العقد بمجرد التلف فيما بعد إلا أنها مضمونة به مع التفريط فكل منهما مضمون عند العقد في الجملة وإن كان الضمان في الأول بمجرد التلف وفي الثاني به مع التفريط وبمجرد الاقتراق في ذلك غير محدد للفرق بعد دعوى عموم دليل الجواز للاشتراك في الضمان في الجملة الذي جعل عليه المدار في صحة الرهن فالمدار في الفرق على الإجماع وقد استدلل في (المفاتيح) على الجواز فيما نحن فيه بما ورد في المستنبضة المعتبرة من جوازه على خصوص المضمون كما في الخبر عن السلم في الحيوان والطعام ويؤخذ الرهن فقال نعم استوثق من مالك ما استطلعت ولعله من حيث اشعار التعليل بالاستيثاق بالعموم فليحظ ذلك ولم يرجح أحد القولين في التقيح والكفاية وبنى المسئلة في الأول على تعريف الوثيقة من أنها ما يستوفى منه الدين أو يستوفى به الدين وقد عرفت الحال في ذلك (ومما ذكر) يعرف وجه الأشكال في كلام المصنف حيث قال فلا يصح الرهن على الأعيان وإن كانت مضمونة كأنه مضمون والمستعار مع الضمان والمقبوض بالسوم على أشكال فلاشكال كما في جامع المقاصد إنما هو في الأعيان المضمونة وفي (حواشي) الشهيد أنه راجع إلى الجميع ويرده دعوى الإجماع كما عرفت وهل يجوز أخذ الرهن على الثمن للمشتري أو المبيع للبائع على تقدير ظهور فساد البيع جوزه في (جامع المقاصد) بل استظهر أن أخذ الرهن على الصنعة حذرا من نقصها (نقصانها خل) كالرهن على البيع وقد نسب ذلك في المسالك إلى الشهيد وجماعة وفي (التحرير) يجوز أخذ الرهن على الدرك والمغصوب وكل ما أشبهه في الحقوق التي ثبتت في العين على أشكال وفي (الدروس) يجوز أخذ الرهن على عهدة الثمن وكذا المبيع والأجرة وعوض الصلح إن جوزنا الرهن على الأعيان وظاهر مجمع البرهان أن ذلك ليس محل خلاف حيث قال ولهذا نجد تجوز الرهن في الدرك على الثمن والمبيع وغير ذلك انتهى وقال في (التذكرة) عهدة البيع يصح ضمانها ولا يصح الرهن بها لأن الرهن بها يعطل الأرفاق فإنه إذا باع عبده بألف ودفع رهنا يساوي ألفا فكانه ما اقتضى الثمن ولا ارتفق به (وفيه) أنه يرد عليه مثله فيما إذا رهن على ثمن المبيع مؤجلا فأمل وفي موضع آخر من التذكرة قال لا يصح عندنا وقد بوجه المنع فيما نحن فيه بمحصل الضرر بحبس الرهن دائما إلا أن تقول ذلك مستند إلى الرهن ولعلها إذا أمنا الاستحقاق يتفان **قوله**

(ولا على ما ليس بثابت كما لو رهن على ما يستدينه أو على ثمن ما يشتريه منه) قد حكى الإجماع على عدم الصحة في ذلك في (التذكرة وجامع المقاصد) وظاهر الكفاية حيث قال قالوا **قوله**

(فلو دفعه إلى المرتهن ثم اقترض لم يصير بذلك رهنا) (١) الخالف في ذلك أبو حنيفة ومالك وفصل (١) كما إذا أراد أن يستقرض منه عشرة دراهم مثلا فوهن عنده ثوبا قبل أن يستقرض منه الدراهم (منه قده)

ولو شرك بين الرهن وسبب الدين في عقد فقي الجواز اشكال ينشأ من جواز اشتراطه في العقد فتشريكة في متته آكد ومن توقف الرهن على تمامية الملك لكن يقدم السبب فيقول بعنتك هذا العبد بألف وارتهنت الدار بها فيقول اشتريت ورهنت ولو قدم الارتهان لم يصح (متن)

بعض الشافعية بأنه ان عين ما يستقرضه لزم والا فلا (احتج أبو حنيفة) بأن ذلك وثيقة فجاز أن يكون عقدها موقوفا على حق يحدث في المستقبل قياسا على ضمان الدرك (وفيه) انه جاز للحاجة اليه والاحتيا للال بخلاف ما نحن فيه والسرفيه ان العقود اذا اشترط تأخير مقتضاها لم يتحقق الانشاء الصريح للفعل المطلوب ثبوته حالا ولا سيما اذا اعتبر فيه لفظ الماضي ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو شرك بين الرهن وسبب الدين في عقد فقي الجواز اشكال ينشأ من جواز اشتراطه في العقد فتشريكة في متته آكدا ومن توقف الرهن على تمامية الملك لكن يقدم السبب فيقول بعنتك هذا العبد بألف وارتهنت الدار بها فيقول اشتريت ورهنت ولو تقدم الارتهان لم يصح ﴾ قد تقدم عند شرح قوله في اول الباب وهل يقوم شرط الرهن في عقد البيع مقام القبول نظر ماله تقع في المقام (وتنقيح البحث) ان يقال هنا مسائل (الاولى) ان يقول بعنتك العبد بألف وارتهنت الدار بها فيقول اشتريت ورهنت (الثانية) ان يقول بعنتك هذا العبد بألف وارتهنته بكذا فيقول اشتريت ورهنت (الثالثة) ان يقول بعنتك هذا العبد على ان يكون رهنا في يدي (الرابعة) ان يشترط البائع ان يسلم المبيع الى المشتري ثم يرده الى يده رهنا بالثمن والسكل محل خلاف (اما الاولى) فقد حكى فيها بالصحة في المبسوط والتذكرة والتحرير ونفى عنها البعد في مجمع البرهان لعموم الادلة وعدم ظهور مانع الا اشتراط ثبوت الحق حال الرهن وهو غير ثابت بالدليل في محل النزاع وقد جوزوا في الدرك على الثمن والمبيع وغير ذلك ولان الحاجة تدعو اليه فانه لو لم يعقد مع ثبوت الحق وشرط فيه لم يتمكن من الزام المشتري عقده وكان الخيار الى المشتري ولعله لا يذله فتفتت الوثيقة بالحق ولان شرط الرهن في البيع والقرض جائز لحاجة الوثيقة فكذا مزجه بها بل هو أولى لان الوثيقة هنا آكدا فان الشرط قد لا يفي به وهذا مراد المصنف لاما فيه في جامع المقاصد من أن الصحة هنا آكد فقال ما ادعاه من الآكديه غير واضح فان اشتراط الرهن في العقد الذي يقتضي وجوبه وثبوته غير انشاء عقد الرهن والمشرط بثبوت الحق في الذمة هو الثاني دون الأول ولان اشتراط الرهن مقتضاه اثبات استحقاق الرهن على الثمن بعد ثبوته وأما الرهن فانه أنشأ التوثق وانما يكون بحق ثابت اذلا يكاد يعقل معنى الوثيقة بحق لم يثبت بعد انتهى وفيه (اولا) أنك قد عرفت انه لم يرق دليل على اشتراط ثبوت الحق حال الرهن (وثانيا) أنه في الحقيقة وعند التحقيق لا يثبت فيها وانما هو الاول الى الثبوت لانه اذا شرط عليه الارتهان كان الرهن جزءا من الثمن فلم يقع البيع تاما الا بعد الرهن فيلزم أن يرهن الرهن على الثمن قبل تمام الشراء واستيفاء الثمن فليتامل جيدا (ثم) ماذا يقول فيما اذا قال البائع بعد ذلك ارتهنت أو قبلت فان الصحة حينئذ مقطوع بها كافي الدروس أنراه يلني ذكر الارتهان في ايجاب البائع ويعتمده في قبول المشتري والبائع أم يقول ذلك القبول من المشتري ايجاب بناء على ما اعتمده في أول الباب من وجوب تقديم الايجاب وان المعاطاة لانجري

في الباب ولذا قال في المقام ويشكل على الصحة في المسئلة تقديم قبول الرهن على ايجابه وهذا الاشكال في محله بناء على ما هو الظاهر من الاكثر من أنه لا بد من تقديم الايجاب على القبول كما يبنى في أول الباب وقتنا انه قال في التذكرة ان الخلاف في الاكفاء في الرهن بالمعاطاة والاستيجاب والايجاب عليه المذكورة في البيع آت هنا والشهيد في الدروس استشكل من هذه الجهة ومن غيرها لكن هذه كانت أوقع في نفسه فانه بعد أن ذكر وجهي الصحة والمنع وبينهما أحسن بيان قل ويحتمل المنع لان شتم الرهن في صورة الاشرط موجودان بخلاف هذه الصورة فانه لم يوجد الا شق الايجاب والاشترط المتقدم لا يعد قبولا وفي حكمه الاستيجاب بل هو أضعف منه وقد حكم في الايضاح وجامع المقاصد بالبطالان وهو ظاهر المختلف في مقام آخر ونقل في الرياض حكايته عن الاكثر ولم نظفر بالحكي لما عرفته من تقدم القبول ومن توقف الرهن على تمامية الملك بمعنى أصل الاستحقاق والقبول وان مساوات هذا الرهن الاعيان المضمونة والدرك غير واضحة فان هناك حقا في الجملة بخلاف ما هنا وأما الصورة الثانية فقد حكم بالصحة فيها في الايضاح مع حكمه في الاولى البطلان والفرق غير ظاهر واستند الى الصحة بأنه لا أقبل من أن يكون فضوليا ثم يلزم بمحصول شرط الصحة ومن الغريب أنه حكي فيه عن المبسوط أنه قال فيها بالبطالان والموجود فيه في أول الباب التصريح بالصحة كما حكاها عنه والده في المختلف والفاضل السركسي وأما الصورة الثالثة والرابعة فقد حكم فيهما بالبطالان الشيخ في المبسوط وابن ادریس وسبطه صاحب الجامع قال في (السراير) وهذا معنى قول شيخنا المفيد اذا اقترن الى البيع اشترط في الرهن أفسده وان تقدم أحدهما على صاحبه حكم له به دون المتأخر (واحتج) على ذلك في (المبسوط والسراير) بأن شرطه أن يكون رهنا لا يصح لانه شرط أن يرهن مالا يملك فان المبيع لا يملكه المشتري قبل تمام العقد واذا بطل الرهن بطل العقد لان البيع يقتضي ايقان الثمن من غير ثمن المبيع والرهن يقتضي ايقان الثمن من ثمن المبيع وذلك متناقض (وأیضا) فان الرهن يقتضي أن يكون أمانة في يد البائع والبيع يقتضي أن يكون المبيع مضمونا عليه وذلك متناقض قالا وأما اذا اشترط البائع أن يسلم المبيع الى المشتري ثم يردده الى يده رهنا بالثمن فان الرهن والبيع فاسدان مثل الاول (وفيه أولا) انه في المبسوط جوز المسئلة الاولى والثانية وهما أبعد من هاتين بل من جوزهما استند فيه الى أنهما كإتین كما سمعت وقضية ذلك أن الجواز مسلم لا ريب فيه في هاتين بل هو صريح في المبسوط بذلك قال واذا ثبت جواز شرطه أي الرهن جاز ايجاب الرهن وقبوله فيه فيقول بعتك هذا الشيء بألف وارتهنت منك هذا الشيء بالثمن فقال المشتري اشترته منك بألف ورهنتك هذا الشيء بالثمن الا أن تقول ان المفروض في كلامه هو أن المشروط رهنه غير المبيع فليلاحظ (وثانيا) انه قال في الخلاف اذا شرط في حال عقد الرهن شروطا فاسدة كانت الشروط فاسدة ولم يبطل الرهن ولا البيع الذي كان الرهن شرطا فيه مستندا الى ان فساد الشرط لا يتعدى الى فساد الرهن ولا فساد البيع لانه لا دليل على ذلك (وثالثا) أن تمنع من كونه رهنا مالا يملك لان الرهن انما يتم بعد كمال عقد البيع المتقدم القاضي بالملك فكان حينئذ مملوكا ثم ان الملك شرط في الرهن لا شرط في اشترط الارتهان وقد استوفينا الكلام في المسئلة من جميع أطرافه في الفرع الثاني من الفصل الثالث في شروط البيع وذكرنا الدور وبيننا الحال فيه فليراجع (ورابعا) أنا لانسلم أن البيع يقتضي ايقان الثمن من غير ثمن المبيع بل المسلم أنه لا يقتضي ايقان الثمن من ثمن المبيع وهذا لا يناقض ايقان الثمن من ثمن المبيع

ولورهن على الثمن في مدة الخيار او على مال الجمالة بعد الرد او على النفقة الماضية
او الحاضرة صح لاعلى المستقبل والاقرب جواز الرهن على مال الكتابة (متن)

(وخامسا) أنا لانسلم التناقض الاخير لانه لما جعله رهنا خرج عن كونه مضمونا عليه فلا تناقض ويبنى
الكلام فيما أراده المفيد انه لم يعلم مراده ولا سيما كلامه الاخير وقد فسر الشيخ في الحائريات
بما لم يظهر لنا ولا لصاحب السرائر وجهه على أن حاصله قد ذكره المفيد قبل هذه العبارة فيلحظ ذلك
في الكتابين والمراد بتقديم السبب في كلام المصنف تقديمه إيجابا وقبولا فلو تأخر فيما أو في أحدهما
لم يصح لتقدم الرهن حينئذ على سبب الدين المتقضي لصحة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولورهن على الثمن في
مدة الخيار ﴾ تقرب حاله من اللزوم فيصح الرهن عليه كما في (المبسوط) والتحرير والتذكرة والدروس
وجامع المقاصد والمسالك والروضة) وغيرها ولا يتأخر فيه كون الفسخ بالخيار جائزة لان ذلك ابطال لما ثبت
طار على الثبوت فهو بمنزلة عقد مستأنف ولو جعلنا الخيار مانعا من نقل الملك في الثمن الى البائع كما
حكى عن الشيخ وقد عرفت الحال في محله امتنع الرهن عليه على الظاهر لوقوعه قبل ثبوت الدين ولا
ريب انه لا يباع الرهن في الثمن ما لم تمض مدة الخيار ﴿ قوله ﴾ ﴿ أو على مال الجمالة بعد الرد ﴾
أي تمام العمل اجماعا كما في (التذكرة) لانه لازم ثابت في الذمة حينئذ وبالصحة صرح في المبسوط
والشرايع وأكثر ما تأخر عنهما لا قبله كما يأتي في كلام المصنف وبه صرح في الخلاف والشرايع
وأكثر ما تأخر وفي (الكفاية) انه المشهور قالوا وان شرع فيه لانه لا يستحق شيئا منه الا بتمامه ولا يعلم
افضائه الى الوجوب واللزوم واختار في التذكرة جوازه بعد الشروع قبل الاتمام لانتهاء الامر فيه الى
اللزوم كالثمن في مدة الخيار واحتمله في الدروس وهو ضعيف والفرق واضح لان المبيع يمكن في لزومه
ابقائه على حاله فتقضي المدة والاصل عدم الفسخ عكس الجماله ﴿ قوله ﴾ ﴿ أو على النفقة
الماضية او الحاضرة صح لاعلى المستقبل ﴾ كما (في جامع الشرايع وجامع المقاصد) والوجه في ذلك
ظاهر لان الاوليتين واجبتان بخلاف المستقبلية ﴿ قوله ﴾ ﴿ والاقرب جواز الرهن على مال
الكتابة ﴾ أي مطلقا لان الكتابة ان كانت مطلقة يجوز الرهن على مالها بلا خلاف كما في (المسالك)
ولا كلام فيه كما في الايضاح وغاية المرام وكذا حواشي الكتاب وان كانت مشروطة فقد جواز الرهن
على مالها في ظاهر الشرايع وان كانت عبارتها غير جيدة وصريح التذكرة والتحرير والتلخيص والارشاد
والمتن والايضاح والدروس والعمدة وجامع المقاصد والمسالك والروضة وفي (غاية المرام والكفاية) انه
المشهور عند المتأخرين لانها لازمة للمكاتب مطلقا عندنا كما في المختلف والمخالف الشيخ في المبسوط
والقاضي في الجواهر وابن ادريس وسبطه يحيى بن سعيد في الجامع قال في (السرائر) لان مال الكتابة
المشروطة عندنا غير لازم وقال في (المبسوط) لا يجوز الرهن عليه لان العبد له اسقاطه عن نفسه متى
شاء فهو غير ثابت في الذمة ولانه متى امتنع العبد من مال الكتابة كان للمولى رده في الرق فلا يحتاج
الى الرهن وهو على تقدير تسليمه غير مانع منه كالرهن على الثمن في مدة الخيار وذلك لان بناء البطلان
على جواز ابطال المكاتب لها لان من خواص الرهن أن يكون لازما من طرف الراهن وحيث يجوز
فسخه لا يتيق فائدته وهنا الكتابة جائزة من قبل المكاتب فجاز له تعجيل نفسه عن مالها أجمع وفسخ
الرهن كما لو كانت جائزة من الطرفين على قول ابن حمزة في المشروطة (وفيه) ان امكان الفسخ عند

ولا يصح على مال الجمالة قبل الرد ولا على الدية قبل استقرار الجناية ويجوز على كل قسط بعد حله في الخطاء على العاقلة ومطلقا في غيره ومع فسخ المشروطة يبطل الرهن ان جوزناه ولو رهن على الاجارة المتعلقة بعين المؤجر كخدمته لم يصح لعدم تمكن الاستيفاء ويصح على العمل المطلق الثابت في الذمة (متن)

اسقاط الحق غير قادح لانه كالاداء ويجوز لكل راهن ذلك بل القادح جواز فسخه مع كون مال الكتابة في ذمته كما ستسمع ثم ان التعجيز ابطال طار لما ثبت في الذمة بالعقد الصحيح فلا اثر له ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا على الدية قبل استقرار الجناية ﴾ كما في (المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضه) وهو قضية مفهوم كلام الباقيين كما ستسمع وفي (الكفاية) انه المشهور والمراد قبل انتهائها الى الحد الذي يوجب الدية وان علم انها تأتي على النفس لعدم ثبوت ذلك حين الرهن وما حصل بالجناية في معرض الزوال بالانتقال الى غيره بل هو في الحقيقة ليس بنائب لان الشارع لم يرتب عليه حكما الى ان تستقر وربما قيل بجواز الرهن على الجناية التي قد استقر موجبها وأن لم تستقر هي كقطع ما يوجب الدية فان غايته الموت ولا يوجب اكثر منها بخلاف ما دون ذلك وهو جيد ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويجوز على كل قسط بعد حله في الخطاء على العاقلة ﴾ لا يجوز الرهن على الدية من العاقلة قبل الحلول لانها لم تجب بعد ولا يعلم افضائها الى الوجوب لان المستحق عليه غير مضبوط لان الاعتبار منها بمن وجد حال الحلول جامعا للشرايط ولم يعلم لاحتمال الجناية والموت والافتقار فافتقرت عن الدين المؤجل لتعيين المستحق عليه فيه بخلاف العاقلة واحتمل في (التذكرة) جوازه قبل الحلول لاصالة بقاء الحيوة واليسار واما بعد الحلول فيجوز لاستقرار القسط لانه مال ثابت في الذمة فيرهن على الثلث بعد حلول كل حول من الثلثة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ومطلقا في غيره ﴾ اذا استقرت الجناية في النفس أو الطرف في غير الخطأ صح الرهن قبل الحلول وبعده كما في شبه العمدة لانها تستأدى في سنتين وذلك لان الدية من مال الجاني حينئذ والثبوت في ذمته متحقق والاجل في شبه العمدة لا ينفي الثبوت وهو الذي صرح به الجماعة واستقر عليه رأي الشهيد في الدروس وجعله هو الظاهر بعد ان حكم اولا بانه لا يجوز الرهن في شبه العمدة الا بعد الحلول كما هو الشأن في العاقلة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ومع فسخ المشروطة يبطل الرهن ان جوزناه ﴾ اي الرهن ويحتمل الفسخ والمعنى على الاول ان المكاتب المشروطة اذا عجزه مولاه وفسخ المولى فيكون المصدر مضافا الى مفعوله كان كالابراء فيسقط الدين ويبطل الرهن ويصير المعنى على الثاني انا ان جوزنا له اي للمشروط الفسخ على الرهن لانه كالاداء كما اثبتنا اليه آنفا لسكتنا لا يجوز له الفسخ وتعجيز نفسه مع القدرة بل يجبره الحاكم او المالك على السعي ولا يلزم من كون المولى يتخير في الفسخ عند عجز المكاتب تسويغ العجز له سلمنا لكن لا يلزم من ذلك بطلان الرهن كالرهن في مدة الخيار ولعلم انه قال في المبسوط مال السبق والرمي لا يجوز اخذ الرهن عليه وفي (الدروس وجامع المقاصد) انه يجوز لان الاصح لزومها وفي (التحرير والتذكرة) انا ان جعلنا المسابقة عقدا لازما كلاجارة صح الرهن على العوض قبل العمل والا فلا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو رهن على الاجارة المتعلقة بعين المؤجر كخدمته لم يصح لعدم تمكن الاستيفاء ويصح على العمل المطلق الثابت في الذمة ﴾ قد صرح بالحكمين في (المبسوط)

ولا يشترط كون الدين خاليا عن رهن بل تجوز الزيادة في الرهن بدين واحد وكذا تجوز زيادة الدين على مرهون واحد ﴿الفصل الخامس﴾ في القبض وليس شرطا على رأي (متن)

والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والايضاح والدروس واللمعة وغاية المرام والتنقيح وجامع المقاصد وايضاح النافع والمسالك والروضة وجمع البرهان والكفاية) وفي (جامع الشرائع) بالاول والوجه في الاول ان تلك المنفعة الخاصة لا يمكن استيفاؤها الا من العين المخصوصة حتى لو تسدر الاستيفاء منها يموت ونحوه بطلت الاجارة وفي الثاني انه يمكن استيفائها حينئذ من الرهن فان الواجب تحصيل المنفعة على أي وجه اتفق ولولا ظهور الاجماع على ذلك لا يمكن ان يقال ان في اطلاق الدين المشروط في الرهن على ذلك تأملا فان كان باعتبار ما في الذمة من الاجرة فالرهن في الحقيقة اما هو عليها (ففيه) انه حينئذ ينبغي الجواز على العمل الخاص ايضا فان الشأن فيه كالشان في الاعيان فانه يمكن ان يكون معنى الاستيفاء اعم من ان يكون مثلا او قيمة كما به عليه في جمع البرهان فليلاحظ ذلك وليأمل فيه ﴿قوله﴾ - ولا يشترط كون الدين خاليا عن رهن بل تجوز الزيادة في الرهن بدين واحد وكذا تجوز زيادة الدين على مرهون واحد ﴿قد تقدم الكلام في المستثنين بما لا مزيد عليه عند شرح قوله في الفصل الثالث ولو أجاز الرهانة الثانية ففي كونه فسخا لهته الى آخره ﴿الفصل الخامس في القبض﴾ - ﴿قوله﴾ - (وليس شرطا على رأي) لا بد من تحوير محل النزاع فقد اضطرب فيه كلام القوم في (الخلافة والغنية والسرائر والمختلف والتنقيح والمهذب البارع وايضاح النافع والروضة والمسالك) وعدة مواضع من التذكرة والتحرير ان الكلام في اللزوم وعدمه وفي (المنفعة والمراسم والنهاية والمبسوط في المقام وباب بيع الخيل وقته القرآن للراوندي والوسيلة وجمع البيان وجوامع الجامع والشرائع والنافع وجامع الشرائع وكشف الرموز والارشاد والكتاب والايضاح في موضعين منه وغاية المراد والدروس والمقتصر وكنز العرفان وجامع المقاصد وآيات الارديني والمفاتيح) أن الكلام في الصحة وعدمها تصريفا في أكثرها وظهورا في الباقي وهو أيضا ظاهر كل ما أطلق فيه الاشتراط لانصرافه الى اشتراط الصحة وهو مقتضى الأدلة اذ سوقها واتحادها على القولين يقضي بأن الكلام في الصحة وعدمها حتى من القائلين بأن محل النزاع اللزوم وعدمه كما ستعرف ويمكن الجمع بأحد أمور ثلاثة (أحدها) أن تكون المذاهب ثلاثة عدم اشتراط القبض بوجه واشتراطه في الصحة واشتراطه في اللزوم لكن ظاهر الفريقين أن في المسئلة قولين لا غير بل صرح جماعة أن في اشتراط القبض قولين من دون تعرض للصحة ولا لزوم (الثاني) أن يزول اللزوم بالصحة وهو وجه جدا لكنه بعيد من جهة اللفظ ومن جهة ما فرعوا عليه من الاحكام لكن يقر به سوق الأدلة واتحادها وقد يقال ان الصحة صحتان صحة بمعنى تمامية العقد وصحة بمعنى قابليته للتمامية فمن عبر باللزوم أراد الاولى ومن عبر بالصحة أراد الثانية وفي كلام الشهيد في الدروس ما يرشد الى ذلك وذلك في الفرع الثالث وفي فرقه بين موت الراهن والمرتهن (الثالث) تأويل الصحة باللزوم وهذا أيضا يعمده الامران المذكوران وهو القدي اعتمده صاحب ايضاح النافع قال معنى الكلام أن الاقباض هل هو شرط في الصحة على معنى انه لو أوجب وقبل المرتهن لا يكون رهنا لازما ويكفي الابجاب والقبول ويكون الاقباض مؤكدا للزوم (وكيف) كان فما صرح فيه باشتراط القبض المتبعة والنهاية والمراسم والغنية وقته الراوندي وجمع البيان

وجوامع الجوامع والوسيلة وجامع الشرائع والشرائع والنافع وكشف الرموز والدروس واللمعة وغاية المراد والتنقيح وآيات الاردبيلي والمفاتيح والهداية للحر والرياض وهو خيرة المبسوط في أول كلامه في بابي الرهن وبيع الخيار ثم قال في الاول والاولى أن تقول انه يلزم بالاجاب والقبول وفي الثاني انه أولى تارة وانه أحوط أخرى والاشترط هو المحكي عن أبي علي والتمني والقاضي وعله في غير الجواهر ومال اليه في كنز العرفان وفي (مجمع البرهان) انه أحوط وعليه الاكثر كما في حواشي الشهيد وكنز العرفان وآيات الاردبيلي والمفاتيح وفي (الرياض) انه أشهر وفي (التنقيح) أن الخبر المدال على الاشرط أنجز بعمل الاصحاب وتلقوه بالقبول ونسبه في الايضاح في مسألة ما اذا رهن المقصوب الى كثير من الاصحاب وقد حكى عليه الاجماع في مجمع البيان والغنية لكن الاول على الصحة والثاني على اللزوم لكنه ينزل على الصحة جزماً لانه انما ادعى اجماع من تقدمه كأبي علي والمفيد والشيخ في النهاية وسائر والقاضي والطوسي صاحب الوسيلة والحلي (والحلي خ ل) والراوندي وغيرهم وقد عرفت أن كلامهم نص صريح في الصحة كادتهم التي هي الاصل والآية والرواية كما ستعرف وانه لا دليل على الصحة بدون القبض لانحصار أدلتها في المسئلة حينئذ في الاجماع الذي قطعنا بعدم تحققه وفي أدلة لزوم الوفاء بالمعقود وهي بعد دعوى الاجماع على عدم اللزوم الذي هو مفادها غير تامة فبذلك كله علم أن مراده من اللزوم الصحة وستسمع عبارة الغنية برمتها وليس في القائلين بالاشترط من صرح بأنه لزوم (اللزوم خ ل) غير صاحب الغنية وقد حكاه أي الاشرط البيضاوي عن جمهورهم الا مالكا وحكاه في التذكرة عن أبي حنيفة والشافعي وأحمد في احدى الروايتين عنه وليعلم أن كلام الوسيلة صريح جدا فيما حكيناه عنه وله كلام آخر قد ينافيه والقول بعدم الاشرط خيرة الخلاف والمبسوط كما سمعت في البابين والجواهر والسرائر والبشرى فيما حكى عنها والتذكرة والتحرير والمختلف والدروس وشرحه لولده والايضاح وتخلص التلخيص والمقتصر وغاية المرام وايضاح النافع وجامع المقاصد والميسية والمسالك والرخصة والحدائق ومال اليه صاحب المذهب البارع والمقدس الاردبيلي وصاحب الكفاية وفي (السرائر) ذهب اليه الاكثرون والمحصلون وفي (كنز العرفان) أن عليه المحققين وفي (آيات الاردبيلي) بعد نقل ذلك عن الكنز أنه غير واضح (قلت) وهو كذلك لكن الامر بالنسبة الى المقداد قد يستعمل في الجملة لمكان ابن ادريس وابن طاوس والمسلامة وولده لكن دعوى ابن ادريس يكذبها الوجدان وهو أعلم بما قال وهو مذهب أبي ثور ومالك وأحمد في احدى الروايتين عنه واقصر في التبصرة على قوله وفي اشترط الاقباض اشكال ثم انا رأينا في المبسوط جملة من فروع فرعها يأتي ذكرها تدل على انه من يختار لزوم الرهن بمجرد العقد لكنه صرح في مسألة ما اذا خرس الراهن أنه لا يجوز للمرتهن قبضه وقد فهم منه في المختلف مخالفة هذا الفرع لثلك الفروع فذهب في المبسوط غير مستقر (احتج) المشترطون بالاصل والاجماعين المتقدمين وبالآية الشريفة والرواية التي رواها الشيخ في الموثق عن محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام لارهن الا مقبوضا ورواها العياشي في تفسيره أيضا فيما حكى عن محمد بن عيسى عن أبي جعفر عليه السلام قل لارهن الا مقبوضا وقد يستدل بأدلة أخر ردية كوجوب حفظ المال فتجب مقدمته وان الرهن كالتراض لكونهما شرعا للارفاق (أما الاصل) فيقرر بأصل عدم حصول ما يقتضي منع الراهن عن التصرف وأصل عدم اللزوم وعدم الصحة (وأما الاجماع) فلا يضرهما وجود الخلاف كما قرر في محله قال في (الغنية) كون القبض شرعا في اللزوم هو الظاهر من المذهب الذي

عليه الاجماع واذا تعين المخالف باسمه ونسبه لم يتر خلافة في دلالة الاجماع ولما ذكرنا استدلالنا في المسئلة بالاجماع وان كان فيها خلاف من بعض اصحابنا انتهى (قلت) لم يتحقق الخلاف صريحا من الشيخ والقاضي لانها تارة واقفا وتارة خالفا والمخالف على البت ابن ادريس وهو معاصر لشيخه أبي المكارم السيد حمزة بن زهرة وأمين الدين أبي علي الفضل بن الحسن بن الفضل الطبرسي فكانت دعواهما الاجماع في محله (ومنه يعلم) حال ما قاله مولانا الاردبيلي من أن قوله في مجمع البيان ان لم يقبض لم ينعقد بالاجماع كأنه يريد الاكثر او لم يعتبر المخالف وهو بعيد اذا الشيخ في الخلاف وموضع من المبسوط والعلامة وابن ادريس ذهبوا الى عدم الاشتراط انتهى فالاجماعان دليلان سالمان عن المعارض والوهن بوجود المخالف وفيها لو لم يكن غيرها بلاغ فكيف وقد اعتضدا بغيرهما (واما الآية) فهي قوله تعالى (فهران مقبوضة) حيث انه سبحانه أمر بالرهن المقبوض فلا يتحقق الرهن المطلوب شرعا بدون القبض فلم نستدل على الاشتراط بدليل الخطاب بل بالاصل وذلك لان شرعية الرهن ولزومه ثبتا مع القبض ولم تثبتا مع عدمه او نقول انه سبحانه قيد الرهان بالمقبوضة فكيف كالتراضي في التجارة والعدالة في الشهادة ومفهوم مثله حجة عرفا وعادة (وأما الخبران) فنفي الصحة فيها اقرب من نفي الكمال الى نفي الحقيقة مع احتمال ارادة نفي الحقيقة بناء على كون القبض جزءا من مفهوم الرهانة كما قد ادعى دلالة الاخبار وكلام بعض اهل اللغة عليه كما ستسمع وعلى هذا فتكون مقبوضة في الآية صفة موصحة لا مخصصة وحجة القول الآخر الاصل اي اصل عدم الاشتراط والآية الشريفة من حيث ان القبض وصف للرهن فهو يتحقق بدونها والا لزم اللغو وانه لو كانت شرطا كالاجاب والقبول لكان قوله تعالى مقبوضة تكرارا كما انه لا يحسن فهران مقبولة ثم ان الآية مسوقة للارشاد اجماعا حكاه في (مجمع البرهان) فالقيود ايضا كذلك الا ترى ان السفر وعدم وجدان الكاتب غير شرط اجماعا فالقبض كذلك ولما كان الارشاد انما يتم بتمام التوثيق وهو انما يحصل بالقبض التام فالظاهر حمل الآية عليه ليتم الغرض اذ بمجرد القبض ثم الدفع الى المالك لا يتم بل وجوده وعدمه سواء وانه يصدق الرهن بدون القبض ويتحقق عقده فيدخل تحت عموم قوله سبحانه اوفوا بالعقود وقولهم صلوات الله عليهم المؤمنون عند شروطهم هذا كله مضافا الى الاخبار المتواترة الدالة على جواز الرهانة من غير تقييد برهن مقبوض بل قال الاردبيلي انها لا تعد ولا تحصى وقد ذكر فيها احكام الرهن التي تترتب على المقبوض من غير ذكر القبض وعدمه ولو صح ما قالوا لوجب التفصيل والا لزم الانغراء بالجهل ولهذا حكمنا بان ترك الاستفصال دليل العموم ثم ان الخبر الذي استدلل به المشهور ضعيف لضعف محمد بن قيس كما في التنقيح وغيره ولاشترائه كما قاله بعض ومعلق كما في مجمع البرهان مع انهم تارة يرووه عن الصادق عليه السلام واخرى عن الباقر عليه السلام وانت خبير بان ما ذكر في ادلة المشهور يقطع الاصل ويخصص العمومات الآمرة بالوفاء واطلاقات هذه الاخبار التي لا تعد ولا تحصى مضافا الى عدم انصرافها الى غير المقبوض لعدم التبادر لندرة غير المقبوض جدا مع ان هناك قاعدة اصولية وهي ان انصراف الاطلاقات الى العمومات مشروط بعدم ورودها لبيان حكم آخر غير ما يتعلق بنفسها وليست الاطلاقات هنا كذلك قطعا فلا عموم فيها اصلا مضافا الى اننا اذا لحظنا الاخبار المتضمنة لها حصل لنا الظن القوي جدا بتلازم الرهن والقبض بحيث كادت تدل على انه جزء من مفهومه كما نبه عليه بعض اهل اللغة كصاحب القاموس وغيره كما يبناء في اول الباب ويشهد بذلك سوقها وسياقها

وهل له المطالبة به اشكال (متن)

وان اختلفت في الدلالة عليه ظهورا وخفاه فاللحظ اخبار الباب جميعا وهي تقرب من سبعين خبرا فانها ترد بك على القطع بما ذكرنا وان قلنا انه حقيقة شرعية كما احتملنا ذلك في اول الباب ثم الاستدلال وارفع الاشكال فتأمل وعلى هذا فتكون مقبوضة في الاية الشريفة صفة موضحة كما اشرنا اليه آفا وان كان الاصل فيها التخصيص وسوقا للارشاد لا ينافي كون بعض قيودها شرطا كالعقد في الشهادة وقد سبقت آياتها للارشاد ايضا واما حديث ضعف الحديث وتعليقه فن ضعف التأمل لان طريق الشيخ الى الحسن بن محمد بن سماعة قوي معتبر وهو احمد بن عبدون عن ابي طالب الاباري عن حميد بن زياد عن الحسن بن سماعة وقد روار عن صفوان (وقد رواه صفوان خ ل) عن عاصم ابن حميد عن محمد بن قيس عن ابي جعفر عليه السلام وقد قرر في محله ان محمدا هنا هو البجلي الثقة لمكان عاصم فكان الخبر موثقا سلمنا لكنه معتضد بخبر العياشي والاجماع منجبر بالشهرة المعلومة والمنقولة وعمل الاصحاب كما سمعته عن التقيح اذ قد عرفت ان العامل به جميع المتقدمين وجماعة من اعظم المتأخرين كالمحقق وابن عمه وتلميذه الابي والشهيد وغيرهم واما ابن ادريس فهو وان كان من المتقدمين لكنه خالف جريا على اصوله من عدم العمل باخبار الاحاد والموجود في التهذيب والوافي والوسائل والمختلف والايضاح وغاية المرام والمهذب البارع وايضاح النافع ومجمع البرهان والكفاية والمهداية للحر روايته عن ابي جعفر عليه السلام (نعم) رواه في التذكرة والتقيح والمسالك عن الصادق عليه السلام وهو من سهو القلم قطعاً فلم يبق للقوم ما يستند اليه ولا بعد اليوم اشكال يعرج عليه (وليعلم) انه لا يشترط مقارنة القبض لعقد الرهن اجماعا فلو طالت المدة بعد العقد ثم قبض الرهن صح وان اطلاق الشرطية على القبض بطريق المجاز فان الشرط خارج مقدم على المشروط في الوجود وهنا لا يعتبر تقدمه اجماعا معلوما ومثوقا فكونه جزء السبب انبى لكن هذا الاطلاق شايح عند الفقهاء في هذا الباب وغيره **قوله** «وهل له المطالبة به اشكال» قد عرفت ان الاحتمالات والاقوال ثلاثة عدم اشتراط القبض بوجه واشتراطه في الصحة واشتراطه في اللزوم فقط فعلى الاول بمعنى انه يلزم بالعقد من دون قبض لا يجب على الراهن الاقباض لكن لا يجوز له الرجوع بعد العقد فلا يشكلى لو شرط في عقد لازم ولا يجب عليه التسليم والاقباض بل انما يجب عليه ايقاع عقد الرهن وعدم الخروج عن مقتضاه الا ان يصرح بالقبض او يدل عليه قرينة (والحاصل) ان فائدة الرهن الاستيثاق بعدم تصرف المالك فيه وقد حصل وان لم يكن قد قبضه وما شرط عليه الا الرهن اللازم وقد فعل وما يجب عليه غيره وظاهر الكتاب وصرح الايضاح والمسالك ان اللزوم لا كلام فيه وانما الاشكال في الاقباض وانت قد عرفت ان لا اشكال وان كان فهو ضعيف جدا لكن الشيخ في المبسوط قال اذ اجن الراهن او اغمي عليه او رجع قبيل القبض قبض المرهين لان العقد اوجب القبض وقد عرفت انه قال فيه ان الاولى ان يقال ان الرهن يلزم بالايجاب والقبول واما على الثاني فان لم يكن مشروطا في عقد لازم فلا وجه لثبوت المطالبة به بمجرد ايقاع العقد اذ لم يثبت حق الى الآن كما به عليه في الايضاح وحواشي الشهيد وجامع المقاصد واما اذا اشترط الرهانة في عقد لازم فالظاهر انه لا بد من الاقباض وعدم الخروج عن مقتضاه كما هو ظاهر حواشي الشهيد وجامع

وقيل يشترط فيجب اذن الراهن فيه (متن)

المقاصد وصرح بمجمع البرهان والكفاية واما على الثالث فيجبي الاشكال كافي حواشي الشهيد
 وجامع المقاصد ومجمع البرهان حيث جعلوا اشكال الكتاب مبنيًا عليه من اصالة العدم وانتفاء المقتضي
 اذا العقد لا يقتضيه ولا سبب غيره وكذلك الحال فيما اذا كان مشروطًا في عقد لازم لانه حصل
 الشرط الذي هو الرهن بمجرد العقد فلا يكلف بالاقباض بل لو رجع لسكان له ذلك لعدم اشتراط
 اللزوم عليه واما شرط عليه محض العقد الصحيح وقد اتى به ومن ظاهر قوله تعالى مقبوضة فانه
 سبحانه ارشد الى ان كمال التوثق لا يتحقق بدون حث استحق اصل التوثق كان له المطالبة بالقبض
 الذي امر الله سبحانه به (وفيه) ان الارشاد الى التوثق بالقبض لا يدل على ان ذلك مستحق
 للمرهن على الراهن بمجرد العقد ان لم يكن مشروطًا في لازم فليتأمل وسيأتي للمصنف ان الراهن
 لا يجبر على الاقباض وبذلك صرح جماعة وهو جزم من المصنف بعد التردد لان الاشكال في ان له
 المطالبة يقتضي التوقف في عدم الاجبار فانه متى استحق المطالبة اتجه ان يجبر الراهن عليه لانه حينئذ
 حق واجب عليه ويظهر من الشهيد ان الرهن المشروط في العقد اللازم يستحق القبض وان قلنا بكونه
 شرطًا في اللزوم (وتفصيل المسئلة) على هذا الوجه انه ان لم يكن مشروطًا في لازم لا يلزمه الاقباض
 قطعًا وان كان مشروطًا فهناك امران وجوب الاقباض وعدم جواز الرجوع والظاهر انه لا يلزمه
 الاقباض الا بالقرينة ولا يجوز له الرجوع لان الغرض ليس ايقاع الصيغة فقط بل الاستيثاق واستيفاء
 الحق وذلك انما يتم اذا لم يكن له الرجوع فكان في اشتراطه في العقد دلالة صريحة على ان المراد
 رهن لازم مقبوض فلا يحتاج الى قرينة اخرى وأن ضمها كان اولي فلا اشكال على هذا الوجه ايضا
 وبذلك يندفع اشكال المسالك قال يشكل فيما لو شرط في عقد لازم فان ما يجب الوفاء به هو الرهن
 الصحيح فينبغي ان يتحقق الوفاء بالشرط بدون القبض وان لم يلزم حينئذ فللراهن فسخه بعد ذلك
 لجوازه من طرفه فلا يحصل الفائدة المطلوبة من اشتراطه فينبغي التقييد برهن مقبوض ونحوه وانت قد
 عرفت ان ليس للراهن فسخه اذ هو لازم وليس جائزًا من طرفه ومعنى المطالبة في كلام المصنف انه
 يستحقها ونجب اجابته كما عرفت آنفاً وهو الظاهر الذي يعطيه كلام الايضاح وغيره وليس معناها
 ان له ان يطالب وان لم تجب اجابته لانه لا مانع من ذلك الا ان تقول ان الكلام في استحقاقها وهو
 حكم شرعي لا بد له من مقتض والعقد لا يقتضها الا ان تقول ان الاية الشريفة ارشده الى ان له
 تحصيل كمال التوثق وقد يكون ذلك ملحوظًا في ضمن الاشكال وليس هو الاول فليتأمل جيداً ويقرب
 في الشبه بما نحن فيه ما اذا نذر امرًا جائزًا كالتيدير والوصية ثم دبراً واوصى فهل يجوز له الرجوع فيه
 ﴿ قوله ﴾ ﴿ وقيل يشترط فيجب اذن الراهن فيه ﴾ ظاهره كما فهمه المحقق الثاني فيما يظهر من
 غموى كلامه اختصاص الحكم بالقول بالاشتراط (وقد يقال) انه يشترط فيه اذن المالك سواء قلنا بلزومه
 من غير قبض او صحته كذلك ولا سيما ان احتاج الى التصرف في ماله لعموم عدم جواز التصرف في
 مال الغير الا بطيب نفس منه الا ان يستحق القبض بوجه من الوجوه الشرعية اللازمة عليه من غير اشتراط
 اذنه وجزم في (الكفاية) بوجوب اذن الراهن ان قلنا بعدم اشتراط القبض في اللزوم قال وان قلنا باشتراطه
 في اللزوم دون الصحة فاشكال وقد دقق النظر لكن الظاهر ما قلناه واما ان قلنا بعدم الصحة الا بالقبض

ولو قبض من دونه أو أذن ثم رجع قبله أو جن أو أنعم عليه أو مات قبله بطل (متن)

فلا بد من اذن الراهن كما صرح به جميع من قال به أي بالاشتراط المذكور كالزاوندي وصاحب الوسيلة وصاحب جامع الشرائع ومن تأخر عنهم ممن تعرض له كما ستعرف اللهم الآن يكون قد لزمه الرهن الشرعي بوجه شرعي لازم مثل ما اذا شرطه في عقد لازم كما في الوسيلة أو بندر أو شبهه فالظاهر عدم الاشتراط لانه لازم عليه شرعا من غير توقف على أمر آخر فيجب عليه التسليم ويجوز الاخذ من غير اذنه للزومه عليه وعدم جواز الامتناع له فلا أثر للاذن اذ ليس له المنع نعم ان احتاج الى التصرف احتاج الى الاذن كما نبه على ذلك في مجمع البرهان وقد يقال لمكان العموم المشار اليه بالاحتياج الى الاذن أيضا على تأمل قوله «فلو قبض من دونه أو أذن ثم رجع قبله أو جن أو أنعم عليه أو مات قبله بطل» كافي (الدروس واللمعة) ومعناه بطلان الرهن وعدم انعقاده كما نبه على ذلك في الشرائع بقوله لم ينقذ لان القبض جزء السبب فهو بدون اذن الراهن غير مستحق اذ لم تحصل الرهانة الى الآن فهو ظلم وعدوان وما هذا شأنه كيف يكون معتبرا في السبب المشروط بالتراضي هذا في الاولين وأما في الثلاثة الاخيرة فالامر واضح ولما فهم صاحب المسالك ان النزاع انما هو في اللزوم وعدمه تكلف ما تكلف في تأويل عبارة الشرائع واللمعة فحمل قوله في الشرائع لم ينقذ على أن المراد لم ينقذ القبض ثم أشكل عليه ذلك فيما اذا جن أو مات أو أنعم عليه اذ لا قبض هناك فحمله على عدم انعقاد اللزوم ثم أخذ عليه بأنه من بيان الواضحات وأنه كان الواجب عليه أي المحقق بيان أنه هل يبطل بذلك بناء على أنه قبل القبض عقد جائز ومن شأن الجائز بطلانه عند عروض هذه الاشياء وبه قطع في القواعد والدروس أولا يبطل بذلك لانه ليس على حد العقود الجائزة مطلقا بل هو آيل الى اللزوم كبيع الخيار وبه قطع في التذكرة انتهى كلامه في المسالك ونحوه ما في الروضة وفيه وهم من وجوه (وتفتيح المسئلة) أن يقال ان القائل بأن القبض ليس شرطا بل الرهن لازم بدونه قال بأن الرهن لا يبطل بالموت أو الاغناء أو الجنون كما صرح بذلك في الخلاف والمبسوط والجواهر والتحرير وقوله فيه أي التحرير عندنا لم يرد به الاجماع قطعا وهذه هي الفروع التي أشرنا اليها فيما سلف عن المبسوط لكنه خالفها فيما اذا خرس فقال لم يجز للمرهن قبضه ومن قال انه شرط في الصحة قال بالبطلان بعروض أحد الثلاثة كالمحقق والشهيد وكذا المصنف بناء على القيل وهو قضية كلام الزاوندي والعلوسي صاحب الوسيلة ويحيى بن سعيد في الجامع وغيرهم ومن قال بأنه شرط في اللزوم كالمصنف في التذكرة وغيره يلزمه أن يقول بالبطلان أيضا بعروض أحد الثلاثة كما هو الشأن في العقود الجائزة كالوكالة والقراض وغيرها اذا عرضت لها أحد الثلاثة لكن المصنف في التذكرة فرق بين الموت وبين الاغناء والجنون على القول بأنه شرط في اللزوم فردد في الاول ولم يرجح وانما نقل أقوال العامة ولم يفرق بين موت الراهن والمرتهن وحكم في الاخيرين بعدم البطلان لانه عقد يؤول الى اللزوم كالبيع الذي فيه الخيار (وفيه) مع انه لا قائل بالتمسك بين الثلاثة في غير المقام بل وفي المقام غيره (١) ان لزومه على القول به مشروط بالقبض قبله جائز مطانا سواء قلنا انه كالعقد الجائز أو اللازم وكذلك كلام الشهيد في الدروس مضطرب فانه حكم بأنه اذا مات المرتهن

(١) أي غير العلامة في التذكرة (منه قدس سره)

ولا تشترط الاستدامة فلو استترجمه صح ويكفي الاستصحاب فلو كان في يد المرتهن لم
يفتقر الى تجديد قبض ولا مضي زمان يمكن فيه (متن)

قبل القبض لم يطل العقد وانتقل حق القبض الى وارثه لبقاء الدين فبقى وثيقته بخلاف ما اذا مات
الراهن فان حق الورثة تعلق بالرهن فلا استيثار لاحد به أي فيقع التعارض بين الحقين فيقع التنافي ولا
منافاة عند موت المرتهن وهو من مخربجات العامة ذكره في التذكرة في مخربجات أصحاب الشافعي
وقد عرفت الحال في التركة اذا كان على الميت دين في أول الباب بما لم يوجد في كتاب وكيف
يصح منه ذلك وهو ممن يذهب الى أن القبض شرط في الصحة كالمية ففرقه بين الموتين غير صحيح
وان تأولنا الصحة بكل تأويل من تامة أو قابلية وما ذكر في المقام وسابقه يعلم الحال فيها اذا شرطه
في عقد لازم ومات قبل عقد الرهن وبعده قبل الاقباض ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا تشترط الاستدامة ﴾
قد نسأل الناس على ذلك على اختلاف آرائهم في القبض وبه طفت عباراتهم وقد حكى الاجماع
على ذلك في (الغنية والتذكرة وغاية المرام والمسالك والروضة والمفاتيح) وهو ظاهر كشف الحق
حيث نسبه فيه الى الامامية وجامع المقاصد حيث قال لا يشترط على شيء من القولين عندنا واستدل عليه
في الخلاف بأخبار الفرقة ولم نجد لها والذي يحكيه كما برويه وقد يستفاد ذلك بتجشم من أخبار باب
منفعة الرهن وغثه ولعله اراد العمومات واستدل عليه فيه ايضا وفي (الغنية والتذكرة) بقوله صلى الله
عليه وسلم الرهن محلوب ومركوب قال وقد اجمعنا على انه لا يجل ذلك للمرتهن فدل على ان ذلك
للراهن ومثله ما في (التذكرة) ونحوه قال في الغنية (قلت) معنى هذا الخبر رواه الصدوق في الفقيه
الظاهر يركب اذا كان مرهونا وعلى الذي يركب نفقته والدر يشرب وعلى الذي يشرب الدر نفقته
ونحوه ماروي في (الكافي والتهذيب) وقد فهم المقدس الاردبيلي من ظاهر التذكرة في مسألة منع
المرتهن عن التصرف ان القائل بالاشتراط يقول بالاستدامة (قلت) قال في التذكرة في المسئلة المذكورة
فان جعلنا القبض شرطا وكان لازما استحق المرتهن اقامة اليد ولا تزال يده الا للانتفاع على خلاف
وقد أشار بذلك الى خلاف أبي حنيفة ومالك وأحمد حيث قالوا استدامة القبض شرطا مستدلين باذلة
واهية ﴿ قوله ﴾ ﴿ فلو استترجمه صح ﴾ هذا فرع عدم اشتراطها ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويكفي
الاستصحاب فلو كان في يد المرتهن لم يفتر الى تجديد قبض ولا مضي زمان يمكن فيه ﴾ اذا شرطنا
القبض في الرهن فالمعتبر بحقيقته ولو بالاستصحاب كما لو كان في يد المرتهن قبل الرهن بولاية أو مضاربة
أو استبام أو عارية أو ودیعة أو اجارة لتحقق تامة السبب لان استدامة القبض قبض حقيقة فيصدق
عليه انه رهن مقبوض ولا دليل على كون القبض واقعا مبتدأ بعد الرهانة فيكفي بالسابق والمقارن ولا
يحتاج الى تجديد قبض ومضي زمان وهو في القبض المأذون فيه شرعا كما أشرفنا اليه بالامثلة خيرة
الشرائع والتذكرة في موضعين منها واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية وفي
(المسالك) انه واضح وقد يستشهد له بقولهم بصحة الصرف اذا كان أحد العوضين في ذمة البايع وفي
(المبسوط والخلاف) اذا كان له في يد رجل مال وديعة أو عارية أو اجارة أو غصبا جعله رهنا عنده
بدين له كان الرهن صحيحا ويكون ذلك قبضا اذا أذن له الراهن في قبض غير الرهن قال في (الخلاف)
واذا لم يأذن لم يكن على كونه قبضا دليل ونحوهما (ونحوه خ ل) ما في جامع الشرائع وقال في (المبسوط)

في مسألة ما إذا أذن له وجن تم القبض وقد قيل انه لا يصح الا بعد أن يأتي عليه زمان يمكن قبضه فيه وقد حكى عن الشيخ في الدروس انه حكم بأنه لا بد من مضي زمان يمكن فيه القبض ولعله فهم ان الاذن في القبض وهو قوله اقبض يلزمه مضي زمان يمكن وقوعه فيه فلا بد بعد الاذن من أقل ما يمكن فيه وصول المرهن اليه دون القبض لانه تحصيل الحاصل لكنتك قد سمعت كلامه في المبسوط فليتأمل ولم يرجح في الدروس شيئاً وفي (جامع المقاصد) ربما قيل باشتراط مضي زمان وفي (المسالك) ربما قيل باشتراطها أي الاذن ومضي الزمان في المقبوض صحيحاً (قلت) ونحن لم نظفر باشتراط مضي الزمان الا للشافعي الا أن يكون القائل باشتراط الزمان قائلاً بالاذن وهو بعيد جداً (وقد قيل) في توجيه هذا القول أغنى اعتبار مضي الزمان ان الامر بالقبض دل على اعتبار القبض بالفعل مطابقة وعلى اعتبار مضي زمان اما بالالتزام أو بالاقضاء. واذا تعذر المعنى المطابق لامتناع تحصيل الحاصل بقي المعنى الآخر وضعفه ظاهر لان الزمان المدلول عليه ما كان من نواحي القبض وقد قلنا ان القبض المقارن كاف في الامتثال فلا معنى لاعتبار مضي الزمان بعده نعم لو كان تأخره عن العقد معتبراً وجب اعتبار مضي الزمان وأقصى ما يوجه به قول الشيخ كما أشار هو اليه ان المعتبر من القبض ما وقع بعد الرهن وهو لا يتم الا بالاذن كالمبتدأ وضعفه أيضاً ظاهر لاننا نمنع اعتبار المقيّد بالبعدية بل الاعم وهو حاصل كما عرفت وان قلنا ان الاذن يستلزم مضي زمان قلنا في توجيه كلام الشيخ ان المعتبر منه ما وقع بعد الرهن وهو لا يتم الا باذن كالمبتدأ والاذن فيه يستدعي تحصيله ومن ضرورياته مضي زمان فهو دال عليه بالمطابقة وعلى الزمان بالالتزام الى آخر ما ذكر في توجيه القول باعتبار الزمان وضعفه يعرف مما ذكر في تضعيفه وقد لا يكون هناك الا قول واحد فيكون القائل باشتراط الزمان قائلاً باشتراط الاذن على بعد كما ان القائل بالاذن يلزمه الزمان فتأمل وقد يكون الاقوال ثلاثة (وليعلم) ان القائل باشتراط الزمان يقول انه معتبر من حين العقد والقائل باشتراط الاذن يقول ان الزمان حينئذ معتبر من وقت الاذن (وليعلم) انه في الخلاف في الخلاف عن صحة الرهن فيما ذكر وهو قضية كلام الخلاف والتذكرة وغاية المرام لانه ادعى الاجماع فيها على صحة رهن المنصوب عند الغائب فالصحة فيما نحن فيه أولى فكان النزاع اما هو فيما سمعته من اشتراط الاذن والزمان ولكن يبقى الكلام في معنى الصحة التي ادعى عليها الاجماع فعند القائلين بأنه شرط في الصحة يكون معناها القابلية وعند القائلين بأنه شرط في القبول يكون معناها التامة وهذا ان كان أحد من الاولين قائلاً باشتراط شيء مما ذكر هذا كله في القبض المأذون فيه شرعاً كما عرفت فلو كان غير مأذون فيه كقبض الغائب والمشترى فاسداً فالقولان جاربان فيه وقد يوجد التفصيل بين الغصب وغيره ففي الغصب لا بد من الاذن ومضي الزمان وفي غيره لا يشترط شيء من ذلك كما هو قضية كلام المصنف في التذكرة وقد يكون بعض من قال بأنه لا يشترط شيء في القبض المأذون فيه قائلاً باشتراط أحد أمرين في غير المأذون فيه وكيف كان فقد أطلق الاكثر الاكفاء به كما في المسالك والكفاية والحدائق لما تقدم من الدليل اذ يصدق على الرهن انه مقبوض فقد وجد شرط الصحة وقد عرفت ان الشيخ قال لا بد من الاذن وقطع في التذكرة باشتراط الاذن ومضي زمان يمكن فيه تجديد القبض في خصوص المنصوب كما عرفت واستوجه في (المسالك والروضة) في مطلق المقبوض بدون اذن ووجهه ما ذكرنا فيما سلف من أنه على تقدير اعتبار القبض في الصحة أو القبول لكن لا يعتد به بالتمهي عنه مطلقاً ولو كان مطلقه كافياً لكفى في القبض المبتدأ بنبر اذن

ولو باع من المستودع دخل في ضمانه بمجرد البيع والاقرب زوال الضمان بالمعقد لو كان غصبا ويحتمل الضمان لان الابتداء أضعف من الاستدامة ويمكن اجتماعه مع الرهن كما لو تعدى المرتهن فيه فلان لا يرفع ابتداء الرهن دون الضمان أولى (متن)

فعلى هذا يحتاج الى الاذن في القبض بقوله اقبض ومن لوازمه مضي زمان يمكن وقوعه فيه فلا بد بعد الاذن من أقل ما يمكن فيه وصول المرتهن اليه دون القبض لانه تحصيل الحاصل (وفيه) ان النهي قد زال بالمعقد المتضمن للاذن واذا انتفت العلة انتفى المعلول والنهي معلول لعدم الاذن والمثل لا اذن فيه صريحا ولا ضمنا ويأتي في رهن الغائب ماله نفع في المقام ﴿ قوله ﴾ - ﴿ ولو باع من المستودع دخل في ضمانه بمجرد البيع ﴾ هذا استطراد وحاصله ان القبض المقارن للمعقد لما كان كافيا في صحة الرهن لكونه معتبرا وجب الاكتفاء به في القبض المعتبر في البيع فيتحقق بمقارنته للمعقد دخول المبيع في ضمان المستودع لو كان هو المشتري والمستودع في العبارة بفتح الدال مبني للمفعول ﴿ قوله ﴾ - ﴿ والاقرب زوال الضمان بالمعقد لو كان غصبا ﴾ قد عرفت فيما تقدم انه يجوز رهن العين المنصوبة عند الغاصب وان الاجماع محكي عليه في الخلاف والتذكرة وان الخلاف منفي عنه في غاية المرام وانهم قد اختلفوا في أن قبضه هل يتحقق بمجرد المعقد اذ لا بد فيه من اذن جديد ومضي زمان وان المصنف والمحقق وجماعة اكتفوا بالقبض السابق والخلاف هنا انما وقع فيما اذا اكتفينا بالقبض السابق كما اختاره المصنف والجماعة كما فهمه المحقق الثاني والشهيد الثاني والصيغري من عبارة الكتاب والشرايع أما لو قلنا بافتقار الرهن الى قبض جديد كما هو خيرة الشيخ وغيره وخيرة التذكرة في المنصوب ففي (المالك) أنه لا شبهة في أنه قبضه مضمون لانه مقبوض قبله بالغصب أي قبل الاذن وهو كذلك وأما اذا جدد له المالك الاذن في القبض على القول بافتقاره اليه فيمكن جريان الخلاف فيه أيضا بقيام الاحتمالين فيه كما في المسالك وان كان الاقوى هنا زوال الضمان لان اذن المالك له في قبضه بمنزلة قبضه اياه ثم دفعه اليه لأنه حينئذ كوكيله وفي (جامع المقاصد) انه موضع اشكال وصرح بجامع الشرايع والتحرير وظاهر التذكرة والايضاح أو صريحا وظاهر الدرر أن المسئلة مفروضة في هذا أعني الاخير بل هو ظاهر الخلاف أيضا بل والمبسوط وقد يلوح ذلك من مجمع البرهان لكن ظاهر عبارة الكتاب ينافي ذلك لمكان قوله بمجرد المعقد اذ ظاهره انه مبني على ما اختاره سابقا من أن القبض الجديد ليس شرطا في الرهن ان قلنا بأن القبض شرط في الصحة كما بيناه ونحوها عبارة الشرايع وغيرها فحل النزاع في كلامهم غير محرر وتحريره أن يقال ان القائل بأن القبض غير شرط في صحة الرهن فينعتقد بدون القبض يلزمه القول بالضمان لانه باق في يده بالقبض الاول فلا يزول الضمان نعم يأتي النزاع من هؤلاء فيما اذا اذن له في القبض وأما القائل بأن القبض شرط في صحة الرهن وانه اذا كان في يد المرتهن ولو بالغصب لا يحتاج الى اذن وقبض جديد فانه يتجه منهم النزاع في المقام مع الاذن وبدونها فان كان أحد من القائلين بأن القبض شرط في الصحة قال بأنه لا بد في المنصوب من قبض واذن جديد فلا شبهة عنده في بقاء الضمان ما لم يحصل أحدهما ولكن لا قائل منهم بذلك (وليعلم) ان الشهيد في حواشي الكتاب قال ان مراد المصنف في كل هذه الصور بأن الضمان هل يزول بمجرد المعقد أم لا أما لو

أقبضهم أو أذن لهم في إبقاء اليد واستدامتها فإن الضمان يزول بلا خلاف انتهى وهذا بخلاف ما صرحوا به ويمكن الجمع بالفرق بين الأذن في القبض والأذن في البقاء والاستدامة فليتأمل في ذلك (وكيف) كان فالمرح فيه ببقاء الضمان وعدم زواله الخلاف والمبسوط والشرائع والإرشاد والدروس وحواشي الكتاب وغاية المرام وجامع المقاصد والمسالك والروضة وهو المحصّي عن ابن المتوج وفي (المختلف) أن فيه قوة وكأنه مال إليه أو قال به في التذكرة واستشكل في التحرير ولم يرجح في الإيضاح واستقر المصنف هنا زواله أي الضمان وهو خيرة جامع الشرائع ومجمع البرهان حيث جعله أوضح فهذه أقوالهم على اختلافهم في محل النزاع والموافق للشيخ من العامة الشافعي ومالك وأبو ثور والموافق للمصنف هنا أبو حنيفة والمزني وأحمد (احتج) الشيخ في الخلاف بكلام حاصله يرجع إلى الاستصحاب ولم يحصل ما يزيله لأن الحاصل وهو الرهن المقبوض بجامع الضمان كما لو تعدى المرتهن في الرهن فإنه يصير مضمونا ضمان الغصب وهو رهن فإذا لم يكونا متنافيين استمر الضمان لعدم المعارض بقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى تؤدي (واحتج) له الباقر بأن ابتداء كل شيء أضعف من استدامته بناء على احتياج المبتدأ إلى المؤثر واستغناء الباقي عنه أو الخلاف في احتياجه فإن المنفق على احتياجه أضعف من المختلف فيه وإذا كانت حالة الرهن القوية وهي استدامته لا تمنع حالة الضمان الضعيفة وهي ابتداءه كما إذا طرأ التمدي على الرهن فلأن لا تمنع حالة الرهن الضعيفة وهي ابتداءه حالة الضمان القوية وهي استدامته فيما إذا طرأ ابتداء الرهن على استدامة الغصب أولى خصوصا وقد تقدم أن وجه الاكتفاء بالقبض السابق وإن كان غصبا صدق قوله تعالى فوهان مقبوضة أعم من كونه مقبوضا أمانة وعدوانا وحينئذ فيبقى ضمان الغصب مستمرا إلى أن يقبضه المالك ثم يردّه إليه أو يسقط عنه ضمانه إن قلنا بصحته كما هو خيرة المبسوط وغيره وتأمل فيه المصنف والشهيد وغيرهما كما ستمع لأنه إبراء مما لم يجب (واجب) عن الأول بأن الحكم المستصحب قد زال سببه وهو الغصب بالأذن أو بالرضا بالرهن وكونه عندد على اختلافهم في محل النزاع فيزول المسبب وهو الضمان ولهذا لا يجب عليه حينئذ دفعه إليه وتصح عباداته المنافية للأداء في أول الوقت عند المانع منها وكون مجرد الأخذ ظلما سبب للضمان دائما حتى بعد الرضا بكونه عنده أو الأذن غير معلوم (وقد قول) في رد الاستصحاب أن عموم كل رهن لا ضمان فيه إذا لم يتعد فيه قد قطع استصحاب الضمان لوروده عليه فإن قتم بتحقق الرهنية لزمك القول بعدم الضمان وتحقق الملزوم بدون لازمه غير معقول كما أن الشك في جريان العموم هنا غير مقبول إلا أن تقول إن كل استصحاب لا بد وأن يعارض عموما فمثل هذا العموم لا يعارض الاستصحاب (واجب) عن عدم التنافي بين الضمان والرهن كما في المثال المذكور وهو ما إذا تعدى المرتهن بأنه إذا ضمن لعدوانه لالكونه غاصبا وتمنع عدم التنافي فإن يد الغاصب عادية ويد المرتهن محقة ويد المرتهن يد أمانة ويد الغاصب يد ضمان وهما متنافيان وفيه نظر لأن المستدل لم يبين الأمر على عدم التنافي بين الغصب والرهن حتى يقابل بما ذكر بل على عدم التنافي بين الرهن والضمان زال الغصب أولم يزل فينبغي في الرد أن يردد الأمر معه فيقال له أتريد ذلك مع بقاء الغصب أم مع زواله فيجاب بما ذكر على تقدير إرادة الأول وعدم بقاء اللازم المساوي أعني الضمان بدون ملزومه وهو الغصب على تقدير إرادة الثاني واحتمال بقاء المعلول هنا وإن زالت علته غير مسموع لأن الأصل انتفائه ولا يصار إلى غيره إلا بدليل كما في نحرهم أم المعقود عليها وإن ماتت فليتأمل (وأما الخبر) فهو غير

ولو أودع الفاسب أو أجره فالأقرب زوال الضمان (متن)

ناصر الدلالة بحيث لا يقبل التخصيص مع أن سنده غير ظاهر كما قال في مجمع البرهان (وفيه) أن شهرته تعني عن النظر في سنده نعم هو محص عند جماعة بما إذا أودعه عنده كما ستعرف وبما إذا باعه له عند الشيخ في المبسوط وابن سعيد في الجامع والمصنف في التحرير فانهما قطعاً بزوال الضمان وتحصل الثمرة في البيع فيما إذا باعه له وجعل الخيار له أي الفاسب فانه لو تلف على القول بعدم الزوال كان من مال الفاسب مقبوضاً كان أو غير مقبوض أن قلنا بتحقيق الغصب بدون قبض وعلى القول بالزوال مع البناء المذكور أعني بتحقيق الغصب بدون قبض يكون من مال البائع فانه لا خيار له فليلاحظ ذلك (وبجواب) عن الثالث بأنه مبني على مناسبات اعتبارية لا يرجع عليها في اثبات الأحكام الشرعية وبما ذكره يعلم حجة القائل بالزوال والمسئلة محل اشكال والقول بالزوال لا يخلو من قوة كما هو الشأن في الوديعة عنده والفرق بأن الائتان فيها مقصود بالذات بخلاف الرهن فانه فيه تابع لا يجدي فرقا بتد بهلان لازم الذات كالمقصود بالذات كما سنعلم وبأنه التحقيق ويضعف الاشكال فيما ضاهى الفاسب كالاستام والمستعير ضامناً والمشتري فاسداً لأن الأمر فهم اخف من الفاسب لاستناد اليد فيهم إلى رضی المالك ولا اثم عليهم كما في التذكرة وقد نص في المبسوط والشرايع على عدم زوال الضمان في المشتري فاسداً وتام الكلام عند تعرض المصنف لذلك (إذا عرفت هذا) قول المصنف ويحتمل الضمان لأن الابتداء أضعف من الاستدامة إلى آخره يحتمل أن يكون ساقه سندا لمنع التنافي المدعى في وجه القرب كأن يقال لأنسلم أن الرهن ينافي الضمان لأن الرهن قد يكون أمانة وقد يكون مضموناً فيجتمعان وحيث كان الابتداء أضعف من الاستدامة بناء على أن الباقي مستغن عن المؤثر كان دوام الرهن أقوى من ابتدائه بالتمريب الذي عرفه آتفاً فيكون سندا للمنع بأبلغ الوجهين إذ يكفي أن يقال لأنسلم التنافي لا يمكن اجتماعها في صورة التمدي ويحتمل أن يكون ساقه دليلاً برأيه على الاحتمال الذي هو مذهب الشيخ **قوله** (ولو أودع الفاسب أو أجره فالأقرب زوال الضمان) كما في (الإيضاح وغاية المراد) وهو قضية مختار جامع الشرايع ومجمع البرهان لما عرفت من أنها ذهبا إلى زوال الضمان في رهان الفاسب بل قد يكون ذلك قضية كلام المبسوط والخلاف والدروس حيث لم يتعرض فيها إلا للضمان الفاسب الرهن ونص على زواله في الإبداء دون الاجارة في التذكرة وجامع المقاصد وعن ابن المتوج أن الضمان يزول عن الوديعة والمستأجر لانها لمصلحة المالك والحاصل كأن الزوال في الإبداء ليس محل خلاف لأن الاستئمان في الإبداء استئمان محض والمقصود منه بالذات الاستئانة في الحفظ فالمالك قد جعله نائياً عنه في الحفظ واثبات اليد وأما الاستئمان فالقائل بسقوط الضمان فيه يقول انه أمانة وقد صرفه فيه وسلطه على منافعه وملكها اياها وانه لمصلحة المالك أيضاً فيزول الضمان والقائل ببقائه يقول ان يده وان كانت في الأصل يد أمانة الا أن الضمان قد يجمع يد المستأجر إذا تعدى وليست يد نياية عن المالك في الحفظ كالمستودع وانما هي يد استيفاء للمنفعة فهي لمصلحة المستأجر فوجب أن يبقى الضمان معها إلى أن تتحقق التأدية إلى المالك بنفسه أو وكيله كما دل عليه الحديث ولم يتعرض المصنف لما إذا ضاربه بالمال المقصوب وقد قرب في باب المضار بقرهال الضمان وهو خيرة جامع الشرايع والتذكرة واختصر في (المبسوط والمهذب والشرايع والارشاد

وفي العارية والتوكيل بالبيع والاعتاق نظر ولو أبرأ الفاضب عن ضمان النصب والمال في يده فاشكال منشؤه الأبراء مما لم يجب ووجود سبب وجوبه لأن النصب سبب وجوب القيمة عند التلف والاقرب أنه لا يبرأ ولا تصير يده أمانة (متن)

وشرحه لولده وجامع المقاصد والروض والمالك (بقائه) قوله ﴿ وفي العارية والتوكيل بالبيع أو الاعتاق نظر ﴾ أقر به عدم الزوال كما في (حواشي الكتاب وغاية المرام وجامع المقاصد) وهو خيرة التذكرة والايضاح في التوكيل ولم يرجح في الايضاح شيئاً في العارية ووجه الزوال فيها أي العارية انه قد سلطه على منافعه كالأجارة وأنها أمانة ووجه البقاء أصالة بقاء الضمان وان العارية لاتتافي الضمان كما في بعض أقسامها ومع اشتراط الضمان مطلقاً وحصول الفرق بين امساك المستأجر والمستعير فان امساك الاول يمتنع وعقد مقابل بالعوض فصار قبضه كقبض المالك وامساك المستعير لنفسه بمنزلة عوض ولا عقداً لازم فامساكه ضعيف فلا يزول عنه الضمان ما لم يسلمه الى المالك ووجه زوال الضمان في التوكيل في البيع أو العتق قبل البيع والتسليم الى البائع أو العتق ان الوكيل كالمستودع ويد الوكيل يد الموكل ووجه البقاء الاصل وما سبق في الرهن وحصول الفرق بينه وبين المستودع بثبوت الاجرة له ما لم يتبرع فلا تكون يده كيدته نعم لو كان وكله في اثبات اليد مع التوكيل في البيع وعدمه انجبه زوال الضمان ولم يتعرض المصنف لما اذا باعه من الفاضب فيما صحيحاً أو فاسداً قوله ﴿ ولو أبرأ الفاضب عن ضمان النصب والمال في يده فاشكال منشأه الأبراء مما لا يجب ووجود سبب وجوبه لان النصب سبب وجوب القيمة عند التلف والاقرب أنه لا يبرأ ولا تصير يده بأمانة ﴾ ما قرره من أنه لا يبرأ خيرة جامع الشرائع على الظاهر والايضاح وحواشي الكتاب للشهد وغاية المرام وجامع المقاصد (وحركاة في المبسوط) قولاً عن بعض الناس وهو الموافق للقواعد لان العين مادامت موجودة لا يتعلق بالذمة منها شيء سوى وجوب ردها على الفور وضمانها عند التلف فاذا أبرأ تعلق الأبراء بالأمر الاول ولا يسقط الضمان حينئذ يزعم أنه أثر وجوب الرد على الفور فاذا سقط سقط لانه ليس أثره وانما هو أثر يد العدوان والأبراء انما يسقط به الحق الثابت في الذمة لا كون اليد يد عدوان ونحوه وانما يزول عدوان اليد بأن تصير أمانة ولا تدخل للأبراء في ذلك مادام وصف العدوان ثابتاً فأمل (فان قلت) فلي هذا يتجه ما قاله في (التذكرة) من أنه يؤكّد ما تقدم من انتفاء البراءة مع عقود الامانات لانها أدون من التصريح بالأبراء فاذا لم تحصل البراءة هنا فذلك العقود أولى (قلت) المقتضي للزوال هناك ان قلنا به كون الرهن ونحوه أمانة وهو سبب غير الأبراء ولا يمتنع امكان أحد السببين وامتناع الآخر واختار الشيخ في المبسوط والمحقق في الشرائع والمصنف في التحرير سقوط الضمان به أي الأبراء وما ذكره المصنف في توجيهه في (جامع المقاصد) أنه لا يحصل له لان وجود سبب وجوب الشيء لا يقتضي صحة تعلق الأبراء بذلك الشيء الذي لا يتحقق له فلذا كان الاقرب انه لا يبرأ بذلك ولا تصير يده يد أمانة وانما يبرأ بالرد اليه أو يستنيبه في الحفظ عنه فهو في الثاني باعتبار كونه غاصباً مؤدّباً وباعتبار كونه وكيلاً في اثبات اليد عن المالك أخذ وقد يكون المصنف أراد بوجود سبب وجوبه ان الضمان سبب عن التعدي ومعنى الضمان جعل ذمة الودعي متعلقة بالمال على وجه يلزمه بدل المال على تقدير تلفه وزوم البدل ثمرة الضمان وقائده لانه نفسه والساقط بالأبراء هو الاول لا الثاني ولذلك يحكمون عليه بالضمان

أما المستعير المفرط أو المشترط عليه الضمان أو القابض بالسوم أو الشراء الفاسد فالأقرب
 زوال الضمان عنهم بالارتهاق لأن ضمانهم أخف من ضمان الغاصب ولا يجبر الرهن
 على الاقباض فلو رهن ولم يسلم لم يجبر عليه نعم لو كان شرطاً في بيع فلابائع الخيار (متن)

بمجرد العدوان فيقولون صار ضامنا وإذا فعل كذا ضمن مع أن لزوم البدل لم يحصل بذلك وإنما حصل
 قبول ذمته له وهذا معنى يمكن زواله بالبراءة وتام الكلام في باب الوديعة فإنا أسبغناه هناك ولم يرجع
 المصنف في التذكرة ولا الشهيد في الدروس شيئا من القولين ولم يتعرض له في المسالك مع ذكره في
 الشرائع وبقى الكلام فيها إذا أبرأ المالك المستعير المفرط والمشروط عليه الضمان والمستودع المتعدي
 والقابض بالسوم والشراء الفاسد إذ سبأني أن ضمانهم أخف من ضمان الغاصب وذلك لا يجدي لكن
 في وديعة المسوط والخلاف والتذكرة والشرائع والتحرير وجامع المقاصد أن المالك لو أبرأ المستودع
 برأ من الضمان ﴿ قوله ﴾ أما المستعير المفرط أو المشروط عليه الضمان أو القابض بالسوم أو
 بالشراء الفاسد فالأقرب زوال الضمان عنهم بالارتهاق لأن ضمانهم أخف من ضمان الغاصب ﴿ هذا
 احتمله في (التذكرة) ومراده أنه قد سبق أن ضمان الغاصب يزول بالارتهاق فهذا أولى لأن ضمانهم أخف
 لأن لوازمه أقل وقلة اللوازم الضمانية مشعرة بالضعف أما الكبرى فظاهرة وأما الصغرى فلأنهم أقل
 اثما وأولاهم عليهم ولأنهم يضمنون بالقيمة على المشهور بخلاف الغاصب فإنه يضمن بالأعلى على المشهور
 كما في (جامع المقاصد) وقد ذكرنا في محله أن المشهور خلافه ولأنهم عند بعضهم لا يضمنون المنافع
 بخلاف الغاصب وأما أنه إذا كان الضمان أخف يسقط بالارتهاق فلاه مقتضاه لأن مقتضاه عدم الضمان
 فلا يزول إلا بمنع أقوى ولما منع الحكم في الأصل في جامع المقاصد انتهى عنده ثبوته في الفرع كما صرح به
 وفي (حواشي الكتاب) بشكل بعد تسليم الاخفية بعدم صلاحيتها لعدم المعارضة فإن الاخف والاتقل
 يشتركان في مطلق الضمان المتأني للرهن المعين فإذا صلح أحدهما للمنافاة صلح الآخر هذا كلامه
 (وحاصله) أنا نسند في بقاء الضمان إلى وجود سببه لا إلى خصوصية السبب فلا فرق بين الأمرين وفصل
 في (الابيضاح) أقوى زوال الضمان بالتفریط بالاقباض بالرهن وفي المقبوض بالسوم والبيع الفاسد قال
 وأما العارية المقتضية للضمان فيبقى فيها مادامت باقية انتهى فليحفظ قوله بالاقباض بالرهن وجزم في
 (التحرير) ببقاء الضمان في العارية المضمونة واستشكل في المقبوض بالشراء الفاسد (ومنقول) أن القائلين
 بعدم اشتراط القبض في صحة الرهن يلزمهم القول ببقاء الضمان إلا أن يصدر منه إذن بالقبض له
 فيجوز الخلاف (وأما القائلون) بأنه شرط ويكتفون بهذا القبض كما هو المختار في الأمرين فالظاهر سقوطه
 لما عرفت آنفا وليس الأرهان كالإبراء كما عرفت أيضا ﴿ قوله ﴾ ولا يجبر الرهن على
 الاقباض ﴿ قد فصلنا الحال عند شرح قوله وهل له المطالبة به اشكال وبيننا هناك أن المصنف هنا عدل
 عن التردد إلى الجزم وقلنا أنه إن كان غير مشروط لا يلزمه الاقباض إن قلنا إن القبض شرط في اللزوم
 وإن كان مشروطا لا يجوز له الرجوع ولا يلزمه الاقباض وبيننا الحال فيه أي الاقباض على الاحتياين
 أو القولين الأخيرين ﴿ قوله ﴾ فلو رهن ولم يسلم لم يجبر عليه ﴿ هذا توضيح وتوطئة وتمهيد لقوله
 نعم لو كان شرطاً وليس تفریما إذ هو عين ما فرغ عليه ﴿ قوله ﴾ نعم لو كان شرطاً في بيع
 فلابائع الخيار ﴿ ظاهر كلامه بقرينة ما سبق في باب شروط البيع من أنه إذا شرط العتق لا يجبر عليه أنه

وكيفيته كما تقدم (متن)

إذا شرط الرهن في بيع مثلا فلباع الخيار وأنه لا يجبر المشتري على الاقباض كما هو خيرة التذكرة والمختلف والدروس وهو المحكي عن أبي علي لكنه إنما يتم على القول بأن القبض شرط في الصحة وأما على القول بأنه ليس بشرط والقول بأنه شرط في اللزوم فلا إلا أن ينزل على العلم بأن ليس قصد المشروط إيقاع الصيغة فقط بل إنما قصده استيفاء الحق منه على تقدير عدم حصوله وذلك إنما يتم بالقبض واللزوم فكان اشترطه في اللزوم قرينة ظاهرة على إرادة القبض كما أشرنا إلى ذلك كله فيما سلف واستدل عليه في (المختلف) بأنه شرط في عقد البيع الرهن الصحيح وإنما يصح باختيار الراهن فلا يجبر عليه فإن امتنع لم يسلم للبايع ما شرطه فكان له خيار الفسخ (وفيه) أن مقتضى العقد اللزوم وجوب الوفاء وإن الإخلال بالشرط يقتضي المعصية لقوله عليه السلام إلا من عصى الله وما كان الإخلال به معصية ففعله واجب والحق الواجب للأدعي يجبر عليه عقداً كان أو قبضاً سلمنا أنه لا يصح الإيجاب على العقد فأبال القبض لا يصح الإيجاب عليه بناء على القول بأن القبض شرط في اللزوم أو ليس بشرط أصلاً إذ ليس هناك الاشتراط القبض فالاصح أن له الإيجاب كما هو خيرة الشيخ والمصنف في آخر هذا البحث حيث قال نعم لو اشترطه وجب والمحقق الثاني والشهد الثاني في المقام وخيرة جماعة كثيرين في كل شرط شرط في عقد لازم كما بينا ذلك في باب التقيد والتسيئة وباب شرائط البيع وباب القرض وغير ذلك بل قد حكى على ذلك الإجماع في (الغنية والسرائر) نعم ينبغي أن يكون له الخيار بمجرد الامتناع للاتفاق على ثبوت الخيار بالامتناع وقد الدليل على اعتبار تعذر الإيجاب كما ذكر ذلك في جامع المقاصد وهو خلاف ما في المسالك لأنه بعد أن اختار فيه الإيجاب جعل له الخيار عند تعذره أي الإيجاب ولعل ذكر البائع في العبارة للتشثيل لا لتخصيص إذا المشتري المشروط كذلك ﴿ قوله ﴾ وكيفيته كما تقدم ﴿ كما في (التذكرة والدروس والحواشي وجامع المقاصد والمسالك) وقد تقدم للمصنف أن التخليه مطلقاً وفيه لا يتقل ولا يحول كالأراضي والأبنية والأشجار والنقل في المنقول والكيل والوزن فيما يكال أو يوزن وقد بينا الحال في ذلك بما لم يوجد في كتاب وفي (جامع المقاصد والمسالك) القبض هنا كالقبض في البيع فجميع ما تقدم هناك آت هنا (قلت) قد حكى الشهيد في حواشيه عن القاضي أنه قال لا يكفي التخليه في المنقول هنا ولو قلنا بأن لا كفتها بها في البيع لأن البيع يوجب استحقاق القبض فيكفي التمكن منه وهما لا استحقاق بل القبض سبب في الاستحقاق وحكاه في (التذكرة) عن بعض الشافعية وسكت عنه وفيه نظر لعدم ظهور الملازمة وكذلك الفرق بأن القبض لما كان جزء سبب هنا على القول باعتباره لأن هذا البحث ساقط على القول بعدم اشتراط القبض وجب فيه الأخذ والنقل لانتفاء المسمى بدونه ولما كان المقصود به في البيع زوال الضمان عن البائع وانتفاء سلطة حبه إياه اكتفى بما يزول معه السلطة وهو رفع اليد والتخليه لأنه لا يتم أيضاً لأن انقطاع سلطة البائع والدخول في ضمان المشتري يحتاج إلى تحقيق معنى القبض كذا قال في جامع المقاصد (والجواب) الزايف للاشكال أن القبض معنى واحد والمعتبر فيه العرف وهو متحد في البابين وما ذكره القاضي يقتضي الفرق في حكمه لا في حقيقته كما بيناه في باب الهبة (وقد يقال) أن القبض والتسليم المتحقق الذي يجب على البائع والغاصب والراهن المشروط عليه ذلك ليس هو النقل الذي هو من فعل الآخر ولا وضع اليد والقبض بها لأن ذلك فعل

وانما يصح القبض من كامل التصرف ونجزى (ونجزى خ ل) فيه النيابة كالمقد لكن لا يجوز للمرتهن استنابة الراهن وهل له استنابة عبد الراهن ومستولده اشكال ينشأ من أن أيديهم يده (متن)

المشترى ونحوه مما ذكرنا ولا معنى لا يجابه على الغير لان الظاهر انه لا يجب على البائع او الراهن مثلا ان يأخذ يد المشتري او المرتهن ويضعها على المبيع ويلزمه بحمله ونقله ولا ان يكيل ان باعه مكبلا بحضوره وعلمه بل لا يجب عليه عقلا وعرفا الا التخلية بان يرفع يده عنه ويأذن له في القبض ويرفع الموانع عنه بحيث يسهل على المشتري ونحوه قبضه بسرعة عرفا فيسقط بذلك الضمان عن البائع والغاصب ويكون الراهن قد وفى بشرطه ويدل على ذلك أنهم صرحوا انه لو ادنى المبيع وقربه منه ومكنه فلم يأخذه المشتري انه لا ضمان على البائع وصرحوا بان الغاصب اذا وضع المقتبض عند المالك بحيث يسهل عليه تناوله بسرعة انه يبرأ من ضمانه وكذلك الحال في الموارث وسائر الاموال المشتركة بعد قسمتها وتمكين صاحبها منها ورفع المانع عنها بل قيل في باب الاجارة ان ذلك جار في الدين وليس كذلك لعدم التشخيص كما بينا ذلك كله في باب البيع هذا كله في القبض المستحق واما غيره كالرهن الغير المشروط على القول بشرطية القبض في صحته فانه لما لم يتعلق حقه به ولا سلطان له قد تقول فيه ان التخلية حينئذ غير كافية فليحفظ ذلك وليأمل فيه (وقد يقال) ان قضية حكم المصنف فيما يأتي قريبا عدم جواز استنابة الراهن في القبض لعدم تحقق الاستيثاق ان لا يكفى في غير المتقول بالتخلية اذ ليس الاستيثاق فيها باعظم من قبض الراهن اذا وكله فأمل فيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ وانما يصح من كامل التصرف ﴾ وهو الحر المكلف الرشيد غير المحجور عليه لسفه او فلس لان فعل غيره لا يمتد به شرعا فلا يكون مكبلا للسبب الشرعي ﴿ قوله ﴾ ﴿ ونجزى فيه النيابة كالمقد ﴾ هو بالزاوية المعجمة كما في اكثر النسخ وفي (جامع المقاصد) ان متعلقة حقيقة العبادات وفي غيرها مجاز (قلت) ورد في المعاملات في كلامهم صلوات الله عليهم قالوا يجرى من البول ان يغسله بمثله ويجزيك من الاستنابة ثلاثة احجار وكذا في كلام الفقهاء رضي الله عنهم وان ايت الا انه مجاز فهو كثير شايع واجزائها فيه مما لا ريب فيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ لكن لا يجوز للمرتهن استنابة الراهن ﴾ هذا كما في (الايضاح والحواشي والتذكرة) عن الشافعي مبني على انه لا يجوز للواحد تولى طرفي القبض وبناء في جامع المقاصد على انه لا يحصل به معنى الاستيثاق وكيف كان فالاقرب الجواز كما في (التذكرة والتحرير والدروس والحواشي وجامع المقاصد) لانه يجوز للواحد تولى طرفي العقد والقبض لكن لا بد من مضي زمان بعد الرهن يمكن فيه القبض ويضعف ما في جامع المقاصد بما ذكر فيه من انه ان اريد به الدوام فهو غير معتبر اصلا او مسما وهذا مع انه لا يحصل به كمال معنى الاستيثاق يصدق في قبض الراهن عن المرتهن لانه بالوكالة عنه نصير يده يده فيكون مقبضا لكونه راهنا وقبضا لكونه وكيل المرتهن ﴿ قوله ﴾ ﴿ وهل له استنابة عبد الراهن ومستولده اشكال من ان يدهم يده ﴾ هذا وجه عدم الجواز ووجه الجواز ان توكيله ليس توكيلا لمولاه وله اهلية التوكيل باذن المولى فليست يده يد مولاه فيما ينوب الغير فيه فلا يلزم من توكيله تولى طرفي القبض بخلاف المولى وكتابه حاول ادراج القن والقنة والمدبر بقوله عبد الراهن فلذلك اتى بصمير الجمع فكانت العبارة شاملة لأقسام المملوك

ويستتبع مكاتبه وكل تصرف يزيل الملك قبل القبض فهو رجوع كالبيع والعتق والاصداق والرهن من آخر مع القبض والكتابة ويلحق به الاحبال وان لم يزل فلا كالوطي من دون احوال والتزويج والاجارة والتدبير ولو انقلب خمرًا قبل القبض فالاقرب الخروج ولو عاد افتقر الى تجديد عقد بخلاف ما لو انقلب خمرًا بعد القبض فإنه يخرج عن الرهن ثم يعود اليه عند المود خلا ولا يجوز اقباضه وهو خمر ولا يحرم الامساك ولا العلاج ولا النقل الى الشمس (متن)

والجواز صريح الدروس والحواشي وجامع المقاصد وقضية كلام التذكرة والتحرير وكأنه قال به في الايضاح ﴿ قوله ﴾ « ويستتبع مكاتبه » لاقطاع سلطنة المولى عنه سواء كانت الكتابة مطلقة او مشروطة ﴿ قوله ﴾ « وكل تصرف يزيل الملك قبل القبض فهو رجوع كالبيع والعتق والأصداق والرهن من آخر مع القبض والكتابة ويلحق به الاحبال » لو تصرف الرهن في الرهن قبل الاقباض بية او بيع او عتق او وقف او جعله صدقا او رهنه من آخر مع القبض او جعله مال اجارة او كاتبه فعلى القول بلزوم الرهن بمجرد العقد تكون التصرفات موقوفة على اجازة المرتهن فان اجازها صحة والا بطلت الا في العتق على رأي كاسلف وعلى القول بان القبض شرط في الصحة يكون ذلك رجوعا عن الرهن فيبطل الرهن لأنه اخبره عن امكان استيفاء الدين من ثمنه او فعل ما يدل على قصد ذلك وكلاهما صحيحة نافذة ولا فرق في ذلك بين ان يكون قد قبض المبيع والموهوب ام لا كما في التذكرة (واما الرهن) فاذا لم يقبضه فلا حكم له لكونه شرطا وفي (الدروس) انه يخير في اقباض ايها شاء وهو كذلك وظاهر (التذكرة) انه مبطل كما في صورة الاقباض وفي عد الرهن في العبارة في التصرف المزيل للملك مسامحة ووجوبها انه اذا افاد المنع من التصرف اشبه المزيل للملك في منع التصرف بالاقباض عن الرهن السابق فيبطل العقد السابق وما احسن قوله ويلحق به الاحبال فانه لا يزيل الملك وانما يمنع التصرف المزيل عن الملك ﴿ قوله ﴾ « وان لم يزل فلا كالوطي من دون احوال والتزويج والاجارة والتدبير » اذ لا تعلق للوطي المجرد والتزويج بمورد الرهن فان رهن الزوجه ابتداء جائز وظاهر التحرير الاجماع على التزويج وقال في (التذكرة) اما الاجارة فان قلنا ان الرهن الموثق جائز فهو كالنزويج والا فهو رجوع (قلت) هو عين مملوكة يصح قبضه للمرتهن باذن المستأجر ويمكن بيعه وبه قطع في الدروس واما التدبير فقد احتل في التذكرة انه رجوع لتنافي غايته وغاية الرهن واشعاره بالرجوع وقواه في الدروس وقد بينا في الفصل الثاني في المحل انه لا تنافي بين الغايين وانه يجوز رهن المدبر وتدبير المهون ﴿ قوله ﴾ « ولو انقلب خمرًا قبل القبض فالاقرب الخروج ولو عاد افتقر الى تجديد عقد بخلاف ما لو انقلب خمرًا بعد القبض فإنه يخرج عن الرهن ثم يعود اليه عند المود خلا ولا يجوز اقباضه وهو خمر ولا يحرم الامساك ولا العلاج ولا النقل الى الشمس » قد تقدم في الفرع الخامس من الفصل الثاني ما يعرف به حال هذه المباحث ومراده في المسئلة الاولى انه لو رهنه عصيرا او خلا فانقلب خمرًا قبل القبض بناء على اشتراطه بطل عقد الرهن الواقع قبل الانقلاب من دون القبض لان الاقرب خروج العصير بالخربة عن ملك

ولو رهن النائب لم يصير رهنا حتى يقبضه هو أو وكيله (متن)

الراهن فإذا عاد احتاج الى تجديد عقد وهذا هو المطلوب لان القرض انه هل يعود بعوده خلا
او عصير ام لا اذ الخروج عن الرهنية حينئذ مما لاشبهة فيه كما ان الخروج عن ملك الراهن كذلك
والمحقق الثاني فهم ان المراد من العبارة الاول اعني الخروج عن الرهنية دون الثاني اعني الخروج عن
الملكية فأورد عليه انه لم يصير رهنا بعد فكيف يتصور خروجه عن ذلك وعدمه وعلى ما قرناه من
ارادة الثاني وهو الذي فهمه الشهيد في حواشيه ونبه عليه في موضع من التذكرة يتدفع الابراد المذكور
وكلاهما معلومان متلازمان متبادران كغرضي رهان والمطلوب غيرها كما عرفت فلا ترجيح بالتبادر
وان الثاني من بيان الواضحات لتساويهما في الامرين معا وكيف كان البطلان والاحتياج الى تجديد
عقد عند العود مذهب اعظم القائلين باشتراط القبض في الرهن بل لا نجد الآن من يقول بعدم
البطلان من اشترط القبض كما في (جامع المقاصد) والمصنف في التحرير والشهيد الثاني في المسالك
اسندا البطلان وعدم العود بزوال الجزئية الى القائلين باشتراط القبض وبه صرح في الايضاح
والدروس والحواشي وموضع من التذكرة وحكاه في الاول عن الشيخ وابي الصلاح لان ما بقي
وهو القبض جزء من اجزاء السبب فيشترط فيه شروط ابتداء السبب فكما لا يصح ابتداء على الجز
لا يصح القبض وهو خمر ولان الانقلاب خرا يخرج عن الملك ومعنى تخلل بين اجزاء السبب مبطل
الملك بطل لخروج الجزء الحاصل عن الصلاحية بذلك وقد ناقش في جامع المقاصد في كلا الوجوهين
وكانها في غير محلها وجعلها في الايضاح وجها واحدا وهذا الفرع ساقط عندنا لا يشترط القبض
قال في (التحرير) وعندنا يعود وفي (جامع المقاصد) هذا الفرع ساقط عندنا اذ لا يشترط القبض
ونحوه ما في المسالك ولم يرجح في التذكرة (واما المسئلة) الثانية فقد استوفينا الكلام فيها فيما سلف
واما انه لا يجوز له اقباضه وهو خمر فلان جزء السبب يعتبر فيه ما يعتبر في ابتدائه واما انه لا يحرم
الامساك ولا العلاج ولا الثقل الى الشمس فالعرض به الرد على الشافعي فانه حرم الثلاثة وقال انما
تحل اذا استحالت من نفسها حكاه عنه الشهيد وحكى في التذكرة عن بعض الشافعية اقاويل وابطال
﴿ قوله ﴾ ولو رهن النائب لم يصير رهنا حتى يقبضه هو أو وكيله ﴿ هذا الحكم مبني على
اشترط القبض في الرهن كما في (جامع المقاصد) وجعله في التحرير مفرعا على احد قولي الشيخ
وهو اشترط القبض ولذا قال فيه وفي (الشرائع) لم يصير رهنا حتى يحضر المرتهن عند الرهن ويقبضه
هو أو القائم مقامه وفي (جامع الشرائع) حتى يصل اليه وحمل في المسالك عبارة الشرائع على انه لا
يصير رهنا لازما ولا حاجة الى ذلك لان المحقق ممن يذهب الى اشترط القبض ولما كان الشيخ في
المبسوط ممن يذهب الى انه غير شرط قال لا يصير مقبوضا حتى يصير اليه ولا يصح القبض الا بان يحضر
المرتهن فيقبض او يوكل في قبضه فيصح قبض الوكيل وقال في (جامع المقاصد) بعد ان بنى الحكم على
اشترط القبض كما سمعت لا بد في حصول القبض من عود النائب الى موضع الرهن ليتصور قبضه اياه عادة
او توكله في القبض لمن كان قويا حيث يتمكن منه سواء في ذلك ما ينقل وغيره نص على ذلك الاصحاب وغيرهم
وبه قال المصنف في التذكرة انتهى وانت قد سمعت كلام من تعرض لهذا الفرع من الاصحاب واما كلام
المصنف في التذكرة فهو قوله ولو كان غائبا اعتبر زمان يمكن المصير فيه اليه ونقله وهل يعتبر مع ذلك

ويحكم على الراهن لو أقر بالاقباض ما لم يعلم كذبه فإن ادعى المواطاة فله الاحلاف (متن)

ففس المصير اليه ومشاهدته له وجهاً أحدهما نعم لتيقن حصوله ويشق به وأصحهما عندهم لاويكتفي بأن الاصل بقاؤه واختلفوا في محل القولين منهم من جملة احتياطاً مطلقاً ومنهم من جملة على ما إذا كان المرهون مما يتردد في بقائه بأن يكون حيواناً غير مأمون الآفات أما إذا تيقنه فلا حاجة وعلى اشتراط الحضور والمشاهدة فهل يشترط النقل وجهاً أحدهما نعم لأن قبض المنقول به يحصل والثاني لا يشترط لأن النقل إنما يعتبر ليخرج من يد المالك وهو خارج هنا انتهى ولم أجد له كلاماً في المسئلة غير هذا والذي يقتضيه النظر أن النائب إما أن يكون غائباً عن مجلس العقد أو عن بلده مما ينقل أو من غيره وإما أن يكون أمانة عند المرتهن كما إذا كان وكيلاً عليه في غير المنقول أولاً فإن كان غائباً عن مجلس العقد لاعتن البلد وكان مما لا ينقل فالظاهر انه لا يحتاج الى مضي زمان فضلاً عن المصير اليه للاصل وقضاء العرف ولا سيما إذا كان قريباً خاله كال حاضر كما إذا تعاقد على باب الدار أو البستان وهو خلاف ظاهر المصنف والجماعة وأما إذا كان غائباً عن بلد العقد أو كان فيها إلا أنه بعيد عادة كما في البلدان السكار فاشكال من صدق التولية وكونه تحت يده وعدم إمكان قبض جميعه وأقصى ما يفيد المصير اليه قبض بعضه كما إذا أوصى بالأراضي البعيدة أو وهبها فإن القول بعدم حصول الملك في ذلك إلا بعد الوصول اليها بعيد ومن ان الاصل العدم وحصول الشك لمكان البعد والاصل معارض بمثله فيبقى الكلام في صدق العرف وعدمه والظاهر العدم عند المصنف والجماعة وأما إذا كان بيد المرتهن غاصباً كان أو وكيلاً عليه وهو غير منقول احتمال قويا جداً انه لا يحتاج الى تجديد قبض ولا مضي زمان وإن كان غائباً عن بلد العقد واحتمل اعتبارها وأما إذا كان غائباً عن مجلس العقد أو عن البلد وكان مما ينقل فقد سمعت ما قالوه من انه لا بد من مصيره اليه وقبضه له من دون فرق بين الحيوان وغيره ولكنهم يفرقون بين أن يكون في بيته أو يد وكيله وبين أن لا يكون كذلك كما مر في رهن المقبوض وهذا عند من لا يكتفي في المنقول بالتولية وقد تقدم في باب قبض المبيع ماله نفع تام في المقام ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويحكم على الراهن لو أقر بالاقباض ما لم يعلم كذبه فإن ادعى المواطاة فله الاحلاف ﴾ كما في (المبسوط والشرائع والتحرير والتذكرة والدروس واللمعة وغاية المرام والمسالك والروضة) وكذا جامع المقاصد (أما الاول) فلمعوم اقرار العقلاء فيحكم عليه ولو كان في يده (وأما الثاني) كما إذا قال أرهته اليوم داري بالحجاز وما بالعراق وأقبضته اياه فلانه محال عادة بناء على اعتبار وصول القابض الى الرهن أو من يقوم مقامه في تحققه (وأما الثالث) وهو ما إذا ادعى بعد الاقرار بالقبض المواطاة على الاقرار والشهاد عليه اقامة لرسم الوثيقة حفراً من تعذر ذلك اذا تأخر الى أن يتحقق القبض فلجريان المادة بذلك قسّم دعواه فله احلاف المرتهن على عديمها وأنه وقع موقفة هذا اذا شهد الشاهدان على اقراره أما لو شهدا على نفس الاقباض ومشاهدته لم تسمع دعوى الراهن انه لم يقبضه وكذا اذا شهدا على اقراره فأنكر الاقرار كما صرح بذلك في الاول في المبسوط والتذكرة والتحرير والروضة والدروس والكفاية وفي الثاني في الاربعة الاول والمسالك وكذا لو رجع أي الراهن عن الاقرار بالاقباض حيث يمكن لم يقبل رجوعه وحكم عليه به ولا تسمع دعواه بحيث يتوجه على المرتهن اليدين كما في الشرائع والتحرير والدروس والمسالك والروضة وكذا المبسوط في أول كلامه ثم انه قوى بعد ذلك السماع لجريان

ولا يجوز تسليم المشاع الا باذن الشريك فلو سلم بدونه ففي الاكتفاء به في الانعقاد نظرا اقربه ذلك للقبض وان تعدى في غير الرهن ولو رضى الراهن والمرتهن بكونها في يد الشريك جاز وناب عنه في القبض (متن)

العادة بوقوع الشهادة في الوثائق قبل تحقق ما فيها واستقره في التذكرة ولو ادعى الغلط في اقراره وأظهر تأويلا ممكنا كأن قال اني أقبضته بالقول فظننت الاكتفاء به حيث يمكن في حقه توم ذلك أو قال استندت فيه الى ما كتبه وكيلي فظهر مزورا ونحو ذلك سمعت دعواه كما في (المبسوط والتذكرة والدروس والمسالك وأروضة) لانه لم يكذب الاقرار في الحقيقة ومعنى سماع دعواه توجه التيمين على المرتهن بأن القبض حقيقى أو على نفي ما يدعيه الراهن لان الاصل صحة الاقرار ومطابقتها الواقع وهل يقبل تأويله الممكن لو كان الاقرار في مجلس الحكم احتمالان أشبههما القبول ولا يفرق في ذلك كله بين أن يكون الرهن في يده أو يد المرتهن أو في يد غيره وكذا لا يفرق بين تلفه وعدمه كأن يقول توأطنا على الاقرار ثم اخذه من دون اذن فتلف والمرتهن كالراهن فيما ذكر كما في المبسوط وهذه الاحكام جارية على القول بأن القبض شرط في الصحة أو لزوم بل وعلى القول بعدم اشتراطه على بعض الوجوه ولذا ذكرها من عرفت على اختلاف آرائهم فلا باعث على قصرها أو قصر بعضها على القول باشتراطه في الصحة كما في ظاهر جامع المقاصد وأيضا قال المصنف في آخر البحث ان هذه كلها ساقطة عندنا لعدم اشتراط القبض ولكنه قد ذكر فيها ما هو غير مختص باشتراط القبض كقوله ولو تنازع الشريك والمرتهن في امساكه الى آخره ﴿ قوله ﴾ « ولا يجوز تسليم المشاع الا باذن الشريك » ظاهره كما هو ظاهر التهمة وصريح الشرع والتحرير والدروس وغاية المرام أنه لا فرق بين ما ينقل وبين ما لا ينقل لاستلزامه التصرف في مال الشريك وهو منهي عنه بدون اذنه فلا يعتد به شرعا وبشكل فيما يكفي فيه مجردا لتخليه فانها لا تستدعى تصرفا بل رفع يد الراهن وتمكينه منه فلا حاجة فيه الى اذنه كما جزم به في المبسوط واستجوده في المسالك والكفاية والحدائق والرياض ولم يرجع في الروضة ﴿ قوله ﴾ « فلو سلم بدونه فهي الاكتفاء به في الانعقاد نظرا اقربه ذلك للقبض وان تعدى في غير الرهن » هذا هو الاصح كما في (الايضاح وجامع المقاصد) وكذا الحواشي والاجود كما في الروضة والاقوى كما في المسالك والاقرب كما في الكفاية لان النهي الذي توهم منه القول بعدم التامية انما هو لحق الشريك خاصة للاذن من قبل الراهن الذي هو المعتبر شرعا وكونه قبضا واحدا لا ينافي الحكم بالوقوع لاختلاف الجهة وظاهر جماعة كما حكى عن صريح الشهيد عدم تمامية القبض للنهي المانع كما لو وقع بدون اذن الراهن وهو خيرة الكتاب والايضاح وجامع المقاصد والمسالك في باب الهبة وقد قلنا كلامهم في الباب هناك فقد ظهر وجها للنظر والمراد بقول المصنف للقبض حصول القبض المعتبر شرعا ﴿ قوله ﴾ « ولو رضى الراهن والمرتهن بكونها في يد الشريك جاز » تأني (المبسوط والشرائع والتحرير وجامع المقاصد والمسالك) في موضعين منه والروضة وكذا غاية المرام ووجه ظاهر والضمير في كونها يعود الى العين المشاعة ومثله شائع ﴿ قوله ﴾ « وناب عنه في القبض » معناه أن الشريك حينئذ ينوب عن المرتهن في القبض تأني التحرير (وفي جامع المقاصد) لكن لا بد من اذن الراهن وفي (المسالك والروضة)

ولو تنازع الشريك والمرتهن نصب الحاكم عدلا يكون في يده لهما فيكون قبضاً عن المرتهن ولو تنازع الشريك والمرتهن في امساك انتزعه الحاكم وأجره ان كان له أجره ثم قسمها والا استأمن من شاء ولو حجر عليه لفسل لم يكن له الا قباض لاشتماله على تخصيص بعض الغرماء ولو كانا ساكنين في الرهن غلّي بينه وبينها صح القبض مع خروج الراهن ولو اختلفا في القبض قدم قول من هو في يده (متن)

يتمتع سماع الشريك اذن الراهن في قبضه للرهن واذن المرتهن فيه وفي (جامع المقاصد) هل يكفي اذنه أي الراهن للشريك في القبض والمرتهن فيه من دون أن يأذن للمرتهن في توكيل الشريك أم لا بد من ذلك فيه احتمال وفي الاكتفاء قوة لاستلزام الاذن في كل منهما في القبض الاذن للمرتهن في توكيل الشريك وبه جزم في المسالك نعم لو شرط عليه القبض بنفسه لم يكف ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو تنازع الشريك والمرتهن نصب الحاكم عدلا يكون في يده لهما فيكون قبضاً عن المرتهن ﴾ يريد أنه اذا اذن الراهن للمرتهن في القبض فنازعه الشريك فيه نصب الحاكم عدلا الى آخره وبه صرح في المبسوط وجامع الشرائع والتحرير وغاية المرام وفي (حواشي الكتاب) ان هذا ضابط كلي مطرد في كل شريكين أو أكثر تنازعا في ملك ولم يمكن قسمته فان الحاكم ينزعه من الشركاء او يوزعه وهل يوزعه على بعض الشركاء الاقوى الجواز مع عدم الضرر وأما مالا أحره له كفص الباقوت والغير وزج وشبيهه فان الحاكم ينزعه من أيديهم ويجعله عند أمين الى أن يتقنا وقيدنا العبارة بالاذن والقبض لانه بدون الاول لا يعتد بمنازعه وبدون الثاني لم تقترب عن المسئلة الآتية ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو تنازع الشريك والمرتهن في امساك انتزعه الحاكم وأجره ان كان له أجره ثم قسمها والا استأمن من شاء ﴾ التنازع هنا في استدامة اليد بعد القبض اذا لم يتأبوا ولكن مدة الاجارة لا تزيد عن محل الحق وأجله وبمضمون ما ذكره في المبسوط وجامع الشرائع والتحرير والدروس وفي (جامع المقاصد) كانه انما أفرد هذا بخصوصه لبعده تصور ثبوت الاجرة لزمان القبض لقصره بخلاف زمان الامساك (وفيه) أن قوله ان كان له أجره يدفع ذلك ولا ريب في طول العبارة من دون نكته ولو قال ولو تنازعا انتزعه الحاكم وأجره ان كان له أجره والا نصب عدلا يكون في يده لهما لكان أخصر ومعنى قوله والا استأمن ان لم يكن له أجره وهذا الفرع غير مختص باشتراط القبض ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو حجر عليه لفسل لم يكن له الا قباض لاشتماله على تخصيص بعض الغرماء ﴾ كما في (الدروس) وكذا التحرير على أحد قولي الشيخ باشتراط القبض اذ المفروض وقوع التحجير بعد العقد وقبل الاقباض فهو أقبض لم يمتد به والا قرب أن العبارة لا تبطل فلو أقبض بعد زوال الحجر كان ماضيا كما نص عليه في الدروس ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو كانا ساكنين في الرهن غلّي بينه وبينها صح القبض مع خروج الراهن ﴾ اذ لو لم يخرج لم يصح لثبوت يده على الرهن حينئذ وهو منافق للتخلية اسكن لم يعرف المراد من صحة القبض هل هي الصحة في الجميع أو في البعض وان التخلية هل هي بعد خروج الراهن عنها أو قبل خروجه ولا ريب أنها ان كانت بعد خروجه صح القبض وان كانت قبل خروجه فالمصنف في اذكرة أنه يصح في النصف وحكي عن الشافعي أنه يصح في الجميع وضمير بينها يعود الى الرهن بتأويل المدار ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو اختلفا في القبض قدم قول من هو في يده ﴾ اذا اختلفا في القبض

ولو اختلفا في الاذن احتمل ذلك (متن)

فاما أن يعلم سبق الاذن أولا يعلم وعلى التقديرين اما أن يكون في بدأحدها أولا يكون كأن يكون في يد ثالث وعلى التقادير اما أن يدعيه أي القبض المرتهن كما هو الغالب أو الراهن كما اذا كان مشروطا في لازم ومشروطا على المرتهن فقط وحفظه وهو يريد الخلاص من ذلك فإن علم سبق الاذن وكان في يد أحدهما فقد جزم في التذكرة بتقديم قول صاحب اليد واحتمله في التحرير والدروس عملا بالاصل لو كان في يد الراهن وبالظاهر لو كان في يد المرتهن لأنها يد شرعية واقعة بالاذن وفي (جامع المقاصد) لو قيدت المسئلة بما اذا علم سبق الاذن فسد الكلام اذ لا معنى للتقديم ولا للنزاع بعد تحقيق اليد وسبق الاذن ولأن المراد التقديم مع اليقين وهو غلط على هذا التقدير انتهى ووجهه أنه مع سبق الاذن في الرهنه وحصول القبض لا يصح للمرتهن ان يقول هو وديعة لأنه خلاف الفرض ويأتي حكمه وهو ما اذا اختلفا في انه رهن أو وديعة الا ان تقول انه يقول رجعت بعد الاذن قبضته مني سرقة او غصبا وانكر المرتهن الرجوع كما به عليه في التحرير قال فالتقول قول المرتهن في قبضه باذنه لا بعد الرجوع انتهى وقد حقق المحقق المذكور ان الاصل بعد تحقق كون العين ملكا للراهن كون اليد الطارئة يد عدوان واصل عدم الرجوع معارض به وباستصحاب بقاء التصرف الا ان تقول انه يرجع الى الاختلاف في الرجوع لا في القبض وهو خلاف الفرض سلمنا انه يستلزمه لكن الاصل والظاهر واصل صحة العقد قاضية بتقديم قول المرتهن حينئذ كما حكم به في التذكرة لاصل عدم الرجوع لكننا نقول لا غلط حينئذ ولا فساد الا ان تقول ان الكلام في احتمال تقديم قول الراهن حينئذ مع اليقين وفيه من الغلط والفساد ما لا يخفى وان احتمله كذلك المصنف في التحرير والشهد في الدروس فليتأمل جيدا وأن لم يعلم سبق الاذن وكان في يد أحدهما فإن كان في يد الراهن وقت النزاع فالتقول قوله مع يمينه كما في اصل الرهن لانه منكر والاصل معه وان كان في يد المرتهن فان قال غصبه مني او اجرته لغيرك فحصل في يدك فالتقول قول الراهن ايضا مع يمينه لان الاصل عدم القبض وعدم الاذن فيه وعدم الرضا به ويحتمل في وجه بعيد ان القول قول المرتهن لدلالة اليد على الاستحقاق كما يستدل بها على الملك (وفيه) ان الاصل بعد تحقق كونه ملكا للراهن كون اليد الطارئة يد عدوان كما عرفت وان ادعى قبضه من جهة اخرى مأذون فيها غير الرهن كأن قال او دعنتك او أكرهته من فلان فاعراه منك فوجهان أحدهما ان القول قول المرتهن لأنها انتفاع على قبض مأذون فيه واراد الراهن ان يصرفه الى جهة اخرى والظاهر خلافه لتقدم العقد المخرج الى القبض وبهذا يفترق عما اذا اختلفا في انه رهن او وديعة والثاني ان القول قول الراهن لان الاصل عدم اللزوم وعدم اذنه في القبض عن الرهن (ومما ذكر) يعرف الحال فيما اذا كان في يد ثالث وان كان المدعي القبض الراهن وانكره المرتهن بان قال اخذته غصبا أو عارية فقد يعطى اطلاق العبارة بتقديم قوله مع يمينه وليس كذلك (فان قلت) اذا كان العقد جائزا من طرف المرتهن قبل قوله اذا انكر فعبارة المصنف متجهة فيه (قلت) فيه مع عدم الحاجة الى اليقين حينئذ أن العقد قد يكون لازما مشروطا في لازم كما عرفت فالظاهر عملا بالظاهر واصل الصحة تقديم قول الراهن وهذا الفرع غير مختص باشتراط القبض وقد تقول بجرى ان هذا التفصيل فيما اذا اختلف البيعان في القبض اذا كان للبايع حق الحبس فليلاحظ ذلك ﴿ قوله ﴾

﴿ ولو اختلفا في الاذن احتمل ذلك ﴾ اي تقديم قول من هو في يده لان الاصل في اليد كونها شرعية

وتصدق الرهن مع الميمن ولو تلف بعض الرهن قبل القبض وكان الرهن شرطا في البيع
تخير البائع بين الفسخ والقبول للباقي وايس له المطالبة ببدل التالف ويكون الباقي رهنا
بجميع الثمن ولا خيار لو تلف بعد القبض (متن)

بالاذن وفي (جامع المقاصد) انه ليس بشي لان ذلك في اليد التي لا يعلم ما ينافيها وأما اذا علم سبق
استحقاق شخص آخر فالاصل عدم الاذن والاصل عدم كونها شرعية كما هو ظاهر (قلت) وهو خيرة
الدروس ولم يرجح في الايضاح ونحن نقول الاختلاف في الاذن يقع على نحوين (الاول) ان يختلفا في
نفس الاذن فيقول المرتهن اذنت لي في قبضه فيقول الراهن لم آذن وإنما اخذته غصبا او سرقة هذا
اذا كان في يد المرتهن وأما اذا كان في يد الراهن فهو كأن يقول اذنت لي قبضته رهنا وارجمته اليك
وديمة فينكر الراهن الاذن بالسكالية وفي هذين يقدم قول الراهن للاصل بجملة من معانيه (الثاني)
ان يقع الاختلاف في افراد الاذن ولعله غير مراد للمصنف وتصويره اذا كان في يد المرتهن ان يقول
اذنت لي في قبضه رهنا ويقول الراهن اذنت لك في قبضه عارية بعد حصول العقد واذا كان في يد
الراهن فهو كأن يقول اذنت لك في قبضه عارية ورددته الي ولم ارد انعقاد الرهن ويقول المرتهن
اذنت لي في قبضه رهنا قبضته واودعته عندك وحكمها يعرف مما تقدم ﴿ قوله ﴾ « وتصدق
الراهن مع الميمن ﴾ اي احتمل تصديق الراهن مع يمينه اذا اختلفا في الاذن لان الاصل في طرفه
وفي (جامع المقاصد) انه الاصح ﴿ قوله ﴾ « ولو تلف بعض الرهن قبل القبض وكان الرهن
شرطا في البيع تخير البائع بين الفسخ والقبول للباقي وليس له المطالبة ببدل التالف ويكون الباقي رهنا
بجميع الثمن ﴾ تلف البعض اما ان يكون قبل قبضه فقط والبعض الآخر مقبوض او بعده والآخر غير
مقبوض او قبل قبض الكل وهو الظاهر من كلام المصنف هنا وفي التحرير والشهد في الدروس
او بعد قبض الكل وقد يتلف الكل قبل القبض وعليها اما ان يكون مشروطا في لازم او غير
مشروط فان كان مشروطا وقلنا ان القبض شرط فان كان التالف غير مقبوض وكان الآخر مقبوضا ثبت
للبيع الخيار لعقد الرهن بكماله بين الفسخ والقبول للباقي وليس له المطالبة ببدل التالف لان الرهن لم يتم
والاشترط انما تعلق بالميمن وقد تعذر بعضها تلفه وليس للراهن خيار لمكان قبض البعض فتأمل وان كانا غير
مقبوضين ثبت الخيار للراهن والبائع اما الزاها فلانها تقع الشرط عليها معا وقد تلف احدهما
فتبعضت الصفقة اذ لعله لا مصلحة له كما اذا وقع على الجارية وولدها مثلا فهو مخير بين اقباض الباقي
وامساكه فان امتنع من قبضه ثبت للبائع الخيار واما البائع فلما تقدم واما لو تلف بعد قبضه والآخر
غير مقبوض فيحتمل ان لا خيار للبائع لانه لو تلف كله حينئذ فلا خيار فاذا تلف بعضه فكذلك او
اولى فيكون الباقي رهنا بجميع ماله ويحتمل ثبوت الخيار له لانه بعد لم يقبض البعض الآخر فتبعضت
الصفقة فله ان يرضى برهنه الباقي ولا يبدل عن التالف وان يفسخ من المبيع في مقابلة الباقي وبمضي في
مقابلة التالف او يفسخ في الجميع وقال الشيخ فيما اذا رهن عبيدين وسلم احدهما الى المرتهن فأت في يده
وامتنع من تسليم الآخر لم يكن للمرتهن الخيار في فسخ البيع لان الخيار في فسخ البيع انما ثبت اذا رد الرهن
ولا يمكنه رده لفواته والحق ثبوت الخيار كما ذكرنا وهل يثبت للراهن خيار الظاهر ثبوت ذلك له على الثاني
من الاحتمال الثاني ومنه يعلم حال تلف الكل قبل القبض وحال تلف البعض بعد قبض الكل فانه

وكذا يتخير البائع لو تعييت العين قبل القبض كأنهدام الدار وهذه القروع كلها ساقطة عندنا لعدم اشتراط القبض نعم لو شرطه وجب ﴿فروع الاول﴾ لو شرطه وضعه على يد غيرها لزم وبشروط فيه كونه ممن يجوز توكيله وهو الجائر التصرف وان كان كافرا أو فاسقا أو مكاتبا لكن يجعل لاصيبا ولا عبدا الا باذن مولاه (متن)

لا خيار لتحقق حصول الشرط واليه اشار المصنف بقوله ولا خيار لو تلف بعد القبض وبأدنى تأمل يعرف حال غير المشروط ﴿قوله﴾ ﴿وكذا يتخير البائع لو تعييت العين قبل القبض كأنهدام الدار﴾ لانه لا يفسخ عقد الرهن لان ماليتها لم تذهب بالكيفية فان عرصتها واقاضها باقية فيثبت للمرتهن الخيار ان كان الرهن مشروطا في بيع لانها تعييت ونقصت قيمتها وتكون العرصه والاتقاض رهنا بجميع الدين اذا لم يفسخ لان العقد ورد على مجموع الدار المشتملة على العرصه والاتقاض من الاخشاب والاحجار ونحوهما وما دخل في العقد استقر بالقبض ﴿قوله﴾ ﴿وهذه القروع كلها ساقطة عندنا لعدم اشتراط القبض﴾ قد عرفت ان جملة منها جارية على القولين ﴿قوله﴾ ﴿نعم لو شرطه وجب﴾ قد اشرفنا الى هذا عند شرح قوله نعم لو كان شرطه في بيع فلبائع الخيار وان هذا عدول عن ذلك واستوفينا الكلام هناك ﴿قوله﴾ ﴿ولو شرطه وضعه على يد غيرها لزم﴾ وفي (المبسوط والخلاف والسرائر) اذا شرط الراهن وضعه على يد عدل صح شرطه وزاد في الاولين فاذا قبض العدل لزم وفي (الخلاف) ان عليه اجماع الفرقة وجميع الفقهاء الا ابن ابي ليلى فانه قال لا يصح قبضه ونسبه في التذكرة الى علمائنا وجماعة من الفقهاء وفي (السرائر) اذا شرط المرتهن وضعه على يد عدل معين لزم وفي (التحرير والدروس) يجوز اشتراط وضعه على يد عدل وفي (الارشاد) يجوز وضعه على يد اجنبي وقبده في مجمع البرهان برضاها فقد تحصل انه يجوز ان يشترط المرتهان وضع الرهن على يد ثالث سواء تعدد أو אחד عملا بالاصل وبقوله صلى الله عليه وسلم المؤمنون عند شروطهم وللإجماع المذكور لانطباقه عليه ونسب الى علمائنا في التذكرة انه يكون وكيفا للمرتهن نائباعنه في القبض والظاهر من الوضع الاستدامة والابتداء معا كما ستعرف ومن اللزوم في العبارة لزوم القبض ويحتمل لزوم الشرط والوضع ولا كلام في لزومه من طرف الراهن وكذلك المرتهن لان الراهن ما رهن الا على هذا الشرط ولعله لمصلحة له في ذلك وينب عليه ما يأتي في الفرع الثالث وفي (الخلاف) اذا عزل المرتهن العدل لم ينزل وهل للراهن أن يستقل بالوضع من دون حضور المرتهن واذنه ام لا احتمالان اظهرهما ان له ذلك لانه وان تعلق حق المرتهن به لكنه على هذا الشرط فان دام عليه فذاك والا ارتفع حقه ﴿قوله﴾ ﴿ويشترط كونه ممن يجوز توكيله﴾ لانك قد عرفت انه وكيل كما سمعته عن التذكرة وهو ظاهر جماعة وصريح آخرين ومعناه انه بشرطه في صحة القبض ولزومه كونه ممن يجوز توكيله فان قبض الصبي وعدمه سواء وكذلك العبد بدون اذن مولاه فلا يصح القبض ولا يلزم به الرهن اذا جعل الصبي وكيفا فيه ابتداء واستدامة معه فلو اشترط استدامة قبضه في يد صبي مأمون رشيد بعد قبض المرتهن له كان وكيفا جعليا لاشريا وصح القبض والرهن ﴿قوله﴾ ﴿وهو الجائر التصرف وان كان كافرا أو فاسقا أو مكاتبا لكن يجعل لاصيبا ولا عبدا الا باذن مولاه﴾ ولا فرق في هذه بين الذكر والاثنى وظاهر الاطلاق قد يعطى انه يجوز إثبات الكافر وأيداعه المصحف والعبد

(الثاني) لو جعلاه على يد عدلين جاز وليس لاحدهما التفرد به ولا يعضه ولو سلمه أحدهما الى الآخر ضمن النصف ويحتمل أن يضم كل منهما الجميع ففي استقراره على أيهما اشكال (متن)

المسلم وقد مر الكلام في ذلك في باب البيع والرهن واعتبر في الجعل في حواشي الكتاب ان يكون أكثر من اجرة المثل او مساويا لها لا اقل ونحوه ما في جامع المقاصد واطلق في التذكرة والدروس ولا يعتبر حينئذ اذن مولاه ولو اذن له المولى زال الحجر لان الحق دائر بينهما ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو جعلاه على يد عدلين جاز ﴾ اجماعا كما في التذكرة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وليس لاحدهما التفرد به ﴾ كما في (المبسوط والشرائع والارشاد والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والكفاية) هذا اذا شرطنا عليهما الاجتماع او اطلاقا عملا بظاهر الحال من ان اختيار الاثنين لعدم الاكتفاء بحفظ احدهما كأن يضمه في بيت ويضع كل واحد منهما عليه قفلا واما اذا لم يمكن اجتماعهما على حراسته فانه يتفرد احدهما به باذن الآخر كما في مجمع البرهان وربما حكى عن بعض انه قال لا يسلم احدهما الا بأذن الآخر وليس كذلك قطعا بل يجب التسليم فورا لان المال لهما وليس للآخر الا حفظه باذنها فاذا أخذها مالهما لا يجوز لاحد منهما اللهم الا أن يكون للاشهاد ونحوه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يعضه ﴾ لانه لا يجوز لهما أن يقتسماه وان كان مما يمكن قسمته من غير ضرر كما في (المبسوط والتحرير والتذكرة) خلافا لجماعة من العامة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو سلمه أحدهما الى الآخر ضمن النصف ﴾ لانها بمنزلة أمين واحد ولان الواجب عوض واحد وهما متساويان في ثبوت سبب الضمان لان أحدهما متعدد والآخر مفرد وفي (جامع المقاصد) انه ليس بشيء لان تساويهما في ثبوت سبب الضمان لا يقتضي التقسيط ولو ترتب أيدي الغاصبين على العين الواحدة ومنع كونها بمنزلة أمين واحد بل كل واحد أمين مستقل على الجميع غاية ما في الباب انه قد شرط عليه انضمام يده الى يد الآخر وحفظه الى حفظه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويحتمل أن يضم كل منهما الجميع ﴾ هذا هو الاصح كما في (جامع المقاصد) والاجرد كما في (المسالك) لان كلا منهما يجب عليه حفظه أجمع ولهذا لا يصح الاقسام وقد حصل منه سبب الضمان للجميع فيتخير المالك في تضمين من شاء منهما ﴿ قوله ﴾ ﴿ ففي استقراره على أيهما اشكال ﴾ الاشكال مبني على الاحتمال الاخير وهو ضمان كل منهما الجميع على طريق البدل وفي (الايضاح) ان الاصح انه يستقر الضمان على من ضمنه المالك ونحوه ما حكى عن ابن المتوج من أنه ان تلفه أحدهما أو هما بنير الامساك ضمنه وان تلف باق من الله سبحانه (سأوية شغل) أو أجنبي ولم يحصل منهما الا الامساك فالأقوى حينئذ الضمان على من ضمنه المالك وليس له الرجوع على الآخر وقال الشهيد في حواشيه ان المتقول استقرار الضمان على من تلف في يده وفي (جامع المقاصد) ان هذا هو المعروف في المذهب في أبواب الغصب وغيرها لانه اذا استوى شخصان في اثبات اليد عدوانا وفي العلم بذلك وتفرد أحدهما بوقوع التلف في يده كان قرار الضمان عليه واستجوده في المسالك وعلى هذا لا يبقى مجال للاشكال ووجه الاشكال على ما ذكره الشهيد والمحقق الثاني ينشأ من أن المسلم مضاع بتسليمه والمسلم حافظ قد عمل بتمتضي الاستئمان فيكون قرار الضمان على المسلم وضعفه في (جامع المقاصد) بانه لو تم لم يجر الرجوع عليه بشيء أصلا وليس كذلك بل يده يد عدوان لان الاذن لاحدهما في وضع اليد انما هو مع وضع يد الآخر ومن أن يد مثبت اليد المتسلم يد عادية والآخر

(الثالث) ليس لاحدهما ولا لاحاكم نقله عن العدل الذي اتفقا عليه مادام على العدالة ولم يحدث له عداوة ولو اتفقا على النقل جاز فان تفسيرت حاله أوجب طالب النقل فان اتفقا على غيره والا وضعه الحاكم عند ثقة ولو اختلفا في التغير عمل الحاكم على ما يظهر بعد البحث ولو كان في يد المرتين فتغيرت حاله في الثقة أو الحفظ نقله الحاكم الى ثقة ولو مات العدل نقله الى من يتفقان عليه فان اختلفا نقله الحاكم ولو كان المرتين اثنين فمات أحدهما ضم الحاكم الى الآخر عدلا للحفظ (متن)

مفرط تارك للحفظ ومنتد بالتسليم الى الثاني واليد العادية أقوى في الضمان من تارك الحفظ وهو أولى بالاستقرار مع التعارض فكان الأول أي مثبت اليد كالمباشر والثاني أي المسلم كالسبب لان الشارع ساواهما في سببية الضمان مع المباشرة والسببية للاتلاف والاول أقوى فيساوي الاقوى أي مباشر التلف مضافا الى أن الضمان واثبات اليد وجوديان وتارك الحفظ عدمي وسببية الوجودي للوجودي أقوى وأولى من سببية العدمي للضمان والى أن اليد العادية سبب سببية التضمن بالتسليم مع كونها علة تامة في التضمن فكانت أقوى وأولى في التضمن من التسليم هذا ما ذكره في الايضاح في هذا الوجه مع زيادة ايضاح وحاصل ما يعتد به منه ان المسلم مفرط والمتسلم متعدي والمتعدي أقوى (وفيه) أن كلا من التعدي والتفريط سبب مستقل في الضمان ولكل منهما يد على العين فاذا تلفت كل التلف مضمونا على كل منهما والمفروض ان التلف بأقوة مساوية أو من أجنبي وان المسك لم يباشر التلف بنفسه ولم يحصل منه الا الامساك وهذا الوجه ذكره الشهيد والمحقق بعبارة أخرى غير عبارة الايضاح والمراد واحد وقال الشهيد وذكر بعض ثلثا وهو ان كل من ضمنه المالك فقرار الضمان عليه فلا يرجع على الآخر لما عرفت من اشتراكهما في حصول سبب الضمان وقضية ذلك ان الاشكال في كلام المصنف دائر بين تضمين المسلم أو تعيين الضمان عليه أو بين تضمين المسلم كذلك وان لا خيار للمالك وقضية كلام الايضاح ان الاشكال في تضمين المسلم خاصة وفي تخيير المالك لان الوجه الاول الذي ذكرناه في توجيه استقرار الضمان على المسلم لم يذكره في الايضاح وانما ذكر مكانه في وجه عدم استقراره أي الضمان على مثبت اليد على الكل بتسليم الآخر له ما يدل على الوجه الثالث الذي حكاه الشهيد الذي هو غير ما يظهر من العبارة قال في (الايضاح) ان الوديعة لا تستعقب الضمان للمودع لان يد المستودع ليست عادية بالنسبة اليه ولا مضمونة له بغير العدوان كالغاصب من الغاصب فانه أزال تمكنه من الدفع الى المالك والمشتري العالم من الغاصب فانه انما أثبت يده بعوض للغاصب فقد جعلها مضمونة له ويده مساوية ليده لانها استنابة في الحفظ فضمان تلفها كضمان تلف يده فلا يضمن مثبت اليد للدافع اليه مع تضمين الدافع ولا بالعكس ولان كل واحد منهما سبب تام في التفريط والضمان من غير التفات الى الآخر فان المسلم بمجرد ترك حفظه يضمن سواء أثبت الآخر يده منفردة أولا واثبات الآخر يده منفردة سبب تام في التضمن سواء فرض كون الآخر مسلما أولا فلا يرجع أحدهما على الآخر فيستقر الضمان على من ضمنه المالك منهما ﴿ قوله ﴾ ﴿ الثالث ليس لاحدهما ولا للحاكم نقله عن العدل الذي اتفقا عليه مادام على العدالة مالم يحدث له عداوة ولو اتفقا على النقل

الرابع للعدل رده عليهما لاعلى أحدهما الا باتفاق الآخر أو الى من يتفقان عليه (متن)

جاز الى آخر الفرع ﴿ يد العدل يد أمانة وهو مقطوع بالحفظ فهو اتفقا على نقله من يده كان لها ذلك لان الحق لهما وان اختلفا فيه فلا يجوز لاحدهما ولا للحاكم أن يفرد بنقله واخراجه من يده لانها رضا بأمانته ونيابته عنهما اللهم الا أن يخرج عن العدالة لان الفاسق غير موثوق على ما في يده كما نص على ذلك في المبسوط وغيره وكذا اذا حدث له عداوة مع أحدهما اذ لا يؤمن أن يرتكب بعض الخيل المترتب عليها ضرر أحدهما وبمجرد حصول العداوة لا يخرج عن العدالة ما لم يفعل فعلا من مقتضيات العداوة بوجوب الفسق فالظاهر ان المراد بالعداوة الدنيوية كما في الحواشي وجامع المقاصد ويتقدح من هذا انه من أول الامر لا يتعدد الشرط مع العداوة ولا يسوغ للحاكم استئمان من كان عدوا لصاحب الاثابة ومن صرح بأنه اذا حدثت عداوة بينه وبين الزاهن أو المرتهن أوجب طالب النقل الشيخ في المبسوط والمصنف في التحرير والتذكرة والشهيد في الدروس وغيرها وكذلك الحال فيها اذا تغيرت حاله بمرض أو كبر أو نحو ذلك بحيث لا يقدر على حفظه وكل موضع وجب نقله فان اتفق الزاهن والمرتهن على من ينقل اليه نقل لان الحق لهما وان اختلفا ودعى كل واحد الى غير الذي يدعو اليه الآخر فان الحاكم يجتهد في ذلك وينقله الى ثقة أمين نص عليه في المبسوط والتذكرة والتحرير والدروس وان اختلفا في التغير فادعى أحدهما انه تغير حاله وأنكر الآخر ذلك نظر الحاكم فان ثبت عنده تغير حاله نقل على النحو المذكور والا اقر في يده كما في المبسوط والتحرير والتذكرة وكذلك ينقله الحاكم الى ثقة اذا كان في يد المرتهن وتغيرت حاله واختلف المرتهن والزاهن فكل يريد نقله الى غير من أراه الآخر وأما مع تراضيهما على عدل فلا مدخل للحاكم وعبرة الكتاب هنا مطلقة وبالحكم المذكور صرح في المبسوط وغيره وكذلك الحال فيها اذا مات العدل الذي في يده الرهن فانهما ان اتفقا على نقله الى يد رجل عدلا كان أم فلا كلام وان اختلفا نقله الحاكم الى ثقة أمين وكذلك ينقله الحاكم الى ثقة ان كان في يد المرتهن ومات وصار الزاهن في يده وارثه أو وصية ولم يرض الزاهن بكونه في يد أحدهما كفي المبسوط ولو كان المرتهن اثنين ولم يأذن لكل منهما بالانفراد فأت أحدهما ضم الحاكم الى الآخر عدلا للحفظ وعبرة الكتاب مطلقة في المقام ﴿ قوله ﴾ الرابع للعدل رده عليهما لاعلى أحدهما الا باتفاق الآخر أو الى من يتفقان عليه ﴿ العدل لما كان أمينا متطوعا لا يلزمه المقام على الحفظ فاذا أراد رده رده عليهما كما في (المبسوط والشرايع والتحرير والتذكرة والارشاد والدروس والكفاية) فان امتنا أجبرها الحاكم أو قبضه عنهما كما في المبسوط وبعض ما ذكر ولا يجوز له الرد على أحدهما سواء كان قد امتنع الآخر أم لا فان دفعه الى أحدهما ضمنا كما في المبسوط والتذكرة والتحرير وهو قضية كلام الباقرين ويبقى الكلام في تصوير ضمان الزاهن اذا كان هو القابض واستظهر في (جمع البرهان) جواز تسليمه الى الزاهن وقال ان الاستصحاب يقتضيه وكونه مالكا واحتمل حمل عبارة الارشاد حيث اقتضت عدم جواز تسليمه الى أحدهما على ما اذا كانا قد شرطنا ذلك في الرهن والاستصحاب لا مجال له مع الارتبان وتسلمه الى الزاهن تضييع لوثوق المرتهن أو لحقه اذ لا مبيح حينئذ للزاهن على دفع الحق وقضية الارتبان أن يكون الرهن في يد المرتهن فلو احتمل هذا احتمل أنه يكون له وجه (واما) أن يسلمه الى من يتفقان

ويجب عليهما قبوله ولو سلمه الى الحاكم أو الى أمين مع وجودهما وقبولهما للقبض من غير إذن ضمن فان اختفيا عنه سلمه الى الحاكم ولو كانت غائبين أو أحدهما لم يجز له تسليمه الى الحاكم ولا غيره من غير ضرورة فيضمن ومع الحاجة يسلمه الى الحاكم أو الى من يأذن له (متن)

عليه ولو كان المتفق عليه أحدهما فوجه ظاهر أيضا ﴿ قوله ﴾ - (فيجب عليهما قبوله) كما في (التذكرة والتحرير) لانه لا يلزمه المقام على ذلك فان امتعا أجرا أو قبضه الحاكم أو نصب من يقبضه كما أشرنا اليه آنفا ﴿ قوله ﴾ - (ولو سلمه الى الحاكم أو الى أمين مع وجودهما وقبولهما للقبض من غير إذن ضمن) اذا سلمه والحال كذلك الى الحاكم ضمن العدل والحاكم كما في (المبسوط والتذكرة والتحرير) وان سلمه كذلك الى الامين ضمنا أيضا والوجه قهها واضح لانه لا يجوز للعدل أن يدفع الرهن الى غير المتراهنين مع حضورهما وامكان الايصال اليهما ولا يجوز للحاكم أن يقبضه حينئذ لانه انما تثبت له ولاية عليهما اذا امتعا من قبضه وأما الامين الذي قبضه فإنه قبضه بغير حق فلزمه الضمان وكان الاولى للمصنف أن يقول ضمنا ولو قال ولو سلمه الى الحاكم أو الى أمين بأذنه مع وجودهما الى آخره لأغنى عن السطرين الذين بيئ أول الفرع الخامس بل الاستغناء على هذه الحال أيضا ظاهر ﴿ قوله ﴾ - (فان اختفيا عنه سلمه الى الحاكم) كما في (المبسوط والشرائع والتذكرة والدروس) وغيرها فينصب أمينا يقبضه منه لهما والمراد انهما اختفيا عنه عمدا لئلا يتسلماه منه مع طلبه منهما تسلمه ﴿ قوله ﴾ - (ولو كانا غائبين أو أحدهما لم يجز تسليمه الى الحاكم ولا الى غيره من غير ضرورة) كما في (المبسوط والخلاف والشرائع والتحرير والتذكرة والمسالك وجمع البرهان والكفاية) فيضمن حينئذ كما صرح في بعض هذه ولا يسلمه الى الحاكم والحاضر منهما حتى يكون الحاكم نائبا عن الغائب والحاضر قابضا عن نفسه ولا الى الحاضر فقط كما هو واضح وليس له قسمته واعطاء الحاضر نصفه بخلاف ما أودع اثنان ودية عند ثالث وغاب أحدهما وحضر وطالب فالحاكم يقسمها بينه وبين الغائب لانها مالكان وفيما نحن فيه المالك لأحدهما ولا حرج في الويقة وذلك لا يمكن قسمته فاختلغا وحينئذ فيجب على العدل الصبر الى أن يحضرا أو يحضر الغائب إذ المفروض حصول الغيبة اتفاق فلم يحصل تقصير والمرد بالضرورة العذر العرفي كسفر عزم حله ونحوه كما صرح به جماعة (وقد يقال) ان الحاكم ولي الغائب كما هو مقرر في أبواب النكاح فلعله يدفع اليه مع غيبتهما وان لم يكن له ضرورة كما أن له دفعه الى مالكة كذلك (ويجيب) بأن ولاية الحاكم ليست كولاية المالك مطلقا بل هي منوطة بالحاجة والمصلحة فتقدر بقدرها والشاهد على ذلك اطلاقهم هنا على عدم جواز تسليمه اليه من غير عذر وفي (المسالك) أن من القواعد المقررة في بابها أن الودعي ليس له دفع الودعة الى الحاكم مع امكان المالك ولا مع غيبته الا مع الضرورة وما نحن فيه من افراد ذلك ولو كان الحاكم كالمالك لجاز الدفع اليه في الموضوعين فليتأمل في المقام ﴿ قوله ﴾ - (ومع الحاجة يسلمه الى الحاكم أو الى من يأذن له) كما في (المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس وجمع البرهان) وغيرها والحكم لا يريب ولا خلاف فيه هذا فيما اذا كانا غائبين كما هو المفروض وكذلك لو كان أحدهما حاضرا وامتنع والا سلمه اليه والى الحاكم لأنه نائب الغائب لمكان الضرورة كما هو المفروض

فإن سلمه الى الثقة من غير اذن الحاكم ضمن ولو تمذر الحاكم واقتقر الى الايداع اودع من ثقة ولا ضمان (الخامس) لو لم يمتنع من القبض فدفعه الى عدل بغير اذنها ضمن ولو اذن له الحاكم ضمن ايضا لا تنفاء ولا يشه عن غير الممتنع ويضمن القابض ايضا ولو امتنع لم يضمن بالدفع الى العدل مع الحاجة وتمذر الحاكم فان امتنع احدهما فدفعه الى الآخر ضمن والفرق ان العدل يقبض لهما والآخر يقبض لنفسه (السادس) لو امر العدل بالبيع عند الحلول فله ذلك وللراهن فسخ الوكالة الا ان تكون شرطا في عقد الرهن وليس للمرتهن عزله (مثن)

﴿ قوله ﴾ - ﴿ فإن سلمه الى الثقة من غير اذن الحاكم ضمن ﴾ أي مع الحاجة والقدرة على الحاكم كما جزم به في الارشاد وقر به في التذكرة لان الحاكم ولي الثابت وقال في (المبسوط) قيل فيه وجهان أحدهما يضمن والآخر لا يضمن ﴿ قوله ﴾ - ﴿ ولو تمذر الحاكم واقتقر الى الايداع اودع من ثقة ولا ضمان ﴾ كما في المبسوط والتحرير والتذكرة وفي (الدروس والمسالك) يودعه من التقويم يشهد عليه عدلين واحتمل في مجمع البرهان دفعه واعلام الثقة بذلك ولو اودعه من غير ثقة ضمن ﴿ قوله ﴾ - ﴿ لو لم يمتنع من القبض فدفعه الى عدل بغير اذنها ضمن ولو اذن له الحاكم ضمن ايضا لا تنفاء ولا يشه عن غير الممتنع ويضمن القابض ﴾ ان رجوع ضمير ضمن الثانية الى الحاكم فلا بد من تقييده مع التعمد والافه من خطأ الحكم وان رجع الى الدافع لان تسليمه حينئذ عدوان فخكمه أن له الرجوع على الحاكم ان تعمد لانه اقترب باذنه وان رجع الى القابض كما هو أحد الاحتمالين في ضمن الاولى أغنى عن قوله ويضمن القابض ولو قال فيما ضمنا فكذلك ووجه ضمان القابض ان يدها عادية ولا أثر لعدم علمه بالحال لكن مع الجهل يرجع على من غره ولو امتنع لم يضمن بالدفع الى العدل مع الحاجة وتمذر الحاكم تقدم مثله فيما لو غابا وقضيت أنه يضمن الدفع الى العدل اذا امتنع مع تعذر الحاكم وعدم الحاجة وفيه تأمل قال في (التذكرة) ولو امتنع من القبض وليس هناك حاكم فتركه عند ثقة حاز ولم يتعرض للحاجة وعدمها ﴿ قوله ﴾ - ﴿ فان امتنع أحدهما فدفعه الى الآخر ضمن والفرق ان العدل يقبض لهما والآخر يقبض لنفسه ﴾ ومثل ذلك قال في (التذكرة) ومعناه ان العدل الاجنبي لما لم يكن له في العين حق فهو لا يقبض الا لهما لعدم ظهور ما يقتضي خلافه وأما أحدهما فان شأنه أن يقبض لنفسه وهذا ظاهر حاله باعتبار أن له في العين حقا فلا يجوز تمكينه حينئذ منها نظرا الى هذا الظاهر وقبضه لهما مرجعه الى قصده وهو أمر خفي فلا يصح أن يقال انه لو قبض لنفسه وللآخر وجب التسليم اليه وذلك كله مع الحاجة وتمذر الحاكم ﴿ قوله ﴾ - ﴿ لو أمر العدل بالبيع عند الحلول فله ذلك ﴾ قد تقدم انها اذا شرطا أن يبيعه العدل عند الحلول صح الشرط وكان ذلك توكيلا في البيع منجزا وليس شرطا في الوكالة وانما الشرط في التصرف كما نص عليه في التذكرة والتحرير وحواشي الكتاب وبه عليه في المبسوط فاندفع ما أورد من أن الوكالة شرطها التحيز فلو أمر الراهن العدل بالبيع عند الحلول كان له ذلك كما في (التذكرة) لكن صرح الاصحاب كما في جامع المقاصد أنه لا بد لجواز البيع من اذن المرتهن وستسمع ذلك ﴿ قوله ﴾ - ﴿ وللراهن فسخ الوكالة الا أن تكون شرطا في عقد الرهن وليس للمرتهن عزله ﴾ قد نص على ذلك كله في المقام في (المبسوط والخلاف والدروس)

لأن المدل وكيل للراهن لكن ليس له البيع الا بأذنه ولو لم يعزله لم يبيع عند الحلول الا بتجديد
اذن المرتهن لان البيع لحقه فلم يجوز حتى يأذن فيه ولا يفتر الى تجديد اذن الراهن ولو أتلف
الرهن اجنبي فعليه القيمة تكون رهنا في يد العدل (متن)

واقصر في التذكرة والتحرير على نسبة ذلك الى الشيخ وصرح في (الوسيلة) بالحكم الاول المتعلق
بالرهن ولم يتعرض للمرتهن وفي (جامع الشرائع) فان عزله الراهن انزل ويحمل على ما اذا لم يكن
مشروطا في لازم وقد استوفينا الكلام في ذلك في أواخر الفصل الثالث عند شرح قوله وليس للراهن
فسخ الوكالة ومعنى قولهم ان ليس للراهن فسخ الوكالة انه ليس له أن يوكل غيره أو يتولاه بنفسه اذ
من المعلوم ان له أن يفسخ الوكالة ويدفع الحق من غير الرهن وكذلك الحال في المرتهن فعنى قولهم
أن ليس له عزله انه ليس له ذلك وتولى البيع بنفسه أو غيره وليس معناه انه ليس له أن يبرئ الراهن
ويفسخ الوكالة كما هو ظاهر ﴿ قوله ﴾ (لكن ليس له البيع الا بأذنه) معناه أن المرتهن عزله
عن البيع كما عبر عن ذلك في (التذكرة والتحرير والدروس) فكأنه قال ليس له عزله عن الوكالة
وله عزله عن البيع لان البيع إنما يستحق بمطالبته فاذا لم يطالب ومنع منه لم يجوز كما ذكر ذلك كله في
التذكرة وقال في (الدروس) للمرتهن عزله عن البيع لان البيع لحقه ولهذا يفتر الى اذنه عند حلول
الاجل انتهى وبهذا التوجيه يدفع التكرار والمساحة عن قوله ولو لم يعزله الى آخره والوجه في عدم
جواز البيع عند الحلول وعدمه الا بأذنه ما ذكره من تعلق حقه بالعين فلا يسوغ التصرف فيها على
وجه يفضي الى ابطال التوثق ولان البيع لحقه فيتوقف على اذنه ليعلم انه مطالب أو مهمل أو مبرئ
وساقي ما فيه وتظهر الفائدة في أنه وكيل الراهن وأن ليس للمرتهن عزله بل له منعه لحقه فيما لو وكله
الراهن في البيع ولم يقيد بكونه لا إذا دين الرهن ثم حصل الافتكاك فان الوكالة تبقى ﴿ قوله ﴾
﴿ ولو لم يعزله لم يبيع عند الحلول الا بتجديد اذن المرتهن ﴾ كما في (المبسوط والخلاف وجامع الشرائع
والتذكرة والتحرير والدروس) وفي (جامع المقاصد) ذكر ذلك الشيخ وتعه الجماعة وقد سمعت أنه
نسبه آنفا الى صريح الأصحاب والمفصر به من عرفت ولا يخفى أن ما ذكره من التعليل بأن البيع
لحقه ضعيف فان الفرض توفيق حقه ثم ان كونه لحقه لا يستلزم تجديد الاذن استصحابا لما كان كما في
الراهن والفرق غير ظاهر قولكم لا بد من مراجعة المرتهن ليعلم انه مطالب أو مهمل أو مبرئ جار مثله
في الرهن بأن يقال لا بد من مراجعته لانه قد يكون له غرض في بقاء الرهن ويريد قضاء الحق من
غيره وإبقاء الرهن لنفسه (فان قلت) اذنه السابقة قضت بعدم ذلك فلا يحتاج الى تجديد اذن عملا
بالاستصحاب (قلنا) ذلك يجري في المرتهن كما أشرفنا اليه أولا نعم يمكن الفرق بأنه لو اعتبر اذن الراهن
لأدى الى أنه لا يباع الرهن أصلا ان امتنع من الاذن أبدا ولعل هذا هو الاصل في الباب وبما سمعته
آنفا يظهر لك أن لا تكرر ولا مساحة في قوله ولو لم يعزله الى آخره وقال في (جامع المقاصد) في اسناد
النبي اليهما توسع بين فان المرتهن ليس له عزله كما علم عن قريب انتهى ﴿ قوله ﴾ (ولم يفتر
الى تجديد اذن الراهن) كما صرح به في (المبسوط والخلاف والتحرير والدروس) واقصر في التذكرة
على نسبه الى الشيخ وقد عرفت الوجه فيه آنفا ﴿ قوله ﴾ (ولو أتلف الرهن اجنبي فعليه القيمة
تكون رهنا في يد العدل) كما صرح به في (المبسوط والجامع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد) لأن

وله المطالبة بها وهمل له بيعها بالاذن في بيع الاصل الاقرب المنع (السابع) لو عيننا ثمتنا لم يجز له التعدي فان اختلفنا لم يلتفت اليهما اذ للراهن حق ملكية الثمن وللمرتهن حق الوثيقة فيبيعه بأمر الحاكم بنقد البلد وافق الحق أو قول أحدهما أولا فان تعدد فبالاغلب فان تساويا فبمساوي الحق (متن)

القيمة بدل العين وقائمة مقامها في الرهن هذا الذي ذكره في الرهن المشروط وضعه على يد عدل والا فقد نص في الغنية والسرائر والشرائع والارشاد والمسالك وجمع البرهان والكفاية وغيرها انه لو أتلف الرهن متلف أزم قيمته تكون رهنا من دون تقييد بكونه مشروطا وضعه على يد عدل وفي (المسالك) انه لا فرق في المتلف بين كونه الراهن أم المرتهن أم الاجنبي وحاصله أن اتلاف الرهن متى كان على وجه بوجب عوضه مثلا أو قيمة كان العوض رهنا ﴿ قوله ﴾ ﴿ وله المطالبة بها وهمل له بيعها بالاذن في بيع الاصل الاقرب المنع ﴾ اما أن له المطالبة بها فلانه أمين في حفظها وذلك حق له وسلطنة وأما انه يمنع من بيعها بالاذن في بيع العين وأنه لا بد من تجديدها فهو خيرة المبسوط والتذكرة والتحرير والابضاح وجامع المقاصد وبمثل ذلك صرح في الشرائع والدروس والمسالك والكفاية في غير المقام قال في (الشرائع) لو أتلف الرهن متلف أزم قيمته وتكون رهنا ولو أتلف المرتهن لكن لو كان وكيلًا في الاصل لم يكن وكيلًا في القيمة لان العقد لم يتناولها ومثله قال غير دومي قوله أن العقد لم يتناولها ان الوكالة في البيع إنما كانت في العين وقد ذهبت ولم تتعلق بالقيمة ولا دليل على تعلقها بها وهذا وجه القرب في كلام المصنف ووجه العدم أنه يحتمل أن له ذلك كما ثبت له الاستئمان في القيمة كما كان في الاصل فلا فرق بين الرهن والوكالة مع اشتراكهما في التعلق ابتداء بالعين (وفيه) أن الغرض من الرهن الاستيثاق بالعين ليستوفي الحق من قيمتها فالقيمة لا يخرج عن غرض الرهن والاستئمان محض نفع اذ هو حفظ العين وصيانتها فلا يحتاج الى مزيد احتياط بخلاف الوكالة فانها منوطه بما عينه المالك والاعراض تختلف كثيرا في حفظ الاموال وبيعها باختلاف الاشخاص فربما استأمنه على متاعه ولا يستأمنه على قيمته وربما كان عارفا ببيع متاع بحيث لا يغبين فيه وليس عارفا ببيع غيره والحاصل أن البيع بمرض حصول الضرر فلا يكتفى فيه بالسبب الضعيف ﴿ قوله ﴾ ﴿ لو عيننا ثمتنا لم يجز له التعدي ﴾ عن القدر والجنس كما في (المبسوط) والتذكرة والتحرير) لان الحق لها لاشي للعدل لهذا في جانب القيمة كما أشار اليه في التذكرة ويأتي في الوكالة بلطف الله وبركة آل الله صلوات الله عليهم أجمعين أنه يجوز البيع بزيادة عما قال الموكل لكن ذلك حيث لا يمنع من الزيادة ولقد تكرر هذا الحكم في كلامه لأنه سيأتي له في التاسع لو عيننا له قدرا لم يجز بيعه بأقل والأمر سهل ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان اختلفنا لم يلتفت اليهما اذ للراهن ملكية الثمن وللمرتهن حق الوثيقة فيبيعه بأمر الحاكم بنقد البلد ﴾ كما في (المبسوط) والتذكرة) وكذا التحرير والدروس لأنها قيل فيها بيع بنقد البلد لان الحظ في البيع يكون بنقد البلد ومعنى اختلافهما ان يقول احدهما بيع بدارم ويقول الآخر بدينارين وأنها لا بد لها من بيعه ﴿ قوله ﴾ ﴿ وافق الحق او قول احدهما اولاً ﴾ اي سواء وافق نقد البلد الدين ام لا وسواء وافق قول احدهما ام لا كما نص عليه في التذكرة والتحرير والدروس وهو قضيته كلام المبسوط ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان تعدد فبالاغلب فان تساويا فبمساوي الحق ﴾ يعني اذا تعدد نقد البلد حيث

وان بائنهما عين له الحاكم ولو باعه نسيئة لم يصح الا باذن (الثامن) كل موضع يحكم فيه
ببطلان البيع يجب رد المبيع فان تلف تخير المرتهن في الرجوع على من شاء من العدل
والمشتري بالاقل من الدين والقيمة لانه يقبض قيمة الرهن مستوفيا لحقه لارهنا فان فضل
من القيمة عن الدين فللراهن الرجوع به على من شاء من العدل والمشتري ولو استوفى
المرتهن من الراهن دينه رجع الراهن بالقيمة على من شاء ومتى ضمن العدل رجع به على المشتري ولا
يرجع المشتري عليه لو ضمن (التاسع) لو عين له قدرا لم يجز يمه باقل ولو اطلقا باع بشئ المثل (متن)

عينه الحاكم بيع بالاكثر استعمالا وما ذكره المصنف خيرة الدروس وفي (المبسوط والتحرير) ان تعدد
قبلا غلب فان تساويا فبأوفرهما حظا فان تساوى فبمساوى الحق وفي (التذكرة) فان تعدد باع باعلاهما
فان كانا متساويين باع بأوفرهما حظا فان تساويا باع بجنس الحق ﴿قوله﴾ فان بائنهما عين
له احكام ﴿اي ان باين الحق التقدين وفي (المبسوط والتذكرة والتحرير والدروس) انه ان بائنهما باع
بما هو اسهل صرفا الى جنس الحق فان تساويا عين له احكام بما يراه صلاحا ﴿قوله﴾ ولو
باعه نسيئة لم يصح الا بالاذن ﴿فان اجاز صح والابطل﴾ ﴿قوله﴾ كل موضع يحكم فيه
ببطلان البيع يجبر رد المبيع ﴿كما اذا باع نسيئة او بغير نقد البلد او بما لا يتغابن به والحكم مما لا ريب
فيه﴾ ﴿قوله﴾ فان تلف تخير المرتهن في الرجوع على من شاء من العدل والمشتري ﴿ذكر
في (المبسوط والتذكرة والتحرير) في المسئلة ان الراهن يغير فيما ذكر ولم يتعرض في التثنية للمرتهن ولعل
ما في الكتاب أولى لانه قد تقدم ان ليس للراهن والمرتهن أن يطلب الرهن من العدل الا مع اتفاقهما
وان العدل لو سلم الى أحدهما من دون اذن الآخر كان ضامنا لكن المرتهن لما كان يقبض قيمته
ليسوفي منها حقه لا على سبيل الارتهان لان القرض ان البيع لوفاء دينه والغالب فيه ان يكون بسد
الحلول صح له مطالبة من شاء ولا كذلك الراهن والوجه في ضمان العدل مع انه امين انه غير مأذون
في البيع الفاسد لعدم تناول الوكالة له بل انما تناول العقد الصحيح والتسليم به ﴿قوله﴾ بالاقل
من الدين والقيمة لانه يقبض الرهن مستوفيا لحقه ﴿الجار متعلق بالرجوع وقد عرفت الوجه فيما ذكر
مما مر وقد حكم بجواز رجوعه على العدل بجميع القيمة اذا كانت مساوية للدين أو أقل اذا اختار
الرجوع عليه اي على العدل مع انه يحتمل فيما اذا باع بدون ثمن المثل مما لا يتغابن بمثله تعين الرجوع
على العدل بما قص من (عن خل) ثمن المثل كذلك لان ذلك هو القدر الذي فرط فيه فيرجع على
المشتري بالباقي ولعله انما اختار ذلك لانه اخرجه من يده على وجه لم يجزله فضمن جميع القيمة كما لو
اتلف ﴿قوله﴾ فان فضل من القيمة عن الدين فللراهن الرجوع على من شاء من العدل والمشتري
ومتى ضمن العدل رجع به على المشتري ولا يرجع المشتري عليه لو ضمن ﴿لان تلف المبيع لما كان
ييد المشتري كان قرار الضمان عليه ويجب ان يقرأ ضمن في الموضوعين مشددا مبنيا للمفعول (المجبول خل)
﴿قوله﴾ لو عين له قدرا لم يجز يمه ﴿قد تقدم الكلام فيه﴾ ﴿قوله﴾ ولو اطلقا باع بشئ
المثل ﴿أي حالا بقصد البلد كما في (المبسوط والخلاف وجامع الشرائع والتحرير والتذكرة)

أوبزيادة خاصة ولو باع بأقل مما لا يتغابن الناس به بطل البيع وضمن ولو كان مما يتغابن به صح ولا ضمان (العاشر) لو تلف الثمن في يده من غير تفریط فلا ضمان والا قرب انه من ضمان الراهن لانه وكيله ويحتمل المرتهن لان البيع لاجله ويقبل قوله مع اليمين لو ادعى التلف ولو ادعى قبضه من المشتري وخالفاه احتمل المساواة لانه أمين فيراً يمينه دون المشتري وتقديم قولهما لانهما منكران (متن)

﴿ قوله ﴾ ﴿ اوبزيادة خاصة ﴾ خلافا لابي حنيفة فانه جوز أن يبيعه ولو بدرهم واحدا لاطلاق (وفيه) انه محمول على المعتاد المتعارف بين الناس وهو هنا مقيد بما قاله اصحابنا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو باع بأقل مما لا يتغابن الناس به بطل وضمن ﴾ كما في المبسوط والتذكرة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو كان مما يتغابن به صح ولا ضمان ﴾ كما في (المبسوط والتذكرة والتحرير) لان هذا القدر لا يمكن الاحتراز عنه وهو يقع لاهل الخبرة والبصيرة والمرجع في ذلك الى اهل الخبرة لكن ذلك ان لم يدفع اليه زيادة قبل تمام العقد والا فلا يصح وهل يجري هذا المجرى ما اذا دفعت له في زمن الخيار فالشيخ في المبسوط على انه يجوز له قبول الزيادة وفسخ العقد فان لم يقبل لم يفسخ العقد لانه قد صح وهذه الزيادة مضمونة فلا يفسخ العقد في (التحرير) لو كان في مدة الخيار فالوجه عدم الفسخ (قلت) ويحتمل تعيين الفسخ لانه مأمور بالاحتياط وحالة الخيار كحالة العقد وقال المصنف في باب الوكالة في وجوب الفسخ اشكال فليتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ لو تلف الثمن في يده من غير تفریط فلا ضمان ﴾ اجماعا كما في التذكرة ﴿ قوله ﴾ ﴿ والا قرب انه من ضمان الراهن لانه وكيله ﴾ كما في الخلاف والتحرير والتذكرة لانه وكيله في البيع والثمن ملكه وهو أمين له في قبضه فاذا تلف كان من ضمانه كسائر الامناء ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويحتمل المرتهن لان البيع لأجله ﴾ أي ويحتمل كونه من ضمان المرتهن كما هو خيرة مالك وابي حنيفة واستند مالك الى ان البيع حق للمرتهن فهو بايع لحقه فالثمن يكون للمرتهن ويبرأ الراهن واما ابو حنيفة فبناه على اصله من ان الرهن مضمون على المرتهن والثمن بدله فيكون مضمونا ولم يوافقهم احد منا فيما وجد ويرد على مالك ان حق المرتهن انما تعلق باستيفاء الثمن ولا يلزم من كونه وكيل له في حفظ الرهن ان يكون وكيل له في حفظ الثمن وأنه روي عنه صلى الله عليه وسلم انه قال الرهن من راهنه ومعناه من ضمان راهنه وانه قال صلى الله عليه واله وسلم الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه يعني ضمانه وقد ثبت الدين في ذمة الراهن ولا دليل على براءة ذمته بهلاك ثمن الرهن واصل ابي حنيفة فاسد فاطنك فيما بناه عليه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويقبل قوله مع اليمين لو ادعى التلف ﴾ ولا يكاف اقامة البينة كما في (المبسوط والتذكرة والتحرير) لانا ان كلفناه البينة شق وربما ادى الى ان لا يدخل الناس في الامانات وفي ذلك اضرار كثيرة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو ادعى قبضه من المشتري وخالفاه احتمل المساواة لانه أمين فيراً يمينه دون المشتري ويحتمل تقديم قولها لانها منكران ﴾ اطال المحقق الثاني في بيان المسئلة وتوجيه العبارة ومناقشتها قال اي لو ادعى قبض الثمن من المشتري وتلفه بنير تفریط وان لم يذكر في العبارة لان ما قبله يدل على ارادته وخالفاه أي الراهن والمرتهن احتمل المساواة للمسئلة السابقة في قبول قوله مع يمينه نظرا الى كونه امينا فلا يختلف الحال في دعوى التلف بين كون القبض معلوما اولاً واذا برأ العدل يمينه لما قلناه لم يلزم براءة

المشتري من الدعوى لان بين العدل انما هي لدفع الغرم عن نفسه بمقتضى اقراره بالقبض لا لدفع
 الدعوى عن المشتري ولا يلزم من اقراره بالقبض محققه لامكان كونه كاذبا فتبقى الدعوى على
 المشتري بحالها ولان بين شخص عن الدعوى المتعلقة به لا تسقط الدعوى عن غيره ويحتمل تقديم
 قولها اي الزاهن والمرتهن لانها منكران وفي هذا الاحتمال مناقشة لان تقديم قولها ان كان بالنسبة
 الى تضمين العدل فليس بظاهر لان العدل امين وقوله في التلف مصدق واما قوله بالقبض فان كان
 مصدقا فلا بحث في تصديقه في التلف يمينه وأن لم يكن مصدقا فلا حاجة الى يمينه للتلف واليمين
 منحصر في جانبها مع عدم اليقينة فيكون الغرم على المشتري هذا بالنسبة الى العدل واما بالنسبة الى
 المشتري فقد ذكر على تقدير تصديق العدل في ذلك يمينه لا يبرأ بذلك ولا يصدق باليمين فالحال
 بالنسبة اليه منحصر في عدم قبول قوله يمينه واما المصدق باليمين قولها فلا معنى لهذا الاحتمال
 ويحتمل ان يكون الاحتمال الاول منزلا على ان تصديق العدل في دعوى القبض والتلف يمينه موجبا
 لبرائته وبرائة المشتري لاستلزامه ذلك بخلاف المشتري لو ادعى ذلك فانه لا يصدق باليمين الا ان
 هذا مستبعد من وجوب (الاول) بعده عن العبارة (والثاني) ان الحكم بحسب الواقع لا يطابق
 ذلك لان اقرار العدل بالقبض لا يوجب القطع بوقوعه لتدفع الدعوى عن المشتري وربما حصلت
 التهمة عند الزاهن والمرتهن في صدق العدل والمشتري في وقوع القبض فلا تسقط الدعوى عنه وايضا
 فان بين العدل انما هي لحصول التلف لان القبض يكفي فيه اقراره فلا يحتاج الى اليمين لاجله بالنسبة
 اليه لانه بدون اقراره بالقبض لا يتوجه عليه طلب الثمن ليدفعه عن نفسه بدعوى التلف واليمين عليه
 فلا وجه حينئذ للتردد في قبول قوله في ذلك يمينه والاثبات بالحكم احتمالا وبالجملة فالعبارة لا تخلو من
 شيء انتهى كلامه فقد تضمن كلامه تقدير التلف وانه حصل في يد العدل وظاهر كلامه اولاً وصريحه
 اخيراً حيث قال ان القبض يكفي فيه اقراره الى آخره ولا اقل من الظهور ان القبض مسلم عند الزاهن
 والمرتهن وفي ذلك ما استعرفه من الفساد والخروج عن الظاهر والشبه في حواشيه حمل العبارة على
 ما اذا كان سلمه المبيع قبل قبض الثمن من دون اذنها قال قال عميد الدين هذا هو المقصود من
 كلام المصنف لان الدعوى على المشتري وعلى الوكيل انتهى كلامها ولعلها اراد ان العدل لو باع ولم
 يدفع الثمن اليها لانه امانة في يده لا يلزمه تسليمه قبل طلبه ولا يضمنه بتأخيره الا مع الطلب اولاً
 عاقه عن ذلك كما اذا كانا في بلد اخرى ثم اتفق انها شاهداً والمشتري في مكان كان الثمن محفوظاً
 في غيره فقال له بعت وسلمت ولم قبض الثمن والا لدفعته او ارسلته اليها فخذ من المشتري وادفعه
 لنا فقال قبضته وجعلته في حرز في البيت او المكان الفلاني فيحتمل تقديم قولها مع يمينها عملاً بالاصل
 وظاهر الاحتمال وان لم يكن بتلك المكانة من الظهور ولا سيما اذا كانت وكالة العدل بمجمل فيجب عليه
 دفع الثمن اليها ويحتمل تقديم قوله مع يمينه كما لو ادعى التلف مع العلم بالقبض لانه امين فيبرأ من
 وجوب التحصيل والدفع فقد ظهر في هذا الفرض ان القبض لا يكفي فيه اقراره ولا حاجة الى تقدير
 التلف والسيد العميد والشهيد ادري بمراد المصنف لانه منه اخذ وعليه تتلمذ (تلشدخ ل) وأن
 ابيت الا تقدير التلف وأن القبض يكفي فيه اقراره قلنا انا ندعي ان معنى العبارة ان العدل
 لو ادعى قبض الثمن وابقائه عنده امانة لأنه وكيل في حفظه وقد اعتقد أن ابقائه عنده
 أحفظ حتى تلف وأنكر الزاهن والمرتهن ذلك وقال لم قبضه فيحتمل تقديم قولها عملاً بالاصل

(الحادي عشر) لو خرج الرهن مستحقا فالعهد على الراهن لا العدل ان علم المشتري بوكالته فان علم بعد تلف الثمن في يده رجع على الراهن ولو علم بعد دفع الثمن الى المرتهن رجع المشتري عليه لاعلى العدل (متن)

والظاهر كما هو ظاهر ويحتمل تقديم قوله لانه امين كما لو تحقق قبضه وادعى التلف في يده فيبرأ يمينه وتبقى الدعوى على المشتري بحالها فيقدم قولها على قوله ولا يلزم من براءة العدل براءته على هذا الفرض لكنه لا معنى حينئذ لاختلافه على عدم القبض الا ليطالب لها المشتري حيث لا يعلم انه لها وعلى ما فهمه المحقق المذكور من أن العدل ادعى التلف في يده فربما يتجه القول ببراءة المشتري أيضا بل ربما يقال انه لا يتجه لها عليه دعوى اذ ظاهره أنه فهم انها اما خالفاه في دعوى التلف أي أنكرا التلف مصدقين بالقبض كما أشرنا اليه آفا فلا مجال لاحتمال توجه دعواهما على المشتري اذ لأصل ولا ظاهر في دعواهما كما كان في فرضنا وفي (الايضاح) أن احتمال المساواة هو الحق وقتل في الحواشي المنسوبة الى الشهيد عن المصنف أنه قال عدم قبول قول الوكيل مطلقا الا بالينة والاصحاب قولوا كذلك ان كان يجعل والا قبل والا قرب تقديم قولها انتهى ﴿ قوله ﴾ ﴿ لو خرج الرهن مستحقا فالعهد على الراهن لا على العدل ان علم المشتري بوكالته فان علم بعد تلف الثمن في يده رجع على الرهن ولو علم بعد دفع الثمن الى المرتهن رجع المشتري عليه لاعلى العدل ﴾ اذا خرج الرهن مستحقا بعد دفع المشتري الثمن فاما أن يكون الثمن باقيا في يد العدل أو تلفا أو يد الراهن والمرتهن كذلك (١) وعلى الحالات الست اما أن يكون علم بوكالته حالة العقد أو حالة القبض أو حالة التلف أو الرجوع أو لم يعلم أصلا فالصور عديدة (والضابط) أنه اذا كان عين ماله باقيا رجع على من هو في يده عدلا كان أو غيره علم بالوكالة أو لم يعلم فاطلاق المصنف يكون العهد على الراهن غير جيد الا أن تقول ان الفرض في صورة التلف ولا يدفعه معنى العهد (قال) الشهيد في باب الضمان في حواشي الكتاب العهد اسم للوثيقة ثم قل الى الثمن انتهى ولكن العبارة تشتمل حينئذ على تطويل وتكرار بلا فائدة كما ستعرف والمسئلة في المبسوط والخللاف والتذكرة مفروضة في صورة التلف وفي (التحرير) وغيره ليس الا الاطلاق وأما اذا تلف في يد العدل فان كان علم بوكالته حالة العقد أو حالة القبض أو حالة التلف فالعهد على الراهن كما هو ظاهر اطلاق المصنف وتقييد العبارة بحالة العقد كما صنع المحقق الثاني لعله لم يصب محزه وكذلك الحال ما اذا تلف في يد الراهن ويأتي بيان الحال لو تلف في يد المرتهن وان لم يعلم أصلا كان له الرجوع على العدل بقيت عين الثمن أو تلفت وأما قوله فان علم فقد ضبطه المحقق المذكور بالبناء للمجهول والمعنى فان علم الاستحقاق واستند في ذلك الى توهم احتمال عود الضمير الى المشتري فيفسد المعنى لأن العلم المؤثر من المشتري يكون العدل وكلاهما هو حالة البيع لا بعده وأنت خير بأنه لا حاجة الى ذلك بل هو بالبناء للفاعل على الاصل فيكون التقدير فان علم المشتري بالاستحقاق وأما احتمال عوده أي الضمير الى المشتري وان المفعول هو قوله بوكالته حتى يصير التقدير وان علم المشتري بوكالته بعد التلف كما تنحى عنه المحقق المذكور فمدفوع بقوله قبله ان علم المشتري بوكالته من غير تقييد

(١) أي نالها أو باقيا (منه قدس سره)

ولو رده بعيب رجع على الراهن خاصة لان العدل وكيل والمرتهن قبض بحق (متن)

بحالة العقد وغيرها والمحقق المشار اليه لما قيده بحالة العقد التزم بما التزم على أن قوله ان العلم المؤثر من المشتري الى آخره غير سديد لما عرفت وستعرف من أنه لا فرق بين علمه حال البيع وغيرها ثم ان قول المصنف فان علم الى قوله ولو علم سواء قلنا ان الضمير المضاف اليه في يده راجع الى الرهن أو العدل مستغنى عنه بقوله فالعهد على الراهن لان معناه سواء تلف في يده أو في يد العدل اذ المفروض انه تلف كما تقدم وان قلت أراد الايضاح (قلنا) كان له أن يقول فالعهد على الراهن سواء تلف الثمن في يده أو يد العدل ان علم بوكالته ويستغنى عن ذلك كله مع كمال الايضاح والأمر سهل لانه في عبارة (وكيف كان) فالذي صرح فيه بأن العهد على الراهن لا العدل فيما اذا خرج الرهن مستحقا ان علم المشتري بوكالة العدل المبسوط والتحرير والتذكرة وجامع المقاصد ونحو ذلك ما في جامع الشرائع والدروس والمسالك وفي (الدروس) الا أن يعلم العدل بالاستحقاق وهو في محله وفي الثلاثة الاول وكذا كل وكيل باع مال غيره قال في (المبسوط) فان المشتري يرجع على الموكل ولا يرجع على الوكيل وليس عليه ضمان والمخالف الشيخ في الخلاف فانه قال يرجع على الوكيل والوكيل يرجع على الموكل الراهن وبه قال أبو حنيفة وجماعة منهم فرضوا ذلك في صورة تلف الثمن وآخرون أطلقوا وظاهرهم بقاؤه كما عرفه آفة والوجه فيما ذكر في المبسوط وغيره انه لم يبايعه الا على انه نائب عن الغير فكان العقد في الحقيقة عن الراهن وقباض الثمن له والعدل ليس له في القبض اعتبار ولا يرد أن تصيبه فيما لو ظهر البيع فاسدا وتلف المبيع في يد المشتري يقتضي التضمن هنا لانا نقول انه هناك متعمد بالتسليم اذ ليس مأذونا فيه وليست يده يد نيابة عن الغير وهنا لا عدوان منه لان يده يد نيابة وتسلمه باذن المشتري لما لك المبيع (البيع خل) وان كان المشتري اما سلم الثمن غنا منه أن البيع صحيح لأن هذا الثمن لا يخل بكون التسليم بالاذن في الجملة ولا بكون التسليم انما هو للراهن في الحقيقة والوكيل وسيط فهو بمنزلة الناقل وقد ائتمن وسلمه الى البائع وبما صرح فيه بأنه يرجع على المرتهن لو علم المشتري بالاستحقاق بعد دفع الثمن الى المرتهن الشرائع والتحرير والارشاد وجمع المقاصد والمسالك وجمع البرهان لانه قبض مالا يستحقه لكونه باقيا على ملك المشتري لفساد البيع وأما عدم الرجوع على العدل فقد ظهر وجهه فيما سبق وليس رجوع المشتري على المرتهن مقصورا عليه بالنسبة الى الراهن بل له الرجوع على الراهن أيضا سواء تلف الثمن في يد المرتهن أم لا فالقصر بالنسبة الى العدل كما صرح به المصنف هنا وأشار اليه في التذكرة حيث قال ان للمشتري أن يرجع على الراهن **قوله** ﴿ولو رده بعيب رجع على الراهن خاصة لان العدل وكيل والمرتهن قبض بحق﴾ قد صرح برجوعه على الراهن دون المرتهن في (الشرائع والتحرير والتذكرة والارشاد والمسالك وجمع البرهان) وكذلك الحال في ارش النقص لو لم يفسخ كما في الاخير والفرق بين العيب والاستحقاق أن العيب لا يبطل البيع وانما يبطل بفسخ المشتري من حين الفسخ وهو مسبوق قبض المرتهن الثمن وتعلق حق الوثيقة به سواء كان قد أخذه من دينه أم أبقاه وثيقة بل تعلق الوثيقة به في الحقيقة حصل بمجرد البيع لأنه وقت نقل الثمن الى الراهن فلا يبطله الفسخ الطاري من المشتري بل يرجع المشتري على الراهن بموضع الثمن بخلاف ظهور استحقاق الرهن فانه يبطل البيع من أصله فلا يدخل الثمن في ملك البائع ولا يصح قبض المرتهن له

ولو لم يعلم المشتري بوكالة العدل حالة البيع فله الرجوع على العدل ويرجع العدل على الراهن ان اعترف بالعيب أو قامت به بينة فان أنكر فالقول قول العدل مع يمينه فان نكل خلف المشتري رجوع على العدل ولا يرجع العدل على الراهن لا اعترافه بالظلم (متن)

﴿ قوله ﴾ ولو لم يعلم المشتري بوكالة العدل حالة البيع فله الرجوع على العدل فيرجع العدل على الراهن ان اعترف بالعيب ﴾ كما في (التذكرة والتحرير) لكنه في التحرير لم يقيد العلم بحالة البيع كالكتاب والتذكرة وليس هو في الحقيقة قيدا بل جريا على الغالب كما عرفت آنفا واللامتركة في الكتابين فيما سبق أعني فرض العلم ولقد ترك هذا التقييد في التحرير في الموضوعين أي عند فرض العلم وعدمه ولو كان قيدا لاقتضى أنه لو لم يعلم حالة البيع لکن علم حالة الاقباض للثمن يسكونه وكبلا استحق الرجوع عليه وفيه نظر ظاهر لان الاقباض له لم يكن لنفسه فيكون مضمونا بل للموكل وهو الراهن فيكون اعتبار يده بالنسبة اليه ساقطا وهذا هو الذي أشرنا اليه آنفا في الرد على المحقق الثاني وقتنا هناك ان التقييد غير سديد وفي (جامع المقاصد) انه في التذكرة أطلق ولم يقيد بحالة البيع قال فان كان العدل قد علم (أعلم خ ل) أنه وكيل الراهن فان المهدة على الراهن وفي هذا الاطلاق أيضا شي انتهى ما في جامع المقاصد وأنت قد عرفت أنه في التذكرة فرض المسئلة المشار اليها في صورة تلف الثمن فعلى هذا ليس في هذا الاطلاق شي أصلا ثم ان هذا الاطلاق انما كان فيما سلف وهو صورة فرض العلم فذكره في هذا المقام كأنه لم يصادف محزه والنافع له بيان حال كلام التذكرة في هذا المقام وأنت قد عرفت أنه قيد فيها في المقام قال في (التذكرة) وان كان العدل حين باعه لم يعلم المشتري انه وكيل كان للمشتري الرجوع عليه ثم ان ظاهر الكتاب والتحرير والتذكرة أو صريحها ان هذا من أقسام مسئلة العيب لارتباط تمام كلامه بالعيب واختصاصه به كما هو ظاهر لكل ناظر فلا ربط له بمسئلة الاستحقاق حتى يقيد اطلاقه اولا بحالة البيع لممكن ذكره هنا وعلى تقدير عوده الى الاول ومخالفة الظاهر أو الى كل من المسئلتين لان كل الحكم فيها في ذلك واحدا قد عرفت أن اليد هنا جارية على الغالب والضمير في اعتراف راجع الى العدل في عبارة الكتاب والتذكرة ليكون قوله فيها فان أنكر فيما يأتي معادلاله ويحتمل أن يعود الى الراهن كما هو متعين في عبارة التحرير لانه قال ورجع هو على الراهن ان أقر ولو أنكر فن لم يكن مع العدل بينة حلف الراهن انتهى ويكون قول المصنف حينئذ فان أنكر منفصلا عن هذا (اذا تقرر ذلك) فعد الى الحكم والوجه فيه انه عدم علم المشتري بوكالة العدل يقتضي كون المعاوضة باعتقاده جارية بينهما وان الثمن المدفوع اليه مملوك له فيكون مضمونا عليه بمقتضى ذلك الاعتقاد وكذا كل وكيل باع مال غيره ولم يعلم المشتري ويحتمل في شره انه لغيره مثل ذلك ﴿ قوله ﴾ (اوقامت به بينة) هذا ذكره في التذكرة وأهمله في التحرير وكان الاولى ذكره ﴿ قوله ﴾ (فان أنكر فالقول قول العدل مع يمينه فان نكل خلف المشتري رجوع على العدل ولا يرجع العدل على الراهن لا اعترافه بالظلم) كما ذكر ذلك كله في التذكرة والظاهر أن الضمير في أنكر راجع الى العدل كما عرفت آنفا ولا يجوز عوده الى الراهن فانه لا معنى لكون القول قول العدل بينه حينئذ وليس صحيحا والمعنى على الاول فان أنكر العدل العيب الذي ادعاه المشتري والحال انه

(الثاني عشر) لو تلف العبد في يد المشتري ثم بان مستحقا قبل أداء الثمن رجع المالك على من شاء من الغاصب والعدل والمرتهن القابض والمشتري ويستقر الضمان على المشتري للتلف في يده ولو لم يعلم بالغصب استقر الضمان على الغاصب (متن)

لم يعلم بركه ولم يتم به بينة فالقول قوله يمينه كاهو ظاهر فان نكل العدل عن اليمين وقد أنكر العيب فحلف المشتري برد اليمين عليه رجع على العدل ولا يرجع العدل على الراهن لانه أنكر العيب وذلك يقتضي بطلان دعوى المشتري وكونه ظالما فلا تسوغ له المطالبة بما أقر يكون المطالبة به ظلما ومن ثم لا نسلم دعواه ولا يثبت له ولو أظهر تأويلا كأن قال أنكرت جريا على الظاهر من أن الاصل الصحة لم يبعد استحقاق المطالبة على تقدير الاثبات وقد سبق مثله في بيع المنصوب في أول كتاب التجارة وبيق الكلام فيما اذا اعترف العدل بالعيب وأنكر الراهن والظاهر تقديم قول الراهن مع يمينه كما جزم به في التحرير كما سمعته آقا
 ﴿ قوله ﴾ (لو تلف العبد في يد المشتري ثم بان مستحقا قبل أداء الثمن رجع المالك على من شاء من الغاصب والعدل والمرتهن القابض والمشتري ويستقر الضمان على المشتري للتلف في يده ولو لم يعلم بالغصب استقر الضمان على الغاصب) ذكر العبد في فرض المسئلة على طريق التمثيل اذ لا خصوصية للعبد وذا تلف الرهن في يد المشتري ثم ظهر مستحقا فلا يخلو اما أن يكون قبل أداء الثمن أو بعده وعليهما فاما أن يكون المشتري عالما أو جاهلا فان ظهر بعد الاداء مع علم المشتري استقر الضمان عليه للمالك مساواته لغيره في العلم وافتراده بالتلف في يده ومنه يظهر حال المسئلة الثانية اذ لا فرق في صورة العلم في استقرار الضمان على المشتري بين ظهور الاستحقاق قبل أداء الثمن أو بعده بالنسبة الى المالك أو المشتري فله (اذ خ ل) لا وجه يعتد به للتقيد به وهل له الرجوع بالثمن على من دفعه اليه احتمالات وأقوال الرجوع وعدمه والتفصيل بالبقاء وعدمه كما بينا ذلك كله في أو ثل باب البيع وان كان جاهلا وقد أدى فانه يرجع بالثمن وزيادة القيمة منه على الاقوى لدخوله على أن يكون له مجانا اما ما قابل الثمن من القيمة فلا يرجع به وربما قيل انه لا يرجع بالثمن لدخوله على أن تكون العين مضمونة عليه كما هو شأن البيع الصحيح والفاقد وهو محل نظر هذا اذا كانت الزيادة على الثمن موجودة حالة البيع كما تقدم بيان ذلك كله في باب المكاسب ويستقر الضمان أي ضمان ما زاد عن القيمة على الغاصب على الاقوى ولا فرق في هذا بين كون الظهور قبل الاداء وبعده بالنسبة الى المالك والمشتري والغاصب فلا وجه للتقيد في هذه الصورة أيضا هذا بناء على ما اقتضته قواعدهم ونطق به صريح كلامهم في مقامات آخر وظاهر كلام المصنف في المقام وصرح (جامع المقاصد) ان الغاصب يضمن الثمن وما زاد عن القيمة وما قابل الثمن من القيمة فيكون معنى العبارة انه يستقر الضمان حينئذ أي حين جهل المشتري على الغاصب اذا كان العدل والمرتهن القابض جاهلين أيضا لان المشتري مغرور ولا فرق في الغاصب بين الراهن والاجنبي اذا كان الراهن جاهلا وان كان عالما فغير المالك بين تضمينه وتضمنين الغاصب الاجنبي كما لو كان الكل عالين ماعدى المشتري (والحاصل) انه يتعين الضمان على العالم المغر واحدا كان أو متعددا لان التفرير سبب الانلاف فكان المغر كالتلف فان استند التفرير الى الكل فأيها ضمنه المالك ضمن ولا يرجع على الآخر (ومنه) ما لو باعه واحدا وملكه الآخر وان استند التفرير الى واحد ضمن هو خاصة فملى هذا يتعين الضمان على العدل لانه هو البائع فكان هو المغر هذا ان

(الثالث عشر) لو ادعى العدل دفع الثمن الى المرتهن قبل قوله في حق الراهن لانه وكيله على اشكال ولا يقبل قوله في حق المرتهن لانه وكيله في الحفظ خاصة فلا يقبل قوله في غيره كما لو وكل رجلا في قضاء دين فادعى تسليمه الى صاحب الدين (متن)

جعلنا العلة هي التفرير كالباع أو التسليم وان أنطنا الحكم بمجرد العلم بتخير المالك في تضمين من شاء ممن علم سواء كان هو البائع أو غيره ولا يرجع على غيره فلنحفظ ذلك هذا كله في استقرار الضمان على ما يظهر من العبارة وهل للمالك الرجوع على الجاهل من هؤلاء مع علمه بجهله أو يتعين عليه الرجوع على العالم منهم أو العاصب ظاهر المصنف هنا وغيره في غير موضع الاول وهو كذلك بل هو صريح الدروس وغيره في باب التجارة وما ذكر يعلم حال الصورة الرابعة وهو ما اذا كان ظهور الاستحقاق قبل أداء الثمن اذ لافرق في ذلك بالنسبة الى المالك فانه مخير في الرجوع على من شاء ويستقر الضمان على المشتري لانفراذه بالتلف في يده فاذا رجع عليه لا يرجع هو على أحد الا بزيادة القيمة على الاقوى واذا رجع على أحدهم رجع هو على المشتري بالثمن لا بما زاد وقد عرفت ان ظاهر كلام المصنف خلاف ذلك وتفتيح المسئلة بما لا يزيد عليه في باب المكاسب عند شرح قوله ولو وجد عنده سرقة ضمنها واعتبر المصنف في المرتهن أن يكون قابضا لانه اذا لم يقبض لم يكن له يد على المغصوب وليس من لوازم الرهن قبضه اما بناء على كون القبض ليس شرطا فظاهر وأما على الآخر فلا يمكن التوكيل فيه - قوله ﴿ لو ادعى العدل دفع الثمن الى المرتهن قبل قوله في حق الراهن لانه وكيله على اشكال ﴾ القبول أصح كما في الايضاح وأقوى كما في الحواشي وفي (جامع المقاصد) ان الوكيل اذا ادعى الرد كان القول قوله بيمينه اذا لم تكن الوكالة يجعل على هذا تكون الفتوى هناك (هنا دخل) كذلك انتهى ومنشأ الاشكال عارض الاصل والظاهر اذ الاصل عدمه وانه أمين وظاهر حاله أداء الامانة على انه لولا ذلك لادى الى عدم قبول الوكالة فيفضي الى الضرر وتنام الكلام وتخريجه في باب الضمان وفي (الايضاح) ان الاشكال هنا في مسنتين أحدهما ان الوكيل في الدفع اذا دفع من غير اشارة هل يكون ضامنا أم لا وفي دلالة العبارة على ما ذكر نظر نعم يستفاد من كلام المصنف الآتي ثبوت اشكال في المسئلة وان لم تقده هذه العبارة على انه لا يدخل لذلك في أن القول قوله أو قول الراهن لان هذا هل يعد تفريرا أم لا سواء كان القول قوله أم قول الراهن نعم قد يتصور له اعتبار وهو على تقدير عدته تفريرا لا تكون دعواه الاداء تامة الا اذا قال وأشهدت في وقت الاداء أو نحو ذلك لانه مادام لا يقول ذلك لم يدع دعوى على تقدير صحتها تكون مسئلة للمطالبة والرجوع فلا تكون مسموعة ومع هذا فلا ربط لها بهذا ولا اشعار لها به بوجه من الوجوه كما نبه على ذلك في جامع المقاصد - قوله ﴿ ولا يقبل في حق المرتهن لانه وكيله في الحفظ خاصة فلا يقبل في غيره ﴾ هذا أقوى لانتماء الوكالة في الاداء من طرفه قطعاً كما في جامع المقاصد وفي (المبسوط والتحرير والتذكرة) القول قول المرتهن مع يمينه وعلى الدافع البينة كغيره من الدعاوي وعن أبي حنيفة أن القول قول العدل بيمينه لانه بمنزلة التلف في يده لانه أمين يقبل قوله في اسقاط الضمان عن نفسه ولا يقبل في ايجاب الضمان على غيره (وفيه) ما أشار اليه المصنف من أنه وكيل للمرتهن في الحفظ خاصة فلا يقبل قوله فيما ليس بوكيل فيه من جهته كما لو وكل رجلا في قضاء دينه فادعى انه سلمه الى صاحب الدين وأنكر

ويحتمل قبول قوله على المرتهن في اسقاط الضمان عن نفسه لاعن غيره فعلى هذا ان حلف العدل سقط الضمان عنه ولم يثبت على المرتهن انه قبضه وعلى الاول يحلف المرتهن فيرجع على من شاء فان رجع على العدل لم يرجع العدل على الراهن لاعترافه بالظلم وان رجع على الراهن لم يرجع على العدل ان كان دفعه بحضوره أو ببينة غابت أو ماتت لعدم التفريط في القضاء والا رجع على اشكال منشؤه التفريط وكونه أمينا له اليمين عليه ان كذبه (متن)

ذلك فان القول قول صاحب الدين يمينه وحال المرتهن لا ينقص عن ذلك ونعم انه كالتلف لان قوله اذا لم يقبل على المرتهن وجب أن يسقط قوله ولا يكون بمنزلة الاتلاف لانه لم يدع التلف ﴿ قوله ﴾ (ويحتمل قبول قوله على المرتهن في اسقاط الضمان عن نفسه لاعن غيره) هذا اشارة الى ما حكيتاه من مذهب أبي حنيفة وفي (الايضاح) انه الاصح ﴿ قوله ﴾ (فعلى هذا ان حلف العدل سقط الضمان عنه ولم يثبت على المرتهن انه قبضه) أي فعلى هذا الاحتمال الثاني ينتفي الضمان عنه بالنسبة الى الراهن والمرتهن معا لقبول قوله في حقه ولا يثبت على المرتهن انه قبضه لان اليمين شئ لا يقضي ثبوت شئ والاصل بقاء حقه فيرجع على الراهن وله أي الراهن احلاف المرتهن حينئذ على عدم القبض ﴿ قوله ﴾ (وعلى الاول يحلف المرتهن فيرجع على من شاء) من العدل والراهن كما في (المبسوط) وادكرة (التحرير) لاصل عدم الاداء وله حق متعلق بيمين ثمن الرهن فلا يسقط اذا رجع على العدل رجع أقل الامرين من القيمة والدين ولا بد في هذه اليمين من طلب العدل أو الراهن لان الدعوى له وهل ينسب تخليف أحدهما عن تخليف الآخر احتمالان من أن الدعوى واحدة ومن أن لكل واحد منهما حقا واستظهر في (جامع المقاصد) انه لو أحلفه أحدهما قبل انشاء الدعوى من الآخر بقي حق الآخر في الدعوى والاحلاف ﴿ قوله ﴾ (فان رجع على العدل لم يرجع العدل على الراهن لاعترافه بالظلم فان رجع على الراهن لم يرجع على العدل ان كان دفعه بحضوره ان كانت بينته غابت أو ماتت لعدم التفريط في القضاء) أما الحكم الاول فظاهر وأما الثاني فلانه مع الدفع بحضوره يكون التقصير ترك الاشهاد مستندا الى الراهن وأما مع الدفع بالبينة فلانه قد حافظ على طريق الاحتياط وانما فرض البينة غائبة أو ميتة لئيم له انكار المرتهن وعدم امكان اثباته عليه ﴿ قوله ﴾ (والا رجع على اشكال منشؤه التفريط) خبير الرجوع في (المبسوط) والتذكرة (التحرير والايضاح) ولا يخلو من قوة كما في جامع المقاصد لان العدل مفروض في ترك الاشهاد كما في المبسوط لانه وكاه في دفع يبرؤه من الثمن وقد دفع دفعا لا يبرؤه كما في التذكرة ونحوه ما في الايضاح وليس يعيد أن يقال ان الوكيل يجب عليه رعاية الغبطة والمصلحة بالنسبة الى الموكل والاخذ بما يكون سلبا عن التصنيع ولهذا لا يجوز له البيع نسيئة ولا التسليم قبل التسلم ولا ريب ان الدفع بغير اشهاد معرض للانكار وموت اقباض وعدم علم الوارث بالقبض فعد ذلك تفريطا موجبا للضمان لا يخلو من قوة وتمام الكلام في المسئلة في باب الوديعة والوكالة فانا قد أسبغنا الكلام في البابين محررا ﴿ قوله ﴾ (وكونه أمينا له واليمين عليه ان كذبه) ظاهره انه وجه عدم استحقاق الرجوع وهو الشق الثاني من الاشكال (وفيه) ان كونه أمينا وكون الامين انما عليه اليمين اذا كذبه مستأمن في الاداء انما يكون مع عدم تقصيره

(الرابع عشر) لو غصبه المرتهن من العدل ثم أعاده إليه زال الضمان عنه - الفصل السادس - في اللواحق لو مات المرتهن ولم يعلم الرهن كان كسبيل ماله (متن)

وتفريطه فإذا قصر وفريط يضمن وإن حصل القطع بصحة قوله فلا يثبت به المدعى وبني الاشكال في الايضاح على انه هل يكون مفريطا لكونه وكيفا في الابرأ وظاهرا وباطنا أو لا يكون مفريطا لانه وكل في الابرأ وقد فعل وفي (جامع المقاصد) ان في استسلام ذلك من الوكيل تأملا وان منشأ الاشكال من التردد في كونه مفريطا بترك الاشهاد وعدمه - قوله - ﴿لو غصبه المرتهن من العدل ثم أعاده إليه زال الضمان عنه﴾ لانه قد رده الى وكيله كما في (المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد) وكذلك الحال فيما لو قبضه المرتهن لا بعنوان الغصب (كما في التذكرة خ) فانه يجب عليه رده لان الرهن لم يرض بتسليمه له فاذا رده الى العدل زال عنه الضمان كما في التذكرة ولا كذلك لو كان الرهن في يد المرتهن فتمدى فيه ثم زال التعدي أو سافر به ثم رده فانه لم يزل عنه الضمان لان استئمانه قد بطل بذلك فلم يعتد بفعله ولا تعود الامانة الا بأن يرجعه الى صاحبه ثم يردده اليه أو الى وكيله أو يبرأه من ضمانه كما في المبسوط والتذكرة والتحرير (الفصل السادس في اللواحق) - قوله - ﴿ولو مات المرتهن ولم يعلم الرهن كان كسبيل ماله﴾ كما في (السرائر والشرائع والتحرير والميسية وجامع المقاصد) حتى يعلم بعينه كما في الاولين وحتى تقوم اليقينة كما في الثالث وفي (المالك) ان المحقق وغيره ذكروا هذه المسئلة جازمين بحكمها على الوجه المذكور بعبارة متقاربة أو متحدة انتهى ومعنى هذه العبارة ان الوارث مثلا اذا كان غافلا جاهلا أن في التركة رهنا بحسب الواقع فتركه الميت المرتهن من الاعيان فالظاهر انه ماله فيكون ماله ولا يجب عليه الاجتناب والفحص لقيام احتمال أن في التركة رهنا وان كان بعضها في نفس الامر رهنا كما اذا كان بعضها حراما ولا يعلمه الوارث ولا يدري به لأن المكف به هو العمل بالظاهر فقد حاولوا بقولهم كان كسبيل ماله أفادة هذا المعنى لانه ليس ماله في الواقع وانما هو ماله ظاهرا وليس مرادهم أن الرهن اذا لم يعلم عينه في التركة ولكن علم حصوله في الجملة يكون كسبيل ماله قطعيا كما في المسالك لأن اشتباه العين بغيرها لا يصيرها ملكا للغير كما لو اشتبهت الوديعة وطريق التخلص حينئذ الصلح وليس مرادهم أيضا انه اذا علم أن في يد الميت قبل موته رهنا ولم يوجد في التركة فاحتمل الحال تلقه بنهر تفريط وبقاؤه عنده ولم يعلم بعينه وتصرفه فيه على وجه يكون مضمونا كما فهمه صاحب المسالك من هذه العبارات فأشكل عليه جزئهم هنا مع أنهم ذكروا نظير المسئلة في باب الوديعة وباب القراض واستشكوا حكمها مع أن الكل من واد واحد وتبعه على ذلك صاحب الحدائق فأخذ يتمجب غير متأمل ولا مثبت وبما ذكرناه من معنى كلامهم يظهر الفرق ويرفع الاشكال (قال) المصنف في باب الوديعة ولو مات المستودع ولم توجد الوديعة في تركته فهي والمدين سواء على اشكال هذا ان أقر أن عنده وديعة أو عليه وديعة أو ثبت انه مات وعنده وديعة أمالو كانت عنده في حياته ولم توجد بعينها ولم يعلم بقاؤها ففي الضمان اشكال والاشكال الاول في كيفية الضمان وتقديم المودع على الدين والثاني في أصله ونحوه ما في الشرائع والارشاد وغيرهما بل في شرح الارشاد لفخر الاسلام نسبة الضمان في الوديعة الى نص الاصحاب (وقال) المحقق في باب المضاربة اذا مات العامل وفي يده أموال مضاربة فان علم مال أحدهم

ويجوز للمرتهن ابتياع الرهن فان كان وكيلًا فالاقرب جواز بيعه من نفسه بشمن المثل وحق
المرتهن أقدم من حق الحمي والميت (متن)

بعبارة كان احق به وان جهل كانوا فيه سواء وان جهل كونه مضاربة قضي به ميراثًا وقال المصنف ولو
مات العامل ولم يعرف بقاء مال المضاربة بعينه صار ثابتًا (باقيا خ ل) في ذمته وصار صاحبه أسوة الفرماء على
اشكال فالموضوع في المقام غير الموضوع في البابين اذ فيهما تعارض أصلان أصل البراءة وأصل بقاء
الوديعة ومال المضاربة وكذلك الحال فيما اذا علم انه كان في يده رهن ولم يوجد في التركة واحتمل
تلفه بغير تفریط وتصرفه فيه وبقاؤه غير معلوم العين وهذا غير مانع فيه لكن أصل بقاء المال في هذه
المثل الثلاث لا يعارض أصل البراءة لان المال بيد العامل والمستودع والمرتهن غير مضمون بل هو
أمانة يمكن تلفه بغير تفریط فلا يكون مضمونًا وقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى تؤدى
لا بد من تخصيصه بالامانات ولم يعلم هنا ما يزيل الامانة والاصل عدمه فيبقى أصل البراءة سالما عن
المعارض مضافا الى ظاهر حال المسلم من أنه لا يخلل بواجب من رده أو الايضا به هذا مقتضى النظر
لكن قال في (التذكرة) في باب الوديعة أن فتوى أكثر العلماء منا ومن الشافعية على الضمان وقد عرفت
أن ولده نسبة الى نص الاصحاب وفي (المسالك والكفاية) أنه المشهور لكننا لم نتحقق هذه الشهرة كما
ستعرفه في باب الوديعة ولعلمهم استندوا الى ظاهر الخبر وأنه قصر في ترك الرد والايضا والتعيين
فليتأمل هذا وقد روى المشايخ الثلاثة عن صفوان عن عمر بن رباح القلا قال سئلت أبا الحسن عليه
السلام عن رجل هلك أخوه وترك صندوقا فيه رهون بعضها عليها أسماء أصحابها وبكم هو رهن
وبعضها لا يدري لمن هو ولا بكم هو رهن فما ترى في هذا الذي لا يعرف صاحبه فقال هو كاله وقد
نعمل بهذا الخبر وتنزل عليه عبارة السرائر وما ذكر بعدها ويفرق بين الرهن وغيره بالخبر وبالاعتبار
لتعلق حق المرتهن به ﴿ قوله ﴾ (ويجوز للمرتهن ابتياع الرهن فان كان وكيلًا فالاقرب جواز بيعه
من نفسه بشمن المثل) على الاتهام من غير كراهية كما في المختلف وبه صرح المصنف والشهيدان
في التذكرة والدروس واللمعة والمسالك والروضة وغيرهم لان الغرض ببيع المثل وهو حاصل
وخصوصية المشتري ملغاة حيث لم يتعرض لها بل في اللمعة يجوز للمرتهن ابتياعه من دون تقييد وفي
(جامع المقاصد) الاصح انه انما يجوز بالاذن أو وجود قرينة تدل عليه وقيل في (المختلف) عن أبي علي أنه
قال لو وكل المرتهن في بيعه لم أختره بيع ذلك وخاصة ان كان الرهن مما يحتاج الى استيفاء أو وزن
أو أراد المرتهن شراءه أو بيعه لولده أو شريكه أو ما يجري مجراها انتهى وهذا جار في كل وكالة وقد
أسبقنا الكلام في ذلك في أوائل باب البيع ﴿ قوله ﴾ (وحق المرتهن أقدم من حق الحمي) أي
ان حجر عليه كما قيد بذلك الشهيدان والحق الثاني والمقدس الاردبيلي ووجه واضح وأما الدليل
على الحكم فالاجماع المحصل والظاهر من المسالك وكذا مجمع البرهان حيث قال الظاهر انه اجماع وفي
(الرياض) نفى الخلاف عنه وان ذلك من خصائص الرهن وفوائده لان فائدة الرهن شرعا ولغة وعرفا
اختصاص المرتهن بالاستيفاء. ومقتضى ذلك تقديمه على غيره من الفرماء ﴿ قوله ﴾ (والميت) كما
في المتقنة والنهاية والسرائر وجامع الشرائع والشرائع والتافع وكشف الرموز والتذكرة والتحرير والبصرة
والارشاد وشرحه لولده والدروس واللمعة والتبقيح والمهذب البارع والمقتصر وغاية المرام وجامع المقاصد

فإن قصر الثمن ضرب بفاضل دينه مع الغرماء والرهن أمانة في يده لا يضمن (متن)

وايضاح النافع والميسية والمسالك والروضة والمفاتيح وفي (مجمع البرهان) أنه لا يخلو من قوة وهو الأشهر كما في الشرائع والمشهور كما في المذهب البارع والمقتصر وغاية المرام ومجمع البرهان والكفاية وفي (الرياض) أنه المشهور من غير خلاف يعرف وإن اشعرت كثير من العبارات بوقوعه لكن لم يصرح أحد منهم بقائه إلا أن بعض متأخري المتأخرين عزاه إلى الصدوق في القبة انتهى وفي (السرائر) الإجماع عليه وإن الرواية بخلافه شاذة وفي (الدروس وايضاح النافع) الرواية مهجورة وهذا في معنى الإجماع وفي (مجمع البرهان) قد لا يذكر الخلاف وفي (الهدائق) لم أقف على مخالف وقيل حكاية إجماع السرائر صاحب كشف الرموز ساكتا عليه وفي (المذهب البارع والمقتصر) أن الرواية ضعيفة وقد يظهر من الميسية والمسالك أن هناك خلافاً وفي (الكفاية والمفاتيح) المسئلة محل خلاف وقال فخر الإسلام أن المخالف ابن بابويه فإنه روى رواية أن الرهن يكون بين أصحاب الدين على السوية وقد مال إليه المولى الأردبيلي والخراساني للخبرين الضعيفين الشاذين المهجورين مع رأي العبن (أحدهما) مارواه الصدوق والشيخ في الفقيه والتهذيب عن محمد بن حسان عن أبي عمران الأرمي عن عبد الله بن الحكم الضعيف المرتفع القول سئل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أفلس وعليه الدين قوم وعند بعضهم رهون وليس عند بعضهم قسات ولا يحيط ماله به عليه من الدين قال يقسم جميع ما خلف من الرهون وغيرها على أرباب الدين بالحصص (والثاني) مارويه أيضاً في الكتابين عن العبيدي عن المروزي وهو سليمان بن حفص قل كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام في رجل مات وعليه الدين ولم يخلف شيئاً إلا رهنا في يد بعضهم فلا يبلغ منه أكثر من مال المرتهن يأخذه بماله أو هو وسائر الدين فيه شركاء فكاتب عليه السلام جميع الدين في ذلك سواء يتوزعونهم بينهم بالحصص والعبيدي مختلف في توثيقه ولم ينص علماء الرجال على سليمان بمدح ولا قدح بل لم يذكره على أن هذه مكاتبه وقد تولان بتأويلات بعيدة لا بأس بها جمعا بين الأدلة وإن كنا أمرنا بطرح أمثالها لخالفتهما لما عرفه من الفائدة المتفق عليها فيما بينهم فتوى ورواية مضافا إلى الإجماع وسبق حق المرتهن واصله قائمه وثبوت سلطانه ﴿قوله﴾ (فإن قصر الثمن ضرب بفاضل دينه مع الغرماء) كما نص عليه جماعة ووجه واضح ﴿قوله﴾ (والرهن أمانة في يده لا يضمن) كما في المنتع والمقنعة والتهاية والمبسوط والخلاف والمراسم والوسيلة والغنية والسرائر وجامع الشرايع والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد والتبصرة وكشف الحق والدروس واللمعة وسائر متأخر وفي (الخلاف والغنية والسرائر والتذكرة والمفاتيح) الإجماع عليه وهو ظاهر كشف الحق ومجمع البرهان والكفاية وفي (المسالك) أن مروزي مخالفاً متروك وهو في معنى الإجماع وفي (الدروس) أنه أمانة لا يضمن إلا بتد أو تفرط على الأشهر وقيل فيه الشيخ الإجماع هنا وما روي من النقص بين قيمته وبين الدين محمول على التفرط انتهى ومن العجيب قوله أنه أشهر مع أنا لم تقف على مخالف أصلاً كما اعترف بذلك جماعة والمخالف أبو حنيفة كما في الخلاف قال قال انه مضمون وشرح والنخعي والحسن البصري كما في التذكرة نال قالوا إن الرهن يضمن بجميع قيمته وحكى عن مالك انه إن كلن تلفه بأمر ظاهر فن ضمان الراهن وإن ادعى تلفه بأمر خفي ضمن أي المرتهن وعن الثوري وأصحاب الرأي انه يضمنه بأقل الأمرين من قيمته أو قدر الدين والغرض من ذكر مذاهب

أهل الخلاف أمكن تنزيل الاخبار المخالفة عليها و بيان حال ما في الحدائق (لنا) الاصل وأنه شرع وثيقة للدين فهلاك محله لا يسقطه كوت الكفيل وانه بمنزلة الودعي والاجماع المعلوم والمنقول والاخبار المستفيضة وفيها الصحيح (منها ما رواه) الصدوق في الفقيه عن محمد بن أبي عمير عن جميل بن دراج قال قال أبو عبد الله عليه السلام في رجل رهن عند رجل رهنا ففصاع الرهن قال هو من مال الراهن ويرتجع المرتن عليه بماله وطريقه الى محمد بن أبي عمير صحيح (وما رواه) المشايخ الثلاثة في الصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يرهن الرهن عند الرجل فيصبيه شي أو ضياع قال يرجع بماله عليه وظاهره انه يرجع بدينه (وما رواه) الصدوق أيضا عن صفوان وطريقه اليه صحيح على الصحيح في ابراهيم بن هاشم عن اسحق بن عمار بن حيان الصيرفي الثقة لأن رواية صفوان بن يحيى عنه من القرآن المينة له الصارفة عن كونه السابطي كرواية عبد الرحمن وعلي بن اسماعيل وزكريا المؤذن وغياث بن كلاب قلن رواية هؤلاء عنه معينة له عن أبي ابراهيم عليه السلام قال قلت لرجل يرهن العبد فيصبيه عور وينقص من جسده شي على من يكون تقصان ذلك قال على مولاه قال ان الناس يقولون ان رهنت العبد فرض او انفقت عينه فاصابه تقصان في جسده ينقص من مال الرجل بقدر ما ينقص من العبد قال أرايت لو ان العبد قتل قتيلا على من تكون جنايته قال جنايته في عنقه (وما رواه) الشيخ في التهذيب عن احمد بن البرزقني عن حماد بن عثمان عن اسحق بن عمار قال قلت لابي ابراهيم عليه السلام الرجل يرهن الرهن الغلام او الدار فيصبيه الآفة على من يكون قال على مولاه ثم قال أرايت لو قتل قتيلا على من كان يكون قلت هو في عنق العبد الا ترى فلم يذهب مال هذا قال أرايت لو كان ثمنه مائة دينار فزاد وبلغ ماني دينار لمن كان يكون قلت لمولاه قال وكذلك يكون عليه ما يكون له الى غير ذلك من الاخبار الأخر الكثيرة وهذا الأخير وما في معناه مما دل على التلازم بين التقصان والمنفعة ثم يرشد الى أنه يمكن الاستدلال في المقام بالاخبار الدالة على ان ثمن الرهن للرهن مضافا الى ما استدلل به في الغنية والسرائر والتذكرة من الخبرين النبويين المشهورين (احدهما) لا ينفق الرهن الرهن من صاحبه له غنمه وعليه غرمه ومعنى لا ينفق الرهن بالغنم المعجمة وفتح اليا واللام لا يملكه المرتن بالارهنان (وثانيهما) قوله صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان وخراجه اذا كان للرهن بلا خلاف وجب ان يكون من ضمانه لكن هناك اخبار آخر يظهر منها المخالفة بحسب الاطلاق في الحكم كصحيحة ابي حمزة وصحيحة محمد بن قيس وموثقة ابن بكير وغيرها وقد حملها الاصحاب كل في الكفاية على تفریط المرتن (قلت) لعدم صراحتها في ضمانه مع عدم التفریط ويرشد الى هذا التفصيل مرسله ابان وقد تشعر به صحيحة اسحق بن عمار وعليه يحمل رواية سليمان بن خالد واللائفي اولها آخرها ويمكن حملها اي الاخبار المشار اليها على الثقة كما يشير اليه صحيح بن عمار الذي قال فيه ان الناس يقولون الى آخره ويشعر به صحيحة ابي حمزة حيث نسب الحكم فيه الى علي عليه السلام (وليعلم) ان الظاهر جملة من العبارات كعبارة الشرائع والتافع انه يسقط الحق بتلف الرهن مع الضمان كما هو ظاهر جملة من اخبار الباب ويمكن الحمل على الراضي او التقصس والا فلا يسقط من الحق شي وان كان التامف مضمونا لاختلاف الحقتين اذا لم يكن الدين من جنس ما يضمن به التامف بقي هناك شي وهو ان جملة من الاخبار كصحيح البقايق ومرسل ابان قد تضمنت عدم ضمان المتاع اذا لم ينشره ولم يتعهده ولم يحركه حتى تأكل وهلك وبذلك اتفق في المتع

الا بالتفريط ولا يسقط من دينه شي فان تصرف بركوب او سكنى او لبن وشبهه فعليه
الاجرة والمثل ويقاص في المؤنة (متن)

(واعترضه) في المختلف بان الاقرب انه يضمن لان ترك نشر الثوب المفترق الى ذلك يعد تفريطا والمفترق
ضامن وكأنه لم يخطر بباله هذه الاخبار التي هي مستند الصدوق وقد تنزل على عدم علمه بحصول
الضرر الى المتاع مع بقاءه على تلك الحال والشهيد في الدروس نبه على كلام الصدوق وقال ان في
رواية ابي العباس دلالة على قوله ﴿ قوله ﴾ ﴿ الا بالتفريط ﴾ كما صرح به جماعة كثيرون وحكى
عليه الاجماع في التذكرة ولم يذكره بعضهم العلم به ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يسقط من دينه شي ﴾ اي
اذ اتلف من دون تعد ولا تفريط وهذا تأكيد لما سلف ونص في الرد على العامة وفي (التذكرة) الاجماع
عليه وفي (الكفاية) انه المعروف من مذهبهم اي الاصحاب ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان تصرف بركوب
او سكنى او لبن وشبهه فعليه الاجرة والمثل ﴾ الاجرة في مثل الركوب والسكنى والمثل في مثل اخذ
اللبن وهو المشهور كما في (المسالك والكفاية والحدائق) وقد يظهر من المفاتيح الاجماع عليه حيث قال
قالوا الى آخره وستسمع ما في الدروس لانه ليس للمرتهن الانتفاع به بدون اذن الراهن. بلا خلاف
فان التذكرة ودليله انه بعد خروجه عن الامانة صار كاشرا المتصرفين غير الامانة في اموال الناس
(وما رواه) ثقة الاسلام والشيخ في الحسن براهيم عن ابي جعفر عليه السلام ان امير المؤمنين عليه السلام
قال في الارض البور يرميها الرجل ليس فيها ثمرة فزرعا وانفق عليها من ماله انه تحتسب له نفقته
وعمله خالصا ثم ينظر نصيب الارض فيحتسب من ماله القدي ارضه به الارض حتى يستوفي ماله
فاذا استوفى ماله فليدع الارض الى صاحبها والبور الارض قبل ان تصلح للزرع او التي تترك
سنة لزرع من قابل وقد وقع في عبارة الشرائع انه لو تصرف باجارة لزمته الاجرة وهو يتم مع مضي
مدة تقابلها اجرة عادة لا بمجرد العقد وحينئذ يتخير الراهن بين فسخ الاجارة والرجوع باجرة المثل
وبين الاجارة فيرجع بالمسمى فقد اختلفت كيفية الضمان اذ ليس الضمان هنا كضمان اجرة الركوب
والسكنى فان المضمون في هذين اجرة المثل وفي (الدروس) لو كان له منفعة كالركوب والدار فالمشهور
جواز الانتفاع بهما ويكون بازاء النفقة وهو في رواية ابي ولاد والسكوني وفي (التهامية) ان انتفع والارجع
بالنفقة ومنع ابن ادريس من الانتفاع فان انتفع تقاصا وعليه المتأخرون والروايتان ليستا صريحين في
المقابلة ولا مانعيتين من المقاصة نعم تدلان على جواز ذلك وهو حسن لئلا تضع المنفعة على المالك نعم
يجب استيذانه ان امكن والا فلحاكم انتهى ومراده بالمشهور الشهرة بين المتقدمين وقد استحسنت
جواز الانتفاع بما يخاف فوته على المالك ونظام الكلام باقي مفصلا بعد هذا بلا فاصله والترض من
نقل عبارة الدروس الاشارة الى الخلاف ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويقاص في المؤنة ﴾ كما عبر بذلك في
الشرائع والنافع والتحرير والاشاد والتذكرة واللمعة وايضاح النافع وجامع المقاصد والمسالك والروضة
وفي (الدروس) عليه المتأخرون كما سمعته آنفا ويأتي الكلام في معنى المقاصة وابن ادريس والمصنف
في المختلف لم يعبر بالمقاصة وهو الاوفق بالاصل قال في (السرائر) فان انفق بشرط العود واشهد على
ذلك كان له الرجوع بما انفق ونحوه ما في المختلف وقد نقلت الشهرة في المسالك والكفاية والحدائق
على انه ان امره الراهن بالنفقة رجع بما غرم والا استأذنه فان امتنع او غاب رفع امره الى الحاكم

فان تعذر انفق هو بنية الرجوع واشهد عليه ليثبت له استحقاقه فان تصرف مع ذلك في شيء بغير
الاذن ضمن مع الائم وتقاصا لكتك قد سمعت انه في السرائر لم يشترط في الرجوع في النفقة الآتية
المود بها والمحقق والمصنف والشهيد في الشرائع والتافع والتحرير والارشاد والكتاب واللمعة لم يشترطوا
شيئا وقد عرفت انه نسب ذلك في الدروس الى المتأخرين من دون اشترط شيء نعم اشترط عدم
التبرع مما لا ريب فيه لاحد قال في (التذكرة) واما ان انفق متبرعا فانه لا يرجع به قولنا واحدا وقال
في (المهذب البارع) واشترط الشهيد في جواز الرجوع بالنفقة اذن المالك او الحاكم فان تعذر فالاشهاد
ولم يشترط الباقر اذن الحاكم وهو اولى انتهى وأول من اشترط اذن الحاكم فان تعذر فالاشهاد
المصنف في التذكرة ثم المحقق الثاني والشهيد الثاني في المسالك والمولى الاردبي قال ينبغي وقوى في
الروضة قبول قوله من دون اشهاد في قدر المعروف بيمينه ورجوعه به والشهيد في الدروس اشترط اذن
الحاكم فقط ولم يذكر الاشهاد لانه ارشاد فما حكاه عنه في المهذب البارع غير موافق للواقع ونحو
ما في الدروس ما في التنقيح وايضاح النافع (فان قلت) اشترط اذن الحاكم وأن لم يذكره
الا كثر لكانه مراد لهم قطعا لاجماعهم على ان التصرف في الرهن لا يجوز الا باذن المالك
والانفاق على الدابة وعلفها تصرف فان تعذر المالك فالحاكم فان تعذر المرتهن من باب الحسبة
وقد ارشده الى الاشهاد ليسلم من اليدين فالشهرة المحكية في المسالك والكفاية اما هي بالنسبة
الى قول الشيخ في النهاية ومن واقفه والا فاذن الحاكم لا بد منه (قلت) الرهن لا يزيد عن القطة
والوديعة فالمرتهن يجب عليه حفظه ولا يتم الا بالاتفاق فيرجع به مع عدم التبرع كما هو الشأن في
الانفاق على الوديعة والقطة فانهم لم يشترطوا في الانفاق عليها اذن الحاكم فليحفظ كلامهم في البابين
وقد نبه على ذلك ابو العباس في المقتصر والمهذب وفي (المبسوط) عبارة تناسب ما نحن فيه قال ومعنى
اكرى المرتهن من ماله بغير اذن الحاكم فان كان احكام مقدورا عليه لم يرجع على الراهن لانه متطوع
به وان لم يكن مقدورا فان اشهد عليه عدلين انه يكرهه ليرجع به عليه فيه قولان وان لم يشهد لم يكن
له الرجوع انتهى فتأمل فيه ويأتي عن الشهيد ما يشمل مثل هذا فيكون ما في المبسوط مما نحن
فيه وكيف كان فهذه الاقوال الثلاثة متفقة على رجوع كل من الراهن والمرتهن مع التصرف على الآخر
فما يستحقه بعد انفاق المرتهن فهو بنفسه والراهن بمنفعة ماله على الاطلاق خلافا للشيخ في النهاية والحلي
فما حكي عنه في الحيوان فجوزا الركوب والملب بعد الانفاق وحكما بان المنفعة بازاء النفقة على الاطلاق
ولو مع عدم المراضاة وتفاوت الحقين بالزيادة والنقصان وتسمع كلامها وهو ظاهر ابن حمزة في
في الوسيلة وابن سعيد في الجامع ومال اليه الخراساني في الكفاية وقد سمعت انه قال في الدروس
ان المشهور جواز الانتفاع بها اي بالدار والدابة ويكون بازاء النفقة انتهى وقد زاد الدار فلا يكون
الحكم عند هؤلاء مقصورا على الحيوان قال في (النهاية) اذا كان الرهن دابة فركبها المرتهن كان
نفقها عليه وكذلك اذا كانت شاة وشرب لبنها كان عليه نفقها واذا كان عند انسان دابة او حيوان
او رقيق رهنا فان نفقها على الراهن دون المرتهن فان انفق المرتهن عليها كان له ركبها والانتفاع
بها او الرجوع على الراهن بما انفق (وقال) ابو الصلاح فيما حكي عنه يجوز للمرتهن اذا كان الرهن حيوانا
فيتكفل موثته ان ينتفع بظهره او خدمته او صوفه أو لبته وأن لم يراضيا ولا يحمل شيء من ذلك من
غير تكفل موثته ولا مراضاة والا ولى ان يصرف قيمة منافعه في موثته انتهى فليتأمل فيه وقال في

فإن تلف ضمن قيمته إن لم يكن مثليا قيل يوم قبضه وقيل يوم هلاكه وقيل الارتفاع (متن)

(الوسيلة) وأن رهن حيوانا كان نفقته على الراهن فإن انفق عليه المرهن كان له الرجوع على صاحبه ما لم ينتفع به فإن انتفع به ولم ينفق رد قدر ما انتفع به ونحوه ما في جامع الشرائع وحجتهم على ذلك (مارواه) المشايخ الثلاثة عن أبي ولاد قال سئلت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يأخذ الدابة والبعير رهنا بما له أمن يركبه قال قتال إن كان يعلفه فله أن يركبه وإن كان الذي رهنه عنده يعلفه فليس له أن يركبه وطريق الكليني فيه سهل وطريق الشيخ والصدوق صحيح (ومارواه) الشيخ والصدوق عن السكوني عن جعفر عن أبيه عن آياته عليهم السلام عن علي عليه السلام قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الظهر يركب إذا كان مرهونا وعلى الذي يركب نفقته والدر يشرب إذا كان مرهونا وعلى الذي يشرب نفقته وقد حملها الاصحاب كما في الرياض والمدايق على حصول الاذن ومساواة الحقيين قالا وهو بعيد جدا (قلت) الحامل لهما على تساوي الحقيين المصنف في المختلف وعلى الامرين أعني حصول الاذن ومساواة الحقيين صاحب ايضاح النافع والشهد الثاني والمولى الاردبي لم أجد الآن لهم رابعا (وقد يقال) إن رهنه مع عدم الاتفاق قرينة الاذن فيه وفي التصرف ولا سيما إذا اضطر الراهن الى الركوب والحلب فإن ترك الركوب قد يفسده كما إن ترك الحلب مفسد مضر بالحيوان مفوت للبن على المسالك فلو لم يجز له الركوب والشرب لزم تفويت المنفعة وحصول المفسدة على المسالك قال في (مجمع البرهان) يمكن حمل خبر السكوني على الاذن ولو كان مأخوذا من العادة المتعارفة بينهم انتهى فاتفق البعد عن حصول الاذن في الاتفاق والتصرف وقد سمعت ماقاله في الدروس من أن الروايتين ليستا صريحتين في المقابلة ولا ماتعتين عن المقاصة نعم تدلان على حواز ذلك وهو حسن لئلا تضعيف المنفعة على المالك انتهى (وقد يقال) انهما ظاهران ولا سيما الاولى في المقابلة والمنع من المقاصة وفي الظهور بلاغ فليأمل وما استحسنته في الدروس من جواز الانتفاع بما يخاف فوته على المالك كأنه ميل اليه في التفتيح والمهذب البارع والمتصر والروضة وكيف كان فالروايتان مع قصور سند احدهما وإن صح الى صاحب اجماع على أن في البرقي كلاما لا تقاومان الادلة الدالة على عدم جواز تصرف كل من الراهن والمرهن بدون اذن الآخر مع مخالفتها للقاعدة المقررة في الضمان فإن مقتضاها رجوع الراهن بحق المنفعة والمرهن بحق النفقة فتخصيص هاتين القاعدتين بهاتين الروايتين التسين أطبق المتأخرون على عدم العمل بهما على ظاهرهما وشهرة المتقدمين وإن حكيت في الدروس لم تحقها هذا المفيد والصدوق والسيد وسلاز والقاضي والراوندي وأبو المكارم لم يتواظروا بالخبر مع وجود الصحيحة في الكافي والتمحيه والتهذيب ووجود الثانية في الاخيرين فقد عرضوا عنهما مع أنها بمرأ من العين والمراد بالمقاصة كما في كشف الرموز أن يقاص المرهن ما أنفق عليها بالاجرة المضمونة عليه حيث تصرف فيها من غير اذن الراهن قال ولا تتحقق المقاصة الا بهذا التأويل انتهى فأمل والمقاصة مشروطة بشرائط فلعلم المراد عند حصول شروطها وفي (مجمع البرهان) يمكن أن يراد بالمقاصة مجرد الرجوع ﴿قوله﴾ ﴿فإن تلف ضمن قيمته إن لم يكن مثليا قيل يوم قبضه وقيل يوم هلاكه وقيل الارتفاع﴾ وعن أبي علي انه يضمن أعلا التيم من يوم هلاكه الى يوم يحكم عليه بقيته وقيل أعلا التيم من حين التفريط الى وقت التلف وقد قدم الكلام في مثل ذلك مرارا والاصح انه يوم هلاكه لانه وقت استقرار الضمان وانتقالها الى

ولو علم جحود الوارث استقل بالاستيفاء ولو اعترف بالرهن لم يصدق في الدين الا بالينة وله احلاف الوارث على عدم العلم ويجب على المرتهن بالوطني العشر أو نصفه (متن)

ذمة المرتهن **قوله** ﴿ ولو علم جحود الوارث استقل بالاستيفاء ﴾ الذي طفتت به عباراتهم انه يجوز للمرتهن أن يستوفي دينه مما في يده ان خاف جحود الوارث كالشرايع والنافع والتحرير والارشاد والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية والمفاتيح وغيرها وفي (الكفاية) انه المعروف بينهم وفي (مجمع البرهان) الاجماع عليه ان لم يكن له بينة مقبولة أو لم يمكن اثباته عند الحاكم وفي (الرياض) قد صرح الاصحاب من غير خلاف يعرف بل في شرح الارشاد الاجماع عليه بأن المرتهن استيفاء دينه من الرهن وان لم يكن وكيلاً في البيع او انفسخت وكالته يموت الرهن ان خاف جحود الرهن او الورثة للحق ولم يمكن اثباته عند الحاكم لعدم البينة او غيره من العوارض لعدم الجرح والضرر والخبر انتهى ولم يقيد احد بالعلم بجحود الوارث كما في الكتاب ولعله أراد بالعلم الظن الغالب لكن في جامع المقاصد ان الظن أيضاً غير شرط بل يكفي خوف جحوده دفعا للضرر المخوف قد اكتفى بمجرد الاحتمال فليحفظ وقال جماعة المرجع في الخوف الى القرائن الموجبة للظن الغالب بجحوده ومما صرح فيه بأنه يجوز له ذلك لو خاف جحود الرهن أيضاً الارشاد والدروس والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية وقد سمعت ما في الرياض ومما قيد فيه ذلك بعدم البينة التحرير وايضاح النافع والروضة والمسالك والكفاية تبعاً للرواية ونسبه في الحدائق الى الاصحاب قال في (المسالك) كل ذلك مع عدم البينة المقبولة عند الحاكم والا لم يجز بل ثبت عنده الدين والرهن ويستأذنه في البيع ولعله لحرمة التصرف في مال الغير الا باذنه خرج منه صورة عدم امكان الاثبات للاجماع والضرر والضرورة وأطلق الباقر وفي (مجمع البرهان) لا يشترط عدم البينة وعدم امكان الاثبات عند الحاكم وهو الاصح والرواية غير صحيحة باشتراط عدم امكان الاثبات وانما فيها اشعار ولعلها خرجت من خارج الغالب والحق بعضهم بخوف الجحود الحاجة الى اليقين وفي (المسالك والروضة) انه ليس بمعتمد وفي (الكفاية) ان فيه أي الالحاق نظراً قلت لعدم التضرر باليمين الصادقة وان كان تركها تعظيماً لله جل شأنه أولى وقد روى الصدوق والشيخ عن العبيدي عن المروزي عن أبي الحسن عليه السلام انه كتب اليه في رجل مات وله ورثة فجاء رجل فادعى عليه مالا وان عنده رهنا فكتب عليه السلام ان كان له على الميت مال ولا بينة له فليأخذ ماله مما في يده وليرد الباقي على ورثته ومتى أقر بما عنده أخذ به وطولب بالينة على دعواه وأوفى حقه بعد اليمين ومتى لم يقر البينة والورثة ينكرون فنه عليهم يمين علم يخلقون بالله ما يعلمون له على مية حقا **قوله** ﴿ ولو اعترف بالرهن لم يصدق في الدين الا بالينة وله احلاف الوارث على عدم العلم ﴾ كما نص على ذلك مولانا الهادي عليه السلام في الخبر المتقدم ويحتمل أن يكون الكاظم والرضا عليهما السلام لأنه يظهر من الاخبار انه من ادرك الكاظم والرضا والخواص والهادي والعسكري عليهم السلام وقال مولانا المجلسي انه له مكاتبات الى الجواد والهادي والعسكري صلوات الله عليهم أجمعين مضافاً الى الاصل والضابط العام مع عدم خلاف في المقام كما في الرياض (قلت) وانما ترك الاكثر التصريح به للعلم به **قوله** ﴿ ويجب على المرتهن بالوطني العشر أو نصفه ﴾ تقدم الكلام في هذا ومثله في المطلب الثاني في أحكام بيع الحيوان في مقامين

ولو طلوعت فلاشي ولو شرط كون الرهن مبيعا عند تعذر الاداء بعد الحلول بطلا (متن)

فبالو وطأ أحد الشركاء الجارية وفيما لو ظهر استحقاق الامة الموطوءة وتقدم أيضا في باب العيب في مقامين وفي باب شروط البيع ومغايرة المورد لا تقضي بالمغايرة مع اتحاد طريق المسائل وقد استوفينا الكلام في هذه المسئلة وأطرافها أكل استيفاء وسيعرض المصنف لثل ذلك في باب النصب وباب الحدود وما صرح فيه بجميع ما ذكره المصنف هنا الشرائع والجامع والتحرير والدروس واللمعة وفي (الروضة) انه المشهور وقد تقدم منا في باب البيع نقل الشهرة عن عدة كتب وان في الخلاف الاجماع عليه وقيل عليه مهر أمثالها وهو خيرة المبسوط والتذكرة والمفهوم من كلام الغنية والسرائر وفي (التذكرة) ويجب المهر ان كانت مكرهة اجماعا ولعله أراد بالمهر ما يشمل المقر وربما قيل ان المسالك يغير بين الامرين وحكي عن الشهيد انه رجحه في بعض حواشيه وهل يجب مع ذلك ارش البكارة جزم به في الروضة وقال به جماعة في غير المقام كما بيناه فيما سلف من المواضع المشار اليها وفي (المسالك) ان أكثر عبارات الاصحاب في المقام مطلقة وهو كذلك وربما قيل بدخوله في العشر وعدم دخوله في مهر المثل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو طلوعته فلاشي ﴾ كما في (المبسوط والشرائع والتحرير والدروس وجامع المقاصد) وهو المشهور كما في المسالك والكفاية والحدائق ولم يرجح في التذكرة وقوى أحد الامرين أي المقر أو المهر في المسالك والروضة والكفاية لانه بضع مستحق لغير الموطوءة فلا يسقط برضاها ولانه تصرف في مال الغير وفي (جامع الشرائع) ان طلوعته ثيبا فلا مهر لها وان اكرهها فعليه نصف عشر قيمتها وان طلوعته بكرا أو اكرهها فعليه عشر قيمتها انتهى فليتأمل في تفصيله وعلى تقدير نفي أحد الامرين من المهر والمقر فلا شبهة في ثبوت أرش البكارة هنا كما في المسالك ونحوه كما في جامع المقاصد لانه جنابة على مال الغير هذا كلامهم في المقام وقد تقدم تفصيله ودليله في بيع الحيوان وغيره ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو شرط كون الرهن مبيعا مع تعذر الاداء بعد الحلول بطلا ﴾ اجماعا كما في المبسوط وظاهر السرائر أو صريحها وظاهر المسالك وجمع البرهان وفي (التذكرة) الشرط فاسد بلا خلاف واذا فسد الرهن وبالحكم صرح في الجامع والشرائع والنافع والارشاد والتذكرة والدروس واللمعة والتفصيح وجامع المقاصد وتعليق النافع وايضاح النافع والمسالك والروضة وغيرها لكنه في الشرائع أطلق قال ولو شرما ان لم يزد كان الرهن مبيعا لم يصح ولم يقل عند الأجل كالتافع وقال في (الارشاد) بطل ولم يقل بطلا كالكتاب وغيره والامر سهل لانه لاشك في بطلان هذا الشرط لعدم الصيغة وتعليق المانع من صحة البيع ولان الاصل عدم الانتقال ولا موجب له اذ ليس الموجود الا عقد الرهن فلا بيع ثم انه لا يصح كون الشيء الواحد رهنا على دين شخص ومبيعا له ويطلان الشرط يطل المشروط ثم ان لهم على بطلان الرهن انه موقت وهو لا يتوقت الا بالوطى وان آيت ذلك كله قلنا في الاجماع على بطلانها أكل بلاغ وعسك تقول كما قال بعض العامة ان الراهن اذ ارضى بالرهن مع هذا الشرط كان أولى أن يرضى مع بطلانه فيصح الرهن ويفسد البيع (وفيه) ان مجرد الرضا غير كاف مع اختلال شرائط العقد كما هو ظاهر وعبارة الشرائع تنزل على ما في النافع وغيره من أن المراد انه رهنة الرهن على الدين المؤجل وشرما له ان لم يزد الدين في ذلك الاجل يكون الرهن مبيعا له بالدين أو بقدر مخصوص وان كان الاطلاق كما في الشرائع مبطلا أيضا الا أنه حيث لم يعين وقتا

فان تلف قبل مدة الحلول لم يضمن ولو تلف بعدها ضمن (متن)

لا يتحقق عدم الوفاء مادام الراهن حيا فيتعلق البيع على الوفاء وهو غير صحيح الا أن الاصحاب وغيرهم كفي المسالك فرضوا المسئلة كاذكرنا ومع ذلك كنهة في (التحرير) اذا شرط كونه ميبعا عند حلول الاجل بالدين هل يفسد الرهن بفساد الشرط فيه نظر والذي قواه الشيخ عدم الفساد وهو جيد وأنت قد عرفت انه قال في المبسوط بطلا اجماعا ﴿ قوله ﴾ (فان تلف قبل مدة الحلول لم يضمن وان تلف بعدها ضمن) كفي (المبسوط وجامع الشرائع والتذكرة والارشاد والدروس واللمعة وجامع المقاصد وايضاح النافع والمسالك والروضة) لانه في مدة الاجل وهو فاسد وبعده مبيع فاسد وكل عقد يتبع صحيحه في الضمان وعدمه فحيث كان صحيح الرهن غير مضمون كان فاسده كذلك وحيث كان صحيح البيع مضمونا على المشتري فاسده كذلك وفي (المسالك) أن الاصحاب وغيرهم أطلقوا القول في هذه القاعدة لم يخالف فيها أحد (قلت) وبها طفت عباراتهم في المقام وغيره ومما استندوا فيه اليها في المقام المبسوط والجامع والتذكرة والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة وفي (المبسوط) البيع الصحيح والقاسد مضمون اجماعا وفي (مجمع البرهان) انها قاعدة مشهورة فكأنها مجمع عليها ولا نعرف دليلا (قلت) دليلا بعد الاجماع انها تراضيا على لوازم العقد فحيث كان مضمونا فقد دخل القابض على الضمان ودفع المالك عليه مضافا الى قوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى تؤدي وحيث يكون غير مضمون يكون التسليم واقعا على اعتقاد صحة العقد فلم يقصد المسلم ضمانا بل سلم على قصد العدم ولم يلتزم المتسلم ضمانا أيضا فينتهي المنتهي له مضافا الى الاصل وعدم تناول عموم قوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت له لعدم انصرافه الى ما نحن فيه أعني ما قصد فيه المسلم عدم الضمان وبه يندفع (ماعناه يقال) ان الاصل في كل مقبوض الضمان ما لم يكن أمانة وهنا ليس كذلك لان كونه أمانة فرع كونه رهنا لانك قد عرفت انه حينئذ بمنزلة الامانة ولا يتناوله العموم وقال في (المسالك) هذا القسم انما يتم فيما اذا كانا جاهلين بالفساد أو عالين به فان الدفع والقبض يكون بمنزلة الامانة وكذا لو كان الدافع عالما دون الآخر ويشكل العكس من حيث ان القابض لعله بالحال أخذ بغير حق والدافع توهم الصحة والا لما رضي بدفع ماله فيكون مضمونا للعموم السابق وأنت خبير بأن هذا الاشكال غير مختص بالاخيرة بل جار في الاولى أيضا وهي ما اذا كانا جاهلين كأن يقال ان رضا المسلم يدفع العين فيها انما هو توهم صحة العقد بحيث لولاه لما رضي بالدفع (وأجاب) في المسالك عما أورده من الاشكال بالاجماع على اطلاق القول في هذه القاعدة وقال ويمكن توجيبه بأن المالك أذن في قبضه على وجه لا ضمان فيه والمتسلم تسلمه منه كذلك وعدم رضاه لو علم بعدم الزوم غير معلوم فالاذن حاصل والمانع غير معلوم انتهى وأنت تعلم أن هذا باغتراده غير مخرج عن العموم السابق الا أن تقول ان غرضه انه حينئذ لا يتناوله العموم لانصرافه الى غيره كما أشرنا اليه آنفا فيبقى على الاصل فيتجه الجواب بالنسبة الى صورتين فكأن المدار في الصور الاربع على عدم تناول العموم لها فلا يخرج عن الاصل وقال في (التقيح) عند شرح قوله في النافع لم يصح أي لم يصح البيع لتعلقه على المدة ويكون مضمونا لقبضه بالبيع الفاسد ومراده أنه يكون مضمونا بعد الاجل لا قبله اذ لا بيع قبله فلا مخالفة (ثم) انه قد يقال ان في ضمانه بعد الاجل على الاطلاق اشكالا لانه اذا كان مقبوضا عنده بالرهن الفاسد الذي لا يضمن به فيبني أن يبقى عنده

وفوائد الرهن للراهن ولا تدخل فيه (وان خل) ان كانت موجودة والا قرب عدم دخول المتجددة الامع الشرط أو كانت متصلة (متن)

على هذا الوجه حتى ينوي تملكه بعد الاجل بزعم انه مبيع له فيمنعه منه لو طلبه ويتصرف فيه وتظهر الفائدة فيما اذا غفل عن كونه مبيعا ولم ينو تملكه فليأمل جيدا وتظهر الفائدة في أصل المسئلة فيما عدى التالف فيما اذا غرس أو بنى قبل دخول وقت البيع فانه يقطع مجانا ولو فصل ذلك بعده وهو جاهل بالفساد لم يقطع كذلك لوقوعه باذن المالك وجهه بعدم الجوز فيكون كما لو غرس المستعير ورجع المعير **﴿ قوله ﴾** (وفوائد الرهن للراهن) كما في المقنع وما تأخر عنه وعليه الاجماع كما في كشف الحق وظاهر كشف الرموز والمساك والمفاتيح ومجمع البرهان والرباض والاجامعات الآتية منطبقة عليه وتدل عليه الاخبار الكثيرة المتضاربة ولا فرق في ذلك بين المتصلة والمنفصلة وخالف أبو حنيفة فقال فيما حكى عنه المتصلة (تبقى خل) تبطل لأنحصل للراهن ولا للمرتهن والمنفصلة تدخل في الرهن **﴿ قوله ﴾** (ولا تدخل فيه ان كانت موجودة) كما في المنفعة والنهاية وسائر ما تأخر عنها وفي (المختلف) انه مذهب الاكثر وفي (التقريب) الاجماع عليه وفي (الاتصاف) الاجماع عليه في الحل وفي (المساك) انه المشهور ذكره في مقام آخر والمخالف أبو علي على ما حكى عنه في المختلف قال قال جمع ذلك يدخل في الرهن وضعفه واضح لان الموجود حاله كسائر أمواله وربما قبل دخول نحو الصوف والوبر والشعر على ظهر الحيوان ونحو ذلك مما هو بحكم الجزء واستقر به في التذكرة وهو حسن ان حكم العرف بالدخول والا فلا يظهر ما حكم به الاصحاب ولعله المفروض وتردد في التذكرة في دخول اللبن في الضرع وسيأتي تردد المصنف هنا في الامرين **﴿ قوله ﴾** (والاقرب عدم دخول المتجدد الامع الشرط أو كانت متصلة) الفوائد المتجددة المتصلة اتصالا لا يقبل الانفصال كالمسك والطول تدخل في الرهن اجماعا كما في المختلف والتذكرة في موضعين منها والمساك والروضة والمفاتيح وقد نفى عنه الخلاف في التقيح والكفاية والحدائق وفي (غاية المراد) انه لا يبحث فيه وكذلك المنفصلة كالتمر والحمل والقابلة للانفصال كالشعر والصوف اذا شرط المرتهن دخولها لنفي الخلاف فيه عندنا الا في الدروس (ثم قال) وان لم يصح رهن المدوم لانها تابعة وفي (المساك والكفاية والمفاتيح) لو اشترط المرتهن الدخول أو الراهن الخروج ارتفع الاشكال والمصنف في التذكرة استثنى ما يتجدد من المنافع بالاختيار كما كتساب العبد فلا يصح اشتراط دخوله وفي (الدروس) انه لا فرق بين كسب العبد وغيره (أما الفوائد) المتجددة التي ليست متصلة كذلك ولا مشروطة فقد قرب المصنف هنا عدم دخولها وهو خيرة الخلاف في موضعين منه والبسوط ونكت النهاية للمحقق والتحرير والتذكرة في موضعين منها والارشاد والمختلف والايضاح والتقيح وجامع المقاصد والروضة ومجمع البرهان والكفاية ومال اليه في المساك وهو المقول في الدروس عن المحقق في الدرر المبارك الميمون وفي (الخلاف) في باب الزكوة الاجماع عليه وهو ظاهر التذكرة حيث قال عندنا في مطاوي البحث في فروع المسئلة قال في (زكوة الخلاف) اذا رهن جارية أو شاة غملا بعد الرهن كان الحمل خارجا عن الرهن باجماع الفرقة وهو قوي متين جدا للاصل بمعنى أصل عدم ولعدم دلالة اللفظ على دخولها بشي من الدلالات ولان الاصل في الملك أن يتصرف فيه مالكة كيف شاء خرج منه الاصل بوقوع الرهن عليه وهذا البناء مادام متصلا بالاصل لانه يلزم منه التصرف

ولو أدى ما يخص أحد الرهين لم يجز امساكه بالآخر ولا بالخالي ويقدم قول الدافع
ولا تدخل الثمرة غير المؤبرة في رهن النخلة (متن)

في المرهون الذي قام الاجماع على منعه ويبقى الباقي وهو ما اذا انفصل عن الاصل على الاصل وقد
استدل عليه المصنف في المختلف برواية السكوني وخبر اسحق بن عمار عن أبي ابراهيم عليه السلام
(قلت) فان رهن دارا لها غلة لمن الغلة قال لصاحب الدار وقال وادعى ابن ادريس أن قوله مذهب
أهل البيت عليهم السلام واجماعهم عليه وان ما ذكره الشيخ في الخلاف والمبسوط مذهب المخالفين
خطأ لا يبرهان عليه ولا شبهة له (قلت) الخبران لا دلالة فيهما على ما نحن فيه اذ غاية ما دل عليه انما
هو التبعية في الملك ولا ينافيها الدخول في المرهون كما هو فرض المسئلة (وقد يقال) انهما عند التأمل
ظاهران في ذلك فتأمل والعام على أقوال حكماها في الانتصار قال فقال أبو حنيفة اذا ولدت المرهونة
بمسد الرهن دخل ولدها في الرهن وكذلك اللبن والصوف وثمره النخل والشجر وهو قول الثوري
والحسن بن حي وقال مالك ما حدث من ولد فهو رهن وقال الشافعي لا يدخل الولد ولا الثمرة الحادثة
في الرهن وقال الليث اذا كان الدين حالا دخلت الثمرة فان كان الى أجل فالثمره لصاحب الاصل
وروي عنه أنه لا يدخل الا أن يكون موجودا يوم الرهن انتهى ما حكاه في الانتصار وفي (المنفعة
والنهاية والوسيلة والغنية والسرائر والجامع والشرائع والنافع وكشف الرموز والدروس والعمدة وغاية
المراد وايضاح النافع) أنه يدخل في الرهن وهو المحكي عن أبي علي وأبي الصلاح والقاضي وفي (الدروس
والمسالك والكفاية والمفاتيح والحدائق والرياض) انه المشهور وفي (جامع المقاصد) انه مذهب الاكثر
وفي (ايضاح النافع) انه أشهر بل كاد يكون اجماعا بل صرح بعضهم بدعوى الاجماع عليه وفي (الغنية
والسرائر) الاجماع عليه وفي الاخير أيضا انه مذهب أهل البيت عليهم السلام وفي (الانتصار) أن دخول
الحمل الى الحاصل في الارتهان مما انفردت به الامامية ولا حجة لهم يعول عليها الا الاجماع المنعبر
بالشهرة المألومة والمقبولة وربما احتج عليه ببعيته للاصل (وفيها) انها ممنوعة في مطلق الحكم بل انما هي
في الملك ولا كلام فيها وبتبعية ولد المدبرة لها بالتدبير لغرضها بالدليل مع حرمة القياس ووجود
الفارق وهو تغليب جانب العتق (وقد) يستدل لهم بلزوم جواز انتفاع الزاهن بالرهن لان المنفعة اذا لم
تكن رهنا لا وجه لمنعه من التصرف فيها لكن الاجماع على منعه (ويندفع) ذلك بما أشرنا اليه آتفا من
أن منعه من التصرف لا من حيث المنفعة بل من حيث استلزامه التصرف في المرهون ولهذا لو انفصلت
المنفعة كاللبن والولد لم يمنع من التصرف فيها ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أدى ما يخص أحد الرهين لم يجز
امساكه بالآخر ولا بالخالي ﴾ قد طفحت بذلك عباراتهم ووجه ظاهر لانه قد فكك مما رهن عليه
ولم يرهنه على الآخر ولا الخالي فلا يكون رهنا والارتهان غير واجب نعم اذا تراضيا فلا كلام كما تقدم
﴿ قوله ﴾ ﴿ ويقدم قول الدافع ﴾ في أن المدفوع عن أي الدينين لان المعتبر نيته وهو أعرف
بها وذلك مع اليقين ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا تدخل الثمرة غير المؤبرة في رهن النخلة ﴾ كما في المبسوط
والشرايع والتحرير والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك وقال في (التذكرة) الحق عندنا ذلك وان
دخلت في البيع اقتصارا على النص فلا يتعدى الى غيره (قلت) لانها غير داخلة في مسماها ودخولها في البيع
قبل التأبير للنص على خلاف الاصل ولذلك خصها بالذكر بخلاف غيرها من الثمار فانها متى ظهرت لا تدخل

ولا الشجر في رهن الارض وان قال بحقوقها الا مع الشرط وكذا ما ينبت بعد رهنها سواء
 أنبته الله سبحانه أو الراهن أو أجنبي الا أن يكون الغرس من الشجر المرهون وفي دخول
 الأس تحت الجدار والمرس تحت الشجر واللبن في الضرع والصوف المستجز على ظهر
 الحيوان (متن)

في عقد مطلقا مع الشرط ونبه به أيضا على خلاف بعض العامة حيث أدخلها قياسا على البيع ﴿ قوله ﴾
 ﴿ ولا الشجر في رهن الارض ﴾ كما في الكتب الستة المتقدمة لما مر ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان قل
 بحقوقها ﴾ كما في التذكرة وغاية المرام وجامع المقاصد والمسالك لانه لا يعدم حقوقها لغة ولا عرفا وتردد
 في الشرايع بما ذكر ومن توهم كون الشجر من حقوقها كما فهمه الشيخ رحمه الله في المبسوط وقد سبق مثله
 في البيع وفي (التذكرة والمسالك) انه لو قال بجميع ما اشتملت عليه ونحوه دخلت على الظاهر وفي جامع المقاصد
 لم يبعد الدخول حينئذ ﴿ قوله ﴾ ﴿ الامع الشرط ﴾ لا اشكال في الدخول مع الشرط كما في (جامع المقاصد)
 وغيره ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا ما ينبت بعد رهنها سواء أنبته الله سبحانه أو من الرهن ﴾ كما في المبسوط والشرايع
 والتحرير والتذكرة والتلخيص وجامع المقاصد والمسالك والكفاية وهو قضية كلام الدروس لعدم
 دخوله فيها ولا يبعد ذلك تمام الارض حتى يجيء فيه الخلاف في التمام المتجدد ولهذا خصه بالذكر ومنه
 يعلم حال الاجنبي اذا غرسه ﴿ قوله ﴾ ﴿ الا ان يكون الغرس من الشجر المرهون ﴾ فإنه رهن
 كما في الشرائع وجامع المقاصد والمسالك لانه لا اشكال في بقائه على ما كان لا أنه يتجدد له الدخول
 وهل يتوقف غرسه حينئذ على اذن المرتهن يحتمل ذلك لانه تصرف في الرهن وانتفاع به فيتوقف
 على اذنه وعدمه لانه مصلحة له وزيادة في قيمته كالسقي والدواء وقد تقدم ولو كان الغرس من غير
 المرهون او كان منه واضر بالارض فلا ريب في توقفه على اذنه واطلق في الدروس المنع من الزرع
 وان لم تنقص به الارض حسب المادة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وفي دخول الأس تحت الجدار ﴾ الأس بالضم
 اصل البناء كما في الصحاح والقاموس والمصباح المنير وجمع البحرين وكذا الاساس وقال الشهيد
 في حواشيه له تفسيران (الاول) ما هو مستور من الحائط ووجه دخوله دلالة اللفظ عليه بالتضمن
 ووجه عدمه عدم تعلق الاشارة الحسية ظاهرا به (والثاني) انه موضع الاساس ووجه الدخول دلالة
 اللفظ عليه بالاتزام ووجه عدمه عدم دخوله في معنى اللفظ والتفسير الثاني اصح والفائدة تظهر لو
 انهدم الحائط قبل يعنى الأس على الرهن ام لا انتهى وفي (جامع المقاصد) بعد نقل ذلك عنه الاصح
 على الاول وعلى الثاني والثاني ورد المصنف في المرس يشعر بان المراد بالاس موضع الاساس اذ
 يبعد ترده في دخول بعض الجدار ولان الموضع شبيه بالمرس وحكم في التذكرة وغاية المرام بعدم
 دخوله بناء انه الموضع ولم يرجح في الايضاح مع انه فهم من الأس الموضع ﴿ قوله ﴾ ﴿ والمرس
 تحت الشجرة ﴾ حكم في التذكرة وغاية المرام بعدم دخوله وهو قضية كلام جامع المقاصد ولم يرجح
 في الايضاح ﴿ قوله ﴾ ﴿ واللبن في الضرع ﴾ لا ترجيح في التذكرة والايضاح وجامع المقاصد
 للتردد في انه جزء نظرا الى انه من جملة رطوبات البدن وان العادة قاضية باخذه وكونه منظورا اليه
 بخصوصه فلا يكون داخلا في معنى اللفظ عرفا ومثله يأتي فيما لو باع شاة في ضرعها لبن وفي حواشي
 الشهيد انه يدخل ﴿ قوله ﴾ ﴿ والصوف المستجز على ظهر الحيوان ﴾ بكسر الجيم لم يرجح في

وأغصان الشجر نظر والاقرب جواز اجبار الراهن على الازالة ولو رهن ما يمتزج بغيره كلقطة من الباذنجان صح ان كان الحق يحل قبل تجدد الثانية أو بعدها وان لم يميز على رأي (متن) الايضاح وفي (التحرير وجامع المقاصد) انه يدخل لكونه جزءاً حقيقة وانما يخرج عن جزئيته بعد الانفصال واستقر به في موضع من التذكرة وهو قضية كلامه فيها في موضع آخر وفي (المبسوط وحواشي) الشهيد لا يدخل وقد تقدم أن المدار على العرف فان حكم بالدخول والا فلا يظهر ما عليه الاصحاب

﴿ قوله ﴾ (وأغصان الشجر) لم يرجح في الايضاح وفي (التذكرة والحواشي وجامع المقاصد) انها تدخل والمراد بها ما كان من الاغصان يابساً او جرت العادة بقطعة من سنف النخل وغيره وفي (حاشية الايضاح) أن الرطب داخل بلا خلاف ولعله اراد فيما لم تجر العادة بقطعة فتأمل والاوراق كالاغصان وما ينفصل منها غالباً فكالذي ينفصل منها غالباً (وقد يقال) ان الضابط انه يدخل في الرهن ما يدل عليه مطابقة او تضمناً من الاجزاء الحقيقية أو العرفية وما لا يمكن وجود المرهون الا مصاحباً له وهو شرط وجوده كما اذا رهن السقف فانه لا يمكن انفراذه عن الخائط فيستحق المرتهن مصاحبته له وأن لم يقل بحقوقه لان الرهن للاستيثاق يتوقف على استمرار وجوده مملوكاً وامكان بيعه ولا يتم الا بذلك

﴿ قوله ﴾ (والاقرب جواز اجبار الراهن على الازالة) هذا فيما لا يدخل في الرهن من المتجدد وغيره وما اختاره المصنف هنا خيرة الشرائع والمختلف والايضاح وغاية المرام وجامع المقاصد لان ابقاءه في المحل المرهون تصرف فيه وهو ممنوع كالوضع متاعه في الدار وتضرر الاصل بالثمرة لكن هذه يجب ازالتها عند انتهائها عادة كما في الايضاح وغاية المرام وفي (المبسوط والتذكرة) انه لا يجبر على ازالته كذا حكى عن المبسوط في المختلف والموجود فيه وفي التذكرة انه لا يجبر على ازالته في الحال واحتجوا له فيما حكى عنه بالاصل ومنع ان مثل ذلك يعد تصرفاً وقد يفرق بينه وبين المتاع بان وضع المتاع منه فهو سبب في بقاءه بخلاف ما ابنته الله سبحانه وتعالى نعم لو كان ذلك بفعل الراهن فاجباره على ازالته قوي ولا ترجيح في التلخيص والتحرير والكفاية وقال في (الدروس) ليس له الزامه بازالته قبل حلول الدين لعدم تعديه فان احتجج الى البيع قلعه فان بيعاً فني توزيع الثمن ما تقدم في بيع الامة مع ولدها (قلت) هذا الذي نحن فيه اما ان يكون من فعل الله جل ذكره كان يحمل السبل أو الطير النوى الى الارض البيضاء فثبت ومن فعل الراهن فان كان الاول فانه لا يجبر على قلعه في الحال لا يمكن ان يؤدي الدين من مكان آخر وهذا البقاء له لانه فلا تصرف عرفاً فأذاعت اساج الى بيع الارض فان قام ثمن الارض لو بيعت وحدها بالدين ولم يقلع النخل فذاك وكذا لو لم تصرفه الا ان قيمة الارض لم تنقص بما ثبت فيها قيمتها وفيها الاشجار كقيمتها ايضا وان نقصت قيمتها بالاشجار ولم تف بالدين فلهن قلعهما لبيع الارض البيضاء الا ان يأذن الراهن في بيعها مع الارض فتباعان ويوزع الثمن عليهما هذا اذا لم يكن الراهن محجوراً عليه بالافلاس فان كان كذلك فلا قلع لتعلق حق الغرماء بها فتباعان ويوزع الثمن عليهما فان نقصت قيمة الارض بسبب الاشجار حسب النقصان على الغرماء لان حق المرتهن في ارض فارغة وانما منع من القلع لرعاية جانبهم واما اذا كان بفعل الراهن فاجباره على ازالته قوي كما صرح به جماعة وفي (التذكرة) انه لا يجبر على القلع قبل حلول الاجل قلعه يقضى الدين من غيره فلعل اطلاق المانع من الاجبار والمجبر ليس في محله

﴿ قوله ﴾ (ولو رهن ما يمتزج بغيره صح ان كان الحق يحل قبل تجدد الثانية او بعدها وأن لم يميز على رأي)

ويقدم حق المجني عليه وان تأخر على حق المرتهن فيقتص في العمد أو يسترق الجميع أو مساوي حقه فالباقي رهن وفي الخطأ ان فكاه مولا فالرهن بحاله وان سلمه فللمجني عليه استرقاقه ويبيع او يبع مايساوي حقه فالباقي رهن (متن)

لا اشكال ولا بحث في الجواز حيث لا يحصل الاشتباه كما في جامع المقاصد والمسالك لوجود مقتضي وعدم المانع اما مع الاشتباه وعدم التمييز ففي المبسوط والتذكرة في موضع منها انه لا يصح الرهن تعذر الاستيفاء بسبب عدم التمييز ولانه لا يصح بيعه عند الاجل لجهله فلا يصح رهنه ويرد على الاول انه يمكن الاستيفاء بالصالح على ان حصوله غير مقطوع به لا يمكن التخلف وان الراهن قد يسمح برهن الجميع أو يتفقان على قدر الرهن فان لم يحصل ذلك كله كان القول قول الراهن مع اليقين (ويرد) على الثاني ان المعتبر اجتماع الشرائط وقت الرهن وهي حاصلة وصحة البيع لو سلمت شرطيتها فالمعتبر منها ما كان عند انشاء الرهن لانه وقت اعتبار الشرايط وهي حاصلة ايضا واطبق المتأخرون ممن تعرض للفرع على الصحة وما صرح فيه بها الشرائع والتحرير والارشاد والايضاح والدروس وغاية المرام وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان فيكونان شريكين اما الصحة فلما عرفت من كونه عينا مملوكة صالحة للبيع واخذ الدين منها من غير مانع كسائر الاموال ووجه الشركة وجود موجهها وهو المزج مع عدم التمييز فحكمه حكم سائر المشتركات كذلك هذا اذا وقع المزج وعدم التمييز بعد القبض واما لو وقع قبل القبض فالاقرب الفسخ والبطالان كما نبه عليه في الدروس وقال في (المبسوط) اذا اشترط قطعه اذا حدث البطلان الثاني صح الرهن ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويقدم حق المجني عليه وان تأخر على حق المرتهن ﴾ كما في الشرائع والتذكرة والارشاد والدروس والمسالك ومجمع البرهان وهو نحوى المبسوط والخلاف والتحرير وجامع المقاصد لان المرتهن بدلا ولا بدل للمجني عليه لان حقه متعين في الرقبة وحق المرتهن متعلق بالرقبة وبذمة الراهن فلا يفوت حقه بفواتها ولان حق المجني عليه يتقدم على حق المالك قبل الاولى ان يتقدم على حق المرتهن الا ترى لو كان ملكا للمرتهن وجنى كان حق المجني عليه مقدما على حقه ولان حق المجني عليه قوى ومن ثم كان له الاستيفاء من دون مراجعة المالك وهذا الاخير انما يجري في العمد ولا يستثنى من ذلك الا ما اذا جنى على سيده خطأ لانه لا يثبت له على ماله مال فيبقى حق المرتهن بحاله كما يأتي ﴿ قوله ﴾ ﴿ فيقتص في العمد أو يسترق الجميع أو مساوي حقه والباقي رهن وفي الخطأ ان فكاه مولا فالرهن بحاله وان سلمه فللمجني عليه استرقاقه ويبيع او يبع مساوي حقه والباقي رهن ﴾ جنابة العبد المرهون ان كانت فسا وأوجبت قصاصا فأمره الى ورثة المجني عليه فان اقتصوا بطل الرهن وكذا ان استرقوا وأن عفوا عنه بقي رهنا لان الجنابة لا تبطل الرهن وانما تزاحم عليه الحقوق وأن عفوا على مال فان بذله السيد بقي رهنا ايضا والبيع العبد وبطل الرهن وان عاد الى ملك الراهن وان اوجبت قصاصا في الطرف ونحوه اقتص منه وبقي رهنا ايضا وأن اوجبت مالا في بعض صور العمد او في الخطأ مطلقا فالامر كما قرر من انه ان فداء السيد بقي رهنا وان استرق او بيع فان فضل منه شيء بقي كذلك والابطال الرهن ولو كان الواجب دون قيمة العبد ولكن تعذر بيع البعض او انتقصت القيمة به بيع الجميع والفاضل من الثمن عن الجنابة يكون رهنا كما لو اضطر الى بيع الرهن وقد ذكر ذلك كله في التذكرة والمسالك واشير اليه في المبسوط وغيره ولو افكاه المرتهن على

ولو جرح مولاه عمدا اقتص منه ولا يخرج عن الرهن وان قتله فلو ارث قتله والمفوء فيقتى رهنا ولو جرح خطأ لم يثبت لمولاه عليه شيء فيقتى الرهن بحاله ولو جنى على مورث المالك فله المالك القصاص أو الافتكاك من الرهن فيه وفي الخطاء مع الاستيعاب (متن)

ان يكون له الرجوع على الراهن وعلى ان يكون العبد رهنا على مال الفك والدين الاول جاز كما به عليه في الدروس وقضية كلام المصنف في المقام ان للمجني عليه في الطرف اذا كان الجاني رقا الخيار بين القصاص والاسترقاق على قدر حقه كلاهما وبمضا وهو الموافق لاجماعهم ورواياتهم في ان الجاني القاتل اذا كان عبدا كان لولي المجني عليه الخيار بين القصاص والاسترقاق فليكن كذلك في الاطراف وبيان ذلك يطلب مما حرره في باب القصاص وهذا كله اذا جنى العبد بغير اذن السيد اما لو امره السيد بالجناية فان لم يكن ميمزا او كان اعجميا يعتقد وجوب طاعة السيد فالجاني هو السيد وعليه القصاص والضيان كما في المبسوط والتذكرة وكذا التحرير ونسبه في جامع المقاصد والمسالك الى التذكرة وهو خيرة قصاص المبسوط والشرائع والكتاب والمخالف الشيخ في الخلاف وابن ادریس في السرائر فاسقطا فيما اذا كان صغيرا القود عن المأمور والأمر عن الاول لتقصه وعن الثاني لعدم قتله ولا يتعلق برقة العبد شيء بل يفتى رهنا وان كان السيد مسرا كافي التذكرة وفي (المبسوط) انه احوط واقتصر في الحرير على نقل ذلك عن الشيخ **قوله** ﴿ولو جرح مولاه عمدا اقتص ولا يخرج عن الرهن وان قتله فلو ارثه قتله والمفوء فيقتى رهنا ولو جرح خطأ لم يثبت لمولاه عليه شيء فيقتى الرهن بحاله﴾ قد ذكرت هذه الاحكام على سبيل الاجمال في (المبسوط والشرائع والتذكرة والارشاد وجمع البرهان) وغيرها وتحريرها ان يقال اذا جنى العبد المرهون على سيده فلا تخلو جنايته اما ان تكون عمدا أو خطأ على النفس أو مادونها فان كانت عمدا على مادون النفس مثل قلع العين وقطع اليد او الاذن والجرح الذي فيه القصاص فللسيد القصاص عليه لعدم ادلة القصاص ولانه يجب للزجر والانتقام والعبد احق بالزجر عن سيده بخلاف القتل في السرقة فان القتل يجب بسرقة مالا شبيهة فيه والعبد له شبهة في مال سيده وهو غير محرز عنه في العادة فان اراد المولى استيفاء القصاص كان له ولا يتطل الرهانة للاستصحاب والقصاص لا يمنع الباقي عن الرهانة فلا يخرج عن الاستصحاب وان اراد المفوء على غير مال فكذلك وان اراده على مال ففي المبسوط لا يصح ذلك لانه لا يجوز ان يثبت له على عبده مال قال وعلى هذا لو كانت الجناية خطأ كانت هدرًا مطلقًا ولم اجد من خالفه من اصحابنا وان كانت الجناية على نفس سيده عمدا كان للورثة القصاص فان اقتصوا بطل الرهن وفي (المبسوط) كظاهر الكتاب انه ليس للوارث المفوء على مال قال لانه لا يستحق على ماله مالا وهذا العبد للورثة انتهى ولعله بناء على ان الدية انما تحصل في ملك الورثة بعد الموت والعبد انتقل اليهم بالموت ايضا لكن سيأتي فيما اذا جنى على مورثه ان الاصحاب على ان الدية تنتقل الى المقتول في آخر جزء من اجزاء حيوته وحينئذ ينبغي التعليل لعدم المفوء على مال بأنها تكون واجبة عليه لسيده فلا يثبت له على ماله مال كما عرفت فليلاحظ فانه دقيق **قوله** ﴿ولو جنى على مورث المالك فله المالك القصاص والافتكاك من الرهن فيه وفي الخطاء مع الاستيعاب﴾ كما في (المبسوط والشرائع والارشاد وحواشي الكتاب والدروس وجامع المقاصد والمسالك) تصرح بما وغوى والنرض من العبارات وما كان على نحوها ان ذلك اذا

والمقابل مع عدمه فالباقي رهن ولو جنى على عبد مولاة فكمولاه الا أن يكون رهنا من غير المرتهن فله قتله ويبطل حق المرتهن والعمو على مال فيتعلق به حق المرتهن الآخر ولو عفا بغير مال فكعمفو المحجور عليه ولو أوجبت أرشا فلثاني ولو أتمد المرتهن وتناير الدين فله بيعه وجعل ثمنه رهنا بالدين الآخر وفي الخطأ مع الاستيعاب والمقابل مع عدمه فالباقي رهن (متن)

لم تكن الجناية على العارف ولم يمت اذ مع ذلك يكون أمره الى المجني عليه وهو في ذلك كالأجنبي كما هو واضح (ويان الحال) ان العبد المرهون لو جنى على من يرثه السيد كأبيه وابنه فان كانت على الطرف عمدا كان للمجني عليه القصاص في العارف ويبقى الباقي رهنا كما كان وله العفو على مال ولو كانت خطأ ثبت المال وان كانت على النفس عمدا فليسيد قتله لانه لا يخرج عن الجناية على نفس السيد أو الاجنبي والقصاص ثابت فيهما (والحاصل) انه يثبت للسيد ما كان ثبت لمورثه من الحكم قصاصا ومالا فله الاسترقاق في العمد والعفو على مال وبيعه اذا كانت نفسا اما الاسترقاق والبيع فلاه أشبه الملك الجديد له ولان لصاحب الجناية القتل والتملك فله التخليص من الرهن بالاولى ووجه العفو ظاهر وله فكه من الرهن اذا كانت خطأ مع الاستيعاب أو كان المورث قد مات فيما اذا كانت على العارف قبل الاستيعاب وله العفو فيبقى رهنا وهو ظاهر وقد يوم هذا انه يجوز الافتكاك اذا جنى خطأ على طرف المولى وجواز الفك في العمد اذا كانت على نفس المولى كما احتمله المولى الاردبيلي وليس كذلك للفرق بين الجناية على المولى وعلى مورثه مع ان الحق للمولى في الموضوعين ان الواجب في الجناية على المولى له ابتداء فلا يثبت له على ماله مال وأما الجناية على مورثه فالحق فيها ابتداء للمجني عليه وانما ينتقل الحق الى الوارث من المورث وان كان دية لانها محسوبة من تركته قضى منها ديونه وتنفذ وصاياه لانها نجب في آخر جزء من أجزاء حياة المقتول وكما لا يمتنع ثبوت مال لمورث المولى على عبده لا يمتنع انتقاله عنه اليه فيفك عن الرهن لذلك وقد نهوا بالفرق على خلاف بعض الشافعية حيث حكم بسقوط المال بانتقاله الى سيده ويبقى رهنا للوجه الذي اتفق لو كان المال للسيد ابتداء وامله لذلك لم يرجع في التذكرة شيأ والضمير المحرور في قوله فيه يعود الى العمد ولو قدمه مع جازره على القصاص أو اخره كما في بعض النسخ عن الرهن لكان أولى ﴿ قوله ﴾ ﴿ والمقابل مع عدمه ﴾ أي له افتكاك المقابل للجناية في العمد والخطأ على المورث مع عدم الاستيعاب والباقي يبقى رهنا ووجه ظاهر مما سلف ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو جنى على عبد مولاة فكمولاه الا أن يكون رهنا من غير المرتهن فله قتله ويبطل حق المرتهنين والعمو على مال فيتعلق به حق المرتهن الآخر ولو عفى بغير مال فكعمفو المحجور ﴾ اذا جنى العبد المرهون على عبد آخر للمولى فاما أن لا يكون مرهونا أو يكون وعلى الثاني اما عند غير مرتهن الجاني أو عنده وعلى الاول اما أن تكون الجناية عمدا أو خطأ وعلى الاول اما أن يقتص أو يعفو على مال أو بدون مال أو يطلق العفو وعلى الثاني أي اذا كانت خطأ فاما أن تكون قيمة المقتول مستوعبة لقيمة العبد القاتل أو مساوية أو أقل وان كان مرهونا عند مرتهن الجاني فاما أن يتحد الحق أو تعدد فان تعدد فاما أن تساوى القيمتان وتساوى الحقتان قدرا وجنسا أولا وعلى الثاني فاما أن

تتفق القيمتان ويختلف الحقان واختلاف الحقين اما بالجنس أو القدر أو بهما وأما بالحلول والتأجيل أو بالتأجيل مع التفاوت في الأجل أو ينعكس الامر بان يتفق الحقان ويختلف القيمتان (إذا عرفت هذا) فان لم يكن رهنا كان لسيدته أن يقتص منه لان العبد كفو للعبد كما في المبسوط والتذكرة والتحرير والدروس الا أن يكون المقتول ابن القاتل كما في الثلاثة الاخيرة وقد اتفقت الاربعة على انه ليس له أن يعفو على مال لبيع العبد المرهون ويقتص ثمنه هذا اذا كانت الجناية عمدا وان كانت خطأ لم يثبت المال وكانت هدرا ويبقى العبد القاتل رهنا وان كان العبد المقتول رهنا عند غير مرتبه الجاني وقد قتل عمدا كان للسيد القصاص أيضا كما في الكتب الاربعة لان حق القصاص مقدم على حق المرتهن لان ماوجب المال مقدم فالقصاص أولى وكان للسيد أيضا أن يعفو على مال لحق المرتهن لانه بنفسه لو جنى على عبده المقتول وجب عليه أرض الجناية فبالاولى أن يثبت على عبده فيتعلق المال حينئذ برقبه العبد لحق مرتبه المقتول كما في الكتب الاربعة وجامع المقاصد أيضا وان عفى على غير مال أو عفى مطلقا فهل يثبت المال فيه قولان فمن قال ان جناية العمد توجب القصاص ويثبت المال بالعفو كما هو مذهبنا كما في التذكرة صح المعفو على غير مال ومطلقا ولم يكن المرتهن مطالبته بالمعفو على مال لان اختيار المال ضرب من الاكساب والراهن لا يجبر على ذلك لحق المرتهن ومن قال ان الواجب أحد الامرين اما القصاص وأما الدية فاذا عفى عن القصاص ثبتت الدية فلا يصح المعفو عن القصاص على غير مال وعفوه حينئذ كفو المحجور عليه بئس كما صرح به في (التذكرة) فكل موضع يصح فيه المعفو من المحجور عليه وهو حيث لا يكون المعفو عنه ما لا يصح وبالا فلا وحينئذ فلا بد في صحته أي المعفو من وقوع العمد على الدية ثم ان ما ذكره في التذكرة من أن مذهبنا ان جناية العمد توجب القصاص والمال اما يثبت صلحا اما هو بالنسبة الى الاحرار وأما العبد فانه اذا قتل الحر كان الولي من أول الامر مخيرا بين استرقاقه وقتله قولاً واحداً والظاهر انه كذلك في الاطراف وكيف كان فما نحن فيه ليس من هذا القبيل فليأمل جيدا جدا وان كانت الجناية خطأ وجب المال ومهما وجب المال بالمعفو أو كانت الجناية خطأ أو عمدا بوجب المال ينظر فان كان الواجب أكثر من قيمة القاتل أو مثلها فقد قال الشيخ في المبسوط انه يباع لانه ربما رغب فيه رغب فيفضل من قيمته شيء يكون رهنا عند مرتبه وقال بعض العامة انه ينتقل الى يد مرتبه المجني عليه رهنا ويفك من رهن مرتبه واحتمه في التحرير لانه لا فائدة في بيعه والاول أولى كما في التذكرة لان حقه في ماله العبد لافي العين وهو متجه اذ لم يجر الرهن عليها وأما تعلقها بحق مرتبه المقتول بسبب الجناية وان كان الواجب فيهما أقل من قيمته فعلى الوجه الثاني ينتقل من القاتل بقدر الواجب الى مرتبه القاتل وعلى الاول يباع منه قدر الواجب ويبقى الباقي رهنا فان تعذر بيع البعض أو تقص بالتشقيص بيع الكل وجعل الزائد عن الواجب عند مرتبه القاتل قال في (التذكرة) وهذان الوجهان اما يظهران فيما اذا طلب الراهن النقل وطلب مرتبه القاتل البيع ففي وجه يجاب هذا وفي وجه يجاب ذلك اما اذا طلب الراهن البيع ومرتهن المقتول النقل فانه يجاب الراهن لانه لاحق لصاحبه في عينه (واعترضه) في جامع المقاصد باننا قد نقول على الوجه الثاني يجاب مرتبه المقتول الى النقل لانه ان تم دليله وهو ان البيع لا فائدة فيه فينقلك من رهن الاول ويتعلق به حقه تعينت اجابته وما علل به من انه لاحق له في عينه وهو دليل الوجه الاول ان تم اقتضى ترجيح الاول على الثاني ولو اتفق الراهن والمرتهنان على احد (الغلبين) ل (الغلبين) تسين ولو اتفق

الراهن ومرهين المقتول على النقل فعند الجويني على ما حكى عنه انه ليس لمرهين القاتل المناقشة فيه
 وطلب البيع ومقتضى دليل الاول ان له ذلك كما ذكر ذلك كله في التذكرة وان كان العبد المقتول
 رهنا عند مرهين العبد الجاني واختار المالك المفقود على الدية وتعلقت برقبة الجاني أو كانت خطأ على
 ماسبق فللمرتهن أن يتوثق لدين القاتل بالقاتل حيث يتأني له وتحصل له فائدة (وتفصيل) ذلك أن يقال
 انه اذا اتحد الحق فالجناية هدر اذا التوثق ولا فائدة فيه وان تعدد فان تساوت القيمتان وتساوى الحقتان
 قدرا وجنسا فالجناية هدر كذلك لما ذكر الا ان يكون دين المقتول اصح واثبت من دين القاتل كأن
 يكون مستقرا ودين القاتل عوض شي بربد بيب او صدق قبل الدخول فيحتمل قتله وعدمه ومع النقل
 يباع ويكون الثمن رهنا او يتفقا على التبقية كما به على ذلك كله في المبسوط والتحرير وفي (التذكرة) وجامع
 المقاصد ان الاصح ثبوت نقل التوثيق فباع ويقام ثمنه مقام القاتل أو يقام عينه مقامه على الوجهين السابقين
 وقال في (التذكرة) لو اتفقا على البيع فلا بحث ولو تساوى الدينان في الاوصاف وحكما بعدم النقل
 فقال المرهين اني لا آمنه قد جنى فيعوه وضوائمه مكانه فالاقرب اجابته دفعا لاحتمال الضرر عنه
 وواقفه على ذلك في جامع المقاصد وان تعدد الدينان واختلفا بالحلول والتأجيل صح للمرتهن أن يتوثق
 لدين المقتول بالقاتل لانه ان كان الحال دين المقتول فقد يريد استيفائه من ثمنه في الحال وان كان
 الحال دين القاتل فقد يريد الوثيقة للموئجل ويطلب الراهن بالحال في الحال ومثله لو كانا مؤجلين وأحد
 الاجلين أطول وان اتفقا حولا وتأجيلا فاما أن يتفقا جنسا وقدرا أو مختلفا فان اتفقا واختلف العبدان
 في القيمة وكانت قيمة المقتول أكثر فالجناية هدر لانتفاء الفائدة كما لو تساويا كما مر وان كانت قيمة
 القاتل أكثر قل منه قدر قيمة القاتل الى دين القاتل وبقي الباقي رهنا بما كان وان اختلف الدينان
 قدرا لاجنسا فان تساوت قيمة المبتدين أو كان القاتل أكثر قيمة فان كان المرهون بأكثر الدينين
 القاتل فله التوثق بالقاتل لان التوثق لاكثر الدينين في نفسه فائدة مطلوبة بخلاف ما لو كان القاتل
 مرهونا بأقله فلا فائدة في النقل حينئذ وان كان القاتل أقل قيمة وكان مرهونا بأقل الدينين فلا فائدة
 في النقل وان كان مرهونا بالاكثر قل من القاتل قدر قيمة القاتل الى الدين الاخير (الآخر خل)
 ويبقى الباقي رهنا وان اختلف الدينان في الجنس فهو كالاختلاف في القدر أو الحول والتأجيل كما به
 عليه في المبسوط والتحرير وصرح به في التذكرة وجامع المقاصد وقد جزم في التحرير في هذه المواضع
 بالبيع وجعل الثمن رهنا ولم يثبت لاقامة العين أو بعضها مقام القاتل ونحوه ما في المبسوط ولعله لانه
 انما تعلق الارش لحقه لامتناعه لولا ذلك فله حينئذ تحصيل الارش يبيعه خصوصا اذا حصلت فائدة
 أخرى بالنسبة الى الدين الآخر بأن يطلبه طالب بزيادة لكن هذا انما يدل على انه له يبيعه كما في الكتاب
 وهو المراد من عبارة التحرير قطعا وان ثبوتها ظاهرها خلاف ذلك (اذا عرفت) هذا فعد الى عبارة
 الكتاب فعنى قوله فكمولاه انه يقتض منه في العمدة وتفرغ ثبوت قتله للمولى على المستثنى قد قال
 في جامع المقاصد انه غير جيد لان هذا ثابت على كل حال وأنت خير بأن المقصود بالذات في التفرغ
 انما هو المنفعة على مال لكونه محل خفاء فذكر القاتل تميدائه والمراد بقوله كمنه المحجور عفا المحجور
 عليه بالفلس ومعنى قوله ولو أوجبت ارشا فلثاني أن الجناية لو كانت خطأ بحيث توجب الارش شق
 الزهانة فيه للمرتهن الثاني حيث ان الجناية مضمونة لحقه فيتعلق الارش المذكور برقبة القاتل ويتعلق
 به حقه وقوله ولو اتحد المرهين وتباير الدين فله يبيعه وجعل ثمنه رهنا بالدين الآخر لا يخلو من مناقشته

ويتعلق الرهن بالقيمة لو أتلفه المرهن أو أجنبي (وكذا لو أتلفه الراهن خ) ولا يتعلق بها الوكالة ولو صارت البيضة فرخا والحب زرعاً فالرهن بحاله وإذا لم الرهن استحق المرهن
ادامة اليد (متن)

لان اطلاق البيع بمجرد المفارقة غير متجه لما عرفت مع قصوره عن تأدية أحكام المسئلة التي ذكرها في التذكرة والتحرير ومثل عبارة الكتاب عبارة الدروس قال ولو اختلف الدينان جاز نقل ما قابل الجناية بدلا من المجني عليه لمرتهنه انتهى فتأمل ومعنى قوله وفي الخطأ مع الاستيعاب والمقابل مع عدمه والباقي رهن انه اذا جنى خطأ فالحكم فيه كالحكم في العمد اذا عفى المولى على الدية اذا استوعبت الجناية فتأتي جميع الأحكام السابقة والظاهر أن قوله مع الاستيعاب قيد فهما أي العمد والخطأ لافي الخطأ وحده لان جناية العمد قد لا تستوعب وان (١) المرهن يبيع مقابل الجناية مع عدم الاستيعاب وعن الشهيد في بعض حواشيه ان هذه الزيادة متروكة في بعض النسخ ولعلها أولى بالترك
﴿ قوله ﴾ ويتعلق الرهن بالقيمة لو أتلفه المرهن أو أجنبي وكذا لو أتلفه الراهن ﴿ لان معنى الرهن الاستيثاق بالعين ليستوفي الدين من قيمته فان جرى عليه شيء بحيث يكون له عوض يكون ذلك هو الرهن وكما انها أي القيمة صارت ملكا للمالك لتكون رهنا للمرهن وان كان القيد انما جرى على العين وكان الحكم اجماعي اذ لا نجد فيه خلافا وكذا لو جنى عليه أي المرهون فوجب الارش فانه يكون رهنا كالأصل وليس من الزوائد لانه بدل جزء من المرهون وفصل الراهن عن المرهن والأجنبي لا ينفى وجهه ﴿ قوله ﴾ ولا يتعلق بها الوكالة ﴿ لا يتعلق الوكالة في بيع العين بالقيمة بل تبطل لانها كانت في العين دون قيمتها ولا دليل على تعلقها بخلاف امساك العدل لانها بدل الرهن وله امساك الرهن وحفظه والقيمة قائمة مقامه ﴿ قوله ﴾ ولو صارت البيضة فرخا والحب زرعاً فالرهن بحاله ﴿ كما في الشرائع وغيرها لان هذه الاشياء نتيجة ماله ومادتها له فلم يخرج عن ملكه بالتغيير والاستحالات المتجددة صفات حصلت فيهما وحصل بسببها استمدادات مختلفة لتكوينات متعاقبة خلقها الله تعالى فيها ووهبها له قلت هنا مستثان (الاولى) انها تبقى على ملك المالك وهذه التغييرات لا تفيد اقباض ملكا كما هو خيرة الشيخ وجماعة من العامة تنزيلا للعين منزلة التالف فتأنيبه ضامن المثل أو القيمة وهو ضعيف جدا والجمهور منا على خلافه وفي (مجمع البرهان) الظاهر عدم الخلاف فيه وكأنه لم يطلع على خلاف الشيخ لانهم يذكرون المسئلة في باب الفصب ويدل عليه رواية عقبة بن خالد قال سئلت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل أتى أرض رجل فزرعها غير اذنه حتى اذا بلغ الزرع جاء صاحب الارض فقال زرعت بغير اذني فزرعت لي وعلي ما أنفقت أله ذلك أم لا فقال للزرع زرعه ولصاحب الارض كرى أرضه والشهرة تجبر السند والدلالة (والمسئلة الثانية) كون الفرخ أو الزرع رهنا للراهن على ما كان الحب رهنا عليه وهذا أيضا كأنه مجمع عليه اذ لا يخالف لما أشرنا اليه من أن الزرع في الحب كالسمن في الحيوان فلا مانع وان قلنا ان الماء لا يدخل في الرهن على ما أمر بيانه (وقد يقال) أن مقدار الحب من الزرع يكون رهنا ويكون شريكا كما لو امتزج فليتأمل ﴿ قوله ﴾ وإذا لم الرهن استحق المرهن ادامة اليد ﴿ هذا يوافق أن القبض شرط في صحة الرهن وقد سبق للمصنف

(١) عطف على قوله انه اذا جنى (منه قدس سره)

وعلى الراهن مؤنة المرهون وأجرة الاصطبل وعلف الدابة وسقي الاشجار ومؤنة الجذاذ من خاص ماله ولا يمنع من الفصد والحجامة والختان ويمنع من قطع السلع (متن)

التردد في ان المرتهن مطالبة الراهن بالقبض فيقول بما في جامع المقاصد بأن يراد باستحقاقه ادامة اليد أصل الاستحقاق وان كان غير تام فان الحق في ذلك لكل من الراهن والمرتهن ولهذا لا يجوز لاحدهما الاستقلال باثبات اليد عليه انتهى وكأنه غير متجه على شيء من الاقوال الثلاثة أو القولين ولا على شيء من الوجهين في بيان الاشكال السالف على اختلاف الاحتمالات والاقوال وقد سلف للمصنف في مقام آخر أن الراهن لا يجبر على الاقباض فلا بد من مراجعة ما حررنا في أوائل الفصل الخامس في القبض فانا قد أسبغنا الكلام في أن له المطالبة أم لا وهل يجب اجابته أم لا وبيننا الحال في ذلك على جميع الاقوال والاحتمالات ﴿ قوله ﴾ « وعلى الراهن مؤنة الزهن (المرهون خ ل) » حيوانا كان أو غيره كما في (المبسوط) وغيره وقد تقدم (وهو خ ل) وكأنه مما لا خلاف فيه والوجه فيه ظاهر لانه المالك وما رواه العامة عن صلى الله عليه وسلم الرهن من راهنه له غنمه وعليه غرمه ومن طريق الخاصة الظهر يركب اذا كان مرهونا وعلى الذي يركبه نفقته والدر يشرب اذا كان مرهونا وعلى الذي يشربه نفقته وقد قلنا ان المرتهن ممنوع من التصرف وان المنافع للراهن فتكون نفقته عليه وهل يجبر على هذه النفقة الظاهر ذلك وللشافعي وجهان ثانيهما انه لا يجبر بل يبيع القاضي جزءا من المرهون بحسب الحاجة وانه يلحق بما يفسد قبل الأجل ﴿ قوله ﴾ « وأجرة الاصطبل وعلف الدابة وسقي الاشجار ومؤنة الجذاذ من خاص ماله » هذه كلها داخلة في المؤنة ولكنه أراد التنصيص عليها وفي (المبسوط) والتحرير (الدروس) وغيرها ان له رعي المشاية ومن خاص ماله قيد في الجميع وقد خالف أبو حنيفة في أجرة الاصطبل والبيت وأجرة من برد العبد من الاباق وما أشبه ذلك ﴿ قوله ﴾ « ولا يمنع من الفصد والحجامة والختان » كما في المبسوط والتذكرة والتحرير وغيرها وقيد الختان في حواشي الكتب بكونه في الزمان المعتدل وان لا يحمل الحق قبل برئه ولا يحصل بذلك نقص في الثمن قال فله المنع حينئذ ولا يجبر الراهن عليها وكذلك الشاة في المداواة بالادوية التي لا خطر فيها كما في المبسوط والدروس وجامع المقاصد والمسالك ولا يمنع من انزاع الفعل المرهون ولا من الانزاع على الاثني غير الآدمية عند الشيخ في المبسوط ومنع منها في التحرير والدروس وحواشي الكتاب وجوزله في التذكرة ما فيه مصلحة قال ولا يجوز للمرتهن منعه ولا يجبر الراهن على ذلك ونحوه ما ذكره الشهيد وأبو العباس والصبيري والشهيد الثاني حيث قالوا يجوز بما يعود به النفع على المرتهن ان لم يرد الى النقص وقد تقدم الكلام في ذلك في الكلام على منعها من التصرف حيث استثنى ذلك وقلنا هناك قد يقال بمحصل الاذن في ذلك بالفحوى لكنه خرج عن الفرض فليراجع وقد طفت عباراتهم بأن له تأبير التنخل كالشيخ والمصنف والشهيدين (وأبي علي خ ل) والصبيري وغيرهم ﴿ قوله ﴾ « ويمنع من قطع السلع » كما في المبسوط والتذكرة والدروس وغيرها (قلت) المدار على ظن السلامة مع النفع والمصلحة وفي (التحرير) لا يجوز للراهن ضرب الجارية لتأديب وغيره الا باذن المرتهن وفي (المبسوط) اذا ضربه باذنه ومات لم يضمن وان لم يأذن ضمن ويجب أن يقيد هذا بالتأديب المختص بجوازه

ولو رهن الناصب فللمالك تضمين من شاء ويستقر على الناصب وكذا المودع والمستأجر
 والمستعير من الناصب هذا ان جهلوا ولو علموا لم يرجعوا عليه وأحكام الوثيقة كما ثبتت
 في الرهن تثبت في بدله الواجب بالجناية على المرهون والمخضم في بدل الرهن الراهن فان
 امتنع فلا تقرب ان للمرتهن أن يخاضع (متن)

بالمولى لا مطلقا لان الامر بالمعروف واجب عموما ﴿قوله﴾ ﴿ولو رهن الناصب فللمالك تضمين
 من شاء ويستقر الضمان على الناصب وكذا المودع والمستأجر والمستعير من الناصب هذا ان جهلوا
 ولو علموا لم يرجعوا﴾ العالم من هؤلاء الاربعة بالنصب غاصب يرجع المالك عليه ان شاء ويستقر
 الضمان عليه اذا تلف في يده وكذلك الحال في المضارب والوكيل في يمه وأما الجاهل منهم فلا يستقر
 عليه ضمان اذا تلف في يده الا المستعير اذا كانت العارية مضمونة بالاصل كالذهب والفضة أو بالشرط
 لان الجاهل منهم دخل على انه غير ضامن وان العيين أمانة في يده والمغرور يرجع على من غره كما
 سيصرح به في باب النصب وأما المستعير عارية مضمونة فقد دخل على الضمان وقد استقر التلف في يده
 فيستقر الضمان عليه وقد يحتمل ضعيفا لعدم لغروره وليس بشيء لان الضمان غير ناش عن النصب بل
 عن كونها مضمونة كما هو ظاهر وأما حال الجاهل منهم باعتبار رجوع المالك عليه فالظاهر منهم في غير
 موضع كما تقدم مرارا وكما يأتي في باب النصب ان له الرجوع عليه و به صرح جماعة كالحقق الثاني في باب العارية
 وظاهر التذكرة الاجماع عليه حيث قال في المقام الحق عندنا نعم لكن ظاهر الكتاب في باب العارية انه لا يرجع
 على الجاهل منهم قال ولو استعار من الناصب عالما بالنصب فللمالك الرجوع على من شاء بالاجرة وارش
 القصد والقيمة لو تلفت ويستقر الضمان على المستعير ومع الجهل يضمن الناصب الجميع الا ان يكون
 ذهبا أو فضة انتهى وقد تأول كلامه في جامع المقاصد بان المراد ان مع الجهل يستقر الضمان على
 الناصب وليس المراد انه ليس له الرجوع عليه والمودع في العبارة بفتح الدال ﴿قوله﴾ ﴿واحكام
 الوثيقة كما تثبت في الرهن تثبت في بدله الواجب بالجناية على المرهون﴾ أي فيكون رهنا كالاصل فيجمل
 في يد من كان الاصل في يده من المرتهن أو العادل وهل يكون رهنا من حين ثبوته او بعد تعيينه
 احتمالان للثاني انه قبل التعيين دين والدين لا يكون رهنا فاذا تعين صار مرهونا والحالة المتخللة
 كخبر العصير ونحوه بعد ذلك وللادول ان المسلم انه لا يرهن اتما هو الدين ابتداء وقد اطلق في
 المبسوط وغيره ان بدل الرهن رهن وقد سبق مثل هذا واعاده لسكونه انص واشمل مع ما فيه من
 التمهيد ﴿قوله﴾ ﴿والخضم في بدل الرهن الراهن﴾ مما لا أجد فيه خلافا حتى من العامة اذا لم
 يتمتع عن الخصومة لانه هو المالك لرقبه والارش ملكه وليس للمرتهن الا حق الوثيقة فان احب
 المرتهن ان يحضر خصومته كان له ذلك فاذا قضى الراهن بالارش تعلق به للمرتهن حق الوثيقة وكذلك
 العبد المستأجر والمودع المخضم فيها المالك ﴿قوله﴾ ﴿فان امتنع فلا تقرب ان للمرتهن أن
 يخاضع﴾ كما في التذكرة والايضاح وجامع المقاصد لان حقه متعلق به كما لو كان الجاني سيده فكأن
 له الطلب به والوصول الى تحصيله ولما في منعه من ذلك من الضرر وقد يظهر من المبسوط والتحرير
 المبيح لا يتقاه كونه مالكا فلا يستحق المطالبة (وقد يقال) ان المدار في استحقاق المطالبة على ثبوت الحق

ولو نكل الغريم حلف الراهن فان نكل ففي احلاف المرتهن نظر فان عفا الراهن فالاقرب
أخذ المال في الحال لحق المرتهن فان اتفك ظهر صحة العفو والا فلا (متن)

وهو اعم من الملك ومثل امتاعه ما اذا كان غائباً او اخر المطالبة ﴿ قوله ﴾ (ولو نكل الغريم
حلف الراهن) اذ اردت اليمين عليه قولاً واحداً ﴿ قوله ﴾ (فان نكل ففي احلاف المرتهن
نظر) وفي التذكرة للشافعي قولان كما في يمين الغريم اذا نكل الوارث وفي (التحرير والايضاح وحواشي
الشهيد وجامع المقاصد) انه لا يجوز له ان يحلف لان يمين شخص لا يثبت مال غيره مما اجم على عدم
شريعته فالتوصل الى حقه انما يسوغ حيث تكوّن الوسيلة جائزة شرعاً ورفق بينه وبين استحقاق
المطالبة لعدم المانع من الثاني وعدم توقفه على شيء بخلاف الاول ووجه الجواز ان حقه متوقف على
اليمين وبدونه يلزم الضرر بضاعه فيجوز له اثباته باليمين وقد ظهر وجه ضعفه ﴿ قوله ﴾ (فان
عفى الراهن فالاقرب اخذ المال في الحال لحق المرتهن فان اتفك ظهر صحة العفو والا فلا) قال في
(التذكرة) ان عفى الراهن لم يصح عفوّه وفيه قول ان العفو موقوف ويؤخذ المال لحق المرتهن فان
اتفك برد الى الجاني وبان صحة العفو والا بان بطلانه انتهى وقد اختاره هنا واستدل عليه في (الايضاح)
بان فيه جمعا بين الحقيين وبانه لا مانع الا حق المرتهن فاذا اتفك انتهى المانع ثم بين وجه قول المصنف
ظهر صحة العفو بان الامور العدمية لا توصف بانها موقوفة بل تكون مراعاة وما يدل على صحتها
كاشف والكاشف هو دليل على سبق العلة المؤثرة التامة واما الموقوف عليه فهو من تمام العلة أعني
علة الصحة او لزوم (قلت) ندر الاعداء المتقرب بها اذا كان معلقاً كانت موقوفة ومثاله تمام علة الصحة
اجازة المالك عقد الغضولي بناء على انها ناقلة ومثال لزوم اسقاط ذي الخيار خياره وحاصل كلامه
بيان الفرق بين المراعى والموقوف بان المراعى يكون وجود ما يتوقف عليه الحكم به كاشفاً عن صحته
في نفس الامر حين وقوعه والموقوف يكون وجود الموقوف عليه الحكم سبباً فالامور العدمية يتمتع ان
تكون موقوفة والعفو عديم لان المقصود منه الاسقاط وهو اعدام ما في القدمة فيكون مراعى انتهى
فيلحظ ذلك ويتأمل فيه وقد عبر في التذكرة بان العفو موقوف وقد تقدم لنا في الفصل الثالث في
العاقبة في اوائل الكتاب ماله نفع في المقام وضعف استدلال الايضاح في جامع المقاصد بانه لم يتحقق
ثبوت حتى للجاني الى الآن ليجمع بينه وبين حق المرتهن ومأنية حق المرتهن من صحة العفو تقتضي
بطلانه وقت انشائه فكيف تنكشف بعد صحته في حال وجود المانع واورد على ما ذكره من تفسير معنى
المراعى والموقوف ورتب عليه ان العفو مراعى ان العفو اما ان يكون سبباً تاماً اولاً فان كان الاول لزم اما
تأثيره مع وجود المانع او بطلانه وان كان الثاني لزم كونه موقوفاً انتهى (قلت) قد سلف له فيما اذا عقد
الراهن على الرهن ثم اتفك (اتفك خ ل) ان الاقرب لزوم العقد ووجهه بان المأني به سبب تام غاية
ما في الباب ان المانع موجود وهو لا يخل لوجود السبب التام من الراهن الذي هو المالك وهو يتأني
ما هنا ثم ان قضية ذلك ان لا يصح عتق الراهن اذا اتفك الرهن بعد ذلك كما هو خيرة الشهيد وغيره
لكن الظاهر ان اكثر المتأخرين على النفوذ لانه مبني على التعليل فيخرج بذلك عن ذلك ويتنى
الحكم هنا هو البطلان لوجود حق المرتهن المتأني لوقوع العفو وقد استوفينا الكلام في المتق وغيره
من الايقاعات والمقود اذا اوقعا الراهن ونقبتها التلك او الاجازة وانه هل بينها فرق ام لا وهل

ولو أبرأ المرتهن لم يصح والاقرب بقاء حقه فان الابراء الفاسد يفسد ما يتضمنه كما لو وهب
الرهن من غيره ولو اعتاض عن الدين ارتفع الرهن (متن)

يفرق فيها بين ما تعبه الفك وبين ما تعبه الاجازة في اوائل الفصل الثالث في العاقد فليرجع اليه من
اراد الوقوف عليه عند شرح قوله فلو بادر احدهما بالتصرف لم يقع باطلا بل موقوفا الى آخره وحكي
في الايضاح عن المصنف وجها ثالثا وهو صحة العفو وانه يضمن الراهن للجاني مع عدم الفك لان
ماله ذهب في قضاء دينه فلزمه غرامته كما لو استعارة للرهن واستغربه المحقق الثاني وهو كذلك
وكيف كان فالاصح فيما نحن فيه بطلان العفو وانه له اخذ المال في الحال كما هو خيرة التذكرة كما عرفت
والتحريم وجامع المقاصد وينبغي لكل من قال يبطلان عتق الراهن فيما سلف ان يقول به هنا بالاولى
لان حق المرتهن متعلق بالعين وارشها وبدلها والراهن ممنوع من التصرفات التي تنافي ذلك لكن
الاوفق بالتواعد والموافق لما سلف لنا ان العفو يقع موقوفا اي مراعى كما هو الشأن في العقود
والايقاعات وربما احتمل عدم جواز اخذ المال في الحال وهو خلاف الاقرب في كلام المصنف لان
العفو عنده لا يقع باطلا بل مراعى كما عرفت فاذا وقع العفو ربما نفذ في الواقع وان لم يظهر لنا لتوقف
الانكشاف على الانفكاك وعدمه فكيف يؤخذ حق محتمل ان لا يكون ثابتا في الواقع وضمنه ظاهر لان
المقطوع به لا يدفع بالمحتمل اذ حق المرتهن مقطوع به فكيف يترك لأمر محتمل هذا على تقدير عدم
بطلان العفو والمراد بالمال في عبارة الكتاب ما اوجبه الجناية او الائتلاف ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أبرأ
المرتهن لم يصح ﴾ قولا واحدا لانه ليس بمالك للارث فكيف يبرأ منه وصيغته ان يقول اسقطت
الارث وابرئت منه او يقول ابرأتك مما في ذمتك وهذا اوفق بلفظ التضمين الذي يأتي في كلام
المصنف وعلى الاولين يكون اطلاق التضمين على المجاز والتوسع لان سقوط حقه لازم لصحة الابراء
﴿ قوله ﴾ ﴿ والاقرب بقاء حقه فان الابراء الفاسد يفسد ما تضمنه كما لو وهب الرهن من غيره ﴾
كما هو خيرة جامع المقاصد لان الابراء فاسد قطعاً وقد تضمن سقوط حقه لامتناع بقاء حقه مع صحة
الابراء في حق التضمين فاسد فالتضمن كذلك اذ لا يثبت التابع من حيث هو تابع مع انتهاء
متبوعه كما هو الشأن فيما اذا وهب المرتهن المرهون من انسان فالبينة باطلة والرهن باق ولان سقوط
حقه اما ان يثبت بتصريحه والمفروض انه لم يصرح او باثبات عتقه كقوله صلى الله عليه وسلم اينقص
اذا جف والعملة هنا متضمنة اعني ابراء المرتهن لانه باطل او باثبات ملزومه كقوله اعتق عبدك عني فانه
يستلزم الملك ولا ملزوم هنا وفي (التذكرة والحرير) ان الاقرب سقوط حقه من الوثيقة بهذا الابراء
ويخلص المأخوذ للراهن كما لو صرح باسقاط حق الوثيقة لان الابراء اذا اقتضى امرين قد امتنع صحة احدهما
لما عرفت فان الآخر يصح اقتصارا بالبطلان على موضعه ولان ابراءه ابلغ في اسقاط حقه من الصيغة المصرحة
به لانه حكم بنفي العلة والحكم بنفيها ابلغ في نفي المعلول وهو تعلق حق الزهانة به من الحكم بنفيه خاصة
من دون الحكم بنفي عتقه لانه استدلال بالعلة على المعلول فكأن لما ولعله مال اليه او قال به في
الايضاح وانت خير بان ذلك كذلك اذا كان الابراء صحيحا وفي (جامع المقاصد) انه ضعيف
﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو اعتاض عن الدين بطل الرهن ﴾ يبطل الرهن بالقضاء والابراء والحوالة والضمان
والاقالة المسقط لتضمن المرهون به والمسلم فيه المرهون ويضخ الرهن منها او من المرتهن وحده ويتلف

ولو أدى بعض الدين بقي كل المرهون رهنا بالثاني على اشكال أقربه ذلك ان شرط كون الرهن رهنا على الدين وعلى كل جزء منه (متن)

المرهون بأفة سماوية ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أدى بعض الدين بقي كل المرهون رهنا بالباقي على اشكال أقربه ذلك ان شرط كون الرهن رهنا على الدين وعلى كل جزء منه ﴾ لو أدى بعض الدين او ابرأه هو منه بقي كل المرهون رهنا بالباقي لان الرهن رهن على الحق وعلى كل جزء منه نظرا الى غالب الوثائق فان الاغلب تعلق الاغراض باستيفاء الدين عن آخره من الرهن كما هو خيرة المبسوط والتذكرة والتحرير والمختلف والدروس وظاهر السرائر وفي (المبسوط) الاجماع عليه (وقد يفتى) عليه بعد الاجماع وهو الحجة ان التيسيط يقتضي انه اذا تلف جزء من المرهون لا يبقى (الباقي خل) الرهن رهنا على الكل بل على جزء يقتضيه الحساب وهو باطل قطعاً فكان الشأن فيه كما هو الشأن في حق الحبس وعق المكاتب فانه يبقى ما بقي شيء من الثمن ولا يعنى من المكاتب شيء ما بقي المال وكان المحقق الثاني والمولى الخراساني مرددان حيث لم يرجعاً شيئاً واختار المصنف هنا وولده في الايضاح التوزيع والتيسيط وقد حكاه الشهيد في حواشيه عن خط المصنف ومال اليه صاحب المسالك لان رهن المجموع بالمجموع يقتضي مقابلة الاجزاء بالاجزاء اذ لا يظهر من مقابلة الجملة بالجملة مقابلة الجملة بالاجزاء كما هو مقتضى كل معاوضة كالبيع ونحوه فاذا برأ من بعض الدين ينفك من الرهن بحسابه فن النصف النصف ومن الثلث الثلث وهكذا لان اطلاق المقابلة بين الامرين يقتضي ذلك (وفيه) بعد مخالفته للاجماع المتقول انه يشكل بما أشرنا اليه آنفاً من انه اذا تلف جزء من المرهون أن لا يبقى الباقي رهنا على مجموع الدين بل على جزء يقتضيه الحساب وهو باطل اجماعاً (وقد يجاب) بما ذكرناه في توجيه الاحتمال الاول من تعلق الغرض باستيفاء الدين كله من الرهن فرجعه الى دلالة العرف على هذا المعنى فيصير حاصله انه ينفك من الرهن مقابل ما أدى من الدين فاذا تلف مثلاً نصف الرهن بعد الاداء لمقابلته كان نصف الباقي رهنا ونصفه طلقاً ولا كذلك لو تلف نصفه قبل اداء شيء من الدين فان الباقي كله رهن على جميع الدين وهذا القول لم يذكره الشهيد في الدروس وهناك احتمال ثالث نسبة في المسالك الى المصنف في القواعد وقد يلوح من أول كلام الايضاح انه خيرة الكتاب لكنه في آخر كلامه صرح بما حكيناه عنه وفهمناه من عبارة الكتاب لكن الشهيد في الدروس لم يذكر الا هذا الاحتمال والاحتمال الاول وظاهره ان في المسئلة قولين لا غير عكس ما في جامع المقاصد حيث لم يتعرض له أصلاً واتماً ذكر الاول والثاني (وكيف كان) فهو أن الرهن انما وقع في مقابلة مجموع الدين من حيث انه مجموع فاذا ارتفع بعض الدين بأحد الاسباب ارتفع المجموع ضرورة ارتفاعه بارتفاع بعض أجزائه فعلى هذا يبطل الرهن بسقوط جزء مامن الدين وان قل وهو كما ترى يخالف العرف والمعروف في الوثائق وعلى تقدير صحته لو بدل الراهن شيئاً من الدين ففي وجوب قبوله في غير ما يلزم منه قصص المال كمال السلم وثمن المبيع نظر من أدائه الى الضرر بالانفاسخ ومن وجوب قبض بعض الحق في غير ما ذكر ويمكن أن يلحق هذا الفرد بتقص المالة فان ابطال الرهن موجب لتقص خصوصاً مع اعسار الراهن فيؤدي الى الضرر المنفي ويحبي هذا الاشكال فيما اذا شرط في متن عقد الرهن أن يكون كذلك ويحتمل قواجدا حينئذ وجوب القبول لتقصية الشرط وقد علم ان هذا كله اذا أطلق أما اذا شرط كونه رهنا على المجموع لا على كل جزء منه أو شرطاً

ولو رهن عبيدين فكل منهما رهن بالجميع إلا أن يتعدد العقد والصفقة أو مستحق الدين أو المستحق عليه (متن)

كونه رهنا على كل جزء لزم الشرط قولاً واحداً إذ لم أجد فيه متأملاً ولا مخالفاً بل في جامع المقاصد أنه لا نزاع فيه وكذا لو شرط أن يكون كل جزء رهناً في مقابلة كل جزء وإن لم يذكره وقد تقدم في أول الفصل الثالث في العاقد ماله نفع تام في المقام ويقتضى الكلام فيما في جامع المقاصد من أنه قد يتوهم عدم افتاء المصنف نظراً إلى أن المذكور في كلامه هو الحكم مع الاشتراط ولا نزاع فيه لأن النزاع مع عدم الشرط وليس كذلك لأن الأقرب يقتضي التوى إذ لا يتطرق الاحتمال مع الشرط إنما يتطرق بدونه انتهى والعبارة وما نقله الشهيد يشهدان بخلاف ذلك وكثيراً ما يقول في معقد الاجماع انه أقرب وله وجوه أخر وهو انه قد يكون متأملاً في صحة الشرط للزوم التناقض فيه ظاهراً مع مخالفته لمقتضى المعاوضات كما عرفت آنفاً ﴿ قوله ﴾ « ولو رهن عبيدين فكل منهما رهن بالجميع » الموافق لمذهبه هنا أن يكون هذا بناء على اشتراط ذلك وعليه فالأولى الاتيان بالفائدة ولا (يحصل خ ل) تظهر حينئذ فائدة الاستثناء لا يمكن الاشتراط في المستثنى وإن بعد فليأمل ويحتمل أن يكون ذلك منه بناء على انه مع الاطلاق يثبت رهن الجميع بالاباض ﴿ قوله ﴾ « إلا أن يتعدد العقد والصفقة » كما إذا رهن نصف العبد بعشرة مثلاً في صفقة ونصفه الأخرى في صفقة أخرى فإنه إذا قضى دين أحد النصفين خرج ذلك النصف عن الرهن وبقي الآخر رهناً بدينه المختص فظهر أن المراد بالصفقة دينه المرهون به واقتصر في التذكرة في المقام على ذكر تعدد العقد ولم يذكر الصفقة ومثل له بما ذكرنا والمصنف هنا ذكر الصفقة عاطفاً لما بالواو دون أو كما في مستحق الدين والمستحق عليه ولعل ذلك لأن تعدد العقد مع اتحاد العوض المرهون به لا يقتضي أن لا يكون كل من الرهين رهناً بذلك الدين بخلاف مستحق الدين والمستحق عليه فإن تعددهما محل بذلك فيندرج من ذلك أن المدار على تعدد الصفقة (١) ولا أثر لتعدد العقد واتحاده مع تعددها (٢) وظاهر العطف بالواو يشعر باعتبارها إلا أن يقال إنما أراد رفع المتبادر (المتبادر خ ل) والشهيد في حواشيه مثل لتعدد العقد بما إذا قال رهنتك هذين العبيدين على ثلاث مائة أما هذا فعلى مائتين وأما هذا فعلى مائة قال ويسمى هذا عند أهل المعاني لغاوتشراً ولعله حاول انه يمكن أن يتعدد العقد وتحدد الصفقة ولا يكون كل من الرهين رهناً بذلك الدين (وفيه) أن هذا مما تعددت فيه الصفقة أيضاً إن كان العقد فيه متعدداً ومثل أي الشهيد لتعدد الصفقة بما إذا رهن كل عبد في صفقة مفردة بإيجاب وقبول وكان في نسخته عطف الصفقة بالواو فليأمل ﴿ قوله ﴾ « أو مستحق الدين » هذا تقدم الكلام فيه في الفصل الثالث في العاقد عند شرح قوله ولو تعدد المرتهن واتحد العقد من الواحد فكل منهما مرتين للنصف خاصة وفي التيسيط مع اختلاف الدين اشكال فإن وفي أحدهما صار النصف طلقاً إلى آخر كلامه ﴿ قوله ﴾ « أو المستحق عليه » هذا أيضاً تقدم الكلام فيه في الفصل المشار إليه عند شرح قوله ولو استداننا ورهنا ثم قضى أحدهما صارت حصته طلقاً إلى آخر كلامه ولم تعرض هناك لحال التسمية لأن المصنف تعرض لها هنا كما يأتي قريباً ﴿ قوله ﴾

(١) أي الدين (منه) (٢) الاقسام أربعة وكلها متصورة وحكمها معلوم (منه قدس سره)

ولا اعتبار بتعدد الوكيل ولا المالك في المرهون المستعار من شخصين ولو دفع أحد الوارثين نصف الدين لم ينفك نصيبه على اشكال اما لو تعلق الدين بالتركة وأدى أحدهما نصيبه فالأقرب انفكاك حصته اذ لا رهن حقيقي هنا واذا انفك نصيب أحد مالكي المرهون فأراد القسمة قاسم المرتهن بعد اذن الشريك سواء كان مما يقسم بالاجزاء كالمكيل والموزون أولا كالعبيد (متن)

﴿ولا اعتبار بتعدد الوكيل ولا المالك في المرهون المستعار من شخصين﴾ لان الوكيل وان تعدد يده يد الموكل وكذا لو تعدد المير مع اتحاد الزاهن لان الانتفاع بالعين المستعارة في جعلها رهنا حق للراهن والخالف في ذلك الشافعي في أحد قولييه فانه قال في أحد القولين لو كان لاثنتين عبد فاستتاره واحد ليرهنه ثم أدى نصف الدين عن نصيب أحدهما بعينه انفك كما لو رهن رجلان من رجل ثم أدى أحدهما نصيبه فقد نظر الى تعدد المالك وقطع النظر عن المستعير العاقد وهذا قد احتمله في التحرير وعليه فان علم المرتهن تعدد المالك فلا خيار والا احتمل ثبوته وعدمه ﴿قوله﴾ ﴿ولو دفع أحد الوارثين نصف الدين لم ينفك نصيبه على اشكال﴾ هذا أيضا تقدم الكلام فيه في الفصل المشار اليه ورجعنا هناك عدم الانفكاك لان الرهن في الابتداء انما صدر من واحد وقضيته على المختار حبس كل المرهون الى أداء كل الدين واحتمال الانفكاك ملحوظ فيه ان الشأن فيه الآن كما لو رهن في الابتداء اثنان وكيف كان فلاشكال من المصنف لعله في غير محله بل اختياره انه مع الاشتراط يكون الرهن رهنا بكل جزء وبدونه على ما يقتضيه التسبيط اذ مع الاشتراط لا ينفك قطعا وبدونه يقتضى التسبيط يلزم الانفكاك وفي (حواشي الشهيد) أن هذا مبني على ما تقدم وهو انه رهنه على الدين وعلى كل جزء منه ﴿قوله﴾ ﴿أما لو تعلق الدين بالتركة فأدى أحدهما نصيبه فالأقرب انفكاك حصته اذ لا رهن حقيقي﴾ يريد أنه لو مات من عليه الدين وتعلق الدين بتركته فقتضى بعض الورثة نصيبه من الدين فالأقرب انفكاك حصته لان تعلق الدين بالتركة ان كان كتعلق الرهن فهو كما لو تعدد الراهن على أنه لا رهن في الواقع وان تعلق الدين بها أضعف من تعلق الدين بالرهن ولهذا يمنع الراهن من التصرف اجماعا بخلاف الوارث ففيه خلاف والاصح منه أيضا كما بيناه فيما تقدم وان كان كتعلق الارش بالجاني فهو كما لو جنى العبد المشترك فأدى أحد الشريكين نصيبه فانه يتقطع التعلق عنه واحتمال عدم يبنى على ما اذا أقر أحد الورثة بالدين وأنكر الآخر فعلى القول بأنه يجب على المقر أداء جميع الدين من حصته من التركة لانفك وعلى القول بأنه لا يجب عليه ذلك كما هو مذهبنا انفكت حصته وقد تقدم الكلام في المسئلة أيضا في الفصل المشار اليه ﴿قوله﴾ ﴿وان انفك نصيب أحد مالكي المرهون وأراد القسمة قاسم المرتهن بعد اذن الشريك سواء كان مما يقسم بالاجزاء كالمكيل والموزون أولا كالعبيد﴾ اذا أئحد المرتهن وتعدد الراهن فهو أراد القسمة من انفك نصيبه من الراهين فهي (المبسوط والتذكرة) انه ليس له أن يطالب المرتهن بالقسمة بل المطالب الشريك وانه لا يجوز للمرتهن أن يقاسمه الا باذن الشريك ونحوه ما في التحرير ووجهه أن حق المرتهن تعلق بمالك الراهن فقط وتمييز ملكه عن ملك الشريك انما يكون برضاها ولا دخل للمرتهن في ذلك نعم لو لم من القسمة قصان ورضي

وإذا قال المالك بيع الرهن لي واستوف الثمن لي ثم أقبضه لنفسك فالأقرب صحة الجميع
لكن لا يكفي في الاستيفاء لنفسه مجرد الامساك بل لا بد من وزن جديد أو كيل لأن
قوله ثم استوف لنفسك يقتضي الأمر بتجديد فعل (متن)

به الشريك أن توقف على رضا المرتهن ثم انه جوز في المبسوط أن يقاسمه المرتهن وان لم يأذن الشريك
إذا كان الرهن من المكيل والموزون وقد نه المصنف هنا على خلافه بقوله سواء كان مما يقسم بالاجزاء
الى آخره لكنه قال في (المبسوط) ان الاحوط أن لا تجوز القسمة الا برضاه في كل شيء وأما في صورة العكس
كما إذا تعدد المرتهن وأحمد الزاهن وقد وفي أحدهما وطلب القسمة أجيب حيث لا ضرر على المرتهن الآخر
والا أقر الزهني في يد المرتهن نصفه رهن ونصفه أمانة والمقاسمة هنا بين المالك والمرتهن كما تقدم بيان ذلك
كله في الفصل الثالث ومما ذكر يعرف الخال فيما إذا تعدد أي الزاهن والمرتهن ﴿ قوله ﴾ (إذا
قال المالك بيع الرهن لي واستوف الثمن لي ثم أقبضه لنفسك فالأقرب صحة الجميع) كما في التذكرة
والدروس وجامع المقاصد لأن كلا منهما جائز مع الانفرد فكذا مع الاجتماع إذا لا مانع وقد تقدم
الكلام في مثله في باب البيع في الفصل الثاني في التسليم عند شرح قوله لو قال اشتره طعاما وأقبضه
لي ثم أقبضه لنفسك صح الشراء وفي القبض قولان وقد استوفينا الكلام هناك وبيننا أن القبض
صحيح واستدلنا عليه بالاخبار وقلنا ان المخالف الشيخ والقاضي لانه لا يجوز أن يتولى طرفي
القبض وأن التردد صريح الشرائع وظاهر الكتاب هناك والتحرير والايضاح ﴿ قوله ﴾
﴿ لكن لا يكفي في الاستيفاء لنفسه مجرد الامساك بل لا بد من وزن جديد أو كيل لأن قوله ثم
استوف لنفسك يقتضي الأمر بتجديد فعل ﴾ كما في التذكرة غير انه عبر بالاشار لا بالاعتراض. قال
لأن قوله ثم استوفه لنفسك مشعر باحداث فعل فلا بد من اذن جديد فقد زاد اعتبار الاذن
أيضا وقال في (الدروس) لدلالة اللفظ عليه وزاد اعتبار النقل فيما ينقل (قلت) ومثله لو قال ثم
امسك لنفسك فالنشأ فيما ذكره ليس كلمة ثم والا للزم انه لو قال واستوف بدون ثم لم يحتاج الى
التجديد ولا مادة الاستيفاء والقبض والا للزم انه لو قال وليكن وفاك أو عوضا عن دينك أو
نحو ذلك لم يحتاج الى التجديد أيضا وظاهر الكتاب ان المنشأ هو الاذن الصادر بصيغة الأمر
وقضيته انه لو صدر بقوله وأنت مأذون بأن تتصرف فيه من قبل دينك أو قد جعله وفاك لك
أو نحو ذلك لم يحتاج الى تجديد ولعله أراد ان المنشأ هو الاذن في الاستيفاء والقبض بناء على أن الكيل
والوزن يجبان في المكيل والموزون من حيث كونها قبضا يترتب عليهما ما يترتب على القبض الذي هو
النقل أو الاخذ باليد فلا يكفي الاعتبار السابق كما هو مذهب جماعة وقد استوفينا الكلام فيه في باب
قبض المبيع أكمل استيفاء ويتأخر الحاجة الى ذلك واستندنا في ذلك الى الاخبار وكلام الاصحاب
في مواضع متفرقة وقلنا كلام المصنف في المقام وينبغي زيادة النقل في العبارة كما في الدروس ولعله
انما خصهما بالذكر لكان الخلاف في أنهما شرط في صحة البيع أو في تحقق القبض فتأمل في ذلك
واحتمل في الدروس الا كفا. بدوام اليد كقبض الرهن والهبة من المودع والفاصل والمستعير (قلت)
وقد تقدم عند شرح قوله ويكفي الاستصحاب فلو كان في يد المرتهن لم يفترق الى تجديد قبض ولا

ولو قال بعه لي واقبضه لنفسك صح البيع دون القبض لانه لم يصح قبض الرهن لكن ماقبضه يكون مضمونا عليه فان القبض الفاسد يشابه الصحيح في الضمان ولو قال بعه لنفسك بطل الاذن لانه لا يتصور ان يبيع ملك غيره لنفسه ولو قال بع مطلقا صح
 ﴿الفصل السابع في التنازع﴾ لو اختلفا في عقد الرهن قدم قول الراهن مع يمينه (متن)

مضي زمان يمكن فيه ماله نفع في المقام وقال في (جامع المقاصد) في كلام المصنف نظر للنفع من كون الاذن في الاستيفاء أمرا بتجديد فعل ولو سلم فائبات اليد في كل زمان متجدد فعل جديد ولو سلم انه ليس كذلك فلا يتعين للفعل الجديد الكيل في المكيل والوزن في الموزون انتهى فليتأمل فيه جيدا
 ﴿قوله﴾ (ولو قال بعه لي واقبضه لنفسك صح البيع دون القبض لانه لم يصح قبض الرهن) هذا كله حكاية عن الشافعي في التذكرة واختاره فيها صحة القبض لانه يتضمن التوكيل وفيه (الدروس) الاقرب جوازها لنفسه باذنه وان لم يقبضه الراهن وان كان مكيلا او موزونا او طعاما ولو كان غير مقدر بهما فالظاهر انه لا اشكال فيه لصحة بيع ذلك قبل قبضه عندنا بنبر اختلاف وفي (جامع المقاصد) ان قبض الراهن ليس شرطا لصحة البيع ولا لملك الثمن فبمجرد البيع يملك الراهن الثمن واداء الدين بما يملكه الراهن صحيح (قلت) ان كان الثمن مشخصا فبمجرد البيع يملكه الراهن وان كان في الذمة فبمجرد البيع يملك عليه امر كليا في الذمة فاذا قبضه لنفسه فهو باق على ملك المشتري فكان قوله اقبضه لنفسك بمنزلة بعه لنفسك فلا بد من التنزيل على التوكيل كما هو الشأن فيما اذا امره ببيعه في بلد بعيد عن بلده فان قوله له حينئذ اقبضه لنفسك توكيل له في قبضه عنه وامر له بالاستيفاء وقد قلنا انه يتحقق القبض في المكيل من دون كيل ومعنى قوله لم يصح قبض الراهن انه لم يحصل قبضه وقبض المرتهن فرع عليه ﴿قوله﴾ (لكن ماقبضه يكون مضمونا عليه فان القبض الفاسد يشابه الصحيح في الضمان) معناه انه اذا قبضه لنفسه وكان القبض فاسدا اقتضى الضمان لكونه قصد دخوله في ملكه المستلزم انه اذا تلف يكون منه وهذا القدر يكون هو المراد من الضمان بالقبض الصحيح ﴿قوله﴾ (ولو قال بعه لنفسك بطل الاذن لانه لا يتصور ان يبيع ملك غيره لنفسه ولو قال بع مطلقا صح) المخالف في الاول الشافعي في أحد قولييه لان السابق الى الفهم من الامر بالبيع ان يبيع الانسان لغرضه وهو التوصل الى قضاء الدين فيلغى قوله لنفسك وله في الثاني احتمالان أحدهما صحة الاذن والبيع ووقوعه للراهن كما لو قال لاجنبي بعه وهو الذي صرح به أصحابنا الذين تعرضوا له بتزيلا للمطلق على الصحة والثاني المنع لان البيع مستحق للمرتهن فيقيد الاذن به ولانه منهم في ترك النظر استعجالا للوصول الى الدين وهو كما ترى ظاهر الفساد لانه لو باعه بدين أو عين له الثمن سقط التعليان على الاول لعدم الاستحقاق والهمة والثاني على الثاني ﴿الفصل السابع في التنازع﴾ ﴿قوله﴾ (لو اختلفا في عقد الرهن قدم قول الراهن مع يمينه) لانه منكر بمعانيه الثلاثة لانه لا يترك روافق قوله الاصل بمعانيه الثلاثة والظاهر بمعنييه لانه مسلم والظاهر انه لا يخل بواجب وقد يكون هذا أصلا والظاهر براءة ذمته والظاهر ان الحكم محل وفاق وتركه الجميع لظهوره حتى لو كان هناك ظاهر كأن تكون العين في يد المدعي وبمحصل الاختلاف المذكور أعني الاختلاف في وقوع العقد وعدمه لانه هو المراد هنا

ولو ادعى دخول النخل في رهن الأرض قدم قول الراهن في انكار الدخول والوجود عند الرهن فإن كذبه الحس وأصر جعلنا كلا وردت على المرتهن اليمين وان عدل الى نفي الرهن حلف (متن)

لان الاختلاف في أحواله سيأتي فان القول قوله أيضا لان اليد لادلالة لها على الرهن على الملك (١) ولهذا لا تجوز الشهادة بها على الرهن ولا يكون من قبيل ما لو ادعى الزوج الاتفاق على الزوجة مع اجتماعهما ويساره وأنكرته فعه الظاهر ومعها الاصل ثم انا اطعن على التذكرة فوجدناه قال لو اختلفنا في أصل العقد فقال رب الدين رهنتي بكذا وأنكر المسالك كان القول قول الراهن مع يمينه سواء كان الشيء المدعى هنا رهنا في يد الراهن أو المرتهن ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو ادعى دخول النخل في رهن الأرض قدم قول الراهن في انكار الدخول والوجود عند الرهن فإن كذبه الحس وأصر جعلنا كلا وردت على المرتهن اليمين وان عدل الى نفي الرهن حلف ﴾ فسر العبارة في جامع المقاصد بان المرتهن ادعى دخول النخل في عقد الرهن الجاري على الأرض فإن أنكر الراهن الدخول فالقول قوله بيمينه وكذا لو أنكر وجود النخل في وقت رهن الأرض فإن ذلك كاف في الجواب لاستزمامه في رهنه انتهى فقد جعل انكار الوجود وانكار الدخول من سنخ واحد كأن يكون قال له انك قلت رهنك الأرض وما فيها فقال له في انكار الدخول أما قلت رهنك الأرض فالنخل ليس بداخل وفي انكار الوجود لا يجيب الا بأن النخل لم يكن موجودا (قلت) قد يكون المراد في انكار الدخول ما فهمه الشهيد في حواشيه بأنه قال نعم قلت رهنك الأرض وما فيها لكن النخل لم يكن موجودا فلم يكن داخلا على ما فهمه المحقق المذكور انه أنكر العقد على النخل وعلى ما فهمه الشهيد انه إنما أنكر الوجود لا العقد وينتجى على التفسيرين ان الحس لو كذب الراهن وأصر على انكار الوجود لا يحتاج الى جعله نا كلا ورد اليمين على المرتهن فلا مناص عما حكاه الشارح عن الشهيد من احتمال عدم اليمين لظهور كذب الراهن كما انه لو كذب الحس دعوى المرتهن الدخول اتفتت دعواه ولا حاجة الى اليمين وعلى تفسيره لا بد من اليمين لانها حينئذ تثبت رهن النخل ولا يلزم من الكذب في عدم الوجود الكذب في عدم الدخول ولعل الذي دعاه الى ذلك تصحيح عبارة المصنف والا فعلى ما فهمه الشهيد لا يتضح وجه قوله فإن كذبه الحس وأصر جعلنا كلا ولا يصح قوله وان عدل الى نفي الرهن حلف لان معناه انه اذا عدل عن الاصرار على الجواب بأنه لم يكن موجودا الى دعوى أنني لم أقل رهنك الأرض وما فيها فيكون عدولا الى نفي الرهن كما قال في انكار الدخول ومن المعلوم ان هذا لا يصح منه بعد اقراره بأنه رهنه الأرض وما فيها لكنه حينئذ لا معنى لتقيده قول المصنف وان عدل الى نفي الرهن حلف بقوله انما يصح جوابه هذا اذا لم يسبق منه ما ينافيه فإن سبق ما ينافيه كأن أقر بأنه رهنه الأرض وما دار عليه حائطها مثلا فانه لا يحلف حينئذ لدخول النخل بمقتضى القطع بوجوده وقت العقد انتهى وهذا ينقض ما صححه ويشهد بصحة كلام الشهيد فتأمل جيدا ولعل الاصح أن تحمل العبارة على ان المدعى ادعى انه قال رهنك الأرض وما فيها فإن واقعه الراهن كان النخل داخلا ولا حاجة الى الاحلاف ولا يسمع انكاره فيها بعدوان أجاب بأنها لم تكن موجودة واقتصر على ذلك طلوب بجواب دعوى الراهن فإن أصر على انكار الوجود المعلوم كذبه فيه جعلنا كلا فان رجوع الى نفي الرهن حلف لانه لا يلزم

(١) كذا وجد الظاهر ان صوابه بل على الملك (مصححه)

ولو ادعى عليهما رهن عبدهما فلا حدما اذا صدقه أن يشهد على الآخر ما لم يجز نفعاً بان يشهد بالرهن على الدين وعلى كل جزء منه ولو كذبه كل منهما عن نصيبه وشهد على شريكه لم تقبل شهادتهما لزعمه أنهما كاذبان (متن)

من كذبه في نفي الوجود كذبه في نفي الرهن ويكفي في انكاره انكار الوجود لانه تضمن انكار ما يدعي المرتهن وهو رهن النخل مع الارض ويكون ذلك ردا على قول بعض الشافعية من أنه لا بد من انكار الرهن صريحا ولا يخفى عليك ما بين هذا التفسير وتفسير الشارح من الفرق لانه جعل كلام المصنف محتملا لما اذا أقر أنه رهنه الارض وما فيها ولما اذا لم يقر ولهذا قيد قوله وان عدل الى آخره بما سمعت وعلى ما فهمه الشهيد يكون كلام المصنف ساقطاً وعلى ما حرره الشارح يكون كلامه ككلام المصنف متاقضاً **قوله** ﴿ولو ادعى عليهما رهن عبدهما فلا حدما اذا صدقنا ان يشهد على الآخر ما لم يجز نفعاً بان يشهد بالرهن على الدين وعلى كل جزء منه﴾ لو ادعى انسان على اثنين انهما رهنا عبدهما بمائة واقبضاه فان أنكرا الرهن فقط أو الدين والرهن جميعا قدم قولهما كما تقدم ولو صدقه أحدهما خاصة فنصيبه رهن بخمسين والقول في نصيب المكذب قوله مع يمينه فان شهد المصدق للمدعي على شريكه المكذب قبلت شهادته اذا اتفت شبهة جلب النفع لعذاته واتقاء تهمة فان شهد معه آخر أو حلف ثبت حقه والمراد بجر النفع أن يرجع بشهادته مدعياً وبدفع الضرر أن يعود منكراً والمتصور الغالب في المقام في جلب النفع أن يشهد بالرهن على الدين وعلى كل جزء منه عكس ما هو المعروف فيما اذا تعدد الراهن لان الحكم فيما اذا تعدد الراهن واتحد المرتهن أن يقابل المجموع بالمجموع ومقابلة المجموع بالمجموع تقتضي مقابلة الأبعاض بالأبعاض فيصرف رهن كل منهما الى دينه حذراً من ارتكاب خلاف الاصل لان رهن ملك انسان على دين غيره خلاف الاصل هذا اذا أطلقاً ولم يشترطاً وأما اذا اتحد الراهن فان الرهن يكون على الدين وعلى كل جزء منه ما لم يشترط خلافه كما تقدم بيانه عند شرح قوله ولو أدى بعض الدين بقي كل المرهون رهناً وفي اول الباب ووجه جر النفع اذا شهد بذلك انه يصير مال كل منهما رهناً بكل جزء من اجزاء الدين فيكون سهم الآخر من العبد رهناً بما عليه من الدين وفي ذلك من جر النفع والارفاق ما لا يخفى ولما كان ذلك كذلك أتى المصنف بعبارة تفيد الحصر وبذلك يندفع اعتراض جامع المقاصد عنه حيث قال ولا يخصص جر النفع فيما ذكره فالأولى ان يعبر بعبارة لا تقتضي الحصر فيقول كأن ونحوه انتهى وانت قد عرفت وجه الدفع بان ذلك لما كان هو المتصور غالباً في المقام كان كأن الامر محصور فيه وكل مقام يوثق فيه بما يناسبه والا فم لم يعترض عليه ايضاً بان قبول الشهادة لا يخصص في عدم جر النفع بل في عدم التهمة وبقية الشرائط واقسام التهمة ستة وهي البغضة والعداوة والتعاقل والحرص ودفع عار الكذب ومنها جر النفع فتدبر **قوله** ﴿ولو كذبه كل منهما عن نصيبه وشهد على شريكه لم تقبل شهادتهما لزعمه أنهما كاذبان﴾ هذا حكاه في التذكرة عن بعض الشافعية قالوا لان المدعي اذا نسب شاهده الى النسق منع من قبول شهادته له وحكي عن اكثرهم القبول وأنه يحلف لكل منهما يمينا ويقضي له برهن الجميع لانها ربما نسيا او اشبه عليهما ولحقها شبهة فيما يدعيه وبالجملة انكار الدعوى لا يثبت فسق المدعي عليه ولان الكذبة الواحدة لا توجب

ولو ادعى على واحد رهن عبده عندهما فصدق أحدهما خاصة فنصفه مرهون عند المصدق
فلو شهد للآخر فاشكال ينشأ من تشارك الشريكين المدعين حقا فيما يصدق التريم
أحدهما عليه أولا فان قلنا بالتشريك لم يقبل والا قبلت (متن)

الفق وحكى عن بعض آخر من الشافعية ان الذي شهد أولا تقبل شهادته دون الذي شهد اخيرا
لانه انهم خصما متقرا (قلت) لا ريب ان الضابط في ذلك التهمة وان انكار الدعوى لا يثبت فسق
المدعي فلو تخافا ثم شهدا لغيرهما سمعت شهادتهما كما انه لا ريب ان الصغيرة لا تقدر في العدالة
والمصنف ممن يقول بذلك والكذب على غير الله جل شأنه ورسوله والايمه صلوات الله عليهم من
الصغائر الا ما اذن بالحسة وأخرج عن الرواة وأما ان من نسب شاهده الى الفسق لا تقبل شهادته له
فلم اجد به تصريح الا من المحقق الثاني والظاهر ان مراده ومراد الشافعية ان الحاكم لا يسمع حينئذ
شهادته له ويبقى الكلام فيما استشهده (اشهده خ ل) وكيله وحكم له الحاكم بشهادة الفاسقين عند
الموكل وقد استشكلوا فيس اشهد على طلاقه شاهدين ظاهرهما العدالة وهما فاسقان واقما في حلية
المطلقة عليها ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو ادعى على واحد رهن عبده عندهما فصدق احدهما خاصة فنصفه
مرهون عند المصدق فلو شهد للآخر فاشكال ينشأ من تشارك الشريكين المدعين حقا فيما يصدق
التريم احدهما عليه أولا فان قلنا بالتشريك لم يقبل والا قبلت ﴾ اذا ادعى رجلان على ثالث انه
رهن عبده عندهما فان كذبهما فالقول قوله مع يمينه وان صدق احدهما خاصة فنصف العبد مرهون
عند المصدق مبنيا للمفعول وبخلف الآخر فان شهد له المصدق فهناك وجوه (احدها) انه لا يقبل مطلقا
(الثاني) انه يقبل مطلقا (الثالث) انا ان قلنا ان الشريكين ان ادعى حقا او ملكا بالاتباع
او غيره فصدق المدعى عليه احدهما دون الآخر لا يشتركان فيما صدق فيه المدعى عليه احدهما ويخص
به المصدق قبلت شهادته للتشريك والا فلا لانه يرفع بشهادته مزاحمة الشريك له فنشأ الاشكال
التردد في ان ذلك هل يقتضي الشركة والاختصاص واختار في الايضاح الاول اعني الشركة وعدم
الاختصاص وعدم قبول الشهادة و اشار في التذكرة الى تفصيل اختاره الشهيد في حواشيه والمحقق الثاني
فيما نحن فيه واختاره المصنف والمحقق (المحقق والمصنف خ ل) في كثير من كتبه وجماعة كثيرين في
باب الصلح بل هو المشهور كما في مجمع البرهان وهو انه ان كان سبب الاستحقاق موجبا للتشريك
ككون الدين المرهون به مستحقا لها بالارث بتصادقها أو الرهن منقولاً اليها بالارث أو الدين من
مال اشتركا فيه ونحو ذلك فلا اشكال في مشاركة الآخر للمصدق وعدم قبول الشهادة وان لم يكن هناك
ما يقتضي التشريك في الدين ولا في الرهن فلا اشكال في عدم المشاركة وانقضاء المسامحة من قبول
شهادته كأن يكون احدهما مستحقا للنصف بالارث والآخر بالشراء وهل يكون شرانها معا واتباعها
وقبضها معا اذا اقر به المصدق من المدعين كالارث ام يلحق بالبين المتغايرين قرب المصنف
في التذكرة الاول وهو خيرة المبسوط والتحرير ومجمع البرهان والكفاية في باب الصلح وضمف الثاني
هذا اذا ادعى الرهن على الاجتماع اما لو قال كل واحد منهما انه رهنه عنده واقبضه دون صاحبه
فلن صدقها ولم يعرف السابق منها فالقرعة فيكون رهنا عند من اخرجته ويفرم للآخر قيمته لتكون
رهنا عنده او يكون رهنا بينهما كما لو تنازعا ملكا في يد ثالث واعترف بانه لهما او يحكم بطلان المقد

لو اختلفا في متاع فادعى أحدهما انه رهن وقال المالك وديعة قدم المالك مع اليمين على رأي (متن)

كما لو زوج الوليان ولم يعرف السابق منهما وان كذبهما حلف يمينين وان صدق احدهما حلف يميناً واحدة ولا عبرة باليد ﴿ قوله ﴾ (لو اختلفا في متاع فادعى احدهما انه رهن وقال المالك وديعة قدم المالك مع اليمين على رأي) موافق لاصول المذهب كما في السرائر وعليه انعقد العمل كما في كشف الرموز تارة وعليه عمل الاصحاب كما في كشف الرموز اخرى وعليه الفتوى كما في ايضاح النافع وعليه العمل كما في المسالك وظاهر النافع الاجماع عليه حيث روى الرواية المخالفة بانها منروكة وهو المشهور كما في المدرس وايضاح النافع والحدايق ومذهب الاكثر كما في التنقيح والمسالك والكفاية وهو خيرة النهاية والمبسوط والخلاف فيما حكي والسرائر والشرائع والنافع وكشف الرموز والتحرير والارشاد والتبصرة والمختلف والايضاح والمدرس وحواشي الكتاب واللمعة والمقتصر والتنقيح وايضاح النافع وجامع المقاصد والمسالك والروضة والرياض وهو المحكي عن القاضي والتقي للاصل بعبارة ولكونه منكراً فيشمه النبوي وما رواه الشيخ في الصحيح عن محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام انه قال في رجل رهن عند صاحبه رهنا فقال الذي عنده الرهن (ارهته خيل) ارهنة عندي بكذا وكذا قال الآخر انما هو عندك وديعة فقال البيهقي الذي عنده الرهن انه بكذا وكذا فان لم يكن له بيعة فعلى القدي له الرهن اليمين وقد استدلى عليه في (الرياض) بما رواه في السكفي في الصحيح في رجل قال لرجل لي عليك الف درهم فقال الرجل لا ولكنها وديعة فقال عليه السلام القول قول صاحب المال فأمل وقد عارض صحيح ابن مسلم ما رواه الشيخ في التهذيب والسكفي في السكفي في الموثق عن ابن ابي يعفور عن ابي عبد الله عليه السلام قال وان كان الرهن اقل مما رهن به او اكثر واختلفا فقال احدهما هو رهن وقال الآخر هو وديعة قال على صاحب الوديعة البيعة فان لم يكن له بيعة حلف صاحب الرهن وقد روى الصدوق في الصحيح عن ابان عن ابي عبد الله عليه السلام مثله وما رواه السكفي والصدوق والشيخ في الصحيح في الطرق الثلاثة عن عباد ابن صبيب قال سئلت ابا عبد الله عليه السلام عن متاع في يد رجلين احدهما يقول استودعتك والآخر يقول هو رهن فقال القول قول الذي يقول هو رهن عندي الا ان يأتي الذي ادعى انه اودعه بشهود وامام عباد ابن صبيب قد قال قال الاستاذ في تعليقه قدس سره انه لا تأمل ولا شبهة في كونه ثقة جليلاً وانه وقع اشتباه من السكفي فان ما في الحديثين من قضية التوب القوي أي البيض نسبة الى فوهيان والياب الفلاص انما وقع من عباد بن كثير البصري وقد وثقه التجاشي وغيره لسكفي وجدت الابي والمقداد والفاضل القليني والشهيد الثاني ضعفوه في المقام وكيف كان فهذه الاخبار منروكة وان عمل بها الصدوق في المتع والشيخ في الاستبصار وصاحب الكفاية على الظاهر منه وكذلك صاحب الحدايق لضعفها عن المقاومة لما مر من الادلة المتضادة المتعاضدة وصاحب كشف الرموز قال ان ما ذكره في الاستبصار كان على وجه الجمع لاعلى وجه الفتوى ثم انه شنع على ابن ادریس بن شنيعة على الشيخ وتمثل لابن ادریس بقول النبي صلى الله عليه وسلم يصر احدكم القدي في عين اخيه ويدع الجذع في عينه ثم قال وليت شعري منذ القدي لم يختلف قوله ولا خبط في تصنيفه وقد قال الله تعالى ولو كان من عند

ولو قال الرهن العبد فقال بل الجارية بطل رهن ما ينكره المرتهن وحلف الراهن على الآخر وحلفا عن الرهن أما لو ادعى البائع اشتراط رهن العبد على الثمن فقال المشتري بل الجارية احتتم تقديم قول الراهن وهو الاقوى والتحالف وفسخ البيع (متن)

غير الله لوجدوا فيه اختلافا كثيرا (وعسك قول) ان لقول الاستبصار نظائر منها ان من استودع شخصا مالا فلف فقال صاحب المال هو قرض في ذمتك وقال الآخر هو امانة فان مقتضى الاصل الذي اعتمدتموه تقديم قول مدعي الامانة لان صاحب المال يدعي امرا زائدا وهو اشتغال الذمة والاصل عدمه والمال ان الاخبار جاءت بان القول قول مدعي القرض وان مدعي الوديعة يكلف البينة (قلت) هذه الاخبار ايضا موافقة لاصولنا لان الاصل في المال ان لا يخرج عن يد مالكة الا بقوله فلو ادعى المالك النصب وادعى الآخر العارية أو الاستيداع أو الاستيجار قدم قول المالك وكذا لو ادعى المالك الاجارة بعد انتفاع من هي في يده بها وادعى الآخر العارية هذا ولا ين حمزه في الوسيلة فيما نحن فيه قول بالتفصيل وهو انه اذا اعترف صاحب المتاع بالدين كان القول قول خصمه وأن لم يعترف بالدين كان القول قول صاحب المتاع مع اليقين ولا يبي علي تفصيل آخر وهو انه أن اعترف القابض للمالك بكونه في يده على سبيل الامانة ثم صار رهنا فالقول قول المالك وان ادعاه ابتداء فالقول قول خصمه ولا حجة لما الا الجمع بين الاخبار على ما قيل وهو فرع التعادل مع عدم قيام شاهد على الجمع وظهور الحال في الصورة الاولى لابن حمزه لا تجدي في مقابلة الاصول والادلة واعلم ان المراد بقول المصنف احدهما هو المستودع بقرينة ما بعده وبعدم الفائدة لو كان غيره فلو ابدله به لسكان اصح واوضح **قوله** ﴿ولو قال الرهن العبد فقال بل الجارية بطل رهن ما ينكره المرتهن وحلف الراهن على الآخر وخلصا عن الرهن﴾ كفي الشرائع والتذكيرة والدروس والسمعة وتطبيق الارشاد وجامع المقاصد والروضة وجمع البرهان اما بطلان رهن ما ينكره المرتهن فلان الرهن المحض حق المرتهن ومصلحته فاذا ما اراده وانكره يبطل بمجرد انكاره وايضا فان الرهن جائز من طرفه فاذا نفي رهن العبد اتفى عنه ولم يحتج الى اليقين وأما حلف الراهن لنفي ما يدعي به من رهن الجارية فواضح وفي (الارشاد) انها يتحالفن ورده المحقق الثاني في تعليقه بمثل ما قلناه في توجيهه واعتذر عنه في جمع البرهان بأنه قد لا يبطل بمجرد الانكار لان العقد الثابت يقينا غير معلوم البطلان بمجرد الانكار فيريد الراهن بطلانه حتى يتصرف في العبد بما يريد لانه يعرف انه رهن يقينا وايضا قد يكون العبد مما اشترط على المرتهن حفظه ونفقته بوجه من الوجوه ويريد هو الخلاص من ذلك وايضا قد يكونان شرطا رهنا في بيع لازم فيريد الخروج عن العهدة فاذا قبل خرج واذا لم يقبل يطلب منه رهنا فيحلف لذلك وغير ذلك من النوائد انتهى وغرضه الاشارة الى قاعدة التحالف وانه لا يفسخ العقد الا بها فهذه القاعدة ليست كقيام اليقين لكل من المدعين والنزاع بينهما واضح فكان القول بالتحالف اوفق بالاحتياط وعدمه أظهر في المذهب ولهذا أطلق القوم وكلامه الاخير كانه قول ثالث خرق لما اتفق عليه الخلاف كما ستمسح في المسئلة الآتية **قوله** ﴿أما لو ادعى البائع اشتراط رهن العبد على الثمن فقال المشتري بل الجارية احتتم تقديم قول الراهن وهو الاقوى والتحالف وفسخ البيع﴾ ما قواه المصنف قال ولده انه الاصح لخروج الجارية بانكار المرتهن فلا يبين عليه فيقضي التداعي في العبد والقول قول منكر

ولو قال رهنت العبد فقال بل هو والجارية قدّم قول الراهن ولو قال دفعت ماعلى الراهن من الدينين صدق مع اليمين دون صاحبه (متن)

الرهن وعلى هذا فينتفى العبد باليمين والجارية بانكار المرتهن فيبقى عقد البيع بلا رهن وقد اتفقنا على وقوع العقد مع شرط الرهن ولا مانع من ذلك مع الجري على الضوابط الشرعية لكن تكون الجارية رهنا فيما بينه وبين الله تعالى فآتيه أحكامه فلا بد من التحالف ان أراد التصرف أو الخلاص من الثقة ان قلنا لا بد من الحلف له وفوضت المسئلة فيما اذا اقبضه أو قلنا بعدم اشتراطه وأبعد شيء احتمال انفساخ العقد اللازم بمجرد نفي المرتهن اشتراط رهن الجارية لانه ينافي وجوب الوفاء بالعقد الذي لم يدل دليل على ثبوت التسلط على فسخه ومثله في البعد احتمال أن يكون فسخ البيع قيدا في العبارة في الامرين فليأمل فيه واختار الشهيدان في (الدروس واللمعة والمسالك والروضة) التحالف وفي (جامع المقاصد) انه قوي متين لان اختلاف الشرط على الثمن من جملة مكملات الثمن فكل واحد يدعي ثمنا فهو كما لو قال بعتك بهذا العبد فقال بهذه الجارية وليس هذا كما لو قال بعتك بمائة وخمسين فقال بل بمائة لاننا قلنا على قدر متفق الاوصاف واختلافها في ثبوت الزائد ونفيه فان منكر الزائد قد يقال هو المنكر بخلاف ما هنا (قلت) هو قوي متين اذا أراد الراهن التصرف في الجارية والخلاص من الثقة والحفظ ان قلنا انه لا بد منه له لاننا قلنا له لان اشتراط الاجل والخيار والرهن والضمين والشهادة والوكالة مما يتعلق بمصلحة المتعاقدين ولا تعلق لها بالثمن أولا وبالذات فلا يكون مانع فيه من قبيل ما لو قال بعتك بهذا العبد فقال بل بهذه الجارية بل من قبيل بعتك وشرطت أن يكون زيدا كقبلا أو ضامنا أو شاهدا فيقول الآخر بل شرطت أن يكون عمرا كذلك ومنه يعرف حال قوله في تضييف الاحتمال الاول بأن انكار اشتراط الجارية يقتضي انتفاء هذا الفرد من أفراد البيع الذي يدعيه الراهن وهو لزومه من الجانبين لازم للمرتهن على تقدير وقوعه فكيف ينتفي بمجرد الانكار ويسقط حق الآخر من هذا العقد المدعى به لانك قد عرفت أن انكار اشتراط الجارية انما يقتضي انتفاء هذا الشرط الجائز من طرف المرتهن الذي يكفي فيه انكاره ولا ينفسخ بذلك العقد حتى يسقط حق الآخر منه بمجرد انكاره أي المرتهن وكأنه استظهر من العبارة ان فسخ البيع قيد في الامرين وقد عرفت أنه ليس كذلك نعم ان قول المصنف بمقاته ثم تضعينه ما قواه وقد عرفت أنه لا يقول بذلك فيكون المصنف قوي على مذهبه والشارح ضعف على مذهبه وأما انفساخ عقد الرهن فلا ياباه الراهن مع لزوم البيع فقد تحصل ان في المسئلة قولين وما حكيناه في المسئلة المتقدمة عن المقدس الاردبيلي قول ثالث فتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو قال رهنت العبد فقال بل هو والجارية قدّم قول الراهن ﴾ اجمعا كما التذكرة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو قال دفعت ماعلى الراهن من الدينين صدق مع اليمين دون صاحبه ﴾ كما في الشرائع والتحرير والارشاد والدروس وجامع المقاصد والمسالك وفي الاخير لا شبهة في ذلك وهو كذلك لان ذلك مستند الى نيته وهو أعرف بها ولا طريق الى العلم الا من قبله ولا يكلف اقامة البينة بأني تلفظت بكذا وان أمكنه لان الاصل عدم وجوب ذلك عليه وكذا لو قال المرتهن انه كان قد أقر لي بأنه انما دفع عن الدين الآخر قال قول قوله باليمين وفرض المسئلة ما اذا كان له دينان أحدهما برهن فدفع

أما لو أنكر التريم القبض قدم قوله ولا فرق في الاختلاف في مجرد النية أو في اللفظ ولو قال لم أنو عند التسليم أحد الدينين احتمال التوزيع وأن يقال له أصرف الاداء الآن الى من شئت وكذا نظائره كما لو تباع مشركان درهما بدرهمين وسلم مشتري الدرهم ثم أسلما فان قصد تسليمه عن الفضل فله الاصل وان قصد من الاصل فلا شيء عليه وان قصدهما وزع وسقط ما بقي من الفضل وان لم يقصد فالوجهان (متن)

اليه مالا واختلفا ومن يعلم حال ما اذا كان على كل من الدينين رهن ﴿ قوله ﴾ ﴿ أما لو أنكر التريم القبض قدم قوله ﴾ وجهه ظاهر كما أن توسطه غير ظاهر لانه غير مختص بهذا الغرض ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا فرق في الاختلاف في مجرد النية أو في اللفظ ﴾ أما الاختلاف في اللفظ فظاهر كما لو قال دفعت متلفظا بأنه عن الدين الفلاني أو أنفرت بذلك فأنكر وقال اني قلت انه عن الفلاني ويقدم قوله بيينه لانه منكر وأما الاختلاف بالنية كأن يقول الزامن نويت الدين الفلاني ويقول المرتهن بل نويت الدين الفلاني فاحلف لي فربما يقال فيه ان دعوى غريمه غير مقبولة اذ لا اطلاع له على نفسه فلا يلزمه بين والحق ثبوته لما حررهناه في باب القضاء والقصاص من أن الدعوى فيما يخفى تسمع بمجرد الهمة وقد نص عليه في المقام المصنف في التحرير والشهيدان في الخواشي والمسالك والمحقق الثاني في جامع المقاصد وهو ظاهر الشرائع وغيرها حيث قيل فيها لانه أبصر بنيته ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو قال لم أنو عند التسليم أحد الدينين احتمال التوزيع وأن يقال له أصرف الاداء الآن الى من شئت ﴾ ذكر المصنف الاحتمالين من دون ترجيح كأذ كرا كذلك في التحرير والابصاح والدروس واختير في المختلف وجامع المقاصد التوزيع لانه قد وقع صحيحا وليس أحدهما أولى من الآخر ولانه قد ملكه ملكا تاما فاما عن الدينين أو عن أحدهما بعينه أولا عن أحدهما أو عن أحدهما لا بعينه والكل باطل الا الاول لاستحالة الترجيح بلا مرجح وملك المقضى به مع عدم زوال المقضى عن الذمة ولانه ان لم يزل عن ذمته شيء منها لزم الحال والا كان هو المقضى عنه وأما الاحتمال الثاني فهو خيرة الشيخ على ماحكي عنه ووجهه أن النية متغية حال الدفع فليتداركها الآن لان المرجح في ذلك الى اختياره وحيث لم يسبق له اختيار شيء فليختر متى شاء (ويدفعه) أن ملك القابض للمقبوض يقضي بأنه لا بد أن يقع عن شيء (وقد يجاب) بأن القابض لا يملك أو يملكهما في ذمته واليه التعمين أو يستخرج بالقرعة كما اذا كان له زوجتان أو زوجات فقال زوجتي طالق ولم ينو واحدة منهما فالشيخ والفاضلان والشهيد على أن الطلاق يقع على واحدة غير معينة قد تستخرج اما بالقرعة أو بتعيينه ويقع الطلاق اما من وقت اللفظ أو من وقت التعمين ومثله ما اذا أسلم على أكثر من أربع ومثله ما اذا دفع الزكوة وكان له مالان غائب وحاضر وما اذا سعى ولم ينو السورة عند جماعة وما اذا كان له خيارا حيوان وشروط وأسقط من خياره يومين ولو وجب الترجيح لوجب عند دفع الدافع حيث يكون عليه دينان متساويان عليهما رهان كذلك فليأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا نظائره كما لو تباع مشركان درهما بدرهمين وسلم مشتري الدرهم ثم أسلما فان قصد تسليمه عن الفضل فله الاصل وان قصد من الاصل فلا شيء عليه وان قصدهما وزع وسقط ما بقي من الفضل وان لم يقصد فالوجهان ﴾ أي احتمال التوزيع واحتمال أن يقال أصرف الاداء الآن الى من شئت والاصح التوزيع وانما فرض المسئلة في المشركين لانهما لو كانا مسلمين لكان الحال دائرا بين المنع من الربا في حقهما أو

ولو كان يزيد عليه مائة ولعمرو ومثلهما وكلام من يقبض عنهما ودفع المديون لزيد أو لعمرو فذاك
والا فالوجهان ولو أخذ عن الماطل قهراً فالاعتبار بنية الدافع وبمحتمل القابض ولو فقدت
فالوجهان ولو كان التداعي في الابرأ قدم قول المرتنن ويقدم قول الراهن مع عدم الرد
مع اليمين (متن)

الجواز الذي لا يتطرق اليه المنع وقهره معلوم مما سبق ﴿ قوله ﴾ « ولو كان لزيد عليه مائة ولعمرو
مثلهما وكلام من يقبض لهما ودفع المديون لزيد أو لعمرو فذاك » يعني انهما وكلا وكلا واحدا يقبض
لهما كما هو واضح ﴿ قوله ﴾ « والا فالوجهان » معناه ان لم يدفع لواحد بعينه وهذا له مفهومان
الاول ان لا ينوي احدا منهما والثاني ان ينويهما معا والاول هو المراد وأطلق لظهوره والمراد بالوجهين
الوجهان السابقان والاصح التوزيع كثيره ﴿ قوله ﴾ « ولو أخذ من الماطل قهراً فالاعتبار بنية
الدافع وبمحتمل القابض » الاخذ من الماطل قهراً اما أن يكون على سبيل المقاصة وهذا اذا استقل بالاخذ
خفية حيث يجوز له لانية فيه للدافع وان اخذ له الحاكم فانية نية الحاكم وان قهره الحاكم على الدفع
أو المالك واستمر القهر الى حصول الدفع فدفع غير ناه ولا قاصد فلا نية له حينئذ لانقضاء الموضوع وأما
لو نوى حينئذ فليست نيته من المحل فان المقهور على الدفع غير مقهور على عدم النية والشارع لا يقهر
قهرًا يسلبه الاختيار قولوا القهر ما دفع لكنه لما قهر نوى احد الدينين على كراهية منه لذلك ووجه
ترجيح نيته حينئذ أن الاعتبار انما هو بها لان تعيين الجهة اليه لا الى القابض ووجه ترجيح نية القابض
انه بالقهر والاجبار لم يعتبر قصده وكان الاعتبار بقصد القابض كنية الزكوة والخمس اذا اخذ قهراً لعدم
انطرح عنهما ﴿ قوله ﴾ « ولو فقدت فالوجهان » ظاهره ان النية قدت من كل منهما وفي (الايضاح)
دقق النظر فعمل معنى قوله ولو فقدت أنا لو فرضنا قددهما وان وجدنا لمعارضة دليل كل منهما بالآخر
فكانتا مع وجودهما واختلافهما بل ومع اتفاقهما مفعودتين قال ما نصه في شرح قوله واذا أخذ من
الماطل الى قوله فالوجهان وجه الاول ان تعيين الجهة اليه الى آخر ما سمعته آفا ثم قال ووجه الثالث
يعني ما اذا قدت أن القابض لا اعتبار بنية لانه ليس له التعيين والقهر أسقط اعتبار المقبوض منه
فبقي بلا نية فيحتمل التوزيع الى آخره وهو صريح في فرض قددهما وعدم الاعتداد بهما وان كانتا
موجودتين وقال في (جامع المقاصد) في شرح العبارة يريد لو قدت نية كل واحد منهما اذ لو وجدت النية
من القابض فقط فرجحان اعتبارها عنده ظاهر ومع قددها فأصح الوجهين التوزيع كما في باقي النظائر
والشارح ولد المصنف زعم ان مجي الوجهين احوال ثالث في مسألة الاخذ من الماطل قهراً التي هي
موضع الوجهين الاولين وهو غريب لان موضع الوجهين مسألة أخرى وهو ما اذا قدت النية من كل
منهما وهنا لا يجي الاحتمال الاولان انتهى وأنت قد عرفت ما أرادته نحر الاسلام والمحققين وهو
معنى جيد جدا يكون قد اخذ شفاها وعلى ما فهمه منه المحقق الثاني يكون كلامه ملحقا بالمذنبان
وعلى ما فهمه في الايضاح يتضح لك ما في كلام المحقق الثاني أولا فأمسله ﴿ قوله ﴾ « ولو كان
التداعي في الابرأ قدم قول المرتنن » لانه منكر والاصل بقا الدين ﴿ قوله ﴾ « ويقدم قول
الراهن في عدم الرد مع اليمين » لأجد فيه خلافا لاصالة عدم الرد فيلزم المرتنن بالمثل أو التنية لا يمكن

وفي قدر الدين على رأي (متن)

أن لا تكون في يده فيلزم تكليفه بما لا يطاق أو تخليده الحبس والفرق بين المرتهن والمستودع حيث
قبل قوله في الرد ان المستودع قبض لمصلحة المالك فهو محسن محض بخلاف المرتهن فانه قبض
لمصلحة نفسه ومثله المستعير والمقارض والوكيل بجمل ﴿ قوله ﴾ (وفي قدر الدين على رأي) هذا خيرة
المقنع والنهاية والخلاف والمبسوط على ما حكي عنه والوسيلة والغنية والسرائر والشرايع والنافع
وكشف الرموز والتحرير والارشاد والتذكرة والمختلف والايضاح والدروس وحواشي الكتاب والملمعة
والمقتصر والتفقيح وايضاح النافع وجامع المقاصد والمسالك والروضة وجمع البرهان والكفاية والرياض
وقد حكي عليه الاجماع في الغنية وحكاه في الرياض عن السرائر ولم أجده ادعى ذلك صريحا وعليه
عمل الاصحاب كما في كشف الرموز تارة وهو المعمول عليه أخرى وفيه أيضا وفي (ايضاح النافع) ان
الرواية بخلاف ذلك متروكة وهو في معنى الاجماع وفي (السرائر) انها من شواذ الاخبار وهو في معنى
الاجماع أيضا وفي (جامع المقاصد) ان الرواية مخالفة لظاهر التواتر وهو الأشهر كما في الشرايع ومذهب
الاكثر كما في المسالك والرياض والمشهور كما في الدروس والكفاية وفي (السرائر) ان الرواية مخالفة
لاصول المذهب (قلت) وهو كذلك لان الاصل عدم الرهن وعدم الزيادة وبرائة الذمة وبدل عليه
النبوي المتواتر وما رواه الكليني والشيخ بطريقين صحيحين على الصحيح في علي بن الحكم عن محمد
عن أبي جعفر عليه السلام في رجل رهن عند صاحبه رهنا لاينة بينهما فيه فادعى الذي عنده الرهن
انه بألف درهم فقال صاحب الرهن انما هو بمائة درهم فقال البيهقي الذي عنده الرهن انه بألف وان
لم يكن له بيته فملى الراهن البيهقي وروى الشيخ في الحسن على الصحيح في محمد بن خالد ثوثيق الشيخ
له والعلامة وان قال (حش) انه ضعيف في الحديث والقاسم بن سليمان لانه ممدوح بكون الصدوق
له اليه طريق ورواية الاجلاء كتابه كالتنظر وأحمد والحسين عن عبيد بن زورارة عن أبي عبد الله عليه
السلام مثله وروى الصدوق بطريقه الصحيح الى أبان مثله فهو اما موثق أو صحيح وروى الكليني
والشيخ في الموثق عن ابن أبي يعفور مثله وقد وقع سهو من المتأخرين في وصف هذه الاخبار ولهذا بينا
الحال فيها وأما الرواية المخالفة فهي التي رواها الشيخ والصدوق عن الكوفي عن جعفر عن أبيه عن علي
عليه السلام في رهن اختلف فيه الراهن والمرتهن فقال الراهن هو بكندا وكذا وقال المرتهن هو باكثر
قال علي عليه السلام يصدق المرتهن حتى يحيط بالثمن لانه أمينه وقد عمل به أبو علي وحملها في الاستبصار
على ان الاولى له تصديق المرتهن وحملها جماعة على التيقه ولا بأس به لان ذلك مذهب الحسن وقناه
ومالك وفي رواية الراوي لما وعمل العامل بها شهادة على ذلك بقي الكلام في شيء آخر وهو ان
الشيخ في النهاية وابن ادريس في السرائر حكيا عن الرواية بان القول قول المرتهن مالم يستغرق الرهن
ثمنه وحكى في الشرايع عن ابن الجنيد انه قال مالم تستغرق دعواه الثمن وحكى الاكثر عنه ومنهم
المحقق في النافع ان القول قول المرتهن مالم يدع زيادة على ثمن الرهن والرهن في عبارة النهاية والسرائر
منقول يستغرق وفاقله اما ثمنه او ضبير مستكن راجع الى القول وثمنه بدل من الرهن وقد فسرها في
السرائر قال معنى هذه الرواية ان القول قول المرتهن حتى يحيط قوله ودعواه بثمن الرهن جميعه فتنى
احاط بثمن الرهن او استغرقه فالقول قول الراهن ايضا على هذه الرواية فلم يفرق بين ما اذا احاط

وعلى المؤجل منه لا الحال وقول المرتهن في عدم التفريط والقيمة (منن)

او استغرق لتحقق الاسترقاق فيها لانه اعم من الاحاطة بشئ الرهن بمعنى مساوانه ومن الزيادة عليه ومقتضى العبارات الثلث انه مع المساواة والزيادة لا يقدم قوله ومقتضى عبارات الاكثر انه لا يقدم قوله مع الزيادة ويقدم قوله مع المساواة وحاصل معنى الرواية جعل الاحاطة غاية القبول والناية خارجة عند المحققين فهي مواقة للبارات الثلث والموجب لاختلاف النقل عن ابي علي اختلاف كلامه قال المرتهن يصدق في دعواه حتى يحيط بالثمن فان زادت دعوى المرتهن عن القيمة لا تقبل الا بينة قد جعل في اول كلامه غاية التصديق احاطة الدعوى بالثمن والناية خارجة فيقتضي عدم التصديق مع الاحاطة وعقبه بقوله فان زادت الدعوى عن القيمة لا تقبل ومفهوم الشرط انه مع عدم الزيادة تقبل قد تمارض المفهومان في كلامه فاختلف النقل عنه لكنك خير بان المفهوم بما يعتبر اذا لم يصرح بخلافه فنقل الاكثر بحسب الظاهر اوفق لكن لما كان مستنده الرواية ظن المحقق في الشرائع الفاء مفهوم قوله وان زادت وحمل كلامه على ان المراد ان ساوت أو زادت وذلك كثير كما قيل في قوله جل شأنه (فان كانتا فوق التين) وكما قيل في قوله عليه السلام جراحات المرثة والرجل سواء الى ان تبلغ ثلث الدية فاذا جازت ذلك تضاعف جراحة الرجل على جراحة المرثة ضعفين فان المراد فاذا ساوى أو جاز ذلك فكان قل الشرائع ادق واتقن الا ان تقول نقل الاكثر موافق للاعتبار لان الظاهر ان الرهن بقدر الحق (وفيه) ان المادة تقتضي رهن الشيء باقل من قيمته هذا واخبار الباب تعلمي انها اذا اتفقا على ان الدين فان وقال الراهن انما رهنتك باحد الالفين وقال المرتهن بل بهما كان القول قول الراهن ايضا مع بيانه مضافا الى الاصول وهو معنى قول المصنف وفي ان الرهن على نصف الدين لا كله ﴿ قوله ﴾ ﴿ وعلى المؤجل منه لا الحال ﴾ قال في (التذكرة) لو اتفقا على انه رهن باحد الالفين لكن قال الراهن هو رهن بالمؤجل وقال المرتهن بل بالحال فالقول قول الراهن مع بيانه لانه منكر ولان القول قوله في اصل الدين فكذا في صفته وكذا لو قال الراهن انه رهن على الحال وقال المرتهن انه رهن على المؤجل يقدم قول الراهن مع بيانه (قلت) لعل في قوله فكذا في صفته اشارة الى استفاضة ذلك من غاوي الاخبار المذكورة ثم ان عندنا اصلا آخر وهو ان الاصل قبول قول صاحب المال في وجه خروجه عن يده والمرتهن لما انكر الرهن في صورتي الاصل والعكس اندفع بانكاره ولا يحتاج الى يمين فيبقي النزاع فيما ادعاه المرتهن فيحلف الراهن على نفيه فينتهي ويقتضى المال بلا رهن ولا مانع منه اذا قضت به القواعد لكنه فيما بينه وبين الله سبحانه يكون رهنا بما ادعاه فأتية احكامه وقد سمعت ما سلف في مثله او تقول انه يحلف بيننا جامعة بين النفي والاثبات فيكون رهنا بالدين الذي لم يدع المرتهن انه رهن عليه كما تقدم مثله واحتمال التحالف الذي احتمله الشهيد في حواشيه وقواه في جامع المقاصد لم يتضح وجهه على ان الشهيد حكم في مثله بما ذكرناه ﴿ قوله ﴾ ﴿ وقول المرتهن في عدم التفريط ﴾ لا اجد فيه خلافا بل في الغنية الاجماع عليه مضافا الى الاصول السالمة عن المعارض ﴿ قوله ﴾ ﴿ والقيمة ﴾ اي حيث تلزم المرتهن بتدفع او تفريط فانه يقدم قوله فيها مع بيانه كما هو خيرة الشيخ في المبسوط وابن ادريس وسائر المتأخرين ماعدى الشهيد في الدروس والمقدمات في التفتيح فانها لم يرجعوا في (الدروس) قال به الحلبيون وحكى كاشف الرموز عن

وفي أن رجوعه عن اذنه للراهن في البيع قبله ترجيحاً للوثيقة ولأن الاصل عدم بيع
الراهن في الوقت الذي يدعيه وعدم رجوع المرتهن في الوقت الذي يدعيه فيتعارضان
ويبقى الاصل استمرار الرهن ويحتمل تقديم الراهن عملاً بصحة العقد (متن)

ابن ادريس انه ادعى الاجماع عليه وقال انه مشكل مع تحقق الخلاف والموجود في السرائر ان القول
قول المرتهن على الصحيح من المذهب لانه غارم ومدعى عليه ولا خلاف ان القول قول الجاحد المنكر
المدعى عليه اذا عدم المدعي البينة وقال بعض اصحابنا القول قول الراهن في هذا وهو مخالف لما عليه
الاجماع وضد لاصول الشريعة انتهى فظاهره ان الاجماع على القاعدة لا على خصوص المسئلة لكن
الاجماع من المتأخرين كاد يكون معلوماً كما ان الشهرة بين المتقدمين على تقديم قول الراهن عصمه
مراعاة للاجماع ايضاً اذ هو خيرة المنفعة والنهاية والمراسم والوسيلة والغنية وهو المهكي عن الكاتب
والثقي والقاضي وقد نسب في الدروس والمسالك الى الاكثر وفي (الغنية) الاجماع عليه فهذا الاجماع
معتضد بالشهرة والظاهر انه ما اقي به في النهاية والمنفعة الا عن خبر كما يقضي به التبع وليس مستندهم
ما استدلل لم به من سقوط امامته بخباته فاني لم اجد احداً منهم استدلل به الا ابا علي ولعل هذا هو الذي
جرى المتأخرين على المخالفة ووجه قوة القول ظاهرة لسكن الاصل والتبوي لكن هذين لم يكونا
ليخيا على المتقدمين ﴿ قوله ﴾ (وفي ان رجوعه عن اذنه للراهن في البيع قبله ترجيحاً للوثيقة
ولأن الاصل عدم بيع الراهن في الوقت الذي يدعيه وعدم رجوع المرتهن في الوقت الذي يدعيه
فيتعارضان ويبقى الاصل استمرار الرهن ويحتمل تقديم الراهن عملاً بصحة العقد) تقديم قول المرتهن
في المسئلة مذهب الشيخ واكثر المتأخرين كما في جامع المقاصد وقد نسبة تارة اخرى كالشيد الثاني
في المسالك الى الاصحاب فكل من تعرض لهذا الفرع كالشيخ في المبسوط والمحقق والمصنف وغيرهم
قدم قول المرتهن الا المصنف في التذكرة فان ظاهره التردد لانه حكاه عن الشيخ ولم يفت بشي
والمحقق الثاني والمقدس الاردبيلي وان تأملا كما نسمع لكنهما بعد ذلك واقفاً والشيد في الدروس
والحواشي فصل بانها ان اتفقا على تعيين وقت لاحدهما واختلفا في الآخر حلف مدعي التأخير
عن ذلك الوقت وان أطلقا الدعوى أو عينا وقتاً واحداً حلف المرتهن وقد تبعه على ذلك الشيد الثاني
في التمهيد والمسالك وسمع بيان ذلك (ولا بد) من بيان مالا بد منه في المقام وهو انه اذا تعارض
الاصلان فلا يخلو اما أن يكون هناك مرجح واجب أولاً فان كان فلا يخلو ذلك المرجح من أن يكون
ظاهراً أو أصلاً آخر وان لم يكن هناك مرجح واجب فلا يخلو اما أن يكون في أحدهما حائطه أم لا
فان كانت حائطه أخذ بها والا خرج في هذه المسئلة وجهان كذا أطلقوا الكلمة ولم يرم في أبواب
الفقه من الكليات الى الدييات تعرضوا عند تعارض الاصول للاقتران ولا للعلم بتاريخ أحدهما وجعل
الآخر ولا لورود أحدهما على الآخر الا في مواضع نادرة من هذه الامور الثلثة تعرض لها بعض
المتأخرين ومن ذلك مسئلتنا هذه فان الاصحاب أطلقوا الكلمة فيها والشيدان فصلاً بالعلم بالتاريخ وعدمه
اذا تمهد هذا (فنقول احتج) المصنف على المشهور بوجهين (الاول) ترجيح جانب الوثيقة عملاً بالاستصحاب
وهذا تركه الشيخ في المبسوط والاصحاب لانه بالآخر يرجع الى ما ذكره وهو الثاني في كلام المصنف وبيانه
أي الثاني ان الراهن يدعي تقدم البيع على الرجوع والاصل عدمه والمرتهن يدعي تقدم الرجوع على البيع والاصل

عدمه أيضا فكافأ الأصلان قساقطا فيبقى حكم الرهن على العين باقيا وهو ترجيح جانب الوثيقة وقد قال في (جامع المقاصد) نظر من وجوه (الاول) ان الاصل وان كان عدم صدور البيع على الوجه الذي يدعيه الرهن الا أنه لا يتمسك به الآن لحصول الناقل عنه وهو صدور البيع مستجيما لجميع ما يمتنع فيه شرعا وليس هناك ما يخل بصحته الا كون الرجوع قبله ويكفي فيه عدم العلم بوقوعه كذلك والاستناد الى أن الاصل بقاء الاذن السابق لان المانع لا يشترط العلم بانتفائه لتأثير المنتضي والا لم يمكن التمسك بشيء من العلل الشرعية اذ لا يقطع بنفي موانع تأثيرها بحسب الواقع وهو معلوم العللان فن من صلي مراعيها للافعال والشرايط يكفي لصحة صلوته الاستناد الى اصاله عدم طرو النجاسة المانعة من الصحة على ثوبه وبدنه الطاهرين وان لم يعلم انتفاؤها بحسب الواقع قطعاً انتهى (وفيه) نظر من وجهين (الاول) انه قرر في الاصول (عند الاصولين خ ل) ان رفع المانع من جملة العلل فرفعه شرط لا بد من تحققه لكن لا في الواقع بل يكفي تحققه بالاستصحاب كالشرط واستوضح ذلك في المثال الذي ضرب به هو فان النجاسة في الثوب مانع من الصلوة ورفضها شرطا كما انا نقول طهارة الثوب شرطا ولهذا قال ثوبه وبدنه الطاهرين فرفضها أولا طاهرين ثم قال يكفي لصحة صلوته الاستناد الى اصاله عدم طرو النجاسة وما ذلك الا بالاستصحاب كما فناء والحاصل ان الامر واضح وما كنا نؤثر ان يفصل عنه مثله (الثاني) اننا لو سلمنا الفرق بين رفع المانع والشرط وانهما غيران في الحكم وما كان ليكون لكننا نقول لان سلم وقوع المقدم جاعلا للشرائط الشرعية هذا لان من جملة شرائطه اذن المرهن حالة البيع ولما حصل الشك في حصوله حاله وقع الشك في حصول الشرط نفسه لافي وجود المانع ومعلوم أن الشرط لا يكفي فيه عدم العلم بانتفائه بل لا بد من العلم بحصوله ليترب عليه المشروط ولو بطريق الاستصحاب كالصلاة مع يقين الطهارة سابقا والشك في بقائها لا يرد ولا أمر هنا كذلك فان الرهن المانع من صحة البيع واقع يقينا ومستصحب الآن والشرط المنتضي لصحة البيع وان كان معلوم الوقوع لكن لافي زمان البيع لا باليقين ولا بالاستصحاب فيرجح جانب الوثيقة كما ذكره الاصحاب (الثاني) من وجوه النظر الذي ذكره المحقق الثاني هو ان ما ذكره يعني المصنف من الاستدلال انما يدل على تقدير تسليمه (تسليم ح ل) بقاء الاصولين المذكورين مع الانحصار فيهما وفي الاصل الثالث الذي ذكره وليس كذلك فان لنا أصلا آخر من هذا الجانب أيضا وهو ان الاصل في البيع الصحة والقرين وجوب الوفاء بالمقد انتهى (قلت) مراده ان اصاله بقاء الرهن التي رجعت اليها عند تعارض الاصلين معارضة باصاله صحة البيع لان وقوعه معلوم كما ان وقوع الرهن معلوم فبقا قاطن ويقتضي مع الرهن ملكية الرهن وصحة تصرفه فيه ولعله من هنا قيل في الاصول انها مما تعارض فيها أربعة أصول (وفيه أولا) انه قال في باب الضمان والاجارة ان اصاله صحة العقود انما يتمسك بها بعد استكمال أركانها وجميع الامور المعتبرة فيها لينتقل وجود العقد اما قبله فلا وجود للعقد كما أوضحنا ذلك في آخر باب البيع وبأني في باب الضمان مفصلا ان شاء الله تعالى وثانيا على تقدير تسليمه انه لا ينفعه فيما يحاوله لان هذا ان تم كان من باب ما اذا تداعى المشتريان سبق وأراد كل منهما الاخذ من الآخر بالشفعة فلا صل يقتضي عدم سبق كل منهما والاصل عدم استحقاق الآخر عليه فيتساقتان ويتساقتان ويستقر ملكهما على ما كان وتنتهي الشفعة (وثانيا) ان اصاله صحة العقد مترتبة على سبقه على الرجوع فاذا حكم بعدمه لم يمكن الحكم بصحة العقد (فان قلت) اصاله استمرار الوثيقة مترتبة على سبق الرجوع البيع فاذا حكم بعدمه لم يمكن الحكم بترجيحها (قلنا) صحة العقد غير معلومة لقيام الاحتمال المذكور

وصحة الرهن معلومة لوقوعها سابقا جامعة للشرائط وإنما حصل الشك في طرف المبطل فترجح لانها أقوى من هذه الجهة مضافا الى ما ذكرناه آنفا (وثالثا) ان عندنا ظاهرا واحتياطوا والظاهر يرجع الى قاعدة وكل منهما أي الظاهر والاحتياط يرجح الاصل كما عرفت آنفا من أن الحائضه مرجح راجح (اما) الظاهر فلان الظاهر ان الراهن مدع لانه يريد اثبات بطلان ما هو معترف بوجوده وصحته بدعوى الاذن في البيع المبطل للرهن فهو يريد اخراج الحق عن يده ونسلطه والاصل بقاؤه فيصدق عليه تعريف المدعي وعلى المرتهن تعريف المنكر (واما) الاحتياط فلان رعاية جانب المرتهن أحوط لاحتمال تضييع حقه على تقدير بطلان الرهانة بخلاف الراهن فانه لا بد له من دفع الدين فلا يضره بقاء الرهن غالبا (الثالث) من وجوه النظر ان ما ذكره من الاستدلال على اطلاقه يجري على ما اذا اطلق المدعي ولم يعينا وقتا للبيع أو الرجوع وما اذا عينا وقتا للبيع أو الرجوع وما اذا عينا لهما وقتا واختلفا في الآخر وليس يجيد لهما اذا اتفقا على وقوع البيع يوم الجمعة واختلفا في تقدم الرجوع عليه وعدمه الاصل عدم التقدم وينعكس الحكم لو اتفقا على وقت الرجوع واختلفا في تقدم البيع عليه فيحصل على هذا التفسير اصل آخر وقد نبه على ذلك في الدروس (قلت) ولا يلحق فيه بما اذا اطلقا ما اذا اتفقا على وقت واحد كما سمعت ذلك عنه وعن الشهيد الثاني (وقد يقال) ان الاصحاب هنا وفي كل ما تعارض فيه أصلان وقد عدي التمهيد منهما ما يبلغ سبعة وثلاثين موضعا أطلقوا ولم يفرقوا وما ذلك الا لان كلا منهما حادث والاصل تأخره سواء كان تاريخ أحدهما معلوما أم لا والعلم بتاريخ أحدهما لا يصير المجهول متأخرا عنه فووقع البيع يوم الجمعة حادث والاصل تأخره عما يدعيه المرتهن من وقوع الرجوع يوم الخميس جازما قاطعا به نعم يتم ذلك حيث يقول المرتهن لأدري أوقع قبل يوم الجمعة أم بعده (ويجاب) بأن قطع المرتهن انه يوم الخميس معارض بقطع الراهن انه يوم السبت وكلاهما مسلمان الاصل في قولهما الصدق وقد اعتصم بقول الراهن باصل تأخر الحادث فيكون الاصل معه فيرجح فيكون اطلاق الاصحاب مقيدا بما عدا ذلك لظهوره ولذا قدم قول المنكر على قول المدعي في أبواب الفقه مع انهما مسلمان الاصل في قولهما المصدق وما ذلك الا لان قول المنكر موافق للاصل معتضد به فقوي جانبه وأما حديث الاقتران فانه يتأني في مسألتنا فيما اذا اتفقا على زمن واحد أو لم يتفقا كأن يقول رجعت يوم الجمعة عند الزوال ويقول الآخر بعث يوم الجمعة عند الزوال فان قضية تعارض الاصحاب ان تحكم باقتران البيع والرجوع بأن يكون أول أنات البيع أول أنات الرجوع فيكون البيع باطلا وكذلك الحال فيما اذا لم يتفقا فليتأمل ور مما احتمله بعض متأخري المتأخرين فيما اذا وجد في الماء نجاسة وشك في وقوعها قبل الكربة أو بعدها فحكم بالاقتران وطهارة الماء والاصحاب حكموا بالطهارة لو جرد مقتضي لها وهو الكربة والشك في المانع وهو سبق النجاسة فينفي بالاصل وليس كذلك ما اذا وقع في الماء نجاسة وشك في بلوغه الكربة فانه وان تعارض فيه أصل عدم بلوغه كرا وأصل الطهارة لكنهم رجحوا الاول لان ملاقات النجاسة سبب في تنجيس ما يلاقيه وبلوغه الكربة مشكول فيه فينفي بالاصل هذا اذا لم يعين عليه استعماله واذا تعين فلا بد من الاعتبار واطلاقهم الحكم بنجاسته محمول على نذر اعتباره بوقوع ماء آخر عليه حصل به الجهل بقدر الماء الاول عند (حين خل) ملاقات النجاسة وهذا جاء بالبيع حرصا على تحقيق المقام (وكيف) كان فتجاد الزمان حاله حال الاطلاق عند الاصحاب حيث أطلقوا ولم يفرقوا به صرح الشهيدان جازمين به في الدروس والمسالك والتمهيد ومنه يعرف حال الاقتران فانهم أهملوه في أبواب الفقه جميعا الا نادرا منهم كما عرفت

ولو ادعى الراهن الغلط في قراره بقبض المرتهن الرهن تعويلا على كتاب وكيله فخرج مزورا او قال اقبضه بالقول وظننت الاكتفاء به قدم قول المرتهن مع اليمين (متن)

آثنا ولعله لانه في بعض المقامات لاحاصل مع ندرته وكونه حادثا والاصل عدمه وأما حال ورود أحدها فليس له ضابط يعتد به ولهذا أهمل ذكره الاصحاب بالكلية وانما تعرض له بعضهم ومثله بما اذا وقع الذباب على نجاسة رطبة ثم سقط بالقرب على ثوب وشك في جفاف النجاسة فالاصل بقاء الرطوبة فيكون نجسا والاصل طهارة الثوب لكن الاصل الاول وارد وطار على الاصل الثاني فيدفعه ويرفعه وفيه من الخرج ما لا يخفى فلهذا يريد (بويد خ ل) الاصل الثاني ونحوه المثال الثاني وهو ما اذا وقع في الماء نجاسة وشك في بلوغه الكربة وحكي في (التذكرة) تفصيلا وهو انه لو قال الراهن أولا تصرفت باذنك ثم قال المرتهن كنت رجعت قبله فاقول قول الراهن مع يمينه وان قال المرتهن أولا رجعت عما اذنت فقال الراهن كنت تصرفت قبل رجوعك فاقول قول المرتهن بيمينه لان الراهن حين ما أخبر لم يكن قادرا على الانشاء وقد حكي المقدس الاردبيلي عن المحقق الثاني انه قال هذا هو المفتي به ولعله ذكره في تعليقه على الارشاد وانت خير باننا انما فرغنا الى الاصول لمكان تعارض قولي المسلمين لان الاصل صدقهما كما أشرنا اليه وحرر في محله فلا يتفاوت الحلال بهذه الاعتبارات الواهية التي أعرض أصحابنا وأصحابه عنها ثم ان التعليل لم يتضح وجهه ومرجه الى تقدم الدعوى وقول في (جامع المقاصد) بعد أن حكي هذا عن هذا البعض ويقرب منه ما اذا تصادقا على صدور البيع ثم اختلفا في حال الرجوع أو تصادقا على صدور الرجوع ثم اختلفا في حال البيع أخذنا بالاقرار السابق (قلت) هذا ليس بشيء جديد اذ محل الاشكال في كلام الاصحاب ما اذا تصادقا على صدور البيع والرجوع واختلفا في المتقدم وأما اذا تصادقا على احدهما ونفى الآخر وقوع الآخر فاقول قوله مع يمينه كما نص عليه في التذكرة والدروس وجمع البرهان قال في (التذكرة) بعد أن فرض المسئلة فيما ذكرنا ولو أنكرا الراهن أصل الرجوع فاقول قوله مع اليمين لان الاصل عدم الرجوع وقول في (الدروس) ولو ادعى الرجوع حلف الراهن ان ادعى عليه يعني بعدم الرجوع والأمر أوضح من أن يبين الا أن يكون أراد معنى آخر والا فهذا منه غريب ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو ادعى الراهن الغلط في قراره بقبض المرتهن الرهن تعويلا على كتاب وكيله فخرج مزورا ﴾ يريد أنه نسمع دعواه ويتوجه له اليمين على المرتهن لانه أبرز لاقرار وجهه معتبرا لانه لم يكذب الاقرار في الحقيقة لكن ذلك لا يقوى جانبه حتى يقدم به قوله مع يمينه بل جانب المرتهن مع ذلك أقوى لان الاصل في الاقرار الصحة ومطابقة الواقع فيحلف على وقوع القبض لا على عدم وقوع الغلط ان علمه لكنه جوز الحلف عليه في التذكرة في المقام فأمل ويأتي نظيره ومثله ما اذا قل أخبرني من تركن اليه النفس بالقبض ثم تبين انه لم يكن قبضه به عليه في المبسوط والمصنف في التذكرة في باب الاقرار قال لم يفتت الى انكاره في المقامين لانه مكذب نفسه ﴿ قوله ﴾ ﴿ أو قال اقبضه بالقول وظننت الاكتفاء به قدم قول المرتهن مع اليمين ﴾ للاصل المذكور ويحلف على وقوع القبض ومعنى أقبضته بالقول قلت له أقبضتكم ونحوه من القول الذي ليس قبضا وقد يوجد في بعض النسخ أو أقبضته من دون

وكذا لو قال تعددت الكذب اقامة لرسم القبالة اما لو أقر في مجلس القضاء بعد توجه دعواه فالوجه انه لا يلتفت اليه (متن)

لفظ قال فيجب تقديره أو نحوه ﴿ قوله ﴾ (وكذا لو قال تعددت الكذب اقامة لرسم القبالة) هذا نبه عليه الشيخ في المبسوط في المقام وجزم به في التذكرة في المقام وفي باب الاقرار والمحقق في مثله في باب الاقرار ونحوه المصنف في مثله في الارشاد في الاقرار أيضا ونسبه في مثله في المسالك الى الاكثر وذكر مثله المصنف في الكتاب في باب الهبة وفي باب الافراز قال في الهبة ولو أقر بالهبة والاقباض حكم عليه وان كان في يد الواهب وله الاحلاف لو ادعى المواطات وقال في الاقرار لو أقر بالبيع وقبض الثمن ثم أنكر وادعى الاشهاد تبعا للعادة من غير قبض فالاقرب سماع دعواه فيحلف المشتري وواقفه على ذلك في المقامين في جامع المقاصد وقال انه له احلافه على وقوع القبض وفي (الدروس) انه ليس له احلافه على نفي المواطاة وقال في (جامع المقاصد) كانه مبني على أن الدعوى بالمواطاة وما جرى مجراها غير مسموعة وإنما أحلف على حصول القبض لان الواهب يدعي فساد الاقرار بعدم وقوع القبض (قلت) هو كما ترى وقد صرح هو أي الشهيد في حواشيه في المقام بأنه يحلف على عدم ما يدعيه الراهن أو على وقوع القبض أو على عدم المواطاة ونحوه ما في التذكرة وفي باب الهبة تردد في الحلف على عدم المواطاة وفي باب الافراز حكم بعدمه وفي (جامع المقاصد) حكم في الموضعين بأن له أن يحلف على الاقباض أو على عدم المواطات لان ذلك واقع نعم به البلوى فعدم السماع يقتضي الضرر وهو كذلك ﴿ قوله ﴾ (أما لو أقر في مجلس القضاء بعد توجه دعواه فالوجه انه لا يلتفت اليه) كما في الايضاح وحواشي الكتاب وجامع المقاصد لان الاقرار في مجالس الحكماء بعد توجه الدعوى وطلب الجواب مما لم يجر العادة في المسامحة فيه والمجازفة والمقل يقضي بأن المدعى عليه لا يقر الآن الا بما أقدم على المواخذة به والالزام بمقتضاه فلا يجيب الا بما هو محقق عنده ولو لا ذلك لم يوثق بالاقرار الجارية في مجالس الحكماء (وفيه) أنه يمكن تصويره كما لو قال أقررت ليقرضني فلم يقرضني خلفوه أو أقررت ليلزم البيع المشروط ونحو ذلك على انه لا يتم فيما ذكره المصنف هنا وهو ما اذا قل للحاكم أقبضته بالقول وظننت الا كتماء به ولما بدرتي بالدعوى أقررت بالواقع في اعتقادي ولما أمرتني بتسليمه اليه وعرفت الحال أظهرت الحال ويمكن تصوير مثل ذلك فيما اذا كان اقراره لمكان كتاب وكيله وأخبار من يثق به ثم يتذكر انه كان مزورا وان المجهر كاذب ونحو ذلك ولعله لذلك لم يرجح في التذكرة نعم ذلك لا يكاد يتصور في اقامة رسم القبالة ولعله لذلك فرض المسئلة في الايضاح في مسئلة القبالة والمواطاة وان كان في أول كلامه فرض المسئلة فيما لو ادعى الغلط في اخباره لكنه في الاستدلال اقتصر على مسئلة القبالة ودليله لا ينطبق على غيرها فليلحظ ثم ان الاصحاب أطلقوا في المقامات التي أشرنا اليه آفا ولم يترضوا لهذا الشرط بل كاد يكون ظاهرهم أن الاقرار بما عدى القبالة كان في مجلس الحاكم فليلحظ ذلك ولولا قول المصنف بعد ذلك وكذا لو شهدت اليه بمشاهدة القبض لاحتمل أن يكون القيد متوجها الى القبالة خاصة وقد لا يكون هذا مانعا من تخصيص القيد بالقبالة لان الاصحاب يذكرون سماع قوله في دعوى اقامة رسم القبالة ويقيدونه بما اذا لم تشهد اليه بمشاهدة اقبض وما اذا شهدت على اقراره بالقبض فأنكر الاقرار وكيف كان فلا ريب أن الاقرب ما ذكره

وكذا لو شهدت البينة بمشاهدة القبض ولو اعترف الجاني بالجناية على الرهن فصدقه الراهن خاصة اخذ الارش ولم يتعاق به حق المرتهن ولو صدقه المرتهن خاصة اخذ الارش وكان رهنا الى قضاء الدين فاذا قضى من مال آخر فهو مال ضائع لا يدعيه احد ولو جنى العبد فاعترف المرتهن خاصة قدم قول الراهن مع اليمين (متن)

المصنف واحتترز بقوله بعد توجه الدعوى مما لو أقر في مجلس القضاء لامع توجه الدعوى بل اقامة لرسم القبالة مثلا فان اليمين على المرتهن هنا ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا لو شهدت البينة بمشاهدة القبض ﴾ يعني بعنوان الرهن وانه باذنه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو اعترف الجاني بالجناية على الرهن فصدقه الراهن خاصة اخذ الارش ولم يتعلق به حق المرتهن ولو صدقه المرتهن خاصة اخذ الارش وكان رهنا الى قضاء الدين ﴾ اذا أقر شخص بالجناية على العبد فان صدقه المتراهنان فالارش رهن عند المرتهن لانه عوض الرهن وان كذبه فلا شيء لهما وان صدقه الراهن وكذبه المرتهن كان للراهن اخذ الارش ولا حق للمرتهن فيه وان صدقه المرتهن وكذبه الراهن كان للمرتهن المطالبة بالارش ويكون مرهونا عنده لان حقه متعلق به حيث هو جزء الفأنت من الرهن ولا يؤثر في سقوطه انكار الراهن كما هو خيرة المبسوط والتذكرة والتحريروجامع المقاصد ومراده بقوله كان رهنا الى قضاء الدين انه يبقى في يده الى حين قضاء الدين ولا كل رهن الى قضاء الدين ولما تمذر اذن الراهن هنا لانكاره الجناية وجب أن يحكم باليد للمرتهن على أن المرتهن يستحق اقامة اليد على الرهن على مختارنا ﴿ قوله ﴾ ﴿ فاذا قضى من مال آخر فهو مال ضائع لا يدعيه أحد ﴾ اذ المرتهن اقطعت علقته والراهن ينكر استحقاقه والمقر يعترف بوجود أدانته عليه فيدفع الى الحاكم وقد نفى عنه الباس في التذكرة واختاره في جامع المقاصد والذي استقر عليه رأيه في التذكرة فيما اذا أقر بعين لزيد وأنكر ذلك زيد أن الحاكم ينتزع ذلك ويحفظه لمالكه فاذا ظهر سلمه اليه وقال في (جامع المقاصد) انه أصبح وفي (المبسوط والتحريرو) في المقام أن الارش يرجع الى المقر وبه حكم في التذكرة أولا وقال انه أصبح وجبى الشافية ولم يتضح وجهه في المقام وفي الاقرار قد يتصور له وجه كأن يقل الاصل في يد المسلم أن لا تكون عدوانا وربما كانت يد استحقاق فلا يجوز الانتزاع من يده لان ذلك فرع كونها بغير استحقاق وهو خلاف الاصل وان كان فيه نظر لان الاستحقاق خلاف الاصل والعدوان خلاف الاصل فلذلك قالوا انها توضع في يد الحاكم وكيف كان قد اتفقوا في المقامين أنه لا يتصدق به عن المالك مع ان قضية المال الضائع المجهول المالك أنه يجب التصديق به فورا ولعل ذلك لانه محصور بين المقامين بين محصورين ولهذا قالوا في الاقرار اذا رجع المقر الى الاقرار سلمت العين اليه ولعلمهم يقولون هنا اذا رجع الراهن الى الاعتراف سلم الارش اليه وقضية كلام التحريرو والتذكرة والكتاب حيث قال فيها اذا قضى من مال اخوانه يجوز القضاء منه وفي (جامع المقاصد) انه صحيح لا مانع منه وقد يقال أن المانع موجود وكلام المبسوط لا يدل على ذلك حيث قال فان أبرأه المرتهن فليأتمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو جنى العبد فاعترف المرتهن خاصة قدم قول الراهن مع اليمين ﴾ حكى الشهيد عن ابن المتوج انه قال هذه العبارة غير متجهة فان حكم عليه بكونه جانيا فالصواب لو ادعى على العبد المرهون الجناية ووجه تقديم قول الراهن مع يمينه سواء ساعد العبد المرتهن أم لا انه المسالك

ولو اعترف الراهن خاصة قدم قول المرتهن مع اليمين وان بيع في الدين فلا شيء للمقر له ولا يضمن الراهن ويحتمل الضمان مع تمكنه من الفك لقضاء ثمنه في دينه (متم)

وضرر الجناية بعود اليه ويبطل الرهن الا أن يعفوا المجني عليه أو يفديه أحداً أو يفضل منه فضل عن الجناية ويحتمل بقاء الرهن لعدم صحة اقرار المرتهن واعتراف الراهن بالصحة وعلى تقدير البطلان وعدم العفو والغدا والفضل فإذا بيع في يد المرتهن لم يلزمه تسليم الثمن اليه لان العبد اذا كان جانباً لم يصح بيعه للمرتهن لتعلق حق المجني عليه به واذا لم يصح بيعه كان الثمن باقياً على ملك المشتري وان لم يكن جانباً فلا حق فيه لتغير المرتهن وقد أقر بعدم استحقاقه **قوله** (ولو اعترف الراهن خاصة قدم قول المرتهن مع اليمين) لاصالة عدم الجناية واستصحاب الرهن ولا معارض الا اقرار الراهن وبجوده لا يذهبها ولا ريب انه لا يمين عليه كما صرح به في الدروس الا أن يدعي عليه العلم فيحلف على فيه وارادته من العبارة بعيد **قوله** (فان بيع في الدين فلا شيء للمقر له ولا يضمن الراهن ويحتمل الضمان مع تمكنه من الفك لقضاء ثمنه في دينه) اما عدم ضمان الراهن فلمقدم تقصيره حيث اقر بالجناية ولا تعديه اذا الفرض ان البيع ليس منه ولا بأمره وهو خيرة الابضاح واما احتمال الضمان فقد قال في (الابضاح) لانه قد تأدى به دينه مع استحقاق المجني عليه ثم قال والاول عندي اقوى وفي (الدروس) وجهان من قضاء دينه به ومن عدم نفوذ اقراره في حق المرتهن انتهى فتأمل فيه وقال في (جامع المقاصد) في شرح قوله ويحتمل الضمان مع تمكنه الى آخره كبرى القياس محذوفة وهي كل ما كان كذلك فهو مضمون وقد نقل الشارح الاجماع على حقيقة الكبرى ومقتضى الدليل المذكور الضمان مع قضاء الدين به وأن لم يتمكن من الفك ووجه ظاهر فان اقرار الراهن بالجناية يقتضي استحقاق المجني عليه الجاني لولا حق المرتهن فاذا قضى دين الراهن منه بأمره أو بأمر الحاكم الجاري مجرى أمره كان عليه الضمان وهذا قوي جداً ثم قال لكن يرد عليه انه على تقدير وقوع الجناية فيع العبد غير صحيح ان كانت الجناية عمداً ويقتضي استحقاق القصاص والاسترقاق بحاله لان الاختيار فيه الى المجني عليه فلا يصح الاستدلال بالقياس المذكور على الضمان في هذا الفرد نعم لو كانت الجناية خطأً وبيع بأمر الراهن فان وجه الضمان هنا ظاهر لان الأمر بالبيع من الراهن يكون التزاماً لقدماً فيضنه والظاهر ان أمر الحاكم بالبيع لكونه لقضاء دين واجب منزل منزلة أمره فينبغي أن يلحظ ذلك انتهى (قلت) قد لاحظناه فوجدنا فيه نظراً من وجوه (الاول) أن ما حكاه عن الابضاح من دعوى الاجماع لم نجد فيه في نسخة عتيقة مصححه مقابلة معربة محشاة وانما وجدنا فيه ما حكيناه عنه في صدر المسئلة حرفاً فحرفاً وأنه اختار الاحتمال الاول والمحقق المشار اليه ادري بما قل (الثاني) ان قوله ان مقتضى الدليل المذكور الضمان الى آخره (فيه) ان صورة الدليل المذكور هكذا هذا العبد صرف ثمنه في قضاء دينه وكل ما كان كذلك فهو مضمون وهذا لا يدل على الضمان ولا وجه له فضلاً عن ان يكون ظاهراً كما هو ظاهر فان اخذت في الدليل انه صرف ثمنه في قضاء دينه بأمره صح الدليل وانضح وجهه لكنه خلاف الواقع لانه ما أمر بذلك بل فعل ما أمره الله سبحانه به من الاعتراف بالجناية والنهي عن بيعه وتسليمه الى المجني عليه فاني الحاكم عملاً بظاهر الشرع الا يبيع ومخالفة أمره فأمر الحاكم ليس بمنزلة أمره نعم لو لم يعترف بالجناية وما علل ولم يؤد كان أمره بمنزلة أمره فكان هذا الاحتمال ضعيفاً

ولو قال الراهن اعتقته او غصبته او جنى على فلان قبل ان رهنت حلف المرتهن على نفي العلم وغرم الراهن للمقر له للحيلولة (متن)

جدا ولهذا اضاف المصنف الى الدليل نمكته من الفك حتى يكون مقصرا في الجملة وهذا ايضا ليس مما يجدى في تضييقه (الثالث) أن ما اوردته عليه غير وارد لان بيع العبد صحيح في ظاهر الشرع كما هو واضح فيتم الاستدلال بالقياس من هذا الوجه بلا شبهة (الرابع) ان قوله نعم لو كانت الجناية خطأ وبيع بأمر الراهن فان وجه الضمان ظاهر (فيه) انه لو اعترف بان الجناية خطأ وقال اني اخترت تسليبه للمعنى عليه ليسترقه لان جنايته تستوعب قيمته لم يكن منه أمر ولا يكون أمر الحاكم منزلا منزلة أمره ولو كان المفروض ما ذكره لا يحتاج الى الاستدلال بالقياس بل دليل الاجماع ولم يكن هناك احتمال بل يعين الضمان كما هو واضح وقال في (جامع المقاصد) هذا اذا كانت الجناية بعد الرهن اما قبله فعليه الضمان قطعا لانه ضيع حق المعنى عليه حيث رهن الجاني ولم يخبر بالحال وهو جيد جدا ووضح الوجه وسيدكره المصنف لكن قال في (التذكرة) الوجه عندنا انه لا يفرض لانه اقر في رقبة العبد بما لم يعقل اقراره فيه فكأنه لم يقر لكن لو ملكه يوما فعليه تسليبه في الجناية ويأتي تمام الكلام انشاء الله تعالى وقال في (جامع المقاصد) ان في العبارة مناقشة لانه لا معنى لقضاء الثمن في الدين لان القضاء للدين لا للثمن فكان حقه ان يقول لقضاء دينه من ثمنه فهو كلام مقلوب وهو فن من فنون كلامهم (قلت) هذا يتم على ان المراد بالقضاء الوفاء اذ لا يقال وفي ثمنه في دينه وان اريد به الاداء كان المعنى لانه ادى ثمن العبد في الدين وهو معنى صحيح ولهذا اني المصنف بني دون من ولو كان من باب القلب كما قال وقصد الثمن لقال لقضاء ثمنه من دينه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو قال الراهن اعتقته او غصبته او جنى على فلان قبل ان رهنت حلف المرتهن على نفي العلم وغرم الراهن للمقر له للحيلولة ﴾ قضية ذلك ان الراهن لا يقبل اقراره وان كان مالكا في الحال لمسكن التهمة لجواز ان يكون الراهن والمقر له قد توامتا على ذلك حتى يرتفع الرهن (وفيه) ان تم انما يتم في صورة الغصب والجناية واما في صورة العتق فكان التهمة مرتفعة ويرشد الى ذلك انه لا بد من تصديق المصوب منه والمعنى عليه في الاولين دون العتق فانه لا يشترط تصديق العبد فيبني ان يكون الوجه في ذلك انه من ملك انشاء امر قبل اقراره به وهذا لا يملك انشاء فلا يقبل فيه اقراره (وعساك) تقول ان المشهور على انه يملك انشاء فيبقى مراعى (لانا نقول) وكذلك الحال في الاقرار يبقى مراعى اذ الفرض انه لا يقصد في الحال وفي ذلك بلاغ أو تقول انه لا يملك الانشاء لانه ممنوع منه شرعا لانه تصرف وان اعتدناه مراعى اذا ضله وخالف الشرع فكان غير مالك للانشاء شرعا فكان غير مقبول الاقرار شرعا (وقد يقال) ان انشاء العتق لا يعد تصرفا كما قيل في بيع الغاصب فانهم جوزوه اذا اجازه المالك ولو كان تصرفا منها عنه لما اجذت فيه الاجازة فكان الاعتماد على الاول (وقد يقال) ايضا ان عدم قبول اقراره في الجناية مبني على ان رهن الجاني لا يجوز مع انه جائز فكيف لا يقبل اقراره فيها (قلت) قد تقدم التأمل في ذلك في العمدة وان قواعد الرهن تقضي بعدم جوازه وان ذهب الاكثر الى الجواز واما في صورة الخطأ فالظاهر انه لا خلاف في انه جائز كما هو ظاهر المسالك هناك لكن ظاهر اصحابنا ان مولاه لا يجبر على فكه وانه يخبر بينه وبين تسليبه حيث تكون خطأ الا ان نقول هذا اذا لم يرهنه وقد

جنى قبل واما اذا رهنه كذلك قد تقول انه الزم بمكته كما اذا باعه فيكون اقراره في صورة الخطاء نافذا
 فينرم للمجنى عليه ويستمر الرهن فلا معنى لعدم قبول قول الراهن اذ لانهما حينئذ ولا مانع الا ان
 تقول ان هذا يخالف ظاهر كلام الاصحاب على ان ذلك يحل بلزوم الرهن في وجه وهو ما اذا عجز المجنى
 عليه عن اخذ الترامه من الراهن فانه يرجع الى العبد فيحل بالرهن وان بعد الفرض الا ان تقول ان
 رهن الجنائي خطأ ليس التراما لافدا بخلاف البيع لان محل الجناية باق هنا والجناية لا تنافي الرهن الا
 ترى انه لو جنى وهو مرهون تعلق به الجناية ولا تبطل الرهن وهو قول بعض العامة وظاهر جماعة
 كثيرين من اصحابنا في مقامات منها ما نحن فيه وما زاد في المسالك ان قال فيه وجهان ولم يقل
 قولان فتأمل واما حلف المرتهن على نفي العلم فانما هو اذا ادعى عليه العلم وقضية كلام المصنف والمحقق
 الثاني انه يحلف على نفي العلم وان قال لا ادري لانهما اطلاقا الكلمة وفي المسئلة اشكال عظيم والذي
 يستفاد من ظواهر الاصحاب انه حيث يقول لا ادري يلزم (يلزم خ ل) او برد احتياطا ولا معنى
 لتحليفه على نفي العلم لان المدعي يقول هذا عبيدي وغصبه (وغصبته «ظ») مني لكنك لا تعلم
 وتحررها في محلها وبعضهم يقول حيث يدعي عليه العلم انه يحلف على نفي العلم ولا يجب عليه الرد
 لو نكل واذا حلف على نفي العلم فان كان في الواقع عالما اندفعت عنه الترامه دون الائم وان لم يكن
 عالما فانما تدفع عنه باليمين الترامه ولا ائم عليه حلف اولى يحلف كأن استعملوا اليمين عنه وهذا في غير
 الجناية واما فيها اذا كانت خطأ فلا غرم عليه ولا ائم حلف اولى يحلف علم ام لم يعلم لما عرفت من انه
 انما ينرم في فرض بعيد خلفه فيها لثبته لا غير ان قلنا بان رهنه الترام بمكته والا تخاله ما قد مناه
 فتوجه في جامع المقاصد في توجيه خلفه على نفي العلم ان تخليص نفسه من الائم والغرم امر مطلوب
 فاذا حلف اندفعت الدعوى لم يتضح لنا وجهه واما غرم الراهن للمقر له حيث يحلف المرتهن فحلوه
 بين هؤلاء وبين حقوقهم برهنه قبل الاقرار (وفيه اولا) انه اذا اقر بما يوجب القصاص لم يقبل اقراره
 على العبد فلا غرامة وقد سمعت آغا ما في التذكرة من انه قال الوجه عندنا انه لا ينرم لانه اقر في
 رقة العبد بما لا يقبل اقراره نعم ان ملكه بما فضليه تسليمه في الجناية وكذا لو انفك انتهى ولعل
 مراده في التذكرة انه اقر بما يوجب القصاص وانه يسلمه للخصومة لا للجناية وكيف كان فيجب تقييد
 كلام المصنف هنا بما اقر بما لم يوجب القصاص (وثانيا) اتاقدينا انه ان كان رهنه كيمه الترام
 بانفك في صورة الخطاء فعليه الغرم للمجنى عليه حلف المرتهن ام لم يحلف بل لو صدق المرتهن كان عليه
 الغرم وقد بينا انه انما يحلف بخفاة الخلل في الرهن في الفرض البعيد الا ان تقول ان مبنى الكلام في
 المقام ان رهنه ليس التراما بانفك وبقي هنا شيء وهو ما اذا تعذر جواب المرتهن كأن مات وورثه
 يتيم فان المقر ينرم للمقر له قطعا كما في الايضاح وكيف كان فحيث ينرم ففي صورة الغصب يضمن
 القيمة ولو ضمنه كل قيمة تصدد للعبد الى ان يفك او يموت اي العبد كان له ذلك وفي صورة الجناية
 ينرم اقل الامرين من القيمة والارش على المشهور وعند الشيخ الارش في بعض اقواله في غير هذه
 المسئلة واما في صورة العتق فيأتي الكلام فيها انشاء الله تعالى عند تعرض المصنف لها وبقي هنا شيء
 وهو ان ظاهر المصنف وولده والمحقق الثاني ان كل من ادعى عليه العلم انه يجب الحلف عليه على نفي العلم
 فان نكل وجب عليه الرد وبعضهم يقيد ذلك بما اذا لم يكن مثارا لفساد العظيم كتخليف كل من
 حكم له او شهد له على نفي العلم بالنسق او بان الشاهدين لم يشهدا زورا كما يأتي بيانه في آخر البحث

ولو نكل فالاقرب احلاف المقر له لا الراهن فيبيع العبد في الجناية والفاضل رهن او العبد فيعتق ولو نكل المقر له احتمل الضمان لاعترافه بالحيولة وعدمه لتقصيره بالتكول مع تمكين المقر باقراره والمرهن بتكوله (متن)

في المسئلة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو نكل فالاقرب احلاف المقر له لا الراهن ﴾ كما في الايضاح وجامع المقاصد لان الحق للمقر له والراهن لا يدعي لنفسه شيئا ولا يجوز الحلف لاثبات مال الغير ووجه احلاف الراهن انه المالك والمقصومة بينه وبين المرهن ولانه ينبغي عن نفسه الضمان وخلاصه منه امر مطلوب فاذا ردت عليه اي الراهن قبل ترد بعد على المجني عليه يحتمل ذلك لان الحق له فلا ينبغي ان يبطل بتكول غيره ويحتمل عدمه لان اليقين لا ترد مرة بعد اخرى وبأي الكلام فيما اذا ردت على المقر له فنكل ﴿ قوله ﴾ ﴿ فيبيع العبد في الجناية والفاضل رهن ﴾ اذا حلف المقر له اليقين المردودة ثبت الحق ففي المنصوب يأخذ المنصوب منه ماله ولم يتعرض له المصنف لظهوره وفي الجناية يباع العبد ان استوعبته او لم يمكن بيعه ما استدعيه الجناية والفاضل عنها من القيمة يكون رهنا وان أمكن بيع مقدار الجناية فالباقي كما كان رهن كما صرح بذلك كله في جامع المقاصد في بيان مختار المصنف (وقد يقال) ان اليقين المردودة ان كانت كالينة او كالاقرار كان الحال فيه كالحال فيما اذا قامت الينة انه كان جائيا قبل او اقر المرهن بانه كان جائيا كذلك فلا يصح الرهن في شيء منه ولا ينطبق ما في المقام الا على القول بأنها ليست كاحدها (وكيف كان) فهل ليس للمرهن الخيار في فسخ البيع ان كان الرهن مشروطا في بيعه لان الفوات جاء من تكوله ام لا لانه لم يسلم له الرهن والتكول عن اليقين امر مندوب ﴿ قوله ﴾ ﴿ او العبد فيعتق ﴾ العبد بالمر معطوف على المقر له ولما كان الاقرار بعقده لا يسمى في عرف الفقهاء اقرارا له لان شرط المقر له ان يكون ممن يملك الحق التابت بالاقرار والعبد لا يملك نفسه الامجازا فقوله في جامع المقاصد ان نظم العبارة ليس بحسن لان العبد مقر له فيندرج في قوله فالاقرب احلاف المقر له فلا يحسن قوله بعد او العبد فيعتق لان ذلك تكرار بغير فائدة مع ايهامه عدم اندراجها في قوله المقر له ليس بحسن ولا صحيح بل هو جار على قواعد الاقرار خال عن التكرار مشتمل على ايتاء الى ذلك لا على ايهام بخلاف ذلك اى به عن عمد وقصد والا فما كان ليخفى على المصنف مثل ذلك وقوله فيعتق بفتح الياء وكسر التاء يقال عتق عتقا خرج عن الرق كما في القاموس ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو نكل المقر له احتمل الضمان لاعترافه بالحيولة ﴾ اي احتمل ضمان المقر لاعترافه بالحيولة الموجبة لضيانه فلا يسقط الغرم الواجب بسببها بتكول المقر له كما هو خيرة الايضاح وجامع المقاصد ﴿ قوله ﴾ ﴿ وعدمه لتقصيره بالتكول مع تمكين المقر باقراره والمرهن بتكوله ﴾ اي يحتمل عدم ضمان المقر لتقصير المقر له بتكوله وفي (جامع المقاصد) انه ليس بشيء لان تقصيره في اثبات حقه على المرهن لا يسقط حقه على الراهن على أن التكول عن اليقين لا يعد تقصيرا لان اليقين محذورة والقرار عنها امر مرغوب وعدم تقصير الراهن بالاقرار لا يرفع ما وجب عليه بالعدوان السابق حيث رهنه ولم يخبر بالواقع ولعل غرض المصنف من تمكين المقر باقراره الاشارة الى معنى دقيق وهو اننا لو مكنا كل أحد من تحليف الآخر على نفي العلم فان حلف والا قضي عليه بالتكول أو وجب عليه الرد لكن مثار الفساد وهو اجترار الناس على تحليف أصحاب المروءات والديانات والزامهم بالقرامات كأن يقول هذا الكتاب أو هذا

وغرامة العبد بفكته عند الحلول فان تمذر وبيع ففكه بالقيمة وبالازيد على اشكال
فان اعتق فلا ضمان الا في المنافع التي استوفاهما المشتري لاغيرها اذ منافع الحر لا
تضمن بالقوات (متن)

العبد أو هذا السيف أو الدارمالي وأنت تعلم ذلك فاحلف أورد اليمين علي أو يدعي علي المدعي عليه
انه يعلم فسق الحاكم أو ان الشاهدين شهدا زورا الى غير ذلك مما لا يحصى فلا بد من أن تكون
الدعوى مما لا يستبعد وقوعها ولا يحصل منها ومن مثلها الفساد العظيم وبعض مشايخنا المعاصرين
حرسه الله تعالى كان يتسك بمثل هذا على الخلف على قبي العلم حيث يقول المدعي عليه لا أدري فالمعنى
الذي أراده المصنف ان المقر باقراره مكته من سماع الحاكم دعواه وأخرجها عن موضع اثاره الفساد
ولولا أن يقر له بذلك لم نسمع دعواه عند حاكم يقول بمثل ذلك ولم يمكنه من تخليف المرهن على قبي
العلم والزامه عند نكوله بالرد قبول المحقق الثاني ولا يحصل لقوله مع ممكن المقر باقراره فان رد اليمين
على المقر له لا يتوقف على اقرار المقر لله لم يصادف محله فليتأمل لكننا نحن لا نوافق على ذلك ان
كان هذا مراده لان دعوى العلم بان هذا المال له كدعوى ان هذا المال له وقد فتحه الشارع
شارعا والمستلة محلها بابها ﴿ قوله ﴾ ﴿ وغرامته للعبد بفكته عند الحلول ﴾ لان غرامته له
انما تعقل بفكته من الرهن اذ لا يعقل أمر آخر مثل غرم القيمة مثلا اذ الحر لا قيمة له قال في
(جامع المقاصد) قوله عند الحلول مستدرك بل مفسد لان فكه واجب سواء كان قبل الحلول أو بعده
وان كان بعد الحلول قد صار متمكنا من الزام المرهن باستيفاء دينه وظك الرهن الا أنه قبل الحلول
لو أمكنه ذلك براضائه ولو يسفل زيادة وجب عليه (قلت) مراده بقوله عند الحلول عند
التمكّن لان الغالب فيمن يستدين انما يستدين لمكّن الحاجة والضرورة وان كان من المتدينين بسنن
الشريعة لا يستدين الا عند الضرورة وشدة الحاجة ولا يحتاج فيه الى قيد الغلبة والغالب فيها عدم
القدرة على الوفاء الا عند الاجل الذي يظن قدرته فيه عليه والا فكيف يحكم عليه بالقدرة عند عدم
القدرة ثم ان الراهن قد يكون على غير المؤجل وهو الغالب فلا اعتراض عليه به ويرشد اليه قوله بعد
ذلك فان تمذر وبيع وجب فكه اذ على ما فهمه الشارح يكون كفرض الحال فينبغي الاعتراض عليه به
أيضا فلم ان قوله عند الحلول كناية عن القدرة والتمكّن فخص هذا القسم من الدين بالذكر ليعرف
منه حال غيره ولو قال يفكه حيث يتمكن لكان أوضح وأحسن لكن هذا أدق وأتقن ونوم الفساد
بادءه بدءه يدفع بوضوح المراد مضاة الى ملاحظة ما بعده ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان تمذر وبيع وجب فكه
بالقيمة ﴾ معناه ان لم يتمكن في المؤجل وغير المؤجل لعدم القدرة على وفاؤ الدين كما هو الغالب ولغير
ذلك ثم تمكن من فكه بالقيمة فما دون وجب عليه الفك بلا شبهة كما في (جامع المقاصد) وبه جزم في
الايضاح كما هو واضح ﴿ قوله ﴾ ﴿ وبالازيد على اشكال ﴾ أصح وجوب فكه عليه لوجوب
تخليص الحر ولا يمكن الا بالازيد وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب فيجب ولو أحاط بمال الراهن
واستنزمت الضرر لانه أدخله على نفسه كلي (الايضاح وجامع المقاصد) الا أنه في الاخير استثنى ما اذا
أجحف بماله ولم يرجع الشهيد في الحواشي ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان اعتق فلا ضمان الا في المنافع التي
استوفاهما المشتري لاغيرها اذ منافع الحر لا تضمن بالقوات ﴾ لو اعتق لم يضمن الا المنافع التي استوفاهما

وقبله يضمنها لما يتبع به بعد العتق كالجنابة (متن)

المشترى بنفسه أو بأذنه لا الرقبة لان رقبة الحر لا تضمن الا باتلافه والمنافع التي لم يستوفها لا تضمن لان منافع الحر لا تضمن بالفوات وظاهر العبارة انه لو استوفى المنافع غير المشتري بأن غصب العبد غاصب فانتفع به انه لا يجب ضمانها على المقر وهو محتمل لان ذلك ليس ناشئا عنه لانه عدوان ويحتمل الضمان لان الظاهر انه غصبه زعمه انه مملوك وذلك الاعتقاد بسبب المقر كذا قال في جامع المقاصد فليأمل فيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ وقبله يضمنها لما يتبع به بعد العتق كالجنابة ﴾ اي يضمن منافع العبد قبل العتق في حال العبودية الظاهرية قال في (الايضاح) اوردت على المصنف رحمه الله ان ضمان منافعه لا يحكم شرعا بملك العبد لها والا لزم احد امرين اما تملك العبد شيئا وليس للمولى التصرف فيه وهو باطل اجماعا واما ان يملكها المشتري فان غرنا المقر تسلسل والا انتفت قاعدة الغرم ومعنى التسلسل انه لو اخذ المشتري غرامة المنفعة التي استوفها لزم المقر تلك الغرامة للعبد فاما ان يكون للمشتري اخذها اولاً فان كان الاول غرمها ثانياً وثالثاً وهكذا الى ما لا يتناهى لانا قلنا ان كل غرامة يفرمها المقر للعبد فهي من منافع العبد فتكون للمشتري فيفرمها أيضاً المقر وهكذا فيلزم التسلسل قال (وأجاب) المصنف رحمه الله بأنه يفرمها وتعد عند الحاكم لاحد امور ثلاثة اما لما يتبع به العبد بعد العتق كالجنابة او حتى يعتق العبد أو يموت فبئرها الامام او وارثه الحر لان الاقرار بالملزم يعني العتق اقرار باللازم يعني الارث انتهى وهو كلام حق متين كما يظهر وجهه ان شاء الله تعالى (وقد اعترضه) المحقق الثاني بما لانوثر ان يقع من مثله قال واما ضمانها فقد يتوهم امتناعه للزوم التسلسل وهذا انما يتم لو قلنا بان كل ما ضمن للعبد لا بد من دفعه اليه على وجه يعلم به المشتري وليس ذلك بل لازم لا يمكن ضمانه له على وجه يرضى ببقائه في يده او يد شخص آخر بالوكالة أو يسلمه اليه بحيث لا يعلم المشتري ويسره العبد عنه انتهى وقد سبقه اليه الشهيد في حواشيه وانت خبير بأنه اذا كان العبد محكوماً عليه بالرقبة شرعاً ولا سيما اذا كان لا يعلم انه اعتقه كيف يجوز له الحاكم او يصح له هو ان يسره عن مولاه ويتصرف فيه كيف يشاء والمفروض ان هذه الغرامة من منافع العبد وملكه فلا بد وان يلزم احد الامرين اما تملك العبد شيئا وليس للمولى التصرف فيه وهو باطل اجماعاً او التسلسل فابن الملك في ظاهر الشرع وكيف يعد هذا توهماً وهو حق واضح (فان قلت) فامعنى ضمانها حينئذ له (قلت) معناه انه لا يسلمها اليه بل يدفعها الى الحاكم كما صرح به الشهيد ونبه عليه المصنف في جواب ولده (ثم اعترضه) ثانياً بأنه انما يتم اذا قلنا بأن كل ما وصل الى المشتري من العبد يجب على المقر ضمانه ومقتضى كلام المصنف الا في فيما لو سعى العبد انه لا يضمن المقر الا أجره المنافع دون مادفعه للكتابة عدم الضمان وحينئذ فاذا أخذه المشتري لا يجب ضمانه دفعة أخرى انتهى (وفيهِ) انه كيف لا يضمنه وقد فرط في دفعه له لعله بأن الحاكم يأمره بدفعه للمشتري وعلمه أيضاً بأن العبد لا بد وان يدفعه اليه اذا لم يكن عالماً بالعتق فكانه رماه في البحر فالاصل في الضمان التفريط وعدم الايصال اليه لاما قاله الشارح كما هو واضح (واعترضه) ثالثاً بأن قوله أجره المنافع تعد عند الحاكم ان أراد به تعيين ذلك (ففيه) انه لا يتعين بل ان أمكن أن يرصد في يد شخص بأذن العبد جاز بل هو متعين ومقدم على التسليم الى الحاكم (قلت) قد تقدم ما يدل على فساد هذا فكان الحال فيه كمال الغائب ويأتي بيان الحال ان شاء الله تعالى وكيف يصح للعبد أن يأذن وهو

وان كوتب بالقيمة أو بالادون أو بالازيد مع عدم التخليص الا به وجب على المقر تخليصه
به فان سعى العبد ضمن الاجرة خاصة على الاقوى بخلاف الميراث (متن)

ممنوع من ذلك شرعا خصوصا اذا لم يعلم بعنته فاذا كان ملكه كان لسواه وان لم يكن ملكه
لا حاجة الى اذنه (واعترض) على المصنف راجعا بأن قوله يضمنها لما يتبع به بعد العتق ليس بمجدلان
مقتضاه المحصر في ذلك وليس بمجدلان هذا مال للعبد وتمنر ايصاله اليه على ما قرره المصنف ان تم
لا يقتضي حصره في المصرف المذكور فانه لو صرف في ما كاه وملبسه مع الحاجة جاز ولو صرف في
نفقة قريبه اذا كان واجب النفقة جاز الى غير ذلك فلا وجه لما ذكره (وفيه) كما عرفت مرارا ان هذا
المال اذا كان من منافع العبد وملكه كما هو المفروض وقد سلمه الشارح حيث قال هذا مال العبد وتمنر
ايصاله اليه لزم أحد الامرين فكيف يصح التصرف فيها في منافعه وأقاربه ومنع المولى منها وهي ملكه
لان ملكه ملكه وان لم تكن من منافعه ولا من ملكه صح للمقر (له خ) ولين يأذن له التصرف فيها
وحيث قلنا انها ليست ملكا والمقر حاجة في ابراء ذمته خوفا من عدم تمكنه بعد ذلك من ذلك على
انه مأخوذ باقراره كان الشأن فيه كالشأن في مال الغائب يدفع الى الحاكم يحفظه له والغائب حاجته
اليه بعد العتق كالجنابة التي يقر بها العبد وينكرها المشتري وكما اذا أقر بمال أو أتلف مالا أو تزوج
امرأة بغير اذن المشتري وهي جاهلة بحاله فانه يرصد لهذه بيد الحاكم ولا يمنع أن يصرفه في ما كاه
اذا احتاجه لاملبسه لانه قد يتنزهه منه المشتري وفرض القريب الواجب النفقة نادر كحاجته اليه في
المأكل فان كان الحاكم صرفه في ذلك وكيف كان فكلام الشارح غير جيد لانه اذا سلم أنه
ملكه كيف يصح له أن يجوز التصرف فيه والشرع بظاهره بمنه عنه ﴿ قوله ﴾ وان كوتب
بالقيمة أو بالادون أو بالازيد مع عدم التخليص الا به وجب على المقر تخليصه به ﴿ أي بما كوتب
به سواء كان زائدا عن القيمة أو مساويا لها أو ناقصا عنها حيث تمنر فكاه وقد لا يكون قوله بالازيد
رجوعا عن الاشكال السابق في وجوب التخليص بالازيد من القيمة لان الغالب في الزيادة هنا أن
تكون قليلة بخلافها هناك حيث يتمتع من يبعه قليلا ممل ﴿ قوله ﴾ فان سعى العبد ضمن الاجرة
خاصة على الاقوى بخلاف الميراث ﴿ أي فان لم يخلصه من مال الكتابة لتصوره أو تصبيره وسعى العبد
في أداء مال الكتابة فالواجب على العبد ضمان اجرة منافعه خاصة لان الاجرة قيمة المنفعة المستوفاة
وكل منفعة مستوفاة من الحر مضومة ولا يضمن ما أداء من مال الكتابة لانه دفعه بغير اذنه في ذلك
رقبة لم تدخل تحت ضمانه لان رقية الحر لا تضمن وفرق بين ما أخذ مولا من كسبه وبين ما دفع في
مال الكتابة لان ما أخذ مولا من كسبه قهره مولا عليه سبب من المقر شرعي في الظاهر لانه أي
السبب موجب بغير اختيار العبد والسبب الشرعي ظاهرا كالمباشرة في الاتلاف كالشهود الزور في القتل
فاتهم يقتلون دون الحداد وأما مال الكتابة فالعبد هو الذي قرره في نفسه فلم يكن المولى سببا تاما فيه
واحتمل في (الايضاح) انه يضمن أكثر لامرين من الاجرة وبما أدى في الكتابة لان المقر سبب في
اتلافه والمباشر هنا ضعيف والسبب أقوى لان المقر صير كسب العبد مملوكا لغيره فان لم يكن ملكه
بكونه كسب عبده وان كاتب ملكه بالكتابة فكان كما لو قدم الفاضل الى الفصوب منه طعامه مع
جهله فأكله وفي (حواشي الشهيد) لوقيل بالأكثر كان وجهه وفي (جامع المقاصد) انه الاصح (قلت) أكثر

وان اعتق من الزكاة فلا ضمان فيه وكذا لو ابرأه السيد ولو عجز عن آداء الجميع وجب دفع ما يتمكن منه ولو كانت مشروطة فدفع القيمة لمجزه عن تمام مال الكتابة ثم استرق رجع المقر بما دفعه في التخليص (متن)

الفروع انما تخرج على ضمان أكثر الامرين واحتمل فيه تبعا للايضاح ضمان أقل الامرين لانه ان كان المدفوع أقل فهو التالف وان كانت الاجرة أقل فهي المضمونة على ما سبق أولا قال في (جامع المقاصد) وضعفه معلوم وأما قوله بخلاف الميراث ففي الحواشي انه جواب دخل مقدر تقديره لم حكمت هنا بضمان الاجرة ولو فرض موته فأدى مال الكتابة من ميراثه وجب ضمانه للوارث وان كان أزيد من اجرة المنافع (وجوابه) انه مدفوع بأمر الشارع لا باختيار المكاتب وأمر الشارع نشأ عن تسبب المقر فيكون عليه ضمان الجميع وقال في (الايضاح) يريد أن يبين الفرق بين مال الكتابة وبين ما أدى في فك رقبته لو مات مورثه ولم يخلف وارثا غيره وخلف تركه فان المقر يضمن العين لانه آداء بأمر الشارع فيما وجب عليه شرعا ظاهرا بسببه فلم يتحقق فيه تبرع أصلا ولا تصور الاجرة هنا ولا يحتمل هنا عدم ضمانه لما دفع وحاصله أن الدفع هنا بأمر الشارع الناشئ عن رهن المقر والمدفوع هناك باختيار العبد ﴿ قوله ﴾ (وان اعتق من الزكاة فلا ضمان فيه) أي لو اشترى هذا العبد من الزكاة وأعتق أو أدى مال الكتابة من الزكاة فلا ضمان في هذا المال اذ لا منافع مستوفاة اذ لا نفوت ولم يدخل المأخوذ في ملك العبد واحتمل الشهيد ضمانه للاصناف وقواه هو والمحقق الثاني لان صرفه في غير وجهه مستند الى تسببه ﴿ قوله ﴾ (وكذا لو ابرأه السيد) أي لا ضمان في هذا المال الذي ابرأه السيد اذ لا مال بمقتضى الاقرار ولا ابراء ويحتمل أن يكن المراد أن لا ضمان هنا أصلا اذ لم يستوف المشتري شيئا من منافعه ﴿ قوله ﴾ (ولو عجز عن آداء الجميع وجب دفع ما يتمكن منه) أي لو عجز المقر عن آداء جميع مال الكتابة وجب عليه أن يدفع ما يتمكن من دفعه لان فيه تخفيفا على العبد وتقليلاً لهديه وما لا يدرك كله لا يترك كله ﴿ قوله ﴾ (ولو كانت مشروطة فدفع القيمة لمجزه عن تمام مال الكتابة ثم استرق رجع المقر بما دفعه في التخليص) يريد لو أن المشتري كاتب العبد فدفع المقر قيمة العبد اليه أو الى المشتري باذنه لمجزه أي المقر عن تمام الكتابة لان كان أزيد من القيمة ثم ان العبد عجز عن آداء تمام الكتابة فرده المشتري الى الرقية فان المقر يرجع بما دفعه في التخليص لان تمامه غايته واحتمل الشهيد في حواشيه والمحقق الثاني عدم الرجوع لان المشتري ملكه بالدفع على انه من مال الكتابة فالشان فيه كالشان في المأخوذ من الزكاة فانه لا يستعاد لو دفع الى المولى أو الى العبد فدفعه الى المولى فها أولى (قلت) عدم استعادتها أي الزكاة في الفرض محل تأمل ولم أجد مصرحا به لاني باب الزكاة ولا في باب المكاتب بل ظاهر بعض العبارات في البابين أن الزكاة انما تدفع حيث نزلت سرية (وقال) المحقق الثاني الحق أن يقال له الرجوع فيما بينه وبين الله عز وجل ان كان اقراره صحيحا واما ظاهرا فان دفع الى المشتري ذلك وأخبره بالصورة حين الدفع فله الرجوع عليه وكذا لو أقر بأن الدفع ما كان الا لهذه الجهة والا فلا (قلت) الحق ان كان اقراره صحيحا ودفع ذلك الى العبد فدفعه الى المشتري فلا رجوع له بحال وان كان دفعه الى المشتري باذن العبد أو بدونه فله الرجوع اذ المفروض علم المشتري بذلك لانه في الصورة الاولى يملكه العبد الذي هو حر ولا كذلك في الثانية

ولو جنى على عبد المقر أو نفسه أو مورثه وكان عبداً أو مكاتباً خالص منه بقدرها ولو أوصى لشخص بخدمته دائماً ولا آخر برقيقته فاعتق ضمن له أجره المثل لكل خدمة مستوفاة ولو مات عبداً ضمن لوارثه الحر أجره منافعه المستوفان وما وصل إلى مولاه من كسبه ولو اعتقه فأخذ كسبه بالولاء ضمن للامام (متن)

وكلام المصنف ينزل على الصورة الثانية وأما حيث لا يعلم المشتري فلا رجوع له ظاهراً ولا باطناً وإن كان إقراره ظاهراً فتفصيل المحقق المذكور هو المتعين وذكر القيمة في الفرض لأن الواجب عليه فكه بما يتمكن وحيث عجز عن تمام مال الكتابة تعينت القيمة كما سلف له من قوله وإن كوتب بالقيمة إلى آخره فليأمل ﴿ قوله ﴾ (ولو جنى على عبد المقر أو نفسه أو مورثه وكان عبداً أو مكاتباً خالص منه بقدرها) إذا جنى هذا العبد الذي أقر الراهن بجزئته وكان باقياً في قيد الرق كأن كان قناً صرفاً أو مكاتباً على عبد المقر أو نفسه أو مورثه الذي مات قبل الاستيفاء وورثه المقر فإنه يخلص منه من سلطان المشتري مقدار ما أوجبته جنائته كلاً أو بعضاً فإن كان الثاني وجب عليه أي المقر السمي في تخلص ما بقي ومن المعلوم أن المراد ما إذا كانت الجناية عمداً ولم يقتص أو خطأً وسله المشتري ولم يفده فلا ينبغي من الشهيد أن يناقش المصنف في الواضحات وقد تبعه على ذلك المحقق الثاني قال في الحواشي هذا ليس على إطلاقه بل إنما يتم إذا كانت الجناية خطأً ولم يفده المالك أو عمداً ولم يقتص أما لو اقتص أو فده المولى لم ينسحب الحكم انتهى وكيف كان فيسقط عنه وجوب تخلصه لكن لا يسقط عن العبد اقتصاص في العمد ولا المال في الخطأ فلو ثبت له عليه أجره المنافع قاصداً حيث تجتمع شروط اقتصاص أو يتأثر صلحا ولو فده المشتري حرم عليه أخذ العوض ولو لدفعه في قيمته ليفكه بالشراء إلا أن يجزئه بالخال ويدفع إليه تبرعاً فلو لم يتبرع دفعه إلى الساكن وكان كالمجهول المالك ولو خلس العبد من الرق وقاصداً أو تهازراً صلحا على الظاهر فليأمل وليس للمقر المطالبة بالجنابة حيث يفكه المولى مادام في قيد الرق ﴿ قوله ﴾ (ولو أوصى لشخص بخدمته دائماً ولا آخر برقيقته فاعتق ضمن له أجره المثل لكل خدمة مستوفاة) يريد أن المقر في هذا الفرض يضمن لهذا العبد الذي صار حراً واستحق خدمته كل خدمة استوفاه الموصى له وأما المنافع التي قامت فإنها لا يجب ضمانها لأن منافع الحر لا تضمن بالقوات وفي (جامع المقاصد) أنه يضمن له كل ما استوفاه منه مما له قيمة من خدمة وغيرها وهو كذلك بناءً على ضمان أكثر الأمرين ﴿ قوله ﴾ (ولو مات عبداً ضمن لوارثه الحر أجره منافعه المستوفاة وما وصل إلى مولاه من كسبه) يريد أنه لو مات العبد عبداً ضمن لوارثه الحر الذي لا مانع له من الإرث منافعه المستوفاة وما وصل إلى مولاه من كسبه وهذا لا يجري إلا على القول بضمين أكثر الأمرين ويحتمل أن يكون المراد لو مات العبد وقد أوصى به قبل أن يتق على ماسبق وقال في (جامع المقاصد) ولو سكت عن قوله الحر لم يضر لأن العبد لا يمد وارثاً والتفديد بالحر لا يكفي في كونه وارثاً أجره منافعه المستوفاة على ماسبق وما وصل إلى مولاه من كسبه (قلت) وقد يكون التفديد بالحر لاخراج ما إذا كان وارثه رفاً ولكن منافعه تقوم بفكه ويبقى منها بقية فأمل ﴿ قوله ﴾ (ولو اعتقه فأخذ كسبه بالولاء ضمن للامام) يريد أن المشتري لو اعتقه تبرعاً بحيث ثبت له عليه الولاء ظاهراً فأخذ كسبه بالولاء إرثاً فإن المقر يضمنه للامام إذا كان المقر قد اعتقه سابقاً إذ لو اعتقه تبرعاً كان الولاء له وإلى ذلك أشار الشهيد في حواشيه حيث قال

ولو انتقل الى مورث المقر فاعتقه في كفارة او نذر غير معين وحاز المقر التركة او بعضها
اخرج الكفارة والنذر ولا نزاحم الديون والوصايا مع التكذيب ولو استولدها المشتري لم
يحسب على الولد نصيب المقر لو كان وارثا (متن)

في كلام المصنف ليس على اطلاقه بل ان اعترف بعقده في واجب والا فلا وبالجملة في موضع
يكون الامام وارثا انتهى واطلاقه ضمان الكسب للامام يتخرج على ضمان اكثر الامرين والالضمن
اجرة المنافع خاصة كما في جامع المقاصد ﴿ قوله ﴾ (ولو انتقل الى مورث المقر فاعتقه في كفارة
او نذر غير معين وحاز المقر التركة او بعضها اخرج الكفارة والنذر) اذا حاز المقر التركة وحده
من غير شريك وقد كان مورثه اعتقه في كفارة فلا ريب ان اعتاقه غير محز لان عقده باطل لانه اعتق حرا
وكذلك لو نذر عقده بيمينه فان نذره باطل فلهذا فرض المصنف انه اعتقه في نذر غير معين حتى يصح
النذر ويطل العتق فيصير انه لو اعتقه حيث يجب عليه عتق بنذره او كفارة فان العتق يبطل وتبقى
الكفارة والنذر في ذمة مورثه فيجب عليه ان يخرجها مما في يده وكذا لو كان مورثه اعتقه في زكوة
واجبه وجب على المقر اخراج تلك الزكوة والامر في ذلك واضح اذا كان قد حاز كل التركة واما اذا
كان قد حاز بعضها فان صدقة الشريك فذاك وان كذبه فلا بد ان يكون البعض بقدر الكفارة وان يكون
الاقرار ينزل على نصيبه كما هو مقتضى كلام المصنف وان قلنا ان كل اقرار ينزل على الاشاعة لانه
غير ذلك ﴿ قوله ﴾ (ولا نزاحم الديون والوصايا مع التكذيب) يريد ان هذه الكفارة الباقية
في ذمة مورثه لا نزاحم الديون مع تكذيب ارباب الديون له في انه حر لو ضاقت التركة فلا يقبل
اقراره عليهم ويجب عليه صرف التركة في الدين وتبقى الكفارة في ذمة مورثه وقد حصل مقصوده
بما فعله مورثه لانه كان يجب عليه دفع قيمته الى الفاك وقد حصل لكن يجب عليه اخراج الكفارة
من التركة على ما يقتضيه التيسير بحيث لا يعلم ارباب الدين بل لو كان اجنيا لوجب عليه ذلك اذا
كان المال في يده كما اذا كان في ذمة الميت دين وعلم ان الوارث لا يؤدي فانه يؤدي اما مستقلا
او باذن الحاكم كسئلة الحج وحينئذ فالواجب انما هو القدر الذي اشتراه به مالم يزد عن ثمن المثل
او عن قيمته يوم اعتقه ولعل المدار على قيمته يوم اعتقه سواء زادت بتعلم صنعة او زيادة صفة او نقصت
بفقدانها وكذلك الحال في النذر الغير المعين من دون تفاوت ويبقى الكلام في تصوير مزاحمة
الوصايا لها بحيث تستوعب التركة ولا ينفذ اقرار المقر على اربابها لان الوصايا من الثلث فلا بد ان
يقتى بعدها بقية فنصرف في النذر او الكفارة ثم قد يتصور قصور الباقي فلا نزاحم في الثلث الا ان
قول انه يتصور ذلك فيما اذا اجاز الوصايا فيؤخذ بها ظاهرا وان حرمت عليه اجازتها هذا وفي (الحواشي)
انه لا نزاحم اذا لم يصدقوه واما اذا صدقوه فانه يزاحم وانما يتم اذا كان المورث علما اما مع الجهالة
فان الغرم يختص بالمقر وان صدقوه انتهى فتأمل ﴿ قوله ﴾ (ولو استولدها المشتري لم يحسب
على الولد نصيب المقر لو كان وارثا) يريد انه لو كان هذا المملوك امة وانتقلت الى المشتري فاستولدها
ومات وكان المقر وارثا له فان نصيبه من المستولدة على تقدير الرقية لا يحسب على الولد من نصيبه من
التركة لاعترافه بكونها حرة (قلت) بل يجب عليه ان يدفع القيمة الى باقي الشركاء عن الولد فلو غرمها

ولا يحسب من مال المشتري بالنسبة الى المقر فلا يخرج ما اوصى له به منها الا في اخذه في دينه لو دفع اليه فينتق ولو اعترف بقبض العدل الرهن لم يضر انكاره في اللزوم ان اشترطناه ولو اعترف احدهما خاصة فالقول قول المنكر (متن)

الولد لهم غرمها له لانه مكلف بالفك **قوله** (ولا يحسب من مال المشتري بالنسبة الى المقر فلا يخرج ما اوصى له به منها الا في اخذه في دينه لو دفع اليه فينتق) لما كان هذا العبد حرا عند المقر فلو ان مشطبه اوصى لهذا المقر من ماله بشي معلوم (معين خ ل) شخصي أو غير مشخص وكان محتمل الزيادة عن الثلث ومات ولم يجز الوارث فاحتجنا الى معرفة قدر الثلث لتخرج منه الوصية فان العبد لا يحسب من التركة لانه ليس منها بزعم المقر فيكون له من الثلث بحسابه وكذا لو اوصى له بثلث ماله فانه يأخذ من كل شي ثلثة الا العبد لكه يجب عليه ان يطلب من الوارث ان يحصر له ما اوصى له به في العبد ويصالحه به عما شغفه له اذا انحصر لانه لا طريق الى فكه حينئذ سواء وقال في (جامع المقاصد) قوله فلا يخرج ما اوصى له به منه المتبادر منه ان ما اوصى به المشتري للمقر لا يخرج فان الضمير الاول للمقر والثاني للوصية والثالث للعبد ولا يحصل له لانه لو اوصى له ببند يختاره الوارث فدفع اليه هذا العبد لم يكن له الامتناع بعد قبول الوصية خصوصا اذا توقف تخليصه على القبول فانه يجب قطعا ويحسب من مال المشتري على هذا التقدير فلا تخلو العبارة من شي الا ان تنزل من على معنى السببية وفيه مالا يخفى (قلت) اذا ضمنا يخرج معنى يحسب لم يبق في العبارة شي هذا واما قوله الا في اخذه في دينه الى آخره قد قال في جامع المقاصد في بيانه ما نعه لو كان ما اوصى به له المشتري دينا فدفع اليه عن دينه وجب القبول فينتق عليه حينئذ بمقتضى اقراره ثم قال (فان قلت) انما يجب قبول المدفوع اذا ساواه جنسا او قدرا فكيف يجب قبول العبد (قلت) يمكن فرض المساواة كما لو كان العبد ثبت بالسلف وطابق الواجب ما في الذمة ويجب ايضا قبوله لو انحصر طريق تخليصه من الرق في قبوله عن الدين لا ان امكن تخليصه بوجه آخر فاطلاق بعض الشارحين وجوب القبول لا يخلو من شي (قلت) ما ذكره مراد المطلق لسكان القرينة التي هي القاعدة المألوفة ثم ان كلامه هذا يدل على ان الاستثناء استثناء من جملة قوله فلا يخرج ما اوصى له به منه وقد قال بعد ذلك وليس الاستثناء منقطعا لانه مما دل عليه قوله ولا يحسب من مال المشتري بالنسبة الى المقر فكأنه قال لا يحسب منه في حال الا في اخذه من دينه على تقدير دفعه وعبارة الكتاب خالية عن الدلالة على وجوب القبول لان في كونه في حال الاخذ عن الدين محسوبا مالا لا يستلزم وجوب الاخذ انهم فتأمل وقوله الاخير لا يخلو من شي لان المفروض بل والمتبادر انحصار الطريق فتأمل **قوله** (ولو اعترف بقبض العدل الرهن لم يضر انكاره في اللزوم ان اشترطناه) الضمير في انكاره راجع الى العدل فالمعنى انه لو اعترف الراهن والمرتهن بقبض العدل عن المرتهن بأذن الراهن وانكر هو لم يضر انكاره في صحة الرهن ولزومه ان قلنا بأشراط القبض لان تصديقه لا أثر له اذ المعتبر اقرارهما **قوله** (ولو اعترف احدهما خاصة فالقول قول المنكر) لانه ان كان هو الراهن فلا بد من اليقين لنفي دعوى المرتهن وان كان المرتهن اتقى عنه بغير بين وقد يكون انكاره ليستفيد به فسخ البيع المشروط به اذا كان قد تلف فلا بد من اليقين كما هو الظاهر من الكتاب لا كما فهمه في جامع

ولا تقبل شهادة المعدل عليه ولو قال المالك بملك السلعة بألف فقال بل رهنتها عندي بها
فالقول قول كل منهما في العقد الذي ينكره بعد اليمين وياخذ المالك سلعته ﴿ المقصد الثالث
في الحجر ﴾ الحجر واسبابه ستة الصفر والجنون والرق والمرض والسفه والفلس (متن)

المقصد ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا تقبل شهادة المعدل عليه ﴾ اي على المتكرلان الفرض كونه وكيل في القبض
الذي به ازم الرهن ولا تقبل شهادة الوكيل فيما هو وكيل فيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو قال المالك بملك
السلعة بألف فقال بل رهنتها عندي بها فاقول قول كل منهما في العقد الذي ينكره بعد اليمين وياخذ
المالك سلعته ﴾ لان كلا منهما مدع لشيء وينكرة الآخر فيتحالفان ويندفع كل من العقدين المدعى
بهما فيأخذ المالك سلعته ويبنى الدين في ذمته أي المالك بلا رهن ان اعترف به والا حلف بيننا
جامعة لنفي الدين والرهن ﴿ المقصد الثالث في الحجر ﴾ وهو المنع من التصرف ﴿ قوله ﴾ ﴿ الحجر ﴾
مثال المنع كما في القاموس والمحجور عليه هو المنوع والعقوبات كثيرا ما يحذفون العلة تحفيقا لكثرة
الاستعمال فيقولون محجور قل في (المبسوط) الحجر في القمة هو المنع والحضر والتضييق الى ان قال
فاذا ثبت هذا فالمحجور عليه انما سمي بذلك لانه يمنع ماله من التصرف فيه فاشار الى بيان الوجه في
التسمية وما في التحرير من انه لغة المنع (وفي الشرع) منع الانسان عن التصرف في ماله وكذا ما في
الشرايع من ان المحجور عليه شرعا هو المنوع من التصرف في ماله لا يريدان بذلك ان الحجر
حقيقة شرعية كما قد يتوهم بل المراد بالشرعي هنا المتوقف على الشرع في الجملة ومقابلته القنوي والعرفي
اعني مالا توقف له على الشرع اصلا فلا يقدح في الشرعية اشتغال الحد على شيء من المفهومات
القنوية نعم يقدح فيه عدم اشتغاله على شيء من المعاني الشرعية ولم يوجد في كلامهم اطلاق شرعي
على مثل ذلك ولا لم يشته به غيره من ابواب الفقه ما احتاجوا الى ذكر بعض شرائعه واسبابه وقد
اوضحنا الحال وازلت الاشكال عن هذه المقامات عند الكلام على تعريف الرهن فلا بد من ملاحظته
والمحجور عليه اما لمصلحة الغير او لمصلحته (والاول) خمسة اقسام حجر المفلس وحجر الزاهن وحجر
المرضى وحجر العبد والمكاتب وحجر المرتد فانه لحق المسلمين (والثاني) ثلثة حجر المجنون وحجر العصبي
وحجر السفه وقد اورد على التعريف المذكور اعني منع الانسان عن التصرف في ماله ابرادات
ومناقشات وتندفع كلها بان يراد بالمنع فيه المنع في الجملة او على بعض الوجوه اذ لا منع شرعا فيما نمن
فيه عن السكل اذ ليس في السنة اصعب من العصبي والمجنون وهما غير ممنوعين عن اكل ما لهما عند
الحاجة والشرب والسكنى وليس ممنوعين عن العبادات ايضا والظاهر ان العبد كذلك فاندفع ما يقال
انه ان اريد البعض يشكل بالعصبي والمجنون وان اريد السكل يشكل بالمرضى ولا حاجة في دفع
ذلك الى ما في المسالك وغيره بان المراد هو الاعم وبان يراد باضافة المال اليه ما هو اعم من الملك
حقيقة او ظاهرا وبحسب كونه في يده مسلطا عليه فيخرج المقصود منه ويدخل العبد وان قيل انه
لا يملك ولا ينبغي جملة مبنيا على مذهب من يقول انه يملك كما في المسالك لان المنع الذي ذكر فيه
اعم من كونه عن ماله او ما في يده من مال سيده ﴿ قوله ﴾ ﴿ واسبابه ستة الصفر والجنون
والرق والمرض والسفه والفلس ﴾ قد عرفت ان هذه هي التي جرت العادة بذكرها والا فهناك اسباب
اخر تذكر في محالها كحجر البايح المثنى حتى يقبض المثنى اذ اوجبنا تأخيرها وحجرهما المثنى والمثنى

وهنا فصول (الاول) الصغير وبحجر عليه في جميع التصرفات (متن)

مع وجوب المساوات وحجر الصباغ والحياط حتى يقبض الاجرة وحجر المرثة البضع حتى يقبض المهر والمرهن الزهن حتى يقبض المال وحجر الردة الى غير ذلك كالحجر على الزاهن وعلى العبد والمكاتب وقد قيل في وجه المحصر في السنة ان الحجر اما عام للاموال والدم أو خاص بالاموال والاول اما أن يكون ذا غاية يعلم زوال سببها أولا والاول الصغير والثاني الجنون والثاني أما أن يكون الحجر فيه مقصورا على مصلحته أو مصلحة غيره والاول السفه والثاني اما أن لا يكون مالكا لمحجور عليه فيه أولا والاول الرق والثاني اما أن يكون موقوفا على حكم الحاكم أولا والاول الخامس وهو الفس والثاني المرض انتهى فتأمل فيه وثبوت الحجر بالسنة مجموع عليه مضافا الى الادلة الآتية على كل بانفراده مع موازنة الاعتبار كما سنعلم ذلك كله ان شاء الله تعالى وهي المحصنة للاصل وعموم الادلة باثبات السلطنة وفي (حواشي الشهيد) ان الحجر ثابت بالنص والاجماع وأجمعت الامة على شرعية وما صنعه المصنف هنا من ذكره الفس في باب الحجر أولى مما في الشرائع والتذكرة وغيرها من ذكره في باب على حده وكأنه لكثرة مباحثه وشدة ربطه بالدين جعل بعده وقبله على اختلاف الآراء والأمر في ذلك سهل ﴿ قوله ﴾ ﴿ وهنا فصول الاول الصغير وبحجر عليه في جميع التصرفات ﴾ بالنص والاجماع كما في (التذكرة) قال سواء كان مبرأ أم لا الا ما استثنى كعبادته واسلامه واحرامه وتدييره ووصيته وايصال الهدية واذنه في دخول الدار على خلاف في ذلك وقد حكينا في باب الوقف عن المسالك اجماع المسلمين على انه لا يصح وقفه ونحوه عن السرارز الى غير ذلك مما ذكرناه هناك وفي (مجمع البرهان) دليل الحجر على الصبي هو قوله تعالى (وابتلوا النيام) الآية والسنة واجماع الامة على كونه محجورا عليه في الحلة واما عن جميع التصرفات فالظاهر انه لا دليل عليه ولا قائل به فقوله في التذكرة محجور عليه في جميع التصرفات يراد به الا ما استثنى ويؤيده ان خروج العبادات والاسلام والاحرام من ذلك ظاهر بل المتبادر التصرف المالي كما أفصحت به عبارة المسوط والفنية والشرع والنافع والتحرير وغيرها حيث قيل فيها انه ممنوع من التصرف في ماله أو من التصرف المالي ونحو ذلك واما غير الثلاثة المذكورة فلا كثر على المنع الا في اوصول الهدية والاذن في دخول الدار كما في (مجمع البرهان) قال والظاهر ان هذين لا يحتاجان الى الاستثناء فانه محجور عليه الا باذن الولي وبآتي في باب الوقف ماله فقع تام في المقام حيث ذهب جماعة الى صحة وقفه ووصيته وصدقه فلا بد من مراجعته ولا يعتبر في الحجر أن لا يصح أصلا الا أنهم قولوا لا يحتاج الى علم المهدي اليه والداخل يكون ذلك باذن الولي صريحا فلهذا يكتب بالظاهر للمادة بأن الهدية في محلها لم يأت بها الولد الا باذن وليه وكذا الاذن في الدخول لا يكون الا باذنه للقرينة فكأنه اكتفى فيها بمثله لظهور وسهولة الأمر لكثرة التداول والشيوخ بين المسلمين من غير تكبير فكأنه كان في زمانهم عليهم السلام مع عدم المنع فقرر بهم هنا ثابت وهو حجة (قلت) مرجع ذلك الى طريقة مستقيمة وسيرة ثابتة واجماع مستمر قال ولا يبعد ذلك وامثاله مثل قبول مثله من عبده وولده وتسلم ظرفه اليهما وكذا تسليم ما كان عند الانسان بالعارية ونحوها الى شخص يوصله اليه من غير اذنه سواء كان عبد المرسل أو ولده أو غيرها كما هو المتعارف خصوصا اذا كان بينهما صداقة وعلم من حاله أنه لا يكره

وانما يزول الحجر عنه بامر من البلوغ والرشد اما البلوغ فيحصل بامر من انبات الشعر الخشن على العانة سواء كان مسلما او كافرا ذكر او انثى والاقراب انه اشارة (متن)

بل يرضى علما او غلطا متاخا له ويدل عليه عموم أدلة قبول الهدية من غير تفصيل بان يكون الموصل حرا بالغا قامل ومع ذلك الاحتياط أمر مطلوب انتهى (قلت) فيما ذكره من استقامة السيرة واستمرار الطريقة وانعقاد الاجماع ما يدفع التأمل وينفي عن الاحتياط ان ثبت عموم الحجر لجميع التصرفات **قوله** ﴿ وانما يزول الحجر عنه بامر من البلوغ والرشد اما البلوغ فيحصل بامر من انبات الشعر الخشن على العانة سواء كان مسلما او كافرا ذكر او انثى والاقراب انه اشارة ﴾ أي دليل وعلم لا انه بلوغ بنفسه وقد اختبر كونه بلوغا في صلاة التهذيب وصوم المبسوط وحدوده ووصايا النهاية والمهذب وخمس الوسيلة وصوم السرائر ووصاياها وصوم الشرائع وحجرها وحجر النافع وكشف الرموز وصوم الجامع وحجره وجهاد المشي والتذكرة وصوم التجرير وحجره وحجر الارشاد والتبصرة وصوم القسمة والروضة وهو خيرة مجمع البيان وجوامع الجامع والغنية وكنز العرفان والمغفريات وقد حكى عليه الاجماع في الغنية وظاهر حدود المبسوط ومجمع البيان ونوادير قضاء السرائر وكشف الرموز وكنز العرفان وصوم المسالك وفي حسنة يريد الكناسي ان الغلام اذا زوجه أبواه كان له الخيار اذا أدرك أو بلغ خمس عشرة سنة أو أشعر في وجهه أو أنبت في عاتقه وفي خبر حران سنتت أبا جعفر عليه السلام قلت متى يجب على الغلام أن يأخذ بالحدود التامة ويؤخذ بها فقال اذا خرج عنه اليتيم وأدرك (قلت) فذلك حد يعرف قل اذا احلم وبلغ خمس عشرة سنة أو أنبت قبله الى أن قال والغلام لا يجوز أمره في الشراء والبيع ولا يخرج عن اليتيم حتى يبلغ خمس عشرة سنة أو يشمر أو ينبت قبل ذلك وأما ما قرره المصنف من أنه اشارة ودليل وعلم فهو خيرة المبسوط والخلاف وحجر التذكرة وكشف الحق وجوامع المقاصد والمسالك وهو ظاهر الايضاح وفي (المسالك) انه المشهور وفي (الخلاف) ان عليه اجماع الفرقة وأخبارهم وفي (كشف الحق) انه مذهب الامامية وفي (التذكرة) انه دليل على البلوغ في حق المسلمين والكفار عند علمائنا اجمع وقد استدلل شيخنا في الرياض على قوله في النافع يعلم بانبات الشعر الخشن على العانة الظاهر بل الصريح في كونه بلوغا لدليلا باجماع نهج الحق والتذكرة وهما نصان في أنه دليل على انه ليس في الاول اجماع وانما فيه ذهب الامامية كما سمعت وقد خبط في ذلك صاحب الحديث في رده على صاحب المسالك فزعم ان اجماع التذكرة يرد القول بأنه اشارة ودليل على سبق البلوغ مع انه قال في التذكرة قبل ذلك بلا فاصلة والاقراب انه دلالة على البلوغ فاننا نعلم سبق البلوغ عليه لحصوله على التدريج ولشافعي قولان أحدهما انه بلوغ والثاني انه دليل على البلوغ وقال بعد ذلك بلا فاصلة أعني بدقوله علمائنا اجمع وبه قال مالك وأحمد والشافعي في القولين الى أن قال وان قال انه بلوغ كان بلوغا في حق المسلمين والكفار ووجه انه بلوغ كذا وكذا ووجه انه دليل عليه وهو أظهر القولين عندنا ان البلوغ غير مكتسب الى آخره (وكيف كان) قد استدلل على كونه دليلا بتعليق الاحكام في السنة والكتاب على الحلم والاحتلام فلو كان الانبات بلوغا بنفسه لم يحتص غيره بذلك ومعناه ان الحجر مستمر عليه الى أن يحتلم كما دل عليه الحديث فلو كان الانبات بلوغا بنفسه لم يكن مستمرا الى الاحتلام فتعين أن يكون اشارة وبأن البلوغ غير مكتسب والانبات قد يكتسب بالدواء ولحصوله على

التدرج والبلوغ لا يكون كذلك (قلت) قد ملق في الطبرين حكان على الانبات وجمل فيها كالاختلام
والخمس عشرة سنة فلم يتم الدليل الاول وقولهم ان البلوغ غير مكتسب والانبات قد يكون مكتسبا
(فيه) انه بظاهره لو تم لدل على عدم جواز عد الانبات في العلامات المذكورة ولا كونه علامة على السبق
ولعله لذلك تركه المحقق الثاني على ان القائلين به انما يريدون به الانبات الحاصل من جانب الله
سبحانه بمقتضى المادة والطبيعة وحينئذ لا يمتنع أن يكون بنفسه بلوغا لانه مراد به ما هو أعم حتى يتجه
ما ذكره فليتأمل وقولهم لحصوله على التدرج قد يقال عليه ان العلامة تحصل بمجرد خروج شيء من
الشعر لانه يقع في أول تحريك الطبيعة في أول الشهوة ولا توقف له على تزايد حتى يتجه قوله والبلوغ
لا يكون كذلك فكان القول الاول أقوى مع موافقته للاصول الثلاثة السالمة عن المعارض واجتماعات
القول الثاني لأنبي الحل على الاول فتأمل ويمكن ارجاع الاول الى الثاني بحمل حد البلوغ في كلام
النهاية ونحوها على ما يعم العلم والدلالة فيرفع الخلاف بين فتاوى الشيخ في النهاية والتهديب والمبسوط
والخلاف وقيد الشعر بالحشن في العبارة وفاقا لمبسوط وغيره وهو المتبادر من الطبرين ولا ريب انه
لا يكتفى بمجرد الشعر لعدم خلو المولود عنه في جميع الاحيان مضافا الى الاصل بمفانيه وقيدته بكونه على
العانة كغيره لاخراج غيره من الشعور النابتة في المواضع المعهودة وفي (المبسوط) لا خلاف ان انبات
اللحية لا يحكم بمجرد البلوغ وكذا سائر الشعور وحكم فيه بأنه علم على البلوغ والاجماع أيضا ظاهر
المسالك وبذلك صرح في التذكرة وغيرها وحكم في صوم المبسوط ان اللحية والاشعار حد البلوغ ويمكن
حمل الحد على ما يعم نحو العلم وفي (التحريز) ان الاقرب ان انبات اللحية دليل على البلوغ اما باقي
الشعور فلا وقد يظهر من الشهيد الثاني انه في التحريز يقول ان انبات اللحية كانت العانة والاختلام
وبه أي بما ظهر من الشهيد الثاني جزم شيخنا في الرياض وقواه وليس كذلك على الظاهر لانه جملة في
التحريز دليلا وامارة لا بلوغا بنفسه ونحوه مافي المبسوط والتذكرة حيث جعل فيما علما ودليلا والحسنة
يعني حسنة يريد لم يعمل بها أحد في خصوص ذلك بل ظاهر المبسوط والمسالك الاجماع على خلافها
بل لا يخالف أصلا وان قواه في الروضة فهو معلوم بل المخالف الشافعي لا غير في أحد قوله وقد سمعت
ما أولنا به عبارة صوم المبسوط واطلاق اجماع الغيبة منزل على المتبادر وهو انبات العانة بل لا ريب في
ذلك هنا وقد يكون أراد في التحريز بالدليل السبب بمعنى انه بلوغ بنفسه لكنه في المسالك ذكر أن
العادة قاضية بذلك وقد صرح في أول كلامه بأن الاغلب تأخير اللحية عن البلوغ وأغلبية التأخير
تستلزم ثبوت التقدم في غير الاغلب فلم تطرد العادة ثم لا فرق بين اللحية وغيرها فان الغلبة ثابتة في
الجميع فلا وجه لتخصيصها بالدلالة دون غيرها ثم ان العادة متى كانت قاضية بدلالة نبات اللحية على البلوغ
كان نباتها دليلا بمقتضى المادة وقد صرح في كلامه بنفي العبارة به عندنا في جملة ما نص عليه من الشعور
وظاهر الاجماع على ذلك فتأمل اذ يمكن تجشم الجواب عن الامرين وأما شعر الابط فلا اعتبار به عندنا كما في
التذكرة كتقل الصوت ونهود الثدي وتوطرف الحلقوم واغراق الارنبه واخضرار الشارب وأما انه لا فرق في
كون انبات شعر العانة دليلا على البلوغ في المسلمين والكافرين فهي الخلاف أن عليه اجماع الفرقة وأخبارهم
وفي (التذكرة وظاهر كشف الحق) الاجماع عليه والمخالف الشافعي فانه جعله دليلا في حق الكفار خاصة
لانه يمكن الرجوع الى المسلمين في معرفة بلوغهم ومراجعة الآباء والاعتقاد على أخبارهم بخلاف الكفار
ولان التهمة تلحق المسلم بهذه العلامة لانه يستفيد الكمال والولايات والكفار يقتلون وتضرب عليهم

ولا اعتبار بالزغب ولا بالشعر الضعيف (الثاني) خروج المنى الذي يكون منه الولد من الموضع المتعاد سواء الذكر والانثى (متن)

الجزية وأما انه لا فرق في ذلك بين الذكر والانثى فهو المعلوم من معاهد الاجماع والفتاوى لمكان الاطلاقات وتفتيح المناط من الحسن أو الاجماع المركب ﴿ قوله ﴾ (ولا اعتبار بالزغب ولا بالشعر الضعيف) الزغب محرکه صفار الشعر ولينه حين يبدو من الصبي من باب تمب كما في القاموس وغيره وكان المراد بالشعر الضعيف الذي ينبت قبل الشعر الحشن وقد ذكرها في التذكرة واقتصر في المبسوط على الزغب كما انه اقتصر في التحرير على الشعر الضعيف وفي (المسالك) ان الشعر الضعيف يعبر عنه بالزغب ﴿ قوله ﴾ (الثاني خروج المنى الذي يكون منه الولد من الموضع المتعاد سواء الذكر والانثى) أما كون خروج المنى بلوغا فهو صريح المبسوط وفقه القرآن لراوندي والغنية والشرائع والتحرير والارشاد وفي (المسالك) الاجماع عليه في الذكر والانثى وهو معنى قوله في صلوة التهذيب وصايا النهاية والمهذب وصوم السرائر وصااياها وصوم الشرائع وكشف الرموز وصوم جامع الشرائع وحجره وحجر التذكرة وصوم التحرير وحجر التصرة والجمعرية وحجر جامع المقاصد وصوم الروضة ان حده الاحتلام وان يحصل به وانه بلوغ لان الاحتلام كما في التذكرة خروج المنى الذي يخلق منه الولد وقال انه بلوغ في الرجل والمرأة عند علمائنا أجمع وفسر الخلم في التذكرة أيضا بخروج المنى من الذكر وقيل المرأة مطلقا سواء كان بشهوة أو غيرها بجماع أم بغيره في نوم أو يقظة قال ولا يخصص بالاحتلام بل منوط بمطلق الخروج مع امكانه واستكمال تسع مطلقا عند الشافعي وعندنا في المرأة خاصة وأما في جانب الذكر فما وقت له على حد لصحابنا وفي (مسالك) ان ما بعد العاشرة محتمل وبه أي الخلم وظهور المنى عبر في الغنية وإدعى اجماع الطائفة وظاهر صوم المبسوط والوسيلة أو صريحها كقوادر قضاء السرائر تخصيص الاحتلام بالذكر وفي (مجمع البرهان) تحقق البلوغ يلوغ النكاح بمعنى المد الذي يتمكن معه من الجماعه والانزال جامع أم لم يجمع أنزل أم لم ينزل وظاهر كلامه اجماع الاصحاب على تحقق البلوغ به وكلامه مقصور على المذكور وفي (جوامع الجامع) بلوغ النكاح هو أن يحتمل لانه يصلح للنكاح عنده أو يبلغ خمس عشرة سنة أو ينبت وتفسيره بلوغ النكاح هنا بالاحتلام لا ينافي ما ذكره في المجمع من عدم ارادته منه فان المعنى ارادته على وجه الخصوص والمثبت ارادته لكونه مما يعرف به بلوغ النكاح كما يتضيه التعليل هذا ولاخبار التي علق فيها التكاليف اللازمة على الخلم والاحتلام معتبرة مستبضة وفيها الصحاح والظاهر عدم الفرق في الاحتلام بين أن يكون الخروج في نوم أو يقظة خلافا لما حكى عن بعض أهل اللغة قصصره على الاول والنوم غير معتبر على الظاهر في البلوغ اتفاقا كما في الكفاية وفي (المبسوط والشرائع والتذكرة والكتاب) فيها يأتي وجامع المقاصد والروضة أن الخنى ان أمني من الفرجين وان حاض من فرج الاناث وأمني من فرج الذكور حكم ببلوغه وانه ان أمني من أحدهما لم يحكم ببلوغه وفي (التذكرة) انه المشهور عند علمائنا وفي (المسالك) انه هو الذي اختاره أكثر العلماء ووجهه بأنه لو أمني من الفرجين فان كان ذكرا فقد أمني من فرجه المتعاد وان كان أنثى فكذلك ومثله لو أمني من فرج الذكر بعد مضي تسع سنين وامكان الامتاء من الذكر لانه ان كان أنثى فقد بلغ بالن وان كان ذكرا فقد أمني في وقت امكانه وأما حبيسه من فرج الاناث وامناؤه من

(الثالث) السن وهو بلوغ خمس عشرة سنة في الذكر هلالية وتسع في الانثى (متن)

فرج الذكور فدلالته على البلوغ واضحة وأما انه لو أمني من أحدهما خاصة لا يحكم ببلوغه فلجواز أن يكون ذلك الفرج زائدا فلا يكون متادا ومثله لو حاض من فرج النساء خاصة (قلت) لو صار ذلك متادا قويت الدلالة جدا وللهجوني قول نفى عنه البأس في التذكرة وكذا المسالك وكأنه مال اليه في التحريم وهو أن ذلك كاف في البلوغ لان خروج المنى من فرج الذكر يحكم بكونه ذكرا كما يحكم به لو خرج البول خاصة وكذا القول في الحيض والمنى من فرج الانثى (قال) وكيف يتنظم منا أن تقول انه ذكر أمني ولا نحكم بأنه قد بلغ ولان خروج منى الرجل من المرأة والحيض من الرجل مستحيل فكان دليلا على التعيين ومضى ثبت التعيين كان دليلا على البلوغ ولان خروجهما معا دليل على البلوغ فخرج أحدهما أولى لان خروجهما يفضي الى تعارضهما واسقاط دلالتهما اذ لا يتصور أن يجتمع حيض ومنى رجل (وقد يقال) مع تحقق هذا المحب لا يعد خروج الحيض من الذكر ولا خروج المنى من ذكر المرأة وقبول دليل خص من نص واجماع فالخروج عن الأصل وقول الاكثر بمثابة مشكل قد تحصل أن الخنثى المشكل لما كان منحصرا في الذكورة والانوثة وانما يشبه حكمه في اللاحق بأحدهما فمضى حصل له وصف من أوصاف البلوغ يتحقق فيها أما لا اشتراك بينهما كالانبات أو للاحق الآخر بطريق أولى كبلوغ خمس عشرة أو لكونه جامعا لوصفين على التقديرين كما لو أمني من الفرجين أو حاض من فرج الاناث وأمني من فرج الذكور حكم عليه بالبلوغ (اذا عرفت) هذا فعد الى عبارة الكتاب فان ظاهرها كعبارة الشرايع ان المنى قسان ما يكون منه الولد وما لا يكون وان البلوغ لا يتحقق الا بالاول وقد قال في (المسالك) انه فهم هذا المعنى جماعة وفي (حواشي الكتاب) نقلا عن بعض العلماء انه يعلم المنى الذي منه الولد مما ليس منه بأن يوضع في الماء فن طفئ فليس منه الولد وان رسب منه الولد قال في (المسالك) والظاهر ان هذا المعنى فاسد بل المعتبر في البلوغ خروج المنى مطلقا سواء صلح لتخلق الولد بحسب شخصه أم لا لاطلاق النصوص الدالة على ذلك المتناولة محل النزاع والوجه في هذه الصفة انها كاشفة لامقيدة والمراد أن المنى هو الذي من شأنه أن يخلق منه الولد وان يخلف في بعض الافراد لعارض وفي عبارة التذكرة خروج الماء الذي منه الولد فالصفة مقيدة ولا بد في هذا أيضا من ازيادة المعنى الذي ذكرناه من كون المراد مامن شأنه ذلك لتلايفهم اشترط كونه بالفعل وقيد بالموضع المعتاد مع اطلاق الادلة لوجوب حمل كلام الشارع على ما هو المعهود المتعارف خصوصا وفي بعضها بلوغ النكاح فلو خرج من جرح ونحوه لم يعتد به **قوله** (الثالث) السن وهو بلوغ خمس عشرة سنة في الذكر هلالية وتسع في الانثى (هذان الحكمان قد حكى عليهما الاجماع في الخلاف والغنية وظاهر نوادر قضاء السرائر وحجج التذكرة وكنز العرفان في تفسير الآية الشريفة وآيات المقدس الاردبيلي وفي (المسالك) ان بلوغ الذكر بالخمس عشرة هو المشهور بل كاد يكون اجماعا وان بلوغ الانثى بالتسع مشهور وعليه العمل وفي (السرائر) الاجماع واقع على التسع وفي (ايضاح النافع) ان بلوغ الذكر بالخمس عشرة عليه التمسك وفي (المقتصر) انه مذهب الجمهور من الاصحاب وظاهر مجمع البيان وكشف الرموز اجماع الاصحاب عليه وهو أيضا ظاهر آيات الاسترأبادي وفي (المختلف وغاية المرام) انه المشهور بل قد تشمر عبارة الشرايع واللمعة بدعوى الاجماع حيث لم ينقل فيها خلافا في الذكر مع

قلها في الاثني خاصة وقد حكيت الشهرة على الحكمين في المذهب البارع والروضة وجمع البرهان والكفاية والمفاتيح وما صرح فيه بالحكمين حجر المبسوط وصومه وحجر الخلاف والفنية كما سمعت وحجر فقه القرآن لراوندي وصوم السرائر ونوادير قضائها كما عرفت ووصاياها وحجر الشرائع وصومها وحجر النافع وكشف الرموز والتذكرة والتحرير والارشاد والبصرة والايضاح وصوم التحرير والعمدة وكذا الرفان وجامع المقاصد والجعفرية وصوم الروضة وحجر المسالك وآيات الازديلي وصلوة المفاتيح وما صرح فيه باعتبار الخمس عشرة في الذكر جوامع الجامع وخمس الوسيلة وصوم جامع الشرائع وحجره وجماد المنهي والتذكرة والفقهاء في موضع منه وفي (التذكرة والمسالك) ان بلوغ الذكر لا يحصل بالظن في الخمس عشرة بالاستصحاب وفتوى الاصحاب وظاهرها الاجماع ومما نص فيه على بلوغ الاثني بالنسب وسكت فيه عن ذكر الذكر صلوة النهاية ووصايا المذهب ونكاحه ونكاح الوسيلة فقد انحصر الخلاف في بلوغ الذكر في أبي علي فيما حكى عنه حيث قال انه أربع عشرة وظاهر الفقيه في باب اقطاع بنم اليتيم انه يحصل باستكمال ثلاث عشرة والدخول في الاربع عشرة وكأنه صار اليه بعض متأخري المتأخرين كالازديلي وصاحب المدارك وصاحب الكفاية وحكاها فيه (١) عن ظاهر التهذيب والاستبصار وحكاها في المدارك قولاً ولم يبين القائل كما ستعرف لكنه في الفقيه تردد في الحد الذي يؤخذ فيه الصبيان بين الاربع عشرة والخمس عشرة وهو ينافي الاول وان بقي متروكاً بين الاربع عشرة والخمس عشرة وقال في (المنع) انه يؤخذ ما بين أربع عشرة الى ست عشرة ومثله ما في الاتصال في أبواب الخمسة عشر في أبواب الثلاثة عشر ذكر ان بلوغه ثلاث عشرة الى أربع عشرة وفي موضع آخر من الفقيه وافق المشهور كما عرفت ويلوح من قضاة النهاية العمل بمحدث الثمالي المتضمن ان بلوغ الصبيان ثلاث عشرة أو أربع عشرة وقد يلوح أيضاً من الاستبصار واستعرف الحال في هذه الاقوال ولحق في الاثني ابن حمزة وابن سعيد في خمس الوسيلة وصوم الجامع وحجره ففي الاولين ان بلوغها بعشر سنين تامة وقد حكاه في العمدة عن المبسوط ولعله في موضع لم يشر عليه وفي الثاني يتسم أو عشر وقد عرفت انه في نكاح الوسيلة وافق المشهور وستسمع قول أبي علي من اعتبار التزويج وحل مع التسع وقد ذكر في المسالك ان في بلوغ الذكر قولاً بالثلاث عشرة ولم يبين القائل والاتفات فيه اما الى قول ابن الجنيد وهو بعيد لانه يجب ان يراد بالاربع عشرة في كلامه الدخول فيها وبالثلث عشرة هنا كالمال والدخول فيما بعدها أو الى قول الشيخ في النهاية من العمل بمحدث الثمالي ن حمل على الاقل وهو غير متعين فيه أو ما يلوح منه في الاستبصار من القول بالثلاث عشرة أخذاً برواية عمار لكنها غير ضعيفة بل موثقة وهو قد قال اسناداً الى رواية ضعيفة واستفادة ذلك من الاستبصار محض نظر الا ان يقال انه الثقات الى ما في الفقيه في يتم اليتيم وهو أيضاً بعيد في الجملة على انه لا اختلاف كلامه لا يتعين ذلك مذهبا له وقد عرفت ان سبطه حكى القول بالدخول في الاربع عشرة ولم يبين القائل ونحن لم نجد به قائل على التعيين وباراد الشيخ الحديث الدال عليه لا يقتضي كونه قولاً له وكذا الصدوق وان اوردته في كتابه الذي ذكر انه لا يورد فيه الا ما يقتضي به لأنه قد اورد فيه أيضاً ما ينافيه فلم يتعين ذلك مذهبا له وحكى في (جمع البرهان) قولاً بالدخول

(١) أي في النهاية (منه قدس سره)

في الحس عشرة واختاره ولم اجده في كلامهم عينا ولا انرا ولمه ملتفت الى قول ابي علي بالاربع
عشرة بناء على أن استكلما أما يتحقق بالدخول فيما بعدها لكن الذي يستناد من التتبع وغيره
ان مذهب ابي علي الدخول في الرابعة عشرة وقد قال في (مجمع البرهان) ان القول بالثلاث عشرة
هو الظاهر من الشيخ في كتابي الاخبار وقد سمعت ما حكاه عن ظاهرهما في الكفاية ونحن
نمنع الظهور فيما ادعيه وذلك أن الشيخ أورد في باب الصبيان حتى يؤمروا بالصلاة من
الكتابين الاحاديث الواردة في تأديب الصبي بالصلاة وذكر في التهذيب حديث عمار في
جملة هذه الاخبار ولم يذكر ما يوم الاخذ به في تحديد البلوغ وأما الاستبصار فإنه اورد في اول
الباب حديث علي بن جعفر في الغلام متى يجب عليه الصوم والصلاة قل اذا راهق وعرف الصوم
والصلاة وعقبه بحديث عمار وهو هذا عن ابي عبد الله عليه السلام قل سألت عن الغلام متى
يجب عليه الصلاة قل اذا أتى عليه ثلاث عشرة سنة فاذا احتلم قبل ذلك فقد وجبت عليه الصلاة
وجرى عليه القلم والحاربة مثل ذلك اذا أتى لما ثلاث عشرة او حاضت قبل ذلك وجبت عليها الصلاة
وجرى عليها القلم ثم قال قلما ما رواه وساق الروايات المتضمنة لاخذ الصبيان بالصوم اذا أطاقوه
وبالصلاة بست سنين او سبع سنين وفيما بين الست والسبع وقال فالوجه في هذه الاخبار أن نحملها
على ضرب من الاستحباب والتدب والتأديب والادلة على الوجوب لثلاث تناقض الاخبار وابراد حديث
عمار في هذا الباب يقتضي كون الحديث المذكور وما قبله من جملة اخبار الباب ومقتضى الجمع الذي
ذكره وجوب الصلوة عليه أو أخذه بها اذا راهق الحلم أو بلغ ثلاث عشرة سنة دون ما قبله ولا دلالة
في ذلك على كون الثلاث عشرة حدا للبلوغ كالمرأفة والذي ينبغي أن يقال في كلام الشيخ انه إنما
قصد بما ذكره مجرد الجمع الراجع لتناقض دون أن يكون ذلك قولاً فان رواية عمار صريحة في التسوية
بين الغلام والحاربة فيما تضمنه من التحديد وهو خلاف الاجماع في الاتي سواء أريد منه الثمرين أو
تحديد البلوغ وما ذكر أيضاً من أن الظاهر ذهب غير الشيخ أيضاً الى التحديد بالثلاث عشرة فكانه
أراد بغيره الصدوق كما يفصح عنه ما ذكره في كتاب البيع حيث قل وفي تحفته بالشروع في الاربع
عشرة قول قوي والاجماع على غيره غير معلوم بل هو ظاهر الاستبصار والفقهاء وقد عرفت الحال في
ما في الكتابين وعلى تقدير التسليم فلا ريب أنهما لا يقدحان في الاجماع وأما صحيح عبد الله بن
سنان أو حسنه الذي اعتمد عليه بعض متأخري المتأخرين عن ابي عبد الله عليه السلام قل اذا بلغ
الغلام أشده ثلاث عشرة سنة ودخل في الاربع عشرة وجب عليه ما وجب على المحتلمين احتلم أو لم
يحتمل وكنت عليه السيئات وكنت له الحسنات وجزاله كل شيء الا ان يكون ضعيفاً أو سفياً فيه
(اولاً) انه لا يكافي ادلة المشهور (وثانياً) انه يمكن أن يكون المراد اذا بلغ حد التكاح في ثلاث
عشرة سنة ودخل في الاربع عشرة الا ان ثلاث عشرة بيان أو يدل من أشد أو يحمل الوجوب على
تاكيد الاستحباب ولا يضر الاول قوله احتلم أو لم يحتمل ولا الثاني قوله كنت عليه السيئات فليأمل
ولا يبعد أن يراد منه كمال العقل ونحقق الرشد كما ورد في القرآن المجيد وقال بعضهم انه شاذ وهو
كذلك لا بالتوجيه الذي ذكرناه وكذا غيره من الاخبار الاخر كالصحيح والمؤتمنين والخبر الخالفة
للمشهور المختلفة في الدلالة ويدل على المشهور في المذكور الاموال الكثيرة والاجتماعات التي كادت
تبلغ اثني عشر اجماعاً من صريح وظاهر ومشعر به بل هو معلوم ومع ذلك قد أيدت بالشهرات

المستفيض قلها مع العلم بها واخبار الباب وهي بين عامة وخاصة فمن الاولي النبويان المرويان في الخلاف والغنية والتذكرة وكثير العرفان وغيرها ففي احدهما اذا استكمل المولود خمس عشرة سنة كتب ماله وما عليه واخذت منه الحدود ونحوه الاخر المروي عن ابن عمر وأما الاخبار الخاصة فمنها خبر حمران عن ابي جعفر عليه السلام الجارية اذ تزوجت ودخل بها ولها تسع سنين ذهب عنها اليتيم ودفع اليها مالها الى أن قال قال والفلان لا يجوز أمره في الشراء والبيع ولا يخرج من اليتيم حتى يبلغ خمس عشرة سنة او يشعر او ينبت قبل ذلك وقد رواه في مستطرفات السرائر نقلا من كتاب المشيخة للحسن بن محبوب الا انه رواه عن حمزة بن حمران وحسنه الكناسي عن الباقر عليه السلام قال الفلام اذا زوجه ابوه ولم يدرك كان له الخيار اذا ادرك وبلغ خمس عشرة سنة او يشعر في وجهه أو ينبت في عاتقه قبل ذلك والشهوات والاجاعات نجبر ما هناك من سند او دلالة فلا يرجع على ما يقال ان البلوغ أعم من الاكمال والشروع اذا النبوي اذا انجبر سنده كان نصافي المقام على انه قال في المسالك أن الداخل في الخمس عشرة لا يسمى ابن خمس عشرة لغة ولا عرفا فليتأمل واما الصحيح الذي فيه في كم يؤخذ الصبي بالصيام قال ما بينه وبين خمس عشرة سنة أو اربع عشرة سنة فإنه ربما يستدل به على المشهور لظهوره في عدم الزامية الصوم قبل الخمس عشرة لمكان التخيير الثاني للوجوب العيني وحيث لا قول بالوجوب التخييري حتى من أبي علي تعين حمل الاخذ فيه على الاخذ المستحب كما يشهد به صدوره حيث قيل فيه في كم يؤخذ الصبي بالصلوة قال ما بين سبع وست سنين فقال في كم يؤخذ بالصيام الى آخر ما تقدم والاخذ الاول مستحب اجماعا فكذا الثاني جمعا يقتضيه السياق ونحديده الى الحد المذكور ظاهر او صريح في ارتفاعه بالبلوغ اليه وهو ملازم للوجوب بعده اذ لا قائل بالاباحة حينئذ وكيف كان فلا يدل على مذهب أبي علي ولا على ما مال اليه او قال به بعض متأخري المتأخرين وكذلك الخبر الذي تضمن انه من ثلاث عشرة الى اربع عشرة على انه ضعيف شاذ كما لموثق اذا أتت عليه ثلاث عشرة سنة كتبت له الحسنات الحديث والموثق الآخر اذا بلغ الفلام ثلاث عشرة سنة كتبت له الحسنات الحديث (وقال كاشف الرموز) البلوغ يحصل بخمس عشرة ولعل ما ورد بدون ذلك من الروايات يحمل على انه احتلم أو انبت وهو جيد جدا وأما الاخبار الدالة على بلوغه بالعشر فهي كثيرة واردة في الطلاق والوصية غير مكافئة للأدلة المتقدمة فيراد منها دفع الحجر عنه في الامور المذكورة كما ذهب اليه جماعة ولا يلزم من ذلك حصول البلوغ تماما وهي مع قصور سندها معارضة ايضا باخبار أقوى منها تأتي انشاء الله تعالى في الطلاق ويدل على بلوغ الاثني بالتسع الاجماع من صريح وظاهر وهي ثمانية معتمدة بما سمعته من الشهرة والاخبار المستفيضة والقائل بالعشر لا مستند له الا رواية مرسللة قاصرة عن المكافئة وما في الموثق أنها اذا أتت لها ثلاث عشرة سنة أو حاضت قبل ذلك فقد وجبت عليها الصلاة فهو شاذ قاصر عن المكافئة ايضا والاصول مقطوعة بالأدلة القاطعة وما ذهب اليه ابو علي من عدم ارتفاع الحجر عنها الا بالتزويج والحمل فشاذا لا مستند له هذا وظاهر التذكرة والمسالك اجماع الاصحاب على عدم كفاية العطن في الخمس عشرة والتسع بل لا بد من اكملها وهو مقتضى الاصول وظواهر النصوص والفتاوى الحاكمة بالبلوغ بهما بحكم التبادر والصدق عرفا وعادة كما سمعت ذلك آقا عن التذكرة والمسالك وقد سمعت قوله صلى الله عليه وسلم في الخبر المروي في كتبنا مستفيضا اذا استكمل المولود خمس عشرة وما في الخبر اذا دخل بها ولها تسع سنين وهما صريحان في ذلك فنناقشته

(الرابع) الحيض والحمل دليلان على سبقه (متن)

في جمع البرهان في ذلك واكتفاؤه بالظن فيها لم تصادف محزها هذا والمعتبر من السنين الملاية اعني القمرية دون الشمسية لان ذلك هو المعبود في شرعنا كما في المسالك وهو كذلك لانها المتبادرة لان كانت هي المتعارفة **قوله** (الرابع الحيض والحمل دليلان على سبقه) كما هو صريح حجر الشرائع والارشاد والروضة والمسالك وصوم الروضة بل في الاخير الاجماع عليه نارة ونفى الخلاف عنه اخرى وفي (جمع البرهان) الظاهر انهما دليلان بالاجماع وفي (التذكرة) الحيض في وقت الامكان دليل البلوغ لا نعلم فيه خلافا وصریح حجر المبسوط أيضاً وخمس الوسيلة وصوم التحرير أن الحمل علم ودلالة وهو ظاهر صوم المبسوط ووصايا التهايه والمهذب وحجر التذكرة في اثنا عشر كلام له فيه لكن ظاهر صوم السرائر ان الحمل بلوغ وهو ظاهر حجر التحرير وكذا حجر التذكرة في أول كلامه وهو صريح نوادير (النواذير ل) قضاء السرائر ووصاياها وحجر الجامع بل نسب في الاخير القول بأن الحمل دلالة الى القيل وهو غريب وأما المخالف في الحيض في الظاهر في صوم المبسوط وحجره ووصايا التهايه وخمس الوسيلة وتكليفها وحجر الغنية وصوم السرائر ونوادير قضائها ووصاياها وصوم الجامع وحجر التحرير أن الحيض بلوغ بل في الغنية الاجماع عليه فالاجماع متصادمة ظاهرا كالتاوى بل في المسالك لاخلاف في كونها دليلين على سبق البلوغ كما لا خلاف في كونها بلوغاً بأنفسهما ويمكن الجمع بأن يكون المراد من كونها بلوغاً بأنفسهما تعليق احكام البلوغ في الشرع عليهما وان كانا كاشفين عنه حقيقة ودليلين على سبقه بالانزال والسن ويرشد الى ذلك في عبارة المسالك قوله بعد ذلك بلا فاصل اما الحيض فقد علق الشارع احكام المكلف عليه في عدة اخبار كقوله صلى الله عليه وسلم لا تقبل صلوة حائض الاخبار وقوله صلى الله عليه وسلم لا سماء بنت أبي بكر ان المرأة اذا بلغت الحيض لا يصلح أن يرى منها الا هذا وأشار الى الوجه والكفين وبقى الكلام في عبارة الشرائع حيث قل انهما ليسا بلوغاً في حق النساء بل قد يكونان دليلاً على سبق البلوغ وظاهره انه متردد في دلالتهما مع انها اجماعية كما عرفت ولعله انما أتى بقيد المنفردة للتقليل لانها مسبوقان غالباً بغيرها من العلامات خصوصاً السن ودلالتهما على البلوغ بحيث يتوقف العلم به عليهما نادرة فاسببه التقليل ويمكن أن يكون التقليل في الحيض اشارة الى ما قولوه في باب الحيض من أن الدم الحاصل قبل التسع لا يكون حيضاً وان كان بصفته وانما يعتبر في الحكم به ما كان بعدها وحينئذ تنفي فائدة دلالة لانه قبلها لا اعتبار به وبعدها لا يحتاج اليه (ويمكن) أن يقال تظهر الفائدة في المجهول سنها فانها اذا رأت ما هو بصفته جامعا لشرائطه في القسلة والكثرة يحكم بكونه حيضاً ويكون دليلاً على سبق البلوغ ولا يحكم بكونه قبل التسع مع ان الغالب في مثله أن لا يقع الا بعد التسع وحينئذ تناوله دلالة النصوص على كون الحيض موجبا للاحكام لانه حيض لغة وعرفاً ومعنى دلالتهما على سبقه انهما اذا وقعا بحكم بلوغ المرأة قبلها فلو اوقعت عقداً قبلها بلافضل بحكم بصحته (١) ولعلم ان الولد لا يتيقن (١) ولعلم انه لا فرق بين الدليل والعلم والامارة والدلالة في كلامهم في هذه المقامات لكن قد يستعمل الدليل في نفس البلوغ والسبب كما احتملناه آنفاً في عبارة التحرير ولقد رأيت الشهيد يفرق بين الدليل والامارة بفرق غير شديد على الظاهر المعروف من كلامهم قال الدليل لا يتأخر عن المدلول والامارة قد تقارن وقد تتأخر بمعنى تنفك فان اراد ان ذلك مراد في المقام فأول ممنوع وان اراد في غيره فمسلّم اذ قد نسمع بكاء أهل الملك فيمكن ان قد مات ويمكن ان أعني عليه (منه قدس سره)

والحنثي المشكل ان امنى من الفرجين او حاض من فرج النساء وامنى من الآخر حكم
يلوغه والا فلا واما الرشد فهو كيفية نفسانية تمنع من افساد المال وصرفه في غير الوجوه
اللائقة بأفعال العقلاء (متن)

الا بالوضع فاذا وضعت حكمتا بالبلوغ قبل الوضع لسته أشهر وشي ان ولدته تاما ولا فرق بين كون
ما ولدته تاما وغير تام اذا علم انه آدمي أو مبدء نشوه كالمعلقة كما في التذكرة والمسالك ﴿ قوله ﴾
﴿ والحنثي المشكل ان امنى من الفرجين أو حاض من فرج النساء وامنى من الآخر حكم يلوغه والا فلا ﴾
قد تقدم الكلام فيه مفصلا ﴿ قوله ﴾ ﴿ وأما الرشد فهو كيفية نفسانية تمنع من افساد المال وصرفه
في غير الوجوه اللائقة بأفعال العقلاء ﴾ كما في المذهب البارع وايضاح النافع وجامع المقاصد عند بيان
الاختبار والمسالك في موضعين منه والروضة وجمع البرهان وهو قضية التذكرة في تذييب ذكره ونحوه
وفي التبصرة وكذا الارشاد ولم تذكر الملكية في المبسوط والخلاف وفقه القرآن وجمع البيان والغنية
والشرائع والنافع وكشف الرموز والتحرير والمختلف والمقتصر وكنز العرقان والتفتيح وانما ذكر فيها
كلها في بيانه ان يكون مصلحا لئلا يكون كلام أكثر هؤلاء في بيان الاختبار كما سنعلم يعطي اعتبارها
أي الملكية وفي (جمع البيان) ان المراد به العقل واصلاح المال وهو المروي عن الباقر عليه السلام (قلت)
حذف العقل من تعريف الرشد في عبارات الاصحاب مع وجوده في الخبر لان المفروض حصول
العقل بل والبلوغ والغرض حصول ما يعتبر بعد ذلك وأرسل في مجمع البحرين عن الصادق عليه السلام
في تفسير الآية انه حفظ المال وفي آيات المقدس الاردبيلي انه يكفي في الرشد حفظ المال فقط بحيث
لا يبد مضيعا له وان تصرف لا يتصرف تصرفا غير لائق بحاله ولا يحتاج الى كون ذلك ملكه ولا
يحتاج الى القدرة على الكسب ولا يضر عدم الكسب بل تركه تحصيل المال لان كل أحد ليس ممن
له كسب أو قدرة على تحصيل المال فسا ذكر في كتب الفقه مثل شرح الشرائع محل تأمل وقد قل
في (جمع الفائدة والبرهان) لاختلاف ولا كلام في اعتبار اصلاح المال بمعنى أن يكون له ملكه يقتدر بها
على حفظه وصرفه في الاغراض الصحيحة لا غير لا بمعنى انه فعل مرة اتفاقا بل يكون ذلك من عقله
ومعرفته وقال أيضا والظاهر انه لا يعتبر تكرار الفعل للملكة ولا اشتغاله بعمل يحصل به المال فالذي
يترك صنعة أبيه ليس بسفيه ولا القدرة على حفظ الموجود وتحصيل المعلوم من المال كما اعتبره في شرح
الشرائع (قلت) يأتي الحال في كلام القوم وأما حديث الملكية فليس الرشد الا كالمدالة والشجاعة
والكرم والجلين والبخل وهي انما تعرف بأثارها ولا يكفي فيها المرة ولا بد فيها من التكرار مرارا يحصل
بها غلبة الفطن اذ الملكية لا يعرف حصولها بمرة كذا في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك وغيرها (قلت)
المدار على حصول العلم بتلك الملكية لاعلى حصول الملكية بتلك الافعال التي ذكرها فاذا رأيناها اذا
أراد البيع ونحوه من الافعال يتوقف حتى يتبين الحال ويطهر حتى يتحقق الأمر بحيث لا يبين ولا
يضيع ولا يتساهل ولا يتسامح بل مع تبصر وتدبر علمنا حصول الملكية ولا يحتاج الى علم سابق ومعرفة
قديمة ولا تكرار الفعل كما قد يستفاد ذلك من المبسوط كما سنعلم كلامه برومته وأما اعتبار الرشد في رفع
الحجر ودفع المال فقد دل عليه الكتاب المجيد كقوليه جل شأنه (فان آنتسم منهم رشدا فادفعوا اليهم
أموالهم) والإجماع المهكي في الغنية والتذكرة والمسالك وجمع البرهان وظاهر نهج الحق حيث نسه الى

ولا تعتبر العدالة (متن)

الامامية بل في التذكرة في موضع آخر انه لو بلغ غير رشيد لم يدفع اليه ماله وان صار شيخا وطعن في السن عند أكثر علماء الأئمة من أهل الحجاز والعراق والشام ومصر وقصر الخلاف على أبي حنيفة **قوله** ﴿ ولا تعتبر العدالة ﴾ عند أكثر أهل العلم كما في التذكرة والمسالك وعند الأكثر كما في المقتصر وجمع البرهان وفي (الرياض) بعد نسبه الى الأكثر قال بل عليه عامة من تأخروا في (الروضة والكفاية) انه المشهور وقد طفت عباراتهم أن المفهوم من الرشد عرفا اصلاح المال وفي (التفريح) انه لا شك فيه عند العرف وفي (جمع البرهان) انه هو الظاهر المتبادر منه عرفا وانه هو الذي ذكره الاصحاب (قلت) والعرف مقدم على اللغة ان ثبت أن اللغة في خصوص المقام على خلافه كما حرر في فقه ثم ان الفسق أمر شرعي مغاير للرشد من حيث هو فكيف يعتبر مالا مدخلة لم في فقه فيما هو متداول بينهم ومتعارف عندهم تعارفا شائعا وعن (الكشاف) أن الرشد الهداية وفي (القاموس) الاهتداء ولعل المراد به في المقام الاهتداء الى اصلاح المال نعم في النهاية والصحاح أن الرشد خلاف النسي وقد فسر فيها بالضللال وكيف كان فالقائل بعدم اشتراط العدالة أبو علي فيها حكى عنه وكاشف الرموز على الظاهر منه والمصنف في المختلف والتذكرة والتحرير ان كان فسقه لا يستلزم التبذير والشهيدان في الحواشي واللمعة والمسالك والروضة وأبو العباس في المقتصر والمقداد في كثر العرفان والتفريح ان لم يستلزم الفسق تبذيرا والفاضل الكركي في جامع المقاصد والفاضل القطيني في ايضاح النافع والمقدس الاردبي في آياته وجمع برهانه والحراساني في كفايته والكاشاني في المفاتيح وشيخنا في الرياض وهو ظاهر كل من اقتصر على اصلاح المال كالارشاد والتقييد في التذكرة والتحرير والتفريح بما اذا كان الفسق لا يستلزم التبذير ليس تفصيلا في المسئلة لان التحجير على هذا الفاسق محل وفاق كما في التذكرة ومحل النزاع انما هو الفسق الذي لا يستلزم التبذير والمخالف للشيخ في الخلاف والمبسوط والراوندي في فقه القرآن وأبو المكارم في الغيبة ونحو الاسلام في شرح الارشاد حيث قالوا ان يكون مصلحا لعله عدلا في دينه وفي (الغنية) الاجماع عليه والمحقق في كتابه متردد وما في الرياض من أن عبارة الشيخ المحكية غير صريحة فيه ولا ظاهرة من حيث التعبير بالاحتياط الظاهر في الاستحباب فلم يبق قائل به صريحا بل ولا ظاهرا الا مدعي الاجماع يعني صاحب الغنية غير صحيح لان الشيخ قال في (المبسوط) وابتأس الرشد منه أن يكون مصلحا لعله عدلا في دينه فأما اذا كان مصلحا لعله غير عدل في دينه أو كان عدلا في دينه غير مصلح لعله لا يدفع اليه ماله ولم يتعرض فيه ذكر الاحتياط أصلا ومثله عبارة الخلاف حرقا فخرقا غير انه قال وحد الرشد موضع قوله في المبسوط وابتأس الرشد نعم قال في (الخلاف) بعد عدة مسائل اذا صار فاسقا الا أنه غير مبذر فالاحوط أن يحجر عليه ثم نقل عن الشافعي قولين ثم قال دليلنا قوله تعالى (ولا تؤنوا السفهاء أموالكم) وروي عنهم عليهم السلام أنهم قالوا شارب الخمر سفیه فوجب أن يتمتع دفع المال اليه فقد صرح بوجود منعه ونحوه ما في الغنية ثم ان كلامه هذا في مقام آخر كما يرشد اليه صريح كلامه في المبسوط قال واذا بلغ العصبى وأونس منه الرشد ودفع اليه ماله ثم صار مبذرا مضيعا لعله حجر عليه واذا صار فاسقا الا أنه غير مبذر فالظاهر أنه يحجر عليه ثم استدلل بالآية والرواية كما في الخلاف فالسائلان مختلفتان اذ محل النزاع في الابتداء (وما قيل) فيه انه أحوط انما هو في الاستدانة على أن

عبارة الغنية كعبارة الخلاف وكأنه لم يلحظ كلامه في الغنية الى آخره فان كان عول شيخنا في الرياض على المختلف فهلا عول على صريح كلامه أولا الناس على أن الشيخ في المبسوط والخلاف اشترطوا العدالة ثم انه في المختلف بعد عدة مسائل ذكر هذه المسئلة أعني ما اذا صار فاسقا الى آخره وقال انه بناء على أصله من اشتراط العدالة في الرشد وسبب ذلك ضعف التأمل وقلة التلبث ولو تأمل لعرف أن المسئلتين مختلفتان وانه في المبسوط قال والظاهر أنه يحجر عليه ولم يقل الاحوط وفي (الخلاف) صرح بوجود الحجر فلا يكون الاحتياط مرادا به الاستحباب ثم ان المصنف في التذكرة قال اذا طرأ الفسق الذي لا يتضمن تصيب المال ولا تذبذبه فانه لا يحجر عليه اجماعا فكأنه لم يحتفل بخلاف الشيخ وابن زهرة في المقام مع انه قد يظهر من الغنية الاجماع عليه وقد تناقل اجماع التذكرة جماعة ممن تأخر وعولوا على المختلف في النقل ولم يراجعوا الاصول (وليعلم) أن ترك المروءة ليس داخلها في هذه العدالة عند الشيخ وموافقه لأنه قال في التذكرة ومن لا يتحفظ من الاشياء المفضية الى قلة المروءة كالأكل في السوق وكشف الرأس بين الناس ومد الرجل عندهم وأشياء ذلك لا تقبل شهادته ويدفع اليه ماله اجماعا (حجة) المشهور الاصل بمعنى أن الاصل الجواز والاصل عدم جواز منع الناس من أموالهم وقد دل عليه العقل والنقل كتابا وسنة واجماعا خرج منه غير البالغ وغير الرشيد بالمعنى المتفق عليه بالاجماع والنص وبقي الباقي وانه علق في الآية زوال الحجر برشد ما للتكبير ويصدق على المصالح ماله ان له رشدا فتأمل ونقل عن ابن عباس وغيره في تفسير الآية الشريفة انه اصلاح المال وقد سمعت ما في مجمع البيان عن الباقر عليه السلام حكاه عنه المقدس الاردبيلي في آياته وما في (مجمع البحرين) عن الصادق عليه السلام ولانه ضرر في الجملة وقد عرفت معناه عرفا وان العرف مقدم على اللغة وأن الكافر لا يحجر عليه لكفره فالفاسق أولى وبعض هذه الأدلة لا يخفى حالها (ثم) انه استدلل في المسالك على المختار بان العدالة انما تعتبر على القول بها في الابتداء لا في الاستدامة فلو كانت شرطا في الابتداء لاعتبرت بعد ذلك لوجود المنقضي (قال) والشيخ لم يجعل التحجير اذا عرض الفسق بعد العدالة لازما (قلت) قد عرفت أنه يلزمه وبجمعه لازما وكذلك صاحب الغنية والمولى الاردبيلي نسج على منوال المسالك وأخذ يعترض على الشيخ بانه لا فرق بين الابتداء والاستدامة عسلا ولا شرعا وبانه لا شك ان عدم الرشد مانع وان وجوده كاف في الزوال وموجب له بالنص والاجماع والعدالة ما اعتبرت الا لكونها داخلية في مفهومه كما يرشد اليه استدلال القائل باعتبارها فلو اعتبرت ابتداء لزم اعتبارها استدامة وهو ظاهر ويؤيده ان الرشد بالمعنى الآخر أعني اصلاح المال شرط مطلقا ابتداء واستدامة ولا يقول الشيخ باشتراط العدالة في البقاء ولانه لو اعتبرت لزم عدم جواز معاملة الفاسق مع أنهم مجمعون على جوازها وقالوا بجواز بيع الخشب لمن يعمل صنعا والغب لمن يعمل خمرا ولا شك انه فاسق بل يلزم أن لا تجوز المعاملة الا مع العلم بالعدالة بالمعاشرة وغيرها من طرق معرفتها اذ لم يكن مجرد الاسلام مع عدم ظهور الفسق كافيا في العدالة لان المعترف الملكة ولا يمكن دعوى ظهورها في السلم لما ترى من احوال المسلمين ولا يكفى في الرشد بالاصل والظاهر سواء كان اصلاح مال فقط او مع العدالة بعد دلالة الأدلة على وجوب الاختيار وأن القول باشتراطها موجب لتترك المعاملة والمناكحة وتعتيل المعيشة ويخالف لعل الامة بل الكتاب والسنة بل في الاخبار ما يدل على جواز معاملة الفاسق الى آخر ما قال ونحوه ما في المسالك من أنه لو اعتبرت العدالة في الرشد لم يحم للمسلمين سوق ولم ينتظم للعالم حال لان الناس الا النادر منهم اما فاسق او مجهول الحال

والجبل بالشرط يقتضي الجبل بالمشروط وانت قد عرفت الحال وان الشيخ و ابا المكارم يقولان
 باشتراطها في الاستدامة ولا يرد عليها شيء مما أوردها أي الشهيد الثاني والمولى الاردبيلي الا معاملة
 المعلوم فسقة كما ستسمعه ايضا اذ العدالة عند الشيخ حسن الظاهر وأبجدد الاسلام مع عدم ظهور الفسق
 وهما موجودان في الناس الا التادر فالاصل عند الشيخ والمفيد وأبي علي في المجهول الحال العدالة
 والاصل في اقواله وأفعاله الصحة واما الفسق فطار على هذا الاصل فنقلته كقابلة المجاز على الحقيقة
 فلا تعارض بين الاصلين والقائل بحسن الظاهر يقول اصلا ن تمارضا فلا بد من ظاهر يعضد احدهما
 وليس هو الاحسن الظاهر وشيخنا صاحب الرياض بعد أن نقل ما حكيناه من كلام المسالك ومجمع الفائدة
 والبرهان قال وفيه مناقشة لعدم تماميته الا على تقدير اشتراطها على الاطلاق وليست شرطا كذلك اذ قد صرح
 الاصحاب بان اعتبارها عند القائل به انما هو في الابتداء لافي الاستدامة وعليه حكى الاجماع في التذكرة
 (وبذلك) صرح القائلان في الكتب المذكورة وأن احتاطا باعتبارها أيضا في الاستدامة فقل هذا يمكن
 أن يمنع ما ذكر من المؤيدات لاحتمال ابتنائها على وجه الصحة وهو حصول العدالة ابتداء وأن طرأ بعدها
 وصف الضد ومرجهه الى حل أفعال المسلمين على الصحة ولا يضر معه الجبل بالشرط في المسئلة كما لا يضر
 معه الجبل بكثير من الشروط المعبرة في الاموال المتباعدة في أسواق المسلمين كالجلود المشترط فيها التذكرة
 ومطلق الاموال المشترط في المعاملة عليها وأتباعها الملكية وعدم كونها سرقة ومنه مفروض المسئلة
 بالاضافة الى شرط أصل الرشد الذي هو اصلاح المال فلو صح التمسك بالمؤيدات المزبورة لنفي اعتبار
 العدالة لصح التمسك بها لنفي اعتبار اصل الرشد لتساوي التوبة اليها بالضرورة فكما لا يضر الجبل
 بالشروط فيما عدى المسئلة بنا على حل افعال المسلم على الصحة فكذلك فيها بالبديهة انتهى (وفي)
 مناقشة من وجهين (الاول) انها لا تشترط في الاستدامة عند القائل بها لمكان
 اجماع التذكرة وقالا انها لو اعتبرت ابتداء لاعتبرت أسدامة وأستدلا عليه بما سمعت وحينئذ توجه
 الايراد التي أوردها على الشيخ وأيدابها المختار لانهما حاولا أن ليس في غالب الناس عدالة لا ابتداء
 ولا استدامة بل الغالب عدم حصولها ابتداء وهو في سن الشباب وقرب عهده بعدم التكليف وأن
 أعطى كلامها في بعض مطاوية ما فهم في الرياض سلنا لكنه ماذا عسى يحمدي ما اجاب به في
 رد الاجماع على جواز معاملة الفاسق الذي لاشك في فسقه كملة الخور وصانعي الاصنام والفلقة
 والحكم واتباعهم كما دلت عليه الاخبار كما نبه عليه المولى الاردبيلي فكلامه ان تم قلنا يتم بالنسبة
 الى البعض الثاني ان اول كلامه نص في انه ماري كلام الشيخ في كتابه وظاهره هنا حيث قال
 صرح القائلان في الكتب المذكورة أنه رأى الكتب المذكورة وهذا سهل وأن كان ليس سهل على
 انك قد علمت ان الشيخ وابن زهرة لا يفرقان وعرفت ما يمكن أن يجيب به عما أورد عليها ولا
 حاجة الى ما تكلفه شيخنا مع عدم تمامه (وحجة) الشيخ وموافقه ما قاله في الخلاف قال دليلنا قوله تعالى
 (فان آتسم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم) فاشترط الرشد ومن كان فاسقا في دينه كان موصوفا بالنفي
 ومن وصف بالنفي لا يوصف بالرشد لان النفي والرشد صفتان متناقضتان لا يجوز اجتماعهما ولانه أن كان
 عدلا في دينه مصلحا ماله فلا خلاف في جواز دفع المال اليه وليس على جواز الدفع مع انفراده (١) احدى الصفتين

(١) كذا في النسخ ولعل الصواب مع انفراد احدى الصفتين أو انفراده باحدى الصفتين (مصححه)

ويعلم باختباره بما يناسبه من التصرفات فإن عرف منه جودة المعاملة وعدم المغالبة إن كان تاجراً والمحافظة على ما يتكسب به والملازمة إن كان صائناً واشباه ذلك في الذكر والاستئصال والاستساج في الاتي إن كانت من أهلها واشباهه حكم بالرشد (متن)

دليل وروى ابن عباس أنه قال في قوله تعالى فإن آسئتم منهم رشداً هو أن يبلغ ذاقار وحلم وعقل ويدل أيضاً على ذلك قوله تعالى (ولا تؤثروا السفهاء أموالكم) والفاسق سفينة والاخبار التي تفرد تأريها كثيراً في هذا المعنى انتهى ونحوه ما في الغنية مع زيادة دعوى الاجماع ولم يستدل الراوندي وقد يستدل لهم بالأصل والاحتياط وقد يستدل له بخبر أبي الجارود كما يأتي وليست هذه الأدلة بتلك المسكنة من الضعف كما قد يظن ولذا تردد المحقق في كتابه وقد توجه الجماعة لردّها وبيان حالها ﴿قوله﴾ (ويعلم باختباره بما يناسبه من التصرفات فإن عرف منه جودة المعاملة وعدم المغالبة إن كان تاجراً والمحافظة على ما يتكسب به والملازمة إن كان صائناً واشباه ذلك في الذكر والاستئصال والاستساج في الاتي إن كانت من أهلها واشباهه حكم بالرشد) لا بد من الاختبار للأصل والكتاب والاجماع والاخبار وقد ذكر الشيخ في المبسوط كيفية الاختبار وتبعه عليها الجماعة قال في (المبسوط) الايتام على قسمين ذكور وأناث فالذكور على ضربين ضرب يتدولون في الأسواق ويخالطون الناس بالبيع والشراء وضرب يصانون عن الأسواق فالذين يخالطون الناس فإنه يعرف اختبارهم بأن يأمره الولي أن يذهب إلى السوق ويساوم في السلع ويقاوم فيها ولا يعقد العقد فإن رآه يحسن ذلك ولا يبين فيه علم أنه رشيد والا لم يفك عنه الحجر وقبل أنه يشتري له بغير أمره وبواطئ البائع على يمين من اليتيم وينفذه الولي إليه ليشتريها منه وقبل أنه يدفع إليه شيء من المال يشتري به سلعة ويصح شراؤه للضرورة فيجوز أن كان اليتيم ممن يصان عن الأسواق مثل اولاد الرؤساء فإن اختبارهم أصعب فيدفع الولي اليهم نفقة شهر بخبرهم بها فينظر فإن دفعوا إلى أكرتهم وغلبتهم ومعاملهم ومعاملهم حقوقهم من غير تبذير وأقسطوا في النفقة على أنفسهم في مطاعهم ومكاسبهم سلم اليهم المال وأما الأناث فإنه يصعب اختبارهن فيدفع اليهن شيئاً من المال ويجعل عليهن نساء ثقات يشرفن عليهن فإن غزلن واستغزلن ونسجن واستسجن ولم يبدرن سلم المال اليهن فإن كن بخلاف ذلك لم يسلم اليهن انتهى وزيد في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك وغيرها أنه لا بد من تكرار ذلك مراراً يحصل بها غلبة الظن ليعلم اتصافه بالملكه كما تقدم نقله فيما مر وكان كلام المبسوط خال عن ذلك وفي كلامهم جميعاً مناقشة من وجوه (الاول) أن ظاهرهم التعمين والظاهر خلاف ذلك بل الضابط حصول العلم أو الظن المتأخر له بأنه ضابط حافظ ماله لا يصرفه الا في الاغراض الصحيحة عند العقل بالنسبة الى حاله كأنه من كان في أي شيء كان ولا يتعمين عليه في ذلك شيء من تجارة أو نفقة فكان المدار كما قدمنا على العلم بحصول الملكة من التدبير والتبصر والصبر والتروي حتى يحقق الأمر وينفذه لاعلى حصول الملكة بتكرر هذه الافعال الا ان تقول أن ذلك منهم ليس على سبيل التعمين (الثاني) أن تسليم المال لاولاد الاكابر لينفقوه في مطاعهم ومكاسبهم ومعاملهم مشكل قبل حصول العلم برشدهم (١) الا أن تقول أن هذا جاز للضرورة (١) اذ المفروض أن الابتلاء قبل البلوغ كما هو المعروف عندنا كما ستسمع ولا تنفع أجازة الولي في العقد الذي الغاه الشارع وما قاله في التذكرة ان هذا مستثنى يحتاج الى دليل مع انه قال قبل ذلك في ذلك انه يتولاه الولي (منه قدس سره)

كما في بيع الاختبار وهو خلاف المختار بل يتولى البيع في المثال الولي كما هو الموافق للضوابط ثم أن الموضوع فيما نحن فيه متفاد لا ضرورة لامكانه بغيره كأن يوضع المال في يده وينظر حاله فيما اذا اراد يما أو شراء أو صرفا في نقتته وغيرها فاذا كان يحفظه ولا يفعل ما يريد الا بعد التدبير والبحث دفع اليه كما قدمنا اذ المقصود تحصيل العلم بحفظ المال وعدم تضييعه وصرفه فيما لا يناسبه (الثالث) انه لا باعث على تكليف المرأة بالنزول والاستئصال واكتساب المال اذا الغرض حصول العلم او الظن القريب منه بعدم تضييعها المال وحفظه وعدم صرفه في غير محله بأي وجه كان فتختبر بما قاله في التذكرة وهو ان يفوض اليها ما يفوض الى ربة البيت فان كانت ضابطة في ذلك حافظة للمال الذي في يدها فهي رشيدة (والحاصل) انه لا يعتبر في رتدها ولا رشد الصبي مزاوله الكسب والاسترباح اذ ليس كل احد له قدرة واستعداد على اكتساب المال ولا يسمى ذلك اصلاحا لالهال كما به على ذلك كله المقدس الاردبيلي الا ان يعتقد اجماع على أن المراد باصلاح المال كونه مصلحا له على الوجه اللائق بحاله عند العقلاء بالتمية ونحوها كما صرح به قوم وأشار اليه آخرون وكيف كان فالأكتساب بالعمل لا نسلم دخوله في اصلاح المال وان سلمنا دخول تنمية المال الحاضر في اصلاحه ومحل الاختبار قبل البلوغ كما في المبسوط والشرايع والتذكرة والتحرير والارشاد وغاية المراد وكنز العرفان وجامع المقاصد وتعليق الارشاد والمسالك والروضة والمفاتيح وهو ظاهر عبارة الكتاب لان الضمير في قوله باختباره يعود الى الصغير ونحوها عبارة اللمعة وأظهر منها عبارة النافع والاجماع محكي عليه في ظاهر التذكرة وغاية المراد وأظهر منها في ذلك عبارة المسالك ونحوها عبارة المفاتيح قال في (المسالك) هذا مما لا خلاف فيه عندنا وإنما خالف فيه بعض العامة (والحاصل) انه لم يحك الخلاف في التذكرة وغاية المراد والمسالك الا عن بعض العامة حيث جعله بعده فالاجماع معلوم نعم قد حمل السيد العميد في (كنز الفوائد) والفخر في (الايضاح) والشهيد وابن المنوج عبارة الكتاب كما يأتي على ان الاختبار بعد البلوغ وجعلنا البيع الواقع بالاختبار متفرعا على ذلك وستعرف الحال في ذلك ان شاء الله والمولى الاردبيلي أخذ يتأمل ويحتمل كونه بعد البلوغ ولم يحزم بالخلاف وإنما احتمل الامرين على تأمل منه لكن في خبر أبي الجارود الذي رواه علي بن ابراهيم في تفسيره عن أبي جعفر عليه السلام دلالة على ان الاختبار إنما هو بالبلوغ وعدمه فاذا علم بلوغه بأحد الاسباب دفع اليه المال ان أنس منه الرشد والا فلا قال قال عليه السلام في قوله جل وعز شأنه (وابتلوا البتامة) من كان في يده مال بعض البتامة فلا يجوز أن يعطيه حتى يبلغ التسكاح ويحتمل فاذا احتمل ووجب عليه الحدود واقامة الفرائض ولا يكون مضيا ولا شاربا خمر ولا زانيا فاذا أنس منه الرشد دفع اليه المال وأشهد عليه فاذا كانوا لا يعلمون انه قد بلغ فليتمحن بريح ابطه أو بنت عاتته واذا كان ذلك قد بلغ فيدفع اليه ماله اذا كان رشيدا الحديث وقد تمنع ظهوره في مخالفة الاصحاب فان كان ولا بد قلنا هو شاذ مخالف لما عليه الاصحاب ويكفيك ان رواه سرحوب الشيطان الاعمى بصرا وبصيرة الذي لاشبهة في ذهنه وهمل هو على سبيل الوجوب أو الجواز صريح جماعة كالشهيد والمقداد والكركي وظاهر آخرين الاول لان تأخير الاختبار الى البلوغ يؤدي الى الاضرار به بسبب الحجر عليه ومنه مع جواز كونه بالفار شهيدا لان المنع يمتد الى أن يختبر ويعلم رتده وربما طال ما به يثبت العلم بالملكه فاذا أمكن دفع هذا الضرر بتقديم الاختبار كان أولى كما في التذكرة والمسالك

وفي صحة العقد حيثئذ اشكال (متن)

فأمل وفي (غاية المراد وكثر العرفان) لو كان الاختبار بعد البلوغ لأدى الى الحجر على البالغ الرشيد وهو خلاف الاجماع وفي (جامع المقاصد) لو كان بعد البلوغ لم يؤمن معه الحجر على البالغ الرشيد وهو ظلم محرم فيجب التحفظ عنه ولا يكون الا بالاختبار قبل البلوغ فأمل (وقد احتج أصحابنا على كونه قبل البلوغ بعد الاجماع بما ذكرنا من لزوم الضرر وبقوله جل شأنه وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان أنتم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم (ووجه) دلالة الآية من وجوب (الاول) انه سبحانه وتعالى جعل متعلق الابتلاء اليتامى والمراد باليتيم لغة وشرعا من لأب له دون البلوغ فالبالغ ليس يتيم بطريق الحقيقة واللفظ يحمل على حقيقته اذا لم يمنع منها مانع وهو متف هنا (الثاني) قوله جل شأنه (حتى اذا بلغوا النكاح) فقد جعل غاية اختبارهم البلوغ فدل على ان الاختبار قبله (وتفيحه) ان حتى ابتدائية لان ما بعدها جملة شرطية والجزء جملة أخرى شرطية وهي فان أنتم فالفاء الاولى جواب الشرط الاول والثانية جواب الثاني وقول المولى الاردبيلى ان ظاهر قوله تعالى فان أنتم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم يدل على دفع المال بعد ايتاس الرشد بلا فصل فلو كان الابتلاء قبل البلوغ لزم وجوب الاعطاء بعد الرشد وقبل البلوغ وهو منفي بالاجماع وقوله ولا يبعد صدق اليتيم على قريب العهد باليتيم وانه من المعلوم ان الابتلاء لم ينته بالبلوغ فكأنه مقيد بعدم الرشد وغرضه بهذين الجواب عن دليلي الاصحاب فاسد قطعاً من وجوب (الاول) انه يلزم أن تكون حتى الداخلة على الجملة الفعلية التي فعلها ماضي جاره والجمهور على خلاف ذلك كما نص عليه في المغني في قوله جل شأنه (حتى اذا فثلتم) نسب الى الجمهور ان حتى ابتدائية وان اذا في موضع نصب بشرطها أو جوابها المحذوف وقدره امتحنتم مع أن الجواب هنا موجود ونسب جعل اذا في قوله اذا فثلتم في موضع جر يمتحنتم الى الاخفش وابن مالك وقال ان الجمهور على خلافها فما الباعث على مخالفة جمهور النحويين وجميع الاصحاب وحمل القرآن على الوجه الشاذ على ان الاخفش وابن مالك انما تجر ياعلى مخالفة في تلك الآية لعدم الجواب ولا أعلن انها محتملان ذلك في هذه الآية لمكان وجود الجواب الذي تناسق مع شرطه وتناسق جوابه معه (الثاني) انه يلزم اخراج لفظ اليتامى عن حقيقته من دون باعث وداع اليه ومن ذهب اليه من العامة وهو بعض الشافعية وأحمد في احدى الروايتين عنه انما كان لامر آخر أشكل عليهما وهو ان الصبي محجور عليه قبل البلوغ فتصرفه غير نافذ فكيف يختبر (وقد أجابها) أصحابنا وأصحابنا بأنه يختبر بالممارسة والمماكة والمساومة فاذا آل الامر الى العقد تولاه الولي وقد سمعت الوجه الآخر الذي في المبسوط (وأما) قوله من المعلوم الى آخر (جوابه) ان الاصحاب يقولون ان الوجوب ينهي بالبلوغ فكان غاية للوجوب وقد دلت الآية الشريفة على وجوب الدفع بعد ذلك ولا يحتاج الى حاكم ولا الى ولي ولا الى طلب صاحب المال كسائر الحقوق من الدين ونحوه وكأنه بمنزلة الامانة الشرعية وان الظاهر وجوب الفور بل ظاهرها وجوب الاشهاد ولكن حمل الامر فيه على الارشاد (اذا قرر هنا) فقد الى عبارة الكتاب فقوله يعلم باختياره يعني اختبار الصغير ذكرنا ان كان أو أتى بدليل قوله واشباه ذلك في الذكر والاستنزال والاستسجاج في الاتى اذ هو المحدث عنه بما يناسبه من التصرفات ﴿ قوله ﴾ ﴿ وفي صحة العقد حيثئذ اشكال ﴾ الظاهر انه يريد ان في صحة العقد

الواقع للاختبار قبل البلوغ اشكالا ينشأ من أن الصغر مانع من الصحة وأفعال الصبي وأقواله في غير العبادات غير شرعية كما برهن عليه في موضعه والأمر بالابتلاء لا يستلزم أزيد من كون مابه بالابتلاء معتبرا في افادة الرشد وعدمه فلا يقتضي ترتب أثر آخر عليه من صحة العقد وعدمه لأن ذلك خارج عن مقتضاه وعلى هذا فكيفية اختباره أن يأمره الولي بالمساومة في البيع ويمتنعه بالممارسة والمساومة وتقرير الثمن فإذا آل الأمر الى العقد عقده الولي وهو أعني عدم الصحة خيرة المبسوط والشرائع وجامع المقاصد والمسالك وهو الذي استقر عليه رأيه في التذكرة وهو الذي تقتضيه القوانين لأن غير البالغ إذ لم يصلح للبيع ونحوه لا يصلح مطلقا حال الاختبار وغيره والاختبار غير موقوف على حصول التصرف منه صحيحا حتى يقال به هنا للضرورة على أن الآية الشريفة لا تدل على صحة المعاملة حال الاختبار وإنما تدل على الابتلاء قبل البلوغ ودفع المال بعد الرشد كما أشرنا إليه آنفا فاحتمال الصحة لظاهر الآية إذ الأمر بالابتلاء يقتضي كون الأمر الصادر من الصبي معتبرا خصوصا على القول بأن أفعال الصبي شرعية كما في التحرير وموضع من التذكرة فيه مالا يخفى وهذا هو الوجه الثاني من الاشكال والقول بشرعية أفعاله إنما هو في العبادات لمكان الاجماع أو أمر الاولياء بأن يأمرهم وغير ذلك وذلك مفقود في المقام إذ ليس قولك ابتله واختبره الا كقولك سله وادعه ولا ريب أن المسئول والمدعو ليس مدعوا للاول كما قيل ذلك في قوله عليه السلام مروم اذ الكلام في الميز الذي يعلم أن ذلك من الله سبحانه فامل جيدا (وليعلم) أن غير الاسلام وعميد الدين والشيد وابن المتوج حملوا عبارة الكتاب على ما إذا كان العقد الواقع للاختبار بعد بلوغه فقال ولد المصنف اذا ظهر رشده حال العقود صحت العقود قطعاً فاستنتى هذه الصورة وجعل ما اذا ظهر سفهه أو لم يتبين شي بعد محل الاشكال ومنشأؤه من أن السفه يصح تصرفه باذن الولي وهذه العقود مأذون فيها شرعا ومن حيث بطلان تصرفات السفه وهذا سفهه ومعناه أن الولي أذن له في البيع أو الشراء مطلقا ولم يعين له شخص المبيع والمشتري والثمن أو لو عين له ذلك كله فأت الاختبار ولا ريب أن الاذن المطلقة بعد الحكم بسفهه لا الاختبار لغو وإنما مع الاختبار فاحتمال الصحة قام لمكان اذن الشارع به وهذا ما اراده بالوجه الاول وليس مراده قطعاً انه اذن له واجازه كما فهمه المحقق الثاني والا لما صح له ذكر الوجه الثاني من منشأ الاشكال ومعنى قوله هذا سفهه في الوجه الثاني ظاهر فيما اذا ظهر سفهه لانه سفهه واقعاً وأما اذا لم يتبين فهو سفهه حكماً لمكان مفهوم الشرط في قوله جل شأنه فأن آتسم منهم رشدا فادفعوا كما هو ظاهر فما اورده عليه من أن عقد السفه صحيح اذا اجازه الولي وكان بالغاً أجماعاً فأبى وجه للاشكال اذا اذن له الولي ابتداء غير وارد لما عرفت من انه في الايضاح لم يتعرض للاجازه وإنما تعرض للاذن المطلقة حال الاختبار والصحة حينئذ محل اشكال لا محل اجماع قطعاً على أن الاجازة حينئذ إنما تكون من الحاكم عند الأكثر على ما حكى عنهم فيمن بلغ سفهها من أن الولاية عليه للعالم فيكون الأذن الاب أو الجد أو الوصي والمهيز الحاكم فكلامه عليه في جامع المقاصد لا وجه له من وجهين وكذا قوله أن العلم يكون العاقد رشيداً ليس شرطاً لصحة العقد قطعاً إنما الشرط كونه رشيداً في الواقع لا وجه له لانه في الايضاح كما سمعت جعل الاشكال فيمن ظهر سفهه ومن لم يتبين سفهه وهو غير وارد على الاول قطعاً ولا على الثاني لانه محكوم بسفهه بمفهوم الآية في دفع المال ولا قائل بالفرق بين دفع المال وصحة العقد سلنا ان العقد حينئذ صحيح في الواقع على فرض انه رشيد في الواقع لكن من أين لنا العلم

ولا يزول الحجر بفقده أحد الوصفين وان طعن في السن ويثبت الرشد في الرجال بشهادتهم
وفي النساء بها وبشهادتهن (متن)

بالواقع فالاصول تقضي بعدم صحته ولا اقل من تعارضها وان كان انما وجهه على السيد العميد فقط لانه عم
الاشكال للسائل الثالث فمع انه خلاف الظاهر فمن المعلوم انه لا يريد ونمغ ظهوره من كلامه وعلى تقديره
فالظاهر يعدل عنه لليقين من جهة القواعد المعلومة وبذلك كله ظهر فساد قوله اخيرا ولو اعتبرنا ما ذكره
الشارحان في حل العبارة فالبيع الواقع بعد البلوغ صحيح على كل حال كما عرفت الحال مفصلا فقوله هذا
عجيب غريب انه منه لعجيب غريب (وقال) ابن المتوج فيما حكى عنه الشهيد ان هذا الاشكال مبني
على أن مجرد ظهور السفة مبطل لتصرفاته من دون توقف على حكم الحاكم أما على القول باشتراط حجر
الحاكم فلا يتأتى هذا الاشكال فيكون هذا التصرف صحيحا لا زما اتهمي فليتأمل فيه لكنه فهم انه
فيما بعد البلوغ (وقال الشهيد) الاقوال ثلاثة الصحة مطلقا لأمر الشارع بذلك والبطلان مطلقا لاعتبار الرشد
والثالث ان ظهر الرشد ظهرت الصحة وان ظهر السفة ظهر البطلان وقد فهم أيضا أنه بعد البلوغ والذي
دعى هو الاجلاء الى حمل العبارة على ذلك مع ظهورها فيما قبيل البلوغ مع ايتاس الرشد أما ان
الاولين سمعا ذلك من المصنف واقفاهما الآخران وقد ظهر وجهه مما حررناه وأما ان حملها على ما قبل
البلوغ بعيد لانه لا يرب في بطلانه لان البلوغ شرطا اجماعا عندهم (وفيه) ان المصنف سيتردد في بيع المميز
فبالاولى أن يتردد هنا لمكان الأمر بالابتلاء والشيخ تغل القول بالصحة لمكان الضرورة والمحقق
حكم بعدمه بعد تأمل وفي (التحرير) حكم بالصحة قائلًا والاشكال له وجه في الجملة ﴿ قوله ﴾ -
﴿ ولا يزول الحجر بفقده أحد الوصفين وان طعن في السن ﴾ هذا قول أكثر علماء الامصار من أهل
الحجاز والعراق والشام ومصر والمخالف أبو حنيفة كما في التذكرة وهو محل وفاق منا كما في المسالك
والروضة وظاهر نهج الحق حيث نسه الى الامامية (وقال) أبو حنيفة اذا بلغ خمسا وعشرين سنة فلك عنه
الحجر وان كان سفيها لانه قد بلغ أشده وصلح أن يصير جدا قال في (التذكرة) بعد كلام طويل كونه
جدا ليس تحته معنى ولا أصل له في الشرع وهو ثابت فيمن له دون هذا السن فان المرأة تكون جده
لاحدى وعشرين والمراد بفقده أحد الوصفين فقد الصغر وقد عدم الرشد اذ لا بد من قددهما وقيل
لا بد في حمل الوصفين على الصغر وعدم الرشد من العناية لان عدم الرشد لم يجز له ذكر والأمر سهل
لمكان الملازمة من أول الامر ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويثبت الرشد في الرجال بشهادتهم وفي النساء بها
وبشهادتهن ﴾ كافي الشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد والمسالك والروضة وجمع البرهان
والمفاتيح وكذا الكفاية وهو ظاهر بقية الشروح والحواشي حيث لم يكن فيها مناقشة ولا تأمل وفي
(جمع البرهان) لعل دليل الجميع الاجماع وفي (التذكرة) لو اقتصر على ثبوت رشد النساء على شهادة الرجال
لزم الحرج والضيق وهو منفي بالاجماع وقال في (الكفاية) في خصوص هذا الفرع قالوا وفي (الرياض) اما
ثبوت رشد شهادة رجلين في الرجال فلا اشكال فيه وأما ثبوت شهادة الرجال منفردين أو النساء
كذلك أو ملفقات منهن ومنهم كرجل وامرأتين في النساء فلا خلاف فيه في الظاهر بل عليه الاجماع
في كثير من عبارات وهو الحجة (قلت) ونحن تتبعنا عبارات الاصحاب في المقام فما وجدنا الا ما ذكرنا
ولم نجد هذه العبارات الكثيرة التي قد اشتملت على هذا الاجماع المتضمن ثلاثة أحكام وقد تتبعنا

وصرف المال الى وجوه الخيرات ليس بتبذير (متن)

كلامهم في باب الشهادات فلم نجد ذكر الرشد فضلا عن نقل الاجماع عليه في النساء نعم قالوا
تقبل شهادة النساء منفردات فيما يعسر اطلاع الرجال عليه غالبا ومثله بالولادة والاستهلال وعبوب
النساء الباطنة والرضاع والوصية له وكيف كان فلا ريب في قبول شهادة الرجال في الرجال للاجماع
المعلوم والاستقراء والعموم أعني عموم الادلة بقبول شهادتهما وانما الكلام في أنه هل يشترط قيامها عند
الحاكم وحكمه بها أم لا وهل تقبل في الانبات والاحتلام أم لا فالقدس الاردبيلى على انه يمكن
الثبوت مع تعذر الحاكم دفعا للخرج وان الاحتياط يقتضي الاختبار مع الامكان ومع عدم لزوم تأخير
تسليم المال الى صاحبه بزمان كثير يضر به خصوصا اذا طلبه ولثبوت عمل الامة في المعاملات مع عدم
ثبوته عندهم بحكم الحاكم مع تحقق كونه غير رشيد يقين وما ذلك الا للحكم بظاهر الحال وشهادة العدلين
ليست بأقل من ذلك ولصدق الرشد الذي هو شرط في الآية والاخبار الدالة على التسليم مع ثبوت
كونه رشيدا عند التصرف من غير قيد حكم الحاكم ولهذا قالوا ان فك حجر الصبي ليس بموقوف بعد
البلوغ والرشد الى حكم الحاكم فتأمل فالظاهر أن الضابط حصول العلم بل الظن المتأخر له اما بالاختبار
على أي وجه كان أو حكم الحاكم أو شهادة العدلين سواء كانا على الرجل أو المرأة أو أربع نسوة
أو امرأتين وعدل لصدق الآية والاخبار (قلت) بعد تسميتهن لها شهادة وتسليم اشتراطهم في الشهادة
انضمام حكم الحاكم اليها في جميع الامور الا ما استثني وليس الرشد منه يجب الحكم بعدم الثبوت وعدم
ترتب الاحكام الا بحكمه اذ الشهادة عندهم أخبار جازم بحق أو غيره عند الحاكم ولو كان الامر كما
قال لا اكتفى فيه بنهر الواحد اذا أفاد ظنا متاخما للعلم وفرق تام بين ظاهر الحال وشاهد الحال وشهادة
العدلين اذ الاخير متوقف على الجرح والتعديل ومعرفة الكبار والصغار والملكة وغيرها وتلك وظيفة
الحاكم الا ما استثني وشاهد الحال جار مجرى القاطع وعمل الامة اما على شاهد الحال لمن عرف بالحال
تحته معنيان أو على القاعدة المجمع عليها وهو أصل صحة فعل السلم وأما قبولها في غير الرشد من السن
والانبات والاحتلام والظاهر قبولها في الجميع وان كان الفرض في الاخيرين مع عدالة الشهود نادرا
جدا لتدرة العلم بهما جدا خصوصا في النساء خصوصا في امثلهن على وجه يبقى للشاهد عدالة وأما
قبول شهادة الرجال منفردين في النساء فدليلة ما تقدم وأما قبول شهادة النساء الاربع منفردات أو
الثنائى كذلك أو ملفقات منهن ومن الرجال كرجل وامرأتين في النساء فدليلة العسر والخرج لان رشد
المرأة مما لا يطلع عليه الرجال غالبا فلو اقتصرنا في ثبوت رشدهن على شهادة الرجال لزم الحرج والضيق
وهو منفي اجماعا كما في التذكرة فتأمل ولعل الاولى الاستدلال عليه بالنصوص الدالة على الاكتفاء
بشهادتهن منفردات فيما لا يطلع عليه الرجال غالبا مع دعوى أن هدامته وبحوها يستدل على التلبيق
بل وعلى الثنائى فليتأمل ولم ينص على الثنائى سوى المصنف في التذكرة والشهيد الثاني في الروضة
والمسالك ﴿ قوله ﴾ ﴿ وصرف المال الى وجوه الخيرات ليس بتبذير ﴾ ظاهر اطلاقه انه لا فرق
بين الافراط في ذلك وعدمه ولا بين كون ذلك لا تقابله أولا وهو ظاهر مجمع البرهان وقد يلوح ذلك
مما حكى عن مجمع البيان وفي (المسالك) انه المشهور وقد استدل عليه بأنه لا سرف في الخير كما لاخير في
السرف وهو ليس بمحدث وانما حكى أن رجلا تصدق كثيرا فقال له رجل لاخير في السرف فأجابه

لا سرف في الظير و بأن أمير المؤمنين تصدق بالاقراص كما هو مشهور فنزلت في سورة هل أتى (وأجيب) بأن ذلك من خواصهم ولا ترق بمحلم لعظمة كالمهم لكن قال في (مجمع البيان) ان ذلك ليس مخصوصا بهم صلوات الله عليهم بل كل مؤمن يفعل ذلك ينال ذلك (وقوله) صلى الله عليه وسلم لعلي عليه السلام وأما الصدقة فجهدك وبالاخيار الدالة على الترغيب والترهيب على تركه وهي لا تدل على ذلك وقال في (المالك) ومن المستفيض خروج جماعة من أكبر الصحابة وبعض الأئمة صلوات الله عليهم كالحسن عليه السلام من أموالهم في الخير لكنه قال الا أن يمنع ان ذلك لا يليق بمحلم (قلت) على أن المروي عن الحسن عليه السلام انما هو أنه قاسم ربه ماله حتى النعل لانه أخرجه منه كمالا (والحاصل) أن جميع ما يمكن أن يستدل به في هذا المقام قابل للحمل على عدم التصديق بجميع المال الا ماورد عن آية الله الكبرى فانه لا يقدر عليه الا هو عليه السلام ومن كان في عبته لمكان بركنه على أن في رواية القمي أنه عليه السلام أعطى ثلث العصيدة للمسكين ثم جاء النبي فاعطاه الثلث ثم جاء الاسير فاعطاه الثلث الباقي وقال في (التذكرة) لو بلغ وعرف أمواله في وجوه الخير كالصدقات وفك الرقاب وبناء المساجد وأشباه ذلك مما لا يليق بحاله كالتاجر وشبهه فهو تبذير وهو معنى قوله في التحرير صرف أكثر المال في صنوف الخير مع قناعته بالباقي ليس بتبذير ومعنى قوله في الارشاد وصرف المال في صنوف الخير ليس بتبذير مع بلوغه في الخير اذ معناه ان صرف المال في الخير ليس بتبذير بشرط بلوغ المال ذلك بمعنى كون ذلك قاضيا عما يحتاج اليه وكونه لا تقا بحاله ولا تصنع الى ما ذكر في معناه غير هذا وهو خيرة المقداد وصاحب الكفاية ولم يرجع الحنفى الثاني والشهد الثاني وكان الثاني مال اليه وقد استدلت عليه في (التذكرة) بقوله تعالى (ولا تجعل يدك مغلولة الى عنقك ولا تبسطها كل البسط) وهو مطلق فيتناول محل النزاع ولكنه لا يدل على مطلوبه لان الحكم بكونه تبذيرا يقتضي فساد التصرف والنهي هنا لا يقتضيه فليتأمل جيدا اذ قد يقال ان النهي للتحرير والمستفاد من كلامه هو لا ان المدار على ما هو اللائق بحاله وغيره والاولى الاستدلال عليه بالآيات والاخبار وقد تضمن بعضها الدلالة على المطلوب مع استلزامه رد الخصم وبعضها على رد الخصم مع استلزامه المطلوب قال الله سبحانه وتعالى (يسألونك ماذا ينفقون قل العفو) فعن الصادق عليه السلام أن العفو هو الوسط من غير اسراف ولا اقتار وعن الباقر عليه السلام ما فضل عن قوت السنة وعن ابن عباس ما فضل عن الاهل والعيال أو الفضل عن العنى وروي أنه صلى الله عليه وسلم قال لمن أتاه ببيضة من ذهب أصابها في بعض الغزوات يجي * أحدهم بماله كله يتصدق به ويجلس يتكفف الناس انما الصدقة عن ظهر غنى والظهر قد يرد في مثل هذا اشباغا للكلام وتمكيننا كأن صدقة مستندة الى ظهر قوي من المال فكانه قال اذا أعطيتها كانت عن استغناء منك وكانت عفوا فضلا (فضل خ ل) عن غنى ومثله خير الصدقة ما أبقت غنى وقد يكون المراد بظهر العنى كظهر الغيب وظهر القلب وحق اليقين (وقد روى) في الكافي وتفسير العياشي على ما حكى عن أبي عبد الله عليه السلام لو أن رجلا أفق ما في يده في سبيل الله ما كان أحسن ولا وفق للخير أليس الله تبارك وتعالى يقول (ولا تقفوا بأيديكم الى التهلكة وأحسنوا ان الله يحب المحسنين) وفي صحيحه عبد الله ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام في تفسير قوله تعالى (والذين اذا أفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواما) فبسط كفه وفرق أصابعه وحناها (وحناهاشي خ ل) شيئا فشيئا وعن قوله ولا تبسطها كل البسط فبسط راحته وقال هكذا وقال القوام ما يخرج من بين الاصابع ويبقى في الراحة منه شيء

وصرفه الى الاغذية النفيسة التي لا تليق بحاله تبذير (متن)

(وعن الصادق عليه السلام) انه تلا هذه الآية فأخذ قبضة من حمى وقبضها بيده قال هذا الاقار الذي ذكره الله في كتابه ثم قبض قبضة أخرى فأرخصي كفه كلها ثم قال هذا الاسراف ثم قبض أخرى فأرخصي بعضها وأمسك بعضها وقال وهذا القوام (وفي صحيحة) الوليد بن صبيح قال كنت عند أبي عبد الله عليه السلام فجاء سائل وأعطاه ثم جاء آخر فأعطاه ثم جاء آخر فقال يوسع الله عليك ثم قال ان رجلا لو كان ماله ثلاثين أو أربعين ألف درهم ثم شاء أن لا يبقى منها الا وضعا في حق فيبقى لاملاله فيكون من الثلاثة الذين يرد دعائهم (قلت) من هم قال أحدهم رجل كان له مال فأنتقه في وجهه ثم قال يارب ارزقني فيقال له ألم أرزقك وروى ابن أبي نصر في الصحيح عن أبي الحسن عليه السلام قال سألت عن قول الله عز وجل (وآتوا حقه يوم حصاده ولا تسرفوا) قال كان أبي يقول من الاسراف في الحصاد والمبذاز أن يتصدق بكفيه جميعا وكان أبي اذا حضر شيئا من هذا قرأى أحدا من غلانه يتصدق بكفيه صاح به أعط يد واحدة القبضة بعد القبضة والفضة بعد الضغث من السبل وفي الحسن عن ابن أبي عمير عن هشام بن المثنى قال سئل رجل أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله عز وجل (وآتوا حقه يوم حصاده ولا تسرفوا) قال لا يجب المسرفين قال كان فلان ابن فلان الانصاري سباه وكان له حرث وكان اذا أخذه (أجته دخل) يتصدق به ويقتى هو وعياله بغير شيء فجعل الله ذلك سرفا وروى في (الكافي) عن الصادق عليه السلام في باب دخول الصوفية على أبي عبد الله عليه السلام وانكاره عليهم فيما يأمرون الناس به من خروج الانسان من ماله بالصدقة على الفقراء والمساكين هذا (وفي حسنة) شهاب بن عبد ربه قال قال أبو عبد الله عليه السلام ليس في الطعام سرف وفي بعض الاخبار ان السرف أن تجعل ثوب صونك ثوب بذلتك وفي بعضها ان السرف أمر يعضه الله عز وجل حتى طرحك النواة فأنها تصلح لشيء وحتى فضل شراكك (وفي رواية) اسحق ليس فيما أصلح البدن اسراف وفيها إنما الاسراف فيما أفسد المال وأضر بالبدن قيل وما الاقار قال أكل الخبز والملح وأنت تقدر على غيره قيل فما التقصد قال الخبز واللحم واللبن والحل والسمن مرة هذا ومرة هذا ونحوه رواية أخرى لاسحق ابن عبد العزيز عن رجل ونحوه في رواية ابن تغلب ﴿ قوله ﴾

﴿ وصرفه الى الاغذية النفيسة التي لا تليق بحاله تبذير ﴾ هذا مما لا خلاف فيه عندنا كما في مجمع البرهان لصدق الاسراف والتبذير المتهى عنه (وقال) أكثر الشافعية لا يكون تبذيرا لان الغاية في تملك المال الانتفاع به والالتذاز وكذا قالوا ان شراء الثياب الفاخرة وان لم تكن لاثقة (١) وبالجملة حصر أكثرهم التبذير في التضييعات كالرمي في البحر واحتمال الفتن الفاحش وشبهه وفي الاتفاق في المحرمات والمراد بالحال قلة المال وكثرته فلو كان معه مال كثير وغير عادته في المأكول والملبوس والمركوب لم يحجر عليه ومن التبذير الحرام عند علماء الاسلام صرف المال وان كان قليلا في الرياء نصوا على ذلك في تفسير الآية الشريفة وفي (مجمع البرهان) انه مما لا شك فيه وقد حكى في التذكرة الاجماع وظاهره

(١) كذا في النسخ والمباراة ناقصة ولعل صوابها كذا قالوا في شراء الى آخره أو صوابها وان لم تكن لاثقة ليس بتبذير انتهى (مصححه)

وولي الطفل ابوه وجده لايه وان علا ويشتركان في الولاية فان قددا فالوصي فان فقد
فالحاكم ولا ولاية للام ولا لغيرها من الاخوة والاعمام وغيرهم عدا من ذكرنا (متن)

اجماع الامة على ان صرف المال في المحرمات سفه وتبذير وقد سمي الله سبحانه وتعالى المرأين كافرين قال
سبحانه وتعالى (يا ايها الذين آمنوا لا تبطلوا صدقاتكم بالملن والاذى كالذي ينفق ماله رثاء الناس ولا يؤمن
بالله واليوم الآخر فقله كمثل صفوان عليه تراب فأصابه وابل فصره كمثل الذي ينفق ماله رثاء الناس ولا يؤمن
لا يهدي القوم الكافرين) قالوا ولذا ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال الشرك في أمي أخفى من النملة
السوداء في البيلة الظلما. وقال صلى الله عليه وسلم ان أخوف ما أخاف عليكم من الشرك الاصغر قيل وما
الشرك الاصغر قال الرياء يقول الله تعالى لهم يوم يجازي العباد اذهبوا الى الذين كنتم تراؤنهم في الدنيا
هل نجدون عندهم جزاء وعنه صلى الله عليه وسلم انه يقال للمرآتي في الاتفاق ما فعلت فيما آتيتك فيقول
كنت أصل الرحم وأنصدق فيقول الله له كذبت وقول الملائكة كذبت ويقول الله بل أردت أن
يقال فلان جواد قد قيل لك فقد عمت البلوى والبيلة لانه يلزم عدم جواز معاملة هؤلاء وعدم جواز
الأكل من هذا المال لان باذله سفه ولا أظن ان أحدا يخلو من ذلك من أصحاب الاموال فضلا
عن الحكام والظلمة وانت ان لم تعاملهم لا بد وأن تعاملهم ويعلمهم ولعلمهم في مثل ذلك يتنون على
أصل صحة فعل المسلم وانه لا يفعل حراما وانما قصد قصدا سائعا أو يخصصون ذلك بما اذا لم يكن
له غرض صحيح في نظر أهل الدنيا فليأمل أو يقولون ان الرياء محله العبادات كما يشعر به مقابلته
بالاخلاص وغير ذلك فلا يضر في غيرها (وفيه) انه لم يثبت فيه حقيقة شرعية والذي نص عليه أهل
اللغة انه مأخوذ من أراء فاصله أراء وهو ما فعله ليري كما ان السمعة ما فعل ليسمع كما في القاموس وغيره
وهو ظاهر الكتاب المجيد حيث قال جل شأنه كمثل الذي ينفق ماله رثاء الناس ولم يقل كمثل الذي
يتصدق مع ان صدور الآية في التصديق (وفي الخبر) من بني بنا. رياء وسمعة طوقه الله الحديث وهو
ظاهر اطلاقات القوم وأخبارهم وصرح مجمع البرهان وعد في المفاتيح من المعاصي المنصوص عليها البناء
رياء وسمعة (وفي التيوبي) المروي في كتبنا المفتي به الوليمة أول يوم حق والثاني معروف وما زاد رياء
وسمعة ونحوه في ذلك كله التهي عن النكاح للرياء والسمعة وفي (قواعد الشهيد) انه يجري في الجهاد
والغزو وليس عبادة اجماعا وكذا الاذان ولا ينافي ذلك قوله في قواعده أيضا في بيان الاخلاص في
العبادة ويتحقق الرياء بقصد مدح المرآني أو الانتفاع به أو دفع ضرره والكلام في المقام طويل
الاذناب وفيما ذكرناه بلاغ وقد عقد له بابا في الكافي سرد فيه أخبارا مطابقة والتنخيص يحتاج الى
دليل فليكن الرياء مطلقا كالمعجب والظلم والكبر ونحو ذلك والكلام فيما يقع على نحوين او انحاء
احدها الرياء ولا يشترط في النحو الآخر أو الأنحاء الأخر ان يكون عبادة بل يكفي في ابحاثه وعدم
حرمته ان لا يكون رياء وان خلا عن نية اخرى فليحفظ ذلك وليتدبر فيه ﴿قوله﴾ (وولي الطفل
ابوه وجده لايه وان علا ويشتركان في الولاية فان قددا فالوصي فان قددا فالوصي فان قددا فالوصي فان قددا
لغيرها من الاخوة والاعمام وغيرهم عدا من ذكرنا) تنقيح البحث في المقام ان يقال هنا طفل ومجنون
وسفيه ومفلس وقد نص في المبسوط والشرائع والنافع والتذكرة والتبصرة والتحرير والارشاد والسمعة
وجامع المقاصد والروضة والمداك ومجمع البرهان والكفاية وغيرها ان الولاية في مال الطفل والمجنون

لايه وجده لايه وان علا وقد حكي عليه الاجماع في التذكرة وفي الخلاف عنه في المسالك والكفاية
وفي (مجمع البرهان) كأن عليه اجماع الامة مضافا الى النصوص المستفيضة بل المتواترة كما قيل الواردة
في التزويج الصريحة في ثبوت ولايتها عليهما فيه المستدل بها بالفحوى والاولوية في المسئلة مضافا الى
خـ وص النصوص المستفيضة الواردة في بحث أموال التامى والوصية وغيرها من المباحث الكثيرة
كما في الرياض وقد أطلق المجنون فيما عدا جامع المقاصد ومجمع البرهان من غير فرق بين من اتصل
جنونه بصغره أو تجدد له ذلك بعد بلوغه ورشده التفاتا الى ثبوته في بحث التزويج على المشهور كما في
ايضاح النافع مع ظهور الاجماع من التذكرة ثمة المستلزم لثبوت الحكم هنا بالاولوية لكن هذا الاجماع
من التذكرة مستفاد من اطلاق ضعيف ليس بتلك المكاة من التعويل عليه على انه قد نص فيها بعد
ذلك بست قوائم في السبب الرابع على ان الولاية حينئذ للحاكم والسلطان وظاهره الاجماع لكنه
أيضا ليس بتلك المثابة من الظهور لانه قال ليس عندنا للسلطان ولاية في التزويج على الكبار ولا على
الصغار بل على المجانين والسفهاء وسنسمع تمام الكلام في السفيه ثم ان الشهرة محكمة على ذلك أي
على أن الولاية للحاكم في التزويج على من بلغ ورشد ثم تجدد جنونه وقد يشهد على صحة الشهرة الاولى
اطلاق الجميع هنا الا ما قل واطلاق الاكثر في باب النكاح فتأمل وقال في (جامع المقاصد) ان المجنون
ان بلغ فاسد العقل فالولاية للأب والجد اما اذا كل بالغا ثم تجدد جنونه فالذي يقتضيه صحيح النظر
ان الولاية عليه للحاكم ومشله ما في مجمع البرهان وما في نكاح المسالك وظاهر مجمع البرهان في مقام
آخر انه لاخلاف ولا نزاع في ان أمره الى الحاكم رقال أيضا في مقام آخر لادليل على ثبوتها لهما فتكون
للحاكم كسائر الولايات ولا يساويه أحد في العلم والديانة ولان العلماء ورثة الانبياء وانهم بمنزلة انبياء
نبي اسرائيل ولا شك في ثبوت ذلك للانبياء فيكون للعلماء أيضا ولان الفقيه نائب الاصل بمقتضى
بعض الاخبار المؤيدة بالشهرة وتقل الاجماع (وقد بوجه) الاول بأن ولايتها ذاتية منوطة باشفاقها
وتضررها بما يتضرر به الولد فكانت اولى من ولاية الحاكم وهما من جهة الاصول أيضا منساويان
اذ كما يقال قد زالت ولايتها والاصل بقاء انقطاعها معارض بمثل في ولاية الحاكم واذا كان كذلك
فلا بد لهذا من ولي وهو دائر بين ابيه والحاكم ولا ريب ان الحاكم اولى لما ذكرنا اولاً ولا سيما
اذا كان ابوه غير عدل ولان ولايته عامة وولاية الأب حينئذ تحتاج الى الدليل مضافا الى ما سنعلم في
السفيه بل لولا الاجماع المنقول على ثبوت ولايتها في التزويج وسائر التصرفات على البالغ المتصل
جنونه بالصغر لا يمكن القول بثبوت ولاية الحاكم عليه أيضا وهذا الاجماع وفي الخلاف حكي في جامع
المقاصد والمسالك ومجمع البرهان وغيرها والاحوط موافقة الحاكم للاب وموافقته للحاكم واما اشتراك الاب
والجد في الولاية فظاهر نكاح المسالك الاجماع عليه وقد نص على الحكم في المقام المحقق والمصنف في غير الكتاب
ايضا والشهيدان وغيرهم بمعنى نفوذ تصرف احدهما مع فقد تصرف الآخر او الموافقة وعدم المعارضة وسبق
تصرف المتصرف منهما من غير علم الاخر أو مع علمه حتى لو كان السابق الأب وقد علم ان الجد
مخالف له وقصد سبقه بالعقد أو التصرف فقد ترك الاولى وصح عقده وتصرفه وفي (التذكرة) اذا كانا
موجودين اشتركا في الولاية وكان حكم الجد أولى ولعله يريد اذا اقترنا لانه قد قيل حينئذ بتقديم
الأب وقيل بتقديم الجد وقيل بالبطلان وأوسطها الوسط للنصوص المستفيضة الدالة على ذلك في التزويج
بل والاجاعات المحكمة وفي (تعليق الارشاد) هل تكون ولاية الجد أولى (أقوى خل) حتى لو باعا

مما يقدم بيع الجبد لا اعلم تصريحاً بذلك لكن كلامهم في باب الانكحة يقتضيه ولعله يريد انه يقتضيه
 بالفحوى والا لولية والمخالف في ذلك المصنف في وصايا التذكرة قال على ما حكي ان ولاية الاب
 مقدمة على ولاية الجبد والشهيد الثاني في وصايا المسالك وفي تعدي الحكم الى اب الجبد وجد الجبد
 وان علاج الاب اومع من هو أدنى منه حتى يكون اب الجبد أولى من الجبد وجد الجبد أولى من الجبد
 وجبان من زيادة البعد ووجود العلة وقد يقال بتقديم الجبد وأن علا على الاب فان الجبد وان علا يشمله
 أسم الجبد لانه مقول على الأعلى والادنى بالتواطي ويقتضى الكلام في اقامة الجبد مع ابيه مقام الاب
 مع الجبد فلعل الاقوى عدم اقامته لتقد النص الموجب له مع اشتراكهما في الولاية فان الجبد لا يصدق
 عليه أسم الاب الا مجازاً فلا يتنا وله ومن جعله ابا حقيقة كما ذهب اليه جمع من اصحابنا يلزمه تعدي
 الحكم وليس بذلك البعيد كما اخترناه في حواشينا على الروضة فعلى الاول يبطل العقد والتصرف
 لاستحالة الرجوع بغير مرجح أو اجتماع الضدين وعلى الثاني يقدم عقد الاولى (الأعلى خلع) وفي
 (جامع المقاصد) هل يكون للجبد الأعلى مع الجبد الادنى ولاية فيه نظر هذا وفي (مجمع البرهان والكفاية)
 ان اكثر العبارات خالية عن اشتراط العدالة في الاب والجبد والاصل يقتضي عدم الاشتراط (قلت)
 قد تردد المصنف في ذلك في وصايا الكتاب وفي (الوسيلة) اشتراطها فيه وفي (الايضاح) ان الاصح انه
 لا ولاية للاب أو الجبد ما دام فاسقاً لانها ولاية على من لا يدفع عن نفسه ولا يعرب عن حاله
 ويستحيل من حكمة الصانع أن يجعل الفاسق أميناً قبل اقراراته واخباراته على غيره مع نص القرآن
 على خلافه (قلت) قد حكي في نكاح التذكرة الاجماع على ولاية الفاسق في النكاح وقد يشهد هذا على
 خلاف ما في الايضاح فتأمل وفي (جامع المقاصد) ان الذي يقتضيه النظر ان ولايته ثابتة بمقتضى النص
 والاجماع واشتراط العدالة فيه لا دليل عليه والمخذور يندفع بأن الحاكم متى ظهر عنده بقرائن الاحوال
 اختلال حال الطفل اذا كان للاب عليه ولاية عزله ومنعه من التصرف في ماله واثبات اليد عليه وأن
 ظهر خلافه فولايته ثابتة وأن لم يعلم حاله استعماله بالاجتهاد وتبعية سلوكه وشواهد احواله واما انها ان
 فقدت فالولاية للوصي لاحدهما فان فقد الوصي فالحاكم فلا خلاف في ذلك ولاية وترتيباً ولا في كون
 المراد بالحاكم حيث يطلق من يعم الفقهاء المأمون الجامع لشرائط الفتوى ويستفاد من بعض الاخبار
 ثبوت الولاية للحاكم مع فقد الوصي للمؤمنين مع فقدته وفي (الهدائق) نسبتها الى الاصحاب وفي (مجمع
 البرهان) الظاهر ثبوت ذلك لمن يوثق بدينه وامانته بعد تعذر ذلك كله ويدل عليه قوله تعالى (ولا تقر بوا
 مال اليتيم الا بالعتي هي أحسن) وحكاية فعل الحضرة عليه السلام والخبر الصحيح يدل على جواز بيع
 مال الطفل عند عدم الوصي من غير قيد تعذر الحاكم ولا شك انه أولى مع امكانه والا فالظاهر أن
 له ذلك كما في مال ولده ولا يبعد ذلك في المجنون والسفيه ايضاً على تقدير ثبوت حجرة لعدم الفرق
 والضرورة والحكاية الحضرة عليه السلام وفهم ان العلة في مال اليتيم هي الحسنى وتقولته تعالى وما على
 المحسنين من سبيل واراد بالخبر الصحيح ما رواه محمد بن اسماعيل بن بزيع قال ان رجلاً من اصحابنا
 مات ولم يوصي فرفع أمره الى قاضي الكوفة فصرع عبد الحميد ابن سالم القيم بماله وكان رجلاً خلف
 ورثة صغاراً ومتاعاً فباع عبد الحميد المتاع فلما اراد بيع الجوارى ضمف قلبه في بيعهن ولم يكن الميت
 صير اليه وكان قيامه بأمر القاضي لانه فروج فذكرت ذلك لابي جعفر عليه السلام فقلت جعلت فداك
 بموت الرجل من اصحابنا فلا يوصي الى أحد وخلف جوارى فيقيم القاضي رجلاً منا ليعين أو قال

يقوم بذلك رجل منا فيضعف قلبه لانهن فروج فما ترى في ذلك فقال اذا كان القيم مثلك ومثل عبد
الحديد ابن سالم فلا بأس وفي رواية ساعة قال سئلته عن رجل مات وله بنون صغار وكبار من غير وصية
وله خدم وممايلك وعقار كيف يصنعون الورثة بقسمة ذلك الميراث فقال ان قام رجل ثقة فقسامهم ذلك
فلا بأس ومثله صحيحة ابن رثاب ولم نجد خلافا الا من ابن ادريس فانه قال لا يجوز لمن ليس بقبه
تولي ذلك بحال وقد يظهر ذلك من المفيد والتقي حيث لم يذكر الا السلطان والقبه. واما انه لا ولاية
للأم ولا لغيرها من الاخوة والاعمام وغيرهم فهو مما لا خلاف فيه وفي (التذكرة) الاجماع على انه
لا ولاية للام وفي (مجمع البرهان) انه اجماع الامة والظاهر كما صرح به المصنف في التذكرة وجماعة ان
وصي الاب لا ولاية له مع الجد لان ولايته شرعية وولاية الوصي جعلية (واما السفيه) فقد قال
المصنف فيما يأتي الولاية في ماله للحاكم خاصة واطلق من غير فرق بين من تجدد السفه عليه بعد بلوغه
رشيدا أو بلغ سفيا ونحوه في ذلك المبسوط والشرائع والارشاد والتبصرة والتحرير وغيرها وبذلك
الاطلاق صرح في حجر التذكرة في أول كلامه وهذا الاطلاق ذكره في باب النكاح ايضا قال في
(الشرائع) وثبت ولاية الحاكم على من بلغ غير رشيد أو تجدد فساد عقله يعني بالسفه ولم يقيد الاول
بقيد الاب والجد وفي (المسالك) ان اطلاق الشرائع في الحجر يشمل من تجدد سفهه بعد الرشد ومن
بلغ سفيا وانه أشهر القولين قال ووجهه على ما اختاره يعني المحقق من توقف الحجر بالسفه على حكم
الحاكم ودفعه ظاهر لكونه (١) النظر حينئذ اليه انتهى ويأتي بيان الحال فيه وفي (المفاتيح) أيضا أنه
أشهر حكى ذلك في الباب الخامس في التصرف بالنيابة وفي (اللمعة وجامع المقاصد وتعليق الارشاد
والمسالك والروضة ومجمع البرهان) انه أن بلغ سفيا فالولاية فيه للاب والجد ثم لوصي احدهما وان بلغ
رشيدا ثم تجدد سفه فالولاية عليه للحاكم وقد نفى عنه البأس في التذكرة في آخر كلامه وحكاه الشهيد
عن ابن المتوج وقد صرح بذلك الشهيدان أيضا في باب النكاح ولم يذكر السفيه في النافع في المقام
ولهذا لان حاله عنده كالمجنون بالنسبة الى المال فاكتفى عنه ببيان ولي المجنون (قلت) اما كون الولاية
عليه للحاكم اذا بلغ رشيدا ثم تجدد سفه فما تسالم عليه المطلقون والمفصولون وقد حكى في الكفاية في
مقام آخر والمفاتيح ونكاح الرياض قول بان ولاية الاب والجد تعود بعد زوالها وهذا القول لم يحكمه
غير هؤلاء بل في حجر الرياض ان ظاهر المسالك والروضة وغيرهما عدم الخلاف في ان الولاية للحاكم
دونها وهو كذلك ومن الغريب انه بعد ذلك قال لا يحتل هذا القول من قوة الثغنا الى ثبوتها في بحث
التزويج على الاقوى مضافا الى ظهور الاجماع من التذكرة وقد عرفت ان اجماع التذكرة مستفاد من
املاق ضعيف معارض بمثله فيها مضافا الى انه في المجنون لا في السفيه وثبوتها لها فيه في التزويج في
محل المنع او التأمل ان صريح التذكرة الاجماع على ثبوت ولاية الحاكم على الاطلاق قال ليس له ولاية
على الصغيرين ولا على من بلغ رشيدا وانما ثبت ولايته على من بلغ غير رشيد أو تجدد فساد عقله اذا
كان النكاح صلاحا له لا صالة انتفاء الولاية واما ثبوت ولايته على من ذكرنا فلانه وليه اجماعا فيكون
وليه في النكاح (واما) ان الولاية عليه للاب أو الجد ثم لوصي احدهما اذا بلغ سفيا ففي (مجمع البرهان)
في باب البيع انه مما لا خلاف فيه ولا نزاع فيه وقد سمعت ما حكاه عن الاكثر في المسالك والمفاتيح

(١) كذا في التسخ والظاهر لكون (مصححه)

وما حكياه عن التذكرة وفي (نكاح المفاتيح) انه لا خلاف في ثبوت الولاية لها على السفية والمجنون مع اتصال
السفه والمجنون بالصغر وحمل هذا على خصوص النكاح دون المال كما ربما يتوهم من ذكر ذلك في باب
النكاح حتى يرتفع التناقض يرد ما يفهم من التذكرة والمسالك من انه لا فرق في هذا الخلاف بين
المال والنكاح قال في (نكاح المسالك) واما ثبوت ولاية الحاكم على من بلغ غير رشيد أو تجدد فساد
عقله فعمومه بأنه وليه في المال فيكون وليه في النكاح وله تصريح آخر بذلك في آخر كلامه في هذه
المسئلة والمفهوم من كلام بعض الاصحاب في باب النكاح أن هذا الخلاف المنفي أو الاجماع المحكي
انما هو في المجنون خاصة بمعنى انه ان بلغ مجنونا فان ولايته للاب والجد بلا خلاف وهو كذلك لان
هذا الاجماع انما ادعي في المجنون وتمامه يحكون الخلاف في السفية لكنك قد سمعت ما في التذكرة
في موضعين وبذلك كله يظهر ما في الرياض هنا وفي باب النكاح حيث قال وثبتت ولايتهما على
البالغ مع فساد عقله بسفه أو جنون اجماعا فيما اذا اتصل الفساد بالصغر لانه مخالف لما في موضعين من
التذكرة ولما حكى من كلام بعض الاصحاب ولما حكى عن الأكثر وكيف كان قول مولانا الصادق
عليه السلام في خبر هشام ابن سالم فاذا احتلم ولم يؤنس منه رشدا وكان سفيا أو ضعيفا فليسك عنه
وليه يدل على ثبوت ولاية الاب أو الجد في صورة اتصال السفه بالبلوغ وهو الظاهر من قوله فان
آتسم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم فان مفهومه مع عدم اقباس الرشد لا يدفع اليه والخطاب
للأولياء حال الصغر وهم الاب والجد ومن تفرع عليهما بلا خلاف (وأما القائلون) بان ولاية السفية للحاكم
سواء تجدد سفهه بعد البلوغ رشيدا أو بلغ سفيا فقد قال في المسالك كما سمعنا ان وجهه ظاهر على تقدير القول
بتوقف الحجر بالسفه ورفع على حكم الحاكم لسكون النظر حينئذ اليه وكأنه أخذ ذلك من التذكرة
حيث قال الولاية في مال السفية للحاكم سواء تجدد السفه عليه بعد بلوغه أو بلغ سفيا لان الحجر يشترى
حكم الحاكم وزواله أيضا يفترق اليه فكان النظر في ماله اليه وفي كلامهما نظر من وجهين (الأول) انه قد قال في
التذكرة اذا بلغ الصبي لم يدفع اليه ماله الا بعد العلم برشده ويستديم التصرف في ماله من كان متصرفا فيه
قبل بلوغه أبا كان أو جدا أو وصيا أو حاكما أو أمين حاكم فان عرف رشده انفك الحجر عنه ودفع
اليه المال وهل يكفي العلم بالبلوغ والرشد في فك الحجر أم يفترق الى حكم الحاكم وفق القاضي الاقرب
الأول لقوله جل شأنه فان آتسم منهم رشدا وزوال المتقضي للحجر كالمجنون ولانه لو توقف على ذلك
لطلب الناس عند بلوغهم فك الحجر عنهم من الحاكم ولكن عندهم من أهم الاشياء الى آخره وهذا
ظاهر وانص في استمرار ولاية الاب والجد على من بلغ سفيا مع أن مذهبه كما سمعته توقف الحجر
وزواله على حكم الحاكم وما ذاك الا من حيث تخصيصهم القول بالتوقف على حكم الحاكم بصورة تجديد
السفه بعد البلوغ وانه لا نزاع في عدم توقف حجر السفية على حكم الحاكم اذا كان السفه متصلا بالبلوغ
ويأتي في باب السفية نقل الاجماع على ذلك وحينئذ تفرع ولاية الحاكم في صورة اتصال السفه
بالبلوغ على القول بتوقف الحجر وزواله على حكم الحاكم كما ذكرناه غير سديد ويتقدح من هذا
أنه لا ينبغي النظر الى الدليل فانه قد يرجح الحكم عند التقية لأمم ويستدل عليه بدليل غير صحيح كما
يظهر ذلك لمن تتبع الخلاف والمختلف والمنتهى وغيرها ألا تراه في التذكرة كيف قال بعد استدلاله
وقوله فكان النظر في ماله اليه مانصه (وقال) أحمد ان بلغ الصبي سفيا كانت الولاية للأب والجد أو
الوصي لها مع عدمها والا فالحاكم ولا بأس به كما حكياه عنه آتفا فان هذا يدل على عدم تمام دليله

وانما يتصرف الولي بالنبذة فلو اشترى لامع النبذة لم يصح ويكون الملك باقيا للبايع والوجه ان له استيفاء القصاص والعفو على مال لا مطلقا (متن)

السابق وعدم صحة الدعوى فينبغي تأويل دليله الاول ان أمكن والا فهو رجوع كما هو الظاهر هنا وأما قوله في التذكرة الاقرب الاول فالظاهر انه لمكان خلاف بعض الشافعية (النظر الثاني) انا ان سلمنا توقف حجر السفيه وزواله على حكم الحاكم فانا نمنع الملازمة أذ لا يستلزم ذلك كون الولاية له لجواز أن لا يثبت ولا يزول الا بحكمه مع كون الولاية والتصرف للاب والجد وانما التوقف لعدم معرفته وقصر نظره بخلاف الحاكم فانه المجتهد الجامع للشرائط القائم مقام صاحب عجل الله فرجه وأما المنفلس فلا خلاف ولا نزاع أصلا في كون الولاية في ماله للحاكم خاصة كما طفحت به عباراتهم وأفصحت به كلماتهم في بابه وغير بابه من غير تأمل ولا حكاية خلاف ﴿ قوله ﴾ ﴿ وانما يتصرف الولي بالنبذة ﴾ قال في (التذكرة) الضابط في تصرف المثلوي لاموال اليتامى والمجانين اعتبار النبذة وكون التصرف على وجه النظر والمصلحة وظاهره انه مما لا خلاف فيه بين المسلمين وانه لافرق في ذلك بين الاب والجد والوصي والحاكم وأمينه وقد تقدم لنا في باب الزهن نقل كلام الاصحاب في اقراض الولي لماله واقراضه ونقل الأدلة على ذلك مع تمام الاستيفاء ويأتي في مطاوي المقام تمام الكلام ﴿ قوله ﴾ ﴿ فلو اشترى لامع النبذة لم يصح ويكون الملك باقيا للبايع ﴾ ويكون الثمن باقيا أيضا على مال المولى عليه ونمائه له ﴿ قوله ﴾ ﴿ والوجه ان له استيفاء القصاص والعفو على مال لا مطلقا ﴾ القول بأن له استيفاء القصاص خيرة حجر التذكرة والايضاح وجامع المقاصد وقصاص الارشاد والايضاح وحواشي الكتاب والمسالك والروضة والمفاتيح وفي (قصاص الكتاب والتحرير) لو قيل به كان حسنا (قلت) وجه تعلقه على استيفاء حقوقه مع المصلحة ولما في التأخير من التمرير للضياح والمحقق في الشرائع استشكل ولم يرجح الشهيد في غاية المراد والمقدس الاردبي في مجمع البرهان وقال الشيخ في (الخلاف والمبسوط) ليس له استيفاء القصاص وهو خيرة الشهيد في قصاص اللمعة وفي الاول الاجماع عليه وهو أي الاجماع ظاهر الثاني ونص في المبسوط على انه يحبس حتى يبلغ الصبي أو يفتق المجنون أو يموت فيقوم وارثه مقامه ولا فرق في ذلك بين الطرف والنفس وواقفه عليه الشهيد في اللمعة لان فيه منفعة للقاتل بالعيش ولهذا بالاستيثاق والواجب على الحاكم حفظ الحقوق ولا يتم هنا الا بالحبس وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب وفي (قصاص الشرائع) انه أي الحبس أشد اشكالا ومنع منه في المسالك وتبعه الكاشاني وفي (غاية المراد) ان تجوز العفو على مال ثم تجوز القصاص للصغير أقوى اشكالا من التأخير والحبس وكان هذه الاشكالات كلها ليست في محلها والشيخ استند فيما ذهب اليه الى أن الاستيفاء تفويت لا يمكن تلافيه وكل تصرف هذا شأنه لا يملكه الولي كالعفو عن القصاص فانه لا يتم ولا يسقط به القصاص اذا كمل المولى عليه وان كان على مال وكذلك الطلاق والعق بخلاف تصرف يمكن تلافيه فانه للولي أن يفعله كالتكاح ولذا قال في المبسوط ان للولي العفو عن القصاص على مال لان المولى عليه اذا كمل كان له القصاص ولم يستند الى أن القصاص للتشفي وهو منتف كاحكامه عنه المصنف في التذكرة وولده في الايضاح والمحقق الثاني في جامع المقاصد حتى يجاب بأنه ربما ظهرت علامات موته وان انتفاء التشفي ليس بظاهر اذا بلغ الطفل وعلم بفعل الولي ولعل ذلك هو الذي جرى المتأخرين على مخالفة

ولا يمتنع عنه الامع الضرورة كالخلاص من نفقة الكبير العاجز ولا يطلق عنه بعوض ولا غيره (متن)

الشيخ مع دعواه الاجماع على انه لو كان قد استدل بذلك لم يكن لهم المخالفة مع دعواه الاجماع لانك قد عرفت آتفاً أنه قد يقوى الحكم في نفس القبية الامر عنده ويستدل عليه بما لا ينهض حجة تقريباً لكنه في لقطة المبسوط استند الى التشفي ونصوير المسئلة في طفل قتلت أمه وله أب أوجد عندنا وقد طلقها أبوه عند العامة وتقام الكلام في باب القصاص وليعلم أن الشيخ منع من القصاص للامام في لقطة المبسوط فيما اذا جنى على طرف القبط وكان صغيراً وجزم في لقطة الارشاد بمجوازه له مع المصلحة وهو الذي قر به المصنف في لقطة الكتاب والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك وجمع البرهان ونسبه في المسالك الى الاكثر وقال في (الشرايع) لو قيل به كان حسناً ولا ترجيح في الدروس وأما انه له العفو على مال فظاهر قصاص المبسوط الاجماع عليه سواء كان الصبي في كفاية أو فقيراً لا مال له قال له ذلك عندنا لانه له القصاص اذا بلغ فلا يبطل التشفي الذي استند اليه قوم من العامة في عدم جواز العفو على مال وهو خيرة التحرير في باب القصاص وخيرة قصاص الكتاب والارشاد وجمع البرهان بشرط المصلحة لا بدونها وخيرة حجب التذكرة وجامع المقاصد مع الشرط المذكور واحتمل المنع في التحرير اذا كان ذا كفاية لما فيه من تفويت حقه من غير حاجة وينبغي معرفة ما اذا أراد بالمصلحة من قيد بها فهل أراد بها أن يكون فقيراً لا كفاية له أو ما هو أعم من ذلك بحسب نظره الظاهر الثاني كما سئتم والظاهر أنهم يقولون بأن له القصاص اذا بلغ كما سئتم في المبسوط (كما سئتمه عن المبسوط خ ل) وقد جوز في لقطة التحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك وجمع البرهان للامام العفو على الدية اذا جنى على القبط ونسبه في المسالك الى الاكثر ومنع من ذلك في لقطة المبسوط والتذكرة وتسام الكلام في هذا يأتي في اللقطة وأما انه ليس له العفو مطلقاً غير مقيد بالمال فهو خيرة قصاص الكتاب والتحرير وظاهر الايضاح لانتهاء المصلحة واختير في حجب التذكرة وجامع المقاصد وقصاص الارشاد والروض وكذا جمع البرهان ان له ذلك مع المصلحة ويمكن فرضها بأن يكون الذي يقتص منه ذا جاه وسلطان ويحصل للطفل بسبب العفو عنه مراعاة في الخراج فلا يأخذ منه شيئاً ويتوجه اليه بالترية وعلو المنزلة ولو اقتص منه حصل له منه ضرر في نفسه أو ماله أو أقر به أو نحو ذلك مع انه لا نفع له في القصاص أصلاً ومع العفو عن شيء يسقط ذلك الشيء لا غير كما اذا استحق على شخص واحد قصاص طرف ونفس وفي (التحرير وكشف الثام) لو كان الاصلح أخذ الدية وبذلها الجاني ففي منع الولي من القصاص ان قلنا بأن له استيفاء اشكال (قلت) اذا قلنا بأن ذلك لا يسقط قصاصه اذا بلغ فلا اشكال في منعه وتام الكلام في الفصل السابع في العفو من كتاب القصاص ﴿ قوله ﴾ (ولا يمتنع عنه الا مع الضرورة كالخلاص من نفقة الكبير العاجز) الذي لا يتنفع به في الاستخدام وغيره ولا يرغب في شرائه راغب ومشلهما اذا كان له جار يقولها أم وقيمتها مجتمعين مائة ولو انفردت البنت ساوت مائتين ولا يمكن افرازها بالبيع فلو اعتقت الام ليكثر ثمن البنت كان جائزاً وله أيضاً اعتاقه على مال اذا اقتضت المصلحة ذلك كأن تكون قيمة العبد مائة فيعتقه على مائتين أو يكاتبه على ذلك كما قر به في التذكرة قال ولولم يكن للطفل حظ لم يصح قطعاً ﴿ قوله ﴾ (ولا يطلق عنه بعوض ولا غيره) اجماعاً كما في جامع المقاصد في المقام وغيره في باب الطلاق ولا فرق في ذلك بين الحاكم وغيره

ولا ينفو عن الشفعة الا لمصلحة ولا يسقط مالا في ذمة الغير وله ان يأكل بالمعروف مع فقره وان يستغف مع الغني والوجه انه لا يتجاوز اجرة المثل (متن)

ويدل عليه الاصل وعموم الطلاق بيد من أخذ بالساق كما في المستبضة وخصوص المتبرة المستدل بها في الاب والجد بالمنطوق وفي الحاكم بالاولوية منها الصحيح وغيره هل يجوز طلاق الاب قال لا والفرق بينه وبين المجنون حيث حكموا بجواز طلاقه عنه ان له مدة يمكن فيها زوال المنع عن الطلاق بخلاف المجنون فتأمل والاصل فيه استفاضة النصوص المخرجة فيه عن حكم الاصل واجماع الايضاح بخلاف الصبي فلا يخرج عنه فيه فيصح طلاق الولي عن المجنون مطلقا مطلقا كان أو ادواريا خلافا للخلاف والسرائر مدعيا عليه في الخلاف الرقاق مع عموم الخبر المستفيض الطلاق بيد من أخذ بالساق وهو محذور بما عرفت والاجماع معارض به وهو من بصير الاكثر الى خلافه سلطنا لكنه خبر صحيح لا يارض الاخبار الصحاح وغيرها مما انفجر بالشبهة - ﴿ قوله ﴾ - ﴿ ولا ينفو عن الشفعة الا لمصلحة ﴾ اذا باع شريكه شاة صا مشفوعا كان لولي العفو والاخذ بحسب المصلحة فان عفى الولي بحكم المصلحة ثم بلغ الصبي وأراد الاخذ لم يمكن منه وكذا لو أخذ كذلك ثم بلغ وأراد رده لم يمكن له ذلك كما سيأتي في باب الشفعة من دون نقل خلاف ولا اشكال - ﴿ قوله ﴾ - ﴿ ولا يسقط مالا في ذمة الغير ﴾ الا مع المصلحة كاستكفاف الظالم بإبرائه منه بل له ان يرشيه لمثل ذلك وتخليص ماله من تعويقه واطلاق زرعه بل لو طمع في ماله وجب عليه ان يسطيه الا يقدر على دفعه عن ماله الا به فان كان يقدر على دفعه بدون المدفوع ضمن - ﴿ قوله ﴾ - ﴿ وله ان يأكل بالمعروف مع فقره وان يستغف مع الغني والوجه انه لا يتجاوز اجرة المثل ﴾ ولي اليتيم التام بأمره وجمع احواله وحفظها اما ان يكون غنيا أو فقيرا فان كان فقيرا جاز له ان يأخذ اجاعا وفي قدره خلاف كما في التذكرة وفي (التنقيح) لا خلاف في جواز اخذه شيئا ونفى عنه الزيب في الكفاية والاقتصار في النافع على الوصي لانه الغالب ولأن غيره واجب النفقة عليه فتأمل ويأتي في بيان الغني ما يعرف به وجه التامل (وأما) اذا كان غنيا فخيرة المبسوط والسرائر والنافع وكشف الرموز والتحرير والامعة والتنقيح وكنز العرفان وجامع المقاصد في موضعين منه والمسالك والروضة والمفاتيح والرياض انه يجب عليه الاستئذان واليه مال في ايضاح النافع لظاهر الامر به في الآية الشريفة (وفي الموثق) تنبيه بما اذا كان محتاجا وليس له ما يقبضه لكن بعض هؤلاء قال انه يأخذ الاجرة كما سئمت وحقه ان لا يفرق في جواز الاخذ بين الغني والفقير لان محط نظره هو العمل دون الفقر كما به عليه في وصايا جامع المقاصد ودرجيم التذكرة وظاهر الوسيلة والسرائر والكتاب في موضعين انه يستحب له التمسك مع الغنا بل هو ظاهر التباينة والمحكي عن أبي علي تقرينة العفة الظاهرة في الجواز وفي المسالك له وجه (قلت) كأن هذه تقرينة لا تقوى على صرف الامر عن ظاهره في الآية وكذا الرواية وقد انبأ في التنقيح انهم يقولون بكرهية الاخذ ولعله لانه ترك مستحب وفيه نظر ولعل مرادهم بالغني الذي الشرعي وهو القادر على قوت سنة له ولعياله الذي هو ضد الفقير الشرعي ويحتمل ارادة الغني عرفا وهذا فيمن صار الغني في يده باختياره أو صار وصيا كذلك وأما من يجعله الحاكم فيمكن ان يكون له أخذ اجرة المثل وان كان غنيا ويجوز للحاكم ان يعين له ذلك اذا لم يوجد المتبرع هذا كله مع نية أخذ العوض بعمله أو نوى التبرع لم يكن له أخذ شيء مطلقا قطعا ولو ذهل عن القصد

فالظاهر جواز الاخذ لانه مأمور بالعمل من الشارع فيستحق عوضه مالم يتبرع لانه عمل محترم فكان كما لو أمره مكلف بعمل له أجره في العادة فانه يستحق عليه أجره المثل مالم ينو التبرع كما ذكره في باب الاجارة خصوصا اذا قلنا بجواز اخذ قدر الكفاية للاذن فيها من الله سبحانه من غير قيد فيشمل ما اذا نوى العوض أو لم ينو ثم ان ظاهر اطلاق أكثر العبارات عدم الفرق في جواز الاخذ بين كثرة المال وقلته وهو الموافق لاطلاق الآية وبعض الروايات لكن في بعض العبارات كعبارة التهاية والوسيلة والسرائر وغيرها اشعار باشتراط الكثرة وفي الصحيح أو القريب منه فان كان المال قليلا فلا يأكل شيئا وفي الموتى وان كانت صنيعتهم لا تشغله عما يعالج لنفسه فلا يرزأ من أموالهم شيئا اذا ظهره اشتراط صرف العمل كله في مال اليتيم وهو يوافق القول بالاخذ بقدر الكفاية ولعله بدون ذلك لا يتم فأمسك وظاهر أكثر العبارات والروايات تخصيص الحكم بالمتولي لاموال الايتام وقضيته انه لو لم يكن يتيم أو كان لكن لا ولاية له عليه بل على الثلث أو قضاء الدين مثلا انه لا يستحق شيئا لكن جهلة من العبارات كعبارة التذكرة في باب الوصايا والكتاب والدروس أطلق فيها الحكم وهو الاظهار والا فلو كان وصيا على الاطفال وقضاء الدين وثلث المال وتخصيله وانفاقه في وجوه البر ونحو ذلك لكن عمله المتعلق بالثلث وقضاء الدين لا اجرة له أو ياخذها من مال الاطفال وكلاهما محل منع أو اشكال والموافق للاعتبار التوزيع واستوضح ذلك فيما اذا كان وصيا على قضاء الدين أو الثلث وحده أو عليهما فانه لو لم يستحق أجره لصاع عليه العمل المحترم المأمور به من الميت والشارع الغير المتبرع به وذلك بعيد فليتأمل بل قد يدعى الاولوية لانه اذا جاز الأكل من مال اليتيم فبالأولى أن يجوز من الثلث والدين هذا واذا جعل للوصي شيئا لحق سعيه جاز بل لا ريب كما في وصايا جامع المقاصد وفي (التفريح) ان كان الجبل أجره مثله من غير زيادة صح بلا خلاف وان زاد فان خرجت للزيادة من الثلث والا اعتبرت اجازة الوارث انتهى وهو كذلك وان عين له ما هو أتمص من أجره مثله لم يتجاوز عنه اذا علم ورضي به ومحل الخلاف ما اذا لم يجعل له جملة فتولى أمور الاموال وقام به صالحهم وقد عرفت أنهم أجمعوا على انه له أن يأخذ مع قره شيئا وفي قدره حينئذ ثلاثة أقوال كما في كشف الرموز والمهذب البارع والمقتصر والتفريح وغيرها مما صرح به أو ذكر فيه توجيه أقل الامرين كما ستعرف وجعل في النافع قولان في المسئلة مع قره وترك فيها أقل الامرين وقد حكى هذين القولين في الرموز في تفسيره له جل شأنه فليأكل بالمرءوف وجعل في السرائر في أول كلامه في المسئلة مع قره قولين قدر الكفاية وأقل الامرين منها ومن أجره المثل وفي آخر الباب جعل الاقوال الثلاثة مع التبرع أيضا وظاهر الشرائع ووصايا الكتاب وغيرها ان في المسئلة مع غناه ثلاثة أقوال وفي (الايضاح) ان في المسئلة خمسة أقوال (الاول) انه أجره المثل قال وهو قول الشيخ في النهاية في باب التصرف في مال الايتام قلت يعني في آخر الباب المذكور (الثاني) انه قدر الكفاية قال وهو قول الشيخ في النهاية قلت يعني في أول الباب المذكور (الثالث) أقل الامرين قال وهو قول الشيخ في الخلاف والتبيان (الرابع) قال وقال في المبسوط اذا كان قتيلا جاز له ان يأكل من مال اليتيم أقل الامرين من كفايته وأجره مثله (الخامس) قال قال ابن ادريس يأخذ قدر الكفاية ان كان قتيلا قال فهذه خمسة أقوال (قلت) يجمعها أجره المثل مطلقا قدر الكفاية مطلقا أقلاما مطلقا ان كان قتيلا قدر الكفاية ان كان قتيلا ويلزمه قول سادس وهو أجره المثل مع الحاجة لان كل معروف لا يكاد ينكر كما ستسمع ونحن نذكر الكتب التي اختير فيها أحد هذه الاقوال ولا ينبغي أن نعيد

ذكر ما قيد فيها أحد الأقوال بالفقر وما أطلق فيها ذلك لانه قد عرفها فينا سلف فالتقول بأن له أجره
المثل خيرة النهاية في آخر الباب كما عرفت والشرائع والتافع وكشف الرموز والتذكرة والكتاب في
البين والايضاح واللمعة والمقتصر والمسالك والمفاتيح على اختلاف آرائهم في التقييد والاطلاق وجمعه
في كشف الرموز مقتضى النظر وعن (مجمع البيان) انه الظاهر من روايات أصحابنا وبرد على التافع وكشف
الرموز واللمعة والمسالك والمفاتيح ما أوردناه عليه آنفا مما حكيناه عن جامع المقاصد والتقول بأن له
قدر كفايته خيرة النهاية والوسيلة والسرائر وفي الاخير انه الحق اليقين وكأنه ظاهره الزاويدي
وفي (كشف الرموز) انه خيرة الشيخ وأتباعه والتقول بأقل الامرين خيرة التبيان والمبسوط والخلاف على
ما حكى ولم أجده في الخلاف وفي (كشف الرموز والتقييد وكثر العرفان والرياض) انه أولى وأحسن
وفي (جامع المقاصد) انه أصح وفي (الروضة) انه أقوى وفي (التحرير) انه أحسن وفي (ايضاح التافع) انه
هو الذي يجب تحصيله وفي (المسالك والمفاتيح) انه أجود وأحسن لو تحقق للكفاية معنى معروف وفي
الاخير انه مبهم جدا وفي (الكفاية) انه لا ريب في استحقاقه أقل الامرين مع الفقر وفي الزيادة على
ذلك تردد (حجة القول الاول) ان عمله محترم فلا يضيع عليه وحفظه بأجرة مثله وما رواه الشيخ في الصحيح
عن هشام بن الحكم على الصحيح في علي بن السندي قال سألت أبا عبد الله عليه السلام فيمن تولى
مال اليتيم ماله أن يأكل منه قال ينظر الى ما كان غيره يقوم به من الاجر فليأكل بقدر ذلك وقد
سمعت ما حكى عن مجمع البيان من أنه الظاهر من روايات أصحابنا وقد تعرض الزاويدي لاخبار الباب
ولم يذكر هذا الخبر الصحيح (وحجة القول الثاني) قوله جل شأنه ومن كان قتيلا فليأكل بالمعروف
والمعروف مالا اسراف فيه ولا تقير وما رواه ثقة الاسلام والشيخ عن سماعه في الموثق عن أبي عبد الله
عليه السلام في قول الله تعالى ومن كان قتيلا فليأكل بالمعروف من كان يلي شيا لليتيم وهو محتاج
اليه ليس له ما يقبضه فهو يتقاضى أموالهم ويقوم في صنعهم فليأكل بقدر ولا يسرف وما رواه في الكافي
بطريق فيه سهل وفي (التهديب) في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله عز وجل فليأكل
بالمعروف قال المعروف هو القوت ومثله الصحيح الآخر وفي موثقة حنان له أن يصيب من لبنها من
غير نهك لفسر ولا فساد لتسل ومثله المروي في تفسير العياشي ويمكن الجمع بارجاع هذه الى الصحيح
المتقدم وكأن التكافؤ موجود لمكان ما في مجمع البيان وكثرة العاملين به أي بالصحيح وحينئذ يكون
الأكل كفاية عن التصرف والاخذ بأكل وبدونه وكونه بالمعروف كفاية عن أجره المثل لانها ان
كانت أقل فالمعروف بين الناس ان الانسان لا يأخذ عوض عمله من غيره زيادة عن عوضه المعروف
وهو أجره مثله ومثل هذا يسمى أكلا بالمعروف والزيادة عليه أكلا بغير المعروف (والحاصل) اما أن
يراد بالمعروف حينئذ المعروف عرفا أو شرعا وعلى كليهما فالمعروف في الشرع والعرف أجره عمله الذي
هو حفظ الاولاد والاموال فلا يجوز له الا ذلك المقدار فيأخذه وان كان زائدا عما يحتاج اليه من سد
الخلقة وأما احتمال أن يراد بالمعروف ما يحتاج اليه فبعيد جدا لانه كيف يجوز له أخذه مع زيادته على
أجرته وان أريد بالأكل المعنى الحقيقي كما هو ظاهر بعض هذه الاخبار وصرح خبر حنان كان
المعروف فيه القوت والغالب فيه كونه أقل من الأجرة اذا كان العمل كثيرا كما سمعته آنفا فليحفظ
هذا فانه نافع في الجمع بين أخبار الباب وفتاوى الشيخ والافسا كان الشيخ في النهاية يختلف كلامه
في صفحة واحدة من دون تقادم عهد فراده ان أراد أن يأخذ أجره فلا يستحق الا أجره المثل وان

أراد ان يأكل فليأكل قدر كفايته وحاجته كما أشار اليه مولانا الصادق عليه السلام في خبر حنان (قال) قال سألني عيسى بن موسى عن القسيم للإيتام في الأبل ما يحل له منها (قلت) اذا لاط حوضها وطلب ضالتها وهنا جربانها فله ان يصيب من لبنها من غير نهك لضرع ولا فساد تسلس ومثله خبر العياشي وعلله معنى ما في الصحيحين فليأكل بالمعروف وهو القوت وهو ينطبق على ما في التبيان والخلاف والمبسوط من ان له اقل الامرين بمعنى آخر كاستعرفه ولم يعرف ان هناك خلافا الا من ابن ادريس وتبعه بعض من تأخر من دون اعمان نظر وعلله لهذا المبدأ كذلك في المختلف وظاهر التذكرة واصرر بها ان كلامي الشيخ في النهاية لا خلاف بينهما فلتلحظ وحينئذ فمد اعمان النظر يظهر أن لاخلاف بين أجرة المثل وقدر الكفاية والأكل بالمعروف يجعل ذلك على أجرة المثل لانه المعروف عرفا وشرعا كما قدمنا أو بالفرقة بين الأكل والاخذ من غير أكل كما بينا اذ مرجه أنه لا يأكل الأكل الحقيقي إلا بمقدار الاجرة ولولا ان يكون المحقق وغير الاسلام حكيا الخلاف في ذلك لجرنا بعدهم نعم قول الشيخ في المبسوط والخلاف والتبيان على ما حكى مخالف لقوله في النهاية لان مرجع قوله في النهاية على ما بينا أن له الاجرة سواء زادت عن قوته وقدر كفايته وحاجته أم لا وانه اذا تناول منه أكلا أو بمقدار الكفاية لا يزيد عنها والا قد يكون العمل قليلا والقوت وقدر الكفاية كثيرا فيؤدي الى الاضرار بمال اليتيم وقد يكون المال والعمل قليلين كبين الشاة اذا حلبها فلو أكل قوته أكل اللبن كله وعلله اليه أشار مولانا الصادق عليه السلام في خبر الكناني بقوله وان كان المال قليلا فلا يأكل منه شيئا ولعل معناه أنه يأخذ اجرة مثل ذلك أو ان مثل ذلك لا اجرة له عرفا كما يأتي في بابهم ومراجع قوله في المبسوط والتبيان الى الفرق بينهما ويمكن الجمع بحمل قوله في هذين الكتابين على الاستحباب بمعنى أنه مخير بين الأكل بمقدار قوته والاخذ لقوته بحيث لا يزيد عن الاجرة وبين الاخذ منه اجرة لكن يستحب له أن يختار أقلهما كما أشار الى مثل ذلك في التذكرة وبذلك يحصل الجمع ويرتفع الخلاف بين فتاوى الشيخ ولا يبعد هذا الجمع الاقل جماعة الخلاف وهو ليس بتلك المكانة من التبعيد مع امكان الجمع الشديد والا فلو فرقا بينهما وحلنا الكلام على ظاهره لم يتبعه ولم يظهر له حاصل في أحد تفسيري معنى الأكل لان الأكل بالمعروف وقدر الحاجة والكفاية ان أريد به الأكل الحقيقي وجعل مختصا بالولي دون عياله وكان أقل من الاجرة يلزم أن يجب الاقتصار عليه ولا يجوز له ان يأخذ بقية الاجرة ولا نجد له وجها الا أن يقال ان الكفاية حينئذ تكون حاصلة فيكون غنيا فيجب عليه الاستغناء عن الباقي (وفيه) أن المحكي من عبارة التبيان والخلاف في السرائر ليس فيها تقييد بالفقر سلنا أن الفقر مراد بقريئة ما ذكره في السرائر من كلامه ان ذلك مع الفقر وعدم الغنى وبقريئة التصريح بذلك في المبسوط لكن حصول القوت يحتاج معه الى بقية مؤنة السنة من نفقة وكسوة ومسكن وغيرها حتى يتحقق ارتفاع الفقر ان لم نشترط حصول ذلك في بقية عياله الواجبى النفقة خصوصا اذا صرف عمله كله تمام سنته في مال اليتيم فقد حصلت الكفاية بهذا الاعتبار مع الفقر والاضطرار فلم يكن غنيا حتى يجب عليه أن يستغنى عن بقايا اجرة عمله المعترم الغير المتبرع به وأن أريد بالأكل بالمعروف وقدر الكفاية مطلقا التصرف والاخذ كما هو المراد من قوله جل شأنه (ولا تأكلوا أموالكم بينكم ولا تأكلوها أسرافا وبدار) ونحو ذلك فيكون قوله عليه السلام في الصحيحين هو القوت تخصيص لمعنى الأكل الا انه ليس بصريح بأكله بنفسه لان الأكل يستعمل كما عرفت فيها هو اعم فالمعروف

ويجب حفظ مال الطفل واستنائه قدره لا تأكله النفقة على اشكال (متن)

من ذلك غير معروف حتى اذا كان اقل من اجرة مثله يجب الاقتصار عليه لان التصرف على هذا الوجه يختلف باختلاف الاشخاص واختلاف الحاجة الا ان قول لو كان تصرفه وقدر كفايته بالمعروف خمسين درهما مثلا وقدر اجرة مثله مائة فانه يجب عليه الاقتصار على الخمسين ان ارتفع قدره بها وهذا معنى صحيح الا ان يدعى ان الظاهر من الآية وبعض الاخبار هو الاول (لكن) لقائل ان يقول ان الظاهر من كلام القائل هو الثاني فتأمل ولا تغفل عما ذكرناه آنفا (وكيف كان) فقد ظهرت حجة القول الثالث اعني اقل الامرين من الاجرة والكفاية مع اعتبار الفقر من ان الكفاية ان كانت اقل من الاجرة فلا يهمل مع حصولها يكون غنيا فيجب عليه الاستعفاف وان كانت اجرة المثل اقل فانما يستحق عوض عمله فلا يحل له اخذ ما زاد ولان العمل لو كان لمكلف يستحق عليه الاجرة لم يستحق ازيد من اجرة عمله فكيف يستحق الازيد مع كون المستحق عليه يتبنا وقد ناقشهم في المسالك بمنزلة ما ذكرناه في التردد في معنى الأكل وكلامه في ذلك غير منقطع فليلحظه من اراده ثم ان ما فيه وفي (المفاتيح) من انه ليس للكفاية معنى معروف مضبوط وانه مبهم جدا غير جيد لان معناها كما قدمنا ما يرتفع بها الفقر كما اشار اليه في الروضة فان كانت المسئلة خلا فيه فهذا القول اجودها جمعا بين الادلة ان كانت مختلفة واما القول بان فيه اقتصارا على المتيقن فيما خالف الاصل كما في الرياض فكانه في غير محله لان اجرة العمل المحترم غير مخالفة لاصل ولا تقل واما ما رواه ثقة الاسلام عن البرزقلي بطريق فيه سهل قال سئل ابا الحسن عليه السلام عن الرجل يكون في يده مال الايتام فيحتاج اليه فيمده يده فيأخذه وينوي ان يردده قال لا ينبغي له ان يأكل الا القصد ولا يسرف وان كان من نيته ان لا يردده عليهم فهو بالمنزل الذي قال الله تعالى (ان الذين يأكلون اموال اليتامى ظلما) فيه على ضعفه واعراض الاصحاب عنه انه محمول على التقية لان وجوب رد عوضه اذا ايسر مذهب عبيدة السلماني وعطاء ومجاهد وسعيد بن جبير وأبي العالية والشافعي في احد القولين وقد حمله بعض اصحابنا كالتعداد على الاستحباب ﴿قوله﴾ ويجب حفظ مال الطفل واستنائه قدره لا تأكله النفقة على اشكال ﴿ صحة عدم الوجوب كما في جامع المقاصد وجزم في نكاح التذكرة بانه يجب عليه استنائه بحيث لا تأكله النفقة والمؤمن ان امكن قال ولا يجب عليه المبالغة في الاستنائه وطلب التهاية ولم يرجح ولده في الايضاح ولا الشهيد في حواشيه قال في (الايضاح) الاشكال ينشأ من انه اكتساب ولا يجب ومن انه منصوب للمصلحة وهذا من آتم المصالح ولانه مفسدة وضرر عظيم على الطفل ونصب الولي لدفعها هذا يبنى على ان هذا هل هو مصلحة او اصلح وعلى الثاني هل يجب أم لا وقد حقق ذلك في علم الكلام انتهى (قلت) الواجب على الوصي فعل ما فيه مصلحة بمعنى دفع الضرر ولا يجب عليه الاصلح والا لوجب عليه شراء الرخيص له حيث لا يكون حبا ولا يلزم المدول الى الغالي ووجب البيع اذا طلب متاعه بزيادة وينص المصنف على استحباب ذلك وقال في (التذكرة) يستحب له ان يصير بمال اليتيم ويضارب به ويدفعه الى من يضارب له به ويجعل له نصيبا من الربح سواء كان الولي ابا أو جدا له أو وصيا أو حاكما أو امين حاكم به قال علي عليه السلام وعمر وعائشة والضحاك ولا تعلم فيه خلافا الا ما روي عن الحسن البصري كراهية ذلك لان خزونه احفظ له وابتعد له عن التلف

فإن تبرم الولي به فله أن يستاجر من يعمل ويستحب له البيع إذا طلب متاعه بزيادة مع الغبطة وكذا يستحب شراء الرخيص (متن)

انتهى وقد افاد نفي الخلاف عن الاستحباب وأن كان مسوقاً لتبر ذلك ويدل على عدم الوجوب أيضاً قول الصادق عليه السلام في خبر اسباط ابن سالم حيث سئل عن مضاربة أخيه في مال ابن أخيه الصغير الذي هو وصي له وأنه يدفع الربح لليتيم إن كان لأخيك مال يحيط بمال اليتيم إن تلف فلا بأس به وإن لم يكن له مال فلا يعرض لمال اليتيم حيث قال عليه السلام لا بأس به ولم يقل فليتجر به أو يضارب أو يحب عليه أو نحو ذلك مما يدل على الوجوب ومثله خبر أبي الربيع حيث قال له يصلح له أن يعمل به فقال عليه السلام نعم يعمل به كما يعمل بمال غيره والربح بينهما نعم روى العامة عن عبد الله بن عمرو بن العاص عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من ولي يتيماً له مال فليتجر به ولا يتركه حتى تأكله الصدقة وهو على ضمه مخالف لما عليه أصحابنا إذ ليس في تقديرة من زكوة وجوباً ولا استحباباً نعم لو اتجر له الولي استحباباً ﴿ قوله ﴾ ﴿ فإن تبرم الولي به فله أن يستاجر من يعمل ﴾ برم برما فهو برم ضجر ضجر فهو وزنا ومعنى إذا ستمه وماله ويقال أبرمه أي أملاه واضجره ولعله يريد أنه إذا تبرم باستئمانه فله أن يستاجر من يعمل به ويستتميه لأن المدار على الاستئمان لكن هذا يعني عنه ما يأتي له من أن له أن يضارب به ويضعه مع عدم مناسبة الاستئجار له في الجملة وبمحمّل أن يراد أنه إذا تبرم بحفظه ومباشرة فله أن يستاجر من يباشره ويعمل لحفظه وهذا يناسبه ذكر الاستئجار وقوله فيما يأتي وإذا تبرع أجنبي إلى آخره لكنه يعني عنه أيضاً قوله وللأب الاستئابة فيما يتولى مثله فله والاقرب في الوصي ذلك ولعله غرضه أنه إن تبرم بما يصلح له الاستئابة فيه ويستحق عليه أجرة كان له أن يستاجر (وتنقيح هذا) أي حكم الاستئابة إن للوصي الاستئابة فيما لا يقدر على مباشرته إجماعاً كما في التذكرة دفعا للضرر وكذا ما يقدر عليه لكن لا يصلح مثله لمباشرة قضاء للعادة وتنزيلا للإطلاق على المتعارف بين المباشرين والمعهود بينهم وأما ما يصلح مثله أن يليه فالأولى عدم المنع وفي (التذكرة) الأولى المنع فتأمل هذا مع الإطلاق وأما مع التخصيص على الاستئابة فإنه جائز إجماعاً كما في التذكرة قال ومع التخصيص على المنع لا يجوز إجماعاً ولعل هذا مقيد بغير الذي لا يصلح مثله لمباشرة كما أنه مقيد قطعاً بغير الذي لا يقدر عليه قال في (جامع المقاصد) أما ما لا يقدر مثله على فعله أو لم تجر العادة بتولي مثله فإنه يجوز له الاستئابة قطعاً وهذا بإطلاقه يتناول ما ذكرنا وقد يكون قوله في التذكرة وأما مع التخصيص إلى آخره أما لحظ فيه ما يصلح مثله أن يليه ولعل ظاهر هذا هو الظاهر فلا يحتاج إلى التقييد وتام الكلام يأتي أنشاء الله تعالى ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويستحب له البيع إذا طلب متاعه بزيادة مع الغبطة وكذا يستحب شراء الرخيص ﴾ قد أوجب عليه الأمرين في نكاح التذكرة واستثنى من الثاني ما إذا رغب الولي في شرائه لنفسه فيجوز وقال في (جامع المقاصد) في بعض النسخ عوض يستحب يجب في الموضوعين وفي (حواشي) شيخنا الشهيد أنها متوجهان لتردده في الاستئمان بين الوجوب والاستحباب فجاز كل من الأمرين هنا لأن ذلك استئمان وقال معترضاً على الشهيد إن هذا القدر لا يجدي لأن ما سبق تردد وما هنا فتوى وجزم فالحالفة ثابتة نعم (قد يقال) هو رجوع عن التردد إلى الجزم وإن قرب ما بينها (وقد يقال) في الاعتذار لتسعة الاستحباب مع التردد

وإذا تبرع أجنبي بحفظ مال الطفل لم يكن للأب أخذ الأجرة على اشكال وله أن يرهن ماله عند ثقة
 لحاجة الطفل والمضاربة بماله وللعامل ما شرط له وهل للوصي أن يتجر بنفسه مضاربة فيه
 اشكال ينشأ من أن له الدفع إلى غيره فجاز لنفسه ومن أن الربح نماء مال اليتيم فلا يستحق
 عليه إلا بعقد ولا يجوز أن يعقد الولي مضاربة مع نفسه (متن)

السابق ان الاستئمان على تقدير وجوبه لا يستدعي أزيد من مراعاة حصول زيادة لا يذهب مال
 الطفل معها بالثقة أما البيع في وقت مخصوص والشراء على وجه معين فلا على تقدير الوجوب أن
 التردد في الاستئمان الذي يحتاج إلى توجه وسعي لتحصيل النماء أما ما حصل بغير تكلف
 وسعي فإنه واجب لا محالة (قلت) الاعتذاران لا ينفخ حالهما على تقدير التردد السابق ثم ان الموجود
 في النسخ التي رأيناها يستحب في الموضعين قال وكيف كان فسخة الاستحباب أوجه الا في شراء الرخيص
 على بعض الوجوه فان العدول عنه إلى شراء الغالي لا يجوز قطعاً لكن هذا كالمستغنى عنه باشتراك
 المصلحة وهي متشبهة عن مثل هذا فعمل المراد الشراء حيث لا يكون حتماً أولاً يلزم العدول إلى الغالي
 أو نعمل العبارة على استحباب السعي في شراء الرخيص ﴿قوله﴾ ﴿وإذا تبرع أجنبي بحفظ
 مال الطفل لم يكن للأب أخذ الأجرة على اشكال﴾ أقوى الوجهين ان له ذلك كما في الايضاح وهو
 الاصح كما في جامع المقاصد لمكان مزيد الثقة فلا تعد الأجرة ضرراً معها وثبوت ولايته بالاصالة
 ولم يرجح في نكاح التذكرة وفي (الحواشي) ان الاولى أن لا يأخذ وقضية كلامهم أن لا اشكال في عدم
 جواز أخذ الوصي مع تبرع الأجنبي ﴿قوله﴾ ﴿وله أن يرهن ماله عند ثقة لحاجة الطفل﴾ قد تقدم
 في بابها أنه لا خلاف فيه منّا وانما المخالف بعض الشافعية وانه قيده في المبسوط وغيره بما اذا لم يكن بيع
 شيء من ماله أعود أولم يمكن وان جماعة قالوا يجب أن يكون على يد ثقة يجوز ايداعه منه وقد أسبقنا
 الكلام في المقام فليرجع إليه من أراد الوقوف عليه ﴿قوله﴾ ﴿والمضاربة بماله وللعامل ما شرط له﴾
 قال في (التذكرة) للولي أن يتجر بمال اليتيم ويضارب به ويدفعه إلى من يضارب له به ويجعل له نصيباً
 من الربح ويستحب له ذلك سواء كان الولي أباً أو جداً له أو وصياً أو حاكماً أو أمين حاكم وبه قال علي
 عليه السلام وعمر وعائشة والضحاك ولا نعلم فيه خلافاً الا ما روي عن الحسن البصري كراهية ذلك
 لان خزنه أحفظ له وأبعد له من التلف ثم قال في مسألة أخرى ينبغي أن يتجر في المواضع الآمنة ولا
 يدفعه إلا أمين ولا يفرر بماله (والحاصل) ان هذا الحكم أعني المضاربة بمال الطفل يأخذونه مسلماً كما
 ستسمع كلامهم في ابضاعه وفيما اذا تجر به مضاربة لنفسه ﴿قوله﴾ ﴿وهل للوصي أن يتجر
 بنفسه مضاربة فيه اشكال ينشأ من أن له الدفع إلى غيره فجاز لنفسه ومن أن الربح نماء مال اليتيم فلا
 يستحق عليه إلا بعقد ولا يجوز أن يعقد الولي مضاربة مع نفسه﴾ لا نجد في المسئلة اشكالا يعاين به بل
 له أن يتجر كذلك كما جزم به في التذكرة وجامع المقاصد بل قد يظهر ذلك من كلام التذكرة السالف
 فلا يكون فيه خلاف لانه أسند التصرف إلى رأيه وهو يعم ما إذا تجر بنفسه مضاربة وما اذا ضارب
 غيره وبالجملة يعم كل تصرف مع المصلحة واذا جاز الثاني لكونه منوطاً بنظره في الأولى أن يجوز اذا
 كان في يده لقر به من مقتضى الوصية وكونه أدخل في الحفظ ومبنى الوجه من الاشكال على انه لا يجوز

وبجوز ابضاع ماله وهو أن يدفع الى غيره والربح كله لليتيم وان يبني له عقارا أو يشتريه ولا يجوز له بيع عقاره الا للحاجة ويجوز كتابة رقيقه وعتقه على مال مع الغبطة وخطه مع عياله في النفقة وينبغي أن يحسب عليه أقل (متن)

أن يعقد الولي المضاربة مع نفسه فان كان لان العقد يقتضي متعاقدين كما ذكره بعض العامة (فيه) أنه يكفي حصولها بالقوة وتغايرهما بالاعتبار وان كان لانه لا بد من الاذن في ذلك فقد عرفت أن اسناد التصرف اليه يتناول ذلك وفي (التحرير) الاقرب أنه لانصح المضاربة وتكون له أجرة المثل وكان ولده والشيد مستشكلان أيضا حيث لم يتعرضا للمسئلة واكتفيا بما ذكره المصنف في وجبي الاشكال

﴿ قوله ﴾ - ﴿ ويجوز ابضاع ماله وهو أن يدفع الى غيره والربح كله لليتيم ﴾ كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد مع المصلحة لان ذلك أنفع من المضاربة لانه اذا جاز دفعه بجزء من ربحه فدفعه الى من يدفع جميع ربحه الى اليتيم أولى سواء كان بأجرة أو متبرعا والبضاعة طائفة من مالك تبعها للتجارة ﴿ قوله ﴾ - ﴿ وأن يبني له عقارا أو يشتريه ﴾ أما الشراء فلانه مصلحة له لانه يحصل منه الفضل ولا يفتقر الى كثير مؤنة وسلامته متيقنة والاصل باق مع الاستئمان والفرر فيه أقل من التجارة لما فيها من الاخطار وانحطاط الاسعار فان لم يكن في شرائه مصلحة اما لفضل الخراج وجور السلطان أو أشرف الموضع على البوار لم يميز (وأما) بناء عقار له واستجداد ما استهدم من الدور والمساكن فلأنه في معنى الشراء الا أن يكون الشراء أنفع فيصرف المسال اليه واذا أراد البناء على ما فيه الحفظ لليتيم بناء بما هو أنفع وأجى كالأجر والطين وان اقتضت المصلحة بالبن فعل وبالجملة يبني على ما هو المعتاد في البلاد ﴿ قوله ﴾ - ﴿ ولا يجوز له بيع عقاره الا للحاجة ﴾ كأن يكون به ضرورة الى كسوة أو نفقة أو قضاء دين أو مالا يدمنه ولا تندفع حاجته الا بالبيع والمزنيات لان تضبط فالمدار على الحاجة مع المصلحة وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من باع دارا أو عقارا ولم يصرف ثمنه في مثله لم يبارك له فيه وحيث يجوز البيع بجوز بالتقيد والتسبئة وبالعرض واذا باع الاب أو الجد وذكر أنه للحاجة ورفع الامر الى الحاكم جاز له أن يسجل على البيع ولا يكلفهما اثبات الحاجة والغبطة لانهما غير متهمين في حق ولدهما ولو باع الوصي أو أمين الحاكم لم يسجل الحاكم الا اذا قامت البينة على الحاجة والغبطة فاذا بلغ الصبي وادعى على الاب أو الجد بيع ماله من غير حاجة ومصلحة كان القول قولها مع اليمين وعليه البينة لانه ادعى عليهما خلاف الظاهر اذا الظاهر من حالها الشفقة وعدم البيع الا للحاجة ولو ادعى على الوصي أو الامين فالقول قوله في بيع العقار وعليهما البينة لانهما مدعيان وفي غير العقار الأولى ذلك أيضا لهذا الدليل والفرق عسر الاشهاد في كل قليل وكثير يبيعه كما ذكر ذلك كله في التذكرة ويأتي قريبا ماله فنع في المقام عند قوله ويقبل قول الولي في الانفاق

﴿ قوله ﴾ - ﴿ ويجوز كتابة رقيقه وعتقه على مال مع الغبطة ﴾ كما في التذكرة والتحرير وقد تقدم ما في التذكرة ﴿ قوله ﴾ - ﴿ وخطه مع عياله في النفقة وينبغي أن يحسب عليه أقل ﴾ لما نزل قوله تعالى (ان الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما انما يأكلون في بطونهم نارا وسيصلون سعيرا) تجنب أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أموال اليتامى وأفردوها عنهم فأنزل الله سبحانه وتعالى (وان تخالطوهم فأخوانكم والله يعلم المفسد من المصلح ولو شاء الله لاعتكم) أي ضيق عليكم وشدد فخالطوهم في ما كوتهم

وجعله في المكتب بأجره أو صنعه وقرض ماله إذا خشي تلفه من غرق أو نهب وشبهه
فياخذ عليه رهنا بحفظ قيمته (متن)

ومشر وبهم وبالحكمين المذكورين صرح في التذكرة والتحرير ومعنى ينبغي أن يحسب عليه أقل
انه يحسب أقل مما يحتاج اليه وليس بواجب لان الواجب هو أن لا يزيد عليه وينبغي للولي النظر في
حال اليتيم فان كانت الحاطة له أصلح وأرفق في المؤنة واللين في الخبر وغير ذلك جاز له بل كان أولى
كما قال الله سبحانه وتعالى (يسألونك عن اليتامى قل إصلاح لهم خير وإن تخالطوهم فآخؤانكم) وإن
كان الافراد أرفق له وأصلح أفردته وسئل عثمان بن عيسى الصادق عليه السلام عن قول الله عز وجل
(وإن تخالطوهم فآخؤانكم) قال يعني اليتامى قال إذا كان الرجل على الايتام في حجره فليخرج من ماله
على قدر ما يخرج لكل انسان منهم فيخالطوهم ويأكلون جميعا ولو تعدد اليتامى واختلفوا كبيرا وصغرا
حسب على الكبير بقسطه وعلى الصغير بقسطه وقال أبو الصباح الكتاني للصادق عليه السلام أرأيت ان كان
يتامى صغارا وكبارا وبعضهم أعلى من بعض وبعضهم أقل من بعض وما لهم جميعا فقال عليه السلام أما
الكسوة فعلى كل انسان ثمن كسوته وأما الطعام فاجعله جميعا فان الصغير يوشك أن يأكل أكثر من الكبير
ويجب على الولي الاتفاق بالمعروف ولا يجوز له التقدير عليه في الغاية ولا الاسراف في النفقة بل يكون
في ذلك مقتصدا ويجري الطفل على عادته وقواعد أمثاله من نظرائه فان كان من أهل الاحتشام أطعمه
وكساء ما يليق بأمثاله وإن كان من أهل الفاقة أفنق عليه نفقة أمثاله ﴿ قوله ﴾ ﴿ وجعله في المكتب
بأجرة أو صنعة ﴾ يجوز له أن يجعل الصبي في المكتب وعند معلم القرآن العزيز والآداب والحكمة وغيرها
من العلوم أن كان من أهل ذلك وله ذكاء وفطنة ومنع منه سفیان وأنكر أحمد ذلك غاية الانكار وكذا
يجوز له أن يسلمه الى معلم الصناعة إذا كانت تليق بحاله ولا تتلم من مجده إذا كان من أرباب البيوتات
وليس له أن يسلمه الى معلم السباحة لأن يكون تعليمه فيما لا يضره ولا يخاف عليه الفرق فيه كما نص
عليه في التذكرة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وقرض ماله إذا خشي تلفه من غرق أو نهب وشبهه فياخذ عليه رهنا
بحفظ قيمته ﴾ كما في الشرائع وجامع الشرايع والتذكرة والتحرير والارشاد واللمعة والمسالك وجمع
البرهان وغيرها وزيد في جامع الشرائع والمسالك الاشارة (قلت) يتجه ذلك إذا قلنا ان أداء الدين
من الوكيل به بغير اشارة تفریط فيلزم القول هنا بوجود الاشارة حذرا من التفریط واحتياط في الكفاية
مع ذلك بالاقرض من ثقة مع الامكان وفي (التذكرة) انه لو تمكن من الارتهان ورضي بالكفيل ضمن
وفي (الشرائع واللمعة والروضة والمسالك) كما يأتي في الكتاب انه لو تعذر الرهن في موضع الخوف
والضرورة والحاجة أقرض من ثقة وفي بعضها من ثقة غالبا وفي (اللمعة) من الثقة العدل وقضية كلامهم
انه إذا تعذر الثقة لا يجوز الاقرض ولعل الاقرض أولى لانه مرجو الحصول في الدنيا والآخرة بخلاف
التلف من الله عز وجل الا أن تقول انه سبحانه وتعالى يثبت العوض عليه جلت عظمته فيرجح اكونه
أكثر فليحفظ هذا وفي (جامع المقاصد) لا يبعد وجوب الاقرض إذا ظهرت أمارات حصول التلف واقتصر
في المبسوط على اقرض من ثقة وفي (الارشاد) على الثقة من دون ذكر رهن فيها وقال المقدس الاردبيلي
إذا تعذر الرهن اكتفى بالملائة والثقة ومع التعذر يسقط ومع وجودهما يحتمل تقديم الثقة ويحتمل تقديم
الملي (قلت) الظاهر ممن يستقرض من أجل حفظ اليتيم كما هو المفروض أن لا يذلل رهنا فاشترطه مفوت

فأن تعذر أقرضه من الثقة ولا يجوز قرضه مع الأمان ولو احتاج الى نقله جاز اقراضه خوفاً من الطريق وكذا لو خاف نقله بتطاول مدته ولم يتمكن من بيعه أو نعيه كتسويس التمر وعفن الخنطة ولو أراد الولي السفر كان له اقراضه فإن تمكن من اخذ الرهن وجب والا فلا وليس للأب الاستنابة فيما يتولى مثله فعلة والا قرب في الوصي ذلك (متن)

لهذا وقضية كلامهم جميعاً أنه لا يجوز الاقراض مع الأمان كما صرح به المصنف هذا و مرادهم بقوله (١) الثقة غالباً الثقة في ظاهر الحال يريدون أنهم يكتفون بظاهر أمره ولا يشترط العلم بذلك لتعذره فعبروا عن الظاهر بالغالب نظراً الى أن الظاهر يتحقق بكون الغالب على حاله كونه ثقة لأن المراد كونه في أغلب أحواله ثقة والجمع بين الثقة والعدل في عبارة اللمعة تأكيداً وتفسيراً للثقة بالعدل لأن ذلك هو المعتبر شرعاً اذ لا يشترط الضبط مع احتمال الاكتفاء بالثقة العرفية فإنها أعم من الشرعية ولو لم يكن للنيب حظ وإنما قصد ارفاق المقرض لم يجوز اقراضه كما لم يجوز هبته كما صرح بذلك في التذكرة وفيها وفي المسالك وما يأتي من الكتاب ان من الخوف على مال النيب ما اذا خاف على حفظه من السوس وفي (جامع المقاصد) أنه كما يجوز ذلك الوصي يجوز للحاكم مع عدمه وكذا يجوز لعدول المؤمنین مع عدمها ولا ضمان في موضع الجواز وتام الكلام تقدم في باب الرهن ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان تعذر اقرضه من الثقة ولا يجوز قرضه مع الأمان ﴾ قد تقدم الكلام في هذين الحكمين ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو احتاج الى نقله جاز اقراضه خوفاً من الطريق ﴾ اذا كان للصي مال في بلد فأراد الولي نقله عن ذلك البلد الى آخر كان له اقراضه من ثقة ملي ويقصد بذلك حفظه من الغزو والسراق وقطاع الطريق وغير ذلك والفرق بين هذه والتي قبلها ان الاقراض هناك من غير نقل مع ظهور علامات الخوف والاقراض هنا للنقل لأن الطريق مظنة السارق وغيره مع ظهور علامات الأمان اذ لا يجوز نقله مع امارات الخوف ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا لو خاف نقله بتطاول مدته ولم يتمكن من بيعه ﴾ أي يقرضه من الثقة الملية ﴿ قوله ﴾ ﴿ أو نعيه كتسويس التمر وعفن الخنطة ﴾ هذا بالنصب عطف على نقله أي يقرضه من الثقة الملية ان خاف نعيه وان لم يخف تلفه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أراد الولي السفر كان له اقراضه ﴾ لأن سفر الولي يعرض المال للضياع فيجوز اقراضه ولا يجوز له نقله لأن الطريق مظنة العطب الا مع الحاجة وجواز القرض هنا غير مشروط بالخوف والقرض أولى من الايداع لأن الوديعة لا تضمن ولو لم يوجد المقرض الثقة الملية أودعه من ثقة أمين ذي يسار لأنه أولى من السفر به ولو أودعه من الثقة مع وجود المقرض الثقة الملية البازل للرهن فاحتمال الضمان قوي جداً لو تلف ومع عدم بذل الرهن فلا ضمان وقد يكون الايداع أنفع من الاقراض ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان تمكن من أخذ الرهن وجب والا فلا ﴾ أي ان تمكن من أخذ الرهن في جميع ما سلف وجب أخذه وبدونه يكون مفراً والا يتمكن سقط وليس الكفيل كالرهن اذ لا يزيد على المرتهن الثقة الملية وقد سمعت كلام التذكرة فيما اذا تمكن من الرهن ورضي الكفيل ﴿ قوله ﴾ ﴿ وللاب الاستنابة فيما يتولى مثله فعلة والا قرب في الوصي ذلك ﴾ أما (الاول) فلأن ذلك مما جرت العادة بمثله فلا

ويقبل قول الولي في الاتفاق بالمعروف على الصبي أو ماله والبيع للمصلحة والقرض لها والتلف من غير تفریط سواء كان أباً أو غيره على اشكال وهل يصح بيع المميز وشراؤه مع اذن الولي نظر (المقصد الثاني في المجنون والسفيه) أما المجنون فهو ممنوع من التصرفات اجمع المالية وغيرها وأمره الى الاب والجد له وان علا فأن قسدا فالوصي فأن فقد فالحاكم وللولي التصرف في ماله بالغبطة (متن)

يعد مقصراً وقد تقدم الكلام في ذلك وفي (نكاح التذكرة) يجوز للاب أن ينصب عن ولده قبيلاً لحفظ ماله واستمائه وحراسته بأجرة المثل (وأما الثاني) فإنه قائم مقام الاب فيجوز له ما يجوز له ولما قلنا من جريان العادة بالاستنابة في مثله وهو الاصح كما في جامع المقاصد والاقوى كما في الايضاح ويحتمل عدمه لاصالة عدمه ﴿ قوله ﴾ «ويقبل قول الولي في الاتفاق بالمعروف على الصبي أو ماله والبيع للمصلحة والقرض لها والتلف من غير تفریط سواء كان أباً أو غيره على اشكال» إذا ادعى الاب أو الجد أو الوصي الاتفاق بالمعروف على الصبي أو على عقاره أو ماله أو دوابه ان كان ذا دواب كان القول قوله كما في وكالة الشرائع والتذكرة والتحرير والكتاب وجامع المقاصد والمسالك والكفاية وفي (الايضاح) انه لا شك في ذلك لسر اقامة البيعة في كل وقت على الاتفاق وعسر ضبطه ولا في ان القول قوله في التلف من غير تفریط للاصل ولانه أقوى من الودعي ومنه ما اذا ادعى ان ظالمًا قهره عليه وأخذ ما اذا ادعى الاب أو الجد القرض أو البيع للمصلحة فالقول قولهما إذ الظاهر منها الشفقة وعدم البيع الا للحاجة والمصلحة وفي (الايضاح) انه لا شك في ذلك أيضاً وظاهر حواشي الكتاب وجامع المقاصد انه لا اشكال فيه وظاهرهم يشمل ما اذا كان المبيع عقاراً وهو كذلك كما تقدم وأما الوصي وأمين الحاكم ففي (التذكرة) انه لا يقبل قولهما في بيع العقار الا مع البيعة وفي غير العقار ان الاولى ذلك وقد استشكل هنا لصحة تصرفات المسلم المالك لذلك التصرف ولانه موضوع لفعل ما يعتقد انه مصلحة فيرجع اليه فيه ولا يكلف اقامة البيعة عليه ولان دعواه صلاح التصرف دعوى عدم التعدي وهو الاصل والقول قوله فيه ومن اصالة بقاء الملك على مالكة الى أن يثبت الناقل واصالة عدم الحاجة الى البيع وعدم خفاء المصالح والاول أقوى كما في الايضاح وجامع المقاصد وهو الظاهر من حواشي الكتاب وقد قالوا في باب الوكالة انه لا يقبل قول الاب والجد له والوصي والحاكم وأمينه في تسليم المال لو أنكر الصبي بعد رشده تسليم المال اليه وكذلك الوصي صرح به في الشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك وكذا الكفاية ونظام الكلام هناك ﴿ قوله ﴾ «وهل يصح بيع المميز وشراؤه مع اذن الولي نظر» الوجه انه لا يصح كما في التذكرة والاصح كما في جامع المقاصد وقد تقدم الكلام فيه عند قوله وفي صحة العقد حينئذ اشكال (الفصل الثاني في المجنون والسفيه) ﴿ قوله ﴾ «أما المجنون فهو ممنوع من التصرفات اجمع المالية وغيرها» قال في (التذكرة) لا خلاف بين علمائنا كافة في الحجر على المجنون مادام مجنوناً وانه لا ينفذ شيء من تصرفاته لسلب أهليته عن ذلك والحديث المشهور يدل عليه ﴿ قوله ﴾ «وأمره الى الاب والجد له وان علا فأن قسدا فالوصي فأن فقد فالحاكم» قد تقدم فيه الكلام مستوفى أكل استيفاء ﴿ قوله ﴾ «وللولي التصرف في

وحكمه حكم الصبي فيما تقدم الا الطلاق فان للولي ان يطلق عنه والا البيع فانه لا ينفذ ولو اذن له الولي وله ان يزوجه مع الحاجة لا بدونها وأما السفية فهو الذي يصرف امواله في غير الوجه الملائم لافعال العقلاء (متن)

ماله بالعقلاء ﴿ هذا مما لا شك فيه ﴾ قوله ﴿ وحكمه حكم الصبي فيما تقدم الا الطلاق فان للولي ان يطلق عنه ﴾ قد تقدم الكلام فيه أيضا عند الكلام على طلاق الصبي ﴿ قوله ﴾ ﴿ والا البيع فانه لا ينفذ ولو اذن له الولي ﴾ وقد تقدم منه في الصبي ان في صحه يعمه نظرا والفرق ان المجنون كثير المميز فلا أثر لعبارة ولا قصد ﴿ قوله ﴾ ﴿ وله ان يزوجه مع الحاجة لا بدونها ﴾ الذي اعتراه الجنون اما ذكر أو أنثى وكل منهما اما صغير أو كبير فالجنون الكبير لا يزوج الا أن تدعوا الحاجة اليه لما فيه من لزوم المهر والتفقة عليه وتظهر الحاجة اذا ظن شفاؤه بالنكاح أو رغب في النساء وتعلق بهن وطلب منهن أو احتاج الى امرأة تخدمه وكانت موثقا أخف من شذاء أمة فتستأجر الزوجة أولا لثلاثا ترجع عن الوعد فان ذلك ليس واجبا عليها ويكون القابل الاب أو الجد أو السلطان على ما مر في بيان حال الولاية عليه ولا يزوج الا واحدة اذا اندفعت الحاجة بها وان كان صغيرا جاز للاب والجدان يزوجه مع المصلحة كما في التذكرة وقضية اطلاق عبارة الكتاب انه لا بد من الحاجة وليس لغيرها ذلك حتى السلطان اجماعا كما في نكاح التذكرة (وأما المجنونة) فلا يزوجه الا الاب او الجده ولا فرق بين أن تكون صغيرة أو كبيرة بكرا أو ثيبا عندنا كما في نكاح التذكرة هذا اذا اتصل وأما اذا انفرد فقد تقدم الاجماع من التذكرة أيضا ان الولاية للحاكم ولا يشترط في تزويجها ظهور الحاجة بل يكفي ظهور المصلحة بخلاف المجنون لأنها تستفيد من النكاح التفقة والمهر والمجنون يفرمها ولو دعت الحاجة الى تزويجها فأولى بالجواز بل ربما وجب ولم يكن لها أب ولا جد فان كانت صغيرة فأكثر علمانا كما في (التذكرة) على أنها لا تزوج لانه لا حاجة لها في الحال وغير الاب والجد لا يملك الاجبار وان كانت بالغة زوجها الحاكم والمجنون المتقطع جنونه لا يجوز تزويجه الا أن يفتق فيأذن ويشترط وقوع العقد حال الافاقة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وأما السفية فهو الذي يصرف امواله في غير الوجه الملائم لافعال العقلاء ﴾ هذا التعريف قد طفت به عباراتهم بهذا اللفظ ونحوه كقولهم الذي يصرف امواله في غير الاغراض الصحيحة وقولهم المبذر لامواله في غير الاغراض الصحيحة وغير ذلك والسفيه يقابل الرشيد ولما عرف المصنف الرشيد بأنه كيفية فسانية تمنع من افساد المال وصرفه في غير الوجوه اللائقة بأفعال العقلاء كما تقدم الكلام فيه مسبقا مشعبا كان السفيه عبارة عن الملكة التي يترب عليها اضداد تلك الامور فلا يقدر الفلظ في بعض الاحيان والانحداع نادرا لان ذلك لا ينافي الملكة ومصرف المال في المحرمات وتضييعه مثل القائه في البحر سفه باجماع الأمة كما يفهم من التذكرة وكذا صرفه في الأطفعة والأشربة والاكسية الغير اللائقة بحاله بحيث يعاب عليه ذلك عرفا وغالبا قال في (التذكرة) الفاسق اذا كان يفتق امواله في المعاصي ويتوصل بها الى الفساد فهو غير رشيد ولا تدفع اليه امواله اجماعا وان كان فسقه لغير ذلك كالكذب ومنع الزكاة دفع اليه ماله أي عند من لم يشترط العدالة والظاهر أن مراده بهذا الاجماع اجماع الأمة كما يعرف ذلك من تتبع كلامه والظاهر عدم اختصاصه بالابتداء فان الرشيد شرط دائما ويرشد اليه قوله في موضع آخر منها ونحن لما ذهبنا الى أن الفسق لا يوجب الحجر

ويمنع من التصرفات المالية وان ناسبت افعال العقلاء كالبيع والشراء بالعين أو الذمة والوقف والهبة والاقرار بالدين أو العين والعتق والنكاح فان عقد لم يمض (متن)

وانه لا يشترط في الرشد العدالة لم يثبت الحجر عندنا بطريان الفسق مالم ينضم اليه تضييع المال في المحارم وغيرها وهذا لا يمكن تخصيصه بالابتداء كما هو ظاهر غيره أيضا وقال في (التذكرة) أيضا لو طرأ الفسق الذي لا يتضمن تضييع المال ولا تبذيره فإنه لا يحجر عليه اجماعا وقضيته أن الذي يتضمن ذلك يوجب التحجير عليه من غير تخصيص بالابتداء وفي (التحرير) ان استلزم فسقه التبذير كشرءا الحجر وآلات اللهو والنفقة على الفاسق لا يسلم اليه شيء تبذيره ولعله أراد التفقة على الفاسق فيما فسق فيه والا فهو مشكل جدا (وكيف كان) يرد الاشكال العظيم الذي أورده المقدس الاردبيلي قال انه قلما يخلو عن ذلك الانسان فانهم يشترون مالا يجوز ويستعملون الزبا ويعطون الاموال للمعني والملاعب بالمحرم والى من يأخذ من الناس الاموال قهرا خصوصا الحكام والظلمة فيلزم أن يكونوا سفهاء لانجوز معاملتهم ومنا كحنتهم وأخذ عطاياهم وزكوتهم وخمسهم فانهم سفهاء باجماع الامة كما فهمناه من التذكرة مع أنهم صرحوا وأطلقوا معاملتهم ومنا كحنتهم وقبول جوائزهم وقالوا بكرأهتها بل يمكن أن يقال أن صرفه في العنب بأن يعمل خمرا وفي الخشب بأن يعمل صنبا ونحو ذلك صرف في المحرم فيكون فاعله سفهيا لانجوز معاملته ومنا كحنتهم جوزوا ذلك وقالوا بكرأهتها ولا شك أن صرفه ولو كان قليلا من الاطعام للربا والسمة وغير ذلك من الاغراض الغير الصحيحة شرعا حرام فيكون موجبا للسفه ومن الذي يخلو عنه من أر باب الاموال فيلزم عدم جواز أخذ المعطية بل الزكوة والخمس منهم فتأمل وبالجملة التنزه عنه متمسرا جدا فانه لو لم يعامل السفه فإنه يعامل من يعامله ويصعب ذلك أيضا أنهم قالوا ان الرشد شرط فلا بد من تحققه لعمل بالمشروط فمن جاء الى سوق كيف يعرف ذلك بل كيف يعرف حصول الرشد الابتدائي الذي هو شرط بالاجماع فالظاهر أنهم يبنون على الظاهر ويتركون الاصل فان ظاهر حال الانسان أنه لم يفعل حراما ولا يصرف ماله فيه ولعل هذا المقدار كاف للعلم بالرشد المطلوب في جواز المعاملة والمنا كة ولهذا ما نقل الامتاع والتفحص عنهم عليهم السلام ولا عن احد من العلماء المتدينين ويكون الاختبار الابتدائي لتسليم المال للنص والاجماع (قلت) هذا لا يجدي فيمن يعلم صرفهم المال في المحرمات كالظلمة والحكلم وصانع الحجر وعامل الصنم فكيف يصح البناء على الظاهر من حال المسلم مع العلم بخلافه ولعلمهم بخصصون السفه بما اذا لم يكن له غرض صحيح في نظر اهل الدنيا كما اشار هو اليه وقدم منا التنبيه عليه في حال الصرف للربا وهذا ايضا لا يجدي بعد اجماعهم على ان صرفه في المعاصي تبذير ولا جواب الا بان يقال ان السفه التي تحرم معاملته ومنا كته هو من حجر عليه الحاكم لا غير كما سيتضح لديك

قوله ﴿ ويمنع من التصرفات المالية وان ناسبت افعال العقلاء كالبيع والشراء بالعين أو الذمة والوقف والهبة والاقرار بالدين أو العين والعتق والنكاح فان عقد لم يمض ﴾ يمنع السفه بعد ثبوت الحجر عليه بمجرد ظهور سفهه أو بشرط حكم الحاكم به على الخلاف الآتي من التصرفات المالية ما ذكره وغيره ولا فرق بين ما ناسب افعال العقلاء وغيره ولا بين الذكر والانثى وان عقد لم يمض الا مع اجازة الولي على القول بالفضولي وذلك كله قضية اطلاق كلام جماعة به صرح آخرون وفي (مجمع البرهان) ان وجه منعه من التصرفات المالية لنفسه من دون الولي مطلقا مع اصابة المصلحة والربح أم لا الاجماع

ظاهرا وقد تعرض لعدم الفرق بين الذكر والانتى المحقق الثاني والشهد الثاني وهو كذلك بل الانتى
أشد اذهي الى نقصان العقل والانخداع أقرب ومن ثم ذهب بعض العامة الى بقاء الحجر عليها وان
بلغت رشيدة ولا يفرق في ذلك بين النكاح وغيره لأن الزوجة تجعل البضع في مقابلة الصداق فهو
تصرف مالي من طرفها اذ البضع ملحق بالأشياء المتقومة ولهذا لو أنكحت نفسها بدون مهر المثل
لا يصح بل الولي لا يصح منه ذلك والحال في الزوج ظاهر لأنه يراد منه الصداق والثقة لكن قال
في نكاح الكتاب أن السفية اذا كان به ضرورة الى النكاح وتعذر الحاكم والولي فانه يجوز أن يتزوج
واحدة لا أزيد بغير المثل وفي (نكاح التذكرة) أنه لو نكح السفية بغير اذن الولي مع حاجته اليه وطلبه
من الولي فلم يزوجه قال الشيخ رحمه الله تعالى الاقوى الصحة لأن الحق تعين له فاذا تعذر عليه أن
يستوفيه بغيره جاز أن يستوفيه بنفسه كمن له حق عند غيره فتمعه وتعذر عليه أن يصل اليه كان له أن
يستوفيه بنفسه بغير رضى المديون وحكى عن أحد وجهي بعض الشافعية أن النكاح يبطل ولا حد ولا
مهر وعن بعض أن لها مهر المثل وعن بعض أن لها اقل ما يتمول رعاية لحق السفية ووفاء لحق العقد
اذبه يتميز عن السفاح ولم يرجح شيئا ولعل الاقوى ما قاله الشيخ قدس سره وتام الكلام في البيع
والاقرار يأتي عند تعرض المصنف لذلك وقد استعينا الكلام في نفوذ وصيته في باب الوصايا وقلنا أن
الاقوى عدم النفوذ وهل يتوقف على حكم الحاكم أو يكفي ظهور السفه الاقرب الاول ولا يزول الا
بحكمه اختلف الاصحاب في المسئلة على اقوال ولا بد من تحرير محل النزاع لانه قد اشبه على بعض
الاخبار بين فتكلم على الفضلاء والمحققين بما لا يليق ومحل النزاع انما هو ما اذا حدث السفه بعد بلوغه
رشيدا والا فلو كان متصلا بالصغر فانه يحكم بالحجر عليه بمجرد السفه ولا يتوقف على حكم الحاكم وكذا
حجر الصبي يزول عنه ببلوغه رشيدا ولا يحتاج الى حكم الحاكم وما الصبي الا كالمجنون فانه يحجر عليه
بجنونه ويزول عنه بمجرد الافاقة وقد استظهر في النزاع في المقامين في موضعين من مجمع البرهان
واستظهر الاجماع على ذلك من الشهيد في أحد المقامين وظاهر التذكرة ان زوال الحجر عنه ببلوغه
رشيدا من دون حكم الحاكم ضروري قال لانه لو توقف على ذلك لطلب الناس عند بلوغهم فك الحجر
عنهم من الحاكم ولما كان عندهم من ام الاشياء وفي (المبسوط والتحرير) جعل النزاع في غير الصبي قال
في (المبسوط) واما حجر الصبي فانه يزول ببلوغه ولا يحتاج الى حكم الحاكم وفي الناس من قال لا بد فيه
من حكم الحاكم وهو خلاف الاجماع انتهى وقال في (التذكرة) اذا بلغ الصبي لم يدفع اليه ماله الا بعد
العلم برشده ويستديم التصرف في ماله من كان متصرفا فيه قبل بلوغه ابا كان أو جدا أو وصيا أو حاكما
أو أمين حاكم فان علم برشده انك الحجر ودفع المثل وهل يكفي العلم بالبلوغ والرشد في فك الحجر
ام يقتصر الى حكم الحاكم الاقرب الاول فلم يسأل عن الاول لانه محل وفاق عند الامة وسئل عن
الثاني لمكان الخلاف الضعيف من بعض الشافعية كما تقدم منا التنبيه على ذلك نعم يظهر من نكاح
التذكرة ان النزاع عام فليلحظ (اذا تمهدنا) فاعلم ان ما اختاره المصنف هنا خيرة المبسوط والشرائع
والتذكرة ومجمع البرهان وكذا شرح الارشاد لفخر الاسلام وكأنه ظاهر الغنية وكأنه مال اليه في غاية
المراد وحكى المقدس الاردبيلى عن المحقق الثاني انه المشهور (قلت) قد صرح بذلك في تعليق الارشاد
قال المشهور توقف الحجر على حكم الحاكم فيقوى حينئذ توقف ازالته عليه انتهى وهذا القول ذكره
في المبسوط ولم يشر الى خلاف تناول من العامة والحاصل ان الاقوال الاخر حادثة وبعضها لا يعرف

قائه والذي جرى التأخرين على مخالفة ضعف ما ذكر في دليله كقولهم ان المسئلة اجتهادية لوقوع الاختلاف في بعض ما يعد فعله سفها لان هذا جوابه أن الكلام انما هو حيث تقطع بالامرين وقولهم مخالفة قول كل منهما الاصل فيقتصر على المتيقن لانه يجاب عن هذا ايضا بان الاصل يقطعه الدليل وهو ظاهر قوله تبارك وتعالى فان آتسم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم حيث علق الامر بالدفع على ائناس الرشد فلو توقف معه على امر آخر لم يكن الشرط صحيحا ومفهوم الشرط حجة والمفهوم هنا أن مع عدم الايناس لا يدفع اليهم فدل على ان وجود السفه وزواله كافيان في اثبات الحجر ورفع السفه لان السفه والرشد متقابلان ولفظا قوله تعالى فان كان الذي عليه الحق سفها اثبت عليه الولاية بمجرد السفه من غير اشعار بذكر حاكم ولا ابتداء حال لان معناه على ما ذكره المفسرون من العامة والخاصة سفها محجورا عليه لتبذيره وجهله في التصرف أو ضعيفا أي صبيا أو شيخا مختلا واولا يستطيع أن يعمل هو بنفسه لخرس أو جهل باللغة قليلا وليه الذي يلي أمره فتوقفها على أمر خارج يحتاج الى دليل وأنت خير بان مورد الآية الاوئى انما هو الحجر على الصبي ابتداء وأيناس الرشد شرط في زوال الحجر عن الصبي ابتداء وهو غير محل النزاع فلا يلزم كونه شرطا في السفه بعد زوال الحجر عنه (وأما الآية فقد قيل أن المراد بالسفيه فيها الجاهل بالأحكام وقيل الطفل وقيل الاحق قال في (مجمع البرهان) (البيان خ ل) ويحتمل كونه في الابتداء والمحجور عليه بحكم الحاكم ولهذا قال في الكشف المحجور عليه فمع هذه الاقوال لا تنهض دليلا وما الاستدلال بهذه الآية الشريفة الا كاستدلال بأن العلة السفه لان تعليق الحكم على المشتق يفيد العلية لمكان تبادرها ووجود العلة يستلزم وجود المعلول وبأنه أن جاز التصرف مع عدم حكم الحاكم لم يكن الرشد شرطا وهو باطل بالآية وان لم يجز فالمطلوب وبأن اشتراط جواز التصرف بالرشد يقضي بأن زوال الشرط يستلزم زوال المشروط ويدفع ذلك كله ان مبدأ الخلاف لم يعرف صريحا الا من الشهيد في اللعة في الثبوت والا فقد وافق على توقف الزوال على حكم الحاكم وهي آخر ما ضعف مضافا الى دعوى المحقق الثاني ان هذا القول هو المشهور وهذان يعضدان الاصل وادلة نسلط الناس على أموالهم عقلا وقللا وأدلة صحة التصرفات الشاملة لتصرفاته التي فعلها في زمن سفهه قبل التحجير وصدقها عليها وأنه لو كان مجرد السفه حجرا لعنت البلوى والبلية اذا أكثر الناس سفها كما قد منا يانه وخصوصا اذا اعتبرنا العدالة في الرشد وخصوصا ما اذا اعتبرنا ما اعتبره جماعة من اصالح المال والاكتساب وتحصيل المعدوم وفي بعض هذا بلاغ وليس لكم دليل من كتاب وسنة دال صريحا الا على استصحاب السفه الى أن يرشد واما الحادث بعده فلا وكيف يوجد دليل على ما قضت الضرورة بخلافه والا لم تكن الشريعة سهلة سمحا (والحاصل) انه لا جواب ولا مناص عما أورده المقدس الاردبيلى آفا الا بهذا القول فلا مناص عنه ولو تبه التأخرون المخالفون أو المترددون لهذا الخطب العظيم ما عدلوا عن هذا القول ولا تأملوا فيه على انا نجيب عما ذكر من الادلة اذ مرجع الشرطية والعلية الى ان منصوص العلة حجة واقصاه الظهور والظاهر يعادل عنه لهذه الادلة (وعساك تقول) أن عبارات الاصحاب في أكثر الابواب كالبيع والاجارة والوقف والوصية والهبة وغيرها مشحونة باشتراط الرشد كاشتراط البلوغ والعقل ويعد حملها على ان السفه مانع مع حكم الحاكم أو السفه والرشد ابتداء لانهم يطلقون ويفرعون عليه الفروع الكثيرة بحيث يفهم عدم النزاع في ذلك (قلت) هذه مسئلة اصولية وهو أن مثل هذه الاطلاقات التي ليست مسوقة لبيان الحكم

فان اشترى بعد الحجر فهو باطل ويسترد البائع سلمته ان وجدها والا فهي ضائعة ان قبضها باذنه عالما كان البائع او جاهلا وان فك حجره (متن)

لا يصح الاستدلال بها كما هو الشأن في الاطلاقات الرهن مع عدم الترض فيها للقبض مع أنه شرط فيه على المعروف عند اكثرهم (والحاصل) أن هذا حكم مخالف للعقل والنقل كتابا وسنة واجماعا فيقتصر فيه على محل اليقين والوفاق وهو في الابتداء وتسليم المال أو حكم الحاكم ولا يخرج عن ذلك الا بأدلة قاهرة وبما ذكرنا ظهرت أدلة القول الثاني وهو ثبوته بظهور السفه وانتفاؤه بانتفائه حيث يقطع بالامر بن وهو غير جامع المقاصد والروضة والمسالك والكفاية والمفاتيح والرياض بلفظ الاصح في الاول والاخرى في الروضة والمسالك والاقرب في الكفاية وغيرها ومفهوم ذلك أن الاول صحيح وقوي وقريب فلم يقدموا على المخالفة كما ترى وفي (تعليق الارشاد) أنه قوي والقول الثالث ما اختاره في اللمعة من ثبوته بمجرد السفه وتوقف زواله على حكم الحاكم ووجهه يعرف مما مر من أن المتقضي للحجر هو السفه في الاول فيجب تحققه بحقيقته ولان زوال السفه يقتضي الاجتهاد وقيام الامارات لانه أمر خفي فينظر الحاكم في الثاني (وفيه) انا اذا قطعنا بزواله زال الحجر وقد يسر اعلام الحاكم فيلزم الضرر بالمنع من تصرفه في ماله مع عدم السفه فأمل والقول الرابع هو ما اعترف جماعة بعدم معرفة قائله وهو توقف ثبوته على حكم الحاكم وزواله بزوال السفه وقال في (جامع المقاصد) أنه يظهر من كلام الشهيد في غاية المراد ولم يكن هذا الظهور من الكتاب المذكور بمكانة منه ووجهه ان حكم الحاكم كان مشروطا بوجوده فلما عدم السفه امتنع ثبوت الحجر اذ يمنع بقاؤه من دون الشرط خصوصا على القول بأن البقاء يحتاج الى علة وان علة البقاء علة الحدوث ولعله أظهر مما في اللمعة ومنه يعرف حال ما في الارشاد كما ستسمع وجزم في التحرير بتوقفه على حكم الحاكم وتوقف في زواله وعكس في الارشاد فتوقف في ثبوته على حكم الحاكم وجزم في زواله من دونه ولم يرجح فخر الاسلام في الايضاح والشهيد في حواشيه وقد عرفت الحال فيمن يتولى ماله فيها تقدم بما لا مزيد عليه ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان اشترى بعد الحجر فهو باطل ﴾ هذا مما لا أجد فيه مخالفا وهو وان لم يصرح به في المبسوط لكنه قضية كلامه في فروع المسئلة وفي (مجمع البرهان) لاشك في بطلان البيع عالما كان أو جاهلا قال بل يمكن تحريم أصل المعاملة بمجرد ايقاع صورة البيع والشراء معه (قلت) من صحح الفصولي بالاجازة صححه باجازة الولي فالبطلان ليس على حقيقته وليس بأسوأ من بيع الغاصب فتأمل وبأنني كلام الشيخ وابن البراج حيث منعا من جواز بيع السفه باذن الولي ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويسترد البائع سلمته ان وجدها ﴾ هذا مما اتقت عليه عبارات من تعرض له ﴿ قوله ﴾ ﴿ والا فهي ضائعة ان قبضها باذنه عالما كان البائع أو جاهلا وان فك حجره ﴾ كما في المبسوط والتحرير والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك والكفاية وكذا الشرائع والارشاد لانهما لم يصرح فيهما بالجاهل لكن اطلاقهما يشمل وفي (الكفاية) أنه أشهر ووجهه أن تسليطه للغير على اتلاف ماله قبل اختيار حاله وعلمه بأن العوض المبذول منه ثابت أو لاتضيع لماله ولا فرق بين بقاء حجره وفكها لعدم اللزوم في وقت الاتلاف فلا يلزم بعد الفك قول المصنف وغيره وان فك حجره وصلى وحكى في التذكرة بعد ذلك عن بعض الشافعية انه اذا أتلفه بنفسه ضمن بعد رفع الحجر عنه وقال لا بأس به وخص في اللمعة ضياعها وعدم

وكذا لو اقترض وأتلف المال لو أذن له صح ان عين والافلغو وكذا لو باع فأجاز الولي ولو أتلف ما أودع قبل الحجر أو غصب بعده أو أتلف مال غيره مطلقا ضمن (متن)

ضمانها بالعامل العالم ونص في الروضة على انه لو كان جاهلا بحاله كان له الرجوع مطلقا لعدم تقصيره وتأمل في مجمع البرهان مع الجبل خصوصا اذا لم يكن مقصرا في التفحص ثم تأمل في صورة العلم أيضا لانه صار سفيا أيضا ثم استظهر عدم الضمان ثم قال الذي يحتاج في صدره ضمانه مع علمه أي السفية بعدم صحة هذا العقد وعدم صحة التسلط الا أن يكون المسلم اليه عالما وقبضه اياه فتأمل (قلت) هو جريد كما سئمت وقضية كلام الكتاب والشرايع انه ان كان قبضه بغير اذن المالك رجع به كما هو صريح المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك واستحسنه في الروضة لانه يلحق بغيره من التبض عدوانا وقد جعله في الروضة قولنا ثالثا مقابلا للقولين الاولين وليس كذلك بل لم يخالف فيه أحد منا ولا من العامة وفي (مجمع البرهان) ان الظاهر عدم الضمان سواء كان قبضه اياه أو قبضه بنفسه لانه بالعقد المالك والمسلط على تملكه ضيمه المالك هو نفسه (وفيه) انه لا يفرط من المالك وانما صدر منه مجرد العقد الفاسد الذي لا يترتب عليه حكم هنا والصبي والمجنون لو فعلا ذلك لزمهما الضمان فالسفيه أولى

﴿ قوله ﴾ (وكذا لو اقترض وأتلف المال) كما نص عليه في المبسوط وغيره لان الاقراض تسليط على الاتلاف وكذا كل ما يتضمن التسليط على الاتلاف وحكم الصبي والمجنون حكم السفيه في وجوب الضمان عليهما اذا أتلفا مال غيرها بغير اذنه أو غصبا فلت في أيديهما وانقضاء الضمان عنهما فيما حصل في أيديهما باختيار صاحبه كالمبيع والقرض ﴿ قوله ﴾ (لو أذن له صح ان عين والافلغو) أي اذا أذن له الولي في التصرف صح ان عين نوعا منه وقدر العوض كأن قال له بع الشيء الفلاني بكذا أو انكح فلانة بكذا أما صحة اذنه في النكاح فما لا خلاف فيها كما يظهر من نكاح التذكرة ولعله كذلك لان الشيخ والقاضي موافقان فيه وأما في البيع فهو خيرة الشرايع وحجر التذكرة وجامع المقاصد والمسالك وهو قضية كلامه في التحرير والارشاد لانه صحح فيها اجازته لما باعه وكذا مجمع البرهان والوجه في ذلك ان المانع ليس الا خوف المخذور من اتلاف المال وهو مندفع بالتعيين ومعلوم ان اعتبار اذن الولي مشروط بالمصلحة كتصرفه بل أولى والمخالف الشيخ في المبسوط والقاضي وحكما في المسالك عن جماعة ولم نجد غيرهمذين وكأنه في نكاح التذكرة مال اليه ووجهه أن البيع يختلف حكمه ساعة فساعة لان السوق قد يزيد وقد ينقص بدخول الجلب وانقطاعه فافتقر الى عقد الولي لاحتياطه في ذلك بخلاف النكاح ولا المقصود من البيع المال وهو محجور عليه وليس المقصود من النكاح المال فافتقرا وهو كما ترى وأما انه اذا أطلق كان لغوا لانه لو صح فأت القرض من الحجر عليه ﴿ قوله ﴾

﴿ وكذا لو باع فأجاز الولي ﴾ كما في الشرايع والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان لما عرفت من انه بالغ عاقل وخوف الاتلاف متف هنا كما أن محذور اختلاف السوق أيضا متف ولعله لهذا ترك التصريح بالأذن في التحرير والارشاد وصرح بالاجازة فيهما فتأمل

﴿ قوله ﴾ (ولو أتلف ما أودع قبل الحجر أو غصب بعده أو أتلف مال غيره مطلقا ضمن) مفهوم قوله قبل الحجر ان ما أودعه بعد الحجر لا يضمه بالاتلاف وهو الذي فهمه منه في المسالك فهنا حكمان (الاول) انه لو أتلف السفيه بعد الحجر ما أودعه قبل الحجر ضمن اذ لا تسليط على الاتلاف هنا من

المالك ولا تعريض للاتلاف لكونه حينئذ غير محبور عليه فيضمن لان اتلاف مال الغير سبب في الضمان وكأنه مما لا خلاف فيه كما هو قضية كلامهم فيما سنسمع (الثاني) اذا أتلف ما أودعه بعد الحجر لا يضمنه كما هو خيرة الشرائع والارشاد لان المودع فرط باعطائه وقد نهى الله سبحانه عن ذلك بقوله جل شأنه (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم) فيكون بمنزلة من أتى ماله في البحر واختير في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان انه يضمن لان المالك لم يسلطه على الاتلاف وانما أمره بالحفظ فقد حصل منه الاتلاف بغير اختيار المالك كما لو غصب والحال ان السفية بالغ عاقل والاصل عصمة مال الغير ومن الامور المستبعدة تضمينه بالغصب وعدم تضمينه بالاتلاف للوديعة مع كونه أبلغ وأخش مع ان وضع يده حال الاتلاف غصب وتسليم مالكة اياه لا يستلزم عدم الضمان لان له أهلية الحفظ والضمان لانه مكلف الا أنه تسامح في ماله وذلك غير قاذح في أهلية فلا يستلزم كون المالك هو المضيع ولهذا يجوز توكله ولم يرجح الشيخ في المبسوط والمصنف في التحرير والشيد في اللمعة (قلت) قد يستشهد للقول الاول بالحجر ومضمونه ان اسماعيل ابن مولانا الصادق عليه السلام أراد أن يستبضع رجلا فنهأه أبوه عليه السلام عن ذلك لان ذلك الرجل كان يشرب الخمر فخالف واستبعضه فاستهلك ماله فحجج أبو عبد الله عليه السلام وحجج معه ابنه اسماعيل فجعل يطوف بالبيت ويقول اللهم أجر لي واخف علي فلحقه أبو عبد الله عليه السلام فهمزه بيده من خلفه فقال له مه يا بني فلا والله مالك على الله حجة ولا لك أن يأجرك ولا يخلف عليك وقد بلغك أنه يشرب الخمر فأنتمته الى أن قال فان الله عز وجل في كتابه قال (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم) فأني سفية أسفه من شارب الخمر ان شارب الخمر لا يزوج ولا يؤتمن على أمانته فمن اتتمته على أمانته فاستهلكها لم يكن للذي اتتمته على الله عز وجل أن يؤجره فان مضمونه يعطي انه غير مستحق لشيء بالكفاية عقوبة ومواخذة له حيث خالف الله سبحانه وتعالى ولو كان المال مضمونا والحق ثابتا في ذمة السفية كسائر الحقوق والديون لم يكن للمنع من الدعاء بالأجر والخلف وجه لانه له أن يتوصل الى حقه بكل وجه من الوجوه ومنها الدعاء مع عدم الخيلة في الوصول بغيره من الامور (والحاصل) انه لو كان حقا شرعيا في ذمة من دفعه اليه لاستحق العوض من الله سبحانه او كان له ان يدعو عقلا وقللا كسائر الحقوق التي تنصت على اصحابها فتأمل (وقولكم) من الامور المستبعدة الى آخره (فيه) ان الفرق واضح لانه في الوديعة سلمه المالك وساطة عليه مع علمه بهجاءه ولا كذلك الحال في الغصب وقد صرح كثير بأن العارية كالإيداع وزيد في اللمعة الاجارة واما ضمان ما غصبه بعد الحجر فكأنه مما لا خلاف فيه ومراده بالاطلاق في قوله او أتلف مال غيره مطلقا ضمن ما كان قبل الحجر او بعده سواء جعل باختيار صاحبه في يده او بدون اختياره وهذا يقضي انه لو أتلف الوديعة بعد الحجر يضمن فيبقى المهور في قوله قبل الحجر مقصورا على ما اذا فرط في الحفظ فتكون فتوى الكتاب انه يضمن بالاتلاف لا بالتريط ولا يكاد يفرق بين الاتلاف والتريط فانه اتلاف ولا يكاد يتم للاطلاق وجه يلتزم به مع اول كلامه وينبغي الكلام في المجنون والصبي ففي (التذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك) وغيرها اتهمتا كالتفية يجب عليهما الضمان اذا أتلفا مال غيرها بغير اذنه أو غصبا فتلف في ايديهما واتفاه الضمان عنهما فيما حصل في ايديهما باختيار صاحبه كالبيع والقرض وقد نهى على ذلك في المبسوط ونهى عليه في باب البيع من نهاية الاحكام والتذكرة ايضا انه مما لا خلاف بين المسلمين حيث لم يحك فيه عن العامة خلافا وانما حكاها في ايداعها وعاريتها لكن هذا يخالف تمريرهم الحكم بأنه خطاب الله

ولو أقر بدين لم ينفذ إقراره سواء أسنده إلى ما قبل الحجر أو لا وكذا لو أقر بأتلاف مال أو بجناية توجب مالا ويصح طلاقه ولعانه وظهاره ورجعته وغلظه ولا يسلم مال الخلع إليه وإقراره بالنسب وينفق على من استلحقه من بيت المال (متن)

المتعلق بأفعال المكلفين بالاختصاص والتخيير والوضع فليتأمل وأما الوديمة والعارية إذا دفعها صاحبها إليها باختياره فلتنا يقر يطهرها أو اتلفها فالأقرب أنه لا ضمان عليها وفي (التذكرة والتحرير) إن تلتنا فلا ضمان عليها وإن اتلفها فالأقرب أنه كذلك ولم يفرق في تلفها بين التفريط وعدمه والتفريط لا يكاد يقصر عن الاتلاف وفي (جامع المقاصد) إن ضمان الصبي المميز إذا باشر الاتلاف قوي وكذا إذا فرط لأن التفريط لا يكاد يقصر عن الاتلاف أما غير المميز والمجنون فهما كسائر الحيوانات وفرق في المسالك بين التلف والاتلاف وإن الأجود الضمان في الثاني دون الأول وعلل عدم الضمان في الأول بأن الضمان باعتبار الإهمال إنما يثبت حيث يجب الحفظ والوجوب من باب خطاب الشرع المتعلق بأفعال المكلفين فلا يتعلق بالصبي والمجنون ووجوب الضمان في الثاني بأن اتلاف مال الغير مع عدم الإذن فيه سبب في الضمان والأسباب من باب خطاب الوضع لا يتوقف على التكليف (قلت) لكن لا ينافيه التعريف كما عرفت ولم تنف على دليل يدل عليه إلا قوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى تؤدي وهو خاص بالمكلف بل الاحتمال كاف وتمام الكلام في الوديمة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أقر بدين لم ينفذ إقراره سواء أسنده إلى ما قبل الحجر أو لا وكذا لو أقر بأتلاف مال أو بجناية توجب مالا ﴾ لانا لو قبلنا إقراره في ما له زال معنى الحجر لأنه يقر به فيأخذ المهر له ولأنه أقر بما هو ممنوع من التصرف فيه فلم ينفذ إقراره كإقرار الرهن في الرهن وهل يلزمه حكم إقراره بعد فك الحجر عنه الوجه لا لأن المنع من نفوذ إقراره في الحال إنما يثبت لحفظ ماله عليه ودفع الضرر عنه فلو نفذ بعد فك الحجر لم يفسد إلا تأخر الضرر عليه إلى أكمل حالته بخلاف المحجور عليه لنفسه فإن المانع تعلق حق الترماء به فيبزل المانع بزوال الحق عن ماله فيثبت مقتضى إقراره وفي مستلثنا اتفنى الحكم لا تنقاه سببه إذ لا يندفع الضرر إلا بإبطال إقراره بالكفاية وهذا حكم تكليفنا في الظاهر أما حكمه فيما بينه وبين الله عز وجل فإن علم لزوم ذلك له قبل الحجر عليه وجب عليه أدائه بعد فك الحجر عنه كما لو لم يقر به لكنه لا يجب عليه الأداء فيما أتلفه بعد الحجر بدفع صاحب المال إليه وتسليمه عليه بالبيع وشبهه ولو ادعى عليه شخص بدين لزمه قبل الحجر فأقام بينة قضى بها وإن لم يكن بينة فإن قلنا إن النكول ورد اليمين كاليمين سمعت وإن قلنا كالاتقرار لم نسمع إذ أقصاه أن يقر وإقراره غير معقول ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويصح طلاقه ولعانه وظهاره ورجعته وغلظه ولا يسلم مال الخلع إليه ﴾ أما صحة طلاقه فعليه عامة أهل العلم كما في (التذكرة) وبه قال جميع الفقهاء إلا ابن أبي ليلى لأن البضع ليس بمال ولا جار مجراه لأنه لا ينتقل إلى الورثة ولا يمنع المريض من إزالة الملك عنه ولا يطلق الولي عنه أصلا بل يطلق هو بنفسه ويصح لعانه وظهاره ويكفر بالصوم وتصح منه الرجعة لأنها ليست ابتداء نكاح بل تمسك بالعقد السابق لأن هذه لا تتعلق لها بالمال ويصح منه الخلع لأنه إذا صح منه الطلاق مجانا فبالأولى أن يصح الخلع ولا يدفع إليه مال الخلع وإن دفع إليه وأتلفه لم تهر المرأة وهو من ضمانها ولا يشترط أن يخالف على مهر المثل أو يزيد ﴿ قوله ﴾ ﴿ وإقراره بالنسب وينفق على من استلحقه من بيت المال ﴾ أي لو أقر بنسب صحيح قبيل ويثبت

وبما يوجب القصاص ولو صولح فيه على مال فالاقرب ثبوت المال ولو وكله غيره في بيع او هبة جاز لبقاء اهلية التصرف وللولي أن يشتري له جارية ينكحها مع المصلحة فان تبرم بها أبدلت وهو في العبادات كالرشيد الا انه لا يفرق الزكاة بنفسه وينتقد احرامه في الواجب مطلقا (متن)

النسب لا تنفك المانع وهو مصادقة الاقرار بالمال اذ لو وجب الاتفاق على المقر به أنفق عليه من بيت المال وفي (حواشي الشهيد) ان اقرار الزوج بالزوجة يوجب نفقتها لانها معاوضة (قلت) ظاهر التذكرة انه مما لا ريب فيه عند العامة وقال الشهيد لو قبل من ماله مطلقا كان حسنا لانه قد ثبتت نسبة شرعا ولاستلزامه الاضرار بجميع المسلمين بواسطة قول واحد (فان قلت) المنع من الاتفاق في ماله نظرا الى صيانه (قلت) صيانة مال جميع المسلمين أولى قلت قد حكى ذلك في التذكرة عن بعض العامة وأجاب في (جامع المقاصد) عن قول الشهيد بأنه أي النسب انما ثبت بالنسبة الى ما عدا المال وبيت مال المسلمين لمصالح المسلمين وهذا منهم فلا يتصور أن يقال وجوب النفقة اضرار بالمسلمين والا لتقيل في كل فرد منهم مثل هذا انتهى (قلت) قد لا يرد هذا على الشهيد لانه أراد الاضرار بمال جميع المسلمين بقول واحد كأن سرق ولده الصغير الحر وبيع فخره وأقر به وصدقه المولى فانه كان واجب النفقة على مولاه والا آن صار واجب النفقة على جميع المسلمين بقول واحد فدار الامر بين أن لا يقبل اقراره أصلا أو يقبل في النسب لافي النفقة لانها غير معلومي التلازم أو يقبل فيهما والنفقة في ماله لان ذلك حصل بالتبع لانه لما ثبت النسب جاءت أحكامه فلا يتجه حينئذ قوله فلا يتصور الى آخره فتأمل جيدا والقول بالاتفاق عليه من بيت المال للشيخ في المبسوط وواقفه المصنف في التذكرة والكتاب ومظاهر التحرير التأمل في ذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ وبما يوجب القصاص ولو صولح فيه على مال فالاقرب ثبوت المال ﴾ اذا أقر السفية بما يوجب القصاص قبل منه لانه مكلف عاقل ويحكم عليه به في الحال ولا نعلم فيه خلافا بين أهل العلم كما في التذكرة فلو عفى المقر له على مال لم يثبت عندنا لان موجب العمد القصاص فاذا صولح على مال كان له خلاص نفسه بالمال لان حفظ النفس أولى لجاز له الصلح ويحتمل العدم لانه يرجع على الاصل بالابطال لان أصل الحجر على السفية لحفظ ماله ويمكن أن يتواطأ مع المقر له على الاقرار ثم الصلح توصلا الى الغرض الفاسد وجوابه كما في جامع المقاصد اندفاع ذلك بقرائن الاحوال فان المتقدم على الاستيفاء لا يكاد يخفى ولا يلتبس بمن يحاول المال فيصح الصلح (قلت) اذا كان علما بالحكم يمكن أن يخفى الحال فيه قال الشهيد ولك أن تمنع أصل صحة هذا الاقرار لان فتح هذا الباب ينافي الحجر ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو وكله غيره في بيع او هبة جاز لبقاء اهلية التصرف ﴾ عندنا لان عبارته معتبرة لم يسلب الشارع حكمها عنه فيصح عقده كما في التذكرة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وللولي أن يشتري له جارية ينكحها مع المصلحة فان تبرم بها أبدلت ﴾ الوجه في ذلك واضح بل قد يجب عليه ذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ وهو في العبادات كالرشيد ﴾ كأنه مما لا خلاف فيه بين المسلمين حيث لم ينقل فيه خلاف في المبسوط والتذكرة ولا فرق بين البدنية والمسالية ﴿ قوله ﴾ ﴿ الا أنه لا يفرق الزكاة بنفسه وينتقد احرامه في الواجب مطلقا ﴾ اما الاول فلانه تصرف مالي ممنوع منه على الاستقلال وأما الثاني فلو أحرم بحجة الاسلام أو عمرته فانه انما يؤدي واجبا يجب المبادرة اليه فيصح احرامه

وفي التطوع ان استوت نفقته سفرا وحضرا أو امكنه تكسب الزائد والا حله الولي
بالصوم دون الهدي (متن)

بغير اذن الولي وليس له الاعتراض عليه سواء زادت نفقة السفر أولا وهذا المراد بالاطلاق وينفق
عليه الولي أو يبعث معه حافظا يحفظ ماله وينفق عليه ولو بأجرة وكذا لو أحرم بحج أو عمرة واجبتين
بنذر أو شبهه كان قد أوجب ذلك قبل الحجر عليه ولو نذر الحج بعد الحجر عليه فالاقوى انعقاده لكن
لا يمكن منه ان زادت نفقته في السفر ولم يكن كسب في بها بل اذا رفع الحجر عنه حج ولو نذرا تصدق
بعين ماله لم يتعد ولو نذر في الذمة انعقد ولو نذر عبادة بدنية لزمته كما في التحرير ويأتي تمام الكلام
في المقام ﴿ قوله ﴾ ﴿ وفي التطوع ان استوت نفقته سفرا وحضرا أو امكنه تكسب الزائد ﴾
هذا مما لا أجد فيه مخالفا ولا مستشكلا قبل المقدس الاردبيلي وقد صرح به في المبسوط والشرائع
والتحرير والتذكرة والارشاد والملمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية والمفاتيح بل قد يظهر
من المبسوط والتذكرة أن لا خلاف فيه بين المسلمين حيث لم ينقل فيها خلافا عن أحد من الخاصة
والعامّة لا تنفاه الضرر مع تساوي السفر والحضر في النفقة والتفاوت مع الاكتساب واستظهار المقدس
الاردبيلي عدم منعه من المندوب وان استلزم صرف المال زائدا على الحضر (قلت) لو لم يمنع من
الصدقات والتدوير (والنفقة خ ل) المتعلقة بالاموال وفعل كبناء المساجد والقناطر لا يمكن أن يحصل
ذلك وسيلة الى ذهاب المال فيعود على الحكم بالابطال وقد تكلم بعض الناس في المقام بكلام هو
أهون من أن نرده وأورد في (جامع المقاصد) بأن ما يكتسبه مال فيتعلق الحجر به (وأجاب) بأنه قبل
الاكتساب لم يكن مالا وبعده صار محتاجا الى زيادة النفقة وأيضا فان الاكتساب غير واجب على
السفيه وليس للولي قهره عليه فلا يلزم من صرف ما يحصل به اتلاف لشيء من المال الذي تعلق الحجر
به (وقد يقال) على الجواب الاول انه انما يتم لو لم يمكنه العود أو امكنه بنفقة مساوية لنفقة الاكسال والا
لم ينفعه احتياجه الى النفقة وعلى الثاني انه وان لم يجب على الاكتساب الا انه اذا اكتسب باختياره
تحقق المال ولزم الحجر فيه فداد المحذور نعم لو كان ذلك الكسب الواقع في السفر لا يحصل في الحضر
وكان بعد التلبس بالحج أو قبله ولم يمكن العود الا بصرفه زال الاشكال ﴿ قوله ﴾ ﴿ والا حله
الولي بالصوم دون الهدي ﴾ كما في المبسوط والتحرير وفي (الشرائع والارشاد) وغيرها حله الولي وقضية
كلامهم ان احرامه ينعقد (وقد يقال) انه كيف ينعقد مع الاخلال بالشرايط للنهي عنه حينئذ يقتضي
للفساد في العبادة الا أن قول النبي هنا عن أمر خارج وهو اتلاف المال الزائد فليس هناك نهي عن
ذات العبادة ولا عن شرطها لان المندوب لا يشترط فيه المال فينعقد فطريق استدراكه أي الزائد
تحليل الولي له بالصوم لانه حينئذ كالمحضور حيث يحرم عليه الذهاب للاكسال هذا ان جعلنا عدم الاحصار
بدلا والابقي على احرامه الى زمان الفلك وظاهر المبسوط والكتاب تعيين التحليل بالصوم وهو الذي
يقتضيه الحجر لحفظ المال وظاهر التحرير والتذكرة وكذا الشرائع والارشاد أن له كلاما من الامرين
هذا والصوم الذي يحله الولي به على القول بالبدل عشرة أيام من دون اعتبار التوالي والزمان وكونه في
الحج وروى الشهيد ثمانية عشر يوما قال لم أقف على كون التحليل بالصوم الامن طرق العامة نعم روى
معاوية ابن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام في المحصر ان لم يجد هديا قال يصوم وفي كتاب المشيخة

وينعقد يمينه فإن حنث كفر بالصوم وله أن يمفو عن القصاص لا الدية والارث والولاية في ماله للحاكم خاصة ولو فك حجره ثم عاد التبذير أعيد الحجر وهكذا ﴿ الفصل الثالث في المملوك ﴾ المملوك ممنوع من التصرف في نفسه وما في يده ببيع واجارة واستدانة وغير ذلك من جميع العقود الا بأذن مولاه عدى الطلاق فإن له ايقاعه وان كره المولى (متن)

لابن محبوب روى صالح ابن عامر ابن عبد الله ابن خزاعة عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل خرج معتترا واعتل في بعض الطريق وهو محرم قال ينحر بدنة ويحلق رأسه ويرجع الى رحله فلا يقرب النساء فإن لم يقدر صام ثمانية عشر يوما وقد استقرّب بعضهم في باب الحج أن ليس لدم الاحصار بدل (١) والمصنف في الكتاب استشكل ﴿ قوله ﴾ ﴿ وينعقد يمينه فإن حنث كفر بالصوم ﴾ كما في المبسوط والتذكرة والتحرير والارشاد والمسالك وجمع البرهان وكذا الشرائع على تردد له فيه من أنه ممنوع من التصرف المالى فيكفر بالصوم كالعبد والفقير ومن أن الكفارة تصير حينئذ واجبة عليه وهو مالك للمال فيخرج من المال كما تخرج الواجبات من الزكوة والخمس ومونة الحج الواجب والكفارة التي سبق وجوبها الحجر (وفيه) ان هذه ثبتت عليه بغير اختياره فلا تصرف له في المال وانما هو حكم الله عز وجل وما نحن فيه سببه مستند الى اختياره في مخالفة مقتضى اليقين فلو أخرجنا من المال أمكن جعل ذلك وسيلة له الى اذها به وقد ذكر الحكم في المبسوط والتذكرة من دون نقل تردد ولا خلاف وكيف كان فوجوب الكفارة مما لا خلاف فيه وفي (المسالك) انه قطعي وانما التأمل في أنه يكفر بالصوم أو المال هذا ويحتمل مع اذن الولي في اليقين مع المصلحة صرف المال فيها ومثل التمين والنذر والعهد ويكفر بالصوم لو عاد في ظهاره أو زنته كفارة قتل الخطأ أو الافطار في شهر رمضان وشبهه ﴿ قوله ﴾ ﴿ وله أن يمفو عن القصاص لا الدية والارث ﴾ صرح في المبسوط وغيره أن له العفو على مال لانه تحصيل للمال وليس تضييعا له لكنه لا يسلم اليه المال وفي (التذكرة والمسالك) ان عفى على غيره مال صح عندنا لان الواجب في العمد القصاص ومن قال الواجب أحد الامرين لم يصح عفو عنده على المال وانما انه ليس له العفو عن الدية والارث فواضح ونظام الكلام في باب القصاص ﴿ قوله ﴾ ﴿ والولاية في ماله للحاكم خاصة ﴾ قد تقدم الكلام بما لا مزيد عليه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو فك حجره ثم عاد التبذير أعيد الحجر وهكذا ﴾ لان الحجر كان لعله فاذا عادت عاد الحكم واذا زالت زال قضاء لعله وبذلك صرح في المبسوط وغيره ﴿ الفصل الثالث في المملوك ﴾ ﴿ قوله ﴾ ﴿ المملوك ممنوع من التصرف في نفسه وما في يده ببيع واجارة واستدانة وغير ذلك من جميع العقود الا بأذن مولاه ﴾ قد تقدم الكلام في ذلك في المطلب الثاني من مطلبي الفصل الاول في الحيوان ولا فرق في المنع من تصرفه بدون اذنه بين أن تقول يملكه وعدمه لانه على ذلك التقدير محجور عليه والمراد بالمملوك ما يشمل المملوكة لعموم الادلّة وجعله اجارة نفسه تصرفا فيها واضح وأما الاستدانة ونحوها من العقود الموجبة لجعل الشيء في ذمته فوجه الحاقه بالتصرف في نفسه أنه يجعل نفسه مديونا فيه مناسبة للتصرف فيها بوجه ﴿ قوله ﴾ ﴿ عدى الطلاق فإن له ايقاعه وان كره المولى ﴾ هذا هو الاشهر اذا كانت

والاقرب أنه لا يملك شيئاً سواه كان فاضل الضريبة أو ارش الجناية على الاقوى وسواه ملكه مولاه على رأي ام لا ولا تصح له الاستدانة فان استدان بدون اذن مولاه استعبد فان تلف فهو في ذمته ان اعتق اداءه والا ضاع سواه كان المدين جاهلاً بعبوديته أم لا (من)

الزوجة غير امة المولى وقد خالف جماعة فنقوا خياره فيه أيضاً لم تكن صحاح كثيرة وأستثنى في التذكرة أيضاً الضمان لانه تصرف في الذمة لا بالعين ورد بعموم الآية مع عدم وضوح شاهد على التخصيص ﴿ قوله ﴾ ﴿ والاقرب أنه لا يملك شيئاً سواه كان فاضل الضريبة أو ارش الجناية على الاقوى وسواه ملكه مولاه على رأي ام لا ﴾ قد تقدم منافي المطلب المشار اليه آنفاً نقل الشرائع والاجامات والفتاوى على انه لا يملك مطلقاً واستدلنا عليه بعد ذلك بالاصل والآيات الكريمة والسنة وبيننا الحال في المواضع التي يظهر منهم انه يملك وأسبغنا الكلام في ذلك كله ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا تصح له الاستدانة فان استدان بدون اذن مولاه استعبد ﴾ اذا اقترض العبد أو اشترى في ذمته بغير اذن سيده لا يصح قرضه ولا شراؤه لاستحاله ان يثبت الملك له فانه ليس أهلاً للملك ولا يثبت للمولى لانه أن ملك بغير عوض فهو تجارة عن غير تراضي اذا المالك إنما دفع العين ليسلم اليه العوض فاذا لم يكن هناك عوض يكون تسلطاً على ملك الغير بغير اذنه وأن ملك السيد بعوض قاما في ذمته فهو باطل لان السيد ما رضي به أو في ذمة العبد فهو باطل لا متناع حصول الشيء لمن ليس عليه عوض بل على غيره فالبايع والمقرض يرجعان بالعين أن كانت موجودة سواه كانت في يد العبد أو يد السيد لبقاء ملك البايع والمقرض فيهما ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان تلف فهو في ذمته ان اعتق اداءه والا ضاع سواه كان المدين جاهلاً بعبوديته أم لا ﴾ قال الشيخ في النهاية اذا لم يكن مأذوناً في التجارة فكل ما يقع عليه من الدين لم يلزم مولاه من ذلك شيء ولا يستسمى أيضاً فيه بل كان ضامياً وقد حكى هذه العبارة في السرائر ما عدا قوله بل كان ضامياً ونفى عنها الخلاف وقال بل يتبع به بعد العتق (ثم قال) وقال شيخنا في نهايته بل كان ضامياً يريد به ما دام مملوكاً ونحو ما في السرائر ما في الغنية والكافي وقال في (التذكرة) اذا استدان شيئاً لم يلزم مولاه منه شيء بل يتبعه المدين بعد العتق فاذا اعتق رجع عليه بما له عليه ان كان ذا مال وان مات عبداً سقط الدين بلا خلاف ولا فرق بين أن يكون صاحب المال عالماً بعبوديته أو جاهلاً وقد طفت عباراتهم كعبارة الشرائع والنافع وغيرها بانه اذا استدان من دون اذن مولاه فتلف كان لازماً لذمته يتبع به دون المولى ومرادهم انه يتبع به اذا اعتق كما صرح به في النافع وغيره نعم قال ابن حمزة يكون ضامياً الا اذا ابقى المال في يده أو كان قد دفعه الى سيده (وحججهم) على ذلك بعد الاجماع اصالة البراءة وانه فعل غير مأذون فيه واما صحيح ابي بصير عن ابي جعفر عليه السلام قال قلت له رجل يأذن لمملوكه في التجارة فيصير عليه دين قال ان كان اذن له السيدان يستدين قالدین علی مولاه وأن لم يكن اذن له ان يستدين فلا شيء على المولى ويستسمى العبد في الدين وموثقة وهب ابن حفص سئل ابا جعفر عليه السلام عن مملوك يشترى ويبيع قد علم بذلك مولاه حتى صار عليه مثل ثمنه قال يستسمى فيما عليه فقد استدلت بهما في الرياض على ما نحن فيه وليس مما نحن فيه وإنما محلها كما فهم منها الاصحاب فيما اذن له في التجارة دون الاستدانة وحصل عليه دون وجعلوا هذه مسألة اخرى كما استسمع انشاء الله تعالى على أنهم في هذه ايضا لم يعولوا عليها أي الخبرين اذ ظاهرها انه

ولو اذن له مولاه في الاستدانة لزم المولى ان استبقاه او باعه ولو اعنته فلا قوى الزام المولى (متن)

يسمى في حال الرق فيرجع الى ضمان المولى وجعل بعضهم كالمصنف في المختلف الوجه في ذلك ان المولى غار بالاذن في التجارة فوجب عليه التمكين من السمي وقال بعضهم ان علم المولى باستدائته مع عدم منعه يرجع الى الاذن بالفحوى كما هو ظاهر الموثقة واما الصحيحة فتفيد بذلك جمعا بين الادلة ويفرق حينئذ بين الاذن الصريح والاذن بالفحوى بان الاول يقضي بالضمان على السيد مطلقا حتى مع عجز المملوك عن السمي والثاني يقضي باختصاص الضمان عليه في صورة قدرة العبد على السمي واما مع العجز فلا ضمان عليه لقوله عليه السلام في صحيحة ابي بصير الاخرى ليس على مولاه شي وليس لم ان يبيعه ولكن يسمى وأن عجز عنه فليس على مولاه شي ولا على العبد شي وبعضهم حملها على ما اذا رضي السيد والا فيتبع به بعد العتق لقول الصادق عليه السلام في خبر روح ابن عبد الرحيم في رجل مملوك اتجره مولاه فاستهلك ما لا كثيرا قال ليس على مولاه شي ولكنه على العبد وليس لم ان يبيعه ولكن يسمى وأن حجر عليه مولاه فليس على مولاه شي ولا على العبد وهي كصحيحة ابي بصير الثانية لكن في هذه حجر عليه وفي تلك عجز عنه لكن هذه الرواية قاصرة مصحفة المتن وبعضهم حمل الاستسعاء على ما بعد العتق ولكنه يلزم منه استسعاء الحر فيها عليه ولا يقولون به الا ان يقال أن ذلك اذا كان الدين حال الحرية لكن ذلك فرع ظهور كون الاستسعاء بعد العتق من الاخبار (وكيف كان) فهذه الاخبار قد أعرض عنها الاصحاب في خصوص الاستسعاء الا الشيخ في النهاية وابن حمزة على تفصيل له عليل سنسعه انشاء الله تعالى وهذه التأويلات كما قد عرفت حالها لا يعول عليها في اثبات الاحكام الشرعية ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو اذن له مولاه في الاستدانة لزم المولى أن استبقاه أو باعه ولو اعنته فلا قوى الزام المولى ﴾ اذا اذن المولى لعبد في الاستدانة فاستدان لسيد فالدائن يلزم سيده قطعا كما في المختلف والمقتصر وقولا واحدا كما في ايضاح النافع والمسالك والروضة وبلا خلاف كما في غاية المراد وجمع البرهان وبلا شك كما في المذهب البارع واما اذا استدان حينئذ لعتقه الواجبة على السيد فكذلك أي يلزم سيده اجماعا كما في ايضاح النافع وبلا خلاف كما في غاية المراد وقطعا كما في المقتصر وبلا شك كما في المذهب البارع واذا استدان لما سوى هذين من مصالح العبد فان استدان لذلك واستبقاه سيده أو باعه فالدين لازم للمولى بلا خلاف كما في ايضاح النافع وقولا واحدا كما في المذهب البارع وبالحكم المذكور نطقت كلماتهم وطفحت به عباراتهم وأما لو اعنته وهو محل النزاع فالمشهور كما في التذكرة الزام المولى ايضا والاشهر قوى كما في ايضاح النافع والاشهر رواية كما في الشرائع والنافع وهو المنقول كما في حواشي الشهيد وهو خيرة الشيخ في الاستبصار وابن حمزة وابن ادريس والمصنف في الارشاد وولده والشهيد في المعين والمسالك وابي العباس في المقتصر والمحقق الثاني والمقدس الارديلي والمحدث الخراساني وقد سمعت ما في الشرائع والنافع من انه أشهر الروايتين وتروى في التحرر واستشكل في التقيح ولم يرجح في غاية المراد والمخالف الشيخ في النهاية والتميمي والقاضي على ما حكى عنهما وابن زهرة في الغنية والمصنف في التذكرة فقالوا يشيع به العبد وقد نفي عنه البعد في المختلف (حجة المشهور) الاصل بمعنى الاستصحاب أعني استصحاب الحكم بالضمان على المولى الثابت في حال عدم العتق وصحيحة ابي بصير عن ابي جعفر عليه السلام قال قلت له الرجل يأذن

لملوكه في التجارة فيصير عليه دين قال اذا كان اذن له ان يستدين فالدين على مولاه وأن لم يكن اذن له أن يستدين فلا شيء على المولى ويستسمى العبد في الدين (وجه الدلالة) ان ترك الاستئصال يشمل صورة العتق والبيع والاستبقا وقد اعتضد هذا الخبر مع صحة بالاصل والشهرة في العمل في خصوص المسئلة والشهرة في الرواية لان كان قد رواه الشيخان في السكفي والتهديب ولا حاجة الى حمله على صورتي البيع والاستبقا جمعا بينه وبين الاخبار الأخر لانها مع مخالفتها للقواعد وامكان حملها على صورة عدم الاذن في الاستدانة لا تكلفوه بحسب السند والاعتضاد (فمنها) خبر ظريف (١) ابن ناصح الاكفاني قال كان اذن للامام له في الشراء والبيع والقس ولزمه دين فاخذ بذلك الدين الذي عليه وليس يساوي ثمنه فقال ان بنته لزمك الدين وان اعتقته لم يلزمك الدين فعتقه ولم يلزمه شيء وقد روى مثله الشيخ بسند آخر عن ظريف بأدنى تفاوت وهما وان اختصا بصورة البيع الا أن ثبوت الحكم فيها يستلزم ثبوته بصورة الاستبقا بالاولوية فتأمل وأنت خير بانتهما بحملان عند المشهور على ما اذا كانت الاستدانة بغير اذن المولى فان الاذن في التجارة فيهما أي الخبرين لا يستلزم الاذن في الاستدانة ثم ان ما تضمنناه من لزوم الدين على العبد مع الاذن مخالف للقواعد الشرعية فان العبد المأذون وكيل أو بمنزلة الوكيل على اختلاف الرأيين وافاقه على نفسه وتجارته باذن المولى اتفاق لمسالم المولى كما لو لم يعتق (فان قلت) أن قضية ما ذكرت من حمل الخبرين على عدم الاذن ان لا يلزم الدين المولى فيما اذا باع (قلت) لعل الوجه في تضمين المولى للدين في صورة البيع هو حيلولة بين أصحاب الدين وبين العبد بالبيع لا من حيث أن المال لازم من جهة الاذن في التجارة وان كان لم يأذن في الاستدانة ثم انه في السرائر قال ان ظريفا الاكفاني مجهول خامل الذكر وعندنا انه ظريف ابن ناصح الثقة بنص (جس وصه) وأما قول أمير المؤمنين عليه السلام في خبر شريح في عديع وعليه دين قال دينة على من اذن له في التجارة وأكل ثمنه فإنه قابل للحمل على صورة الاذن في التجارة والاستدانة ولانما فاقه على صورة عدم الاذن في الاستدانة واما موثقة وهب ابن حفص وخبر روح ابن عبدالمعظم الدالان على عدم ثبوت الدين على المولى معمولان ايضا على الاستدانة بغير اذن المولى وبما ذكر يعرف الحال فيما استدلل به لشيخ في النهاية ومن واقعه وهو الخبر الذي رواه في التهديب في باب العتق بطريق فيه ضعف وجهالة (قال) حدثني عجلان عن أبي عبد الله عليه السلام عن رجل أعتق عبدا له وعليه دين قال دينة عليه لم يزد في العتق الا خيرا فإنه يحمل على ضعفه على ما اذا لم يقع الدين باذن المولى على أن صحيح النظر يقضي بأن الضمير المجرور يعلى راجع الى المولى بقرينة قوله عليه السلام لم يزد في العتق الا خيرا اذ معناه على الظاهر أن العتق لا يقضي بأن الدين على العبد والا لم يكن زاده خيرا (وعساك تقول) ان خبر أبي بصير الذي جعله أصلا في المقام ونزلت عليه أخبار الباب قد اشتمل عجزه على ما لا تقولون به (قلت) اشتاله على ذلك لا يخرج عن الحجية والا لوجب العمل بجميع روايات الراوي الواحد كما قرر في محله ونحن انما عملنا به في موضع لم يعرض الاصحاب عنه على أنك قد سمعت آتفا ما ذكرناه في تأويله على انه مؤيد بموثقة زرارة وستسمعها فقد انضج الحال في المسئلة وأخبار الباب ولم يبق في هذه أشكال ولا في تلك في خصوص المسئلة اضطراب ولا تصنع الى ما في المختلف وغيره وعند الى عبارة الكتاب فإنه قد قال المحقق الثاني ان نظما

(١) الموجود في نسخة ظريف بالفاء المهمة هنا وفي جميع ما يأتي (محسن)

ويتشارك غرماؤه وغمراء المولى في التركة القاصرة على النسبة ولو أذن له في التجارة لم يميز له التعدي فيما حده. وينصرف الاذن في الابتياح الى النقد (متن)

غير حسن لان ظاهر اشتراط استبقائه أو بيعه في لزوم الدين المولى يقتضي النفي عما عداها مع أن مختاره مع العتق اللزوم فلو قال وكذا لو أعتقه على الاقوى لكان أحسن ﴿ قوله ﴾ (ويتشارك غرماؤه وغمراء المولى في التركة القاصرة على النسبة) يريد أنه لو استدان بأذن المولى ثم مات المولى وعليه دين فمست تركته على دين المولى ودين العبد على النسبة لانهما مما مستحقان في ذمة المولى ولا يقدم أحدهم على الآخر كما صرح بذلك في النهاية والسرائر وغيرها على أني لم أجد فيه خلافا وفي (مجمع البرهان) أنه ظاهر (قلت) وبه صرح الشيخ في النهاية ومن تأخر عنه ممن تعرض له وقد استدل عليه في التذكرة وغيرها بموثقة زراره قال سئلت أبا جعفر عليه السلام عن رجل مات وترك عليه ديناً وترك عبداً له مال في التجارة وولداً وفي يد العبد مال ومتاع وعليه دين استدانه العبد في حيوة سيده وفي تجارته وان الورثة وغمراء الميت اختصموا في ما في يد العبد من المال والمتاع ورقبة العبد فقال أرى أن ليس للورثة سبيل على رقبة العبد ولا على ما في يده من المال والمتاع الا أن يضموا دين الغرماء جميعاً فيكون العبد وما في يديه للورثة فان أبوا كان العبد وما في يديه للغرماء يقوم العبد وما في يديه من المال ثم يقسم ذلك بينهم بالحصص فان عجز قيمة العبد وما في يديه من أموال الغرماء رجعوا على الورثة فيما بقي ان كان الميت ترك شيئاً وان فضل من قيمة العبد وما كان في يديه عن دين الغرماء رد على الورثة وأما ما رواه الشيخ في باب العتق عن ابن محبوب عن علي بن محمد بن يحيى عن الحسن بن علي بن أبي اسحق عن فيض عن اشعث عن الحسن عليه السلام في بعض التسخ وعن أبي الحسن عليه السلام في بعض آخر في الرجل يموت وعليه دين وقد اذن لعبد في التجارة وعلى العبد دين قال يبدأ بدين السيد فهو قاصر السند بالضعف وكثرة المجاهيل ويمكن تأويله بالبعد بأن يراد بدين السيد ما يعم دين العبد والتقديم اضافي بالنسبة الى الارث والوصايا او يحمل على ما اذا اذن له في التجارة دون الاستدانة ويخص دين السيد بدين نفسه دون دين العبد ويجعل الامر بأداء دين العبد المفهوم من الامر بالابتداء بدين السيد للاستحباب فلا منافاة كما اشار الى ذلك الشيخ في الاستبصار وكان الاستحباب غير متجه لانه مبني على رضی الورثة ووفاء التركة ﴿ قوله ﴾ (ولو أذن له في التجارة لم يميز له التعدي فيما حده) كما في الشرائع وغيرها ولا فرق في عدم جواز التعدي بين أن يكون في جنس ما يشتره وبيعه أو في القدر أو في السفر الى موضع وان عم له جاز ولا يختص الاذن بشي* دون شي* ويستفيد المأذون له في التجارة بالاذن كل ما يسدرج تحت اسم التجارة أو كان من لوازمها وتوابعها حتى الرد بالعب والخاصة ﴿ قوله ﴾ (وينصرف الاذن في الابتياح الى النقد) كما في الشرائع والتحرير والارشاد وغيرها وقد أطلقها الاصحاب وغيرهم في الباب وباب القراض وباب الوكالة والظاهر الاجماع على ذلك ولولا ذلك لكان جعل جواز التسيئة وجهاً وأما اختصاص بالنقد للقرائن الخارجية وهي الاضرار بالمولى في التسيئة ببيوت شي* في ذمته بخلاف النقد لجواز أن لا يقدر المولى على غير ما دفعه الى العبد من المال او لاغرض له وهي التي عينته من بين افراد الكلي وهذا هو حاصل ما أجاب به المصنف قدس سره لما اعترض عليه العلامة المحقق قطب الدين الرازي حين قرأ عليه هذه المسئلة بأن

وله النسبته ان اذن فيها ويثبت الثمن في ذمة المولى ولو تلف الثمن قبل التسليم فعلى المولى
عوضه وليس له الاستدانة الا مع ضرورة التجارة المأذون فيها له فيلزم المولى وغيره يتبع
به بعد العتق والاضاع ولا يستسمى على رأي (متن)

البيع امر كلي والتسبب جزئي فلم لاندخل (فأجاب) أولا بان البيع أعم فلا يدل على التسبب باحدى
الدلالات (فأورد) عليه القطب انه لا يلزم من نفي الدلالة نفي الاستلزام لجواز كون اللزوم غير بين ثم
عارضه بالتقدم فمدل الفاضل الى الجواب المذكور من أن في التسبب اضرار بالمولى بثبوت شيء في ذمته
بخلاف التقدم وكأنه في جامع المقاصد فهم من الاتباع البيع لانه استدلل على انصرافه الى التقدم بأنه
العالم وبأن التسبب غير مرغوبة غالبا وبأنها معرضة للتلف والضياع ﴿ قوله ﴾ ﴿ وله النسبته ان
اذن فيها ويثبت الثمن في ذمة المولى ﴾ من المعلوم انه اذا اذن له في التسبب كان الثمن في ذمة المولى
و به صرح في الشرائع والتحرير والارشاد وغيرها ولو لم يكن السيد اذن في التسبب واشترى كان
فضوليا يتوقف على اجازة المولى ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو تلف الثمن قبل التسليم فعلى المولى عوضه ﴾ كما
في الشرائع والتحرير وجامع المقاصد والمسالك لان تلفه بيد العبد كتلفه بيد السيد وليس المراد به
الثمن المعين لان تلفه يبطل البيع فلا يلزم المولى عوضه على ما هو الظاهر منهم في باب البيع
﴿ قوله ﴾ ﴿ وليس له الاستدانة الا مع ضرورة التجارة المأذون فيها له فيلزم المولى ﴾ لان الاذن
في التجارة يستلزم الاذن في جميع ضرورياتها لانه في معنى الاذن فحوى كما لو ماتت الدابة الحاملة
للمتاع ولم يمكن غيرها الا بالاستدانة وكأجرة الحافظ ونحوها ﴿ قوله ﴾ ﴿ وغيره يتبع به بعد العتق ﴾
أى غير المستدان لضروريات التجارة يتبع به بعد العتق ان عتق ويندرج فيه امران ما استدانه لا
لضرورة التجارة المأذون فيها وما استدانه لغبر المأذون فيها مطلقا والظاهر الاجماع على انه لا يلزم ذمة
المولى ﴿ قوله ﴾ ﴿ والاضاع ﴾ هذا معطوف على محذوف يدل عليه قوله بعد العتق أي ان
أعتق وان لم يعتق ضاع ذلك في الدنيا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يستسمى على رأي ﴾ موافق للبسوط
والخلاف والكافي فيما حكى والسرائر والشرائع والنافع والتحرير والتذكرة والايضاح والحواشي
واللمعة وشرح الارشاد للفخر وظاهر الارشاد وغيره وحكي عن الخلاف الاجماع عليه وهو الموافق
للاصل وبجواب عن الصحيحة بالوجه الثالثة المذكورة فياسلف وهي حملها على ما اذا علم المولى باستدانه
فيجري عليه مجرى الاذن فحوى أو على ان الاستسما برضى المولى أو على انه بعد العتق (وقال الشيخ)
في النهاية يستسمى فيه ولا يلزم مولاه شيء للصحيحة المذكورة ونفى في المختلف عنه البعد لان المولى
غار بالأذن للعبد في التجارة فوجب عليه التمسك من السعي وقال أيضا في (المختلف) ان المعتد انه
ان استدان لمصلحة التجارة لزم المولى أداؤه كلاجبي وان لم يكن لمصلحتها لم يلزم مولاه شيء وتبعه
بعد العتق عملا باصالة برائة ذمة المولى وتبعه على ذلك صاحب المقتصر (وأورد) عليه ان الاذن في
التجارة ان استلزم الاذن في الاستدانة لضرورياتها فهو خلاف الفرض لان المفروض انه غير مأذون
في الاستدانة وان لم يستلزم فلا نسلم انه يلزم المولى حينئذ لانه نفس المتنازع (وأجاب في التقيح) بأن
محل النزاع هو عدم حصول الاذن صريحا لعدم حصوله مطلقا قال وبينهما فرق (قلت) الموجود في
الرواية التي هي الاصل في النزاع وان لم يكن اذن له أن يستدين فلا شيء على المولى ويستسمى العبد

ولا يتعدى الاذن الى مملوك المأذون ولو أخذ المولى ما استدانه وتلفت في يده تخير المقرض بين اتباع العبد بعد العتق والزام المولى معجلا ويستعيد المقرض والبائع العين لو لم يأذن المولى فيهما فان تلفت طولب بعد العتق ولو اذن له في الشراء لنفسه ففي تملكه اشكال (متن)

في الدين فالاذن نكرة في سياق النفي وهو يفيد العموم القوي الا ان تقول ان النفي متوجه الى ما يريد من الاذن في الاثبات وهي الصريحة والفحوى المقطوع بها دون المظنونة وكلام المختلف ناظر الى المظنونة على الظاهر ثم ان هذا التحرير في محل النزاع لم نجد له غيره وقد سمعت ما ذكرناه في تفسير قول المصنف وغيره من الوجيبين وفصل ابن حمزة بأنه ان علم المدين عدم الاذن تبع به بعد العتق والا استسعى وقد واقفه على ذلك صاحب ايضاح النافع قال لان السيد غير الناس بالاذن في التجارة والصحيحة منبهة على العلة وقال انه اقوى الاقوال وفي (جامع المقاصد) انه ضعيف وفصل في المسالك والروضة فقال الاقوى ان استدانته لضرورة التجارة انما تلزم بما في يده فان قصر استسعى في الباقي ولا يلزم المولى من غير ما في يده وعليه تحمل الرواية وهو كما ترى ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يتعدى الاذن الى مملوك المأذون ﴾ كما في الشرائع. والتذكرة وغيرهما ويمكن أن يراد بمملوك المأذون معناه المجازي لان الاضافة تصدق بادنى ملازمة فيزداد به من هو في خدمته من ممالك المولى حال تجارته بحيث يدخل تحت أمره ويمكن أن يراد الحقيقة تفرعا على القول بأنه يملك وعلى التقديرين لا يتناول الاذن له مملوكه لان المولى اعتمد على نظره فلم يكن له أن يجاوزه بالاستنابة كالتوكيل وكذا ليس لهذا العبد المأذون أن يوكل غيره لما ذكر وقد وافق على ذلك الشافعي وخالف أبو حنيفة فذهب الى ان له أن يأذن لمملوكه في التجارة مع أنه لا يقول بان العبد يملك ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أخذ المولى ما استدانه وتلف في يده تخير المقرض بين اتباع العبد بعد العتق والزام المولى معجلا ﴾ كما في الشرائع والتذكرة والارشاد والتحرير واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ووجه التخيير ان كلا منهما قد أثبت يده على ماله فيرجع على من شاء لان كان القرض فاسدا لانه بغير اذنه صريحا أو فحوى كما هو المفروض فان رجع على المولى قبل أن يعتق العبد لم يرجع المولى على العبد وان أعتق بعد ذلك لاستقرار التلف في يده وان كان الرجوع على المولى بعد عتق العبد فان كان عند أخذه للمال عالما بأنه قرض فلا رجوع له على العبد أيضا وان كان قد غره العبد بان المسال له أو من كسبه أتجه رجوعه عليه لمكان الغرور ولو رجع المقرض على العبد بعد عتقه ويساره فله الرجوع على المولى لاستقرار التلف في يده الا أن يكون قد غر المولى فلا رجوع له عليه ومثله لو أخذه المولى ثم رده على العبد خلف في يده وقد سهى قلم مولانا المقدس الاردبيلي في المقام ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويستعيد المقرض والبائع العين لو لم يأذن المولى فيهما فان تلفت طولب بعد العتق ﴾ اما أن البائع والمقرض يستعيدان العين ان كانت موجودة فما لا ريب فيه بقاء ملك البائع والمقرض وأما مع التلف فيتبع العبد بمثلهما أو قيمتهما بعد عتقه ويساره كما هو واضح والضمير المثني في فيهما يعود الى البيع والقرض لدلالة البائع والمشتري عليهما ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو اذن له في الشراء لنفسه ففي تملكه اشكال ﴾ الضمير في تملكه يعود الى المولى لان العبد لا يملك عند المصنف قال في (التذكرة) لو أذن المولى لعبد في الشراء للعبد صح والا قرب انه لا يملكه فحينئذ يملكه المولى لاستحالة ملك لامالك له وهو خيرة الشهيد في

وهل تستبيح العبد البضع الاقرب ذلك لا من حيث الملك بل لاستزامه الاذن (متن)

نكاح غاية المراد وفي (جامع المقاصد) الاصح انه لا يشر ملكا للمولى وهو خيرة نكاح المسالك والمصنف هنا استشكل ووجه الشهيد بأنه لم يقع للسيد فلا يملكه ولا للعبد لانه لا يملك (قلت) قضية ذلك أن يكون باطلا والاصل في ذلك أي الاشكال ان بطلان المركب لا يستلزم بطلان جزئه المعين وبعبارة أخرى بطلان الخاص لا يستلزم بطلان العام وان الاذن في الخاص يستلزم الاذن في المطلق اللازم له فاذنه له في الشراء لنفسه قد تضمن أمرين مطلق الاذن في الشراء وتقييد (١) بكونه لنفسه واذا بطل القيد أعني الجزء المعين بقي المطلق وان كان الشراء في الجملة ماذونا فيه أمر الملك للمولى ومن أن الكلي لا يوجد الا في أحد جزئياته وهي غير متلازمة هنا فالاذن حينئذ انما تعلق بأمر واحد وهو شراء مخصوص للعبد وقد انتفى لان كان محالا غير متحقق وبعبارة أخرى فيكون البيع الواقع غير مأذون فيه فلا يشر ملكا للمولى (وحاصله) ان الاذن في القيد يستلزم الاذن في المطلق لا مطلقا أي في أي جزء كان بل في ذلك القيد واذا امتنع ذلك القيد لم يبق ذلك الاذن فرجع الامر الى منع القاعدة الثانية على اطلاقها ثم انا قد نمنع القاعدة الاولى ونقول فيمن نذر صلوة نافذة في مكان لا مزبته أو جالسا أو على الراحة بانعقاد النذر ولا نقول بانعقاد المطلق وبطلان القيد وفيمن نذر الصلوة محدثا ببطلان النذر من أصله ونقول ان من نذر أن يضحى بحيوان خاص فمات قبل ذلك لا يجب أن يضحى بغيره وان القضاء ليس تابعا للأداء والحاصل أن بقاء المطلق مع انتفاء القيد في مثل هذه المواضع ظاهر المنع ومن الجائز أن يرضى المولى بملك الامة المعينة للعبد ولا يرضى بملكها لنفسه ﴿ قوله ﴾ (وهل تستبيح العبد البضع الاقرب ذلك لا من حيث الملك بل لاستزامه الاذن) كما صرح بذلك كله في التذكرة ووجهه في الابضاح بأنه أذن له في سائر التصرفات لان التمليك أبلغ ثم احتمل لعدم لمحله (ثم قال) ويرد انه أذنه في التصرف في الثمن بالبيع وفي الممنوع بعد ذلك وهذا الاذن صحيح (قلت) هذا تفريع على ثبوت الملك للمولى ونحن ان سلمنا صحة الاذن في الوطي لسكتنا قول انه غير كاف في جواز الوطي لكونه سابقا على الملك وقد قال المصنف وغيره انه لا يكتفى باذن المالك للعامل في شراء جارية يطؤها ولا فرق قال في باب القراض ولو أذن له المالك في شراء أمة يطؤها قيل جاز والاقرب المنع وهو الذي صححه المحقق الثاني هناك والقائل بالجواز الشيخ في النهاية تعويلا على رواية الكاهلي وقد قالوا في باب النكاح اذا تزوج العبد بمملوكة ثم أذن له المولى في شرائها لنفسه وقلنا انه يملك وان العقد يبطل هل يستبيحها العبد بغير اذن جديد من المولى اما بالملك أو الاذن الضمنية المستفادة من الاذن في شرائها لنفسه أم لا كل من الامور الثلاثة محتمل وجه الاول واضح لان الفرض كونه مالكا والمسالك يستبيح أمته بالملك كغيره وضعف بأنه لا يلزم من الحكم بملكه جواز تصرفه مطلقا للاجماع على أن العبد محجور عليه في سائر التصرفات وفائدة الحجر لا تظهر الا على القول بكونه مالكا اذ لو فئنا ملكه أصلا كان منعه من التصرف كمنع سائر الناس من التصرف في مال غيرهم ومثل هذا لا يسمى حجرا اصطلاحا وحينئذ فلا يلزم من الحكم بملكه جواز وطئها بدون اذن جديد ووجه الثاني

(١) كذا في النسخ والظاهر وتقييده (مصححه)

ولو اذن له في التجارة جاز كل ما يندرج تحت اسمها او استلزمته كحمل المتاع الى الحرز
والرد بالعيب وليس له أن ينكح ولا يواجر نفسه والاقرب أن له أن يواجر اموال التجارة
ولو قصر الاذن في نوع أو مدة لم يعم ولا ينشق على نفسه من مال التجارة ولا يعامل
سيده فيما ولا يشراء خلافا للمكاتب (متن)

ان اذن المولى له في شرائها لنفسه دل على أمرين أحدهما تملكها والآخر تسويفه التصرف فيها بالوطني
فيستبيحها بالاذن الضمني لا بمجرد الملك للحجر ويضف بأن مجرد الاذن له في شرائها لنفسه لا يدل
على الاذن له في الوطني بشي من الدلالات ولا يستلزمه وانما تضمنت مجرد التملك للمبد وقد اعترقم
بأن التملك المجرى لا يفيد اباحة الوطني ثم قالوا انه على تقدير الاذن له في الوطني قبل الشراء ففي
استباحته للوطني نظر لان المولى غير مالك حين الاذن لما اذن فيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو اذن له في التجارة
جاز كل ما يندرج تحت اسمها أو استلزمته ﴾ كما في التذكرة والتحرير ﴿ قوله ﴾ ﴿ حمل المتاع الى
الحرز والرد بالعيب ﴾ وكنشر الثوب وطيه والمخاصمة في الهبة وكأنه أراد بالاستلزام ما يشمل المقدمات
لان حمل المتاع ليس من التجارة التي هي الاكتساب وانما هو من مقدماته ﴿ قوله ﴾ ﴿ وليس
له أن ينكح ولا يواجر نفسه ﴾ أما النكاح فظاهر لان الاذن تعلق بالتجارة وهي لا تناول النكاح
كما ان المأذون له في النكاح ليس له أن يتجر اذ كل منهما لا يندرج تحت الآخر وأما الاجارة فقد
صرح في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد بأنها ليس له لما مر من عدم تناول الاذن في التجارة
لها ولانه لا يملك التصرف في منفعة فيتوقف على الاذن وعاك قول الاذن في التجارة يعم وجوه
الاكتسابات وهذا من جعلها قلنا المتبادر من الاذن له في التجارة الاكتساب بغير منفعة ﴿ قوله ﴾
﴿ والاقرب ان له أن يواجر اموال التجارة ﴾ وهذا هو الاصح كما في جامع المقاصد لأن المقصود
بالاذن الاكتساب وهو هنا أبلغ ولان له التصرف في الاعيان والمنافع تابعة لها ولجواز تملكها بغير
عوض تبعا للاعيان هنا أولى كذا وجهه في الايضاح (قلت) ولان المنفعة من فوائد المال فيجوز له
المقد عليها كالصوف والابن ولان الايجار مما يعتبره التجار وقد يوجه العدم بعدم دلالة الاذن عليه
باحدى الدلالات بل الاجارة والبيع متافيان لان البيع نقل العين والاجارة نقل المنفعة والامر بالشئ
يستلزم النهي عن منافيه كذا قال في الايضاح فتأمل (الجواب) انها من جملة وجوه الاكتساب
﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو قصر الاذن في نوع أو مدة لم يعم ﴾ وكذلك الحال في القدر والسفر وقال الشهيد
وجد بخط المصنف وقال أبو حنيفة يعم لانه زال الحجر بالاذن الخاص ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يتصدق ﴾
الامع اتفاقا كراهية المولى كما في التذكرة وقد استحسنته في جامع المقاصد ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا
ينفق على نفسه من مال التجارة ﴾ لانه ملك السيد وعند أبي حنيفة يجوز له ذلك (وتنقيحه) أن يقال
انه ان اضطر ولم يمكنه الاستئذان فيه وفي القرض للاتفاق ولا الاكتساب كان ذلك من ضروريات
التجارة على احتمال قوي جدا ولو استأذن الحالك حينئذ فلا كلام ولو تعذر ذلك كله وبلغ حد الضرورة
كان من ضروريات التجارة بل له دفعها وان لم تمكن ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يعامل سيده فيما ولا يشراء
خلافا للمكاتب ﴾ لان تصرفه لسيدته بخلاف المكاتب فانه يتصرف لا لسيدته لا تقطاع سلطانه عنه
و به قال الشافعي وقال أبو حنيفة له أن يعامل سيده وقبده بعض الشافعية بما اذا ركبته الديون ولا

ينضم ما كتسبه بالاحتطاب والاصطياد الى مال التجارة وهل ينزل بالآ باق نظر أقرب به ذلك
يصير مأذونا بالسكوت عند مشاهدة بيعه وشرائه واذا ركبته ديون لم يزل ملك سيده
عما في يده ويقبل اقراره بديون المعاملة في قدر ما أذن له لا ازيد (متن)

ولا استحلي قوله خلافا للمكاتب ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا ينضم ما اكتسبه بالاحتطاب والاصطياد الى
مال التجارة ﴾ وكذلك قبول الوصية والاخذ من معدن أو مباح لعدم تعلق الاذن به فليس له التصرف
فيه الا باذنه لانه مال اكتسبه بغير التجارة فيكون للسيد والسيد لم يأذن له في التصرف ولم يسلمه اليه
ليكون رأس مال التجارة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وهل ينزل بالآ باق نظر أقرب به ذلك ﴾ كما في التذكرة قضاء
لعادة وشهادة الحال فان خروجه عن طاعة مولاه يؤذن بكراهية المولى لتصرفه حيث خرج عن الامانة
وان الشارع نزل منزلة الموت ولهذا يزول نكاحه عن امرأته والموت موجب لبطان ووجه عدم الانزال
كما هو خيرة التحرير وجامع المقاصد الاصل فيتمسك بصريح الاذن الى أن يتحقق العزل وان الآ باق
عصيان فلا يوجب الحجر كما لو عصى السيد من وجه آخر والفرق ظاهر فانه اذا قهر المولى على نفسه
فقد قهره على ما في يده والحال تشهد بأنه لم يأذن له حينئذ بالتصرف فيه وعلى القول ببقاء الاذن له
التصرف في البلد الذي أبق اليه الا اذا خص السيد الاذن بهذا البلد ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يصير
مأذونا بالسكوت عند مشاهدة بيعه وشرائه ﴾ اذا شاهد عبده يبيع وبشئري فسكت عنه ولم ينكر ولم
يظهر منه أثر الاختيار لم يصير مأذونا في التجارة كما لو وآه ينكح فسكت لم يكن مأذونا في النكاح وقال
أبو حنيفة يكون مأذونا في التجارة بمجرد السكوت ويستفاد من بعض أخبارنا في باب النكاح أن
السكوت اذن واجازة ﴿ قوله ﴾ ﴿ واذا ركبته ديون لم يزل ملك سيده عما في يده ﴾ ولا اعتراض
للعبد ولا لفرما على السيد وقال أبو حنيفة يزول ولا يدخل في ملك الفرما وهو يستلزم الحال وهو
وجود ملك بلا مالك له ولا من هو في حكمه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويقبل اقراره بديون المعاملة في قدر
ما أذن له لا ازيد ﴾ كما الغنمة والشرائع والتحرير والارشاد والدروس وجمع البرهان ونهاية المرام
والرياض وفي (المسالك والكفاية والمفاتيح والرياض) انه المشهور ومعناه انه أقرب بأن ما في ذمته لزيد
مائة دينار من ثمن مبيع والحال ان المائة دينار مقدار المسال المأذون فيه فيقبل اقراره لان المأذون فيه
جائز له بخلاف ما سواه خلافا للتذكرة ووفقا للتحرير ثم انه قال في (التحرير) ان كان ما في يده بقدر
الاقرار مضى منه والا كان الفاضل في ذمته يتبع به بعد العتق وظاهره أي التحرير ان سيده أذن له
في التجارة والمعاملة بمائة دينار مثلا ولم يدفع اليه شيئا فعاد ويده اغراض يدعي شراءها في ذمته وبقاء
التمن فانه يقبل اقراره في المقدار الذي أذن له فيه ويؤخذ من المال الذي في يده والفاضل
يكون في ذمته يتبع به بعد العتق وعبرة الكتاب قابلة للتنزيل على ذلك لانها كعبارة التحرير
وانما زيد فيه ما سمعت ووجه شهادة الحال له لان كان ذلك متقضى الاذن وان معاملته
يتضررون بالصبر الى ما بعد العتق ولم يقبل وفي (جامع المقاصد) ان الاصح انه لا يمتضي اقراره
على المولى ومشاهدة الحال ليست حجة لشغل الذمة الحالية والتضرر يدفع بالاشهاد وليس اقرار
العبد باولى من اقرار الوكيل (قلت) ان لم يقبل اقراره فهل تكون هذه الاغراض التي في يده لمولاه أو

سواء أقر لاجنبي او لايه أو لابنه ولا تجوز معاملته بمجرد دعواه الاذن ما لم يسمع من السيد او تقوم به بيعة عادلة والاقر بقبول الشيع (متن)

بردها على أصحاب الدين وكلامه يعطى أنها للمولى وما أشبهها بما اذا ادعى أن ما في يده ملك لزيد وديعة أو غصبا فانه اقرار على ما في يده لا على المولى وقد صارت يده بالاذن كيد الوكيل ووجه عدم القبول في هذا الفرض ان ما بيده لمولاه ويشبه ذلك أيضا ما اذ أقر بدين اقتضته ضروريات التجارة وبجبي على ما في جامع المقاصد أن لا يقبل اقراره وعلى ما في التحرير والكتاب يجب القبول ولا يتقيد بمقدار المأذون بالتجارة فيه لأن ضروريات التجارة لا تنحصر في مقدار ثم ان المصنف في باب الاقرار من الكتاب صرح بما في التحرير قال ولو كان مأذونا في التجارة فأقر بما يتعلق بها قبل ويؤخذ ما أقر به مما في يده وان كان اكثر لم يضمه المولى بل يتبع به بعد العتق واشتتكل فيه في التذكرة وصاحب جامع المقاصد قال الاشكال في محله ثم قال لا ريب ان القبول انما هو بقدر ما في يده وقال واحترز بقوله فأقر بما يتعلق بها عما اذا أقر بأتلاف ونحوه مما لا مدخل له في التجارة فانه لا ينفذ في حق المولى انتهى وحينئذ فكيف يضح له أن يحتل في عبارة الكتاب هنا انه اذن له في التجارة بمقدار معين ودفع اليه مالا ليحجر به ثم عاد ويده اغراض يدعي أنه اشتراها في ذمته وان دينها باق وأدعى تلف ما كان في يده وانه يقبل اقراره هنا على السيد ثم يقول انه مستبعد جدا ثم انه لم يتضح لنا قوله وليس اقرار العبد باولى من اقرار الوكيل فانه أي الوكيل نارة يقبل اقراره وتارة لا يقبل كما فضلوه في بابه ولا نظن أنهم لا يقبلون قول الوكيل في مثل ما نحن فيه فليتأمل جيدا وتام الكلام في باب الاقرار فانا قد اسبقناه هناك ﴿ قوله ﴾ ﴿ سواء أقر لاجنبي أو لايه أو لابنه ﴾ قال في (التذكرة) وقال ابو حنيفة لا يقبل اقراره لها اما لو اقر بغير دين المعاملة فانه غير نافذ وكذا لو أقر غير المأذون لانه اقرار في حق المولى ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا تجوز معاملته بمجرد دعواه الاذن ما لم يسمع من السيد أو تقوم به بيعة عادلة ﴾ لان الاصل عدم الاذن فاشبه ما اذا زعم الراهن اذن المرتهن في بيع المرهون لانه مدع لنفسه فلا تقبل دعواه الا بيينة وقال ابو حنيفة يكفي قول العبد كما يكفي قول الوكيل وفرق واضح بينهما لانه لا حاجة في الوكيل الى دعوى الوكالة بل تجوز معاملته على ظاهر الحال وأن لم يدع شيئا وهذا بخلافه فكان قياسا مع الفارق حتى مع العلم بكون ما في يده لغيره وجملة أو تقوم أو يقيم على اختلاف السخ معلقة على الجملة لا على الجزم والالجزم ويصير التقدير أو تقوم أو يقيم بيعة فيجوز ﴿ قوله ﴾ ﴿ والاقر بقبول الشيع ﴾ كما في الايضاح لان اقامة البيعة لكل معامل مما يعسر وأستوجه في التذكرة عدم قال العسر يندفع باثبات ذلك عند الحاكم (قلت) يرد عليه مثله لان سؤال الحاكم يعسر عند كل معاملة الا ان يريد انه يتأدي عليه ويعرف الناس خبره ثم انه يرد على الشيع مثل ذلك لان اخبار جماعة بشر اخبارهم فلنا قويا متاخما للعلم عند كل معاملة مما يتعذر أو يتعسر أيضا وليس مطلق الاخبار شيئا ثم انه لو ثبت الاذن بالشيع ثبت في الاذن والوكالة للحر لا اتحاد طريق المستثنين وهو الاذن مع ان العبودية لا تزيده الا منعا من التصرف وفي (جامع المقاصد) ان اريد قبول الشيع بحيث يحكم به على المولى لو أنكر فهو مشكل لانه سيأتي أن الشيع لضعفه

ولو عرف كونه مأذونا ثم قال حجر علي السيد لم يعامل فان قال السيد لم احجر عليه احتمل ان لا يعامل لانه العاقد والمقعد باطل بزعمه والمعاملة اخذ بقول السيد ولو ظهر استحقاق ما باعه المأذون بعد تلف الثمن في يده رجع المشتري على السيد ولا يقبل اقرار غير المأذون بحال ولا حد وهل يتعلق بذمته نظر (متن)

لا يثبت به الملك الذي عليه يد شخص آخر فكيف يحكم به على المولى في قطع سلطنة الحجر على عبده وخروج املاكه عنه بتصرفه نعم لو اعتبرنا في الشياح حصول العلم بالاخبارات انجه ذلك لانه اقوى من اليقينة وان اريد جواز المعاملة بسببه بحيث يرتفع المنع فهو متجه لكن اشتراط حصول الشياح لجواز ذلك لاوجه له بل لا يبعد الاكتفاء بخبر الواحد العدل اذ الاصل في اخبار المسلم الصحة وقد تأكد بالعدالة بل لو اخبر من ائمه خبره الظن امكن القبول اذ ليس ذلك باقل من خبر من يدعي الوكالة عن الغير في بيع ماله ولبس باقل من خبر الصبي في الهدية ولو ظفرت بموافق على هذا لم أعدل عنه انتهى (قلت) مراد المصنف الاحتمال الثاني بناء على كفاية الشياح فيما يسر الاطلاع عليه والعلم به وان كان غير السبعة المشهورة أعني النسب والملك المطلق والموت والنكاح والوقف والعق والولاية وهو خلاف الاصل وخلاف المشهور فالاصح عدم قبوله في المقام والا لقبيل في الحر كما عرفت آنفا والاكتفاء بخبر المسلم العدل انما هو في الامور العامة كالرواية أو الخاصة المتعلقة بنفسه الا الامور الخاصة المتعلقة بغيره والاكتفاء بالظن مطلقا يقضي بالقبول لو حصل من الفاسق أو الفاسقة بل لو حصل من مجرد دعواه بل قد يحصل الظن من دون دعوى ولا خبر واثبات الحكم الشرعي بمثل ذلك لا يقول به أحد سواء كان الحكم جواز معاملته أو غيرها والوكيل كما عرفت آنفا يجوز معاملته على ظاهر الحال والصبي خرج بالدليل فلا يقاس عليه غيره ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو عرف كونه مأذونا ثم قال حجر علي السيد لم يعامل ﴾ لانه اقرار على نفسه ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان قال السيد لم احجر عليه احتمل أن لا يعامل لانه العاقد والمقعد باطل بزعمه ﴾ هذا أصح الوجهين عند الشافعية لانه غير قاصد الى عقد صحيح (ورد) بان الشرط لصحة العقد هو القصد اليه لا القصد اليه من حيث كونه صحيحا للقطع بصحة مبايعة من ينكر صحة بيع الغائب من العامة ولجواز التمتع بالمرته من المتأخرين وفي (جامع المقاصد) ان الاصح انه ان قصد الى العقد ولم يقصد أيقاعه باطلا صح ولا يلتفت الى قول العبد ﴿ قوله ﴾ ﴿ والمعاملة اخذنا بقول السيد ﴾ هذا هو مذهبنا كما في التذكرة لان الحجر حق السيد ولا يعتبر رضی العبد كما لا يعتبر رضاه في ثبوت الاذن له اذا اذن له فلا يعتد بمخالفته لان السيد أحق بنفسه منه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو ظهر استحقاق ماباعه المأذون بعد تلف الثمن في يده رجع المشتري على السيد ﴾ لان العقد له والعبد نائب عنه وعبارته مستعارة فكان السيد هو الباع والقابض للثمن والحاصل ان العبد لم يقبضه الا للسيد ويده يد ضمان ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يقبل اقرار غير المأذون بحال ولا حد ﴾ قد تقدم أن اقراره بالمال لا يقبل لانه اقرار في حق المولى واما الحد فيأتي قريبا انه لا يقبل اقراره فيه وقد يوجد في بعض النسخ في مال لا حد بدون واو وهذا القيد يمنع العموم لان المال المتقر به نحو المسجد والبقعة لا يقبل اقراره فيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ وهل يتعلق بذمته نظر ﴾ أقربه التعلق كما هو خيرة في التذكرة وباب الاقرار من الكتاب وخيرة ولده في الايضاح وفي (جامع المقاصد) انه الحق قلت هو خيرة اقرار المبسوط والسرائر والجامع والشرائع

ولا يقبل اقرار المأذون وغيره بالجناية سواء اوجبت قصاصها او مالا ولا بالحد (متن)

والتحريم والارشاد والايضاح والدروس وجامع المقاصد والمسالك ونهاية المرام والكفاية للقطع بكونه كامل التصرف لولا حق المولى فلا يخرج بذلك عبارته عن الاعتبار فتعد لغوا ولعموم اقرار العقلاء على انفسهم جائز والعبد منهم فيؤخذ به بعد العتق وقال في اقرار الكتاب لو قيل كان وجها فكأنه متردد كما هنا وستعرف وجه تردده ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يقبل اقرار المأذون وغيره بالجناية سواء اوجبت قصاصا او مالا ﴾ كما في التذكرة والتحريم وجامع المقاصد واقرار الكافي والجامع والشرائع والنافع والكتاب وقصاص الكتاب وفي (اقرار المبسوط) لا يقبل اقراره بحد عندنا وفي (الخلاف والغنية) الاجماع على انه لا يقبل اقراره بما يوجب جنابة على بدنه وفي (التذكرة وجامع المقاصد) الاجماع على انه لا يقبل اقراره بمقوية ولا مال ونفى عن ذلك الخلاف في المسالك وفي (الكفاية) انه لا يعرف فيه خلافا لانه اقرار في حق مولاه وقد سئل ابو محمد الواشي مولانا الصادق عليه السلام عن قوم ادعوا على عبد جنابة تحيط برقبته فاقر العبد بها فقال عليه السلام لا يجوز اقرار العبد على سيده فما رواه العامة عن أمير المؤمنين عليه السلام انه قطع عبدا باقراره فممنوع وقال في (التذكرة) انما قطعه بالينة ومعنى عدم قبول اقراره انه لا يقتضيه ما دام مملوكا ولا يطالب بالمال سواء كان مأذونا في الاستدانة والتجارة أولا فاذا اعتق فان كان الاقرار يوجب القصاص استوفى من العبد بما يقتضيه اقراره كما في التذكرة وجامع المقاصد ولم يف في اقرار الدروس بشي قال وقيل يتبع بالجناية ايضا ولعله أشار الى ابن ادریس في السرائر وفي اقرار (جامع المقاصد) لا أرى به بأسا الا في الحد لانه مبني على التخفيف ودرته بالشبهة وقد فهم ذلك من اطلاق عبارة اقرار الكتاب ولم يظهر لي ذلك منها بل لاشعار فيها بذلك ووجه اخذه باقراره انتفاء المانع وانه يؤخذ به في المال كما يأتي ووجه عدم سقوط ما وقع منه من الاقرار شرعا ولانه ربما كان غرضه من الاقرار تفریم المولى أو ادخال النقص على المولى بقلة الرغبة فيه وان كان الاقرار بما يوجب المال فانه يتبع به اذا اعتق وايسر بخلاف المحجور عليه للسنة فانه لا يلزمه حال الحجر ولا بعد فكه لان ذلك تضييع لماله في أحسن احواله وهذا اما رددنا اقراره لحق سيده فاذا زال حقه ومالك المال الزمناه حق اقراره وهو المحكي عن المبسوط وخيرة اقرار جامع المقاصد وحجره وقد عرفت انما المصريح بذلك فيما اذا أقر بالمال وفي اقرار الكتاب لو قيل به كان وجها (حسنا خل) ولعله لان في نفوذه بعد العتق تقصا على المولى لقلة الرغبة فيه لان ضمان شي في حال الحرية بزاحم الارث بالولا (وفيه) ان ذلك لا ينظر اليه اذ مجرد حصول الحرية مظنة لتصرفات المانعة من الارث بالولا أو المنقصة له وأما اقراره بالخطأ فعندنا انه لا يقبل اقراره لانه اقرار في حق مولاه كما في التذكرة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا بالحد ﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد وقد سمعت ما حكيتاه عن المبسوط وما ذكر بعده آفقا من الاجماع وفي حدود الكتاب انه ان أقر بازنا لم يحكم عليه بشي وانه ان أقر بالسرقة لا يقبل اقراره وفي (الخلاف) الاجماع عليه في الثاني أي ما اذا أقر بسرقة وقال مولانا الصادق عليه السلام في صحيح الفضيل اذا أقر العبد على نفسه بالسرقة لم يقطع ونخصه الصدوق بمن يريد الاضرار بسيده لما في حسنة ضرب عن أبي جعفر عليه السلام ان العبد اذا أقر على نفسه عند الامام مرة قطعه وهو شاذ قد حمه الشيخ على اذا انضاف الى الاقرار الشهادة

ولو صدقه المولى في ذلك فالأقرب النفوذ ﴿الفصل الرابع في المريض﴾ ويحجر على المريض في التبرعات كالهبية والوقف والصدقة والمحاياة فلا تمضي الا من ثلث تركته وان كانت منجزة على رأي (متن)

ويتبع بالمال بعد الحرية كما في التذكرة والتحرير ونفى عنه العبد في جامع المقاصد وهو خيرة حدود الكتاب وهل يقطع وجهاً من ارتفاع المانع ومن اندرائه ابتداء وهو الذي رجحه في اقرار جامع المقاصد واما في حد الزنا فقد قرب في الكتاب الثبوت لزوال المانع وهو كذلك ووجه احتمال عدم انه أقرحين لم يكن عبرة باقراره فهو كما اذا أقر صبياً ثم بلغ والفرق واضح وقد ينشئ الوجهاً على أن تعلق حق المولى به مانع السبب كالأبوة المانعة من القصاص والرضاع المانع من النكاح أو مانع الحكم كالدين المانع من وجوب الخس في المكاسب والظاهر انه من قبيل الثاني لان تعلق حق المولى لا يخلل بحكمة السبب وانما يناقضها مع بقاء الحكمة في الحدود فهو كالحليلة الموطوءة بشبهة فان عدتها لا تحرمها على زوجها وان حرم وطؤها لمكان العدة ﴿قوله﴾ ﴿ولو صدقه المولى في ذلك فالأقرب النفوذ﴾ أشار بقوله في ذلك الى ما سبق من القصاص والحد وما قر به هنا خيرته في التذكرة وحدود الكتاب في الزنا والسرقة جازما به فيها وفي (قصاص الكتاب) انه الأقرب كما هنا وفي اقراره جزم بالجميع أعني قبول اقراره بالمال والحد والجنابة بأقسامها وفي (اقرار الغنية والسرائر) نفى الخلاف في ذلك وفي (المسالك والكفاية) انه لا اشكال في ذلك لا تنفاه المانع وان الحق لا يعدوها ويحتمل ضعيفا عدم لاحتمال سلب الاهلية ولان المولى لا يملك ثبوت الحد والقصاص عليه وليس بشي لان الثبوت اقراره وقد زالت مانعية حق المولى بتصديقه وتام الكلام في هذه المسائل في باب الاقرار ﴿الفصل الرابع في المريض﴾ ﴿قوله﴾ ﴿ويحجر على المريض في التبرعات كالهبية والوقف والصدقة والمحاياة فلا تمضي الا من ثلث تركته وان كانت منجزة على رأي﴾ مشهور كما في المهذب البارع وهو الاظهر في فتاوي أصحابنا كما في ايضاح النافع وعليه الفتوى كما في التنقيح وعليه عامة المتأخرين كما في حجر المسالك والاكثر وسائر المتأخرين كما في وصاياه وعليه المتأخرون كما في غاية المراد وجمع البرهان والنصوص به متواترة كما في جامع المقاصد (١) وفي موضع آخر منه انه قد دلت عليه صحاح الاخبار وفي (الفتاوى) ان الاخبار به أكثر وأشهر وقد حكاه المصنف في المختلف والشهد في غاية المراد عن الصدوق وأبي علي والشيخ في المبسوط وظاهر كلام الشيخ في الخلاف وتبعهما من تأخر عنهما في الحكاية عن هؤلاء واستعرف الحال في ذلك كله نعم لا ريب ان المحقق ومن تأخر عنه مطبقون على ذلك

(١) اقول قد تبع المصنف على نسبة دعوى التواتر الى جامع المقاصد تليذه صاحب الجواهر ونحن قد تأملنا عبارة جامع المقاصد فوجدناه لم يدغ ذلك وان أوهمته عبارته في بادي النظر وهي قوله في مسألة من أوصى بعتق مماليكه وعليه دين أن نفوذ تصرفات المريض في الثلث ثبت بالنص تواترا الى آخره فانه لا يبعد ظهورها في ارادة التعريف بالأبصار ويؤيده عدم دعواه التواتر في باب الوصايا الذي بسط فيه الكلام في المنجزات مع أنه احوج اليها ولا في باب الحجر واقتصر على دعوى دلالة صحاح الاخبار (لمحرره محسن الحسيني العاملي)

الامن ستعرفه لكن المحقق والمصنف والشهيدان في موضع من النافع والارشاد وغاية المراد وموضع من المسالك لم يرجحوا واحدا من القولين وكذا الشيخ في موضعين من المبسوط أحدهما باب الوقف والراوندي في فقه القرآن وفي عتق الغنية العتق في مرض الموت من أصل التركة ان كان واجبا وان كان تبرعا فهو من الثلث وقد يظهر منه دعوى الاجماع عليه وقد يتوهم من ذلك انه يخالف ما يأتي من ان المنجزات من الاصل وليس كذلك لان هذا في الوصية وبمثل ذلك قال في الخلاف وصرح بانه في الوصية (والقول) بأنها أي المنجزات من الاصل خيرة (الكافي والكليني خ) (١) والفقهاء والمفتة والانتصار والتهذيب والاستبصار والنهاية والخلاف في مواضع منه الهبة والشفعة والوصايا والمبسوط في موضع منه والمهذب فيما اذا اعتق في الحال والوسيلة والغنية في موضعين منها والسرائر في ثلاثة مواضع وجامع الشرائع في باب الوقف وكشف الرموز ومجمع البرهان في باب الحجر والكفاية والوافي والوسائل والمهداية والرياض وهو المحكي عن الكليني والقاضي أيضا ولعل وجه حكايته عن ثقة الاسلام هو انه عقد باب صاحب المال أحق بماله مادام حيا ثم ساق الاحاديث الدالة عليه خاصة ولم يذ كر شيئا من روايات القول الآخر وهو لازم لسائر كما ستسمع وهو ظاهر نكت النهاية وفي (كشف الرموز) انه مذهب الاكثر وفي (الرياض) انه المشهور بين القدماء. ظاهرا بل لعله لاشبهة فيه جدا وفي موضع من السرائر انه الصحيح من المذهب التي تقتضيه الاصول وفي موضع آخر وهو باب الوصية قال انه الاظهر في المذهب وعليه الفتوى وبه العمل لان للانسان التصرف في ماله وتفقه جميعه في مرض الموت بغير خلاف وفي (هبة الانتصار والغنية) الاجماع عليه وهو أي الاجماع ظاهر مهور السرائر أيضا كما ستسمع قال في (الانتصار) بما انفردت به الامامية ان من وهب شيئا في مرضه الذي مات فيه اذا كان عاقلا مميذا تصح هبته ولا يكون من ثلثه بل يكون من صلب ماله وخالف باقي الفقهاء في ذلك وذهبوا الى أن الهبة في مرض الموت محسوبة من الثلث (دليلنا) الاجماع المتردد ومثله معقد اجماع الغنية بدون تفاوت وقال في (مهور السرائر) والصحيح من المذهب ان العطاء المنجز في حال مرض الموت يخرج من أصل المال لامن الثلث لانه لا خلاف ان له أن ينفق جميع ماله في حال مرضه فلو كان ما قاله بعض أصحابنا صحيحا لما جاز ذلك ولما كان تصح منه النفقة بحال انهم وتدل عليه الاخبار الكثيرة وقد عقد له في الوافي بابا وسرد فيه أحد عشر خبرا (منها) الموثق المروي في الكتب الاربعة عن ابن أبي عمير عن مرزبان عن عمار الساباطي عن أبي عبد الله عليه السلام قال الميت أحق بماله مادام فيه الروح يبين به فان تعدى فليس له الا الثلث كما في الفقيه وبعض نسخ الكافي وفي (التهذيب) فان قال بعدى مكان فان تعدى وهو أوفق بقوله يبين فانه من الابانة وهي العزل عن ماله وتسليمه الى المعطى له في مرضه وفي بعض نسخ الكافي هكذا قال قلت له الميت أحق بماله مادام فيه الروح يبين به قال نعم فان أوصى به فليس له الا الثلث وهو المناسب لما في التهذيب وفي (المجهر) الصحيح الى صفوان عن مرزبان

(١) الموجود في بعض النسخ وهو خيرة الفقيه والمفتة الى آخره ولعلها هي الاصح فانه سينسب ذلك الى الكليني بطريق الحكاية عنه وأما الكافي فان اريد به كتاب الكليني فلا يجتمع النقل عنه مع النقل عن الكليني وان اريد به كافي ابي الصلاح فكان اللازم تأخيرها عن الكتب التي بعده مما هو متقدم عليه في الزمان كما هي عادة الشارح فأمل (لمحرره محسن)

عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يعطي الشيء من ماله في مرضه قال اذا بان فيه فهو جائز وان أوصى به فهو من الثلث وفي (الحسن) بإبراهيم عن أبي شعيب الحمالي عن أبي عبد الله عليه السلام قال الانسان أحق بماله مادامت الروح في بدنه وفي (خبر) أبي بصير ان لصاحب المسأل أن يعمل به ماشاء مادام حيا ان شاء وهبه وان شاء تصدق به وان شاء تركه الى ان يأتيه الموت فان أوصى به فليس له الا الثلث الى غير ذلك من أخبار الباب المذكورة في الوافي ويدل عليه أيضا غير أخبار هذا الباب صحيحة محمد بن مسلم في الفقيه والتهديب عن أبي عبد الله عليه السلام قال سألت عن رجل حضره الموت فأعتق غلامه وأوصى بوصية وكان أكثر من الثلث قال يعضي عتق الغلام ويكون النقصان فيما بقي وحسنته في رجل أوصى بأكثر من الثلث وأعتق مملوكه في مرضه فقال ان كان أكثر من الثلث رد الى الثلث وجاز العتق وهاتان واضحتان سندا ودلالة ولعل الثانية أوضح دلالة بحيث لا مجال للمناقشة فيها فلا تلتفت الى ما قاله الشهيدان والمحقق الثاني والكاشاني من أن الاخبار به غير صحيحة ولعل هذا هو الذي جراهم وغيرهم على المخالفة لقدماء الاصحاب المالمين بالسيرة واستمرار طريقة الشيعة ومنهم خرجت الاخبار وبهم عرفنا السيرة والاثار مضافا الى ماسمته من الاجماع والشهرة في المتقدمين المتقدمة في مثل المقام على الشهرة المتأخرة مضافا الى الاصل بثلاثة معان والاستصحاب واصالة صحة العقود وأدلة تسلط الناس على أموالهم عقلا وقتلا كتابا وسنة واجماعا وعموم أدلة صحة الهبة والعتق والمحاباة مثلا لو فعلها في مرضه مضافا الى اطباق العامة على القول بأنها من الثلث كما في الانتصار والمبسوط والسرائر وظاهر الغنية والتذكرة والرشد في خلافهم فالأخبار المخالفة وان صح بعضها تحصل على التيقية أو على الوصية أو على الاستحباب وان الأولى ترك المال للورثة مع عدم صحيح صريح في كونها كالوصية (ومنها) صحيحة علي بن يقطين قال سألت أبا الحسن عليه السلام ما للرجل من ماله عند موته قال الثلث والثلث أكثر وصحيحه يعقوب بن شعيب قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يموت ماله من ماله فقال ثلث ماله للمرأة أيضا ونحوه صحيحة أبي بصير وفي رواية عبد الله ابن سنان بإسناد فيه محمد ابن عيسى عن أبي عبد الله عليه السلام قال للرجل عند موته ثلث ماله وان لم يوص فليس على الورثة امضاؤه وهذه الاخبار قابلة للحمل على الوصية كما قاله الشهيدان وغيرها وفي الاخير اشعار أو ظهور بذلك على ان الاول والثالث قابلان للحمل على التيقية لمكان علي بن يقطين وعبد الله بن سنان وأما خبر علي بن عقبة عن الصادق عليه السلام في رجل حضره الموت وأعتق مملوكا ليس له غيره فأبى الورثة أن يجهزوا ذلك كيف القضاء فيه قال ما يعتق منه الا ثلثه وسائر ذلك الورثة أحق به ولهم ما بقي وهذه وان كانت متضمنة للعتق خاصة الا أنه لكونه سببا في التغليب يفيد حكم غيره بطريق أولى والقول بأنها مخصوصة بالعتق خرق للاجماع المركب اذ لا قائل بالفصل كما في غاية المراد فيمكن حمله على الوصية لان حضور الموت قرينة منعه من مباشرة العتق ويجوز نسبة العتق اليه لكونه سببه القوي بواسطة الوصية لكن في كشف الرموز ان الخبر مخصوص بالعتق فلا يعم ولعله نظر الشهيد اليه ومثله خبر الحسن بن المههم وخبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال ان أعتق رجل خادما ثم أوصى بوصية أخرى ألغيت الوصية وأعتق الخادم من ثلثه الا أن يفضل من الثلث ما يبلغ الوصية ولا يخفى ان قول الراوي أعتق لعله ظاهر في أنه أوصى بالعتق كما يشهد له قوله ثم أوصى بوصية أخرى وقد وقع اطلاق الاعتاق على الوصية في بعض عبارات الاصحاب كالتخلاف والغنية وغيرها وفي صحيحة

عبد الرحمن الطويلة وجعل ذلك قرينة صارقة عن المعنى الحقيقي للاعتناق وهو المنجز الى الاعم منه
 ومن الوصية ليس بأولى من جعلها صارقة الى المجاز الاخص وهو الوصية خاصة والاصل والظواهر ترجح
 الثاني وأما خبر أبي ولاد (فيه) ان مضمونه لا يقول به أحد كما في المسالك لان الابرار بما في الذمة
 صحيح بالاجماع كما في المسالك أيضا دون هبته والحكم في انظر بالعكس حيث قال في الرجل يكون
 لامرأته عليه دين فتهروه منه فقال بل تهبه وأما ما استدولوا به من الاعتبار من أن العطية المؤخره عن
 الموت لا تنفذ الا من الثلث فكذا المتقدمة مراعاة لجانب الورثة فهو مبني على العلة المستنبطة مع انه قياس
 مع الفارق لان الانسان مادامت فيه الروح يحرص على المال ويخاف الفقر ولا كذلك الوصية بعد
 الموت وبه يجاب عن قولهم لولا كون المنجزات من الثلث لاختلفت حكمة حصر الوصية في الثلث لانه
 لولا ذلك لالتجأ كل من يريد الزيادة في الوصية على الثلث الى العطايا المنجزه فتختلف الحكمة وأنت خير
 بأن الخوف من البرء يمنع من الزيادة بخلاف ما بعد الموت فلا اختلال وهذا حاصل بالوجدان ثم على تقدير
 كون العلة منصوغة في الدليل الاول فهو متقوض بالصحيح مع انسحاب الدليل وهو النظر الى الورثة والشفعة عليهم
 فينبغي أن يحجر عليه أيضا والفارق بان المال حال المرض في قوة ملك الورثة في الحال بخلاف الصحيح فغير صحيح
 فكمن مريض عاش أكثر من صحيح على انه ربما كان في حال الطاعون أو المرامات التي يغلب معها الفطن
 بالثقل أبلغ من المرض واستوضح ذلك في الوصية فان الشارع لم يفرق فيها بين الصحيح والمريض
 فتمهما الا من الثلث ولما كانت منجزات الصحيح من الاصل ولا حجر فتسكن كذلك في المريض
 ولعل هذا أنسب بالحكمة اذ ليس يبعد أن يكون الوجه في الفرق بين الوصية والتنجيز سهولة اخراج
 المال بعد الموت على النفس حيث يصير للغير فيمنع من التجري عليه مع حفظه له وشحه عليه لما كان
 حقه وماله وهذه الحكمة ليست حاصلة في الحي صحيحا كان أو مريضا لان البرء ممكن بل المريض
 لا يتقطع رجاءه من الحياة الى حال الاحتضار والشح بالمال حينئذ بالجملة حاصل فيكون كتصرف
 الصحيح حينئذ بماله لا مال غيره (ثم ان الضابط) عندم في المنجزات التي هي محل الخلاف انها
 ما استلزمت تقويت المال على الوارث بغير عوض والمشهور عندم على الظاهر انه لا يشترط في حصول
 المرض أن يكون مخوفا للمعومات من غير تخصيص كما هو خيرة المحقق والمصنف والمقصد وغيرهم وما
 نسب الخلاف الا الى الشيخ في المبسوط لرواية علي بن يقطين المتقدمة فان فيها عند الموت وذلك
 لا يكون الا بأمانة الموت وحملوه على ان معناه اذا حصل الموت وهو أعم من الخوف وغيره فعلى هذين
 الاصلين أعني الضابط والمشهور يجب على كل من مرض أن يأخذ مأمورا ويكتب فيه جميع ما يهديه
 الى الطيب وما يتصدق به طلبا للمافية وما يصل به رحمه وما يتحف به العائدين له من بلد الى بلد
 من كسوة واطعام كما هو متعارف في بعض البلدان الى غير ذلك مما نعلم أن أصحاب هذا القول لا يعملون
 به الا أن تقول ان هذا مستثنى وان أطلقوه ولم يصرحوا به وعلى تفصيل الشيخ في المبسوط يهون
 الخطب في الجملة وينبغي أن يستنوا مهر مثل المنكحة بالمقد الصحيح مع الدخول كما هو ظاهر المبسوط
 وصرح المصنف وقد تردد فيه المحقق وان يستنوا ما باعه بثمن المثل لجريان العادة به وبجبي على قولهم
 قيام احتمال كون ذلك من الثلث لتعلق غرض الورثة بأعيان الاموال ككتب العلم ونحوها وهو اختيار
 المصنف لكنه قال اذا أوصى ببيعه كان من الثلث وفي الفرق نظر اذ الاعيان ان اعتبرت كانت من
 الثلث فيها والا فن الاصل فيها وما اذا أعار ماله فانه قد فوت عليهم أجرته وما اذا خصص بعض

الفرمان بالايضا، لانه اخراج بعض ماوجب عليه مع احتمال العدم لتساويهم في الاستحقاق لكنه ضعيف وما نذر في مرضه لعموم ما دل على اخراج كل واجب من الاصل لكن الاقوى على قولهم العدم كتملق النذر بما لم ممنوع منه وما اذا زوجت المريضة نفسها بدون مهر المثل فانه برئها فتكون قد فوتت بعض المال بدون عوض مقابل ولذلك ونحوه جعل في غاية المراد في المسئلة قولنا ثالثا وهو كونها من الثلث الا في مواضع بل له ذلك كله لكنهم ما يلزموا في الاقرار على أقوال شتى مع ان كل من قال ان المنجزات من الاصل يلزمه القول بكون الاقرار من الاصل وكذلك كل من قال انها من الثلث يلزمه القول بأنه من الثلث كما قاله في المذهب البارع لكننا قد تأملنا في ذلك في باب الاقرار وأوضحناه فليراجع وكيف كان فما بال أصحاب هذا القول اختلفوا على أقوال والاكثر منهم انه من الاصل مع عدم التهمة ومعها من الثلث الا أن قول انما قادم الى ذلك ضرورة الجمع بين الاخبار (قلت) ليس في أخبار هذه المسئلة ما يدل على انه مع التهمة يكون من الثلث نعم في الصحيح عن امرأة استودعت رجلا مالا فلما حضرها الموت قالت له ان المال الذي أودعته اياك لفلانة وماتت المرأة وأتى أولياؤها الرجل فقالوا انه كان لصاحبتنا مال ولا نرى مالها الا عندك فأخلف لنا ما لنا قبلك شيء أخلف لهم فقال ان كانت مأمونة فيخلف لهم وان كانت متهمة فلا يخلف ويضع الامر على ما كان فانما لها من مالها ثلثه أشعار بذلك اذ وضع الحق على ما كان ظاهر في عدم نفوذ الاقرار في شيء مطلقا ولا ينافيه التعليل بأنها لها من مالها ثلثه لعدم تصريح فيه ولا ظهور في النفوذ من الثلث نعم ربما كان فيه اشعار ما به ويبقى الكلام في بيان وجه التعليل ويمكن بانه واحتمال عود ضميرها الى فلانة بعيد جدا فلم يكن في الاخبار ما يدل صريحا أو ظاهرا على انه ينفذ من الثلث مع التهمة الا أن قول قد اتفقت كلمتهم على أن المتر له لايجزم كما يستفاد من الاقوال في المسئلة واتفقت على اعطائه من الثلث مع التهمة وان اختلفت في الزيادة عليه على أقوال وحينئذ يمكن الاستدلال عليه بمفاهيم الاخبار الآتية كصحيحة منصور والموثقة وكيف كان فقد وافقوا أصحاب القول الثاني فيما اذا كان مأمونا (فان قلت) هذا مشترك الالزام فان الشيخ في النهاية فصل في الاقرار بين التهمة وعدمها في الاخراج من الاصل والثلث وكان الواجب أن يقول من الاصل مطلقا بناء على ما اختاره في المنجزات فكان موافقا لذلك القول فيما اذا كان متهما (قلت) هو الشيخ في النهاية لاغير لان كانت متون أخبار والا فهذا سلسلار وابن ادریس وكاشف الرموز على انه من الاصل وهو ظاهر اطلاق الخلاف والغنية مدعين عليه الاجماع وبعد ذلك كله فقد يقال في ترجيح القول الاول ان القائل بالثاني قليل اذ الصدوق والشيخ قد اختلفت فتاواهما فاحصر الخلاف في المفيد والسيد بن القاضي وابن حمزة وابن ادریس وكاشف الرموز وهو من المتأخرين وظاهر الكليني ويوهن اجماعهم مصير المتأخرين عنهم الى خلافها ولو كان الامر كما ذكره ماخفي عن المتأخرين لانه ليس من الاحكام النادرة الوقوع مضافا الى ضعف اخباره ثم انها عامة وأخبار القول الاول خاصة والخاص مقدم مضافا الى أخبار العتق وأخبار الاقرار في مرض الموت وانه من الثلث ان كان متهما اذ لو لم يكن محجورا عليه لما احتاج الى الاتهام مضافا الى ما ذكره من موافقة الاعتبار (هذا) أقصى ما يمكن أن يقال في ترجيح القول الاول وأنت قد عرفت الحال في ذلك كله فليس هناك دليل يوجب على الفقيه المصير اليه بحيث يخصص أصول المذهب وقواعد الشريعة واستمرار السيرة مضافا الى اعتضادها بالأخبار الصحيحة الصريحة المخالفة لجمع العامة الغير القابلة للتأويل

بشرط موته في ذلك المرض واقرارہ كذلك ان كان متھما والا فن الاصل سواء كان لاجنبی
او لو ارث علی رأی (متن)

المتعذرة بالشهرة المعلومة والمنقولة بين المتقدمين المتعاضدة بالعمومات كتابا وسنة وبالاجماع المتكررة
من الدين لا يعملون الا بالقطعيات وناهيك بعلم الهدى حاكيا وناقلا وبالاختبار كما بيناه مع التأييد بأنها
لولا صحتها لما اذمت بالبرأ والتالي باطل اجماعا مستفيضا والاتجاه الى القول بأن البرأ كاشف عن
الصحة واللزوم والموت كاشف عن البطلان فرع وجود دليل على ذلك حتى نخرج به عن الاصول
ونجمله كالتفصيل مضافا الى جميع ما يلزم ذلك القول من استثناء ما عرفت أبعد هذا من توقف ولا
أقل من التوقف والاحتياط (و يانه) انه ان كان في الورثة يتيم جعلناهم من الثلث وان كانت العطية والهبة
ليتم قلنا انها من الاصل لان التقيہ اذا كان متوقفا كان في العمل والفتوي مخيرا مع أولوية ترجيح
جانب الاحتياط ﴿ قوله ﴾ ﴿ بشرط موته في ذلك المرض ﴾ فلو بري من مرضه ذلك ثم مات
في مرض آخر نفذت اجماعا مستفيضا في كتب الاستدلال بل هو منقول في الشرائع ﴿ قوله ﴾ ﴿
﴿ واقرارہ كذلك ان كان منها والا فن الاصل سواء كان لاجنبی أو لو ارث علی رأی ﴾ في المسئلة
أقوال هذا أحدها وقد نسبة الشهيد الثاني والحراساني والكاشاني الى الأكثر وهو خبرة الشيخ في
النهاية والقاضي والمحقق في الشرائع والمصنف في كتبه في عدة مواضع من بعضها والشهيد في الدرر
واللمعة والروضة والمسالك والمحقق الثاني في عدة مواضع من جامع المقاصد وغيرهم وقد نسبة الشهيد
الثاني وغيره الى المفيد وقد عرفت مستندهم في الشق الاول والحال فيه وأما الشق الثاني فاستندوا فيه
الى صحيحة منصور بن حازم عن رجل أوصى لبعض ورثته أن له عليه ديننا فقال ان كان الميت مرضيا
فاعطه الذي أوصى له ونحوه الموثق وقد يستدل بمضمونه على الشق الاول لان عقاد الاجماع على انه لا يحرم
فيتعين أن يكون اعطاه لامن الاصل والا لانه المنطوق والمفهوم (والقول الثاني) انه أي الاقرار
ينفذ من الاصل في الوارث والاجنبی مطلقا وهو خبرة الكافي والمراسم والغنية والسرائر والجامع وكشف
الرموز وفي (اقرار السرائر) الاجماع عليه واستدل لهم عليه في وصايا السرائر بان الاجماع منعقد على ان
اقرار العقلاء على أنفسهم جائز واستدل عليه غيره بانه باقراره يريد ابراء ذمته من حق عليه في حال
الصحة ولا يمكن التوصل اليه الا به فلو لم يقبل اقراره بقيت ذمته مشغولة وبقي المقر له ممنوعا من حقه
وكلاهما مفسدة فقبول قوله أوفق بمقتضى الحكمة الالهية (وقد يقال) ان العموم مخصوص بالاخبار المتقدمة
في الشقين والتعليل قد يمنع باحتمال مجرد حرمان الورثة مع عدم كون ذمته مشغولة بشي وانصاف
ان هذا القول ظاهر اخلاف أو صريحه كما فهمه ابن ادریس وكاشف الرموز لا كما فهمه منه في المختلف
كما ستسمع قال في (الخلاف) اذا أقر بدين في حال صحته ثم مرض فاقر بدين آخر في حال مرضه
نظر فان اتسع المال لهما استوفيا معا فان عجز المال قسم الموجود منه على قدر الدينين وحكاه أيضا عن
المبسوط (الثالث) أنه يضي من الاصل مع العدالة وانتفاء التهمة مطلقا ومن الثالث مع عدم الشرطين مطلقا
وقد نسبة في غاية المراد الى الشيخ في النهاية والقاضي ورواية الصدوق في التقيہ والموجود في النهاية
اقرار المريض جائز على نفسه للاجنبی والوارث اذا كان مريضا موثوقا بعدائه فان كان غير موثوق
به وكان متھما فان لم يكن مع المقر له بينة أعطي من الثلث وهذا يصدق ما حكيناه أولا عن الشيخ في

وإذا مات حل ما عليه من الديون دون ماله على رأي والاقرب الحاق مال السلم والجنابة به (متن)

النهاية والقاضي والظاهر ان مراده من الموثوق بعد التغير المتهم وما أشار اليه في رواية الفقيه فهي صحيحة منصور بن حازم وقد سمعنا آتفا وقال المحقق الثاني ان تصريح بعض الاصحاب باعتبار العدالة محل تردد وليس في الاخبار ما ينهض حجة على اعتبارها (قلت) المصنف في التذكرة قوى اعتبار العدالة وجعلها هي الرافعة للثمة ولعله فهمه من خبر منصور من قوله عليه السلام ان كان الميت مريضا ولعل الاولى حل التهمة على معناها وهو الظن المستند الى القرائن الخالية والمقالية الدال على أن المريض لم يقصد الاخبار بالحق وانما قصد تخصيص المقر له أو منع الوارث والتهمة بهذا المعنى قد تجامع العدالة لان مناطها الظن بما ذكر وهو لا يرفع العدالة الثابتة التي لا تزول بالظن (الرابع) انه ان كان عدلا مضى من الاصل والا فن الثلث (الخامس) تعميم الحكم للاجنبي بكونه من الاصل وتقييد ذلك في الوارث بعدم التهمة فان كان منها كلف بحكم الوصية وهو قول ابن حمزة في الوسيلة (السادس) التفصيل بالتهمة وعدمها للاجنبي في المضي من الثلث والاصل والوارث من الثلث مطلقا وهذا للمحقق في النافع وأعترف المقداد بعدم معرفة قائل به غيره قلت قد واقفه بعد المقداد صاحب ايضاح النافع (السابع) انه يمضي من الثلث في حق الوارث مطلقا وهو قول الصدوق في المنع (الثامن) قال الشهيد أطلق الشيخ في الخلاف محاصة الأجنبي للديان اذا قرله في المرض وصحة الاقرار للوارث ولم يبين كيفته قال شيخنا يعني المصنف في المختلف مراده ما فصله في النهاية وهو رد على ابن ادريس حيث قال أنه رجوع عن ذلك في الخلاف فليتأمل في كون ذلك قولاً وقد سمعت ما استظهرناه من الخلاف (التاسع) ما قاله المفيد في المتقنة من أنه ان أقر بدين كان اقراره ماضيا عليه أي من الاصل وان كان عليه دين محيط بما في يده فاقربان ما في يده وديعة قبل اقراره ان كان عدلا مأمونا وأن كان منهما لم يقبل اقراره وقال ان الوارث والاجنبي سواء (العاشر) قول النبي في الكافي اذا كان الاقرار من حر كامل العقل سليم الرأي مريضا كان أو صحيحاً فان كان مبتدأ أي من دون تقدم دعوى وكان غير مأمون لم يمض اقراره وأن كان مأمونا مضى اقراره انتهى فقد جعل المدار في الصحة والبطالان على التهمة وعدمها من دون فرق بين الصحيح والمريض فليتأمل فإنه مخالف لما عليه الاصحاب فان اقرار غير المأمون نافذ الا ان يكون مريضا والاخبار في المقام كأنها متشابهة ففي صحيحة الحلبي عن رجل أقر لوارث بدين في مرضه أيجوز ذلك قال نعم اذا كان مليا وقد سمعت خبر منصور حيث قال عليه السلام فيه اذا كان مريضاً ونهوه الموثق وفي صحيح اسماعيل بن جابر قال سئلت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل أقر لوارث له وهو مريض بدين عليه قال يجوز عليه اذا أقر به دون الثلث وفي صحيح أبي ولاد مثله من دون تفاوت الا انه قال فيه يجوز ذلك ولم يتعرض فيه لثلث ولا لما دونه وصاحب ايضاح النافع قال المراد من قوله عليه السلام اذا كان مليا ما كان دون الثلث قلت لعل المراد اذا كان الوارث الذي أقر له مليا لان ملانته قرينة على صدقه أو المقر ويكون المراد مليا بالصدق والامانة مجازا أو في الثلث وما دونه بان تبقى ملانته بالثلثين بعد الاقرار بالثلث وعن الصحاح ملؤ الرجل صار مليا أي ثقة وتعام الكلام في المسئلة وفروعها في باب الاقرار - قوله - واذا مات حل ما عليه من الديون دون ماله على رأي والاقرب الحاق مال السلم والجنابة به اما حلول ما عليه فعليه أجماع

ولا يحل المؤجل بالحجر وديون المتوفى متعلقة بتركته وهل يكون كتعلق الارش برقبة الجاني أو كتعلق الدين بالرهن احتمال (متن)

الفرقة بل أجماع المسلمين وخلاف الحسن البصري قد اقترض كما في الخلاف وبلا خلاف الا من الحسن البصري كما في الغنية وعليه الاجماع في جامع المقاصد والظاهر انه لا خلاف فيه كما في الكفاية و به مفتح عباراتهم في المقام وفي باب الفلوس حيث قالوا لا تحمل ديونه المؤجلة بالتحجير عليه بخلاف الميت ولا فرق في دينه بين مال السلم والجنانية المؤجلة عليه وغيرها عملا باطلاق النصوص والاجامات والفتاوى وكون أجل السلم يقتضي قسطا من الثمن وأجل الجنانية بتعيين الشارع وبه يتحقق الفرق بين الجنائيات لا يدفع عموم النص ففي خبر ابي بصير اذا مات الرجل حل ماله وما عليه من الدين وفي خبر السكوني انه قال اذا كان على الرجل دين الى اجل ومات الرجل حل الدين وفي مضمره الحسين ابن سعيد اذا مات قد حل مال القارض وقد وسها في الكفاية بالصحة وهي كذلك لولا الاضرار وعموم تأجيل الدية ومال السلم لا يعارض هذه العمومات أعني عمومات حلول الدين كما في الايضاح لأنها خاصة بالنسبة اليه لان الدية ومال السلم فردان من الدين ولو تم ذلك لكان طريقا الى بقاء الاجل في كل فرد وفي (الايضاح وحواشي الشهيد) أن الاقوى أن مال السلم لا يحل بموته واما عدم حلول ماله من الدين ففي الخلاف أنه لا خلاف فيه بين المسلمين وفي (الغنية) في الخلاف فيه وهو خيرة المبسوط وجمهور من تأخر عنه وفي (النهاية) أنه يحل ماله وبه قال أبو الصلاح والقاضي والطبرسي حكاه عنهم في المختلف استنادا الى خبر ابي بصير وقد سمعته وأنه كما لو مات من عليه والرواية ضعيفة مرسله والفرق بين موت من عليه ومن له انا ان أمرنا الورثة بالتصرف لزم الضرر على صاحب الدين والميت وأن منعناهم لزم الضرر عليهم فوجب القول بالحلول دفعا لذلك بخلاف موت من له الدين (وقال) علم الهدى في الناصريات لا أعرف الى الآن لاصحابنا فيها نصا معينا وفتها الامصار كلهم يذهبون الى ان الدين المؤجل يصير حالا بموت من عليه الدين ويقوى في نفسي ما ذهب اليه الفقهاء ويمكن ان يستدل عليه بقوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين علق القسمة بقضاء الدين فلو اخرجت تضررت الورثة ولانه يلزم انتقال الحق من ذمة الميت الى ذمة الورثة والحق لا ينتقل الا برضا من له أنهى ﴿ قوله ﴾ ولا يحل المؤجل بالحجر) للاصل مع عدم الدليل وعدم القول بالقياس ﴿ قوله ﴾ وديون المتوفى متعلقة بتركته وهل يكون كتعلق الارش برقبة الجاني أو كتعلق الدين بالرهن احتمال) قد استوفينا بلطف الله سبحانه وتعالى الكلام في المقام في باب الرهن عند قوله ولو رهن الوارث التركة وهناك دين الى آخره وبلغنا فيه ابعاد الغايات وقد قلنا عن جماعة كثيرين ان التركة تبقى على حكم مال الميت وقلنا عن جماعة نسبتها الى الاكثر وعن السرائر ففي الخلاف في ذلك واكثرنا من الادلة عليه وقلنا انا لم نجد مصرحا بان تعلق الدين بالتركة كتعلق الارش الا ما حكاه الشهيد عن السيد الرضى أخى علم الهدى رضي الله عنهما والا ما يظهر من رهن الكتاب وجامع المقاصد حيث قربا صحة رهن الوارث التركة لكنه في جامع المقاصد رجع عنه هنا أعني في الباب وبيننا ان القائلين بان التركة تنتقل الى الورثة جم غفيرة وأن ظاهر التذكرة وجامع المقاصد الاجماع عليه وأن اصحاب هذا القول جزموا الا من قل فيها اذا استوعب الدين التركة بانه يتعلق بها تعلق الرهن

و يظهر الخلاف فيما لو أعتق أو باع فذ على الاول دون الثاني (متن)

بالدين وانما ترددوا بين الامرين فيما اذا لم يستوعب كما ان جماعة في غير المستوعب على ان التعلق فيه كتعلق الرهن وبيننا ان جماعة منهم فخر الاسلام والمحقق الثاني في المقام على انه تعلق مستقل ووجه ان تعلقه كتعلق الارش ان الدين يسقط بتلف التركة من غير تفريط من الوارث ولا يلزمه الضمان كما لا يلزم المولى ضمان لو تلف الجاني لا من قبله وان تعلقه بالتركة لا باختيار المالك كما ان تعلق الارش بركة الجاني كذلك وانه ليس للدين الا اقل الامرين من الدين والتركة كما ان المحني عليه ليس له الا اقل الامرين من الارش وقيمة الجاني وليس الرهن كذلك في شيء من الامور المذكورة ووجه الثاني ان هذا التعلق ناشئ عن دين سابق في ذمة من كان ما لكا وانه يسقط بالاداء والمساوي في ذلك دين الرهن وضعفنا بان مشابهته لكل من الارش ودين الرهن تقتضي أن لا يكون من قبيل واحد منها وان مجرد المشاركة في شيء من الصفات لا يقتضي المساوات في المساهية ليشتركا في باقي الاحكام ﴿ قوله ﴾ ويظهر الخلاف فيما لو أعتق أو باع فذ على الاول دون الثاني ﴿ قد ذكرنا في الموضوع المشار اليه آفا فيما اذا كان الدين مستوعبا ان القائلين بان التركة تبقى على حكم مال الميت والقائلين بانها للورثة اتفقوا على أن الوارث يمنع من التصرف فيها الى ان يوفي الدين أو يأذن الغرما. حكى ذلك في الايضاح والمسالك وظاهر السرائر في باب قضاء دين الميت قال في (الايضاح) اجمع الكل على انه اذا مات من عليه دين يحيط بجميع التركة لا يجوز للوارث التصرف فيها الا بعد قضاء الدين واذن الغرما ونحوه ما في المسالك وهو كذلك كما يشهد به التنوع كما بيناه هناك واما اذا لم يستوعب الدين التركة فهناك امران ما فضل منها عن الدين وما قابله (اما الاول) ففي ميراث الكتاب والدروس انه يمنع من التصرف فيه وتكون التركة بأجمعها كالرهن وهو خيرة الايضاح في الباب والرهن وجامع المقاصد هنا وايضاح النافع في باب الدين وهو ظاهر الميسوط واطلق في السرائر قال لا خلاف في ان التركة لا تدخل في ملك الورثة ولا الغرما بل تبقى موقوفة على قضاء الدين وقال في باب قضاء الدين انه الذي تقتضيه اصول مذهبنا للموتق عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل فرط في اخراج زكوته في حياته فلما حضرته الوفاة حسب جميع ما كان فرط فيه مما يلزمه من الزكوة ثم أوصى به أن يخرج ذلك فيدفع الى من يحب له قال جائز يخرج ذلك من جميع المال انما هو بمنزلة لو كان عليه دين ليس للورثة شيء حتى يؤدوا ما أوصى به من الزكوة ولا قائل بالفرق بين الوصية بالزكوة وغيرها على انه ذكر في الدين ونحوه صحيحة سليمان ابن خالد قضي أمير المؤمنين عليه السلام في دية المقتول انه يرثها الورثة على كتاب الله وسهامهم اذا لم يكن على المقتول دين فهو دال بالمفهوم وللآية الشريفة ولآية لا أولوية لبعض على بعض في اختصاص التعلق به ولان الاداء لا يقطع به بذلك البعض لجواز التلف والميت لما خرج عن صلاحية استغراق الدين لذمته وجب أن يتعلق بكل ما يمكن ادائه منه لان حدوث تعلقه بالبعض الباقي عند تلف بعضه متف قطعاً وان الباقي اذا تلف قبل القضاء ضمن الوارث وهذا يدل على ان التعلق بجميع التركة والا فكيف يتعلق بما يتمتع حدوث تعلقه به ليجب بدله حيث يتعذر واختار المصنف هنا وفي قضاء الكتاب والشهد في حواشيه على ميراث الكتاب وجامع المقاصد في المقام والمسالك والكفاية نفوذ التصرف فيه أي في الفاضل عن الدين وهو قضية كلام جامع

وهل يشترط استتراق الدين اشكال اقر به ذلك فينفذ تصرف الوالي في الزائد فان تلف
الباقى قبل القضاء ضمن الوراثة فان اعسر فالوجه ان للمدين الفسخ (متن)

الشرائع للضرر والمخرج وبعد الحجر في مال كثير لاجل الدين بل يتقدر بقدره مؤيدا باستمرار طريقة
الناس ويكون التصرف مراعى بوفاء الباقي بالدين فلو قصر تلف أو نقص لزم الوراثة الأكمال فان
تعدر الاستيفاء منه تسلط المدين أو الحاكم على تقض تصرفه وربما استدل عليه بخبر البرزنجي بأسناده
أنه سئل عن رجل يموت ويترك عيالا وعليه دين أينفق عليهم من ماله قال ان استيقن ان الذي
عليه يحيط بجميع المال فلا ينفق عليهم وان لم يستيقن فلينفق عليهم ونحوه خبر آخر مثله بهذا
المتن وهما لا يتطابقان على ما ذكره من التفصيل كما هو واضح مع ما في الاخير مما حمل على السهو
من بعض الرواة مع امكان حملها على ان ذلك على سبيل القرض والضرورة مع ان أصحاب هذا
القول ما ألموا بهما ولا وجدت احدا منهم أخذ واحدا منهما دليلا والضرورة والمخرج يندفعان
بالاستئذان من المدين أو الدفع اليه أو الى الحاكم ان عسر الوصول اليه أو العزل عند التهمة
الاميين كما ذكره في باب الدين وأوضحنا الحال فيه هناك والسيرة سيرة عوام والا فالعلماء مختلفون
ومضطربون وقد اتفقوا على انه اذا مات حل ما عليه وتعليهم يقضي بأن الوراثة ممنوع من
التصرف على ان الآية ظاهرة في خلاف هذا القول الآن يقال ان المراد من بعد وجودها أي الوصية
والدين في المال الواسع لامن بعد عزلها ولا من بعد وصولها لاهلها ومما ذكره يعلم حال ما قبل الدين
من التركة فليشأمل جيدا ونمرة الخلاف ظاهرة على القول بأنه كتملق الرهن والقول بأنه كتملق الارش
وأما القائل بأنه تعلق برأسه فيحتمل عنده انه ينفذ تمسكا بأصل الصحة واصله عدم بلوغ الحجر الى مرتبة
لا يكون التصرف فيها معتبرا وان في القول بالصحة جمعا بين الحقين ويحتمل عدم لانتفاء فائدة التعلق
بدونه ولأداء النفوذ الى ضياع المال ومن أصحاب هذا القول المحقق الثاني وقد قال ان النفوذ أقوى
وقد تقدم بيان ذلك كله في باب الرهن ﴿ قوله ﴾ ﴿ وهل يشترط استتراق الدين اشكال اقر به
ذلك ﴾ أي هل يشترط تعلق الدين بكل التركة أن يكون مستقرا لها بأن يكون بقدرها وأزيد
اشكال من حيث انها معناها لحفظ مال الدين وهو يحصل بمنعه من قدر الدين فيختص الحجر
بقدره ومن انه لأولية لبعض على بعض باختصاص التعلق به الى آخر ما سمعته آفا وقد قرب المصنف
هنا الاشراف وفي (الايضاح وجامع المقاصد) الاصح انه لا يشترط وهو الاصح كما عرفت ﴿ قوله ﴾
﴿ فينفذ تصرف الوالي في الزائد ﴾ هذا ما حكيناه عنه آفا من ان الدين اذا لم يستغرق التركة ونصرف
الوالي أي الوراثة يبيع أو هبة في الزائد عن الدين نفذ تصرفه وان قلنا بأن تعلقه بها كتملق الرهن لان
الزائد على الدين طلق لاحجر عليه فيه وعلى القول بعدم اشتراط الاستتراق مع القول بأن تعلقه كتملق
الرهن لا ينفذ تصرفه في شيء منها لتعلقه بجميعها وثبوت المنع وعلى القول بأنه كتملق الارش كانت
التصرفات نافذة على القولين أي اشتراط الاستتراق وعدمه وعلى القول بأنها تبقى على حكم مال الميت
لا ينفذ شيء من التصرفات ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان تلف الباقي قبل القضاء ضمن الوراثة فان اعسر
فالوجه ان للمدين الفسخ ﴾ أما ضمان الوراثة فلأن ما تصرف فيه حيث يتلف الباقي كأن يتعين للقضاء
لو كان باقيا وحيث تصرف فيه الوراثة وجب ضمانه لانه إنما يستقر استحقاقه اياه بعد وفاة الدين

وعلى القول ببطالان تصرف الوارث لو لم يكن في التركة دين ظاهر فتصرف الولي ثم ظهر دين بأن كان قد باع متاعا واكل ثمنه ورد بالعيب أو تردى في بئر حفرها عدوانا أو مرت جنايته بعد موته احتمال فساد التصرف لتقدم سبب الدين فأشبهه الدين المقارن وعدمه فإن أدى الوارث الدين والافسخ التصرف (من)

وهو تفرغ على ما سبق أيضا وهذا ما أشرنا إليه آتفا من أنه يدل على تعلق الدين بجميع التركة والا فكيف يتعلق بما يتمتع حدوث تعلقه به ليجب بدله حيث تعذر وأما الوجه في أنه إذا أصر أن يتسلط المدين على الفسخ فلان تصرفه إنما جاز بشرط الاداء ويحتمل العدم لتسويغه وثبوت الاذن فيه وقد امتنع التعلق بالخروج عن الملك ودخوله في ملك آخر والصحيح الاول على تقدير الجواز وهذا أيضا مما يدل على تعلق الدين بجميع التركة وان قل وخيرة الايضاح المنع من التصرف مطلقا والضمان به وان لم يكن ناقلا ﴿ قوله ﴾ وعلى القول ببطالان تصرف الوارث لو لم يكن في التركة دين ظاهر فتصرف الولي ثم ظهر دين بأن كان قد باع متاعا وأكل ثمنه ورد بالعيب أو تردى في بئر حفرها عدوانا أو مرت جنايته بعد موته احتمال فساد التصرف لتقدم سبب الدين فأشبهه الدين المقارن يريد أنه لما كان في هذه الفروض الثلاثة عهدة على الميت ودرك لان كان المبيع معيا والحفر في طريق المسلمين أو ملك الغير عدوانا بمعنى انه للمصلحة المسلمين ومن دون اذن المالك والجناية في محل السراية وتلك العهدة وذلك الدرك كانا متملقين بذمة الميت قبل موته ولما مات تعلقا بالمال قام احتمال فساد التصرف لتقدم سبب الدين فيكون ذلك بمنزلة تقدم الدين فيكون كالدين المقارن في بطالان التصرف في التركة معه وضعف في الايضاح وجامع المقاصد بان تقدم السبب لا يقتضي تقدم السبب والمنع من التصرف إنما هو مع وجود الدين لالحدوثه لسبق وجود سببه فلا يمكن ان يقال ان الوارث ممنوع من التصرف هنا مجرد وجود العهدة اذ لا دين ومقتضى العهدة وجوب تعلق الحادث بالتركة (قلت) ما أشبهه بما اذا باع المشتري أو وقف أو وهب في مدة خيار الباع فانهم قالوا لا ينفذ الا باذن الباع والغرض ان هذا الاحتمال ليس بتلك المكانة من الضعف بل لعلمه أقوى من الثاني كما ستسمع وقولكم انه لا يمكن ان يقال ان الوارث ممنوع من التصرف (فيه) انا لانتمه من التصرف وإنما تقول بفساده بعد حدوث الدين فلا منع ولا ضرر وبأن تمام الكلام ثم عد الى عبارة الكتاب قد قل في (جامع المقاصد) لو سكت عن قوله ظاهر في قوله لو لم يكن في التركة دين ظاهر لكان أولى اذ ليس في هذا الغرض دين ظاهر ولا خفي (قلت) المراد ظاهر اذ المراد دين بالفعل وفي الحال وقال في قوله لو ظهر دين لو قال بدله ثم حدث لكان أولى قلت هو المراد وعبر بالظهور لكان وجود سببه فلعل الظهور بملاحظة ذلك أولى وقال في قوله وأكل ثمنه لا يحتاج الى تقييده بكون الميت أكل الثمن بل يكفي تصرف الوارث في الجميع (قلت) كلام المصنف يتم في جميع الصور اعني ما اذا تصرف الوارث في البعض أو الجميع وكلام الشارح لا يتم فيما اذا كان الثمن عينيا وتصرف فيما عداها ويعرف حينئذ ما ذكره الشارح من كلام المصنف بالفحوى والامر سهل أو نزوي أكل للبناء للمجهول وأنت خبير بان الاصح على ما اخترناه في باب القصاص ان السراية كاشفة فلا تكون من سنخ الفرضين الآخرين ﴿ قوله ﴾ وعدمه فان أدى الوارث الدين والافسخ التصرف أي يحتمل عدم

وعلى كل حال ففلوات امسالك عين التركة وأداء الدين من خالص ماله (متن)

فإد التصرف في المسائل الثلاث فعلى هذا ان أدى الوارث الدين فلا بحث والافسخ المدين التصرف
أعنى البيع مثلا توصلا الى أخذ دينه من التركة وفي (الايضاح) انه الاقوى وفي (جامع المقاصد) أنه الاصح
لعموم أوفوا بالعقود وتعلق حق نابت بالمبيع حين لم يكن حق آخر ولا مانع من صحة التعلق فابطاله يحتاج
الى دليل قلت يلزم مثل ذلك حرقا غرقا فيما اذ باع المشتري في زمن خيار البايع من دون تفاوت
فتقدم السبب كخيار البائع حق آخر مانع من صحة التعلق فلا ينفذ التعلق بالعموم فكان الاحتمال الاول
أشبه على القول بطلان التصرف على أن في قولهم ومقتضى المهدة وجوب تعلق الحادث بالتركة ما يرشد
الى ذلك فتأمل وكأنه اشتبه الحال على الشارحين حيث قلنا أنه يستلزم المنع من التصرف كالدين
الموجود وليس كذلك والفرق بينهما ان الدين الحاضر على هذا القول يمنع من التصرف ويطله والدين
الحادث لا يمنع من التصرف لكنه يطله فحاله كحال بيع المشتري في زمن خيار البائع بل قد جوز جماعة
له الوطي في زمان الخيار وهو الاقوى ولذا ترى المصنف قال وعلى القول بطلان تصرف ولم يقل على القول
بمنعه من التصرف فتأمل ﴿ قوله ﴾ (وعلى كل حال فلوات امسالك عين التركة وأداء الدين من
خالص ماله) قد قدمنا في باب الرهن ان المحصوم متسلمون في جميع الاحوال أي على تقدير الاستيعاب
وعدمه وعلى الاحتمالات الثلاثة في التعلق وعلى تقدير انتقالها الى الورثة أو بقائها على حكم مال الميت
على ان المحركة للوارث فيما يدعي لمورثه وما يدعي عليه وانه لو أقام شاهدا حلف هو دون الدين وان
الورثة أولى وأحق بأعيان التركة لأنها لا تنتقل الى الغرما اجماعا وهن تعلق حقوق الغرما بزوائد
التركة كالسب والتاج والثمرة الاقرب المنع كما في (الايضاح وجامع المقاصد) وقد بينا في باب
الرهن ان من قال بأن التركة تبقى على حكم مال الميت استدلت عليه فيما استدلت باستمرار الطريقة على دفع
الناب في الدين اذ لو اقتصر مقتصر على دفع الاصل في الدين دون التناهي لا تكرر عليه (واحتج) الشارحان
على المنع بأن الملك يتمتع بقاؤه بغير مالك والميت يتمتع بملكه لا تنفك لوازم الملك عنه من عدم ثبوت
الزكوة عليه ونحوه فالتقتضي لتلك الوارث موجود وهو الموت والمانع ليس الا تعلق الدين بالتركة
وهو لا يصلح للامنية لعدم المناقاة ولم يبق الامفهوم الآية الشريفة وهو ضعيف (قلت) قد عرفت أنه في
السرائر قال لا خلاف في أن التركة لا تدخل في ملك الوارث ولا الغرما بل تبقى موقوفة على قضاء
الدين وقد قال الله سبحانه وتعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين ولقد تكررت هذه الكلمة الشريفة
في حديث واحد من دون تقادم عهد أربع مرات وما كانت عاداته جل شأنه في بيان الاحكام ذلك
بل بجملة وبجمل وقد استدلت بها جماعة كالشيخ وابن ادريس ونحو الاسلام والشهد وغيرهم على عدم
انتقال المال الى الورثة اذ المتبادر منها اما هو الملك والاستحقاق مثل المال لزيد ومن ثم ترى النجاة
يسمون هذه الام لا ملك فالحل على استقرار الملك اعراض عن الظاهر الى التأويل من دون دليل
واضح ولا ريب أن الظاهر ان الظرف لغو لا حال من الثلث مثلا حتى يكون المعنى لكل ما وظف
له بالقرض أو غيره بعد الوصية والدين والكون أعم من الملك فيجوز أن يكون المعنى أن ذلك يكون
لهم بعد الامرين على وجه الاستقرار بعد أن كان متزلا قد صح لنا أن نقول ان المعلق في الآية
الشريفة اما الملك أو جواز التصرف أوهما معا أولا واحدا منهما والاخير باطل كالثالث لأنه

وتحسب من التركة الدية في الخطأ والعمد ان قبلها الوارث ولا يلزمه ذلك وان لم يضمن الدين على رأي (متن)

يستحيل نعلق الملك على بعدية الدين مع بقاء جواز التصرف مطلقا أي تصرف كان حتى يكون المعنى في أحد الوجوهين أنه لا يملك الا بعد الدين ويجوز له التصرف قبله فتعين أحد الأولين ويدفع الثاني ظهور الملك والاستحقاق من اللام وعدم تبادر كون الظروف حالا من الانصبا والتقدم في قوله جل شأنه من بعد وصيته هو التقدم الذي أراده المتكلمون وهو أن المتأخر لا يجامع المتقدم كتقدم عدم الحادث على وجوده وتقدم بعض أجزاء الزمان على بعض فلا يثبت ملك أو جواز تصرف حتى ينتهي المتقدم فكانت دلالة الآية من المنطوق لا من المفهوم كقولنا يملك المبيع بعد العقد وإذا سلم عليك فرد عليه السلام وإذا باعك فاشتر هذا كله مضافا الى الخبرين وقد سمعنا آتفا وقد ذهب ناس الى أن الميت يملك على الحقيقة كالمحقق في الشرائع في باب القصاص فيها إذا شهد الوارث على جرح الموروث قبل الاندمال والشهيد الثاني في وصايا الروضة ومال اليه الفخر في ميراث الايضاح بل قالوا قد يتجدد له الملك كملكه لذيته ولما يقع في شبكته وكأنهم استندوا الى أنهم أجمعوا على أن ديونه تقتضى من ذلك وتنفذ وصاياه ولا طريق له الا الملك والحق ان ذلك كاه على حكم ماله بحكم الدليل الذي دل على ذلك أي ان الميت في حكم المالك لعصمته به عن تعلق ملك غيره به وصرفه في مصالحه وأنى يملك الميت وبالموت نزول عنه الاملاك وأما اجماع جامع المقاصد في وصاياه على أن المال لا يبقى بلا مالك قلعله أراد ما اتفق العلماء على نفيه من أنه لا يبقى بلا مالك ولا من هو في حكمه والا فكيف يتم له ذلك والا كثرون من القدماء على أن التركة لا يملكها الوارث اذا أحاط بها الدين لكن كلامه في الوصايا صريح في أن المال لا بد له من مالك حقيقة فلا يجدي هذا التأويل في كلامه وهو مما يفت في عضد اجماعه على أنه معارض باجماع السرائر وقد سمعته وقد أطبقوا على أن من مات ولا وارث له الا مملوك انه يشترى من التركة ويعتق ليرثها وقد بقي المال في هذه المدة بلا وارث ومثله مالو أوصى بصرف مال ممين في الصلوة أو الصيام أو الحج أو شراء الجص لبناء القنطرة ونحو ذلك وهو كثير (وقد أجاب) عن الوصايا المذكورة بأن المال الموصى بصرفه في ذلك ملك الورثة وهو كما ترى وماذا يقول في مال من مات ولا وارث له وقد أشبعنا الكلام في باب الرهن ﴿ قوله ﴾ وتحسب من التركة الدية في الخطأ والعمد ان قبلها الوارث ولا يلزمه ذلك وان لم يضمن الدين على رأي ﴿ أما ان الدية تحسب من التركة فتقتضى منها الديون والوصايا قد طفحت به عباراتهم في مواضع من باب القصاص وفي باب الميراث وفي باب الديون والرهن والحجر وانفذت عليه اجماعاتهم ودلت عليه دلالة صريحة رواياتهم كخبر يحيى الأزرق وروايات أبي بصير وخبر عبد الحميد بن سعيد حيث سأل الرضا عليه السلام عن رجل قتل وعليه دين ولم يترك مالا وأخذ أهله الدية من قاتله أعليهم أن يقضوا الدين قال نعم الحديث فالقول الشاذ الذي لا نعرف قائله بأن الدية لا تصرف في الدين لتأخر استحقاقها عن الحيوة لا يلتفت ومثله الفرق بين دية الخطأ ودية العمد اذا رضي بها الوارث فتقتضى من الأولى ديونه ووصاياه دون الثانية فانه اجتهاد في مقابلة الاجماع والتناوي والأخبار المطلقة وخصوص روايات أبي بصير وخبر عبد الحميد وعبد الحميد يحتمل اتحادهم مع

عبد الحميد بن سعد ومع عبد الحميد بن سالم الذي وثق في ترجمة ابنه محمد وكيف كان فرأية صفوان عنه تشير الى الاعتماد عليه وقد أجهد بن ادريس نفسه في رد هذا الخبر ولم يظن فيه من جهة السيد وكذلك المصنف في المختلف كما يأتي في المسئلة الآتية وأما انه للوارث القصاص وان لم يكن له مال ولم يكن عليه ضمان الديون وغيرها فهو خيرة قصاص السرائر والشرايع والتحرير والارشاد والمختلف والروضة والمسالك وخيرة الايضاح وجامع المقاصد في المقام وهو ظاهر كلام المبسوط أو صريحه وهو الأشهر كما في المسالك والمفاتيح وعليه الحلون كما في الدرر والاجماع ظاهر السرائر أو صريحها كما انه أي الاجماع ظاهر نكت النهاية وكذا المختلف والمخالف أبو علي والقاضي والتهامي والصبهري والسكندري وصفني الدين محمد بن معد العلوي حيث قالوا فيما حكى عنهم ان ليس للأولياء القود الا بعد ضمان الديون قلت وهو خيرة النهاية وفي (الغنية) الاجماع عليه وفي (المبسوط) انه الذي رواه أصحابنا ونسبه في الدرر الى المشهور وكأنه مال اليه فيه وفي غاية المراد وقتل القولين في اللعنة من دون ترجيح وحكي على أن منصور الطبرسي انه اذا بذل القاتل الدية لم يكن للأولياء القود الا بعد ضمان الديون وأن لم يبذلوا جاز لهم من دون ضمان (ويعلم) أن القاتل بعدم جواز القود بدون الضمان لعلمهم لا بد لهم أن يقولوا بالأولية ونحوها بعدم جواز العفو بدونه أيضا وقد حكم في المبسوط في أول كلامه بأن لهم القصاص والعفو على مال وبدونه وصورة عبارة النهاية لم يكن لأوليائه القود الا بعد أن يضمنوا الدية عن صاحبهم فإن لم يفعلوا لم يكن لهم القود وجاز لهم العفو بمقدار ما يصيبهم ولعله أراد انه ان كانت الدية أزيد من الدين جاز لهم العفو بمقدار نصيبهم الزائد وقد نسب المصنف والشهد كلام النهاية الى الجماعة الذين ذكرواهم آنفا وفيه مسامحة لانهم لم يتعرضوا لجواز العفو لهم بمقدار نصيبهم (حجة الاولين) الاصل بمعنيين والعمومات من الكتاب والسنة الدالة على ثبوت القصاص مطلقا سواء كان مقتول مديونا معسر أم لا من دون إيجاب ضمان (واحتج) للشيخ ابن ادريس بخبر عبد الرحمن بن سعيد وقد سمعته ثم قال في السرائر ليس في الحديث اذا سلم ما ينافي ما قلناه لانه ما قتل عمدا وانما قال أخذ أهله الدية وهذا يدل على ان القتل كان موجبه الدية فيكون خطأ ثم قال فان قيل قد قال في الخبر فأخذ أهله الدية من قاتله ولو كان خطأ محضا ما أخذوها من القاتل وأجاب بأنه هنا عمد شبيه الخطف (وأجاب في المختلف) بأننا نقول بموجبه فإن الورثة لو صالحوا على الدية وجب قضاء الدين منها وفي (غاية المراد) الحق في الاحتجاج رواية أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يقتل وعليه دين وليس له مال فهل للأولياء أن يهبوا دمه لقاتله فقال ان أصحاب الدين هم الخصماء فان وهب أولياؤه دمه للقاتل فجاز وان أرادوا القود فليس لهم ذلك حتى يضمنوا الدين للفرء وحكي عن المحقق الاستدلال بها للشيخ (قلت) قد أوردنا على الاستدلال بها وجوها ذكرناها في باب القصاص وقد استوفينا الكلام هناك أكمل استيفاء وقد تقدم شرحه ومن الوجوه انها معارضة بخبري أبي بصير أيضا وانه يبعد الفرق بين الهبة والقود وانه لم يظهر لنا الوجه في قوله عليه السلام أصحاب الدين هم الخصماء وان متعلق الهبة غير المال وهنا تعلقت بغير عين ومال وهو الدم والحاصل ان هذه الروايات لم تنفق اثنتان منها على حكم ولم تدل واحدة على مختار النهاية فلتحمل على التقية والشهرة معارضة بثلاثها والاجماع بمشله ويزيد الاول بنسبة المحقق قول الشيخ في النهاية الى التدرية وتام الكلام في القصاص فانه مستوفى ثم استيفاء.

﴿الفصل الخامس﴾ في المفلس وفيه مطالب الاول المفلس من ذهب جيد ماله وبقي رديه
فصار ماله فلوسا وز يوقا وشرعا من عليه ديون ولا مال له يفي بها وهو شامل لمن قصر
ماله وهو لا مال له (متن)

﴿قوله﴾ (الفصل الخامس في المفلس وفيه مطالب الاول المفلس من ذهب جيد ماله وبقي رديه فصار ماله
فلوسا وز يوقا) هذا تعريفه لغة ونحوه مافي الشرائع وهو معنى مافي المبسوط من ان المفلس لغة هو الفقير المعسر
وهو مشتق من الفلوس وكان معناه في خيار ماله وجيده وبقي معه الفلوس ونحوه مافي التحرير من
انه مأخوذ من الفلوس التي هي آخر مال الرجل وقال في (التذكرة) الافلاس مأخوذ من الفلوس وقولهم
أفلس الرجل كقولهم أخبث أي صار أصحابه خبثا لان ماله صار فلوسا وز يوقا ولم يبق له مال خطير
وقولهم أذل الرجل أي صار الى حالة بذل فيها وكذا أفلس أي صار الى حالة يقال فيها ليس معه فلس
أو يقال لم يبق معه الا الفلوس أو كقولهم أسهل الرجل وأحزن اذا وصل الى السهل والحزن لانه انتهى
أمره الى الفلوس والاصل أن المفلس في عرف اللغة هو الذي لا مال له ولا ما يدفع به حاجته ولهذا لما
قال النبي صلى الله عليه وسلم أتدرون ما المفلس قالوا يا رسول الله المفلس فينا من لا درهم له ولا متاع قال
ليس ذلك المفلس ولكن المفلس يأتي يوم القيامة حسناته أمثال الجبال ويأتي وقد ظلم هذا وأخذ من
عرض هذا فيأخذ هذا من حسناته وهذا من حسناته فان بقي عليه شيء أخذ من سيئاتهم فيرد عليه
ثم صك في النار وفي (القاموس) أفلس اذا لم يبق معه مال فكأنما صارت دراهمه فلوسا أو صار بحيث يقال
ليس معه فلس وفلسه القاضي تغليسا حكيم بأفلاسه ﴿قوله﴾ (وشرعا من عليه ديون ولا مال له
يفي بها وهو شامل لمن قصر ماله ومن لا مال له) أي لان السالبة لا تستدعي وجود الموضوع بخلاف قولنا
لا مال له لانه سالبة كلية بل المدار على العرف وهذا التعريف نسبة في المسالك الى أكثر الفقهاء منا
ومن العامة وهو شامل لغير المحجور عليه كالصبي اذا استدان له الولي الى هذه المرتبة وكذا السفينة
وكذا المديون كذلك قبل الحجر مع أن واحدا من هؤلاء لا يعد مقلنا شرعا اذا تغليس انما يكون
بحكم الحاكم والحجر بالفلس لا يثبت الا بحكم الحاكم اجماعا كما صرح بذلك كما في جامع المقاصد وستمع
مافي المسالك وفي (المبسوط) المفلس في الشريعة هو الذي ركبته الديون وماله لا يفي بها وهو يعطي أن
له مالا ولكنه لا يفي لانها معدولة بل المدار على العرف وهو معنى مافي (التذكرة والتحرير) انه في الشرع
اسم لمن عليه ديون لا يفي ماله بها لكنه نسبة الى القيل في التذكرة وقال انه يشمل من لا مال له البتة
ومن له مال قصر وفيه نظر ظاهر وتفسير النبي صلى الله عليه وسلم مفلس الآخرة يوافق مافي المبسوط
وعرفه في الشرائع بأنه هو الذي جعل مقلنا وفسره بأنه منع من التصرف في أمواله ولا يخفى أن
المنوع من التصرف في ماله أمم من المفلس بل من الستة التي عقد لها كتاب الحجر ثم ان كلامه أي
المحقق يؤذن بأنه لا يسمى مقلنا شرعا حتى يحجر عليه لاجل الفلوس بل في كلامه أن تغليسه هو الحجر
عليه كما يقال فلسه القاضي اذا جعله وصيره مقلنا وكلامهم في الباب مختلف فمنهم من جعل التغليس
هو الحجر المذكور كالمحقق الاول والثاني وهو الظاهر من كلام المصنف كما ستمع فقبل الحجر لا يسمى
المديون مقلنا عندهما وان استفرقت ديونه أمواله وزادت عليها ومنهم من اعتبره مقلنا متى كان كذلك
وان لم يحجر عليه ولهذا يقولون الفلوس من أسباب الحجر ويقولون لو مات المفلس قبل الحجر عليه لم

فيحجر عليه في المتجدد باحتطاب وشبهه والفلس سبب في الحجر بشروط خمسة المديونية وثبوت الدين عند الحاكم وحلولها وقصر ما في يده عنها والتاس النرماء الحجر أو بعضهم (متن)

تترتب الاحكام ويقولون شرط الحجر على الفلس التاس النرماء له الى غير ذلك من الاحكام التي صار هذا الاسم بسببها حقيقة لكثرة استعمال الفقهاء له لهذا المعنى واطلاق هذا المعنى عليه بطريق المجاز اما بما يؤول اليه او باعتبار المعنى القوي بعيد كذا قال في المسالك وقال في مقام آخر عند قوله في الشرائع لا يجوز حبس النريم أن المديون المسر مفلس ورده المقدس الاردبيلي بأن كون المديون المسر مطلقا مفلسا غير ظاهر شرعا ولغة وقال في (المسالك) أيضا أن الحق أن الفلس سابق على الحجر ومناير له وهو أحد اسبابه كما ذكره لا عينه ولا الحجر جزء مفهومه نعم قد يطلق التغليس على حجر الحاكم على المفلس كما يقال فلسه القاضي لكنه من باب اطلاق اسم السبب على المسبب قال وعلى هذا لا مانع من اجتماع الفلس والصفر كما اذا استدان الولي للصبي الى هذه المرتبة وكذا السفه ولا يمنع من ذلك عدم حجر الحاكم على الصبي للفلس لانه ليس شرط في تحقق مفهومه شرعا وعلى هذا فيبين المعنى القوي والشرعي عموم من وجه يجتمعان فيمن عليه الديون ولا مال له وينفرد القوي بمن ذهب ماله وليس عليه دين وينفرد الشرعي بمن له مال كثير ولكن عليه دين يزيد على ماله وعلى ما يظهر من تعريف المحقق يكونان متباينين ومرادهم بالمعنى الشرعي في المقام اما الحقيقة الشرعية أو ما ذكرناه في باب الرهن وقد اسبقنا الكلام فيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ فيحجر عليه في المتجدد باحتطاب وشبهه ﴾ أي يحجر على من لا مال له أصلا ويكون الحجر في المتجدد من أمواله الحاصلة من معاملة وغيرها كما صرح بذلك أيضا في التذكرة ويأتي تمام الكلام وهذا يدل على ما اشرنا اليه آتفا من أن معنى الفلس شرعا لا يتحقق الا بالحجر من الحاكم ﴿ قوله ﴾ ﴿ والفلس سبب في الحجر بشروط خمسة المديونية وثبوت الدين عند الحاكم وحلولها وقصر ما في يده عنها والتاس النرماء الحجر أو بعضهم ﴾ يريد أن الفلس سبب في انه يجب على الحاكم أن يحجر على المفلس بالشروط الخمسة وقد استدل عليه أي الوجوب في الخلاف باجماع الفرقة واخبارهم وقال أيضا في مقام آخر عندنا أن الحاكم أن يحجر على من عليه الدين وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يجوز له الحجر عليه بل يحبس ابدا الى أن يقضيه (دلينا) اجماع الفرقة واخبارهم قال وقد أوردناها فيما مضى وقد استدل فيما مضى بخبري غياث ابن ابراهيم واسحق ابن عمار (قلت) اما خبر غياث فقد رواه عن جعفر عن ابيه عليه السلام أن عليا عليه السلام كان يفلس الرجل اذا التوى على عزمائه ثم يأمر به فيقسم ماله الحديث واما خبر اسحق فقد تضمن أنه عليه السلام كان يحبس الرجل اذا التوى على عزمائه فتأمل وفي (الغنية) يجب على الحاكم الحجر عليه بشروط أربعة ثم ذكر احكاما كثيرة وادعى اجماع الطائفة وروى في التذكرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ بالتاسه فلا يلتفت الى قول من قال أن الذي دلت عليه اخبار الباب انه بعد رفع الأمر الى الحاكم يقسم أمواله بين النرماء أن وجد له مال وانه لم يحجر الامام عليه ولم يأمر به فكيف يسوغ لتأنيه وهو الفقيه أن يفعل ذلك مع انه هو بنفسه قال أن المشهور بين الاصحاب بل الظاهر أنه لا خلاف بينهم أن المفلس يجب الحجر عليه كما يحجر على الصبي والسفيه والمجنون وسنسمع كلام المقدس الاردبيلي

ويحتسب من جملة ماله معوضات الديون (متن)

ومنه أخذ القائل وقد جعل المصنف هنا وفي التذكرة الشروط خمسة والاكثر انما ذكرها الأربعة الأخيرة كالشيخ وأبن زهرة والمحقق والمصنف في التحرير والارشاد وغيرهم ولعلمهم انما تركوا الاول لاستغنائهم عنه بلبوت الدين عند الحاكم فانه فرع المديونية كما انهم تركوا ما اذا لم يكن في يده شيء لعدم وجوب التحجير عليه حينئذ ويأتي بيان الحال في المتجدد والمقدس الارديلي بعد ان ذكر هذه الشروط وما يترتب عليها من الاحكام كمنه من التصرف المالي في الموجود والمتجدد ونحو ذلك قال لعل دليل هذه الاحكام كلها الاجماع ولعل لهم بعض الاخبار من العامة والخاصة وما وقتنا عليها (قلت) هذه الشروط وما يتفرع عليها كلها قد قام الدليل عليها من اجماع أو غيره اما الشروط قدحكي عليها الاجماع في الخلاف وظاهر الغنية وبيان الدليل (والوجه) فيها على التفصيل أن نقول اما اشتراط كون ديونه ثابتة عند الحاكم فوجه ظاهر لان الحجر انما يقع من الحاكم اجماعا وحينئذ فلا بد من ثبوت الديون عنده وأما كونها حالة فلانه مع كونها مؤجلة لا وجه للحجر عليه لعدم استحقاق المطالبة وربما يجد الوفاء عند توجه المطالبة فلا وجه لتعجيل العقوبة وأما اشتراط كون أحواله قاصرة فلائها لو كانت زائدة أو مساوية فلا حجر عليه اجماعا كما في التذكرة في موضعين منها والتحرير وجامع المقاصد والمسالك والروضة بل يطالب بالديون فان امتنع تخبر الحاكم بين حبه الى أن يقضي بنفسه وبين أن يقضي عنه من ماله ولو يبيع ما خالف الحق ولا فرق في ذلك بين من ظهرت عليه امارات الفلوس مثل أن تكون فقته من رأس ماله أو يكون ما في يده بازاؤا دينه ولا وجه لتفخته الا ما في يده ومن لم تظهر كمن كان كسوبا يتفق من كسبه خلافاً للشافعي حيث جوز الحجر على المساوي في أحد اقواله وعلى من ظهرت عليه امارات الفلوس في آخر وواقنا في ثالث واما اشتراط التماس الغرما أو بعضهم فلائنه ليس للحاكم أن يتولى ذلك من دون طلبهم لانه حق لهم وهو لمصلحة الغرما والمفلس وهم ناظرون لانفسهم لا حكم للحاكم عليهم نعم لو كانت الديون لمن للحاكم عليه ولاية كان له الحجر لانه الغريم في الحقيقة فله التماس ذلك من نفسه وفعله كما لو كانت لجابين أو أطفال أو لمحجور عليهم بالسفه وكان وليهم الحاكم هذا اذا التمس الكل واما اذا التمس البعض فانما يحجر عليه اذا كانت ديون ذلك البعض لا يفي ماله بها كما يأتي لاتفا بعض الشروط لو وفي بها لان دين غير المتمس ليس للحاكم الحجر لاجله فهو بالنسبة الى الحجر بمنزلة المدوم فاذا حجر لاجلهم لم يختص الحجر بهم بل يتم أثره الجميع واما اذا كانت ديونه أي البعض المتمس تفي بها ولم تكن زائدة على أمواله فقد قرب في التذكرة جواز الحجر وأنه لا ينتظر التماس الباقيين لئلا يضيع على المتمس ماله وفي (جامع المقاصد) أن عموم الحجر للجميع لا يكاد يخرج الا على هذا الوجه وفي هذا الوجه قرب ﴿ قوله ﴾ ويحتسب من جملة ماله معوضات الديون ﴿ كما في الشرائع والتحرير والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك وقد نهوا بذلك على خلاف بعض العامة حيث زعم أنها لا تقوم لان لأربابها الرجوع فيها فلا تحتسب من ماله ولا عوضها عليه من دينه والشيخ في المبسوط اقتصر على ذكر الوجحين من دون ترجيح والمراد بها الاموال التي ملكها بعوض ثابت في ذمته كالاعيان التي اشتراها واستدانها وانما احتسبت من جملة أمواله لانها ملكه الآن وان كان أربابها بالخيار بين أن يرجعوا فيها وبين أن لا يرجعوا ويطلبوا وكما تحتسب من أمواله تحتسب اعواضه من جملة ديونه وضيمر أمواله يعود الى المدين الذي يراد نعلق الحجر به لدلالة المقام عليه ﴿ قوله ﴾

ولو حجب الحاكم تبرعا لظهور امارات المفلس أو لسؤال المدينون لم ينفذ نعم يحجب الحاكم لديون المجانين والايتم دون الغياب ولو كان بعض الديون مؤجلا فان كانت الحالة يجوز الحجز بها حجب مع سؤال اربابها والا فلا ثم يقسم في ارباب الحالة ولا يدخر للمؤجلة شي ولا يدام الحجز عليه لاربابها كما لا يحجز بها ابتداء اما لو سأل بعض ارباب الديون الحالة حجب عليه ان كان ذلك البعض يجوز الحجز به ثم يم الحجز الجميع (متن)

﴿ ولو حجب الحاكم تبرعا لظهور امارات المفلس أو لسؤال المدينون لم ينفذ ﴾ أما الاول فالظاهر أنه محل وفاق اذ لم أجد فيه مخالفاً حتى من العامة بل الظاهر أنه لا يجوز له ذلك وأما الثاني فلا أجد فيه مخالفاً الا ما ذكره في التذكرة كما ستسمع وفي (المالك والسكفاية) أنه المشهور لان الحجز عقوبة والرشد والحربة ينافيان فلا يصار اليه الا بدليل صالح وانما يتحقق بالناس الغرماء كذا قال الشافعي في أحد وجهيه وواقعه جماعة من أصحابنا في التوجيه المذكور والاصل فيه الاجماع كما عرفت آنفاً وقد تقول يجوز له ذلك لا على وجه الالتزام بل نظر لمصلحته وقال في (التذكرة) الاقرب عندي جواز الحجز عليه لان في الحجز مصلحة للمفلس كما فيه مصلحة للغرماء وكما أجبنا الغرماء حفظاً لحقوقهم كذا يجب أن يجاب المفلس تحصيلاً لحقه وهو حفظ أموال الغرماء ليسلم من المطالبة والائتم وقد روي أن حجب النبي صلى الله عليه وسلم على معاذ كان بالناس من معاذ دون طلب الغرماء وهو أحد وجهي الشافعي والحجة اعتبارية والخبر لا جابر له ﴿ قوله ﴾ ﴿ نعم يحجب الحاكم لديون المجانين والايتم دون الغياب ﴾ اما تحجيره لديون المجانين والسفهاء اذا كان له الولاية عليهم فقد تقدم بيانه واما عدم تحجيره لديون الغياب فلان الحاكم لا يستوفي ما للغيب في الذم بل يحفظ أعيان أموالهم كما في التذكرة وجامع المقاصد ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو كان بعض الديون مؤجلا فان كانت الحالة يجوز الحجز بها حجب مع سؤال اربابها والا فلا ثم يقسم في ارباب الحالة ولا يدخر للمؤجلة شي ولا يدام الحجز عليه لاربابها كما لا يحجز بها ابتداء ﴾ لو كان بعض الديون حالا والباقي مؤجلا فان وفته أمواله بالديون الحالة فلا حجب لعدم اعتبار الديون المؤجلة وان قصرت وجب الحجز واذا حجب عليه بالديون الحالة لم يحل عليه الديون المؤجلة لان المقصود من التأجيل التخفيف ليكتسب في مدة الاجل بخلاف الميت فانه لا يتوقع منه اكتساب ولانه دين مؤجل على حي فلا يحل قبل اجله كغير المفلس بخلاف الميت فان ذمته قد بطلت وليس الافلاس سبباً في تعلق الدين بالمال كالموت لما عرفت من الفرق كما ان الجنون عندنا لا يوجب الحلول فتقسم أمواله بناء على عدم حلول المؤجلة على الديون الحالة ولا يدخر شي لاصحاب المؤجلة وان كان في الديون المؤجلة ما كان ممن مبيع وهو قائم عند المفلس بل يقسم على الديون الحالة ولا يدام الحجز عليه بعد القسمة لاصحاب الديون المؤجلة كما لا يحجز بها ابتداء لعدم استحقاقهم المطالبة حينئذ ﴿ قوله ﴾ ﴿ أما لو سأل بعض ارباب الديون الحالة حجب عليه ان كان ذلك البعض يجوز الحجز به ثم يم الحجز الجميع ﴾ قد سمعت آنفاً ما قاله في التذكرة من أنه لو لم تكن ديون السائل زائدة على أمواله فلا يقرب جواز الحجز وما أيده به في (جامع المقاصد) والوجه في أن الحجز يم الجميع ان الجميع مستحقون للمطالبة كما أنها جميعها ثابتة فلا يختص بأمواله من انفراد بالالتباس ومن ثمة لو ظهر

ولو ساوى المال الديون والمديون كسوب ينفق من كسبه فلا حجر بل يكلف القضاء فان امتنع حبسه الحاكم أو باع عليه وكذا غير الكسوب الى أن يقصر المال وان قل التفاوت ويستحب اظهار الحجر لئلا يستضر معاملة ثم للحجر أحكام أربعة منعه من التصرف وبيع ماله للقسمة والاختصاص والحبس ﴿ المطلب الثاني ﴾ في المنع من التصرف ويمنع من كل تصرف مبتدأ في المال الموجود عند الحجر بعوض أو غيره ساوى العوض أو زاد أو قصر (متن)

عندم سابق على الحجر شارك ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو ساوى المال الديون والمديون كسوب ينفق من كسبه فلا حجر بل يكلف القضاء فان امتنع حبسه الحاكم أو باع عليه ﴾ قد تقدم الكلام في ذلك كله ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا غير الكسوب الى أن يقصر المال وان قل التفاوت ﴾ يريد أن غير الكسوب لا يحجر عليه الى أن يقصر المال عن الديون ولو قليلا وهو معنى قوله وان قل التفاوت فيحجر عليه عند القصور لا قبله والمخالف بعض العامة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويستحب اظهار الحجر لئلا يستضر معاملة ﴾ كما في المبسوط والتحرير والتذكرة قال في الاخير يستحب للحاكم الاعلام بالحجر والتداعى المفلس ويشهد الحاكم عليه بأنه قد حجر عليه والاعلان بذلك بحيث لا يستضر معاملة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ثم للحجر أحكام أربعة منعه من التصرف وبيع ماله للقسمة والاختصاص والحبس ﴾ كما في التذكرة والارشاد وجعل الرابع في التحرير المنع من حبسه لا حبسه كما هنا واقصر في الشرائع على الثلاثة الاول وهي التي عددها في المبسوط ثلاثة وذكر الحبس بعنوان آخر ولم يتضح لنا الوجه في جعل الحبس من أحكام المفلس فان المفلس هو الذي حجر عليه الحاكم ومنعه من التصرف فلا معنى لحبسه ولا لمأطته ولا لبيعه بنفسه ولا لبيعه عليه والحاصل أن الحبس مخصوص بغير المفلس اذ لا خلاف على الظاهر في تحريم حبس المفلس بل ومطالبته وأذاه فتقوله في المسالك في مناقشة الشرائع في أواخر الباب ولا يختص هذا الحكم بالمفلس غير جيد بل ولا صحيح لانه خاص بغير المفلس وقد سمعت مافي التحرير كما قد عرفت أن الشيخ والمحقق غير الاسلوب وتركوا ذكر الحبس والامر واضح ﴿ قوله ﴾ ﴿ المطلب الثاني في المنع من التصرف ويمنع من كل تصرف مبتدأ في المال الموجود عند الحجر بعوض أو غيره ساوى العوض أو زاد أو قصر ﴾ هذا به عليه في المبسوط وأشار اليه في الشرائع وبعد ضم كلاميهما من أطرافهما بعضه الى بعض يوافق مافي الكتاب وبه صرح في التحرير والارشاد والروضة وكذلك المسالك والمعدة ومجمع البرهان وفي الاخير لعل دليل الاجماع وظاهر الخلاف وكذا الغنية الاجماع على منعه من التصرف بالله بما يبطل حق الغرماء واحترز بالتصرف المبتدأ عن التصرف في ماله بمثل الفسخ بخيار لانه ليس بابتداء تصرف بل هو أثر أمر سابق على الحجر وكذا لو ظهر له عيب فيما اشتراه سابقا فله الفسخ به وهل يعتبر في جواز الفسخ الغبطة أم يجوز اقتراحا الاقوى الثاني كما هو خيرة المحقق الثاني والشهيد الثاني وهو قضية كلام الشرائع وبه صرح في المبسوط وكذا التحرير نظرا الى أصل الحكم وان تخلفت الحكمة (قلت) قد نص في التذكرة والكتاب فيما يأتي والارشاد ان الغبطة تعتبر في الثاني دون الاول قال في (التذكرة) ان له الرد بالعيب ان كانت الغبطة في الرد وان كانت الغبطة في ترك الرد بأن كانت قيمته مع العيب أكثر من ثمن المثل لكن له الرد فيه

من تفويت المال بتغير عوض و فرق الشهيد في حواشيه بينهما بأن الخيار ثابت بأصل العقد لا على طريق المصلحة فلا يتقيد بها بخلاف العيب وفي (جامع المقاصد والروضة) أن فيه نظرا يتألان كلا منهما ثابت بأصل العقد لا على طريق المصلحة وان كانت الحكمة المسوغة له هي المصلحة أي مصلحة صاحب الخيار والاجماع على جواز الفسخ بالعيب وان زادت القيمة فضلا عن الغبطة فيه (وفي مجمع البرهان) ان الفرق غير واضح (قلت) ما ذكره في وجه النظر لا يدفع الفرق لانه وان كان ثبوت الخيار بأصل العقد وان الحكمة المسوغة للخيار مطلقا انما هي لمصلحة صاحبه لكن جهات المصلحة متغايرة فالخيار الاصيل كخيار الشرط والحيوان لم يتقيد بشي كخيار الغبن والعيب فان الاول مقيد بالضرر والثاني بالتقصيل له في الاول اختيار أصل العقد وعدمه بخلاف الثاني فان حق الغرماء متعلق بخيار الحيوان مثلا تعلقا ضعيفا جدا لان العقد من أجله متزلزل بخلاف خيار العيب فان تعلق حقهم فيه أقوى فانه مع ارادته أي الفاسد الاختيار فيه يراعى فيه مصلحة ماله لئلا يفوت منه شي أو يأخذ الناقص كما حكينا آتفا عن التذكرة فهذه المصلحة غير الاولى بقول الشهيد ان الخيار ثابت بأصل العقد لا على طريق المصلحة فلا يتقيد بها أراد به مصلحة الغبن والعيب والفرق واضح يفيد اعتبار الغبطة في الثاني أي العيب دون الاول بقول المعترض في وجه النظر ان كلا منهما ثابت بأصل العقد على غير جهة المصلحة ليس بتام وما فرضه من أنه يمكن أن تكون قيمة المبيع مع كونه مبيعا أزيد من الثمن ومع ذلك يجوز فسخه اجماعا بالعيب هو الوجه في اثبات الخيار كما عرفت ومن ثم قيل هنا باعتبار الغبطة في الثاني وهو عين المدعى فليتأمل في ذلك كله جيدا والمناسب في بيان المنع أن يقال ان الاجماع منعقد على جواز البيع بأزيد من القيمة أو نقص منها فتحرى رعاية الغبطة في الاول أيضا لوجود العلة (ويمكن الجواب) بأنه ان كان عالما بها وقت البيع فهو كالمطبخ وان لم يعلم بها فهو داخل في الثاني لوجود الغبن نعم لو كانت الزيادة في طرفه أشكل الفرق بينهما والفسخ حينئذ مطلقا فليتأمل جيدا وامله من هنا قال في مجمع البرهان ان الفرق المذكور غير واضح هذا والمصنف في آخر كلامه في التذكرة مال الى عدم الفرق بين الخيارين انتهى وينبغي النظر في معنى الغبطة وعدمها ولعل عدمها مقيد بما اذا لم يصر به سفيا وان ذلك لمعتبر بالرد بالعيب وغيره وقد عرفت أن كلمة من تعرض لهذا الفرع متفقة على أن له اجازة البيع وفسخه وعلى الفرق بين الابتداء والاستدامة (وقد يقال) ان سبب الحجر في الابتداء موجود في الاستدامة وهو حفظ مال الديان فكما منعه الحاكم عن البيع في الابتداء لذلك وجب عليه أن يمنعه في غيره مع اشتماله على عدم الغبطة فسند الاجماع هنا أيضا موجود وبمجرد وجود سببه حال عدم الحجر لا يقتضي ذلك مطلقا حتى مع وجود الدليل على عدمه ولذلك قال المقدس الاردبيلي لا أعرف الفرق بين منعه من البيع وبين منعه من فسخه فان كلا منهما تصرف مالي موجب لغوات مال الديان فلا يبعد أن يكون المدار في غير الابتداء مطلقا على المصلحة والوجه الذي ذكره في التذكرة في مراعاة الغبطة في خيار العيب جار في غيره وقد سمعته آتفا ويمكن أن يجعل الظرف في العبارة وهو عند متعلقا بكل من تصرف والموجود ليحسن كونه احترازا عن التدبير والوصية والجماعة احترزوا عنهما بوصف التصرف بالمنافي لحق الغرماء لانهما يخرجان من الثلث بعد وفاة الدين فتصرفه في ذلك ونحوه جائز اذ لا ضرر فيه على الغرماء اذ التدبير اما وصية أو في معناها وقوله بعوض وغيره يتعلق بتصرف ولا يتفاوت الحال بزيادة العوض وعدمها عينا كان أو منفعة لتعلق الحجر

فلا يمنع مما لا يصادف المال كالنكاح والطلاق واستيفاء القصاص في العفو واستلحاق النسب ونفيه باللمان والخلع وكذا ما يصادف المال بالتحصيل كالاختطاب والانهاب وقبول الوصية ولا ما يصادف المال بالاتلاف بعد الموت كالتدبير والوصية اذ لا ضرر فيه في الترماء أما لو صادف المال في الحال فان كان مورده غير مال كالبيع والهبة والرهن والعتق واحتمل البطلان من رأس والايقاف فان فضلت تلك العين من الدين لارتفاع القيمة أو الإبراء أو غيرها نفذ (متن)

مع الجميع ﴿ قوله ﴾ ﴿ فلا يمنع مما لا يصادف المال كالنكاح والطلاق واستيفاء القصاص والعفو واستلحاق النسب ونفيه باللمان والخلع ﴾ هذا مما لا أجد فيه خلافا قال في (جامع المقاصد) أما الطلاق فواضح فان الحجر لم يتناول كل تصرف بل التصرف في المال الموجود والمتجدد على انه اسقاط ما يوجب المال فكان أولى بالجواز وأما النكاح فلان الصداق اذا كان في الذمة لم يصادف التصرف في المال الموجود عند الحجر وأما مونة النكاح فيأتي ان شاء الله تعالى بيان الحال فيها واما أن له استيفاء القصاص فلانه ليس تصرفا في المال ولا يجب عليه قبول الدية وان بذل الجاني لان القصاص شرع للتشفي ودفع الفساد والدية انما تثبت صلحا ولا يجب عليه تحصيل المال باسقاط حقه وكذا العفو عن القصاص مجانا بغير عوض أما لو وجبت له الدية بالاصالة كما في جناية الخطأ فانه ليس له اسقاطها لانه بمنزلة الإبراء من الدين وكذا له استلحاق النسب اذ ليس ذلك تصرفا في المال وان وجبت المونة ضمنا وكذا له نفيه باللمان كما هو واضح وكذا له الخلع لانه اذا صح له الطلاق مجانا كانت صحة الخلع الذي هو في الحقيقة طلاق بعوض أولى بالجواز هذا اذا كان المحجور عليه بالفلس رجلا فلو كان امرأة منع ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا ما يصادف المال بالتحصيل كالاختطاب والانهاب وقبول الوصية ﴾ لان في ذلك كله جلب مال للفرءاء فكيف يمنع منه قال في التذكرة وهذا لا يمنع منه اجماعا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا ما يصادف المال بالاتلاف بعد الموت كالتدبير والوصية اذ لا ضرر فيه على الترماء ﴾ وقد تقدم أن هذين لا ينافيان الدين لانهما انما يكونان بعد ادائه وان عبارة المفلس معتبرة فيما لا يكون مصادفا للمال وقت الحجر من التصرفات وهو مختار التذكرة والشهيد والمحقق الثاني والشهيد الثاني لكنه في باب التدبير من الكتاب جزم بعدم الصحة وجزم بها في باب الوصايا في الوصية ﴿ قوله ﴾ ﴿ اذ لا ضرر فيه على الترماء ﴾ هذا تعليل للمذكورات في حيز قوله ولا يمنع مما لا يصادف المال الى آخره ﴿ قوله ﴾ ﴿ أما لو صادف المال في الحال فان كان مورده عين مال كالبيع والهبة والرهن والعتق احتمل البطلان من رأس والايقاف فان فضلت تلك العين من الدين لارتفاع القيمة أو الإبراء أو غيرها نفذ ﴾ اذا صادف تصرفه عين المال بالاتلاف بالمعاوضة كالبيع والاجارة أو بغير معاوضة كالهبة والعتق والكتابة أو بالمنع من الانتفاع كالرهن ففي (المبسوط والشرائع والتحرير والايضاح) انه يبطل وهو المحكي عن أبي علي لانه ممنوع منه على وجه سلب أهليته وكانت عبارته كعبارة الصبي فلا يصح وان لحقته الاجارة وهذا هو المناسب للحجر فان معنى قول الحاكم حجرت عليك منعتك من التصرف ومعناه تعذر وقوع هذه العقود منه وأما الايقاف فقد نفي عنه البأس في التذكرة وقال في (جامع المقاصد) فيه قوة وفي (المسالك) لعله أقوى

فحينئذ يجب تأخير ما تصرف فيه فإن قصر الباقي أبطل الاضعف كالرهن والهبة ثم البيع
والكتابة ثم العتق (متن)

والوجه فيه انه لا يقصر عن التصرف في مال الغير فيكون كالفضولي وحينئذ فلا ينافيه منعه من التصرف
المنافي لحق الغرماء اذ لا دليل على ارادة غيره ولان عبارته لا تقصر عن عبارة السفيه المحجور عليه مع
صحة تصرفه اذا لحقته اجازة الولي فلو كان الحجر يقتضي المنع من التصرفات وسلب الأهلية لسقط
به اعتبار عبارة السفيه فعلى هذا اذا اجازه الغرماء نفذ والاخر الى أن يقسم ماله لا يباع ولا يسلم الى
الغرماء فان لم يفضل من ماله شيء بطل وان فضل ما يسهه صح وقد قلنا في باب البيع ان الرد الذي
يفسخ به الفضولي أن يقول فسخت فلو قال لم أجز كان له الاجازة بعد ذلك كما يشهد به الاخبار وبه
صرح الشهيد في باب التكاثر بل هو ظاهر الاصحاب واشترط بعضهم عدم مسبقته بنهي المالك
غير جيد على اطلاقه والا فالعاصب والعبد منيان شرعا عن التصرف فالاول في مال الغير والثاني في نفسه
بل قد نقول ان هذا النهي مطلقا غير مضر لكن قضية كلامهم في هذا المقام ان الغرماء لو صرحوا بالرد لا يفسخ
العقد فانما يعتبر كلامهم في الاجازة لافي الرد وان الواقع موقع المميز هو بقاء شيء من ماله يسع ذلك
فان حصل ذلك كان اجازة والا كان ردا وقد نبهنا على ذلك في باب البيع عند قوله والا قرب اشترط
أن يكون مجبزا في الحال و بينا الحال في ذلك ويتصور كون الشيء فاضلا بارتفاع القيمة السوقية و ببراء
بعض الغرماء من حقه و بتجدد مال و بموت بعض الغرماء فيرثه المفلس ﴿ قوله ﴾ (فحينئذ يجب تأخير
ما تصرف فيه فإن قصر الباقي أبطل الاضعف كالرهن والهبة ثم البيع والكتابة ثم العتق) أي حين
اذا كان الحكم يكون التصرف موقوفا الى أن ينظر هل فضل العين التي تعلق التصرف بها أم لا يجب
تأخير ما تصرف فيه وقضى الدين من غيره فربما فضلت ووفى ماسواها بدينه وان لم تق أمواله بدينه
وكان التصرف متعددا بطل الاضعف ثم ما يليه في الضعف كما هو خيرة التذكرة في أول كلامه فعلى
هذا فلو كان قد تصرف يبيع وكتابة وهبة ورهن وعتق ووقف أبطلنا أولا الرهن والهبة لانهما أضعف
من الباقي باعتبار جواز الرهن من جانب المرتهن وكون الهبة موضوعة على الجواز ثم البيع والكتابة
لانها وان كانا لازمين من الطرفين الا أن العتق أقوى منهما لكونه في نظر الشارع على التغليب
ولهذا كان من خواصه السرية ولا يبعد أن يكون الوقف بمنزلة العتق لان كلا منهما لا يقبل الفسخ
بخلاف باقي العقود واحتمل الشافعية احتمالا آخر استحسنة في التذكرة وقواه في (جامع المقاصد) وهو
أن ينقض من تصرفاته الاخير فالأخير كما في تبرعات المريض اذا زادت على الثلث ووجه ان المزاحمة
انما وقعت بين ديون الغرماء والتصرف الاخير فيكون السابق ماضيا لعدم ما يتاقيه قال في (جامع
المقاصد) ويمكن الفرق بين تصرفات المريض وهذه لان الحجر على المريض انما هو فبازاد على الثلث
فالتصرف الزائد على الثلث هو الاخير فيكون باطلا دون ماسواه بخلاف المفلس فإنه محجور عليه في الجميع
فلا يظهر فرق بين الاخير وغيره لان الجميع كالفضولي فاذا احتجج الى بيع بعض الاعيان التي تعلق بها
التصرف أمكن أن يقال جميع التصرفات موقوفة ولا بد من ابطال بعضها ولا أولوية لبعض على غيره بشي
من الاعتبارين المذكورين من التقدم والتأخر والضعف والقوة لان المتقدم والمتأخر سواء في كونهما موقوفين
والضعيف والقوي سواء في كونهما غير نافذين نعم لما لم يتصور في العتق أن يكون موقوفا حكنا بكونه مراعى

وان كان المورد في الذمة فيصح كما لو اشترى في الذمة أو باع سلماً أو أقرض وليس للبائع
الفسخ وان كان جاهلاً (متن)

فحتمه أن يكون نافذاً ثم انه قال في (جامع المقاصد) والتحقيق انا ان قلنا ان الاجازة كاشفة لاناقله كانت
جميع التصرفات مراعاة فيظهر للتقدم أثر حينئذ وحيث انا رجحنا هذا القول فيما سبق كان هذا
الاحتمال الاخير أقوى فعلى هذا لو وقعت التصرفات دفعة واحدة احتمل القرعة والابطال في الجميع
وهذا التحقيق لامتناع عنه وبه يسقط ما ذكره المصنف ويبقى الكلام فيما اذا باع من الغرماء ويأتي
بيانه ان شاء الله تعالى ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان كان المورد في الذمة فيصح كما لو اشترى في الذمة أو
باع سلماً أو أقرض ﴾ قال في (جامع المقاصد) ان تقسيم مصادف المال في الحال من التصرف الى
مامورده العين وما مورده الذمة غير مستقيم فان ما مورده الذمة ليس مصادفاً للمال في الحال قطعاً فان
البيع بشئ في الذمة كالصداق في النكاح اذا كان في الذمة وأمثال هذين لا تعلق لها بالمال الموجود
عند الحجر ولا يعد تصرفاً فيه كما لا يخفى فلا تكون العبارة مستقيمة (قلت) قوله أما لو صادف المال في
الحال اتما هو في مقابلة قوله ولا ما يصادف المال بالانقلاب بعد الموت فكأنه قال لا يمنع مما يصادف
المال بعد الموت وأما الذي يصادف المال في غير ما بعد الموت وهو الذي يصادفه في الحال والحياة
قسماً قسم يحتل البطلان والايقاف وقسم صحيح وهو ما يصادف الذمة وليس المراد بالحال المال
الموجود عند الحجر كما توهمه في جامع المقاصد ويرشد الى ذلك قوله في التذكرة في تقسيم التصرف
فان تعلق بما بعد الموت كالتدبير والوصية صح وان كان غير متعلق بالموت فاما أن يكون مورده عين
مال أو مال في الذمة ومن هذا يظهر معنى قوله وان كان المورد في الذمة ان معناه على ما أشار اليه في
التذكرة ان كان مورد التصرف مال في الذمة فتوله في جامع المقاصد لو قال وان كان المورد
الذمة كان أفصح لعله لم يصادف محله لان التصرف هنا لا يرد على الذمة وإنما يرد على مال فيها وكيف
كان فصحة تصرفاته الواردة على مافي الذمة مما لا أجد فيه خلافاً الا من الشافعي في أحد قوله مستقداً
الى أنه كالسفيه لوجود مقتضي وهو صدور العقد من أهله في محله سالماً عن معارضة منع حق الغرماء
لانه لم يرد على أعيان أمواله ﴿ قوله ﴾ ﴿ وليس للبائع الفسخ وان كان جاهلاً ﴾ نسه بالبائع على
المشتري سلماً والمقرض فكأنه قال ولا للمشتري سلماً ولا للمقرض الفسخ وهو خيرة الشرائع والتذكرة
والتحريير وجامع المقاصد والايضاح فيما سيأتي في شروط المعاوضة وبه جزم المصنف هناك وقواه
الشبهان في الحواشي والمسالك قالوا لانه فرط بأقدمه على معاملة من لم يعلم حاله فكان كالأرضي
بفسره ويسره وهذا لا يتم فيمن قامت له البيعة على انه غير مفلس فانه لم يفرط بأقدمه على معاملة من لم
يعلم حاله مع انه جاهل واقفاً وقالوا لان الاصل في العقد المملك عدم التسلط على الفسخ والاخراج عن
الملك الا بتدليل شرعي وتعلق حق الغرماء بما دخل في ملكه فلا يصح ابطاله وهو مبني على تعلق الحجر
بالتجدد وسيأتي للمصنف في المسئلة أي مسئلة الجاهل احتمالات ثلاثة من دون ترجيح الضرب
والاختصاص بعين ماله والصبر ومثل ذلك ما في الارشاد والايضاح وخيره ولده في شرح الارشاد
بين الامور الثلاثة ووجه الضرب انه غريم لانه صاحب دين ولانه أدخل في مقابل الثمن ما لا يضر

ويتعلق بالمتجدد كالفرض والمبيع والتهب وغيرها الحجر (متن)

بالمثل اذ ليس فيه اضاءة على الغرماء ووجه الثاني يعني انه يفسخ ويختص بعين ماله عموم (١) قول السائل فيوجد متاع رجل عنده بعينه وقوله عليه السلام لا يخاصه الغرماء ويضعف الوجان بما تقدم من تعلق حق الغرماء بماله وان كان متجددا على أن العموم ممنوع لان مورده من سبقت معاملته على الحجر عملا بدلالة الفاء لانها تقتضي وجد ان المتاع عقيب ركوب الدين بلا فصل فتأمل والضرب مع الغرماء يقتضي ابطال حقهم من عين المال التي سبق تعلق حقهم بها مع ان الوجوهين متنافران لانه ان كان غريبا اختص بعين ماله وان لم يكن غريبا لم يضرب وأما العالم باعساره فانه يصبر ولا يشارك الغرماء اجماعا كما في المسالك وقد نفى عنه الاشكال جماعة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويتعلق بالمتجدد كالفرض والمبيع والتهب وغيرها الحجر ﴾ كما هو خيرة التذكرة والتحرير وجامع المقاصد ومجمع البرهان وهو الذي تعطيه عبارة الشرائع وقال ولد المصنف في (شرح الارشاد) ان عدم تعلق الحجر به أولى واستشكل في الارشاد ولم يرجح الشهيد في حواشيه وغاية المراد (وجه الاول) انها أموال للمفلس وقد حكم الحاكم بتعلق الدين بأمواله والحجر عليه فيها وان الفرض من المنع صرف المال في الدين وعدم تضييع حق الناس وانه قد ثبت وجوب قسمة أمواله في الدين وهو مشترك في الموجود والمتجدد ووجه عدم ان الاصل عدم الحجر وان الناس مسلطون على أموالهم وقد ثبت الحجر في الموجود حال الحجر بالاجماع وبقي غيره على الاصل وانه انما حجر عليه في ماله الموجود لنقص فيه والمعدوم لم يتعلق به والا لزيد المال على الدين كذا قالوا في بيان القولين ومن الوجوهين يعلم وجه الاشكال وكان الكلام في المسئلة غير محدد لان كلام بعض القائلين بالتعلق كالمحقق الثاني يعطي أن الحاكم حجر عليه في الموجود والمتجدد كأن يقول له حجرت عليك جميع التصرفات المالية من موجود ومتجدد ولا أظن ان أحدا يخالف في التعلق ويستشكل في ذلك كما ان كلام غير الاسلام صريح في أن الحجر انما تعلق بالموجود لا غير وهذا لا ينبغي أن يستشكل فيه لان الحجر لا بد فيه من حكم الحاكم ولا يثبت بدونه فان كان حكمه وتمجيده شاملا للمتجدد ثبت فيه والا فلا وحينئذ فينبغي الرجوع الى الحاكم ويستل كيف حجر وحيث يتعذر ولا يعلم الحال فالاصل عدم التعدي لعدم الدليل والظاهر لا يعارض الاصل ان كان الآن قول ان التبادر لمكان القرائن الحالية من قوله حجرت عليك أو حجرت عليك التصرف في المال أو في مالك التحجير في المتجدد وغيره فيكون محل النزاع ما اذا أتى بهذه الالفاظ وما ماثلها مما ليس نصا في تخصيص ولا تميم فهذا يتمسك بالتبادر بمعونة القرائن وهذا يتمسك بالاصل وينكر التبادر فتأمل جيدا وان كان محل النزاع أنه هل له أن يحجر عن الموجود والمتجدد فالظاهر انه لذلك لاتحاد الطريق اذ لا فرق ولا مانع وان كان محل النزاع أنه هل للحاكم أن يحجر عليه ثانيا في ذلك المتجدد فالظاهر ان له ذلك أيضا لما تقدم من عدم الفارق والمانع ويقضى الكلام في تمام المال الموجود عند الحجر ولهم يتسالمون على تعلق الحجر به لتبعيته ووجوده بغير اختياره وارادته ولا كذلك ما يكتسبه

(١) عموم قوله عليه السلام من وجد عين ماله فهو أحق بها ويضمف الى آخره (نسخة)

ولو باعه عبدا بئمن في ذمته بشرط الاعتاق فان أبطلنا التصرفات فالاقوى بطلان البيع والا
 جاز العتق ويكون موقوفا فان قصر المال احتمل صرفه في الدين لا رجوعه الى البائع
 والاقوى صحة عتقه في الحال (من)

اذ لا يجب عليه الا كسب فكان محل اشكال ﴿ قوله ﴾ (ولو باعه عبدا بئمن في ذمته بشرط
 الاعتاق فان أبطلنا التصرفات فالاقوى بطلان البيع والاجاز العتق ويكون موقوفا فان قصر المال
 احتمل صرفه في الدين لارجوعه الى البائع والاقوى صحة عتقه في الحال) هذا فرع ذكره في
 التذكرة وأوضح مبناه وعبارة الكتاب مبنية على ذلك المبني خالية مما رماها به في جامع المقاصد
 من النظر والمدافعة جيدة النظم واضحة المعنى وقد فهم منها في جامع المقاصد غير المراد منها قال
 في (جامع المقاصد) في بيان معناها اذا باع بايع المفلس عبدا بئمن في ذمته بشرط في البيع أن يعتقه
 بنى صحة البيع المذكور على أن تصرفاته المصادفة للمال الموجود عند الحجر هل هي باطلة أو موقوفة فان
 قلنا بالبطلان كان الاقوى هنا القول ببطلان البيع لان الشرط الواقع فيه مخالف لحكم السنة حيث انه
 اقتضى التصرف في المال الموجود حين الحجر فان العبد على تقدير صحة البيع مال المفلس لا تنتقله
 الى ملكه والحجر يتعلق بالمتجدد كغيره على ما سبق فيكون باطلا فيبطل البيع يبطلانه
 لان الشرط اذا بطل أبطل خصوصا هنا لان اعتاق العبد غرض مطلوب للبائع مقابل بعوض لان
 الثمن حينئذ يكون أقل فاذا فات صدقات بعض الثمن فتمتنع الصحة ثم قال وفي هذا التفرع
 نظر اذ لا يلزم من بطلان التصرفات في الاموال التي تعلق بها حق الغرماء بطلان ما ليس كذلك فهو
 بمنزلة ما اذا كان المورد الذمة وهنا لم تتعلق حقوق الغرماء بالعبد على تقدير صحة البيع لان تعلق حقهم
 بالمتجدد انما هو في المتجدد الذي لم يشترط في سبب انتقاله ما يمنع تعلق حق الغرماء به وهنا كذلك
 لأن انتقال العبد مشروط في سبب انتقاله العتق وهو مناف لتعلق حق الغرماء والا لم ينفذ فينتفي المانع
 من صحة الشرط فيصح البيع واختيار المصنف اخيرا ينبه على هذا أنهى ما اردنا نقله من كلامه
 وقد عرفت انه بنى صحة البيع المذكور على ان تصرفاته المصادفة للمال الموجود عند الحجر هل هي
 باطلة أو موقوفة والمصنف لم يبين المسئلة على ذلك وانما بناها على ان التصرف في الذمة باطل كما هو
 أحد وجهي الشافعية قال في (التذكرة) لو باعه عبدا بئمن في ذمته بشرط الاعتاق فان ابطلنا جميع
 التصرفات سواء وردت على العين أو في الذمة فالاقوى بطلان البيع وان قلنا بالصحة فيما يكون مورده
 الذمة على ما اخترناه صح البيع والعتق معا ويكون العتق موقوفا فان قصر المال احتمل صرفه في الدين
 لا رجوعه الى البائع والاقوى صحة عتقه في الحال أنهى وهي عبارة الكتاب بمعنى وعلى هذا المبني
 لا يرد عليها شيء مما أورده في (جامع المقاصد) من النظر والمدافعة كما ستسمع المدافعة نعم قد يرد
 عليها بناء على ذلك أنه يتعين بطلان البيع لا انه الاقوى ويمكن تأويله بمثل ما مضى في التصرف
 الوارد على العين وانه يبعد على القول بالصحة فيما مورده الذمة ان يكون العتق موقوفا فان فضل نفذ
 العتق وأن قصر المال احتمل صرفه في الدين لانه مال المفلس ووجه البعد ما ذكره في (جامع المقاصد)
 من أن تعلق حقهم بالمتجدد انما هو في المتجدد الذي لم يشترط في سبب انتقاله ما يمنع تعلق حق الغرماء
 به الا ان تقول انه بناء على ان هذا الشرط مخالف للسنة فيكون باطلا وانه اذا بطل الشرط لا يبطل

ولو وهب بشرط الثواب ثم افلس لم يكن له اسقاط الثواب ولو اقر بدين سابق لزمه وهل ينفذ على
الغرماء اشكال ينشأ من تعلق حقهم بماله كالرهن ومن مساواة الاقرار للبيئته ولا تهمه فيه (متن)

العقد لكنه يقوم حينئذ احتمال تسلط البايع على الفسخ ورجوعه اليه وكان الواجب حينئذ ان يذكره
ولعله به عليه بقوله لارجوعه الى البايع فتأمل ولما كان هذان الاحتمالان كما ترى قال والاقوى صحة
عقده في الحال فقوله أولا الاقوى بطلان البيع مبني على القول بطلان ما مورده الذمة وليس مفرعا
على كونها أي التصرفات موقوفة كما فهمه في (جامع المقاصد) حتى يدافع قوله الاقوى صحة البيع
والعق في الحال قال في (جامع المقاصد) واعلم أن نظم العبارة غير حسن لما يظهر من المدافعة بين
كون الاقوى بطلان البيع تفرعا على كونها موقوفة وبين ما صرح به أخيرا من أن الاقوى صحة البيع
والعق في الحال فلو قال احتمال بناء البطلان هنا ووقوعه موقوفا على القولين السابقين والاقوى الصحة
وجواز العتق في الحال لكان أحسن وأبعد عن الخلل في الفهم انتهى وأراد بقوله تفرعا على كونها
موقوفة الايقاف الذي مضى للمصنف فيما اذا كان مورد التصرف عين مال فانه احتمال هناك البطلان
والايقاف وظن ان ما نحن فيه مفرعا على الايقاف ولقد ذهب بعيدا اذ تلك مسألة عين المال وقد فرغ
منها ومن فروعها وما نحن فيه من مسألة الذمة وبقايا فروعها ثم ان المصنف قال فان أبطلنا التصرفات
فالاقوى بطلان البيع فقد فرع الاقوى على البطلان كما فهمه هو أولا الايقاف لا الذي فرغ منه ولو
لحفظ التذكرة لضرب على ما حرره ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو وهب بشرط الثواب ثم افلس لم يكن له
اسقاط الثواب ﴾ اذا وهب المفلس شيئا فاما ان يقبض قبل الفس أو لا فان كان الثاني فلا حكم له
وان كان الأول فاما ان يعين ثوبا أو يطلق فان كان الأول فلا بحث وان كان الثاني فقد ذكر فيه
في التحرير ثلثة أوجه (الأول) وجوب قيمة الموهوب فلا يجوز له اخذ اقل من ذلك (الثاني) ما جرت العادة
أن يثاب مثله فليس له أن يرضى بدونه (الثالث) ما يرضى به الواهب فيكون ما يرضى به وان قل ولا
اعتراض للغرماء وقال في باب الهبة ان شرط ثوبا مجهولا صح ولزمه دفع ما يصدق عليه اطلاق الاسم
ولو اثاره منها أي الهبة فالاقرب الجواز ولا يجب عليه دفع ما يرضى به الواهب ولا قيمة الموهوب ولا
ما تقضي العادة به وقوى الشيخ لزوم الأخير ووجه عدم الاسقاط انه مال ثبت له فلا يكون له اسقاطه
لانه تصرف في المال بالاسقاط فيكون ممنوعا منه ولو شرط عليه في عقد لازم اشتراط رهن عين من
ماله فقد احتل في جامع المقاصد انه كاشتراط الثواب ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو اقر بدين سابق لزمه ﴾
قولا واحدا كما في جامع المقاصد وظاهر المسالك ولا اجد فيه مخالفا ولا حكاية خلاف سوى
ما حكاه غير الاسلام في شرح الارشاد عن بعض الاصحاب انه لا يصح اقراره مطلقا كالفية لعموم
اقرار العقلاء على انفسهم جائز والمانع في العين متف هنا لانه في العين منافع لحق الدين المتعلق بها
وان الاقرار ليس كالانشاء حيث قيل يبطلانه رأسا فلا ينفذ بعد الجبر لان الغرض من ابطال
التصرف الفاء الانشاء الموجب لاحداث الملك اما الاقرار فانه اخبار عن حق سابق لم يتعلق به الجبر
ولم يقتض الجبر سلب أهلية العبارة عن المحجور فاذا تعلق له غرض يبرائة ذمته بالاقرار وجب قبوله
منه وانما الخلاف في ان المقر له هل يشارك الغرماء ام لا كما ستسمع ﴿ قوله ﴾ ﴿ وهل ينفذ على
الغرماء اشكال ينشأ من تعلق حقهم بماله كالرهن ومن مساواة الاقرار للبيئته ولا تهمه فيه ﴾ اختبر

ولو أسنده الى ما بعد الحجر فاز قال عن معاملة لزمه خاصة وان قال عن اتلاف مال أو
جناية فكالسابق (متن)

التفوذ على الغرماء والمشاركة لهم في المبسوط والخلاف والسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير وحكاه
في غاية المراد عن أبي منصور الطبرسي وهو الذي قر به الشهيد في حواشيه بشرط ان يكون عدلا (حجة الشيخ)
ومن واقعه عموم جواز اقرار العقلاء وعموم الاذن في قسمة امواله بين غرمائه والفرق بين الاقرار والانشاء
كما عرفت آنفاً وانه كاليئنة ومع قيامها لا أشكال في المشاركة وان التهمة على الغرماء منتفية لان ضرر الاقرار
في حقه اكثر منه في حق الغرماء وان الظاهر من حال الانسان انه لا يقر بدين عليه مع عدمه (واجب)
بان الحجر قد قبلناه على نفسه ومن ثم الزمنا بالمال بعد زوال الحجر والدليل الثاني ظاهر ضعفه (الجواب)
عن الثالث ان الاقرار في اثناء الحجر كالتصرف الحادث بحسب المعنى لمكان المشاركة وان كان
بينهما فرق عند عدمها أي المشاركة وكونه كاليئنة مطلقاً ممنوع واستوضح ذلك فيمن لا يقبل اقراره
اذا اقيمت عليه اليئنة فالتقاعد ليست كلية فلا تصح كبرى الشكل ولا تنتج والتهمة على الغرماء موجودة
لانه يريد اسقاط حقهم من المال الموجود وتأخير بمواطاة بينه وبين المقر له فلا يتحقق الضرر الا عليهم
سلمنا لكن اقضاه انه قد يكون منها وقد لا يكون فلا يصح جعل عدم التهمة وجهاً لتفوذ ولذلك
اختير عدم التفوذ في الارشاد والمختلف والايضاح وشرح الارشاد لولده واللمعة وغاية المراد وجامع
المقاصد والمسالك والروضة وجمع البرهان بل في جامع المقاصد انه لا ريب ان تعلق حق الغرماء بمال
المفلس اقوى من تعلق حق المرتهن بمال الزاهن لثبوت الحجر هنا بصريح حكم الحاكم بخلافه هناك
فكما ان الزاهن لو أقر بسبق رهن لآخر أو يبيع اياها لا يسمع في حق المرتهن فهنا كذلك بطريق
أولى وفي (التحرير) بعد ان اختار التفوذ كما حكيناه عنه قال وهل ينتقل الى اليئنة فيه اشكال ولو
كذبه الغرماء وقتنا بوجوب اليئنة فان نكل ففي احلاف الغرماء على المواطاة أو المقر له اشكال هذا
ويلزم على القول الاول انه لو ادعى عليه شخص بدين فانكر تخلف المدعي ثبت الدين وشارك الغرماء
لان اليئنة بعد الانتكاز كالاقرار فأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أسنده الى ما بعد الحجر فان قال عن
معاملة لزمه خاصة ﴾ هذا ذكره الشيخ في المبسوط والمصنف في التذكرة والتحرير ومعناه انه لو أقر
بدين لاحق بعد الحجر وأسنده الى ما بعد الحجر فان كان قد لزمه باختيار صاحبه كالبيع والقرض
وغيرهما من المعاملات المتجددة بعد الحجر فانه يكون في ذمته خاصة ولا يشارك المقر له الغرماء لان
صاحب المال رضي بذلك أن علم انه مفلس وأن لم يعلم فقد فرط في ذلك فيلزم الصبر بها الى الفك ولا
يشارك الغرماء لان المعاملة الواقعة بعد الحجر متى تعلقت باعيان امواله كانت باطلة أو موقوفة فالاقرار
بها لا يزيد عليها وقد جزم بذلك في المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك والروضة
﴿ قوله ﴾ ﴿ وان قال عن اتلاف مال أو جناية فكالسابق ﴾ يريد انه اذا اقر بدين وأسنده الى
ما بعد الحجر وقال انه لزمه باتلاف مال أو جناية وحاصله انه لزمه من غير رضا واختيار من المالك
والمعنى عليه وبه يفرق بينه وبين المعاملة الصادرة عن الرضا والاختيار من الجانبين فان في نفوذه على
الغرماء الاشكال السابق لان كان منشاؤه في الموضوعين واحداً وقد حكم في (المبسوط والروضة) بالتفوذ

وكذا الاشكال لو اقر بعين لكن هنا مع القبول يسلم الى المقر له وان قصر الباقي (متن)

وقربه في التذكرة ولم يرجح احد الاحتمالين في جامع المقاصد والمسالك ولم يتعرض له في الايضاح والظاهر ان محل الاشكال ما اذا كان من غير رضا واختيار من الطرفين فالسارق والجاني عمدا ليس محل اشكال (وعسالك تقول) لم لم يقدم حق المجني عليه على حق الغرما كما قدم حقه على حق المرتهن (لانا) نفرق بان العبد المرهون اذا جنى فقد تعلقت جنايته بنفسه التي علق بها صاحب الدين دينه والجناية كانت حصلت من المفلس دون ماله ثم ان الدين في الرهن متعلق في الذمة والرهن معا واما الجناية فلا محل لها سوى الرهن وفيما نحن فيه الدينان متعلقان بالذمة فاستويا ونظيره في حق المفلس أن يجني عبده فيقدم المجني عليه حينئذ على حق الغرما وتام الكلام عند قوله ويضرب المجني عليه بالارش (فرع) لو اقر بدين ولم يستدع الى ما قبل الحجر ولا الى ما بعده حمل على الثاني وجعل بمنزلة ما لو استدع الى ما بعد الحجر لاصالة التأخر وعدم التعلق قوله ﴿ وكذا الاشكال لو اقر بعين ﴾ أي يجبي الاشكال السابق فيما اذا اقر المفلس بعين من اعيان الاموال التي بيده لشخص وقد اختير النفوذ في المبسوط والتحرير وشرح الارشاد لولده على الظاهر منه في آخر كلامه لمسكن تعليقه وكذا التذكرة لانه في آخر المبحث كأنه تردد وكان عقول به أو مال اليه في الايضاح ووجهه بمثل ما مر في الدين وأنه لو لم يجعل له سبيل الى رد العصب والعارية والوديعة والمستام ونحو ذلك للزم الحرج ولبعد أن يقر بما في يده لمن ليس له والا لكان سفيا والبحث انه رشيد ولان هذه العين لم يثبت انها ماله واحتمال المواطاة بدفع الاستبعاد وعدم النفوذ خيرة الارشاد واللممة وغاية المراد وجامع المقاصد والمسالك والروضة وكذا مجمع البرهان لمثل ما مر في الدين ولزيادة هنا تردد لاجلها في الشرائع وهي تعلق حق الغرما بأعيان امواله (وفيه) انه لا فرق بين اخذ بعض الاعيان بموجب التعسيط وبين اخذ ذلك البعض مع تعلق حقه به وفي (مجمع البرهان) وكذا شرح الارشاد أن الحالم ينبغي له أن يوشح هذه العين فان فضلت سلمها الى المقر له والاجاء الاشكال كما في الاول وباعها في الدين كما في الثاني وغرمه مثلها أو قيمتها للمقر له وستسمع ما في المبسوط هذا وقال في (المسالك) ان جملة الاقوال في المسئلة اتفقت على قدر الاحتمالات الممكنة وهي أربعة ففي نفوذها فيما اثباته فيها ثبوته في العين دون الدين اختاره ابن ادريس وبالعكس قال وهو ظاهر المصنف والكتاب أي الشرائع انتهى وهذا النقل كما ترى لانك قد عرفت ما حكيناه عن ابن ادريس وعن الشرائع ثم ان الشهيد في غاية المراد قال لم يقل أحد بالقبول في العين دون الدين الا متكاف وقد سمعت ما حكيناه عن فخر الاسلام في شرح الارشاد من النفوذ في العين دون الدين ويفهم مما سياتي قريبا عن المبسوط أن الاقوال تزيد عن الاربعة عند التأمل الصادق لان القول بوجود تأخير العين هنا كما اذا تصرف بها يبيع أو نحوه قوي جدا قوله ﴿ لكن هنا مع القبول يسلم الى المقر له وان قصر الباقي ﴾ هذا ذكره في المبسوط وتبعه عليه المصنف وغيره قال في (المبسوط) فان اقر بعين فان اقراره صحيح وتكون العين لمن اقر بها وقيل انه لا يرد العين الا بعد أن يقسم ماله بين الغرما فان وفي بها أخذ العين وان لم يف تمت من العين و بقي قيمتها في ذمة المفلس ونحوه ما في التذكرة والتحرير والمسالك ولعل غرضهم بقولهم ان وفي بها ولم يقصر الباقي ما اذا أبرأ بعضهم أو زادت القيمة وبذلك تدفع مناقشة المحقق الثاني عن العبارة حيث قال فيها مناقشة فان قوله وان قصر الباقي يقتضي

ولو كذبه المقر له قسمت ومع عدم القبول اذا فضلت دفعت الى المقر له قطعا بخلاف المبيع فان فيه اشكالا وكذا الاشكال لو ادعى اجنبي شراء عين في يده منه قبل الحجر وصدقه ولو قال هذا مضاربة لغائب قيل يقر في يده ولو قال لحاضر وصدقه دفع اليه والا قسم ويصير من باعه بعد الحجر بالثمن ان كان عالما ويحتمل في الجاهل بالحجر الضرب (متن)

ثبوت الحكم بتسليم العين ان لم يقصر الباقي وان قصر على ما هو مقتضى العطف بأن الوصية وليس بمستقيم اذ مع عدم التصور كيف يتصور صحة الحجر ثم احتمل جعل الواو للحال ولا يخفى بعده
 قوله ﴿ ولو كذبه المقر له قسمت ﴾ كما في التذكرة ومعناه انه لو كذب المقر له المحجور عليه في اقراره بكون العين له قسمت بين الغرماء لتعلق حقوقهم بها سابقا واخراجها عنهم انما كان مع صحة الاقرار ومع رد المقر له لا يكون الاقرار صحيحا ولا يشكل بأن الاقرار على تقدير نفوذه على الغرماء لا يبطل برد المقر له وتكذيبه بل تخرج العين عن المقر بالاقرار وان لم يتعين مالها فيكون المأجور المالك فكيف تعود الى المقر وتقسم بين الغرماء ويأتي في الاقرار بلطف الله وبركة خير خلقه محمد وآله صلى الله عليه وسلم تحقيق الخال قوله ﴿ ومع عدم القبول اذا فضلت دفعت الى المقر له قطعا بخلاف المبيع فان فيه اشكالا ﴾ أي في دفع المبيع الى المشتري لو فضل عن ديون الغرماء اشكال ينشأ من بطلان التصرفات الواقعة بعد الحجر المصادقة للمال وكونها موقوفة ولا كذلك الاقرار الصادر من المفلس فانه لازم ونافذ عليه قطعا وان لم ينفذ على الغرماء فاذا فضلت العين عن الديون بارتفاع قيمة ونحوها دفعت الى المقر قطعا بلا اشكال قوله ﴿ وكذا الاشكال لو ادعى اجنبي شراء عين في يده منه قبل الحجر وصدقه ﴾ ومثله ما في التذكرة أي وكذا الاشكال في النفوذ على الغرماء وعدمه لو ادعى اجنبي شراء عين في يد المفلس ويحتمل عود ضمير يده للاجنبي فيكون الاجنبي قد ادعى شراءه عينا من المفلس وهي في يد الاجنبي فيصدقه فان في نفوذ ذلك على الغرماء في الصورتين الاشكال ولا كلام في نفوذه في حقه فيجب عليه مثلها او قيمتها اذا قسمت على الغرماء
 قوله ﴿ ولو قال هذا مضاربة لغائب قيل يقر في يده ولو قال لحاضر وصدقه دفع اليه والا قسم ﴾ ونحوه ما في الشرائع والتحرير وقال في (المبسوط) ان أقر بالمال الا أنه قال هو مضاربة فلان فان المقر له لا يخلو من أحد أمرين اما أن يكون غائبا أو حاضرا فان كان غائبا كان القول قول المفلس مع يمينه انه للغائب فاذا حلف أقر المال في يده للغائب ولا حق للغرماء فيه وان كان حاضرا نظر فيه فان صدقه ثبت له لانه اقرار من جائز التصرف وصدقه المقر له فوجب أن يكون لازما وان كذبه بطل اقراره ووجب قسمته بين الغرماء (وفيه) بعد تسليم نفوذ اقراره على الغرماء ان اليمين لم تشرع لاثبات مال الغير ثم انه لا وجه لها مع الاقرار وأما ابقاؤه في يده حيث يسمع اقراره فغير بعيد لاصالة عدم العدوان وهو مكلف رشيد وانما ترفع يده عن ماله لتعلق حق الغرماء به أما مال الغير الذي هو وكيل فيه فلا وجه لرفع يده عنه وأما اذا كان لحاضر فقد واقفه المصنف على ما ذكره وفي (جامع المقاصد) فيه الاشكال المتقدم وان الاصح عدم القبول وان لم يصدقه فقد مر مثله وحكمه حكمه قوله ﴿ ويصير من باعه بعد الحجر بالثمن ان كان عالما ويحتمل في الجاهل بالحجر الضرب والاختصاص

والاختصاص بعين ماله والصبر وكذا القرض ويضرب المجني عليه بعد الحجر بالارش وقيمة المتلف واجرة الكيال والوزان والحمال وما يتعلق بمصلحة الحجر مقدمة على سائر الديون وله الرد بالعيب مع التنبطة لا بدونها وله الفسخ بالخيار والامضاء من غير تقييد (متن)

بعين ماله والصبر ﴿ قد تقدم الكلام في ذلك وانه قوى الاخير في التحرير وقربه في جامع المقاصد وان فخر الاسلام في شرح الارشاد خيره بين الثلاثة وأما العالم فانه يجب عليه الصبر بلا ريب ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا القرض ﴾ أي تحتل فيه الوجوه الثلاثة مع الجهل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويضرب المجني عليه بعد الحجر بالارش وقيمة المتلف ﴾ هذا ما لزمه بنير اختيار المستحق كارش الجناية على نفس كانت أو طرف وعرض التالف اذا كانت على مال مثلا أو قيمة وقد صرح بأنه يضرب فيهما في جامع المقاصد والمسالك واقتصر في الشرائع والارشاد على ذكر الثاني أعني ما اذا تلف مالا (وحجتهم) على الحكم في الامرين أن المجني عليه أو على ماله لم يوجد منه تقصير ولا رضا وانما ثبت حقه بوجه قهري ثبت له استحقاق الضرب فيعيد تكليفه الصبر والانتظار وهذا هو الاطلاق الذي أشرفنا اليه آنفا ومن ثم قبل مثل ذلك في الجاهل الا أن بينهما فرقا وهو أن الجاهل مختار وربما كان جهله مستندا الى تقصيره في البحث عن حال معاملة لان المحجور عليه بشيخ خبره على وجه لا يشبهه الا على المقصر في البحث وهذه الادلة كما ترى لا تدفع ما دل على تعلق حق الغرماء بالاعيان فكأنها صارت لهم ولا مال للمفلس فصار مانع فيه كالوجي الراهن ولا مال له غير المرهون فانه لا يزاحم المجني عليه المرتهن فتأمل ولا تغفل عما سلف آنفا وقد يستدل عليه بمعوم الخبر الدال على الضرب وبما دل على وجوب عوض المتلف وهي أيضا كما ترى ولعله لذلك لم يرجح في التذكرة وتأمل مولانا المقدس الاردبيلي ﴿ قوله ﴾ ﴿ وأجرة الكيال والوزان والحمال وما يتعلق بمصلحة الحجر مقدمة على سائر الديون ﴾ كما في الارشاد وجمع البرهان وفي الاخير ان وجهه ظاهر وهذه العبارة نطقت بأنها في مال المفلس من دون تقييد وفي (الشرائع والتحرير) اذا لم يوجد من يتبرع بالبيع ولا بذلت الاجرة من بيت المال وجب أخذها من المفلس ومقتضي ذلك جواز أخذها من بيت المسال ومعنى عدم بذلها من بيت المال انه اذا لم يكن في بيت المال سعة اما لعدمه أو للاحتياج الى صرفه الى ما هو أهم من ذلك جاز أخذها من مال المفلس وفي (التذكرة) انه مؤنة الاموال كاجرة الوزان والناقد والكيال والحمال والمنادي وأجرة البيت الذي فيه المتاع مقدمة على ديون الغرماء لانها لمصلحة الحجر وايصال ارباب الحقوق حقهم ولو لم تقدم لم يرغب أحد في تلك الاعمال وحصل الضرر للمفلس والغرماء. وهذا كله اذا لم يوجد متطوع بذلك ولا في بيت المال سعة له فان وجد متطوع أو كان في بيت المال سعة لم يصرف مال المفلس اليها وهو يوافق ما في الشرائع والتحرير واستجوده في المسالك وقال في (جامع المقاصد) انه مع وجود بيت المال يشكل المنع من صرف الاجرة من مال المفلس فان ذلك لضرورة وفاء دينه فكيف لا يجوز صرفه من ماله نعم يجوز ذلك قلت وهو كذلك وأما اذا وجد المتطوع فلا شبهة في عدم جواز صرف الاجرة من مال المفلس ﴿ قوله ﴾ ﴿ وله الرد بالعيب مع التنبطة لا بدونها وله الفسخ بالخيار والامضاء من غير تقييد

بشرط الغبطة ويمنع من قبض بعض حقه ولا يمنع من وطئ* مستولده وفي وطئ* غيرهما من آمانه
نظر أقربه المنع فان أحبل فهي أم ولد ولا يبطل حق الغرما* منها مع القصور دونها ولو أقر بمال
وأطلق لم يشارك المقر له لاحتمال كون السبب لا يقتضي الضرب (متن)

بشرط الغبطة ﴿ قد تقدم الكلام فيه في أول المطلب الثاني ﴾ قوله ﴿ ويمنع من قبض بعض
حقه ﴾ وكذا قال في التذكرة وفسر الشهيد العبارة بأنه يمنع عن قبض البعض عن الكل وهو معنى
قوله في الارشاد والتحرير ليس له قبض دون حقه أي صفة كان أو مقدارا وقيد العبارة في جامع المقاصد
بما اذا لم يلزم قبض البعض اذا بذله من عليه قال فلو كان عن اتلاف مال كان له قبض البعض ولو كان
عوضا في بيع لم يكن له ذلك لأن فيه اسقاطا لحق يتعلق بالمال فيمنع منه لانه تصرف مبتدأ انتهى
فليتأمل فيه ولا ريب أن المفلس لا يمنع من قبض ماله وانما يمنع من التصرف فيه لانه ليس بسفيه فلا بد
أن يراد من العبارة ما فهمه الشهيد وفرقه في جامع المقاصد بين ما كان عن اتلاف وما كان عوضا في بيع
لم يتضح لنا وجهه لان كلا منهما دين لا يجوز له اسقاطه لانه ممنوع من الاسقاط بعوض فبغير العوض
الموضوع أولى كما نص عليه في مواضع من التذكرة كما لم يتضح لنا وجه التقييد أيضا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا
يمنع من وطئ* مستولده ﴾ كما نص عليه في التذكرة لان الحجر لا يتعلق بها لانها لا تباع الا اذا كانت
قد رهنتم قبل الاستيلاء أو كان ثمنها ديناً على مولاها ولا وجه له سواها وأما بيعها في غير ذلك من تمام العشرين
موضعا فلا يتعلق لاكثرها بما نحن فيه والقول بوجود مؤاجرتها لا يستلزم الحجر بها اذ ذلك متعلق ببعض المنافع
لكن المصنف سيتردد فيما يأتي من الكتاب في بيعها من غير رهن قال وهل تباع أم ولده من غير رهن
نظر فان منعناه في مؤاجرتها نظر وهذا النظر ينافي الجزم بجواز وطئ* المفلس أم ولده وتردده في وطئ*
غيرها من الاما* ويأتي تمام الكلام بلطف الله تعالى وبركة خير خلقه محمد وآله صلى الله عليه وسلم
﴿ قوله ﴾ ﴿ وفي وطئ* غيرها من آمانه نظر أقربه المنع ﴾ كما في التذكرة وهو الاصح كما في
جامع المقاصد ولم يرجح في الايضاح وينشأ النظر من أنه تصرف معرض للاتلاف لجواز موتها
في الطلق أو نقصان قيمتها ومن أنه لا يقتضي اخراج ملك وبهذا التقرير يتضح وجه النظر ولا
حاجة بنا الى ما في جامع المقاصد من توجيه الاول بمنعه من التصرف في أمواله بالحجر وانه معرض
للاتلاف بالاحبال فاورد عليه بانه لا يتم الا اذا أبطنا حق الغرما* بالاحبال وسيأتي انه لا يبطل ويضم
من كلامهم في المقام ان التصرف الذي لا يضر بحقوق الغرما* في الحال ولا في المسأل لا يمنع منه
المحجور عليه ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان أحبل فهي أم ولد ولا يبطل حق الغرما* منها مع القصور دونها ﴾
هذا عين عبارة التذكرة وقضية قوله فهما مع القصور دونها أنها تؤخر في البيع لئلا يبطل حق
الاستيلاء من غير موجب ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أقر بمال وأطلق لم يشارك المقر له لاحتمال كون
السبب لا يقتضي الضرب ﴾ معنى الاطلاق انه لم يسنده الى ما قبل الحجر ولا الى ما بعده ولا الى
اتلاف ولا الى غيره والوجه في عدم مشاركته حينئذ احتمال كونه بعد الحجر لاعن اتلاف وأصل عدم
المشاركة وأصل تاخره مع جهل تاريخه كما هو المفروض والا وجبت مطابته بالبيان يقضيان بتعين
هذا الاحتمال وقد يكون من صور الاطلاق ما اذا اسنده الى اتلاف ولم يبين انه قبل الحجر أو بعده
أو أسنده الى بعد الحجر ولم يبين انه عن اتلاف وغيره الى غير ذلك فليتأمل وهذا مبني على أن

ولو أقام شاهداً بدين حلف عنه وجعل في سائر أمواله فإن نكل ففي أحلاف الغرما، اشكال وكذا لو كان الدين لميت ونكل الوارث ويمتعه صاحب الدين الحال من السفر قبل الإيفاء (متن)

الاقرار بما أسنده الى سبب قبل الحجر أو اتلاف مطلقاً ماض على الغرما. ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أقام شاهداً بدين حلف معه وجعل في سائر أمواله فإن نكل ففي أحلاف الغرما، اشكال ﴾ لانعلم خلافاً في أنه للمفلس المحجور عليه الدعوى كما في (التذكرة) فلو أقام شاهداً واحداً بدعواه فإن حلف مع شاهده جاز واستحق به المال وتعلق به حق الغرما. وقد صرح بذلك في المبسوط والشرائع والتحرير والتذكرة والارشاد وغيرها ووجه واضح وإن امتنع لم يجبره الحاكم على اليمين لانا لانعلم صدق الشاهد ولو علمناه ثبت الحق بشهادته من غير يمين فلا يجبره على الحلف على مالا نعلم صدقه وأيضاً فالخلف تكسب وهو غير واجب عليه فلو نكل لم يخلف الغرما مع الشاهد كما هو خيرة المبسوط والشرائع والتحرير والارشاد والتذكرة والايضاح وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان وهو مذهب الاكثر كما في المسالك وفي (مجمع البرهان) كأنه يجمع عليه وفي (التذكرة) لم يخلف الغرما مع الشاهد عندنا وفي (جامع المقاصد) الاجماع على امتناع اليمين لاثبات مال الغير والقول بالجواز لابي علي لانه يعود النفع اليهم ويستحقون المطالبة فهو مال لهم بالقوة القرينة (وفيه) انه لا يخرج بذلك عن كونه مال الغير وقيل ان فيه اشكالا آخر وهو ان كل واحد منهم ان حلف على مجموع المال كان خلفاً لاثبات مال لغيره وهو باقي الغرما وهو ممتنع أيضاً زيادة على ما تقدم وان حلف على بعضه وهو القدر الذي يصيبه بالتقسيم لم يثبت له أجمع بل يثبت له بعضه (وفيه) ان لابي علي أن يقول انا نختار الاول ولا يستلزم ذلك اثبات باقي الدين لباقي الغرما لانا نقول انما يثبت بذلك استحقاقه الا أن تقول انه يتضمن اثبات مال الغير أيضاً لان استحقاقه حصته فرع على ثبوت جميع الدين في ذمة المدين وان لم يثبت بذلك استحقاق باقي الغرما. فامل (ثم ان) الشهيد ذكر ان أقسام الخالف لمال الغير ثلاثة (الاول) أن لا يكون للحالف فيه حق فلا يصح حلفه اجماعاً (الثاني) أن يكون للحالف حق ولغيره حق لكن حق الخالف مقدم كما نحن فيه وكالمترهن وخلاف أبي علي في هذا القسم (الثالث) أن يكون للحالف حق ولغيره حق ولكن حق الغير مقدم كالزاهن ومالك الجاني فهذا يخلف ويثبت حق غيره وهو جائز اجماعاً قال والوسيلة في جواز حلف الغرما اذا علموا امتناع الوارث أو المفلس أن يقولوا المال اليهم بعقد شرعي يعلم به الشاهد ثم يشهد ويخلفون انتهى فليتأمل فيه جيداً ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا لو كان الدين لميت ونكل الوارث ﴾ أي وكذا يجزي الاشكال لو كان الدين لميت له غرما ونكل الوارث لكن قال الشهيد لو كان الدين لميت وامتنع الورثة من اليمين جاز للغرما أن يخلفوا على الاقوى كذا في الحواشي ولعله لان نكول المفلس يورث دينه ظاهرة ولا كذلك الوارث لانه قد يخفى الحق عليه ولا يخفى على الغرما وان غرما الميت آيسون من حلفه فمكثوا من اليمين ولا كذلك غرما المفلس فامل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويمتعه صاحب الدين الحال من السفر قبل الإيفاء ﴾ الوجه فيه ان أداء الدين الحال مع المطالبة والتمكن من الاداء واجب على الفور فله المنع من كل ما ينافيه والحكم مما لا ريب فيه وليس هذا في الحقيقة منعا من السفر كما يتم السيد عبده والزوج زوجته بل هو شغل له عن السفر يرفعه الى الحاكم ومطالبته حتى يوفي الحق وجسه ان ماطل والضمير في يمينه راجع أما الى

لا المؤجل ولا يطالبه بكفيل ولا اشهاد وان كان الدين يحل قبل الرجوع ولا يمنع المالك من السفر معه ليطالبه عند الاجل لكن لا يلازمه ملازمة الرقيب ﴿المطلب الثالث﴾ في بيع ماله وقسمته ينبغي للحاكم المبادرة الى بيع ماله لئلا تطول مدة الحجر (متن)

المديون بدلالة صاحب الدين عليه أو بدلالة المفلس عليه لانه مثله على حد قوله جل شأنه وما يعسر من معسر ولا ينقص من عمره أي من عمر آخر لامتناع النقص في عمر من زيد في عمره بالتعسير ﴿قوله﴾ ﴿لا المؤجل ولا يطالبه بكفيل ولا اشهاد وان كان الدين يحل قبل الرجوع﴾ اذا كان الدين مؤجلا لا يمنع منه سواه كان السفر نحوفا أم لا خلف وفاقا أم لا اذ ليس له مطالبته في الحال بالحق فليس له أيضا مطالبته برهن ولا كفيل لانه ليس له مطالبته بالحق فكيف تكون له المطالبة بالرهن والكفيل وهو المفروض في حفظ نفسه حيث رضي بالتأجيل من دون رهن ولا كفيل وقد حكم هنا بأنه ليس له المطالبة بالاشهاد لاصالة العدم ولان الامر في قوله جلت عظمته واستشهدوا شهيدين للارشاد ومثل ما قلناه سابقا حيث رضي بدون اشهاد وقرب في التذكرة انه له ذلك وفي (جامع المقاصد) انه الظاهر لان في ترك الاشهاد ضررا بينا فهو منفي بالآية والحديث (وفيه) انه هو الذي أدخله على نفسه ولعموم قوله واستشهدوا فيشمل ابتداء الادانة واستدامتها ومتى توجه الامر بالاشهاد الى صاحب الدين فلا بد من ايجاب ذلك على المديون والا لم تكمل فائدة الامر (وفيه) انا اذا قلنا ان الامر للارشاد كما عليه الاصحاب لم يتجه ذلك قال ولان حقية الدين ثابتة أما المنفي استحقاق المطالبة قبل الاجل فكل ما تفرع على استحقاق الاخذ من الرهن والكفيل لا يجب بخلاف ما كان مرتبا على أصل الدين وهو الاشهاد (وفيه) ان هذه التفرقة غير واضحة ولا فرق بين ان يكون الاجل قليلا أو كثيرا ولا بين أن يكون السفر طويلا أو قصيرا فلو بقي من الاجل نصف نهار ثم أراد انشاء سفر طويل في أوله لم يكن لصاحب الدين منعه كما في (التذكرة وجامع المقاصد) والمخالف في ذلك بعض الشافعية ومالك ﴿قوله﴾ ﴿ولا يمنع المالك من السفر معه ليطالبه عند الاجل لكن لا يلازمه ملازمة الرقيب﴾ لما فيه من الاضرار والاستخفاف من غير استحقاق قال في (التذكرة) اذا ثبت هذا فانه اذا حل الاجل وهو في السفر ويمكن من الاداء وجب عليه اما برجوعه أو بانفاذ وكيله أو بعث رسالة أو بغيره من الوجوه قال في (جامع المقاصد) هذا ناظر الى عدم وجوب الاداء في غير بلد الدين وقد حققنا الحال في باب البيع وباب الدين وهذه المسائل من أحكام الدين استطراد لما هنا للمشاكلة ﴿المطلب الثالث﴾ في بيع ماله وقسمته ﴿قوله﴾ ﴿ينبغي للحاكم المبادرة الى بيع ماله لئلا تطول مدة الحجر﴾ هذا الحكم لم يتعرض له أحد قبل المصنف فيما أجد وظاهره هنا أو صريحه الاستحباب كما هو صريح التذكرة وقال في (التحرير) على الحاكم أن يبادر الى بيع ماله وقسمته وظاهره الوجوب وقد علمه هنا بما سمعت وزاد في التذكرة خوف التلف وقال في (جامع المقاصد) ان تعليل الكتاب يرشد الى الوجوب فان المنع من التصرفات بالحجر على خلاف الاصل فيجب الاقتصار فيه على قدر الحاجة قال والوجوب أظهر وان عبارة الكتاب تحتل الامرين وان كانت أظهر في الاستحباب الا أن التعليل يرشد الى الوجوب (قلت) قد عرفت ما في التذكرة من التصريح بالاستحباب مع التعليل المذكور وزيادة الاصل بمعانيه الثلاثة يدفع الوجوب وقال في (التذكرة) ولا يفرض في الاستعمال كيلا يطمع فيه المشترون

واحضار كل متاع الى سوقه واحضار الغرماء والبدأة بالمخوف تلفه ثم بالرهن (متن)

بشئ بخش واستحسنه في (جامع المقاصد) ﴿ قوله ﴾ ﴿ واحضار كل متاع الى سوقه ﴾ أي ان ذلك مستحب كما في المبسوط والشرائع والتحرير والارشاد وغيرها وفي (المسالك وجمع البرهان) أطلق الجماعة الاستحباب وظاهر اللمعة الوجوب وبه جزم في (الروضة) مع رجاء زيادة القيمة وفي (المسالك) انه حينئذ أولى واستحبه فيه اذا وثق بانتفاء الزيادة اذا باعه في غير سوقه ونفى عنه أي الوجوب البعد في جامع المقاصد الا أن يقطع بانتفاء الزيادة باحضاره في سوقه وفي (جمع البرهان) ان المناسب حينئذ الوجوب (قلت) والاصل ينفي ذلك والوجوب يحتاج الى دليل الا أن يقطع بنقصان القيمة اذا بيع في غير سوقه لانه لا يزد عن مال العطل وقد قالوا انه لا يجب عليه أكثر من مراعاة المصلحة بمعنى عدم التقيصه ومنهم صاحب (جامع المقاصد) وانه لا يجب عليه تخري الاصلح وما فيه الغبطة وهذا نافع في هذا الباب وفي (المبسوط والتذكرة) انه ان باعه في غير سوقه بشئ مثله كان جائزا لان المقصود قد حصل وفي (جامع المقاصد) لو شق نقله الى سوقه نودي عليه فيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ واحضار الغرماء ﴾ أي يستحب ذلك كما في المبسوط والشرائع والتحرير والارشاد والمسالك وجمع البرهان لانه يباع لهم فربما رغبوا في بعض المتاع فزادوا فيكون أوفر للثمن وأبعد للتبسة وظاهر المبسوط وجوب احضار الغريم وفي (التذكرة والتحرير) صرح باستحباب احضاره او وكيله وفي (جامع المقاصد) انه لورجى بحضورهم زيادة نفع وجب واحتمله في (المسالك) وينبغي احضار المفلس وقد ذكر في التذكرة لحضور المفلس فوائد وهي انه أخبر بمتاعه وأعرف بجيده من رديه وثمنه ويعرف المغيب من غيره ولانه تكثر الرغبة بحضوره فان شراء المال من مالكة أحب الى المشتري ولانه أبعد عن التهمة وأطيب لقلب المفلس ويلتعل على المغيب ان كان فيباع على وجه لا يرد ومثل هذا في الرهن قال وليس ذلك واجبا فيها ﴿ قوله ﴾ ﴿ والبدئة بالمخوف تلفه ﴾ أي يستحب كما في المبسوط والشرائع والتحرير وظاهر الارشاد والتذكرة الوجوب وهو صريح جامع المقاصد والمسالك وجمع البرهان بل في الاول انه لا ريب في وجوبه لوجوب الاحتياط على الامناء والوكلاء فالحاكم أولى فان تصرفه قهري فلا يجوز له تعريض مال من حجر عليه لتلف فيبيع الفاكهة والطعام ونحوهما اولا (قلت) لعل من جعل ذلك من المستحب اعتبر احتمال التلف كغيره لا ظن التلف والعلم به قيل يعمه فانه حينئذ تجب المبادرة ويمكن ان يقال ان كون الشيء مخوفا تلفه في نفسه لا يقتضي حصول خوف في الوقت فلا يلزم وجوب المبادرة اليه لان ذلك اما هو عند خوف التلف ولا يلزم من كون الشيء مخوف التلف باعتبار شأنه من جنسه ان يكون مخوف التلف في وقته ﴿ قوله ﴾ ﴿ ثم بالرهن ﴾ البدوة بالرهن بعد المخوف تلفه خيرة المبسوط والشرائع والتحرير والارشاد على ما اختير فيها من وجوب وتندب الا ان وجوب تقديم الرهن على غيره كما هو ظاهر الارشاد وصريح جامع المقاصد غير ظاهر وجهه على التقديرين انه ربما زادت قيمته على دين المرتهن فيضم الباقي الى مال المفلس وربما نقصت فيضرب المرتهن بباقي دينه مع باقي الغرماء وهذا قد يعلم قبل القسمة فيناسب الاستحباب وظاهر التذكرة وجوب تقديم ما يخشى تلفه واستحباب البدئة ببيع الرهن وتقديمه على غيره (قال مستلة) ينبغي للحاكم ان يبدئ ببيع الرهن الى آخره (ثم قال) مستلة ويقدم ببيع ما يخاف عليه الفساد ثم الحيوان لحاجته الى النفقة وكونه

والجاني والتعويل على مناد مرضي عند الغرماء والمفلس فان تعاسروا عين الحاكم وأجرته على
المفلس ولا يسلم المبيع قبل قبض الثمن بل متأخراً أو معا (متن)

عرضة للهلاك ثم سائر المقولات فقوله في المسالك وهذا التقديم يناسب الاستحباب اي تقديم الزهن
على غيره لان الغرض معرفة الزائد والناقص وهو يحصل قبل القسمة وفي (التذكرة) قدمه أي الزهن على
بيع المحوف وما هنا أي الشرائع أولى غير جيد اذ قد عرفت ما في التذكرة وانه ليس فيها الا التقديم
بحسب الذكر لا التقديم بالفعل ﴿قوله﴾ ﴿والجاني﴾ جعل بيع الجاني بعد الزهن كما في المبسوط
والتذكرة والتحرير والمسالك لان العبد الجاني في حكم الزهن لتعلق حق المحني عليه برقبته واختصاصه
به وربما فضل منه فضله كالزهن ويفارقه بأنه لو قصر عن ارش الجناية لم يستحق المحني عليه الزائد
لان حقه لم يتعلق بالذمة بل بالعين بخلاف الزهن فانه متعلق بهما وفي (جامع المقاصد) ان هذا الحكم
كسابقة ينبغي أن يكون على سبيل الوجوب وجعل في المبسوط والتذكرة وكذا التحرير والمسالك بيع
الحيوان بعد بيع الجاني ونفى عنه البعد في جامع المقاصد لحاجته الى النفقة وكونه عرضة للهلاك وقال في
(التذكرة) ثم سائر المقولات لان التلف اليها أسرع من العقارات لانها لا يحمى عليها التلف ولا السرقة
﴿قوله﴾ ﴿والتعويل على مناد مرضي عند الغرماء والمفلس﴾ أي ينبغي ذلك كما في الشرائع
والتذكرة والتحرير والارشاد وقال في (المبسوط) اذا اراد الحاكم بيع متاع المفلس يقول للمفلس
والغرماء ارتضوا بمتاد ينادي ويكون ثقة صادقاً لان الحاكم لا يتولى ذلك ولا يكلف الغرماء ان يتولوا
ذلك فان اتفقوا على رجل نظر الحاكم فان كان ثقة امضاه وان كان غير ثقة رده لانه يتعلق بنظره
فكلامه محتمل للوجوب والتدب والوجوب اظهر وفي (جامع المقاصد) هذا الحكم ينبغي ان يكون
على طريق الوجوب لان الحق في ذلك للمفلس فانه ماله والغرماء لانهم استحقوا صرفه اليهم بدينهم
(قلت) بل قد يقال انه ينبغي ان يكون على سبيل الاستحباب لان الحاكم بمجرد على المكلف اسقط
اعتباره وكان كوكيله وحق الغرماء الاستيفاء من القيمة وهي حاصلة بنظر الحاكم والحاصل انه يفوض
اليهم التعيين كما قال هو في (جامع المقاصد) قال فان اتفقوا عليه وكان مرضياً أي ثقة امضاه الحاكم
والارده وعين مرضياً (قلت) هذا في الحقيقة لا يخرج عن تعيين الحاكم وفي (التذكرة وجامع المقاصد)
وليس ذلك كالزاهن والمرتهن اذا اتفقا على غير ثقة لبيع الزهن اذ لا نظر للحاكم معها بخلاف ما هنا
فان للحاكم نظراً في مال المفلس اذا الحجر بحكمه وربما ظهر غريم فيتعلق حقه ﴿قوله﴾ ﴿فان
تعاسروا عين الحاكم﴾ كما في الشرائع قال في (المبسوط) وان اختلفوا فاختار المفلس رجلاً والغرماء
آخر نظر الحاكم فان كان احدهما ثقة والآخر غير ثقة امضى الثقة وقبله وأن كانا ثقتين الا ان احدهما
بغير اجرة قبله وامضاه وان كانوا جميعاً باجرة قبل أو ثقبها وأصلحهما لبيع وزاد في التذكرة أنها ان
كانا متطوعين ضم احدهما الى الآخر لانه احوط قال في (جامع المقاصد) بمدق كل كلام التذكرة ومن
هنا يعلم أن عبارة الكتاب تحتاج الى تنقيح (قلت) قوله أن تعاسروا عين الحاكم محور متفتح لانهما ان
كانا متطوعين ثقتين عارفين وتعاسروا فلا ريب أنه يعين الحاكم والغرماء أيضاً من تعيين الحاكم
﴿قوله﴾ ﴿واجرنه على المفلس﴾ تقدم الكلام فيه ﴿قوله﴾ ﴿ولا يسلم المبيع قبل قبض
الثمن بل متأخراً أو معا﴾ هذا معنى قوله في الشرائع ولا يجوز تسليم مال المفلس الا مع قبض الثمن

وانما يبيع بثمن المثل بتقد البلد حالا فان خالف جنس الحق صرف اليه ثم الثمن على نسبة الدينون الحالة خاصة ولا يكلف الغرماء حجة على انتفاء غيرهم بل يكفي باشاعة حاله بحيث لو كان لظهر (متن)

فان تعاسرا تقابضا معا وفي (التحرير) لا يدفع الى من اشترى شيئا حتى يقبض الثمن فان امتنع المشتري اجبر على التسليم والاخذ (قلت) الاقسام أربعة لاسيلا الى جبر البائع على التسليم أولا لان من يتصرف للغير لا بد وان محتاط فان خالف الواجب وسلم المبيع قبل قبض الثمن ضمن وان لم يكن كذلك في (المبسوط) ان هذا أولى بعد أن صحح انهما يجبر ان كما استمع ولا سبيل الى عدم جبرهما لتعلق حق الغرماء بالثمن وهو حال فلا سبيل الى تأخير بل لو رضي المفسل والغرماء بالتأخير لم يكن للحاكم أن يرضى بذلك على احتمال لا مكان ظهور غريم آخر فدينه يتعلق بالمال فتعين أحد التسمين الاخرين وهو اما أن يجبر المشتري على التسليم أو يجبران معا وهو خيرة المبسوط في اول كلامه والمختلف قد اختلف كلام المبسوط كما قال في المختلف من دون قادم عهد وقد تجشم الجمع والتأويل وقد يحتمل احتمال آخر وهو ان يجبر على التسليم الى عدل وما يقبضه الحاكم من ائمان المبيع من اموال المفسل على التدريج فان كان الغريم واحدا سلم اليه من غير تأخير وكذا ان امكنت قسمته بسرعه لم يؤخر وان كان يعسر قسمته لقلته وكثرة الدينون فله ان يؤخر ليجتمع فان امتنعوا من التأخير قسم عليهم ويأتي في كلام المصنف ما اذا اقتضت المصلحة تأخير القسمة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وانما يبيع بثمن المثل بتقد البلد حالا ﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد ووجهه واضح لما في النقصان عن ثمن المثل من الضرر في ذلك الزمان والمكان بل يباع بثمن المثل فصاعدا ان امكن من دون سمي بل قال في (التذكرة) لو كان بقرب بلد ملك المفسل بلد فيه قوم يشتررون العقار في بلد المفسل افند الحاكم اليهم ليتوفروا ثمن على المفسل وخص العقار بالذكر لانه ونحوه مما يرحل اليه ولا يستهجن الانفاذ بسببه والا فما كان الناس ليرحلوا من بلد الى بلد لشراء اثاث البيت ونحوه من طعام وغيره فلا وجه لقوله في جامع المقاصد لا وجه لتخصيص العقار بل وكذا غيره وقال في (التذكرة) ويبيع بتقد البلد وان كان من غير جنس حق الغرماء ومعناه انه لا يبيع الا بتقد البلد لانه اوفر ولان التصرف على الغير يراعى فيه المتعارف واما كونه حالا فلانه قد تقدم انه يجب قبض الثمن أولا ولما في ادامة الحجر من الضرر ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان خالف جنس الحق صرف اليه ﴾ قال في (التذكرة) ان كان الثمن من جنس مال الغرماء دفع اليهم وان كان من غير جنسه فان لم يرضى المستحقون الا بجنس حقهم صرف الى جنس حقهم ووجهه ان ذلك معاوضة لا تجوز الا مع التراضي فان رضوا جاز صرفه اليهم برضا المفسل وفي (التحرير) فان كان من غير جنس الحق دفع الى الغرماء بالقسمة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ثم يقسم الثمن على نسبة الدينون الحالة خاصة ولا يكلف الغرماء حجة على انتفاء غيرهم بل يكفي باشاعة حاله بحيث لو كان لظهر ﴾ قال في (التذكرة) اذا طلب ارباب الدينون القسمة عليهم لم يكلفهم الحاكم اقامة البيعة على انه لا غريم سواهم ويكتفي الحاكم في ذلك بالاعلان والاشهاد بالحجر عليه اذ لو كان هناك غريم لظهر ومطالب بحقه ولا فرق بين القسمة على الغرماء والقسمة على الورثة الا ان الورثة يحتاجون الى اقامة البيعة على ان لا وارث غيرهم بخلاف الغرماء والفرق ان الورثة اضبط من الغرماء وهذه شهادة على النفي يعسر

ولو اقتضت المصلحة تأخير القسمة جعل في ذمة ملي احتياطاً فان تعذر اودع ولا تباع دار السكنى ولا خادمه ويبيع فاضلها ويجري عليه نفقته مدة الحجر ونفقة من يجب عليه نفقته بالمروف وكسوته جاري عادة امثاله الى يوم القسمة فيعطى نفقتهم ذلك اليوم خاصة (متن)

تحصيلها ومدركها فلا يلزم من اعتبارها حيث كان الضبط أسهل اعتبارها حيث كان أعمس انتهى وفيه تأمل كما في جمع البرهان بل ينبغي عدم التأخير في الورثة والغرما. الامع المظنة للأصل وعدم جواز منع الناس عن حقوقهم ﴿ قوله ﴾ (ولو اقتضت المصلحة تأخير القسمة جعل في ذمة ملي احتياطاً فان تعذر اودع) كما في المبسوط والتذكرة لكنه قال في (التذكرة) انه أولى وكأنه واقفه صاحب جامع المقاصد وينبغي ان يقولوا مع الرهن كما تقدم مثله في باب الدين وينبغي أن يذكروا بيعه أيضاً وقد يكون مراداً من العبارة وظاهر الشرائع التوقف في جعله في ذمة ولي حيث نسه الى التوقف ووجهه أي التوقف أن وظيفة الحاكم في الاموال التي يلبها انما هو الايداع كما هو الشأن في اموال اليتامى وغيرهم من أمره أشد من مال المفلس فينبغي أن يجوز الاقتصار على الوديعة وفرق بينهما في التذكرة فرقا حكاه عن بعض أصحاب الشافعي وهو أن مال الصبي معد لمصلحه نظيره من شراء تجارة أو عقار وقرضه قد يتعذر معه المبادرة الى ذلك ومال المفلس معد للغرما خاصة فافترقا انتهى فتأمل ولا يجوز تأجيل القرض بسبب بتقصيه من اشترط في بيع ونحوه كما في التذكرة وجامع المقاصد وقال في (التذكرة) وينبغي ان يودع من ترنضيه الغرما فان اختلفوا أو عينوا من ليس بعدل لم يلتفت الحاكم وعين من أراد من الثقات ولا يودع من ليس بعدل والمحقق الثاني والشهيد الثاني على انه ينبغي اعتبار رضا المفلس أيضاً ﴿ قوله ﴾ (ولا تباع دار السكنى ولا خادمه ويبيع فاضلها) قد حكي الاجماع في المبسوط والغنية على انه لا تباع دار سكناه ولا خادمه الذي يخدمه وهو أي الاجماع صريح التذكرة في الاول أي الدار وظاهرهما في الخادم وزاد في الغنية الاجماع على عدم بيع دابته التي يجاهد عليها وقد جزم هنا بأنه يباع فاضلها وهو الذي كان برويه محمد بن الحسن بن الوليد وبه جزم في الروضة ومنع في التذكرة من بيع الدار والخادم وتكليفه شراء ادون منها للأصل وعموم النهي عن بيع هذه الاشياء وقال ان كان في سكناه فضله يستغنى عنها وجب بيع تلك الفضلة وواقفه على هذا جماعة منهم صاحب الجامع وقد تقدم الكلام في ذلك كله مستوفى في باب الدين وقد يكون أراد بالفاضل هنا ما يخص العين فيوافق التذكرة وما يعم باعتبار العين والقيمة فيوافق ما رواه ابن الوليد رضي الله عنه فاذا كانت الدار واسعة يكتفى ببعضها أو فنيسه يكفيه دار بقيمة بعضها أو الخادم متعدداً أو نسبياً كذلك وجب البيع والاقتصار على ما يكفي وكذلك الشأن في فرسه وتام الكلام في باب الدين ﴿ قوله ﴾ (ويجري عليه نفقته مدة الحجر ونفقة من يجب عليه نفقته بالمروف وكسوته جاري عادة امثاله الى يوم القسمة فيعطى نفقتهم ذلك اليوم خاصة) لانه مؤسر في أول ذلك اليوم ولا يزيد على ذلك لانه لا ضبط بعده هذا اذا لم يكن له كسب يصرف الى هذه الجهات فان كان ذا صنعة تكفيه لذلك أو كان يقدر على تكسب ذلك لم يترك له شيء وقد نص على ذلك في التذكرة ولا ينافيه قولهم لا يجب عليه التكسب كقبول الهبة والوصية والصدقة لان هذا لا يجب للغرما لا للنفقة فتأمل وهل ينفق على الزوجات نفقة المعسرين أو المؤسرين قرب في التذكرة الاول واحتمل الثاني

ولو اتفقت القسمة في طريق سفره فالاقرب الاجراء الى يوم وصوله ويقدم كفته الواجب فان ظهر بعد القسمة غريم رجع على كل واحد بحصة يقتضيها الحساب ويحتمل النقض (متن)

ولعل الدليل على جميع ما ذكر في المتن الاجماع كما يفهم من ظاهر كلامهم كما في مجمع البرهان ويمكن فهم ذلك كله من الرواية الدالة على استثناء المسكن بمفهوم الموافقة أو تنقيح المناط وأطلق الاهل في الارشاد ولم يقيدهم بمن نجب نفقتهم وقد تقدم الكلام في ذلك كله أيضا وبيننا أنهم قالوا في باب الدين انه يستثنى له قوت يوم و ليلة له ولعاليه وهذا يخالف ما هنا من أنه يعطى نفقة ذلك اليوم خاصة وكان الجمع ممكن وقوله بالمعروف قيد في النفقة كما ان قوله جار ي عاده قيد في الكسوة كما هو المتعارف في لسان أهل العرف والمراد العادة في الشرف والضعفة على الظاهر فلا يعني أحدهما عن الآخر كما ظنه في جامع المقاصد وقد يراد بالمعروف الاقتصاد ويكون الغرض المنع من التوسعة التي هي فوق الاقتصاد وان لم تمد اسرافا كما تقدم مثله في باب الدين ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو اتفقت القسمة في طريق سفره فالاقرب الاجراء الى يوم وصوله ﴾ كما في الايضاح وجامع المقاصد وقد استضعفا العدم لمكان الاضرار المؤدي الى الهلاك أو المشقة العظيمة لولاه وظاهر العبارة أن المراد وصوله الى منزله وفي (جامع المقاصد) انه مستقيم ان لم يكن دونه موضع آخر فان كان دونه بلد آخر نفى الاجراء الى وطنه المألوف اشكال ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويقدم كفته الواجب ﴾ اجماعا كما في جامع المقاصد وظاهر مجمع البرهان ويدل عليه صحيحة زرارة ورواية اسماعيل بن أبي زياد قالوا كما في الكفاية ويقتصر على الواجب والرواية مطلقة وفي (التذكرة) بأنه لا يجوز أن يكفن بأزيد الا باذن الغرماء وصرح جماعة بأنه يقدم كفن من نجب نفقته ممن يجب تكفينه عليه قبل الافلاس قالوا ويعتبر فيه الوسط مما يليق به عادة ولا يقتصر على الادون مع احتمال به قطع في البيان وقالوا وكذا نستثنى مؤنة التجهيز من سدر وكافور وما وغيرها كالمكان اذا احتاج الى الاجرة ونظام الكلام في باب الطهارة ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان ظهر بعد القسمة غريم رجع على كل واحد بحصة يقتضيها الحساب ويحتمل النقض ﴾ الاحتمال الاول خيرة الايضاح وجامع المقاصد والاحتمال الثاني خيرة المبسوط والشرايع والتذكرة والارشاد والتحرير والمسالك (حجة) الاول ان كل واحد منهم قد ملك ما هو قدر نصيبه بالاقباض الصادر من أهله في محله فلا يجوز النقض لانه يقتضي ابطال الملك السابق أما الحصة الزائدة على قدر نصيبه باعتبار الغريم الظاهر فانها غير مملوكة له فاستعاد وأنت خير بأن الملك كان مبنيا على الظاهر من المحصار الحق فيهم وقد تبين خلافه ولا فرق في نفس الامر بين سائر غرمائه وهذه وان لم تكن شركة حقيقية لكن الايقان مشروط ببسط المسال على نسبة ديون سائر الغرماء أقصى ما هناك انه لم يكن في أول الامر سوامم في الظاهر فصحت ظاهرا فلما ظهر المشارك في الاستيفاء لم تصح القسمة الاولى وحصة الغريم مشاعة في جميع المال وقد قسم بغير اذنه فلا تصح القسمة من رأس فكان الشأن فيه كما لو اقسام الشركاء ثم ظهر شريك آخر (وما ذكر) تظهر حجة القول الآخر وتنقيح البحث أن يقال اذا ظهر غريم بعد القسمة فاما أن يطالب بعين من مال بأن يكون قد باعه مبيعا وعينه قائمة في أموال المفلس فان له أن يرجع في تلك العين أو يطالب بدين في الذمة وعلى الاول فاما أن تكون تلك العين قد صارت بالقسمة في حصة بعض الغرماء أو صارت للغرماء جميعا بالسوية فهي في أيديهم جميعا أو في يد أجنبي بأن يكون قد باعها

فني الشركة في التمام المتجدد اشكال (متن)

الحاكم وقسم قيمتها على الغرماء فهنا أربع صور فني صورتني ما إذا كانت عيننا واخصص بها بعض الغرماء أو باعها الحاكم لاسبيل الا بنقض القسمة لان العين اذا انتزعت من أحدها وردت الى البائع فبي الآخر بغير حق وأما في صورتني ما اذا كان الطلب ديناً أو عيناً ولكنتها في يد جميع الغرماء بالسوية فبها الخلاف والظاهر التقض وجعل في الايضاح منشأ الاحتمالين أنها هل هي قسمة حقيقية أو قضاء دين قال ومبنى ذلك على أن الدين هل يتعلق بالتركة تعلق الدين بالزهن أو الجنابة بركة العبد فان قلنا بالاول كان قضاء فيرجع بحصة يقتضيا الحساب لانه يكون بمنزلة صاحب الدين اذا أخذ أكثر مما يستحقه فيرجع عليه بالزائد وان قلنا بالثاني فهي قسمة حقيقية فتبطل لانها قسمة الكل بين بعض المستحقين وهو كما ترى لم يتضح لنا وجهه ولا سيما الشق الثاني لانه لا يلزم من كون تعلقه بها كتعلق الارش ثبوت القسمة حقيقة التي هي فرع الشركة الحقيقية والمجني عليه لا يملك الجنابي ولا شيئاً منه بمجرد الجنابة وان استحق ذلك اذا كانت غير عمد أو كانت عمداً على الصحيح وتظهر فائدة القولين في التمام المتجدد بعد القسمة فعلى النقص لاشركة بل الاصل والتمام باق على ملك المفلس فيقسم الجميع بين الغرماء وعلى الرجوع بالحصة التمام مشترك بين المفلس والغرماء على نسبة المملوك بالنقص فاذا كان دين الغريم الظاهر بقدر عشر مجموع الديون كلها بعد اعتباره معها مثلاً ملك كل واحد من القابضين تسعة أعشار المقبوض فيملك تسعة أعشار التمام ويبقى عشر المقبوض وعشر التمام على ملك المفلس فيجمع الجميع ويدفع الحصة الى الغريم ويقسم ماؤها بين الجميع كما سئمت تمام الكلام عند بيان الاشكال في كلام المصنف وتظهر أيضاً فيما اذا تصرف واحد في مقدار نصيبه فعلى الاول يمضي وعلى الثاني يجب بدله وتظهر أيضاً في وجوب الزكاة اذا بلغ النصيب التصاب واجتمعت الشروط على الاول دون الثاني وفيما اذا زادت القيمة الآن فعلى التقض تصرف الزيادة في باقي الديون والا أخذ ما يصيبه من القسمة الاولى وفيما اذا أتلف أحدهم ما أخذه وكان معسراً لا يمكن الرجوع عليه بشئ فان قلنا بالاول أي الحصة رجع على المؤسر بذلك القدر لا غير وان قلنا بالنقص جعل ما في يد الآخر كل المال واقتسماه دون المعسر ولتوضح الحال في أصل المسئلة في عنوان المثال (فتقول) اذا قسم الغريمان المال وهو خمسة عشر ودين أحدهما عشرون والآخر عشرة فانه يقسم اثلاثاً يأخذ صاحب العشرين عشرة وصاحب العشرة خمسة فاذا ظهر غريم ثالث وله ثلاثون فان قلنا بالنقص تقضت القسمة وبسط المال على نسبة مال كل منهم فاذا كانت الخمسة عشر من جنس الدينانير بسطناها على الديون أرباعاً لانها ستون وان قلنا بعدم التقض استرد الظاهر من كل واحد منهما نصف ما حصل له وان كان الذي ظهر دينه عشرة استرد من كل واحد منهما ثلث ما أخذه - قوله - (فني الشركة في التمام المتجدد اشكال) قال في (الايضاح) هذا فرع على التقض وعدمه فان قلنا بالنقص شارك والا فلا ومنشأ الاشكال هل هو رفع قسمة من أصلها أم فسخ متجدد وهو كما ترى وقد عرفت آفاً انه متفرع على الاحتمالين السابقين وكيفية تفرعه بما لا مزيد عليه لكن المتبادر من العبارة تفرغ الشركة في التمام وعدمه على احتمال التقض وليس مراداً ولا صحيحاً كما في جامع المقاصد وهو ظاهر وكذا المتبادر منها أن الشركة في التمام وعدمها بين الغريم الظاهر وعدمه وباقي الغرماء لا بينهم وبين المفلس وهو الذي فهمه الشارح والشهيد الثاني

ولو تلف المال بعد التقض ففي احتسابه على الغرماء اشكال ولو خرج المبيع مستحقا رجع على كل واحد بمجزء من الثمن ان كان قد تلف ويحتمل الضرب لانه دين لزم المفلس والا قرب التقديم لانه من مصالح الحجر لئلا يرغب الناس عن الشراء (متن)

في المسالك ولا شبهة انه غلط لا محصل له يظهر بأدنى تأمل كما في جامع المقاصد قال بل المراد الشركة بين المفلس والغرماء وعدمها وان صعب فهمه من العبارة ثم ان المصنف اختار الرجوع بالحصة وجعل التقض احتمالا فكيف يكون عنده اشكال في الشركة وعدمها لان الاشكال يقضي بتكافؤ الطرفين ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو تلف المال بعد التقض ففي احتسابه على الغرماء اشكال ﴾ ينشأ من الضمان بصحيحه والاصل كما في الايضاح والاصح الضمان واحتسابه على الغرماء كما في جامع المقاصد ومعناه انه لو تلف المال في يد الغرماء بغير تفریط بعد ظهور غريم آخر وتقض الحاكم ففي احتسابه عليهم بحيث يجب عليهم الغرم اشكال ينشأ من عدم التفریط واصالة البراءة ومن أنهم قبضوه للاستيفاء والتقبض يضمن بفاسده كما يضمن بصحيحه للقاعدة المقررة مع تأييده بظاهر قوله عليه السلام على اليد ما أخذت حتى تؤدى وفي (جامع المقاصد) أن في كلام المصنف مناقشتين (أحدها) أنه قد أسلف في الرهن الجزم بالضمان بفاسد القبض للاستيفاء وكذا في نظائره فلا وجه للاشكال (قلت) لعل هذا عند المصنف وولده ليس من نظائره لانه يحكم الحاكم بالتسليم والتسليم واجبان فكان محل اشكال مضافا الى ما يأتي (الثانية) أن قبضه التالف بكونه بعد التقض لا محصل له لانه ان أراد بالتقض تصریح الحاكم بقوله تقضت القسمة فلا أثر لهذا القول والقسمة منقوضة مع هذا القول وعدمه (قلت) كأنه لم يلحظ كلام القوم اذ قضية كلامهم أنها لا تنتقض الا بحكم الحاكم لان في المبسوط والشرايع والتذكرة والتحرير وغيرها تقضها الحاكم وظاهره توقفه على قوله وقضه والظاهر أنه كذلك اقتصارا على المتيقن وبذلك أيضا تدفع المناقشة الاولى أيضا عند امان النظر فتدبر ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو خرج المبيع مستحقا رجع على كل واحد بمجزء من الثمن ان كان قد تلف ويحتمل الضرب لانه دين لزم المفلس والا قرب التقديم لانه من مصالح الحجر لئلا يرغب الناس عن الشراء ﴾ ما قرره المصنف هو الذي صححه في المبسوط وجزم به في الخلاف وقواه المصنف في التذكرة وولده في الايضاح واستجوده في جامع المقاصد والظاهر منه في التذكرة كما هو صريح المبسوط والتحرير ان المسئلة مفروضة في التلف في يد الحاكم أو أمينه قبل قبض الغرماء له ولا ريب ان تلفه في يد أحدها كتلفه في يد المفلس فينحصر الضمان فيه فيقدم المشتري أو يضرب مع الغرماء على الاحتمالين وقيدته في (جامع المقاصد) بما اذا لم يكن الغصب معلوما عند القابض يعني الحاكم أو أمينه قال والا استقر الضمان عليه لانه غاصب (قلت) هذا فرض بالنسبة الى الحاكم موهون لان المفروض انه الفقيه المأمون على الدنيا والدين فلا يخون ولا يفسد ولا يستأمن الا الثقة الامين وظاهر الكتاب ان التلف بعد قبض الغرماء له وهو حينئذ مضمون عليهم لقبضهم اياه للاستيفاء فيتخير المشتري في الرجوع عليهم جميعا كل بقدر ما يتلف في يده والرجوع على المفلس فيقدم به أو يضرب مع الغرماء فان رجع على الغرماء لم يرجعوا به على المفلس سواء كانوا عالمين أو جاهلين لان قبضهم كان مضمونا نعم لهم الرجوع بدينهم لانه باق وان رجع على المفلس رجع هو على الغرماء لما عرفت والمصنف في الكتابين لم يفصل بين علم المشتري

ولو بذلت زيادة بعد الشراء استحب الفسخ فان بقي من الدين شيء لم يستكسب وهل تباع
 ام ولده من غير رهن نظر فان منعناه ففي مؤاجرتها ومؤاجرة الضيعة الموقوفة نظر بنشاء
 من كون المنافع اموالا كالايمان ومن كونها لاتعد مالا ظاهرا والاول اقوى (متن)

بوکالة الامين وعدمه كما صنع في الرهن قال لو خرج الرهن مستحقا فالعهدة على الراهن لا العدل ان علم
 المشتري بوكالة ولو لم يعلم المشتري بوكالة حالة البيع فله الرجوع على العدل ولعله لوضوح الفرق اذا
 المفروض انه مفلس نودي عليه واشتهر أمره على أن الامين غير العدل على الظاهر لانه أمين الحاكم
 والعدل ما اختاره المتراهنان فامل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو بذلت زيادة بعد الشراء استحب الفسخ ﴾
 قال في (المبسوط) اذا باع الحاكم أو أمينه من مال المفلس بثمن مثله ثم جاء به زيادة بعد لزوم البيع
 واقتطاع الخيار سأل المشتري الاقالة أو بذل الزيادة ويستحب للمشتري الاجابة الى ذلك لان فيه
 مصلحة المفلس وان لم يجبه الى ذلك لم يجبر عليه لان البيع الاول قد لزمت وظاهره انه يستحب ذلك
 للحاكم أو أمينه وهو ظاهر جامع المقاصد وقد يظهر من الشرائع عدم استحباب ذلك لها حيث قال
 ولو باع الحاكم أو أمينه ثم طلب بزيادة لم يفسخ العقد ولو التمس من المشتري الفسخ لم تجب الاجابة
 لكن تستحب خصوصا اذا قرأنا التمس مبنيا للمجهول وليس في التحرير الا أنه يستحب للمشتري الاقالة
 أو بذل الزيادة ولعل مراده اذا التمس المفلس وفي (الحواشي) انما يستحب اذا كان للبايع خيار مجلس
 أو شرط أو حيوان والا فلا وأما استحباب ذلك للمشتري فلاريب فيه بل لا ريب في استحباب
 كل اقالة وأما اذا كان هناك خيار يقتضي الفسخ ففي (جامع المقاصد) انه لا اشكال في وجوب الفسخ
 وفي (المسالك) انه اقرب وقد سمعت مافي الحواشي وقال في باب الوكالة لو حضر في مدة الخيار من
 يزيد على ثمن المثل ففي وجوب الفسخ على الوكيل اشكال وصاحب (جامع المقاصد) قال هناك ان
 كانت وكالته شاملة للفسخ بخيار وجب ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان بقي من الدين شيء لم يستكسب ﴾ قد
 نص على ذلك في المبسوط واختلف وما تأخر عنهما مما تعرض له فيه قال في (المبسوط) لا خلاف
 في أنه لا يجب عليه قبول الهبات والوصايا والاحتشاش والاحتطاب والانتقام والمخالف بين حمزة والمصنف
 في المختلف فأوجبا عليه التمس واستحسنه الشهيد وقد تقدم الكلام في ذلك كله في باب الدين وقد
 جمعنا هناك بين قولهم لا يستكسب وقولهم يجب عليه السعي في قضاء الدين ﴿ قوله ﴾ ﴿ وهل تباع
 أم ولده من غير رهن نظر ﴾ جعل منشأ النظر في الايضاح وجامع المقاصد من تقارض عمومي بيع
 أمواله فان أم الولد مال ومنع بيع أمهات الاولاد الا فيما استثناءه النص ولا نص هناك قلت والاصح
 انها لا تباع ولهذا لم يتعرض له الجماعة وانما تعرضوا لمؤاجرتها وهذا النظر يتأني ما سبق من جزم
 المصنف بمجواز وطى المفلس أم ولده وتردده في وطى غيرها من الاماء فانه على هذا التردد يجب هناك
 أيضا اذ هي على أحد الاحتمالين من متعلقات الحجر وقد تقدم الكلام في ذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان
 منعناه ففي مؤاجرتها ومؤاجرة الضيعة الموقوفة نظر بنشاء من كون المنافع اموالا كالايمان ومن كونها
 لاتعد مالا ظاهرا والاول اقوى ﴾ كما في الايضاح وفي (التحرير) انه الوجه وفي (جامع المقاصد) انه قوي
 وفي (المبسوط) اذا كانت له أم ولد يومر باجارتها ويجبر على ذلك بلا خلاف لانها ماله وظاهره فيه
 بين المسلمين لكنه في التذكرة نقل عن الشافعية وجرين وفيها أي التذكرة ان الثاني اقرب وقد جعل

وإذا لم يبق له مال واعترف به الغرماء فك حجره ولا يحتاج الى اذن الحاكم وكذا لو اتفقوا على رفع حجره (متن)

وجهي النظر في التذكرة من أن المنافع وإن لم تكن مالا فإنها تجري مجراها فيجب بذاتها للدين ومن حيث أن المنافع لا تعد أموالا حاضرة حاصلة ولو كانت تعد لوجب اجارة المفلس نفسه ولو جب الحج والزكاة فكأن وجهي النظر في الكتاين من واد واحد على اختلافهما وكالتدافعين والتأويل ممكن والجمع هين والاولى توجيه النظر بما في جامع المقاصد من أن المنافع تعد أموالا أم لا والاصح انها لا تعد أموالا الا اذا استوفيت أو استوجرت عليها فانهم حينئذ عدوها أموالا وأجروها مجراها ولهذا قالوا منافع المملوك لا تضمن الا بالاستيفاء وان منافع الحر اذا استوجرت عليها كلاجير الخاص تضمن وانها لو كانت مالا لوجب على المفلس اجارة نفسه وقالوا انه لا يجب الحج مع الاستطاعة بالمنافع كما اذا استطاع باجارة الدار فلو كانت مالا لوجب اجارتها لتحصيل الاستطاعة كما يجب بيع عين المال كذلك وليس هو حينئذ من قبيل الواجب المشروط بل من قبيل الواجب المطلق الذي يجب تحصيل مقدمته وقال في (جامع المقاصد) يمكن التفتي عن لزوم الحج بها بأنه إنما يجب بالمال الحاضر والمنفعة تتجدد شيئا فشيئا ولا يوثق بها بحيث يستوفي الجميع فيستقر ملك الاجرة وقال نعم لو أجر الاعيان بمقدار المونة وجب حينئذ لكونه مالكا انتهى وهذا غير ما ذكرناه والظاهر انه غير مرادهم قال الشهيد وعلى الاقوى هل يجب الحج مع الاستطاعة باجارتها ولم يقل باستيفاء منفعتها المتجددة شيئا فشيئا والحاصل ان الوجه الذي ذكره من البعد جدا ان أحدا يحتمله فتأمل جيدا ولعل ما قرره في التذكرة أقرب الا أن يكون الاجماع على خلافه فانه على القول بوجود موآجرتها يجب أن يواجرها مرة بعد أخرى الى أن يفي الدين أو مدة طويلة وقضية ذلك ادامة الحجر الى قضاء الدين وهو بعيد جدا عن محاسن الشرع لانه وان ملك الاجرة بالعقد لكنه لا يجب تسليمها الا بعد العمل لانه لا يوثق بيقاها بحيث يستوفي الجميع فيستحق ملك الاجرة ﴿ قوله ﴾ « وإذا لم يبق له مال واعترف به الغرماء فك حجره ولا يحتاج الى اذن الحاكم ﴾ هذا مما لا أجد فيه خلافا الا من الشافعي في أحد قولييه وقد حكى في الكفاية قولاً بالاحتياج الى اذن الحاكم ولم يجده ولا حكاة غيره وبه صرح في الشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك والكفاية وظاهر الارشاد وهو خيرة الايضاح كما يأتي ووجهه في التذكرة بان الحجر لحفظ مال الغرماء وقد حصل فيزول الحجر ولتفريق ماله وقد حصل فتركه محجورا عليه بزيد في الفرض قلت لاداعي الى تركه محجورا عليه بل يذهب الى من حجر عليه اذ المفروض وجوده والتمسك منه ثم انه هو الذي نادى عليه وأعلن وأشهد بالحجر عليه فان لم يتقض هو ذلك لم يعامله معاملة واستصحبوا الحجر ثم ان الحجر يشمل المتجدد بالاحتطاب وشبهه وأيضا من أقسامه من لا مال له أصلا فلورفع الحجر عنه لا تنفاه المال وجب أن لا يصح الحجر على من لا مال له الا أن يقال ان الحجر في هذا القسم لا يرتفع الا بفك الحاكم عند ما يقتضيه نظره واجتهاده وبالجملة فان كان اجماع والا فلننظر مجال وهذا كله مع اعتراف الغرماء بأنه لا مال له سواء أو عدم تعرضهم لغيره فلو ادعوا أو بعضهم عليه مالا آخر فسيأتي انشاء الله تعالى ﴿ قوله ﴾ « وكذا لو اتفقوا على رفع حجره ﴾ أي لا يحتاج الى اذن الحاكم كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد لان الحجر لهم وهو حقهم وهم في أمواله كاللرتهن في حق

ولو باع من غير الغرماء باذن فالاقرب الصحة ولو باع من الغريم ولا دين له سواء صح على الاقوى لأن سقوط الدين يسقط الحجر (متن)

المرهون ويحتمل انه لا يرتفع وهو القول الآخر للشافعي لاحتمال أن يكون هناك غريم سواء غائب فلا بد من نظر الحاكم واجتهاده (وفيه) ان الاصل عدمه والا لما جازت قسمة المال على الموجودين مع قيام الاحتمال وادامة العقوبة بالتجوز غير جائزة على انه لو بقي الحجر لاجله لم يكن للحاكم رفعه كما انه ليس له رفع الحجر قبل القسمة من دون رضا الغرماء ﴿قوله﴾ ﴿ولو باع من غير الغرماء باذن فالاقرب الصحة﴾ كما في التذكرة والتحرير والايضاح كما يصح بيع المرهون باذن المرتهن ولان الحجر لحقهم فاذا اذنوا جميعا سقط حقهم والاصل عدم غريم آخر وعموم الحجر بالنسبة الى غير المتمس من الغرماء انما يقتضي المشاركة في الضرب لانوقف صحة البيع على اذنه مع كونه غير معلوم لامتناع أن نحاطب بتحصيل اذن غير المعلوم (وفي جامع المقاصد) انه قريب (اقرب خ ل) وان كان التوقف على اذن الحاكم أولى (قلت) لادليل على هذه الاولوية مع كونه انما حجر عليه لحقوق الغرماء ولو بقي الحجر لاجل هذا المحتمل لم يكن للحاكم دفعه فليتأمل ﴿قوله﴾ ﴿ولو باع من الغريم ولا دين له سواء صح على الاقوى لان سقوط الدين يسقط الحجر﴾ كما في التذكرة والتحرير وقال في (التذكرة) ويمكن أن يقال لانجزم بصحة البيع وان قلنا ان سقوط الدين يسقط الحجر لان صحة البيع اما أن تقتصر الى ارتفاع الحجر أولا فان افتقرت وجب الجزم بعدم الصحة والا لزم الدور لانه لا يصح البيع ما لم يرتفع الحجر ولا يرتفع الحجر ما لم يسقط الدين ولا يسقط الدين ما لم يصح البيع (قلت) ويقرر الدور بعبارة أخرى كما في جامع المقاصد وهي ان صحة البيع فرع زوال الدين المقتضي لزوال الحجر وزوال الدين موقوف على صحة البيع (ويمكن الجواب) بأن صحة البيع موقوفة على رضا الغريم الحاضر الظاهر به وشراؤه من المفلس يستلزم رضاه لان العاقل لا يفعل عبثا فلا يفرق بين المسلم وغيره وان كان مسلما فلوجوب حمل فعل المسلم على الصحة فيحمل الشراء على المعتبر شرعا واحتمال ظهور غريم آخر لا يجدي لان صحة التصرف غير موقوفة على اذن غريم آخر غير ظاهر ويأتي بيان الحال فيما اذا ظهر الغريم الآخر وحكى في جامع المقاصد عن الشارح انه قرر الدور بان سقوط الدين معلول صحة البيع والبيع مشروط بصحة المبيع فيدور (ورده) بأنه مختل لأن كونه معلولا لصحة البيع هو عبارة عن كونه مشروطا به وهذا لا يقتضي الدور (قلت) لم اجد ذلك في النسخة التي عندي من الايضاح وهي عتيقة معر به محشة وعد الى عبارة التذكرة قال وان لم نفتقر صحة البيع الى ارتفاع الحجر ففاية الممكن اقتران صحة البيع وارتفاع الحجر فتخرج الصحة على الخلاف فيما اذا قال العبد لزوجه ان مات سيدي فانت طالق طلقين وقال السيد لعبد اذا مت فانت حر فمات السيد وهو لا يتأني على مذهبنا وفيه كما في جامع المقاصد أن أمكن اقتران صحة البيع وارتفاع الحجر لا يقتضي الصحة لوجوب تقدم الشرط فان رفع الحجر شرط لصحة البيع (قلت) قد يكون حينئذ من قبيل الصلوة واجزاؤها فان مجموع الصلوة متوقف على اجزاؤها من حيث الصحة واجزاؤها من حيث الصحة متوقفة على مجموعها فهو دور المعية وبه يجاب عن الدور أيضا فليتأمل (اذا قرر هذا) فاذا ظهر غريم والحالة هذه اخذ من المشتري حصة يقتضيها الحساب ويحتمل بطلان البيع في مقدار تلك الحصة هذا ان لم تقل بالنقض وان قلنا به أمكن الحكم بطلان

والمجنبي عليه أولى بعبدته من التبريم فإن طلب فكه فللتبريم منعه ولو تلف من المال المودع قبل القسمة فهو من مال المفلس سواء كان التالف الثمن أو العين ﴿ المطلوب الرابع في الاختصاص ﴾ ومن وجد من الغرماء عين ماله كان أحق بها من غيره (متن)

البيع من رأس لأن الدين لا يجوز جملة نمنا اذ لا يستحق استيفاؤه والحالة هذه فلا يجوز أن يقابل به مال كما حققه المحقق الثاني وقال فما قواه المصنف لا يخلو من نظر اذ لو ظهر غريم والحالة هذه تعلق احتمال بطلان البيع في مقدار الحصص وان اذن الحاكم لتبين عدم صحة مقابلتها بمال وليم أن لا فرق بين ما اذا اتحد الغريم أو تعدد واشتروا جميعاً وأنه لو كان شراء الغريم بغير الدين فعلى ما سبق اختياره من صحة بيع الاجنبي يجب الحكم هنا بالصحة في الجميع وأن ظهر غريم ﴿ قوله ﴾ ﴿ والمجنبي عليه أولى بعبدته من الغريم فإن طلب فكه فللتبريم منعه ﴾ كما في الشرائع والتحرير وجامع المقاصد في بيع العبد في الجنابة فإن زادت قيمته رد الفاضل الى الغرماء ولو كانت أقل لم يثبت للمجنبي عليه غيرها وله استرقاقه وانما كان أولى مع استيعاب الجنابة لقيته لان حقه متعلق بعين الجاني ولا يستحق سواء فذلك كان للتبريم منعه لو طلب فكه مع عدم المصلحة في فكه ولو كانت هناك مصلحة كما اذا كان كسواً بشر مالا الى حين القسمة وقيمت باقية فله فكه لمصلحته والضمير راجع الى المفلس والتقدير ظاهر لا الى المجنبي عليه توسعاً لان الاضافة تكفي فيها أدنى ملائمة ولو كان المفلس هو الجاني كان غريمه اسوة الغرماء لأنها هنا تتعلق بذمة الجاني فكان كغيره من الغرماء وقد تقدم وجه مشاركته لهم مع تأخر سببه عن الحجر ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو تلف من المال المودع قبل القسمة فهو من مال المفلس سواء كان التالف الثمن أو العين ﴾ كما في التذكرة لان المال للمفلس تلف في يد أمينه وهو ظاهر اذا كان عيناً وأما اذا كان نمناً فلانه دخل في ملكه بالبيع عنه وانما يملكه الغرماء بقبضه لكن تعلق حقهم به بحري بحري الرهن حيث تعلق حق المرتهن به وكما ان تلف الرهن من الزاهن وان كان في يد المرتهن فكذلك هنا ولا ريب ان المراد اذا لم يكن التلف بالتعدي أو التعريض وقال مالك العروض اذا تلفت من ماله والدرهم والدنانير من مال الغرماء ولا فرق بين أن يكون الضياع في حياة المفلس أو بعد موته وقال أبو حنيفة ما يتلف بعد موته فهو من ضمان الغرماء ﴿ المطلوب الرابع في الاختصاص ﴾ ﴿ قوله ﴾ ﴿ ومن وجد من الغرماء عين ماله كان أحق بها من غيره ﴾ قاله في الصحابة أمير المؤمنين عليه السلام وعثمان وأبو هريرة وفي التابعين عروة بن الزبير وفي الفقهاء مالك والاوزاعي والشافعي والعبدي واحمد واسحق وبه صرح في الخلاف والغنية والسرائر والشرائع وما تأخر عنها مما تعرض له فيه وهو المحكي عن أبي علي والقاضي وفي (الغنية وجامع المقاصد) الاجماع عليه وفي (المسالك) انه المشهور وعليه العمل وفي (مجمع البرهان) انه المشهور وفي (الكفاية) انه الأشهر ولا فرق عندهم بين ان يكون للمفلس مال سوى العين ام لا كما هو قضية كلام جماعة وصريح آخرين تمسكا بعموم النص وفي (التهذيب والاستبصار) والتهابية والمبسوط) انه لا اختصاص الا ان يكون هناك وفاة. ويتصور ذلك بتجدد مال آخر للمفلس بارث أو اكتساب ويكون الدين انما يزيد على امواله مع ضمنية الدين المتعلق بمتاع واجده فاذا خرج الدين من بين ديونه والمتاع من بين امواله صارت وافية بالدين (حجة المشهور) صحيحة عمر ابن يزيد عن ابي الحسن عليه السلام قال سأته عن الرجل يركبه الدين فيوجد متاع رجل عنده بعينه قال لا يحاصه

وله الضرب بالدين والخيار على الفور على اشكال (متن)

الفرما. وقد خصصت بالمجور عليه لفلس مع حلول دين صاحب المتاع حين الحجر وحيوته بالاجماع
اذ الظاهر انهم مطبقون على انه لا رجوع بالعين لو كان الغريم غير مفلس مجبور عليه لفلسه ولعل فيها
اشعارا بكونه مجورا عليه للفلس لمكان قول السائل بركبه وقول الامام عليه السلام لا يحاصه وقول
السائل عنده قد يقضي بانه حي وظاهر قوله عليه السلام لا يحاصه يدل على ان ليس هناك وفاة للفرما.
فكان فهم الاصحاب في محله وروى العامة من ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اذا
افلس الرجل ووجد سلته فهو احق بها ونحوه ما رووه عن ابي حنيفة البرقي (وحجة الشيخ) صحيحة ابي
ولاد قال سئل ابا عبد الله عليه السلام عن رجل باع من رجل متاعا الى سنة فمات المشتري قبل ان
يحل ماله واصاب الباع متاعه بعينه له ان يأخذه اذا خفق له (خفي له خل) قال فقال ان كان عليه
دين وترك نحو ما عليه فليأخذ ان خفي له فان ذلك حلال له ولو لم يترك نحو ما دينه فان
صاحب المتاع كواحد ممن له عليه شيء يأخذ بحصته ولا سبيل له على المتاع وخفي يستعمل في الظهور
والخفاء وخفق يأتي بمعنى مع وهي لا تدل على مطلوبه لتخصيصها بالميت بل يمكن تخصيصها بالفلس اذا
مات لأشعار قوله عليه السلام يأخذ بحصته بتقسيم ماله على الفرما. وذلك في المفلس وكأنه الى ذلك
نظر بعضهم وقال باختصاص الحكم بالفلس حين الموت لكن قد عرفت أن الميت يحل ما عليه من
الديون فتقسم وتخصص مع عدم الوفاء ومعه يقدم صاحب العين فتكون واردة في الميت مطلقاً ولك ان
تقول انها ليست في ذلك نصه ولا بتلك المسكنة من الظهور وأن الرجوع الى العين خلاف القواعد
فيقتصر فيه على محل الوفاق وظهور الدليل لكن المشهور انه لا فرق بين أن يموت المدين مجورا
ام لا فقد فهموا الاطلاق من الرواية وكيف كان فليست بموجه لحل صحيحة عمر ابن يزيد على ما
اذا كان ميتا ووفى ماله لانه لا منافات بينهما على ان الاولى ظاهرة في عدم الوفاء كما عرفت وقد وجها
الفرق بين الميت والحلي المفلس ان الميت لا تبقى له ذمة فديونه تتعلق بامواله ولا كذلك الحلي فانه
قادر على الاكتساب وتحصيل شيء للفرما. ولا كذلك الميت ﴿ قوله ﴾ ﴿ وله الضرب بالدين ﴾
لعله لا خلاف فيه كما في مجمع البرهان وهو كذلك وان ترك ذكره البعض وصحيحة ابي ولاد التي
تقدمت تدل على أن أخذ العين جائز لا واجب فاما في الحدائق غير صحيح وأشار بقوله بالدين الى انه
يضرب بالثمن لا بالقيمة ﴿ قوله ﴾ ﴿ والخيار على الفور على اشكال ﴾ ولم يرجح أيضاً ولده في
الايضاح ولا الشهيد في المواشي وفي (المبسوط) ان الفور احوط وفي (المسالك) أولى وفي (الشرائع) لو قيل
بالتراضي جاز وفي (التحرير) كان وجها وهو خيرة المسالك وفي (التذكرة) الاقرب انه على الفور وفي (جامع
المقاصد) يمكن ترجيح الفورية بانها الاشهر في كلام الاصحاب وفيه جمع بين الحقين فاقول بالفورية
قريب انتهى (قلت) وجه الفورية كما في التذكرة بان الاصل عدم الخيار فيكون الاصل عدم بقائه
لو وجد ومعناه ان الاصل في البيع اللزوم فيقتصر في الخروج عنه على ما تندفع به الضرورة وانه خيار
ثبت في المبيع لنقص في العوض فكان على الفور كالرد بالعيب وهذا كما ترى وان القول بالتراخي
يؤدي الى الاضرار بالفرما من حيث انه يؤدي الى تأخير حقوقهم ووجه التراخي انه حق رجوع
لا يسقط الى عوض فكان على التراخي كالرجوع في الهبة وهذا كما ترى وان النص دل على ثبوت

سواء كان هناك وفاء أم لا ويفتقر الرجوع الى أركان ثلاثة العوض والم عوض والمعاوضة
 أما العوض فهو الثمن وشرطه أمران تعذر الاستيفاء بالأفلاس فلو وفي المال فلا رجوع
 ولا يسقط الرجوع بدفع الغرماء للمنة ونجوز ظهور غريم (متن)

الخيار فيكون مخرجا لهذا الفرد عن الزوم وعوده يحتاج الى دليل واصل الزوم معارض باصل بقاء
 الخيار واستصحابه وقد يفهم من صحيحتي عمر وابي ولاد عدم الفورية لعدم التعرض لها فيهما بإشارة ولا
 تلويح والامر في قوله عليه السلام فليأخذ ليس للفور اجماعا وقد ثبت له الاخذ فيبقى وقد تقدم لنا
 في خيار العين والرؤية ماله نفع تام في المقام هذا وقوله الخيار على الفور جملة معترضة ﴿ قوله ﴾
 ﴿ سواء كان هناك وفاء أم لا ﴾ في الحواشي في هذه العبارة نظر لأنه مع وفاء المال يمنع من الرجوع
 في العين قلت لان التقدير ان من وجد من الغرماء عين ماله كان احق بها من غيره اذا كان هناك مال
 سواها سواء وفي لباقي الدين ام لا لان هذا تعميم بعد التعميم الحاصل بقوله وان لم يكن سواها لكنه
 على الشق المحذوف اي هو احق ان كان سواها وان لم يكن وعلى تقدير ان يكون سواها فهو احق
 سواء كان هناك وفاء لباقي الدين اولا ويتصور ان يكون في الحركة وفاء لباقي الدين مع الحجر بما
 ذكرناه آنفا في توجيه كلام الشيخ من تجديد ارض أو اكتساب أو ارتفاع قيمة أو بأخراج دين صاحب
 العين من بين الدين وعينه من بين الاموال وحينئذ فكيف يثبت له الخيار قلنا يثبت له الخيار في اول
 الامر عند اول الحجر فيستصحب ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويفتقر الرجوع الى أركان ثلاثة العوض والم عوض
 والمعاوضة ﴾ قال في (التذكرة) حق الرجوع لا يثبت للبائع على الاطلاق بالاجماع بل مشروط بامور
 ولا يختص الرجوع بالبائع بل يثبت في غيره من المعاوضات وانما يظهر الفرض بامور ثلاثة العوض
 المتعذر تحصيله والم عوض المسترجع والمعاوضة التي انتقل بها الملك الى المفلئ ﴿ قوله ﴾ ﴿ أما
 العوض فهو الثمن وشرطه أمران تعذر الاستيفاء بالأفلاس فلو وفي المال فلا رجوع ﴾ لا يعجزني
 جعل هذا شرطا هنا لأن هذا شرط للتجوير لا للاختصاص بعد ثبوت الحجر الذي من جملة
 أحكامه الاربعة الاختصاص ولعله انما ذكره تمهيدا لما بعده أو للتنبيه على خلاف الشافعي أولها أو
 لتنبية على خلاف الشيخ فانه جعل امتناع المؤسرين دفع الثمن للبائع مساطا له على الفسخ كما يأتي
 التنبية عليه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يسقط الرجوع بدفع الغرماء للمنة ونجوز ظهور غريم ﴾ هذا ذكره
 الشيخ في المبسوط وفرض المسئلة فيه فيما اذا قالوا له نوفر عليك ثمنها بكاله وتسقط حقتك من العين قال
 وتكون فائدتهم أن العين تساوي أكثر من دينه الذي هو ثمنها فيوفروا عليه الثمن ليرتفعوا بقيمتها
 في ديونهم وهو الذي حكاه عنه في التذكرة بعبارة موجزة محيرة وزاد في التحريم ما اذا أرادوا دفع
 الثمن منهم ولا ريب أن في الفرض الاول منه في الجملة وخوف ظهور غريم يزاحمه مع عموم الخبر وفي
 الثاني منه خاصة مع العموم وعبارة الكتاب ظاهرة في معنيين وهما دفعهم اليهم من مالهم حيث لا تكون
 في العين زيادة تقتضي الرغبة في بذل العوض أو من مال المفلئ بمعنى تقديمه في الدين والتعليان
 جاربان في الثاني قطعاً والاول في الاول ويبقى ما اذا دفعوا من مالهم للمفلئ على سبيل الهبة أو لعل على
 سبيلها مع ظهور فائدة لهم وبدونها ومقتضى التعليان وجوب القبول في الاول حيث يشترطون عليه في
 عقد الهبة ابقاء صاحب العين بناء على المختار من جواز الشراء بشرط الاعتاق وتعيينه اذا لا اعتراض

ولو امتنع المشتري المؤسر من الدفع فلا رجوع ويستوفيه القاضي الثاني الحلول فلا رجوع
لو كان مؤجلا (متن)

حينئذ لغريم الظاهر ولا منة وبذلك صرح في التحرير حيث قالوا قال فلو دفعوا الى المفلس ثمنا قبضه
البائع لم يكن له الفسخ بل هذا يشمل الصورة الثانية وهو ما اذا كان الدفع لاعلى سبيل الهبة ولعل
اطلاق الخبر عنده لا يتناولها فيجب الرجوع الى الاصل والجري على القواعد وان قلنا ان شرط الايقان
غير صحيح دخل في ملك المفلس وتعلق به الحجر على القول بتعلقه بالتجدد فيعود المحذور وهو تجويز
مشاركة الغريم ومنه يعلم حال ما اذا كان الدفع لاعلى سبيل الهبة فصار الحاصل أن الفرض الاول
وهو ما كان على سبيل الهبة اما غير داخل تحت اطلاق النص ويكفي فيه الشك مع المحافظة على القواعد
الشرعية أو غير خارج عن المحذور وهو مشاركة الغريم الظاهر (وأما الفرض الثاني) فالمحذور موجود
فيه ويبقى الكلام فيما اذا دفعوا اليه أي صاحب العين الثمن من مالهم ليرك العين حيث يكون فيها
ما يقتضي الرغبة وصاحبها عالم بذلك وهنا لامة ولا خوف ظهور غريم وقضية كلام المصنف أن لا خيار
له حينئذ (قلت) هو كذلك عنده لندرة وقوعه جدا وذلك لانه من البعيان الغرماء يدفعون قيمة ثمن
عينه بما كان ظهور زيادة فيها تساوي ذلك أو تزيد عليه على انه قد نبه عليه في التذكرة قال
اذا كان في السلمة زيادة لفلاء السعر أو كثرة الراغبين اليها بحيث يرجى صعود سعرها بحسب على صاحبها
أخذ دينه الذي بذله الغرماء ولعله استند الى الاصل وعدم الخروج عن القوانين الا في محل الوقف
واليقين وهو ما اذا كانت قيمة العين الآن مساوية لدينه أو نقص محافظة على الضوابط الشرعية ولا
نعلم شمول الخبرين لذلك قوله في جامع المقاصد ان العدول عن النص بمثل هذه الاوهام لا يجوز لعله
لا يجوز فتأمل فكان المتبادر من عبارة الكتاب سالما عن اعتراض الشهيد والمحقق الثاني قال في (جامع
المقاصد) تبعا للشهيد مع تهذيب لكلامه وزيادة وحسن تأدية لافرق في ذلك بين أن يكون دفع
الغرماء لدين صاحب العين من مالهم أو من مال المفلس سواء دفعوا الى المفلس ليوفي عن نفسه صاحب
العين أو دفعوا الى صاحب العين وسواء كان في العين ما يقتضي رغبتهم في دفع القيمة أولا لان الخيار
قد ثبت بالنص فلا يسقط بما ذكر وتعليل المصنف بالامرين أعني المنة وتجويز غريم آخر لا يأتي على
جميع الصور الى آخر ما قال وقد عرفت الحال ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو امتنع المشتري المؤسر من الدفع
فلا رجوع ويستوفيه القاضي ﴾ وكذا لو هرب وزاد في التذكرة أو مات وهو ملي وامتنع الوارث من
دفع الثمن فان البائع لا يتسلط على الفسخ للاصل فلا يعدل عنه الا بالنص ولا يخالف منا الا الشيخ
حيث جوز للبائع الفسخ في كل موضع يتعذر فيه قبض الثمن سواء قبض المبيع المشتري أولا
وفي (الدروس) انه لا يخلو عن قوة وقد يرد على ما زاده في التذكرة انه يجوز رجوع غريم
الميت بعينه مع الوفاء كما سيحكي وقد يرد هذا على اطلاق الكتاب كما قد يرد عليه أيضا جواز رجوعه
في خيار التأخير مع عدم القبض أو القبض بغير اذن البائع والتأويل ممكن وقد تقدم الكلام في ذلك
مستوفى عند الكلام في خيار التأخير وهذا تفريع على تعذر الاستيفاء بالافلاس لان التعذر هنا ليس
من جهة الافلاس فذكرة غير مستدرك وفيه أيضا التنبيه على خلاف الشافعي أيضا فتأمل ﴿ قوله ﴾
﴿ الثاني الحلول ﴾ هذا هو الامر الثاني من شرط العوض أي الثمن ﴿ قوله ﴾ ﴿ فلا رجوع لو
كان مؤجلا ﴾ كأنه ما لا خلاف فيه لانه لا مطالبة له في الحال فكيف يفسخ البيع اللازم بغير موجب ولا

ولو حل الاجل قبل فك الحجر ففي الرجوع اشكال وأما المعاوضة فلها شرطان كونها معاوضة محضة فلا يثبت الفسخ في النكاح والخلع والنفو عن القصاص على مال فليس للزوجة فسخ النكاح ولا للزوج فسخ الخلع ولا للعاني فسخ النفو بتعذر الاعراض ويثبت في الاجارة والسلم فيرجع الى رأس المال مع بقاءه او يضرب بقيمة السلم مع تلفه او برأس المال على اشكال لتعذر الوصول الى حقه فيتمكن من فسخ السلم (متن)

يحل الاجل بالفلس وقد تعلق بالعين حق الغرماء ولا دليل على سقوطه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو حل الاجل قبل فك الحجر ففي الرجوع اشكال ﴾ من عموم الحجر وتعلق حق الغرماء قبله كما في الايضاح من دون ترجيح وزاد في جامع المقاصد أن عموم النصوص دال على تعلق حقوق الغرماء بأعيان أمواله وهو يقتضي عدم اختصاص البائع بعد الحلول لامتناع الاختصاص مع تعلق حقوق الغرماء (قلت) ليس في أخبار الباب وهي أربعة إلا أنه يقسم ماله بين غرمائه وإن كان له مال أعطي الغرماء. وهذا الاطلاق قد يقال انه لا يتناول ذلك فتأمل وقد بوجه الاشكال أيضا من استحقاق المطالبة الآن وانه يشارك قبل القسمة ومن عدمه سابقا فكذا لاحقا وقد قرب في التذكرة انه لو حل الاجل قبل انفكاك الحجر انه لا يشارك صاحبه الغرماء وبني عليه انه ليس لصاحب الدين الذي قد حل الرجوع في عين ماله سواء كان الحاكم قد دفعها في بعض الديون أم لا وقال في (التحرير) ان كان قسم المال ويصت العين فلا رجوع وان لم تبع كان له الرجوع وهو جيد جدا بناء على المختار من أنه يشارك قبل القسمة وفي (جامع المقاصد) أن الاصح عدم الرجوع من دون تفصيل ﴿ قوله ﴾ ﴿ وأما المعاوضة فلها شرطان كونها معاوضة محضة فلا يثبت الفسخ في النكاح والخلع والنفو عن القصاص على مال فليس للزوجة فسخ النكاح ولا للزوج فسخ الخلع ولا للعاني فسخ النفو بتعذر الاعراض ﴾ هذا الشرط اجماعي كما في (جامع المقاصد) وكان كل ذلك مجمع عليه عند الاصحاب كما يفهم من التذكرة كما في مجمع البرهان وهو أيضا مقتضى الاصل والقواعد الشرعية وحاصله انه اما يثبت الفسخ اذا كان سبب الانتقال معاوضة محضة مثل البيع والاجارة والهبة والموضة والصلح وغيرها لا غيرها مما فيه ثابته المعاوضة كالنكاح والخلع والنفو عن القصاص على مال بمعنى أن المرأة لا تفسخ النكاح بتعذر استيفاء الصداق بالفلس وليس للزوج فسخ النكاح اذا لم تسلم المرأة نفسها وهكذا نعم لو طلقها قبل الدخول فسقط نصفه وبقي نصفه وعين الصداق موجودة وقد أفلتت فهو أحق بعين ماله وقد قال جماعة انه اذا أعسر زوج المرأة بفقته كان له (١) وآخرون انها ترفع أمرها الى الحاكم ليحبسه على طلاقها ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويثبت في الاجارة والسلم فيرجع الى رأس المال مع بقاءه أو يضرب بقيمة السلم فيه مع تلفه أو برأس المال على اشكال لتعذر الوصول الى حقه فيتمكن من فسخ السلم ﴾ لما ذكر ثبوت الاختصاص في الاجارة والسلم بدأ أولا بذكر بيان حكم السلم وقد تسالم الاصحاب على ان رأس المال اذا كان باقيا كان له الرجوع اليه والضرب كما تقدم واختلفوا فيما اذا كان رأس المال تالفا مطلقين الكلمة من دون

(١) كذا وجد والظاهر لها (مصححه)

فرق بين ما اذا كان التلف قبل الحجر أو بعده ويأتي بيان الحال فيه وأول من تعرض لهذا الفرع من أصحابنا الشيخ في المبسوط وقد فرض المسئلة فيه فيما اذا كان مال المفلس مشتتلا على جنس المسلم فيه بحيث يمكن وفاؤه منه قال وان لم يجرد غير ماله فانه يضرب مع الغرماء بقدر ماله عليه من الخنطة وقبل أيضا انه ان أراد فسخ العقد والضرب مع الغرماء برأس المال كان له ذلك والاول أصح وكيفية الضرب بالطعام أن يقوم الطعام الذي يستحقه بعقد السلم فاذا ذكرت قيمته ضرب بها مع الغرماء بما يخصه منها فيه فان كان في مال المفلس طعام أعطي منه بقدر ما خصه من الثمن وان لم يكن في ماله طعام اشترى له بالقدر الذي خصه من القيمة طعاما مثل الطعام الذي يستحقه ويسلم اليه ولا يجوز أن يأخذ بدل الطعام بالقيمة التي تخصه لانه لا يجوز صرف المسلم فيه الى غيره قبل قبضه انتهى فقد اشتمل كلامه على أن المال مشتتل على جنس المسلم فيه وانه يضرب بقيمة المسلم فيه وانه لا يجوز صرف المسلم فيه الى غيره قبل قبضه وقد وافقه على الاول المصنف في صريح التحريم والتذكرة وكذا المختلف في آخر كلامه لافي أوله وهو ظاهر جامع المقاصد بل كاد يكون صريحا عند التأمل الصادق وخالفه المصنف في المختلف في أول كلامه والشهيدان في الحواشي والمسالك والمقدس الاردبيلي في مجمع البرهان ففرضوا المسئلة فيما اذا لم يكن مال المفلس من جنس المسلم فيه أو يشتمل عليه بحيث يمكن وفاؤه منه كما صرح بذلك في المسالك ورتبوا على ذلك انه مع تلف عين ماله يتخير بين الضرب بقيمة المسلم فيه ورأس المال لانه متى تعذر المسلم فيه في وقته ولو بغير الاقطاع تخير المسلم بين النسخ والصبر فيكون هناك (هنا خل) كذلك الا أنه هنا مع الفسخ يضرب بالثمن ومع عدمه يضرب بقيمة المسلم فيه اذ لا صبر هنا لاحد من الغرماء فان كان المصنف في الكتاب يوافقهم على هذا الفرض كما هو الظاهر من قوله لتعذر الوصول الى حقه فيتمكن من فسخ السلم أي ولا ينحصر أمره في الضرب بالقيمة فيكون هذا أحد وجهي الاشكال ويكون الوجه الثاني أن المسلم فيه قد تعذر فيضرب بقيمته كما هو الشأن في غيره وانه عقد لازم والفسخ إنما يكون عند اقطاع جنس المسلم فيه لا عند تعذره بغير الجائحة اذ يمكن حصوله باستقراض ونحوه لا يتوجه على العبارة شي مما ذكره في جامع المقاصد قال فيها نظر لأن تعذر الوصول الى حقه صغرى قياس حذف كبراه وتقديرها وكل من تعذر وصوله الى حقه فسخ المعاوضة المتضمنة له ومعلوم عدم صحتها كلية (قلت) صغراه على ما قلناه هذه صورتهما هذا مسلم تعذر وصول حقه وكل مسلم تعذر وصوله الى حقه فسخ المعاوضة المتضمنة له وهي صادقة في باب السلم مجمع عليها في صورة الاقطاع بالجائحة وكذا بغيرها على الظاهر من أخبار ذلك الباب حتى لو كانت هذه الأخيرة محل خلاف وما كان ليكون فليس نظره في جامع المقاصد اليها وقال أيضا انه لم يقيد التلف بكونه قبل الحجر أو بعده ويجب التفريق بينهما فانه اذا تلف الثمن قبل الحجر لم يبق للمسلم الا المسلم فيه فبعد الحجر يستحق الضرب ليس الا وأما اذا كان التلف بعد الحجر فان الفسخ قد ثبت حال الحجر بوجودان عين ماله فلا يسقط بتلفها استصحابا لما كان انتهى (قلت) على ما عرفت من أن المسلم فيه متى تعذر وصوله الى حقه فسخ لم يبق فرق بين التلف قبل الحجر أو بعده كما هو واضح وان قلنا ان العبارة مواهقة للمبسوط وما وافقه من اشتمال مال المفلس على جنس المسلم فيه بحيث يمكن وفاؤه منه يكون الوجه في الضرب بالقيمة وعدم الفسخ ان تلف رأس المال لا يفسخ السلم مع وجود المسلم فيه فيضرب بدينه كما في كل غريم ودينه هو المسلم فيه فيضرب به فيكون حينئذ هو أحد وجهي اشكال

ولو أفلس مستأجر الدابة أو الأرض قبل المدة فلمؤجر فسخ الاجارة تنزيلا للمنافع منزلة الاعيان (متن)

المصنف ووجه الفسخ والضرب برأس المال أنه تعذر عليه الوصول الى تمام حقه لمكان مشاركة الغرماء. فليمكن من فسخه كله كما لو اقطع أو فسخ البعض الذي لم يصل اليه فيكون معنى قول المصنف لتعذر الوصول الى حقه عدم وصوله الى حقه تاما وهو الوجه الثاني من الاشكال كما نبه على ذلك كلامه في التذكرة وحينئذ فالقائل بأنه يضرب بالقيمة في هذا الفرض لا يفرق بين كون تلف الثمن قبل قبض ام بعده وكذا القائل بالفسخ لانه ينزل عدم الوصول الى تمام حقه بمنزلة الاقطاع فيسلط عنده على الفسخ مطلقا ولهذا أطلقوا ولم يفرقوا كما هو واضح ومعنى الضرب بالقيمة في عبارة الكتاب وغيرها الضرب باعتبارها لانه إنما يعلم مقدار المستحق للمسلم من مال المفلس باعتبار قيمة المسلم فيه فكأنه ضرب بها كما نبه على ذلك الشيخ في المبسوط في بيان الكيفية كما سمعته آتفا وقد جعل الاشكال في الايضاح في ضربه في القيمة مع التلف نظرا الى أن بعض الفقهاء يمنع من المعاوضة على مال السلم قبل قبضه وفيه ان المنافع الشيخ وقد عرفت كيف ذكر الكيفية ثم ان المصنف لا يرى المنع من هذه المعاوضة فكيف يستشكل صحتها (وكيف كان) فالقائل بالضرب بالقيمة الشيخ في المبسوط كما سمعت وقد قرره في التذكرة في أول كلامه والقائل بالتخير بين الضرب بالقيمة والضرب برأس المال على اختلافهم في تصوير المسئلة وفرضها المحقق في الشرائع والمصنف في المختلف وصاحب المسالك والمقدس الاردبيلي ونفى عنه البعد في التذكرة في آخر كلامه وفي (المسالك) نسبه الى الاكثر وحكى الشهيد عن ابن المتوج انه ان حل الأجل قبل قسمة ماله اختص بالعين وان حل بعده لم يكن له الا الضرب بالمسلم فيه أو الفسخ وهو كما ترى وحقق هو أي الشهيد انه يضرب بقيمة المسلم فيه فان تعذر أي المسلم فيه جاز له الفسخ انتهى فتأمل (وليعلم) ان عبارة الارشاد مطلقة جداً قال ويتخير المشتري سلما في الضرب بالقيمة أو الثمن انتهى فليتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أفلس مستأجر الدابة أو الأرض قبل المدة فلمؤجر فسخ الاجارة تنزيلا للمنافع منزلة الاعيان ﴾ هذا ذكره الشيخ في المبسوط بعبارة مطلقة قال واذا أفلس المكثري بالكرانظر فان أفلس قبل مضي شيء من المدة رجع المكثري في المنافع وفسخ الاجارة لانه قد وجد عين ماله لم يتلف منه شيء وأشد منها في الاطلاق عبارة الشرائع قال ولو أفلس المستأجر كان للمؤجر فسخ الاجارة وبذلك عبر في اجارة المبسوط والخلاف والمهذب والغنية والسرائر والشرائع والكتاب ولعل الاطلاق لوضوح المراد والا فلا ريب ان فسخ الاجارة من أصلها إنما يكون اذا كان المجر قبل مضي شيء من المدة كما نبه عليه في المبسوط والمصنف هنا وفي التذكرة والمحقق الثاني ويأتي الكلام فيما اذا مضى شيء من المدة ولا ريب أيضا ان ذلك اذا لم يكن قد دفع المستأجر الاجارة كما نبه عليه في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك وترك في المبسوط والكتاب لشدة وضوحه ووجهه أنه يدخل في عموم الخبر لانه وجد عين ماله وان المنافع تنزل منزلة الاعيان في جملة من المواضع مضافا الى اتحاد الطريق وهو الاشتراك في الضرر والاجارة كالبيع معاوضة محضة لا يقصد بها الا العوضان ولا يفرق في هذا أي حيث يريد الفسخ بين أن تكون الاجارة على عين أو ذمة وقد يقال ان الرجوع والفسخ على خلاف الاصل والمنافع ليس لها وجود مستقر فيشك في دخولها تحت

وله الضرب فيؤجر الحاكم الدابة أو الارض ويدفع الى الغرماء ولو بذلوا له الاجرة لم يجب عليه الامضاء ولو حجر عليه وهو في بادية ففسخ المؤجر نقلت العين الى مأمّن بأجرة المثل مقدمة على الغرماء (متن)

العموم اذ في الخبر فيوجد متاع رجل عنده بعينه قال عليه السلام لا يخاصه الغرماء فتأمل لانه قد يقال انه يتناوله اطلاقه لكنه هو والخبر الوارد في الميت عندهم من سنخ واحد على الظاهر وفيه رجل باع متاعا من رجل قبض المشتري المتاع ولم يقبض الثمن ثم مات المشتري والمتاع قام بعينه فقال اذا كان المتاع قائما بعينه رد الى صاحب المتاع وقد يناقش في اتحاد الطريق وتفتيح المناط لكننا لم نجد مخالفا ولا متأملا منا في الباب ولا باب الاجارة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وله الضرب فيؤجر الحاكم الدابة أو الارض ويدفع الى الغرماء ﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك وقد ترك ذكره في المبسوط والشرائع ولعله لوضوحه وحاصل العبارة ان المؤجر ان اختار امضاء الاجارة ضرب مع الغرماء بالاجرة وأجر الحاكم العين على المفلس كما يؤجر اعيان أمواله التي لا يمكن بيعها وصرف الاجرة الى الغرماء اذا كانت الاجارة على عين أو في الذمة وحصل التعيين ولو لم يكن قد عين ولم يفسخ طالبه الحاكم بالتمهين ثم يؤجر العين حينئذ ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو بذلوا له الاجرة لم يجب عليه الامضاء ﴾ للاصل وانه قد ثبت له الخيار فلا يزول بذلك والتمنة وخوف ظهور غريم على نحو ما مر فتدبر وهذا كله اذا لم يمض من المدة شيء فلو مضى شيء منها له قسط من الاجرة فان فسخ المؤجر ضرب مع الغرماء بقسط المدة الماضية من الاجرة المسماة كما لو باع عبيد ففلس أحدهما ففسخ في الآخر وان اختار الامضاء ضرب بجميع الاجرة كما نبه على ذلك في المبسوط والتذكرة وجامع المقاصد ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو حجر عليه وهو في بادية ففسخ المؤجر نقلت العين الى مأمّن بأجرة المثل مقدمة على الغرماء ﴾ المراد بالعين المتاع المحمول على الدابة المستأجرة وقد صرح بذلك في المبسوط والتحرير والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان قالوا لو أفلس مستأجر الدابة وحجر عليه في خلال الطريق ففسخ المؤجر لم يكن له طرح متاعه في البادية المهلكة ولا في موضع غير محرز بل يجب عليه نقله الى مأمّن بأجرة المثل لذلك النقل من ذلك المكان ويقدم به على الغرماء لانه لصيانة المال وحفظه وايصاله الى الغرماء فأشبهه أجرة الكيال والجمال وأجرة المكان المحفوظ فيه وفي (الارشاد) لو كانت الدابة في بادية نقلت الى مأمّن بأجرة المثل مقدمة على الغرماء وظهره ان الدابة من عين مال المفلس يخاف هلا كما نقلت الى المأمّن بالاجرة وقد يكون أراد انه لو كانت العين المستأجرة دابة عليها حمل أو متاع وفسخ صاحبها الاجارة في بادية نقلت مع حملها الى المأمّن بالاجرة كما عرفت فيوافق القوم وكيف كان لا يسلم ماله الا الى الحاكم ومع التعذر يحفظه حتى يوصله اليه ويمكن تسليمه الى العدل ليوصله اليه ولعل الأولى أن يحفظه ويعلمه به لتلايحه يحصل التصرف والنقل من غير اذن بل في (مجمع البرهان) احتمال عدم جواز ذلك في كل مال له صاحب وقد كان يد المستعير أو الودعي فاخذته ليوصله الى صاحبه أو يبعث به اليه الا أن يكون مأذونا بوجهه فتأمل ومثل ذلك ما لو كانت الاجرة لركوب المفلس وحصل الفسخ في اثناء المسافة فانه ينقل الى المأمّن بأجرة مقدمة دفعا للضرر عن نفسه الذي هو أولى من حفظ ماله ولا فرق في هذه المواضع بين كون مورد الاجارة العين أو الذمة

ولو كان قد زرع الارض ترك زرعه بعد الفسخ باجرة مقدمة على الغرماء اذ فيه مصلحة
الزرع الذي هو حق الغرماء ولو افلس الموجر بعد تعيين الدابة فلا فسخ بل يقدم المستأجر
بالمصلحة كما يقدم المرتهن (متن)

لتحقق التعمين ويبقى الكلام في المأمن فان كان في صوب المقصد وجب المضي اليه وهل للمؤجر
تعجيل الفسخ أو يجب عليه الصبر الى المأمن الاقرب الاول وتظهر الفائدة فيما لو كان الاجر في قسله
مخالفا لما يقع له بعد التسيطر من المسمى لانه حينئذ ان فسخ كان له اجرة المثل سواء زادت عن القسط
من المسمى او قصت او ساوت وان لم يفسخ كان القسط من المسمى ولو كان النقل الى المأمن هو
منتهى مسافة الاجارة وجب النقل اليه وبمجيء الاحتمالان وهما هل له الفسخ أولا ولو كان النقل الى
المأمن لا يحصل الا باجرة مساوية للمقصد أو أكثر فالاولى وجوب النقل وعدم تخيره وهو يقدم بالقسط
للتقل أم لا اشكال ولو كان المأمن في صوب المقصد وصوب مبدأ المسافة على حد واحد أو تعددت
مواضع الأمان وتساوت قريبا وبعدا فالمدار على المصلحة فان تساوت كانت له سلوك أيها شاء لكن
الاولى سلوك ما يلي المقصد لانه مستحق عليه في أصل العقد وان اختلفت الاجرة سلك أقلها اجرة
وان اختلفت مصلحة المفلس والغرماء فالاولى تقديم مصلحة المفلس كما نبه على ذلك كله في التذكرة
﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو كان قد زرع الارض ترك زرعه بعد الفسخ باجرة مقدمة على الغرماء اذ
فيه مصلحة الزرع الذي هو حق الغرماء ﴾ هذا ذكره الشيخ في المبسوط والمصنف في التحرير
والارشاد والتذكرة (وحاصل الكلام) في المقام انه لو فسخ المؤجر للارض لافلاس المستأجر
فان كانت فارغة أخذها فان كان قد مضى من المدة شيء كان كما تقدم وان كانت الارض مشغولة
بالزرع فان كان قد استحصد طالب بمحصاده وتفرغ أرضه وان لم يستحصد فان كان له قيمة اذا قطع
واتفق المفلس والغرماء على قطعه كان لهم وان اتفقوا على التبقية وبذلوا لصاحب الارض اجرة فلهم
ذلك بشرط ان يقدموا المؤجر باجرة المثل وفي (التحرير والارشاد) انه يجب عليه الصبر والابقاء وفي
الاخير انه ليس له الازالة بالارش والظاهر ان له ذلك وان ارادوا التبقية بغير عوض لم يكن لهم ذلك
ولو اختلفوا اجيب من طلب القطع واحتمل اجابة من طلب الانفع وكذلك في كل ما كان من هذا
القبيل كما في جامع المقاصد ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو افلس المؤجر بعد تعيين الدابة فلا فسخ بل
يقدم المستأجر بالمصلحة كما يقدم المرتهن ﴾ كما في المبسوط والتذكرة والارشاد وجامع المقاصد وجمع
البرهان لان ذلك هو مقتضى الاصل والقواعد لانه عقد لازم عقده قبل الحجر والمنافع المستحقة
للمستأجر متعلقة بعين ذلك المال فيقدم بها كما يقدم المرتهن ولا فرق في التعمين بين ان يكون في اصل
العقد أو بعد وروده على الذمة ثم الغرماء لهم الخيار بين الصبر حتى تنقضي مدة الاجارة ثم يبيعونها وبين
البيع في الحال لانه يجوز عندنا بيع الاعيان المستأجرة ولا مبالاة بما ينقص من الثمن بسبب الاجارة
اذ لا يجب على الغرماء الصبر الى أن يزيد مال المفلس وفي (جامع المقاصد) انها تباع ان حصل
راغب والاخر يبيعها الى اقتضاء الاجارة ولو اختلف الغرماء في الصبر والبيع اجيب من يطلب البيع وحيث
يختارون الصبر هل يبقى الحجر مستمرا الى اقتضاء الاجارة وجهان ولعل الاقوى العدم ﴿ قوله ﴾

ولو كانت الاجارة على الذمة فله الرجوع الى الاجرة ان كانت باقية او الضرب بقيمة
المنفعة الثاني سبق المعاوضة على الحجر والاقرب عدم تعلقه بعين ماله لو باعه عليه بعد
الحجر ولو فسخ المستأجر بالانهدام بعد القسمة احتمل مزاحمة الغرماء بالباقي لاستناده
الى عقد سابق على الحجر والمنع لانه دين حدث بعد القسمة ﴿ المقصد الرابع في الضمان ﴾ (متن)

﴿ ولو كانت الاجارة على الذمة فله الرجوع الى الاجرة ان كانت باقية او الضرب بقيمة المنفعة ﴾ كما
في التذكرة والارشاد وجامع المقاصد وجمع البرهان اما الاول فلا نه غريم ظفر بعين ماله فله الرجوع
فيه والضرب مع الغرماء واما الثاني وهو انه يضرب بقيمة المنفعة حيث تكون الاجرة تالفة فلان المفروض
عدم التعيين فيكون كذاثر الغرماء لا يقدم عليهم في الاستيفاء وليس له الفسخ والضرب بالاجرة لانه
ليس كالسلم ﴿ قوله ﴾ ﴿ الثاني سبق المعاوضة على الحجر ﴾ هذا هو الشرط الثاني من شروط
المعاوضة ﴿ قوله ﴾ ﴿ والاقرب عدم تعلقه بعين ماله لو باعه عليه بعد الحجر ﴾ قد سبقت له هذه
المسئلة في بحث منع التصرف في موضعين احدهما حيث قال وليس للبايع الفسخ وان كان جاهلا والثاني
حيث قال ويحتمل في الجاهل الضرب والاختصاص والصبر وهنا قرب عدم الاختصاص وعدم تعلقه
بها وقد استوفينا الكلام في الموضوع الاول واحتمل الشيد ان يكون تقرب عدم رجوعه لعله وفيه
ان عدم رجوع العالم محكي عليه الاجماع منفي عنه الاشكال من جماعة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو فسخ
المستأجر بالانهدام بعد القسمة احتمل مزاحمة الغرماء بالباقي لاستناده الى عقد سابق على الحجر والمنع
لانه دين حدث بعد القسمة ﴾ الاحتمال الاول جزم به في التحرير وقر به في التذكرة لانه دين استند
الى عقد سابق على الحجر وهو الاجارة فصار كما لو انهدم قبل القسمة وضعف الثاني في التذكرة بان
السبب متقدم فيكون مسبه كالتقدم ورده في (جامع المقاصد) بعنوان الاحتمال بان وجود السبب وان
كان كوجود المسبب لا يستلزم ما ذكره لانه لا يجري مجراه من جميع الوجوه قطعاً ومن بعضها لا يفيد
وخصوص هذا الوجه لا دليل عليه قال والمنع قريب انتهى فتأمل

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وعليه أتوكل وبه استعين ﴾

الحمد لله كما هو اهله رب العالمين والصلاة والسلام على خير خلقه اجمعين محمد وآله الطاهرين المعصومين
ورضى الله تعالى عن مشايخنا وعلماؤنا اجمعين وعن روايتنا المحسنين وادرجنا ادراجهم وسلك بنا
سبيلهم اللهم بالأمين آمين ﴿ وبعد ﴾ فهذا ما برز من اجزاء مفتاح الكرامة على قواعد العلامة زاد الله
سبحانه اكرامه تصنيف العبد الاقل الاذل محمد الجواد الحسيني الحسيني العالمي عامله الله تعالى بلفظه
الحقني والحلي ﴿ قوله ﴾ ﴿ المقصد الرابع في الضمان ﴾ هو عندنا كما قاله المصنف في التذكرة والشهيدان
وغيرهم مشتق من الضمن لانه يجعل ما كان في ذمته من المال في ضمن ذمة اخرى اولان ذمة
الضامن تتضمن الحق فالتون فيه اصلية بناء على انه ينقل المال من الذمة الى الذمة وعند اكثر العامة
انه غير ناقل واما يفيد اشتراك الذميتين فاشتقاقه من الضم والتون فيه زائدة لانه ضم ذمة الى ذمة
فيتخير المضمون له في المطالبة والبرجيج معنا من وجوه (مهما) وجود التون في جميع تصاريفه من ماض
ومضارع وامر وثنية وجمع ودعوى اشتقاق ما فيه التون في جميع تصاريفه مما هو خال عنه كذلك

غير معقول (ومنها) ان ضمان النفس يمكن توجيهه على مذهبنا ويحتاج على مذهبهم الى تكلف شديد جدا واما ضمان المتلفات من نفس ومال فانه يناسب المختار وان خرج عما نحن فيه (ومنها) قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم فقد قال الشهيد ان ظاهره اختصاصه بالغمم اذ هو خبر في معنى الانشاء وظاهره ان ذلك لمكان الوصف وهو حجة وهل هذا النزاع نشأ من اختلافهم في الحكم ام للعكس وجها وتظهر الفائدة في مسائل (منها) انه لو ابرأ الضامن يرا ما عندنا ولا يبرأ المضمون عنه عندهم وينعكس الحكم مع انعكاس الفرض نعم لو ابرأ المضمون عنه يبرأ عندهم ولا يبرأ عندنا لانه ابرأ لمن ليس له عليه شيء الى غير ذلك مما ذكره ابو العباس مما يأتي في تضاعيف الباب وكيف كان فالضمان مشترك لفظي بين معنيين اعم واخص فالاعم هو التعهد على وجه خاص بنفس أو مال لمن كان له في ذمته شيء ام لم يكن فان كان نفسا فهو الكفالة وان كان مالا فان كان في ذمته شيء فهو الحوالة والا فالضمان بالمعنى الاخص الا ان الضمان اذا اطلق بغير قيد يتبادر منه المعنى الاخص لكثرة تداوله مع كونه فردا من العام واذا اريد منه القسمان الآخران بخصوصهما احتيج الى التقييد مثل ان يقال ضمان نفس أو ضمان لمن في ذمته شيء وهذا هو مراد الاصحاب مما طفت به عباراتهم من قولهم ان الضمان الخاص هو المسمى بالضمان بقول مطلق وليس مرادهم ان الضمان مفهوم كلي تحت افراد ثلثة منقسم اليها اتقسام الكلبي الى جزئياته لكن هذا الفرد الخاص لا يحتاج الى قيد وقرينه بخلاف الفردين الآخرين ليرد عليه ان ذلك يقتضي كون اطلاق الضمان عليهما ليس على وجه الحقيقة لان من علاماتها صحة الاطلاق من غير قيد كما ان توقف فهم المعنى المراد من اللفظ على قيد ينضم اليه دليل المجاز فكيف يجتمع كونها من افراد الكلبي بطريق الحقيقة وافتقارهما مع ذلك في صحة الاطلاق الى التقييد كما صرح به في المسالك ونبه عليه في جامع المقاصد (ويجانب) كما في المسالك بان المنقسم اليهما بحيث صارا فردين له بطريق الحقيقة هو مطلق الضمان لا الضمان المطلق وهذا أي مطلق الضمان لا ينافي كونها مجازين بالنظر الى الضمان المطلق وحقيقتين بالنسبة اليه أي مطلق الضمان (والحاصل) انه فرق بين الشيء المطلق ومطلق الشيء ومثل هذا البحث يأتي في الماء فانهم قسموا مطلق الماء الى الماء المطلق والمضاف مع ان اطلاق الماء على المضاف بطريق المجاز الا انه فرد حقيقة من مطلق الماء ومنشاء الاختلاف باختلاف الوجهين ولكن لما اشهر المعنى المطلق وخفي مطلق المعنى لو حفظت الحقيقة والمجاز باعتبار المشتهر خاصة (وانت خير) بان الابراد والجواب في غير محلها كما ستسمع على انا لو قلنا ان الضمان اسم لمفهوم كلي ونحته افراد ثلثة لكن هذا الفرد هو المتبادر منها فعناه انه مطلق صار حقيقة عرفية في بعض افراده وهذا معنى قولهم الاطلاق ينصرف الى الفرد الشائع فتصير بقية الافراد كالمجازات تحتاج الى قرينة (ثم يرد) على الابراد انا لا نسلم ان اطلاق الكلبي على كل فرد منه حقيقة بل هو مجاز قطعا لكنه قد استعمل في غير ما وضع له ومعنى قولهم انه يصح استعماله في الفرد من حيث كونه فردا حقيقة انه يصح تعليق الحكم بالكلبي من حيث تعلقه بفرد منه بان لا يكون من مقصود المتكلم وارادته في الواقع الا ذلك الفرد مع استعمال اللفظ في الكلبي وتعليقه أي المتكلم الحكم به الا انه اراده من اللفظ واستعمله فيه كما حققه المحقق التتازاني في باب البيان وله تحقيق آخر وهو ان الكلبي اذا استعمل في فرد باعتبار حصول الماهية فيه مع قطع النظر عن الخصوصيات والمشخصات وبالجملة أرادت الماهية المتحققة في ضمن فرد فانه يكون حقيقة أيضاً وهذا انكره جماعة واتفقوا على ان استعماله في فرد باعتبار

وهو عقد شرع للتعهد بنفس أو مال ممن عليه أولا (متن)

شخصه وخصوصه يكون مجازا (ويرد) على الجواب انا لانسلم أن المنقسم في كلامهم مطلق الضمان بل الضمان المطلق لانهم يقولون الضمان كذا وكذا ولاشك انه مطلق ولايشترط في المنقسم عندهم أن يكون صادقا على جميع الافراد حقيقة كما هو الشأن في تقسيم الطهارة والماء المطلق والوضوء ونحو ذلك كما صرح به جماعة وانت اذا احطت خبرا بما حررناه في المقام ظهر لك عدم صحة تفسير المحقق الثاني لعبارة الكتاب فيما يأتي واندفاع اعتراضه على الشهيد وعدم توجه اعتراض الشهيد الثاني على المحقق قال في (جامع المقاصد) في شرح قوله ويسمى ضمانا بقول مطلق ما نصه أي غير محتاج الى تقييده بكونه ضمان الممال من ليس عليه مثله فيكون الضمان واقعا على معنيين وهذا بخلاف الكفالة فانها لا تطلق على ضمان الممال الا بقيد فيقال كفالة بالمال وفي (حواشي الشهيد) ان الكفالة والحوالة لا يطلق عليهما الا مضافا فيقال في الكفالة ضمان النفس وفي الحوالة ضمان الممال من عليه مثله فيكون قوله بقوله مطلق مشيرا الى ذلك وفيه نظر فانه على هذا لا يكون صدق الضمان عليهما بطريق الحقيقة وتعريف المصنف يقتضي الحقيقة ومع ذلك فالحوالة لا تختص بمن عليه مثله كما سيأتي في كلام المصنف انشاء الله تعالى والصواب ما ذكرنا وهو الذي ذكره في التذكرة انتهى والموجود في التذكرة أن الضمان قد شرع للتعهد بمال أو نفس وسمى الاول ضمانا بقول مطلق ويخص الثاني باسم الكفالة وقد تطلق الكفالة على ضمان الممال لكن بقيد فيقال كفالة بالمال وليس بتلك المكانة من الدلالة على ما أراد وأما المحقق فانه اختار التقسيم على المشهور حيث قال والتعهد بالممال قد يكون ممن عليه للمضمون عنه مال وقد لا يكون فهنا ثلاثة أقسام ثم بين ما عنده في المسئلة من جريان الحوالة في بعض أقسام الضمان فلا يرد اعتراض الشهيد الثاني من أن الحوالة لا يعتبر فيها شغل ذمة المحال عليه للمجمل فيدخل هذا القسم في الضمان الاخص ولا يحتاج الى جوابه بأن التقسيم جار على محل الوفاق أو باعتبار القسم الآخر وهو تعهد مشغول الذمة للمجمل فيكون هو أحد الاقسام الثلاثة خاصة وكون القسم المشترك ذا جبهتين بحيث يصبح تسميته ضمانا خاصا وحوالة سهل معه الخطب انتهى ثم يرد عليه أيضا أن الظاهر من القسمة التغاير وحصر اسم كل قسم فيما ذكره ﴿ قوله ﴾ (وهو عقد شرع للتعهد بنفس أو مال ممن عليه أولا) هذا تعريف له بالمعنى الاعم الشامل للاخص والحوالة والكفالة وفي (جامع المقاصد والمالك) انه يجبي في قوله عقد ما سبق في البيع على القول بأنه المقدم من أن الضمان هو نفس التعهد لا المقدم الدال على التعهد وانه هو التحقيق وان اطلاقه على العقد بطريق المجاز اقامة للسبب مقام المسبب (قلت) هذا شيء أطال في بيانه المحقق الثاني في باب البيع وقال انه النقل لا المقدم وواقفه على ذلك الاستاذ الشريف قدس سره وقد بينا في باب البيع انه ليس بشي وان الفقهاء انما يعرفون ما اصطلاحوا عليه حيث يقولون كتاب البيع وأقسام البيع وأحكام البيع ونحو ذلك فانهم انما يريدون بذلك المعاملة القائمة بالبائع والمشتري معا وهو المعنى الحاصل بالعقد وكذلك الحال في الضمان والاجارة والرهن والوكالة والقرض وغيرها وليس المراد بالبائع في كلامهم فعل البائع فقط أي النقل ولا بالضمان فعل الضامن فقط ولا بالاجارة فعل المؤجر فقط وهكذا ويرشد الى ذلك انا ما وجدنا أحدا حدد البيع صريحا بالنقل كما بيناه في محله وان هي الا غفلة والا فالامر أوضح من أن يشبه وقال في (جامع المقاصد) ويرد على هذا هنا وفي البيع أن البيع

فهنا فصول ثلاثة الاول الضمان بالمال ممن ليس عليه شيء ويسمى ضمانا بقول مطلق وفيه مطلبان الاول في أركانه وهي خمسة الصيغة وهي صمنت ونحملت وتكفلت وما أدى معناه ولو قال أؤدي أو أحضر لم يكن ضمانا ولا تكفي الكتابة مع القدرة وتكفي مع عدمها مع الإشارة الدالة على الرضا لا مكان العبث (متن)

والضمان وغيرهما قد يكون صحيحا وقد يكون فاسدا وتقل الملك لا يكون الا صحيحا وكذا التعهد (ويجاء) بأن النقل لا يلزم أن يترتب عليه الانتقال وكذا التعهد قد لا يترتب عليه أثره (قلت) لم يتضح وجه هذا الايراد لانه ان كان المراد بيان أن المعاملات أسماء للاعم من الصحيح والفساد فلا ايراد لان المعلوم أن شرعية العقد المذكور للتعهد أعم من كون أثره يحصل معه وعدمه فيشمل الصحيح والفساد وان كان المراد أن تعريف البيع والضمان ليس جامعا للشروط فقد عرفت فيما حررناه في تعريف الرهن أن غرضهم من التعريف تمييز العقود بعضها عن بعض وبعضها قد لا يتميز عن الآخر الا بذكر بعض الشروط لان بعضها يتميز بذكر شرط وآخر بذكر شرطين وآخر لا يحتاج الى ذكر شيء من الشروط وليس الغرض بيان البيع الصحيح والضمان كذلك بل الغرض ان هذا العقد من شأنه أن يدل على نقل الملك وذلك على نقل المنفعة والصحة وهكذا (١) والفساد أمر آخر وراه ذلك والامر هين والتأويل ممكن لكن لا يتخلو عن نجش أو يكون من باب بيان الواضحات فليأمل جيدا والضمان جائز وثابت بالكتاب والسنة والاجماع كما في المبسوط والسرائر والتذكرة وغيرها

﴿ قوله ﴾ ﴿ هنا فصول ثلاثة الاول الضمان بالمال ممن ليس عليه شيء ويسمى ضمانا بقول مطلق ﴾ هذا تقدم الكلام فيه آنفا ﴿ قوله ﴾ ﴿ وفيه مطلبان الاول في أركانه وهي خمسة الصيغة وهي صمنت ونحملت وتكفلت وما أدى معناه ﴾ من اللفاظ الدالة عليه صريحا كتقلده والتزمت وأنا بهذا المسال ظهير أو كفيل أو ضامن أو زعيم أو حميل أو قبيل كما في المبسوط وغيره وكذا لو قال دين فلان علي كما في التذكرة لان علي ضمان لاقتضاء علي الالتزام (قلت) ومثله في ذمتي اما ضمانه علي فكاف باقتناء الاحتمال مع نصريحه بالمال وقيل انه لو قال مالك علي أو دينه علي أو ما عليه علي فليس بصريح لجواز ارادته انه قادر على تخليصه أو أن عليه السعي أو المساعدة ونحوه وكذا لو قال مالك عندي فانه ليس بصريح لأنه يجوز انه للغير تحت يده مال ولا تضر ندرة بعضها كالحمل والقبيل بعد ثبوته في اللغة وقيل بمعنى كفيل من قبيل كالم كفل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو قال أؤدي أو أحضر لم يكن ضمانا ﴾ لانه وعد وليس بالالتزام كما في التذكرة مضافا الى الاصل والمولى الاردبيلي على انه يكفي ما يدل على انه يعطي ويشترط فيه قبول المضمون له كما سببه المصنف عليه لانه عقد اجماعا كما في جامع المقاصد فلا بد فيه من القبول ومن رعاية ما يشترط في سائر العقود من التواصل المعهود بين الايجاب والقبول وضابطه ما لا يخرج به القبول عن كونه قبولا لتلك الايجاب عرفا والمولى الاردبيلي على انه لا يشترط القبول بل يكفي ما يفيد العلم برضاه وتتمام الكلام يأتي في محله بلطف الله تعالى ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا تكفي الكتابة مع القدرة وتكفي مع عدمها مع الإشارة الدالة على الرضا لا مكان العبث ﴾ كما صرح

(١) كذا في النسخ ولعل الصواب وهكذا والصحة والفساد الى آخره (مصححه)

وشرطه التنجيز فلو علقه بمجيء الشهر او شرط الخيار في الضمان فسد والبراء كالضمان في انتفاء التعليق فيه ولو شرط تأجيل الحال صح (متن)

بذلك كله في التذكرة وبه طفحت عباراتهم في باب البيع ووجه عدم كفاية الكتابة مع القدرة على النطق انه أي النطق معتبر في العقود اللازمة بالاجماع ولا فرق بين أن يكون حاضرا أو غائبا ولا بين الضامن والمضمون له بناء على اعتبار قبوله لفظا ووجه كفايتها مع عدم القدرة مع الاشارة الدالة على الرضا انه حينئذ أحرص أو كالأحرص ولا ريب في صحة عقودة والتوكيل لا بد أن يكون بذلك أيضا أو بالاشارة وحدها اذا أفهمت والظاهر الاكتفاء بالاشارة اذا عجز عن النطق وان قدر على الكتابة ولو عجز عن النطق لا كراه فبل تكفي كتابته مع الاشارة الدالة أم لا لم أجد للاصحاب نصا في ذلك في باب البيع والتكاح وغيره وقضية الاصل العدم ﴿ قوله ﴾ ﴿ وشرطه التنجيز فلو علقه بمجيء الشهر او شرط الخيار في الضمان فسد ﴾ أما اشتراط التنجيز فلانه عقد من العقود فلا يقبل التعليق وفي (تمهيد القواعد) الاجماع على عدم صحة تعليق العقود على الشرط وقد يلوح ذلك من التذكرة وكشف الثام وقد علل في قواعد الشهيد وتمهيد القواعد بأن الانتقال مشروط بالرضا ولا رضا الا مع الجزم ولا جزم مع التعليق ولو كان وصفا وقد استوفينا الكلام فيه في باب البيع وكذلك لا يقبل التأجيل كاتقبله الاجارة فيصح أن يؤجره داره بعد سنة ولا يصح أن يضمن بعد سنة ولا أن يقول أنا ضامن الى شهر فاذا مضى ولم أغرم فأنا بريء. وأما شرط الخيار في الضمان كان يشترط الضامن الخيار لنفسه فانه يكون باطلا كما في التذكرة وظاهر بيع المبسوط ووجهه أنه يناهض مقتضى الضمان لان الضامن على يقين من الغرامة والغرر فتدبر (وقال) في بيع التذكرة والضمان يصح دخول خيار الشرط فيه للعموم ونحوه ما في بيع التحرير وضمان جامع المقاصد واستظهر المقدس الاردبيلي من التذكرة الاجماع على دخول خيار الشرط في كل معاوضة قال وعموم أدلة العقود والوفاء بها وبالشرط دليل واضح على الكحل حتى يوجد المانع من اجماع ونحوه (قلت) والامر كما ذكرنا ذكر من العموم والاصل وانتفاء المانع الا ما يتخيل من ان الضمان يتضمن ابراء ذمة المضمون عنه والبراء لا يدخله خيار الشرط وجوابه أن الضمان حكم من أحكام نقل المال ولا يتضمن ابراء فاذا تحقق النقل غير متزلزل تحققت البراءة والا فلا فليتأمل فيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ والبراء كالضمان في انتفاء التعليق فيه ﴾ قد يلوح من التذكرة الاجماع عليه وانه يعطله والمهم تأصيل الاصل فيمكن أن يقال ان العقود والايقاعات ألقاظ متلقاة والاصل عدم قبولها التعليق الا ما خرج بالدليل كالظهار ان قلنا به والوصية والعتق على احتمال ويمكن أن يقال الاصل فيها قبول الشرط والتعليق الا ما خرج بالدليل كالبيع والصلح والاجارة والرهن فليتأمل ولعله ترك ذكر الخيار هنا لمكان ظهور عدم قبول الابراءه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو شرط تأجيل الحال صح ﴾ اجماعا كما في الشرائع والتنقيح وايضاح النافع والمسالك وكذا جامع المقاصد والمفاتيح وفي (الكفاية) لا أعرف فيه خلافا ويدل عليه بعد ذلك الاصل والعمومات السالمة عن المعارض الا ما قد يتوهم من أنه تعليق للضمان على الاجل وليس كذلك بل هو تأجيل للدين الحال في عقد لازم فيلزم (وعسالك تقول) ان الضمان نقل المال على ما هو به وهذا ليس كذلك ولا أقل من أن يختلفوا فيه كما اختلفوا في عكسه (لانا تقول) لانسلم هذه الكفاية لانا نجوز ضمان المؤجل حالا كما سنسمع سلنا ولكن اشتراط تأجيل الحال شرط

والاقرب جواز العكس (متن)

يستعمل به صاحب الدين في العقد اللازم بخلاف اشتراط حلول المؤجل فان الاجل هنا مشترك بين المضمون له والمضمون عنه ﴿ قوله ﴾ « والاقرب جواز العكس » كأن يضمن المؤجل حالا وهو ظاهر المبسوط على تأمل فيه وقد نسب الى صريحه في السرائر وغيرها قال في (المبسوط) اذا أطلق الضمان فله المطالبة أي وقت شاء وهو المحكي عن المذهب وصريح السرائر والشرايع والتافع وكشف الرموز والتذكرة والارشاد والمختلف في أول كلامه واللمعة والتنقيح والمقتصر وايضاح التافع والمسالك والروضة وجمع البرهان والمفاتيح والرياض وظاهر التذكرة في موضعين منها الاجماع عليه حيث قال عندنا واستشكل في التحرير في أول كلامه وكذا الكفاية للأصل والعمومات السالمة عن المعارض عدا ما استسمعه من أدلة المخالف وسبب ضح فسادها وان الاداء معجلا جائز فكذا الضمان لانه كالاداء وقد نسب الخلاف في المختلف الى الشيخ في المبسوط وانه قال لا يصح لأن الفرع لا يكون أقوى من الاصل ولم أجد ذلك فيه وقد سمعت مانسب اليه في السرائر وغيرها ونسب الخلاف جماعة الى المفيد في المنفعة والشيخ في النهاية ولم أجد ذلك في المنفعة وليس في النهاية الا قوله ولا يصح ضمان مال ولا نفس الا بأجل والى ذلك أشار في السرائر بقوله وقد يوجد في بعض الكتب لاصحابنا ولا يصح ضمان مال ولا نفس الا بأجل قال والمراد بذلك اذا اتفقا على التأخير والاجل فلا بد من ذلك ولا يصح الا بأجل محروس فاما اذا اتفقا على التعميل فيصح الضمان من دون أجل وكذا اذا أطلقا العقد والى هذا القول ذهب شيخنا في مبسوطه وهو حق اليقين لانه لا يمنع منه مانع ومن ادعى خلافه يحتاج الى دليل ولم يجده انتهى وكلامه يعطي انه فهم من عبارة المبسوط المتقدمة انه لو كان مؤجلا وضمنه مطلقا حل وجاز له المطالبة أي وقت شاء فليحظ ذلك كما انه يعطي وجود الخلاف وكأنه تعريض بما يظهر من الوسيلة والغنية في (الوسيلة) انما يصح الضمان بتعيين أجل المال وعد في الغنية من شروط صحته أن يكون الى أجل معلوم وعد شرطين آخرين وادعى الاجماع وكلامهما ليس بنص في الخلاف وتأويل السرائر جار فيه ويشهد له ما يظهر من موضعين من التذكرة من دعوى الاجماع كما سمعت لكن المحقق صرح في التافع بوجود الخلاف وقد حكى أي الخلاف في (المسالك) عن الشيخ واتباعه وحكاه بعضهم عن القاضي في الكامل ولعل كلامه كغيره نعم الخلاف صريح فخر الاسلام في الايضاح وشرح الارشاد والمحقق الثاني في جامع المقاصد واستندا الى أن الحلول زيادة في الحق ولهذا تختلف الاثمان به قلت ويحصل به الربوا وهذه الزيادة غير واجبة على المديون ولا ثابتة في ذمته فيكون ضمان مالم يجب واستحسنه في المختلف وردة الشهيد الثاني ومن تأخر عنه بأن المضمون انما هو المال لان مدلول ما في قولهم ضمان مالم يجب هو المال وأما الاجل فلا يتعلق به الضمان وان كان من توابع الحق وأوصافه الآن دخوله حيث يدخل ليس بالذات بل بالجمعية وهو حق للمدبون فاذا رضي الضامن باسقاطه أو تعجيل الايقاء قد ضمن ما يجب وهو المال ورضي باسقاط الوصف ولا يرد انه غير واجب الاداء بسبب الاجل لانه واجب في الجملة غايته انه موسع سيما مع رضی المضمون عنه (قلت) مرادها انه ضمان مال لم يجب أدائه لان الضمان عندها نقل المال على ما هو به وقد قصدا بقولها أن الحلول زيادة في الحق التوضيح فهذا القول لولا ما سيأتي قوي

جداو بعضه اجماع الغنية و بعضه هذا الاجماع أن لا يخالف قبل مدعيه وعبارة المبسوط التي ذكرناها في القول الاول ليست بتلك المكانية من الظهور فيه ولعل عبارة المهذب مثلها وقد يحتاج عليه بأن الضمان ارفاق وتسهيل على المضمون عنه وضمان المؤجل حالا يقتضي تسوية المطالبة للضامن فيتسلط على مطالبة المضمون عنه في الحال فتنتفي فائدة الضمان وبأن الفرع لا يكون أقوى من الاصل ولعل ذلك هو الذي جرى المتأخرين على المخالفة أو التأمل لانه يجب عن الاول أولا بعدم جريانه في الضمان تبرعا وثانيا بأنه ان ضمن بسوالة ونصريحه بالرجوع عليه حالا فهو الذي أدخل الضرر على نفسه والا فليس له المطالبة بما آداه بل يشترط حلوله على المضمون عنه وثالثا بأننا نمنع انحصار فائدة الضمان في الارفاق اذ لا دليل على ذلك من نص ولا اجماع ويحتمل كون الفائدة فيه هو تفاوت الغرماء بمجنس الاقتضاء و بذلك يظهر ضعف الثاني مع ان الضمان كالتضاء على اعترافهم فكما انه يجوز للمضمون عنه دفع المال معجلا فكذا يجوز الضمان معجلا هذا أقصى ما يوجه به هذا القول ولك أن تقول ان عبارتي الوسيلة والغنية يجري فيهما تأويل السرائر ولعله ناظرا اليهما أيضا وقوله حق اتيقن يجري مجرى الاجماع وزيادة فيكون مدعى الاجماع مضافا الى الاجماعين الظاهرين من التذكرة فينحصر الخلاف في الشارحين وما في النافع من وجود الخلاف فكأنه مبني على الظاهر ولم يحكمه في الشرائع ولم يلتفت الى حكايته من غيره من الفحول فانهم غالبا لا يرجعون الى الاصول بل يعولون على الفاضلين وكيف كان فقد عرفت ما قضى به التبع ثم ان كلام بعض المانعين يقضي بشي وتعليبهم يقضي باخر خلافا مع انهم لم يتفقوا على كلمة واحدة نصا وتعليلا فما اتفقوا عليه نصا واختلفوا فيه تعليلا ماذا كان الدين مؤجلا والضمان حالا فقد نصوا واتفقوا على منعه واختلفوا في تعليبه فالشارحان غالبا سمعت والشيخ وأتباعه علوا بما عرفت فتعليل الشارحين يقضي بجواز الضمان حالا اذا كان الدين حالا لوجوب الحق فكان ضمان ما يجب وتعليل الشيخ يقضي بمنه لعدم الارتفاق وأما الضمان تبرعا فعند الشارحين انه كغيره وستعرف حقيقة الحال فيه وعند الشيخ المعلل بالارفاق جائز مطلقا لا تنفاه المانع من التسلط على المضمون عنه وأما ما اختلف فيه النص والتعليل فهو كلام الشيخ وأتباعه اذ قضيته نص النهاية والوسيلة والغنية وقد سمعت عباراتها انه متى كان الضمان مؤجلا جاز سواء كان الدين حالا أو مؤجلا والاجل مساو لاجل الضمان أو أزيد منه أو أقص وهو الذي يعطيه اطلاق اجماع الشرائع قال والضمان المؤجل جائز اجماعا وفي (شرح الارشاد) لفخر الاسلام أن ضمان المؤجل يمثل أجله يصح اجماعا وفي (التفحيم وايضاح النافع) أن ضمان المؤجل بأزيد من أجله يصح اجماعا وقضية تعليبهم بان الضمان ارفاق فالاخلال به يقتضي تسوية المطالبة للضامن فيتسلط على مطالبة المضمون عنه في الحال فتنتفي فائدة الضمان انه لا يجوز الضمان في الاجل المساوي والقاصر وعند الشارحين يجوز في المساوي ولا يجوز في القاصر فكان محل النزاع في كلامهم غير محرر وجاء المتأخرون فنظر بعضهم كصاحب التفتيح والمسالك الى التعليل فقال الاول ان كان الاجل أقص ففيه الخلاف وقال الثاني الحق ان الخلاف واقع فيما عدى الضمان المؤجل للحال أو الزائد أجله عن أجل الاصل وقضيته ان المساوي أيضا محل خلاف ويقضي أيضا بان ضمان الحال حالا محل خلاف وبكونه محل خلاف صرح المقداد أيضا وهذا يوافق التعليل والنص وقضية كلام المسالك أن التبرع محل خلاف لكن ظاهر ايضاح النافع أو صريحه الاجماع على أن ضمان المؤجل حالا والمؤجل بدون أجله صحيح حيث قال صح قطعا وقد حرر في محله أن هذه الكلمة

فيحل مع السؤال على اشكال (متن)

في كلام الفقيه نجري مجرى الاجماع لكن كلام الشارحين يقضي بعدم الصحة في الضمان تبرعا في هاتين الصورتين كما أشرنا اليه آنفا ولعله لم يفهم ذلك من فخر الاسلام والمحقق الثاني معاصر له (ونظر) بعضهم كالمحقق وفخر الاسلام الى نص عباراتهم فادعيا ماسمته من الاجماعين ولو هذا لان الاجماعان قلنا بأن التعليل يحكم على النص ويخصه بما عدى المساوي والقاصر فقد تحصل انه يجوز الضمان حالا وموئجلا عن حال وموئجل تساوى المؤجلان في الاجل أم تفاوتنا بأن كان الاجل الثاني أزيد أو أقص فهذه صور ست وعليها اما أن يكون الضمان تبرعا أو بسؤال المضمون عنه فالصور اثنا عشرة وكلها جائزة على الاشبه باصول المذهب وعمومات الأدلة مضافا الى ماسمته من الاجماع وما قضى به تتبع العبارات ﴿ قوله ﴾ ﴿ فيحل مع السؤال على اشكال ﴾ هذا فرع على صحة ضمان المؤجل حالا وانما يكون ذلك مع السؤال لامع التبرع ونحوه الممسئلة انا اذا قلنا بجواز ضمان المؤجل حالا أو باجل دون الاجل الاول فلو أذن المضمون عنه للضامن كذلك أو مطلقا فهل يحل عليه فيما اذا ضمن حالا و ينقص الاجل فيما اذا كان دون الاجل الاول على تقدير الضمان كذلك أم يبقى عليه الاجل في الصورتين كما كان فلا يرجع عليه الضامن الى حلوله وان أدى قبله الاصحاب فيه على انحاء (أحدها) عدم الرجوع عليه الا بعد الاجل مطلقا سواء صرح بالاذن حالا أو أطلق وهو خيرة المختلف والمسالك والروضة وظاهر التحرير وجمع البرهان وهو الذي استقر عليه رأيه في التذكرة فانه قطع فيها بعدم الحلول مع الاطلاق واستشكل مع تصرجه بالتعجيل ثم استقر عدم الحلول (أما الاول) فلان الاذن في الضمان وان كان حالا انما يقتضي حلول ما في ذمة الضامن ولا يدل على حلول ما في ذمة المضمون عنه باحدى الدلالات ولا صلة بقاء الاجل ولانه لا يحل الا باسقاطه أو اشتراطه في عقد لازم وهو مستف وهذا ان لم يصرح مع ذلك بالرجوع عليه حالا فلو صرح بذلك رجع كذلك ومنه يعلم حال ما حققه في جامع المقاصد من انه اذا كان الاذن في قضاء المؤجل في الحال موجبا لثبوت الرجوع كذلك قوي حلول المؤجل بما ذكر لانا قد لاندي الفرق لان الاذن في القضاء كالصرح بالرجوع فليتأمل (وأما الثاني) فلان الاطلاق انما اقتضى الاذن في الضمان وذلك لا يقتضي حلول الحق على المضمون عنه للاصل ولانه لا يحل عليه الا باسقاطه أو اشتراطه في عقد لازم الى آخر ما تقدم (الثاني) انه يرجع عليه كما أدى في الحالتين أما مع التصريح بالاذن حالا فلان الضمان في حكم الاداء ومتى أذن المدبون لغيره في قضاء دينه معجلا فقضاء استحق مطالبته ولان الضمان بالسؤال موجب لاستحقاق الرجوع على وفق الاذن وأما مع الاطلاق فلتناوله التعجيل فيكون ما ذونا ضمنا لانه بعض ما يدل عليه اللفظ وهو ظاهر التتبع بل صريحه ولم أجد أحدا من الخاصة والعامة قال به غيره لان الناس في صورة الاطلاق بين قاطع بعدم الرجوع ومستشكل فيه كما عرفت وستعرف (الثالث) التفصيل فيرجع عليه حالا مع التصريح لا مع الاطلاق (أما الأول) فلما تقدم في الوجه الثاني (وأما الثاني) فلما تقدم في الوجه الأول وهو ظاهر المفاتيح (الرابع) انه مع التصريح بالسؤال حالا يرجع عليه كذلك واما مع الاطلاق فحل اشكال وهو خيرة الايضاح لانه قطع بان اشكال الكتاب انما هو مع الاطلاق لا مع التصريح قال لانه لا يقتضي الحلول على المضمون (الخامس) ضده وهو ما في جامع المقاصد

الثاني الضامن وشرطه البلوغ والرشد وجواز التصرف والملازمة حين الضمان أو علم المستحق
بالاعسار (متن)

من انه مع الاطلاق قد يقال انه لا اشكال في عدم الحلول وان الاشكال انما هو مع التصريح قلت
على هذا شواهد من كلامهم وفي (المسالك) ان الحق ان الاشكال واقع على التقديرين ﴿قوله﴾
﴿الثاني الضامن وشرطه البلوغ والرشد﴾ فلا يصح ضمان الصبي والمجنون اجماعا كما في ظاهر الغنية
أو صريحها وصريح المسالك لمكان الحجر عليهما ورفع القلم عنهما ولا فرق في الصبي بين أن يكون
مميزا أم لا اذن له الولي أم لا لان كانت عباراته مسلوبة الاعتبار فلا يؤثر فيها اذن الولي ويصح
الضمان عنهما بلا خلاف الا ما حكاه في المختلف عن الطبرسي من أن من لا يعقل كالصبي والمجنون
والمغنى عليه لا يصح ضمانهم ولا الضمان عنهم والاصل والعمومات وغوى ما دل على صحته عن الميت
حجة عليه ويدخل تحت اشتراط الرشد عدم صحة ضمان المحجور عليه لسهه اذا لم يأذن له الولي وكذا
المغنى عليه والسكران والتائم والمبرسم الذي يهذي ويخلط في كلامه ويبقى الكلام في الساهي والغافل
والهازي وقد تخرج هذه من اشتراط جواز التصرف فليتأمل والاولى ان يأتي لها بعنوان آخر وهو
التقصير او ان لا يكون مسلوب العبارة ولعله يدخل فيه الاخرس الذي لا تفهم اشارته ولا يكتب وعد
في (التحرير) من شروط الصحة الاختيار ثم قال فلو ضمن مكرها لم يصح اجماعا ولم اجد احدا عد
العدالة ﴿قوله﴾ ﴿وجواز التصرف﴾ هذا ايضا من شروط الصحة وهذا يعني عما قبله لدخوله
تحت فلا يصح من السفه بلا خلاف ويأتي في كلام المصنف التعرض لحال ضمان المملوك والمغلس
والمريض والاخرس ﴿قوله﴾ ﴿والملازمة حين الضمان أو علم المستحق بالاعسار﴾ كما في النهاية
والوسيلة والغنية والسراير والشرايع والتذكرة والتحرير والارشاد واللمعة وجامع المقاصد والمسالك
والروضه وجمع البرهان والمفاتيح والرياض (وفيه) انه لم يجد خلافا فيه وفي ظاهر الغنية الاجماع على
ذلك ونسبه في السراير الى اصحابنا وقال في (الكفاية) قالوا وفي جامع المقاصد ان ظاهرهم
ان هذا الحكم موضع وفاق واراد بالحكم أن المضمون له الفسخ اذا لم يعلم باعسار الضامن وهذا
الاجماع يتناول ما نحن فيه باللازم (قلت) وفي موثقة الحسن ابن الجهم ما قد يظهر منه الدلالة على ذلك
فان فيها (قلت) ما تقول في الصبي لا مه ان يحلل قال نعم اذا كان لها ما ترضيه أو تعمله (قلت) فان لم يكن
لها قال فلا والشهرة تجبر السند والدلالة والاجماع بعضها على ان الموثق في نفسه حجة مضافا الى
الاصل وان عقد الضمان مبني على الارتفاق وان المتبادر ان المقصود من الضمان استيفاء الحق من
الضامن وبه يشعر ظاهرا اشتراط رضا المضمون له في بعض النصوص وانما يكون ذلك اذا امكن
الاداء بيساره فلا ينصرف اطلاق النصوص الى غير الممي وغير العالم باعساره مع ما في عدم اعتباره من
لزوم الضرر وبه يجاب عن عموم الامر بالوفاء بالعقود لو تمسك به نعم هذا العموم سالم عن المعارض
اذا علم باعساره لاندفاع الضرر بالاقدام عليه وفي خبر عيسى ابن عبد الله دلالة على ذلك قال احتضر
عبد الله ابن الحسن فاجتمع عليه غرماؤه ومطالبوه بدين لهم فقال لهم لا مال عندي فاعطيكم ولكن
ارضوا بمن شتمت من ابني عمي علي ابن الحسين عليه السلام أو عبد الله ابن جعفر فقال الغرما عبد الله
ابن جعفر ملي مطول وعلي ابن الحسين عليه السلام رجل لا مال له صدوق وهو احبهما اليافارسل اليه

ولا يشترط استمرار الملائة أما لو لم يعلم كان له الفسخ (متن)

فاخبره الخبر فقال اضمن لكم المال الى غله ولم تكن له غلة تجملا فقال القوم قدر ضمنا وضمنه فلما اتت الغلة اتاح له المال فاداه وقد يقال ان مجرد الملائة مع حصول المثل كما تضمنته هذا الخبر لا تفيد فائدة في ترتب الاثر عليها فلو جعل الشرط هنا رضی المضمون له بالضامن وقبوله له مليا كان أو غير ملي لكن اظهر قدس بر فيتقدح من ذلك ان اشتراطهم رضا المضمون له كما هو المشهور كما يأتي بالضمان والضامن كاف عن هذا الشرط والمراد بالملائة هنا ان يكون مال كالملا يؤدي به الدين فاضلا عن المستثنيات وهذا الشرط شرط في الزوم لا في الصحة كما ستعرف ثم عد الى عبارة الكتاب قوله حين الضمان اما قيد في الجميع أو في الاخيرين أعني جواز التصرف والملائة أو في الاخير كما في التحرير والسكل متجه وخصه في (جامع المقاصد) بالاخير قال لا يخفى ان الشروط السابقة انما تشترط حين الضمان وانما خص هذه يعني الملائة بالتفديد لئنه على ان طرو الاعسار لا يثبت الفسخ وانما كان هذا موضع توم ثبوت الفسخ دون غيره لان الضمان في معنى اداء الدين والمقصود الاصيل منه الارتفاق بنقل الدين الى ذمة الضامن وانما يكون كذلك اذا كان الاداء منه ايسر فلا جرم اذا فات هذا المقصود الذي انما بني الضمان عليه تخير المضمون له لغوات المقصود منه كما يتخير المشتري اذا ظهر في البيع عيب أو غبن حيث كان المقصود هو الصحة والاخذ بالقيمة أو اداون اذ البيع مبني على المما كة وهذا بخلاف ما اذا باع موجلا فظهر الاعسار اذ ليس مقصود البيع الاصيل بالنسبة الى اداء الدين كما في الضمان انتهى وهو جيد جدا وتشهد له عبارة التحرير حيث ذكر اشتراط الملائة وحده وقيدته بوقت الضمان غير ان توم ثبوت الفسخ بطرو الاعسار يدفعه التصريح به بعده بلا فاصلة حيث قال ولا يشترط استمرار الملائة فلو تجدد لم يكن له فسخ ثم انه بناء على ما قال كان الواجب ان يقول فلا يشترط استمرار الملائة بانها دون الواو ثم ان هذا التثنية جار في جواز التصرف فلعله اراد ان ينبه ان طرو الاعسار وطرو الفسخ لا يثبتان الفسخ اذ التعليل الذي ذكره جار فيها فامل وقد يكون القيد تصريحا بالمراد والواقع وتوضيحا لمكان جريانه في الجميع وهي فيه على وتيرة واحدة أو ردا على الشافعي حيث قال بصحة ضمان السكران أو على احمد حيث قال بجواز ضمان الصبي المميز وهو كاف في ذلك على انه قد خلت عن هذا القيد عبارات الاصحاب جميعها ما عدا عبارة التحرير والروضة فلو كان يجدي فغا غير التوضيح والتصريح أو الرد على الشافعي وأحمد لذكره المحققون المدققون كالمحقق والشهد وغيرها والغرض بيان الحال في هذا القيد والا فالامر سهل ﴿ قوله ﴾ ولا يشترط استمرار الملائة ﴿ فلو تجدد اعساره لم يكن له فسخ الضمان طمخت به عباراتهم منطوقا ومفهوما لتحقق الشرط حين الضمان والاصل بقا الصحة فلا يقدر تخلفه بعد ذلك كغيره من الشروط وكما لا يقدر تجدد اعساره المانع من الاستيفاء كذلك لا يقدر تغلر الاستيفاء منه بوجه آخر فلا يرجع على المضمون عنه متى لزم الضمان ﴿ قوله ﴾ (أما لو لم يعلم كان له الفسخ) كما في النهاية والوسيلة والسرائر وما تأخر عنها ولذا قال في (جامع المقاصد) ظاهرهم ان هذا الحكم موضع وفاق ونسبه في السرائر الى اصحابنا مؤذنا بدعوى الاجماع أيضا وقضية ذكره في النهاية ان يكون به خبرا وخبار معتددة والا فما كان ابن ادريس ليحكم بذلك مع ان قضية الاصل ان يكون فاسدا لتقد الشرط

ويصح ضمان الزوجة وفي صحة ضمان المملوك بدون إذن السيد اشكال من أنه إثبات مال في الذمة بعقد فاشبه النكاح وانتفاء الضرر على مولاه (متن)

وليس من قبيل ما اذا باع مؤجلا فبان الاعسار كما حكينا آنفا عن جامع المقاصد فالحظه فلم ار من حرره قبله وهل هو على الفور او التراخي وجهان اجودهما الثاني كما عليه الشهيد الثاني وشيخنا صاحب الرياض وفي (التحرير) في الفورية اشكال واحتمل في (جمع البرهان) الفورية خصوصا مع العلم بالمسئلة **قوله** **« ويصح ضمان الزوجه »** ولا يحتاج الى اذن الزوج كما في سائر تصرفاتها وبه قال اكثر اهل العلم من العامة والخاصة وقال مالك لا بد من اذن الزوج كما في التذكرة وقال في (المبسوط) يصح ضمان المرأة كما يصح ضمان الرجل بلا خلاف فاطلق ولم يفصل ولعل مستند مالك في ذلك ما قيل من أنه قد يفضي الى تعطيل بعض حقوقه بنحو استحقاق الحبس (واجب) بان هذا ليس من لوازمه وان كان قد يترتب عليه بطل ونحوه ولو كان هذا مانعا لمنعت من جميع المعاوزات لتطرق المحذور اليها واما ضمان الحالية من بطل فلا نعلم فيه خلافا كما في التذكرة **قوله** **« وفي صحة ضمان المملوك بدون اذن السيد اشكال من أنه اثبات مال في الذمة بعقد فاشبه النكاح »** هذا هو الوجه الاول من الاشكال ومعناه ان العبد ممنوع من النكاح لانه يتضمن اثبات مال في ذمته وهذه العلة قائمة في الضمان وهذا احد وجهي الشافعية (وفيه) مع كونه قياسا باطلا منع كون المانع من النكاح هو اثبات المال في الذمة بل المانع قبح التصرف في مال الغير بغير اذنه مع انه ينتقض (بمفهومه) بفسوخ البضع فان المنع من العقد ثابت مع انتفاء المال وبما اذا بذله اجنبي فالمانع هو ما اشترنا اليه من كونه لا يقدر على شيء وتخصيصه بالمال كما في (المختلف) لا دليل عليه مضافا الى استشهادهم صلوات الله عليهم بالآية في منعه في نحو الطلاق الذي ليس بمال في كثير من النصوص وان ذمته مملوكة للمولى فلا يملك اثبات شيء فيها بدون اذنه وما ثبت قهرا من عوض اتلاف وجناية أو غصب لا يقدر لان ذلك مبني على القهر بالنسبة الى كل جان لوقوعه بغير اذن مستحقة وليس ذلك بالالتزام ومن ثم لزم ذلك الصبي والمجنون مع عدم صحة ضمانها اجماعا فالاصح عدم الصحة كما في المبسوط والشرائع والارشاد والتحرير والعمدة وجامع المقاصد والروضة والمسالك وغيرها **قوله** **« وانتفاء الضرر على مولاه »** هذا هو الوجه الثاني من الاشكال وهو وجه الصحة وهي خيرة التذكرة والمختلف ويانه ان المانع هو تضرر المولى بتعطله عن خدمته وهو متف لان استحقاق المطالبة بما يستمر في ذمته بعد العتق لا ضرر فيه عليه كما لو استدان بغير اذن سيده مضافا الى الاصل وعمومات الضمان وعموم أوفوا بالعقود وقد عرفت ان المانع ليس هو التضرر وانما هو عدم قدرته على شيء والاصل لا اصل له بعد قطع النظر عن العموم بل مقتضاه الفساد ولا لعمومات الضمان بعد فقد اللفظ الدال عليها في اللغة والعرف وما روي أن الزعيم غارم فعامي على أنه يخرج بالاخير والاطلاق ينصرف الى الغالب المتبادر وليس منه ما نحن فيه وعموم أوفوا بالعقود لا يتناول ما نهى عنها لعمومها لعدم استحقال أركانها حتى يتحقق وجود العقد أو مخصوص بها أو قول انه مخصوص بالحاضرين وجريانه فيمن عداهم بالاجماع المقعود في محل الفرض لمكان النزاع بل ذهب الاكثر الى عدم الصحة بل قد تقول أن ذهب المشهور الى

فإن جوزناه تبع به بعد العتق قطعاً ولو أذن له احتمال تعلقه بكسبه وبذمته ويتبع به بعد العتق أما لو شرطه في الضمان (متن)

عدم الصحة قرينة على أنه لا يسمى عقداً في زمن النبي صلى الله عليه وسلم ﴿ قوله ﴾ ﴿ فإن جوزناه تبع به بعد العتق قطعاً ﴾ كما في جامع المقاصد لأن كسبه مملوك للمولى ولا يملك التصرف في مال مولاه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أذن له احتمال تعلقه بكسبه وبذمته ويتبع به بعد العتق ﴾ إذا ضمن بأذن سيده صح ضمانه قولاً واحداً كما في التذكرة وبلا خلاف كما في المبسوط واجماعاً قاله في المبسوط كما في المختلف فاذا أذن له وأطلق ولم يشترط له الاداء من الكسب ولا الصبر الى أن يعتق فهل يتعلق بكسبه أو ذمته أقوال (أحدها) انه يتعلق بكسبه وهذا لم أجد به قائلنا وإنما حكى في المبسوط والمسالك وجعله في جامع المقاصد احتمالاً وقال في (التذكرة) انه أحد قولي الشافعية وانه الأظهر عندهم ووجهه أن اطلاق الضمان إنما يجعل على الضمان الذي يستعقب الاداء فإنه المعهود والاداء من غير مال السيد ممتنع وكذا من ماله غير الكسب والا لكان هو الضامن لا العبد وهو خلاف التقدير فيكون في كسبه قال في (جامع المقاصد) هذا التوجيه ان تم اقتضى عدم القصر على الكسب بل وجوب الاداء على السيد وهو قريب من قول ابن الجنييد ولا يخلو من قرب ونحو ذلك ما في المسالك وقال له أقوى وفي (الروضة) انه متجه قلت فهو قول آخر وقال في (المختلف) هذا البحث يبنى على البحث في استدانة العبد بأذن مولاه فإن قلنا انه لازم للمولى فكذا هنا وإن قلنا انه لازم لذمة العبد فكذا هنا وكان أبا علي نظر الى ذلك فإن الضمان نوع من الاستدانة في الحقيقة ثم رجح انه يتعلق بذمة العبد لانه ذهب اليه هناك (وانت خبير) بان محل النزاع هناك إنما هو فيما أذن له في الاستدانة لمصالح نفسه أي العبد ثم اعتمه والمشهور المعروف هناك الزام المولى والمخالف جماعة قليلون منهم المصنف في المختلف ظاهراً وقلنا هناك ان لزومه للعبد مخالف للقواعد الشرعية فإن العبد المأذون وكيل أو كالوكيل على اختلاف الرأيين فاستدانة وضمانه بأذنه للمولى (له وعليه خ ل) وعلى المولى (الثاني) انه يتعلق بذمته فيتبع به بعد العتق وهو خيرة الشرائع والتذكرة والارشاد والمختلف واللمعة لان اطلاق الضمان اعم من كل منهما والعام لا يدل على الخاص ولم يقع من المولى ما يدل على التزامه في ملكه وكسبه ملكه ولان الاذن في الكلي ليس اذناً في الجزئي المعين وإن كان لا يوجد الا في ضمنه هكذا ذكروا في توجيهه وهو لا يدل الا على عدم تعلقه بمال المولى الا أن تقول انه يدل على تعلقه بذمة العبد باللازم لان المفروض أن الضمان صحيح وقد يوجه أيضاً بانه بالأذن زال عنه الحجر بالنسبة الى الضمان فيصير كسائر الضمانات قيام السبب به وإن كان رفع المانع من المولى ولم يرجح في المبسوط والايضاح (الثالث) ما حكاه في المختلف عن أبي علي من أنه إذا أذن له السيد في الضمان أدى المال فإن كان معدماً بيع العبد وأدى ثمنه في كفايته عن الممسور وإن أعتق وأعسر الضمون عنه كان على السيد ما يجب بحق الكفالة ولعله يعود الى ما استوجهه الشهيد الثاني وقد سمعت ما في جامع المقاصد من أنه غيره وقريب منه الا أن تقول أن الفارق نصه على بيع العبد مطلقاً مع أنه لا يباع في الدين (الرابع) ما في التحرير من أنه يتعلق برقبته كما في نسختين منه ولعله أراد ذمته وهو على ظاهره قول لبعض الشافعية وانه يباع في الضمان حكاه في التذكرة ﴿ قوله ﴾ ﴿ أما لو شرطه في الضمان

بأذن السيد صح كما لو شرط الاداء من ماله بينه والسفيه بعد الحجر كالمملوك وقبله كالحجر (متن)

بأذن السيد صح كما لو شرط الاداء من مال بينه ﴿ كما صرح بذلك كله في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير ومعناه انه لو قال السيد لعبده اضمنه واقضه مما نكذب به صح الضمان وتعلق المال بكسبه ووجهه ان كسبه مال مخصوص من اموال السيد فيكون بمنزلة ما لو ضمن في مال بينه فان وفى كسبه بمال الضمان قد تم للمضمون له حقه والاضاع عليه ما قصر ويحتمل ان يكون المراد انه شرط الضمان في كسبه او ذمته كما صرح به في المبسوط والاول صرح في التحرير والمسالك واقتصر فيهما عليه وفي (اللمعة) الا ان يشترط كونه من مال المولى فيلزم وحينئذ يدخل فيه ما اذا شرط كونه من كسبه لانه من جملة مال المولى وكيف كان يرد على الاول انه لو اعتق العبد قبل تجدد شيء من الكسب ففي المسالك ان الظاهر من كلامهم انه يبقى التعلق ولا يبطل الضمان لقوات المحل المعين لاداء المال وعليه يشكل صحة اشتراطه في كسبه حال عبوديته لان السيد لاحق له فيه فلا مدخل لادائه فيه لان مال العبد بعد العتق ليس من جملة اموال السيد بل ولا يسمى كسبا فلا يكون كما لو شرط الاداء من مال بينه والعبد لم يكن حين الضمان يقدر على شيء بل هو بالاذن يصير كالوكيل واشتراطه في الكسب بمنزلة التعيين من الموكل في مال مخصوص وقد فات فلا يتبع به وان اطلق عليه الكسب بالمعنى الاعم وعسالك تقول ان عقد الضمان على كسبه بأذن المولى كعقد الاجارة على منفعة كذلك فهو باعه حينئذ أو أعتقه بقيت منافعه مملوكة للمستأجر (قلت) الضمان كالاتدانة وقد أطبقوا كما مر انه لو استدان لمصالح نفسه باذنه ثم باعه لزم الدين المولى وكذا لو أعتقه على المشهور المعروف بينهم والمخالف نادر فكان فرق واضح بين الضمان والاجارة وان دق فالاولى رد ما في المسالك مما استظهره من كلامهم من بقاء التعلق وهذا كلامهم بين أيدينا والسير بيننا وبينه وانما نسب ذلك الى القيل الذي لا يعلم قائله بل قولهم كما لو شرط الاداء من مال بينه يقضي بخلاف ما قال كما استمع وعلى الثاني ان ذمة العبد مملوكة للسيد فكيف يثبت فيه مال باختيار العبد والسيد ولا يكون المال على السيد مع كون العبد لا يقدر على شيء ولا ينتقض بعوض الاتلاف لانه مال قهري فليس هو أيضا كما لو شرط الاداء من مال بينه الا أن يقول انه بالاذن صار كسائر الضمان كما أشرنا اليه آتقا ويتفرع على الاول لو مات العبد قبل امكان الاداء فهل يلزم المولى الاداء لما بقي يحتمل لزوم لان اذنه له في الضمان في كسبه كاذنه له في الضمان في مال معين فاذا تلف المال يعود الضمان الى ذمة صاحب المال أعني الضامن على اختلاف الآتي في المطلب الثاني والاقوى ذلك أعني العود على الضامن وانه يتعلق به تعلق الدين بالرهن لا الارش بالجاني وان قلنا بعدم عوده اليه فلا اشكال ويحتمل ضعيفا عدم لزومه للمولى وان قلنا به ثمة لان الكسب ليس كمحض مال السيد بل حق له ولهذا قيل انه لو أعتق بقي متعلقا بكسب المعتق فدل على انه لم يتعلق بالمولى محضا وقد عرفت الحال في ذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ والسفيه بعد الحجر كالمملوك وقبله كالحجر ﴾ الذي جزم به في التذكرة والتحرير انه لا يصح ضمان المحجور عليه لسفه لانه ممنوع من التصرفات المالية بل نفى بعضهم الخلاف فيه وقضية قوله هنا انه بعد الحجر كالمملوك انه يمكن القول بالصحة وينبع به بعد فك الحجر وهو قول لبعض العامة وانه يمكن القول بالبطلان والصحيح انه لا وجه للصحة لان الضمان اما اقراض له فيه الرجوع أو تبرع وكلاهما يمنع منها كما يمنع من

وكذا المفلس كالحر لكنه لا يشارك ولا يصح من الصبي وان أذن له المولى فان اختلفا
 قدم قول الضامن لاصالة براءة الذمة وعدم البلوغ وليس لمدعي الاهلية أصل يستند اليه
 ولا ظاهر يرجع اليه (متن)

القرض والهبة والبيع وسائر التصرفات المالية نعم لو أذن له الولي في الضمان فهو كما لو أذن له في البيع
 وقضية كلامهم في المقام أن الحجر لا يثبت عليه الا بحكم الحاكم وقد تقدم انه المشهور وانه لم يعرف
 الخلاف فيه الا من الشهيد في الامعة - قوله - ﴿ وكذا المفلس كالحر لكنه لا يشارك ﴾ أي
 لا يشارك المضمون له الغرما . فاسم لكن وضير يشارك بالبناء . ففاعل راجعان الى المضمون له الذي
 دل عليه المقام فكأنه قال المفلس كالحر يصح ضمانه اذا رضي المضمون له لكنه لا يشارك الغرما . كما
 يأتي له في قوله فان اختلفا نعم قوله كذا مستدرك لا يكاد يتجه له وجه والحكم مما لا ريب فيه اذ الحجر
 عليه انما هو في ماله لا في ذمته - قوله - ﴿ ولا يصح من الصبي وان أذن له الولي ﴾ قد تقدم
 الكلام فيه - قوله - ﴿ فان اختلفا قدم قول الضامن لاصالة براءة الذمة وعدم البلوغ وليس
 لمدعي الاهلية أصل يستند اليه ولا ظاهر يرجع اليه ﴾ أي فان اختلف الضامن والمضمون له في وقوع الضمان
 من الضامن حال الصبي أو حال الكمال قدم قول الضامن في أنه كان صبيا وقت الضمان لان الاصل
 براءة الذمة وكذا الاصل عدم البلوغ وليس لمدعي أهلية الضمان حين وقوعه وهو المضمون له أصل
 يستند اليه ولا ظاهر يرجع اليه يكون معارضا للاصلين كما تبين على ذلك كله في التذكرة وجامع المقاصد
 ونحوه ما في المبسوط والتحرير وحكى الشهيد عن القنطري انه قال للمصنف ان معه أصل صحة العقد
 فقال يعارضه اصالة الصبي فيبقى اصالة البراءة سليبا عن المراض فكأنه لا أصل انتهى فليتأمل فيه وقال
 في (جامع المقاصد) فان قيل للمضمون اصالة الصحة في العقود وظاهر حال البالغ أنه لا يتصرف باطلا قلنا
 الاصل في العقود الصحة بعد استكمال أركانها ليتحقق وجود العقد اما قبله فلا وجود للعقد فلو اختلفا
 في كون العقود عليه هو الحر أم العبد حلف منكر وقوع العقد على العبد وكذا الظاهر انما يثبت
 مع الاستكمال المذكور لا مطلقا انتهى وهو جيد جدا وفيه دقة لكن ينبغي فيما اذا اختلفا في كون
 العقود عليه الحر أن يقيد فيما اذا كان باعه بظنه انه العبد أو نحو ذلك والافضل اطلاقه لا يتجه والحاصل
 انه يقدم مدعي الفساد في أركان العقد حيث يكون أصل يستند اليه أو ظاهر يعول عليه وقد صرح
 بذلك في باب الاجارة وغيرها لكنه في باب البيع فيما لو قال بعتك وأنا صبي قال ان احتمال تقديم
 قول البائع يعني مدعي الصبا في غاية الضعف لان اصالة البقاء مندفة بالاقرار بالبيع المحمول على
 البيع الصحيح شرعا فان صحته تقتضي عدم بقاء الصبوة فلا يعد معارضا كما لا يعد احتمال الفساد
 معارضا لاصالة الصحة في مطلق الاقرار بوقوع عقد البيع ثم قال (فان قلت) أصلان قد تمارضا
 لا قطع بيبوت وصف الصبوة سابقا (قلت) قد انقطع بالاقرار بالبيع بصدد البيع المحمول على الصحيح
 الى آخر ما قال وقد أظن في ترجيح ذلك وأطال ومثل ذلك قال في باب الرهن فيما اذا قال
 الزامن أذنت لي في البيع فبعت قبل رجوعك عن الاذن وقال المرتهن انما بعت بعد الرجوع
 وقد بينا الحال في ذلك هناك وقضائه عليه في المقامين (هذا) ولو انعكس الامر كأن قال المضمون
 له ضمنت وأنت صبي وادعى الضامن البلوغ قدم قول مدعي الصحة وهذا كله اذا لم يحصل العلم

بمخلاف مالو ادعى شرطا فاسدا لان الظاهر أنهما لا يتصرفان باطلا وكذا البحث فيمن عرف له حالة جنون اما غيره فلا والمكاتب كالعبد والمريض يمضي من الثلث (الثالث) المضمون عنه وهو الاصيل ولا يعتبر رضاه في صحة الضمان (متن)

بصدق أحدهما كما اذا عينا للضمان وقتا يعلم الحال فيه ولو حصل الاختلاف في وقوع العقد يوم الجمعة وكانت فيه كاملا وفي يوم الخميس قبله وكان باتفاقهما فيه صبيا فالعقد حادث والاصل تأخره عن يوم الخميس فيقضى بوقوعه يوم الجمعة ودخول يوم الجمعة حادث والاصل تأخره عن العقد فيقضى بوقوعه يوم الخميس فتساقطا واصل البراءة يعضد الاصل الثاني وأصل صحة العقد وظاهر حال المسلم البالغ يعضدان الاول لكنه يجري فيها ما تقدم فتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ بمخلاف مالو ادعى شرطا فاسدا لان الظاهر أنهما لا يتصرفان باطلا ﴾ لان الاصل في العقد الصحة مع اعتضاده بالظاهر ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا البحث فيمن عرف له حالة جنون اما غيره فلا ﴾ كما في التذكرة والتحرير ومعناه انه لو ادعى من يعتوره الجنون انه ضمن حال جنونه وادعى المضمون له أن ضمانه في حال افاقته فان القول قول الضامن لما تقدم أما لو لم يعلم منه جنون سابق فادعى انه حال الضمان كان مجنوناً فانه لا تسمع دعواه وله احلاف المضمون له ان ادعى عليه بالجنون وكذلك لو ادعى انه كان ساهيا أو غافلا أو مكرها الا أن تعلم له هذه الحالات في الغالب أو كثير من حالاته وهذه وان رجعت بالآخرة الى شرائط الاركان لكنها لا يعتد بها ما لم تعرف من حاله في كثير من أحواله فالتمتع من حاله يكون حالها حال الشروط الخارجة وفي (المبسوط) أنه اذا لم يعرف له حال جنون وادعى انه كان مجنوناً ان القول قوله لان الاصل براءة التذمة والمصنف في باب الخلع قال ولو ادعت وقوعه حال جنونه وادعى وقوعه حال افاقته وبالعكس فالاقرب تقديم قول مدعي الصحة (وفيه) أن الاصل عدم الوقوع وبقاء النكاح والبراءة من العوض مضافا الى ما مر ﴿ قوله ﴾ ﴿ والمكاتب كالعبد ﴾ كما في المبسوط والتذكرة والتحرير وتحرير المقام ان يقال المكاتب المشروط وأم الولد والمدر كالتن في الضمان لا يصح ضمانه الا باذن سيده لأنهم محجور عليهم في تصرفاتهم أو يقال انه يصح ويتبع به بعد العتق على الخلاف الذي سبق ولو ضمن باذن سيده صح لان الحق للمكاتب أو للسيد لا يردوها وقد اتفقا على الضمان ويكون في ذمته أو في كسبه (وقال) في التذكرة الوجه عندي الصحة ان استعقب ضمانه الرجوع كما لو أذن له المضمون عنه في الضمان وكان الضمان مصلحة لا مفسدة كما لو كان المضمون عنه معسرا فانه لا يصح وأما المكاتب المطلق فليس للسيد منعه من الضمان مطلقا كيف شاء لا تقطع تصرفات المولى عنه ولو كان بعضه حرا وبعضه رقا ولا مهاييات بينه وبين السيد لم يكن له الضمان الا باذنه وكذا لو كان بينهما مهايياتة وضمن في أيام السيد ولو ضمن في أيام نفسه فالاقرب الجواز كما في التذكرة ﴿ قوله ﴾ ﴿ والمريض يمضي من الثلث ﴾ اذا كان مرض الموت عند قوم ومن الاصل عند آخرين كما تقدم بيانه مسبقا ﴿ قوله ﴾ ﴿ الثالث المضمون عنه وهو الاصيل ولا يعتبر رضاه في صحة الضمان ﴾ اجتمعا كما في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك والفائض وفي (الرياض) بلا خلاف أجده حتى من القائلين بعدم الصحة مع الانكار فان قولهم بذلك غير مبني على اعتبار رضاه ابتداء بل على جعلهم الانكار مانعا انتهى وهو كلام غير متع ولا محرر كما ستعرف ويدل عليه بعد الاجماع العمومات وظواهر

فيصح ضمان المتبرع ولو أنكر بعد الضمان على رأي (متن)

الآيات المعتبرة التي اكتفى فيه في شرائط الصحة والحكم بالزوم بمجرد رضا المشروط له اعني المضمون له كما ستمعها في الكلام على رضاه والتبوي الدال على ضمان أمير المؤمنين عليه السلام ما في ذمة الميت ليصلي عليه النبي صلى الله عليه وسلم مضافا الى الاجماع المحكي في التذكرة وغيرها على صحة الضمان عن الميت ومن المعلوم انه لا يتصور رضاه وما ذكره المصنف بقوله لانه كالاداء اذ المراد أن الضمان كاداء الدين ولما لم يعتبر رضا المدين لم يعتبر في الضمان رضاه أيضا ﴿ قوله ﴾ ﴿ فيصح ضمان المتبرع ولو أنكر بعد الضمان على رأي ﴾ موافق للسرايز والشرائع والنافع وكشف الرموز والتذكرة والمختلف والايضاح والتنقيح وجامع المقاصد والمسالك وغيرها وهو الذي حكاه المصنف عن والده وقد نسب الخلاف الى الشيخين في المنفعة والنهاية والقاضي وابن حمزة قال في (النهاية) ومضى تبرع الضامن من غير مسألة المضمون عنه ذلك وقبل المضمون له فقد برأ المضمون عنه الا أن ينكر ذلك ويأباه فيسقط ضمان المتبرع فيكون الحق على أصله لم ينتقل عنه بالضمان انتهى فظاهر المحقق في الشرائع والمصنف في الكتاب والتذكرة أنهما فهما من هؤلاء الجماعة أن مجرد الانكار مانع عندهم وبه فسر في المسالك عبارة الشرائع قال أي أنكر المضمون عنه الضمان فانه لا أثر لانكاره فانه اذا لم يعتبر رضاه ابتداء لا عبرة بانكاره بعده وهو الذي فهمه شيخنا صاحب الرياض فقال ما سمعته آفا والذي فهمه ابن ادريس وكشف الرموز والمصنف في التحرير والمختلف وأبو العباس والمقداد والقطيبي وغير الاسلام في بعض تحقيقاته والمحقق الثاني أن المراد بالانكار في كلام الجماعة عدم الرضا بالضمان وقد يكون المحقق والمصنف في الكتابين فهما ذلك لمكان التفرع وهو الذي أفصحت به عبارة الوسيلة حيث عبر بالاباء ولم يعبر بالانكار واليه أشار في النهاية بقوله ويأباه وعلى هذا فالمسئلة أعني مسألة عدم اعتبار الرضا خلا فيه كما في كشف الرموز والتنقيح فلا معنى لنفي الخلاف فيها وأما دعوى الاجماع فممكنه مع وجود الخلاف لان المدار على القطع ووجه فهم الخلاف من كلام الشيخين انهما جملا عدم الرضا مانعا فيكون وجوده شرطا كعدم الطهارة بالنسبة الى الصلوة فالمشكوك فيه يلحق بالعدم كما حرر في محله فيصير حاصل عبارة النهاية قد برأ المضمون عنه اذا رضي والا لم يبرأ سواء علم عدم رضاه أم لم يعلم وكيف كان فقد رموه على التقديرين بالضعف لعدم المتضي للبطالان والحق أن الشيخين ومن واقفهما قد استندوا الى رواية أشار اليها في السرايز قال في (السرايز) قاما رضي المضمون عنه فليس من شرط صحة انعقاده بل من شرط استقراره ولزومه لان المضمون عنه اذا لم يرض بالضمان لم يصح على ما رواه وأورده بعض أصحابنا والصحيح انه يستقر ويلزم لان الضمان نقل المال من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن بلا خلاف بينهم الى آخر ما قال وعلى هذا يكون الخلاف في لزوم لافي الصحة فيكون كالمضولي وسهل الخطب في دعوى الاجماع ونفي الخلاف في الجملة وهو خلاف الظاهر ولا يكون كلام قدامتنا بتلك المكانة من الضعف ولا معنى لقوله في المسالك انه ضعيف جدا بل يكون قويا جدا لمكان الرواية المرسله المعمول بها عند هؤلاء الاجلاء وانما ردها ابن ادريس على أصله ومخالفة المحقق والمصنف وأتباعهم لهم غير قاذحة لانهم لم يحرروا كلامهم ولم يفتوا على دليلهم ومرادهم الا أن نعمل عبارة الكتاب والشرائع على ما احتملناه فيهما آفا وذلك كأنه يعيد عن عبارة التذكرة لانه ذكره

ويصح الضمان عن الميت وان كان مفلسا ولا يشترط معرفة المضمون عنه نعم لا بد من امتياز عن غيره عند الضامن بما يمكن القصد معه الى الضمان عنه (متن)

في تذييب على حده من دون تفريع وان جريت به على ذلك انحصر عدم الفهم في المسالك والرياض لانها لا يجري فيها هذا التأويل وليس هذا منا موافقة لهم وانما هو بيان الحال وان كلامهم ليس بتلك المكانة من الضمف والاختلال **قوله** « ويصح الضمان عن الميت وان كان مفلسا » عند علمائنا اجمع كما في التذكرة وبه طفت عبارات اصحابنا كالخلاف والبسوط والغنية وغيرها مما تأخر عنها وبه قال الشافعي ومالك وأبو يوسف ومحمد والمخالف أبو حنيفة وسفيان كما في الخلاف قال لا يصح الضمان عن الميت اذا لم يخلف وفاق لان الموت مع عدم المطالبة يسقط الوفاء بالحق وبتلانه ظاهر اذ لا يسقط بذلك ما في الذمة ثم ان الاخبار من طرق الخاصة والعامة تخالف ما قالوا وتسببها انشاء الله تعالى **قوله** « ولا يشترط معرفة المضمون عنه نعم لا بد من امتياز عن غيره عند الضامن بما يمكن القصد معه الى الضمان عنه » أما عدم اشتراط معرفته بالوصف والنسب فهو خيرة الخلاف والغنية والشرائع والتذكرة والتحرير والمختلف واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية والمفاتيح وفي (التذكرة) لا يشترط معرفة المضمون عنه فلو ضمن الضامن عن لا يعرفه صح ضمانه عند علمائنا لكن هؤلاء اختلفوا ففي الشرائع والتحرير والمختلف واللمعة كالكتاب انه لا بد من معرفة المضمون عنه بوصف يميزه عند الضامن بما يمكن القصد معه الى الضمان عنه وفي (التذكرة) ان الاقرب انه لا يشترط ذلك وهو خيرة الروضة والمسالك والمفاتيح والكفاية وظاهر اطلاق الباقيين وكأنه مال اليه في جامع المقاصد لكنه حكى عن التذكرة ما يفهم منه التناقض بين كلاميهما لانه حكى عنها أولا أنه لا يشترط معرفته بما يميزه ثم حكى عنها أنه قال نعم لا بد من معرفة المضمون عنه بوصف يميزه عند الضامن بما يمكن معه القصد الى الضمان عنه وسكت مع أن الموجود في التذكرة بعد ذلك التقيد بما لولم يقصد الضمان عن أي من كان وبه يرتفع التنافي وما حكى في المسالك والكفاية عن المختلف من انه اشترط فيه العلم بالمضمون عنه لعله لم يصادف محله وكأنها انما لحظا أول كلامه وقد قال في آخر كلامه انه لا يشترط علمه بنسبه وحاله فانه يعني الميت الذي صلى عليه النبي صلى الله عليه وسلم بعد ضمان أمير المؤمنين عليه السلام معين بشخصه وحضوره عنده وهو معنى ما في الكتاب والاصل عدم معرفته بنسبه وحاله فتأمل والمخالف الشيخ في المبسوط والمقداد في التقيح حيث ذهبا الى ان من شرطه معرفته أي المضمون عنه وقال في (المبسوط) انه الاظهر ووجهه بانه لينظر هل يستحق ذلك عليه أم لا ومعناه هل هو بما يستحق عليه المال أو ليس مما يستحق عليه شيء وهذا قد يكون المراد به معرفته بنسبه وحاله وقد لا يكون مخالفاً فيرجع بالآخرة الى ما في الكتاب وقد استدلل عليه في التقيح بوجه للشافعي غير صحيح وهو انه احسان ولا بد من معرفة محله والاجاز وضعه في غير اهله فلا يستفيد الا بمعدة اللثام (وكيف كان) فحجة المشهور على عدم اشتراط المعرفة بالوصف والتسبب عموم قوله جل شأنه أو فوا بالعقود المتأيد بالاصل وابطالقات اخبار الباب وما رواه ابو سعيد الخدري في ضمان أمير المؤمنين عليه السلام الدرهمين عن الميت الذي امتنع رسول الله صلى الله عليه وسلم من الصلوة عليه وما رواه جابر في ضمان ابي قتاده الدينارين عن الميت كذلك وهما يدلان على الضمان مع عدم العلم بالمضمون عنه وله حيث لم يسئل صلى الله عليه وسلم

(الرابع) المضمون له وهو مستحق الدين ولا يشترط علمه عند الضامن بل رضاه (متن)

أمير المؤمنين ولا أبا قتادة عن الميت ولا صاحب الدين (قلت) وقد يكون ذلك لعلها بهما لكن الأصل ينفه وبأن الضمان وفاة دين عنه وهو جائز عن كل مدبون وبأنه لا يشترط رضاه فلا يشترط معرفته (واحتج القائلون) منهم بأشتراط امتياز المضمون عنه ليصح معه القصد إلى الضمان عنه بأن الضمان يتوقف على العقد وهو متعلق بالمضمون عنه والحق فلا بد من تمييزه بوجه نزول عنه الجهالة ويمكن القصد إليه (وأورد) عليه بأنه يشكل بمنع توقف القصد على ذلك فإن المعتبر القصد إلى الضمان وهو التزام المال الذي ذكره المضمون له عنه وذلك غير متوقف على معرفة من عليه الدين فلو قال شخص أني استحق في ذمة آخر مائة درهم مثلاً فقال آخر ضمنها لك كان قاصداً إلى عقد الضمان ممن كان عليه الدين مطلقاً ولا دليل على اعتبار العلم بخصوصيته (قلت) قد يكونون أرادوا ما في المبسوط من أنه هل هو ممن يستحق عليه حتى يتوجه القصد إليه فتأمل وربما قيل أن المستفاد من أخبار الباب اعتبار معرفة المضمون عنه ولو بوجه ما والحكم بالصحة فيما ذكره كأنه يتوقف على الدليل ويشك في تناول العمومات له فليتأمل ﴿قوله﴾ - (الرابع) المضمون له وهو مستحق الدين ولا يشترط علمه عند الضامن بل رضاه (أما عدم اشتراط معرفته والعلم به فهو خيرة الخلاف والغنية والشرائع والتحرير والإرشاد والمختلف وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية والمغائيب والرياض وفي (جامع المقاصد) نسبه إلى الأكثر ما مر في المحجة على عدم اشتراط معرفة المضمون عنه ولأن الواجب أداء الحق فلا حاجة إلى ما سوى ذلك ودعوى حصول الغرر لتفاوت الناس في القضاة والاقتضاء شدة وسهولة واختلاف الأغراض في ذلك فلا بد من المعرفة لأن الضمان مع إهمالها غرر وضرر من دون ضرورة كما ترى لأنه هو الذي أدخله على نفسه مع أن الاستناد إلى الغرر يوجب اشتراط المعرفة بسهولة القضاء من المضمون له وحسن المعاملة وهو منفي بالاجماع كما في المختلف والمخالف الشيخ في المبسوط والمقداد في التصحيح فقالا بأشتراط علم الضامن به وقد نفى عنه البأس في التذكرة لحصول المعاملة بين الضامن وبينه فافترق إلى معرفته للحاجة (قلت) أن اعتبرنا قبوله لفظاً كما عليه الأكثر وأن لم يصرحوا به لمكان نصريحهم بأنه عقد لازم اقتضى ذلك تمييزه كما هو صريح اللمعة وجامع المقاصد والمسالك (وقد يقال) يمكن القول بعدم اعتبار تمييزه كما هو ظاهر إطلاق الأكثر حيث اعتبروا هنا رضاه ولم يذكروا فيه قبولا مخصوصاً ولا امتيازاً هنا مع اعتبار امتياز المضمون عنه وإن قلنا بأشتراط قبوله لا يمكن أن يضمن الضامن المال الذي في ذمة المضمون عنه لمن كان له الحق والحال أن المستحق حاضر فيقبل ولا يعلم به الضامن فاعتبار قبوله إنما يوجب تمييزه غالباً فتأمل وأما اعتبار رضاه فهو خيرة المبسوط والوسيلة والغنية وسائر ما تأخر وقد نسب إلى الأكثر في التذكرة والمغائيب وفي (الرياض) نسبه إلى الأكثر وعامة من تأخر وهو كذلك وفي (المسالك) أنه المشهور وفي (التحرير) وكذا الغنية الإجماع عليه وفي (الخلاف) أنه أولى محتجاً بأن أمير المؤمنين عليه السلام وأبا قتادة ضمنا الدين عن الميت ولم يستل النبي صلى الله عليه وسلم عن رضا المضمون له (واجب) بعد النقص عن السند بأنها واقعة لا عموم فيها وبأن ذلك إنما يدل على عدم البطلان قبل علمه ورده ونحن نقول بموجبه لأنه صحيح ولكن لا يلزم إلا برضا المضمون له كذا في المختلف وغيره (وقد يقال) أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يصل إلا بعد وقوعه منهما ولا قائل بأنه

يقع صحيحاً ثم يفسخ وان كان فضولياً لم يكن فيه دلالة للشيخ فأمل وباحتمال وجود القرينة الدالة على رضاه لعدم ما يرفى به دينه من التركة على الظاهر مع كون الضامن مثل أمير المؤمنين عليه السلام أو أبي قتادة بمحضر من النبي صلى الله عليه وسلم وبذلك يحصل العلم برضا المضمون له ولو بالفحوى ولعله كاف في الصحة بل والرزوم وان توقف على القبول اللفظي على الاختلاف على انا قد تقول بأنه قد يكون حصل رضا المضمون له في الواقعتين وعدم النقل لا يدل على عدم والتمسك باصالة عدم مشروط بعدم النص على الاشتراط وقد يقال ان رضا رسول الله صلى الله عليه وسلم كاف لانه أولى بالمؤمنين من انفسهم (واستدل) للشيخ في الكفاية بموثقة اسحق ابن عمار عن ابي عبد الله عليه السلام في الرجل يكون عليه دين فخره الموت فيقول وليه علي دينك قال يروءه ذلك وان لم يوفه وليه من بعده وقال ارجو ان لا ياتم وانما اتمه على الذي يحبه (واستدل) له في الحدائق بموثقة الحسن ابن الجهم قال سئلت ابا الحسن عليه السلام عن رجل مات وله علي دين وخلف ولدا رجلاً ونساء وصبياناً فخاف رجل منهم فقال انت في حل مما لاختوي واخواني وانا ضامن لرضام عنك قال تكون في سعة من ذلك وحل قلت وان لم يعطهم قل ذلك في عنقه (قلت) فان رجع الورثة علي فقالوا اعطنا حقنا فقال لهم ذلك في الحكم الظاهر فاما بينك وبين الله تعالى فانت في حل منها اذا كان الرجل الذي املك يضمن رضاهم وبصحيحة حبيب الخثعمي عن ابي عبد الله عليه السلام قال قلت له الرجل يكون عنده المال وديعة يأخذ منه بغير اذن صاحبه قال لا يأخذ الا ان يكون له وفاة قال قلت ارأيت ان وجدت من يضمنه ولم يكن له وفاة وأشهد على نفسه الذي يضمنه يأخذ منه قال نعم وانت خير بان ما تضمنه هذا الصحيح مخالف للقواعد والاجماع خارج عن محل النزاع لانه ما تضمن براءة ذمة المسديون من مال الغريم ينقله الى ذمة الضامن ومثله الموثق الثاني في الامرين مما لكونه صريحاً في حصول البرائة بمجرد ضمانه لرضاهم وبهذين حصلت المخالفة للاجماع والخروج عن محل النزاع ولهذا اطلق عليه السلام وقال ان للورثة المطالبة بالحكم الظاهر وهو اعم من وجود البينة على الضمان وعدمه والحاصل ان استدلال صاحب الحدائق بهذين غفلة والاصحاب اغفلوا على رأي العين واما الموثق الاول فهو مطلق بالنسبة الى حصول رضا المضمون له وعدمه فليقيد بادلة المشهور القوية المتضدة المتعاضدة جمعاً بين الادلة للاجماع على تقديم النص على الظاهر والقوي على الضعيف (وحجة) المشهور بعد اجماعي التحرير والغنية الاصل بمعنى ان الاصل عدم شرعيته حتى يثبت وصحيحة عبد الله ابن سنان عن ابي عبد الله عليه السلام في الرجل يموت وعليه دين فيضمنه ضامن للغرماء قال اذا رضي به الغرماء قد برئت ذمت الميت ومفهومه نص في المطلوب وقد روى مثله في القية عن الحسن ابن محبوب عن الحسن ابن صالح الثوري عن ابي عبد الله عليه السلام ومثله في الفقه المنسوب الى مولانا الرضا عليه السلام وان كان ذلك على رجل مال وضمنه رجل عند موته وقبلت ضمانه فليت قدبراً وقد لزم الضامن رده عليك والضعف منجبر بما عرفت مع التأييد بخبر احتضار عبد الله ابن الحسن فلو لم يعتبر رضا المضمون له لم يخبرهم ويبقى الكلام في حجية فعله لانه قد يكون اخذه عن ابائه عليهم السلام ولهذا جعلناه مؤيداً وقد جعله في المختلف دليلاً وعلى هذا القول فهل المعتبر بمجرد رضاه كيف اتفق ولو مع التراضي ام لا بد من كونه بصيغة القبول اللفظي قولان اشار اليهما المصنف كما ستسمع **قوله**

وفي اشتراط قبوله احتمال فان شرط اعتبر فيه التواصل المهود بين الايجاب والقبول في العقود (الخامس) الحق المضمون وشرطه المالية والثبوت في الذمة وان كان منزلا كالثمن في مدة الخيار والمهر قبل الدخول (متن)

﴿ وفي اشتراط قبوله احتمال ﴾ اختاره في الذمة وهو الاقرب كما في التحرير والتذكرة والاصح كما في جامع المقاصد والاجود كما في المسالك والاقوى كما في الروضة لان الضمان عقد اجماعا كما في جامع المقاصد فلا بد فيه من القبول ولان المال للمضمون له فكيف يملك شخص نقله الى ذمته بغير رضاه وقد عرفت الحال في قضية أمير المؤمنين عليه السلام (وليعلم) ان كل من قال انه عقد قال انه لازم والاحتمال الثاني العدم وفي (الايضاح) انه الاولى لانه التزام واعانة للمضمون عنه وليس هو على قواعد المعاملات وقوله تعالى وانا به زعيم وقد واقفه على ذلك المولى الاردبيلي وليس بشي بعد دعوى الاجماع على كونه عقدا لازما وانتقاض ما في الايضاح بالرهن كما في التذكرة والمسالك فان قائده التوثق مع اشتراط القبول فيه فتأمل مضافة الى الاصل والاقتصار فيما خالفه من لزوم الانتقال على المتيقن من الاجماع والنص وليس فيه تصريح بكفاية مطلق الرضا واطلاقه مسوق لبيان حكم آخر فلا عبرة به لعدم وروده في بيان حكمه كما حرر في محله مضافا الى ما في الفقه المنسوب الى مولانا الرضا عليه السلام من قوله وقبلت ضمانه وهناشي وهو انهم في اول الباب قالوا انه عقد واختلفوا في اشتراط القبول والقاتل به حكم به بالاصح والاقرب ونحو ذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان شرطا اعتبر فيه التواصل المهود بين الايجاب والقبول في العقود ﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك والروضة وكونه باللفظ الماضي واللفظ العربي كما في جامع المقاصد والمسالك ووجه ظاهر ﴿ قوله ﴾ ﴿ الخامس الحق المضمون وشرطه المالية ﴾ اجماعا معلوما ومحكما في ظاهر الغنية وقد يظهر من غيرها وضابطه ما جاز عقد الرهن عليه كما في (الذمة) أو أن يكون مما يصح تملكه وبيعه كما في (التذكرة) قال فلا يصح ضمان ما ليس بمال وكالا يصح بيع المحرمات والربويات وغيرها مما تقدم فكذا لا يصح ضمانها ﴿ قوله ﴾ ﴿ والثبوت في الذمة ﴾ اجماعا كما في الغنية وغيرها كما سنسمع فلو قال لغيره مهما أعطيت فلانا فهو علي لم يصح اجماعا كما في (التذكرة) وقد جوزوا ضمان أشياء كثيرة ليست ثابتة في الذمة كضمان الاعيان المضمونة والمعدة وقضان الصنعة وغير ذلك كما سنسمع فهي اما مستثناة أو الشرط أغلبها كما يأتي بيان ذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان كان منزلا كالثمن في مدة الخيار والمهر قبل الدخول ﴾ كما طفحت به عباراتهم كالحلاف والغنية وغيرها وفي (المبسوط) نفي الحلاف وظاهره بين المسلين عن صحة ضمان الثمن في البيع بعد تسليم المبيع والمهر بعد الدخول والاجرة بعد دخول المدة وعن صحة ضمان الثمن قبل التسليم والاجرة قبل اقتضاء الاجارة والمهر قبل الدخول قال فهذه الحقوق لازمة غير مستترة فيصح ضمانها أيضا بلا خلاف انتهى وقول المصنف وغيره كالثمن في مدة الخيار شامل باطلاقه لما اذا كان الخيار لها أو لاحدهما ولما اذا كان ضمانه أي الثمن قبل القبض أو بعده عن المشتري أو عن البائع لنفسه أو لهدهة أما ضمانه قبل القبض فأنما يصح عن المشتري لاعتن البائع أما صحته عن المشتري سواء كان الضمان لنفسه أم لهدهة فانما تكون اذا لم يكن معينا فيضمن عن المشتري للبائع الثمن الذي في ذمته فينتقل الى ذمة الضامن هذا اذا كان لنفسه واذا كان لهدهة فإنه يضمن للبائع عمدة الثمن لو ظهر مستحقا

اولو لم يكن لازما لكن يؤول اليه كمال الجمالة قبل الفعل (متن)

اذا كان غير معين أيضا لأنه لا يبطل البيع باستحقاقه بل يرجع الى ثمن آخر ولا كذلك لو كان معينا
 وظهر مستحقا فانه يبطل البيع ولو كان الضمان حينئذ لتجويز كونه معينا صح سواء كان معينا أو غير معين
 وأما عدم صحته عن البائع قبل قبضه على تقدير ظهور المبيع مستحقا فانه ضمان مالم يجب لانه لم يدخل
 تحت يد البائع حال الضمان ليضمن عهده فيكون كما لو ضمن ما يستدينه وهذا هو المراد مما في الشرائع
 والتحرير من قولها ولو كان قبل القبض لم يصح ضمانه عن البائع وأما ضمانه بعد القبض فقد يكون
 للبائع القابض له بأن يضمن له عهده على تقدير ظهوره مستحقا على وجه لا يستلزم بطلان البيع كما لو كان
 غير معين أو على تقدير ظهور عيب فيه ليرجع بارشه وقد يكون ضمانه للمشتري على تقدير ظهور المبيع
 مستحقا ليرجع به وعلى التقديرين فالضمان انما هو لعهدته لانه نفسه فكان الضمان في أكثر الصور ضمان
 عهدة فقولهم كالتن في مدة الخيار تشبيه للحق الثابت المنزول لا للمضمون اذ المضمون هو نفسه انما هو
 في صورة واحدة (وليعلم) أن ضمان العهدة يفارق ضمان الثمن نفسه من جهة الصيغة والحكم فصيغة الاول
 ضمننت لك عهدته ودركه فلا يفيد تقلا وصيغة الثاني أعني ضمان النفس ضمننت لك الثمن الذي في ذمة
 زيد فيفيد انتقاله الى ذمة الضامن فالفرق بينهما في اللفظ والمعنى ﴿ قوله ﴾ ﴿ أولم يكن لازما
 لكن يؤول اليه كمال الجمالة قبل الفعل ﴾ فقد الجمالة من العقود الجائزة يصح لكل من الجاعل والعاقل
 فسخره قبل العمل وبمده ومن أحكامه أن العامل لا يستحق المال المجهول الا بتام العمل فلو بقي منه
 شيء وان قل فليس له شيء بخلاف الاجارة حيث ان أجرتها موزعة على العمل بالتسبة فضمن
 مال الجمالة ان كان بعد تمام العمل فلا خلاف في صحته للزومه للجاعل وقد نفى عنه الزيب والشبهة جماعة
 وان كان قبله ففي المبسوط والشرائع والتحرير وجمع البرهان انه يصح ضمانه وكذا المختلف وان خالف
 في الدليل وفي (الخلاف والغنية) يصح ضمان مال الجمالة اذا فعل ما شرط الجمالة به ولعله يؤول الى ما في
 المبسوط كما فهمه الجماعة والا فلو أراد بعد تمام العمل كما يظهر من المختلف لما احتاج الى الاستدلال عليه
 بما سنسح ووافق في التذكرة فيما اذا ضمن بعد الشروع في العمل (واحتج) عليه في المبسوط والخلاف
 والغنية بقوله تعالى (ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم) قال في (الخلاف) وهذا نص وقوله صلى الله عليه
 وسلم الزعيم غارم وقد استدلل الفقهاء بالأية الكريمة وكذا الحديث على مسائل من الجمالة والضمان
 فليكن هذا منها واستدل الشيخ أيضا على ما حكاه عنه في التذكرة ولم أجده في المبسوط والخلاف بأن
 مال الجمالة يؤول الى الزوم اذا عمل تمام العمل والذي لا يلزم انما هو العمل وأما المال فيلزم به فالضمان
 لقال لا لعمل انتهى فتأمل واستدل عليه في المختلف بأن الحاجة ماسة اليه فجاز ضمانه كقوله ألقى
 متاعك وعليّ ضمانه ويستفاد من هذا أن الظالم اذا حبس رجلا وأراد منه ما لا غرامة من غير حق كما
 هو عادة المحاكم وقال لآخر ضمن عني هذا المال وخلصني من يد الظالم من الحبس والعقوبة أن
 الضمان صحيح وله الرجوع عليه بما أدى عنه وقد نبهنا على ذلك في باب الديات واستدل على ما ذهب
 اليه في التذكرة بوجود سبب الوجوب وبانها الامر فيه الى الزوم كالتن في مدة الخيار ومراده بسبب
 الوجوب الشروع في العمل المنتهي الى الزوم لانه المقدم كما فهمه في المسالك وقد ناقشه المحقق الثاني
 والشهيد الثاني بانتفاء الثبوت والزموم فيما بقي من الجعل الذي لم يأت بتقايبه من العمل والفرق بينه

ومال السبق والرماية والاقرب صحة ضمان مال الكتابة وان كانت مشروطة (متن)

وبين الثمن في مدة الخيار (قلت) هو لم يقل انه يلزم فيما بقي بل قال انه ينتهي الى اللزوم يعني بتمام العمل كما صرح به في آخر كلامه في حجة الشيخ وهذا هو المراد من التشبيه فلم يتجه الا بردان والامر واضح وكلام المحقق الثاني قد يدل على انه لا دليل في المسئلة غير ما حكاه عن التذكرة واختار أي المحقق الثاني عدم الصحة قبل الفعل والشيد الثاني كأنه متردد كصاحب الكفاية ومثل ضمان مال الجمالة ضمان الدية قبل استقرار الجنابة وقد حررناه في باب وقول المصنف لم يكن لازما لكن يؤول الى اللزوم أراد به الايمان الى وجه الصحة ولذلك وقعت هذه العبارة في المبسوط والشرائع والتحرير وغيرها فلو قال لو لم يكن ثابتا لكنه يؤول اليه لفاتت هذه الفائدة وخالف كلام الاصحاب فاندفع ما في جامع المقاصد ﴿ قوله ﴾ ﴿ ومال السبق والرماية ﴾ كما في المبسوط والخلاف وجامع المقاصد والمسالك لقوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم ولان الاصح انه عقد لازم كيف كان فيلزم المال فيه بالمقد فيصح ضمانه وتردد فيه في الشرائع وبني الامر في التذكرة على انه هل هو جمالة أو اجارة فان كان اجارة صح الضمان وان كان جمالة فكضمان الجمل وقد عرفت مختاره فيه فيها وهذا كله اذا كان الضمان قبل العمل أو قبل تمامه وأما اذا كان بعد تمام العمل فلا شبهة في صحة ضمانه كما هو واضح وقد صرحوا به ﴿ قوله ﴾ ﴿ والأقرب صحة ضمان مال الكتابة وان كانت مشروطة ﴾ كما هو خيرة التذكرة والتحرير والارشاد والمختلف وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان وفي (الشرائع) لو قيل به كان حسنا والمخالف الشيخ في المبسوط حيث منع من ضمان مال الكتابة مطلقا للعبارة ولم يفرق بين المطلقة والمشروطة قال لانه لا يلزم العبد في الحال لان المكاتب اسقاطه بفسخ الكتابة للمعجز فلا يلزم العبد في الحال ولا يؤول الى اللزوم لانه اذا آداء عتق واذا عتق خرج عن أن يكون مكاتباً فلا يتصور أن يلزم في ذمته مال الكتابة بحيث لا يكون له الامتناع من آدائه فهذا المال لا يصح ضمانه لان الضمان اثبات مال في الذمة والتزام لآدائه وهو فرع لزومه للمضمون عنه فلا يجوز أن يكون ذلك المال في الاصل غير لازم ويكون في الفرع لازماً فلماذا منعنا من صحة ضمانه وهذا لاخلاف فيه انتهى وهو مبني منه على ما مختاره من عدم لزوم مال الكتابة المشروطة من قبل العبد والمشهور المعروف بين المتأخرين هو القول باللزوم فيصح ضمان مالها بل قالوا لو قلنا بالجواز فالصحة متجهة أيضا لان المال ثابت في ذمة المكاتب بالمقد غاية انه غير مستقر كالثمن في مدة الخيار فعلى هذا متى ضمنه ضامن انعتق كما في التحرير وغيره وامتنع التعجيل كما لو أدى المال بنفسه وبهذا يحصل الفرق بينه وبين الثمن في زمن الخيار فان آداء الثمن لا يمنع الخيار وغاية الضمان انه قبض فلا يمنع بطريق أولى ومن هنا أشكل الجواز على تقدير الجواز لانه يؤدي الى اللزوم قهرا على المكاتب بناء على عدم اشتراط رضا المضمون عنه فينافي الغرض من بناء الكتابة على الجواز وموضع الخلاف كما في المسالك الكتابة المشروطة وقال لا خلاف في لزوم المطلقة (قلت) نفاهاً عبارة الشرائع والتحرير والتذكرة والمختلف أن محل النزاع بينهم وبين الشيخ المطلقة (مطلق خ ل) الكتابة حيث تعرض في هذه الآراء للخلاف ولعله فهمه أي نفي الخلاف من أن مذهبه في المبسوط ان الكتابة ان كانت مطلقة فهي لازمة من الطرفين وان كانت مشروطة فهي لازمة من جهة السيد دون العبد وان كان كلامه في الخلاف قد يعطي خلاف ذلك لكن الظاهر

ويصح ضمان النفقة الماضية والحاضرة للزوجة لا المستقبلية (متن)

كما في المختلف موافقة المبسوط فكلامه في الباب منزل على كلامه في ذلك الباب فتأمل ﴿قوله﴾
 ﴿ويصح ضمان النفقة الماضية والحاضرة للزوجة لا المستقبلية﴾ كما في المبسوط والسرائر والشرائع والتحرير
 والارشاد والمختلف وجامع المقاصد والمسالك وجمع البرهان وكذا الخلاف وفي (جمع البرهان) لعله لا خلاف
 فيه وهو كذلك لان النفقة كالموض عن التمكين فهي دين فيصح ضمان الماضية والحاضرة منها أما الماضية
 فلا استقرارها في ذمة الزوج بمضي الزمان وأما الحاضرة فلانها تجب بطول العجز وتثبت في ذمته وأما
 المستقبلية فأنها غير واجبة في الذمة فلا يصح ضمانها لان النفقة عندنا انما تجب بالمقدم التمكين الكامل وهي
 أن تخلي بينه وبين نفسها قولاً وفعلاً لا بمجرد المقدم وعدم النشوز وقرق واضح بين التمكين الكامل وعدم النشوز
 والتمكين الكامل ليس بمحصل في زمان لم يقع بعد وقد علق في الشرائع صحة ضمان الحاضرة والماضية
 باستقرارها في ذمة الزوج فأورد عليه في المسالك ان النفقة الحاضرة لا اشكال في وجوبها وثبوتها مع
 التمكين أما استقرارها فيه نظر مبني على أنها لو نشرت في أثناء ذلك النهار هل تسترد أم لا وفيه
 خلاف وأنت خير بأن مراده بالاستقرار الثبوت كما يرشد اليه مقابلتها بالمستقبلية وعدم فرقه في المقام
 بين المؤنة والكسوة حيث يقولون بصحة ضمانها حاضرة وماضية يقضي بأنها من سنخ واحد وانها
 تمليك والا فلو لم يكسها مدة كانت الكسوة كالاسكن لا تكون ديناً عليه على القول بالامتناع فلا
 يصح ضمانها وعلى القول بالتمليك تكون ديناً يصح ضمانها ثم ان صاحب المسالك أطلق الخلاف من دون
 تفصيل بالنسبة الى الكسوة والمؤنة مع ان الناشز والميتة والميت زوجها بالنسبة الى الكسوة على القول
 بانها امتناع يسترد زوجها ما وجده منها قولاً واحداً من القائلين بذلك ان كان هناك قائل بذلك ولم
 نجده لأحد من المتقدمين والاساطين نعم هو بعض متأخري المتأخرين والمصنف في الارشاد وان كان
 ظاهره الامتناع لكن آخر كلامه يعطي التمليك وأما المؤنة فقد اختلفوا في استردادها في الناشزة في
 أثناء النهار وأما لو ماتت أو مات في أثناءه أو طلقها فالظاهر أنهم لا يختلفون في أنها لا تسترد منها نفقة
 النهار لو بقي منها شيء واختلفوا في نفقة الليل وكيف كان صدق قال في التحرير في الفرق بين مال
 الجمالة قبل العمل وبين النفقة المستقبلية اشكال (قلت) قد يمكن تجشم الفرق وقال في (المبسوط)
 بعد أن قال بصحة ضمان الحاضرة والماضية دون المستقبلية انما يصح ضمان نفقة المعسر لانها ثابتة على
 كل حال وأما الزيادة عليها الى تمام نفقة المؤسر فهي غير ثابتة لأنها تسقط باعساره وتبعه على ذلك
 القاضي ورده في المختلف بأن الاعتبار حينئذ بالزوج فانه ان كان مؤسراً وجبت نفقة المؤسر وان كان
 معسراً وجبت نفقة المعسر ولا يسقط الزائد على نفقة المعسر باعسار المؤسر بعد وجوبه وانما يتم ذلك
 على مذهب القائلين بصحة ضمان النفقة المستقبلية وقول الشيخ في المبسوط كأنه مذهب المخالف وتفرغ
 على توسيع ضمان النفقة المستقبلية وتبعه ابن البراج نوها أن ذلك فتواه (قلت) كلام المبسوط في المقام
 ليس فيه تعرض لاهل الخلاف أصلاً لكن الباعث له على حمل كلامه على هذا الوجه البعيد جداً انه
 بالنسبة الى النفقة الماضية لا يكاد يعقل وبالنسبة الى الحاضرة بعيد جداً بعد احتمال الاعسار في ذلك
 النهار ووجه التفرغ المذكور على مذهب اهل الخلاف أن القائل بضمن المستقبلية شرط تقدير المدة وأن
 يكون المضمون نفقة المعسر وان كان المضمون عنه مؤسراً أو متوسطاً لانه ربما يعسر فالزائد على

والحاضرة للقريب دونها ولو ضمن ما يستلزمه يبيع أو قرض بعده لم يصح ولا ضمان
الامانة كالوديعة والمضاربة ويصح ضمان ارش الجنابة وان كان حيوانا (متن)

نفقة المعسرين غير ثابت لأنه يسقط بالعسر وهناك خلاف آخر لابن ادريس فإنه بعد أن حكم بصحة
ضمان الماضية والحاضرة دون المستقبلية قال في الموضع الذي يصح ضمانها لا يصح الا أن تكون معلومة
لان ضمان المجهول على الصحيح من المذهب وعند المحصلين من الاصحاب لا يصح وقضيته انها لا يصح
ضمانها في الحالين الا بعد ان يحكم بها الحاكم ويأتي انشاء الله تعالى أن ضمان المجهول الذي يمكن استلامه يصح
وأن الذي لا يمكن استلامه لا يصح قولاً واحداً والنفقة مما يمكن استلامها ﴿ قوله ﴾ والحاضرة
لقريب دونها ﴿ أي يصح ضمان النفقة الحاضرة للأب والام وان علياً والولد وان نزل ولا يصح ضمان المستقبلية
والماضية كما في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك وكذا مجمع البرهان لان الحاضرة تجب بطول الفجر
والفرق بينها وبين نفقة الزوجة أن الغرض منها البر والصلة والمواساة فتعوت بفوات الوقت وبضيافة
الغير ونحو ذلك ونفقة الزوجة معاوضة فسيبها سبيل الدين فضمان الماضي من نفقة الاقارب ضمان
مالا يجب واما المستقبل منها فأولى بعدم الصحة ﴿ قوله ﴾ ولو ضمن ما يستلزمه يبيع أو قرض
بعده لم يصح ﴿ هذا تفرغ على الثبوت في الذمة والمراد انه لو ضمن ديناً لم يجب بعد ولكنه يجب بعد
ذلك بقرض أو بيع أو شبههما لم يصح ولو قال لغيره مهياً أعطيت فلانا فهو علي لم يصح أيضاً عند علمائنا
اجمع كما في التذكرة وفاعل يستلزمه راجع الى المضمون عنه فيصير المعنى لو ضمن ما يستلزمه يبيع أو قرض
﴿ قوله ﴾ ولا ضمان الامانة كالوديعة والمضاربة ﴿ كما في الشرائع والتحرير والارشاد وجامع
المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والكفاية وقال في (التذكرة) اذا ضمن عينا لمالكها وهي في يد غيره فان
كانت امانة لم يتعد فيها الامين لم يصح الضمان كالوديعة والعارية غير المضمونة ومال الشركة والمضاربة
والعين التي يدفنها الى الصانع والمال في يد الوكيل والوصي والحاكم وأمينه اذا لم يقع منهم تعد أو تضييع
عند علمائنا اجمع لانها غير مضمونة العين ولا مضمونة الرد وإنما يجب على الامين مجرد التخليه فاذا لم
تكن مضمونة على ذي اليد لا تكون مضمونة على الضامن ولو ضمنها أن تعدى فيها لم يصح أيضاً لانه
ضمان ما لم يجب ولم يثبت في الذمة فيكون باطلاً كالمضامن ما يدفعه اليه قرضاً ويدل على عدم صحته
في الامر بن أعني ضمان الاعيان أو على تقدير تلفها زيادة على ما سمعت أن الاصل عدم الضمان فيقتصر
فيه على المتيقن والمتيقن هو المال الثابت في الذمة والاعيان في الصورة الاولى لا يمكن ضمانها لانها
لا تنتقل من ذمة الى أخرى وفي الصورة الثانية لم يثبت شيء في الذمة حين الضمان كما عرفتة آنفاً واستعرف
الحال فيما عدا ذلك به عدم صحته الضمان في الشرائع من قوله لانها غير مضمونة بالاصل ﴿ قوله ﴾
﴿ ويصح ضمان ارش الجنابة وان كان حيواناً ﴾ أي وان كان الارش حيواناً قال (في التذكرة)
يصح ضمان ارش الجنابة عند علمائنا سواء كان من النقدين أو الابل وغيرها من الحيوانات لانه مال
ثابت في الذمة فصح ضمانه كغيره من الحقوق الثابتة في الذمة وقال بعض اصحاب الشافعي لا يجوز
ضمان ابل الدية لانها مجبولة الصفة واللون وفيه انا نمنع بطلان ضمان هذا المجهول وان الابل الواجبة
في الذمة عن النفس والاعضاء والجراحات معلومة العدد والسن وجهالة اللون وغيره من الصفات لا تنصرف

ومال السلم والاعيان المضمونة كالنصب والعارية والامانة مع التعدي على اشكال (متن)

﴿ قوله ﴾ ﴿ ومال السلم ﴾ اجماعا كما في ظاهر التذكرة والمخالف أحمد في احدى الروايتين لانه يؤدي الى استيفاء المسلم من غير المسلم اليه وهو كما ترى ﴿ قوله ﴾ ﴿ والاعيان المضمونة كالنصب والعارية والامانة مع التعدي على اشكال ﴾ صحة ضمان الاعيان المضمونة (المقصوبة خ ل) خيرة المبسوط والشرائع والتحرير والارشاد وكذا المفاتيح مطلقين هذه الكلمة بهذه العبارة ونحوها ولعلمهم أرادوا اما وجوب الرد أو ضمان القيمة على تقدير التلف كما نبه عليه في المبسوط في آخر كلامه اذ لا معنى لضمان العين بدونها ولذلك صور في التذكرة لضمانها صورتين (الاولى) أن يضمن رد أعيانها وجوزه لانه ضمان مال مضمون على المضمون عنه وورده في (جامع المقاصد والمسالك) بان الثابت انما هو وجوب الرد وليس بمال وأن من خواص الضمان انتقال الحق الى ذمة الضامن وبرائة المضمون عنه وهنا ليس كذلك لان الغاصب مخاطب بالرد ومكلف به اجماعا وانما يفيد هذا الضمان ضم ذمة الى ذمة وليس من أصولنا (الثانية) أن يضمن قيمتها على تقدير التلف وقوى صحته لان ذلك ثابت في ذمة الغاصب فيصح الضمان ويأتي له في باب الكفالة انه يصح ضمانها وأنه لا يضمن قيمتها على تقدير التلف ورد في الكتابين بانه ليس بواقع فهو ضمان مالم يجب وان وجد سببه لان القيمة لا تجب الا بالتلف ولم يحصل وأيضا فان الثابت في ذمته هو كونها بحيث لو تلفت ثبتت قيمتها في ذمة الغاصب وهذا حكم شرعي تابع لوصف النصب والاستعارة والتعدي في الامانة والحكم الشرعي لا يمكن قلبه بالضمان وفي الاول أعني جامع المقاصد ان عدم صحة الضمان قوي وفي الثاني انه أقوى وفي الايضاح انه الاصح ولا ترجيح في شرح الارشاد لفخر الاسلام ولا الكفاية (قلت) قد يقال ان ليس من لوازم الضمان انتقال المال الثابت في الذمة أو شرائطه ولعل المراد ان الغالب انه كذلك والا فما كان ليخني على أولئك الاجلاء العظام هذا الشيخ في المبسوط ذكر الوجوه وعلل عدم صحة الضمان بأنها غير ثابتة في الذمة وقال انما يصح ضمان الحق الثابت في الذمة ويرشد الى ذلك انه في التذكرة قال ضمان المال عندنا ناقل وفي ضمان الاعيان المضمونة والعهدة اشكال أقربه عندي جواز مطابقة كل من الضامن والمضمون عنه وقد جوز فيما حكياه ضمان الاعيان المقصوبة ونحوها وجوز ضمان العهدة في موضع آخر وبرشد الى ذلك أيضا أطبقهم كما ستسمع على صحة ضمان عهدة الثمن للمشتري عن البائع اذا كان قد قبضه وهو فرد من أفراد ضمان الاعيان المضمونة على تقدير كونه موجودا حالة الضمان وصرحوا أيضا بصحة ضمان الثمن للبائع عن المشتري وان كان عيناً كما ستسمع فلو لم يكن ذلك أغلبياً لما صح منهم ذلك مع تبييهم على ما ردوا به عليهم بل لا نستبعد كما قال المقدس الاردبيلي صحة ضمان الاعيان بمعنى جواز طلب العين من الضامن أو بمن هو في يده على سبيل التخيير بمعنى أن المضمون له مخير في الطلب من أيهما شاء أو تقول يجب عليها معا رد العين وعوضها بعد التلف كما هو الشأن في الغاصبين المتعديين أو تقول ان الضمان هنا ناقل بمعنى أنه يجب رد العين على الضامن بمعنى أنه يختص بالمطالبة فأخذها من الغاصب وردها الى مالكيها ان ثبت انه لا بد من النقل مطلقا والا فنقول ان النقل مخصوص فيما يمكن من الاموال التي في الذمة والحاصل أنا قد قول انه لا دليل على كون الضمان مطلقا ناقلا فان الاجماع والخبر انما هما في غير الاعيان ويشهد لذلك كلامهم في ضمان العهدة (وليعلم) ان قوله في الشرائع

وضمان العهدة للبائع عن المشتري بان يضمن الثمن الواجب بالبيع قبل تسليمه وضمن عهده
 ان ظهر عيب أو استحق وللمشتري عن البائع بان يضمن عنه البائع الثمن بعد قبضه متى
 خرج المبيع مستحقا (متن)

لأنها غير مضمونة بالأصل في توجيه عدم صحة ضمان الامانات كما اشترنا اليه آتفا قد يعطي ان الامانة
 مع التعدي لا يصح ضمانها لأنها ليست مضمونة بالأصل كالمغصوب والمستام والمقبوض بالبيع الفاسد
 الا ان نقول ان مراده بالأصل ما يعم حالة الضمان بمعنى ان كل ما ليس بمضمون حين ارادة ضمانه
 لا يصح ضمانه والامانة مع التعدي مضمونة حال ضمانها لو ضمنها فأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ وضمان العهدة
 للبائع عن المشتري بان يضمن الثمن الواجب بالبيع قبل تسليمه ﴾ قال في (المبسوط) العهدة وان كان أسما
 للصك فقد صار في عرف الشرع عبارة عن الثمن حتى اذا اطلق لا يعرف الا ما قلناه ونحوه ما في
 التحرير وحواشي الشهيد وقد حكاه بعض عن التحرير وبعض عن الحواشي ساكتين عليه وقال في
 (التذكرة) سمي ضمان العهدة لان التزام الضامن ما في عهدة البائع رده أو لما ذكره في الصحاح قال يقال
 في الامر عهدة بالضم أي لم يحكم بدو في عقله عهدة أي ضعف فكأن الضامن ضمن ضعف العقد والتزام
 ما يحتاج اليه من عزم أو ان الضامن التزم الرجعة عند الحاجة وهذا الاخير تفسير للعهدة بمعنى الدرك
 لا بمعنى الثمن وكلاهما معروف ومعنى العبارة أنه يصح ضمان الثمن عن المشتري للبائع اذا كان ديناً
 وهذا لا ريب فيه واما اذا كان عيناً فهو من جملة الاعيان المضمونة ففي (جامع المقاصد) لعل تجوز
 ضمانه لعموم البلوى ورعاية الحاجة وطباق الناس على ضمان العهدة أنهى ولم اجسد من صرح بذلك
 لكن الامر كذلك واطلاق التحرير يتناول ذلك ويأتي تمام الكلام ﴿ قوله ﴾ ﴿ وضمان
 عهده ان ظهر عيب أو استحق ﴾ أي يصح ضمان عهدة الثمن أي دركه على تقدير ظهور عيب فيه
 أو ظهور استحقاقه والمراد ضمان عهده عن المشتري للبائع لان الارش على تقدير ظهور عيب حق ثابت
 حين الضمان وان كان منزلاً لجواز الفسخ قبل التصرف والبدل واجب على تقدير الاستحقاق اذا لم
 يجر العقد على عينه ولا يضر كونه غير معلوم الثبوت حين الضمان للضرورة وانكشف ثبوته بعد كإصرح
 بذلك كله في جامع المقاصد ونحوه ما في التذكرة في موضع منها وفي (التذكرة) في موضع آخر والتحرير وجمع
 البرهان والمفاتيح الاقتصار على صحة ضمانه فيما اذا ظهر مستحقاً وفي (التذكرة) ان الاقوى عدم الجواز
 فيما اذا خرج معيياً وتام الكلام وتحرير المقام يأتي انشاء الله تعالى ﴿ قوله ﴾ ﴿ وللمشتري عن البائع
 بان يضمن عنه البائع الثمن بعد قبضه متى خرج المبيع مستحقا ﴾ كافي المبسوط والخلاف والوسيلة والشرائع
 والتذكرة والتحرير والارشاد والمختلف والمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية والمفاتيح لاطباق
 الناس على جوازه في جميع الأعصار كما في التذكرة وكذا يجمع البرهان وفي (المسالك) ان ظاهرهم الاتفاق
 عليه وقد قيد بكونه بعد القبض في أكثر الكتب المتقدمة ما عدى المبسوط والشرائع والارشاد والمعة
 بل في الوسيلة والتذكرة والتحرير التصريح بأنه ان كان قبض الثمن صح الضمان وان لم يكن قد قبض
 لم يصح وهو ايضا مراد في كلام من لم يقيد به لانهم لا يختلفون في ان الضمان لا بد فيه من ثبوت
 حق في ذمة المضمون عنه في نفس الامر وقت الضمان بحيث يمكن تكليف غيره به والبائع ما لم يقبض
 لم يتعلق بذمته حق وقد استدلوا عليه بعموم ادلة الضمان ومنها المؤمنون عند شروطهم وبالاجماع

أورد بعب على اشكال (متن)

واستمرار الطريقة في الاعصار المؤيد بالضرورة فإنه لو لم يجوز مثله وان (١) قلنا ان ضمان الاعيان لا يصح لزم تعطيل كثير من المعاملات فإنه كثيرا ما يحتاج الانسان الى معاملة اشخاص لا يعرفون ولا يوثق بكلامهم ولا يملكهم ولا يدم اذ كثيرا ما تكون عادية ويخاف عدم الظفر بهم لو خرج مستحقا وهذا وان كان يقضي باولوية صحة ضمانه قبل قبضه كما هو ظاهر لكن تعارضه القاعدة الاخرى التي عرفتها وهي عدم صحة ضمان ما لم يجب كالابراء عما لم يجب لكن قضية ذلك ان لا يتأملوا فيما اذا رد بعب سابق وما اذا ضمن درك ما يحدثه فليكن ذلك من هذا القبيل فتارك التقييد قد يكون مخالفا ولا سيما ان لحظت ما ذكرناه آنفا فليأمل جيدا وهذا كله ان لم يحجز المالك البيع أو اجازته ولم يرض بقبض الباع ومثله ما لو تبين خلل في البيع اقتضى فسادا كتنخلف شرطا فيه ونحو ذلك فان ضمان الثمن للمشتري يصح في جميع ذلك لما تقدم من العلة كما نص على ذلك جماعة كثيرون وقد يقال انه لا يصح الضمان لانه انما جوز للحاجة وانما تظهر الحاجة في الاستحقاق لان التحرز عن ظهور الاستحقاق لا يمكن والتحرز عن سائر اسباب الفساد ممكن وعدم خلافهم في صحة هذا يشهد على ما قلناه آنفا ويأتي تمام الكلام فيه عند تعرض المصنف له ﴿ قوله ﴾ ﴿ اورد بعب على اشكال ﴾ ينشأ من ان الثمن انما وجب حينئذ بالفسخ فيكون ضمانه ضمان ما لم يجب ومن تقدم سبب الفسخ ودعاء الحاجة اليه كما في الايضاح وجامع المقاصد واستشكل في التذكرة بسبب تفریط الباع لان كان يمكنه الاعلام وما اعلم بالثمن فصار كأن الاستحقاق ثابت فيستحق الطلب وبسبب انه فسخ متعقب كالتقابل (قلت) وهو قوي ومجرد تفریطه لا يستلزم صحة ضمانه مضافا الى الاصل مع عدم تحققه حين ضمان العبد وهو الاشهر كافي الكفاية وهو خيرة الشرائع والتحرير والارشاد والمسالك والكتاب ايضا في موضعين كما يأتي وفي (جامع المقاصد) انه قريب وذكر الاحتمالين في المبسوط من دون ترجيح وقال في (الايضاح) ان الحق الصحة لان العذر الغالب أولى بالرخصة من النادر والتقييدات في البحر وعلي ضمانه اقل وقوعا من صورة النزاع فيكون الجواز هنا أولى أنهى وهو قوي متين أيضا بل قد يقال انه احد الفردين الثابتين حالة العقد على وجه التخيير لأنه غير بين الرد بالعب والمطالبة بالثمن وبين الرضا به والمطالبة بالارش فيوصف بالثبوت قبل اختياره كالفرد من الواجب الخبير فإنه يوصف بالوجوب قبل اختياره كما يأتي لم مثله في ضمان الارش أنهى وعلى تقدير صحته يجب تقييده بعب سابق كما في الشرائع والا فقد يصح الفسخ بعب لا حق كما لو وقع قبل القبض أو في الثلاثة وهذا لا يكون موجودا حالة الضمان الواقع عند البيع فيكون كما لتجدد من الاسباب لا يصح ضمانه قولوا واحدا هذا وقد عرفت ان المصنف هنا استشكل في الرد بالعب ويأتي له بعد اسطر ان الاقرب انه لا يصح ويأتي له بعد صفحة الجزم بعدم الصحة وقد حكى في جامع المقاصد ان بعض الناس حاول الفرق بان الاشكال هنا في تناول اطلاق لفظ ضمان عهدة الثمن لهذا القسم واما تناولها لما اذا ظهر مستحقا فلا شك فيه واستشهد على ذلك بقول الشيخ في المبسوط انه اذا ضمن عهدة الثمن فخرج بعض المبيع مستحقا

(١) كذا في النسخ والظاهر زيادة ان (مصححة)

أوارش العيب (متن)

ففسخ المشتري لبعض الصفقة طالب الضامن بالثمن كله ورده في (جامع المقاصد) بان عبارة المصنف تاتي هذا الحل قال ومع ذلك فلاشكال في وجوب الثمن على الضامن هنا انما يتأتى على تقدير لزوم لو صرح بضمانه اذا خرج عيب ورد به والمصنف لا يقول به كما سيأتي وايضا فسيأتي هنا في كلام المصنف بعد صفحة رد كلام الشيخ هذا (قلت) هو توجيه لا بأس به في دفع التناقض من دون تقادم عهد وقوله بعده والاقرب قرينة عليه والعبارة لا تأباه عند التأمل وما ذكره لا يدفعه وقد اخذه هذا المتأول من مواضع من التذكرة والتحرير وقد فسر به في المسالك عبارة الشرائع في مواضع منها ما قاله في الشرائع وكذا لو فسح بعيب سابق قال في (المسالك) أي لا يدخل ذلك في ضمان العهدة الى ان قال وربما قيل بدخول هذا الفرد في الاطلاق وصحة ضمانه الى آخره ومثله المقدس الاردبيلي في مجمع البرهان حيث فسر تردد الشرائع في ارش العيب كما استمع على انه هو في جامع المقاصد سيعترف بمثل ذلك حيث قال يصح ضمان العهدة للمشتري بالنسبة الى ارش المبيع الى ان قال فيكون ضمانه مندرجا في ضمان عهدة الثمن وعبارة المبسوط تشهد بذلك وكم له في اشكالات الكتاب مثل ذلك فتأمل جيدا ويأتي الكلام في حال الضمان في (١) ما اذا تلف المبيع قبل قبضه وما اذا ظهر بعضه مستحقا فان هذا من سنخ المسئلة ﴿ قوله ﴾ ﴿ أوارش العيب ﴾ هذا معطوف على الثمن أي يصح ضمان العهدة للمشتري بالنسبة الى ارش عيب المبيع كما هو خيرة الارشاد وشرحه لولده وجامع المقاصد وكذا المسالك وتردد في المبسوط والشرائع والتذكرة وجزم بالعدم في التحرير وجه الصحة ان الارش جزء من الثمن ثابت وقت الضمان فيندرج في ضمان العهدة لكنه محمول القدر فيكون مبنيا على صحة ضمان النهول الذي يمكن استعلامه أو يختص ضمان العهدة بحكم زائد كما خرج من حكم ضمان الاعيان وبذلك يفارق الثمن حيث لا يدخل على تقدير الفسخ لانه أي الثمن انما يجب بالفسخ اللاحق للضمان كما تقدم (ووجه) العدم ان الاستحقاق له انما حصل بعد العلم بالعيب واختيار اخذ الارش والموجود حالة العقد من العيب ما كان يلزمه تعيين الارش بل التخيير بينه وبين الرد فلم يتعين الارش الا باختياره ولو قيل انه احد الفردين الثابتين على وجه التخيير فيكون كالفرد الواجب التحير حيث يوصف بالوجوب قبل اختياره فيوصف هنا بالثبوت قبل اختياره لزم مثله في الثمن لانه قسيمي في ذلك كما نهبنا على ذلك اتفاقا في (المسالك) والحق ثبوت الفرق بينهما فان الثمن انما يجب بالفسخ واما الارش فانه كان واجبا بالاصل لانه عوض جزء فانت من مال المعاوضة ويكفي في ثبوته بقا المشتري على الشراء وانما ينتقل الى الثمن بارتفاق آخر حيث لم يسلم له المبيع تماما (قلت) قد يقال اننا لا نسلم ان الارش واجب بالاصل وانما الحاصل سببه ولا يثبت الا باختياره فكان كالثمن كما أشار اليه هو في قوله ومحصل الاشكال يرجع الى أن الارش هل هو ثابت بالعقد وانما يزول بالفسخ والرجوع الى الثمن أو ان سببه وان كان حاصله لا يثبت الا باختياره قال وتظهر الفائدة فيما لو لم يعلم بالعيب أو علم ولم يطالب قبل تبقی ذمة من انتقل عنه المبيع مشغولة له بالارش أم لا (قلت) قد يقال انه اذا لم يعلم تبقی ذمة الآخر مشغولة على التقديرين لان كان عالما بالعيب كاتما له والالزم ذهاب جزء من الثمن من غير عوض وهو بعيد جدا نعم يبري مما زاد

(١) لفظ في غير موجود في نسختين (مصححه)

ويصح ضمان نقصان الصنعة في الثمن للبائع وفي السلعة للمشتري ورداة الجنس في الثمن والمثمن والاقرب أنه لا يصح ضمان عهدة الثمن لو خرج المبيع معيبا ورده والصحة لو بان فساده بغير الاستحقاق كفوات شرط معتبر في البيع أو اقتران شرط فاسد به (متن)

على ارش عيه وتظهر الفائدة فيما اذا علم ولم يطالب فانه يحتمل براءة ذمته وان كان ثابتا فيها حيث انه لم يختر المطالبة لانه انما ثبتت له المطالبة مع العلم وعدم الرضا بالعيب وعدم الفسخ فاذا فعل أحدهما سقطت ويحتمل عدم براءتها لثبوته بالمقد طالب أم لم يطالب فليأمل جيدا واحتمل في مجمع البرهان أن يكون وجه تردد الشرائع أن ضمان عهدة الثمن لا يشمله الا أن يكون مقصودا ومعلوما بينهما سواء ذكر ما يدل عليه بخصوصه أم لا حيث قال أي في الشرائع لان استحقاقه ثابت عند المقدم وفيه تردد

﴿ قوله ﴾ (ويصح ضمان نقصان الصنعة في الثمن للبائع وفي السلعة للمشتري) كما في التذكرة بالنظر الى آخر كلامه والتحرير وجامع المقاصد والمسالك ذكره في أثناء كلامه و بيان ضمان نقصانها في الاول انه اذا جاء المشتري بصنعة ووزن بها الثمن فأثمه البائع فيها فضمنها الضامن عن النقصان فاذا كانت الصنعة ناقصة صح الضمان لانه ضمان العهدة فيطالب الضامن بالنقصان ومنه يعلم حال ضمان نقصانها في السلعة للمشتري هذا اذا ضمن ذلك صريحا وهل يندرج تحت مطلق ضمان العهدة احتمالا والصنعة بفتح الصاد وبالسبب أفصح قاله في القاموس (هذا) وألفاظ ضمان العهدة أن يقول الضامن للمشتري ضمنت لك عهدته أو ثمنه أو دركه أو خلصتك منه ولو قال ضمنت لك خلاص المبيع لم يصح لانه لم يملك المبيع ولا خلاصه الا باقتياعه لو ظهر مستحقا كما صرح بذلك في المبسوط والتذكرة والتحرير وقال في (مجمع البرهان) بعد أن نقل ذلك عن التذكرة الظاهر أن المراد التمثيل والا فكل لفظ يفهم منه ما يراد من ضمان العهدة يصح ذلك به للمشتري أو للبائع (قلت) ما استظهره هو الظاهر وقال في (المبسوط) فحق أنى بواحدة من هذه الالفاظ صح الضمان لأنها موضوعة له انتهى فليأمل فيه

﴿ قوله ﴾ (ورداة الجنس في الثمن والمثمن) كما في التذكرة وجامع المقاصد والتحرير بعد تأمل فيه ومعناه انه لو خرج المبيع رديا من غير الجنس الذي يستحقه المشتري فرده على البائع طالب المشتري الضامن بالضرب المستحق له وكذلك الحال في الثمن ويبقى الكلام في أنه يندرج تحت مطلق ضمان العهدة أم لا الظاهر الاول لانه كما اذا ظهر مستحقا

﴿ قوله ﴾ (والاقرب انه لا يصح ضمان عهدة الثمن لو خرج المبيع معيبا ورده) قد تقدم الكلام فيه مسبقا

﴿ قوله ﴾ (والصحة لو بان فساده بغير الاستحقاق كفوات شرط معتبر في البيع أو اقتران شرط فاسد به) يعني ان الاقرب الصحة في هذا الفرض كما هو خيرة التذكرة والمسالك والروضة والكفاية وكذا جامع المقاصد لان الثمن يجب رده على البائع فأشبهه ما لو بان الفساد بالاستحقاق فكان الحق ثابتا وقت الضمان في الواقع وان لم يعلم ثبوته ظاهرا فلا يكون ضمان مالم يجب ويحتمل عدم الصحة لان هذا الضمان انما يجوز للحاجة وانما تظهر الحاجة في الاستحقاق لان التحرز عن ظهور الاستحقاق لا يمكن والتحرز عن سائر أسباب الفساد ممكن وان المضمون ليس ثابتا في الذمة لانه عين موجودة غاية ما في الباب انه مضمون (انها مضمونة خ) على تقدير التلف فيكون كضمان الاعيان المضمونة وقد عرفت الحال فيه بل هذا ابعد لانه وقت الضمان غير معلوم الثبوت لانه انما يضمن على تقدير انكشاف الثبوت ويدفع ذلك قضاء

والاقوى صحة ضمان المجهول كما في ذمته (متن)

الضرورة بذلك ومشاركته الاستحقاق في المعنى وانه كثيرا ما يتم على المتعاقدين أو أحدهما الاطلاع على صحة العقد وفساده وقت العقد فيكون في ذلك مندوحة عن هذا الضرر وهذا اذا ضمن ذلك صريحا ولمل الظاهر اندراجة تحت مطلق ضمان العهدة لمشاركته الاستحقاق في المعنى ﴿ قوله ﴾

﴿ والاقوى صحة ضمان المجهول كما في ذمته ﴾ كما في المنفعة والنهاية والكافي والكمال على ما حكي عنها والمراسم والغنية والشرايع والنافع والتحرير والارشاد والتبصرة والمختلف والايضاح واللمعة والمقتصر والتنقيح وايضاح النافع وجامع المقاصد والمسالك والروضة وجمع البرهان والمفاتيح وهو المحكي عن أبي علي وعن صاحب الرابع (١) وهو الأشهر كما في كشف الرموز والمسالك والرياض وعليه الأكثر كما في جامع المقاصد والمفاتيح وعليه الفتوى كما في ايضاح النافع وعليه اجماع العائفة كما في الغنية وروى الاصحاب جواز ذلك كما حكاه كاشف الرموز عن المبسوط ولم أجده في نسختين منه وقال في (كشف الرموز) لو عملنا بهذا نكون عملنا بقول الصادق عليه السلام خذ ما اشتهر بين أصحابك وقد تأمل في التذكرة وكذا التحرير في فهم ذلك من عبارة النهاية وليس في محله كما اعترف به هو في المختلف وغيره والمخالف الشيخ في الخلاف والمبسوط والقاضي والمهذب على ما حكي عنه وابن ادريس قال في (السرائر) انه الصحيح من المذهب وعند المحصلين من الاصحاب وفي (كشف الرموز) انه أشبه وقد سمعت كلامه آنفا وكأنه تأمل في التحرير في ظهور عبارة المبسوط في الخلاف وقال ان عبارة النهاية مشككة ولم يرجح صاحب الوسيلة والمصنف في التذكرة (واحتجوا) عليه بأن الاصل الصحة ولعلمهم أرادوا عموم أوفوا بالعقود وبعموم قوله تعالى (وأنا به زعيم) وأشار الى حمل البعير والاصل عدم تعيينه وقوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم وما رواه عطاء عن الصادق عليه السلام قال قلت له جعلت فداك ان علي دينا اذا ذكرته فسد علي ما أنا فيه فقال سبحان الله أو ما بلغت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقول في خطبته من ترك ضياعا فلي ضياعه ومن ترك ديننا فلي دينه ومن ترك مالا فلي وكفالة رسول الله صلى الله عليه وسلم ميتا ككفالاته حيا وكفالاته حيا ككفالاته ميتا فقال الرجل نفست عني جعلني الله فداك ولولم يكن ضمان المجهول صحيحا لم يكن لهذا الضمان حكم ولا اعتبار اذ الباطل لا اعتبار به وامتنع من الامام عليه السلام الحكم بأن النبي صلى الله عليه وسلم كافل (قلت) و ينبغي أن يحتجوا عليه بضمان مولانا علي بن الحسين عليه السلام دين عبد الله بن الحسن وضمانه لدين محمد بن أسامة فانهما ظاهران بل صريحان في عدم معلومية الدين وقدره وكيفية وقت الضمان وأنت خير بأن محل البحث انما هو بالنسبة الى الضمان الذي يرجع به صاحبه على المضمون عنه وظاهر الاخبار الثلاثة انه ليس كذلك فلا تكون هذه الاخبار الاصالحة للتأييد وكذلك الكلام في الآية الشريفة فانه متى خص محل البحث بما ذكرنا لم تكن من ذلك في شيء لان الظاهر منها انما هو ضمان الجملة فان كان محل البحث الضمان بقول مطلق تم الاستدلال بالآية الشريفة والاخبار وان خص بما ذكرنا صلحت للتأييد لا للاستدلال (واحتج الشيخ) في الخلاف بأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الفرر وضمان المجهول فرر وبعدم الدليل على صحته (وأجاب) عنه في المختلف بأنما هو في المعامضات التي تفضي الى التنازع اما مثل الاقرار

(١) وهو ابن طاووس صاحب البشري (منه)

فيلزمه ما تقوم البنية على ثبوته وقت الضمان لا ما يتجدد ولا ما يوجد في دفتر وكتاب أو يقر به المضمون عنه أو يحلف عليه المالك برد اليمين من المديون (متن)

والضمان فلا لان الحكم فيها معين وهو الرجوع الى المتر في الاقرار والى البينة في الضمان فلا غرر (واعترض) بأن الغرر لا يزول بقيام البينة لجواز قيامها بما يعجز عنه الضامن فلو أزمناه لادى الى ضرره (وأجاب) جماعة كالمقداد والتطيفي بأن الضامن أدخل الضرر على نفسه بعدم احتياطه فكان كالوضن المعلوم مع عجزه عنه ولعل كلا من السؤال والجواب في غير محله اذ لعل غرضه في المختلف ان الضمان كالجعالة والرهن ونحوهما يحتمل من الغرر ما لا يحتمله البيع والاجارة ونحوهما وليعلم انه انما يصح في صورة يمكن العلم به بعد ذلك كقوله أنا ضامن للدين الذي لك عليه أما ما لم يمكن فيه العلم كصنعت لك شياً مما في ذمته فلا يصح قولاً واحداً كما في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك و به جمع بين قولي الشيخ صاحب الرائع حكاه عنه كاشف الرموز لعدم امكان العلم به لصدق الشيء على القليل والكثير واليه أشار المصنف بقوله كما في ذمته أي كضمان ما في ذمته ونحوه ما في الشرائع وغيرها وعساك تقول لم لا يصح ويلزمه أقل ما يقع عليه اسم الشيء لانا تقول ليس هذا هو المضمون لانفاً مانعته وان كان بعض افراده والواجب هو المجهول ووجوب شيء فرع صحته ﴿ قوله ﴾ ﴿ فيلزمه ما تقوم البينة على ثبوته وقت الضمان ﴾ كما في المنفعة والنهاية والمراسم وأكثر ما تأخر عنها وفي (الغنية) الاجماع عليه وقيد بوقت الضمان لانه الذي في الذمة حينئذ ﴿ قوله ﴾ ﴿ لا ما يتجدد ﴾ كما صرح به في التحرير والتنقيح وجامع المقاصد وهو قضية قولهم يلزمه ما تقوم به البينة وقت الضمان لعدم دخوله في الضمان ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا ما يوجد في دفتر وكتاب ﴾ بلا خلاف كما في التنقيح و به صرح في المنفعة والنهاية وغيرها لعدم ثبوته في الذمة وانما يلزم الثابت فيها خاصة ﴿ قوله ﴾ ﴿ أو يقر به المضمون عنه ﴾ بلا خلاف الا من أبي الصلاح وأبي المكارم فيلزمه ما يقر به عندهما وادعى الثاني عليه الاجماع وبوئته مع كونه اقراراً على الغير انحصار القائل به فيهما نعم استشكل في التنقيح والمفاتيح نعم ان كان الاقرار سابقاً على الضمان لزم ضمان ما أوجبه الاقرار كما في المختلف وغيره وعبارة الغنية لا تأتي التنزيل على ذلك وقد يكون مثله ما اذا صرح في عقد الضمان بذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ أو يحلف عليه المالك برد اليمين من المديون ﴾ كما في الشرائع وما تأخر عنها وانما استشكل صاحب المفاتيح وفي (المنفعة) انه يلزمه ما يحلف عليه المضمون له من غير تقييد وقيدده الشيخ في النهاية برضا الضامن قل قلت حلف أي المضمون له على ما يدعيه واختار هو ذلك وجب عليه الخروج منه ونحوه ما حكى عن القاضي فلو حلف المدعي بسبب الرد من غير رضا الضامن لزمه على مقتضى قول المفيد دون قول الشيخ وفي (المختلف) ان التحقيق ان تقول ان جعلنا يمين المدعي كالبينة كان له الرجوع على الضامن سواء رضي يمينه أولاً وأن جعلناها كالاقرار افتقر الى رضا الضامن وواقفه على ذلك صاحب التنقيح وفي (جامع المقاصد) ان التحقيق ان الرضا لا أثر له انما المؤثر وقوع الرد منه قال ولعلمهم ارادوا بالرضا ذلك (قلت) ولعل المفيد اراد بقوله الا أن يحلف على ما يدعيه أن المضمون له يحلف برد الضامن فتلتم كلمة المفيد والشيخ وتقييد المصنف عدم لزوم بحلف المضمون له يكون الرد من المديون يعطي ذلك فانه متى كان الرد من الضامن أو منه ومن المضمون عنه لزم ما يحلف عليه (واعترض في جامع المقاصد)

ولو ضمن ما تقوم به البيعة لم يصح لعدم العلم بثبوته حينئذ (متن)

على المختلف بان كون اليمين المردودة كالبيعة انما هي في حق راد اليمين كما انها اذا كانت كالاتفاق تكون كاتفاقه فلا يلزم الضامن على التقديرين اذا لم يرد ايضا قال في (المسالك) يمكن دفعه بان البيعة لا فرق فيها بين أن يكون المنازع المضمون عنه أو الضامن لان الحق يثبت بها مطلقا بخلاف الاقرار فانه لا يثبت الا على المقر فالبناء عليها متجه (قلت) كلامهم في باب القضاء بعضه يعطي ما قاله المحقق الثاني وبعضه يعطي ما قاله الشهيد الثاني وما يعطي ما قاله الثاني قولهم في الثمرة انه اذا اشترى المدعي شيئا من وكيل البائع ثم ادعى عليه فسخره بعيب سابق وانكر الوكيل العيب والفسخ ونكل عن اليمين ورددها على المدعي فانه على القول بانها كالبيعة بردها أي السلعة على البائع وعلى الثاني على الوكيل وقد حققنا في باب القضاء انه حكم برأسه وانه يجب اعتبار الادلة في الفروع التي فرعوها وان تلك التقريرات أشبه بالقياس وقد اسبقنا الكلام في ذلك محورا هذا وظاهر العبارة وغيرها وصريح التنبيه أن الخصومة بين المضمون عنه والمضمون له قال في (التنقيح) لو لم يقم البيعة بشي من المال وانكر المضمون عنه فتوجهت عليه اليمين فرددها على المضمون له تخلف فهل يلزم الضامن ما حلف عليه أم لا قال الشيخ الى آخره وقال في (المسالك) ولا ما يحلف عليه المضمون له برد اليمين من المضمون عنه لان الخصومة حينئذ مع الضامن والمضمون عنه فلا يلزمه ما يثبت بمنازعة غيره كما لا يثبت ما يقربه نعم لو كان الحلف برد الضامن ثبت ما حلف أنهي ونحوه ما في الروضة والرياض فظاهر المفيد كما هو صريح التنقيح أن الخصومة بين المضمون له والمضمون عنه وقد يظهر من النهاية ان الخصومة بين الثلاثة كما هو صريح جامع المقاصد والمسالك والروضة ويمكن تنزيل كلامهم جميعا على ما اذا كانت خصومة المضمون له معهما ويقتى الكلام في امكان الفرض مع فرض الجبل من الضامن وهو ممكن في امثلة كثيرة (منها) ما اذا اختلفوا في تشخيص ما في الذمة كان يثبت ان له عنده مائة فيقول المضمون عنه والضامن انها مائة درهم ويقول المضمون له انها مائة دينار وعلى هذا تلثم الكلمة ويرتفع الخلاف في المسئلة بين المفيد والشيخ بالتنزيل المتقدم وبينهما وبين المشهور لانهم يقولون لا بد من الزد من الضامن منفردا أو مع المضمون عنه واستبعاد التأويل مع حكاية الخلاف يعارضه استبعاد وقوع الخلاف من الشيخين والتقييد برد اليمين من المديون ليخرج ما اذا حلف مع شاهده فان حاله حال ما اذا قامت البيعة

﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو ضمن ما تقوم به البيعة لم يصح لعدم العلم بثبوته حينئذ ﴾ كما في الشرائع والتحرير والارشاد والمختلف حكما وتعليلها وكذا المبسوط والسرائر وهو المحكي عن المفيد والتقي وقضية كلامهم هذا ان العلم بالثبوت وقت الضمان شرط في صحته وهو ظاهر في غير ضمان العهدة بل يمكن فيه على نوع من التأويل ولا مانع من ان يكون ذلك شرطا عملا بالاصل الا في موضع اليقين ولانه ضمان ما لم يجب كما في المختلف أي ما لم يعلم وجوبه فيصير الحاصل من الجمع بين كلامهم انه لو ضمن ما في ذمته وهو يعلم انها مشغولة بشي لزمه ما قامت عليه البيعة وانه لو ضمن ما في ذمته وهو لا يعلم شغلها بشي لا يصح ضمانه ولو قامت البيعة بانها مشغولة بشي معلوم فعدم صحة ضمان ما تقوم به البيعة بهذه الصيغة انما هو لعدم علمه بانها مشغولة فلو قال له ان ذمتي مشغولة لزيد بمبلغ كثير فقال له انا ضامن ما تقوم البيعة به له عليك صح الضمان ولزم وقال المحقق الثاني لو قال بعدم دلالة عقد الضمان على ضمان ما في

الذمة لكان أولى ونخرج العبارة على ان المراد لعدم العلم بثبوته من صيغة الضمان وتبعه على ذلك صاحب المسالك وقال لن تعليل الشرائع وهو كتعليل الكتاب كما عرفت لا يخلو عن قصور لانه يدل على انه لو ضمن بهذه الصيغة يعني قوله انا ضامن ما تقوم به اليئنه ما علم ثبوته وقته أي الضمان يصح وأنه لو لم يعلم وضمن كل ما ثبت في ذمته وقت الضمان لم يصح بالامر بالعكس فالصحيح في التعليل ان يقال أن هذه الصيغة اعم من أن تثبت في الذمة حين الضمان وما يتجدد بعده وانما يصح لو ثبت حينه والعام لا دلالة له على الخاص وفيه فطر من وجوه (الاول) ان كلام المحقق الثاني الذي هو الاصل في ذلك قابل للتزويل على ما قلناه فيصير معنى كلامه لعدم دلالة عقد الضمان على ضمانه ما علم ثبوته في الذمة ويكون معنى قوله ونخرج العبارة الى آخره ان المراد لعدم دلالة الصيغة على علمه بثبوت ما قامت به اليئنه في الذمة واما على ما فهمه منه في المسالك بصير المعنى لعدم علمنا بدلالة الصيغة على ارادة ثبوت ما قامت به اليئنه في الذمة حين الضمان لا ما يتجدد وفيه من التكليف الشديد والتقدير الكثير ما لا يخفى (الثاني) وهو وارد عليهما ان ظاهر التعليل ما تقدم لما تقدم مؤيدا بالعقل وكون الامر بالعكس غير مسلم بل عكس العكس هو ما ذكره الاصحاب ولا باعث لصرف عباراتهم عن ظاهرها وتحميلها لما يتجدد (الثالث) انا تقول بناء على ما تقول أن تم ان المطلق ينصرف الى الصحيح لا غير لانه المتبادر لا ما يتجدد خصوصا مع القرينة فتأمل جيدا هذا وقد نقل في المبسوط عن قوم أنه يصح ان يضمن ما تقوم به اليئنه دون ما يخرج به دفتر الحساب ثم قال ولست اعرف به نصا وجاء العجلى مستعجلا فقال في السرائر اذا لم يعرف بصحة ضمان ما تقوم به اليئنه نصا من ابن أورده في نهايته واطال في الكلام عليه في سوء ادب والظاهر ان ما في المبسوط غير ما في النهاية لانه في المبسوط قسم ضمان المجهول الى غير واجب كضمنت لك ما تعامل فلانا ثم قال والمجهول الذي هو واجب مثل ان يقول انا ضامن لما يقضي به القاضي على فلان أو ما تشهد لك اليئنه من المال عليه أو ما يكون مثبتا في دفترك وهذا لا يصح لانه مجهول وان كان واجبا في الحال وقال قوم من اصحابنا انه يصح الى آخر ما سمعته آتفا والظاهر ان مراده انه ضمن بهذه الصيغة ولم يعلم الضامن ثبوته في الذمة وأنه كان ثابتا في الواقع فبطلانه عنده لمكان الجهالة الموجبة للفرر كما مر وكلامه في النهاية نص أو ظاهر فيما عليه المفيد والمشهور من انه اذا ضمن له ما في ذمته انه يلزمه ما تقوم اليئنه على ثبوته وقت الضمان لانه الذي في ذمته حينئذ وهو الذي فهمه منه الجماعة وحكوه عنه كما مر مفصلا وانما استشكل فيه في التحرير فتكون المستثنان مختلفين موضوعا وحكما قال في (النهاية) ولو قال انا ضمن ما ثبت لك عليه ان لم آت به في وقت كذا ثم لم يحضره وجب عليه ما قامت به اليئنه للمضمون عنه الى آخره نعم لو كان في النهاية يثبت مكان ثبت كما في نسختين منها انجبه كلام ابن ادریس والعجب من المصنف في المختلف انه لم ينبه على ما ذكرنا (وأجاب) بأن عدم النص لا يقتضي عدم الدليل لعدم انحصار الدليل في النص لجواز ان يكون شيئا مستنبطا من النص أو دليلا عقليا وجاز ان يف عليه بعد ذلك الى آخره وأنت خبير بأن النهاية متون أخبار وان تصنيف المبسوط بعدها كما نص على الامرين في خطبة المبسوط فلا يصح الجوابان الاخيران وكان نسخته فيها يثبت مكان ثبت واذا كان كذلك لا يصح منه اختيار مذهب النهاية أولا والاستدلال عليه وقوله بعد ذلك بثلاث مسائل انه لا يصح ضمان ما تقوم به اليئنه حيث لا يعلم ثبوته وقت الضمان لانه ضمان ما لم يجب فتأمل جيدا ﴿ قوله ﴾

ويصح الإبراء من الجهول ولو قال ضمنت من واحد الى عشرة احتمل لزوم العشرة
وثمانية وتسعة باعتبار الطرفين (متن)

﴿ ويصح الإبراء من الجهول ﴾ عندنا كما في التذكرة قال لانه اسقاطهما في الذمة بل هو أولى من ضمان الجهول لان الضمان التزام والابراء اسقاط (قلت) غرضه انه مبني على التبين والمساحة اذ هو اسقاط محض بلا عوض وفي (جامع المقاصد) انه لا بد من قصده الى الابراء من المجموع قليلا كان أو كثيرا فلو ظن قلته فبان كثيرا لم يقع فعلى هذا لو عرف من عليه الحق قدره عرفه صاحبه فان لم يفعل وأبرأه منه كائنا ما كان فانه يبرأ والا فقيه تردد ويرشد الى ذلك انه ذكر في التذكرة في تذييب للمسئلة انه لو اغتاب شخص غيره ثم جاء اليه وقال اني اغتبتك فاجعلني في حل ففعل وهو لا يدري بما اغتابه فلكشافية وجهان أحدهما انه يبرأ لان هذا اسقاط محض كما لو عرف ان عبدا قطع عضوا من عبده ولم يعرف عين العضو المقطوع فعنى عن القصاص صح والثاني لا يصح لان المقصود حصول رضاه والرضا بالجهول لا يمكن والمعنى عن القصاص مبني على التغليب واسقاط المظالم غير مبني عليه ولم يرجع احد القولين في التذكرة ولعل تفصيل المحقق الثاني المتقدم متجه هنا ولعلم الهدى كلام في نحو المقام وقضيته انه لا بد من بيان الحق في الجملة كأن يقول اني اغتبتك في عرضك أو نحو ذلك وهل هو محض اسقاط أو تملك ظاهر التذكرة اجماعنا على انه اسقاط لا تملك فلو كان له دين على اثنين فقال أبرأت احد كما فعل قولنا بانه اسقاط يصح ويطلب بالبيان وعلى القول بانه تملك لا يصح كما لو كان في يد كل واحد منهما ثوب فقال ملكت احدكما الثوب الذي في يده ومنه يعلم ما اذا قال أبرأت بعض الدين الذي عليك وعلى التقديرين لا يحتاج الى القبول لانه وان كان تملكاً لكن المقصود منه الاسقاط وقد اتفق الفقهاء على بطلان الابراء عما ليس ثابتا في الذمة وانما صح في المتطيب والمتبسط للضرورة وهم أشكال واختلاف فيما اذا عني عن سرية الجناية وقد بينا ذلك كله في باب القصاص وقد بينا هناك ان العفو والابراء بمعنى واحد وقد عبر عن الابراء بالتصدق في الكتاب المجيد كقوله جل اسمه (فمن تصدق فهو خير له) وعبر عن العفو بالتصدق كقوله جل شأنه (ومن تصدق فهو كفارة له) والابراء لا يقبل التعليق الا اذا كان مقوما له كما اذا قال اذا كان له عليك دين فقد أبرأتك منه ﴿ قوله ﴾ ولو قال ضمنت من واحد الى عشرة احتمل لزوم العشرة وثمانية وتسعة باعتبار الطرفين ﴿ أصل الضمان صحيح كما في التذكرة والتحرير لاننا ان اطلقنا ضمان الجهول فانما هو للفرر ومع بيان الغاية ينتهي الفرر فينتهي مقتضى الفساد فيبقى أصل الصحة سالما عن المعارض لانه حيث وطن نفسه على تلك الغاية لم يبق فرر فأمل وعلى القول بصحة ضمان الجهول فالوجه واضح وحيث قلنا بالصحة وكان عليه عشرة أو أكثر فيحتمل أن تلزمه العشرة ادخالاً للطرفين كما هو المتعارف يقال أعط من واحد الى عشرة وخذ من واحد الى عشرة وان تلزمه ثمانية اخراجا للطرفين لان المشهور عند الاصوليين خروج الغاية وخروج الابتداء اذا كان مدخولا لمن وان تلزمه تسعة ادخالاً للطرف الاول لانه مبدأ الالتزام أو اخراجا له لانه مقرون بمن وادخالاً للطرف الثاني لان الغاية في مثل هذا تدخل عرفاً أما لو قال ضمنت لك ما بين درهم وعشرة فان عرف أن دينه لا يتقص عن عشرة صح ضمانه وكان ضامنا لثمانية وان عرف نقصانه ضمن الثمانية فما دون وأما اذا قال ما بين واحد الى عشرة كما قال عليه السلام في الترح ما بين

﴿ المطلب الثاني في الاحكام ﴾ الضمان ناقل وان لم يرض المديون فلو ابراه المستحق بعده لم يبرأ الضامن ولو ابرأ الضامن برثا معا ولو ضمن الحال مؤجلا تأجل وليس للضامن مطالبة المديون قبل الاداء واذا مات حل ولورثته مطالبة المضمون عنه قبل الاجل ولو كان الاصل مؤجلا لم يكن لهم ولومات الاصيل حيثئذ خاصة حجب الحاكم من التركة بقدر الدين (متن)

الثلاثين الى الاربعين فلا يجوز أن يراد بيبين الوسط فقط لانه لا بد من تقدير معادل على انه لو أريد به ذلك وقلنا ان الاطراف خارجة كان الواحد خارجا قطعاً والطرف الثاني ما فوق الواحد يكون خارجا لانه طرف وداخل من حيث انه وسط وهو كما ترى فلا بد من أن يراد بيبين الاطراف والوسط فيصير المراد ضمن ما فوق الواحد منتها الى العشرة فان دخلت الغاية كان المضمون تسعة والا فثمانية فتأمل ﴿ المطلب الثاني في الاحكام ﴾ ﴿ قوله ﴾ ﴿ الضمان ناقل وان لم يرض المديون ﴾ بدليل اجماع الطائفة كما في الفرية وعند علمائنا اجمع كما في التذكرة وواقفنا من العامة ابن أبي ليلى وابن شبرمه وداود وأبو ثور وقال الشافعي والباقون هو بالخيار في مطالبة أيها شاء وخبر ضمان أمير المؤمنين عليه السلام وخبر ضمان أبي قتادة بدلان على ذلك وخبر عطاء عن الباقر عليه السلام صريح في ذلك وقد تقدم ذلك كله ﴿ قوله ﴾ ﴿ فلو ابراه المستحق بعده لم يبرأ الضامن ﴾ لان الحق سقط عن ذمة الاصيل فلا يصادف الا برأ استحقاقا فلا يكون صحيحا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو ابرأ الضامن برثا معا ﴾ عند علمائنا كما في التذكرة لان الضمان عندنا ناقل للدين من ذمة الاصيل الى ذمة الضامن وليس للضامن أن يرجع على المضمون عنه الا بما آداه فاذا سقط الدين عنه لم يؤد شيئا فلم يرجع بشيء فيرثان معا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو ضمن الحال مؤجلا تأجل ﴾ هذا هو الموضع المتفق على جوازه كما في المسالك وقد تقدم بيان ذلك وأعادته لينبه على حكم المطالبة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وليس للضامن مطالبة المديون قبل الاداء ﴾ لانه اذا ضمن حالا فليس له المطالبة الى أن يؤدى فيها أولى ﴿ قوله ﴾ ﴿ واذا مات حل ولورثته مطالبة المضمون عنه قبل الأجل ﴾ قد تقدم أن الميت يحل ماعليه من الديون المؤجلة بموته وهذا من جملة أفرادها فاذا ضمن الحال مؤجلا ثم مات قبل الأجل حل ماعليه من مال الضمان وأخذ من تركته وجاز للورثة مطالبة المضمون عنه لان الدين عليه حال لان المؤجل هو الدين الذي في ذمة الضامن لا الذي في ذمة الا أن الضامن لا يستحق الرجوع الا بالاداء ولما كان موته مقتضيا لحلول دينه فاذا أخذ من تركته زال المانع من مطالبة المضمون عنه ومثله ما لو دفع الضامن الى المضمون له الحق قبل الأجل باختباره فان له مطالبة المضمون عنه كما نبه على ذلك في المبسوط والتحرير والتذكرة وصرح به كله في جامع المقاصد والمسالك والوجه في الجميع واضح ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو كان الاصل مؤجلا لم يكن لهم ﴾ أي لو كان الدين مؤجلا على المضمون عنه فضمنه الضامن كذلك فانه بحلوله عليه بموته لا يحل على المضمون عنه لان الحلول عليه لا يستدعي الحلول على الآخر كما لا يحل المؤجل لو ضمنه الضامن حالا باذنه كما سبق وبذلك صرح في المبسوط والتذكرة والتحرير ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولومات الاصيل حيثئذ خاصة حجب الحاكم من التركة بقدر الدين ﴾ لو مات المضمون عنه فلا عبرة بموته هنا من جهة الحلول وعدمه والمطالبة وعدمها اذا لم يؤد الضامن وان هالك حكم آخر وهو التحجير على الوارث بقدر

فإن تلف فن الوارث كما أن النماء له ثم إن الضامن إن تبرع لم يرجع على المديون وإن أذن له في الاداء والارجع بالاقبل من الحق وما أذاه وإن أبرأ ولو أبرأ من الجميع فلا رجوع وإن لم يأذن له في الاداء (متن)

الدين ومنعه من التصرف فيه حذرا من أن يضيع على الضامن ما يؤديه بعد الحلول فيضعه الحاكم عند ثقة حتى يجال الأجل ﴿ قوله ﴾ ﴿ فإن تلف فن الوارث كما أن النماء له ﴾ لأن المفروض أن الدين لم يستوعب التركة والا لكان النماء على حكم مال الميت عندنا وقد تقدم الكلام في ذلك مستوفي في باب الرهن ﴿ قوله ﴾ ﴿ ثم الضامن إن تبرع لم يرجع على المديون وإن أذن له في الاداء ﴾ أحكام رجوع الضامن وعدمه بالنسبة إلى كون الضمان والاداء معا بإذن المديون أو أحدهما أو عدم الأذن فيها أربعة وقد نبه المصنف عليها كلها وذكر هنا قسمين ضامنه بغير اذنه وأداؤه بغير اذنه بغير اذنه وأداؤه باذنه والحكم أن لا رجوع له عليه في القسمين عند علمائنا أجمع كما في المسالك والمفاتيح وعند علمائنا كما في التذكرة وكذا جامع المقاصد وقيل في (الغنية) ولا يرجع الضامن على المضمون عنه بما ضمنه إذا ضمن بغير اذنه ثم ادعى الاجماع عليه وهو باطلاقة يتناول القسمين ونحوه في ذلك الاجماع الظاهر من نهج الحق وفي (الرياض) نفى وجود الخلاف في القسمين وفي (السرائر) نفى الخلاف عن الاول واستدل عليه في الخلاف وغيره بأنه لو كان الدين باقيا لم تبقى فائدة في ضمان أمير المؤمنين عليه السلام وأبي قتادة عن الميت من جهة صلوته صلى الله عليه وآله وسلم وحصول التبريد وفك الرهان مضافا إلى اصالة البراءة واستدل عليه في السرائر أيضا بأنه قد قضى دين غيره بغير اذنه فلا يرجع عليه وعلى الثاني بأنه التزم ضمن متبرعا وانتقل المال إلى ذمته فلا تأثير لاذنه في القضاء عنه لأن ما قضاه بعد الضمان إنما هو عن نفسه لا عن غيره لأنه واجب عليه دونه ﴿ قوله ﴾ ﴿ والارجع بالاقبل من الحق وما أذاه وإن أبرأ ولو أبرأ من الجميع فلا رجوع وإن لم يأذن له في الاداء ﴾ أي وإن لم يتبرع بالضمان بل ضمن بسوء الله وأمره ونحوه قسما يندرجان في العبارة بوصلة قوله وإن لم يأذن بقوله والارجع (الاول) أن يؤدى باذنه (الثاني) أن يؤدى بغير اذنه وفيها يرجع عليه لكنه إنما يرجع بأقل الامرين من الحق المضمون وما أذاه أما رجوعه في القسمين ففي الغنية والتذكرة والمسالك والمفاتيح الاجماع عليه ونحوه الاجماع الظاهر من الكفاية حيث نسبته إلى الاصحاب وفي (الرياض) نفى الخلاف عن القسمين وفي (السرائر) نفى الخلاف عن القسم الاول ويدل عليه ما رواه المشايخ الثلاثة عن الحسين بن خالد قال قلت لأبي الحسن عليه السلام قول الناس الضامن غارم قال فقال ليس على الضامن غرم الغرم على من أكل المال وهو ظاهر في الرجوع محمول على ما إذا كان الضمان بإذن المضمون عنه وما رواه الشيخ بإسناده عن عمر ابن يزيد قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل ضمن ضمنا ثم صالح عليه قال ليس له الا الذي صالح ورواه الكافي عن عمر ابن يزيد في الموثق ورواه ابن ادريس في مستطرفات السرائر من كتاب عبد الله بن بكير قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل ضمن ضمنا ثم صالح على بعض ما ضمن عنه قال ليس له الا الذي صالح عليه وهو ظاهر في الرجوع محمول على الأذن في الضمان مضافا إلى ما أرسله في السرائر حيث قال وردت به الاخبار عن الائمة الاطهار صلى الله عليهم آناه الليل وأطراف النهار وقد تأمل المولى الاردبيلي فقال الأذن في الضمان لا يدل على قبول اداء الموض بشي من الدلالات

والاصل عدمه الا أن تدل قرينة حال أو مقال على ذلك كما في لزوم الاجرة على من أمر شخصاً بفعل له أجره عادة ولهذا قال في التذكرة لو قال أعط فلانا ألفاً ففعل لم يرجع وكذا لو قال اعتق عبدك أو ألق متاعك في البحر محمداً خوف الغرق الا أن يضم اليه ما يدل على قبول العوض مثل قوله عني في الاولين وعلي ضمانه في الثالث ثم قال ولي في اللزوم مع انضمام قوله عني أيضاً تأمل وان قالوه الا أن ينضم اليه قرينة ويعلم من التذكرة الاجماع على الرجوع مع الاذن في مجرد الضمان فتأمل انتهى وكلامه ناش عن عدم وقوفه الا على اجماع التذكرة وعدم وقوفه على الاخبار المذكورة (وليعلم) انه لا فرق في ذلك بين أن يقول المضمون عنه اضمن عني أو أتقده عني أو قال أتقده أو اضمن كما هو صريح التحرير وظاهر الباقيين ويأتي لهم في باب الجمالة فيمن استدعى الرد ولم يبذل أجره ما يشهد للمولى الاردبيلي وأما انه يرجع بأقل الأمرين من الحق المضمون وما أداه فهو الذي صرح به في المبسوط والسرائر والشرايع والتحرير والارشاد والتذكرة والمختلف واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة وجمع البرهان وغيرها وهو المشهور كما في المختلف والمفاتيح وقال في (الكفاية) قالوا وبه وردت الاخبار عن الائمة الاطهار صلوات الله عليهم أجمعين كما في السرائر وعد من ذلك خبر عمر بن يزيد وقال ان المضمون عنه جعل الضامن كالوكيل في قضاء دينه فان لم يكن وكيلاً على الحقيقة فهو كالوكيل فلا يرجع الوكيل على موكله الا بما غرمه وصالح عليه فحسب فأما ان كان زائداً على مقدار الدين فلا يلزمه بغير خلاف وان كان على مذهبتنا أن المال قد انتقل الى ذمة الضامن الى آخر ما قال وفي (المسالك) الضابط انه يرجع بأقل الأمرين في كل موضع له الرجوع ولا فرق عندنا في رجوعه بالبعض الذي اداه بين كون الزائد سقط عنه بإبراء المضمون له أو غيره خلافاً لبعض العامة وظاهره الاجماع على ذلك ووجهه انه اذا كان الحق اقل فلأنه هو الواجب ادائه من غير زيادة فالزيادة تبرع واذا كان ما أداه اقل من الحق فلان الضامن انما يرجع بعد الاداء فلا يرجع بما لم يوده (ويؤيده) ان الضمان موضوع للارفاق والرجوع بما كثر مما دفع مناف له والاصل في ذلك النصوص الناطقة بانه ليس له الا الذي صالح عليه وهي مبنية على انه اقل الأمرين كما هو الغالب والظاهر من المصلحة والا فلو كان ذلك قدر الحق كان اداء الدين ولا يحتاج الى صلح والمخالف انما هو ابو علي فيما حكى عنه من انه أن صالح قبل وجوب الحكم على الضامن بالمال الذي ضمنه لم يكن له الا قيمته أو قدر ما اعطاه وان كان بعد وجوب الحكم كان له الرجوع باصل الحق والحكم في كلامه عبارة عن المطالبة والحكم عليه بوجوب الدفع وهو شاذ مخالف للأخبار والأصول مع عدم الدليل على الزائد لاختصاص الفتاوى والاجماع والخبر بما اداه خاصة ولا اجد خلافاً في انه لو ضمن عشرة فادى خمسة وأبرأه رب المال عن الباقي لم يرجع الا بالخمسة وتسقط الخمسة الاخرى عن الاصل وظاهر التذكرة والمسالك الاجماع عليه حيث قالاً فيها عندنا ولا في أنه لو أبرأه من الجميع فلا رجوع له بشي أصلاً ولا في أنه اذا ادى عرضاً رجع بأقل الأمرين من قيمته ومن الحق سواء رضي المضمون له به عن الحق من غير عقد أو صلح وقد قرب جماعة منهم المصنف في التذكرة بانه لو ادى الضامن جميع الدين ثم وهبه الدين بعد الدفع اليه كان له الرجوع عليه ثم عد الى عبارة الكتاب قوله وأن أبرأه فهو بصيغة المجهول أي أبرأه المضمون له وقوله وان لم يأذن له في الاداء متصل وصلي

ويصح ترامي الضمان ودوره واشتراط الاداء من مال بعينه فان تلف بغير تفریط في بطلان الضمان اشكال ومع عدمه يتعلق به تعلق الدين بالرهن لا الارش بالجاني فيرجع على الضامن وعلى الثاني يرجع على المضمون عنه (متن)

تقوله والارجع بالاقول وما بينهما من قوله ولو أبرأ من الجميع معترض ﴿قوله﴾ ﴿ويصح ترامي الضمان﴾ كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك والمفاتيح والكفاية ومجمع البرهان وفي الاخير ان الظاهر عدم الخلاف فيه عند الاصحاب وفي (المسالك) لاشبهة في جوازه ما امكن لاطلاق النص وعدم المانع لتحقق الشرط وهو ثبوت المال في ذمة المضمون وهو هنا كذلك ويرجع كل ضامن بما اداء على مضمونه لا على الاصيل اذا ضمن باذنه الى آخر ما يعتبر ثم يرجع الضامن الاول على الاصيل بالشرط ولا عبء باذن الاصيل للثاني ومن بعده في الضمان فلا يرجع عليه به اذ لاحق عليه الا ان يقوله اضمن عنه ولك الرجوع على قائل ﴿قوله﴾ ﴿ودوره﴾ كما في السرائر والتحرير والمختلف والحواشي وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والمفاتيح والكفاية وظاهر السرائر وكذا مجمع البرهان الاجماع عليه ما ذكر كأن يضمن الاصيل ضامنه أو ضامن ضامنه وأن تعدد فيسقط بذلك الضمان ويرجع الحق كما كان اذا كان الفرع مأذونا اما لو كان الفرع متبرعا ثم ضمنه الاصيل باذنه فانه اذا ادى الاصل رجع على ضامنه الذي تبرع بالضمان عنه والمخالف الشيخ في المبسوط محتجا باستزامة صيرورة الفرع اصلا والاصل فرعا وعدم الفائدة (ورد) بان الاختلاف بالاصلية والفرعية لا يصلح المانعية والفائدة موجودة بان يضمن الحال مؤجلا وبالعكس وبانه لو وجد المضمون له الاصيل الذي صار ضامنا معسرا فان له الفسخ والرجوع الى الضامن السابق وقد عرفت الحال فيما اذا ضمن الفرع متبرعا ﴿قوله﴾ ﴿واشترط الاداء من مال بعينه فان تلف بغير تفریط في بطلان الضمان اشكال ومع عدمه يتعلق به تعلق الدين بالرهن لا الارش بالجاني فيرجع على الضامن وعلى الثاني يرجع على المضمون عنه﴾ هذا الفرع من متفرعات الكتاب والتذكرة اما صحة اشتراط الاداء من مال بعينه من الضامن والمضمون له فلعوم قوله صلى الله عليه وسلم المؤمنين عند شروطهم وتفاوت الاغراض في اعيان الاموال وبه صرح في التذكرة وجامع المقاصد ولا بد من ان يكون المال المشروط لاداء منه ملكا للضامن ليكون الشرط مقدورا (وقد يقال) انه لا بد من ان يكون غير متبرع بالضمان والا لم يتوجه الاشكال وفيه نظر ومنشأ الاشكال في البطلان فيما اذا تلف بغير تفریط الضامن من ان الاداء انما يجب من ذلك المال بالشرط وقد تعذر ولا سبيل الى سقوط الدين فيتعين بطلان الضمان لانحصار الاقسام في ثلاثة وقد بطل الأولان ومن ان الضمان ناقل ولا منافاة بين ثبوته في الذمة واشتراط الاداء من مال بعينه كما ذكر ذلك كله في جامع المقاصد وهو يرجع الى ما في الايضاح من انه ينشأ من ان تعلقه بالمال هل هو كتعلق الرهن لانه نقل المال من ذمة الى ذمة او كتعلق الجناية بقرعة العبد لانه انما يجب الاداء من هذا المال لصحة الشرط وقد فات وقد قويا عدم البطلان وستسمع كلام الشهيد وقرب في التذكرة البطلان وكيف كان ينبغي أن يكون ذلك المال المشروط بقدر الدين فصاعدا فلو نقص فطرق احتمال عدم لزوم ما زاد عنه من الدين واحترز بتلفه بغير تفریط عما اذا فرط فانه حينئذ يلزمه الدين المتعلق به بتفریطه ولما كان مبنى الاشكال على ما ذكره في الايضاح من ان وجه الصحة

وكذا لو ضمن مطلقاً ومات معسراً على اشكال (متن)

ان تعلقه كتعلق الرهن ووجه البطلان انه كتعلق الارش كان الشق الاول هو الصحة وبه تشرع عبارة الكتاب والشق الثاني البطلان فقال المصنف ومع عدمه أي عدم البطلان وهو الصحة يتعلق به تعلق الدين بالرهن ومعناه انا لو قلنا بالاول وهو عدم البطلان بعد فرض تلفه يلزمنا أن نقول انه حين الاشتراط كان تعلقه به تعلق الدين بالرهن فيرجع المضمون له على الضامن وليس كتعلق الارش فكان معنى العبارة منتظماً احسن انتظام وقال أي المصنف وعلى الثاني أي على القول بالبطلان يرجع على المضمون عنه لان الاداء انما يجب من ذلك المال عملاً بالشرط وقد تعذر ولم يسقط الدين فضمن بطلان الضمان ويرجع الحق كما كان وعلى هذا التوجيه الظاهر من العبارة يدفع عنها جميع ما اورده عليها من المقاسد المحقق الثاني في جامع المقاصد قال في قوله ومع عدمه المتبادر عود الضمير في عدمه الى البطلان لقربه لكن الحكم يكون تعلق الدين به كتعلقه بالرهن بعد فرض تلفه غير منتظم مع ان فيه فساداً آخر وهو انه على تقدير عدم البطلان كيف يتصور الرجوع على المضمون عنه على تقدير كون التعلق كتعلق الارش (قلت) ما كنا لنؤثر ان يقع مثله من مثله لانك قد عرفت انتظام المعنى والعبارة وقد عرفت أن الرجوع على المضمون عنه انما هو على تقدير البطلان وهو الشق الثاني ثم قال ان اصح الاحتمالين انه كتعلق الدين لان الدين موضعه الذمة والارش ليس ديناً وقال وعلى هذا لا يكون للاشكال وجه بل الوجه الجزم بالعدم وانت خبير بان المصنف انما استشكل من جهة الشرط الذي دل على صحته عموم الخبر وتفاوت اغراض الناس قدام احتمال أن التعلق كتعلق الارش ولذلك قرب في التذكرة البطلان والشهيد في حواشيه قال ان منشأ الاشكال الشك في تعلق الضمان بذلك المال في ذمته وكأنه يريد انه قل ما في ذمة المضمون عنه بعوض لم يسلم المضمون له والمفروض أن الضمان باذنه ثم انه في جامع المقاصد فسر قوله وعلى الثاني يرجع على المضمون عنه بانه على تقدير الصحة وكون التعلق كتعلق الارش برقية الجاني (واعترضه) بانه على هذا التقدير يجب أن لا يبقى في ذمة المضمون عنه شيء فكيف يعود الى الذمة بالتلف (قلت) انت قد عرفت ان المراد بالثاني الشق الثاني من الاشكال وهو البطلان فلا يبقى للاعتراض وجه ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا لو ضمن مطلقاً ومات معسراً على اشكال ﴾ ومثل ذلك قل في (التذكرة) وكذا ولده في الايضاح حيث لم يرجح ومعناه انه يرجع المضمون له على المضمون عنه لو ضمن الضامن الدين مطلقاً أي لم يشترط الاداء من مال بيعته ثم مات معسراً وجعل منشأ الاشكال في جامع المقاصد من انه لو لا ذلك لصاع الدين ومن انتقال المال بالضمان الى ذمة الضامن وبراءة المضمون عنه فلا يعود (ورده) باننا نمنع من أن المال ضايع بذلك بل هو باق وان تعذر الاخذ في الدنيا ولو سلم فلا نسلم امتناع ضياع المال اذ لو مات المدين معسراً ضاع الدين ثم قال والحق ان لا وجه لهذا الاشكال عندنا نعم على القول بأن الضمان ليس ناقلاً فيرجع على المضمون عنه لكن لا يجبي الاشكال على هذا التقدير أيضاً (قلت) كلامه متجه فيما اذا ضمن تبرعاً واما اذا ضمن باذنه فلا يكون احد وجهي الاشكال لزوم ضياع المال بل يكون منشأ الاشكال من ان ضمان الضامن بمنزلة الاداء أو بمنزلة التعلل عنه كما في حواشي الشهيد أو يكون منشأه من انتقال المال الى ذمة الضامن ومن انه تمليك ما في ذمة المضمون عنه بعوض في ذمته ولم يسلم كما في الايضاح

ولو بيع متعلق الضمان بأقل من قيمته لعدم الراغب رجوع الضامن بنم المقيمة لانه يرجع بما أدى ويحتمل بالثمن خاصة لأنه الذي قضاؤه وللضامن مطالبة الاصيل ان طولب كما أنه ينفرمه ان غرم على اشكال وليس له المطالبة بالتخليص قبل المطالبة ومن أدى دين غيره من غير ضمان ولا اذن لم يرجع (متن)

وكان الاولى التعبير بغير التملك وان اراد الضامن ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو بيع متعلق الضمان بأقل من قيمته لعدم الراغب رجوع الضامن بنم المقيمة لانه يرجع بما أدى ويحتمل بالثمن خاصة لانه الذي قضاؤه ﴾ كما ذكر ذلك كله في التذكرة (وتصور المسئلة) أن تفرض أن الحق مائة وقيمة المال المشروط في عقد الضمان الاداء منه باعتبار الزمان والمكان مائة ولكنه يبيع بتسعين لعدم الراغب وقد صالح الضامن المضمون له بهذه التسعين عن المائة المضمونة كانه عليه الشهد قبل يرجع الضامن على المضمون عنه بالمائة التي هي قيمة المتعلق أو بالتسعين التي يبيع بها خاصة وقد استجوده الشهد الثاني وقال المحقق الثاني أن الحق بطلان الاول اصلا لكنه فرض المسئلة فيما اذا لم يصلح عن التسعين بالمائة وردة من وجهين (الاول) انه انما يرجع بما أدى اذا كان قدر الدين أو اقل وليس كذلك هنا (الثاني) انما يمنع انه أدى المال أو قيمته وانما أدى ما يبيع به انتهى فتأمل ثم قال ولو فرض ذلك فيما اذا كان الدين بقدر القيمة فصالح بالقدر الذي يبيع به عن ذلك الدين لا يمكن تخيل هذا الاحتمال تخيلا ضعيفا وأشار بذلك الى ما حكيناه عن الشهد والتصحيح أولى من الابطال اصلا هذا وقد تقدم أن الزمان والمكان انما هما باعتبار الطالب ولا تغفل عما تقدم من أنه لو نقص تطرق احتمال عدم لزوم الزائد من الدين ﴿ قوله ﴾ ﴿ وللضامن مطالبة الاصيل ان طولب كما أنه ينفرمه ان غرم على اشكال ﴾ يريد أن المضمون له اذا طالب الضامن قبل للضامن مطالبة المضمون عنه اذا ضمن باذنه اشكال عند المصنف هنا من أنه كما ثبت له استحقاق التفرغ اذا غرم فله استحقاق المطالبة اذا طولب ومن أن المطالبة فرع استحقاق المال وهو انما يستحق بعد الاداء لان المال في ذمة الضامن ولا شيء في ذمة المضمون عنه لكنه بالاداء يحدث الاستحقاق وهو خيرة التذكرة والايضاح وجامع المقاصد والاول خيرة التحرير وكذا المبسوط لانه يجوز له المطالبة وان لم يطالبه المضمون له فبالاولى أن يجوزها هنا هذا وقوله على اشكال متعلق بمطالبة وقوله كما أنه ينفرمه اذا غرم معترض بينهما وهو دليل أحد طرفي الاشكال ﴿ قوله ﴾ ﴿ وليس له المطالبة بالتخليص قبل المطالبة ﴾ معناه أنه ليس للضامن مطالبة المضمون عنه بالمال المضمون بأن يدفعه اليه ليدفعه الى المضمون له أو يدفعه الاصيل الى المضمون له وهو المراد بالتخليص وهو خيرة القاضي والمختلف وجامع المقاصد مصرحا في الاخير بلفظ القطع الجاري مجرى الاجماع وخيرة المبسوط كما عرفت آنفا ان له ذلك ولم يرجع في التذكرة (قلت) اذا قلنا أن ليس له مطالبته فلا ريب أن له أن يقول للمضمون له اما أن تطالبني أو تبرأني وذكر التخليص في هذه دون تلك لانه مختص بهذه بل هو جار في تلك لانك قد عرفت معناه وقد عبر به في المبسوط في المسئتين ﴿ قوله ﴾ ﴿ ومن أدى دين غيره من غير ضمان ولا اذن لم يرجع ﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد والتحرير وفي الاخير وان كان من نيته الرجوع لانه متبرع بقوله وهذا يأخذونه في أبواب الفقه مسلما وما نسبوا الخلاف في ذلك الا لما كانه

وان أداءه باذنه بشرط الرجوع رجع ولو لم يشترط الرجوع احتمل عدمه اذ ليس من ضرورة الاداء الرجوع وثبوته للعادة ولو صالح المأذون في الاداء بشرط الرجوع على غير جنس الدين احتمل الرجوع ان قال اذ ديني أو ما علي بخلاف اذ ما علي من الدراهم ان علق بالاداء وعدمه لانه اذن له في الاداء لا الصلح (متن)

جوز الرجوع الا اذا أدى العدو دين عدوه حذرا من التسلط عليه بالمطالبة وفي (التذكرة وجامع المقاصد) انه بخلاف ما لو أجر طعامه المضطر فانه يرجع عليه وان لم يأذن المضطر لانه ليس متبرعا بذلك لانه واجب عليه (قلت) يبقى عليهما سؤال الفرق بين ما اذا التقي متاع نفسه في البحر لتخليص غيره من الفرق وهو غير خائف على نفسه كأن كان في سفينة أخرى لا خوف عليها فاتهم قالوا في باب الديات لارجوع له على احد واقصى ما فرقوا به هناك ان المعلم مخلص لاحاله وملتي المتاع غير دافع لخطر الفرق لانه يحتمل ان يفرق حينئذ وان لا يفرق وقد اوردنا عليهم هناك ما اذا قطع بنجاتهم وقتلنا لهمم يلتزمون او يفرقون بالباشرة في المضطر وعدمها في اصحاب السفينة ونظام الكلام قد استوفينا هناك

﴿ قوله ﴾ - (وان اداءه باذنه بشرط الرجوع رجع) كما في التذكرة وقال في (التحرير) فان اداءه باذنه مع نية الرجوع فانه يرجع ﴿ قوله ﴾ - (ولو لم يشترط الرجوع احتمل عدمه اذ ليس من ضرورة الاداء الرجوع وثبوته للعادة) ومثل ذلك قال في التذكرة وأيد الاول في جامع المقاصد بأن الاذن في الاداء اعم من اشتراط الرجوع والعالم لا يدل على الفرد المعين باحدى الدلالات الثلاث (ثم قال) ان الحق ان العادة ان كانت مضبوطة في أن من اذن في الاداء يريد به الرجوع ويكتفي بالاذن مطلقا استحق الرجوع والا فلا (قلت) قد يفرق بين ما اذا ابتداء بالسؤال كأن يقول له اذعني ديني وبين أن يقول له ائحب أن أقضي عنك دينك ونحو ذلك ولعل العادة قاضية بالفرق بين هذين وفي (التحرير) انه اذا أداءه باذنه فالوجه انه يرجع مع عدم نية الرجوع ولعل قضيتهم أن الاذن في الاداء يقضي بالرجوع ما لم ينو القاضي التبرع ﴿ قوله ﴾ - (ولو صالح المأذون في الاداء بشرط الرجوع على غير جنس الدين احتمل الرجوع الى أن قال اذ ديني أو ما علي بخلاف اذ ما علي من الدراهم ان علق بالاداء وعدمه لانه اذن له في الاداء لا الصلح) أي لو صالح المأذون له في أداء دين الاذن المشروط له الرجوع رب الدين على غير جنسه فهناك ثلاثة وجوه (أحدها) ان له الرجوع لان مقصوده براءة ذمته وقد حصل والخصوصيات لا اعتبار بها وذلك اذا كان قد قال له اذ ديني أو ما علي ولهذا لو حلف أن يؤدي دين شخص برأ بتخليص ذمته بالصلح عنه لانه هو الذي يقضي به العرف والحاصل ان هذا الصلح قد تضمن شيئين احدها أداء غير الجنس والثاني براءة ذمته والاذن شامل لها أما الاول فلان دفع غير الجنس عن الدين يصدق عليه انه أداء ولهذا يحاسب بقيمته وقت الدفع وان كان مثليا من غير احتياج الى عقد معاوضة فكان عرفيا وشرعيا وأما الثاني فظاهر وقد استوجه هذا الوجه في التحرير وجامع المقاصد وقواه في الايضاح لكن في الاول والاخير انه يرجع بأقل الامرين ولعله مراد الثاني والكتاب وغيره وقال في (التذكرة) ان الرجوع أصح وجوه الشافعية وستسمع عبارة التحرير (الثاني) الفرق بين أن يقتصر على قوله اذ ديني أو ما علي فيرجع وبين أن يقول اذ ما علي من الدراهم

ولو صوّل الضامن عن مائة بما يساوي تسمين رجس بالتسمين وكذا لو صوّل بحط قدر أو نقص صفة ولو صالح بالازيد رجس بالدين ويرجع على ضامن عهدة الثمن في كل موضع يبطل فيه البيع من رأس لا ما يتجدد له الفسخ بالتقابل أو العيب السابق أو تلفه قبل قبضه بل يرجع على البائع ولو طالب بالارش فالأقرب مطالبة الضامن (متن)

إذا علق الجار بالأداء فيصير التقدير آذ من الدراهم ما علي منها فلا يرجع لأنه خالف الأذن وإذا خالف الأذن لم يرجع بل هو متبرع وظاهر الكتاب وغيره الجزم به والا فان علق بكائن أو ثابت ان جعلت ما موصولة أو علق بمحذوف على انه مع مجروره حال أو وصف لا كان الحكم فيه كالحكم فيما لو قال آذ ما علي لان الأداء المأمور به مععلق على هذه الوجوه الثلاثة وقد جعله في الايضاح بتحقيقاً ولعله ليس من التحقيق في شيء كما سنعلم (الثالث) أن ليس له الرجوع إذا قال آذ ما علي لأنه إنما أذن له في الأداء دون المصالحة والأداء غير الصلح وغير مستلزم له فلا يستلزم الأذن فيه ومعنى الأداء رد مثله جنساً وقدرا لا امتناع الحقيقة لان الذي عليه أمر كلي فيصير إلى أقرب المجازات (وفيه) أنا نمنع ان هذا أقرب المجازة لان ارادة برامة الذمة بهذا اللفظ أشيع في الاستعمال بل قد يدعى كونه حقيقة عرفية في ذلك كما في جامع المقاصد مضافاً إلى ما مر والمفروض انه مشروط له الرجوع فكان هذا الوجه ضعيفاً جداً ويرشد إليه الاجماع الذي في التذكرة على الرجوع مع الأذن في مجرد الضمان الآن قول بالفرق بين الأذن في الضمان والأذن في الأداء وفيه تأمل واضح وقد ذكر في التذكرة الاحتمالات الثلاثة من دون ترجيح وقال في (التحرير) ولو أذن لغيره في قضاء دينه فصالح المأذون على غير جنس الحق فالوجه رجوعه بأقل الأمرين فأطلق ولم يفرق بين ذنك اللفظين المذكورين في الاحتمال الثاني وقد جعلناه احتمالاً تبعاً للتذكرة التي هي الأصل في ذلك والا فظاهر المصنف وغيره الجزم بعدم الرجوع ان علق الجار بالأداء وفيه على بعده وعدم تبادره من هذه اللفظة أنه لا يفيد قاعدة وإنما يحكم به مع العلم بالمراد ومع التنازع يرجع فيه إلى أمور أخر ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو صوّل الضامن عن مائة بما يساوي تسمين رجس بالتسمين ﴾ كما إذا صالحه المضمون له مراعاة له عن مائة درهم بعد يساوي تسمين فإنه يرجع بالتسمين لانه لم يفرم سواها ولو وثقة عمر ابن يزيد عن رجل ضمن ضماناً ثم صالح عليه قال ليس له الا الذي صالح عليه وقد سمعت حال الخبر فيما غير ومثله الخبر الآخر والمستفاد منهما انه لا يجب على المضمون عنه أن يؤدي إلى الضامن أكثر مما دفعه إلى المضمون له وقد نفى عنه الخلاف وبعضه الأصل وعدم دليل على الزائد لاختصاص الفتاوى والاجماع التي هي العمدة في الباب بما أداء خاصة وخلاف الاسكافي لا يلتفت إليه كما تقدم بيان ذلك كله ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا لو صوّل بحط قدر أو نقص صفة ولو صالح بالازيد رجس بالدين ﴾ لا فرق بين أن يدفع الأقل في القدر والوصف فلو ضمن ألفاً صحيحة فدفع ألفاً مكسرة أرفاقاً به من المضمون له لم يكن له الرجوع بالمكسرة ولا بالصحيحة وإنما يرجع بما غرم وبالأقل منه ومن المال ولو انعكس الفرض فضمن ألفاً مكسرة فأدى ألفاً صحيحة لم يكن له الرجوع بالصحيحة ولا بخفى التكنية في بناء الأولين للمجهول والثالث للمعلوم ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويرجع على ضامن عهدة الثمن في كل موضع يبطل فيه البيع من رأس لا ما يتجدد له الفسخ بالتقابل أو العيب السابق أو تلفه قبل قبضه بل يرجع على البائع ولو طالب بالارش فالأقرب مطالبة الضامن ﴾

ولو فسخ لاستحقاق بمضه رجع على الضامن بما قابل المستحق وعلى البائع بالآخر (متن)

هذا كله قد تقدم الكلام فيه مستوفى ما عدا حكم تلفه قبل قبضه فيما صرح فيه بأنه يرجع فيه المضمون له على البائع المبسوط والشرايع والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمساك والروضة وجمع البرهان والكفاية وفي الاخير انه أشهر (قلت) لم نجد فيه مخالفاً ولعله أشار بالاشهر الى ما في التذكرة من قوله ولو تلف المبيع قبل القبض بعد قبض الثمن افسخ العقد فيطالب الضامن بالثمن ان قلنا ان البيع يفسخ من أصله فهو كظهور الفساد بغير الاستحقاق وان قلنا يفسخ من حينه فكالرد بالعيب وقد أراد بقوله بغير الاستحقاق ظهور الفساد من أصله بسبب فقد شرط من شروط صحته وبقوله فكالرد بالعيب ان فيه اشكالا لانه استشكل فيه من قبل هذا بلا فاصلة وفتح هذا عليه وهذا البناء مخالف لما عليه الاصحاب لانهم من غير خلاف بينهم على انه يفسخ من حينه فيقدر دخوله في ملك البائع قبل التلف آناً ما ويكون التلف كاشفاً عنه وعلى أن النماء في العين للمشتري وانما حكى احتمال الفسخ من أصله المصنف في التذكرة وجهاً وعليه يكون النماء للبائع وقال في (المساك) واعلم أن في التذكرة بنى حكم تلف المبيع قبل القبض على أن التلف هل يبطل العقد من حينه أو من أصله فعلى الاول لا يتناوله الضامن وعلى الثاني يتناوله فيطالب الضامن وتبعه على هذه الحكاية صاحب الكفاية وانت خبير بأنه في التذكرة ما قال بأنه لا يتناوله الضامن على تقدير البطلان من حينه وانما استشكل كما عرفت الا أن نقول انهما ارادا انه جوزوه وانه ليعيد عن كلامهما أو انهما ارادا ما قرأه في أول الباب وهذا أيضاً لا وجه له مع تفريع ما نحن فيه على العيب الذي استشكل فيه ثم انه في المسالك ناقش ما في التذكرة قال انا وان حكمتا بكونه مبطلاً من أصله لكن هذا حكم لاحق للضمان فان المبيع حاله كان ملكاً للمشتري ظاهراً وفي نفس الامر فلا يتناول الضمان الثمن لانه لم يكن لازماً للبائع مطلقاً وانما التلف الطاري كان سبباً في حكم الله تعالى لعود الملك لصاحبه من أصله (قلت) هذا خلاف الاصحاب بناء على احتمال الفسخ من أصله فاعتراض مولانا المقدس الاردبيلي عليه في محله حيث قال الحكم بالبطلان من أصله وكونه ملكاً للمشتري من حين العقد الى زمن التلف مما لا يجتمعان لان معنى كونه ملكاً له الى الآن ان آثار الملكية مترتبة عليه وان النماء له ومعنى البطلان من أصله عدم ترتب تلك الآثار عليه قال والذي فهمه انه اذا قيل انه يبطل من أصله انما يكون ذلك بأن تكون صحة البيع غير معلومة بل تكون معلقة بالبقاء الى حين القبض فكل البقاء الى القبض شرطاً من شروط الصحة وعدمه مانعاً أو ان ذلك يكشف عن ذلك ﴿ قوله ﴾

﴿ ولو فسخ لاستحقاق بمضه رجع على الضامن بما قابل المستحق وعلى البائع بالآخر ﴾ أما رجوعه على الضامن بما قابل المستحق فما لا خلاف فيه واما أنه يرجع على البائع خاصة بالآخر فقد يظهر من التذكرة الاجماع عليه حيث قال عندنا وهو المشهور كما في الكفاية وهو خيرة الشرايع والتذكرة والتحرير والارشاد والمختلف وجامع المقاصد والمساك لعدم تناول الضمان له والمخالف الشيخ في المبسوط فجوز الرجوع على الضامن بالجميع لوجود سبب الاستحقاق حال العقد كالعيب (قلت) وهذا يلزم صاحب الايضاح لانه جوز الرجوع على الضامن في الرد بعيب سابق وقد قرره في جامع المقاصد هناك فيلزمه هنا وينبغي أن يستشكل هنا في التذكرة كما استشكل هناك لكنه في المبسوط هناك

ولو أخذ بالشفعة رجع على الشفيع دون الضامن والبائع ولو باع أو أقرض بشرط رهن عين أو مطلقاً ضمن تسليم الرهن لم يصح لأن الاصيل لا يلزمه ذلك ولو ضمن درك ما يحدده المشتري من بناء أو غرس لم يصح لأنه ضمان ما لم يجب وفي ضمان البائع ذلك اشكال (متن)

ذكر الاحتمالين من دون ترجيح وقال هنا أن الصحيح أن له الرجوع إلا أن يفرقوا بين الأمرين والظاهر أنهما من واد واحد لا يجب بينهما فرقاً فإن تبعض الصفقة الذي هو سبب الفسخ كان موجوداً وقت البيع والمصنف في المختلف رد كلام الشيخ بأن سبب الاستحقاق هو الفسخ لا الاستحقاق الذي كان في بعضه وفيه نظر فتأمل وينبغي ملاحظة ما تقدم في الرد بالبائع ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أخذ بالشفعة رجع على الشفيع دون الضامن والبائع ﴾ كما في المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد لأن الشفيع إنما يأخذ من المشتري فيرجع عليه لأعلى البائع لأن الثمن الذي تسلمه أخذه بحق ولم يطل البيع فيه ولا على الضامن لأن الذي ضمن عهدته هو الثمن المدفوع للبائع ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو باع أو أقرض بشرط رهن أو عين مطلقاً ضمن تسليم الرهن لم يصح لأن الاصيل لا يلزمه ذلك ﴾ أي لا يلزمه تسليم الرهن بناء على أن الشرط في العقد اللازم لا يجب الوفاء به لأنه يقلب اللازم جائزاً (قلت) قد تقدم أنه يلزم ويجب الوفاء به سلمنا لكن الجائز الثابت يصح ضمانه كالثمن في زمن الخيار فالحق في التوجيه كما في جامع المقاصد أنه لا يستحق العين وإنما يستحق الاستيثاق بها وذلك ليس بمال فيصح ضمانه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو ضمن درك ما يحدده المشتري من بناء أو غرس لم يصح لأنه ضمان ما لم يجب ﴾ كما في المبسوط على ما حكى واستسبح ما وجدناه والشرائع والتحرير والمسالك لأنه حين الضمان لم يكن مستحقاً للأرض على البائع وإنما استحقه بعد القلع ولكن سببه كان موجوداً وقت الضمان وهو كون الأرض مستحقة للغير ومن ثم قال في اللعة أن الأقوى جوازه وكأنه مال إليه أو قال به في الروضة واحتمله في التحرير على ضعف وهو غير بعيد لما ذكره وليس الحاجة إليه وقضاء الضرورة به مضافاً إلى ما سيأتي ولم يرجح في التذكرة والمراد بدرك ذلك تفاوت ما بين قيمته ثابتاً ومقلوباً لو ظهرت الأرض مستحقة وقلع المالك غرسه وخرب بنيانه ﴿ قوله ﴾ ﴿ وفي ضمان البائع ذلك أشكال ﴾ إذا قلع المالك غرس المشتري وبنائه في الصورة المذكورة فلا ريب أن له الرجوع على البائع بالأرض ضمن أم لم يضمن فعلى هذا لو ضمن البائع ذلك فهل يصح الضمان استشكل المصنف هنا وجزم في المبسوط بعدم الصحة لأنه ضمان مجهول وضمان ما لم يجب ونحوه ما في التحرير والايضاح والمسالك والروضة من أن الأقوى عدم الصحة وقرب في التذكرة الصحة وقال يمنع كون المضمون غير واجب وفي (الشرائع) أن الوجه الجواز أي الصحة قال لأنه لازم بنفس العقد ولعله أراد أنه إذا كان لازماً له وان لم يضمن كان ضمانه تأكيدياً (وفيه) أنه إذا صح ضمان البائع لاجتماع شرائط الضمان صح ضمان غيره وان لم يصح ضمانه لا يصح ضمان غيره فما الوجه في تجويزه هذا ومنه ذلك وضعفه في المسالك والروضة بأنه لا يلزم من ضمانه كونه بايعاً مسلطاً على الانتفاع بجائزاً ضمانه بقصد الضمان مع عدم اجتماع شرائطه التي من جعلها كونه ثابتاً حال الضمان وهو معنى ما قلناه وتظهر الفائدة فيما لو أسقط المشتري عنه حق الرجوع بسبب البيع فيبقى له الرجوع بسبب الضمان لو قلنا بصحته وقد بالغ في المبسوط حيث قال فإن شرطاً لذلك في نفس البيع بطل

ولو ضمن اثنان طولب السابق ومع الاقتران اشكال (متن)

البيع ولعله لمكان المهلة قال وكذا لو شرطاه في مدة الخيار لا بعد اقتفائه وهو بناء على قوله بعدم انتقال الملك قبل الخيار وكيف كان فليس الخلاف في ثبوت ذلك على البائع أم لا فإنه ثابت بغير أشكال كما في المسالك وإنما الأشكال في ثبوته بسبب الضمان وقد جعل منشأ الأشكال في الإيضاح وحراشي الشهد عن دعاء الضرورة إليه كأنني متاعك وعلي ضمانه ومن أنه ضمان ما لم يجب ولم يوجد سببه وأنت خير بأنه لا ضرورة في المقام لمكان الالتزام وإنما يتصور ذلك في الاجنبي وفي (جامع المقاصد) ان الأشكال ان كان في ثبوت ذلك على البائع فلا وجه له لان ذلك واجب وان كان في اقتضاء هذا الضمان ثبوته أيضاً ليكون مؤكداً فلا وجه له أيضاً لانه ضمان ما لم يجب بعد (قلت) لكنهم يقولون قد وجد سببه وهو العقد ودعت الضرورة إليه ويعتدون كون المضمون غير واجب كما مر عن التذكر وقد عرفت مختارها ومختار الشرائع وما خالفها فيه أتى فيه بلفظ الاقوي ما عدى المبسوط وقد عرفت الثمرة فالاشكال لعله في محله وكيف كان فالمسئلة غير محررة ولعل مثله ما اذا ضمن البائع درك العيب (وليعلم) أن الشيخ في المبسوط إنما تعرض لهذا الفرع خاصة قال اذا ضمن البائع للمشتري قيمة ما يحدده في الارض التي اشتراها من بناء وغرس بالغة ما بلغت لم يصح ذلك لانه ضمان مجهول وضمان ما لم يجب وكلاهما باطلان ولعله أراد بالقيمة الارش ولعلمهم لمكان التلازم بين المسئلتين كما أشرنا إليه آنفاً حكوا عنه عدم الصحة في الاولى أو ان في النسخة التي عندنا سقطا **قوله** **﴿**ولو ضمن اثنان طولب السابق ومع الاقتران اشكال **﴾** ضمان الاثنين اما أن يقع على التعاقب أو دفعة فان وقع على التعاقب فمن رضي المضمون له أولاً بضمانه انتقل المال الى ذمته وبطل ضمان الآخر سواء كان هو السابق أو اللاحق كأن يقول رضيت بضمان زيد السابق دون عمرو اللاحق أو بالعكس أو يقول رضيت بضمان زيد السابق ورضيت بضمان عمرو اللاحق أو بالعكس وأما اذا رضي بضمان كل واحد منهما دفعة كأن يقول رضيت بضمان كل واحد منكما انتقل المال الى ذمة الاول لانه اذا رضي بضمان كل واحد منهما فقد رضي بضمان الاول فينتقل المال اليه فلا يصادف ضمان الثاني ولا الرضا به حقا على المضمون عنه فيبطل وأما اذا وقع ضمان الاثنين دفعة فان وقع رضي المضمون له بضمان كل واحد على التعاقب كأن يقول رضيت بضمان زيد ورضيت بضمان عمرو صح ضمان من رضي بضمانه أولاً لانتقال المال بالضمان ورضي المالك الى ذمته فلا يصادف الضمان الثاني ذمة مشغولة فيبطل وان وقع الرضا منه دفعة فهناك ثلاثة أقوال وأشكال (الاول) قول أبي علي وهو صحة الضمان فيطالب كل واحد بقسطه لا بالجميع فان كانا اثنين طالب كل واحد منهما بنصف المال ولو زاد وافيا لحصته بعد اعتبار العدد (وفيه) انه خلاف ما أرواه الضامنان واقتضاء العقدان فيبطلان الا أن قول الاصل صحة الضمان ولا أولوية وانتقال المجموع الى كل من الذميتين ممتنع فوجب أن قول انه انتقل الى كل واحد منهما ما يقتضيه التحاص وهو كما ترى لا يجمع بين مقتضى العقد (الثاني) التخيير في مطالبة من شاء منهما ومطالبة البتة معاً ويسمى ضمان الاشتراك والانفراد مما وقد جزموا به في باب المديات فيما اذا قال أتى متاعك وعلي كل واحد منا ضمانه أو قال أتى وكلنا من الركبان ضامن وهو قول ابن حمزة في المقام قال في (الوسيلة) وينقسم الضمان قسمين آخرين ضمان انفراد وضمان اشتراك ف ضمان الانفراد ضمان جماعة

ولو ضمن كل من المدينين ما على صاحبه تما كست الاصلية والفرعية فيهما ان اجازهما
ويتساقطان (متن)

عن واحد ويكون المضمون له الخيار في مطالبة المال من أيهم شاء على الافراد وعلى الاجتماع وضمان
الاشترار بالعكس من ذلك ولعل حجته التمسك بصحة العقدين فانها الاصل ونقل الفخر والشهد عن
المصنف في درسه المبارك الميمون توجيهه بأن مثله واقع في العبادات كالواجب على الكفاية وفي الاموال
كالغاصب من الغاصب ونظر فيه في جامع المقاصد بأن العقدين المتنافيين يمتنع التمسك بصحتهما
ووجه الثاني أن انتقال المال الى ذمة أحدهما يقتضي أن لا ينتقل الى ذمة الآخر شي فيكون ضمانه
باطلا لا انتفاء مقتضاه ولا نفي بالبطل الا مالا يترتب عليه أثره وهذا يصلح جوابا عما ذكره المصنف
اذ في الغاصب من الغاصب لم يثبت المال في ذم متعددة وانما وجب على من جرت يده على المنصوب
رده على مالكه عملا بعموم على اليد ما أخذت حتى تؤدي فان تعدد وجب البديل للحيلولة وهذا لا يتفاوت
الحال فيه بقاء العين ولفها ومعلوم أنه مع بقائها لا تكون في ذمة أحد وانما الذي في الذمة وجوب الرد فظهر
أن ليس هناك مال واحد في ذم متعددة ذلك أن تقول اذا تعدد البديل للحيلولة كان المال الواحد في ذم
متعددة ولهذا اقره عليه ولده والشهد وظاهر الاول وصريح الثاني الرضا به (وقد أوردنا) عليه لزوم اجتماع
العلل على معاول واحد اذ العلة في برائة ذمة المضمون عنه ضمان كل واحد (واجابا) بأنها معرفت أي امارات
ليست باسباب وبان برائة ذمته معلولة لعدم علة الثبوت وهي الادانة مع عدم الضمان غيره وانتفاء عدم
الكلي بوجود جزئيات كثيرة جائز ومعناه أن عدم انتفاء الانسان بوجود زيد وبكر وعمر وخالد جائز
فأمل الا ان تقول ان هذا خرج عن الأصل في خصوص هذا الفرد للنص والاجماع فيقتصر عليه من
دون تعدد وبذلك يجاب عن الحال في السقينة تطابق الفتاوى ممن تعرض له والضرورة (الثالث) البطلان
للحصر في الامور الثلاثة وقد بطل اثنان فتمين الثالث وفي (المختلف) انه اقوى وفي (جامع المقاصد) انه اصح
وبما ذكر يعرف وجه الاشكال فيكون دائرا بين الاقوال الثلاثة فيكون منشاؤه اصالة الصحة ووقوعه من
اهله ومن اتحاد الحق ومن عدم الأولوية - قوله - ﴿ ولو ضمن كل من المدينين ما على صاحبه
تما كست الاصلية والفرعية فيهما أن اجازهما ويتساقطان ﴾ اذا كان لرجل على اثنين عشرة دراهم على
كل واحد خمسة وضمن كل منهما ما على صاحبه فلا شك في صحة الضمان كما في المسالك وبه صرح
في المبسوط والشرائع والتحرير والتذكرة وغيرها وانتقال ما في ذمة كل منهما الى الآخر اذا اجاز
المضمون له الضمان لكنه لم يقد شيئا عندنا في باب المطالبة لانه عندنا ناقل فكأنما في الدين والمطالبة
كما كانا قبل الضمان اذا وقع ذلك دفعة لكن يصير كل واحد بضمانه فرعا وبمضمونيه اصلا فتما كست
الاصالة والفرعية فيصير كل واحد منهما فرعا بالجهة التي يكون بها الآخر اصلا فيساقطان بعد اداء
الدينين اذا كان ضمانهما بسؤال والمغروض اتبها متساويان قدرا ووصفا ولم يتغير وصف الدين بالحلول
والتأجيل فيقع التهاوتر والتعاضد وانما تظهر الفائدة في باب الاصلية والفرعية حيث تما كما كما اشار اليه
المصنف بقوله تما كست الى آخره فانه اذا ابرأ المضمون له احدهما فانه يبرأ الآخر وانه اذا ادى
بعضه وابرأ المضمون له من الباقي لم يكن له الرجوع على المضمون عنه الا بما اداه وتظهر الفائدة أيضا
في انفكاك الرهن الذي كان على الدينين أو على احدهما لان الضمان بمنزلة الاداء وأن اختلف وصف

فلو شرط أحدهما الضمان من مال بينه وحجر عليه لفلس قبل الاداء رجع على المؤسر بما أدى ويضرب المؤسر مع الغرماء والا طوب من أجزئ ضمانه بالجميع خاصة فان دفع النصف انصرف الى ما قصد ويقبل قوله مع اليمين وان أطلق فالوجه التسيط (متن)

الدينين باقطة والكثرة والحلول والتأجيل ووصف الضمان بالتبرع وعدمه ظهرت فوائد أخر مضافا الى ماسياتي في كلام المصنف وقد تضمن جميع ذلك مجموع كلامهم وقوله في الشرائع ولو أبرأ الغريم احدهما أبرأ مما ضمنه دون شريكه ليس فيه مخالفة لما قلناه اذ مناه أن شريكه لا يبرأ مما ضمنه لكنه يبرأ مما كان عليه ولا يخفى أن ذلك إنما هو اذا كان الضمان دفعة واجاز صاحب الدين فان وقع على التعاقب كان الجميع على الأخير ولو رد احدهما طوب من اجيز ضمانه بالجميع كما يأتي في كلام المصنف

﴿ قوله ﴾ (فلو شرط احدهما الضمان من مال بينه وحجر عليه لفلس قبل الاداء رجع على المؤسر بما أدى ويضرب المؤسر مع الغرماء) هذا الفرع من متفرقات هذا الكتاب وهو مبني على صحة الضمان في مال بينه وهو من متفرقات المصنف أيضا (وحاصله) أن من فوائد ما اذا ضمن كل من المدينين ما على صاحبه انه لو شرط احدهما في عقد الضمان الاداء من مال بينه وكان المال المشروط الاداء منه يعني بذلك الدين اذ لو قصر لكان الضامن بالزائد من جملة الغرماء ثم انه حجر عليه لفلس قبل ادائه الدين المضمون فان المضمون له مقدم على الغرماء بدينه لتعلقه بالعين المشروط الاداء منها كما في دين المرهن فاذا استوفاه من العين استحقه المفلس على المؤسر فيرجع عليه به ولا يتساقتان اذا أدى المؤسر الدين الآخر قبل الحجر لاختلاف الدينين حكما لان المفلس يستحق الجميع والآخر له حكم الغرماء فيضرب معهم بالحصة وما يبقى له بعد التحاص غير مستحق الآن فلا يصح التساقت وانما قلنا أن المؤسر أدى الدين قبل الحجر لانه لو كان بعده لآتجه أن يصبر الى ما بعد الفلك ولا يزاحم الغرماء كمن باع بعد الحجر كما تقدم لان الضامن لا يستحق شيئا على المضمون عنه الا بعد الاداء ولهذا لا يستحق الاخذ قبله وايضا فلا بد من كون الافلاس طارئا بعد الضمان أو كون المضمون له عالما بتقدمه أو رضاه بعد علمه فانه لو لم يكن عالما وفسخ لما علم لم يترتب هذا الحكم كما نص على ذلك كله في جامع المقاصد ﴿ قوله ﴾ (والا طوب من اجيز ضمانه بالجميع خاصة) أي وان لم يجز المضمون له ضمانها بل اجاز ضمان احدهما كان الدينان معا عليه وطوب بهما ولم يبق له مطالبة الآخر لكن الضامن يرجع على الآخر ان ضمن باذنه والا فلا والوجه في ذلك كله واضح وبه صرح في التذكرة وكذا التحرير وجامع المقاصد ﴿ قوله ﴾ (فان دفع النصف انصرف الى ما قصد ويقبل قوله مع اليمين) أي أن دفع من اجيز ضمانه دون صاحبه نصف الدين مثلا وبالجملة بعضا منه اذ الحكم لا يختص بالنصف انصرف المدفوع الى ما قصده الدافع فان قصده عن نفسه لم يرجع على المضمون عنه وأن قصده عنه رجع عليه فان وقع اختلاف بينه وبين المضمون عنه قدم قوله يمينه لانه اعرف بقصده وصرفه الى شيء مخصوصه انما يكون به ﴿ قوله ﴾ (وان أطلق فالوجه التسيط) أي دفع نصف الدينين مثلا ولم يقصد عن احدهما ولا عن المجموع فالوجه عند المصنف هنا التسيط أي توزيع المدفوع على الدينين بالنسبة وهو خيرة المختلف وجامع المقاصد في مثله في باب الزهن والأخير في المقام لانه قد وقع صحيحا وليس احدهما أولى من الآخر وانه قد ملكه ملكا تاما فاما عن الدينين

وينصرف الإبراء إلى ما قصده المبرأ فإذا أطلق فالتسيط ولو ادعى الأصيل قصده ففي
توجه اليمين عليه أو على الضامن اشكال من عدم توجه اليمين لحق الغير وخفاء القصد (متن)

أو عن أحدهما بعينه أولاً عن أحدهما أو عن أحدهما لا بعينه والكل باطل لاستحالة الترجيح ومالك
المقتضى به مع عدم زوال المقضى عن الذمة ولأنه إن لم يزل عن ذمته شيء منهما لزم الحال والا كان
هو المقضى عنه ويحتمل صرفه الآن إلى من شاء لعدم القصد وامتناع وقوعه بدونه وهو خيرة الأيضاح
في المقام والشيخ في مثله في باب الرهن (ورد) بأن ملك القابض للمقبوض يقضي بانه لا بد أن يقع على
شيء (وقد يجاب) بأن القابض لا يملكه أو يملكه عما في ذمته واليه التعيين ومثله ما إذا قل زوجني
مطلق ولم ينو واحدة منهما فاستخرج إما بالقرعة أو بتعيينه وما إذا كان له مالان غائب وحاضر ودفع
الزكوة من دون تعيين وما إذا اعتق عبداً عن كفارته وكان عليه كفارتان إلى غير ذلك من التغاير ولم
يرجع المصنف في مثله في باب الرهن في الكتاب والتحرير ولا ولده في الأيضاح ولا الشهيد ولا
المصنف في التذكرة في مثله في المقام في الدروس (١) ﴿ قوله ﴾ وينصرف الإبراء إلى ما
قصده المبرأ فإن أطلق فالتسيط أي إذا أبرأ المضمون له الضامن عن بعض الدينين فإن عينه من
واحد منهما أو من كل منهما فلا كلام وأن أطلق الإبراء وعراه عن القصد إلى شيء مخصوص من
واحد منهما أو من كل منهما بالنسبة فالحكم عند المصنف التسيط المذكور في ما تقدم لعين ما تقدم
﴿ قوله ﴾ ولو ادعى الأصيل قصده ففي توجه اليمين عليه أو على الضامن اشكال من عدم
توجه اليمين لحق الغير وخفاء القصد هذه عين عبارة التذكرة ومعناها أنه لو ادعى الأصيل أي
المضمون عنه على الضامن أن المضمون له قصده في إطلاق عقد الإبراء وأنه قد برأ بذلك ففي توجه
اليمين على المبرأ أو الضامن اشكال ينشأ في الأول من أنه منكر والدعوى على قصده فيحلف ومن أن
حلفه لا يثبت مال الغير لا غير لانه لو حلف لم يدفع بها شيئاً عن نفسه ولا يثبت بها لها شيئاً نعم أن
اثره قائم يؤثر في رجوع الضامن على المضمون عنه بما يؤدي وينشأ في الثاني من أن الغريم في الحقيقة
إنما هو الضامن لانه لو اعترف بما ادعى المضمون عنه لم يرجع عليه فيكلف باليمين فلهذا يخاف فيعترف
ومن أنه حلف على قصد المبرأ وهو أمر مخفي على غيره فلا يحلف الضامن على قصده وهذا إيضاح ما في
الأيضاح لانه فرض المسئلة فيما إذا أطلق المبرأ وادعى المضمون عنه أنه قصده فاحتمل توجه اليمين
على المبرأ ثم صحح العدم لانه حلف لا يثبت حق الغير ثم احتمل عدم حلف الضامن لخفاء قصد المبرأ
فصار الحاصل أنه يحتمل حلف كل من المبرأ والضامن لكن الرجح عند عدم حلفها ولما كان ذلك
كذلك صح له أن يقول فيسقط ومعناه أنه لما لم يتوجه الحلف على المبرأ ولا على الضامن رجعتا إلى
الإطلاق وحكمة التسيط فما ادعاه عليه المحقق الثاني من جملة الشق الثاني من شقي الاشكال غير
جيد وقال إن الاشكال ينشأ من أن اليمين من المبرأ لا يثبت حق الغير فيمتنع توجهها إليه ومن أن
القصد أمر مخفي فلا يحلف الضامن على قصد المبرأ بل تنحصر اليمين في جانبه فليلاحظ إذ حاصل الوجه
الثاني انحصار اليمين في جانب المبرأ كما صرح هو به وحاصل الأول على الظاهر منه انحصارها في

(١) كذا في ثلاث نسخ والظاهر أن قوله في الدروس بعد قوله ولا الشهيد (محسن)

ولو ضمن الثالث المتبرع بسؤاله رجع عليه دون الاصيل ولو أذن له الاصيل في الضمان والاداء ولو دفع الاصيل الى الضامن أو المستحق فقد برأ وان لم يأذن الضامن في الدفع (متن)

جانب الضامن وحاصلها قيام الاحتمالين في كل منهما أي الضامن والمبرأ وهذا ما في الايضاح غير انه لما ترجح عنده عدم حلف كل منهما قال بالتسيط ثم انه قال والذي يقتضيه النظر أن المبرأ أن صرح في عقد الابراء بعين الدين الذي يبرأ منه بحيث علم الضامن بذلك جاز حلفه على عدم سقوط الحق عن ذمة المضمون عنه والا لم يحلف على البت بل على نفي العلم (وفيه) أن الاول خارج عن محل الغرض لان محله ما اذا اطلق وأما الحلف على نفي العلم فلا يجدي الضامن بل يضره لانه يرجع جوابه الى أني لا اعلم والمضمون عنه يدعي العلم بان الابراء إنما هو له فيحلف ويبرأ على قول أو يبرأ من دون حلف على اختلاف الرأيين فما جعله المحقق الثاني مقتضى النظر غير صحيح ولا محذور سلمنا أنه لا يضره وما كان ليكون فاقصى ما هناك أن تقول كما قال هو أنه اذا حلف على نفي العلم اتقى المسقط للدين الذي في ذمة المضمون عنه فيتمسك باصالة بقاء الدين فيستحق الرجوع عليه اذا أدى ثم انه تأمل فيه من حيث أن عدم علمه بالمسقط لا يقتضي عدمه واصالة بقاء الدين قد زالت بالقطع بوجود مسقط أحد الدينين كما زال أصل الطهارة عما اشبهه فيه الطاهر بالنجس لان الابراء ثابت منه مشبه انتهى وهذا يقتضي بان المسئلة مفروضة فيما اذا قصد أحد الدينين ثم اشبهه وأنت تعلم أن المفروض خلافه والذي يقتضيه النظر في المقام أن يقال انه لو قال المبرأ أبرأت عن الاصل وقال المضمون عنه بل عن الضمان فالقول قول المبرأ من دون يمين وينظر بعد ذلك في دعوى المضمون عنه على الضامن فيحكم بينهما بما تقتضيه القواعد وكذا لو أطلق المبرأ وقال قصدت بالاطلاق الابراء عن الاصل أو عن الدينين على النسبة والتسيط فالقول قوله أيضا من دون يمين وعلى هذا فلا مجال للقرعة وان قال المحقق الثاني ولا أرى هنا شيئاً أوجه من القرعة ﴿ قوله ﴾ « ولو ضمن الثالث المتبرع بسؤاله رجع عليه دون الاصيل ولو أذن له الاصيل في الضمان والاداء » قال في (التذكرة) لو تبرع بالضمان ثم سأل ثالثا الضمان عنه فضمن رجع عليه دون الاصيل وان أذن له الاصيل في الضمان والاداء ومعناه انه لو ضمن زيد ما في ذمة عمرو تبرعا ثم سئل زيد بكرا أن يضمن ما ضمنه فضمن وأدى فانه يرجع على زيد ولا يرجع على بكر الذي هو الاصيل وان أذن أي الاصيل للضامن الثاني أعني بكرا في ضمان الضامن المتبرع وفي أداء المسأل لان ذمة الاصيل قد برئت بضمان الضامن الاول فلا أثر لادئنه في الضمان ولا في الاداء ﴿ قوله ﴾ « ولو دفع الاصيل الى الضامن أو المستحق فقد برأ وان لم يأذن الضامن في الدفع » كما صرح بذلك كله في الشرائع والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك وغيرها ومعناه انه اذا دفع المضمون عنه الدين الى الضامن أو المستحق فقد برأت ذمته لانه اذا دفع الى الضامن وكان الضامن قد أدى قام هذا المدفوع مقام ما أداء كما هو واضح وان كان لم يؤد فقد تبرع بالاداء قبيل وجوبه فلا يستحقه وليس له التصرف فيه نعم له دفعه في الدين تبعا للاذن فان أدى منه فواضح وان أدى من غيره قام هذا مقام المدفوع وعدم استحقاقه عليه شيئا الا بعد الاداء لا يمنع من دفعه اليه لجهة ذلك الدين وان أبرأ من الدين أو بعضه وجب عليه رده أو رد بعض ما قابله ويبقى الكلام فيما اذا تلف في يده بغير تفریط ولعل الظاهر انه كالتقبوض بالسوم على تأمل ولا اشكال فيما اذا قال له اقض به ما ضمننت عني

وعلى الضامن اليقظة بالأذن لو أنكره الاصيل أو أنكر الدين ولو أنكر الضامن الضمان
فاستوفى الحق باليقظة لم يرجع على الاصيل ان أنكر الدين أو الاذن والارجع اقتصاصا الا
أن ينكر الاصيل الاذن ولا يقظة (متن)

فانه حينئذ وكيل والمال أمانة وأما برأيتها يدفعه الى المستحق فلان الضامن لا يرجع عليه حينئذ بشيء
لانه لم يرد عنه شيئا أقصى ما هناك أن الاصيل قد تبرع بأداء الدين الذي لزم الضامن بالضمان وهذا
لا يمنع من برائة ذمته ﴿ قوله ﴾ ﴿ وعلى الضامن اليقظة بالأذن لو أنكره الاصيل أو أنكر الدين ﴾
كما في التذكرة وجامع المقاصد ومعناه انه ضمن فانكر الاصيل الاذن في الضمان فالقول قوله مع
اليقين وعلى الضامن اليقظة بالأذن وكذا لو أنكر الاصيل الدين الذي ضمنه الضامن فان عليه اليقظة
بالاذن أيضا في ضمان الدين وليس اليقظة بثبوت الدين ولزومه انه مدع على كل واحد من التقديرين
والاصل عدم الاذن في الاول والاصل برائة الذمة من الدين وعدم الاذن في الثاني وقد يعطى كلام
المحقق الثاني أن عليه اليقظة بثبوت الدين لانه قال لانه مدع على كل واحد من التقديرين واستحقاقه
الرجوع مشروط بكل من الامرين ومراده بالامرين الاذن والدين ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أنكر
الضامن الضمان فاستوفى الحق باليقظة لم يرجع على الاصيل ان أنكر الدين أو الاذن والارجع اقتصاصا
الا أن ينكر الاصيل الاذن ولا يقظة ﴾ هذه عين عبارة التذكرة وقد فهم منها في جامع المقاصد خلاف
المراد فأورد ما أورد واحتمل ما احتمل ومعناها أن الضامن يزعم المستحق لو أنكر كونه ضامنا فأقام
المستحق للدين وهو المضمون له اليقظة بكونه ضامنا واستوفى ما شهدت اليقظة بضمانه له لم يرجع على الدين
الذي في ذمة الاصيل مقاصة للمستحق صاحب الدين لان كان ظالما له ان كان الضامن قد أنكر الدين
أو أنكر الاذن في الضمان والاداء لانه اذا أنكر الدين امتنع استحقاقه مقاصة صاحب الدين مما في
ذمة الاصيل وكذا ان أنكر اذن الاصيل في الضمان أو الاداء لانه ليس له عليه حينئذ وجه شرعي
ولا ينكر الدين والاذن كأن يقول له أنت أذنت لي في وفاة دينك وشرطت لي الرجوع وهذا توهم
وأخذني بالضمان وبيته توهمت فشهدت له بذلك فأنت يجب عليك لمكان اذنك وشرطك أن تعطيني
ما في ذمتك له اقتصاصا لانه ظلمني وأخذني بالضمان وقد حصل وفاة دينك على شرطه وها هو ذا قد
أعرض مما في ذمتك لمكان ما أخذته مني بزعمه اني ضامن له فان أنكر الاصيل الاذن في الاداء وقال
انما ظلمك وسكت عما له في ذمتي اما اعراضا بالكفاية أو الى مدة أو نحو ذلك ولا يقظة للضامن عليه
بذلك أي الاذن والشرط واستحلفه فخلف فانه لا يتوجه له عليه الرجوع مقاصة بوجه من الوجوه وترك
المصنف ما اذا أنكر الاصيل الدين لوضوح حاله وهذا معنى صحيح لا يخبر عليه والمحقق الثاني فرض
المسئلة فيما اذا أنكر الضامن في نفس كونه ضامنا ووجه عدم رجوعه على الاصيل بأنه إنكاره الضمان
مقر بأنه لا يستحق في ذمة المضمون عنه شيئا قال اذ وجه الاستحقاق على هذا التقدير انما هو الضمان
وقد نفاه ولا تنفعه اليقظة لانه مكذب لما بنى الضمان واقتضاء نفيه كونه مظلوما في المطالبة والأخذ قال
ولا فرق في ذلك بين أن ينكر الضامن الدين أيضا أي مع انكاره الضمان أو ينكر الاذن فيه من
المضمون عنه وعدمه كما هو ظاهر فلا يظهر الوجه في اشتراط المصنف لعدم الرجوع على الاصيل أحد
الامرین وكذا قوله والارجع اقتصاصا الا أن ينكر الاذن ولا يقظة اذ المعنى وان لم ينكر واحدا من

ولو أنكر المستحق دفع الضامن بسؤال قدم أنكاره فإن شهد الاصيل ولا تهمة قبلت (متن)

الامر ينرجع على المضمون عنه اقتصاصا أي باطنا على ما فسره بعضهم ولا يستقيم غيره على فرض المسئلة في الضمان أي لافي الاذن في الاداء الا أن ينكر الاصيل الاذن في الضمان ولا بينة هذا وجه عدم ظهور وجهه لانه اذا كان رجوعه اقتصاصا وقع الضمان في نفس الامر هذا كلامه ثم أنه احتل تنزيل العبارة على وجه بارد بعيد ثم انه قال يمكن أن يقال انه اذا كان ضامنا في نفس الامر بسؤال لا يتمتع رجوعه على المضمون عنه بمجرد انكار الضمان اذا أدى الدين الى المستحق بالينة لان لاستحقاق الرجوع طريقين (أحدهما) الضمان بسؤال اذا أدى الضامن (والثاني) أداء الدين بالاذن وشرط الرجوع اذا اتفق الاستحقاق لانكار أحدهما لم ينتف مطلقا اذ لا يلزم من نفي الاخص نفي الاعم كما هو ظاهر فيرجع اقتصاصا الى أخذ الحق الذي يستحقه في نفس الامر بشروط (الاول) أن لا ينكر الضامن أصل الدين فانه لو أنكره امتنع استحقاق الرجوع بالطريق الثاني أيضا (الثاني) أن لا ينكر الاذن فان أنكره فكلاول (الثالث) أن لا ينكر المضمون عنه الاذن أو تثبت بحجة شرعية فان اتفقت امتنع الرجوع أيضا وحينئذ فلا يكون المراد بالاقتصاص الرجوع باطنا كما قيل بل يرجع على هذا التقدير ظاهرا وطريق مطالبة الضامن المنكر للضمان في الفرض المذكور أن يقول المضمون عنه اني أدبت دينك على وجه يلزمك الاداء الي وقيم عليه البينة بالاذن ان كانت وان كان وجه الاستحقاق هو الضمان بالاذن لان التوصل الى الحق بطريق لا يكون مشتتلا على محذور جائز ثم قال فان قيل هل يسوغ أن تشهد البينة بالاذن على تقدير حصوله مع سؤال الضمان ووقوعه مع العلم بأن طريق الاستحقاق انما هو الضمان بسؤال وقد امتنع بانكاره قلنا لا محذور اذا كان مطابق الواقع أما مع عدم المطابقة فهل تكفي شهادة البينة بالاستحقاق في الجملة من غير تقييد بواحد من الطريقين الظاهر نعم حتى لو طلب المضمون عنه التقييد بواحد منهما لم يلزم انتهى وأنت خبير بأنه اذا كان ضامنا في نفس الامر ومعنى الواقع يبعد تصوير الشروط الثلاثة وماذا عسى يجدي انكار المضمون عنه الاذن في رفع الاقتصاص منه باطنا بعد علم الضامن بالدين والاذن في الضمان والاداء وشرط الرجوع ان هو الا مدبون جاحد الا أن يفرض نسيانه ولهذا جعل لمطالبته ما سمعته من الطريق وأنت اذا حملت العبارة على ما ذكرناه خلصت من هذه التكلفات وما ذكرنا قد نبه عليه الشهيد في حواشيه على قوله والا رجع بقوله لان المضمون له ظلمه فيرجع على ما له الموجود في ذمة الاصيل اقتصاصا انتهى هذا ولا يجوز أن يجعل الضمير في قوله ان أنكر الدين راجعا الى الاصيل لوجوه لا تخفى ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أنكر المستحق دفع الضامن بسؤال قدم انكاره ﴾ كما في المبسوط وأكثر ما تأخر عنه ووجهه واضح لانه منكر فاقول قوله مع بينة ومعناه أنه لو أنكر المستحق وصول الحق اليه من الضامن الذي ضمن بسؤال المضمون عنه قدم انكاره وقيد بذلك أي السؤال لانه لو كان تبرعا لم يتطرق الى المضمون عنه تهمة لبراءة ذمته فهو كالتبديد لما قبله والا فلا فرق في تقديم قول المستحق بين ضمانه بسؤاله وعدمه ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان شهد الاصيل ولا تهمة قبلت ﴾ كما في المبسوط والشرائع والتحرير والتذكرة والارشاد والحواشي واللمعة وجامع المقاصد لانه ان كان أمرا بالضمان فشهادته شهادة على نفسه باستحقاق الرجوع وشهادة لغيره فتسمع وأما اذا كان متبرعا فوجهه واضح لانه أجني لبراءته من الدين أدى أم لم يؤدي والتهمة تتحقق بأن تقيده الشهادة فائدة زائدة على ما يفرضه

ومعها يفرم ثانيا ويرجع على الاصيل بالاول مع مساواة الحق أو قصوره ولو لم يشهد رجع بالاقل من الثاني والاول والحق (متن)

لو لم يثبت الاداء فتدرد وقد ذكروا أن من صور التهمة أن يكون معسرا ولو لم يعلم المضمون له باعساره فان له فسخ الضمان حينئذ ويرجع على المضمون عنه فشهادة الاصيل تدفع عنه عود الحق الى ذمته (ومنها) أن يكون الضامن قد صالح على اقل من الحق فيكون رجوعه انما هو بذلك المصالح به فيقل ما يؤديه عن اصل الحق لو ثبت الاداء على هذا الوجه وقال جماعة في هذا نظر اذ يكفي لعدم وجوب الزائد اقرار الضامن بذلك ولا حاجة الى الثبوت ظاهرا فتدفع التهمة فقبل الشهادة (ومنها) أن يكون قد تجدد الحجر عليه للمفلس والمضمون عنه احد غرمائه فانه بثبوت الاداء قل الغرماء فيزداد ما يضرب به وقال جماعة لا فرق في هذه الصورة والاولى بين كون الضامن متبرعا وبسؤال لان فسخ الضمان يوجب العود على المدينين على التقديرين ومع الافلاس ظاهر (قلت) ليس فيه من الظهور شي لان توفير مال المفلس بشهادته وازدياد ما يضرب به انما يتحقق وينفعه اذا تبرع الضامن اما في حال السؤال فان شهادته تضربه كما اذا كان له على الضامن مائة ولزيد مائة والمال المضمون خمسون ومال المفلس خمسون فانه لو قبلت شهادته صار مال المفلس مائة وليس للمضمون عنه الا الخمسون التي في ذمته واما اذا ردت شهادته فانه يبقى للمضمون عنه خمسة عشر لانا اذا وزعنا مال المفلس وهو الخمسون على مائة المضمون عنه ومائة زيد والخمسين المضمونة بصير لكل خمسين عشرة فاذا لم تقبل شهادته يكون له عشرون وللمضمون له عشرة ولزيد عشرون فاذا استرد زيد من المضمون عنه نصف ما أخذ المضمون له بقي للمضمون له خمسة عشر واذا قبلت شهادته لم يبق له شي وقد حكى الشهيد عن الفخر أن شهادة المضمون عنه بالضمين ترد اجماعا وبالاداء أن اثر في البرائة فكالمضمان على التأمل عندهم انتهى ﴿ قوله ﴾

﴿ ومعها يفرم ثانيا ويرجع على الاصيل بالاول مع مساواة الحق أو قصوره ﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد والروضة والمسالك والكفاية ومعناه انه مع التهمة يفرم الضامن ثانيا لا تنقأ ثبوت الاداء وانما يرجع على الاصيل بالاول بشرط أن لا يزيد على الدين لانه قد علم انه لا يستحق الرجوع بالزائد ووجهه انه هو الذي وقع به الاداء باعترافه والثاني ظلم وان كان بقدر الدين وهذا التيد مراد في عبارة من تركه كالمحقق والمصنف في غير الكتاب وغيرهما وكذلك لو ردت شهادته لعدم عدائه ومثله ما لو صدقه ولم يشهد ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو لم يشهد رجع بالاقل من الثاني والاول والحق ﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد والروضة والمسالك والكفاية ومعناه انه لو انكر المستحق الدفع اليه ولم يشهد المضمون عنه وحلف المضمون له وغرم الضامن ثانيا فانه يرجع على المضمون عنه بالاقل من الثلاثة المذكورة لانه اذا كان ما دفعه أو لا اقل قد اعترف الضامن بانه لا يستحق غيره لانه يزعم انه مظلوم في الاخذ منه ثانيا فالاداء الصحيح عنده هو الاول فيؤخذ به واما اذا كان الثاني اقل فلان الاداء الاول الذي يدعيه لم يثبت والثابت ظاهرا هو الثاني واما اذا كان الحق اقل منها فلانه انما يرجع بالاقل من المدفوع والحق وفي (الشرائع) وغيرها انه لو لم يشهد رجع الضامن بما اداه اخيرا ولا بد من تقيده بما اذا لم يرد على ما ادعى دفعه أولا ولا على الحق والا رجع بالاقل من الثلاثة كما في الكتاب وقول المصنف وغيره ولو لم يشهد الى آخره لا بد من تقيده بعدم اعترافه بالدفع الاول ولو جعل مناط

ولو ادعى القضاء المأذون له فيه فأنكر المستحق فإن كان في غيبة الآذن فهو مقصر بترك
 الاشهاد اذ كان من حقه الاحتياط وتمهيد طريق الاثبات فلا يرجع عليه ان كذبه وان
 صدقه احتمل ذلك حيث لم ينتفع به الاصيل والرجوع لاعترافه ببراءة ذمته وفعل ما أذن
 فيه فلا يخرج استحقاق المأذون بظلم المستحق (متن)

الحكم عدم تصديقه كما في العمة لكان اجود لتناول عدم الشهادة وغيره ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو ادعى
 القضاء المأذون له فيه فأنكر المستحق فإن كان في غيبة الآذن فهو مقصر بترك الاشهاد اذ كان من
 حقه الاحتياط وتمهيد طريق الاثبات فلا يرجع عليه ان كذبه وأن صدقه احتمل ذلك حيث لم ينتفع
 به الاصيل ﴾ وبمثل ذلك عبر في التحرر وفي (الايضاح والحواشي وجامع المقاصد) في باب الرهن أنه لو
 ادعى المدل دفع الثمن الى المرتهن بقبول قوله في حق الراهن ولولا ذلك لأدى الى عدم قبول الوكالة
 فيفضي الى الضرر والمصنف هناك يستفاد منه الاشكال وقال في باب الوكالة لو كان وكيلاً في قضاء
 الدين فلم يشهد بالقضاء ضمن على اشكال وفي (وكالة المبسوط والتذكرة والايضاح وجامع المقاصد) أن
 الاصح الضمان الآن يؤد بحضرة الموكل وهو خيرة التذكرة في المقام في أول كلامه ثم عد الى عبارة
 الكتاب ومعناها أنه لو ادعى قضاء الدين الشخص المأذون له فيه فأنكر المستحق أي صاحب الدين
 فإن كان ذلك في غيبته فهو مقصر في ترك الاشهاد اذ كان من الحق الواجب عليه الاحتياط للآذن في
 اسقاط حق الغير عنه ظاهراً وباطناً وتمهيد طريق الاثبات بالاشهاد ليقطع عنه الدعوى فحيث ترك
 الاشهاد صار كأنه لم يقض فلا يستحق رجوعاً ان كذبه وان صدقه احتمل ذلك يعني عدم الرجوع
 لانه مقصر بترك الاشهاد ولانه كمن لم يقض حيث لم ينتفع به الاصيل أي المديون الآذن مجازاً اذ
 ليس هنا ضمان فيكون مضمون عنه أصيل وقال في (جامع المقاصد) في توجيه المقام أن اطلاق الآذن
 لما حمل على القضاء الذي لا يبقى معه دعوى الدين ثانياً بحسب الامكان وذلك بالاشهاد كان قضاؤه
 بدونه غير مأذون فيه فلم يستحق رجوعاً قال وهذا التوجيه لا يترق فيه الحال بين تصديق الآذن
 في الدفع وتكذيبه فلم يبق لقول المصنف أن كذبه وجه ولم يحسن قوله وان صدقه الى آخره لانه يدافع
 التعليل المذكور وكان الاولى في العبارة أن يقول فأنكر المستحق فان كذبه ولا طريق للاثبات لم
 يرجع قطعاً وأن صدقه فإن كان في غيبة الآذن ففي الرجوع احتمالان ينشآن من كونه مقصراً بترك
 الاشهاد اذ كان حقه الاحتياط وتمهيد طريق الاثبات ولانه كمن لم يقض اذ لم ينتفع به الاصيل وعدمه
 لان المأذون فيه القضاء وقد حصل أنهى ولعل قلمه الشريف سبى فثبت الرجوع مكان عدمه وبالعكس
 كما هو واضح ثم أن قضية التعليل أن لا يكون هناك الا احتمال عدم الرجوع وأراه في بيان الاحتمال
 الاول رجوع الى التعليل الاول فلم يكن حينئذ الاول اولاً فليتأمل ويأتي في الوديعة ماله نفع تام في
 المقام ﴿ قوله ﴾ ﴿ والرجوع لاعترافه ببراءة ذمته وفعل ما أذن فيه فلا يخرج استحقاق المأذون
 بظلم المستحق ﴾ هذا هو الاحتمال الثاني المعادل لقوله احتمل ذلك وقد قواه في ايل كلامه في التذكرة
 في المقام ثم حكى عن الشافعية وجوب (احدهما) عدم الرجوع ونفى عنه البأس وفي باب الوكالة جزم
 بعدم الرجوع وقد وجه المصنف الرجوع هنا بأنه قد اعترف وصدق ببراءة ذمته باطناً وانه قد فعل
 ما أذن له فيه فلا يخرج استحقاق المأذون عن الثبوت بظلم المستحق وطلبه ثانياً وفي (جامع المقاصد)

وهل له احلاف الاصيل لو كذبه ان قلنا بالرجوع مع التصديق حلفه على نفي العلم بالاداء وان قلنا بعدمه فان قلنا اليمين المردودة كالاقرار لم يحلفه لان غايته التكول فيحلف الضامن فيصير كتصديق الاصيل وان قلنا كاليئنة حلف الاصيل فلعلمه ينكل فيحلف ولو جحد الاصيل الدفع وصدقه المستحق احتمال الرجوع لسقوط المطالبة باقراره الذي هو أقوى من اليئنة وعدمه اذ قول المستحق ليس حجة على الاصيل (متن)

ان ضعفه ظاهر لان اعترافه انما هو ببراءة ذمته باطنا فقط ففي كونه فعل ما أذن له فيه منع وقد سبق سنده ﴿ قوله ﴾ وهل له احلاف الاصيل لو كذبه ان قلنا بالرجوع مع التصديق حلفه على نفي العلم بالاداء وان قلنا بعدمه فان قلنا اليمين المردودة كالاقرار لم يحلفه لان غايته التكول فيحلف الضامن فيصير كتصديق الاصيل وان قلنا كاليئنة حلف الاصيل فلعلمه ينكل فيحلف ﴿ هذا ذكره في التذكرة من فروع العامة فرعوه على القول بأنه اذا صدقه لا يرجع عليه قل في (التذكرة) حاكيا عنهم وعلى هذا القول لو كذبه الاصيل هل يحلف قل بعض الشافعية يبنى على أنه ان صدقه هل يرجع عليه أم لا ان قلنا نعم حلفه على نفي العلم بالاداء وان قلنا لا يرجع يبنى على أن التكول ورد اليمين كالاقرار أو كاليئنة ان قلنا بالاول لم يحلفه لان غايته أن ينكل فيحلف الضامن ويكون كما لو صدقه وذلك لا يفيد الرجوع وان قلنا بالثاني حلفه طمعا في أن ينكل فيحلف الضامن فيكون كما لو اقام اليئنة وانت خبير بان هذا التفرغ على خصوص القول بالتصديق غير واضح وأن دعواه الاداء باذنه على القول بان الاشهاد واجب لا تسمع ولا تستحق جوابا بالانكار ولا اقرار لانها غير محرره وما هي الا كما اذا ادعى عليه وهبه ولم يذكر الاقباض نعم أن قال أديت باذنه واشهدت وانت تعلم ذلك واجاب الاصيل أي الآذن بالانكار توجهت عليه اليمين على نفي العلم لان المدعي به فعل الغير وسمى المأذون ضامنا مجازا كما سمي الآذن اصيلا ثم ان المفروض في كلامهم انه ادعى الاداء بدون اشهاد وحينئذ يكون مقصرا وفعل فعلا غير مأذون فيه فلا ريب في انه لا يرجع حينئذ سواء اقر المأذون أو اثبت ذلك باليئنة أو اليمين المردودة وأن قلنا بانه غير مقصرا انه يستحق الرجوع بهذا الاداء كان له الرجوع بتصديقه وباليمين المردودة سواء كانت كاليئنة أو كالاقرار وان فرضت المسئلة انه ادعى الاداء بشهاد فلا شبهة في ثبوت ذلك باليمين المردودة سواء كانت كاليئنة أو الاقرار فلا وجه لما ذكره وكان الاولى بالمصنف أن لا يذكره وأن كان لا بأس بذكره في التذكرة ﴿ قوله ﴾ ولو جحد الاصيل الدفع وصدقه المستحق احتمال الرجوع لسقوط المطالبة باقراره الذي هو أقوى من اليئنة التي يمكن ظهور فسقها أو توهمها وهذا أظهر وجهي الشافعية كما في التذكرة لان المطلوب بالقضاء سقوط المطالبة وقد حصل على أقوى وجه ومنع في جامع المقاصد من كون المطلوب بالقضاء ذلك وانما يراد به براءة الذمة ظاهرا وباطنا (قلت) لعل المراد بسقوط استحقاق المطالبة ظاهرا وباطنا وانهم يدعون أنه باقراره واعترافه وتسلطه المأذون عليه سقط حقه عنه باطنا ﴿ قوله ﴾ وعدمه اذ قول المستحق ليس حجة على الاصيل ﴿ أي واحتمل عدم الرجوع لما ذكر ونظر فيه صاحب جامع المقاصد بان اثبات ذلك بقوله انما هو من جهة سقوط المطالبة لامن حيث كونه حجة عليه قال والاصح عدم

ولو كان الدفع بحضور الاصيل فلا ضمان اذ التقصير ينسب اليه ولا تفريط لو أشهد رجلا وامرأتين أو مستورين وفي رجل واحد ليحلف معه نظرولو اتفقا على الاشهاد وموت الشهود أو غيبتهم فلا ضمان ولو ادعاه (متن)

الرجوع لعدم تحقق ما يقتضي الرجوع وهو آلاء المأذون واقرار المستحق لا بحقته لا يمكن كذبه وجواز المواطة بين المستحق والضامن بالصبر عليه الى مدة وأخذه من المدين (قلت) قد يكون صادقا ومنعه حينئذ من الرجوع اضرامه وتكليفه حينئذ الدفع للمستحق مرة ثانية بحضوره أو بشاهدين أشد ضررا فليصدق للضرر والضرورة اذ لا يعرف ذلك الا من جهنما كما هو الشأن في أمثال ذلك

﴿ قوله ﴾ (ولو كان الدفع بحضور الاصيل فلا ضمان اذ التقصير ينسب اليه) هذا قسم قوله أولا فان كان في غيبة الآذن وعن بعض الشافعية انه يضمن كما لو ترك الاشهاد في غيبته ﴿ قوله ﴾ (ولا تفريط لو أشهد رجلا وامرأتين أو مستورين) كما في التذكرة وجامع المقاصد ولم يرجح في المبسوط في المستورين الذين بان فسقهما بعد ذلك والاقرب انه ليس بمفرط لان البحث عن البواطن الى الحكم دون غيرهم والذي عليه أن يشهد شاهدين لا يعرف فسقهما كونهما عدلين في نظر الشرع حين الاشهاد وقد فصل فالشأن فيها كما لو فسقا بعد الاشهاد والاداء ﴿ قوله ﴾ (وفي رجل واحد ليحلف معه نظر) أي في كونه مفترقا لو أشهد رجلا واحد عدلا ليحلف معه عند الحاجة الى اثبات الدفع الى المستحق نظر ينشأ من تمهيد طريق الاثبات بذلك فان الدفع يثبت بالشاهد واليمين وهو الذي استوجه في التذكرة ولا ترجيح في المبسوط والايضاح ومن أنه لم يشهد اشهادا مثبتا لان الدفع لا يثبت بشاهد واحد ولا تمقاد يترافعان الى حنفي لا يقضي بالشاهد واليمين فكان ذلك ضربا من التقصير (قلت) لا ينبغي ما في هذين الوجهين لان الواجب هو تمهيد طريق الاثبات وهو حاصل بهذا ولا حاجة بالشيعي الى الحنفي ثم ان الغرض من الاشهاد انما هو صحة الرجوع ودفع المطالبة قال في (التذكرة) كل موضع قلنا فيه بأن المأذون له في الاداء أو الضامن يرجع على الآذن والمضمون عنه بما غرم فاتما هو مفروض فيما اذا أشهد المؤدي أو الضامن على الاداء شهادة يثبت بهذا الحكم سواء استشهد رجلين أو رجلا وامرأتين أو أشهد واحدا اعتمادا على أن يحلف معه (قلت) فاذا أتى بشاهده الثقة وشهد له عند الحاكم وحلف معه ثبت له الرجوع واندفعت عن الاصيل المطالبة بحكم الحاكم وتسجيله قوله في جامع المقاصد برد عليه انه لو أمكنه الاثبات باليمين المردودة لم يعد مقصرا مردود بأن رد اليمين الى المستحق لاله فلا اختيار له في ذلك الا أن تقول ليس المدار على ما ذكره في التذكرة وانما المدار على العلم باذن الآذن في قضاء الدين والاستقلال باثباته وعلى استقلال المضمون عنه باثبات الدفع الى المستحق ولا يتأني ذلك الا بالينة العادلة التي يستقل الآذن والمضمون عنه باثبات الدفع بها ولا استقلال لها بالشاهد ويمين الدافع المأذون أو الضامن واحتمال غيبتها أو موتها لا يدفع ذلك لانه انما يخاطب بمقدوره

﴿ قوله ﴾ (ولو اتفقا على الاشهاد وموت الشهود أو غيبتهم فلا ضمان) لعدم التفريط لاعترافه بأن الضامن أتى بما عليه والموت والغيبة ليسا اليه وقد نص عليه في المبسوط والتذكرة وجامع المقاصد فلو حلف المستحق بعد غيبتهم أو موتهم ورجع على المأذون رجع على الآذن ﴿ قوله ﴾ (ولو ادعاه

الدافع فانكر الاصيل الاشهاد تعارضاً أصلاً لعدم الاشهاد وعدم التقصير لكن تأيد الاول
بإصالة براءة ذمته ﴿ الفصل الثاني في الحوالة ﴾ وهي عقد شرع لتحويل المال من ذمة الى
أخرى وشروطها ثلاثة رضاه الثلاثة (متن)

الدافع فانكر الاصيل الاشهاد تعارضاً أصلاً لعدم الاشهاد وعدم التقصير لكن تأيد الاول بإصالة براءة
ذمته ﴿ أي الاصيل عن حق الدافع فان شغل ذمته لم يكن ثابتاً وإنما يحدث باقضاء المأذون فيه بالاشهاد
والاصل عدمه الى أن يثبت ويؤيده أيضاً أن الاصل عدم موت الشهود أو غيبتهم أو نسيانهم أو
انكارهم وتكذيبهم فيكون القول قول الاصيل مع يمينه وأصل عدم التقصير كأنه غير أصيل لأنه لم يخل
بواجب يعاقب عليه وإنما أخل بواجب يرفع الغرامة عنه وهو عدم استحقاق الرجوع نعم قد يمكن أن يراد به
أن الرجوع الغالب من حال العاقل أن يتحرز عن الغرامة نعم قد يعضد هذا الاصل على تقدير اماله
ان في ذلك ضرراً عليه لو كان صادفاً فيصدق كما يصدق الصبي في دعوى البلوغ اذ لا يعرف ذلك
الامن قبله فتأمل جيداً

﴿ الفصل الثاني في الحوالة ﴾

بتح الحاء كسجاية وهي مشروعة بالنص واجماع الامة كما في المبسوط والسرائر وليست فيما ولا
محمولة عليه عند علمائنا أجمع كما في التذكرة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وهي عقد شرع لتحويل المال من
ذمة الى أخرى ﴾ كما في التذكرة والتحرير ونحوه ما في الوسيلة والسرائر وقال الشهيد هذا ينتقض
في طرده بالضمين بالمعنى الاخص والسبب في ذلك أن المصنف للم يشترط في الحوالة شغل ذمة المحال
عليه حاول في التعريف شموله لهذا القسم لئلا ينتقض في عكسه قال في (المسالك) ولكنه وقع فيما هو
أصعب من ذلك وهو انتقاضه في طرده (قلت) فيه نظر من وجهين (الاول) أنا لانسلم انه أصعب
بل هو اما مساو أو أسهل أما الاول فلأن التعريف عند المتأخرين لا بد وأن يكون جامعاً مانعاً مطرداً
منكسراً ولا تفاوت بينهما عندهم وأما الثاني فلأن التعريف بالاعم جائز عند المتقدمين بخلاف الاخص
فانه غير جائز قولاً واحداً فكان أسهل قطعاً (الثاني) أن المراد ان التحويل والنقل انما هو عن ذمة المحيل
والمحول والمضمون عنه ليس محيلاً ولا محولاً ولا دور أو يقال التمهيد ان كان بالنفس فالكفالة وان كان
بالمال فان كان العاقد الموجب مشغول الذمة فالحوالة والا فالضمان فقد اتضح الفرق وبان الامر ولعله
الى ذلك أشار في جامع المقاصد بقوله ويمكن دفعه بأن المراد عقد مخصوص شرعاً لكذا وعرفها في
الشرائع بأنها عقد لتحويل المال من ذمة الى ذمة مشغولة بنقله ونحوه ما في اللمعة فخرجت الحوالة
على البري مع انه جو زها فيما بعد ولا ينفعه حكمه بكونها بالضمين أشبه فان رجحان الشبه لا يخرجها
عن كونها حوالة وأجيب عنه بأنه لعله عرف الحوالة المتفق على صحتها ﴿ قوله ﴾ ﴿ وشروطها ثلاثة ﴾
أي شروط صحتها ثلاثة ﴿ قوله ﴾ ﴿ رضا الثلاثة ﴾ أي المحيل والمحتال والمحال عليه أما
اشتراط رضا الاولين فقد حكى عليه الاجماع في التذكرة والمسالك والروضة والمفاتيح والكفاية ونفى
عنه الخلاف في جمع البرهان والرياض وفي (الغنية) الاجماع على الاول ونفى الخلاف عن الثاني الامن
داود ومراده بين المسلمين وأما اشتراط رضا المحال عليه فهو المشهور كما في المختلف والمهذب البارع

والمقتصر والتفويض وجامع المقاصد والمساك والروضة والسكفاية والمفاتيح وظاهر التذكرة الاجماع عليه في موضعين منها حيث نسبة تارة الى اصحابنا وقال اخرى عندنا ونسبه الى علمائنا في المختلف ونسب الخلاف في كشف الرموز الى التتبي واشترطوا رضاه الى باقي الاصحاب وفي (مجمع البرهان) انه لم يظهر فيه خلاف ونقل حكاية الاجماع عليه في جامع المقاصد والمساك وغيرها عن الشيخ والموجود في الخلاف والمبسوط والغنية والسرائر انه يعتبر رضاه لان الاجماع من الامة كما في الاول واجماعنا كما في الثلاثة الاخيرة على انه اذا رضي صحت الحوالة ولم يدل على صحتها مع عدم رضاه دليل انتهى وهذا ليس اجماعا على اشتراط رضاه كما حكوه قطعا وليس فيها جميعها في الباب كلام آخر صريح أو ظاهر في ذلك والظاهر ان ذلك منهم اشتباه وقد نسب عدم اشتراط رضاه كاشف الرموز والمقداد الى أبي الصلاح واستشعره في المختلف من كلام المفيد والشيخ في المنفعة والنهاية قالا اذا كان للإنسان على غيره مال فأحال به على رجل ملي به فقبل الحوالة وأبرأ منه لم يكن له رجوع ضمن ذلك المسال المحال به أو لم يضمن فان لم يقبل الحوالة الا بعد ضمان المحال عليه ولم يضمن من أحيل عليه ذلك كان له مطالبة المديون ولم تبرأ ذمته بالحوالة وكأتهما أشارا بضمان المال الى قبول الحوالة والتزامها وانتقال الحق الى ذمته وقد قال في السرائر بعد أن حكى ذلك عن الشيخ لأرى لقول الشيخ وجها وأخذ في بيان فساده وبأنه تمام الكلام فيه وبعبارة الوسيلة تؤذن بوجود الخلاف حيث قال ورضا المحال عليه على الصحيح وكذلك عدم حكاية الاجماع عليه في الغنية مع حكايته في الاولين وما في المبسوط والغنية والسرائر من التصريح بوجود الخلاف فانما أرادوا به الخلاف من العامة وقد مال اليه في المختلف وهو خيرة المقتصر والتفويض وإيضاح النافع والمساك والروضة ومال اليه أو قال به في الرياض بل في التفويض ان اعتبرنا شغل الذمة والحوالة بمثل ما عليه فلا يشترط رضاه قطعا وهذه الكلمة مجرى اجماع ممن يعمل بالظنيات وقال وان لم نشترط الشغل أو كانت الحوالة بالمخالف فلا بد من رضاه قطعا ونحو هذا الاخير ما في ايضاح النافع وجامع المقاصد والروضة وغيرها من أنا لو جوزنا الحوالة على البري اعتبر رضاه قطعا ونسب أبو العباس في كتابه الى ابن ادريس الاقتصار على رضا المحيل والمحتال وهو خطأ قطعا ولعل ما نسب الى أبي الصلاح كذلك والحاصل ان الاجماع كاد يكون معلوما ممن تقدم على المختلف وخلاف هؤلاء مسبوقة به فلا يؤيده به على انه في المختلف لم يخاف صريحا قيل وعلى تقدير اعتبار رضاه ليس هو على حد رضاها لان الحوالة عقد لازم لا يتم الا بإيجاب وقبول فالإيجاب من المحيل والقبول من المحتال ويعتبر فيهما ما يعتبر في غيرها من اللفظ العربي والمطابقة وغيرها وأما رضا المحال عليه فيكفي كيف اتفق متقدما ومتأخرا ومقارنا (حجة المشهور) بعد ما عرفت أن الاصل بقاء الحق في ذمة المحيل فيستصحب ويقتصر على المتيقن وان نقل المال من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه تابع لرضاه وانه أحد من تم به الحوالة فأشبهه المحيل والمحتال وان الناس متفاوتون في المعاملات والاقتضاء سهولة وصعوبة (وقد يجاب) بان الاصل معارض باصل عدم الاشتراط بعد وجود الدليل وهو عموم أوفوا بالعقود واطلاق ما سيأتي من النصوص وانما ننعم أن الحوالة تقتضي النقل بل هي ايفاء لما في ذمة الغير فلا تقتصر عن بيع ما في ذمة الغير ولا يشترط فيه الرضا اجماعا (ومنه يعلم) جال دليل التفاوت في الاقتضاء لانه جار فيه وقد قالوا في الجواب عنه أيضا أن المحيل قد أقام المحتال مقام نفسه في القبض بالحوالة فلا وجه للافتقار الى رضا من عليه الحق كما لو وكله في القبض منه واختلاف الناس في الاقتضاء لا يمنع من

وعلمهم بالقدر ولزوم الدين وكونه صائراً اليه (متن)

مطالبة المستحق أو من نصبه خصوصاً مع اتفاق الحقين جنساً ووصفاً (وأورد) عليه بأنه قياس للحوالة اللازمة المترتب عليها كثير من الأحكام المخالفة للأصول القطعية على الوكالة الجائزة (واجب) بأن المراد من تشبيهها بالوكالة ليس الالتماع دليل الاشتراط أعني اختلاف الناس في سهولة القضاء وصعوبته بناء على أنه لو صلح للاشتراط وإثبات المانع عن الحوالة بدون رضا لصلح لإثبات المانع عن الوكالة مع عدم رضا الجريبات دليل المنع عن الحوالة فيها ومثله لا يسمى قياماً بل تنظيراً وهو جائز إجماعاً حيث يحصل دليل آخر للحكم في المنظر غير نفس القياس كما فيما نحن فيه لأن الدليل هو عموم أوفوا بالعقود والاطلاقات الأخر كما أشرنا إليه آنفاً ويدفع ذلك كله بعد الإجماع المحصل السابق على المخالف والمتقول في ظاهر كلام جماعة مانطقت به تعريفاتهم وطفحت به عباراتهم من أن الحوالة ناقلة للمال من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه وأنها من أجل ذلك سميت حوالة قال في (التذكرة) الحوالة تقتضي نقل الحق من ذمة المحيل إلى المحال عليه عند علمنا أن أجمع انتهى ونحوه ما في المبسوط والخلاف والسرائر والغنية وغيرها كما سنسمع ذلك كله فكان المحال عليه كالضامن لا بد من رضا أو كالمستتر من المحتمل أن قلنا أنها إيقاع والبيع دل عليه الدليل وهو الإجماع الذي حكته والحق الحوالة به قياس وصاحب جامع المقاصد الذي قال أنا تمنع أنها تقتضي النقل سنأتي له أنه أي النقل هو المشهور وعليه الفتوى ولعله لم يبق بعد اليوم في المسئلة أشكال (ولعلم) أنه استثنى في التذكرة من اعتبار رضا المحيل ما لو تبرع المحال عليه بالوفاء قال فإنه لا يعتبر رضا المحيل لأنه وفاء دينه بغير إذنه والعبارة عنه حينئذ أن يقول المحال عليه للمحتمل أحلتك بالدين الذي لك على فلان على نفسي فيقبل فيقومان بركتي العقد وتبعه على ذلك جماعة منهم الشهيد الثاني في المسالك والروضة (وفيه) أن مثل هذا لا يندرج في الحوالة التي هي من العقود اللازمة لأن المتبادر من إطلاقات أخبار الباب غير هذا القسم ولا عموم في العقود التي أمرنا بالوفاء بها إلا بالنظر إلى العقود المتداولة في زمن الصدور فليحفظ هذا قوله ﴿ وعلمهم بالقدر ﴾ هذا قد نبه عليه في المبسوط والخلاف في أثناء كلامه له فيما وبه صرح في الشرائع والتذكرة والإرشاد والتحرير بل قال في الأخير يجب أن يكون المال معلوماً فلا تصح الحوالة بالمجهول إجماعاً وفي (مجمع البرهان) لعله لا خلاف في الاشتراط هنا وفي (جامع المقاصد والكفاية) أن المشهور اشتراط علمهم بالقدر قلت لم نجد المخالف وإنما احتملت الصحة مع الجهل في التذكرة والمسالك ومجمع البرهان احتمالاً إلا أن نقول إن الخلاف يفهم من الوسيلة والغنية وغيرها حيث لم يذكر هذا الشرط فيها مع ذكر غيره من الشروط فتأمل إذ عمل تركهم له لمكان ظهوره كالبلوغ والرشد والوجه في هذا الشرط أنه لو أحاله بما له من الدين ولا يعرف قدره كان فيه من الضرر ما لا يخفى لعدم العلم بالمأخوذ والمعطي فلا يصح وإن الحوالة إن كانت اعتباراً فلا يصح على المجهول كما لا يصح بيعه وإن كانت استيفاءً فإما يمكن استيفاء المعلوم ووجه احتمال الصحة أنها كالضمان فيلزم ما تقوم به البينة وهو أنما يتم على الاحتمال الثاني أعني الاستيفاء وحمله على الضمان لا يتجه لأنه مبني على الأرقاق والمسامحة والغرامة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولزوم الدين وكونه صائراً اليه ﴾ يريد أنه يشترط أن يكون المال نائباً للمحتمل في ذمة المحيل لافي ذمة المحال عليه ولا فرق في الثابت بين كونه مستقراً وغيره كالتفن

وعلم المحتال باعسار المحال عليه لو كان أو رضاه به شرط اللزوم وهل يشترط شغل ذمة
المحال عليه بمثل الحق للمحيل الاقرب عدمه لكنه أشبه بالضمان (متن)

في مدة الخيار وتكون الحوالة مراعاة بالبقاء على البيع فلو فسخ بالخيار ففي بطلان الحوالة وجهان يأتي
الكلام عليهما في نظيره وبهذا التقرير لا يبقى وجه لقوله في جامع المقاصد في اشتراط هذا الشرط مع
القول بأن الحوالة على بريء الذمة جائزة نظر انتهى (وكيف كان) فهذا الشرط قد نبه عليه في
المبسوط وصرح به في الشرائع والتذكرة والارشاد والمسالك وجمع البرهان والمفاتيح والتحرير بل فيه
أن شرطها ثبوت الحق في ذمة المحيل فلو أحاله بما يقرضه لم يصح اجماعاً وقد نقل عن بعضهم حكاية
الاجماع على هذا الشرط في جمع البرهان ولعله أراد ما في التحرير وفي (الحدائق) حكاية على البت وهو
منه عجيب وفي (الكفاية) المشهور أنه يشترط أن يكون ثابتاً في الذمة ولعل نسبه الى الشهرة لعدم
تعرض جماعة كثيرين له ولعل السر في ذلك ظهوره من كلامهم وتعرفهم الحوالة وفائدة هذا الشرط
الاحتراز عما ليس بثابت سواء لم يوجد سببه كما في مثال التحرير أو وجد سببه كمال الجملة قبل العمل
فانه لا يصح احالة الجاعل به للمجمول له لعدم ثبوته أما احالة المحمول له به على الجاعل لمن له عليه
دين فانه جائز بناء على جوازها على البريء. **قوله** ﴿ وعلم المحتال باعسار المحال عليه لو كان
أو رضاه به شرط اللزوم ﴾ ملاحة المحال عليه وقت الحوالة أو علم المحتال باعساره شرط فلو كان معسرا
واحتال عليه مع جهله باعساره كان له فسخ الحوالة ومطالبة المحيل بالمال سواء شرط اليسار أو أطلق عند
علمائنا كما في التذكرة ونسب في السرائر الى أصحابنا اعتبار الملاحة وقت الحوالة أو علم المحتال باعساره
وفي (الخلاف) الاجماع على الاول وفي (الغنية) نفى الخلاف عنه وقال فان رضي المحال بعدم ملاحة جاز
وروى في الكافي عن منصور بن حازم قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يحبل على الرجل
بديارم يرجع عليه قال لا يرجع عليه أبدا الا أن يكون قد أفلس قبل ذلك قال في (التذكرة) وهو نص
في الباب ومثله رواية الصدوق عن أبي أيوب الخزاز من دون تفاوت والمراد بقوله عليه السلام الا أن
يكون قد أفلس من قبل انه كان مغلسا ولم يعلم بافلاسه ويفهم من الخبرين أنه لو كان وقت الحوالة ملبياً
ثم تجدد له الاعسار فلا خيار و به نطق خبر عقبة بن جعفر عن أبي الحسن عليه السلام قال سأته عن
الرجل يحبل الرجل بمال على الصيرفي ثم تغير حال الصيرفي أبرج على صاحبه اذا احتال ورضي قال
لا وتغير الحال كناية عن الافلاس ويأتي الكلام فيما اذا انعكس الفرض المذكور عند تعرض المصنف
له **قوله** ﴿ وهل يشترط شغل ذمة المحال عليه بمثل الحق للمحيل الاقرب عدمه لكنه أشبه
بالضمان ﴾ عدم الاشتراط خيرة المبسوط في أول الباب وعدة مواضع منه والخلاف والغنية والسرائر
والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والمختلف والايضاح وايضاح النافع والمسالك والروضة وجمع
البرهان وفي (السرائر) نفى الخلاف فيه بين أصحابنا وحكى في الرياض عن السرائر الاجماع عليه
واجماعها الصريح كاجماع المبسوط ان دلائلنا يدلان باطلاقهما (وحجنتهم) على ذلك أصل الجواز وأصل
عدم الاشتراط واطلاقت أخبار الباب وهي الثلاثة التي سمعتها آنفاً وفي المسالك تبعاً لجامع المقاصد
تبعاً للشهيد في حواشيه من أن مبنى القولين على أن الحوالة هل هي استيفاء أو اعتياض فعلى الاول تصح
دون الثاني لانه ليس على المحال عليه شيء يجعل عوضاً عن حق المحتال فهو من تخريجات الشافعية

ولا يجب قبولها وان كانت على ملي فان قبل لزم وليس له الرجوع وان افتقر (متن)

في المسئلة وانما هي اصل برأسه وعقد مفرد كما هو صريح المبسوط والخلاف والسرائر والمختلف وحواشي الكتاب وغيرها وقال في (الخلاف) ان الذي يقتضيه مذهبا أن قول انها عقد قائم بنفسه انتهى (قلت) اما انها ليست بيما فلابطابق أصحابنا على ذلك كما تقدم الا ما يلوح من المبسوط في أثناء كلامه وهو مأول لانه صرح في عدة مواضع بأنها ليست بيما ولانها لو كانت بيما لجازت بلفظ البيع ولجازت الزيادة والنقصان فيها ولما جازت في العقود الا مع التعاضد في المجلس وأما انها ليست استيفاء فلانها لو كانت استيفاء لتقدر أن المحتال استوفى ما كان له على المحيل وأقرضه المحال عليه وليس فيها استيفاء ولا اقراض محقق فلا يقدران ثم انها لو كانت استيفاء لوجب قبولها اذا أحاله على ملي والاجماع على خلافه كما يأتي فلا ريب انها ليست استيفاء وان قواه في التذكرة ونسبه الشهيد الى ظاهر كلام الاصحاب على انه قال في التذكرة في آخر مسئلة الاختلاف في أنها استيفاء أو بيع كل هذه الخلافات لا فائدة تمنها ولا دليل عليها والمخالف فيما نحن فيه الشيخ في المبسوط في آخر الباب وحكاة في الايضاح عن القاضي وابن حمزة ولم نجد ذلك في الوسيلة ولم يحكم والده في المختلف عن أحد غير الشيخ في المبسوط في آخر كلامه وكأنه في جامع المقاصد متأمل وليس في محله وفي (المفاتيح) ان الاظهر انه ضمان (قلت) قد قال المحقق والمصنف وغيرها انه أشبه بالضمان لاقتضائه نقل المال من ذمة مشغولة الى ذمة بريئة وكان المحال عليه لقبوله ضمانا لدين المحتال على المحيل قال في (المسالك) ولكنه بهذا الشبه لا يخرج عن الحوالة قطعا فتلقه أحكامها وهذه الكلمة تجري مجرى الاجماع ممن يعمل بالظنون وقوله تلحقه أحكامها فيه انه ينبغي على ما سلف له انه لا يتبر فيها رضا المحيل نعم له الرجوع مع الاذن كما في الضمان فليتأمل ويلحظ ما تقدم ويتهرب رضا المحال عليه قطعا كما تقدم ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يجب قبولها وان كانت على ملي ﴾ بلا خلاف الا من داود وقد سمعت الاجماع المحكية على اشتراط رضاه أي المحتال مضافا الى الاصل وقد المانع والدليل لان الواجب قبوله أداء الدين وليست أداء وانما هي نقل وأوجب داود القبول لقوله صلى الله عليه وآله وسلم فيها حكى اذا أحيل أحدكم على ملي فليحتل وقصور السند يمنع من حمله على الوجوب فليحمل على الارشاد بل على الاستحباب لما فيه من قضا حاجة أخيه واجابته الى ما ينتفبه وهذا يرشد الى انها ليست استيفاء والا لوجب القبول الا أن تقول ان وجوب القبول انما هو في الاموال الموجودة في الخارج لافي المساهية الكلية فتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان قبل لزم ﴾ بالنص والاجماع كما تقدم وانتقل الحق الى ذمة المحال عليه وبه قال جميع الفقهاء الا زفر ابن الهذيل كما في الخلاف وبلا خلاف الا من زفر كما في الغنية واجامعا الا من زفر كما في المبسوط والسرائر والتذكرة والمسالك ومجمع البرهان ﴿ قوله ﴾ ﴿ وليس له الرجوع وأن افتقر ﴾ بلا خلاف بيننا وبه نطق خبر عقبه المتقدم ذكره وهو المروي عن علي أمير المؤمنين عليه السلام كما في الخلاف والمخالف ابو حنيفة قال له الرجوع عليه اذا جرده المحال عليه أو مات مفلسا وحكوا عن عمر انه يرجع عليه اذا اقلس وحجر عليه الحاكم وبه قال ابو يوسف ومحمد بن الحسن ولا فرق عندنا بين اخذ المحتال شيئا من المال وعدمه عملا باطلاق النص والفتوى والاجماع مضافا الى اصالة لزوم العقد وعدم اشتراط الاخذ بل ظاهر المختلف الاجماع صريحا وخالف سلاز فقال الحوالة بين ضريرين احدهما ان يكون

ولو ظهر له فقره حالة الحوالة تخير في الفسخ وهل يتخير لو تجدد اليسار والعلم بسبق الفقر اشكال وهي ناقله فيبراً المحيل عن دين المحتال وان لم يبرأ المحتال على رأي (متن)

قد اخذ المحال له بعضاً والاخر أن يكون لم يأخذ فإن أخذ لا يجوز له الرجوع وأن لم يأخذ يجوز له الرجوع وهو شاذ نادر مرغوب عنه كما في السرائر ولا حجة له الا ان القبول يتم بذلك وهي واهية
 ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو ظهر له فقره حالة الحوالة تخير في الفسخ ﴾ قد تقدم الكلام فيه وبه خير منصور وابي ايوب ﴿ قوله ﴾ ﴿ وهل يتخير لو تجدد اليسار والعلم بسبق الفقر اشكال ﴾ يريد انه لو كان معسراً ثم تجدد له اليسار قبل أن يفسخ فهل يزول الخيار اشكال ينشأ من زوال الضرر ومن ثبوت الرجوع قبله فيستصحب وهذا هو الاظهر من اطلاق النص والفتوى وهو خيرة جامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية والرياض لان الموجب للرجوع ليس هو الاعسار على الاطلاق ليزول بزواله بل هو الاعسار وقت العقد وهذا لم ينتف ولم يزل فيثبت حكمه وفيه نظر ظاهر لان الاعسار وقت العقد قد انتهى لاتنفاؤ الضرر لانه هو السبب في ذلك قطعاً وليس الاعسار وقت العقد موجبا للخيار من حيث هو اعسار كذلك حتى يكون حكمة بل هو معطل ومنه يعلم قوة ما حققه في الايضاح قال والتحقيق انه يبنى على ان علل الشرع هل هي معرفات أو علل حقيقة وعلى الثاني هل الباقي مستغن عن المؤثر أو محتاج ومراده انه اذا استغنى الباقي عن المؤثر أو قلنا العلة معرفات ثبت الخيار وان قلنا انه محتاج الى المؤثر زال الخيار لزوال العلة وقد عرفت الحال ولم يرجع في التذكرة ولا في الحواشي وفي الاخير اذا قلنا بالخيار كان على الفور قلت فيه نظر كما في نظائره ﴿ قوله ﴾
 ﴿ وهي ناقله فيبراً المحيل عن دين المحتال وأن لم يبرأ المحتال على رأي ﴾ اما انها ناقله فقد سمعت أن الاجماع يحكي على ذلك صريحاً في خمسة مواضع وظاهراً في موضعين وبذلك طفت عباراتهم من غير خلاف بينهم ولا يستلزمه ما ستمعه وان توهمه صاحب التنقيح كما ستمع واما انه يبرأ المحيل من دين المحتال وان لم يبرأه فهو الذي تقتضيه عبارة المبسوط والخلاف والغنية بل كاد يكون صريحاً بل نسب ذلك صاحب السرائر الى الخلاف وعبارة المبسوط والغنية كعبارة الخلاف من دون تفاوت قال في (الخلاف) اذا حال رجل على رجل بالحق وقيل الحوالة وصحت تحول الحق من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه (دلينا) ان الحوالة مشتقة من التحويل فيبني أن يعطى اللفظ حقه من الاشتقاق وبه قال جميع الفقهاء الا زفر ابن الهذيل فانه قال لا يتحول الحق عن ذمته وقال ايضاً اذا انتقل الحق بحوالة صحيحة فانه لا يعود عليه سواء بقي المحال عليه على غناه الى آخره فما في المختلف من انه لم يتعرض في الخلاف والمبسوط لذلك لعله لم يصادف حمزه وكيف كان فما نحن فيه صريح السرائر والشرايع والنافع وكشف الرموز والتذكرة والتحرير والارشاد والتبصرة والمختلف والايضاح وحواشي الشهيد والمقنصر وايضاح النافع وجامع المقاصد والمسالك والروضة وجمع البرهان والكفاية والمفاتيح والرياض وفي (التذكرة وجامع المقاصد والروضة والمسالك) انه المشهور وزاد السكري أن عليه الفتوى وفي (الكفاية) انه الاشهر وقضية ما في التذكرة انه مشهور بين المتقدمين فلا تغفل عن هذا والمخالف الشيخ في النهاية وابن حمزه في الوسيلة وهو الظاهر من المقنعة والمحكي عن أبي علي والقاضي والتميمي وكانه قال به أو مال اليه صاحب التنقيح (حجة المشهور) الاجماع المتقدم المحكية على انتقال الحق

ويتحول حقه الى ذمة المحال عليه ويبرأ المحال عليه عن دين المحيل وتصحح على من ليس عليه حق أو عليه مخالف على رأي (متن)

بمجرد الحوالة مضافاً الى اطلاق النصوص الثلاثة التي سمعتها آنفاً وبعضها صريح في عدم الرجوع بعد الرضا وهو خبر عقبه وعموم الأدلة بلزوم الوفاء بالعقود كتاباً وسنة بناءً على أن معنى الحوالة الانتقال من حينها نظر الى مبدأ اشتقاقها فاذا تحققت وجب تحقق المبدأ مع أن الإبراء أن كان قبل الانتقال استلزم بطلان الحوالة اذ ليس له حينئذ شيء في ذمة المحيل وان كان بعدها لزم تحصيل الحاصل لان ذمته برأت بالحوالة فلا حاجة الى ابراء آخر وبعبارة اخرى أن الحوالة تقتضي البراءة والابراء يقتضي البقاء واسقاط الحق فتكون الحوالة من قبيل الوكالة هذا خلف وهذا كله مبني على الاجماع المحكية على الانتقال بل الاجماع معلوم فكان جميع ما في التنقيح غير صحيح لان الشيخ في النهاية ومن واقفه ما استندوا الى عدم الانتقال ولا نازعوا فيه ولا قالوا أن سقوط الحق عن المحيل لا تقتضيه الحوالة الا على القول بانها عقد معاوضة وانما استندوا الى حسنة زواره عن الباقر عليه السلام بابراهيم وهي مروية ايضاً باسنادين آخرين ضعيفين في الرجل يحيل الرجل بماله كان له على رجل فيقول له الذي احتال برأت من مالي عليك قال اذا ابرأه فليس له أن يرجع عليه وان لم يبرأه فله أن يرجع على الذي احاله وقد حملت نارة على التقية من الحسن البصري واخرى على السلب الكلبي والايجاب الجزئي فيكون المراد في الايجاب أن له أن يرجع اليه في بعض الاحيان وهو ما اذا ظهر اعصار المحيل حال الحوالة مع جهل المعتال بحاله وفيه نظر ظاهر واخرى على أن الإبراء كناية عن قبول المعتال الحوالة فمعنى قوله برأت من مالي عليك أي رضيت بالحوالة الموجبة للتحويل فبرأت أنت فكنتي عن الملزوم باللازم وهكذا القول في قوله ولو لم يبرأه فله ان يرجع لأن العقد بدون رضاه غير لازم فله ان يرجع وحملت في التذكرة على ما اذا شرط المحيل البراءة قال فانه يستفيد بذلك عدم الرجوع لو ظهر افلاس المحال عليه ونعم ما قال المقدس الرديسي وغيره ما كانت غير صحيحة ومخالفة للاجماع على انها ناقلة ومخالفة للاخبار الاخر الصريحة في عدم الرجوع بعد الرضا كخبر عقبه فلا بد من تأويلها وان بعد ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويتحول حقه الى ذمة المحال عليه ويبرأ المحال عليه عن دين المحيل ﴾ هذا مما يتفرع على قوله ناقلة فهو من تنمة التفرغ ووجهه انه متى انتقل الحق من ذمة المحيل عليه صار في ذمته حق المعتال فامتنع بقاؤه على ملك المحيل فيبرأ المحال عليه من دين المحيل ﴿ قوله ﴾ ﴿ وتصحح على من ليس عليه حق أو عليه مخالف على رأي ﴾ قد تقدم الكلام في الاول وأما الثاني وهو الحوالة على من عليه مخالف للحق فانه يتصور على وجهين (الاول) أن يكون على المحيل ازيد مثلاً دراهم فيحيله على عمرو بدنانير والحال أنه له على عمرو دنانير (والثاني) أن يحيله على عمرو الذي ليس له عليه الا الدنانير بدراهم وهذا هو الذي فرضوا النزاع فيه وصحة الحوالة في المثال ونحوه خيرة المبسوط في موضع منه والتذكرة والتحرير والحواشي واللمعة والتنقيح وايضاح النافع وجامع المقاصد والمسالك والروضة وجمع البرهان والمفاتيح عملاً باصالة الجواز الناشئة من العموم والاملاق ونحو ما دل على جوازها على البري فعلى من عليه بالمخالف أولى وضرر التسلط مدفوع باعتبارنا رضا المحال عليه مطلقاً أو في خصوص ما نحن فيه كما في المختلف فاذا رضي أن يدفع من غير الجنس الذي عليه فلا مانع اصلاً والمخالف الشيخ في المبسوط في اول الباب

ويصح تراخي الحوالات ودورها (متن)

وابن حمزة والسيد حمزة ابن زهره والقاضي فيما حكى عنه فاعتبروا اتفاق الحقيين في الجنس والنوع والصفة وهو ظاهر النافع ونحوه مما عرفت فيه الحوالة بتحويل المال من ذمة الى ذمة مشغولة بمثله اذ المخالف ليس مثلاً وقال في (التذكرة) من مشاهير الفقهاء وجوب التساوي في الدينين الى آخره وتردد في الشرائع وكذا الكفاية (حجة الشيخ) ومن وافقه أن حقيقة الحوالة تحويل ما في ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه فاذا كان على المحيل دراهم وله على المحال عليه دنائير كيف يصير حق المحال على المحال عليه دراهم ولم يقع عقد يوجب ذلك فان الحوالة أن كانت استيفاءً كان بمنزلة من استوفى دينه واقرضه المحال عليه وحقه الدرام لا الدناير وأن كانت معاوضة فليست على حقيقة المعاوضات التي يقصد بها تحصيل ما ليس بحاصل من جنس مال أو زيادة قدر أوصفه وانما هي معاوضة ارفاق ومساعدة للحاجة فاشترط فيها التجانس والتساوي والقدر والصفة لئلا يتسلط على المحال بما ليس في ذمته كما ذكر ذلك في التذكرة وغيرها والظاهر أن هذا القول مبني على عدم اعتبار رضا المحال عليه ومنع الحوالة على البري فاذا اعتبر أو جوز لم يشترط قطعاً لكن المخالفين في المقام يعتبرون الرضا ويجوزون الحوالة على البري ثم ان ذلك لا يتم مع قلب حق المعتال الى جنس المال المحال به كما في الوجه الاول من وجهي المسئلة فانها لو تراضيا على هذا الوجه لم يستوف من المحال عليه غير ما في ذمته فلا محذور وهذا وفي الوجه الثاني يبرأ المحيل قطعاً من مال المحال في الحال قاله الشهيد وقال في براءة المحال عليه من مال المحيل في الحال أو بعد الاداء احتمالان البرائة لانه لو بقي له حق لكان له المطالبة به وهو خروج عن معنى الحوالة وعدمها لعدم منافات اداء دينه عنه وبقائه دينه عليه لانه في المثال انما لزم المحال عليه للمحال دراهم لمكان رضاه وبقيت الدناير في ذمته للمحيل وصار له في ذمته أي المحيل دراهم فحينئذ مع الاداء تحتل المقاصة لانهاض معنى الحوالة ويحتمل اعتبار التراضي لان لكل منهما على صاحبه حقاً مخالفاً والمعهود في مثله اعتبار التراضي ولكنك قد عرفت أن المفروض ان التراضي حصل سابقاً بين الثلاثة على تحول الحق الذي في ذمة المحال عليه الى جنس ما في ذمة المحيل فلا حاجة الى تراض جديد عند الاداء والتفاض ويبقى الكلام فيما اذا اطلق ولم يعين أحد الوجهين فيحتمل البطلان لاختلاف الفرض من كل من الصورتين وعدم لفظ يدل على التعيين والصحة وينصرف الاطلاق الى وجوب دفع الحق المحال به كما في الحواشي ﴿ قوله ﴾

(ويصح تراخي الحوالات ودورها) أما صحة تراخيها فقد صرح به في المبسوط والشرائع والتحرير والكفاية والتذكرة والارشاد واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان وأما دورها فقد صرح به في السبعة الاخيرة وهي التذكرة وما ذكر بعدها عملاً فيها بالاصل المستفاد من عموم أوفوا واطلاقات أخبار الباب ولانه كما تصح الحوالة الاولى لاجتماع شرائط الصحة تصح الثانية كذلك ومتى أحال المحال عليه برأ كالاول وهكذا لو تعدد وهو المراد بالتراخي كأن أحال المسديون زيدا على عمرو ثم أحال عمرو زيدا على بكر ثم أحال بكر زيدا على خالد وهكذا ودورها بأن يحيل المحال عليه في بعض المراتب على المحيل الاول بأن تكون ذمته مشغولة لمن أحال عليه أو بريشة على المختار وفي الصورتين المختال متحد وانما تعدد المحيل والمحال عليه وفي (جامع المقاصد) أن التراخي وقوع الحوالة من المحال عليه على آخر من غير تقييد بنهاية مخصوصة وفي (مجمع البرهان) أن التراخي الى غاية فتأمل (وليعلم)

والحوالة بما لا مثل له وبالتمن في مدة الخيار وبمال الكتابة بعد حلول النجم وقبله على اشكال ولو أحال المكاتب سيده بتمن ما باعه جاز (متن)

أنه يصح ترامي الكفالة دون دورها لان حضور المكفول يبطل ما تأخر منها ﴿ قوله ﴾ ﴿ والحوالة بما لا مثل له ﴾ يشير بذلك الى خلاف الشيخ في المبسوط وابن حمزة في الوسيلة ولا ثالث لها فيما أجد فسبته الى الشيخ وجماعة من جماعة لم تصادف مجزها قال في (المبسوط) انما تصح في الاموال ذوات الامثال واستند في عدم جواز الحوالة بالقيمي الى كونه مجهولاً (وفيه) أنه مضبوط بالوصف والواجب فيه القيمة وهي مضبوطة أيضاً تبعاً لضبطه بالوصف الذي يوصف به السلم فصار الحاصل أنه ان حوله بنفس القيمي كأن يكون قد أسلفه على خمس من الابل وقد أسلف هو آخر على خمس كذلك فحوله عليها أو بنفسه أيضاً بأن يراد الحوالة بقيمته فالحوالة بهما صحيحة فالمانع مفقود وعموم الادلة تشملها والصحة خيرة المبسوط بعد ذلك بأوراق اذا كان معلوماً والخلاف والشرايع والتذكرة والتحرير والمختلف والتفريح وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والرياض وهو المحكي عن أبي علي (ويبقى الكلام) فيما لا يصح السلم فيه فهل يجوز الحوالة به احتمالاً ان اقر بهما كما في التذكرة الجواز لان الواجب في الذمة حينئذ القيمة فالعين غير ثابتة في الذمة فالحوالة بها حوالة بقيمتها وقد فهم في جامع المقاصد من عبارة الكتاب أنها مبنية على أن الواجب في القيمي مثله ثم ينتقل الى القيمة للتعذر حيث انه لا مثل له وان المصنف أراد ثبوت صحة الحوالة فيه وان قلنا ان الواجب فيه هو المثل ثم ينتقل الى القيمة لان الوصول الى الحق ممكن بالمثل وبالقيمة فيما لا مثل له وبقى أمكن الوصول الى الحق فلا مانع من صحة الحوالة اتى وقد عرفت أن الغرض التذبيح على خلاف الشيخ فنجشم ما نجشم فأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ وبالتمن في مدة الخيار ﴾ كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد لانه حق ثابت آيل الى الزوم ونزله لا ينافي نقله الى ذمة أخرى ولا استيفاؤه والمخالف بعض الشافعية وكلام المبسوط في العبد يعطي المنع وهل يسقط بذلك الخيار وجهان أقواهما السقوط وقوى في التذكرة البقاء واذا انسخ البيع فسخ صاحب الخيار ففي بطلان الحوالة وجهان أظهرهما البطلان في بعض الصور كما يأتي ﴿ قوله ﴾ ﴿ وبمال الكتابة بعد حلول النجم ﴾ كما في الشرايع والتحرير والتذكرة والارشاد والمختلف وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان لانه مال ثابت في ذمة المكاتب فصحة الحوالة به على العبد وفي (المسالك) لا اشكال فيه وخصوص خلاف الشيخ في المبسوط بما قبل الحلول وهو ذلك مما في الشرايع والشيخ منع من الحوالة به على العبد وأطلق لجواز تعجيز نفسه فلا يمكن الزامه بالاداء فيكون مخالفاً فيما نحن فيه فأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ وقبله على اشكال ﴾ ونحوه ما في الشرايع والايضاح من عدم الترجيح والجواز خيرة التذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان لانه مال ثابت بعقد لازم ومنع انه يجوز له تعجيز نفسه ولو سلم فلا ينقص حاله عن الثمن في مدة الخيار وقد سمعت أن الشيخ أطلق المنع وتبعه على ذلك القاضي فيما حكى ووجه الاشكال مما ذكر وما استند اليه الشيخ من أن مال الكتابة ليس بدين ثابت لان للمكاتب اسقاطه بالتعجيز وزيد له امكان موته قبل حلول النجم فيظهر عدم استحقاقه فليأمل في الوجه الثاني فإنه لا يناسب على مختار المصنف ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أحال المكاتب سيده بتمن ما باعه جاز ﴾ معناه كما في جامع المقاصد

ولو كان له على أجنبي دين فأحاله عليه بمال الكتابة صح لأنه يجب تسليمه ولو قضى المحيل الدين بمسئلة المحال عليه رجع عليه وإن تبرع لم يرجع ويبرأ المحال عليه ولو طالب المحال عليه المحيل بما قبضه المحتال فادعى شغل ذمته قدم قول المنكر مع اليقين (متن)

انه اذا أحال المكاتب سيده على انسان بمال الكتابة صحت الحوالة وبه صرح في المبسوط وحكى عليه الاجماع في التحرير وظاهر التذكرة حيث قال عندنا وعند كثير من العامة (قلت) فيتحرر ويكون ذلك بمنزلة الاداء سواء أدى المحال عليه أولا حتى لو أفلس به لانه أحاله على مال مستمر وقد قيل فيراً كما في التذكرة وغيرها ويحتمل أن يكون معنى العبارة أن المكاتب أحال سيده بشئ التوب مثلاً الذي باعه السيد للمكاتب كما في الشرائع قال فيها ولو باعه السيد سلعة له فأحاله بشئها جاز وخص البيع ولم يذكر حكم مطلق الدين مع اشتراكهما في المعنى تنبيهاً على خلاف الشيخ في المبسوط في مسألة البيع حيث انه يمكن فسخ الكتابة بناء على أصله من جوازها من جهة فيوجب استحقاق السيد شيئاً على عبده بخلاف ما لو باعه أجنبي وأحاله على المكاتب بثمنه فانه لا سبيل له الى اسقاطه ولو فسخت الكتابة فانه يثبت في ذمته وبه يرتفع التكرار الذي نبه عليه في جامع المقاصد ﴿ قوله ﴾ « ولو كان له على أجنبي دين فأحاله عليه بمال الكتابة صح لانه يجب تسليمه » هذا صرح به في المبسوط وغيره وقال في (جامع المقاصد) قد كان هذا مغنياً عما قبله لان الدين شامل للثمن وغيره ومعنى قوله يجب تسليمه أنه يجب على المدين تسليم مال المكاتب عليه أو الى من يرتضيه والشهيد فهم من العبارة أن المولى أحال الاجنبي المدينون للمكاتب على المكاتب بمال الكتابة وشرط في الصحة اجازة العبد ﴿ قوله ﴾ « ولو قضى المحيل الدين بمسئلة المحال عليه رجع عليه وإن تبرع لم يرجع ويبرأ المحال عليه » كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والمسالك والكفاية ووجه ظاهر لان الحوالة لما كانت ناقله صار المحيل بالنسبة الى دين المحتال بمنزلة الاجنبي لبراءة ذمته فاذا أداه بعد الحوالة كان كمن أدى دين غيره بغير اذنه فيشترط في جواز رجوعه عليه مسئلته والا كان متبرعاً وبرأ المحال عليه من الدين ونهبوا بذلك على خلاف أبي حنيفة وأصحابه حيث قالوا لا يكون متبرعاً ويكون له الرجوع به لان الدين باق في ذمة المحيل من طريق الحكم وإن برأ في الظاهر وهو غلط لانه لو كان الحق باقياً في ذمته حكماً لما كان مطالبته الى غير ذلك من المقاصد المخالفة لقواعد الباب ﴿ قوله ﴾ « ولو طالب المحال عليه المحيل بما قبضه المحتال فادعى شغل ذمته قدم قول المنكر مع اليقين » كما في الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد واللمعة وجامع المقاصد ومجمع البرهان والكفاية لان الحوالة جائزة على البري فلم تقتضي باطلاً أثبت دين كذلك فالقول قوله مع بيته عملاً بأصل البراءة ولا معارض له الا الظاهر اذ الظاهر أنه لو اشتغال ذمته لما أحيل عليه والأصل مقدم على الظاهر وإنما يتخلف في مواضع نادرة ولو اشتغلنا في الحوالة اشتغال ذمة المحال عليه تعارض أصل صحة العقد وأصل البراءة وفي (جامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان) انهما يتساقطان ويبقى مع المحال أداء دين المحيل باذنه فيرجع عليه ولا يمنع وقوع الاذن في ضمن الحوالة الباطلة المنتضي بطلانها لبطان نابعها لاتفاقها على الاذن وإنما اختلفنا في أمر آخر فاذا لم يثبت ما اختلفنا يبقى ما اتفقا عليه من الاذن في الوفاء المنتضي للرجوع (قلت) أصل

ولو احتال البائع ثم ردت السلعة بعيب سابق فان قلنا الحوالة استيفاء بطلت لانه نوع ارفاق
فاذا بطل الاصل بطلت هيئة الارفاق كما لو اشترى بديرا مكمرة فاعطاه صحاحا ثم فسخ
فانه يرجع بالصحاح وان قلنا انها اعتياض لم تبطل كما لو استبدل عن الثمن ثوباً ثم رد بالعيب
فانه يرجع بالثمن لا الثوب (متن)

صحة العقد قد ورد على أصل البراءة فيقطع به اذ المفروض من اتفاقهما على وقوع العقد الجامع للاركان
كما هو الشأن فيما لو اختلفا في صحة البيع وفساده كما لو ادعى قد شرط كجهالة الثمن ونحوها فان القول
قول مدعي الصحة وان كان الاصل بقاء الملك على مالكة والاصل براءة ذمة كل واحد منهما من
وجوب التسليم فالقول قول المحيل حينئذ كما هو خيرة التذكرة واحتمال اطلاق الحوالة هنا مجازاً على
غير ذات الشئ لا يمكن الاستناد اليه لما فيه من الفساد في سائر الابواب وبالغ في جامع المقاصد فقال
سيأتي بيان عدم الاعتداد بأصل الصحة عن قريب يعني في مقابلة أصل البراءة وقد لحظنا ما يأتي
له فلم نجد له ما يبين منه عدم الاعتداد بهذا الاصل الا ما ذكره في شرح قوله ولو صدقها المختال
وادعى أن الحوالة بغير الثمن صدق مع اليقين وذلك في مقام آخر لا يشبه ما نحن فيه بل كلامه هناك
يؤيد هذا الاصل ويشيده في مثل ما نحن فيه فليحفظ ذلك نعم تقدم له في باب الضمان ويأتي له في
الاجارة أن أصل الصحة في العقود انما يتمسك به بعد استكمال أركانها كما تقدم بيانه مفصلاً وما
نحن فيه في غير الاركان ثم انا نقول كما سيأتي أن الحوالة اذا بطلت لم يبق الاذن لان بناء البقاء على
أن الخاص اذا ارتفع يبقى العام (وفيه) أن الاذن العام انما كان في ضمن الاذن الخاص والاذن الضمني لا يقوم
بنفسه فيرتفع بارتفاع ما تضمنه ولا كل الوكالة والشركة كما سيأتي بان ذلك كله عند تعرض المصنف
له وليعلم أن الحال عليه اذا كان بريء الذمة لا يرجع على المحيل الا بعد الاداء لان الحوالة حينئذ في
معنى الضمان ولهذا عبر في الشرائع وغيرها بالاداء ﴿قوله﴾ ﴿ولو احتال البائع ثم ردت السلعة
بعيب سابق فان قلنا الحوالة استيفاء بطلت لانه نوع ارفاق فاذا بطل الاصل بطلت هيئة الارفاق كما
لو اشترى بديرا مكمرة فاعطاه صحاحا ثم فسخ فانه يرجع بالصحاح وان قلنا انها اعتياض لم تبطل
كما لو استبدل عن الثمن ثوباً ثم رد بالعيب فانه يرجع بالثمن لا الثوب﴾ لا فرق بين الفسخ بخيار
العيب وغيره من أنواع الخيار والاقالة والفسخ بالتحالف ونحو ذلك مما لا يبطل البيع من أصله بل
من حينه لكن المحقق والمصنف مثلوا بالعيب تبعاً للشيخ في المبسوط والعمامة ومعنى العبارة أن زيدا
باع عبداً مثلاً بمائة درهم لعمره ثم أن عمراً أحال زيدا بمائة على بكر ثم أن عمراً وجد في العبد
عيباً سابقاً على العقد أو لاحقاً على وجه يجوز الفسخ كالعيب قبل القبض وقبل انقضاء الثلاثة في الحيوان
فردّه أي رد المشتري العبد بالعيب وفسخ البيع فالشيخ في المبسوط قال بطلت الحوالة لانها تابعة
لصحة البيع فاذا بطلت الحوالة وفي (مجمع البرهان) أنه أي البطلان أقوى واليه يرجع كلام الايضاح
وجامع المقاصد وكل من قال أن الحوالة استيفاء كما ستعرف والمحقق في الشرائع والمصنف في الارشاد
ترددا وكذلك التحرير والتذكرة وغاية المراد والمسالك حيث لا ترجيح فيها (وقال فخر الاسلام) في
شرح الارشاد أن البطلان أولى (حجة الشيخ) ما حكيناه عنه من أنها تابعة للبيع ومتربة على شغل ذمة

فالمشتري الرجوع على البائع خاصة ان قبض ولا يتعين المقبوض وان لم يقبضه فله قبضه
وهل للمشتري الرجوع على البائع قبل قبضه اشكال ينشأ من أن الحوالة كالتقبض ولهذا
لا يجبس البائع بعدها السلعة ومن أن التفرغ للمقبوض ولم تحصل حقيقته (متن)

المحيل فاذا بطل الاصل وحصلت البراءة بطلت الحوالة (وحجة عدم البطلان) انها عقد برأسه ناقلة للمال
الى ذمة المحال عليه في حال كون المحال مستحقاً للدين في ذمة المشتري فلا يزيله الفسخ المتعقب لانه
ابطال العقد من حيث لا من أصله ومنه يعلم وجه التردد والاشكال وأصحاب الشافعي والمصنف هنا
بنوا الوجهين على أن الحوالة هل هي استيفاء ماعلى المحيل أو اعتياض فعلى الاول تبطل لانها نوع
ارفاق واذا بطل الاصل بطلت هيئة الارفاق كما لو اشترى شيئاً بدراهم مكسرة فأعطاه صحاحاً
تطوعاً فانه يرجع بالصحيح ولا يقال يرجع بمثل المكسرة لبقاء التبرع بصفة الصحة وان كان لولا الفسخ
لكان هذا الدفع لازماً وعلى الثاني لا يبطل كما لو اعتاض البائع عن الثمن ثوباً بأن باع أحدهما بالآخر
ثم فسخ بالعب فانه يرجع بمثل الثمن لا بالثوب لانه مملوك بمعاوضة مستقلة ولا فرق في ذلك بين
كون الرد بالعيب بعد قبض المبيع وقبله ولا بين أن يكون الرد بعد قبض المحال مال الحوالة وقبله وقد
جعل في التحرير النظر والاشكال فيما اذا رد قبل قبض المحال مال الحوالة وهو لبعض العامة وبعضهم
فرق بين كون الرد قبل قبض المبيع فتبطل وكونه بعده فلا تبطل **قوله** ﴿ فللمشتري الرجوع
على البائع خاصة ان قبض ولا يتعين المقبوض وان لم يقبضه فله قبضه وهل للمشتري الرجوع على
البائع قبل قبضه اشكال ينشأ من أن الحوالة كالتقبض ولهذا لا يجبس البائع بعدها السلعة ومن أن
التفرغ للمقبوض ولم تحصل حقيقته ﴾ هذا تفريع على عدم بطلان الحوالة وقد ذكر ذلك كله في التذكرة
قال لو أحال المشتري البائع بالثمن ثم فسخ بالعيب فان قلنا لا تبطل الحوالة برأ المحال عليه ولم يكن
للمشتري مطالبة المحال عليه بشيء بحال لانه قبض منه باذنه بل يرجع الى البائع فيطالبه ان كان قد
قبض مال الحوالة ولا يتعين حق المشتري فيما أخذه البائع من المحال عليه بل للبائع أن يدفع اليه
عوضه لبقاء الحوالة صحيحة وان لم يكن البائع قد قبض فله أن يقبضه وهل للمشتري الرجوع عليه قبل
قبضه وجهان للشافعية أحدهما نعم لان الحوالة كالتقبوض ألا ترى أن المشتري اذا أحال البائع بالثمن
سقط حق الحبس والزواج اذا أحال المرأة سقط حق حبسها وأصحهما عنده انه لا يرجع لانه لم يوجد
حقيقة القبض وان كان للحوالة حكم القبض والغرامة انما تكون بحيث يكون القبض انتهى وهذا الاخير
هو معنى قوله هنا ومن أن التفرغ للمقبوض اذ معناه ان أخذ العوض من البائع انما هو عن المقبوض
والى الآن لم يحصل القبض حقيقة وان حصل ما يقوم مقامه وهذا الصحيح عندهم فاسد عندنا لان
البائع حيث ملك المحال به بالحوالة التي هي بيع عندهم خرج ذلك عن كونه ملكاً للمشتري فلا بد أن
يثبت عوضه في ذمة البائع حيث حصل الفسخ ويثبت التراد في العوضين ولا أثر للقبض وعدمه في
ذلك فتوجههم الشق الأول يكون الحوالة كالتقبض ضعيف ونحوه توجيه المصنف الشق الثاني لان
التفرغ ليس للمقبوض بل لما ثبت في ذمة البائع بدلا عن الدين الذي كان ملكاً للمشتري وكيف كان
فالاصح أن له الرجوع في هذه الحالة ان قلنا ان الحوالة اعتياض كما في المسووط والتحرير وجامع المقاصد

فان منعنا الرجوع فهل للمشتري مطالبته بتحصيل الحوالة اشكال وعلى تقدير البطلان لا يرد
البائع على المحال عليه بل يرد على المشتري ويتمين حقه فيما قبضه فان تلفه فعليه بدله وان لم
يقبضه فلا يقبضه (متن)

والمالك ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان منعنا الرجوع فهل للمشتري مطالبته بتحصيل الحوالة اشكال ﴾
أي فان منعنا رجوع المشتري على البائع حتى يقبض اذا حصل فسخ البيع ولم يكن قبض فهل للمشتري
مطالبته بتحصيل الحوالة أي قبض المال المحال به ليرجع عليه بمقتضى ذلك لانه اذا بطل ملك المشتري
للمبيع وعاد الى البائع فاما أن يستحق عليه العوض الذي ملكه في مقابلته أولا والثاني باطل لاستحالة
أن يملك العوض والمعوض فتعين الاول فالمشتري مطالبه البائع بأمرين أما التحصيل ليغرم أو الغرم في
الحال فيقول له خذته تغرم وان رضيت بدمته فثأرك فأغرم لانه ان توقف استحقاق مطالبته على قبض
البائع له والقبض غير واجب على البائع جاز تأخيرها دائما فلا يستحق عليه المطالبة بشي دائما فلا يستحق
عليه شي حينئذ فبويدي الى ضياع ماله وهو ضرر منفي بالآية والرواية وذلك حيث يعاند البائع بتأخير
قبض حقه وان وجب القبض استحق المطالبة وهو المطلوب (وقد يقال) عليه أن يجاب قبض مال الانسان
عليه ليرتب عليه حق للغير لم يكن قبل ذلك ضرر والضرر لا يزال بالضرر الا أن يقول ان الضرر
الاكثر يزال بالاقل فتأمل ويحتمل عدمه لان استحقاق المطالبة بأي شي فرض بنفس المال أو قبضه
من المحال عليه موقوف على استحقاق التفرغ ووجوبه واستحقاق التفرغ ووجوبه موقوف على القبض
لانا نبحت على هذا التقدير فلو استحق المطالبة قبل القبض لزم الدور وهو على تقدير مطالبته بنفس
المال واضح وأما على تقدير مطالبته بأن يطالب فتوجيهه أن يقول له اما أن تطالب أو تغرم فتخير بين
الامرين ومن المعلوم أن المخير فيه يكون له تسلط عليه فيه وقد علم أن لا تغريم الا بعد القبض (وقد يقال)
ان هذا التفرغ غير ذلك التفرغ لان هذا ناش من المطالبة بالمطالبة وذلك (وذاك خل) غيره فتأمل
وقرره في جامع المقاصد بأن وجوب التفرغ متوقف على القبض واستحقاق المطالبة موقوف على وجوب
التفرغ فلو توقف وجوب القبض على استحقاق المطالبة لزم الدور وحاصله انه لا يستحق المطالبة الا اذا
قبض ولا يجب القبض الا اذا استحق المطالبة فليتأمل فيه ويلحظ ما حررناه واستدل على عدمه بأنه
ليس للانسان قهر غيره على قبض حقه والحوالة حق للبائع وقد عرفت أن البائع ملك المحال به بالحوالة
ولا بد أن يثبت عوضه في ذمته للمشتري ويجب التراد فكان له الرجوع وان لم يقبض البائع فلا اشكال
ضعيف وقد قال في التذكرة وللشافعية وجه بعيد وهو انه لا يملك المطالبة بالتحصيل ﴿ قوله ﴾
﴿ وعلى تقدير البطلان لا يرد البائع على المحال عليه بل يرد على المشتري ويتمين حقه فيما قبضه فان تلف
فعليه بدله وان لم يقبضه فلا يقبضه ﴾ لما فرغ من التفرغ على الصحة وانها اعتبار شرع في التفرغ
على البطلان وانها استيفاء قال في (التذكرة) وان قلنا تبطل الحوالة فان كان قد قبض المال من المحال عليه
فليس له رده عليه لانه قبضه باذن المشتري ولو رده لم تسقط مطالبته المشتري عنه بل حقه الرد على
المشتري ويتمين حقه فيما قبضه وان تلف فعليه بدله وان لم يكن قبضه فليس عليه قبضه لانه عاد الى
ملك المشتري كما كان وبه كنه صرح في المسالك انتهى (قلت) أما انه يتمين حقه فيما قبضه فلا يتم
المشتري قد تعين بالقبض عن الدين الذي كان عليه والا لامتنع وقوعه عن دينه فلا يزول ذلك بزوال

فان قبضه فهل يقع عن المشتري يحتمل ذلك والوكالة عقد مخالف للحوالة بخلاف ما لو فسدت الشركة والوكالة فان الاذن الضمني يبقى ويصح التصرف لان المحتال يقبض لنفسه بالاستحقاق لا للمحيل بالاذن وهما مختلفان وبطلان أحدهما لا يفيد حصول الآخر وفي الشركة يتصرف بالاذن فاذا بطل خصوص الاذن بقي عمومه (متن)

الدين وقال المفسر الاردبيلي يمكن أن لا يكون للمحيل استحقاق الاخذ من البائع لبطلان الحوالة فيكون المطالب هو المحال عليه وهو غير بعيد على تقدير الاخذ بعد البطلان واما انه عليه بدله ان تلف فلانه قبضه بدلا عن دينه الذي هو الثمن فكان قادما على ضمانه ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان قبضه فهل يقع عن المشتري يحتمل ذلك ﴾ لانه كان ماذونا في القبض بحجة فاذا بطلت بقي أصل الاذن والاصح العدم لان الاذن الذي كان ضمنا لا يقوم بنفسه كما ذكر ذلك كله في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك وحاصل ما ذكره جميعا أن البائع اذا خالف وقبض مال الحوالة الذي قلنا انه ليس له قبضه فانه لا يقع له قطعا لانه لا يستحقاق له وهل يقع عن المشتري بحيث يتعين له بهذا القبض فيه احتملان (أحدهما) انه يقع لانه كان ماذونا في القبض لحقه بالحوالة فاذا بطلت بقي أصل الاذن لان الخاص اذا ارتفع يبقى العام (والثاني) العدم لان الاذن العام انما كان في ضمن الاذن الخاص والاذن الضمني لا يقوم بنفسه فيرتفع بارتفاع ما تضمنه ﴿ قوله ﴾ ﴿ والوكالة عقد مخالف للحوالة ﴾ ومثله قال في التذكرة ويريد أن لو قلنا بوقوع القبض وجوازه بالاذن فانما يكون عن المشتري بوكالة منه لانه يكون قد استنابه في القبض عنه وليس لهذه الوكالة ما يقتضيها الا الحوالة وهي لا تقتضي الوكالة لانها عقد ان متغيران وقد يقال لا حاجة الى هذا بعد فرض انتفاء الاذن الضمني ﴿ قوله ﴾ ﴿ بخلاف ما لو فسدت الشركة والوكالة فان الاذن الضمني يبقى ويصح التصرف لان المحتال يقبض لنفسه بالاستحقاق لا للمحيل بالاذن وهما مختلفان وبطلان أحدهما لا يفيد حصول الآخر وفي الشركة يتصرف بالاذن فاذا بطل خصوص الاذن بقي عمومه ﴾ هذا ذكره في التذكرة في فرع فرع على المسئلة وقد اوضحه الشهيد في حواشيه والمحقق الثاني في جامع المقاصد وكذلك صاحب المسالك بانه جواب سؤال مقدر صورته انه كيف انتفى الاذن في قبض المال المحال بطرؤ بطلان الحوالة مع ان الاذن في التصرف يبقى في الوكالة والشركة الفاسدين كالموكله في التصرف اذا جاء رأس الشهر وشاركه على الاستواء في الربح واختصاص أحدهما بالخسر ان فيعتبر الاذن الضمني فيهما ويحكم ببقائه (والجواب) بالاختلاف بينهما وبين الحوالة لان المحتال يقبض لنفسه بالاستحقاق والمحيل بالاذن وهما أي قبضه لنفسه بالاستحقاق وقبضه للمحيل بالاذن مختلفان لان أحدهما حوالة والآخر وكالة فبطلان أحدهما لا يفيد حصول الأخرى قطعا اذ من المعلوم اليقين أن الحوالة لم تتضمن التوكيل كما أن البيع لا يتضمنه فاذا بطلت الحوالة توقف ثبوت الوكالة على مقتضى له اما في الشركة والوكالة فلا واقتصر المصنف على ذكر الشركة اثارا للاختصار واعتمادا على حصول المراد بذكرها فانه يتصرف بالاذن حيث استنابه في التصرف فاذا بطل خصوص الاذن لفساد العقد بقي عمومه (تم قال في جامع المقاصد) والحق ان الذي يتصل مما ذكره هو ان بقاء عموم الاذن في التصرف في الوكالة والشركة اذا

ولو أحال البائع رجلا على المشتري فالأقرب عدم بطلان الحوالة بتجدد الفسخ لتعلق الحوالة بغير المتعاقدين سواء قبض أم لا (متن)

فإذا أقرب من ثبوت الوكالة بفساد الحوالة لشدة البعد بينهما أما صحة بقاء الأذن الضمني فيها بحيث يحكم بجواز التصرف بمجرد ادعائه بقاء عموم الأذن فليس بظاهر لامتناع بقاء الضمني بعد ارتفاع المطابقى إلا بدليل يدل عليه غير كونه ضمينا ونحو ذلك ما في المسالك (قلت) هما قولان .
 . بوران في باب الوكالة منشأ البقاء كون الفاسد إنما هو العقد أما الأذن الذي هو مجرد اباحة تصرف فلا كما لو شرط في الوكالة عوضا مجهولا فقال بيع كذا على أن لك العشر من ثمنه فتفسد الوكالة دون الأذن وإن الوكالة اخص من مطلق الأذن وعدم الأخص اعم من عدم الأعم ومنشأ عدم أن الوكالة ليست أمرا زائدا على الأذن وما يزيد عنه مثل الجعل امر زائد على الوكالة لصحتها بدونها فلا يقل فسادها مع صحته أي الأذن لكن المصنف هنا وفي التذكرة في موضعين منها واحتلف وغيره ذهب إلى صحة التصرف بالأذن الضمني وهذا حديث اجمالي والتفصيل في باب انشاء الله تعالى ﴿ قوله ﴾
 ﴿ ولو أحال البائع رجلا على المشتري فالأقرب عدم بطلان الحوالة بتجدد الفسخ لتعلق الحوالة بغير المتعاقدين سواء قبض أم لا ﴾ عدم بطلان الحوالة هنا خيرة المبسوط والشرائع والتذكرة والارشاد وشرحه نولد المصنف وجامع المقاصد والايضاح والمسالك وقد حكى في التحرير والآخرين عن الشيخ دعوى الاتفاق عليه والموجود في المبسوط لم تبطل الحوالة بلا خلاف والظاهر أن مراده بلا خلاف بين العامة لانه ذكر خلافهم في العكس أو أن مراده بلا خلاف بينه وبين العامة والا فهذا الفرع ما لم به أحد منا قبله نعم الاجماع محكي صريحا في شرح الارشاد لفسخ الاسلام ولا فرق في ذلك بين أن يكون قد قبض أولا لانتقال الملك بدون القبض واحتمل في التحرير بطلان الحوالة أن كان الرد قبل القبض لسقوط الثمن ثم احتمل الصحة والوجه في المسئلة بعد ما سمعته عن المبسوط انه لا يشترط شغل ذمة المحال عليه كما مر فاذا بطل البيع لم تبطل الحوالة لانها من حين البيع الى حين بطلان حوالة على مشغول الذمة ومن حين البطلان صارت على بري فلا تحتاج الى بقاء شغل الذمة وقد وجهه في المبسوط والشرائع والكتاب وغيره بانها تعلقت بغير المتعاقدين وقد اشاروا به الى الفرق بين حوالة المشتري البائع وحوالة البائع الاجنبي على المشتري فان الحق في الاول كان مختصا بالمتعاقدين بسبب المبيع فاذا بطل السبب بطل التابع لان الحوالة انما كانت طريقا لاستيفاء البائع الثمن فلم يتعلق بذلك حق ثالث بخلاف حوالة الاجنبي فانها لا تبطل وان حكم بالبطلان ثمة لتعلق الحوالة بغير المتعاقدين حيث أن الثمن صار مملوكا للاجنبي قبل فسخ العقد كما لو باع البائع الثمن لشخص آخر (قلت) هذا يتوجه (بوجه خ) حيث يسبق القبض الرد وصاحب الايضاح لم يقول الاعلى اجماع الشيخ قال لان الاجماع المنقول بخبر الواحد حجة وقد عرفت حال هذا الاجماع وخلاف الاقرب احتمال البطلان لان استحقاق المحال فرع على استحقاق المحيل وقد بطل ولان الاحالة انما هي بالثمن (ورد في جامع المقاصد والمسالك) بانه فرع وقت الحوالة لا مطلقا أي لا بعد الحوالة لأفادتها الملك حين وقعت بغير معارض وقد سمعت ما في التحرير وانت خبير بانه على القول باشتراط شغل ذمة المحال عليه بجي الاشكال ويقوى احتمال البطلان بل قد يقال على القول بعدم الاشتراط ان المشتري ما قبل الحوالة

ولو فسد البيع من أصله بطلت الحوالة في الصورتين ويرجع على من شاء من المحتال والبائع
 ﴿فروع﴾ الاول لو أجال بضمن العبد على المشتري وصدق الجميع العبد على الحرية بطلت الحوالة
 ويرد المحتال ما أخذه من المشتري ويبقى حقه على البائع وإن كذبهما المحتال وأقام العبد بينة
 أو قامت بينته الحسية فكذلك (متن)

الاباعتماد شغل ذمته فيكون كأنه قد اشترط ذلك ويرشد إليه ما سيأتي فيما إذا بطل العقد من أصله
 في هذه الصورة فليس ذلك الاحتمال ظاهر الضعف كما في جامع المقاصد ولا بتلك المسألة منه كما
 في المسالك ولذلك عبر المصنف هنا وفي التذكرة بالاقرب وتوقف في التحرير ﴿قوله﴾ ﴿ولو
 فسد البيع من أصله بطلت الحوالة في الصورتين﴾ كما في الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع
 المقاصد والمسالك ومجمع البرهان وشرح الارشاد لفخر الاسلام وفيه الاجماع على بطلان الحوالة فيما
 إذا أحال البائع اجنبيا وظهر فساد البيع والمراد بالصورتين والموضعين فيما عبر فيه بذلك ما إذا أحال
 المشتري البائع وما إذا أحال البائع اجنبيا وقد وجهه بأن صحة الحوالة فرع ثبوت الثمن للبائع على التقديرين
 فإذا تبين بطلان البيع من أصله ظهر عدم استحقاق البائع الثمن في نفس الامر في ذمة المشتري ﴿قلت﴾
 إذا جازت الحوالة على البري لم يتجه هذا التوجيه في الصورة الثانية نعم يتجه في الاولى لان من
 شرطها أن يكون المعيل مشغول الذمة فالوجه فيه بعد الاجماع المنقول انه إنما أحاله على الثمن الذي في
 ذمة المشتري باعتقاد ذلك مع انه لا شغل في نفس الامر والواقع فلم تقع الحوالة موقعا بخلاف صورة
 طر بان النسخ فإن الشغل ثابت حين العقد والدوام غير شرط فتأمل ولا تغفل عما ذكرناه في وجه
 احتمال عدم القرب في المسئلة السابقة ولا يخفى أن الحوالة وقعت في نفسها باطله لانها بطلت بظهور بطلان
 البيع كما هو ظاهر العبارات ولهذا قال في جامع المقاصد قد كان الأحسن أن يقول ولو فسد البيع فالحوالة
 باطله والامر في ذلك سهل ﴿قوله﴾ ﴿ويرجع على من شاء من المحتال والبائع﴾ كما في التذكرة
 وجامع المقاصد والمسالك أما رجوعه على المحتال فلانه قد وضع يده على المال وأما رجوعه على البائع
 لو كان القايض محتاله فلانه أوفاه للمحتال عما في ذمته قبضه منسوب اليه بل قيل انه أقوى ولهذا يمنع
 من حبس المبيع بعد الحوالة بالثمن وليس للمشتري الرجوع على المحتال عليه بعد القبض حينئذ لصدوره
 باذنه ﴿فروع﴾ هذه فروع أربعة بياتم الباب ﴿قوله﴾ ﴿الاول لو أحال بضمن العبد على المشتري
 وصدق الجميع العبد على الحرية بطلت الحوالة﴾ كما في المبسوط والتحرير والتذكرة ومعناه انه باعه
 عبدا وأحال البائع غريمه بالثمن على المشتري ثم ادعى العبد الحرية وصدقه المعيل والمحتال والمحال
 عليه ولا ريب أن الحوالة حينئذ تكون باطله لانفاقهم على بطلان البيع وإذا بطل من أصله لم يكن على
 المشتري ثمن ويحبي فيه ما تقدم من الحوالة على البري، وكذلك الحال لو تصادقوا على الحرية وإن لم
 يدعها العبد ﴿قوله﴾ ﴿ويرد المحتال ما أخذه من المشتري ويبقى حقه على البائع﴾ لا ريب انه
 إذا بطلت الحوالة رد المحتال على المشتري ما أخذه منه وبقي حقه على البائع كما كان كما في التذكرة
 ﴿قوله﴾ ﴿وإن كذبهما المحتال وأقام العبد بينة أو قامت بينته الحسية فكذلك﴾ كما في التذكرة
 وجامع المقاصد وكذلك المبسوط والتحرير ومعناه أن المحتال إذا كذب البائع والمشتري في كون العبد
 المبيع حرا فالأمر أن تقوم البينة على الحرية أولا فإن قامت بطلت الحوالة كما لو تصادقوا ووجب رد ما أخذه

وليس للمتبايعين اقامتها لتكذيبها بالمبايعة الا مع امكان الجمع كادعاء البائع عتق وكيله وادعاء المشتري عتق البائع مع جهله ولو فقدت البيعة فلهما احلافه فيأخذ المالك من المشتري (متن)

المحتال على المشتري وهو معنى قوله فكذلك وهذه البيعة تتصور بأن يقيما العبد لان العتق حقه وان يتدأبها الشهود على سبيل الحسية أي اقامة للمعروف ودفعاً للمنكر فتشهد عند الحاكم من غير دعوى مدع فان ذلك جائز محافظاً على دفع المنكر ويأتي ما اذا فقدت البيعة ﴿قوله﴾ (وليس للمتبايعين اقامتها لتكذيبها بالمبايعة) كافي المبسوط والتحرير والتذكرة وجامع المقاصد ومعناه انه ليس للمتبايعين اقامتها بالحريه ولا تسمع منهما لانها قد كذباها بالتبايع اذ بيع أحدهما وشراء الآخر قاضيان بالاعتراف بالرقية وقد أجمعوا على أن كل من كذب بيته بقول أو فعل لا تسمع منه اقامتها لكنه ينتفع بها العبد اذا أقامها أو أقامها أحدها ﴿قوله﴾ (الامع امكان الجمع كادعاء البائع عتق وكيله وادعاء المشتري عتق البائع مع جهله) هذا جملة في التذكرة احتمالاً قال ويحتمل أن يقيماها اذا أظهرها عذراً بأن يكون البائع قد وكل بالعتق وصادف البيع العبد معتوقاً فان للبائع هنا اقامة البيعة حيث لم يكن في اقامتها تكذيب وكذا لو ادعى المشتري عتق البائع وجعله أي ثم نجد العلم بعد البيع وبه جزم هنا وفي جامع المقاصد ولم يذكر في المبسوط والتحرير ولعل الاولى ذكره اذ لو كان الامر كذلك لاسبيل الى ذلك الا ذلك ﴿قوله﴾ (ولو فقدت البيعة فلهما احلافه فيأخذ المالك من المشتري) قال في (التذكرة) وان لم يكن بيعة لم يلفظ الى تصادقها في حق المحتال كما لو باع المشتري العبد ثم اعترف هو وبائمه انه كان حراً لم يقبل قوله على المشتري لكن لما تحلّف المحتال على نفي علم العتق فان حلف بقيت الحوالة في حقه ولم يكن تصادقها حجة عليه الى ان قال وان نكل حلف المشتري ثم ان جعلنا اليمين المروده كالاقرار بطلت الحوالة وان جعلناها كالبيعة فالحكم كما لو لم يحلف لانه ليس للمشتري اقامة البيعة وقال في (جامع المقاصد) بعد ان فسر عبارة الكتاب هل يشترط في صحة دعواهما عليه العلم وطلب حلفه على نفيه اظهار ما به يستدفع التنافي ويمكن الجمع أم لا عبارة المصنف هنا محتملة وان كانت أظهر في اشتراط ذلك حيث انه بناء على فقد البيعة ووجود البيعة انما يعتد به بالنسبة اليها بعد اظهار ما يستدفع به التنافي وفي (التذكرة) صرح بأنه لو نكل المحتال حلف المشتري قال ثم ان جعلنا اليمين المروده الى آخر ما حكيناها عنها قال وفيها كلامان هذا أحدهما أعني تحلّف المحتال ومع نكوله فالمشتري وان لم يظهر العذر الزافع للتنافي الثاني انه حكم بحلفه على كل حال ويكون وجود اليمين كعدمها على تقدير ان المروده كالبيعة فلا يكون لهذه اليمين فائدة اصلا على هذا التقدير والمعروف ان من كذب أقراره دعواه لا تسمع دعواه أصلاً فينبغي تحقيق ذلك انتهى (قلت) عبارة التذكرة كعبارة الكتاب في بناء التحلّف على فقد البيعة بل لعله أظهر لمكان الاستدراك من النفي ولعل توسط التمثيل لا يضر بالتفريع والاستدراك ولعل قوله والمعروف الى آخره راجع الى الكلام الاول الذي اوردته على التذكرة وهو ان التبايع قضى باقرارهما واعترافهما بالرقية فلا تسمع دعواهما العلم على المحتال وان لم يظهر العذر ونحن نقول ان دعوى العلم تسمع لانها دعوى أخرى ثم انه على ما بيناه من ان العبارتين متساويتان يسقط ذلك ولا يكاد يصبه رجوعه الى غير ذلك ولم يحكم في التذكرة بالحلف عليه على كل حال وانما قال حلف المشتري ومعناه ان له الحلف وله الترك كما هو المعروف فقد بين ان له ان يحلف اذا شاء وكان قاضيه ممن يرى ان اليمين المروده كالاقرار وان

وفي رجوع المشتري على البائع اشكال ينشأ من أن المظلوم يرجع على من ظلمه ومن أنه
قضى دينه باذنه ولو صدقهما المحتال وادعى أن الحوالة بغير الثمن صدق مع اليمين لأن الاصل
صحة الحوالة (متن)

كان القاضي ممن يرى أنها كالبينة لا يحلفه لأن وجودها كعدمها والحاصل ان غرضه بيان أحكام المسئلة
للحاكم حتى لا ينفل كما هو الشأن في غيرها كما هو واضح وليس غرضه التسجيل عليه أي المشتري
بالحلف على كل حال ثم ان الأمر للقاضي لانه فالامر أوضح من ان يحتاج الى بيان وهذا بتحقيق
ما أحب تحقيقه نعم قد يفهم عليه في التذكرة ما تقدم منا غير مرة من ان اليمين المراد أصل برأسه
على انها لو كانت هنا كالبينة كانت مقبولة لانها ثقيل لواقمها على انه يعلم عنقه وقد قلنا انه اذا ادعى
ذلك سمع منه لأنها دعوى أخرى كما اعترف به في التذكرة والا لما صح لها تحليفه ﴿ قوله ﴾ -
﴿ وفي رجوع المشتري على البائع اشكال ينشأ من أن المظلوم يرجع على من ظلمه ومن أنه قضى دينه
بأذنه ﴾ اذا حلف المحتال على نفي العلم بالعتق أخذ المال المحتال به من المشتري وهل يرجع به المشتري
على البائع استشكل المصنف هنا وجزم في التذكرة وجامع المقاصد بالرجوع اذا دفع المحتال لانه قضى
دينه باذن شرعي والدفع واجب عليه وربما اجبره الحاكم عليه وقرب في الاول عدم الرجوع قبل الدفع
وهو ظاهر وكان ينبغي الجزم به ﴿ قوله ﴾ - ﴿ ولو صدقها المحتال وادعى ان الحوالة بغير الثمن
صدق مع اليمين لأن الاصل صحة الحوالة ﴾ كما في البسوط والتحرير وحاصل ما ذكره ان المحتال
صدق البائع والمشتري على ان العبد حر وادعى ان الحوالة بغير الثمن فقد حصل الاختلاف في صحة
الحوالة وفسادها والاصل الصحة فيقدم قوله يمينه لأن دعواه موافقة للأصل وهو كلام جيد متين
جار في جميع شقوق المسئلة (وعساك تقول) انه تقدم غير مرة ان اصل الصحة لا يتمسك به الا بعد تمام
أركان العقد والمشتري يدعي فساده لعدم تمامية الاركان (لانا نقول) ان هذا جاء بالآخرة والا فهو
معترف بانه كان صحيحاً ظاهراً ثم انكشف فساده فليتأمل في ذلك جيداً اذ قد لا يكون ذلك مبني
على ذلك (واعترضه في جامع المقاصد) بما حاصله ان هذا يتم فيما اذا ادعى المحتال الحوالة بدين آخر على
المشتري والمشتري مقر بأصل الدين ولكنه ينكر الحوالة به وادعى المحتال وقوعها على المشتري مع
خلو الذمة (اما الاول) فلا لأنه ليس في طرف المشتري اصل ولا ظاهر ومع المحتال أصل الصحة واما أصل
برائة المحال عليه من دين المحتال فقد قطع أصل صحة الحوالة التي اعترف بها وبقي الاختلاف في
الفساد موجبا لليمين على من ينكره ومنه يعلم حال الثاني قال وأما اذا ادعى الحوالة بدين آخر وانكره
المحال عليه فقد قيل انه قد تعارض أصل الصحة واصل البرائة ويمكن ان يقال يمنع تعارض الاصلين
اذ لا يلزم من كون الحوالة بغير دين في الذمة فسادها بل هو اعم من الفساد لما عرفت من ان صحة
الحوالة لا تستلزم شغل الذمة فيبقى أصل البرائة بغير معارض فيقدم قول المحال عليه يمينه وهذا متجه
وهو خيرة التذكرة انتهى ومعناه على ما اقتضاه تسميته ان المحال انما يدعى الحوالة بهذا الدين الخاص
والمحال عليه ينكر ذلك فالاصل برائة ذمته من هذا الدين الخاص والحوالة به ولا ينكر الحوالة
المطلقة ويقول انها فاسدة لأن صحة الحوالة لا تستلزم شغل الذمة فلامعارض لاصل البرائة فكانت الحوالة
صحيحة والدين غير ثابت فلا تعارض وفيه بعد الغرض عما فيه ان مراد القائل بأصل البرائة اصل

فان أقاما بينة ان الحوالة بالثمن ان قبلت لانهما لم يكذباها الثاني لو جري لفظ الحوالة واختلفا بعد القبض فادعاها المحتال وادعى المحيل قصد الوكالة فالأقرب تقديم قول المحيل لانه اعرف بلفظه وقصده واعتضاده بالاصل من بقاء حق المحيل على المحال عليه وحق المحتال على المحيل ويحتمل تصديق المستحق عملا بشهادة اللفظ (متن)

البرائة من وجوب الاعطاء والدفع الى المحتال لأنه هو محل نظره وغاية قصده وهذا يعارضه اعترافه بالسبب المتقضي لذلك وهو الحوالة سواء كانت واردة على شغل ذمة أولا فان الاصل فيها الصحة فيقطع أصل البرائة لو روده عليه قطعا فالمدار على وجوب الاعطاء وعدمه لانه هو محل البحث ثم ان ما حكاه عن التذكرة انما هو فيما اذا ادعى البائع ان الحوالة على المشتري بدين آخر لا المحال عليه الا ان يقول ان أراد في جامع المقاصد ذلك لكنه يمنع منه تقسيبه فأتمل جيدا ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان أقاما بينة ان الحوالة بالثمن قبلت لانهما لم يكذباها ﴾ كما في المبسوط والتحرير والتذكرة وجامع المقاصد ومعناه انه لو أقام البائع أو المشتري أو أحدهما بينة بكون الحوالة انما هي بالثمن الذي تضمنه البيع حيث ادعى المحتال ان الحوالة بغيره فانها تقبل كما نسمع دعواهما بذلك لانهما لم يكذباها فان كون المبيع حرا لا يقتضي عدم وقوع الحوالة بما سمي ثمنا في مقابله غاية ما هناك انها يدعيان فساد الحوالة فثبت بالبينة ﴿ قوله ﴾ ﴿ الثاني لو جري لفظ الحوالة واختلفا بعد القبض فادعاها المحتال وادعى المحيل قصد الوكالة فالأقرب تقديم قول المحيل لانه اعرف بلفظه وقصده واعتضاده بالاصل من بقاء حق المحيل على المحال عليه وحق المحتال على المحيل ويحتمل تصديق المستحق عملا بشهادة اللفظ ﴾ لو جرى بين اثنين لفظ الحوالة مع العقد فان كان قال له احلتك بالمائة التي لك علي علي زيد فهذا لا يحتمل الا حقيقة الحوالة فالقول قول مدعيها قطعا كما في التذكرة والتحرير وان كان قال له احلتك بالدين الذي لي قبل زيد واحلتك بمائة علي زيد فادعى المحتال ان اللفظ الذي صدر بينهما من لفظ الحوالة أريد به الحوالة وادعى المحيل قصد الوكالة بلفظ الحوالة فالذي في المبسوط تقديم قول المحيل وقد قرره المصنف هنا وقد نسه في المسالك الى الشيخ وجماعة ولم نعرفهم ولا وجدنا ناقلا عنهم وفي (الشرائع والكفاية) التردد وكذا التذكرة حيث لا ترجيح فيها وفي (التحرير وجامع المقاصد) اختيار ترجيح قول المحتال وهو الاحتمال المذكور في الكتاب (حجة الشيخ) ما ذكره المصنف من انه اعرف بلفظه باعتبار استعماله في المعنى الحقيقي وغيره وكذا هو اعرف بما قصده اذ لا يعلم قصده الا من قبله وان قوله معتضد بأصل بقاء حق المحيل على المحال عليه واصل بقاء حق المحتال على المحيل (واعترضه في جامع المقاصد) بما نبه عليه في التذكرة من أن اللفظ الواقع مجردا عن القرائن يجب حمله على حقيقته لان الواجب على المتكلم نصب القرينة اذا أراد المجاز فالتجرد دليل ارادة الحقيقة والالزام الاغراء بمحمل المقصود والاصل خلافه فدعواه بعد ذلك مخالفة للاصل على ان هذا لو قدح لتدح في جميع الابواب من بيع وصلاح وقرار ونكاح وغيرها وان الاصلين قد زالوا بالحوالة الصادرة بينهما التي هي الاصل فيها الحقيقة والصحة ولو قدح هنا في البيع وغيره اذا وقع الخلاف بعد صدوره انتهى وقد اجهد نفسه صاحب المسالك واطال في رده واصلاح كلام الشيخ والمصنف فجوز ان تكون الحوالة لفظا مشتركا بينهما وبين

ولو لم يقبض قدم قول المحيل قطعاً ولو انعكس الفرض قدم قول المحتال (متن)

الوكالة أما لان الوكالة تتحقق في ضمن كل لفظ يدل على الاذن بطريق الحقيقة والحوالة مؤدية لذلك لان معنى احتلك كما يحتمل تحويل المال من ذمة الى ذمة يحتمل ارادة تحويل المطالبة من المحيل الى المحتال أو لان دلالتها على الاذن للمحتال حاصلة على التقديرين وانما الكلام في المعنى الزائد على الاذن وهو تحويل الحق ثم استشعر بان المتبادر من معنى لفظ الحوالة عند اطلاقه هو المعنى المتعارف لها ولا يفهم منه ارادة الوكالة الا بانضمام قرآن خارجية فيدل على كونها حقيقة في معناها دون الوكالة (وأجاب) بان هذه العلامة لا تتم في المشترك (قلت) وهو كذلك لأنه مع وجود قرينة تعيين احد معانيه يتبادر الذهن الى ارادته مع عدم كونه في الآخر لكن الشأن في اثبات الاشتراك وما ذكره في اثباته لا يجدي ثم استشعر بان الحوالة حقيقة شرعية في العقد المخصوص واطلاقها على الوكالة انما هو بطريق اللغة والشرعية مقدمة وبعضها دلالة العرف والقرينة مقدمة (وأجاب) بان دلالتها على الوكالة ايضاً بطريق الشرع لان الوكالة شرعا حقيقة في الاذن في التصرف كيف اتفق وماي لفظ دل عليه وان واقفا مع ذلك اللغة وترجيح الشرع والعرف للمعنى المتعارف من الحوالة يقتضي ترجيح احد معني المشترك وهو لا يخرج الفرد الآخر عن الحقيقة ثم استشعر ان ذلك يستلزم كون الحوالة مشتركة والمجاز خير من الاشتراك (ثم اجاب) بان ذلك غير مجمع عليه على ان ذلك اذا لم يثبت الاشتراك وقد اثبتناه فيكون دعوى المحيل الوكالة خلاف الظاهر ودعوى المحتال الحوالة موافقة للظاهر لكن هذا لا يندفع به الاصلان المتقدمان فيرجع الامر الى تعارض الاصل والظاهر والاصل مقدم انتهى كلامه مع اختصار فيه (وفيه) نظر من وجوه (منها) أن الحقيقة الشرعية ليست ثابتة في الحوالة ولا الوكالة كما اوضحناه في كتاب الرهن وقد حرر في فته (ومنها) أن الحقيقة الشرعية انما تقدم على العرفية في كلام الشارع لا في كلام المتعاقدين نعم لو عرفنا اصطلاح الشارع واقفا العقد عليه كان المرجع اصطلاح الشارع لكن لا من جهة تقديمه على اصطلاحها بل من جهة تعيينه كما لو اوقعا باصطلاح طائفة اخرى (ومنها) ان ظاهر اللفظ يقطع الاصل اصل برائة كن أو غيرها كظاهر الشرع واذا ادعى انه اقام قرينة وانه فهم منها مراده ونسي فالاصول تنفي ذلك كله نعم ظاهر الحال لا يقطع الاصل وكيف كان فتقديم قول المحتال اشبه بالاصول المقررة والضوابط المحررة

﴿ قوله ﴾ ولو لم يقبض قدم قول المحيل قطعاً ﴿ كافي الشرائع وقال في (جامع المقاصد) أن هذا في غاية البعد وما قطع به غير ظاهر لان اختلافهما قبل القبض وبعده لا يجدي فيه فرقا لان عقد الحوالة من العقود اللازمة فاذا صح وحمل على الحقيقة تعين فيه الاداء الى المحتال لانه صار ملكه وقال في (المسالك) يمكن أن يكون قطع المحقق من جهة ترجح الاصل لانه الغالب معتزدا باصالة عدم ملك المحتال له بخلاف ما في يده وهو كما ترى (ووجه) الفرق في جامع المقاصد بان الحوالة استيفاء والاستيفاء انما يشر الملك بالقبض قبله لا يتحقق الملك فيكون الاختلاف قبل القبض في استحقاق ما هو مملوك للمحيل حين الاختلاف (ورده) بان نفس الحوالة استيفاء ومثمرة للملك وان لم يحصل القبض حتى لو اراد المحيل بعد كمال الحوالة دفع البديل توقف على رضا المحتال وليس هو كالايقاء بغير الحوالة فان الملك فيه متوقف على القبض ومن ثم يجوز له الابدال قبله ﴿ قوله ﴾ ولو انعكس الفرض قدم قول المحتال ﴿

ولو لم يتفقا على جريان اللفظ بل قال المستحق أحلتني وقال المديون وكلتني في استيفاء ديني صدق المديون فإن لم يكن قبض فليس له ذلك لانزاله بانكلاه الوكالة وله مطالبة المديون بالمال لثلا يضيع حقه ويحتمل العدم لاعترافه ببراءته بدعوى الحوالة أما لو قال المستحق وكلتني فقال لا بل أحلتك صدق منكر الحوالة باليمين (متن)

كما في الشرائع وقال في (التذكرة) ولو انعكس الفرض بعد اتفاقهما على جريان لفظ الحوالة فقال المديون لزيد احلتك على عمرو وقال القابض بل وكلتني قبض ما عليه وحتى باق عليك وتظهر الفائدة عند افلاس عمرو فالوجهان في المسئلة الاولى على العكس فكل من قال في المسئلة الاولى القول قول مدعي الوكالة قال هنا القول قول مدعي الحوالة وبالعكس ونحوه ما في التحرير والمحقق والمصنف هنا قالوا بتقديم قول المحتال يبيته عملا باصالة بقاء الحقيين والمديون يدعي خلافهما وانتقالها فكان عليه البينة (ورد في جامع المقاصد) بان الاصل في اللفظ الحقيقة والحل على المجاز خلاف الاصل والمحيل اعرف بلفظه وقصده والاصل الذي ادعاه بالنسبة الى الحقيين زال بالسبب الواقع بينهما ومن هذا علم ان ما اختاره هنا ايضا في غاية البعد مع مخالفته لما سبق من مجي الوجيئين في المسئلة الاولى فلا اقل من مجيئهما (قلت) يمكن حمل عبارة الكتاب والشرائع على ما اذا اتفقا على جريان لفظ الوكالة او ادعاها المحتال وادعى المحيل قصد الوكالة وحينئذ فلا اشكال لكنه يدفعه التصريح في التذكرة في بيان العكس بما عرفت وكذا التحرير فأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو لم يتفقا على جريان اللفظ بل قال المستحق احلتني وقال المديون وكلتني في استيفاء ديني صدق المديون ﴾ كما في التذكرة والتحرير والمبسوط وفيه انه لا خلاف فيه لان الاصل عدم الحوالة واستمرار حق القابض على المديون واستمرار حق المديون على الثالث ولا يعارض اصل عدم الحوالة اصل عدم الوكالة وتظهر فائدة هذا فيما اذا كان الثمن باقيا واراد الابدال أو اراد التأخير للدفع الى بلد الدين اذا كانا في غيره ولم يشترط الاداء في غيره ﴿ قوله ﴾ ﴿ فإن لم يكن قبض فليس له ذلك لانزاله بانكلاه الوكالة وله مطالبة المديون بالمال لثلا يضيع حقه ﴾ اما انزاله بانكلاه الوكالة فقد واقفه عليه في جامع المقاصد وفيه تأمل مع اصرار المديون على دعواها بل احتمل في الاخير في باب الوكالة انه لو عزل نفسه في حضرة الموكل ولم يرضى الموكل لم ينزل فأمل واما أن له مطالبة المديون بالمال الذي له عليه فثلا يضيع حقه ولان الحوالة ان كانت هي الواقعة في الواقع فقد ظلمه بدفعه عن ماله ومالكه واخذه منه وان كانت الوكالة هي الواقعة فلا ريب في بقاء حقه عليه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويحتمل العدم لاعترافه ببراءته بدعوى الحوالة ﴾ لان الحوالة تتضمن براءة المحيل فدعواه اياها يكون قد اعترف ببراءة ذمة المحيل فكيف يطالبه وهذا الاحتمال ضعيف لانه يزعم انه ظلمه باخذ ماله كما عرفت قال في (جامع المقاصد) بعد ان اختار ان له مطالبته هذا الحكم في الظاهر وفيما بينه وبين الله يعتمد ما يعلم انه الحق (قلت) له مطالبته في الظاهر والواقع لانه ان كان الذي جرى بينهما عقد الوكالة فدعواه الحوالة لا تسقط حقه في الواقع لانها عقد يحتاج في الاسقاط الى ايجاب وقبول ورضا من الطرفين وان كان الذي جرى عقد الحوالة فوجهه ظاهر مما تقدم ﴿ قوله ﴾ ﴿ اما لو قال المستحق وكلتني فقال لا بل احلتك صدق منكر الحوالة باليمين ﴾ كما في المبسوط والتحرير لان الاصل عدم الحوالة والاصل بقاء الحقوق ومنكر الحوالة هنا المستحق وفيما قبله المديون فلو قال

وليس للمستحق القبض لان انكار الوكالة يتضمن العزل فان كان قبض فالاقرب انه يملكه
لانه جنس حقه وصاحبه يزعم انه ملكه فلا أقل من أن يكون ذلك اذنا في التملك وان تلف
احتمل عدم الضمان لان الوكيل أمين وثبوته لان الاصل ضمان مال الغير في بد آخر
ولا يلزم من تصديقه في نفي الحوالة تصديقه في اثبات الوكالة ليسقط عنه الضمان الثالث
لو شرط في الحوالة القبض بعد شهر فالاقرب الصحة وان كان حالا (متن)

صدق المستحق ليكون الاختلاف بينها وبين ما سبق في تصديق المديون وعدمه لكان احسن
﴿ قوله ﴾ « وليس للمستحق القبض لان انكار الوكالة يتضمن العزل » أي لو كان وكيلاً لكن
المصنف في باب الوكالة تأمل في كون انكارها عزلاً وقال في (جامع المقاصد) هناك انه ليس عزلاً
على الاصح ﴿ قوله ﴾ « فان كان قبض فالاقرب انه يملكه لانه جنس حقه وصاحبه يزعم انه
ملكه فلا أقل من ان يكون ذلك اذنا في التملك قال الشهيد في حواشيه قوله يملكه يحتمل معنيين
احدهما الملك القهري لزعم صاحبه ذلك وهو من جنس الحق فهو في قوة التعيين بحجة مخصوصة من
جهات القضاء فعلى هذا لا يحتاج الى امر آخر الثاني جواز الملك ويتوقف حقيقة الملك على احد
امرين اما انشاء المديون تعييناً كقوله خذ ما في يدك واما مما طلته بدفع غيره فيختار اخذه قصاصاً
لكن على الاول يدخل في ملكه قهراً وعلى الثاني يتوقف على الاختيار فله رده والمطالبة بالبدل الا
ان يشاء المديون تعيينها وقال في (جامع المقاصد) عندي أن الثاني بعيد اذ المتبادر من كلام المصنف
تملكه من غير توقف على شيء آخر فاما ان يجعل زعم المديون بمنزلة التعيين ان لم يكن اقوى فيملكه
القبض على طريق القهر أو يجعل ادعاء الحوالة المتضمنة لبراءة ذمته بحيث لا يستحق عليه المطالبة
بعد مما طلته حيث انها اقوى اذ منكر الدين مما طل وزيادة فيسوغ له الاخذ مقاصداً ثم قال وعلى كل
حال فالقرب المصنف هو المختار هذا في المبسوط صرف اليه في مكان ملكه ﴿ قوله ﴾ « وان
تلف احتمل عدم الضمان لان الوكيل أمين وثبوته لان الاصل ضمان مال الغير في بد آخر ولا يلزم
من تصديقه في نفي الحوالة تصديقه في اثبات الوكالة ليسقط عنه الضمان » يريد أن المستحق الذي قبض
المال وحلف على نفي الحوالة ثم ان المال تلف في يده فانه يحتمل عدم ضمانه له لانه وكيل ثبتت وكالته
بمخلفه على نفي حوالة لان الحال دائر باعترافهما بين الحوالة والوكالة فاذا بطلت احدهما تعينت الاخرى
فاذا ثبت انه وكيل وهي الصغرى ثبتت الكبرى وهي كل وكيل أمين فلا يضمن وهو خيرة المبسوط
ويحتمل ثبوت الضمان لان الاصل ضمان مال الغير ولا يلزم من تصديق المستحق في نفي الحوالة يمينه
تصديقه في اثبات الوكالة لانه قد تقرر عندهم ان البيمين لنفي شيء لا تكون لاثبات شيء آخر كما لو اقر
الوكيل بالبيع وقبض الثمن بهما وانكر الموكل القبض فان الوكيل يخالف لاستئانه فلو خرج البيع مستحقاً ورجع
المشتري على الوكيل بالثمن لعدم ثبوت وكالته به عنده لم يرجع الوكيل على الموكل لان البيمين كانت
لدفع الغرم لا لاثبات المال على الموكل فالقول الآن قول الموكل بيمينه وقد قوى المحقق الثاني الاحتمال
الثاني وضمف الاول وفصل الشهيد فقال بضمن أن كان المقبوض من جنس الحق ﴿ قوله ﴾ «
الثالث لو شرط في الحوالة القبض بعد شهر فالاقرب الصحة وان كان حالا » أي وان كان الحق

﴿ فرع ﴾ لو أحال البري على مشغول الذمة فصي وكالة تثبت فيها أحكامها وجازت بلفظ الحوالة لا شترأ كما في المقصود وهو استحقاق المطالبة ولو انعكس القرض فإن شرطنا الشغل فهو اقتراض (متن)

المشروط قبضه حالا كما في التحرير والايضاح وجامع المقاصد والتذكرة وظاهر الاخير الاجماع عليه قال لو كان الدينان حالين فشرط في الحوالة ان المحتال يقبض حقه أو بعضه بعد شهر صح عندنا خلافا لاحد لعموم قولهم عليهم السلام المؤمنون عند شروطهم ولأن مبنى الحوالة على الارفاق وهذا مناسب لتفضي العقد وتوجيه الصحة في الايضاح يكون الشرط سايقا يريده انه غير مناف لتفضي العقد فليس في معنى المصادرة ووجهه الاقرب أن الحوالة انما هي لما عليه وهو حال (وفيه) ان حلوله لا يتأني اشتراط الاجل واقسام المسئلة بالنسبة الى الحلول والتأجيل اربعة وعليها اما أن يتجانس الحقتان أولا وعلى التجانس اما أن يكون ربويين أولا ومضروب الثلاثة في الاربعة اثنا عشر والحاصل انه مع التأجيل فيهما وتوافق الاجلين تصح الحوالة قطعا كما في التذكرة (قلت) ولا يبحث فيها عن عدم يجعلها اعتبارا وأما عند من جعلها استيفاء فلم تحصل حقيقته هنا الا أن يقول بصدقه بمجرد الانتقال وان تأخر القبض وان اختلاف في التأجيل صحت عندنا أيضا كما في التذكرة (قلت) ان كان الحق المحال به حالا والمحال عليه مؤجلا مع اتفاق الجنس فعلى الاعتراض يحتمل البطلان ومع اختلافه يصح وكذلك الحال في العكس ولو كانا حالين متقفي الجنس فشرطا الاجل فعلى المعاوضة يحتمل البطلان وعلى الاستيفاء ما تقدم وان كانا غير ربويين فعلى المعاوضة يصح وعلى الاستيفاء ما تقدم وهناك أقسام آخر بالنسبة الى تساوي اجلي الحقتين واختلافهما والبحث فيهما ما تقدم ﴿ فرع ﴾ كثير الوقوع وهو انه لو شرط المحتال الرجوع على المحيل مع تعذر الاستيفاء فالوجه بطلان الشرط وفي بطلان الحوالة حينئذ اشكال كما في التحرير وكذا التذكرة ولعل الاصح بطلان الشرط والعقد ﴿ قوله ﴾ ﴿ لو أحال البري على مشغول الذمة فصي وكالة تثبت فيها أحكامها ﴾ كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد ومما انه لو قال صاحب الدين لمن لادين له عليه قد أحتك بالدين الذي لي على فلان كان ذلك وكالة عبر عنها بلفظ الحوالة فلو مات المحيل بطلت وكان لورثته المطالبة بالمال وكذا لو جن كان للحاكم المطالبة بالمال ﴿ قوله ﴾ ﴿ وجازت بلفظ الحوالة لا شترأ كما في المقصود وهو استحقاق المطالبة ﴾ أي جازت الوكالة بلفظ الحوالة لا شترأ كما في المقصود من الوكالة فيكون حينئذ العقد بالمجاز ولا يتمتع ذلك خصوصا في العقد الجائز ولا ريب انهما لا يشتركان في المقصود من الحوالة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو انعكس القرض فإن شرطنا الشغل فهو اقتراض ﴾ أي أحال مشغول الذمة على البري بلفظ الحوالة فإن شرطنا شغل ذمة المحال عليه في الحوالة ولم يكن المحال عليه مشغول الذمة كما هو المفروض كان ذلك اقتراضا ولا يكون حوالة لتعذر شرطها ولا ضمانا لعدم لفظه ولأنه لو جعل ضمانا لم يكن الشغل شرطا ورجع الفرع على أصله بالابطال فعلى هذا يكون الصادر من المحيل استدعاء الاقتراض اذ لا أقرب الى الحوالة حينئذ من معنى الاقتراض ويكون الصادر من المحال عليه قبوله ولا يلزم القبول اذ لا يجب الوفاء بالوعد وان لم نشترط الشغل كان حوالة على البري كما تقدم وفي (جامع المقاصد) ان انعكاس القرض أن يحيل بلفظ الوكالة وهو كما ترى لاحاصل له على انه قال بعد ذلك انه اقتراض بلفظ الحوالة مجازا وفي (حواشي الشهيد) وان لم نشترط الشغل فهو

فإن قبض المحتال رجع على المحيل وإن أبرأه لم يصح لأنه أبرأه لمن لا دين عليه وإن قبض منه ثم وهبه إياه رجع المحال عليه على المحيل لأنه غرم عنه ﴿ الفصل الثاني في الكفالة ﴾ وهي عقد شرع للتعهد بالنفس ويعتبر فيها رضا الكفيل والمكفول له (متن)

ضمان وجاز بلفظ الموالة لا شترا كهما في المقصود منه فليتهم وقوله فهو اقتراب يجوز أن يحمل على استدعاء القرض وعلى المال المدفوع إلى المحتال ﴿ قوله ﴾ ﴿ فإن قبض المحتال رجع على المحيل ﴾ أي رجع المحال عليه وهو المقرض على المحيل وهو المقرض وبه صرح في التحرير وجامع المقاصد لأنه قرض ﴿ قوله ﴾ ﴿ وإن أبرأه لم يصح لأنه أبرأه لمن لا دين له عليه ﴾ كما في التحرير وجامع المقاصد ووجه ظاهره لأنه لا دين له عليه إذ المطلوب منه الاقراض فكان الإبراء لغوا ﴿ قوله ﴾ ﴿ وإن قبض منه ثم وهبه إياه رجع المحال عليه على المحيل لأنه غرم عنه ﴾ وإنما عاد المال إليه بقصد مستأنف كما في التذكرة والتحرير

﴿ الفصل الثاني في الكفالة ﴾

الكفالة بالفتح عقد صحيح عند عامة أهل العلم كافي التذكرة وهي ثابتة بالكتاب والسنة أيضا قال الله تعالى (قال إن أرسله معكم حتى تؤتوني مؤثقا من الله لتأتمني به) فطلب يعقوب من بنيه كفيلا يدين يوسف عليه السلام وقال تعالى (فخذ أحدهما مكانه) وذلك كفالة بالبدن فتأمل وهي مكروهة كراهية شديدة كما هو المستفاد من الأخبار الكثيرة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وهي عقد شرع للتعهد بالنفس ﴾ قد طنحت بذلك عباراتهم أي التزام احضار المكفول متى طلبه المكفول له ويصح دخول الخيار فيه مدة معينة خلافاً للتحرير بل كل شرط لا ينافيها ونصح فيه الماطاة ولعلها تلزم في بعض الفروض وبشرط فيه الإيجاب ككفالت لك بدن فلان ونحوه كضممت لك احضاره أو التزمت باحضاره وأنا كفيل والقبول على الفور وكونها بالعريضة من كاملين كما صرح به جماعة لأنه عقد لازم وفي (جامع المقاصد) أنه سبأني أنه يصح التكفيل بالأعيان المضمونة فلا يتناولها هذا التعريف (قلت) إنما يأتي له صحة ضمانها لا كفالتها لكن قال في التحرير هي التعهد بالنفس غالبا ولعله أشار إلى ما سنذكره عند قول المصنف بصحة كفالة يدين الصبي والمجنون من أنه تصح الكفالة يدين الدابة إذا جنت على آدمي أو أتلفت مالا بتفريط صاحبها لاقامة الشهادة على صورتها بل قلنا بصحة كفالة الكتاب ونحوه لاقامة الشهادة على صورته وقد يكون أشار إلى ما سنذكره في كفالة العبد الآبق (وقال غير الإسلام) الكفالة في مذهبنا إنما تصح بشرط أن يكون على المكفول للمكفول له حق شرعي والحق أعم من أن يكون ديناً أو عينا وقيل كل من يستحق احضاره إلى مجلس الشرع فإنه تصح كفالته فعل الأخير وهو الصحيح تصح الكفالة بمجرد الدعوى دون الأول ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويعتبر فيها رضا الكفيل والمكفول له ﴾ بلا خلاف كما في المفاتيح والرياض ولا نعلم خلافاً في اشتراط رضا الكفيل وكذا يعتبر رضا المكفول له كما في التذكرة وقد حكى الإجماع عنها عليها جماعة ولعله لأنهم فهموا منها نفي الخلاف بين المسلمين كما هو الظاهر (قلت) أما اشتراط رضی الكفيل فظاهر كما في مجمع البرهان لأن إثبات حق له من دون رضاه على شخص آخر باطل وأما اشتراط رضی المكفول له فلان إثبات حق على شخص لا على وجه يثبت كونه قهريا

دون المكفول وتعيين المكفول فلو قال كفلت أحدهما أو زيدا فان لم آت به فعمرو أو
زيد أو عمرو بطلت وتنجيز الكفالة (متن)

يتوقف على رضا ﴿ قوله ﴾ ﴿ دون المكفول ﴾ عند علمائنا كما في التذكرة وهو المشهور بين
علمائنا وغيرهم كما في (المسالك) والمشهور كما في مجمع البرهان والكفاية والمفاتيح ونسبه الى باقي
علمائنا في المختلف بعد أن نسب الخلاف الى الشيخ في المبسوط والقاضي وابن حمزة وابن ادریس
والحاصل أنه لاخلاف الا من هؤلاء. نعم قواه في التحرير (حجة المشهور) بعد ما سمعت مضافا الى
الاصل والمعموم ان غاية الكفالة هي احضار المكفول حيث يطلب ومن المعلوم أنه يجب الحضور عليه
مق طلبه المكفول له بنفسه أو وكيله والكفيل بمنزلة الوكيل ولا يشترط اذن الموكل عليه في التوكيل
وانما قالوا انه بمنزلة الوكيل لأنه لا يجب عليه الاحضار ولا يجب على المكفول الحضور ما لم يطلبه
المكفول له كما ستعرف الحال في ذلك كله (وحجة الشيخ) وموافقه أنه اذا لم يأذن بها أولم يرض لم
يلزمه الحضور مع الكفيل فلم يتمكن من احضاره فلا تصح كفالاته لانها كفالة بتبذير المقدور وهذا بخلاف
الضمان لا يمكن وقاء دينه من مال غيره بغير اذنه ولا يمكن أن ينوب عنه في الحضور مضافا الى الاصل
(ورد) بأن مداره على عدم وجوب الحضور منه بدون رضا وهو ممنوع لأن المستحق مقى طلبه وجب
عليه الحضور وان لم يكن مكفولا اجماعا كما في المسالك وفائدة الكفالة راجعة الى التزام الكفيل
بالاحضار حيث يطلبه المكفول له فان طلبه منه لم يقصر عن وكيله وان لم يطلبه منه لا يجب عليه الحضور
وان كان برضا وسياقي في كلام المصنف أنه لا يجب عليه الحضور مع التبرع وعدم طلب المكفول له
ومعنى التبرع أن يكفله من دون اذن منه واحتمل المحقق الثاني أنه يجب عليه الحضور مع التبرع لان
التكفيل يقتضي التسليط على الاحضار وفيه نظر ظاهر لكن قد يؤيده انه قد يريد السفر البعيد بحيث
لا يشك ان منه أو مع المشقة الشديدة فاذا لم يجز للكفيل منه ولا يجب عليه الحضور اذا لم يطلبه منه
يلزم منه الضرر العظيم على الكفيل فاذا لم يجوزوا هذا الضرر فالتسليط غير بعيد بل ينبغي القول
باشتراط رضا كما هو واضح الا أن قول انه هو الذي أوقع نفسه في هذا الضرر على أنهم لا يجوزون
لصاحب الدين منع المدين من السفر البعيد اذا كان دينه موقفا ولو حل بعد ذلك بزمن قليل جدا
فأمل جيدا هذا وعلى تقدير اعتبار رضا ليس على حد رضی الاخيرين من وجوب المقارنة بل يكفي
كيف اتفق كما مر نظيره وبه صرح جماعة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وتعيين المكفول ﴾ كما في الشرائع
والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك بل فيه انه لاخلاف فيه وقد يظهر من اليقين
عدم اعتباره خصوصا ابن حمزة في الوسيلة لذكره لما شرطوا خمسة غيره ولعل تركه لظهوره كالكفيل
وفي (مجمع البرهان) ان دليله غير واضح وان الذي يظهر له جواز التردد اذا كان المراد فيهم كلهم غرما
للمكفول له (قلت) لعل دليله انها على خلاف الاصل فيقتصر فيه على موضع اليقين ولا نسلم انه كان
متداول في زمن الصدور لما فيه من الضرر والابهام وكالفرق للمتأقدين بالاعتبارات فتدبر ﴿ قوله ﴾
﴿ فلو قال كفلت أحدهما أو زيدا فان لم آت به فعمرو أو زيد أو عمرو بطلت ﴾ ونحو ذلك ما في الشرائع
وما ذكر مما آتفا لا شتركة الثلاثة في أنه لا يعلم المكفول بعينه وبزيد الثاني بالتعليق وشرطها التنجيز
وستسمع الحال في التنجيز ﴿ قوله ﴾ ﴿ وتنجيز الكفالة ﴾ فلو قال ان جئت به فأنا كفيل لم يصح

ولو قال أنا أحضره أو أؤدي ما عليه لم يكن كفالة وتصح حالة ومؤجلة (متن)

علي اشكال لم يرجح أحد وجهيه في الايضاح والحواشي والمولى الاردبيلي لم يعتبره اذا حصل الشرط
وفي المبسوط والتحرير وجامع المقاصد وكذا التذكرة اعتبار هذا الشرط قل في (المبسوط) لا يجوز تعليق
الكفالة بشرط (قلت) لعدم جواز مثله في مثلها لان التعليق يقتضي عدم الجزم بالكفالة ولان أثر
السبب يجب أن يترتب على وقوعه والا لم يكن صحيحا ومع التعليق يمتنع ذلك ولان المعلق عليه يمتنع
أن يكون جزء السبب والا لوجب كونه معه مع أن تراخي القبول ممنوع فكيف بقي الاجزاء فاذا
امتنع ذلك امتنع اعتباره في العقد فيجب تأثيره بدون المعلق عليه والتعليق ينافيه لكونه مقصودا فلم
يبق الا بطلان العقد كذا حرره في جامع المقاصد ونحوه ما في الايضاح لكن هموم أوفوا بالعقود يهدم
ذلك كله نعم ان كانت شهرة على اعتبار هذا الشرط كانت شاهدة على عدم تداولها في زمن الصدور
بدونه فالاشكال في محله ﴿ قوله ﴾ (ولو قال أنا أحضره أو أؤدي ما عليه لم يكن كفالة) ﴿
لانه وعد وليس بالتزام مضافا الى الاصل وقد تقدم مثله في الضمان ﴿ قوله ﴾ (وتصح حالة ومؤجلة) ﴿
اما صحتها مؤجلة فوضع وفاق كما في الروضة وكأنه لا خلاف فيه كما في مجمع البرهان والتأجيل كأن
يقول كفته الى شهر مثلا فيلزمه احضاره بعد اقتضاء الشهر ولم يكن له مطالبته به قبله اما لو قال كفته
شهرًا بمعنى اتيك به في ضمن الشهر فيكون الشهر ظرفا لاحضاره فانه يصح اذا كان المراد انه يحضره
متى شاء المكفول له في مدة الشهر كما في التحرير (قلت) كما هو الشأن بعد حلول الاجل فانه يجب عليه
احضاره متى شاء المكفول له وقد سماها في التحرير موقته والاولى مؤجلة وأما اذا كفته كذلك أي
شهرًا على ان يحضره متى شاء الكفيل فانها لا تصح لمكان الجهالة والغرر فالشأن فيه كالشأن في
تأجيله بغير الوقت المنضبط وقد قالوا بمثله في السلم (وأما) صحتها حالة بمعنى انه لا يشترط الاجل فهو
خيرة المبسوط والسرائر والشرايع والتحرير والتذكرة والارشاد والمختلف والمعه وجامع المقاصد وایضاح
التافع والمسالك والروضة ومجمع البرهان وكذا الكفاية وهو مذهب اكثر علما كما في التذكرة
والمشهور كما في مجمع البرهان والكفاية وهو حق اليقين كما في السرائر وهذه ممن لا يعمل الاباقتطعات
نجري مجرى الاجماع وظاهر المقيد والشيخ في النهاية وابي جعفر في الوسيلة وسائر في المراسم انها
لا تصح حالة وهو المعكي عن القاضي في أحد قولي به جزم كاشف الرموز وحكاة عن النبي وهذه
عبارة الشيخين لا يصح ضمان مال ولا نفس الا بأجل وظاهر النافع والبصرة والمفاتيح التردد حيث اقتصر
فيها على ذكر القولين وفي (السرائر والتحرير والتذكرة) انه اذا كفل مطلقا كانت صحيحة وكانت
حالة وفي (السرائر) انه حق اليقين (حجة المشهور) العمومات واصل عدم الاشتراط مضافا الى
ما في السرائر وفي (الرياض) ان حجة الشيخ والجماعة غير واضحة ولا مذكورة في كتب الجماعة عدى
القياس على الضمان (قلت) يمكن ان يحتج لم بان الكفالة لا بد لها من فائدة فلو شرعت حاله لكانت
خالية من فائدة اذ للمكفول له ان يطالب المكفول من الكافل وقت وقوع الكفالة من غير تريض
وذلك يكون عبثا كما في كشف الرموز قلت لكنه لا يكون عبثا في بعض الموارد سلمنا لكن اقتضاء ان
لا تكون لازمة فتكون صحيحة غير لازمة فاذا رضي بالتأخير لزم كما يأتي مثله في كفالة المدعي
عليه حقا اذا رضي بالتأخر وفي كفالة بدن المحبوس اذ لا فائدة فيه فليحفظ ذلك مع تأمل رويته (وليعلم)

على كل من يجب عليه الحضور بمجلس الحكم من زوجة يدعي الغريم زوجيتها أو كفيل يدعي عليه الكفالة أو صبي أو مجنون اذ قد يجب احضارهما للشهادة عليهما بالاتلاف وبدن المحبوس لا مكان تسليمه بأمر من حبسه ثم يعيده الى الحبس أو عبد آبق (متن)

انه على المشهور من انها تصح حالة وموجلة لافرق بين كون الحق حالا أو مؤجلا لكنه في الثاني يشترط رضا المكفول ﴿قوله﴾ ﴿ على كل من يجب عليه الحضور بمجلس الحكم من زوجة يدعي الغريم زوجيتها ﴾ أي فيجب بالكفالة السمي في احضارها فلولم يحضرها حبس لاغير كما سيأتي في كفالة بدن الميت والصبي والمجنون ولبعض العامة من الشافعية قول بالمنع بناء على ان الكفيل يفرم ما على المكفول لولم يرد وهو متعذر هنا وهذا ضابط ذكره في التذكرة قال والضابط في ذلك ان تقول حاصل كفالة البدن التزام احضار المكفول بيده فكل من يلزمه حضور مجلس الحاكم عند الاستعداد يستحق احضاره بحق الكفالة بيده وعليه نبه في المبسوط ﴿قوله﴾ ﴿ أو كفيل يدعي عليه الكفالة ﴾ كما في التذكرة أي وان لم تم البينة عليه بالكفالة كما سيأتي مثله لان المنكر يجب عليه فصل الخصومة فاذا رضي بتأخرها صحت الكفالة وان كانت الكفالة في نفسها ليست لازمة اذا طلب الفصل في الحال وكذا الحال في غريم يدعي عليه المال كما سيأتي التنبيه عليه ولعله أولى بالتذكرة هنا ولعله أراد التنبيه على الخفي وهو صحة كفالة الكفيل أي المدعي عليه الكفالة ﴿قوله﴾ ﴿ أو صبي أو مجنون اذ قد يجب احضارهما للشهادة عليهما بالاتلاف ﴾ أي لاقامة الشهادة على صورتها في الاتلاف وغيره لانه ربما لم يكن الشاهدان بحيث يمكنها تمييزهما بدون الاحضار فان كان كفيل باذن وليها فله مطالبة وليها باحضارهما عند الحاجة وان كفيل بغير اذنه فهي كالكفالة يذن العاقل بغير اذنه وقد تقدم جوازها ولم يحضرها حبس لاغير على الظاهر لعدم ثبوت الحق حينئذ وينقدح من هذا انه يصح كفالة الدابة اذا اتلفت شيئاً أو جنت على آدمي بتفريط صاحبها لاقامة الشهادة على صورتها بل تصح كفالة الكتاب اذا وقعت الخصومة على صورته لاقامة الشهادة عليها ويكون هذا من كفالة الاعيان فليحظ ذلك ﴿قوله﴾ ﴿ وبدن المحبوس لامكان تسليمه بأمر من حبسه ثم يعيده الى الحبس ﴾ أي تجوز الكفالة به لان تسليمه ممكن بأمر من حبسه ثم يعيده الى الحبس ان اراد فهو معطوف على كل من يجب لاعلى زوجته ومظاهره ان لافرق في ذلك بين كون الحبس ظاهراً أو خفياً وبه جزم في جامع المقاصد وقال الشهيد يمكن تسليمه بغير أمره اذ لا ضرر على من حبسه قلت يبقى الكلام في تصوير فائدة الكفالة وفي (التذكرة) تصح الكفالة بيد الغائب والمحبوس وان تعذر تحصيل الغرض في الحال كما يجوز من المعسر ضمان المال وهو لعله غير ما في الكتاب كما هو الظاهر والمانع من صحة كفالة المحبوس والغائب أو حفيقه ولعله لعدم ظهور الفائدة بناء على ما في الكتاب أو لعدم الفائدة في الحال بناء على ما في التذكرة وبجمعها عدم امكان التسليم أو التسليم المفيد ﴿قوله﴾ ﴿ أو عبد آبق ﴾ أي لو تكفل بيد عبد آبق مالكة صح ويلزمه السعي في رده ويأتي فيه ما قيل في كفالة الزوجه كذا قال في التذكرة وفسر العبارة في الحواشي بما اذ كان العبد معتاد الاباق فيكفله شخص لمولاه فانه يصح وهو معنى صحيح ولعل هذا من كفالة الاموال ﴿قوله﴾ ﴿

أو من عليه حق لا دمي من مال أو عقوبة قصاص ولا يشترط العلم بقدر المال فان الكفالة بالبدن لابه ولا تصح على حد الله تعالى والاقرب صحة كفالة المكاتب ومن في يده مال مضمون كالنصب والمستام وضمان عين المنصوب والمستام ليردها على مالكها (متن)

﴿ أو من عليه حق لا دمي من مال أو عقوبة قصاص ﴾ اذا كان عليه عقوبة فان كانت من حقوق الله تعالى كحد الزنا والسرقة والشرب لم تصح الكفالة بيده عليها عند علمائنا أجمع كافي التذكرة لان الكفالة للتوثيق وحقوق الله سبحانه مبنية على الاسقاط وينبغي السمي في دفعها ما أمكن كما عرض رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لما عجز بالرجوع والانكار ولاستسمع وان كانت العقوبة من حقوق الأدميين كالنصاص والتذوق فقد قرب في التذكرة ثبوتها في القصاص والاولى الجزم به كالكتاب لان الحق للمقتص وله تمجيله وتأخيرها وجزم بان الحد لا تصح الكفالة به ونسبه الى أكثر العلماء واستدل بما روي من طريق الخاصه والعامه من ان الكفالة في حد قلت ولانه لا تأخير في حد وهذا غير من يدعي عليه الحد في حقوق الناس فانه تصح الكفالة بيده لوجوب حضوره عند الحاكم ليثبت المدعي حقه عليه بالبينه والاقرار

﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يشترط العلم بقدر المال فان الكفاله بالبدن لابه ﴾ والبدن معلوم فلا تبطل الكفاله لاحتمال عارض يعرض كعدم احضاره المكفول بل لو غرمناه لولم يحضر المكفول فوجوبه بذلك لا بالكفاله وقد جوزوا ضمان المجهول مع انه التزام بالمال ابتداء فالكفاله التي لا تعلق لها بالمال اولى وعن بعض الشافعية عدم صحة كفالة من عليه حق مجهول لانه قد يتعذر احضار المكفول فيلزمه الدين ولا يمكن طلبه منه لجهله وبنوه على انه لو مات غرم الكفيل ما عليه وهذا عندنا غير صحيح والحكم المذكور مصرح به في التذكرة وجامع المقاصد وكذا التحرير ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا تصح على حد الله تعالى ﴾ كما عرفته فيما سلف ﴿ قوله ﴾ ﴿ والاقرب صحة كفالة المكاتب ﴾ كما في التذكرة والتحرير والابصاح وجامع المقاصد والمسالك بل ظاهر التذكرة الاجماع عليه وتردد في الشرائع ومنع ذلك الشيخ في المبسوط والقاضي فيما حكى عنه بناء على ان له تعبير نفسه (حجة الاولين) انه اما عبد أو مديون والاول ادخل في استحقاق الاحضار والثاني ظاهر وانه يصح ضمانه فصحة كفالاته اولى وقد تقدم غير مرة ان ليس له تعبير نفسه ومحل النزاع المكاتب المشروط وأن أطلقوا الكلمة كما في المسالك

﴿ قوله ﴾ ﴿ ومن في يده مال مضمون كالنصب والمستام ﴾ قال في (التذكرة) ومن في يده مال مضمون كالنصب والمستام والعارية بشرط الضمان تصح كفالاته فيكون في غير الاقرب هنا وقضيته اطلاقها أي الكتاب والتذكرة انه لا فرق في صحة كفالاته بين قولنا بصحة ضمان الاعيان المضمونة وعدمه اما على الاول فلا بحث في صحة الكفالة واما على الثاني فلان عليه حقا وهو الرد فيدخل تحت الضابط ووجه غير الاقرب وهو عدم صحة كفالاته ان الذي عليه ليس هو الاعيان لتوخذ منه عند عدم الاحضار لو قلنا ينرم اذ المفروض عدم صحة ضمانها وهو كما ترى ضعيف جدا اذ لا يلزم من عدم صحة ضمانها عدم كفالة من هي يده فيجب عليه احضاره ليردها فكانت ككفالة الزوجة

﴿ قوله ﴾ ﴿ وضمان عين المنصوب والمستام ليردها على مالكها ﴾ أي الاقرب صحة ضمانها ليردها وبه جزم في التذكرة هنا وقد تقدم الكلام فيه بما لا مزيد عليه في باب الضمان واحتمال ان يراد من العبارة صحة كفالة عين المنصوب والمستام بعيد جدا لان شرطها التمسك بالنفس وعلى ما صورناه آنفا

فان رد برأ من الضمان وان تلف ففي الزامه بالقيمة وجهان الاقرب المدم دون الوديعة والامانة ويصح كفالة من ادعى عليه وان لم يتم البينة بالدين وان جعله لاستحقاق الحضور عليه والكفالة بيدن الميت اذ قد يستحق احضاره لاداء الشهادة على صورته والاطلاق يقتضي التمجيل فان شرط أجلا وجب ضبطه والتسليم الكامل في بلد العقد (متن)

لاوجه لتخصيصها بالذ كرتأمل وقد يكون من باب كفالة العبد الآبق ﴿قوله﴾ فان رد برأ من الضمان وان تلفت ففي الزامه بالقيمة وجهان الاقرب المدم ﴿كوت المكفول كما ذكر ذلك كله في التذكرة ولعله انما أعاده في الكتابين ليبين ما قر به هنا والا قد تقدم أن معنى ضمانها ردها مع البقاء والقيمة مع التلف وهنا قرب عدم الزامه بالقيمة مع التلف لان الواجب الرد لان الضمان انما كان له فاذا تقرر بالتلف لم يجب شي آخر كما لومات المكفول هذا ولو قلنا بالصحة كفالة آنچه الثاني لكن القول به بعيد كما في جامع المقاصد ﴿قوله﴾ (دون الوديعة والامانة) يعني لا يصح ضمان الوديعة والامانة كما تقدم بيانه في باب الضمان مسبقا وهذا وفي (التذكرة) تصح كفالة المستودع والامين لوجوب رد الوديعة عليه وهو مقام آخر ﴿قوله﴾ (ويصح كفالة من ادعى عليه وان لم يتم البينة بالدين وان جعله لاستحقاق الحضور عليه) كاذكر ذلك كله في التذكرة قال والاصل فيه ان المنكر يجب عليه فصل الخصومه فاذا رضي بتأخيرها صحت الكفالة وان كانت الكفالة في نفسها غير لازمة اذا طلب الفصل في الحال وهو الذي نقله قطب الدين عن املاء المصنف حكاه عنه الشهيد والاتبان بأن الوصية لانه أخفى من السكوت ولو لم يحضره لا يفرم لعدم ثبوت الحق حينئذ ﴿قوله﴾ (والكفالة بيدن الميت اذ قد يستحق احضاره لأداء الشهادة على صورته) كما في التذكرة في أثناء كلام له والمحاشي وجامع المقاصد وذلك حيث يكون الشاهد تحمل الشهادة على صورته فيستوفي من ماله ما أتلفه نفسا أو مالا فلو مات مسرا فهل لا يجب احضاره لعدم الفائدة أو يجب استظهار الشهيد الوجوب ليعطى من الزكوة أو بيت المال ما يجب عليه وظاهرهم انه لا فرق بين أن يكون دفن أم لا ما لم تتغير صورته فلهذا مستثنى من تحريم التبش ولم يبينوا لنا ما اذا لم يحضره واملم يقولون بعدم غرامته لعدم ثبوت الحق بعد كما تقدم مثله ﴿قوله﴾ (والاطلاق يقتضي التمجيل) كما في المبسوط والبرائر والشرائع والارشاد والتحريم وغيرها وفي (مجمع البرهان) كأنه لا نزاع فيه وقد سمعت ما في السرائر انه حق اليقين ووجهه انه ينصرف الى انه كغيب الآن لان ذلك هو المتبادر منه لان كان مقتضى الاطلاق عرفا كما هو الشأن في سائر العقود ويقى الكلام في صحتها حاله وقد تقدم الكلام فيه ﴿قوله﴾ (فان شرط أجلا وجب ضبطه) اجماعا كما في المسالك ومجمع البرهان والمفاتيح وبه صرح في الوسيلة والشرائع والنافع والتحريم والارشاد وغيرها لاستلزام الجهل به الفرر المنهي عنه في الشريعة في المجهول مطلقا وغير المضبوط بحيث يقبل الزيادة والقيصة كادراك الغلات ومجيء القوافل واكتفى بعض العامة بالاجل المجهول لاشتغالها على التبرع فيسأمح فيه كالعارية وهو قياس مع الفارق لانتها غير لازمة فلا يقدح فيها الاجل المجهول لجواز المطالبة بالمستعار في الاجل وان كان معلوما ولا يشبه هذا ضمان المجهول الذي يمكن استعلامه ﴿قوله﴾ (والتسليم الكامل في بلد العقد) أي والتسليم الكامل

ولو عين غيره لزم وللمكفول له مطالبة الكفيل بالمكفول في الحال مع التمجيل والاطلاق
وعند الاجل في المؤجلة وبمخرج الكفيل عن العهدة بتسليمه تاما في المكان الذي شرطه أو
في بلد الكفالة لو أطلق أراد المستحق أو كرهه (متن)

لا يكون الا في بلد العقد وسبأني ما يعلم منه التسليم الكامل ويحتدل أن يكون معطوفا على الفاعل حتى
يصير التقدير وجب التسليم الكامل والاحسن أن يكون معطوفا على التمجيل كما قيل مثله في السلم
والقرض وغيرها وهو الموافق لواقع كما ستسمع وإذا أطلق الكفالة ولم يبين موضع التسليم وجب تسليمه
في بلد العقد كما في المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد لانه عرف الاطلاق اليه ولو شرط كان
أكد ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو عين غيره لزم ﴾ كما في التحرير وجامع المقاصد لزوم الوفاء بالشرط
﴿ قوله ﴾ ﴿ وللمكفول له مطالبة الكفيل بالمكفول في الحال مع التمجيل والاطلاق ﴾ الوجه
فيه ظاهر وبه صرح في المبسوط والشرايع والتحرير وكذا التذكرة ولعل أو أولى من الواو ﴿ قوله ﴾
﴿ وعند الاجل في المؤجلة ﴾ أي بعد الاجل كما في الشرايع وهو قضية ما في المبسوط والسرائر والتذكرة
والتحرير ﴿ قوله ﴾ ﴿ وبمخرج الكفيل عن العهدة بتسليمه تاما في المكان الذي شرطه أو في بلد
الكفالة لو أطلق ارادة المستحق أو كرهه ﴾ أما خروجه عن العهدة بتسليمه تاما فقد صرح به في الشرايع
والتذكرة والارشاد واللمعة وغيرها مما تأخر وهو المعلوم من كلام من تقدم والمراد بالتسليم التام كما هو
حاصل ما في التذكرة والمسالك والروضة وغيرها أن يكون في الوقت والمكان المعيين ان عينها في المقعد
أو في بلد المقدم مع الاطلاق وفي أي وقت شاء مع الحلول مطلقا ولا يكون للمكفول له مانع من تسلمه
بأن لا يكون في يد ظالم ولا مغلوب يمنه منه ولا في حبسه ولا في موضع لا يتمكن من وضع يده عليه لقوة
المكفول وضعف المكفول له ونحو ذلك قالوا فإذا سلمه كذلك برأ لأنه أتى بما وجب عليه وظاهرهم
أنه يجب عليه قبوله كما هو صريح المبسوط والتذكرة وظاهر الكتاب حيث قال أراد أو كرهه واستشكل
فيه في التحرير واختلفوا فيما اذا لم يسلمه ففي المبسوط والسرائر اذا لم يقبل أشهد عليه رجلين انه سلمه
اليه وامتنع وفي (التذكرة والمسالك والروضة) انه ان امتنع سلمه الى الحاكم وبرأ فان لم يمكن أشهد عدلين
باحضاره له وامتناعه من قبضه لكن في الاولين أعني التذكرة والمسالك ان الاقوى الاكتفاء بالاشهاد
وان قدر على الحاكم لانه مع وجود صاحب الحق لا يلزمه دفعه الى من ينوب عنه من حاكم وغيره
واستوجهه في جامع المقاصد وفي (التحرير) انه ان امتنع من تسليمه برأ الكفيل على اشكال ولا
يفتقر الى اشهاد ولا اذن الحاكم انتهى (قلت) أما وجوب التسليم الى الحاكم فلا دليل عليه لانه
تأخير احضاره الى أن يطالبه وأما جواز دفعه الى الحاكم ووجوب قبوله عليه فهو الموافق لاصول المذهب
وقد قالوا في باب الدين والسلم والنسيئة انه ان امتنع قبضه الحاكم صرح بذلك في المبسوط والتذكرة
والتحرير والدروس واللمعة وفي (الشرايع) وغيرها قبضه الحاكم ان سئل وفي (المختلف) وغيره التصريح
بوجوب دفعه أي الدين الى الحاكم ومنع في السرائر وغيرها من اجبار الحاكم المستحق على قبضه
أي الدين لكن جماعة هناك كالنفيد والدبلي وابن حمزة والحقق في النافع لم يتعرضوا للحاكم أصلا قالوا
بل يكون من ضمان صاحب الدين اذا عين له ومكنه منه ولم يقبضه وواقفهم عليه جماعة لما ذكره هنا في
التذكرة كما سمعت هذا وقد قال هناك جماعة انه حيث يقبضه الحاكم بخلي بينه وبينه وآخرون انه

وبموت المكفول في غير الشهادة على عينه أو فيها بعد الدفن ان حرمتا النيش لاخذ المال
وتسليمه نفسه تسليماً تاماً وبراء المستحق لاحدهما (متن)

بمقتضى له في بيت المال وحيث يقبضه هنا فالذي ينبغي أن يقال انه يحضره و يقول له هذا غريمك فاما
أن تطالبه بمحكك من مال ونحوه والا خليت سبيله وأما الاشهاد فكذلك أي لا يجب ان كان المراد
شرطية وان كان المراد اسقاطا مطالبة مرة ثانية حتى لا يؤخذ به في ظاهر الشرع أو ظلما في نفس
الامر فلا مانع منه لانه ارشاد وقد نبه على ذلك الشهيد في باب الدين ولم يتعرض له سواء هناك
﴿ قوله ﴾ ﴿ وبموت المكفول ﴾ أي يخرج عن العهدة بموت المكفول فانه اذا مات بطلت الكفالة
ولم يلزم الكفيل شيء عند علمائنا كما في التذكرة وعليه الاجماع في الغنية وبالحكم صرح في المبسوط
وغيره وفي (التفحيح) انه المشهور ونفى عنه الخلاف في الرياض لانه تكفل بيديه على أن يحضره وقد
فات بالموت ولانه قد سقط المحضور عن المكفول فيبرأ الكفيل ولان المتبادر من الكفالة انما هو
الاحضار في حال الحياة وهو المتعارف بين الناس فيحمل الاطلاق عليه ويبقى الكلام فيما اذا حضر
الاجل فطلبه فاطل في احضاره مع تمكنه منه حتى مات ﴿ قوله ﴾ ﴿ في غير الشهادة على عينه ﴾
يريد أن الخروج عن العهدة بموته انما هو في غير الشهادة على صورته وعينه لدلالة ذلك على عدم
الاختصاص بحال الحياة ﴿ قوله ﴾ ﴿ أو فيها بعد الدفن ان حرمتا النيش لاخذ المال ﴾ يريد ان
هذا لم يدفن فان دفن وحرمتا النيش لاخذ المال لم ينش هنا أيضا فيخرج عن العهدة بدفنه وفي (جامع
المقاصد) انه يشكل بأن نيش الميت للشهادة على عينه من الامور المستثناة بالاستتلال غير متفرعة على
جواز النيش لاخذ المال فلا يلزم من تحريم النيش ثم تحريمه هنا وقد سبق في أحكام الجنائز جواز
النيش لكل منهما فلا يبرأ بدونه نعم او علم تغير صورته بحيث لا يعرف برأ الكفيل حينئذ ﴿ قوله ﴾
﴿ و بتسليمه نفسه تسليماً تاماً ﴾ كما في التحرير لان المقصود رده الى المكفول فلا فرق بين حصوله في
يده بالكفيل أو بنفسه وهو خيرة مجمع البرهان والتذكرة في أول كلامه وقيده في المبسوط وجامع المقاصد
وموضع من التذكرة بما اذا سلمه نفسه عن جهة الكفيل كأن يقول سلمت اليك نفسي عن جهة الكفيل
قال في (المبسوط) لانه يكون نائبا عن الكفيل بهذا التسليم والنيابة صحيحة وفي (التذكرة وجامع المقاصد)
انه لو لم يسلم نفسه عن جهة الكفيل لم يبرأ الكفيل لانه لم يسلمه اليه ولا أحد من جهته لكنه في الاول
قال الوجه ماقتناه أولا (وكيف كان) فظاهره انه يجب عليه القبول لو سلم المكفول نفسه ولعله لوجوب
التسليم على كل منهما فاشتركا في ذلك فتى أداء أحدهما برأ الآخر ولا بضر كون الوجوب على
المكفول في الكفالة تبعا للوجوب على الكفيل ولا معنى للوجوب عليهما الا وجوب القبول عليه فتأمل
وفي (التذكرة وجامع المقاصد) انه لو سلمه أجنبي لاعتبر الكفيل لم يبرأ الكفيل وان سلمه عن جهة الكفيل
فان كان باذنه فهو كالمسلمه بنفسه اذ لا يشترط المباشرة وان كان بغير اذنه لم يجب على المكفول له
القبول لانه لا يجب عليه قبض الحق الا بمن عليه لكن لو قبل برأ الكفيل ولا يبعد كما في مجمع البرهان
انه لو سلمه الأجنبي لاعتبره أي الكفيل انه يبرأ ﴿ قوله ﴾ ﴿ و ببراء المستحق لاحدهما ﴾ اذا
أبرأ المكفول له الكفيل من الكفالة كأن يقول أبرأته برأ ويقتى الكلام في تعلق البراءة بمثل ذلك
والظاهر تعلقه بذلك ونحوه من الحقوق كما سنشير اليه في باب الصلح وكذا اذا اعترف بالبراءة كأن

ولا يبرأ بالتسليم ودونه بدغالبه مائة ولا بتسليمه قبل الاجل أو في غير المكان المشترط
وان اتنى الضرر على رأي ولا بتسليمه في حبس الظالم بخلاف الحاكم ويلزم الكفيل اتباعه
في غيبته ان عرف مكانه وينظر في احضاره بقدر ما يمكنه الذهاب اليه والعود به وكذا
ان كانت مؤجلة آخر بعد الحلول بقدر ذلك ولو امتنع الكفيل من احضاره حبس حتى
يحضره أو يؤدي ما عليه (متن)

يقول أبراهه أو برأ الي أو بالرد كأن يقول رد الي المكفول به واذا أبرأ المكفول به من الحق الذي
كفله الكفيل عليه برأ الكفيل أيضا كما في المبسوط والتذكرة لسقوط الحق المتقضي لبطلان الكفالة
﴿ قوله ﴾ (ولا يبرأ بالتسليم ودونه بدغالبه مائة) كما في الشرائع وغيرها ووجه ظاهر وقد
تقدم ﴿ قوله ﴾ (ولا بتسليمه قبل الاجل أو في غير المكان المشترط وان اتنى الضرر على رأي)
هو خيرة الشرائع والتذكرة والمختلف والابيضاح والحواشي وجامع المقاصد وخيرة التحرير في الاجل
لانه تعرض فيه له لانه غير التسليم الواجب اذ لم يجب بعد فلا يعتد به ولا يجب قبوله وخالف فيها
الشيخ في المبسوط والقاضي قال في المبسوط اذا لم يكن ضرر لزمه تسلمه قبل الاجل وفي غير المكان وهو
قول لبعض العامة حكاه في التذكرة وقد تقدم لهم في باب القرض ماله ففعل تام في المقام ويشهد لكلام
الشيخ ﴿ قوله ﴾ (ولا بتسليمه في حبس الظالم بخلاف الحاكم) كما في المبسوط والشرائع
والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك للفرق بين الحبسين لان الحاكم لا يمتنع من
احضاره ومطالبته بحقه بخلاف الظالم فاذا طالب أي المكفول له الحاكم باحضاره بحمله وحكم بينهما
فاذا فرغت الحكومة مرده الى الحبس بالحق الاول ولو توجه عليه حق المكفول له بوجوب الحبس حبسه بهما وتوقف على
تخليصه منهما كما في التذكرة وغيرها ولو كان المكفول له قادرا على تسلمه تاما في حبس الظالم فقد يجرونه
بجري الحبوس وقد لا يجرونه كما تقدم مثله فيما اذا سلم نفسه أو تسلمه وعلى الاول يكون اطلاق كلامهم
مبنيا على الغالب من تعذر تسلمه تاما كذلك ﴿ قوله ﴾ (ويلزم الكفيل اتباعه في غيبته أن
عرف مكانه وينظر في احضاره بقدر ما يمكنه الذهاب اليه والعود به وكذا أن كانت مؤجلة آخر
بعد الحلول بقدر ذلك) كما ذكر جميع ذلك في المبسوط والتذكرة والمسالك وجمع البرهان والشرائع
والتحرير والارشاد لكن لم يذكر في الثلاثة الاخيرة التقييد بمعرفة مكانه لكنه مراد فيها قطعاً وبذلك
كله قال عامة اهل العلم كما في التذكرة وقال انما يجب عليه احضار الغائب عند امكان ذلك فان كان
غائبا غيبة منقطعة كأن لا يعرف موضعه وينقطع خبره لم يكف الكفيل احضاره لعدم الامكان أي
لانه تكليف مالا يطاق ولا شيء عليه لانه لم يكفل المال ونحو ذلك ما في المسالك وجمع البرهان وهو
ظاهر الباقيين ولا فرق في الغائب المعلوم محله بين التجاوز لمسافة القصر وغيره كما في التذكرة والمسالك
والمخالف بعض الشافعية ﴿ قوله ﴾ (ولو امتنع الكفيل من احضاره حبس حتى يحضره أو
يؤدي ما عليه) كما في النهاية والسرائر والشرائع والنافع والتحرير والارشاد والهمة والروضة وظاهر
هذه الكتب انه اذا أدى ما عليه وجب على المكفول له القبول وبرأ الكفيل بذلك وفي (التذكرة
وجامع المقاصد) انه اذا لم يرض بدفع المال ومطلب احضاره لزمه الحاكم باحضاره وفي (المسالك والمغاييح

والرياض) انه اقوى وفي (الروضة) انه قوي وفي (مجمع البرهان) انه ليس يعبد والظاهر انه لا خلاف بينهم في جواز الاكتفاء عن الاحضار باداء ما عليه اذا رضي به المكفول له وانما الخلاف فيها اذا لم يرض (حجة الاولين) أن الغرض حاصل فكان كما لو ادى دين الغريم اجنبي نعم أن قيل هناك بعدم وجوب القبول امكن هنا بل لعله أي احتمال الوجوب هنا اقوى لانه يريد الخلاص من الكفالة والظاهر ان المكفول له قد انقصد ضميره على ذلك من حين الكفالة لان الظاهر ان مقتضاها لزوم المال أن لم يحضره فالزامه بالاحضار تكليف واضرار وقد يكون لا غرض له الا اللجاج الا ان قول انه اذا علم منه ذلك لم يجب فتأمل مضافا الى انه قد يتعذر ذلك عليه فليتأمل (وحجة) ما في التذكرة انه قد يكون له غرض لا يتعلق بالاداء أو بالاداء من الغريم بخصوصه فان الاغراض قد تتفاوت اذ قد يكون ماله لا يخلو عن شبهة أو يخاف انه أن ظهر مستحقا لا يقدر على اخذ بدله منه ولانه مقتضى الشرط وهذا اقوى ويتقدح من ذلك انه لا يجب قبول الحق عن غير من هو عليه (ويؤيد) هذا القول أو يدل عليه ما رواه في الكافي في الموثق عن ابي عبد الله عليه السلام قال اتني أمير المؤمنين عليه السلام برجل تكفل بنفس رجل فحسه وقال اطلب صاحبك وروى الشيخ مثله وكذا الصدوق في العتبه عن سعد ابن ظريف ونحو ذلك ما في الفقه المنسوب الى مولانا الرضا عليه السلام وهذه الاخبار على كثرتها واعتبار سند بعضها وانجبار ضعف ما فيها بعمل العلماء ليس فيها تحيير للكفيل بين الاحضار واداء المال بل انما فيها الامر بالاول خاصة وقد يقال باحتال ورود الامر والالزام بالاحضار مورد الغالب من عدم بذل الكفيل المال فلا دلالة فيها على لزوم الاحضار على الاطلاق والظاهر أن الحبس للحاكم فيحبسه الى أن يحصل ما يقتضيه مذهبه (وليعلم) ان مختار الشيخ ومن وافقه على تقدير تمامه انما يصح فيها يمكن اخذه من الكفيل كالمال فلو لم يمكن كالتقصاص وزوجية المرأة والدعوى بعقوبه توجب حدا أو تعزيرا فلا بد من الزامه باحضاره مع الامكان أن لم يكن له بدل اما ماله بدل كالتدية في القتل وان كان عمدا ومهر مثل الزوجة فانه يجب عليه البدل كما به عليه المصنف في التذكرة وجماعة ثم على تقدير كون الحق مالا واداء الكفيل يرضى المكفول له أو مطلقا فان كان قد طالبه بالاحضار وادى باذن المكفول عنه رجع عليه وان كان قد كفل بغير اذنه وكذا أن ادى بغير اذنه مع كفايته باذنه وتعذر احضاره والمراجعة اليه لان ذلك من لوازم الكفالة فالاذن فيها اذن في لوازمها أو يكون من باب الاسباب بناء على ما مر في التذكرة ولا رجوع له الا في هاتين الصورتين اما اذا اتفق الامر وطالبه وامكنه احضاره ولم يحضره لم يرجع عليه وكذا اذا كفل باذنه وادى بغير اذنه مع تمكنه من مراجعته ومثله ما اذا تعذر عليه احضاره مع عدم اذنه في الكفالة ولم يطالبه المكفول له اما اذا طالبه وضيق عليه فانه يرجع عليه كما في التذكرة والكتاب في آخر الباب وجامع المقاصد لانه ادى دينه بأذن شرعي فيستحق الرجوع عليه ونسبه في المسالك الى ظاهرم وفيه تأمل والفرق بين الكفالة والضمان في رجوع من ادى بالاذن هنا وان تكفل بغير الاذن بخلاف الضمان عدم تعلق الكفالة بالمال اولا وبالذات وان حكم الكفيل بالنسبة اليه حكم الاجنبي فاذا اداء باذن المديون فله الرجوع بخلاف الضمان لا انتقال المال به الى ذمته فلا ينتمه الاذن في الاداء بعده لانه كأذن الاجنبي البري للمدين في اداء دينه كما به على ذلك في التذكرة وغيرها ويأتي في آخر الباب الاشارة الى بعض ذلك وينبغي ملاحظة جميع ما ذكره بالنسبة الى ما في التذكرة وغيرها من المذهبيين لان ما في التذكرة يقتضي بانه ليس من مقتضى الكفالة

ولو قال ان لم أحضره كان علي كذا لزمه الاحضار ولو قال علي كذا ان لم أحضره وجب عليه ما شرط من المال (متن)

المال ﴿ قوله ﴾ - ولو قال أن لم أحضره كان علي كذا لزمه الاحضار ولو قال علي كذا ان لم أحضره وجب عليه ما شرط من المال ﴿ يعني أن لم يحضره كما في النهاية والسرائر والنافع وكشف الرموز والتحرير والتذكرة وحواشي الكتاب واللغة والمهذب البارع والتنقيح والشرائع والارشاد وجامع المقاصد الا ان الثلاثة الاخيرة خلت كالكتاب عن القيد الذي قيدناه وهو مراد فيها ما عدى الاخير وسنسمع كلامه وهو المحكي عن القطب والى ما في النهاية يرجع كلام القاضي وابن حمزة بتقريب قريب (قال القاضي) أن قال أن لم أحضره في وقت كذا فعلي كذا قدم ذكر الوقت واخر ذكر المال لم يجب عليه اذا حضر الاجل الا احضاره دون المال وأن قال علي كذا أن لم أحضره في وقت كذا قدم ذكر المال واخر الوقت وجب عليه اذا حضر الاجل ولم يحضره المال الذي ذكره وقال في (الوسيلة) أن قدم ضمان المال على الكفالة وعجز عن التسليم لزمه المال فان قدم الكفالة على ضمان المال لزمه احضاره دون المال وفي (المهذب البارع) في شرح عبارة النافع أن المسئلة اجماعية وفي (جامع المقاصد) في شرح عبارة الكتاب هذا مروى من طرق الاصحاب وقد اطبقوا على العمل به وفي (حواشي الارشاد وجامع المقاصد) ايضاً ان الفارق بين المسئتين الاجماع والنص ونحوه ما في غاية المرام فيها حكي عنها وظاهر كشف الرموز والتنقيح وايضاح النافع الاجماع على ذلك حيث نسب فيها الى الاصحاب وفي (الفتية) دعوى الاجماع في المسئلة أو احد شقيها لكن العبارة غير تقيية عن الغلط فلم نقلها ابعده هذا كله يصح لصاحب المسالك أن يمنع الاجماع ويقول ان احدا من الاصحاب لم يدعه وانما ادعاه ابن فهد وتبعه الشيخ علي ثم يتعجب منهما ويقول أن الموجود كلامهم في المسئلة جماعية يسيره والياقون لانعرف حكمهم فيها مع انه نسبة في الروضة الى المشهور واستند في منع الاجماع في المسالك الى خلاف ابي علي الذي لا يزال مخالفاً وقال أن المحقق له في المسئلة قولان لانه ترك القيد الذي قيدناه عبارة الكتاب في الشرائع واثبته في النافع وقال ان للعلامة اربعة اقوال باعتبار القيد المذكور وعدمه فانه ذكره في التذكرة والتحرير واهمله في الارشاد والكتاب فكان له بذلك قولان ولانه استنسب مذهب ابن الجنيد وهو قول يحتاج تفريره الى تطويل سنسمع حاصله عن قريب ولانه حكي عن ولده انه حمل الرواية على انه التزم في الصورة الاولى بما ليس عليه كما لو كان عليه دينار فقال ان لم أحضره فعلي عشرة دنانير مثلاً فهنا لا يلزمه المال اجماعاً لانه التزم بما ليس عليه وأما الثانية فلانه التزم بما عليه وهو الدينار مثلاً فكانه قال على الدينار الذي عليه ان لم أحضره فجعل هذا الاحتمال في الرواية قولاً له رابعاً كما جعل استنسابه مذهب ابي علي قولاً وقطع بذلك الطريق على المتأخرين عنه وأنت قد عرفت الحال في ذلك وان غاية ذلك الاختلاف في الاطلاق والتقييد وهو لا يوجب المخالفة في أصل الحكم مع احتمال عدم المخالفة والاتفاق كما هو الظاهر على اعتبار ذلك القيد وتركه في تلك الكتب لتقدم الشرطية فيها حيث قيل فيها ان لم أحضره قبل الحكم مضافاً الى استدلالهم على ذلك بالمؤثقتين المذكور فيهما القيد والامر في ذلك واضح ثم ان لنا في كلامه في المسالك مناقشات يطول بذكرها الكلام وهي لا تخفى على المتأمل فقد تطابقت الفتوى والاجماع من صريح وظاهر على مورد واحد وهو الحكم مع القيد

كما هو واضح وان أبيت قلنا على أصل الحكم لا وصفه من أحد الأمرين ثم ان اجماع الشيخ علي انما
 حكاه على العمل بالمروي كما سمعته فكان واقفا على الحكم مع القيد ثم قال ولا يكاد يظهر فرق بين
 الصيغتين باعتبار اللفظ ومثل هذا انما يصار اليه من غير نظر الى حال اللفظ مصيرا الى النهي والاجماع
 ثم حكى عن ابن الجنييد انه اذا بدأ بالضمان لقال ثم عقبه الكفالة انه يصح ضمنا وكفالة واذا بدأ
 بالكفالة ثم علق الضمان ان الكفالة تصح ويبطل الضمان وحكي عن المختلف انه قال ان كلامه أنسب
 ثم أورد على الاول انه اذا صح الضمان برأ المضمون عنه فأي معنى للكفالة ثم قال ويمكن أن يقال
 ان السر في لزوم المال اذا قدمه براءة ذمة المضمون عنه فتمتنع الكفالة واذا قدم الكفالة كان الضمان
 المتعقب لما لكونه معلقا على شرط باطلا ولما فاة الضمان صحة الكفالة وكيف كان فالذهب ما عليه
 الاصحاب انتهى فاجماعه حيث حكاه على المروي في محله وما استنبطه من السر لم يصادف محله على انه قد
 يكون ذلك منه في بيان حال كلام أبي علي كما يرشد اليه قوله وكيف كان فالذهب ما عليه الاصحاب
 وان احتاج ذلك الى تجشم شديد وكيف كان فهذا لا يقدح في اجماعه ولا يناسب صاحب
 المسالك أمالة الكلام عليه في ذلك وان قدح في اجماعه وما كان ليكون فلا يقدح في الاجماع
 الاخر (وأما الاخبار) فهي مرواه الشيخ عن أحمد عن البرزطي عن داود ابن الحصين عن الباق عن ابي
 عبد الله عليه السلام قال سأته عن الرجل يتكفل بنفس الرجل الى أجل فان لم يأت به فعليه كذا وكذا
 درهما قال ان جاء به الى أجل فليس عليه مال وهو كفيل بنفسه ابدا الا أن يبدأ بالدرهم فان بدأ
 بالدرهم فهو له ضامن ان لم يأت به الى الاجل الذي أجله ورواه في الفقيه عن داود ابن الحصين وليس
 في سند التهذيب من يتأمل فيه غير داود ابن الحصين وقد قال (جس) انه ثقة والشيخ انه واقفي
 فهو ثقة واقفي فيكون الخبر موثقا وهو حجة بل الظاهر انه صحيح لأن (جس) أضبط من الشيخ
 مصانفا الى انه يروي عنه من لا يروي الا عن ثقة كصفوان وجعفر ابن بشير والبرزطي ولعل حكم
 الشيخ مأخوذ من ابن عقده وليس في طريق الصدوق الى داود ابن الحصين من يتأمل فيه سوى
 الحكم ابن مسكين وهو كثير الرواية ومقبولها وصاحب كتب متعددة وقد قال الشهيد لما كان كثير
 الرواية ولم يرد فيه طعن فانا أعمل على روايته وقال أيضا ان الكشي ذكره ولم يظن فيه فذكره
 غير قادح ولا موجب للضعف وقال الاستاذ قدس سره في تعليقه أن رواية ابن ابي عمير عنه أشعارا
 بتوثيقه وبوثيقه رواية ابن محبوب وابن فضال وابن ابي الخطاب عنه فكان الخبر في الفقيه حسنا
 قوله في المسالك أن في سند الروايتين ضعفا وجهالة في بعض رجالهما غير صحيح لان سنده لاجهالة
 فيه ولا ضعف وستسمع حال سند الاخرى وهي مرواه الشيخ وثقة الاسلام عن محمد عن (كا) حميد بن
 زياد عن ابن سباعة عن الميثمي عن أبان عن الباق قال قلت لابي عبد الله عليه السلام رجل تكفل
 لرجل بنفس رجل فقال ان جئت به والا فعلي خمسمائة درهم كافي التهذيب وفي (الكافي) ان جئت به
 والا فعليك خمس مائة درهم وفيها مما قال عليه نفسه ولا شيء عليه من الدرهم فان قال علي خمس مائة
 درهم ان لم أدفعه قال يلزمه الدرهم ان لم يدفعه وحيد ابن زياد ثقة أو موثق وكذلك أحمد بن الحسن
 الميثمي والحسن بن محمد بن سباعة واقفي ثقة وأبان ابن عثمان ممن أجمعت له العصاية وحاله أشهر من
 أن يذكر فالخبر موثق بل قال المقدس الاردبيلي ان في نسخة الكشي التي عنده انه كان قادسيا أي
 من القادسية فلا يكون ناوسيا فهذا الخبر مشهوران رواية وقوى ظاهران فيما فهم منها العلماء

الاقدمون الاجلاء الكبار العارفون بمعاني الاخبار فلا يلتفت الى ما يرد عليهما من حيث مخالفتها
 للقواعد الشرعية والعربية فكلم من نص خرجنا به عنهما وليس كذابين في أعلا مراتب القوة من جهة
 فتوى العائفة وأجماعتهم مع اعتبار السند ولا حاجة بنا الى الشكليات الصادرة عن جماعة في تطبيقها
 على القواعد مع تضمن بعضها اخراجها عن ظاهرهما كما ستسمع (وما يقال) ان مفهوم الشرط في
 الرواية الأولى انه ان لم يجزى به لزمه المال فقد دل بمفهومه على خلاف ما ذكره الجماعة وأبدوه من
 الفرق (ففيه) ان قوله عليه السلام وهو كفيل بنفسه أبدا الا أن يبدأ بالدرهم فهو له ضامن يدفع هذا
 المفهوم فكان المراد بهذا الغائه وتذكير الضمير في له بتأويل الدرهم بالمال وثقيد الضمان بعد
 الاتيان به في الأجل مع ثبوته من حين العقد من باب المساهلة في العبارة ولا نظر فيه الى اعتبار
 المفهوم ويحتدل ان يرجع ضميره الى المديون وكذلك الضمير المستتر في لم يأت أو يرجع الأول
 الى المال والثاني الى المديون ويكون المقصود ان الرجل ضامن للمديون أو المال بمعنى انه يجب عليه
 الأتيان بالمال ان لم يتبرع المديون بالاتيان بالمال في الاجل الذي أجله الضامن والتقييد بالشرط مبني
 على تبرع المديونين باداء المال حيث كان المال عليهم والضمان في كثير من الاحوال الى مصلحتهم
 وهذان الاحتمالان يفوتان التقيد الذي بنى عليه الاصحاب (وأما الرواية) الثانية فليس الكافي
 مخالفا فيها للتهذيب في الصيغة الثانية التي هي محل النظر بالنسبة اليهما وأما الأولى فلا بحث
 فيها بالنسبة الى الكافي وصاحب الوافي قلب الامور مع ما فيه من الفساد الواضح من اعتباره
 في الفرق عدم القبول قال ويخطر بالبال ان مناط الفرق ليس تقديم الشرط على الجزاء وتأخير
 عنه كما فهموه بل مناطه ابتداء الكفيل بضمان الدرهم من قبل نفسه مرة والزام المكفول له بذلك
 من دون قبوله مرة أخرى كما هو ظاهر الحديث الثاني على رواية الكافي والحديث الاول وان كان
 ظاهره خلاف ذلك الا انه يجوز حمله عليه فان قول السائل فان لم يأت فعله كذا ليس صريحا في انه
 قول الكفيل وعلى تقدير أبائه عن هذا الحمل يحمل على وهم الراوي وسوء تقريره فان مصدر الخبرين
 واحد والسائل فيهما واحد وأما على نسخة التهذيب التي نشأت منها تكلفات الاصحاب فلا يتأتى هذا
 التوجيه والظاهر انه من غلط السامع (وليعلم) ان ابن ادريس قال في آخر كلامه هذان الخبران اوردهما
 الشيخ في التهذيب وفي نهايته أورد عبارة ملتبسة في هذا المعنى وقته ذلك ما ذكرناه وقد كان ذكر في أول
 كلامه الفرق بين الصيغتين بما نصه انه بدأ في الاولة بضمان النفس قبل المال وفي الثانية بضمان المال
 أولا فقال علي كذا قال فافترقا كذا الامران وغرضه بيان الفرق بين الصيغتين وتصويره وأن مناطه تقديم
 الشرط وتأخيرها لان ذلك محل اشتباه لان الشرط لا فرق فيه بين ان يتقدم أو يتأخر وليس غرضه
 بيان الوجه في الفرق بين المستثنين فما انصفوه حيث قالوا انه فرق بنفس الدعوى لا يتحصل له فائدة
 وأول من ملعن عليه المحقق وتلميذه غير ملاحظين آخر كلامه والا فقل ذلك لا يخفى على أصغار الطلبة
 وقال أيضا في (السرائر) لا بد من أن تكون الدرهم التي لزمته في الموضع المذكور ضمانا عما يجب له
 في ذمة المضمون عنه ثابتة في ذمته حتى يصح ضمانها لانا قد بينا ان ضمان مالم يجب ولا يثبت في الذمة
 لا يجوز قلت وهو صريح غيره ومن لم يصرح به فهو مراد له لما ذكر وفرق في التنقيح بفرق قال انه
 حسن ولم يذكره أحد من الاصحاب وملخصه ان المراد من الاولى الاتيان بصيغة الكفالة وتعقبها
 بالزامة بالمال ان لم يأت به وذلك يقتضي صحة الكفالة لتصريحه بها وما بعدها من المال أمر لازم للكفالة

ولو مات المكفول له فالأقرب انتقال الحق الى ورثته (متن)

لما تقدم من أن مقتضاها لزوم المال للكفيل ان لم يأت به وأما الثاني فأنها تشتمل على ضمان معلق على شرط والشرط متأخر فهي أما مبنية على جواز الضمان المعلق على شرط او ان الضمان تم بقوله علي كذا والشرط بعده مناف له فلا يلتفت اليه فانه كتعقيب الاقرار بالمنافي ولا يخفى ما في هذا الفرق لانه لا يتم في الرواية الثانية لان قوله فقال من باب توكيد فاعلم وجهه ويديه وقال في (المسالك) الذي يقتضيه ظاهر الرواية ان الكفالة وقعت بصيغة تامة في الموضوعين وتعمتها ما ذكر في الاشراف بدليل قوله رجل تكفل بنفس رجل ثم قسمها الى القسمين فان التكفل اذا أطلق يحمل على معناه الشرعي وإنما يتم بذكر لفظ يوجهه الى آخر ما ذكره وأطال فيه فن أراد الوقوف عليه فليرجع اليه (ويرد) عليه ما يرد على التفتيح وزيادة كما ستسمع في كلام المولى المقدس الاردبيلي فانه ذهب الى عكس ما في المسالك وان ذلك ليس كفالة بوجه قال ان القول يقتضي القوايين ان يقال ان كان التعليق مطلقا مطلقا للكفالة والضمان فالمستثنان باطلتان لذلك الا ان وقع صيغتها بمثل هذه الشرطية فيعمل بها ويحكم بطلان الشرطين وان جوز مطلقا أو بخصوصها لكون الشرط من مقتضى الكفالة والضمان فينبغي ان يكون الحكم في صورتين بالزام الحق المضمون وضمانه ان لم يحضره في الاجل ولما يكلف بالاحضار ولا يكون كفالة بوجه ولكنه ان أحضره قبل منه وسقط عنه المطالبة بالمال للشرط ولا يبعد حمل الرواية الاولى على هذا بان يحمل قوله وهو كفيل بنفسه ابدأ فانه (بأنه خ) (على انه خ) لا يخلصه من تسليم الدرهم الا احضاره وكذا الثانية بان يكون المراد بقوله ولا عليه شيء من الدرهم ان يجيء به والظاهر ان المراد لتوافق الاولى وانه يرجع حاصل الروايتين فيهما أي صورتين الى أمر واحد والتخالف في الحكم في ظاهر الروايتين انما هو بحسب الظاهر لا بحسب نفس الامر لوجود تعبير ما في لفظها لانه ليس بمقول عنه عليه السلام لفظا بل معنى ثم احتمل ان يكون المراد سبق ذكر الكفالة في الاولى بان قال علي نفسه ثم قال فان لم أحضره فعلي كذا وفي الصورة الثانية سبق ذكر الضمان بقوله علي المال مثلا ولا حكم للشرطية ويكون ما فهم من سقوط المطالبة بالنفس بدفع المال في الاولى لحصول الغرض وهو استيفاء الحق كما انه مقتضى الكفالة وأن معنى قوله عليه السلام فهو له ضامن ان لم يأت به الى الاجل الذي أجله انه ان سلم المال في الاجل نسله (وتسلمه خ ل) والا فهو ضامن ولا بد من الخروج عن العهدة وكذا في الرواية الثانية قال ويمكن ان تكون الدرهم غير الحق الذي في ذمة المضمون عنه الى آخر ما قال (وقال صاحب الكفاية) في بيان الرواية الثانية ان الكفالة تقتضي احضار النفس وليس على الكفيل شيء سواه وحيث اشترط في ضمن العقد ان عليه خمسين درهم ان لم يحضره كان عليه الخمس مائة بشرط عدم الاحضار فكان كما لو نذر الحج في هذه السنة ثم نذر ان يتصدق بالف دينار ان لم يجز في هذه السنة الى آخر ما قال وكلها تكلفات لاحاجة بنا اليها مضافا الى ما يرد عليها

﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو مات المكفول له فالأقرب انتقال الحق الى ورثته ﴾ كما في التحرير وجامع المقاصد وفي (التذكرة) انه الصحيح عندنا لانه حق للميت فينتقل الى ورثته كغيره من الحقوق لعموم آية الارث وقال بعض الشافعية ان الكفالة تنقطع لانها ضعيفة فلا يحكم بثبوتها ولا قضائها الاحضار اليه وقد قلدر وليس بشيء لانا نمنع ضعفها لسنا لسكن تنقل الى الوارث ولو كانت ضعيفة ولا يسقط

ولو أطلق غريبا من يد صاحب الحق قهرا ضمن احضاره أو أداء ما عليه ولو كان قاتلا
لزمه احضاره أو الدية (متن)

الحق بتعذر ايصاله الى مستحقه الاول ولم يرجع في الايضاح بقي هنا شيء وهو ان المستحق
لو باع الدين أو أحال به غيره فان الكفيل يبرأ لان الكفالة لا تنتقل الى من انتقل اليه الدين لعدم
المتقضي لانه لم ينتقل الى مشتري الدين سواء لاسائر الحقوق المتعلقة به مضافا الى أن الكفالة ليست
حقا قابلا للنقل بالاختيار بخلاف الارث ففرق واضح بين انتقال الحق من الموروث الى الوارث وبين
انتقال الحق من المستحق يبيع أو غيره فان الكفالة هنا لا تنتقل كما سينبه عليه المصنف في آخر الباب
والظاهر فيما اذا باعه غلته نفسه بقاؤها وبقي شيء آخر وهو انهم جميعا لم يتعرضوا لما اذا مات الكفيل
فهل للمكفول له مطالبة ورثته بالاحضار اذا مات عن تركه وافية بالدين الذي على المكفول الظاهر انه
ليس له ذلك لان ذلك حق متعلق بنفسه لا بماله وانما عاد في بعض الصور بالآخرة الى ماله وعليه نبه
في التحرير في مسألة تراخي الكفالات ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أطلق غريبا من يد صاحب الحق قهرا
ضمن احضاره أو أداء ما عليه ﴾ كما في الوسيلة والشرايع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد واللمعة
وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية والرياض وفي الاخير انه لا خلاف فيه وعمله
في التذكرة وتبعه عليه الجماعة بانه غصب اليد المستولية المستحقة من صاحبها فكان عليه اعادتها أو
أو أداء الحق الذي بسببه ثبتت اليد عليه وينبغي أن يكون الحكم كما سلف في الكفيل المتع من
تسليم المكفول يطالب بالتسليم مع الامكان لانه يفوض التخيير اليه من أول الامر على ما هو المختار من
الترتيب بين الاحضار والاداء وما هنا لعله مبني على المشهور من أنه مخير من أول الامر أو على صورة
التعذر كما ستسمع نحوه وحيث يؤخذ منه المسال هنا فلا رجوع له على الغريم اذا لم يأمره بدفعه اذ لم
يحصل من الاطلاق ما يقتضي الرجوع كما صرح بذلك في المسالك والروضة وفي (التذكرة) ما يخالف
جميع ذلك قال ولو تعذر عليه استيفاء الحق من قصاص أو مال وأخذنا المال أو الدية من الكفيل كان
للكفيل الرجوع على الغريم الذي خلصه قصاصا انتهى قليتامل فيه جيدا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو كان قاتلا
لزمه احضاره أو الدية ﴾ كما صرح بذلك في جميع الكتب المذكورة آتفا وبه طفتحت عباراتهم في باب
القصاص وقد روى ثقة الاسلام عن حر يز في الصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام قال
سأله عن رجل قتل رجلا عمدا فدفع الى الوالي فدفعه الوالي الى أولياء المقتول ليقتلوه فوثب عليهم
قوم فخلوا القاتل من أيدي الاولياء قال أرى أن يحبس الذي خلصوا القاتل من أيدي الاولياء حتى
يأتوا بالقاتل قيل فإن مات وهم في السجن قال فإن مات فعليه الدية يؤدونها جميعا الى أولياء المقتول
وهو ظاهر في خلاف ما ذكره من التخيير بين احضاره وبين دفع الدية وظاهر في أنه مع حيوة القاتل
ليس الحكم الا احضاره وتسليمه كما هو مقتضى الكفالة ومنه يفهم حكم المسئلة الاولى فان مرجع
المستثنى الى أمر واحد وهو من أطلق من عليه حق من يد غريبه قهرا فانه يضمه ويجب عليه احضاره
وتسليمه لمن أخذه من يده أو ان للحاكم أن يحبس كما يحبس الكفيل حتى يحضره لكن يدفع ذلك
كله ان الحكم مخصوص بصورة التعذر ثم ان الخبر يدل على انه ليس كفالة لانها تبطل بالموت مع ان
ظاهر جماعة ومرجح آخرين كصاحب الوسيلة وصاحب اللمعة وكذا الروضة والمسالك ومجمع البرهان

فإن دفعها ثم حضر الغريم تسلط الوارث على قتله فيدفع ما أخذه وجوبا وإن لم يقتل ولا يتسلط الكفيل لو رضي هو والوارث بالمدفوع على المكفول بديه ولا فصلص ﴿فروع﴾ الأول لو قال الكفيل لا حق لك على المكفول قدم قول المكفول له لاستدعاء الكفالة ثبوت حق (متن)

بل التذكرة أيضا والكتاب لأنه سماه كفيلا فيهما أنها كفالة واحتمل الشهيد انسحاب الغريم إلى المحال عليه فاحتمل ادخال هذا القسم في الحوالة لأنه لو مات لم تبطل فليحظ والأولى أن يقال إن هذه الكفالة القهرية لا تبطل بالموت كما أنه هو الذي يوافق الاعتبار وكلام الأصحاب (هذا) ولا فرق بين كون القاتل عامدا أو مخطئا فلا يقتص منه في العمد لأنه لا يجب على غير المباشر وفي (التذكرة وجامع المقاصد والمسالك) في بيان الوجه أنه لما تعذر استيفاء القصاص وجبت الدية كما لو هرب القاتل عددا أو مات (قلت) ونحن قد اخترناه (١) في باب القصاص في باب العفو أنه إذا مات إن الأصح سقوط الدية وإنه إذا هرب وفرأ أنها نجب في ماله إن كان له مال والأخذت من الأقرب فالأقرب كما في موثقة أبي بصير وقد أوضحنا ذلك وبناه هناك بما لا مزيد عليه ثم إن استمر هاربا ذهب المال على المخلص ﴿قوله﴾ ﴿فإن دفعها ثم حضر الغريم تسلط الوارث على قتله فيدفع ما أخذه وجوبا وإن لم يقتل﴾ إذا تمكن الولي منه في العمد وجب عليه رد الدية إلى الغريم وإن لم يقتص من القاتل لأنها وجبت لمكان الجبولة وقد زالت وعدم القتل الآن مستند إلى اختيار المستحق كما صرح بذلك في التذكرة والمسالك والروضة واستشكل في التحرير قال وإذا حضر القاتل هل يقتل ويستعيد الدافع من الأولياء فيه اشكال ثم قال وهل له الزامه بما أدى على تقدير انتفاء جواز قتله فيه نظر انتهى ولو كان تخليص الغريم من يد كفيله وقد تعذر استيفاء الحق من قصاص أو مال وأخذ الحق من الكفيل كان له الرجوع على الذي خلصه كتخليصه من يد المستحق ﴿قوله﴾ ﴿ولا يتسلط الكفيل لو رضي هو والوارث بالمدفوع على المكفول بديه ولا قصاص﴾ كما صرح بذلك كله في التذكرة لأنه لم يكمله بقوله ولم يدفع برضاه ولم يكن المدفوع واجبا بالأصالة وإنما وجب بعارض وهي الجبولة وان زالت وأما عدم تسلطه بالقصاص فظاهر وسمى المصنف المطلق قهرا مكفولا مجازا لكنه سمي المخلص كفيلا والخبر يعطى أنه ليس بكفيل كما عرفت وقد سمعت ما حكيناه آتفا عن التذكرة من أنه لو تعذر عليه استيفاء الحق من قصاص أو مال وأخذنا المال أو الدية من الكفيل كان للكفيل الرجوع على الغريم الذي خلصه قاصدا ولا تفعل عما في التحرير من النظر ﴿قوله﴾ ﴿فروع﴾ قد ذكر أحد عشر فرعاً بها يتم الباب ﴿قوله﴾ ﴿الأول لو قال الكفيل لاحق لك على المكفول قدم قول المكفول له لاستدعاء الكفالة ثبوت حق﴾ قد صرح بتقديم قول المكفول له في الفرض المذكور في المبسوط والسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية لأن الكفالة لا تنصح إلا مع ثبوت الحق والأصل في العقد الصحة لأن الإنكار راجع إلى دعوى فساد الكفالة بعد صدورهما ليستقط عن نفسه وجوب الاحضار والمكفول له يدعي الحق المصحح للكفالة فالدعوى راجعة إلى صحة الكفالة الصادرة وفادها والأصل في العقد الصحة (وعساك تقول) هو لم ينكر الدعوى وصحتها وإنما أنكروا الدين وذلك

(١) كذا في النسخ والظاهر اخترنا بغيره (مصححه)

فان أخذ منه المال لتعذر المكفول لم يكن له الرجوع لاعترافه بالظلم (الثاني) لو تكفل
اثنان برجل فسلمه أحدهما فالأقرب براءة الآخر (متن)

لا يقتضي بطلان الكفالة فلا تكون الدعوى راجعة الى صحة الكفالة وفسادها (لانا نقول) انكاره
الدين مع اعترافه بالدعوى عبث لا معنى له لانه لا يؤثر في سقوط حق الاحضار فينبغي أن يكون غرضه
في قوله لاحق لك عليه ابطال الكفالة ليستقط عنه وجوب الاحضار فلا بد أن يكون منكرا حقا بصحح
الكفالة وهو اما صحة الدعوى أو المال والحق في عبارته نكرة يفيد العموم شامل للامرين هذا (وعساك
تقول) قد تقدم في باب البيع والرهن والضمان ان التمسك باصالة الصحة في العقود انما يكون بعد استكمال
أركانها ليتحقق وجود العقد أما قبله فلا وجود للعقد وثبوت الحق من أركان الكفالة فليقدم قول الكفيل
(لانا نقول) ان ذلك انما يكون حيث يكون لمدعي الفساد أصل يستند اليه أو ظاهر يرجع اليه غير أصل
البراءة كمن ادعى انه باع أو ضمن أو رهن حال الصبوة فان معه اصالة الصبا واصالة براءة الذمة
ويمكن ادعى أن العقد وقع على الحر لظن الرقية لعدم العلم بعقته من الوكيل ونحوه فان أصل الصحة
لا يعارض ذلك لان مرجعه الى صحة فعل المسلم بمعنى انه لا يتصرف باطلا لانه يقال له ما تصرفت
باطلا تامدا وما نحن فيه ليس للكفيل الا أصل البراءة وهو غير معترض بأصل ولا ظاهر فكان مقطوعا
قطعا باصالة صحة العقد المتعذر بالظاهر كما حررناه في أول باب الضمان على أن الحق ان هذه القاعدة
غير محررة ولم تعرف من أحد غير المحقق الثاني كما حررناه وأوضحناه في باب الاجارة وهل ينتقل الى
اليمن ففي (مجمع البرهان) انه لا يحتاج الى اليمن لان الكفيل معترف بالكفالة وهي من دون ثبوت حق
في ذمة المكفول غير معقول فلا تسمع دعواه ولا يحلف له لان دعواه تخالف قوله وهو قوي وفي (المبسوط
والشرائح واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية) أن القول قوله مع يمينه (قلت) لهم أرادوا
أن ما يدعيه ممكن وفي (التحرير) انه الأقرب وفي (المسالك) ان القاعدة تقديم قول المكفول مع
يمينه ولو نكل في التحرير أن الوجه احلاف الكفيل مع احتمال بعيد (قلت) يريد انه يجوز أن يعلم
الكفيل أن لاحق له على المكفول من قول المكفول أو من قرائن آخر ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان أخذ منه
المال لتعذر المكفول لم يكن له الرجوع لاعترافه بالظلم ﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك والروضة
ولعل المراد في عبارة الكتاب ان ذلك عند قيام اليقينة واثباته عند الحاكم أو لعله بناء على الاحتمال
المرجوح وفي (التذكرة) انه لو تعذر احضاره فهل يجب عليه أداء المال من غير يينة اشكال أقربه عدم
الوجوب وهو خيرة جامع المقاصد والمسالك والروضة لان الحق لم يثبت بحلفه السابق لانه لا ثبات حق
في الجملة يصحح الكفالة ويكفي فيه توجه الدعوى ووجوب الاحضار عليه لا المال نعم لو أقام يينة به
وأثبت عند الحاكم أن يمينه ولم يرجع به على المكفول لاعترافه ببراءة ذمته وانه مظلوم كذا قالوه ولي فيه
نأمل اذ الحلف السابق صيره كفيلا واقعا فيجب عليه أداء المال اذا تعذر الاحضار كما هو ظاهر كلام
المبسوط والشرائح وغيرها مما لا يذكر فيه ما في التذكرة في موضع منها وظاهرها في موضع آخر
كظاهر المبسوط بل هو أظهر منه ولا سيما اذ حلف على انه يستحق عليه المتدار الذي ادعى فيه أو نحوه ثم انه اذا كان
قد كفل باذنه فانه يرجع عليه سواء اعترف المكفول به أم لا ﴿ قوله ﴾ ﴿ الثاني لو تكفل اثنان
برجل فسلمه احدهما فالأقرب براءة الآخر ﴾ كما في التحرير والتذكرة والمختلف والابيضاح واللمعة

ولو تكفل لاثنين فسلمه لاحدهما لم يبرأ من الآخر (الثالث) لو ادعى ابراء المكفول فرد
المكفول له اليمين حلف وبرأ من الكفالة دون المكفول من المال (متمن)

وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية واستحسنه في الشرائع لان المقصود تسليمه وقد حصل
حتى لو سلم نفسه أو سلمه اجنبي برأ الكفيل لحصول الغرض فاذا سلمه احد الكفيلين اولى
وهل يشترط مع ذلك تسليمه عنه وعن شريكه ام يكفي الاطلاق بل تسليمه عن نفسه وجهان وظاهر
اطلاق القائلين بهذا القول هو الاجتزاء به مطلقاً وهو متجه كما في المسالك وقد تقدم مثله وهو ما اذا
سلم المكفول نفسه ومثله يأتي في وجوب قبول المكفول له وقبضه عن لم يسلم اذ لا يجب عليه قبول
الحق ممن ليس عليه أو بدله وقد تقدم مثله وهو ما اذا سلمه اجنبي بدون اذن الكفيل والقول بعدم
البراءة للشيخ في المبسوط وابن حمزة في الوسيلة والقاضي فيما حكى عنه لانه لا دليل عليه وقد رماه جماعة
كالمحقق الثاني والشهيد الثاني بالضعف (قلت) هذه الكفالة اما ان تكون وقعت على الترتيب أو دفعة
لان الاصل وظاهر اطلاقهم جواز الامرين وعليهما يكون الشأن فيه كما لو كان بالدين رهاناً فانك
احدهما فانه لم ينفك الآخر كما تقدم في الرهن على بعض الوجوه فقول الشيخ واتباعه ليس بتلك
المكانة من الضعف خصوصاً في صورة الترتيب فتأمل ولهذا ما اقدم المحقق على مخالفة بل قال لو قيل
بالبراءة كان حسناً والمصنف وغيره أتى بالاقرب ونظير الفائدة فيما اذا هرب بعد تسليم الاول فعلى
المشهور بين المتأخرين لا حق للمكفول له وعلى قول الشيخ له الرجوع على الكفيل الثاني لبقاء حقه
عليه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو تكفل لاثنين فسلمه لاحدهما لم يبرأ من الآخر ﴾ كما في المبسوط
والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد واللمعة والمسالك والروضة ومجمع البرهان والمفاتيح والحاصل انه
لا خلاف فيه لاحد من الخاصة والعامة قالوا لانه بمنزلة عقدين فهو كما لو كفل لكل واحد منهما
بافتراده وكما لو ضمن دينين لشخصين فادى احدهما لم يبرأ من دين الآخر (قلت) الاظهر في التنظير
انه كالمال المشترك بين اثنين في ذمة آخر فانه لا يبرأ بالدفع لاحد الشريكين الا ان يكون وكلا عن
الآخر في القبض ﴿ قوله ﴾ ﴿ الثالث لو ادعى ابراء المكفول فرد المكفول له اليمين حلف وبرأ
من الكفالة دون المكفول من المال ﴾ كما في المبسوط والشرائع والتحرير والتذكرة والارشاد واللمعة
وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية وهو مبني على ان القول هنا قول المكفول له مع يمينه كما
هو واضح وبه صرح في المبسوط والسرائر والتحرير والتذكرة وهو قضية كلام الباقرين وحاصل مرادهم
ان الكفيل اذا ادعى أن المكفول له أبرأ المكفول وانكر المكفول له فاقول قوله مع يمينه فاما
أن يحلف على بقاء الحق أو يرد اليمين على الكفيل فان حلف برأ من دعوى الكفيل وثبتت الكفالة
ثم اذا جاء المكفول فادعى البراءة ايضاً لم يكف باليمين التي حلفها المكفول له للكفيل بل عليه
له بين اخرى لان هذه دعوى مستقلة مغايرة لتلك فان دعوى الكفيل انما كانت لبراءة نفسه وان
لزمها بالآخرة دعوى براءة المكفول وان لم يحلف ورد اليمين على الكفيل وهو الذي ذكره المصنف
والاكثر فاذا حلف أي الكفيل برأ من الكفالة ولا يبرأ المكفول من المال لاختلاف الدعويين
كما عرفت ولانه لا يبرأ بيمين غيره وهذا مما يشهد على أن اليمين المردودة أصل برأسه كما حرزناه في
باب القضاء وليست كالاتفاق ولا كالينة ولو كانت كاحدهما برأ المكفول ثم لو حلف المكفول

(الرابع) لو ترامت الكفالات صح فان أبرأ الاصيل برؤا أجمع لو قال أنا كفيل بفلان أو بنفسه أو يدينه أو بوجهه أو برأسه صح اذ قد يعبر به عن الجملة (متن)

اليمين المردودة على الكفيل على البراءة برئاً معاً لسقوط الكفالة بسقوط الحق كما لو اداه وتصور ذلك ممكن وكذا لو نكل المكفول له عن يمين المكفول فحلف برئاً معاً وان كان قد حلف المستحق أولاً للكفيل على عدم الابراء لسقوط الحق يمين المكفول فتسقط الكفالة وهذا معنى ما في التذكرة **قوله** (الرابع) لو ترامت الكفالات صح فان أبرأ الاصيل برؤا أجمع قد صرح بصحة ترامي الكفالات في المبسوط والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك والشرائع والارشاد ومجمع البرهان وفي الاربعة الاول انه أن أبرأ الاصيل برؤا جميعاً ومعناه أن المكفول له لو أبرأ الكفيل الاصيل اعني الاول برؤا جميعاً لزوال الكفالة بسقوط الحق ويبرؤن جميعاً لو احضر الاصيل مكفوله لانهم فروعه وكذا لو مات من عليه الحق اعني المكفول الاول وتختلف احكامهم في امور آخر ستسمعها (ويبان) الترامي انه لما كان ضابط جواز الكفالة ثبوت حق على المكفول وان لم يكن مالا صحت كفالة الكفيل من كفيل ثاني لان الكفيل الاول عليه حق للمكفول له وهو احضار المكفول الاول وهكذا القول في كفالة كفيل الكفيل وهكذا وهو المعنى بالترامي وقد تقدم في الضمان والحوالة ورود الترامي والدور فيها ولا كذلك الكفالة فانه لا يصح دورها لان حضور المكفول الاول يوجب براءة من كفله وان تعدد فلا معنى لمطالبته باحضار من كفله (وليعلم) انه يختلف حكم الاحضار فيهم كاختلاف حكم الابراء والموت فتم احضار الكفيل الاخير مكفوله برأ من الكفالة خاصة وتبقى على مكفوله احضار من كفله وهكذا ولو احضر الكفيل الثاني الكفيل الاول برأ هو ومن بعده من الكفلاء وهكذا وقد عرفت انه لو احضر الكفيل الاول مكفوله برأ الجميع وأما الابراء فقد عرفت انه لو ابراء المكفول له الكفيل الاول برؤا جميعاً ولو ابراء غيره من كفالاته أي اسقط عنه حق الكفالة برأ من بعده دون من قبله وأما الموت فتمت مات واحد منهم برأ من كان فرعاً له فبموت من عليه الحق يبرؤن جميعاً كما عرفت وبموت الكفيل الاول يبرأ من بعده وهل للمكفول له مطالبة ورثته باحضار المكفول أو اداء ما عليه احتمالاً لان الظاهر عدمه كما تقدم وبموت الثاني يبرأ الثالث ومن بعده دون من قبله وبموت الثالث يبرأ من بعده ولا يبرأ الاولان **قوله** (لو قال أنا كفيل بفلان أو بنفسه أو يدينه أو بوجهه أو برأسه صح اذ قد يعبر به عن الجملة) كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد واللمعة وجامع المقاصد ومجمع البرهان بل لا نجد في ذلك مخالفاً قبل الشهيد الثاني وظاهر بعضهم كما هو صريح آخرين انه لا فرق بين ان يقول كفله بوجهه أو برأسه أو كفلت وجهه أو رأسه لانه يعبر بذلك عن الجملة بل عن الذات عرفاً ويراد منه الذات لعدم امكان احضار العضو بدونها فيصدق عليه عقد الكفالة ويندرج تحت أدتها اذ المستفاد منها صحة الكفالة على سبيل الاجمال لا خصوص صيغة بعينها فكل لفظ دل عليها أما بقرينه عرف أو عدم امكان احضار العضو وحده يصلح لها ويكون المقصود الكل للأصل واطلاق الأدلة كما عرفت مع حمل كلام العاقل على الوجه الصحيح دون الغفول ولا سيما اذا صرح الكفيل بذلك أو عرف من حاله فكان الظاهر الصحة كما هو مختار اساطين المذهب ولا أقل من التفصيل بالتصديق وعدمه ولا فرق في ذلك بين المتعارف وغيره ولا بين الاطلاق وجود القرينة لانك ستعرف

أما لو قال كفلت كبده أو غيره مما لم تمكن الحياة بدونه أو ثلثه أو ما شابهه من المشاعة ففي الصحة نظر ينشأ من عدم السريان كالبيع ومن عدم إمكان احضار الجزء إلا بالجملة فيسري وكذا لو كان جزءاً يمكن الحيوة مع انفصاله كيدته ورجله (متن)

ان الاطلاق لا ينفك عنها ولا تصغ الى ما ذكره الشهيد الثاني تبعاً لما احتمله المحقق الثاني في القسم الثاني كما ستمتع قال في (المسالك والروضه) ان اطلاق الرأس والوجه على انفسهما خاصة أشهر من اطلاقها على الجملة وحمل اللفظ المحتمل للمعنيين على الوجه المصحح مع الشك في حصول الشرط وأصالة البرائة من لوازم العقد غير واضح نعم لو صرح بإرادة الجملة من الجزأين أجمت الصحة فالكلام عند الاطلاق وعدم قرينة تدل على احدهما فنقد ذلك لا يصلح لتعليل الصحة بأنه قد يعبر بذلك عن الجملة قلت الحل على الوجه المصحح وهو ارادة الجملة من الجزء بوجه أنه عاقل فيصان كلامه عن المذدر والنفو وانه عقد فيجب الوفاء به ولا يمكن احضار العضو وحده فكان الاطلاق غير منفك عن القرينة وحينئذ فلا شك في حصول شرط الصحة وهو ارادة الجملة من الجزء فالتعليل صحيح والاطلاق يراد به الجملة وبعد ثبوت كونه عقداً جامعاً لشرط الصحة لا يمكن التمسك بأصل البرائة (ومما ذكر) يعلم الحال في القسم الثاني وهو الاجزاء التي لا يعيش بدونها وما في حكمها كما ستمتع ﴿ قوله ﴾ (أما لو قال كفلت كبده أو غيره مما لا يمكن الحيوة بدونه أو ثلثه أو ما شابهه من المشاعة ففي الصحة نظر ينشأ من عدم السريان كالبيع ومن عدم إمكان احضار الجزء إلا بالجملة فيسري) الاقرب الصحة كما في التحرير وهو الوجه كما في التذكرة وجمع البرهان وهو قضيه كلام الشرائع لما عرفه آفاً من ان كفالة الجزء الذي لا يمكن الحيوة بدونه نفضي الى كفالة المجموع لان احضاره لا يمكن إلا باحضار المجموع وقال في (جامع المقاصد) وقائل ان يقول ان احضاره وان كان غير ممكن بدون احضار المجموع لا يقتضي الصحة لان الاحضار فرع الكفالة والمطلوب انما هو صحة الكفالة واحضار ذلك العضو وحيث ان صحتها انما تكون بكفالة المجموع ولم يصح هاهنا اذ المتكفل به ليس هو المجموع ولا ما يستزمه وان كان حكم الكفالة وهو احضار ذلك العضو غير ممكن إلا باحضار المجموع والعقود أسباب متلقات من الشرع فلا بد في صحتها من النص مع ان التعبير بذلك عن الجملة غير متعارف انتهى وهذا ما اشرنا اليه آفاً وتبعه على جميع ذلك صاحب المسالك واستوجهه البطلان في كتابه ومثله الشهيد في حواشيه وقد عرفت الحال في ذلك بما لا من يدعيه (١) من ان المراد كفالة المجموع لانه كتابة عنه أو يستزمه لانه عاقل ولان هذا عقد وان اطلاق نصوص الباب تشملها فالخلف جميع ما ذكرناه آفاً ﴿ قوله ﴾ (وكذا لو كان جزءاً يمكن الحيوة مع انفصاله كيدته ورجله) اي هذا كالأول فيه وبيانناشأن من عدم السريان وإمكان الانفصال مع بقاء الحيوة ومن احضار ذلك على صفته لا يكون إلا بأحضار البدن وعدم الصحة هنا خيرة المبسوط والشرائع والارشاد واللمعة والحواشي وجامع المقاصد والمسالك والروضه واستحسنه في التحرير ولم يرجح في التذكرة قلت لو قيل بالصحة لم يكن بعيداً ونعم ما قال في المسالك لا يعد القول

(١) من ان المستفاد من ادلة الكفالة صحتها على سبيل الاجمال لا خصوص صيغة بعينها وان كل لفظ دل عليها ولو بقرينة عدم إمكان احضار العضو وحده يصلح لها و يكون المقصود الكل (منه قدس سره)

لو هرب المكفول أو غاب غيبة منقطعة فالأقرب الزام الكفيل بالمال أو إحضاره مع احتمال براءته ويحتمل الصبر يجب على المكفول الحضور مع الكفيل أن طلبه المكفول له منه والا فلا أن كان متبرعا والا فلكلاول (متن)

بالصحة لمن يقول بها فيما سبق انتهى وأما إذا علم من قصده يده ارادة الجملة فلاشبه بأصول المذهب بل الاقوى الصحة خلافا للرضة حيث قال فيها لا يصح وان قصد بها مجازا - قوله ﴿ لو هرب المكفول أو غاب غيبة منقطعة فالأقرب الزام الكفيل بالمال أو إحضاره مع احتمال براءته ويحتمل الصبر ﴾ ما قر به المصنف هو الذي صححه صاحب جامع المقاصد لأن ذلك مقتضى الكفالة فانها تقتضي أحضار الغريم أو اداء ما عليه من المال والاصل بقاء ذلك الى أن يحصل المبرأ وهو المقط للحق أو موت المكفول وأن الكفيل وثيقه على الحق كالرهن فاذا تعذر استيفاء الحق من جهة من عليه استوفى من الوثيقة ولعله لا ينافي ما سبق له وللتذكرة بما يقتضي بأن مقتضى الكفالة انما هو الاحضار ويجوز الاكتفاء عنه باداء المال لانه له ان يقول اذا رضى بالاداء وجب فأتمل (وأما) الاحتمال الثاني فهو خيرة التذكرة وكذا التحرير على أشكال له فيه لان الاحضار واجب مع الامكان واذا غاب غيبة اقطع خبره بها كان احضاره ممتعا فكان بمنزلة ما لو مات ولان وجوب الاحضار اذا سقط لم يجب المال لانه لم يتعهد به ووجوبه مع وجوب الاحضار حين امكانه اذا لم يأت به ورضى بالمال لا يقتضي وجوبه بدونه وهذا أشبه بأصول الباب واخياره اذ ليس فيها تحخير وانما فيها الامر بالاحضار وظاهرها انه مع الامكان العرفي كما تقدم بيان ذلك كله وقد نسبناه الى الاصحاب من صريح وظاهر وهذا عين الثالث على الظاهر كما ستعرف وضعف يمنع كون احضاره مع الغيبة المنقطعة ممتعا بل هو أمر ممكن فيجب على الكفيل تتبعه في البلاد أو اداء ما عليه ولا يتفنى ما فيه من الضرر العظيم أو تكليف ما لا يطاق مع فرضه التعذر في الاستدلال لوجه لذكر الاحضار حينئذ في الكتاب (وأما) الثالث فهو خيرة الايضاح مستندا الى اصالة بقاء الكفالة ولا تتناول المال فيتوقع المكنة والا لزم تكليف ما لا يطاق والفرق بين المهرب والغيبية المنقطعة ان المهرب يعلم موضعه لكنه متى توجه اليه هرب الى موضع آخر وهكذا فكان بذلك كالفنية المنقطعة هذا وقد ذكر في التذكرة فروعا (منها) انه لو فرط الكفيل في احضاره بان طلبه المكفول له باحضاره وكان متمكنا منه فهربه أو ماطل باحضاره حتى غاب غيبة منقطعة فإن أوجبنا المال وجب هنا والا فاشكال ونحوه ما في جامع المقاصد (ومنها) انه لو كان غائبا حين كفل فالحكم في احضاره كالمالك بعد الكفالة ونحوه ما في جامع المقاصد وفي الاخير انه لو وقع في بلاد الكفر بحيث لا يقدر عليه أو في حبس ظالم بحيث لا يمكن تخليصه وجب الصبر الى زمان امكان احضاره ولو رجى تخليصه بوجه وجب عليه السعي فيه ولو احتاج الى بذل مال فاشكال وهذا منه كر على مذهب الايضاح - قوله ﴿ يجب على المكفول الحضور مع الكفيل ان طلبه المكفول له منه والا فلا ان كان متبرعا والا فلكلاول ﴾ يجب على المكفول الحضور اذا طلبه منه المكفول له حيث يجوز له طلبه كأن كانت حالة أو بعد حلول الاجل سواء كان تكفل باذن المكفول او ابتداء أي تبرعا كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد أما الاول فواضح وأما الثاني فلان المكفول له أمره باحضاره فهو بمنزلة وكيله بمطالبته بالحضور فلا يجوز له الامتناع وليس

لو أسلم الكفيل على الحر برأ من الكفالة (متن)

ذلك من جهة الكفالة كما وجه ذلك بذلك في التذكرة وجامع المقاصد وعلى الثاني أي حيث يكون قد كفله تبرعا إذا لم يطلب احضاره من الكفيل ولم يقل له أخرج من حقي ولا أخرج من كفايتك ولكن أراد الكفيل المتبرع احضاره لا يجب عليه الحضور لانه متبرع بالكفالة فلا حق له على المكفول ولا توكيل كما في التحرير وجامع المقاصد واليه اشار المصنف بقوله والا فلا ان كان متبرعا ومعناه ان لم يطلبه منه لا يجب عليه الحضور لكن يدخل فيه ما اذا لم يطلبه بان لم يقل له احضره لكن قال له اخرج من حقي اذ قضية كلام المصنف انه لا يجب عليه الحضور وهو خيرة التحرير وظاهر كلام ابن المنوج فيما حكاه الشهيد عنه لان ذلك ليس توكيلا في الاحضار اذ هو طلب الحق فلا يجب المتابعة وفي موضع من التذكرة ان الاقرب انه يجب عليه الحضور لان ذلك يتضمن الاذن في احضاره ونفى عنه البعد في جامع المقاصد وفي موضع آخر من التذكرة لا ترجيح (وعلى الاول) أي حيث يكون قد كفله باذنه فانه يجب عليه المتابعة حيث يطلبه الكفيل سواء طلبه منه المكفول أولا كأن لم يطلبه اصلا ولا قال له اخرج حقي أو قال له اخرج حقي ولم يقل له احضره كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد وهو المحكي عن ابن المنوج لانه سلطه على نفسه بالاذن في الكفالة بل في جامع المقاصد انه قطعي واليه اشار المصنف بقوله والا فكلاول اذ معناه انه ان لم يكن متبرعا بل كانت الكفالة بالاذن فكلاول يعني ما اذا طلب المكفول له من الكفيل احضار المكفول فانه يجب عليه المتابعة كما عرفت وعلى كل حال حيث يجب عليه الاحضار فمؤتته أي الاحضار عليه أي الكفيل كما نص عليه في التذكرة (قلت) ان كان كفله باذنه فالظاهر انه يرجع عليه بها في بعض الوجوه والا فلا ولو ادى المال في شيء من هذه المواضع فان كان متبرعا باذنه لم يرجع قطعاً وان كان قد كفله باذنه واذا ادى مع تعذر احضاره ومطالبة المكفول له وتضييقه عليه فله الرجوع عليه قطعاً مع اذنه في الكفالة والظاهر منهم ذلك ايضا مع التبرع كما هو صريح الكتاب فيما يأتي والتذكرة وجامع المقاصد لانه ادى دينه باذن شرعي فيستحق الرجوع ولا يخلو عن تأمل وقد نسه في المسالك الى ظاهرهم واذا تمكن من الاحضار وادى المال فالاقرب انه لا يرجع لان الواجب الاحضار مع الامكان وقد امكن فيكون متبرعا في اداء المال سواء حبس مع ذلك ام لا كما في التذكرة والمسالك وكذا جامع المقاصد وقد تقدم بيان ذلك كله مفصلاً ﴿ قوله ﴾ ﴿ لو اسلم الكفيل على الحر برأ من الكفالة ﴾ كما في التذكرة والتحرير ومعناه انه اذا كان لذي على ذمي خمر وكفله ذمي آخر ثم اسلم الكفيل فانه يبرأ من الكفالة لا متناع كون المسلم كفيلا بالحر قبطل الكفالة ويبقى الحق بين الذميين كما كان وظاهر التذكرة انه لا يخالف فيه أيضاً من العامة وقد استضعفه جدا في جامع المقاصد لان الكفالة ليست بالحر بل بمن عليه الحر وهو حق بالنسبة الى الذميين ولهذا يمنع المسلم من التعرض اليه ويضمن قيمته لو اتلفه مع عدم التظاهر قال بل قد بالغ السيد الفاضل عميد الدين نجوز كفاية المسلم للذمي اذا كان في ذمته خمر أو خنزير لذي آخر محتجا بأن الكفالة ليست بالمال بل بالنفس مع ثبوت الحق للمكفول له في ذمة الكفيل وهو هنا كذلك ولا شبهة في وجوب الحضور على المذيون هنا الى مجلس الحكم لو طلبه المستحق فلا مانع من صحة الكفالة اصلا قال وما ذكره حسن وجعل الاشكال في كلام المصنف

ولو أسلم أحد الغريمين برأ الكفيل والمكفول على اشكال (متن)

متأولا للمشكلة وانت خبير بان مقتضى الكفالة الاحضار فان امتنع من احضاره حبس حتى يحضره
 أو يؤدي ما عليه وكذا لو امتنع عليه احضاره على رأي قانه يلزم بالمال ومن المعلوم أن الحر مثله فالزام المسلم
 بهاهوان يأتي بمثله الا بقيمتها ومن المعلوم ان الحر لا نجيب على المسلم ولا على الكافر لانه يمتنع في شرع الاسلام الحكم
 باستحقاق الحر فعاد الامر بالآخره الى كون المسلم كفيلا بالحر كما قالوه فلا وجه لقوله أن الكفالة ليست
 بالحر وما استضعفه قوي جدا ان لم يكن متعينا وما استحسنته غير سديد وان ذهب اليه الفاضل السيد العميد
 مضافا الى مخالفة الاعتبار مع التظاهر في الامر وهو حبس المسلم لاجل كأس الذمي من خمر لانهم متى تظاهروا
 بالحر زال احترامها (فان قلت) لا يلزم من الحكم باستحقاقها اظهارها (قلنا) الحكم باستحقاقها ينجر الى
 الاظهار لانه يجس حتى يؤدي وذلك مناف للاستتار كما ذكر ذلك كله في غصب جامع المقاصد فيما اذا
 اتلف الكافر لثله خمره فانه قال يجب عليه القيمة دون المثل مستندا الى ما ذكرنا وبذلك تقارق الكفالة
 الانلاف الذي استندا اليه فانه يضمن قيمتها سرا وليس لكافر المطالبة بها وانما يطالبه الحاكم ولا
 يتأتى مثل ذلك في الكفالة هذا أن قلنا بضمان المسلم لها اذا اتلفها من غير المتجاهر وان قلنا بالعدم
 فالامر واضح ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أسلم أحد الغريمين برأ الكفيل والمكفول على اشكال ﴾ يريد
 انه لو أسلم أحد الذميين المكفول له أو المكفول به في الفرض المذكور آتفا برأ الكفيل والمكفول
 كما جزم بذلك في التحرير والتذكرة لان الحر لا نجيب على المسلم اذا كان هو المكفول ويمتنع استحقاقه
 اياها اذا كان المكفول فيبرون جيبا (قلت) كما لو اقترض ذمي من مثله خمر ثم أسلم احدها فانه
 يسقط القرض كما جزم بذلك ايضا المصنف من دون اشكال في الفرع العاشر من باب القرض من
 الكتاب وفي (التذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد) مستنديين الى انه لا يجب على المسلم ادا
 الحر ولا قيمته لانه من ذوات الامثال وقالوا في باب السلم فيما اذا أسلم كافر الى كافر في خمر فأسلم
 احدها قبل القبض انه يحتمل بطلان السلم وهو خيرة الكتاب وجامع المقاصد هناك والسقوط لا الى
 بدل والمصنف هنا استشكل ومثله ولده في الايضاح حيث لم يرجع مما ذكر ومن أن الواجب بالنسبة
 الى المسلم القيمة عند مستحليه والاصل بقاء الكفالة لكرمهم قالوا فيما اذا عقد الذميان على الحر ثم
 اسلما أو اسلم احدهما أن المهر ينتقل الى القيمة واستندوا الى أن التعذر الشرعي كالتعذر الحسي وجماعة
 قالوا بالفساد وانه ينتقل الى مهر المثل وقال الاكثر على ما قيل لو كاتب الذمي عبده على خمر ولم
 يقبضه انه ينتقل الى قيمة الخمر وانه لا يلزمه قيمة نفسه ولا تبطل وجماعة قالوا بالبطلان (وقد يجاب)
 عن الكتابة بأنها من قبيل العنق المبني على التغليب والمسامحة فيه وكذا النكاح لان فيه شبهة بالعبادة
 واعلم أن الكلام انما هو في الحر وأما الخنزير في هذه الابواب فانه ينتقل الى قيمته لانه قيمته ومدار
 الامر في نحو المسئلة ان تعذر المثلي هل تعذره في ذلك القطر أو تعذره ولو بحكم الشرع والتظاهر ان
 تعذر القيمي كالخنزير شرعا يقوم عندهم مقام التعذر الحسي وتوجيه الفرق ممكن الاعلى القول بأن
 القيمي يجب مثله أولا ثم ينتقل الى قيمته وحقق في جامع المقاصد تحقيقا نسبة في التذكرة الى أبي حنيفة
 وقال المصنف فيها أي التذكرة انه غلط وهو انه ان كان المسلم هو مستحق الحر سقطت الحر وقيمتها
 لا تمنع ملكها له والاصل براءة ذمة الذمي من وجوب قيمتها وحيث كل المانع منه انتهى استحقاقه

لو خيف على السفينة الفرق فأتى بمض الركبان متاعه لتخف لم يرجع به على أحد وان قصد الرجوع به أو قال له بعضهم الله فآلقاه (متن)

القيمة وان كان المسلم هو من عليه الخمر كان عليه القيمة لانه باسلامه منع الخمر المستحقة في ذمته للذمي مستتر فيجب الانتقال للقيمة وهلا فصل هذا التفصيل في القرض والسلم مع انه لا فرق كما نص عليه الشهيد في حواشيه وقد قال في (جامع المقاصد) في باب السلف ان تخيل انه باسلامه منع الخمر المستحقة فكان بمنزلة اتلافها ليس بشي لانه لم يتلف شيأ ولا تسبب في الاتلاف فاحقته هنا قال هناك انه ليس بشي وقد نبهنا في باب القرض على اختلاف رأيه في الابواب الثلاثة وعلى تقدير صحة ما قاله في جامع المقاصد من الانتقال الى القيمة هل يبرأ الكفيل أو لا يحتمل الاول لانه انما كفل على حق حاضر وقد زال ووجب غيره ولا كفالة على المتجدد والثاني لان الكفالة على الاحضار وهو هنا أقوى لان ايجاب القيمة أقوى من وجوب الخمر ﴿ قوله ﴾ ﴿ لو خيف على السفينة الفرق فأتى بمض الركبان متاعه لتخف لم يرجع به على أحد وان قصد الرجوع به أو قال له بعضهم الله فآلقاه ﴾ هذه المسئلة قد تذكر في باب الضمان وفي باب الكفالة وفي باب الهديات وقد استوفينا الكلام فيها وفي أطرافها في باب الهديات وكيف كان فالاستفاد من كلامهم في المسئلة في الابواب الثلاثة أن السفينة اذا أشرفت على الفرق جاز القاء بعض أمتعتها في البحر وقد يجب رجاء نجاة الراكبين اذا خيف عليهم فيجب القاء ما لا روح له وان علت قيمته لنجاة ذمي الروح ولا يجب القاء الحيوان اذا حصل الغرض بغيره واذا مست الحاجة الى القاء الحيوان قدمت الدواب لبقاء بني آدم ولا فرق بين العبيد والاحرار فلا يقدم العبد على الحر ولعلمهم بريدون ببني آدم ما كان معصوم الدم كالمسلم والذمي والمعاهد لا المرتد والزاني المحصن والحربي واللائط فهذه تقدم على الدواب الا الكلب العقور والخنزير والفواشق الخس فانه يتخير كما نبهوا على ذلك في باب التيسم والاطعمة وقال المحقق الثاني اذا قطع بفرق السفينة وهلاك بعض أهلها وبسلامتها لو أتى المال في البحر ففي وجوب الاقاء لا تقاذ الغير من الهلاك اشكال انتهى ونحو ذلك ما في الخلاف والسرائر في مثله من انه لو اضطر الى طعام الغير يعني لحفظ نفسه لم يجب على الغير اعطاؤه لان الاصل براءة الذمة وإيجاب ذلك يحتاج الى دليل وفي (التحرير والكتاب) فيما يأتي لو امتنع المالك من بذله بالاكثر من ثمنه حل للمضطر قتاله وكان دم المالك هدرا ودم المضطر مضمونا ونحو ذلك ما في المبسوط من أن المضطر أولى من المالك بطعامه وحكي ذلك عن غير المبسوط وظاهرهم في باب التقطع الاطباق على ذلك ولا دليل لهم الا قوله صلى الله عليه وآله وسلم من أغان على قتل مسلم ولو بشطر كlette جاء يوم القيامة مكتوب با بين عينيه آيس من رحمة الله تعالى فانظر الى هذا الاختلاف ولعل التفصيل بالطلب وعدمه أولى كما سنسمع واذا قصر من لزمه الاقاء فعليه الاثم دون الضمان كما لو لم يطعم صاحب الطعام المضطر حتى هلك اذا لم يطلب المضطر منه وكذا كل من رأى انسانا في مهلكة فلم ينجها منها مع قدرته على ذلك لم يلزمه ضمانه نعم لو اضطر الى طعام غيره أو شرابه فطلبه منه فتمه اياه مع غناؤه في تلك الحال فسات ضمن المطلوب منه لانه باضطراره اليه صار أحق من المالك ولو أخذه قهرا فتمه اياه عند طلبه سبب لهلاكه كما نص عليه في التحرير (وقد يقال) ان الطالب نوعان طالب بلسان حاله وآخر طالب بمقاله وقد قالوا في باب الزكوة والخمس ان الفقراء طالبون بلسان الحال فاذا ألقى متاع نفسه أو متاع غيره بأذنه

أما لو قال له القه وعلي ضمانه فألقاه فملى القائل الضمان للحاجة (متن)

رجاء السلامة فلا ضمان على أحد ولو أتى متاع غيره بغير اذنه وجب عليه الضمان لأنه أتاه بغير اذنه من دون أن يلجأه إلى الائتلاف فكان كما إذا أكل المضطر طعام الغير وليس كما إذا صال عليه البعير المغتم فقتله دفعا عن نفسه لأنه هنا ألبأه إلى الائتلاف (ويبقى) سؤال الفرق بين ما إذا أتى متاع نفسه لتخليص غيره من الفرق فإنه حينئذ لا ضمان على أحد وبين طعام المضطر وإيجار الطعام في حلقه فإنه يرجع عليه بقيمته إذا كان ذا مال (وجوابه) أن الملقى لمتاع نفسه إن شمله الخوف فهو ساع في تأدية واجب وهو تخليص نفسه وإن حصل بذلك تخليص غيره فلا يرجع على غيره ولا كذلك صاحب الطعام مع المضطر للأذن من الشارع حيث أوجبه وهو مقتضى الرجوع وإن لم يشمله الخوف فالفرق أن المطعم مخلص لا محالة وملقى المتاع غير دافع لمخطر الفرق لأنه يمتثل أن يفرق وأن لا يفرق فكان الأول كشرب الخمر لدفع العطش والثاني كشربها للتداوي وأما حيث يقطع بعدم الفرق إذا أتى فقد يفرق بالمباشرة في المضطر وعدمها في أصحاب السفينة أو يقال أنهم يلتزمون ذلك في ذلك فليتأمل جيدا (إذا تقرر) ذلك فمد إلى عبارة الكتاب أما الأول فظاهر وأما الثاني وهو الحكم بعدم الضمان فيما إذا قال له بعضهم القه فألقاه من دون أن يقول وعلي ضمانه فقد صرح به في ديات المبسوط والشرائع والتحرير والمسالك وكشف اللثام وكفالة التذكرة وجامع المقاصد للأصل وهو كما لو قال اعتق عبدك فأعتقه أو طلق زوجتك فطلقها والفرق بينه وبين قوله أدّ ديني فأداه أو ضمن عني فضمن عنه حيث يرجع عليه إن أدى أو ضمن وأدى أنه لما أدى أو ضمن وأدى فقد وصل إليه النفع ولا كذلك القاه المتاع فإنه قد يفضي إلى النجاة وقد لا يفضي فلا يضمن إلا مع التصريح ولعل الأصل فيه أن الضمان على خلاف الأصل وهذا النوع منه على خلاف الأصل في الضمان لأنه ضمان ما لم يجب فيقتصر على المتيقن وقوله أدّ عني وضمن عني قد تضمن وكالة في الاستقراض والأداء ولا كذلك ما نحن فيه

﴿قوله﴾ (أما لو قال له القه وعلي ضمانه فألقاه فملى القائل الضمان للحاجة) كما صرح به في الشرائع وغيرها بل في الخلاف أن عليه إجماع الأمة وخلاف أبي ثور شاذلا يعتد به وهو معنى قوله في المبسوط أن لا خلاف فيه إلا من أبي ثور فكان كما لو قال اطلق هذا الأيسر ولك علي كذا واعتق عبدك عني على كذا وعن (الخلاف) أن عليه إجماع الأمة وقد يلوح من ضمان التحرير التأمل في ذلك لأنه خارج عن الأصل لأنه ضمان ما لم يجب وفي (ضمان التذكرة وكفالة جامع المقاصد) لو قلنا أنه جملة خلصنا من الإلزام (وليعلم) أن الضمان إنما يجب على الملتزم بشرطين (أحدهما) أن يكون الالتئام عند خوف الفرق كما ستعرف (الثاني) أن لا تختص فائدة الالتقاء بصاحب المتاع كما ستسمع أيضا فلو اختصت به بطل ولم يحل له أخذه لأنه فعل ما هو واجب لمصلحته كما لو قال للمضطر كل طعامك وأنا ضامن فأكل فإنه لا يرجع على الملتزم ومن هنا يعلم أن فائدة التخليص بالقاء المتاع تفرض على وجوه خمسة (الأول) أن تختص بصاحب المتاع (الثاني) أن تختص بالملتزم فيجب الضمان (الثالث) أن تختص بغيره فيجب الضمان لأنه غرض صحيح في محل الحاجة (الرابع) أن تعم صاحب المتاع وغيره فيجب الضمان مع احتمال تقسيط المال على مالكة وسائر من فيها فينتقط قسط المسالك ويجب الباقي فلو كان معه واحد وجب نصف الضمان (الخامس) أن يكون في الالتقاء تخليص الملتزم وغيره فيجب الاحتمال

ولو قال علي وعلى ركبان السفينة ضمانه فامتنعوا فان قال أردت التساوي لزمه قدر نصيبه ولو قال
وعلي ضمانه وعلى الركبان فقد أذنوا لي فأنكروا بعد الإبقاء ضمن الجميع بعد اليمين على (متن)

في سقوط حصة المالك هذا وقيمة المقي إنما تعتبر حين الإلقاء، لأنه وقت الضمان ويحتمل اعتبارها قبل
هيجان الامواج اذ المال لا قيمة له في تلك الحال ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو قال علي وعلى ركبان السفينة
ضمانه فامتنعوا فان قال أردت التساوي لزمه قدر نصيبه ﴾ وقال في باب الدييات من الكتاب ولو قال
حالة الخوف الق متاعك وعلي ضمانه مع ركبان السفينة فامتنعوا فان قال أردت التساوي قبل لزمه
بمحضته وأما الركبان فان رضوا ضمنا والا فلا وقالوا في باب الدييات الضمان على ضريين ضمان اشتراك
وضمان افراد واشتراك معا ف ضمان الاشتراك كأن يكون لرجل على رجل ألف فقال عشرة أشخاص
ضمانا لك الالف التي على فلان فيكون جميعهم ضمنا وكل واحد منهم ضامن عشر الألف فله أن يطالبهم
جميعا بالألف وأن يطالب كل واحد بمشرا الالف كما لو وكلهم في بيع عبدا وأوصى اليهم في بيع تركته وضمان
الاشتراك والافراد مثل أن يقول ضمنا لك وكل واحد الألف التي لك على فلان فيكون الجميع ضامين
لكلها وكل واحد ضامن لكلها فان قال واحد من العشرة ضمانت لك أنا وأصحابي مالك على فلان
وسكت ولم يكونوا قد وكوا بذلك ضمن عشر الألف لأنه لم يضمن الكل وإنما ضمن بالحصة هذا فان
كان ضمان الإلقاء في البحر ضمان الاشتراك ضمن كل واحد ما يخصه وان كان ضمان اشتراك وافراد
ضمن كل واحد منهم كل المتاع وان كان قد قال القه على أي وركبان السفينة ضامنون فسكتوا ضمن
بالحصة وان قال علي أني وكل واحد منهم ضامن ضمن الكل نص على ذلك كله في المبسوط وهو يتأني على
مذهب ابن حمزة في باب الضمان حيث قسمه الى ضمان افراد وضمان اشتراك والمتأخر ون على خلافه كما
حرره في باب الضمان ولما تجيزه في المقام ونخالف القواعد لمكان الضرورة كما خالفناها في أصل المسئلة ومن
نص على جوازها في المقام غير الشيخ في المبسوط المصنف في التحرير والتذكرة ثم عد الى عبارة الكتاب فقوله
ولو قال الى آخره يريد به انه قال ذلك حالة الخوف وقوله فامتنعوا يريد به أنهم امتنعوا من الضمان قبل الإلقاء
أو بعده بان ردوا صريحا وقوله أردت التساوي يراد به ضمان الاشتراك على ان يكون هو كاحدم فيما
يصيبه من المال بعد التوزيع (وقد يقال) ان هذا اللفظ ظاهر في الاشتراك كما صرح به في المبسوط فلومات
ولم يقل أردت التساوي حملناه عليه الا ان نقول ان هذا اللفظ مطلق عرفا كما هو ظاهر المحقق والمصنف
وغيرها أو صريحهم أعني ما اذا قال وعلي ضمانه مع ركبان السفينة أو أنا وركبان السفينة ضامنون
والصريح في التقييد ان يردفه بقوله كل واحد بالحصة كأن يقول وعلي ضمانه مع ركبان السفينة كل
واحد بالحصة كما ان صريح الاشتراك والافراد ان يقول اني وكلا من الركبان ضامنون وأما قوله في
باب الدييات اذا رضوا ضمنا فمعناه انهم اذا أجازوا ذلك العقد الفضولي بالقول كان لازما وأما قوله
والا فلا فلا أصل بمعنييه وانه لا يلزم بالفضولي شيء اذا تعبه الرد الصريح وفي (جامع المقاصد) وكذا
التذكرة انه يكفي في الرد السكوت فان السكوت اعم من الرضا (قلت) وفيه تأمل وكيف كان فما في
الكتاب خيرة المبسوط والشرائع والتحرير والمسالك كما بينا ذلك كله في باب الدييات ﴿ قوله ﴾
﴿ ولو قال وعلي ضمانه وعلى الركبان فقد أذنوا لي فأنكروا بعد الإلقاء ضمن الجميع بعد اليمين على

اشكال ينشأ من استناد التفريط الى المالك ولو لم يكن خوف فالاقرب بطلان الضمان وكذا مرق ثوبك وعلي الضمان أو اخرج نفسك وعلي ضمانه بخلاف طلق زوجتك وعلي كذا (من)

اشكال ينشأ من استناد التفريط الى المالك ﴿ وقال في باب الديات فن قال قد اذنوا لي فانكروا بعد الاقواء حلفوا وضمن هو الجميع من دون اشكال وهو خيرة الشرائع والتحرير وهو يتم بغير اشكال مع ارادة ضمان كل واحد الجميع وعلي تقدير ضمان الاشتراك وهو التحاص يكون الوجه فيه أنه غر المالك بكذبه (وفيه) اما يمنع الفرور هنا اذ لعله صادق فيما أخبر به عنهم والحياة من قبلهم في الانكار وترك الاشهاد والسؤال منهم مستند الى تقصير المالك مضافا الى أصل البرائة فلا يضمن الا حصته كما هو خيرة كفالة الايضاح وجامع المقاصد وكذلك المسالك وكشف القناع وقد استشكل المصنف هنا وفي كفالة التذكرة مما ذكر من أنه مفرور فيرجع على من غره ومن استناد التفريط الى المالك حيث التقي متاعه قبل الاستيثاق وفي (المبسوط) انه يضمن ديونهم وهو يحتمل الأمرين ضمان الجميع والضمان بالحصصه وتقييد الانكار بكونه بعد الاقواء لانه لا يضمن لو كان قبله سوى حصته لان التفريط حينئذ من المالك حيث لم يستوثق ولو ثبت أنهم لم يأذنوا له بالينة وان عسر ذلك لانها شهادة على النفي أو باقراره فالظاهر انه يضمن لانه قد غر المالك وبقي هنا شيء وهو ان المتاع الملقى لا يخرج عن ملك مالكه فلو لفظه البحر على الساحل وانفق الظفر به فهو مالكة ويسترد الضامن المبدول ان لم تنقص قيمة المتاع ولو نقصت لزمه من المبدول بنسبة النقص وهل للمالك ان يمسك ما أخذ ويرد به فيه وجهان تقدم مثلها في المنصوب اذا رد الناصب بدله لتعذر العين ثم وجدت وأولى بلزوم المعاوضة هنا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو لم يكن خوف فالاقرب بطلان الضمان ﴾ كما في ديات الشرائع والتحرير والكتاب وكفالة التذكرة والايضاح وجامع المقاصد وبه جزم في ديات المبسوط والايضاح وهو المعكي عن المهذب وفي (المبسوط) لاختلاف في عدم الضمان وقد بينا الحال في عبارة المبسوط في باب الديات ووجهه ان هذا الضمان على خلاف الاصل والاصل برائة الذمة ولا فائدة فيه تركنا العمل بالاصلين مع الخوف لفائدة والمصلحة فيبقى الباقي فكان هو المفريط في اتلاف ماله لان المفروض كما له بالبلوغ والمقل لكنه قال في الايضاح ان المراد انه خلا عن الخوف ولم يخل عن الفائدة بل ذكر فيه فائدة وهي ان تخف السنية أو غير ذلك من الفوائد لانه لو خفي عن الفائدة بالسكية لم يصح قطعا ونحوه ما في جامع المقاصد (قلت) وبزيده مع موافقته للاعتبار في الجملة انه في المبسوط نفى الخلاف عن عدم الضمان فيما اذا قال مرق ثوبك وعلي ضمانه وما ذاك الا لخلوه عن الفائدة بالسكية لكنه ذكر هذا المثال بعده في المبسوط والشرائع والتحرير والكتاب قد يرشد الى أنه مثله في الخلو عن الفائدة بالسكية وبه صرح في المسالك وليس ذلك كله بشيء ووجه احتمال الضمان عموم الامر بالوفاء بالمعقود والمؤمنون عند شرطهم ولا تخصص هنا على أنه قد غره بذلك ولأنه قد يحصل الانتفاع بخفة السنية كما في جامع المقاصد ثم قال وليس بشيء ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا مرق ثوبك وعلي الضمان أو اخرج نفسك وعلي ضمانه ﴾ قد سمعت ما في المبسوط من نفى الخلاف عن عدم الضمان ومثل هذين أهمل دارك وعلي ضمانها ﴿ قوله ﴾ ﴿ بخلاف طلق زوجتك وعلي كذا ﴾ فانه يصح ذلك جملة اذا أتى بالمجمول عليه ودليل الصحة انه عمل مقصود محلل وربما كان عالما بالتحريم بينهما فطلب التفرقة

الاقرب انتقال حق الكفالة الى الوارث ولو انتقل الحق عن المستحق ببيع أو احواله وغيرها بدأ الكفيل وكذا لو أحوال المكفول المستحق لانه كالتقضاء لو أدى الكفيل لتعذر احضار المكفول كان له مطالبة المكفول بما أداه عنه سواء كفل بأذنه أولاً ولو ظهر بعد الاداء سبق موت المكفول رجع الكفيل على المكفول له ﴿ المقصد الخامس في الصالح ﴾ وفيه فصول ثلاثة (الاول) (متن)

بالعوض ولا كذلك لو بذل له تبرعاً مالا من ماله ليخلها لان المقصود من البذل جعل الواقع خلعاً لتترتب عليه أحكامه المحصورة لا مجرد بذل المال في مقابلة الفعل بخلاف الجعالة فان غرضه وقوع الطلاق بان يقول طلقها وعليّ الف ولا مانع من صحته ولا يشترط في اجابته الفورية والمقارنة لسؤاله بخلاف الخلع ومثل ما نحن فيه ما اذا قل اعق عبدك وعليّ كذا اذ لعله طلب الثواب في العتق (واب العتق ل) أو علم كون العبد حرّاً ولو خلى في هذين عن الفائدة لم يكن مقصوداً للعتق ﴿ قوله ﴾ ﴿ الاقرب انتقال حق الكفالة الى الوارث ولو انتقل الحق عن المستحق ببيع أو احواله وغيرها برأ الكفيل وكذا لو أحوال المكفول المستحق لانه كالتقضاء ﴾ قد تقدم الكلام في ذلك كله وأعادته للفرق بين انتقال الحق من الموروث الى الوارث وبين انتقال الحق من المستحق الى غيره ببيع ونحوه فان الكفالة لا تنتقل حينئذ بخلاف الارث فانه يقضي نقل كل حق للموروث فينتقل الدين وما يتعلق به (والحاصل) ان مورد الارث عام في المال وحقوقه ومورد المعاوضة ما وقع عليه العقد وقد نص عليه في التذكرة والحواشي وجامع المقاصد ﴿ قوله ﴾ ﴿ لو أدى الكفيل لتعذر احضار المكفول كان له مطالبة المكفول بما أداه عنه سواء كفل بأذنه أولاً ﴾ كافي التذكرة وجامع المقاصد وفي (المسالك) نسبتها الى ظاهرهم وذلك اذا طالبه المكفول وضيق عليه بحيث يكون واجباً عليه وقد تقدم الكلام في ذلك في موضعين ولنا فيه نظر ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو ظهر بعد الاداء سبق موت المكفول رجع الكفيل على المكفول له ﴾ كافي التذكرة ووجهه ظاهر (فروع) الاول لو مات الحال عليه الموسر ولم يترك شيئاً برأ الكفيل وسقط دين المحتال (الثاني) لو قال اعط فلانا كذا لم يكن كفيلاً ولا يلزمه شيء وان كان خليطاً نص عليه في التحرير (الثالث) لو قال رجل لآخر اعط فلانا عني كذا كان كفيلاً صرح به في التحرير أيضاً وهذا فرع تمس الحاجة اليه كثيراً كما اذا غضب الظالم على رجل وأراد منه مالا ليفك من حبه واسره وظلمه أو نحو ذلك فقال لآخر ادعني أو أضمن عني فانه يكون كفيلاً لانه أو قومه في يد غريمه أو ظالمه بالناسه وله نظائر فكان هذا ومن خلس غريباً من يد صاحبه قسامين من أقسام الكفالة (الرابع) عقد الكفالة يصح دخول الخيار فيه مدة معينة لقوله جل شأنه أو فوا بالعقود وقوله صلى الله عليه وآله وسلم المؤمنون عند شروطهم نص عليه في التذكرة وحكى عن الشافعي بطلان العقد وعن أبي حنيفة بطلان الشرط فقط (الخامس) اذا قال رجل لرجل ان فلانا قد لازم فلانا وضيق عليه فاذهب فتكفل به فتكفل كما أمره غير مكره كانت الكفالة على من باشر العقد دون الأمر نص عليه في المبسوط

الصلح عقد جائز سائغ شرع لقطع التجاذب (متن)

المقصد الخامس في الصلح وفيه فصول ثلاثة الاول

قوله (الصلح عقد جائز سائغ شرع لقطع التجاذب) أجمعت الامة على جواز الصلح في الجملة ولم يقع بين العلماء خلاف فيه كما في التذكرة والمهذب البارع وعليه اجماع المسلمين كافي المبسوط والسرائر واجماع العلماء كافة كما في التحرير وقد نقل عليه اجماعنا في عدة مواضع ونفى عنه الخلاف بيننا كذلك وقد طنحت بهذا التعريف كتبهم كالوسيلة والشرائع والنافع والتحرير والتنقيح وغيرها وقضية اشتراطه بسبق الخصومة لان القاطع للتجاذب مسبق به وقد اطلقوا على أنه لا يشترط في صحته سبقها أي الخصومة كما صرحت بذلك عباراتهم بل ظاهر التذكرة والمسالك والمفاتيح الاجماع عليه وفي (الكفاية) انه لا يعرف فيه خلافا وفي (مجمع البرهان) ان دليله الاجماع المفهوم من التذكرة وقبل ذلك ادعى هو أي الاردبيلي الاجماع منهم على ذلك وطريق الجمع أن يقال ان أصل شرعيته لذلك أي قطع النزاع والتعريف مبني على ذلك ولا يلزم من ذلك ثبوته في كل فرد من أفراده اذ القواعد الحكيمة لا يجب اطرادها كما قيل في قوله جل شأنه أعدت للمتقين وأعدت للكافرين فإنه لا ينافي دخول غير المتقين الجنة والمعاصي غير الكافر النار وكما هو الشأن في مشروعية العدة فإنها علت باستبراء الرحم وأطردت فيمن طلق زوجته المدخول بها أو مات عنها بعد مفارقتها لها سنين عديدة وكما في غسل الجمعة وكما في الفسخ بالعيب لانه مظنة تقصان القيبة وكما في القصر للشقة في السفر (وعساك تقول) ان السفر المحصوص مظنة المشقة والقصر تابع له بخلاف الصلح فان الحكم لا يتعلق بما هو مظنة التجاذب بل أجريتموه فيما لا تعلق له بالمنازعة أصلا (لأننا نقول) انها مناقشة في نظير واحد ثم ان الادلة الدالة على ثبوته على نحوين (احدهما) ما دل على أنه موضوع لقطع التنازع من دون ان يدل على انحصاره فيه كقول جل شأنه (وان امرأة خافت من بعلها نشوزا أو اعراضا فلا جناح عليهما أن ينصالحا) فإنه يدل على رفع المنازعة المتوقعة وكذلك بعض الاخبار وقوله تعالى واصلحوا بينهما ونحو ذلك فإنه يدل على رفع السابقة (والثاني) ما دل باطلاقة على جوازه مطلقا كالاجاعات والتبوي وحسنة البخيري أو صحيحته اذ فيها أي الخبرين الصلح جائز بين المسلمين فيجوز أن يكون أصل شرعيته لقطع التنازع مع عدم انحصاره فيه كما دلت عليه بقية الادلة سلمنا أنها لا تساعد لمكان لفظ الصلح المشعر أو الظاهر في الخصومة لسكنا قول حيث ثبت شرعيته لنقل الملك مع الخصومة تثبت مطلقا اذ الاصل عدم كون الخصومة شرطا له مع عدم القائل منا بالفصل على انه تعريف غير متلقى من الشارع فليس بمحققة شرعية فيجوز أن يكون تعريفا للمتمتع عليه بين المسلمين ويظهر من نحر الاسلام كما هو صريح الفاضل المتداد والتطيفي الجواب بانهم اشاروا بهذا التعريف الى ان الفرض الاقصى منه غالبا رفع الخصومة سواء تقدمت ام لا حيث يقدر انه لولاه لحصلت كالصلح على الدين المجهولة للمتصالحين فان النزاع يحصل غالبا لولا عقد الصلح وستسمع ما في التحرير والحواشي وكيف كان فهنا فوائد (الاولى) قال المصنف في التحرير والشهيد في الحواشي الصلح على انواع صلح بين المسلمين واهل الحرب و صلح بين اهل العدل والبغي و صلح بين الزوجين اذا خيف الشقاق وسبائي و صلح بين الخصمين في الاموال وهذا

الاما أحل حراما أو حرم حلالا (متن)

الباب معقود له انتهى كلامهما وقضيته انه لا يصح الاستدلال عليه في المقام بآية الشقاق ونحوها كما في التذكرة وغيرها فتأمل (الثانية) قال في المهذب البارع يثبت فيه خيار الشرط اجماعا (قلت) قد نفاه عنه الشيخ في المبسوط لكن المشهور ثبوته فيه كما تقدم في البيع وفي (التحرير وجامع المقاصد) انه لا يجري في الصلح الذي يفيد الابراء وقال في (المهذب البارع) انه لا يثبت فيه خيار الغبن ولا المجلس وقد يظهر ذلك أي عدم ثبوت خيار الغبن فيه من الوسيلة والتحرير وغيرها واما عدم جريان خيار المجلس فيه فمالا ريب فيه واستشكل في المنتصر في ثبوت خيار الغبن فيه ثم استظهر عدمه وقال (نجر الاسلام والشهد في الدروس) والمقداد والمطيني والصبيري انه يثبت فيه خيار الغبن كما سلف في باب البيع ولعل الاولى ان يقال ان وقع على معاوضة دخله خيار الشرط وان وقع على اسقاط الدعوى قبل ثبوتها لم يثبت فيه خيار الشرط لانه شرع لقطع المنازعة واشتراط التأخير يعود بالخصوصة فكان منافيا لمشروعيته فتأمل جيدا بل قد يقال بعدم دخوله اذا وقع على ابراء ما في الذمم مع جهاته وكذلك الحال في خيار المؤامرة واما خيار الغبن فان وقع الصلح على معاوضة ثبت فيه خيار الغبن بل لو شرط سقوطه بطل العقد والشرط على احتمال كما قال بكل جماعة في البيع وان وقع على اسقاط الدعوى قبل ثبوتها ثم ظهر حقيقة ما يدعيه وكان مغيبا فيما صالح عنه فلا خيار وكذا ان وقع على ما في الذمم وكان مجهولا ثم علم بعد عقد الصلح وظهر غبن احدهما على تأمل وان فصل هذا التفصيل ابو العباس والصبيري لان مداره على الضرر وعدمه والعموم قضية اطلاق الدروس (الثالثة) الظاهر انه اذا وقع على معاوضة يثبت فيه خيار الرؤية والعيب وخيار التأخير وما يفسده الميث لمكان الضرر الا ان تقول ان خيار التأخير خاص بالبائع والبيع لمكان الخبر الخاص كما قال جماعة وذلك لا يقضي بغيره فيما يفسده الميث وان كان من سنخه لان المدار فيه وفي العيب والرؤية على الضرر (والحاصل) ان اخبار الصلح انما تدل على جوازه ومشروعيته وعموم اوفوا بالعقود وان قضى بالزوم لكونه مخصوص بخبر الضرر المجمع عليه فكان المدار على الضرر بل قد يقال كما قيل في البيع انه لو شرط سقوط خيار الرؤية بطل العقد وحيث يجوز الفسخ للعيب ولا (١) ارش هنا مع احتماله كما في الدروس (الرابعة) قال نجر الاسلام الصلح صالح لنقل الاعيان ونقل المنافع وبراء الذمة وللمجرد قطع المنازعة وهذا من خصايصه وليس في العقود ما يجمع ذلك كله (قلت) ومن خصايصه انه يصح مع جهالة مخصوصة كما سيأتي ويأتي الكلام في افادته بمجرد قطع المنازعة (الخامسة) الذي تختاره جريان المعاوضة فيه كما تقدم يانه في باب البيع ﴿ قوله ﴾ ﴿ الاما أحل حراما أو حرم حلالا ﴾ هذا هو الحديث النبوي المروي في الفقيه مرسلا وقد روته العامة أيضا (قال في الفقيه) قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا أحل حراما وحرم حلالا وقد نقل على هذا اجماع المسلمين في المبسوط والسرائر واجماع العلماء كافة في التحرير واجماعنا في الفنية وبه ملفت عباراتهم وهذا الاستثناء معتبر في جواز جميع العقود بل يعتبر في جميع الامور الجائزة عديم اشتغالها على حرام ولعلمهم انما يذكرونه في الصلح

(١) كذا في النسخ والظاهر فلا اولاً (مصححه)

كالصلح على استرقاق حر أو استباحة بضع أو صالحه بخمر أو خنزير أو صالحه مع انكاره
ظاهرا على بعض ما عليه سواء عرف المالك قدر حقه أولا فإن الصلح في مثل ذلك لا
يشتر ملكا ولا ابراء الا ان يعرف المالك ما عليه ويرضى باطنا وكذا لو كان المدعي كاذبا
فصلحه المنكر فانه غير مباح الا مع رضا الباطن وهو أصل في نفسه ليس فرعا على غيره
وان افاد فائدته (متن)

وخيار الاشتراط لوجوده في الاخبار فيهما ويستسمع معنى ذلك ﴿ قوله ﴾ كوالصلح على استرقاق
حر أو استباحة بضع أو صالحه بخمر أو خنزير أو صالحه مع انكاره ظاهرا على بعض ما عليه سواء
عرف المالك قدر حقه أولا فإن الصلح في مثل ذلك لا يشتر ملكا ولا ابراء الا ان يعرف المالك ما
عليه ويرضى باطنا وكذا لو كان المدعي كاذبا فصلحه المنكر فانه غير مباح الا مع رضا الباطن ﴿ هذه
الاقسام يمكن ان تجعل من المحالة للحرام والحرمة للحلال باعتبار العوضين وفي (التقديح والمسالك والروضة)
انه قد فسر فيه تحليل الحرام بالصلح على استرقاق حر أو استباحة بضع لاسباب لا باحتيمه أو ليشتر با
أو احدهما الخمر ونحو ذلك وتحريم الحلال بان لا يبطأ احدهما حليلته أولا ينتفع بماله ونحو ذلك والاستثناء
على هذا متصل لان الصلح على مثل هذه باطل ظاهرا وباطنا وفسر بصلح المنكر على بعض المدعي
أو منفعة أو بدله مع كون احدهما عالما بطلان الدعوى والاستثناء عليه يكون منقطعاً للحكم بصحته ظاهرا
واتما هو فاسد في نفس الامر والحكم بالصحة والبطلان انما يطلق على ما هو الظاهر ويمكن كونه
متصلا نظرا الى بطلانه في نفس الامر ولعل هذا التفسير اجود مما قبله لانه مؤثر ظاهرا وهو الذي
يناسب ظاهر حال الشارع بخلاف السابق لعدم التأثير فيه اصلا بل اطلاق المحلل والحرم عليه انما هو
بحسب ارادة المصطلحين خاصة وزاد في التقديح في تفسيره بان يصطلحا على معاملة تؤدي الى الربا
أو على جارية يأخذها احدهما بشرط أن لا يبطأها انتهى وهذا حكمها كاشف الرموز عن صاحب
الواسطة وهذا يعطي انه يدخله الربا ويأتي الكلام فيه وقد يشعر اطلاق كلام التقديح في المثال الثاني
بان المراد بالحلال والحرام ما كان كذلك باصل الشرع أو به وتوسط المقدم وقد تقدم الكلام في
مثل ذلك في باب الشرط في البيع عند بيان معنى قوله صلى الله عليه وآله وسلم المؤمنون عند شروطهم
الا شرطا حلالا أو حراما أو حلالا وقد قلنا هناك ان مرادهم الاول الا ان يدل دليل على ارادة ما يعنى
الثاني وقد بينا الحال هناك ومعنى قوله في الكتاب أو صالحه مع انكاره ظاهرا الى آخره انه اذا انكر
المدعي عليه المدعي به ظاهرا وصوح على قدر بعض ما عليه في الواقع سواء كان من جنسه ام لا فان
هذا الصلح باطل بحسب الواقع ولا يشتر ملكا ان كان المدعي به عينا ولا ابراء ان كان ديناً سواء
عرف المالك قدر حقه ام لا وسواء ابتداء هو بطلب الصلح عن حقه ام لا لان صلحه ربما كان توصلا
الى اخذ بعض حقه الا ان يعلم ان المالك قد رضي باطنا مع علمه بقدر الحق ووجه البطلان فيما لو كان
المدعي كاذبا فصلحه المنكر الظاهر انه يريد التخلص من عهدة دعواه الكاذبة وانه مع عدم التراضي
اكل مال بالباطل وهذا بحسب نفس الامر اما بحسب الظاهر فانه صلح صحيح وتام الكلام يأتي
في ذلك كله ﴿ قوله ﴾ (وهو أصل في نفسه ليس فرعا على غيره وان افاد فائدته) قال في

(التذكرة) الصلح عند علمائنا أجمع عقد قائم بنفسه ليس فرعاً على غيره بل أصل في نفسه منفرد في حكمه ولا يتبع غيره وجعله في السرائر مذهب أهل البيت عليهم السلام والاجماع ظاهره أي السرائر في موضعين منها أيضاً وهو أي الاجماع ظاهر شرح الارشاد لنسخ الاسلام والمفاتيح وفي مجمع البرهان كأن ما نسب إلى المبسوط نقله عن العامة لا مذهباً له والا لما ادعى في التذكرة الاجماع من دون نقل خلاف وقد حكيت الشهرة عليه في التنقيح وجامع المقاصد والكفاية ولا يعجبني ما في المختلف والروضة من أنه الأشهر مضافاً إلى ما ذكره بعده في المختلف كما ستسمع وبما صرح فيه بذلك أي باصاته وعدم فرعيته الشرائع والتحرير والمختلف واللغة والمقتصر والتنقيح وجامع المقاصد وإيضاح النافع والروضة والمسالك ومجمع البرهان والكفاية وهو ظاهر الباقيين من وجوه أحدها أن الأصل في العقود الاصلية كما في التذكرة وقد نسب في السرائر وكشف الرموز الخلاف إلى الخلاف لقوله فيه إذا أنفج رجل على غيره ثوباً يساوي ديناراً فأقر له به فصالحه على دينارين لم يصح إلى أن قال فلو أجزنا أن يصلح على أكثر من دينار كان يباع للدينار بأكثر منه وذلك ربما لا يجوز (قلت) قد ذكر هذا الفرض بعينه في المبسوط وحكى عن أبي حنيفة أنه جوزوه وقال أنه قوي لانا يئنا أن الصلح ليس ببيع وأنه عقد قائم بنفسه ونسب الخلاف في المختلف إلى الشيخ في المبسوط ثم قال أن الشيخ في المبسوط قال أنه ليس فرعاً للبيع وإنما هو عقد قائم بنفسه وتبعه جماعة من المتأخرين على نسبة الخلاف إلى المبسوط جازمين به وزاد أبو العباس نسبته إلى القاضي ولو كان كذلك لنبه عليه في السرائر بل قال أي في السرائر أنه أي الشيخ فيه أي المبسوط موافق له قال قال في (المبسوط) بعد أن ذكر مقالة الشافعي ويقوى في نفسي أن يكون هذا الصلح أصلاً قائماً في نفسه ولا يكون فرع البيع ولا يحتاج إلى شرائط البيع واعتبار اختيار المجلس على ما بيناه فيما مضى انتهى (قلت) وهو كذلك غير أنه لم يصرح بأنه لا أحد من العامة واحتمال أن تكون الإشارة إلى خصوص المثال الذي ذكره بعيد جداً نعم يمكن أن تكون الإشارة إلى خصوص عدم اجرائه مجرى البيع ويكون قائلاً باجرائه مجرى غيره من الاجارة وغيرها ويدفعه أنه لا قائل بالفصل قال في (المبسوط) بعد أن قل اجماع المسلمين على جواز ما نصه فالصلح ليس بأصل في نفسه وإنما هو فرع لغيره وهو على خمسة اضرب (أحدها) فرع البيع (ثانيها) فرع الابرأء (ثالثها) فرع الاجارة (رابعها) فرع العارية (خامسها) فرع الهبة وستذكر هذه الاقسام إذا ورت رجالان من مورثها مالا فصالح احدهما صاحبه على نصيبه من الميراث بشي فان هذا الصلح فرع البيع ويعتبر فيه شرائط البيع فجاز في البيع جاز فيه وما لم يجز فيه لم يجز فيه ومن شرائط صحة البيع أن يكون المبيع معلوماً فيجب أن يعلم قدر نصيب البائع من التركة ويشاهد اها جميعاً إلى أن قال ويقوى في نفسي إلى آخر ما في السرائر وقد سمعت ما حكيتاه عنه آخفاً في من أنفج ثوب غيره والذي بينه فيما مضى في باب البيع هو قوله فيه أي المبسوط ان كان الصلح معاوضة فليس له الرجوع فيه يعني في المجلس لان النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال الصلح جائز بين المسلمين ولا دليل على اجرائه مجرى البيع انتهى لكن كلامه فيما اذا ادعى عليه أن هذه الدار داره فأقر له بها ثم صالحه على سكنها سنة صريح فيما نسبوه اليه ونحوه غيره كما ستعرف وعلى تقدير أن يكون ذلك مذهباً للشيخ فالفرق بينه وبين الشافعي أنه لا بد عند الشافعي من سبق دعوى ومنازعة بخلاف الشيخ والفرق بين الشيخ والاصحاب ان حكمه عنده حكم ما جعل فرعاً له في الاحكام بحيث يكون فرع البيع يحتاج إلى شرائطه وتجري فيه جميع أحكامه بحيث يكون فرع العارية

ويصحح على الاقرار والانكار اجماعا (متن)

والهبة على بعض الوجوه أو السكنى كذلك كما إذا قيد بوقت يكون جائزا وبالجملة حكمه عنده حكم ما أفاد فائدته وعندهم لا يكون الا لازما مع استكمال شرائطه وتحرير مذهب الشافعي انه فرع البيع حيث يكون في يده عين أو في ذمته دين فيدعيها انسان فيقر له بها ثم يصلحه على ما يتفقان عليه فهو فرع على البيع بل هو بيع عنده وفرع الابرأ حيث يكون له في ذمته دين فيقر له به ثم يصلحه على أن يسقط بعضه ويدفع اليه بعضه وفرع الاجارة حيث يكون له عنده دين أو عين فيصلحه من ذلك بخدمة عبد أو سكنى دار مدة وفرع الهبة حيث يدعي عليه دارين أو عبيدين وشبههما فيقر له بهما ويصلحه من ذلك على أحدهما فيكون هبة للآخرى وفرع العارية حيث يكون في يده دار فيقر له بها فيصلحه على سكنائها شهرا فيكون ذلك عارية ولا يخفى قصور دليله اذ قد يفيد فائدتها وليس هو هي كما أن الوصية بمنفعة الدار تفيد فائدة الاجارة وليست هي وكذلك السكنى والرقي والمعري وكذلك القسمة والهبة المشروطة بالعرض تفيدان فائدة البيع وليستا يباعا ﴿ قوله ﴾ ويصحح على الاقرار والانكار اجماعا ﴿ كما في المسالك وظاهر جامع المقاصد والروضه والكفاية سواء كان المدعي به دينا أو عينا عند علمائنا أجمع كما في التذكرة وهو من خواصنا ومتفردات الامامية لان الحنفي لا يبيزه الا مع الانكار والشافعي لا يبيزه الا مع الاقرار كما في كشف الرموز وايضاح النافع والتفتيح والاجماع على جوازه مع الانكار صريح الغنية وظاهر الخلاف والمراد بصحته مع الانكار صحته بحسب الظاهر ودليل ذلك بعد ذلك عمومات الكتاب والسنة وانه سبب لاسقاط الخصومة فجاز مع الانكار كالابراء وانه لو لم يصحح مع الانكار امتنعت أكثر فوائد الصلح لانه شرع لقطع النزاع وهو انما يتحقق مع المحالفة بين المتداعيين وهو أن ينكر أحدهما مادعاها الآخر وقول الشافعي انه عاوض على ما لم يثبت له فلم يصحح كما لو باع مال غيره (فيه) انا نمنع بطلان المعاضة بالصلح على ما لم يثبت فانه عين المتنازع فيه وحمله على البيع قياس وبيان الحال في المقام ان صحة الصلح مع الاقرار والاعتراف بالمدعى مما لا ريب فيها لمعلوماته عند صاحبه ولا فرق بين أن يصلح عنه بأقل منه أو بأكثر لمكان العلم وحصول التراضي وأما في صورة الانكار فانه باعتبار اختلاف الحصصين نفيًا واثباتًا يحتمل أن يكون المدعي محققا اذا ادعى على المنكر دينا أو عينا فالصلح وان أفاد قطع النزاع بحسب الظاهر وعدم صحة الدعوى بعد ذلك لصحته بحسب الظاهر الا انه لا يفيد براءة ذمة المدعى عليه مما يزيد على مال الصلح فيما لو فرض انه صالحه على أقل مما في ذمته في الواقع أو على بعض العين بل يبقى مشغول الذمة بالباقي وانما تبرأ ذمته بقدر مادفعه خاصة لمكان اتصال بعض الحق للصلح كما أفصحت بذلك صحيحة عمر ابن يزيد عن أبي عبد الله عليه السلام قال اذا كان للرجل حق فمطله حتى مات صاحبه ثم صالح ورثته على شيء فالتدي أخذ الورثة لهم وما بقي فهو للميت يستوفيه منه في الآخرة وان هو لم يصلحهم على شيء حتى مات ولم يقض عنه فهو للميت يأخذه به وفي هذا الحديث خمس فوائد ونحوه الموثق وفي معناه أخبار أخر ولو كان قد صالح منكر الحق على العين بمال آخر فهي بأجمعها في يده مفضو به ولا يستثنى له مقدار ما دفع لعدم صحة المعاضة في نفس الامر وكذا لو انعكس وكان المدعي مبطلا في نفس الامر لم يستثنى ما صلح به من عين أو دين لان هذا كله أكل مال بالباطل وانما صالح الحق المبطل دفعا لدعواه الكاذبة وقد يكون استدفع

من غير سبق خصومة ومع سبقها سواء علما بقدر ما تنازعا عليه أو جهلا به دينا كان أو عينا (متن)

بالصلح ضررا عن نفسه أو ماله وقد عد ذلك من صور الاكراه على الصلح كما يأتي ومثل هذا لا يعد تراضيا
 يبيح أكل مال الغير كما نهى على ذلك في المسالك والروضة والكفاية والمفاتيح والرياض وقال في (المسالك
 والروضة) نعم لو كانت الدعوى مستندة الى شبهة أو فريضة يخرج بها عن الكذب المحض كما لو وجد المدعي
 بخط مورثه ان له على فلان مالا أو شهد له من لا يثبت الحق بشهادته شرعا ولم يكن المدعي عالما وانما ادعى
 بناء على هذا الفرض وتوجهت له اليمين على المدعى عليه فصالحه على اسقاط اليمين بمال أو قطع المنازعة
 فالتجبه صحة الصلح في نفس الامر لان اليمين حق يصح الصلح على اسقاطها ونحو ذلك مافي المفاتيح
 ولا يخلوا من تأمل كما في الكفاية ومثله مالم توجهت الدعوى بالثمة حيث توجه اليمين على المنكر
 ولا يمكن ردها ﴿ قوله ﴾ ﴿ من غير سبق خصومة ومع سبقها ﴾ هذا قد تقدم الكلام فيه
 ﴿ قوله ﴾ ﴿ سواء علما بقدر ما تنازعا عليه أو جهلا به دينا كان أو عينا ﴾ التقييد بكون المصالح
 عليه متنازعا فيه كما وقع في كثير من العبارات كالشرايع وغيرها غير لازم بل مبني على الغالب اذ الحكم
 آت في مطلق المصالح عليه وان لم يكن بمنازعة مع علمها بما يتصالحان عليه وجهلها به كوارث تمذر علمه
 بمقدار حصته وشريكه اترج ماله بمال آخر بحيث لا يميزان ولا يعلمان قدر ما اكل منهما ونحو ذلك
 وكيف كان فقد قال في التذكرة لا يشترط العلم بما يقع الصلح عنه لا قدرا ولا جنسا بل يصح الصلح سواء
 علما قدر ما تنازعا عليه وجنسه أو جهلا به دينا كان أو عينا وسواء كان (ارثا خ ل) ارشا أو غيره عند
 علمائنا اجمع وفي (الرياض) انه لا خلاف فيه في الجملة وظاهر المسالك الاجماع على الصحة مع جهلها بمقداره
 بحيث تعذر عليهما علمه (قلت) فهنا أربع صور (الاولى) أن يعلما ما وقعت فيه المنازعة (الثانية) أن
 يجهلا ويكون مما يتعذر معرفتهما له مطلقا (الثالثة) أن يجهلا ويمكن معرفته في الحال (الرابعة) أن لا يمكن
 معرفته في الحال كعدم المكيال أو الميزان أو كون النصيب من الميراث يتعذر العلم به في الحال مع امكان
 الرجوع بعد ذلك الى عالم بعد مسبب الحاجة الى أخذه أو كون العوضين غائبين أو أحدهما وتعدر
 الاحضار أو نحو ذلك (أما الاولى) فالحكم فيها بالصحة واضح من غير ريب كما في الكفاية لارتفاع الجهالة
 ويجوز في المبطل بمنازعته ما تقدم ولا فرق بين كون المدعى دينا أو عينا وكون الصلح بمقداره أو أقل
 أو أكثر مع حصول الرضا لصحة المعاملة ظاهرا وباطنا (وأما الثانية) فكذلك لتطابق النصوص
 والاجماع والتناهي عليها مع موافقة الحكمة والاعتبار أما النصوص فبالعموم والخصوص أما الاول
 فعموم السنة مع موافقة عموم الكتاب وأما الثاني ففي صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام
 وفي صحيحه الآخر عن أحدهما عليهما السلام وصحيح منصور بن حازم وموقه عن أبي عبد الله عليه
 السلام أنه قال في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه ولا يدري كل واحد منهما كم له
 عند صاحبه فقال كل واحد منهما لك ما عندك ولي ما عندني قال لا بأس اذا تراضيا وطابت أنفسهما
 ونحوها غيرها وقد يقال انها ليس فيها صراحة بالصلح فليتأمل فقد استدلوا بها على ذلك من دون تأمل
 ولعلمهم يريدون انه اذا صح بالمعاملة فالاولى أن يصح بعقد الصلح وقد سمعت مافي التذكرة والمسالك
 من الاجماع وعليه المدار (وأما الاعتبار) فان من عليه حق يجهل هو ومالكه قدره ويريد ابراء ذمته
 يجب أن يكون له طريق الى ذلك ولا طريق الا الصلح فوجب أن يكون سائعا والا لزم الحرج والضيق

وانه اذا صح الصلح مع العلم فالاولى أن يصح مع الجهل لانه في الاول له طريق الى التخلص ومع الجهل لا طريق له ولولم يميز الصلح أفضى الى ضياع المال فأتمل (وأما الثالثة) فقد منع من صحة الصلح فيها في التحرير والتذكرة والدروس والمهذب البارع والتنقيح وظاهر الكتاب فيما يأتي وجامع المقاصد والمسالك وقد توذن عبارة التذكرة بالاجماع عليه ولعله لمكان الجهل والغرر فهما الموجبان للضرر بالزيادة أو النقص مع امكان التحرز عنها فيكون قد رجحوا عموم أدلة النهي عن الغرر على عموم أدلة الصلح لاعتضاد تلك بالاعتبار وظهور كونها قاعدة كلية لكثرة دوراتها في كلامهم وتقديمها عندهم في أكثر أبواب المعاملات على أدلة الصحة فيكون عموم أدلة الصلح مخصوصا بما لا ضرر فيه ولا جهالة وقد يكونون يقولون انهما تعارضا فتساقطا فرجعنا الى حكم الاصل الاصيل وهو عدم الصحة وقد ترجح عموم أدلة الصلح بكثرتها وظهورها فيما يشمل هذه الصورة وبأن الصلح أوسع من البيع ونحوه لانه قد شرع على المسامحة والمساهلة ولهذا يجوز عند تعذر العلم وذلك لا يجوز في البيع الا أن تقول ان ذلك أيضا جائز في البيع كبيع اس الحائط وأخشاب السوق وطبي البئر ولك أن تقول ان الصلح يجوز بلا عوض كما يأتي فمع جهاته أولى فأتمل وباطلاقات كثير من العبارات لكن الاول أشبه بأصول المذهب وعليه أي على الاول فهو صالحه على صبرة من طعام من غير كيل ولا وزن لم يصح وكذلك الصلح على نصيب شخص من ميراث مع امكان العلم بقدره في الحال لكن في الارشاد وجمع البرهان انه يكفي فيما وقع عليه الصلح العلم في الجملة وقال انه يكفي المشاهدة في الموزون ويأتي تمام الكلام (وأما الرابعة) فالصحة فيها خيرة الدروس والمهذب البارع والتنقيح والمسالك تناول الادلة كلها مع انه قد تفتى الحاجة به وتمس الضرورة اليه لانه لا يمتنع الطريق فيه وحصول الضرر بالتأخير وليس من ذلك ما اذا كان معدومين كأن يصلحهما بما يستعمل به دابته على ما يستعمل به دابته وبالدار التي سينبها على الدار التي سينبها أو أحدهما موجودا والآخر معدوما لعدم تناول الادلة له وان قلنا بالتناول قلنا انها مخصوصة بنهر ذلك لما فيه من الجهل والغرر الموجبان للضرر والسفه واذا علم أحدهما دون الآخر وجب اعلامه كما في الدروس وجامع المقاصد والمسالك وفي (التذكرة والكتاب) في آخر الباب وجامع المقاصد انه لا يحكم بالصحة بدون الاعلام ومرادها انه لا يصح الصلح في نفس الامر بدون الاعلام اذا كان المصالح به بدون قدر الحق كما به عليه في الدروس والتنقيح والمسالك وغيرها كما تقدم (وتنقيح) البحث ان يقال اذا كان العالم هو الغريم فقط فاما ان يكون الحق عينا أو دينا فان كان الأول فلما ان يمكن ايصالها أولا فان كان الأول أي يمكن ايصالها فقد تقدم ان الصلح لا يصح في نفس الامر وان كان ما صالح عليه أكثر من قيمتها ويمكن القول بالصحة ظاهراً بالنسبة الى المستحق خاصة في المقدار الذي أخذه بجمعه مقاصة أو لمكان الخيلولة وان كان لا يمكن ايصالها فالاصح الصحة بالأكثر والمساوي لا بالاقل وان كان دينا فانه يصح مع المساواة والزيادة ولعله مما لا نزاع فيه وأما مع نقصان فلا يصح ولا يبرأ الا فيما قابله لا يصلح بعض الحق لا للصلح لما رواه المشايخ الثلاثة في الموثق عن علي بن ابي حمزة قال قلت لابي الحسن عليه السلام رجل يهودي أو نصراني كانت له عندي أربعة الاف درهم فمات أيجوز لي ان أصالح ورثته ولا أعلمهم كم كان قال لا يجوز حتى نخبرهم وصحيحة عمر بن يزيد المقدمة وفي (الدروس) ان الاولى نص في الباب قلت وعليها ينزل اطلاق أدلة الصحة وصحيحة الحلبي وغير واحد عن ابي عبد الله عليه السلام في الرجل يكون عليه شيء فيصالح عليه فقال اذا كان بطيب نفس من

وهو لازم من الطرفين لا يبطل الا باتفاقهما على فسخه ولا بد من متعاقدين كاملين وما يتصلحان به وعليه ويشترط فيهما التملك (متن)

صاحبه فلا يأس واطلاقه أي الموثق وان شمل ما اذا وقع الصلح بقدر الحق وما اذا وقع بدونه الا انه لمكان غلبة الثاني مقيد به فيرجع في المساوي والزائد الى عموم أدلة الصلح ويقتصر في تخصيصها بالخبر على ما اذا كان بالاقول لأنه الغالب المتيقن هذا كله اذا لم يكن من له الحق قد رضي باطنا بالصلح بالاقول فلورضي به باطنا كان الصلح صحيحاً ظاهراً وباطناً كما في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك وجمع البرهان والكفاية والمفاتيح وقد يستدل عليه بصحيفة الحلبي المقدمة فلا يجوز للمستحق حينئذ أخذ ما زاد عن مال الصلح وان علم الزيادة ولا كذلك لو لم يرض باطناً فانه لو علم بعد ذلك مقدار الحق وزيادته عما صالح عليه بالينة أو الاقرار وكان له اخذ ما زاد وكان الصلح باطلاً وظاهراً وان كان قبل ذلك صحيحاً ظاهراً لعدم العلم بكونه خادعاً مبطلاً في صلحه اذ يكفي اشتباه حاله في صحة صلحه ظاهراً وان كان العالم صاحب الحق قنع دون الغريم ورضي بالصلح الواقع فان كان بقدر الحق أو اقل فالصلح صحيح في نفس الأمر عينا كان الحق أو ديناً ولعله اجماعي وكذا اذا كان زائداً عليه مع رضا الغريم باطناً وأما مع عدمه فصحيح ظاهراً لا باطناً كما قاله جماعة وقد تقدم أيضاً التنبيه عليه فلتلحظ هذه المباحث كلها فان للبحث فيها مجالاً ﴿ قوله ﴾ وهو لازم من الطرفين ﴿ كما في الشرائع والنافع والتحرير والارشاد والتبصرة والدروس واللمعة والمسالك والروضة وجمع البرهان والمفاتيح وهو معنى ما في الوسيلة والسرائر والتذكرة من انه اذا تم لم يكن لاحدهما رجوع على الآخر ولا خيار بعد انعقاده وفي (الكفاية) انه لازم على المشهور من كونه أصلاً في نفسه وهو كذلك والوجه فيه انه عقد والأصل فيه اللزوم للعموم فنفرع اللمعة اللزوم على كونه صلحاً جائزاً جيد جداً واعتراض الروضة بان الصلح أعم من اللازم كأنه في غير محله ومراد الشهيد بالجائز الصحيح لأنه لا يتصف عنده بالجواز وان وقع بغير عوض كما يأتي في مسألة السكنى وبجبي على قول الشيخ ان صح مانسب اليه انه جائز في بعض موارد اذا كان فرع العارية والهبة على بعض الوجوه كما تقدم ﴿ قوله ﴾ لا يبطل الا باتفاقهما على فسخه ﴿ كما صرح به في أكثر ما تقدم وهو قضية كلام الباين وفي (الرياض) نفى الخلاف عن فسخه بالتقاييل (قلت) ولأنه تجارة عن تراض وكل مال بطيب نفس مضافاً الى أدلة استحبابها وعن (جمع البرهان) الاجماع عليه ويبطل أيضاً بظهور استحقاق احد العوضين كما صرح به جماعة وسيأتي ﴿ قوله ﴾ ولا بد من متعاقدين كاملين ﴿ اجماعاً كما في التذكرة كما ستسمعه ولا بد من صيغة ومن الايجاب والقبول كما في التذكرة وجامع المقاصد واللمعة والروضة ولا بد من المقارنة كما في التذكرة ونسب ذلك كله في جمع البرهان الى ظاهر الاصحاب وبالجملة حاله حال سائر العقود اللازمة ونصح وتليفة كل من الايجاب والقبول من كل منهما بلفظ صالحت وقيل كما في الروضة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وما يتصلحان به وعليه ويشترط فيهما التملك ﴾ أي لا بد من العلم بما يتصلحان به وعليه كما في الحواشي والاظهر ان المراد انه لا بد من وجود مصالح به ومصالح عليه واشترط العلم شي آخر كما ستسمع قال في (التذكرة) أركانها أربعة المصطلحان ويشترط كونها جائزي التصرف كما في سائر العقود ورضاهما اجماعاً والمصالح عليه والمصالح عنه ويشترط فيهما التملك فلو كان غير مملوك مثل خمر او استرقاق حر

أو استباحة بضع محرم لم يقع ولم يقد العقد شيئاً بل يقع باطلاً بلا خلاف وكذا يبطل على مال غير
 لعدم الملكية بالنسبة اليهما ولعله أراد بالتملك ما يشمل الحق كالثمن والتجوير واسقاط الدعوى ونحوها
 من الحقوق التي يصح الصلح عليها ووجهه أنه من عقود المعاوضات فلا بد من عوضين وقد قيل عليه
 أن الصلح إذا وقع موقع الأبراء كما لو صالحه من الحق على بعضه فإنه صحيح لعموم شرعية
 الصلح وليس فيه عوضان (واجب) بأنه يكفي في حصول المغايرة الجزئية والكلية كذا في جامع المقاصد
 لكن في المبسوط والشرايع والتذكرة والتحرير والارشاد واللمعة والدروس وأيضاً النافع والمسالك
 والروضة أنه لو ادعى عليه داراً فاقوله بها ثم صالحه المقر على سكنها فيها سنة صح الصلح وقد صرح
 (فيما خل) فيها عدى المبسوط بالزوم وعدم جواز الرجوع مع أنه ليس هناك عوض والعين الخارجة
 من يد المقر ليست عوضاً عن المنفعة الراجعة إليه لثبوتها للمقر له بالاقرار قبل أن يقع الصلح فلا يكون
 في مقابلة المنفعة عوض نعم لو أنكر فصالح المنكر المدعي على سكنها سنة صح وزم لأن السكنى عوض
 عن دعواه وكذا لو كان الساكن المنكر لأنه عوض عن جحوده وقد سبى في ذلك القلم في المسالك
 وحكى الشهيد عن شيخه الفخر والعميد أنه يصح بدون العوض ويكون فرع التملك كما لو قال مالك
 المتاع صالحتك على هذا المتاع فقال المصالح قبلت فإنه يصح ويكون كأنه قال ملكتك هذا الكتاب
 انتهى فتأمل والظاهر أنه لا نزاع كما في مجمع البرهان في أنه لا بد من معلومية ما يقع عليه الصلح إذا لم
 يكن هو مما يصالح عليه مثل ما في صحيحة محمد بن مسلم ومعناه أنه يستثنى منه ما إذا لم يدر كل واحد
 كم له عند صاحبه فإنه يصح مع الجهالة حينئذ كما تضمنه الخبر ثم استظهر أنه يكفي العلم في الجملة (قلت)
 قد أوجب في التحرير والتذكرة أن يكون العوض معلوماً أن كان مما يحتاج إلى تسليمه لافياً إذا كان
 لا يحتاج إلى تسليمه ولا سبيل إلى معرفته كالتنازعين في موارد مجبولة لكن عبارة التحرير أظهر في
 المراد من عبارة التذكرة وأن كان قد يظهر منها الإجماع وفي (الدروس) أن الأصح أنه يشترط العلم
 بالمعوضين إذا أمكن وهو الظاهر منه في موضعين آخرين وقد سمعت مافي الحواشي وقد تقدم نقل
 مافي الكتاب وحواشيه والتنقيح والمهذب البارع والمسالك وفي (الارشاد) لا بد من العلم بما وقع عليه الصلح
 وأنه تكفي المشاهدة في الموزون وقد أطال المقدس الأردبيلي في الاستدلال بما لا ينهض دليلاً
 وأن صح ما حكى عن المبسوط من الفرعية كان الشيخ فيه موافقاً لهؤلاء في بعض مخالفاً لهم في آخر
 هذا ولا يشترط في مورد الصلح أن يكون مالا فيصح عن القصاص وعن عيب المبيع سواء قل العوض
 أو كثر ولا سقاط الدعوى واسقاط الخيار والتجوير وحق الثمن والأولية في موضع مباح من الخان
 والسوق والمسجد والمدرسة كما صرح به في التذكرة وغيرها وهو معنى قوله فيها أيضاً ولا يجوز الصلح
 على ما ليس بمال مما لا يصح أخذ العوض عنه والحاصل في المقام هو ما قاله فيها أيضاً من أنه يصح الصلح
 عن كل ما يصح أخذ العوض عنه وإن لم يجز يمه ولا خلاف بينهم على الظاهر في ذلك (فعلى هذا)
 لا يصح الصلح عن اسقاط الدعوى بحلف المنكر المدعي على أنه يبرأ مما يدعيه لأن صحة ذلك فرع
 جواز مقابلة حلف المنكر بمال حتى يكون حقا مالياً يصح فيه الصلح وفرع كون هذا الصلح يفيد المدعي
 فائدة لا تعود عليه بنقص مراده أو كرهه على أعظم ما فر منه أما الأول فلا ريب أن المدعي إذا
 كان قاطعاً بكذب المنكر وأنه ظالم عالم غير غافل كانت يمينه حراماً لا تجوز المصالحة

عليها (١) ولا يرد مثل ذلك فيما اذا صالح المنكر المدعي الكاذب على اسقاط دعواه بما له مضطر الى ذلك ويريد دفع ظلمه له وضرره عنه كما هو واضح وقد تقدم بيانه والمدعي فيما نحن فيه مختار وقد اوجب على المنكر بمقدار الصلح الكذب الصريح ان صح الصلح كما يقوله الخصم ولا يرد أيضاً مثل ذلك ما اذا حلف الحاكم لان الحاكم لم يلزمه بذلك في عقد ولا غيره وانما يخبره بين الحلف والرد واداء المال فاذا خالف وحلف فقد ظلم نفسه وصاحبه باختياره والمدعي حاجة في تحصيل ماله فلا اعانة منه على الائم ولا معاوضة له عليه تلزمه بذلك فلم يكن الحلف هنا سائفاً فضلاً عن كونه مما يقابل بما له فلا يصح الصلح به عن اسقاط الدعوى وأما الثاني وهو انه لا فائدة فيه فلان أقصى ما يتخيل أن للمدعي أن يقول ان الخصومة عند الحاكم مكرهة وانا اصالحك حتى لا احضر وهذا أو هن شي* لانه يكون قد فر من المكروه الى الحرام ثم ان المنكر اذا حلف برأ كما تقولون وعاد النفع عليه بسقوط الدعوى عنه ولم يحصل للمدعي شي* يفيد (فان قلت) لعله ينكل فيؤدي ما ادعاه عليه (قلت) هذا نكول عند غير القاضي فلا يلزم به بالحق قولاً واحداً على انه لو انتفع بترك الحلف لزم الحلف لان العقد كان على الحلف فماد الى تركه وقد قلنا ان النكول لا يلزمه بالحق فمادت الدعوى باقية على جاهها والمقصود اسقاطها ومثله ما اذا كان غرضه من تحليفه كاذباً هلاكه ليتشفي به فانه صلح على حرام لغرض حرام وقد عرفت حال النكول على ان هذا ليس من مباحث العلماء واما اذا كان المدعي عالماً بان المنكر ذاس قاطع بعدم شغل ذمته وانه يحلف على البت واليقين كان بذله له ما لا على ذلك من السفه العظيم فالمصالحة عليه باسقاط الدعوى كذلك واحتمال وجود مصلحة في ذلك مع ظهور ذلك تمويل على الهيا واتكال على المنفى على انه يكون قد صالح على الكذب على المذهب المشهور من انه مخالفة الواقع لا كما يقوله الجاحظ والنظام وأما اذا كان ظاناً كأن كان ولياً يتيم أو مدعياً عليه بسرقة أو غصب أو قتل فان دعوى الظان تسمع في هذه فان كان الاول فلا يصح أن يقابل حلف المنكر بما له كراهية الحضور عند الحاكم أو يحصل له الاطمئنان لانه يجب عليه الحضور عند الحاكم لانه مال يتيم واطمئنانه لا يجدي جدوى في اسقاطه دعوى التيم عنه اذا بلغ قطعاً و يفرم ما دفعه في مقابلة الحلف من ماله لا من مال التيم لانه يقول له كنت تحضره عند الحاكم فقله كان يقر ولا ضرر عليك لانه لا رد عليك فكانت مصالحتك عبثاً محضاً وأما اذا ادعى على أحد هذين انه سرق أو غصب أو قتل وهو قاطع بان أحدهما سارق أو غاصب ظان بكل واحد منهما فالصلح على يمين كل واحد منهما بافتراده كالصلح على ما يحتمل انه سرق وهو باطل ثم ان أحد الصلحين وقع على ما هو سرق قطعاً وأما اذا قال اني أظن أن لي عندك مائة مثلاً فصالحني على حلفك بمخسبين أدفعها لك مثلاً حتى أطمئن فان كان المدعي عليه عالماً بأنه مشغول الذمة له لا يصح له أن يصالحه لانه يكون قد صالح على حرام هذا ان سلمنا جواز التحليف لظن وان كان المدعي عليه عالماً بعدم مع الصلح ان كان يصح على غير حق لان الدعوى المظنونة ليست حقاً ولا يلتفت اليها وهذا (وعلى هذا خل) أيضاً ان سلمنا مشروعية اليمين وبذلك في مثل ذلك حيث لا باعث عليها ولا ضرورة اليها ولا سيما اذا كان المقابل لها مال يسير جداً فان صح هذان صح الصلح على اسقاط الدعوى التي ليست بدعوى في هذا الفرد النادر وان قلنا ان الدعوى المظنونة حق وتسمع

(١) سواء كان المنكر كما اذا اعتقد المدعي أولاً اذا الشأن فيه كما لو علم زيد ان مافي يد عمر سرق وعمر يعتقد

انه خل فانه لا يجوز لزيد شراؤه (منه قدس سره)

ولو صالح على عين بأخرى في الربويات في الحاقه بالبيع نظر (متن)

ويطلب لاجلها البين كأن مصالحة المدعى على حلفه مصالحة على ما يظن انه خيرا لانه فان يكذبه ويكفي في البطلان احتمال كذبه وكون ما في يده خيرا فضلا عن ظنه وقد سمعت ما في الكفاية عند شرح قوله ويصح على الاقرار والانكار في آخر المسئلة وستسمع ما في التذكرة والتحرير عند شرح قوله ولو صالح الاجنبي المدعى لنفسه الى آخره قال في (التذكرة) مانصه ان جواز الدعوى من المصالح مشروطة بعلم صدق مدعي المصالح فان لم يعلم لم يجوز له دعوى شيء لا يعلم ثبوته ونحوه ما في التحرير وبعض مشايخنا المعاصرين جرى ذلك في كل رطب ويايس ثم انه اذا حلف بدون طلب الحاكم لا يسقط الدعوى وهي معاطاة الصلح لانه حينئذ برضاها فاذا لم تصح المعاطاة فيه لا يصح العقد عليه ثم ان ثمره المسئلة سقوط البينة لو أقيمت بعد الدعوى (وفيه) ان ما دل على سقوط البينة باليمين مختص بحكم التبادر وغيره باليمين المهودة ومما ذكر يعلم انه لا يصح الصلح على استحقاق ولا على استحقاق الانكار وسيأتي للمحقق الثاني عند شرح قوله ولو صالح الاجنبي المبل الى صحة الاول هذا وقد تأمل مولانا الاردبيلي في نحو المسجد ولعله لانه متأمل في جواز أخذ العوض عنه وفي (الدروس) لا يصح عن الحد والتعزيرات والقسم بين الزوجات يعني على تركه (قلت) وكذا ترك الاستمتاع بين وظاهر نكاح التحرير التوقف في الاعتياض عن القسم أو تمر يرضه وفي (الروضة) ان له وجها وتام الكلام في النكاح

﴿قوله﴾ (ولو صالح على عين بأخرى في الربويات في الحاقه بالبيع نظر) كما في التذكرة ومنشأ النظر في الكتابين من امكان اختصاص الربا بالبيع لانه المتبادر من الاطلاق وكذا القرض ويبقى غيرها على أصل الاباحة مؤيدا بظواهر الآيات والاحبار الدالة على حصول الاباحة بالتراضي وعلى حصر المحرمات وليس هذا منها وأن الناس مسيطون على أموالهم خرج البيع والقرض وبقي الباقي وقد قال في (مجمع البيان) في تفسير قوله جل شأنه (انما البيع مثل الربا) ان البيع انطالي عن الربا مثل البيع المشتل عليه وهذا قد برشد الى التخصيص وانه يلزمه عدم جواز الزيادة في الهبة المعوضة لان الزيادة مطلقا عند انطاع حرام في الربو بين الا أن تقول انه خرج بالاجماع فتأمل ومن أن ظاهر قوله تعالى (وحرم الربا) يقتضي تحريم الزيادة في المتماثلين في كل المعامضات وقول الصادق عليه السلام لعبد الرحمن ابن الحجاج لما سأله أيجوز قفيز من حنطة بقفيزين من شعير لا يجوز الا مثلا بمثل وترك الاستفصال دليل العموم والضعف منجبر بالشبهة كما ستعرف وقوله أيضا عليه السلام في صحيحة الحلبي الفضة بالفضة مثلا بمثل ليس فيها زيادة ولا قصان الزائد والمستزيد في النار وأيضا فانه حرام ومعلوم كونه بمعنى الزيادة وليس بمعلوم ثقله فيجب حمله على معناه اللغوي ويخرج منه ما هو حلال بالاجماع ويبقى الباقي تحت التحريم كما برشدا ليه عدم تخصيصهم له بالبيع بل جروه في القرض مضافا الى ما ورد في علة تحريمه من ذهاب المعروف وتعطيل المعاش وقد يقول المحصون بانا لا تقول بنقله بل يقولون الزيادة المحرمة انما هي في البيع والقرض لمكان التبادر والاجماع وليست تلك علة شرعية وانما هي لبيان الحكمة والا لبطلت الخيل التي ذكرها الفقهاء ودلت عليها الاخبار (وكيف كان) فالتأمل بالاول المصنف في ربا الارشاد والكتاب واصلح المختلف وظاهر دين الشرائع واصلح التحرير في مواضع وجامع المقاصد وهو ظاهر كل من فسره (عرفه خ ل) بانه شرعا بيع أحد المتماثلين بالأخر مع شرائط أخر حيث أخذوا

في تعريفه البيع دون المعاملة وقد وقع هذا التعريف في السرائر والتحرير والتذكرة وشرح الارشاد
 لغفر الاسلام وتعليقه للكرخي والمسالك وغيرها ولكن الامر في هذا سهل نعم لهم في الباب عبارات
 ظاهرة في ذلك كقولهم لو صالح على الموجل باسقاطا بعضه حالا صح وقد نسب في الدروس الى اطلاق
 الاصحاب وقولهم لو أئلف عليه ثوبا قيمته عشرة فصالحه بازيد أو أقص صح وهذا هو المشهور مع
 انه يؤدي الى الربا ولهذا منعه في المبسوط والخلاف كما ستعرف فيكون مختصا بالبيع الا أن تقول ان
 الصلح في المثال الاول ليس معاوضة أو أن التقيصة في مقابلة الحلول وان الصلح في الثاني ليس على
 القبة بل على المثل وهذا مبني على أن القيمي يضمن بمثله وهو غير المشهور المعروف ويأتي تمام الكلام
 في هاتين المسئلتين وقد قلنا في باب الربا ان ذلك قد يظهر من المبسوط والخلاف والمراسم والوسيلة
 وجمع البيان واطراد ظهوره من المبسوط والخلاف في غير الصلح وكأنه ظاهر الاتصاف في الباب (وأما
 القول الثاني) وهو انه ثابت في كل معاوضة من صلح وغيره فهو خيرة الا أكثر كما في آيات الورد يبي
 المسألة بجمع البرهان في فقه القرآن وهو المحكي عن السيد والشيخ والقاضي وابن المتوج وصرح
 الايضاح والدروس والمهذب البارع والمقتصر وايضاح النافع والروضة والمسالك والشرائع في باب الغصب
 وظهارها في المقام (وفي جامع المقاصد) ان فيه قوة ونسكا بجانب الاحتياط وجزم به في باب الربا
 وأما الشيخ والقاضي فإن صح ما حكى عنهما من جعله فيما أوفرا له فلا اشكال في تحريم الزيادة عندهما
 (هذا) وقد قال في الايضاح في شرح العبارة ألحقه الشيخ بالربوات وهو اختيار ابن البراج وهو مبني على
 احدى قاعدتين (الاولى) هل الصلح فرع البيع أم لا (الثانية) هل الربا يشمل جميع المعاوضات أم يختص
 بالبيع وفي (جامع المقاصد) ان هذا كلام فاسد لانه لا معنى لاحقا بالربوات عند الشيخ وابن البراج
 اذ هو بيع على قولها ثم بناء ذلك على قاعدتين أعجب وان كان المبني كلام المصنف فأغرب لان
 المصنف قد حكم سابقا بأنه أصل برأسه لافرع على غيره فكيف يكون تردده لاحتمال كونه فرعا وانما
 تردده لاحتمال عدم اختصاص الربا بالبيع انتهى (قلت) أنت قد عرفت أن الشيخ في المبسوط بعد أن
 ذكر انه فرع البيع قويا انه أصل برأسه فمعنى قوله في الايضاح ألحقه الشيخ بالربوات الى آخره انه
 جعله مما يجري فيه الربا من بيع وقرض اذا صالح في الربوات وان هذا منه أي من الشيخ مبني على
 احدى قاعدتين وهي أن الصلح فرع البيع ان استقر رأي الشيخ عليه لانه لم يجزم به في المبسوط وان
 كان مذهبه انه أصل برأسه كما قواه أخيرا كل مبني على القاعدة الاخرى وهو واضح لا غبار عليه وليس
 معنى قوله في الايضاح ألحقه الشيخ بالربوات انه ألحقه بالبيع خاصة حتى يتعجب منه على أن المصنف
 عبر بالحاق أيضا في الكتاب والتذكرة فيكون أراد في الايضاح بيان الوجه في الحاق الشيخ له
 بالربوات ليعلم منه وجه النظر في كلام المصنف باعتبار القاعدة الثانية ويحتمل أن يكون أراد أن
 النظر في كلام المصنف مبني على احدى قاعدتين فاما أن تكون هي الاولى وقد عرفت أن مختاره انه
 أصل برأسه فتعين أن تكون هي الثانية التي جزم بها في جامع المقاصد وقد يكون أراد في الايضاح التردد
 بين الاولى والثانية فيكون مراده أن المصنف رجع عن الجزم الى التردد وكلمة ذلك ويكون بيان
 مذهب الشيخ توطئة لاحتمال تردد المصنف بعد جزمه فيكون المراد لا تستعظم التردد بعد الجزم لان الشيخ
 والقاضي قائلان بأنه فرع البيع ثم انه سيأتي للمصنف قريبا فيما اذا صالح عن (من خ ل) ألف حاله بخمسة مائة
 مؤجلة انه ابراء على اشكال وقد أقره في جامع المقاصد ولم يستغربه منه حيث تقدم له انه أصل برأسه

وكذا في الدين بمثله فان الحقتاه فسد لو صالح من ألف مؤجل بخمسمائة حاله (متن)

والغرض تصحيح كلام الفحول الكبار وتنزيله على وجه ظاهر قريب جدا ورفع الاستعجاب عنه والاستغراب منه والافلا فائدة مهمة في تحرير ذلك وجعل وجه النظر في الحواشي من انه وسيلة الى الربا ومن انه اصل برأسه ﴿ قوله ﴾ (وكذا في الدين بمثله) كما ذكر ذلك في التذكرة قال في (الايضاح) ذكر هنا فرعين على كون الصلح يباع أم لا (الاول) انه لو صالح على دين بمثله فعلى كون الصلح يباع لا يصح وعلى كونه ليس يبيع يصح (الثاني) لو صالح على الف بخمسمائة الى آخره ولا يعجبني جملة تفريعا كالثاني ونعم ما قال في جامع المقاصد قال أي وكذا يبيح النظر في الصلح عن الدين بمثله أي بدين آخر فانه يحتمل عدم صحته نظرا الى مشاركته بالبيع في علة المنع فيشتركان في الحكم والاصح عدم (قلت) عبارة الكتابين (١) ذات وجهين (الاول) ان يكون هذا قسما من المسئلة الاولى في حقوق الربا لانه لما تأمل في الصلح على العين بالعين عطف عليه الصلح على الدين بالدين ولما كانت الاولى في الربويات فلتكن الثانية كذلك ولكنه كان ينبغي عن ذلك كله ان يقول ولو صالح في الربوي ففي الحاقه بالبيع نظر لانه يشمل الصلح على العين بالعين والدين بالدين لكن ما ذكره أوضح أو يكون افاد بذلك امرا آخر وهو ان الاقسام الممكنة هنا ثلاثة وان النظر مختص باثنين منها واما الثالث وهو الصلح على الدين بالعين فانه جائز جزما أو غير جائز جزما لكن يرد عليه انه ايضا محل اشكال ولا جزم فيه عنده باحد الامرين (الثاني) ما اشار اليه في الايضاح وجامع المقاصد وهو الصلح على الدين في ذمة زيد بالدين الذي في ذمة عمر ووجه النظر حينئذ انه هل يلحق بالبيع في المنع على القول باصالة الصلح في نفسه يحتمل ذلك لوجود المعنى المحرم لبيع الدين بالدين في الصلح اذ هو التعرير في المايلين (بالمايلين خل) ويحتمل المنع اقتصارا على النص وعملا بعموم شرعية الصلح واما الصلح على الدين بالعين بهذا التفسير يعني غير الربوي فانه جائز قطعيا كالصلح فيه على العين بالعين وقد قسمنا بيع الدين في بابه الى ثمانية اقسام وهي تجري في الصلح (الاول) بيع الدين المؤجل الذي لم يحل بعقد آخر بدين كذلك (الثاني) ان يكونا مؤجلين بهذا العقد كأن يبيع متاعه مؤجلا بشئ كذلك (الثالث) بيع الدين المؤجل الذي لم يحل بمحاضر مشخص مشار اليه (الرابع) بيع دين حال بمحاضر مشار اليه (الخامس) بيع دين مؤجل حال بدين كذلك (السادس) بيع دين مؤجل حال بمضمون في الذمة حال (السابع) بيع دين مؤجل حال بشئ مؤجل كأن يبيعه نسيئة (الثامن) ما اذا كان لكل منهما دين على الآخر فيتبايعان بالدينين ﴿ قوله ﴾ (فان الحقتاه فسد لو صالح من ألف مؤجل بخمسمائة حاله) أي أن الحقتاه الصلح بالبيع في تحريم الربا فسد هذا الصلح المذكور كما ذكر ذلك في التذكرة وجامع المقاصد أي فيكون كما لو باع الف مؤجلة بخمسمائة حاله وهو فاسد لوجود الربا فيه من وجهين وقد نص على صحة هذا الصلح في التحرير وهو قضية كلام المختلف وابي علي وستسمع ما في الدروس من نسيته الى اطلاق الاصحاب وجزم في المبسوط بفساد المعاملة على الدرهم ببعضها مطلقا وقال في (الدروس) اذا صالح على المؤجل باسقاط بعضه حالا صح اذا كان بنير

(١) أي التذكرة والكتاب (منه قدس سره)

ولو صالح من ألف بخمسائة مؤجله فهو ابراء على اشكال ويلزم التأجيل (متن)

جنسه واطلق الاصحاب الجواز اما لان الصلح ليس معاوضة أو لان الربا مختص بالبيع أو لان التقيصة في مقابلة الحلول (قلت) الاحتمال الاخير ضعيف واضعف منه الاحتمال الاول ولعله نظر في نسبتته الى اطلاق الاصحاب الى قولهم في باب الدين يصح تعجيل المؤجل باسقاط بعضه مع التراضي لان هذه العبارة وقعت في الانتصار والسرائر والشرايع والتحرير والتبصرة وغيرها وفي الاول الاجماع عليه ومن طرق الاسقاط الابرأ والمعفو والصلح والظاهر الثاني كما فهمه الشهيد لا مطلق الرضا لاصالة بقاء الملك الى ان يتحقق المزيل شرعا والا فالتعرض لصحته في المقام قليل جدا كما عرفت وقد استدلوا عليه هناك بمرسل ابن بن تغلب عن الصادق عليه السلام قال سئلته عن الرجل يكون له على الرجل دين فيقول له قبل أن يحل الاجل عجل النصف من حقي على أن اضع عنك النصف يحل ذلك لواحد منه قال نعم ونحوه حسنة الحلبي أو صحيحته وقال في (الدروس) ايضا لو صالح عن الربوي بتقيصة من جنسه روعي احكام الربا لانها عامة في المعاضات على الاقوى الا ان تقول الصلح هنا ليس معاوضة بل هو في معنى الابرأ وهو الاصح لان النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال لكعب بن مالك ما تقاضى ابن ابي حديد دينا كان له في المسجد فارتفعت اصواتهما حتى سمعها رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فخرج اليهما فنأدى يا كعب قال ليك قال فشار اليه أن ضع الشرط من دينك واتبعه بالباقي قال قد فعلت اترك الشرط واتبعه بيقينه وروى ذلك عن الصادق عليه السلام وينبغي ان تكون صورته صالحتك على الف بخمسائة فلو قال بهذه الخمسائة ظهرت المعاوضة والاقوى جوازه ايضا لاشتراكها في الغاية (العلقة خ ل) انتهى (قلت) قد اختلف في الدروس أن الصلح اصل برأيه فكيف يقول انه ليس معاوضة بل في معنى الابرأ ثم ان الرواية التي استند اليها ليست بصحيحة ولا صريحة لانها لم تشتمل على لفظ الصلح وانما اشتملت على الترك الصريح في الابرأ ونحن نقول بموجبه وكلامنا في العقد الواقع بلفظ الصلح ﴿ قوله ﴾ ولو صالح من ألف بخمسائة مؤجلة فهو ابراء على اشكال ويلزم التأجيل ﴿ كذا قال في التذكرة وفي (جامع المقاصد) أن الذي يقتضيه النظر البطلان للزوم الربا المحرم وفي (التحرير) أن الوجه الصحة وهو قضية كلام المختلف وفي (الايضاح) الاصح انه معاوضة لمخالفة الحال والمؤجل والزائد والتاقص ومعناه ان المعايرة بين العوضين ثابتة وان احدها وقع في مقابلة الآخر فتكون معاوضة ويحجي فيها احتمال الربا وعدمه واحتمل أي في الايضاح الابرأ وبه جزم في الدروس لانه ليس الا اسقاط بعض ما في الذمة وتأجيل الباقي والرواية النبوية ان كانت مما يستدل به فليستدل بها هنا ومنه يعلم وجه الاشكال وجعل منشاؤه في الحواشي من انه ابراء محض ومن عدم لفظ الابرأ وظاهره أن لا معاوضة فيه وما ذكر يعرف فرق المصنف بين هذه والتي قبلها انه في التي قبلها جعل الحلول في مقابلة الخمسائة فامتنع الابرأ فيها لان الابرأ اسقاط محض بخلاف الاخيرة فان الخمسائة المستقلة ليست في مقابلة شيء والاجل المشروط نقصان آخر وهو اي الفرق ليس بشيء وفي (جامع المقاصد) أن ضعفه ظاهر واما لزوم التأجيل أن قلنا بالصحة فواضح والمخالف الشافعي فيما حكى الشهيد ما جزم بأنه ابراء من خمس مائة قال لا يلزم الاجل بل يستحب الوفاء به وفي (الدروس) انه لو صالحه عن الف مؤجلة بالف حالة احتمال البطلان لانه في معنى اسقاط الاجل وهو لا يسقط باسقاطه نعم لو دفعه اليه

وليس طلب الصلح اقرار بخلاف يعني أو ملكني ولو اصطلاح الشريكان على أن لاحدهما رأس ماله وللآخر الربح والخسران صح (متن)

وتراضيا جاز وكذا لو صالح عن الحال بالمؤجل بطل زاد في العوض أولا اذا لا يجوز تأجيل الحال قال والفاضل حكم بسقوط الاجل في الاولى وثبوتها في الثانية عملا بالصلح اللازم (قلت) لا ريب انه لا يجوز بيع درهم حالا بدرهم مؤجلا ولو يوما أو اقل حيث يقدر فيلزم القائلين بجريان الربا في الصلح منع المثالبين وما باله في جامع المقاصد لم يستغرب من المصنف قوله انه ابراه على اشكال مع انه سلف له انه اصل برأيه كما استغرب نحو ذلك من ولده آقا ﴿ قوله ﴾ ﴿ وليس طلب الصلح اقرار بخلاف يعني أو ملكني ﴾ كما صرح بذلك في التحرير والدروس وجامع المقاصد واللمعة والروضة وفي (التذكرة) أن طلب الصلح ليس باقرار وانه ظاهر عندنا لان الصلح يصح مع الانكار والاقرار قد يراد به قطع الخصومة وقد يراد به المعاوضة واذا احتملها لا يحمل على الاقرار ويتم ذلك في العارف بالحكم ونسب الخلاف الى الشافعي حيث ذهب الى عدم صحته مع الانكار ففرغ عليه ان طلبه اقرار لان اطلاقه ينصرف الى الصحيح وانما تصح مع الاقرار فيكون مستلزما له ويتم هذا في العارف ايضا وظاهرها اي التذكرة الاجماع على أن يعني اقرار وان المخالف بعض الشافعية وانه لا خلاف بين العلماء في أن ملكني اقرار وقال في موضع آخر لو قال بعينها أو هبتها فالمشهور انه اقرار وفي معناه اجرتي واعرني وزوجتي الجارية لو كان التنازع فيها ومعنى كونه اقرارا انه اقرار لخصمه بانه ملكه لمكان نزاعه معه وكونه تحت يده مثلا من غير معارض غير المقر والاصل عدم مالك آخر ولو خفي عن هذه القرائن لم يقد الا كونه ملكا للمقر في الجملة واما كونه ملكا لمن طلب منه البيع ونحوه ففيه نظر لكونه اعم من كونه ملكه اذ قد يكون وكبلا فيرجع الى كونه مالكا للبيع لا للبيع ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو اصطلاح الشريكان على ان لاحدهما رأس ماله وللآخر الربح والخسران صح ﴾ كما هبر بذلك ومثله من دون تفاوت اصلا في الشرائع والنافع والارشاد والتبصرة والسكافية وقديهم من هذه الكتب عموم الحكم بالصحة لما اذا اشترط ذلك في عند الشركة أو بعد العقد في اثناء الشركة وان لم يريد القسمة وليس كذلك كما ستعرف وقال الشيخ في النهاية والشريكان اذا تقاسما واصطالحا على ان يكون الربح والخسران على واحد منهما ويرد على الآخر رأس ماله على الكمال كان ذلك جائزا وهذا يقضي ان ذلك انما هو عند اقتضاء الشركة واردة فسخها كما صرح بذلك في السرائر والتحرير والدروس واللمعة وحواشي الكتاب وايضاح النافع وجامع المقاصد وتعليقي الارشاد والنافع والمسالك والروضة والمغانيح وكذا التذكرة بل في الاولين زيادة التصريح بأن صاحب رأس المال صالح الآخر على الربح والخسران والتقدم والتسوية والعروض وسلم اليه وعليه تنزل العبارات المتقدمة لانا لو لم ننظرنا على ذلك وقلنا بأن الشرط المذكور كان في عقد الشركة أو بعده لما صح تسميته صلحا لانه يكون شرطا في عقد الشركة لا صاحبا على الاول لانه ان أتى بلفظ الشرط فظاهر كأن يقول شاركك بشرط أن يكون الربح لك فيقول قبلت وان أتى بلفظ الصلح كأن يقول شاركك لتعمل في هذا المال وصالحتك على أن يكون الربح لك فيقول قبلت فلا صلح أيضا لان الصلح من أركانه العوضان ولا عوض هنا وعلى الثاني وهو ما اذا كان بعد العقد فان أتى بلفظ الشرط فلفظ الشرط فلفظ الصلح

قبل المزج أو بعده لم يظهر ربح كما هو المفروض فلا صلح اذ لا عوض خصوصاً اذا كانت العين قائمة لم تخرج واذا كان شرطاً في عقدها كان مخالفاً لمقتضى عقدها لان مقتضاه ان الربح والخسارة تابان لرأس المال فيكون مخالفاً للكتاب والسنة فيكون فاسداً وليس هذا كاشتراط الخيار في عقد البيع ونحوه في المناقاة لمقتضى العقد لانه لا لزوم واشترطه بوجوب النزول المنافي له كما تحذرت به صاحب الحدائق وذلك لان مقتضى عقد البيع انما هو الانتقال خاصة والزرور من صفاته وكيفياته الخارجة فاشتراط الخيار ليس منافياً لمقتضاه بخلاف الشركة اذ ليس مقتضاها سوى ما عرفت فلو شرط فيها خلافه عاد عليها بالتقص كاشتراط عدم الانتقال في البيع لكننا قد حققنا في باب الشركة ان هذا الشرط غير مناف لها والا لما ساغ اشتراطه حيث يكون العمل من أحدهما مع انه يجوز اجماعاً (وقد يقال) ان اشتراطه في عقدها يقضي بطلانه ومصرفه الى عقد آخر وهو القرض وهو بعيد جداً كما يأتي وان قلت انه بعد العقد قد عرفت انه لغو غير لازم اذ ليس بصلح فاشتراطه في اثنا الشركة بعد العقد والاستمرار به على الشركة لا وجه له في الاخبار وكلام الاصحاب لانه غير لازم نعم يلزم بالصلح بعد ثقله أو ظهور الربح أو اشتراطه في عقد آخر لازم ولعله حينئذ يلزم منه ارادة الفسخ والقسمة كما قالوا أو العدول عن عقد الشركة الى عقد القرض فقد انفقت الكلمة وظهر المراد من العبارات المقدمة مضافاً الى ما سيأتي في باب الشركة لمن أطلق كالحقق في الشرائع والنافع مما يوافق من قيد هنا لانه يذهب في باب الشركة الى عدم صحة اشتراط الزيادة لاحدها وهو أيضاً من الشواهد على تنزيل عبارتي الكتابين على ما ذكرناه ولا كذلك عبارة الارشاد والتبصرة والكفاية فانه قد اختير فيها جواز اشتراط كون الربح لاحدها في باب الشركة وفاقاً للمرضى وغيره وقد نسب ذلك في الروضة الى الشيخ وجماعة ولا ريب ان البيهقي لم تصادف محلها لانا لم نجد في كتب الشيخ في البابين ولا غيره ولا حكاك غيره سوى شيخنا صاحب الرياض فانه حكى نقله معولاً على الروضة كما هو عادته نعم قال في اللعة ولو شرطاً بقاؤها على ذلك ففيه نظر ولتفخر الاسلام في شرح الارشاد والمقدس الاردبيلي كلام يعطي ذلك مستمعاً انشاء الله تعالى والاصل في الباب صحيحة الحلبي أو حسنة ابراهيم عن ابي عبد الله عليه السلام في رجلين اشتركا في مال فربحاً فيه ربحاً وكان من المال دين وعليهما دين فقال أحدهما لصاحبه اعطني رأس المال وملك الربح وعليك التوي فقال لا بأس اذا اشتراطاً فاذا كان شرطاً يخالف كتاب الله فهو ردة الى كتاب الله ورواه في التهذيب عن الكناني وفي (التهابة) عن حماد عن الحلبي الا انه قال وكان من المال دين وعين ولم يقل وعليهما دين ورواه في التهذيب أيضاً عن الحلبي الا انه قال وكان المال ديناً ولم يذكر العين ولا عليها دين ورواه أيضاً عن داود الازاري الا انه قال وكان المال ديناً وعيناً وليس في الاخبار عموم الحكم بصورة اشتراط ذلك في عقد الشركة أو بعده وان لم يريد القسمة بل الاخبار لمكان ذكر الشركة أولاً وتعميقها بالقول بان الربح والخسران لاحدهما وبقوله فربحاً وبقوله وكان من المال دين ظاهرة في القيد الذي قلنا ان الكلمة متفقة عليه ولعل السرفي قوله عليه السلام اذا اشتراطاً خلو السؤال عن بيان رضی الآخر وانما اشتمل على صدور القول من أحدهما أو يكون المراد اذا تراضيا رضی يحصل به اللزوم كوقوعه في عقد صلح ونحوه وهذا هو الذي فهمه الاصحاب فذكروا ذلك في الباب وليس المراد انه اذا اشتراطاً في عقد الشركة لما عرفته عند بيان كلام الاصحاب لأنه على هذا يكون دالاً بمفهوم الشرط على ثبوت البأس اذا وقع في غير عقد الشركة (ومنه) ما اذا وقع بعقد الصلح عند ارادة القسمة

وهو خلاف كلام الاصحاب وفيه مالا يخفى لانه يدعي انه ليس النظر بالمفهوم الى ذلك وتحرير المقام في باب الشركة هذا وقال فخر الاسلام الرواية على خلاف الاصل لان الاصل ان يكون الربح تابعاً لاصل المال ويمكن تأويلها بحمل الصلح على تملك أحد الشريكين نصيبه للآخر قرضاً قال لكن يلزم من هذا التأويل انتفاء الشركة وان يكون نصيب من له رأس ماله ثابتاً في الذمة لافي نفس عين المال ثم قال والاولى ان يقال انه يعمل بها في مورد النص ولا يتعدى الى غيرها وانما يكون ذلك اذا كان المال قرضاً لان الانسان لا يملك ربح مال غيره كله فلا بد ان يكون على جهة القرض لان الاصحاب ذكروا ذلك اعتماداً على رواية تقريره ما ذكرناه انتهى وهو يعطي ان الشرط كان في نفس عقد الشركة ونحوه مافي مجمع البرهان من ان غاية منافات هذا الشرط مقتضى العقد بطلان الشركة وهو غير لازم بطلان الشرط فقد يكون ذكره في عقدها كناية عن ارادة الاقراض دون الشركة وهو مقتضى عموم أدلة الصلح وكونه بعد المعاملة وبعد ظهور الربح وكون بعض المال ديناً وبعضه عيناً ليس بشرط اتفاقاً على الظاهر انتهى حاصله وانت خبير بأنه يرد عليهما بان ذلك بعيد عن الاخبار وعن كلام الاصحاب الذين يحملون من أركانه الموضين وعن قصد المتعاقدين المبرورين فيها اذ لا باعث لهما على لفظ صلتك وهلاً قال له افرضك ان هذا تجشم شديد مضافاً الى القرض لا يجوز فيه الرجوع بالعين وان كانت قائمة باقية لم تجز ومقتضى الشركة لان كانت غير لازمة جواز الرجوع فالتأولون بهذا الشرط قائلون بجواز الرجوع فكيف يصرف الى غيره ولا يصح الاستناد في ذلك الى قوله في الدروس ولو جملاً ذلك في ابتداء الشركة فالأقرب المنع لما فانه موضوعها والرواية تدل عليه اذ الظاهر ان مراده ان الرواية تدل على المنع لاعلى الجمل وفيه تأمل ولا بد من مراجعة باب الشركة فاننا قد استوفينا فيه الكلام محرراً وينبغي تقييد الحكم بما اذا علم بالربح أو جهلاً به بعد ثقله في الاعراض ولو جهلاً أحدهما به وعلم به الآخر وأخفاه عنه فلا يصح كما تقدم وقال في (المسالك والروضه) في توجيه كلام الاصحاب ان ذلك عند اقتضاء الشركة واردة فسخها لتكون الزيادة مع من هي معه بمنزلة الهبة والخسران على من هو عليه بمنزلة الابراء قلت هذا يعطي ان الصلح قبل العلم بظهور الربح أو الخسران أما اذا ظهر أحدهما فالصلح بمنزلة الهبة مطلقاً لأن المصالح الذي أخذ رأس المال بمنزلة الواهب عند ظهور الربح وأما عند ظهور الخسران فالآخر أيضاً بمنزلة الواهب وأما في صورة الجهل فن المعلوم انهما لا يجتمعان ولا يعرف الواهب منهما ظاهراً للجهل بالربح والخسران فيكون مورد الهبة والابراء ما كان مقدراً محتملاً ويزيد الثاني بوردده على العين ولعله اراد ان المصالح يعني صاحب رأس المال على تقدير الزيادة يكون بمنزلة الواهب للمصالح له لكن المصالح له لما قبل الصلح سواء ربح المال أو خسر سقطت مطالبته بما نقص من حصته عما في يد المصالح على تقدير الخسران فكان بمنزلة الابراء لانه لا يمكن ان الذمة يكون هبته لانه لم يصدر من الموجب المصالح قبول كما هو المفروض (فان قلت) ولا يمكن ان يكون ابراء لان متعلقه الذمة والمفروض بقاء العين في يد المصالح (قلت) قد قال الشهيد في قواعده ان معنى مقدر في المكلف قابل للالتزام والالزام الى ان قال انما هي نسبة مخصوصة يقدرها صاحب الشرع عند وجود سببها انتهى وحاصله ان الابراء محله الدين وغيره المالي وغيره ولهذا صح ابراء الكفيل من احضار المكفول فسبب تقدير الذمة هنا الشركة وهي تقتضي المطالبة بكامل الحصص واحتمال الابراء انما هو من حق المطالبة بكامل الحصص والصلح من شأنه ان يقع على المعلوم وعلى المقدر المجهول

ولو صالح عن الدنانير بدراهم أو بالعكس صحح ولم يكن صرفاً ويصح الصلح على كل من العين والمنفعة بجنسه أو مخالفه ولو صالح على ثوب أتلقه بدرهم على درهمين لزم (متن)

ولما احتل تقدير الزيادة هنا ورد مورد الهبة ولما احتل تقدير الخسران ورد مورد الأبراء فكان المراد بالذمة هنا امكان الاستحقاق في الواقع وبالأبراء اسقاط حق المطالبة الذي هو له في الظاهر كاسقاط الدعاوي والايان وان كان المدعى به عينا لعدم ظهور كونها للمدعي فليحفظ هذا كله وليتأمل فيه جيدا وقد عرفت أن الصلح أصل برأسه فلا حاجة الى هذه التنزيلات والتكلفات الساقطة ونحوها كلام الاصحاب في المسئلة من متفرقات هذا الكتاب ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو صالح عن الدنانير بدراهم أو بالعكس صحح ولم يكن صرفاً ﴾ كما في الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والمختلف والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة وجمع البرهان وظاهر التذكرة الاجماع عليه وفي موضع آخر منها لا يشترط في الصلح عن الايمان ما يشترط في بيع الايمان عندنا والمخالف الشيخ في المبسوط وأبو علي فيما حكى عنه قال في (المبسوط) اذا صالحه من دراهم على دنانير ومن دنانير على دراهم صح الصلح وهو فرع الصرف فما صح فيه صح في الصلح وما بطل فيه بطل فيه الى أن قال ان قبضها قبيل أن يفارقه جاز واذا قبض البعض وفارقه قد بطل الصرف فيما لم يقبض ولم يبطل فيما قبض ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويصح الصلح على كل من العين والمنفعة بجنسه أو مخالفه ﴾ كما في الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة وجمع البرهان لانه باقائه فائدة البيع صح على العين وبقائه فائدة الاجارة صح على المنفعة والحكم في المجانس والمخالف فرع ذلك والاصل في ذلك الاصل وعموم أدلة الصلح بل يصح بذلك (١) ما هو أعم من ذلك كالصلح على الحقوق كحق الشفعة والحيازة وأولوية التحجير والسوق والمسجد كما تقدم وبه صرح في أكثر ما تقدم بعين أو منفعة أو حق آخر مالي والضابط فيما يصلح به وعنه أن يكون عينا أو منفعة أو حقا ماليا كما تقدم عند شرح قوله وما يتصلحان به الى آخره والمراد بالجنس كل ما يدخل تحت اللفظ الخاص مع الاختلاف في الوصف كأنواع الخنطة والشعيرة وبه يفرق بين الجنس والمثل الذي زاده في اللعنة ويصح الصلح على الثرة والزرع قبل بدو الصلاح والحاصل انه يصح الصلح عن كل ما يجوز أخذ العوض عنه سواء جاز يعمه أم لا كما في التحرير وغيره ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو صالح على ثوب أتلقه بدرهم على درهمين لزم ﴾ وصح الصلح بغير خلاف كما في السرائر وعندنا كما في التذكرة وهو المشهور كما في الحواشي واللمعة والدروس قال في الاخير لان مورد الصلح الثوب وهو الذي قواه في المبسوط واستقر رأيه عليه وهو خيرة الشرائع والتذكرة والارشاد والمختلف وظاهر اللعنة والحواشي والروضة وجمع البرهان والكفاية التردد كما انه استشكل في الدروس ومنع من صحته في الخلاف وجامع المقاصد والمسالك وهو المحكي عن القاضي وبه حكم في المبسوط في أول كلامه ثم قوى الاول كما عرفت فما حكى عنه في الدروس وغيره لم يصادف محله (وقال في التحرير) ان صالحه عن الثوب بأكثر من قيمته جاز وان صالحه عن القيمة لا يصح (قلت) صريح المجوز والمانع أن الصلح عن الثوب وقد سمعت ما في الدروس

(١) أي الاصل والعموم (منه قدس سره)

﴿ الفصل الثاني في تراحم الحقوق ﴾ يجوز اخراج الرواشن والجناح ووضع الساباط واستجداد الابواب ونصب الميازيب في الطرق النافذة مع انتفاء ضرر المارة وان عارض مسلم (متن)

نعم المحكى من عبارة القاضي صريح في أن الصلح عن القيمة وعبرة الخلاف واللمعة يحتمل الامرين قال في (الخلاف) اذا أتلف رجل على غيره ثوبا يساوي دينارا فأقر له به فصالحه على دينارين ولم يقل صالحه عن الثوب ولا عن القيمة ونحوه اللمعة لكن تعبل الخلاف يقضي بالقيمة (حجة المجوزين) الاصل وعموم أدلة الصلح وان الثوب والحيوان يثبت في الذمة مثلها في الانلاف فكان الصلح على مثلها صرح بذلك في التذكرة ولعله أراد ما في المختلف من أن الصلح وقع على الثوب قل في (المختلف) سلنا انه وقع على القيمة ولا ربا هنا لانه انما يتحقق في البيع خاصة (وحجة الخلاف) أن الواجب قيمته بدلالة ان له مطالبته بها ويجبر صاحب الثوب على أخذها والقيمة هنا دينار واحد ولو أجزنا أن يصلح على أكثر كان بيعا للدرهم بأكثر وذلك ربا لا يجوز وفي (التذكرة) ان الكحل ممنوع ولم يستبعد في مجمع البرهان ضمان القيمي بمثله (قلت) المشهور المعروف أن القيمي يضمن بقيمته وما جاء ضمانه بمثله كخبر القصة فعلمي كما تقدم فيما أظن ويبقى الكلام في أن الربا يعم الصلح أم لا وقد تقدم ولعلم أن بعض المجوزين هنا يقولون ان الربا يعم الصلح وغيره

﴿ الفصل الثاني في تراحم الحقوق ﴾

﴿ قوله ﴾ يجوز اخراج الرواشن والجناح ووضع الساباط واستجداد الابواب ونصب الميازيب في الطرق النافذة مع انتفاء ضرر المارة وان عارض مسلم ﴿ كما صرح بذلك في السرائر والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس وجامع المقاصد والمسالك والكفاية وهذا ما بناء على انه لا فرق بين هذه الخمسة والا فليس في السرائر أولا الا ذكر الرواشن ثم انه ذكر بعد ذلك السقايف وليس في الشرائع الا ذكر الرواشن والجناح وأضاف اليهما في الدروس الساباط (وفي السرائر) ان المسلمين من عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم الى يومنا هذا وهو ستة وسبعون وخمسة مائة لم يتناكروا فيما بينهم ذلك هذا كلامهم في الصلح واحياء الموات وأما كلامهم في الدييات ففي (المبسوط والنافع والتنقيح) الاجماع على جواز نصب الميازيب الى الطرق المسكوكة وفي (السرائر) نفى الخلاف فيه بين المسلمين وانه لم ينكر ذلك أحد بحال وعليه عمل الناس كما في الشرائع قديما وحديثا من غير مخالف كما في المسالك وكشف اللثام وظاهر الاصحاب وغيرهم الاتفاق على ذلك كما في المسالك أيضا (قلت) ولا خلاف الا من ظاهر الشيخ في النهاية وصريح ابن حمزة في الوسيلة ويمكن حمل كلامهما على ما اذا كان مضرا كما بينا ذلك في باب الدييات وقال في دييات (الخلاف) ان مخرج الجناح والساباط ليس لاحد معارضته ولا منعه واستدل عليه بالاصل والسيرة وبميزاب العباس وسقيفة بني ساعدة وبالاجماع وبذلك صرح المحقق والمصنف وغيرها وحكي عن القاضي والمخالف الشيخ في صلح الخلاف والمبسوط وابن زهرة في صلح الغنية فنعم منه وان لم يضر اذا اعترضه مسلم وقواه في دييات المبسوط وحكاها في صلح المختلف عن القاضي (واحتج) عليه في صلح الخلاف والغنية بأن الطريق حق لجميعهم فن أنكر واحد منهم لم يجز

أن يفضب على حقه وأنه لا خلاف أنه لا يجوز أن يملك شيئاً من القرار والهوى تابع للقرار وأنه لو سقط قتل أو أتلف لزمه الضمان بلا خلاف ولو كان ذلك جائزاً لم يلزمه ضمان واستبدل عليه أبو حنيفة بأنه كما لو بنى دكة في المسكوك وكل ذلك ليس بشيء أما أولاً فإن لنا أن نقول ليس لاحد في هذه الطرق ملك ولا حق عام بل الناس شرع فيها في الانتفاع بها في جميع ضروب الانتفاع الممنوع من الانتفاع الموضوع له وإن كان غير المرور أو المرور في بعض الاوقات فإنه ممنوع من مرور آخر ولو كان ذلك كذاثر الحقوق للزم عدم جواز التصرف بنهر المرور بل المرور الا باذن الجميع لان المفروض انه حق لهم مشترك بينهم وقد أكدوا وشددوا عدم جواز تصرف الشريك بدون اذن شريكه حتى بالقليل من تراه ثم ان للكافر أيضاً حق المرور صرح به في التذكرة فلا وجه لتفصر على المسلم سلمنا ان لهم حق المرور لكن المفروض عدم تضرر أحد به من المسارة فالانع معاند وأما قوله لا خلاف أنه لا يجوز أن يملك شيئاً من القرار والهوى تابع للقرار فإنه بالمعنى المراد هنا ممنوع في الاصل والفرع ودليله الاجماع واستمرار الطريقة وقد جوزوا كما سيأتي عمل سرداب في الطريق إذا أحكم أجزه ولم يحفر الطريق من وجهها فيكون المراد من معقدي الخلف انه سلمناه أنه لا يملك القرار والهوى فلا يجوز له بيعه والصلح عليه ولا منع غيره منه ان بنى روشنا تحته أو فوقه لانه انما ملك الروشن لا قراره وهواه لانه مأذون في الانتفاع وليس ملزوما للملك وابطحة السبب لانتقظ الضمان كالتأديب والعبادة والبيطرة وبل العطين في الطريق لحاجته وطرح القمامة والتراب فيه وقشور البطيخ ونحوها كبول دابته فإنه يباح ذلك كله بشرط السلامة والمخالفون في المسئلة قائلون بالضمان في هذه المذكورات والحاصل أن الاصل في الفعل الساتع الذي يرفع الضمان ما خلى عن جميع المقاسد ووجوه القبح القرية الحصول فتأمل جيداً (وأما) قياس أبي حنيفة فهو مع الفارق بوجود الضرر في الدكة للاعنى ونحوه وعدمه فيما نحن فيه هذا وتقدم بالمارة يقضي بأنه لو حصل ضرر على الجار بالاشراف على عياله لا يمنع من ذلك للاصل وعموم ما يدل على التصرف فيما خلقه الله تعالى خرج ما اذا أضر بالمسارة ويؤيده أن الممنوع منه التطلع على عورات الناس لا التمكن منه وأنه يجوز له مثل ذلك في ملك نفسه لكنه قال في التذكرة لو تضرر جاره بالاشراف فالاقرب ان له المنع لانه قد حصل به الضرر بخلاف ما لو كان الوضع في ملكه فإنه لا يمنع وان حصل الضرر الى أن قال ولست أعرف في هذه المسئلة بخصوصها نصاً من الخاصة ولا من العامة وإنما صرت الى ما قلت عن اجتهاد ولعل غيري يقف عليه أو يجتهد فيؤيدي اجتهاده الى خلاف ذلك وهذا كمال انصاف منه وقد شنع بذلك الاسترأادي وغيره من متحذلقه الاخبار بين على المجتهدين ومراده بالاجتهاد هنا الاستنباط من الادلة العامة كخبر الضرر لانه انما نفي عثوره على الخبر الخاص وقد عرفت أن الممنوع عدم الاضرار بأهل الطريق لانه موضوع للاستطراق أما اعتبار عدم الاضرار بنهرهم فلا دليل على المنع منه بل قالوا انه لا يمنع مما يضر بنهر من يعتاد سلوكه خاصة فضلاً عن غير المار والجار خارج عن ذلك كله وحد عدم الاضرار أن يكون على صفة لاتناله الاحمال الثقال الجاقية والسكنائس والعماريات على الجمال كما في المبسوط حكاه عن قوم وقال انه الاصح وزاد كاشف الاثام أن لا يظلم عليهم الطريق وحكى في المبسوط عن قوم تجديد ذلك بأن لا يناله رمح الفارس اذا كان منصوباً قلت هذا اعتبره في التذكرة قال المرجع في التضرر وعدمه العرف ويختلف بحال الطريق فان كان ضيقاً لا يمر فيه الفرسان والقوافل وجب رفعه بحيث يمر المار متصبياً والمحمل مع الكنيسة المنصوبة

أما لو كانت مضرة أو أظلم بها على الاقوى أو كانت في المرفوعة فانه لا يجوز (متن)

على رأسه على البعير لأنه يتفق ذلك وان كان نادرا وان كان منسما تمر فيه الجيوش والاجال وجب أن لا يضر بالعماريات والكنائس وأن يتمكن الفارس من المعر تحته ورحمه منتصب لا يلفه لأنه قد تزدحم الفرسان فتحتاج الى أن تنصب الرماح قال وقال بعض الشافعية لا يقدر بذلك لأنه يمكنه وضع الرمح على عنقه بحيث لا ينال رحمه أحدا وليس يجيد لان في ذلك تمسرا ونفى الشهيد في الدروس ما في التذكرة للندرة وسهولة الميل وقواه في المسالك واستجوده في الكفاية وأنت خير بأن الطريق اذا كان ممرا للجيوش والفرسان الكثيرة لا يعد اعتباره ولا يندفع بالندرة ولا بإمكان امالته على وجه لا يلائمهم اذ قد لا يمكن الامالة لزدحام الفرسان وكثرتهم فان أماله حينئذ أضمر بالفارس أو الفارس ولا ريب انه أحوط ومع الاعتقاد يجب كما في مجمع البرهان والحاصل انه فرق بين أن يكون لهم حق المرور وتندر الحاجة الى نصب الرماح وبين أن لا يكون لهم حق ويندر المرور وحد عدم الاضرار بالميزاب أن يكون غالبا لا يضر بالمارة والرواشن جمع روشن وهو الكوة كما في (الصالح والقاموس) والكوة بالفتح والضم والتشديد الثقب في الحائط غير نافذة والروشن والجناح يشتركان في اخراج خشب من حائط المالك بحيث لا يصل الى الجدار المقابل ويبني عليهما ولو وصل فهو الساباط وربما فرق بينهما بأن الجناح يضم فيه الى ما ذكر أن يوضع له أعمدة من الطريق وفي (القاموس) الساباط سقيفة بين دارين تحتها طريق وفسر الجناح بالروشن وعن الازهري أن الروشن الرف وقد يناد ذلك كله في باب الدييات **قوله** ﴿أما لو كانت مضرة أو أظلم بها على الاقوى أو كانت في المرفوعة فانه لا يجوز﴾ أما عدم الجواز في المضرة بالمسارة فما لا ريب فيه عندهم كما عرفت وفي (موات التحرير) لو كانت مضرة وجب ازالتها اجماعا ولعله يدخل فيه ما اذا ظلم بها الطريق واما اذا ظلم بها الطريق فلاقوى عند المصنف عدم الجواز ولعل مراده الظلمة الغير المزيلة للضياء بالكلية وهو خديرة التحرير والمختلف والايضاح والدروس وجامع المقاصد والمسالك واقتصر في الشرائع على قوله قيل لانجب ازالتها (وقال في المبسوط) فان ادى الى ان يظلم الطريق لم يكن ذلك اضرارا ولا يمنع من المشي وقد حكى ذلك عن موضع من الخلاف فكان مخالفا ولعل اطلاقه منزل على الظلمة الغير المزيلة للضياء بالكلية لأنه قد حكى الاجماع في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك وظاهر الكفاية على انه اذا ذهب الضياء بالكلية منع ولا تغفل عن اجماع التحرير وقد لا يكون الشيخ مخالفا عند التأمل ولعل المراد بذهاب الضياء أو بعضه ما هو أهم من ان يكون في بعض أوقات المرور أو كلها ليلا أو نهارا لكل أحد أو لبعض الناس كضعيف البصر والضرر أهم من أن يكون لخوف المعتاد أو اتلاف شيء من المار ولا يندفع بوضع السراج اذ قد لا تذهب الظلمة به وقد ينطفي وقد يموت واضمه ولا يفعله وارثه وتبطل العبادة فيه ان قلنا انه غاصب وان قلنا ان الأمر بالشيء يقتضي النهي عن ضده الخاص وان هذا النهي مفسد للعبادة بطلت صلوة واضمه في غيره وصلوة القادر على ازالته فانه يجب عليه من باب الأمر بالمعروف الا ان تقول انما تجب ازالته على الواضع والسلطان كما تشير اليه عبارتا التذكرة والمسالك لمكان المشقة والمسر نم يجب على غيرها أمره واعانته وأما عدم جوازها لو كانت في الطرق المرفوعة فواضح لانها مملوكة لارباب الابواب فيها فهم محصورون فلا يجوز لاجدهم التصرف فيها بدون اذن الباقيين **قوله** ﴿

ولو أذن أرباب الدرب المرفوع أو فتح روزنه أو شباكاً جازوا ذنهم اعارة بمجوز الرجوع فيها (من)

﴿ ولو أذن أرباب الدرب المرفوع أو فتح روزنه أو شباكاً جاز ﴾ لا بحث في الجواز مع الاذن كما هو واضح وأما الجواز لو أراد فتح روزنه أو شباكاً فكذلك وقد نص عليه في الشرائع والتحرير والتذكرة والدروس وجامع المقاصد مع التصريح في الآخرين بالجواز وان لم يأذوا أو نهوا لأنه إنما يتصرف في جداره ولا ضرر عليهم - ﴿ قوله ﴾ - ﴿ واذنهم اعارة بمجوز الرجوع فيها ﴾ كما في الغنية والتذكرة والدروس والمسالك وفي الثاني نفى العلم بالخلاف فيجوز له الرجوع فيه لكل واحد منهم متى شاء وتبطل بموته وخروجه عن التكليف باعماً أو جنوناً وهل يجب عليه الأرش لأنه سبب في اتلاف مال الغير أم لا وجبان وهل يجوز اجراء الماء عن سطحه الى الدرب المرفوع اذا لم يكن من أربابه لعل الظاهر الجواز لان لكل أحد التصرف في ماله بما شاء وان كان سبباً لضرر غيره فله جعل سطحه بحيث لا يبقى فيه الماء وله ان يحدده حيث أمكن ولكن لهم أيضاً منعه فلم يمتنع ذلك بكل ما يمنكمم ويبقى الكلام في بيان الدرب المرفوع والظاهر انه الذي لا ينتهي الى طريق آخر أو موضع مباح يجوز استطراره كان يكون منتبها الى ملك الغير أو المباح لغير الاستطراق سواء كان مسدوداً بمخاط ونحوه أولاً بل منتبهاً الى مالا يجوز المشي فيه ولعل المراد من أربابه من له اليه باب نافذ على وجه شرعي لامن كان حائله فيه (وقد يقال) اننا نمنع ان الطريق المرفوع ملك لأربابه اذا كان مستنداً للملك بمجرد كونه مسدوداً وان ابوابهم شارعة اليه وانه محل ترددهم قال في (التذكرة) يجوز لكل أحد الاستطراق في الطرق النافذة على أي حال شاء من سرعة وبطء وركوب وترجل ولا فرق بين المسلم والكافر وأما الطرق المقطوعة فكذلك مع اذن أربابها ولو منع واحد منهم أو منعوا بأسرهم فالاقرب عدم المنع لان لكل أحد دخول هذه الزقاق كدخول الدرب النافذ وهذا صريح في انها ليست ملكاً لكنه قال وفيه أشكال الاقرب ان جواز دخولها من قبيل الآيات المستندة الى قرآن الاحوال فاذا عارضه نص المنع عمل به أما الجلوس وادخال الدواب اليها فالاقوى المنع الا مع اذن الجميع وانت خبير بان اعناد جميع الناس على هذه الآيات مشكل لان كل أحد يدخل هذا المرفوع من غير اذن أهله ويقف فيه ويدخل اليه احواله ودوابه ويبيع فيه الثين والحشيش ولو لم يكن سابقاً لورد المنع منه ولو عن بعض العلماء ولو كان ذلك لقلل الينا بالعادة بل لو كان ملكاً لما جاز لبعض أهلها ذلك الا برضا الجميع لما شددوه في التصرف في المال المشترك من دون اذن الشريك ولو توقف على اذنهم للزم الحرج العظيم بل لو كان موقوفاً على اذنه والذهاب اليه فيه لدار بل قد يصرح بعضهم بالمنع ولا يرد ذلك لو كان مملوكاً لهم بوجه شرعي وقد قال في (التذكرة) أيضاً وهل يشترك جميعهم في جميع السكة فيكون الاستحقاق في جميعها لجميعهم أم شركة كل واحد تختص بما بين رأس السكة وباب داره لان محل تردده هو ذلك المكان ومروره فيه دون باقي السكة فحكم ما عدا ذلك حكم غير أهل السكة وهو أظهر وجبى الشافية والوجه الثاني لهم ان الاستحقاق في جميعها لجميعهم لأنهم ربما احتاجوا الى التردد والارتفاق بجميع الصحن لطرح الاثقال ووضع الاحمال عند الاخراج والادخال ولعل الاظهر عندهم هو الاظهر لأنه أي الدرب مأخوذ من التصرف والتردد وليس الا الى بابهِ والأصل عدم شركته في الباقي وهذا صريح أو كالصريح في ان ليس هناك ملك وإنما استحقاق تردد وتصرف ولكن سبباً فيا اذا صالح واضع

ويمنع من استجداد باب في المرفوعة لغير الاستطراق دفعا للشبهة ويجوز الصلح بينه وبين
أرباب المرفوع على أحداث روشن وشبهه على رأي (منن)

الروشن أرباب الدور على وضعه انهم جميعاً ما يكون جميع ذلك الدرب المرفوع وقال ان قسمة الصحن
وسد الباب انما هو انما اذا لم يكن في السكة مسجد فان كان هناك مسجد قديم أو حديث فالمسلمون
كلهم يستحقون الطروق اليه وكذا لو جعل بعضهم داره رباطا ومدرسة أو مستراحا لم يكن لاحد
منعه ولا منع من له المرفوع وهذا اصرح وقال في (التذكرة) ان سبب الشارع امور ثلاثة مثل أن
يسبل أحد ملكه لذلك أو تبنى قرية أو بلدة في مباح فخلوا بينهم شارعا أو بنى واحد حائطا وآخر
في محاذاته وخلياً بينهما دربا وشي منها ليس بمملك لصاحب الحائط وان سد آخره ومجرد السد معلوم
انه ليس بمملك وقال في (التذكرة) الطريق محدود بسبع أو خمس هذا لمن تشاح عليه أهل الدور
المتقابلة ولا عبرة بغيرهم ولو اتفقوا على الوضع أضيق في الابتداء جاز وليس لاحد الاعتراض عليهم
وطلب التوسعة فيه وانهم اذا وضعوه على حد السبع لم يكن لهم بعد ذلك تضييقه وكلامه هذا يشمل
ما اذا كان مرفوعا ولو كان ملكا لجاز لهم كل ما يتفقون عليه بعد البناء وقال المقدس الاردبيلي كل
ما ثبت بالاجماع أو النص من عدم التصرف في هذه الزقاقات مثل ما اذا كان مضرا فهو ممنوع
وأما غيره فلا حتى يثبت من غير فرق بين المرفوعة والمسكوكة (قلت) لكن المعروف من مذهب
الاصحاب من دون خلاف كما يفصح عنه كلامهم في الشفعة وغيرها أن الطرق المرفوعة ملك لاربابها
وهو الذي نص عليه الاكثر في باب احياء الموات ويظهر من جملة ذلك أنه غير مملوك وعلى القول
بأنه مملوك فملكه ليس كسائر المملوكات لان اكثر لوازم الملك فيه متفية فملكه كملك حريم القرية
مملك على حده كما أوضحناه في بابه ﴿ قوله ﴾ ويمنع من استجداد باب في المرفوعة لغير
الاستطراق دفعا للشبهة ﴿ كما في المبسوط والشرايع والتذكرة والتحرير والايضاح والارشاد وشرحه
لولده والدروس وجامع المقاصد والمسالك وهو الذي يقتضيه اطلاق الغنية وقد نفى عنه الخلاف وقال
في (الكفاية) قالوا ومرادهم بالشبهة ما قاله في المبسوط من ان فتحه في الجملة دلالة على الاستطراق وثبوت
الحق في ذلك الزقاق أي وخصوصاً اذا مضى عليه مدة وماتت الشهود فكان فيه مفسده ولك ان
تقول انه استدلال بما هو محل النزاع والمراد بفتح المرفوعة فتحه للاستئذنة قال في (التذكرة)
ويحتمل ان يمكن من ذلك لانه لو رفع جميع الجدار لم يكن لأحد منعه فلأن يمكن من رفع
بعضه أولى (قلت) فرق بين رفع الجدار وأحداث الباب لمكان الشبهة في الثاني نعم لنا ان نقول ان
في منع الانسان من تصرفه في ملكه شبهة لعلها تحدث نظرا ظاهرا لكن المحقق الثاني والشهيد الثاني
رمياه بالضعف وهو عندنا قوي خصوصا اذا قال كما في التذكرة انا اسره بحيث لا يفتح ولا فرق في
هذا الحكم بين الذي لاحق له في الطريق المذكور كالجار الملاصق له بمخاطبه وبين من له باب فيها
اذا اراد أحداث باب آخر أدخل من بابه لاشتراكهما في عدم استحقاق المرور في المثل الذي فتح
فيه الباب ﴿ قوله ﴾ ويجوز الصلح بينه وبين أرباب المرفوع على أحداث روشن وشبهه
على رأي ﴿ موافق للسراير فيما حكى لاني لم أجده والتحرير والتذكرة والايضاح والحواشي والدروس
وجامع المقاصد والمسالك وفي (التذكرة) أنه أظهر عندنا وشرط في الدروس تعيين المدة وجعله في التذكرة

وليس لغيرهم مع رضاهم الاعتراض ولكل من له الاستطراق فيه ازالة ما أحدثه بغير اذنه
ولذي الدارين المتلاصقتين في دربين مرفوعين فتح باب بينهما (متن)

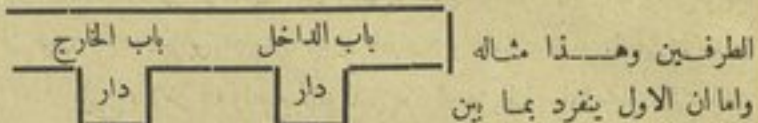
أولى ولا نجد له وجها الاجمله فرع الاجارة فليتأمل فيه وشرط في التحرير كونه معلوم القدر في الخروج
والعلو والمخالف الشيخ في المبسوط والقاضي فيما حكى عنه وابن زهرة نافيا فيه العلم بالخلاف قالوا لا
يجوز لان فيه افراد الهوى بالبيع وهو مبني على أن الصلح فرع البيع ومعناه أن الهوى تابع فلا يفرد
بالمال صلحا كما لا يفرد به يعا وما زاد في الشرائع على قوله قيل لا يجوز لانه لا يصح افراد الهوى
بالبيع وفيه تردد (قلت) وليس في محله لانه حق مالي متعين المالك فجاز الصلح عليه واخذ العوض عنه
ونمنع مانعية التبعية من الانفراد بالصلح بخلاف البيع لانه لا يتناول الا الاعيان والصلح هنا وقع عوضاً
عن الوضع مدة او دائماً (وكيف كان) فقد تسامت الخصوم على خلاف ما في المسالك من جواز بيع
الهوى منفردا لكن هنا اشكالا وهو انهم قالوا اذا كان في المرفوعة بابان احدهما ادخل بمعنى انه آخر
بالنسبة الى اول المرفوعة فصاحبه شريك مع الاقدم من اول المرفوعة الى باه وانه شريك معه في
الفاضل في آخر المرفوعة الى الموضوع الذي يكون بعد الباب الآخر الذي هو باب الادخل وهو مختص
بما بين البابين (والحاصل) ان الادخل مختص بما بين البابين وهما شريكان في الطرفين وقالوا انه يجوز
لكل من الادخل والا قدم اخراج باه مع سد الاول وعدمه لا الادخال بل احتمال في التذكرة
والكتاب جواز الادخال وقضية كلامهم الأول ان هذا الروشن المحدث ان كان خارجا عن جميع الابواب
فهو حق لم أجمع وان كان داخلا عن بعضها لم يتوقف على اذن الخارج لان ما بين البابين مختص بالداخل
فانما يتوقف على اذنه فقط وقضية كلامهم الثاني انه يجوز لاحد اخراج الروشن ونحوه من دون اذن
ويأتي تمام الكلام ﴿ قوله ﴾ ﴿ وليس لغيرهم مع رضاهم الاعتراض ولكل من له الاستطراق
فيه ازالة ما أحدثه بغير اذنه ﴾ لانه تصرف في حقه بغير اذنه فكان له ازالته ولا فرق بين أن يأذن
الباقون ام لا ويبقى الكلام فيما اذا جعل بعضهم داره مسجدا أو مدرسة أو رباطا فان المسلمين
كلهم يستحقون التردد الى هذه وهم غير اهل السكة فهل لهم الاعتراض مع رضا اهل السكة وهل لهم
ازالة ما أحدث بغير اذنه اذا لم يكن مضرا في المستثنى احتمالان ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولذي الدارين
المتلاصقتين في دربين مرفوعين فتح باب بينهما ﴾ كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد
والمسالك ومجمع البرهان لانه يستحق المرور في كل واحدة من السكتين ورفع الجدار الجائل بين الدارين
وجعلها دارا واحدة جائز بلا خلاف كما في المبسوط واجامعا كما في التذكرة وجامع زقاق غير نافذ
المقاصد ففتح باب من احدهما الى الأخرى بطريق اولى اذ هو عبارة عن رفع بعض
الجدار فليس لاحد من اهل واحدة من السكتين منعه وتصويره هكذا
ولم يعرف المنع الا من الشافعية في احد قولهم لان ذلك يثبت له حق الاستطراق
من الدرب الذي لا ينفذ الى دار لم يكن لها طريق منه وذلك ربما ادى الى اثبات
الشفعة في قول من اثبتها بالطريق لكل واحدة من الدارين في زقاق الأخرى (قلت) وينبغي أن
يزيدوا (يريدوا) أن ذلك على تقدير القول بثبوتها مع الكثرة قال في (التذكرة) وهو غلط
لان له رفع الحاجز بالكافية فرفع بعضه أولى والمحدود لازم فيما اذا رفع الحائط مع انه لا يطل حق

وفي استحقاق الشفعة حينئذ نظر وينفرد الأ دخل بما بين البابين ويتشارك في الطرفين (متن)

الشفعة أتت والذئ يُبنى أن يقال ان كل دار على ما كانت عليه في استحقاق الشفعة بالشركة في الطريق ولا يمدى الى الاخرى ومتى صار فيها استحقق المرور في طريقها تبعاً لتكون الثاني والدار التي هو فيها لا الاولى ﴿ قوله ﴾ (وفي استحقاق الشفعة حينئذ نظر) لعله يريد انه اذا باع احدى الدارين بشرط بقاء مجازه فيها ثم يمت دار في درهما فهل يستحق الشفعة فيها حينئذ أن اثبتاها مع الكثرة نظر أو يريد انه لو يمت دار في احدى الدررين فهل يشفع فيها بسهمين لان له دارين ويكون وجه النظر في الاول من حيث انه يستحق المجاز منها الى الدرب ولا نفي بالمجاز الا ذلك ومن حيث انه لا باب لها فيه والاستحقاق انما هو للدار الاخرى لا لها وهذا هو الذي صححه في الايضاح قال ولا وجه عندى للاول ومنه يعلم وجه النظر في الثاني مع زيادة التردد في توزيعها على السهام واحتمل بعض الناس أن يكون المراد في استحقاق الشريك الشفعة لو باع ذو الدارين احدهما نظر من تخيل تكثر الشركاء باعتبار تكثر النصيب ومن تخيل عدم التكثر بذلك ومنهم من احتمل ان المراد أن في حدوث استحقاق الشفعة لكل من الشريكين في الدررين المرفوعين بالتسبة الى الدار الاخرى اذا باعها هو أي صاحب الدارين نظراً ينشأ من التردد في كون ذلك موجبا للاشتراك وعدمه (قلت) لعله لا بد في هذا من التقييد بعدم اشتراط سد الباب بينهما فان شرطه فامله لا مجال للشفعة وقال في (جامع المقاصد) ان هذا لا يستقيم الا على القول بثبوت الشفعة مع الكثرة وقال ان المراد أن في بقاء استحقاق الشفعة بسبب الاشتراك في الطريق حينئذ نظراً ينشأ من التردد في كون ذلك موجبا للاشتراك في الطريق من الجانبين الموجب للكثرة وعدمه ولعل (ولعله خ) اراد بالوجه الاول أن ذلك موجب للاشتراك الموجب للكثرة فلاشفعة بناء على المنع منها مع الكثرة وبالتالي أن ذلك لا يوجب الاشتراك الموجب للكثرة لان الكثرة انما هي هنا باعتبار دارين فلم يزد الشركاء باعتبار كل واحدة عن اثنين والمانع انما هو هذا وفيه ما لا يخفى واحتمل في جامع المقاصد أن يكون معنى العبارة وفي بقاء استحقاق صاحب الدارين المفتوح بينهما باعتبار كل منهما الشفعة على شريكه في كل من الدررين المرفوعين لو باع داره وقتلنا باستحقاق الشفعة بمجرد الاشتراك في الطريق أو كانت الداران مشتركين ثم تميزتا بالقسمة وبقي الطريق نظر ينشأ من أن مجاز تلك الدار في درب بشاركه فيه آخر غير الشريك في هذه الدرب فتكثر الشركاء فينتفي استحقاق الشفعة حينئذ بناء على أن المنع منه مع الكثرة ومن أن شركته مع ازيد من واحد انما هي باعتبار دارين فلم يزد الشركاء باعتبار كل واحدة على اثنين (قلت) قد عرفت أن الشفعة على ما كانت عليه قبل فتح الباب وان فتحه لا يوجب ثبوت الاستحقاق بواحدة من الدارين في طريق الاخرى ولا بد فيما اذا كانت الداران مشتركين ثم تميزتا من ان يفرض الاشتراك في الطريقين لكل من الدارين قبل القسمة فلما حصلت القسمة سدا ما بينهما ثم طرأ فتح الباب والا فلو كان الاشتراك حادثاً بعد القسمة لا يمتد به في الشفعة ثم انه لا يستقيم الا على القول بثبوتها مع الكثرة لان الشريك على هذا الفرض متكثر على أن المفروض ان هنا دارين لاحق لاحدهما في درب الاخرى وقد فرضت سبق اشتراك الدارين في الطريقين ﴿ قوله ﴾ (وينفرد الأ دخل بما بين البابين ويتشارك في الطرفين) يريد انه

ولكل منهما الخروج يبايه مع سد الاول وعدمه فان سده فله العود اليه (متن)

لو كان في زقاق با بان لرجلين احدهما ادخل من الآخر انفرد الا دخل بما بين البابين وتشارك في



البابين فهو المشهور كما في التذكرة والمسالك وجامع المقاصد مع زيادة في الاخير وهي أن عليه الفتوى وفي (الدروس) عليه متأخروا الاصحاب وهو الأشهر كما في الكفاية لأن المفتضي لاستحقاق الخارج هو استطرافه ونهايته بابه فلا يشارك الداخل في الداخل لأن حكمه بالنسبة إلى هذا الزائد على بابه حكم الأجنبي وقد عرفت حال هذا الدليل فيما سلف وقوى في الدروس مشاركته للدخل فيما دخل عن بابه لاحتياجه إلى ذلك عند ازدحام الأجمال ووضع الاتقال وفي (مجمع البرهان) أنه الظاهر ونظر فيه في جامع المقاصد بأنه لا يلزم من الاحتياج الشركة وإنما المفتضي للملك هو الأحياء فإذا وضع الباب على وجه معين لم يكن لاستحقاقه فيما دخل عنه وجه انتهى فتأمل ثم أنه قد يقال أنه لو كان ما استدلوا به من الاستطراف دليل الملك لكان الغاضل في آخر المرفوعة ملكا للآخر فكيف يقولون بأنه مشترك كما يأتي ثم أن ما بين البابين قد يكون واسعا جدا ولا يمر الأدخل إلا ببعضه وقد يكون في مقابلة باب فيشكل اختصاص كل منهما بما يجازي بابه لعدم الامتياز وعدم الدليل المذكور وأما أنهما يتشاركان في الطرفين ففي التذكرة أنه المشهور وحكاها أي الشهرة في المسالك على مشاركتها في المجاز ولم يحكما في الصدر ويتشاركما في الطرفين صرح في الشرائع والتحرير والارشاد والدروس وجامع المقاصد والمسالك لا اشتراكا في الارتفاق فلا أولوية لواحد على غيره بخلاف ما بين البابين لأن ادخالية الباب تقتضي الاستطراف وهو مختص بالمستطرق فيتحقق الترجيح واستشكل فيه في المسالك على القول باختصاص الداخل بما بين البابين لتوقف الانتفاع حينئذ بالفضلة على استحقاق السلوك إليها فالزم أن لا يكون للخارج حق السلوك لا يترتب على تصرفه الفاسد ثبوت يد على الداخل ودفعه بان ثبوت ملك شيء لا يتوقف على مسلك له ومع ذلك فيمكن دخول الخارج إلى الفضلة بشاهد الحال كسلوك غيره ممن لا حق له في تلك الطريق به فإذا انضم إلى ذلك اشتراكهم جميعا في التصرف وفي الفضلة حكم باشتراكهما بينهما ولا يرد مثله في المسالك بين البابين حيث يجوز للخارج دخوله بذلك لأن الداخل له عليه يد بالسلوك المستمر عليه الذي لا يتم الانتفاع بداره إلا به بخلاف الفضلة فإن يدهم فيها سواء إذ لا تصرف لهم فيها إلا بالارتفاق وهو مشترك انتهى وللمناقشة فيه مجال ولكن الخروج عما عليه الاصحاب مشكل جدا ويمكن التخلص عن جميع ما ذكرنا بما لعله به ينتفي الأشكال ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولكل منهما الخروج يبايه ﴾ كما في المبسوط والشرائع والتحرير والارشاد وغيرها وفي (التذكرة) أنه المشهور لأن كل ما خرج عن بابه فله فيه حق وله حق التصرف في جداره برفعه اجمع فبعضه أولى ﴿ قوله ﴾ ﴿ مع سد الاول ﴾ قطعا كما في التذكرة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وعدمه ﴾ عندنا كما في التذكرة ولا يمنع تكرار الأبواب لعدم تفاوت الحال ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان سده فله العود اليه ﴾ كما في التحرير والتذكرة وجامع المقاصد لأن حقه الثابت

وليس لاحدهما الدخول ويحتمله اذ قد كان له ذلك في ابتداء الوضع ورفع الحائظ اجمع وليس للمعاذني في النافذ منع مقابله من وضع الروشن وان استوعب الدرب (متن)

لا يسقط بسد الباب ولا بالاستقاط ﴿ قوله ﴾ - ﴿ وليس لاحدهما الدخول ﴾ أي بابه عن موضعه كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك لانه لا حق لاحدهما فيما دخل عنه (قلت) اما الخارج فالامر فيه واضح لانه لما لم يكن له حق فيما جاوز مجازته الى داخل لم يكن له الدخول الا باذن الداخل واما الداخل فاقصى ما يمكن أن يقال في توجيهه بان تملك المباح انما يقع على الوجه الذي اتفق فانه كان له فتح بابه ابتداء الى أي الجهات شاء فلما احب ما حوله منع منه فتأمل هذا ولعل الحال في الميزاب كالحال في الباب ﴿ قوله ﴾ - ﴿ ويحتمله اذ قد كان له ذلك في ابتداء الوضع ورفع الحائظ اجمع ﴾ أي يحتمل جواز الدخول لسلك منهما وقد احتمله في التذكرة والتحرير وظاهرهما أو صريحهما بقرينة ما قبله وما بعده ان المراد جواز الدخول مع الاستطراق وفي (جامع المقاصد) ان هذا بعيد جدا قال العبارة تحتل أن يريد جواز الدخول بالباب من غير استطراق وان يريد مع ذلك جواز الاستطراق وهو بعيد جدا والوجه الاول من الوجهين لو تم لدل على الثاني بخلاف الوجه الثاني واستعرف أن الثاني يدل على الاول باللازم والوجهان قد استدلت بهما ايضا في التذكرة الاول انه قد كان له ذلك في ابتداء الوضع مخيرا بين وضع الباب داخلا وخارجا والاصل بقاء ذلك وضعه في جامع المقاصد والمسالك بان تملك المباح انما يقع على الوجه الذي اتفق فانه قد كان له فتح الباب من أي الجوانب شاء وقد امتنع عليه الآن لسبق من حوله بالاحياء على فتحه وهذا جيد بالنسبة الى الخارج لانه يقدم بابه الى موضع لا استطراق له فيه لانه مختص بالداخل وغير واضح بالنسبة الى الداخل ثم انه قد لا يتم على ما فهمه في جامع المقاصد من العبارة من جوازه من غير استطراق ثم انه قد يقضي باختصاص من حوله به وانه لا شركة له معه فتأمل (الثاني) ان جعل الباب أدخل عبارة عن رفع بعض الجدار ورفع جميعه جائز فبعضه أولى وضعه في جامع المقاصد بان رفع الجميع لا يتطرق اليه شبهة استحقاق الاستطراق بخلاف جعل الباب أدخل قال وعليه رفع الجميع قد يتطرق اليه شبهة كون الطرف الادخل كله أو بعضه داخلا في ملكه قلنا ليس الرفع هو المحصل لهذه الشبهة نعم غير مانع بخلاف الباب فانه هو السبب في الشبهة ثم قال ولا خفاء في ضعف هذا الاحتمال (قلت) اذا كان الفاضل مشتركاً وقد جوزوا اخراج الباب في المشترك فليجوزوا ادخال الباب للادخل لانه في المشترك الا أن تقول انه قد يقضي الى الاختصاص على تطاول الزمن لانه قد تقرر عندهم أن الداخل يختص بما بين البابين ثم على تقدير تسليم الفرق بين فتح الباب ورفع الحائظ كله ان كان المراد هو جواز الفتح من دون استطراق كما فهمه هو كانا سواء في كونها غير ما نعين وانهما ليسا محصلين للشبهة فليتأمل ثم ان منع المالك من التصرف في ملكه شبهة قد تعرض في مال مشترك مما يستبعد جدا وخصوصا على ما فهمه من فتح باب لغير الاستطراق فتدبر هذا وفي (الايضاح) ان هذا الاحتمال ذكره المصنف على سبيل البحث لانه محتمل عنده هكذا قال المصنف في درسه وقال هو لا وجه لهذا الاحتمال عندي ﴿ قوله ﴾ - ﴿ وليس للمعاذني في النافذ منع مقابله من وضع الروشن وان استوعب الدرب ﴾ كما هو حاصل كلام المبسوط والارشاد وصريح الشرائع والتحرير والتذكرة والدروس وجامع المقاصد والمسالك وجمع البرهان والكفاية لان حق الطريق النافذ غير

فإن خرب جاز لمقابله المبادرة وليس للاول منعه ويجوز جعل الدار اثنتين ويفتح في المرفوع آخر في موضع له استطراره وفتح باب في النافذ لذات المرفوع دون العكس الا على احتمال (متن)

مختص بأصحاب الدور فلم يكن للجار المقابل ولا لغيره الاعتراض على واضع الروشن أو فأنح الباب فيهما وإن استوعبا عرض الدرب بحيث صار بمكانه لم يبق للجار موضع فيه لوضع روشن ولا فتح باب إذا لم يضر بالمارة ولم يضع شيئا منه على جدار المقابل ﴿ قوله ﴾ ﴿ فإن خرب جاز لمقابله المبادرة وليس للاول منعه ﴾ كما صرح بذلك في المبسوط وما ذكر بعده آنفاً لأن الاول لم يملك الموضوع بوضع الروشن فيه فلما خرب بناؤه زالت الاولوية وعاد الامر كما كان وشبه ذلك في التذكرة وغيرها برجل جلس في مكان مباح كمسجد أو درب نافذ ثم قام عنه أو أقبح قهرا وقالوا ان الاول يزول حقه من الجلوس ويكون لغيره الجلوس في مكانه وليس للاول ازعاجه وإن أزعج الاول فكذا هنا بل في التذكرة والمسالك لو فرض ان الثاني أخرب روشن الاول ووضع روشنه لم يكن للاول أن يزيل الثاني وإن كان الثاني ضمن ارش الاول واكتسب الاثم وحكى في التذكرة عن بعض الشافعية انه انما يزول حقه بالاعراض لا بالهدم والانهدام كالجالس في المباح للاولوية (قلت) قول بعض الشافعية قوي جدا فيما اذا أقامه من مكانه قهرا أو هدم روشنه كذلك وهو جار في كل أولوية بل قد نقول بطلان صلوته في ذلك المكان وهذا هو الذي استوجهه في جامع المقاصد في باب احياء الموات وقال لم أجد بهذا الفرع تصريرا وكأنه غفل عن كلامهم في الصلح وقد مال اليه في الروضة والمولى الاردبيلي قوى قول بعض الشافعية على اطلاقه وقال انه ليس بأقل من التحجير قلت قد ذكر جماعة من الاصحاب ان حق أولوية التحجير لا تسقط بتغليب غيره فراه ان هذا مثله لانه أفاده أولوية ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويجوز جعل الدار اثنتين ويفتح في المرفوع آخر في موضع له استطراره ﴾ كما في التذكرة والتحرير لانه قد تقدم ان له أن يفتح لداره في الدرب المرفوع بابا آخر الى صدر الدرب في الموضوع الذي له استطراره فإذا جعل الدار الواحدة اثنتين ثم فتح بابا للآخرى في موضع استطراره لم يكن منه مانع ﴿ قوله ﴾ ﴿ وفتح باب في النافذ لذات المرفوع دون العكس ﴾ كما في التذكرة وتصوره انه لو كان له دار لها باب في زقاق غير نافذ ولها حائط في شارع أو زقاق نافذ فأراد أن يفتح بابا في حائطه الى الشارع جاز له لانه يريد أن يرتفق بما لم يمتن ملك أحد عليا (وعساك تقول) ان في ذلك اضرازا بأهل الدرب المرفوع لانه كان منقطعاً وفتح الباب يصير الدرب نافذا مستطرقا اليه من الشارع (لانا نقول) انه يفتح الباب صير داره نافذة وأما الدرب فانه على حاله غير نافذ اذ ليس لاحد غيره استطراق داره ولو انعكس الحال وكانت بابه في الشارع وله حائط في المقطع فأراد فتح باب للاستطراق فقد تقدم انه ليس له ذلك اذ لاحق له في درب قد تعين مالكه وفي (الدروس) يجوز العكس على الاقوى وهل يجوز لمن داره في صدر المرفوع أن يرفع جداره (جدرانه خ ل) ويجعل المرفوع نافذا كما جاز له أن يجعل داره مسجدا احتمالا وقد يفرق بين ذلك والمسجد ﴿ قوله ﴾ ﴿ الا على الاحتمال ﴾ أي لا يجوز العكس الا على الاحتمال السابق من جواز ادخال الباب في المرفوع نظرا الى أن ذلك كان له في ابتداء الوضع وإن له رفع الجدار (فرعان الاول) في التذكرة والدروس يجوز عمل سرداب في

والجدار المختص ليس للجار التصرف فيه بتسقيف وطرح خشب وغير ذلك ولا تجب عليه الاعارة بل تستحب ولو أذن جاز الرجوع قبل الوضع وبعده على الاقوى لكن مع الارش (متن)

الطريق النافذ اذا أحكم أزجه ولم يحفر الطريق من وجهها ولو كان في المرفوع لم يجوز وان أحكم الا باذنهم (الثاني) لو جعل المقابل روشنا تحت روشن مقابله أو فوفه فهل السابق منعه قال في (الدروس) لم أقف فيه على كلام وقضية الاصل عدم المنع الا أن يقال لمسا ملك الروشن ملك قراره وهواه وهو بعيد لأنه مأذون في الانتفاع وليس ملزوما للملك ﴿ قوله ﴾ - ﴿ والجدار المختص ليس للجار التصرف فيه بتسقيف وطرح خشب وغير ذلك ﴾ اجماعا كما في التذكرة وعليه دل العقل لانه قاض بقبح التصرف في مال الغير بغير اذنه ﴿ قوله ﴾ - ﴿ ولا تجب عليه الاعارة بل تستحب ﴾ هذا عندنا موضع وفاق كما في المسالك وحكى في التذكرة عن بعض الشافعية ان للجار ان يضع جذعه على جدار جاره وان امتنع أجبر فيجب عليه القبول لما رواه أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال لا يمنع أحدكم جاره أن يضع خشبه على جداره وهو محمول على الاستحباب ان سلمنا صحته والا فالعقل والنقل قاضيان يردده أما الاول فلما تقدم من قبح التصرف في مال الغير وأما الثاني فقلوبهم عليهم السلام الناس مساطون على أموالهم ولا يحل مال امرء الا بطيب نفس منه (وأما) دليل الاستحباب فهو ما دل على قضاء حوائج المسلمين وما جاء من الوصية في حق الجار حتى كاد يظن أن يورثه الى غير ذلك ﴿ قوله ﴾ - ﴿ ولو أذن جاز الرجوع قبل الوضع ﴾ مجانا قطعاً كما في التذكرة واجماعاً كما في التحرير والمسالك وبنبر خلاف عندنا كما في مجمع البرهان ﴿ قوله ﴾ - ﴿ وبعده على الاقوى لكن مع الارش ﴾ كما في الشرائع والتحرير والتذكرة والارشاد والمختلف وجامع المقاصد والمسالك وعارية الكتاب والايضاح وجامع المقاصد لانه عارية ولان الاصل جواز تصرف المالك في ملكه كيف شاء. والحاقه بالدفن قياس مع الفارق لتحريم نبشه دون اخراب البناء (وأما الارش) فلأنه بناء محترم صدر بالاذن فلا يجوز قلعه الا بعد ضمان تقضه ولان فيه جمعا بين الحقين ولانه سبب الائتلاف لاذنه والمباشر ضعيف لانه بالامر الشرعي والشهيد في الدروس كأنه متردد قال قبل جازله الرجوع فينقضه لانه أعاره ويحتل المنع من النقص للغير الحاصل به فانه يؤدي الى خراب ملك المستعير نعم تكون له الاجرة فيها بعد الرجوع قلت قال في (التذكرة) انه يثبت له الخيار بين القلع مع الارش وبين التبقية بالاجرة ان رضي صاحبه ومثل ذلك ما اذا أعاره خشبة وبنى عليها ونحو ذلك وقال في (المبسوط) لم يكن له الرجوع مادامت تلك الجذوع باقية لان المقصود بوضعها التأييد والبقاء دون القلع فان بليت وانكسرت بطل اذن المعير وقد حكي ذلك عن القاضي وهذا قول لبعض الشافعية قالوا لا يستفيد به القلع ولا طلب الاجرة في المستقبل وهذا القول لعله قوي متين والا لزم الضرر العظيم الذي لا ينجم بالارش لانه يخرب ملكه وقد لا يجد من يبني له وقد يكون لولم يعره جداره أو خشبته كان يسهل عليه تحصيل غيرها ولا يمارضه أن المنع أيضا ضرر على المالك لانه أدخله على نفسه اذ العادة قاضية بأن مثل هذه العارية دائمة ولا عاقل يرتكبها بدون الدوام فكأنه قال له أعرفني مادام خشبي باقيا وليس لك الرجوع قبله وقد أعاره والترم بذلك فكانت كالعارية للدفن ولا يجدي الفرق بأن النباش حرام

على اشكال ولو انهدم افتقر الى تجديد الاذن (متن)

وانه قياس لتفحيح العلة المشتركة وظهورها ولا فارق اذ على تقدير جواز الرجوع لا يكون النباش حراما بل يكون مستثنى كغيره من المستثنيات الكثيرة على اننا قد قول الاصل في العقود لزوم خرجت منها العارية في غير محل النزاع بالاجماع وبقي الباقي ثم انا اذا سلمنا جواز الرجوع متى شاء فلما معنى لوجوب الارش لان المستعير قد ادخل الضرر على نفسه باقدامه على العارية القاضية بالرجوع القاضي بالتهديم والتخريب في أي وقت شاء فكان هو المهدم والسبب مع ان الاصل براءة ذمة المالك من ثبوت مال لغيره على تخلص ملكه منه بل اصالة البراءة مطلقا فليتأمل في ذلك كله جيدا وتمام الكلام في باب العارية وهذا كله اذا لم يؤد الى خراب ملكه كما اذا استمار الجدار ليضع طرف خشبه عليه والطرف الآخر على ملكه فان المصنف فيما يأتي في العارية والمحقق وغيرها ترددوا وجماعة جزموا بعدم جواز الرجوع وآخرون جزموا بجوازه ﴿ قوله ﴾ ﴿ على اشكال ﴾ أي يرجع مع الارش على اشكال ولم يرجع هنا كوله في الابضاح والشهيد في الحواشي ومنشوه مما تقدم من انه بناء محترم الى آخره ومن انه انما اذن له عارية ومن خواصها الرجوع متى اراد مع اصالة براءة ذمة المالك من ثبوت مال لغيره كما تقدم آنفا وقد اطلقوا في باب العارية على كلمة واحدة على لزوم الارش من دون تردد ولا اشكال وعلى تقدير ثبوت الارش فهل له عوض ماقتص من آلات الواضع بالهدم أو تفاوت ما بين العاصر والخراب وجهان منشوهما ان البناء اذا كان محترما فهو بهيته حق لبانيه فيكون جبره بتفاوت ما بين كونه عامراً وخراباً لان ذلك هو نقص المالية وبه جزم في تعليق الارشاد وقال في (جامع المقاصد) انه لا يخلو عن قوة وفي (المسالك) انه اقوى لأن جميعه مال للواضع غاية كونه موضوعاً على ملك الغير وذلك الملك انما أثر جواز النقص لا المشاركة في المالىه ومن ان نقص هذه المالية مستند الى ملك صاحب الجدار فلا يضمنه وانما يضمن نقصان مال الغير الذي كان سبب اتلافه وفواته ولم يرجع الشهيد في الدروس والحواشي واحتمل المقدس الاردبيلى ناكاً وهو عوض جميع ما اخرجته المالك في الهدوم بسبب أخذ خشبه بعد وضع قيمة الآلات الموجودة فيدخل فيه اجرة الأكار وغيرها قال وهو الأظهر وهو كذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو انهدم افتقر الى تجديد الاذن ﴾ ان كان المراد انهدام الخشب والآلات كان الحكم المذكور صريحاً بالمسوط والخلاف والتذكرة لكن الظاهر ان المراد انهدام الجدار وعليه فالحكم المذكور صريحاً بالمسوط أيضاً والشرائع والتذكرة والارشاد والتحرير والمختلف والدروس والمسالك وجمع البرهان والكتابة وظاهر التذكرة الاجماع عليه وستسمع عبارتها وفي (المسالك) أن كثيراً من الاصحاب لم يذكر فيه خلافاً (قلت) وبه جزموا في باب العارية ودليله أن الاذن انما كانت بالوضع على هذا الجدار الخاص ومن المعلوم أنه بعد عوده غيره فلا تشمل الاذن ولا فرق في ذلك بين أن يكون البناء الثاني بالآت المنهدم أولاً أم لا كما صرح به جماعة في الباب وباب العارية قال في (التذكرة) لو انهدم الجدار فبناه بتلك الآلة افتقر الى اذن جديد وللشافعية وجهان ولو بناه بغيرها لم يعد الوضع الا بأذن جديد عندنا وعند الشافعية قولاً واحداً وظاهرها ان لا خلاف عندنا في ذلك وان الخلاف في القسم الأول فقط للشافعية فقط وانهم يوافقونا في الثاني لكنه قال في الشرائع فيه قول آخر وفي (المختلف والمسالك) انه للشيخ في المسوط وهو أنه لو اسندهم الجدار كان للمعير

ويجوز الصلح على الوضع ابتداء بشرط عدد الخشب ووزنه ووقته (متن)

تقصه وانه ان أعاده بألته الاولى لم يكن له منعه من رد الخشب والسقف وان أعاده بغيرها كان له منعه وقال في (المختلف) أيضاً مع ان الشيخ قال أولاً لو أهدم الخائط أو هدمه المستعير لم يكن له الاعادة الا بأذن مستأنفه وأي فارق بين الموضعين سوى مباشرة الهدم في الثاني دون الاول وتلك لا توجب دوام الاعادة بل تقول أبلغ من ذلك وهو أن المالك لو هدم الخائط من غير حاجة لم يكن للمستعير الاعادة وان وجب عليه الارش ان قلنا به انتهى (قلت) الشيخ تعرض للمسئلة في ثلاثة مواضع من المبسوط في الصلح فرض في موضعين منها تلف الخشب وانكسارها وانهدام السقف أو تعمد المستعير قلعه وفرض في الموضع الثاني كونه شريكاً في الجدار وأذن له الشريك وقال في الموضعين انه ليس له اعادة الخشب الا بأذن جديد وفرض الموضع الثالث وهو الذي ذكره في المختلف فيما اذا ملك كالمسكن والدار ورأيا الخشب على الخائط ولا يعلمان على أي وجه تم الهدم السقف قال فانه ليس لصاحب الخائط أن يمنع من رده لأنه يجوز ان يكون قد وضع بموضع فلا يجوز الرجوع فيه بحال بلا خلاف فان أراد صاحب الخائط تقض الخائط فانه ينظر فان كان الخائط صحيحاً منع من تقضه لانه يريد اسقاط حق المستعير وان كان الخائط مسهدماً كان له تقضه وينظر فان أعاده بتلك الآله لم يكن له منعه من رد الخشب والسقف عليه وان أعاده بغير تلك الآله كان له منعه وقيل ليس له منعه والاول أقوى انتهى ولعله أراد انه من المحتملات ان يكون باعه آلات الجدار بشرط عليه ان يضع خشباً عليها مائة سنة أو مادامت باقية ان جوزناه أو صالحه أو نحو ذلك فلا يكون مخالفاً ولا يرد عليه ما في المختلف فليتأمل ثم انا قد وجدناه وقد تعرض لها أيضاً في العارية وفرض فيها انكسار الجذع وقال انه ليس له اعادة الآخر ﴿ قوله ﴾ ويجوز الصلح على الوضع ابتداء بشرط عدد الخشب ووزنه ووقته ﴿ اما جواز الصلح على وضع الخشب مع عدده ووزنه فقد صرح به في المبسوط والتذكرة والارشاد والدروس ومجمع البرهان والشرائع والتحرير وجامع المقاصد والمسالك غير ان في الاربعة الاخيرة التقييد بالابتداء كالكتاب ليحترز عما لو وقع عليه الصلح بعد البناء فانه لا يعتبر حينئذ الا تعيين المدة لصيرورة الباقي معلوماً بخلاف ما اذا لم يكن لتفاوت الضرر ولا ضابط يرجع اليه عند الاطلاق واقتصر في المبسوط على اشتراط عدد الخشب ووزنه وزيد طوله في الشرائع والتحرير والارشاد وتعليق الارشاد والمسالك ومجمع البرهان ولعله لاخلاف ضرر الخائط باختلافه في الطول وان اتفق وزنه قلت المدار على رفع الجهالة وقد ترك فيها كلها ذكر المدة والوقت ولا بد مع ذلك من ذكرها وضبطها كما في الكتاب والدروس وغيرها ودليل المسئلة مع الشرائط المعتمدة في المعاملات التي ترفع بها الجهالة والغرر عموم ادلة الصلح بل لا يبعد كما في مجمع البرهان اشتراط تعيين المحل الذي يوضع عليه طولاً وعرضاً وصفاً وهذا اذا كانت الآلات غائبة ولو كانت مشاهدة كفت المشاهدة عن كل وصف كما في المبسوط والدروس وجامع المقاصد والمسالك وكذا مجمع البرهان ولكن لا بد من تعيين المدة وهذا في الخشب اما في الآجر والطين فيكفي فيها العادة كما صرح به في التذكرة وغيرها ولو كان الصلح على البناء على حائطه زيادة عليه افقر الى ذكر الطول وسك البناء صرح به في المبسوط وغيره ولا خلاف ضرره باختلافهما وان كان الجدار جدار مسجد ونحوه لم يجز لأحد البناء عليه ولا الوضع بدون اذن الحاكم

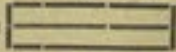

ولو كان مشتركا لم يكن لاحدهما التصرف فيه بتسقيف وغيره الا بأذن شريكه ولا يجبر
أحدهما على الشركة في عمارته لو انهدم ولو هدمه فالأقوى الارش ولا يجبر على عمارة
الدولاب والبئر وغيرهما (متن)

قطعا كما في الدروس وفي جواز اذنه بموض حيث لا ضرر على الموقف وجهان اقواهما عدمه كما في الدروس
وهو قضية اطلاق كلام التحرير ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو كان مشتركا لم يكن لاحدهما التصرف فيه
بتسقيف وغيره الا بأذن شريكه ﴾ كما في المبسوط والخلاف والشرائع والتحرير والتذكرة والارشاد
والدروس وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان وغيرها وهو واضح بل في التذكرة وغيرها انه ليس
لاحد الشركاء التصرف فيه بشي من وجوه الانتفاعات حتى ضرب الوتد وفتح الكوه بل ليس
له أخذ أقل ما يكون من ترابه ليترب به الكتاب بدون اذن جميع الشركاء وفي (الدروس) انه ليس له حك
شي من آلاته حجرا كان أو آجرا ولا الكتابة عليه وقالوا انه له الانتفاع به بالاستناد اليه أو اسناد
المتاع مع انتفاع الضرر وفي (التذكرة وجامع المقاصد والمسالك) انه لو منع المالك حرم لانه نوع تصرف
بإيجاد الاعتماد لانه خلاف الاستقلال وفي (الدروس) ان الاقرب ان ليس له المنع اذا كان المجلس
مباحا كما هو المفروض ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يجبر أحدهما على الشركة في عمارته لو انهدم ﴾ كما في
المبسوط والخلاف وسائر ما ذكرناه بعدها آفا مع زيادة الكفاية وظاهر التذكرة الأجماع عليه حيث
نسبه الى علمائنا وفي (المسالك) لا كلام فيه ودليلهم الاصل السالم عن المخرج عنه مضافا الى ما في التذكرة
بخلاف الحيوان ذي الحرمة لتعلق غرض الشارع بالانتفاع به وان اجارته على عمارته أما لخلق نفسه وهو
باطل لانه لا يجبر قطعا لو انفرد به أو لخلق غيره فكذلك لانه لا يجبر الانسان على عمارة ملك الغير كما
لو انفرد به الغير والحاصل ان المخالف الشافعي في القول القديم ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو هدمه فالأقوى
الارش ﴾ كما في التذكرة والايضاح وجامع المقاصد وتعليق الارشاد والمسالك وفي (التحرير) لو قيل به
كان وجها وفي (المبسوط والشرائع والارشاد) ان عليه اعادته وحكاه في المسالك عن التذكرة وليس كذلك
اذ الموجود في نسختين منها ما ذكرناه وفي (الدروس والمواشي) ان عليه اعادته لو أمكنت المائلة كما في
جدر بعض البساتين والمزارع والا فالأرش (وجه الاول) ان ضمان المثل إنما يكون في المثلي والجدار
قيمي على ان العين موجودة والزائل إنما هو الصفة فعليه ارش ما بين قيمته منهدما ومعمورا كما في المواشي
وغيرها (وفيه) انه قد يكون قيمته بعد الهدم قليلة جدا وقيمة الجدار الصحيح كثيرة جدا فتأمل ففعل
الاولى على القول بالأرش ان يكون ما يصرف في بنائه بمثل البناء الاول كما نبه عليه في مجمع البرهان
فالجدار وان كان قيميا باصطلاحهم الا ان العرف قد يقضي بالمائلة في بعض الجدران اذ المطلوب منه
كونه حائلا ومائنا ولا يريدون في مثل ذلك الا المائلة في الحلة مؤيدا بما عرفته من حال الارش
فتفصيل الدروس لا بأس به ولكن جماعة في باب العصب لم يذكروا شي في مثل ذلك الا الارش
﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يجبر على عمارة الدولاب والبئر وغيرهما ﴾ كما في المبسوط والخلاف والشرائع
والتذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك والكفاية ولا فرق بين كون المشترك ذاغلة
تفي غلته بمارته وغيره عند الاصحاب كما في المسالك والمخالف بعض العامة فحكم باجبار الشريك على
المساعدة في هذه المذكورات دون الخائض فارقا بينها بان الشريك لا يتمكن من المقاسمة فيضرب به

ولو انفرد به أحدهما لم يمنع (متن)

بخلاف الحائض فإنه يمكنه قسمته مع شريكه وقسمة عرصته ورددان قسمة العرصه والحائض قد تكون أكثر ضرراً فكانا سواء ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو انفرد به أحدهما لم يمنع ﴾ أي انفرد بالبناء أو العمارة على اختلاف النسخ كما في المبسوط والتحرير وهو قضية كلام التذكرة لأنه نفع واحسان في حق الشريك حيث يعمر له حائطه ولا يفرمه في نفقته ولا ضرر عليه بوجه وفي (جامع المقاصد والمسالك) ان الاصح والاقوى توقفه على اذنه واحتمل ذلك قويا في الدروس ان بناء بالآلة المشتركة مع اشتراك الاساس لانه مال مشترك فيمتنع التصرف بدون اذن الشريك وقوى من دون توقف التوقف على اذنه ان بناء بالآلة من عنده ففرق بين الامرين والاقوى التوقف مطلقا فاذا امتنع حيث لا ضرر عليه بل يكون في ذلك نفع واحسان اليه رفع امره الى الحاكم ليحيره على الاذن أو المساعدة فان امتنع اذن له الحاكم بدون اجرة لانه اذا لم يجبره على العمارة لا يجبر على الاتفاق وفي (المبسوط والتحرير والتذكرة) حيث اختلف فيها انه لا يمنع انه له بناؤه باقراضه وبالآلات من عنده فان بناء باقراضه فالحائض على الشركة وان بناء بالآلات من عنده فالحائض للباني (وفيه) ان الآلات اذا كانت مشتركة كيف يجوز له التصرف فيها بالعمارة من دون اذن المالك وفي الثلاثة أيضا انه لو بناء باقراضه لم يكن للشريك تقضه ولا للباني (وقد يقال) انه لو طالبه الشريك بهدمه امكن وجوب الاجابة لان تصرفه في الآلات كان بدون اذن وربما تعلق غرضه بها وطلب قسمتها كذلك وفي الثلاثة أيضا انه ان بناء بالآلات من عنده فلباني تقضه وليس للشريك ذلك ولا له وضع خشبة ورسومه عليه (قبل) اذا كان الاساس مشتركا كيف لا يكون له تقضه وهو خيرة الدروس وجامع المقاصد (قلت) اذا حصل للشريك ضرر عظيم بعدم عمارته فله دفع الضرر عن نفسه ببنائه من آلة من عنده فاذا بناء على وجه شرعي كان مستحق البقاء مملوكا له فليس للشريك تقضه ولا وضع خشبة ورسومه عليه فكان كلام الشيخ والمصنف اوفق باصول المذهب وفي الثلاثة أيضا لو اراد الباني الترض حيث يكون الآلات من عنده فقال انا ادفع نصف قيمة البناء ولا تقضه لم يجبر وفي (التحرير) انه لو قال اما أن تأخذ نصف قيمته لا تنفع بوضع خشبي أو تقلعه لتعيد البناء ولا تقضه لم يجبر وقيد في التذكرة بما اذا كان له رسم خشب عليه لانه لا يجوز للباني ابطال رسوم بنيانه ولعله مراد التحرير وهو خيرة الشيخ في المبسوط وقد حكى عنه في الدروس والمسالك انه خير الشريك الغير الباني بين مطالبته بهدمه واعطائه نصف قيمة الحائط قالا والتخير في ذلك للباني لا للشريك (قلت) الموجود في المبسوط فان قال الشريك الباني انا لا اتقضه وامنعك من الانتفاع به فقال شريكه انا اعطيتك نصف قيمته واعيد رسمي من الخشب كان له ذلك ويقال للباني انت بالخيار بين أن تأخذ منه نصف قيمة الحائط وبين أن تقضه حتى تعيدا جميعا حائطا بينكما لان قراره مشترك بينكما وله حق الحمل عليه ولا يجوز لك الانفراد به انتهى وهو صريح فيما حكياه مخالف لما حكياه وكيف كان فعلى القول باعتبار اذنه لو خالف الشريك وعمر فهل لشريكه تقضه الظاهر ان له ذلك سواء كان بناء بالآلة أو بغيرها اما الثاني فلانه عدوان محض وتصرف في ارض الغير الا ان يضطر الى ذلك كما تقدم واما الاول فمع انه تصرف في الارض والاتراض وتغيير لهيئته ووضع الذي كان عليه بهيئة اخرى مفضوطة أو كالمفضوطة انه ربما تعلق غرضه بالآلاته ولا يلتفت الى ان هدمه له تصرف في مال شريكه الذي

ولا يجبر صاحب السفلى ولا العلو على عمارة الجدار الحامل للعلو ولو طلبا قسمته طولاً أو عرضاً جاز (متن)

بناءً لأنه يزيد الوصول إلى حقه ولا احترام لما وضعه عدواناً فتأمل وفي (جامع المقاصد) لو أراد أحد الشريكين الاضرار بصاحبه في الجدار والقنا والدولاب ونحوها فإن امتنع من العمارة وغيرها من الوجوه التي يمتنع الانتفاع بدون جميعها فليس يبيد أن يرفع امره إلى الحاكم ليخير الشريك بين عدة أمور من بيع واجارة وموافقة على العمارة وغير ذلك من الأمور الممكنة في ذلك عملاً بقوله صلى الله عليه وآله وسلم لا ضرر ولا ضرار ولأن في ترك جميع هذه الأمور اضعاف للعالم وقد نهى عنها قال ولم اظفر هنا بتصريح فينبغي أن يلمح أنه انتهى (قلت) من الوجوه الممكنة انفراد الشريك بالعمارة وقد صرح به من عرفت من دون إذن الحاكم ﴿ قوله ﴾ ولا يجبر صاحب السفلى ولا العلو على عمارة الجدار الحامل للعلو ﴿ قال في (التذكرة) لو كان علو الجدار لواحد وسفلها لغيره فانهدم لم يكن لصاحب السفلى اجبار صاحب العلو على مساعدته في إعادة السفلى لاصالة البرائة وكذلك ليس لصاحب العلو اجبار صاحب السفلى على إعادة السفلى ليبنى عليه عند علمائنا وفي (المبسوط) نفى الخلاف في الاول وفي (الدروس) لا يجبر صاحب السفلى ولا العلو على بناء الجدار الحامل للعلو ولا على جدار البيت الا أن يكون ذلك لازماً بمقدور وبهذا القيد جزم في جامع المقاصد وعليه تبين في مثله في المبسوط لكن في التذكرة لو كان له سابق استحق وضعه على حائط غيره فانهدم لم يجبر احدهما على العمارة وللشافعية قولان وقضية عدم اعتبار القيد فيما نحن فيه وفي (التحرير) لو طلب صاحب العلو البناء لم يكن لصاحب السفلى منعه وهذا يوافق ما سلف له في الجدار من انه اذا انفرد احدهما بالعمارة لم يمنع كما تقدم ويمكن حمله على ما اذا كان حمل جدران العلو واجبا والا اشكل فيما اذا كان الاساس ملكاً لصاحب السفلى أو مشتركاً كما تقدم بيانه ﴿ قوله ﴾ ولو طلبا قسمته طولاً أو عرضاً جاز ﴿ أي لو طلب كل من الشريكين في الجدار قسمته طولاً أو عرضاً جاز وبه صرح في المبسوط والتذكرة والدروس وجامع المقاصد وظاهر الاخير الاجماع عليه حيث قال جاز قطعاً وتأملاً في قسمته عرضاً في التحرير والقسمه تحصل بنشر الحائط وبالعلامة ووجه الجواز فيهما بالتحسين أن لهما هدمه كله اذا تراضيا عليه فاذا تراضيا على قسمته على وجه مخصوص جاز لها ذلك بالاولى ولا اثر لحصول النقص بالنشر لو اختاراه ووجه ما في التحرير ما قاله فيه قال لو انقضا على قسمته عرضاً احتمل جوازه لأنحصار الحق فيهما وعدمه لعدم تميز نصيب احدهما من الآخر بحيث يمكنه الانتفاع بنصيبه دون صاحبه فانه لو وضع خشبة على احد جانبيه كان ثقله على الحائط اجمع ومعناه ان وضع خشبة على نصيبه موجب لتعدى الثقل والتعامل الى الآخر وفيه انهما اذا تراضيا على ذلك فلا مانع نعم ذلك يجدي فيما اذا طلب احدهما القسمه كذلك وامتنع الآخر فانه لا يجبر لذلك كما يأتي والمراد بطول الحائط امتداده من زاوية من البيت الى الزاوية الاخرى أو من حدة من ارض البيت الى حدة آخر من ارضه وليس المراد ارتفاعه عن الارض فان ذلك عمقه وبعرضه هو سطحه الذي يوضع عليه الجذوع والمراد بالقسمه طولاً هي القسمه في كل الطول ونصف العرض وهذه صورتها  وقسمته عرضاً هي القسمه في نفس الطول وكل العرض وهذه صورتها  فلو كان طولها عشرة وعرضها ذراعين واقتسماني كل الطول ونصف

ولا يجبر احدهما لو امتنع عن القسمة في كل الطول ونصف العرض وكذا في نصف الطول
وكل العرض (متن)

العرض ليصير لسكل واحد ذراع في طول عشر جاز وكذا لو اقتسامه في كل العرض ونصف الطول
ليصير لسكل واحد منهما طول خمسة في عرض ذراعين وبآتي الكلام في القرعة وهذا الذي حكيناه
في القسمين هو المذكور في التذكرة والمدروس وجامع المقاصد وبآتي عن المبسوط عكس ذلك فسمى
قسمة الطول قسمة العرض وبالعكس وكلام التحرير في قسمة عرضة الحائط بوافق اصطلاح المبسوط
﴿ قوله ﴾ « ولا يجبر احدهما لو امتنع عن القسمة في كل الطول ونصف العرض وكذا في نصف
الطول وكل العرض ﴾ كما في التحرير وجزم في التذكرة بعدم الاجبار في الاول وقال في الثاني أن اتفق
الضرر عنهما أو عن الممتنع اجبر عليهما وان تضرر الممتنع لم يجبر ومقتضى كلام المدروس الاجبار ايضاً
على القسمة مع انتفاء الضرر في الثاني وقد نفى عنه البعد في جامع المقاصد وفصله في عبارة الكتاب
بقوله وكذا لعله يشعر بانه اضعف في الحكم من الاول ولا ترجيح في المبسوط لانه قال في الناس
من قال لا يجوز الاجبار على قسمة الحائط طولاً وعرضاً وفي الناس من قال يقسم طول الحائط ولا يقسم
عرضه على حال لان قسمته لا تصور ووجه عدم الاجبار في الاول انه لو أوجبناها على هذا التحول كان
لا يحيص عن القرعة في التخصيص لان المفروض عدم تراضيهما معا والاخذ بغير قرعة ولا تراخي
مناف للقسمة ولا نظيره في الشرع والقرعة ربما وقعت لاحدهما على الشق الذي يلي الآخر فلا يتمكن
من الانتفاع بما وقع له ولعدم امكان فصل كل سهم عن الآخر لانه ان اكتفى بالعلامة اعني خطابين
السهمين كان بناء احدهما على نصيبه موجبا لتعدي الثقل والتعامل الى الآخر وان كان بالشر ضعف
الجدار وتناقضت قوته ووجه العدم في الثاني انه لو فصل بالعلامة لزم تعدي الثقل الى الآخر وان كان
النشر لزم اتلاف شيء من الجدار ولا اجبار مع الاضرار لكن هذا الانلاف هين لانه بمنزلة قسمة
الثوب الصفيق والقرعة التي هي معيار القسمة ممكنة هنا بخلاف الأول ووجه ما حكاه في المبسوط من
انه لا تصور قسمته انا وجدناه اصطلاح فيه على تسمية قسمة العرض بقسمة الطول وبالعكس كما ستمع
وحيث لا تصور ما حكاه من انه لا تصور قسمته (اذا قرر هذا) فعد الى عبارة الكتاب ومعناها مع
ما قبلها انهما لو طلبا القسمة طولاً أو عرضاً وتراضيا عليها فلا كلام في الجواز ولو طلب احدهما القسمة وامتنع
الآخر فان طلبها الطالب في كل الطول ونصف العرض أو بالعكس وامتنع الآخر فلا اجبار ولا خلل
في العبارة ولا تكرار وان كان فهو اظهر مكان اشارة أو اضمار ولعله قصد بذلك ما اشترنا اليه آفا من
الاشعار وقد حكى في جامع المقاصد عن الشهيد انه اورد في بعض حواشيه أن القسمة طولاً وعرضاً هي
القسمة في كل الطول ونصف العرض وفي نصف الطول وكل العرض ويلزم التكرار وانه اجاب
باختلاف الحكمين فان الاول يعطي الجواز والثاني يعطي عدم الاجبار فالفرق بينهما فرق ما بين العام
والخاص وقال في (جامع المقاصد) أن السؤال والجواب ليسا بشيء والموجود فيما عندنا من الحواشي
المنسوبة اليه حكاية ذلك عن الفخر قال انه قال لا فرق بين قولنا طولاً وبين كل الطول ونصف
العرض وكذا الآخر ثم حكى عن ابن بوران أنه أظهر بينهما فرقا هندسيا لم نفهمه وقال يمكن أن يراد
بالاول قسمة رأس الحائط طولاً وعرضاً مع بقاء باقيه مشتركاً فانهما يصدقان عليه مع عدم صدق كل

وتصح القرعة في الثانية دون الاولى بل يختص كل وجه بصاحبه ولو تعاونا على اعادة المشترك
أو اعاده أحدهما بالآلة المشتركة فهو على الشركة (متن)

الطول وكل العرض فانهما لا يصدقان الا مع الانتهاء الى الارض وقدرته في المبسوط على قريب من هذا
في قوله بقسمة عرصه الحائط ويمكن حمله على هذه العرصه التي ذكرها في المبسوط وجعلها مقدمة على قسمة الحائط
وصرح في التحرير بقسمة العرصه انتهى (قلت) الموجود في المبسوط لا يناسب شيئا مما ذكره قال في
(المبسوط) اذا تهدم الحائط المشترك واراد احدهما أن يقاسم صاحبه عرصه الحائط فان اتفاقا على ذلك
جاز لها أن يقسماها كيف شاء أن اراد أحدهما امتنع الآخر نظر فان اراد قسمة الطول أجبر الممتنع منهما على
ذلك وقسمة الطول ان تقدر العرصه ونحط في عرصتها خيطا يفصل بين الحقيين فاذا فعل ذلك أفرع بينهما
فأيهما خرجت عليه القرعة أخذه وبني عليه بناء يختص به فأما اذا اختار أحدهما قسمة عرضه قيل فيه قولان
(أحدهما) لا يجبر عليه لان القرعة لا تدخلها (والثاني) وهو الصحيح انه يجبر عليه لانها قسمة ليس فيها اضرار الى
أن قال ومثال قسمة العرض أن يخط خطأ في طول العرصه فاذا كان مقدار العرض مثلا ذراعا جعل مما
يلي ملك كل واحد منهما نصف ذراع انتهى فقد فرضها في المبسوط في المنهدم ولا يخفى عليك ان
اصطلاحه في الطول والعرض عكس ما بيناه وعليه يحمل ما حكيناه في قسمة الحائط وقال في (التحرير) لو
كان بينهما عرصه جدار فاتفقا على قسمتها جاز طولاً وعرضاً ولو اختلفا فطلب أحدهما القسمة طولاً والآخر
عرضاً أجبر الممتنع على ما لا ضرر فيه ولو كان فيهما ضرر لم يجز القسمة ولو طلب أحدهما القسمة عرضاً
ولا يفي العرض بمخاطبين لم يجبر الممتنع وان وفي بهما احتمال الاجبار لاتقاء الضرر وعدمه لاتقاء القرعة
اذ معار بما يحصل لكل منهما ما يلي ملك جاره فلا يتنعم به ولو أجبرناه لاجبرناه على ما يليه من غير قرعة
ولا مثل له في الشرع وهذا يوافق ما في المبسوط من الاصطلاح في التسمية ولا يتنفع الشهيد فيما ذكره
في توجيه العبارة ﴿ قوله ﴾ (وتصح القرعة في الثانية دون الاولى بل يختص كل وجه بصاحبه) ﴿
قد ظهر الوجه في ذلك مما تقدم ﴿ قوله ﴾ (ولو تعاونا على اعادة المشترك أو اعاده أحدهما بالآلة
المشتركة فهو على الشركة) كما صرح بالامرين في التذكرة من غير نقل خلاف حتى من العامة وقال
لو شرط مع التعاوان على الاعادة والشركة في بنائه زيادة لاحدهما فالاقوى عندي الجواز عملاً بالشرط
وبه جزم في التحرير قال لو كان الحائط نصفين فاتفقا على بنائه على الثلث جاز (قلت) ولعله لا بد في
ذلك من مشاهدة الآلات أو وصفها ومشاهدة الارض بناء على أن الصلح أصل وان كان يتبرع عوض
اذ المراد من الشرط في التذكرة والاتفاق في التحرير انهما اصطلاحاً على ذلك ووجه العدم انه شرط
عوض من غير معوض لانهما متساويان عملاً وجداراً وعرصه واقاضا فيكون قد استوهب سدس حصه
شريكه وجهة ما لم يوجد لا يجوز وهو خيرة الشيخ في المبسوط وهو بناء على انه فرع الهبة وقد يجعل
المانع عدم وجود التركيب الذي هو جزء صوري من الحائط وعدم امكان ضبطه وفيه ضعف والامساك
جاز الاستئجار على البناء المقدر بالعمل وهذا لا يناه في ماسلف لنا من أنه لا يجوز الصلح على ما سيبيته
بما سيبيته الآخر ويمكن أن نقول في تصحيح ما نحن فيه بالصلح بأن الشارط على نفسه قد تبرع بما
يخص شريكه من عمله والشارط لنفسه غير متبرع فيشترط له في مقابله قدراً من الملك وانه اشترط
سدس النقص له في الحال لا من الجدار بعد البناء لانه تعليق ملك في عين وهو ممتنع لامتناع الاجل

ولو طلب صاحب العلو عمارة السفلى بتقص صاحبه كان له المنع ولو أعاده بآلة من عنده
فله ذلك ولا يمنع صاحب السفلى من الانتفاع بسفله لكن يمنع من الانتفاع بفتح كوة أو
ضرب وتد لو انفرد أحد الشريكين بالاتفاق على البئر والقناة لم يكن له منع الآخر من
الانتفاع بالماء ولا يجب على مستحق اجراء الماء في ملك غيره مشاركة المالك في عمارة
سقف المجرى وان خرب من الماء ولا على المالك اصلاح القناة لو خربت بغير سببه
ويجوز لصاحب العلو الجلوس على السقف الحائل بينه وبين السفلى وان كان مشتركا ووضع
ما جرت العادة بوضعه للضرورة (متن)

في الملك فيصح الصلح حينئذ بلا اشكال ولو انفرد أحدهما بالعمل والآلة مشتركة وشرط لنفسه
الاكثر من الآلات والتقص صح قطعا كما في الدروس ويجري مجرى الاستئجار على الطحن بجزء
من الدقيق وعلى الارتضاع بجزء من الرقيق وعلى هذا يملك الاكثر من الحائظ مينا ولو انفرد أحدهما
بالعمل والآلة بشرط أن يكون له الثلثان من الخدار فقد جمع بين البيع والاجارة لانه قد قابل ثلث
الآلة المملوكة ونصف عمله بسدس العرصه المملوكة ويشترط في صحة ذلك العلم بالآلات وبصفات
الجدار ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو طلب صاحب العلو عمارة السفلى بتقص صاحبه كان له المنع ﴾ وجهه واضح
وبه صرح في التذكرة وفي (التحرير) انه ليس له منعه فان بناه بالاتفاق فهو كما كان وان بناه بآلة
من عنده لم يكن لصاحب السفلى الانتفاع به من طرح الخشب ورسم التود وله السكنى في السفلى انتهى
وقد تقدم الكلام في مثل ذلك هذا وقال في (المبسوط) ليس لصاحب السفلى مطالبة صاحب العلو بالبناء
بلا خلاف (قلت) وليس لصاحب العلو مطالبة صاحب السفلى بالبناء الا أن يكون ذلك لازما بعقد
والتقص بالمكسر المنقوض وهو آلات البناء ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أعاده بآلة من عنده فله ذلك ﴾ كما
في التذكرة وقد سمعت ما في التحرير وقال في (جامع المقاصد) انه ليس على اطلاقه بل هو مقيد بما اذا
لم يكن الاساس للآخر ولا مشتركا بينهما والا لم يجوز بدون الاذن (قلت) قد تقدم بيان وجه الاطلاق
في مثل ذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يمنع صاحب السفلى من الانتفاع بسفله لكن يمنع من الانتفاع
بفتح كوة أو ضرب وتد ﴾ ونحو ذلك من التصرف المضعف للجدار لانه اضرار بصاحب العلو في أمر
مستحق له كما نبه عليه في التحرير وغيره ﴿ قوله ﴾ ﴿ لو انفرد أحد الشريكين بالاتفاق على البئر
والقناة لم يكن له منع الآخر من الانتفاع بالماء ﴾ كما في المبسوط والتذكرة والتحرير لان الماء ينبع من
ملكهما المشترك وليس المنفق عين مال وانما له أثر نقل الطين عنه الا أن يكون الحبل والدلو والبكرة
له فيكون له منعه من الاستقاء بهذه الآلات فاذا استأنف الشريك لنفسه آلة لم يكن له منعه من
الاستقاء ومنه يعلم الحال فيما لو بناه بآلة من عنده ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يجب على مستحق اجراء الماء
في ملك غيره مشاركة المالك في عمارة سقف المجرى وان خرب من الماء ولا على المالك اصلاح القناة
لو خربت بغير سببه ﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد في الامرين ولم ينص في الدروس الا على الاول
لانه لا يجب عليه أن يسقف المجرى فلا يجب عليه عمارة لو خرب بسبب الماء لانه حصل لسبب مستحق
ولان استحقاق الاجراء لا يقتضي استحقاق عمارة المجرى في الثاني ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويجوز لصاحب
العلو الجلوس على السقف الحائل بينه وبين السفلى وان كان مشتركا ووضع ما جرت العادة بوضعه للضرورة

ولصاحب السفلى الاستكان وتعليق ما لا يتأثر به السقف المشترك كالثوب أما ضرب الوتد في السقف فلا ﴿ فروع ﴾ إذا استحق وضع خشبة على حائط فسقطت أو وقع الحائط استحق بعد عوده الوضع بخلاف الاعارة ولو خيف على الحائط السقوط في جواز الابقاء نظر (الثاني) لو وجد بناءه أو خشبته أو مجرى مائه في ملك غيره ولم يعلم سببه فالأقرب تقديم قول مالك الأرض والجدار في عدم الاستحقاق (متن)

ولصاحب السفلى الاستكان وتعليق ما لا يتأثر به السقف المشترك كالثوب أما ضرب الوتد في السقف فلا ﴿ السقف المشترك يجوز لصاحب العلو الجلوس عليه ووضع الأثقال عليه على المعتاد ولصاحب السفلى الاستقلال والاستكان به لانا لو لم نجوز ذلك لزم الضرر العظيم وتمطيل المنافع وقد قرب في التذكرة انه ليس لصاحب السفلى تعليق الامتعة فيه سواء كان له ثقل يتأثر به السقف أولا كالثوب ونحوه ومختاره هنا خيرة الدروس (وفي جامع المقاصد) انه قريب لجريان العادة بذلك نعم لا يجوز ضرب الوتد قطعاً ولو اختص به فله التصرف في ملكه كيف شاء ﴿ قوله ﴾ ﴿ فروع إذا استحق وضع خشبة على حائط فسقطت أو وقع الحائط استحق بعد عوده الوضع بخلاف الاعارة ﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد وكذا التحرير والفرق ان الاعارة اذن في الوضع فلا تقتضي التكرار ما لم يصرح به وبعد اقتضاء المأذون فيه لا يبقى استحقاق أما اذا كان الوضع مستحقاً بعد لازم الى أمد معين فإنه يقتضي استحقاق الاعادة للمعلم ببقاء الاستحقاق بعد السقوط بل يجبر على بناء الجدار والخصوصية غير ملحوظة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو خيف على الحائط السقوط في جواز الابقاء نظر ﴾ ونحوه ما في الايضاح والحواشي من عدم الرجوع وفي (التذكرة) ان الاقوى بحريم الابقاء لما فيه من الضرر العظيم وفي (جامع المقاصد) ان الاصح جوازه لأن الازالة ضرر والضرر لا يزال بالضرر مضافاً الى أن له حق البقاء فيستصحب (وقد يقال) ان الضرر العظيم يزال بالضرر الاقل وفي البقاء ضرر عليهما فيكون مضاراً أي قاصداً للضرر وقد قرر انه يمنع ولا فرق في ذلك بين استحقاق الوضع والاعارة ألم يبذل الارش في الاعارة فتجب الازالة حينئذ ﴿ قوله ﴾ ﴿ الثاني لو وجد بناءه أو خشبته أو مجرى مائه في ملك غيره ولم يعلم سببه فالأقرب تقديم قول مالك الأرض والجدار في عدم الاستحقاق ﴾ كأن المسئلة غير محررة في الكتاب والتذكرة بل في جامع المقاصد لانهما اما أن لا يعلم على أي وجه وضع ذلك أو يدعي صاحب البناء والخشبة الاستحقاق بصلح ونحوه ويدعي الآخر العارية أو يدعي الاول انه بحق والآخر انه عدوان فان كان الاول في (المبسوط) انهما اذا ملكا دارين ورأيا الخشب على الحائط ولا يعلمان على أي وجه وضع ثم تهدم السقف فإنه ليس لصاحب الحائط أن يمنع من رده لانه يجوز أن يكون قد وضع بعوض فلا يجوز الرجوع به بحال بلا خلاف وهو خيرة الدروس وفي (التحرير) في استحقاق الاستمرار نظر والمخالف المحقق الثاني في جامع المقاصد وقدمي قول الشيخ بالضعف مع انه نفى الخلاف فيه وظاهره بين المسلمين ولعله لان الاستحقاق يتوقف على أمور كثيرة والاصل عدمه وعدمها الا أن يقال ان الظاهر ظاهر يد فتقطع الاصول وان كان الثاني وعليه تنزل عبارة الكتاب والتذكرة لانهما في الفرض سواء والا فمن لا يعلم سبب كون بناءه في ملك الغير ما دام لا يعلم الاستحقاق لا يذم فلا يتصور منه ولا من الآخر الذي هو مثله اليقين

لا يجوز بيع حق الهواء ولا مسيل الماء ولا الاستطراق ﴿ الفصل الثالث في التنازع ﴾
لو صالح المنشئ المصدق لاحد المدعين بسبب يوجب التشريك كالارث على شي شاركة
الآخر ان كان باذنه والاصح في الربع ولا شركة (متن)

عليه قد قرب المصنف هنا وولده في الايضاح وجامع المقاصد وكذا الشهيد في الحواشي تقديم قول
مالك الارض لاصالة عدم الاستحقاق في ملك الغير ولان اليد تقتضي الاختصاص بالاتفاق والوضع
اعم من الاستحقاق واقصاه ان يكون بحق وهو اعم من العارية التي يجوز الرجوع فيها وظاهر الشيخ
ان على مدعي العارية البينة واليمين على الآخر ولعله لمكان الظاهر كما عرفت آنفا ولا ترجيح في التحرير
والتذكرة والدروس وفسر العبارة في جامع المقاصد بالمعنى الاول ثم اعترض عليها على المعنى الثاني ولعله
لقوله ولم يعلم سببه وقد يقرأ يعلم بالبناء للمجهول وان كان الثالث فالقول قول صاحب البناء للاصل في فعل
المسلم معتضد بالظاهر ومثل البناء والخشبة والمجرى الميزاب يقذف في ملك غيره والمجاز فيه ﴿ قوله ﴾
﴿ لا يجوز بيع حق الهواء ولا مسيل الماء ولا الاستطراق ﴾ كما في التذكرة والتحرير والدروس وجامع
المقاصد وظاهر الاول الاجماع عليه لان موضع البيع الاعيان والمخالف الشافية حيث اُلحقوا الحقوق المتعلقة
بالاعيان (بالاعيان خ) (١) ويصح الصلح على الحقوق المذكورة بشرط التعمين كما صرح به هو لا وكذا الشيخ
في المبسوط والشيدان في اللمعة والروضة في الصلح على اجراء الماء والتعمين فيه يحصل بتقدير المجرى طولاً
وعرضاً أي المريم فيه الماء لترفع الجهالة ولا يعتبر تعين العمق لان من ملك شيئاً ملك قراره الى تخوم
الارض كما صرح بذلك كله جماعة وينبغي مشاهدة الماء لاختلاف احوال بقلته وكثرته ولو كان ماء مطر
اختلف بكمية ما يقع عليه وصغره فمعرفة تعرف بمعرفة محله ويأتي تمام الكلام في محله ﴿ الفصل الثالث
في التنازع ﴾ ﴿ قوله ﴾ لو صالح المنشئ المصدق لاحد المدعين بسبب يوجب التشريك
كالارث على شي شاركة الآخر ان كان باذنه والاصح في الربع ولا شركة ﴿ كما في المبسوط والشرايع
والتذكرة والتحرير والارشاد وشرحه لولده وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والكفاية وفي الاخير
انه المشهور وكأنه أشار بذلك الى ما سئمه عن المسالك والا فلا خلاف في ذلك ولا فرق بين ان يقولوا
ورثاها وقبضها ثم غصبها منا وعدمه كما قرره في التذكرة وجزم به في أول كلامه في جامع المقاصد
لان سبب التشريك موجود وحكي في الأول عن بعض العامة انه لا يشاركه لان التركة اذا حصلت
في يد الورثة صار كل منهما قابضاً لحقه واقطع حقه عما في يد الآخر ولهذا يجوز ان يطراً الغصب
على نصيب أحدها خاصة بان تزال يده فالمغصوب لا يكون مشتركاً بينهما وحاجب ما اراد المصنف
والجماعة ان المدعين اتفقا على كون سبب ملكهما مقنضياً للشركة فاقرار المنشئ لاحدها مقنض
لتشاركتها فيما أقر به وان لم يصدقها على السبب الذي ادعى به لانها متفقان على ان البعض كالكل
يستوي ملكهما فيه فيمتنع استحقاق المقر له النصف دون الآخر كما ان الثالث يكون ذاهباً عليهما واشتركتها
في المقر به ثبت من جهة اعترافها بما يوجب الشركة لامن جهة الاقرار فلا يؤثر فيه تخصيص المقر
أحدها بالملك وحينئذ فاذا صالح المقر له المنشئ على النصف المقر به فان كان الصلح باذن شريكه

(١) وجد في نسختين غير مكررة والظاهر التكرير (مصححه)

أو اجازته بعده صح في جميعه بجميع العوض والا في ربع المقر له بنصف ما صولح عليه ويطل في ربع شريكه ويأتي الكلام في اشتراكهما في المقر به وتردد من تردد في ذلك أو مثله وفي المسالك ما حاصله ان هذا لا يتم الاعلى القول بتزويل البيع والصلح على الاشاعة كالاقرار وهم لا يقولون به بل يقولون بأنه مخصوص بنصف البائع والمصالح بل انما ينزل على ذلك الاقرار فلو أقر بالنصف للغير يكون اقرار بربعه وربع شريكه ووجه ان البائع انما يبيع مال نفسه ولا يصح بيع مال الغير الا فضولا أو وكالة وكل منهما غير المتبادر المتعارف فيصرف الى ماله بخلاف الاقرار فانه كالثبوت بانة لفلان وهو قد يكون في ماله وقد يكون في غير ماله فينبغي ان يكون المصالح عليه انما هو نصف المقر له فيكون العوض كله له هذا اذا قال له صالحتك على النصف مطلقا لفظ أو على نصفي وأما اذا قال له صالحتك على النصف الذي أقررت به كان منزلاً على الاشاعة لانه تابع للاقرار المنزل على ذلك فيكون قول المصنف والجماعة متحيا ويمكن تنزيله على ذلك لثلاثين في ما ذكره من القاعدة قال وهذا توجيه حسن لم يبينه عليه احد نعم قال الشهيد في بعض تحقیقاته يحتمل انصرف الصلح الى حصة المقر له ويكون العوض كله له وتبعه الشيخ علي رحمه الله واطلقوا انتهى حاصل كلامه وفيه نظر من وجوه (الاول) ان هذه القاعدة في البيع والاقرار ليست مسلمة عند الكل أما البيع فقد تقدم في بابه أنه لو باع مالك النصف النصف أنه يحتمل الحمل على الاشاعة كما في نهاية الاحكام والكتاب والايضاح وغيرها ووجوه بأن البيع صالح للملكة ومالك غيره ولهذا يقبل التقييد بكل منهما ولفظ النصف اذا أطلق يحمل على الاشاعة ولم يجعل الشارع صحة التصرف قرينه في المجازات والمشتركات مضافا الى ما حكاه هو عن الشهيد والشيخ علي رحمه الله تعالى (واما الاقرار) ففي التحرير ان الاقرب انه لو قال بعث نصفه او اقر بنصفه التخصيص بنصيبه نعم ظاهر بيع الكتاب ونهاية الاحكام والايضاح الاجماع على التنزيل على الاشاعة (وعاك قول) كيف يدعى الاجماع على ذلك وقد أطبقوا في باب الاقرار والميراث انه اذا اقر بمشارك في الارث ولم يصدق به باقي الورثة انه يدفع اليه ما فضل في يده عن ميراثه وانه لا ينزل على الاشاعة (لانا قول) الاشاعة اشاعتان اشاعة بالنسبة الى النصيبين واشاعة للاجزاء في الاجزاء فالأولى يقابل بها تنزيل الاقرار على نصيبه فقط كما اذا باع مالك النصف النصف فانه ينزل في المشهور على نصيبه فقط والثانية ثابتة في كل مال مشترك وملاحظتها تقضي بأن انكار المنكر بمنزلة الائلاف كما سيتضح لديك فيما يأتي فالمنية في الاقرار والميراث الاشاعة الثانية قالوا لو أقرت بولد للزوج المتوفى وكذبها الاخوة دفعت اليه ما يدها زائدا عن نصيبها وهو الثمن ولا تدفع اليها سبعة أثمان ما في يدها تنزيلا للاقرار على الاشاعة فيستحق في كل شيء سبعة أثمانه والمراد بالاشاعة في الاقرار هنا وفي باب البيع الاشاعة بالنسبة الى النصيبين بل دفعها ما في يدها زائدا عن نصيبها في المثال من باب تنزيل الاقرار على الاشاعة بالنسبة الى النصيبين فليلاحظ ذلك فانه نافع دقيق وربما خفي على الاجلاء وتام الكلام في باب الاقرار فانا قد استغناء هناك (الثاني) ان المحقق الثاني قد نبه على ذلك فانه بعد ان فسر كلام المصنف وفرق بين السبب الواحد الموجب للتشريك والسبب المتعابر بان الصلح يصح في حصة المصالح أجمع ولا شركة للأخر معه كما سيأتي في الثاني وان الآخر يشاركه في الأول كما عرفت قال ولتأمل ان يقول لافرق بين تعابر السبب وكونه مقتضياً للتشريك في عدم الشركة لأن الصلح انما هو على استحقاق المقر وهو أمر كلي يمكن نقله عن مالكه الى آخر ولهذا لو باع أحد الورثة حصته من الارث صح ولم

ولو تغاير السبب صح الصلح في حصته أجمع ولا شركة (من)

يتوقف على رضا الباقيين وفي ذلك كحل التنبيه على ما اعترض به في المسالك مضافاً الى ما ذكره في تمام كلامه كما ستسمعه انشاء الله تعالى وفي هذا بلاغ أقصاه أنه ما وجه التوجيه الذي نزل هو عليه كلام الاصحاب ثم ان كلام الشهيدين والمحقق الثاني غير جيد قطعاً لان كلام الاصحاب في المقام صريح في ان الصلح على ذلك النصف الذي اقر له به كما هو نص كلام المبسوط وفي (الشرائع) أنه صالحه على ذلك النصف ونحوها الارشاد وفي (التحرير) صالحه عما اقر له به وفي (شرح الارشاد) صالحه على مجموع هذا النصف فلا مجال لاحتمال الشك في كلام القوم ولا لكلام المحقق الثاني ولا لتفصيله في المسالك بالالفاظ الثلاثة وتوجيه كلام القوم بذلك لانه نص صريح لا يحتاج الى توجيه على انه ما ثبت له في ظاهر الشرع وعند المقر الا ذلك ولا صالحه الا عليه فينصرف الصلح اليه وان كان مطلقاً أو مقيداً بنصفي لانه هو الذي له والا لما رضي المقر بالصلح والا فلو صرح له بأنه انما يصلحه على نصفه الذي له في نفس الأمر والواقع من غير اشاعة متعلقة بربع صاحبه ورضي المقر به لزمه الاقرار بثلاثة ارباع الدار ونصف للمصالح وربيع لشريكه كما هو واضح والحال انه منكر للنصف الآخر فالحكم في عباراتهم كما قاله سواء قال صالحك على النصف المقر به كما هو صريح من عرفت او نصفي او اطلق والاخيران ينصرفان الى الاول والا لما صح الصلح لعدم رضي المقر فلو قال انما قصدت مالي من غير اشاعة لا يسمع قوله لان المقر ان يقول ما اشتريت الا ما قررت به وهذا موجه مسموع على انهم رضي الله عنهم كفوناً مؤمنة ذلك وعبارة الكتاب تحمل على ذلك على ان اعتراض المسالك على عبارة الشرائع وقد سمعنا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو تغاير السبب صح الصلح في حصته اجمع ولا شركة ﴾ كما صرح به في المبسوط وجميع ما ذكر بعده فيما اذا اتحد السبب والمراد بتغاير السبب ان يكون سبب ملك كل منهما غير سبب ملك الآخر كأن يكون احدهما مستحقاً للنصف بالأثر والآخر بالشراء فلا يكون مقضياً للتشريك وانما تجب الشركة من الشبوع ولا فرق في ذلك بين ان يصرحا بذلك ام لا والحاصل انهما لم يصرحا بما يقضي الشركة المشاعة لعدم الدليل وثبوت ملك احدهما لا يستلزم ثبوت ذلك للآخر نعم ان ادعى احدهما ذلك على الآخر كانت دعوى كسائر الدعاوي وهل يكون شراؤهما معاً وانما هما وقبضهما معاً اذا اقر به المصدق من المدعين كالارث ام يلحق بالسيين المتغايرين صرح في المبسوط والتحرير وجمع البرهان والكفاية بالالحاق في الاول اعني الشراء وقرب في التذكرة وجامع المقاصد الالحاق في الامرين اعني الشراء والاتهاب واحتمل ضعيفاً العدم لان البيع لاثنين بمنزلة صفتين ولم يرجع في المسالك هذا وفي (جامع المقاصد) أن لقائل أن يقول لا فرق بين تغاير السبب وكونه مقضياً للتشريك في عدم الشركة لان الصلح انما هو استحقاق المقر وهو أمر كلي يمكن نقله عن مالكة الى آخر كما تقدم نقله ورده وقال قد سبق في البيع فيما اذا قال النصف لك والنصف الآخر لي ولشريك ما ينافي اطلاقه ما هنا حيث انه حكم بالتشريك بينهما في الحاصل والتالف وفي أحكام التنازع في الرهن تردد في التشريك وعدمه (قلت) لعله أراد كما هو صريح كلامه انه تقدم له في ذلك ان الربع التالف بسبب تكذيب الشريك يكون من المقر والمقر له والحاصل لهما من دون فرق بين اتحد السبب وتغايره حيث لم يتعرض له ويانه أنه لما اقر له بالنصف الذي هو ستة من اثني عشر

وان النصف الآخر له ولشريكه وكذبه الشريك كان متعلق الاقرار أمراً كلياً في يد كل واحد من الشريكين فلما رد الشريك أقراره كان الرد نافذاً في الربع الذي هو نصف ما في يده فصار هذا الربع ثالثاً ولا شبهة في ان العين المشتركة اذا تلف بعضها إنما يتلف من الشريكين على قدر استحقاقها وقد انحصرت الشركة بين المقر والمقر له لأن الأول رد وانكر فلا شركة معه فكان التالف من المقر والمقر له موزعاً على نسبة استحقاقها فكان للمقر اثنان والتالف منه واحد والمقر له أربعة والتالف منه اثنان ولم يفرق في العين بين كون سبب الشركة فيها متحداً أو متغايراً وقضية كلامه هنا التفصيل بانه ان كان سبب الملك موجباً للتشريك ككون المقر به مستحقاً لهم بالارث كان انكار الشريك بمنزلة تلف الربع ويجب كونه منهما لانه لما أقرله بنصف كان متعلق الاقرار أمراً كلياً في يد كل واحد من الشريكين فلما رد الشريك أقراره كان الرد نافذاً في الربع فصار ثالثاً ويمتنع تلف الأجزاء الكلي اذا التفت انما يتحقق في نفس الامر والواقع بحيث يترتب عليه مقتضاه للأمر المتعين المشخص وان كان سبب الملك لا يقتضي التشريك لم يكن رد المنكر بمنزلة التلف فيكون الثالث يقتضي الاقرار نصف ما في يد المقر لا غير لان له بمقتضى الاقرار ربع ما في يد كل من الشريكين كما لو صرح فقال لك نصف ما في يدي ونصف ما في يد شريكك والحاصل ان الانكار لا يلحق بالتلف الا فيما اذا كان سبب الملك متحداً موجباً للتشريك وأما ماعده فلا دليل عليه فيكون كلام المصنف هناك منزلاً على ما هنا لكن كلامهم في باب الاقرار والميراث يقتضي بأن الانكار من الوارث وغيره أحمد السبب أو تغاير لا يلحق بالتلف كما سمعته آنفاً في مثال اقرار الزوجة بولد الا أن يحمل كلامهم في البابين على ما اذا كان بعد قبض الوارث واستقرار الملك كما يأتي للمحقق الثاني فيما حقه بقوله والذي يقتضيه الى آخره كما سمعته وبالجملة كلامهم غير محدد تدبر وأما ما أشار اليه من استشكله في باب الرهن فهو قوله ولو ادعى على واحد رهن عنده عندهما فصدق أحدهما خاصة فنصفه مرهون عند المصدق فلو شهد للآخر فاشكال ينشأ من تشارك الشريكين المدعيين حقا فيما يصدق الغريم أحدهما عليه أولاً قلت قلنا بالتشريك لم تقبل والا قبلت وقد اختار هناك ولده التشريك وعدم قبول الشهادة لانه يدفع بشهادته مزاحته وفصل في (التذكرة والمواشي) التفصيل المذكور هنا وهو انه ان كانت سبب الملك موجبا للتشريك ككون الدين المرهون به العبد مستحقاً لها بالارث أو نحوه شارك ولم تقبل شهادته والا فلا وقال في (جامع المقاصد) فيما نحن فيه والذي يقتضيه النظر أن الحكم في مسألة الارث قبل قبض الوارثين صحيح لان الحاصل من التركة قبل القبض هو المحسوب تركة بالنسبة الى الوارث (الورثة خ) والتالف لا ينسب عليهم وكأنه لم يكن وامتناع الوصول اليه كلفه في هذا الحكم والظاهر انه لا خلاف في ذلك اما بعد القبض واستقرار الملك لهم فلا دليل على الحاق تعذر الوصول الى حق بعضهم بالانكار مع عدم البينة ونحوها بتلف البعض في هذا الحكم فالاصل عدمه فينبغي التوقف فيه فليلاحظ الحكم المذكور في البيع (قلت) قد لحظناه ونحريه ما اقتضاه نظره ولعله به يحصل الجمع بين كلماتهم في الابواب الاربعة وان كان ظاهرهم في باب البيع والاقرار عدم الفرق بين ما كان قبل القبض وبعده وقضيته في البيع ان التالف منهما مطلقاً وفي الاقرار ان التالف من المقر له مطلقاً وقد أورد على هذا الفرق في المسالك ايراداً لا وجه له مبنياً على ما سلف له من ان الصلح انما وقع على حقه فيختص به سواء كان قبل القبض أو بعده وينقدح مما ذكرناه في المقام اشكال فيما اذا كان الدين على الميت ألفاً وكان التركة الفين

ويعطي مدعي الدرهمين أحدهما ونصف الآخر ومدعي أحدهما الباقي (متن)

وعصى أحد الولدين مثلاً بالالف التي في يده فهل ينحصر الدين فيما في يد المطيع أولاً احتمالاً أن أشبههما
العدم فتأمل ولو كان المشترك ديناً فأقر لبعض وأنكر بعضاً ففي الشركة قبيل القبض لا بحث وبعد
القبض وغير التركة من أقسام الشركة فيه الخلاف المشهور من أن الحاصل لها والتالف عليها وعدمه وبينتي
عليه ما لو صالح عليه بعد قبضه ﴿ قوله ﴾ (ويعطي مدعي الدرهمين أحدهما ونصف الآخر
ومدعي أحدهما الباقي) كما في النهاية والشرائع والنافع والتحرير والارشاد والدروس والحواشي واللمعة
والتنقيح والتذكرة وإيضاح النافع وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية ومجمع البرهان وفي الأخير
انه يجمع عليه وفي السنة الأخيرة كما هو المحكي عن ابن التوج انه لا بد من اليمين قال في (التذكرة)
الاقرب انه لا بد من اليمين فيحلف كل منهما على استحقاق نصف الآخر الذي تصادمت دعواهما
فيه فمن نكل منها قضى به للآخر ولو نكلاً أو حلفاً معاقب بينهما الى آخره وفي (مجمع البرهان) كأن
الاولين يجمع عليهما والظاهر ان الحلف انما هو مع طلب صاحبه وعلى عدم استحقاق صاحبه في المدعى
لاعلى استحقاقه كما هو ظاهر والظاهر أن اطلاقات النص كما ستسمعه والقنوى مقيدة بذلك وبعدم
الينة أو بما اذا كانت لهما بينة من غير رجحان والاطلاق فيما مبني على الظاهر المعلوم والقواعد
المقررة فالاولى لشبخنا في الرياض أن لا يتأمل في ذلك وقوله في الدروس لم يذكر الاصحاب في هذه
بيئنا فقله أراد الاكثر أو انه غفل عن التذكرة أولم يظفر بها في الاصل في ذلك الرواية المشهورة
كما في (الدروس والتنقيح) وهي رسالة محمد بن أبي حمزة عن الصادق عليه السلام في رجلين كان بينهما
درهمان فقال أحدهما الدرهمان لي وقال الآخر بيبي وبينك فقال عليه السلام قد أقر أن أحداً الدرهمين
ليس له فيه شيء وانه لصاحبه وأما الآخر فبينهما ومثله رسالة عبد الله بن المغيرة عن غير واحد وهذا
يدل على استفاضته عندهم وفيها التصريح بأنه يقسم الدرهم الثاني بينهما نصفين ولا يضر الارسال لانه
يجمع عليه كما في مجمع البرهان وهو كذلك سلمنا لكن في جبر الشهرة أكمل بلاغ على انه عند جماعة
ان تقدم صاحب الاجماع كاف في الصحة وهو غير صحيح وهما مقيدان بالقيود المتقدمة كما تقدم وفي
(الدروس) انه يشكل ذلك اذا ادعى الثاني النصف مشاعاً فانه يقوى القسمة نصفين ويحلف الثاني
للاول وكذا كل مشاع انتهى وقواه صاحب التنقيح وقال في (إيضاح النافع) لأرى له وجهاً حسناً وتأمل
فيه في قضاء الروضة في آخر كلامه وفي (قضاء الكتاب والتحرير والدروس واللمعة) انه لو كانت في أيديهما
عين فادعاها أحدهما وادعى الآخر منها نصفها ولا بينة فهي بينهما بالسوية ولكن على مدعي النصف
اليمين لصاحبه ولا يمين على صاحبه وصرحوا في آخر كلامهم ان ذلك اذا كان النصف مشاعاً وقد
انتهض في الروضة للفرق بين المشاع وغيره بأن كل جزء من العين على تقدير الاشاعة يدعي كل منهما
تملق حقه به ولا ترجيح فكانت نسبتته الى الجميع على السواء (وفيه) ان كل جزء فرض يكون نصفه
بالاشاعة متعلقاً بمدعي الكل بلا كلام والتزاع في نصفه الآخر أي نصف فرض فليس نسبتها الى
الكل على السواء حتى يقسم الكل بل الى النصف فلا وجه لاختصاص أحدهما بالحلف لان الفرض
اشاعة التصرف فالنظر يقتضي في هذا التقدير أيضاً التحالف وقسمة النصف كما في ما نحن فيه أعني
صورة التعيين وكلامهم في رد قول أبي علي يؤيد ذلك كما أوضحنا ذلك في قضاء الكتاب فليرجع اليه

وكذا لو استودع عن اثنين ثلاثة ثم تلف واحد من غير تفريط واشتبه بخلاف ممتزج الاجزاء (متن)

من اراده ثم ان ما ذكر في توجيه الحلف ان تم قائما يصح القسمة لا الحلف من الثاني خاصة وتوجيهه ان يدهما على العين سواء فييد كل منهما نصفه مشاعاً والثاني اقر بنصف المشاع من الجميع فخرج نصف الجميع بذلك عن الاشاعة والمفروض ان يد الاول على النصف كذلك بدون منازع والتصف الآخر في يد الثاني يدعيه الاول وينكره الثاني فاليمين عليه وهو يقتضي القسمة انصافاً بعد حلف الثاني للاول كما في كل موضع وجد الداخل والخارج فقارقت الاول لان الثاني في الاول يدعوا الواحد المفروض اعترف للثاني بالآخر من دون نزاع وبقي في يديهما درهم واحد ولا ترجيح لاحدهما فيه فيقسم نصفين (وفيه) ان الاشاعة لا تقتضي انصراف النصف المقربه الى النصف الذي في يد الاول لعدم التبيين في الشبوع بل اللازم منه عدمه فقوله ان الثاني في النصف المتنازع فيه داخل والاول خارج ممنوع بل كل منهما فيه داخل وخارج ويد الثاني كيد الاول على المتنازع فيه وغيره سواء فحل القسمة النصف بعد التعانف كالاولى وكان كلام شيخنا صاحب الرياض غير محرز (والحاصل) ان اطلاق الاصحاب في المقام والخبار يشمل صورتي دعوى الثاني للدرهم على الاشاعة او على التبيين والمصرح بالفرق في باب القضاء هو من عرفته وهو المصنف والشهيد لتوجيه لم يتضح وجهه فلا ينبغي العدول عن ذلك الى هذا ثم ان ذلك كله اذا كان الدرهمان يدهما معا كما عرفت دون ما اذا كان بيد أحدهما أو ثالث لخروجهما عن النص وفترى الجماعة ويرجع فيها الى القاعدة كما بين في محله وذكر هذه وما بعدها في باب الصلح أما لان ذلك لازم من غير يمين كما قاله بعضهم واما لمناسبة له حيث ان الصلح لا يكون الا كذلك لانه المعدل فيرغبان في الصلح حذرا من الايمان ﴿ قوله ﴾ وكذا لو استودع من اثنين ثلاثة ثم تلف واحد من غير تفريط واشتبه بخلاف ممتزج الاجزاء ﴿ أي وكذا الحكم لو استودع انسان من رجل دينارين مثلاً ومن آخر ديناراً ثم امتزجا اما بغير تفريط منه أو باذن المالكين ثم تلف واحد بغير تفريط قائماً ندفع الى صاحب الدينارين ديناراً لان الآخر معترف له به والدينار الاخر يقسم بينهما نصفين وهذا هو المشهور كما في الدروس والتفريح وايضاح النافع والمسالك والروضة والكفاية والرياض وفي (جامع المقاصد) نسبه الى الاكثر تارة وإلى الاصحاب اخرى وقد نسب الى الاصحاب في الدروس والمسالك والروضة ولم أجد فيه خلافاً الا من المصنف في التحرير فانه قال الاول عندي قسمة التالف على رأس المالكين فيعطى صاحب الدينارين ديناراً وثلاثاً وصاحب الدينار ثلاثاً ديناراً وقد مال الشهدان والمحقق الثاني الى القرعة لانها مقتضى القواعد لكنهم لم يجسروا على المخالفة ودليل المشهور خبر السكوني عن الصادق عليه السلام عن آبائه عليهم السلام في رجل استودع رجلاً دينارين واستودعه آخر ديناراً فضاع ديناراً منهما فقال يعطى صاحب الدينارين ديناراً ويقسمان الدينار الباقي بينهما نصفين والشبهة المعلومة والمستفيض نقلها نجيب ماهالك من ضعف وقد قال الشهيد الثاني وصاحب الرياض يشكك هنا مع ضعف السند ان التالف غير محتمل كونه لهما بل من أحدهما خاصة لامتناع الاشاعة هنا فكيف يقسم الدرهم بينهما مع انه مختص بأحدهما قطعاً وقال ان القول في اليدين كما مر من عدم تعرض الاصحاب له وقال في (الدروس) أن الاصحاب لم يذكروا بيننا هنا وفي التي قبلها

وباع الثوبان مع الاشتباه معا ان لم يمكن الافراد ويقسط الثمن على القيمتين مع التعاسر فان بيعا منفردين فان تساويا في الثمن فلكل مثل صاحبه وان تفاوتا فالأقل لصاحبه (متن)

وذكرهما في باب الصلح فجاز أن يكون الصلح قهريا وجزاء أن يكون ذلك اختياريا فان امتعا قايدين وفي (جامع المقاصد) أن ظاهر الرواية وكلام الأصحاب أن ذلك قهري وأنه بغير يمين بل ربما امتعت اليمين اذا صرح كل واحد بعدم العلم بيمين حقه (قلت) لعل ما ذكره الأصحاب إنما هو عند التخاصم والتداعي كما في المسئلة الأولى فالحكم فيهما حينئذ سواء فيجزي أنه لا بد من اليمين ونصح قسمة الدرهم بينهما لانها اتفاقا على أن أحدهما يمينه لصاحب الاثنين واختلفا في الباقي المعين إذ كل منهما يدعيه أنه درهمه فيقسم بينهما وأما إذا طلب احكم الله سبحانه وتعالى عند الاشتباه عليهما وتصريح كل واحد بعدم العلم بيمين حقه فالحكم القرعة وعلى هذا فلا اشكال وليس للتأمل مجال على انا نقول قد اتفقت كتبهم في باب الشركة على الحكم بالاشاعة شرعا فيما اذا مزجا الدرهم أو الثياب أو الصوف أو الشعر ونحو ذلك مما هو قيمي وان كان غير مشاع واقعا ولذلك عرفوها بانها اجتماع اموال الملاك على سبيل الاشاعة مع أن اظهر أفرادها مزج الدرهم والاشترار بها واحترز بقوله من غير تفریط عما لو فرط في الحفظ أو المزج فان الودعي يضمن التالف كما صرح به جماعة كالمصنف في التذكرة والمقصد والمحقق الثاني والشهيد الثاني وغيرهم فيضم اليهما ويقسمان من غير تقص وقد يقع مع ذلك التعاسر على العين فتتجه القرعة لانه يكون على تقدير الضمان لكل واحد منهما نصف الدرهم الواحد فيكون النزاع والتعاسر في الاخذ من الضامن واخذ الباقي وأما ممتزج الاجزاء كالدهن والخنطة والشعير فاذا كان لاحدهما قفيزان مثلا وللآخر قفيز وتلف قفيز بسد امتزاجهما بغير تفریط فاتالف على نسبة المائين وكذا الباقي فيكون لصاحب القفيزين قفيز وثلاث وللآخر ثلثا قفيز كما صرح به في التذكرة والدروس والتنقيح مما بخلاف الدرهم لانه مختص بأحدها ويحتمل أن يكون الحكم فيه ما تقدم **قوله** «وبيع الثوبان مع الاشتباه معا أن لم يمكن الافراد ويقسط الثمن على القيمتين مع التعاسر فان بيعا منفردين فان تساويا في الثمن فلكل مثل صاحبه وأن تفاوتا فالأقل لصاحبه» ونحوه ما ذكره في التذكرة غير انه لم يقيد فيها بيعهما معا بعدم امكان الافراد ويظهر ما في الكتاب انه متى امكن بيعهما منفردين امتنع الاجتماع (وحاصله) انهما أن يباعا مجتمعين حيث لا يمكن الافراد بان يباع كل واحد وحده لعدم الراغب وتعاسرا بمعنى لم يخير احدهما صاحبه صار كالمال المشترك شركة اجبارية كما لو امتزج الطعامان فيقسم الثمن على رأس المال وعليه تنزل الرواية وأن امكن بيعهما منفردين وجب فان تساويا فلكل واحد ثمن ثوب وان اختلفا فالأكثر لصاحب الاكثر والاقل لصاحبه بناء على الغالب من عدم الغبن وان امكن خلافه الا أنه نادر لا اثر له شرعا ويلزم على ما ذكره في التذكرة ما ذكره من ترجيح أحد الامرين من بيعهما معا أو منفردين إذ الحكم مختلف فتتحد العبارتان قال في (الدروس) لكن الرواية مطلقة في البيع ويؤيدها أن الاشتباه مظنة تساوي القيمتين فاحتمال تملك كل منهما لكل منهما قائم فكانا بمثابة الشريكين وقال في (جامع المقاصد) فعلى هذا يكون مورد الرواية ما اذا تساوت القيمتان فيبقى ما اذا تفاوتتا خاليا عن النص فيجب العمل فيه بما ذكره المصنف إذ لا راد له وقول ابن ادريس بالقرعة وان كان له وجه الا ان مخالفة النص وكلام الأصحاب مشكل (قلت) الرواية هي ما رواه المشايخ الثلاثة عن اسحاق ابن عمار عن الصادق عليه

السلام انه قال في الرجل يضعه الرجل ثلاثين درهما في ثوب وآخر عشرين درهما في ثوب فيبعث الثوبين فلم يعرف هذا ثوب به وهذا ثوب به قال يباع الثوبان ويعلو صاحب الثلاثين ثلاثة اخماس الثمن والآخر خمسي الثمن قال (قلت) فان صاحب العشرين قال لصاحب الثلاثين اختر أيهما شئت قال قد انصفه ويمكن عدها في الحسان اذ لوحظ السند بناء على الظنون الاجتهادية ويمكن عدها في الصحاح اذ لوحظ طريق الشيخ في الفهرست الى الحسين بن ابي العلان الشيخ رواه معلقا عن الحسين بن ابي العلاء وقد عمل بها الشيخ في النهاية والقاضي فاحكي عنه والمحقق في كتابه والمصنف في التحرير والارشاد والتبصرة والمختلف وفي (الدروس) أن عليها المعظم وفي (المسالك) ومجمع البرهان) عمل بها المشهور وفي (ابضاح النافع وجامع المقاصد) نسبتها الى أكثر الاصحاب وفي (التفحيم) الى الشيخ واتباعه وقد نسب العمل بها الى الاصحاب في مطاوي جامع المقاصد مرتين وفي مضاربة جامع المقاصد انه محل وفاق لان الظاهر انهما اشتريا بما يساويان ويما كذلك لان الظاهر عدم التغاين قيل ويكون الصلح قهريا ولا يتعدى الى غير موردها من الثياب المتعددة والاثمان والامتعة ويحتمل التعدية لتساوي الطريق كما ذكرها جماعة واستقرت الشبهة وغيره القرعة في غير مورد النص لعموم ادلتها وسلامتها مما يصلح المعارضة وعلى ما ذكرناه في توجيه كلام القوم لا يتجه ما نبه عليه الشهيد وذكره المحقق الثاني من أن مورد الرواية ما تساوت فيه القيمتان الى آخر ما حكيناه عن جامع المقاصد لانه اذا كان موردها كذلك عند الابتياح والبيع الثاني كيف يصح القسمة اخماسا بل يجب أن تكون بالسوية وقوله في جامع المقاصد يبقى ما اذا تفاوتت خاليا عن النص فيجب العمل فيه بما ذكره المصنف اذ لا راد له فيه اذ لا وجه لوجوب البيع مجتمعين اذا تفاوتوا ولم يمكن الافراد من دون رضاها خصوصا مع تعاقب غرضهما بالاتفاق بهما للسكوة أو القنبة والمفروض انه لا نص حتى نعمل به تبعا كما عمل به المشهور كما انه لا وجه لبيعها منفردين اذا امكن تساويا أو تفاوتوا اذ عند التساوي يعطى لكل ثوبا فان تعامرا اقرع وعند التفاوت فالذي يقتضيه عقد المماش غالبا أن الاجود يكون لصاحب الثلاثين والآخر لصاحب العشرين (والحاصل) أن اجبارها على البيع مجتمعين أو بيعها منفردين اذا خرجنا عن الخبر فيه أعظم ضرر منفي بالخبر ولا يرد ذلك على الخبر لمكان اعتباره وعمل الاكثر به فنخرج به عن القواعد وتقتصر به على مورده ولا تصح الى ما في التفحيم وابطاح النافع من الاشكالات التي أوردت على الخبر حتى اختارا حمله على امتزاج المال قبل الشراء أو على الاستحباب ولا لقوله في السرائر بناء على اصله أن استعملت القرعة في ذلك كان أولى لانها حجة ودليل عند عدم النص وقد وجد قويا أو حسنا مشهورا رواية وفتوى وقد وقع في المختلف في رد كلام ابن ادريس انها اذا كانا شريكين كان لكل منهما بنسبة رأس المال كما في العلامين لو امتزجا وهذا مسلم اذا كانت الشركة في الثمن اما اذا كانت في السلعة فمنوع واللائم انه لو اشترى رجل كرا من طام بمائه وآخر كرا بمائتين مع تساويهما في الصفة ثم امتزجا باختيار أو بدونه أن يقسم الثمن الاثلاث على نسبة المائتين وفي (التفحيم) أن ذلك قول باطل لم يقل به قائل ووقع في الرياض في رد كلام المصنف انه اجتهاد في مقابلة النص المعبر مع تطرق الاشكال اليه بعدم دليل على اعتبار الغلبة التي غايتها ابراث المظنة خاصة في نحو المسئلة التي هي من قبيل الموضوعات دون الاحكام الشرعية فلا يكتفى فيها بالمظنة الا اذا قامت عليها الادلة (وفيه) انه يقول اني عامل بالنص في صورة مورده وهو بيعها مجتمعين ولا يصح تنزيله على خلاف ذلك لعدم الفائدة فيه وعلى ما تقدم عن الشهيد والسكركي

ولو كان عوض الصلح سقي الارض أو الشجر بمائة فالأقرب الجواز مع الضبط كما في بيع الماء وكذا لو صالحه على اجراء الماء على سطحه أو ساحته صح بعد العلم بالموضع الذي يجري الماء منه ويصح جعل الخدمة المضبوطة بالعمل أو الزمان عوضا فان أعتقه صح وفي رجوع العبد اشكال ينشأ من أن اعتاقه لم يصادف للملك سوى الرقبة فلا يؤثر الا فيه كما لو أوصى لرجل (متن)

يقول اني عامل به في صورة ما يظهر أو يلوح منه وهو التساوي فليس هناك اجتهاد في مقابلته والموضوعات في غير الفاظ العبادات يكتفى بها بالمنفعة مطلقا كما حرر في محله ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو كان عوض الصلح سقي الارض أو الشجر بمائة فالأقرب الجواز مع الضبط كما في بيع الماء ﴾ كما في التذكرة والايضاح والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية وجعله في الشرائع وجها مأخذه جواز بيع ماء الشرب ولم يقيد في اللمعة بالضبط لكنه مراد له والمراد ضبطه بمدة معلومة ولو تعلق بسقي شيء مضبوط دائما أو بالسقي بالماء اجمع دائما وان جهل السقي لم تبعد الصحة لان جهالة مثل ذلك ينسأ مع فيها في الباب ويصح ايضا جعله أي السقي موردا للصلح وعوضه امر آخر من عين أو منفعة عكس ما في الكتاب وكذا لو كان احد السقيين عوضا والآخر موردا والمخالف الشيخ في المبسوط قال اذا قرله بحق ادعاه عليه ثم صالحه منه على أن يسقي ارضه من نهر المقر أو قناته في وقت معين لم يجوز ذلك لان المعقود عليه الماء وهو غير معلوم المقدار مع انه قد جوز بعد ذلك بلا فاصلة بيع جزء مشاع منه وجعله عوضا للصلح وجوز ايضا بيع ماء العين والبئر ومن احتمال تخصيص منعه هنا بغير المضبوط كما في الروضة فلم له لم يلاحظ قوله في وقت معين وهذه المسئلة ليست من مسائل التنازع ويبقى الكلام في المشبه به فان الماء الجاري من نهر أو عين يجوز بيعه على الدوام والا فلا شهر منعه لجهاته ولانه يزيد شيئا فشيئا وان كان راكدا جاز بيعه جزافا وكبلا ووزنا فالتشبيه ببيع الماء لا يجدي فيها نحن فيه فتأمل ولعله لذلك ترك في اللمعة وغيرها ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا لو صالحه على اجراء الماء على سطحه أو ساحته صح بعد العلم بالموضع الذي يجري الماء منه ﴾ كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والدروس واللمعة والروضة والمسالك والكفاية ولا فرق بين جعله له عوضا وموردا ويحصل العلم بالموضع الذي يجري الماء منه بتقدير مجراه طولاً وعرضاً لترتفع الجهالة عن المحل المصالح عليه ولا يعتبر تعيين العمق لان من ملك شيئا ملك قراره مطلقا باي عرض وطول اتفق (والحاصل) أن الصلح في هذا الغرض إنما يقع على مرور ماء غيره في ملكه اما على سطحه اذا كان الماء عاليا على داره أو ساحته فلا بد من تقدير المر من السطح والساحة طولاً وعرضاً ولا يحتاج الى تقدير السمك لعدم التفاوت فيه الا بكثرة الماء وقتله ولعله لهذا اطلق المصنف وغيره حكم الماء من دون أن يشترطوا مشاهدته ولكن ينبغي مشاهدة الماء أو وصفه لاختلاف الحال بقلته وكثرته ولو كان ماء مطر اختلف أيضا بكم ما يقع عليه وصغره فمعرفة تحصل بمعرفة محله كما تقدم بيان ذلك كله ولو سقط السطح بعد الصلح أو احتاجت الساقية الى اصلاح فعلى مالكيها لتوقف الحق عليهما وليس على المصالح مساعدته ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويصح جعل الخدمة المضبوطة بالعمل أو الزمان عوضا فان أعتقه صح وفي رجوع العبد اشكال ينشأ من أن اعتاقه لم يصادف للملك سوى الرقبة فلا يؤثر الا فيه كما لو أوصى لرجل

برقبته ولا آخر بخدمته فأعتق الاول ومن اقتضاه العتق زوال الملك عن الرقبة والمنفعة وقد حال بين العبد والمنفعة حيث لم تحصل المنفعة للعبد والراكب أولى من قابض اللجام على رأي (متن)

برقبته ولا آخر بخدمته فأعتق الاول ومن اقتضاه العتق زوال الملك عن الرقبة والمنفعة وقد حال بين العبد والمنفعة حيث لم تحصل المنفعة للعبد ﴿ قد جزم في التذكرة والتحرير بعدم رجوع العبد على السيد وفي (جامع المقاصد) انه الاصح لأن العتق لم يصادف في ملك السيد سوى الرقبة فلا يؤثر الا في ملكها فبزيه ومنافسه لم تلتف بالعتق لانه اعتقه بعد ان ملك منفعته للغير فلم يرجع بشي ومثله ما لو أوصى مالك العبد لشخص برقبة العبد ولا آخر بخدمته فاعتقه الموصى له بالرقبة فانه لا يرجع على تركة الموصي بعوض الخدمة قطعا لمثل ما ذكر ومثل ما لو أعتق مقطوع اليدين والامة المزوجة بحرفاتها لا يرجعان عليه بشي وقال الشافعي يرجع على سيده مستندا الى ما ذكره المصنف (وفيه) ان اقتضاه زوال العتق الملك عن المنفعة انما يكون لو كانت المنفعة مملوكة أما اذا كانت مملوكة للغير فلا اذا اعتاقه لا يقضي زوال ما ليس بوجوده وضبط الخدمة بالعمل كناية بين معين وبالزمان كناية مثلا - ﴿ قوله ﴾ والراكب أولى من قابض اللجام على رأي ﴿ موافق للبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والايضاح واللمعة وقد حكم بذلك اكثر هو لا والمصنف في باب القضاء أيضاً من دون تردد لأن الراكب كما في البسوط اقواهما يداً وأكثرهما تصرفاً وفي (الخلاف والسرائر) انها بينهما نصفين وفي (البسوط) انه أحوط وفي (جامع المقاصد) انه اصح وفي (المسالك) أقوى وفي (الروضة) قوي وقال في (جامع المقاصد) لكن لا بد أن يخلف كل منهما لصاحبه ولا ترجيح في الدروس وفي (غاية المراد) لا شك أن كلا منهما مدع بتفسيرات المدعي ومنكر أيضاً ولكل يد الا أن يد الراكب تضاف الى تصرفه فان ثبت ان التصرف له مدخل في الرجحان رجح به وأما الترجيح بقوة اليد فلا أثر له لأن قوة سلطان اليد لم تؤثر في نوب يده أحد المدعين اكثره وتبعه المحقق الثاني والشهيد الثاني (قلت) قد استدلوا في السقف لكونه للأعلى بأن تصرفه فيه أغلب من تصرف صاحب السفلى ذكر ذلك في المسالك وأوضح من ذلك كلامهم في الفرفة كما ستسمعه قريباً على انه (قديقال) ان كون قبض اللجام تصرفاً مع الركوب غير معلوم وكثير ما يقبض أحد لجام دابة ركبها صاحبها والعكس قليل ولعل هذا هو الفارق بينها وبين الثوب المذكور كما يأتي على أنه قال في (جامع المقاصد) في السقف ان الأعلى متصرف دون الأسفل ولا ريب أن صاحب الأسفل لشدة احتياجه الى السقف أكثر تصرفاً من قابض اللجام فيما نحن فيه ولا سيما اذا انضم الى ذلك بعض القرائن كالسرج المناسب للراكب ونحوه ولا يدفعه ما قاله في الدروس من انه لا عبرة هنا بكون الراكب غير معتاد قبة الدواب والمتشبه معتاداً ان سلناه له والا فالمانع منه مع ترجيحهم في أمثال هذه المقامات بالعرف والعادات بل يمكن اعتبار مثل كون هذه الدابة يعلم عادة كونها للراكب لا للقابض وبالعكس وذلك كله مع عدم ظهور تقدم تصرف من أحدهما وفي (جامع المقاصد والمسالك والروضة) أن اللجام لمن هو في يده والسرج لراكبه (وفيه) أن الحكم غير واضح لانه يبعد أن تكون الدابة لرجل اللجام لا آخر وخصوصاً اذا كان القبوض حبلاً مشدوداً على رأس اللجام وكذلك الحال في السرج والرحل فأمل وتام الكلام في باب القضاء ﴿ قوله ﴾

وذو الحمل على الدابة أولى من غيره ويتساويان في الثوب في أيديهما وان كان في يد أحدهما أكثره وفي العبد وان كان لاحدهما عليه ثياب والأسفل أولى من مدعي الغرفة بسبب فتح الباب اليه ومع التصرف اشكال (متن)

﴿ وذو الحمل على الدابة أولى من غيره ﴾ بلا خلاف كما في المبسوط وبهذه العبارة ومثلها من دون تعرض لكون الآخر قابضاً لزمانها ولا لكونه غير قابض صرح في الباب وباب القضاء المحقق والمصنف والشيبان والكركي وغيرهم وستسمع ما في الروضة لان وضع الحمل على الدابة يستدعي كمال الاستيلاء فيترجح صاحبه ولعل المراد أن لكل واحد منهما مع ذلك يدا بأن كانا قابضين بزمامه ونحو ذلك ليحصل الترجيح وبذلك قيد في الروضة عبارة اللمعة أو يكون المراد أن لاحدهما حملاً ولا يد للآخر وهذا يناسب في الخلاف عنه في المبسوط والمناسب من جهة المعادلة للمستئلة الأولى أن يكون المراد أن أحدهما قابض بزمامه والآخر عليه حمل وهو الظاهر من الدروس لانه يظهر منه المساواة في الحكم في باب القضاء بينه وبين راكب الدابة مع القابض بالجمام ولايس الثوب مع ما سكه وهذا الاحتمال هو الذي فهمه في جامع المقاصد من العبارة وجزم به وقال ان كلام الدروس ليس بشي ولعل وجهه ان الركوب أسهل تعلقاً من الحمل وأنت خبير بأن هذا التفاوت اليسير ان كان لا يجدي في الترجيح فيجبي فيه الخلاف كما بيناه في باب القضاء وفي قضاء الكتاب ان الراكب أولى بالحمل من صاحب الدابة ولم يتضح وجهه ولم نجد فيه نصاً لاحد من أصحابنا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويتساويان في الثوب في أيديهما وان كان في يد أحدهما أكثره ﴾ بان كان في يد أحدهما تسعة أعشار وفي يد الآخر عشر فانه يجعل بينهما نصفين بلا خلاف كما في المبسوط والبتة كافي الدروس ويصرح في الشرائع والتذكرة والتحرير واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة وغيرها لاشتراكهما في اليد ولا ترجيح لقوتها والتصرف هنا وان اختلف كثرة وقلة لكنه من واد واحد بخلاف الركوب وقبض اللجام قيل نعم لو كان ممسكاً والآخر لايساً فكستلة الراكب والقابض لزيادة تصرف اللابس على اليد المشتركة وربما قيل بتقديم الملابس لان الظاهر انه لم يتمكن من لبسه الا وهو غالب مستقل باليد وهو قوي جداً وفي (التذكرة) ان كل ذلك مع عدم اليقنة واليمين ﴿ قوله ﴾ ﴿ وفي العبد وان كان لاحدهما عليه ثياب ﴾ بلا خلاف كما في المبسوط وبه صرح في الشرائع والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك وقضاء الكتاب وكشف اللثام لانه قد يلبس الثياب بغير اذن وبمجرد القول أو عارية ولان فجع الثياب يعود الى العبد لا الى صاحبه بخلاف الحمل على الجمل فان صاحبه المتنع به ولان الحمل لا يجوز ان يحمله على الجمل الا بحق ويجوز ان يجبر العبد على لبس قبض غير مالكة اذا كان عرباناً وبذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ والأسفل أولى من مدعي الغرفة بسبب فتح الباب اليه ومع التصرف اشكال ﴾ أطلق الحكم بأنها للأسفل في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس واللمعة من دون تعرض لما اذا كان من اليه الباب متصرفاً أو غير متصرف بل في المبسوط وفي الخلاف عن الحكم بها لمن هي في داره وانه لا اعتبار بالجوار ووجهه بأنه كذا موضوعة في ملكه وهو هواه لانه ملكه لانه تابع للقرار وبمجرد فتح الباب الى الغير لا يفيد اليد والمصنف استشكل فيما اذا كان من اليه الباب متصرفاً فيها بسكنى وغيرها لان يده عليها بالذات لاقتضاء التصرف له ويد مالك الهواء بالتبعية والذاتية أقوى والتبعية

إذا صالح أجنبي عن المنكر صح فإن كان عن دين باذنه كان توكيلا والا تبرعا في القضاء
وان كان عن عين باذنه فكلاول وبغير اذنه اقتداء للمنكر وإبراء من الدعوى ويرجع بما
أدى ان صالح باذنه ولو صالح الاجنبي المدعي لنفسه لتكون المطالبة له صح دينا كانت
الدعوى أو عينا (متن)

لضعفها انما ثبت مع عدم ثبوت أخرى وتصرف بالفعل وفي (المالك والروضة) انه أقوى وفي (جامع
المقاصد) انه لا يخلو عن قوة ومن ثبوت اليد من الجانبين في الجملة وعدم تأثير قوة اليد ﴿ قوله ﴾
﴿ إذا صالح أجنبي عن المنكر صح فإن كان عن دين باذنه كان توكيلا والا تبرعا في القضاء وان
كان عن عين باذنه فكلاول وبغير اذنه اقتداء للمنكر وإبراء من الدعوى ويرجع بما أدى ان صالح
باذنه ﴾ قصد بكلامه الاخير التعريض بكلام الشيخ في المبسوط حيث قال انه يرجع ان أدى المال
بالاذن سواء صالح باذنه أم لا (وفيه) انه اذا صالح بغير اذن صار المال في ذمة المصالح وبرأ من عليه
الحق فكيف يرجع عليه بشي اذا أدى باذنه وقال في (الدروس) الا ان تقول ان الصلح موقوف على
رضى المدعي عليه والاقرب انه ان صالح ليو دي هو فلا عبرة بالاذن وكذا لو صالح مطلقا على احتمال
وان صالح ليو دي المدعي عليه توقف على اجازته واستشكل في التحرير وكذا لا يرجع عليه ان كان
اذن له في الصلح ولم يأذن له في وزن المال ودفعه فندفع لأن الاذن في الصلح ليس اذنا في دفع المال
والاقتداء للمنكر والابراء له من الدعوى بمعنى لان اقتدائه بالصلح من الخصومة ابراء له من الدعوى
﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو صالح الاجنبي المدعي لنفسه لتكون المطالبة له صح دينا كانت الدعوى
أو عينا ﴾ ولا فرق بين اعتراف المدعي عليه بالحق قبل الصلح أولا ولا بين ان يكون الاجنبي المصالح
عالما بثبوت الحق في ذمة المدعي عليه أولا كما هو قضية اطلاق المبسوط والدروس وخالف في الاخير
في التذكرة والتحرير قال في الاخير فان لم يعترف أي الاجنبي بصحة دعواه فالوجه عدم الجواز وصرح
في التذكرة بان جواز الدعوى من المصالح مشروطة بعلم صدق مدعي المصالح فان لم يعلم لم يجز له دعوى
شي لا يعلم ثبوته وقال عليه في (جامع المقاصد) وقائل ان يقول اشتراط الدعوى بعلم الاستحقاق غير
واضح فان الوارث يدعي بخط مورثه والوكيل يدعي عن موكله وقد لا يعلمان الاستحقاق وكذا الموكل
قد يدعي بخط وكيله ونحو ذلك فيدعي عليه ان مال زيد عنده صار مستحقا له بالصلح ويطلب منه
اليمين مع الانكار وعدم اليقينة ولا يضر عدم امكان الرد أو القضاء بالتكول كما في الوارث والقيم على
الطفل وكذا لقائل (ان يقول) لم لا يجوز الصلح على استحقاق الدعوى فان ذلك حق ويجوز الصلح
على كل حق لكن يرد عليه انه لو ثبت الحق امتنع أخذه لعدم جريان الصلح عليه (وبحسب) بان الصلح
لو جرى على أصل الاستحقاق فان ثبت الحق أخذه والا كان له استحقاق الدعوى وطلب اليمين
وبالجملة فيقوم مقام المدعي ولا بعد في ذلك ويعترف في الصلح مالا يعترف في غيره انتهى (قلت) وبِحسب
بان القائل بانه لا بد من الجزم في الدعوى لا يستثنى منها الا ما اذا كانت له بينة عادلة أو أقر المدعي
عليه ثم انكر فانه حينئذ تصح له الدعوى من دون الجزم لان كان هذا عليين شرعيين أرسى الشارع
قواعد شرعه عليهما واستثنى جماعة السماع في القتل والسرقة فجوزوها بلفظ الظن وتقول بانه لا يجوز
لوارث والوكيل والمدعي الا اذا علموا والا فهو ككذب وتدابيس من دون ضرورة ولا تورية

ولو خرجت أغصان الجار اليه فله قطعها من حد ملكه ان لم يمكن العطف وان لم يأذن الحاكم (متن)

ودليل المنع هو لزوم القضاء بالنكول واليمين فلا بد من العلم ليأخذ ويستحلف نعم لو قيل أن يدعي عن موكله كأن يقول ان موكلي يقول ان له عند فلان كذا ولا نسلم انه يصح على استحقاق الدعوى لانه يحتمل صدقها وكذبها ولا يجوز الصلح على ما يحتمل انه خمر بل على ما يظن انه خمر وهنا كذلك والكبرى ممنوعة بل تقول ان كل حق معلوم يصح الصلح عليه ومنه يتطرق المنع الى الصغرى كأن تقول الدعوى ان كانت صدقا كانت حقا وقضية كلامه أنه يصح الصلح على الانكار وليس كذلك بل وقد تقدم لنا عند شرح قوله وما يتصلحان به وعليه ويشترط فيهما التملك ماله نفع تام في المقام وأما اذا كان المدعى عليه مقرا فلا خلاف في صحة صلح الاجنبي لنفسه على كل حال فان تمكن من انتزاع ما صالح عليه فلا بحث وان لم يتمكن ففي (المبسوط) ان كانت عينا والغريم معترف وعجز عن انتزاعها فخير بين فسخ الصلح والاقامة وحكاه عنه في التحرير ساكتا عليه وأطلق في الدروس ان له الفسخ من دون فرق بين العين والدين واحتمل في جامع المقاصد عدم ثبوت الفسخ في واحد من العوضين لان الصلح عقد مستقل بنفسه وليس مبنيا على المكايسة والمغاباة ولهذا يصح مع الجهالة وعلى مالا يعد مالا فيجب التمسك بعموم أوفوا بالعقود الا أن يدل دليل على خلافه وهو الاشبه **قوله** ﴿ ولو خرجت أغصان الجار اليه فله قطعها من حد ملكه ان لم يمكن العطف وان لم يأذن الحاكم ﴾ يريد أن له قطعها ولا يتوقف جواز ذلك على مطالبة المالك وامتناعه كما هو خيرة التحرير والارشاد وجامع المقاصد ومجمع البرهان ونفى عنه البعد في الكفاية وكأنه ميل اليه في المسالك لان ازالة العدوان عليه أمر ثابت له وتوقفه على اذن الغير ضرر ولو توقف على اذن المالك كان اذا امتنع يتوقف على اذن الحاكم اذ لا يسوغ له التصرف في مال الغير بغير اذنه أو اذن من يقوم مقامه مع التمكن فكان كاخراج دابة الغير عن ملكه لا يتوقف على اذن مالك ولا حاكم مع ان الدابة يحتمل تلفها مضافا الى أن الاصل عدم وجوب ابقاء مال الغير في ملكه بلا سبب شرعي والاصل براءة الذمة من وجوب مراجعة المالك ولزوم التصرف في مال الغير بغير ضرورة يعارضه ان للمالك التصرف في ملكه كيف شاء وان حصل الضرر على الجار وقد (قال عليه السلام) ليس لعرق ظالم حق فلا فرق حينئذ بين ما اذا أمكن اعلام المالك بسهولة أم لا ولا بين كون الموضوع مشتركا بينهما أم لا وقضية كلام المبسوط والشرائع والتذكرة والدروس والحواشي والمسالك والكفاية انه يتوقف جواز الازالة على مطالبة المالك وامتناعه بل هو صريح بعضها ان لم يكن صريح الجميع وقد ذكروا مثل ذلك في باب الدييات لما تقدم وفيه ما عرفت وهل يجب على الجار الازالة لو طالبه ذوا الهوا بها أم لا (الاول) صريح المبسوط والتحرير وجامع المقاصد والمسالك والكفاية وهو ظاهر الشرائع فيجبر مع الامتناع ولا دليل لهم يعول عليه الا الاستئناس له بما اذا مال حائطه الى الشارع أو ملك الغير فاتهم أوجبوا عليه الازالة مع التمكن وقالوا ان لم يفعل ضمن ولم يشترطوا في ذلك المطالبة الا الشيخ فانه اشترط في الضمان المطالبة والشهادة ولعله لاحتمال الغفلة بدونهما مع الاصل والظاهر وجود الفرق ولذلك يوجبون عليه هدمه وان لم يطالبه أحد ولم يختلفوا هناك في وجوب الازالة واختلفوا هنا فليأمل (والثاني) خيرة التذكرة حيث قال لا يجبر لانه من غير فعله وهو يدل على عدم الوجوب ويشهد له الاصل والمسئلة سيالة وهي هل يجب على الانسان تفرغ أرض

فإن صالحه على الإبقاء على الجدار صح مع تقدير الزيادة أو انتهاؤها والمدة وكذا على الإبقاء في الهواء على الأقوى وكذا البحث في المروق الممتدة والحائط المائل إلى هواء غيره والخشبة الواقعة على ملك غيره ويصح الصلح عن المجهول ديناً كان أو عيناً إذا لم يمكن معرفته كما لو طحن قفيز حنطة وشعير ممتزجين ولو علم أحدهما لم يصح إلا أن يعلم صاحبه ويصح الصلح عن كل ما يصح أخذ العوض عنه وإن لم يجز بيعه كدم العمدة وسكنى الدار (متن)

الغير من ماله إذا لم يكن ذلك بفعله أولاً يجب عليه ولا يخاطب به وإنما يكون الحكم متعلقاً بصاحب الأرض كما مرّ ولعلنا نجزم بأنه يجب عليه إخراج الدابة التي يجب حفظها وأما أنه لا يتوقف على إذن الحاكم فقد صرح به في المبسوط والشرائع والتذكرة وغيرها ووجهه بمد معرفة ما تقدم ظاهر وهل يضمن المالك أجره هواء الغير لومضت مدة طويلة ففي جامع المقاصد أنه لا شبهة في الضمان مع تفریطه ولو قطع مع إمكان العطف ضمن بلا خلاف أجده (وقال الشهيد) أن ليس له إيقاد النار لتحترق ولعله لأنه يجب عليه ملاحظة الأسهل وما لا ضرر فيه ثم الضرر اليسير فلهما أمكن العطف لا يقطع وإذا لم يمكن يقطع ولا توقد النار نحمته لأنه أشد ضرراً وخروج أغصان شجرة الجار إليه إما أن يكون إلى داره المختصة به أو المشتركة بينهما أو إلى جداره كذلك أو إلى هوائه كذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ فإن صالحه على الإبقاء على الجدار صح مع تقدير الزيادة أو انتهاؤها والمدة ﴾ كما في الشرائع والتذكرة والتحريير والدروس وغيرها وقد يظهر من التذكرة أن لا يخالف فيه من الخاصة والعامة وفي (المبسوط) جوازه على إبقائه على الجدار إذا كان العنصر يابساً وقال إن كان رطباً يزيد فالصلح باطل لأنه مجهول فإنه يزيد في كل حال ولا يعرف قدره والجماعة قالوا إن زيادته وانتهاؤها متفرقان بظن أهل الخبرة فلا جهالة (وقد يقال) إن الجهالة في الماوض عنه لا تمنع الصحة لكونها لا تمنع التسليم بخلاف العوض والحاجة تدعو إلى الصلح لكثرتهم في الأملاك المتقاربة وفي القطع اتلاف وضرر (وكيف كان) فهو فرض زيادة، أحكم بانتهاه على خلاف المادة كان حكم الزائد حكم الأصل لما تمدى إلى المالك قبل الصلح ويمكن أن يعنى عن هذه الزيادة المتجددة كالولاد والحادثه المستأجر للفرقة والسمن الحادث لمستأجر الدابة وقالوا لا بد مع ذلك من تقدير مدة الإبقاء فلا يجوز مؤبداً (قلت) لأنه هنا يفيد فائدة الإجارة وكأنه في المسالك متأمل في ذلك حيث قال على ما ذكره الجماعة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا على الإبقاء في الهواء على الأقوى ﴾ كما هو خيرة الدروس والمحاشي وجامع المقاصد والمسالك وجمع البرهان وظاهر التذكرة الإجماع عليه حيث قال عندنا خلافاً للشافعية وفي (الشرائع) لا يصح على تردد وقال في (المبسوط) إذا لم يكن العنصر معتمداً على بناء صاحب الدار لم يجز لأنه يبيع الهواء منفرداً بناءً على أصله السابق من عدم جواز أفراد الهواء بالصلح تبعاً للبيع وهذا هو الفارق بين الصلح على إبقائه في الهواء وعلى الجدار ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا البحث في المروق الممتدة والحائط المائل إلى هواء غيره والخشبة الواقعة على ملك غيره ﴾ الوجه في ذلك كله يعرف مما مر ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويصح الصلح عن المجهول ديناً كان أو عيناً إذا لم يمكن معرفته كما لو طحن قفيز حنطة وشعير ممتزجين ولو علم أحدهما لم يصح إلا أن يعلم صاحبه ويصح الصلح عن كل ما يصح أخذ العوض عنه وإن لم يجز بيعه كدم العمدة وسكنى الدار ﴾

ولو صالح عن القصاص بعبد فظهر مستحقاً أو حراً فالأقرب الرجوع إلى القصاص ولو صالح
عن القصاص بحراً يعلمان حرته أو بعبد يعلمان الاستحقاق ففي بطلان استحقاق القصاص
ووجوب الانتقال إلى الدية نظر ولا يصح الصلح على ما لا يجوز أخذ العوض عنه كالصلح
مع امرأة لتقر له بالزوجة أو مع شاهد ليمتنع من إقامة الشهادة أو عن حد القذف (متن)

قد تقدم الكلام في هذه المسائل كلها مسبقاً في أول الباب ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو صالح عن القصاص
بعبد فظهر مستحقاً أو حراً فالأقرب الرجوع إلى القصاص ﴾ كما في الدروس وجامع المقاصد وهو الأصح
لأنه عقد باطل فلا يترتب عليه سقوط القصاص لأن سقوطه حينئذ أثر العقد الصحيح والباطل لا يترتب
عليه أثره وفي (التذكرة) أنه ينتقل إلى القيمة ولعله يريد إلى قيمة العبد لو ظهر مستحقاً وقيمة الحر لو كان
عبدًا لتضمن الصلح إسقاط القصاص على مال فلا يعود القصاص بتعذره بل ينتقل إلى قيمته وعن خط
المصنف وأبي حنيفة أنه إن ظهر العبد مستحقاً انتقل إلى قيمة العبد وإن ظهر حراً رجع إلى الدية
واحتمل الرجوع إلى الدية فيهما لأن المقدر بالتراضي قد فترجع إلى المقدر الشرعي ﴿ قوله ﴾ ﴿
﴿ ولو صالح عن القصاص بحراً يعلمان حرته أو بعبد يعلمان الاستحقاق ففي بطلان استحقاق القصاص
ووجوب الانتقال إلى الدية نظر ﴾ وكذلك الإيضاح لا يرجع فيه وفي (التذكرة والحواشي) أن الأقرب
بقاء القصاص وفي (الدروس وجامع المقاصد) أنه الأصح لأن الصلح باطل فلا يترتب عليه أثره
وجزم في التحرير بالانتقال إلى الدية لتضمنه الرضا بإسقاط القصاص على عوض فاذا فات انتقال إلى
المقدر الشرعي دون القيمة لعدم إرادتها لعلها بامتناع كون المذكور عوضاً فكيف تراد قيمته واحتمل
في جامع المقاصد السقوط لا إلى بدل لأن التراضي على ما يمتنع كونه عوضاً بمنزلة التراضي على السقوط
بغير عوض فيكون إبرازها ضعيفاً لأن الباطل لا يؤثر ما تضمنه من الرضا وإرادة المجاز غير معلومة هذا
وفي (الإيضاح) أنه إن وقع الاتفاق على أنه لو وكل في الصلح بفخر فصالح الوكيل سقط القصاص مجازاً
ويأتي لهم في باب الوكالة أنه لو قال له صلح عن الدم الذي استحقه بفخر ففعل حصل العفو وقد صرح
بذلك جماعة ووجهه بأنه يصح التوكيل في العقد الفاسد مع أنهم قدموه وقد أسبقنا الكلام في ذلك
في باب الوكالة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يصح الصلح على ما لا يجوز أخذ العوض عنه كالصلح مع امرأة
لتقر له بالزوجة أو مع شاهد ليمتنع من إقامة الشهادة ﴾ كما في التذكرة والتحرير والدروس لأنه من باب
تحريم الحلال وتحليل الحرام أما الزوجة فإن كانت زوجته في الواقع لم يجوز لها أخذ العوض على ذلك فلا
يصح الصلح والأقرب كانت محرمة عليه فالامر ظاهر والا فإن أرادت بذل نفسها لا يصح بغير عقد
النكاح ومثله ما لو صالحته ليقربها بالزوجة ولو صالحته عن دعوى الزوجة فكيف عنها في (التذكرة) أن
الأقرب الجوار وأما الشاهد فلأن المشهود به إن كان حقاً لا دمي كالدين أو لله سبحانه وتعالى كالزكاة
والشاهد يعرف ذلك لم يجوز له أخذ العوض على تركه كما لا يجوز أخذ العوض على ترك الصلاة وإن كان
كذباً لم يجوز له أخذ العوض أيضاً على تركه كما لا يجوز له أخذ العوض على ترك شرب الخمر وكذلك
لو صالحه ليشهد له وما لو صالحه على أن لا يشهد عليه زوراً لأن ترك ذلك واجب عليه كما لا يجوز أن يصلح
على أن لا يقتله ولا ينصبه ماله ﴿ قوله ﴾ ﴿ أو عن حد القذف ﴾ أي لا يصح الصلح مكافئاً للتحرير والتذكرة
وجامع المقاصد لأنه ليس من الحقوق المالية ولا من توابعها وإنما شرع لتثريه العوض فلا يجوز أن

لو تداعيا جدارا بين ملكيهما فهو في ايديهما فيحكم لذي البينة فان فقدت فلمن اتصل به بناؤه مع اليمين أو لمن جذعه عليه على رأي أو بناؤه أو عقده أو قبته أو سترته ولو كان متصلا بهما أو محلولا عنهما ولا طرح لاحدهما ولا غيره فن حلف فهو (متن)

يعاوض عن عرضه وفي (جامع المقاصد) انه لو صالح عنه لم يسقط الحد لان الباطل لا اثر له قال وهو مقرب التذكرة والموجود فيما عندنا من نسخها ان الاقرب سقوط الحد ولعله لانه في حكم العفو فتأمل

﴿ قوله ﴾ ﴿ لو تداعيا جدارا بين ملكيهما فهو في ايديهما فيحكم لذي البينة ﴾ اذا تداعيا جدارا مطلقا بمعنى انه غير مقيد بوجه بوجه كونه لاحدهما شرعا كاتصاله بينا أحدهما وما في حكمه مما سيأتي فهو في ايديهما مستوية نسبتة اليهما يحكم به لذي البينة منهما فان فقدت فن حلف عليه مع تكول صاحبه فهو له فان حلفا أو تكلا قضينا به بينهما كما صرح بذلك كله في المبسوط وأكثر ما تأخر عنه وهو واضح ويبقى الكلام في الجدار في عبارة الكتاب فان كان المراد به المنفصل المحلول عنهما فكان الأولى ان تذكر معه تمام احكامه ولا معنى لتذكره بعد ذلك بقوله او محلولا عنهما وكذلك ان اراد به المتصل بهما معاً وان اراد به المنفصل عنهما والمتصل بأحدهما خاصة كما يشهد به قوله فان فقدت فلمن اتصل به بناؤه فلا معنى لقوله فهو في ايديهما لان اليد في الاخير للمتصل به بناؤه خاصة ويقضي هذا ايضا ان الحكم لبينته مع انه داخل والمشهور ان البينة انما تعتبر من الخارج وان اراد جميع هذه الصور ورد عليه جميع ما ذكرنا ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان فقدت فلمن اتصل به بناؤه مع اليمين ﴾ كما طفتحت به عباراتهم والمراد بالاتصال ان يكون اتصال توصيف وهو تداخل الاحجار ونحوها على وجه يبعد كونه محدثا بعد ذلك كما صرح به جماعة والوجه فيه وفي الحكم واضح ﴿ قوله ﴾ ﴿ أو لمن جذعه عليه على رأي ﴾ يخالف للخلاف والمبسوط حيث حكم فيهما بأنه لا يحكم بالخائض من الجذوع له بل يكون بينهما نصفين موافق للسرائر والشرايع والتذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة لان وضع الجذع يفيد اليد للواضع فيبقى الآخر خاليا فأشبه الحمل على الدابة والزرع في الارض (وحاصل) بما استدلل به في الخلاف والمبسوط ما ذكره في الدروس من أن في كون الجدار سورا للدارين دلالة ظاهره على أنه في ايديهما ووضع الجذع اختصاص بمزيد انتفاع كاختصاص أحد الساكنين بزيادة الامتعة وفيه ما عرفت ولا فرق بين الجذع الواحد وما زاد عليه عند عامة أهل العلم في الدلالة على الاختصاص والمنع كما في التذكرة وفرق الكوفي بين الجذع والجذعين وظن في الايضاح أن الرأي اشارة الى قول الشيخ في المبسوط بأن القول بالقرعة في هذه المسائل قوي قال في (جامع المقاصد) وليس بجيد لان من جملة المسائل التي قال الشيخ فيها بالقرعة ما اذا اتصل به بناؤه أو عقده أو قبته والمصنف جعل الرأي في الجذع فقط بحيث قدمه على البواقي لا يكون اشارة الى قول الشيخ هذا (قلت) الشيخ في المبسوط والخلاف لم يتعرض في مسألة الجذع للقرعة أصلا فاف في الايضاح وجامع المقاصد عنه غير صحيح ﴿ قوله ﴾ ﴿ أو بناؤه أو عقده أو قبته أو سترته ﴾ أي يحكم بان كان له عليه بناء أو عقد أو قبته مع اليمين لصيرورته بجميع ذلك ذائد فعليه اليمين مع قد البينة ولو كان لاحدهما واحدة من المرجحات ومع الآخر الباقية تساويا اذ لا أثر لزيادة اليد

﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو كان متصلا بهما أو محلولا عنهما ولا طرح لاحدهما ولا غيره فن حلف فهو

له مع نكول صاحبه فان حلفا أو نكلا قضي لهما به ولا ترجيح بالدواخل كالطائقات والمحارِب
ولا بالخوارج كالصور والكتابات ولا بالرواين والشبايك وفي رواية يرجع في الخِص
بمعاقد قطه (متن)

له مع نكول صاحبه فان حلفا أو نكلا قضي لهما به ﴿ كما صرحت بذلك عباراتهم وقد تقدم ﴾ قوله ﴿
﴿ ولا ترجيح بالدواخل كالطائقات والمحارِب ولا بالخوارج كالصور والكتابات ولا بالرواين والشبايك ﴾
كما صرحوا به بدون خلاف اصلا لا مكان احدائها من جهة واضعها من غير شعور الآخر والمراد
بالخوارج ما خرج عن وجه الحائط من نقش بالحص والآجرا وتند اورف او نحو ذلك ﴾ قوله ﴿
﴿ وفي رواية يرجع في الخِص بمعاقد قطه ﴾ هو ما رواه المشايخ الثلاثة عن منصور بن حازم صحيحا عن
أبي عبد الله عليه السلام قال سأله عن خص بين دارين فذكر أن عليا عليه السلام قضي به لصاحب
الدار التي من قبله بمعاقد القمط وبدل الخِص بالخطيرة في الكافي والفتية وفي (التهذيب والكافي) مكان
فذكر لفظ فزعم وما رواه في الفتية عن عمر بن شمر عن جابر عن ابي جعفر عليه السلام عن علي عليه
السلام انه قضي في رجلين اختصا في خص فقال ان الخِص للذي اليه القمط ويدل عليه ايضا رواية
عامية صريحة بذلك مروية في الخلاف والغنية والتذكرة بل في الأول ان الخبر يجمع عليه لا يدفعه احد
سعدنا لكن الشهرة تجمعه وتغير الخبر الثاني فقد حكى عليه الشهرة الشيدان في الدروس في موضعين
والمسالك والروضة والمقداد والمحقق الثاني في تعليق النافع والمقدس الاردبيلي بل ظاهر التذكرة والمسالك
ايضا الاجماع عليه وهو صريح الغنية والسرائر وفي (المبسوط) نسبه الى رواية اصحابنا والمخالف والمتأمل
الشيخ في المبسوط والمحقق في قضاء النافع وغير الاسلام والصيمري وابو العباس في المذهب البارِع
والمقتصر وقد نسب الاخير فيهما الخلاف الى المتأخرين كافة وهو غريب لان اساطينهم كأبن ادريس
والمحقق في الشرح والمصنف والشهد من تقدم عليه عاملون بالخبرين نعم لا ترجيح في التقيح وقد
سمعت حكاية الشهرة في ستة كتب (وكيف كان) فلا وجه المناقشة في الخبرين من جهة السند ولا
الدلالة حيث قيل في قضاء النافع وغيره ان في عمر ضعفا وانها قضية في واقعة فلا يتمدى الى غيرها
(وفيه) ان الصحيح تضمن السؤال ويعد ان يكون ما اشتمل عليه من قضايا الاعيان الا ان يدعى انه
عليه السلام عرفها واجرى الحكم بمقتضى ما علم لكن ظاهر السؤال لمولانا الصادق عليه السلام وجوابه
بعده بنقل قضاء امير المؤمنين عليه السلام في الواقعة يقضيان بالعموم لكل واقعة والا لكان السؤال
مسكوتا عن جوابه وفيه تأخير للبيان عن وقت الحاجة نعم لا ريب انها مخالفان لاصول المذهب ويمكن
تخصيصها بها لمكان التكافؤ وقد يعمل بها فيما اذا اقتضت العادة كون وقوع وجه القمط الى جانب
قرينة على ملكية الخِص لكن النص والفتوى مطلقان وقد يوافقان الاعتبار والصحيح من الانظار بأن
الظاهر ان من كانت اليه المعاقد وقف في ملكه وعقد نعم قد تقول بتخصيص الحكم بمورد الرواية من
الخِص دون غيره وان حصلت فيه نحو معاقد القمط وشهدت العادة بكون ذلك قرينة على الملكية اذ
أقصى ذلك الظهور ولا يخصص به الاصول بل ترجح هي عليه حيث لا يقوم على ذلك دليل كما قام
فيما نحن فيه أعني الخِص وقال في النهاية قالوا القمط هو الجبل والخص الطن الذي يكون في السواد

ولو شهدت البينة لاحدهما بالملك صار صاحب يد في الاس وبمحكم لصاحب السفلى بمجدران البيت مع اليمين ولصاحب العلو بمجدران الغرفة أما السقف فان لم يمكن احداً به بعد بناء العلو كالازج الذي لا يمكن عقده على وسط الجدار بعد امتداده فهو لصاحب السفلى لا اتصاله بينائه على الترصيف وان كان بحيث يمكن احداً به كجذع يتقب له في وسط الجدار ويجعل البيت يتين فهما مشتركان فيه فيحتمل التسوية لانه ارض لصاحب العلو وسماه لصاحب السفلى واختصاص الاول والثاني (متن)

بين الدور ويستفاد من التقية أيضاً أن الحص هو الحائط من القصب بين الدارين وهو الاوفق بالنص والفتوى وفي (النهاية الاثرية) نقلاً عن الهروي ويجمع البحرين ان الحص البيت الذي يعمل من القصب وهو الموافق للعرف وقد نص انه بالنضم والقمط بالكسر ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو شهدت البينة لاحدهما بالملك صار صاحب يد في الاس ﴾ كما في الدرر والمراد بالاس مكان الاساس كما في الحواشي وجامع المقاصد ومعناه انهما اذا اختلفا في الاس والجدار فاقام احدهما بيته في الجدار (بالجدار خ ل) فهو ذو يد في الاس وكذا الشجرة مع المغرس لان كون الجدار حائلاً بين المالكين اشارة على اشتراك اليد ولا دلالة على اشتراك اليد في الاس والمغرس فاذا ثبت الجدار لاحدهما اختصت يده وان كان المراد به اي الاس الاساس المستمر من الحائط كان داخلاً في شهادة البينة بكون الجدار له كما في المبسوط وجامع المقاصد فلا معنى لحصول اليد فيه بالبينة وقال الشهيد يمكن ذلك بان تشهد البينة بملك ما ظهر لاما استتر انتهى فتدبر ﴿ قوله ﴾ ﴿ وبمحكم لصاحب السفلى بمجدران البيت مع اليمين ولصاحب العلو بمجدران الغرفة ﴾ كما في المبسوط والشرايع والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك والروضة ويجمع البرهان وفي (المسالك) انه المشهور وفي (الروضة) انه الاشهر لان جدران البيت جزوه وجدران الغرفة جزوها فيحكم بهما لصاحب الجملة وان الظاهر ان وضع اليد على البيت وضع على جدرانه وكذلك الغرفة وعن ابي علي ان جدران البيت بينهما لان حاجتها اليه واحدة بخلاف جدران الغرفة اذ لا تعلق لصاحب البيت بها الا كونه موضوعاً على ملكه وفي (المختلف) لابس به وفي (المسالك) انه قول جيد والاول اجود واستشكل في التذكرة ولعله ليس في محله وكذلك الحال في سقف الغرفة فيحكم به لصاحبها كما في التحرير واللمعة والروضة ﴿ قوله ﴾ ﴿ أما السقف فان لم يمكن احداً به بعد بناء العلو كالازج الذي لا يمكن عقده على وسط الجدار بعد امتداده فهو لصاحب السفلى لا اتصاله بينائه على الترصيف ﴾ كما في التذكرة والدرر وجامع المقاصد والمسالك والروضة وظاهر الاخيرين انه ليس محل خلاف لان الازج بناء يعقد فوق الجدران بالحص والآجر ولا رب ان هذا النوع من البناء انما يفعل قبل امتداد الجدار في العلو لانه لا بد من اخراج بعض الاجزاء ونحوه عن سمة وجه الجدار عن قرب محل العقد ليكون حاملاً للعقد فيحصل الترصيف بين السقف والجدران وهو دخول آلات البناء من كل منهما في الآخر وذلك دليل على انه لصاحب الأسفل فان اتصاله بينائه اقتضى كون يده ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان كان بحيث يمكن احداً به كجذع يتقب له في وسط الجدار ويجعل البيت يتين فهما مشتركان فيه فيحتمل التسوية لانه ارض لصاحب العلو وسماه لصاحب السفلى واختصاص الاول والثاني ﴾ أي يحتمل

ولو تنازع صاحب البيوت السفلى وصاحب العليا في العرصة فإن كان المرقى في صدر الخان
تساويا في المسلك واختص الاسفل بالباقي (متن)

اختصاص الاول به وهو صاحب العلو ويحتمل اختصاص الثاني به وهو صاحب السفلى وتفريع الاحتمالات
الثلاثة على اشتراكها غير صحيح قطعا وكيف كان فالاحتمال الاول خيرة المبسوط وقواه في الدروس قال في
(المبسوط) ان لم يكن لاحدهما بينة حلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه فان حلفا كان بينهما نصفين
والاحوط أن يقرع بينهما فمن خرج سهمه حلف وحكم له به وقال في (الخلاف) يقرع بينهما فمن خرج
اسمه حلف لصاحبه وحكم له به وأن قلنا انه يقسم بينهما نصفين كان جائزا فقد قال ايضا فيه بالتسوية
وهو قضية القول بالقرعة كما هو خيرة اللمعة كما هو خيرة الخلاف في اول كلامه والمبسوط في آخره وقد
استحسنه في الشرائع (وقد استدلل عليه في الخلاف) باجماع الفرقة على أن كل مجهول فيه القرعة وهذا
من الامر المشتهر ويشكل بان مورد القرعة المجهول الذي لا يحتمل اشتراكه بين المتقارعين بل هو
حق لاحدهما مشتهر وهنا ليس كذلك لانه كما يجوز كونه لاحدهما يجوز كونه لهما معا لاستوائهما فيه
كما اعترف هو به في السكتابين (والحاصل) أن القول بالقرعة ينافي القسمة التي جوزها في السكتابين
ومعنى قولنا أن القول بالتسوية قضية القول بالقرعة انهما متساويان في اليد ولا ترجيح لاحدهما على
الآخر والا فهو قول آخر كما في الشرائع وغيرها والاحتمال الثاني وهو اختصاص صاحب العلو به خيرة
السرائر والارشاد والمختلف والحواشي وجامع المقاصد ومجم البرهان وهو المحكي عن ابي علي وفي (التذكرة)
لا بأس به وفي (الروضة) ليس يبعد لان الفرقة لا تتحقق بدون البيت يتحقق بدون السقف وهما
متصادقان على أن هنا غرفة فلا بد من تحققها ولان تصرفه فيه اغلب من تصرف الآخر والاحتمال
الثالث لم نجد قائلا به منا وانما هو لابي حنيفة قال لان السقف على ملك صاحب السفلى فكان القول
قوله في كماله تنازعا سرجا على دابة احدهما (وفيه) انه قياس مع الفارق لان السرج لا ينتفع به غير
صاحب الدابة ويده وحده عليه والسقف هنا ينتفعان به معا ووجهه في (الايضاح) بان الهواء تابع للسفل
لانه متوقف عليه ولم يرجح فيه شيئا من الاقوال الاربعة ووجهه في (جامع المقاصد) بشدة احتياجه اليه
وان الفرقة على البيت ولا تتحقق الا بعده والبيت لا يتم الا بالسقف وفيه أن أقصى ذلك انه الغالب
ولم يثبت ما يقضي باليد لصاحب السفلى وصاحب العلو مختص باليد والتصرف ﴿ قوله ﴾ ولو
تنازع صاحب البيوت السفلى وصاحب العليا في العرصة فإن كان المرقى في صدر الخان تساويا في المسلك
واختص الاسفل بالباقي ﴿ كما في الدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة ونحوه الشرائع والتحرير
والارشاد قال في (السرائر) ولو تداعيا الصحن قضى منه بما يسلك فيه الى العلو بينهما وما خرج عنه
لصاحب السفلى وهو معنى ما في السكتاب ووجهه أن صاحب العلو لما افتقر سلوكه اليه الى التصرف
من الصحن في قدر المر كان له عليه يد دون باقي الصحن وصاحب السفلى يشاركه في التصرف
وينفرد بالباقي فيكون قدر المسلك بينهما وقد خالف الشيخ في المبسوط والمصنف في التذكرة فذهب
الى أن السفلى بينهما نصفين قال في (المبسوط) أن كانت الدرجة التي يرتقى منها الى علو الخان في صدر
الصحن كان السفلى بينهما نصفين واحتمله في الدروس لان صاحب الاعلى لا يكلف المرور على خط

ولو كان في الدهليز أو في أول الباب فن أول الباب إلى المرق بينهما والباقي للأسفل ولو خرج المرق عن خطة الخان فالعرصة باجمها للأسفل ويقضى بالدرجة لصاحب العلو (مبن)

مستقيم ولا يمنع من وضع شيء فيها ولا من الجلوس قليلا فله يد على الجميع في الجملة وجزم في المعة بان الأعلى يختص بقدر ما يسلكه لسكونه من ضرورة الانتفاع بالنرف وله عليه يد في جملة الصحن وهو الذي استظهره المولى الاردبيلي وصدر الخان نهايته في السعة وهو آخر خطه المقابلة للباب ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو كان في الدهليز أو في أول الباب فن أول الباب إلى المرق بينهما والباقي للأسفل ﴾ قد صرح بالحكم المذكور فيما إذا كان في الدهليز في المبسوط والتذكرة والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة وأما إذا كان في أول الباب ففي جامع المقاصد أن الاشتراك لا يتأق إذا المرق في أول الباب ويمكن أن يقال لا بد من الباب والصعود في المرق فالاشتراك إلى أول المرق ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو خرج المرق عن خطة الخان فالعرصة باجمها للأسفل ﴾ ولا تعلق لصاحب العلو بها بحال كما في التذكرة والدروس والمسالك والروضة لأنه لا يده على شيء منها إلا أن يقول في السكة المرفوعة باشتراك الغضلة بين الجميع ويؤيده أن العرصة بمجملتها يحيط بها الأعلى كما يحيط بها الأسفل فليتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويقضى بالدرجة لصاحب العلو ﴾ كما في المبسوط والشرايع والتذكرة والتحرير والارشاد والمعة وجامع المقاصد ومجمع البرهان والدروس والمسالك والروضة لأنها لا تتفاه والضرورة ماسة به إليها ولا كذلك صاحب السفلى والعقل يحكم بان الأمر الذي هو ضروري لشخص دون آخر يختص بصاحب الضرورة وقيد الحكم في الثلاثة الأخيرة بما إذا اختلفا في الخزانة قالوا لو اتفقا على أن الخزانة لصاحب البيوت السفلى كانت كالسقف المتوسط بين الأعلى والأسفل أي فعلى تقدير القول ثمة بان السقف لصاحب الغرفة فانه يحكم هنا بالدرجة للأعلى مطلقا سواء اختلفا في الخزانة أم اتفقا على أنها للأسفل وعلى القول بالاشتراك في السقف فانه هنا مع الاتفاق على الخزانة للأسفل تكون الدرجة مشتركة بينهما كالسقف ثمة أما مع الاختلاف فيها أي الخزانة فالحكم فيها أنها للأعلى وانت خبير بان الجماعة اطلقوا بل اطلاق المبسوط كاد يلحق بالتصريح بعدم الفرق بين الاختلاف في الخزانة والاتفاق ثم انك قد عرفت أن جماعة قالوا في السقف بالقرعة كالشيد في المعة والشيخ في احد قوله في الكتابين وجماعة قالوا فيه بالاشتراك وهذا لا يجامعان اختصاص العلوي بالخزانة مطلقا بل لا بد فيها من القرعة عند من ذهب إليها هناك كما انه لا بد من الحكم بالاشتراك كما قيل به هناك مع أنهم اطلقوا هنا من دون تقادم عهد ولعله مبني على ما اشار اليه في المبسوط من شدة ندرة الاتفاق على أن الخزانة لصاحب السفلى قال في اثنا. كلام له أن الدرجة لا يقصد بنائها الا الصعود عليها ولا يقصد احد عمل خزانة بمقد درجة وتختلف السقف فانه يقصد بنائه ستر البيت دون عمل غرفة وقد يقصد به عمل غرفة دون ستر البيت فلذلك كان أي السقف بينهما انتهى لكنه يقضى بان الخزانة للأعلى ايضا وهو مختاره فيه كما سترامع أو مبني على أن الدرجة كالمناط أو السقف المتصل بينها احدها بناء. ترصيف فيحكم بها الأعلى وان كانت خزانتها للأسفل وليست كالسقف الذي هو محل اختلاف أي الذي يمكن احداثه فليتأمل ثم لا بد من التقييد في الدرجة بما إذا كانت معقودة فلو كانت دكة غير معقودة أو كانت سلما في محل الصعود مربوطا به أم لا فلا مجال للاختلاف فيها بل هما الأعلى قولوا واحدا على ما قد يفهم من التذكرة

وتساويان في الخزانة تحتها كل ذلك مع اليمين والمسناة بين الملكين كالجدار (متن)

كما أن السلم الموضوع في غير محل الصمود ملك لصاحب السفلى إذا كان في ملكه ﴿ قوله ﴾
 ﴿ ويتساويان في الخزانة تحتها ﴾ كما في الشرائع والتحرير والدروس وجامع المقاصد والممالك وفي
 (الروضة) انه قوي لان لكل منهما شاهدا بالملك اذ الظاهر أن الدرج لصاحب العلو فيكون مكانه له
 لان الهواء تابع له وكذا الظاهر أن الخزانة كذا البيوت السفلى وفي (المبسوط) أن الاقوى هنا انها للأعلى
 كما تقدم عنه ما يدل عليه وفي (الارشاد وجمع البرهان) انها للأسفل لاتصالها بملكه ووضع يده عليها
 كسائر بيوته وحكم في الامة بالقرعة وفيه ما مر واحتمل في التذكرة فيها الاحتمالات الثلاثة الاشتراك
 واختصاص كل منهما بها ولا فرق فيها بين الصغيرة والكبيرة كما في مجمع البرهان وهو قضية الاطلاق
 ولا عبرة بوضع الأسفل آلائه وكبرانه فيها كما في التذكرة والخزانة بالسكر ككتابه قاله في القاموس
 ﴿ قوله ﴾ ﴿ كل ذلك مع اليمين ﴾ أي في جميع المسائل سوى التي جعلناها فيها مما صاحبي يد
 والتي رجحنا فيها واحد فان اليمين على صاحب اليد لانه المنكر ﴿ قوله ﴾ ﴿ والمسناة بين الملكين
 كالجدار ﴾ لو تنازعا مسناة بين نهر احدهما وارض الآخر أو بين أرضيهما أو بين نهريهما تحالفا وكانت
 بينهما لانها حاجز بين ملكيهما كالحائط بين الملكين كما صرح به كله في التذكرة ونحوه ما في التحرير
 • • • وقد وفق الله سبحانه وتعالى بمنه ويمنه وبركة خير خلقه سيدنا محمد وآله صلوات الله عليهم
 اجمعين لانعام هذا الجلد في أول شهر ربيع الاول سنة ١٢٢١ الف ومائتين واحد وعشرين من
 الهجرة مع تشتت الاحوال واشتغال الابل بما نابنا من الخارجي المملون في ارض نجد فانه اخترع ما اخترع
 في الدين وابهح دماء المسلمين وتخريب قبور الأئمة المعصومين عليهم صلوات رب العالمين فاقار
 سنة ١٢١٦ سنة عشر على مشهد الحسين عليه السلام وقتل الرجال والاطفال واخذ الاموال واثاث
 في الحضرة المقدسة فحرب بينهما وهدم اركانها ثم انه بعد ذلك استولى على مكة المشرفة والمدينة المنورة
 وفعل بالبيع ما فعل لـكنه لم يهدم قبة النبي صلى الله عليه وآله وسلم وفي السنة الحادية
 والعشرين في الليلة التاسعة من شهر صفر قبل الصبح بساعة هجم علينا في
 النجف الاشرف ونحن في غفلة حتى أن بعض اصحابه صلوا
 السور وكادوا يأخذون البلد فظهرة لاميير المؤمنين عليه
 السلام المعجزات الظاهرة والكرامات
 الباهرة فقتل من جيشه كثير
 ورجع خائبا وله الحمد
 على كل
 حال

م

بلغ مقابلة من أول كتاب الدين الى هنا على يد الأقل محسن الحسيني العاملي عني عنه

﴿ طبع بمطبعة الشورى بالفجالة بمصر لصاحبها محمد محمد عبد الرحيم ﴾

(بيان الخطأ الواقع في كتاب الدين من مفتاح الكرامة مع صوابه)

(و يدخل فيه الدين والرهن والحجر والضمان والحوالة والكفالة والصلح)

ليعلم ان لم نأل جهداً في تصحيح هذا المجلد كغيره من المجلدات المطبوعة قبل الطبع وحالته ولكن الخطأ والتسبان ملازم لنوع الانسان الا من عصمه الله تعالى وقد وقعت فيه اغلاط بعضها حال الطبع وبعضها مما زاغ عنه البصر حين المقابلة قبل الطبع كما انه قد سقطت بعض الكلمات والمجل من المتن الموضوع في أعلى الصفحات في النصف الاخير خاصة من هذا المجلد بسبب ان بعض المساعدين لنا نقل المتن في النصف المذكور من نفس الشرح سهواً ومعلوم ان الشرح لا يشتمل على جميع المتن وحرصاً على صحة الكتاب قابلناه مرة ثانية بعد الطبع ووضنا هذه الطريقة الآتية لمعرفة الصواب (فانتمرة الأولى) للصفحة والثانية للسطر ويفصل بينهما بنجمة والكلمة الأولى أو أكثر الغلط والكلمة الثانية أو أكثر الصواب ويفصل بينهما نقطة فان كان بجانب الكلمة الثانية هكذا «ظ» فهو علامة على ان الظاهر انها الصواب وان كان بجانبها هكذا (خ ل) فهو علامة على انها نسخة بدل عن الأولى فان كان بجانبها هكذا (خ) فهو علامة على وجودها في بعض النسخ دون بعض وبقيت اغلاط يسيرة لانفتحي على المطالع تركها اختصاراً

١١٥٢ قرض - قرض ٢٣٥٢ - سترغف - سترغف ١١٥٥٤ - لا ٢٠٥٤ - وبواد - وبواد ٨٥٥٠
 كان - كان ٩٥٥٥ - غيره - وغيره ١٩٥٥ - والتذكرة - والتذكرة ٣٠٥٥ - والمتضي - والمتضي
 القضي ١١٥٦ - الله - الله تعالى ٢٠٥٦ - اجارة - اجارة ٢١٥٦ - كأنه - وكأنه ٢٨٥٦ - يقضى - يقضى
 يقضى ٣١٥٦ - قريب - قريب انشاء - الله تعالى ٤٥٧ - يفقوا - يفقوا ٢٨٥٧ - معاذ - معاذ «ظ»
 ٣٥٥٧ - فيه أيضاً - فيه ٣٥٨ - يأمر - يأمر ٤٥٨ - دون صرف - دون صرف ٢١٥٩ - والبدن - والبدن
 أو البدن ٢٨٥٩ - وقال - وقال «ظ» ٢٩٥٩ - الحظ - الحظ ١٦٥١٢ - حجة مقدمة الواجب - حجة مقدمة الواجب
 حجة مقدمة الواجب ٩٥١٣ - أصل - أصل ١٠٥١٣ - فليست مأمورا - فليست مأمورا ١٦٥١٣ - ان
 بان ٢٧٥١٣ - ولو وجدت - ولو وجدت ١٣٥١٣ - النبي - النبي ١٧٥١٥ - جهل - جهل ٣١٥١٥
 أم - أم ١٦٥١٦ - ابن - ابن ٢٠٥١٦ - روي - روي ٢٩٥١٦ - روي ٣١٥١٦ - عبد الله - عبد الله عليه
 السلام ١٢٥١٨ - فيها - فيها ٣٢٥١٩ - المقود - المقود ١٨٥٢٠ - انه - انه ٢٧٥٢٠ - حاضر - حاضر
 حاضر ٦٥٢١ - ضبط - ضبط ٦٥٢١ - فتوق - فتوق ٢١٥٢٢ - ادري - ادري ٢٨٥٢٢ - ظريف - ظريف
 ظريف ٢٨٥٢٢ - الشكلى - الشكلى ١٥٢٤ - اقتسامها - اقتسامها ٢٥٢٥ - والروض - والروض «ظ» ٥٢٥
 ١٣ قوى - قوى ٢٧٥٢٥ - يد - يد ٣١٥٢٩ - الكلام - الكلام عليه «ظ» ٢١٥٣٠ - والمنافع - والمنافع
 والمنافع ١٥٥٣١ - بشي - بشي ١٩٥٣١ - بمن - بمن ١٧٥٣٢ - وان للمقترض - وان للمقترض «ظ»
 ١٨٥٢٤ - انه - انه ٣١٥٤٠ - استمرة - استمرة ١٢٥٤١ - ويدعي - ويدعي ١٨٥٤١ - حرمة - حرمة
 حرمت ٢٧٥٤١ - برجى - برجى ٦٥٤٢ - ولأنه - ولأنه ٢٠٥٤٢ - جملة - جملة من «ظ» ٢٢٥٤٢ - جواد - جواد
 جواز ٣٥٤٣ - تمر - تمر ١٥٤٤ - نفا - نفا - فما ١٨٥٤٦ - وظاهره - وظاهره ١٨٥٤٧ - دونه - دونه ٥٤٨
 ٢٢ محتاج - محتاج اليه «ظ» ٢٥٥٤٨ - الكفاية - الكفاية فيه - الكفاية ١١٥٥٠ - لا يتأدى - لا يتأدى ٤٥٥١
 يده - يده ٥٥٥١ - ان - ان ٢٠٥٥١ - ارجاعه - ارجاعه خ ل ٢٦٥٥١ - قاله - قاله الشيخ ٢٤٥٥٢
 ما أجاب - ما أجاب ٢١٥٥٤ - المضمر - المضمر ٢٤٥٥٤ - والدروس - والارشاد ١٣٥٥٥ - يجبره - يجبره

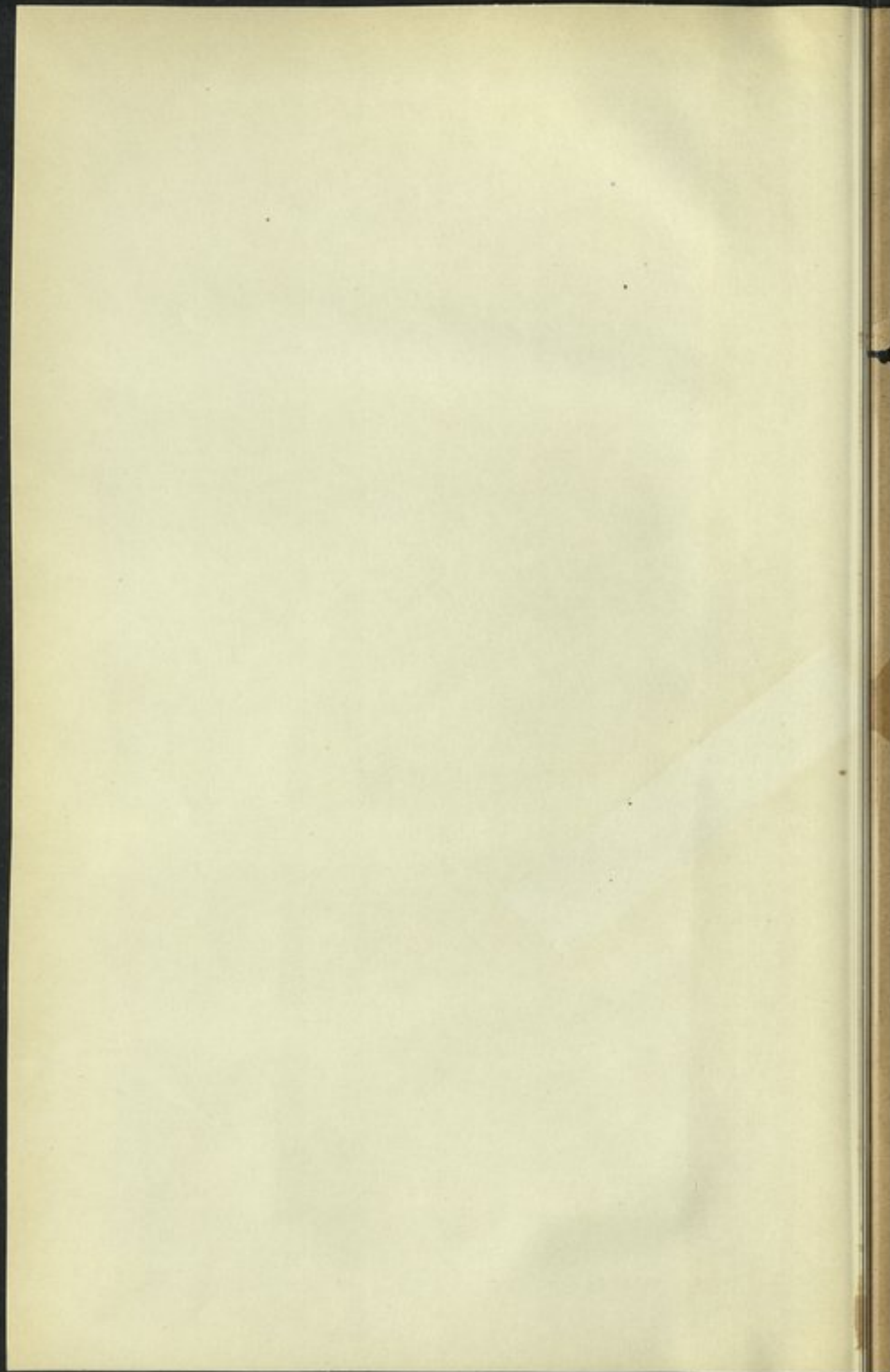
يجبره ٢٤٠٥٥٥ النافع . النافع وغيره ٨٠٥٥٦ العقود . العفو ٢٨٠٥٦ ادعى . ادعى ١٧٠٥٧
 وكون . وكون القيمة ٣١٠٥٩ موجلا ولا معنى لاطراح . كذا في بعض النسخ والظاهر ان الصواب
 حذف ولا معنى كما في البعض الآخر ١٧٠٦٠ علامه . علاقه ٣٠٠٦٠ و١٠٦١ طالبة . طالبه ١٦٠٦١
 ولو . لو ٧٠٦٢ ان . انه ١١٠٦٢ اعراضا . اعراضا خ ل ١٨٠٦٣ برؤسها . برؤسها ١١٠٦٤
 قيا . قيا ١٩٠٦٤ لازما . لان ما ١٢٠٦٥ القرض . القرض ١٥٠٦٥ والمنافع . والمنافع ٥٦٥
 والكثات . والكتاب ٧٠٦٦ الا ١٦٠٦٦ ا كفتينا . ا كفتيا ١٧٠٦٦ بخلي . بخلي ٥٦٩
 الامر . الامر ٧١٠٦٦ المن هنا ساقط من أعلى الصفحة وهو هذا . (الاول) الصيغه ولا بد فيه
 من ايجاب كقولهم رهنك أو هذا وثيقة عندك على كذا أو ما أدى معناه من اللفاظ (من) ٥٠٧١
 الوقوف . الوقوف ١٤٠٧١ يدعوا . يدعو ١٩٠٧١ يبق . يبق ٥٠٧٢ وتنع . وتنع ٩٠٧٣
 امراض . امر آخر ١٨٠٧٣ الايجاب . ايجاب ٢٨٠٧٥ ذمت . ذمة ٨٠٧٦ والخلاف . الخلاف
 ١٨٠٧٦ عنده ايضا . عند عرضي الله عنه ٢٠٧٧ فيقدر . فيقدر ٢١٠٧٩ المبيع . المبيع ٢٠٨١ ولا
 ولا ٢١٠٨١ واحد . واحدا ٢١٠٨١ صفة . صفة ١١٠٨٢ لكن . لكن في ٣٠٠٨٢ هناك .
 هنا ١٦٠٨٥ المبيع . المبيع ٤٠٨٨ الخير . الجز ١٠٨٩ المهابة . المهابة ١٥٠٨٩ والثاني . الثاني
 ٢٣٠٩١ قضية . وقضية «ظ» ٢٤٠٩١ الارش . لا ارش ٣٥٩٢ وجعل قيل . وجعل ٢٨٠٩٣
 الاستاذ . الاستاذ ٩٥٩٤ يقتضي . يقتضي ١١٠٩٤ قليل بل . قليل ٩٥٩٨ يكون . كذا في
 النسخة والمطابق لقواعد العربية يكن أو فيكون ٥٠٩٩ المجموع . المجموع ١١٠٩٩ جزأ . جزأ
 ٧٠١٠١ فباع . فباع «ظ» ٩٥١٠١ وبني . وبني ٢٣٠١٠١ برهن . برهن ٢٧٠١٠٣ وظاهر .
 وظاهره ٧٥١٠٤ مرتفعان . مرتفعان ١٥٠١٠٥ على . وعلى «ظ» ٣٢٠١٠٥ قل قال . كذا في
 النسخة والظاهر زيادة أحدهما ٣١٠١٠٦ الكلام . الكلام ٢٥٠١٠٩ تدر . تدر ٢٥٠١٠٩ التهذيب .
 والتهذيب ٣٠١١٠ الدين . الدين ١٧٠١١ كلامها . كلامه ٢٠١١٠ الاقتصاد . الاقتصاد
 ٣١٠١١١ وتقربط . تقربط ٦٥١١٢ تأ كيدا وتفسيرا . تأ كيدا أو تفسير ١١٥١١٢ كالأو . كذا
 في النسخة والظاهر زيادة لو ٢٤٠١١٣ المذكور . المذكور ٩٥١١٣ الزهن . زهن «ظ» ٥١١٣
 ١٨٠١١٤ على . وعلى «ظ» ٢٣٠١١٤ الله . الله تعالى ٣٢٠١١٥ وغيره . وغيره ١٨٠١١٦ التقض
 التقض ٣٠١١٧ ذا . اذا ١١٠١١٨ قال . قالوا ٦٥١٢١ قارهن . قارهن ٧٠١٢٢ كما . كما
 ١١٠١٢٢ بنى . بنى ٢٢٠١٢٢ والوطن والوطنى ٣١٠١٢٣ لان . لان ٨٠١٢٤ موهوب .
 موهون ١٦٠١٢٤ للمقابل . المقابل ١٨٠١٢٤ في المبسوط . المبسوط ٣٣٠١٢٤ استسعت .
 استسعت ١٠٠١٢٧ ووجه . ووجه ١٢٨٠١٢٨ بين . بين «ظ» ١٩٥١٢٨ نفي . نفي ١٢٩٠
 ٢١٠١٢٩ لزم . لزم «ظ» ٢٣٠١٣٠ بجرانها . بجرانها ٢٦٠١٣٠ الاستفا . الاستفا ٧٠١٣٤
 والاحتيا . والاحتيا ٢٠١٣٦ الاوليتين . الاوليتين (الاوليين خ ل) ٣٧٠١٣٧ عقدا . عقدا ١٤٠١٣٨
 شرطا . شرطا ٢٥٠١٣٨ للصحة . للصحة ١٤٠١٤٠ ادعى . ادعى ٣١٠١٤٤ غير . غير
 ٣٠١٤٥ اقبض . اقبض ٣٣٠١٤٥ لكن . لكن ركن ١٩٥١٤٧ يجب . يجب ٣٠١٤٩ يد . يد
 يد ١٥٠١٥٠ المشروط . المشروط ٢٢٠١٥١ بان لا كفا . بالا كفا ١٥١٠٢٨ تحقيق .
 تحقق ٨٠١٥٣ مكاتبه . مكاتبه ١٣٠١٥٣ صحة . صحت ٢٠١٥٥ لتيقن . ليقين ١٥٨٠

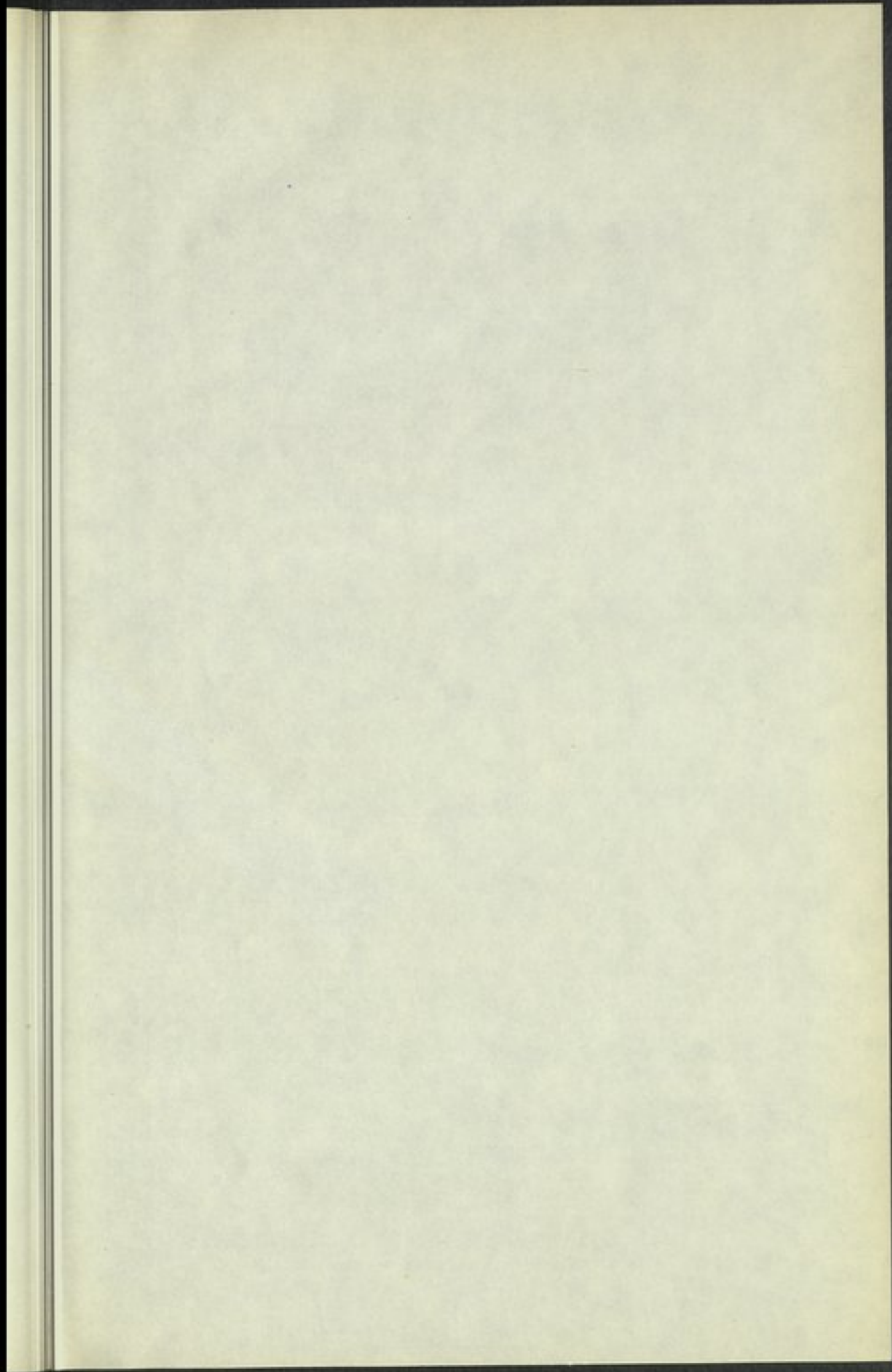
٢٠ فالقوت . فاقول ١٦٠ ٢٩ واستدامة معه فلو أشراطا . واستدامة معا فلو شرطا ١٦٠ ٣١
 عبد . عبداً ١٦١ ١٢ لأنه . لأنها ١٦٢ ١٠ وتارك . وترك « ظ » ١٦٣ ٢ . مقطوع .
 مقطوع « ظ » ١٦٣ ٢٠ لها ١٦٣ ٩ الأباة . كذا في نسختين وصحته محتملة ويحتمل أن
 يكون الصواب الامانة ١٦٣ ٢٠ الى ثقة ان . الى بدثة ١٦٤ ٢٠ كان . كانا ١٦٥ ١٩ تقدم .
 وتقدم « ظ » أو كما تقدم ١٦٦ ٢٢ الفرض . الفرض « ظ » ١٦٧ ١٢ ولو لو وصليه (حاشية)
 ١٦٧ ٢٣ عليهم أجمعين . عليهم ١٧٠ ٦ ذكر . ذكراته « ظ » ١٧٥ ٢٠ أحدها . أحدهما
 ١٧٦ ٢٩ لا يخلوا . لا يخلوا ١٨٠ ٢٨ بن . بن ١٨٠ ٢٩ الظاهر . ظاهر ١٨١ ٥ بحصول .
 الضرر الى . كذا في النسخة ولعل الصواب على أو بوصول الضرر الى الخ ١٨٤ ١٠ الجرح .
 الجرح « ظ » ١٨٤ ٢٦ مية . ميةهم « ظ » ١٨٨ ١٩ الحل الى . الحل ١٩٠ ٨ بقطعة .
 بقطعة ١٩١ ٢٢ بحري . بحري ١٩٢ ١٤ الحرير . الحرير ١٩٧ ١٠ والجداد . الجداد
 خ ل ١٩٧ ٢٩ وأبي علي خ ل . وأبي علي خ ٢٠٠ ١٨ أبرأت . أبرأت ٢٢٠ ٢٢ فاسد .
 فاسداً ٢٠٠ ٢٤ صلى الله عليه وآله وسلم . كذا وجد ولكن الظاهر ان الرواية امامية لانيويه
 فتراجع ٢٠٠ ٢٦ والحرير . والحرير ٢٠١ ١ بالتالي . بالباقي ٢٠٦ ٧ رهنا . رهنا خ ل ٢٠٦
 ٣٢ الظاهر . والظاهر ٢٠٧ ٣ كاذبان (متن) . كاذبان الا أن تقول الصغيرة لا تظن في العدالة
 والكذب منها (متن) ٢٠٨ ٢ للآخر . الآخر ٢٠٨ ٥ متما . متما ٢٠٨ ٢٠ والاختصاص .
 أو الاختصاص ٢٠٩ ١٠ لو . ولو ٢٠٩ ١٠ قدم . قدم قول ٢٠٩ ٢٤ في تعليقه قدس سره .
 قدس سره في تعليقه ٢٠٩ ٢٠ وحلفا . وحلفا ٢١٠ ٢٠ تقي . تقي ٢١١ ١٠ الزهن . الزهن
 ٢١١ ٦ وفوضت . وفوضت ٢١١ ١١ بهذه . بل بهذه ٢١٢ ١٠ ولا فرق في . ولا فرق بين
 ٢١٢ ٢٠ نو . نو ٢١٢ ٣ الدرهم . الدرهم درهما ٢١٢ ١٩٠ المقضي . المقضي
 ٢١٣ ١٠ عنهما ودفع . لها فدفع خ ل ٢١٣ ٢٠ عن . من ٢١٣ ٣٠ مع . في ٢١٣ ٢٨ يكون
 قد . وقد يكون ٢١٤ ١ رأي (متن) . رأي وفي ان الزهن على نصف الدين لا كله (متن) ٢١٦ ٨٠
 عصبه . عظيمة ٢١٧ ٢ نظر . فيه نظر ٢١٧ ٢١ تسليمه (تسليم خ ل) . تسليم ٢١٧ ٣١
 وثانياً . وثالثاً « ظ » ٢١٨ ٢ وثالثاً . وثالثاً « ظ » ٢١٨ ٢٣ محكم . محكم ٢١٨ ٢٥ وشكاً .
 وشكاً ٢١٨ ٢٩ مشكول . مشكول ٢١٩ ٣ لا حاصل . كذا في النسخة ومعناه غير ظاهر فليراجع
 ٢١٩ ٢٥ لا يقوى . لا يقوى ٢٢١ ٢٤ المقامين . المقامين على « ظ » ٢٢٢ ١٠ وان . فان
 ٢٢٢ ٣ ينفوا . ينفوا ٢٢٢ ١٣ اذا . اذا ٢٢٢ ٢٥ مقابله . مقابله خ ل ٢٢٣ ٨ دليل .
 دليله ٢٢٦ ١ وغرامة العبد بفسكه . وغرامته للعبد بفسكه من الزهن ٢٢٦ ١٠ بالقيمة . بالقيمة مع
 البذل ٢٢٦ ٢١ الزهن . الزهن ٢٢٨ ١ التخليص . التخليص خ ل ٢٣٠ ٢٠ و . برقيته .
 برقته ٢٣٠ ٣ المستوفان . المستوفان ٢٣٢ ٢ فينتق . فينتق عليه ٢٣٢ ٢٥ لان في . لان
 ٢٣٣ ٣ الحجر الحجر . الحجر وهو المنع عن التصرف ٢٣٤ ١ وهما فصول الاول الصغير ويحجر
 عليه في جميع التصرفات (متن) . فهنا فصول الاول في الصغير ويحجر عليه في جميع التصرفات ويعتد
 بأخباره عن الاذن في فتح الباب والمثلث عند ايصال الهدية (متن) ٢٣٤ ٢ الصباغ . الصباغ
 ٢٣٤ ٣ وحجرة . وحجر ٢٣٤ ١٨ الحلة . الحلة ٢٣٥ ١٠ و . بأمرين . بأمر الاول ٢٣٥ ٥

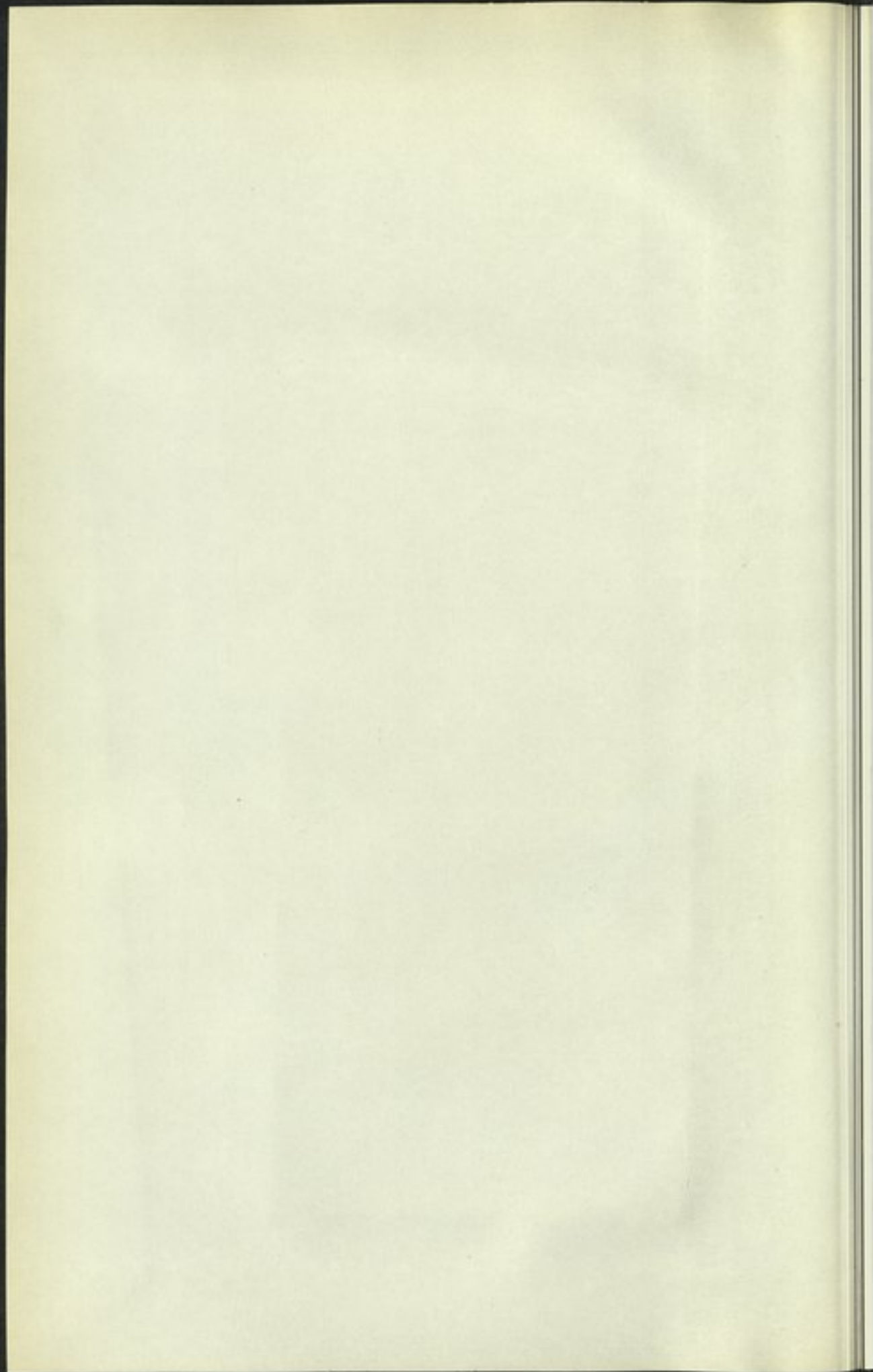
٢٧ القولين . أحد القولين ٢٣٦ . ٢١ الروضة . الروض ٢٣٧ . الضعيف . الضعيف ولا شر
 الابط ٢٣٨ . الاتي (متن) . الاتي وفي رواية اذا بلغ الصبي عشرأ جازت وصيته وصدقته وأقيمت
 عليه الحدود التامة وفي أخرى خمسة اشبار (متن) ٢٤٠ . ٥ حتى . متى ٢٤٠ . ١٩٠ تضمنته . تضمنته
 ٢٤٠ . ٢٨ الا . لا ٢٤٢ . ١٥ سبقه (متن) . سبقه ولا يعرف الحمل الا بالوضع فيحكم حينئذ بالبلوغ
 قبل الوضع بستة أشهر وشي . (متن) ٥٥٢٤٢ . ونفي . وفي ٢٤٣ . ١ الملكة . الملكة ٣٥٢٤٧
 و ١٠ أهلها . أهلها ٢٤٧ . ٤ وروى ابن عباس . كذا في النسخة ولمل الصواب وروي عن ابن
 عباس ٢٤٧ . ٥ . تردتا . تردتا ٢٤٧ . ١٣ . يتبدلون . يتبدلون ٢٤٧ . ٢٨ . وينقر . وينقر ٢٥١ .
 ٢٧ اقتصر على . اقتصر في « ظ » ٢٥٢ . ١٢ الى . على « ظ » ٢٥٢ . ٢٠ تحت معنيان . الظاهران
 هاتين الكلمتين حاشية ٢٥٣ . ٧ أخرج . خرج ٢٥٤ . ١٤ (اجتهد خ ل) . (اجتهد خ ل)
 ١٥٣٥٥ . وجده . أوجده ٢٥٥٥٥ . آتيك . آتيك « ظ » ١٢٥٢٥٥ . بخلوا . بخلوا ١٧٥٢٥٥ . أرافاضه آرا . أرى
 فاضله آرا ٢٥٥٥٥ . صدور . صدره ٢٤٥٢٥٥ . المراني ٢٤٥٢٥٦ . ٢١ معارض . يعارض ٢٥٧ .
 ٣ المسالك . المسالك قال « ظ » ٢٥٨ . ٢٦ اطلاق . اطلاق ٢٥٩ . ١٨ تجده . تجدد ٢٦١ .
 ١٣ ما اذا . ما اذا ٢٦٤ . ١٩ صينهم . صينهم ٢٦٥ . ٣١ مطلقاً . مطلق ٢٦٥ . ٣٢ تخصيص .
 تخصيصاً « ظ » ٢٦٦ . ٢٢ صحة . أصح ٢٦٧ . ١٠ قدنية . قدنية ٢٦٧ . ٩٧ ولمله . ولمل
 ٢٦٧ . ٢٥ ولمل ظاهر . ولمل ٢٧٠ . ١ أو صنعه . أو في صنعه ٢٧٠ . ٢١ يحفظ . يحفظ ٢٧١ .
 ٤ وليس للأب . وللأب ٢٧٢ . ٣ المقصد . الفصل ٢٧٣ . ٨ تدعو . تدعو ٢٧٣ . ١٠ شذا .
 شرا ٢٧٣ . ١٨٥ ولم . ولو لم « ظ » ٢٧٤ . ٩ بخلوا . بخلوا ٢٧٥ . ٢٧٥ المن ساقط من أعلى هذه الصفحة وهو هذا
 وهل يتوقف الحجر عليه على حكم الحاكم أو يكفي ظهور الفقه الاقرب الاول ولا يزول الا بحكمه (متن)
 ٢٧٥ . ١٤ وهل يتوقف . قوله وهل يتوقف الحجر عليه ٢٧٦ . ٣٠ ضعف . ضعف ٢٧٨ . ١
 لو أذن . ولو أذن ٢٧٨ . ٢٥ ولا . ولأن ٢٧٩ . ١٣ أجرني . أجرني ٢٨١ . ١٣ والآن . والآن
 ٢٨٢ . ٢ بالصوم دون الهدي . بالصوم ٢٨٢ . ٢٠ يجب على . يجب عليه ٢٨٤ . ١٦١ الاقوى .
 رأي ٢٨٤ . ١٢ اذا . اذا ٢٨٤ . ٣٢ أي الخبرين . هذه حاشية ٢٨٦ . ٢٠ محمولان . فمحمولان
 ٢٨٧ . ٢١ السيد . السيد حينئذ ٢٨٩ . ١ وتلفت . وتلفت ٢٨٩ . ٣ له . له المولى ٢٩١ . ٣
 يم . يم ولا يتصدق ٢٩٢ . ١ ينضم . ولا ينضم ٢٩٢ . ١ نظر اقربه ذلك . نظر ٢٩٢ . ٢٠ يصبر .
 ولا يصبر ٢٩٢ . ١٥ لم يكن مأذوناً . لم يكن مأذوناً ٢٩٢ . ٢٠ كافي ٢٩٢ . ٣٠ ومشاهدة .
 وشهادة ٢٩٣ . ٢٦ المسر . والمسر ٢٩٤ . ٤ بحال . بحال ٢٩٤ . ١٤ بنفسه الا . بنفسه لا ٢٩٥ .
 ١٧ لا شعار . لا شعار ٢٩٥ . ٣١ ضريس . ضريس ٢٩٥ . ٣٢ على اذا . على ما اذا ٢٩٨ . ١٣
 والاستصحاب . والاستصحاب ٢٩٨ . ٢٩ الخبر ٢٩٨ . ٢٩ ولمله . ولمل ٢٩٩ . ١١ والشفة .
 والشفة ٣٠١ . ٥ الزمت بالبرأ . الزمت بالبرأ ٣٠٢ . ٢٥ في . من ٣٠٢ . ٥ مريضاً . مريضاً ٣٠٤
 ٩ وضعنا . وضعنا ٣٠٥ . ٢٣ باختصاص . في اختصاص ٣٠٥ . ٣١ كأن . كأن ٣٠٦ . ٣٠ .
 بالبنا « ظ » ٣٠٧ . ١٥ ماله (متن) . ماله وهل يتعلق حقوق الغراما بزوائد التركة كالكسب والتاج
 والتمرة الاقرب المنع (متن) ٣٠٧ . ٣٠ بالفرض . بالفرض ٣٠٨ . ٦ وصيته . وصية ٣٠٩ . ٢٠
 ابن ٣٠٩ . ١١ على ان . على بن ٣٠٩ . ٢٩ غير . عين ٣١٠ . ١ من . لغة من ٣١٠ . ٣٠ وهو ومن

١٣٠٣١٠ يأتي يوم . من يأتي يوم ٣١١٠٣٠٣٢٠ الدين . الدينون ٢٢٣١١ وقصر . وقصور
 ٥٠٣١١ لهذا . بهذا ١٢٠٣١١ شرط . شرطاً ٣١٤٠٢٠ غير . غير ١٠٣١٦ في العفو .
 والعفو ٤٠٣١٦ غير . عين ٢٥٠٣١٧ على . عن ١٠٣١٨ و ٨٠ اقترض . اقترض ١٤٠٣٢١
 أولا الايقاف لا . أولا لا الايقاف ١٠٣٢٢ خاصة . خاصة لافي حق الفرما . ٤٠٣٢٤ ويصير .
 ويصير ١٧٠٣٢٤ المقر . المقر له ١٥٣٢٥ القرض . القرض ٢٠٣٢٦ نظر اقربه المنع . نظر
 ٣٠٣٢٦ له . له الفرما . ١٠٣٢٧ عنه . معه ٢٧٠٣٢٧ دية . ريبه ٣٢٠٣٢٧ برفعه .
 برفعه ٢٤٠٣٢٨ استطادها . استطادها ٢٦٠٣٢٩ البدوة . البدوة ٢٨٠٣٢٩ وجهه .
 ووجهه «ظ» ١٠٣٣١ ثم . ثم يقسم ١٣٠٣٣٣ نفى . ففي ١٩٠٣٣٥ اعمان . اعمان ٣٣٦
 ٢١ بن . ابن ٢٤٠٣٣٦ تقارض . تقارض ٢٥٠٣٣٦ هناك . هنا ٥٠٣٣٧ وكلتدافعين .
 أوكلتدافعين ١٠٣٣٨ و ١٢٠ الغريم . الغريم بالدين ٢٠٣٣٨ على الاقوى . قطعاً خ ل ٣٣٩
 ٣ غيره (متن) . غيره وان لم يكن سواها (متن) ٦٠٣٤٠ من . عن ٢٠٣٤١ و ١٩٠ المسال . المسال به
 ١٧٠٣٤١ القرض . القرض ٣٥٣٤٢ قالوا قال . قال «ظ» ٢٧٠٣٤٢ بخلو . بخلو ٣٤٣
 ٤ بقية السلم . بقية السلم فيه ٢٥٠٣٤٣ له . له الفسخ ٣٠٣٤٦ و ١٩٠ على . على حق ٢٥٣٤٨
 باعه . باعها ٤٠٣٤٩ المكس . المكس «ظ» ١٠٣٥٠ و ٢٢٠ عليه . عليه مثله ١٠٠٣٥٠
 بقوله . بقول ٨٠٣٥٤ مجنس . مجنس ٢١٠٣٥٤ قضيف . قضية ٤٠٣٥٥ ولو هذا لان .
 ولولا هذا ان ١٠٣٥٧ الملاثة . الملاثة فلو تجدد لم يكن له فسخ الضمان ٣٠٣٥٧ أتاح . أتاح
 الله «ظ» ١٠٣٥٨ الزوجة . الزوجة من دون اذن الزوج ١٠٣٥٨ و ١٢٠ اشكال . اشكال ينشأ
 ١٠٣٥٩ المتق قطعاً . المتق ١٠٣٥٩ اذن له . اذن ١٠٣٥٩ و ٥٠ وينبع . فينبع ٢٨٠٣٥٩
 الضمون . الضمون ١٨٠٣٦٠ والسبر . والسبر ٣٢٠٣٦٠ يتبرع . تبرع ٢٠٣٦٢ الثلث .
 الثلث والاخرس ان عرفت اشارته صح ضمانه والا فلا ٣٠٣٦٢ الضمان (متن) الضمان لانه كالاداء .
 (متن) ١٠٣٦٣ الضمان . الضمان لم يبطل ٢٠٣٦٥ المؤمنين . المؤمنين عليه السلام ٧٠٣٦٥
 له عنه . له ١٨٠٣٦٦ ينقله . ينقله ٣٢٥٣٦٦ التراضي . التراضي ٢٠٣٦٧ الضمون . الضمون
 به ١٠٣٧١ ما يستلزمه . ما يستلزمه ١٠٣٧٢ و ٤٠ والعارية . والعارية المضمونة ٣٧٢
 ٣٢ الهدى . الهدى ٢٠٣٧٣ عنه . عن ١٣٠٣٧٣ عزم . عزم ٣٧٥٠٣٧٥ مستحا . مستحا
 مستحاً ٦٠٣٧٧ عنها . عنها ١٣٠٣٧٧ والمهذب . في المهذب «ظ» ٢٠٣٧٧ فضلي .
 الظاهر قصان كلية هنا فتراجع ٢٤٠٣٧٧ عليه . عليهما ١٠٣٧٨ وكتاب . أو كتاب
 ١٠٣٧٩ حينئذ (متن) . حينئذ ولاضمت شيئاً مما لك عليه (متن) ٦٠٣٨٠ فطر . فطر ٢٨٠
 ١٠ التكليف . التكليف ٢٢٠٣٨٠ وانه . وان ٣٠٣٨٢ مات . مات الضامن ٤٠٣٨٢ لم .
 لم ذلك ٢٨٢٠٣٨٢ ثم ان . ثم ٣٠٣٨٤ يصلح . يصلح ١٠٣٨٥ و ١٨٠ قريط . قريط الضامن
 ١٤٠٣٨٥ الاصيل . الاصل ٢١٠٣٨٥ المؤمنون . المؤمنون ٢٣٠٣٨٥ لاداء . الاداء ٣٨٧
 ١٢ انما . انما ٦٠٣٨٨ اجر . اجر ٢١٠٣٨٨ الرجوع الى . الرجوع ٢٦٠٣٨٨ احدهما .
 احدهما ١٢٠٣٨٩ الجزاة . الجزاة ١١٠٣٩١ أو عين . عين او ٥٠٣٩٢ عن . من ٣٩٢
 ١٠ التذكرة . التذكرة ٢٦٠٣٩٢ فالحصته . فالحصته ١٥٠٣٩٢ عدم الضمان غيره كذا وجد ولعل

الصواب ضمان غيره أو الضمان من غيره ٣٩٣ • ليس بزوج • بوجود ٣٩٣ • ٢٦ • قما كس • قتما كس
 ٣٩٤ • قصد • قصده ٣٩٤ • وان • فان ٣٩٥ • ١٨ • ٢٢ • ٢٤ • ٢٥ • ٢٦ • ٢٨ • ٢٩ • ٣٠ • المبرأ •
 المبرئ ٣٩٦ • ٣ • ٤ • ١٥ • ١٦ • ١٧ • المبرأ المبرئ ٣٩٦ • يبرأ • يبرؤ ٣٩٧ • الدين • الدين ايضا ٣٩٧ •
 ٣٢ • ان ينكر • ان ينكر الاصيل ٣٩٨ • ٢٣ • ذكرناه • ذكرناه ٤٠٤ • ١٠ • ١٧ • عليه • عليه ٤٠٢ • ٤
 الآ • الآذون • الآذون • الآذون فيه ٤٠٣ • ٤٠١ • ٤٠٣ • تعارض • تعارض ٤٠٣ • ذمته • ذمته عن حق المدافع
 ٤٠٤ • ٢٣ • فلا يؤبه به • الذي وجدناه في النسخ فلا يؤبه به ومعناه غير ظاهر وكان الصواب فلا يرد
 به أو نحو ذلك فراجع ٤٠٥ • ١ • ٣١ • أو كونه • وكونه ٤٠٥ • ٣١ • والخلاف • والخلاف ٤٠٥ • ٢٨
 والمعطي • والمعطي ٤٠٥ • ٢٨ • يصح • تصح ٤٠٦ • ٨ • حكاية • حكاية ٤٠٨ • ٢ • ١٧ • يبرئ • يبرئه
 ٤٠٩ • ٢٣ • المحيل • المحيل الى ذمة الحال ٤٠٩ • ٢٤ • الحال • الحال ٤١١ • ٢٣ • فصحة • فصحت
 ٤١٢ • ٢٧ • لو • لولا ٤١٣ • ١ • لانه • لانها ٤١٣ • ٥ • المفروض من • المفروض ٤١٣ • ١٥ • انا • انا
 ٤١٥ • ١ • الحوالة • الحوالة يرجع ٤١٥ • ١٧ • فخير • فخير ٤١٥ • ٢٨ • وانها • وانها «ظ»
 ٤١٦ • ١٥ • ذلك • ذلك لانه كان مأذونا في القبض بحجة فاذا بطلت بقي أصل الاذن والاصح عدم
 لان الاذن الذي كان ضمنا لا يقوم بنفسه ٤١٦ • ٩ • بنفسه • بنفسه ٤١٧ • ٢٧ • يقول • يقول
 ٤١٨ • ٣ • من • على خ ل ٤١٨ • ٤ • بنيت الحسية • بنيت الحسية ٤١٩ • ٢ • اختلافه • اختلافه على
 في العلم ٤٢٠ • ٢٢ • وادعى • وادعى ٤٢١ • ١ • ان قبلت • قبلت ٤٢١ • ٤ • اللفظ • اللفظ له ٤٢١
 ٤٢٨ • ٢٨ • قدح • قدح هنا ٤٢١ • ٢٩ • التي هي • التي ٤٢١ • ٣٠ • هنا • هنا قدح ٤٢٤ • ٢ • ملكه فلا
 أقل من ان يكون ذلك اذنا في التملك • ملكه ٤٢٤ • ٥ • شهر • شهر مثلا ٤٢٤ • ١٧ • القبض • بالقبض
 ٤٢٤ • ١٩ • هذا في • هذا وفي ٤٢٥ • ١ • فرع • الرابع ٤٢٥ • ٧ • تمتضي • تمتضي ٤٢٦ • ٢ • الفصل
 الثاني • عن ولو أحال من لادين عليه على من لادين عليه فهي وكالة في الاقتراض الفصل الثالث
 ٤٢٦ • ١١ • الثاني • الثالث ٤٢٧ • ١ • فمرو • فمرو خ ل ٤٢٧ • ٢ • الكفالة (متن) • الكفالة فلو
 قال ان جئت فانا كفييل به لم يصح على اشكال (متن) ٤٢٩ • ١ • وعليه • أي الضابط (حاشية)
 ٤٢٩ • ١٨ • ولم • ولم ٤٣٠ • ١ • ان الكفالة • ان الكفالة ٤٣٠ • ٢٤ • غير • غير ٤٣٠ • ٢٤ • وقضية
 • وقضية ٤٣١ • ١ • عدم • عدم كوت المكفول ٤٣١ • ٤ • شرط • شرطاً ٤٣٣ • ٢ • نفسه تسليها تاما •
 نفسه ٤٣٤ • ٢ • اتقى • اتقى فيهما ٤٣٤ • ٢ • بخلاف • بخلاف حين ٤٣٥ • ١ • عن • عن ٤٣٦ • ٢ •
 الاحضار • الاحضار خاصة ٤٣٦ • ١ • كذا • كذا الى كذا ٤٣٦ • ٢٣ • عن • عن ٤٣٧ • ٢٣ • ان • ان
 ان في ٤٣٨ • ٢٥ • فافترقا كذا • فافترقا ٤٣٩ • ١٥ • انه خ • انه «ظ» ٤٤٠ • ٨ • كذا • كذا وجد
 ولعل الصواب عليه اي اذا باع الدين على المدين فنه (محسن) ٤٤٠ • ٢٥ • فقلوا • فقلوا «ظ»
 ٤٤٢ • ١ • المال • المال قهرا ٤٤٤ • ١ • لوقال • الخامس لوقال ٤٤٥ • ٧ • الجزئين • الجزئين ٤٤٦
 ١ • لوهرب • السادس لوهرب ٤٤٦ • ٢ • يجب • السابع يجب ٤٤٦ • ٨ • المبرأ • المبرئ ٤٤٦ • ١٩
 مع فرضه • لا ينبغي وقوع خلل في العبارة الى قوله الكتاب فتراجع (مصححه) ٤٤٧ • ١ • لو أسلم •
 الثامن لو أسلم ٤٤٧ • ١٣ • حتى • من حتى «ظ» ٤٤٨ • ١ • اشكال (متن) • اشكال فيهما المال وكان
 ضمنا فانه لا يسقط باسلام المضمون عنه وفي رجوع الضامن المأذون عليه بالقيمة نظر (متن) ٤٤٨ •
 ١٦ • المكفول • المكفول له «ظ» ٤٤٨ • ٢٨ • هل • هل هو «ظ» ٤٤٩ • ١ • لو • التاسع لو ٤٥١







DATE DUE

10 11 12

F:349.297:A51mA:v.5:c.1
العاملين: محمد الجواد
مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة
AMERICAN UNIVERSITY OF BEIRUT LIBRARIES
01064420

A. U. B. LIBRARY

349.297:A51mA v.5
العالمي - محمد الجواد
مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة
15 19 73 BIND

F
349.297
A51mA
v. 5

