شرائع الإسلام

في مسائل الحلال والحرام

تأليف

المحقق الحلي

أبي القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن

٦٠٢ - ٦٧٦ هـ

إخراج

وتعليق وتحقيق

عبد الحسين محمد علي بقال

مؤسسة المعارف الإسلامية

٥٩

شرائع الإسلام

في مسائل الحلال والحرام

تأليف:

المحقق الحلي

أبي القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن

٦٠٢ ـ ٦٧٢ هـ

الجزء الثاني

إخراج وتعليق وتحقيق
عبد الحسين محمد علي بقال

نشر
مؤسسة المعارف الإسلامية

طبعة جديدة ومنقّحة

محمق حلي ، جعفر بن حسن ، ٦٠٢ - ٦٧٦ ق
شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام / تأليف المحقق الحلي أبي القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن ؛ اخراج و تعليق وتحقيق عبد الحسين محمد علي البقال - قم : مؤسسة المعارف الإسلامية ، ١٤١٥ ق - ١٣٧٤ .
ج ٤ ، - (بيناد معارف إسلامي ؛ ٥٨، ٥٩ ، ٦٠، ٦١) (دوره چهار جلدي)
فهرستنويسي بر اساس اطلاعات فيپا (فهرستنويسي پيش از انتشار)
عربي .
اين كتاب در سالهاي مختلف توسط ناشرين مختلف منتشرشده است .
كتابنامه بصورت زير نويس . ج ١ - ٤ (چاپ دوم : ١٣٧٨).

ISBN : 964 - 6289 - 45 - 2 : (دوره) - ISBN
ISBN : 964 - 6289 - 47 - 9 ج(٢) ISBN:964 - 6289- 46 - 0 ج(١)
ISBN : 964 - 6289 - 49 - 5 ج(٤) ISBN :964 - 6289 - 48 -7 ج(٣)

١. فقه جعفري - ق ٧ق . الف . بقال ، عبد الحسين محمد علي ، مصحح
. ب . بنياد معارف اسلامي . ج . عنوان .
٤ ش ٣ م الف / BP ١٨٢ ٢٩٧ / ٣٤٢
كتابخانه ملي إيران ٨٤-٢٥٩٦٥م

٥٩

هوية الكتاب

إسم الكتاب : .....شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام - ج ٢
تأليف : ..... نجم الدين جعفر بن الحسن « المحقق الحلي »
تحقيق : ..... عبد الحسين محمد علي البقال
الناشر : ..... مؤسسة المعارف الإسلامية
الطبعة : .....الثالثة ١٤٢٦
المطبعة : .....عترت
العدد : ..... ٢٠٠٠ نسخة

كافة الحقوق محفوظة ومسجلة
لمؤسسة المعارف الإسلامية

ص .ب ٧٦٨ - ٣٧١٨٥ تلفون ٧٧٣٢٠٠٩ فاكس ٧٧٤٣٧٠١
www.maaref islami.com
E-mail:info@maaref islami.COM

بسم الله الرحمن الرحيم

جميع حقوق الطبع والنشر محفوظة
لمؤسّسة المعارف الإسلاميّة
ايران ـ قم المقدّسة
تلفون: ٧٧٣٢٠٠٩ ـ فاكس: ٧٧٤٣٧٠١
ص ـ ب ٧٦٨ / ٣٧١٨٥

القِسْمُ الثَّاني[1]

فـي : العُقُـود

وفيـه : خمسةَ عَشَرَ كتابًا

(١) في الجواهر : ٢٢ / ٣ : القِسْمُ الثَّاني من الأَقسام الأَربعة ، الَّتي بُنِي عليها الكِتَابُ .

كِتَـابُ التِّجَارة

وهو مبنيٌّ على فُصُولٍ

الاَوَّلُ [1]

فيما : يُكتَسَبُ بِهِ

و [هو] ينقسمُ الى : مُحرَّمٍ ، ومكروهٍ ، ومُبَاحٍ

فالمُحَرَّمُ منه اَنوَاعٌ :

«الاَوَّلُ» : الاَعيانُ النَّجِسةُ [2]

كـ : الخمرِ ، والاَنبِذَةِ ، والفُقَّاعِ ؛ وكُلِّ مائعٍ نجِسٍ [3] ، عدا الاَدْهَانِ لفائدَةِ الاِستِصْبَاحِ [بها] تحتَ السَّماءِ [4] ؛ والميتَةِ ؛ والدَّم ؛ واَرواثِ واَبوالِ ما لايُؤكَلُ لَحمُهُ؛ ورُبَّما قيلَ: بتحريم الاَبوالِ [كُلِّها] ، اِلَّا بولَ الاِبلِ [خاصَّةً] ؛ والاَوَّلُ اَشبَهُ ؛ والخنزيرِ وجميعِ اَجزائِهِ ؛ وجلدِ الكلبِ ، ومايكونُ منهُ .

«الثَّاني» : ما يحرُمُ لتحريمِ ما قُصِدَ بِهِ

كـ : آلاتِ اللَهوِ ؛ مثلِ العُودِ والزَّمْرِ ؛ وهياكِلِ العِبَادةِ المُبتدَعَةِ ،

---

(١) في المسالك : ٣ / ١١٨ : «الفصلُ الاَوَّلُ» .

(٢) في الجواهر : ٢٢ / ٨ : «الاَعيان النَّجِسة ذاتًا» .

(٣) غيرِ القابلِ للطَّهَارَةِ ؛ «الرَّوضة : ٣ / ٢٠٧» .

(٤) للاَخبار الدَّالَّةِ على جَوَازِ الاِستصباح بالاَدْهَانِ المُتَنَجِّسة ؛ «التوضيح : ٢ / ٢٤٨» .

كالصَّليبِ والصَّنمِ [1] ؛ وآلاتِ القِمارِ ؛ كالنَرْدِ والشِّطْرَنجِ ؛ ومايُفضي اِلى مُسَاعَـدةٍ [2] علـى مُحـرَّمٍ ، كبيعِ السِّلاحِ لِاعداءِ الدِّين ، واِجارَةِ [ورقة ٦٥ لوحـة ب] المَسَاكنِ والسُّفُنِ للمُحرَّمات ؛ وبيعِ العِنَبِ لِيُعمَلَ خمرًا ، وبيعِ الخَشَب لِيُعمَلَ صَنَمًا .

ويُكرَهُ : بيعُ ذلك لِمَن يعمَلُها .

«الثَّالثُ» : مالَا يُنتَفَعُ بهِ

كالمُسُوخِ : برِّيَّةً كانَتْ ، كالقِرْدِ والدُّبِّ ؛ وفي الفِيْلِ تردُّدٌ ، والاَشْبَهُ جوازُ بيعهِ لِلانتفاعِ بعظمهِ ؛ اَو بَحرِيَّةً ، كالجِرِّيِّ والضَّفَادِعِ والسَّلاحِفِ والطَّافي [3] .

والسِّباعِ كُلِّها اِلَّا الهِرَّ .

والجَوَارِحِ : طائرَةً كانَتْ كالبَازِي ؛ اَو ماشِيَةً كالفَهْدِ .

وقيلَ : يجوزُ بيعُ السِّباعِ كُلِّها ، تَبَعًا للانتفاعِ بجلدِها اَو ريشِها ؛ وهو الاَشَبهُ .

«الرَّابعُ» : ما هو مُحَرَّمٌ في نفسِهِ

كـ : عَمَـلِ الصُّـوَرِ المُجَسَّمـةِ [4] ؛ والغِنَاءِ [5] ؛ ومَعُونَةِ الظَّالمين بما

---

(١) الاَصْلُ في الهَيْكلِ اَنَّهُ : بيتُ الصَّنم ؛ كما نَصَّ الجوهريُّ وغيرُهُ .
واَمَّـا اِطلاقُـهُ على نفسِ الصَّنـمِ ؛ فَلَعَلَّهُ من بابِ المَجَاز ، اِطلاقًا لاسمِ المَحَلِّ على الحَالِّ ؛ «المسالك : ٣ / ١٢٣» ؛ ويُنظر : «الصِّحَاح : ج ٥ ص ١٨٥١» ، و«كتاب العين : ٣ / ٣٧٧» .

(٢) وفي المسالك : «المساعدة» ...

(٣) من السَّمَكِ ، وهو ما مَاتَ في الماء ؛ «التَّوضيحُ : ٢ / ٢٤٩» .

(٤) يُنظر : «المسالك : ٣ / ١٢٦» .

(٥) يُنظر : المصدر نفسه : ٣ / ١٢٦ ـ ١٢٧ .

يحرُمُ [١] ؛ ونوحِ النَّائحَةِ بالبَاطِلِ [٢] ؛ وحِفْظِ كُتُبِ الضَّلَالِ ، ونسخِها لِغَيرِ النَّقْض ؛ وهِجَـاءِ المؤمنيـن [٣] ؛ وتعلُّمِ السِّحْرِ ، والكِهَانةِ ، والقِيَافَةِ ، والشَّعبَذَة ، والقِمَار ؛ والغِشِّ بما يخفَى ، كشَوْبِ اللَّبَنِ بالماءِ ، وتدليسِ المَاشِطَةِ [٤] ؛ وتزيينِ الرَّجُلِ بما يحرُمُ عليهِ [٥] .

«الخَامِسُ» : مايجبُ على الانسانِ فِعْلُهُ

كتغسيلِ الموتى ، وتكفينِهم ، ودَفْنِهم . وقـد يحرُمُ الاكِتسَابُ بأَشياءَ أُخَـر ، تأتي في أَماكِنِها إن شاءَ اللهُ .

مسألةٌ :

أَخذُ الأُجرَةِ على الأَذَان حَرَامٌ ، ولابأسَ بالرِّزقِ من بيتِ المالِ . وكذا الصَّلاةِ بالنَّاسِ ؛ والقَضَاءِ على تفصيلٍ [٦] [سيأتي] .

---

(١) كالكِتَابـةِ لَهُـم ، وإحْضَـارِ المَظْلـومِ ونحوِهِ ، لا معونَتُهم بالأَعمال المُحلَّلةِ كالخِيَاطةِ ؛ «الرَّوضة : ٣ /٢١٣» .

(٢) بأَن تَصِفَ الميِّتَ بما ليسَ فيهِ ؛ «الروضة : ٣ / ٢١٣» .

(٣) يُنظر : «المسالك : ٣ / ١٢٧» .

(٤) أَي : تدليسُها المرأَةَ بِإظْهارِ مَحَاسِنَ ليسَتْ فيها ؛ من تَحْميرِ وَجْهِهَا ، ووَصْلِ شَعْرِها ، ونحوِهِ ؛ «المسالك : ٣ / ١٢٩» .

(٥) كَلُبْسِ الرَّجُلِ السِّوَارَ ، والخَلْخَالَ ، والثِّيابَ المُختَصَّةَ بها عادةً ؛ «الرَّوضة: ٢ / ٢١٦».

(٦) التَّفصيلُ الموعودُ بِهِ : هو أَنَّهُ إن تَعَيَّنَ عليهِ بتعيين الإمام ، أَو بعدم قِيامِ أَحَدٍ بِهِ غيره ؛ حَـرُمَ عليـهِ أَخْذُ الأُجْرَةِ عليه مُطْلَقًا ؛ لِأَنَّهُ حينئذٍ يكون واجبًا ، والواجبُ لا يصِـحُّ أَخْـذُ الأُجْرَةِ عليه .

وإن لم يتعيَّـن عليـهِ ؛ فـإن كـانَ لَهُ غِنًى عنهُ ، لم يَجُز أَيْضًا ، وإلَّا جازَ ...؛ «المسالك : =

ولابأسَ بأَخذِ الأُجْرةِ على عَقْدِ النِّكاحِ .

والمَكْرُوهَاتُ : ثَلَاثةٌ

ما يُكرَهُ لِأَنَّهُ يُفضِي الى مُحرَّمٍ أَو مكروهٍ غالبًا: كالصَّرْفِ؛ وبيعِ الأَكفانِ ، والطَّعامِ ، والرَّقيقِ ؛ واتِّخاذِ الذَّبحِ والنَّحرِ صَنْعَةً [1] .

ومايُكرَهُ لِضَعَتِهِ: كالنِّسَاجَةِ، والحِجَامةِ إذا اشترَطَ [2]، وضِرَابِ الفَحْل [3].

وما يُكرَهُ لِتَطرُّقِ الشُّبْهَةِ : كَكَسْبِ الصِّبْيَانِ ، ومَن لا يَتَجَنَّبُ المَحَارِمَ .

وقد تُكرَهُ أَشياءُ تُذكَرُ في أَبوابِها إِن شاءَ اللهُ [4] .

وما عدا ذلك : مُبَاحٌ

❀ ❀ ❀

مسائلُ :

«الأُولى» : لا يجوزُ بيعُ شيءٍ من الكِلَابِ إِلَّا كَلْبَ الصَّيْدِ . وفي كلبِ

= ٣ / ١٣٢» .

(١) قد عُلِّلَ في الأَخبار : إِفْضاءُ هذهِ المذكورات إِلى المُحَرَّم أَو المكروه .

فَعُلِّلَ الصَّرْفُ ؛ بأَنَّهُ لايَسلَم فاعِلُهُ من الرِّبا ، وبيعُ الأَكفانِ بِتَمَنِّي الوَبَاء ، والطَّعام بِتَمَنِّي الغَلَاء ...

وأَعْلَم ؛ أَنَّ هذهِ العَوَاقِب المُفْضَى إِليها ؛ بعضُها مُحَرَّمٌ ؛ وهو : الرِّبَا ، ومَحَبَّة الوَبَا ، وتَمَنِّي الغَلَاء .

وبعضُها مكروهٌ ؛ كعاقِبَةِ بيع الرَّقيق ...؛ «المسالك : ٣ / ١٣٢ ـ ١٣٣» .

٢) أَي : إِشْتِرَاطُ الأُجرَةِ على فعلِهِ ، سواءٌ عيَّنَها أَم أَطْلَقَ ؛ «المسالك : ٣ / ١٣٤» .

٣) بأَن يُؤجِرَهُ لذلك ، مع ضَبْطِهِ بالمَرَّةِ والمَرَّاتِ المُعَيَّنَةِ ؛ أَو بالمُدَّةِ ؛ «الرَّوضة : ٣ / ٢٢٠».

٤) في المسالك والجواهر : إِنْ شاءَ اللهُ تَعَالى .

الماشيةِ والزَّرعِ والحَائِطِ تردُّدٌ ؛ والاَشْبَهُ المنعُ . نعم ، يجوزُ اِجَارَتُها . ولِكُلِّ واحدٍ من هذهِ الاَربعةِ دِيَةٌ ، لو قتلَهُ غيرُ المالك .

«الثَّانيةُ» : الرُّشَا حَرَامٌ ، سَواءٌ حُكِمَ لِبَاذِلِهِ اَو عليهِ ، بحقٍّ اَو بَاطلٍ [1] .

«الثَّالثةُ» : اذا دَفعَ الانسانُ مالاً اِلى غيرِهِ ، لِيَصرِفَهُ في قبيلٍ ، وكان المَدْفُوعُ اليهِ بصِفَتِهم ؛ فاِن عُيِّنَ لَهُ ، عَمِلَ بمُقْتَضَى تعيينِهِ . واِنْ اطلَقَ ، جازَ [2] اَن يأخُذَ مثلَ اَحَدِهِم من غيرِ زِيادةٍ .

«الرَّابعةُ» : الوِلايةُ من قِبَلِ السُّلطانِ العَادلِ جائزةٌ ، ورُبَّما وَجَبَت ، كما اِذا عيَّنَهُ اِمامُ الاصل ؛ اَولا ، لم يمكن دفعُ المنكر اَو الاَمر بالمعروف اِلَّا بها . وتحرُمُ من قِبَلِ الجائرِ ، اِذا لم يأمَن اعتمادَ ما يحرُمُ . ولو اَمِنَ ذلك ، وقدرَ على الاَمر بالمعروفِ [والنَّهي عن المُنْكَر] استُحِبَّت . ولو اُكرِهَ ، جازَ لَهُ الدُّخُولُ ، دَفْعًا للضَّرَرِ اليَسيرِ ، على كَراهِيَةٍ . [ورقة ٦٦ لوحة اَ] وتزولُ الكَرَاهِيَةُ ، لِدَفْعِ الضَّررِ الكثيرِ ؛ كالنَّفسِ ،اَو المالِ ، اَو الخوفِ على بعضِ المُؤمنين.

---

(١) الرُّشا ـ بِضَمِّ اَوَّلِهِ وكَسْرِهِ مقصورًا ـ : جمعُ رِشوة ـ بهما ـ
وهو اَخْذُ الحاكمِ مالاً لِاَجْلِ الحُكم . وعلى تحريمِهِ اِجْمَاعُ المسلمين .
وعن الباقر «عليه السَّلام» : «اَنَّهُ الكُفْرُ باللهِ تَعَالى وبرسولِهِ» .
وكما يَحْرُمُ على المُرْتَشي ، يحرُمُ على المُعْطِي ؛ لِاِعانتِهِ على الاِثم والعُدوان ؛ اِلَّا اَن يتوقَّفَ عليهِ تحصيلُ حَقِّهِ ، فيحرُمُ على المُرْتَشِي خَاصَّة ؛ «المسالك : ٣ / ١٣٦» .

(٢) ويَدُلُّ على الجَوَازِ ؛ ما رواه الحُسَيْنُ بنُ عثمان ، عن الكاظم (ع) : في رَجُلٍ اُعطي مالاً ، يُفَرِّقُهُ فِيْمَن يَحِلُّ لَهُ .
اَلَهُ اَن يأخُذَ شيئًا لِنَفْسِهِ ، ولم يُسمَّ لَهُ ؟ قال : يأخذ منه لِنَفْسِهِ ، مثلَ ما يُعطِي غيرَهُ ؛ «المسالك : ٣ / ١٣٧» .

«الخَامِسَةُ» : إذا أَكْرَهَهُ الجائرُ على الوِلايةِ ، جازَ له الدُّخولُ والعمَلُ بمايأمُرُهُ ، مع عَدَمِ القدرةِ على التَّفَصِّي [1] ، إلَّا في الدِّمَاءِ المُحَرَّمة ، فإنَّهُ لا تَقِيَّةَ فيها .

«السَّادِسَةُ» : جَوَائزُ الجَائِرِ إنْ عُلِمَتْ حَرَامًا بعينِها فهي حَرَامٌ ؛ [وإلَّا فهي حَـلَالٌ] . فإن قَبَضهـا ، أعادَها على المَالكِ . وإن جَهِلَهُ [2] ، أو تعذَّرَ الوصولُ إليه ، تصدَّقَ بها عنهُ . ولايجوزُ إعَادَتُها على غيرِ مالِكها مع الإمكان .

«السَّابعةُ» : مايأخذُهُ السُّلطانُ الجائرُ من الغَلَّاتِ باسم المُقَاسَمَةِ ، أو الأموالِ باسمِ الخَرَاج عن حَقِّ الأرض [3] ، ومن الأنعامِ باسمِ الزَّكاة ؛ يجوزُ ابتياعُهُ ، وقبولُ هِبَتِهِ ، ولاتجبُ إعَادَتُهُ على أربابِهِ ، وإن عُرِفَ بعينِهِ .

الفَصْـلُ الثَّانـي

في : عَقْدِ البَيعِ ، وشُرُوطِهِ ، وآدابِهِ

[العَقْدُ :]

العَقْدُ : هو اللفظُ الدَّالُّ على نَقْلِ المِلْكِ ، [من مَالكٍ إلى آخَرَ] ، بِعِوَضٍ معلوم . ولا يكفي التَّقَابُضُ من غيرِ لفظٍ ، وإن حصَلَ من الأمَارات ما يَدُلُّ

---

(١) أي : مـع عَـدَمِ القُـدْرَةِ علـى التَّخَلُّـصِ ، لِخَـوْفِ الضَّـرَرِ علـى نفسِـهِ ...؛ «التَّوضيحُ : ٢ / ٢٥٥».

(٢) في المسالك : فإن جَهِلَهُ .

(٣) المُقَاسَمَةُ : حِصَّةٌ من حاصلِ الأرض ، تُؤخَذُ عوضًا عن زراعَتِها .
والخَرَاجُ : مقدارٌ من المالِ ، يُضْرَبُ على الأرْضِ أو الشَّجر ، حسبما يَرَاهُ الحاكِمُ .
ونَبَّهَ بقولـهِ : «باسـم المُقَاسَمة وأسم الخَرَاج» ؛ على أنَّـهما لا يَتَحقَّقَان إلَّا بتعيين الإمام العادِل ... ؛ «المسالك : ٣ / ١٤٢» .

على اِرادةِ البيع ، سواءٌ كانَ في الحَقِير اَو الخَطِيرِ .

ويقومُ مقامَ اللفظ ، الاِشارةُ مع العُذرِ [1] .

ولا ينعقدُ اِلَّا بلفظِ الماضي . فلو قالَ : اِشترِ اَو اَبتعْ اَو اَبيعُك ، لم يصِحَّ ، واِن حصَلَ القَبُولُ . وكذا في طَرَفِ القَبُولِ ؛ مثل اَن يقولَ : بعني اَو تبيعني ، لِاَنَّ ذلك اَشبَهُ بالاِستدعاء اَو الاِستعلام .

وهل يُشتَرطُ تقديمُ الايجابِ على القبولِ ؟ فيه تردُّدٌ ؛ والاَشْبَهُ عدمُ الاِشتراط . ولو قبضَ المُشتري ما اَبتاعَهُ بالعَقْدِ الفاسدِ ، لم يَمْلِكْهُ ، وكان مضمونًا عليهِ .

واَمَّا الشُّروطُ :

[اَ ـ] فمنها : ما يَتَعَلَّقُ بالمُتَعَاقِدَين

وهو : البُلُوغُ ، والعقلُ ، والاِختيارُ .

فلا يصِحُّ بيعُ الصَبِيِّ [2] ولا شِراؤهُ ، ولو اَذِنَ له الوليُّ . وكذا لو بلَغَ عَشرًا عاقِلًا ؛ على الاَظهر . وكذا المجنونِ ، والمُغْمَى عليهِ ، والسَّكرانِ غيرِ المُمَيِّزِ والمُكْـرَهِ ؛ ولـو رَضِيَ كُـلٌّ منهم بما فعَلَ بعدَ زوالِ عُذرِهِ ، عدا المُكْرَه ،

---

(١) كما في الاَخْرَس ، وَمَن بِلسانِهِ آفة ؛ فاِنَّهُ يكفي في اَنْعِقَادِ بيعِهِ وقبولِهِ لَهُ ، الاِشارةُ المُفْهِمةُ .

وفـي حُكمِهـا : الكِتابـة على وَرَقٍ ، اَو لَوحٍ ، اَو خَشَبٍ ، اَو تُرَابٍ ؛ ونحوِها ؛ «المسالك : ٣ / ١٥٢» .

(٢) لافَرْقَ في الصَّبِيِّ بين المُمَيِّزِ وغيرِهِ ، ولابين كونِ المال لَهُ اَو للوَلِيِّ اَو لِغيرهما ؛ اَذِنَ مالِكُهُ اَم لا .

فـلا يصِحُّ لِبائعِهِ التَّصرُّف فيما صارَ اِليهِ ، واِن كان مالِكُهُ قد اَذِنَ ؛ لِاَنَّهُ بيعٌ فاسِدٌ ؛ «المسالك : ٣ / ١٥٥» .

للوُثُوقِ بعبارتهِ .

ولـو بـاعَ المملوكُ ، اَو اَشتـرى بغيـرِ اِذنِ سَيِّـدِهِ ، لـم يصِـحَّ . فـاِن اَذِنَ لَـهُ جـازَ . ولـو اَمَرَهُ آمرٌ اَن يبتاعَ لَهُ نفسَهُ من مولاه ؛ قيلَ : لا يجوزُ ؛ والجوازُ اَشبَهُ .

واَن يكـونَ البائِعُ : مالكًا ؛ اَو مِمَّن لَهُ اَن يبيعَ عن المالك : كالاَبِ ، والجدِّ [لـلاَب] ، والوكيلِ ، والوصيِّ ، والحاكمِ ، واَمينِهِ .

فلو باعَ مِلْكَ غيرِهِ ، وقَفَ على اِجَازةِ المَالـكِ اَو وَلِيِّهِ ؛ على الاَظهر [1] . ولا يكفي سكوتُهُ معَ العِلم [2] ، ولا معَ حُضُورِ العَقْدِ . فان لم يُجِزْ ، كان لَهُ اَنتزاعُهُ من المُشْتَرِي ، ويرجعُ المُشْتَري على البائعِ بما دَفَع اِليهِ ، وما اَغترمَهُ من نَفَقَةٍ ، اَو عِوَضٍ عن اُجْرَةٍ اَو نَمَاءٍ ، اِذا لم يكن عالمًا اَنَّهُ لغيرِ البائعِ ، اَو اَدَّعى البائعُ اَنَّ المالِكَ اَذِنَ لَهُ .

واِن لم يكُن [ورقة ٦٦ لوحة ب] كذلك ، لم يَرْجِعْ بما اَغترَمَ ؛ وقيلَ : لا ، يرجِعُ بالثَّمَنِ مع العلمِ بالغَصبِ .

وكذا لو باعَ ما يَمْلِكُ وما لايَمْلِكُ مَضَى بيعُهُ فيما يَمْلِكُ ، وكان فيما لا

---

(١) لِلفُقَهَاء في حُكْم هذا النَّوع من العَقْدِ اَقْوَالٌ ثَلَاثة :

قَوْلٌ بالصِّحَّةِ مُطْلَقًا ، وتوقُّف النُّفوذِ على الاِجَازَة ، كماهنا .

وَقَولٌ بالبُطْلَان مُطْلَقًا .

وقَولٌ بالتَّفْصيل ؛ بين مايكونُ مسبوقًا بِنَهْيٍ من المالك عن اِيْقَاعهِ ، فالبُطلان ؛ وبين عَدَمِ سَبْقـهِ بذلك ، فالصِّحَّة ؛ وللتوسُّع يُنْظَرُ : «عَقْدُ الفُضُوليّ في الفقه الاِسلامي ـ رِسَالة ماجِستير ـ لعبد الهادي الحكيم : ص ١٩ ـ ٤١» .

(٢) اَي : ولا يكفي في الاِجَازة ، السُّكوتُ عندَ العَقْدِ مع عِلْمِهِ بِهِ ... لِاَنَّ السُّكوتَ اَعَمُّ من الرِّضا ، فلا يَدَلُّ عليهِ ؛ «الرَّوضة : ٣ / ٢٣٤ بتصرُّف» .

يملِكُ موقوفًا [1] [على الاِجَازةِ] . ويُقَسَّطُ الثَّمَنُ بأَن يُقوَّما جميعًا ، ثم يُقوَّمُ اَحدُهما ، ويَرْجِعُ على البائعِ بحِصَّتِهِ من الثَّمَنِ ، اِذا لم يُجِزِ المالك [2] . ولو اَرادَ المُشتَرِي رَدَّ الجَميع ، كانَ لَهُ ذلك . وكذا لو بَاعَ ، ما يَمْلِكُ ومالا يَمْلِكُهُ المُسلمُ ، اَو [ما] لايَمْلِكُهُ مالكٌ ، كالعَبْدِ مع الحُرِّ ، والشَّاةِ مع الخنزيرِ ، والخَلِّ مع الخَمْرِ .

والاَبُ والجَدُّ للاَب يَمضي تصرُّفُهما ، مادَام الولَدُ غيرَ رشيدٍ . وتنقطعُ ولايَتُهُما بثبوتِ البُلوغِ والرُّشدِ . ويجوزُ لهما اَن يتولَّيَا طَرَفي العَقْدِ ، فيجوزُ اَن يبيعَ عن وَلَدِهِ [لِغَيرِهِ] [3] ، وعن نفسهِ من ولدِهِ ، وعن ولدِهِ من نفسهِ .

والوكيلُ يَمْضِي تصرُّفُهُ على المُوَكِّلِ ، مادَام المُوَكِّلُ حيًّا جائزَ التصرُّف . وهل يجوزُ اَن يتولَّى طَرَفي العَقْدِ ؟ [4] ؛ قيلَ : نعم ؛ وقيلَ : لا ؛ وقيلَ : اِن اَعْلَمَ المُوَكِّلَ جازَ ؛ وهو اَشبَهُ . فاِن اَوقعَ قبلَ اِعلامهِ ، وقفَ على الاِجازة .

والوصيُّ لا يَمضِي تصرُّفُهُ اِلَّا بعدَ الوَفَاةِ . والتردُّدُ في تولِّيهِ طَرَفي العَقْدِ ،

---

(١) الموقوفُ ؛ هو البيعُ المُضْمَرُ في «كانَ» ؛ اَي : كانَ البيعُ فيما لايملِكُ موقوفًا على اِجَازَةِ المالك .

ولابُعْدَ في كونِ البيعِ الواحد ، لازمًا موقوفًا باعتبارين ؛ حيثُ يشتَمِلُ على شيئين مُختَلِفين في الحُكم ؛ «المسالك : ٣ / ١٦١ ـ ١٦٢» .

(٢) للتَّعَرُّفِ على كيفيَّةِ التَّقسيط ، وهل اَنَّ لاجتماعِ الاَشياء ؛ كَمِصْرَاعي بابٍ ، اَو كجاريةٍ واَبنتِها مدخليَّة في القِيمة ؟ يُنظر للتوسُّع : «عقد الفُضولي للسيّد الجليل المرحوم عبد الهادي الحكيم : ص ٦٥ ـ ٦٨» .

(٣) في المسالك والجواهر : عن ولدهِ من غيرِهِ .

(٤) بأَنْ يشتريَ لنفسه ؛ «التَّوضيحُ : ٢ / ٢٦٠» .

كالوكيل ؛ وقيلَ : يجوزُ اَن يُقَوِّمَ على نفسِهِ [1] ، واَن يقترِضَ [2] اِذا كان مَلِيًّا .

واَمَّا الحاكمُ واَمينُهُ ، فلا يَلِيان اِلَّا على المَحْجُورِ عليهِ ، لِصِغَرٍ ، اَو سَفَهٍ ، اَو فَلَسٍ ، اَو حُكمٍ على غائبٍ .

واَن يكون المُشتري مُسْلِمًا ، اِذا اَبتاعَ [عبدًا] مُسْلِمًا ؛ وقيلَ : يجوزُ ولو كان كافرًا ، ويُجبَرُ على بيعهِ من مُسْلمٍ ؛ والاَوَّلُ اَشبَهُ .

ولو اَبتاعَ [الكافرُ] اَباهُ المُسلِمَ، هل يَصِحُّ ؟ فيه تردُّدٌ ؛ والاَشبَهُ الجوازُ ، لانتفاءِ السبيلِ بالعِتقِ .

[ب ـ] ومنها : ما يَتَعَلَّقُ بالمَبيعِ

وقد ذكرنا بعضَها في البابِ الاَوَّل .

ونزيدُ هاهنا شُرُوطًا :

«الاَوَّلُ» : اَن يكونَ مَمْلُوكًا

فلا يصِحُّ بيعُ : الحُرِّ ؛ ومالَا مَنْفَعَةَ فيهِ كالخَنَافسِ والعَقَاربِ [3] ، والفَضَلَاتِ المُنْفَصِلَةِ عن الانسانِ كَشَعْرِهِ وظُفُرِهِ ورُطُوباتهِ عدا اللَبَن [4] ؛ ولا مَا يشترِكُ المسلمون فيهِ قبلَ حِيَازَتِهِ ، كالكلَإِ ، والماءِ ، والسُّموكِ ، والوحوشِ قبلَ اصطيادِها ؛ والارضِ المأخوذة عَنْوَةً ؛ وقيلَ : يجوزُ بيعُها ،

---

(١) فيشتري لِنَفْسِهِ ؛ ولابأسَ بهِ ، كما سَبَقَ في الوكيل والاَبِ ؛ «المَصْدَرُ نفسُهُ» .

(٢) مِن مالِ مَنْ لَهُ الولَايةُ عليهِ ، بِلَا رهنٍ ولا ضَامنٍ ؛ «المَصْدَرُ نفسُهُ» .

(٣) لِعَدَمِ عَدِّها مالًا ، عُرْفًا وشرعًا ؛ ولا اَعتبارَ بمايُورَد في الخواصِّ من منافعها ، فاِنَّها مع ذلك لاتُعَدُّ مالًا ؛ «المسالك : ٣ / ١٦٨» .

(٤) اَي : لَبَنُ المراَةِ فيصحُّ بيعُهُ ؛ والمعاوَضَةُ عليهِ ؛ مقدَّرًا بالمِقْدَارِ المعلومِ ؛ اَو المُدَّةِ ؛ لِعظَمِ الاِنتفاعِ بِهِ ؛ «الرَّوضة : ٣ / ٢٤٧ بتصرُّف» .

تَبَعًا لِآثارِ المُتَصَرِّفِ [1] . وفي بيعِ بيوتِ مكَّةَ تردُّدٌ ؛ والمَرْوِيُّ المنعُ .

اَمَّا مَاءُ البئرِ فهو مِلْكٌ لمن اَستنبَطَهُ ، وماءُ النهر لِمَن حَفَرَهُ ، ومثلُهُ كلُّ ما يظهَرُ في الاَرضِ من المَعَادنِ فهي لمالِكِها تَبَعًا لها .

«الثَّاني» : اَن يكون طِلْقًا

فلا يصِحُّ بيعُ الوقفِ ، مالم يؤدِّ بقاؤُهُ اِلى خرابِهِ ، لِاختلافٍ بينَ اَربابِهِ ، ويكونُ البيعُ اَعوَدَ ؛ على الاَظهرِ .

ولابيعُ اُمِّ الولـد ، مالم يَمُت وَلَدُها ، اَو في ثمنِ رَقَبَتِها مع اِعسارِ مولاها [2] . وفي اَشتراطِ موتِ المالك تردُّدٌ .

ولابيعُ الرَّهنِ اِلَّا مع الاِذنِ .

ولايمنعُ جنايةُ العبدِ من بيعِهِ [ورقة ٦٧ لوحة اَ] ولا من عتقِهِ ، عمدًا كانت الجنايةُ اَو خطأً ؛ على تردُّدٍ .

«الثَّالثُ» : اَن يكونَ مقدورًا على تسليمِهِ

فلا يصِحُّ بيعُ الآبِق مُنْفَرِدًا ، ويَصِحُّ منضمًّا اِلى مايصِحُّ بيعُهُ . ولو لم يظفَر بِهِ ، لم يكن لَهُ رُجُوعٌ على البائع [3] ، وكان الثَّمَنُ مقابِلًا للضَّميمةِ .

---

(١) من بناءٍ وشَجَرٍ فيهِ ...

وتبقى تابعةً لَهُ مادامَتِ الآثَارُ ؛ فاِن زالَت رجعَتْ اِلى اَصلها .

والمُرَادُ منها : المُحْيَاةُ وقتَ الفَتْح . اَمَّا المَوَاتُ فيملِكُها المُحيِي ، ويَصِحُّ بيعُها كغيرِها من الاَملاكِ ؛ «المصدَرُ نفسُهُ» .

(٢) بحيثُ لم يملك زايدًا على المُسْتَثْنَيَاتِ في الدَّين ؛ مقدارَ تمامِ ثمنها ؛ الَّذي اَشتراهُ به ؛ لِظَاهرِ النَّصِّ ؛ «التَّوضيحُ : ٢ / ٢٦١» .

(٣) بمعنى : اَنَّهُ لا يُوزَّع عليها وعلى الآبِق ، ويرجع بحِصَّتِهِ منهُ . =

ويصِحُّ بيعُ ما جرَت العادَةُ بعودِهِ ، كالحَمَامِ الطائرِ ، والسُّموكِ المَمْلُوكَةِ المُشَاهَدَةِ في المِياهِ المَحْصُورةِ [1] .

ولو باعَ ما يَتَعَذَّرُ تسليمُهُ اِلَّا بعدَ مُدَّةٍ ؛ فيه تردُّدٌ .

ولو قيلَ : بالجَوازِ مع ثبوتِ الخِيارِ للمُشتري ، كان قويًّا .

«الرَّابعُ» : اَن يكونَ الثَّمَنُ معلومَ القَدْرِ والجِنْسِ والوَصْفِ

فلو باعَ بحكمِ اَحدِهما ، لم ينعقد . ولو تسلَّمَهُ المُشتري فَتَلِفَ ، كان مضمونًا عليهِ بقيمتهِ يومَ قبضِهِ [2] ؛ وقيلَ : باَعلَى القِيَمِ مِن يوم قبضِهِ الى يومِ تَلَفِهِ . واِن نقَصَ فَلَهُ اَرشُهُ . واِن زَادَ بفعلِ المُشْتَرِي ، كان لَهُ قيمةُ الزِّيَادَةِ ، واِن لم يكن عينًا .

[الخَامسُ] : واَن يكونَ المبيعُ معلومًا

فلايجـوزُ بيعُ مايُكَالُ ، او يُوزَنُ ، اَو يُعَدُّ جُزَافًا ولو كانَ مُشَاهَدًا كالصُّبْرَة [3] ، ولا بمكيالٍ مجهولٍ .

ويجوزُ اَبتِياعُ جُزْءٍ من معلومٍ بالنِّسبةِ [4] مُشَاعًا ؛ سواءٌ كانَت اَجزاؤُهُ متساويةً [5] اَو متفاوتةً [6] .

= بل ، يُنَزَّلُ الآبِقُ بالنِّسبةِ اِلى الثَّمن منزلة المعدوم ...؛ «المسالك : ٣ / ١٧٢» .

(١) المُعْتَبَرُ من المُشَاهَدةِ : مايزولُ بِهِ الغَرَرُ ، فلا يُعْتَبَرُ عَدُّهُ في الماء ؛ لِاَنَّ ذلك غيرُ شرطٍ في صِحَّةِ بيع السَّمَكِ في الماء ...؛ «المسالك : ٣ / ١٧٣» .

(٢) لِاَنَّ كُلَّ عَقْدٍ يُضْمَنُ بصحيحهِ يُضْمَنُ بفاسدِهِ؛ وبالعكس ؛ «الرَّوضة : ٣ / ٢٦٤ ـ ٢٦٥».

(٣) مالم يكن معلومَ المِقْدارِ والوَصْفِ .

(٤) كالنِّصفِ والثُّلُثِ ؛ «المصدَرُ نفسُهُ» .

(٥) كالحُبُوبِ والاَدْهَانِ ؛ «المَصْدَرُ نفسُهُ» .

(٦) كالجَوَاهِرِ والحَيَوانِ ؛ «المصدَرُ نفسُهُ» .

ولايجوزُ ٱبتياعُ شيءٍ مقدَّرٍ منهُ ، إذا لم يكن مُتَساويَ الاَجزَاءِ ، كالذِّرَاعِ من الثَّوبِ ، اَو الجريبِ من الاَرضِ ، اَو عبدٍ من عبدين اَو من عبيدٍ ، اَو شَاةٍ من قَطِيعٍ. وكذا لو باعَ قطيعًا وٱستثنى منهُ شاةً اَو شياهًا غيرَ مُشارٍ إلى عينِها.

ويجوزُ ذلك في المُتَساوي الاَجزاءِ ، كالقَفِيزِ من كُرٍّ . وكذا يجوزُ ولو كانَ من اَصلٍ مجهولٍ ، [كبيعِ] مَكُّوكٍ من صُبْرَةٍ ، مجهولَةِ القَدْرِ .

وإذا تعذَّرَ عَدُّ ما يَجِبُ عدُّهُ ، جازَ اَن يُعتَبَرَ بمكيالٍ ويُؤخَذَ بحسابِهِ [1] .

ويجوزُ بيعُ الثَّوبِ والاَرْضِ مع المُشَاهَدةِ وإن لم يُمْسَحا ، ولو مُسِحَا كان اَحوطَ ، لِتفاوتِ الغرضِ في ذلك ، وتَعَذُّرِ إدراكِهِ بالمُشَاهدةِ . وتكفي مُشَاهَدَةُ المَبيع عن وصفِهِ ، ولو غابَ وقتَ الابتياع ، إلَّا اَن تمضيَ مدَّةٌ جَرَتِ العَادَةُ بتغيُّرِ المَبيع فيها . وإن ٱحتمَلَ التغيُّرَ ، كَفَى البناءُ على الاَوَّلِ . ويثبُتُ لَهُ الخِيَارُ إن ثبَتَ التغيُّرُ . وإن ٱختلَفا فيهِ ؛ فالقولُ قولُ المُبتَاعِ مع يمينهِ ؛ على تردُّدٍ .

فإن كان المُرَادُ منهُ الطَّعمَ اَو الرِّيحَ ، فلابُدَّ من ٱختبارِهِ بالذَّوقِ اَو الشَّمِّ . ويجوزُ شِراؤُهُ من دونِ ذلك بالوصف ، كما يشتري الاَعمى الاَعيانَ المَرْئِيَّةَ .

وهل يصِحُّ شراؤُهُ من غيرِ ٱختبارٍ ولا وَصْفٍ ، على اَنَّ الاَصْلَ الصِّحَّةُ ؟ فيه تردُّدٌ ، والاَوْلَى الجَوازُ . ولَهُ الخِيارُ بين الرَّدِّ والاَرشِ ، إن خرَجَ معيبًا . ويتعيَّنُ الاَرشُ مع إحْداثِ حَدَثٍ فيهِ. ويَتَساوى في ذلك الاَعمى والمُبصِرُ [2].

---

(١) وإنَّما عَبَّر المُصَنِّفُ وغيرُهُ بـ «التعذُّر» ؛ تَبَعًا للحديثِ عن الصَّادق (ع) ؛ حين سُئِلَ عن الجَوْزِ ، لا نستطيعُ اَن نَعُدَّهُ ؛ فَيُكَالُ بمكيالٍ ، ثم يُعَدُّ ما فيهِ ؟ ثم يُكَالُ ما بَقِي على حساب ذلك من المعدودِ ؟ فقالَ : لابأسَ بهِ ؛ «المسالك : ٣ / ١٧٦» .

(٢) نَبَّهَ بذلك على خلاف سلَّار ؛ حيثُ ذَهَبَ إلى تخيُّرِ الاَعمى ، بين الرَّدِّ والاَرْش ، وإن =

وكـذا ما يؤدِّي ٱختِبَارُهُ اِلى فَسَادِهِ كالجَوْزِ والبَطِّيخِ والبيضِ ، [ورقة ٦٧ لوحة ب] فاِنَّ شراءَهُ جائزٌ مع جَهَالةِ ما في بُطونهِ . ويثبتُ للمُشتري الاَرش بالاختِبَارِ مع العيبِ دون الرَّدِّ. واِن لم يكن لمكسورِهِ قيمَةٌ ، رجَعَ بالثَّمَنِ كلِّهِ.

ولايجوزُ : بيعُ سَمَكِ‌الآجام ولو كان مملُوكًا ، لِجَهَالَتِهِ ، واِن ضُمَّ اليهِ القَصَبُ اَو غيرُهُ ، على الاَصحِّ ؛ وكذا اللَبَنِ في الضَّرْعِ ، ولو ضُمَّ اليهِ ما يُحتَلَبُ منهُ . وكذا الجُلُودِ والاَصْوَافِ والاَوبارِ والشَّعرِ على الاَنعامِ ، ولو ضُمَّ اِليهِ غيرُهُ . وكذا ما في بُطونِها . وكذا اِذا ضمَّهما [1] . وكذا ما يُلْقِحُ الفحلُ [2] .

مسألتان :

«الاُولَى» : المِسكُ طاهرٌ ، و[3] يجوزُ بيعُهُ في فأرِهِ واِن لم يُفتَق ؛ وفتقُهُ اَحوَطُ .

«الثَّانيةُ» : يجوزُ اَن يُندَرَ [4] للظُّروفِ ما يحتَمِلُ الزِّيَادةَ والنَّقيصةَ ، ولا

= تصرَّف .

وحينئذٍ ؛ فـ «ذلك» في العبارة ؛ اِشَارَةٌ اِلى قولهِ : «ويتعيَّن الاَرشُ مع اِحْدَاثِ حَدَثٍ فيه» ، المُتَّصِل به ؛ «المسالك : ٣ / ١٧٩» .

(١) الضَّميرُ المُثَنَّى يعودُ اِلى النَّوعين السَّابقين ؛ وهما ما في بطونها ، وما على ظهورِها ، من الصُّوف والشَّعر والوَبَر ...؛ «المسالك : ٣ / ١٨١» .

(٢) وهو مايكونُ مِن نِتَاجِ من لِقَاحِ فَحْلٍ مَخْصُوص ؛ فَلَا يُبَاعُ مُنْفَرِدًا ؛ ولا بأسَ بالضَّميمة ؛ «التَّوضيح : ٢ / ٢٦٤» .

(٣) في المسالك والجواهر : يجوز ، بحذفِ الواو .

(٤) الاِنْـدَارُ ـ بالـدَّالِ المُهْمَلَـة ـ : الاِسقَـاطُ .

والمُرَادُ : اِسْقَاطُ قَدْرٍ مُعَيَّنٍ للظُّروفِ ؛ ...؛ «المسالك : ٣ / ١٨٢» .

يجوزُ وضعُ مايزيدُ اِلَّا بالمُرَاضَاةِ . ويجوزُ بيعُهُ مع الظُّروفِ من غيرِ وضعٍ .

وأَمَّا الآدابُ :

فيُستَحَبُّ : اَن يتفقَّهَ فيما يَتَوَلَّاهُ [1] ؛ واَن يُسَوِّي البائعُ بينَ المُبْتَاعين في الاِنصاف ؛ واَن يُقيلَ مَنِ اَستقَالَهُ ؛ واَن يشهدَ الشَّهَادتين ، ويُكبِّرَ اللهَ سبحانَهُ اِذا اَشترى ؛ واَن يقبضَ لِنفسِهِ ناقصًا ويُعطي راجِحًا .

ويُكرَهُ : مَدْحُ البائع لما يبيعُهُ ، وذمُّ المُشْتَرِي لما يَشْتَرِيهِ ؛ واليَمِينُ على البَيع ؛ والبَيعُ في موضعٍ يُستَتَرُ فيه العيبُ ؛ والرِّبحُ على المؤمن اِلَّا مع الضَّرورةِ [2] ، وعلى مَن يَعِدُهُ [با] لاِحسان ؛ والسَّومُ [3] مابينَ طُلُوعِ الفَجْرِ اِلى طُلُوعِ الشَّمس ؛ والدُّخُولُ اِلى السُّوق اَوَّلًا ؛ ومبايعةُ الاَدنين وذوي العاهات والاَكراد ؛ والتعرُّضُ للكَيْلِ اَو الوزنِ اِذا لم يُحسِنْهُ ؛ والاستِحْطَاطُ من الثَّمَنِ بعدَ العَقْدِ ؛ والزِّيادَةُ في السِّلْعَةِ وقتَ النِّدَاءِ ؛ ودُخُولُ المؤمنِ في سَوم اَخيهِ ؛ على الاَظهر ؛ واَن يتوكَّلَ حَاضِرٌ لِبَادٍ ؛ وقيلَ : يحرُمُ ؛ والاَوَّلُ اَشبَهُ .

ويلحقُ بذلك مسألتان :

«الأُولى» : تَلَقِّي الرُّكْبَان مكروهٌ ؛ وحدُّهُ : اَرْبَعَةُ فراسخ اِذا قصَدَ . ولايُكرَهُ اِن اتَّفَقَ . ولا يثبُت للبَائعِ الخِيارُ ؛ اِلَّا اَن يثبُتَ الغَبْنُ الفاحشُ . والخِيارُ فيهِ

---

(١) من التَّكَسُّبِ ؛ لِيَعرِفَ صحيحَ العَقْد من فاسِدِهِ ؛ ويسلَمَ من الرِّبا ؛ «الرَّوضة : ٣ / ٢٨٥».

(٢) قالَ الصَّادِقُ (ع) : «ربحُ المُؤمن على المُؤمن حَرَام ؛ اِلَّا اَن يشتريَ باَكثر من مائة درهم ؛ فاربَح عليهِ قُوتَ يومك ؛ اَو يَشتريَهُ لِلتِّجَارةِ فاربحوا عليهم ؛ وارفقوا بهم» ؛ «المسالك : ٣ / ١٨٥» .

(٣) وهو الاِشتغالُ بالتِّجارة ؛ «الرَّوضة : ٣ / ٢٩٥» .

على الفَوْرِ مع القُدْرَةِ ؛ وقيلَ : لا يسقط إلَّا بالاِسقاطِ ؛ وهو الاَشْبَهُ . وكذا حُكمُ النَّجْشِ ؛ وهو : اَن يزيدَ لِزيَادَةِ مَن وَاطاَهُ البَائِعُ .

«المسالَةُ الثَّانيةُ» [1] : الاحتِكارُ مكروهٌ [2] ؛ وقيلَ : حَرَامٌ ؛ والاَوَّلُ اَشبَهُ . وإنَّما يكونُ في الحِنْطَةِ والشَّعيرِ والتَّمْرِ والزَّبيبِ والسَّمْنِ ؛ وقيلَ : وفي الملحِ ، بشرطِ اَن يستبقيَها للزِّيَادةِ في الثَّمنِ ، ولا يوجَدُ بائعٌ ولا باذلٌ . وشَرَطَ آخرون اَن يستبقيَها في الغلاءِ ثَلَاثةَ اَيَّام ، وفي الرُّخص اَربعين . ويُجْبَرُ المُحْتَكِرُ على البيعِ ولا يُسعَّرُ عليهِ ؛ وقيلَ : يُسعَّرُ ؛ والاَوَّلُ اَظهرُ .

الفَصْلُ الثَّالِثُ

في : الخِيَارِ [3]

والنَّظرُ في : اَقسامِهِ ؛ واَحكامِهِ

اَمَّا اَقسامُهُ : فخمسَةٌ

«الاَوَّلُ» : خِيَارُ [4] المَجْلسِ

فإذا حصَلَ الايجابُ والقبولُ ، اِنعقدَ البيعُ ، ولِكُلٍّ من المُتَبَايعين خِيَارُ الفَسْخِ ما دامَا في المَجْلِسِ [5] . ولو ضُرِبَ بينهما حائلٌ لم يبطُل الخِيَارُ .

---

(١) في المسالك والجواهر : «الثَّانية» ، فقط .

(٢) الاحتِكارُ : اِفْتِعالٌ من الحُكْرَة ـ بالضَّمِّ ـ ؛ وهو جمعُ الطَّعام وحبسهِ ، يَتَرَبَّصُ بهِ الغَلَاء ؛ والاَقوى تحريمُهُ ... ؛ «المسالك : ٣ / ١٩١» .

(٣) الخِيَارُ ؛ هو مِلْكُ فَسخ العَقْدِ ؛ «مُوْجَزُ المَسَائل المنتَخَبة : ص ١٦٣» .

(٤) بداية : ورقة ٦٨ ، لوحة اَ ؛ من مُصَوَّرةِ المخطوطة .

(٥) رُوِيَ عن النَّبيِّ «ص» اَنَّهُ قالَ : «البَيِّعَان بالخِيَار مالم يَتَفَرَّقا» . =

وكذا لو أُكرِها على التَّفَرُّقِ ولم يتمكَّنا من التَّخايُر .

ويسقُطُ : باشتراطِ سُقوطهِ في العَقْدِ ، وبمفارقةِ كُلِّ واحدٍ منهما صاحِبَهُ ولو بخطوةٍ ، وبإيجابهما إيَّاهُ أو أحدِهما ورِضا الآخر . ولو ٱلتزَمَ أحدُهما سقَطَ خِيَارُهُ دونَ صاحبهِ . ولو خيَّرَهُ فسكَتَ ، فَخِيَارُ السَّاكِتِ باقٍ ، وكذا الآخر ؛ وقيلَ : فيهِ يسقطُ ؛ والأوَّلُ أشبَهُ .

ولو كان العَاقِدُ واحدًا عن ٱثنين [1] كالأبِ أو الجدِّ ، كان الخِيَارُ ثابتًا ، مالم يَشْتَرِطْ سُقُوطَهُ ، أو يلتزِمْ بهِ عنهما بعدَ العَقْدِ ، أو يُفَارقِ المَجْلِسَ الَّذي عُقِدَ فيه ، على قولٍ .

«الثَّاني» : خِيَارُ الحيوان

والشرطُ فيه كُلِّهِ : ثلاثةُ أيَّامٍ للمُشْتَرِي خاصَّةً ، دونَ البائعِ على الأظهرِ .

ويسقطُ : باشتراطِ سقُوطهِ في العَقْدِ ؛ وبالتزامهِ بعدَهُ [وبإحداثهِ فيه حدثًا ، كوطءِ الأمَةِ وقَطْعِ الثَّوب] ؛ وبتصرُّفِهِ فيهِ ، سواءٌ كان تَصَرُّفًا لازِمًا كالبيع ، أو لم يكن كالهِبَةِ قبلَ القَبْضِ والوصيَّةِ .

= البَيِّعَان ؛ هما : البائعُ ، والمُشْتَرِي ؛ وكُلُّ واحدٍ منهما بَيِّعٌ وبائعٌ .

وقالَ أبو عُبَيْدَة : البيعُ ، من حروف الأضداد في كلامِ العَرَب .

يُقَالُ : باعَ فُلَانٌ : إذا ٱشترى ؛ وباعَ من غيرِهِ ؛ «تهذيب اللُغة : ج ٣ ص ٢٣٧» .

(١) عقدُ الواحد عن إثنين ؛ يشمُلُ :

مالو كانا خارجين عنه ؛ كالوكيل عن المُتَبَايعين .

ومالو كان أحَدُهما ؛ كالأبِ يعقدُ للصَّبِيِّ على مالهِ أو بالعكس .

وكما لوكانَ أحَدُ المُتَبَايعين وكيلًا عن الآخَر ؛ فإنَّهُ يصدقُ أيْضًا ، أنَّ الواحدَ عاقِدٌ عن ٱثنين وقائمٌ مقامهما ، وإن كانَ هو أحَدَهما ...؛ «المسالك : ٣ / ١٩٧» .

«الثَّالثُ» : خِيَارُ الشَّرْط

وهو بحسبِ ما يشترِطَانهِ اَو اَحدُهما ، لكن يجبُ اَن يكونَ مدَّةً مَضْبُوطةً . ولايجوزُ اَن يُناطَ بما يحتَمِلُ الزِّيَادَةَ والنُّقصانَ ، كَقُدُومِ الحاجِّ .

ولو شرطَ كذلك ، بطَلَ البيعُ .

ولِكُلٍّ منهما اَن يشترِطَ الخِيَارَ لِنفسهِ ، ولِاَجنبيٍّ ، ولَهُ مع الاَجنبيِّ . ويجوزُ اَشتراطُ المُوامرةِ [1] ، واَشتراطُ مُدَّةٍ يَرُدُّ البائعُ فيها الثَّمَنَ اِذا شاءَ ، ويرتجعُ المبيعَ .

«الرَّابعُ» : [خِيَارُ الغَبْن]

مَن اَشترَى شيئًا ، ولم يكن من اَهلِ الخِبْرَةِ ، وظهرَ فيهِ غَبنٌ لم تجرِ العادَةُ بالتَّغَابُنِ بهِ ، كانَ لهُ فسخُ العَقدِ اِذا شاءَ . ولا يسقُطُ ذلك الخِيَارُ بالتَّصَرُّفِ ، اِذا لم يخرجْ عن المِلْكِ ، اَو يمنعْ مانعٌ من رَدِّهِ ، كالِاستيلادِ في الاَمَةِ ، والعِتْقِ ، ولا يثبُت به اَرشٌ .

«الخَامسُ» : [: خِيَارُ التَّأخير]

مَن باعَ ولم يقبضِ الثَّمَنَ ، ولا سلَّمَ المَبِيعَ ، ولا اَشترَطَ تأخيرَ الثَّمنِ ، فالبيعُ لازِمٌ ثلاثةَ اَيَّامٍ . فاِن جاءَ المُشْتَرِي بالثَّمَنِ ، واِلَّا كان البائعُ اَولَى بالمبيع .

ولو تَلِفَ ، كانَ من مالِ البائعِ في الثَّلَاثةِ وبعدَها ؛ على الاَشبهِ . واِن اَشترَى ما يفسُدُ من يومهِ ، فاِن جاءَ بالثَّمَن قبلَ اللَيل ، واِلَّا فلا بيعَ لَهُ .

---

(١) هي : مُفَاعَلَةٌ من الاَمر ؛ بمعنى : اِشتراطُ البايعِ اَو المُشْتَرِي اَوهما : اِستيمارَ مَن سَمَّيَاهُ في العَقْدِ ، والرُّجُوعَ اِلى اَمرهِ ؛ «المسالك : ٣ / ٢٠٢» .

وخِيَارُ العيب يأتي في بابه [1] إن شاء الله [2] [تعالى] .

---

(١) أي : في الفصل الخامس ؛ في موضوع : أحكام العُيُوب .

(٢) هذا ؛ وقد ذَهَبَ الشَّهيدُ الثَّاني في تَعْدَادِهِ هذِهِ الخِيارات إلى : أربعةَ عَشَرَ قسمًا .

ومن الخِيَارات :

«أوَّلًا» : خِيَارُ ما يَفْسدُ لِيَومهِ : ... واستَقْرَبَ تعدِيَتَهُ إلى كُلِّ ما يَتَسَارَعُ إليهِ الفَسَادُ ...؛ واكتفى في الفَسَاد : بنَقصِ الوَصْف وفَوَاتِ الرَّغبة ، كما في الخُضْرَوَات واللَّحم والعِنَب وكثيرٍ من الفَواكِه ... ؛ يُنظر للتَّوَسُّع : «الرَّوضة البهيَّة : ٣ / ٤٥٩ ـ ٤٦٠» .

«ثانيًا» : خِيَارُ الرُّؤية : وقد ذكره المحقِّق تحت عنوانٍ مستقلٍ ، جعله ملحقًا في نهاية هذا الفصل الثالث ؛ «لأنه لايَعُمُّ البُيُوع ؛ بل ، يكون في بيعِ الأعيان المُشَخَّصة ، من غيرِ مُشَاهَدَةٍ رافعةٍ لِلغَرَر» ، كما يقولُ صاحب التَّوضيح .

ويُنْظَرُ للتوسُّع : «الرَّوضة البهيَّة : ٣ / ٤٦١ ـ ٤٦٣» ، و «توضيح الكلام : ٢ / ٢٧٠» .

«ثالثًا» : خِيَارُ العيب : وقد ذكره المُحَقِّق تحت عنوانٍ مستقلٍ ، قائم بنفسه كما في الفصل الخامس ، في أحكام العيوب ، بُغْيَةَ التوسُّع فيه لأهميته ، وحفاظًا على تقسيم الفصـول في منهجيَّتـهِ ؛ كذلك ذكره في المقصد الثاني «ويلحقُ بالنكاح» ؛ ويُنظر للتَّوسُّع : «الرَّوضة البهيَّة : ٣ / ٤٧٣ ـ ٤٩٩» .

«رابعًا» : خِيَارُ التَّدليس : وقد ذكره المحقِّقُ في جُمْلَةِ أقسام العُيُوب ، ضِمْنَ المسألة الأُولى والسادسة من مسائله ؛ ويُنْظَر للتوسُّع : «الرَّوضة البهيَّة : ٣ / ٥٠٠ ـ ٥٠٤» .

«خامسًا» : خِيَارُ الاِشتراط : وقد ذَكَرَهُ المحقِّق متفرِّقًا هنا وهناك ، كما في التفريع الآتي بعـد النظر الخامس في الشُّروط ، وبعد القول في أقسام العيوب وضابطه ؛ ويُنظر للتَّوسُّع : «الرَّوضة البَهيَّة : ٣ / ٥٠٤ ـ ٥٠٨» .

«سادسًا» : خِيَارُ الشَّركة : وقد ذكره المحقِّق أيضًا ، ضمن المسائل الآتية عقيب ، النَّظر الثالث في التسليم ، كما في المسألة الثانية ، نظرًا لِثَانَوِيَّتِهِ .

«سابعًا» : خِيَارُ تعذُّر التسليم ؛ يُنظر لِلتَّوسُّع : «الروضة البهية : ٣ / ٥٠٩ ـ ٥١٠» .

«ثامنًا» : خِيَار تَبعُّض الصَّفْقَة : وقد ذَكَرَ المُحَقِّقُ مثالًا له ، في كتاب الوصايا، المسألة =

واَمَّا اَحكامه : فتشتملُ على مسائل

«الأُولى» : خِيَارُ المَجْلسِ ، لا يثبُتُ في شيءٍ من العُقودِ عَدَا البيع . وخِيَارُ الشَّرْطِ يثبتُ [1] في كُلِّ عَقْدٍ عَدَا النِّكاحَ والوَقفَ ، وكذا الاِبراءَ والطَّلاقَ والعِتْقَ ، اِلَّا على رِوَايةٍ شاذَّةٍ .

«الثَّانيةُ» :التَّصَرُّفُ يُسقِطُ خِيَارَ الشَّرط [2] ، كما يُسقِطُ خِيارَ الثَّلَاثة . ولو كان الخِيَارُ لَهُما وتَصَرَّفَ اَحدُهما سقَطَ خِيَارُهُ . ولو اَذِنَ اَحَدُهما وتصرَّفَ الآخَرُ ، سقَطَ خِيارُهُما .

«الثَّالِثَةُ» : [ورقة ٦٨ لوحة ب] اِذا ماتَ من لَهُ الخِيَار ، اِنتقَلَ الى الوارثِ ، من اَيِّ اَنواعِ الخِيَارِ كانَ . ولو جُنَّ ، قامَ وليُّهُ مَقَامَهُ . ولو زالَ العُذرُ ، لم يُنْقِض تَصَرُّفَ الوَليِّ . ولو كان الميِّتُ مملوكًا مأذونًا ، ثَبَتَ الخِيَارُ لِمولَاهُ .

«الرَّابعَةُ» : المَبِيعُ يُملَكُ بالعَقْد . وقيلَ : بهِ ، وبانقضاءِ الخِيَار ؛ والاَوَّلُ اَظهرُ . فلو تجدَّد لَهُ نماءٌ كانَ للمُشتري . ولو فسخَ العَقْدَ ، رَجَعَ على البائعِ بالثَّمَنِ ، ولم يرجِعِ البائعُ بالنَّماء .

= الرَّابعة ، من مسائل القسم الثاني ؛ ويُنْظر للتوسُّع : «الرَّوضة البهية : ٣ / ٥١٠ ـ ٥١١» .
«تاسعًا» : خِيَارُ التَّفْليس ؛ ويُنْظر للتَّوسُّعِ : «الرَّوضة البهيَّة ؛ ٣ / ٥١١» ؛ و«تحرير المَجَلَّة : م ٢ ص ٢٣ ـ ١٢٢» .

(١) اَمَّا جواز الشَّرْط في العُقود ؛ فلعموم الاَخبار الدَّالَّة على جواز الاِشتِراط . ونَبَّهَ بذلك على خِلَاف الشافعي ، حيثُ نَفَاهُ في كثيرٍ من العُقود ... ؛ «المسالك : ٣ / ٣١١» .

(٢) وضابِطُهُ : ما يُعَدُّ تَصَرُّفًا عُرفًا ؛ كَلُبْسِ الثَّوب للانتفاع ، وركوبِ الدَّابَّةِ لَهُ ، واَستخدامِ العبد ، وحلبِ الشَّاة ؛ «المسالك : ٣ / ٢١٢» .

«الخَامسةُ» : اِذا تَلِفَ المبيعُ قبلَ قبضِهِ [1] ؛ فهو من مالِ بائعهِ . واِن تَلِفَ بعدَ قَبْضِهِ ، وبعدَ ٱنقضاءِ الخِيَارِ ، فهوَ من مالِ المُشْتَرِي . واِن كانَ في زمنِ الخِيَار من غيرِ تفريطٍ ، وكانَ الخِيَارُ للبائعِ ، فالتَّلَفُ مِن المُشْتَرِي . واِن كان الخِيَارُ للمُشتري ، فالتَّلَفُ من البائعِ [2] .

فرعـان

«الاَوَّلُ» : خِيَارُ الشَّرط، يثبتُ من حينِ التَّفَرُّقِ ؛ وقيلَ: من حينِ العَقد ؛ وهو اَشبَهُ .

«الثَّاني» : اِذا ٱشترى شيئين، وشَرَطَ الخِيَارَ في اَحدِهِما على التَّعيين ، صَحَّ ؛ واِن اَبْهَمَ بَطَلَ .

ويَلحَقُ بذلك : خِيَارُ الرُّؤيَةِ [3]

وهو : بيعُ الاَعيان من غيرِ مُشَاهَدَةٍ ؛ فيفتقِرُ ذلك :

---

(١) المُرَادُ : اَنَّهُ يَنْفَسِخُ العَقْدُ بِتَلَفِهِ من حينهِ ، ويَرجِعُ الثَّمَنُ اِلى مِلْكِ المُشْتَرِي ...؛ «المسالك : ٣ / ٢١٦» .

(٢) اَي : «اِذا تَلِفَ المَبِيْعُ بعدَ القبض في زَمَن الخِيار ؛ سواءٌ كان : خِيارَ الحيوان ، اَم المَجلس ، اَم الشَّرْط ؛ فلا يخلو : اِمَّا اَن يكونَ التَّلَفُ من المُشْتَرِي ، اَو من البائع ، اَو من اَجنَبِيٍّ .

وعلى التَّقادير الثَّلاثة ؛ فاِمَّا اَن يكون الخِيَارُ للبائع خاصَّة ، اَو للمُشتري خاصَّة ، اَو للاَجنبيّ ، اَو للثَّلاثة ، اَو للمُتَبَايعين ، اَو للبائع والاَجنبيّ ، اَو للمُشترِي والاَجنبيّ ؛ فجملةُ اَقسام المسالَة اَحدٌ وعشرون ؛ «المسالك : ٣ / ٢١٧» .

(٣) وهو قسمٌ من اَقسَامِ الخِيَارِ . جُعِلَ مُلْحَقًا لِاَنَّه لا يَعُمُّ البُيُوعَ . بل ، يكونُ في بيعِ الاَعْيَانِ المُشَخَّصةِ من غيرِ مُشَاهَدَةٍ رافعةٍ لِلْغَرَرِ ؛ «التَّوضيحُ : ٢ / ٢٧٠» .

إلى : ذِكْرِ الجِنْسِ

ونُريـدُ بـه هاهُنَـا [1] : اللَفْظَ الدَّالَّ على القَدَرِ الَّذي تَشْتَرِكُ فيهِ اَفرادُ الحَقِيقةِ ؛ كالحِنْطةِ مَثَلًا ، اَو الرُزِّ [2] ، اَو الابريْسَمِ .

وإلى : ذِكْرِ الوَصْف

وهو : اللَفْظُ الفارقُ بين اَفرادِ ذلك الجنسِ ؛ كالصَّرَابَةِ في الحِنْطَةِ [3] ؛ والحَدَارةِ ؛ اَو الدِّقَّة [4] .

ويجـبُ : اَن يُذْكَـرَ كُـلُّ وصفٍ تَثْبُتُ الجَهَالةُ في ذلك المَبيعِ عندَ اَرتفاعِهِ [5] . ويبطُلُ العَقْدُ مع الاخلَالِ بذَيْنِكَ [الشَّرْطَين] اَو اَحَدِهما ، ويصِحُّ مع ذكرهما ، سواءٌ كان البائعُ رآهُ دونَ المُشْتَرِي ، اَو بالعكس ، اَو لم يَرَيـاهُ جميعًا ، بأَن وصفَهُ لَهُما ثالثٌ . فإن كان المبيعُ على ماذُكِرَ ، فالبيعُ لازمٌ ، وإلَّا كان المُشتَرِي ، بالخِيَار [6] ، بينَ فَسْخِ البَيْعِ و [بين] اَلتِزَامِهِ. وإن

---

(١) نَبَّهَ بقولِهِ : «هنا» ؛ على اَنَّ الجنسَ المُصْطلَحَ عليهِ عند الفُقَهَاء ، ليسَ هو الجنسَ المَنْطِقِيَّ ؛بل ، اللفظُ الدَّالُّ على الحقيقةِ النَّوعيَّة .

وبالوصف: اللفظ الدَّال على اَصْنَاف ذلك النَّوع؛ ولا مُشَاحَّة في الاصطلاح ؛ «المسالك: ٣ / ٢١٩» .

(٢) في المسالك والجواهر : الاَرُزِّ .

(٣) الصَّرَابة فيها : خُلوُّها من الخليط المُعْتَبَر ، كالشَّعير ؛ وإنَّما يُعْتَبَرُ وصفُهُ ، إذا كان النَّوعان موجودين مُتَعارَفين بين المُتَبَايعين . فلو لم يتعارف بينهما غيرُ الصَّرب ، كما يتَّفق في بعضِ البِلَاد ، لم يفْتَقِرْ إلى ذِكْرِهِ ؛ «المسالك : ٣ / ٢١٩» .

(٤) الحَدَارَةُ ؛ تُقَابِلُ الدِّقَّة ؛ وإنَّما يُعَبَّرُ بها وبغيرِها ، لِمَن عَلِمَ ، بِمعناها ؛ فلو جَهِلَاهُ اَو اَحَدُهما لم يكفِ . بل ، لو وَقَعَ في نفسِ العَقْدِ ، اَبْطَلَهُ للجَهَالة ؛ «المسالك : ٣ / ٢١٩» .

(٥) اَي : يَسْتَلْزِمُ عَدَمُ ذِكْرِ ذلك الوصفِ ، ثبوتَ الجَهَالةِ في المبيعِ .

(٦) اَي : إذا ظَهَرَ ناقِصًا عن تلك الاَوْصاف ؛ وإلَّا لم يكُن لَهُ خِيَارٌ . وكذا القولُ في البائعِ ، =

كانَ المُشْتري رآهُ دون البائع ، كان الخِيَارُ للبائع . وإن لم يكونا رأَيَاهُ ، كان الخِيَـارُ لِكُـلِّ واحـدٍ منهما . ولو اشترى ضَيْعةً ، رأى بعضَها ووُصِفَ لَهُ سائرُها [1] ، ثبتَ لَهُ الخِيَارُ فيها اَجمَع ، إذا لم تكن على الوَصْفِ .

الفَصْلُ الرَّابعُ

في : اَحكَامِ العُقُودِ

والنَّظَرُ في أُمورٍ ستَّةٍ :

الاَوَّلُ ؛ في : النَّقدِ والنَّسِيئةِ

مَن اشتاعَ [مَتَاعًا] مُطْلَقًا ، اَو اشتَرَطَ التعجيلَ [2] ، كان الثَّمَنُ حالًّا . وإن اشتَرَطَ تأجيلَ الثَّمن ، صَحَّ .

ولا بُدَّ [من] اَن تكونَ مُدَّةُ الاَجَلِ معيَّنةً ، لا يَتَطَرَّقُ إليها احتِمَالُ الزِّيَادةِ

= لو ظَهَرَ المَبِيْعُ زائـدًا ؛ «المسالك : ٣ / ٢٢٠» .

(١) اَرَادَ بسائِرها : باقيها ؛ وهو الَّذي لم يكُن رآه . وإطلَاقُ لفظِ سائر على الباقي هو المُوَافِقُ للوضعِ اللُغَوِيّ . واَمَّا إطْلَاقُهُ على الجميع ؛ فقد نَسَبَهُ في دُرَّةِ الغَوَّاص إلى اَوهام الخَوَاص .

ومنهُ : قولُ النَّبِيِّ «صَلَّى اللهُ عليهِ وآلهِ وسَلَّم» لِغيلانَ حين اَسْلَمَ وعندَهُ عشرُ نسوة : «اِخْتَر اَربعًا مِنْهُنَّ ، وفارِق سائرهن» ؛ اَي : مَن بَقِي بعد الاَرْبع الَّتي يختارُهُنَّ ...

والضَّيعة : العَقَار بالفتح ؛ قالَهُ الجوهريُّ ؛ «المسالك : ٣ / ٢٢٠ ـ ٢٢١ باختصار» ؛ ويُنظر : «السُّنَن الكُبرى : ٧ / ١٨١» ، و«الصِّحاح : ٣ / ١٢٥٢ ، و «الاستيعاب : ٢ / ٥١٧» ، و«اُسد الغابة : ٤ / ١٧٢» ، و«تاريخ المدينة المُنَوَّرة : ٢ / ٧٦٧» ، و«الثقات لابن حِبَّان : م ٣ ص ٣٢٨» .

(٢) اَي : في الثَّمَن .

والنُّقصان .

ولو ٱشترطَ التأجيلَ [1] ، ولم يُعيِّن اَجَلًا ؛ اَو عَيَّنَ اَجَلًا مجهولًا ، كَقُدومِ الحَاجِّ ؛ كان البيعُ باطِلًا .

ولو باعَ بثَمَنٍ حالًّا ، و بأَزيدَ منهُ اِلى اَجَلٍ ؛ قيلَ : يبطُلُ ؛ والمَرْويُّ : اَنَّهُ يكونُ للبائع اَقلُّ الثَّمَنَين في اَبعدِ الاَجَلَين . ولو باعَ كذلك اِلى وقتين مُتَأخِّرين كانَ باطلًا .

واِذا ٱشترَطَ تأخيرَ [ورقة ٦٩ لوحة اَ] الثَّمَنِ الى اَجلٍ ، ثم ٱبتاعَهُ البائعُ قبلَ حُلُولِ الاَجلِ ، جازَ بزيادةٍ كانَ اَو بنقصانٍ ، حالًّا ومؤجَّلًا ، اِذا لم يكن شرَطَ ذلك في حالِ بيعِهِ [2] . واِن حلَّ الاَجَلُ فابتاعَهُ بمثلِ ثَمَنِهِ من غير زِيادةٍ ، جازَ . وكذا اِن ٱبتاعَهُ بغيرِ جنسِ ثمنِهِ بزيادةٍ اَو نقيصةٍ ، حالًّا ومؤجَّلًا . واِن ٱبتاعَهُ بجنسِ ثَمَنِهِ بزيادةٍ اَو نقيصةٍ ؛ فيه روايتان ؛ اَشبههما الجَوَازُ [3].

ولايجبُ على مَن ٱشتَـرَى مؤجَّلًا ، اَن يدفعَ الثَّمَنَ قبلَ الاَجلِ واِن طُولِبَ . ولو دفعَهُ تبرُّعًا ، لم يجب على البائعِ اَخذُهُ . فاِن حَلَّ ، فمكَّنَهُ منهُ ،

---

(١) في النُّسخِ المُتَدَاولة : تأجيل الثَّمن .

(٢) لافَرْقَ في البُطلَان مع الاشتراط ، بين المؤجَّل وغيرِهِ .

والمُرَادُ بشرطِهِ في حالِ البيع : شرطُهُ في مَتْنِ العَقْد .

فلو كانَ في اَنفسهما ذلك ، ولم يَشْتَرِطاهُ ، لم يَضُرَّ .

ولو شرطَاهُ قبلَ العَقْدِ لفظًا : فاِن كانا يعلمان بَاَنَّ الشَّرْطَ المُتَقَدِّمَ لاحُكْمَ لَهُ ، فلا اَثَرَ لَهُ .

واِلَّا ، اتَّجَـهَ بُطْـلَانُ العَقْـد ، كما لو ذَكَرَاهُ في متنِهِ ، لِاَنَّهما لم يَقْدِما اِلَّا على الشَّرْط ، ولم يتمَّ لَهُما ، فيبطُلُ العقدُ ؛ «المسالك : ٣ / ٢٢٤» .

(٣) في المسالك والجواهر : اَشهَرُهما الجواز .

وجَبَ على البائعِ اَخذُهُ . فاِن اَمتَنَعَ مِن اَخذِهِ ، ثم هلَكَ من غيرِ تفريطٍ ولا تَصَرُّفٍ من المُشْتَرِي ، كان من مالِ البائعِ ؛ على الاَظهر . وكذا في طَرَفِ البائعِ اِذا باعَ سَلَمًا [1] . وكذا كلُّ من كانَ لَهُ حقٌّ حَالٌّ اَو مؤجَّلٌ فَحَلَّ ، ثم دفعَهُ واَمتنَعَ صاحبُهُ مِن اَخذِهِ ، فاِنَّ تَلَفَهُ من صاحبِهِ الَّذي يجبُ عليه قبضُهُ على الوجهِ المذكور .

ويجوزُ بيعُ المَتَاعِ حَالًّا ومؤجَّلًا ، بزيادَةٍ عن ثَمَنِهِ ، اِذا كان المُشتري عارفًا بقيمتِهِ [2] . ولا يجوزُ تأخيرُ ثَمَنِ المَبيع ، ولا شيءٍ من الحُقُوقِ الماليَّةِ بزيادةٍ فيها . ويجوزُ تعجيلُها بنُقْصَانٍ منها . ومَن اَبتاعَ شيئًا بِثَمَنٍ مؤجَّلٍ ، واَرادَ بيعَهُ مُرَابَحَةً ، فليذكُر الاَجلَ . فاِن باعَ ولم يذكُرْهُ ، كانَ المُشتري بالخِيَار بين رَدِّهِ ، واِمساكِهِ بما وقعَ عليهِ العَقْدُ . والمَرْوِيُّ : اَنَّهُ يكونُ للمُشتَري من الاَجلِ ، مثلُ ماكانَ للبائعِ [3] .

النَّظَرُ الثَّاني ؛ في : ما يدخُلُ في المبيعِ

والضَّابِطُ : الِاقتصارُ على ما يتناوَلُهُ اللفظُ ، لُغةً اَو عُرفًا [4] . فَمَن باعَ

---

(١) سيأتي بَيَانهُ في الفَصْلِ العاشر .

(٢) مُقتَضى الشَّرط : اَنَّهُ لولم يكن عارفًا بالقيمة ، لايصِحُّ البيعُ ؛ وليسَ بِجَيِّدٍ ؛ بل ، يجوزُ شراؤهُ مُطْلَقًا ، واِنْ ثَبَتَ لَهُ خِيَارُ الغَبْنِ .
ويُمكِنُ اَن يُرِيدَ بالجواز : اللُزومَ مَجَازًا ؛ ومع الجهلِ لايَلْزَمُ ، حيثُ يثبُتُ الغَبَنُ ...؛ «المسالك : ٣ / ٢٢٦» .

(٣) يُنظر : «الكافي : ٥ / ٢٠٨» ، و«تهذيب الاَحكام : ٧ / ٤٧» .

(٤) ينبغي اَن يُرَادَ بالعُرْف : مايعُمُّ الخاصَّ والعامَّ .
ويُمكِنُ اَن يدخُلَ فيهِ : عُرْفُ الشَّرْع ؛ فاِنَّهُ من اَفْراد العُرْفِ الخاصِّ . =

بُستانًا ، دخَلَ الشَّجرُ والاَبنيَةُ فيهِ .

وكذا مَن بَاعَ دارًا ، دخَلَ فيهاالاَرضُ والاَبْنِيَةُ ، والاَعلَى والاَسفلُ ، اِلَّا اَن يكونَ الاَعلى مستقِلًّا ، بما تشهَدُ العادةُ بخروجهِ ؛ مثلُ اَن تكون مساكِنَ منفرِدَةً . وتدخُلُ الاَبوابُ والاَغلَاقُ المنصوبةُ ، في بيعِ الدارِ واِن لم يُسَمِّهَا . وكذا الاَخشابُ المُستدخَلَةُ في البناءِ ، والاَوتادُ المُثبَّتَةُ فيهِ ، والسُلَّمُ المُثبَّتُ في الاَبنيةِ على حَذْوِ الدَّرَجِ . وفي دخولِ المَفَاتيحِ تَرَدُّدٌ ، ودخولُها اَشبهُ . ولا تدخُلُ الرَّحى المنصُوبَةُ [1] اِلَّا مع الشَّرطِ .

ولو كان في الدَّار نَخْلٌ اَو شَجَرٌ ، لم يدخُل في المَبيعِ. فاِن قالَ بحقوقِها ؛ قيلَ : يدخُلُ ، ولا اَرَى هذا شيئًا [2] .

بل ، لو قالَ : وما دارَ عليه حائطُها ، اَو ما شاكلَهُ ، لَزِمَ دخولُهُ .

واِذا اَستَثْنَى نخلَةً فلَهُ المَمَرُّ اِليها ، والمَخرَجُ [منها] ، ومَدَى جرايدِها من الاَرضِ .

ولو باعَ اَرضًا وفيها نخلٌ اَو شَجَرٌ ، كان الحُكْمُ كذلك . وكذا لو كانَ فيها زَرْعٌ ، سواءٌ كانت لَهُ اُصولٌ تُستَخْلَفُ اَو لم تكن ، لكن يجب تبقيتهُ في الاَرضِ حتى يُحْصَدَ .

= فاِن لم يدخل ، فلا بُدَّ من اِدْخالِهِ اَيْضًا بلفظٍ يدلُّ عليه .

بـل ، هـو مُقَدَّمٌ على العُرْف ، كما اَنَّ العُرْفَ مُقَدَّمٌ على اللُغة ، واِن كان في العِبَارَةِ مُؤخَّرًا ؛ «المسالك : ٣ / ٢٢٧» .

(١) اَي : الَّتي ثُبِّتَ حَجَرُها الاَسفل . واِنَّما لم تَدْخُلْ ، لِاَنَّها لا تُعَدُّ من الدَّارِ ، لُغَةً ولا عُرْفًا ؛ واِنَّمـا اُثبِتَـتْ لِسُهُولَـةِ الارتِفَـاقِ بهـا ، كـي لاتتزعـزَع وتتحـرَّك عنـد الِاستعمالِ ... ؛ «المسالك : ٣ / ٢٢٩» .

(٢) لِاَنَّهُ ليسَ من حُقُوقِها ؛ «التَّوضيح : ٢ / ٢٧٣» .

ولو باعَ نخلًا قد أُبِّرَ ثَمَرُها فهوَ للبائعِ [1] ، لِاَنَّ اَسمَ النَّخلةِ لا يتناوَلُهُ ؛ ولِقولهِ [ورقة ٦٩ لوحة ب] «عليه السَّلام» [2] : «مَن باعَ نخلًا مؤبَّرًا ، فثمرَتُهُ للبائـعِ ، اِلَّا اَن يشترِطَهُ المُشْتَرِي» . ويجبُ على المُشْتَري تبقِيَتُهُ نظرًا اِلى العُرْف . وكذا لو اَشتـرى ثَمَرةً ، كان للمُشترِي تبقيتُها على الاُصولِ ، نَظَرًا الى العادةِ . واِن باعَ النخلَ ، ولم يكن مُؤبَّرًا ، فهو للمُشتري على ما اَفتَى به الاَصحابُ [3] .

ولـو اَنتقَلَ النَّخْلُ بغيرِ البيعِ ، فالثَّمَرَةُ لِلنَّاقلِ ، سواءٌ كانت مؤبَّرةً اَو لم تكُن ، وسواءٌ اَنتقلَتْ بعَقدِ مُعَاوَضَةٍ كالاِجارةِ والنِّكاحِ ، اَو لِغيرِ عِوَضٍ [4] كالهِبَةِ وشبهها .

والاِبَارُ يحصُلُ ولو تشقَّقَتْ من نفسِها فاَبَّرَتها اللَواقِحُ . وهو معتَبَرٌ في الاِنَاث . ولا يُعتبَرُ في فُحُولِ النَّخلِ ، ولا في غيرِ النَّخلِ من اَنواعِ الشَّجَر ، اِقتصارًا على موضعِ الوِفَاقِ ، فلو باعَ شجرًا ، فالثمرَةُ للبائعِ على كُلِّ حالٍ .

---

(١) التَّأبيرُ : تشقيقُ طلع الاِناث ، وذَرُّ طلع الذُّكور فيهِ؛ لِيجيىءَ رُطَبُها اَجْودَ مِمَّا لَمْ يُؤبَّر ... ؛ «المسالك : ٣ / ٢٣١» .

(٢) في الجواهر : ٢٣ / ١٣٦ : «ولقولِ اَمير المؤمنين «عليه السَّلام» .

(٣) اِنَّمـا نَسَبَ القولَ اِلى فتوى الاَصحاب ، لِقُصور المُسْتَنَد النَّقلِيِّ عن اِفادَةِ الحُكم المذكـور .

فاِنَّهُ اِنَّما دَلَّ على اَنَّ النَّخلَ المُؤبَّرَ ثَمَرَتُهُ للبائع ، لاعلى اَنَّ ما لا يُؤبَّر ثَمَرَتُهُ للمُشتري ؛ اِلَّا من حيثُ المَفْهومُ الضَّعيف .

والاَصْلُ يقتضي بقاءَ المِلكِ لِبائعهِ ، وعَدَم اَنتقالهِ اِلى المُشتري ؛ اِذ العَقْدُ اِنَّما وقَع على الاُصول ، وهي مُغَايرةٌ للثَّمرة ؛ «المسالك : ٣ / ٢٣٢» .

(٤) في المسالك والجواهر : اَو بغيرِ عِوَضٍ .

وفي جميع ذلك ، لَهُ تبقِيَةُ الثمرَةِ حتَّى تبلغَ اَوانَ اَخذِها ، وليسَ للمُشْتَرِي اِزالتُها اِذا كانت قد ظَهَرَتْ ، سواءٌ كانت ثمرَتُها في كِمَامٍ كالقُطنِ والجَوزِ ، اَو لم تكن ، اِلَّا اَن يشترِطَها المُشْتَري . وكذا اِن كان المقصُودُ من الشَّجَرِ ورْدُهُ ، فهوَ للبائعِ تَفَتَّحَ اَو لم يتفتَّح .

فـروعٌ

«الاَوَّلُ» : اِذا باعَ المُؤبَّرَ وغيرَهُ [1] ، كان المُؤبَّرُ للبائعِ والآخَرُ للمشتري . وكذا لو باعَ المؤبَّرَ لِواحدٍ ، وغيرَ المؤبَّرِ لِآخرَ .

«الثَّاني» : تبقيةُ الثَّمَرَةِ على الأُصولِ ، يُرجَعُ فيها اِلى العادة في تلك الثَّمرَةِ ، فما كان يُختَرَفُ بُسْرًا يُقتَصَرُ على بُلُوغِهِ ، وما كان لا يُختَرَفُ في العادةِ اِلَّا رُطَبًا فكذلك .

«الثَّالثُ» : يجوزُ سقيُ الثَّمرةِ والأُصولِ ، فاِن اَمتَنعَ اَحدهُما اُجبِرَ المُمتَنعُ .

فاِن كانَ السَّقيُ يضرُّ اَحدَهُما ، رجَّحنا مصلَحَةَ المُبتَاع [2] ، لكن لا يزيدُ عن قَدْرِ الحَاجةِ . فان اَختَلَفا ، رُجِعَ فيهِ اِلى اَهل الخِبرَةِ .

«الرَّابعُ» : الاَحجَارُ المخلُوقةُ في الاَرضِ والمعادنِ ، تدخُلُ في بيعِ الاَرضِ ، لِاَنَّها من اَجزائِها ؛ وفيه تردُّدٌ .

---

(١) اِطلاقُ الحُكم ؛ يشمَلُ مالوكانَ المُؤبَّرُ بعضَ البُسْتَان ، كَشَجَرَاتٍ مُعَيَّنَةٍ ؛ وغيرُ المُؤبَّرِ الباقي .

وما لوكان التَّبعيضُ في الشَّجَرَةِ الواحدةِ ، بأَن يُؤبَّرَ بعضُ النَّخل ، ويُتْرَكَ الباقي .

فيكون المُؤبَّرُ فيهما للبايع ، والآخر للمُشتري ؛ عَمَلًا بظاهرِ النَّصِّ ؛ «المسالك : ٣ / ٢٣٤ ـ ٢٣٥» .

(٢) لِاَنَّ البايعَ هو الَّذي اَدخَلَ الضَّرَرَ على نفسِهِ ، ببيعِ الاَصلِ وتسليطِ المُشْتَري عليهِ ؛ «المسالك : ٣ / ٢٣٦» .

النَّظَرُ الثَّالثُ ؛ في : التَّسْلِيمِ

اِطلَاقُ العَقْدِ يقتَضي تسليمَ المَبيع والثَّمَن ، فاِن اَمتنَعَا اُجبِرا ، واِن اَمتنَعَ اَحدُهما اُجبِرَ المُمتنعُ ؛ وقيلَ : يُجبَرُ البائعُ اَوَّلًا ؛ والاَوَّلُ اَشبَهُ ؛ سواءٌ كان الثَّمنُ عينًا اَو دينًا . ولو اَشترطَ البائعُ تأخيرَ التَّسليم اِلى مُدَّةٍ مُعَيَّنةٍ ، جازَ ؛ كما لو اَشترَطَ المُشْتَري تأخيرَ الثَّمَن . وكذا لو اَشترطَ البائعُ سُكنَى الدَّارِ ، اَو رُكُوبَ الدَّابَّةِ مدَّةً مُعيَّنةً ، كان اَيضًا جائزًا .

والقَبْضُ : هو التَّخْلِيَةُ [1] ؛ سواءٌ كان المبيعُ مِمَّا لا يُنقَلُ كالعَقَارِ ، اَو مِمَّا يُنقَلُ ويُحَوَّلُ كالثَّوبِ والجَوهرِ والدَّابَّةِ . وقيلَ : فيما يُنقَلُ ، القَبْضُ باليدِ ، اَو الكيلُ فيما يُكَالُ ، اَو الاِنتِقَالُ بهِ في الحَيَوان ؛ والاَوَّلُ اَشبَهُ . واِذا تَلِفَ المَبيعُ قبلَ تسليمهِ الى المُشْتَرِي ، كان من مَالِ البَائعِ . وكذا اِن نقصَت قيمتُهُ [ورقة ٧٠ لوحة اَ] بِحَدَثٍ فيهِ ، كان للمُشْتَرِي رَدُّهُ ؛ وفي الاَرشِ تَردُّدٌ .

ويتَعَلَّقُ بهذا الباب : مسائلُ

«الأُولى» : اِذا حصَلَ لِلْمَبِيع نَمَاءٌ ، كالنِّتَاجِ اَو ثمرَةِ النَّخْلِ اَو اللُّقْطَةِ [2] ، كـانَ ذلك للمُشْتَرِي . فاِن تَلِفَ الاَصْلُ ، سَقَطَ الثَّمَنُ عن المُشْتَرِي ، ولَهُ

---

(١) المُرَادُ بها : رفعُ المَانعِ لِلْمُشْتَرِي من القَبْضِ ، بالاِذْنِ فيهِ ، ورفعِ يَدِهِ ويَدِ غيرِهِ عنهُ اِن كان ؛ «الرَّوضة : ٣ / ٥٢٤» .

قالَ الشَّهيدُ الثَّاني اَيْضًا : اِعْلَم اَنَّ القبضَ من المَعَاني المُعْتَبَرة شرعًا المُترتَّب عليها اَحْكامٌ .

فَمِن اَحكامها في البيع : اِنتقالُ ضَمَان المبيع اِلى المُشتري بعده ، واِن لم يكن له خِيارٌ ؛ وكونُهُ على البائعِ قبلَه ...؛ «المسالك : ٣ / ٢٣٨» .

(٢) من الخُضَرِ ؛ «التَّوضيحُ : ٢ / ٢٧٥» .

النَّمَاءُ . ولو تَلِفَ النَّمَاءُ من غيرِ تَفْرِيطٍ ، لم يلزَم البائعَ دَرَكُهُ [1] .

«الثَّانيةُ» : اذا ٱختلَطَ المَبِيعُ بغيرِهِ ، في يَدِ البَائعِ ، اختِلَاطًا لا يتَميَّزُ . فإن دفَعَ الجميعَ إلى المُشْتَري ، جازَ . وإن ٱمتَنَعَ البائعُ ؛ قيلَ : ينفَسِخُ البيعُ ، لِتعذُّرِ التَّسليمِ . وعندي أنَّ المُشْتَرِيَ بالخِيَار : إن شاءَ فسَخَ ، وإن شاءَ كان شريكًا للبائعِ ، كما إذا ٱختلَطَا بعدَ القبضِ .

«الثَّالثةُ» : لو باعَ جُملةً فتلِفَ بعضُها ، فإن كانَ لِلتَّالفِ قِسْطٌ من الثَّمَن ، كانَ لِلْمُشْتَرِي فَسْخُ العَقْدِ ، ولَهُ الرِّضا بِحِصَّةِ الموجودِ من الثَّمَنِ ، كبيعِ عبدين ، أو نخلةٍ فيها ثَمَرَةٌ لم تُؤَبَّر . وإن لم يكن لَهُ قِسْطٌ من الثَّمَن ، كان للمُشْتَرِي الرَّدُّ ، أو أخذُهُ بجُمْلَةِ الثَّمَنِ ، كما إذا قُطِعَت يدُ العَبْدِ [2] .

«الرَّابعةُ» : يجبُ تسليمُ المَبِيع مُفَرَّغًا [3] ؛ فلو كانَ فيه مَتَاعٌ ، وَجَبَ نقلُهُ ؛

---

(١) لِأَنَّ الدَّليلَ قَضَى بِضَمَانِ العَين ، فلا يُقَاسُ عليها النَّمَاء ؛ «نفسُ المصدر» .

ويُنظر : لِسان العَرَب : ج ١٠ ص ٤١٩ .

(٢) لِأَنَّهُ أولى من نُقْصَانِ الصِّفَةِ ، وقد سبَقَ أنَّ فيهِ الأَرْشَ ، وتَرَدَّدَ المُصَنِّفُ هناك ، مع جَزْمِهِ بالعَدَمِ هنا كما تَرَى ؛ «التوضيح : ٢ / ٢٧٦» .

(٣) رَوَى المُتَّقِي في كَنْزِ العُمَّال : ٢ / ٢٢١ ؛ عن أنس بن مالك :

أن أعْرَابيًّا جاءَ بإبلٍ لَهُ يَبيْعُها .

فأتاه عُمَر يُسَاوِمُهُ بها ؛ فجعَلَ عُمَرُ يَنْخَسُ بعيرًا بعيرًا ؛ يَضْرِبُهُ برجلِهِ لِيَبْعَثَ البعيرَ ؛ لِيَنْظر كَيْفَ قَوَادُهُ .

فجعَلَ الأَعْرَابيُّ يَقُولُ : خَلِّ إبلي لا أبَا لك .

فجَعَلَ عمرُ لَا ينهَاهُ قولُ الأعرابيِّ أن يفعَلَ ذلك ببعيرٍ بعيرٍ .

فقالَ الأعرابيُّ لِعُمَر : إنِّي لَأَظُنُّكَ رَجُلًا سوءً ؛ فَلَما فرغ منها ٱشتَرَاها . =

اَو زَرْعٌ قد اَحصَدَ [1] ، وَجَبَ اِزالَتُهُ . ولو كانَ للزَّرعِ عُرُوقٌ تضُرُّ ، كالقُطْنِ والذُّرَةِ ، اَو كانَ في الاَرضِ حِجَارةٌ مدفُونَةٌ اَو غيرُ ذلكَ ؛ وَجَبَ على البائع اِزَالَتُهُ وتسويَةُ الاَرضِ . وكذا لو كانَ [لَهُ] فيها دَابَّةٌ اَو شيءٌ لا يخرُجُ اِلَّا بتغيُّرِ شيءٍ من الاَبنيةِ ، وجَبَ اِخراجُهُ واِصلاحُ ما يُستَهْدَمُ .

«الخامسةُ» : لو باعَ شيئًا ، فغُصِبَ من يَدِ البائعِ ، فاِن اَمكَنَ اَستعادَتُهُ في الزَّمَانِ اليَسيرِ ، لم يكُن للمُشتَرِي الفسخُ ؛ واِلَّا ، كان لَهُ ذلك . ولا يُلْزَمُ البائعُ اُجرَةَ المُدَّةِ ؛ على الاَظهر . فاَمَّا لو منَعَهُ البائعُ عن التَّسليم ، ثم سَلَّمَ بعدَ مُدَّةٍ ، كانَ لَهُ الاُجرةُ [2] .

= فقَالَ : سُقْهَا وخُذْ اَثمانها.

فقالَ الاَعْرَابيُّ : حتَّى اَضَعَ عنها اَحلاسَها واَقْتَابَها .

فقالَ عُمَر : اِشتَرَيْتُها وهي عَلَيْها ، فهي لي كما اَشْتَرَيْتُها .

قالَ الاَعرابيُّ : اَشْهَدُ اَنَّكَ رَجُلُ سُوء .

فبينما هما يَتَنَازعان ؛ اِذ اَقبَلَ عليٌّ «عليه السَّلام» .

فقال عُمر تَرْضى بهذا الرجل بيني وبينك ؟ فقالَ الاَعْرَابيُّ :نعم .

فقصَّا عَلَى عليٍّ «عليه السَّلام» قِصَّتَهُما .

فقالَ عليٌّ «عليه السَّلام» : يا عُمَر اِنَّكَ اِن شَرَطْتَ عليه اَحلَاسَها واَقْتَابَها ، فهي لك كما اَشترطت ؛ واِلَّا فالرَّجُلُ يَزِيْنُ سِلْعَتَه باَكثَرَ من ثَمَنِهَا .

فوضَعَ عنها اَحْلَاسها واَقتابها فسَاقَها ؛ فدفع اليهِ عُمَرُ الثَّمَن

قالَ : اَخْرَجَهُ البَيْهَقيُّ في السُّنَنِ الكُبْرَى .

(١) وللتوسَّع ؛ يُنظر : المسالك : ٣ / ٢٤٥ .

(٢) لِاَنَّه فوَّتَ عليهِ ؛ اِلَّا اَن يكونَ المَنْعُ سايغًا ، كاَن يكونَ لِاستيفاءِ الثَّمَن ؛ «التَّوضيحُ : ٢ / ٢٧٦» .

ويَلْحَقُ بهذا : بيعُ مالَم يُقبَضْ

وفيه مسائلُ :

«الأُولى» : مَن ٱبْتَاعَ مَتَاعًا ولم يقبضهُ ثم اَرادَ بيعَهُ ، كُرِهَ ذلك اِن كانَ مِمَّا يُكَالُ اَو يُوزَنُ ؛ وقيلَ : اِن كان طعامًا لم يَجُز ؛ والاَوَّلُ اَشبَهُ . وفي روايةٍ يختَصُّ التَّحريمُ بمن يبيعُهُ بربحٍ ، فاَمَّا التَّولِيَةُ فَلَا . ولو مَلَكَ ما يريدُ بيعَهُ بغيرِ بيعٍ ،كالمِيْرَاثِ والصَّدَاقِ للمراَةِ والخُلْعِ ، جازَ واِن لم يقبِضهُ .

«الثَّانيةُ» : لو كانَ لَهُ على غيرِهِ طَعَامٌ مِن سَلَمٍ ، وعليهِ مثلُ ذلك ، فاَمَرَ غريمَهُ اَن يكتَالَ لِنفسهِ من الآخرِ ؛ فَعَلى ما قُلناهُ : يُكرَهُ ؛ وعلى ما قالوهُ : يَحرُمُ ؛ لِاَنَّهُ قَبَضَهُ عِوَضًا عمَّا لَهُ قبلَ اَن يقبضَهُ صاحِبُه [1] .

وكذا لو دفَعَ اليهِ مَالًا ، وقالَ : اِشتَرِ بهِ طعامًا . فاِن قالَ : ٱقْبِضْهُ لي ثُمَّ ٱقْبِضْهُ لِنفسِكِ ، صَحَّ الشِّراءُ دونَ القبضِ ، لِاَنَّهُ لايجوزُ اَن يتولَّى طَرَفي القَبْضِ ؛ وفيه تردُّدٌ . ولو قالَ : ٱشترِ لِنفسِكَ ، لم يصِحَّ الشِّرَاءُ ، ولا يتعيَّنُ لَهُ بالقَبْضِ .

«الثَّالثةُ» : لو كان المالان قرضًا ، اَو المالُ [ورقة ٧٠ لوحة ب] المُحَالُ بهِ قرضًا ، صَحَّ ذلك قَطعًا [2] .

---

(١) قد عَرَفْتَ : اَنَّ المنعَ اَو الكَرَاهةَ مشروطٌ بشَرْطَين : اِنْتِقالِهِ بالبَيْعِ ، ونقلهِ بهِ .
وما ذُكِرَ في هذا الفرضِ ، واِن كان بيعًا ؛ حيثُ اِنَّ السَّلَمَ فَرْدٌ من اَفْرَادِهِ ؛ اِلَّا اَنَّ الواقعَ من المُسلِمِ : اِمَّا حوالَةٌ لِغَرِيمهِ في القَبْضِ ، اَو وَكَالَةٌ لَهُ فيهِ ، وكِلَاهُما ليسَ ببيعٍ ؛ «المسالك : ٣ / ٢٥٠» .

(٢) لِانتفاءِ الشَّرطينِ معًا في الاَوَّل ، والثَّاني في الثَّاني . ولاوجهَ لِتَخْصِيْصِ القَرْض بالمُحَالِ بهِ ، بل،مَتَى كان اَحَدُهما قَرْضًا صَحَّ ، لِعَيْنِ ما ذُكِرَ ؛ «المسالك : ٣ / ٢٥٢» .

«الرَّابعةُ» : إذا قبضَ المُشْتَرِي المبيعَ ثم ٱدَّعَى نُقْصَانَهُ ، فإن لم يحضَر كيلَهُ ولا وزنَهُ ، فالقولُ قولُهُ فيما وصَلَ اليهِ معَ يمينِهِ ، إذا لم يكن للبائعِ بيِّنةٌ . وإن كانَ حضَرَ ؛ فالقولُ قولُ البائعِ مع يَمينِهِ ، والبَيِّنةُ على المُشْتَرِي .

«الخَامِسةُ» : إذا أَسلَفَهُ في طَعَامٍ بالعراقِ ، ثم طَالَبَهُ بالمدينةِ ؛ لم يجب عليه دفعُهُ . ولو طَالَبَهُ بقيمتِهِ ؛ قيلَ : لم يُجْزِ ، لِأَنَّهُ بيعُ الطَّعامِ على مَن هوَ عليهِ قبلَ قبضِهِ . وعلى ما قلناهُ يُكرَهُ . ولو كانَ قرضًا ، جازَ أَخذُ العِوَضِ بسعرِ العراقِ [1] . وإن كانَ غَصْبًا ، لم يجب دفعُ المِثْلِ ، وجازَ دفعُ القيمةِ بِسِعْرِ العراقِ ؛ والأَشْبَهُ جوازُ مُطَالَبَةِ الغاصِبِ بالمِثْلِ حيثُ كانَ ، وبالقيمةِ الحاضِرةِ عندَ الإعواز .

«السَّادسةُ» : لو ٱشترى عينًا بعينٍ ، وقبضَ أَحدَهُما ثم باعَ ما قبضَهُ ، وتَلِفَتِ العينُ الأُخرى في يدِ بائِعها ، بَطَلَ البيعُ الأَوَّلُ ، ولا سبيلَ إلى إعَادةِ ما بيعَ ثانيًا ؛ بل ، يلزمُ البائعَ قيمتُهُ لصاحبِهِ .

النَّظَرُ الرَّابعُ : في ٱختِلَافِ المُتَبَايعين

إذا عيَّنَ المتبايعان نقدًا وجَبَ ؛ وإن أَطلَقا ، إنْصَرَفَ الى نَقْدِ البَلَدِ ؛ فإن [2] كانَ فيهِ نقدٌ غالبٌ ، وإلَّا كان البيعُ باطِلًا . وكذا الوزنُ .

---

(١) لاشُبْهَةَ في جوازِ أَخذ عوض القَرْض إذا تَرَاضيا عليه ، لانتفاءِ المانعِ منهُ ؛ وهو بيعُ الطَّعام المُنْتَقَل بالبيعِ قبلَ قبضِهِ .

وإنَّما الكلامُ في وجوبِ دفع العوض في غيرِ بَلَدِ القَرْض ؛ لِأَنَّ إطْلَاقَهُ مُنَزَّلٌ على قَبْضِهِ في بَلَدِهِ ؛ فليسَ للمُقْرِضِ المُطَالَبَةُ بِهِ في غيرِهِ ...؛ «المسالك : ٣ / ٢٥٦» .

(٢) في المسالك والجواهر : «إنْ ...» .

فإن اختلفا ؛ فهاهنا مسائلُ :

«الأُولى» : [إذا] ٱختلَفَا في قَدْرِ الثَّمَن ، فالقولُ قولُ البائعِ معَ يمينِهِ ، إن كانَ المبيعُ باقِيًا [موجودًا] ، وقولُ المُشتري مع يمينِهِ إذا كانَ تالِفًا .

«الثَّانيةُ» : إذا ٱختلَفَا في تأخيرِ الثَّمَنِ وتَعجيلِهِ ، أو في قَدْرِ الأَجَلِ ، أو في ٱشتراطِ رَهْنٍ من البائعِ على الدَّرَكِ ، أو ضَمِينٍ عنهُ ؛ فالقولُ قولُ البائعِ مع يمينِهِ .

«الثَّالثةُ» : [إذا] ٱختلَفَا في المَبِيعِ ؛ فقالَ البائعُ : بعتُكَ ثوبًا ؛ فقالَ : بل ثوبين ؛ فالقولُ قولُ البائع أيضًا . فلو قالَ : بعتُكَ هذا الثَّوبَ ؛ فقالَ : بل هذا [الثَّوب] ؛ فهاهنا دعويان ، فيَتَحَالفان وتبطُلُ دعواهُما . ولو ٱختَلَفَ وَرَثَةُ البائعِ وَوَرَثةُ المُشتري ، كان القولُ : قولَ وَرَثَةِ البائعِ في البيعِ ، وَوَرَثَةِ المُشتري في الثَّمَنِ .

«المسألة الرابعةُ» [1] : إذا قالَ : بعتُكَ بعبدٍ ؛ فقالَ : بل بِحُرٍّ .

أو بِخَلٍّ ؛ فقال : بل بِخَمرٍ .

أو قالَ : فَسَختُ قبلَ التفرُّق ، وأنكَر الآخرُ ؛ فالقولُ : قولُ مَن يَدَّعي صِحَّةَ العَقْدِ مع يمينِهِ [2] ، وعلى الآخرِ البيِّنَةُ .

---

(١) في المسالك والجواهر : «الرَّابعة» ، فقط .

(٢) نَبَّهَ بقولِهِ : «فالقولُ قولُ مُدَّعي صِحَّة العَقْد ...» ؛ على عِلَّةِ الحُكم ؛ وهو : أَصَالةُ الصِّحَّة في العُقود .

فإنَّ الظَّاهِرَ من العُقود الجارية بين المسلمين الصِّحَّة ؛ فيكونُ قولُ مُدَّعي الصِّحَّة موافقًا للأَصلِ ... ؛ «المسالك : ٣ / ٢٦٧ ـ ٢٦٨» .

النَّظَرُ الخَامسُ : في الشُّروطِ

وضَابِطُهُ [1] : مالم يكن مؤدِّيًا اِلى جَهَالةِ المَبِيعِ ، اَو الثَّمَنِ ؛ ولا مخالِفًا للكِتابِ ، والسُّنَّةِ .

ويجوزُ : اَن يشترِطَ ما هوَ سائغٌ ، داخلٌ تحتَ قُدْرَتِهِ ، كَقِصَارَةِ الثَّوبِ وخِيَاطتِهِ .

ولايجوزُ : اَشتِرَاطُ مالَا يدخُلُ في مَقْدُورِهِ ، كبيعِ الزَّرعِ على اَن يجعلَهُ سُنبُلًا ، اَو الرُّطَبِ على [ورقة ٧١ لوحة اَ] اَن يجعلَهُ تَمرًا . ولا بأسَ باشتراطِ تَبقيتِهِ .

ويجوزُ : اَبتياعُ المَمْلُوكِ ، بشرطِ اَنْ يعتِقَهُ ، اَو يُدبِّرَهُ ، اَو يُكَاتِبَهُ . ولو شرَطَ اَلَّا خَسَارةَ [2] ، اَو شرطَ اَنْ لا يعتِقَها ، اَو لا يَطاَها ؛ قيلَ : يَصِحُّ البيعُ ويبطُلُ الشَّرْطُ . ولو شرَطَ في البيعِ ، اَن يضمَنَ اِنسانٌ بعضَ الثَّمَنِ اَو كُلَّهُ [3] ، صَحَّ البيعُ والشَّرطُ .

---

(١) ضميرُ «ضابطُهُ» ؛ يعودُ اِلى الشَّرْطِ المدلولِ عليهِ بالشُّروطِ تَضَمُّنًا .

والمُرَادُ منهُ : ماهو اَخَصُّ من ذلك ؛ وهو الشَّرْطُ السَّائغُ .

وحينئذٍ ؛ فالعِبَارَةُ لا تخلو من تكلُّف ؛ فاِنَّ الشُّروطَ المعقود لها الباب ، اَعَمُّ من الصَّحيحةِ والباطِلة ؛ والضَّابِطُ مُخْتَصٌّ بالصَّحيح .

والمُرَادُ : اَنَّ ضابِطَ ما يصِحُّ اشتِرَاطُهُ ، مالم يكن مُؤدِّيًا اِلى جَهَالةِ المَبيع اَو الثَّمَن .

وذلك ، كاشتراطِ تأجيل اَحَدِهما مُدَّةً مجهولةً ؛ فاِنَّ لِلْاَجَلِ قسطًا من الثَّمَنِ ، وهو مجهولٌ ؛ فيتجهَّل العِوَضان ؛ «المسالك : ٣ / ٢٦٨» .

(٢) على المُشْتَرِي ؛ بل ، كُلُّ ما يَخْسَرُ على البايع ؛ «التَّوضيحُ : ٢ / ٢٧٩» .

و «اَلَّا» ؛ وَرَدَتْ هنا مُدْغَمَةً من : اَن + لا .

(٣) ويُشتَرَطُ تعيينُ الضَّامن بالمُشَاهَدَةِ اَو الوَصْفِ ، كَرَجُلٍ مُوْسِرٍ ثقةٍ ؛ «المسالك : ٣ / ٢٧٣» .

تفريـعٌ

إذا اَشترَطَ العِتقَ في بيعِ المَمْلُوكِ ، فإن اَعتَقَهُ ، فقد لزِمَ البَيْعُ . وإن اَمتنَعَ ، كان للبائعِ خِيَارُ الفَسْخِ . وإن ماتَ العبدُ قبلَ عِتْقِهِ ، كان البائعُ بالخِيارِ اَيضًا .

النَّظَرُ السَّادسُ : في لَوَاحقَ من اَحكامِ العُقودِ

الصُّبرَةُ لا يصِحُّ بيعُها ، اِلَّا مع المَعْرِفَةِ بِكَيلِهَا اَو وَزنِها .

فلـو باعَهَـا ، اَو جُـزءًا منهـا مُشَاعًـا ، مـع الجَهَالـةِ بِقَدْرِهـا ، لـم يَجُز . وكذا لو قالَ : بِعتُكَ كُلَّ قفيزٍ منهـا بِدِرْهَـمٍ ، اَو بعتُكَهـا كُـلَّ قفيـزٍ بِدِرْهَـمٍ .

ولو قالَ : بعتُكَ قَفيزًا منها ، اَو قفيزين مثلًا ، صَحَّ .

وبيعُ ما تكفي فيهِ المُشَاهَدَةُ جائزٌ ، كاَن يقولَ : بعتُكَ هذهِ الارضَ ، اَو هذه السَّاحةَ [1] ، اَو جزءًا منها مُشَاعًا .

ولو قالَ : بعتُكَها كُلَّ ذراعٍ بِدِرْهَمٍ لم يَصِحَّ ، اِلَّا معَ العلمِ بذُرعَانِها .

ولو قال : بعتُكَ عشرةَ اَذرُعٍ منها ، وعَيَّنَ الموضعَ ، جازَ . ولو اَبْهَمَهُ [2] لم يَجُز ، لِجَهَالَةِ المبيعِ ، وحصولِ التَّفَاوُتِ في اَجزائِها ، بخلافِ الصُّبرَةِ .

ولو بَاعَهُ اَرضًا ، على اَنها جُربانٌ معيَّنَةٌ ، فكانَتْ اَقَلَّ ؛ فالمُشْتري بالخِيَار بينَ فسخِ البيعِ و [بينَ] اَخذِها بِحِصَّتِها من الثَّمَنِ ، وقيلَ : بـل ، بِكُلِّ الثَّمَنِ ؛ والاَوَّلُ اَشبَهُ . ولو زادَت كان الخِيَارُ للبائعِ بينَ الفسخِ والاِجازَةِ بِكُلِّ الثَّمَنِ . وكذا كلُّ مالا يَتَسَاوى اَجـزاؤهُ .

ولو نقَصَ ما يَتَساوى اَجزاؤُهُ ، ثبَتَ الخِيَارُ للمُشتري بين الردِّ ، واَخذِهِ

---

(١) في الجواهر : ٢٣ / ٢٢٤ : «السَّاجة» ، بالجيم المُعْجَمَة،ويُنظر : المسالك : ٣ / ٢٧٧ .

(٢) مَرْجَعُ الضَّمير : المَوْضِعُ .

بِحِصَّتِهِ من الثَّمَنِ .

ولـو جَمَعَ بينَ شيئينِ مُختَلِفَين ، في عَقْدٍ واحدٍ ، بِثَمَنٍ واحدٍ ؛ كبيعٍ وسَلَفٍ ، اَو اِجَارةٍ وبيعٍ ، اَو نِكَاحٍ واِجَارةٍ ، صَحَّ . ويُقَسَّطُ العِوَضُ على : قيمةِ المبيعِ ، واُجْرَةِ المِثْلِ ، ومَهْرِ المِثْلِ .

وكذا يجوزُ بيعُ السَّمْنِ بظروفِهِ . ولو قالَ : بعتُكَ هذا السَّمْنَ بِظَرْفِهِ ، كُلَّ رَطْلٍ بدِرْهَمٍ ، كان جائزًا .

الفَصْلُ الخَامِسُ

في : اَحكامِ العُيُوبِ

مَنِ اشتَرى مُطلَقًا ، اَو بِشرطِ الصِّحَّةِ ، اِقتَضَى سَلَامةَ المبيعِ من العُيوبِ .

فاِن ظَهَر فيه عيبٌ ، سابقٌ على العَقدِ ، فالمُشْتَرِي خاصَّةً ، بالخِيَارِ بينَ فسخِ العَقدِ واَخْذِ الاَرْشِ [1] .

ويسقُطُ الرَّدُّ : بالتَّبَرِّي من العُيُوبِ [2] ، وبالعِلْمِ بالعَيْبِ قبلَ العَقْدِ [3] ، وباِسقاطِهِ بعدَ العَقْدِ [4] ؛ وكذا الاَرْشُ [5] .

---

(١) في النُّسخِ المُتَدَاولة : اَو اَخذ الارشِ .

(٢) بأَن يقولَ : بِعْتُكَ هذا بكُلِّ عَيْبٍ ، اَو انَا بَرِيءٌ من كُلِّ عَيْبٍ ، اَو نحو ذلك ؛ مِمَّا لايُفَرَّقُ فيهِ بين العُيُوب ، ظَاهِرَةً اَو باطِنةً ، مَعْلُومةً اَو غيرَ معلومةٍ ، حيوانًا كانَ المبيعُ اَو غيرَهُ ؛ «جواهر الكلام : ٢٣ / ٢٣٧».

ويبدو : التَّعْبيرُ السَّلِيْمُ : «على كُلِّ عيبٍ» ؛ بدلًا من : بِكُلِّ عَيْبٍ .

(٣) اَي : عَلِـمَ المُشْتَـرِي بـهِ قبلَـهُ ، فـاِنَّ قُدُومَهُ عليهِ حينئذٍ ، رضًا بالعَيْبِ ؛ «المسالك : ٣ / ٢٨٣» .

(٤) اَي : اِسقَاطُ المُشْتَرِي خِيَارَ العَيْبِ ؛ «المسالك : ٣ / ٢٨٣» .

(٥) فاِنَّهُ يسقُطُ في المَوَاضعِ الثَّلَاثةِ .

ويسقُطُ الرَّدُّ : بإحداثِهِ فيهِ حَدَثًا ، كالعِتْقِ وقطعِ الثَّوْبِ ، سواءٌ كانَ قبلَ العِلْمِ بالعيبِ أو بعدَهُ ؛ وبحدوثِ عَيْبٍ بعدَ القبضِ ، ويثبُتُ الأَرْشُ . [ورقة ٧١ لوحة ب] .

ولو كان العيبُ الحَادِثُ ، قبلَ القبضِ ، لم يَمنَعِ الرَّدَّ .

وإذا أرادَ بيعَ المَعِيْبِ ، فالأَولَى إعلَامُ المُشْتَرِي بالعَيْبِ ، أو التَّبَرِّي من العُيُوبِ مُفَصَّلةً . ولو أَجْمَلَ ، جازَ .

وإذا ٱبتَاعَ شيئين صَفْقَةً ، وعَلِمَ بعيبٍ في أحدِهِما ، لم يَجُز رَدُّ المَعِيبِ مُنْفَرِدًا ، ولَهُ رَدُّهُما أو أَخذُ الأَرشِ . وكذا لو ٱشترى اثنان شيئًا ، كانَ لهما رَدُّهُ ، أو إمساكُهُ مع الأَرش ؛ وليسَ لِأَحدِهِما ردُّ نصيبِهِ دونَ صاحبِهِ .

وإذا وَطِيءَ الأَمَةَ ثُمَّ عَلِمَ بعيبِها ، لم يكن لَهُ رَدُّها . فإن كانَ العَيْبُ حَبَلًا ، جازَ [لَهُ] رَدُّها [1] ، ويَرُدُّ معَها نصفَ عُشرِ قيمتِها لِمكانِ الوطءِ . ولا تُرَدُّ مع الوطءِ ، بِغيرِ عَيْبِ الحَبَلِ.

القَـوْلُ

في : أَقسامِ العُيُوبِ

والضَّابطُ : أَنَّ كلَّ ماكانَ في أَصلِ الخِلْقَةِ ، فزادَ أو نقَصَ ؛ فهو عيبٌ .

فالزِّيَادَةُ : كالإِصبَعِ الزَّائـدةِ . والنُّقصـانُ ؛ كَفَوَاتِ عُضْوٍ . ونُقْصَانُ الصِّفَاتِ ؛ كَخُروجِ المِزاجِ عن مَجْرَاهُ الطَّبيعِيِّ ، مُستَمِرًّا كانَ كالمِمْرَاضِ ، أو عارضًا ولو كَحُمَّى يومٍ .

---

(١) لِصريحِ الأَخبارِ الكثيرةِ ، الدَّالَّةِ على أَنَّ بيعَ الحاملِ مع جَهْلِ المُشْتَري بحملِها ، باطلٌ مُطْلَقًـا . ولَعَلَّـهُ ، إمَّا لِأَنَّها أُمُّ وَلَدٍ كما سَبَقَ ، أو لِأَنَّـها غيرُ مُسْتَبرَاَةٍ قبلَ البيعِ ؛ كما سيأتي ؛ «التوضيح : ٢ / ٢٨٢» .

وكُلُّ ما يَشْتَرِطُهُ المُشْتَرِي على البائعِ مِمَّا يَسُوغُ ، فاَخَلَّ بِهِ ، ثَبَتَ [1] بِهِ الخِيَارُ ، وإن لم يكن فواتُهُ عيبًا ، كاشتراطِ الجُعودَةِ في الشَّعرِ ، والتأشيرِ في الاَسنانِ ، والزَّجَجِ في الحَوَاجبِ .

وها هنا مسائلُ :

«الأُولى» : التَّصرِيَةُ [2] ، تدليسٌ ، يثبُتُ به الخِيَارُ بين الرَّدِّ والاِمساكِ . ويُرَدُّ مَعَها مثلُ لَبَنِهَا اَو قيمتُهُ مع التعذُّرِ ؛ وقيلَ : يُرَدُّ ثلاثةُ اَمدَادٍ من طَعَامٍ . وتُختَبَرُ بثلَاثَةِ اَيَّامٍ . وتثبت التَّصريةُ في الشَّاةِ قَطعًا ، وفي النَّاقةِ والبقرةِ على تردُّدٍ . ولو صَرَّى اَمَةً ، لم يثبُت الخِيَارُ ، معَ اِطلاقِ العَقْدِ ، وكذا لو صَرَّى البائعُ اَتَانًـا . ولو زالَتْ تصريةُ الشَّاةِ ، وصارَ ذلك عادةً قبلَ اَنقضاءِ ثلاثةِ الاَيَّامِ [3] ، سقَطَ الخِيَارُ . ولو زالَ بعد ذلك [4] ، لم يسقُط .

«الثَّانيةُ» : الثيبُوبَةُ ليسَتْ عَيبًا . نعم ، لو شرَطَ البَكَارَةَ فكانَت ثيِّبًا ، كان لَهُ الرَّدُّ ، اِن ثبتَ اَنَّها كانَتْ ثيِّبًا . واِن جَهِلَ ذلك ، لم يكن لَهُ الرَّدُّ ، لِاَنَّ ذلكَ قَدْ يَذْهَبُ بالخُطْوَةِ .

«الثَّالثةُ» : الاِباقُ الحَادِثُ عندَ المُشْتَرِي ، لايُرَدُّ بِهِ العَبْدُ . اَمَّا لو اَبِقَ عندَ البائع ، كان للمُشْتَرِي رَدُّهُ .

---

(١) في المسالك والجواهر : يَثْبُتُ .

(٢) وهو : جمعُ لَبَنِ الشَّاة وما في حُكْمِها في ضَرْعِها ، بتركِها بغيرِ حلبٍ ، ولا رِضَاعٍ ؛ فَيَظُنُّ الجاهِلُ بحالِها كثرةَ ماتحلِبُهُ ، فيرغَبُ في شرائِها بِزِيَادَةٍ .
والتدليسُ : هو تفعيلٌ من الدَّلَسِ مُحَرَّكًا ؛ وهو : الظُّلمة ؛ كَاَنَّ المُدَلِّسَ يُظْلِمُ الاَمْرَ ويُبْهِمُهُ ، حتَّى يُوهِمَ غيرَ الواقع ؛ يُنظر : «الرَّوضة : ٣ / ٥٠١» ، و«تهذيب اللُّغة : ١٢ / ٢٢٤» .

(٣) في المسالك والجواهر : ثلاثة اَيَّام .

(٤) في الجواهر : ولو زَالَتْ بعدَ ذلك .

«الرَّابعةُ» : اذا اَشتَرى اَمَةً لا تحيضُ في ستَّةِ اَشهُرٍ ، ومثلُها تحيضُ ، كان ذلك عيبًا ، لِاَنَّهُ لايكونُ اِلَّا لِعارضٍ غيرِ طبيعيٍّ .

«الخَامسةُ» : مَن اَشتَرَى زَيتًا اَو بَزْرًا [1] ، فوَجَدَ فيه ثُفْلًا [2] ؛ فاِن كان مِمَّا جَرَتِ العادَةُ بمثلِهِ ، لم يكن له رَدٌّ ولا اَرْشٌ . وكذا اِن كانَ كثيرًا ، وعلِمَ بِهِ .

«السَّادسةُ» : تحميرُ الوجهِ ووَصْلُ الشَّعرِ وما شابَهَهُ ، تدليسٌ يثبُتُ بِهِ الخِيارُ دونَ الاَرْش ؛ وقيلَ : لا يثبُتُ بِهِ [ورقة ٧٢ لوحة اَ] الخِيَارُ ؛ والاَوَّلُ اَشبَهُ .

القَـوْلُ

في : لَوَاحقِ هذا الفصلِ

وفيه مسائلُ :

«الأُولى» : اِذا قالَ البائعُ : بِعْتُ بالبَرَاءَةِ [3] فاَنكَرَ المُبْتَاعُ [4] ؛ فالقولُ قولُهُ مع يمينِهِ ، اِذا لم يكن للبائعِ بَيِّنةٌ .

«الثَّانيةُ» : اِذا قالَ المُشتري : هذا العيبُ كانَ عندَ البائع ، فَلِيَ رَدُّه ؛ واَنكَرَ

---

(١) زَيْتُ الكَتَّان ؛ واَصلُهُ مَحْذُوفُ المُضَاف ؛ اَي : دُهْن البَزْر ؛ «المسالك : ٣ / ٢٩٧» .

(٢) هو : ما اَستَقَرَّ تحتَ المائعِ من كُدْرَةٍ في الزَّيْتِ وشبهِهِ ؛ «الرَّوضة : ٣ / ٤٩٩» .

(٣) اَي : بَرَاءةُ البَائعِ من العُيُوب ولو اِجْمَالًا ؛ كقولِهِ : بَرِئتُ من جميعِ العُيُوبِ ـ على اَصَحِّ القَوْلَين ـ ؛ ولا فَرْقَ بين عِلْمِ البائعِ والمُشْتَرِي بالعُيُوب وجَهْلِهِما ؛ والتَّفريق ؛ ولا بين الحَيَوانِ وغَيْرِهِ ؛ ولا بين العُيُوبِ الباطنةِ وغَيرِها ؛ ولا بينَ الموجودةِ حالةَ العَقْدِ والمُتَجَـدِّدَةِ ، حيـثُ تكـونُ مضمونـةً علـى البائـع ، لِاَنَّ الخِيَارَ بها ثابِتٌ باَصْلِ العَقْد ؛ «الرَّوضة : ٣ / ٤٩٨» .

(٤) في المسالك والجواهر : واَنكَرَ المُبْتَاعُ .

البائعُ ؛ فالقولُ قولُهُ مع يمينِهِ ، إذا لم يكن للمُشْتَرِي بيِّنَةٌ ولا شاهدُ حالٍ يشهَدُ لَهُ .

«الثَّالثةُ» : يُقَـوَّمُ المبيعُ صَحِيحًا ومَعِيبًا ، ويُنظَرُ في نِسْبَةِ النَّقيصةِ من القيمةِ ، فيُؤخَذُ من الثَّمَنِ بنسبَتِها [1] . فإن ٱختلَفَ أهلُ الخِبْرَةِ في التَّقويمِ عُمِلَ على الأَوْسَطِ .

«الرَّابعةُ» : إذا عَلِمَ بالعَيْبِ ولم يَرُدَّ ، لم يبطُل خِيَارُهُ ولو تَطَاوَلَ [2] ، إلَّا أنْ يُصَرِّحَ بإسقاطِهِ ، ولَهُ فسخُ العَقْدِ بالعَيْبِ ، سواءٌ كانَ غريمُهُ حاضِرًا أو غائبًا .

«الخَامِسَةُ» : إذا حدَثَ العَيْبُ بعدَ العَقْدِ وقبلَ القَبْضِ ، كان للمُشْتَرِي رَدُّهُ . وفي الأَرْش تَرَدُّدٌ . ولو قَبَضَ بعضَهُ ، ثم حدَثَ في الباقي حَدَثٌ ، كان الحُكْمُ كذلك فيما لم يَقْبِضْ . وما يحدُثُ في الحَيَوانِ بعدَ القَبْضِ وقبلَ ٱنقضاءِ الخِيَارِ ، لايَمْنَعُ الرَّدَّ في الثَّلَاثةِ .

«السَّادِسَةُ» : رَوَى أبو هَمَّام ، عن الرِّضا «عليهِ الصلاة والسَّلام» ؛ قالَ : «يُرَدُّ المَمْلُوكُ من أحداثِ السَّنَةِ : من الجُنُون ، والجُذَامِ . والبَرَصِ» [3] . وفي رِوايـةِ عليِّ بن أسباط ، عنهُ «عليه السَّلام» «أحدَاثُ السَّنَةِ : الجُنُونُ ، والجُذَامُ ، والبَرَصُ ، والقَرَن [4] ، يُرَدُّ الى تَمَامِ السَّنَةِ من يومِ ٱشتَرَاهُ» . وفي

---

(١) وفي قولِهِ : «ويُنظَرُ في نسبةِ النَّقيصَةِ» ، وقولِهِ : «بنسبتها» : حَذْفٌ ؛ تَقْدِيْرُهُ : إلى قَيمتِهِ صحيحًـا ، وإلى قِيْمَةِ الصَّحيح ؛ فإنَّ النِّسبَةَ مُمْكِنَةٌ إلى القيمتين معًا ؛ والمُعْتَبَرُ هو قِيمَةُ الصَّحيح ؛ «المسالك : ٣ / ٣٠٠» .

(٢) إذْ هُوَ على التَّرَاخِي ، على المَشْهور ؛ «جواهر الكلام : ٢٣ / ٢٩٥» .

(٣) المُرَادُ : أنَّ هذه الأمراض ، إذا حَدَثَتْ ما بينَ البَيع وتَمَامِ السَّنَةِ ، يُرَدُّ بِهَا المَمْلوكُ ، وإن لم يكن الرَّدُّ في السَّنَةِ ، لِأنَّ خِيَارَ العَيْب ليسَ على الفَوْر ... ؛ «المسالك : ٣ / ٣٠٥» .

(٤) القَرَن كَفَلَس : العَفَلة : وهو لَحْمٌ ينبُتُ في الفَرْجِ ، في مَدْخَلِ الذَّكَرِ ؛ «مجمع البحرين : =

معناهُ : رِوَايةُ مُحَمَّدِ بنِ عليٍّ ، عنهُ «عليه السَّلام» أيضًا [1] .

فَـرْعٌ

هـذا الحكمُ يثبُتُ ، مع عَدَمِ الإِحْدَاثِ . فلو أحدَثَ ما يُغيِّرُ عَيْنَهُ ، أو صِفَتَهُ ، ثَبَتَ الأَرْشُ وسقَطَ الردُّ .

الفَصْلُ السَّادِسُ

في : المُرَابَحَةِ ، والمُوَاضَعَةِ ، والتَّوْلِيَةِ [2]

[القَوْلُ

في : المُرَابَحَةِ]

والكَلَامُ في : العِبَارةِ ، والحُكمِ .

أَمَّا العِبَارَةُ :

فأن يُخبِرَ برأسِ مالِهِ ؛ ويقولُ [3] : بِعْتُكَ ـ وما جَرَى مَجْرَاهُ ـ بربحِ كذا .

= مادة قرن» .

(١) والعَمَلُ بها مُتَعَيَّنٌ ، لِقُوَّتِها وكَثْرَتِها ؛ وانجبارِها بالعَمَلِ والإعتبار .

فـإن هذه العُيُوب إذا ظَهَرَتْ في السَّنَةِ من حينِ العَقْدِ ؛ يكشِفُ عن سَبْقِها غالبًا على العَقْد ؛ خُصُوصًا القَرَن ، فإنَّهُ سَابِقٌ قطعًا ؛ «التَّوضيحُ : ٢ / ٢٨٥» .

(٢) قال الشَّهيد الثَّاني : واعلم أنَّ العَقْدَ ؛ باعتبارِ الإخْبَار برأسِ المالِ وعَدَمِهِ : أربعةُ أقسام لِأَنَّهُ ؛ إمَّا أن يُخْبِرَ بِهِ أوْ لَا .

«والثَّاني» : المُسَاوَمَة ؛ وهي أفْضَلُ أقْسَامِهِ .

«والأوَّلُ» : إمَّا أن يبيع معَهُ برأسِ المال ، أو بزيادَةٍ عليهِ ،أو نُقصانٍ عنهُ .

«والأوَّلُ» : التَّولِيَةُ ؛ والثَّاني : المُرَابحَةُ ؛ والثَّالث : المُوَاضَعة ...؛ «المسالك : ٣ / ٣٠٦» هذا ، وسيأتي عليها المُصَنِّفُ نفسهُ ، كُلٌّ في موضعِهِ .

(٣) في المسالك : فيقولُ .

ولابُدَّ اَن يكونَ : رأسُ مالِهِ معلُومًا ... وقدَرُ الرِّبحِ معلُومًا .

ولابُدَّ من ذِكْرِ الصَّرفِ والوَزْنِ ، اِن اَختَلَفا [1] .

واِذا كانَ البائعُ لم يُحدِثْ فيه حَدَثًا ، ولا غيَّرَهُ ، فالعِبَارَةُ عن الثَّمنِ اَن يقولَ : اَشتَرَيْتُ بكذا ، اَو رأسُ مالِهِ [كذا] ، اَو تَقَوَّم عَلَيَّ ، اَو هو عَلَيَّ . واِن كانَ عَمِلَ فيه ما يقتَضِي الزِّيَادةَ ، قالَ : رأسُ مالِهِ كذا ، وعَمِلتُ فيهِ بكذا . واِن كانَ عَمِلَ فيهِ غيرُهُ بأُجرةٍ ، صَحَّ اَن يقولَ : تقوَّمَ عَلَيَّ ، اَو هو عَلَيَّ .

ولو اَشترى بثمنٍ ورَجَعَ بِاَرشِ عَيْبِهِ، اَسقَطَ قدَرَ الاَرْشِ، واَخبَرَ بالباقي؛ بأَن يقولَ : رأسُ مالي فيهِ كذا [2] .

ولو جَنَى العَبْدُ فَفَدَاهُ السيِّدُ ، لم يَجُزْ اَن يَضُمَّ الفِدْيةَ اِلى ثَمَنِهِ . ولو جُنِيَ عليهِ ، فاَخذَ اَرْشَ [ورقة ٧٢ لوحة ب] الجِنَايةِ ، لم يضَعْها من الثَّمَنِ [3] . وكذا لو حصَلَ منهُ فائدةٌ ، كَنِتَاجِ الدَّابَّةِ وثَمَرَةِ الشَّجَرةِ .

ويُكرَهُ : نسبةُ الرِّبحِ اِلى المالِ .

---

(١) هذا اِذا تَعَدَّدَتِ النُّقودُ ، واَختَلَف صَرْفُها ووزنُها ؛ بأَن كانَ صَرْفُ بعضِ الدَّنانير عشرةَ دراهم ، وبعضُها اَكثر . وكذا الوزن .

اَمَّا لو اَتَّحَدَ النَّقدُ ، لم يَفْتَقِر اِلى اَحَدِهما ؛ «المسالك : ٣ / ٣٠٧» .

(٢) لِاَنَّ الاَرْشَ جزءٌ من الثَّمَن ، فلابُدَّ من بَيَانِهِ ؛ واِن كان قولُهُ : اَشتريتُهُ بكذا ـ وهو الثَّمَنُ الاَصْلِيُّ ـ حَقًّا ، لِطُرُوِّ النُّقصانِ الَّذي هو بمنزلةِ الجزء ؛ «المسالك : ٣ / ٣٠٧» .

(٣) الفـرقُ بين الجِنَايةِ والعيب : اَنَّ اَرش العيب ثابتٌ بأَصْلِ العقد ؛ وكاَنَّـهُ مُسْتَثنى من الثَّمَن ، بخلافِ اَرْشِ الجناية الطَّارية ، فاِنَّها حقٌّ آخر ، كَنِتَاج الدَّابَّة . ولا يَرِدُ مثلُهُ في العيبِ الحادِثِ بعد العَقْد ، وقبلَ القبض ؛ اَو بعده في زَمَن الخِيار ؛ لِاَنَّ ذلك كُلَّهُ مُستَحَقٌّ بأَصْلِ العَقْدِ ومُقْتَضَاه ، فكان كالموجود حالَه .

نعم ؛ لو نَقَصَ بالجِنَايَةِ ؛ وجَبَ عليهِ الاِخْبَارُ بالنَّقص ؛ «المسالك : ٣ / ٣٠٧» .

وأَمَّا الحكمُ ؛ ففيهِ مسائلُ :

«الأُولى» : مَن باعَ غيرَهُ مَتَاعًا ، جازَ أَن يشتريَهُ منهُ ، بزِيَادَةٍ ونقيصَةٍ ، حالًّا ومؤجَّلًا ، بعدَ قبضِهِ . ويُكرَهُ قبلَ قبضِهِ إذا كانَ مما يُكَالُ أو يوزَنُ ؛ على الأظهر . ولو كانَ شَرَطَ في حالِ البيعِ أَن يبيعَهُ لم يَجُز . وإن كانَ ذلك من قصدِهِما ولم يُشْرِطْهُ [1] لفظًا ، كُرِهَ. إذا عرفتَ هذا ، فلو باعَ غلامَهُ سِلْعَةً ، ثم اشتَرَاها منهُ بزيادةٍ، جازَ أَن يُخبِرَ بالثَّمَنِ الثَّاني، إن لم يكن شَرَطَ إعادَتَهُ . ولو شرَطَ لم يَجُز ، لِأَنَّهُ خِيَانةٌ .

«الثَّانيةُ» : لو باعَ مُرَابَحةً ، فبانَ رأسُ مالِهِ أَقَلَّ ، كان المُشتَرِي بالخِيَار بين رَدِّهِ وأَخذِهِ بالثَّمَن ؛ وقيلَ : يأخذُهُ بإسقاطِ الزِّيادةِ . ولو قالَ : اشتريتُهُ بأكثر [2] ، لم يُقبَلْ منهُ ، ولو أَقامَ بَيِّنَةً . ولايتوجَّهُ على المُبْتَاعِ يَمِينٌ ، إلَّا أَن يدَّعِيَ عليهِ العلمَ [3] .

«الثَّالثةُ» : إذا حَطَّ البائعُ بعضَ الثَّمَنِ ، جازَ للمُشْتَرِي أَن يُخْبَرَ بالأَصل . وقيلَ : إن كانَ قبلَ لُزومِ العَقْدِ صَحَّت ، وأُلحِقَ بالثَّمَن ، وأَخبَرَ بما بَقِيَ . وإن كانَ بعدَ لُزُومِهِ ، كان هِبَةً مُجدَّدَةً ، وجازَ [لَهُ] الإخبارُ بِأَصلِ الثَّمَن .

«الرَّابعةُ» : مَن اشترى أَمتِعَةً [صَفْقَةً] ، لم يَجُز بيعُ بعضِها مُرَابَحَةً ، تماثَلَت أو اختَلَفَت ، سَواءٌ قوَّمَها أو بسَطَ الثَّمَنَ عليها بالسَّويَّةِ وباعَ خِيَارَها ، إلَّا بعدَ أَن يُخبِرَ بذلك . وكذا لو اشترى دابَّةً حامِلًا فولَدَت ، وأَرادَ بيعَها مُنفرِدَةً عن الوَلَدِ [4] .

---

(١) في المسالك : «ولم يشترطاهُ» ؛ وفي الجواهر : «ولم يشترطه» .

(٢) مِمَّا أَخْبَرْتُ بِهِ ؛ بعد أَن باعَهُ بما أَخبَرَ بِهِ ؛ «التَّوضيحُ : ٢ / ٢٨٦» .

(٣) أي : يَدَّعي البائعُ على المُشْتَرِي العلمَ بزيادَةِ الثَّمَنِ .

(٤) لِأَنَّ الثَّمَنَ مع وجودِ الحملِ حالَةَ البيع ، يُقابلُ المجموعَ ؛ وليسَ للأبعاضِ ثَمَنٌ ؛ =

«الخَامِسَةُ» : إذا قَوَّمَ على الدَّلَّال مَتَاعًا ، ورَبحَ عليهِ أو لم يَربَح ، ولم يُوَاجِبْهُ البيعَ ، لم يَجُز للدَّلَّالِ بيعُهُ مُرَابَحَةً ، إلَّا بعدَ الإخْبَارِ بالصُّورة .

ولا يجبُ على التَّاجرِ الوَفَاءُ ؛ بل ، الرِّبْحُ لَهُ [1] ؛ وللدَّلَّالِ أُجرَةُ المِثْلِ ، سَوَاءٌ كانَ التَّاجِرُ دَعَاهُ أو الدَّلَّالُ ٱبتَدَاهُ .

[القَوْلُ
في : التَّوليةِ]

وأمَّا التَّولِيَةُ : فهي أن يُعْطِيَهُ المَتَاعَ ، برأسِ مالِهِ من غيرِ زِيَادةٍ ؛ فيقولُ : ولَّيتُكَ أو بعتُكَ، أو ما شاكَلَهُ من الألْفَاظِ الدَّالَّةِ على النَّقْلِ [2] .

[القَوْلُ
في : المُوَاضَعَة]

وأمَّا المُوَاضَعَةُ : فإنها مُفَاعَلَةٌ من الوَضْعِ . فإذا قالَ : بِعْتُكَ بِمَائةٍ وَوَضِيْعَةِ دِرْهَمٍ مِن كُلِّ عشرةٍ ، فالثَّمَنُ تسعون . وكذا لو قالَ : مُوَاضَعَةِ العشرةِ [3] . ولو

= بخلافِ مالو تَجَدَّدَ الحَمْلُ ، فإنَّهُ حينئذٍ يكونُ الثَّمَنُ في مُقَابَلةِ الأُمِّ خاصَّة ، كالثَّمَرَةِ المُتَجَدِّدَة ؛ «المسالك : ٣ / ٣١٢» .

(١) لِأَنَّهُ ثَمَنُ مالِهِ ؛ ولم يُمَلِّكْهُ لِلدَّلَّالِ بنوعٍ من المُمَلِّكَاتِ ؛ «التَّوضيح : ٢ / ٢٨٧» .

(٢) إن وَقَعَ بلفظِ : «بِعْتُك» ، ونحوهِ من الألفاظِ المُعْتَبَرَةِ في مُطْلَق البيع ؛ أكْمَلَهُ بِذِكْرِ الثَّمَن؛ أو بـ: «ماقام عَلَيَّ» ونحوه .

وإن وَقَعَ بلفظِ : «وَلَّيْتُكَ» ، جعَلَ مفعولَهُ العَقْد ، وٱقتَصَرَ عليه .

ولو قالَ : وَلَّيْتُكَ السِّلعةَ ، إحْتَمَلَ الإجزاء ؛ «المسالك : ٣ / ٣١٣ ـ ٣١٤» .

(٣) حَمْلًا للإضافة على معنى : «مِنْ» ؛ أي : مِنْ كُلِّ عَشَرَة . ويُحْتَمَلُ كونُها بمعنى اللَّامِ ؛ أي : لِكُلِّ عَشَرَة ... =

قالَ : من كُلِّ اَحدَ عَشَرَ ، كانَ الثَّمَنُ اَحدًا وتسعين اِلَّا جزءًا من اَحَدَ عَشَرَ جزءٍ مِن دِرْهَمٍ .

الفَصْلُ السَّابعُ
في : الرِّبا

وهو يثبُتُ :

[اَوَّلًا] في البَيْعِ [1] ؛

مع وَصْفَين : الجِنْسِيَّةِ ، والكَيْلِ اَو الوَزنِ .

[ثانيًا :] وفي القَرضِ

معَ اَشتراطِ النَّفعِ ...

اَمَّا الثَّاني : فسيأتي

واَمَّا الاَوَّلُ : فيقفُ بيانُهُ على اُمورٍ

الاَوَّلُ : في بَيَانِ الجنسِ

وضابِطُهُ : كُلُّ شيئين يتناوَلُهما لفظٌ خاصٌّ ؛ كالحِنْطَةِ بِمثلِهَا ، والاَرُزِّ

= والحاصِلُ : اَنَّ «مِن» الَّتي تَتَضَمَّنُها الاِضافة ، هي التَّبيينِيَّة لا التَّبْعِيضِيَّة ؛ كما في : خاتم فِضَّة ، واَربعة دراهم .

وشَرْطُ «مِنْ» التَّبْيينيَّة : اَن يَصِحَّ اِطْلَاقُ المجرورِ بها على المُبَيَّن ؛ كما في قولهِ تعالى: ﴿فاَجتَنِبوا الرِّجسَ من الاَوْثَان﴾..؛ «المسالك : ٣ / ٣١٤ ـ ٣١٥» .

(١) ظاهِرُهُ : اختِصَاصُ الرِّبا بالبيع . وهو اَحَدُ القولين في المسالَة . اِلَّا اَنَّ المُصَنِّف رحمهُ الله ؛ قد صَرَّحَ في بابِ الغَصْبِ ، بثُبُوتهِ في كُلِّ معاوَضة .

وهو ظاهِرُ اَختيارِهِ في الصُّلْح اَيْضًا ؛ وهو الاَقوى ؛ عَمَلًا بِاِطلاقِ قولهِ تَعَالى :﴿وحَرَّمَ الرِّبا﴾؛ «المسالك : ٣ / ٣١٦ ـ ٣١٧» .

بمثلِهِ ؛ فيجوزُ [1] بيعُ المُتَجَانَسِ [ورقة ٧٣ لوحة أ] وَزنًا بوزنٍ نَقْدًا ، ولا يجوزُ معَ زِيَادةٍ [2] ؛ ولا يجوزُ اِسْلَافُ اَحدِهِما في الآخر ؛ على الاَظهر .

ولا يُشترَطُ التَّقَابُضُ قبلَ التَّفَرُّقِ اِلَّا في الصَّرْفِ .

ولو اَختَلَفَ الجِنْسان جازَ التَّمَاثُلُ والتَّفَاضُلُ نَقْدًا ، وفي النسيئةِ تردُّدٌ ؛ والاَحوَطُ المنعُ .

والحِنْطَةُ والشَّعيرُ جنسٌ واحدٌ في الرِّبا[3]؛ على الاَظهر؛ لِتناوُلِ اَسمِ الطَّعَامِ لهما. وثَمَرَةُ النَّخْلِ جنسٌ [واحدٌ] وإن اَختَلَفَتْ اَصنافُهُ [4]، وكذا ثمرَةُ الكَرْم .

وكُلُّ ما يُعمَلُ من جنسٍ [واحدٍ] يحرُمُ التفاضُلُ فيهِ ، كالحِنْطَةِ بدقيقِها ، والشَّعيرِ بسويقِـهِ ، والدِّبْـسِ المَعْمُولِ من التَّمرِ بالتَّمْرِ ، وكذا ما يُعمَلُ من العِنَبِ بالعِنَبِ .

---

(١) في المسالك : ويجوزُ .

(٢) وبـهِ قالَ الشَّافعيُّ : لِما رَوَاهُ عَطَاء بن يَسَار : «اَنَّ معاوية باعَ سِقَايَةً من ذَهَب اَو من وَرِق ، بأكثر من وَزْنِها .

فقالَ لَهُ اَبو الدَّرْدَاء : سمعت رسُولَ الله «صَلَّى اللهُ عليه [وآلِهِ] وسَلَّم» ؛ يَنْهَى عن مِثْلِ هذا ، اِلَّا مِثْلًا بِمِثْل .

فقال مُعَاوِيَة : ما اَرَى بهذا بأسًا .

فقالَ اَبو الدَّرْدَاء : مَن يَعْذِرُني من مُعَاوية ؛ اُخْبِرُهُ عن رَسُولِ الله «صَلَّى الله عليه وآلِهِ» ، ويُخْبِرُني عن رَأيِهِ .

واللهِ ، لا اُسَاكِنُك بأَرْضٍ اَنْتَ بها ؛ يُنظر : «سُنَن البَيْهَقِيّ : ٥ / ٢٨٠».

(٣) نَبَّه بقولِهِ : «في الرِّبا» ؛ على اَنَّهما في غيرِهِ ـ كالزَّكاة ـ جنْسان اِجْمَاعًا ؛ لِاختلافِ مفهومهما ، لُغَةً وعُرْفًا .

واَمَّا في الرِّبا؛ فالاَظهر ، اَنَّهما جنسٌ واحدٌ ؛ لِصَحِيحَةِ الحَلَبِيّ ...؛ «المسالك: ٣ / ٣١٨» .

(٤) في المسالك والجواهر : «وإنْ اَخْتَلَفَتْ اَنْوَاعُهُ» .

وما يُعمَلُ من جِنْسَين [1] ، يجوزُ بيعُهُ بهما ، وبكُلِّ واحدٍ منهما ، بِشَرْطِ اَن يكونَ في الثَّمَن زيادَةٌ عن مُجانِسِهِ .

واللُحومُ مُخْتَلِفَةٌ بحسبِ اَختلافِ اَسماءِ الحَيَوان ؛ فلَحمُ البَقَر والجَوَاميسِ جنسٌ [واحدٌ] ، لِدخولِهما تحتَ لَفْظِ البَقَرِ ؛ ولَحْمُ الضَّأن والمَعْـزِ جنسٌ [واحدٌ] ، لِدخولِهما تحتَ لَفْظِ الغَنَم ؛ والاِبلُ عِرَابُها وبَخَاتِيُّها [2] جنسٌ واحدٌ ؛ والحَمَامُ جِنْسٌ واحِدٌ [3] .

ويقَوَى عندي : اَنَّ كُلَّ ما يختَصُّ باَسمٍ منهُ ، فهوَ جِنسٌ على اَنفِرَادِهِ ، كالفَخَاتِيِّ [4] والوِرْشَان ؛ وكذا [5] السُّموك .

---

(١) وفي حُكمِ المعمولِ من جنسين : ضَمُّ اَحَدِهما اِلى الآخر ، وبيعهما في عقدٍ واحدٍ ، واِنْ تَمَيَّزا ؛ لِتَسَاوي الفَرْضين في العِلَّة المُسَوِّغة للبيعِ عندَنا ؛ «المسالك : ٣ / ٣١٩» .

(٢) هو : بفتح الباء وتشديد الياء المُثَنَّاة من تحت : جمعُ بُخْتِيٍّ بِضَمِّ الباء وتشديد الياء اَيْضًا : الاِبلِ الخُرَاسانِيَّة ؛ «المسالك : ٣ / ٣٢٠» .

(٣) قد تَقَدَّمَ في الحَجِّ تعريفُ الحَمَام، على اَختِلافٍ فيهِ؛ واَنَّ الفَخَاتِيَّ والوِرشان من اَفْرَادِهِ. ووجهُ الخِلاف هنا : الشَّكُّ في اَنَّ مقولِيَّةَ الحَمَام على ماتحتَهُ : مَقُولِيَّةُ النَّوع على الاَصناف ، اَو الجنس على الاَنواع ...؛ «المسالك : ٣ / ٣٢٠» .

(٤) المُستعمل في كُتُب اللُغة ـ الجمهرة ، والمُجمل ، والنِّهاية ، واَسَاس البلاغة ، والمصباح المُنِير ، وتاج العروس ـ : اَنَّ جمع فاخِتة فَوَاخِت .

هذا ، والشهيد الثَّاني في المسالك : ج ٢ ص ٤٢٩ ؛ استعمَلَ : الفَوَاخت .

واَمَّا استعمال «الفَخَاتِيّ» جمعًا ؛ فقد وَرَدَ في نَصِّ المُحَقِّق ؛ ولم نَطَّلِع بعدُ على مَدْرَكِهِ ... نعم ، اليومَ في العِرَاق ، وفي النَّجَفِ الاَشرفِ بالخصوص ؛ وجدتُهُم يقولون لِلْفاخِتَةِ : فُخْتِيَّه ؛ ويجمعونها على : فَخَاتِي .

(٥) الحُكمُ المُشَبَّهُ بِهِ المُشَارُ اِليه بـ «ذا» : هو ما سَبَقَ في الطَّيْر ؛ اَي : هو جنسٌ واحدٌ ...؛ «المسالك : ٣ / ٣٢١» .

والوَحشيُّ من كُلِّ جنسٍ مُخَالِفٌ لِاَهلِيِّهِ .

والاَلْبانُ تتبَعُ اللُحمان في التجانُس والاِختِلافِ . ولايجوزُ التَّفَاضُلُ بين ما يُستخرَجُ من اللَبَن وبينهِ ، كَزَبَدِ البَقَر مَثَلًا بحليبِهِ ومخيضِه واَقِطِهِ .

والاَدْهَانُ تتبَعُ ما تُستَخْرَجُ منهُ : فَدُهْنُ السِّمْسِمِ جنسٌ ، وكذا ما يُضَافُ اِليهِ ، كَدُهْنِ البَنَفسج والنَّيْلُوفَر ؛ ودُهْنُ البَزْرِ جِنْسٌ آخرُ .

والخُلُولُ تتبَعُ ما تُعمَلُ منهُ ، فَخَلُّ العِنَبِ مُخَالِفٌ لِخَلِّ الدِّبْسِ . ويجوزُ التَّفَاضُلُ بينهما نقدًا ؛ وفي النسيئةِ تردُّدٌ .

الثَّاني : اِعتِبَارُ الكَيْلِ والوَزْن

فلارِبا اِلَّا في مكيلٍ اَو موزونٍ. وبالمُسَاواةِ فيهما يزولُ تحريمُ الرَّبَوِيَّات.

فلو باعَ مالاكَيلَ فيهِ ولا وَزْنَ مُتَفَاضِلًا، جازَ ولو كان معدودًا ـ كالثَّوبِ بالثَّوبين وبالثِّيابِ ، والبَيْضةِ بالبَيْضَتين والبيضِ ـ نقدًا ؛ وفي النسيئةِ تردُّدٌ ؛ والمنعُ اَحوطُ .

ولا رِبا في المَاءِ ، لِعَدَمِ اَشتراطِ الكيلِ والوَزْنِ في بيعِهِ . ويثبُتُ في الطِّينِ الموزون كالاَرمنِيِّ ؛ على الاَشْبَهِ [1] . والاِعتبارُ بعادَةِ الشَّرعِ ، فما ثبتَ اَنَّهُ مكيلٌ اَو موزونٌ في عَصْرِ النَّبِيِّ «عليه السَّلام» [2] ، بُنِيَ عَليهِ [3] . وما جُهِلَتِ الحَالُ فيهِ [4] ، رجَعَ الى عَادَةِ البَلَدِ .

---

(١) لِاعتيَادِ الوَزْنِ لَهُ . وفي الاَخْبَارِ اَنَّهُ طينُ قبرِ ذي القَرْنَيْن ؛ «التَّوضيحُ : ٢ / ٢٩٠» .

(٢) في المسالك والجواهر : «صَلَّى اللهُ عليهِ وآلِهِ وسَلَّم» .

(٣) قد ثَبَتَ اَنَّ اَربعةً كانت مَكِيْلَةً في عهدِهِ «صَلَّى اللهُ عليهِ وآلِهِ» ؛ وهي : الحِنطةُ ، والشَّعيرُ ، والتَّمرُ ، والمِلْحُ ؛ فلا يُبَاعُ بعضُها ببعضٍ اِلَّا كيلًا ، واِن اَختَلَفَتْ في الوزن . واَستَثْنَى في التَّذْكِرة : مايَتَجافى منهُ في المِكيَال ؛ كالقِطَعِ الكِبَارِ من المِلْح ، فَيُبَاعُ وزنًا لِذلك ؛ «المسالك : ٣ / ٣٢٣» .

(٤) في المسالك والجواهر : وماجُهِلَ الحالُ فيهِ ...

ولو ٱختلَفَتِ البُلدَانُ فيهِ ، كان لِكُلِّ بَلَدٍ حُكمُ نفسِهِ ؛ وقيلَ : يُغلَّبُ جانبُ التقديرِ ، ويثبتُ التحريمُ عمومًا .

والمُرَاعَى في المُسَاواةِ وقتُ الاِبتياعِ . فلو باعَ لحمًا نِيًّا بِمُقَدَّدٍ مُتَسَاوِيًا ، جازَ . وكذا لو باعَ بُسرًا بِرُطَب . وكذا لو باعَ حِنطةً مبلُولةً بِيَابِسَـةٍ ، لِتحَقُّـقِ المُمَاثَلَةِ ؛ وقيلَ : بالمَنْعِ ، نَظَرًا الى تحقُّـقِ النُّقصَانِ عندَ الجَفَاف [1] ، اَو اِلى ٱنضِيَافِ [ورقـة ٧٣ لوحة ب] اَجزاءٍ مَائيَّةٍ مجهُولةٍ .

وفي بَيْعِ الرُّطَبِ بالتَّمرِ تردُّدٌ ، والاَظْهَرُ ٱختصاصُهُ بالمنعِ ، اِعتمادًا على اَشهرِ الرِّوَايتين [2] .

فـروعٌ

«الاَوَّلُ» : اِذا كانا في حُكمِ الجِنْسِ الواحدِ ، واَحدُهُما مكيلٌ والآخرُ موزون ؛ كالحِنطةِ والدَّقيقِ ، فبيعُ اَحدِهِما بالآخرِ وَزْنًا جائزٌ ؛ وفي الكَيْلِ تردُّدٌ ؛ [3] والاَحوطُ تعديلُهما بالوزن .

«الثَّاني» : بيـعُ العِنَبِ بالزَّبيب جائزٌ ؛ وقيلَ : لا ، طَرْداً لِعلَّةِ الرُّطَبِ بالتَّمرِ ؛ والاَوَّلُ اَشبَهُ. وكذا البحثُ في كُلِّ رَطْب مع يابسِهِ .

«الثَّالثُ» : يجوزُ بيعُ الاَدِقَّةِ بعضِها ببعضٍ ، مِثلًا بِمثلٍ . وكذا الاَخبازُ والخُلُولُ ، واِن جُهِلَ مقدارُ ما في كلِّ واحدٍ من الرُّطوبةِ ، اَعتمادًا على

---

(١) هذه المسَالَة ؛ من جُمْلَةِ اَفراد منصوص العِلَّة .

وقد ٱختَلَفَ الاَصحابُ في تعدِيَتِهِ اِلى غيرِهِ مِمَّا شاركَهُ فيها .

والاَخْبارُ الصَّحيحةُ ظاهِرَةٌ في التَّعدِية ؛ وهو الاَقوى ؛ «المسالك : ٣ / ٣٢٤» .

(٢) هذا هو موردُ النَّصِّ من مَنْصوصِ العِلَّةِ ، لَمَّا سُئِلَ النَّبِيُّ (ص) عن بيعِ الرُّطَبِ بالتَّمر . فقالَ : اَينقُصُ اِذَا جَفَّ ؟ فقالوا : نَعَم . فقالَ : لا ، اِذَن ...؛ «المسالك : ٣/٣٢٤» .

(٣) مَنْشأُ التردُّدِ : مِن اَنَّ الكيلَ اَصلٌ للحنطةِ ؛ فيُستَصحب في فروعها ؛ ومن اَنَّ الوزنَ اَضبَطُ ، واَنَّهُ اَصْلٌ للكيل ...؛ «المسالك : ٣ / ٣٢٥ ـ ٣٢٦» .

ماتناولَهُ الإسمُ .

تَتِمَّـــةٌ

فيها : مسائلُ [ستٌّ]

«الأُولى» : لارِبا بين الوَالدِ ووَلَدِهِ [1] ، ويجوزُ لِكُلٍّ منهما اَخذُ الفَضْلِ من صاحبِهِ . ولابينَ المَوْلَى ومَمْلُوكِهِ . ولابينَ الرَّجُل وزَوْجَتِهِ . ولابينَ المُسلمِ واَهلِ الحَرْبِ . ويثبتُ بين المُسْلِمِ والذِّمِّيِّ ؛ على الاَشهرِ .

«الثَّانيةُ» : لايجوزُ بيعُ لَحْمٍ بحيوانٍ من جنسِهِ ، كَلَحمِ الغَنَمِ بالشَّاةِ . ويجوزُ [بيعُهُ] بغيرِ جنسِهِ كَلَحْمِ البَقَرِ بالشَّاةِ . لكن بشَرطِ اَن يكونَ اللَحْمُ حاضرًا .

«الثَّالثةُ» : يجوزُ بيعُ دَجَاجةٍ فيها بيضةٌ بدَجَاجَةٍ خاليةٍ ؛ وبيعُ شاةٍ في ضرعِهـا لَبَنٌ ، بشـاةٍ في ضرعِهـا لَبَنٌ اَو خاليـةٍ ، اَو بلبـنٍ ولـو كـان مِـن لَبَـن جنسِها .

«الرَّابعةُ» : القِسمَةُ تمييزُ اَحَدِ الحَقَّين وليسَت بيعًا ، فتصِحُّ فيما فيهِ الرِّبا ، ولو اَخَذَ اَحدُهما الفَضْلَ . وتجوزُ القِسمَةُ كيلًا وخَرْصًا . ولو كانَت الشِّرْكَةُ في رُطَبٍ وتَمرٍ متساويين ، فاَخذَ اَحدُهُما الرُّطَبَ ، جازَ .

«الخامسةُ» : يجوزُ بيعُ مَكُّوكٍ من الحِنْطَةِ بمكُّوكٍ ، وفي اَحَدِهما عُقَدُ التِّبنِ ودَقَائقُهُ . وكذا لو كان في اَحَدِهما زُوَانٌ [2] اَو يسيرٌ من تُرابٍ ، لِاَنَّهُ

---

(١) الحُكم مُخْتَصٌّ بالولَدِ النَّسَبِيِّ ، بالنِّسبة إلى الاَب ؛ فلا يتعدَّى الحُكْمُ إلى الاُمِّ ، ولا إلى الجدِّ مع ولدِ الولد ... ؛ «المسالك : ٣ / ٣٢٧» .

(٢) الزُّوان ـ الواحِدَةُ : زُوَانة ـ : نَبَاتٌ عُشْبِيٌّ ، مِن فصيلةِ النَّجِيْلِيَّات .
ينبُتُ غالِبًـا بين الحنطـة ، وحبُّـهُ يشبَـهُ حَبَّهـا ؛ إلَّا اَنَّهُ اَصْغَرُ ؛ وإذا اُكِلَ يجلبُ النَّومَ ؛ =

ممَّا جَرَتِ العادَةُ بكونهِ فيهِ .

«السَّادِسَةُ» : يجوزُ بيعُ دِرهمٍ ودينارٍ ، بدينارين ودِرهمين [1] ، ويُصرَفُ كُلُّ واحدٍ منهما إلى غيرِ جنسِهِ . وكذا لو جُعِلَ بدَلَ الدِّينارِ أو الدِرْهَم شيءٌ من المَتَاعِ . وكذا مُدٌّ مِن تَمْرٍ ودِرْهَمٍ ، بمُدَّين أو أمدَادٍ ودِرْهَمَيـن أو دَرَاهِـم .

وقد يُتَخَلَّصُ من الرِّبا : [2]

بأن يبيعَ أحَدُ المُتَبايعَين سِلعَتَهُ من صاحبهِ بجنسِ غيرِها ، ثم يَشْتَري الأُخرى بالثَّمَن ، ويسقُطُ اعتبارُ المُساواةِ .

وكذا لو وَهَبَهُ سِلعَتَهُ ثم وهبَهُ الآخَرُ ، أو أقرضَهُ صاحبُهُ ثم أقرضَهُ هو ؛

= «المنجدُ في اللُغة : ٢٩٢» .

الزِّوَان والزُّوَان والزَّوَان : الزُّوَان بالهَمْزَة ؛ «المنجدُ في اللُغة : ص ٣١٢» .

(١) هذا الحُكمُ موضعُ وفاقٍ بين أصحابِنا .

وخالَفَ فيهِ الشَّافِعيُّ ، مُحْتَجًّا بحصولِ التَّفاوُت عندَ المُقَابلَة على بعضِ الوجوه ؛ كما لو بِيْعَ مُدٌّ ودرهمٌ بِمُدَّين ؛ والدِّرهم ثَمَنٌ لِمُدٍّ ونصف ، بحسب القيمة الحاضِرة .

وجَوَابُهُ : أنَّ الزيادة حينئذٍ ، بمُقتضى التَّقسيط لا بالبيع ؛ فإنَّهُ إنَّما وقَعَ على المجموعِ بالمجموع ؛ «المسالك : ٣ / ٣٣٠» .

(٢) ولا يقدَحُ في ذلك : كونُ هذهِ الأُمور غيرَ مقصودةٍ بالذَّات ؛ والعُقودُ تابعةٌ للقُصود .

لِأنَّ قَصْدَ التَّخَلُّص من الرِّبا ، إنَّما يَتِمُّ مع القَصْدِ إلى بيعٍ صحيحٍ ، أو قَرْضٍ ، أو غَيْرِهما من الأنواع المذكورة ؛ وذلك كافٍ في القَصْد .

إذْ لا يُشْتَرَطُ في القصدِ إلى عَقْدٍ قَصْدُ جميع الغايات المُتَرَتِّبة عليهِ ؛ بل ، يكفي قَصْدُ غايةٍ صحيحةٍ من غاياتهِ . فإنَّ مَن أرَادَ شِرَاء دارٍ مَثَلًا ، لِيُؤاجِرَها ويكتَسِب بها ؛ فإنَّ ذلك كـافٍ فـي الصِّحَّةِ ؛ وإن كانَ لِشِراء الدَّار غاياتٌ أُخَر أقوى من هذهِ وأظهر في نَظَرِ العُقَلاء ... ؛ «المسالـك : ٣ / ٣٣٢» .

وتبارَءا .

وكذا لو تبايَعا ووَهَبَهُ الزِّيَادَةَ . كُلُّ ذلك مِن غيرِ شرطٍ .

الثَّالثُ :الصَّرْف

وهو بيعُ الأثمان بالأثمان [1] . ويُشتَرَطُ في صِحَّةِ بيعِها [2] - زائدًا على الرَّبَوِيَّات - التَّقابُضُ في المَجْلِسِ . فلو ٱفترَقَا قبلَ التقابُض بطَلَ الصَّرْفُ ؛ على الأشهر ، ولو قبَضَ البعضَ صَحَّ فيما قبضَ حسبُ . ولو فارَقَا المجلسَ مُصْطَحِبَيْن لم يبطُل .

ولـو و كَّلَ اَحدُهُما في القَبْضِ عنهُ ، فَقَبَضَ الوكيلُ قبلَ [ورقه ٧٤ لوحة اَ] تفرُّقِهما ، صَحَّ . ولو قبَضَ بعد التفرُّقِ ، بَطلَ .

ولو ٱشتَرَى منهُ دَرَاهِمَ ، ثم ٱبتاعَ بها دنانيرَ ، قبلَ قبضِ الدَّراهِم ؛ لم يصِحَّ الثَّاني . ولو ٱفتَرَقَا بَطَل العَقدان .

ولو كانَ لَهُ عليهِ دَرَاهمُ ، فاشتَرَى بها دنانيرَ ، صَحَّ وإن لم يتقابَضَا . وكذا لو كانَ لَهُ دَنَانيرُ فاشترى بها دَرَاهِمَ ، لِاَنَّ النَّقْدَينِ من واحدٍ .

ولا يجوزُ التَّفَاضُلُ في الجِنسِ الواحدِ ولو تقابَضا ، ويجوزُ في الجِنْسَين .

ويَسْتَـوي في وُجُوبِ التَّمَاثُل : المَصُوغُ والمَكْسُورُ ، وجَيِّدُ الجَوهرِ ورَدِيُّهُ [3] . وإذا كان في الفِضَّةِ غِشٌّ مجهُولٌ ، لم تُبَع إلَّا بالذَّهَب اَو بجنسٍ

---

(١) والصَّرْفُ لُغَةً : الصَّوْتُ .

وشرعًا : بيعُ الأثمان ـ وهي : الذَّهَبُ والفضَّة ـ بالأثمان .

كَأَنَّـه سُمِّـي بذلـك : لِما يشتمِـلُ عليـهِ من الصَّـوت ، عنـدَ تقليبها في البيع والشِّـراء ؛ «المسالك : ٣ / ٣٣٢» ؛ ويُنظر : «النِّهاية لابن الأثير : ٣ / ٢٥» .

(٢) ببعضِها مختلفةَ الجنس اَو مُتَّفِقَةً ؛ «التَّوضيح : ٢ / ٢٩٢» .

(٣) وفي النُّسخ المُتَدَاولة : و رَدِيْئُهُ .

غيرِ الفضَّةِ . وكذا الذَّهبُ . ولو عُلِمَ ، جازَ بيعُهُ بمثلِ جِنْسِهِ ، مع زيادةٍ تُقابِلُ الغِشَّ . ولا يُبَاعُ تُرَابُ معدنِ الفِضَّةِ بالفِضَّةِ اِحتياطًا ، ويُبَاعُ بالذَّهَب . وكذا [تُرَابُ] مَعْدِنِ الذَّهَب . ولو جُمِعَا في صَفْقَةٍ [واحدةٍ] ، جازَ بيعُهُما بالذَّهَبِ والفِضَّةِ معًا [1] . ويجوزُ بيعُ جوهَرِ الرَّصاص والصُّفر ، بالذَّهَبِ والفِضَّةِ [معًا] ، وإن كانَ فيه يسيرُ فِضَّةٍ أو ذَهَبٍ [2] ، لِأَنَّ الغالبَ غيرُهُما [3] .

ويجوزُ اِخْرَاجُ الدَّرَاهمِ المَغْشُوشَةِ مع جَهَالةِ الغِشِّ ، اِذا كانت معلومةَ الصَّرفِ بين الناس [4] . وإن كانَتْ مجهولَةَ الصَّرْفِ ، لم يجز اِنفاقُها اِلَّا بعدَ اِبانةِ حالِها .

مسائلُ عشرٌ :

«الأُولى» : الدَّرَاهِمُ والدَّنَانيرُ يتعيَّنان ، فلو اشترى شيئًا بِدَرَاهِمَ أو

---

(١) الظَّاهِرُ من المَعِيَّةِ : كونُ الذَّهب والفِضَّة مجعولين معًا ثَمَنًا واحدًا .
وجوازُ بيعهما بهما حينئذٍ واضحٌ على أُصولِنا ؛ لِانْصِرَافِ كُلِّ واحدٍ إلى مايُخَالِفُهُ .
وكذا يجوزُ بيعُهُما بأَحَدِهما ، مع زيادَةِ الثَّمَن على مُجَانِسِهِ ؛ بحيثُ يُقابلُ تُرَابَ معدن الآخَر .
ولو بيعا بغيرِهما ، صَحَّ أَيْضًا بطريقٍ أَوْلى ؛ كما مَرَّ ؛ «المسالك : ٣ / ٣٣٧» .

(٢) في قولِهِ : «وإنْ كان فيهِ» : لَفٌّ ونشرٌ مُرَتَّب .
أَي : وإن كانَ في جوهر الرَّصاص يَسِيْرُ فِضَّة ، وفي جوهر الصُّفرِ يسيرُ ذَهَب ...؛ «المسالك : ٣ / ٣٣٧» .

(٣) أَي : لِأَنَّ الغالِبَ اسمُ غيرِ الفِضَّةِ أو الذَّهَبِ ، بحيثُ لا تُذْكَرُ ويَعْسُرُ اِستخرَاجُها ، بحيثُ تُعَدُّ مُضْمَحِلَّةً ؛ «التَّوضيحُ : ٢ / ٢٩٣» .

(٤) المُرَادُ بكونِها معلومةَ الصَّرْفِ : كَوْنُها مُتَدَاوَلَةً بين النَّاسِ ، مع عِلْمِهم بحالِها ؛ «المسالك : ٣ / ٣٣٨» .

دنانيرَ ، لم يَجُز دفعُ غيرِها [1] ولو تَساوَت الأَوْصَافُ .

«الثَّانيةُ» : إذا ٱشترى دَرَاهِمَ بمثلِها مُعَيَّنةً [2] ، فوجَدَ ما صارَ اليه ، من غيرِ جنسِ الدَّرَاهِم ، كانَ البيعُ باطِلًا . وكذا لو باعَهُ ثوبًا كَتَّانًا فَبَان صوفًا . ولو كان البَعْضُ من غيرِ الجِنْسِ، بطَلَ فيه حَسْبُ ، ولَهُ رَدُّ الكُلِّ ، لِتبعُّض الصَّفْقَةِ ، ولَهُ أَخذُ الجيِّدِ بحِصَّتِهِ من الثَّمَن ، وليسَ لَهُ بدَلُهُ ، لِعدَمِ تَنَاوُلِ العَقدِ لَهُ . ولو كانَ الجنسُ واحدًا ، وبهِ عيبٌ ، كخُشُونةِ الجَوْهرِ أو ٱضطرابِ السِّكَّةِ ، كانَ لَهُ رَدُّ الجميعِ أو إمساكُهُ ، وليسَ لَهُ رَدُّ المَعِيْبِ وحدَهُ ولا إبدالُهُ ، لِأَنَّ العَقْدَ لم يتناوَلْهُ .

«الثَّالثةُ» : إذا ٱشتَرَى دَرَاهِمَ في الذِّمَّةِ بمثلِها ، ووَجدَ ما صارَ اليه [3] غيرَ فِضَّةٍ قبلَ التَّفرُّق، كانَ لَهُ المُطَالَبةُ بالبَدَلِ . وإن كانَ بعدَ التَّفرُّق بَطَلَ الصَّرْفُ [4] . ولو كانَ البعضُ [5] ، بطَلَ فيهِ وصَحَّ في البَاقي . وإن لم يخرجْ بالعيبِ من الجِنْسِيَّةِ ، كان مُخيَّرًا بين الرَّدِّ والإمساكِ بالثَّمَنِ من غيرِ أَرشٍ ،

---

(١) في المسالك والجواهر : غيرهما .

(٢) الثَّمَنُ والمُثْمَنُ : إمَّا أن يكونا مُعَيَّنَيْن أو مُطْلَقَين أو مُختَلِفَيْن ؛ فالأقسامُ أَرْبَعَةٌ .
ثُمَّ؛ إمَّا أن يظهرَ العيبُ فيهما أو ...؛ فالصُّوَرُ سِتٌّ وتسعون صورة؛ «المسالك : ٣ / ٣٣٩» .

(٣) في الجواهر : ج ٢٤ ص ٢٣ : ووجَدَ «جميعَ» ماصار إليهِ .

(٤) إنَّما كانَ لَهُ البَدَلُ هنا ؛ لِأَنَّ العِوَضَ في الذِّمَّةِ ، وهو أَمْرٌ كُلِّيٌّ .
والمدفُوعُ ؛ لَمَّا لم يكن من الجنس ، إمتَنَعَ كونُهُ أَحَدَ العوضين ، فيُطالِبُ بحقِّهِ ؛ لانتفاءِ المانعِ ، حيثُ لم يحصُل التَّفرُّق قبلَ القبض .
ووجهُ البُطلان مع التفرُّق : فواتُ شَرْطِ صِحَّةِ الصَّرْف ؛ وهو التَّقَابُضُ قبلَهُ ؛ «المسالك : ٣ / ٣٤١» .

(٥) في الجواهر : ولو كانَ في البعضِ .

ولَهُ المُطَالَبةُ بالبَدَلِ قبلَ التَّفرُّقِ قطعًا ؛ وفيما بعدَ التَّفرُّق تردُّدٌ .

«الرَّابعةُ» : إذا ٱشترى دِيْنارًا بدينارٍ ودَفَعَهُ ، فزادَ زيادةً لا تكونُ إلَّا غَلَطًا أو تعمُّدًا [1] ، كانَتِ الزِّيَادَةُ في يدِ البائعِ أمَانةً ، وكانَتْ للمُشْتَرِي في الدِّينارِ مُشَاعَةً .

«الخامسةُ» : رُويَ جوازُ ٱبتياعِ دِرْهَمٍ بِدِرْهم ، مع ٱشتِرَاطِ صِيَاغَةِ خاتمٍ ، وهل يُعَدَّى [2] [ورقة ٧٤ لوحة ب] الحكمُ ؟ الأشبَهُ لا .

«السَّادسةُ» : الأوَاني المَصُوغَةُ من الذَّهَبِ والفِضَّةِ ، إن كانَ كُلُّ واحدٍ منهما معلُومًا ، جازَ بيعُهُ بجنسِهِ مِن غيرِ زِيَادةٍ ، وبغيرِ الجِنْسِ وإن زادَ . وإن لم يُعْلَم وأمكَنَ تخليصُهُما ، لم تُبَع بالذَّهَب ولا بالفِضَّةِ ، وبيعَت بهما أو بغيرِهما . وإن لم يمكن [تخليصُهُما] ، وكانَ أحدُهما أغلبَ ، بيعَتْ بالأقلِّ . وإن تساويا تغليبًا ، بيعَت بهما [3] .

«السَّابعةُ» : المَرَاكِبُ المُحَلَّاةُ ، إن عُلِمَ ما فيها ، بيعَتْ بجنسِ الحِليَةِ ، بِشَرْطِ أن يزيدَ الثَّمَنُ عمَّا فيها ، أو تُوهَبُ الزِّيَادةُ من غيرِ شرطٍ ، وبغيرِ جنسِها مُطلَقًا . وإن جُهِلَ ، ولم يمكن نَزْعُها إلَّا مع الضَّرَرِ ، بيعَت بغيرِ جِنْسِ حِلْيَتِها . وإن بيعَتْ بجنس الحِلْيَةِ ، قيلَ : يُجْعَلُ معها شيءٌ من المَتَاعِ ، وتُبَاعُ بزيادةٍ عمَّا فيها تقريبًا ، دَفعًا لِضَرَرِ

---

(١) أي : فَزَادَ زِيادَةً لا يُتسَامَحُ بها ، بل لا تكونُ إلَّا غَلَطًا أو تَعَمُّدًا ، بَطَلَ البيعُ ، للرِّبَا ؛ «التَّوضيحُ : ٢ / ٢٩٤» .

(٢) في المسالك والجواهر : يتعدَّى .

(٣) ولا فرقَ في ذلك أيضًا ، بين إمكانِ التَّخْليصِ وعَدَمِهِ ، ولا بينَ العِلْم بقَدْرِ كُلِّ واحدٍ منهما وعَدَمِهِ ؛ بل ، المُعْتَبَرُ : العلمُ بالجُمْلَةِ ؛ «المسالك : ٣ / ٣٤٧» .

النَّـزعِ .

«الثَّامنةُ» : لو باعَ ثوبًا بعشرين درهمًا ، من صَرْفِ العشرين بالدِّينار ، لم يصِحَّ ، لِجَهَالتِهِ [1] .

«التَّاسِعَةُ» : لو باعَ مائةَ دِرهمٍ بدينارٍ اِلَّا دِرهمًا ، لم يصِحَّ ، لِلجَهالَةِ [2] .

وكـذا لو كانَ ذلك ثَمَنًا لِمَا لارِبا فيهِ [3] . ولو قُدِّرَ قيمةُ الدِّرهمِ من الدِّينارِ ، جازَ ، لِارتفاعِ الجَهَالةِ .

«العَاشرةُ» : لـو بـاعَ خمسَـةَ دَرَاهِـمَ بنصـفِ دينـارٍ ؛ قيـلَ : كانَ لَهُ شِقُّ دِينَـار ، ولا يلـزَمُ المُشْتَـريَ صحيـحٌ ، اِلَّا اَن يُريـدَ بذلـك نصـفَ المِثْقَالِ عُرفًـا . وكـذا الحكـمُ فـي غَيْـرِ الصَّـرف . وتُـرَابُ الصِيَاغَـةِ [4] ، يُبَـاعُ بالذَّهَـب والفِضَّـةِ معًـا ، اَو بِعَـرْضٍ غيرِهِمـا ، ثـم يُتَصَـدَّقُ بـه ، لِاَنَّ اَربَابَهُ لا يَتَمَيَّزون [5] .

---

(١) تعليلُهُ المَنْعَ بالجَهَالةِ ، يَقْتَضِي اِثباتُها ، واِنْ وَجَدَ في المُعَامَلَةِ منها نوعٌ صَرْفُهُ ذلك وعَلِمَ بِهِ .

وبهذا التَّعميم صَرَّحَ في التَّذكرة ؛ حتَّى قالَ : «لو كانَ نَقْدُ البَلَدِ صَرْفُ عشرين بدينارٍ ، لم يصِحَّ اَيضًا ؛ لِاَنَّ السِّعرَ مُخْتَلِفٌ ، ولا يختَصُّ ذلك بنَقْدِ البَلَدِ» ؛ «المسالك : ٣ / ٣٤٩» .

(٢) حيثُ لايُعلَمُ مقدارُ الدِّرْهمِ من الدِّينار ، لِاختِلافِ الدَّرَاهِمِ ؛ «التَّوضيح : ٢ / ٢٩٧» .

(٣) بِاَنْ باعَهُ ثوبًا بدينارٍ غيرِ دِرْهَم ، فاِنَّ الحُكْمَ واحدٌ في الصِّحَّةِ معَ عِلْمِ النِّسْبَةِ ، والبُطلانِ لا مَعَه ؛ «المسالك : ٣ / ٣٥٠» .

(٤) الَّذي يجتمعُ فيهِ الذَّهَبُ والفِضَّةُ غالِبًا ؛ «التَّوضيحُ : ٢ / ٢٩٧» .

(٥) لِاَنَّ الصايغَ يعمَلُ بمالِهِ وبمالِ غيرِهِ ؛ فيحتَمِلُ اَن يكونَ كُلُّ ما في التُّرَابِ مالَهُ ، كما يَحْتَمِـلُ اَنَّهُ كُلَّـهُ مِن مـالِ غيـرِهِ ؛ كما يَحتَمِلُ اَنَّهُ من مالِ بعضِ المُعَاملين دونَ بَعْضٍ ؛ «التَّوضيحُ : ٢ / ٢٩٧» .

الفَصْلُ الثَّامِنُ

في : بيعِ الثِّمارِ

والنَّظَرُ في : ثَمَرَةِ النَّخْلِ ، والفَوَاكِهِ ، والخُضَرِ ، واللَّواحقِ

اَمَّا النَّخْلُ :

فلا يَجُوزُ بيعُ ثَمَرتِهِ قبلَ ظهورِها عامًا [1] . وفي جوازِ بيعِها كذلك عامين فصاعدًا تردُّدٌ ؛ والمَرْوِيُّ : الجوازُ . ويَجُوزُ بعدَ ظهورِها ، وبَدْوِ صَلَاحِها ، عامًا وعامَين ، بشرطِ القَطْعِ وبغيرِهِ ، مُنْفَرِدَةً ومُنْضَمَّةً . ولا يجوزُ بيعُها قبلَ بَدْوِ [2] صَلَاحِها عامًا ، اِلَّا اَن يُضَمَّ اِليها ما يجوزُ بيعُهُ ، اَو بشرطِ القَطْعِ ، اَو عامين فصاعدًا . ولو بيعَتْ عامًا من دونِ الشُّروطِ الثَّلَاثَةِ ؛ قيلَ : لا يصِحُّ ؛ وقيلَ : يُكرَهُ ؛ وقيلَ : يُراعَى [حالُ] السَّلَامَةِ ؛ والاَوَّلُ اَظْهَرُ [3] . ولو بيعَت مع اُصولِها جَازَ مطلقًا .

وبَدْوُ الصَّلَاحِ : اَن تصفَرَّ ، اَو تحمَرَّ ، اَو تبلُغَ مبلَغًا يُؤمَنُ عليهِ [4] العاهَةُ . واِذا اَدرَكَ بعضُ ثمرةِ البُستانِ ، جازَ بيعُ ثمرتِهِ اَجمَع . ولو اَدْرَكَتْ ثمَرَةُ بُستانٍ ، لم يَجُز بيعُ [ثمرةِ] البُسْتَانِ الآخَرِ ، ولو ضُمَّ اِليهِ ؛ وفيه تردُّدٌ .

واَمَّا الاَشجَارُ :

فلا يجوزُ بيعُها حتى يبدو صَلَاحُها . وَحَدُّهُ اَن يَنْعَقِدَ الحَبُّ ، ولا يُشْتَرَطُ

---

(١) المُرَادُ بالعَامِ هُنَا؛ ثَمَرَةُ العَامِ؛ وإن وُجِدَتْ في شَهْرٍ واحدٍ اَو اَقَلَّ؛ «المسالك: ٣ / ٣٥٤» .

(٢) بَدَا بُدُوًّا وبَدَاءً وبَدْوًا وبَدَاءَةً : ظَهَرَ ؛ «المنجدُ في اللُّغة : ص ٢٩» .

(٣) وفي النُّسخ المُتَدَاولة : اَشْهَرُ .

(٤) وفي النُّسخ المُتَدَاولة : عليها ؛ ويبدو هو : الاَصَحُّ .

زِيَادَةٌ [ورقة ٧٥ لوحة أ] عن ذلك ، على الأَشبهِ [١] . وهل يجوزُ بيعُها سَنَتَيْن فصاعدًا قبلَ ظُهورِها ؟ قيلَ : نعم ، والأَولَى المنعُ ، لِتحقُّقِ الجَهَالةِ . وكـذا لو ضَمَّ اليها شيئًا قبلَ ٱنعقادِها . وإذا ٱنعقَدَ ، جازَ بيعُه مع أُصولِهِ ومُنْفَرِدًا . سَوَاءٌ كان بارزًا ، كالتُّفَّاحِ والمِشْمِشِ والعِنَب ، أَو في قِشْرٍ يُحْتَاجُ اليه لِادِّخارِهِ ، كالجَوْزِ في القشرِ الأَسفل ، وكذا اللَوز ، أَو في قِشْرٍ لا يُحتَاجُ اليهِ ، كالقِشْرِ الأَعلى للجوزِ والباقِلَّاء الأَخضرِ والهُرطُمان والعَدَس ؛ وكذا السُّنبُل، سواءٌ كانَ بارِزًا كالشَّعيرِ، أَو مُسْتَتِرًا كالحِنْطَةِ ، مُنْفَرِدًا ومع أُصولِهِ [٢] ، قائِمًا وحَصِيدًا .

وأَمَّا الخُضَرُ

فـلا يجـوزُ بيعُها قبلَ ظُهورِها . ويجوزُ بعدَ ٱنعِقَادِها لُقطَةً واحدةً ولَقَطاتٍ .

وكذا ما يُقْطَعُ فَيُسْتَخْلَفُ ، كالرَّطْبة [٣] والبُقُولِ ، جَزَّةً وجَزَّات . وكذا ما يُختَرَطُ كالحِنَّاءِ والتُّوتِ . ويجوزُ بيعُها مُنْفَرِدَةً ومع أُصولِها . ولو باعَ الأُصُولَ

---

(١) عَنَى بالزِّيَـادَةِ المَنْفِيَّةِ : قولَ الشَّيخ في النِّهاية وجَمَاعَـة : «إِنَّ حَدَّهُ مع ٱنْعقاد الحَبِّ تناثرُ الورد» .

وقولَهُ في المبسوط : «إِنَّهُ التَّلَوُّنُ فيما يَتَلَوَّن ، وصفاء اللون ؛ وأَن يَتَمَوَّه : وهو : أَن ينمو فيهِ الماءُ الحُلو فيما يبيَضُّ ، والحَلَاوة وطيب الأَكل في مثلِ التُّفَّاح ، والنُّضج في مثلِ البطِّيخ ؛ وفيما لا يَتَلَوَّنُ ولا يتغيَّرُ طعمُهُ ، بل يُؤكل صغيرًا وكبيرًا ـ كالقِثَّاء والخِيار ـ تناهي عِظم بعضهِ» ؛ «المسالك : ٣ / ٣٥٧» .

(٢) وفي النُّسخِ المُتَدَاولة : أَو مع أُصولِهِ .

(٣) وهي : الفِصَّةُ والقَضْبُ ؛ وهما نَبَاتان تعلِفُهما الدَّوَابُّ ؛ «الرَّوضة : ٣ / ٣٥٨ جمعًا بين المتن والهامش بتصرُّف» ؛ ويُنظر : «المسالك : ٣ / ٣٥٩» .

بعدَ ٱنعقادِ الثَّمَرَةِ ، لم يدخل في البيعِ اِلَّا بالشَّرْطِ ، وَوَجبَ على المُشْتَرِي اِبقاؤها الى اَوَانِ بُلُوغِها . وما يحدُثُ بعدَ الاِبتِيَاعِ للمُشْتَرِي .

وأَمَّا اللَواحقُ ؛ فمسائلُ :

«الأُولى» : يجوزُ اَن يَستَثنِيَ ثَمَرَةَ شَجَراتٍ ، اَو نَخْلَاتٍ بعينِها ، واَن يَستَثْنِيَ حِصَّةً مُشَاعَةً ، اَو اَرطَالًا معلُومةً . ولو خاسَتِ الثَّمرَةُ سقَطَ من الثُّنْيَا بِحِسَابِهِ .

«الثَّانيةُ» : اِذا باعَ ما بَدَا صَلَاحُهُ ، فاُصِيْبَ قَبْلَ قبضِهِ ، كانَ من مالِ بائعهِ ؛ وكذا لو اَتلَفَهُ البائعُ . واِن اُصِيْبَ البَعْضُ ، اَخَذَ السليمَ بحِصَّتهِ من الثَّمَن . ولو اَتلَفَـهُ اَجنبيٌّ ، كان المُشْتَرِي بالخِيَارِ ، بينَ فَسْخِ البَيْعِ و [بين] مُطَالَبَةِ المُتلَفِ . ولو كان بعدَ القَبْض ـ وهوَ التَّخْلِيَةُ ، هنا ـ لم يَرْجِع على البائع بشيءٍ ، على الاَشبهِ. ولو اَتلفَهُ المُشْتَرِي، [وهو] في يَدِ البائع ، اِستقرَّ العَقْدُ ، وكان الاِتلَافُ كالقبضِ [1] . وكذا لو ٱشترى جارِيَةً واَعتَقَها قبلَ القبض .

«الثَّالثةُ» : يجـوزُ بيعُ الثَّمَـرَةِ في اُصُولِها بالاَثمـان والعُروض . ولا يجوزُ [بيعُها] بِثَمَرٍ منهـا ؛ وهي : المُزَابَنَةُ . وقيلَ : بل هي بيعُ الثَّمَرةِ في النَّخْلِ بِتَمْرٍ ، ولوكان [موضوعًا] على الاَرض [2] ؛ وهو اَظهرُ [3] . وهل يجوزُ ذلك

---

(١) اِتْلَافُ المُشْتَري للمبيع في يدِ البائع ، اَعَمُّ من كونهِ بإذنِ البايعِ وعَدَمِهِ .
فإن كانَ بإذنهِ فهو قَبْضٌ ، يَتَرَتَّبُ عليهِ اَحكامُ القَبْضِ مطلقًا .
واِن كانَ بغير اِذْنِه ـ كما هو الظَّاهِرُ ـ فهـو قبـضٌ ، من حيـثُ ٱنتِقـالُ الضَّمَـانِ اِلى المُشْتَرِي ، واِنْ تخلَّفَ عنهُ باقي الاَحكام ؛ «المسالك : ٣ / ٣٦٢» .

(٢) اَي : بتَمْرٍ اَو رُطَبٍ ، ولو كان من غيرهما ؛ مجذوذًا ومَطْروحًا على الاَرض ؛ «التَّوضيحُ: ٢ / ٣٠٢» .

(٣) في المسالك والجواهر : الاَظهر .

في غير ثَمَرَةِ النَّخلِ من شَجَرِ الفَوَاكهِ ؟ قيلَ : لا ، لِأَنَّهُ لا يُؤمَنُ من الرِّبَا . وكذا لا يجوزُ بيعُ السُّنبُل بحبٍّ منهُ إجماعًا ؛ وهو : المُحَاقَلَةُ ؛ وقِيل : بل ، هي بيعُ السُّنبلِ بِحَبٍّ من جِنْسِهِ كيفَ كان ، ولو كان موضوعًا على الأَرض [1] ؛ وهو الأَظْهَرُ .

«الرَّابعةُ» : يجوزُ بيعُ العَرَايا بِخَرْصِها تَمْرًا . والعَرِيَّة : هي النَّخْلَةُ تكونُ في دارِ الانسانِ . وقالَ أَهلُ اللغةِ : أَو في بُستَانهِ ، وهوحَسَنٌ . وهل يجوزُ بيعُها بخرصِها مِن [ورقة ٧٥ لوحة ب] تَمْرِها ؟ الأَظهرُ لا . ولا يجوزُ بيعُ ما زَادَ على الوَاحدةِ . نعم ، لو كان لهُ في كُلِّ دارٍ واحدةٌ ، جازَ . ولا يُشترَطُ في بيعِها بالتَّمْرِ ، التَّقَابُضُ قبلَ التفرُّق ، بل يُشترَطُ التَّعْجيلُ ، حتى لايجوزُ إسلَافُ أَحدِهما في الآخر . ولا يجبُ أَن يَتَمَاثَلَ في الخَرْص بينَ ثمرَتِها عندَ الجَفَافِ وثَمَنِها ، عَمَلًا بظاهرِ الخَبَر . ولا عَرِيَّةَ في غيرِ النَّخْلِ [2] .

فَرْعٌ

لو قالَ : بِعْتُكَ هذهِ الصُّبرةَ من التَّمر أَو الغَلَّةِ ، بهذهِ الصُّبرَةِ من جنسِها سَوَاءً بسَوَاء [3] ، لم يصِحَّ ولو تَسَاويا عندَ الاعتبار ، إِلَّا أَن يكونا عارفَيْن

---

(١) حالَ البَيْعِ .

(٢) هذا موضعُ وفاق .

وإنَّما تظهرُ الفائدة ، لو مَنَعْنا من بيعِ ثَمَرِ باقي الشَّجر بجنسهِ جافًّا ، كما هو المُختار ... ؛ «المسالك : ٣ / ٣٦٧» .

(٣) ما أَختَارَهُ المُصَنِّفُ ، هو الأَقْوَى .

ولا خصوصيَّةَ في هذهِ المسَألة بهذا الباب ؛ وإنَّما محلُّها شرائطُ المبيع في أَوَّلِ الكِتاب ؛ والمُخَالِفُ في ذلك الشيخُ وأبن الجنيد .

إِلَّا أَنَّ الشَّيخ ؛ شَرَطَ في الصِحَّة التَّطَابُقَ عند الاعتبار مع تساوي الجنس ، =

بقَدْرِهما وقتَ الإبتياع ؛ وقيلَ : يجوزُ وإن لم يعلما . فإن تَساوَيَا عندَ الإعتبار صحَّ ، وإلَّا بطَلَ . ولو كانَتَا من جنسين ؛ جازَ إن تساوتَا ، وإن تفاوتَتا ولم يتمانَعا [1] ؛ بأن بذَلَ صَاحِبُ الزِّيَادةِ أو قَنَعَ صاحِبُ النَّقيصةِ ؛ وإلَّا فُسِخَ البيعُ .

والأشبَهُ أنَّهُ لا يصِحُّ على تقديرِ الجَّهَالةِ وقتَ الإبتياعِ .

«الخَامِسَةُ» : يجوزُ بيعُ الزَّرْعِ قَصيلًا [2] ، فإن لم يَقْطَعْهُ فللبائعِ قطعُهُ ، ولَهُ تركُهُ والمُطَالَبةُ بأُجرةِ أرضِهِ . وكذا لو ٱشتَرَى نَخْلًا بِشَرْطِ القَطْعِ .

«السَّادِسَةُ» : يجوزُ أن يبيعَ ما ٱبتاعَهُ من الثَّمَرَةِ بزيادةٍ عَمَّا ٱبتاعَهُ أو نُقْصَانٍ ، قبلَ قبضِهِ وبعدَهُ .

«السَّابعةُ» : إذا كان بينَ ٱثنين نخلٌ أو شَجَرٌ ، فتقبَّلَ أحدُهما بِحصَّةِ صاحِبِهِ بِشيءٍ مَعلُومٍ ، كان جائزًا .

«الثَّامنةُ» : إذا مَرَّ الإنْسَانُ بشيءٍ من النَّخْلِ أو شَجَرِ الفَوَاكه أو الزَّرْعِ اتِّفاقًا ، جازَ أن يأكُلَ من غيرِ إفسادٍ ، ولايَجُوزُ أن يأخُذَ مَعَهُ شيئًا .

= وعدم المانع مع ٱختِلَافِهِ ، بأن يبذلَ صاحبُ الزِّيادة ، أو يقبل صاحبُ النَّقيصة ؛ «المسالك : ٣ / ٣٦٨» .

ويُنظَرُ : الجواهر : ٢٤ / ١١٥ ؛ ففيهِ عن المبسوط : «... كيلًا بِكَيْل سواءً بسواء» .

هذا ، وسواء هنا منصوبٌ على الحال .

(١) في المسالك والجواهر : جازَ إنْ تَساوَيَتا أو وَلَم يَتَمَانَعَا .

(٢) أي : مقطوعًا بالقُوَّةِ ؛ بأن شَرَطَ قطعَهُ قبلَ أن يُحْصِدَ ؛ لَعَلَفِ الدَّوَابِّ ؛ «الرَّوضة : ٣ / ٣٦٥» .

الفَصْلُ التَّاسِعُ

في : بَيْعِ الحَيَوان [1]

والنَّظَرُ فيمن : يَصِحُّ تمَلُّكُهُ [2] ، واَحكَامِ الِابتِيَاعِ ، ولَوَاحِقِه

اَمَّا الاَوَّلُ :

فالكُفْرُ الاَصلِيُّ سبَبٌ لِجَوَازِ اَستِرْقَاقِ المُحَارِبِ وذَرَارِيهِ ، ثم يَسْري الرِّقُّ في اَعقابِهِ وإنْ زالَ الكفرُ ، مالم تَعْرِضِ الاَسبَابُ المُحَرِّرَةُ [3] .

ويُمْلَكُ اللَقِيْطُ من دَارِ الحَرْب [4] . ولا يُملَكُ من دَارِ الاسلامِ [5] . ولو بلغَ واَقَرَّ بالرِّقِّ ؛ قيلَ : لا يُقبَلُ ؛ وقيلَ : يُقبَلُ ؛ وهو اَشبَهُ .

ويصِحُّ اَن يَملِكَ الرَّجُلُ كُلَّ اَحدٍ عَدَا اَحَدَ عَشَر؛ وهم: الآباءُ ، والأُمَّهاتُ ، والاَجدادُ، والجدَّاتُ وإن علَوا، والاَولَادُ ، واَولادُهم ذكورًا وإناثًا وإن سَفَلوا ، والاَخوَاتُ ، والعمَّاتُ ، والخَالَاتُ ، وبناتُ الاَخِ ، وبَنَاتُ الأُخت .

وهل يَمْلِكُ هؤلاء [6] من الرِّضاع ؟ قيلَ : نعم ؛ وقيلَ : لَا ؛ وهو الاَشهرُ .

ويُكرَهُ اَن يَمْلِكَ : مَن عدا هؤلاء من ذَوِي قَرَابتِهِ ؛ كالاَخِ والعَمِّ والخَالِ واَولَادِهم .

---

(١) وهو قسمان : اَناسِيٌّ ، وغيرُهُ ؛ «الرَّوضة : ٣ / ٣٠٢» .

(٢) من الاَنَاسِيِّ ؛ «التَّوضيح : ٢ / ٣٠٥» .

(٣) من عِتْقٍ ، اَو كِتَابةٍ ، اَو ...؛ «الرَّوضة : ٣ / ٣٠٢» .

(٤) لِاَنَّهُم واَموالَهم واَولادَهم فيءٌ ؛ إلَّا اَن يَعْلَمَ اَنَّ فيهم مُسْلِمًا يُمكِنُ تَوَلُّدُ هذا اللقيطِ منهُ ؛ «التَّوضيحُ : ٢ / ٣٠٥» .

(٥) فإنَّهُ حُرٌّ ظاهرًا ؛ «الرَّوضة : ٣ / ٣٠٣» .

(٦) هذهِ الكلمة ؛ كُلَّما وَرَدَتْ في المخطوطةِ : تُكتَبُ هكذا : هاولَاء .

وتملِكُ المرأةُ كُلَّ أحدٍ ؛ عَدَا الآباءِ وإن عَلَوا ، والأَوْلادِ وإنْ نَزَلوا نَسَبًا ؛ وفي الرِّضَاع تردُّدٌ ؛ والمَنعُ أشهَرُ .

وإذا مَلَكَ أحَدُ الزَّوْجَين صاحبَهُ ، إستقرَّ المِلْكُ ولم تَسْتقرَّ الزَّوْجِيَّةُ .

ولو أسلمَ الكافرُ في مِلْكِ مِثْلِهِ، أُجبِرَ على بيعهِ من مُسْلمٍ ، ولِمَوْلاهُ ثَمَنُهُ .

ويُحكَمُ بِرِقِّ مَن أقَرَّ على نَفْسِهِ بالعُبُوديَّةِ ، إذا كانَ مُكَلَّفًا [ورقة ٧٦ لوحة أ] غيرَ مشهورٍ بالحُرِّيَّةِ [١] . ولا يُلْتَفَتُ الى رُجُوعهِ ، ولو كان المُقَرُّ لَهُ كافرًا . وكذا لو اشْتَرَى عبدًا فادَّعى الحُرِّيَّةَ ، لكن هذا تُقبَلُ دَعْوَاهُ مع البَيِّنةِ .

الثَّاني ؛ في : أحكامِ الابتِياعِ

إذا حدَثَ في الحَيَوان عَيْبٌ ، بعدَ العَقْدِ وقبلَ القَبْضِ ، كانَ المُشْتَري بالخِيَار بينَ رَدِّهِ وإمساكهِ ، وفي الأَرشِ تردُّدٌ [٢] . ولو قَبَضَهُ ثم تَلِفَ ، أو حدَثَ فيه حدَثٌ في الثَّلاثةِ [٣] ، كانَ من مالِ البَائعِ ، مالم يُحدِثْ فيهِ المُشْتَرِي حَدَثًا .

ولو حدَثَ فيه عَيْبٌ من غيرِ جِهَةِ المُشترِي ، لم يكن ذلك العَيْبُ مانعًا من الرَّدِّ بأَصلِ الخِيَار . وهل يلزَمُ البائعَ أرْشُهُ ؟ فيه تردُّدٌ ؛ الظَّاهِرُ لا [٤] . ولو

---

(١) ولا معروفَ النَّسَبِ ؛ للأخبارِ وعُمُومِ إقرارِ العُقَلاء على أنفُسِهِم جائزٌ ؛ «التَّوضيحُ : ٢ / ٣٠٧» .

(٢) قد تَقَدَّمت هذه المسألة في مُطْلَق البيع ؛ وتَقَدَّم : أنَّ الأقوَى ثُبوتُ الأرْش ؛ «المسالك : ٣ / ٣٧٨» .

(٣) في زَمَن الخِيَارِ المُخْتَصِّ بالمُشْتَرِي ؛ «الرَّوضة : ٣ / ٣١٩» .

(٤) قد تَقَدَّم الكلامُ في هذهالمسألةِ أيْضًا؛ وأنَّ الأجودَ ثبوتُ الأرْش؛«المسالك: ٣/٣٧٨». هذا ، وفي المسالك والجواهر : «و» الظاهرُ لا .

حدَثَ العَيْبُ بعدَ الثَّلاثَةِ ، مَنَعَ الرَّدَّ بالعَيْبِ السَّابقِ .

وإذا باعَ الحَامِلَ ، فالوَلَدُ للبائعِ [1] ؛ على الأظهر [2] ؛ إلَّا أن يَشْتَرِطَهُ المُشْتَرِي . ولو ٱشتَرَاهما فسقَطَ الوَلَدُ قبلَ القَبْضِ ، رَجَعَ المُشْتَرِي بحِصَّةِ الوَلَدِ من الثَّمَن . وطريقُ ذلكَ أن تُقَوَّمَ الأمَةُ حامِلًا وحائِلًا ، ويُرجَعُ بنسبةِ التَّفَاوتِ من الثَّمَنِ [3] .

ويجوزُ ٱبتِيَاعُ بعضِ الحَيَوان مُشَاعًا ، كالنِّصْفِ والرُّبعِ . ولو باعَ وٱستَثْنَى الرأسَ والجلدَ ، صَحَّ ؛ ويكونُ شريكًا بقَدَرِ قِيْمَةِ ثُنْياه على رِوَايةِ السَّكوني .

وكذا لو ٱشتَرَكَ ٱثنانِ أو جَمَاعةٌ ، وشرَطَ أحدُهم [4] لِنفسِهِ الرأسَ والجلدَ ، كان شَريكًا بنسبةِ [رأسِ] مالِهِ .

ولو قالَ : ٱشتَرِ حَيَوانًا بِشِرْكَتي ، صَحَّ ؛ ويثبُتُ البيعُ لهما ، وعلى كُلِّ واحدٍ نصفُ الثَّمَن . ولو أذِنَ أحدُهما لِصَاحِبِهِ أن يَنْقَدَ عنهُ ، صَحَّ . ولو تَلِفَ كان بينهما ، ولَهُ الرُّجُوعُ على [الآمرِ] [5] الآخرِ بما نَقَدَ عنهُ .

ولو قالَ له : الرِّبْحُ لَنَا ، ولا خُسْرانَ عليكَ ، فيهِ تَرَدُّدٌ ؛ والمَرْوِيُّ الجَوَازُ .

ويجوزُ النَّظَرُ إلى وجهِ المَمْلُوكَةِ ومحاسِنها ، إذا أرَادَ شِرَاءَها .

ويُستَحَبُّ لِمَن ٱشتَرَى مملُوكًا : أن يُغَيِّرَ ٱسمَهُ ، وأنْ يُطعِمَهُ شيئًا من

---

(١) بمعنى : عَدَمِ دُخُولِهِ في البَيْعِ ؛ «التَّوضيح : ٢ / ٣٠٧» .

(٢) الأشهَرُ ؛ لِعَدَمِ شُمُولِ لَفْظِ الجاريةِ ، لَهُ لُغَةً ولا عُرْفًا ؛ ولِبَعْضِ الأخْبَارِ ، المَجْبُورَةِ بالإجماعِ المَنْقُولِ ؛ «المَصْدَرُ نفسُهُ» .

(٣) بل ، تُقَوَّمُ الأمَةُ حاملًا ومُجْهِضًا ؛ لِأنَّهُ المُطَابقُ للواقع ، بخلافِ الحائل ؛ ولِتَحَقُّقِ التَّفاوت بينهما ؛ إذ الإجْهَاضُ في الأمَةِ عيبٌ ، رُبَّما نَقَّصَ القِيمة ؛ «المسالك: ٣ / ٣٧٩» .

(٤) في المسالك والجواهر : أحَدُهما .

(٥) وفي المسالك والجواهر : ... على الآمرِ بما نَقَدَ عنهُ .

الحَلَاوَةِ ، وأَن يَتَصَدَّقَ عنهُ بشيءٍ .

ويُكرَهُ : وطءُ مَن وُلِدَتْ مِنَ الزِّنى ، بالمِلْكِ والعَقْدِ ؛ على الأَظهر .

وأَن يَرَى المَمْلُوكُ ثَمنَهُ في المِيزان .

الثَّالثُ ؛ في : لَوَاحِق هذا الباب

وهي مسائلُ :

«الأُولى» : العَبْدُ لايَمْلِك؛ وقيلَ: يَملِكُ فاضِلَ الضَّريبَةِ [1] ؛ وهو: المَرْوِيُّ ؛ وأَرشَ الجِنَايَةِ على قَوْلٍ . ولو قيلَ : يَمْلِكُ مُطْلَقًا ، لكنَّهُ محجورٌ عليه بالرِّقِّ حتَّى يأذَنَ [لَهُ] المَوْلى ، كان حَسَنًا .

«الثَّانيةُ» : مَن ٱشتَرَى عَبْدًا لَهُ مالٌ ، كان مالُهُ لِمولَاهُ ، إِلَّا أَن يَشْتَرِطَهُ المُشْتَري ؛ وقيلَ : إِن لم يعلَم بهِ البائعُ فهوَ لَهُ ، وإِن علِمَ فهو للمُشتري ؛ والأَوَّلُ أَشهرُ . ولو قالَ للمُشْتَرِي : ٱشتَرِني ولَكَ عليَّ كذا ، لمَ يَلْزَمْهُ وإِن ٱشتَرَاهُ ؛ وقيلَ : إِن كانَ لهُ مالٌ حينَ قالَ [لَهُ]، لَزِمَ ، وإِلَّا فلا ؛ وهو المرويُّ .

«الثَّالثةُ» : إِذا ٱبتَاعَهُ ومالَهُ ، فإِن كانَ الثَّمَنُ من غيرِ جِنْسِهِ [2] جازَ مُطْلَقًا .

وكذا يجوزُ بجنسِهِ إِذا لم يكن رَبَويًّا . ولو كانَ رَبَوِيًّا وبيعَ بجنسِهِ ، [ورقة ٧٦ لوحة ب] فلابُدَّ من زِيَادَةٍ عن مالِهِ تُقَابِلُ المَمْلُوكَ .

«الرَّابعَةُ» : يجبُ أَن تُستبرأَ الأَمَةُ قبلَ بيعِها ، ان كان وطِأَها المَالِكُ [3] ،

---

(١) وهي : مَا يَشْتَرِطُهُ عليهِ مولاهُ ؛ «التَّوضيحُ : ٢/ ٣١٠» .

(٢) أَي : من غيرِ جنسِ المَالِ .

(٣) الإِستِبْرَاءُ : استِفْعَالٌ مِن البَرَاءة .

والمُرَادُ هنا : طَلَبُ براءة الرَّحم من الحمل ؛ فإِنَّهُ إِذا صَبَرَ عليها هذهِ المُدَّة،تَبَيَّن حملُها أَو خُلوُّهـا منهُ ؛ لِئَلَّا تختَلِطَ الأَنْسَـابُ . وهذا هو الحِكمة في وجوبِ الإِستبراء ؛ ومِن ثَمَّ =

بحيضةٍ اَو خَمْسَةٍ واَربعينَ يومًا ، اِن كانَ مثلُها تحيضُ ولم تحِض .

وكذا [يجبُ على] المُشْتَرِي اِذا جَهِلَ حالَها . ويسقُطُ اَستبراؤها اِذا اَخبَرَ الثِّقَةُ اَنَّهُ استبراَها . وكذا لو كانَت لِامرَاَةٍ ، اَو في سِنٍّ مَن لاتحيضُ لِصِغَرٍ اَو كِبَرٍ ، اَو حامِلًا ، اَو حائضًا اِلَّا [بقدرِ] زَمانِ حَيْضِها . نَعَم ، لايجوزُ وطءُ الحَامل قُبُلًا قبلَ اَن يمضيَ لَهَا [1] اَرْبَعَةُ اَشهُرٍ وعَشَرةُ اَيَّام . ويُكرَهُ بعدَهُ . ولو وطِاَها عَزَلَ عَنها اَستحبَابًا . ولو لم يعزِل ، كُرِهَ لهُ بيعُ وَلَدِها ؛ واَستُحِبَّ لهُ : اَن يعزِلَ لَهُ مِن مِيْرَاثِهِ قِسطًا .

«الخَامسةُ» : التَّفْرِقةُ بين الاَطفال واُمَّهاتِهم ، قبلَ اَستغنائِهم عنهُنَّ ، مُحَرَّمةٌ ؛ وقيلَ : مكروهةٌ ؛ وهو الاَظهرُ . والِاستغناءُ يحصُلُ ببلوغِ سبعٍ ؛ وقيلَ : يكفي اَستغنَاؤُهُ عن الرِّضاعِ ؛ والاَوَّلُ اَظهرُ .

«السَّادسةُ» : مَن اَولَدَ جاريةً، ثم ظهرَ اَنَّها مُسْتَحَقَّةٌ [2]، اِنتَزَعَها المَالِكُ [3]. وعلى الواطىءِ عُشْرُ قيمَتِها اِن كانَتْ بِكرًا ، اَو نصفُ [4] العُشر اِن كانَتْ ثيِّبًا ؛ وقيلَ : يجبُ مَهْرُ اَمثالِها ؛ والاَوَّلُ مرويٌّ . والوَلَدُ حُرٌّ ، وعلى اَبيهِ قيمَتُهُ يومَ وُلِدَ [حيًّا] ، ويرجِعُ على البائعِ بما اَغتَرَمَهُ من قِيْمَةِ الوَلَدِ . وهل يرجعُ بما اَغتَرَمَهُ من مَهرٍ واُجرَةٍ ؟ قيلَ : نعم ، لِاَنَّ البائعَ اَباحَهُ بغيرِ عِوَضٍ ؛ وقيلَ : لا ، لِحُصُولِ عِوَضٍ في مُقَابَلَتِهِ .

= اَنتفى الحُكمُ عَمَّن لايأتِي ،لِانتفاء الحِكْمَة . . . ؛ «المسالك : ٣ / ٣٨٥» .

(١) في الجواهر : ... يمضي «لِحَمْلِها» اَرْبَعَةُ ...

(٢) اَي : مَن اَولَدَ جاريةً بِزَعْمِ اَنَّها مِلْكُهُ اَو زَوْجَتُهُ ، ثم اَنكَشَفَ اَنَّهُ مشتَبِهٌ ، وظَهَرَ اَنَّها مستَحَقَّةٌ للغيرِ ؛ «التوضيح : ٢ / ٣١٣» ؛ ويُنظر : «المسالك : ٣ / ٣٩٢» .

(٣) لِاَنَّها مِلْكُهُ ؛ «المصدُر نفسهُ» .

(٤) في المسالك والجواهر : «و» نصفُ العُشر ، وهو الصحيح فيما يبدو .

«السَّابعةُ» : ما يُؤخَذُ من دَارِ الحَرْبِ ، بغيرِ إذنِ الإمامِ ، يجوزُ تملُّكهُ في حَالِ الغَيْبَةِ ، ووطءُ الأَمةِ . ويستوي في ذلك ، ما يَسبيهِ المُسْلِمُ وغيرُهُ ، وإن كانَ فيها حَقٌّ للإمام ، أو كانت للإمام [1] .

«الثَّامنةُ» : إذا دفَعَ الى مأذونٍ [2] مالًا ، لِيَشْتَرِيَ [بهِ] نَسَمَةً ، ويَعْتِقَها ، ويحجَّ عنهُ بالباقي ، فاشتَرَى أباهُ ، ودفَعَ اليه بَقِيَّةَ المَالِ فحَجَّ بهِ . واختَلَفَ مولاهُ [3] ، وورَثَةُ الآمِرِ ، ومَوَالي الأَبِ [4] ؛ فكُلٌّ يَقُولُ : أُشتُرِيَ بمالي ، قيلَ : يُرَدُّ إلى مَواليه رِقًّا [5] ، ثم يُحكَمُ بهِ لِمَن أقامَ البيِّنةَ ، على رِوَايَةِ ابن أَشْيَم [6] ؛ وهو ضعيفٌ [7] ؛ وقيلَ : يُرَدُّ على مَوْلى [8] المأذونِ ، ما لم يكُن هناكَ بيِّنةٌ ؛ وهو أشبَهُ .

«التَّاسعةُ» : إذا اشْتَـرى عَبْدًا في الذِّمَّةِ ، ودفَعَ البائعُ [اليهِ] عَبْدَين ؛ وقالَ : اختَرْ أحدَهُما ، فأبِقَ واحدٌ ؛ قيلَ : [يكون التَّالِفُ بينَهما] ، [و] يرتجِعُ نِصْفَ الثَّمَنِ ؛ فإن وَجَدَهُ اختَارَهُ ، وإلَّا كانَ الموجودُ لَهما . وهو بناءٌ

---

(١) وقد سَبَقَ في الخُمس ؛ أنَّهُم «عليهم السَّلام» ، قد أَبَاحُوا المَسَاكِنَ والمَنَاكِحَ لِشيعَتِهِم ؛ «التوضيح : ٢ / ٣١٣» .

(٢) أي : إلى عبدٍ مأذونٍ من مَوْلاه في التِّجَارَةِ ؛ «المصدرُ نفسُهُ بتصرُّف» .

(٣) في الجواهر : ثُمَّ اختَلَفَ .

(٤) في المسالك والجواهر : ومولى الأَبِ .

(٥) في المسالك والجواهر : إلى مولاه رِقًّا .

(٦) يُنظر : خُلَاصة الأقوال : ٢٣٢ ، ومُعْجَم رجال الحديث : ١١ / ٢٤٨ ، وتوضيح المشتبه : ١ / ٢٣٣ ـ الهامش ـ .

(٧) لِاضْطِرابِ دليلِهِ ، مَتْنًا وسَنَدًا ؛ «المصدرُ نفسُهُ» .

(٨) في الجواهر : إلى .

على آنْحِصَارِ حَقِّهِ فيهما ؛ ولو قيلَ : التَّالفُ مَضْمُونٌ بِقيمَتِهِ ، ولَهُ المُطَالَبَةُ بالعَبْدِ الثَّابتِ في الذِّمَّةِ ، كان حَسَنًا . وأمَّا لو آشترَى عبدًا من عبدين ، لم يصِحَّ العَقْدُ ؛ وفيه قولٌ موهومٌ .

«العاشرةُ» : إذا وطىءَ أَحَدُ الشَّريكين مملُوكَةً بينَهُما ، سقَطَ الحَدُّ معَ الشُّبهَةِ ، ويَثبُتُ مع آنتِفَائِها . لكن يسقُطُ منهُ بقدَرِ نَصِيبِ الواطىء [1] . ولا تُقوَّمُ عليهِ بنفسِ الوطء ، على الأَصحِّ . ولو حَمَلَت ، قُوِّمَتْ عليه حِصَصُ الشُّرَكَاء ، وآنعَقَدَ الوَلَدُ حُرًّا ، وعلى أَبيهِ قيمةُ حِصَصِهم [ورقة ٧٧ لوحة أ] يومَ وُلِدَ [حيًّا] .

«الحاديةَ عَشْرَةَ» : المَمْلُوكان المأذونُ لهما ، إذا آبتاعَ كلُّ واحدٍ منهُما صاحبَهُ مِن مَولاهُ ، حُكِمَ بعَقدِ السَّابِقِ . فإن اتَّفَقَا في وَقْتٍ واحدٍ ، بطَلَ العَقْدان ؛ وفي رِوَايـةٍ يُقْرَعُ بينهما ، وفي أُخرى يُذرَعُ الطَّريقُ ويُحكَمُ للأَقربِ ؛ والأَولُ أَظهرُ .

«الثانيةَ عَشْرَةَ» : مَن آشتَرَى جاريةً ، سُرِقَت من أَرضِ الصُّلحِ ، كانَ لَهُ رَدُّها على البائعِ وآستِعَادَةُ الثَّمَنِ . ولو ماتَ أُخِذَ من وارثِهِ . ولو لم يُخلِّف

---

(١) ظاهِرُ النُّصوص والفَتَاوى : أَنَّ الواجبَ هنا من الحدِّ : الجلد خاصَّة ، وإن كانَ مُحْصِنًا ؛ لِأَنَّهُ الحَدُّ الَّذي يقبَلُ التَّبعيض .

وكأَنَّ الوجهَ فيهِ : أَنَّهُ ليسَ زنًا محضًا ، بسببِ مِلْكِهِ لِبعضِها .

ومِن هنا تَوَجَّهَ الحُكْمُ أَيضًا بلُحوقِ الوَلَدِ بِهِ ، وإن كان عالِمًا بالتَّحريم ؛ مع أَنَّ الزَّاني العالِم ، لا يلحَقُ بِهِ الوَلَدُ .

ولا يخفى ، أَنَّهُ يُستثنى من الحَدّ ، بسببِ نصيب الشَّريك مالو كانَ ولد الواطىء ؛ فإِنَّهُ لاحَدَّ على الأَبِ بسبَبِ نصيبِهِ ؛ كما لاحَدَّ عليهِ ، لوكانت بأَجمعها للولد ، كما سيأتي ؛ «المسالك : ٣ / ٣٩٨» .

وَارِثًا أُستُشْعِيَت في ثَمَنِها ؛ وقيلَ : تكونُ بِمَنْزِلَةِ اللُّقَطَةِ . ولو قيلَ : تُسلَّم الى الحاكمِ ولاتُستَسْعَى ؛ كان أشبَهَ .

الفَصْلُ العاشِرُ

في : السَّلَفِ [1]

والنَّظَرُ فيهِ ؛ يستدعي مَقَاصِدَ :

الأوَّلُ : السَّلَمُ [2]

هو ٱبتياعُ مالٍ مَضْمونٍ الى أجلٍ معلومٍ ، بمالٍ حاضرٍ ، أو في حُكمِهِ [3] . وينعَقِدُ بِلَفْظِ : أسْلَمتُ ، وأسْلَفتُ ، وما أدَّى معنى ذلك ؛ وبِلَفْظِ البَيْعِ والشِّرَاءِ . وهل ينعَقِدُ البيعُ بلفظِ السَّلَمِ ؛ كأن يقولَ : أسلَمتُ إليكَ هذا الدينارَ في هذا الكتابِ ؟ الأشْبَهُ : نعم ، إعتبارًا بقصدِ المُتَعَاقِدَين .

ويجوزُ : إسْلَافُ الأعْواضِ في الأعواضِ إذا ٱختلَفَتْ [4] ، وفي

---

(١) السَّلَف - بفتحتين - : نوعٌ من البُيُوعِ ، يُعَجَّلُ فيهِ الثَّمَنُ ؛ وتُضْبَطُ السِّلْعَةُ بالوَصْفِ ، إلى أجَلٍ معلوم . . . ؛ «الصِّحاح للجوهَرِيِّ : ج ٤ ص ١٣٧٦» .

(٢) عن ٱبن السِّكِّيت قال : السَّلَمُ : السَّلَفُ ؛ «تهذيبُ اللغة : ١٢/٤٤٨» ؛ وينظر : «مختار الصِّحاح : ص ٣١١» .

هذا ، وقد قالَ الشَّهيدُ الثَّاني : السَّلَمُ والسَّلَفُ بمعنى ؛ أشَارَ إليهما المُصَنِّفُ بجعلِ العنوان في السَّلَف ، ثُمَّ عَرَّفَ السَّلَم .

ويُقالُ : أسْلَفْتُ وسَلَّفْتُ ؛ يَتَعَدَّى بالهمزةِ والتَّضعيف ؛ وأسْلَمْتُ بالهَمْزَةِ ...؛ «المسالك : ٣ / ٤٠٤» .

(٣) كأن يكُونَ مقبُوضًا للبائعِ قبلَ العَقْدِ ، أو مُتَعَلِّقًا بذمَّتِهِ ؛ «التوضيحُ : ٢ / ٣١٧» .

(٤) أو ٱتَّفَقَتْ ولم تَكُن رَبَوِيَّةً ؛ «التَّوضيح : ٢ / ٣١٧» . =

الأَثْمانِ [1] ؛ وإسلَافُ الأَثمانِ في الأَعواضِ .

ولا يجوزُ إِسْلَافُ الأَثمانِ في الأَثمانِ ولو ٱختَلَفا .

الثَّاني ؛ في : شَرَائطِهِ

وهي سِتَّةٌ :

الأَوَّلُ والثَّاني : ذِكْرُ الجِنْسِ والوَصْفِ .

والضَّابطُ أَنَّ كُلَّ مايَختلِفُ لِأَجْلِهِ الثَّمَنُ ، فَذِكْرُهُ لَازِمٌ [2] . ولا يُطلَبُ في الوَصْفِ الغايَةُ ،بل يُقتَصَرُ على مايَتَنَاوَلُهُ الإِسمُ . ويجوزُ ٱشتِرَاطُ الجيِّدِ والرَّديءِ . ولو شَرَطَ الأَجوَدَ ، لم يصحَّ ، لِتعذُّرِهِ . وكذا لو شرَطَ الأَردَى [3] . ولو قيلَ في هذا : بالجَوَازِ ، كان حَسَنًا ، لإمكانِ التَّخَلُّصِ . ولابُدَّ أَن تكونَ العِبَارَةُ الدَالَّةُ على الوَصْفِ ، معلُومةً بين المُتَعَاقِدين ظاهِرَةً في اللُغةِ ، حتَّى يُمكِنَ ٱستِعْلَامُها عند ٱختلافِهما [4] .

= هذا ، وفي المسالك والجواهر : إِسلَافُ الأَعْرَاضِ في الأَعْرَاض ...

(١) أَي : والأَعواضِ في الأَثمان ، لِعَدَمِ المَانِعِ ؛ «المَصْدَرُ نفسُهُ» .

(٢) المُرَادُ : إِختلافُ الثَّمنِ بسببِهِ إِختلافًا لَايُتَغَابَنُ بِهِ ؛ فلا يقدَحُ الاختِلَافُ اليسيرُ ، المُتَسَامَحُ بمثلِهِ عُرْفًا.

والمَرْجَعُ في هذهِ الأَوْصاف إِلى العُرْف ؛ ورُبَّما كان العامِّيُّ أَعْرَفَ بها من الفقيه ، وحَظُّ الفقيهِ منها البَيَانُ الإِجْمَالِيُّ ؛ «المسالك : ٣ / ٤٠٧» .

(٣) في النُّسخ المُتَدَاولة: الأَرْدَاَ .

(٤) المُرَادُ بظهورِها في اللُغة : كونُها على وجهٍ يُمكِنُ الرُّجوعُ إِليها عند ٱختِلافهما ، كما قَيَّدَهُ بِهِ .

وإِنَّما يتِمُّ ذلك إِذا كان مُستَفاضًا ، أَو يشهد بهِ عدلان .

وفي حُكم اللُغة : العُرْف ؛ فَمَتَى كان المعنى مُتَعَارفًا ، جازَتِ الحَوَالَةُ عليه كذلك . =

وإذا كان الشيءُ ممَّا لا يَنْضَبِطُ بالوَصْفِ ، لم يَصِحَّ السَلَمُ فيهِ ، كاللَحمِ نِيِّهِ ومَشْوِيِّهِ ، والخُبْزِ ، وفي الجُلُودِ تردُّدٌ . وقيلَ : يجوزُ مع المُشَاهَدَةِ ، وهو خُرُوجٌ عن السَّلَم .

ولا يجوزُ : في النَّبلِ المَعْمُولِ ، ويجوزُ في عِيْدَانِهِ قبلَ نحتِها [1] ؛ وَلَا في الجَواهِرِ واللآلىء ، لِتَعذُّرِ ضَبْطِها ، وتَفَاوُتِ الأثمانِ مع اختلافِ أوصافِها؛ ولافي العَقَارِ والأرضين .

ويجوزُ السَّلَمُ : في الخُضَرِ والفَوَاكِهِ ؛ وكذا [كلُّ] ما تُنبِتُهُ الأرْضُ ؛ وفي البَيْض والجَوْزِ واللوزِ ؛ وفي الحَيَوانِ كُلِّهِ والأناسيِّ ؛ والألْبانِ والسُّمُونِ والشُّحومِ ؛ والأطيَابِ والمَلَابسِ ؛ والأشْرِبَةِ والأدويَةِ ، بَسيطُها ومُرَكَّبُها ، ما لم يُشتَبَهْ مِقْدَارُ عَقَاقِيرها [2] ؛ وفي جنسينِ مُخْتَلِفَيْن صَفْقَةً واحدةً .

ويجوزُ الإسلَافُ : في شَاةٍ لَبُونٍ ، ولايَلْزَمُ تسليمُ ما فيهِ لَبَنٌ ، بل شاةٍ من شأنِها ذلكَ .

ويجوزُ : في شَاةٍ مَعَها وَلَدُها ؛ وقيلَ ، لايَجُوزُ [3] ، لِأَنَّ ذلكَ [ورقة ٧٧

= ولابُدَّ مع ذلك من عِلْمِ المُتَعَاقِدَيْن بالمعنى المُرَاد ؛ كما نَبَّهَ عليهِ في العِبَارَة ؛ باشتِراطِ الأمرين معًا : علمُهُمَا ، وظهورُ المُرَاد في اللُغة .

فَلَـو جَهِـلَاهُ أو أحَدهُمـا ، بطَـلَ العَقْدُ ؛ وإن كان معناهُ معروفًا ، لُغَةً وعُرْفًا ؛ «المسالك : ٣ / ٤٠٩» .

(١) لإمكانِ ضَبْطِها حينئذٍ بالعَدَدِ وبالوَزْن ؛ وما يبقى فيهِ من الإختلاف لا يقدَحُ ، لِعَدَمِ اختِلَافِ الثَّمَن بسببِهِ ، بخلافِ المعمول ؛ «المسالك : ٣ / ٤١٠ ـ ٤١١» .

(٢) وَعَقَاقيرُ الدَّوَاء : أجْزاؤُهُ الَّتي يتركَّبُ منها ؛ «المسالك : ٣ / ٤١٠» .

(٣) القولُ بالمنع للشَّيخ «رحمه الله» ؛ مُحْتَجًّا على الأوَّلِ بِعِزَّةِ الوجود ؛ وعلى الثَّاني بجهالة الحَمْل ، وَعَدمِ إمْكان وصفِهِ . =

لوحة ب] مِمَّا لايُوْجَدُ اِلَّا نادرًا . وكذا التردُّدُ في جَارِيَةٍ حامِلٍ ، لِجَهَالَةِ الحَمْلِ . وفي [جَوَازِ] الاِسلَافِ في جَوْزِ القَزِّ تردُّدٌ .

الشَّرْطُ الثَّالثُ : [القَبْضُ قبلَ التَّفَرُّقِ]

قبضُ رأسِ المالِ قبلَ التَّفَرُّقِ ، شَرْطٌ في صِحَّةِ العَقْدِ . ولو اَفترَقَا قبلَهُ بَطَلَ . ولو قَبَضَ بعضَ الثَّمَنِ ، صَحَّ في المَقْبُوضِ ، وبطَلَ في الباقي . ولو شَـرَطَ اَن يكونَ الثَّمَنُ من دَيْنٍ عليهِ ؛ قيلَ : يبطُلُ ، لِاَنَّهُ بيعُ دينٍ بمثلِهِ ؛ وقيلَ : يُكرَهُ ؛ وهو اَشبهُ .

الشَّرْطُ الرَّابعُ : تقديرُ السَّلَم

بالكَيْلِ اَو الوَزْنِ العامَّين . ولو عوَّلا على صَخْرَةٍ مجهولةٍ [1] ، اَو مِكْيَالٍ مجهولٍ ، لم يصِحَّ ولو كانَ معيَّنًا [2] . ويَجُوزُ الاِسلَافُ في الثَّوْبِ اَذرُعًا . وكذا كُلِّ مَذْروعٍ . وهل يجوزُ الاِسلَافُ في المَعْدُودِ عدَدًا ؟ الوجهُ ، لا .

ولايجوزُ : الاِسلَافُ في القَصَبِ اَطنانًا ؛ ولا في الحَطَبِ حُزَمًا ؛ ولا في المَجْزوزِ جَزًّا ؛ ولافي الماءِ قِرَبًا [3] .

= والمشهورُ والاَجْوَدُ : الاَوَّلُ ؛ لِاِمْكانِ وصفِ الاَوَّلِ بالصِّفاتِ المُعْتَبَرَةِ في السَّلَم ، من غيرِ اِدَّاءٍ اِلى العُسْر ؛ واَغتِفَارِ الجَهَالة في الحمل ، لِاَنَّهُ تابعٌ ... ؛ «المسالك : ٣ / ٤١١» .

(١) الوَزْنِ عندَهُما ؛ «التَّوضيح : ٢ / ٣١٨» .

(٢) عندهما ، لِاَنَّ الصَّخْرَةَ اِذا جُهِلَ وزنُها عندَهما ، فتعيُّنها لايَرْفَعُ الغَرَرَ.
والمِكْيَالُ المُعَيَّنُ بينَهُما ؛ اِذا لم يكن مُتَعارَفًا عندَ العامَّة ، اَو معتبرًا بما هو متعارف ؛ فلا يَرْفَعُ الجَهَالَةَ والغَرَرَ ؛ «المصدرُ نفسُهُ» .

(٣) الوجهُ في ذلك كُلِّهِ : اِخْتِلَافُ مقدارِ المذكورات ، الموجبُ للغَرَرِ في عَقْدِ السَّلَف ؛ بخلافِ ما لو بيعَ مُشاهدًا ، فاِنَّ المُشَاهَدَةَ ترفعُ الغَرَرَ عنهُ «المسالك : ٣ / ٤١٤» .

وكذا لابُدَّ اَن يكونَ رأسُ المالِ ، مُقَدَّرًا بالكَيْلِ العامِّ ، اَو الوَزْنِ . ولايجوزُ الإقتِصَارُ على مُشَاهَدَتِهِ ؛ ولايكفي دفعُهُ مَجهُولًا ، كَقَبضةٍ من دَرَاهِمَ ، وقُبَّةٍ من طَعَامٍ .

الشَّرْطُ الخَامِسُ : تعيينُ الاَجَل .

فلو ذَكَرَ اَجَلًا مَجْهولًا ؛ كاَن يقولَ : مَتَى اَرَدتُ ؛ اَو اَجَلًا يحتَمِلُ الزِّيَادَةَ والنُّقْصَانَ ، كقُدُومِ الحاجِّ ، كانَ باطِلًا. ولو اَشتَرَاهُ حالًّا ؛ قيلَ : يبطُلُ ، وقيلَ : يصِحُّ ؛ وهو المَرْويُّ ؛ لكن بِشَرْطِ اَن يكونَ عامَّ الوجودِ في وقتِ العَقْدِ .

الشَّرْطُ السَّادسُ : [غَلَبَةُ الوُجُودِ وقتَ الحُلُول]

اَن يكونَ وُجُودُهُ غالِبًا ، وقتَ حُلُولِهِ ، ولو كانَ معدومًا وقتَ العَقْدِ . ولابُدَّ اَن يكونَ الاَجَلُ معلُومًا للمُتَعَاقِدَين . وإذا قالَ : إلى جُمَادى حُمِلَ على اَقربِهما ، وكذا إلى ربيعٍ ، وكذا إلى الخَمِيْسِ والجُمُعَةِ .

ويُحمَلُ الشَّهرُ عند الاِطلاقِ ، على عِدَّةٍ بينَ هِلَالين [1] ، اَو ثَلاثينَ يومًا [2].

ولو قالَ : إلى شهرِ كذا ، حَلَّ باَوَّلِ جُزْءٍ من [اَوَّلِ] لَيْلَةِ الهِلَالِ ؛ نَظَرًا إلى العُرف .

ولو قالَ : إلى شَهْرين ، [فإن كانَ] في اَوَّلِ الشَّهْرِ [3] ، عَدَّ شهرين اَهِلَّةً . وإن اَوقعَ العَقْدَ في اَثناءِ الشَّهرِ ، اَتَمَّ من الثَّالثِ بقَدْرِ الفائتِ مِن شَهرِ العَقْدِ ؛

---

(١) إن كانَ المَبْدَاُ الهِلَالَ ؛ «التَّوضيحُ : ٢ / ٣١٩» .

(٢) إن لم يكن المَبْدَاُ الهِلَالَ ؛ «المصدَرُ نفسُهُ بتَصَرُّف» .

(٣) في المسالك والجواهر : إلى شهرين وكانَ في ...

وقيلَ : يُتِمُّهُ ثلاثينَ يومًا ؛ وهو اَشبهُ . ولو قالَ الى يومِ الخميسِ ، حَلَّ بأَوَّلِ جُزءٍ منهُ .

ولايُشترَطُ ذِكرُ مَوضعِ التَّسْليمِ على الاَشبهِ ؛ ولو كانَ في حَمْلِهِ مؤنةٌ .

المَقْصَدُ الثَّالثُ ؛ في : اَحكامِهِ

وفيه مسائلُ :

«الأُولى» : اذا اَسلَفَ في شيءٍ ، لم يَجُز بيعُهُ قبلَ حُلُولِهِ . ويجوزُ [بيعُهُ] بعدَهُ وإن لم يقبِضهُ ، على مَن هوَ عليه ، وعلى غيرِهِ على كَرَاهيةٍ . وكذا يجوزُ بيعُ بعضِهِ وتوليتُهُ وتَوْلِيَةُ بعضهُ . ولو قَبَضَهُ [المُسَلِمُ] ، ثم باعَهُ ، زالَتِ الكَرَاهِيَةُ .

«الثَّانيةُ» : إذا دفَعَ المُسلَمُ إليه دونَ الصِّفَةِ، ورَضِيَ المُسلِمُ، صَحَّ ، وبَرِىء ؛ سَوَاءٌ شَرَطَ ذلك لِاَجلِ التعجيلِ ، اَو لم يشترِط . وإن اَتَى بمثلِ صِفَتِهِ ، وَجَبَ قبضُـهُ ، اَو إبـراءُ المُسْلَمِ إليـهِ . ولـو اَمتنـعَ ، قَبضَهُ الحاكمُ ، إذا سألَ المُسَلَمُ [ورقة ٧٨ لوحة اَ] إليهِ ذلك [١] . ولو دَفَع فوقَ الصِّفَة وجَبَ قَبُولُهُ . ولو دَفَع اَكثَرَ ، لم يجب قبولُ الزِّيادةِ . اَما لو دَفَعَ غيرَ جِنْسِهِ [٢] ، لم يبرأ إلَّا بالتَّرَاضي .

«الثَّالِثةُ» : إذا اَشترَى كُرًّا من طَعَامٍ بمائةِ دِرْهَمٍ ، وشرَطَ تأجيلَ خَمْسين ، بَطَلَ في الجَميع على قولٍ . ولو دَفَعَ خمسينَ وشرَطَ الباقي ، من دينٍ لَهُ على المُسلَم إليهِ ، صَحَّ فيما دفَعَ ، وبطَلَ فيما قابَلَ الدَّيْن ؛ وفيه تردُّدٌ .

«الرَّابِعةُ» : لو شرَطا موضعًا للتَّسْليمِ ، فتَرَاضَيَا بقبضِهِ في غيرِهِ ، جازَ .

---

(١) هذا مع إمْكانهِ . ومَعَ تَعَذُّرِهِ ، يُخَلَّى بَيْنَهُ وبينَهُ ، ويَبْرَأُ منهُ وإنْ تَلِفَ ؛ وكذا يفعَلُ الحاكِمُ لو قَبَضَهُ ، إنْ لم يُمكِن الْزَامُهُ بالقبض ؛ «المسالك : ٣ / ٤٢٥» .

(٢) في المسالك والجواهر : «من» غير جنسهِ .

وإن ٱمتنعَ أحدُهما، لم يُجبَرْ .

«الخَامسةُ» : إذا قبضَهُ فقد تعيَّنَ ، وبَرِي [1] المُسلَمُ اليهِ . فإن وجَدَ بهِ عَيْبًا فردَّهُ ، زالَ مُلكُهُ عنهُ ، وعادَ الحقُّ إلى الذِّمَّةِ سَليمًا من العَيْبِ .

«السَّادِسةُ» : إذا وجَدَ برأسِ المالِ عيبًا ، فإن كانَ من غيرِ جِنْسِهِ بطَلَ العَقدُ [2]؛ وإن كان من جنسِهِ، رَجَعَ بالأرشِ إن شاءَ؛ وإن ٱختارَ الرَّدَّ، كانَ لَهُ .

«السَّابعةُ» : إذا ٱختَلَفا في القَبْضِ ، هل كان قبلَ التَّفَرُّقِ أو بعدَهُ ؟ فالقَوْلُ قولُ مَن يَدَّعي الصِّحَّةَ [3] . ولو قالَ البائعُ : قَبَضْتُهُ ثم رَدَدتُهُ إليكَ قبلَ التَّفرُّق ، كانَ القَولُ قولَهُ مع يمينِهِ ، مُرَاعاةً لِجانبِ الصِّحَّةِ .

«الثَّامنةُ» :إذا حَلَّ الأجَلُ وتأخَّرَ التَّسْلِيمُ لِعَارضٍ [4] ، ثم طَالَبَ بعدَ ٱنقِطَاعِهِ ، كان بالخِيَارِ بين الفَسخِ والصَّبرِ . ولو قَبَضَ البَعْضَ كان لَهُ الخِيارُ في البَاقي ، ولَهُ الفَسخُ في الجميع .

«التَّاسعةُ» : إذا دَفَع إلى صاحبِ الدَّين [5] عُرُوضًا ، على أنَّها قَضَاءٌ ولم

---

(١) في النسخ المُتَدَاولة : بَرِأَ .

(٢) أي : إذا وَجَدَ برأس المَالِ المُعَيَّن عيبًا ؛ فإن كانَ من غَيرِ جنسه ؛ بأن كان فِضَّةً فبَان نُحاسًا مثلًا ؛ بَطَلَ العَقْدُ من أصْلِهِ ، إن كانَ الجَميعُ كذلك ؛ وإلَّا ، فبالنِّسْبَةِ ، ولَهُ حينئذٍ خِيَارُ التَّبْعيض ؛ «جواهر الكلام : ٢٤ / ٣٣٢» .

(٣) أي : اذا ٱختلَفَا المُسَلِّم والمُسَلَّمُ إليهِ ، في القَبْضِ للثَّمن ، هل كانَ قبلَ التَّفَرُّقِ أو بعدَهُ ؟ فالقولُ قولُ مَن يَدَّعي الصِّحَّةَ ، لِأصَالَتِها فيهِ ، بعد ٱعتِرَافِهما معًا بحُصُولِه ؛ «جواهر الكلام : ٢٤ / ٣٣٣» .

(٤) إحْتَرَزَ بالعَارض ؛ عَمَّا لو كان تأخُّر التَّسليمِ باختِيار المُشْتَرِي مع بَذْلِ البائعِ لَهُ ؛ فإنَّهُ لافسخَ لَهُ ، لِاستِنَادهِ إلى تقصيرِهِ ؛ «المسالك : ٣ / ٤٣٠»

(٥) من سَلَفٍ وغيرِهِ ؛ «التَّوضيحُ : ٢ / ٣٢٢» .

يُساعِرْهُ ، أُحتُسِبَ بقيمتِها يومَ القَبْض .

«العَاشرةُ» : يجـوزُ بيـعُ الدَّينِ بعد حُلُولِهِ ، على الَّذي هو عليهِ وعلى غيرِهِ [1] . فإن باعَهُ بما هو حاضرٌ ، صَحَّ ؛ وإنْ باعَهُ بِمَضْمُونٍ حالٍّ ، صَحَّ أيضًا . وإن ٱشترَطَ تأجيلَه ؛ قيلَ : يبطُلُ ، لِأنَّه بيعُ دينٍ بدين ؛ وقيلَ : يُكرَهُ ؛ وهو الأشبهُ .

«الحاديةَ عشرةَ» : إذا أسلَفَ في شيءٍ ، وشرَطَ مع السَّلَف شيئًا معلومًا ، صَحَّ. ولو أسْلَفَ في غَنَمٍ ، وشَرطَ أصوافَ نَعَجَاتٍ مُعَيَّنةٍ ؛ قيلَ: يصِحُّ ؛ وقيلَ : لا ، وهو أشبهُ [2] . ولو شَرَطَ أن يكونَ الثَّوْبُ ، من غَزْلِ ٱمرَأةٍ مُعَيَّنةٍ ، أو الغَلَّةُ من قَرَاحٍ بعينِهِ ، لم يضمَن .

المَقْصَدُ الرَّابع ؛ في : الإقالةِ [3]

وهي فسخٌ في حَقِّ المُتَعَاقدين وغيرِهما . ولاتجوزُ الإقَالةُ بِزِيَادَةٍ عن الثَّمَنِ ولا نُقصانٍ . وتبطُلُ الإقالةُ بذلكَ ، لِفَوَاتِ الشَّرْطِ .

وتَصِحُّ الإقَالةُ في العَقْدِ ، وفي بَعْضِهِ ، سَلَمًا كان أو غيرَهُ [4] .

---

(١) إحْتَرَزَ ببعدِيَّةِ الحُلُولِ عَمَّا قبلَهُ، فلا يَصِحُّ بيعُهُ حينئذٍ؛ إذْ لا ٱستِحقَاقَ للبائعِ في الذِّمَّةِ حينئذٍ ... ؛ «المسالك : ٣ / ٤٣٢» .

(٢) القولُ بالمنع ؛ لِابن إدْرِيس .

وهو مَبْنِيٌّ على المَنْعِ من بيعِ الصُّوف على ظُهورِ الغَنَمِ اسْتِقْلَالًا ؛ بناءً على أنَّهُ موزونٌ لم يُعْلَم كَمِّيَّتُهُ ... ؛ «المسالك : ٣ / ٤٣٤» .

(٣) جعلُ الإقالةِ من مقاصد السَّلَف غيرُ حَسَن ؛ فإنَّها لا تختَصُّ بهِ . بل ، ولا ببابِ البيع ؛ لِجَرَيانِها في سائرِ العقود المُتَقَوِّمة من الجانبين بالمال ... ؛ «المسالك : ٣ / ٤٣٦» .

(٤) نَبَّهَ بالتَّسوية بينَ السَّلَم وغيرِهِ ، على خِلَافِ بَعْضِ العَامَّةِ ؛ حيثُ منَعَ من الإقَالَةِ في بعضِ السَّلَم ...؛ «المسالك : ٣ / ٤٣٧» .

فُرُوعٌ ثَلَاثَةٌ

«الاَوَّلُ» : لا تثبُتُ الشُّفْعَةُ بالاِقالةِ لِاَنَّها تابِعةٌ للبَيْعِ .

«الثَّاني» : لا تسقُطُ اُجرَةُ الدَّلَّال [1] بالتقايُلِ ، لِسَبقِ الاستِحْقَاقِ .

«الثَّالثُ» : اِذا تقايَلَا ، رجَعَ كُلُّ عِوَضٍ الى مالِكِهِ . فاِن كانَ موجودًا اَخَـذَهُ ، واِن كانَ مفقـودًا ضَمِنَ بمثلِـهِ اِن كان مِثْلِيًّا ، واِلَّا بقيمتِـهِ ؛ وفيهِ وجـهٌ آخـرُ [2] .

المَقْصَدُ الخَامِسُ ؛ في : القَرْضِ

والنَّظَرُ في [3] اُمورٍ ثَلَاثَةٍ :

«الاَوَّلُ» ؛ في : حقِيقَتِهِ

وهو عَقْدٌ [4] يشتَمِلُ: على اِيْجَابٍ ؛ كقولِهِ : اَقرَضْتُكَ ، اَو ما يُؤَدِّي معنَاهُ ؛ مثلُ : تصَرَّفْ فيهِ ، اَو اَنتفِعْ بهِ ، وعَلَيْكَ رَدُّ عِوَضِهِ [5] .

وعلى قَبُولٍ ؛ وهو : اللَفْظُ الدَّالُّ على الرِّضا بالايجابِ ، ولا ينحصِرُ في عبارةٍ .

وفي القَرْضِ اَجرٌ ، ينشأُ من مَعُونَةِ المُحْتَاجِ تطوُّعًا ، والاقتِصَارُ على رَدِّ

---

(١) **ولا الوزَّان ولا الحَمَّال** ... ؛ «التَّوضيحُ : ٢ / ٣٢٣» .

(٢) **بأَنَّ القِيْمِيَّ يُضْمَنُ** بمثلِهِ ؛ «المسالك : ٣ / ٤٣٨ بتصرُّف» .

(٣) **بَدَايَةٌ : ورقة ٧٨** ، لوحة ب ؛ من مُصَوَّرَةِ المخطوطةِ .

(٤) **وعند البَعْض من الفُقَهاء** : التَّعبير بالعَقْدِ ؛ اَعَمُّ من اللَفظ ؛ فهو يشمَلُ : المُبَادَلَة الفعليَّة ، اَو الكِتابة ، اَو الاِشارة .

(٥) **والحاصِلُ: اَنَّ صيغتَهُ لا تَنْحَصِرُ في لفظٍ ؛ كالعُقودِ الجائزة** ؛ بل ، كُلُّ لفظٍ دَلَّ عليه ، كَفَى ؛ «المسالك : ٣ / ٤٤٠» .

العِوَضِ [1] ؛ فلو شَرَطَ النَّفْعَ ، حَرُمَ ، ولم يُفِدِ المِلْكَ . نَعَم ، لو تبرَّعَ المُقْتَرِضُ ، بزيادةٍ في العَيْنِ أو الصِّفَةِ ، جازَ . ولو شَرَطَ الصِّحَاحَ عِوَضَ المُكَسَّرةِ ؛ قيلَ : يجوزُ ؛ والوجهُ المنعُ .

«الثَّاني» ؛ ما : يَصِحُّ إِقرَاضُهُ

وهو كُلُّ ما يُضبَطُ وَصْفُهُ وقَدْرُهُ ، فيجُوزُ إِقرَاضُ الذَّهَبِ والفِضَّةِ وَزنًا ، والحِنْطَةِ والشَّعيرِ كَيْلًا ووَزنًا ، والخُبْزِ [2] وَزْنًا وعدَدًا ، نظرًا إِلى المُتعَارَف .

وكُلُّ ما تَتَسَاوَى أَجزاؤُهُ ، يثبُتُ في الذِّمَّةِ مثلُهُ [3] ، كالحِنْطَةِ والشَّعيرِ ، والذَّهَبِ والفِضَّةِ . ومالَيسَ كذلك ، يثبُتُ في الذِّمَّةِ قيمَتُهُ وقتَ التَّسْليم .

ولو قيلَ يثبُتُ مثلُهُ أَيضًا ، كانَ حسَنًا .

ويجوزُ إِقرَاضُ الجَوَاري ، وهل يجوزُ إِقرَاضُ اللآلي [4] ؟ قيلَ : لا ؛ وعلى القولِ بضَمَانِ القِيْمَةِ ، ينبغي الجَوَازُ .

---

(١) الأَوْلى : كونُ «الاقتصار» خَبَرَ مبتَدَإٍ محذوفٍ ؛ تقدِيْرُهُ : «وشرطُهُ الاِقتصارُ» ونحوُهُ ؛ فيكونُ عطفَ جملَةٍ على جُمْلَة ... ؛ «المسالك : ٣ / ٤٤٣» .

(٢) لا شُبْهَةَ فى جَوَازِ ٱقتِراضِ الخُبْزِ وزنًا ، لِانضِبَاطِهِ ؛ وإِنَّما الكَلَامُ في العَدَد ، فعندنا أَنَّهُ جايزٌ أَيضًا ، للعَادةِ ... ؛ «المسالك : ٣ / ٤٤٦» .

(٣) أَشَارَ بذلك إِلى ضابطِ المِثْلِيِّ ؛ وهو ماتتساوى أَجزاؤهُ في القيمةِ والمَنْفَعَةِ ، وتتقارَبُ صفاتُهُ .

بمعنى : أَنَّ قيمة نصفهِ تُساوي قيمة النِّصف الآخر ، وتقومُ مقامها في المَنْفعة ، وتُقاربها في الوَصف ... ؛ «المسالك : ٣ / ٤٤٧» .

(٤) في المسالك والجواهر : اقتراضُ .

«الثَّالثُ» : [في] : اَحكامِهِ

وهي مسائلُ :

«الأُولى» : القَرْضُ يُملَكُ بالقَبْضِ لا بالتَّصَرُّفِ ، لِاَنَّهُ فَرْعُ المِلْك ، فلا يكونُ مَشْرُوطًا بـهِ . وهـل للمُقْرِضِ اَرتجاعُهُ ؟ قيلَ : نَعَم ، ولو كَرِهَ المُقْتَرِضُ ؛ وقيلَ : لا ، وهو الاَشبَهُ ، لِاَنَّ فائدةَ المِلْك التَّسَلُّطُ .

«الثَّانيةُ» : لو شرَطَ التأجيلَ في القَرْضِ ، لم يلزَم . وكذا لو اَجَّلَ الحَالَّ ، لم يتاَجَّل [1] . وفيهِ روايةٌ مهجُورَةٌ تُحمَلُ على الِاستِحْبَابِ . ولافَرقَ بين اَن يكونَ مَهرًا ، اَو ثَمَنَ مبيعٍ ، اَو غيرَ ذلك . ولو اَخَّرَهُ بِزِيَادَةٍ فيهِ ، لم تثبُت الزِّيَادَةُ ، ولا الاَجَلُ . نَعَم ، يصِحُّ تعجيلُهُ بِاِسقَاطِ بعضِهِ [2] .

«الثَّالثةُ» : مَن كانَ عليه دينٌ ، وغابَ صاحِبُهُ غيبَةً مُنْقَطِعَةً ، يجبُ اَن ينوي قضاءَهُ ، واَن يَعْزِلَ ذلكَ عندَ وفاتِهِ ، ويُوصِي به لِيُوصَلَ اِلى ربِّهِ ، اَو اِلى وارثِهِ اِن ثبَتَ موتُهُ . ولو لم يعرفهُ اِجتهدَ في طَلَبِهِ . ومع اليأسِ ، يتصدَّقُ بِهِ عنهُ ، على قولٍ .

«الرَّابعةُ» : الدَّيْنُ لايَتَعَيَّنُ مِلكًا لصاحبِهِ اِلَّا بقبضِهِ . فلو جعلَهُ مُضَارَبَةً [3]

---

(١) المُرَادُ بتأجيلِ الحالِّ ؛ اَن يُعَبِّرَ صاحبُ الدَّين بعبارةٍ تدلُّ عليهِ ، من غيرِ ذِكْرِهِ في عَقْدٍ كما مَرَّ ؛ بأَن يقولَ : اَجَّلْتُكَ في هذا الدَّيْن مُدَّةَ كذا .

ووجهُ عَدَمِ اللُّزوم بذلك واضِحٌ ؛ اِذ ليسَ ذلك بعقدٍ يجبُ الوَفَاءُ بِهِ ؛ بل ، هو وَعْدٌ يُسْتَحَبُّ الوفاءُ بِهِ ... ؛ «المسالك : ٣ / ٤٥٦» .

(٢) مع تراضيهما بذلك .

وكما يُعْتَبَرُ التَّرَاضي في اِسقاطِ البعضِ ، يُعْتَبَرُ في تعجيلِهِ بغيرِ اِسْقاطٍ ؛ لِاَنَّ الاَجَلَ اَيْضًا حَقٌّ لهما ؛ لِتَعَلُّقِ غرضِ كُلٍّ منهما بِهِ ... ؛ «المسالك : ٣ / ٤٥٦» .

(٣) عندَ المَدْيون اَو غَيْرِهِ ؛ « التَّوضيح : ٢ / ٣٢٦» .

قبلَ قبضِهِ ، لم يصِحَّ .

«الخَامسةُ» : الذِّمِّيُّ اِذا باعَ ما لايصِحُّ للمُسْلِمِ تَملُّكُهُ ، كالخَمْرِ والخِنْزيرِ ؛ جازَ دفعُ الثَّمَنِ اِلى المُسلِمِ عن حقٍّ لَهُ . واِن كانَ البائعُ مُسْلِمًا، لم يَجُز .

«السَّادسةُ» : اِذا كانَ لاثنين مالٌ في ذِمَمٍ ، ثم تقاسَمَا بما في الذِّمَمِ ؛ فكُلُّ ما يحصُلُ ، لهما ؛ وما يَتْوَى ، منهما [1] .

«السَّابعةُ» : اِذا باعَ الدَّيْنَ بأَقلَّ منهُ ، لم يلزَمِ المدينُ اَن يدفَعَ الى المُشتري اَكثَرَ مِمَّا بذَلَهُ ، على روايةٍ .

المَقْصَدُ السَّادسُ ؛ في : دَيْنِ المَمْلُوكِ

لايجوزُ للمَمْلُوكِ : اَن يَتَصَرَّفَ في نفسِهِ بِاِجارَةٍ ، ولا اَستِدَانَةٍ ، ولاغيرِ ذلكَ من العُقود . . ولا بِمَا في يدِهِ بِبَيْعٍ ولاهِبَةٍ اِلَّا بِاِذنِ سيِّدِهِ ، ولو حُكِمَ لَهُ بِمِلْكِهِ [2] .

وكـذا لو [ورقـة ٧٩ لوحـة اَ] اَذِنَ لَـهُ المالكُ اَن يَشْتَرِيَ لِنَفْسِهِ ؛ وفيهِ تـردُّدٌ [3] ؛ لِاَنَّهُ يَمْلِكُ وطءَ الاَمةِ المُبتَاعَةِ ، مع سُقُوطِ التَّحْليلِ في حَقِّهِ .

فاِن اَذِنَ لَهُ المَالِكُ في الِاسْتِدَانةِ ، كانَ الدَّيْنُ لازِمًا للمَولى ، اِنِ اَسْتَبْقَاهُ اَو باعَهُ .

---

(١) ويَتْوَى في قولِ المُصَنِّفِ بالتَّاء المُثَنَّاة من فوق - ؛ بمعنى : يهلَك .

يُقَالُ : تَوِيَ المالُ ـبكسر الواو - يَتوَى : اذا هَلَكَ ؛ «المسالك : ٣ / ٤٦١» .

(٢) كُلُّ ذلك ؛ لِاَنَّهُ لايقدِرُ على شيء ؛ فهو مَحْجُورٌ عليهِ ، حتَّى فيما يَمْلِكُ ، فلا يَمْلِكُ عينًا ولا مَنْفَعَةً . . . اِلَّا بِاِذنِ سَيِّدِهِ ؛ «التَّوضيح : ٢ / ٣٢٨» .

(٣) من اَنَّ الاِذْنَ في التَّمَلُّكِ لا يلزَمُها الاِذْنُ في التَّصَرُّفِ ، وَمِنْ ظُهُورِ التَّمَلُّك بَجَوازِ التَّصَرُّفِ لِاَنَّهُ لازِمُهُ ؛ وهو اَرْجَحُ ؛ «التوضيح : ٢ / ٣٢٨» .

وإن اَعْتَقَهُ [1] ؛ قيلَ : يَسْتَقِرُّ في ذِمَّةِ العَبْدِ ؛ وقيلَ : بل ، يكونُ باقيًا في ذِمَّةِ المَوْلى ؛ وهو اَشهَرُ الرِّوايتين . ولو ماتَ المولى كانَ الدَّيْنُ في تَرِكَتِهِ . ولو كانَ لَهُ غُرَمَاءُ ، كان غريمُ العبدِ كاَحدِهم .

وإذا اَذِنَ لَهُ في التِّجَارَةِ ، اَقتَصَر على مَوْضِعِ الاِذْنِ . فلو اَذِنَ لهُ بقدَرٍ معيَّنٍ ، لم يَزْدَد . ولو اَذِنَ لهُ في الاِبتِيَاعِ ، اِنصَرَفَ الى النَّقْدِ . ولو اَطلَقَ لَهُ النسيئةَ ، كانَ الثَّمَنُ في ذِمَّةِ المَوْلى . ولو تَلِفَ [2] الثَّمَنُ ؛ وَجَبَ على المَوْلى عِوَضُهُ .

وإذا اَذِنَ لَهُ في التِّجَارَةِ ، لم يكن ذلك اِذنًا لِمَملوكِ المأذونِ ، لِاِفتِقَارِ التَّصَرُّفِ في مَالِ الغَيْرِ اِلى صَريحِ الاِذن . ولو اَذِنَ لَهُ في التِّجَارَةِ دونَ الاِستَدَانَةِ ، فاستَدَانَ وتلِفَ المالُ ، كانَ لازمًا لِذِمَّةِ العَبْدِ ؛ وقيلَ : يُسْتَسْعَى فيهِ مُعجَّلًا [3] . ولو لم يأذَن [لَهُ] في التِّجَارةِ ولا الاستدانةِ ، واَستَدَانَ ، فَتَلِفَ المَالُ ؛ كان لازِمًا لِذِمَّتِهِ يُتْبَعُ بهِ ، دونَ المَوْلى .

فَرْعَان

[الاَوَّلُ] : اِذا اَقترَضَ اَو اَشترَى بغيرِ اِذنٍ ، كان [مَوْقوفًا على اِذنِ المَوْلَى ؛ فاِن لم يُجِزْ كان] باطِلًا ، وتُستعَادُ العَيْنُ ، وإن تَلِفَتْ يُتْبَعُ بها اِذا اُعتِقَ واَيسَرَ .

---

(١) في المسالك : فاِن اَعتَقَهُ .

(٢) اَي : لو تَلِفَ الثَّمَنُ قبلَ تسليمِهِ اِلى البايع ، والحَالُ اَنَّهُ قد اَشتَرَى نَسِيئَةً ؛ فاِنَّهُ يلزَمُ المَوْلَى عِوَضُهُ ؛ لِاَنَّ تَلَفَهُ بِيَدِ العَبْدِ ، كَتَلَفِهِ بِيَدِ السَّيِّدِ ؛ «المسالك : ٣ / ٤٦٦ ـ ٤٦٧» .

(٣) استنادًا اِلى اِطْلاقِ روايةِ اَبي بصير ...؛ «المسالك : ٣ / ٤٦٨» .

ويُنظر : الوسائل : ج ١٣ ص ١١٨ ، باب ٣١ من اَبواب الدين والقرض حديث ١ .

«الثَّاني» : إذا ٱقْتَرَضَ مالًا فأخذَهُ المَوْلى ، وتَلِفَ في يدِهِ ؛ كانَ المُقْرِضُ بالخِيَار بين مُطَالَبَةِ المولى، و [بين] إتْباعِ المَمْلوكِ إذا أُعتِقَ وأيسَر.

خاتِمَـةٌ

أُجرَةُ الكَيَّالِ وَوَزَّانِ المَتَاعِ على البَائعِ ، وأُجْرَةُ نَاقِدِ الثَّمَنِ ووزَّانِهِ على المُبْتَاعِ . وأُجرَةُ بائعِ الاَمْتِعَةِ على البَائعِ ، ومُشْتريها على المُشْتَري [1] . ولو تبرَّعَ لم يَستَحِقَّ أُجْرَةً ولو أجازَ المَالِكُ . وإذا بَاعَ وٱشتَرَى ، فأُجرَةُ ما بيعَ على الآمرِ ببيعِهِ ، وأُجرَةُ الشِّرَاءِ على الآمرِ بالشِّرَاء . ولا يتولَّاهما الواحدُ . وإذا هلَكَ المَتَاعُ في يدِ الدَّلَّال ، لم يَضْمَنهُ . ولو فَرَّطَ ، ضَمِنَ .

ولو ٱختَلَفا في التَّفْريطِ ، كانَ القَوْلُ قولَ الدَّلَّالِ معَ يَمينِهِ ، مالم يكن بالتَّفْرِيطِ بيِّنَةٌ . وكذا لو ثَبتَ التَّفريطُ وٱختَلَفا في القِيْمَةِ .

---

(١) المُرَادُ : أنَّ أُجْرَةَ الدَّلَّال على مَن يأمُرُهُ .

فإن أمَرَهُ الإنْسَانُ ببيعِ مَتَاعٍ فَبَاعَهُ لَهُ ، فأُجْرَتُهُ على البائعِ الآمِر ، لا على المُشْتَرِي .

وإنْ أمَرَهُ إنسانٌ أن يَشتريَ لَهُ مَتَاعًا ، ولم يأمُرْهُ مالِكُهُ ببيعِهِ ، فأُجْرَتُهُ على المُشْتَرِي الآمِر .

وإنَّما استَحَقَّ الأُجْرَةَ ، وإن لم يُشَارِط عليها ؛ لِأَنَّ هذا العَمَلَ مِمَّا يُسْتَحَقُّ عليهِ أُجْرَةٌ في العادة .

والدَّلَّالُ أيْضًا ناصِبٌ نفسه للأُجرة، فيستَحِقُّ على آمرِهِ الأُجْرَة كما سيأتي ـ إن شاءَ الله ـ في الإجارة ؛ «المسالك : ٣ / ٤٦٩» .

كِتَابُ الرَّهن

والنَّظَرُ فيهِ ؛ يَستَدْعِي فُصُولًا :

الاَوَّلُ

في : الرَّهنِ

وهوَ وَثِيقةٌ لِدَيْن المُرتَهِنِ . ويَفْتَقِرُ الى الاِيجابِ والقَبُولِ [1] .

والاِيْجَابُ : كُلُّ لفظٍ دَلَّ على الاِرْتِهَانِ ؛ كقولِهِ : رَهَنْتُكَ ، اَو هَذِهِ وثيقةٌ عندَكَ ، اَو ما اَدَّى هذا المعنى . ولو عجَزَ عن النُّطقِ كَفَتِ الاِشَارَةُ . ولو كَتَبَ بيدِهِ ، والحَالُ هذِهِ ، وعُرِفَ ذلكَ من قصدِهِ ، جازَ .

والقَبُولُ : هو الرِّضا بذلكَ الاِيجاب [2] .

ويَصِحُّ الاِرتِهَانُ ، سَفَرًا وحَضَرًا . وهل القبضُ شرطٌ فيهِ ؟ قيلَ : لَا ، وقيلَ : نعم ، وهو الاَصَحُّ . ولو قَبَضَهُ من غيرِ اِذنِ الرَّاهنِ [ورقة

---

(١) يُنظر : الفرق بين عقد الرهن عَمَّا يُشابِهُهُ بَقِيَّة العُقود ؛ في : «المسالك : ٤ / ٥٢ - ٥٣» .

(٢) اَشارَ «بذلك» : اِلى اَنَّهُ لايَنْحَصِر في لفظٍ ...؛

ويُمكِنُ اَن تَدُلَّ العِبارةُ على اَنَّهُ لا يَنحَصِرُ في اللفظِ اَيضًا ؛ لاِمكانِ اَستِفَادَةِ الرِّضا بالفِعل والاِشَارةِ ونحوهما ، واِن لم يكفِ ذلك في الاِيجاب ؛ «المسالك : ٤ / ١٠» .

٧٩ لوحة ب] ، لم ينعقد . وكذا لو أَذِنَ في قَبْضِهِ ، ثم رجَعَ قبلَ قَبْضِهِ . وكذا لو نطَقَ بالعَقْدِ ، ثُمَّ جُنَّ ، أو أُغمِيَ عليه ، أو ماتَ قبلَ القَبْضِ [١] .

وليسَ ٱستِدَامَةُ القَبْضِ شَرْطًا ، فلو عادَ إلى الرَّاهنِ أو تَصَرَّفَ فيهِ ، لم يَخْرُج عن الرِّهانةِ .

ولو رَهَنَ ، ما هوَ في يَدِ المُرْتَهِنِ ، لَزِمَ ، ولو كانَ غَصْبًا ، لِتحَقُّقِ القَبْض . ولو رَهَن ما هوَ غائبٌ ، لم يَصِرْ رَهنًا ، حتَّى يحضَرَ المُرتَهِنُ ، أو القائمُ مَقَامَهُ عندَ الرَّهنِ ويَقبِضَهُ [٢] . ولو أَقرَّ الرَّاهنُ بالإقباضِ ، قُضِيَ عليهِ ، إذا لم يُعلَم كَذِبُهُ . ولو رَجَعَ [٣] ، لم يُقبَل رُجُوعُهُ [٤] .

وتُسمَعُ دَعْوَاهُ ، لو ٱدَّعى المُوَاطأَةَ على الإشهادِ ، ويَتوَجَّهُ اليَمِينُ على المُرْتَهِنِ ؛ على الأَشْبَهِ [٥] .

ولا يجوزُ تَسْليمُ المُشَاعِ إلَّا بِرِضَا شَرِيكِهِ ، سَوَاءٌ كانَ مِمَّا يُنقَلُ أو لا يُنقَلُ ؛ على الأَشبَهِ .

---

(١) الضَّميرُ في الجميع يعودُ إلى الرَّاهِن ... ؛ «المسالك : ٤ / ١٣» .

(٢) المُرَادُ : أَنَّهُ لا يَصِيْرُ رهنًا لازِمًا بدونِ ذلك ؛ وإلَّا ، فقد تَقَدَّمَ أَنَّ أَصْلَ الرَّهن يتحقَّقُ بدونِ القبض ، بناءً على ٱشتِراطِهِ ؛ غايتُهُ كونُهُ عَقْدًا جائِزًا ؛ «المسالك : ٤ / ١٧» .

(٣) أي : لو رَجَعَ الرَّاهِنُ عن إقرارِهِ بالإقْبَاضِ حيثُ يُمكِنُ ؛ لم يُقْبَلْ رُجُوعُهُ ، وحُكِمَ عليه بِهِ ؛ ولا تُسْمَعُ دعواهُ ، بحيثُ يتوجَّهُ لَهُ على المُرْتَهِن اليمين .
نعم ، لو ٱدَّعى الغَلَطَ في إقْرَارِهِ ... ؛ «المسالك : ٤ / ١٧ ـ ١٨» .

(٤) لِأَنَّه نَقْضٌ للإقرَارِ ؛ «التَّوضيحُ : ٢ / ٣٣٣» .

(٥) لِأَنَّ الرَّاهِنَ يَدَّعي عِلْمَ المُرْتَهِنِ بِكِذْبِ الإقرَارِ وهو يُنكِرُ ؛ «التَّوضيحُ : ٢ / ٣٣٣» .

الثَّانِي

في : شَرَائطِ الرَّهْنِ

ومن شَرْطِهِ : اَن يكونَ عينًا مَمْلُوكًا ، يُمكِنُ قَبْضُهُ ، ويَصِحُّ بيعُهُ ؛ سَوَاءٌ كان مُشَاعًا اَو مُنْفَرِدًا [1] .

فلو رهَنَ دَيْنًا ، لم يَنْعَقِد . وكذا لو رهَنَ مَنْفعَةً ؛ كسُكْنَى الدَّارِ ، وخِدْمَةِ العَبْدِ .

وفي رَهْنِ المُدَبَّرِ تَرَدُّدٌ ؛ والوَجْهُ : اَنَّ رَهنَ رَقَبَتِهِ اِبْطَالٌ لِتَدبيرِهِ [2] . اَمَّا لو صرَّحَ بِرَهنِ خِدْمَتِهِ ، مع بَقَاءِ التَّدْبير ؛ قيلَ : يصِحُّ ، اِلْتِفَاتًا اِلى الرِّوايةِ المُتَضَمِّنَةِ جوازَ [3] بيعِ خِدْمَتِهِ ؛ وقيلَ : لا ، لِتَعَذُّرِ بيعِ المَنْفَعَةِ مُنْفَرِدَةً ؛ وهو اَشبَهُ.

ولو رَهَنَ مالايَملِكُ ، لم يَمْضِ ، وَوَقَفَ على اِجَازةِ المالِكِ . وكذا لو رهَنَ ما يَملِكُ وما لا يَملِكُ ، مَضَى في مِلْكِهِ ، وَوَقَفَ في حِصَّةِ شَرِيْكِهِ على اِجَازتِهِ .

ولو رَهَنَ المُسلِمُ خَمْرًا ، لم يصِحَّ ولو كان عندَ ذِمِّيٍّ . ولو رَهَنَها الذِّمِّيُّ

---

(١) هذهِ شرائطُ للرَّهنِ في الجُمْلَةِ ؛ لكنَّها لَيْسَت على وتيرَةٍ واحدة .

فاِنَّ المملوكيَّة شرطُ وقوعه لازمًا مع باقي الشَّرَائط ؛ واِلَّا ، فرهن مالايملك صحيحٌ كما سيأتي ؛ ولكنَّهُ موقوفٌ على اِجَازةِ المالك .

واَمَّا باقي الشَّرائط ؛ فهي شَرْطٌ للصِّحَّةِ عندَهُ ... ؛ «المسالك : ٤ / ٢٠» .

(٢) مَنْشَأُ التردُّدِ : من اَنَّ التَّدبير من الصِّيغ الجائزة ، الَّتي يصحُّ الرُّجوعُ فيها كالوصيَّة ؛ فاِذا تعقَّبَهُ الرَّهنُ اَبْطَلَهُ ، كما لو تَعَقَّبَهُ غيرُهُ من العُقُود ، كالبيعِ والهِبَة ، لِكونِ ذلك رجوعًا عنه ... ؛ «المسالك : ٤ / ٢١ ـ ٢٢» .

(٣) في المسالك والجواهر : لِجَوَاز .

عندَ مُسلِمٍ [1] ، لم يَصِحَّ اَيضًا ، ولو وضَعَها على يَدِ ذِمِّيٍّ ، على الاَشْبهِ [2].

ولو رَهَنَ اَرضَ الخَرَاجِ ، لم يصِحَّ ، لِاَنَّها لم تَتَعيَّنْ لِوَاحدٍ . نَعَم ، يصِحُّ رهنُ ما بها من اَبنِيَةٍ وآلاتٍ وشَجَرٍ .

ولو رَهَن مالاَ يصِحُّ اِقباضُهُ ، كالطَّيرِ في الهَوَاءِ ، والسَّمَكِ في المَاءِ ، لم يصِحَّ رَهْنُهُ [3] . وكذا لو كانَ مِمَّا يصِحُّ اِقبَاضُهُ ولم يُسَلِّمْهُ [4] . وكذا لو رَهَنَ عندَ الكافرِ عَبْدًا مُسلِمًا اَو مِصْحَفًا ؛ وقيلَ : يَصِحُّ ويُوضَعُ على يَدِ مُسْلمٍ ، وهو اَولَى . ولو رَهَنَ وَقْفًا ، لم يصِحَّ .

ويَصِحُّ الرَّهْنُ في زَمَانِ الخِيَار ، سَوَاءٌ كانَ للبائِعِ ، اَو للمُشْتَرِي ، اَو لَهُما ، لِانتِقَالِ المَبِيْع بنفسِ العَقْدِ ؛ على الاَشبهِ .

ويَصِحُّ رَهْنُ العَبْدِ المُرْتَدِّ ولو كانَ عن فِطْرَةٍ [5] ، والجَاني خَطأً ؛ وفي العَمْدِ تَرَدُّدٌ ؛ الاَشبهُ الجَوَازُ [6] .

---

(١) في المسالك والجواهر : عند المُسلِمِ .

(٢) جوَّزَ الشيخُ في الخِلَاف رهنَ الذِّمِّيِّ الخَمْرَ للمُسْلم ، اِذا وَضَعها عند ذِمِّيٍّ ؛ لِاَنَّ الحقَّ في وفاء الدَّيْن للذِّمِّيِّ ؛ فيَصِحُّ الرَّهنُ، كما لو باعَها ووفَّاهُ ثَمَنَها ...؛ «المسالك : ٤ / ٢٣».

(٣) ينبغي تقييدُ الطَّير ، بما لا يُوثَقُ بعودهِ عادَةً ؛ والسَّمَكِ بكونه في ماءٍ غيرِ محصور ، بحيثُ يتعذَّرُ قبضُهُ عادَةً ... ؛ «المسالك : ٤ / ٢٤» .

(٤) بناءً على اَعتبارِهِ في الصِّحَّة ؛ «جواهر الكلام : ٢٥ / ١٣٠» .

(٥) الصِّحَّةُ في غيرِ الفِطْرِيِّ وفي الاُنثى واضِحَةٌ ، لِقَبُولِ توبتِهِ ؛ فَمَاليَّتُهُ باقِيَةٌ فيهِ .
اَمَّا الفِطْرِيُّ ، فيشكلُ فيهِ الصحَّة ، لِاَنَّهُ لاتُقبَلُ توبَتُهُ ، ويجبُ اِتْلافُهُ شرعًا ، فتنتفي غايةُ الرَّهن ، وهي التَّوَثُّق .
ووجهُ الجواز : جوازُ بيعهِ ، وبقاءُ ماليَّتِهِ حالةَ الرَّهنْ ؛ وتعرُّضه للاِتْلَاف لايصلُحُ للمنعِ ، كرهنِ المَرِيْض المُدْنِف ؛ وهو اَجْوَد ؛ «المسالك : ٤ / ٢٥» .

(٦) في المسالك والجواهر : «و» الاَشبهُ الجَوَازُ .

ولو رَهَنَ ما يُسرِعُ اِليه الفَسَادُ قبلَ الاَجَلِ ؛ فاِن شرَطَ بيعَهُ جازَ ، واِلَّا بَطَلَ ؛ وقيلَ : يَصِحُّ ويُجْبَرُ مالِكُهُ على بيعِهِ .

الثَّالِثُ

في : الحَقِّ

وهو كُلُّ دَيْنٍ ثابتٍ في الذِّمَّةِ [1] ، كالقَرْضِ ؛ وثَمَنِ المَبِيْعِ .

ولا يصِحُّ فيما لم يحصُل سَبَبُ وُجُوبِهِ ، كالرَّهنِ على ما يَسْتَدِيْنُهُ ، وعلى ثَمَنِ ما يَشْتَرِيهِ .

ولا على ما حصَلَ سَبَبُ وُجُوبِهِ ولم يثبُت ، كالدِّيَةِ قبلَ اَستِقْرَارِ الجِنَايةِ ؛ [ورقة ٨٠ لوحة اَ] ويجوزُ على قِسْط كُلِّ حولٍ بعدَ حُلُولِهِ [2] .

وكذا الجُعَالةُ قبلَ الرَّدِّ [3] ، ويجوزُ بعدَهُ.

وكذا مالُ الكِتَابةِ ؛ ولو قيلَ بالجَوَازِ فيه ؛ كانَ اَشبَهَ ؛ ويبطُلُ الرَّهْنُ عندَ فَسْخِ الكِتَابَةِ المَشْرُوْطَةِ .

ولا يصِحُّ على مالا يُمكِنُ اَستيفاؤُهُ من الرَّهنِ ، كالاِجَارَةِ المُتَعَلِّقَةِ بعينِ المؤجرِ مِثل خِدْمَتِهِ . ويَصِحُّ فيما هو ثابتٌ في الذِّمَّةِ ، كالعَمَلِ المُطْلَقِ . ولو

---

(١) المُرَادُ بالثَّابتِ في الذِّمَّةِ : المُسْتَحَقُّ فيها ، وإن لم يَكُنْ ثُبُوتُهُ مُسْتَقِرًّا ، كالثَّمَنِ في مُدَّةِ الخِيَار ؛ «المسالك : ٤ / ٢٨» .

(٢) اَي : دِيَةُ الخطأ تُؤدَّى خلال ثلاث سِنين ، في ثلاثةِ اَقساط ؛ فيجوز الرَّهْنُ ...؛ ينظر : «جواهر الكلام : ٢٥ / ١٥١» .

(٣) اَي : لايَصِحُّ الرَّهْنُ على مالِها ، لِعَدَمِ اَستِحْقَاقِ المَجْعُولِ لَهُ المالَ ، قبلَ تَمَامِ العَمَلِ ؛ وإنْ شرَعَ فيهِ ، كَمَا سيأتي في بابه إن شاء الله ؛ «المسالك : ٤ / ٣٠» .

رَهَن على مَالٍ رَهنًا ، ثم ٱستَدَانَ آخَرَ ، وجعلَ ذلك الرَّهْنَ عليهما ، جازَ [1] .

الرَّابـعُ

[في] : الرَّاهِنِ

ويُشْتَرَطُ فيهِ : كَمَالُ العقلِ ، وجَوَازُ التصرُّفِ . ولا ينعَقِدُ مع الإكرَاهِ . ويجوزُ لِوَليِّ الطِّفْلِ رَهْنُ مالِهِ ، إذا ٱفتقَرَ إلى الإستِدَانَةِ ، معَ مُرَاعَاةِ المَصْلَحَةِ ، كأن يُستَهْدَمَ عَقَارُهُ فيَرُومُ رَمَّهُ ، أو يكونَ لَهُ أموالٌ ، يحتَاجُ إلى الإنفاقِ لحِفظِها من التَّلَفِ أو الإنتقَاصِ ، فَيَرْهَنُ بذلكَ ما يَراهُ من أموالِهِ إذا كان ٱستِبْقاؤها أعوَدَ [2] .

---

(١) لَعَدَمِ المانعِ منهُ ، مع وجودِ المُقتَضِي ؛ فإنَّ التَّوثُّقَ بشيءٍ لِشيءٍ آخرَ ، لايُنَافي التوثُّقَ لِآخَرَ بِهِ ، خصوصًا مع زيادَةِ قيمتِهِ على الأوَّل .
ولايُشْتَرَطُ فسخُ الرَّهْن الأوَّل ، ثم تجديدُهُ لهما ؛ بل ، يضمُّ الثَّاني بعقدٍ جديد .
ويجـوزُ العكسُ أيْضًـا ؛ بأنْ يَرْهَنَ على المالِ الواحدِ رهنًا آخَرَ فصاعِدًا ، وإن كانت قيمةُ الأوَّل تفي بالدَّيْنِ الأوَّل ، لِجَوَازِ عُروض مانعٍ من ٱستيفائِهِ منهُ ، ولِزيادةِ الارتفاق ؛ «المسالك : ٤ / ٣١ ـ ٣٢» .

(٢) ضابطُ جواز الرَّهن : حيثُ تكونُ الإستدانةُ لَهُ ، أوْلى من بيعِ شيءٍ من مالِهِ بحسبِ نظرِ الوليِّ ، ويتوقَّف على الرَّهن .
وكذا يجوزُ ذلك ؛ حيثُ يجوزُ البيعُ ولم يُمكِن .
وحيثُ يجوزُ الرَّهن ، يجبُ كونُهُ في يَدِ أمينٍ ، يجوزُ إيْدَاعُهُ منه .
ولافَرقَ بين الأوْلِيَاء في ذلك ؛ نَبَّه عليهِ في التَّذْكِرة .
وهذا الحُكمُ مِمَّا لاخِلَافَ فيهِ عندنا .
وإنَّما خالَفَ فيهِ بعضُ الشَّافِعِيَّة ؛ فَمَنَعَ من رهنِ مالِهِ مُطْلَقًا ؛ «المسالك : ٤ / ٣٣ ـ ٣٤» .

الخامسُ

في : المُرتَهِنِ

ويُشْتَرَطُ فيهِ : كَمَالُ العَقْل ، وجَوَازُ التَّصَرُّفِ . ويجوزُ لِوَليِّ اليَتيمِ اَخذُ الرَّهْنِ لَهُ . ولايجوزُ اَن يُسْلِفَ مالَهُ ، اِلَّا معَ ظُهورِ الغِبْطَةِ لَهُ [1] ؛ كاَن يبيعَ بِزِيَادَةٍ عن الثَّمَن اِلى اَجلٍ . ولايجوزُ لَهُ اِقرَاضُ مالِهِ ، اِذْ لا غِبْطةَ [2] .

نَعَم ، لو خَشِيَ على المالِ ، مِن غَرَقٍ اَو حَرْقٍ اَو نَهْبٍ وما شاكَلَهُ ؛ جازَ اِقرَاضُهُ واَخْذُ الرَّهْن . ولو تعذَّرَ ، اَقتصَرَ على اِقراضِهِ من الثِّقَةِ غالِبًا [3] .

واِذا شرَطَ المُرْتَهِنُ الوكَالةَ في العَقْدِ ، لِنفسهِ اَو لِغيرِهِ ؛ اَو وَضْعَ الرَّهنِ في يَدِ عَدْلٍ مُعيَّنٍ ، لَزِمَ ، ولم يكن للرَّاهنِ فسخُ الوَكَالةِ ، على تردُّدٍ . وتبطُلُ مع مَوْتِهِ ، دونَ الرِّهَانةِ . ولو ماتَ المُرْتَهِنُ ، لم تنقل اِلى الوارثِ [4] ، اِلَّا اَن

---

(١) اَي : اِلَّا مع مَصْلَحَةِ اليتيم .

(٢) في المسالك : غبطة فيهِ .

(٣) والمُرَادُ بقولِ المُصَنِّف : «من الثقة غالبًا» : الثِّقَة في ظاهرِ الحال ؛ بمعنى : الِاكتفاء بظاهرِ اَمْرِهِ .
ولايُشْتَرَطُ العِلْمُ بذلك ، لِتَعَذُّرِهِ ؛ فَعَبَّرَ عن الظَّاهِرِ بالغالب ، نظرًا اِلى اَنَّ الظَّاهرَ يتحقَّقُ بكونِ الغالبِ على حالِهِ كونه ثقةً ، لا اَنَّ المُرَادَ كونه في اَغلبِ اَحْوَالِهِ ثقةً ، دون القليل من اَحْوَالِهِ ، فاِنَّ ذلك غيرُ كافٍ .
والظَّاهرُ : اَنَّ المُرَادَ بالثِّقة في هذا ونظائرِهِ : العدل ؛ لِاَنَّ ذلك هو المُعْتَبَرُ شرعًا ، مع اَحتمالِ الاكتِفاء بالثِّقة العُرْفِيَّة ؛ فاِنَّها اَعَمُّ من الشَّرعِيَّة ، على ما يظهر الآن من عُرْفِ النَّاس ؛ «المسالك : ٤ / ٣٦» .

(٤) اَي : لم تنتقل الوَكَالَةُ اِلى الوارث ، لِاَنَّهُ ليسَ موضوعًا لَهَا ؛ «التَّوضيحُ : ٢ / ٣٣٦ بتصرُّف» .

يشتَرِطَ [1] . وكذا لو كانَ الوَكِيْلُ غيرَهُ [2] .

ولـو مـاتَ المُرْتَهِنُ ، ولـم يُعلَم الرَّهـنُ ، كانَ كسبيلِ مالِهِ ، حتى يُعلَمَ بعينِهِ [3] .

ويجوزُ للمُرْتَهِنِ ٱبتِيَاعُ الرَّهنِ . والمُرْتَهِنُ اَحَقُّ باستيفاءِ دينِهِ من غيرِهِ من الغُرَمَاء ، سواءٌ كان الرَّاهنُ حيًّا اَو مَيِّتًا ؛ على الاَشهرِ . ولو اَعوَزَ ضَرَبَ مع الغُرَمَاء بالفَاضلِ .

والرَّهنُ اَمانَةٌ في يدهِ لا يضمَنُهُ ولو تَلِفَ [4] . ولا يسقُطُ به شيءٌ من حقِّهِ مالم يَتْلَف بتفريطِهِ . ولو تصرَّفَ فيهِ برُكُوبٍ اَو سُكنى اَو اِجارةٍ ؛ ضَمِنَ، ولزِمَتهُ الأُجرَةُ . واِن كانَ للرَّهْنِ مؤنةٌ كالدَّابَّةِ ، اَنفَقَ عليها وتقاصَّا ؛ وقيلَ : اِذا اَنفَقَ عليها ، كان لَهُ ركُوبُها اَو يَرْجِعُ على الرَّاهنِ بما اَنفَقَ . ويجوزُ للمُرْتَهِنِ اَن يستوفيَ دَيْنَهُ مِمَّا في يدِهِ ، اِن خافَ جُحُودَ الوَارثِ مع ٱعترافِهِ .

اَمَّا لو ٱعترَفَ بالرَّهنِ ، وٱدَّعى دينًا ، لم يُحكَم لَهُ ، وكُلِّفَ البيِّنةَ ، ولَهُ اِحلَافُ الوَارثِ اِن ٱدَّعى عِلْمَهُ [5] .

ولو وطىء المُرْتَهِنُ الاَمَةَ مُكرِهًا ، كان [٨٠ لوحة ب] عليهِ عُشْرُ

---

(١) في المسالك والجواهر : يَشْتَرِطَهُ .

(٢) اَي : وكذا لو كانَ شَرَطَ المُرْتَهِنُ كونَ الوكيلِ غيرَهُ ؛ «التَّوضيح : ٢ / ٣٣٦» .

(٣) المُرَادُ : اَنَّ الرَّهن لم يُعْلَم كونُهُ موجودًا في التَّرِكَةِ ولا معدومًا ، فحينئذٍ يكونُ كَسَبيل مـالِ المُرْتَهِـن ؛ اَي : بِحُكـم مالـهِ ؛ بمعنى : اَنَّـه لا يُحْكم للرَّاهن في التركةِ بشيء ، عمـلًا بظاهـرِ حالـهِ ، من كـون ما تَرَكَـهُ لِوَرَثتِـهِ ، واَصَالَـةِ بَرَاءةِ ذِمَّتِهِ من حَقِّ الرَّاهِنِ ؛ «المسالك : ٤ / ٣٨» .

(٤) في المسالك والجواهر : لو تلف ، بدون «و» .

(٥) وفي النسخ المُتَدَاوَلة : «اِن ٱدَّعى عليهِ العِلْمَ» .

قِيمَتِها اَو نِصْفُ العُشر [1] ؛ وقيلَ : عليهِ مَهرُ اَمثَالها . ولو طَاوعَتهُ ، لم يكن عليه شيءٌ .

وإذا وَضَعَاهُ على يدِ عَدْلٍ ، فَلِلْعَدْلِ رَدُّهُ عليهما ، اَو تسليمُهُ اِلى مَن يرتضيانِهِ . ولا يجوزُ [لهُ] تسليمُهُ مع وجودِهما اِلى الحَاكم ، ولا اِلى اَمينٍ غيرِهِما من غيرِ اِذنِهما . ولو سَلَّمَهُ ضَمِنَ . ولو اَستَتَرا ، اَقبضَهُ الحاكمَ [2] .

ولو كانا غائبين واَرَادَ تسليمَهُ اِلى الحاكمِ ، اَو عَدْلٍ آخرَ ، من غيرِ ضَرُورةٍ ، لم يجُز . ويَضْمَنُ لو سلَّم . وكذا لو كانَ اَحَدُهما غائبًا . واِن كان هناكَ عذرٌ ، سَلَّمَهُ الى الحاكِم . ولو دَفَعَهُ الى غيرِهِ من غيرِ اِذْنِ الحَاكِم ضمِنَ . ولو وَضَعهُ على يَدِ عَدْلين ، لم ينفرِد بهِ اَحدُهما ، ولو اَذِنَ لَهُ الآخر [3] .

ولو باعَ المُرْتَهِنُ الرَّهنَ اَو العدلُ ، ودُفِعَ الثَّمَنُ اِلى المُرْتَهِنِ ، ثم ظَهرَ فيه عَيْبٌ ، لم يكن للمُشْتَرِي الرُّجُوعُ على المُرتَهِن .

اَمَّـا لو اَستُحِقَّ الرَّهْنُ ، اَستَعَادَ المُشْتَرِي الثَّمَنَ منهُ [4] . واِذا ماتَ

---

(١) المُرَادُ : العُشْرُ اِن كانت بِكرًا ؛ ونِصْفُ العُشْر اِن كانت ثَيِّبًا ؛ وقيلَ : مَهْرُ اَمثالِها مُطْلَقًا ، لِاَنَّهُ عِوَضُ الوطي شَرْعًا ...؛ «المسالك : ٤ / ٤٢» .

(٢) اَي : لو اَستَتَرَ الرَّاهِنُ والمُرْتَهِنُ ، لاَجلِ اَن لا يَرُدَّ العَدْلُ الرَّهْنَ عليهما ، في هذهِ الحالةِ يحقُّ للعَدْلِ اَن يُقْبِضَهُ الحاكِمَ ؛ يُنظر : «المسالك : ٤ / ٤٣» .

(٣) لِاَنَّ الرَّاهنَ لم يَرْضَ بأَمَانةِ اَحَدِهما مُنْفَرِدًا ، فلايجوزُ لِاَحَدِهما الاِنْفِرَادُ ، واِنْ اَذِنَ الآخَرُ ؛ «المسالك : ٤ / ٤٤» .

(٤) الفرقُ بين العيب والاِستحقاق : اَنَّ العيبَ لايُبطِلُ البيعَ ؛ واِنَّما يَبْطُلُ بفسخِ المُشتري من حين الفسخ ...

بخلافِ ظُهورِ اَستحقاقِ الرَّهن ؛ فاِنَّهُ يُبْطِلُ البيعَ من اَصلِهِ ؛ فلا يدخُلُ الثَّمَنُ في مِلْك الرَّاهنِ ، ولا يصِحُّ قبضُ المُرْتَهِن لَهُ . =

المُرْتَهِنُ ، كانَ للرَّاهن الاِمتِنَاعُ من تسليمِهِ اِلى الوَارثِ . فاِن اتَّفقَا على اَمينٍ ، واِلَّا سلَّمَهُ الحَاكِمُ اِلى مَن يَرْتَضيهِ .

ولو خانَ العَدْلُ ، نَقلَهُ الحَاكِمُ اِلى اَمينٍ غيرِهِ ، اِن اَختَلَفَ المُرْتَهِنُ والمالِكُ .

السَّادِسُ

في : اللَّوَاحِقِ

وفيهِ مَقَاصِدُ :

الاَوَّلُ ؛ في : اَحكَامٍ مُتَعلِّقَةٍ بالرَّاهنِ

لايجوزُ للرَّاهنِ: التَّصَرُّفُ في الرَّهْنِ باستِخْدَامٍ، ولاسُكنى، ولَا اِجَارةٍ [1].

ولو باعَ اَو وَهَبَ ، وقَفَ على اِجازةِ المُرتَهِن . وفي صحَّةِ العِتْقِ مع الاِجازةِ تردُّدٌ ؛ والوجهُ الجوازُ . وكذا المُرْتَهِنِ [2] . وفي عِتْقِهِ مع اِجَازةِ الرَّاهنِ تردُّدٌ ، والوَجْهُ المنعُ ، لِعَدَمِ المِلْكِ ما لم يَسْبِقِ الاِذنُ [3] .

= وحينئذٍ ، فَيُطَالِبُ بِهِ مَن هو في يدِهِ ، من العَدْلِ والمُرْتَهِن ؛ «المسالك : ٤ / ٤٤» .

(١) لَمَّا كان الرَّهنُ وثيقةً لِدَيْنِ المُرْتَهِن ، اِمَّا في عينهِ ، اَو بدَلِهِ ؛ لم تتمَّ الوثيقةُ اِلَّا بالحَجْرِ على الرَّاهن وقطعِ سَلْطَنَتِهِ ؛ لِيَتَحَرَّكَ اِلى الاَدَاء .

فَمِن ثَمَّ مُنِعَ الرَّاهن من التَّصَرُّفِ في الرَّهنِ ؛ سواءٌ اَزَالَ المِلْكَ كالبيع ، اَم المَنْفَعَةَ كالاِجارةِ، اَم اَنتَقَصَ المرهونَ بِهِ وقَلَّلَ الرَّغْبَةَ فيهِ كالتَّزويج، اَم ...؛ «المسالك: ٤ / ٤٧» .

(٢) عطف على اَوَّلِ المسالَة .

والمُشَبَّهُ بِهِ : عَدَمُ جواز تصرُّف الرَّاهن في الرَّهنِ ، بشيءٍ من الاُمورِ المذكورةِ سابقًا ، لاعلى مسالَةِ العِتق ، لِاَنَّها تأتي ؛ «المسالك : ٤ / ٤٨» .

(٣) اَي : اِذنُ الرَّاهن للمُرْتَهِنِ في العِتق ؛ فاِنَّهُ يَصِحُّ العِتْقُ حينئذٍ ، لِزَوَالِ المانعِ ؛ =

ولو وطىء الرَّاهنُ فأحبَلَها ، صارَت أُمَّ وَلَدِهِ ، ولا يبطُلُ الرَّهنُ .

وهل تُبَاعُ ؟ قيلَ : لا ، مادامَ الوَلَدُ حيًّا ؛ وقيلَ : نعم ، لِأَنَّ حَقَّ المُرْتَهِنِ أَسبَقُ ؛ والأَوَّلُ أَشبَهُ .

ولو وطِأَهاالرَّاهِنُ بإذنِ المُرْتَهِنِ ، لم يخرُج عن الرَّهنِ بالوطءِ . ولو أَذِنَ لَهُ في بيعِها فباعَ ، بطَلَ الرَّهنُ ، ولايجبُ جَعْلُ الثَّمَن رَهنًا . ولو أَذِنَ الرَّاهنُ للمُرْتَهِنِ في البيعِ قبل الأَجلِ ، لم يَجُز للمُرْتَهِنِ التصرُّفُ في الثَّمَن ، إلَّا بعدَ حُلُولِهِ . ولو كانَ بعدَ حُلُولِهِ صَحَّ . وإذا حَلَّ الأَجَلُ ، وتعذَّر الأَدَاءُ ، كان للمُرْتَهِنِ البيعُ إن كانَ وكيلًا ، وإلَّا رَفَعَ أَمرَهُ إلى الحاكمِ ، لِيُلْزِمَهُ بالبَيْعِ . فإن أَمتَنَعَ كانَ لَهُ حَبْسُهُ ، ولَهُ أَن يبيعَ عليهِ [1] .

الثَّاني ؛ في : أَحكَامٍ مُتَعَلِّقَةٍ بالرَّهْنِ

الرَّهنُ لازمٌ من جِهَةِ الرَّاهنِ ، ليسَ لَهُ أَنتِزَاعُهُ ، إلَّا معَ إقباضِ الدَّين ، أَو الإبـراءِ منهُ ، أَو تصريـحِ المُرْتَهنِ بإسقاطِ حَقِّهِ من الإرتهانِ . وبعدَ ذلك ، يبقى [الرَّهنُ] أَمانَةً في يَدِ المُرْتَهِنِ ، لايجبُ [2] تسليمُهُ إلَّا معَ المُطَالَبةِ . ولو شرَطَ إن لم يؤدِّ ، أَن يكونَ الرَّهْنُ مبيعًا ، لم يصِحَّ ، ولو غَصَبَهُ ثم رَهَنَهُ [3]

= «المسالك : ٤ / ٤٩» .

(١) هذا حُكْمُ أَستيفاءِ المُرْتَهِنِ حَقَّهُ من الرَّهن .

وحاصِلُهُ : أَنَّهُ إن كان وكيلًا ، باعَ الرَّهْنَ بنفسهِ مع حُلُولِ الدَّيْن ؛ إمَّا بأَصلِهِ أَو بانقضاء أَجلِهِ ، حتَّى لو كان حالًّا ، فلهُ البيعُ في مجلسِ الرَّهْن ...؛ «المسالك : ٤ / ٥١» .

(٢) في المسالك والجواهر : «و» لايجب .

(٣) الضَّميرُ البارِزُ في «غصبه» و «رهنه» ، يعودُ إلى المالِ المَجْعُولِ رَهْنًا .

وأَمَّا المُسْتَكِنُّ فيهما ، فلا يخلو من خَفَاءٍ . =

صَحَّ ، ولم يَزَلِ الضَّمَانُ [1] . وكذا لو كانَ في يدِهِ ببيعٍ [ورقة ٨١ لوحة أ] فاسدٍ . ولو اَسقَطَ عنهُ الضَّمَانَ ، صَحَّ . وما يحْصُلُ من الرَّهنِ من فائدةٍ ، فهيَ للرَّاهنِ .

ولو حَمَلَتِ الشَّجَرَةُ ، اَو الدَّابَّةُ ، اَو المَمْلُوكةُ بعدَ الاِرتهانِ ، كانَ الحَملُ رَهنًا كالاَصل ؛ على الاَظهرِ .

ولو كانَ في يَدِهِ رَهْنَان ، بدينين مُتَغَايرين ، ثم اَدَّى اَحدَهما ، لم يَجُز اِمساكُ الرَّهنِ الذي يخصُّهُ بالدَّيْنِ الآخَر . وكذا لوكانَ [لَهُ] دينان ، وبأَحدِهما رَهنٌ ، لم يَجُز [لَهُ] اَن يجْعَلَهُ رَهنًا بهما ، ولا اَن يَنْقُلَهُ الى دينٍ مُسْتَأنَفٍ . واِذا رَهَنَ مالَ غيرِهِ بِاِذنِهِ ، ضَمِنُهُ بقيمَتِهِ اِن تَلِفَ اَو تعذَّرَ اِعَادَتُهُ . ولو بيعَ بأَكثرَ مِن ثَمَنِ مثلِهِ ، كانَ لَهُ المُطَالَبَةُ بما بيعَ بِهِ .

واِذا رَهَنَ النَّخْلَ ، لم تدخُلِ الثَّمَرَةُ ، واِن لم تؤبَّر . وكذا اِن رهَنَ الاَرْضَ ، لم يدخـل الزَّرْعُ ولا الشَّجَـرُ ولا النَّخلُ . ولو قالَ : بحُقُوقِها ، دَخَلَ ؛ وفيهِ تـردُّدٌ [2] ، مالم يُصَرِّح . وكذا ما ينبُتُ في الاَرضِ بعدَ رَهنِها ، سواءٌ اَنبَتَهُ اللهُ

= فيُمكِنُ حينئذٍ اَن يكون الفعلان مبنيَّين للمعلوم ، فيعودُ ضمير «غَصَبَ» اِلى فاعلِ الغَصْبِ المدلولِ عليه بالمَقَام ، اكتُفِي بِهِ لِاَمْن اللَبْس .

وضَمير «رَهَنَ» يعودُ اِلى المغصوب منهُ ، المدلولِ عليه بالغصبِ ، لاستِلْزَامِهِ غاصبًا ومغصوبًا منهُ .

وعلى هذا ؛ فيصيرُ ضميرُ «رهنه» البارزُ . اَحَدَ مفعوليهِ ، والثَّاني محذوفٌ ؛ والتَّقديرُ : رَهَنَهُ منهُ ، اَو اِيَّاهُ ، اَو الغاصبَ ، ونحوه ...؛ «المسالك : ٤ / ٥٦ ـ ٥٧» .

(١) مُستَصْحَبًا ؛ والاَوَّلُ اَرجَحُ لِتَغَيُّرِ اليَدِ ؛ «التَّوضيح : ٢ / ٣٤٠» .

(٢) مَنْشأُ التَّرَدُّدِ : مِن تَوَهُّم كونِ الشَّجر من حقوقِ الاَرْض ؛ كما فهمهُ الشَّيخ «رحمه الله» ؛ ومن ظهورِ عَدَمِهِ ، اِذْ لا يُعَدُّ من حقوقِها ، لُغَةً ولاعُرْفًا . =

سبحانَهُ اَو الرَّاهنُ اَو اَجنبيٌّ ، اِذا لم يكن الغَرْسُ من الشَّجَرِ المَرْهُونِ .

وهل يُجبَرُ الرَّاهنُ على اِزَالتِهِ ؟ قيلَ : لا ؛ وقيلَ : نعم ؛ وهو الاَشبهُ . ولو رَهَنَ لُقْطةً مِمَّا يُلقَطُ كالخِيَار ، فاِنْ كانَ الحقُّ يحِلُّ قبلَ تجدُّدِ الثَّانيةِ ، صَحَّ . واِن كانَ مُتاَخِّرًا تاَخُّرًا يلزَمُ منهُ اَختِلَاطُ الرَّهنِ بحيثُ لايتَميَّزُ ؛ قيلَ : يبطُلُ ؛ والوجهُ انَّهُ لا يبطُلُ .

وكذا البَحْثُ ، في رَهن الخَرْطةِ مِمَّا يُخرَطُ ، والجَزَّةِ مِمَّا يُجَزُّ .

واِذا جَنَى المَرْهونُ عمدًا ،تعلَّقَتِ الجِنَايةُ برقبتِهِ ، وكانَ حقُّ المجنِيِّ عليه اَولى [بهِ] . واِن جَنَى خطأً ؛ فاِن اَفتَكَّهُ المولَى بَقِي رَهنًا ؛ واِنْ سَلَّمَهُ كان لِلْمَجنِيِّ [عليهِ] منهُ بِقَدَرِ اَرْشِ الجِنَايةِ ، والباقِيَ رَهْنٌ . واِن اَستَوْعَبَتِ الجِنَايةُ قيمتَهُ ، كان المَجنِيُّ عليهِ اَولى بهِ من المُرْتَهِنِ . ولو جَنَى على مَوْلَاهُ عمدًا ، اُقتُصَّ منهُ ، ولايخرُجُ عن الرِّهانةِ .

ولو كانت الجِنَايَةُ نَفْسًا ، جازَ قتلُهُ . اَمَّا لو كانَتْ خطأً ، لم يكن لِمولَاهُ عليهِ شيءٌ [1] ، وبَقِيَ رهنًا . ولو كانَتِ الجِنَايةُ على مَن يَرِثُهُ المالِكُ ، ثَبتَ للمَالِكِ ما ثبَتَ للمورِّثِ من القِصاصِ ، اَو اَنتزاعهِ في الخطأِ اِن اَستوعبَت الجنايةُ قيمتَهُ ، اَو اِطلاقِ ما قابلَ الجنايةَ اِنْ لم تستوعِب .

ولو اَتلَفَ الرَّهنَ مُتْلِفٌ، اُلزِمَ بقيمَتِهِ، وتكونُ رَهْنًا، ولواَتلَفَهُ المُرْتَهِنُ، لكن لو كان وكيلًا في الاَصلِ، لم يكن وكيلًا في القيمةِ، لِاَنَّ العَقْدَ لم يتناولها [2] .

= والاَصَحُّ : عَدَمُ الدُّخُول ؛ وقد سَبَقَ مثلُهُ في البيع .

نعم ؛ لو قالَ : بجميعِ ما اَشتَمَلَتْ عليه ، اَو نحوه ؛ دَخَلَتْ على الظَّاهِر ؛ «المسالك : ٤ / ٦٣» .

(١) لِاَنَّهُ لا يَمْلِكُ على مَالِهِ مَالًا ؛ «التَّوضيح : ٢ / ٣٤١» .

(٢) الاِتْلَافُ ؛ مُشْعِرٌ بالمُبَاشرةِ ؛ وهو يقتضي الضَّمان . =

ولو رَهَنَ عَصِيرًا ، فصارَ خمرًا ، بَطَلَ الرَّهنُ . فلو عادَ خلًّا ، عادَ إليهِ مِلْكُ الرَّاهن [1] .

ولو رهَنَ من مُسْلمٍ خَمرًا ، لم يَصِحَّ . فلو ٱنقلَبَ في يدِهِ خَلًّا ، فهو لَهُ ؛ على تردُّدٍ . وكذا لو جمَعَ خمرًا مُرَاقًا . وليسَ كذلك لو غَصَب عَصيرًا .

ولو رَهَنهُ بيضةً فأَحضَنَها ، فصارَت [في يدهِ] فَرْخًا ، كان المِلْكُ والرَّهْنُ باقيين . وكذا لو رَهَنَهُ حبًّا فزرَعَهُ . وإذا رهَنَ ٱثنان عبدًا بينَهما بدينٍ عليهما ، كانت حِصَّةُ كُلِّ واحدٍ منهما رَهنًا بدَينهِ . فإذا أدَّاهُ ، صارَت [ورقة ٨١ لوحة ب] حِصَّتُهُ طِلقًا ، وإن بقِيَت حِصَّةُ الآخر [2] .

= والحاصِلُ ؛ أنَّ إتلافَ الرَّهن متى كان على وجهٍ يُوجبُ عوضَه مِثلًا أو قيمةً ؛ سواءٌ كان المُتْلِفُ الرَّاهِنَ أم المُرْتَهِن أم الأجنبيّ ؛ كان العِوَضُ رهنًا .

لكن ، لو كان المُرْتَهِنُ وكيلًا في حفظِ الأصل ، أو في بيعهِ ، بطلت وكالَتُهُ .

والفَرْقُ بين الرَّهنِ والوكالة ، مع ٱشتِراكِهما في التَّعَلُّق إبتداءً بالعين : أنَّ الغَرَضَ من الرَّهن ، الاستيثاق بالعينِ لِيُسْتَوْفى الحَقُّ من قِيمتها ؛ فالقِيمةُ لا تَخْرُجُ عن غَرَضِ الرَّهن.

بخلاف الوكالة ؛ فإنَّها إذْنٌ مَنُوطَةٌ بما عَيَّنَهُ المالك .

والأغْرَاض ؛ تَخْتَلِفُ كثيرًا في حفظِ الأموالِ وبيعها ، باختِلَافِ الأشْخاص ؛ فرُبَّما ٱستَأْمَنَهُ على عَرْضٍ ولا يَسْتَأْمِنُهُ على قِيمَتِهِ . ورُبَّما كان عارفًا بِبَيْعِ مَتَاعٍ بحيثُ لا يُغبَنُ فيه ، وليسَ بعارفٍ بغيرِهِ ؛ «المسالك : ٤ / ٦٨» .

(١) في المسالك والجواهر : عادَ إلى مِلكِ الرَّاهِن .

(٢) هذا عندنا موضعُ وفاق .

ووجهُهُ : أنَّ رهنَ كُلٍّ منهما عند الإطلاق ، يَنْصَرِفُ إلى دَيْنِهِ لا إلى دينِ صاحبهِ ؛ فإنَّ ذلك هو مُقتضى العُرْف .

إلَّا ، أن يُصَرِّحَا بكون كُلٍّ منهما قد رَهَنَ حِصَّتَهُ على دَينهِ ودَين صاحبهِ ؛ فإنَّهُ حينئذٍ =

الثَّالث ؛ في : النِّزاعِ الواقعِ فيهِ

وفيه مسائلُ :

«الأُولى» : إذا رهَنَ مُشَاعًا ، وتَشَاحَّ الشَّريكُ والمُرْتَهِنُ في إمساكِهِ ، إنتَزَعَهُ الحاكمُ وآجَرَهُ إن كانَ لَهُ أُجرَةٌ ، ثم قسَّمها بينهما بموجبِ الشَّرِكَةِ ، وإلَّا أستأمَنَ عليهِ مَن شاءَ ، قَطعًا للمُنَازَعَةِ .

«الثَّانيةُ» : إذا مات المُرْتَهِنُ ، إنتقَلَ حقُّ الرِّهَانةِ الى الوارثِ ؛ فإن أمتنَعَ الرَّاهِنُ من أستئمانِهِ ، كانَ لَهُ ذلك ، فإن اتَّفقا على أمينٍ ، وإلَّا أستأمَنَ عليه الحاكمُ .

«الثَّالثةُ» : إذا فرَّطَ في الرَّهْنِ [وتَلِفَ] ، لَزِمَته قيمَتُهُ يومَ قَبْضِهِ ؛ وقيلَ : يومَ هلاكِهِ ؛ وقيلَ : أعلَا [1] القِيَم . فلو أختَلَفا في القِيْمَةِ ، كان القولُ قولَ الرَّاهنِ ؛ وقيلَ : [القولُ] قولُ المُرْتَهِنِ ؛ وهو الأشبَهُ .

«الرَّابعةُ» : لو أختلَفَا فيما على الرَّهن ، كان القولُ قولَ الراهن [2] ؛ وقيلَ : القولُ قولُ المُرْتَهِنِ ، مالم تَسْتَغْرِقْ دَعْوَاهُ ثَمَنَ الرَّهنِ ؛ والأَوَّلُ أشهرُ .

«الخَامسةُ» : لو أختَلَفا في مَتَاعٍ ؛ فقالَ أحدُهما : هو وديعةٌ ؛ وقالَ المُمْسِكُ : هو رَهْنٌ ؛ فالقولُ قولُ المالكِ ؛ وقيل : قَولُ المُمسِكِ ؛ والأَوَّلُ أشبهُ.

= لا ينفكُّ إلَّا بوفاء الدَّينين ؛ «المسالك : ٤ / ٧١» .

(١) المُتَدَاول اليوم أن تُكتبَ هكذا : «أعْلى» مقصورةً .

هذا ، وقد قالَ الشهيدُ الثَّاني : حُكْمُ المُصَنِّف باعتبارِ قيمتِهِ يوم قبضهِ ؛ مَبْنِيٌّ على أنَّ القِيْمِيَّ يُضْمَنُ بمثلِهِ ... ؛ «المسالك : ٤ / ٧٣» .

(٢) للأصل ، والأخبارِ العامَّة والخاصَّة ؛ «التَّوضيحُ : ٢ / ٣٤٣» .

«السَّادسةُ» : إذا اَذِنَ المُرتَهِـنُ للرَّاهـنِ في البيع ورَجَعَ ، ثم اَختَلَفا ، فقالَ [المُرْتَهِنُ] : رَجَعـتُ قبلَ البيعِ ؛ وقالَ الرَّاهنُ : بعدَهُ ؛ كانَ القَوْلُ قولَ المُرتَهِنِ ، ترجيحًا لِجَانبِ الوَثيقةِ ، إذ الدَّعْوَيَان . مُتَكَافِئتان .

«السَّابعةُ» : إذا اَختَلَفَا فيما يُبَاعُ بِهِ الرَّهْنُ ، بِيعَ بالنَّقْدِ الغالبِ في البلدِ [1] ، ويُجبَرُ المُمْتَنِعُ . ولـو طَلَبَ كـلُّ واحدٍ منهما ، نَقْدًا غيرَ النَّقْدِ الغالِبِ ، وتعاسَرا ، ردَّهما الحاكِمُ الى الغَالبِ ؛ لِاَنَّهُ الذي يقتَضيهِ الاِطلاقُ . ولو كانَ للبَلَدِ نقدَان غالِبان ، بيعَ بأَشبَههما بالحَقِّ .

«الثَّامنةُ» : إذا اَدَّعى رِهَانةَ شيءٍ ، فَانكرَ الرَّاهنُ ، وذكَرَ اَنَّ الرَّهْنَ غيرُهُ ، وليسَ هنـاكَ بَيِّنَةٌ ؛ بَطَلت رِهَانةُ ما يُنْكِرُهُ المُرْتَهِنُ ، وحَلَفَ الرَّاهِنُ على الآخر ، وخَرَجا عن الرَّهنِ .

«التَّاسعةُ» : لو كانَ لَهُ دينان ، اَحدُهُما بِرَهْنٍ ، فدفَعَ اِليهِ مالًا واَختَلَفا [2] ؛ فالقولُ قولُ الدَّافع ، لِاَنَّهُ اَبصَرُ بنيَّتِهِ . وإن اَختلَفا في رَدِّ الرَّهْن، فالقَوْلُ قولُ الرَّاهن مع يمينِه ، إذا لم يكُنْ بيِّنةٌ [3] .

---

(١) المُرَادُ : اَنَّ اَحَدَهما طَلَبَ بيعَهُ بالنَّقْدِ الغَالبِ ، والآخَرَ بغيرِهِ ؛ فإنَّهُ يُبَاعُ بالنَّقْدِ الغالبِ ، لِانصِرَافِ الاِطْلَاق اِليهِ .

وإنَّما فَسَّرنا بذلك ، لِيَحْصُلَ الفرقُ بينها وبين المسالَة الآتية ؛ حيثُ قالَ : «ولو طَلَبَ كُلُّ واحدٍ منهما نقدًا غيرَ النَّقْدِ الغالب ...؛ «المسالك : ٤ / ٧٩» .

(٢) في كونهِ وَفَاءً عن اَيِّ دَيْنٍ ؛ «التوضيح : ٢ / ٣٤٣» .

(٣) لِاَصَالَةِ عَدَمِ الرَّدِّ ، فَيُلْزَمُ المُرتَهِن بالمِثْلِ اَو القيمة ، لابالعين ؛ لِإمكان اَن لايكونَ في يَدِهِ ؛ فَيَلزَمُ تكليفُهُ بمالايُطاق ، اَو تخليدهُ الحَبْس .

والفَرْقُ بين المُرْتَهن والمُسْتَوْدَع ، حيثُ قُبِلَ قولُهُ في الرَّدِّ ؛ اَنَّ المستودَعَ قَبَضَ لِمَصْلَحَةِ المالك ، فهو مُحْسِنٌ مَحْضٌ ، و﴿مَا عَلى اَلمُحْسِنِيْنَ من سَبيلٍ﴾ . =

كتابُ المُفَلَّس

[القَـوْلُ

في : التَّعريف ، والشَّرائط] (١)

[أ ـ]

المُفْلِسُ : هو الفَقيرُ الذي ذَهَب خِيَارُ مالِهِ ، وبَقِيَتْ فلُوسُهُ .

والمُفَلَّسُ : هو الَّذي جُعِلَ مُفَلَّسًا ؛ أي : مُنِعَ مِن التَّصَرُّفِ في أَمْوَالِهِ .

[٢ ـ]

ولا يَتَحَقَّقُ الحَجْرُ عليه إِلَّا بشروطٍ أربعةٍ :

«الأَوَّلُ» : أَن تكونَ دُيُونُهُ ثابتةً عندَ الحاكِمِ .

«الثَّاني» : أَن تكونَ أَموَالُهُ قاصِرَةً عن ديونِهِ ، ويُحْتَسَبُ من جُملَةِ أَموالِهِ مُعَوَّضاتُ الديون (٢) .

= بخـلافِ المُرتَهِن ؛ فإِنَّهُ قَبَضَ لِمَصْلَحَةِ نفسِه ؛ ومثلُهُ : المُستَعِير ، والمُقَارِض ، والوكيل بِجُعْل ؛ «المسالك ٤ / ٨٢» .

هذا ، وفي الجواهر : لم يكن لَهُ بَيِّنةٌ .

عِلْمًا ، بأَنَّ «كانَ» هنا تامَّة ولَيْسَتْ نَاقِصة .

(١) هذا العنوان ، لم يكن من الأَصل المخطوط ؛ وإِنَّما أُضِيْفَ للضَّرورةِ المنهجيَّة .

(٢) لِأَنَّها مِلْكُهُ ؛ وإِنَّما يكونُ لأَهلها الخِيار ، بعدَ الحَجْرِ . ومِن جُمْلَةِ أَمواله مالُهُ في الذِّمَمِ ، ولو مُؤَجَّلًا ، إِلَّا أَن تكونَ ميؤسًا من أَستيفائها ؛ فلا تُعَدُّ مالًا ؛ «التَّوضيحَ : ٢ / ٣٤٤» .

«الثَّالثُ» : اَن تكونَ حَالَّةً [1] .

«الرَّابعُ» : اَن يَلْتَمِسَ الغُرَمَاءُ اَو بعضُهُم الحَجْرَ عليهِ . ولو ظَهَرتْ اَمارَاتُ الفَلَس ، لم يَتَبَرَّع الحاكِمُ بالحَجْر ؛ وكذا لو سألَ هو الحَجْرَ [2] . وإذا حُجِرَ عليهِ ، تعلَّقَ [ورقة ٨٢ لوحة اَ] به مَنْعُ التَّصَرُّفِ ، لِتَعَلُّقِ حَقِّ الغُرَماء ، واَختِصَاصِ كُلِّ غريمٍ بِعَيْنِ مالِهِ ، وقِسْمَةِ اَموالِهِ بين غُرَمَائه .

القَـوْلُ

في : مَنْعِ التَّصَرُّفِ

ويُمنَعُ من التَّصَرُّفِ ، اَحتِيَاطًا للغُرَمَاء ؛ فلو تَصَرَّف [3] ، كان باطِلًا ، سَوَاءٌ كان بِعِوَضٍ ، كالبيعِ والاِجَارةِ ، اَو بغيرِ عِوَضٍ ، كالعِتْق والهِبَةِ . اَمَّا لو اَقَرَّ بدينٍ سابقٍ صَحَّ [4] ، وشارَكَ المُقَرُّ لَهُ الغُرَمَاءَ . وكذا لو اَقرَّ بعينٍ دُفِعَت اِلى المُقَرِّ لَهُ ؛ وفيه تردُّدٌ ، لِتعلُّقِ حَقِّ الغُرَمَاءِ بأَعيانِ مالِهِ . ولو قالَ : هذا المالُ مُضَارَبَةٌ لِغائبٍ ، قيلَ : يُقبَلُ قولُهُ مع يمينهِ [5] ، ويُقَرُّ في يدِهِ . وإن قالَ لِحاضرٍ ، وصَدَّقَهُ ، دُفِعَ اليهِ ، وإن اَكذَبَهُ قُسِّمَ بين الغُرَماءِ . ولو اَشترى بِخِيَارٍ ،

---

(١) فلو كانت مُؤجَّلَةً ، لم يُحْجَر عليهِ ، وإن لم يفِ مالُهُ بها ؛ إذْ ليسَ لهم المُطَالَبَةُ في الحال ؛ ورُبَّما يجد الوفاء عند توجُّه المُطَالَبَة ...؛ «المسالك : ٤ / ٨٧» .

(٢) هذا هو المشهورُ ؛ لِاَنَّ الحَجْرَ عقوبَةٌ ؛ والرُّشدُ والحُرِّيَّةُ يُنافِيانِهِ ، فلا يُصَارُ اِليهِ اِلَّا بدليلٍ صالحٍ ؛ وإنَّما يتحقَّقُ مع اَلتماس الغُرَماء ؛ «المسالك : ٤ / ٨٨» .

(٣) اَيْ : تَصَرَّفَ فيما يُمْنَعُ من التَّصَرُّفِ فيهِ ...؛ «المسالك : ٤ / ٨٩» .

(٤) واَحتَرَزَ بالدَّين السَّابق ، عَمَّا لو اَسْنَدَ الدَّيْنَ اِلى مابعد الحَجْر ؛ فإنَّهُ لا ينفذ في حَقِّ الغُرَماء ، وإنْ صَحَّ الاِقْرارُ في نفسهِ ، كما مَرَّ ...؛ «المسالك : ٤ / ٩٢» .

(٥) لِرَفْعِ التُّهَمَةِ ، ولا بأسَ بهِ ؛ «التَّوضيح : ٢ / ٣٤٥» .

وفُلِّس والخِيَارُ بـاقٍ ، كانَ لَـهُ اِجَـازةُ البيع وفَسْخُـهُ ، لِاَنَّهُ ليسَ بابتداءِ تصـرُّفٍ[1] . ولو كانَ لَهُ حَقٌّ فَقَبَضَ دونَهُ ، كانَ للغُرَماءِ مَنْعُهُ . ولو اَقرَضَهُ اِنسانٌ مالًا بعدَ الحَجْرِ ، اَو باعَهُ بِثَمَنٍ في ذِمَّتِهِ ، لم يُشَارِكِ الغُرَماءَ ، وكانَ ثابتًا في ذِمَّتِهِ . ولو اَتلَفَ مالًا بعدَ الحَجْر ، ضَمِنَ ، وضَرَبَ صاحبُ المالِ معَ الغُرماء . ولو اَقَرَّ بمالٍ مُطلَقًا ، وجَهِلَ السَّبَبَ ، لم يُشَارِكِ المُقَرُّ لَهُ الغُرَمَاءَ ، لِاحتمالِهِ مالا يَسْتَحِقُّ بهِ المُشَارَكةَ . ولا تَحِلُّ الدُّيونُ المؤجَّلَةُ بالحَجْرِ[2] ، وتَحِلُّ بالموتِ .

القَوْلُ

في : اَختِصَاصِ الغَريمِ بعينِ مالِهِ

ومَن وَجَدَ مِنْهم عينَ مالِهِ ، كانَ لَهُ اَخذُها ، ولو لم يكَنْ سِوَاها . ولَهُ اَن يضرِبَ مع الغُرَمَاءِ بدَينِهِ ، سَوَاءٌ كان وفاءٌ[3] اَو لم يكُن ؛ على الاَظهرِ .

اَمَّا المَيِّتُ ، فغُرَمَاؤهُ سَوَاءٌ في التَّرِكَةِ ، اِلَّا اَن يترك نحوًا مِمَّا عليهِ[4] ،

---

(١) قـال الشهيد الثَّاني «ره» : لم يَتَقَدَّم من المُصَنِّف ما يَدُلُّ على اَنَّ التَّصَرُّفَ الممنوعَ منه : هو المُبْتَدأ ، حتَّى يُعلَّلَ بذلك .

ولكن ، قد عُرِفَ مِمَّا هنا : اَنَّهُ يُرِيدُ بالسَّابق المبتدَاَ ؛ وليس بجيِّد ؛ فاِنَّ المُنَاسِبَ دَلالَةُ السَّابق على اللاحق دون العكس ؛ «المسالك : ٤ / ٩٤» .

(٢) على المَديون ، لِاَنَّ الحَجْرَ لا يُسْقِطُهُ عن كَوْنه لَهُ ذِمَّةٌ ، فَتَبْقى الدُّيُونُ المؤجَّلَةُ في ذِمَّتِهِ ، ومالُـهُ الموجـودُ يكـونُ في مُقَابَلَـةِ الحالةِ ، ولِعَدَمِ الدَّليلِ على سُقُوط الاَجَلِ بالحَجْرِ ؛ «التوضيح : ٢ / ٣٤٦» .

(٣) و«كان» هنا تامَّة ؛ اَو بتقدير : «عندَهُ» خَبَرًا للمبتدأ «وفاءٌ» ؛ كما في : جواهر الكلام .

(٤) مُستَنَدُ ذلك صَحيحةُ اَبي وَلَّاد ...

والمُرَادُ بالنَّحوِ هنا : المِثْـلُ ؛ بمعنى : اَن تكـونَ تَرِكَتُهُ ، بقدَرِ ما عليهِ فَصَاعدًا ، بحيثُ =

فيجوزُ حينئذٍ لِصاحِبِ العينِ اَخذُها . وهل الخِيَارُ في ذلكَ على الفورِ ؟ قيلَ : نعم ؛ ولو قيلَ بالتَّرَاخي ، جازَ . ولو وجَدَ بعضَ المَبِيع سليمًا ، اَخذَ الموجودَ بِحِصَّتِهِ من الثَّمَن ، وضرَبَ بالباقي مع الغُرَماء . وكذا اِن وجدَهُ معِيبًا بعَيْبٍ ، قد اَستحقَّ اَرشَهُ ، ضَرَبَ [مع الغُرَماء] بأَرشِ النُّقصانِ [1] .

اَمَّا لو عَابَ بشيءٍ من قِبَلِ اللهِ سبحانَهُ ، اَو جِنايةٍ من المالِك ، كانَ مخيَّرًا بين اَخْذِهِ بالثَّمَنِ وتَرْكِهِ .

ولو حَصَلَ منهُ نَمَاءٌ مُنْفَصِلٌ ، كالوَلَدِ واللَبن ، كان النَّمَاءُ للمُشْتَرِي ، وكانَ لَهُ اَخذُ الاَصْل بالثَّمَن . ولو كان النَّمَاءُ مُتَّصِلًا ، كالسِّمَنِ اَو الطُّولِ ، فزادَت لذلك قيمَتُهُ ؛ قيلَ : لَهُ اَخذُهُ ، لِاَنَّ هذا النَّمَاءَ يتبَعُ الاَصلَ ؛ وفيهِ تردُّدٌ . وكذا لو باعَهُ نخلًا وثمرَتَها قبلَ بُلُوغِها ، وبلَغَت بعدَ التَّفليس .

اَمَّا لو اَشترى حبًّا فَزَرَعَهُ واَحصَدَ ، اَو بيضةً فاَحضَنَها وصارَ منها فَرْخٌ ، لم يكن له اَخذُهُ ، لاَنَّهُ ليسَ عينَ مالِهِ . ولو باعَهُ نخلًا حائلًا فاَطْلَعَ ، واَخذَ [2] النَّخْلَ قبلَ تأبيرِهِ ، لم يتبَعْها الطَّلْعُ [3] .

وكذا لو باعَ اَمَةً حائلًا فَحَمَلَت ، ثم فُلِّسَ واَخذَها البائعُ ، لم يتبَعْها

= لا يحصُلُ على باقي الغُرَماء قصورٌ ؛ وإنَّما عَبَّرَ المُصَنِّفُ بالنحو ، تبعًا للرِّواية ؛ «المسالك : ٤ / ٩٩» .

(١) بأَن تُنْسَبَ قيمةُ النَّاقص إلى الصَّحيحة ؛ ويَضْرِبَ من الثَّمَنِ الَّذي باعَهُ بِهِ بتلكَ النِّسبة ، كما هو مُقْتَضى قاعدَةِ الاَرْش ؛ «الرَّوضة : ٤ / ٢٨» .

(٢) في المسالك والجواهر : اَو اَخَذَ .

(٣) لِاَنَّ الطَّلعَ ثَمَرَةٌ مُتَجَدِّدَةٌ ، في حُكْمِ المُنْفَصِلَة ، فلا تَتبع .

وإنَّما تَبِعَتْ في البيع بِنَصٍّ خاصٍّ فلا يَتَعَدَّى .

ونَبَّهَ بذلك على خِلَافِ الشَّيخ «رحمهُ الله» ؛ حيثُ حَكَمَ بجوازِ اَخْذِ النَّخْلِ مع الطَّلع ؛ وهو اَحَدُ قولي الشَّافِعِيّ ... ؛ «المسالك : ٤ / ١٠٥ ـ ١٠٦» .

الحَمْلُ [1] . ولو باعَ شِقصًا وفُلِّسَ المُشْتَري ، كان للشَّريكِ المُطَالَبَةُ بالشُّفْعَةِ ، ويكونُ البائعُ [ورقة ٨٢ لوحة ب] أُسوَةً مع الغُرَماء في الثَّمَنِ .

ولـو فُلِّسَ المُسْتأجـرُ ، فسخَ المُوجِرُ الاِجَارَةَ [2] ولايجبُ عليهِ اِمضاؤها ، ولو بذَلَ الغُرَمَاءُ الأُجرَةَ .

ولو اَشتَرَى اَرضًا ، فغرَسَ المُشْتَري فيها اَو بَنَى ، ثم فُلِّسَ ، كان صَاحبُ الاَرض اَحقَّ بها ، وليسَ لَهُ اِزَالةُ الغُرُوسِ ولا الاَبْنِيَةِ . وهل لَهُ ذلك مع بَذْلِ الاَرش ؟ قيلَ : نَعم ، والوَجْهُ المنعُ . ثم يُبَاعان ويكونُ لَهُ ما قابلَ الاَرضَ ، واِن اَمْتَنَعَ بقيَتْ لَهُ الاَرضُ ، وبيعَت الغُروسُ والاَبنيةُ مُنفرِدَةً .

ولو اَشتَرَى زيتًا ، فخَلَطَهُ بمثلِهِ ، لم يبطُل حَقُّ البائعِ من العين ؛ وكذا لو خَلَطَهُ بدونِهِ [3] ، لِاَنَّهُ رَضِيَ بدون حَقِّهِ [4] . واِن خَلَطَهُ بما هو اَجوَدُ ، قيلَ : يبطُلُ حَقُّهُ من العين ، ويَضْرِبُ بالقيمةِ مع الغُرَماء .

ولو نسجَ الغَزْلَ ، اَو قَصَّرَ الثَّوبَ ، اَو خَبَزَ الدَّقيقَ ، لم يبطُل حقُّ البائعِ من العَين ، وكان للغُرَماء ما زادَ بالعَمل .

---

(١) بل ، يبقى حتَّى يُولَدَ ، فيأخذُهُ المُشْتَري ؛ «التَّوضيحُ : ٢ / ٣٤٧» .

(٢) إذا اَفلَسَ المُسْتأجر ، ولم يكن قد دَفَعَ الأُجرة ؛ جازَ للمُؤجرِ الفسخُ واَخذُ العين المؤجَرَة ، تنزيلًا للمَنَافعِ منزلةَ الاَعيان ؛ «المسالك : ٤ / ١٠٨» .

هذا ، وفي النسخ المُتَداولة : كان للموجرِ فَسخُ الاجارة ؛ وكذا في المسالك والجواهر .

(٣) اِنَّما لم يبطُل حَقُّ البائعِ بِمَزْجِ المَبِيْع ، لوجودِ عينِ مالِهِ في جُمْلَةِ الموجود .

غايَتُهُ : اَنَّها غيرُ مُتَمَيِّزَةٍ ، وذلك لا يستَلْزِمُ عَدَمها ؛ اِذ لا واسطة بين الموجود والمعدوم .

ويُمْكِنُ التَّوَصُّلُ اِلى حَقِّهِ بالقِسْمَة ؛ لِاَنَّ الزَّيْتَ كُلَّهُ سَوَاء ؛ فيأخُذُ حَقَّهُ بالكَيْلِ اَو الوزن ؛ هذا اِذا خَلَطَهُ بمثلِهِ اَو اَرْدَاَ ؛ «المسالك : ٤ / ١١٢» .

(٤) في النُّسخِ المُتَدَاولة : بما دونَ حَقِّهِ .

ولو صَبَغَ الثوبَ ، كانَ شريكًا للبائعِ بقيمةِ الصِّبْغِ ، إذا لم تنقُصْ قيمةُ الثَّوبِ بهِ . وكذا لو عَمِلَ المُفَلَّسُ فيهِ ، عَمَلًا بنفسِهِ ، كانَ شريكًا [للبائعِ] بقَدْرِ العَمَلِ [1] .

ولو أَسلَمَ في مَتَاعٍ ، ثم فَلَسَ المُسْلَمُ إليهِ ؛ قيلَ : إنْ وجَدَ رأسَ مالِهِ أَخَذَهُ ، وإلَّا ضرَبَ مع الغُرَماءِ بالقِيْمَةِ ؛ وقيلَ : لَهُ الخِيَارُ بين الضَّرْبِ بالثَّمَنِ ، أو بقيمةِ المَتَاعِ ؛ وهو أَقوَى .

ولو أَولَدَ الجَارِيَةَ وفُلِّسَ [2] ، جازَ لِصَاحِبِها انتِزَاعُها وبيعُها . ولو طَالَب بثمنِها ، جازَ بيعُها في ثمنِ رَقَبَتِها ، دونَ ولدِها [3] .

وإذا جُنِيَ عليه خَطَأً ، تعلَّقَ حَقُّ الغُرَماءِ بالدِّيَةِ [4] . وإن كان عَمْدًا ، كان بالخِيَارِ بينَ القِصَاصِ ، وأَخذِ الدِّيَةِ إن بُذِلَت لَهُ . ولا يتعَيَّنُ عليهِ قبولُ الدِّيَةِ ، لِأَنَّها اكتسابٌ ، وهو غيرُ واجبٍ .

نعم ، لو كان لَهُ دارٌ أو دَابَّةٌ ، وجَبَ أن يُؤاجِرَها . وكذا لو كانَ لَهُ مملوكةً ولو كانَتْ أُمَّ وَلَدٍ [5] .

---

(١) إن زَادت بهِ القيمةُ ؛ «التَّوضيحُ : ٢ / ٣٤٨» .

(٢) في النُّسخ المُتَدَاولة : ثُمَّ فُلِّس .

(٣) فهو حُرٌّ على كُلِّ حالٍ ؛ لِأَنَّهُ وُلِدَ من سَيِّدِها ، حالةَ مِلْكِهِ لَها ، فلا سبيلَ لِأَحدٍ عليهِ ؛ «المسالك : ٤ / ١١٧» .

(٤) لِأَنَّها مالُهُ ، وليس لَهُ العَفْوُ ؛ لِأَنَّهُ تصرُّفٌ بالمالِ ؛ «التَّوضيحُ : ٢ / ٣٤٩» .

(٥) مِمَّا يُسْتَثنى للمديون مُطْلَقًا : دارُهُ ودابَّتُهُ ومملوكُهُ المُحْتَاجُ إليهِ منها ؛ وهذهِ الثَّلاثةُ لا تُبَاعُ ولا تُؤاجَرُ .

وما ذكَرَهُ المُصَنِّفُ يُحْمَلُ على أَحَدِ أَمْرين :

إمَّا بأَن تكونَ هذهِ الأَشياء لَهُ ، على وجهٍ لا يُمْكِن بيعُهُ ؛ بأَن تكونَ موقوفةً ، وهي زائدَةٌ =

وإذا شَهِدَ لِلْمُفَلَّسِ شَاهِدٌ بمالٍ ، فإن حَلَفَ ٱستَحقَّ . وإن ٱمتَنَعَ ، هل يَحلف الغُرَماء ؟ قيلَ : لا ، وهو الوَجْهُ ؛ ورُبَّما قيلَ : بالجَوَازِ ، لِأَنَّ في اليَمين إثباتَ حَقٍّ للغُرَمَاء .

وإذا ماتَ المُفلَّس حَلَّ ما عليهِ ، ولا يَحِلُّ مالَهُ [1] ؛ وفيهِ روايةٌ أُخرى مهجُورَةٌ . ويُنْظَرُ المُعْسِرُ ، ولايجوزُ إلزَامُهُ ولا مُؤَاجَرَتُهُ ؛ وفيهِ روايةٌ أُخرى مُطَّرَحَة .

القَـوْلُ

في : قِسْمَةِ مالِهِ

يُستحَبُّ : إحْضَارُ كُلِّ مَتَاعٍ في سُوقهِ ، لِتتوَفَّرَ الرَّغْبَةُ ، وحُضُورُ الغُرَماء تَعَرُّضًا للزِّيادةِ ؛ وأن يبدأ ببيعِ ما يخشَى تَلفَهُ ، وبَعدَهُ بالرَّهنِ ، لانفرادِ المُرْتَهِنِ بهِ ؛ وأن يُعَوَّلَ على مُنادٍ يرتَضِي بهِ الغُرَماءُ والمُفَلَّسُ دَفْعًا للتُّهَمَة؛

= على مايُستَثْنَى .

وإمَّا على مُؤاجَرَتها زمَنَ الحَجر إلى أوَان البيع .

وأمَّا أُمُّ الوَلَد فلا تُبَاعُ مُطْلَقًا ، إذا لم تكن عينَ مالِ أحَدٍ من الغُرَماء ؛ فيُمْكِنُ الحُكمُ بمؤاجَرَتِها ، إذا كانت فاضلةً عن خِدْمَتِهِ .

ولو كانت خِدْمَتُهُ تحصُلُ بها ، فالظَّاهِرُ الاكتِفاءُ بها عن مملوكةٍ أُخْرَى ؛ لِصِدْقِ المَملُوكِيَّةِ عليها ، وإنْ تشبَّثَتْ بالحُرِّيَّة ، فَيُبَاعُ ما سِواها ، مع ٱحتِمَالِ عَدَمِهِ .

وضَمِيْرُ «يُؤاجِرُها» المُسْتَتِرُ ، يعودُ إلى المالكِ ، بدلَالةِ السِّياقِ ؛ ولكن يجب تقييدُهُ بإذْنِ الحاكِم ؛ ويُمْكِنُ أن يعودَ إليهِ ؛ «المسالك : ٤ / ١١٨» .

(١) أمَّا الأوَّل ؛ فَمَوْضِعُ وِفَاقٍ .

وأمَّا الثَّاني ؛ فالمشهورُ بقاؤهُ بحالهِ ؛ لِاَصَالةِ البَقَاء ، وٱنتِفَاء الدَّليل ... ؛ «المسالك : ٤ / ١١٩» .

فإن تعاسَروا عيَّنَ الحاكمُ .

وإذا لم يوجَد مَن يتبرَّعُ بالبَيْعِ ، ولا بُذِلَت الأُجرَةُ من بيتِ المَالِ [1] ؛ وَجَبَ أَخذُها من مَالِ المُفَلَّس ؛ لِأَنَّ البيعَ واجبٌ عليهِ ، ولا يجوزُ تسليمُ مَالِ المُفلَّس إلَّا معَ قَبْضِ الثَّمَن . وإن تعاسَرَا تقابَضَا معًا .

ولو اقتضَتِ المَصْلَحةُ تأخيرَ القِسْمَةِ ؛ قيلَ : يُجعَلُ [ورقة ٨٣ لوحة أ] في ذِمَّةِ مَلِيٍّ إحتياطًا ، وإلَّا جُعِلَ وَدِيْعَةً ، لِأَنَّهُ موضعُ ضَرُوْرَةٍ .

ولا يُجبَرُ المُفَلَّس على : بيعِ دَارِهِ الَّتي يسكُنُها ، ويُبَاعُ منها ما يفضُلُ عن حاجتِهِ . وكذا أَمَتِهِ الَّتي تخدِمُهُ .

ولو باعَ الحاكمُ أو أمينُهُ مالَ المُفَلَّس ،ثم طُلِبَ بزيادةٍ ، لم يُفسَخ العَقْدُ .

ولو الْتَمَسَ من المُشْتَرِي الفَسْخَ ، لم يجب عليهِ الإجابةُ ، لكن تُستَحَبُّ .

ويُجْرِي عليهِ نَفَقَتَهُ ونَفَقَةَ مَن يجبُ عليه نَفَقَتُهُ وكسوَتُهُ ، ويُتْبَعُ في ذلك عادةُ أمثالِهِ [2] ، إلى يومِ قِسْمَةِ مالِهِ ، فيُعطَى هو وعيالُهُ نفقةَ ذلك اليوم .

ولو ماتَ ، قُدِّم كَفَنُهُ [3] على حُقُوقِ الغُرَماء ، ويُقتَصَرُ على الواجبِ منهُ .

مسائلُ ثلاثٌ :

«الأُولى» : إذا قَسَّمَ الحاكمُ مالَ المُفَلَّس ، ثم ظَهَر غريمٌ ، نقَضَها وشارَكَهُم

---

(١) ومعنى قولِهِ : «ولا بُذِلَتْ من بيتِ المال» : أنَّهُ إذا لم يَكُنْ في بيتِ المالِ سِعَةٌ ؛ إمَّا لِعَدَمِهِ ، أو لِلْإحتياجِ إلى صَرْفِهِ إلى ماهو أهَمُّ من ذلك ؛ جازَ أخْذُها من مالِ المُفَلَّس ، لِأَنَّ البيعَ حَقٌّ عليهِ .

وفي القواعد ؛ أطْلَقَ ، أنَّ الأُجْرَةَ على المُفَلَّس .

وما هنا أجْوَد ؛ «المسالك : ٤ / ١٢٢» .

(٢) الظَّاهِرُ أنَّ المُرَادَ بعادَةِ أمْثَالِهِ ، مَن هو في مِثْلِ شَرَفِهِ وَضِعَتِهِ وباقي أوصافه ، بحسبِ ماهو عليهِ الآن ؛ «المسالك : ٤ / ١٢٤» .

(٣) ومؤنَةُ تغسيلِهِ ودَفْنِهِ ؛ «التَّوضيحُ : ٢ / ٣٥٠» .

الغَرِيمُ .

«الثَّانيةُ» : إذا كانَ عليهِ دُيُونٌ حَالَّةٌ ومُؤَجَّلَةٌ ، قُسِّمَتْ أموالُهُ في الحَالَّةِ خاصَّةً [1] .

«الثَّالثةُ» : إذا جَنَى عبدُ المُفَلَّسِ ، كانَ المَجْنِيُّ عليهِ أَوْلَى بِهِ [2] ؛ ولو أَرَادَ مَوْلَاهُ فَكَّهُ ، كانَ لِلْغُرَماء منعُهُ .

ويلحقُ بذلك : النَّظَرُ في حَبْسِهِ

لايجوزُ حَبْسُ المُعْسِرِ ، مع ظُهورِ إعسارِهِ [3] .

---

(١) أي : مُؤجَّلة عند القسمة ؛ فإنَّهُ لايُقَسَّمُ عليها .

أمَّا لوكانت مُؤجَّلَةً عند الحَجْر ، وحَلَّت عند القِسْمة ، شاركَتْ ، وإنْ كان الحجرُ في ابتدائهِ لِأَجْلِ الحالَّة .

ولو حَلَّ بعدَ قِسْمةِ البعض ، شاركَ في الباقي ؛ وضَرَبَ بجميعِ المال ، وضَرَبَ باقي الغُرَماء ببقيَّةِ دُيُونهم ؛ «المسالك : ٤ / ١٢٦» .

(٢) قالَ الشَّهيد الثَّاني : قد تَقَدَّمَ أنَّ المَجْنِيَّ عليه ؛ أَحَقُّ بالعَبْدِ الجاني ، من الغُرَماءِ ومن المُرْتَهِن ؛ لِانْحِصَارِ حَقِّهِ في العين بخلافِهِم ... ؛ «المسالك : ٤ / ١٢٧» .

(٣) قال الشَّهيدُ الثَّاني : عَدَلَ عن الضَّميرِ المذكورِ في العنوانِ ، العائدِ إلى المُفَلَّس ؛ إلى الاسم الظَّاهر ـ وهو الغَرِيم ـ ؛ للتَّنْبِيهِ على أنَّ هذا الحُكْمَ لايختَصُّ بالمُفَلَّس ؛ بل ، يأتي في المديون المُعْسِر .

وإنَّما يَحْسُنُ العُدُولُ ، لو اشتَرَطنا في صِدْقِ التَّفليس الحَجْر ؛ وإلَّا ، فالمديونُ المُعْسِرُ مُفَلَّسٌ أيضًا ؛ «المسالك : ٤ / ١٢٧» ؛ ويُنظر : «الجواهر : ٢٥ / ٣٥٢» .

وأقولُ : في مَتْن المسالك وَرَدَتِ العِبَارَةُ : «لايجوزُ حَبْسُ المُعْسِر ...» .

ونفسُها نُقِلَتْ في هامشِهِ هكذا : «لايجوزُ حَبْسُ الغريم ...» .

والصحيحُ بالنِّسْبَةِ لِنَصِّ المُحَقِّقِ : هو أَحَدُهما لاغير .

ويثبُتُ ذلك بموافقةِ الغَريم ، اَو قِيامِ البَيِّنَةِ . فإن تناكَرَا [1] ، وكان لَهُ مالٌ ظاهرٌ ، أُمِرَ بالتَّسليم . فإن اَمتَنَعَ ، فالحاكمُ بالخِيَارِ بين حَبْسِهِ حتى يُوفِّي ، وبيعِ اَموالِهِ وقِسْمَتِها بين غُرَمَائِهِ .

وإن لم يكن لَهُ مالٌ ظاهرٌ ، وادَّعَى الإعسارَ ، فإن وَجَدَ البيِّنَةَ قَضَى بها . وإن عُدِمَها ، وكان لَهُ اَصلُ مالٍ ، اَو كان اَصلُ الدعوى مالًا [2] ، حُبِسَ حتَّى يثبُتَ إعسَارُهُ .

وإذا شَهِدَتِ البيِّنَةُ ، بتَلَفِ اَموالِهِ ، قُضِيَ بها ، ولم يُكَلَّف اليَمِينَ ، ولو لم تكن البيِّنَةُ مُطَّلِعَةً على باطنِ اَمرِهِ .

اَمَّا لو شَهِدَت ، بالإعْسَارِ مُطلَقًا ، لم تُقبَل حتى تكونَ مُطَّلِعَةً على اُمورِهِ بالصُّحْبَةِ المؤكَّدةِ [3] ، وللغُرَماء إحْلَافُهُ دفعًا للاحتِمالِ الخَفِيِّ .

---

(١) اَي : لو تناكَرَ الغريمُ والمديونُ في الإعسار ؛ بأَن ادَّعاهُ المديون ، واَنكَرَهُ الغَريم ...؛ «المسالك : ٤ / ١٢٨» .

(٢) اَي : اَو كان اَصلُ الدَّعوى ، الثابتة شرعًا ، مالًا ؛ «التَّوضيحُ : ٢ / ٣٥١» .

(٣) إذا شَهِدَتِ البيِّنةُ للمديون بالإعْسَار ؛ فإمَّا اَن يكون مستَنَدُ شهادتها ، علمَها بِتَلَفِ مالِهِ ، اَو إطِّلاعَها على حالِهِ .

فإن كانَ الاَوَّل ؛ بأَنْ شَهِدَ الشَّاهِدان على تَلَفِ اَمواله ، قُبِلَتْ ، وإنْ لم تكن مُطَّلِعَةً على باطنِ اَمرِهِ .

لِاَنَّ الشهادة بذلك على الإثباتِ المَحْض ، وبثبوتِ تَلَفِ مالِهِ يحصُلُ الغَرَضُ من فقرِهِ .

وإنْ شَهِدَتْ بإعسارِهِ مُطْلَقًا ؛ اَي : من غيرِ تَعَرُّضٍ لِتَلَفِ اَموالِهِ ؛ فلابُدَّ في ذلك من كونِ الشَّاهدين لهما صحبةٌ مؤكَّدةٌ مع المَشْهودِ له ، ومُعَاشَرَةٌ كثيرةٌ بحيثُ يطَّلِعَان بها على باطنِ اَمْرِهِ غالبًا ، فإنَّ الاَموالَ قد تَخْفَى ، ولا يُعْرَفُ تفصيلُها إلَّا بأَمْثالِ ذلك ... ؛ «المسالك : ٤ / ١٢٩ ـ ١٣٠» .

وإن لم يُعلَم لَهُ أَصلُ مالٍ، وادَّعى الإعْسَارَ، قُبِلَت دعواهُ؛ ولا يُكلَّفُ البيِّنةَ، وللغُرَمَاءِ مُطَالَبَتُهُ باليَمينِ . وإذا قُسِّم المالُ بين الغُرَماء ، وجَبَ إطْلَاقُـهُ [1] .

وهل يزولُ الحَجْرُ عنهُ بمُجَرَّدِ الأَدَاءِ [2] ، أَم يفتقرُ إلى حُكمِ الحاكِم ؟ الأَوْلَى أَنَّهُ يزولُ بالأَدَاء ، لِزَوَالِ سببهِ .

---

(١) أَي : إطلَاقُهُ مَن الحبس إن كانَ محبوسًا ؛ ولا يختَصُّ ذلك بالمُفَلَّس ، كأكثرِ الأَحكامِ السَّابقـة .

وأَمَّا إطلاقُ المَحْجـور من الحَجْرِ ؛ بمعنى : فَكِّ حَجْرِهِ ، فسيأتي الكَلَامُ فيهِ ؛ «المسالك : ٤ / ١٣٤» .

(٢) ضميرُ «عنهُ» ؛ يعودُ إلى المُفَلَّس المَحْجُور عليهِ .

وفيهِ تشويشٌ للضَّمائر، كما قد عَرَفْتَ .

والأَوْلَى ؛ أَن لا يعودَ الضَّميرُ إلى المُحَدَّث عنهُ سابقًا ؛ بل ، إلى المُفَلَّسِ المدلولِ عليه بالمَقَام ، المعقودِ لَهُ الباب؛ فإنَّ دخولَ غيرِهِ بالعَرَض .

وما رَجَّحَهُ المُصَنِّفُ هو الأَقوى ؛ لِأَنَّ الحَجْرَ عليهِ ، إنَّما كانَ لِحَقِّ الغُرَماء ، لِيَقْتَسِمُوا أَمْوَالَهُ الموجودةَ ، وقد حَصَلَ .

ووجهُ توقُّفِهِ على حُكْمِ الحاكم : أَنَّهُ لم يَثْبُتْ إلَّا بإثباتهِ ، فلا يُرْفَعُ إلَّا برفعهِ كالسَّفيْهِ ؛ ولِأَنَّهُ حَجْرٌ يحتاجُ إلى نَظَرٍ واجتهادٍ ، كَحَجْرِ السَّفيهِ .

والمُلَازَمَةُ ممنوعَةٌ ؛ لِمَا بيَّنَّاهُ من زوالِ المعنَى المُقتَضِي لَهُ ، بِخلَافِ السَّفيهِ ، فإنَّهُ لا يُعْلَمُ زَوَالُهُ إلَّا بالاختبارِ المُسْتَنِدِ إلى الحاكم .

هذا كُلُّهُ ، مع اعترافِ الغُرَماء بأَنَّهُ لا مالَ لَهُ سواه ، أَو عدم تعرُّضهم أَو بعضهم لِغَيْرِهِ .

فلـو ادَّعـوا أَو بعضَهـم عليهِ مالًا آخَرَ ، ففيهِ التَّفصيلُ السَّابقُ ، واللهُ المُوَفِّق ؛ «المسالك : ٤ / ١٣٤ ـ ١٣٥» .

هذا ، وعبارة : «... بالاختيار المستند ...» ؛ هي خطأٌ مطبعيٌّ ؛ صحيحُهُ : «... بالاختبار المُسْتَنِد ...» .

كِتَابُ الحَجْرِ

الحَجْرُ : هو : المَنْعُ .

والمَحْجُورُ شَرعًا هو : المَمْنُوعُ من التَّصرُّفِ في مالِهِ .

والنَّظَرُ في هذا البابِ ؛ يستدعي فَصْلَين :

الأَوَّلُ

في : مُوجباتِهِ

وهي ستَّةٌ [1]: الصِّغَرُ، والجُنُونُ ، والرِّقُّ ، والمَرَضُ [2] ، والفَلَسُ ، والسَّفَهُ .

أَمَّا الصَّغِيْرُ :

فمحجورٌ عليهِ ، مالَم يحصُلْ لَهُ وَصْفَان : البُلُوغُ ، والرُّشدُ .

---

(١) حَصْرُ أَسبابِهِ في السِّتَّةِ المذكورةِ ، جَعْلِيٌّ ؛ لا أَستِقْرَائيٌّ ، ولا ماسواه .
وقد جَرَتْ عادَةُ الفُقَهَاء بالبَحْثِ عن هذهِ السِّتَّةِ ، وعُقِدَ البابُ لها .
وبَقِي أَقسامٌ كَثِيْرَةٌ سواها ، يتناوَلُها التَّعريفُ ، ولا تُذكَرُ هنا ؛ كالحَجْر على الرَّاهِن ، وعلى المُشْتَرِي فيما أَشْتَرَاه قبلَ دَفْعِ الثَّمَن ، وعلى البائعِ في الثَّمَنِ المُعَيَّن ، وعلى المُكَاتَب في كَسْبِهِ لِغَيْرِ الأَدَاءِ والنَّفَقَة ، وعلى المُرتَدِّ الَّذي يسوغُ عودُهُ ؛ وغير ذلك مِمَّا هو مذكورٌ في تَضَاعيفِ الفقه ؛ «المسالك : ٤ / ١٤٠ ـ ١٤١» .

(٢) المتَّصِلُ بالمَوْتِ ؛ «الرَّوضة : ٤ / ١٠١» .

[الوَصْفُ الأَوَّلُ : البُلُوغُ]

ويُعلَمُ بُلُوغُهُ : بإنباتِ الشَّعرِ الخَشِنِ على العَانَةِ [1] ، سَوَاءٌ كان مُسلِمًا أو مُشْرِكًا .

وخُرُوجِ المَنِيِّ ؛ الَّذي يكونُ منهُ الولَدُ [2] ، من المَوْضِعِ المُعتَادِ ، كيفَ كان [3] . ويَشْترِكُ في هذين [4] : الذُّكورُ ، والإنَاثُ .

وبالسِّنِّ : [ورقة ٨٣ لوحة ب] وهو بلوغُ خمسَ عَشْرَةَ سنةً للذَّكَرِ ؛ وفي أُخرى [5] : إذا بلغَ عَشرًا وكانَ بَصيرًا ، أو بلغَ خَمسَةَ أشبارٍ . جازَت وصيَّتُهُ ، وأقتُصَّ منهُ ، وأُقيمَت عليه الحدودُ الكاملةُ .

والأُنثى بِتِسْعٍ .

أمَّا الحَمْلُ والحَيْضُ ، فليسَا بُلُوغًا في حَقِّ النِّساءِ ؛ بل ، قد يكونان دَلِيْلًا على سَبْقِ البُلُوغِ [6] .

---

(١) إحْتَرَزَ بالخَشِنِ : عن الشَّعر الضَّعيف ؛ الَّذي يَنْبُتُ قَبْلَ الخَشِن ، ثم يزولُ ؛ ويُعَبَّرُ عنهُ بـ : «الزَّغَـب» .

وبشعر العَانة : عن غيرِهِ ؛ كشَعْرِ الإبط والشَّاربِ واللِحية ؛ فلا عِبْرَةَ بها عندَنـا ... ؛ «المسالك : ٤ / ١٤١» .

(٢) وظاهرُ العبارةِ ؛ أنَّ المَنِيَّ يَنْقَسِمُ قسمين : مايكونُ منهُ الولَدُ ، ومالا يكون ؛ وأنَّ البلوغَ لا يتحقَّقُ إلَّا بالأوَّل ... ؛ «المسالك : ٤ / ١٤٢» .

(٣) بيَقْظَةٍ أو نَوْمٍ ؛ «التَّوضِيحُ : ٢ / ٢٥٢» .

(٤) المذكورين من علائم البُلُوغ .

(٥) أي : في روايةٍ أُخْرَى .

(٦) ومعنى دلالتهما على سبقِهِ : أنَّهما إذا وَقَعا ، يُحْكَمُ ببلُوغِ المَرْأَةِ قبلهما ؛ فلو أوْقَعَتْ عقدًا قبلهما بلا فصلٍ ، يُحْكَمُ بصحَّتِهِ ؛ «المسالك : ٤ / ١٤٧» .

تفريـعٌ

الخُنثَى المُشكِلُ ، إن خرَجَ مَنِيُّهُ من الفَرجَين ، حُكِمَ ببلُوغِهِ . وإن خرَجَ من أحدِهِما لـم يُحكَم بهِ . ولو حاضَ من فَرْجِ الإناثِ وأمنَى مِن فَرجِ الذُّكـورِ ، حُكِمَ ببلُوغِهِ .

الوَصْفُ الثاني : الرُّشدُ

وهو أن يكونَ مُصْلِحًا لِمَالِهِ [1] . وهل تُعتَبَرُ العَدَالَةُ ؟ فيه تردُّدٌ .

وإذا لم يجتَمِع الوصفان كانَ الحَجْرُ باقيًا . وكذا لو لم يحصُلِ الرُّشْدُ ، ولو طَعَنَ في السِّنِّ .

ويُعلَمُ رُشدُهُ : باختبارِهِ بما يُلائِمُهُ من التَّصَرُّفاتِ ، لِيُعلَمَ قُوَّتُهُ على المُكَايَسَةِ في المبايعاتِ ، وتحفُّظُهُ من الإنْخِدَاعِ .

وكذا تُختَبَرُ الصَّبِيَّةُ ؛ ورُشدُها ، أن تَتَحَفَّظَ من التَّبْذير ، وأن تَعْتَنِيَ

---

(١) ليس مُطْلَقُ الإصلاح مُوجِبًا للرُّشد .

بل ، الحَقُّ : أنَّ الرُّشْدَ مَلَكَةٌ نفسانِيَّةٌ تقتضي إصلاحَ المالِ ، وتَمْنَعُ من إفسادِهِ وصَرْفِهِ في غَيْرِ الوجوه اللائقةِ بأفْعَالِ العُقَلاء .

وأحْتَرَزنا بـ : «المَلَكة» ؛ عن مُطْلَقِ الكيفيَّةِ ؛ فإنَّها لَيْسَتْ كافِيَةً ؛ بل ، لابُدَّ فيها من أن تَصِيْرَ مَلَكَةً يعسُرُ زَوَالُها .

وبـ : «إقتضائها إصلاحَ المال» ؛ عَمَّا لوكانَ غيرَ مُفْسِدٍ لَهُ ؛ لكن لا رَغْبَةَ لَهُ في إصْلاحِهِ ، على الوجهِ المُعْتَبَرِ عند العُقَلاء ؛ فإنَّ ذلك غيرُ كافٍ في تحقُّقِ الرُّشد ؛ ومِن ثَمَّ يُختَبَرُ باعتِنائِهِ بالأعمالِ اللائقةِ بحالِهِ ، كما سيأتي .

وبـ : «منعـهِ من إفْسـادِهِ» ؛ عَمَّـا لـو كـانَ لَـهُ مَلَكـةُ الاصـلاحِ والعَمَـلِ وجمعِ المالِ ، ولكـن يُنْفِقُـهُ بعد ذلك في غيـر الوجـهِ اللائـقِ بحالـهِ ؛ فإنَّـهُ لايكونُ رشيدًا أيْضًا ؛ «المسالك : ٤ / ١٤٨» .

بالإستغزال مَثَلًا والإستِنْسَاجِ [1] ، إن كانَتْ من أهلِ ذلك ، أو بما يُضاهِيهِ من الحَرَكاتِ المُنَاسِبَةِ لَها.

ويثبُتُ الرُّشدُ بِشَهَادَةِ الرِّجالِ في الرِّجالِ [2] ، وبِشَهَادةِ الرِّجال والنِّساءِ في النِّساء ، دَفْعًا لِمَشَقَّةِ الإقتِصارِ [3] .

وأمَّا السَّفِيْهُ :

فهو الَّذي يَصْرِفُ أموالَهُ في غيرِ الأغراضِ الصَّحيحةِ [4] . فلو باعَ والحَالُ هـذِهِ ، لم يمضِ بيعُهُ . وكذا لو وَهَب أو أقَرَّ بمالٍ .

نعم ، يَصِحُّ طَلَاقُهُ ، وظِهَارُهُ ، وخُلْعُهُ ، وإقرَارُهُ بالنَّسَبِ ، وبما يُوجِبُ القِصَاصَ [5] ، إذ المُقْتَضِي لِلحَجْرِ صِيَانَةُ المالِ عن الإتلافِ . ولا يجوزُ تسليمُ عِوَض الخُلعِ إليهِ .

---

(١) وإنَّما تُخْتَبَرُ بما يُلَائم عادَةَ أمثالِها من الأعمال ؛ كالغَزْلِ والخِيَاطَةِ ، وشِراءِ آلاتهما المُعْتَادَةِ لأمثالها بغيرِ غَبْن ، وحِفْظِ مالٍ يَتَحَصَّلُ في يدِها من ذلك ، وحفظِ ماتَليهِ مِن آلاتِ البَيْتِ وأسْبَابِهِ ...؛ «المسالك : ٤ / ١٥١» .

(٢) والمعتَبَرُ في شَهَادةِ الرِّجَالِ : اثنان ؛ وفي النِّسَاءِ : أرْبَعٌ ؛ «الرَّوضة : ٤ / ١٠٤» .

(٣) لِأنَّ رُشْدَ المَرْأة ، مِمَّا لا يَطَّلِعُ عليهِ الرِّجَالُ غَالِبًا ؛ فلو اقتَصَرْنا في ثُبُوتِ رُشْدِهِنَّ على شَهَادة الرِّجالِ ، لَزِمَ الحَرَجُ والضِّيْقُ ؛ وإليه أشَارَ بقولِهِ : «دفعًا لِمَشَقَّةِ الإقتِصَارِ» ؛ «المسالك : ٤ / ١٥١» .

(٤) والمُرَادُ بـ : «غيرِ الأغراض الصَّحيحة» : مالا يُلَائِمُ تَصَرُّفاتِ العُقَلَاء غالِبًا ؛ كـ : تضييعِ المال ، واحتمال الغبْن الفاحِش في المُعَامَلَات ، والإنْفاقِ في المُحَرَّمات ، وصَرْفِ المالِ في الأطعمةِ النَّفيسَةِ الَّتي لا تليقُ بحالِهِ ، بحسب وقتِهِ وبَلَدِهِ وشَرَفِهِ وضِعَتِهِ .

ومِثْلُهُ : شِرَاءُ الأمْتِعَةِ الفاخِرَة ، واللباس كذلك ، ونحوه ؛ «المسالك : ٤ / ١٥٢» .

(٥) لِأنَّهُ لا يَتَضَمَّنُ إخراجَ مَالٍ .

ولو وَكَّلَهُ اَجنَبِيٌّ في بيعٍ اَو هِبَةٍ ، جازَ ؛ لِاَنَّ السَّفَهَ لم يَسْلِبهُ اَهليَّةَ التَّصَرُّفِ . ولو اَذِنَ لَهُ الوَلِيُّ في النِّكاحِ ، جازَ . ولو باعَ فاَجازَ الوليُّ ؛ فالوَجْهُ الجَوَازُ ، للاَمنِ من الِانخداعِ .

والمَمْلُوكُ :

ممنوعٌ من التَّصَرُّفَاتِ اِلَّا بإذنِ المَوْلى [1] .

والمريضُ :

ممنوعٌ من الوَصِيَّةِ ، بِمَا زَادَ عن الثُّلْثِ اِجماعًا ، مالم يُجِز الوَرَثَةُ .

وفي مَنْعِهِ من التبرُّعَاتِ المُنَجَّزَةِ ، الزَّائدةِ عن الثُّلثِ ؛ خِلَافٌ بيننَا [2] ؛ والوَجْهُ المَنْعُ .

الفَصْلُ الثَّاني

في : اَحْكَام الحَجْر

وفيه مسائلُ :

«الأُولى» : لا يثبت حَجْرُ المُفلَّس ، اِلَّا بِحُكْم الحَاكمِ . وهل يثبتُ في

---

(١) لافَرْقَ في المَنْعِ من تَصَرُّفِهِ بدونِ اِذْنِهِ ، بين اَن نَقُولَ بِمِلْكِهِ وعَدَمِهِ . ويُستَثْنَى من المَنْعِ من تَصَرُّفِهِ طَلَاقُهُ ؛ فيجوزُ بدونِ اِذْنِ مولاه ؛ بل وإنْ كَرِه ؛ لِاَنَّ الطَّلَاقَ بِيَدِ مَن اَخَذَ بالسَّاق ...؛ «المسالك : ٤ / ١٥٥» .

(٢) اِحْتَرَزَ بـ «التَّبَرُّعات» : عن المُعَاوَضَات في مَرَضِ الموتِ ، كالبيع ؛ فإنَّهُ يَصِحُّ إذا وَقَعَ بِثَمَنِ المِثْل ؛ ولو اَشْتَمَلَ على مُحَاباةٍ ، فهي من جُمْلَةِ التَّبَرُّعات .

و«المُنَجَّزَةُ» : المُعَجَّلَةُ في حالِ الحَيَاةِ ؛ كـ : الهِبَةِ ، والعِتْقِ ، والمُحَاباةِ في الثَّمن ، وتَزْويجِ المَرْاَةِ نفسها بدونِ مَهْرِ المِثْلِ ، واِجَارَةِ نفسهِ كذلك ؛ «المسالك : ٤ / ١٥٦» .

السَّفيهِ بظهورِ سَفَهِهِ ؟ فيهِ تَرَدُّدٌ ؛ والوجهُ أَنَّهُ لا يثبُتُ . وكذا لا يَزُولُ إِلَّا بِحُكمِهِ .

«الثَّانيةُ» : إِذا حُجِرَ عليهِ ، فبايعهُ إِنسانٌ ؛ كان البيعُ باطِلًا . فان كان المبيعُ موجودًا ، ٱستَعَادَهُ البائعُ . وإِن تَلِفَ ، وقَبَضَهُ باذنِ صاحبِهِ ، كان تالفًا ، وإِن فُكَّ حَجْرُهُ. ولو أَودَعَهُ وديعةً ، فأَتلَفَها ؛ ففيهِ تردُّدٌ ، والوجهُ أَنَّهُ لا يَضْمَنُ [1] .

«الثَّالثةُ» : لو فُكَّ حَجْرُهُ ، ثم عادَ مُبَذِّرًا ، حُجِرَ عليهِ . ولو زالَ ، فُكَّ حَجْرُهُ . ولو عادَ ، عادَ الحَجْرُ ، هكذا دائمًا [2] .

«الرَّابعةُ» : الوِلايةُ [ورقة ٨٤ لوحة أ] في مالِ الطِّفْلِ والمَجْنُونِ ، للأَبِ والجدِّ للأَبِ .

فان لم يكونا ، فللوَصِيِّ ، فان لم يكن ، فَلِلْحَاكِمِ . أَمَّا السَّفيهُ والمُفَلَّس ؛

---

(١) وجهُ عَدَمِ الضَّمَانِ: تفريطُ المُودِع بإِعطائهِ ؛ وقد نَهَى اللهُ تَعَالى عنهُ بقولهِ : ﴿ولا تُؤتوا السُّفَهَاء أَموالَكم﴾ ؛ فيكونُ بِمَنْزِلَةِ مَن أَلْقى مالَهُ في البَحْرِ ...؛ «المسالك : ٤ / ١٦٠» ؛ وسورة النِّساء : آية ٥ .

(٢) لَمَّا كانَ السَّفَهُ عِلَّةَ الحُكمِ بالحَجْر ، إِمَّا بنفسهِ أَو بحُكْمِ الحاكمِ على مامَرَّ ؛ كان وجودُ العِلَّةِ يقتضي وجودَ المعلولِ ، ورفعُها رَفْعَهُ ، مِن غَيْرِ فَرْقٍ بين المَرَّةِ والمَرَّات ؛ وهذا مِمَّا لا خِلَافَ فيه .

نعم ، في خُصوصيَّةِ ذِكْرِهِ فائدةٌ أُخرى ؛ وهي أَنَّ عِلَّةَ الحَجْرِ أَوَّلًا ، لِما قِيلَ إِنَّها مُرَكَّبَةٌ من السَّفَهِ والفِسْقِ ، فلا يزولُ الحَجْرُ إِلَّا برفعهما مَعًا ، بالرُّشدِ والعَدَالةِ ، على ذلك القول .

وأَمَّا بعد ٱرتفاعهما ، فلا تبقى العلَّةُ للحَجْرِ إِلَّا التَّبذير خاصَّة ؛ فعودُهُ يُعِيْدُ الحَجْرَ ، وٱرتفاعُهُ يرفَعُهُ ، من غَيْرِ ٱعتِبَارِ العَدَالةِ هنا ، على القولين كما حقَّقناهُ سابقًا .

فلذلك ، أَطْلَقَ المُصَنِّفُ : أَنَّ مُجَرَّدَ عودِ التَّبذيرِ يُوجِبُ الحَجْرَ ، ومُجَرَّدَ رفعِهِ يرفَعُهُ ؛ وهكذا ... ؛ «المسالك : ٤ / ١٦١» .

هذا ، والَّذي في المسالك والجواهر : «و» هكذا دائمًا .

فالولايةُ في مالِهما للحاكم لا غير [1] .

«الخَامِسَةُ» : إذا أَحرَمَ بحجَّةٍ واجبةٍ ، لم يُمْنَعْ مِمَّا يُحْتَاجُ اليهِ ، في الإتيانِ بالفَرْضِ . وإن أَحرَمَ تطوُّعًا ، فإن أستوَت نفقَتُهُ سَفَرًا وحَضَرًا ، لم يُمْنَع . وكذا إن أَمكَنهُ تَكَسُّب مايَحْتَاجُ إليهِ . ولو لم يكن كذلك ، حَلَّلَهُ الولِيُّ .

«السَّادسةُ» : إذا حلَفَ ، أنْعَقدَت يمينُهُ . ولو حَنَثَ كَفَّرَ بالصَّومِ ؛ وفيه تردُّدٌ.

«السَّابعةُ» : لو وجبَ لَهُ القِصَاصُ ، جازَ أن يعفوَ . ولو وجَبَ لهُ ديةٌ ، لم يَجُز .

«الثَّامنةُ» : يُختَبَرُ الصَّبِيُّ قبلَ بُلُوغهِ [2] . وهل يصِحُّ بيعُهُ ؟ الأَشبَهُ أَنَّهُ لايصِحُّ .

---

(١) أَمَّا المُفَلَّسُ فظاهِرٌ .

وأَمَّا السَّفيهُ ؛ فإطلاقُ المُصَنِّف يشمُلُ : مَن تجدَّدَ سَفَهُهُ بعد الرُّشد ، ومَن بَلَغَ سفيهًا ؛ وهو أَشْهَرُ القولين في المَسْأَلة ؛ «المسالك : ٤ / ١٦٢» .

(٢) قد تَقَدَّم أَنَّ الرُّشْدَ لايتحقَّقُ إلَّا باختِبارهِ بما يُلائِمُهُ من التَّصَرُّفات والأَعمال ؛ وبَيَّنَ هنا: أَنَّ مَحَلَّ هذا الاختبار قبل البلوغ ؛ لقولهِ تعالى : ﴿وأبتلوا اليَتَامَى حتَّى إذا بلغوا النِّكاحَ فإن آنَسْتُم منهم رُشْدًا فادفعوا إليهم أموالَهم﴾؛ووجهُ دَلَالَةِ الآيةِ على ذلك مِن وجهين: أَحَدهما : جعلُ مُتَعَلَّقِ الإبْتِلَاء اليَتَامَى .

والمُرَادُ باليَتِيْمِ لُغَةً وشَرْعًا : مَنْ لا أَبَ لَهُ ، وهو دونَ البُلوغ . فالبالِغُ ليسَ بيتيمٍ بطريقِ الحقيقةِ . وإطلاق اللَفظِ محمولٌ على الحقيقةِ ، إذْ الم يَمْنَعْ منها مانِعٌ ، وهو مُنْتَفٍ هنا .

والثاني : قولُهُ تَعَالى : ﴿ حَتَّى إذا بَلَغوا النِّكَاحَ ﴾ ؛ جَعَلَ غايةَ اختبارِهم البُلُوغَ ...؛ «المسالك : ٤ / ١٦٦» ؛ وسورة النِّساء ؛ آية : ٦ .

كِتَابُ الضَّمانِ

[الضَّمَانُ] :

وهو عَقْدٌ شُرِّعَ للتَعَهُّدِ بمالٍ اَو نَفْسٍ [1] .

والتَّعَهُّدُ بالمالِ قد يكونُ مِمَّن عليهِ لِلمَضْمُونِ عنهُ مالٌ ، وقد لا يكونُ .

فهنا ثلاثةُ اَقسامٍ :

القِسْمُ الاَوَّلُ

في : ضَمَانِ المَالِ

مِمَّن ليسَ عليهِ للمَضْمُونِ عنهُ مالٌ .

وهو المُسَمَّى : بالضَّمَانِ بقولٍ مُطلَقٍ [2] .

---

(١) اِعْلَم : اَنَّ للضَّمَانِ معنيين ؛ اَحَدُهما اَعَمُّ من الآخَر .

وهذا التَّعريفُ للضَّمَانِ بالمعنى الاَعَمِّ ؛ المُتَنَاوِلِ : لِلْضَّمَانِ بالمعنى الاَخَصِّ ، وللحَوَالَةِ ، والكَفَالة ؛ فتكونُ هذهِ الثَّلاثة اَقْسَامَهُ .

والضَّمَانُ بالمعنى الاَخَصِّ قسيمًا للآخرَيْن . والكلامُ في كونِ الضَّمَانِ : هو العَقْدُ الدَّالُّ على التَّعَهُّد ، اَو نفس التَّعَهُّد ؛ قد تَقَدَّمَ البَحْثُ على نظيرِهِ في البَيْعِ .

واَنَّ التَّحقيقَ : اَنَّهُ الثَّاني ؛ واِطلاقَهُ على العَقْدِ بطريقِ المَجَاز ، اِقامةً للسَّببِ مقامَ المُسَبَّب ؛ «المسالك : ٤ / ١٧١» .

(٢) لَمَّا كانَ الضَّمَانُ بالمَعْنَى الاَعَمِّ مُنْقسِمًا اِلى الاَقْسام الثَّلاثة ، اِنْقِسَام الكُلِّيِّ اِلى =

وفيه بحوثٌ ثلاثةٌ :

الأوَّلُ ؛ في : الضَّامنِ

ولابُدَّ أن يكونَ : مُكَلَّفًا ، جائِزَ التَّصَرُّفِ .

فلا يصِحُّ : ضَمَانُ الصَّبِيِّ ، ولا المَجْنُونِ .

ولو ضَمِنَ المَمْلُوكُ ، لم يصِحَّ ، إلَّا بإذنِ مَوْلَاهُ . ويثبُتُ ما ضَمِنَهُ في ذِمَّتِهِ لا في كَسْبِهِ [1] ، إلَّا أن يشترِطَهُ في الضَّمَانِ بإذنِ مَوْلَاهُ.

وكذا لو شَرَطَ [2] ، أن يكونَ الضَّمَانُ من مالٍ مُعَيَّن [3] .

ولا يُشتَرَطُ عِلمُـهُ [4] : بالمَضْمُونِ لَهُ ، ولا المَضْمُونِ عنهُ ؛ وقيلَ : يُشتَرَطُ ؛ والأوَّلُ أشبَهُ . لكن لابُدَّ أن يمتازَ المَضْمُونُ عنهُ عندَ الضَّامِنِ ، بما

= جُزْئيَّاتِهِ ؛ فإطلاقُهُ على كُلٍّ واحدٍ منها بطريقِ الحقيقةِ ؛ فَيَصِحُّ إطْلَاقُ الضَّمَانِ على الحَوَالةِ والكَفَالةِ حقيقةً .

إلَّا أنَّ المَعْنى المُتَبَادَرَ من الضَّمَانِ شرعًا ، عندَ إطْلاقِ لَفْظِهِ من غَيْرِ قيد ؛ [المَعْنى] : هو الضَّمَانُ مِمَّن ليسَ عليهِ مالٌ للمضمون ؛ وهو المعنى الأخصُّ لَهُ .

وأمَّا الآخَرَان ، وهما الحَوَالة والكفالة ؛ فإنَّما يُفْهَمُ منهما مَعْنى الضَّمَان ، مع انْضِمَامِ لفظٍ آخـرٍ إليـه ؛ وهـو ضَمَـانُ النَّفس ، أو ضَمَـانُ مَشْغُـولِ الذِّمَّةِ للمَضْمُون ، ونحو ذلك ...؛ «المسالك : ٤ / ١٧٣» .

(١) لِأنَّهُ يعتَبَرُ مِن مالِ مَوْلَاه .

(٢) في النُّسخ المُتَدَاولة : لو شَرَطهُ ؛ وهو غلطٌ فيما يبدو .

(٣) أي : شَرَطَ الضَّامِنُ كونَ ضَمَانِهِ مِن مَالٍ مُعَيَّنٍ من أمواله ، فإنَّهُ يَصِحُّ الضَّمَانُ ، ويَنْحَصِرُ وجوبُ الأدَاء فيهِ؛لِعُمُوم قولهِ «ص»: «المؤمنونَ عند شروطهم»؛ «المسالك: ١٧٧/٤».

(٤) بالمُسْتَحِقِّ للمالِ المَضْمون ؛ وهو المَضْمُونُ لَهُ بِنَسَبِهِ أو وَصْفِهِ ؛ لِأنَّ الغَرَضَ إيفاؤهُ الدَّيْنَ ؛ وهو لا يَتَوَقَّفُ على ذلك ؛ «الرَّوضة : ٤ / ١١٤» .

يصِحُّ معَهُ القَصْدُ اِلى الضَّمَانِ عنهُ . ويُشتَرَطُ رِضا المَضْمُونِ لَهُ ، ولا عِبْرَةَ بِرِضا المَضْمونِ عنهُ ، لِاَنَّ الضَّمَانَ كالقضاءِ . ولو اَنكَرَ بعدَ الضَّمَانِ لم يبطُلْ ، على الاَصحِّ .

ومع تحقُّقِ الضَّمَان ، ينتَقِلُ المَالُ اِلى ذِمَّةِ الضَّامِنِ ، ويبرأُ المَضْمُونُ عنهُ ، وتسقُطُ المُطَالَبَةُ عنهُ . ولو اَبرأَ المَضْمُونُ لَهُ ، المَضْمُونَ عنهُ ، لم يبرأ الضَّامِنُ ، على قولٍ مشهورٍ لنا .

ويُشتَرَطُ فيهِ المَلَاءَةُ [1] ، اَو العِلْمُ بالاِعْسَارِ [2] .

اَمَّا لو ضَمِنَ ، ثم بَانَ اِعسارُهُ ، كان لِلْمَضْمُونِ لَهُ فَسْخُ الضَّمَان ، والعودُ على المَضْمُونِ عنهُ .

والضَّمَانُ المؤجَّلُ جائزٌ اِجماعًا ؛ وفي الحَالِّ تردُّدٌ ، اَظهَرُهُ الجَوَازُ . ولو كان المالُ حالًّا ، فَضَمِنَهُ مؤجَّلًا ، جازَ وسقَطَت مُطَالَبَةُ المَضْمُونِ عنهُ ، ولم يُطالَبِ الضَّامِنُ اِلَّا بعدَ الاَجل . ولو ماتَ الضَّامنُ ، حَلَّ واُخِذَ مِن تَرِكَتِهِ [3] .

---

(١) اَي : في الضَّامِنِ المَلَاءَةُ ؛ بِاَن يكونَ مالِكًا لِما يُوفِي بِهِ الحَقَّ المَضْمُونَ ؛ فاضلًا عن المُسْتَثْنَيَات في وَفاءِ الدَّين ؛ «الرَّوضة : ٤ / ١٢١ ١٢٢» ؛ ويُنظر : «المسالك : ٤ / ١٨٣» .

(٢) اَي : عَلِمَ المُسْتَحِقُّ بِاعسارِ الضَّامِنِ حينَ الضَّمَان .

(٣) لَمَّا كانَ المَيِّتُ يَحُلُّ ماعليهِ من الدُّيون المؤجَّلَة بموتِهِ ، كان هذا مِن جُمْلَةِ اَفْرَادِها .
فاِذا ضَمِنَ الحالَّ مُؤجَّلًا ، ثم ماتَ قبلَ الاَجَلِ ؛ حَلَّ ما عليهِ من مالِ الضَّمان ، واُخِذَ من تَرِكَتِهِ ، وجازَ حينئذٍ للورثةِ مُطَالبة المَضْمُونِ عنهُ .
لِاَنَّ الدَّيْنَ عليهِ حالٌّ ، لِعَدَمِ حُصُولِ مايقتضي تأجيلَهُ عليه ؛ لِاَنَّ المُؤجَّلَ هو الدَّيْن الَّذي في ذِمَّةِ الضَّامِن ، لا الَّذي في ذِمَّتِهِ .
اِلَّا اَنَّ الضَّامِنَ لَمَّا لم يستحِقَّ الرُّجُوعَ اِلَّا بالاَدَاء ، وكان موتُهُ مُقْتَضِيًا لِحُلُولِ دينِهِ ، فاِذا =

ولو كان الدَّينُ مؤجَّلًا إلى أجلٍ ، فضَمِنَهُ إلى أزيدَ من ذلك الأجل ، جازَ [1] .

ويَرْجعُ الضَّامِنُ على المَضْمُونِ عنهُ ، بما أدَّاهُ إن ضَمِنَ بإذنِهِ ، ولو أدَّى بغيرِ إذنهِ . ولا يَرْجِعُ إذا ضَمِنَ بغيرِ إذنهِ ، ولو أدَّى بإذنِهِ .

وينعَقِدُ الضَّمَانُ، بكتابةِ الضَّامنِ ، مُنضَمَّةً إلى القَرِيْنَةِ الدَّالَّةِ ، لا مجرَّدَةً [2].

الثَّاني ؛ في : الحقِّ المَضْمُونِ

وهو [3] كُلُّ مالٍ ثابتٍ في الذِّمَّةِ ، سَوَاءٌ كان مُسْتَقِرًّا كالبَيْعِ بعدَ القَبْضِ

= أُخِذَ من تركتِهِ ، زالَ المانِعُ من مُطَالَبَةِ المضمونِ عنهُ .

ومثلُهُ : مالو دَفَعَ الضَّامِنُ إلى المضمونِ لَهُ الحَقَّ قَبْلَ الأجَلِ باختيارِهِ ؛ فإنَّ لَهُ مُطَالبةَ المَضْمُونِ عنهُ ، لِما ذُكِرَ .

وهذا بِخلافِ مالوكانَ الدَّيْنُ مُؤجَّلًا على المَضْمُونِ عنهُ ، فَضَمِنَهُ الضَّامِنُ كذلك ؛ فإنَّهُ بحُلُولِهِ عليهِ بموتهِ ، لايَحِلُّ على المَضْمُونِ عنهُ ؛ لِأنَّ الحلولَ عليهِ ، لايستدعِي الحُلولَ على الآخَر ، كما لايحلُّ عليهِ المُؤجَّلُ لو ضَمِنَهُ الضَّامِنُ حالًّا بإذنهِ ،على ما سَبَق ؛ «المسالك : ٤ / ١٨٨ ـ ١٨٩» .

(١) هذا مِن جُمْلَةِ فروع المسألةِ السَّابقةِ الإجْماعيَّةِ ؛ لِأنَّ الأجَل الزَّائدَ يحصُلُ فيهِ الارتفاق المطلوبُ من الضَّمَان ...؛ «المسالك : ٤ / ١٨٩» .

(٢) ولابُدَّ مع ذلك : مِن انْضِمَامِ ما يَدُلُّ على قَصْدِهِ ، مِن إشَارَةٍ ونحوها ؛ لِإمْكانِ كونهِ عابثًا.

ولافَرْقَ في ذلك : بين الضَّامن والمَضْمون لَهُ ، بِنَاءً على اعتِبَارِ قبولهِ لفظًا .

وإنَّما خَصَّ المُصَنِّفُ الضَّامِنَ ، لِعَدَمِ اعتباره القبولَ اللفظيَّ في الآخَر ، كما سَبَق .

ولو عَجَزَ عن النُّطْقِ والكِتابَةِ ، وأشَارَ بما يدُلُّ عليهِ صَحَّ أيْضًا ؛ كالأخْرَس .

والظَّاهِرُ : الإكتِفاءُ بها ، وإنْ قَدَرَ على الكتابةِ ؛ لِأنَّ المُعْتَبَرَ تَبَيُّنُ رضاهُ بالقَرائن ؛ والكِتَابَةُ منها ؛ «المسالك : ٤ / ١٩٠» .

(٣) بداية : ورقة ٨٤، لوحة ب .

وٱنقِضَاءِ الخِيَار ، اَو مُعَرَّضًا للبُطْلَان كالثَّمَنِ في مُدَّةِ الخِيَار بعدَ قَبْضِ الثَّمَن .

ولو كان قبلَهُ : لم يَصِحَّ ضَمَانُهُ عن البائِع . وكذا ما ليسَ بِلَازمٍ ، لكن يؤولُ اِلى اللُزُومِ ، كَمَالِ الجُعَالَةِ قبلَ فِعْلِ ما شُرِطَ ، و كَمَالِ السَبْق والرِّمَايةِ ، على تَرَدُّدٍ .

وهل يَصِحُّ ضَمَانُ مالِ الكِتَابةِ ؟ قيلَ : لا ، لِاَنَّهُ ليسَ بِلَازِمٍ ، ولا يؤولُ اِلى اللُزوم . ولو قيلَ : بالجَوَازِ كان حَسَنًا ، لِتحقُّقِهِ في ذِمَّةِ العبدِ ، كما لَو ضَمِنَ عَنهُ مالًا غيرَ مالِ الكِتَابةِ .

ويصِحُّ ضَمَانُ النَّفَقَةِ الماضيةِ والحاضِرَةِ للزَّوْجَةِ ، لِاستِقْرَارِها في ذِمَّةِ الزَّوْجِ ، دونَ المُسْتَقْبَلةِ [1] .

وفي ضَمَانِ الاَعيانِ المَضْمُونةِ ، كالغَصْب ، والمَقْبوضِ بالبَيْعِ الفَاسِدِ ، تردُّدٌ ؛ والاَشبَهُ الجَوَازُ .

ولو ضَمِنَ ما هو اَمَانةً ، كالمُضَارَبَةِ والوَديعةِ ، لم يصِحَّ ، لِاَنَّها ليستْ مَضْمُونةً في الاَصل . ولو ضَمِنَ ضامنٌ ، ثم ضَمِنَ عنه آخرُ ، هكذا الى عِدَّةِ ضُمَنَاء ، كان جائزًا [2] .

ولا يُشتَرَطُ العِلْمُ بكميَّـةِ المَالِ ، فلو ضَمِنَ ما في ذِمَّتِهِ صَحَّ ، على

---

(١) لَمَّا كانت نَفَقَةُ الزَّوجة تَسْتَقِرُّ في الذِّمَّةِ بفواتِها ؛ لِاَنَّها عِوَضٌ عن التَّمْكين ، وتَجِبُ في كُلِّ يومٍ حاضرٍ بطُلُوعِ فَجْرِهِ ؛ صَحَّ ضَمَانُهَا في الحالَيْنِ .
بِخِلَافِ المُسْتَقْبَلَة ؛ كَنَفَقَةِ الشَّهر المُسْتَقْبَل ؛ فإنَّها غيرُ واجبةٍ ؛ لاشْتِرَاطِهِ بالتَّمْكين ؛ وهو ليسَ بحاصلٍ في زَمَنٍ لم يقع بعدُ ، فلا يصحُّ ضَمَانُها ؛ «المسالك : ٤ / ١٩٤» .

(٢) لاشُبْهَةَ في جواز تَرَامي الضَّمَانِ مُتَعَدِّدًا ما اَمْكَن ، لِتَحَقُّق الشَّرْط ؛ وهو ثُبُوتُ المالِ في ذِمَّةِ المَضْمُون ، وهو هنا كذلك ... ؛ «المسالك : ٤ / ١٩٦» .
هذا ، والَّذي في المسالك والجواهر : «و» هكذا اِلى عِدَّةِ ضُمَنَاء .

الأَشبه [1] . ويَلْزَمُهُ ما تقومُ البَيِّنَةُ [بهِ] ، أَنَّهُ كانَ ثابتًا في ذِمَّتِهِ وقتَ الضَّمَانِ ، لا ما يُوْجَدُ في كِتَابٍ . ولا ما يُقِرُّ به المَضْمُونُ عنهُ ، ولا ما يَحلِفُ عليهِ المَضْمُونُ لَهُ ، بِرَدِّ اليمينِ [2] .

أَمَّا لو ضَمِنَ ما يُشْهِدُ بهِ عليهِ ، لم يَصِحَّ ، لِأَنَّهُ لايُعلَمُ ثبوتُهُ في الذِمَّةِ وَقْتَ الضَّمَان .

الثَّالثُ ؛ في : اللَوَاحقِ

وهي مسائلُ :

«الأُولى» : إذا ضمِنَ عُهدَةَ الثَّمَن ، لَزِمَهُ دَرَكُهُ [3] ، في كُلِّ موضعٍ يثبُتُ بُطلانُ البيعِ من رأسٍ [4] . أَمَّا لو تَجدَّدَ الفَسْخُ بِالتَّقَايُل ، أَو تَلِفَ المَبيعُ قبلَ القبضِ ، لم يَلْزَمِ الضَّامِنَ ، ورَجَعَ على البائعِ . وكذا لو فَسخَ المُشْتري بعيبٍ سابقٍ [5] . أَمَّا لو طَالَبَ بالأَرشِ ، رجَعَ على الضَّامنِ ، لِأَنَّ ٱستِحقَاقَهُ ثابتٌ

---

(١) للأَصحاب في ضَمَانِ المجهولِ ، الَّذي يُمْكِنُ اِسْتِعْلامُهُ بعد ذلك قولان ؛ أَشْهَرُهما : الجواز ؛ للأَصْلِ ، ولاِطْلَاقِ قولِهِ «صلَّى اللهُ عليهِ وآلِهِ وسَلَّم» : «الزَّعيمُ غارِمٌ» ؛ ولِظَاهِرِ قولِهِ تَعَالى : ﴿وَلِمَنْ جاء بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وانَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ ....؛ «المسالك : ٤ / ١٩٧» .

(٢) من المَضْمُونِ عنهُ ؛ لِأَنَّ الخُصُومَةَ حينئذٍ معَ الضَّامِن والمَضْمُونِ عنهُ ؛ فَلَا يلزَمُهُ ما يثبُتُ بِمُنَازَعَةِ غيرِهِ ؛ كما لا يثبت ما يُقِرُّ بِه ...؛ «المسالك : ٤ / ١٩٨» .

(٣) أَي : لـو ضَمِنَ لِلْمُشْتَرِي عُهْـدَةَ الثَّمَنِ ؛ على تقديـرِ الاحتِيَاجِ إِلـى رَدِّهِ ، لَزِمَهُ ضَمَانُهُ ؛ «الرَّوضة ٤/١٢٣ بتصرُّف» .

(٤) كَتَخَلُّفِ شَرْطٍ ؛ أَو ٱقتِرَانِ شَرْطٍ فاسِدٍ ؛ كما لَو شَرَطَ في البَيْع ٱرْتِكَابَ مُحَرَّمٍ ؛ كَشرب الخَمْرِ مثلًا ؛ «الرَّوضة : ٤ / ١٢٣ جمعًا بين المتن والهامش» .

(٥) أَي : لايَدخُلُ ذلك فـي ضمَانِ العُهْدَةِ ؛ فَلا يَلْزَمُ الضَّامِنَ الثَّمَنُ على تقديرِ الفَسْخِ =

عندَ العَقْدِ ؛ وفيهِ تَردُّدٌ .

«الثَّانيةُ» : إذا خرَجَ المبيعُ مُستَحِقًّا ، رَجعَ على الضَّامنِ . أمَّا لو خَرَجَ بعضُهُ ، رجَعَ على الضَّامنِ بما قابَلَ المُسْتَحَقَّ ، وكان في الباقي بالخِيَارِ ؛ فإن فسَخَ رَجَعَ بما قابَلَهُ على البائعِ خاصَّةً [1] .

«الثَّالثةُ» : إذا ضَمِنَ ضَامِنٌ للمُشْتَرِي ، دَرَكَ ما يُحدِثُ [2] من بِنَاءٍ أو غَرْسٍ ، لم يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ ضَمَانُ ما لم يجب ؛ وقيلَ : كذا لو ضَمِنَهُ البَائِعُ ؛ والوَجْهُ الجَوَازُ ، لِأَنَّهُ لَازِمٌ بنَفْسِ العَقْدِ .

«الرَّابعةُ» : إذا كانَ لَهُ على رَجُلين مَالٌ ، فَضَمِنَ كُلُّ واحدٍ منهما ما على صاحبِهِ ، تحوَّلَ ما كانَ على كلِّ واحدٍ منهما إلى صَاحِبِهِ . ولو قضى أحدُهما ما ضَمِنَهُ ، بَرِي [3] وبقِيَ على الآخَرِ ما ضَمِنَهُ عَنْهُ . ولو أبرَأَ الغَرِيْمُ أحدَهُما ، بَرِيء ممَّا ضَمِنَهُ دونَ شَريكِهِ .

«الخَامسةُ» : إذا رَضِيَ المَضْمُونُ لَهُ ، مِن الضَّامنِ ببعضِ المَالِ ، أو أبرأَهُ مِن بعضِهِ ، لم يرجع على المَضْمُونِ عنهُ إلَّا بما أدَّاهُ . ولو دَفَع عِوَضًا عن مَال

= بالعَيْب ؛ بل ، يُطَالَبُ البَايعُ .

لِأَنَّ فَسْخَ العيب إنَّما أبْطَلَ العَقْدَ من حينِهِ لا مِن أصْلِهِ ؛ فلم يكن حالةَ الضَّمان مضمونًا كالسَّابق ، حتَّى لو صَرَّحَ بِضَمَانِهِ فَسَدَ ؛ لِأَنَّهُ ضَمَانُ ما لم يجب ؛ «المسالك : ٤ / ٢٠٢» .

(١) إذا ظَهَرَ بعضُ المَبِيْعِ مُسْتَحَقًّا ؛ فذلك البعضُ ، كان ثَمَنُهُ ثابتًا في ذِمَّةِ البائعِ ، حالَةَ الضَّمَان ؛ فَصَحَّ ضَمَانُهُ ؛ فَيُطَالِبُ الضَّامِنَ بِحِصَّتِه من الثَّمن ، إن لم يُجِزْ مالِكُهُ .

ثُمَّ ، إنْ فَسَخَ المُشْتَرِي في الباقِي ، لِتَبَعُّضِ الصَّفْقَةِ ؛ طالبَ بِثَمَنِهِ البائعَ ؛ لِعَدَمِ تَنَاوُلِ الضَّمَانِ لَهُ ... ؛ «المسالك ٤ / ٢٠٣» .

(٢) في الجواهر : «مايُحدِثُهُ» ؛ والضَّميرُ يعودُ على «المُشتري» .

(٣) في النسخ المُتَدَاولة : بَرِأَ ؛ والمُتَعَارف اليوم أنْ تُكتَب هكذا : «بَرِيءَ» .

[ورقه ٨٥ لوحة أ] الضَّمَانِ [١] ، رَجَعَ بأَقلِّ الأَمرين [٢] .

«السَّادسةُ» : إذا ضَمِنَ عنهُ دينارًا بإذنهِ ، فَدَفَعَهُ إلى الضَّامنِ [٣] ، فقد قَضَى ما عليهِ [٤] . ولو قالَ : إدْفَعْهُ الى المَضْمُونِ لَهُ فدَفَعَهُ ، فقد بَرِئَا [٥] . ولو دَفَعَ المَضْمُونُ عنهُ إلى المَضْمُونِ لَهُ ، بغيرِ إذنِ الضَّامنِ ، بَرِىء الضَّامنُ والمَضْمُونُ عنهُ .

«السَّابعةُ» : إذا ضَمِنَ بإذنِ المَضْمُونِ عنهُ ، ثمَ دَفَعَ ما ضَمِنَ ، وأنكَرَ المَضْمُونُ لَهُ القَبْضَ ، كان القَوْلُ قولَهُ معَ يَمينِهِ [٦] . فانِ شَهِدَ المَضْمُونُ عنهُ

---

(١) أي : دَفَع الضَّامِنُ مَتَاعًا بَدَلَ النَّقْدِ .

(٢) أي : رَجَعَ الضَّامنُ على المَضْمُونِ عنهُ بأَقَلِّ الأَمرين ، من قيمةِ المَتَاع ومِن قيمَةِ الدَّين ؛ «الرَّوضة : ٤ / ١٢١ جمعًا بين المتن والهامش بتصرُّف» .

(٣) قالَ الشَّهيدُ الثَّاني : قد عَرَفْتَ أنَّ الضَّامِنَ ، لايَسْتَحِقُّ عندَ المَضْمون عنهُ شيئًا ، إلى أنْ يُؤدِّي مالَ الضَّمَان .فإذا ٱبتَدَاَ المديون ، ودَفَعَ الدَّيْنَ إلى الضَّامِن ، فقد تَبَرَّعَ بالأَدَاء قبلَ وُجُوبِهِ ، فلا يسْتَحِقُّهُ الضَّامِن ، وليسَ لَهُ التَّصَرُّفُ فيهِ ... ؛ «المسالك : ٤ / ٢٠٧» .

(٤) المُرَادُ : أنَّهُ تَخَلَّصَ من الحَقِّ ؛ «المسالك : ٤ / ٢٠٧» .

(٥) وضميرُ قولِهِ : «ولو قالَ» ؛ يعودُ إلى الضَّامِنِ ؛ أي قالَ الضَّامِنُ لِلْمَضْمُونِ عَنهُ : إدْفَعْهُ أنْتَ إلى المَضْمُونِ له ، فَدَفَعَهُ ؛ فقد بَرِئا .

أمَّـا الضَّامِـنُ ، فَلِوَفاءِ دينهِ ؛ وأمَّا المَضْمون عنهُ ، فَلِأنَّ الضَّامِنُ لم يَغْرَم ،فلا يرجعُ عليهِ ؛ «المسالك : ٤/٢٠٨» .

(٦) لِاَصَالَةِ عَدَمِ القَبْضِ ؛ وحينئذٍ ، فلا يرجعُ الضَّامِنُ على المضمونِ عنهُ بشيءٍ ، لِعَدَمِ تحقُّقِ غُرمِهِ ، وٱستِحقاقُهُ الرُّجوعَ مشروطٌ بِهِ .

ولافَرْقَ في ذلكَ ، بين ضَمَانِهِ بالاِذْنِ وعَدَمِهِ .

وإنَّما قَيَّدَ بالاِذْنِ ، لِيُرَتِّبَ عليهِ الأَحكام الآتية ؛ إذ لا تُهَمَةَ مع عَدَمها مُطْلَقاً ، ولارجوعَ ؛ «المسالك : ٤ / ٢٠٨» .

للضَّامنِ ، قُبِلَت شَهَادَتُهُ مع ٱنتِفَاءِ التُّهَمَةِ ، على القولِ بانتقالِ المَالِ . ولو لم يكن مقبولًا [1] ، فحلَفَ المَضْمُونُ لَهُ ، كان لَهُ مُطَالَبَةُ الضَّامنِ مرَّةً ثانيةً ، ويَرْجِعُ الضَّامنُ على المَضْمُونِ عنهُ ، بما أَدَّاهُ أَوَّلًا . ولو لم يشهَد المضمونُ عنهُ ، رجَعَ الضامنُ بما أَدَّاهُ أَخيرًا .

«الثَّامنةُ» : إِذا ضَمِنَ المَريضُ في مَرَضِهِ وماتَ فيهِ [2] ، خرَجَ ما ضَمِنَهُ من ثُلْثِ تَرِكَتِهِ ، على الأَصَحِّ .

«التَّاسعةُ» : إِذا كانَ الدَّينُ مؤجَّلًا ، فَضَمِنَهُ حالًّا ، لم يصِحَّ . وكذا لو كانَ إِلى شَهْرين ، فَضَمِنَهُ إِلى شهرٍ ، لِأَنَّ الفرعَ لايُرَجَّحُ على الأَصلِ ؛ وفيهِ تردُّدٌ .

القِسْمُ الثَّاني

في : الحَوَالَة

والكلامُ : في العَقْدِ ، وفي شُروطِهِ ، وأَحكَامِهِ

أَمَّا الأَوَّلُ :

فالحَوَالَةُ : عَقْدٌ شُرِّعَ لِتَحْويلِ المَالِ ، من ذِمَّةٍ إِلى ذِمَّةٍ مَشْغُولةٍ بمثلِهِ [3] .

---

(١) إِما لِعَدَمِ عَدَالته ؛ أَو لِلتُّهَمَةِ ؛ «المسالك : ٤ / ٢٠٩» .

(٢) وٱحترَزَ بقولِهِ : «وماتَ فيهِ» ؛ عَمَّا لو برىء منه : فإِنَّهُ يُخْرَجُ من الأَصْل كالتَّبَرُّع ، ولو ماتَ بعد ذلك .

هذا كُلُّهُ مع عَدَمِ إِجَازَةِ الوَرَثة ؛ وإِلَّا نفذ من الأَصْل ؛ «المسالك : ٣ / ٢١١» .

(٣) ونَبَّهَ بقولِهِ : «تحويل» ؛ على أَنَّها ناقِلَةٌ للمالِ ، مِن ذِمَّةِ المُحِيْلِ إِلى ذِمَّةِ المُحَالِ عليهِ ؛ ومنهُ سُمِّيَتْ حَوَالَة .

وقولُهُ : «مشغولةٍ بمثلِهِ» : صِفَةٌ للذِّمَّةِ المُتَحَوَّلِ إِليها ، وهي ذِمَّةُ المُحَال عليهِ ... ؛ =

[وأمَّا شُروطُها]

ويُشترَطُ فيها: رِضَا المُحِيلِ [1]، والمُحَالِ عليهِ، والمُحْتَالِ. ومَعَ تحقُّقِها، يَتَحَـوَّلُ المالُ إلى [ذِمَّةِ] المُحَالِ عليهِ، ويبرَأُ المُحِيلُ وإن لم يُبرِيه المُحْتَالُ [2]؛ على الأظهرِ.

ويَصِحُّ أن يُحيـلَ على مَن لَيس عليهِ دينٌ، لكن يكونُ ذلكَ بالضَّمَانِ أشبَهَ. وإذا أحالَهُ على المَلِيِّ، لم يَجِبِ القَبُولُ. لكن لو قَبِلَ لَزِمَ، وليسَ لَهُ الرُّجُوعُ ولو أفتقَرَ.

أمَّا لو قبِلَ الحَوَالَةَ جاهلًا بحالِهِ، ثم بانَ فقرُهُ [3] وقتَ الحَوَالةِ، كانَ لَهُ الفَسـخُ والعَوْدُ على المُحِيلِ. وإذا أحَالَ بما عليهِ، ثم أحالَ المُحَالُ عليهِ

= «المسالك ٤ / ٢١٢».

(١) قالَ الشَّهيدُ الثَّاني: أمَّا اعتبارُ رِضَا المُحِيْلِ والمُحتَالِ؛ فَمَوْضِعُ وِفَاقٍ.

لِأنَّ مَن عليهِ الحقُّ، مُخَيَّرٌ في جهَاتِ القَضَاء؛ فَلا يَتَعَيَّنُ عليهِ بعضُ الجهاتِ قَهْرًا.

والمُحْتَالُ حَقُّهُ ثابتٌ في ذِمَّةِ المُحِيْل؛ فلا يَلْزَمُهُ نَقْلُهُ إلى ذِمَّةٍ أُخرى، إلَّا بِرِضَاه.

وأمَّا المُحَالُ عليهِ، فاشْتِرَاطُ رِضَاهُ هو المشهورُ بين أصحابنا؛ بل، ادَّعى عليهِ الشيخُ الإجماعَ.

ولِأنَّهُ أحَدُ مَنْ تَتِمُّ بِهِ الحَوَالَةُ، فكان كالآخرين.

ولِاختلافِ النَّاسِ في الاقتضاء والاستيفاء، سُهُولَةً وصُعُوبةً.

ولِأنَّ نَقْلَ المال، مِن ذِمَّةِ المُحِيْلِ إلى ذِمَّتِهِ، يَتَوَقَّفُ على رِضَاهُ.

ولِاَصَالَةِ بَقَاءِ الحَقِّ في ذِمَّةِ المُحَال عليهِ لِلْمُحِيْلِ، فَيَسْتَصْحِب؛ «المسالك: ٤ / ٢١٣».

(٢) في النُّسخ المُتَدَاولة: «يُبْرِاهُ».

(٣) والمُرَادُ بالفَقْرِ هنا: الإعسارُ، وإنْ كانَ أعمَّ منهُ؛ وإلَّا، فيجوزُ كونُهُ فقيرًا بالمَعْنى المُتَعَارَفِ، ومُوسِرًا بالمَعْنَى المُعْتَبَرِ في الدَّيـن؛ والمُعْتَبَرُ بِيَسَـارِهِ وإعْسَارِهِ وقـتَ الحَوَالَة ...؛ «المسالك: ٤ / ٢١٦ ـ ٢١٧».

بذلك ، الدَّيْن ، صَحَّ . وكذا لو ترامَتِ الحَوَالَةُ . وإذا قضَى المُحِيلُ الدَّيْنَ بعدَ الحَوَالةِ ؛ فإن كان بمسألَةِ المُحَالِ عليهِ ، رجَعَ عليهِ ؛ وإن تَبَرَّعَ ، لم يرجِع ، ويبرأُ المُحَالُ عليهِ .

ويُشتَرَطُ في المَالِ أن يكونَ معلومًا ثابِتًا في الذِّمَّةِ [1] ، سواءٌ كانَ لَهُ مِثلٌ كالطَّعَامِ ، أو لا مِثلَ لَهُ كالعَبْدِ والثَّوبِ .

ويُشتَرَطُ : تساوي المالَين ، جنسًا ووَصفًا ، تفصِّيًا من التَّسَلُّطِ على المُحَالِ عليهِ ، إذ لا يَجِبُ أن يَدفَعَ إلَّا مثلَ ما عليهِ ؛ وفيهِ تردُّدٌ . ولو أحَالَ عليهِ ، فقَبِلَ وأدَّى ، ثم طَالَبَ بما أدَّاهُ ، فادَّعَى المُحِيْلُ أنَّهُ كانَ لَهُ عليهِ مالٌ ، وأنكَرَ المُحَالُ عليهِ ؛ فالقَوْلُ قولُهُ مع يمينِهِ ، ويرجِعُ على المُحِيلِ .

وتصِحُّ الحَوَالةُ بمالِ الكِتَابةِ ، بعدَ حُلُولِ النَّجمِ . وهل تصِحُّ قبلَهُ ؟ قيلَ : لا [2] .

---

(١) إحْتَرَزَ بـ : «المعلوم» ؛ عن المجهول عند المُحِيْل ؛ كما لو أحَالَهُ بمالَهُ من الدَّيْن ، ولا يَعرِفُ قَدْرَهُ ؛ فإنَّهُ لا يصِحُّ ، لِلْغَرَر ...

وبـ : «الثَّابِتِ في الذِّمَّةِ» ؛ عَمَّا ليسَ بثابتٍ ، وإنْ وُجِدَ سَبَبُهُ ؛ كَمَالِ الجُعَالَةِ قبلَ العَمَل ؛ فإنَّهُ لا يَصِحُّ إحَالَةُ الجاعلِ بِهِ للمَجْعُولِ لَهُ ، لِعَدَمِ ثُبُوتِهِ . . . ؛ «المسالك : ٤ / ٢١٧ ـ ٢١٨» .

(٢) قالَ الشَّهيدُ الثَّاني «رحمهُ الله» : لا إشكالَ في جَوَازِ الحَوَالةِ بِمَالِ الكِتابةِ ، بعد حُلُولِ النُّجُوم ؛ لِثُبُوتِهِ في ذِمَّةِ المُكَاتَب .

أمَّا قَبْلَ الحُلُول ؛ فَمَنعَهُ الشَّيخُ «رحمه الله» بِنَاءً على جَوَازِ تَعْجِيْزِ نفسهِ ، فَلَهُ أنْ يَمْتَنِعَ من أدائِهِ ... ؛ «المسالك : ٤ / ٢٢١» .

وأقُولُ : اليوم يُستَعملُ بدَلَ كلمةِ «النُّجُومُ» هنا : «الأقْسَاط» .

ولو باعَهُ السَّيِّدُ سِلْعَةً ، فاَحالَهُ بثَمَنِها ، جازَ . ولو كانَ لَهُ [1] على اَجنَبِيٍّ دينٌ ، فاَحالَ عليهِ بمالِ الكِتَابةِ صَحَّ ، لِاَنَّهُ يجبُ تسليمُهُ .

اَمَّا اَحكَامُها : [2]

فمسائلُ :

«الأُولى» : اذا قالَ اَحَلْتُكَ عليهِ فقبَضَ ، فقالَ المُحِيْلُ : قَصَدتُ الوكالةَ ، وقالَ المُحْتَالُ : اِنَّما اَحَلْتَني بما عليك ؛ فالقولُ قولُ المُحِيل ، لاَنَّهُ اَعرَفُ بلفظهِ [3] ؛ وفيه تردُّدٌ . اَما لو لـم يَقْبِضْ واَختَلَفَا ؛ فقالَ : وكَّلْتُكَ ؛ فقالَ : بل

---

(١) ضمير «لَهُ» يعودُ اِلى المُكَاتَب ؛ والمُحَالُ هو السَّيِّد .

والمُرَادُ : اَنَّهُ اِذا كانَ لِلْمُكَاتَبِ دَيْنٌ على اَجنبيٍّ غير السَّيِّد ؛ فاَحَالَ سَيِّدَهُ بمالِ الكتابةِ ، على ذلك الاَجْنَبِيِّ الَّذي للمُكَاتَب عليهِ دَيْنٌ ؛ صَحَّت الحَوَالةُ .

لِاَنَّهُ يجبُ على المديون تسليم مالِلْمُكَاتَبِ عليهِ اَو اِلى مَن يرتضيهِ .

وحينئذٍ ، فَتَبْرَاُ ذِمَّةُ المُكَاتَب من مالِ الكِتَابةِ ، ويَتَحَرَّرُ ... ؛ «المسالك : ٤ / ٢٢٢» .

(٢) في المسالك والجواهر : «و» اَحْكَامُها .

(٣) مرجَعُ هذا الاختِلافِ ؛ اِلى اَنَّ لفظة الحوالة الَّتي اَتَّفقوا على اَستِعْمَالِها بينهما ؛ هل قُصِدَ معناها المُتَعَارف هنا ؟ اَو معنى الوكالة ؟

حيثُ اِنَّ الوكالةَ من العُقودِ الجائزة ، الَّتي لاتَنْحَصِرُ في لفظٍ .

بل ، يكفي فيها مادَلَّ على الاِذْنِ فيما وُكِّلَ فيهِ ؛ ولفظُ الحوَالة صالِحٌ لَهُ .

ووجهُ تقديمِ قولِ المُحِيْل : ماذَكَرَهُ المُصَنِّف ؛ مِنْ اَنَّهُ اَعْرَفُ بلفظهِ ؛ اَي : بالمقصودِ من لَفْظِهِ ؛ اِذ لانِزَاعَ بينهما في اللَفظ ، اِنَّما النِّزَاعُ في مَدْلُولِ اللَفْظِ والمقصودِ منهُ ؛ واللَافِظُ اَعْرَفُ بقَصْدِهِ من غيرِهِ .

بَلْ ، عندَ خَفَاءِ دَلَالَةِ اللَفظِ ، لا تُعْرَفُ اِلَّا مِن قِبَلِهِ ؛ فيكونُ قولُهُ مُقَدَّمًا فيهِ بِيَمِينِهِ .

ويَعضدُهُ اَيْضًا : اَصَالَةُ بقاءِ حَقِّ المُحِيْلِ ، في المالِ المُحَالِ بِهِ ؛ واَصالَةُ بقاء حَقِّ المُحْتال =

اَحَلْتَني [بما عليك] ؛ فالقولُ قولُ المُحِيْلِ قَطْعًا . ولو اَنعكَسَ الفرضُ ؛ فالقولُ قولُ المُحتَالِ [1] .

«الثَّانيةُ» : اِذا كـان لَـهُ ديـنٌ علـى اِثنيـن ، وكُـلٌّ منهمـا كَفِيْلٌ لِصَاحِبِه ، وعليـهِ لآخـرَ مثـلُ ذلـك ، فاَحالَـهُ عليهمـا صَـحَّ ، واِن حَصَـل الرِّفْـقُ في المُطَالَبَةِ .

«الثَّالثةُ» : اِذا اَحَـالَ المُشْتَـرِي البائـعَ بالثَّمَـنِ ، ثـم رَدَّ المَبيـعَ بالعَيْبِ السَّابِـقِ ، بَطَلَـتِ الحَوَالـةُ ، لِاَنَّهـا تَتْبَـعُ البيـعَ ؛ وفيـه تَـرَدُّدٌ . فـاِن لـم يكـن البائعُ قبَـضَ المـالَ ، فهـو بـاقٍ فـي ذِمَّـةِ المُحَـالِ عليـهِ للمُشْتَـرِي . واِن كـانَ البَائـعُ قَبَضَـهُ ، فقـد بَـرِىء المُحَـالُ عليـهِ ، ويَسْتَعِيدُهُ المُشْتَرِي من البَائـع . اَمَّـا لـو اَحَـالَ البائـعُ اَجنبيًّـا بالثَّمَـن على المُشْتَـرِي ، ثـم فَسَـخَ المُشْتَـرِي بالعَيْـبِ ، اَو بأَمـرٍ حَـادِثٍ ، لـم تبطُـلِ الحَوَالـةُ، لِاَنَّـها تعلَّقَـتْ بغيرِ المُتَبَايِعَيْن [2] . ولو ثَبَتَ بُطلانُ البيعِ [3] ، بَطَلَتِ الحَوَالةُ في المَوْضِعَيْن .

= على المُحِيْل ؛ «المسالك : ٤ / ٢٢٢ ـ ٢٢٣» .

(١) بأَن قالَ المديونُ بعد اَتِّفاقِهما على جَرَيان لفظ الحَوَالة : قَصَدْتُ الحوالة ؛ وقال المُحْتَالُ : بل ، وكَّلْتَنِي .

فَيُقَدَّمُ هنا قولُ مُدَّعي الوَكَالة ـ وهو المُحْتَالُ ـ بيمينِهِ ؛ لِاَصالَةِ بَقَاء الحَقَّين السَّابقين ؛ والمُحِيْلُ يَدَّعي خلافهما واَنتِقالهما ، فكانَ عليهِ البَيِّنة .

وتظهر فائدةُ هذا الاِختلاف ، عند اِفْلاسِ المُحَالِ عليه ، ونحوه ؛ «المسالك : ٤ / ٢٢٧» .

(٢) حيثُ اِنَّ الثَّمَنَ صارَ مملوكًا للمُحْتَالِ الاَجنبيِّ قبلَ فَسْخِ العَقْدِ ؛ «المسالك : ٤ / ٢٣٣» .

(٣) اَي : في مَوْضِعِ اِحَالَةِ المُشْتَرِي البايعَ ، واِحَالَةِ البايعَ الاَجنبيَّ على المُشْتَرِي ...؛ «المصدرُ نفسُهُ : ٤ / ٢٣٣» .

القِسْمُ الثَّالثُ

في : الكَفَالَةِ [1]

ويُعتَبَرُ رِضا الكَفِيْلِ والمَكْفُولِ لَهُ ، دونَ المَكْفُولِ [عنهُ] . وتَصِحُّ حالَّةً ومؤجَّلَةً ؛ على الاَظهرِ . ومعَ الاِطلاقِ تكونُ مُعَجَّلةً .

واِذا اَشتَرَطَ الاَجلَ ، فلابُدَّ اَن يكونَ معلُوماً .

ولِلْمَكْفُولِ لَهُ ، مُطَالَبَةُ الكَفيلِ ، بالمكفولِ [عنهُ] عاجِلًا ، اِن كانَتْ مُطلَقةً اَو مُعَجَّلةً ، وبعدَ الاَجلِ اِن كانَتْ مؤجَّلةً . فاِن سلَّمَهُ تسليمًا تامًّا ، فقد بَرِىء [2] ؛ واِن اَمتَنَعَ ، كانَ لَهُ حَبْسُهُ حتَّى يُحضِرَهُ ، اَو يؤدِّي ما عليهِ [3] .

ولو قالَ: اِن لم اُحضِرْهُ، كان عليَّ كذا، لم يَلْزَمْهُ ، اِلَّا اِحْضَارُهُ دونَ المالِ .

ولو قالَ: عليَّ كذا اِلى كذا ، اِن لم اُحضِرْهُ، وجَبَ عليهِ ما شرَطَ من المالِ [4] .

---

(١) وهي التَّعَهُّدُ بالنَّفْسِ ؛ اَي : اَلْتِزَامُ اِحْضَارِ المَكْفُولِ مَتَى طَلَبَهُ المكفُولُ لَهُ ؛ «الرَّوضة : ٤ / ١٥١» .

(٢) المُرَادُ بالتَّسلِيم التَّامِّ : اَن يكونَ في الوقتِ والمَكَانِ المُعَيَّنِ ؛ اِن عيَّنَاهما في العَقْد ؛ وفي بَلَدِ العَقْدِ مع الاطلَاق ؛ ولايكونُ للمَكْفُولِ لَهُ مَانِعٌ من تَسَلُّمِهِ ؛ بأَن لايكونَ في يَدِ ظَالمٍ ، ولا مُتَغَلِّبٍ يمنَعُهُ منهُ ... ؛ «المسالك : ٤ / ٢٣٦» .

(٣) اَي : ولو اَمتَنَعَ الكَفِيْلُ من تسليمه ؛ اَلْزَمَهُ الحاكِمُ بِهِ ؛ فاِن اَبى فَلِلْمُسْتَحِقِّ طَلَبُ حَبْسِهِ من الحاكم حتَّى يُحْضِرَهُ ؛ اَو يُؤدِّي ما عليهِ اِن اَمكَنَ اَداؤهُ عنهُ كالدَّين ...؛ «الرَّوضة : ٤ / ١٥٢ ـ ١٥٣» .

(٤) هذهِ المسالَةُ ذكرها الشَّيخُ «رحمه الله» في النِّهاية .

وتَبِعَهُ عليها المُصَنِّفُ ، وجَمَاعَةٌ من الاَصحاب .

ومُستَنَدُهُم في ذلك : روايةُ داوود بن الحُصَين ، عن اَبي العَبَّاس ، عن الصادقِ «عليهِ =

ومَن اَطلَقَ غريمًا من يَدِ صَاحبِ الحَقِّ قَهرًا ، ضَمِنَ اِحضَارهُ اَو اَداءَ ما عليهِ [1] . ولو كانَ قاتِلًا ، لَزِمَهُ اِحضارُهُ ، اَو دفعُ الدِّيَةِ . ولابُدَّ من كونِ المكفولِ معيَّنًا ؛ فلو قالَ : كفَلتُ اَحدَ هذين ، لم يصِحَّ . وكذا لو قالَ : كفلتُ بزيدٍ اَو عمرٍو . وكذا لو قالَ : كفَلتُ بزيدٍ ، فاِن لم آتِ بهِ فبعمرٍو [2] .

ويَلْحَقُ بهذا الباب مسائلُ :

«الأُولى» : اِذا اَحضَرَ الغريمَ قبلَ الاَجل ؛ وجَبَ تسلُّمُهُ ، اِذا كانَ لا ضَرَرَ عليهِ . ولو قيلَ : لا يجب ، كان اَشبهَ . ولو سَلَّمَهُ ، وكان ممنوعًا من تسلُّمِهِ

= السَّلام» قالَ :

سَاَلْتُهُ عن الرَّجُلِ يكفُلُ بنفس الرَّجُلِ اِلى اَجَلٍ ؛ فاِن لم يأتِ بهِ ، فَعَليهِ كذا وكذا دِرْهمًا ؟ قالَ : اِنْ جاءَ بهِ اِلى الاَجَل ، فليسَ عليهِ مالٌ ؛ وهوكَفِيلٌ بنفسهِ اَبَدًا .

اِلَّا ، اَنْ يَبْدَاَ بالدَّرَاهِمِ ؛ فاِنْ بَدَاَ بالدَّراهِمِ ، فهو لَهُ ضَامِنٌ ، اِنْ لم يأتِ بهِ اِلى الاَجَل الَّذي اَجَّلَهُ» ... ؛ «المسالك : ٤ / ٢٣٨» ، وفي هامشهِ جُملَةُ مصادِر .

(١) لِاَنَّهُ غَصَبَ اليَدَ المُستولية المُستحِقَّة من صاحبها ؛ فكانَ عليهِ اِعادَتُها اَو اَدَاءُ الحَقِّ الَّذي بسببهِ ثبتت اليَدُ عليهِ . وينبغي اَن يكونَ الحُكْمُ هنا كما سلَفَ في الكفيل ، المُمْتَنِع من تسليم المكفول ؛ فيُطالَبُ بالتَّسليم مع الاِمْكان ، لا اَن يُفَوَّضَ التخييرُ اِليه . وحيثُ يُؤخَذُ منهُ المالُ ، لارُجُوعَ لَهُ على الغريمِ اِذا لم يأمُرْهُ بدفعهِ ؛ اِذ لم يحصُلْ من الاِطلاق ما يقتضي الرُّجوع ؛ «المسالك : ٤ / ٢٤٥» .

(٢) وهذهِ الثَّلاثةُ تشتَرِكُ في اِبْهام المكفول ، فَتَبْطُلُ الكفالَةُ ؛ لِاَنَّهُ لا يُعْلَمُ المكفولُ بعينهِ ، لِيُسْتَحَقَّ المُطَالَبَةُ بِاحضارهِ .

ويزيدُ الثَّالث : اَنَّ كفالةَ عمرٍو مُعَلَّقَةٌ على شَرْطٍ ، وهو عَدَمُ الاِتْيان بزيد ، فيبطُلُ من هذا الوجه اَيضًا ؛ وكفالة زيد ليست مُتَعيِّنة ، لِاَنَّ الكفيلَ جعَلَ نفسَهُ فيهِ في فُسْحَةٍ بِاِحْضَارِ عمرٍو اِنْ اَختار ، فيرجعُ اِلى الاِبْهام كالسَّابق ؛ وهذا ، مِمَّا لا خِلَافَ فيه ؛ «المسالك : ٤ / ٢٤٦» .

بيدٍ قاهرةٍ ، لم يبرأ الكفيلُ . ولو كانَ مَحْبُوسًا في حبسِ الحاكم ؛ وجَبَ تسلّمُهُ ، لِأَنَّهُ مُتَمَكِّنٌ من آستيفاءِ حَقِّهِ . وليسَ كذلك لوكانَ في حَبْسِ ظالمٍ .

«الثَّانيةُ» : إذا كان [ورقة ٨٦ لوحة أ] المكفولُ عنهُ غائبًا [١] ، وكانت الكَفَالةُ حالَّةً ، أُنظِرَ بمقدارِ ما يُمكِنُهُ الذَّهَابُ إليهِ والعَوْدُ بهِ . وكذا إن كانت مُؤجَّلَةً ، أُخِّرَ بعد حُلولِها بمقدار ذلك .

«الثَّالثةُ» : إذا تكفَّلَ بتسليمِهِ مُطْلَقًا ، إنْصَرَفَ الى بَلَدِ العَقْدِ . وإن عيَّنَ موضعًا لَزِمَ . ولو دَفَعَهُ في غيرِهِ لم يبرأ ؛ وقيلَ : إذا لم يكن في نقلِهِ كُلْفَةٌ ، ولا في تسلُّمِهِ ضَرَرٌ ، وَجَبَ تسلُّمُهُ ؛ وفيهِ تردُّدٌ .

«الرَّابعةُ» : لو آتَّفَقَا على الكفَالةِ ، وقالَ الكفيلُ : لا حقَّ لكَ عليهِ ؛ كانَ القولُ قولَ المكفولِ لَهُ ، لِأَنَّ الكَفَالةَ تستدعي ثبوتَ حَقٍّ [٢] .

---

(١) المُرَادُ مِن الغائب هُنا ، مَن يُعْرَفُ موضعُهُ ، ولم ينقَطِعْ خبرُهُ ، فلو لم يُعْرَف لِانقطاعِ خَبَرِهِ ، لم يُكَلَّفِ الكفيلُ إحضَارَهُ ، لِعَدَمِ الامكانِ ، ولاشيءَ عليهِ ، لِأَنَّهُ لم يكفلِ المالَ ، ولم يُقَصِّر في الاِحضار .

ولا فَرْقَ في الغائبِ المعلومِ مَحِلُّهُ ؛ بين المُتَجَاوِزِ لِمَسَافةِ القصرِ وغيرِهِ ، خِلَافًا لِبَعْضِ العامَّة ؛ «المسالك : ٤ / ٢٤٧ ـ ٢٤٨» .

(٢) إنْكارُ الكفيل الحَقَّ على المكفول :

إمَّا أن يُريدَ بهِ نفيَهُ إبْتِدَاءً ، بحيثُ لم يكن وقتَ الكفالة ؛ أو يُرِيْدَ بهِ نفيه الآن ، بأن يكون قد أوفى أو أبْرَأهُ المُسْتَحِقُّ .

فإن كان الأوَّل ـ وهو المُرَادُ هنا ـ ؛ فالدَّعوى راجعةٌ إلى صِحَّةِ الكَفَالةِ وفَسَادِها ، فإنَّ شَرْطَ صِحَّتِها ثُبُوتُ حَقٍّ للمكفُولِ لَهُ عندَ المكفُولِ ، والكفيلُ يَدَّعي فَسَادَها ؛ فلا يُلْتَفَتُ إلى قولِهِ ؛ لأنَّ القاعدة تقديم مُدَّعي الصِّحَّة لكن مع يمينه ... ؛ «المسالك : ٤ / ٢٤٨ ـ ٢٤٩» .

«الخَامِسَةُ» : إذا تكفَّلَ رَجُلان برَجُلٍ ، فَسَلَّمَهُ أحدُهما ، لم يبرأ الآخرُ . ولو قيلَ بالبَرَاءةِ ، كان حَسَنًا . ولو تكفَّلَ لرجُلَين برَجُل ، ثم سلَّمَهُ إلى أحدِهما ؛ لم يبرأ من الآخَر [1] .

«السادسةُ» : إذا ماتَ المكفولُ ، بَرِىء الكَفِيلُ . وكذا لو جاءَ المكفولُ وسلَّمَ نفسَهُ .

فـرعٌ

لو قالَ الكفيلُ [2] : أبرأتَ المكفولَ ، فأنكرَ المكفولُ لَهُ ؛ كان القولُ قولَهُ . فلو ردَّ اليمينَ الى الكفيلِ فحَلَفَ ؛ بَرِىء من الكَفَالةِ ، ولم يبرأ المكفولُ من المالِ .

«السَّابعةُ» : لو كفَلَ الكفيلَ آخَرُ ، وترامَتِ الكُفَلاءُ ، جازَ .

«الثَّامنةُ» : لاتَصِحُّ كَفَالةُ المُكاتَب ، على تردُّدٍ [3] .

«التَّاسعةُ» : لو كفَلَ برأسِهِ ، أو بَدَنِهِ ، أو بوجهِهِ [4] ، صَحَّ ، لأنَّهُ قد يُعبَّرُ

---

(١) لِأنَّ العَقْدَ الواحدَ هُنا بمنزلة عَقْدَين؛ كما لو تكفَّلَ لِكُلِّ واحدٍ على ٱنفِرَادِهِ؛ أو ضَمِنَ دَيْنَيْن لِشَخْصَين ؛ فأدَّى دينَ أحَدِهما ، فإنَّهُ لا يَبرأُ من دينِ الآخر. بخلافِ السَّابق ؛ فإنَّ الغَرَضَ من كَفَالتهما لِواحدٍ إحْضَارُهُ ؛ وقد حَصَلَ ؛ «الرَّوضة : ٤ / ١٦٣» .

(٢) للمَكفُولِ لَهُ ؛ ينظر : «جواهر الكلام : ٢٦ / ٢٠٦» ، و«المسالك : ٤ / ٢٥١».

(٣) القائلُ بِعَدَمِ صِحَّةِ كفالةِ أحَدٍ لِلْمُكاتَبِ : الشَّيْخُ «رحمهُ الله» ؛ بناءً على أصْلِهِ المُتَكَرِّرِ ، مِن جوازِ الكِتَابَةِ المشروطةِ من قِبَلِهِ ؛ فلا يتعيَّنُ عليهِ أدَاءُ مالِ الكِتابةِ ، فلا تَصِحُّ كَفَالَتُهُ ، لِأنَّ الغَرَضَ منها حضورُهُ لِأدَاءِ ما عليهِ .

وقد تَقَـدَّمَ ما يَـدُلُّ علـى الصِّحَّـةِ ... ؛ «المسالك : ٤ / ٢٥٣» ؛ ويُنظر : «المصدرُ نفسه : ٤ / ١٩٤» .

(٤) وألحقَ بهمـا العَلَّامة : الكَبِدَ ، والقَلْبَ ، وكُلَّ عُضْوٍ لاتبقى الحَيَاةُ بدونِهِ...؛ «المسالك : =

بذلك عن الجُملةِ عُرْفًا . ولو تكفَّلَ بيده اَو رِجْلِهِ واْقتَصَرَ ، لم يصِحَّ [1] ، اِذ لا يُمكِنُ اِحضارُ ما شَرَطَ مُجرَّدًا ، ولا يَسْري اِلى الجُملةِ .

= ٤ / ٢٥٤» .

(١) واَمَّا الجُزءُ الَّذي تبقى الحَيَاةُ بعد زَوَالِهِ ، ولا يُطْلَقُ عليهِ اْسمُ الجُمْلة ، كاليَدِ والرِّجلِ ؛ فَعَدَمُ الصِّحَّةِ فيهِ اَشَدُّ وضوحًا ، كما جَزَمَ بِهِ المُصَنِّفُ ؛ «المسالك : ٤ / ٢٥٥» .

كِتَابُ الصُّلح

وهو عَقْدٌ شُرِّعَ لِقَطْعِ التَّجَاذُبِ ، وليسَ فرعًا على غيرِهِ [1] ، ولو اَفادَ فائدَتَهُ .

ويَصِحُّ مع الاِقرارِ والاِنكارِ ، اِلَّا ما اَحَلَّ حَرَامًا اَو حَرَّمَ حَلالًا .

وكذا يصِحُّ مع عِلم المُصْطَلِحَيْن ، بما وقَعَت المُنَازَعَةُ فيهِ ، ومعَ جَهَالتِهما بهِ ، دَيْنًا كان اَو عينًا .

وهو لازمٌ من الطَّرَفين ، مع اَستِكْمَالِ شَرَائطهِ ، اِلَّا اَن يتَّفِقا على فَسْخِهِ .

واِذا اَصْطَلَحَ الشَّريكان ، على اَن يكونَ الرِّبْحُ والخُسْرَانُ على اَحدِهما ، وللآخرِ رأسُ مالِهِ ، صَحَّ .

ولو كانَ معَهُما دِرْهَمَان ، فادَّعاهما اَحدُهما ، واَدَّعى الآخرُ اَحدَهما ، كان لِمُدَّعِيهما دِرهمٌ ونِصْفٌ ، وللآخَر ما بَقِيَ [2].

---

(١) لِاَصَالَةِ عَدَمِ الفَرْعِيَّة ؛ «الرَّوضة : ٤ / ١٧٥ بتصرُّف» .

وقالَ الشهيد الثَّاني اَيْضًا : نَبَّهَ بذلك على خلافِ الشَّيخ «رحمه الله» في المبسوط ؛ حيثُ قالَ : اِنَّهُ فرعٌ على عُقُودٍ خمسةٍ ، وهو مَذْهَبُ الشَّافعيّ .

فَجَعَلَهُ : فَرْعَ البيع ، اِذا اَفَادَ نقلَ المِلْك بِعِوَضٍ مَعْلوم ؛ وفَرْعَ الاِجَارَة ، اِذا وَقَعَ على مَنْفَعَةٍ مُقَدَّرَةٍ بِمُدَّةٍ معلومةٍ بعوضٍ معلوم ؛ وفَرْعَ الهِبَة ، اِذا تَضَمَّنَ مِلْكَ العين بغيرِ عِوَض ؛ وفَرْعَ العارِيَّة ، اِذا تَضَمَّن اِباحَةَ مَنْفَعَةٍ بغيرِ عوضٍ ؛ وفَرْعَ الاِبْرَاء ، اِذا تضَمَّنَ اِسْقَاطَ دَيْنٍ اَو بعضِه ... ؛ «المسالك : ٤ / ٢٦٠ ـ ٢٦١» .

(٢) لِاعتِرَافِهِ باختِصاصِ غَرِيْمِهِ بِاَحَدِهِما ، وَوُقُوعِ النِّزَاعِ في الآخَرِ ، مع تساويهما فيهِ =

وكذا لو اَودَعَهُ اِنسانٌ دِرْهَمَيْن ، وآخَرُ درهمًا ، واَمتَزَجَ الجميعُ ، ثم تَلِفَ درهمٌ .

ولو كان لِواحدٍ ثوبٌ بعشرين دِرْهَمًا ، ولآخَرَ ثوبٌ بثَلَاثين دِرْهَمًا ، ثم اَشتَبَها ، فاِن خَيَّرَ اَحدُهُما صاحبَهُ فَقَدْ اَنصَفَهُ . واِن تعاسَرَا بِيْعَا ، وقُسِّم ثمنُهُما [بينَهُما] ، فاُعطِيَ صاحبُ العشرين سَهْمَيْنِ من خَمْسَةٍ ، وللآخَرِ ثلاثةً [1] . واِذا بانَ اَحدُ العِوَضين مُسْتَحَقًّا ، بَطَلَ الصُّلْحُ . ويَصِحُّ الصُّلحُ على عينٍ بعينٍ اَو منفعةٍ ، وعلى مَنْفَعَةٍ بعينٍ اَو مَنْفَعَةٍ . ولو صالَحَهُ على دَرَاهِمَ بدنانيرَ اَو بِدَرَاهِمَ صَحَّ ، ولم يكن فَرعًا للبيعِ .

ولايُعتَبرُ فيهِ ما يُعتَبَرُ في الصَّرْفِ ؛ على الاَشبهِ [2] .

= يَدًا ؛ فَيُقَسَّمُ بينَهُما بعدَ حَلْفِ كُلٍّ منهما لِصَاحِبِهِ على اَسْتِحْقَاقِ النِّصْفِ ...؛ «الرَّوضة : ٤ / ١٨٢» .

(١) هذا الحُكمُ كالسَّابقِ مشهورٌ بين الاَصحاب .

ومُسْتَنَدُهُ : روايةُ اسحاق بن عَمَّار ، عن الصَّادِقِ «عليه السَّلام» ؛ اَنَّهُ قالَ في ثوبين اَحَدُهما بعشرين ، والآخرُ بثَلَاثين فاشتَبَها : «يُبَاعَان ، فَيُعْطَى صاحِبُ الثَّلاثين ثَلَاثةَ اَخماس الثَّمَن ، والآخرُ خُمْسَي الثَّمَن ؛ واِنْ خَيَّرَ اَحَدُهما صاحِبَهُ ، فقد اَنْصَفَهُ» .

والمُصَنِّفُ ـ رحمهُ الله ـ عَمِلَ بِمُقْتَضَى الرِّوَاية من غيرِ تَصَرُّف ، وقَبْلَهُ الشَّيخُ وجماعةٌ ؛ «المسالك : ٤ / ٢٦٧» .

(٢) الخِلَافُ في ذلك مع الشَّيخ ؛ حيثُ جَعَلَهُ فرعًا على البَيْع في نَقْلِ الاَعْيانِ بِعِوَضٍ ، فَيَلْحَقُهُ حُكْمُهُ . فلو كانَ العِوَضَان من الاَثْمَان ؛ لَحِقَهُ حُكْمُ الصَّرف ، من اَشتِرَاطِ التَّقَابُض في المَجْلِس .

وَلَمَّا كانَ الاَصَحُّ استِقْلَالَهُ بنفسهِ ، لم يَترتَّب عليهِ حُكْمُ البيعِ هنا ؛ لِاختِصَاص حُكْمِ الصَّرْفِ بِهِ .

هذا ، من حيثُ الصَّرْفُ . اَمَّا من حيثُ الرِّبا ؛ فاِنَّ الاَقوى ثُبُوتُهُ في كُلِّ معاوَضَةٍ ؛ =

ولو [1] اَتْلَفَ على رجلٍ ثَوْبًا قيمَتُهُ دِرهمٌ ، فَصَالَحَهُ عنهُ على دِرْهَمَيْنِ صَحَّ ، على الاَشبهِ ، لِاَنَّ الصُّلْحَ وقَعَ عن الثَّوْبِ لا عن الدِّرْهَمِ .

ولو اَدَّعى دارًا ، فاَنكَرَ مَن هيَ في يدِهِ ، ثم صَالَحَهُ المُنْكِرُ على سُكْنَى سَنَةٍ ، صَحَّ [2] ، ولم يكن لاَحدِهِما الرُّجُوعُ [3] . وكذا لو اَقَرَّ لَهُ بالدَّارِ . ثم صالَحَ ؛ وقيلَ : لهُ الرُّجُوعُ ، لِاَنَّهُ هُنَا فَرْعُ العَارِيَةِ ؛ والاَوَّلُ اَشبَهُ .

ولو اَدَّعى اِثْنَان دَارًا في يدِ ثالثٍ ، بسببٍ مُوْجبٍ للشَّرِكَةِ كالمِيْرَاثِ ؛ فَصَدَّقَ المدَّعَى عليهِ اَحدَهُما ، وصَالَحَهُ على ذلكَ النِّصْفِ بعِوَضٍ .

فاِن كانَ بإِذْنِ صاحبهِ ؛ صَحَّ الصُّلحُ في النِّصْفِ اَجْمَع ، وكانَ العِوَضُ بينهما .

واِن كانَ بغيرِ اِذْنِهِ ؛ صَحَّ في حقِّهِ وهو الرُّبْعُ ، وبَطَلَ في حِصَّةِ الشَّريكِ ، وهو الربعُ الآخرُ [4] .

= والصُّلْحُ اَحَدُهـا ؛ فلاَبُـدَّ من اَستثنائـهِ من قولـهِ : «على دراهمَ بدراهم صَحَّ» ؛ «المسالك : ٤ / ٢٦٩» .

(١) بداية : ورقة ٨٦ ، لوحة ب .

(٢) للاَصـل ؛ اَيْ : اَصَالَـة الصِّحَّةِ في العُقُود ؛ الرَّوضة : «٤ / ١٨١ جمعًا بين المتن والهامش» .

(٣) لِمَا تَقَدَّم من اَنَّهُ عَقْدٌ لازِمٌ ، وليسَ فرعًا على غَيْرِهِ ؛ «المصدر نفسُهُ» .

(٤) والحاصلُ : اَنَّ اشتراكهما في المُقَرِّ بهِ ، يثبُتُ من جهةِ اَعترافهما بما يُوجبُ الشَّركة ، لا مِن جهةِ الاِقرار ؛ فلا يُؤثِّرُ فيهِ تخصيصُ المُقِرِّ اَحَدَهُما بالمِلْك .

وحينئذٍ ؛ فإذا صالَحَ المُقَرُّلَهُ ، المُتَشَبِّثَ على النِّصْفِ المُقَرِّ بهِ .

فاِن كانَ الصُّلْحُ بإِذنِ شريكِهِ ، صَحَّ في جمْيعِهِ بجميع العِوَض .

واِلَّا ، ففي حِصَّةِ المُصَالِحِ خاصَّةً بِنِسْبَتِها من العِوَض ، وبَقِيَ باقي النِّصف مِلكًا للشريكِ=

اَمَّا لو اَدَّعى كُلُّ واحدٍ مِنْهُما النِّصفَ ، من غيرِ سَبَبٍ مُوْجِبٍ للشَّرِكَةِ ، لم يشتركا فيما يُقِرُّ به لِاَحدِهما .

ولو اَدَّعى عليهِ فَانْكَرَ ، فَصَالَحَهُ المدَّعَى عليهِ على سَقيِ زَرْعِهِ اَو شجرِهِ بمائهِ ؛ قيلَ : لايجوزُ ، لِاَنَّ العِوَضَ هو المَاءُ ، وهو مجهولٌ ؛ وفيهِ وجهٌ آخرُ ، مأخَذُهُ جوازُ بيعِ ماءِ الشِّربِ .

اَمَّا لو صَالَحَهُ ، على اِجراءِ الماءِ اِلى سطحِهِ اَو سَاحتِهِ ، صَحَّ ، بعدَ العِلْمِ بالمَوْضِعِ الَّذي يجري الماءُ منهُ [1] .

واِذا قالَ المُدَّعَى عليهِ : صَالِحْني عليهِ ، لم يكن اِقرارًا ؛ لِاَنَّه قد يَصِحُّ معَ الاِنكار . اَمَّا لو قالَ : بعْنِي اَو مَلِّكني ، كان اِقرارًا [2] .

ويلحَقُ بذلك

اَحكامُ النِّزَاعِ في الاَمْلَاك

وهي مسائلُ :

«الأُولى» : يجوزُ اِخراجُ الرَّوَاشِن [3] والاَجْنِحَةِ اِلى الطُّرُقِ

= الآخَر ؛ «المسالك : ٤ / ٢٧١» .

(١) المُرَادُ بِعِلْمِ الموضعِ الَّذي يجري منهُ : اَنْ يُقَدَّرَ مَجْرَاهُ طُولًا وعَرْضًا ؛ لِتَرْتَفِعَ الجَهَالَةُ عن المَحَلِّ المُصَالَحِ عليه .

ولا يُعْتَبَرُ تَعيِيْن العُمْق ؛ لِاَنَّ مَن مَلَكَ شيئًا ، مَلَكَ قرارَهُ اِلى تُخُومِ الاَرْض .

ولافَرْقَ في صِحَّةِ ذلك ؛ بين جعلِهِ عوضًا بعدَ المُنازَعَةِ ، وبين اِيْقاعِهِ اِبْتِدَاءً ؛ «المسالك : ٤ / ٢٧٣ ـ ٢٧٤» .

(٢) لِاَنَّه صريحٌ في اَلتِمَاسِ التَّمْلِيك ؛ وهو يُنَافي كونَهُ مِلْكًا لَهُ ، لِاستحالةِ تحصيلِ الحَاصِلِ ... ؛ «المسالك : ٤ / ٢٧٤» .

(٣) الرَّوَاشِنُ : جمعُ رَوْشَن ؛ وهو : المَنْوَر ، كما سمعتُهم يقولونه في مَدِينةِ الكاظِمِيَّةِ =

النَّافِذَةِ [1] ، إذا كانَتْ عاليةً لا تضُرُّ بالمارَّةِ ، ولو عارضَ فيها مُسْلمٌ ؛ على الأَصَحِّ . ولو كانَتْ مُضِرَّةً ، وَجَبَ إزالتُها . ولو أَظْلَمَّ بها الطَّرِيْقُ ؛ قيلَ : لايجبُ إزَالتُها ، ويجوزُ فتحُ الأَبوابِ المُسْتَجَدَّةِ فيها . أَمَّا الطُّرُقُ المرفوعةُ ؛ فَلَا يجوزُ إحداثُ بابٍ فيها ، ولا جَنَاحٍ ولا غيرِهِ ، إلَّا بإذنِ أَربابِهِ ، سواءٌ كان مُضِرًّا أو لم يكن ؛ لِأَنَّهُ مختصٌّ بهِم . وكذا لو أَرادَ فتحَ بابٍ لا يَستطرِقُ فيه ، دفعًا للشُّبهَةِ [2] . ويجوزُ فتحُ الرَّوَازِن والشَّبَابيك ، ومع إذنِهم فلا أَعْتِرَاضَ لِغيرِهم. ولو صالَحَهم على إحداثِ روشَنٍ، قيلَ: لايجوزُ ، لِأَنَّهُ لا يَصِحُّ إفرادُ الهَوَاء بالبيعِ ؛ وفيهِ تردُّدٌ . ولو كان لإنسانٍ داران ، بابُ كلِّ واحدةٍ الى زُقاقٍ غيرِ نافذٍ ، جازَ أَن يفتَحَ بينَهما بابًا [3] . ولو أَحدَثَ في الطَّريقِ المرفوع حَدَثًا ، جازَ إزَالتُهُ لِكُلِّ مَن لَهُ عليهِ

= المُقَدَّسة .

وهو : السِّمَاية ؛ بمعنى : ما يُفتح إلى السَّماء ؛ كما سمعتُهم يقولونَهُ في مَدِيْنَة النَّجف الأَشرف . ثم ، الكلمة فارسِيَّة ؛ وجدتُهُم يقولونها : رَوْشَنَائي ، للمُفْرَد ...

(١) الرَّواشِنُ والجَنَاحُ يشتركان في إخْراجِ خَشَبٍ ، من حايطِ المالكِ إلى الطَّريق ؛ بحيثُ لايَصِلُ إلى الجِدَار المُقَابل ، ويُبنَى عليها .

ولو وُصِلَتْ ؛ فهو : السَّاباط .

وَرُبَّما فُرِّقَ بينهما : بأَنَّ الأَجنحةَ ، يَنْضَمُّ إليها مَع ما ذُكِرَ ؛ أَنْ تُوضَعَ لها أَعْمِدَةٌ من الطَّريق ؛ «المسالك : ٤ / ٢٧٥» .

(٢) أي : لِشُبْهَةِ أستِحْقَاقِهِ المُرُورَ فيهِ بعد تَطَاوُلِ الزَّمَان ؛ فإنَّهُ إذا أشتُبِهَ حالُهُ ، يُشْعِرُ باستحقاقِ المُرُور ، لِأَنَّهُ وُضِعَ لَهُ ...؛ «المسالك : ٤ / ٢٧٩» .

(٣) لِأَنَّ لَهُ حَقَّ السُّلوك في كُلِّ واحدةٍ ، ورفع الجِدَار الحائل بين الدَّارين وجعلهما واحدةً ؛ ففتحُ بابٍ من إحْداهما إلى الأُخرى أَوْلى .

ومَنَعَ منهُ بعضُ العامَّة ... ؛ «المسالك : ٤ / ٢٨٠» .

ٱستِطْرَاقٌ [1] . ولو كان في زُقاقٍ بابان ، اَحدُهما اَدْخَلُ من الآخَرِ ، فَصَاحِبُ الاَوَّلِ يُشارِكُ الآخرَ في مَجَازِهِ ، ويَنفردُ الاَدخَلُ بما بين البَابين . ولو كانَ في الزُّقَاقِ فاضلٌ اِلى صَدرِها ، وتَدَاعَيَاهُ ، فهما فيهِ [ورقة ٨٧ لوحة اَ] سَواءٌ. ويجوزُ للدَّاخِلِ اَن يُقدِّمَ بابَهُ ، وكذا الخَارجِ . ولايجوزُ للخَارِج اَن يدخُلَ ببابهِ ، وكذا الداخل . ولو اَخرَجَ بعضُ اَهلِ الدَّرب النافذِ رَوشنًا ، لم يكن لِمُقَابلهِ معارضَتُهُ ، ولو ٱستوعَبَ عَرْضَ الدَّرب . ولو سقطَ ذلك الرَّوشنُ فسبَقَ جارُهُ الى عَمَلِ روشنٍ ، لم يكن للاَوَّلِ منعُهُ ، لِاَنَّهما فيهِ شِرْعٌ [2] ، كالسَّبقِ اِلى القُعودِ في المسجدِ .

«الثَّانيةُ» : اِذا ٱلتَمَسَ وضعَ جُذُوعِهِ على حائطِ جارِهِ ، لم يجب على الجَارِ اِجابَتُهُ ، ولو كان خشبَةً واحدةً ، لكن يُستَحَبُّ [3] . ولو اَذِنَ ، جازَ الرُّجُوعُ قبلَ الوضع اِجماعًا ، وبعدَ الوضع لايجوزُ ، لِاَنَّ المُرَادَ به التأبيدُ ؛ والجوازُ حَسَنٌ مع الضَّمَانِ . اَمَّا لو ٱنْهَدَمَ ، لم يُعِد الطَّرحَ اِلَّا بِاِذْنٍ مُستَأنَفٍ ؛ وفيهِ قولٌ آخرُ . ولو صَالَحَهُ على الوضعِ اِبتِدَاءًا جازَ ، بعدَ اَن يذكُرَ عدَدَ الخَشَب وَوَزْنَها وطُولَها [4] .

---

(١) مِن غيرِ فرقٍ بين المُضِرِّ وغيرِهِ ، وبين كونِهِ في الهَوَاء كالرَّوْشَنِ ، اَو في الاَرْضِ كالدَّكَّة ، ولا بينَ وقوعِهِ بِاِذنِ بعضِهم وعَدَمِهِ ؛ «جواهر الكلام : ٢٦ / ٢٥١» ؛ ويُنظر : «المسالك : ٤ / ٢٨١» .

(٢) شِرْعٌ وَشَرَعٌ ؛ اَي : مثلٌ وسواء .

(٣) هذا عندنا موضعُ وِفاقٍ ؛ ولِقولهِ «صَلَّى اللهُ عليهِ وآلهِ وسَلَّم» : «لايَحِلُّ مالُ ٱمْرِىءٍ مُسْلِمٍ اِلَّا بطيبِ نفسٍ منهُ» ؛ ولِقَضَاء العقلِ بِقُبْح التَّصَرُّف في مالِ الغير... ؛ «المسالك : ٤ / ٢٨٤» .

(٤) اِنَّما ٱعْتُبِرَ ذِكْرُ الطُّول مع الوزن ، لِاختلافِ ضَرَرِ الحائطِ بِهِ باختِلَافِهِ في الطُّول ، واِنِ =

«الثَّالثةُ» : اذا تداعيا جِدارًا مُطْلَقًا ، ولا بَيِّنةَ ، فَمَن حلَفَ عليهِ معَ نُكُولِ صاحبهِ ، قُضِيَ لَهُ . وإن حَلَفا أو نَكَلا ، قُضِيَ به بينَهما . ولو كانَ متَّصِلًا ببناءِ أحدِهِما ، كان القَوْلُ قولَهُ مع يمينهِ [1] . وإن كانَ لِأحدِهما عليهِ جِذْعٌ أو جُذُوعٌ ؛ قيلَ : لايُقضَى بها ؛ وقيلَ : يُقضَى مع اليَمِيْنِ ؛ وهو الأشبَهُ .

ولاتُرجَّحُ دعوى أحدِهما ، بالخَوَارِجِ التي في الحِيْطَانِ ، ولا الرَّوازِن [2].

ولو ٱختَلَفَا في خُصٍّ [3] قُضِيَ لِمَن اليهِ مَعَاقِدُ القِمْط [4] ، عَمَلًا بالرِّواية .

= ٱتَّفَقَ وَزْنُهُ .

والضَّابِطُ : ذِكْرُ ما يَرْفَعُ الجَهَالَة ؛ ولابُدَّ مع ذلك من ذِكْرِ المُدَّةِ المَضْبُوطة . ولو كانت الآلاتُ مُشَاهدةً ، أُسْتُغنِيَ عن ٱعتبارها بذلك ، وٱكْتُفِيَ بتعيين المُدَّة .

وٱحترَزَ بقوله : «إبْتِدَاءً» ؛ عَمَّا لو وَقَعَ الصُّلْحُ بعدَ البِناء ؛ فإنَّهُ لايُعْتَبَرُ حينئذٍ إلَّا تعيين المُدَّة ؛ لِصَيْرُورةِ الباقي معلومًا .

بِخِلافِ ما إذا لم يُبْنَ ؛ لِتَفَاوُت الضَّرَر ، ولا ضَابِطَ يُرْجَعُ إليهِ عند الإطلاق ؛ «المسالك : ٤ / ٢٨٦» .

(١) أي : مُتَّصِلًا بهِ إتِّصالَ ترصيفٍ .

وهو : تداخلُ الأحجار واللَبِن على وجهٍ يبعد كونهُ مُحْدَثًا ... ؛ «المسالك : ٤ / ٢٨٧» .

(٢) المُرَادُ بالخَوَارِجِ : كُلُّ ما خَرَجَ عن وجهِ الحائطِ ، من نَقْشٍ ووَتَدٍ ورَفٍّ ونحو ذلك ؛ فإنَّه لا يُفيدُ التَّرجيحَ لِمَالِكِهِ ؛ لِإمكانِ إحْدَاثِهِ له من جهتهِ ، من غَيْرِ شعورِ صاحب الجِدار .

ومثلُهُ : الدَّواخِلُ فيه ؛ كالطَّاقات غيرِ النافذة ، والرَّوَازِن النَّافِذة ، لِمَا ذُكِرَ ؛ «المسالك : ٤ / ٢٨٨» .

(٣) وهو البيتُ الذي يُعمَلُ من القصبِ ونحوه ؛ «الرَّوضة : ٤ / ١٩٤» .

(٤) بالكَسْرِ : حَبْلٌ يُشَدُّ بهِ الخُصُّ .

وبالضَّمِّ ، جمعُ : قِماط ؛ وهي : شِدَادُ الخُصِّ مِن لِيْفٍ وخُوْصٍ وغيرِهما ؛ «المسالك : ٤ / ٢٨٨» .

«الرَّابعةُ» : لا يجوزُ للشَّريك في الحائِط ، التَّصرُّفُ فيهِ بِبنَاءٍ ، ولا تَسْقيفٍ ، ولا اِدخالِ خَشَبَةٍ ، اِلَّا بإذنِ شَريكِهِ . ولو اَنْهَدَمَ ، لم يُجبَر شريكُهُ على المُشَارَكةِ في عِمَارَتِهِ . وكذا لو كانَتِ الشَّرِكَةُ ، في دُوْلَابٍ اَو بئرٍ اَو نهرٍ . وكذا لا يُجبَرُ صاحبُ السَّفلِ ولا العُلُوِّ ، على بناءِ الجِدار الَّذي يحمِلُ العُلُوَّ . ولو هدَمَهُ بغيرِ اِذنِ شَريكهِ ؛ وجَبَ عليهِ اِعادتُهُ . وكذا لو هَدَمَهُ بإذْنِهِ ، وشرَطَ اِعادَتَهُ .

«الخَامِسَةُ» : اِذا تنازَعَ صاحبُ السَّفلِ والعُلُوِّ في جُدْرَانِ البَيْتِ [1] ؛ فالقولُ قولُ صاحبِ البيتِ مع يمينهِ . ولوكانَ في جُدْرَانِ الغُرْفَةِ ؛ فالقولُ قولُ صاحبِها مع يمينهِ . ولو تَنَازَعا في السَّقْفِ ؛ قيلَ : اِن حَلَفا قُضِيَ بهِ لَهُما ؛ وقيلَ : لِصاحبِ العُلُوِّ ؛ وقيلَ : يُقرَعُ بينَهما ؛ وهو اَحْسَنُ [2] .

«السَّادِسَةُ» : اِذا خرَجَت اَغصانُ شَجَرَةٍ الى مِلْكِ الجَار ؛ وجَبَ عطفُها اِن اَمكَنَ؛ واِلَّا قُطِعَت من حَدِّ مِلْكِهِ. واِنْ اَمْتَنَعَ صاحبُها، قَطَعَها الجَارُ، ولايَتَوَقَّفُ على اِذْنِ الحاكمِ . ولو صَالَحَهُ على اِبْقَائهِ في الهَوَاءِ ، لم يَصِحَّ ؛ على تردُّدٍ . اَمَّا لو صالَحَهُ على طَرْحِهِ على الحائطِ ، جازَ مع تقديرِ الزِّيَادَةِ اَو اَنْتِهَائِها [3] .

---

(١) الحامِلَةِ للعُلُوِّ ؛ «جواهر الكلام : ٢٦ / ٢٧٥» .

(٢) في المسالك والجواهر : وهو حَسَنٌ .

(٣) والمُرَادُ بقولهِ : «مع تقدير الزِّيادة اَو اَنتِهائها» : اَنَّ الاَغْصان اِن كانت قد اَنْتَهَتْ في الزِّيادة ، بِحَسَبِ ظَنِّ اَهْلِ الخِبْرَة ؛ صَحَّ الصُّلْحُ على اِبْقائها مُطْلَقًا .
واِنْ كانَتْ آخِذَةً في الزِّيَادة ، فلابُدَّ من تقدير الزِّيادة ، لِيَكونَ الصُّلْحُ مضبوطًا .
ولابُدَّ مع ذلك ؛ من تقدير مُدَّةِ الاِقامة ؛ فلا يَصِحُّ المُؤبَّدُ على ما ذَكَرَهُ الجَمَاعة .
ولو فُرِضَ زيادةُ ما حُكِمَ بانتهائهِ ، على خِلَافِ العادة ؛ كان حُكْمُ الزَّائدِ حُكْمَ الاَصْل ، لمَّا تَعَدَّى اِلى المِلْك قبل الصُّلْح ؛ «المسالك : ٤ / ٢٩٥» .

«السَّابعةُ» : إذا كانَ لإنسانٍ بُيُوتُ الخانِ السُّفلى ، ولِآخَرَ بيوتُهُ العُلْيَا ، وتداعَيَا [ورقة ٨٨ لوحة ب] الدَّرَجَةَ ، قُضِيَ بها لصاحبِ العُلُوِّ مع يمينهِ . ولو كان تحتَ الدَّرَجَةِ خُزَانةٌ ، كانا في دعواها سواءً . ولو تداعَيَا الصَّحْنَ ، قُضِيَ منهُ بما يُسلَكُ فيهِ الى العُلُوِّ بينهما ، وما خرَجَ عنهُ لِصَاحبِ السُّفلِ .

تَتِمَّـــة

إذَا تَنَازَعَ راكبُ الدَّابَّةِ وقابِضُ لِجَامِها ، قُضِيَ للرَّاكِبِ مَعَ يَمِيْنهِ ؛ وقيلَ : هما سواءٌ في الدَّعوى ؛ والأَوَّلُ أقوى [1] .

أَمَّا لو تَنَازَعَا ثوبًا ، وفي يدِ أَحدِهما أَكثرُهُ ، فهما سواءٌ . وكذا لو تنازَعَا عَبْدًا ، ولأَحدِهِما عليه ثيابٌ [2] .

أَمَّا لو تَدَاعَيَا جَمَلًا ، ولأَحدِهِما عليه حِملٌ ، كان التَّرْجيحُ لِدَعواهُ [3] ، ولو تداعَيَا غُرْفَةً على بيتِ أَحدِهِما ، وبابُها إلى غُرفةِ الآخَر ، كانَ الرُّجْحَانُ لِدَعوى صاحِبِ البَيْتِ .

---

(١) وجهُ القُوَّة : قُوَّةُ يدِ الرَّاكب ، وشِدَّةُ تَصَرُّفِهِ بالنِّسبةِ إلى القابض .
ووجهُ التَّسوية : اشتراكُهما في اليد ؛ وقُوَّتُها لا مَدْخَلَ لها في التَّرْجيح ؛ ولهذا ، لم يُؤثِّرفي ثوبٍ بِيَدِ أَحَدِهما أَكثَرُهُ ؛ «المسالك : ٤ / ٢٩٧» .

(٢) بمعنى : أَنَّ لُبْسَها لا يُرَجِّحُ يَدَ أَحَدِهما إذا كانَ لهما عليهِ يد ، إذْ لا دَخْلَ لها في المِلْك .
لِأَنَّهُ ؛ قد يَلْبَسُها بغيرِ إذْنِ مالِكها ، أو بقولهِ ، أو بالعاريَّة ؛ فإذا كانَ لَهُما عليهِ يَدٌ ، تَساويا في الدَّعوى .
ومنهُ يُعْلَمُ : أَنَّهُ لو كان لِأَحَدِهما خاصَّةً يدٌ ، وللآخَرِ ثِيَابٌ ؛ فالعِبْرَةُ بصاحبِ اليَد ؛ «المسالك : ٤ / ٢٩٧ ـ ٢٩٨» .

(٣) قطعًا ، ضرورةَ ظُهُور وجودِ الحِمْلِ عليهِ في يَد الإستقلالِ بِهِ ؛ «جواهر الكلام : ٢٦ / ٢٨٢» .

كِتَابُ الشِّرْكَةِ

والنَّظَرُ في فُصُولٍ :

الأوَّل

في : أقسامها

الشِّرْكَةُ :

اِجتماعُ حُقُوقِ المُلَّاكِ ، في الشيءِ الواحدِ ، على سبيلِ الشِّياعِ .

ثَم المُشْتَرَكُ قد يكونُ عينًا ، وقد يكونُ مَنْفَعةً [١] ، وقد يكونُ حقًّا [٢] .

وسَبَبُ الشِّرْكَةِ : قد يكونُ إرثًا ، وقد يكونُ عَقْدًا ، وقد يكونُ مَزْجًا ، وقد يكونُ حِيَازَةً .

والأشْبَهُ في الحِيَازةِ ، اِخْتِصَاصُ كُلِّ واحدٍ بما حَازَهُ . نَعَم ، لو اقْتَلَعا شجرَةً ، أو اغْتَرَفَا ماءً دَفْعَةً [٣] ، تحقَّقَتِ الشَّرِكَةُ . وكُلُّ مالَيْن ، مُزِجَ أحدُهما بالآخر ، بحيثُ لا يَتَمَيَّزان ، تحقَّقَتْ فيهما الشِّركَةُ ، اِختيارًا كان المَزْجُ أو اتِّفاقًا .

---

(١) كالاشتِرَاكِ في مَنْفَعَةِ دارٍ اِستأجَرَاها ... ؛ «الرَّوضة : ٤ / ١٩٨» .

(٢) كَشُفْعَةٍ ، وخِيَارٍ ، ورَهْنٍ ... ؛ «المصدرُ نفسُهُ» .

(٣) بآنيةٍ واحدةٍ ، أو اشتركا في نَصْبِ حُبَالَةِ الصَّيْدِ المُشْتَرَكِ ، ورَمْي السَّهْمِ المُثَبَّتِ لَهُ ؛ ينظر : «جواهر الكلام : ٢٦ / ٢٩٠» .

ويثبتُ ذلك في المَالين المُتَماثِلَيْن في الجِنْسِ والصِّفَةِ ، سواءٌ كانا اَثمانًا اَو عُرُوضًا .

اَمَّا مالا مِثْلَ لَهُ ، كالثَّوبِ والخَشَبِ والعَبْدِ ، فلا يَتَحَقَّقُ فيهِ بالمَزْج ؛ بل ، قد يحصُلُ بالاِرث ، اَو اَحدِ العُقُودِ النَاقِلَةِ كالاِبتياعِ والاِستيهابِ . ولو اَرادَ الشِّركةَ فيما لا مِثلَ لَهُ ، باعَ كلُّ واحدٍ منهما حِصَّتَهُ مِمَّا في يدِهِ ، بحِصَّتِهِ ممَّا في يدِ الآخر [1] .

ولا تَصِحُّ الشَّرِكة : بالاَعْمَالِ ، كالخِيَاطَةِ والنِّسَاجةِ . نعم ، لو عَمِلا معَ واحدٍ بأُجرَةٍ [2] ، ودفعَ اليهما شيئًا واحدًا عِوَضًا عن اُجرتهما ، تحقَّقَتِ الشِّرْكَةُ في ذلك الشيء ؛ ولا بالوجوهِ [3] ؛ ولا شَرِكَةُ المُفَاوَضَةِ [4] ، واِنَّما

---

(١) بناءً على اَنَّ الشِّرْكةَ فيهِ لا تتحقَّق بالاِمتزاج .

ومِثْلُهُ المِثْلِيّ ، مع اِختِلافِ الجِنْسِ اَو الوَصْف .

وما ذَكَرَهُ من الحيلَةِ اَحَدُ الاَمْثِلَة .

ومِثْلُهُ : ما لو وَهَبَ اَحَدُهما صاحِبَهُ حِصَّةً مِن مالِهِ ، ووَهَبَهُ الآخرُ كذلك ؛ اَو باعَهُ حِصَّةً بِثَمَنٍ مُعَيَّن ، ثُمَّ اِشتَرَى بِهِ حِصَّةً من الآخر ؛ اِلى غيرِ ذلك من الوجوهِ النَّاقِلة ؛ «المسالك : ٤ / ٣٠٧» .

(٢) وفي النُّسخِ المُتَدَاولة : «...؛ معًا لِواحدٍ بأُجْرَة» .

هذا ؛ وعِبَارة : «لو عَمِلا مع واحدٍ» ؛ قد تُوهِمُ : اَنَّ الاشتراكَ حَصَلَ بَيْنَهُم جميعًا .

بِخِلافِ ؛ عبارة : «لو عَمِلا لِوَاحِدٍ بأُجْرَة» ؛ فَتُفِيْدُ اَنَّ الاشتراكَ حَصَلَ بينهما لاغير .

(٣) وهي : اَنْ يشتَرِكَ اِثنانِ وجيهان لا مالَ لَهُما ، بعَقْدٍ لَفْظِيٍّ ، لِيَبْتاعَا ـ اَي : يَشْتَرِيا ـ في الذِّمَّة ، على اَنَّ مايَبْتَاعُهُ كُلٌّ منهما يكونُ بينَهُما ؛ فيبيعانِ ويُؤدِّيَان الاَثمان ، وما فَضُلَ فهو بينهما ؛ «الرَّوضة : ٤ / ١٩٩ جمعًا بين المتن والهامش» .

(٤) هي : اَن يَشْتَرِكَ شخصان فصاعدًا ؛ على اَن يكون بينهما ما يَكْتَسِبَان ويَرْبَحَان ، ويَلْتَزِمان من غُرم ، ويحصُلُ لهما من غُنْم ... ؛ «المسالك : ٤ / ٣٠٩» . =

تَصِحُّ بالاَمْوَال [1] .

ويَتَسَاوى الشَّريكان في الرِّبحِ والخُسْرَانِ مع تَسَاويهِ . ولو كانَ لِاَحَدِهما زِيَادَةٌ ، كان لَهُ من الرِّبْح بِقَدَرِ رأسِ مالِهِ . وكذا عليهِ من الخَسَارةِ .

ولو شُرِطَ لِاَحدِهما زِيَادَةٌ في الرِّبح ، مع تَسَاوي المالَين ، اَو التَّسَاوي في الرِّبحِ اَو الخُسران [2] مع تفاوتِ المالَين ؛ قيلَ : تَبْطُلُ الشَّرِكَةُ ؛ اَعني : الشَّرْطَ والتَّصَرُّفَ الموقوفَ عليهِ ، ويأخذُ كُلٌّ منهما رِبْحَ مالِهِ ، ولِكلٍّ منهما أُجرَةُ مثلِ عَمَلِهِ، بعدَ وَضْعِ ما قابلَ عَمَلَهُ في مالِهِ ؛ وقيلَ : تَصِحُّ الشَّرِكَةُ ، والشَّرْطُ ؛ والاَولُ اَظْهرُ .

هذا اِذا عَمِلَا في المالِ ؛ اَمَّا لو كان العامِلُ اَحدَهُما ، وشُرِطَت الزِّيَادَةُ للعامل ، صَحَّ ، ويكونُ بالقِرَاضِ [ورقة ٨٩ لوحة اَ] [3] اَشبَهَ .

واِذا اْشتَرَكَ المالُ ، لم يَجُز لِاَحدِ الشُّرَكاءِ التَّصَرُّفُ فيهِ ، اِلَّا مع اِذنِ البَاقين ، فاِن حصَلَ الاِذنُ لِاَحَدِهم ، تصرَّفَ هو دون الباقين ، ويَقتَصِرُ من التَّصَرُّفِ على ما أُذِنَ لَهُ [4] . فاِن أُطلِقَ لَهُ الاِذنُ ،

= هكذا في النسخة الخطِّيَّة . وفي بعضِ نسخ الشَّرائع المُتَدَاوَلَةِ : ولا شركة بالمُفَاوَضَةِ . وفي متن الجواهر : ولا شركة في المفاوضة .

وفي متن اَكثر نُسَخِ المسالك : ولا بِشَركةِ المُفَاوضة ؛ ينظر «المسالك : ٤ / ٣٠٩» هامش رقم (١) .

(١) لاخِلَاف بين المُسْلِمين في صِحَّةِ الشَّركة بالاَمْوَال .

وهي المُعَبَّر عنها بـ : «شَرِكَةِ العِنَان» ؛ بكسر العين ـ ككِتَاب ـ ؛ وهو : سَيْرُ اللِجام الَّذي تُمْسَكُ بِهِ الدَّابة ؛ «المسالك : ٤ / ٣٠٩ ـ ٣١٠» .

(٢) في المسالك والجواهر : «و» الخُسْرَان .

(٣) في مصوَّرة المخطوطة : ورقة ٨٨ ؛ هي نفسها : ورقة ٨٧ مُكرَّرَة .

(٤) مِن نَوْعِ التِّجَارَةِ ومكانِها وزَمَانِها ، ومَن يشترِي مِنْهُ ويبيعُ عليهِ ، وغير ذلك ؛ =

تَصَرَّفَ كيفَ شاءَ [1] .

وإن عُيِّن لَهُ السَّفَرُ في جهةٍ ، لم يَجُز لَهُ الأَخذُ في غيرِها ؛ أو نوعٌ من التِّجَارَةِ ، لم يتعدَّ الى سِواها .

ولو أَذِنَ كلُّ واحدٍ من الشَّريكين لِصَاحبِهِ ؛ جازَ لَهُما التَّصَرُّفُ ، وإن إنفردا . ولو شَرَطَا الإجتماعَ ، لم يَجُز الإنفرادُ .

ولو تعدَّى المُتَصَرِّفُ ما حُدَّ لَهُ ، ضَمِنَ [2] .

ولِكُلٍ من الشُّرَكاء [3] : الرُّجُوعُ في الإذنِ ، والمُطَالَبَةُ بالقِسْمَةِ ؛ لِأَنَّها غيرُ لازمةٍ . وليسَ لِأَحَدِهما المُطَالَبَةُ بإقَامةِ رأسِ المَالِ ؛ بل ، يَقْتَسِمَان العينَ الموجودَةَ ، مالم يتَّفِقا على البَيْعِ .

ولو شَرَطَا التَّأجيلَ في الشَّرِكَةِ ، لم يصِحَّ [4] ، ولِكُلٍّ منهما أن يَرْجِعَ مَتى

= «الرَّوضة : ٤ / ٢١٣» .

(١) أي : كيف شاءَ من وجوهِ التِّجَارَةِ والاسترْباح ، ومافيه مَصْلَحَةُ الشَّريك من البَيْعِ والشِّراء ، مُرَابَحَةً ومُسَاوَمةً وتولِيَةً ومُواضَعةً ؛ حيثُ يقتضيهما المَصْلحة ، وقَبْضِ الثَّمَن وإقْبَاض المَبِيْع ، والحوالة والاحتيالِ ، والرَّدِّ بالعيبِ ، ونحو ذلك ؛ كما في الوكيل المُطْلَق ؛ «المسالك : ٤ / ٣١٤» .

(٢) لا فَرْقَ في التَّحديدِ ؛ بين أنْ يَدُلَّ عليهِ عُمومُ اللَفظِ وخُصُوصُه ؛ فلو سافَرَ اعتمادًا على إطْلَاقِ الإذْنِ ، وَقُلْنَا إنَّهُ لا يتناوَلُهُ ؛ ضَمِنَ .

والمحدودُ ؛ قد يكونُ : باعتبارِ نوع التِّجَارةِ ، وبزمانها ومَكَانها ، وعلى كُلِّ تقديرٍ يحصُلُ بِمُخَالَفَةِ المأذون ؛ ولا تَبْطُلُ الشَّرِكَةُ بذلكَ ؛ «المسالك : ٤ / ٣١٥» .

(٣) الشَّرِكةُ بمعنييها غيرُ لازِمَةٍ ؛ وأَشَارَ إلى الأُوْلى بقولِهِ : «والمُطَالَبَةُ بالقِسْمَةِ» وإلى الثَّانيةِ بقولِهِ : «الرُّجوعُ في الإذْن» ؛ «المسالك : ٤ / ٣١٥ ـ ٣١٦» .

(٤) لِأَنَّها عقدٌ جايزٌ ، فَلا يُؤثِّرُ شَرْطُ التَّأجيلِ فيها ؛ بل ، لِكُلٍّ منهما فسخُها قبلَ الأَجَلِ ... ؛ «المسالك : ٤ / ٣١٦» .

شَاءَ . ولا يضمَنُ الشَّريكُ ما تَلِفَ في يدِهِ ، لِاَنَّهُ اَمَانَةٌ [1] ، اِلَّا مع التَّعَدِّي اَو التَّفْريط في الاِحتفاظ ، ويُقبَلُ قولُهُ مع يمينِهِ في دَعْوى التَّلَف ، سواءٌ اَدَّعى سببًا ظاهرًا كالغَرَق والحَرق ، اَو خَفِيًّا كالسَّرِقَةِ . وكذا القولُ قولُهُ مع يمينهِ ، لو اُدُّعِيَ عليهِ الخِيَانةُ اَو التَّفْرِيطُ .

ويبطُلُ الاِذنُ بالجُنُونِ والموتِ [2] .

الثَّاني

في : القِسْمَةِ

وهي : تمييزُ الحقِّ من غيرِهِ ، وليسَتْ بيعًا ؛ سواءٌ كان فيها رَدٌّ اَو لم يكُن [3] . ولا تصِحُّ اِلَّا باتِّفاقِ الشُّرَكَاء .

ثم هي تَنْقَسِمُ ، فكُلُّ ما لا ضَرَرَ في قسمتِهِ ، يُجبَرُ المُمْتَنِعُ مع اُلتِمَاسِ الشَّريكِ القِسْمَةَ ؛ وتكونُ بِتَعْدِيلِ السِّهامِ والقُرعةِ [4] .

---

(١) لِمَا قد عَرَفْتَ اَنَّهُ وكيلٌ ، فيكونُ اَمينًا من قِبَلِ المالكِ ؛ «المصدرُ نفسُهُ» .

(٢) لِبُطْلَانِ الوَكَالةِ بهما.

وفي معناهما : الاِغْماءُ ، والحَجْرُ لِلسَّفَهِ والفَلَسِ .

ثُمَّ ، في صورةِ الموتِ تكونُ القِسْمَةُ للوارِث ، اِنْ لم يكُنْ دَيْنٌ ولا وصِيَّةٌ ؛ واِلَّا بُنِي على الاِنتِقالِ اِليهِ وعَدَمِه ؛ «المسالك : ٤ / ٣١٧» .

(٣) ذَكَرَ في هذا الكِتاب نُبْذَةً من اَحكام القسمةِ ، لِمُنَاسَبَةِ المَقَام ؛ واَخَّرَ باقي الاَحكام اِلى كتاب القضاء ؛ ولو جَمَعَهُ هنا لَكَانَ اَنْسَب ؛ «المسالك : ٤ / ٣١٨» .

(٤) اَي : تكونُ القِسْمَةُ الاِجْبَارِيَّةُ تامَّةً بذلك ، فَمَتى حَصَلَتِ القُرْعةُ لَزِمَتْ ؛ سواء كان المُتَوَلِّي لِذلك قاسِمَ الاِمام ، اَم المُتَقَاسِمَيْن ... ؛ «المسالك : ٤ / ٣٢٠» .

أَمَّا لو أَرَادَ أَحَدُ الشُّرَكَاءِ ، التَّخَيُّرَ [1] ، فالقِسْمَةُ جائزةٌ ، لكن لايُجبَرُ المُمْتَنِعُ عنها . وكلُّ ما فيهِ ضَرَرٌ [2] كالجَوْهرِ والسَّيْفِ والعَضَايدِ الضَّيِّقَةِ ؛ لا يجوزُ قِسْمَتُهُ ، ولو أَتَّفَقَ الشُّرَكاءُ على القسمةِ .

ولا يُقسَّمُ الوَقْفُ ؛ لِأَنَّ الحقَّ ليسَ بمُنحَصرٍ في المُتَقَاسِمين . ولو كان المِلْكُ الواحدُ وَقْفًا وطِلقًا ، صَحَّ قِسمَتُهُ ، لِأَنَّهُ تمييزٌ للوَقْفِ من غيرِهِ [3].

الثَّالثُ

في : لَوَاحِقِ هذا الباب

وهي مسائلُ :

«الأُولى» : لو دَفَعَ إِنسانٌ دابَّةً ، وآخَرُ راويةً الى سَقَّاء ، على الاشتِرَاكِ في الحاصلِ ، لم تَنْعَقِد الشَّرِكَةُ [4] ؛ وكان مايحصُلُ للسَّقَّاءِ ، وعليهِ أُجرَةُ مثلِ الدَّابَّة والرَّاويةِ .

---

(١) وفي المسالك : التَّمَيُّزَ .

(٢) قد عَرَفْتَ معنى الضَّرر في مِثلِ ذلك . وأَمْثِلَةُ المُصَنِّفِ لَهُ لم تَشْمُل الأَقوال .
فإِنَّ قِسْمَةَ الجوهرة تُزيلُ القيمة غالِبًا ، والسَّيف تُنْقِصُها ، والعَضَائد تُفَوِّتُ المَنْفَعَةَ بالجُزْءِ على الوجهِ الَّذي كان يُنْتَفَعُ بها فيهِ أَوَّلًا .
فلا يُعْلَمُ مُخْتَارُهُ من الأَقوال ؛ ولكن سيأتي ، إِن شاء الله في كتاب القضاء ، في الفصلِ الثَّاني من خاتِمَتِهِ ؛ أَنَّهُ يختارُ كونَ الضَّرَرِ نَقْصَ القِيْمَةِ ؛ «المسالك : ٤ / ٣٢٠ ـ ٣٢١ ، جمعًا بين المَتن والهامش بتصرُّف» .

(٣) في المسالك والجواهر : عن غَيْرِهِ .

(٤) بُطْلَان هذهِ الشَّركة ظاهِرٌ مِمَّا سَبَق ؛ لِأَنَّها مُرَكَّبَةٌ من : شَرِكةِ الأَبْدَان ، وشَرِكة الأَمْوال مع عَدَمِ مَزْجِهِ ؛ فَتَقَعُ باطِلَةً ؛ «المسالك : ٤ / ٣٢٣» .

«الثَّانيةُ» : لو حَاشَ صيدًا ، اَو اَحتَطَبَ ، اَو اَحتَشَّ ، بِنِيَّةِ اَنَّهُ لَهُ و لِغَيْرِهِ ؛ لم تُؤثِّر تلك النِّيَّةُ ، وكانَ بأَجمعِهِ لَهُ خاصَّةً . وهل يَفْتَقِرُ المُحِيْزُ في تملُّكِ المُباحِ اِلى نِيَّةِ التَّمَلُّكِ ؟ قيلَ : لا ؛ وفيهِ تردُّدٌ .

«الثَّالثةُ» : لو كان بينهما مالٌ بالسَّويَّةِ ، فاَذِنَ اَحدُهما لِصَاحبهِ في التَّصرُّفِ على اَن يكونَ الرِّبْحُ بينَهُما نصفين ، لم يكن قِراضًا ، لِاَنَّهُ لا شِرْكةَ للعاملِ في مَكسَبِ مالِ الآمِرِ ، ولا شَرِكةَ واِن حصَلَ الِامتزاجُ ، بل يكونُ بِضَاعَةً [1] .

«الرَّابعةُ» : اِذا اَشتَرَى اَحَدُ الشَّريكين [مَتَاعًا] ، فادَّعى الآخَرُ اَنَّهُ اَشتَرَاهُ [ورقة ٨٩ لوحة ب] لَهُما ، واَنكَرَ ؛ فالقولُ قولُ المُشْتَري مع يمينهِ ، لِاَنَّهُ اَبصَرُ بِنِيَّتِهِ . ولـو اَدَّعى اَنَّهُ اَشتَرى لَهُما ، فاَنكَرَ الشَّريكُ ، فالقولُ اَيضًا قولُهُ ، لمِثْلِ ما قُلْناه .

«الخامسةُ» : لو باعَ اَحَدُ الشَّريكين سلعةً بينَهُما [وهوَ وكيلٌ في القَبضِ] واَدَّعى المُشْتري تسليمَ الثَّمَن اِلى البَائع ، وصَدَّقَهُ الشَّريكُ ، بَرِىءَ المُشْتَري من حَقِّهِ ، وقُبِلَت شَهَادتُهُ على القابضِ في النِّصْفِ الآخَرِ ، وهو حِصَّةُ البائع لِارتفاعِ التُّهَمَةِ عنهُ في ذلك القدَرَ [2] . ولو اَدَّعى تسليمَهُ الى الشَّرِيْكِ ،

---

(١) المُرَادُ بالبِضَاعَةِ هنا ؛ المالُ المَبْعُوثُ مع الغَيْر ، لِيَتَّجِرَ فيهِ تَبَرُّعًا ... وإنَّما كان هذا بِضَاعَـةً ؛ لِاَنَّـهُ لـم يُشْرِكـهُ في الرِّبـح ، فلا يكونُ قِرَاضًا ، ولا شَرِكةً ؛ لِاَنَّهُ لم يَعْمَل مَعَهُ ، وبناءُ الشَّرِكة على عَمَل المُشْتَرِكين ؛ فإذا عَمِلَ الشَّريكُ وَحْدَهُ ، كان الرِّبْحُ بينهما علَى نِسْبَـةِ المـال ، وعَمَلُـهُ مَعَـهُ مَعُونَـةً وتَبَرُّعًـا ؛ لِاَنَّهُ لم يشرط لِنَفْسِهِ في مُقابلَتِهِ عوضًا ؛ «المسالك : ٤ / ٣٢٨» .

(٢) اَمَّا براءَتُهُ مِن حَقِّ المُقِرِّ ، فلاعْتِرافهِ بوصولِ حَقِّهِ اِلى وكيْلِهِ ، وهو البائعُ .

واَمَّـا قبـولُ شهادَتِـهِ ـ اَعنـي : المُقِرَّ ـ ؛ على القَابض ـ اَي : المُدَّعَى عليهِ القَبْضَ وهو =

فَصَدَّقَهُ البائعُ ، لم يبرأ المُشْتَري من شيءٍ من الثَّمَن ، لِاَنَّ حِصَّةَ البائعِ لم تُسلَّم اليهِ ولا اِلى وكيلِهِ ، والشَّريكُ يُنكِرُهُ ؛ فالقولُ قولُهُ مع يمينهِ ؛ وقيلَ : تُقبَلُ شهادةُ البائع ؛ والمنعُ في المَسالَتين اَشبَهُ [1] .

«السَّادسةُ» : لو باعَ اثنان عبدَيْن ـ كُلُّ واحدٍ منهُما لِواحدٍ منهُما بانفرادِهِ ـ صَفْقَةً ، بِثَمَنٍ واحدٍ مع تَفَاوُتِ قيمتِهما ؛ قيلَ : يَصِحُّ ؛ وقيلَ : يبطُلُ ، لِاَنَّ الصَّفقةَ تجري مجرَى عَقْدين ، فيكونُ ثمنُ كُلِّ واحدٍ منهما مجهولًا .

اَمَّا لو كانَ العبدان لهما ، اَو كانا لواحدٍ ، جاز [2] . وكذا لو كان لِكُلِّ واحدٍ قفيزٌ من حِنطةٍ على اَنفرادِهِ ، فباعَاهما صَفْقَةً ، لانقِسَامِ الثَّمَن عليهما بالسَّويَّةِ.

«السَّابعةُ» : قد بيَّنَّا اَنَّ شَرِكَةَ الاَبدان باطِلَةٌ ، فإن تميَّزَتْ اُجرَةُ عملِ

= البائع ـ ؛ في النِّصف الآخر ـ وهو نصيبُ البائعِ ـ ؛ فَلِعَدَم التُّهَمَةِ في هذهِ الشَّهادة .
لِاَنَّهُ لم يشهد لِنَفْسِهِ ؛ بل ، على شريكِهِ ؛ والشَّهادَةُ على الشَّريك مَقْبُولَةٌ ...
واَعْلَم ؛ اَنَّ هاهنا دَعْوَيَيْن : اِحْداهما بين المُشْتَرِي والبائع ، والثَّانية بين الشَّريكين ؛ والمُصَنِّفُ ذَكَرَ حُكْمَ الاُوْلَى دون الثَّانيـة ، مع اَنَّ الثَّانية بباب الشَّرِكةِ اَوْلى ؛ «المسالك : ٤ / ٣٢٩» .

(١) اَي : تُقْبَلُ شَهَادَةُ البائع للمُشتري في قَبْضِ الشَّريكِ منهُ ؛ لِعَدَمِ التُّهَمَةِ .
حيثُ اِنَّ الشريكَ ليسَ وكيلًا للبائعِ ، وحقُّ البائع باقٍ على المُشتري على التَّقْدِيرين ؛ فَلَيْسَتِ الشَّهَادَةُ مُتَبَعِّضَةً كالاُولى .
نعم ، لوكان الشَّريكُ مأذونًا في القَبْض ، تَبَعَّضَتْ ؛ اِلَّا اَنَّهُ غَيْرُ مفروضِ المُصَنِّف ...
و اَشـارَ بقولهِ : «في المسالَتين» ؛ اِلى شهَادةِ البائعِ في هذه ، والشريك في السابقة ؛ «المسالك : ٤ / ٣٣١ ـ ٣٣٢» .

(٢) لِزَوَالِ المانع المذكور ؛ حيثُ اِنَّهما لايحتاجان اِلى تقسيط الثَّمن عليهما ؛ بل ، يقتَسِمَانهِ على نِسْبَةِ الحِصَص ؛ «المسالك : ٤ / ٣٣٢ ـ ٣٣٣» .

اَحدِهِما عن صاحبهِ اَختَصَّ بها . وإن اَشتُبِهَت ، قُسِّم حاصلُهما ؛ على قدرِ أُجْرَةِ مثلِ عملِهما ، وأُعطِيَ كُلُّ واحدٍ [منهُما] ما قابلَ أُجرَةَ مِثْلِ عَمَلِهِ .

«الثَّامنةُ» : إذا باعَ الشَّريكان سِلْعةً صفقةً ، ثم اَستوفَى اَحدُهُما مِنهُ شيئًا، شاركَهُ الآخَرُ فيهِ .

«التَّاسعةُ» : إذا اَستَأجَـرَ للاحتِطَابِ اَو الاِحتِشَاشِ اَو الاِصْطيادِ مُدَّةً مُعَيَّنـةً ، صحَّـت الاِجـارَةُ ، ويَمْلِكُ المُسْتأجِرُ ما يحصُلُ من ذلكَ في تلكَ المُدَّةِ [1] .

ولو اَستَأجَرَهُ لِصَيْدِ شيءٍ بِعينهِ ، لم يصِحَّ ، لعدمِ الثِّقَةِ بِحُصُولِهِ غالبًا [2] .

---

(١) جوازُ الاستِيجارِ ، على تحصيـلِ ذلك ونحوهِ من المُبَاحَات ؛ يُبْنَى على ماسَلَف : مِن اَنَّ تَمَلُّكَهَا هل يكفي فيهِ مُجَرَّدُ الحِيازَة ؟ اَم لابُدَّ معها مِن نِيَّةِ التَّمَلُّك ؟ فإنِ اَلْتَفَينا : بالحِيَازَةِ ؛ لم يَصِحَّ الاستيجارُ عليها ، ولا التَّوكيلُ فيها ؛ لِاَنَّ المُسْتَنَابَ يَمْلِكُها بِمُجَرَّدِ الحِيَازَة ؛ فلا يُتَصَوَّرُ مِلْكُ المُسْتَأجِرِ والموكِّلِ لها .

وإنْ قلنا : بافتقارهِ إلى النِّيَّةِ ؛ صَحَّ الاستيجار والتَّوكيلُ اَيْضًا ؛ لِاَنَّ المِلْكَ لَمَّا كان تابعًا للنِّيَّةِ ، فإذا نَوَى تَمَلُّكَ غيرهِ ، مع كونهِ نائبًا لَهُ ، صَحَّ .

وكذا يَصِحُّ على القولِ بِعَدَمِ اَعتبارِ النِّيَّةِ ؛ بل ، يُعْتَبَرُ اَن لاينوي ما يُنَافي المِلْك ؛ كما اَختارَهُ بعضُ الاَصحاب .

وحينئذٍ ، فإذا نَوَى بذلك المُسْتَأجِرُ ، صَحَّ ومَلَكَ المستأجِرُ .

والمُصَنِّفُ «رحمهُ الله» ، جَزَمَ هنا بالصِّحَّة ، مع تَرَدُّدِهِ فيما سبَقَ في اَشتِراطِ النيَّةِ ؛ فهو : إمَّا رُجوعٌ إلى الجزمِ باعتبارها بعد التَّرَدُّد ، اَو اَختيارٌ للقولِ الاَخير الَّذي حَكَيْنَاهُ ؛ فإنَّهُ لايُنَافِي عدمَ اَشتراطِ النِّيَّة ؛ «المسالك ٤ / ٣٣٨ ـ ٣٣٩» .

(٢) لَمَّا كان ضَابِطُ المُسْتَأجَر عليهِ كونَهُ مقدورًا لِلْاَجير ، حيثُ يُقْصَدُ منهُ مُبَاشَرَتُهُ ؛ فلا يَصِحُّ الاِستيجارُ لِتَحصِيْلِ صَيْدٍ مُعَيَّنٍ مالكٍ لِاَمْرِهِ ؛ لِاَنَّ مِثْلَ ذلك لايُعَدُّ مَقْدورًا موثوقًا بِهِ عادَةً . =

كِتَابُ المُضَارَبَةِ

وهو يَستدعي بيانَ أُمورٍ اَرْبَعَةٍ :

الاَوَّلُ

في : العَقْدِ

وهـو جائـزٌ من الطَّرَفين ، لِكُلِّ [واحدٍ] منهما فَسْخُهُ ، سواءٌ نَضَّ المَالُ (١) اَو كانَ به عُرُوضٌ .

ولو اُشتُرِطَ فيه الاَجَلُ ، لم يلزَم . لكن ، لو قالَ : اِن مرَّتْ بكَ سَنَةٌ مَثَلًا ، فلا تشترِ بعدَها وبعْ ، صَحَّ ، لِاَنَّ ذلكَ من مُقتَضَى العَقْد . وليس كذلك لو قالَ : على اَنِّي لا اَملِكُ فيها مَنْعَكَ ، لِاَنَّ ذلكَ مُنَافٍ لِمُقتَضى العَقْدِ .

ولو اُشتَرَطَ اَنْ لا يشتريَ اِلَّا من زيدٍ ، اَو لا يبيعَ اِلَّا على عمرٍو ، صَحَّ . وكذا لو قالَ : على اَن لايشتريَ اِلَّا الثوبَ الفُلانِيَّ ، اَو ثمرةَ البُسْتَانِ الفُلَانيِّ ، وسواءٌ (٢) كان وجودُ ما اَشَارَ اِليهِ ، عامًّا اَو نادِرًا .

= بِخِلَافِ الصَّيدِ المُطْلَق ، فإنَّ العادةَ قاضِيَةٌ بإمكانِهِ ؛ إذْ لابُدَّ من القُدْرَةِ على شيءٍ منهُ كيف اُتَّفَقَ غالبًا ؛ «المسالك : ٤ / ٣٣٩» .

(١) والمُـرَادُ بانِضَـاضِ المَـال ، صَيْرُورَتُـهُ دَرَاهِـمَ اَو دَنَانيـر ، كما كان اَوَّلًا ؛ «المسالك : ٤ / ٣٤٤» .

(٢) في المسالك والجواهر : سواءٌ ، بدون «و» .

ولو شرَطَ اَن يَشْتريَ ، اَصلًا يشتركانِ في نَمَائِهِ ، كالشَّجَرِ اَو الغَنَمِ .

قيلَ : يفسُدُ ، لاَنَّ مقتضاهُ [1] التصرُّفُ في رأسِ المالِ ؛ وفيه تردُّدٌ .

واِذا اَذِنَ لَـهُ فـي [ورقـة ٩٠ لوحـة اَ] التَّصَـرُّفِ [2] ، تولَّـى بِاطـلاقِ الاِذنِ مـا يَتَـولَّاهُ المالـكُ ؛ مـن عَـرْضِ القمـاشِ ، والنَّشْـرِ والطَّـيِّ ، واِحْـرَازِهِ ، وقَبْـضِ الثَّمَـنِ ، واِيْدَاعِـهِ الصُّنْـدُوقَ ، واَستئجـارِ مَـن جَـرَتِ العَـادَةُ باستئجـارِهِ ، كالـدَّلَّالِ والـوَزَّان والحمَّـالِ ، عَمَـلًا بالعُـرفِ . ولـو اَستَأجَـرَ لـلاَوَّلِ [3] ، ضَمِـنَ الأُجْـرَةَ . ولـو تَوَلَّـى الاَخيـر [4] بنفسهِ ، لم يستحقَّ اُجرَةً .

ويُنفِقُ في السَّفَرِ كَمَالَ نَفَقَتِهِ ، من اَصلِ المالِ ؛ على الاَظهر . ولو كانَ لِنفسِهِ مالٌ ، غيرُ مالِ القراضِ [5] ، فالوجهُ التَّقْسيطُ . ولو اَتَّفَقَ [6] صاحبُ

---

(١) اَي : مُقْتَضَى عَقْدِ المُضَارَبَةِ ـ اَو مُقْتَضَى القِرَاض الَّذي هو رَدِيْفُها ـ : التَّصَرُّفُ في رأسِ المالِ بالبَيْع والشِّرَاء ، وتحصيلُ الرِّبْحِ بالتِّجَارَة ، وهذا ليس كذلك ؛ لِاَنَّ فوائدَهُ تَحصُلُ بغيرِ تَصَرُّفٍ ؛ بل ، من عينِ المَالِ ؛ «المسالك : ٤ / ٣٤٦» .

(٢) المُرَادُ بالاِذْنِ في التَّصَرُّفِ هنا : اِطلاقُ عَقْدِ المُضَارَبة ؛ اِذْ لايَفْتَقِرُ العامِلُ معها في جَوَازِ التَّصَرُّفِ اِلى اِذْنٍ آخَرَ .

وكـان حقُّـهُ اَن يَقُـولَ : ولـو اَطْلَـقَ العَقْـدَ ، تَولَّى العاملُ بالاطلاقِ ما ذُكِرَ ؛ «المسالك : ٤ / ٣٤٧» .

(٣) المُرَادُ بذلك : الدِّلَالَةُ .

(٤) المُرَادُ بذلك : الحِمَالَةُ .

(٥) وهو رَدِيْفُ المُضَارَبَةِ ؛ والَّتي هي اَن يَدْفَعَ مالًا اِلى غيرِهِ ، لِيَعْمَلَ فيه بِحِصَّةٍ مُعَيَّنَةٍ من رِبْحِـهِ ، مأخـوذَةٌ من الضَّرْبِ في الاَرض ، لِاَنَّ العاملَ يَضْرِبُ فيها ، للسَّعْي على التِّجَارَة ... ؛ «الرَّوضة : ٤ / ٢١١ بتصرف» .

(٦) هكذا في المخطوطة ؛ وفي «المسالك : ٤ / ٣٥٠» : اَنْفَقَ ؛ وهو تصحيفٌ .

المالِ مُسَافِرًا ، فانتَزعَ المالَ منهُ ، فَنَفَقَةُ عَودِهِ من خاصَّتِهِ [1] .

وللْعَاملِ ٱبتِيَاعُ المَعِيْبِ ، والرَّدُّ بالعَيْبِ ، واَخْذُ الاَرشِ [2] ؛ كُلُّ ذلك مع الغِبْطَةِ .

ويَقْتَضِي اِطلاقُ الاِذنِ البيعَ نقدًا ، بِثَمَنِ المِثْلِ ، من نَقْدِ البَلَدِ . ولو خالَفَ لم يمضِ ، اِلَّا مع اِجَازَةِ المالكِ . وكذا يجبُ اَن يشتريَ بعينِ المالِ . ولو ٱشترى في الذِّمَّةِ ، لم يصِحَّ [البيعُ] ، اِلَّا معَ الاِذنِ . ولو ٱشتَرى في الذِمَّةِ لا مَعَهُ [3] ، ولم يذكُر المالِكَ ، تعلَّقَ الثَّمنُ بذمَّتِهِ ظاهرًا .

ولو اَمَرَهُ بالسَّفَرِ الى جِهةٍ ، فسافَر الى غيرِها ، اَو اَمَرَهُ بابتياعِ شيءٍ مُعَيَّنٍ ، فابتاعَ غيرَهُ ؛ ضَمِنَ . ولو رَبِحَ والحَالُ هذِهِ ، كانَ الرِّبْحُ بينهما ، بموجبِ الشَّرط .

وَمَوْتُ [4] كُلِّ واحدٍ منهُما ، يُبطِلُ المُضَارَبَةَ ، لِاَنَّها في المَعْنى وكالةٌ [5] .

---

(١) لِاَنَّ النَّفَقَةَ ، اِنَّمَا ٱستُحِقَّتْ بالمُضَارَبَةِ ، وقد اَرْتَفَعَتْ بالفَسْخ ، ولا غَرَرَ عليهِ ، لِدُخُولِهِ على عَقْدٍ يجوزُ فَسْخُهُ كُلَّ وقتٍ ... ؛ «المسالك : ٤ / ٣٥٠» .

(٢) في النُّسخ المُتَدَاولة : والاَخْذُ بالاَرْش .

(٣) مَرْجَعُ الضَّمير : اِذنُ المَالِكِ ؛ اَي : لامع اِذْنِ المَالِكِ .

(٤) هكذا في النُّسخة الخَطِّيَّة ؛ وفي المسالك ـ الشَّرح ـ : وفي النُّسَخ المُتَدَاولة والمسالك ـ المَتْن ـ : بموت .

(٥) لَمَّا كان هذا العَقْد من العُقُودِ الجائزة ، بَطَلَ بما يَبْطُلُ بِهِ ؛ مِن موتِ كُلٍّ منهما ، وجُنونِهِ ، واِغمَائِهِ ، والحَجْرِ عليهِ للسَّفَهِ ؛ لِاَنَّهُ مُتَصَرِّفٌ في مالِ غَيْرِهِ بِاِذْنِهِ ؛ فهو كالوكيل .
ولا فَرْقَ بين حُصُولِ ذلك قَبْلَ التَّصَرُّف وبَعْدَهُ ، ولا بين اَن يكونَ قد ظَهَرَ رِبْحٌ وعَدَمُهُ ؛ «المسالك : ٤ / ٣٥٣» .

الثَّاني

في : مَالِ القِرَاضِ

ومِن شَرْطِهِ : اَن يكون عَيْنًا ، واَن يكونَ دَرَاهِمَ اَو دَنَانيرَ . وفي القِرَاض بالنُّقْرَةِ [1] ، تردُّدٌ .

ولا يَصِحُّ بالفُلُوس ؛ ولا بالوَرِقِ المَغْشُوشِ ، سَوَاءٌ كان الغِشُّ اَقلَّ اَو اَكثَرَ ؛ ولا بالعُرُوض [2] . ولو دَفَعَ آلةَ الصَّيْدِ كالشَّبَكَةِ بحِصَّةٍ فاصْطَادَ ، كان الصَّيْـدُ للصائِدِ ، وعليهِ اُجرةُ الآلةِ .

ويَصِحُّ القِرَاضُ بالمَالِ المُشَاعِ [3] ، ولا بُدَّ اَن يكونَ معلومَ المِقْدَارِ ، ولا تكفي المُشَاهَدَةُ ؛ وقيلَ : يَصِحُّ معَ الجَهالةِ ، ويكونُ القولُ قولَ العاملِ ، مع التَّنَازُعِ في قَدْرِهِ .

ولـو اَحضَـرَ مالَين ، وقـالَ : قارَضْتُكَ بأيِّهما شِئْتَ ، لم يَنْعَقِد بذلك قِـراضٌ [4] . واِذا اَخَـذَ مـن مَـالِ القِـراض ، مـايَعْجَـزُ عنـهُ ، ضَمِـنَ . ولو كـانَ لَـهُ فـي يَـدِ غاصِـبٍ مـالٌ ، فَقَارَضَـهُ عليـهِ صَـحَّ ، ولـم يبطُـلِ الضَّمَـانُ . فـاِذا اشتَـرى بـهِ ، ودَفَـعَ المـالَ الـى البائـع ، بَـرِىء ، لِاَنَّـهُ قَضَـى دَيْنَـهُ بِاِذنِـهِ .

---

(١) القِطْعَةُ المُذَابَةُ من الذَّهَبِ والفِضَّة ؛ «المسالك : ٤ / ٣٥٥» .

(٢) العُرُوض ـ بِضَمِّ العين ـ : جمعُ عَرْضٍ ؛ بِفَتْحِها ، ساكن الوَسَط ، ويُحَرَّك .
وهو : المَتَاعُ ، وكُلُّ شيءٍ سوى النَّقْدَين ... ؛ «المسالك : ٤ / ٣٥٦» .

(٣) لِاَنَّ المُشَاعَ مُعَيَّنٌ في نفسهِ ، وجامعٌ لِبَاقي الشَّرَائط ، فَيَصِحُّ القِرَاضُ بِهِ .
ولافَرْقَ بين اَن يكون عَقْدُهُ واقعًا مع الشَّريكِ وغَيرِهِ ؛ «المسالك : ٤ / ٣٥٧» .

(٤) لِانتفاءِ التَّعْيين ، الَّذي هو شَرْطٌ في صِحَّةِ العَقْدِ ؛ «المسالك : ٤ / ٣٥٨» .

ولو كانَ لَهُ دينٌ ، لم يَجُز اَن يجعلَهُ مُضَارَبَةً ، اِلَّا بعدَ قبضِهِ . وكذا لو اَذِنَ للعاملِ في قَبْضِهِ من الغريمِ [1] ، مالم يُجدِّدِ العَقْدَ .

فروعٌ

لو قالَ : بعْ هذهِ السِّلعةَ ، فإذا نَضَّ ثَمَنُها فهو قِراضٌ ، لم يصِحَّ ؛ لِاَنَّ المالَ ليسَ بمَمْلُوكٍ عندَ العَقْدِ [2] .

ولو ماتَ ربُّ المالِ ، وبالمالِ مَتَاعٌ ، فاَقَرَّهُ الوَارثُ ، لم يصِحَّ ؛ لِاَنَّ الاَوَّلَ بَطَلَ ، ولا يصِحُّ اِبْتِدَاءُ القِرَاض بالعُرُوض .

ولـو اَختَلَفـا في قَدْرِ رأسِ المَالِ ؛ فالقولُ قولُ العاملِ مع يمينِهِ ، لِاَنَّهُ [ورقة ٩٠ لوحة ب] اَختلافٌ في المَقْبُوضِ [3] .

ولـو خلَـطَ العامـلُ مالَ القِرَاض بمالِهِ ، بغيرِ اِذْنِ المالكِ ، خَلْطًا لا يَتَمَيَّزُ ، ضَمِنَ ، لِاَنَّهُ تَصرُّفٌ غيرُ مشروعٍ [4] .

---

(١) لِاَنَّهُ لا يخرُجُ بالاِذن ، عن كونهِ دَيْنًا ... ؛ «المسالك : ٤ / ٣٦٠» .

(٢) المُرَادُ بالمال ؛ الثَّمَنُ الَّذي يَصِحُّ بِهِ القِرَاضُ ؛ «المساك : ٤ / ٣٦٠» .

(٣) لافَرْقَ في ذلك ؛ بين كونِ المالِ باقِيًا وتالِفًا بتفريطٍ ؛ لِاشتِرَاكِ الجميع في المُقْتَضِي ؛ وهو : اَصَالَةُ عَدَمِ الزَّائد، وبَرَاءةُ ذِمَّةِ العاملِ منهُ .

واِليهِ اَشَارَ المُصَنِّفُ بقولهِ : «لِاَنَّهُ اَخْتِلَافٌ في المَقْبُوض» ؛ لِاَنَّ المالك يَدَّعي اَنَّهُ اَقْبَضَهُ الزَّائِدَ ، وهو يُنكِرُهُ ؛ والاَصْلُ عَدَمُهُ .

واَوْلَى بالحُكْم ؛ مالو كان تالِفًا بتَفْرِيطٍ ؛ فاِنَّ العاملَ حينئذٍ غَارِمٌ ؛ والقولُ قولُهُ في القَدْر ؛ «المسالك : ٤ / ٣٦١» .

(٤) لِاَنَّ مالَ القِرَاضِ اَمَانَةٌ ؛ والاَمَانَةُ لايجوزُ خَلْطُها كالوديعة .

ولا يَبْطُـلُ العَقْدُ بذلـك ، واِنْ اَثِـمَ وضَمِنَ ؛ فيبقـى الرِّبْـحُ بينهمـا على نِسْبَـةِ المال ...؛ «المسالك : ٤ / ٣٦٢» .

الثَّالِثُ

في : الرِّبْحِ

وتَلْزَمُ الحِصَّةُ بالشَّرْطِ دونَ الأُجرة ، على الاَصَحِّ [1] . ولابُدَّ اَن يكونَ الرِّبْحُ مُشَاعًا [2] .

فلو قالَ: خُذهُ قِراضًا والرِّبْحُ لي ، فَسُدَ . ويُمكن اَن يُجعَلَ بِضَاعةً ، نَظَرًا الى المعنى ؛ وفيهِ تردُّدٌ . وكذا التَّرَدُّدُ لو قالَ : والرِّبْحُ لَكَ .

اَمَّا لو قالَ : خُذهُ فاتَّجِرْ بهِ والرِّبْحُ لي ، كانَ بِضَاعةً . ولو قالَ : والرِّبْحُ لكَ كان قَرضًا .

ولو شَرَطَ اَحدُهُما شيئًا معيَّنًا [3] ، والباقي بينهما ، فَسُدَ ، لِعدَمِ الوُثُوقِ بحُصُولِ الزِّيادةِ ، فلا تَتَحَقَّقُ الشَّرِكَةُ . ولو قالَ : خُذْهُ على النِّصْفِ ، صَحَّ . وكذا لو قالَ : على اَنَّ الرِّبْحَ بينَنَا ، ويُقضَى بالرِّبْحِ بينَهُما نِصْفَيْن .

فلو قالَ [4] : على اَنَّ لكَ النِّصفَ ، صَحَّ . ولو قالَ : على اَنَّ لي النِّصْفَ واَقتَصَرَ ، لم يصحَّ ، لِاَنَّهُ لم يُعيِّن لِلْعَامِلِ حِصَّةً .

ولو شرَطَ لِغُلامِهِ حِصَّةً معهما ، صَحَّ ، عَمِلَ الغُلَامُ اَو لم يَعْمَل [5] . ولو شَرَطَ لِاَجنبِيٍّ وكان عامِلًا، صَحَّ، وإن لم يكن عامِلًا ، فَسُدَ ؛ وفيه وجهٌ آخَرُ .

---

(١) لِاَنَّها مُعَامَلَةٌ صَحِيْحَةٌ ؛ فَيَلْزَمُ مُقْتَضَاها : وهو ماشُرِطَ للعامل من الحِصَّة ؛ «الرَّوضة : ٤ / ٢١٩» ؛ ويُنظر : «المسالك : ٤ / ٣٦٣» .

(٢) المُرَادُ بالمُشَاع : اَن يكونَ بأَجْمَعِهِ مُشْتَرَكًا بينَهما ...؛ «المسالك : ٤ / ٣٦٤» .

(٣) من الرِّبْحِ يَخْتَصُّ بِهِ .

(٤) في المسالك والجواهر : ولو قالَ .

(٥) لِاَنَّهُ كَشَرْطٍ لِمَالِكِهِ ، فَيَصِحُّ ، لِاَنَّ العَبْدَ لَايَمْلِكُ شيئًا... «المسالك : ٤ / ٣٦٧ بتصرُّف» .

ولو قالَ : لَكَ نصفُ ربحِهِ ، صَحَّ ، وكذا لو قالَ : [لَكَ] رِبْحُ نِصْفِهِ [1] .

ولوقالَ لِاثنين : لكما نِصْفُ الرِّبْحِ صَحَّ ، وكانَا فيهِ سواءً .ولو فَضَّلَ اَحَدَهُما صَحَّ اَيضًا ، وإن كانَ عَمَلُهما سواءً .

ولو اَختَلَفَا في نَصِيْبِ العاملِ ؛ فالقولُ قولُ المالكِ مع يمينهِ .

ولو دَفَعَ قِرَاضًا في مَرَضِ الموتِ ، وشرَطَ رِبْحًا صَحَّ ، ومَلَكَ العامِلُ الحِصَّةَ .

ولو قالَ العاملُ : رَبِحْتُ كذا ورَجَعَ ، لم يُقبَل رجُوعُهُ . وكذا لو اَدَّعى الغَلَطَ . اَما لو قالَ : ثم خَسِرْتُ ، اَو قالَ : ثم تَلِفَ الرِّبْحُ ، قُبِلَ .

والعامِلُ يَمْلِكُ حِصَّتَهُ من الرِّبْح بظهورِهِ، ولا يتوقَّفُ على وجودِهِ ناضًّا [2].

---

(١) المَشهورُ : صِحَّةُ القِرَاض في الصُّوْرَتَيْن ؛ واَنَّهُ لافَرْقَ بينهما من حيثُ المَعْنى .

لِاَنَّ النِّصفَ لَمَّا كان مُشَاعًا ؛ فكُلُّ جُزْءٍ من المال إذا رَبِحَ ، فَنِصْفُ رِبْحِهِ للعاملِ ، ونصفُهُ للمالك بِمُقْتَضَى الشَّرْط .

وخَالَفَ في ذلك الشَّيْخُ في اَحَدِ قوليهِ ؛ فَجَعَلَ الثَّاني باطِلًا ، لِمُنَافاتهِ مُقْتَضَى القِرَاض ، من اَنَّ رِبْحَ كُلِّ جُزْءٍ بينهما .

وهُنَا قد شَرَطَ رِبْحَ النِّصف الواحد لِلْمَالكِ ، لايُشَارِكُهُ فيهِ العاملُ ؛ والآخرُ بالعَكْس .

ورُبَّما رَبِحَ نِصْفُهُ خاصَّةً ، فَيَخْتَصُّ بهِ اَحَدُهما ؛ اَوْ رَبِحَ اَكْثَرُ من النِّصف ؛ فلا تكونُ الحِصَّةُ معلومةً .

واُجيبَ : بأَنَّ الاِشارَةَ لَيْسَت اِلى نِصْفٍ مُعَيَّن ؛ بل ، مُبْهم ؛ فإذا رَبِحَ اَحَدُ النِّصفين ، فذلك الَّذي رَبِحَ هو المَالُ ، والَّذي لم يَرْبَحْ لا اَعتِدَادَ بهِ . وحيثُ كانَ النِّصفُ مُشَاعًا ، فكُلُّ جُزْءٍ منهُ لَهُ رِبْحُ نصفهِ ؛ «المسالك : ٤ / ٣٦٨ ـ ٣٦٩» .

(٢) هذا هو المشهورُ بين الاَصحاب ؛ بل ، لايكادُ يَتَحَقَّقُ فيهِ مُخَالِفٌ ؛ ولا نُقِلَ في كُتُبِ الخِلَافِ عن اَحَدٍ من اَصحابنا ما يُخَالِفُهُ . =

الرَّابعُ
في : اللَّوَاحِقِ

وفيه مسائلُ :

«الأُولى» : العاملُ أَمينٌ ، لايَضْمَنُ ما يَتْلَف ، إِلَّا عن تفريطٍ أَو خِيَانَةٍ [1] ؛ وقولُهُ مقبولٌ في التَّلَفِ ؛ وهل يُقْبَلُ في الرَّدِّ ؟ فيه تردُّدٌ ، أَظهرُهُ أَنه لا يُقبَلُ .

«الثَّانيةُ» : إِذا أَشترى مَن يَنْعَتِقُ على رَبِّ المَالِ [2] ، فإِن كانَ بإِذنِهِ ، صَحَّ ويَنْعَتِقُ . فإِن فَضَلَ من المَالِ عن ثمنِهِ شيءٌ ، كان الفَاضِلُ قِرَاضًا . ولو كان في العبدِ المذكورِ فَضْلٌ ، ضَمِنَ ربُّ المالِ حِصَّةَ العاملِ من الزِّيادةِ ؛ والوجهُ الأُجرةُ . وإِن كانَ بغيرِ إِذنِهِ ، وكان الشِّرَاءُ بعينِ المالِ ، بَطَلَ [3] . وإِن كان في الذِّمَّةِ ، وقعَ الشِّرَاءُ للعاملِ ، إِلَّا أَن يذكُرَ ربَّ المال.

«الثَّالثةُ» : لو كان المالُ لِامرأَةٍ فاشترى زوجَها ؛ فإِن كان بإِذنها ، بَطَلَ

= ووجهُهُ مع ذلك إِطلاقُ النُّصوص : بأَنَّ العاملَ يملِكُ ما شُرِطَ لَهُ من الرِّبح ؛ وهو مُتَحَقِّقٌ قَبْلَ الانْضَاض وقبل القِسْمَة ...؛ «المسالك : ٤ / ٣٧١» .

(١) المُرَادُ بالخِيَانَة : مايُعَبَّرُ عنهُ في نظائِرِهِ بالتَّعَدِّي ؛ فإِنَّ ٱستِعْمَالَ شيءٍ من أَموالِ القِرَاض ، وأَكْلِهِ على غيرِ وجهِهِ ، وإِنْفَاقِهِ كذلك ؛ يُقالُ لَهُ : خِيَانَةٌ للمالك ، وتَعَدٍّ للحَدِّ الَّذي قَرَّرَهُ الشَّارعُ .

والفَرْقُ بينهما وبين التَّفْرِيطِ : أَنَّ التَّفْرِيطَ عَدَمِيٌّ ، وهو تركُ مايجبُ فعلُهُ .

وهُمَا وُجُودِيَّان ، لاشتِرَاكهما في فِعْلِ ما يجبُ تركُهُ ؛ «المسالك : ٤ / ٣٧٤» .

(٢) كأَبيهِ ، وغيرِهِ مِمَّن يَنْعَتِقُ عليهِ ؛ «الرَّوضة : ٤ / ٢٢٢بتصرُّف» .

(٣) لِأَنَّهُ تخسيرٌ محضٌ ، وليسَ للعامِلِ أَن يشتريَ ما فيهِ ضَرَرٌ على المَالِك ، كَمَنْ يَنْعَتِقُ عليهِ ؛ «المصدر نفسه : ٤ / ٢٢١» .

النِّكاحُ [1] . وإن كان بغيرِ إذنِها ؛ قيلَ : يصِحُّ الشِّرَاءُ ؛ وقيلَ : يبطُلُ ، لِأَنَّ عليها في ذلك ضَرَرًا ؛ وهو أشبَهُ .

«الرَّابعةُ» : إذا اشترى العاملُ أباه [2] ؛ فإن ظَهَر فيه رِبْحٌ ، إنْعَتَقَ [ورقة ٩١ لوحة أ] نصيبُهُ [3] من الرِّبحِ ، ويَسْعَى المُعتَقُ في باقي قِيْمَتِهِ ، موسِرًا كان العاملُ أو مُعسِرًا [4] .

«الخامسةُ» : إذا فسَخَ المالكُ صَحَّ ، وكان للعاملِ أُجرَةُ المِثلِ ، إلى ذلك الوقتِ . ولو كان بالمالِ عُرُوض ؛ قيلَ : كان له أن يبيعَ ؛ والوجهُ المنعُ . ولو ألزَمَهُ المالكُ ، قيلَ : يجبُ عليه أن يَنِضَّ المالَ ، والوجهُ أنَّهُ لا يجب . وإن كان سَلَفًا ، كانَ عليهِ جِبَايتُهُ . وكذا لو ماتَ ربُّ المالِ وهو عُرُوضٌ ، كانَ لَهُ البيعُ ، إلَّا أن يمنعَهُ الوارثُ ؛ وفيهِ قولٌ [آخرُ] .

«السَّادسةُ» : إذا قارَضَ العاملُ غيرَهُ ، فإن كانَ بإذنِهِ ، وشَرَطَ الرِّبْحَ بين العاملِ الثَّاني والمالكِ ، صَحَّ . ولو شرَطَ لنفسِهِ لم يصِحَّ ، لِأَنَّهُ لا عَمَلَ لَهُ . وإن كان بغيرِ إذنِهِ ، لم يصحَّ القِرَاضُ الثَّاني . فإن رَبحَ كان نِصْفُ الرِّبح للمالكِ ،

---

(١) لِامتِنَاعِ اجتماع المِلكِ والنِّكاح على ما هو محقَّقٌ في بابِهِ ؛ «المسالك : ٤ / ٣٧٩» .

(٢) إذا اشتَرَى العامِلُ بمالِ القِرَاض مَن يَنْعَتِقُ عليهِ كأبيهِ ؛ وخَصَّهُ المُصَنِّف ، لِأَنَّهُ مَوردُ الرِّواية ... ؛ «المسالك : ٤ / ٣٨٠» .

(٣) أي : نصيبُ العَامِل ، لِاختِيَارِهِ السَّبَبَ المُفْضِي إليهِ ، كما لو اشتَرَاهُ بمالِهِ ؛ «الرَّوضة : ٤ / ٢٢٣ ـ ٢٢٤» .

(٤) لِصَحِيْحَةِ محمَّد بن أبي عُمَيْر ، عن مُحَمَّدبن قيس ، عن الصَّادق «عليهِ السَّلام» ؛ الحَاكِمَةُ باستسعائِهِ من غيرِ استِفْصَالٍ بين يَسَارِ العامِل وإعْسَارِهِ ؛ «الرَّوضة : ٤ / ٣٢٣ ـ ٣٢٤» ؛ ويُنظر : «المسالك ٤ / ٣٨١ جمعًا بين المتن والهامش» .

والنِّصْفُ الآخرُ للعاملِ الاَوَّلِ ، وعليهِ [1] أُجرةُ الثَّاني ؛ وقيلَ : للمالكِ اَيضًا ، لِاَنَّ الاَوَّلَ لم يعمَل ؛ وقيلَ : بين العاملين ، ويرجِعُ الثَّاني على الاَوَّلِ بِنِصفِ الأُجرة ؛ والاَوَّلُ حَسَنٌ .

«السَّابعةُ» : اذا قالَ : دَفَعْتُ اليهِ مالًا قِرَاضًا ، فاَنكَرَ ، واَقَامَ المُدَّعِي بيِّنةً ، فادَّعى العاملُ التَّلَفَ ، قُضِيَ عليه بالضَّمَانِ [2] . وكذا لو اَدَّعى عليهِ وديعةً اَو غيرَها من الاَمانات . اَمَّا لو كان جوابُهُ : لا يستَحِقُّ قِبَلِي شيئًا ، اَو ما اَشبَهَهُ ، لم يَضْمَن [3] .

«الثَّامنةُ» : اِذا تلِفَ مالُ القِرَاضِ اَو بعضُهُ ، بعدَ دَوَرَانِهِ في التِّجَارَةِ ، اُحْتُسِبَ التَّالِفُ من الرِّبحِ . وكذا لو تَلِفَ قَبْلَ ذلك ؛ وفي هذا تـردُّدٌ .

«التَّاسعةُ» : اِذا قارَضَ اِثْنَان واحدًا ، وشَرَطَا لَهُ النِّصْفَ منهما ، وتفاضَلا في النِّصْفِ الآخَرِ مع التَّسَاوي في المالِ ، كان فاسِدًا ، لِفَسَادِ الشَّرْطِ [4] ؛ وفيـه تـردُّدٌ .

«العاشرةُ» : اِذا اَشتَـرَى عبـدًا لِلْقِـرَاض ، فَتَلِـفَ الثَّمَـنُ [قبـلَ قبضِـهِ] ؛

---

(١) مَرْجَعُ الضَّمير : العامِلُ الاَوَّلُ .

(٢) معناهُ : الحكمُ عليهِ بالبَدَلِ مِثلًا اَو قيمةً ؛ لا ضَمَانُ نفسِ الاَصْلِ ، لِئَلَّا يَلْزَمَ تَخْلِيْدُهُ الحبسَ ... ؛ «المسالك : ٤ / ٣٨٨ ـ ٣٨٩» .

(٣) اِذ لَيْسَ في ذلك تكذيبٌ لِلْبَيِّنةِ ، ولا للدَّعوى الثَّانية ؛ فاِن المالَ اِذا تَلِفَ بغيرِ تفريطٍ ، لا يَسْتَحِـقُّ عليـهِ بسببـهِ شيئًـا ، وحينَئـذٍ فَيُقْبَـلُ قولُـهُ فـي التَّلَفِ بغيرِ تفريطٍ مع يمينهِ ؛ «المسالك : ٤ / ٣٨٩» .

(٤) وجهُ الفَسَاد : اَنَّ الرِّبْحَ يجبُ اَن يكون تابعًا لِلمَال ؛ فاِذا شَرَطَا لَهُ النِّصْفَ ، كانَ النِّصْفُ الآخَرُ بينَهُما بالسَّوِيَّةِ ؛ فَشَرْطُ التَّفَاوُتِ فيهِ يكونُ شرطًا لِاستِحْقَاقِ رِبْحٍ بغيرِ عَمَلٍ ولا مَالٍ ... ؛ «المسالك : ٤ / ٣٩٠» .

قيلَ : يَلْزَمُ صاحِبَ المالِ ثمَنُهُ دائمًا ، ويكونُ الجميعُ رأسَ مالِهِ ؛ وقيلَ : إن كان اَذِنَ لَهُ في الشِّرَاءِ في الذِّمَّةِ فكذلك ، وإلَّا كانَ باطِلًا ، ولا يَلْزَمُ الثَّمَنُ اَحدَهُما.

«الحاديةَ عَشْرةَ» : إذا نَضَّ قَدَرُ الرِّبْحِ ، فَطَلَبَ اَحدُهما القِسْمَةَ ، فإن اَتَّفَقَا صَحَّ . وإن اَمتَنَعَ المالكُ لم يُجبَر . فإن اَقتَسَما وبقِيَ رأسُ المالِ مَعَهُ فَخَسِرَ ، رَدَّ العاملُ اَقلَّ الاَمرين ، واَحتَسَبَ المالكُ .

«الثانيةَ عشرةَ» : لا يصِحُّ اَن يَشْتري ربُّ المالِ من العَامِلِ شيئًا من مَالِ القِرَاضِ ، ولا اَن يأخُذَ منهُ بالشُّفْعَةِ [1] ، وكذا لا يَشْتَرِي من عبدِهِ القِنِّ ، ولَهُ الشِّرَاءُ مِن المُكاتَبِ [2] .

«الثَّالثةَ عشرةَ» : إذا دَفَعَ مالًا قِراضًا ، وشَرَطَ اَن يأخُذَ لَهُ بِضَاعةً ؛ قيلَ : لا يصِحُّ ، لِاَنَّ العاملَ في القِرَاضِ لا يعمَلُ مالا يستحِقُّ عليهِ اَجرًا ؛ وقيلَ : يصِحُّ القِرَاضُ ويبطُلُ الشَّرْطُ ؛ ولو قيلَ بِصِحَّتِهما ، كان حَسَنًا .

«الرَّابعة عشرةَ» : اذا كانَ مالُ القِرَاض مائةً ، فَخَسِرَ عَشَرةً . واَخذَ [ورقة

---

(١) لِاَنَّ مالَ العاملِ مالُهُ ؛ ولا يُعْقَلُ اَن يشتَرِيَ الاِنْسانُ مالَهُ ؛ وهذا يَتِمُّ مع عَدَمِ ظُهورِ الرِّبْحِ . اَمَّا مَعَهُ ، وقُلْنا بِمِلْكِهِ بِهِ ؛ إتَّجَهَ جَوَازُ شِرائِهِ حَقَّ العاملِ ، وإنْ كان مُتَزَلْزِلًا ...؛ «المسالك : ٤ / ٣٩٣» .

(٢) لِاَنَّ ما في يَدِهِ مِلكٌ لَهُ ؛ وسَلْطَنَةُ المَوْلَى قد اَنْقَطَعَتْ عنهُ ، فَسَاوى غَيْرَهُ من المُلَّاك ؛ ولِهَذا لو اَنْعَتَقَ ، لم يكن للمولى مِمَّا في يَدِهِ شيءٌ .
ولافَرْقَ في ذلك بين المُطْلَقِ والمَشْروط ، وإن كان الحُكْمُ في المَشروطِ اَضْعَف ؛ من حيثُ اِمْكانُ رَدِّهِ في الرِّقِّ اَجْمَع ؛ فَيَرْجِعُ مافي يَدِهِ إلى مِلْكِ السيِّد ؛ وليسَ كذلك المُطْلَق ، لِاَنَّ ما في يَدِهِ يُحْسَبُ من مالِ الكِتابة لو اَحْتيجَ إليهِ ؛ «المسالك : ٤ / ٣٩٤» .

٩١ لوحة ب] المالكُ عَشَرَةً ، ثم عَمِلَ بها السَّاعي فَرَبِحَ ، كان رأسُ المالِ تسعةً وثمانين اِلَّا تُسعًا ؛ لِاَنَّ المأخوذَ محسوبٌ من رأسِ المالِ ، فهو كالمَوْجودِ ، فَاِذَنْ المالُ في تقديرِ تسعين . فاِذا قُسِّمَ الخُسرَانُ ـ وهو عَشَرةٌ ـ على تسعين ، كان حِصَّةُ العَشَرَة المأخوذةِ دينارًا وتُسعًا ، فيُوضَعُ ذلك من رأسِ المالِ .

«الخامسةَ عشرةَ» : لايجوزُ للمُضَارِبِ اَن يَشْتَرِيَ جاريةً يَطَؤُها ، واِن اَذِنَ لَهُ المالكُ ؛ وقيلَ : يجوزُ مع الاِذنِ . اَما لو اَحلَّها بعدَ شرائها ، صَحَّ [١] .

«السَّادسةَ عشرةَ» : اِذا ماتَ وفي يدِهِ اَموَالُ مُضَارَبةٍ ، فاِن عُلِمَ مالُ اَحدِهم بعينِهِ ، كانَ اَحَقَّ بهِ ؛ واِن جُهِلَ ، كانوا فيهِ سواءً [٢] .

---

(١) لا اِشكالَ في تحريم وطئهِ بدونِ الاِذْن ، لِاَنَّها مالُ الغَيْر ؛ فلو فَعَلَ كانَ زَانِيًا يُحَدُّ مع عَدَمِ الشُّبْهَةِ كاملًا ، اِنْ لم يَكُن ظَهَرَ رِبْحٌ ؛ واِلَّا فَبِقَدَرِ نصيب المالك .

واَمَّا اِذا اَذِنَ لَهُ في شِرَاءِ جاريةٍ ووَطِاَها ، فالحَقُّ اَنَّهُ كذلك ؛ لِاَنَّ الاِذْنَ قَبْلَ الشِّرَاء ، لا اَثَرَ لَهُ ؛ لِاَنَّ التَّحليل : اِمَّا تمليكٌ ، اَو عَقْدٌ ؛ وكلاهما لايصلُحان قَبْلَ الشِّرَاء ؛ فلا يَتَنَاوَلُهُ الحَصْرُ في قولهِ : ﴿اِلَّا على اَزْوَاجهم اَو ما مَلَكَتْ اَيْمَانُهم﴾ .

والقولُ بالجواز للشَّيخ في النِّهاية ؛ استِنادًا اِلى روايةٍ ضعيفةِ السَّنَدِ مُضْطَرِبَةِ المَفْهوم ، قَاصِرَة الدَّلَالة .

واَمَّا اِذا اَذِنَ لَهُ بعد الشِّراء على وجههِ ، فلا ريبَ في جوازهِ ؛ اِنْ لم يكُن ظَهَرَ فيها رِبْحٌ .

واِلَّا ، بُنِيَ على تحليلِ اَحَد الشَّريكين لِصاحبهِ ؛ والاَقوى المَنْعُ ؛ «المسالك : ٤ / ٣٩٧».

(٢) ضمير «فيه» ؛ يعودُ اِلى المالِ المُجْتَمِع من اَمْوَالِ المُضَارَبَة .

ومَعْنى اِستوائهم في ذلك المال : اَنَّهُ يُقَسَّمُ بينهم على نِسبَةِ اَمْوالهم ؛ لا اَن يُقَسَّمَ بالسَّويَّة ؛ كما في اَقتسامِ غيرهم من الشُّرَكَاء .

هذا اِذا كانت اَمْوَالُهُم مجتمعةً في يدهِ على حِدَةٍ .

واَمَّا اِذا كانت ممتزِجةً مع جُمْلَةِ مالهِ ، مع العِلْمِ بكونهِ موجودًا ؛ فالغُرَماءُ بالنِّسبةِ اِلى =

وإن [1] جُهِلَ كونُهُ مضارَبَةً ، قُضِيَ بهِ ميراثًا [2] .

= جميع التَّرِكَةِ كالشَّريك : إن وَسِعَتِ التَّرِكَةُ أَموالَهُمْ أَخذوها ، وإن قَصَرَتْ تحاصَّوا ؛ «المسالك : ٤ / ٣٩٧» .

(١) في المسالك والجواهر : فإنْ ...

(٢) المُرَادُ : أَنَّ العامِلَ كانَ بِيَدِهِ مُضَارَبَةً في الجُمْلَة ؛ ولكن ، لم يعلم بقاؤها ولا تَلَفُها . وبواسطةِ ذلك ، جُهِلَ كونُ المالِ الَّذي بِيَدِهِ مُضَارَبَةً ؛ إذْ كما يُمْكِنُ أَن يكونَ من مالِ المُضَارَبةِ ، يُمكِنُ كونُهُ مالَهُ ؛ فيُحكَمُ بكونهِ ميراثًا ، عَمَلًا بظاهرِ اليَدِ ؛ «المسالك : ٤ / ٣٩٨» .

[كِتَابُ المُزَارَعَةِ][1]

اَمَّا المُزَارَعَةُ [2] : فهي مُعَامَلةٌ على الاَرضِ ، بِحِصَّةٍ من حاصِلها .

وعِبَارَتُها اَن يقولَ : زارَعْتُكَ ، اَو اَزرَع هذهِ الاَرضَ ، اَو سَلَّمْتُها اِليكَ ، وما جرى مجراهُ ، مُدَّةً معلُومةً ، بِحِصَّةٍ مُعيَّنة من حاصِلِها . وهو عَقْدٌ لازمٌ لاينفَسِخُ اِلَّا بالتَّقَايُلِ . ولا يبطُلُ بموتِ اَحَدِ المُتَعَاقدين [3] .

---

(١) في الخَطِّيَّة : كتابُ المُزَارَعةِ والمُسَاقاةِ ، وإنَّما اَفْردنا المُزَارعة هنا للضرورة المَنهجِيَّة .

(٢) المُزَارَعَةُ ـ لُغَةً ـ : مُفَاعَلَةٌ من الزَّرْع ؛ وهي تقتضي وقُوعَهُ منهما معًا ، كما يقتضيهِ بابُ المُفَاعَلَة .

لكنَّها في الشَّرْع ؛ صَارَتْ مُعَامَلَةً على الاَرْضِ بحِصَّةٍ من حاصِلها .

ويُمْكِنُ اِثْباتُ المُفَاعَلَةِ فيها اَيضًا ، كما تَقَدَّمَ مثلُهُ في المُضَارَبَةِ ؛ لِاَنَّ اَحَدَ المُتَعَاملين زارِعٌ والآخرَ آمِرٌ بهِ ؛ فكاَنَّهُ لِذَلك فاعِلٌ ، نَظَرًا اِلى السببيَّة ؛ «المسالك : ٥ / ٧» .

(٣) هذا ، مِمَّا يترتَّبُ على لُزومِ العَقْدِ ، ولِاَصالةِ الدَّوَامِ والاِستصحابِ .

ثُمَّ اِنْ كان المَيِّتُ العاملَ ، قامَ وارثُهُ مَقَامَهُ في العَمَل ؛ واِلَّا اُستأجَرَ الحاكم عليهِ من مالِهِ ، اَو على ما يخرُجُ من حِصَّتِهِ .

واِن كان الميِّتُ المالكَ ، بَقِيَتِ المُعامَلَةُ بحالِها ، وعلى العامِلِ القِيَامُ بِتَمَامِ العَمَل . ورُبَّما اُستُثْنِيَ من الاَوَّل ما اِذا شَرَطَ عليهِ المالكُ العَمَلَ بنفسهِ ، فاِنَّها تبطُلُ بموتهِ .

ويُشْكِلُ لو كانَ موتُهُ بعد خروجِ الثَّمَرَةِ ، لِاَنَّهُ حينئذٍ قد مَلَك الحِصَّة ، واِن وَجَبَ عليهِ بَقِيَّةُ العَمَل ؛ فخروجُها عن مِلْكِهِ بعد ذلك بعيد .

نعم ، لو كان قَبْلَهُ ، اِتَّجَه ؛ «المسالك : ٥ / ١٠» .

والكلامُ : إمَّا في شُروطِهِ ، وإمَّا في أحكامِهِ

أمَّا الشُّروطُ : فَثَلَاثَةٌ

الأوَّلُ : أن يكونَ النَّماءُ مُشاعًا بينَهُما

تساويا فيهِ أو تفاضَلَا . فلو شرَطَهُ أحدُهما ، لم يصِحَّ [1] . وكذا لو اختَصَّ كلُّ واحدٍ منهما ، بنوعٍ من الزَّرْعِ دونَ صاحبِهِ ، كأن يشترِطَ أحدُهما الهَرْفَ والآخرُ الأفْلَ ، أو مايُزرَعُ على الجَداوِلِ [2] ، والآخرُ ما يُزرَعُ في غيرِها .

ولو شرَطَ أحدُهما قَدْرًا من الحاصِلِ ، ومازاد عليهِ بينَهُما ، لم يصِحَّ ، لِجوازِ أن لا تحصُلَ الزِّيادَةُ .

---

(١) أي : يكونُ مجموعُ النَّماءِ بينهما مُشاعًا ؛ فَيَخْرُجُ من ذلك : مالو شَرَطَ أحدُهما شيئًا معيَّنًا ، والبَاقي للآخر أو لهما ؛ ومالو شَرَطَهُ أحدُهما خاصَّةً ، وغير ذلك .

والوجهُ في بُطْلَانِ الجَمِيْعِ ، منافاتُهُ لوضعِ المُزَارَعَةِ ؛ «المسالك : ٥ / ١١» .

(٢) الهَرْفُ ـ ساكِنُ الوَسَط ـ : المُتَقَدِّم من الزَّرْع والثَّمَرَة ؛ يُقَالُ : أهْرَفَتِ النَّخْلَةُ ؛ أي : عَجَّلَتْ إتَاءَها ؛ قالَهُ الجَوْهَريُّ .

والأفْل ـ بالتَّسكين أيْضًا ـ ؛ خِلَافُ الهَرْف ؛ وهو المُتَأخِّرُ عنهُ .

والجَدَاوِلُ : جَمْعُ جَدْول ؛ وهو هنا : النَّهْرُ الصَّغير ؛ وقد يُطْلَقُ على قطعَةٍ من الأرْض ، يُجمَعُ حولَها التُّرَابُ .

وكلاهُمَا مُشْتَرَكان في عَدَمِ جواز اشتراطهما ؛ لِأنَّ اللَازِمَ إشاعةُ المجموعِ ، كَمَا مَرَّ ؛ «المسالك : ٥ / ١١» .

وأقُولُ : كثيرًا ما سمعتُ الخَضَّارة في النَّجف الأشْرَف في بِدَاياتِ فصلِ الصَّيف ، وهُم يُنادون على خُضَرِهم ، لِلتَّرْغيبِ فيها ؛ و«الفِجل» منها خاصَّة .

سَمِعْتُ كلمة «أفْل» ؛ ولكن بلفظِ : «أفْلِيّ» ، على ألسِنَتِهم .

اَما لو شَرَطَ اَحدُهُما على الآخر ، شيئًا يَضْمَنُهُ لَهُ من غيرِ الحاصلِ [1] مُضَافًا الى الحِصَّةِ ؛ قيلَ : يصِحُّ ؛ وقيلَ : يبطُلُ ؛ والاَوَّلُ اَشبَهُ .

وتُكرَهُ : اِجَارَةُ الاَرضِ للزِّرَاعَةِ بالحِنْطَةِ اَو الشَّعير ، ممَّا يخرُجُ منها ، والمنعُ اَشبَهُ [2] ؛ واَن يُؤجِرَها باَكثر ممَّا اْستَأجَرَها بهِ ، اِلَّا اَن يُحدِثَ فيها حَدَثًا ، اَو يؤجِرَها بجنسِ غيرِها .

الثَّاني : تعيينُ المُدَّةِ

واِذا شرَطَ مُدَّةً معيَّنَةً بالاَيَّام اَو الاَشهُر ، صَحَّ . ولو اْقتَصَر على تعيينِ المَزْروعِ ، من غيرِ ذِكْرِ المُدَّةِ ؛ فوجهان :

اَحدُهما : يصِحُّ ؛ لِاَنَّ لِكُلِّ زَرْعٍ اَمَدًا ، فَيُبنَى على العَادَةِ كالقِرَاضِ .

والآخرُ : يبطُلُ ؛ لِاَنَّهُ عقدٌ لازمٌ فهو كالاِجَارَةِ ، فيُشتَرَطُ فيهِ تعيينُ المُدَّةِ دَفْعًا للغَرَرِ ، لِاَنَّ اَمَدَ الزَّرْعِ غيرُ مضبوطٍ ؛ وهو اَشبَهُ [3] .

---

(١) مِن ذهبٍ اَو فِضَّةٍ اَو غيرِهما ؛ « الرَّوضة : ٤ / ٢٧٧ » .

(٢) مُسْتَنَدُ المَنْعِ : روايةُ الفُضَيْلِ بنِ يَسَار ، عن البَاقر «ع» ؛ اَنَّهُ سألَهُ عن اِجَارةِ الاَرْضِ بالطَّعام ؟ قالَ : «اِن كان من طَعَامِها ، فلا خيرَ فيهِ» .

ويُمْكِنُ الاِستِدْلالُ بهِ على الكَراهة ؛ لِاَنَّ نَفْيَ الخَيْرِ يُشْعِرُ بهِ «المسالك : ٥ / ١٢ ـ ١٣» .

هذا ، ويُنْظَرُ : الجرح والتعديل : ٧ / ٦٩ رقم ٣٩٦ ؛ وفيه : الفَضْل بن يَسَار .

و ٧ / ٧٦ رقم ٤٢٩ ؛ وفيه : فُضَيْل بن يَسَار .

ويُنْظَرُ : معجم رجال الحديث : ١٣ / ٣٣٥ ؛ وفيه : الفُضَيْل بن يَسَار النَّهدي .

(٣) الاَقوى : اشْتِرَاطُ تعيينِ المُدَّةِ على الوجهِ السَّابقِ ؛ لِاَنَّ مُقْتَضى العَقْدِ اللازِم ضَبْطُ اَجَلِهِ . والفَرْقُ بينها وبين القِرَاض واضِحٌ ؛ فاِنَّهُ عَقْدٌ جائِزٌ لا فائِدَةَ في ضَبْطِ اَجَلٍ لَهُ لو شُرِطَ ، لِجَوَازِ الرُّجُوعِ قَبْلَه ؛ بِخِلَافِ المُزَارَعَةِ ، فكَاَنَّ اِلحاقُها بالاِجَارَةِ اَشبَه ؛ «المسالك : ٤ / ١٥» .

ولو مضَت المُدَّةُ والزَّرعُ باقٍ ، كان للمالكِ إزَالَتُهُ ، على الأَشبَهِ ؛ سواءٌ كان بسببِ الزَّارِعِ كالتَّفريطِ ، أَو مِن قِبَلِ اللهِ سُبحانَهُ ؛ كتأَخُّرِ المِيَاهِ أَو تغيُّرِ الأَهويةِ .

وإن اتَّفَقَا على التَّبْقِيَةِ ، جازَ بِعوَضٍ [ورقة ٩٢ لوحة أ] وغيرِهِ . لكن إن شرَطَ عِوَضًا إفْتَقَرَ في لُزُومِهِ الى تعيينِ المُدَّةِ الزَّائدَةِ [١] .

ولو شُرِطَ في العقدِ تأخيرُهُ ، إن بقيَ بعدَ المُدَّةِ المُشْتَرَطَةِ ، بطَلَ العَقدُ على القولِ باشتراطِ تقديرِ المُدَّةِ [٢] . ولو تَرَكَ الزِّرَاعَةَ ، حتى انقَضَت المُدَّةُ ، لَزِمَهُ أُجْرَةُ المِثلِ ، ولو كان استأجرها ، لَزِمَتِ الأُجرةُ .

الثَّالثُ : أن تكون الأَرضُ مِمَّا يُمكِنُ الإنْتِفَاعُ بها

بأَن يكونَ لها ماءٌ ، إمَّا من نَهرٍ أَو بئرٍ أَو عَينٍ أَو مَصْنع [٣] .

---

(١) مَتَى قُلْنا بَجَواز القَلْع ، لَم يجِبْ على المالكِ الإبْقاءُ إلَّا بِرِضَاه ، بأُجْرَةٍ أَو غَيْرِها .
وأَمَّا إذا قُلْنا بوجوبِ الإبْقَاء ؛ ففي وجوب الأُجْرَةِ قَوْلان .
والقَوْلَان للعَلَّامة : أَوَّلُهما في التَّذْكِرَة ، وثانيهما في القواعد .
وعلى تَقْديرِ اتِّفَاقِهما على الإبْقاء بأُجْرَةٍ ، تكونُ إجَارَةً للأَرْضِ حقيقةً ، لِانْقِضَاءِ مُدَّةِ المُزَارَعة ؛ فلابُدَّ من ضَبْطِ المُدَّة كالاجارَةِ ، وإنْ جازَ الإطْلَاقُ في المُزَارَعَة .
ولو لم يَضْبطاها ، أَو اتَّفقا على إبْقائِهِ بأُجْرَةٍ وأَطْلَقا ؛ وَجَبَ أُجْرَةُ المِثْل ؛ «المسالك : ٤ / ١٧» .

(٢) وجهُ البُطْلَان على القَوْلِ المَذْكُور : أَنَّ المُدَّةَ تَصِيْرُ في الحقيقةِ ، هي المَجْمُوعُ من المذكورِ وما بَعْدَه ، إلى أَنْ يُدرِكَ الزَّرْعُ ؛ وهي مجهولَةٌ ، فَيَبْطُلُ العَقْدُ ، للإخْلَالِ بالشَّرْطِ .
وعلى تقديرِ عَدَمِ جهالَةِ الجُمْلَةِ ، فالمُدَّةُ المَشْروطةُ مجهولَةٌ .
وشَرْطُهَا في مَتْنِ العَقْدِ من جُمْلَةِ العِوَض . فإذا تَضَمَّن جَهَالَةً بَطَلَ العَقْدُ ؛ كما لو كان جميعُ المُدَّةِ مجهولًا ... ؛ «المسالك : ٥ / ١٧» .

(٣) الضَّابِطُ : إمْكانُ الإنتفاعِ بها في الزَّرع عادَةً ، بالماءِ الَّذي ذَكَرَهُ وما أَشْبَهَهُ ؛ كماءِ المَطَر ؛=

ولو ٱنقطَعَ في أثناءِ المُدَّةِ ، فلِلمُزَارِعِ الخِيَارُ ، لِعَدَمِ الِانتِفاع ، هذا إذا زارَعَ عليها أو ٱستأجَرَها للزِّرَاعَةِ ، وعليهِ أُجرَةُ ما سَلَفَ ، ويَرْجِعُ بما قابلَ المُدَّةَ المُتَخَلِّفةَ .

وإذا أَطْلَقَ المُزَارَعَةَ ، زرَعَ ما شاءَ . وإن عيَّنَ الزَّرعَ ، لم يَجُز التَّعدِّي . ولو زَرَعَ ما هوَ أضرُّ والحالُ هذِهِ [1] ، كانَ لِمَالِكها أُجرَةُ المِثْلِ إن شاءَ ، أو المُسَمَّى مع الأرش . ولو كان أقلَّ ضرَرًا ، جازَ .

ولو زَارَعَ عليها أو آجرَها للزِّرَاعَةِ ولا ماءَ لَها ، مع عِلْمِ المُزَارِعِ لم يَتَخَيَّر ، ومع الجَهَالةِ لَهُ الفَسْخُ .

أمَّا لو ٱستأجَرَها مُطْلَقًا ، ولم يَشْتَرِطِ الزِّرَاعَةَ ، لم يفسَخ ، لِإمكانِ الِانتفاعِ بها بغيرِ الزَّرعِ . وكذا لو شرَطَ الزِّرَاعَةَ ، وكانتْ في بلادٍ تسقيها الغيوثُ غالبًا [2] .

ولو ٱستأجَرَ للزِّرَاعةِ ، مالا ينحَسِرُ عنهُ الماءُ ، لم يَجُز ، لِعَدَمِ الانتِفَاعِ .

= والزِّيادة ،كالنيل . وحَصْرُهُ في المَذْكوراتِ ، لَيْسَ بذلك الحَسَن .

والحاصِلُ : أنَّ مِنْ شَرْطِ صِحَّة المُزَارَعةِ على الأرْضِ ، أنْ يكونَ لها ماءٌ مُعْتَادٌ ، يكفيها لِسَقْي الزَّرْعِ غالِبًا ؛ فلَو لم يكُن لها ذلك ، بَطَلت المُزَارَعَةُ وإن رَضِيَ العاملُ ؛ «المسالك : ٤ / ١٨» .

(١) أي : لو عَدَلَ إلى زَرْعِ الأضرِّ ، والحالُ أنَّهُ قد عيَّنَ غيرَهُ مِمَّا هو أخفُّ ضَرَرًا ؛ فإنَّ المالكَ يتَخيَّرُ بينَ ما ذُكِرَ من الأمْرَين ... ؛ «المسالك : ٥ / ٢٢» .

(٢) هذا في الحقيقةِ من جُمْلَةِ أقْسام الأرْض ، الَّتي يُعْتَادُ لها ماءٌ يسقيها ؛ إذْ لافَرْق في العادَةِ ، بين كون السَّقْي نفسِهِ مِن قِبَلِ الله ، أو إجْرَاءِ الماء من قِبَلِهِ تَعَالى ـ كالنَّهْرِ والزِّيَادَةِ ـ . ولكنَّ المُصَنِّف لَمَّا حَصَرَ الماءَ المذكور سابقًا ، في تِلْكَ الأقسام الأرْبعة ، أعْقَبَها بِذِكْرِ الغيث ؛ «المسالك : ٥ / ٢٤» .

ولو رضـيَ بذلك المُسْتَأجِرُ ، جازَ ، ولو قيلَ : بالمَنْعِ ، لِجَهَالةِ الاَرضِ ، كان حَسَنًا . وإن كان قليلًا ، يُمكِنُ مَعَهُ بعضُ الزُّروع [1] ، جازَ [2] . ولو كان الماءُ يَنْحَسِرُ عنها تدريجًا ، لم يصِحَّ ، لِجَهَالةِ وقتِ الإنْتِفَاعِ .

ولو شرَطَ الغَرْسَ والزَّرْعَ ، اِفْتَقَر الى تعيينِ مِقْدَارِ كُلٍّ واحدٍ منهُما ، لِتَفَاوُتِ ضَرَرَيْهِما. وكذا لو اَستَأجَرَ لِزَرْعَين اَو غَرْسَين مُخْتَلِفَي الضَّررِ [3] .

تفريعٌ

اِذا اَستأجَرَ اَرضًا مُدَّةً معيَّنةً ، لِيَغْرِسَ فيها ما يبقَى بعدَ المُدَّةِ ، غالِبًا ؛ قيلَ : يجبُ على المالكِ اِبقاؤهُ ، اَو اِزالتُهُ مع الاَرشِ ؛ وقيلَ : لَهُ اِزالتُهُ ، كما لو غَرسَ بعدَ المُدَّةِ ؛ والاَوَّلُ اَشبَهُ .

واَمَّا اَحكامُهُ : فَتَشْتَمِلُ على مسائلَ

«الأُولى» : اِذا كانَ من اَحدِهِما الاَرْضُ حَسْبُ ، ومن الآخرِ البَذْرُ والعَمَلُ

---

(١) في المسالك والجواهر : بعضُ الزَّرْعِ

(٢) وجهُ الجواز : اِمْكانُ الانتفاع في الجملة ؛ لكن ، لولم يَعْلَم المُسْتَأجِرُ بذلك ، تَسَلَّطَ على الفسخِ للعيب .

هذا ، اِذا كان الزَّرْعُ مُمْكِنًا في جميع الاَرْضِ على النُّقصان .

اَمَّـا لـو اَمْكنَ فـي بعضِهـا دون بعضٍ ، ففي اِلحاقِ غَيْرِ مالا يَنْحَسِرُ عنهُ بالجميعِ وَجْهُ ؛ «المسالك : ٥ / ٢٥» .

(٣) اَي : اَشْتَرَطَ في اَستئجار الاَرض الغَرْسَ فيها والزَّرْعَ معًا ؛ فلابُدَّ من تعيينِ مقدارِ كُلٍّ واحدٍ ، لِاَنَّ الغَرْسَ اَضَرُّ على الاَرْضِ .

فَيُمْكِنُ اَن يَدُلَّ الاِطْلَاقُ على الاقْتِصار من الاَخَفِّ على مُسَمَّاهُ ، تحقيقًا للجمع ؛ وبالعَكْس ، وبينهما في الضَّرَرِ اختِلَافٌ كثيرٌ ، فلابُدَّ من ضَبْطِهِ .

وكذا القولُ في شَرْطِ الزَّرْعين، كالحِنْطَةِ والشَّعير؛ فاِنَّ زَرْعَ الحِنْطَةِ اَضَرُّ،فلابُدَّ من تعيين المِقْـدار . وكذا الغَرْسـان المُخْتَلِفَان بِسَرَيانِ العُرُوقِ في الاَرْض ؛ «المسالك : ٥ / ٢٦» .

والعواملُ ، صَحَّ بلفظِ المُزَارَعَةِ . وكذا لو كانَ من اَحدِهِما الاَرْضُ والبَذْرُ ، ومن الآخَرِ العَمَلُ ، اَو كانَ من اَحَدِهما الاَرضُ والعَمَلُ ، ومن الآخرِ البَذْرُ ، نظرًا الى الاِطلاق [1] . ولو كانَ بلفظِ الاِجَارةِ ، لم يصِحَّ ، لِجَهَالةِ العِوَض [2] . اَمَّا لو آجَرَهُ بمالٍ مَعْلُومٍ مَضْمُونٍ في الذِّمَّةِ ، اَو مُعيَّنٍ من غيرِها ، جازَ .

«الثَّانيةُ» : اِذا تنازَعَا في المُدَّةِ ، فالقَوْلُ قولُ مُنْكِرِ الزِّيَادَةِ مع يمينهِ . وكذا لـو اَختَلَفَا [ورقة ٩٣ لوحة ب] في قَدرِ الحِصَّةِ ؛ فالقولُ قولُ صاحِبِ البَذْرِ [3] ؛ فاِن اَقامَ كُلٌّ منهما بيِّنةً ، قُدِّمَت بيِّنَةُ العاملِ ؛ وقيلَ : يَرْجِعان الى القُرْعَةِ [4] ؛ والاَوَّلُ اَشْبَهُ .

«الثَّالثةُ» : لو اَختَلَفا ، فقالَ الزَّارِعُ : اَعَرْتَنِيها ، واَنكَرَ المالكُ واَدَّعى الحِصَّةَ اَو الاُجْرَةَ ، ولا بَيِّنَةَ ؛ فالقولُ قولُ صاحبِ الاَرض [5] . وتثبُتُ لَهُ

---

(١) الظَّاهِرُ ؛ اَنَّ الصُّوَرَ المُمْكِنَةَ في اَشتِرَاك هذهِ الاَرْبعة بينهما ، كُلًّا وبعضًا ، جائزةٌ ؛ لِاِطْلَاقِ الاِذْنِ في المُزَارَعة ، من غَيْرِ تقييدٍ بكونِ بعضِ ذلك بخصوصهِ من اَحَدِهما ؛ وهذا هو المُرَادُ من قولهِ : «نَظَرًا اِلى الاِطْلَاق» ؛ «المسالك : ٥ / ٢٨» .

(٢) لا اِشْكَالَ في عَدَم وقوعِها بِلَفْظِ الاِجَارَةِ ، لِاختِلَافِ اَحكامِها ؛ فاِنَّ الاِجَارَةَ تقتضي عِوَضًا معلومًا ؛ والمُزَارَعَةُ يكفي فيها الحِصَّةُ المجهولَةُ ... ؛ «المسالك : ٥ / ٢٩» .

(٣) لِاَنَّ النَّمَاء تابعٌ لَهُ ؛ «الرَّوضة : ٤ / ٣٠٠» .

(٤) ووجهُ القولِ بالقُرْعةِ ؛ اَنَّها «لِكُلِّ اَمْرٍ مُشْكِلٍ» .

ويُشكِلُ : بِاَنَّهُ لا اِشكالَ هنا ؛ فاِنَّ مَنْ كانَ القولُ قولَهُ ؛ فالبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ صاحبهِ بمُقْتَضَى النَّصِّ ؛ فالقولُ بتقديمِ بيِّنَةِ المُدَّعي فيهما ، اَقوى ؛ «المسالك : ٥ / ٣٠ ـ ٣١» .

(٥) المُرَادُ : اَنَّ القولَ قولُ صَاحب الاَرْض في عَدَمِ الاِعَارَةِ ، لا فيما يدَّعيهِ ؛ لِاَنَّهُ مُنْكِرٌ لها ، فَيُقَدَّمُ قولُهُ فيها .

وكذا القولُ قولُ الزَّارِعِ في عَدَمِ المُزَارَعَة والاِجَارة ، لِاَنَّهُ مُنْكِرٌ لهما . وحينَئذٍ فيحلفُ كُلٌّ منهما على نَفْي ما يَدَّعِيْهِ الآخَرُ ... ؛ «المسالك : ٥ / ٣١» .

أُجرَةُ المِثْلِ . مع يَمينِ الزَّارِع ؛ وقيلَ : تُسْتَعْمَلُ القُرْعَةُ ؛ والاَوَّلُ اَشبَهُ . وللزَّارِعِ تَبْقِيَةُ الزَّرعِ اِلى اَوانِ اَخذِهِ ، لِاَنَّهُ مأذونٌ فيهِ [1] . اَمَّا لو قالَ : غَصَبْتَنِيْها ، حلَفَ [المالكُ] وكانَ لَهُ اِزالَتُهُ ، والمُطَالَبَةُ بأُجرَةِ المِثْلِ ، واَرشِ الاَرضِ اِن عابَت ، وطَمِّ الحُفَرِ [اِن كانَ غَرْسًا] .

«الرَّابعةُ» : للمُزَارِعِ اَن يُشَارِكَ غيرَهُ ، واَن يُزارِعَ عليها غيرَهُ ، ولا يَتَوقَّفُ على اِذْنِ المالكِ . لكن لو شرَطَ المالِكُ الزَّرْعَ بنفسِهِ لَزِمَ ، ولم تَجُز المُشَارَكَةُ اِلَّا بِاِذنِهِ .

«الخَامِسَةُ» : خَرَاجُ الاَرضِ ومَؤُونَتُها على صاحِبِها ، اِلَّا اَن يَشْتَرِطَهُ على الزَّارِع [2] .

---

(١) اَي : مأذونٌ في زَرْعِهِ باتِّفاق الخَصْمَيْن .

واِنَّما اَختِلَافُهما في اَستِحْقَاقِ عِوَضٍ في مُقَابَلَتِهِ وعَدَمِهِ .

فهو زَرْعٌ بِحَقٍّ ، فلايجوزُ قَلْعُهُ بِغَيْرِ اِذْنِ مالِكِهِ . وقد عُلِمَ : اَنَّ اِبْقَاءَهُ بأُجْرَةٍ ، لا مَجَّانًا ؛ لِاَنَّ الأُجْرَةَ الثابِتَةَ من حِيْنِ زَرْعِهِ اِلى حينِ اَخْذِه .

واِنَّما عَبَّرَ بـ : «اَخْذِهِ» ، للتَّنْبيهِ على اَنَّ اَمْرَهُ اِلى الزَّارِع ؛ فاِن شاءَ اَخَذَهُ قصيلًا ، واِنْ شاءَ اَبْقَاهُ اِلى اَوانِ حَصَادِهِ ؛ ومهما اَبْقَاهُ من المُدَّةِ ، يَلْزَمُهُ اُجْرَتُها خاصَّةً ؛ فكانَ التَّعبيرُ بـ : «الاَخْذِ» ، اَوْلَى من التَّعْبِيْرِ بالحَصَاد ؛ «المسالك : ٥ / ٣١ ـ ٣٢» .

(٢) اَمَّا خَرَاجُ الاَرْضِ ، فهو على مالِكها ؛ لِاَنَّهُ موضوعٌ عليها ؛ وهو مَرْوِيٌّ ...

واَمَّا المؤنة ؛ فذكرَهَا المُصَنِّفُ والعَلَّامةُ في بعضِ كُتُبِهِ اِجْمالًا ؛ ولم يُنَبِّهوا على المُرَادِ منها ؛ مع اِطْلاقهم اَنَّ العَمَلَ على الزَّارِع ، اَو مَنْ شُرِطَ عليهِ .

والظَّاهِرُ ؛ اَنَّ المُرَادَ بمؤنةِ الاَرْضِ هنا : ما يتوقَّفُ عليهِ الزَّرْعُ ، ولا يَتَعَلَّقُ بنفسِ عملِهِ وتنميتِهِ ؛ كاِصلاحِ النَّهرِ ، والحائطِ ، ونَصْبِ الاَبْوَاب اِن اُحتِيـجَ اِليها . . .

والمُرَادُ بالعَمَلِ الَّذي على الزَّارِع : ما فيهِ صلاحُ الزَّرْعِ وبقاؤهُ ، مِمَّا يتكَرَّرُ كُلَّ سَنَةٍ ؛ كالحَرْثِ والسَّقْي وآلاتِهما . . . ؛ «المسالك : ٥ / ٣٤ باختصار» .

«السَّادسةُ» : كُلُّ موضعٍ يُحكَمُ فيهِ بِبُطْلَانِ المُزَارَعَةِ ، تَجِبُ لِصَاحبِ الاَرضِ أُجرَةُ المِثل [1] .

«السَّابعةُ» : يجوزُ لِصاحبِ الاَرضِ اَن يخرُصَ على الزَّارِعِ [2] ، والزَّارِعُ بالخِيَارِ في القَبولِ والرَّدِّ . فإن قبِلَ كانَ اَستِقْرَارُ ذلك مشروطًا بالسَّلامةِ ؛ فلو تَلِفَ الزَّرْعُ بآفةٍ سَمَاويَّةٍ اَو اَرضِيَّةٍ ، لم يكُن عليهِ شيءٌ .

---

(١) هذا ، إذا كانَ البَذْرُ من الزَّارِع ؛ فلو كانَ مِن صاحبِ الاَرْضِ ، فهو لَهُ ؛ وعَليهِ للعاملِ والعَوَامِلِ والآلاتِ أُجْرَةُ المِثْل .

ولو كان منهما ؛ فالحاصِلُ بينهما على نِسْبَةِ الاَصْل ؛ ولِكُلٍّ منهما على الآخَرِ أُجْرَةُ مثلِمَا يَخُصُّهُ ، على نِسْبَةِ ما لِلْآخَرِ من الحِصَّة .

فلو كان البَذْرُ لَهُما بالنِّصف ، رَجَعَ المالِكُ بِنِصْفِ أُجْرَةِ اَرْضِهِ ، والعامِلُ بنصفِ أُجْرَةِ عَمَلِهِ وعواملِهِ وآلاتِهِ .

وعلى هذا القِياس في باقي الاَقسام .

ولو كان البَذْرُ من ثالثٍ ، فالحاصِلُ لَهُ ؛ وعليهِ أُجْرَةُ مثلِ الاَرْض ، وباقي الاَعمال وآلَاتِها ؛ «المسالك : ٥ / ٣٥».

(٢) بـاَنْ يُقَـدِّرَ مـا يَخُصُّـهُ من الحِصَّـةِ تَخْمِينًـا ، ويُقَبِّلَـهُ به بحبٍّ ولو مِنهُ ، بما خَرَصَهُ بِهِ ؛ «الرَّوضة : ٤ / ٣٠٤» .

[كِتَابُ المُسَاقاةِ][1]

وأَمَّا المُسَاقَاةُ ؛ فهيَ : معامَلَةٌ على أُصُولٍ ثابتةٍ ، بِحِصَّةٍ من ثَمَرَتِها .

والنَّظَرُ فيها ؛ يستدعي فُصُولًا :

الأَوَّلُ
في : العَقْدِ

وصيغةُ الإِيجابِ أَن يقولَ : ساقيتُكَ ، أَو عامَلْتُكَ ، أَو سَلَّمْتُ اليكَ ، أَو ما أَشبَهَهُ [2] .

وهي لازِمَةٌ كالإِجَارةِ [3] . ويصِحُّ قبلَ ظُهُورِ الثَّمَرَةِ . وهل تصِحُّ بعدَ

---

(١) كما قلنا في كتاب المُزَارعة سابقًا : بأَنَّ مثلَ هذا العُنْوانِ ، لاوجودَ لَهُ في مُصَوَّرَةِ المَخْطُوطةِ ؛ وإِنَّما نحنُ وضعناهُ للضَّرورةِ المَنْهجِيَّة ؛ حين فكَّكْنَا ، «كتابَ المُزَارعةِ والمُسَاقاة» ؛ إِلى : «كتاب المُزَارعة» ، و «كتاب المُسَاقاة» .

(٢) لَمَّا كانت المُسَاقاة من العُقود اللازمة ؛ فلابُدَّ فيها من إِيجابٍ وقبولٍ لفظيَّيْن دالَّيْن على الرِّضا الباطِنِي .

واللَفْظُ الصَّريحُ فيها : «ساقيتُك على كذا» .

وفي حُكْمِهِ : «عامَلْتُكَ ، وسَلَّمْتُ إِلَيْكَ ، وعَقَدْتُ معك عَقْدَ المُسَاقاة ، وقَبَّلْتُكَ عملها» ، ونحو ذلك من الألفاظِ الدَّالَّةِ على الإِنْشاء ، الواقعةِ بلفظِ الماضي ؛ «المسالك : ٥ / ٣٨» .

(٣) لَاخِلَافَ عندنا في لُزوم هذا العقد ؛ فلا يجوزُ لِأَحَدِهما فسخُهُ ، إِلَّا بالتَّرَاضي على وجهِ الإِقالةِ ؛ لِعُمُومِ الأَدِلَّة الَّتي دَلَّت على لُزومِ غَيْرِهِ من العُقُود . =

ظُهورِها ؟ فيهِ تردُّدٌ ، والاَظهَرُ الجَوَازُ ، بشرطِ اَن يبقَى للعامِلِ عَمَلٌ وإن قَلَّ ، مِمَّا تُستَزَادُ بهِ الثَّمَرَةُ .

ولا تبطُلُ : بموتِ المُسَاقي ، ولا بموتِ العاملِ ؛ على الاَشبهِ [1] .

الثَّاني

في : مَا يُسَاقَى عليهِ

وهو كُلُّ اَصْلٍ ثابتٍ ، لَهُ ثَمَرَةٌ يُنتَفَعُ بها مع بقائِهِ [2] .

فتصِحُّ المُسَاقَاةُ : على النَّخلِ ، والكَرْمِ [3] ، وشَجَرِ الفَوَاكِهِ ، وفيما لا ثَمَرَ لَهُ إذا كانَ لَهُ وَرَقٌ يُنتَفَعُ بهِ كالتُّوتِ والحِنَّاء ؛ على تردُّدٍ .

ولو سَاقى على وَدِيٍّ [4] ، اَو شَجَرٍ غيرِ ثابتٍ ، لم يصِحَّ ، اِقتصارًا على

= ونَبَّهَ المُصَنِّف بقولهِ : «كالاِجَارة» ، على خِلَافِ بعضِ العامَّة .

حيثُ قالَ : اِنَّهُ جائزٌ كالمُضَارَبَةِ ، لِاشتِرَاكهما في كونهما عقدًا ، على جُزْءٍ مِنْ نَمَاءِ المَالِ.

فقالَ المُصَنِّفُ : بل ، هو لازِمٌ كالاِجَارة ؛ لِاشتراكهما في كونِ كُلٍّ منهما عَقْدَ معاوَضةٍ ؛ ولِعُموم الاَمْر بالوفاء بالعُقود ، المُقتَضِي لِلُّزوم ، اِلَّا ما اَخْرَجَهُ الدَّليل ؛ «المسالك : ٥ / ٣٩».

(١) الاَشبَهُ ؛ راجعٌ اِلى حُكْمِ موتِ كُلِّ واحدٍ منهما ... ؛ «المسالك : ٥ / ٤٠» .

(٢) اِحْتَرَزَ بهِ عن نحو البطِّيخ والباذِنْجَان والقُطن وقَصَبِ السُّكَّر ؛ فإنَّ هذه ليسَتْ كذلك ؛ وإنْ تعدَّدَتِ اللَقطات ، وبقي القُطْنُ اَزيَدَ من سَنَةٍ ؛ لِاَنَّ اُصُولَ هذهِ لابَقَاءَ لها غالِبًا ، واَضمحلالَها معلومٌ عادَةً ، فلا عبرةَ بالنَّادِرِ منها ؛ «المسالك : ٥ / ٤٢» .

(٣) لايخفى اَنَّ النَّخْـلَ والكَرْمَ ، مِن جُمْلَةِ شَجَرِ الفَوَاكِهِ ؛ فَعَطْفُهُ عليهما تعميمٌ بعدَ التَّخصيص ؛ وهـو جايـزٌ ؛ لكـن لـو قَدَّمَـهُ وجعَلَهمـا من اَمْثِلَتِـهِ كان اَوقع ؛ «المسالك : ٥ / ٤٢» .

(٤) الوَدِيُّ : فسيلُ النَّخْلِ قبلَ الغَرْسِ ؛ يُنظر : «المسالك : ٥ / ٤٣» .

موضعِ الوِفاقِ .

اَمَّا لو سَاقاهُ على وَدِيٍّ مَغْروسٍ ، اِلى مُدَّةٍ يَحْمِلُ مِثْلُهُ فيها غالبًا ، صَحَّ ولو لم يحمِلْ فيها .

وإن قَصُرَت المُدَّةُ المُشْتَرَطَةُ عن ذلك غالبًا ، اَو كان الاحتِمَالُ على السَّواءِ ، لم يصِحَّ .

الثَّالثُ

في : المُدَّةِ

ويُعتَبَر فيها شرطـان : اَن تكونَ مُقَـدَّرَةً بِزَمَانٍ لا يحتَمِلُ الزِّيَادَةَ والنُّقْصَانَ ؛ واَن تكونَ مِمَّا يَحْصُلُ فيها الثَّمَرَةُ غالبًا [1] .

الرَّابعُ

[في [2] : العَمَل]

العَمَلُ واِطْلَاقُ المُسَاقَاةِ ،يَقْتَضِي قِيَامَ العاملِ بما فيهِ زِيادَةُ النَّماء [3] ؛ من

---

(١) المَشْهُورُ بين الاَصحاب : اشتِرَاطُ ضَبْطِ المُدَّةِ ، بمالا يحتَمِلُ الزِّيادةَ والنُّقصانَ ؛ كقُدُومِ الحاجِّ واِدْراك الغَلَّة ، واِنْ كانت هي الغَلَّةُ المُعَامَلُ عليها ؛ وقوفًا فيما خَالَفَ الاَصْل ، واَحْتَمَلَ الغَرَرَ والجَهَالَةَ على موضعِ اليقين ... ؛ «المسالك : ٥ / ٤٥» .

هذا ، وفي الجواهر : «... مِمَّا تَحْصُلُ ...»

(٢) بداية : ورقة ٩٣ ، لوحة اَ .

(٣) الضَّابِطُ : اَنَّهُ يجبُ على العاملِ مع الاِطْلاقِ ، كُلُّ عَمَلٍ يَتَكَرَّرُ كُلَّ سَنَةٍ ، مِمَّا فيهِ صَلَاحُ الثَّمَرَةِ اَو زيادَتُها ؛ ومنهُ : اِصْلَاحُ الاَرْضِ بالحَرْثِ والحَفْر حيثُ يُحتاجُ اِليه ، وما يَتَوَقَّفُ عليهِ من الآلاتِ والعوامل ؛ «المسالك : ٥ / ٤٦» .

الرِّفقِ ، وإصْلَاحِ الأَجَاجين [1] ، وإزالةِ الحَشِيْشِ المُضِرِّ بالأُصُول [2] ، وتهذيبِ الجَرِيْدِ ، والسَّقي ، والتَّلْقِيحِ ، والعَمَلِ بالنَّاضِحِ ، وتعديلِ الثَّمَرَةِ ، واللِّقَاطِ [3] ، وإصْلَاحِ مَوْضعِ التَّشْمِيسِ ، ونَقْلِ الثَّمَرَةِ إليهِ ، وحِفْظِها .

وقِيَامَ صَاحبِ الأَصلِ بِبناءِ الجِدارِ ، وعَمَلِ ما يُستَقَى بهِ من دُولابٍ أو داليةٍ ، وإنشاءِ النَّهرِ ، والكَشِّ للتَّلْقِيحِ .

وقيلَ : يَلْزَمُ ذلك العاملَ ؛ وهو حَسَنٌ ، لِأَنَّ به يَتِمُّ التَّلْقِيحُ . ولو شرَطَ شيئًا مِن ذلكَ على العامِلِ صَحَّ ، بعدَ أن يكونَ معلومًا [4] .

ولو شرَطَ العاملُ على ربِّ الأُصولِ ، عَمَلَ العاملِ [لَهُ] ، بَطَلَتِ المُسَاقَاةُ ، لِأَنَّ الفائدةَ لا تُستَحَقُّ إلَّا بالعملِ .

ولو أبقى العَامِلُ شيئًا من عَمَلِهِ ، في مُقَابَلَةِ الحِصَّةِ من الفَائدةِ ، وشَرَطَ البَاقي على ربِّ الأُصولِ ، جازَ . ولو شَرَطَ أن يعمَلَ غُلَامُ المالكِ مَعَهُ ، جازَ ؛

---

(١) جمعُ : إجَّانةٍ ، بالكسرِ والتَّشْدِيد .

والمُـرَادُ بها هنا : الحُفَرُ الَّتي يَقِفُ فيها الماءُ ، في أُصُولِ الشَّجَرِ الَّتي تحتاجُ إلى السَّقي ؛ «المسالك : ٥ / ٤٦» .

(٢) وهذا الَّذي يُتَعَارفُ عليه اليوم ؛ باسم : «الهالوك» .

(٣) اللِّقَاط ـ بفتح اللامِ وكَسْرِها ـ : وهو لَقَاطُ الثَّمَرَةِ بمجرى العادة ، بِحسَبِ نوعها ووقتِها .

فَمَا يُؤخذ للزَّبيب ، يجبُ قطعُهُ عندَ حَلَاوتِهِ في الوقتِ الصَّالحِ لَهُ .

وما يُعْمَلُ دِبْسًا فكذلك .

وما يُؤخَذُ بُسْرًا إذا انْتَهَى إلى حالَةِ أَخْذِهِ .

وَمَا يُؤخَذُ يابِسًا أُخِذَ وَقْتَ يَبْسِهِ ؛ «المسالك : ٥ / ٤٧» .

(٤) جميعُ ما ذُكِرَ سَابِقًا ؛ مِمَّا يَجِبُ على العامِلِ والمالكِ ، إنَّما هو عندَ إطْلَاقِ العَقْد . ولو شَرَطَاهُ على مَنْ هو عليهِ ، كان تأكيدًا ، ولا يَقْدَحُ في العَقْد ؛ «المسالك : ٥ / ٥٠» .

لِاَنَّهُ ضَمُّ مالٍ الى مالٍ [1] .

اَمَّا لو شرَطَ ، اَن يعمَلَ الغُلَامُ لِخَاصِّ العاملِ [2] ، لم يَجُز ؛ وفيهِ تردُّدٌ ، والجَوَازُ اَشبَهُ . وكذا لو شرَطَ عليهِ اُجْرَةَ الأُجَراءِ ، اَو شرَطَ خروجَ اُجرَتِهِم ، [صَحَّ] منهما.

الخامسُ

في : الفَائِدَةِ

ولابُدَّ اَن يكونَ للعاملِ جُزْءٌ منها مُشَاعًا . فلو اَضْرَبَ عن ذِكْرِ الحِصَّة ، بَطَلَتِ المُسَاقاةُ . وكذا لو شَرَطَ اَحدُهما الاِنفرادَ بالثَّمَرَةِ ، لم تصِحَّ المُسَاقَاةُ . وكذا لو شَرَطَ لِنَفْسِهِ شيئًا معيَّنًا ، ومازادَ بينهما . وكذا لو قدَّرَ لِنفسهِ اَرْطَالًا ، وللعاملِ ما فضُلَ ، اَو عكَسَ . وكذا لو جعَلَ حِصَّتَهُ نَخْلاتٍ بعينِها [3] ، وللآخَرِ ما عَدَاها .

---

(١) اَشَارَ بالتَّعليل ؛ اِلى جوابِ بعضِ العامَّة ، المانعِ من ذلك ؛ مُحْتَجًّا بِاَنَّ يَدَهُ كَيَدِ مالِكِهِ ، وعَمَلَهُ كَعَمَلِهِ ؛ فكما لا يَصِحُّ اَشْتِرَاطُ عَمَلِ المالكِ ، فكذا غُلَامُهُ المملوك ؛ ولِاَنَّهُ مُخَالِفٌ لِوَضْعِ المُسَاقاة ؛ وهو اَن يكون من المالك المالُ ، ومن العامل العَمَلُ ؛ «المسالك : ٥ / ٥٠» .

(٢) المُرَادُ بالشَّرْطِ هنا : اَن يَعْمَلَ الغُلَامُ في المِلْكِ المُخْتَصِّ بالعامل .

اَو العَمَلِ المُخْتَصِّ بهِ ؛ اَي : الخارجِ عن المالِ المُشْتَرَكِ بَيْنَهُ وبَيْن سَيِّدِهِ المُسَاقي عليه ؛ «المسالك : ٥ / ٥١» .

(٣) الوجهُ في جميع ذلك : مُخَالَفَتُهُ لِموضوعِ المُسَاقاة ؛ فاِنَّها مَبْنِيَّةٌ على الاشتِراك في الثَّمَرَةِ على سبيلِ الشِّياع ؛ كما دَلَّ عليهِ النَّصُّ ، وفعلُ النَّبيِّ «صَلَّى اللهُ عليهِ وآلِهِ وسَلَّم» ؛ ولِاَنَّهُ رُبَّما لا يحصُلُ اِلَّا ذلك القدْرُ المُعَيَّنُ ، فلا يكونُ للآخَرِ شيءٌ ؛ «المسالك : ٥ / ٥٣ ـ ٥٤» .

ويجوزُ اَن يُفرِدَ كُلَّ نوعٍ ، بِحِصَّةٍ مُخَالِفةٍ ، لِلحِصَّةِ من النَّوْعِ الآخَر ، اذا كان العاملُ عالِمًا بمقدارِ كُلِّ نوع [1] .

ولو شَرَطَ مع الحِصَّةِ من النَّمَاء ، حِصَّةً من الاَصلِ الثَّابتِ لم يصِحَّ ؛ لِاَنَّ مُقْتَضَى المُسَاقَاةِ جَعلُ الحِصَّةِ من الفائدةِ ؛ وفيهِ تردُّدٌ .

ولو سَاقاهُ بالنِّصْفِ اِن سقَى بالنَّاضِحِ ، وبالثُّلْثِ اِن سقَى بالسَّايح ، بطَلَت المُسَاقاةُ [2] ، لِاَنَّ الحِصَّةَ لم تتعيَّن ؛ وفيهِ تردُّدٌ .

ويُكرَهُ : اَن يَشْتَرِطَ ربُّ الاَرضِ ، على العاملِ مع الحِصَّةِ ، شيئًا من ذَهَبٍ اَو فِضَّةٍ ، لكن يجبُ الوَفاءُ بالشَّرْطِ . ولو تَلِفَتِ الثَّمَرَةُ ، لم يلزَم .

السَّادِسُ
في اَحْكَامِها

وهي مسائلُ :

«الأُولى» : كُلُّ موضعٍ تَفْسُدُ فيه المُسَاقَاةُ ، فَلِلْعَامِلِ اُجرَةُ المثلِ [3] ، والثَّمَرَةُ لِصاحبِ الاَصل .

---

(١) لِاَنَّ الغَرَضَ ثُبُوتُ حِصَّةٍ معلومةٍ كيف كان ؛ فلو لم يعلم بمقدارِ اَحَدِ الاَنواعِ لم يصِحَّ ؛ لِجَهَالَةِ الحِصَّةِ حينئذٍ ، فاِنَّ المشروطَ فيهِ اَقَلُّ الجُزْاَين قد يكونُ اَكْثَرَ الجِنْسَين ، فَيَحْصُلُ الغَرَرُ ؛ «المسالك : ٥ / ٥٤» .

(٢) وجهُ البُطْلَانِ واضحٌ ؛ لِاَنَّ العَمَلَ مجهُولٌ ، والنَّصِيْبُ مجهولٌ ؛ فهو مثلُ : بِعْتُكَ بدينارٍ مُؤجَّلٍ ، وبِنِصْفِهِ حَالٍّ ؛ «المسالك : ٥ / ٥٤ ـ ٥٥» .

(٣) لِاَنَّهُ لم يتبرَّعْ بعَمَلِهِ ، ولم يحصُلْ لَهُ العِوَضُ المَشْروطُ ، فَيَرْجِعُ اِلى الاُجْرَةِ ؛ «الرَّوضة : ٤ / ٣١٥» .

«الثَّانيةُ» : اِذا ٱستأجَرَ اَجيرًا للعَمَلِ ، بِحصَّةٍ منها ، فاِن كانَ بعدَ بَدْوِ [1] صَلَاحِها جازَ . واِن كان بعدَ ظُهُورِها ، وقبلَ بَدْوِ الصَّلَاحِ ، بِشَرْطِ القطعِ ، صَحَّ اِن ٱستأجَرَهُ بالثَّمَرَةِ اَجمَع .

ولو ٱستأجَرَهُ ببعضِها ، قيلَ : لا يصِحُّ ، لِتعذُّر التَّسْليم ؛ والوجهُ الجوازُ .

«الثَّالثةُ» : اذا قالَ: [ورقة ٩٣ لوحة ب] ساقيتُكَ على هذا البُستان بكذا، على اَن اُساقِيَكَ على الآخر بكذا ، قيلَ : يبطُلُ ؛ والجَوَازُ اَشبهُ [2] .

«الرَّابعةُ» : لو كانت الاُصولُ لاِثنين ؛ فقالَا لواحدٍ : ساقيناكَ ، على اَنَّ لكَ من حِصَّةِ فُلانٍ النِّصْفَ ، ومِن حِصَّةِ الآخر الثُّلُثَ ، صَحَّ بشَرْطِ اَن يكونَ عالمًا بقدرِ نَصيبِ كُلِّ واحدٍ منهما . ولو كانَ جاهِلًا ، بَطَلَتِ المُسَاقَاةُ ، لِتجهيلِ الحِصَّةِ [3] .

«الخامسةُ» : اذا هَرَبَ العاملُ ، لم تبطُلِ المُسَاقَاةُ . فاِن بذَلَ العَمَلَ عنهُ باذِلٌ ، اَو دفَعَ اليهِ الحاكمُ من بيتِ المالِ ما يستأجِرُ عنهُ ، فلا خِيَار . واِن تعذَّرَ ذلك ، كان لَهُ الفَسْخُ ، لِتَعذُّرِ العَمَل . ولو لم يَفْسَخ ، وتَعَذَّرَ الوصولُ الى

---

(١) في المسالك والجواهر : «بُدُوِّ» .

(٢) القولُ بالبُطْلَان للشَّيخ «ره» في المَبْسُوط ؛ مُحْتَجًّا عليهِ ؛ بأَنَّهُ بيعَتَانِ في بَيْعَةٍ ؛ فاِنَّهُ ما رَضِيَ اَنْ يُعْطِيَهُ من هذهِ الحِصَّة ، اِلَّا بأَن يَرْضَى منهُ مِن الآخرِ بالحِصَّةِ الاُخرى ... ؛ «المسالك : ٥ / ٥٨» .

(٣) اِذا تَعَدَّدَ المالكُ واٰتَّحَدَ العاملُ والعَقْدُ ؛ صَحَّت المُسَاقاةُ مع تساويهما في الحِصَّةِ المجعولة ، كالنِّصف والثُّلث ؛ سَوَاءٌ عَلِمَ حِصَّةَ كُلِّ واحدٍ منهما اَم لَا ؛ لِاَنَّ حِصَّتَهُ معلومةٌ من المجموع ، والمجموعُ معلومٌ ، ولا ضرورَةَ اِلى العِلْم بقدْرِ حِصَّةِ كُلٍّ منهما .
واِنْ ٱختَلَفَتَا ، فلابُدَّ من معرفةِ العاملِ ، بمقدارِ حِصَّةِ كُلٍّ منهما في المِلْك ؛ لِئلَّا يَتَجَهَّلَ حِصَّتَهُ من النَّمَاء ، لِاَنَّهُ حينئذٍ بِمَنْزِلَةِ عقدين ؛ «المسالك : ٥ / ٥٩» .

الحاكم ، كان لَهُ اَن يُشهِدَ ، اَنَّهُ يستأجِرُ عنه ، ويَرْجِعَ عليهِ على تردُّدٍ . ولو لم يشهَد ، لم يَرْجِع .

«السَّادسةُ» : اِذا اَدَّعى اَنَّ العاملَ خانَ ، اَو سَرَقَ ، اَو اَتلَفَ ، اَو فَرَّطَ فَتَلِفَ ، واَنْكَرَ ؛ فالقولُ قولُهُ مع يمينِهِ [1] . وبتقديرِ ثُبُوتِ الخِيَانَةِ ؛ هل يرفَعُ يدَهُ ، اَو يستأجِرُ مَنْ يكونُ معَهُ [2] ، من اَصلِ الثَّمَرَةِ ؟ الوجهُ اَنَّ يدَهُ لا تُرفَعُ عن حِصَّتِهِ من الرِّبحِ ، ولِلْمَالِكِ رَفْعُ يدِهِ عمَّا عَدَاهُ . ولو ضَمَّ المالكُ اليهِ اَمينًا ، كانت اُجرَتُهُ على المالِكِ خاصَّةً .

«السَّابعةُ» : اِذا سَاقَاهُ على اُصولٍ ، فبانَت مُسْتَحَقَّةً [3] ، بَطَلَتِ المُسَاقَاةُ ، والثَّمَرَةُ للمُسْتَحِقِّ . وللعاملِ الاُجرَةُ على المُسَاقِي ، لا على المُسْتَحِقِّ . ولو اَقتَسَما الثَّمَرَةَ وتَلِفَتْ ، كانَ للمالكِ الرُّجُوعُ على الغَاصِبِ ، بِدَرَكِ الجَميع . ويَرْجِعُ الغاصِبُ على العاملِ ، بما حَصَلَ لَهُ . وللعاملِ على الغاصِبِ اُجْرَةُ عَمَلِهِ . اَو يَرْجِعُ على كُلِّ واحدٍ منهما بما حَصَلَ لَهُ [4] ؛ وقيلَ : لَهُ الرُّجُوعُ على العاملِ بالجميعِ اِن شاءَ ، لِاَنَّ يدَهُ عادِيَةٌ ؛ والاَوَّلُ اَشْبَهُ ، اِلَّا بتقدير اَن يكونَ العاملُ عالمًا بِهِ .

«الثَّامنةُ» : ليسَ للعاملِ اَن يُسَاقِيَ غيرَهُ ، لِاَنَّ المُسَاقَاةَ اِنَّما تَصِحُّ على اَصلٍ مملوكٍ للمُسَاقي [5] .

---

(١) لِاَنَّهُ اَمينٌ ، فَيُقْبَلُ قولُهُ بيمينِهِ في عَدَمِها ، ولِاَصَالَةِ عَدَمِها ؛ «الرَّوضةُ : ٤ / ٣١٧» .

(٢) في المسالك والجواهر : «هل تُرْفَعُ يَدُهُ ؟ اَو يُستَأجَرُ مَن ...؟» .

(٣) وفي قَوْلِ المُصَنِّفِ : «فَبَانَتْ مُسْتَحَقَّةً» ؛ اِشَارَةٌ اِلى اَنَّ العامِلَ جاهلٌ بالاِستحقاق ؛ فلو كان عالِمًا ، لم يَرْجِع على المُسَاقي بشيءٍ كما اَسْلَفْنَاهُ ؛ «المسالك : ٥ / ٦٤» .

(٤) اَي : اَو يَرْجِعُ المالِكُ ، على كُلٍّ من المُسَاقي والعامِلِ ، بما حَصَلَ لَهُ من الثَّمَرَةِ .

(٥) الاَصْلُ في هذهِ المُعَامَلَةِ ؛ اَن تقع على الاُصُولِ المَملوكة للمُسَاقي . =

«التَّاسعةُ» : خَرَاجُ الاَرْضِ على المَالِكِ ، اِلَّا اَن يُشْتَرَطَ على العاملِ ، اَو بينَهما.

«العاشرةُ» : الفَائِدَةُ تُملَكُ بالظُّهُورِ ، وتَجِبُ الزَّكَاةُ فيها على كُلِّ واحدٍ منهما ، اِذا بلَغَ نصيبُهُ نِصَابًا .

تَتِمَّـــةٌ

اِذا دَفَعَ اَرضًا اِلى رَجُلٍ ليَغرِسَها ، على اَنَّ الغَرْسَ بينَهما ، كانَتِ المُغَارَسَةُ باطِلَةً [1] ، والغَرْسُ لِصَاحبِهِ .

ولِصَاحبِ الاَرْضِ اِزالتُهُ ، و[لَهُ] الأُجْرَةُ [2] ، لِفَوَاتِ ما حَصَلَ الاِذْنُ بسببِهِ ، وعليهِ اَرْشُ النُّقْصَانِ بالقَلْعِ [3] .

= والعامِلُ لا يملِكُ منها سِوى الحِصَّةِ من الثَّمَرَة بعد ظهورِها ، كما قد عُلِمَ من تعريفها وبَقِيَّةِ اَحْكامها .

ومِن ثَمَّ ، لم يَجُز للعاملِ اَنْ يُسَاقِيَ غَيْرَهُ .

بِخِلافِ المُزَارعة ؛ فاِنَّ مبناها في الاَصْل ، على المُعَامَلة على الاَرْضِ بِحِصَّةٍ من حاصِلها ... ؛ «المسالك : ٥ / ٦٦» .

(١) المُغَارَسَةُ ؛ مُعَامَلَةٌ خاصَّةٌ على الاَرْض ، لِيَغْرِسَها العامِلُ على اَن يكونَ الغَرْسُ بينهما ؛ وهي مُفَاعَلَةٌ منهُ .

وهي باطِلَةٌ عندَنا وعند اَكْثَرِ العامَّة ؛ لِاَنَّ عُقودَ المُعَاوَضَات موقوفَةٌ على اِذْنِ الشَّارع ، وهي مُنْتَفِيَةٌ هنا .

ولا فَرْقَ ؛ بين اَن يكونَ الغَرْسُ من مالكِ الاَرْضِ ومن العامل ، ولا بين اَن يَشْتَرِطا تملُّكَ العامِلِ جزءًا من الاَرْضِ ، مع الغَرْسِ وعَدَمِهِ ؛ «المسالك : ٥ / ٧١» .

(٢) عن الاَرْض مع اِبقَاءِ الاَشْجَار ؛ «الرَّوضة : ٤ / ٣٢١ جمعًا بين المتن والهامش» .

(٣) وهو تفاوتُ ما بين قيمته مقلوعًا ، وباقيًا في الاَرض بالأُجرة ؛ «المَصْدَرُ نفسُهُ» .

ولو دَفَع القِيْمَةَ لِيَكُونَ الغَرْسُ لَهُ ، لم يُجبَر الغَارِسُ . وكذا لو دفَعَ الغَارِسُ الأُجْرَةَ ، لم يُجبَر صَاحِبُ الأَرْضِ على التَّبقيةِ [1] .

(١) لِأَنَّ كلًّا منهما مسلَّطٌ على ماله ؛ «المَصْدَرُ نفسُهُ» .

كِتَابُ الوَدِيعَةِ

والنَّظَرُ في أُمورِ ثَلَاثَةٍ :

الاَوَّلُ

في : العَقْدِ

وهو ٱستِنَابَةٌ في الحِفْظِ . ويَفْتَقِرُ الى اِيجابٍ وقَبُولٍ . ويَقَعُ بكُلِّ عِبَارَةٍ دَلَّتْ على مَعْنَاهُ [1] [ورقة ٩٤ لوحة اَ] . ويكفي الفِعْلُ الدَّالُّ على القَبُولِ .

ولو طَرَحَ الوديعةَ عندَهُ ، لم يَلْزَمْهُ حِفْظُها اِذا لم يَقْبَلْهَا . وكذا لو اُكرِهَ على قَبْضِها ، لم تَصِرْ وَدِيْعَةً ، ولا يَضْمَنها لو اَهْمَلَ .

واِذا ٱستُوْدِعَ ، وجَبَ عليه الحِفْظُ [2] . ولا يَلْزَمُهُ دَرَكُها ، لو تَلِفَت من غيرِ تفريطٍ ، اَو اُخِذَتْ منهُ قَهرًا .

نعم ، لو تَمَكَّنَ من الدَّفعِ ، وَجَب . ولو لم يَفْعَل ، ضَمِنَ . ولا يَجِبُ تحمُّلُ

---

(١) مُقْتَضَى كونهِ عَقْدًا : تركُّبُهُ من الاِيجابِ والقبولِ القَوْلِيَّيْن .

ومُقْتَضَى جوازِهِ : عَدَمُ اِنْحصارِهِ في عِبَارَةٍ . بل ، يكفى كُلُّ لَفْظٍ دَلَّ عليهِ . ولا يُعْتَبَرُ فيهِ التَّصْرِيحُ ؛ بل ، يكفي التَّلويحُ والاِشَارَةُ المُفْهِمَةُ لِمَعْنَاهُ ٱختيارًا ؛ «المسالك : ٥ / ٧٨» .

(٢) اَي : قَبِلَ الوَدِيْعـةَ ؛ واِنْ كانَ الاِستِيْدَاعُ اَعَمَّ منهُ ؛ واِنَّما يجبُ عليهِ الحِفْظُ مادامَ مُستودَعًا ، لِاَنَّ ذلك هو مُقتضى تعليق الحُكم على الوَصْف .

واِلَّا ؛ فـاِنَّ الوديعَةَ من العُقُودِ الجائزة ، وجوازُ رَدِّها في كُلِّ وقتٍ يُنَافي وجوبَ الحفظ ؛ «المسالك : ٥ / ٨١» .

الضَّرَرِ الكَثيرِ بالدَّفْعِ ، كالجُرْحِ واَخذِ المالِ .

ولو اَنكَرَها ، فطُولِبَ باليَمِين ظُلمًا ، جازَ الحَلْفُ مُوَرِّيًا [1] ، بما يخرُجُ به عن الكَذِبِ .

وهي عقدٌ جائزٌ من طَرَفَيْهِ ، يَبْطُلُ بموتِ كُلِّ واحدٍ منهما وبجنونِهِ ، وتكونُ اَمَانَةً [2] .

وتُحفَظُ الوديعةُ ، بما جَرَتِ العادَةُ بحفظِها ، كالثَّوبِ [والكُتُب] في الصُّنْدُوقِ ، والدَّابَّةِ في الاصطَبل ، والشَّاةِ في المَرَاحِ ، اَو مايجري مجرَى ذلكَ .

ويَلْزَمُهُ سَقْيُ الدَّابَّةِ وعَلَفُها ، اَمَرَهُ بذلك اَو لم يأمُره ، ويجوزُ اَن يسقِيَها بِنَفْسِهِ وبِغُلَامِهِ ، اِتِّباعًا للعَادَةِ [3] .

ولايَجُوزُ اِخْرَاجُها من مَنْزِلِهِ لذلك ، اِلَّا معَ الضَّرورةِ ، كَعَدَمِ التَّمَكُّن من سَقيِها اَو عَلْفِها في منزلِهِ ، اَو شِبْهِ ذلكَ من الاَعذار .

---

(١) بأَن يَحْلِفَ : اَنَّهُ ما اَستُوْدِعَ من فُلَانٍ ، ويَخُصُّهُ بوقتٍ ، اَو جنسٍ ، اَو مَكَانٍ اَو نَحْوِها ، مُغَايِرٍ لما اَسْتُوْدِعَ ... ؛ «الرَّوضَةُ : ٤ / ٢٣٥» .

(٢) ومعنى كونها بعد ذلك : اَمَانَةً ؛ اَنَّها اَمَانَةٌ شَرْعِيَّةٌ ؛ لِحُصولها في يَدِهِ حينئذٍ بغيرِ اِذْنِ مالِكها ؛ لكِنَّها غَيْرُ مَضْمُونَةٍ عليهِ ، لِاِذْنِ الشَّارِعِ في وَضْعِ اليَدِ عليها ، اِلى اَنْ يَرُدَّها على وَجْهِهِ ؛ «المسالك : ٥ / ٨٤ ـ ٨٥» .

(٣) مُقْتَضَى العادة : جَوَازُ تَوَلِّي الغُلَامِ ذلك ؛ سَوَاءٌ كان المُسْتَوْدَعُ حاضرًا عندَهُ اَم غائبًا ؛ وسَوَاءٌ كان الغُلَامُ اَمِيْنًا اَم لا .

وليسَ كُلُّ ذلك جائزًا هنا .

بل ، اِنَّما يجوزُ تَوَلِّي الغُلَامِ لِذلك ، مع حُضُور المُسْتَوْدَع عندَهُ ؛ لِيَطَّلِعَ على قِيَامِهِ بما يَجِبُ ، اَو مع كونِهِ اَمِيْنًا ؛ واِلَّا ، لم يَجُز ... ؛ «المسالك : ٥ / ٨٨» .

ولو قالَ المَالِكُ : لا تَعْلِفها اَو لاتَسْقِها ، لم يَجُز القَبُولُ ؛ بل ، يَجِبُ عليه سَقْيُها وعَلْفُها [1] .

نعم ، لو اَخَلَّ بذلك ، والحَالُ هذِهِ اَثِمَ ولم يَضْمَن ، لِاَنَّ المالِكَ اَسقَطَ الضَّمَانَ بنهيهِ ، كما لو اَمَرَهُ بالِقاءِ مالِهِ في البَحْر .

ولو عَيَّنَ لَهُ موضعَ الِاحْتِفَاظِ ، اَقْتَصَر عليهِ ، فلو نَقَلها ، ضَمِنَ اِلَّا اِلى اَحرَز ، اَو مثلِهِ على قَوْلٍ . ولا يجوزُ نَقْلُها اِلى ما دُوْنَهُ ، ولوكانَ حِرْزًا ، اِلَّا مع الخَوْفِ مع اِبقائِها فيهِ [2] .

ولو قالَ : لا تَنْقُلْها من هذا الحِرز ، ضَمِنَ بالنَّقلِ كيفَ كان ؛ اِلَّا اَن يَخَافَ تَلَفَها فيهِ ، ولو قالَ : واِن تلِفَتْ .

ولاتَصِحُّ وديعةُ الطِّفْلِ ولا المَجْنُونِ ، ويَضْمَنُ القَابضُ ، ولا يبرَأُ بردِّها اِليهما [3] .

---

(١) اِنَّما لم يَجُز تركُ العَلْف والسَّقْي ، مع النَّهي عنهما ؛ لِاَنَّهُ حَقٌّ للهِ تَعَالى ؛ كما اَنَّهُ حَقٌّ للمالكِ ؛ فلا يسقُطُ حَقُّ اللهِ تَعَالى بِاِسقاطِ المالك حَقَّهُ ؛ ولِاَنَّ اِتْلافَ المالِ مَنْهِيٌّ عنهُ ...؛ «المسالك : ٥ / ٨٩ ـ ٩٠» .

(٢) اِذا عَيَّنَ موضعًا للحِفْظِ ،لم يجز نَقْلُها اِلى ما دونَهُ اِجماعًا .

وذَهَبَ جَمَاعَةٌ اِلى جوازِ نَقْلِها اِلى الاَحْرَز ؛ مُحْتَجِّين بالاِجْماع ، ودلالة مَفْهوم المُوَافقة عليه .

واَختَلَفوا في المُسَاوي ، فَجَوَّزَهُ بعضُهُم ـ وهو القولُ الَّذي نَقَلَهُ المُصَنِّفُ ـ ؛ نَظَرًا اِلى اَنَّ التَّعيين اَفَادَ الاِذْنَ في حِفْظِهِ ، فيما لو كانَ في تلك المَرْتبة ؛ كما في تعيينِ نوعِ الزَّرع والرَّاكب في الاِجارة ، فاِنَّهم جَوَّزوا التَّخَطِّيَ اِلى المُسَاوِي ، لِتَوَافُق المُتَسَاويين في الضَّرَرِ والنَّفْعِ المأذون فيه ؛ «المسالك : ٥ / ٩٠ ـ ٩١» .

هذا ، وفي المسالك والجواهر : « . . . الخوف من اِبقائها فيهِ» .

(٣) واِنَّما يَبْرَأُ بالرَّدِّ اِلى وليِّهما الخَاصِّ ، اَو العامِّ مع تَعَذُّرِهِ «الرَّوضة : ٤ / ٢٤١ بتصرُّف» .

وكذا لايصِحُّ اَن يُستَودَعا . ولو أُودِعَا لم يَضْمَنَا بالاِهْمَالِ ، لِاَنَّ المُوْدِعَ لَهُما مُتْلِفٌ مالَهُ .

واِذا ظهَرَ للمُوْدَعِ اَمَارَةُ المَوْتِ ، وَجَبَ الاِشهادُ بها . ولو لم يُشْهِد ، واَنكَرَ الوَرَثَةُ ؛ كان القَولُ قولَهُم ولا يمينَ عليهم [1] ، اِلَّا اَن يُدَّعَى عليهم العِلمُ [2] .

وتجبُ اِعَادَةُ الوديعةِ على المُوْدِعِ مع المُطَالَبَةِ [3] ، ولوكانَ كافِرًا ، اِلَّا اَن يكـونَ المُـوْدِعُ غاصِبًا لَها فيُمْنَعُ منها . ولو ماتَ فَطَلَبَها وارثُهُ ، وَجَبَ الاِنكارُ ، ويجبُ [4] اِعَادَتُها على المُغْصوبِ [منهُ] اِن عُرِفَ . واِن جُهِلَ ، عُرِّفَتْ سَنَةً ، ثم جازَ التَّصَدُّقُ بها عن المالكِ . ويَضْمَنُ المُتَصَدِّقُ اِن كَرِهَ صاحبُها. ولو كان الغَاصِبُ مزَجَها بمالِهِ ، ثم اَودَعَ الجميعَ ؛ فاِن اَمكنَ المُسْتَوْدِعُ تمييزَ المالَين ، رَدَّ عليه مالَهُ ومنَعَ الآخر . واِن لم يمكن تمييزُهما ، وجَبَ اِعَادتُهما على الغاصبِ [5] .

---

(١) لِاَنَّ الدَّعوى مُتَعَلِّقَةٌ بِمُوَرِّثِهم لابِهِم ، كما لو اُدُّعِيَ عليهِ بدينٍ ؛ «المسالك : ٥ / ٩٦» .

(٢) بذلك ، فَيَلْزَمُهُم الحَلْفُ على نَفْيِ العِلْمِ ، لا على البَتِّ ؛ لِاَنَّ ذلك ضابِطُ الحَلْف ، على نَفْيِ فِعْلِ الغير ؛ «المسالك : ٥ / ٩٦ ـ ٩٧» .

(٣) اِذا طَلَب المالِكُ الوَدِيْعة وهي باقِيَةٌ ، وَجَبَ على الوَدَعِيِّ رَدُّها عليهِ في اَوَّلِ اَوْقاتِ الاِمْكان ؛ لا بِمعنى مُبَاشَرَتِهِ للرَّدِّ وتَحَمُّلِ مَؤُنَتِهِ كما يَظْهَرُ من العِبَارَة .

بل ، بمعنى رَفْعِ يدِهِ عنها ، والتَّخْلِيَة بين المالِك وبينها .

فـاِن كانَـتْ فـي صُنْـدوقٍ مُقْفَلٍ ، فَفَتَحَهُ عليه ؛ واِنْ كانَتْ في بيتٍ مُحْرَزٍ فكذلك ، وهكذا ... ؛ «المسالك : ٥ / ٩٧» .

(٤) في المسالك : وتَجِبُ .

(٥) هكذا اَطْلَقَ المُصَنِّفُ ، وجَمَاعَةٌ من الاَصحاب .

ووجهُهُ : اَنَّ مَنْعَهُ منها يَقْتَضِي منعَهُ مِن مالِهِ ؛ لِاَنَّ الفَرْضَ عَدَمُ التَّمَيُّز ، وهو غيرُ جائزٍ .

ويُشكِلُ : بِاَنَّ في الرَدِّ تسليطًا للغاصِبِ ، على مالِ غيرِهِ بغيرِ حَقٍّ ؛ وهو غيرُ جائزٍ اَيْضًا ؛ =

الثَّاني

في : مُوجِبَاتِ الضَّمَانِ

وينظمُها قسمان : التَّفْريطُ ، والتَّعَدِّي

[القسمُ الاَوَّلُ ؛ في : التَّفْريطِ]

اَمَّا التَّفْرِيْطُ ، فكاَنْ يطرَحَها فيما ليسَ بحَريزٍ [1] ، اَو يترُكَ [ورقة ٩٤ لوحة ب] سقْيَ الدَّابَّةِ اَو عَلْفَها ، اَو نَشْرَالثَّوبِ الَّذي يَفْتَقِرُ اِلى النَّشرِ ، اَو يُوْدِعَها من غيرِ ضَرُورةٍ [2] ، ولا اِذنٍ ، اَو يُسَافِرَ بها كذلك مَعَ خَوْفِ الطَّريق و [مع] اَمنِهِ ، وطَرْحِ الاَقْمِشَةِ في المَوَاضعِ التي تُعَفِّنُها . وكذا لو تَرَكَ سَقْيَ الدَّابَّةِ اَو عَلْفَها مُدَّةً لا تصبِرُ عليها في العَادَةِ ، فماتَتْ بهِ [3] .

القسمُ الثَّاني ؛ في : التَّعَدِّي

مِثْلُ : اَن يَلْبَسَ الثَّـوْبَ ، اَو يركَـبَ الدَّابَّـةَ ، اَو يُخْرِجَها مِن حِرْزِها لِيَنْتَفِعَ بها .

= «المسالك : ٥ / ١٠٠» .

(١) في المسالك والجواهر : بِحِرْزٍ .

(٢) اِلى الاِيداعِ ؛ فلو اُضْطُرَّ اِليهِ ، بأَنْ خَافَ عليها من حَرْقٍ اَو سَرَقٍ اَو نَهْبٍ ، لو بَقِيَتْ في يَدِهِ ، وتَعَذَّرَ رَدُّها اِلى المالكِ والحاكمِ ، اَودَعَها العَدْلَ ؛ «الرَّوضة : ٤ / ٢٤٣» .

(٣) اِحْتَرَزَ بموتها بهِ ؛ عَمَّا لوماتَتْ بغيرِهِ ؛ فاِنَّهُ لا يَضْمَنُها .

وكذا لو كان بها جوعٌ سابِقٌ وعَطَشٌ يَعْلَم بهما ، فماتَتْ بهما ، بحيثُ لولا التَّقْصيرُ لَمَا ماتَتْ .

ولو كان جاهِلًا ، فَوَجْهَان ... ؛ «المسالك : ٥ / ١٠٤ ـ ١٠٥» .

نعم ، لو نَوَى الاِنْتِفَاعَ ، لم يَضْمَن بمُجَرَّدِ النِّيَّةِ .

ولو طُلِبَت منهُ ، فامْتَنَعَ من الرَّدِّ مع القُدْرَةِ ، ضَمِنَ [1] . وكذا لو جَحَدَها ، ثم قامَتْ عليه بَيِّنَةٌ اَو اَعتَرَفَ بها [2] .

ويَضْمَنُ لو خَلَطها بمالِهِ [3] ، بحيثُ لا يَتَمَيَّزُ . وكذا لو اَودَعَهُ مالًا في كيسٍ مَخْتُومٍ [4] ، فَفَتَحَ خَتْمَهُ . وكذا لو اَوْدَعَهُ كِيْسَيْن فَمَزَجَهُما .

وكذا لو اَمَرَهُ بإجارَتِها لِحَمْلٍ اَخَفَّ . فآجَرَها لِاَثْقَلَ ، اَو لِاَسْهَلَ فآجَرَها لِاَشَقَّ ، كالقُطْنِ والحَدِيْدِ .

ولو جَعَلها المالِكُ في حِرْزٍ مُقفَلٍ ، ثم اَودَعَها ، ففتَحَ المُوْدَعُ الحِرْزَ واَخذَ بعضَها ضَمِنَ الجميعَ . ولو لم تَكُنْ مُوْدَعَةً في حِرْزٍ ، اَو كانَتْ مُوْدَعَةً في حِرزٍ لِلْمُوْدَعِ ، فاَخَذَ بعضَها ، ضَمِنَ ما اَخَذَ . ولو اَعادَ بدَلَهُ لم يَبْرَأ . ولو اَعَادَهُ

---

(١) المُرَادُ بالرَّدِّ الواجبِ عليهِ : رَفْعُ يدهِ عنها ، وتمكينُ مالكها منها بفتح القفل والباب ونحو ذلك ؛ لا مُبَاشَرَةُ الرَدِّ .

واَنَّ المُرَادَ بالقُدرةِ : مايشمُلُ القُدْرَةَ شرعًا ؛ فإنَّ مَن كانَ في فريضةٍ ، لا يُعَدُّ قادرًا شرعًا إلى اَن يفرغَ ، لِتَحْريمِ قطعها .

ولا يُعْذَرُ في التَّعقيب المُعتاد ، ولا في إكْمَال النافلة ، ولا في الليل إلى اَن يُصْبِحَ ؛ إلَّا ، اَن يكونَ في مَحَلٍّ يَشُقُّ إخْرَاجُها منهُ فيهِ عادَةً ، ونحو ذلك ؛ «المسالك : ٥ / ١٠٦» .

(٢) إنَّما كان الجُحودُ تَعَدِّيًا موجبًا لِلضَّمَان ، لِاَنَّهُ خِيَانَةٌ ؛ حيثُ إنَّهُ بإنْكارِهِ يزعُمُ اَنَّ يَدَهُ عليها ليسَتْ نِيابةً عن المالك ، فلا يكونُ اَمينَهُ ... ؛ «المسالك : ٥ / ١٠٦» .

(٣) ويُفْهَمُ مِن قولِهِ : «خَلَطَها بمالِهِ» ؛ اَنَّهُ لو خَلَطَها بمالِ المالك لم يَضْمَن .

ولَيْسَ كذلك ؛ بل ، يَضْمَنُ على التَّقديرين ؛ «المسالك : ٥ / ١٠٧» .

(٤) ونَبَّهَ بقولِهِ : «في كِيْسٍ مَخْتومٍ» ؛ على اَنَّ الخَتْمَ المانِعَ من تَصَرُّف المستودَع ، هو ختمُ المالك ؛ فلو كانَ من المُستودَع ، لم يَضْمَن ، لِاَنَّهُ لا هَتْكَ فيهِ ولا نُقْصان عَمَّا فَعَلَهُ المالكُ ؛ هذا ، إذا لم يكن الختمُ منهُ بأمر المالك ؛ وإلَّا كان كَخَتْمِ المالك ؛ «المسالك : ٥ / ١٠٨» .

ومَزَجَهُ بالبَاقي ، ضَمِنَ ما اَخَذَهُ . ولو اَعادَ بدَلَهُ ، ومزَجَهُ بِبَقِيَّةِ الوَدِيْعَةِ مَزْجًا لا يَتَمَيَّزُ ، ضَمِنَ الجميعَ [1] .

الثَّالثُ

في : اللَّوَاحِقِ

وفيهِ مسائلُ :

«الأُولى» : يَجُوزُ السَّفَرُ بالوَديعةِ ، اِذا خَافَ تَلَفَهَا مع الاِقَامَةِ ، ثم لا يَضْمَنُ . ولايجوزُ السَّفَرُ بها ، مع ظُهُورِ اَمَارَةِ الخَوف . ولو سَافَرَ ، والحالُ هذِهِ ، ضَمِنَ [2] .

«الثَّانيةُ» : لا يَبْرَأُ المُوْدَعُ ، اِلَّا بِرَدِّها اِلى المالكِ اَو وَكيلهِ . فاِن فَقَدَهُما ، فالِى الحَاكِم مع العُذْرِ . ومعَ عَدمِ العُذْر ، يَضْمَنُ . ولو فُقِدَ الحاكمُ ، وخَشِيَ تَلَفَها ، جازَ اِيداعُها من ثِقةٍ . ولو تَلِفَتْ لم يَضْمَن .

---

(١) اِنَّما لم يَبْرأ مع اِعادةِ البَدَل ، لِاَنَّهُ لم يتعيَّن مِلْكًا لِلْمُوْدِعِ ؛ اِذ لا يحصُلُ المِلْكُ اِلَّا بقبضهِ اَو قَبْضِ وكيلهِ ؛ والمستودَع ليس وكيلًا لَهُ في تعيين العِوَض ، واِنْ كان وكيلًا في الحفظِ .
فاِذا مَزَجَ ماجعَلَهُ بدلًا بالباقي ، بحيثُ لايتميَّزُ ، فقد مَزَجَ الوديعةَ بمالهِ .
وقد تَقَدَّمَ ؛ اَنَّ ذلكَ يُوجبُ الضَّمان .
ولو بَقِيَ مُتَمَيِّزًا ، فالباقي غيرُ مضمون ، اِذ لم يحصُلْ فيهِ تَعَدٍّ ؛ «المسالك : ٥ / ١١١» .

(٢) هذا من تَتِمَّةِ الحُكم السَّابق ؛ ومُحَصَّلُهُ : اَنَّ السَّفَر بالوديعةِ حيثُ يَسُوغُ ـ لِضَرورَتهِ اَو ضرورَتها ـ ؛ اِنَّما يجوزُ مع اَمْنِ الطَّريق . فلو كانَ مَخُوفًا ، ولو بظُهورِ اَمَارَةٍ عليهِ ، مُفِيْدَةٍ لِظَنِّ الخوفِ ، لم يجز ؛ ولو سافَرَ والحالُ هذهِ ضَمِنَ ، لِاَنَّهُ تَغْرِيْرٌ .
حَتَّى لو فُرِضَ الخَوْفُ عليها في الحَضَر ، يكونُ قد تَعَارَضَ خَطَران ، فتُرجَّحُ الاِقَامَةُ ؛ لِاَنَّ السَّفَرَ نفسَهُ خَطَرٌ ؛ فاِذا اَنْضَمَّ اِليهِ اَمَارَةُ الخوف ، زادَ خَطَرُهُ على الحضَرَ ؛ «المسالك : ٥ / ١١٣» .

«الثَّالثةُ» : لو قدرَ على الحاكمِ ، فَدَفَعَها الى الثِّقَةِ ، ضَمِنَ .

«الرَّابعةُ» : اذا اَرَادَ السَّفَرَ ، فدفَنَها ضَمِنَ ، اِلَّا اَن يَخْشَى المُعَاجَلَةَ [1] .

«الخامسةُ» : اِذا اَعادَ الوديعةَ بعدَ التَّفْريطِ الى الحِرْزِ ، لم يبرأ . ولو جَدَّدَ المالِكُ لَهُ الاِستِيْمَانَ ، بَرِىءَ . وكذا لو اَبرَاَهُ من الضَّمَانِ . ولو اُكرِهَ على دَفعِها الى غيرِ المالكِ ، دَفَعَها ولا ضَمَان .

«السَّادِسَةُ» : اِذا اَنكَرَ الوديعةَ ، اَو اَعتَرَفَ واَدَّعى التَّلَفَ ، اَو ادَّعى الرَّدَّ ولا بَيِّنَةَ ؛ فالقَوْلُ قولُهُ ، وللمَالِكِ اِحلَافُهُ ، على الاَشبَهِ . اَما لو دَفَعها الى غير المالكِ ، واَدَّعى الاِذْنَ فاَنكَرَ ؛ فالقولُ قولُ المالكِ مع يمينِهِ . ولو صدَّقَهُ على الاِذنِ ، لم يضمَن واِن تَرَكَ الاِشهادَ ؛ على الاَشبَهِ .

«السَّابعةُ» : اذا اَقامَ المالكُ البيِّنَةَ على الوَدِيْعَةِ بعدَ الاِنْكَارِ ، فَصَدَّقَها ثم اَدَّعى التَّلَفَ قبلَ الاِنكار ؛ لم تُسمَعْ دعواهُ ، لِاشتغالِ ذِمَّتِهِ بالضَّمَانِ ؛ ولو قيل : تُسمَعُ دَعْوَاهُ وتُقْبَلُ بيِّنَتُهُ ، كان حَسَنًا [2] .

---

(١) وقد وَقَعَتِ المُعَاجَلَةُ ، في كَلَامِ المُصَنِّفِ والجَمَاعةِ مُطْلَقَةً ؛ وهى تَحْتَمِلُ اَمْرَين : اَحدُهُمـا : مُعَاجَلَةُ السُّرَّاق قبلَ ذلك ، وهو صحيحٌ ، لِاَنَّ حِفْظَها حينئذٍ لا يكون اِلَّا بالدَّفْن ، فَيَجِبُ ويُجزي ؛ لِاَنَّهُ المقدورُ ؛ ويُعْتَبَرُ كونُهُ في حِرْزٍ مع الاِمكان ، ولا شُبْهَةَ حينَئذٍ في عَدَمِ الضَّمَان ...

والثاني : معاجَلَةُ الرَّفْقَة ، اِذا اَرادَ السَّفَرَ وكانَ ضَرُورِيًّا ، والتَّخَلُّف عنها مُضِرًّا ، فاِنَّهُ حينئذٍ يَدْفِنُها في حِرْزٍ ، ولا ضَمَانَ عليه ، لِمَكَانِ الحَاجَةِ ؛ «المسالك : ٥ / ١١٥» .

(٢) وجهُ عَدَمِ السَّماع ؛ اَنَّهُ بِاِنكارِهِ السابقِ مُكَذِّبٌ لدَعواه اللَاحِقة ؛ فلا تُسْمَعُ ، لِتَنَاقُض كلاميه ؛ فلا يتوجَّهُ بها يمينٌ عليه ، ولا على المُدَّعى عليهِ ؛ وكذا لا تُسْمَعُ بيِّنَتُهُ بطريقٍ اَوْلى ، لِاَنَّهُ مُكَذِّبٌ لَهَا .

وَوَجْهُ ماحَسَّنَهُ المُصَنِّفُ من سَمَاعها : عُمُومُ الخَبَر ، وجواز اَستِناد جُحُودهِ اِلى النِسْيَان =

«الثَّامنةُ» : اِذا عيَّنَ لَهُ حِرزًا [ورقة ٩٥ لوحة أ] بعيدًا عنهُ ، وجَبَ المُبَادَرَةُ اِليهِ بما جَرَتِ العادَةُ . فاِن اَخَّرَ مع التَّمَكُّنِ (١) ، ضَمِنَ . ولو سَلَّمَها اِلى زَوْجَتِهِ لِتَحْرِزَها ، ضَمِنَ (٢) .

«التَّاسِعَةُ» : اذا اْعتَرَفَ بالوديعةِ ثم ماتَ ، وُجهِلَتْ عينُها ؛ قيلَ : تُخْرَجُ من اَصلِ تَرِكَتِهِ . ولو كانَ لَهُ غُرَمَاءُ ، وضاقَتِ التَّرِكَةُ ، حاصَّهم المُسْتَوْدِعُ ؛ وفيهِ تردُّدٌ .

«العاشرةُ» : اِذا كانَ في يَدِهِ وديعةٌ ، فادَّعاها اِثنان ، فاِن صَدَّقَ اَحَدَهُما قُبِل . واِن اَكذَبَهُما فكذلك . واِن قالَ : لا اَدري ، اُقِرَّت في يدِهِ حتى يثبت لها مالِكٌ . واِنْ اْدَّعَيا ، اَو اَحَدُهُما ، عِلمَهُ بصِحَّةِ الدَّعوى ؛ كان عليه اليمينُ .

«الحادية عَشرةَ» : اِذا فرَّطَ واْختَلَفا في القِيْمَةِ ؛ فالقولُ قولُ المالكِ مع

= فَيُعْذَرُ ، وهو خِيَرَةُ التَّذكرة ... ؛ «المسالك : ٥ / ١٢٠» .

(١) وينبغي اَنْ يُرَادَ بـ :«التمكُّنِ» هنا ؛ ما يَعُمُّ الشَّرْعيَّ والعَقْلِيَّ .

فلو كانَ في وقتِ فريضةٍ قد ضاق ، بحيثُ تَسْتَلْزِمُ المُبَادَرَةُ فواتَها ونحو ذلك ؛ عُدَّ غَيْرَ مَتَمَكِّنٍ ؛ اِلَّا ، اَن يُتِمَّ الواجبَ المُضَيَّقَ .

اَمَّا قَضَاءُ الوَطَر ؛ من الاَكْلِ ، والحَمَّام ، وقَضَاء الحاجةِ الَّتي لَيْسَتْ ضروريَّةً ؛ فلا تُعَدُّ عُذْرًا على ما سَبَقَ ، مع اْحتِمَالِهِ ...؛ «المسالك : ٥ / ١٢١ ـ ١٢٢» .

(٢) قد تَقَدَّمَ ؛ اَنَّ المُسْتَودَعَ لا يجوزُ لَهُ الاِيْدَاعُ اْختِيَارًا ، ولامُشَارَكَةُ غيرِهِ في الاِحْرَاز .

ولافَرْقَ في ذلك ، بين الزَّوجةِ وغيرِها عندَنَا ؛ بل ، يَضْمَنُ مع عَدَمِ اِحْرَازِها عنها ، واِنْ لم يُسَلِّمْهَا اِليها ، اِجْماعًا مِنَّا .

ونَبَّهَ بذلك ؛ على خِلَافِ بعضِ العامَّة ؛ حيثُ جوَّزَ لَهُ اِيْدَاعَ زوجتِهِ .

وآخَرِيْنَ ؛ حيثُ جَوَّزوا الاستِعانةَ بها وبالخَادِمِ .

وثالثٍ ؛ حيثُ جَوَّزَ اِيْدَاعَ مَنْ عليهِ نَفَقَتُـهُ ، قِيَاسًا على مالِهِ ؛ وهو فاسِدٌ منقُوضٌ بالاَجْنَبِيِّ ؛ «المسالك : ٥ / ١٢٢» .

يمينهِ ؛ وقيلَ : القولُ قولُ الغارِم مع يَمِينهِ ؛ وهو اَشْبَهُ .

«الثانية عَشرةَ» : اذا ماتَ المُوْدِعُ ، سُلِّمَتْ الوديعةُ الى الوَارثِ . فإن كانوا جماعـةً ، سُلِّمَت الى الكُلِّ ، اَو اِلى مَن يَقُومُ مَقَامَهُم [1] . ولو سَلَّمَها الى البَعْضِ ، من غيرِ اِذنٍ ، ضَمِنَ حِصَصَ الباقين .

---

(١) المُرَادُ بـ : «مَن يَقومُ مَقَامَهم» : وكيلُهم اَجْمع ، اَو وَلِيُّهم ، اَو وَصِيُّ مُوَرِّثِهم لو كانوا اَطفالًا ، اَو الحاكمُ مع غيبَتِهم ، اَو عَدَمُ وجودِ وَلِيٍّ خَاصٍّ لَهُم .

وتَجِبُ المُبَادَرَةُ اِلى التَّسليمِ المذكورِ ؛ لِاَنَّها بموتِ المُوْدِعِ ، صَارَتْ اَمَانةً شرعِيَّةً .

ولا فَرْقَ في وجوبِ المُبَادَرَة ؛ بين عِلْمِ الورثةِ بالوديعة وعَدَمِهِ عندَنا .

وقالَ بعضُ الشَّافِعِيَّةِ : اِنَّهُ مع عِلْمِهِم ، لا يجبُ الدَّفْعُ اِلَّا بعد الطَّلَب . ونَفَى عنهُ في التَّذكرة البَأسَ ؛ وهو وجيهٌ .

اِلَّا اَنَّـهُ ، لـم يَتَحقَّـقْ بـهِ قائـلٌ مِنَّـا ، وإن كـان القـولُ بِهِ مُمْكِنًا ؛ لِعَدَمِ تَحَقُّقِ الإجماع ؛ «المسالك : ٥ / ١٢٧ ـ ١٢٨» .

كِتَـابُ العَارِيَّةِ

[العَارِيَّةُ] (١)

وهي عَقْدٌ ؛ ثَمَرَتُهُ التَّبَرُّعُ بالمَنْفَعَةِ . ويَقَعُ بكُلِّ لَفْظٍ ، يَشْتَمِلُ على الاِذنِ في الاِنتِفَاعِ ، وليسَ بِلَازمٍ لاَحَدِ المُتَعَاقِدَيْن (٢) .

والكَلَامُ في فُصُولٍ اَربعةٍ :

الاَوَّلُ

في : المُعِيرِ

ولابُدَّ اَن يكونَ مُكَلَّفًا ، جائزَ التَّصَرُّف .

---

(١) هي : بتشديدِ الياء ؛ كاَنَّها مَنْسُوبَةٌ اِلى العارِ ؛ لِاَنَّ طَلَبها عارٌ وعَيْبٌ ؛ ذكرَهُ الجوهريُّ ، واَبْنُ الاَثير في نِهَايتِهِ.

وقِيْلَ : مَنْسُوبَةٌ اِلى العارَة ؛ وهي مَصْدَرٌ من قولِكَ : اَعَرْتُهُ اِعَارَةً وعارَةً ؛ كما يُقَالُ : «اَجَابَ يُجِيْبُ اِجابةً وجابةً ، واَطاقَ اِطاقَةً وطاقَةً» .

وقِيْلَ مأخوذةٌ من : «عارَ يُعِيْرُ» : اِذا جاءَ وذَهَبَ ؛ ومنهُ قِيْلَ لِلْبَطَّالِ : عَيَّار ، لِتَرَدُّدِهِ في بِطَالَتِهِ ؛ فَسُمِّيَتْ : عاريَّةً ، لِتَحَوُّلِها من يَدٍ اِلى يد .

وقِيْلَ : مأخُوذَةٌ من التَّعاوُرِ والاِعتِوَار ؛ وهو اَن يَتَدَاوَلَ القَوْمُ الشَّيءَ بَيْنَهُم .

وقالَ الخَطَّابيُّ في غريبِهِ : اِنَّ اللغة العالية : العَارِيَّةُ ، وقد تُخَفَّفُ ؛ «المسالك : ٥ / ١٣١» .

(٢) كونُ العارِيَّةِ من العُقودِ الجائزةِ ، لِكُلٍّ من المُتَعَاقِدَيْنِ فسْخُهُ مَتَى شاءَ ، موضعُ وفاقٍ ؛ لكن يُستَثْنى منهُ مواضع ... ؛ «المسالك : ٥ / ١٣٤» .

فلا تصِحُّ اِعَارَةُ الصَّبِيِّ ، ولا المَجْنُونِ . ولو اَذِنَ الولِيُّ ، جازَ للصَّبِيِّ مع مُرَاعَاةِ المَصْلَحَةِ [1] . وكَمَا لايَلِيْها عن نفسهِ ، كذا لا تَصِحُّ وِلَايَتُهُ عن غيرِهِ .

الثَّاني

في : المُستَعِيرِ

ولَهُ الاِنْتِفَاعُ بمَا جَرَتِ العادَةُ بِهِ [2] ، في الاِنْتِفَاعِ بالمُعَارِ . ولو نقَصَ من العَيْنِ شيءٌ اَو تَلِفَتْ بالاِستعمال من غيرِ تَعَدٍّ لم يَضْمَن ، اِلَّا اَن يَشتَرِطَ ذلك في العارِيَّةِ .

ولايَجُوزُ للمُحْرِمِ اَن يَسْتَعِيرَ مِن مُحِلٍّ صيدًا ، لِاَنَّهُ ليسَ لَهُ اِمساكُهُ . ولو اَمسَكَهُ ، ضَمِنَهُ ، واِن لم يَشْتَرِطْ عليهِ [3] . ولو كان الصَّيْدُ في يَدِ مُحْرِمٍ ،

---

(١) وتَتَحَقَّقُ المَصْلَحَةُ بكونِ يدِ المُسْتَعِيْرِ اَحفَظَ من يَدِ الوَلِيِّ في ذلك الوقت ؛ لِخوفٍ ونحوِهِ ، اَو لِانتِفَاعِ الصَّبِيِّ بالمُسْتَعِيرِ بما يَزيدُ عن المَنْفَعَةِ ، اَو لكونِ العَيْنِ ينفَعُها الاِسْتِعْمَالُ ويَضُرُّها تَرْكُهُ ونحو ذلك ؛ «المسالك : ٥ / ١٣٦» .

(٢) المَرْجَعُ في العَادَةِ إلى : نَوعِ الانتِفاعِ وقَدْرِهِ وصِفَتِهِ .
فلو اَعَارَهُ بِساطًا ؛ اِقْتَضَى الاِطْلَاقُ فَرْشَهُ ونَحْوَهُ من الوجوهِ المُعْتَادَةِ .
اَو لِحافًا ؛ اِقْتَضَى جعلَهُ غِطَاءً ؛ فلا يجوزُ فَرْشُهُ ؛ لِعَدَم جَرَيان العادَة بذلك .
اَو حَيَوانًا لِلْحَمْلِ ؛ اِقْتَضَى تَحْمِيْلَهُ قَدْرًا جَرَتِ العادَةُ بكونهِ يحملُهُ ، فلا يجوزُ الزِّيادةُ . اَو فَرَسًا من شأنها الرُّكوبُ ، فلا يجوزُ تَحمِيْلُها ؛ وعلى هذا القِياس .
ولو تَعَدَّدَتْ مَنْفَعَةُ العين ، فإنْ عَيَّنَ نوعًا تَعَيَّنَ ؛ واِنْ عَمَّمَ جَازَ الاِنتِفاعُ بجميع وجوهِها ؛ واِنْ اَطْلَقَ ، فالاَقوى اَنَّهُ كذلك ؛ «المسالك : ٥ / ١٣٨» .

(٣) لا شُبْهَـةَ في عَدَمِ جوازِ اَستِعَارَةِ المُحْرِمِ الصَّيْدَ ، مِن المُحِلِّ والمُحْرِمِ ؛ لِما ذَكَرَهُ المُصَنِّفُ : من تحريم اِمْسَاكِهِ عليهِ . =

فاستَعَارَهُ المُحِلُّ جازَ ، لِاَنَّ مِلْكَ المُحرِم زالَ عنهُ بالاِحرام ، كما يأخذُ مِنَ الصَّيْدِ ما ليسَ بِمِلكٍ .

ولو اَستَعَارَهُ من الغَاصِبِ ، وهو لا يعلَمُ ، كان الضَّمَانُ على الغَاصِبِ ، وللمالِك اِلزامُ المُسْتَعِيْـرِ بما اَستَوْفَاهُ من المَنْفَعَةِ ، ويَرْجِعُ على الغَاصِبِ [1] ، لِاَنَّهُ اَذِنَ [لَهُ] في اَستِيْفَائها بغير عِـوَض .

والوجهُ تعلُّقُ الضَّمَانِ بالغَاصِب حَسب . وكذا لو تَلِفَتِ العينُ في يَدِ المُسْتَعِيرِ .

اَمَّا لو كانَ عالمًا كان ضامِنًا ، ولم يَرْجِع على الغَاصِبِ . ولو اُغرِمَ الغَاصِبُ ، رَجَعَ على المُسْتَعيرِ [2] .

= فلو اَستَعَارَهُ بعَقْدِ العارِيَّةِ ؛ فهل يَقَعُ العَقْدُ فاسِدًا ؟ يَحْتَمِلُهُ ، للنَّهي .

وعَدَمَهُ ؛ لِاَنَّ المُعَامَلاتِ لا يُبْطِلُها النَّهيُ ، اِلَّا بدليلٍ خارِجٍ .

وعِبَارَةُ المُصَنِّفِ وغَيْرِهِ . لا تَدُلُّ على اَحَدِ الاَمْرين صَريحًا ... ؛ «المسالك : ٥ / ١٣٩» .

(١) اَي : ويرجعُ المُسْتَعِيْرُ على الغَاصبِ بالضَّمَانِ ؛ يُنظر : «الجواهر : ٢٧ / ١٦٦» .

(٢) إذا كـانَ المُسْتَعِيْـرُ مـن الغاصِـب عالِمًـا بالغَصْـبِ ؛ فهـو بِمَنْزِلَـةِ الغاصِـب ؛ فـي جميعِ الاَحكام .

ومِن حُكْمِ تَرَتُّبِ اَيدي الغاصِبين على المال : اَنَّ المالكَ يَتَخَيَّرُ في الرُّجوع على اَيِّهما شاءَ ؛ ويَسْتَقِرُّ الضَّمَانُ على مَنْ تَلِفَتِ العَيْنُ في يَدِهِ .

هذا ، اِذا تَسَاوَتْ قِيْمَتُها في اَيْدِيْهما ، اَو زادَت في يَدِ المُسْتَعِيْرِ .

اَمَّا لو اَخْتَصَّ الغاصِبُ بزيادَةٍ فيها ، ثم ذَهَبَتْ قبْلَ قَبْضِ المُسْتَعِيْرِ ، اِخْتَصَّ بِضَمَانِ الزَّائدِ ، لاختِصاصِهِ بِغَصْبِهِ .

فلا يرجعُ بِهِ المالكُ على المُسْتَعِيْرِ ؛ ولا يرجعُ بِهِ الغاصِبُ عليهِ ، لو رَجَعَ المالِكُ عليهِ اَبْتِدَاءً ؛ «المسالك : ٥ / ١٤٢» .

الثَّالِثُ

في : العَيْنِ المُعَارَةِ

وهي كُلُّ ما يَصِحُّ الإنتفاعُ بهِ ، مع بَقَاءِ عينِهِ [1] ، كالثَّوبِ والدَّابَّةِ .

وتصِحُّ ٱستِعَارَةُ الاَرضِ لِلزَّرْعِ [2] والغَرْسِ والبِنَاءِ . ويَقْتَصِرُ المُسْتَعِيرُ [ورقة ٩٥ لوحة ب] على القَدْرِ المأذونِ فيهِ ؛ وقيلَ : يجوزُ اَن يَسْتَبِيْحَ ما دونَهُ في الضَّرَرِ ، كاَنْ يستعيرَ اَرضًا للغَرْسِ فَيَزْرَعَ ؛ والاَوَّلُ اَشبَهُ .

وكذا يجوزُ اِستِعَارَةُ كُلِّ حيوانٍ لَهُ منفعَةٌ ، كَفَحلِ الضِّرابِ ، والكَلْبِ ، والسِّنَّور ، والعَبْدِ لِلْخِدْمَةِ ، والمَمْلُوكَةِ [3] ؛ ولو كانَ المُسْتَعِيرُ اَجنبِيًّا منها .

ويجوزُ ٱستِعَارَةُ الشَّاةِ للحَلْبِ ؛ وهي : المِنْحَةُ [4] .

[ولا يُسْتَبَاحُ وطيُ الاَمَةِ بالعَارِيَّةِ ؛ وفي ٱستِبَاحَتِها بِلَفْظِ الاِبَاحَةِ تردُّدٌ ؛

---

(١) هذا الحُكْم ؛ بِحَسْبِ الاَصْلِ اَو الغالِب .

وإلَّا ، فَسيأتِي جَوَازُ اِعَارَةِ المِنْحَة ، والمُسْتَوْفَى منها اَعْيَانٌ لا مَنَافع ؛ كالصُّوفِ والشَّعر واللَبَن ؛ «المسالك : ٥ / ١٤٣» .

(٢) في المسالك والجواهر : للزِّراعة .

(٣) لا خِلَافَ عندَنا : في جَوَازِ اِعَارَةِ الجَارِيَةِ للخِدْمَةِ ؛ سَوَاءٌ كانَتْ حسَنَةً اَم قبيحَةً ، وسَوَاءٌ كانَ المُسْتَعِيرُ اَجْنَبِيًّا اَم مَحْرَمًا .

لكن ، تُكْرَهُ اِعارَتُها لِلْاَجنَبِيِّ . وتتاَكَّدُ الكَرَاهَةُ اِذا كانت حَسْنَاءَ ، خَوفَ الفِتْنَة .

وخالَفَ في ذلك الشَّافعيُّ ؛ فَحَرَّمَ اِعارَتَها اِلَّا اَن تكون صِغيرَةً لا تُشْتَهَى ، اَو كبيرَةً كذلك ، اَو قبيحةَ المنظر ؛ فَلَهُ وجهان .

واَمَّا ٱستِعَارَتُها لِلاستِمْتَاعِ فغيرُ جائزٍ إجماعًا ؛ «المسالك : ٥ / ١٤٥» .

(٤) الحَلْبُ ـ بفتح العين ـ : مَصْدَرُ قَوْلِكَ : حَلَبْتُ الشَّاةَ والنَّاقَةَ اَحْلِبُها حَلْبًا .

والمِنْحَةُ ـ بالكسر ـ : الشَّاةُ المُسْتَعارةُ لذلك ؛ واَصْلُها العَطِيَّةُ ... ؛ «المسالك : ٥ / ١٤٥» .

والاَشبَهُ الجَوَازُ] [1] .

وتصِحُّ الاِعَارَةُ مُطْلَقَةً ، ومُدَّةً مُعَيَّنَةً ، ولِلْمَالِكِ الرُّجُوعُ .

ولو اَذِنَ لَهُ في البِنَاءِ اَو الغَرْسِ ، ثم اَمَرَهُ بالاِزَالَةِ ، وَجَبت الاِجَابةُ . وكذا في الزَّرعِ ولو قبلَ اِدْرَاكِهِ ؛ على الاَشْبَهِ . وعلى الآذِن الاَرْشُ . وليسَ لَهُ المُطَالَبَةُ بالاِزالَةِ من دونِ الاَرْشِ .

ولو اَعَارَهُ اَرضًا للدَّفنِ ، لم يكُن لَهُ اِجْبَارُهُ على قَلْعِ المَيِّتِ . وللمُسْتَعِيْرِ اَن يدخُلَ الى الارض ، ويَسْتَظِلَّ بشَجَرِها [2] .

ولو اَعَارَهُ حائطًا ، لِطَرْحِ خَشَبةٍ ، فَطَالَبَهُ بِاِزَالَتِها ، كانَ لَهُ ذلك ، اِلَّا اَن تكونَ اَطرافُها الاُخَرُ مُثَبَّتةً في بِنَاءِ المُسْتَعِيْرِ ، فيؤدِّي الى خَرَابِهِ ، واِجْبَارِهِ على اِزالةِ جُذُوعِهِ عن مِلْكِهِ [3] ؛ وفيهِ تَرَدُّدٌ .

ولو اَذِنَ لَهُ في غَرسِ شَجَرةٍ فانقلَعَت ، جازَ اَن يَغْرِسَ غيرَها ، اِسْتِصحَابًا للاِذنِ الاَوَّلِ ؛ وقيلَ : يَفْتَقِرُ اِلى اِذنٍ مُسْتأنَفٍ ؛ وهو اَشبَهُ .

ولايجوزُ اِعارَةُ العينِ المُستَعَارَةِ ؛ اِلَّا باذنِ المَالك ، ولا اِجارتُها ، لِاَنَّ

---

(١) هذه الجملةُ غيرُ موجودةٍ في مُصَوَّرَةِ الخَطِّيَّة .

وقد وجدتُها مذكورةً في النُّسَخ المُتَدَاولة من الشَّرائع ؛ وكذلك في «المسالك : ج ٥ ص ١٤٥» .

(٢) الَّذي غَرَسَهُ في الاَرض المُعَارَةِ للغَرْسِ ، وإن اَستَلْزَمَ التَّصَرُّفَ في الاَرْضِ بغيرِ الغَرْسِ ؛ لِقَضاءِ العَادَةِ بِهِ ؛ كما يجوزُ لَهُ الدُّخُولُ اِليها لِسَقْيِهِ وحَرْثِهِ وحِرَاسَتِهِ وغيرِها ...؛ «الرَّوضة : ٤ / ٢٦٦» .

(٣) ووجهُهُ : ما اَشَارَ اِليهِ المُصَنِّفُ ؛ مِن اَنَّ رجوعَ المُعِيْرِ مُسْتَلْزِمٌ لِلْتَصَرُّفِ في مِلْكِ الغيرِ ، وتخريبِ بنائِهِ الواقعِ في مِلْكِهِ ؛ فَيُمْنَعُ منهُ ، لِاَنَّ الثَّابِتَ لَهُ شَرْعًا ، اِنَّما هو تَفْريغُ مِلْكِهِ من مِلْكِ الغير ، لاتخريب مِلْكِ الغَيْر ... ؛ «المسالك : ٥ / ١٥١» .

المَنَافِعَ لَيْسَتْ مملُوكةً للمُسْتَعِيرِ ، وإن كانَ لَهُ ٱستِيْفَاؤها [1] .

الرَّابعُ

في : الاَحكامِ المُتعلِّقَةِ بها

وفيه مسائلُ :

«الأُولى» : العَارِيَّةُ اَمَانَةٌ ، لاتُضْمَنُ اِلَّا بالتَّفريطِ في الحِفْظِ ، اَو التَّعَدِّي ، اَو ٱشتِرَاطِ الضَّمَانِ . وتُضمَنُ اذا كانَتْ ذَهَبًا اَو فِضَّةً وإنْ لم يُشتَرَطْ ، اِلَّا اَن يَشْتَرِطَ سُقُوطَ الضَّمَانِ .

«الثَّانيةُ» : اِذا رَدَّ العارِيَّةَ الى المالكِ اَو وَكيلِهِ بَرِىءَ . ولو رَدَّها اِلى الحِرْزِ ، لم يبرَأ [2] . ولو ٱستَعَارَ الدَّابَّةَ الى مَسَافةٍ ، فجاوَزَها ضَمِنَ . ولو اَعادَها الى

---

(١) اَي : لِاَنَّ شَرْطَ المُعِيْرِ اَن يكونَ مالِكًا للمَنْفَعَةِ ، ولِاَنَّ الاَصْلَ عِصْمَةُ مالِ الغَيْر ، وصِيَانَتُهُ عن التَّصَرُّفِ فيهِ ، والإعَارَةُ اِنَّما تَنَاوَلَتِ المُستَعِيرَ .

نعم ، يجوزُ للمُسْتَعِيْرِ اَن يستوفيَ المَنْفَعَةَ بنفسهِ ووكيلهِ ؛ ولا يُعَدُّ ذلك اِعارَة ، لِاَنَّ المَنْفَعَةَ عائدةٌ اِلى المُسْتَعِير لا اِلى الوكيل؛ وهذا مَوضِعُ وِفَاق...؛ «المسالك:٥ / ١٥٢».

(٢) اَي : رَدَّها اِلى حِرْزِ المالك ، من غَيْرِ اَن يُوصِلَها اِلى يَدِهِ ، اَو مافي حُكْمِها ؛ كما لو رَدَّ الدَّابَّةَ اِلى اِصْطَبْلِهِ ، اَو رَدَّ آلةَ الدَّار اِليها .

وعَدَم براءتهِ بذلك واضِحٌ ؛ لِاَنَّهُ لم يُسَلِّمْها اِلى المالك ، «وعلى اليَدِ ما اَخَذَتْ حتَّى تُؤدِّي» .

بل ، لولم تكن العارِيَّةُ مضمونَةً ، صارَتْ مَضْمُونَةً بذلك ؛ لِتَفْرِيطِهِ بِوضعِها في موضعٍ ، لم يأذَن المالكُ بالرَّدِّ اِليه .

كمالو تركَ الوَدِيْعَةَ في دارِ صاحبِها ، اَو الدَّابَّةَ المودَعةَ في الاِصْطَبْلِ ، فَتَلِفَتْ قبلَ اَن يَتَسلَّمَها المالكُ ؛ وهذا لاخِلَافَ فيهِ عندَنا . =

الأُولى ، لم يبرَأ .

«الثَّالثةُ» : يجوزُ لِلْمُسْتَعِيْرِ بيعُ غُرُوسِهِ وأَبْنِيَتِهِ في الأَرضِ المُستَعَارَةِ ، للمُعِيْرِ ولغيرِهِ ؛ على الأَشْبَهِ .

«الرَّابعةُ» : إذا حَمَلَتِ الأَهْويةُ أَو السُّيُولُ ، حبًّا الى مِلْكِ إنسانٍ فَنَبَتَ ، كان لِصاحبِ الأَرض إزالَتُهُ ، ولايَضْمَنُ الأَرْشَ . كما في أَغْصَانِ الشَّجَرَةِ البارِزَةِ الى مِلْكِهِ .

«الخَامسةُ» : لو نقَصَتْ بالاِستعمالِ ثم تَلِفَتْ ، وقد شرَطَ ضَمَانَها [1] ، ضَمِنَ قيمَتها يوم تَلَفِها ، لِأَنَّ النُّقْصَانَ المَذْكُورَ غيرُ مَضْمُونٍ .

«السَّادسةُ» : إذا قالَ الرَّاكبُ : أَعَرْتَنيها ، وقالَ المالكُ : آجَرْتُكَهَا ؛ فالقولُ قولُ الرَّاكبِ ، لِأَنَّ المالكَ مُدَّعي الأُجْرَةَ [2] ؛ وقيلَ : القولُ قولُ المالكِ في عَدَمِ العَارِيَّةِ . فإذا حَلَفَ سقَطَتْ دَعْوَى الرَّاكبِ ، ويثبُتُ عليهِ أُجرَةُ المثلِ ، لا

= وإنَّما نَبَّهَ بِهِ على خِلَافِ أَبي حنيفة ؛ حيثُ ذهبَ إلى أَنَّ رَدَّها إلى مِلْكِ المالِكِ ، كَرَدِّها إليه ؛ لِأَنَّ رَدَّ العَوَارِي في العَادَة ، يكونُ الى أَمْلاكِ أَصْحَابِها ؛ وفَسَادُهُ واضِحٌ ؛ وأَطِّرَادُ العادةِ بذلك ممنوعةٌ ؛ «المسالك : ٥ / ١٥٨ ـ ١٥٩» .

هذا وقالَ المُنْجِدِيُّون : الإِسْطَبْل ـ ج : إِسْطَبْلَات ـ : مأوَى الدَّوَابِّ «لاتينيَّة» ؛ «المنجد في اللُّغة : ص ١٠» .

(١) وأَحْتَرَزَ بقولِهِ : «وقد شَرَطَ ضَمَانَها» ؛ عَمَّا لو كانَ موجِبُ الضَّمان : التَّفريطَ ، أَو التَّعَدِّي .

فإنَّهُ يُوجِبُ ضَمَان الأَجْزَاء المُتَأَخِّرَةِ عن وقتِ الضَّمان ، دونَ الذاهبة قَبْلَهُ بالإستعمالِ ، ونحوهِ من الوجوهِ الَّتي هي غيرُ مَضْمُونةٍ .

وفي القَوَاعد ؛ سَاوَى بين الأَمْرين ، في الحُكْمِ بالضَّمَانِ وعَدَمِهِ ؛ في الأَجْزَاء المُتَقَدِّمة على التَّفريط والمُتَأَخِّرةِ عنهُ ؛ وليس بِجَيِّدٍ ؛ «المسالك : ٥ / ١٦٣» .

(٢) في المسالك والجواهر : مُدَّعٍ لِلْأُجْرَةِ .

المُسَمَّى ؛ وهو اَشبَهُ. ولو كانَ الاِختِلَافُ [ورقة ٩٦ لوحة اَ] عقيبَ العَقْدِ من غيرِ اَنتفاعٍ ؛ كانَ القَوْلُ قولَ الرَّاكبِ،لِاَنَّ المالكَ يدَّعي عَقْدًا وهذا يُنكِرُهُ[١].

«السَّابعةُ» : اِذا اَستَعَارَ شيئًا لِيَنْتَفِعَ بِهِ في شيءٍ ، فانتَفَعَ بِهِ في غيرِهِ ضَمِنَ . وإن كانَ لَهُ اُجْرَةٌ ، لَزِمَتهُ اُجرَةُ مِثْلِهِ .

«الثَّامنةُ»:اِذا جَحَدَ العَارِيَّةَ،بَطَلَ اَستِيْمَانُهُ،ولَزِمَهُالضَّمَانُ معَ ثُبُوتِ الاِعَارةِ.

«التَّاسعةُ» : اِذا اَدَّعى التَّلَفَ ؛ فالقَوْلُ قولُهُ مع يمينِهِ . ولو اَدَّعَى الرَّدَّ ؛ فالقَوْلُ قولُ المالكِ مع يمينِهِ .

«العَاشرةُ» : لو فَرَّطَ في العَارِيَّةِ ، كانَ عليه قيمَتُها عندَ التَّلَفِ ، اِذا لم يَكُن لَها مِثلٌ ؛ وقيلَ : اَعلَى القِيَم من حينِ التَّفْرِيطِ اِلى وَقْتِ التَّلَفِ ؛ والاَوَّلُ اَشبَهُ . ولو اَختلَفَا في القِيْمَةِ [٢] ، كـان القَوْلُ قولَ المُسْتَعِيْرِ ؛ وقيلَ : القولُ قولُ المالك ؛ والاَوَّلُ اَشبَهُ [٣].

---

(١) هذا التَّعليلُ آتٍ بِاِطْلَاقِهِ في الاَوَّل ، فلابُدَّ من اَقْتِرَانِهِ بِاَمْرٍ آخَرَ .
وهو اَنَّ المالكَ لا يدَّعي على مُدَّعي الاِعَارَةِ بشيءٍ مِن عِوَضِ المَنَافع ، وإنَّما يَدَّعي ثُبُوتَ الاِجَارةِ ووُجُوبَ الأُجرَةِ في ذِمَّتِهِ وإن كاَن قَبْلَ الاِستيفاء ؛ والآخَرُ يُنْكِرُهما . فَيُقَدَّمُ قولُهُ ، لِاِصَالَة براءَةِ ذِمَّته من تَعَلُّق الاِجَارَةِ ومايَلْزَمُها بها ؛ فالدَّعوى هُنَا مُتَمَحِّضَةٌ للمالِكِ ؛ فيُقَدَّمُ قَوْلُ مُدَّعي الاِعَارَة ، ويُسْتَرَدُّ العين ؛ «المسالك : ٥ / ١٦٦» .

(٢) اَي : اَختَلَفَا في قِيْمَةِ المُسْتَعَار ، على تقديرِ تَلَفِهِ بِتَفْرِيطٍ ، اَو كونهِ مَضْمُونًا بِاَمْرٍ آخَر ؛ فالقولُ قَوْلُ المُسْتَعِير ، لِاَنَّهُ مُنْكِرٌ للزَّائدِ ، فَيَدْخُلُ في عُمُومِ الخَبَر .
وقالَ الشَّيخُ وجماعَةٌ : قَوْلُ المالك ؛ لِخُرُوجِ المُسْتَعِيْرِ عن الاَمَانة ، خصوصًا على تقديرِ التَّفريط ، فلا يُقْبَلُ قولُهُ .
والاَقْـوى : الاَوَّلُ ؛ لِاَنَّ قَبُولَ قولـهِ من حيـثُ كونُـهُ مُنْكِـرًا ، لا مِـن حيـثُ كونُهُ اَمِيْنًا ؛ «المسالك : ٥ / ١٦٨» .

(٣) هذا ؛ وقد وَرَدَ في الجواهر : ٢٧ / ٢٠١ ؛ ذِكْرُ لِمسالَةٍ اَخيرة هكذا : «المسالَة الحادية =

كِتَابُ الاِجَارَةِ

وفيه : فصولٌ اَربَعَةٌ

الاَوَّلُ

في : العَقْدِ

وثَمَرَتُهُ تمليكُ المَنْفَعَةِ بِعِوَضٍ مَعلومٍ . ويفتقِرُ اِلى اِيجابٍ وقَبُولٍ [1] .

والعِبَارَةُ الصَّرِيْحَةُ عن الايجابِ : آجَرْتُكَ ، ولايكفي : مَلَّكتُكَ .

اَما لو قالَ : مَلَّكتُكَ سُكنى هذهِ الدَّارِ سنةً مَثَلًا ، صَحَّ . وكذا : اَعَرْتُكَ ، لِتَحَقُّقِ القَصْدِ الى المَنْفَعَةِ .

= عشرة» : اِذا قالَ : اَعَرْتُكَ حِمَاري لِتُعِيْرُني فَرَسَكَ ؛ الاَقْرَبُ الجواز .

(١) الاِجَارَةُ ؛ مِن الاَلفاظ المَنْقُولةِ شرعًا ، عن موضوعها لُغَةً .

لِاَنَّها في الشَّرْعِ ؛ عِبَارَةٌ عن : تمليكِ المَنْفَعَةِ خاصَّةً ، بِعِوَضٍ مَعْلُومٍ لازِمٍ لِمَاهِيَّتها ؛ اَو العَقْدِ المُفِيدِ لذلك ، على ما تَقَرَّرَ سابقًا .

وهي في اللُغَةِ ؛ اسمٌ للأُجْرَةِ ؛ وهي كِرَاءُ الاَجير .

لا مَصْدَرُ «آجَرَ يُؤجِرُ» ؛ فاِنَّ مَصْدَرهُ ، الاِيْجَارُ .

بخِلَافِ باقي العُقُودِ ؛ فاِنَّهُ يُعَبَّرُ عنهُ بِمَصْدَرِ الفعل ، اَو باسمِ المَصْدر ؛ فلا يَتَغَيَّرُ عن موضوعهِ ، اِلَّا بشروطٍ زائدةٍ ، وتغييرٍ سَهْلٍ .

والمُطَابِقُ لِغَيْرِها : التَّعبير بالاِيْجار ؛ لكِنَّها قد اشتَهَرَتْ في هذا اللفظِ ، على وجهٍ لايُرْتَابُ في تَحَقُّقِ النَّقْل ؛ اِذ لا يُتَبَادَرُ غَيْرُهُ ؛ «المسالك : ٥ / ١٧١» .

ولوقالَ : بِعْتُكَ هذهِ الدَّارَ ، ونَوَى الاِجَارَةَ ، لم تَصِحَّ . وكذا لو قالَ : بِعْتُكَ سُكْناها سنَةً ، لِاختِصَاصِ لَفْظِ البَيْعِ بِنَقْلِ الاَعيانِ ؛ وفيهِ تردُّدٌ .

والاِجارَةُ عَقْدٌ لازمٌ ، لاتَبْطُلُ اِلَّا بالتَّقايلِ ، اَو بأَحَدِ الاَسبابِ المُقْتَضِيَةِ لِلْفَسْخِ .

ولا تبطُلُ بالبَيْعِ [1] ، ولابالعُذْرِ ، مَهْمَا كانَ الاِنْتِفَاعُ مُمْكنًا [2] .

وهل تبطُلُ بالموتِ ؟ المَشْهُورُ بينَ الاصحاب نَعَم .

وقيلَ : لاتبطُلُ بِمَوْتِ المؤجِرِ ، وتبطُلُ بموتِ المُسْتأجِرِ ؛ وقالَ آخرون : لاتبطُلُ بموتِ اَحدِهما ؛ وهو الاَشبَهُ .

وكُلُّ ما صحَّ اِعَارَتُهُ ، صَحَّ اِجَارَتُهُ [3] . واِجَارَةُ المُشَاعِ جائزةٌ كالمَقْسُومِ . والعَيْنُ المُسْتَأجَرَةُ اَمَانَةٌ [4] ، لا يَضْمَنُها المُسْتأجِرُ اِلَّا بِتَعَدٍّ اَو تَفْريطٍ . وفي اَشتِراطِ ضَمَانِها من غيرِ ذلك ؛ تردُّدٌ ؛ اَظهَرُهُ المنعُ .

وليسَ في الاِجَارةِ خِيارُ المَجْلِسِ [5] . ولو شُرِطَ الخِيَارُ لِاَحَدِهِما اَو

---

(١) لِعَدَمِ المُنَافَاةِ ؛ فاِنَّ الاِجَارَةَ تتعلَّقُ بالمَنَافعِ ، والبَيْعَ بالعَيْنِ واِنْ تَبِعَتْها المَنَافِعُ حيثُ يُمكِنُ ؛ سواءٌ كان المُشْتَري هو المُسْتأجِرَ اَو غيرَهُ ... ؛ «الرَّوضةُ : ٤ / ٣٢٩» .

(٢) وَعُذْرُ المُسْتأجِرِ لايُبْطِلُها ، واِن بَلَغَ حَدًّا يَتَعَذَّرُ عليهِ الاِنتِفَاعُ بها ، كما لو اَستَأجَرَ حانوتًا فَسُرِقَ مَتَاعُهُ ، ولا يَقْدَرُ على اِبدَالِهِ ... ؛ «المصدرُ نفسُهُ» .

(٣) اَي : ما صَحَّ اِعَارَتُهُ بِحَسَبِ الاَصْل ، لِئلَّا تَرِدَ المِنْحَةُ ؛ لِاَنَّهُ تَصِحُّ اِعارَتُها ، ولا تَصِحُّ اِجَارَتُها ... ؛ «المسالك : ٥ / ١٧٥» .

(٤) اَمَّا كونُها اَمَانَةً في المُدَّةِ فَظَاهِرٌ ؛ لِاَنَّها مَقْبُوضَةٌ بِاِذنِ المالك ، لِحَقِّ القَابِضِ ... ؛ «المسالك : ٥ / ١٧٦» .

(٥) لِاَنَّ خِيَارَ المَجْلِسِ ، مُخْتَصٌّ بالبَيْعِ عِنْدَنَا ؛ فلا يثبُتُ فيها مع الاِطْلَاقِ . =

لَهما ، جازَ ، سواءٌ كانتْ مُعَيَّنةً [1] ، كاَنْ يَسْتأجِرَ هذا العَبدَ اَو هذهِ الدَّارَ ، اَو في الذِّمَّةِ ، كاَنْ يَسْتأجِرَهُ لِيَبْنِيَ لَهُ حائطًا .

الثَّاني

في : شَرَائِطِها

وهي سِتَّةٌ :

الاَوَّلُ : اَن يكونَ المُتَعَاقدان كامِلَين جائزَي التَّصَرُّفِ

فلو آجرَ المَجْنُونُ ، لم تنعَقِدْ اِجَارَتُهُ . وكذا الصَّبِيُّ غيرُ المُمَيِّزِ . وكذا المُمَيِّزُ اِلَّا بِاِذنِ وَلِيِّهِ ؛ وفيهِ تَرَدُّدٌ .

الثَّاني : اَن تكونَ الأُجْرَةُ معلُومَةً بالوَزْنِ اَو الكيلِ

فيما يُكَالُ اَو يُوزَنُ ، لِيَتَحَقَّقَ اَنْتِفَاءُ الغَرَرِ ؛ وقيلَ : تكفي المُشَاهَدَةُ ؛ وهو حَسَنٌ [2] . وتُمْلَكُ الأُجْرَةُ بنفسِ العَقْدِ .

ويجبُ تعجيلُها : مع الاِطْلَاقِ ، ومعَ اَشتِرَاطِ التَّعْجِيلِ [3] .

= ولو شَرَطَ ؛ فَفِي صِحَّتِهِ قَوْلان : اَحَدُهما : نَعَم ... ؛ «المسالك : ٥ / ١٧٧» .

(١) ونَبَّهَ بقولِهِ : «سواءٌ كانت مُعَيَّنةً ... الخ» ؛ على خِلَافِ بعضِ العامَّة ؛ حيثُ جَوَّزَ خِيَارَ الشَّرْطِ في المُطْلَقَةِ لا المُعَيَّنَةِ ، وهو تَحَكُّمٌ ؛ «المسالك : ٥ / ١٧٧» .

(٢) وجهُ الحُسنِ : اِنْتِفَاءُ مُعْظَمُ الغَرَرِ بالمُشَاهَدَةِ ، واَصَالةُ الصِّحَّة ... ؛ «المسالك : ٥/١٧٨» .

(٣) المُرَادُ بتعجيلها «مع الاِطلاق» : في اَوَّلِ اَوْقاتِ وجوبِ دفعِها ؛ وهو تَمَامُ العَمَلِ ، وتسليمُ العين المُؤجرة ؛ لِاَنَّ تسليمَ اَحَد العِوَضَيْن ، يُسَلِّطُ على المُطَالَبَةِ بالآخَر ، بِمُقْتَضَى المُعَاوَضَةِ المُوجِبَةِ لِلْمِلْكِ .

واَمَّا مع اَشتِرَاطِ التَّعجيل ، فَاَوْلَى . =

ولـو شرَطَ التَّأجِيْـلَ صَـحَّ ، بِشَـرْطِ اَن يكونَ معلومًا . وكذا لو شَرَطَها [ورقة ٩٦ لوحة ب] في نُجُومٍ .

وإذا وَقَفَ المؤجِرُ على عَيْبٍ في الأُجرَةِ ، سَابِقٍ على القَبضِ ، كانَ لَهُ الفَسْخُ اَو المُطَالَبَةُ بالعِوَضِ ، اِن كانَت الأُجرَةُ مَضْمُونَةً . وإن كانت مُعَيَّنَةً ، كان لَهُ الرَّدُّ اَو الاَرْشُ . ولو اَفلَسَ المُسْتَأجِرُ بالأُجرَةِ ، فسَخَ المُؤجِرُ اِن شاءَ.

ولايجـوزُ : اَن يُؤجِرَ المَسْكَنَ ولا الخَانَ ولا الاَجيرَ ، بأَكثَرَ مِمَّا اَسْتَأجَرَهُ ، اِلَّا اَن يؤجِرَ بغيرِ جِنْسِ الأُجرَةِ ، اَو يُحدِثَ [فيهِ] ما يُقَابِلُ التَّفَاوُتَ . وكذا لو سَكَنَ بعضَ المِلْكِ ، لم يَجُز اَن يُؤجِرَ البَاقي بِزِيَادَةٍ عن الأُجْرَة ، والجِنْسُ واحدٌ ؛ ويجوزُ بأَكثرِها [1] .

ولو اَستأجَرَهُ لِيَحمِلَ لَهُ متاعًا الى موضعٍ معَيَّنٍ ، بأُجْرَةٍ في وقتٍ معَيَّنٍ ؛ فإن قَصَّرَ عنهُ ، نقَّصَ من أُجرَتِهِ شيئًا ، جازَ . ولوشرَطَ سُقُوْطَ الأُجرَةِ اِن لم يوصِلْهُ فيهِ ، لم يَجُز ، وكان لَهُ أُجْرَةُ المِثْلِ .

وإذا قالَ : آجَرْتُك كُلَّ شهرٍ بكذا ، صَحَّ في شَهْرٍ ، ولَهُ في الزَّائِدِ أُجرَةُ

= وفائدةُ الشَّرْطِ ـ معَ اَنَّ الإطْلاقَ يَقْتَضِيهِ ـ : مُجَرَّدُ التَّأكيد .

وقد تُفيدُ فائدةً أُخْرَى : وهو تَسَلُّطُ المُؤجِرِ على الفَسْخ ، لو شَرَطَ التَّعْجيلَ في مُدَّةٍ مضبوطةٍ فاَخَلَّ بِهِ .

وكذا ، لو شَرَطَا القَبْضَ قَبْلَ العَمَلِ ، اَو قَبْلَ تسليم العين المُؤجَرَة ؛ صَحَّ ووَجَبَ الوَفَاءُ بِهِ ، لِعُمُومِ الخَبَر ؛ «المسالك : ٥ / ١٧٩» .

(١) هذا قولُ اَكْثَرِ الاَصْحاب ؛ إستنادًا إلى رِوَاياتٍ ، حَملُها على الكَرَاهَةِ طريقُ الجمعِ بينها وبين غيرِها ، وفي بعضِها تَصْريحٌ بها .

والاَقْوى : الجَوَازُ في الجميع .

واَمَّا تَعْلِيْلُ المَنْعِ باستِلْزَامِهِ الرِّبا ، كما ذَكَرَهُ بعضُهُم ؛ فَفَسَادُهُ واضِحٌ ؛ «المسالك : ٥ / ١٨٠» .

المِثلِ إن سكَنَ ؛ وقيلَ : تبطُلُ ، لِتَجْهِيْلِ الأُجْرَةِ ؛ والأَوَّلُ أَشبَهُ [1] .

تفريعـ[ـان]

«الأَوَّلُ» : لو قالَ : إنْ خِطْتَهُ فارسيًّا فلَكَ دِرْهَمٌ ، وإن خِطْتَهُ رُومِيًّا فلَكَ دِرهَمَان ، صَحَّ [2].

«الثَّاني»: لو قالَ: إنْ عَمِلْتَ هذا العملَ في اليوم فلَكَ دِرْهَمَان، وفي غَدٍ دِرْهَمٌ ؛ فيهِ تردُّدٌ ، أَظهَرُهُ الجَوَازُ . ويَسْتَحِقُّ الأَجِيْرُ الأُجْرَةَ بنفسِ العَمَل [3] ، سَوَاءٌ كانَ في مِلْكِهِ أو مِلْكِ المُستأجِرِ . ومِنهم مَن فَرَّقَ . ولا يتوقَّفُ تَسْليمُ أَحَدِهِما على الآخَر . وكلُّ موضعٍ يبطُلُ فيهِ عَقْدُ الإجَارةِ ، تجبُ فيهِ أُجرَةُ المِثْلِ ، معَ اَستِيفَاءِ المَنْفَعَةِ أو بعضِها ؛ سَوَاءٌ زادَت عن المُسَمَّى أو نَقَصَتْ عنـهُ . ويُكرَهُ أن يَستَعمِلَ الأجيرَ ، قبلَ أن يُقَاطِعَ على الأُجرَةِ [4] ، وأن يُضَمِّنَ [5] ، إلَّا معَ التُّهَمَةِ [6] .

---

(١) وجهُ الأَشبَهِ : أنَّ الشَّهْرَ معلومٌ ، وكذا أُجْرَتُهُ ؛ فَلَا مانِعَ من الصِّحَّةِ فيه .

نعم ، يَبْطُلُ الزَّائِدُ ؛ لِعَدَمِ اَنْحِصَارِهِ في وجهٍ مُعَيَّن ؛ والأُجْرَةُ تابعةٌ لَهُ .

والأقوى : البُطْلَانُ مُطْلَقًا ؛ لِلْجَهَالَةِ المُقْتَضِيَةِ للغَرَر .

إذ ، لايَلْزَمُ من مُقَابَلَةِ جُزْءٍ معلومٍ من المُدَّةِ ، بِجُزْءٍ معلومٍ من العِوَض ؛ كونُ مجموع العِوَضين معلومين ؛ فإنَّ العِوَضَ هنا المجموع ؛ وهو مجهولٌ ؛ «المسالك : ٥ / ١٨٢» .

(٢) وفُسِّرَ الرُّوْمِيُّ ؛ بِمَا كانَ بِدَرْزين .

والفَارِسِيُّ ؛ بما كانَ بدَرْزٍ وَاحِدٍ ؛ «المسالك : ٥ / ١٨٣» .

(٣) قد تَقَدَّمَ أنَّ الأَجِيْرَ يَمْلِكُ الأُجْرَةَ بالعَقْدِ ؛ فالمُرَادُ باستِحْقَاقِها هنا : إسْتِحْقَاقُ المُطَالَبَةِ بِهَا بعدَ العَمَلِ ؛ «المسالك : ٥ / ١٨٣» .

(٤) لِمَا رُوِيَ عن الصَّادِقِ «عليهِ السَّلام»: «مَن كان يُؤمِنُ باللهِ واليومِ الآخرِ ؛ فلا يستَعْمِلُ أَجيرًا حتَّى يُعْلِمَهُ ما أَجْرُهُ ... ؛ «المسالك : ٥ / ١٨٥» .

(٥) أي : يُغَرِّمُ عِوَضَ ما تَلِفَ بِيَدِهِ ، بِنَاءً على ضَمَانِ الصَّانِعِ ما يَتْلَفُ بيدِهِ ... ؛ «الرَّوضة : ٤ / ٣٥٤» .

(٦) بِتَقْصِيْرِهِ على وجهٍ يُوجِبُ الضَّمَانَ ؛ «المَصْدَرُ نفسُهُ : ٤ / ٣٥٥» .

الثَّالثُ : اَن تكونَ المَنْفَعَةُ مَمْلُوكَةً

اِمَّا تَبَعًا لِمِلْكِ العَيْن ، اَو مُنْفَرِدَةً . وللمُسْتأجِرِ اَن يُؤجِرَ ، اِلَّا اَن يُشْتَرَطَ عليهِ اَستِيْفَاءُ المَنْفَعَةِ بنفسِهِ . ولوشَرَطَ ذلك ، فَسَلَّمَ العينَ المستَأجَرَةَ اِلى غيرِهِ ، ضَمِنَها . ولو آجَرَ [ذلك] غيرُ المالك تبرُّعًا [1] ؛ قيلَ : تبطُلُ ؛ وقيلَ : وَقَفَتْ على اِجَازةِ المالكِ ؛ وهو حَسَنٌ .

الرَّابع : اَن تكونَ المَنْفَعَةُ معلُومَةً

اِمَّـا بتقديرِ العَمَلِ كَخِيَاطَةِ الثَّوبِ المَعْلُومِ ، واِمَّا بتقديرِ المُدَّةِ كَسُكنى الدَّارِ ، اَو العَمَل على الدَّابَّةِ مُدَّةً معيَّنةً .

ولـو قَـدَّرَ المُـدَّةَ والعَمَـلَ ؛ مِثْـلَ اَن يَسْتأجِـرَهُ لِيَخِيْـطَ هـذا الثَّـوبَ فـي هـذا اليـومِ ؛ قيـلَ : يبطُـلُ ، لِاَنَّ اَستِيْفَاءَ العَمَل في المُدَّةِ قد لا يتَّفِقُ [2] ؛ وفيه تردُّدٌ .

---

(١) كلمة : [ذلك] ، غير موجودة في مُصَوَّرَةِ المخطوطة .

نعم ، هي موجودةٌ في «المسالك : ٥ / ١٨٧» .

وجاء شرحُ الشهيد الثَّاني لَهَا هكذا : الاِشَارَةُ بـ : «ذلك» ؛ إلى مادَلَّ عليهِ الكَلَامُ السَّابِقُ ، من العين الصالحة للاِجَارَة .

والمُرَادُ : اَنَّهُ لو آجَرَ غَيْرُ المالك شيئًا ، مِمَّا يَصِحُّ لِلْمَالِكِ اِيجارُهُ فُضُولًا ؛ هل يَقَعُ باطِلًا ؛ اَو يَقِفُ على الاِجَازَة ؟ قولان ... ؛ «المسالك : ٥ / ١٨٧» .

(٢) المُرَادُ من هذا التَّعليل : اَنَّ اَستيفاءَ العَمَل في المُدَّةِ المُعَيَّنَةِ ، على وجهِ التَّطَابُق ؛ بحيثُ يُتِمَّانِ معًا ، قد لا يتَّفِقُ غالِبًا ؛ لِاَنَّ هذا ، هو الَّذي عَلَّلَ بِهِ القائلُ بالبُطلَان .

لا مايُشْعِرُ بِهِ ظاهِرُ تعليلِ المُصَنِّف ، من كونِ المُدَّةِ ظَرْفًا للفِعْلِ ؛ بحيثُ يُستَوفَى فيها .

فـاِنَّ هـذا ؛ يُمْكِنُ جعلُهُ مُتَّفقًا اتِّفاقًا غالِبًا ، اَو معلومًا عادَةً بتكثير المُدَّة ... ؛ «المسالك : ٥ / ١٨٨» .

والاَجيرُ الخَاصُّ [1] ؛ وهو الَّذي يَسْتَأجِرُهُ مُدَّةً مُعَيَّنَةً ، لايَجُوزُ لَهُ العَمَلُ لِغَيْرِ المُسْتأجِرِ اِلَّا بِاِذنِهِ . ولو كانَ مُشْتَرَكًا ، جَازَ ؛ وهو الَّذي يُستَأجَرُ لِعَمَلٍ مُجَرَّدٍ عن المُدَّةِ .

وتُملَكَ المَنْفَعَةُ بِنَفسِ العَقْدِ ، كما تُملَكُ الأُجرَةُ بِهِ .

وهل يُشْتَرَطُ اَتِّصَالُ مُدَّةِ الاِجَارةِ بالعَقدِ ؟ قيلَ : نَعم . ولو اَطْلَقَ بَطَلَت ؛ وقيلَ : الاِطْلَاقُ يقتضي الاِتِّصالَ ؛ وهو اَشبَهُ . ولو عيَّنَ شهرًا متاَخِّرًا [ورقة ٩٧ لوحة اَ] عن العَقْدِ ؛ قيلَ : يبطُلُ ؛ والوجهُ الجوازُ .

واِذا سلَّمَ العينَ المُستَأجَرَةَ ، ومَضَت مُدَّةٌ يُمكِنُ فيها اَستِيْفَاءُ المَنْفَعَةِ ، لَزِمَتهُ الأُجرَةُ ؛ وفيهِ تفصيلٌ . وكذا لو اَسْتَأجرَ دارًا وسَلَّمَها ، ومَضَت المُدَّةُ ولم يسكُن ، اَو اَستأجَرَهُ لِقَلْعِ ضِرْسِهِ ، فَمَضَت المُدَّةُ التي يُمكِنُ اَنتِفَاعُ ذلكَ فيها ، فلم يقلَعْهُ المُسْتأجِرُ ، اِستَقرَّت الأُجْرَةُ [2]. اَمَّا لو زَالَ الاَلَمُ عَقِيْبَ العَقْدِ، سَقَطَت الأُجْرَةُ .

ولو اَستَأجَرَ شيئًا ، فَتَلِفَ قَبْلَ قَبْضِهِ ، بَطَلَتِ الاِجَارةُ . وكذا لو تَلِفَ عَقِيْبَ قبضِهِ . اَمَّا لو اَنقَضَى بعضُ المُدَّةِ ثم تَلِفَ ، اَو تجدَّدَ فسخُ الاِجارةِ ، صَحَّ فيما مَضَى ، وبَطَلَ في البَاقي ، ويَرْجِعُ من الأُجرَةِ بما قابَلَ المُتَخَلِّفَ من

---

(١) هو الَّذي يُسْتَأجَرُ للعَمَلِ بنفسهِ مُدَّةً مُعَيَّنةً ، اَو عَمَلًا مُعَيَّنًا مع تعيين اَوَّلِ زَمَانِهِ ؛ كعَمَلِ شيءٍ مُعَيَّنٍ ، اَوَّلُ زمانهِ اليَوم ؛ بحيثُ لا يَتَوَانى في فعلِهِ حتَّى يَفْرَغَ منهُ ... ؛ «المسالك : ٥ / ١٨٩» .

(٢) المُرَادُ : اَنَّ الاَجيْرَ سَلَّمَ نَفْسَهُ للعَمَل ، واَمتَنَعَ المُسْتَأجِرُ من غَيْرِ عُذْرٍ ؛ فاِنَّ الأُجْرَةَ تَسْتَقِرُّ بالتَّمْكيْنِ المَذْكُورِ .

ونَبَّـهَ بذلـك ؛ على اَنَّ الاَجِيْرَ في هذا ونظائرِهِ ، بمنزلةِ العين المبحوثِ عن تسليمها سابقًا ... ؛ «المسالك : ٥ / ١٩٥» .

المُدَّة [1] .

ولابُدَّ من تعيين ما يُحمَلُ على الدَّابَّةِ ؛ إمَّا بالمُشَاهَدَةِ ، وإمَّا بتقديرِهِ بالكَيْل أو الوَزن ، أو ما يَرْفَعُ الجَهَالةَ .

ولا يكفي ذِكْرُ المَحْمِل [مجرَّدًا عن الصِّفَةِ] ، ولا راكبٍ غيرِ مُعَيَّنٍ، لِتَحَقُّقِ الاِخْتِلَافِ في الخِفَّة والثِّقلِ . ولابُدَّ مع ذِكْرِ المَحْمِلِ ، مِن ذِكرِ طُولِهِ وعَرْضِهِ [وعُلُوِّهِ] ، وهل هو مكشُوفٌ أو مغَطًّى ؟ و [ذِكْرِ] جِنْسِ غِطَائِهِ [2].

وكذا لو اسْتأجَرَ دَابَّةً للحَمْلِ ، فلابُدَّ من تعيينهِ بالمُشَاهَدَةِ ، أو ذِكْرِ جِنْسِهِ وصِفَتِهِ وقَدَرِهِ .

وكذا لا يَكْفِي ذِكْرُ الآلاتِ المَحْمُولَةِ [3] ، مالم يُعيِّن قدَرَهَا وجِنْسَهَا .

ولا يكفي اشْتِرَاطُ حَملِ الزَّادِ ، مالم يُعَيِّنْهُ . وإذا فنِيَ ، ليسَ لهُ حَمْلُ بَدَلِهِ، مَالَم يَشْتَرِطْ [4] .

---

(١) ولو لم يَتْلَف شيءٌ ؛ لكن نَقَصَتِ المَنْفَعَةُ بِطُرُوِّ عَيْبٍ ، بأنْ نَقَصَ ماءُ الأرْضِ أو الرَّحى ، أو عَرَجَتِ الدَّابَّةُ ، أو مَرِضَ الأجِيْرُ ، ونحو ذلك ؛ ثَبَتَ للمُسْتَأجِر الفَسْخُ ؛ «المسالك : ٥ / ١٩٦» .

(٢) المَحْمِلُ ـ بِكَسْرِ الميمِ الأخِيْرَةِ ؛ كمَجلِس ـ : واحدُ المَحَامِل .وهو شِقَّان على البَعير ، يُحمَلُ فيهما العَدِيْلَان .

واعتِبَارُهُ ؛ إمَّا بالمُشَاهَدَةِ ، أو الوَزْنِ ؛ مع ذِكْرِ الطُّولِ والعَرْض ؛ لِاختِلَافِهِ باختِلَافهما ، في السُّهولَةِ والصُّعوبة ، وإن اتَّفَقَ وَزْنُهُ .

ولو عُهِدَ اتِّفاقُ المَحَامِلِ ، أو اتِّفَاقُ جِنْسٍ منها ، كفى ذِكْرُ ذلك الجِنْسِ .

وكذا يُعْتَبَرُ مَعْرِفَةُ مِقْدار وطائِهِ وغِطائِهِ ، لاختِلَافهما ...؛ «المسالك : ٥ / ١٩٧ ـ ١٩٨» .

(٣) المُرَادُ بالآلات هنا : ما يَصْحَبُهُ معهُ المستأجِرُ في السَّفر ، من نحو السُّفْرَةِ والقِرْبةِ والإداوَةِ والقِدْر .. ؛ «المسالك : ٥ / ١٩٨» .

(٤) إنَّما لم يكن لَهُ إبْدَالُ الزَّاد مع فنائِهِ ـ مع أنَّهُ قد شَرَطَ حَمْلَ القَدْرِ المُعَيَّن ـ ؛ لِأنَّ المُتَبَادَرَ =

وإذا آستأجَرَ دابَّةً ، إفْتَقَرَ [1] إلى مُشَاهَدَتِها . فان لم تَكُن مُشَاهَدَةً ، فلابُدَّ من ذِكرِ جِنْسِها وَوَصْفِها . وكذا الذُّكُورَةِ والأُنوثَةِ ، إذا كانت للرُّكوبِ . ويسقُطُ آعتِبَارُ ذلك ، إذا كانَتْ لِلْحَمْلِ .

ويَلْزَمُ مُؤجِرَ الدَّابَّةِ ، كلُّ ما يُحتَاجُ اليهِ في إمكانِ الرُّكوب ، من الرَّحْل والقَتبِ وآلتِهِ والحِزَام والزِّمَام . وفي رَفْعِ المَحْمِلِ وشَدِّه ؛ تردُّدٌ ؛ أظهَرُهُ اللُّزُومُ .

ولو آجَرَها للدَّوَرَانِ بالدُّولَاب ، إفْتَقَر إلى مُشَاهَدَتِهِ ، لِاختِلَافِ حالَتِهِ في النَّقل .

ولو آجَرَها للزِّرَاعةِ ، فإن كانَ لِحَرْثِ جَريبٍ مَعْلُومٍ ، فلابُدَّ من مُشَاهَدَةِ الأرضِ أو وَصْفِها . وإن كانَ لِعَمَلِ مُدَّةٍ ، كَفَى تقديرُ المُدَّةِ . وكذا في إجَارَةِ دَابَّةٍ ، لِسَفَرِ مَسَافةٍ مُعَيَّنَةٍ ، فلابُدَّ من تعيينِ وَقْتِ السَّيْرِ ليلًا أو نَهَارًا ، إلَّا أن يكونَ هُناك عادَةٌ فَيُسْتَغْنَى بها .

= من الزَّاد : ما يَفْنَى في الطَّريقِ بالأكل ؛ فَيُرْجَعُ فيهِ إلى المُتَعَارَف .

والمُرَادُ فناؤهُ : بالأكلِ المُعْتَاد .

فلو فَنِي بغيرِ ذلك كَضِيَافَةٍ غيرِ مُعْتَادَةٍ ، أو أكْلٍ كذلك ، أو ذَهَبَ بسُقُوطٍ أو سَرِقَةٍ ؛ فَلَهُ إبْدَالُـهُ ، تَنْزِيْلًا للإطْلَاقِ ، على المُعْتَادِ المُتَعَارَف ؛ ويكونُ حُكْمُ البَدَلِ حُكْمَ المُبْدَلِ منهُ في ذلك .

ويُعْلَمُ من ذلك ، أنَّهُ لو شَرَطَ حَمْلَ زادٍ على العادَةِ ، فليسَ للزَّائدِ حُكْمُ المُعْتَاد .

بل ، لَهُ إبدالُهُ ؛ لِأنَّهُ كالمحمولِ المُطْلَق ؛ إلَّا أن يُرِيْدَ جَعْلَ الجميعِ زادًا توسِعَةً .

ولَو شَرَطَ الإبْدالَ في الجميع ، فلا رَيبَ في الصِّحَّة عَمَلًا بالشَّرْط ؛ «المسالك: ١٩٩/٥».

(١) في النُّسَـخ المُتَدَاولة : إقْتَصَر على مُشَاهَدَتها

والصحيحُ أنْ يُقَالَ : إفْتَقَرَ «إلى» ؛ كما سيأتي عند المُصَنِّفِ نفسه في الصَّفحةِ اللاحقةِ .

ويجوزُ اَن يستأجِرَ اثنان جَمَلًا اَو غيرَهُ لِلْعُقْبَةِ [1] ، ويُرجَعُ في التَّنَاوُبِ اِلى العادَةِ .

واِذا اَكترَى دَابَّةً ، فسارَ عليها زِيَادَةً عن العَادَةِ ، اَو ضرَبَها كذلك ، اَو كبَحَها باللِجام من غيرِ ضرورةٍ ، ضَمِنَ .

ولا يصِحُّ [2] اِجَارَةُ العَقَار ، اِلَّا معَ التَّعيينِ بالمُشَاهَدَةِ ، اَو بالاِشَارةِ اِلى موضعٍ مُعَيَّنٍ ، موصُوفٍ بما يرفَعُ الجَهَالَةَ [3] . ولا تَصِحُّ اِجَارَتُهُ في الذِّمَّةِ ، لِمَا يَتَضَمَّنُ من الغَرَرِ ، بِخلَافِ اَستِيْجَارِ الخيَّاطِ للخِياطَةِ ، والنَّسَّاجِ لِلنِّسَاجَةِ . واِذا اَستَأجَرَهُ مُدَّةً ، فلابُدَّ من [ورقة ٩٧ لوحة ب] تعيينِ الصَّانعِ ، دَفعًا لِلْغَرَرِ النَّاشىء من تَفَاوُتِهم في الصَّنْعَةِ [4] .

---

(١) العُقْبَةُ ـ بِضَمِّ العين ـ : النَّوبَةُ .

وهما يَتَعَاقَبَان على الرَّاحلة ؛ اِذا ركب هذا تارَةً ، وهذا اُخْرَى .

فاِن كان هناك عادةٌ مضبوطةٌ ، اِمَّا بالزَّمانِ اَو المَسَافة ؛ حُمِلَ الاِطْلَاقُ عليها ؛ واِلَّا ، وجَبَ التَّعيين . ولو اَتَّفَقَا في المُنْضَبِطِ بالعادة على خِلَافها وضَبَطَاهُ ، صَحَّ .

ويُعتَبَرُ تعيينُ مَبْدأ الرُّكوب ، ومَن يركب منهما اَوَّلًا ؛ «المسالك : ٥ / ٢٠٢» .

(٢) في المسالك : ولاتَصِحُّ .

(٣) العَقَار ـ بالفتح ـ : الاَرْضُ والبُيُوتُ والشَّجَرُ .

والمُرَادُ هُنَا : ما يجوزُ اِسْتئجارُهُ منهُ ؛ فيجبُ مُشَاهَدَةُ الاَرْضِ ، المُسْتأجَرَةِ للزَّرْعِ اَو الغَرْسِ اَو غيرهما ، اَو ماهو اَعَمُّ ؛ اَو وَصفُها بما يَرْفَعُ الجهالةَ ؛ «المسالك : ٥ / ٢٠٣» .

(٤) اَي : اِذا اَستأجَرَهُ لِعَمَلٍ من الاَعمالِ الَّتي يَخْتَلِفُ فيها الصُّنَّاعُ بالخِفَّةِ والبُطء ،كالخِياطةِ والكِتَابةِ ؛ لم يصحَّ جعلُهُ في الذِّمَّةِ ، بحيثُ يحصِّلُهُ بِمَن شاء ؛ لِمَا في ذلك من الاِختِلافِ الكثير الموجبِ لِلْغَرَر .

بل ، لابُدَّ من تعيين الصَّانع ، سواء كان هو المُؤجِرَ اَم غيرَه ، مع اِمكان تحصيلِ المَنْفَعَةِ منه ، لِلانضباط حينئذٍ ؛ «المسالك : ٥ / ٢٠٣» .

ولو آستَأجَرَ لِحَفْرِ البئر ، لم يَكُن بُدٌّ من تَعيين الاَرض ، وقَدْرِ نُزولِها وسِعَتِها . ولو حَفَر [ها] فانْهَارَت اَو بعضُها ، لم يَلْزَم الاَجيرَ اِزالتُهُ ، وكانَ ذلك الى المالِك . ولو حَفَرَ بعضَ ما قُوْطِعَ عليهِ ، ثم تعذَّرَ حَفْرُ البَاقي ، اِمَّا لِصُعُوبَةِ الاَرض اَو مَرَضِ الاَجيرِ اَو غيرِ ذلك ، قُوِّمَ حَفْرُها وما حُفِرَ منها ، ويُرجَعُ عليهِ بنسبتِهِ من الأُجرَةِ ؛ وفي المسالَةِ قولٌ آخَرُ مُسْتَنِدٌ الى رِوَايةٍ مهجورةٍ [1] .

ويجـوزُ آستئجارُ المَرْاَةِ للرِّضاعِ ، مُدَّةً معيَّنَةً بِاِذْنِ الزَّوجِ [2] ، فاِن لم يأذَن ؛ فيه تردُّدٌ ؛ والجَوَازُ اَشبَهُ ، اِذا لم يمنَع الرِّضَاعُ حقَّهُ .

---

(١) ضميرُ : «عليهِ» ؛ يعودُ اِلى الاَجير ؛ والرَّاجعُ : هو المُسْتَأجِرُ ؛ هذا هو الظَّاهِرُ من سِيَاقِ العِبَارَةِ .

وحينئذٍ ؛ فَضَمِيْرُ : «بِنِسْبَتِهِ» ، يرجعُ اِلى التَّفَاوُتِ المُستَفَادِ من نِسْبَةِ المحفور ، اِلى ما قُوطِعَ عليهِ اَجمع .

لِاَنَّ ذلك : هو الَّذي يَرْجِعُ المُسْتأجِرُ من الأُجْرَةِ بِنسبَتِهِ ؛ لِاَنَّهُ المُتَخَلِّفُ من العَمَل .

وهذا مَبْنيٌّ على اَنَّهُ دفعَ الأُجْرَة ، واَنَّ المُرَادَ بالرُّجوع : عودُ ذلك القدر اِلى مِلك المُسْتَأجر ، بعد اَن كانَ قد مَلَكَهُ الاَجِيْرُ بالعَقْد كما سَبَق .

ويُمكِنُ اَن يكون : «يرجِعُ» ؛ مَبْنِيًّا للمعلوم ، وفاعِلُهُ ضَمِيْرٌ عائدٌ اِلى الاَجير المذكورِ مرارًا .

وضميرُ : «عليهِ» ؛ عائدٌ على المُسْتَأجِر المدلول عليهِ بالمَقَام .

وضميرُ : «بِنسْبَتِهِ» ؛ راجعٌ اِلى المذكورِ سابقًا ، وهو ماحَفَرَهُ منها .

والاَمْرُ مُتَقَارِبٌ من جهةِ التَّركيب اللَفْظِيِّ ؛ لِاَنَّ في كُلِّ واحدٍ تقديرَ مَن يعودُ اِليهِ الضَّمِيْرُ ، من دون اَن يكون ملفوظًا ... ؛ «المسالك : ٥ / ٢٠٥ ـ ٢٠٦» .

(٢) يجوزُ للزَّوجةِ اِجَارَةُ نفسها للاِرضاعِ وغيرِهِ ، مع اِذْنِ الزَّوج مُطْلَقًا عندَنا ؛ لِاَنَّها حُرَّةٌ مالِكَةٌ لِمَنَافِعها ؛ فَجَازَ لها صَرْفُها اِلى غيرِها بعوضٍ وغَيْره ... ؛ «المسالك : ٥ / ٢٠٨» .

ولابُدَّ من مُشَاهَدَةِ الصَّبِيِّ [1] . وهل يُشتَرَطُ ذِكْرُ الموضع الَّذي تُرْضِعُهُ فيهِ ؟ قيلَ : نعم ؛ وفيهِ تَرَدُّدٌ . وإن ماتَ الصَّبِيُّ أو المُرْضِعَةُ بطَلَ العَقْدُ . ولو ماتَ أبوهُ ، هل يبطُلُ ؟ يُبنَى على القولين [2] [كون الإجارةِ ، هل تبطُلُ بموتِ المُؤجِرِ والمُستأجِرِ أم لا ؟ والأصحُّ عدمُ البُطلان] [3] .

ولو ٱستَأجَرَ شيئًا مُدَّةً معيَّنَةً ، لم يجب تَقْسِيْطُ الأُجْرَةِ على أجزائِها ، سواءٌ كانت قَصِيْرَةً أو مُتطَاوِلَةً .

ويجوزُ ٱستِئجارُ الأرضِ لِتُعمَلَ مَسْجِدًا .

ويجوزُ ٱستئجارُ الدَّرَاهِمِ والدَّنانيرِ إن تحقَّقَت لَها منفعَةٌ حُكمِيَّةٌ مع بقاءِ عينِها [4] .

تفريعٌ

لو ٱستَأجَرهُ لِحَمْلِ عَشَرةِ أَقْفِزَةٍ من صُبْرَةٍ فاعتَبَرَها ، ثم حمَلَها فكانت أكْثَرَ ؛ فإن كان المُعتَبِرُ هو المُسْتَأجِرَ لَزِمَهُ أُجْرَةُ المِثْلِ عن الزِّيَادَةِ ، وضَمِنَ

---

(١) لاختِلَافِ الأوْلَادِ في هذهِ المَنْفَعَةِ ، كبيرًا وصغيرًا ، ونَهْمَةً وغيرَها . والوَصْفُ لايَفِي بضَبْطِهِ . وفي حُكْمِ الصَّبِيِّ الصَّبِيَّة ؛ وتخصيصهُ مَحَبَّةٌ طبيعيَّةٌ ؛ «المسالك : ٥ / ٢٠٩» .

(٢) وفي قول المُصَنِّف : «يُبنَى على القولين» : إشَارَةٌ لطِيْفَةٌ إلى الرَدِّ على ٱبنِ إدْرِيْس ؛ حيثُ حكَمَ في مسألَةِ موتِ أحَدِ المُؤاجرين ، أنَّها لاتبطُل ؛ وحَكَمَ هنا أنَّها تبطُل بموتِ أبي المُرْتَضِع ؛ مُحْتَجًّا بالإجماع ، على أنَّ موتَ المُستأجِر يُبطِلُها ؛ والحالُ أنَّ المسألَةَ واحِدَةٌ ، وفيها القَوْلانِ ، ففصلها كما ذَكَرَهُ تَحَكُّمٌ أو تَنَاقُضٌ ؛ «المسالك : ٥ / ٢١٠ ـ ٢١١» .

(٣) هذه بطولها غير موجودة في مُصَوَّرةِ المخطوطة .

غير أني وجدتُها في نُسَخ الشرائع المُتَدَاولة ؛ كما هي مذكورةٌ في : «المسالك : ٥ / ٢١٠» .

(٤) بأن يَتَزَيَّنَ بهما ويَتَجَمَّلَ ... ؛ «المسالك : ٥ / ٢١٢» .

الدَّابَّةَ إن تَلِفَتْ ، لِتَحَقُّقِ العُدْوان ؛ وإن اعتبَرَها المُؤجرُ ، لم يضمَن المُسْتَأجِرُ أُجرَةً ولا قيمَةً . ولو كان المُعْتَبِرُ أجنبيًّا ، لَزِمَتهُ أُجْرَةُ الزِّيَادَةِ .

الخَامسُ : أن تكونَ المَنْفَعَةُ مُبَاحَةً

فلو آجَرَهُ مَسْكَنًا لِيَحْرُزَ فيهِ خَمرًا [1] ، أو دُكَّانًا لِيَبِيعَ فيه آلَةً مُحرَّمَةً ، أو أجيرًا لِيَحْمِلَ لَهُ مُسْكِرًا ، لم تَنْعَقِد الإجَارَةُ . ورُبَّما قيلَ بالتَّحْريم ، وانعقادِ الإجَارَة ، لِإمْكَانِ الإنْتِفَاعِ في غَيْرِ المُحَرَّم ؛ والأوَّلُ أشبَهُ ؛ لِأنَّ ذلك لم يَتَنَاوَلْهُ العَقْدُ . وهل يجوزُ استِئجَارُ الحائِطِ المُزَوَّقِ للتَّنَزُّهِ ؟ قيلَ : نَعَم ؛ وفيهِ تردُّدٌ .

السَّادسُ : أن تكونَ المَنْفَعَةُ مقدورًا على تَسْلِيْمِها

فلو آجَرَ عَبْدًا آبقًا لم يصِحَّ ، ولو ضُمَّ اليهِ [شيءٌ] ؛ وفيهِ تردُّدٌ .

ولو مَنَعَهُ المُؤْجِرُ منه ، سقَطَتِ الأُجرَةُ . وهل لَهُ أن يَلْتَزِمَ ويُطَالِبَ المُؤْجِرَ بالتَّفَاوُتِ ؟ فيهِ تردُّدٌ ؛ والأظْهَرُ نَعم .

ولومَنعَهُ ظَالِمٌ قبلَ القَبْضِ، كانَ بالخِيَار بينَ الفَسْخ والرُّجوعِ على الظَّالِم، بأُجْرَةِ المِثْلِ [2]. ولو كانَ بعدَ القبضِ ، لم تبطُل، وكانَ لَهُ الرُّجُوعُ على الظالم .

---

(١) المُرَادُ بالخَمْرِ هنا : المُحَرَّمةُ ؛ وهي المُتَّخَذَةُ للشُّرْبِ . فلو كان الاتِّخاذُ للتَّخليلِ ، أو طَرَأ قصدُهُ قبلَ الإجَارَةِ ، صَحَّتْ .

ومِثْلُ إيجارِها لِذلك : العِلْمُ بكونِ المُسْتَأجِرِ يفعَلُ فيها ذلك ؛ لِأنَّهُ مُعَاوَنَةٌ على الإثْمِ والعُدوان ؛ «المسالك : ٥ / ٢١٥» .

(٢) وجهُ التَّخيير : أنَّ العينَ قبلَ القَبْضِ مضمونَةٌ على المُؤجر ؛ فَلِلْمُسْتَأجِر الفَسْخُ عند تَعَذُّرِها ومُطَالَبَةُ المُؤجر بالمُسَمَّى ، لِفَوَاتِ المَنْفَعَة عليه .

ولَهُ الرِّضا بذلك ، ومُطَالَبَةُ الغاصِبِ بأُجْرَةِ المِثْل ؛ لِأنَّهُ باشَرَ الإتْلَافَ عدوانًا ... ؛ «المسالك : ٥ / ٢١٨» .

وإذا ٱنْهدَمَ المَسْكَنُ كان لِلْمُسْتَأجِرِ فَسْخُ الإجارة ، إلَّا أن يُعيدَهُ صاحبُهُ ويُمَكِّنَهُ منهُ ؛ وفيهِ تردُّدٌ [1] . ولو تَمادَى المُؤْجِرُ في إعَادَتِهِ ، فَفَسَخَ المُسْتَأجِرُ ، رجَعَ بنسبةِ ما تَخَلَّفَ من الأُجْرَةِ إن كانَ سَلَّمَ إليهِ الأُجْرَةَ .

الثالثُ

في [2] : أحكامِها

وفيهِ مسائلُ :

«الأُولى» : إذا وَجَدَ المُسْتَأجِرُ بالعَيْن المُسْتَأجَرَةِ عيبًا ، كانَ لَهُ الفَسْخُ أو الرِّضا بالأُجْرَة من غيرِ نُقْصَانٍ [3]، ولو كانَ العَيْبُ مِمَّا يَفُوتُ بهِ بعضُ المَنْفَعَةِ.

«الثَّانيةُ» : إذا تَعَدَّى في العَين المُسْتَأجَرَة ، ضَمِنَ قيمَتَها وقتَ العُدْوَان [4]. ولو ٱختَلَفا في القِيْمةِ ، كان القولُ قولَ المالِكِ إن كانَتْ دابَّةً ؛ وقيلَ : القولُ قولُ المُسْتَأجِرِ على كُلِّ حالٍ ؛ وهو أشْبَهُ .

---

(١) مُقْتَضَى جَوَازِ الفسخ : أنَّ العَقْدَ لا يَنْفَسِخُ بنفسهِ . ولابُدَّ من تقييدِهِ بإمكانِ إزالَةِ المانع ، أو بقاء أصْلِ الإنْتِفاعِ . فلو ٱنْتَفَيَا معًا ، إنْفَسَخَتِ الإجَارة ، لِتَعَذُّر المُسْتَأجَر عليهِ .

والمُرَادُ بإعادَةِ المالك المُستثناة لِرَفْعِ الخِيار : ما كانت بسُرْعةٍ بحيثُ لا يفوتُ شيءٌ من المَنَافعِ ، وإنْ قَلَّ ؛ وإلَّا بقِيَ الخِيَارُ بغيرِ تَرَدُّدٍ ؛ «المسالك : ٥ / ٢١٩» .

(٢) الورقة ٩٨ مكرَّرَة من ورقة ٩٧ ؛ ولكن جريًا مع المُصَوَّرة في ترقيمها ؛ فقد كانت هذه الكلمة بداية : ورقة ٩٩ ، لوحة أ .

(٣) أي : من غير أرْشٍ ؛ «المسالك : ٥ / ٢٢٠» .

(٤) لِأنَّهُ يَصِيْرُ حينئذٍ بمنزلةِ الغاصِب .

وهو مبنيٌّ على أنَّ الغاصِبَ يَضْمَنُ قِيْمَةَ المغصوب يوم الغَصْب ؛ وهو ٱختِيارُ الأكْثَر .

وقيلَ : يَضْمَنُ أعْلى القِيَم ، من حين العدوان إلى حينِ التَّلَف ؛ والأقْوى : ضَمَانُ قيمتها يوم التَّلَف ؛ «المسالك : ٥ / ٢٢١» .

«الثَّالثةُ» : مَن تَقَبَّل عَمَلًا ، لم يَجُزْ اَن يُقَبِّلَهُ غيرَهُ بِنَقِيْصَةٍ ؛ على الاَشهَر ؛ اِلَّا اَن يُحدِثَ فيهِ ما يَسْتَبِيْحُ بهِ الفَضْلَ [1] . ولا يجوزُ تسليمُهُ اِلى غيرِهِ ، اِلَّا بِاِذنِ المَالكِ . ولو سلَّمَ من غيرِ اِذنٍ ، ضَمِنَ .

«الرَّابعةُ» : يجبُ على المُسْتَأجِرِ ، سَقْيُ الدَّابَّةِ وعَلْفُها . ولو اَهمَلَ ضَمِنَ .

«الخَامِسَةُ» : اِذا اَفسَدَ الصَّانعُ ، ضَمِنَ ، ولو كانَ حاذِقًا ؛ كالقَصَّارِ يَحْرِقُ [الثوبَ] اَو يَخْرِقُ ، اَو الحَجَّامُ يجني في حِجَامَتِهِ ، اَو الخَتَّان يَخْتِنُ فَيَسْبِقُ مُوسَاهُ اِلى الحَشَفَةِ ، اَو يَتَجَاوَزُ حَدَّ الخِتَان . وكذا البيطَار ؛ مثلَ اَن يَحِيْفَ على الحافرِ ، اَو يَفْصِدَ فَيَقْتُلُ ، اَويجني مايَضُرُّ الدَّابَّةَ ، ولو اَحْتَاطَ واَجتَهَدَ . اَمَّا لو تَلِفَ في يَدِ الصَّانعِ ، لا بسببهِ ، من غيرِ تفريطٍ ولاتَعَدٍّ ، لم يضمَن ، على الاَصَحِّ [2] . وكذا الملَّاح والمُكَارِي ، لايَضْمَنَان ، اِلَّا ما يَتْلَفُ عن تَفْرِيْطٍ ؛ على الاَشهَر [3] .

«السَّادسةُ» : مَن اَستَأجَرَ اَجيرًا لِيُنْفِذَهُ في حَوَائِجهِ ، كانَتْ نفقَتُهُ على

---

(١) هذا هو المَشْهُورُ .

ومُستَنَدهُ : اَخْبَارٌ ، حَمْلُها على الكَرَاهةِ اَوْلى جمعًا .

ولافَرْقَ في الجواز على تقدير الحَدَثِ ، بين قليلِهِ وكثيرِهِ .

ولا يَخْفَى اَنَّ الجوازَ مَشْروطٌ بعَدَمِ تعيين العامل في العَقْدِ ؛ واِلَّا ، فلا اِشكالَ في المَنْعِ والضَّمان لو سَلَّمَ العين ؛ «المسالك : ٥ / ٢٢٢» .

(٢) اَمَّا الضَّمَانُ فيما يَتْلَفُ بِيَدِهِ ، فهو موضِعُ وِفاق .

ولافَرْقَ في ذلك ؛ بين الحاذِقِ وغيرِهِ ، ولابين المُخْتَصِّ والمُشْتَرَك ، ولابين المُفَرِّطِ وغيرِهِ ؛ ولِاَنَّ التَّصَرُّفَ في مالِ الغير بالاِتْلاف ، من غيرِ اِذْنٍ يَقْتَضِي الضَّمان ، ولا يدفَعُهُ عَدَمُ التَّفريط ... ؛ «المسالك : ٥ / ٢٢٣ ـ ٢٢٤» .

(٣) في المسالك والجواهر : «على الاَشبه» .

المُسْتَأجِرِ ، اِلَّا اَن يَشْتَرِطَ على الاَجير .

«السَّابعةُ» : اِذا آجرَ مملوكًا لَهُ فاَفسَدَ ، كانَ ذلك لازِمًا لِمَوْلَاهُ في سَعْيِهِ . وكذا لو آجرَ نفسَهُ بِاِذنِ مولاه [1] .

«الثَّامنةُ» : صَاحِبُ الحَمَّام لايَضْمَنُ ، اِلَّا ما اُودِعَ وفَرَّط في حِفْظِهِ اَو تعدَّى فيهِ .

«التَّاسعةُ» : اِذا اَسقَطَ الأُجْرَةَ بعدَ تَحَقُّقِها في الذِّمَّةِ ، صَحَّ . ولو اَسقَطَ المَنْفَعَةَ المُعَيَّنَةَ لم تسقُط ، لِاَنَّ الاِبْرَاءَ لا يَتَنَاوَلُ اِلَّا ما هوَ في الذِّمَم [2] .

«العاشرةُ» : اِذا آجرَ عَبْدَهُ ثم اَعْتَقَهُ ، لم تَبْطُلِ الاِجَارَةُ ، وتُسْتَوفَى المَنْفَعَةُ التي تَنَاوَلَها العَقْدُ ، ولايَرْجِعُ العبدُ على المولَى بأُجْرَةِ مثلِ عَمَلِهِ بعدَ العِتْق . ولو آجَرَ الوَصِيُّ صَبِيًّا مُدَّةً يعلَمُ بلُوغَهُ فيها ، بَطَلَت في المُتَيَقَّنِ وصَحَّت في

---

(١) لَمَّا كانَ الصَّانِعُ ضامِنًا لِما يُفْسِدُهُ في مالِهِ، وكان العَبْدُ لا مالَ لَهُ ؛ تَعَلَّقَ الضَّمَانُ بكسبِهِ ، اِنْ كانَ العَقْدُ صادرًا عن اِذْنِ مولاه ، اَو الاِذْنِ مُطْلَقًا ؛ لِاَنَّ ذلك من مُقْتَضَى الاِجَارةِ ، فيكونُ الاِذْنُ فيها اِلْتِزَامًا بِلَوَازِمها .
لكن ، لو زادَتِ الجِنايةُ عن الكَسْبِ ، لم يَلْزَم المولى ، كما تَقَدَّمَ نَظِيْرُهُ في تَصَرُّفِ المأذون ... ؛ «المسالك : ٥ / ٢٢٥» .

(٢) المُرَادُ بتحقُّقِ الأُجْرَةِ في الذِّمَّةِ : تعلُّقُها بها ، واِنْ لم يستحِقَّ المُطَالَبَةَ بها ؛ ويتحقَّقُ ذلك بالعَقْدِ ، كما مَرَّ .
والمُرَادُ بِاِسقاطها : البَرَاءةُ منها ؛ سواءٌ كانَ بلفظِ الاِسقاطِ ، اَم الاِبْرَاءِ ،اَم بماشاكَلَهُ من الاَلفاظِ الدَّالَّةِ عليهِ .
ولَمَّا كانَ الاِبْرَاءُ عبارَةً عن اِسْقَاطِ مافي الذِّمَّةِ ، لم يصحَّ تَعَلُّقُهُ بالاَعيان ، ولا بالمَنَافعِ المُتَعَلِّقَةِ بها؛ ومنها الأُجْرَةُ لو كانت عينًا. ويَصِحُّ عَمَّا في الذِّمَّة ؛ سواءٌ كان اُجْرَةً اَم مَنْفَعَةً؛ كما لو اَستأجَرَهُ لِيَخِيْطَ لَهُ ثوبًا ونحوَهُ ؛ «المسالك : ٥ / ٢٢٦» .

المُحْتَمَلِ ، ولـو اتَّفَقَ البُلُوغُ فيهِ . وهَلْ للصَّبِيِّ الفَسْخُ بعد بُلُوغِهِ [1] ؟ قيلَ : نَعَم ؛ وفيهِ تردُّدٌ .

«الحادية عشرة» : إذا تَسَلَّمَ أجيرًا لِيَعْمَلَ لَهُ صَنْعَةً فَهَلَكَ ، لم يَضْمَنْهُ ، صغيرًا كانَ أو كبيرًا ، حُرًّا [كانَ] أو عَبْدًا .

«الثَّانية عشرَةَ» : إذا دَفَعَ سِلْعَةً الى غيرِهِ ، لِيَعْمَلَ فيها عَمَلًا ؛ فإن كان مِمَّن عادَتُهُ أن يُسْتَأجَرَ لِذلك العمَل،كالغَسَّال والقَصَّار ، فَلَهُ أُجْرَةُ مثلِ عَمَلِهِ ؛ وإن لم يكُنْ لَـهُ عـادَةٌ ، وكـانَ العَمَلُ مِمَّا لَـهُ أُجـرَةٌ ، فَلَهُ المُطَالَبَةُ ، لِأَنَّهُ أبصَرُ بِنِيَّتِهِ . وإن [2] لم يكن مِمَّا لَهُ أُجرَةٌ بالعَادَةِ ، لم يُلتَفَت إلى مُدَّعيها .

«الثالثةَ عشرَةَ» : كُلُّ ما يَتَوَقَّفُ عليهِ تَوْفِيَةُ المَنْفَعَةِ فَعَلى المُؤجِر ، كالخُيُوطِ في الخِيَاطَةِ ، والمِدَادِ في الكِتَابَةِ ؛ ويدخُلُ المِفْتَاحُ في إجَارَةِ الدَّارِ، لأَنَّ الإنْتِفَاعَ يَتِمُّ بها [3] .

---

(١) لَمَّا كانَ زَمَانُ الولاية على الصَّبِي ، هو ماقبلَ البُلُوغِ والرُّشْدِ ؛ فإذا آجَرَهُ مُدَّةً يَقْطَعُ بِبُلُوغِهِ في أثنائها .

كما لو آجَرَ ابْنَ العشر سِتَّ سنين ، وكان رشيدًا ؛ فإنَّ الإجارَةَ تَلْزَمُ إلى وَقْتِ الكمال ، ثُمَّ هي موقوفَةٌ على إجَازةِ الصَّبِيِّ .

وقَيَّدْنا بوجودِ : الرُّشْدِ ؛ لِأَنَّهُ لولم يكن موجودًا ، بل أمْكَنَ تجدُّدُهُ ، فإنَّهُ يكونُ كما لو آجَرَهُ مُدَّةً يُمكِنُ فيها بُلُوغُهُ وعَدَمُهُ ؛ لِأَنَّ الرُّشْدَ أحَدُ الشَّرطين ، في زَوَالِ الوِلَاية ؛ وتَجَدُّدُهُ مُمْكِنٌ في كُلِّ وَقْتٍ ، وإنْ طَعَنَ في السِّنِّ ؛ «المسالك : ٥ / ٢٢٨» .

(٢) بداية : ورقة ٩٩ ، لوحة ب .

(٣) التَّعليلُ بِتَمَامِيَّةِ الإنتفاع لا يَتِمُّ ؛ لِمَا قد عَرَفْتَ : أنَّ بعضَ ما يَتِمُّ بِهِ الإنتِفاعُ ليسَ لازمًا للمُؤجِر .

ولايَتِمُّ الإستِدْلَالُ ، إلَّا إذا جُعِلَ الحُكْمُ كُلِّيًّا ؛ خصوصًا مع تأيُّدِهِ بأنَّ المنقولَ ، لايَدْخُلُ في إجَارَةِ العَقَارِ الثَّابت ، إلَّا مع العادة أو التَّبَعِيَّةِ . =

الرَّابعُ
في : التَّنَازُعِ

وفيه مسائلُ :

«الأُولى» : إذا تَنَازَعا في أَصلِ الإجَارَة ؛ فالقَوْلُ قَوْلُ المالِك معَ يمينِهِ ؛ وكذا لو ٱختَلَفَا في قَدَرِ المُسْتَأجَر [1] ؛ وكذا لو ٱختلَفَا في رَدِّ العينِ المُسْتَأجَرَةِ [2] . أَمَّا لو ٱختَلَفَا في قَدَرِ الأُجْرَةِ ؛ فالقولُ قولُ المُسْتَأجِرِ [3] .

«الثَّانيةُ» : إذا ٱدَّعى الصَّانعُ أَو الملَّاحُ أَو المُكَاري هَلَاكَ المَتَاع ، وأَنْكَرَ المالِكُ ، كُلِّفوا البيِّنَةَ ؛ ومع فَقدِها يَلْزَمُهُم الضَّمَانُ ؛ وقيلَ : القولُ قولُهم مع اليَمِين ، لأَنَّهم أُمَنَاءُ ؛ وهو أَشهَرُ الرِّوَايَتَيْن . وكذا لو ٱدَّعى المالِكُ التَّفْرِيْطَ ، فأَنكَروا .

= والأَوْلى : التَّعليلُ بأَنَّهُ تابعٌ للغَلَقِ المُثَبَّتِ ؛ بل ، هو كالجُزْءِ منهُ .

وهـذا بِخِلَافِ مفتاحِ القُفْلِ ؛ فَلَا يَجِبُ تسليمُهُ ولا تسليمُ القُفْل ، لِٱنْتِفَاء التَّبَعِيَّة ، ولِما ذُكِر ؛ «المسالك : ٥ / ٢٣٠» .

(١) هو بفتح الجيم ؛ أَي : في قَدْرِ العين المُسْتَأجَرَة .

بـأَنْ قَالَ : آجَرْتَنِي الدَّارَ بأَجمَعِهَا بمائةٍ ؛ فقالَ : بل ، البَيْتَ منها خاصَّة بالمائة ؛ فـإنَّ القـولَ قَوْلُ المُنْكِر ، لِأَصَالَـةِ عَـدَمِ وقـوعِ الإجَـارَةِ ، على مـا زَادَ عَمَّـا يَعْتَـرِفُ بِهِ ... ؛ «المسالك : ٥ / ٢٣٢» .

(٢) فإنَّ القَوْلَ قَوْلُ المالك ؛ لِأَنَّهُ مُنْكِرٌ ؛ والأَصْلُ عَدَمُ الرَّدِّ .

والمُسْتَأجِـرُ قَبَـضَ لِمَصْلَحَةِ نفسـهِ ؛ فـلا يُقْبَـلُ قولُهُ فـي الـرَّدِّ ، مع مُخَالَفَتِهِ للأَصْـل ؛ «المسالك : ٥ / ٢٣٢» .

(٣) لِإنْكَارِهِ الزَّائدَ منها ؛ مع ٱتِّفاقهما على وقوعِ العَقْدِ ، وعلى العَيْن والمُدَّة .

وقِيْـلَ بالتَّحَالُف هنـا أَيْضًـا ؛ لِأَنَّ كُـلَّ واحـدٍ منهما مُـدَّعٍ ومُنْكِرٍ ؛ وهـو ضعيـفٌ جِدًّا ؛ «المسالك : ٥ / ٢٣٣» .

«الثَّالثةُ» : لو قطَع الخَيَّاطُ ثَوْبًا قَبَاءًا ، فقالَ المالكُ : اَمَرْتُكَ بقَطْعِهِ قَمِيْصًا ؛ فالقولُ قولُ المَالِكِ مع يَمِينِهِ ؛ وقيلَ : قولُ الخَيَّاطِ [1] ؛ والاَوَّلُ اَشبَهُ . ولو اَرَادَ الخَيَّاطُ فَتْقَـهُ ، لم يكن لَهُ ذلك ، اِذا كانَتِ الخُيُوطُ مِن الثَّوْبِ اَو مِن المَالكِ . ولا اُجْرَةَ لَهُ ، لِاَنَّهُ عَمَلٌ لم يأذَنْ فيهِ المَالِكُ .

(١) ووجهُ تقديم قولِ الخَيَّاط : اَنَّ المالكَ يَدَّعي عليهِ حَقًّا ، وهو الاَرْشُ ؛ فهو غارِمٌ ؛ فَيُقَدَّمُ قولُهُ في نَفْيِهِ ، واِنْ لم يثبت لَهُ الأُجْرَةُ ؛ «المسالك : ٥ / ٢٣٤» .

كِتَابُ الوَكَالَةِ

وهي يَسْتَدعي بيانَ فُصُولٍ :

الاَوَّلُ

في : العَقْدِ

وهو ٱستِنَابَةٌ في التَّصَرُّفِ . ولابُدَّ في تحقُّقِهِ من إيجابٍ دَالٍّ على القَصْدِ؛ كقولِهِ : وكَّلتُكَ اَو ٱستَنَبْتُكَ اَو ماشَاكَلَ ذلك [1] .

ولو قالَ : وكِّلْتَني ؛ فقالَ : نَعَم ، اَو اَشَارَ بما يدُلُّ على الاِجَابةِ ، كَفَى في الاِيجابِ .

واَمَّا القَبُولُ : فَيَقَعُ باللَفظِ ؛ كقولِهِ : قَبِلْتُ ، اَو رَضِيْتُ ، اَو ما شَابَهَهُ ؛ وقد يكونُ بالفِعْلِ ؛ كما اِذا قالَ : وَكَّلتُك في البَيْعِ فَبَاعَ .

---

(١) الوَكَالةُ ـ بفتح الواوِ وكَسْرِها ـ : استِنَابَةٌ في التَّصَرُّفِ .

فالاِستِنَابةُ ؛ بِمَنْزِلَةِ الجِنْس ؛ يشمَلُ الاَمانات المالِكِيَّة ؛ كالوديعةِ ، والعاريَّةِ ، والقِرَاضِ ، وغيرِها .

وَخَرَجَ بِقَيْدِ التَّصَرُّفِ : الوديعةُ ؛ فاِنَّها اِستنَابَةٌ في الحفظِ خاصَّةً .

والوصِيَّةُ ؛ اِحداثُ وِلَايةٍ ، لاٱستِنَابة ؛ فهي خارِجَةٌ ، من اَوَّلِ الاَمر .

وبَقِيَ نحوُ القِراضِ والمُزَارَعةِ والمسُاقاةِ مُنْدَرِجًا في التَّعْرِيفِ ؛ وكاَنَّهُ اَرَادَ الاِستِنابةَ في التَّصرُّفِ بالذَّات ، فتخرُجُ هذهِ ؛ لِاَنَّ الاِستنابَةَ فيها ضِمْنِيَّةٌ اَو اِلْتِزَاميَّة ؛ والمقصودُ بالذَّات غيرُها ؛ ولو صَرَّحَ بالقَيْدِ كانَ حَسَنًا ؛ «المسالك : ٥ / ٢٣٧» .

ولو تأَخَّرَ القَبُولُ عن الاِيجابِ ، لم يقدَحْ في الصِّحَّةِ ؛ فإنَّ الغائبَ يُوكِّلُ والقَبُولُ يتأَخَّرُ .

ومِن شَرْطِها أَن تَقَعَ مُنَجَّزَةً ، فلو عُلِّقَتْ بِشَرْطٍ مُتَوَقَّعٍ [1] ، أَو وَقْتٍ مُتَجَدِّدٍ [2] ، لم تصِحَّ . نَعَم ، لو نَجَّزَ الوَكَالَةَ ، وشرَطَ تأخيرَ التصرُّفِ ، جازَ .

ولـو وكَّلَهُ في شِرَاء عبدٍ ، اِفتقَرَ الى وَصْفِهِ ، لِيَنْتَفِيَ الغَرَرُ . ولو وَكَّلَهُ مطلَقًا ، لم يصِحَّ على قولٍ ؛ والوجهُ الجوازُ .

وهي عَقْدٌ جائزٌ من طَرَفيهِ ؛ فَلِلْوَكيلِ أَن يَعْزِلَ نفسَهُ ، مع حُضُورِ المُوَكِّلِ ومع غَيْبَتِهِ . ولِلْمُوَكِّلِ أَن يَعْزِلَهُ ، بِشَرْطِ أَن يُعلِمَهُ العَزْلَ [3] .

ولو لم يُعلِمْهُ لَم يَنْعَزِل بالعَزْلِ ؛ وقيلَ : اِن تَعذَّرَ اِعلَامُهُ فأَشْهَدَ ، اِنْعَزَلَ بالعَزْلِ والاِشهادِ ؛ والأَوَّلُ أَظهَرُ .

ولو تَصَرَّفَ الوكيلُ قبلَ الاِعلامِ ، مضَى تصرُّفُهُ على المُوَكِّلِ . فلو وكَّلَهُ في اَستِيْفَاء القِصَاصِ ثم عزَلَهُ ، فاقتَصَّ قبلَ العِلْمِ بالعَزْلِ ، وقَعَ الاِقتِصَاصُ مَوْقِعَهُ [4] .

---

(١) كَقُدُومِ المُسَافِرِ ؛ «الرَّوضةُ ٤ / ٣٦٨» .

(٢) وهو : ماكانَ وجودُهُ في المُسْتَقْبَلِ مُحَقَّقًا ، كَطُلُوعِ الشَّمسِ ؛ «المسالك : ٥ / ٢٣٩ بتصرُّف» .

(٣) والمُـرَادُ بالعلـمِ هنـا : بُلُوغُـهُ الخَبَرَ بِقَوْلِ مَن يُقْبَلُ خَبَرُهُ ، وإن كان عَدْلًا ؛ «الرَّوضةُ : ٤ / ٣٧٠» .

(٤) هذا ، من فروعِ عَدَمِ اِنْعزالِهِ بِعَزْلِهِ من دون الاِعْلام ؛ والحُكْمُ حينئذٍ ظاهِرٌ .

وكان الأَنْسَبُ عطفَهُ عليهِ بالفاء لِيُفِيْدَ التَّفريعَ .

اِلَّا اَنَّ النُّسَخَ المُعْتَبَرةَ ـ كَنُسْخـة شيخنـا الشَّهيد الَّتـي قابَلَها بنُسْخَـةِ مُصَنِّفِهِ ـ بالواو ؛ «المسالك : ٥ / ٢٤٦» .

وتبطُلُ الوَكَالةُ بالمَوْتِ والجُنُونِ والاِغمَاءِ ، من كُلِّ واحدٍ منهما . وتبطُلُ وَكَالَةُ الوكيل [ورقة ١٠٠ لوحة أ] بالحَجْرِ على المُوَكِّل ، فيما يمنَعُ الحَجْرُ ، من التَّصَرُّفِ فيهِ ؛ ولا تبطُلُ الوَكَالَةُ بالنَّومِ وإن تَطَاوَلَ [١] .

وتبطُـلُ الوَكَالَةُ ، بِتَلَفِ ما تعلَّقَتِ الوَكَالةُ بهِ ، كَمَوْتِ العَبْدِ المُوَكَّلِ في بيعهِ ، وبِمَوتِ المرأَةِ المُوكَّلِ بطَلاقِها [٢] . وكذا لو فعَلَ المُوكِّلُ ما تعلَّقَتِ الوَكَالةُ بهِ [٣] .

والعِبَارةُ عن العَزلِ أَن يقولَ : عزَلتُكَ ، أَو أَزَلْتُ نِيَابَتَكَ ، أَو فَسَختُ ، أَو أَبطَلتُ ، أَو نَقَضْتُ ، وما جَرى مجرَى ذلك .

وإطلَاقُ الوَكَالَةِ ، يَقْتَضِي الاِبْتِيَاعَ بِثَمَنِ المِثْلِ ، بِنَقْدِ البَلَدِ ، حالًّا ؛ وأَن

---

(١) لِبَقَاءِ أَهْلِيَّةِ التَّصَرُّف ؛ ومِنْ ثَمَّ لاتثبتُ عليهِ بهِ ولايةٌ .

ومثلُهُ : السُّكْرُ ، إلَّا أَن يُشْتَرَطَ في الوكيلِ العَدَالة ؛ كوكيلِ وَلِيِّ اليَتِيْم ، ووليِّ الوقفِ العامِّ ، ووكيلِ الوكيل مُطْلَقًا ؛ فَتَبْطُلُ وكالتُهُ بالسُّكر الاِختياريّ . وكذا لو فَعَلَهُ المُوكِّلُ الَّذي تُشْتَرَطُ عَدَالَتُهُ .

وقَيَّدَ في اللُمعة : النَّومَ المُتَطَاوِلَ ، بأَن لا يُؤدِّي إلى الاِغْماء . وهو حَسَنٌ ؛ إلَّا أَنَّهُ خروجٌ عن موضعِ الفَرْض ؛ «المسالك : ٥ / ٢٤٧» .

(٢) المُرَادُ بِمُتَعَلَّق الوكالة : مادَلَّ عليهِ لَفْظُها ، مُطَابَقةً أَو تَضَمُّنًا .

فالأَوَّلُ : كما ذكَرَهُ المُصَنِّف ، من موتِ العَبْدِ المُوَكَّلِ في بيعهِ ، وموتِ المَرْأَة المُوَكَّل في طَلاقِها .

والثَّانـي : كَتَلَفِ الدِّينـار المُوَكَّـل في الشِّراء بهِ ؛ فإنَّ مُتَعَلَّقَ الوكالةِ حينئذٍ الشِّراءُ ، وكونُهُ بالدِّينار المُعَيَّن ؛ فإذا تَلِفَ الدِّينارُ ، بَطَلَتِ الوكالة ، لِفَوَاتِ مُتَعَلَّقِها في الموضعين ؛ «المسالك : ٥ / ٢٤٨» .

(٣) كمـا لـو وَكَّلَـهُ في بيـعِ عَبْـدٍ ثـم باعَهُ ؛ وفي حُكْمِهِ فِعْلُهُ ما يُنَافيها كعِتْقِهِ ؛ «الرَّوضة : ٤ / ٣٧١» .

يَبْتَاعَ الصَّحِيْحَ دونَ المعيبِ [1] . ولو خالَفَ لم يصِحَّ ، ووَقفَ على اِجَازَةِ المالكِ .

ولو باعَ الوَكيلُ بِثَمَنٍ ، فأنكَرَ المالكُ الاِذنَ في ذلك القَدَرِ ؛ كانَ القولُ قولَهُ مع يَمِينِهِ ، ثم تُستَعَادُ العَيْنُ اِن كانَتْ باقِيَةً ، ومثلُها اَو قيمَتُها اِن كانت تالِفَةً ؛ وقيلَ : يلزَمُ الدَّلَّالَ اِتْمَامُ ما حلَفَ عليهِ المالكُ ؛ وهو بعيدٌ .

فاِن تَصَادَقَ الوكيلُ والمُشْتَرِي على الثَّمَن ، ودَفَع الوكيلُ الى المُشْتَرِي السِّلْعَةَ فتَلِفَتْ في يدِهِ ، كان للمُوَكِّلِ الرُّجُوعُ على اَيِّهما شاءَ بقيمتِهِ .

لكن اِن رجَعَ على المُشْتَرِي ، لا يَرْجِعُ المُشْتَرِي على الوَكيلِ ، لِتَصْدِيْقِهِ لَهُ في الاِذنِ . واِن رجَعَ على الوكيلِ ، رجَعَ الوَكيلُ على المُشْتَرِي باَقلِّ الاَمرين ، من ثَمَنِهِ وما اَغتَرَمَهُ [2] .

واِطلَاقُ الوَكَالةِ في البَيْعِ ، يَقْتَضِي تَسْلِيمَ المَبيع ، لِاَنَّهُ مِن واجباتِهِ . وكذا اِطْلَاقُ الوَكَالةِ في الشِّرَاءِ ، يقتَضِي الاِذْنَ في تَسْلِيمِ الثَّمَنِ . لكن لا يقتَضِي الاِذنُ في البَيْع قبضَ الثَّمَن ، لِاَنَّهُ قد لايُؤمَنُ على القَبْضِ . وللوَكِيْلِ اَن يرُدَّ بالعَيْبِ ، لِاَنَّهُ مِن مَصْلَحَةِ العَقْدِ ، مع حُضُورِ المُوَكِّلِ وغَيْبَتِهِ [3] . ولومَنعَهُ

---

(١) لاخِلَافَ عندنا ؛ في اَنَّ اِطْلاقَ الوكالةِ بالشِّراء ، يَقْتَضِي شِرَاءَ الصَّحيحِ دون المَعِيْب ؛ ولاَنَّهُ المعهودُ عُرْفًا ؛ خُصُوصًا فيما يُشْتَرَى لِلْقُنْيَة .

وبهذا ؛ فارَقَتِ الوكالَةُ القِرَاض ... ؛ «المسالك : ٥ / ٢٤٩» .

(٢) اِذا حَلَف المُوَكِّلُ على نَفْي ما اَدَّعَاهُ الوكيلُ ، بَطَلَ البَيْعُ بالنِّسْبَةِ اِلى الوكيل .

واَمَّا المُشْتَرِي ؛ فاِن صادَقَ على الوكالةِ ، ثَبَتَ في حَقِّهِ كذلك ؛ واِلَّا فَلَا .

بل ، يَلْزَمُهُ اليمين على نفي العِلْم اِن ادُّعِيَ عليهِ ؛ فاِن نَكَلَ رُدَّتْ على المُوَكِّل ؛ وتوقَّف ثبوتُ البُطْلَان بالنِّسبَةِ اليه ، على يمينٍ اُخْرَى ؛ «المسالك : ٥ / ٢٥١» .

(٣) لِاَنَّ المُوَكِّلَ قد اَقامَهُ مَقَامَ نَفْسِهِ في هذا العَقْدِ ؛ والرَّدُّ بالعَيْبِ من لَوَازِمِه . =

المُوَكِّلُ ، لم يكُنْ لَهُ مُخَالَفَتُهُ [1] .

الثَّاني

في : مالاَ يَصِحُّ فيهِ النِّيَابَةُ ومايَصِحُّ

اَمَّا ما لاتَدْخُلُهُ النِّيَابَةُ

فَضَابِطُهُ : ما تَعَلَّقَ قَصْدُ الشَّارع بإيقَاعِهِ من المُكلَّفِ مُبَاشَرَةً [2] ؛ كالطَّهَارَةِ مع القُدرةِ ، وإن جازَتِ النِّيَابَةُ في غَسْلِ الاَعْضَاءِ عندَ الضَّرُوْرَةِ ؛ والصَّلَاةِ الواجبةِ مادامَ حيًّا ؛ وكذا الصَّومِ والإعتِكَافِ ؛ والحجِّ الواجبِ مع القُدْرَةِ ؛ والاَيمانِ ، والنُّذورِ ، والغَصْبِ ؛ والقَسْمِ بين الزَّوْجَاتِ ، لِاَنَّهُ يَتَضَمَّنُ اِستِمْتَاعًا [3] ؛ والظِّهارِ واللِعانِ ؛ وقضاءِ العِدَّةِ ؛ والجِنَايَةِ ؛ والإلتقاطِ

= ولِاَنَّ التَّوكيلَ ، لَمَّا لم يُنَزَّل اِلَّا على شِراءِ الصَّحيح ؛ فإذا ظَهَرَ العَيْبُ ، كانَ لَهُ الرَّدُّ وشِرَاءُ الصَّحيح ... ؛ «المسالك : ٥ / ٢٥٣» .

(١) لاشُبْهَةَ في بُطْلَانِ رَدِّهِ بالنَّهي المذكور ؛ لِاَنَّهُ اِبْطَالٌ للوكالَةِ فيما تَضَمَّنَتْهُ وعَزْلٌ له فيه ؛ وإذا جازَ عَزْلُهُ عن الوكالَةِ ، فَعَن بعضِ مُقْتَضَيَاتها اَوْلَى .

وفي حُكْمِهِ ؛ اِظْهَارُهُ الرِّضا بالمَعِيْب ، فإنَّهُ في معنى النَّهي عن الرَّدِّ .

واَرَادَ بذلك : الفَرْقَ بين الوكيلِ وعاملِ المُضَاربة ؛ حيثُ اِنَّهُ قد سَلَفَ : اَنَّهُ لَيْسَ للمالكِ مَنْعُهُ من الرَدِّ بالعَيْبِ ، وإن رَضِيَ بِهِ ؛ مع كونِ العاملِ في معنى الوكيل ؛ والفارِقُ اِنْحِصَارُ الحقِّ هنا في المُوَكِّلِ ، واَشتِرَاكُهُ في العامِل ؛ «المسالك : ٥ / ٢٥٤» .

(٢) المَرْجَعُ في مَعْرِفَةِ غَرَضِ الشَّارع في ذلك إلى : النَّقْل ؛ إذ ليسَ لَهُ قاعدةٌ كُلِّيَّةٌ لاتَنْخَرِمُ ، وإن كانَتْ بِحَسَبِ التَّقْرِيبِ مُنْحَصِرَةً فيما ذُكِرَ ؛ «المسالك ٥ / ٢٥٥» .

(٣) القَسْم ؛ هو ـ بفتحِ القاف ـ : مَصْدَرُ قَوْلِكَ : قَسَمْتُ الشيءَ . ولافَرْقَ فيهِ بين توكيلِ مَحْرَم الزَّوجةِ وغيرِهِ ؛ وإن كان يكفِي فيهِ مُجَرَّدُ الإقامة عندَهُنَّ . =

والإحتِطَابِ والإحتِشَاشِ ؛ وإقَامَةِ الشَّهَادَةِ ، إلَّا على وجهِ الشَّهَادَةِ على الشَّهَادَةِ [1] .

وأمَّا ماتَدْخُلُهُ النِّيَابَةُ

فَضَابِطُهُ : ماجُعِلَ ذَرِيْعَةً الى غَرَضٍ لايختَصُّ بالمُبَاشَرَةِ ، كالبَيْعِ ؛ وقَبْضِ الثَّمَنِ ؛ والرَّهْنِ ؛ والصُّلْحِ ؛ والحَوَالَةِ ؛ والضَّمَانِ ؛ والشَّرِكَةِ ؛ والوِكَالَةِ ؛ والعَارِيَّةِ ؛ وفي الأخذِ بالشُّفعَةِ ؛ والإبْرَاءِ ؛ والوَدِيْعَةِ ؛ وقَسْمِ الصَّدَقات ؛ وعَقْدِ [ورقة ١٠٠ لوحة ب] النِّكَاح ؛ وفَرْضِ الصَّدَاقِ ؛ والخُلْعِ والطَّلَاقِ وأستيفاءِ القِصَاص ، وقَبْضِ الدِّيَات ، وفي الجهادِ على وَجْهٍ ؛ وفي أسْتيفاءِ الحُدُودِ مُطْلَقًا [2] ؛ وفي إثْبَاتِ حُدُودِ

= لِمَا نَبَّهَ عليهِ بقولهِ : «لِأَنَّهُ يَتَضَمَّنُ أستمتاعًا» ؛ أي : تَلَذُّذًا وأنْتِفَاعًا للزَّوجةِ بهِ ؛ ولايَتِمُّ بدونِ الزَّوج ... ؛ «المسالك : ٥ / ٢٥٧» .

(١) الأوْلَى : كونُ الإستثناء مُنْقَطِعًا ؛ لِأَنَّ الشَّهادةَ على الشَّهادةِ ليستْ بطريقِ الوكالة ؛ بل ، هي شهادةٌ بكونِ فُلَانٍ شاهدًا .

نعم ، فيها مُشَابَهَةٌ للوكالَةِ ، من حيثُ الصُّورة ، بِسَبَبِ أستنادِ الجوازِ إلى قولِ الشَّاهدِ الأصْل .

وبِسَبَبِ هذهِ المُلَامَحَة ؛ يُمْكِنُ كونُ الإستِثناءِ مُتَّصِلًا ، بجعلِها من أفْرَادِها مَجَازًا ؛ «المسالك : ٥ / ٢٥٧» .

(٢) أي : سَوَاءٌ كانت حُدُودَ الآدَمِيِّين ؛ كَحَدِّ السَّرِقةِ ، والقَذْفِ .

أم حدودِ الله تَعَالى ؛ كَحَدِّ الزِّنا .

والمُرَادُ : أستيفاؤها بعد ثُبُوتِها عند الحاكِم ؛ بمعنى : مُبَاشَرَتِها ، أو تحصيلها ؛ ولا فَرْقَ في ذلك ، بين حُضُورِ المُسْتَحِقِّ وغَيْبَتِهِ .

وَنَبَّهَ بِقولهِ : «مُطْلَقًا» ،على خِلَافِ بعض العَامَّة ؛ المانعِ من التَّوْكِيْل في أستِيْفَاءِ حدودِ الآدَمِيِّين في غَيْبَةِ المُسْتَحَقِّ . لِأَنَّهُ لايُتَيَقَّنُ بقاءُ الاستِحقاق ، لِجَوازِ العَفْوِ ؛ ولِأَنَّهُ رُبَّما =

الآدَمِيِّين ، اَمَّا حُدُودِ الله سُبْحَانَهُ فَلَا ؛ وفي عَقْدِ السَّبْقِ والرِّمَايَةِ ؛ والعِتْقِ والكِتَابَةِ والتَّدْبِيْرِ ؛ وفي الدَّعوى ؛ و [في] اِثْبَاتِ الحُجَجِ والحُقُوقِ .

ولو وكَّلَ على كُلِّ، قليلٍ وكثيرٍ؛ قيلَ: لايصِحُّ، لِمَا يتطَرَّقُ من [آحتمالِ] الضَّرَرِ ؛ وقيلَ : يَجُوزُ ، ويَنْدَفِعُ الخَيَالُ [1] باعتبار المَصْلَحةِ ، وهو بَعِيدٌ عن مَوضعِ الفَرْضِ [2] .

نعم ، لو وكَّلَهُ على [كُلِّ] ما يَمْلِكُ صَحَّ ، لِاَنَّهُ يُنَاطُ بالمَصْلَحَةِ .

الثَّالثُ

[في :] المُوَكِّلِ

يُعْتَبرُ فيهِ : البُلُوغُ ؛ و [كمالُ] العَقْلِ ؛ واَن يكونَ جائزَ التَّصَرُّفِ فيما وكَّلَ فيهِ ، مِمَّا تصِحُّ فيهِ النِّيَابةُ .

فلا تَصِحُّ وَكَالَةُ الصَّبِيِّ ، مميِّزًا كانَ اَو لم يَكُن . ولو بَلَغَ عشرًا ، جازَ اَن

= رَقَّ قَلْبُهُ بحُضُورِهِ فَيَعْفو .

ويُضَعَّفُ ؛ بأَنَّ الاَصْلَ البَقَاءُ ، والاِحتِمَالُ لا اَثرَ لَهُ مع حضورهِ ، ولا يَنْهضُ مانِعًا ؛ لِاَنَّ الغَرَضَ استِحْقَاقُهُ الآن ، ومُطَالَبَتُهُ بِهِ نِيَابةً ؛ «المسالك : ٥ / ٢٥٧ ـ ٢٥٨» .

(١) في النُّسخ المُتَدَاولة : الحال ؛ وكذا في «المسالك : ٥ / ٢٥٩» .

والَّذي في الجواهر : ٢٧ / ٣٨٤ : «الاحتِمَالُ» .

(٢) فاِنَّ الفَرْضَ كونُهُ وكيلًا في كُلِّ شيءٍ ، فَيَدْخُلُ فيهِ عِتْقُ عَبِيْدِهِ وتطليقُ نسائِهِ وهِبَةُ اَمْلَاكِهِ ونحوُ ذلك مِمَّا يُوجِبُ الضَّرَرَ ؛ والتَّقْيِيدُ خروجٌ عن الكُلِّيَّة .

وجَوَابُهُ : اَنَّ القيدَ مُعْتَبَرٌ واِنْ لم يُصَرِّح بهذا العُمُوم ، حتَّى لَو خَصَّصَ بفردٍ واحدٍ تَقَيَّدَ بالمَصْلَحَةِ ، فكيفَ بِمِثْلِ هذا العَامِّ المُنْتَشِر ؟ ؛ «المسالك : ٥ / ٢٥٩» .

يُوَكِّلَ فيما لَهُ التَّصَرُّفُ فيهِ [1] ، كالوَصِيَّةِ والصَّدَقَةِ والطَّلَاقِ ، على رِوَايةٍ . وكذا يجوزُ اَن يَتوكَّلَ فيهِ .

وكذا لاتَصِحُّ وَكَالَةُ المَجْنُونِ. ولو عرَضَ ذلكَ بعدَ التَّوْكِيلِ ، اَبطَلَ الوَكَالةَ.

ولِلْمُكَاتَبِ اَن يُوَكِّل ،لِاَنَّهُ يملكُ التَّصَرُّفَ في الاِكْتِسَابِ .

وليسَ للعَبْدِ القِنِّ اَن يُوكِّلَ ، اِلَّا بِاذنِ مَوْلاه [2] . ولو وكَّلَهُ اِنسانٌ في شراءِ نفسِهِ مِنْ مَوْلَاهُ صَحَّ . وليسَ للوَكِيْلِ اَن يُوَكِّلَ عن المُوَكِّلِ اِلَّابِاِذْنِهِ [3] .

ولو كانَ المَمْلُوكُ مأذونًا لَهُ في التِّجَارةِ ، جازَ اَن يُوكِّلَ فيما جَرَتِ العَادَةُ بالتَّوكيلِ فيهِ ، لِاَنَّهُ كالمأذونِ فيهِ . ولايجوزُ اَن يُوكِّلَ في غيرِ ذلك ، لِاَنَّهُ يَتَوَقَّفُ على صَريح الاِذنِ مِن مَوْلاهُ. ولَهُ اَن يُوكِّلَ فيما يجوزُ اَن يَتصرَّفَ فيهِ، من غيرِ اِذن مولاهُ ، مِمَّا تَصِحُّ فيهِ النِّيَابَةُ كالطَّلَاقِ .

وللمَحْجُورِ عليهِ ، اَن يُوَكِّلَ فيما لَهُ التَّصرُّفُ فيهِ ، مِن طَلَاقٍ وخُلعٍ

---

(١) بناءً على جَوَازِ تَصَرُّفِهِ في هذهِ الاَشياءِ مُبَاشَرَةً ؛ فَجَازَتِ الاِستِنَابةُ ؛ والاَقوى : المَنْعُ منهما ؛ «المسالك : ٥ / ٢٦٠» .

(٢) القِنُّ ؛ اِنْ قُلْنا : اِنَّهُ يَمْلِكُ ، فلايجوزُ توكيلُهُ فيما يَمْلِكُهُ اِلَّا بِاِذْنِ مولاه ؛ لِثُبُوتِ الحَجْرِ عليهِ .

واِن اَحَلْنَا مِلْكَهُ ، فتوكيلُهُ اِنَّما يكونُ في حَقِّ مولاه ؛ فاِن لم يكن مأذونًا ، لم يصِحَّ توكيلُهُ مُطْلَقًا ؛ اِذْ لَيْسَ لَهُ التَّصَرُّفُ مُبَاشَرَةً ، فلايجوزُ وكالَتُهُ .

نعم ، يجوزُ لَهُ التَّوكِيْلُ ، فيما يَمْلِكُ مُبَاشرَتَهُ بدونِ اِذْنِهِ ، كالطَّلاق .

واِنْ كـان مأذونًـا ، جَـازَ لَـهُ التَّوكيلُ فيما جَرَتِ العادَةُ بالتَّوكيلِ فيهِ خاصَّة ؛ وسيأتي ؛ «المسالك : ٥ / ٢٦٠ ـ ٢٦١» .

(٣) وفي النُّسخ المُتَدَاولة : اِلَّا بِاِذْنِ المُوَكِّل ؛ وفي : «المسالك : ٥ / ٢٦١» : اِلَّا بِاِذنٍ من المُوَكِّل .

وفي الجواهر : اِلَّا بِاِذنٍ منهُ .

وما شَابَهَهُ .

ولايُوكِّلُ المُحْرِمُ : في عَقْدِ النِّكاحِ ، ولا اَبتِيَاعِ الصَّيْدِ .

وللاَبِ والجدِّ اَن يوكِّلا عن الوَلَدِ الصَّغيرِ .

وتَصِحُّ الوَكَالَةُ في الطَّلاقِ للغَائبِ اِجماعًا ، ولِلْحَاضر على الاَظهر .

ولو قالَ المُوَكِّلُ : اِصْنَع ما شِئْتَ ، كان دالًّا على الاِذنِ في التَّوكيلِ ، لِاَنَّهُ تَسْلِيْطٌ على ما تَتَعلَّقُ بِهِ المَشِيْئَةُ .

ويُسْتَحَبُّ : اَن يكونَ الوكيلُ تامَّ البَصِيْرَةِ فيما وُكِّلَ فيهِ ، عارِفًا باللُّغَةِ التي يُحَاوِرُ بِها [1].

وينبغي لِلْحَاكمِ اَن يوَكِّلَ عن السُّفَهَاءِ ، مَن يتوَلَّى الحُكُومَةَ عنهم .

ويُكرَهُ : لِذَوِي المُرُوَّاتِ اَن يَتولَّوا المُنَازَعَةَ بِنُفُوسِهم [2] .

---

(١) اَي : يكونَ لَهُ بصيرةٌ تامَّةٌ ومَعْرِفةٌ باللُّغَةِ الَّتي تَتَعَلَّقُ بعينِ ماوُكِّلَ فيهِ ، لِيَكُونَ مَلِيًّا بتحقيقِ مُرَادِ المُوَكِّل .

وقالَ اَبنُ البَرَّاج : اِنَّ ذلك واجبٌ .

وهو ظاهِرُ اَبي الصَّلاح ؛ وهو ضعيفٌ ؛ «المسالك : ٥ / ٢٦٤» .

(٢) المُرَادُ بهم : اَهْلُ الشَّرَفِ والمَنَاصِبِ الجَلِيْلَةِ ، الَّذين لا يَلِيْقُ بِهِم الاِمْتِهَانُ .

ورُوِيَ : اَنَّ عِلِيًّا «عليهِ السَّلام» ؛ وَكَّلَ عَقِيلًا في خُصُومةٍ وقالَ : «اِنَّ للخُصُومَةِ قُحْمًا ، واِنَّ الشيطانَ لَيَحضَرُها ؛ واِنِّي لاَكْرَهُ اَن اَحْضَرَها» .

قالَ في الصِّحاح : «القُحْمَةُ ـ بالضَّمِّ ـ : المَهلَكة ؛ وللخُصُومةِ قُحْمٌ ؛ اَي اَنَّها تُقْحِمُ بِصَاحِبِها على مالا يُرِيْدُهُ ؛ «المسالك : ٥ / ٢٦٥» ؛ ويُنظر : «تاريخ المدينة المُنَوَّرة : ٣ / ١٠٤٢» .

الرَّابعُ

[في : الوَكِيْلِ]

الوَكِيْلُ : يُعتَبَرُ فيهِ البُلُوغُ ، وكَمَالُ العَقْلِ ، ولو كانَ فاسِقًا اَو كافِرًا اَو مُرْتَدًّا .

ولو اَرتَدَّ المُسْلِمُ ، لم تَبْطُلْ وَكَالَتُهُ ؛ لِاَنَّ الاِرْتِدَادَ لا يَمْنَعُ الوَكَالَةَ اِبْتِدَاءً ، وكذلك اَستِدَامَةً .

وكُلُّ ما لَهُ اَن يَلِيَهُ بنفسِهِ ، وتَصِحُّ النِّيَابَةُ فيهِ ، صَحَّ اَن يكونَ فيهِ وكيلًا . فَتَصِحُّ وَكَالَةُ المَحْجُورِ [ورقة ١٠١ لوحة اَ] عليهِ لِتبذيرٍ اَو فَلَسٍ . ولا تَصِحُّ نِيَابَةُ المُحرِمِ ، فيما لَيْسَ للمُحْرِمِ اَن يَفْعَلَهُ ، كابْتِيَاعِ الصَّيْدِ واِمْسَاكِهِ وعَقْدِ النِّكَاحِ [1] .

ويجوزُ اَن تَتوكَّلَ المَرَاَةُ في طَلَاقِ غيرِها . وهل تَصِحُّ في طلاقِ نفسِها ؟ قيل : لا ؛ وفيهِ تردُّدٌ .

وتَصِحُّ وكالتُها في عَقْدِ النِّكاحِ ، لِاَنَّ عِبَارَتَها فيهِ مُعْتَبَرَةٌ عِنْدَنا [2] .

---

(١) هذا ضابطُ مايجوزُ الوكالَةُ فيهِ ؛ بمعنى : اَن يكون وكيلًا .

واَحْتَرَزَ بقولِهِ : «وتَصِحُّ النِّيَابَةُ فيهِ» ؛ عَمَّا يَصِحُّ اَن يَلِيَهُ بنفسِهِ من العِبَادات ، وما وافَقَها من الاَحكام التَّي لاتَصِحُّ النِّيَابَةُ فيها ؛ مع اَنَّ للاِنْسان اَنْ يَلِيَها بِنَفْسِهِ .

ودَخَلَ فيهِ المَحْجُورُ عليهِ ، لِسَفَهٍ وفَلَسٍ ؛ فاِنَّهما يَلِيَان لِاَنْفُسِهِمابعضَ الاَفْعَالِ ، فَتَصِحُّ وكالتُهما فيها ؛ بل ، في غَيْرِها اَيْضًا.

وخَرَجَ توكُّل المُحْرِم في حفظِ الصَّيْدِ وشِرائِهِ ؛ اِذْ ليسَ لَهُ اَنْ يَلِيَهُ لِنَفْسِهِ ، كما مَرَّ ؛ «المسالك : ٥ / ٢٦٧» .

(٢) نَبَّهَ بذلك على خِلَافِ الشَّافِعِيّ ؛ فاِنَّهُ مَنَعَ من تَوَكُّلِها فيهِ اِيجابًا وقبولًا ، كالمُحْرِمِ ؛ ولَيْسَ بشيء ؛ «المسالك : ٥ / ٢٦٧» .

وتجوزُ وَكَالةُ العَبْدِ إذا أَذِنَ مَوْلاهُ ، ويجوزُ أن يُوَكِّلَهُ مَوْلاهُ في إعتاقِ نفسِهِ [1] . ولا تُشْتَرَطُ عَدَالَةُ الوَلِيِّ ، ولا الوكيلُ في عَقْدِ النِّكَاحِ .

ولا يَتَوَكَّلُ الذِّمِّيُّ على المُسْلِم لِلذِّمِّيِّ ولا للمُسْلِم ، على القولِ المَشْهورِ [2] . وهل يَتَوَكَّلُ المُسْلِمُ للذِّمِّيِّ على المُسلم ؟ فيهِ تردُّدٌ ؛ والوجهُ الجَوَازُ على كَرَاهِيَةٍ . ويجوزُ أن يَتَوَكَّلَ للذِّمِّيِّ على الذِّمِّيِّ .

ويَقْتَصِرُ الوكيلُ من التَّصَرُّفِ على ما أُذِنَ لَهُ فيهِ ، وما تَشْهَدُ العادَةُ بالإذن فيهِ . فلو أمرَهُ ببيعِ السِّلْعَةِ بدينارٍ نَسِيئَةً ، فباعَها بدينارين نقدًا ، صَحَّ . وكذا لو باعَها بدينارٍ [نقدًا] ، إلَّا أن يكونَ هناك غَرَضٌ صحيحٌ يتعلَّقُ بالتَّأجيل . أمَّا لو أمَرَهُ ببيعهِ حالًّا ، فباعَ مؤجَّلًا لم يصِحَّ ، ولو كانَ أكثرَ [3] مِمَّا عَيَّن ، لِأَنَّ الأغْرَاضَ تتعلَّقُ بالتَّعْجيل . ولو أمَرَهُ ببيعهِ في سُوقٍ مَخْصُوصَةٍ ، فَبَاعَ في غيرِها بالثَّمَنِ الَّذي عَيَّنَ لَهُ ، أو مع الإطلاقِ بِثَمَنِ المِثْلِ ، صَحَّ ؛ إذ الغَرَضُ تحصيلُ الثَّمَن .

أمَّا لو قالَ : بِعْهُ من فُلَانٍ فَبَاعَهُ من غيرِهِ ، لم يصِحَّ ولو تَضَاعَفَ الثَّمَنُ ، لِأَنَّ الأغرَاضَ في الغُرَمَاء تَتَفَاوَتُ [4] . وكذا لو أمَرَهُ أن يشتَرِيَ بعينِ المالِ ،

---

(١) الكَلَامُ في تولِّيهِ إعْتَاقَ نفسهِ ، كالكَلَامِ في توكيلِهِ في شِرَاء نفسهِ من مولاه ؛ فإنَّهُ يَحْتَمِلُ المَنْعَ ؛ من حيثُ إنَّ المُعْتِقَ مُغَايِرٌ للمُعْتَقِ .

والحَقُّ : الجَوَازُ ، والاكتِفَاءُ بالمُغَايَرَةِ الإعتباريَّة ؛ «المسالك : ٥ / ٢٦٩» .

(٢) لِاستلزامِهما إثباتَ السَّبيلِ للكَافِرِ على المُسْلِمِ ؛ المَنْفِيِّ بالآية : ﴿ لن يجعلَ الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ﴾«الرَّوضة : ٤ / ٣٧٨ جمعًا بين المتن والهامش»؛ ويُنظر : «المسالك : ٥ / ٢٦٩ ـ ٢٧٠» .

(٣) في المسالك والجواهر : «بأكثر» .

(٤) الغَرَضُ في تعيينِ الأشخاص أكْثَرِيٌّ؛ فلايجوزُ التَّخَطِّي مع الإطْلَاقِ قطعًا ؛ سواءٌ عُلِمَ =

فاشتَرى في الذِمَّةِ ، اَو في الذِمَّةِ فاشترَى بالعَيْنِ ، لِاَنَّهُ تَصَرُّفٌ لم يُؤْذَن فيهِ ، وهو مِمَّا تَتَفَاوَتُ فيهِ المَقَاصِدُ .

وإذا اَبْتَاعَ الوَكِيلُ ، وقَعَ الشِّرَاءُ عن المُوَكِّلِ ، ولا يدخُلُ في مِلْكِ الوكيل ، لِاَنَّهُ لو دَخَلَ في مِلْكِهِ ، لَزِمَ اَن يَنْعَتِقَ عليهِ اَبوهُ ووَلَدُهُ لو اَشتراهما ، كما يَنْعَتِقُ اَبو المُوَكِّلِ وَوَلَدُهُ .

ولو وكَّلَ مُسْلِمٌ ذِمِّيًّا في اَبتِيَاع خَمْرٍ ، لم يصِحَّ [1] .

وكُلُّ موضعٍ ، يَبْطُلُ الشِّرَاءُ لِلمُوَكِّلِ ؛ فاِن كانَ سمَّاهُ عندَ العَقْدِ ، لم يَقَعْ عن اَحدِهِما [2] ؛ واِن لم يكُن سَمَّاهُ ، قُضِيَ بهِ على الوكيلِ في الظَّاهرِ .

وكذا لو اَنكَرَ المُوَكِّلُ الوَكَالَةَ ؛ لكن اِن كانَ الوَكيلُ مُبْطِلًا فالمِلْكُ لَهُ ، ظاهِرًا وباطِنًا ؛ واِن كانَ مُحِقًّا كان الشِّرَاءُ للمُوَكِّلِ باطنًا [3] .

وطريقُ التَّخَلُّصِ اَن يقولَ المُوَكِّلُ : اِن كانَ لي فَقَد بعتُهُ من الوَكِيْلِ ،

= الغَرَضُ اَم جُهِلَ الحالُ ، اَم عُلِمَ اِنْتِفَاءُ الغَرَضِ على ما يَظْهَرُ من اِطْلَاقِهِم ؛ لِنُدُورِ الفَرْض ، ووقوفًا مع الاِذْن ؛ «المسالك : ٥ / ٢٧٢» .

(١) كما يُشْتَرَطُ كونُ الوكيلِ قادِرًا على اَن يَلِيَ الفِعْلَ لِنَفْسِهِ ؛ يُشْتَرَطُ كونُ المُوَكِّلِ كذلك ؛ فلا يكفِي جَوَازُ تَصَرُّفِ اَحَدِهما دونَ الآخَر ...

وقد تَقَدَّمَ مِثْلُهُ ؛ في توكِيْلِ المُحْرِمِ مُحِلًّا في شِرَاء صَيْدٍ وبَيْعِهِ ؛ «المسالك : ٥ / ٢٧٣» .

(٢) اَمَّا عَدَمُ وقوعِهِ عن الوَكيل ؛ فَلِاَنَّ العَقْدَ تابِعٌ لِلْقَصْدِ ، وقد خَصَّ الشِّرَاءَ بالمُوَكِّلِ لَفْظًا ونِيَّةً ، فَلَا يَقَعُ عنهُ .

واَمَّا عَدَمُ وُقُوعِهِ عن المُوَكِّل ، فَلِمُخَالَفَةِ اَمْرِهِ ، فلايكونُ ما وَكَّلَ فيهِ واقعًا ، فَيَكُونُ فُضُولِيًّا ؛ «المسالك : ٥ / ٢٧٤» .

(٣) هـذهِ المسألَةُ ؛ قـد تَقَدَّمت في مواضـعَ جُزئِيَّةٍ كثيرًا ؛ وهُنَا اَتَى فيها بِضَابطٍ كُلِّيٍّ ... ؛ «المسالك : ٥ / ٢٧٥» .

فيَصِحُّ البيعُ ، ولايكونُ هذا تعليقًا للبَيْعِ على الشَّرْطِ ويَتَقَاصَّان [1] .

وإن آمتَنَعَ المُوَكِّلُ من البَيْع ، جازَ أن يَسْتَوفِيَ عِوَضَ ما أدَّاهُ الى البائعِ عن موكِّلِهِ من هذِهِ السِّلْعةِ ، ويَرُدَّ ما يفضُلُ عليهِ أو يَرْجِعَ بما يفضُلُ لَهُ .

ولو وكَّلَ إثنين ، فإن شرَطَ الإجتِمَاعَ ، لم يَجُز لِأَحَدِهما أن يَنْفَرِدَ [ورقة ١٠١ لوحة ب] بشيءٍ من التَّصَرُّفِ ،وكذا لو أطْلَقَ . ولو ماتَ أحدُهُما بَطَلَتِ الوَكَالَةُ ، وليسَ للحاكِمِ أن يَضُمَّ اليهِ [2] [أميناً] .

أمَّا لوشَرَط الإنفِرادَ ، جازَ لِكُلٍّ منهما أن يَتَصَرَّفَ غيرَ مُسْتَصْحِبٍ رأيَ صاحبِهِ .

ولو وَكَّلَ زَوْجَتَهُ ، أو عَبْدَ غيرِهِ ، ثم طَلَّقَ الزَّوْجَةَ وأعتِقَ العَبْدُ ، لم تبطُلِ

---

(١) إنَّما لم يكن ذلك شرطًا ؛ مع كونهِ بِصيغتهِ ؛ لِأَنَّ الشَّرْطَ المُبْطِلَ ما أوجَبَ توقُّفَ العَقْدِ ، على أمْرٍ يُمْكِنُ حُصُولُهُ وعَدَمُهُ .
وهذا أمْرٌ واقِعٌ ، يَعْلَمُ المُوَكِّلُ حالَهُ ؛ فلا يضُرُّ جعلُهُ شَرْطًا .
وكذا القولُ في كُلِّ شَرْطٍ عُلِمَ وُجُودُهُ ؛ كقولِ البائع يومَ الجُمعة مع عِلْمِهِ بِهِ : «إن كانَ اليومُ الجمعةَ فقد بِعْتُكَ كذا» .
ومِثْلُـهُ قولُ مُنْكِرِ التزويج أو الوكالة عقيبَ دعوى الزَّوجةِ : «إن كانت زوجتي فهي طالِق» .
ولو أوْقَعَ البيعَ أو الطَّلَاق من غيرِ تعليقٍ على الشَّرْط ، صَحَّ أيْضًا ، ولم يكُن إقْرَارًا بالتَّوكيل وفاقًا للتَّذكرة ؛ «المسالك : ٥ / ٢٧٦» .

(٢) ونَبَّهَ بقولهِ :«وليْسَ للحاكِمِ أنْ يَضُمَّ إليهِ» ؛ على الفَرْقِ أيْضًا بين الوَصِيِّ والوكيل ؛ حيثُ إنَّ موتَ أحَدِ الوصيَّيْن على الإجْتماع ؛ يُجَوِّزُ للحاكمِ الضَّمَّ . والفَرْقُ ؛ أنَّهُ لاوِلايةَ للحاكم هنا على المُوَكِّل ؛ بِخِلَافِ المُوْصي ؛ لِأَنَّ النَّظَرَ في حَقِّ المَيِّتِ واليتيم إليه .
وإذا تَعَذَّرَ أحَدُ الوصيَّين ، صارَ الآخَرُ بالنِّسبَةِ إلى التَّصَرُّفِ بِمَنْزِلَةِ عَدَمِ الوَصِيِّ ، إذ لم يُرْضَ برَأيِهِ مُنْفَرِدًا ، فَيُشَارِكُهُ الحاكِمُ بِنَصْبِ شريكٍ ؛ «المسالك : ٥ / ٢٧٧ ـ ٢٧٨» .

الوَكَالَةُ [1] .

اَمَّا لو اَذِنَ لِعَبْدِهِ في التَّصَرُّفِ في مالِهِ [2] ، ثم اَعتَقَهُ ، بَطَلَ الاِذْنُ ، لِاَنَّهُ ليسَ على حَدِّ الوَكَالةِ ، بل هو اِذْنٌ تابعٌ لِلْمِلْكِ .

واِذا وكَّلَ اِنْسَانًا في الحُكُومةِ ، لم يكن اِذنًا في قَبْضِ الحَقِّ ، اِذ قد يُوَكَّلُ مَن لا يُستَأمَنُ على المالِ . وكذا لو وَكَّلَهُ في قَبْضِ المَالِ ، فَاَنْكَرَ الغريمُ ، لم يكن ذلك اِذنًا في مُحَاكَمَتِهِ ، لِاَنَّهُ قد لا يُرْتَضى لِلخُصُومَةِ .

فـــرعٌ

لو قالَ : وكَّلتُكَ في قَبْضِ حَقِّي من فُلَانٍ فماتَ ، لم يكن لَهُ مُطَالَبَةُ الوَرَثَةِ .

اَما لو قالَ : وَكَّلْتُكَ في قَبْضِ حَقِّي الَّذي على فُلَانٍ ، كان لَهُ ذلك [3] .

ولو وكَّلَهُ في بيعٍ فاسِدٍ لم يملِكِ الصحيحَ ، وكذا لو وَكَّلَهُ في اَبْتِيَاعِ

---

(١) اِذ لا مَدْخَلَ للعُبُوديَّةِ والزَّوجيَّةِ في صِحَّةِ الوكالة .

نعم ، لو باعَهُ ، توقَّفَ فعلُهُ على اِذْنِ المُشْتَرِي ، كما لو وَكَّلَ عبدَ غَيْرِهِ اِبْتِداءً ، حتَّى لورَدَّ الوكالةَ بَطَلَتْ ؛ «المسالك : ٥ / ٢٧٨» .

(٢) في المسالك والجواهر : «بمالِهِ» .

(٣) الفرقُ بين الصِّيْغَتَين ؛ اَنَّ «مِن» مُتَعَلِّقَةٌ بفعلِ الاَمْرِ وهو «اِقْبِض» .

ومَبْدَؤها : المديونُ ، ففيها تَعْيينٌ لِمَبْدأ القَبْضِ ومَنْشَئِهِ ، وهو فُلَانٌ المديونُ .

فلايَتعدَّى الاَمرُ اِلى وَارِثِه ، لِاَنَّ قبضَهُ من الوارث ليس قَبْضًا من المديون ...

واَمَّا «الَّذي على فُلَانٍ» ؛ فاِنَّ جُمْلَةَ الموصولِ والصِّلَةِ فيهِ ، صِفَةٌ لِلحَقِّ ، وليسَ فيهِ تعيينٌ لِلْمَقْبُوضِ منهُ بوجهٍ .

بل ، الاذنُ تعلَّقَ بِقَبْضِ الحَقِّ الموصوفِ بكونِهِ في ذِمَّةِ زيدٍ ، فالوكيلُ يَتْبَعُ الحقَّ حيثُ ما اَنْتَقَلَ ؛ «المسالك : ٥ / ٢٧٩ ـ ٢٨٠» .

مَعِيْبٍ .

وإذا كان لإنسانٍ على غيرِهِ دَيْنٌ ، فوَكَّلَهُ أن يَبْتَاعَ لَهُ به مَتَاعًا جازَ ، ويبرأُ بالتَّسليمِ الى البائعِ [1] .

الخامسُ

في : مَابِهِ تَثْبُتُ الوَكَالَةُ

ولايُحكَمُ بالوَكَالةِ بدعوى الوَكِيْلِ ، ولا بِمُوَافَقَةِ الغَريم ، مالم يُقِم بذلك بَيِّنَةً ؛ وهي شاهدان . ولاتَثْبُتُ بِشَهَادَةِ النِّساءِ ، ولا بِشَاهدٍ [واحدٍ] وٱمرأتين ، ولابِشَاهدٍ ويمينٍ ، على قَوْلٍ مشهورٍ [2] . ولو شهدَ أحَدُهما

---

(١) إنَّما توقَّفَتِ البَرَاءةُ على التَّسليم إلى البائع ؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ لايَتَعَيَّنُ ، إلَّا بِتَعْيين مالِكِه ، أو مَن يقومُ مُقَامَهُ ، ومالِكُهُ لم يُعَيِّنهُ ، إلَّا على تقديرِ جعلهِ ثَمَنًا ؛ لِأَنَّ الباءَ تقتضي المُقَابَلَة ، ولا يصيرُ ثمنًا مع كونهِ في الذِّمَّة ، بحيثُ يتحقَّقُ البَرَاءَةُ منهُ ، إلَّا بقبضِ البائع لَهُ .

وبِتَقْدِيرِ إفْرَازِهِ قَبْلَ الشِّراء وصِحَّتِهِ ، لاتتحَقَّقُ البَرَاءةُ منه ، إلَّا بقَبْضِ المالكِ لَهُ ، أو مَن يقومُ مُقَامَهُ ، وليسَ هنا إلَّا قَبْضُ البائع .

إلَّا أنَّ هذا القِسْمَ خارِجٌ عن موضعِ الفَرْض ؛ لِمَا تَقَرَّرَ مِن أنَّ مُقْتَضى الشِّراء بالدَّيْن ، جعلُهُ عوضًا ؛ ولا دَلالة في اللَّفْظِ على إفرَازِهِ ، فيُقتصَرُ على موضعِ اليقين . ولامانِعَ من جعلهِ على هذا الوجه ، ثَمَنًا للمبيعِ في الجملة ؛ «المسالك : ٥ / ٢٨١» .

(٢) هذا هو المَذْهبُ ، ولا نَعْلَمُ فيهِ مُخَالِفًا .

ولِأَنَّ مُتَعَلَّقَ الشَّاهدِ واليمينِ ، والشَّاهدِ والمرأتين ، الحقُوقُ المالِيَّةُ .

والغَرضُ من الوكالة : الولايةُ على التَّصَرُّف ؛ والمالُ قد يَتَرَتَّبُ عليها ، لكِنَّهُ غيرُ مقصودٍ بالذَّات مِن ماهيَّتِها .

ويُشْكِلُ الحُكْمُ فيما لو ٱشتَمَلَتِ الدَّعوى على الجِهَتَيْن ؛ كما لو ٱدَّعى شَخْصٌ على آخر وكالةً بجُعْلٍ ، وأقَامَ شاهدًا وٱمْرَأتين ، أو شاهدًا وحَلَفَ معهُ . =

بالوكالةِ في تاريخٍ ، والآخرُ في تاريخٍ آخرَ ، قُبِلَتْ شَهَادَتُهما نَظَرًا اِلى العَادةِ في الاِشهادِ ، اِذْ جَمْعُ الشُّهودِ لذلكَ في الموضعِ الواحدِ قد يَعْسُر . وكذا لو شهِدَ اَحدُهُما اَنَّهُ وكَّلَهُ بالعَجَمِيَّة ، والآخرُ بالعَرَبِيَّة ، لِاَنَّ ذلك يكونُ اِشارةً اِلى المعنى الواحـدِ . ولو اَختَلَفَا في لَفْظِ العَقْدِ ، بأَن يشهَدَ اَحدُهُما اَن المُوَكِّلَ قالَ : وكَّلتُكَ ، ويشهدَ الآخرُ اَنَّهُ قالَ : اِستَنبتُك ، لم تُقبَل ، لِاَنَّها شهادةٌ على عَقْدَين ، اِذ صيغةُ كُلِّ واحدٍ منهما مُخَالِفَةٌ للاُخرى ؛ وفيهِ تردُّدٌ ؛ اِذ مرجعُهُ اِلى اَنَّهما شَهِدا في وَقْتَيْن [1] . اَمَّا لو عَدَلا عن حِكَايةِ لَفْظِ المُوَكِّلِ واَقتَصَرا على اِيرادِ المعنى جازَ ، واِن اَختَلَفَت عِبارَتُهما . واِذا عَلِمَ الحاكمُ بالوَكالةِ ، حَكَمَ فيها بعلمِهِ .

= والظَّاهِرُ حينئذٍ ؛ اَنَّهُ يَثبُتُ المالُ لا الوكالة ، ولا يَقْدَحُ في ذلك تَبَعُّض الشَّهادة .

ومثلُهُ ؛ مالو اَقَامَ ذلك بالسَّرِقة ، فاِنَّهُ يثبتُ المالُ لاالقَطْع . ولِاَنَّ المقصودَ بالذَّاتِ هنا المالُ لا الولاية .

نعم ، لو كان ذلك قبلَ العَمَل ، اِتَّجَهَ عَدَمُ الثُّبوت ؛ لِاَنَّ اِنْكارَ الولاية اَبْطَلَها ، والمالُ لم يثبت بعدُ .

ويُمكِنُ اَن يكونَ نِسْبَةُ المُصَنِّف القولَ اِلى الشُّهرة ، المُشْعِر بتوقُّفِهِ فيهِ لِاَجْلِ ذلك ؛ فيكونُ التوقُّف في عُمومِ الحُكْمِ ، لا في اَصْلِهِ ؛ «المسالك : ٥ / ٢٨٢» .

(١) ومرجَعُ تردُّدِهِ في ذلك ، وتعليله الجوازَ بقولِهِ : «اِذ مَرْجَعُهُ اِلى اَنَّهما شَهِدَا في وقتين» ؛ يَدُلُّ على اَنَّ اَختلافَ الوَقْت في العَقْدِ نفسهِ لايَضُرُّ ؛ لاَنَّهُ فَرَضَ المسألَةَ في اَختِلَافهما ، في نَفْسِ العَقْد .

واِنَّما يَضُرُّ لو تَكَاذَبَا في لَفْظِهِ ؛ بأَن شَهِدَ اَحَدُهما : اَنَّ العَقْدَ الواقعَ منهُ في الوقتِ المُعَيَّن ؛ كان بلَفْظِ : «وكَّلْتُكَ» .

وشَهِدَ الآخَرُ : اَنَّهُ بعينهِ كانَ بلفظِ : «اَسْتَنبتُكَ» .

وهنا لا اِشكالَ في عَدَمِ الثُّبُوت ؛ «المسالك : ٥ / ٢٨٣» .

تفريعٌ

لو اَدَّعَى الوَكَالةَ عن غائبٍ في قبضِ مالهِ من غريمٍ ؛ فإن اَنكَرَ الغريمُ فلا يمينَ عليهِ ؛ وإن صدَّقَهُ ، فإن كانت عينًا ، لم يُؤْمَر بالتَّسليمِ . ولو دَفَعَ إليهِ ، كانَ للمَالِكِ اِسْتِعَادَتُها . فإن تَلِفَتْ ، كان لَهُ اِلزَامُ اَيِّهما شاءَ ، مع اِنكارهِ الوكَالَة ، ولا يرجعُ اَحدُهما على الاخَر .

وكذا لو كانَ الحَقُّ دَيْنًا ؛ وفيهِ تردُّدٌ [1] .

لكنَّ في هذا لو دَفَعَ ، لم يكُن لِلْمَالكِ مُطَالَبةُ الوَكيلِ ، لاَنَّهُ لم ينتَزِعْ عينَ مالِهِ ، اِذ لا يَتَعَيَّنُ اِلَّا بقبضِهِ اَو قبضِ وكيلهِ ، وهو يَنْفِي كُلَّ واحدٍ [ورقة ١٠٢ لوحة اَ] من القِسمين .

وللغَريمِ اَن يعودَ على الوكيلِ ، اِن كانت العَيْنُ باقيةً ، اَو تَلِفَت بِتَفْرِيطٍ مِنهُ . ولا درَكَ عليهِ لو تَلِفَتْ بغيرِ تَفْرِيطٍ .

وكُلُّ مَوْضعٍ، يَلْزَمُ الغريمَ التسليمُ لو اَقَرَّ [بهِ] ، يَلْزَمُهُ اليمينُ اِذا اَنكَرَ .

السَّادِسُ

في : اللَّوَاحِقِ

وفيه مسائلُ :

«الأُولى» : الوَكِيْلُ اَمينٌ ، لايَضْمَنُ مايَتْلَفُ في يدِهِ ، اِلَّا معَ التَّفريطِ اَو التَّعَدِّي .

«الثَّانيةُ» : اِذا [كان] اَذِنَ لِوَكِيْلِهِ اَن يُوَكِّلَ ، فإن وَكَّلَ عن مُوَكِّلِهِ ، كانا

---

(١) اِذا ادَّعى الوكالَةَ عن غائبٍ في قَبْضِ مالهِ ؛ فإن اَقَامَ بَيِّنَةً ، وجَبَ تسليمُهُ مُطْلَقًا .

وإنْ لم يكن بيِّنَةٌ ، فإن اَنْكَرَ الغريمُ وكيلًا ؛ فالقولُ قولُهُ بغيرِ يمين .

لِاَنَّ اليمينَ اِنَّما يَتوجَّـه ، اِذا كـان المُنْكِـرُ بحيثُ لو اَقَرَّ نَفَذَ اِقْرَارُهُ ؛ وليسَ هنا كذلك ... ؛ «المسالك : ٥ / ٢٨٥» .

وكيلين لَهُ ، وتبطُلُ وِكَالَتُهما بموتِهِ . ولا تبطُلُ بموتِ اَحَدِهِما ، ولا بِعَزلِ اَحدِهما صَاحِبَه . وإن وَكَّلَهُ عن نَفْسِهِ ، كانَ لَهُ عَزْلُهُ . فإن ماتَ المُوَكِّلُ بطَلَت وِكَالتُهما . وكذا إن ماتَ الوكيلُ الاَوَّل .

«الثَّالثةُ» : يجبُ على الوَكِيْلِ تسليمُ ما في يدِهِ ، إلى الموكِّلِ معَ المُطَالَبَةِ وعَدَم العُذر ؛ فإن اَمتَنَعَ من غيرِ عُذرٍ ، ضَمِنَ ؛ وإن كان هُناكَ عُذرٌ ، لم يَضْمَن ؛ ولو زالَ العُذرُ فاَخَّرَ التسليمَ ، ضَمِنَ . ولو اَدَّعى بعدَ ذلك ، اَنَّ تَلَفَ المالِ قبلَ الاِمتناعِ [1] ، اَو اَدَّعى الرَّدَّ قَبْلَ المُطَالَبَةِ ، قيلَ : لاتُقبَلُ دَعْوَاهُ ولو اَقام بَيِّنَةً ؛ والوجهُ اَنَّها تُقبَلُ .

«الرَّابعةُ» : كُلُّ مَن في يدِهِ مالٌ لِغيرِهِ ، اَو في ذِمَّتِهِ [2] ؛ لَهُ اَن يَمتَنِعَ من التَّسْليمِ، حتَّى يَشْهدَ صاحبُ الحَقِّ بالقَبْضِ . ويَسْتَوِي في ذلك ما يُقبَلُ قولُهُ في رَدِّهِ ، و [بينَ] مالا يُقبَلُ اِلَّا بِبَيِّنةٍ ، هَرَبًا من الجُحُودِ المُفضِي إلى الدَّرَكِ اَو اليَمِينِ .

وفَصَّلَ آخرون بينَ ما يُقبَلُ قولُهُ في رَدِّهِ ومالايُقبَلُ ، فاَوجَبَ التَّسْلِيمَ في الاَوَّلِ ، واَجازَ الاِمْتِنَاعَ في الثَّاني [3] اِلَّا مع الاِشْهَادِ ؛ والاَوَّلُ اَشبهُ [4] .

«الخَامِسَةُ» : الوكِيْلُ في الاِيداعِ ، إذا لم يُشهِد على الوَدَعِيِّ ، لم يَضْمَن .

---

(١) إذا اَمْتَنَعَ من رَدِّ المالِ على المُوَكِّلِ ، فقد يَكُونُ اَمْتِنَاعُهُ مجرَّدَ تقصيرٍ ومَطَلٍ ، وقد يكونُ للجُحُودِ ... ؛ «المسالك : ٥ / ٢٩١» .

(٢) وقولُهُ : «كُلُّ مَنْ في يَدِهِ ... اَو في ذِمَّتِهِ» ؛ يشمُلُ نحوَ الحُقوقِ الواجبةِ ؛ كالزَّكاةِ ؛ فإنَّها حَقٌّ في الذِّمَّةِ ، اَو في يَدِهِ على تقديرِ عَزْلِها ... ؛ «المسالك : ٥ / ٢٩٣» .

(٣) في النُّسَخِ المُتَدَاوَلَةِ : فاَوجبوا التَّسْلِيْمَ ....واَجَازوا ...

(٤) وجهُ التفصيل : اَنَّ ما يُقْبَلُ قولُ الدَّافع في رَدِّهِ ، لايَتَوَجَّهُ عليهِ ضَرَرٌ بِتَرْكِ الاِشهاد ، لِاَنَّ قَبُولَ قولِهِ يَدْفَعُ الغُرْمَ عن نفسِهِ ، بِخِلافِ ما لا يُقْبَلُ ... ؛ «المسالك : ٥ / ٢٩٢» .

ولو كانَ وكيلًا في قَضَاءِ الدَّين فلم يُشهِدْ بالقَبْضِ ضَمِنَ ؛ وفيه تَرَدُّدٌ [1] .

«السَّادِسَةُ» : إذا تعدَّى الوكيلُ في مَالِ المُوَكِّلِ ، ضَمِنَهُ ، ولا تبطُلُ وَكَالَتُهُ ، لِعَدَمِ التَّنَافي [2] . ولو باعَ [الوَكِيْلُ] ما تَعَدَّى فيهِ ، وسلَّمَهُ إلى المُشْتَرِي ، بَرِيءَ مِن ضَمَانِهِ ، لِأَنَّه تسليمٌ مأذونٌ فيهِ ، فجَرَى مجرَى قبضِ المَالكِ .

«السَّابِعَةُ» : إذا أَذِنَ المُوَكِّلُ لِوَكِيْلِهِ في بيعِ مالِهِ من نفسِهِ فباعَ ، جازَ [3] ؛ وفيهِ تردُّدٌ . وكَذَا في النِّكَاحِ .

---

(١) الفَرْق : أنَّ الإيْدَاعَ مَبْنِيٌّ على الإخفاء ، وهو فيها أَمْرٌ مَطْلوبٌ .

بِخِلَافِ قَضَاءِ الدَّيْن ؛ بل ، هو على الضِّدِّ .

ولِأَنَّ الوَدَعِيَّ قولُهُ مقبولٌ في الرَّدِّ والتَّلَف ؛ فلا يُؤثِّرُ الإشهادُ في تغريمِهِ ، بِخلافِ المديُون ؛ «المسالك : ٥ / ٢٩٣» .

(٢) نَبَّهَ بذلك ، على خِلَافِ بعضِ العَامَّة ؛ حيثُ زَعَمَ أنَّها تَبْطُلُ بالتَّعَدِّي ، لِأَنَّها أَمَانةٌ ، فترتفِع بزوالِها كالوديعة ؛ وبُطْلَانُهُ ظاهِرٌ ، لِمَا ذَكَرَهُ المُصَنِّفُ من عَدَمِ التَّنَافي بين الضَّمانِ والإذْنِ .

وتحريرُهُ : أنَّ الوكالَةَ تَضَمَّنَتْ شيئين : الأَمانةَ ، والإذْنَ في التَّصَرُّف ؛ فإذا تَعَدَّى ، زالَتِ الأَمَانة ، وبَقِي الإذْنُ بحالِهِ .

كما أنَّ الرَّهنَ لَمَّا اشتَمَلَ على شيئين أيْضًا : الأَمَانةِ والتَّوثيقِ ؛ لم يبطُلِ الثَّاني بِبُطلَان الأَوَّل بالتَّعدِّي عند الجميع .

وبهذا ؛ يحصُل الفرقُ بينها وبين الوديعةِ ؛ فإنَّ الوديعةَ لم تَشْتَمِل إلَّا على الأَمَانة ؛ فإذا ارْتَفَعَتْ بَقِيَتْ مضمونةً ، مع أنَّا نَمْنَعُ بُطلانَ الوديعة مُطْلَقًا ؛ «المسالك : ٥ / ٢٩٣ ـ ٢٩٤» .

(٣) ولا ريبَ في قُوَّةِ جانِبِ الجَوَاز ، لِمَنْعِ التُّهَمَةِ مع الإذْنِ ، ومُراعَاةِ المَصلحةِ المُعْتَبَرةِ في كُلِّ وكِيْلٍ ؛ وجواز تولِّي الواحد الطَّرَفَين عندنا ؛ «المسالك : ٥ / ٢٩٥» .

السَّابِعُ
في : التَّنَازُعِ

وفيه مسائلُ :

«الأُولى» : إذا ٱختَلَفا في الوَكَالةِ ؛ فالقولُ قولُ المُنكِرِ ، لِأَنَّهُ الأَصْلُ .

ولو ٱختَلَفَا في التَّلَفِ [1] ؛ فالقولُ قولُ الوكيلِ ؛ لِأَنَّهُ أَمينٌ . وقد يَتَعَذَّرُ إقَامَةُ البَيِّنَةِ بالتَّلَفِ غالِبًا ، فاقتُنِعَ بقولِهِ ، دَفْعًا لِالْتِزَامِ ما تعذُّرُهُ غالِبٌ [2] . ولو ٱختَلَفا في التَّفْرِيطِ ؛ فالقَوْلُ قولُ مُنكِرِهِ ؛ لِقولِهِ عليهِ السَّلام : «واليَمِيْنُ على مَن أَنْكَر» .

«الثَّانيةُ» : إذا ٱختَلَفَا في دَفْعِ المَالِ إلى المُوَكِّلِ ؛ فإن كانَ [3] بجُعلٍ ، كُلِّفَ البيِّنَةَ ، لِأَنَّهُ مُدَّعٍ . وإنْ كانَ بغيرِ جُعْلٍ ؛ قيلَ : القولُ قولُهُ كالوَدِيْعَةِ ؛ وهو قولٌ مشهورٌ [ورقة ١٠٢ لوحة ب] ؛ وقيلَ : القولُ قولُ المالكِ ؛ وهو الأَشْبَهُ .

أَمَّا الوَصِيُّ ، فالقولُ قولُهُ في الإنْفَاقِ ، لِتَعَذُّرِ البَيِّنَةِ فيهِ ، دونَ تَسْليمِ المالِ إلى المُوْصَى لَهُ . وكذا القولُ في الأَبِ والجَدِّ والحَاكِمِ وأَمينِهِ مع اليَتِيْمِ ، إذا أَنكَرَ القَبْضَ عندَ بُلوغِهِ ورُشْدِهِ [4] . وكذا الشَّريكِ والمُضَارِبِ ومَن حصَلَ في يدِهِ ضالَّةٌ .

---

(١) أي : تَلَفِ المَالِ الَّذي بيدِ الوَكيل ؛ كالعَيْنِ المُوَكَّلِ في بيعِها وشِرائها ، أو الثَّمَنِ ، أو غَيْرِهِ ؛ حَلَفَ الوَكِيْلُ ، لِأَنَّهُ أَمِيْنٌ ؛ «الرَّوضة : ٤ / ٣٨٧» .

(٢) في النُّسخِ المُتَدَاولة : ماتَعَذَّرَ غالِبًا ؛ وكذا في : «المسالك : ٥ / ٢٩٧» .

(٣) أي : فإن كانَ إلْتِزَامُ الوكيلِ الوَكَالةَ بِجُعْلٍ ...

هذا ، وفي الجواهر : «فإن كانَتْ بِجُعْلٍ ... وإنْ كانَتْ بغيرِ جُعْلٍ» .

(٤) ظاهِرُهُم هنا : عَدَمُ الخِلَافِ في تَقْدِيْمِ قولِ المُوْصَى لَهُ واليَتِيمِ في عَدَمِ القَبْض ... ؛ «المسالك : ٥ / ٢٩٨» .

«الثَّالثةُ» : إذا ٱدَّعى الوَكِيْلُ التَّصَرُّفَ ، وأنكرَ المُوَكِّلُ ؛ مثلُ أن يقولَ : بِعْتُ أو قَبَضْتُ ؛ قيلَ : القَوْلُ قولُ الوكيلِ ، لِأَنَّهُ أقرَّ بما لَهُ أن يفعَلَهُ ؛ ولو قيلَ : القولُ قولُ المُوَكِّلِ أمكَنَ ؛ لكنَّ الأوَّلَ أشبَهُ .

«الرَّابعةُ» : إذا ٱشترَى إنْسَانٌ سِلعَةً ، وٱدَّعَى أنَّهُ وكيلٌ لإنسانٍ فأنكرَ [1] ؛ كانَ القَوْلُ قولَهُ مع يمينِهِ ، ويُقضَى على المُشْتَري بالثَّمَنِ ؛ سَوَاءٌ ٱشْتَرى بعينٍ أو في الذِّمَّةِ ، إلَّا أن يكونَ ذَكَرَ أنَّهُ يَبْتَاعُ لَهُ [في] حَالَةِ العَقْدِ .

ولو قالَ الوَكِيْلُ : إبْتَعْتُ لكَ ، فأنكرَ المُوَكِّلُ ؛ أو قالَ : إبْتَعْتُ لِنَفْسِي ؛ فَقَالَ المُوَكِّلُ : بَلْ ، لي ؛ فالقولُ قولُ الوَكِيْل ، لِأَنَّهُ أبصَرُ بِنِيَّتِهِ .

«الخَامِسَةُ» : إذا زَوَّجَهُ إمْرَأَةً ، فأنكرَ الوَكَالَةَ ولا بَيِّنَةَ ؛ كانَ القولُ قولَ المُوَكِّلِ مع يمينِهِ ، ويَلْزَمُ الوَكِيْلَ مهرُها ؛ ورُويَ نصفُ مَهْرِها ؛ وقيلَ : يُحكَمُ بِبُطلَانِ العَقْدِ في الظَّاهر ، ويجبُ على المُوَكِّلِ أن يُطَلِّقَها ، إن كان يعلَمُ صِدْقَ الوَكِيْلِ ، وأن يَسُوقَ لَهَا نصفَ المَهْرِ ؛ وهذا قَوِيٌّ [2] .

«السَّادِسَةُ» : إذا وكَّلَهُ في ٱبْتِيَاعِ عَبْدٍ ، فاشتَرَاهُ بمائةٍ ؛ فقَالَ المُوَكِّلُ : إشْتَرَيْتُهُ بِثَمَانين ؛ فالقَوْلُ قولُ الوَكِيْلِ ، لِأَنَّهُ مُؤتَمَنٌ ؛ ولو قيلَ : القَوْلُ قولُ

---

(١) إذا حَلَفَ المُنْكِرُ ، إنْدَفَعَ الشِّرَاءُ عنهُ ، وحُكِمَ بِهِ للمُشْتَرِي ظَاهِرًا وأُلْزِمَ بالثَّمَنِ .
ويَجِبُ تقييدُهُ زِيَادَةً على ما ٱستَثْنَاهُ المُصَنِّفُ ـ رحمهُ اللهُ ـ : بِعَدَمِ ٱعْتِرَافِ البائع بكونهِ وكيلًا ، أو كون العين الَّتي اشتَرَى بها مِلكًا للمُنْكِر ، أو قِيَام البيِّنة بذلك .
وإلَّا ، بَطَلَ أيْضًا ؛ كما لو ظَهَرَ ٱستِحقاقُ أحَدِ العِوَضين المُعَيَّنين ؛ «المسالك : ٥ / ٣٠٠» .

(٢) أي : ويجبُ على الزَّوج المُوَكِّلِ ، فيما بينَهُ وبينَ الله تعالى ، الطَّلَاقُ إن كانَ وَكَّلَ في التَّزْويج ؛ لِأَنَّها حينَئِذٍ زَوْجَتُهُ ؛ فإنْكَارُها وتعريضُها للتَّزْويْجِ بغيرِهِ مُحَرَّمٌ ، ويَسُوقُ نِصْفَ المَهْرِ إلى الوَكِيْلِ ، لِلزُوْمِهِ بالطَّلَاقِ ، وغَرْمِ الوَكِيْلِ بِسَبَبِهِ ؛ «الرَّوضة : ٤ / ٣٨٨» .

المُوَكِّلِ ، كانَ اَشبَهَ ، لاَنَّهُ غارِمٌ [1] .

«السَّابعةُ» : اِذا اَشتَرى لِمُوَكِّلِهِ، كانَ البائعُ بالخِيَار ، اِن شاءَ طَالَبَ الوكيلَ ، واِن شاءَ طالَبَ المُوَكِّلَ ؛ والوَجْهُ اِخْتِصَاصُ المُطَالَبَةِ بالمُوكِّلِ معَ العِلْمِ بالوَكَالَةِ ، واَختِصَاصُ [مُطَالَبَةِ] الوكيلِ مع الجَهْلِ بذلك .

«الثَّامنةُ» : اِذا طالَبَ الوكيلُ ؛ فقالَ الَّذي عليهِ الحَقُّ : لاتَسْتَحِقُّ المُطَالَبَةَ ، لم يُلتَفَتْ اِلى قولِهِ ، لِاَنَّهُ مُكَذِّبٌ لِبَيِّنَةِ الوَكَالةِ . ولو قالَ : عزَلَكَ المُوَكِّلُ ، لم يَتَوَجَّه على الوكيلِ اليمينُ ، اِلَّا اَن يَدَّعِيَ عليهِ العِلْمَ . وكذا لو اَدَّعى اَنَّ المُوكِّلَ اَبرَاَهُ .

«التَّاسعةُ» : تُقبَلُ شهادَةُ الوكيلِ لِمُوَكِّلِهِ ، فيما لا وِلَايةَ لَهُ فيهِ [2] . ولو عُزِلَ قُبِلَت في الجَمِيْع ، مالم يَكُنْ اَقامَ بها اَو شَرَعَ في المُنَازَعَةِ .

«العاشرةُ» : لو وكَّلَهُ بقَبْضِ دَيْنِهِ مِن غريمٍ لَهُ ، فاَقَرَّ الوكيلُ بالقَبْضِ وصدَّقَهُ الغريمُ ، واَنكَرَ المُوَكِّلُ ؛ فالقولُ قولُ المُوَكِّلِ ؛ وفيهِ تَرَدُّدٌ [3] .

---

(١) التقديرُ : اَنَّ المبيعَ يساوي مائة ، كما ذكَرَهُ في التحرير ؛ واِلَّا لم يكُن الشِّرَاءُ صحيحًا ؛ لِمَا تَقَدَّمَ من حَمْلِ اِطْلَاقِ الاِذْن على الشِّرَاء بِثَمَنِ المِثْل .

ووجهُ تقديمِ قولِ الوكيل : اَنَّ الاختلافَ في فعلِهِ ، وهو اَمِيْنٌ ؛ واَنَّ الظَّاهرَ اَنَّ الشيءَ اِنَّما يُشْتَرَى بقيمتِهِ ؛ وهو قَوِيٌّ . ووجهُ تقديمِ قَوْلِ المُوَكِّلِ : اَصَالَةُ براءتِهِ من الزَّائدِ ؛ ولِاَنَّ في ذلك اِثْبَاتَ حَقٍّ للبائعِ على الموكِّلِ ، فلا يُسْمَعُ .

ولافَرْقَ في ذلك ؛ بين كونِ الشِّراءِ بالعين ، وفي الذِّمَّة ؛ لِثُبُوتِ الغُرْمِ ، على التَّقديرين ؛ «المسالك : ٥ / ٣٠٢» .

(٢) لِعَدَمِ المانعِ ؛ بِخِلَافِ مالَهُ فيهِ ولاية ؛ لِاَنَّهُ يُثبِتُ لِنَفْسِهِ حَقًّا ؛ ولو شهد عليهِ قُبِلَ مُطْلَقًا ؛ «المسالك : ٥ / ٣٠٤» .

(٣) مَنْشَأُ التَّرَدُّدِ ؛ من الاختِلَافِ في فِعْلِ الوكيل ؛ فَيُقَدَّمُ قولُهُ فيه : ولِاَنَّهُ اَمِيْنٌ . =

اَمَّا لو اَمَرَهُ ببيعِ سِلْعَةٍ وتسليمِها وقَبْضِ ثَمَنها ، فَتَلِفَ من غيرِ تَفْرِيطٍ ، فاَقرَّ الوَكيلُ بالقَبْضِ ، وصَدَّقَهُ المُشْتَرِي واَنكَرَ المُوَكِّلُ ؛ فالقَوْلُ قولُ الوَكِيْلِ ، لاَنَّ الدَّعوى هنا على الوكيل من حيثُ [اِنَّهُ] سلَّمَ المبيعَ ولم يَتسلَّم الثَّمَنَ ، فكاَنَّهُ يدَّعي ما يُوجِبُ الضَّمَانَ ، وهُنَاكَ الدَّعوى على الغَرِيم [ورقة ١٠٣ لوحة اَ] ؛ وفي الفرقِ نَظَرٌ .

ولو ظَهَرَ في المبيعِ عَيْبٌ ؛ رَدَّهُ على الوكيلِ دونَ المُوَكِّلِ ، لاَنَّهُ لم يَثْبُتْ وُصُولُ الثَّمَنِ اِليهِ ؛ ولو قِيلَ برَدِّ المَبِيْعِ على المُوَكِّلِ ، كان اَشبَه [1] .

= ومن اَصَالَة بقاءِ حَقِّ المُوَكِّل عند الغَرِيْم .

والاَقْوَى ؛ تقديمُ قولِ الوكيل ؛ «المسالك : ٥ / ٣٠٤» .

(١) القَوْلُ الاَوَّلُ للشَّيخ ـ رحمهُ الله ـ ؛ مُعَلِّلًا بما ذُكِرَ .

وموضِعُ الخِلافِ ما اِذا عَلِمَ كونَهُ وكيلًا ، كما يُرشِدُ اِليه التَّعليلُ .

والاَقْوَى ؛ ما اَخْتَارَهُ المُصَنِّفُ ـ رحمهُ اللهُ ـ لِاَنَّ المِلْكَ لَهُ ، والوكيلَ نائبٌ عنهُ ، والبائعَ في الحقيقةِ هو المُوَكِّلُ .

ووصولُ الثَّمَن اِليهِ وعَدَمُهُ ، لامَدْخَلَ لَهُ في هذا الحُكم اَصْلًا .

بل ، لايجوزُ رَدُّهُ على الوكيل ، لِاَنَّهُ ينْعَزِلُ بالبيع ؛ اِن لم يكن وكيلًا في قَبْضِ المَبيعِ ، على تقدير رَدِّهِ بالعَيْب .

وكيف كان ؛ فَقَوْلُ الشَّيخ ضعيفٌ ، وكذا تعليلُهُ ؛ «المسالك : ٥ / ٣٠٦» .

[كِتَابُ الوُقوفِ] (١)

والنَّظَرُ في : العَقْدِ ، والشَّرَائطِ ، واللَّوَاحقِ

الاَوَّلُ

[في : العَقْدِ]

الوَقْفُ : عَقدٌ ؛ ثَمَرتُهُ : تحبيسُ الاَصلِ (٢) ، وإطْلَاقُ المَنْفَعَةِ . واللَفْظُ الصَّريحُ فيه : وَقَفْتُ لاغير .

اَمَّا حرَّمتُ وتَصَدَّقْتُ ، فلا يُحمَلُ على الوَقْفِ (٣) ، اِلَّا معَ القَرِينةِ ، لِاحتِمَالِهِ (٤) مع الاِنْفِرادِ غيرَ الوَقْف . ولو نَوَى بذلك الوقفَ من دونِ القَرِيْنَةِ ، دُيِّنَ (٥) بنيَّتِهِ .

نَعَم ، لو اَقَرَّ اَنَّهُ قصَدَ ذلكَ ، حُكِمَ عليهِ بِظَاهِرِ الاِقرار.

---

(١) الذي في النُّسخة الخطيَّة هكذا : «كتاب الوقوف والصَّدَقات» ؛ وإنَّما فكَّكْناهُ هنا اِلى كتابين ، رعايةً منا للضَّرورةِ المَنْهَجِيَّةِ .

(٢) اَي : جَعْلُهُ على حالةٍ لايجوزُ التَّصَرُّفُ فيهِ شَرْعًا ، على وجهٍ ناقلٍ لَهُ عن المِلْكِ ، اِلَّا ما اُستُثنِيَ ؛ كما لو اَدَّى بقاؤُهُ اِلى الخَرَاب ، وكما في الوَقْفِ الذُّرِّيِّ اِذا تَخَاصَمَ الموقوفُ عليهم ؛ «الرَّوضة : ٣ / ١٦٣ جمعًا بين المتن والهامش» .

(٣) ومِثْلُهُما : «اَبَّدْتُ» ؛ «المسالك : ٥ / ٣١٠» .

(٤) في المسالك : «لاحتمالها» ؛ وفي الجواهر : «لاحتمالهما» .

(٥) يُنظر : المسالك : ٥ / ٣١١ .

ولو قالَ : حَبَّسْتُ وسَبَّلْتُ ؛ قيلَ : يَصِيرُ وقفًا وإن تَجَرَّدَ [1] ؛ لِقولِهِ «عليهِ السَّلام» [2] : «حَبِّس الاَصْلَ وسَبِّل الثَّمَرَةَ» ؛ وقيلَ: لايكونُ وقفًا إلَّا مع القَرِيْنَةِ[3]، إذ ليسَ ذلك عُرْفًا مُسْتَقِرًّا [4]، بحيثُ يُفهَمُ مع الاطْلَاقِ؛ وهذا اَشبَهُ .

ولايَلْزَمُ إلَّا بالاِقْبَاضِ . وإذا تَمَّ كان لازِمًا لايجوزُ الرُّجُوعُ فيهِ ، [5] إذا وَقعَ في زَمَانِ الصحَّةِ .

اَمَّا لو وَقَفَ في مَرَضِ المَوْتِ ، فإن اَجازَ الوَرَثَةُ ، وإلَّا اُعتُبِرَ من الثُّلْثِ كالهِبَةِ والمُحَابَاةِ في البيعِ . وقيلَ : يمضي من اَصْلِ التَّرِكَةِ ؛ والاَوَّلُ اَشبَهُ .

ولو وَقَفَ ووَهَبَ واَعتَقَ وباعَ فَحَابَى ، ولم يُجِز الوَرَثَةُ ، فإن خرَجَ ذلكَ من الثُّلْثِ صَحَّ . وإن عَجَزَ ، بُدِيء بالاَوَّلِ فالاَوَّلِ ، حتَّى يَسْتَوفِيَ قَدرَ الثُّلثِ ، ثم يَبْطُلُ ما زَادَ .وهكذا لو اَوصَى بوَصَايا . ولو جُهِلَ المُتَقدِّمُ ؛ قيلَ : يُقَسَّمُ على الجميعِ بالحِصَصِ ، ولو اُعتُبِرَ ذلك بالقُرْعَةِ كان حَسَنًا .

واذا وَقَف شَاةً ، كان صُوفُها ولَبَنُها الموجودُ داخِلًا في الوَقْفِ ، مالم يَسْتَثْنِهِ ؛ نَظَرًا الى العُرْفِ ، كما لو باعَهَا [6] .

---

(١) اَي : وإنْ تجرَّدَ من القَرِيْنَة .

(٢) في المسالك والجواهر : «صَلَّى اللهُ عليهِ وآلِهِ وسَلَّم» .

(٣) كالتَّأبيدِ ، ونَفْي البَيْعِ والهِبَةِ والاِرْثِ ، فيَصِيْرُ بذلك صريحًا ؛ «الرَّوضَةُ : ٣ / ١٦٤» .

(٤) في المسالك : عَزْمًا مُسْتَقِرًّا .

(٥) لاخِلَافَ في لُزُومِ الوقف حيثُ يتِمُّ ؛ عند عُلمائنا اَجمع .

وإنَّما نَبَّهَ بذلك على خِلَافِ اَبي حنيفة ؛ حيثُ زَعَمَ : اَنَّهُ لايَلْزَمُ بِمُجَرَّدِهِ ؛ وللواقفِ الرجُـوعُ فيـهِ ولِوَرَثَتِـهِ بعدَه ، إلَّا اَن يرضوا بهِ بعد موتهِ ، فَيَلْزَمُ اَو يحكمُ بلُزومِهِ حاكمٌ ؛ «المسالك : ٥ / ٣١٤ ـ ٣١٥» .

(٦) نَبَّـهَ بالنَّظَرِ إلى العُـرْف ؛ على اَنَّ حقَّهما اَن لايدخُلَا في الوقف ؛ لِاَنَّهما مَنَافعُ خارجةٌ =

النَّظَرُ الثَّاني

في : الشَّرَائِطِ

وهي : اَرْبَعَةُ اَقسامٍ

«الاَوَّلُ» ؛ في : شَرَائطِ المَوْقُوفِ

وهي اَربعةٌ : اَن تكونَ عينًا [1] ؛ مَمْلُوكَةً ؛ يُنتَفَعُ بها معَ بَقَائِها ؛ ويَصِحُّ اِقباضُها [2] .

فلا يَصِحُّ وقفُ ماليسَ بِعَيْنٍ كالدَّين . وكذا لو قالَ : وَقَفْتُ فَرَسًا اَو ناضِحًا اَو دارًا ولم يُعيِّن . ويصِحُّ وقفُ العَقارِ والثِّيَابِ والاَثَاثِ والآلاتِ المُبَاحَةِ . وضَابِطُهُ : كلُّ ما يَصِحُّ الانتِفَاعُ بِهِ ، مَنْفَعَةً مُحَلَّلَةً معَ بَقَاءِ عينِهِ .

= عن حقيقةِ الشَّاة ، الَّتي تَعلَّقت صيغَةُ الوَقْفِ بها .

لكن ، لَمَّا دَلَّ العُرْفُ على كونهما كالجُزْءِ منها ، تناولهما العقدُ كما يتناولهما البيعُ .

بِخلاف الحَمْل ؛ فاِنَّهُ واِن كانَ بِمَثَابَتِهما في الاتِّصال ، الَّذي هو في قُوَّةِ الاِنْفِصال ؛ اِلَّا اَنَّ العُرْفَ لم يَجْعَلْهُ كالجُزء ؛ والاَصْلُ عَدَمُ دخولِهِ كَغَيْرِهِ ، لولا دليلٌ خارِجٌ لِغَيْرِهِ .

والمُرَادُ : اَنَّ الصُّوفَ واللَّبَنَ موجودان على الظَّهر ، وفي الضَّرْع .

فلو اُحتُلِبَ اللَّبَنُ ، اَو جُزَّ الصُّوفُ ، لم يَدْخُلَا قطعًا ؛ «المسالك : ٥ / ٣١٦ ـ ٣١٧» .

(١) تُطْلَقُ العَيْنُ على ما يُقَابِلُ الدَّيْنَ ؛ فيُقَالُ : المَالُ اِمَّا عَيْنٌ ، اَو دَيْنٌ .

وعلى ما يُقَابِلُ المُبْهَمَ .

وعلى ما يُقَابِلُ المَنْفَعَةَ ؛ فَيُقَالُ : اِمَّا عَيْنٌ ، اَو مَنْفَعَةٌ .

ويجوزُ الاِحْتِرَازُ بالعَيْنِ هُنَا ، عن كُلِّ واحدٍ من الثَّلَاثَةِ ، لِعَدَمِ جَوازِ وَقْفِها ... ؛ «المسالك : ٥ / ٣١٨» .

(٢) فلا يصِحُّ وقفُ الطَّيْرِ في الهَوَاء ، ولا السَّمَكِ في مَاءٍ لا يُمْكِنُ قَبْضُهُ عادَةً ، ولا الآبق ، والمغصوب ، ونحوها ؛ «الرَّوضة : ٣ / ١٧٥» .

وكذا يصِحُّ وقفُ الكَلْبِ المَمْلُوكِ والسِّنَّورِ ، لاِمكانِ الانْتِفَاعِ [بهِ] .

ولايَصِحُّ وقفُ الخنزير ، لأنه لا يَمْلِكُهُ المُسْلِمُ ؛ ولا وَقْفُ الآبِقِ ، لِتعذُّر التَّسليم .

وهل يصِحُّ وقفُ الدَّنَانيرِ والدَّرَاهمِ ؟ قيلَ : لا ؛ وهو أظهرُ ، لِأَنَّهُ لا نَفْعَ لها إلَّا التَّصَرُّف فيها ؛ وقيلَ : يَصِحُّ ، لِأَنَّهُ قد يُفرَضُ لها نفعٌ مع بقائِها [1] .

ولو وقَفَ ما لَا يَمْلِكُهُ لم يصِحَّ وَقْفُهُ . ولو أَجَازَ المالكُ ؛ قيلَ : يَصِحُّ ، لِأَنَّهُ كالوَقْفِ المُسْتَأنَفِ [ورقة ١٠٣ لوحة ب] ؛ وهو حَسَنٌ .

ويَصِحُّ وَقْفُ المُشَاعِ [2] ، وقَبْضُهُ كَقَبْضِهِ في البَيْعِ .

«القِسْمُ الثَّاني» ؛ في : شَرَائطِ الوَاقفِ

ويُعتَبَرُ فيه : البُلُوغُ ، وكَمَالُ العَقْلِ ، وجَوَازُ التَّصَرُّفِ . وفي وَقْفِ مَن بَلَغَ عشرًا تَرَدُّدٌ ؛ والمَرْوِيُّ : جوازُ صدَقَتِهِ [3] ؛ والأَوْلَى المَنعُ ، لِتَوَقُّفِ رَفْعِ الحَجْرِ على البُلُوغِ والرُّشدِ .

ويجوزُ أَن يجعَلَ الوَاقِفُ النَّظَرَ لِنَفْسِهِ ولِغَيْرِهِ ؛ فإن لم يُعيِّن النَّاظِرَ ، كانَ النَّظَرُ الى الموقوفِ عليهم ، بِنَاءً على القَوْلِ بالمِلكِ [4] .

---

(١) وذلك النَّفعُ هو التَّحَلِّي بها ، وتزيين المَجْلِسِ ... ؛ «المسالك : ٥ / ٣٢١» .

(٢) لِحُصُولِ الغايَةِ المَطْلُوبَةِ من الوَقْفِ ، وهو تَحبيسُ الأَصْلِ وإطْلَاقُ الثَّمَرَةِ بِهِ ... ؛ «الرَّوْضَةُ : ٣ / ١٧٦» .

(٣) أَشَارَ بقولِهِ: «والمَرْوِيُّ : جَوَازُ صَدَقَتِهِ» بعد تَرَدُّدِهِ في جواز وقفِهِ ؛ إلى أَنَّ وَقْفَهُ لم يَرِدْ بِهِ نَصٌّ بخصوصِهِ ، وإنَّما وَرَدَ بجوازِ صَدَقَتِهِ ... ؛ «المسالك : ٥ / ٣٢٣» .

(٤) الأَصْلُ في حَقِّ النَّظر ؛ أَن يكونَ للواقفِ ؛ لِأَنَّهُ أَصْلُهُ وأَحَقُّ مَن يقومُ بإمضائِهِ ، وصَرْفِهِ =

«القسمُ الثَّالثُ» ؛ في : شَرَائِط المَوْقُوفِ عليهِ

ويُعتَبَرُ في الموقوفِ عليهِ شُرُوْطٌ ثَلَاثةٌ : اَن يكونَ موجودًا ، مِمَّن يصِحُّ اَن يَمْلِكَ ؛ واَن يكونَ مُعَيَّنًا ؛ واَلَّا يكونَ الوَقْفُ عليهِ مُحَرَّمًا .

فلو وَقَفَ على مَعْدومٍ اِبْتِدَاءً لم يصِحَّ ، كَمَن يَقِفُ على مَن سيُولَدُ لَهُ ، اَو على حَمْلٍ لم يَنْفَصِلْ .

اَمَّا لو وَقَفَ على مَعْدومٍ تَبَعًا لموجودٍ فاِنَّهُ يصِحُّ . ولو بَدَاَ بالمَعْدُوم ثم بَعْدَهُ على الموجودِ ؛ قيلَ : لايَصِحُّ ؛ وقيلَ : يصِحُّ على الموجودِ ؛ والاَوَّلُ اَشبَهُ . وكذا لو وَقَف على مَن لايَمْلِكُ ، ثم على مَن يَملِكُ ؛ وفيهِ التَّرَدُّدُ ؛ والمنعُ اَشبَهُ . ولا يَصِحُّ على المَمْلُوكِ ، ولايَنْصَرِفُ الوَقْفُ اِلى مَوْلاهُ ، لِاَنَّهُ لم يقصِدْهُ بالوَقْفِيَّةِ [1] .

= في اَهْلِهِ .

فاِذا وَقَفَ فلا يخلو : اِمَّا اَنْ يَشْتَرِطَ في عَقْدِ الوَقْفِ ، النَّظَرَ لِنَفْسِهِ اَو لِغَيْرِهِ اَو لهما اَو لايَشْتَرِط شيئًا .

فاِنْ شَرَطَ لِنَفْسِهِ صَحَّ ولَزِمَ .

واِنْ شَرَطَهُ لِغَيْرِهِ ، صَحَّ بحسبِ ما عَيَّنَهُ ، عملًا بمُقْتَضَى الشَّرْط المَشْروع . وقد شَرَطَتْ فاطمةُ «عليها السَّلام» النَّظَرَ في حوائطِها السَّبعة الَّتي وَقَفَتْهَا ؛ لِاَميرِ المؤمنين «عليهِ السَّلام» ، ثُمَّ الحَسن ثم الحسين ثم الاَكبر من وِلْدِها .

وشَرَطَ الكاظمُ «عليهِ السَّلام» النَّظَرَ في الاَرْض الَّتي وَقَفَها للرِّضا «عليهِ السَّلام» واَخيهِ اِبْراهيم ؛ فاذا اَنْقَرَضَ اَحَدُهما ، دَخَلَ القاسمُ مع البَاقي منهما الخ ... ؛ «المسالك : ٥ / ٣٢٤» .

(١) ونَبَّهَ بقولِهِ : «ولايَنْصَرِفُ الوَقْفُ اِلى مولاه» ؛ على خِلَافِ بعضِ العَامَّة ؛ حيثُ جَوَّزَ الوقفَ عليه ، وجعَلَهُ مصروفًا اِلى مولاه .

وَنَبَّه بقولِهِ : «لاَنَّه ... الخ» ، على وجهِ رَدِّهِ ؛ فاِنَّ الوقفَ عَقْدٌ ، والعَقْدُ تابعٌ للقَصْد ، فكيفَ =

ويَصِحُّ الوَقْفُ على المَصَالحِ كالقَنَاطرِ والمَسَاجدِ ، لِاَنَّ الوَقْفَ في الحَقِيْقَةِ على المُسلمين ، لكن هو صَرْفٌ اِلى بعضِ مصالِحهم .

[ولا يَقِفُ المُسْلِمُ على الحَرْبيِّ ولو كانَ رَحِمًا . ويَقِفُ على الذِّمِّيِّ ، ولو كان اَجنبِيًّا] .

ولو وَقَفَ على الكَنَائسِ والبِيَعِ لم يصِحَّ . وكذا لو وَقَفَ على مَعُونَةِ الزُّنَاةِ اَو قُطَّـاعِ الطَّريقِ اَو شَارِبي الخَمْر [1] . وكذا لو وَقَفَ على كَتْبِ ما يُسَمَّى الآن بـ : «التَّوراةِ» ، و«الاِنجيلِ» ؛ لِاَنها مُحَرَّفَةٌ [2] . ولو وَقَفَ الكَافِرُ جَازَ .

والمُسْلِمُ اذا وَقَف على الفُقَراءِ ، اِنْصَرَفَ الى فُقَرَاءِ المُسْلِمين ، دونَ غَيْرِهم . ولو وَقَفَ الكافرُ كذلك ، اِنْصَرَفَ الى فُقَرَاءِ نِحْلَتِهِ . ولو وَقَفَ على المُسْلِمين ، اِنْصَرَفَ الى مَن صلَّى اِلى القِبْلَةِ . ولو وَقَفَ على المؤمنين اِنْصَرَفَ اِلى الاِثنَي عَشَرِيَّةِ ؛ وقيلَ : اِلى مُجتَنِبي الكَبَائرِ ؛ والاَوَّلُ اَشبَهُ .

ولو وَقَفَ على الشِّيْعَةِ [3] ؛ فهو : لِلْاِمَاميَّة ، والجارُودِيَّة [4] ؛ دونَ غيرِهِم

= يَنْصَرِفُ اِلى مولاه ، وهو غير مقصود ؟! ؛ «المسالك : ٥ / ٣٣١» .

(١) المُـرَادُ : اَنَّـهُ وَقَفَ عليهم ؛ من حيـثُ هـم كذلـك ، بِاَنْ جَعَلَ الوَصْفَ مَنَاطَ الوَقْف ... ؛ «المسالك : ٥ / ٣٣٥» .

(٢) نَبَّهَ بقولِهِ : «يُسَمَّى الآن» ؛ على اَنَّ ما بِاَيديهم ليسَ هو الَّذي اَنْزَلَهُ الله تعالى ، وإن كان منسوخًا يحرُمُ الوَقْفُ عليهِ من هذهِ الجهة .

والمُرَادُ : اَنَّهُ بِجُمْلَتِهِ ليسَ هو الَّذي اَنْزَلَهُ الله ، وإنْ كان بعضُهُ منه ؛ للقَطْعِ بِاَنَّهم لم يُحَرِّفوا جميعَ الكتاب بل بعضَهُ ؛ «المسالك : ٥ / ٣٣٥» .

(٣) مَنْ شايعَ عَلِيًّا «عليه السَّلام» ؛ اَي : اَتَّبَعَهُ وقَدَّمَهُ على غَيْرِهِ في الاِمَامةِ ، وإن لم يُوَافق على اِمَامَة باقي الاَئِمَّةِ بعدَهُ ؛ «الرَّوضة : ٣ / ١٨٢» ؛ ويُنظر : «المسالك : ٥ / ٣٤٠» .

(٤) يُنظر : تراثنا : ع ٣٠ ـ ٣١ ص ١١١ ـ ١١٤ .

من فِرَقِ الزَّيْدِيَّةِ .

وهكذا إذا وَصَفَ الموقوفَ عليهِ بِنِسبَةٍ ، دَخَلَ فيها كُلُّ من أُطلِقَتْ عليهِ ، فلو وَقَفَ على الإمَاميَّةِ كان لِلْإثنَيْ عَشَرِيَّةِ . ولو وَقَفَ على الزَّيْدِيَّةِ ، كان للقائلين بإمَامةِ زيدِ بن عليٍّ [«عليه السَّلام»]. وكذا لو عَلَّقَهُم بنسبةٍ إلى أَبٍ ، كانَ لِكُلِّ مَن ٱنْتَسَبَ إليهِ بالأُبوَّةِ .

كالهاشميِّين ؛ فهوَ لِمَن ٱنْتَسَبَ الى هاشمٍ مِنْ وَلَدِ أبي طالبٍ ، والحارثِ ، والعبَّاس ، وأبي لهبٍ .

والطَّالِبِيِّين ؛ فهوَ : لِمَن وَلَدَ أبو طالبٍ «عليه السَّلام» .

ويَشْتَرِكُ الذُّكُورُ ، والإناثُ المنسوبون [1] إليهِ من جِهَةِ الأَب ؛ نَظَرًا الى العُرفِ ؛ وفيهِ خِلَافٌ للأصحاب .

ولو وَقَفَ على الجِيْرَانِ ، رَجَعَ الى العُرفِ ؛ وقيلَ : لِمَن يلي دَارَهُ إلى [ورقة ١٠٤ لوحة أ] أربعين ذراعًا ؛ وهو حَسَنٌ ؛ وقيلَ : إلى أربعين دَارًا مِن كُلِّ جانبٍ ؛ وهو مُطَّرَحٌ .

ولو وَقَفَ على مَصْلَحَةٍ ، فَبَطَلَ رَسْمُها ، صُرِفَ في وُجُوهِ البِرِّ [2] . ولو

---

(١) لا إشكالَ في دُخُولِ الذُّكورِ والإناث في المَنْسُوب ، وإنْ وَقَعَ بلفظِ المُذَكَّر ، كالهاشميِّين والعَلَوِيِّين .

لِأَنَّ اللَّفْظَ حينئذٍ يشمُلُ الإنَاثَ تَبَعًا ، كما يَتَنَاوَلُهُنَّ في جميعِ الخِطَابِ الواقعِ في التكليف ، في الكِتَابِ والسُّنَّة ؛ ولِصِدْقِ إطْلاقِهِ على الإناث ؛ يُقالُ : فُلَانَةُ عَلَوِيَّةٌ أو هاشِمِيَّةٌ أو تَمِيْمِيَّةٌ وغيرُهُ ؛ «المسالك : ٥ / ٣٤٢» .

(٢) هذا الحكم ؛ ذَكَرَهُ الشَّيخ ـ رحمه الله ـ ؛ وتَبِعَهُ عليهِ الجماعَة .

ولم أَقِف فيهِ على رَادٍّ مِنْهُم ، إلَّا المُصَنِّفَ في النَّافعِ ؛ فإنَّهُ نَسَبَهُ إلى قَولٍ مُشْعِرًا بَرَدِّهِ ؛ «المسالك : ٥ / ٣٤٦» .

وَقَفَ في وُجُوهِ البِرِّ واَطلَقَ ، صُرِفَ في الفُقَرَاءِ والمَسَاكين ، وكُلِّ مَصْلَحَةٍ يُتَقرَّبُ بها إلى اللهِ سُبْحَانَهُ .

ولو وَقَفَ على بَنِي تَمِيْمٍ صَحَّ ، ويُصْرَفُ الى مَن يُوجَدُ مِنهم ؛ وقيلَ : لا يصِحُّ ، لأنَّهُم مجهولون ؛ والاَوَّلُ هو المَذْهَبُ [1] .

ولو وَقَفَ على الذِّمِّيِّ جازَ ، لِاَنَّ الوقفَ تمليكٌ ، فهوَ كاِباحَةِ المَنْفَعَةِ ؛ وقيلَ : لا يَصِحُّ ، لِاَنَّهُ يُشتَرَطُ فيهِ نِيَّةُ القُرْبَةِ اِلَّا على اَحَدِ الاَبوين .

وقيلَ: يَصِحُّ على ذوي القَرَابةِ ؛ والاَوَّلُ اَشبَهُ. وكذا يصِحُّ على المُرْتَدِّ [2] .

وفي الحَرْبيِّ تَرَدُّدٌ ؛ اَشبَهُهُ المَنْعُ .

ولو وَقَفَ ولم يَذْكُر المَصْرَفَ ، بَطَلَ الوَقْفُ .

وكذا لو وَقَفَ على غَيْرِ مُعيَّنٍ ؛ كاَن يَقُولَ : على اَحدِ هذين ، اَو على اَحدِ المَشْهَدَيْن ، اَو الفَرِيْقَيْن ؛ فالكُلُّ باطِلٌ [3] .

---

(١) ونَبَّهَ بقوله : «والاَوَّلُ هو المذهبُ» ؛ على نُدورِ المُخَالفِ وضَعْفِ قولِهِ ؛ بحيثُ لايكادُ تَخْرُجُ المسالَةُ بِسَبَبِ خِلَافِهِ عن الاِجماع .

وفي التَّذْكِرةِ : اَسْنَدَ القولَ اِلى علمائنا ، مُشْعِرًا بالاِجماع عليه ؛ «المسالك : ٥ / ٣٤٩» .

(٢) المُرَادُ بِهِ : المُرْتَدُّ عن مِلَّةٍ ، والمَرْاَةُ المُرْتَدَّةُ عن فِطْرَةٍ .

اَمَّا الرَّجُلُ المُرْتَدُّ عن فِطْرَةٍ ، فلا يصِحُّ الوقفُ عليه ؛ لِاَنَّهُ لايَقْبَلُ التمَلُّك ، وهوشَرْطُ صِحَّةِ الوَقْفِ .

ووجـهُ صِحَّةِ الوقف على المُرْتَدِّ ، ماتَقَدَّمَ مِن وجهِ الصِّحَّةِ على الكافر ، لِاَنَّهُ بمعناه ؛ «المسالك : ٥ / ٣٥٠» ؛ ويُنظر : «٥ / ٣٣٢ ـ ٣٣٣» .

(٣) الوجهُ فيهِ : ما تَقَدَّم ؛ من اَنَّهُ تمليكٌ ، فلابُدَّ من مالكٍ مُعَيَّنٍ ولو في ضِمْنِ عامٍّ اَو مُطْلَق .

ولايُعْقَلُ تمليكُ ماليسَ بمُعَيَّن .

ولِاَنَّ الوَقْفَ حُكْمٌ شَرْعِيٌّ ، فلابُدَّ لَهُ من مَحَلٍّ مُعَيَّنٍ يقومُ بِهِ ، كما يَفْتَقِرُ مُطْلَقُ العَرَض اِلى المَحَلِّ الجوهرِيّ؛ واَحَدُ الاَمرين اَمْرٌ كُلِّيٌّ لاوجودَ لَهُ خارجًا، واِنْ كان كُلُّ واحدٍ منهما=

وإذا وَقَفَ على اَوْلَادِهِ اَو اِخْوَتِهِ اَو ذَوِي قَرَابتِهِ ، اِقْتَضَى الاِطْلَاقُ اِشْتِرَاكَ الذُّكورِ والاِناثِ ، والاَدنَى والاَبعَد ، والتَّسَاوي في القِسْمَةِ ، اِلَّا اَن يَشْتَرِطَ ترتيبًا اَو اَختِصَاصًا اَو تفضيلًا .

ولو وَقَفَ على اَخْوَالِهِ واَعْمَامِهِ تساووا جميعًا [1] .

واذا وَقَفَ على اَقْرَبِ النَّاسِ اليهِ ، فَهُمُ الاَبوان والوَلَدُ وإن سَفَلوا ، فلا يكونُ لِاَحَدٍ من ذَوي القرابةِ شيءٌ ، مالم يُعدَم المذكورون ؛ ثُمَّ الاَجْدَادُ والاِخْوَةُ وإن نَزَلوا ؛ ثم الاَعْمَامُ والاَخْوَالُ على ترتيبِ الاِرْثِ ، لكن يتساوون في الاِسْتِحْقَاقِ ، اِلَّا اَن يُعيِّنَ التفضيلَ [2] .

«القِسْمُ الرَّابِعُ» ؛ في : شَرَائطِ الوَقْفِ

وهي اَرْبَعَةٌ : الدَّوَامُ ؛ والتَّنْجِيْزُ ؛ والاِقْبَاضُ ؛ واِخْرَاجُهُ عن نفسِهِ .

فلو قَرَنهُ بِمُدَّةٍ بَطَلَ . وكذا لو عَلَّقَهُ بِصِفَةٍ مُتَوَقَّعَةٍ . وكذا لو جَعَلَهُ لِمَن يَنْقَرِضُ غالبًا ، كاَن يقِفَهُ على زَيْدٍ ويقتَصِرَ ، اَو يَسُوقَهُ الى بُطُونٍ تَنْقَرِضُ غالبًا ، اَو يُطْلِقَهُ في عَقِبِهِ ولا يذكُرُ ما يُصْنَعُ بِهِ بعدَ الاِنْقِرَاضِ . ولو فعَلَ ذلك ، قيلَ : يَبْطُلُ الوَقْفُ ؛ وقيلَ : يَجِبُ اِجْرَاؤُهُ حتَّى يَنْقَرِضَ المُسَمَّون ؛ وهو

= موجودًا خارجًا ؛ «المسالك : ٥ / ٣٥١» .

(١) لِاشتِرَاكِهم في اَصْلِ الوَقْف ؛ والاَصْلُ يقتضي التَّسويةَ ، اِلَّا ما اَخْرَجَهُ الدليلُ الخارجيُّ ، كالاِرْث .

اَو الخاصُّ ؛ كما لو شَرَطَ تفضيلَ بعضِهِم على بَعْض ؛ وحينئذٍ ، فلا يَنْحَصِرُ في المُفَضَّلِ في الاِرْث .

بل على حَسْبِ ما شَرَطَ ؛ لِعُمُومِ الاَمْرِ بالوَفَاءِ بِهِ ... ؛ «المسالك : ٥ / ٣٥٢» .

(٢) الضَّابِطُ ؛ اَنَّهُ يُنَزَّلُ على مَرَاتِبِ الاِرْث ... ؛ «المسالك : ٥ / ٣٥٢» .

الأَشبَهُ [1] . فإذا ٱنْقَرَضوا ، رَجَعَ الى وَرَثةِ الوَاقِفِ ؛ وقيلَ : إلى وَرَثَةِ الموقوفِ عليهم ؛ والأَوَّلُ أَظهرُ .

ولو قالَ : وَقَفْتُ إذا جاءَ رأسُ الشَّهرِ ، أَو إن قَدِمَ زيدٌ ، لم يَصِحَّ [2] .

والقَبْضُ شَرْطٌ في صِحَّتِهِ ، فلو وَقَفَ ولم يُقبِّض ، ثم ماتَ كانَ مِيْرَاثًا . ولو وقَف على أَولَادِهِ الأَصَاغرِ ، كانَ قبضُهُ قَبضًا عنهم . وكذا الجدُّ لِلأَبِ . وفي الوَصِيِّ تَرَدُّدٌ ؛ أَظْهَرُهُ الصِّحَّةُ [3] .

ولو وَقَفَ على نفسِهِ ، لم يصِحَّ . وكذا لو وَقَفَ على نَفْسِهِ ثُمَّ على غيرِهِ .

---

(١) هُنَا مسألتان :

إحداهُما : أَن يَقْرِنَ الوَقْفَ بمُدَّةٍ ، كَسَنَةٍ مَثَلًا ؛ وقد قَطَعَ المُصَنِّفُ بِبُطْلَانِهِ ..

والثَّانِيَةُ : أَن يجعلَهُ لِمَن يَنْقَرِضُ غالبًا .

وفي صِحَّتِهِ وقفًا أَو حَبْسًا أَو بُطْلَانِهِ من رأسٍ أَقْوَالٌ، أَشَارَ إليها المُصَنِّفُ وٱختَارَ أَوَّلَها... ؛ «المسالك : ٥ / ٣٥٣ ـ ٣٥٤» .

(٢) هذا تفريعٌ على ٱشتِرَاطِ التَّنْجيزِ ، رَتَّبَهُ مُشَوَّشًا ؛ إذ كان حَقُّهُ الابتداءَ بتفريعِهِ .

ونَبَّهَ بالمِثَالين ؛ على أَنَّهُ لا فَرْقَ :

بين تعليقِهِ بوصفٍ ، لابُدَّ من وقوعِهِ :كمجيء رأسِ الشَّهْرِ ؛ وهو الَّذي يُطْلَقُ عليهِ : الصِّفةُ.

وبَيْنَ تعليقِهِ بما يحتَمِلُ الوُقوعَ وعَدَمَهُ ؛كَقُدُومِ زَيْدٍ ؛ وهو المُعَبَّرُ عنهُ بـ: الشَّرْط ... ؛ «المسالك : ٥ / ٣٥٧» .

(٣) لمَّا كان المُعْتَبَرُ من القَبْض : رفعُ يدِ الواقِفِ ، ووضعُ يَدِ الموقوفِ عليه ؛ وكانتْ يَدُ الوَلِيِّ بمنزلةِ يَدِ المُوَلَّى عليهِ ؛ كان وَقْفُ الأَبِ والجَدِّ وغَيْرِهِ ـ مِمَّن لَهُ الولايةُ على غَيْرِ الكاملِ لِمَا في يَدِه ـ على المُوَلَّى عليهِ ، مُتَحَقِّقًا بالإيجابِ والقَبُول .

لِأَنَّ القَبْضَ حاصِلٌ قبل الوَقْف ؛ فَيُسْتَصْحَبُ ؛ ويَنْصَرِفُ إلى المُوَلَّى عليهِ بعدَهُ ؛ لِما ذَكَرْناه ... ؛ «المسالك : ٥ / ٣٦٠» .

وقيلَ : يبطُلُ في حَقِّ نفسِهِ ، ويصِحُّ في حَقِّ غيرِهِ ؛ والاَوَّلُ اَشبَهُ . وكذا لو وَقَفَ على غيرِهِ ، وشَرَطَ قَضَاءَ دُيُونِهِ اَو اِدْرَارَ مؤُنَتِهِ ، لم يصِحَّ . اَما لو وَقَفَ على الفُقَراء ثم صارَ [ورقة ١٠٤ لوحة ب] فقيرًا ، اَو على الفُقَهَاء ثم صارَ فَقِيهًا ؛ صَحَّ لَهُ المُشَارَكَةُ في الاِنتِفاعِ .

ولو شَرَطَ عودَهُ اليهِ عندَ حَاجتِهِ ، صَحَّ الشَّرْطُ وبَطَلَ الوَقْفُ ، وصَارَ حبسًا يعودُ فيهِ [1] معَ الحَاجَةِ ويُوَرَّثُ [2] .

ولو شَرَطَ اِخراجَ مَن يُريدُ ، بطَلَ الوَقْفُ .

ولو شَرَطَ اِدخالَ مَن يُولَدُ [3] مع المَوقوفِ عليهم جازَ ، سواءٌ وقَفَ على اَولادِهِ اَو على غيرِهِم .

اَمَّا لو شَرَطَ نَقْلَهُ عن المَوْقوفِ عليهم الى مَن سَيُولَدُ ، لم يَجُز ، وبَطَلَ الوقفُ [4] ؛ وقيلَ : اِذا وَقَفَ على اَولَادِهِ الاَصاغرِ ، جازَ اَن يُشرِكَ مَعَهم واِن لم يَشْترِط ؛ وليسَ بمُعتَمَدٍ .

والقَبْضُ مُعْتَبَرٌ في المَوْقُوفِ عليهِ [5] اَوَّلًا ، ويسقُطُ اِعتِبَارُ ذلكَ في بَقِيَّةِ الطَّبَقاتِ .

---

(١) في المسالك والجواهر : يعودُ اِليهِ .

(٢) البَحْثُ هنا يَقَعُ في موضعين :

الاَوَّلُ : في صِحَّة هذا الشَّرْط ؛ وفيهِ قولان ... .

الثَّاني : على تَقْديرِ الصِّحَّةِ ... ؛ «المسالك : ٥ / ٣٦٤» .

(٣) في متن المسالك : مَن سَيُولَدُ ؛ وفي المسالك ـ الشَّرح ـ والجواهر : «مَن يُرِيْدُ» .

(٤) هذا هو المشهورُ ؛ بل ، اُدَّعى عليهِ الشَّيْخُ الاِجْمَاعَ .

ولِمَا تَقَدَّمَ من اَنَّ بناءَ الوَقْف على اللُزوم ؛ فاِذا شَرَطَ نَقْلَهُ عن الموقوفِ عليهِ اِلى غَيْرِهِ ، فقد شَرَطَ خِلَافَ مُقْتَضَاه ، فَيَبْطُلُ الشَّرطُ والعقدُ ... ؛ «المسالك : ٥ / ٣٦٩» .

(٥) في المسالك والجواهر : «الموقوف عليهم» .

ولو وَقَفَ على الفُقَراء اَو على الفُقَهاء ، فلابُدَّ من نَصْبِ قَيِّمٍ لِقَبضِ الوَقف.

ولو كان الوَقْفُ على مَصْلَحَةٍ ، كَفَى اِيْقَاعُ الوَقْفِ عن اَشتِرَاطِ القَبُولِ ، وكان القَبْضُ الى النَّاظرِ في تِلْكَ المَصْلَحَةِ [1] .

ولو وَقَفَ مَسْجِدًا صَحَّ الوَقفُ ولو صلَّى فيهِ واحدٌ . وكذا لو وَقَفَ مَقْبَرَةً تصيرُ وَقفًابالدَّفنِ فيها ولو واحدٌ [2] . ولو صَرَّفَ الناسَ في الصَّلاةِ ، في المَسْجدِ اَو في الدَّفْنِ [3] ، ولم يَتَلفَّظ بالوَقْفِ ، لم يخرُج عن مِلْكِهِ . وكذا لو تلفَّظَ بالعَقدِ ولم يُقبِّضهُ .

النَّظَرُ الثَّالِثُ

في : اللَّوَاحقِ

وفيه مسائلُ :

«الأُولى» : الوَقْفُ يَنْتَقِلُ الى مِلكِ الموقوفِ عليهِ [4] ، لِاَنَّ فائدةَ المِلْكِ

---

(١) هنا حُكْمَان :

اَحَدُهما : اَنَّ الوَقْفَ على المَصَالحِ العامَّةِ ، كالقَنَاطِرِ والمَسَاجدِ ؛ لا يُشْتَرَطُ فيهِ القَبُولُ ؛ ووجهُهُ ظاهِرٌ ...

والثَّاني: قَبْضُ الوقف في مِثْلِ ذلك؛ ولا رَيْبَ في اَعتبارِهِ مُطْلَقًا...؛ «المسالك: ٥/٣٧٢».

(٢) اَطْلَقَ المُصَنِّفُ تحقُّقَ قَبْضِ المسجدِ بصلاةِ واحدٍ فيهِ ، بعد الوَقْف ؛ وقَبْضِ المَقْبَرَة ، بدَفْنِ واحدٍ فيها.

ويجـبُ تقييدُهُ بوقوعِ ذلك ، بإذْنِ الواقفِ ، لِيَتَحقَّقَ الاِقْبَاضُ الَّذي هو شَرْطُ صِحَّة القبض ... ؛ «المسالك : ٥ / ٣٧٣» .

(٣) صَرَّف ـ بالتَّشديد ـ ؛ اَي : اَذِنَ لَهُم في التَّصَرُّف ؛ «المسالك : ٥ / ٣٧٤» .

(٤) الكلامُ هنا يَقَعُ في موضعين :

اَحَدُهما : اَنَّ الموقوفَ هل ينتقِلُ عن مِلْكِ الواقفِ ؟ اَم يَبْقى على مِلْكِهِ ؟ ... =

موجودةٌ فيهِ ، والمَنْعُ من البيعِ لا يُنَافِيهِ كما في أُمِّ الوَلَدِ . وقد يَصِحُّ بيعُهُ على وجهٍ . فلو وَقَفَ حِصَّةً من عبدٍ ثم اَعْتَقَهُ ، لم يصِحَّ العِتْقُ ، لِخُروجهِ عن مِلكِهِ [1] . ولو اَعْتَقَهُ الموقوفُ عليهِ لم يصِحَّ اَيضًا ، لِتَعَلُّقِ حَقِّ البُطونِ بهِ . ولو اَعْتَقَهُ الشَّريكُ مَضَى العِتقُ في حِصَّتِهِ ولم يُقوَّم عليهِ ، لِاَنَّ العِتقَ لا ينفُذُ فيهِ مُبَاشَرَةً ، فَاَولى اَن لا ينفُذَ [فيهِ] سِرايةً . ويَلْزَمُ من القولِ بانتِقالِهِ الى الموقوفِ عليهم اِفْتِكَاكُهُ من الرِّقِّ . ويُفَرَّقُ بينَ العِتقِ مُبَاشرةً وبينَهُ سِرايةً ، بأَنَّ العِتقَ مباشرةً يَتَوَقَّفُ على اَنْحِصَارِ المِلْكِ في المُبَاشرِ ، اَو فيهِ وفي شريكِهِ ، وليسَ كذلك اَفتِكَاكُهُ ، فاِنَّهُ اِزَالَةٌ للرِّقِّ شَرْعًا فَيَسري في باقِيهِ ، ويَضمَنُ الشَّريكُ القِيْمَةَ ، لِاَنَّهُ يجري مَجْرَى الاِتْلَافِ ؛ وفيهِ تردُّدٌ .

«الثَّانيةُ» : اِذا وَقَفَ مملوكًا ؛ كانَتْ نَفَقَتُهُ في كَسْبِهِ ، شَرَطَ ذلكَ اَو لم يَشرَط [2] . ولو عَجَزَ عن الاِكْتِسَابِ كانَتْ نَفَقَتُهُ على الموقوفِ عليهِم . ولو قيلَ في المسألَتين كذلك ؛ كان اَشبَه ، لِاَنَّ نَفَقَةَ المملوكِ تلزَمُ المالكَ . ولو

= والثَّاني : على تقديرِ القولِ بانتِقالِهِ عن مِلْكِهِ ؛ اِلى مَن ينتَقِل ؟ ... ؛ «المسالك : ٥ / ٣٧٥ ـ ٣٧٦» .

(١) هذا من جُمْلَةِ الفُروع على اَنتِقَال المِلْك عن الواقفِ .

ولا فَرْقَ بين كونِ الموقوفِ حِصَّةً من العَبْدِ وجميعَهُ ، لِاشتراكهما في المَعْنَى .

واِنَّما فَرَضَهُ في الحِصَّة ، لِيُفَرِّعَ عليهِ ما سيأتي من وَقْفِ الشَّريكِ حِصَّتَهُ ؛ «المسالك : ٥ / ٣٧٨» .

(٢) هذا الحُكْمُ اَيْضًا ؛ مُتَفَرِّعٌ على مالك الوقف .

فاِن جعلناهُ للموقوفِ عليهِ ، كما اَخْتَارَهُ المُصَنِّفُ ؛ فَفِي نَفَقَتِهِ وجهان ...

واَمَّا اِذا قُلْنا : بأَنَّ المِلْكَ للهِ تَعَالى ، فيُبنى على اَنَّ نَفَقَةَ مُسْتَحِقِّ المَنَافعِ كالاَجير الخاصِّ والمُوصَى بخدمتِهِ ؛ على مُسْتَحِقِّها اَمْ لا ؟ ... ؛ «المسالك : ٥ / ٣٨٢» .

صارَ مُقْعَدًا اِنْعَتَقَ عندَنا ، فَتَسْقُطُ عنهُ الخِدْمَةُ وعن مولاهُ نفقَتُهُ [1] .

«الثَّالثةُ» : لو جنَى العبدُ الموقوفُ عَمدًا ، لَزِمَهُ القِصَاصُ ، فإن كانت دونَ النَّفسِ بقيَ الباقي وقفًا [ورقة ١٠٥ لوحة أ] . وإن كانت نَفْسًا ، اقتُصَّ منهُ وبَطَلَ الوَقْفُ ، وليسَ لِلمَجْنِيِّ [عليهِ] اِسْتِرْقَاقُهُ . وإن كانت الجِنَايةُ خطأً ، تعلَّقَت بمـالِ الموقوفِ عليهِ ، لِتَعَذُّرِ اَستِيْفائها مِن رَقَبَتِهِ ؛ وقيلَ : يتعَلَّقُ بكَسْبِهِ ، لِاَنَّ المولَى لا يعقِلُ عبدًا . ولايجوزُ اِهدَارُ الجِنَايةِ ، ولا طَرِيْقَ الى عِتْقِهِ فَيُتَوَقَّعُ ؛ وهو اَشبَهُ .

اَمَّا لو جُنِيَ عليه ِ ؛ فإن اَوجَبَت الجِنَايةُ اَرشًا ، فلِلموجودين مِن الموقوفِ عليهم ؛ وإن كانَتْ نَفْسًا تُوجِبُ القِصَاصَ فالِيهم ؛ وإن اَوجَبَت دِيَةً اُخِذَت من الجاني. وهل يُقَامُ بها مُقَامَهُ ؟ قيلَ : نَعَم ، لِاَنَّ الدِّيَةَ عِوَضُ رَقَبَتِهِ ، وهي مِلكٌ للبُطُونِ ؛ وقيلَ : لا ، بل تكونُ للمَوْجُودين مِن الموقوفِ عليهم ؛ وهو اَشبَهُ ، لِاَنَّ الوَقْفَ لم يَتَنَاوَلِ القيمةَ .

«الرَّابعةُ» : اِذا وَقَـفَ في سَبِيْلِ الله ، اِنْصَرَفَ الى ما يَكُونُ وُصْلَةً الى الثَّوابِ ، كالغُزَاةِ والحَجِّ والعُمْرَةِ وبِنَاءِ المَسَاجدِ والقَنَاطِرِ . وكذا لو قالَ في سبيلِ اللهِ وسبيلِ الثَّوابِ وسبيلِ الخيرِ كانَ واحدًا ، ولاتَجِبُ قِسْمَةُ الفائدةِ اَثلاثًا [2] .

---

(١) إنَّما يسقُطُ عن مولاه نَفَقَتُهُ ، من حيثُ هو مملوك ؛ لِاَنَّهُ قد صارَ حُرًّا .

ولكن ، نَفَقَتُهُ حينئذٍ تجبُ ـ مع عَجْزِهِ وعَدَمِ وجودِ باذِلٍ لها ـ على المسلمين كفايةً ، كَغَيْرِهِ من المُضْطَرِّين .

والموقـوف عليـهِ من الجُمْلَةِ ، فيجـبُ عليهِ لكن من هذهِ الحيثيَّةِ ، لامِن حيثُ المملوكيَّةِ ... ؛ «المسالك : ٥ / ٣٨٢ ـ ٣٨٣» .

(٢) المشهور بين الاَصحاب : اَنَّ هذهِ المفهومات الثَّلاثة ، ترجعُ اِلى معنى واحد ؛ وهو =

«الخَامِسَةُ» : اذا كانَ لَهُ مَوَالٍ من اَعلَى ، وهُم المُعتِقُونَ لَهُ ، ومَوَالٍ من اَسفَل ، وهُم الَّذين اَعتَقَهم ؛ ثم وَقَفَ على مواليهِ ؛ فان عُلِمَ اَنَّهُ اَرادَ اَحدَهُما ، اِنْصَرَفَ الوقفُ اليهِ ؛ وإن لم يُعْلَمْ ، اِنْصَرَفَ اليهما [1] .

«السَّادِسَةُ» : اذا وَقَفَ على اَوْلَادِ اَولادِهِ ، اِشْتَرَكَ اَولَادُ البَنين والبَنَاتِ [2] ، ذكورُهم واِنَاثُهم ، من غيرِ تَفْضيلٍ . اَمَّا لو قالَ مَن اَنتَسَبَ اِليَّ منهم ، لم يَدْخُل اَولادُ البناتِ . ولو وَقَفَ على اَولادِهِ ، اِنْصرَفَ اِلى اَولادِهِ لِصُلْبِهِ ، ولم يدخُل معَهم اَوْلَادُ الاَوْلاَدِ ؛ وقيلَ : بل يَشْتَرِكُ الجَمِيْعُ ؛ والاَوَّلُ اَظهَرُ ، لِاَنَّ

= سبيلُ الله بالمعنى العامِّ المُتَقَدِّم ؛ واللُغة والعُرْف يُرشِدَان اِليهِ .

ونَبَّهَ بقولهِ : «ولايجبُ قِسْمَةُ الفائدةِ اَثْلَاثًا» ؛ على خِلافِ الشَّيخ «رحمهُ الله» ؛ حيثُ ذَهَبَ اِلى قِسْمَتِهِ ثلاثةَ اَقسام :

ثُلُثُهُ اِلى الغُزَاة والحَجِّ والعُمْرَةِ ؛ وهو سَبيلُ الله .

وثُلُثُهُ اِلى الفُقَرَاء والمَسَاكين ؛ ويَبْدَاُ باَقاربِهِ ؛ وهو سبيلُ الثَّواب .

وثُلُثُه اِلى خمسةِ اَصنافٍ ، من الَّذين ذكرَهُمُ الله تعالى في آية الصَّدَقات ؛ وهم : الفُقَراءُ ، والمساكين ، وآبنُ السَّبيل ، والغارمون ، والرِّقاب ؛ وهو سبيلُ الخير .

ودعوى هذا التَّفصيل ، لايخلو من التحكُّم .

والاَقْوى ؛ اَنَّ الثَّلاثةَ بمعنى ؛ وهو قولٌ آخرُ للشَّيخ «رحمه الله» ؛ «المسالك : ٥ / ٣٨٧ ـ ٣٨٨» .

(١) اسمُ المولى ؛ يُطْلَقُ بالاشتراك اللَفْظِيِّ على معنيين :

على السَّيِّد الَّذي اَعْتَقَ ، اَو اَنْتَهَى اِليهِ ولاءُ العِتْق ؛ ويُقالُ لَهُ : المَوْلَى من اَعْلَى .

وعلى العبدِ الَّذي اَعْتَقَهُ سَيِّدُهُ ؛ ويُقَالُ لَهُ : المولى من اَسْفل ، بالنِّسْبَةِ اِلى المُعْتِق ومَن اَنْتَقَلَ اِليهِ ولاؤهُ ... ؛ «المسالك : ٥ / ٣٨٨» .

(٢) اَمَّا اَشتراكُ الجَمِيْعِ ، فَلِصِدْقِ الاَوْلادِ على الذُّكورِ والاِنَاثِ قَطْعًا ؛ «المسالك : ٥ / ٣٩١» .

وَلَدَ الوَلَدِ لايُفهَم من اِطْلَاقِ لَفْظِ الوَلَدِ. ولو قالَ: على اَولَادِي واَولَادِ اَولادي ، اِخْتَصَّ بالبَطنَين . ولو قالَ : على اَولادِي فاِذا اَنقرَضوا واَنْقَرَضَ اَولادُ اَوْلَادي ، فَعَلى الفُقَرَاء ؛ فالوَقْفُ لِاَولَادِهِ .

فاِذا اَنْقَرَضوا ؛ قيلَ: يُصرَفُ اِلى اَولَادِ اَولادِهِ ؛ فاذا اَنقرَضوا فَاِلى الفُقَراء ؛ وقيلَ : لايُصرَفُ اِلى اَوْلَادِ الاَوْلَادِ ، لِاَنَّ الوَقْفَ لم يَتَنَاوَلْهُم ، لكن يكونُ اِنْقِرَاضُهُم شرطًا لِصَرْفِهِ الى الفُقَراء ؛ وهو اَشبَهُ .

«السَّابعةُ» : اِذا وَقَفَ مسجِدًا فخَرِبَ ، وخَرِبَتِ القَرْيَةُ اَو اَلمَحَلَّةُ ، لم يَعُد اِلى مِلْكِ الوَاقـفِ ، ولاتخرُجُ العرَصَةُ عن الوَقْفِ . ولو اَخَذَ السيلُ مَيِّتًا ، فيُئِسَ منهُ ، كان الكَفَنُ للْوَرَثةِ [1] .

«الثَّامنةُ» : : لو اَنْهَدَمَت الدَّارُ ، لم تخرُجِ العَرَصَةُ عن الوَقْف ، ولم يَجُز بيعُها. ولو وَقَعَ بينَ الموقوفِ عليهم خُلْفٌ، بحيثُ يُخشَى خَرَابُهُ، جازَ بيعُهُ [2].

---

(١) اَي : اِذا وَقَفَ مَسْجدًا ، لم يَنفَكَّ وقفُهُ بِخَرَابِ القَرْيَةِ ، لِلُزُومِ الوَقْف ، وعَدَمِ صَلَاحيَّةِ الخَرَاب لِزَوَالِهِ ، لِجَوَازِ عَوْدها اَو اِنْتِفَاعِ المَارَّةِ بِهِ ؛ وكذا لو خَرِبَ المَسْجِدُ ، خِلَافًا لِبَعْض العامَّة ، قياسًا على عَوْدِ الكَفَنِ اِلى الوَرَثَةِ عندَ اليأسِ من المَيِّت ، بجامعِ اَستِغْنَاءِ المَسْجِدِ عن المُصَلِّين كاستغنَاءِ المَيِّتِ عن الكَفَن . والفَرْقُ واضِحٌ ، لِاَنَّ الكَفَنَ مِلْكٌ للوَارِثِ واِن وَجَبَ بَذْلُهُ في التَّكفين ، بِخلَافِ المَسْجِدِ ؛ لِخُرُوجِهِ بالوَقْفِ على وَجْهِ فَكٍّ المِلْكِ كالتَّحرير ؛ كما في العِتْقِ فاِنَّهُ بِمُجَرَّدِ التَّحْريرِ يَنْعَتِقُ ، ولا يُمْكِنُ رجوعُهُ اِلى الرِّقِّيَّةِ . ولِاِمْكَانِ الحَاجَةِ اِليه بِعِمَارَةِ القَرْيَةِ ، وصَلَاةِ المَارَّةِ ، بخلافِ الكفن ؛ «الرَّوضة : ٣ / ١٨٦ جمعًا بين المتن والهامش بتصرُّف» .

(٢) هذهِ المسالَةُ ؛ تَقَدَّمَ الكلامُ عليها في البيع .

والقَوْلُ بجـواز البيـعِ في الجُملَةِ للاَكثرِ ؛ ومُسْتَنَدُهُ : صحيحةُ عليِّ بنِ مهزيار ، عن اَبي جعفر «عليه السَّلام» ... ؛ «المسالك : ٥ / ٣٩٨ ـ ٣٩٩» .

ولـو لم يقَعَ خُلْفٌ ، ولا خُشِيَ خَرَابُهُ ؛ بل كانَ البَيْعُ اَنفَعَ لهم ؛ قيلَ : يجوزُ بيعُهُ ؛ والوَجْهُ المنعُ . ولو [ورقة ١٠٥ لوحة ب] اَنْقَلَعَت نَخْلَةٌ من الوَقفِ ؛ قيلَ : يجوزُ بيعُها ، لِتَعَذُّرِ الاِنْتِفَاعِ اِلَّا بالبَيْعِ [١] ؛ وقيلَ : لايجوزُ ، لِاِمْكَانِ الاِنْتِفَاعِ بالاِجَارَةِ للتَّسْقيفِ وشِبْهِهِ ؛ وهو اَشبَهُ .

«التَّاسِعَةُ» : اذا آجَرَ البَطْنُ الاَوَّلُ الوَقْفَ مُدَّةً ، ثم اَنقرضوا في اَثنائِها ؛ فاِن قُلنا : المَوْتُ يُبْطِلُ الاِجَارَةَ فلا كَلَام ؛ واِن لم نَقُل فهل يُبطِلُ هنا [٢] ؟ فيهِ تردُّدٌ ، اَظهَرُهُ البُطْلَانُ ، لِاَنَّا بَيَّنَّا اَنَّ هذهِ المُدَّةَ ليسَتْ للمُوجِرِين ، فيكونُ للبَطْنِ الثَّاني الخِيَارُ ، بينَ الاِجَازَةِ في البَاقي وبين الفَسْخِ فيهِ ، ويَرْجِعُ المُسْتأجِرُ على تَرِكَةِ الاَوَّلين بما قابَلَ المُتَخَلِّفَ .

«العاشرةُ» : اذا وَقَفَ على الفُقَرَاء ، اِنْصَرَفَ الى فُقَرَاء البَلَدِ ومَن يحضُرُهُ . وكذا لو وَقَفَ على العَلَوِيِّين . وكذا لو وَقَفَ على بَنِي اَبٍ مُنْتَشِرين ، صُرِفَ الى المَوْجُودين ، ولايجبُ تَتَبُّعُ مَن لم يحضُر ، لِمَوضِعِ المَشَقَّةِ [٣] . ولا يجوزُ للمَوْقُوفِ عليهِ وطءُ الاَمَةِ المَوْقُوفةِ ، لِاَنَّهُ لا يختَصُّ بِمِلكِها . ولو اَولَدَها ،

---

(١) المُجَوِّزُ لِبَيْعِها حينئذٍ هو الشَّيخُ ...؛ «المسالك : ٥ / ٤٠٠» .

(٢) اَشَارَ بالتَّعليلِ ؛ اِلى الفَرْقِ بين اِجَارَةِ المالكِ والموقوفِ عليهِ ، مع اَشتِراكهما في اِيْقَاعِ عَقْدٍ لازمٍ مِن الطَّرَفين ؛ ومِنْ شَأنِهِ اَنَّهُ لايبطُلُ بالموتِ ...؛ «المسالك : ٥ / ٤٠١» .

(٣) قد عَرَفْتَ : اَنَّ الوَقْفَ على غيرِ المُنْحَصِر ، وَقْفٌ على الجِهَةِ المخصوصةِ ، لا على اَشخاصِها .

ومَصْرَفُ الجِهَةِ : مَن اَتَّصَفَ بوصفِها ، من فَقْرٍ وفقهٍ وغيرِهما .

وحينئذٍ ، فلايجبُ صَرْفُ النَّمَاء اِلى جميعِ الاَشخاص الدَّاخلين في الوصف .

بل ، يجبُ صَرْفُهُ اِلى مَن كان موجودًا بِبَلَدِ الوقف ، عندَ تَفْرِقَتِهِ من اَهْلِهِ وغَيْرِهم .

ولايجبُ تَتَبُّعُ مَن غابَ عنهُ ، من اَهْلِهِ ولا من غَيْرِهِ ؛ ولكن ، لو تَتَبَّعَ جَازَ ؛ «المسالك : ٥ / ٤٠٢» .

كان الولدُ حُرًّا ولا قِيْمَةَ عليهِ ، لِاَنَّهُ لا يجبُ لَهُ على نفسِهِ غُرمٌ . وهل تصيرُ اُمَّ ولدٍ ؟ قيلَ : نَعَم ، وتَنْعَتِقُ بموتِهِ ، وتؤخَذُ القِيْمَةُ مِن تَرِكَتِهِ لِمَن يليهِ من البُطونِ ؛ وفيهِ تردُّدٌ . ويجوزُ تزويجُ الاَمَةِ الموقوفةِ [1] ، ومهرُها للموجودين من اَربابِ الوقفِ ، لِاَنَّهُ فائِدَةٌ كاُجْرَةِ الدَّارِ . وكذا ولَدُها من نَمَائِها [2]، اِذا كان من مَمْلُوكٍ اَو مِن زِنا ، ويَخْتَصُّ بهِ البَطْنُ الَّذين يُوْلَدُ مَعَهُم . فاِن كانَ من حُرٍّ بوطْيٍ صحيحٍ ، كانَ حُرًّا ، اِلَّا اَن يَشْتَرِطوا رِقِّيَّتَهُ في العَقْدِ . ولو وَطِئَها الحُرُّ بِشُبهَةٍ ، كان وَلَدُهُ حُرًّا [3] ، وعليهِ قيمَتُهُ للمَوْقوفِ عليهم [4] . ولو وَطِئَها الوَاقفُ كانَ كالاَجنَبِيِّ .

---

(١) لاخِلَافَ عندنا ؛ في جواز تزويجها .

لِاَنَّهُ عَقْدٌ على بعضِ مَنَافِعها ، يجري مَجْرَى الاِجارة ؛ وفيهِ تحصينٌ لَهَا ، وهو غَرَضٌ مطلوبٌ شَرْعًا .

واِنَّما مَنَعَ منهُ بعضُ الشَّافِعِيَّة ؛ من حيثُ اِنَّها اِذا حَبِلَتْ مُنِعَتْ عن العَمَل ، ورُبَّما ماتَتْ في الطَّلْق .

وظاهِرٌ ، اَنَّ مثلَ هذا لايَمْنَعُ ... ؛ «المسالك : ٥ / ٤٠٦» .

(٢) هذا ، هو الاَشْهَرُ بين الاَصحاب .

فاِنَّ الوَلَدَ من جُمْلَةِ النَّماء ؛ فاَشْبَهَ الكَسْبَ ، وثَمَرَةَ البُستان ، ووَلَدَ الدَّابة .

وذَهَبَ جماعَةٌ من الاَصْحَابِ ـ مِنْهُم : الشَّيْخُ واَبْنُ الجُنَيْد ـ : اِلى اَنَّهُ يكونُ وقفًا كَاُمِّهِ ؛ لِاَنَّ كلَّ وَلدِ ذَاتِ رَحِمٍ ، حُكْمُهُ حُكْمُ اُمِّهِ ، كالمُدَبَّرَةِ والمرهونةِ على قولٍ ؛ وفي الكُلِّيَّةِ مَنْعٌ ...؛ «المسالك : ٥ / ٤٠٧» .

(٣) في المسالك : كانَ ولدُها ؛ وفي الجواهر : كانَ الوَلَدُ .

(٤) اَمَّا كونُهُ حُرًّا ؛ فلِاَنَّ ولدَ الشُّبْهَةِ تابعٌ لِحَالِ اَبيهِ ، في الرِّقِّيَّةِ والحُرِّيَّة .

واَمَّا لزومُ القيمةِ ؛ فَلِاَنَّهُ فَوَّتَ على الموقوفِ عليهم وَلَدَ اَمَةٍ بغيرِ اَستِحْقاقٍ .

والمُرَادُ كونُ القيمةِ للموقوفِ عليهم ، على وجهِ المِلْك التَّام ، لاعلى وجهِ الوَقْفِ ؛ على اَصَحِّ القولين ؛ كالوَلَدِ الرَّقيقِ ؛ «المسالك : ٥ / ٤٠٧» .

[كِتَابُ الصَّدَقَاتِ][1]

وأَمـا الصَّدَقَةُ ؛ فهي : عَقْدٌ يَفْتَقِرُ الى اِيجَابٍ وقَبُولٍ واِقْبَاضٍ . ولو قَبَضَها [المُعْطَى لَهُ] من غَيْرِ رِضَا المَالكِ ، لم تَنْتَقِل اِليهِ . ومَن شَرْطِها نِيَّةُ القُربةِ [2] ، ولايجوزُ الرُّجُوعُ فيها بعدَ القَبْضِ على الأَصَحِّ ، لِأَنَّ المَقْصُودَ بها الأَجرُ وقد حَصَلَ ، فهي كالمُعَوَّضِ عنها [3] .

والصَّـدَقَـةُ المَفْرُوضَـةُ مُحَـرَّمَـةٌ علـى بنـي هاشـمٍ ، اِلَّا صـدَقَـةَ الهَاشِمِـيِّ أَو صَدَقَـةَ غيـرِهِ عنـدَ الاضْطِـرَارِ ، ولا بـأسَ بالصَّدَقـةِ المَنْدُوبَـةِ عليهـم [4] .

---

(١) كما قلنا في كتاب الوقوف سابقًا : بأَنَّ مثلَ هذا العنوان ، لا وجودَ لَهُ في مُصَوَّرَةِ المَخْطُوطةِ ؛ وإِنَّما نحنُ وضعناهُ للضَّرورَةِ المَنْهَجِيَّةِ ؛ حينَ فَكَّكْنَا «كتاب الوقوفِ والصَّدَقات» ؛ اِلى «كتاب الوُقُوف» ، و«كتاب الصَّدَقات» .

(٢) ظَاهِرُهُم أَنَّهُ وفاقِيٌّ ؛ ويَدُلُّ عليهِ أَيْضًا : رواية هشام وحَمَّاد وأبن أُذَيْنَة وأبنِ بُكَيْر وغيرِ واحدٍ ؛ كُلُّهم قالوا : « قالَ : أَبو عبدالله « عليهِ السَّلام » : لاصَدَقَةَ ولاعِتْقَ اِلَّا ما أُرِيْدَ بِهِ وجهُ اللهِ تَعَالى ...؛ « المسالك : ٥ / ٤٠٨ » .

(٣) خالَفَ في ذلك الشَّيخُ ـ رحمه الله ـ ؛ فقالَ : «اِنَّ صَدَقَةَ التَّطَوُّعِ عندنا ؛ بمنزلةِ الهِبَةِ في جميعِ الأَحْكام .

ومن شَرْطِها : الاِيْجَابُ والقَبُولُ ، ولا يَلْزَمُ اِلَّا بالقَبْض .

وكُلُّ مَنْ لَهُ الرُّجُوعُ في الهِبَةِ ، لَهُ الرُّجُوعُ في الصَّدَقَةِ عليهِ ... ؛ «المسالك : ٥ / ٤٠٩» .

(٤) يُفهَمُ من هذا التَّخصيص : تحريمُ غير المَنْدوبةِ مُطْلَقًا عليهم ، مُضَافًا اِلى اِطْلاق تحريم الواجبة ؛ فيشمل المنذورةَ والكَفَّارَةَ وغيرهما . =

مسائلُ ثلاثٌ :

«الأُولى» : لايَجُوزُ الرُّجُوعُ في الصَّدَقةِ بعدَ القَبْضِ [1] ، سَوَاءٌ عُوِّضَ عنها اَو لم يُعَوَّض ، لِرَحِمٍ كانَتْ اَو لِاَجْنَبِيٍّ ، على الاَصَحِّ .

«الثَّانيةُ» : تجوزُ الصَّدَقَةُ على الذِّمِّيِّ وإن كانَ اَجنَبِيًّا ؛ لِقَوْلِهِ «عليهِ السَّلام» : «على كُلِّ كَبدٍ حَرَّى اَجرٌ» ؛ ولِقَوْلِهِ تعالى : ﴿ لايَنْهَاكم اللهُ عن الَّذين لم يقاتلونكم في الدِّين ﴾ [2] .

«الثَّالثةُ» : صَدَقَةُ السِّرِّ اَفضَلُ من الجَهْرِ ، اِلَّا اَن يُتَّهَمَ في تَرْكِ المُوَاسَاةِ ، فيُظهِرُها دَفْعًا لِلتُّهَمَةِ [3] .

= وفي القواعد ؛ اَطْلَقَ اَوَّلًا تحريمَ الصَّدَقةِ المَفْروضةِ كما هُنَا . ثُمَّ عَقَّبَهُ بقولِهِ : «ولا بأسَ بالمندوبـةِ وغيرِ الزَّكاةِ كالمَنْذورة» .

فَدَلَّ تخصيصُهُ على خِلَافِ مادَلَّت عليهِ هذهِ العِبَارة ؛ وهو اَختِصاصُ المفروضة اَوَّلًا وثانيًا ؛ وهو اَجْوَدُ ... ؛ «المسالك : ٥ / ٤١١» .

(١) هذا هو الاَقوى .

وقد تَقَدَّمَ ذلك ؛ وأَنَّ المُخَالِفَ الشَّيْخُ «رحمهُ الله» .

ولا وجهَ لِإعَادَةِ المسألَةِ مَرَّةً اُخْرَى عن قُرْبٍ ؛ «المسالك : ٥ / ٤١٢» ؛ ويُنظر : «نفس المصدر : ٥ / ٤٠٩» .

(٢) سورةُ المُمْتَحِنَة ؛ آية : ٨ .

(٣) لِاَنَّهُ لاينبغي اَن يجعلَ عِرْضَهُ عُرْضَةً للتُّهَم .

فقـد تَحَـرَّجَ من ذلـك النَّبِيُّ «صلَّى اللهُ عليهِ وآلِهِ وسَلَّم» ، مع بُعْدِهِ عنهُ ، فَغَيْرُهُ اَوْلى ... ؛ «المسالك : ٥ / ٤١٣» .

كِتَابُ السُّكنى والحَبْسِ

وهي [1] : عَقْدٌ يَفْتَقِرُ الى الاِيْجَابِ والقَبُولِ والقَبْـضِ .

وفائدَتُها : التَّسْلِيْطُ على اَستِيْفَاءِ المَنْفَعَةِ ، مع بَقَاءِ المِلْكِ على مَالِكِه [2] .

وتختَلِفُ عليها الاَسْمَاءُ بحسبِ اَختِلَافِ الاِضَافةِ .

فاذا اَقترَنَت بالعُمْر ؛ قِيْلَ : عُمْرَى .

وبالاِسكانِ ؛ قِيْلَ : سُكْنَى .

وبالمُدَّةِ ؛ قيلَ : رُقبَى ، اِمَّا مِن الاِرْتِقَابِ اَو مِنْ رَقَبَةِ المِلْك .

والعِبَارَةُ عن العَقْدِ اَن يَقُولَ : اَسْكَنْتُكَ اَو اَعْمَرْتُكَ اَو اَرْقَبْتُكَ اَو ما جرَى مجرَى ذلك ، هذهِ الدارَ اَو هذهِ الاَرضَ اَو هذا المسكَن ، عُمرَكَ اَو عُمري اَو مُدَّةً معيَّنَةً ؛ فَيَلْزَمُ بالقَبْضِ ؛ وقيلَ : لا يَلْزَمُ ؛ وقيلَ : يَلْزَمُ اِن قصَدَ به القُرْبَةَ ؛

---

(١) بِدَاية : ورقة ١٠٦ ، لوحة اَ ؛ في مُصَوَّرَةِ المخطوطةِ.

الضَّمير ؛ يعودُ اِلى السُّكنى بقرينةِ التأنيث ؛ واِن كان الحُكم في الحَبْسِ كذلك ؛ وكان الاَوْلى عودَهُ اِليهما .

وفي تغليب السُّكنى على ما يَعُمُّ العُمْرَى والرُّقبى ، تَجَوُّزٌ آخَر ؛ فاِنَّهما اَعَمُّ من وجهٍ .

فلو جعَلَ عنوان الكِتاب : السُّكنى وتوابعها ؛ اَو يُصَرِّح بالجميع ـ كما فَعَلَ جَمَاعَةٌ ـ ، كان اَوْلى ؛ «المسالك : ٥ / ٤١٧» .

(٢) هذا ، مِمَّا لاخِلَافَ فيهِ عِنْدَنا .

ونَبَّهَ بِهِ على خِلَافِ بعضِ العَامَّة ، حيثُ جَعَلَها مُفِيْدَةً فائدةَ الهِبَة على بعضِ الوجوه ؛ فينتَقِلُ مِلْكُ العين اِلى السَّاكن؛«المسالك : ٥ / ٤١٨» .

والاَوَّلُ اَشهَرُ [1] .

ولو قالَ : لَكَ سُكْنَى هذهِ الدَّارِ ما بَقِيْتَ اَو حَيِيْتَ ، جازَ ؛ وتَرْجِعُ [2] اِلى المُسْكِن بعدَ [موتِ] السَّاكِن ؛ على الاَشْبَهِ . اَمَّا لو قالَ : فاِذا مِتَّ رَجَعَتْ اِلَيَّ ، فاِنَّها تَرْجِعُ قطعًا . ولو قالَ : اَعْمَرْتُكَ هذه الدَّارَ ، لَكَ ولِعَقِبِك [3] ، كان عُمْرَى ولم يَنْتَقِل الى المُعمَرِ ، وكان كما لو لم يَذْكُرِ العَقِبَ ؛ [على الاَشبهِ].

واِذا عيَّنَ للسُّكْنَى مُدَّةً ، لَزِمَتْ بالقَبْض .

ولا يجوزُ الرُّجُوعُ فيها اِلَّا بعدَ اَنقِضَائِها . وكذا لو جَعَلَها عُمْرَ المَالِكِ لم تَرْجِع ، واِنْ ماتَ المُعمَرُ . ويَنْتَقِلُ ما كانَ لَهُ اِلى وَرَثَتِهِ حتَّى يموتَ المَالِكُ . ولو قَرَنَها بِعُمْرِ المُعْمَرِ ثم ماتَ ، لم تَكُنْ لِوَارِثِهِ ورَجَعَت الى المَالِكِ .

ولو اَطلَقَ المُدَّةَ ولم يُعيِّنها ، كانَ لَهُ الرُّجُوعُ متَى شَاءَ . وكُلُّ ما يصِحُّ وقفُهُ ، يَصِحُّ اِعمَارُهُ من دارٍ ومَمْلُوكٍ واَثَاثٍ . ولا يَبْطُلُ بالبَيْعِ ، بل يَجِبُ اَن يُوفَى المُعمَرُ ما شُرِطَ لَهُ [4] .

---

(١) المعروفُ مِن مَذْهب الاَصحاب: هو القولُ الاَوَّلُ ؛ ووجهُهُ: عُمُومُ الاَمرِ بالوفاءِ بالعُقود ، المُتَنَاوِلِ لِموضع النِّزَاع .

ولا يَرِدُ تَنَاوُلُهُ لِما قَبْلَ القبض؛ للاجماعِ على اَنَّهُ حينئذٍ غيرُ لازم؛ «المسالك: ٥ / ٤٢١».

(٢) واَعْلَم ، اَنَّ الضَّمِيرَ المُستَتِرَ في قولِهِ : «ترجعُ» ، يرجعُ اِلى السُّكنى لا اِلى الدَّار ؛ لِاَنَّ السُّكنى هي المُنتَقِلَةُ اِلى مِلْك السَّاكن .

اَمَّا الدَّارُ ، فَبَاقِيَةٌ على مِلْكِ مالِكها لم تَزَل ؛ بِخِلَافِ المَنْفعةِ ، فاِنَّها اَنْتَقَلَتْ زمَانًا مخصوصًا ، ثم رَجَعَتْ اِلى المالك ؛ «المسالك : ٥ / ٤٢٢» .

(٣) كما يجوزُ تعليقُ العُمْرَى على عُمْرِ المُعْمَرِ ، يجوزُ اِضَافَةُ عَقِبِهِ اِليهِ ، بحيثُ يجعَلُ حَقَّ المَنْفَعَةِ بعدَهُ لَهُم مُدَّةَ عُمْرِهم اَيضًا ، والنُّصُوصُ دالَّةٌ عليهِ ؛ «المسالك : ٥ / ٤٢٢» .

(٤) الضَّميرُ المُسْتَتِرُ في «تبطُلُ» ، يرجعُ اِلى العُمْرَى ؛ بقرينةِ السِّياق ؛ وقولِهِ : «بل يجبُ =

واِطْلَاقُ السُّكنى يَقْتَضِي اَن يَسكُنَ بِنَفْسِهِ واَهلِهِ واَوْلَادِهِ [1] . ولا يجوزُ اَن يُسكِنَ غَيْرَهم اِلَّا اَن يَشْتَرِطَ ذلك . ولا يَجُوزُ اَن يُؤجِرَ السُّكنى ، كما لا يجوزُ اَن يُسْكِنَ غَيْرَهُ ، اِلَّا باذنِ المُسْكِنِ .

واِذا حَبَّسَ فَرَسَهُ في سَبِيْلِ اللهِ ، اَو غُلَامَهُ في خِدْمَةِ البَيْتِ اَو المَسْجِدِ ، لَزِمَ ذلك . ولم يَجُز تَغيْيرُهُ ما دَامَتِ العَيْنُ باقِيةً [2] .

اَما لو حبَسَ شيئًا على رَجُلٍ ، ولم يُعيِّن وقتًا ، ثم مَاتَ الحَابِسُ كانَ مِيْرَاثًا . وكذا لو عَيَّنَ مدَّةً واْنقَضَتْ ، كانَ مِيْرَاثًا لِوَرَثَةِ الحَابِسِ .

= اَن يُوفَى المُعْمَرُ ما شُرِطَ لَهُ» ...؛ «المسالك : ٥ / ٤٢٧» .

(١) واَلْحَقَ بِهِ العَلَّامةُ في التَّذكِرَةِ : مَن جَرَتِ العادَةُ بِاسكانِهِ مَعَهُ ؛ كَغُلَامِهِ وجاريتِهِ ومُرضِعَةِ وَلَدِهِ .

وهو حَسَنٌ ؛ لِدَلَالَةِ العُرْفِ عليهِ اَيْضًا .

وكذا الضَّيْفُ والدَّابَّةُ ، اِذا كانَ في الدَّارِ موضِعٌ يصلحُ لَهُما عادَةً .

وكذا ، اِحْرازُ الغَلَّةِ فيها كذلك ، ونحوهُ ؛ «المسالك : ٥ / ٤٣١» .

(٢) هذهِ الاَحكام مُخْتَصَّةٌ بالحَبْس الَّذي عُقِدَ الكتابُ لَهُ مع السُّكنى ؛ ولم يتعرَّض لِحُكْمِهِ اِلَّا هنا...

وخُلَاصَةُ ما ذُكِرَ هنا من حُكْمِهِ : اَنَّهُ اِنْ وقَعَ على غيرِ آدَمِيٍّ ، كالجهاتِ المذكورةِ من سبيلِ اللهِ ونحوهِ ؛ لَزِمَ اَبَدًا ؛ ولم يَصحَّ الرُّجُوعُ فيهِ مُطْلَقًا .

واِن كـانَ على آدَمِيٍّ ؛ فـاِن اَطْلَقَ بَطَلَ بموتِ الحابِسِ ؛ واِنْ عَيَّنَ مُدَّةً لَزِمَ فيها اَجمع ... ؛ «المسالك : ٥ / ٤٣٢» .

كِتَـابُ الهِبَاتِ

والنَّظرُ في : الحَقيقةِ ، والحُكْمِ

[الاَوَّلُ

في : الحَقِيْقَةِ]

الهِبَةُ : هي العَقْدُ المُقْتَضِي تَمْلِيْكَ العَيْنِ مِن غَيْرِ عِوَضٍ ، تمليكًا مُنَجَّزًا مجرَّدًا عن القُرْبَةِ . وقد يُعبَّرُ عنها بـ : النِحْلَةِ ، والعَطِيَّةِ .

وهي تَفْتَقِرُ الى : الإيجابِ ، والقَبُولِ ، والقَبْضِ .

فالاِيْجَابُ : كُلُّ لَفْظٍ قُصِدَ به التَّمْلِيْكُ المَذْكُورُ ؛ كقولِهِ مَثَلًا : وهَبْتُكَ وملَّكتُكَ . ولايَصِحُّ العَقْدُ اِلَّا مِن بَالغٍ كاملِ العَقْلِ جائزِ التَّصرُّفِ .

ولو وَهَبَ مافي الذِمَّةِ ، فاِن كانَ لِغيرِ مَن عليهِ الحَقُّ ، لم يَصِحَّ على الاَشْبَهِ، لِاَنَّها مَشْرُوْطَةٌ بالقَبْضِ. واِن كانَتْ لَهُ صَحَّ ، وصُرِفَتْ الى الاِبرَاءِ [1] .

ولايُشْتَرَطُ [ورقة ١٠٦ لوحة ب] في الابراءِ القَبُولُ ، على الاَصَحِّ [2] .

ولاحُكْمَ لِلْهِبَةِ مالم تُقبَض . ولو اَقَرَّ بالهِبَةِ والاِقْبَاضِ ، حُكِمَ عليهِ بِاِقْرَارِهِ ، ولو كانت في يَدِ الوَاهِبِ . ولو اَنكَرَ بعدَ ذلك لم يُقبَل . ولو ماتَ

---

(١) وهو اِسْقَاطُ ما في ذِمَّةِ الغَيْرِ من الحَقِّ ؛ «الرَّوضة : ٣ / ١٩٣» .

(٢) لِاَنَّهُ اِسْقَاطُ حَقٍّ لا نَقْلُ مِلْكٍ ؛ وقيلَ : يُشْتَرَطُ ، لِاشتِمَالِهِ على المِنَّةِ ، ولا يُجْبَرُ على قَبُولِها كِهِبَةِ العَيْن ...؛ «المصدَرُ نفسُهُ» .

الوَاهِبُ ، بعدَ العَقْدِ وقبلَ القَبْضِ ، كانَتْ مِيْرَاثًا [1] .

ويُشترَطُ في صِحَّةِ القَبْضِ اِذنُ الوَاهبِ ، فلو قَبَضَ المَوْهُوبَ من غيرِ اِذنِهِ ، لم يَنْتَقِل الى المَوْهُوبِ [لَهُ] [2] . ولو وَهَبَ ما هوَ في يدِ الموهوبِ لَهُ صَحَّ ، ولم يَفْتَقِر الى اِذنِ الوَاهِبِ في القَبْضِ ، ولا اَن يَمْضِيَ زَمَانٌ يُمكنُ فيهِ القَبْضُ ، ورُبَّما صَارَ الى ذلكَ بعضُ الاَصْحَاب .

وكذا اِذا وَهَبَ الاَبُ اَو الجَدُّ لِلْوَلَدِ الصَّغير ، لَزِمَ بالعَقْدِ ، لِاَنَّ قَبْضَ الوَلِيِّ قَبْضٌ عَنْهُ .

ولو وَهَبَهُ غيرُ الاَبِ اَو الجدِّ [3] ، سَوَاءٌ كان لَهُ وِلايَةٌ اَو لم يَكُن ؛ لابُدَّ من القَبْضِ عنهُ ، ويَتَوَلَّى ذلك الوَلِيُّ اَو الحاكِمُ .

وهِبَةُ المُشَاعِ جَائِزَةٌ ، وقَبْضُهُ كَقَبْضِهِ في البَيْعِ .

ولو وَهَبَ لِاثنين شيئًا ، فَقَبِلَا وَقَبَضَا ، مَلَكَ كُلُّ واحدٍ منهُما ما وُهِبَ لَهُ . فاِنْ قَبِلَ اَحدُهما وقَبَضَ ، واَمتَنَعَ الآخرُ ، صَحَّت الهِبَةُ للقَابِضِ .

ويجوزُ تفضيلُ بعضِ الوُلْدِ على بعضٍ في العَطِيَّةِ على كَرَاهيَةٍ .

واِذا قُبِضَتِ الهِبَةُ ؛ فاِن كانَتْ للاَبوَين ، لم يكُن لِلْوَاهِبِ الرُّجُوعُ اِجماعًا .

وكذا اِن كان ذا رَحِمٍ غيرَهما ، وفيهِ خِلَافٌ . واِن كانَ اَجْنَبِيًّا فَلَهُ الرُّجُوعُ

---

(١) اَي : كانَ مِيْرَاثًا لِوَرَثةِ الوَاهبِ ، لِبُطْلَانِ العَقْدِ عِنْدَهُ بموتِهِ قبلَ الاِقْبَاض ، مع اَنَّهُ شَرْطٌ في صِحَّتِهِ كغيرِهِ من العُقُودِ الجَايزةِ ، كالوَكَالةِ والشَّرِكَةِ .

(٢) كما لو قَبَضَ المُشْتَري المَبِيْعَ قبلَ تَسْلِيمِ الثَّمَنِ بِغَيْرِ اِذنِ البَايعِ ؛ ويُنظر : «المسالك : ٦ / ٢١» ، و «جواهر الكلام : ٢٨ / ١٧٠» .

(٣) في الجواهر : «و» الجَدِّ

وفيهِ اَيْضًا : «...غيرِ الاَبِ والجَدِّ ، لم يكن لَهُ بُدٌّ من القبضِ عنهُ ، سواء كان ...» ؛ بتقديم بعض الجُمَلِ على بعض ...

ما دامَتِ العَيْنُ باقيَةً ، فإن تَلِفَتْ فَلَا رُجُوعَ .

وكذا إن عُوِّضَ عنها ولو كانَ العِوَضُ يَسِيْرًا .

وهل يَلْزَمُ بالتَّصَرُّفِ [1] ؟ قيلَ : نَعَم ؛ وقيلَ : لاتَلْزَمُ ؛ وهو الأَشبَهُ .

وتُستَحَبُّ : العَطِيَّةُ لِذِي الرَّحِم ، وتتأَكَّدُ في الولَدِ والوَالِدِ ، والتَّسْوِيَةُ بين الأَوْلَادِ في العَطِيَّةِ . ويُكرَهُ الرُّجُوعُ فيما تَهَبُهُ الزَّوْجَةُ لِزَوْجِها ، والزَّوْجُ لِزَوْجَتِهِ ؛ وقِيلَ : يجريان مجرَى ذَوِي الرَّحِم ؛ والأَوَّلُ أَشبَهُ .

الثَّانـي

في : حُكْمِ الهِبَاتِ

وهي مسائلُ :

«الأُولى» : لو وَهَبَ فَأَقبَضَ ثم بَاعَ مِن آخرَ ، فإن كانَ المَوْهُوبُ [لَهُ] رَحِمًا ، لم يصِحَّ البَيْعُ . وكذا إن كانَ أَجنَبِيًّا وقد عُوِّضَ . أَمَّا لو كان أَجنبيًّا ولم يُعوَّض ؛ قيلَ : يبطُلُ ، لِأَنَّهُ باعَ ما لايَمْلِكُ ؛ وقيلَ : يَصِحُّ ، لِأَنَّ لَهُ الرُّجُوعَ ؛ والأَوَّلُ أَشبَهُ . ولو كانت الهِبَةُ فاسِدَةً صَحَّ البَيْعُ على الأَحْوَالِ [2] . وكذا القَوْلُ فيمَن باعَ مَالَ مُوَرِّثِهِ ، وهو يَعْتَقِدُ بَقَاءَهُ . وكذا إذا أَوصَى برَقَبَةِ مُعتَقِهِ ، وظَهَرَ فَسَادُ عِتْقِهِ .

«الثَّانيةُ» : إذا تَرَاخَى القَبْضُ عن العَقْدِ ثم أَقْبَضَ ، حُكِمَ بانْتِقَالِ المِلْكِ من

---

(١) تَصَرُّفًا مُتْلِفًا لِلعَيْن ، أَوناقِلًا لِلْمِلْكِ ، أَو مَانِعًا من الرَّدِّ كالاِسْتِيْلَادِ ، أَو مُغَيِّرًا لِلْعَيْنِ كقِصَارَةِ الثَّوْبِ بجَعلِهِ أَبيضًا ، ونِجَارَةِ الخَشَبِ ، وطَحْنِ الحِنْطَةِ «الرَّوضة : ٣ / ١٩٤ بتصرُّف» .

هذا ، وفي الجواهر : «وهل تَلْزَمُ ...لاتَلْزَمُ .

(٢) في الجواهر : على جميعِ الأَحوال .

حينِ القَبْضِ ، لامِن حِيْنِ العَقْدِ . وليسَ كذلك الوَصِيَّةُ ، فإنَّهُ يُحكَمُ بانتقالِها بالمَوْتِ مع القَبُولِ ، وإن تأخَّرَ .

«الثَّالثةُ» :لو قالَ : وَهَبْتُ ولم أُقَبِّضْهُ ؛ كان القَوْلُ قولَهُ ، وللمُقَرِّ لَهُ إحْلَافُهُ إن ادَّعى الاِقْبَاض[1] [ورقة ١٠٧ لوحة أ] . وكذا لو قَالَ : وهَبْتُهُ ومَلَّكتُهُ ثم أنكرَ القَبْضَ ، لِأنَّهُ يُمكِنُ أن يُخْبِرَ عن وَهْمِهِ .

«الرَّابعةُ» : إذا رَجَعَ في الهِبَةِ وقد عَابَتْ لم يَرْجِع بالأَرْشِ [2] ؛ وإن زادَت زِيَادَةً متَّصِلَةً ، فَلِلْوَاهِبِ ؛ وإن كانَتْ مُنْفَصِلَةً كالثَّمَرةِ والوَلَدِ ؛ فإن كانَتْ مُتَجَدِّدَةً ، كانَتْ للمَوْهُوبِ [لَهُ] ؛ وإن كانَتْ حاصِلةً وقتَ العَقْدِ ، كانَتْ للوَاهِبِ .

«الخَامِسَةُ» : إذا وَهَبَ وأطلَقَ ، لم تكُن الهِبَةُ مَشْرُوطَةً بالثَّوابِ .فإن أثَابَ ، لم يكُن لِلْوَاهبِ الرُّجُوعُ ؛ وإن شَرَطَ الثَّوابَ صَحَّ ، أطلَقَ أو عيَّنَ . ولَهُ الرُّجُوعُ ما لَم يَدْفَع اليهِ ما شَرَطَ . ومع الاشتِراطِ من غيرِ تقديرٍ ، يَدْفَعُ ما شاءَ ولو كانَ يسيرًا ، ولم يكُن لِلْوَاهِبِ مع قَبْضِهِ الرُّجُوعُ . ولايُجْبَرُ المَوْهُوبُ [لَهُ] على دَفْعِ المُشْتَرَطِ ، بل يكونُ بالخِيَار . ولو تَلِفَتْ والحَالُ هذهِ أو عابَت [3] ، لم يَضْمَن المَوْهُوبُ [لَهُ] ، لِأنَّ ذلكَ حَدَثَ في مِلْكِهِ ؛ وفيهِ تَرَدُّدٌ .

«السَّادِسَةُ» : إذا صَبَغَ المَوْهُوبُ لَهُ الثَّوبَ ؛ فإن قُلنا : التَّصَرُّفُ يمنَعُ من

---

(١) ويُفهم من قولِهِ : «وللمُقَرِّ لَهُ إحْلَافُهُ إن ادَّعى الاِقْبَاض» :
أنَّ تقديمَ قولِهِ في عَدَمِ الاِقْبَاضِ ، لايُوجِبُ اليَمِيْنَ بِمُجَرَّدِهِ ؛ بل ، معَ دَعْوَى المُقَرِّ لَهُ الاِقْبَاضَ ... ؛ «المسالك : ٦ / ٥٤» .

(٢) إذا رَجَعَ الواهِبُ في الهِبَةِ ، حيثُ يجوزُ لَهُ الرُّجُوعُ ...؛ «المسالك : ٦ / ٥٧» .

(٣) ضمير : «تَلِفَتْ وعابَتْ» ؛ يَرْجِعُ إلى الهِبَةِ بمعنى المَوهُوب ؛ لِأنَّها هي المَذْكُوْرَةُ سابِقًا .
ويُمْكِنُ عَوْدُهُ إلى العينِ الموهوبةِ ، المدلُولُ عليها بالمَقَام ...؛ «المسالك : ٦ / ٦٢» .

الرُّجُوعِ ، فَلَا رُجُوعَ لِلْوَاهِبِ ؛ وإن قُلْنَا : لايَمْنَعُ إذا كان المَوْهُوبُ [له] أَجنَبِيًّا ، كانَ شريكًا بِقِيْمَةِ الصِّبغِ [1] .

«السَّابعةُ» : إذا وَهَبَ في مَرَضِهِ المَخُوفِ ، وبَرِأَ صَحَّت الهِبَةُ . وإن مَاتَ في مَرَضِهِ ولم تُجزِ الوَرَثَةُ ، أُعْتُبِرَتْ من الثُّلْثِ ؛ على الأَظْهَرِ [2].

---

(١) المُرَادُ : نِسْبَةُ قيمتِهِ إلى قيمةِ الثَّوب ، كما قَرَّرْناهُ ؛ لِتكونَ الزيادَةُ عن القِيْمَتَيْن بينهما على النِّسبة ، لا مقدارُ القِيْمَةِ خاصَّة ، كما يَظْهَرُ من العبارةِ ؛ لِأَنَّهُ يَقْتَضِي كونَ مَجْموعِ الزِّيَادَةِ للواهبِ ؛ وليس كذلك .

ومثلُـهُ يأتـي ؛ فـي صورةِ النُّقصان ، حيثُ لايكونُ السَّبَبُ من جهةِ الصِّبْغ ؛ «المسالك : ٦ / ٦٥» .

(٢) لا خِلَافَ ؛ في أَنَّ المريضَ إذا بَرِىءَ مِنْ مَرَضِهِ ، ينفُذُ تَصَرُّفُهُ مُطْلَقًا .

وأَمَّا إذا أَتَّفَقَ موتُهُ في مَرَضِهِ ؛ فإنْ كانَ المَرَضُ مخوفًا ؛ بمعنى : غلبةِ الهلاكِ مَعَهُ ؛ فالأَظْهَرُ ، أَنَّ مُنَجَّزَاتِهِ من الثُّلثِ ، حيثُ لايُجِيْزُ الوَارِثُ .

وقيلَ : يكونُ من الأَصل ؛ وسيأتي تحقِيْقُ المسألَةِ ـ إن شَاءَ اللهُ تَعَالى ـ في الوَصَايَا .

وأَنَّ الحقَّ ؛ أعتبارُ اتِّصالِ المَرَضِ بالمَوْتِ ؛ سواءٌ كانَ مَخُوفًا أم لا ؛ «المسالك : ٦ / ٦٥» ؛ ويُنظَرُ : «المصدَرُ نفسُهُ : ٦ / ٣٠٤» .

كِتَابُ السَّبْقِ والرِّمَايَةِ

وفائدتُهما : بَعثُ العَزْم على الاِسْتِعْدَادِ للقِتَالِ ، والهِدَايَةُ لِمُمَارَسَةِ النِّضَالِ.

وهي مُعَامَلَةٌ صَحيحةٌ ؛ مُسْتَنَدُها قولُهُ «عليهِ السَّلام» : «لاسَبقَ اِلَّا في نَصْلٍ اَو خُفٍّ اَو حَافِرٍ» ؛ وقولُهُم «عليهم السَّلام» : «اِنَّ المَلَائِكَةَ لَتَنْفُرُ عندَ الرِّهانِ وتلعَنُ صاحِبَهُ ، ما خَلَا الحافِرَ والخُفَّ والرِّيشَ [1] والنَّصْلَ» [2] .

وتحقيقُ هذا الباب يَسْتَدْعي فُصُولًا :

الاَوَّلُ

في : الاَلْفَاظِ المُسْتَعْمَلَةِ فيهِ

فالسَّابقُ : هوالذي يَتَقدَّم بالعُنُقِ والكَتَد [3] ، وقِيْلَ : بِاُذُنِه ؛ والاَوَّلُ اَكثَرُ .

والمُصَلِّي : الَّذي يُحاذِي رأسُهُ صَلَوَي السَّابِقِ . والصَّلَوَان [4] ما عن يَمِيْنِ الذَّنَبِ وشَمالِهِ .

والسَّبْقُ ـ بِسُكُونِ البَاءِ ـ : المَصْدَرُ ؛ وبالتَّحْريكِ : العِوَضُ ، وهو الخَطَرُ.

---

(١) المُرادُ بالرِّيش هاهنا : سَهْمٌ لَهُ رِيْشٌ ، اَعَمُّ من اَن يَكُونَ لَهُ نَصْلٌ اَم لَا .

والنَّصْلُ :سَهْمٌ لَهُ نَصْلٌ ؛ اَعمُّ من اَنْ يَكُونَ لَهُ رِيْشٌ اَم لَا .

(٢) الوسائل : الباب الاول من اَبواب اَحكام السبق والرماية ، الحديث ٤ .

(٣) الكَتَـد - بِفَتْح التَّاءِ وكسرِها - : وهو العَالي بينَ الظَّهْرِ واَصْلِ العُنُق ؛ ويُعَبَّرُ عنهُ بالكَاهِل ؛ «الجواهر : ٢٨ / ٢١٢» .

(٤) وهما : العَظْمان النَّابِتَانِ عن يَمْينِ الذَّنَبِ وشَمَالِهِ ؛ «الرَّوضة : ٤ / ٤٢٨» .

والمُحلِّلُ [1] : الَّذي يدخُلُ بَيْنَ المُتَرَاهِنَين ، إن سَبقَ اَخَذَ ، وإن سُبِقَ لم يَغرَم .

والغايةُ : مَدَى السِّبَاقِ [2] .

والمُنَاضَلَةُ : المُسَابَقَةُ والمُرَامَاةُ ؛ ويُقَالُ : سَبَّق - بتشديدِ الباءِ - : إذا اَخرَجَ السَّبقَ ، وإذا اَحرَزَهُ اَيضًا .

والرِّشْقُ - بكسرِ الرَّاءِ - : عَدَدُ الرَّمْي ؛ وبالفَتْح : الرَّمْيُ ؛ ويُقالُ : رَشَقُ وجهٍ ويدٍ ؛ ويُرَادُ بهِ : الرَّمْيُ على وَلاءٍ حتى يفرَغَ الرَّشْقُ .

ويُوْصَفُ السَّهمُ : بالحَابي ، والخَاصِرِ ، والخَازِقِ ، والخَاسقِ [ورقة ١٠٧ لوحة ب] ، والمَارِقِ ، والخَارِمِ .

فالحَابي : ما زَلَجَ على الاَرْضِ ثم اَصَابَ الغَرَضَ .

والخاصِرُ : ما اَصابَ اَحَدَ جَانِبَيْهِ .

والخَازِقُ : ما خَدَشَهُ .

والخَاسِقُ : مافَتَحَهُ وثَبَتَ فيهِ .

والمارِقُ : الَّذي يخرُجُ من الغَرَض نافِذًا .

والخارِمُ : الَّذي يخرِمُ حاشِيَتَهُ ؛ ويُقَالُ : المُزْدَلِفُ الَّذي يَضْرِبُ الاَرضَ

---

(١) وسُمِّيَ : مُحَلِّلًا ؛ لِاَنَّ العَقْدَ لَا يَحِلُّ بِدُونِهِ عندَ اَبنِ الجُنَيْد مِنَّا ، والشَّافعي ، اَو يَحِلُّ بِهِ إجماعًابِخلافِ ما إذا خَلَا عنهُ ، فإنَّ فيهِ خِلَافًا وسيأتي تحريرُهُ ؛ «المسالك : ٦ / ٧٤» .

(٢) غايةُ الشَّيء : مُنْتَهَاهُ ؛ والمُرَادُ بِمَدَى السِّبَاقِ هُنَا : مُنْتَهَاهُ ، لامجموعُ مَسَافَتِهِ ، كما يَظْهَرُ من المَـدَى .

قَالَ في القاموس : المَدَى ـ كَفَتَى ـ : الغَايَةُ

وفي نِهَايَـةِ اَبن الاَثير : غايَـةُ الشـيءِ : مَـدَاهُ ومُنْتَهَـاهُ ؛ ويَظْهَـرُ منـهُ : اَنَّ المَدَى هـو المُنْتَهَى ، واَنَّ العَطْفَ تَفْسِيرِيٌّ ، وهو المُطَابِقُ لِعِبارَةِ المُصَنِّفِ «ره» ؛ «المسالك : ٦ / ٧٤» .

ثم يَثِبُ إلى الغَرَضِ .

والغَرَضُ [1] : ما يُقصَدُ إصَابَتُهُ ، وهو الرُّقْعَةُ .

والهَدَفُ : ما يُجعَلُ فيهِ الغَرَضُ من تُرَابٍ أو غَيْرِهِ .

والمُبَادَرَةُ : هي أن يُبَادِرَ أحَدُهُما الى الاِصابةِ معَ التَّساوي في الرِّشقِ .

والمُحَاطَّةُ : هي اِسْقَاطُ ما تَساوَيا فيهِ من الاِصابةِ .

الثَّانـي

في : ما يُسَابَقُ بهِ

ويُقتَصَرُ في الجَوَاز على النَّصل والخُفِّ والحَافِرِ؛ وقوفًا على مَوْرِدِ الشَّرْعِ.

ويَدخُلُ تحتَ النَّصلِ : السَّهْمُ ، والنُّشَّابُ ، والحِرابُ ، والسَّيْفُ .

ويَتَنَاوَلُ الخُفَّ : الاِبلَ والفِيَلَةَ اِعْتِبَارًا باللَفظِ .

وكذا يَدُلُّ الحَافِرُ على الفَرَس والحِمارِ والبَغلِ .

ولاتجوزُ المُسَابقَةُ بالطُّيورِ ، ولاعلى القَدَمِ ، ولابالسُّفُنِ ، ولابالمُصَارَعَةِ.

الثَّالِثُ

[في :] عَقْدِ المُسَابَقَةِ والرِّمَايَةِ

[عَقْدُ المُسَابَقَةِ :]

[وهو] يَفْتَقِرُ إلى اِيْجَابٍ وقَبُولٍ؛ وقيلَ: هي جُعَالَةٌ، فلا تَفْتَقِرُ إلى قَبولٍ ؛ ويكفي البَذْلُ .

---

(١) وهو ما يُقْصَدُ إصابَتُهُ ، مِن قِرْطَاسٍ أو جِلْدٍ أو غَيْرِهما ؛ لِاخْتِلَافِهِ بالسِّعَةِ والضِّيْقِ ؛ «الرَّوضةُ : ٤ / ٤٣٠» .

وعلى الاَوَّلِ : فَهُوَ لَازِمٌ كالاِجَارَةِ .

وعلى الثَّاني : هو جائزٌ ، شَرَعَ فيهِ اَو لم يَشرَعْ .

وَيَصِحُّ : اَن يكونَ العِوَضُ عَينًا ، ودَينًا [1] .

واِذا بذَلَ السَّبْقَ غيرُ المُتَسَابِقين ، صَحَّ اِجماعًا . ولو بذَلَهُ اَحدُهما ، اَو هُما ، صَحَّ عندَنا ، ولو لم يدخُل بينَهُما مُحلِّلٌ. ولو بذَلَهُ الاِمَامُ مِن بَيْتِ المالِ جَازَ ، لِاَنَّ فيهِ مَصْلَحَةً . ولو جَعَلَا السَّبقَ للمُحَلِّلِ بانفرادِهِ ، جازَ اَيضًا . وكذا لوقيلَ : مَن سَبَقَ مِنَّا فَلَهُ السَّبَقُ ، عَمَلًا بِاِطلاقِ الاِذنِ في الرِّهانِ .

وتَفْتَقِرُ المُسَابَقَةُ الى شُروطٍ خَمْسَةٍ :

[الاَوَّلُ :] تَقْدِيْرُ المَسَافةِ اِبْتِدَاءً واَنتِهَاءً .

[الثَّاني :] وتَقْدِيرُ الخَطَرِ [2] .

[الثَّالثُ :] وتَعيِيْنُ ما يُسَابَقُ عليهِ .

[الرَّابعُ :] وتَساوي مابِهِ السِّبَاقُ في اَحْتِمالِ السَّبقِ ، فلو كان اَحدُهُما ضَعِيْفًا ، تَيَقَّنَ قُصُورُهُ عن الآخَرِ ، لم يجز .

«الخَامِسُ»: اَن يُجْعَلَ السَّبَقُ لِاَحَدِهِما اَو لِلمُحَلِّلِ،ولوجُعِلَ لِغيرِهِما لم يجز.

وهل يُشتَرَطُ التَّساوي في المَوْقِفِ ؟ قيلَ : نَعَم ؛ والاَظْهَرُ ، لا ؛ لِاَنَّهُ مَبْنِيٌّ على التَّرَاضي .

[عَقْدُ الرَّمي :]

واَمَّا الرَّمْيُ فَيَفْتَقِرُ اِلى :

---

(١) في الجواهر : اَو دَيْنًا .

(٢) وهو : المالُ الَّذي تَسابقا عليهِ ، جِنْسًا وقَدَرًا ؛ لِاَنَّهُ عِوَضٌ عَنْ فِعْلٍ مُحَلَّلٍ ، فَيُشْتَرَطُ فيه العِلْمُ كالاِجَارَةِ ؛ «المسالك ٦ / ٩٣» .

العِلْمِ بأُمورٍ سِتَّةٍ: الرِّشْقُ ؛ وَعدَدُ الاِصَابةِ؛ وصِفَتُها [1] ؛ وقَدْرُ المَسافةِ [2] ؛ والغَرَضُ ؛ والسَّبَقُ .

وتماثُلُ جِنْسِ الآلةِ [3] .

وفي اَشتِرَاطِ المُبَادَرَةِ والمُحاطَّةِ تَرَدُّدٌ ؛ والظَّاهِرُ اَنَّهُ لايُشْتَرَطُ. وكذا لايُشتَرَطُ تعيينُ القَوْسِ والسَّهمِ [4] .

[الفَصْلُ] الرَّابِعُ

في : اَحْكَامِ النِّضَالِ

وفيه مسائلُ :

«الأُولَى» : اِذا قَالَ اَجنَبِيٌّ لِخَمْسَةٍ : مَن سَبقَ فَلَهُ خمسَةٌ ، فتساووا في [5] بُلُوغِ الغَايَةِ ، فلا شيءَ لِاَحَدِهِم ، لِاَنَّهُ لا سَبْقَ . ولو سَبَقَ اَحَدُهُم كانت

---

(١) من المارقِ ... والخاسقِ ... والخازقِ ... والخاصل ، وغيرها من الاَوْصافِ ؛ «الرَّوضة : ٤ / ٤٢٨» .

(٢) اِمَّـا بالمُشَاهَدَة ، اَو بالتَّقْدِيرِ كَمائةِ ذِرَاعٍ ، لِاختِلَافِ الاِصَابةِ بالقُرْبِ والبُعْد ؛ «المصدر نفسُهُ : ٤ / ٤٣٠» .

(٣) هو بالجرِّ عَطْفٌ على العِلْم بالاُمور السِّتَّةِ ، ...

والمُرَادُ بِتَمَاثُلِ جِنْسِ الآلةِ ؛ اَي : نوعُها الخَـاصُّ كالقَـوْسِ العَرَبِيِّ ، اَو المَنْسُوبِ الى وَضْعٍ خاصٍّ ، لِاختِلَافِ الرَّمي باختِلَافِها ؛ جمعًا بين : «المسالك ٦ / ٩٨» ، و «الرَّوضة : ٤ / ٤٣٠ بتصرُّف» .

(٤) اَي : لايُشْتَرَطُ مَعْرِفَةُ شَخْصِ الآلةِ ، لِعَدَمِ الفَائِدَةِ بعدَ تعيين النَّوع ، ولِاِدَّائِهِ اِلى التَّضْييق بِعُرُوضِ مانعٍ من المُعَيَّن ، يُخْوِجُ اِلى اِبْدَالِهِ ؛ «الرَّوْضَةُ : ٤ / ٤٣٠ جمعًا بين المتن والهامش» .

(٥) بداية : ورقة ١٠٨ ، لوحة اَ ؛ من المُصَوَّرةِ المخطوطةِ .

الخَمسةُ لَهُ . وإن سبَقَ إثنانُ [منهم] كانتْ لَهُما دونَ البَاقين . وكذا لو سَبَقَ ثَلَاثَةٌ أوأربَعَةٌ . ولوقالَ : مَن سَبَقَ فَلَهُ دِرْهَمَان ، ومَن صلَّى فلَهُ دِرهَمٌ ، فلو سبَقَ واحدٌ أو أثنان او أربعةٌ فَلَهُم الدِّرهمان . ولو سبَقَ واحدٌ ، وصَلَّى ثَلَاثَةٌ ، وتأَخَّرَ واحدٌ ، كانَ للسابقِ دِرهمان ، وللثلاثةِ دِرهمٌ ، ولاشيءَ للمتأَخِّر .

«الثَّانيةُ» : لو كانا إثْنَيْن ، وأخرَجَ كلُّ واحدٍ [منهما] سَبَقًا ، وأدخَلَا مُحَلِّلًا ، وقالَا : أيُّ الثَّلَاثةِ سبَقَ فلَهُ السَّبَقان . فإن سبَقَ أحَدُ المُسْتَبِقَين ، كان السَّبَقَان لَهُ على ماأخترناهُ ، وكذا لو سَبَقَ المُحلِّلُ . ولو سبَقَ المُسْتَبِقانِ ، كانَ لِكُلِّ واحدٍ [منهُما] مالُ نفسِهِ ، ولاشيءَ للمُحلِّلِ . ولو سَبَقَ أحدُهُما والمُحلِّلُ ، كانَ للمُسْتَبِقِ مالُ نفسِهِ ونصفُ مالِ المَسْبُوقِ ، ونِصْفُهُ الآخَرُ للمُحَلِّلِ . ولو سَبَقَ أحدُهُما وصَلَّى المُحلِّلُ ، كان الكُلُّ للسَّابقِ عَمَلًا بالشَّرْطِ. وكذا لو سَبَق أحَدُ المُستَبِقَين ، وتأَخَّرَ الآخَرُ والمُحَلِّلُ . وكذا لو سَبَقَ أحدُهُما ، وصلَّى الآخَرُ ، وتأَخَّرَ المحلِّلُ .

«الثَّالثةُ» : إذا شَرَطا المُبَادَرَةَ ، والرِّشقَ عشرين ، والإصَابةَ خمسةً ؛ فَرَمى كُلُّ واحدٍ منهُما عَشَرَةً فأصابَ خمسةً ، فقد تَساويَا في الإصَابَةِ والرَّمي ، فلَا يجبُ إكْمَالُ الرِّشقِ [1] ، لِأنَّهُ يخرُجُ عن المُبَادَرَةِ . ولو رَمَى كلُّ واحدٍ منهُما

---

(١) قد عَرَفْتَ : أنَّ المُبَادَرَةَ: هي أشتراطُ أستحقاقِ العِوَضِ، لِمَن بَدَرَ إلى إصَابةِ عَدَدٍ مُعَيَّن ، مِنْ مقدارِ رِشْقٍ مُعَيَّن ، مع تساويهما فيه .

وحينئذٍ ؛ فإذا رَمَيَا رِشْقًا ، وتَساويا في إصَابتِهِ ، لم يتحقَّق السَّبقُ .

ولايجبُ الإكْمَالُ ؛ لِأنَّهُ لو وَجَبَ لِرَجَاءِ السَّبق في الباقِي ، خَرَجَ عن وضعِ المُبَادَرَةِ إلى المُحَاطَّة ، وهذا خِلَافُ المفروض .

وكذا ، لايجبُ الإكمالُ لو أصَابَ أحَدُهما خمسةً منها ، والآخَرُ أرْبَعَةً ؛ لِتَحَقُّقِ السَّبْقِ من الأوَّلِ بِمُبَادَرَتِهِ إلى إصَابَةِ المشروط ؛ فلو وَجَبَ الإكْمَالُ خَرَجَ عن وضعها ؛ =

عَشَرةٌ ، فاَصابَ اَحدُهُما خمسةً ، والآخرُ اَربعةً ، فقد نَضَلَه صاحبُ الخَمْسَةِ، ولو سَاَلَ اِكْمَالَ الرِّشْقِ لم يجب [1] . اَمَّا لو شَرَطا المُحَاطَّةَ ، فَرَمَى كُلُّ واحدٍ منهُما عَشَرَةً فاَصَابَ خَمْسَةً ، تَحَاطَّا خَمْسَةً بخَمْسَةٍ ، واَكمَلا الرِّشْقَ . ولو اَصابَ اَحدُهُما من العَشَرَةِ تِسْعَةً ، واَصَابَ الآخَرُ خَمْسةً ، تَحَاطَّا خَمْسةً بِخَمْسَةٍ ، واَكمَلَا الرِّشْقَ . ولو تَحَاطَّا ، فبادَرَ اَحَدُهما الى اِكْمَالِ العَدَدِ [2] ، فاِن كانَ مع اَنْتِهَاءِ الرِّشْقِ فَقَدَ نَضَلَ صاحبَهُ . واِن كانَ قبلَ اَنتِهَائِهِ ، فاَرَادَ صاحبُ الاَقَلِّ اِكمالَ الرِّشقِ ؛ نُظِرَ :

فاِن كانَ لَهُ في ذلك فائدةٌ ؛ مثل : اَن يرجوَ اَن يرجَحَ عليهِ ، اَو يُسَاوِيَهُ ، اَو يمنَعَهُ اَن يَنْفَرِدَ بالاِصَابةِ ؛ بأَن يَقْصُرَ بعدَ المُحَاطَّةِ عن عَدَدِ الاِصَابةِ ؛ اُجبِرَ صاحِبُ الاَكثر .

واِن لم يكن لهُ فائدةٌ ؛ لم يُجبَرْ ، كما اِذا رَمَى اَحَدُهما خمسَةَ عَشَرَ فاَصابَها، ورَمَى الآخرُ فاَصابَ منها خَمْسَةً ، فَيَتَحاطَّان خمسَةً بخَمْسَةٍ . فاِذا اَكمَلَا فاَبلَغُ ما يُصِيبُ صاحبُ الخَمْسةِ ما تخلَّفَ ، وهي خمسةٌ ، ويُخطِئُها صاحِبُ الاَكثر ، فَيَجْتَمِعُ لِصَاحبِ الخَمْسةِ عَشَرةٌ ، فَيَتَحَاطَّان عَشَرةً بِعَشَرةٍ ، ويفضُلُ لِصَاحِبِ الاَكثرِ خَمْسَةٌ ، فلا تظهَرُ للاِكمالِ فائدةٌ .

«الرَّابعةُ» : اِذا تَمَّ النِّضالُ ، مَلَكَ النَّاضلُ العِوَضَ ، ولَهُ التَّصرُّفُ فيهِ كيفَ

= «المسالك : ٦ / ١٠٥» .

(١) يُنظر : الجواهر : ٢٨ /٢٣٥ .

(٢) اَي : العَدَدُ المُشْتَرَطُ اِصَابَتُهُ ، وهو الخمسةُ .

والمُـرَادُ بكونـهِ مع اَنتِهاء الرِّشْـقِ اِنْتِهَـاؤهُ منهما ؛ فَيَتَحَقَّقُ حينئذٍ سَبْقُ مَنْ اَصَابَ العَدَدَ دونَ صاحبهِ ؛ اِذْ لم يَبْقَ لَهُ ما يرجو مَعَهُ لِحاقَهُ ، فضلًا عن السَّبق ؛ وهو واضِحٌ ؛ «المسالك : ٦ / ١٠٦» .

شاءَ [1] ، ولَهُ اَن يختَصَّ بهِ ، واَن يُطعِمَهُ اَصحَابَهُ [ورقة ١٠٨ لوحة ب] . ولو شَرَطَ في العَقْدِ اِطعامَهُ لِحِزْبِهِ ، لم اَستَبْعِدْ صِحَّتَهُ .

«الخَامِسَةُ» : اذا فَسَدَ عقدُ السَّبقِ ، لم يجب بالعَمَلِ اُجْرَةُ المِثْلِ ، ويَسْقُطُ المُسَمَّى لا اِلى بدلٍ . ولو كانَ السَّبَقُ مُستَحَقًّا ، وَجَبَ على الباذِلِ مِثْلُهُ اَو قِيْمَتُهُ .

«السَّادسةُ» : اِذا فَضَلَ اَحدُهما الآخرَ في الاِصَابةِ ؛ فقالَ لَهُ : اِطْرَحِ الفَضْلَ بكذا ؛ قيلَ : لايَجُوزُ ، لِاَنَّ المَقْصُودَ بالنِّضالِ اِبَانَةُ حِذْقِ الرَّامي وظُهُورُ اَجتِهَادِهِ [2] ؛ فلو طرَحَ الفَضْلَ بِعِوَضٍ [3] ، كانَ تَرْكًا للمَقْصُودِ بالنِّضالِ ، فَتَبْطُلُ المُعَاوَضَةُ ، ويَرُدُّ ما اَخَذَ .

---

(١) مفهومُ الشَّرْطِ ؛ اَنَّهُ لا يملِكُ النَّاضِلُ العِوَضَ بدونِ التَّمامِيَّةِ ؛ وهو من خَوَاصِّ الجُعَالَةِ ، لا الاِجَارة الَّتي قد اَختَارَ اَنَّهُ مثلُها في اللُزوم .
وكاَنَّ السِّرَّ في تعليقِ المِلك على تمامِيَّةِ النِّضال ؛ اَنَّ العقدَ واِنْ كان لازمًا ، اِلَّا اَنَّ المِلكَ لايُعْلَمُ لِمَن هُوَ قبلَ تمامِهِ ، لاحتمالِ السَّبق مِنْ كُلٍّ منهما وعدمِهِ ؛ فاِذا تَحَقَّقَ السَّبْقُ على وجهٍ من الوجوه ، فقدتَمَّ النِّضال ، سواءٌ اَكْمَلَ الرِّشقَ اَمْ لا ، وتَحقَّقَ المِلكُ للسَّابق ، وقبل ذلك لايحصُلُ ذلك ، بخلاف الاِجَارَة ...؛ «المسالك : ٦ / ١٠٨ ـ ١٠٩» .

(٢) وظُهُور اَجتهادِهِ بِحُصُولِ الغَلَبة ؛ «الجواهر : ٢٨ / ٢٣٩» .

(٣) بِعِوَضٍ اَو بغيرِ عِوَض ؛ «المَصَدَرُ نفسُهُ» .

كِتَـابُ الوَصَايَا

والنَّظَرُ في ذلك ؛ يستدعي فُصُولاً :

الاَوَّلُ

في : الوَصِيَّةِ

وهي : تمليكُ عَيْنٍ ، اَو مَنْفَعَةٍ ، بعدَ الوَفَاةِ . ويَفْتَقِرُ الى : اِيجابٍ ، وقَبولٍ .

فالاِيجابُ: كُلُّ لَفْظٍ دَلَّ على ذلك القَصْدِ ؛ كقولِهِ: اَعطوا فُلَانًا بعدَ وَفَاتي ، اَو لِفُلَانٍ كذا بعدَ وَفَاتي ، اَو اَوصَيتُ لَهُ [1] .

ويَنْتَقِلُ بها المِلْكُ الى المُوْصَى لَهُ ، بِمَوْتِ المُوصِي ، وقَبُولِ المُوصَى لَهُ ، ولايَنْتَقِلُ بالمَوْتِ مُنْفَرِدًا عن القَبُول ؛ على الاَظْهَرِ .

ولو قَبِلَ قبلَ الوَفَاةِ جازَ ، وبعدَ الوفاةِ آكَد ـ واِنْ تاَخَّرَ القَبُولُ عن الوَفَاةِ ـ مالم يَرُدَّ . فاِن رَدَّ في حَيَاةِ المُوصِي ، جازَ اَن يَقْبَلَ بعدَ وفاتِهِ ، اِذ لا حُكَم

---

(١) واَعلم ؛ اَنَّ التَّقييدَ بقولِهِ : «بعد وفاتي» ، في الاِيجاب ؛ اِنَّما يُفْتَقَرُ اِليه ، في اللفظِ المُشْتَرَك بينها وبين غَيْرِها .

كَقَوْلِهِ : اَعْطوا فُلَانًا ؛ المُشْتَرَكِ بين الوَصِيَّةِ ، والاَمر .

وقولِهِ : لِفُلَانٍ كذا ؛ المُشْتَرَكِ بينها وبين الاِقرار لَهُ .

فلابُدَّ من مايزٍ ، يُخْرِجُ ما يحتمِلُهُ اللفظُ من غيرها ؛ وهو يحصُلُ بقولِهِ : «بعد وفاتِي» .

اَمَّا قولُهُ : اَوْصَيْتُ لَهُ بكذا ؛ فلا يَفْتَقِرُ اِلى القيد ؛ لِاَنَّهُ صَريحٌ في العَطِيَّةِ ونحوها بعد الموت ؛ «المسالك : ٦ / ١١٧» .

لِذَلكَ الرَّدِّ . وإن رَدَّ بعدَ المَوْتِ قَبلَ [1] القَبُولِ بَطَلَت . وكذا لو رَدَّ بعدَ القبضِ وقَبلَ القَبولِ .

ولو رَدَّ بعدَ الموتِ والقَبُولِ وقَبْلَ القَبْضِ ؛ قيلَ : تبطُلُ ؛ وقيلَ : لاتبطُلُ ؛ وهو أَشبَهُ .

أَمَّا لو قَبِلَ وقبَضَ ثُمَّ رَدَّ ، لم تبطُلْ إجماعًا ؛ لِتحَقُّقِ المِلْكِ واستِقْرَارِهِ .

ولو رَدَّ بعضًا وقَبِلَ بعضًا ، صَحَّ فيما قَبِلَهُ . ولو ماتَ قبلَ القَبُولِ ، قامَ وارِثُهُ مَقَامَهُ في قَبولِ الوَصِيَّةِ .

فـــرعٌ

لو أَوْصَى بجاريةٍ وحَملِها ، لِزَوْجِها وهي حَامِلٌ مِنْهُ ، فماتَ قبلَ القَبُولِ ، كان القَبُولُ لِلْوَارِثِ . فإذا قَبِلَ ، مَلَكَ الوَارِثُ الولَدَ ، [إن كانَ مِمَّن يَصِحُّ لَهُ تملُّكهُ] ، ولاينْعَتِقُ على الموصَى لَهُ ، لِأَنَّهُ لايَمْلِكُ بعدَ الوَفاةِ ، ولايرثُ أَباهُ ، لِأَنَّهُ رِقٌّ ، إلَّا أن يكونَ مِمَّن يَنْعَتِقُ على الوَارِثِ ويكونوا جَمَاعةً ، فَيَرِثُ ، لِعِتْقِهِ قبلَ القِسْمَةِ .

ولا تَصِحُّ الوَصِيَّةُ في مَعْصِيَةٍ . فلو أَوصَى بمالٍ للكَنَائسِ أَو البِيَعِ ، أَو كِتَابَةِ ما يُسمَّى الآن تَوْراةً أَو إنجيلًا ، أَو في مُسَاعَدَةِ ظالمٍ ، بَطَلَت الوَصِيَّةُ .

والوَصِيَّةُ : عَقدٌ جائزٌ من طَرَفِ المُوْصِي [2] ، ما دَامَ حيًّا ؛ سَوَاءٌ كانت بمالٍ أَو وِلايةٍ .

---

(١) في الجواهر : وقَبْلَ .

(٢) ... وعلى كُلِّ حالٍ ؛ فعقدُ الوصيَّةِ من العُقُودِ المُتَرَدِّدة ، بين الجواز و اللُزوم .

بمعنى : جوازهِ في حالٍ ، ولُزُومهِ في آخَر ؛ وهو مابعدَ الوفاةِ والقبول ...؛ «المسالك : ٦ / ١٣٥» .

ويَتحَقَّقُ الرُّجُوعُ بالتَّصريحِ ، وبِفِعْلِ ما يُنَافي الوَصِيَّةَ [1] . فَلَوْ باعَ ما أَوصَى بهِ ، أَو أَوصَى ببيعِهِ ، أَو وَهَبَهُ وأَقبَضَهُ ، أَو رَهَنَهُ ؛ كانَ رُجُوعًا .

وكذا لو تَصَرَّفَ فيهِ تصرُّفًا ، أَخرَجَهُ عن مُسَمَّاهُ ، كما إِذا أَوصَى بِطَعَامٍ فَطَحَنَهُ ، أَو بِدَقِيْقٍ فَعَجَنَهُ أَو خَبَزَهُ . وكذا لو أَوْصى بزيتٍ ، فَخَلَطَهُ بما هو أَجوَدُ منهُ ، أَو بِطَعَامٍ فَمَزَجَهُ بغيرِهِ [ورقة ١٠٩ لوحة أ] حتَّى لا يتميَّزَ .

أَمَّا لو أَوصَى بِخُبْزٍ فَدَقَّهُ فَتِيتًا ، لم يكن رُجُوعًا [2] .

الثَّانـي

في : المُوصِي

ويُعتَبَرُ فيهِ : كَمَالُ العقلِ ، والحُرِّيَّةِ .

فلا تَصِحُّ : وَصِيَّةُ المَجْنونِ ، ولاالصَّبِيِّ مالم يبلُغْ عَشرًا . فإِن بلَغَها فَوَصِيَّتُهُ جائِزَةٌ في وُجُوهِ المَعْروفِ ، لِأَقَارِبِهِ وغيرِهِم على الأَشهرِ ، إِذا كانَ بصيرًا ؛ وقيلَ : تَصِحُّ وإِن بلَغَ ثَمَاني [3] ؛ والرِّوَايةُ بِهِ شَاذَّةٌ .

ولو جَرَحَ المُوصِي نفسَهُ ، بما فيهِ هَلَاكُها ، ثم أَوصَى ، لم تُقبَلْ وصيَّتُهُ .

ولو أَوصَى ثم قَتَلَ نَفْسَهُ قُبِلَت .

---

(١) إِعلَمْ ؛ أَنَّ الرجوعَ في الوصِيَّةِ ، ونحوها من العقودِ الجائزة ؛ قد يكونُ بالقولِ ، وقد يكونُ بالفعلِ .

والقولُ : إِمَّا صريحًا ، أَو أَستلزامًا ، أَو باعتبار إِشْعارِهِ بإِرادةِ الرُّجوع ؛ فهذه أَقْسَامٌ أَربعة ؛ أَشَارَ المُصَنِّفُ إِلى جملتها ... ؛ «المسالك : ٦ / ١٣٦» .

(٢) لِأَنَّ هذا الفعل ؛ لايدلُّ على الرُّجوع إِلَّا بالقرينة ؛ مضافًا إِلى أَصَالةِ بقائها على حالِها .

وعُلِّلَ أَيْضًا ببقاء أَسم الخُبزِ ؛ وفيهِ نَظَرٌ ... ؛ «المسالك : ٦ / ١٣٩» .

(٣) وفي النُّسَخِ المُتَدَاوَلةِ : ثَمَانٍ .

ولاتَصِحُّ الوصيَّةُ بالوِلَايةِ على الأَطفالِ ؛ إلَّا من الأَبِ ، أَو الجَدِّ لِلْأَبِ خاصَّةً . ولا وِلَايَةَ لِلأُمِّ ، ولاتَصِحُّ منها الوصِيَّةُ عليهم [1] .

ولـو أَوصَـت لَهُم بمالٍ [2] ، ونَصَبت وصِيًّا، صَحَّت من ثُلْثِ تَرِكَتِها[3] ، وفي إِخْرَاجِ ما عليها مِن الحُقُوقِ ؛ ولم تَمْضِ على الأَولادِ .

الثَّالـثُ

في : المُوصَى بهِ

وفيه أَطْرَافٌ :

الأَوَّلُ ؛ في : متعَلَّقِ الوَصِيَّةِ

وهو : إِمَّا عينٌ ، وإِمَّا مَنْفَعَةٌ . ويُعتَبَرُ فيهما المِلْكُ ؛ فلا تَصِحُّ بالخَمْرِ ، ولا الخِنْزِيْرِ ، ولا كَلْبِ الهِرَاشِ ، ولا مالَا نَفْعَ فيهِ [4] .

---

(١) هذا الحُكمُ داخِلٌ في السَّابقِ، الدَّالِّ على عَدَمِ صِحَّةِ الوصيَّةِ عليهم لِغَيْرِ الأَبِ والجدِّ له.
وإِنَّمـا خَصَّ الأُمَّ بالذِّكرِ بعدَ دخولها ، لِإِثْبَاتِ ابنِ الجُنَيْدِ الولايةَ لَها ، مع رُشدها بعد الأَب ؛ وهو شاذٌّ ؛ «المسالك : ٦ / ١٤٤» .

(٢) هذا الحكمُ واضِحٌ ؛ بعد ماسَلَفَ مِن عَدَمِ ولايتها عليهم .
ونَبَّهَ بتخصيصهِ ؛ على أَنَّ تَبَعُّضَ وصِيَّتِها ـ إِذا اشتَمَلَتْ على أُمُورٍ بعضُها سائغٌ وبعضُها ممنوعٌ ـ غيرُ مانعٍ من نُفوذِ المشروعِ منها .
وحينئذٍ ؛ فَتَصِحُّ وصيَّتُها لَهُم بالمال ، ولا يَصِحُّ إِيْصَاؤها .
بـل ، يبقى حُكْمُ المالِ المُوْصَى بهِ ، كسائرِ أَمْوَالِهِم ؛ يُرْجَعُ فيهِ إِلى وَلِيِّهِم ، الخَاصِّ أَو العامِّ ؛ « المسالك : ٦ / ١٤٥» .

(٣) في الجواهر : ونَصَبَتْ وَصِيًّا صَحَّ تَصَرُّفُهُ في ثلث ...

(٤) والمُرَادُ بـ : «مالانفعَ فيه» : نفعًا مُعْتَدًّا بهِ في نَظَرِ العُقَلاء ، بحيثُ يكونُ مُتَمَوِّلًا ؛ فلا =

ويَتَقَدَّرُ كُلُّ واحدٍ منهما ، بقَدَر ثُلثِ التَّرِكَةِ فما دُون . ولو اَوصَى بما زَادَ ، بَطَلَت في الزَّائدِ خاصَّةً ، اِلَّا اَن يُجيزَ الوَارِثُ . ولو كانوا جماعةً ، فاَجازَ بعضُهم ، نَفَذَتِ الاِجَازَةُ في قَدَرِ حِصَّتِهِ من الزِّيَادةِ .

واِجازَةُ الوَارثِ تُعتَبَرُ بعدَ الوَفَاةِ ؛ وهل تَصِحُّ قبلَ الوفاةِ ؟ فيهِ قولان : اَشهَرُهُما انَّها تَلزَمُ الوَارِثَ . واذا وَقَعَت بعدَ الوَفَاةِ ، كانَ ذلك اِجازةً لِفعلِ المُوصي ، وليسَ بابتداءِ هِبَةٍ ، فلا تَفْتَقِرُ صِحَّتُها الى قَبْضٍ .

ويجبُ العَمَلُ بما رَسَمَهُ المُوصِي اِذا لم يكُن مُنَافِيًا للمَشْروعِ .

ويُعتبَرُ الثُّلْثُ وقتَ الوَفَاةِ ، لا وَقْتَ الوَصَاة . فلو اَوصَى بِشيءٍ وكانَ مُوسِرًا في حَالِ الوَصِيَّةِ ، ثم اَفتقَرَ عندَ الوَفَاةِ ، لم يكُن بِاِيسَارِهِ اَعتِبَارٌ . وكذلك لو كانَ في حَالِ الوَصِيَّةِ فقيرًا ، ثم اَيسَرَ وقتَ الوَفَاةِ ، كان الاِعتِبَارُ بِحَالِ يَسَارِهِ .

ولو اَوْصَى ثم قَتَلَهُ قاتِلٌ اَو جَرَحَهُ ، كانَتْ وَصِيَّتُهُ ماضِيَةً ، من ثُلْثِ تَرِكَتِهِ ودِيَتِهِ واَرْشِ جِرَاحِهِ [1] .

ولو اَوصَى اِلى اِنْسَانٍ بالمُضَارَبةِ بتَرِكَتِهِ اَو بِبَعْضِها، على اَنَّ الرِّبحَ بينَهُ وبينَ وَرَثتِهِ نِصْفَان ، صَحَّ . ورُبَّما يُشتَرَطُ كَوْنُهُ ، قدَرَ الثُّلثِ فاَقَلَّ ؛ والاَوَّلُ مرويٌّ .

ولو اَوصَى بِوَاجِبٍ [2] وغيرِهِ ؛ فاِن وَسِعَ الثُّلْثُ عُمِلَ بالجَميع ؛ واِن قَصُرَ

= تَصِحُّ الوَصِيَّةُ بمثلِ حَبَّةِ الحِنطةِ وقِشْرِ الجوزة ؛ كما لا يَصِحُّ نقلُهُ بغيرِ الوصِيَّة .
واِنَّما اَحتِيْجَ اِلى تقييدِ المِلك بما ذكرنا لِيَخْرُجَ ؛ لِاَنَّ الحَقَّ كونُها مملوكةً في الجُمْلَةِ ، حَتَّى لا يَصِحَّ غَصْبُها من المالك ، واِنْ لم تجز المعاوضة عليها ، لِعَدَم التَّمَوُّل ؛ «المسالك : ٦ / ١٤٦».

(١) في الجواهر : جراحتِهِ .

(٢) اِنَّما يُخْرَجُ الواجبُ من اَصْلِ المالِ، اِذا كان واجبًا ماليًّا، حتَّى يكون مُتَعَلِّقًا بالمالِ =

ولم يُجزِ الوَرَثَةُ ، بُدِىء بالوَاجبِ من الاَصلِ ، وكان البَاقي من الثُّلثِ ، ويُبدَأُ بالاَوَّلِ فالاَوَّلِ . ولو كانَ الكُلُّ غيرَ واجبٍ ، بُدِىء بالاَوَّلِ فالاَوَّلِ ، حتَّى يُسْتَوْفَى الثُّلثُ .

ولو اَوصَى لِشَخْصٍ بِثُلْثٍ ، ولآخَرَ بِرُبْعٍ ، ولآخَرَ بِسُدْسٍ ، ولم يُجِز الوَرَثَةُ ، أُعطِيَ الاَوَّلُ ، وبَطَلَتِ الوَصِيَّةُ لِمَن عَداهُ .

ولو اَوصَى بِثُلُثِهِ لِوَاحدٍ ، وبِثُلُثِهِ لآخَرَ ، كانَ ذلك رُجوعًا عن الاَوَّلِ الى الثَّاني [1] . ولو اَشتُبِهَ الاَوَّلُ ، [ورقة ١٠٩ لوحة ب] أُستُخْرِجَ بالقُرْعَةِ .

ولو اَوصَى بِعِتْقِ مَمَاليكِهِ ، دَخَل في ذلك مَن يَمْلِكُهُ مُنْفَرِدًا ، ومَن يملِكُ بعضَهُ ، واُعتِقَ نصيبُهُ حسبُ ؛ وقيلَ : يُقَوَّمُ عليهِ حِصَّةُ شريكِهِ ، اِن اَحتَمَل ثُلُثُهُ ذلك ، واِلَّا اُعتِقَ منهم مَن يَحْتَمِلُهُ الثُّلُثُ ؛ وبِهِ روايةٌ فيها ضَعْفٌ .

= حالَ الحياة ؛ سَوَاءٌ كان ماليًّا محضًا ، كالزَّكاةِ والخُمْسِ والكَفَّارات ونَذْرِ المال .
اَم ماليًّا مَشُوبًا بالبَدَنِ كالحَجِّ ؛ فاِنَّ جانبَ الماليَّة فيهِ ، مُغَلَّبٌ من حيثُ تعلُّقُهُ بِهِ في الجُملة .
اَمَّا لو كانَ الواجبُ بَدَنِيًّا محضًا ، كالصَّلَاةِ والصَّوْمِ ؛ فاِنَّهُ يُخْرَجُ من الثُّلث مُطْلَقًا ؛ لِاَنَّهُ لايجبُ اِخْرَاجُهُ عن المَيِّتِ ، اِلَّا اِذا اَوْصَى بِهِ ؛ فيكونُ حكمُهُ حُكْمَ التَّبَرُّعات الخارجةِ من الثُّلثِ معَ الوصيَّةِ بها ؛ واِلَّا فَلَا ...؛ «المسالك : ٦ / ١٥٨» .

(١) الفَرْقُ بين هذه المسالَة والَّتي قبلَها ؛ المُوْجبُ لِاختِلَافِ الحُكْم : اَنَّ الثُّلْثَ المُضَافَ الى المُوصِي ، وهو القَدَرُ النَّافِذُ فيهِ وَصِيَّتُهُ شَرْعًا .
فاِذا اَوصَى بِهِ ثانيًا ، فقد رَجَعَ عن الوَصِيَّة الأُولى ؛ لِاَنَّهُ ليسَ لَهُ ثُلُثان مُضَافًا اِليهِ على هذا الوَجْه ، فَيَكونُ بِمَنْزِلَةِ ما لو اَوصى بِمُعَيَّنٍ لِوَاحدٍ ، ثم اَوصى بِهِ لِآخَرَ .
بِخِلَافِ قَوْلِهِ : لِفُلَانٍ ثُلُثٌ ، من غيرِ اِضَافةٍ الى نفسِهِ ؛ فاِنَّـهُ مُتَعَلِّقٌ بِجُمْلَةِ المالِ من غيرِ اَن يُنْسَبَ الى الثُّلُثِ النَّافِذِ فيهِ الوَصِيَّةُ ؛ « المصدرُ نفسُهُ : ٦ / ١٦٢ » .

ولو اَوْصَى بشيءٍ واحدٍ لِاثنين ، وهو يَزيدُ عن الثُّلُثِ ، ولم يُجِزِ الورَثَةُ ، كان لهما ما يحتمِلُهُ الثُّلُثُ .

ولو جَعَلَ لِكُلِّ واحدٍ منهُما شيئًا بُدِىء بِعَطِيَّةِ الاَوَّل ، وكان النَّقصُ على الثَّاني منهما.

ولو اَوصَى بِنِصفِ مالِهِ مثلًا ، فاَجازَ الوَرَثَةُ ؛ ثم قالوا : ظَنَنَّا اَنَّهُ قليلٌ ، قُضِيَ عليهم بما ظَنُّوهُ واُحلِفوا على الزَّائدِ ؛ وفيهِ تردُّدٌ .

اَما لو اَوصَى بِعَبْدٍ اَو دَارٍ ، فاَجازوا الوَصِيَّةَ ، ثم اَدَّعوا اَنَّهم ظَنُّوا اَنَّ ذلك بقَدَرِ الثُّلُثِ اَو اَزيَدَ بيسيرٍ ، لم يُلتَفَتْ الى دعواهم ؛ لِاَنَّ الاِجازَةَ هنا تَضَمَّنَتْ معلومًا .

واذا اَوصَى بثُلُثِ مالِهِ مثلًا مُشَاعًا ، كان للمُوصَى لَهُ مِن كُلِّ شيءٍ ثُلُثُهُ .

وإن اَوصَى بشيءٍ مُعَيَّنٍ ، وكانَ بِقَدرِ الثُّلُثِ ، فقد مَلَكَهُ المُوصَى لَهُ بالموتِ ، ولا اَعتراضَ فيهِ للوَرَثَةِ .

ولو كانَ لَهُ مالٌ غائبٌ ، اُخِذَ من تلكَ العينِ ما يَحْتَمِلُهُ الثُّلُثُ مِن المالِ الحاضرِ ، وَيقِفُ الباقي حتَّى يحصُلَ من الغائبِ ، لِاَنَّ الغائبَ مُعَرَّضٌ للتَّلَفِ .

فرعٌ

لو اَوصَى بثُلُثِ عبدِهِ ، فخَرَجَ ثُلثاهُ مُستَحَقًّا [1] ، اِنْصرَفَتِ الوصِيَّةُ اِلى الثُّلُثِ الباقي ، تحصيلًا لاِمكانِ العَمَلِ بالوَصِيَّةِ .

ولـو اَوصَى بما يقَعُ اَسمُهُ على المُحَلَّلِ والمُحَرَّمِ ، اِنْصَرَفَ الى المُحَلَّلِ ،

---

(١) المُـرادُ : اَنَّهُ عبدُهُ في ظاهر الحال ، فاَوصى بثُلُثِهِ ؛ ثم ظهرَ كونهُ لا يَمْلِكُ منهُ اِلَّا الثُّلث ؛ اِنْصَرَفَتِ الوصِيَّةُ اِلى مُسْتَحَقِّهِ منهُ ، ولا يُنَزَّلُ على الاِشاعةِ حتَّى تَصِحَّ في ثُلُثِ الثُّلُثِ خاصَّةً ... «المسالك : ٦ / ١٧٣» .

تحصينًـا لِقَصْدِ المُسْلمِ عن المُحَرَّمِ ، كما إذا أَوصَى بِعُودٍ من عِيْدَانِهِ [1] . ولو لم يكُن لَهُ إلَّا عُودُ اللَهوِ ؛ قيلَ : يبطُلُ ؛ وقيلَ : يَصِحُّ ، وتُزَالُ عنهُ الصِّفَةُ المُحرَّمَةُ . أَما لو لم يكُن فيهِ مَنْفَعَةٌ إلَّا المُحرَّمةُ بطَلَت الوصيَّةُ .

وتصِحُّ الوَصِيَّةُ بالكِلَابِ المَمْلُوكَةِ : كَكَلْبِ الصَّيْدِ ، والمَاشيةِ ، والحائِطِ ، والزَّرعِ .

الطَّرَفُ الثَّاني ؛ في : الوَصِيَّةِ المُبْهَمَةِ

مَن أَوصَى بجُزءٍ من مالِهِ ؛ فيهِ روايتان : أَشهَرُهُما العُشْرُ ؛ وفي روايةٍ : سُبْعُ الثُّلْث . ولو كانَ بِسَهْمٍ ، كان ثُمْنًا [2] . ولو كانَ بشيءٍ ، كان سُدْسًا [3] .

ولو أَوصَى بوجوهٍ ، فَنَسِيَ الوَصِيُّ وجهًا ، جَعَلَهُ في وُجُوهِ البِرِّ ؛ وقيلَ : يَرْجِعُ مِيْرَاثًا .

ولـو أَوصَى بسيفٍ مُعَيَّنٍ وهو في جَفْنٍ ، دَخَلَ الجَفْنُ والحِليَةُ في الوصِيَّةِ . وكذا لو أَوصَى بِصُنْدوقٍ وفيهِ ثِيَابٌ ، أَو سفينةٍ وفيها مَتَاعٌ ، أَو جِرَابٍ وفيهِ قِمَاشٌ ، فإنَّ الوعاءَ ومافيهِ داخِلٌ في الوَصِيَّةِ ؛ وفيهِ قولٌ آخَرُ بعيدٌ .

ولو أَوصَى بإخْراجِ بعضِ وُلْدِهِ من تركتِهِ ، لم يَصِحَّ . وهل يلغو اللَفظُ ؟ فيهِ تردُّدٌ بينَ البُطلانِ ، و [بين] إجرائِهِ مجرَى مَن أَوصَى بجميعِ مالِهِ لِمَن عدا الوَلَد ، فتمضي في الثُلُث ، ويكونُ للمُخْرَجِ نصيبُهُ من الباقي ، بموجبِ

---

(١) ولَهُ عودُ لَهْوٍ ، وعِيْدَانُ قُسِيٍّ ، وعِيْدَانُ عِصِيٍّ ، وعِيْدانُ السَّقْفِ والبُنْيَان .
والطَّبْلِ ؛ ولَهُ طَبْلُ لَهْوٍ ، وطَبْلُ حَرْبٍ ... «الرَّوضة : ٥ / ٣٨» .

(٢) لِحَسَنَةِ صَفْوَان ، عن الرِّضا «ع» ... «الرَّوضة : ٥ / ٣٤» .

(٣) ولانَعْلَمُ فيهِ خِلَافًا «نفسُ المصدر» .

الفَريضةِ ؛ والوجهُ الاَوَّلُ ؛ وفيهِ روايةٌ بوجهٍ آخَرَ مَهْجُوْرَةٌ .

وإذا [ورقة ١١٠ لوحة أ] اَوصَى بلفظٍ مجْمَلٍ لم يُفَسِّرْهُ الشَّرْعُ ، رُجِعَ في تفسيرِهِ إلى الوارثِ ؛ كقولِهِ : اَعْطُوهُ حَظًّا من مالي ، اَو قِسطًا اَو نَصيبًا اَو قليلًا اَو يسيرًا اَو جَليلًا اَو جَزيلًا . ولو قالَ : اَعْطُوهُ كثيرًا ؛ قيلَ : يُعطَى ثمانينَ دِرْهمًا كما في النَّذرِ ؛ وقيلَ : يختَصُّ هذا التفسيرُ بالنَّذرِ اِقتصارًا على مَوْضعِ النَّقلِ .

والوَصِيَّةُ بما دونَ الثُّلُث اَفضَلُ ، حتَّى اِنَّها بالرُّبعِ اَفضَلُ من الثُّلثِ ، وبالخُمسِ اَفضَلُ من الرُّبعِ .

فرعٌ

إذا عيَّنَ المُوصَى لَهُ شيئًا ، وادَّعى اَنَّ المُوصِيَ قَصَدَهُ من هذهِ الاَلفاظِ ، واَنكَرَ الوارثُ [1] ؛ كان القولُ قولَ الوارثِ مع يمينهِ ، إن اَدَّعى عليهِ العلمَ ، وإلَّا فلايمينَ .

الطَّرَفُ الثَّالثُ ؛ في : اَحكامِ الوصيَّةِ

إذا اَوصَى بِوَصِيَّةٍ ، ثم اَوصَى بأُخرَى مُضَادَّةٍ للأُولى ، عُمِلَ بالاَخيرةِ . ولو اَوصَى بحَملٍ ، فجاءَت بهِ لِاَقَلَّ من سِتَّةِ اَشهُرٍ ، صَحَّت الوَصِيَّةُ بهِ [2] .

---

(١) إنْ اَدَّعَى المُوْصَى لَهُ : اَنَّ المُوْصِيَ اَرَادَ تقديرًا مخصوصًا من الاَلْفَاظِ السَّابقةِ ونَحْوِها ، ممَّا يُرْجَعُ فيه إلى تفسير الوارث .

كـاَن قـال : اَعْطُـوهُ مالًا جليلًا ؛ فقالَ المُوْصَى لَهُ : اَرَادَ بهِ اَلْفَ دِرْهَمٍ ، فَاَنْكَرَ الوَارِثُ ... «المسالك : ٦ / ١٨٩» .

(٢) إنَّما اُعْتُبِرَ كونُهُ لِاَقَلَّ من سِتَّةِ اَشْهُرٍ ؛ لِاَنَّ حالَ الوَصِيَّةِ لايُمكِنُ حدوثُهُ ، فلابُدَّ مِن =

ولو كانَ لِعَشَرَةِ أَشهُرٍ من حِينِ الوَصِيَّةِ ، لم تصِحَّ . وإن جاء [تْ] لِمُدَّةٍ بينَ السِّتَّةِ والعَشرةِ ، وكانَتْ خَالِيَةً من مَولًى وزوجٍ ، حُكِمَ بِهِ للمُوْصَى لَهُ .

ولو كانَ لَها زَوْجٌ أَو مَوْلًى ، لم يُحكَمْ بِهِ للمُوْصَى لَهُ ، لِاحْتِمَالِ تَوَهُّمِ الحَمْلِ في حَالِ الوَصِيَّةِ ، وتَجَدُّدِهِ بعدَها .

ولو قالَ : إِنْ كانَ في بطنِ هذه ذَكَرٌ ، فَلَهُ دِرْهَمَان ؛ وإِنْ كان أُنثَى،فَلَهُ دِرهَمٌ ؛ فإن خَرَجَ ذَكرٌ وأُنثى ، كانَ لَهُما ثلاثةُ دَرَاهم .

أَمَّا لَو قَالَ : إن كانَ الَّذي في بَطْنِها ذَكَرًا فكَذَا ، وإن كانَ أُنثى فكَذَا ؛ فخَرَجَ ذَكَرٌ وأُنثى لم يكن لَهُما شَيءٌ .

وتَصِحُّ الوَصِيَّةُ بالحَمْلِ ، وبِمَا تحمِلُهُ المَمْلُوكَةُ والشَّجَرَةُ . كما تَصِحُّ الوصِيَّةُ بِسُكْنَى الدَّارِ مُدَّةً مُسْتَقْبَلَةً .

ولو أَوصَى بخِدْمَةِ عبدٍ ، أَو ثَمَرَةِ بُستانٍ ، أَو سُكْنَى دارٍ ، أَو غيرِ ذلك من المَنَافِع ، على التأبيدِ أَو مُدَّةً مُعيَّنةً ؛ قُوِّمَتِ المَنْفَعَةُ . فإن خَرَجَتْ من الثُّلثِ ، وإلَّا كانَ للمُوْصَى لَهُ مايَحْتَمِلُهُ الثُّلُثُ .

وإذا أَوصَى بِخِدْمَةِ عبدِهِ مُدَّةً مُعيَّنةً ، فَنَفَقَتُهُ على الورَثَةِ ، لِأَنَّها تابِعَةٌ لِلْمِلْكِ؛ وللمُوْصَى لَهُ التصرُّفُ في المَنْفَعَةِ ؛ وللوَرَثَةِ التصرُّفُ في الرَّقَبَةِ ببيعٍ وعِتْقٍ وغيرِهِ ، ولا يبطُلُ حَقُّ الموصَى لَهُ بذلِكَ .

= فَرْضِ تَقَدُّمِهِ في وقتٍ يُمْكِنُ فيهِ وطيُ الأَمَةِ ، بحيثُ يُمكِنُ فيهِ تخلُّقُ الوَلَدِ .
وذلك قد يكونُ في مُدَّةٍ قريبةٍ من الوَصِيَّةِ وبعيدةٍ ، بِحَسَبِ ما يَتَّفِقُ وقُوعُه ، أَو يُمكِنُ .
والضَّابِطُ : وِلَادَتُها لَهُ ، في وقتٍ يُقْطَعُ بوجودِهِ حَالَ الوَصِيَّةِ ، ويَتَحَقَّقُ بولادتِهِ لِأَقَلِّ الحَمْلِ من حينِ الوطي المُتَقَدِّمِ على الوَصِيَّةِ . ولو عُلِمَ عَدَمُ وجودِهِ قطعًا ، بأَن وَلَدَتْهُ لِأَكْثَرَ من أَقصى مُدَّةِ الحَمْلِ مِن حينِ الوَصِيَّةِ ، تبيَّنَ بُطْلَانُها ؛ «المسالك:٦ / ١٩١» .

ولو اَوصَى لَهُ بِقَوسٍ، اِنْصَرَفَ اِلى قوسِ النُّشَّابِ [1] والنَّبلِ والحُسْبَانِ [2]، اِلَّا معَ قرينةٍ تَدُلُّ على غيرِها .

وكُلُّ لفظٍ وقَعَ على اَشيَاءَ، وُقُوعًا مُتَسَاوِيًا ؛ فللوَرَثَةِ الخِيَارُ في تعيينِ ما شاؤا منها . اَما لوقالَ : اَعْطُوهُ قوسي ، ولا قوسَ لَهُ اِلَّا واحدةٌ ، اِنصَرَفَتِ الوَصِيَّةُ اِليها ، من اَيِّ الاَجناسِ كانَتْ .

ولو اَوصَى برأسٍ من مَمَاليكِهِ [3] ، كانَ الخِيَارُ في التَّعيينِ الى الوَرَثَةِ . ويجوزُ اَن يُعْطُوا صغيرًا اَو كبيرًا ، صحيحًا اَو معيبًا . ولو هَلَكَ مَمَاليكُهُ بعدَ وفاتِـهِ اِلَّا واحـدًا ، تعيَّنَ لِلْعَطِيَّـةِ . فاِن ماتوا بَطَلَتِ الوَصِيَّةُ . فاِن قُتِلوا لم تبطُل [4] ؛ وكان [ورقة ١١٠ لوحة ب] للوَرَثةِ اَن يُعيِّنوا لَهُ مَن شاءوا ، اَو يدفَعوا قيمَتَهُ اِن صارَتْ اليهم ، واِلَّا اَخذَها من الجَاني .

وتثبتُ الوَصِيَّةُ : بشاهدينِ مُسْلِمينِ عَدْلين ، ومعَ الضَّرورةِ ، وعَدَمِ عُدولِ المُسْلِمِيْن ؛ تُقبَلُ شَهَادَةُ اَهلِ الذِّمَّةِ خاصَّةً .

---

(١) النُّشَّابُ ـ الواحدةُ : نُشَّابَةٌ ؛ ج : نَشَاشيب ـ : السِّهامُ ؛ «المنجدُ في اللُغة : ص ٨٠٨» .

(٢) الحُسْبَانُ ـ الواحدةُ : حُسْبَانَةٌ ـ : السِّهامُ الصِّغَارُ ؛ « المنجدُ في اللُغة : ص ١٣٣ » .

(٣) المَمْلُوكُ ؛ من الاَلْفَاظ المُتَوَاطية ؛ بالنَّظَرِ اِلى ما تحت معناهُ من الاَفْرَاد ؛ يشمُلُ : الذَّكَرَ والاُنثى والخُنثى ، والصَّغيرَ والكبيرَ ، والصَّحيحَ والمَعِيبَ ، والمُسْلِمَ والكافرَ .
فَيَتَخيَّرُ الوارثُ في اِعْطاء اَيِّها شاءَ ؛ لوقوع اسمِهِ على كُلٍّ واحدٍ منها ؛ «المسالك : ٦ / ٢٠١ ـ ٢٠٢» .

(٤) المُرَادُ بهلاكِهم : موتُهم ، لا مايَعُمُّ قتلَهُم ، واِن كانَ اللفظُ اَعَمَّ ؛ اِذْ لوقُتِلُوا اِلَّا واحدًا ، لم يَتَعَيَّن للوصِيَّة ؛ لِاَنَّ المقتولَ بمنزلةِ الموجود.
وَمِنْ ثَمَّ لم تبطُل الوصيَّةُ بقتلِ الجميع ؛ فيتَخَيَّر الوارثُ في تعيين مَن شَاء من الحَيِّ والمقتول ؛ «المسالك : ٦ / ٢٠٢» .

وتُقْبَلُ في الشَّهَادَةِ بالمالِ [1] ، شَهَادَةُ واحدٍ مع اليمين ، اَو شاهدٍ واَمْرَاَتين .

وتُقبَلُ شَهَادَةُ الوَاحدةِ في رُبعِ ما شَهِدَتْ بهِ ، وشَهَادَةُ اثنتين في النِّصْفِ ، وثَلَاثٌ [2] في ثَلَاثةِ الاَرباع ، وشَهَادةُ الاَربعِ في الجميع .

ولاتثبُتُ الوَصِيَّةُ بالوِلَايةِ اِلَّا بشاهدين ، ولاتُقبَلُ شَهَادَةُ النِّساءِ في ذلك .

وهل تُقبَلُ شَهَادَةُ شاهدٍ مع اليَمين ؟ فيهِ تردُّدٌ ؛ اَظْهَرُهُ المَنْعُ .

ولو اَشهدَ اِنْسَانٌ عبدين لَهُ ، على حَمْلِ اَمَتِهِ اَنَّهُ منهُ ، ثم ماتَ فاُعتِقَا وشَهِدا بذلك ؛ قُبِلَتْ شَهَادَتُهما ، ولا يَسْتَرِقُّهما المَوْلُودُ ؛ وقيلَ : يُكرَهُ ؛ وهو اَشبَهُ .

ولاتُقبَلُ شَهَادَةُ الوَصِيِّ فيما هوَ وصِيٌّ فيهِ ، ولا ما يَجُرُّبِهِ نَفْعًا اَو يَسْتَفِيْدُ منهُ وِلَايةً [3] . ولو كانَ وَصِيًّا في اِخْرَاجِ مالٍ مُعَيَّنٍ ، فشَهِدَ لِلْمَيِّتِ بِما يخرُجُ بهِ ذلكَ المالُ من الثُّلْثِ ، لم يُقبَل .

مسائلُ اَربعٌ :

«الأُولى» : اِذا اَوصَى بِعِتْقِ عبيدِهِ ، وليسَ لَهُ سِوَاهُم ، اُعْتِقَ ثُلُثُهم بالقُرْعَةِ [4] . ولو رَتَّبهم اُعْتِقَ الاَوَّلُ فالاَوَّلُ ، حتَّى يُسْتَوْفَى الثُّلُثُ ، وتَبْطُلُ

---

(١) في الجواهر : «وتُقْبَلُ في الوَصِيَّةِ بالمال» .

(٢) في الجواهر : «وشَهَادَةُ الثَّلَاث» .

(٣) الضَّابطُ : اَنَّ شهادَتَهُ متى كانت لِنفسهِ منها حَظٌّ ، لم تُقْبَل ؛ ويتحقَّق ذلك بأُمورٍ : ...؛ «المسالك : ٦ / ٢٠٨» .

(٤) المُرَادُ بِعِتْقِ ثُلُثِهِم بالقُرْعَةِ : تعديلُهُم اَثْلَاثًا بالقِيْمَةِ ، ثم اِيقَاعُ القُرْعَةِ بينَهُم ، ويُعْتَقُ الثُّلُثُ الَّذي اَخْرَجَتْهُ القُرْعَةُ ... «المسالك : ٦ / ٢١٠» .

الوَصِيَّةُ فيمَن بقِيَ . ولو اَوصَى بِعِتْقِ عَدَدٍ مَخْصُوصٍ من عَبِيدِهِ ، اُسْتُخْرِجَ ذلك العدَدُ بالقُرْعَةِ ؛ وقيلَ : يجوزُ لِلْوَرَثَةِ اَن يَتَخَيَّروا بقدَرِ ذلك العَدَدِ ، والقُرْعَةِ على الاِسْتِحْبَابِ ؛ وهو حَسَنٌ .

«الثَّانيةُ» : لو اَعْتَقَ مَمْلُوكَهُ عندَ الوَفَاةِ، مُنَجَّزًا، وليسَ لَهُ سِوَاهُ ؛ قيلَ : عُتِقَ كُلُّهُ ؛ وقيلَ : يَنْعَتِقُ ثُلُثُهُ ، ويسعَى للوَرَثَةِ في باقي قِيْمَتِهِ ؛ وهو اَشهَرُ . ولو اُعْتِقَ ثُلْثُهُ سَعَى في باقِيْهِ . ولو كانَ لَهُ مَالٌ غيرُه ، اُعْتِقَ الباقي من ثُلُثِ تَرِكَتِهِ.

«الثَّالثةُ» : لو اَوصَى بِعِتْقِ رَقَبَةٍ مُؤمِنَةٍ وجَبَ ؛ فاِن لم يَجِدْ ، اُعتِقَ مَن لايُعرَف بِنَصْبٍ [1] . ولو ظَنَّها مُؤْمِنَةً فاَعتَقَها ، ثم بانَت بِخِلَافِ ذلك ، اَجزاَت عن المُوْصِي .

«الرَّابعةُ» : لو اَوصَى بِعْتِقِ رَقَبَةٍ بِثَمَنٍ مُعَيَّنٍ ، فلم يَجِدْ بِهِ ، لم يجب شِرَاؤها [2] ، وتَوَقَّعَ وُجُودَها بما عَيَّنَ لَهُ . ولو وَجَدَها باَقلَّ ، اِشْتَرَاها واَعْتَقَها، ودَفَعَ اِليها ما بَقِيَ .

الرَّابعُ
في : المُوصَى لَهُ

ويُشتَرَطُ فيهِ الوُجُودُ . فلو كانَ معدومًا ، لم تصِحَّ الوَصِيَّةُ لَهُ ، كما لو اَوصَى لِمَيِّتٍ ، اَو لِمَن ظَنَّ وجودَهُ ، فبانَ مَيِّتًا عندَ الوصِيَّةِ . وكذا لو اَوصَى

---

(١) من اَصْنافِ المُخَالفين ؛ والمُسْتَنَدُ : رِوَايةُ عَليٍّ بنِ اَبي حَمْزَةَ ، عن اَبي الحَسَن «ع» ... وفي السَّنَدِ ضَعْفٌ بِعَلِيٍّ بن اَبي حمزة ...«المسالك : ٦ / ٢١٢» .

(٢) المُـرَادُ بقولِهِ : «فلم يَجِدْ بِهِ لم يجب شراؤها» ، اَنَّهُ وجَدَ ولكن باَكْثَرَ من ذلك الثَّمَنِ المُعَيَّنِ ... «المَصْدَرُ نفسُهُ : ٦ / ٢١٣» .

لما تَحْمِلُهُ المَراَةُ ، اَو لِمَن يُوْجَدُ من اَولادِ فُلَانٍ [1] .

وتَصِحُّ الوَصِيَّةُ لِلْاَجنَبِيِّ والوارثِ . وتَصِحُّ الوَصِيَّةُ لِلذِّمِّيِّ ، ولو كانَ اَجنبيًّا ؛ وقيلَ : لايَجُوزُ مُطلَقًا . ومنهم مَن خَصَّ الجَوَازَ بذوي الاَرْحَامِ ؛ والاَوَّلُ اَشبَهُ . وفي الوَصِيَّةِ للحَرْبِيِّ تَرَدُّدٌ ؛ اَظهَرُهُ المَنْعُ .

ولاتَصِـحُّ الوصيَّةُ : لِمَمْلُوكٍ [ورقة ١١١ لوحة اَ] الاَجنبيِّ ، ولا لِمُدَبَّرِهِ ، ولا لِاُمِّ وَلَدِهِ ، ولا لِمُكَاتَبِهِ المَشْرُوطِ اَو الَّذي لم يُؤَدِّ من مُكَاتَبتِهِ [شيئًا] ولو اَجَازَ مولاهُ .

وتَصِحُّ : لِعبدِ المُوصِي ، ومُدَبَّرِهِ ، ومُكَاتَبِهِ ، واُمِّ وَلَدِهِ .

ويُعتَبَرُ ما يُوصِي بِهِ لِمَمْلُوكِهِ ، بعدَ خروجِهِ من الثُلْثِ ؛ فإن كانَ بقدرِ قيمتِهِ ، اُعتِقَ ، وكانَ الموصَى بِهِ للوَرَثَةِ ؛ وإن كانَتْ قيمَتُهُ اَقلَّ ، اُعطِيَ الفاضلَ ؛ وإن كانت اَكثَرَ ، سَعَى للوَرَثةِ فيما بَقِيَ ، مالم تبلُغْ قيمتُهُ ضعفَ ما اُوصِيَ لَهُ بِهِ ؛ فإن بلَغَت ذلك ، بَطَلَتِ الوصِيَّةُ ؛ وقيلَ : تَصِحُّ ، ويسعَى في الباقي كيفَ كان ؛ وهو حَسَنٌ .

واذا اَوصَى بِعِتْقِ مَمْلُوكِهِ وعليهِ دَيْنٌ ، فإن كانَتْ قِيْمَةُ العَبد بقدَرِ الدَّينِ مرَّتين ، اُعتِقَ المَمْلُوكُ ، وسَعَى في خَمْسَةِ اَسداسِ قِيْمَتِهِ .

وإن كانَت قِيْمَتُهُ اَقلَّ ، بَطَلت الوَصِيَّةُ بِعِتْقِهِ . والوَجْهُ اَنَّ الدَّين يُقدَّمُ على الوَصِيَّةِ فَيُبدَاُ بِهِ ، ويُعتَقُ مِنْهُ الثُّلْثُ مِمَّا فَضُلَ عن الدَّيْنِ . اَمَّا لو نَجَّزَ عِتقَهُ عندَ موتِهِ ، كان الاَمْرُ كما ذكرنا اَوَّلًا ، عملًا بروايةِ عبدِ الرحمنِ ، عن اَبي عبدِ اللهِ «عليهِ السَّلام» .

---

(١) مع اَنَّهُ قد تَقَدَّمَ جَوَازُ الوَقْفِ على المَعْدُومِ ، تَبَعًا للمَوْجُودِ ؛ وَدَائِرَةُ الوَقْفِ اَضْيَقُ مِن دائرةِ الوَصِيَّةِ ، كما يُعْلَمُ مِن اَحكامِها ؛ «المسالك : ٦ / ٢١٥ ـ ٢١٦» .

ولو اَوصَى لِمُكَاتَبِ غيرِهِ المُطْلَقِ ، وقَدْ اَدَّى بعضَ مُكَاتَبتِهِ ، كانَ لَهُ من الوصيَّةِ بقدَرِ ما اَدَّاهُ .

ولو اَوصَى الانسانُ لِاُمِّ وَلَدِهِ ، صَحَّتِ الوَصِيَّةُ [من الثُّلْثِ] . وهل تُعتَقُ من الوَصِيَّةِ اَو من نَصِيْبِ وَلَدِها ؟ قيلَ : تُعتَقُ من نَصِيْبِ وَلَدِها ، وتكونُ لَهَا الوَصِيَّةُ ؛ وقيلَ : بل تُعتَقُ من الوصِيَّةِ ، لِاَنَّهُ لامِيْرَاثَ اِلَّا بعدَ الوَصِيَّةِ .

واِطْـلَاقُ الوَصِيَّةِ يقتضي التَّسْوِيَةَ ، فاِذا اَوصَى لاَولَادِهِ ، وهم ذكورٌ واِنَاثٌ ، فهُم فيهِ سَوَاءٌ . وكذا لِاَخْوَالِهِ وخَالاتِهِ ، اَو لاَعمامِهِ وعمَّاتِهِ . وكذا لو اَوصَى لِاَخْوَالِهِ واَعمامِهِ ، كانوا سَوَاءً على الاَصَحِّ ؛ وفيهِ روايةٌ مَهْجُوْرَةٌ . اَمَّا لو نَصَّ على التَّفْضِيْلِ اُتُّبِعَ .

واِذا اَوصَى لِذَوي قَرَابتِهِ ، كانَ للمَعْروفين بِنَسَبِهِ [1] ، مصيرًا اِلى العُرْف . وقيلَ : كانَ لِمَن يَتَقَرَّبُ اِليهِ ، اِلى آخِرِ اَبٍ واُمٍّ لَهُ في الاِسلامِ [2] ؛ وهو غيرُ مستَندٍ الى شَاهِدٍ .

ولو اَوصَى لِقومِهِ ؛ قيلَ : هو لِاَهْلِ لُغَتِهِ . ولو قالَ لاَهْلِ بَيْتِهِ دخَلَ فيهم الاَوْلَادُ والآبـاءُ والاَجْدَادُ . ولو قالَ لِعَشِيْرَتِهِ ، كانَ لِاَقْرَبِ النَّاسِ اِليهِ في نَسَبِهِ [3] . ولو قالَ لِجيرانِهِ ؛ قيلَ : كانَ لِمَن يَلِي دارَهُ اِلى اَربعين ذِرَاعًا مِن كُلِّ

---

(١) المُـرَادُ بهـم : المعروفُـونَ بِنَسَبِـهِ عـادَةً ، سَـوَاءٌ فـي ذلك الوَارِثُ وغيرُهُ ؛ «المسالك: ٦ / ٢٣٢» .

(٢) اَي : بانْصِرَافِ الوَصِيَّةِ اِلى مَنْ يَتَقَرَّبُ اِلى آخرِ اَبٍ واُمٍّ لَهُ في الاِسْلَام .
وَمَعْنَاهُ : الاِرْتِقَاءُ بالقَرَابَةِ من الاَدْنَى اِليهِ اِلى ما قَبْلَهُ ؛ وهَكَذا الى اَبْعَدِ جَدٍّ في الاِسْلامِ وفُرُوعِهِ ؛ «المسالك : ٦ / ٢٣٢ بِتَصَرُّف» .

(٣) هذا اَحَدُ التَّفسيرين للعشيرةِ لُغَةً ؛ وقد ذَهَبَ اِليهِ جَمَاعَةٌ من الاَصحاب .
وفي القاموس : «عشيرَةُ الرَّجُل : بنو اَبيهِ الاَدنون اَو قبيلته» . =

جَانِبٍ ؛ وفيهِ قولٌ آخَرُ مُستَبْعَدٌ .

وتَصِحُّ الوَصِيَّةُ لِلحَمْلِ المَوْجُودِ ، وتستَقِرُّ بانفِصَالِهِ حيًّا . ولو وَضَعَتهُ مَيِّتًا بَطَلَتِ الوَصِيَّةُ . ولو وَقَعَ حيًّا ثم ماتَ ، كانَتِ الوَصِيَّةُ لِوَرَثتِهِ .

وإذا أَوْصَى المُسْلِمُ لِلفُقَرَاءِ ، كان لِفُقَراءِ مِلَّتِهِ . ولو كان كافِرًا ، أَنْصَرَفَ[1] إلى فُقَراءِ نِحْلَتِهِ .

ولو أَوصَى لإنسانٍ ، فماتَ قبلَ المُوصِي ؛ قيلَ : بطَلَتِ الوَصِيَّةُ ؛ وقيلَ : إن رجَعَ المُوصِي بطَلَتِ الوَصِيَّةُ ، سواءٌ رجَعَ قبلَ موتِ المُوْصَى لَهُ أو بعدَهُ . وإن لم يَرْجِع ، كانَتِ الوَصِيَّةُ لِوَرَثَةِ المُوصَى لَهُ ؛ وهو أَشهَرُ الرِّوايتين . ولَوْ لَـم يُخَلِّف الموصَى لَهُ أَحَدًا ، رَجَعَتْ إلى وَرَثةِ [ورقة ١١١ لوحة ب] الموصِي . ولو قالَ : أَعْطُوا فُلَانًا كذا ولم يُبيِّن الوَجْهَ ، وَجَبَ صَرْفُهُ إلَيْهِ يَصْنَعُ بهِ ما شَاءَ .

ولو أَوصَى في سَبِيْلِ اللهِ ، صُرِفَ الى مافيهِ أَجْرٌ ؛ وقيلَ : يَخْتَصُّ بالغُزَاةِ ؛ والأَوَّلُ أَشبَهُ .

وتُستَحَبُّ الوَصِيَّةُ لِذِي القَرَابةِ [2] وارِثًا كانَ أو غيرَهُ. وإذا أَوصَى للأَقربِ، نُزِّلَ على مَرَاتبِ الإرْثِ ، ولا يُعطَى الأَبعَدُ مع وُجُودِ الأَقْرَبِ [3] .

= وفي كُتُب العَلَّامة : أَنَّ العشيرة هي القرابَةُ مُطْلَقًا .

والأَجْوَدُ : الرُّجُوعُ إلى العُرْف ؛ ومع أَنْتِفَائهِ ، فالعُمُومُ حَسَنٌ ؛ «المسالك : ٦ / ٢٣٥» .

(١) في الجواهر : «أَنْصَرَفَتْ» .

(٢) في الجواهر : لِذَوِي القَرَابَة .

(٣) المُرَادُ : تنزيلُهُ على مَرَاتِبِ الإرْثِ ، من حيثُ المَرْتَبَةُ ، لا في كيفيَّةِ الاستحقاق ؛ فإنَّ الوصيَّةَ يَتَسَاوى فيها الذَّكَرُ والأُنثى ، والمُتَقَرِّبُ بالأَبِ والمُتَقَرِّبُ بالأَبوين ، والمُتَقَرِّبُ بالأُمِّ وإن كانوا إخْوَةً . ومعنى تنزيلهِ على المَرَاتِبِ : تَقْدِيْمُ المَرْتبةِ الأُولى ، على أَهْلِ =

الخَامسُ

في : الأَوصِيَاءِ

ويُعتَبَرُ في الوَصِيِّ : العَقْلُ ، والإِسْلَامُ . وهل يُعتَبَرُ العَدَالَةُ ؟ قيلَ : نَعَم ، لِأَنَّ الفَاسِقَ لا أَمانَةَ لَهُ ؛ وقيلَ : لا ، لِأَنَّ المُسْلِمَ مَحَلُّ الأَمانةِ ، كما في الوَكَالةِ والإِسْتِيْدَاعِ ، ولِأَنَّها وِلَايَةٌ تَابِعَةٌ لِاختِيَارِ المُوصِي ، فَيَتَحَقَّقُ بتعيينِهِ [1] .

أَمَّا لو أَوصَى الى العَدْلِ ، فَفَسَقَ بعدَ مَوْتِ المُوصِي ؛ أَمكنَ القولُ بِبُطْلَانِ وَصِيَّتِهِ ؛ لِأَنَّ الوُثُوقَ رُبَّما كانَ باعْتِبَارِ صَلَاحِهِ ، فلم يَتَحَقَّقْ عندَ زَوَالِهِ ، فحينئذٍ يَعْزِلُهُ الحَاكِمُ ويَسْتَنِيْبُ مكانَهُ .

= الثَّانية ؛ لِأَنَّها أَقرَبُ إِلى الميِّتِ منها ؛ وكذا الثَّانية على الثَّالثة .

ومنهُ يَظْهَرُ ؛ أَنَّهُ لايُعْطَى الأَبْعَدُ مع وجودِ الأَقْرَب .

وفائِدةُ ذِكْرِهِ بعد تعيين المَرَاتب : إِدْرَاجُ حُكْمِ ٱبن العَمِّ من الأَبوين ، مع العَمِّ من الأَب ؛ فإِنَّهُ في الإِرْثِ مُقَدَّمٌ على العَمِّ ، وإِنْ كان ابنُ العَمِّ أَبعد ؛ إِلَّا أَنَّ ذلك بدليلٍ خارجٍ ؛ ومِنْ ثَمَّ كانَ مُسْتَثْنًى من القاعِدَةِ .

فَلَولا قولُهُ :«ولا يُعْطَى الأَبْعدُ مع وجودِ الأَقْرَب» ، لاستُفِيْدَ من تنزيلِهِ على مَرَاتِبِ الإِرْثِ ، تقديمُ ٱبنِ العَمِّ هنا أَيضًا ؛ وهو مُحْتَمَلٌ إِلَّا أَنَّ الأَصَحَّ الأَوَّلُ .

ومُقتضى مراعاة المرتبة : أَنَّهُ لو ٱجْتَمَعَ الأَخُ من الأَبوين ، مع الأَخ من الأَبِ ، قُدِّمَ الأَوَّلُ عليه ، كما في الارث ؛ وهو كذلك على الأَقْوى ، مع ٱحتِمَالِ تساويهما هنا ؛ «المسالك : ٦ / ٢٤٠».

(١) إِختَلَفَ الأَصْحابُ في ٱشتِرَاطِ عدالةِ الوَصِيِّ ، فذهبَ الأَكثَرُ مِنْهُم إِلى ٱشتِرَاطِها ؛ مُحْتَجِّيْنَ بـ : أَنَّ الوصايةَ استيمانٌ على مالِ الأَطفال ، ومَن يجري مجراهم من الفُقَراء ، والجهات الَّتي لايُرَاعيها المالك .

والفاسِقُ ؛ ليسَ أَهْلًا للاسْتِيْمَانِ على هذا الوجهِ ، وإِنْ كان أَهْلًا للوكالةِ ، لِوُجُوبِ التَّثَبُّتِ عند خَبَرِهِ ...؛ «المسالك : ٦ / ٢٤١» .

ولاتجوزُ الوَصِيَّةُ الى المَمْلوكِ اِلَّا بإذنِ مَوْلَاهُ [1] .

ولاتَصِحُّ الوَصِيَّةُ اِلى الصَّبِيِّ مُنْفَرِدًا ، وتَصِحُّ مُنْضَمًّا اِلى البَالِغِ ، لكن لا يَتَصَرَّفُ اِلَّا بعدَ بُلُوغِهِ .

ولو اَوصَى الى اِثْنَينِ اَحَدُهُما صَغِيْرٌ ، تَصَرَّفَ الكبيرُ مُنْفَرِدًا حتَّى يَبْلُغَ الصَّغيرُ ، وعندَ بُلُوغِهِ لايَجُوزُ للبالغِ التَّفَرُّدُ . ولو ماتَ الصغيرُ ، اَو بَلَغَ فاسِدَ العَقْلِ ، كانَ للعَاقلِ الاِنْفِرَادُ بالوَصِيَّةِ ، ولم يُداخِلْهُ الحَاكِمُ ، لِاَنَّ للميِّتِ وَصِيًّا . ولو تَصَرَّفَ البَالِغُ ، ثم بلَغَ الصَّبِيُّ ، لم يَكُنْ لَهُ نَقْضُ شيءٍ ممَّا اَبرَمَهُ ، اِلَّا اَنْ يَكُونَ مُخالِفًا لِمُقتَضى الوَصِيَّةِ .

ولاتجوزُ الوصِيَّةُ اِلى الكَافِرِ ، ولو كانَ رَحِمًا [2]. نَعَم ، يجوزُ اَن يُوصِيَ اليهِ مثلُهُ .

وتَجُوزُ الوَصِيَّةُ اِلى المَرْاَةِ ، اِذا جَمَعَتِ الشَّرَائِطَ .

ولو اَوصَى اِلى اِثنين ؛ فاِن اَطلَقَ اَو شَرَطَ اجتِمَاعَهُما ، لم يَجُز لِاَحدِهما اَن يَنْفرِدَ عن صاحبِهِ بشيءٍ من التَّصَرُّفِ .

ولو تَشَاحَّا [3] ، لم يمضِ ما يَنْفَرِدُ بهِ كلُّ واحدٍ منهُما عن صَاحبِهِ ، اِلَّا ما لابُدَّ منهُ ؛ مِثْلُ كِسْوَةِ اليَتيمِ ومأكولِهِ .

وللحاكِمِ جبرُهما على الاجتماع ؛ فاِن تعاسَرَا ، جازَ لَهُ الاِستبدالُ بهما ؛ ولو اَرادا قِسمةَ المالِ بينهما ، لم يَجُز . ولو مَرِضَ اَحدُهُما اَو عجَزَ ، ضَمَّ اليهِ الحَاكِمُ مَن يُقَوِّيهِ . اَمَّا لو ماتَ اَو فسَقَ ، لم يَضُمَّ الحَاكِمُ الى الآخر ، وجازَ لَهُ

---

(١) لِاَنَّ مَنَافِعَهُ مملوكَةٌ لِمَوْلاه ...؛ «المسالك : ٦ / ٢٤٥» .

(٢) لِاَنَّ الكافرَ ليسَ من اَهْلِ الاَمَانة و لا الوِلاية ... ؛ «المسالك : ٦/ ٢٤٨»

(٣) اَي : تَمَانَعَا ، واَبَى كُلٌّ منهما على صاحبِه اَنْ يُوافِقَهُ ...؛ «المسالك : ٦ / ٢٥٠» .

الإنْفِرَادُ ، لِأَنَّهُ لا وِلايةَ للحَاكِم مع وجودِ وَصِيٍّ ؛ وفيهِ تردُّدٌ .

ولو شَرَطَ لَهُما الاِجتماعَ والاِنْفِرَادَ ؛ كانَ تصرُّفُ كُلِّ واحدٍ منهما ماضيًا ولو آنفَرَدَ . ويجوزُ أَن يقتَسِما المالَ ، ويَتَصَرَّفَ كُلُّ واحدٍ منهُما فيما يُصيبُهُ ، كما يجوزُ آنْفِرَادُهُ قبلَ القِسمَةِ .

وللمُوْصَى إليهِ أَن يَرُدَّ الوَصِيَّةَ ، مادَامَ المُوصِي حيًّا ، بشرطِ أَن يُبلِغَهُ الرَدَّ. ولو ماتَ قبلَ الرَّدِّ ، أَو بَعْدَهُ ولم يبلُغهُ ، لم يكن للرَّدِّ أَثَرٌ ، وكانَتِ الوَصِيَّةُ لازِمَةً لِلْمُوصِي .

ولو ظَهَرَ من الوَصِيِّ عَجْزٌ ، ضُمَّ اليهِ مُسَاعِدٌ . وإنْ ظَهَرَ منهُ خِيَانَةٌ ، وَجَبَ على الحاكمِ عَزْلُهُ ، ويُقيمُ مَقامَهُ أَمينًا [1] .

والوَصِيُّ أَمينٌ لا يَضْمَنُ [ورقة ١١٢ لوحة أ] ما يَتلَفُ [2] ، إلَّا عن مُخَالفةٍ لِشَرْطِ الوَصِيَّةِ أَو تفريطٍ .

ولو كان للوَصِيِّ دَيْنٌ على المَيِّتِ ، جازَ أَن يَسْتَوفي مِمَّا في يدِهِ من غيرِ إذنِ حاكمٍ [3] ، إذا لم يكُنْ لَهُ حُجَّةٌ ؛ وقيلَ : يجوزُ مُطْلَقًا . وفي شرائِهِ لِنَفسهِ من نفسِهِ تردُّدٌ ؛ والأَشبَهُ الجَوَازُ إذا أَخَذَ بالقِيْمَةِ العَدْلِ .

---

(١) إنَّما يَتَوَقَّفُ عزلُهُ على عَزْلِ الحاكمِ ، لولم تُشْتَرَطْ عَدَالَتُهُ ؛ فَلِلْحاكِمِ حينئذٍ أَنْ يعزِلَ الخائنَ ، مُرَاعاةً لِحَقِّ الأَطفال وأَموال الصَّدَقات ونحوهما .

وأَمَّا إذا اشتَرَطنا عَدَالَتَهُ ، فإنَّهُ يَنْعَزِلُ بِنَفْسِ الفِسْقِ ، وإنْ لم يعزِلْهُ الحاكِمُ ...

ولَعَلَّ المُصَنِّفَ يُرِيْدُ بعزلِ الحاكمِ لَهُ ، منعَهُ عن التَّصَرُّف ، أَو ما هوأَعَمُّ منهُ ومن مُبَاشَرَةِ عزلِهِ ، لِيَجْري على المَذْهبين ؛ إذْ لم يَتَقَدَّم منهُ ترجيحٌ لِأَحَدِ القولين ؛ «المسالك : ٦ / ٢٦٠» .

(٢) في الجواهر : «ما يَتْلَفُ في يدِهِ» .

(٣) في الجواهر : «يستوفي دَينَهُ مِمَّا ...إذنِ الحاكِم» .

وإذا اَذِنَ [المُوْصِي] للوَصِيِّ اَن يُوصِيَ ، جازَ إجماعًا . وإن لم يأذَن لَهُ ، لكن لم يَمْنَعْهُ ، فهل لَهُ اَن يُوصِيَ ؟ فيهِ خِلَافٌ ، اَظهَرُهُ المَنْعُ ، ويكونُ النَّظَرُ بعدَهُ الى الحاكمِ . وكذا لو ماتَ إنسانٌ ولا وَصِيَّ لَهُ ، كان للحاكِمِ النَّظَرُ في تَرِكَتِهِ. ولو لم يكن هُنَاكَ حاكِمٌ [1]، جازَ اَن يتولَّاهُ من المُؤمنين مَن يُوثَقُ بهِ ؛ وفي هذا تَرَدُّدٌ .

ولو اَوصَى بالنَّظرِ في مالِ وُلْدِهِ ، إلى اَجنبِيٍّ ولَهُ اَبٌ ، لم تصِحَّ ، وكانتِ الوِلَايَـةُ إلى جدِّ اليَتِيْمِ دونَ الوَصِيِّ ؛ وقيلَ : يَصِحُّ ذلكَ في قَدَرِ الثُّلْثِ مِمَّا تَرَك ، وفي اَدَاءِ الحُقُوقِ .

وإذا اَوصَى بالنَّظَرِ في شيءٍ مُعيَّنٍ ، إخْتَصَّتْ وِلَايَتُهُ بهِ ، ولا يجوزُ لَهُ التَّصَرُّفُ في غيرِهِ ، وجَرَى مجرَى الوَكِيْلِ في الاقتِصَارِ على ما يُوَكَّلُ فيهِ .

مسائلُ ثلاثٌ :

«الأُولى» : الصِفَاتُ المُرَاعَاةُ في الوَصِيِّ ، تُعْتَبَرُ حَالَ الوَصِيَّةِ ؛ وقيلَ : حينَ الوفـاةِ [2] . فلو اَوصـى إلى صَبِيٍّ ، فَبَلغَ ثم ماتَ المُوصِي ؛ صَحَّتِ

---

(١) والمُرَادُ بقولِهِ : «لم يكن هناك حاكِمٌ» : عَدَمُ وجودِهِ في ذلك القُطر، وإنْ وُجِدَ في غَيْرِهِ ؛ إذا تَوَقَّفَتْ مُرَاجَعَتُهُ على مَشَقَّةٍ لاتُتَحَمَّلُ عَادَةً .

ويجبُ مع وجودِهِ بعيدًا : الاقتِصَارُ على مالابُدَّ منهُ ، وتأخيرُ ما يَسَعُ تأخِيْرُهُ ، إلى اَنْ يُمْكِنَ مُرَاجعته ؛ «المسالك : ٦ / ٢٦٦» .

(٢) إختَلَفَ الاَصحابُ وغَيْرُهُم في وَقْتِ اَعتبار الشُّروط المُعْتَبَرَة في صِحَّةِ الوصايةِ ؛ من التَّكليفِ والإسلام والحُرِّيَّةِ والعَدَالةِ .

هل هو عندَ الوصيَّةِ ؟ اَو عندَ الموتِ ؟ اَو من حينِ الوصِيَّةِ مُسْتَمِرًّا إلى اَنْ يموتَ ؟ اَو من حينِ الوصِيَّةِ إلى اَنْ يُنَفِّذَها بعد الموت ؟ على اَقوالٍ ...؛ «المسالك : ٦ / ٢٧٠ ـ ٢٧١» .

الوَصِيَّةُ . وكذا الكَلَامُ في الحُرِّيَّةِ والعَقْلِ ؛ والاَوَّلُ اَشبَهُ .

«الثَّانيةُ» : تَصِحُّ الوَصِيَّةُ ، على كُلِّ مَن للمُوصِي عليهِ وِلَايَةٌ شَرْعِيَّةٌ ، كالوَلَدِ وإن نَزَلوا ، بِشَرْطِ الصِّغَرِ . فلو اَوصَى على اَولادِهِ الكِبَارِ العُقَلاء ، اَو على اَبيهِ ، اَو على اَقارِبِهِ ، لم تَمْضِ الوَصِيَّةُ عليهم . ولو اَوصَى بالنَّظَرِ في المال الذي ترَكَهُ لَهُم ، لم يصِحَّ لَهُ التَّصَرُّفُ ولا في ثُلُثِهِ ، ويَصِحُّ في اِخْرَاجِ الحُقُوقِ عن المُوْصِي كالدُّيُونِ والصَّدَقَات .

«الثَّالثةُ» : يَجُوزُ لِمَنْ يَتَوَلَّى اَمْوَالَ اليَتيمِ ، اَن يأخُذَ اُجْرَةَ المِثْلِ عن نَظَرِهِ في مالِهِ ؛ وقيلَ : يأخذُ قَدْرَ كِفَايتِهِ ؛ وقيلَ : اَقَلَّ الاَمْرَيْن ؛ والاَوَّلُ اَظهَرُ .

السَّادِسُ

في : اللَّوَاحقِ

وفيهِ قسمانِ :

القسمُ الاَوَّلُ ؛ فيه مسائلُ :

«المَسْاَلَةُ الاُولى» : إذا اَوصَى لِاَجْنَبِيٍّ بِمِثْلِ نَصِيْبِ اَبنِهِ ، وليسَ لَهُ اِلَّا واحدٌ ، فَقَد شرَكَ بينَهُما في تَرِكَتِهِ ، فَلِلْمُوصَى لَهُ النِّصفُ ، فإن لم يُجِز الوارثُ فَلَهُ الثُّلُثُ . ولو كانَ لَهُ اِبْنَانِ ، كانَتِ الوَصِيَّةُ بالثُّلُثِ . ولو كان لَهُ ثَلَاثَـةٌ ، كانَ لَهُ الرُّبعُ .

والضَّابِطُ : اَنَّهُ يُضَافُ الى الوارثِ ، ويُجعَلُ كاَحَدِهم إن كانوا مُتَسَاوين . وإن اَختَلَفَتْ سِهَامُهُم ، جُعِلَ مثلَ اَضعَفِهِم سَهْمًا ، اِلَّا اَن يقولَ : مثلَ اَعظَمِهم ، فيُعمَلُ بمقتَضَى وَصِيَّتِهِ .

فلو قالَ : لَهُ مِثْلُ نَصِيْبِ بِنْتِي ؛ فعندَنَا [يكونُ] لَهُ النِّصْفُ ، إذا لم يكن

وَارِثٌ سواها ، ويُرَدُّ اِلى الثُلُثِ اِذا لم تُجِز .

ولو كان لَهُ بِنْتَان، كان لَهُ الثُلُثُ، لِاَنَّ المالَ عندَنا لِلْبِنْتَيْن دونَ العَصَبَةِ [1] ، فيكونُ الموصَى لَهُ كَثَالِثَةٍ .

ولو كانَ لَهُ ثَلَاثُ اَخَوَاتٍ من اُمٍّ ، واِخْوَةٌ [ثلاثةٌ] من اَبٍ ، فاَوصَى لاَجْنَبِيٍّ بمثلِ نَصِيْبِ اَحدِ وَرَثَتِهِ [ورقة ١١٢ لوحة ب] ، كان كَوَاحِدَةٍ من الاَخَواتِ ؛ فيكونُ لَهُ سَهْمٌ من عَشرَة ، وللاَخَوَاتِ ثَلَاثةٌ ، وللاِخْوَةِ سِتَّةٌ .

ولو كانَ لَهُ زَوْجَةٌ وبِنْتٌ ؛ وقالَ : مثلَ نَصِيْبِ بِنْتي ، فاَجَازَ الوَرَثَةُ ، كان له سَبْعَةُ اَسهُم ، وللبنتِ مثلُها ، وللزَّوْجَةِ سَهْمان ؛ ولو قيلَ : لها سَهْمٌ [واحدٌ] من خمسةَ عَشَرَ كان اَولَى [2] .

ولو كانَ لَهُ اَربعُ زَوْجَاتٍ وبِنْتٍ ، فاَوصَى بمثلِ نَصِيْبِ اِحْدَاهُنَّ ، كانَتِ الفَرِيْضَةُ من اثنين وثلاثين ؛ فيكونُ للزَّوْجاتِ الثُّمْنُ اَربَعَةٌ بينهُنَّ بالسَّويَّة ،

---

(١) يُنْظَرُ : «تاريخ بغداد : م ١١ ص ٢٨٥» ، و «الرَّوْضَةُ البَهِيَّة : ج ٨ ص ٧٩» ، و «جواهر الكلام : ج ٣٩ ص ١٧٦ ـ ١٧٧» .

(٢) واَمَّا ماذكَرَهُ اَوَّلًا ؛ من جعلها سِتَّةَ عَشَرَ : للزَّوجةِ سهمان ، ولِكُلِّ واحدٍ من البنتِ والمُوصى لَهُ سبعةٌ ؛ فهو قولُ الشيخ «رحمه الله» .

وهو سهوٌ مِن قَلَمِهِ ؛ لاَنَّهُ على هذا التَّقديرِ ، تكونُ الوصيَّةُ من نصيبِ البنتِ خاصَّةً ؛ ويكونُ سهمُ الزَّوجةِ تامًّا من اَصلِ التَّركة ؛ لِاَنَّ الاثنين ثُمْنُ الفريضة ، الَّتي هي سِتَّة عشر .

والواجبُ ؛ اَن تكونَ الوصِيَّةُ من اَصْلِ التَّركةِ ، ويدخُلُ النَّقْصُ بها على جميعِ الورثة ؛ في كُلِّ واحدٍ بنسبةِ استِحقاقِهِ ؛ فيكونُ من خمسةَ عَشَرَ ؛ عَمَلًا بالطَّريقِ السَّابقِ ؛ وهو تصحيحُ فريضةِ المِيراث ، ثم زيادة مثل مَن اُضِيْفَ اِليه الوصيَّة ، ليشترك الجميعُ في النَّقصِ ؛ « المسالك : ٢٨٢ ـ ٢٨٣» .

ولَهُ سَهْمٌ كوَاحِدَةٍ ، ويبقى سَبْعَةٌ وعشرون للبنتِ ؛ ولو قيلَ : من ثَلَاثةٍ وثَلَاثين ، كان أَشبَه .

«المسألةُ الثَّانيةُ» : لو أَوصَى لِأَجْنَبِيٍّ بِنَصِيْبِ وَلَدِهِ ، قيلَ : تبطُلُ الوَصِيَّةُ ، لِأَنَّها وَصِيَّةٌ بِمُسْتَحَقٍّهِ ؛ وقيلَ : تَصِحُّ ، ويَكونُ كما لو أَوصَى بِمِثْلِ نصِيْبِهِ ؛ وهو أَشبَهُ. ولو كانَ لَهُ اِبنٌ قاتِلٌ ، فأَوصَى بمثلِ نَصيبِهِ ؛ قيلَ : صَحَّتِ الوَصِيَّةُ ، وقيلَ : لاتَصِحُّ ، لِأَنَّهُ لا نَصِيْبَ لَهُ ؛ وهو أَشبَهُ[1] .

«الثَّالثةُ» : إذا أَوصَى بِضِعْفِ نَصِيْبِ وَلَدِهِ ، كانَ لَهُ مِثْلَاهُ . ولو قالَ : ضِعْفَاهُ كان [لَهُ] أَرْبَعَةٌ ؛ وقيلَ : ثَلَاثَةٌ ؛ وهو أَشبَهُ ، أَخْذًا بالمُتَيَقَّنِ . وكذا لو قالَ : ضِعْفُ ضِعْفِ نَصِيْبِهِ [2] .

«الرَّابعةُ» : اذا أَوصى بِثُلُثِهِ للفُقَرَاءِ ، ولَهُ أَمْوَالٌ مُتَفَرِّقَةٌ ، جازَ صرفُ كُلِّ ما في بلَدٍ الى فُقَرَائِهِ . ولو صُرِفَ الجَمِيْعُ في فُقَرَاءِ بَلَدِ المُوْصِي جازَ أَيضًا . ويُدْفَعُ الى المَوْجودين في البَلَدِ [3] ، وَلَا يَجِبُ تَتَبُّعُ مَن غَابَ . وهل يجبُ أَن يُعْطَى ثلاثةٌ فصاعدًا ؟ قيلَ : نَعَم ؛ وهو الأَشبَهُ ، عَمَلًا بمقتَضَى اللَفظِ . وكذا لو قالَ : أَعتِقوا رِقابًا ، وَجَبَ أَن يُعْتَقَ ثَلَاثةٌ فما زادَ ، إِلَّا أَن يقصُرَ ثُلُثُ [مالِ] المُوصِي .

«الخامسةُ» : اذا أَوصَى لانسانٍ بِعَبْدٍ [مُعيَّنٍ] ، ولآخَرَ بِتَمَامِ الثُّلُثِ ، ثم

---

(١) وجهُ البُطلان ظاهِرٌ ؛ لِما أَشَارَ إِليهِ المُصَنِّف ، مِن أَنَّهُ لانصيبَ لَهُ ؛ فيكون قولُهُ في قُوَّةِ : أَوْصَيْتُ لَهُ بِمثلِ نصيبِ مَن لاشيء لَهُ

وبهذا ، قَطَعَ الشيخُ في المبسوط ، ولَم يذكُرْ غيره ... ؛ «المسالك : ٦ / ٢٩٠» .

(٢) هناك تحقيقٌ حول المُرَاد بكلمة : «ضِعْف» ؛ يُنظر : «المسالك : ٦ / ٢٩٠» .

(٣) لِأَنَّ الفُقَرَاءَ غيرُ مُنْحَصرين ؛ فلا يجبُ الاستيعاب ، ولا يتبعُ مَنْ ليسَ في البَلَد لِذلك . ويُفْهَمُ منهُ وجوبُ ٱستيعاب مَنْ في البَلَدِ منهم ...؛ «المسالك : ٦ / ٢٩٣» .

حَدَثَ في العَبْدِ عيبٌ قبلَ تسليمِهِ الى المُوصَى لَهُ ، كانَ للموصَى لَهُ الآخرِ تَكْمِلَةُ الثُّلُثِ ، بعدَ وَضْعِ قِيْمَةِ العبدِ صحيحًا ، لِاَنَّهُ قصَدَ عَطِيَّةَ التَّكْمِلَةِ والعبدُ صحيحٌ . وكذا لو مَاتَ العبدُ قبلَ مَوْتِ المُوصِي ، بَطَلَتِ الوَصِيَّةُ ، وأُعطِيَ الآخَرُ ما زَادَ عن قِيْمَةِ العَبْدِ الصَّحيحِ . ولو كانت قِيْمَةُ العَبْدِ بقَدَرِ الثُّلُثِ ، بَطَلَتِ الوَصِيَّةُ للآخر .

«السَّادسةُ» : اِذا أُوصِيَ لَهُ بأَبيهِ ؛ فَقَبِلَ الوَصِيَّةَ وهو مريضٌ ، عُتِقَ عليهِ من اَصلِ المالِ اِجماعًا مِنَّا ، لِاَنَّهُ اِنَّما يُعتَبَرُ من الثُّلْثِ ما يخرُجُ من مِلْكِهِ ، وهنا لم يُخْرِجْهُ ؛ بل بالقَبُولِ مَلَكَهُ ، واَنعتَقَ عليهِ تبعًا لِمِلْكِهِ .

«السَّابعةُ» : اِذا اَوصَى لَهُ بِدَارٍ ، فانْهدَمَتْ وصارَت بَرَاحًا ، ثم ماتَ المُوصِي ، بَطَلَتِ الوَصِيَّةُ ، لِاَنَّها خَرَجَتْ عن اَسمِ الدَّارِ ؛ وفيهِ تردُّدٌ .

«الثَّامنةُ» : اِذا قالَ : اَعْطُوا زيدًا والفُقَرَاء كذا ، كان لِزَيْدٍ النِّصفُ من الوَصِيَّةِ ؛ وقيلَ : الرُّبْعُ ؛ والاَوَّلُ اَشبَهُ .

القسمُ الثَّاني؛ في: تَصَرُّفاتِ المَرِيْضِ

وهي[1] نوعان : مُؤَجَّلَةٌ ، ومُنَجَّزَةٌ

فالمُؤجَّلَةُ[2] :

حُكْمُها حُكْمُ الوَصِيَّةِ اِجماعًا ، وقد سَلَفَتْ ؛ وكذا تَصَرُّفاتُ الصَّحيحِ اِذا قُرِنَت بما بعدَ الموتِ .

---

(١) بداية : ورقة ١١٣ ، لوحة اَ ؛ من مُصَوَّرةِ المخطوطةِ .

(٢) اَرَادَ بالمؤجَّلَة : المُعَلَّقة بالموت .

وبالمُنَجَّزَةِ : المُعَجَّلَةِ حالَ الحياةِ ، واِنْ لم تَكُنْ حاضِرَةً محضًا ...؛ «المسالك : ٦ / ٣٠٣» .

[والمُنَجَّزَةُ :]

اَمَّا مُنَجَّزَاتُ المَرِيْض اِذا كانت تبرُّعًا[1] ، كالمُحَابَاةِ في المُعَاوَضَاتِ ، والهِبَةِ والعِتْقِ والوَقْفِ ؛ فَقَدْ قيلَ : اِنَّها من اَصْلِ المَالِ ؛ وقيلَ : من الثُّلْثِ، واتَّفَقَ القائلان : على اَنَّهُ لو بَرِىء ، لَزِمَت من جِهَتِهِ وجِهَةِ الوَارثِ اَيضًا ؛ والخلافُ في ما لَو ماتَ في ذلك المرضِ . ولابُدَّ من الاِشَارَةِ الى المَرَضِ ، الَّذي مَعَهُ يتحقَّقُ وقوفُ التَّصَرُّفِ على الثُّلْثِ . فنقولُ : كلُّ مرضٍ لا يُؤْمَنُ مَعَهُ من المَوْتِ غالبًا ، فهوَ مخوفٌ ؛ كحُمَّى الدِّقِّ[2] ، والسِّلِّ ، وقَذْفِ الدَّمِ، والاَوْرَامِ السَّوداويَّةِ والدَّمَوِيَّة ، والاِسْهَالِ المُنتِنِ ، والَّذي يُمَازِجُهُ دُهْنِيَّةٌ ، اَو بَرَازٌ اَسوَدُ يَغلي على الاَرضِ ، وماشاكَلَهُ .

اَمَّا الاَمراضُ الَّتي الغالبُ فيها السَّلَامةُ . فَحُكْمُها حُكْمُ الصِّحَّةِ ؛ كَحُمَّى يَوْمٍ ، وكالصُّدَاعِ عن مَادَّةٍ اَو غيرِ مادَّةٍ ، [والدُمَّلِ] ، والرَّمَدِ ، والسُّلَاقِ[3] .

---

(١) اِحْتَرَزَ بـ :«التَّبَرُّع»؛ عَمَّا يُنَجِّزُهُ المَرِيْضُ : من البيع بثمنِ المِثْل ، ووفاء بعض الدُّيَّان شيئًا من اَعيانِ مالِهِ وإن كان قاصِرًا عن الدَّيْن ، ومايدفعُهُ اُجْرَةً عن مَنَافِعَ تَصِلُ اِليه ونحوه .

فاِنَّ مثلَ ذلك نافِذٌ من الاَصل ، اِذْ لاتفويتَ فيهِ على الوارث ...؛ «المسالك :٦/٣٠٤»

(٢) وهي ـ بكسرِ الدَّال ـ حُمَّى تحدثُ في الاَعضاء الاَصْلِيَّة ، الَّتي تتولَّدُ مِنْ شِدَّةِ الاِحتراق ، وذهاب الرُّطوبات ، وانطفاء الحرارة ؛ ولاتَمْتَدُّ معها الحياةُ غالبًا ؛ «المسالك : ٦ / ٣١٠» .

وقالَ المنجديُّون : طِبِّيًّا : دَاءٌ تعرفُهُ العامَّة بالسُّخونة الرَّفيعة ؛ «المنجدُ في اللُغة : ص ٢١٩ بتصرُّف» .

(٣) السُّلَاقُ : بِثَرٌ تخرُجُ على اَصْلِ اللسانِ . و ـ : تَقَشُّرٌ في اُصولِ الاَسنان . و ـ : غِلَظُ الاَجْفَانِ في اَحْمِرَارٍ وتَقَرُّحٍ ؛ «المنجدُ في اللُغة : ص ٣٤٦ بتصرُّف» ؛ وينظر : =

وكذا ما يَحْتَمِلُ الاَمرين ؛ كَحُمَّى العَفَنِ ، والزَّحيرِ [1] ، والاَوْرَامِ البَلْغَمِيَّةِ .

ولو قيلَ : بِتَعَلُّقِ الحُكمِ بالمَرَضِ الَّذي يَتَّفِقُ بهِ [2] الموتُ ، سَوَاءٌ كانَ مَخُوفًا في العادةِ اَو لم يكن ، لَكَانَ حَسَنًا . اَمَّا وقتُ المُرَامَاةِ في الحَرْبِ ، والطَّلْقِ لِلمَرْاَةِ ، وتَزَاحُمِ الاَمواجِ في البَحْرِ ؛ فلا اَرَى الحُكْمَ يَتَعَلَّقُ بها ، لِتَجَرُّدِها عن اِطلاقِ اسمِ المرضِ .

وهاهنا مسائلُ :

«الأُولى» : اِذا وَهَبَ وَحَابَى ؛ فاِن وَسِعَهما الثُّلُثُ فَلَا كَلَامَ ؛ واِن قَصُر بُدِيء بالاَوَّلِ فالاَوَّلِ حتى يُسْتَوفَى الثُّلُثُ ، وكانَ النَّقْصُ على الاَخير .

«الثَّانيةُ» : اِذا جَمَعَ بينَ عَطِيَّةٍ مُنَجَّزَةٍ ومُؤَخَّرَةٍ ، قُدِّمَتِ المُنَجَّزَةُ ، فاِن اتَّسعَ الثُّلْثُ لِلْبَاقي ، واِلَّا صحَّ فيما يَحْتَمِلُهُ الثُّلُثُ ، وبَطَلَ ما قَصُرَ عنهُ .

«الثَّالثةُ» : اِذا بَاعَ كُرًّا مِن طَعَامٍ ، قِيْمَتُهُ سِتَّةُ دَنَانيرَ ، وليسَ لَهُ سِوَاهُ ، بِكُرٍّ رَدِيءٍ قيمَتُهُ ثَلَاثَةُ [دَنَانيرَ] ؛ فالمُحَابَاةُ هُنَا بِنِصْفِ تَرِكَتِهِ ، فَيَمْضِي في قَدْرِ الثُّلُثِ . فلو رَدَدْنا السُّدُسَ على الوَرَثَةِ ، لَكانَ رِبًا . والوَجْهُ في تصحيحِهِ : اَن يُرَدَّ على الوَرَثَةِ ثُلْثُ كُرِّهم ، ويُرَدَّ على المُشتَرِي ثُلْثُ كُرِّهِ ، فَيَبْقَى مع الوَرَثَةِ

= «المسالك : ٦ / ٣١٢» .

(١) الزُّحَارُ والزَّحِيْرُ : هو اَستِطْلَاقُ البَطْن ، اَو تقطيعٌ فيهِ ، يُمشي دَمًا ويُسَبِّبُ اَلَمًا ؛ وتُقابلُهُ الآن لَفْظَةُ : «دِيْسَنْطَاريا» ؛ «المنجدُ في اللغة: ص ٢٩٥» ؛ ويُنظر : «المسالك: ٦ / ٣١٣» . واَقُول : وجدتُهُم في العِراق يَتَلَفَّظُونَهُ : «دَزَنْتَري» .

(٢) والباء ؛ في قولهِ : «يَتَّفِقُ بهِ الموتُ» سَبَبِيَّة ؛ اَي : يحصُلُ الموتُ بِسَبَبِهِ . واَحْتَرَزَ بهِ ؛ عَمَّا لو اَتَّفَقَ موتُهُ بسببٍ آخَر ؛ كما لو قُتِلَ في ذلك المَرَض ، اَو اَكَلَهُ سَبُعٌ ، فلا يكونُ تَصَرُّفُهُ موقوفًا ...؛ «المسالك : ٦ / ٣١٥» .

ثُلْثا كُرٍّ ، قيمَتُهُما دينَارَان ، ومع المُشْتَرِي ثُلْثَا كُرٍّ ، قيمتُهُما اَربعةٌ ، فيفضُلُ مَعَهُ ديناران وهي قَدَرُ الثُّلْثِ من سِتَّةٍ .

«الرَّابعةُ» : لو باعَ عَبْدًا قيمتُهُ مِئَتَانِ بمِئَةٍ وبَرِىء ، لَزِمَ العَقْدُ .

وإن ماتَ ولم تُجزِ الوَرَثَةُ ، صَحَّ البَيْعُ في النِّصْفِ في مُقَابَلَةِ ما دَفَعَ ، وهي ثَلَاثَةُ اَسْهُمٍ مِن سِتَّةٍ ؛ وفي السُّدُسَيْن بالمُحَابَاةِ ، وهي سَهْمان هما الثُّلُثُ مِن سِتَّةٍ ، فيكونُ ذلك خَمْسَةَ اَسْدَاسِ العَبْدِ ، وتبطُلُ في الزَّائدِ وهو سُدُسٌ ، فَيَرْجِعُ على [ورقة ١١٣ لوحة ب] الوَرَثةِ . والمُشْتَرِي بالخِيَارِ إن شاءَ فَسَخَ ، لِتَبَعُّضِ الصَّفقَةِ ، وإن شاءَ اَجَازَ . ولو بَذَلَ العِوَضَ عن السُّدُسِ ، كان الوَرَثَةُ بالخِيَارِ ، بينَ الاِمتِنَاعِ والاِجَابةِ ، لِاَنَّ حقَّهُم [مُنْحَصِرٌ] في العَين .

«المسألَةُ الخَامسةُ» : إذا اَعتَقَها [1] في مَرَضِ المَوْتِ وتَزَوَّجَ ودَخَلَ بها ، صَحَّ العِتقُ والعَقدُ ، ووَرِثتْ إن خَرَجَت من الثُّلُثِ . وإن لم تَخْرُج فعَلَى ما مَرَّ من الخِلَافِ [في المُنَجَّزَاتِ] .

«السَّادِسَةُ» : لو اَعتَقَ اَمتَهُ وقيمَتُها ثُلْثُ تَرِكَتِهِ ، ثم اَصدَقَها الثُّلْثَ الآخَرَ ، ودخَلَ ثم ماتَ ، فالنِّكَاحُ صحيحٌ ، ويبطُلُ المُسَمَّى ، لِاَنَّهُ زائِدٌ على الثُّلُثِ ، وتَرِثُهُ . وفي ثُبُوتِ مَهْرِ المِثْلِ تَرَدُّدٌ ، وعلى القَوْلِ الآخَر يَصِحُّ الجَمِيْعُ .

تَمَّ الجزءُ الاَوَّلُ من كتاب شرايع الاسلام في مسايل الحلال والحرام

ويليه في الجزء الثاني كتابُ النِّكاح إن شاء الله تَعَالى .

---

(١) في الجواهر : إذا اَعْتَقَ اَمَةً .

كِتَابُ النِّكَاح

واَقسامهُ : ثَلَاثةٌ

القِسْمُ الاَوَّلُ

في : النِّكَاحِ الدَّائِمِ

والنَّظَرُ فيهِ ؛ يَسْتَدْعِي فُصُولًا :

الاَوَّلُ

في آدَابِ : العَقْدِ ، والخَلْوَةِ ؛ ولَوَاحِقِهما

الاَوَّلُ ؛ في : آدابِ العَقْدِ

النِّكَاحُ مُسْتَحَبٌّ لِمَن تاقَتْ نفسُهُ ، من الرِّجَالِ والنِّساءِ . ومَن لم تَتُقْ ، فيهِ خِلَافٌ ؛ المَشْهُورُ ٱستحبابُـهُ ؛ لِقولِه «عليهِ السَّلام» : «تَنَاكحوا تناسَلوا» ؛ ولِقولِهِ «عليه السَّلام» : «شِرارُ مَوْتَاكُم العُزَّاب» ؛ ولِقولِهِ «عليه السَّلام» : «ما ٱستَفَادَ ٱمـرؤٌ فائدةً بعدَ الإسلام ، اَفضلَ من زوجةٍ مُسلمةٍ ، تُسِرُّهُ إذا نَظَرَ اِليها ، وتُطِيْعُهُ إذا اَمَرَها ، وتحفَظُهُ إذا غابَ عنها ، في نفسِها ومالِهِ» [1] .

ورُبَّما ٱحتَجَّ المانِعُ : بأَنَّ وَصفَ يحيى «عليه السَّلام» ، بكونهِ حَصُورًا

---

(١) الوسائل : كتاب النكاح ؛ باب ٩ ، الحديث ١٠ .

يُؤذِنُ باخْتِصَاصِ هذا الوَصْفِ بالرُّجْحَانِ ، فيُحْمَلُ على ما إذا لم تُتِقِ النَّفْسُ .

ويُمكِنُ الجَوَابُ : بأَنَّ المَدْحَ بذلك في شَرْعِ غيرِنا ، لا يَلْزَمُ [منهُ] وُجُودُهُ في شَرْعِنَا.

ويُستَحَبُّ : لِمَن أَرَادَ العَقْدَ : سبعَةُ أَشياءٍ ؛ ويُكرَهُ لَهُ : ثامنٌ .

فالمُسْتَحَبَّاتُ : أَن يتخَيَّرَ من النِّسَاءِ مَن تجمَعُ صِفَاتٍ أربعًا : كَرَمُ الأَصْلِ [1] ؛ وكَوْنُها بِكْرًا ؛ وَلُودًا ؛ عَفِيْفَةً . ولايُقتَصَرُ على الجَمَالِ ولا على الثَّرْوَةِ ، فَرُبَّما حُرِمَهُما . وصَلَاةُ رَكْعَتَيْن ؛ والدُّعَاءُ بعدَهُما بما صُوْرَتُهُ : «اللّٰهم إِنِّي أُريدُ أَن أَتَزَوَّجَ ، فَقَدِّر لي من النِّساءِ ، أَعفَّهُنَّ فَرْجًا ، و أَحفَظَهُنَّ لي في نفسِها ومالـي ، وأَوسَعَهُنَّ رِزْقًا ، وأَعظَمَهُنَّ بَرَكةً ...» [2] ؛ أَو غيرُ ذلك من الدُّعَاء . والإِشهادُ والإِعلَانُ ، والخُطْبَةُ أَمامَ العَقد ؛ وإِيْقَاعُهُ ليلًا .

ويُكرَهُ : إِيْقاعُهُ [3] والقَمَرُ في العَقْرَبِ .

«الثَّاني» ؛ في آدَابِ الخَلْوَةِ بالمَرْأَةِ

وهي قسمان :

«الأَوَّلُ» : يُستَحَبُّ لِمَن أَرَادَ الدُّخُولَ أَن يُصَلِّي رَكْعَتَيْن ويدعُوَ بعدَهُما . واذا أَمَرَ المَرْأَةَ بالإِنتقالِ [إِليه ، أَمَرَها] أَن تُصَلِّـي أَيضًـا رَكْعَتَيْن وتدعوَ ؛ وأَن يكونا على طُهْرٍ ؛ وأَن يَضَعَ يَدَهُ على ناصِيَتِها إِذا دَخَلَت عليهِ ؛ ويَقُولُ : «اللّٰهُـمَّ على كِتَابِـكَ تَزَوَّجْتُهـا ، وفـي أَمَانَتِـكَ أَخَذْتُها ، وبِكَلِمَاتِكَ

---

(١) بأَن يكون أَبَوَاها صَالِحَين مُؤمنين ؛ «الرَّوضة : ٥ / ٨٧» .

(٢) «الوسائل : كتابُ النكاح ؛ باب ٥٣ من أَبوابِ مُقَدَّمَاتِهِ وآدابِهِ» .

(٣) في النُّسَخ المُتَدَاولة : «إِيْقَاعُ النِّكاح» .

ٱسْتَحْلَلْتُ فَرْجَها ؛ فإن قَضَيْتَ [لي] في رَحِمِها شيئًا ، فاجعَلْهُ مُسلِمًا سَويًّا ، ولا تجعَلْهُ شِرْكَ شَيْطان» [1] ؛ وأن يكونَ الدُّخولُ ليلًا ؛ وأن يُسَمِّي عندَ الجِماع ، ويسأَلَ اللهَ تعالى أن يَرْزُقَهُ وَلَدًا ذَكَرًا سَوِيًّا .

ويُستَحَبُّ : الوَلِيْمَةُ عِنْدَ الزِّفافِ يومًا أو يومين ؛ وأن يُدعَى لها المُؤمنون ، ولاتَجِبُ الإجابةُ بل تُستَحَبُّ . وإذا حَضَرَ ، فالأَكْلُ مُسْتَحَبٌّ ، ولو كانَ صائِمًا نَدْبًا . وأَكْلُ ما يُنثَرُ في الأعراس جَائزٌ . ولايجوزُ أخذُهُ إلَّا بإذْنِ أربابِهِ ، نُطْقًا أو بِشاهِدِ الحالِ . وهل يُملَكُ بالأخذِ ؟ الأظهرُ ، نَعَم .

«الثَّاني» : يُكرَهُ [الورقة ١١٥ لوحة ب] الجِمَاعُ في أوقاتٍ ثمانيةٍ : ليلةَ خُسُوفِ القَمَرِ ، ويومَ كُسُوفِ الشَّمْسِ ، وعندَ الزَّوالِ ، وعندَ غُروبِ الشَّمْسِ حتَّى يذهَبَ الشَّفَقُ ، وفي المَحَاق ، وبعدَ طُلوعِ الفَجْرِ الى طُلُوعِ الشَّمْسِ ؛ وفي أوَّلِ ليلةٍ من كُلِّ شهرٍ إلَّا في شَهْرِ رَمَضان ، وفي لَيْلَةِ النِّصفِ ؛ وفي السَّفَرِ إذا لم يكن مَعَهُ مَاءٌ يغتسِلُ بهِ ؛ وعندَ هُبُوبِ الرِّيحِ السَّوداءِ والصَّفْرَاءِ ، والزَّلْزَلَةِ .

والجِماعُ ؛ وهو عُرْيَانٌ ، وعَقِيْبَ الإحْتِلامِ قبلَ الغُسل أو الوُضُوءِ .

ولابأسَ أن يُجامِعَ مرَّاتٍ من غيرِ غُسلٍ يَتَخَلَّلُها ، ويكونُ غُسلُه أخيرًا ؛ وأن يُجامِعَ وعندَهُ مَن ينظُرُ إليهِ ، والنَّظَرُ الى فَرْجِ المرأةِ في حالِ الجِمَاعِ وغيرِهِ ؛ والجِمَاعُ مُسْتَقْبِلَ القِبْلَةِ ومُسْتَدْبِرَها ، وفي السَّفِيْنَةِ ؛ والكلامُ عند الجِمَاعِ بغيرِ ذكرِ الله .

---

(١) التَّهذيب : كتابُ النِّكاح : باب ٣٥ ، الحديث ١ .

الثَّالثُ ؛ في:اللَّوَاحِقِ ؛ وهي ثَلَاثةٌ :

الاَوَّلُ :

[في : النَّظَرِ الى المَرْاَةِ]

يجوزُ اَن يَنْظُرَ الى وجهِ اِمراَةٍ يُريدُ نِكَاحَها ، واِن لم يستأذِنها . ويختصُّ الجَوَازُ بوجهها وكَفَّيْها . ولَهُ اَن يُكرِّرَ النَّظَرَ اليها واَن يَنْظُرَها قائمةً وماشيةً . ورُوِيَ : جَوَازُ اَن ينظُرَ اِلى شعرِها ومحاسِنِها وجَسَدِها من فَوْقِ الثِّيابِ. وكذا يجوزُ اَن ينظُرَ الى اَمَةٍ يُريدُ شِرَاءَها ، واِلى شَعْرِها ومَحَاسِنِها . ويجوزُ النظَرُ الى اَهلِ الذِّمَّةِ وشعورهِنَّ ، لِاَنَّهُنَّ بمنزلَةِ الاِماءِ ، لكن لايجوزُ ذلك لِتَلذُّذٍ ولاِرِيبةٍ ؛ ويجوزُ اَن ينظُرَ الرجُلُ الى مثلِهِ ما خَلَا عورَتَهُ ، شيخًا كانَ اَو شابًّا ، حَسَنًا اَو قبيحًا ، مالم يكن النَّظَرُ لِرِيْبَةٍ اَو تلذُّذٍ . وكذا المراَةُ [1] .

وللرَّجُلِ اَن ينظُرَ الى جَسَدِ زَوْجَتِهِ باطنًا وظاهِرًا ، واِلى المَحَارِمِ [2] ما عدا العورةَ . وكذا لِلْمراَةِ [3] .

ولاينظُرُ [الرجُلُ] الى الاَجْنَبِيَّةِ اَصلًا اِلَّا لِضَرورةٍ ، ويجوزُ اَن ينظُرَ الى وجهِها وكفَّيها على كَرَاهِيَةٍ [فيهِ] مرَّةً ، ولايجوزُ مُعَاوَدَةُ النَّظَرِ . وكذا الحُكْمُ في المراَةِ .

ويجوزُ عندَ الضَّرورةِ ، كما اِذا اَرادَ الشَّهَادةَ عليها . ويَقْتَصِرُ النَّاظِرُ منها على ما يَضْطَرُّ الى الاِطِّلاع عليهِ ، كالطَّبِيْبِ اِذا اَحتَاجَتِ [المَرْاَةُ] اِليهِ للعِلَاجِ ، ولو اِلى العَوْرَةِ ، دَفعًا للضَّرَرِ .

---

(١) اَي : وكذا المَرْاَةُ ، يَجُوزُ لها النَّظَرُ اِلى مِثْلِها ، ما خَلَا عَوْرَتَها ، ... ، ... ، ...

(٢) وهو مَن يَحْرُمُ نِكَاحُهُنَّ مُؤَبَّدًا بِنَسَبٍ ، اَو رِضَاعٍ ، اَو مُصَاهَرَةٍ ؛ «الرَّوضة : ٥ / ٩٩» .

(٣) اَي : وكذا المَرْاَةُ يجوزُ لَهَا النَّظَرُ اِلى جَسَدِ زَوْجِها ، باطِنًا وظَاهِرًا ، ...

مسألتان :

«الأُولى» : هل يجوزُ للخَصِيِّ النَّظَرُ الى المَرْاَةِ المالِكَةِ اَو الاَجنَبِيَّةِ ؟ قيلَ : نَعَم ؛ وقيلَ : لا ؛ وهو الاَظهَرُ ، لِعُمُومِ المَنْعِ . ومِلْكُ اليَمينِ المُستَثْنَى في الآيةِ المُرَادُ بِهِ الاِماءُ .

«الثَّانيةُ» : الاَعمَى لايجوزُ لَهُ سَماعُ صوتِ المراَةِ [الاَجنبيَّةِ] ، لِاَنَّهُ عَوْرَةٌ . ولايجوزُ لِلْمَرْاَةِ النَّظَرُ اِليهِ ، لِاَنَّهُ يُساوي المُبصِرَ في تَناوُلِ النَّهْي .

الثَّاني :

في : مسائلَ تَتَعلَّقُ بهذا البابِ

وهي خمسٌ :

«الأُولى» : الوَطْيُ في الدُّبُرِ ، فيهِ رِوَايَتَان ، اِحدَاهُما الجَوَازُ ، وهي المَشْهُوْرَةُ بينَ الاَصحابِ ، لكِنْ على كَرَاهِيَةٍ شَدِيْدَةٍ .

«الثَّانيةُ» : العَزْلُ [1] عن الحُرَّة [2] اِذا لم يُشْتَرَطْ فى العَقْدِ ولم تأذَن ؛ قيلَ : هو مُحَرَّمٌ ، ويَجِبُ مَعَهُ دِيَةُ النُّطْفَةِ عَشَرَةُ دَنانيرَ [3] ؛ وقيلَ : هو مَكْرُوْهٌ وإن وَجَبَتِ الدِّيَةُ ؛ وهو اَشبَهُ .

«الثَّالثةُ» : لايجوزُ للرَّجُلِ اَن يَتْرُكَ وطْيَ اِمْرَاَتِهِ [ورقة ١١٦ لوحة اَ] اَكثَرَ من اَرْبَعَةِ اَشهُرٍ .

---

(١) المُـرَادُ بالعَزْلِ : اَن يُجَامِـعَ ، فاِذا جَـاءَ وَقْتُ الاِنْزَالِ نَزَعَ ، فَاَنْزَلَ الماءَ خَارِجَ الفَرْجِ ؛ «المسالك : ٢ / ٢٢٠».

(٢) اِحْتَرَزَ بالحُرَّةِ عن الاَمَة ، فلا يَحْرُمُ العَزْلُ عنها اِجْمَاعًا ، وان كانَتْ زوجةً ؛ «الرَّوضة : ٥ / ١٠٣» .

(٣) لِلْمَراَةِ خَاصَّةً ؛ «الرَّوضة : ٥ / ١٠٣»

«الرَّابعةُ» : الدُّخولُ بالمَرْاَةِ قبلَ اَن تبلُغَ تسعًا مُحَرَّمٌ . ولو دخَلَ لم تحرُمْ ، [على الاَصَحِّ] . لكن لو اَفضَاها [1] ، حَرُمَتْ [ولم تخرُجْ من حِبَالِهِ [2] .]

«الخامِسَةُ» : يُكرَهُ للمُسَافِرِ اَن يَطْرُقَ اَهلَهُ ليلًا .

الثَّالِثُ :

في : خَصَائصِ النَّبِيِّ «عليهِ السَّلام»

وهي : خمسَ عَشْرَةَ خِصْلَةً

منها ؛ ما هو في النِّكَاحِ : وهو تَجَاوُزُ الاَرْبَعِ بالعَقْدِ ، ورُبَّما كانَ الوَجْهُ الوُثُوقَ بِعَدْلِهِ بينَهُنَّ دونَ غيرِهِ ؛ والعَقْدُ بِلَفْظِ الهِبَةِ ، ثم لا يلزَمُهُ بها مَهْرٌ ، اِبتداءً ولا اَنْتِهَاءً [3] ؛ وَوُجُوبُ التَّخْييرِ لِنِسَائِهِ بينَ اِرادَتِهِ ومُفَارَقَتِهِ ؛ وتحريمُ نِكَاحِ الاِمَاءِ بالعَقْدِ ؛ والاِستِبْدَالُ بِنِسَائِهِ [4] ؛ والزِّيَادَةُ عليهِنَّ ، حتى نُسِخَ ذلك بقولِهِ تعالى : ﴿اِنَّا اَحْلَلْنَا لكَ اَزْوَاجَكَ﴾ الآية .

ومنها ؛ ما هو خارجٌ عن النِّكَاحِ : وهو وُجُوبُ السِّواك ؛ والوَتْرُ ؛ والاُضحِيَّةُ ؛ وقِيَامُ اللَّيْل ؛ وتحريمُ الصَّدَقَةِ الوَاجِبَةِ [5] ، وفي المَنْدُوبَةِ في

---

(١) المُـرَادُ بالاِفْضَـاء : اَن يَصِيْرَ مَسْلَكُ البَـوْلِ والحَيْضِ واحدًا ، بِإِذْهَابِ الحاجِزِ بينَهُما ؛ «المسالك : ٢ / ٢٢٠» .

(٢) و ... يجـب الاِنْفَاقُ عليهـا ، حتَّى يَمُوْتَ اَحَدُهُما ، و ... يحرُمُ عليهِ اُخْتُها ؛ «الرَّوضة : ٥ / ١٠٤» .

(٣) اَي : قبلَ الدُّخُولِ وبعدَهُ ؛ ويُنظر : «المسالك : ٢ / ١٢١» ، و«الجواهر : ٢٩ / ١٢١» .

(٤) وتحريمُ الاِسْتِبْدَالِ، اَن يُطَلِّقَ واحدةً ويأخُذَ بَدَلَها«ع ل»؛ وينظر: «المسالك: ٢/٢٢١»، و «جواهر الكلام : ٢٩ / ١٢٥» .

(٥) وهي الزَّكَاةُ المَفْرُوضَةُ .

قالَ «ص»: «اِنَّا اَهْلَ بَيْتٍ لا تَحِلُّ لَنَا الصَّدَقَةُ»؛ لِمَا فيهِ من الصِّيَانَةِ لِمَنْصِبِهِ الشَّريفِ عن =

حَقِّهِ [صلَّى اللهُ عليهِ وآلِهِ] خِلافٌ ؛ وخائِنَةُ الأَعيُن ، وهو الغَمْزُ بها . وأُبيحَ لَهُ الوِصَالُ في الصَّومِ ؛ وخُصَّ بأَنَّهُ تَنَامُ عَيْنُهُ ولايَنَامُ قَلْبُهُ ؛ ويبصُرُ وراءَهُ كما يبصُرُ أَمامَهُ .

وذُكِرَ أَشيَاءُ غيرُ ذلك من خَصَائِصِه «عليه السَّلام» ؛ هذهِ أَظهرُها .

ويلحَقُ بهذا البابِ مسألَتان :

«الأُولى» : تحرُمُ زَوْجَاتُهُ «صلواتُ اللهِ عليه» على غيرِهِ ؛ فإذا ماتَ عن مَدْخُولٍ بها ، لم تحِلَّ إجماعًا . وكذا نقولُ لو لم يَدْخُل بها على الظَّاهر .

أَمَّا لو فَارَقَها بفَسْخٍ أَو طَلَاقٍ ، فيهِ [1] خِلَافٌ ، والوَجْهُ أَنَّها لا تَحِلُّ ، عَمَلًا بالظَّاهرِ . وليسَ تحريْمُهُنَّ لِتَسْمِيَتِهِنَّ أُمَّهاتٍ ، ولا لِتسميتِهِ «عليه السَّلام» والدًا [2] .

«الثَّانيةُ» : من الفُقَهَاءِ مَن زَعَمَ أَنَّهُ لايَجِبُ على النَّبِيِّ [صلَّى اللهُ عليهِ وآلِهِ] القِسْمَةُ بين أَزْوَاجِهِ [3] ؛ لِقولِهِ [تَعالى] : ﴿ تُرجي مَن تشاءُ مِنهُنَّ وتؤوي اليكَ مَن تشاء ﴾ ؛ وهو ضعيفٌ ؛ لِأَنَّ في الآيةِ احتمالًا يَدْفَعُ دَلَالَتَها ؛ إذ يُحْتَمَلُ أَن تكونَ المَشِيئَةُ في الإرْجَاءِ مُتَعَلِّقَةً بالوَاهِبَاتِ .

= أَوسَاخِ النَّاسِ ؛ «المسالك : ٢ / ٢٢١» .

(١) في الجواهر : «ففيهِ» .

(٢) بل ، مِن جُمْلَةِ خواصِّهِ «ص» ، تحريمُ أَزْوَاجِهِ مِنْ بعدِهِ على غيرِهِ ؛ لقولِهِ تعالى : ﴿ وما كان لكم أَن تُؤذوا رسولَ الله ، ولا أَنْ تنكِحُوا أَزواجَهُ مِن بَعْدِهِ أَبدًا ﴾ ؛ «المسالك : ٢ / ٢٢٢ بتَصَرُّف» .

(٣) بمعنى : أَنَّهُ إذا باتَ عندَ واحدةٍ مِنْهُنَّ لَيْلَةً ، وَجَبَ عليهِ أَن يَبِيْتَ عندَ البَاقِيَاتِ كذلك ... ؛ «المسالك : ٢ / ٢٢٢» .

الفَصْلُ الثَّاني

في : العَقْدِ

والنَّظَرُ في : الصِّيْغَةِ ، والحُكْمِ

اَمَّا الاَوَّلُ :

فالنِّكَاحُ يَفْتَقِرُ الى : اِيْجَابٍ ، وقَبُولٍ ؛ دَالَّينِ على القَصْدِ الرَّافِعِ لِلْاحتِمالِ.

والعِبَارةُ عن الايجابِ لفظان : زَوَّجتُكِ واَنكَحْتُكِ ، وفي مَتَّعتُكِ تَرَدُّدٌ ، وجَوَازُهُ اَرْجَحُ . والقَبُولُ اَن يقولَ : قَبِلتُ التَّزْويجَ ، اَو قَبِلتُ النِّكَاحَ ، اَو ما شابَهَهُ . ويجوزُ الاقتِصَارُ على : قَبِلتُ . ولابُدَّ من وُقُوعِهما بِلَفْظِ المَاضي الدَّالِّ على صَريحِ الاِنْشَاءِ ، اِقتصارًا على المُتَيَقَّنِ . وتحفُّظًا من الاشتمارِ المُشْبِه للاِباحةِ . ولو اَتَى بِلَفْظِ الاَمرِ ، وقَصَدَ الاِنْشَاءَ ؛ كقولِهِ : زَوِّجنيها ، فقالَ : زوَّجتُكَ ، قيلَ : يصِحُّ ، كما في خَبَرِ سهلِ السَّاعِدِيّ ؛ وهُوَ حَسَنٌ .

ولو اَتَى بلفظِ المُسْتَقْبَلِ ؛ كقولِهِ : اَتزوَّجُكِ ، فتقولُ : زوَّجتُكَ ، جازَ ؛ وقيلَ : لابُدَّ بعدَ ذلك من تَلَفُّظِهِ بالقَبُولِ .

وفي رِوَايةِ اَبان بن تغلب في المُتْعَةِ : اَتَزَوَّجُكِ [ورقة ١١٦ لوحة ب] مُتْعَةً ؛ فاِذا قالَت : نَعَم ، فهي اِمْرَاَتُكَ .

ولو قالَ الوَلِيُّ اَو الزَّوْجَةُ : متَّعْتُكَ بكذا ، ولم يذكُرِ الاَجَلَ ، اِنْعَقَدَ دائمًا ، وهو دَلَالَةٌ على اَنعِقَادِ الدَّائمِ بِلَفْظِ التَّمَتُّعِ .

ولايُشتَرَطُ في القَبُولِ مُطَابَقَتُهُ لِعِبَارَةِ الايجاب ، بل يَصِحُّ الاِيْجَابُ بِلَفْظٍ، والقَبُولُ بآخَرَ. فلو قالَ : زوَّجتُكَ ، فقالَ : قَبِلْتُ النِّكَاحَ ؛ اَو اَنكَحْتُكَ ، فقالَ : قَبِلْتُ التَّزْوِيجَ ؛ صَحَّ .

ولو قالَ: زوَّجتَ بنتَكَ من فُلَانٍ ؛ فَقَالَ : نَعَم ؛ فقالَ الزَّوجُ : قَبِلْتُ ، صَحَّ ؛

لِاَنَّ «نَعَم» يَتَضَمَّنُ اِعادةَ السُّؤالِ ، ولولم يُعِدِ اللَفْظَ ؛ وفيهِ تَرَدُّدٌ .

ولا يُشتَرَطُ تَقْدِيْمُ الاِيجاب ؛ بل ، لو قالَ : تَزَوَّجْتُ ؛ فقالَ الوَلِيُّ : زوَّجتُكَ ، صَحَّ . ولايَجُوزُ العُدُولُ عن هذينِ اللَفْظَيْنِ ، اِلى تَرْجَمَتِهما بغيرِ العَرَبيَّةِ ، اِلَّا مع العَجْزِ عن العَرَبيَّةِ .

ولو عَجَزَ اَحَدُ المُتَعَاقدين ، تكلَّمَ كُلُّ [واحدٍ] منهما بما يُحسِنُهُ .

ولو عَجَزا عن النُّطقِ اَصْلًا ، اَو اَحَدُهما ، اِقْتَصَرَ العاجِزُ على الاِشَارَةِ الى العَقْدِ والاِيْمَاءِ .

ولايَنْعَقِدُ النِّكاحُ بِلَفْظِ البَيْعِ ، ولا الهِبَةِ ، ولا التَّمْلِيْكِ ، ولا الاِجَارَةِ ، سَوَاءٌ ذَكَرَ فيهِ المَهْرَ اَو جرَّدَهُ .

واَما الثَّاني :

ففيه مسائلُ :

«الأُولى» : لا عِبْرَةَ في النِّكَاح ، بِعِبَارَةِ الصَّبِيِّ اِيجابًا وقبولًا ، ولا بِعِبَارَةِ المَجْنُونِ . وفي السَّكران الَّذي لايُحَصَّلُ [1] ؛ تردُّدٌ ؛ اَظهَرُهُ اَنَّهُ لا يَصِحُّ ولو اَفاقَ فاَجَازَ . وفي رِوَايةٍ : اِذا زوَّجَتِ السَّكْرى نفسَها ، ثم اَفاقَتْ فَرَضِيَتْ ، اَو دَخَلَ بها فاَفاقَتْ واَقَرَّتهُ ، كانَ ماضيًا .

«الثَّانيةُ» : لايُشتَرَطُ في نِكَاحِ الرَّشِيْدَةِ [حُضُورُ] الوَلِيِّ ، ولا في شيءٍ من الاَنكِحَةِ حُضُورُ شاهِدَيْن . ولو اَوقَعَهُ الزَّوْجان اَو الاَوْلِيَاءُ سِرًّا جازَ . ولو تآمرا بالكِتْمانِ لم يَبْطُلْ .

«الثَّالِثَةُ» : اِذا اَوجَبَ [الوَلِيُّ] ، ثم جُنَّ ، اَو اُغمِيَ عليهِ ، بَطَلَ حُكمُ

---

(١) لايَفْهَمُ شيئًا ؛ «هامش المُصَوَّرة سطر ١١» .

هذا ، وقد اَختَارَ الشَّيخُ محمَّدُ حَسَن في الجواهر : ٢٩ / ١٤٤ : «لايُحَصِّلُ» ...

الاِيجابِ ، فلو قَبِلَ بعدَ ذلك كانَ لَغوًا . وكذا لو سَبَقَ القَبُولُ وزالَ عَقْلُهُ ، فلو اَوجَبَ الوَلِيُّ بعدَهُ كان لَغوًا . وكذا في البَيْعِ .

«الرَّابِعَةُ» : يَصِحُّ اَشْتِرَاطُ الخِيَارِ في الصَّدَاقِ خاصَّةً ، ولا يفسُدُ بِهِ العَقْدُ .

«الخَامِسَةُ» : اِذا اَعْتَرَفَ الزَّوْجُ بزوجيَّةِ اَمراَةٍ وَصَدَّقَتهُ ، اَو اَعْتَرَفَتْ هي فَصَدَّقَها ، قُضِيَ بالزَّوجيَّةِ ظاهرًا وَتَوَارَثَا . ولو اَعترَفَ اَحدُهما ، قُضِيَ عليهِ بحُكْمِ العَقْدِ دونَ الآخَرِ .

«السَّادِسَةُ» : اذا كانَ للرَّجُلِ عِدَّةُ بَنَاتٍ ، فَزَوَّجَ واحِدَةً ولم يسمِّها عندَ العَقْـدِ ، لكن قَصَدَها بالنِّيَّةِ ، واَختَلَفا في المَعْقُودِ عليها . فاِن كانَ الزَّوْجُ رَآهُنَّ ؛ فالقَوْلُ قولُ الاَبِ ، لِاَنَّ الظَّاهرَ اَنَّهُ وُكِّلَ التَّعيِيْنَ اِليهِ ، وعليه اَن يُسلِّمَ اِليهِ الَّتي نَوَاها . واِن لم يكن رَآهُنَّ ، كان العَقْدُ باطِلًا [1] .

«السَّابعةُ» : يُشتَرَطُ في النِّكَاحِ ، اِمتِيَازُ الزَّوجَةِ عن غيرِها بالاِشارةِ اَو التَّسْمِيَةِ ، اَو الصِّفَةِ. فلو زوَّجَهُ اِحدى بِنْتَيْهِ ، اَو هذا الحَمْلَ [2] ، لم يصِحَّ العَقدُ.

«الثَّامِنَةُ» : لو اَدَّعى [ورقة ١١٧ لوحة اَ] زَوْجِيَّةَ اَمراَةٍ ، واَدَّعَت اُخْتُها زَوْجِيَّتَهُ ، واَقامَ كلٌّ [واحدٍ] منهما بيِّنَةً . فاِن كانَ دخَلَ بالمُدَّعِيَةِ ، كان التَّرْجيحُ لِبيِّنَتِها ، لِاَنَّهُ مُصَدِّقٌ لها بظاهِرِ فعلِهِ. وكذا لو كانَ تاريخُ بيِّنَتِها اَسبَقَ. ومعَ عَدَمِ الاَمرين ، يكونُ التَّرجيحُ لِبيِّنَتِهِ .

«التَّاسِعةُ» : اِذا عَقَدَ على اَمْرَاَةٍ ، فادَّعى آخَرُ زَوْجِيَّتَها ؛ لم يُلْتَفَتْ اِلى دَعْوَاه ، اِلَّا مع البَيِّنَةِ .

---

(١) لِامتِنَاعِ اَستِحْقَاقِ الاِسْتِمْتَاعِ بغيرِ مُعَيَّنٍ ؛ «الرَّوضة : ٥ / ١١٣» .

(٢) لِمُشَارَكَتِهِ لِمَا ذُكِرَ في عَدَمِ التَّعيين ؛ اِذ يُحْتَمَلُ كونُهُ واحدًا اَو اَزْيَدَ ، مُضَافًا اِلى اَحتِمَالِ كونـهِ غيـرَ قابِـلٍ لِنِكَـاحِ المُخَاطَـبِ ، بـاَن يكـونَ ذَكَـرًا اَو خُنْثَى مُشْكِلًا ؛ «المسالك : ٢ / ٢٢٦» .

«العاشِرةُ» : إذا تزوَّجَ العَبْدُ بمملوكةٍ ، ثم أَذِنَ لَهُ المَوْلَى في ٱبتِيَاعِها ؛ فإن ٱشترَاها لِمَوْلَاهُ ، فالعَقْدُ باقٍ . وإنْ ٱشْتَرَاها لِنفسهِ ، باذنِهِ ، أو مَلَّكهُ إيَّاها بعدَ ٱبتياعِها ؛ فإن قُلنا : العبدُ يَمْلِكُ بَطَلَ العَقْدُ ؛ وإلَّا كانَ باقيًا . ولو تحرَّرَ بعضُهُ ، وٱشتَرَى زوجَتَهُ ، بطَلَ النِّكاحُ بينَهُما ، سَوَاءٌ ٱشتَرَاها بمالٍ يَنْفَرِدُ بهِ ، أو مُشْتَرَكٍ بينَهُما .

الفَصْلُ الثَّالِثُ

في : أَوْلِيَاءِ العَقْدِ

وفيهِ فصلَانِ :

«الأَوَّلُ» ؛ في : تعيينِ الأَوْلِيَاءِ

لا وِلَايةَ في عَقْدِ النِّكَاحِ : لِغَيْرِ الأَبِ ، والجَدِّ للأَبِ وإن عَلَا ، والمولَى ، والوَصِيِّ ، والحَاكمِ .

وهل يُشتَرَطُ في وِلَايةِ الجَدِّ بَقَاءُ الأَب ؟ قيلَ : نَعَم ، مَصِيْرًا الى روايةٍ لا تخلُو من ضَعف ؛ والوَجْهُ أَنَّهُ لا يُشْتَرَطُ .

وتَثْبُتُ وِلَايةُ الأَب ، والجَدِّ للأَب ، على الصَّغِيْرَةِ ؛ وإن ذَهَبَتْ بَكَارَتُها بوطيٍ أو غيرِهِ . ولا خِيَارَ لها بعدَ بُلُوغِها ، على أَشْهَرِ الرِّوايتين .

وكذا لو زوَّجَ الأَبُ أو الجَدُّ [الولَدَ] الصَّغيرَ ، لَزِمَهُ العقدُ ؛ ولا خِيَارَ لَهُ مع بُلُوغِهِ ورُشدِهِ ؛ على الأَشهر .

وهل تثبتُ ولايتُهما على البِكْرِ الرَّشِيْدَةِ ؟ فيهِ رِوَايَاتٌ ؛ أَظهَرُها سُقُوطُ الوِلَايةِ عنها ، وثُبُوتُ الوِلَاية لِنفسِها في الدَّائمِ والمُنْقَطِعِ .

ولو زَوَّجَها أَحدُهما ، لم يَمْضِ عَقْدُهُ إلَّا بِرِضاها . ومِن الأَصْحَابِ مَن أَذِنَ لها في الدَّائمِ دونَ المُنْقَطِعِ ، ومِنْهُم مَن عكَسَ ، ومِنْهُم مَنْ أَسقَطَ أَمرَها

مَعَهُما فيهِما ؛ وفيهِ رِوَايةٌ أُخرى ، دَالَّةٌ على شِرْكَتِهَا في الوِلَايَةِ ، حتَّى لايجوزُ لهما اَن يَنْفَرِدا عنها بالعَقْدِ .

اَمَّا اِذا عَضَلَها الوَلِيُّ ، وهو اَن لا يُزَوِّجَها مِن كُفؤٍ مع رَغْبَتِها ، فاِنَّهُ يَجُوزُ لَهَا اَن تُزَوِّجَ نفسَها ، ولو كُرْهًا اِجماعًا .

ولا وِلَايةَ لهما : على الثَّيِّبِ مع البُلُوغِ والرُّشدِ ، ولا على البَالِغِ الرَّشِيْدِ .

وتثبُتُ ولايتُهُما على الجميعِ مع الجُنُونِ . ولاخِيَارَ لِاَحَدِهِم مع الاِفَاقَةِ . وللمولَى اَن يُزوِّجَ مملوكَتَهُ ، صغيرَةً كانَتْ اَو كَبِيْرَةً ، عاقِلةً اَو مجنونَةً ، ولا خِيَارَ لَها مَعَهُ . وكذا الحُكْمُ في العَبْدِ .

وليسَ للحاكمِ : وِلَايةٌ في النِّكاحِ على مَن لم يَبْلُغ ، ولا على بَالِغٍ رَشِيْدٍ . وتثبُتُ ولايتُهُ على مَن بلَغَ غيرَ رَشِيْدٍ ، اَو تجدَّدَ فَسَادُ عقلِهِ ، اِذا كانَ النِّكَاحُ صَلَاحًا لَهُ .

ولا وِلَايَةَ للوَصِيِّ ـ واِن نَصَّ لَهُ المُوصِي ـ على الاِنْكَاحِ ؛ على الاَظهرِ . وللوَصِيِّ اَن يُزوِّجَ مَن بلَغَ فاسِدَ العَقْلِ ، اِذا كانَ بِهِ ضَرُورَةٌ الى النِّكاحِ . والمَحْجُورُ عليهِ لِلتَّبْذِيْرِ ، لا يَجُوزُ [ورقة ١١٧ لوحة ب] لَهُ اَن يَتَزَوَّجَ غيرَ مُضْطَرٍّ ، ولو اَوقعَ كان العَقْدُ فاسدًا . واِن اَضْطُرَّ الى النِّكاحِ ، جازَ للحَاكِم اَن يأذَنَ لَهُ ، سَوَاءٌ عيَّنَ الزَّوْجَةَ اَو اَطلَقَ . ولو بادَرَ قبلَ الاِذنِ ، والحالُ هذِهِ ، صَحَّ العَقْدُ . فاِن زادَ في المَهْرِ عن المِثْلِ ، بطَلَ [في] الزَّائدِ .

«الثَّاني» ؛ في : اللَّوَاحق

وفيه مسائلُ :

«الأُولى» : اِذا وكَّلَتِ البَالِغةُ الرَّشِيْدَةُ في العَقْدِ مُطْلَقًا ، لم يكن لَهُ اَن

يزوِّجَهَا مِن نفسِهِ ، اِلَّا مع اِذنِها . ولو وَكَّلَتْهُ في تَزْوِيجِها منهُ ؛ قيلَ : لايَصِحُّ ، لِرِوَايَةِ عمَّار ، ولِاَنَّهُ يَلْزَمُ اَن يكونَ مُوْجِبًا قابِلًا ؛ والجَوَازُ اَشبَهُ . اَمَّا لو زوَّجَها الجَدُّ مِن اَبنِ اِبْنِهِ الآخَرِ ، اَو الاَبُ مِن مُوَكِّلِهِ ، كان جائزًا .

«الثَّانيةُ» : اذا زوَّجَها الوَلِيُّ بِدُوْنِ مَهْرِ المِثْلِ ، هل لَها اَن تَعْتَرِضَ ؟ فيهِ تَرَدُّدٌ ؛ والاَظْهَرُ اَنَّ لها الاِعتِرَاضَ .

«الثَّالثةُ» : عِبَارَةُ المَرْاَةِ مُعتَبَرَةٌ في العَقْدِ مع البُلُوغِ والرُّشْدِ ، فَيَجُوْزُ لَها اَن تُزَوِّجَ نفسَها ، واَن تكونَ وَكِيْلَةً لِغَيْرِها ، اِيْجَابًا وقَبُولًا .

«الرَّابعةُ» : عَقْدُ النِّكاحِ ، يَقِفُ على الاِجَازَةِ ، على الاَظْهَرِ . فلو زوَّجَ الصَّبِيَّةَ غيرُ اَبيها وَجَدِّها ، قَرِيبًا كان اَو بعيدًا ، لم يمضِ اِلَّا معَ اِذنِها اَو اِجَازَتِها بعدَ العَقْدِ ، ولو كان اَخًا اَو عمًّا . ويُقتَنَعُ من البِكْرِ بِسُكُوتِها ، عندَ عَرْضِهِ عليها . وتُكَلَّفُ الثَّيِّبُ النُّطْقَ . ولو كانَتْ مَمْلُوكَةً ، وقَفَ على اِجَازَةِ المالكِ . وكذا لو كانَتْ صَغِيْرَةً ، فاَجازَ الاَبُ اَو الجَدُّ ، صَحَّ .

«الخامسةُ» : اِذا كان الوَلِيُّ كافِرًا ، فلا وِلَايةَ لَهُ . ولو كانَ الاَبُ كذلك ، ثَبَتَتِ الوِلَايَةُ للجَدِّ خاصَّةً . وكذا لو جُنَّ الاَبُ ، اَو اُغمِي عليهِ . ولو زالَ المانعُ ، عادَتِ الوِلَايةُ . ولو اِختارَ الاَبُ زوجًا ، والجدُّ آخَرَ ، فَمَن سبَقَ عَقْدُهُ صَحَّ ، وبطَلَ المُتاَخِّرُ . واِن تَشَاحَّا ، قُدِّمَ اِخْتِيَارُ الجَدِّ . ولو اَوقَعَاهُ في حالَةٍ واحدةٍ ، ثَبَتَ عَقْدُ الجَدِّ دونَ الاَبِ .

«السَّادِسَةُ» : اِذا زَوَّجَها الوليُّ بالمَجْنُون اَو الخَصِيِّ صَحَّ ، ولَهَا الخِيَار [اِذا بلَغَت] . وكذا لو زَوَّجَ الطِّفْلَ ، بِمَن بِهَا اَحَدُ العُيُوبِ المُوجِبَةِ للفَسْخِ [1] . ولو

---

(١) وعُيُوبُ المراَةِ تِسْعَةٌ : الجُنُون ، والجُذَامُ ، والبَرَصُ ، والعَمَى ، والاِقْعَادُ ، والقَرَنُ ... والاِفْضَاءُ ... ، والعَفَلُ ... ، والرَّتْقُ ؛ «الرَّوضة : ٥ / ٣٩٠» .

زوَّجَها بِمَمْلُوكٍ ،لم يكُنْ لَها الخِيَارُ اِذا بَلَغت . وكذا [لو زوَّجَ] الطِّفْلَ ؛ وقِيْلَ بالمَنعِ في الطِّفْلِ ، لِاَنَّ نِكَاحَ الاَمَةِ مَشْرُوْطٌ بِخَوْفِ العنَتِ ، ولا خَوْفَ في جانبِ الصَّبِيِّ .

«السَّابِعَةُ» : لا يجوزُ نِكَاحُ الاَمةِ ، اِلَّا بِاِذنِ مالِكِها ، ولو كانَ اَمْرَاَةً ؛ في الدَّائمِ والمُنْقَطِع ؛ وقيلَ : يجوزُ لَها اَن تَتَزَوَّجَ مُتعةً ، اِذا كانَت لِامراَةٍ من غيرِ اِذنِها ؛ والاَوَّلُ اَشبَهُ .

«الثَّامنةُ» : اِذا زَوَّجَ الاَبوان الصَّغيرين ، لَزِمَهُما العَقْدُ . فاِن ماتَ اَحدُهُما ، وَرِثَهُ الآخَرُ. ولو عَقَدَ عليهما غيرُ اَبويهما ، وماتَ اَحَدُهما قبلَ البُلُوغ ، بَطَلَ العَقْدُ ، وسَقَطَ المَهْرُ والاِرْثُ . ولو بَلَغَ اَحدُهما فَرَضِيَ ، لَزِمَ العَقْدُ من جِهَتِهِ . فاِن ماتَ ، عُزِلَ من تَرِكَتِهِ نَصِيْبُ الآخَر . فاِن [ورقة ١١٨ لوحة اَ] بلَغَ فاَجازَ ، اُحْلِفَ اَنَّهُ لم يُجِزْ للرَّغْبَةِ في الميراثِ وَورِثَ. ولو ماتَ الَّذي لم يُجِز، بَطَلَ العَقْدُ ولاميراثَ .

«التَّاسِعَةُ» : اذا اَذِنَ المولى لِعَبْدِهِ في اِيْقَاعِ العَقْدِ صَحَّ ، واَقتَضَى الاِطلاقُ الاِقتِصَارَ على مَهْرِ المِثْلِ . فاِن زَادَ ، كانَ الزَّائدُ في ذِمَّتِهِ ، يَتْبَعُ بِهِ اِذا تحرَّرَ ، ويكونُ مَهْرُ المِثْلِ على مَوْلَاهُ ؛ وقيلَ : في كَسْبِهِ ؛ والاَوَّلُ اَظهَرُ ؛ وكذا القَوْلُ في نَفَقَتِها .

«العاشرةُ» : مَن تحرَّرَ بَعْضُهُ ، ليسَ لِمَوْلَاهُ اِجْبَارُهُ على النِّكَاحِ .

«الحاديةَ عشرةَ» : اِذا كانَتِ الاَمَةُ لِمُوَلًّى عليهِ ، كان نِكَاحُها بِيَدِ وَلِيِّهِ ، واِذا زَوَّجَها لَزِمَ ، وليسَ لِلمُوَلَّى عليهِ مع زَوَالِ الوِلَايةِ فَسْخُهُ . ويُسْتَحَبُّ للمَرْاَةِ : اَن تَسْتَأذِنَ اَباها في العَقْدِ ، بِكْرًا كانت اَو ثَيِّبًا ، واَن تُوَكِّلَ اَخاها اِذا لم يَكُنْ لَها اَبٌ ولا جدٌّ ، واَن تُعَوِّلَ على الاَكبرِ ، اِذا كانا [1] اَكثرَ من

---

(١) في النُّسخِ المُتَدَاولة : كانوا .

اَخٍ . ولو تخيَّرَ كلُّ واحدٍ من الاَكبرِ والاَصغرِ زوجًا ، تخيَّرَتْ خِيَرَةَ الاَكبرِ .

مسائلُ ثلاثٌ :

«الأُولى» : اِذا زوَّجَها الاَخَوان بِرَجُلَيْنِ ؛ فاِن وكَّلَتْهُما ، فالعَقْدُ لِلْاَوَّلِ . ولو دَخَلَتْ بِمَن تَزَوَّجَها اَخيرًا فحَمَلت ، اُلْحِقَ الوَلَدُ بِهِ ، واُلزِمَ مَهْرَهَا ، واُعِيْدَت الى السَّابِقِ [1] . واِن اتَّفَقَا فيحَالَةٍ [واحدةٍ] ؛ قيلَ : يُقَدَّمُ الاَكْبَرُ ، وهو تحكُّمٌ . واِن لم تكُن اَذِنَتْ لَهُما ، اَجَازَت عَقْدَ اَيِّهما شاءَت ، والاَوْلَى لَها اِجَازَةُ عَقْدِ الاَكْبَرِ . وبِاَيِّهما دَخَلَتْ قَبْلَ الاِجَازَةِ ، كانَ العَقْدُ لَهُ .

«الثَّانيةُ» : لا وِلَايةَ للاُمِّ على الوَلَدِ ، فلو زَوَّجَتْهُ فَرَضِيَ ، لَزِمَهُ العَقْدُ . واِن كَرِهَ لَزِمَها المَهْرُ ؛ وفيهِ تَرَدُّدٌ . ورُبَّما حُمِلَ على ما اِذا اِدَّعَتِ الوَكَالةَ عَنْهُ .

«الثَّالثةُ»: اِذا زوَّجَ الاَجْنَبِيُّ اِمْرَاَةً؛فقالَ الزَّوْجُ: زَوَّجَكِ العَاقِدُ من غيراِذنكِ، فَقَالَتْ : بل اَذِنْتُ ؛ فالقَوْلُ قَوْلُها مع يَمِيْنِها على القَوْلين ، لِاَنَّها تدَّعِي الصِّحَّةَ .

الفَصْلُ الرَّابعُ

في : اَسْبَابِ التَّحْريم

وهي سِتَّةٌ :

السَّبَبُ الاَوَّلُ : النَّسَبُ

ويَحْرُمُ بالنَّسَبِ : سَبْعَةُ اَصْنَافٍ من النِّساء

الاُمُّ والجَدَّةُ واِن عَلَت ، لِاَبٍ كانت اَو لِاُمٍّ .

والبِنْتُ للصُّلْب ، وبَنَاتُها واِن نَزَلْنَ ، وبَنَاتُ الابْنِ واِن نَزَلْنَ .

---

(١) وفي بعضِ النُّسَخِ المُتَدَاولة : واُعِيْدَتْ اِلى السَّابق بعدَ اَنقِضَاء العِدَّة .

والاَخَوَاتُ ، لاَبٍ كُنَّ اَو لِاُمٍّ ، اَو لَهُما .

وبَنَاتُهُنَّ ، وبَنَاتُ اَولَادِهِنَّ .

والعَمَّاتُ ، سَوَاءٌ كُنَّ اَخَوَاتُ اَبيهِ لاَبيهِ ، اَو لِاُمِّهِ ، اَو لَهُما ؛ وكذا اَخَوَاتِ اَجْدَادِهِ وإن عَلَون .

والخَالاَتُ للاَبِ اَو للاُمِّ اَو لَهُما . وكذا خَالاَتُ الاَبِ والاُمِّ وإن اَرْتَفَعْنَ.

وبَنَاتُ الاَخِ ، سَوَاءٌ كان الاَخُ للاَبِ اَو للاُمِّ اَو لَهُما ، وسَوَاءٌ كانَت بِنْتُهُ لِصُلْبِهِ اَو بِنْتَ بِنْتِهِ ، اَو بِنْتَ اَبْنِه وبَنَاتُهُنَّ وإن سَفَلنَ .

ومِثْلُهُنَّ من الرِّجَالِ يحرُمُ على النِّسَاءِ ، فيَحْرُمُ الاَبُ وإن عَلَا ، والوَلَدُ وإن سَفَلَ، والاَخُ [ورقة ١١٨ لوحة ب] واَبْنُهُ ، واَبنُ الاُختِ ، والعَمُّ وإن عَلَا ؛ وكذا الخَالُ .

فُرُوعٌ ثَلَاثَةٌ

«الاَوَّلُ» : النَّسَبُ يثبُتُ مع النِّكَاحِ الصَّحِيْحِ ، ومع الشُّبْهَة . ولايثبُتُ مع الزِّنَا . فلو زَنَا [1] فانْخَلَقَ من مَائِهِ وَلَدٌ على الجَزْمِ ، لَم يَنْتَسِبْ اليهِ شَرْعًا . وهل يحرُمُ على الزَّاني والزَّانية ؟ [2] ؛ الوَجْهُ انَّهُ يحرُمُ ، لِاَنَّهُ مخلُوْقٌ من مائِهِ ، فهو يُسَمَّى وَلَدًا لُغَةً .

«الثَّاني» : لو طَلَّقَ زوجَتَهُ ، فَوُطِئَت بالشُّبْهَةِ ، فإن اَتَتْ [بولدٍ] بهِ لِاَقَلَّ من سِتَّةِ اَشهُرٍ من وَطْيِ الثَّاني ، ولِستَّةِ اَشهُرٍ من وَطْيِ المُطَلِّق ، اُلحِقَ بالمُطلِّقِ .

---

(١) دائمًا هكذا يَأتي رَسْمُ هاتين الكلمتين في المخطوطة ؛ غير اَنَّ المُتَدَاولَ منهما اليوم : اَن يُرسَمَان بالاَلفِ المَقْصُورة .

(٢) اَي : هل يَثْبُتُ به التَّحريمُ المُتَعَلِّقُ بالنَّسَبِ ، فَيَحْرُمُ على الزَّاني البِنْتُ المَخْلُوقَةُ من مائِهِ ، كما يَحْرُمُ على الزَّانِيَةِ المُتَوَلِّدُ منها بالزِّنَا ؟ ؛ «المسالك : ٢ / ٢٤٠» .

اَمَّا لو كانَ الثَّاني ، لَهُ اَقَلُّ من سِتَّةِ اَشهُرٍ ، وللمُطَلَّقِ اكثَرُ من اَقْصَى مُدَّةِ الحَمْلِ ، لَمْ يَلْحَق بأَحَدِهما . وإنْ اَحتُمِلَ اَنْ يكونَ مِنْهُمَا اُستُخْرِجَ بالقُرْعَةِ،على تَرَدُّدٍ ؛ واَشْبَهُهُ انَّهُ للثَّاني . وحُكْمُ اللَبَنِ تَابِعٌ للنَّسَبِ .

«الثَّالثُ» : لو اَنكَر الوَلَدَ ولاعَنَ ، اَنْتَفَى عن صَاحبِ الفِرَاش ، وكان اللَبَنُ تابعًا [لَهُ] . ولو اَقَرَّ بهِ بعدَ ذلك ، عادَ نَسَبُهُ ، وإن كانَ هو لا يَرِثُ الوَلَدَ .

السَّبَبُ الثَّاني : الرِّضَاعُ

والنَّظَرُ في : شُرُوطِهِ ، واَحْكَامِهِ

[اَمَّا شُرُوطُهُ]

اِنْتِشَارُ الحُرْمَةِ بالرِّضَاعِ ، يَتَوَقَّفُ على شُرُوطٍ :

«الاَوَّلُ» : اَن يكُونَ اللَبَنُ عن نِكَاحٍ [1]

فلو دَرَّ لم يَنْشُر حُرْمَةً . وكَذَا لو كانَ عن زِنَا . وفي نِكَاحِ الشُّبْهَةِ تَرَدُّدٌ ، اَشبَهُهُ تنزيلُهُ على النِّكاحِ الصَّحِيْحِ . ولو طَلَّقَ الزَّوجُ وهي حَامِلٌ مِنْهُ ، اَو مُرْضِعٌ فاَرْضَعَتْ وَلَدًا ، نَشَرَ الحُرْمَةَ كما لو كانَتْ في حِبَالِهِ . وكذا لو تَزَوَّجَتْ ودَخَلَ بها الزَّوْجُ الثَّاني وحَمَلَتْ . اَمَّا لو اَنْقَطَعَ ، ثم عادَ في وقتٍ يُمكِنُ اَن يكونَ للثَّاني ، كانَ لَهُ دُوْنَ الاَوَّلِ . ولو اَتَّصَلَ حتى تَضَعَ الحَمْلَ من الثَّاني ، كان ما قَبْلَ الوضع لِلْاَوَّلِ ، ومابَعْدَ الوَضْعِ للثَّاني

---

(١) والمُرَادُ بهِ هُنَا : الوَطْيُ الصَّحِيْحُ ؛ فَيَنْدَرِجُ فيهِ الوَطْيُ بالعَقْدِ دَائِمًا ومُتْعَةً ، ومِلْكِ يَمينٍ وما في مَعْنَاهُ ؛ والشُّبْهَةُ داخِلَةٌ فيهِ ، وإنَّما خَصَّها بالذِّكْرِ ، لِلتَّنْبِيهِ على الخِلَافِ فيها ؛ «المَصْدَرُ نفسُهُ» .

وهو ما اَنبَتَ اللَحْمَ وَشَدَّ العَظْمَ . ولا حُكْمَ لما دُوْنَ العَشْر ، اِلَّا في رِوَايَةٍ شَاذَّةٍ . وهل يَحْرُمُ بالعَشْرِ ؟ فيهِ رِوَايَتَان ، اَشْهَرُهُما اَنَّهُ [1] لا يَحْرُمُ . ويَنْشُرُ الحُرْمَةَ اِن بَلَغَ خَمْسَ عَشْرَةَ رَضْعَةً ، اَو رَضَعَ يَوْمًا وليلَةً .

ويُعتَبَرُ في الرَّضْعَات المَذْكُوْرَةِ قُيُودٌ ثلَاثةٌ : اَن تكونَ الرَّضْعَةُ كامِلَةً ، واَن تكونَ الرَّضْعَاتُ مُتَوَالِيَةً ، واَن يَرْتَضِعَ من الثَّدْي .

ويُرْجَعُ في تَقْدِيرِ الرَّضْعَةِ الى العُرْفِ ؛ وقيلَ : اَن يَرْوَى الصَّبِيُّ ، ويَصْدُرَ من قِبَلِ نَفْسِهِ .

فلو اَلْتَقَمَ الثَّدْيَ ثم لَفَظَهُ وعاوَدَ ، فإن كانَ اَعرَضَ اَوَّلًا فَهِيَ رَضْعَةٌ ، وإن كان لا بِنِيَّةِ الاِعْرَاضِ ، كالتَّنَفُّسِ ، اَو الاِلْتِفَاتِ الى مُلَاعِبٍ ، اَو الاِنتِقَالِ من ثَدْيٍ الى آخَرَ ، كان الكُلُّ رَضْعَةً واحِدَةً . ولو مُنِعَ قبلَ اَستِكْمَالِهِ الرَّضْعَةَ لم يُعتَبَرْ في العَدَدِ .

ولابُدَّ من تَوَالي الرَّضْعَاتِ ؛ بمعنى : اَنَّ المَرْاَةَ الواحِدَةَ تَنْفَرِدُ بِاِكمالِها . فلـو رَضَعَ من واحدةٍ بعضَ العَدَد ، ثم رَضَعَ من [ورقة ١١٩ لوحة اَ] اُخرى ؛ بَطَلَ حُكْمُ الاَوَّلِ .

ولو تَنَاوَبَ عليهِ عِدَّةُ نِسَاءٍ ، لم ينشُرِ الحُرْمَةَ ، مالم يُكمِلْ مِن واحِدَةٍ خمسَ عشرَةَ رَضْعَةً وَلَاءً [2] .

ولايَصِيْرُ صَاحِبُ اللَبَنِ ، مَعَ اَختِلَافِ المُرضِعَاتِ اَبًا ، ولا اَبوهُ جَدًّا ، ولا المُرْضِعَةُ اُمًّا . ولابُدَّ من اَرتِضَاعِهِ من الثَّدْي في قَوْلٍ مشهور ، تحقيقًا لِمُسَمَّى

---

(١) في الجواهر والمسالك : اَصَحُّهُمَا اَنَّهُ .

(٢) مُتَتَابِعةً .

الإرْتِضَاع . فلو وُجِرَ في حَلْقِهِ ، اَو اُوصِلَ الى جَوْفِهِ بحُقنةٍ ، وما شاكَلَها ، لم ينشُر . وكذا لو جُبِّنَ ، فاَكَلَهُ جُبْنًا . وكذا يجبُ اَن يكونَ اللَبَنُ بحالِهِ ، فلو مُزِجَ ، بـاَن اُلقِيَ في فَمِ الصَّبِيِّ مائِعٌ ، ورَضَعَ ، فامتزَجَ حتى خَرَجَ عن كونِهِ لَبَنًا ، لم ينشُر .

ولو اَرتَضَعَ من ثَدْي المَيتَةِ ، اَو رَضَعَ بعضَ الرَّضْعَات وهي حَيَّةٌ ، ثم اَكمَلَها مَيْتَةً ، لم ينشُر ، لِاَنَّها خَرَجَتْ بالمَوْتِ عن اَلتِحَاقِ الاَحْكَامِ ، فهي كالبَهِيْمَةِ المُرْتَضَعَةِ ؛ وفيهِ تَرَدُّدٌ .

«الشَّرْطُ الثَّالثُ» : اَن يكونَ في الحَوْلَيْن

ويُراعَى ذلك في المُرتَضِع ؛ لقولهِ «عليهِ السَّلام» : «لارِضَاعَ بعدَ فِطَامٍ». وهل يُرَاعَى في وَلَدِ المُرضِعَةِ ؟ الاَصَحُّ اَنَّهُ لايُعتَبَرُ . فلو مَضَى لِوَلَدِها اَكثَرُ مِن حَوْلَيْن ، ثم اَرْضَعَتْ مَن لَهُ دُوْنَ الحَوْلين ، نَشَرَ الحُرْمَةَ .

ولو رَضَعَ العدَدَ اِلَّا رَضْعَةً [واحِدَةً] فتَمَّ الحَوْلَان ، ثم اَكمَلَهُ بعدَهُما ، لم ينشُرِ الحُرْمَةَ . وكذا لو كَمُلَ الحَوْلان ، ولم يَرْوِ من الاَخِيْرَةِ . وينشُرُ اِذا تمَّتِ الرَّضْعَةُ ، مع تَمَامِ الحَوْلين .

«الشَّرْطُ الرَّابعُ» : اَن يكونَ اللَبَنُ لِفَحْلٍ واحِدٍ

فلو اَرضَعَتْ بِلَبَنِ فَحلٍ واحدٍ مائةً ، حَرُمَ بعضُهُم على بعضٍ . وكذا لو نكَحَ الفَحْلُ عَشرًا ، واَرضَعَتْ كلُّ واحدةٍ واحدًا اَو اَكثَر ، حَرُمَ التَّنَاكُحُ بينَهُم جميعًا . ولو اَرضَعَتْ اِثْنَيْن ، بِلَبَنِ فَحْلَين ، لم يحرُم اَحدُهُما على الآخر ؛ وفيهِ رِوَايَةٌ اُخرى مهجُوْرَةٌ . ويحرُمُ اَولادُ هذهِ المُرْضِعَةِ نَسَبًا على المُرْتَضِعِ منها .

ويُستَحَبُّ اَن يُخْتَارَ للرِّضَاعِ : العاقِلةُ ، المُسْلِمَةُ ، العَفِيْفَةُ ، الوَضِيْئَةُ .

ولاتُسترضَعُ الكَافِرَةُ ، ومعَ الاِضطرارِ تُستَرْضَعُ الذِّمِّيَّةُ ، ويمنعُهَا من شِرْبِ الخَمر ، وأكْلِ لَحْمِ الخِنْزِير .

ويُكرَهُ أن يُسلِّمَ اليها الولدَ ، لِتحمِلَهُ [إلى] مَنْزِلِها . وتتأكَّدُ الكَرَاهِيَةُ في ٱرتِضَاعِ المَجُوسِيَّةِ .

ويُكرَهُ أن يُستَرْضَعَ مَنْ وِلَادتُها عن زِنَا . ورُوِيَ : أنَّهُ إن أحَلَّها [مولاها] فِعْلَها ، طابَ لَبَنُها ، وزَالَتِ الكَرَاهِيَةُ ؛ وهو شَاذٌّ .

وأمَّا أحْكَامُهُ : فمسائلُ

«الأولى» : إذا حَصَلَ الرِّضَاعُ المُحَرِّمُ ، اِنْتَشَرَتِ الحُرمَةُ من المُرْضِعةِ وفَحْلِها إلى المُرْتَضِع ، ومنهُ اليهما ، فَصَارَتِ المُرْضِعَةُ لَهُ أُمًّا ، والفَحْلُ أبًا ، وآباؤهما أجْدَادًا ، و [أُمَّهاتُهُما] جَدَّاتٍ ، وأولادُهُما أُخْوَةً ، وإخْوَتُهما أخْوَالًا وأعْمَامًا .

«الثَّانيةُ» : كُلُّ مَن يُنْسَبُ الى الفَحْلِ من الأولَاد ، وِلَادَةً ورِضَاعًا ، يَحْرُمُون على هذا المُرْتَضِع . وكذا [ورقة ١١٩ لوحة ب] مَن يُنْسَبُ الى المُرْضِعَةِ بالبُنُوَّة ، وِلَادَةً وإن نَزَلوا . ولا يَحْرُمُ عليهِ مَن يُنْسَبُ إليها بالبُنُوَّةِ رِضَاعًا .

«الثَّالِثةُ» : لا يَنْكِحُ أبو المُرْتَضِعِ في أوْلَادِ صَاحبِ اللَبَن ، وِلَادَةً ولا رِضَاعًا ، ولا في أولادِ زَوْجَتِهِ المُرْضِعَةِ وِلَادةً ، لِأنَّهُم صاروا في حُكمِ وُلْدِهِ . وهل يَنْكِحُ أولَادُهُ الَّذين لم يرتضعوا من هَذَا اللَبَن ، في أولَادِ هذهِ المُرضعةِ ، وأولَادِ فَحْلِها ؟ قيلَ : لا ، والوَجْهُ الجَوَازُ . أمَّا لو أرضَعَتِ ٱمْرأةٌ ابنًا لقوم ، وبِنْتًا لآخرين ، جازَ أن ينكحَ أُخْوَةُ كُلِّ واحدٍ منهُما في أُخْوَةِ الآخرِ ، لِأنَّهُ لانَسَب بينهم ولا رِضَاعَ .

«الرَّابعةُ» : الرِضَاعُ المُحَرِّمُ يَمْنَعُ من النِّكاحِ سَابقًا ، ويُبطِلُهُ لاحِقًا . فلو

تَزَوَّجَ رَضِيْعَةً ، فاَرضَعَتها مَن يَفسُدُ نِكَاحُ الصَّغِيْرَةِ بِإرْضَاعِها ، كاُمِّهِ وَجَدَّتِهِ واُختِهِ وزَوْجةِ الاَب والاَخ ، اِذا كان لَبَنُ المُرْضِعَةِ منهُما ، فَسُدَ النِّكَاحُ . فاِن اَنفرَدَت المُرْتَضِعَةُ بالاِرْتِضَاعِ ؛ مِثْلُ اَن سَعَت اليها فامتَصَّتْ ثديَها من غيرِ شُعُورِ المُرضِعَةِ ، سقَطَ مهرُها ، لِبُطْلَانِ العَقْدِ الَّذي باعتِبَارِهِ يثبُتُ المَهْرُ . ولو تَوَلَّتِ المُرْضِعَةُ اِرْضَاعَهَا مُخْتَارَةً ؛ قيلَ : كانَ للصَّغِيْرَةِ نِصْفُ المَهْر ، لِاَنَّهُ فَسْخٌ حَصَلَ قبلَ الدُّخُولِ ، ولم يسقُطْ ، لِاَنَّهُ لَيْسَ مِن الزَّوْجَةِ ، وللزَّوْجِ الرُّجُوعُ على المُرْضِعَةِ بما اَدَّاهُ اِن قَصَدَتِ الفَسْخَ ؛ وفي الكُلِّ تردُّدٌ ، مُسْتَنَدُهُ الشَّكُّ في ضَمَانِ مَنْفَعَةِ البُضْعِ . ولو كانَ لَهُ زوجَتَان كَبِيْرَةٌ ورَضِيْعَةٌ، فاَرضَعتها الكَبِيْرَةُ ، حَرُمَتا اَبدًا اِن كانَ دَخَلَ بالكَبِيْرَةِ ، واِلَّا حرُمَت الكَبِيْرَةُ حَسْبُ . ولِلْكَبِيْرَةِ مَهْرُها اِن كانَ دَخَلَ بها ، واِلَّا فَلَا مَهْرَ لها ، لِاَنَّ الفَسْخَ جاءَ منها . وللصَّغِيْرَةِ مَهْرُها ، لِاِنْفِسَاخِ العَقْدِ بالجَمْعِ ؛ وقيلَ : يَرْجِعُ بِهِ على الكَبِيْرَةِ . ولو اَرْضَعَتِ الكَبِيْرَةُ لَهُ زَوْجتين صَغِيْرَتَيْن ، حَرُمَت ، الكَبِيْرَةُ والمُرْتَضِعَتَان ، اِن كانَ دَخَلَ بالكَبِيْرَةِ ، واِلَّا حرُمَتِ الكَبِيْرَةُ .

ولو كانَ لَهُ زَوْجَتَان وزَوْجَةٌ رَضِيْعَةٌ ، فاَرضَعَتْها اِحدَى الزَّوجَتَيْن اَوَّلًا ، ثم اَرْضَعَتها الاُخرى ؛ حَرُمَتِ المُرْضِعَةُ الاُولـى والصَّغِيْرَةُ ، دُونَ الثَّانيَةِ ، لِاَنَّها اَرْضَعَتها وهي بِنْتُهُ ؛ وقيلَ : بل تحرُمُ اَيضًا ، لِاَنَّها صارَتْ اُمًّا لِمَن كانَتْ زَوْجَتَهُ ؛ وهو اَولى .

وفي كُلِّ هذهِ الصُّوَر ، يَنْفَسِخُ نِكَاحُ الجَميع ، لِتَحَقُّقِ الجَمْعِ المُحَرَّم .

واَمَّا التَّحْريمُ فعَلَى ما صَوَّرْنَاهُ .

ولو طَلَّقَ زَوْجَتَهُ فاَرضَعَتْ زوجَتَهُ الرَّضِيْعَةَ ، حَرُمَتا عليهِ .

«الخَامِسَةُ» : لو كانَ لَهُ اَمَةٌ يَطَؤُها ، فاَرضَعَتْ زَوْجَتَهُ الرَّضِيْعَةَ ، حَرُمَتَا جميعًا [عليهِ] ، ويثبُتُ مَهْرُ الصَّغِيْرَةِ ، ولا يرجِعُ بِهِ على الاَمَةِ ، لِاَنَّهُ لا يثبتُ

للمَوْلى [ورقة ١٢٠ لوحة اَ] مالٌ في ذِمَّةِ مملوكِهِ .

نَعَم ، لو كانت موطوءَةً بالعَقدِ رَجَعَ بهِ عليها ، ويَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِها ، وعندي في ذلك تَرَدُّدٌ . ولو قُلْنَا بوُجُوبِ العَودِ بالمَهْرِ ، لَمَا قُلنا بِبَيْعِ المَمْلُوكةِ فيهِ ، بل تُتْبَعُ بهِ إذا تحرَّرَتْ .

«السَّادسةُ» : لو كانَ لاِثنين زَوْجَتان ، صَغِيْرَةٌ وكَبِيْرَةٌ ، وطَلَّقَ [1] كلٌّ [واحدٍ] مِنْهُما زَوْجَتَهُ وتزوَّجَ بالأُخرى ؛ ثم اَرضَعَتِ الكَبِيْرَةُ الصَّغِيْرَةَ ، حَرُمَتِ الكَبِيْرَةُ عليهما ، وحَرُمَتِ الصَّغيرةُ على مَن دَخَلَ بالكبيرةِ .

«السَّابعةُ» : إذا قالَ : هذهِ أُختي من الرِّضاعِ ، اَو بِنْتي ، على وجهٍ يَصِحُّ ؛ فإن كانَ قبلَ العَقْدِ ، حُكِمَ عليهِ بالتَّحْرِيم ظَاهِرًا ؛ وإن كانَ بعدَ العَقْدِ ومعَهُ بيِّنَةٌ ، حُكِمَ بها . فإن كانَ قبلَ الدُّخُولِ ، فلا مَهْرَ . وإن كانَ بعدَهُ ، كان لَها المُسَمَّى . وإن فَقَدَ البيِّنَةَ ، وأنكَرَتِ الزَّوْجَةُ ، لَزِمَهُ المَهْرُ كلُّهُ مع الدُّخُولِ ، ونِصْفُهُ مع عَدَمِهِ ؛ على قَوْلٍ مَشْهورٍ . ولو قالَتِ المَرْأَةُ ذلكَ بعدَ العقدِ ، لم تُقبَل دَعْوَاها في حَقِّهِ إلَّا ببيِّنَةٍ . ولو كانَ قبلَهُ حُكِمَ عليها بظاهرِ الاِقرارِ .

«الثَّامنةُ» : لاتُقبَلُ الشَّهَادَةُ بالرِّضاعِ إلَّا مُفَصَّلَةً ، لِتَحَقُّقِ الخِلَافِ في الشَّرَائطِ المُحرِّمَةِ ، واَحتِمَالِ اَن يكونَ الشَّاهِدُ اَستَنَدَ الى عَقِيْدَتِهِ . واَمَّا إخْبَارُ الشَّاهدِ بالرِّضاع ، فَيَكْفِي مُشَاهَدَتُهُ مُلْتَقِمًا ثَدْيَ المَرْاَةِ ، ماصًّا لَهُ على العَادَةِ ، حتَّى يَصْدُرَ .

«التَّاسِعَةُ» : إذا تزوَّجَت كَبِيْرَةٌ بِصَغِيرٍ ، ثم فَسَخَتْ ، إمَّا لِعَيْبٍ فيهِ ، وإمَّا لِاَنَّها كانَتْ مَمْلُوكَةً فاُعتِقَت ، اَو لِغيرِ ذلك ، ثم تَزَوَّجت [بِكَبِيْرٍ]آخَرَ واَرْضَعَتهُ بِلَبَنِهِ ، حَرُمَت على الزَّوجِ ، لِاَنَّها كانَتْ حَلِيْلَةَ اَبنِهِ ، وعلى الصَّغيرِ ،

---

(١) في الجواهر : «فَطَلَّقَ» .

لِأَنَّها مَنْكُوحَةُ اَبيهِ .

«العَاشِرَةُ» : لو زَوَّجَ اَبنَهُ الصَّغيرَ بابنةِ اَخيهِ الصَّغيرَةِ ، ثم اَرضَعَت جدَّتُهما اَحدَهما ، اِنْفَسَخَ نِكَاحُهما ، لِاَنَّ المُرْتَضِعَ اِن كانَ هو الذَّكَرَ فهو اِمَّا عمٌّ لِزَوْجَتِهِ ، واِمَّا خالٌ . واِن كانَ اُنْثَى ، فقد صَارَتْ اِمَّا عَمَّةً واِمَّا خَالَةً .

السَّبَبُ الثَّالِثُ : المُصَاهَرَةُ

وهي تَتَحَقَّقُ : مع الوَطْءِ الصَّحِيْحِ ؛ ويُشْكِلُ مع الزِّنَا ؛ والوَطْيِ بالشُّبْهَةِ ؛ والنَّظَرِ واللَمْسِ .

والبَحْثُ حينئذٍ في الأُمورِ الاَرْبَعَةِ :

اَمَّا النِّكَاحُ [الصَّحيحُ] :

فَمَن وطِيءَ اِمْرَاَةً بالعَقْدِ الصَّحِيْحِ اَو المِلْكِ ، حَرُمَ على الوَاطىء اُمُّ الموطوءَةِ واِن عَلَت ، وبَنَاتُها واِن سَفَلنَ ، تَقدَّمَت ولادَتُهُنَّ اَو تاَخَّرَتْ ، ولو لم تكن في حِجرِهِ ؛ وعلى المَوْطُوءَةِ اَبُ الواطىء واِن عَلَا ، واَولادُهُ واِن سَفَلوا ، تحريمًا مؤبَّدًا . ولو تجرَّدَ العَقْدُ من الوطْي ، حرُمَتِ الزَّوْجَةُ على اَبيهِ وولدِهِ ، ولم تحرُم بِنْتُ الزَّوْجَةِ ، عينًا [على الزَّوجِ] بل جَمْعًا . ولو فارَقَها ، جـازَ لَـهُ نِكَـاحُ بنتِهـا . وهـل تحرُمُ اُمُّها بِنَفْسِ العَقْدِ ؟ فيهِ [ورقة ١٢٠ لوحة ب] رِوَايَتَان ؛ اَشهرُهُما اَنَّها تحرُمُ .

ولا تَحْرُمُ مَمْلُوكَةُ الاَب على الابْنِ بمُجَرَّدِ المِلْكِ ، ولا مَمْلُوكَةُ الِابنِ على الاَب . ولو وَطِيء اَحدُهما مَمْلُوكَتَهُ ، حرُمَت على الآخَر [من غيرِ شُبهَةٍ] . ولا يجوزُ لِاَحَدِهما اَن يَطَاَ مَمْلُوكَةَ الآخَر ، اِلَّا بعَقدٍ اَو مِلْكٍ [اَو اِباحةٍ] . ويجوزُ للاَبِ اَن يُقَوِّمَ مَمْلُوكَةَ اَبنهِ ، اِذا كانَ صغيرًا ، ثم يَطَاَها بالمِلْكِ . ولو بادَرَ اَحدُهُما ، فوطِيء مَمْلُوكَةَ الآخَر من غيرِ شُبْهَةٍ ، كانَ زَانِيًا ،

لكن لاحَدَّ على الاَب ، وعلى الابن الحَدُّ . ولو كانَ هُنَاكَ شُبْهَةٌ سقَطَ الحَدُّ .
ولو حَمَلتْ مَمْلُوكَةُ الاَب من الإبن ، مع الشُّبْهَةِ ، عُتِقَ ، ولا قِيْمَةَ على الإبنِ .
ولو حَمَلتْ مَمْلُوكَةُ الابنِ [من الاَبِ] لم يَنْعَتِق ، وعلى الاَبِ فَكُّهُ ، إلَّا اَن يكونَ أُنثى .

ولو وطِيء الاَبُ زَوْجَةَ ٱبنهِ لِشُبْهَةٍ ، لم تحرُم على الوَلَدِ ، لِسَبْقِ الحِلِّ ؛ وقيلَ : تحرُمُ ، لِاَنَّها مَنْكُوْحَةُ الاَب ، ويَلْزَمُ الاَبَ مهرُها ؛ ولو عاوَدَها الوَلَدُ :

فإن قُلنا : الوَطْيُ بالشُّبْهَةِ ينشُرُ الحُرمةَ ، كانَ عليهِ مَهْران .

وإن قُلنا : لا يحرُمُ ـ وهو الصَّحيحُ ـ فلا مَهرَ سِوَى الاَوَّل .

ومِن تَوَابِعِ المُصَاهَرَةِ : تحريمُ أُختِ الزَّوْجَةِ ، جمعًا لا عينًا ؛ وبِنْتِ أُخْتِ الزَّوْجَةِ وبنتِ اَخيها إلَّا برِضا الزَّوْجَةِ ؛ ولو اَذِنَت صَحَّ .

ولَهُ إدخَالُ العَمَّةِ والخَالةِ على بِنْتِ اَخيها وأُخْتِها ، ولو كَرِهَ المَدْخُولُ عليهما [1] .

ولـو تزوَّجَ بنتَ الاَخ اَو بنتَ الأُختِ ، على العَمَّةِ اَو الخالةِ من غيرِ إذنِهما ، كان العَقْدُ باطِلًا ؛ وقيلَ : كانَ لِلْعَمَّةِ والخَالَةِ ، الخِيَارُ في إجَازَةِ العَقْدِ وفَسْخِهِ ، اَو فَسْخِ عَقْدِهِما بغيرِ طَلَاقٍ ، والاِعتزالِ ؛ والاَوَّلُ اَصَحُّ .

واَمَّا الزِّنَا :

فإن كانَ طَارِئًا لم ينشُر الحُرمَةَ ؛ كَمَن تزَوَّجَ بامْرَاَةٍ [2] ، ثم زَنَى بأُمِّها اَو اَبنَتِها، اَو لَاطَ باَخيهـا اَو اَبنِها اَو اَبيها، اَو زَنَا بِمَمْلُوكَةِ اَبيهِ المَوْطُوءَةِ اَو اَبنِهِ ، فإنَّ ذلك كلَّهُ لا يُحَرِّمُ السَّابِقَةَ .

---

(١) في الجواهر : عليها .

(٢) في الجواهر : «فَمَنْ تَزَوَّجَ بامْرَاةٍ» .

وإن كان الزِّنَا سابقًا على العَقْد ؛ فالمَشْهُورُ تحريمُ بِنْتِ العَمَّةِ والخَالَةِ إذا زَنَا بأُمِّهما .

أَمَّا الزِّنَا بغيرِهما ، هل [1] ينشُرُ حُرْمَةَ المُصَاهَرَةِ كالوَطْي الصَّحيح ؟ فيهِ روايتان : إحدَاهُما يَنْشُرُ الحُرْمَةَ ، وهي أَوضَحُهُما طَرِيْقًا ؛ والأُخرى لا ينشُرُ.

وأَمَّا الوطيُ [2] بالشُّبْهةِ :

فالَّـذي خرَّجَهُ الشَّيخُ «رَحِمَهُ الله» : أَنَّهُ يُنَزَّلُ مَنْزِلَةَ النِّكاحِ الصَّحِيْحِ ؛ وفيهِ تَردُّدٌ ؛ أَظهَرُهُ أَنَّهُ لا يَنْشُرُ ، لَكِنْ يَلْحَقُ معَهُ النَّسَبُ .

وأَمَّا النَّظَرُ واللَمسُ :

فَمَا يَسُوْغُ لِغَيْرِ المالكِ ؛ كَنَظَرِ الوَجْهِ ، ولَمسِ الكَفِّ ، لايَنْشُرُ الحُرْمَةَ [3] . وما لاَ يَسُوْغُ لِغيرِ المالكِ ؛ كَنَظرِ الفَرْجِ [4] ، والقُبْلَةِ ، ولَمْسِ باطنِ الجَسَد بِشَهوةٍ ؛ فيهِ تردُّدٌ ؛ أَظهَرُهُ أَنَّه يُثمِرُ كَرَاهِيَةً . ومَن نَشَرَ به الحُرْمَة ، قَصَرَ التَّحْريمَ على أَبِ اللَامسِ والنَّاظرِ وأَبنِهِ خاصَّةً ، دونَ [ورقة ١٢١ لوحة أ] أُمِّ المَنْظُورَةِ أَو المَلْمُوسَةِ وبِنْتَيهِما . وحُكْمُ الرِّضَاعِ في جميعِ ذلك حُكْمُ النَّسَب.

---

(١) في الجواهر : «فَهَل» .

(٢) في النُّسخِ المُتَدَاولة : الوطءُ .

(٣) يُفْهَمُ من قولِهِ : فما يَسُوغ لِغَيْرِ المالك لا يَنْشُرُ الحُرْمَةَ : أَنَّ الأَمَةَ يَصِحُّ نَظَرُ غيرِ المالِكِ إليها في الجُمْلَةِ ، وذلك في الوَجْهِ والكَفَّيْنِ كما تَقَدَّمَ ؛ «المسالك : ٢ / ٢٥٤» .

(٤) ... على أَنْ نَظَرَهَا بِشَهْوَةٍ مُحَرَّمٌ مُطْلَقًا ، وأَولَى مِنْهُ اللَمْسُ .
وإنَّما الكَلَامُ مَعَ عَدَمِ الشَّهْوةِ والرِّيْبَةِ ، ... كَنَظَرِ الطَّبِيْبِ ، ولَمْسِ العُضْو لِيَعْلَمَ حَالَهُ ...؛ «المسالك : ٢ / ٢٥٥» .

ومِن مَسَائلِ التَّحريمِ : مَقْصَدَان

الأَوَّلُ ؛ في : مَسَائِلَ من تَحْرِيْمِ الجَمع

وهي سِتٌّ [1] :

«الأُولى» : لو تَزَوَّجَ أُختَين ، كانَ العَقدُ لِلسَّابِقَةِ ، وبطَلَ عَقْدُ الثَّانيةِ . ولو تَزَوَّجَهما في عَقْدٍ واحِدٍ ؛ قيلَ : بَطَلَ نِكَاحُهُما . ورُوِيَ : أَنَّهُ يَتَخَيَّرُ أَيَّتَهما شَاءَ ؛ والأَوَّلُ أَشبَهُ ؛ وفي الرِّوَايَةِ ضَعْفٌ .

«الثَّانيةُ» : لو وطِيء أَمَةً بالمِلْكِ ، ثم تَزوَّجَ أُختَها ؛ قيلَ : يَصِحُّ ، وحَرُمَتِ المَوْطُوءَةُ بالمِلْكِ أَوَّلًا ، مادَامَت الثَّانِيَةُ في حِبَالِهِ . ولو كانَ لَهُ أَمَتَان فَوَطِئَهُما ؛ قيلَ : حَرُمَت الأُولى حتى تَخْرُجَ الثَّانِيَةُ من مِلْكِهِ ؛ وقِيْلَ : إِن كانَ لِجَهَالَةٍ لم تحرُمِ الأُولى ، وإِن كانَ مع العِلْمِ ، حَرُمَت حتَّى تخرُجَ الثَّانِيَةُ لا للعَوْدِ إِلى الأُولى . ولو أَخرَجَها للعَوْدِ والحَالُ هذهِ ، لم تَحِلَّ الأُولَى ؛ والوَجْهُ أَنَّ الثَّانِيَةَ تحرُمُ على التَّقْدِيْرَيْن دونَ الأُولى .

«الثَّالثةُ» : قِيْلَ : لايجوزُ للحُرِّ العَقْدُ على الأَمَةِ إِلَّا بِشَرْطَيْن :

عَدَمِ الطَّوْلِ [2] ؛ وهو عَدَمُ المَهْرِ والنَّفَقَةِ .

وخَوْفِ العَنَتِ ؛ وهو المَشَقَّةُ من التَّرْكِ.

وقيلَ : يُكرَهُ ذلك مِن دونِهما ؛ وهو الأَشهَرُ .

---

(١) في المُصَوَّرَة : «وهي خمسٌ» .

غير أَنَّ التعدادَ : سِتٌّ .

نعم ، وجدتُ في المُصَوَّرة خطًّا أُفقِيًّا على طولِ السَّادِسَة .

(٢) المُرَادُ بالطَّوْلِ : أَن يَجِدَ الحُرَّةَ ، ويَقْدِرَ على مَهْرِها وَنَفَقَتِها ، ويُمْكِنُهُ وطؤُها ؛ «الرَّوضة : ٥ / ١٩٤ بتصرُّف» .

وعلى الاَوَّلِ لا يَنْكَحُ اِلَّا اَمَةً [واحدةً] لِزَوَالِ العَنَت بِها .

ومَن قالَ بالثَّاني : اَبَاحَ اْثنَتَيْن ، اِقتصارًا في المنعِ على مَوْضِعِ الوِفاقِ .

«الرَّابعةُ» : لايجوزُ لِلْعَبْدِ اَن يتزوَّجَ اَكْثَرَ مِن حُرَّتين .

«الخَامِسَةُ» : لايَجُوزُ نِكَاحُ الاَمَةِ على الحُرَّةِ اِلَّا باذنِها ، فاِن بادَرَ كان العَقْدُ باطِلًا ؛ وقيلَ : كانَ للحُرَّةِ الخِيَارُ في الفَسْخِ والاِمْضَاءِ ، ولَها فَسْخُ عَقْدِ نفسِها ؛ والاَوَّلُ اَشبَهُ .

اَمَّا لو تَزَوَّجَ الحُرَّةَ على الاَمَةِ كانَ العَقْدُ ماضيًا ، ولَهَا الخِيَارُ في نَفْسِها اِن لم تَعْلَم . ولو جَمَعَ بينَهُما في عَقْدٍ واحِدٍ ، صَحَّ عَقْدُ الحُرَّةِ دونَ الاَمَةِ .

«السَّادِسَةُ» : اِذا دَخَلَ بِصَبِيَّةٍ لم تبلُغ تِسْعًا فاَفْضَاها ، حَرُمَ عليهِ وَطْؤُها ولم تخرُج مِن حِبالِهِ . ولو لم يُفْضِها ، لم تحرُم على الاَصَحِّ .

المَقْصَدُ الثَّاني ؛ في : مَسَائلَ من تَحْريمِ العَينِ

وهي سِتٌّ :

«الأُولى» : مَن تَزَوَّجَ اِمْرَاَةً في عِدَّتِها عالِمًا ، حَرُمَتْ عليهِ اَبدًا . واِن جَهِلَ العِدَّةَ والتَّحْرِيمَ ودَخَلَ ، حَرُمَت اَيضًا . ولو لم يدخُل ، بَطَلَ ذلك العَقدُ ، وكانَ لَهُ استِئْنَافُهُ .

«الثَّانيةُ» : اِذَا تزوَّجَ في العِدَّة ودَخَلَ فحَمَلَت ؛ فاِن كان جَاهِلًا ، لَحِقَ بِهِ الوَلَدُ ، اِن جاءَ لِستَّةِ اَشْهُرٍ فَصَاعِدًا منذُ دَخلَ [بها] ، وفُرِّقَ بينَهُما ، ولَزِمَهُ المُسَمَّى ، وتُتِمُّ العِدَّةَ الأُوْلَى [1] وتَستأنِفُ اُخْرَى للثَّاني ؛ وقيلَ : يُجْزِىء عِدَّةٌ واحِدَةٌ .

ولَهَا مَهرُها على الاَوَّلِ ، ومَهْرٌ على الاَخير اِن كانَتْ جاهِلَةً بالتَّحريم ؛

---

(١) وفي الجواهر : «للاَوَّل» .

ومع عِلْمِها فَلَا مَهْرَ .

«الثَّالِثَةُ» : مَن زَنَا بامْرَاَةٍ، لم يحرُم عليهِ نِكَاحُها. وكذا لو كانَت مَشْهُورَةً[1] [ورقة ١٢١ لوحة ب] بالزِّنَا . وكذا لو زَنَت اِمرَاَتُهُ ، وإن اَصَرَّت ، على الاَصَحِّ . ولو زَنَا بِذَاتِ بَعلٍ ، اَو في عِدَّةٍ رَجْعِيَّةٍ ، حَرُمَت عليهِ اَبدًا في قولٍ مشهورٍ .

«الرَّابعةُ» : مَن فَجَرَ بِغُلَامٍ فاَوقَبَهُ ، حَرُمَ على الواطىءِ العَقْدُ على اُمِّ المَوْطوءِ واُختِهِ وبِنْتِهِ . ولا تحرُمُ اِحْدَاهُنَّ ، لو كانَ عَقْدُها سابقًا .

«الخَامِسَةُ» : اِذا عَقَدَ المُحْرِمُ [2] ، على اَمْرَاَةٍ عالِمًا بالتَّحْريم ، حَرُمَت عليه اَبَدًا . ولو كانَ جاهلًا ، فسُدَ عَقدُهُ ولم تحرُم .

«السَّادِسَةُ» : لا تحِلُّ ذاتُ البَعْل لِغَيْرِهِ ، اِلَّا بعدَ مُفَارَقَتِهِ ، واَنْقِضَاءِ العِدَّةِ اِن كانَتْ ذاتَ عِدَّةٍ .

السَّبَبُ الرَّابِعُ : اِسْتِيْفَاءُ العَدَدِ

وهو قِسْمانِ :

[القِسْمُ] الاَوَّلُ :

اِذا اَسْتَكْمَلَ الحُرُّ اَربعًا بالعَقْدِ الدَّائمِ ، حَرُمَ عليهِ مازَادَ غِبطَةً . ولا يحِلُّ لَهُ من الاِمَاءِ بالعَقْدِ ، اَكثَرُ من اَثْنَتَيْن من جُمْلَةِ الاَربعِ . واِذا اَستَكْمَلَ العَبْدُ

---

(١) هذا هو المَشْهُورُ . ومُسْتَنَدُهُ : الاَصْلُ ، والخَبَرُ السَّابقُ ؛ المُتَضَمِّنُ لـ : اَنَّ الحَرَامَ لا يُحَرِّمُ الحَلَالَ ؛ مؤيَّدًا بِمُوَثَّقَةِ عَبَّادِ بنِ صُهَيْب ؛ عن الصادق «ع» ، قال : «لابأس اَن يَمْسِكَ الرَّجُلُ اِمراَتَهُ ، اِن رآها تزني اِذا كانت تزني ، واِن لم يُقَمْ عليها الحَدُّ ، فليس عليهِ من اِثمِها شَيءٌ ...؛ «المسالك : ٢ / ٢٥٩» .

(٢) بِفَرْضٍ اَو نَفْلٍ ، بِحَجٍّ اَو عُمْرَةٍ ، بعدَ اِفْسَادِهِ العَمَلَ وقَبْلَهُ ؛ «الرَّوضة : ٥ / ٢٠٤ بتصرُّف» .

اَربعًا من الاِمَاء [بالعَقْدِ] ، اَو حُرَّتَيْن اَو حُرَّةً واَمَتَيْن ، حَرُمَ عليهِ ما زَادَ . ولِكُلٍّ منهما اَن ينكَحَ بالعَقْدِ المُنْقَطِعِ ما شَاءَ ، وكذا بِمِلْكِ اليَمِيْن .

مسألتان :

«الأُولَى» : اِذا طَلَّقَ واحِدَةً مِن الاَربع ، حَرُمَ عليه العَقْدُ على غيرِها ، حتَّى تَنْقَضِيَ عِدَّتُها اِن كانَ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا . ولوكان بائنًا ، جازَ لَهُ العَقْدُ على أُخرى [1] في الحَالِ . وكذا الحُكْمُ في نِكَاحِ أُخْتِ الزَّوْجَةِ على كَرَاهِيَةٍ معَ البَيْنُونَةِ .

«الثَّانية» : اِذا طلَّقَ اِحْدَى الاَربع بائنًا ، وتَزَوَّجَ اَثْنَتَيْن ، فاِن سَبَقَتْ اِحدَاهُما كانَ العَقْدُ لها ، واِن اتَّفَقَتَا في حَالَةٍ بَطَلَ العَقْدَان . ورُوِيَ : اَنَّهُ يَتَخَيَّرُ ؛ وفي الرِّوَايَةِ ضَعْفٌ .

القِسْمُ الثَّاني :

اِذا اَسْتَكْمَلَتِ الحُرَّةُ ثَلَاثَ طَلْقَاتٍ ، حرمُت على المُطَلِّق حتَّى تَنْكِحَ زوجًا غيرَهُ ، سَوَاءٌ كانَتْ تحتَ حُرٍّ اَو [تحتَ] عَبْدٍ . واِذا اَسْتَكْمَلَتِ الاَمَةُ طَلْقَتَين ، حَرُمَتْ عليه ، حتَّى تنكِحَ زوجًا غيرَهُ ، ولو كانَتْ تحتَ حُرٍّ . واِذا اَستكمَلَتِ المُطَلَّقَةُ تِسْعًا للعِدَّةِ ، يَنْكَحُها بينَهُما رجُلَان ، حَرُمَت على المُطَلِّق اَبدًا .

السَّبَبُ الخَامِسُ : اللِعانُ

وهو سَبَبٌ ؛ لِتَحْرِيمِ المُلَاعَنَةِ تحريمًا مُؤَبَّدًا [2] .

---

(١) في المسالك والجواهر : «الأُخْرَى» .

(٢) وسيأتي تفصيلُهُ في كِتَابِ اللِعَان .

وكَذَا قَذْفُ الزَّوْجَةِ الصَّمَّاء أَو الخَرْسَاء ، بما يُوجِبُ اللِعَانَ ، لو لَم تكُن كَذَلكَ [1] .

السَّبَبُ السَّادِسُ : الكُفْرُ

والنَّظَرُ فيهِ ؛ يَسْتَدْعي بيانَ مَقَاصِدَ :

«الأَوَّلُ» ؛ [في : مَن يَجُوزُ للمُسْلمِ نِكَاحُهُ]

لايَجُوزُ للمُسلمِ نِكَاحُ غَيْرِ الكِتابيَّةِ إجماعًا ؛ وفي تَحْريمِ الكِتَابِيَّةِ مِن اليَهُودِ والنَّصَارى رِوَايتان ؛ أَشهرُهُما المَنْعُ في النِّكَاحِ الدَّائمِ ، والجَوَازُ في المُؤَجَّل ومِلْكِ اليَمين . وكذا حُكْمُ المَجُوس على أَشْبَهِ الرِّوايتين .

ولو ٱرتَدَّ أَحَدُ الزَّوْجين قبلَ الدُّخولِ ، وقَعَ الفَسْخُ في الحَالِ ، وسَقَطَ المَهْرُ إن كانَ من المَرْأَةِ ، ونِصْفُهُ إن كانَ من الرَّجُلِ . ولو وَقَعَ بعدَ الدُّخولِ ، وقَفَ الفَسْخُ على ٱنْقِضَاءِ العِدَّةِ من أَيِّهما كان ، ولا يسقُطُ شيءٌ من المَهْرِ ، لِاستِقْرَارِهِ بالدُّخولِ .

وإن [2] كانَ الزَّوْجُ وُلِدَ على الفِطْرَةِ فارتَدَّ ، ٱنْفَسَخَ النِّكَاحُ في الحَالِ ، ولو كانَ بعدَ الدُّخُولِ ، لِأَنَّهُ لا يُقبَلُ عَوْدُهُ .

واذا أَسْلَمَ زَوْجُ الكِتَابيَّةِ ، فهو على نِكَاحِهِ ، سَوَاءٌ كانَ قبلَ الدُّخولِ أَو

---

(١) والمُسْتَنَدُ : رِوَاية أَبي بصير ، عن أَبي عبدالله «ع» ؛ أَنَّهُ سُئِلَ عن رَجُلٍ قَذَفَ ٱمْرَأَتَهُ بالزِّنا ، وهي صَمَّاءُ خرْسَاءُ ولاتَسْمَعُ ما قالَ ؟

فقالَ : إن كان لَها بَيِّنَةٌ تشهَدُ لها عندَ الإمَام ، جُلِدَ الحَدَّ وفُرِّقَ بينَهُما ثم لا تَحِلُّ لَهُ أَبدًا .

وإن لـم تَكُـنْ لَهـا بَيِّنَـةٌ ، فَهي حَرَامٌ عليهِ ما قامَ مَعَها ، ولا إِثْمَ عليها مِنْهُ ...؛ «المسالك : ٢ / ٢٦١» .

(٢) بداية : ورقة ١٢٢ ، لوحة أ ؛ من مُصَوَّرَةِ المخطوطةِ .

بعدَهُ . ولو اَسلَمَتْ زَوْجَتُهُ قبلَ الدُّخُول ، اِنْفَسَخَ العَقْدُ ولا مَهْرَ . واِن كانَ بَعْدَ الدُّخُولِ ، وقَفَ الفَسْخُ على اَنْقِضَاءِ العِدَّةِ .

وقيلَ : اِن كان الزَّوْجُ بِشَرائطِ الذِّمَّةِ ، كانَ نِكَاحُهُ باقيًا ، غير اَنَّهُ لا يُمَكَّنُ من الدُّخُولِ عليها ليلًا ، ولا من الخَلْوَةِ بها نَهَارًا ؛ والاَوَّلُ اَشبَهُ .

واَمَّا غيرُ الكِتَابِيِّين ، فاِسلَامُ اَحَدِ الزَّوجين ، مُوْجِبٌ لِاِنْفِسَاخِ العَقْدِ في الحَالِ ، اِن كانَ قبلَ الدُّخُولِ . واِن كانَ بعدَهُ ، وقَفَ على اَنقِضَاءِ العِدَّةِ . ولو اَنْتَقَلَت زَوْجَةُ الذِّمِّيِّ ، اِلى غيرِ دِينها من مِلَلِ الكُفر ، وقَعَ الفَسْخُ في الحالِ ، ولو عادَت الى دِينها ؛ وهو بِنَاءً على اَنَّهُ لا يُقبَلُ منها اِلَّا الاِسلام .

واِذا اَسلَمَ الذِّمِّيُّ ، على اَكْثَرَ من اَربعٍ من المَنْكُوْحَاتِ بالعَقْدِ الدَّائمِ ؛ اِسْتَدَامَ اَرْبَعًا من الحَرَائرِ ، اَو اَمَتَين وحُرَّتين . ولو كانَ عبدًا ، اِسْتَدَامَ حُرَّتَين ، اَو حُرَّةً واَمَتَين ، وفارَقَ سَائِرَهُنَّ . ولو لم يزِد عَدَدُهُنَّ عن القَدْرِ المُحَلَّلِ لَهُ ، كانَ عَقْدُهُنَّ ثَابِتًا .

وليسَ للمُسْلِم اِجْبَارُ زَوْجَتِهِ الذِّمِّيَّةِ على الغُسْلِ [1] ، لِاَنَّ الاستِمْتَاعَ ممكِنٌ من دونِهِ . ولو اتَّصَفَت بما يمنَعُ الاِسْتِمْتَاعَ كالنَّتَنِ الغَالِبِ ، وطُوْلِ الاَظفارِ المُنَفِّرِ ، كانَ لَهُ اِلْزَامُها بِاِزَالَتِهِ . ولَهُ منعُها من الخُرُوجِ اِلى الكَنَائسِ والبِيَعِ ، كما لَهُ مَنْعُها من الخُرُوجِ مِنْ مَنْزِلِهِ . وكذا لَهُ مَنْعُها من شِرْبِ الخَمْرِ ، واَكْلِ لَحْمِ الخِنزِيرِ واَسْتِعْمَالِ النَّجَاسَاتِ .

المَقْصَدُ الثَّاني ؛ في : كَيْفِيَّةِ الاِخْتِيَارِ

وهو اِمَّا بالقَوْلِ الدَّالِّ على الاِمْسَاك ؛ كَقَوْلِهِ : اخْتَرْتُكِ اَو اَمسَكْتُكِ وما

---

(١) لا فَرْقَ في الغُسْلِ الَّذي لَيْسَ لَهُ اِجْبَارُهَا عليهِ ؛ بَيْنَ غُسْلِ الحَيْضِ والجَنَابَةِ عِنْدَنا ، لِعَدَمِ تَوَقُّفِ الاستِمْتَاعِ عليهِ ...؛ «المسالك : ٢ / ٢٦٣» .

أَشبَهَهُ . ولو رَتَّبَ الاِخْتِيَارَ ، ثَبَتَ عَقْدُ الاَرْبعِ الأُوَلِ ، وٱنْدَفَعَ البَوَاقي . ولو قالَ لِمَا زادَ على الاَربعِ : اِخْتَرْتُ فِرَاقَكُنَّ ، اِنْدَفَعنَ ، وثَبَتَ نِكَاحُ البَواقي . ولو قالَ لِوَاحِدَةٍ : طلَّقتُكِ ، صَحَّ نِكَاحُها وطُلِّقَت [1] ، وكانَتْ من الاَربع . ولو طَلَّقَ اَرْبَعًا ، اِنْدفَعَ البَوَاقي ، وثَبَتَ نِكَاحُ المُطَلَّقَاتِ ثم طُلِّقنَ بالطَّلَاقِ ، لِاَنَّهُ لا يُواجَهُ بِهِ اِلَّا الزَّوْجَةُ ، اِذ مَوْضُوعُهُ اِزَالَةُ قَيْدِ النِّكاحِ .

والظِّهَارُ والاِيلَاءُ ليسَ [لَهما] دَلَالةٌ على الاِختِيَار ، لِاَنَّهُ قد يُوَاجَهُ بِهِ غيرُ الزَّوْجَةِ .

واِمَّا بالفِعْلِ ؛ فَمِثْلُ اَن يَطَاَ [2] ، اِذ ظَاهِرُهُ الاِختِيَارُ . ولو وطِيءَ اَربَعًا ثَبَتَ عَقدُهُنَّ وٱنْدفَعَ البَواقي . ولو قبَّلَ ، اَو لَمَسَ لِشَهْوَةٍ ، يُمكِنُ اَن يُقالَ : هو ٱختِيَارٌ ، كما هو رَجْعَةٌ في حَقِّ المُطَلَّقَةِ ، وهو يُشْكِلُ بما يَتطرَّقُ اِليهِ من الاِحتمال .

[المَقْصَدُ] الثَّالِثُ ؛ في : مَسَائِلَ مُرَتَّبَةٍ على ٱختِلَافِ الدِّين

«الأُولـى» : اِذا تزوَّجَ ٱمراَةً وبِنْتَها ، ثم اَسلَمَ [ورقة ١٢٢ لوحة ب] بعدَ الدُّخُولِ بهِما ، حَرُمَتا. وكذا لو كانَ دَخَلَ بالأُمِّ . اَمَّا لو لم يَكُنْ دخَلَ بواحِدةٍ ، بطَلَ عَقْدُ الأُمِّ دونَ البِنْتِ ، ولا ٱختِيَارَ . وقالَ الشَّيخُ : لَهُ التَّخْيِيْرُ ؛ والاَوَّلُ اَشبَهُ . ولو اَسلَمَ عن اَمَةٍ وبِنْتِها ، فاِن كانَ وَطِئَهُمَا ، حَرُمتا . واِن كان وطِيءَ

---

(١) من جُمْلَةِ الاَلْفَاظ الدَّالَّةِ على الاختِيَارِ ، الطَّلَاقُ لواحدةٍ اَو اَزْيَد ؛ فاِنَّهُ يكونُ تعيينًا للمُطَلَّقَةِ ، لِاَنَّ الطَّلَاق موضوعٌ لاِزَالَةِ قَيْدِ النِّكَاحِ ، فلا يُوَاجَهُ بِهِ اِلَّا الزَّوْجَةُ ، فاِذا خَاطَبَ واحدةً مِنْهُنَّ بِهِ ، كان ذلك دَليلًا على اختِيَارِها زَوْجةً اَوَّلًا ، ثم يَقَعُ بِهِ الطَّلَاقُ اِن حَصَلَتْ شَرَائِطُهُ ؛ «المسالك : ٢ / ٢٦٣» .

(٢) في المسالك الحجريَّة : واِمَّا بالفِعْلِ مثلُ ...

اِحدَاهُما ، حَرُمَت الأُخرى . وإن لم يكن وَطِيءَ واحِدَةً ، تخيَّرَ . ولو اَسلَمَ عن اُختَين ، تخيَّرَ اَيَّتَهُما شاءَ ولو كانَ وَطِئَهُمَا . وكذا لو كان عندَهُ ، امراَةٌ وعمَّتُها اَو خالتُها ، ولم تُجز الخالةُ ولا العمَّةُ الجَمْعَ [1] . اَمَّا لو رَضِيَتا ، صَحَّ الجَمْعُ . وكذا لو اَسْلَمَ عن حُرَّةٍ واَمَةٍ .

«الثَّانِيَةُ» : اِذا اَسلَمَ المُشْرِكُ ، وعِنْدَهُ حُرَّةٌ وثَلَاثُ اِمَاءٍ [بالعَقْدِ] ، فاَسلَمْنَ مَعَهُ ، تخيَّرَ مع الحُرَّةِ اَمَتَيْنِ ، اِذا رَضِيَتِ الحُرَّةُ . ولو اَسْلَمَ الحُرُّ وعندَهُ اَرْبَعُ اِمَاءٍ بالعَقْدِ ، تخيَّرَ اَمَتين . ولو كُنَّ حَرَائرَ ثَبتَ عَقْدُهُ عَلَيْهِنَّ . وكذا لو اَسْلَمْنَ قبلَ اَنْقِضَاءِ العِدَّةِ . ولو كُنَّ اَكْثَرَ من اَربعٍ ، فاَسْلَم بعضُهُنَّ ، كان بالخِيَار بينَ اَختِيَارِهِنَّ و [بينَ] التَّربُّصِ. فإن لَحِقنَ بِهِ ، اَو بَعْضُهُنَّ ، ولم يَزِدْنَ عن اَرْبعٍ ، ثَبتَ عقدُهُ عليهِنَّ . وإن زِدنَ عن اَربعٍ تخيَّرَ اَربعًا . ولو اَخْتَارَ مَن سَبَقَ اِسْلَامُهُنَّ ، لم يكُن لَهُ خِيَارٌ في البَاقِيَاتِ ، ولو لَحِقنَ بِهِ قبلَ العِدَّةِ .

«الثَّالِثَةُ» : لو اَسلَمَ العَبْدُ وعندَهُ اَرْبَعُ حَرَائرَ وَثَنِيَّاتٍ ، فاَسْلَمَ مَعَهُ اَثنَتَان ، ثم اُعتِقَ ولَحِقَ بِهِ مَن بَقِيَ ، لم يزِدْ على اَختِيَارِ اَثنَتَين ، لِاَنَّهُ كَمَالُ العَدَدِ المُحَلَّلِ لَهُ . ولو اَسلَمْنَ [كُلُّهُنَّ] ثم اُعتِقَ ثم اَسْلَمَ ، اَو اَسْلَمْنَ بعدَ عِتْقِهِ واِسْلَامِهِ في العِدَّةِ ، ثَبتَ نِكاحُهُ عَلَيْهِنَّ ، لاتِّصَافِهِ بالحُرِّيَّةِ المُبِيْحَةِ للاَربعِ ؛ وفي الفَرْقِ اِشكالٌ .

«الرَّابعةُ» : اِخْتِلَافُ الدِّين فَسْخٌ لا طَلَاقٌ . فإن كانَ من المَراَةِ قبلَ الدُّخولِ ، سَقَطَ بِهِ المَهْرُ . وإن كانَ من الرَّجُلِ فَنِصْفُهُ ، على قَوْلٍ مَشْهورٍ . وإن كان بعدَ الدُّخولِ ، فَقَد اسْتَقَرَّ ، ولم يسقُط بالعَارِضِ . ولو كان المَهْرُ فاسِدًا ، وَجَبَ بِهِ مَهْرُ المِثْلِ مع الدُّخول . وقبلَهُ نصفُهُ ، إن كانَ الفَسْخُ من الرَّجُل . ولو

---

(١) في الجواهر : وَلَم تُجز العَمَّةُ ولا الخالَةُ الجَمْعَ .

لم يُسَمِّ مَهْرًا والحَالُ هذِهِ ، كانَ لها المُتْعَةُ كالمُطَلَّقَةِ ؛ وفيهِ تردُّدٌ . [ولو دَخَلَ الذِّمِّيُّ واَسلَمَ ، وكانَ المَهْرُ خَمرًا ولم تَقْبِضْهُ ؛ قيلَ : سقَطَ ؛ وقيل : يَجِبُ مَهْرُ المِثْلِ ، وقيلَ : يَلْزَمُهُ قِيْمَتُهُ عندَ مُسْتَحِلِّيهِ ، وهو اَصَحُّ .] (١)

«الخَامِسَةُ» : إِذَا اَرْتَدَّ المُسْلِمُ بعدَ الدُّخُول ، حَرُمَ عليه وطْيُ زَوْجتِهِ المُسْلِمَةِ ، وَوَقَفَ نِكاحُها على اَنقضَاءِ العِدَّة . فلو وَطِئَها لشُبْهَةٍ ، وبَقِيَ على كُفرِهِ إلى اَنْقِضَاءِ العِدَّةِ ؛ قالَ الشَّيْخُ : عَلَيْهِ مَهْران : الاَصليُّ بالعَقدِ ، واَخَرُ للوطْيِ بالشُّبْهَةِ ؛ وهو يُشْكِلُ ، بما اَنَّها في حُكمِ الزَّوْجَةِ (٢) ، إذا لم يكُن عن فِطْرَةٍ .

«السَّادِسَةُ» : إذا اَسلَمَ ، وعندَهُ اَربعُ وَثَنِيَّات مَدْخُولٌ بِهِنَّ ، لم يكن لَهُ العَقْدُ على أُخرى ، ولا على أُختِ إِحْدَى زَوْجَاتِهِ ، حتى تَنْقَضِيَ العِدَّةُ مع بقائِهِنَّ على الكُفْرِ (٣) . ولو اَسلَمَت الوَثَنِيَّةُ ، فتزوَّجَ زوجُها بأُخْتِها قبلَ إِسْلَامِهِ ، واَنْقَضَت العِدَّةُ وهو على كُفرِهِ ، صَحَّ عَقْدُ الثَّانيةِ . [ورقة ١٢٣ لوحة اَ] فلو اَسلَمَا (٤) قبلَ اَنقِضَاءِ عِدَّةِ الأُولى تخَيَّرَ ، كما لو تزوَّجَهما وهيَ كافِرَةٌ (٥) .

«السَّابِعَةُ» : إذا اَسْلَمَ الوَثَنِيُّ ثم اَرْتَدَّ ، واَنْقَضَت عِدَّتُها على الكُفرِ فَقَد

---

(١) وجدتُ هذهِ الجُملَةَ ، المحصورةَ بينَ قَوْسَين مُرَكَّنَيْن ، مُدَوَّنةً بخطٍ ناعمٍ مُغَايرٍ لِخَطِّ المَتْن ، وفي الجانب الاَيْسَر ؛ مُقَابل عبارة : «وفيهِ تَرَدُّدٌ» .

(٢) وفي الجواهر : «وهو يُشْكِلُ بأنَّها في حُكْمِ الزَّوجَةِ» .

(٣) لِاَنَّهُنَّ لم يَخْرُجْنَ عن الزَّوْجِيَّةِ مُطْلَقًا ، لِرَجَاءِ رُجُوعِهِنَّ في العِدَّةِ ، فَيَعُدْنَ الى الزَّوْجِيَّةِ بالنِّكَاحِ السَّابِقِ ، فكانَ ذلك كالعِدَّةِ الرَّجْعِيَّةِ الَّتي لا يَصِحُّ فيها نِكَاحُ الخَامِسَةِ ، ولا اُخْتِ المُطَلَّقَةِ ؛ «المسالك : ٣ / ٢٦٥» .

(٤) في الجواهر : «نَعَم ، لو اَسلمَا» .

(٥) في النُّسخ المُتَدَاولة : فلو اَسْلَمَ ... كما لو تزوَّجَها وهي كافِرة .

بانَت منهُ . ولو اَسلَمَت في العِدَّةِ ، ورجَعَ الى الاِسلام في العِدَّةِ ، فهوَ اَحَقُّ بها. وإن خَرَجَت وهو كَافِرٌ ، فلا سَبِيْلَ لَهُ عليها .

«الثَّامِنَةُ» : لو ماتَتْ اِحداهُنَّ بعدَ اِسلَامِهِنَّ ، قبلَ الاِختِيَار ، لم يبطُلِ اَختِيَارُهُ لَها ، فاِن اَخْتَارَها وَرِثَ نصيبَهُ منها . وكذا لو مُتْن كُلُّهُنَّ كانَ لَهُ الاِخْتِيَارُ . فاِذا اَخْتَارَ اَربعًا وَرِثَهُنَّ ، لِاَنَّ الاخْتِيَارَ ليسَ اَستِئْنَافَ عَقدٍ ، واِنَّما هو تَعْيِيْنٌ لِذَاتِ العَقْدِ الصَّحِيْحِ . ولوماتَ ومُتْنَ ؛ قيلَ : يبطُلُ الخِيَارُ ، والوَجْهُ اَستِعمَالُ القُرْعَةِ ، لِاَنَّ فيهِنَّ وارِثَاتٍ وموروثاتٍ . ولو ماتَ الزَّوْجُ قبلَهُنَّ ، كـانَ عليهن الاِعْتِدَادُ مِنهُ ، لاَنَّ منهُنَّ مَن تَلْزَمُهُ العِدَّةُ ، ولَمَّا لم يحصُلِ الاِمْتِيَازُ ، اُلزِمنَ العِدَّةَ احتِيَاطًا بأبعدِ الاَجَلَيْن . اِذ كلُّ واحدةٍ يُحْتَمَلُ اَن تكونَ هي الزَّوْجَةُ ؛ واَلَّا تكونَ ؛ فالحَامِلُ تعتَدُّ بِعِدَّةِ الوَفَاةِ وَوَضْعِ الحَمْلِ ، والحائِلُ تعتدُّ بأبعدِ الاَجَلَيْن مِن عِدَّةِ الطَّلَاقِ والوَفَاةِ .

«التَّاسِعَةُ» : اِذا اَسْلَم واَسْلَمْنَ ، لَزِمَهُ نَفَقَةُ الجَمِيْعِ حتَّى يختَارَ اَربعًا ، فتسقُطُ نَفَقَةُ البَواقي ، لِاَنَّهُنَّ في حُكْمِ الزَّوْجَات . وكذا لو اَسلَمْنَ اَو بَعْضُهُنَّ وهو على كُفرِهِ . ولو لم يَدْفَع النَّفَقَةَ ، كانَ لَهُنَّ المُطَالَبَةُ بها عن الحاضرِ والماضي ، سَوَاءٌ اَسلَمَ اَو بقيَ على الكُفرِ ، ولا تَلْزَمُهُ النَّفَقَةُ لو اَسلَمَ دونَهُنَّ ، لِتَحَقُّقِ مَنْعِ الاِستمتاعِ مِنهُنَّ . ولو اَخْتَلَفَ الزَّوجان في السَّابقِ الى الاِسلام ؛ فالقَوْلُ قولُ الزَّوجِ ، استصحابًا للبَرَاءَةِ الاَصليَّةِ . ولو ماتَ ، وَرِثَهُ اَربعٌ منهُنَّ، لكن لمَّا لم يَتَعَيَّن ، وَجَبَ اِيْقَافُ الحِصَّةِ عليهِنَّ ، حتَّى يَصْطَلِحْنَ ؛ والوجهُ القُرعةُ اَو التَّشريكُ . ولو ماتَ قبلَ اِسْلَامِهِنَّ ، لم يُوْقَف شيءٌ ، لِاَنَّ الكافرَ لايَرِثُ المُسْلِمَ . ويُمكِنُ اَن يُقَالَ : تَرِثُ مَن اَسلَمَتْ قَبْلَ القِسْمَةِ .

«العاشرةُ» : رَوَى عمَّارُ السَّاباطي ، عن اَبي عبدِالله «عليهِ السَّلام» : «انَّ اِباقَ العبدِ طَلَاقُ اَمْرَاَتِهِ ، واِنَّهُ بمنزلَةِ الاِرْتِدَاد ؛ فاِن رَجَعَ وهي في العِدَّةِ ،

فهي ٱمْرَأَتُهُ بالنِّكَاحِ الاَوَّلِ ؛ وإن رَجَعَ بعدَ العِدَّةِ وقد تَزَوَّجَت ، فلا سبيلَ لَهُ عليها» [1] ؛ وفي العَمَلِ بِها تردُّدٌ ، مُسْتَنَدُهُ ضَعْفُ السَّنَدِ .

مسائلُ من لَوَاحِقِ العَقْدِ

وهي سَبْعٌ :

«الأُولى» : الكَفَاءَةُ شَرْطٌ في النِّكاحِ ، وهي التَّساوي في الاِسْلَام . وهل يُشْتَرَطُ التَّسَاوي في الاِيمان ؟ فيهِ رِوَايَتَان ؛ اَظهَرُهُما الاِكتِفَاءُ بالاِسلام ، وإن تاَكَّدَ ٱسْتِحْبَابُ الاِيمان ؛ وهو في طَرَفِ الزَّوْجَةِ اَتَمُّ ، لِاَنَّ المَرْاَةَ تأخُذُ مِـن دِيْـن بعلِهـا .

نَعـم ، لا يَصِـحُّ نِكَاحُ النَّاصِبِ ، المُعْلِن بِعَدَاوَةِ اَهلِ البيتِ [عليهم الصَّلاةُ والسَّلامُ] ، [ورقة ١٢٣ لوحة ب] لِاِرْتِكَابِهِ ما يُعلَمُ بُطْلَانُهُ من دِيْنِ الاِسلام . وهل يُشْتَرَطُ تَمَكُّنُهُ من النَّفَقَةِ ؟ قيلَ : نَعم ؛ وقيلَ : لا ؛ وهو الاَشْبَهُ.

ولـو تَجدَّدَ عَجْزُ الزَّوْجِ عن النَّفَقَةِ ، هل تَتَسَلَّطُ على الفَسْخِ ؟ فيهِ رِوَايَتَان ، اَشهَرُهُما اَنَّهُ ليسَ لها [ذلك] . ويجوزُ اِنْكَاحُ الحُرَّةِ العَبْدَ ، والعَرَبِيَّةِ العَجَمِيَّ ، والهاشِمِيَّةِ غيرَ الهَاشِمِيِّ ، وبالعَكْسِ . وكذا اَربَابِ الصَّنَائِعِ الدَّنِيَّةِ بِذَوَاتِ الدِّين و البُيُوتَات . ولو خَطَبَ المُؤمِنُ القادِرُ على النَّفَقَةِ ، وَجَبَ اِجَابتُهُ ، وإن كانَ اَخفَضَ نَسَبًا . ولو ٱمْتَنَعَ الوَلِيُّ ، كان عاصِيًا . ولو ٱنْتَسَبَ الزَّوْجُ اِلى قَبِيْلَةٍ ، فبانَ من غيرها ، كان للزَّوْجَةِ الفَسْخُ ؛ وقيلَ : ليسَ لها ؛ وهو اَشبَهُ .

ويُكرَهُ : اَن يُزوِّجَ الفَاسِقُ ، ويتاَكَّدُ في شَارِبِ الخَمْرِ ؛ واَن تُزوَّجَ المُؤمِنَةُ

---

(١) الوسائل : كتابُ النِّكَاحِ ، باب ٧٣ ، حديث ١ .

بالمُخَالِفِ ، ولابأسَ بالمُسْتَضْعَفِ ، وهو الَّذي لا يُعرَفُ بِعِنادٍ .

«الثَّانيةُ» : إذا تَـزَوَّجَ ٱمْرَاَةً ، ثم عَلِمَ أنَّها كانَتْ زَنَت ، لم يكن لَهُ فَسْخُ العَقْدِ ، ولا الرُّجُوعُ على الوَلِيِّ بالمَهرِ . ورُوِيَ اَنَّ لَهُ الرُّجُوعَ ، ولَهَا الصَّدَاقُ بما ٱستَحَلَّ من فَرْجِها ؛ وهو شاذٌّ .

«الثَّالثةُ» : لايَجُـوزُ التَّعريضُ بالخِطْبَـةِ ، لذاتِ العِدَّةِ الرَّجْعِيَّةِ ، لِاَنَّها زَوْجَةٌ [1] . ويجوزُ للمُطَلَّقَةِ ثَلَاثًا ، من الزَّوجِ وغيرِهِ . ولايَجُوزُ التَّصْرِيحُ لها مِنْهُ ولا مِن غيرِهِ . اَمَّا المُطَلَّقَةُ تسعًا للعِدَّةِ ، ينكَحُها بينَها رجلان ، فلا يجوزُ التَّعْرِيضُ لها من الزَّوْج [2] ، ويَجُوزُ من غيرِهِ . ولا يجوزُ التَّصْرِيحُ في العِدَّةِ ، منهُ ولا من غيرِهِ. واَمَّا المُعْتَدَّةُ البَائِنةُ، سَوَاءٌ كانت عن خُلعٍ اَو فَسْخٍ، يجوزُ [3] التَّعريضُ من الزَّوْجِ وغيرِهِ ، والتَّصريحُ من الزَّوْجِ دونَ غيرِهِ . وصورَةُ التَّعريضِ ؛ اَن يقولَ : رُبَّ راغبٍ فيكِ ، اَو حريصٍ عليكِ ، وما اَشبَهَهُ . والتَّصْرِيحُ اَن يُخَاطِبَها بما لا يَحْتَمِلُ اِلَّا النِّكَاحَ ؛ مثلُ اَن يَقُولَ : إذا ٱنْقَضَتْ عِدَّتُكِ تزوَّجتُكِ . ولو صَرَّح بالخِطْبَةِ في مَوْضعِ المَنْعِ ، ثم ٱنقَضَتِ العِدَّةُ فَنَكَحَها ، لم تَحرُمْ .

«الرَّابعةُ» : إذا خَطَبَ فاَجَابَتْ ؛ قيلَ : حَرُمَ على غيرِهِ خِطْبَتُها . ولو تزَوَّجَ ذلكَ الغيرُ ، كانَ العَقْدُ صَحِيْحًا .

«الخامسةُ» : إذا تَزَوَّجَتِ المُطَلَّقَةُ ثَلَاثًا ، فلو شَرَطَتْ في العَقْدِ ، اَنَّهُ إذا حَلَّلَها فلا نِكَاحَ بَيْنَهما ، بطَلَ العَقْدُ ؛ ورُبَّما قيلَ : يَلْغُو الشَّرْطُ . ولو شَرَطَت الطَّلَاقَ ؛ قيلَ : يَصِحُّ النِّكَاحُ ويبطُلُ الشَّرْطُ . وإن دخَلَ بها فَلَها مَهْرُ المِثْل .

---

(١) في النُّسخ المُتَدَاولة : في حُكْمِ الزَّوجة .

(٢) لِامْتِنَاعِ نِكَاحِهِ لَهَا ؛ «الرَّوضة : ٥ / ٢٤٠» .

(٣) في الجواهر : فيجوزُ .

اَمَّـا لو لم يُصَرِّح بالشَّرْطِ في العَقْدِ ، وكان ذلكَ في نِيَّتِهِ اَو نِيَّةِ الزَّوْجَةِ اَو الوَلِيِّ ، لم يفسُد . وكُلُّ مَوْضِعٍ قيلَ : يَصِحُّ العَقْدُ ، فَمَعَ الدُّخول ، تَحِلُّ للمُطَلِّقِ مع الفُرْقَةِ وآنْقِضَاءِ العِدَّة . وكُلُّ مَوْضِعٍ قيلَ : يفسُدُ ، لاتَحِلُّ [لَهُ] ، لِاَنَّهُ لا يكفي الوَطْيُ ، مالم يكُن عن عَقْدٍ صَحِيْحٍ .

«السَّادسةُ» : نِكَاحُ [ورقة ١٢٤ لوحة اَ] الشِغَارِ باطِلٌ ؛ وهو : اَن تُزوَّجَ امراَتان بِرَجُلَيْن ، على اَن يكونَ مهرُ كُلِّ واحدةٍ [منهُما] نِكاحَ الأُخْرَى . اَمَّا لـو زَوَّجَ الوَلِيَّانِ كلُّ [واحدٍ] منهما صَاحِبَه ، وشَرَطَ [1] لِكُلِّ واحِدَةٍ مَهْرًا مَعلُومًا ، فإنَّهُ يَصِحُّ . ولو زَوَّجَ اَحدُهما الآخَر ، وشرَطَ اَن يُزوِّجَهُ الأُخْرَى بمَهْرٍ مَعلُومٍ ، صَحَّ العَقْدان وبطَلَ المَهْرُ ، لِاَنَّهُ شرَطَ مع المَهرِ تزويجًا ، وهو غيرُ لازمٍ . والنِّكَاحُ لا يَدْخُلُهُ الخِيَارُ ، فيكونُ لَهَا مَهْرُ المِثلِ ؛ وفيهِ تردُّدٌ . وكذا لو زَوَّجَهُ ، وشرَطَ اَن يُنكِحَهُ الزَّوْجُ فُلَانَةَ ، ولم يَذْكُر مَهْرًا .

تفريعٌ

لو قالَ : زَوَّجْتُكَ بِنْتِي على اَن تُزَوِّجَني بِنْتَكَ ، على اَن يكونَ نِكَاحُ بِنْتِي مهرًا لِبِنْتِكَ ، صَحَّ نِكَاحُ بِنْتِهِ ، وبَطَلَ نِكَاحُ بِنْتِ المُخَاطَبِ .

ولو قالَ : على اَن يكونَ نِكَاحُ بِنْتِكَ مَهْرًا لِبِنْتي ، بطَلَ نِكَاحُ بِنْتِهِ ، وصَحَّ نِكَاحُ بِنْتِ المُخَاطَبِ .

«السَّابعةُ» : يُكـرَهُ العَقْـدُ علـى القَابِلَـةِ اِذا رَبَّتـهُ ، وبِنْتِهـا ؛ واَن يُـزَوِّجَ اَبنَـهُ بنتَ زَوْجَتِـهِ من غيـرِهِ ، اِذا وَلَدَتْهـا بعدَ مُفَارَقَتِـهِ، ولا بـأسَ بمـن ولَدَتها قبلَ نِكَاحِ الاَبِ ؛ واَن يتزوَّجَ بِمَن كانَتْ ضَرَّةً لِاُمِّهِ قبلَ اَبيه ؛ وبالزَّانيةِ قبلَ اَن تَتُوبَ .

---

(١) في المسالك والجواهر : وشَرَطَا .

القِسْمُ الثَّاني

في : النِّكَاحِ المُنْقَطِعِ

وهو سائغٌ في دينِ الاسلام ؛ لِتَحَقُّقِ شَرْعِهِ ،

وعَدَمِ ما يَدُلُّ على رَفْعِهِ

والنَّظَرُ فيه ؛ يَسْتَدْعي بيانَ : اَركانه ، واَحكامه .

[النَّظَرُ الاَوَّلُ

في : الاَرْكَانِ]

وَاَركانهُ اَرْبَعَةٌ : الصِّيْغَةُ ، والمَحَلُّ ، والاَجَلُ ، والمَهْرُ

اَمَّا الصِّيْغَةُ :

فهي : اللَفْظُ الَّذي وَضَعَهُ الشَّرْعُ وِصْلَةً الى اَنْعِقَادِهِ ، وهو اِيْجَابٌ وقَبُولٌ .

واَلْفَاظُ الايجاب [ثَلَاثَةٌ] : زوَّجتُكِ ومتَّعتُكِ واَنكحتُكِ ؛ اَيُّها حَصَلَ وَقَعَ الاِيْجَابُ بهِ . ولا يَنْعَقِدُ بغيرِها ، كَلَفْظِ التَّمْلِيكِ والهِبَةِ والاِجَارَةِ .

والقَبُولُ : هو اللَفْظُ الدالُّ على الرِّضا بذلك الاِيْجاب ؛ كقولِهِ : قَبِلْتُ النِّكَاحَ اَو المُتْعَةَ . ولو قالَ : قَبِلْتُ و اَقتَصَرَ ، اَو رَضِيْتُ ؛ جَازَ . ولو بَدَاَ بالقَبُولِ ؛ فقالَ : تَزَوَّجتُ ؛ فقالَتْ : زَوَّجتُكَ ، صَحَّ .

ويُشتَرَطُ [فيهما] : الاِتْيَانُ بهما بِلَفْظِ المَاضي ؛ فلو قالَ : اَقبَلُ اَو اَرضى ، وقصَدَ الاِنشاءَ ، لم يَصِحَّ ؛ وقيلَ : لو قالَ : اَتزوَّجُكِ مدَّةَ كذا ، بِمَهْرِ كذا ـ وقَصَدَ الاِنشاءَ ـ ؛ فقالَتْ : زوَّجتُكَ ، صَحَّ ؛ وكذا لوقالَت : نَعَم .

وأَمَّا المحَلُّ :

فَيُشْتَرَطُ اَن تكونَ الزَّوْجَةُ مُسْلِمَةً ، اَو كِتَابيَّةً ؛ كاليَهُودِيَّةِ والنَّصْرَانيَّةِ والمَجُوسيَّةِ ، على اَشْهَرِ الرِّوايتين . ويمنَعُها من شِرْبِ الخَمْرِ وارْتِكابِ المُحرَّمَات .

اَمَّا المُسلِمَةُ فلا تتمتَّعُ اِلَّا بالمُسْلِم خاصَّةً .

ولا يَجُوزُ بالوَثَنِيَّةِ ، ولا النَّاصِبِيَّةِ المُعْلِنَةِ بالعَدَاوَةِ كالخَوَارِجِ .

ولا يَسْتَمْتِعُ اَمَةً ، وعِنْدَهُ حُرَّةٌ ، اِلَّا بإذنِها ، ولو فَعَل كان العَقْدُ باطِلًا . وكذا لا يُدخِلُ عليها بِنْتَ اَخيها ولا بِنْتَ اُخْتِها اِلَّا مع اِذْنِها ، ولو فَعَلَ كان العَقْدُ باطلًا .

ويُستَحَبُّ : اَن تكونَ مُؤمِنَةً عَفِيْفَةً ؛ [ورقة ١٢٤ لوحة ب] واَن يسالَها عن حَالِها مع التُّهَمَةِ ، وليسَ شرطًا في الصِّحَّةِ .

ويُكرَهُ : اَن تكونَ زَانِيَةً ، فاِن فَعَلَ فَلْيَمْنَعها من الفُجُورِ ، وليسَ شَرْطًا [في الصحَّةِ] .

ويُكرَهُ : اَن يَتَمَتَّعَ بِبِكْرٍ ليسَ لها اَبٌ ، فاِن فعَلَ ، فَلَا يفتضُّها ، وليسَ بِمُحَرَّم [1] .

فُرُوعٌ ثَلَاثَةٌ

«الاَوَّلُ» : اِذا اَسْلَمَ المُشْرِكُ ، وعندَهُ كِتَابِيَّةٌ بالعَقْدِ المُنْقَطِعِ ، كان عَقْدُها

---

(١) ومِمَّايَدُلُّ على كَرَاهَةِ الافتِضَاض ؛ روَاية اَبي سَعِيْدٍ القَمَّاط ؛ قالَ: قُلْتُ لاَبي عبدالله «ع» : جاريةٌ بِكْرٌ بينَ اَبويها ، تَدْعُوني اِلى نفسها ، سِرًّا من اَبويها ، اَفاَفعل ذلك ؟ «قال : نَعَم ، واَتَّقِ مَوْضِعَ الفَرْجِ» .

قالَ : قُلْتُ فاِنْ رَضِيَتْ ؟ «قال : واِنْ رَضِيَتْ ، فاِنَّهُ عَارٌ على الاَبْكَارِ» .

ثابتًا. وكذا لو كُنَّ أكثرَ. ولوسَبقَت هي ؛ وَقَفَ على ٱنْقِضَاءِ العِدَّةِ، إن كان دَخَلَ بها. فان ٱنْقَضَت ولم يُسلِمْ ، بَطَلَ العَقْدُ. وإن لَحِقَ بِهَا قبلَ العِدَّةِ، فهوَ أحَقُّ بها مادَامَ أجَلُهُ باقيًا . فلو ٱنْقَضَى الأجَلُ قبلَ إسلامِهِ ، لم يكن لَهُ عليها سبيلٌ .

«الثَّاني» : لو كانت غيرَ كِتَابِيَّةٍ ، فأسلَمَ أحدُهما بعدَ الدخول ، وَقَفَ الفَسْخُ على ٱنْقِضَاءِ العِدَّة ، وتَبِينُ منهُ بانْقِضَاءِ الأجَل ، أو خُرُوجِ العِدَّةِ ؛ فأيُّهما حَصَلَ قبلَ إسلامِهِ ، إنْفَسَخَ به النِّكَاحُ .

«الثَّالثُ» : لو أسلَمَ وعندَهُ حُرَّةٌ وأمَةٌ ، ثَبَتَ عَقْدُ الحُرَّةِ ، ووَقَفَ عَقْدُ الأمَةِ ، على رضاءِ الحُرَّةِ .

وأمَّا المَهْرُ :

فَهُوَ شَرْطٌ في عَقْدِ المُتْعَةِ خاصَّةً ، يبطُلُ بِفَوَاتِهِ العَقْدُ . ويُشْتَرَطُ فيهِ أن يكونَ مملوكًا مَعْلُومًا ، إمَّا بالكَيْلِ أو الوَزْنِ أو المُشَاهدَةِ أو الوَصْفِ . وَيَتَقَدَّرُ بالمُرَاضَاةِ ، قَلَّ أو كَثُرَ ، ولو كانَ كَفًّا من بُرٍّ ، ويلزَمُ دفعُهُ بالعَقْدِ .

ولو وَهَبَها المُدَّةَ قبلَ الدُّخُول ، لَزِمَهُ النِّصْفُ . ولو دخَلَ ، ٱسْتَقَرَّ المَهْرُ بِشَرْطِ الوَفَاءِ بالمُدَّةِ . ولو أخَلَّت بِبَعْضِها ، كانَ لَهُ أن يَضَعَ من المَهْرِ بِنِسْبَتِها .

ولو تبيَّنَ فَسَادُ العَقْدِ ، إمَّا بأن ظَهَرَ لَهَا زَوْجٌ ، أو كانَتْ أُخْتَ زَوْجَتِهِ ، أو أُمَّها ، وما شَاكَلَ ذلك [1] من مُوْجِبَاتِ الفَسْخِ ، ولم يَكُنْ دَخَلَ بها ، فلا مَهرَ لَها . ولـو قَبَضَتْهُ ، كانَ لَهُ ٱسْتِعَادتُهُ . ولو تَبَيَّنَ ذلك بعدَ الدُّخُولِ ، كان لَهَا ما أخَذَت ، وليسَ عليهِ تَسْلِيمُ ما بَقِيَ . ولو قِيْلَ : لها المَهْرُ إن كانَت جَاهِلَةً ، ويُستَعَادُ ما أخَذَت إن كانَتْ عالمةً ، كان حَسَنًا .

---

(١) في المسالك والجواهر : أو ما شاكَلَ ذلك .

وأَمَّا الأَجَلُ :

فَهُوَ شَرْطٌ في عَقدِ المُتْعَةِ ، ولو لم يذكُرْهُ اِنْعَقَدَ دائمًا . وتَقْدِيْرُ الأَجلِ اِليهما ، طَالَ أو قَصُرَ ، كالسَّنَةِ والشَهْرِ واليَوْمِ . ولابُدَّ أن يكونَ مُعَيَّنًا ، مَحْروسًا من الزِّيَادَةِ والنُّقْصَانِ . ولو ٱقْتَصَرَ على بَعْضِ يومٍ جَازَ ، بشرطِ أن يُقرِنَهُ بِغَايَةٍ مَعْلُومةٍ ، كالزَّوَالِ والغُرُوبِ .

ويجوزُ أن يُعيِّنَ شهرًا ، مُتَّصِلًا بالعَقْدِ ، ومُتَأَخِّرًا عنهُ [1] . ولو أَطْلَقَ ، ٱقتَضَى الاِتِّصالَ بالعَقْدِ ؛ فَلَو تَرَكها ، حَتَّى ٱنْقَضَى قَدْرُ الأَجَلِ المُسَمَّى ، خَرَجَتْ من عَقْدِهِ ، وٱسْتَقَرَّ لَها الأُجْرَةُ . ولو قَالَ : مرَّةً أو مَرَّتين ، ولم يَجْعَل ذلك مُقَيَّدًا بزمانٍ ، لم يَصِحَّ ، وصارَ دائمًا ؛ وفيهِ رِوَايَةٌ دالَّةٌ على الجَوَازِ ، وأَنَّهُ لايَنْظُرُ اليها بعدَ اِيقاعِ ما شَرَطَهُ ؛ وهي مُطَّرَحةٌ لِضَعْفِها . ولو عَقَدَ على هَذَا الوَجهِ ، ٱنْعَقَدَ دائمًا ، ولو قَرَن ذلكَ بِمُدَّةٍ ، صَحَّ مُتْعَةً .

[النَّظَرُ الثَّاني
في : الأَحْكَام]

وأَما أَحكامُهُ فثمانيَةٌ [2] :

«الأَوَّلُ» : إِذَا ذَكَرَ الأَجَلَ والمَهْرَ ، صَحَّ العَقْدُ . ولو أَخَلَّ بالمَهْرِ مع ذِكْرِ الأَجَلِ ، بَطَلَ العَقْدُ . ولو أَخَلَّ بالأَجَلِ حَسْبُ ، بَطَلَ مُتْعَةً وٱنعقدَ دائمًا .

«الثَّاني» : كُلُّ شرطٍ يُشتَرَطُ فيهِ ، فلابُدَّ أن يُقْرَنَ بالاِيجابِ والقَبُولِ ، ولا

---

(١) في الجواهر : «أو» مُتَأَخِّرًا .

(٢) بِدَايةُ : ورقةِ ١٢٠ ، لوحة أ ؛ مِن مُصَوَّرَةِ المخطوطةِ المُعْتَمَدَةِ .

حُكْمَ لِما يُذكَرُ قَبْلَ العَقْدِ ، مالم يُسْتَعَدْ فيهِ ، ولا لِمَا يُذكَرُ بعدَهُ . ولا يُشْتَرَطُ معَ ذِكْرِهِ في العَقْدِ اِعَادتُهُ بعدَهُ ، ومِن الاَصحابِ مَن شَرَطَ اِعَادَتَهُ بعدَ العَقْدِ ، وهو بَعِيْدٌ .

«الثَّالثُ» : للبالغِ الرَّشِيْدَةِ [1] ، اَن تُمَتِّعَ نَفْسَها ، وليسَ لِوَلِيِّها اَعتِرَاضٌ ، بِكرًا كانَتْ اَو ثَيِّبًا ؛ على الاَشْهَر .

«الرَّابعُ» : يَجُوزُ اَن يَشْتَرِطَ عليها الاِتْيَانَ ، لَيْلًا اَو نَهَارًا ؛ واَن يَشْتَرِطَ المَرَّةَ اَو المَرَّاتِ في الزَّمَانِ المُعَيَّنِ .

«الخامسُ» : يَجُوزُ العَزْلُ لِلْمُسْتَمْتِعِ ، ولا يَقِفُ على اِذنِها ؛ ويَلْحَقُ الوَلَدُ بِهِ لو حَمَلت ، واِن عَـزَل ، لاحتِمَـالِ سَبْقِ المَنِيِّ من غَيْرِ تَنَبُّهٍ . ولو نَفَاهُ عن نفسِهِ ، اَنتَفَى ظاهرًا ، ولم يَفْتَقِرْ الى اللِعانِ .

«السَّادِسُ» : لا يَقَعُ بها طَلَاقٌ ، وتَبِينُ بانْقِضَاءِ المُدَّةِ ، ولا يَقَعُ بها اِيلَاءٌ ولا لِعَانٌ ؛ على الاَظهرِ ؛ وفي الظِّهَارِ تَرَدُّدٌ ؛ اَظْهَرُهُ اَنَّهُ يقَعُ .

«السَّابعُ» : لايَثْبُتُ بهذا العَقْدِ مِيْرَاثٌ بينَ الزَّوْجين ، شَرَطَا سُقُوطَهُ اَو اَطلَقا . ولو شَرَطا التَّوَارُثَ ، اَو شَرَطَ اَحَدُهما ؛ قيلَ : يَلْزَمُ عَمَلًا بالشَّرطِ ؛ وقيلَ : لا يَلْزَمُ ، لِاَنَّهُ لا يَثْبُتُ اِلَّا شَرْعًا ، فيكونُ اَشْتِرَاطًا لِغَيْرِ وَارِثٍ ، كما لو شَرَطَ للاَجنَبِيِّ ؛ والاَوَّلُ اَشهَرُ .

«الثَّامنُ» : اِذا اَنْقَضَى اَجَلُها بعدَ الدُّخول ، فَعِدَّتُها حَيْضَتَان ؛ ورُوِيَ : حَيْضَةٌ ، وهو مَتْرُوكٌ . واِن كانت لا تَحيضُ ولم تيئَس ، فَخَمْسَةٌ واَربعون يومًا . وتَعْتَدُّ من الوَفَاةِ ، ولو لم يُدخَل بها ، بِاَرْبَعَةِ اَشهُرٍ وعَشَرَةِ اَيامٍ اِن كانَتْ حائلًا ، وبِاَبعدِ الاَجلين اِن كانت حامِلًا ، على الاَصحّ . ولو كانت اَمَةً ، كانت عِدَّتُها حائِلًا ، شَهْرين وخَمْسَةَ اَيَّامٍ .

---

(١) في المسالك والجواهر : لِلْبَالِغَةِ الرَّشِيْدَةِ .

القِسْمُ الثَّالِثُ

في : نِكَاحِ الاِمَاءِ

وهو اِمَّا : بالمِلْكِ ، اَو العَقْدِ

[الاَوَّلُ

في : العَقْدِ]

والعَقدُ ؛ ضَرْبَان : دَائمٌ ، ومُنْقَطِعٌ .

وقد مَضَى ذِكْرُ كثيرٍ من اَحكامِهما .

وتَلْحَقُ هنا مسائلُ :

«الأُولى» : لايجوزُ للعبدِ ولا للاَمَةِ ، اَن يَعقِدا لِاَنْفُسِهما نِكَاحًا ، اِلَّا بِاِذنِ المالكِ . فاِن عقَدَ اَحدُهما من غيرِ اِذْنٍ ، وقَفَ على اِجَازَةِ المالكِ ؛ وقيلَ : بل تكونُ اِجَازَةُ المالِك كالعَقْدِ المُسْتَأنَفِ ؛ وقيلَ : يبطُلُ فيهما وتُلغَى الاِجَازَةُ ؛ وفيهِ قولٌ رابعٌ ، مَضْمُونُهُ اخْتِصَاصُ الاِجَازةِ بعَقْدِ العَبْدِ دونَ الاَمَة ؛ والاَوَّلُ اَظهَرُ . ولو اَذِنَ المَوْلى صَحَّ ، وعليهِ مَهْرُ مملُوكِهِ ونَفَقَةُ زَوْجَتِهِ ، ولَهُ مَهْرُ اَمَتِهِ . وكذا لو كانَ كُلُّ واحدٍ منهما لِمالِكٍ اَو اَكثَر ، فَاَذِنَ بعضُهم ، لم يَمْض اِلَّا بِرِضَا الباقين [1] ، اَو اِجَازتِهم بعدَ العَقد ؛ على الاَشْبَه .

«الثَّانيةُ» : اِذا كانَ الاَبوان رِقًّا ، كان الوَلَدُ كذلك . فاِن كانا [ورقة ١٢٥ لوحة ب] لِمَالِكٍ واحدٍ، فالوَلَدُ لَهُ. واِن كانا لِاثنين ، كان الوَلَدُ بينَهُما نِصْفَين . ولو اَشتَرَطَهُ اَحَدُهُما ، اَو شَرَطَ زِيَادَةً عن نَصِيْبِهِ ، لَزِمَ الشَّرْطُ [2] . ولو كانَ

---

(١) يُنظر : الجواهر : ٣٠ / ٢١١ .

(٢) اَي : ولو شرط اَحَدُ المَوْلَيَيْن اِنْفِرَادَهُ بالوَلَدِ ، اَو زِيَادَةً عن نَصِيْبِهِ ؛ صَحَّ الشَّرْطُ ولَزِمَ ؛ =

اَحَدُ الزَّوْجين حُرًّا ، لَحِقَ الوَلَدُ بِهِ ؛ سَوَاءٌ كانَ الحُرُّ هو الاَبَ اَو الاُمَّ ، اِلَّا اَن يَشْتَرِطَ المَوْلَى رِقَّ الوَلَد . فاِن شَرطَ ، لَزِمَ الشَّرطُ ؛ على قولٍ مشهورٍ .

«الثَّالِثَةُ» : اذا تَزَوَّجَ الحُرُّ اَمَةً من غيرِ اِذْنِ المَالكِ ، ثم وَطِئَها قَبْلَ الرِّضا ، عالِمًا بالتَّحْريمِ ، كانَ زَانِيًا ، وعليهِ الحَدُّ ، ولا مَهْرَ اِن كانَتْ عَالِمَةً مُطَاوِعَةً . ولـو اَتَتْ بوَلَدٍ ، كان رِقًّا لِمَوْلَاها . واِن كانَ الزَّوجُ جاهِلًا ، اَو كانَ هُناكَ شُبْهَةٌ ، فلا حَدَّ ، ووَجَبَ المَهْرُ ، وكان الوَلدُ حُرًّا ؛ لكن يلزَمُهُ قِيْمَتُهُ لمولى الاَمَة ، يومَ سَقَطَ حيًّا . وكذا لو عَقَدَ عليها ، لِدَعْوَاها الحُرِّيَّةَ لَزِمَهُ المَهْرُ ؛ وقيلَ : عُشْرُ قيمَتِها اِن كانَت بِكرًا ، اَو نِصْفُ [1] العُشْرِ اِن كانَتْ ثَيِّبًا ؛ وهو المَرْوِيُّ . ولو كانَ دَفَعَ اِليها مَهْرًا ، اِسْتَعَادَ ما وَجَدَ منهُ [2] ، وكانَ وَلَدُها مِنهُ رِقًّا . وعلى الزَّوْجِ اَن يَفُكَّهُم بالقِيْمَةِ ، ويَلْزَمُ المَوْلى دفعُهُم اِليهِ . ولو لم يكن لَهُ مالٌ ، سَعَى في قِيمَتِهم .

ولو اَبَى السَّعْيَ ، فهل يجبُ اَن يَفْدِيَهُم الاِمَامُ ؟ قيلَ : نَعَم ، تعويلًا على رِوَايةٍ فيها ضَعفٌ ؛ وقيلَ : لايجبُ ، لِاَنَّ القيمةَ لازِمَةٌ للاَبِ ، لِاَنَّهُ سَبَبُ الحَيْلُولَةِ .

ولو قيلَ : بوُجُوبِ الفِدْيَةِ على الاِمامِ ، فَمِن اَيِّ شيءٍ يَفْدِيَهم ؟ قِيْلَ : من سَهم الرِّقاب ، ومنهم مَن اَطلَقَ .

«الرَّابعةُ» : اِذا زوَّجَ [المولَى] عبدَهُ اَمتَهُ ؛ هل يَجِبُ اَن يُعطِيَها المولَى شيئًا من مالِهِ ؟ قيلَ : نَعَم ، والاِسْتِحْبَابُ اَشبَهُ . ولو ماتَ ، كان الخِيَارُ للوَرَثَةِ

= لِعُمُومِ «المُسْلِمُونَ عندَ شُرُوطِهِم» ؛ «المسالك : ٢ / ٢٨٨» .

(١) في المسالك والجواهر : «ونِصْفُ» .

(٢) لِاَنَّهُ باقٍ على مِلْكِهِ ؛ يُنْظَرُ : «جَوَاهِرُ الكَلَام : ٣٠ / ٢٢٢» .

في اِمْضَاءِ العَقْدِ وفَسْخِهِ ، ولا خِيَارَ للاَمَةِ .

«الخامسةُ» : اِذا تزوَّجَ العَبْدُ بِحُرَّةٍ ، مع العِلْمِ بعَدَم الاِذْنِ ، لم يَكُن لها مَهْرٌ ولا نَفَقَةٌ ، مع عِلْمِها بالتَّحْريمِ ، وكان اَولَادُها مِنْهُ رِقًّا . ولو كانت جَاهِلَةً كانوا اَحرَارًا ، ولا يجبُ عليها قيمَتُهُم ، وكانَ مهرُها لازِمًا لِذِمَّةِ العَبْدِ اِن دخَلَ بها ، يُتبَعُ بِهِ اِذا تحرَّرَ .

«السَّادِسَةُ» : اِذَا تزوَّجَ عبدٌ ، بأَمَةٍ لِغيرِ مولَاهُ ، فاِن اَذِنَ المَوْلَيَانِ فالولَدُ لهما ؛ وكذا لو لم يأذَنَا . ولو اَذِنَ اَحدُهُما ، كانَ الولَدُ لِمَن لَم يأذَن . ولو زَنَا بأَمَةِ غيرِ مَوْلاهُ ، كان الوَلَدُ لِمَولى الاَمَةِ .

«السَّابعةُ» : اذا تَزَوَّجَ اَمَةً بينَ شريكين ، ثم اْشْتَرى حِصَّةَ اَحَدِهِما ، بطَلَ العَقدُ ، وحَرُمَ عليهِ وطؤها . ولو اَمضَى الشَّرِيْكُ الآخَرُ العَقْدَ بعدَ الاِبتياعِ ، لم يَصِحَّ ؛ وقيلَ : يجوزُ لَهُ وطؤها بذلك ؛ وهو ضَعِيْفٌ . ولو حلَّلَها لَهُ ؛ قيلَ : تَحِلُّ ؛ وهو مَرْوِيٌّ ؛ وقيلَ : لا ، لِاَنَّ سببَ الاِستِبَاحَةِ لا يتبعَّضُ . وكذا لو ملَكَ نِصفَها ، وكان الباقي حُرًّا ، لم يَجُز لَهُ وطؤها بالمِلْكِ ، ولا بالعَقْدِ الدَّائم . فإن هاياها على الزَّمَانِ ؛ قيلَ : يجوزُ [ورقة ١٢٦ لوحة اَ] اَن يَعقِدَ عليها مُتْعَةً، في الزَّمَانِ المُخْتَصِّ بها ؛ وهو مَرْوِيٌّ ؛ وفيهِ تردُّدٌ ، لِمَا ذَكَرْنَاهُ من العِلَّةِ .

ومن اللَوَاحقِ

الكَلَامُ في الطَّوَارىء

وهي ثَلَاثَةٌ : العِتْقُ ، والبَيْعُ ، والطَّلَاقُ

اَمَّا العِتْقُ :

فَاِنْ اُعتِقَتِ المَمْلُوكَةُ ، كان لَها فَسْخُ نِكَاحِها ، سَوَاءٌ كانَتْ تحتَ حُرٍّ اَو

عبدٍ ؛ ومن الاَصحابِ مَن فَرَّقَ ؛ وهو اَشبَهُ ؛ والخِيَارُ فيهِ على الفَوْر .

ولو عُتِقَ العَبْدُ [1] ؛ لم يكن لَهُ خِيَارٌ ، ولا لِمَوْلَاهُ ، ولا لِزَوْجَتِهِ ؛ حُرَّةً كانَتْ اَو اَمَةً ، لِاَنَّها رَضِيَتْهُ عَبْدًا .

ولو زَوَّجَ عَبْدَهُ اَمَتَهُ ، ثم اَعتَقَ الاَمَةَ اَو اَعتقَهُما ، كان لَها الخِيَارُ . وكذا لو كانَا لمَالِكَيْن ، فاُعتِقَا دَفْعَةً .

ويَجُوزُ اَن يجعَلَ عِتْقَ الاَمَةِ صَدَاقَها ، ويثبُتُ عَقْدُهُ عليها ، بِشَرْطِ تقديمِ لفـظِ العَقْدِ على العِتْقِ ؛ بأَن يقولَ [لَهَا] : تزوَّجتُكِ واَعتَقْتُكِ ، وجَعلْتُ عِتْقَكِ مَهْرَكِ ؛ لِاَنَّهُ لو سبَقَ بالعِتْقِ ، كان لَهَا الخِيَارُ في القَبُولِ والاِمْتِنَاعِ ؛ وقيلَ : لايُشتَرَطُ ، لِاَنَّ الكَلَامَ المتَّصِلَ كالجُمْلَةِ الوَاحِدَةِ ؛ وهو حَسَنٌ ؛ وقيلَ : يُشتَرَطُ تقديمُ العِتْقِ ، لِاَنَّ بُضْعَ الاَمَةِ مُبَاحٌ لمالِكِها ، فلا يُستَبَاحُ بالعَقْدِ مع تحقُّقِ المِلْكِ ؛ والاَوَّلُ اَشهَرُ .

واُمُّ الوَلَدِ لا تَنْعَتِقُ ، اِلَّا بَعدَ وَفَاةِ مولاها ، مِن نَصِيْبِ وَلَدِها . ولو عَجَز النَّصِيْبُ ، سَعَت في المُتَخَلِّفِ . ولا يلزَمُ وَلَدَها السَّعيُ فيهِ ؛ وقيلَ : يلزَمُ ؛ والاَوَّلُ اَشبَهُ . ولو ماتَ ولدُها واَبُوهُ حيٌّ ، جازَ بيعُها ، وعادَتْ الى مَحْضِ الرِّقِّ . ويجوزُ بيعُها مَعَ وُجُودِ وَلَدِها في ثَمَنِ رَقَبَتِها ، اِذا لم يكن لمولاها غيرُها ؛ وقيلَ : يجوزُ بيعُها بعدَ وفَاتِهِ في ديونِهِ ، واِن لم يكن ثَمَنًا لَهـا ، اِذا كانَتِ الدُّيُـونُ مُحِيْطَةً بِتَرِكَتِهِ ، بحيثُ لا يفضُلُ عن الدَّيْنِ شيءٌ اَصلًا . ولو كانَ ثَمَنُها دينًا ، فتزوَّجَها المالكُ ، وجعَلَ عِتقَها مهرَها ، ثم اَولَدَها واَفلَسَ بِثَمَنِها وماتَ ، بِيْعَت في الدَّين . وهل يعودُ وَلَدُها رِقًّا ؟ قيلَ : نَعم ، لِرِوَايَةِ هِشَام بن سَالمٍ ؛ والاَشْبَهُ اَنَّهُ لا يبطُلُ العِتْقُ ولا النِّكَاحُ ، ولا يَرْجِعُ الوَلَدُ رِقًّا ،

---

(١) في المسالك والجواهر : ولو اُعْتِقَ العَبْدُ .

لِتَحَقُّقِ الحُرِّيَّةِ فيهما .

وأَمَّا البَيْعُ :

فإذا باعَ المَالِكُ الأَمَةَ ، كان ذلك كالطَّلَاقِ ، والمُشْتَرِي بالخِيَارِ بينَ إِمْضَاءِ العَقْدِ وفَسْخِهِ ، وخِيَارُهُ على الفَوْر . فإذا علِمَ ولم يفسَخْ ، لَزِمَ العَقْدُ .

وكذا حُكمُ العَبْدِ إذا كانَ تحتَهُ أَمَةٌ . ولو كان تَحْتَهُ حُرَّةٌ فبيعَ ، كانَ للمُشْتَرِي الخِيَارُ ، على رِوَايةٍ فيها ضَعْفٌ . ولو كانا لِمَالكٍ ، فَبَاعَهُما لاثنين ، كان الخِيَارُ لِكُلِّ واحدٍ من المُبْتَاعَيْن . وكذا لو اشْتَرَاهُما واحِدٌ .

وكذا لو بَاعَ أَحَدُهُما ، كان الخِيَارُ للمُشْتَري ولِلْبَائعِ ، فَلَا يثبُتُ عقدُهُما إِلَّا بِرِضا المُتَبَايِعَيْن . ولو حصَلَ بينَهُما أَولَادٌ ، كانوا لِمَوالي الأَبوين .

مسائلُ ثلاثٌ :

«الأُولى» : إذا زَوَّجَ أَمَتَهُ ، مَلَكَ [ورقة ١٢٦ لوحة ب] المَهْرَ ، لِثُبُوتِهِ في مِلْكِهِ . فإن باعَها قبلَ الدُّخُول ، سَقَطَ المَهْرُ ، لِانْفِسَاخِ العَقْدِ الَّذي يَثْبُتُ المَهْرُ [1] باعتبارِهِ . فإن أَجَازَ المُشْتَرِي ، كانَ المَهْرُ لَهُ ، لِأَنَّ إِجَازَتَهُ كالعَقْدِ المُسْتَأنَفِ . ولو باعَهَا بعدَ الدُّخُولِ ، كانَ المَهْرُ للأَوَّلِ ، سَوَاءٌ أَجَازَ الثَّاني أَو فسَخَ ، لِاستِقْرارِهِ في مِلْكِ الأَوَّلِ ؛ وفيها أَقْوَالٌ مُخْتَلِفَةٌ، والمُحَصَّلُ ما ذَكَرْنَاهُ .

«الثَّانيةُ» : لو زَوَّجَ عَبْدَهُ [2] ، ثم باعَهُ قبلَ [الدُّخُول] ؛ قيلَ : كانَ

---

(١) في الجواهر : «ثَبَتَ» المَهْرُ ...

(٢) في هامش المُصَوَّرة سطر ٤ : «أي : بِحُرَّةٍ» .

للمُشْتَرِي الفَسْخُ ، وعلى المَوْلى نِصْفُ المَهْرِ ؛ ومن الاَصْحَابِ مَن اَنكَرَ الاَمْرَيْن .

«الثَّالِثَةُ» : لو بَاعَ اَمَةً [1] واَدَّعى اَنَّ حَمْلَها مِنْهُ ، واَنكَرَ المُشْتَرِي ؛ لم يُقبَل قولهُ في اِفسَادِ البَيْعِ ، ويُقبَلُ في اَلتِحَاقِ الوَلَدِ ؛ لِاَنَّهُ اِقرَارٌ لا يَتَضَرَّرُ بِهِ الغيرُ ؛ وفيهِ تَرَدُّدٌ .

واَمَّا الطَّلَاقُ :

فاِذا تَزَوَّجَ العَبْدُ بِاِذْنِ مَوْلَاه حُرَّةً ، اَو اَمَةً لِغَيْرِهِ ، لم يَكُنْ لَهُ اِجْبَارُهُ على الطَّلاقِ ولا مَنْعُهُ .

ولو زوَّجَهُ اَمَتهُ ، كان عَقْدًا صحيحًا لا اِباحَةً ، وكان الطَّلَاقُ بِيَدِ المولَى . ولَهُ اَن يُفَرِّقَ بينَهُما بغيرِ لَفْظِ الطَّلَاقِ ؛ مِثْل ، اَن يَقُولَ : فَسَخْتُ عَقْدَكُما ، اَو يأمُرَ اَحدَهُما باعتِزَالِ صاحبِهِ .

وهل يكون هذا اللَفْظُ طَلَاقًا ؟ قيلَ : نَعَم ، حتَّى لو كَرَّرَهُ مَرَّتين وبينَهُما رَجْعَةٌ ، حَرُمَتْ [عليهِ] ، حتى تنكحَ [زوجًا] غيرَهُ ؛ وقيلَ : [بل] يكونُ فَسْخًا ؛ وهو اَشبَهُ .

ولو طَلَّقَهاالزَّوْجُ ثم باعَها المَالِكُ ، اَتَمَّت العِدَّةَ . وهل يجِبُ اَن يَسْتَبْرِئَها المُشْتَرِي بِزِيَادَةٍ عن العِدَّةِ ؟ قيلَ : نَعم ، لِاَنَّهُما حُكْمَان ، وتَدَاخُلُهما على خِلَافِ الاَصْلِ ؛ وقيلَ : ليسَ عليهِ الاِسْتِبْرَاء ، لِاَنَّها مُسْتَبْرَاَةٌ ؛ وهو اَصَحُّ .

---

(١) في المسالك والجواهر : اَمَتَهُ .

[الثَّاني
في : المِلْكِ]

وأَما المِلْكُ فَنَوْعَان :

الأَوَّلُ : مِلْكُ الرَّقَبَةِ

يجوزُ أَن يَطَأَ الإِنْسَانُ بِمِلكِ الرَّقَبَةِ ، مازَادَ عن أَرْبَعٍ من غيرِ حَصرٍ ، وأَن يجمَعَ في المِلْكِ بين المَرْأَةِ وأُمِّها ، لكن مَتَى وَطِىءَ واحدةً ، حَرُمَت عليهِ الأُخْرى عَيْنًا ، وأَن يجمَعَ بينَها وبينَ أُخْتِها بالمِلْكِ .

ولو وَطِىءَ واحِدَةً ، حَرُمَتِ الأُخْرَى جمعًا . فلو أَخْرَجَ الأُوْلَى عن مِلْكِهِ، حَلَّت لَهُ الثَّانِيَةُ .

ويجوزُ أَن يَمْلِكَ مَوْطُوءَةَ الأَب ، كما يَجُوزُ لِلْوَالدِ مِلْكُ [1] مَوْطُوءَةَ أَبنِهِ. ويحرُمُ على كُلِّ واحدٍ منهما ، وَطْيُ مَن وَطِئَها الآخرُ عَينًا .

ويحرُمُ على المَالِكِ ، [وطءُ] مَمْلُوكَتِهِ إِذا زَوَّجَها ، حتَّى تحصُلَ الفُرقَةُ ، وتَقْضِي عِدَّتَهـا [2] ، إِن كانَت ذَاتَ عِـدَّة . وليسَ لِلمَولى فَسْخُ العَقدِ ، إِلَّا أَن يبيعَها ، فيكونُ للمُشْتَرِي الخِيَارُ . وكذا : لايَجُوزُ لَهُ النَّظَرُ منها ، إِلى مالايَجُوزُ لِغيرِ المالكِ .

ولايجوزُ لَهُ وَطْيُ أَمَةٍ ، مُشْتَرَكةٍ بينَهُ وبينَ غيرِهِ بالمِلْكِ . ولايجوزُ للمُشْتَرِي وطيُ الأَمَةِ ، إِلَّا بعدَ أَسْتِبْرَائِها . ولو كانَ لها زَوْجٌ ، فأَجَازَ نِكَاحَهُ ، لم يكن لَهُ بعدَ ذلك فَسْخٌ . وكذا لو عَلِمَ فلم يَعْتَرِض ، إِلَّا أَن تُفَارِقَ الزوجَ ،

---

(١) في النُّسَخِ المُتَدَاولة : أَنْ يَمْلِكَ .

(٢) في المسالك والجواهر : وتَنْقَضِيَ عِدَّتُها .

[ورقة ١٢٧ لوحة أ] وتَعْتَدَّ مِنهُ ، إذا كانت من ذَوَاتِ العِدَدِ [١] . ولو لم يُجِز نِكَاحَهُ ، لم يكن عليها عِدَّةٌ ، وكَفَاهُ الاستِبْرَاءُ في جَوَازِ الوَطي .

ويجوزُ : ٱبْتِيَاعُ ذَوَاتِ الأَزْوَاجِ من أَهْلِ الحَرْبِ ، وكذا بَنَاتِهم ، وما يسبيهِ أَهلُ الضَّلَالِ مِنْهُم .

تَتِمَّـــةٌ

تَشْتَمِلُ على مسألَتَين :

«الأُولى» : كُلُّ مَن مَلَكَ أَمَةً ، بوجهٍ من وُجُوهِ التَّمَلُّكِ ، حَرُمَ عليه وطؤها حتَّى يستبرِئَها بِحَيْضَةٍ . فإن تأَخَّرَتِ الحَيْضَةُ ، وكانَ في سنِّها مَن تَحِيْض ، إعْتَدَّت بخَمْسَةٍ وأربعينَ يومًا .

ويسقُطُ ذلك : إذا مَلَكَها حائضًا ، إلَّا مُدَّةَ حَيْضِها . وكذا إن كانَتْ لِعَدْلٍ ، وأَخبَرَ باستبرائِها . وكذا إن كانتْ لِامرأَةٍ ، أو يائسةً ؛ أو حامِلًا على كَرَاهِيَةٍ .

«الثَّانيةُ» : إذا مَلَكَ أَمَةً فأَعتَقَها ، كانَ لَهُ العَقْدُ عليها ، ووطيُها [٢] من غيرِ ٱستِبْرَاءٍ ، والاستِبْرَاءُ أَفضَلُ . ولو كانَ وَطِيَها وأَعتَقَها ، لم يكُن لِغيرِهِ العَقْدُ عليها ، إلَّا بعدَ العِدَّة ، وهي ثَلَاثةُ أَشهُرٍ ، إن لم تَسْبِقِ الأَطْهَارَ .

الثَّاني : مِلْكُ المَنفَعَةِ

والنَّظَرُ في : الصِّيْغَةِ ، والحُكمِ

أَمَّا الصِّيْغَةُ :

فأَن يَقُولَ : أَحلَلْتُ لَك وَطْأَها ، أو جَعَلْتُكَ في حِلٍّ من وَطْئِها .

---

(١) في المسالك : ذَوَات العِدَّة .

(٢) في الجواهر : ووطؤُها .

ولا تُستَبَاحُ بِلَفْظِ العاريَّةِ ؛ وهل تُسْتَبَاحُ بلفظِ الاِباحَةِ ؟ فيهِ خِلافٌ اَظهرُهُ الجوازُ .

ولو قالَ : وهبتُكَ وطْاَها ، اَو سَوَّغتُكَ ، اَو مَلَّكتُكَ ؛ فَمَن اَجازَ الاِبَاحَةَ يَلْزَمُهُ الجَوَازُ هنا ، ومَن اَقْتَصَرَ على التَّحْلِيْلِ مَنَعَ .

وهل هو عَقدٌ اَو تَمْلِيكُ مَنْفَعَةٍ ؟ فيهِ خِلَافٌ بينَ الاَصحابِ ، مَنْشَاُهُ عِصْمَةُ الفَرْجِ عن الاِستِمْتَاعِ ، بغيرِ العَقْد اَو المِلْكِ ؛ ولَعَلَّ الاَقرَبَ هو الاَخيرُ .

وفي تحليلِ اَمَتِهِ لِمَمْلُوكِهِ رِوَايتان :

اِحداهُما : المنعُ ، ويُؤيِّدُها اَنَّهُ نَوْعٌ مِن تمليكٍ [1] ، والعبدُ بعيدٌ عن التَّمَلُّكِ .

والاُخْرَى: الجَوَازُ ، اِذا عَيَّنَ لَهُ الموطوءَةَ ، ويُؤيِّدُها اَنَّهُ نَوْعٌ من اِبَاحَةٍ [2]، ولِلْمَمْلُوكِ اَهْلِيَّةُ الاِبَاحَةِ ؛ والاَخيرُ اَشبَهُ .

ويجوزُ تَحْلِيْلُ المُدَبَّرَة واُمِّ الوَلَدِ . ولو مَلَكَ بعضَها ، فَاَحَلَّتْهُ نَفْسَها لم تحِلَّ . ولو كانت مُشْتَرَكَةً ، فاَحَلَّهُ الشَّرِيْكُ [3] ؛ قيلَ : تَحِلُّ ؛ والفَرْقُ اَنَّهُ ليسَ للمَرْاَةِ اَن تُحِلَّ نفسَها .

---

(١) في الجواهر : نَوْعُ تَمْلِيكٍ .

(٢) في المسالك والجواهر : نَوْعٌ مِن الاِبَاحة .

(٣) في الجواهر : فَاَحَلَّها الشَّريكُ ...

هذا ، وتذكيرُ الضَّميرِ وتأنِيثُهُ ، كلاهما صحيح ؛ حيثُ المُرَادُ : فَاَحَلَّهُ الشَّريكُ ؛ اَي : جعَلَ الشَّريكَ شَرِيْكَهُ في حِلٍّ منها .

فاَحَلَّهَا الشَّريكُ ؛ اَي : جَعَلَها الشَّريكُ مُحَلِّلَةً للشَّريكِ الآخَر .

وأَمَّا الحُكْمُ : فمسائلُ

«الأُولى» : يجبُ الاقتِصَارُ على ما تَنَاوَلَهُ اللَفْظُ ، وما شَهِدَ الحَالُ بِدُخُولِهِ تحتَهُ . فلو اَحَلَّ لَهُ التَّقْبِيْلَ اَقْتَصَرَ عليهِ . وكذا لو اَحَلَّ لَهُ اللَمْسَ ، فلا يستبيحُ الوَطْيَ . ولو اَحَلَّ لَهُ الوطءَ ، حَلَّ لَهُ ما دونَهُ مِن ضُرُوبِ الاِستمتاعِ . ولو اَحَلَّ لَهُ الخِدْمَةَ ، لم يَطَأ [ها]. وكذا لو اَحَلَّ لَهُ الوَطْيَ ، لم تُسْتَخْدَم . ولو وَطِيءَ مع عَدَمِ الاِذْنِ ، كانَ عاصِيًا ، ولَزِمَهُ عِوَضُ البُضْعِ ، وكان الوَلَدُ رِقًّا لِمَولاَها .

«الثَّانيةُ» : وَلَدُ المُحَلَّلَةِ حُرٌّ ، ثم اِنْ شَرَطَ الحُرِّيَّةَ مع لَفْظِ الاِباحَةِ فالوَلَدُ حُرٌّ ، ولاسبيلَ على الاَبِ . واِن لم يَشْتَرِط ؛ قيلَ : يجبُ على اَبيه ، فكُّهُ [ورقة ١٢٧ لوحة ب] بالقِيْمَةِ ؛ وقيلَ : لايجبُ ، وهو اَصَحُّ الرِّوَايَتَيْن .

«الثَّالثةُ» : لا بأسَ اَن يَطَاَ الاَمَةَ وفي البَيْتِ غيرُهُ ؛ واَن يَنَامَ بين اَمَتَين . ويُكرَهُ ذلكَ في الحُرَّةِ . ويُكرَهُ وطيُ الفَاجِرَةِ ، ومَنْ وُلِدَت من الزِّنَا .

ويَلْحَقُ بالنِّكَاحِ

النَّظَرُ في أُمورٍ خَمْسَةٍ :

الاَوَّلُ

مايُرَدُّ بِهِ النِّكَاحُ

وهو يَسْتَدْعي بيانَ ثَلَاثَةِ مَقَاصِدَ :

«الاَوَّلُ» ؛ في : العُيُوبِ

وهي : اِمَّا في الرَّجُلِ ، واِمَّا في المَرَاَة .

فَعُيُوبُ الرَّجُلِ

ثَلَاثَةٌ : الجُنُونُ ، والخِصَاءُ ، والعَنَنُ .

فالجُنُونُ : سَبَبٌ لِتَسَلُّطِ الزَّوْجَةِ على الفَسْخِ ، دائمًا كانَ اَو اَدْوَارًا ؛ وكذا المُتَجَدِّدُ بعدَ العَقْدِ وقبلَ الوَطْي ، اَو بعدَ العَقْدِ والوَطْي . وقد يُشتَرَطُ في المُتَجَدِّدِ ، اَلَّا يَعْقِلَ اَوقات الصَّلَاةِ ؛ وهو في مَوْضِعِ التَّرَدُّدِ .

والخِصَاءُ : [وهو] سَلُّ الأُنثيين ؛ وفي معناهُ : الوِجَاءُ . وإنَّما يُفسَخُ بِهِ مع سَبْقِهِ على العَقْدِ ؛ وقيلَ : وإن تجدَّدَ [بعدَ العَقْدِ] ؛ ولَيْسَ بِمُعتَمَدٍ .

والعَنَنُ : مَرَضٌ تَضْعُفُ معَهُ القُوَّةُ عن نَشْرِ العُضْوِ ، بحيثُ يَعْجَزُ عن الإيلَاجِ . ويُفسَخُ بِهِ ، وإن تَجَدَّدَ بعدَ العَقْدِ ،لكن بِشَرْطِ اَن لَا يَطَاَ زَوْجَتَهُ ولا غيرَها . فلو وَطِيَها ولو مَرَّةً ، ثم عَنَّ ، اَو اَمكَنَهُ وَطْيُ غيرِها مع عَنَنِهِ عنها ، لم يَثْبُتْ لَها الخِيَارُ ؛ على الاَظهرِ . وكذا لو وَطِئَها دُبُرًا وعَنَّ قُبُلًا .

وهل تُفسَخُ بالجَبِّ ؟ فيهِ تَرَدُّدٌ ، منشأهُ التَّمَسُّكُ بمقتَضَى العَقْدِ ؛ والاَشبَهُ تَسَلُّطُهَا بِهِ ، لِتَحَقُّقِ العَجْزِ عن الوَطْي ، بِشَرْطِ اَن لا يبقَى لَهُ ما يُمكِنُ معَهُ الوَطْي ، ولو قَدْرُ الحَشَفَةِ .

ولو حَدَثَ الجَبُّ لم يُفسَخ بِهِ ؛ وفيهِ قولٌ آخَرُ . ولو بانَ خُنثَى ، لم يكُن لَهَا الفَسْخُ ؛ وقيلَ : لَهَا ذلك ، وهو تَحَكُّمٌ معَ اِمْكَانِ الوَطْي . ولا يُرَدُّ الرَّجُلُ بعيبٍ غيرِ ذلك .

وعُيُوبُ المَرْاَةِ

سَبْعَةٌ : الجُنُونُ ، والجُذَامُ ، والبَرَصُ ، والقَرَنُ ، والاِفْضَاءُ ، والعَرَجُ ، والعَمَى .

اَمَّا الجُنُونُ : فهو فَسَادُ العَقْلِ ؛ ولا يثبُتُ الخِيَارُ مع السَّهْوِ السَّريعِ زَوَالُهُ ، ولا معَ الاِغْمَاءِ العَارِضِ مع غَلَبَةِ المِرَّةِ ، وإنَّما يثبُتُ الخِيَارُ فيهِ مع اَستِقْرَارِهِ .

وأَمَّا الجُذَامُ : فهو الَّذي يَظْهَرُ معَهُ يَبْسُ الأَعْضَاء ، وتَنَاثُرُ اللَحْمِ . ولاتجزي قُوَّةُ الاِحْتِرَاقِ ، ولا تَعَجُّرُ الوَجْهِ ، ولا اَسْتِدَارَةُ العَيْن .

وأَمَّا البَرَصُ : فهوَ البَيَاضُ الَّذي يَظْهَرُ على صَفْحَةِ البَدَنِ لِغَلَبَةِ البَلْغَم. ولايُقْضَى بالتَّسَلُّطِ مع الاِشْتِبَاهِ [1] .

وأَمَّا القَرَنُ : فقد قيلَ : هو العَفَلُ ؛ وقِيْلَ : هو عَظْمٌ ينبُتُ في الرَّحِمِ يَمْنَعُ الوَطْيَ ؛ والاَوَّلُ اَشبَهُ . فإن لم يَمْنَع الوَطْيَ ؛ قيلَ : لايُفسَخُ بهِ ، لِاِمْكَانِ الاِستِمْتَاعِ ؛ ولو قيلَ : بالفَسْخِ [2] تَمَسُّكًا بِظَاهِرِ النَّقْلِ ، اَمكَنَ .

وأَمَّا الاِفْضَاءُ : فهو تَصْييرُ المَسْلَكين واحدًا .

وأَمَّا العَرَجُ : ففيهِ تَرَدُّدٌ ، اَظْهَرُهُ دُخُولُهُ في اَسْبَابِ الفَسْخِ ، اِذا بَلَغَ الاِقعادَ .

وقيلَ [3] : الرَّتَقُ اَحَدُ العيوبِ ، المُسَلِّطَةِ على الفَسْخِ ، ورُبَّما كان صَوَابًا اِن مَنَعَ من الوَطْي اَصْلًا ، لِفَوَاتِ الاِستِمْتَاعِ ، اِذا لم يُمكِنْ اِزَالَتُهُ ، اَو اَمكَنَ واَمتَنَعَتْ من عِلَاجِهِ .

ولا تُرَدُّ المَرْاَةُ بِعَيْبٍ غيرِ هذهِ السَّبْعَةِ .

---

(١) فإنَّهُ قَدْ يُشْتَبَهُ بالبَهَقِ ، لِاَنَّهُ يَشْبَهُهُ في القِسْمَيْن والسَّبَبَيْن .

والفَرْقُ بينَهُما : اَنَّ البَرَصَ قد يكونُ غائصًا في الجِلْدِ واللَحْمِ ؛ والبَهَقُ يكونُ في سَطْحِ الجِلْدِ خاصَّةً ، ليس لَهُ غَوْرٌ.

وَقَدْ يَتَمَيَّزَان بأَنْ يُغْرَزَ فيهِ الاِبْرَةُ ؛ فإنْ خَرَجَ مِنْهُ دَمٌ فهو بَهَقٌ ، وإنْ خَرَجَ مِنْهُ رُطُوبَةٌ بَيْضَاء فَهُوَ بَرَصٌ ؛ «المسالك : ٢ / ٢٩٠ ـ ٢٩١» .

(٢) في الجواهر : بالفسخ «بهِ» .

(٣) بِدَايةُ : ورقة ١٢٨ ، لوحة اَ ؛ مِن مُصَوَّرَةِ المَخْطُوطةِ المُعْتَمَدةِ .

«المَقْصَدُ الثَّاني» ؛ في : اَحْكَامِ العُيُوبِ

وفيهِ مَسَائِلُ :

«الأُولى» : العُيُوبُ الحادِثَةُ بالمَرْاَةِ قبلَ العَقْدِ مُبِيْحَةٌ للفَسْخِ . وَمَا يَتَجَدَّدُ بعدَ العَقْدِ ، والوَطْي ؛ لا يُفسَخُ بِهِ . وفي المُتَجَدِّدِ بعدَ العَقْد وقبلَ الدُّخُولِ ؛ تَرَدُّدٌ ، اَظْهَرُهُ اَنَّهُ لا يُبِيْحُ الفَسْخَ ، تمسُّكًا بِمُقْتَضَى العَقْدِ السَّلِيْمِ عن مُعَارضٍ .

«الثَّانيةُ» : خِيَارُ الفَسْخِ على الفَوْرِ ، فلو عَلِمَ الرَّجُلُ اَو المَرْاَةُ بالعَيْبِ ، فلم يُبادِرْ بالفَسْخِ ، لَزِمَ العَقْدُ . وكذا الخِيَارُ معَ التَّدْلِيْسِ .

«الثَّالِثَةُ» : الفَسْخُ بالعَيْبِ ليسَ بِطَلَاقٍ ، فَلَا يَطَّرِدُ معَهُ تَنْصِيْفُ المَهْرِ ، ولايُعَدُّ في الثَّلَاثِ .

«الرَّابعةُ» : يجوزُ للرَّجُلِ الفَسْخُ من دونِ [اِذْنِ] الحاكِمِ . وكذا لِلْمَراَةِ . نَعَم ، مع ثُبُوتِ العَنَنِ ، يَفْتَقِرُ الى الحَاكمِ ،لِضَرْبِ الاَجَلِ . ولَهَا التَّفَرُّدُ بالفَسْخِ ، عِنْدَ اَنْقِضَائِهِ ، وتَعَذُّرِ الوَطْي .

«الخَامِسَةُ» : اِذا اَختَلَفَا في العَيْبِ ؛ فالقَوْلُ قولُ مُنكِرِهِ ، مع عَدَمِ البيِّنَةِ .

«السَّادِسَةُ» : اِذا فَسَخَ الـزَّوْجُ بِاَحَدِ العُيُوبِ ؛ فاِن كانَ قبلَ الدُّخُولِ فلا مَهْرَ ؛ واِن كانَ بعدَهُ فَلَها المُسَمَّى ، لِاَنَّهُ يثبُتُ بالوَطْي ثُبُوتًا مُسْتَقِرًّا ، فلا يسقُطُ بالفَسْخِ ، ولَهُ الرُّجُوعُ بِهِ على المُدَلِّسِ . وكذا لو فَسَخَتِ الزَّوجَةُ قبلَ الدُّخُولِ ، فلا مَهْرَ ، اِلَّا في العَنَنِ . ولو كانَ بعدَهُ كان لَهَا المُسَمَّى . وكذا لو كانَ بالخِصَاءِ بعدَ الدُّخُولِ ، فَلَها المَهْرُ كَمَلًا ، اِن حصَلَ الوَطْيُ .

«السَّابعةُ» : لا يثبُتُ العَنَنُ ، اِلَّا بِاِقرار الزَّوْج ، اَو البَيِّنَةِ بِاِقْرَارِهِ ، اَو نُكُولِهِ . ولو لم يَكُن ذلك ، واَدَّعَت عَنَنَهُ فاَنكَرَ ؛ فالقَوْلُ قولُهُ مع يَمِيْنِهِ ؛ وقيلَ : يُقَامُ في الماءِ البَارِدِ ، فاِن تَقَلَّصَ حُكِمَ بقولِهِ ، واِن بقيَ مُسْتَرْخِيًا حُكِمَ لَهَا ، وليسَ بشيءٍ . ولو ثَبَتَ العَنَنُ ، ثم اَدَّعى الوَطْيَ ؛ فالقَوْلُ قولُهُ مع يمينِهِ ؛ وقيلَ : اِن

اَدَّعى الوَطْيَ قُبُلًا ، وكانَتْ بِكْرًا ؛ نَظَرَ اليها النِّساءُ . وإن كانت ثَيِّبًا ، حُشِيَ قُبُلُها خَلُوقًا ، فإن ظَهَرَ على العُضْوِ صُدِّقَ ؛ وهو شَاذٌّ . ولو اَدَّعى اَنَّهُ وطِىءَ غيرَها ، اَو وَطِئَهَا دُبُرًا ؛ كانَ القَوْلُ قولَهُ مع يَمِيْنِهِ ، ويُحكَمُ عليهِ إن نَكَلَ ؛ وقيلَ : بَلْ يُرَدُّ اليَمِيْنُ عليها ، وهو مَبْنِيٌّ على القَضَاءِ بالنُّكُولِ .

«الثَّامِنَةُ» : إذا ثَبَتَ العَنَنُ ، فإن صَبَرَتْ فَلَا كَلَامَ ؛ وإن رفَعَتْ اَمرَهَا الى الحاكم ، اَجَّلَها سَنَةً من حينِ التَّرَافُعِ ؛ فإن وَاقَعَها اَو وَاقَعَ غيرَها ، فلا خِيَار ؛ وإلَّا كانَ لَها الفَسْخُ ، ونِصْفُ المَهْرِ .

المَقْصَدُ الثَّالِثُ ؛ في : التَّدْلِيْسِ

وفيهِ مَسَائلُ :

«الأُولَى» : إذا [ورقة ١٢٨ لوحة ب] تزوَّجَ اَمْرَاَةً على اَنَّهَا حُرَّةٌ ، فَبَانَتْ اَمَةً ، كانَ لَهُ الفَسْخُ ، ولو دَخَلَ [بها] ؛ وقيلَ : العَقْدُ باطِلٌ ؛ والاَوَّلُ اَظهَرُ . ولا مَهْرَ لَهَا مع الفَسْخِ قبلَ الدُّخُولِ ، ولَهَا المَهْرُ بعدَهُ ؛ وقيلَ : لِمَوْلَاها العُشرُ اَو نِصْفُ العُشْر ، ويَبْطُلُ المُسَمَّى ؛ والاَوَّلُ اَشْبَهُ . ويَرْجِعُ بما اَغْتَرَمَهُ [من عِوَضِ البُضْعِ] على المُدَلِّسِ . ولو كانَ مَوْلَاها دَلَّسها ؛ قيلَ : يَصِحُّ ، وتكونُ حُرَّةً بِظاهِرِ اِقْرَارِهِ . ولولم يكُن تَلَفَّظَ ، بما يَقْتَضِي العِتْقَ لم تُعتَق ، ولم يكُن لَهَا مَهْرٌ . ولو دَلَّسَت نَفْسَها ، كان عِوَضُ البُضْعِ لِمَوْلَاها ، وَرَجَعَ الزَّوْجُ بِهِ عليها اذا اُعتِقَت . ولو كانَ دَفَعَ اليها المَهْرَ ، اَسْتَعَادَ ما وَجَدَ مِنهُ ، وما تَلِفَ منهُ يتبَعُها به عندَ حُرِّيَّتِها .

«الثَّانِيَةُ» : إذَا تَزَوَّجَتِ المَرْاَةُ بِرَجُلٍ ، على اَنَّهُ حُرٌّ ، فبانَ مَمْلُوكًا ، كان لَهَا الفَسْخُ ، قبلَ الدُّخُولِ وبعدَهُ ، ولا مَهْرَ لَهَا معَ الفَسْخِ قبلَ الدُّخُولِ ، ولَهَا المَهْرُ بعدَهُ .

«الثَّالثةُ» : قيلَ : اذا عقَدَ على بِنْتِ رَجُلٍ ، على اَنَّها بِنْتُ مَهِيْرَةٍ ، فبانَتْ

بِنْتَ اَمَةٍ ، كانَ لَهُ الفَسْخُ ؛ والوَجْهُ ثُبُوتُ الخِيَارِ مع الشَّرْطِ ، لا معَ اِطْلَاقِ العَقْدِ . فاِن فَسَخ قبلَ الدُّخُولِ فَلَا مَهْرَ . ولو فسَخَ بعدَهُ ، كانَ لها المَهْرُ ، ويَرْجِعُ بِهِ على المُدَلِّسِ ، اَبًا كانَ اَو غَيْرَهُ .

«الرَّابعةُ» : لو زَوَّجَهُ بنتَهُ من مَهِيْرَةٍ ، واَدخَلَ عليهِ بنتَهُ من الاَمَةِ ، فَعَلَيهِ رَدُّها ، ولَهَا مَهْرُ المِثْلِ اِن دَخَلَ بها ، ويَرْجِعُ بِهِ على مَن سَاقَها اِليهِ ، وتُرَدُّ عليهِ الَّتي تَزَوَّجَها . وكذا كُلُّ مَنْ اُدخِلَ عليهِ غيرُ زَوْجَتِهِ فَظَنَّها زَوْجَتَهُ ، سَوَاءٌ كانَتْ اَخفَضَ اَو اَرْفَعَ .

«الخَامِسَةُ» : اِذَا تَزَوَّجَ اَمْرَاَةً ، وشَرَطَ كونَها بِكْرًا ، فَوَجَدَها ثَيِّبًا ، لم يكُنْ لَـهُ الفَسْـخُ ، لاِمكـانِ تجـدُّدِهِ بِسَبَبٍ خَفِيٍّ . وكانَ لَهُ اَن يُنقِصَ مِن مَهْرِها ، ما بينَ مَهْرِ البِكْرِ والثَّيِّبِ، ويُرجَعُ فيهِ اِلى العَادَةِ ؛ وقيلَ : يُنقِصُ السُّدُسَ ؛ وهو غَلَطٌ .

«السَّادِسَةُ» : اِذا اَستَمْتَعَ اَمْرَاَةً ، فَبَانَت كِتَابِيَّةً ، لم يكُن لَهُ الفَسخُ من دُونِ هِبَةِ المُدَّةِ ، ولا لَهُ اِسْقَاطُ شيءٍ من المَهرِ . وكذا لو تزوَّجَهَا دائمًا على اَحَدِ القَوْلين . نَعَم ، لم شَرَطَ اِسْلَامَها ، كانَ لَهُ الفَسْخُ ، اِذا وجَدَها على خِلافِهِ .

«السَّابعةُ» : اِذا تزوَّجَ رَجُلَانِ بامراَتين ، واُدخِلَت اِمْرَاَةُ كلِّ واحدٍ منهُما على الآخَرِ فَوَطِئَها ؛ فَلِكُلِّ واحدةٍ منهُما على واطِئِها مَهْرُ المِثْلِ ، وتُرَدُّ كلُّ واحدةٍ على زَوْجِها ، وعليهِ مَهْرُها المُسَمَّى . وليسَ لَهُ وطؤها حتَّى تَنْقَضِيَ عِدَّتُها من وَطْيِ الاَوَّلِ . ولو ماتَتَا في العِدَّةِ ، اَو مَاتَ الزَّوْجَانِ ، وَرِثَ كلُّ واحدٍ مِنْهُما زَوْجَةَ نفسِهِ ووَرِثَتْهُ .

«الثَّامِنَةُ» : كُلُّ موضعٍ حَكَمْنا فيهِ بِبُطْلَانِ العَقْدِ ، فَلِلزَّوْجَةِ مع الوَطْيِ مَهْرُ المِثْلِ لا المُسَمَّى . وكذا كُلُّ مَوْضِعٍ حَكَمنا [فيهِ] بِصِحَّةِ العَقْدِ ، فَلَها معَ الوَطْيِ المُسَمَّى واِن [ورقة ١٢٩ لوحة اَ] لَحِقَهُ الفَسْخُ . وقيلَ : اِن كانَ

الفَسْخُ بِعَيْبٍ سابقٍ على الوَطْي ، لَزِمَ [1] مَهْرُ المِثْلِ ، سَوَاءٌ كانَ حُدُوثُهُ قبلَ العَقْدِ اَو بَعْدَهُ ؛ والاَوَّلُ اَشبَهُ .

النَّظَرُ الثَّاني

في : المُهُورِ

وفيهِ اَطْرَافٌ :

الاَوَّلُ ؛ في : المَهْرِ الصَّحِيْحِ

وهو كُلُّ ما يَصِحُّ اَن يُملَكَ ، عَيْنًا كان اَو مَنْفَعَةً . ويَصِحُّ العَقْدُ على مَنْفَعَةِ الحُرِّ ، كَتَعْلِيْمِ الصَّنعَةِ ، والسُّوْرَةِ من القُرآنِ ، وكُلِّ عَمَلٍ مُحَلَّلٍ ، وعلى اِجَارَةِ الـزَّوْجِ نفسَـهُ مُدَّةً مُعيَّنَةً ؛ وقيلَ بالمنعِ : اِسْتِنَادًا الى رِوَايَةٍ ، لا تخلُو من ضَعْفٍ ، مَعَ قُصُورِها عن اِفَادَةِ المَنْعِ . ولو عَقَدَ الذِّمِّيَّان ، على خَمْرٍ اَو خِنزيرٍ صَحَّ ، لِاَنَّهما يَمْلِكَانِهِ . ولو اَسلَما ، اَو اَسلَمَ اَحدُهما قَبْلَ القَبضِ ، دَفَعَ القِيْمَةَ ، لِخُرُوجِهِ عن مِلْكِ المُسْلِمِ ، سَوَاءٌ كانَ عينًا اَو مَضْمُونًا .

ولو كانا مُسْلِمَينِ ، اَو كان الزَّوْجُ مُسْلِمًا ؛ قيلَ : يبطُلُ العَقْدُ ؛ وقيلَ : يَصِحُّ ، ويَثْبُتُ لَهَا مع الدُّخولِ مَهْرُ المِثْلِ ؛ وقيلَ : بَلْ قِيْمَةُ الخَمْرِ ؛ والثَّاني اَشبَهُ .

ولاتقديرَ في المَهْرِ ؛ بل ، ما تَرَاضى عليهِ الزَّوْجَان واِن قَلَّ ، مالم يقصُر عن التَّقْويم ، كَحَبَّةٍ من حِنْطَةٍ . وكذا لاحَدَّ لَهُ في الكِثْرَةِ ؛ وقيلَ : بالمَنْعِ من الزِّيَادَةِ عن مَهْرِ السُّنَّةِ . ولو زادَ ، رُدَّ اِليها ؛ وليسَ بِمُعْتَمَدٍ .

ويكفي في المَهْرِ ، مُشَاهَدَتُهُ اِن كانَ حاضرًا . ولو جُهِلَ وَزْنُهُ و كَيْلُهُ ،

---

(١) في الجَوَاهر : لَزِمَهُ .

كالصُّبرَةِ مِن الطَّعَامِ، والقِطْعَةِ من الذَّهَب. ويجوزُ اَن يَتزوَّجَ اَمْرَاَتين، واَكْثَرَ [1]، بِمَهْرٍ واحدٍ، ويكونُ المَهْرُ بينَهُنَّ بالسَّوِيَّةِ؛ وقيلَ: يُقَسَّطُ على مُهُورِ اَمثالِهِنَّ؛ وهو اَشبَهُ.

ولو تزوَّجَها على خَادِمٍ، غيرِ مُشَاهَدةٍ ولا مَوْصوفةٍ؛ قيلَ: كانَ لَها خادمٌ وَسَطٌ. وكذا لو تزوَّجها على بَيْتٍ مُطلَقًا؛ اِستنادًا الى روايةِ: عليِّ بنِ اَبي حمزَةَ.

اَو دارٍ على روايةِ: اَبن اَبي عُمَير، عن بعضِ اَصحابِنا، عن اَبي الحسن [2] «عليهِ السَّلام».

ولو تَزَوَّجَها على كِتَابِ اللهِ، وسُنَّةِ نبيِّهِ [صلَّى اللهُ عليهِ وآلِهِ]، ولم يُسَمِّ [لها] مَهرًا، كان مهرُها خمسَ مائَةِ دِرْهَمٍ.

ولو سمَّى لِلْمَرْاَةِ مَهْرًا، ولاَبيها شَيئًا مُعيَّنًا، لَزِمَ ما سَمَّى لَها، وَسَقَطَ ما سَمَّاهُ لِاَبيها. ولو اَمهَرَها مَهْرًا، وَشَرَطَ اَن تُعطِي اَباها مِنهُ شيئًا مُعَيَّنًا؛ قيلَ: صَحَّ المَهْرُ [ويَلْزَمُ] الشَّرْطُ، بِخِلَافِ الاَوَّل.

ولابُدَّ من تَعيِيْنِ المَهْرِ بما يَرْفَعُ الجَهَالَةَ، فلو اَصدَقَها تعليمَ سُوْرَةٍ وَجَبَ تعيينُها. ولو اَبْهَمَ فَسُدَ المَهْرُ، وكان لَها مع الدُّخولِ مَهْرُ المِثلِ. وهل يجبُ تعيينُ الحَرفِ؟ قيلَ: نَعم، وقيلَ: لا، ويُلَقِّنُهَا الجائزَ؛ وهو اَشبَهُ. ولو اَمرَتْهُ بِتَلْقِيْنِ غيرِها لم يَلْزَمْهُ، لِاَنَّ الشَّرْطَ لم يَتَنَاوَلْها.

ولو اَصدَقَها تعليمَ صَنْعَةٍ لايُحسِنُها، اَو تعليمَ سُوْرَةٍ جَازَ، لِاَنَّهُ ثابِتٌ في الذِّمَّةِ. ولو تَعَذَّرَ التوصُّلُ، كانَ عليه اُجْرَةُ التَّعليمِ.

---

(١) في المسالك والجواهر: «اَو» اَكْثَر.

(٢) في الجواهر: عن اَبي الحَسَن الكاظِم «عليهِ السَّلام».

ولو اَصدَقَها ظَرْفًا على اَنَّهُ خَلٌّ ، فبانَ خَمْرًا ؛ قيلَ : كانَ لَهَا قِيْمَةُ الخَمْر عنـدَ مُستَحِلِّيهِ ؛ ولو قيلَ : [كان] لَها مِثْلُ الخَلِّ كان حَسَنًا . وكذا [ورقة ١٢٩ لوحة ب] لو تزوَّجَها على عَبْدٍ ، فبانَ حُرًّا اَو مُستَحَقًّا .

واذا تزوَّجَها بِمَهْرٍ سِرًّا ، وبِآخَرَ جَهْرًا ، كانَ لَها الاَوَّلُ .

والمَهْرُ مَضْمُونٌ على الزَّوجِ ، فلو تَلِفَ قبلَ تَسْلِيْمِهِ ، كانَ ضامِنًا لَهُ بقيمَتِهِ وقتَ تَلَفِهِ ، على قولٍ مَشهُورٍ لَنا . ولو وَجَدَت بِهِ عَيبًا ، كانَ لَها رَدُّهُ بالعَيْبِ . ولو عابَ بعدَ العَقْدِ ؛ قيلَ : كانَتْ بالخِيَار في اَخذِهِ اَو اَخْذِ القِيْمَةِ . ولو قيلَ : لَيْسَ لَها القِيْمَةُ ، ولَهَا عينُهُ واَرْشُهُ [1] ، كانَ حَسَنًا . ولَهَا اَن تَمْتَنِعَ مِن تَسليمِ نَفْسِها ، حتَّى تَقْبَضَ مَهْرَها ؛ سَوَاءٌ كانَ الزَّوْجُ موسِرًا اَو مُعسِرًا . وهل لَها ذلكَ بعدَ الدُّخولِ ؟ قيلَ : نَعَم ؛ وقيلَ : لَا ؛ وهو الاَشْبَهُ ، لِاَنَّ الِاسْتِمْتَاعَ حَقٌّ لَزِمَ بالعَقْدِ .

ويُستحَبُّ : تَقْلِيْلُ المَهْرِ .

ويُكـرَهُ : اَن يَتَجَاوَزَ السُنَّةَ ؛ وهو : خَمْسُمَائَةُ دِرْهَمٍ ؛ واَن يَدْخُلَ بالزَّوجَةِ ، حتَّى يُقدِّمَ مهرَها ، اَو شيئًا مِنهُ ، اَو غيرَهُ ، ولو هَدِيَّةً .

الطَّرَفُ الثَّاني ؛ في : التَّفويضِ

وهو قسمانِ : تَفْوِيْضُ البُضْعِ ، وتَفْوِيْضُ المَهْرِ .

اَمَّا الاَوَّلُ :

فهو اَن لا يَذْكُرَ فى العَقْدِ مَهْرًا اَصْلًا ؛ مِثلُ اَن يَقُولَ : زَوَّجتُكَ فُلَانَةَ ؛ اَو تقولَ هي : زوَّجتُكَ نَفْسِي ، فَيَقُولُ : قبِلْتُ .

---

(١) لِاَنَّ العَقْدَ اِنَّما وَقَعَ على السَّلِيْمِ ، فاِذَا لم تَجِدْهُ كذلك ؛ اَخَذَتْ عِوَضَ الفَائتِ ؛ وهو : الاَرْشُ ؛ «المسالك : ٢ / ٣٠١» .

وفيهِ مسائلُ :

«الأُولَى» : ذِكْرُ المَهْرِ ليسَ شَرْطًا في العَقْدِ ، فلو تزوَّجَها ولم يذكُر مَهْرًا ، اَو شرَطَ اَن لا مَهْرَ ، صَحَّ العَقْدُ . فاِن طَلَّقَها قبلَ الدُّخولِ فَلَها المُتْعَةُ ، حُرَّةً كانَت اَو مَمْلُوكَةً ، ولا مَهْرَ . واِن طلَّقَها بعدَ الدُّخولِ فَلَها مَهْرُ اَمثَالِها ولا مُتْعَةَ. فاِن ماتَ اَحدُهما قبلَ الدُّخولِ وقبلَ الفَرْضِ ، فلا مَهرَ لَها ولا مُتْعَةَ . ولا يجبُ مَهْرُ المِثْلِ بالعَقدِ ، واِنَّما يَجِبُ بالدُّخُولِ .

«الثَّانِيَةُ» : المُعْتَبَرُ في مَهْرِ المِثْلِ ، حَالُ المَرْاَةِ في الشَّرَفِ والجَمَالِ وعادَةِ نِسَائِها ، مالم يَتَجَاوَزِ السُّنَّةَ وهو خَمْسُ مَائةُ دِرْهَمٍ . والمُعْتَبَرُ في المُتْعَةِ بِحَالِ الزَّوج ؛ فالغَنِيُّ يَتَمَتَّعُ بالدَّابَّةِ ، اَو الثَّوْبِ المُرتَفِعِ ، اَو عَشَرَةِ دَنَانيرَ ؛ والمُتَوسِّطُ بِخَمْسَةِ دَنَانيرَ ، اَو الثَّوْبِ المُتَوَسِّط ؛ والفَقِيْرُ بالدِّيْنَارِ ، اَو الخَاتمِ وما شاكَلَهُ . ولا تَسْتَحِقُّ المُتْعَةَ ، اِلَّا المُطَلَّقَةُ التي لم يُفرَض لَها مَهْرٌ ، ولم يُدخَل بِها .

«الثَّالثةُ» : لو تَرَاضَيَا بعدَ العَقْدِ بِفَرْضِ المَهْرِ جازَ ؛ لِاَنَّ الحَقَّ لهما ؛ سَوَاءٌ كانَ بِقَدَرِ مَهْرِ المِثْلِ اَو اَزيَدَ اَو اَقَلَّ ؛ وسَوَاءٌ كانا عَالِمَيْنِ اَو جَاهلينِ ، اَو كانَ اَحَدُهُما عالِمًا [والآخَرُ جَاهِلًا] ، لِاَنَّ فَرْضَ المَهْرِ اِليهِما ابْتِدَاءً ، فَجَازَ انْتِهَاءً .

«الرَّابِعَةُ» : لو تَزَوَّجَ المَمْلُوكَةَ ثم اَشْتَراها ، فَسُدَ النِّكَاحُ ، ولا مَهْرَ لها ولَا مُتْعةَ .

«الخَامِسَةُ» : يَتَحَقَّقُ التَّفْويضُ فـي البَالِغَةِ الرَّشِيْدَةِ ، ولا يَتَحَقَّقُ في الصَّغيرةِ ، ولا في الكَبِيْرَةِ السَّفِيْهَةِ . ولو زوَّجَها الوَلِيُّ بِدُوْنِ مَهْرِ المِثْلِ ، اَو لم يذكُرْ مَهْرًا ، صَحَّ العَقْدُ ، وثَبَتَ لَها مَهْرُ المِثْلِ بِنَفْسِ العَقْدِ ؛ وفيهِ تَرَدُّدٌ ؛ منشَاُهُ : اَنَّ الوَلِـيَّ [ورقة ١٣٠ لوحة اَ] لَهُ نَظَرُ المَصْلَحَةِ ، فَيَصِحُّ التَّفْويضُ وُثُوقًا

بِنَظَرِهِ ؛ وهو اَشبَهُ .

وعلى التَّقدير الاَوَّلِ ، لو طَلَّقَها قبلَ الدُّخولِ ، كانَ لَها نِصْفُ مَهْـرِ المِثْلِ، وعلى ما اَختَرْنَاهُ لَهَا المُتْعَةُ . ويَجُوزُ اَن يُزَوِّجَ المَوْلى اَمَتَهُ مُفَوَّضةً ، لِاختِصَاصِهِ بالمَهْرِ .

«السَّادِسَةُ» : اِذا زوَّجَها مَوْلاها مُفَوَّضةً ثم بَاعَها ، كانَ فَرْضُ المَهْرِ ، بينَ الزَّوْجِ والمَوْلَى الثَّاني ، اِن اَجَازَ النِّكَاحَ ، ويَكُونُ المَهْرُ لَهُ دُوْنَ الاَوَّلِ . ولو اَعتَقَها الاَوَّلُ قَبْلَ الدُّخُولِ ، فَرَضِيَت بالعَقْدِ ، كانَ المَهْرُ لَهَا خاصَّةً .

واَمَّا الثَّاني : وهو تَفْوِيْضُ المَهْرِ

فهو اَن يُذْكَرَ على الجُمْلَةِ ، ويُفَوَّضَ تَقْدِيْرُهُ الى اَحَدِ الزَّوْجَيْن . فاِذا كانَ الحاكِمُ هو الزَّوْجُ ، لم يَتَقَدَّر في طَرَفِ الكِثْرَةِ ولا القِلَّةِ ، وَجَازَ اَن يحكُمَ بما شاءَ . ولو كان الحُكْمُ اِليها ، لم يَتَقَدَّر في طَرَفِ القِلَّةِ ، ويُقَدَّرُ في [طَرفِ] الكِثْرَةِ [1] ، اِذ لا يمضي حُكْمُها فيما زَادَ عن مَهْرِ السُّنَّةِ ، وهو خَمْسُ مائَةُ دِرْهَم . ولو طلَّقَها قبلَ الدُّخُول وقبلَ الحُكْم ، اُلزِمَ مَن اِليه الحُكْمُ اَن يحكُمَ ، وكان لَهَا النِّصْفُ . ولو كانَتْ هي الحَاكِمَةُ ، فَلَها النِّصْفُ ما لم تَزِدْ في الحُكمِ عن مَهْرِ السُّنَّةِ . ولو مَاتَ الحَاكُم ، قَبلَ الحُكْمِ وقَبلَ الدُّخُولِ ؛ قيلَ : سَقَطَ المَهْرُ ولَهَا المُتْعَةُ ؛ وقيلَ : ليسَ لَها اَحَدُهُما ؛ والاَوَّلُ مرويٌّ .

الطَّرَفُ الثَّالِثُ ؛ في : الاَحْكامِ

وفيهِ مسائلُ :

«الاُولى» : اِذَا دَخَلَ الزَّوْجُ قَبْلَ تَسْلِيْمِ المَهْرِ ، كان دَيْنًا عليهِ ، ولم يسقُطْ

---

(١) في الجواهر : ويَتَقَدَّرُ في الكِثْرَةِ .

بالدُّخُولِ ، سَوَاءٌ طالَتْ مُدَّتُها اَو قصُرَت ، طَالَبت بهِ اَو لم تُطَالِب ؛ وفيهِ رِوَايَةٌ اُخرى مَهْجُوْرَةٌ [1] . والدُّخُولُ المُوْجِبُ للمَهرِ ، هو الوَطْيُ قُبُلًا اَو دُبُرًا . ولايَجِبُ بالخَلْوَةِ ؛ وقيلَ : يَجِبُ ؛ والاَوَّلُ اَظْهَرُ .

«الثَّانيةُ» : قِيْلَ : اِذا لم يُسَمِّ [لَها] مَهْرًا ، وقَدَّمَ لَها شَيئًا ثم دَخَلَ [2] ، كان ذلك مَهْرُها ، ولم يَكُن لَهَا مُطَالَبَتُهُ بعدَ الدُّخُولِ ، اِلَّا اَن تُشَارِطَهُ قبلَ الدُّخُول ، على اَنَّ المَهْرَ غيرُهُ ؛ وهو تَعْوِيْلٌ على تأويل رِوَايَةٍ ، واَستِنَادٌ الى قولٍ مشهورٍ .

«الثَّالِثَةُ» : اِذا طلَّقَ قبلَ الدُّخُول ، كانَ عليهِ نِصْفُ المَهْرِ . ولو كانَ دَفَعَهُ ، اِسْتَعَادَ نِصْفَهُ اِن كانَ باقِيًا ، اَو نِصْفَ مِثْلِهِ اِن كانَ تالِفًا ، ولو لم يكُن لَهُ مِثلٌ ، فَنِصْفُ قيمتِهِ . ولو اَخْتَلَفَت قيمَتُهُ في وَقْتِ العَقْدِ وَوَقْتِ القَبْضِ ،لَزِمَها اَقَلُّ الاَمْرَين. ولو نَقَصَتْ عينُهُ اَو صِفَتُهُ ؛ مِثْلُ : عَوَرِ الدَّابَّةِ اَو نِسْيَانِ الصَّنعَةِ ؛ قيلَ : كانَ لَهُ نِصْفُ القِيْمَةِ [سَلِيْمًا] ، ولا يُجبَرُ على اَخْذِ نِصْفِ العَيْن ؛ وفيهِ تَرَدُّدٌ.

اَمَّا لو نقَصَت قِيْمَتُهُ لِتَفَاوُتِ السِّعرِ ، كانَ لَهُ نِصْفُ العَيْنِ قَطعًا . وكذا لو زَادَت قِيْمَتُهُ لِزِيَادَةِ السُّوقِ ، اِذ لا نَظَرَ اِلى القِيْمَةِ مع بَقَاءِ العَيْن . ولو زَادَ بِكِبَرٍ اَو سِمَنٍ ، كانَ لَهُ نِصْفُ قِيْمَتِهِ مِن دُونِ الزِّيَادَةِ . ولا تُجْبَرُ المَرْاَةُ [ورقة ١٣٠ لوحة ب] على دَفْعِ العَيْن ؛ على الاَظْهَر. ولو حَصَلَ لَهُ نَمَاءٌ ، كاللَبَنِ و الوَلَدِ ، كانَ للزَّوْجَةِ خَاصَّةً، ولَهُ نِصْفُ ما وقَعَ عليهِ العَقْدُ. ولو اَصْدَقَها حَيَوانًا حامِلًا، كانَ لَهُ النِّصْفُ مِنهما . ولو اَصْدَقَها تَعْلِيْمَ صِنَاعةٍ ، ثم طَلَّقَها قبلَ الدُّخولِ ، كان لَها نِصْفُ اُجْرَةِ تعليمِها. ولو كان علَّمَها قَبْلَ الطَّلَاقِ رَجعَ بِنِصْفِ الاُجْرَةِ .

---

(١) مَضْمُـونُ الرِّوَايَةِ ؛ اَنَّهُ اِذا مَضَى عليها عَشْرُ سِنِيْنَ ، بِغَيْرِ مُطَالَبَةٍ ، فَلاَ مُطَالَبَة لَها ...

(٢) في المسالكِ والجواهرِ : دَخَلَ بِهَا .

ولو كان تعليمَ سُوْرَةٍ ؛ قيلَ : يُعَلِّمُها النِّصْفَ مِن وَرَاءِ الحِجَابِ ؛ وفيهِ تَرَدُّدٌ .

«الرَّابعةُ» : لو اَبْرَاَتْهُ من الصَّدَاقِ ، ثم طَلَّقَها قبلَ الدُّخُولِ ، رَجَعَ بِنِصْفِهِ . وكذا لو خَلَعَها بهِ [1] اَجْمَعَ .

«الخَامِسَةُ» : اِذا اَعْطَاها عِوَضًا عن المَهْرِ ، عَبدًا آبِقًا وشَيْئًا آخَرَ ، ثم طَلَّقَها قبلَ الدُّخُولِ ؛ كانَ لَهُ الرُّجُوعُ بِنِصْفِ المُسَمَّى دُوْنَ العِوَضِ . وكذا لو اَعْطَاها مَتَاعًا اَو عَقارًا ، فليسَ لَهُ اِلَّا نِصْفُ ما سَمَّاهُ .

«السَّادِسَةُ» : اِذا مَهَرَها مُدَبَّرَةً [2] ، ثم طَلَّقَها ، صَارَت بينَهُما نِصْفَيْن ، فاِذا ماتَ تحرَّرَت ؛ وقيلَ : بَلْ ، يبطُلُ التَّدْبِيْرُ بِجَعْلِها مَهْرًا ، كما لو كانَت مُوصَى بها ؛ وهو اَشبَهُ .

«السَّابعةُ» : اِذَا شَرَطَ فـي العَقْدِ ما يُخَالِفُ المَشْروعَ ، مِثْلُ اَلَّا يَتَزَوَّجَ عليها ، اَو لا يَتَسرَّى ، بَطَلَ الشَّرْطُ ، وصَحَّ العَقْدُ والمَهْرُ . وكذا لو شَرَطَ تَسْلِيْمَ المَهْرِ في اَجَلٍ ؛ فاِن لم يُسَلِّمْهُ كان العَقْدُ باطِلًا ، لَزِمَ العَقْدُ والمَهْرُ ، وبطَلَ الشَّرْطُ . و [كذا] لو شَرَطَ اَن لا يَفْتَضَّها لَزِمَ الشَّرْطُ . ولو اَذِنَتْ بعدَ ذلك جَازَ ، عَمَلًا باِطْلَاقِ الرِّوَايةِ ؛ وقيلَ : يختَصُّ لُزُومُ هذا الشَّرْطِ بالنِّكَاحِ المُنْقَطِعِ ؛ وهو تحكُّمٌ .

«الثَّامِنَةُ» : اِذا شرَطَ اَن لايُخْرِجَها من بَلَدِها ؛ قيلَ : يَلْزَمُ ؛ وهو المَرْوِيُّ . ولو شَرَطَ لَها مَهْرًا ،اِن اَخرَجَها اِلى بِلَادِهِ ، واَقَلَّ منهُ اِن لم تخرُج معَهُ ، فاَخرَجَها الى بَلَدِ الشِّرْكِ ، لم يَجِبْ اِجَابَتُهُ ولَزِمَ الزَّائِدُ [3] . واِن اَخرَجَها اِلى

---

(١) مَرْجَعُ الضَّمِيْرِ : الصَّدَاقُ .

(٢) في المسالك والجواهر : اَمْهَرَها .

(٣) في المسالك والجواهر : ولَهَا الزَّائِدُ .

بَلَدِ الاِسْلَام ، كانَ الشَّرْطُ لازِمًا ؛ وفيهِ تَرَدُّدٌ .

«التَّاسِعَةُ» : لو طَلَّقَها بائِنًا ، ثم تَزَوَّجَها في عِدَّتهِ ، ثم طلَّقها قبلَ الدُّخُولِ ، كانَ لَها نِصْفُ المَهْرِ .

«العَاشِرَةُ» : لـو وَهَبَتْهُ نِصْفَ مَهْرِها مُشَاعًا ، ثم طَلَّقَها قبلَ الدُّخُولِ ، فَلَهُ البَاقي ، ولم يَرْجِع عليها بِشَيءٍ ، سَوَاءٌ كان المَهْرُ دَيْنًا اَو عَينًا ، صَرْفًا لِلْهِبَةِ اِلى حقِّها منهُ .

«الحاديةَ عشرةَ» : لو تزوَّجَها بِعَبْدَيْنِ ، فماتَ اَحدُهُما ، رَجَعَ عليها بِنِصْفِ المَوْجُودِ ، ونِصْفِ قِيْمَةِ الميِّتِ .

«الثانيةَ عشرةَ» : لو شَرَطَ الخِيَارَ في النِّكَاحِ بطَلَ [العَقْدُ] ؛ وفيهِ تَرَدُّدٌ ، مَنْشَأُهُ الاِلْتِفَاتُ الى تَحَقُّقِ الزَّوْجِيَّةِ ، لِوُجُودِ المُقْتَضِي ، واَرْتِفَاعِهِ عن تَطَرُّقِ الخِيَارِ ، اَو الاِلْتِفَات اِلى عَدَم الرِّضا بالعَقْدِ ، لِتَرَتُّبِهِ على الشَّرْطِ . ولو شَرَطَ في المَهْرِ ، صَحَّ العَقْدُ والمَهْرُ والشَّرْطُ .

«الثالثةَ عشرةَ» : الصَّدَاقُ يُملَكُ بالعَقْدِ على اَشهَرِ الرِّوَايتين ، ولَهَا التَّصَرُّفُ فيهِ قبلَ القَبْضِ ؛ على الاَشْبَه [ورقة ١٣١ لوحة اَ] . فاِذا طَلَّقَ الزَّوْجُ ، عادَ اليهِ النِّصْفُ ، وبقيَ لِلْمَراَةِ النِّصْفُ . فلو عَفَت عَمَّا لَهَا ، كان الجَمِيعُ للزَّوجِ . وكذا لو عَفا الَّذي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكاحِ ، وهو الوَلِيُّ ، كالاَبِ اَو الجَدِّ للاَب .

وقيلَ : اَو مَن تُوَلِّيهِ المَرْاَةُ عَقْدَها . ويَجُوزُ للاَبِ والجَدِّ للاَبِ اَن يعفُوَا عن البَعْضِ ، وليسَ لَهما العَفْوُ عن الكُلِّ . ولايَجُوزُ لِوَليِّ الزَّوْجِ اَن يَعفُوَ عن حَقِّهِ اِن حَصَلَ الطَّلَاقُ ، لِاَنَّهُ مَنْصُوبٌ لِمَصْلَحَتِهِ ، ولا غِبْطَةَ لَهُ في العَفْوِ . واِذا عَفَتْ عن نِصْفِها ، اَو عَفَا الزَّوْجُ عن نِصْفِهِ ، لم يخرُج عن مِلْكِ اَحَدِهما بِمُجَرَّدِ العَفْوِ ، لاَنَّهُ هِبَةٌ فلا يَنْتَقِلُ

اِلَّا بالقَبْضِ .

نَعَم ، لو كانَ دَيْنًا على الزَّوْجِ ، اَو تَلِفَ في يَدِ الزَّوجَةِ ، كَفَى العَفْوُ عن الضَّامِنِ لَهُ ، لِاَنَّهُ يكُونُ اِبراءً ، ولا يَفْتَقِرُ الى القَبُولِ ، على الاَصَحِّ .

اَمَّا الَّذي عليهِ المَالُ ، فلا يَنْتَقِلُ عنهُ بِعَفْوِهِ ، مالم يُسلِّمْهُ .

«الرابعةَ عشرةَ» : لو كانَ المَهْرُ مُؤَجَّلًا ، لم يكُن لَهَا الِامْتِنَاعُ ، فلو اَمْتَنَعَتْ وحَلَّ ، هل لَها اَن تَمْتَنِعَ ؟ قيلَ : نَعَم ، وقيلَ : لا ، لاسْتِقْرَارِ وُجُوبِ التَّسْلِيمِ قبلَ الحُلُول ؛ وهو اَشبَهُ .

«الخامسةَ عشرةَ» : لو اَصْدَقَها قِطْعَةً من فِضَّةٍ ، فَصَاغَتها آنِيَةً ، ثم طَلَّقَها قبلَ الدُّخولِ ، كانَتْ بالخِيَارِ في تَسْلِيمِ نِصْفِ العَين اَو نِصْفِ القِيْمَةِ ، لاَنَّهُ لا يَجِبُ عليها بَذْلُ الصِفَّةِ . ولو كانَ الصَّدَاقُ ثَوْبًا ، فَخَاطَتهُ قميصًا ، لم يجب على الزَّوْجِ اَخْذُهُ ، وكانَ لَهُ اِلزَامُها بِنِصْفِ القِيْمَةِ ، لِاَنَّ الفِضَّةَ لا تخرُجُ بالصِّيَاغَةِ عَمَّا كانَتْ قابلةً لَهُ ، وليسَ كذلك الثَّوْبُ .

«السَّادسةَ عشرةَ» : لو اَصدَقَها تَعْلِيْمَ سُورَةٍ ، كان حَدُّهُ اَن تَسْتَقِلَّ بالتِّلَاوَةِ ، ولا يكفي تَتَبُّعُهَا نُطْقَهُ . نَعَم ، لو اَسْتَقَلَّت بِتِلَاوَةِ الآيةِ ، ثُمَّ لَقَّنَها غيرَها فَنَسِيَتِ الأُولىَ ، لم يَجِبْ عليهِ اِعَادَةُ التَّعليم . ولو اَسْتَفَادَت ذلكَ من غيرِهِ ، كان لَها اُجْرَةُ التَّعليم ، كما لو تَزَوَّجَها بِشيءٍ وتَعَذَّرَ عليهِ تَسْلِيْمُهُ .

«السَّابعةَ عشرةَ» : يجوزُ اَن يُجمَعَ بينَ نِكَاحٍ وبَيْعٍ في عَقْدٍ واحِدٍ ، وَيُقَسَّطُ العِوَضُ على الثَّمَنِ ومَهْرِ المِثْلِ. ولو كانَ معَها دِيْنارٌ ، فقالَتْ : زَوَّجْتُكَ نَفْسِي، وبِعْتُك هذا الدِّيْنَارَ بدينارٍ ، بطَلَ البيعُ ، لِاَنَّهُ رِبًا ، وفَسُدَ المَهْرُ ، وصَحَّ النِّكَاحُ . اَمَّا لو اَخْتَلَفَ الجِنْسُ ، صَحَّ الجميعُ .

فُرُوْعٌ

«الأَوَّلُ» : لو أَصْدَقَها عَبدًا فأَعتَقَتْهُ ، ثم طلَّقَها قبلَ الدُّخُولِ ؛ فعلَيها نِصْفُ قِيْمَتِهِ . ولو دَبَّرَتْهُ ، [قيلَ] : كانَتْ بالخِيَارِ في الرُّجُوعِ والإِقَامَةِ على تَدْبِيْرِهِ .فإِن رَجَعَتْ أَخَذَ نِصْفَهُ ، وإِن أَبَتْ لم تُجبَر ، وكانَ عليها قِيْمَةُ النِّصْف [1] . ولو دَفَعَت نِصْفَ القِيْمَةِ ، ثم رَجَعت في التَّدْبِيرِ ؛ قيلَ : كانَ لَهُ العَوْدُ في العَيْنِ ، لِأَنَّ القِيْمَةَ أُخِذَت [ورقة ١٣١ لوحة ب] لِمَكَانِ الحَيلُولَةِ [2] ؛ وفيهِ تَرَدُّدٌ ؛ مَنْشَأُهُ اسْتِقْرَارُ المِلْكِ بِدَفْعِ القِيْمَةِ .

«الثَّاني» : اذا زوَّجَها الولِيُّ بدونِ مَهْرِ المِثْلِ ؛ قيلَ : يبطُلُ المَهْرُ ، ولَها مَهْرُ المِثْلِ ؛ وقيلَ : يَصِحُّ المُسَمَّى ؛ وهو أَشبَهُ .

«الثَّالثُ» : لو تَزَوَّجَها على مالٍ مُشَارٍ إِليهِ ، غيرِ مَعْلُومِ الوَزْنِ ، فَتَلِفَ قبلَ قَبْضِهِ ، فأَبْرَأَتهُ مِنْهُ ، صَحَّ . وكذا لو تَزَوَّجَها بِمَهْرٍ فاسِدٍ ، واسْتَقَرَّ لَها مَهْرُ المِثْلِ ، فأَبرَأَتهُ منهُ أَو مِن بَعْضِهِ ، صَحَّ ولو لم تَعْلَم كَمِّيَّتَهُ ، لِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ للحَقِّ ، فلم يَقْدَحْ فيهِ الجَهَالَةُ . ولو أَبرأَتهُ من مَهْرِ المِثْلِ قبلَ الدُّخُولِ ، لم يَصِحَّ ، لِعَدَمِ الإِسْتِحْقَاقِ .

تَتِمَّـــةٌ

إِذا زَوَّجَ وَلَـدَهُ الصَّغِيْرَ ؛ فإِن كانَ لَهُ مَالٌ ، فالمَهْرُ على الوَلَدِ ؛ وإِن كانَ فَقِيْرًا ، فالمَهْرُ في عُهْدَةِ الوَالِدِ . ولو ماتَ الوَالِدُ ، أُخرِجَ المَهرُ من أَصْلِ تَرِكَتِهِ ، سَوَاءٌ بلَغَ الوَلَدُ وأَيْسَرَ ، أَو ماتَ قبلَ ذلك . فلو دَفَعَ الأَبُ المَهْرَ ، وبَلَغَ الصَّبِيُّ فَطَلَّقَ قبلَ الدُّخُولِ ، اِسْتَعَادَ الوَلَدُ النِّصْفَ دونَ الوَالِدِ ، لِأَنَّ ذلك يَجْرِي مَجْرَى الهِبَةِ لَهُ .

---

(١) وفي النُّسَخِ المُتَدَاولة : نصف القِيْمَة .

(٢) بينَهُ وبينَ حَقِّهِ ؛ فإِذا أَمْكَنَ الوُصُولُ إِلى حَقِّهِ تَعَيَّنَ ؛ «المسالك : ٢ / ٣١٤» .

فَرْعٌ

لو اَدَّى الوَالِدُ المَهْرَ عن وَلَدِهِ الكَبِيْرِ تَبَرُّعًا ، ثم طَلَّقَ الوَلَدُ ، رَجَعَ الوَلَدُ بِنِصْفِ المَهْرِ ، ولم يَكُن للوالِدِ اَنْتِزَاعُهُ [1] ، لِعَيْنِ ما ذَكَرْنَاهُ في الصَّغِيْرِ؛ وفي المَسْاَلَتينِ تردُّدٌ [2] .

الطَّرَفُ الرَّابعُ ؛ في : التَّنَازُعِ

وفيهِ مسائلُ :

«الأُولى» : اِذا اَختَلَفا في اَصْلِ المَهْرِ ؛ فالقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ [مع يمينِهِ] . ولا اِشْكَالَ قبلَ الدُّخُولِ ، لِاحْتِمَالِ تجرُّدِ العَقْدِ عَن المَهْرِ . لكنَّ الاِشكالَ لو كانَ بعدَ الدُّخُولِ ؛والقَوْلُ قَوْلُه اَيضًا ، نَظَرًا الى البَرَاءَةِ الاَصْلِيَّةِ . ولا اِشْكَالَ لو قُدِّرَ المَهْرُ ، ولو بأَرْزَّةٍ [واحِدَةٍ] ، لِاَنَّ الاِحْتِمالَ مُتَحَقِّقٌ ، والزِّيَادَةُ غيرُ مَعْلُومةٍ . ولو اَختَلَفا في قَدَرِهِ اَو وَصْفِهِ ، فالقَوْلُ قولُهُ اَيضًا .

اَمَّا لو اَعْتَرَفَ بالمَهْرِ ، ثم اَدَّعى تَسْلِيْمَهُ ولا بيِّنَةَ ؛ فالقَوْلُ قَوْلُ المَرْاَةِ مع يَمِيْنِها .

تفريعٌ

لو دَفَع قَدْرَ مَهْرِها ، فَقَالَت : دَفَعْتَهُ هِبَةً ؛ فقالَ : بل صَدَاقًا ؛ فالقولُ ، قولُهُ لِاَنَّهُ اَبصَرُ بِنِيَّتِهِ .

«الثَّانيةُ» : اِذا خَلَا [بها] ، فادَّعَت المُوَاقَعَةَ ، فاِن اَمكَنَ الزَّوْجُ اِقامَةَ البَيِّنَةِ ؛ بأَن ادَّعَتْ هي اَنَّ المُوَاقَعَةَ قُبُلًا ، وكانت بِكرًا ، فلا كَلَامَ ؛ واِلَّا كانَ القَوْلُ قولَهُ

---

(١) في الجواهر : اَنْتِزَاعُهُ منهُ ...

(٢) لِاَنَّهُ اِنَّما عَلَّلُوْهُ بِكَوْنِهِ هِبَةً ، والهِبَةُ لا يُرْجَعُ فيها بعدَ اِقْبَاضِها لِلْرَّحِم ، اَو بَعْدَ التَّصَرُّفِ فيها ؛ ولا يخفى قُصورُ التَّعليلِ؛«المسالك : ٢ / ٣١٥ بتصرُّفٍ» .

مع يَمِينِهِ ، لِاَنَّ الاَصْلَ عَدَمُ المُوَاقَعَةِ ، وهو مُنكِرٌ لِمَا تَدَّعِيْهِ ؛ وقيلَ : القَوْلُ قولُ المراَةِ ، عَمَلًا بشاهدِ حَالِ الصَّحيحِ ، في خَلْوَتِهِ بالحَلَائِلِ ؛ والاَوَّلُ اَشبَهُ .

«الثَّالِثَةُ» : لو اَصدَقَها تَعْلِيمَ سُوْرَةٍ اَو صِنَاعةٍ ؛ فَقَالَت : عَلَّمَني غيرُهُ ؛ فالقَوْلُ قَوْلُها ، لِاَنَّها مُنْكِرَةٌ لِمَا يدَّعِيْهِ .

«الرَّابعةُ» : اِذا اَقَامَتِ المَرْاَةُ بيِّنَةً ، اَنَّهُ تَزَوَّجَها في وَقْتَيْن بِعَقْدَيْن ، فادَّعى الزَّوْجُ تَكْرَارَ العَقْدِ الوَاحِدِ ، وزَعَمَتِ المَرْاَةُ اَنَّهُما عَقْدَان ؛ فالقَوْلُ قَوْلُها ، لِاَنَّ الظَّاهِرَ معَها. وهل يَجِبُ عليهِ مَهْرَان ؟ قيلَ : نَعَم ، عَمَلًا بِمُقْتَضَى العَقْدَيْن [1] ؛ وقيلَ [2] : يَلْزَمُهُ مَهْرٌ ونِصْفٌ ؛ والاَوَّلُ اَشبَهُ .

النَّظَرُ الثَّالِثُ

في : القَسْمِ ، والنُّشُوزِ ، والشِّقَاقِ

القَـوْلُ

في : القَسْمِ

والكَلَامُ : فيهِ ، وفي لَوَاحِقِهِ

اَمَّا الاَوَّلُ :

فَنَقُولُ : لِكُلِّ واحدٍ من الزَّوجين حقٌّ ، يجبُ على صَاحبِهِ القِيَامُ بهِ ، فَكَما يَجِبُ على الزَّوْجِ النَّفَقَةُ ، من الكِسْوَةِ والمأكَلِ والمَشْرَبِ والاِسْكَانِ ؛ فكذا يَجِبُ على الزَّوْجَةِ التَّمْكِيْنُ من الاِسْتِمْتَاعِ، وتجنُّبُ ما يَتَنَفَّرُ منهُ الزَّوْجُ.

---

(١) لِاَنَّ كُلَّ عَقْدٍ سَبَبٌ تَامٌّ في وُجُوبِ المَهْرِ ...؛ «المسالك : ٢ / ٣١٥» .

(٢) بداية : ورقة ١٣٢ ، لوحة اَ ؛ من مُصَوَّرة المخطوطة المُعْتَمَدَةِ .

والقِسْمَةُ بين الاَزْوَاج حَقٌّ على الزَّوْجِ ، حُرًّا كانَ اَو عَبْدًا ، ولو كانَ عِنِّينًا اَو خَصِيًّا . وكذا لو كانَ مَجْنُونًا ، ويَقسِمُ عنهُ الوَلِيُّ ؛ وقيلَ : لاتجبُ القِسْمَةُ حتَّى يَبْتَدِىءَ بها ؛ وهو اَشبَهُ .

فَمَن لَهُ زَوْجَةٌ واحِدَةٌ ؛ فَلَها لَيلَةٌ من اَربعٍ ، ولَهُ ثَلَاثٌ يضعُها حيثُ شاءَ . ولِلاْثنتين لَيْلَتَان ، وللثَّلَاثِ ثَلَاثٌ ، والفَاضِلُ لَهُ . ولو كانَ لَهُ اَرْبَعٌ ، كانَ لِكُلِّ واحدةٍ ليلَةٌ ، بِحَيْثُ لا يحِلُّ لَهُ الاِخْلَالُ بالمَبِيْتِ ، اِلَّا معَ العُذْرِ اَو السَّفَرِ ، اَو اِذْنِهِنَّ ، اَو اِذْنِ بعضِهِنَّ ، فيما تختَصُّ الآذِنَةُ بِهِ.

وهل يَجُوزُ اَن يجعَلَ القِسْمَةَ اَزيدَ من لَيلَةٍ لِكُلِّ واحدةٍ ؟ قيلَ : نَعَم ، والوَجْهُ اِشْتِرَاطُ رِضَاهُنَّ .

ولو تَزَوَّجَ اَرْبَعًا دَفعَةً ، رَتَّبَهُنَّ بالقُرْعَةِ ؛ وقيلَ : يَبْدَاُ بِمَن شاءَ حتَّى يأتيَ عَلَيْهِنَّ ، ثم يَجِبُ التَّسْوِيَةُ على التَّرتِيبِ ؛ وهو اَشبَهُ .

والواجِبُ في القِسْمَةِ : المُضَاجَعَةُ ، لا المُوَاقَعَةُ . ويَخْتَصُّ الوُجُوبُ باللَّيْلِ دُوْنَ النهار ؛ وقيلَ : يكونُ عِنْدَها في لَيْلَتِها ، ويَظَلُّ عِنْدَها في صَبِيْحَتِها ؛ وهو المَرْوِيُّ .

واِذا كانَتِ الاَمَةُ مَعَ الحُرَّةِ اَو الحَرَائرِ ، فَلِلْحُرَّةِ لَيْلَتَان ولِلْاَمَةِ لَيْلَةٌ . والكِتَابِيَّةُ كالاَمَةِ في القِسْمَةِ . فلوكانَ عِنْدَهُ مُسْلِمَةٌ وكِتَابِيَّةٌ ، كانَ للمُسْلِمَةِ لَيْلَتَان ولِلْكِتَابِيَّةِ لَيْلَةٌ . ولو كانَتَا اَمَةً مُسْلِمَةً وحُرَّةً ذِمِّيَّةً ، كانَتَا سَوَاءً في القِسْمَةِ .

فُرُوْعٌ

لـو بَاتَ عِنْدَ الحُرَّةِ لَيْلَتَيْن ، فاُعتِقَتِ الاَمَةُ وَرَضِيَتْ بالعَقْدِ ، كانَ لَهَا لَيْلَتَان ، لِاَنَّها صَادَفَتْ مَحَلَّ الاِسْتِحْقَاقِ .

ولو بَاتَ عِنْدَ الحُرَّةِ لَيْلَتَيْن ، ثم بَاتَ عِنْدَ الاَمَةِ لَيْلَةً ، ثم اُعْتِقَتْ ، لم

يَبِتْ عِنْدَها أُخْرَى ، لِأَنَّها اَسْتَوْفَتْ حَقَّها .

ولـو بَاتَ عِنْدَ الاَمَةِ لَيْلَةً ، ثم أُعتِقَتْ قَبْلَ اَسْتِيْفَاءِ الحُرَّةِ ؛ قيلَ : يَقْضِي لِلاَمَةِ لَيْلَةً ، لِأَنَّها سَاوَت الحُرَّةَ ؛ وفيهِ تَرَدُّدٌ .

ولَيْسَ لِلْمَوْطُوءَةِ بالمِلْكِ قِسْمَةٌ ، وَاحِدَةً كانَتْ اَو اَكثرَ .

ولَهُ اَنْ يَطُوْفَ على الزَّوْجَاتِ في بُيُوتِهِنَّ ، واَن يَسْتَدْعِيَهُنَّ اِلى مَنْزِلِهِ ، واَن يَسْتَدْعِيَ بَعْضًا ويَسْعَى اِلى بَعْضٍ .

وتَخْتَصُّ البِكْرُ عندَ الدُّخُولِ بِسَبْعِ لَيَالٍ، والثَّيِّبُ بِثَلَاثٍ ، ولا يَقْضِي ذلكَ .

ولو سِيْقَ اِليهِ زَوْجَتَان ، اَو [ثَلَاثُ] زَوْجَاتٍ في لَيْلَةٍ ؛ قيلَ : يَبْتَدِىءُ بِمَن شاءَ ؛ وقيلَ : يُقْرَعُ ؛ والاَوَّلُ اَشبَهُ ؛ والثَّاني اَفضَلُ .

وتَسْقُطُ القِسْمَةُ بالسَّفَرِ ؛ وقيلَ : يُقْضَى سَفَرُ [ورقة ١٣٢ لوحة ب] النُّقْلَةِ والاِقَامَةِ ، دُوْنَ سَفَرِ الغَيْبَةِ .

ويُستَحَبُّ : اَن يُقْرِعَ بينَهُنَّ [١] ، اِذا اَرَادَ اَسْتِصْحَابَ بَعْضِهِنَّ . وهل يَجُوزُ العُدُوْلُ عَمَّن خَرَجَ اَسْمُها اِلى غَيْرِها ؟ قِيْلَ : لا : لِاَنَّها تَعَيَّنَتْ للسَّفَرِ ؛ وفيهِ تَرَدُّدٌ .

ولا يَتَوَقَّفُ قَسْمُ الاَمَةِ على اِذْنِ المَالِك ، لِاَنَّهُ لا حَظَّ لَهُ فيهِ .

ويُستَحَبُّ : التَّسْوِيَةُ بينَ الزَّوْجَاتِ في الاِنْفَاقِ ، واِطْلَاقِ الوَجْهِ ، والجِمَاعُ ، واَن يكونَ في صَبِيْحَةِ كُلِّ لَيْلَةٍ عِنْدَ صَاحِبَتِها ، واَن يأذَنَ لَها في حُضُورِ مَوْتِ اَبيها واُمِّها ، ولَهُ مَنْعُها عن عِيَادَةِ اَبيها واُمِّها ، وعن الخُرُوجِ مِن مَنْزِلِهِ اِلَّا لِحَقٍّ واجِبٍ .

---

(١) وجهُ الاِسْتِحْبَابِ ، التَّاَسِّي بالنَّبِيِّ «ص» ؛ فاِنَّهُ كانَ اِذا اَرَادَ سَفَرًا اَقرَعَ بَيْنَ نِسَائِهِ ، فَاَيَّتُهُنَّ خَرَجَ اَسْمُهَا اَخْرَجَها ...؛ «المسالك : ٢ / ٣٢٢» .

وأمَّا اللَّوَاحِقُ : فَمَسَائِلُ

«الأُولى» : القَسْمُ حَقٌّ مُشْتَرَكٌ بينَ الزَّوْجِ والزَّوْجَةِ ، لِاشْتِرَاكِ ثَمَرَتِهِ ؛ فلو اَسْقَطَت حَقَّها مِنهُ ، كانَ لِلْزَّوْجِ الخِيَارُ . وَلَها اَن تَهَبَ لَيْلَتَها للزَّوْجِ ، اَو لِبَعْضِهِنَّ معَ رِضَاهُ. فإن وَهَبَتْ للزَّوْجِ، وضَعَهَا حيثُ شَاءَ. وإن وَهَبَتْها لَهُنَّ [1]، وجَبَ قِسْمَتُها عليهِنَّ . وإن وَهَبَتها لِبَعْضٍ ، اِخْتَصَّتْ بالمَوْهُوبَةِ . وكذا لو وَهَبَ [2] ثَلَاثٌ مِنْهُنَّ لَيَالِيَهُنَّ لِلرَّابِعَةِ ، لَزِمَهُ المَبِيْتُ عِنْدَهَا من غيرِ اِخْلَالٍ .

«الثَّانيةُ» : إذَا وَهَبَتْ ، وَرَضِيَ الزَّوْجُ ، صَحَّ . ولو رَجَعَتْ كان لَهَا ، [و] لكن لا يَصِحُّ في المَاضي ؛ بمعنى : أَنَّهُ لا يُقْضى ، ويَصِحُّ فيما يُستَقبَلُ . ولو رَجَعَتْ ، ولم يَعْلَم ، لم يَقْضِ ما مَضى قبلَ عِلمِهِ .

«الثَّالثةُ» : لو اِلْتَمَسَت عِوَضًا عن لَيْلَتِها ، فَبَذَلَهُ الزَّوْجُ ، هل يَلْزَمُ ؟ قيلَ : لَا ، لِأَنَّهُ حَقٌّ لا يَتَقَوَّمُ مُنْفَرِدًا ، فلا تَصِحُّ المُعَاوَضَةُ عَلَيْهِ .

«الرَّابِعَةُ» : لا قِسْمَةَ لِلْصَّغِيرَةِ ، ولا لِلْمَجْنُونَةِ المُطْبِقَةِ ، ولا النَّاشِزَ ، ولا المُسَافِرَةِ بغيرِ اِذْنِهِ ؛ بِمَعْنَى : أَنَّهُ لا يَقْضِي لَهُنَّ عمَّا سَلَفَ .

«الخَامِسَةُ» : لا يَزُوْرُ الزَّوْجُ الضَّرَّةَ في لَيْلَةِ ضَرَّتِها . ولو كانَت مَرِيْضَةً ، جَازَ لَهُ عِيَادَتُها ، فَإِن اِسْتَوْعَبَ اللَّيْلَةَ عِنْدَها ، هل يَقْضِيها ؟ قيلَ : نَعَم ، لِأَنَّهُ لم يحصُلِ المَبِيْتُ لِصَاحِبَتِها ، وقيلَ : لا ، كما لو زَارَ اَجْنَبِيًّا ؛ وهو اَشبَهُ . ولو دَخَلَ فَوَاقَعَها، ثم عَادَ الى صَاحِبَةِ اللَّيْلَةِ، لم يَقْضِ المُوَاقَعَةَ في حَقِّ البَاقِيَاتِ ، لِأَنَّ المُوَاقَعَةَ لَيْسَتْ من لَوَازِمِ القِسْمَةِ .

«السَّادِسَةُ» : لو خَانَ [3] في القِسْمَةِ ، قَضَى لِمَن اَخَلَّ بَلَيْلَتِها .

---

(١) في الجواهر : وإنْ وَهَبَتْهَا لِبَعْضٍ مِنْهُنَّ .

(٢) في المسالك والجَوَاهِر : وَهَبَتْ .

(٣) في المسالك والجواهر : لو جَارَ .

«السَّابِعَةُ» : لو كانَ لَهُ اَرْبَعٌ فَنَشَزَتْ واحِدَةٌ ، ثم قَسَّمَ خمسَ عَشرَةَ ، فوفَّى اَثْنَتَيْن ، ثم اَطَاعَت الرَّابِعَةُ ، وَجَبَ اَن يُوَفِّي الثَّالِثَةَ خمسَ عشرَةَ ، والَّتي كانَتْ ناشزًا خَمسًا . فيَقْسِمُ للنَّاشِزِ لَيْلَةً ، وللثَّالِثَةِ ثَلَاثًا ، خمسةَ اَدوارٍ ؛ فَتَسْتَوفي الثَّالِثَةُ خَمْسَ عشرَةَ ، والنَّاشِزُ خَمْسًا ، ثم يَسْتأنِفُ .

«الثَّامِنَةُ» : لَو طَافَ على ثَلَاثٍ ، وطَلَّقَ الرَّابِعَةَ بَعْدَ دُخُولِ لَيْلَتِها ، ثم تَزَوَّجَها ؛ قيلَ : يَجِبُ لَهَا قَضَاءُ تلكَ اللَّيْلَةِ ؛ وفيهِ تَرَدُّدٌ ، يَنْشَأُ مِن سُقُوطِ حَقِّها بِخُرُوجِها [ورقة ١٣٢ لوحة اَ] عن الزَّوْجِيَّةِ .

«التَّاسِعَةُ» : لو كانَ لَهُ زَوْجَتَان في بَلَدَيْن ، فَاَقَامَ عِنْدَ وَاحِدَةٍ عَشْرًا ؛ قيلَ : كانَ عليهِ للأُخْرَى مِثْلُها .

«العَاشِرَةُ» : لو تَزوَّجَ اَمْرَاَةً ولم يَدْخُل بها ، فاَقرَعَ للسَّفَرِ فَخَرَجَ اَسْمُها ، جَازَ لَهُ مَعَ العَوْدِ تَوْفِيَتُها حِصَّةَ التَّخْصِيْصِ ، لِاَنَّ ذلكَ لا يَدْخُلُ في السَّفَرِ ، اِذْ لَيْسَ السَّفَرُ داخِلًا في القَسْمِ .

القَـوْلُ

في : النُّشُوز

وهو الخُرُوْجُ عن الطَّاعَةِ ؛ واَصْلُهُ الاِرْتِفَاعُ ، وقد يَكُونُ من الزَّوْجِ ، كما يكونُ من الزَّوْجَةِ .

فَمَتَى ظَهَرَ من الزَّوْجَةِ اَمَارَتُهُ ؛ مِثْلُ : اَن تُقَطِّبَ في وَجْهِهِ ، اَو تَتَبَرَّمَ بِحَوَائجِهِ ، اَو تغيِّرَ عادَتها في اَدبِها ، جَازَ لَهُ هَجْرُها في المَضْجَعِ بعدَ عِظَتِها .

وصُوْرَةُ الهَجْرِ : اَنْ يُحَوِّلَ اِلَيْها ظَهْرَهُ في الفِرَاشِ ؛ وقيلَ : اَن يَعْتَزِلَ فِرَاشَها ؛ والاَوَّلُ مَرْوِيٌّ . ولا يَجُوزُ لَهُ ضَرْبُها والحَالُ هـذِهِ .

اَمَّا لو وَقَعَ النُّشُوزُ،وهو الاِمْتِنَاعُ عن طَاعتِهِفيمايجبُ لَهُ،جَازَ ضَرْبُها، ولو

بأَوَّلِ مَرَّةٍ . ويَقْتَصِرُ على ما يُؤَمِّلُ معَهُ رُجُوعُها ، مالم يَكُنْ مُدْمِيًا ولا مُبَرِّحًا .

وإذَا ظَهَرَ من الزَّوجِ النُّشُوزُ بِمَنْعِ حُقُوقِها ، فَلَها المُطَالَبَةُ ، وللْحَاكِمِ اِلْزَامُهُ، ولَهَا تَرْكُ بَعْضِ حُقُوقِها، مِن قِسْمَةٍ ونَفَقَةٍ [1]، اِسْتِمَالَةً لَهُ. ويَحِلُّ للزَّوجِ قَبُولُ ذلك .

القَـوْلُ

في : الشِّقَاقِ

وهو فِعَالٌ من الشِّقِّ ، كأَنَّ كُلَّ واحِدٍ مِنْهُما في شِقٍّ ، فإذا كانَ النُّشُوزُ مِنْهُما ، وخُشِيَ الشِّقَاقُ ، بَعَثَ الحَاكِمُ حَكَمًا من أَهْلِ الزَّوْجِ ، و آخَرَ من أَهْلِ المَرْأَةِ ، على الأَولَى. ولو كانَا من غيْرِ أَهلِهما، أَو كان أَحَدُهُما ؛ جازَ أَيضًا [2].

وهل بَعْثُهُما على سَبِيْلِ التَّحْكيمِ ، أَو التَّوْكِيْلِ ؟ الأَظْهَرُ أَنَّهُ تَحْكِيْمٌ . فإن اتَّفَقَا على الاِصْلَاحِ فَعَلَاهُ ، وإن اتَّفَقَا على التَّفْرِيقِ ، لم يَصِحَّ اِلَّا بِرِضَا الزَّوْجِ في الطَّلاقِ ، ورِضَا المَرْأَةِ في البَذْلِ إن كانَ خُلْعًا .

تفريعٌ

لو بُعِثَ الحَكَمان ، فَغَابَ الزَّوجان ، أَو أَحدُهما ؛ قيلَ : لم يَجُز الحُكْمُ ، لِأَنَّهُ حُكْمٌ للغائبِ . ولو قيلَ : بالجَوَازِ ، كان حَسَنًا ، لِأَنَّ حُكْمَهما مَقْصُورٌ على الاِصْلَاحِ ، أَمَّا التَّفْرِقَةُ فَمَوْقُوفَةٌ على الاِذنِ .

مسألتان :

«الأُولى» : ما يَشْتَرِطُهُ الحَكَمَان يَلزَمُ ، إن كانَ سائغًا، وإلَّا كانَ لَهُما نقضُهُ.

---

(١) في الجواهر : «أَو» نَفَقَةٍ .

(٢) وهو ما يُسَمَّى اليوم بـ: «قاضي التَّحكيم» .

«الثَّانِيَةُ» : لو مَنَعَها شَيْئًا مِن حُقُوقِها ، اَو اَغَارَهَا [1] ، فَبَذَلَتْ لَهُ بَذْلًا لِيَخْلَعَها ، صَحَّ . وليسَ ذلك اِكْرَاهًا .

النَّظَرُ الرَّابِعُ

في : اَحْكَامِ الاَوْلَادِ

وَهِيَ قِسْمَانِ :

الاَوَّلُ

في : اِلْحَاقِ الاَوْلَادِ

والنَّظَرُ في اَوْلَادِ: الزَّوْجَاتِ، والمَوْطُوءاتِ بالمِلْكِ، والمَوْطُوءَاتِ بالشُّبْهَةِ

اَحْكَامُ وَلَدِ المَوْطُوءَةِ بالعَقْدِ الدَّائِمِ .

وهم يَلْحَقُونَ بالزَّوْجِ بِشُرُوْطٍ ثَلَاثَةٍ : الدُّخُولُ ؛ ومُضِيُّ سِتَّةِ اَشْهُرٍ من حِيْنِ الوَطْي ؛ واَلَّا يَتَجَاوَزَ اَقْصَى الوَضْعِ ، وهو تِسْعَةُ اَشْهُرٍ ؛ على الاَشْهَرِ .

وقِيْلَ: عَشَرَةُ اَشهُرٍ ؛ وهوحَسَنٌ ، يَعْضُدُهُ الوِجْدَانُ في كَثِيْرٍ ؛ وقيلَ : سَنَةٌ ، وهو [ورقة ١٣٣ لوحة ب] مَتْرُوكٌ . فلو لم يَدْخُل بها ، لم يَلْحَقْهُ . وكذا لو دَخَلَ ، وَجَاءَتْ بهِ لِاَقَلَ من سِتَّةِ اَشْهُرٍ ، حيًّا كامِلًا . وكَذَا لو اَتَّفَقَا على اَنْقِضَاءِ مازَادَ عن تِسْعَةِ اَشهُرٍ ، اَو عَشَرَةٍ ، من زَمَانِ الوَطْي ، اَو يَثْبُتُ ذلكَ بِغَيْبَةٍ مُتَحَقِّقَةٍ تَزِيْدُ عن اَقصى الحَمل . ولايجوزُ لَهُ اِلْحَاقُهُ بِنَفْسِهِ ، والحَالُ هذِهِ .

ولو وَطِئَها واطىءٌ فُجُورًا ، كان الوَلَدُ لِصَاحِبِ الفِرَاشِ ، لا يَنْتَفِي عنهُ اِلَّا

---

(١) اَي : تَزَوَّجَ عَلَيْها ؛ «المسالك : ٢ / ٣٢٧» .

باللِعانِ ، لِاَنَّ الزَّانِيَ لا وَلَدَ لَهُ .

ولو اَخْتَلَفَا في الدُّخُولِ ، اَوفي وِلَادَتِهِ ؛ فالقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ مع يمينِهِ . ومعَ الدُّخولِ ، واَنْقِضَاءِ اَقَلِّ الحَمْلِ ، لايَجُوزُ لَهُ نَفْيُ الوَلَدِ ، لِمَكَانِ تُهَمَةِ اُمِّهِ بالفُجُورِ ، ولامعَ تَيَقُّنِهِ . ولو نَفَاهُ لم يَنْتَفِ اِلَّا باللِعانِ .

ولـو طَلَّقَها فاعْتَدَّتْ ، ثم جَاءَت بِوَلَدٍ ما بينَ الفِرَاقِ الى اَقصى مُدَّةِ الحَملِ ، لَحِقَ بِهِ ، اِذا لم تُوطَأ بعَقْدٍ ولاشُبْهَةٍ .

ولو زَنَا بامْرَاَةٍ فَاَحْبَلَها ، ثم تَزَوَّجَ بها ، لم يَجُز اِلْحَاقُهُ بِهِ . وكذا لو زَنَا بأَمَةٍ فحَمَلَت ، ثم اَبْتَاعَها .

وَيَلْـزَمُ الاَبَ الاِقْـرَارُ بالوَلَـدِ ، مـعَ اَعْتِرَافِـهِ بالدُّخُـولِ ، وَوِلَادَةِ زَوْجَتِهِ لَـهُ . فلو اَنْكَـرَهُ والحَـالُ هـذِهِ ، لم يَنْتَفِ اِلَّا باللِعان . وكذا لو اَخْتَلَفا في المُـدَّةِ ، ولو طَلَّـقَ اَمْرَاَتَـهُ ، فاعْتَدَّت وتَزَوَّجَت ، اَو بَاعَ اَمَتَهُ فَوَطِئَها المُشْتَرِي ، ثُمَّ جَاءَت بِوَلَدٍ لِدُوْنِ سِتَّةِ اَشْهُرٍ كامِلًا ، فهوَ لِلاَوَّلِ ؛ واِنْ كانَ لِسِتَّةٍ فَصَاعِدًا ، فهو للثاني .

اَحْكَامُ وَلَدِ المَوْطُوءَةِ بالمِلْكِ :

اِذا وَطِيءَ الاَمَةَ ، فَجَاءَتْ بوَلَدٍ لِسِتَّةِ اَشْهُرٍ فَصَاعِدًا ؛ لَزِمَهُ الاِقْرَارُ بِهِ ، لكن لو نَفَاهُ لم يُلَاعِـن اُمَّـهُ ، وحُكِـمَ بنَفْيِـهِ ظاهِـرًا [1] . ولـو اَعْتَـرَفَ بـهِ بعدَ ذلك ، اُلْحِقَ بِهِ . ولو وَطِيءَ الاَمَةَ المَوْلَى واَجْنَبِيٌّ ، حُكِمَ بالوَلَدِ للمَوْلَى .

ولو اَنْتَقَلَتْ اِلى مَوَالٍ ، بَعْدَ وَطْيِ كُلِّ واحِدٍ منهم لَها ، حُكِمَ بالوَلَد لِمَن هِيَ عِنْدَهُ، اِن جَاءَ لِسِتَّةِ اَشْهُرٍ فَصَاعِدًا ، مُنْذُ يَوْمِ وَطْئِهَا . واِلَّا كان لِلَّذي قَبْلَهُ ،

---

(١) بغيـر لِعَـانٍ ... ، واِن فَعَـلَ حَرَامًـا ؛ حيـثُ نَفَـى ما حَكَـمَ الشَّارِعُ ظَاهِرًا بِلُحُوْقِهِ بِهِ ...؛ «الرَّوْضَةُ : ٥ / ٤٣٨» .

إن كانَ لِوَطْئِهِ سِتَّةُ أَشهُرٍ فَصَاعدًا ، وإلَّا كان لِلَّذي قَبْلَهُ ؛ وهكذا الحُكْمُ في كُلِّ واحدٍ منهُم .

ولو وَطِيَها المُشْتَرِكون فيها ، في طُهْرٍ وَاحِدٍ ، فَوَلَدَتْ فَتَدَاعَوهُ ، أُقرِعَ بينَهم [1] . فَمَن خرَجَ ٱسْمُهُ ، ٱلْحِقَ بهِ ، وأُغْرِمَ حِصَصَ البَاقين ؛ من قِيْمَةِ أُمِّهِ وقِيْمَتِهِ ، يَوْمَ سَقَطَ حيًّا . وإن ٱدَّعَاهُ وَاحِدٌ ، ٱلْحِقَ بهِ ، وأُلزِمَ حِصَصَ البَاقين ، مِنْ قِيْمَةِ الأُمِّ والوَلَدِ . ولا يَجُوزُ نَفْيُ الوَلَدِ لِمكَانِ العَزْلِ [2] .

ولو وَطِىءَ أَمَتَهُ ، وَوَطِئَهَا آخَرُ فُجُورًا ، لَحِقَ [3] الوَلَدُ بالمَوْلَى . ولو حَصَلَ مع وِلَادتِهِ ، أَمَارَةٌ يَغْلُبُ بها الظَّنُّ أَنَّهُ ليسَ مِنْهُ ؛ قيلَ : لم يَجُز لَهُ إِلْحَاقُهُ بهِ ولا نَفْيُهُ ؛ بَلْ ، يَنْبَغِي أَن يُوْصِيَ لَهُ بِشَيءٍ ، ولا يُوَرِّثَهُ مِيْرَاثَ الأَولادِ ؛ وفيهِ تردُّدٌ .

أَحْكَامُ وَلَدِ الشُّبْهَةِ :

الوَطْيُ بالشُّبْهَةِ ، يَلْحَقُ بهِ النَّسَبُ . فلو ٱشْتُبِهَتْ عليهِ أَجْنَبِيَّةٌ ، فَظَنَّها زَوْجتَهُ أَو مَمْلُوكَتَهُ ، فَوَطِئَهَا ، لَحِقَ بهِ الوَلَدُ . وكذا لَو وَطِىءَ أَمَةَ غَيْرِهِ لِشُبْهَةٍ [وَرَقة ١٣٤ لوحة أ] ، لكن في الأَمَةِ ، يَلْزَمُهُ قِيْمَةُ الوَلَد يَوْمَ سَقَطَ حيًّا ، لِأَنَّهُ وَقْتُ الحَيْلُولَةِ .

ولو تَزَوَّجَ ٱمْرَأَةً لِظَنِّها خَالِيَةً ، اولِظَنِّها مَوْتَ الزَّوْجِ أَو طَلَاقِهِ ، فَبَانَ أَنَّهُ لم

---

(١) أي : لو فُرِضَ وَطْيُ الجَمِيْعِ لَها ؛ في طُهْرٍ واحِدٍ ، فَعَلُوا مُحَرَّمًا ولَحِقَ بِهِمُ الوَلَدُ ؛ لكن لا يُمْكِنُ ٱلْتِحَاقُهُ بالجَمِيْعِ ؛ بَلْ ، بِوَاحدٍ مِنْهُم بالقُرْعَةِ ، كما لو كانَتْ فِرَاشًا لِاثنين فَصَاعِدًا ... ؛ «المسالك : ٢ / ٣٢٩» .

(٢) لِإِطْلَاقِ النَّصِّ الوَارِدِ بِأَنَّ الوَلَدَ لِلْفِرَاشِ ، إِذْ لَيْسَ مُقَيَّدًا بِصُوْرَةِ إِفْرَاغِ المَاءِ في الرَّحِمِ ... ؛ «الرَّوْضَةُ : ٥ / ٤٣٩ ـ ٤٤٠ جمعًا بين المتن والهامش بتصرُّف» .

(٣) في المسالك والجواهر : «ٱلْحِقَ» .

يَمُت ولم يُطلِّق ؛ رُدَّتْ على الاَوَّلِ بَعْدَ الِاعْتِدَادِ من الثَّاني ، واَخْتَصَّ الثَّاني بالاَوْلَادِ مع الشَّرَائطِ ، سَوَاءٌ اَسْتَنَدَتْ في ذلك اِلى حُكْمِ حَاكمٍ ، اَو شَهَادةِ شُهُودٍ ، اَو اِخْبَارِ مُخْبِرٍ .

القِسْمُ الثَّاني

في : اَحْكَامِ الوِلَادَةِ

والكَلَامُ في :سُنَنِ الوِلَادَةِ ، واللَوَاحِقِ

اَمَّا سُنَنُ الوِلَادَةِ :

فالوَاجِبُ منها : اَستِبْدَادُ النِّسَاءِ بالمَرْاَةِ عِنْدَ الوِلَادَةِ ، دُوْنَ الرِّجَالِ ، اِلَّا معَ عَدَمِ النِّسَاءِ ، ولابأسَ بالزَّوْجِ واِنْ وُجِدَتِ النِّساءُ .

والنَّدْبُ سِتَّةٌ : غَسْلُ المَوْلُودِ ؛ والاَذَانُ في اُذُنِهِ اليُمْنَى ؛ والاِقَامَةُ في اليُسْرَى ؛ وتَحْنِيْكُهُ بماءِ الفُرَات [1] ، وبِتُرْبَةِ الحُسين «عليهِ السَّلام» ، فاِنْ لم يُوجَد ماءُ الفُرَات فَبِمَاءٍ فُرَاتٍ [2] . ولو لم يُوجَدْ اِلَّا ماءٌ مِلْحٌ ، جُعِلَ فيهِ شيءٌ من التَّمْرِ اَو العَسَل ؛ ثم يُسَمِّيْهِ اَحَدَ الاَسْمَاءِ المُسْتَحْسَنَةِ ، واَفضَلُها ما يَتَضَمَّنُ العُبُودِيَّةَ للهِ سُبْحَانَهُ ، وتَلِيْهَا اَسْمَاءُ الاَنْبِيَاء والاَئِمَّةِ «عليهم السَّلام» ، واَن يُكنِّيَهُ مَخَافَةَ النَّبْزِ .

ورُوِيَ اَسْتِحْبَابُ التَّسْمِيَةِ يَوْمَ السَّابعِ .

ويُكْرَهُ : اَن يُكَنِّيَهُ اَبا القاسم ، اِذا كانَ اَسْمُهُ محمَّدًا ؛ واَن يُسمِّيَهُ : حَكَمًا، اَو حَكِيْمًا ، اَو خَالِدًا ، اَو حَارِثًا ، اَو مَالِكًا ، اَو ضِرَارًا .

---

(١) قدمَرَّ التَّحْنِيْكُ في كِتاب الصَّلَاة ؛ ج ١ ص ٤٨ .

(٢) اَي : حُلْوٍ ؛ «هامش المُصَوَّرة : سطر ٨» .

وأَمَّا اللَّوَاحِقُ : فَثَلَاثَةٌ

سُنَنُ اليَوْمِ السَّابِعِ ، والرِّضَاعُ ، والحَضَانَةُ .

[١ ـ] وسُنَنُ اليَوْمِ السَّابِعِ

أَرْبَعَةٌ (١) : الحَلْقُ ، والخِتَانُ ، وثَقْبُ الأُذُنِ (٢) ، والعَقِيْقَةُ .

أَمَّا الحَلْقُ :

فَمِنَ السُّنَّةِ : حَلْقُ رَأسِهِ يومَ السَّابِعِ ، مُقَدَّمًا على العَقِيْقَةِ ؛ والتَّصَدُّقُ بِوَزْنِ شَعْرِهِ ذَهَبًا أَو فِضَّةً .

ويُكرَهُ : أَن يُحْلَقَ مِن رأسِهِ مَوْضِعٌ ، ويُتْرَكَ مَوْضِعٌ ؛ وهي : القَنَازِعُ .

وأَمَّا الخِتَانُ :

فَمُسْتَحَبٌّ يومَ السَّابِعِ ، ولو أُخِّرَ جَازَ . ولو بَلَغَ ولم يُخْتَنْ ، وَجَبَ أَن يَخْتِنَ نَفْسَهُ . والخِتَانُ واجِبٌ . وخَفْضُ الجَوَارِي مُسْتَحَبٌّ . ولو أَسلَمَ كافِرٌ غيرَ مُخْتَتَنٍ ، وجَبَ أَن يَختِنَ ، ولو كانَ مُسِنًّا . ولو أَسْلَمَتِ ٱمْرَأَةٌ لم يَجِبْ خِتَانُها وٱسْتُحِبَّ .

وأَمَّا العَقِيْقَةُ :

فيُسْتَحَبُّ : أَن يُعَـقَّ عن الذَّكَرِ ذَكَرٌ ، وعن الأُنْثَى أُنْثَى . وهل تَجِبُ العَقِيْقَةُ ؟ قيلَ : نَعَم ؛ والوَجْهُ الِاسْتِحْبَابُ . ولو تَصَدَّقَ بِثَمَنِها ، لم يُجزِ في القِيَامِ بالسُّنَّةِ . ولو عَجَزَ عنها ، أَخَّرها حتَّى يَتَمَكَّن ، ولا يسقُطُ الِاستِحْبَابُ .

ويُسْتَحَبُّ : أَن يَجْتَمِعَ فيها شُرُوطُ الأُضْحِيَّةِ . وأَن تُخَصَّ القَابِلَةُ مِنْهَا

---

(١) في الجواهر : ٣١ / ٢٥٧ : أَرْبَعٌ .

(٢) وفي الرَّوضة : ...وثقبُ الأُذن اليُمْنَى في شَحْمَتِها ، واليُسرى في أَعلاها ... وعنهُ «عليه السَّلام» : «إِنَّ ثَقْبَ أُذُن الغُلَام من السُّنَّة ...» ؛ «الرَّوضةُ : ج ٥ ص ٤٤٥» .

بالرِّجْـلِ وٱلوَرِكِ . ولو لم تكُن قابلةٌ [1] ، أُعطِيَ الأُمَّ تَتَصَدَّقُ بِهِ . ولولم يَعُقَّ الوالِدُ ، أُستُحِبَّ للوَلَدِ اَن يَعُقَّ عن نَفْسِهِ اِذا بَلَغَ .

ولو ماتَ الصَّبِيُّ يومَ السابعِ ، فاِن ماتَ قبلَ الزَّوالِ ، سَقَطَتْ .

وَلَوْ مَاتَ بعدَهُ ، لم يسقُطِ الاِسْتِحْبَابُ . ويُكرَهُ : لِلْوَالِدَيْن [ورقة ١٣٤ لوحة ب] اَن يأكُلَا منها ، واَن يُكسَرَ شيءٌ مِن عِظَامِها ، بل تُفصَلُ اَعضَاءًا .

[٢ ـ] واَمَّا الرِّضَاعُ :

فلا يَجِبُ على الأُمِّ اِرْضَاعُ الوَلَدِ ، ولَهَا المُطَالَبَةُ بأُجْرَةِ رِضَاعِهِ ، ولَهُ ٱستِيْجَارُها اِذا كانَتْ بائنًا ؛ وقيلَ : لايَصِحُّ ذلك وهي في حِبَالِهِ ؛ والوَجْهُ الجَوَازُ .

ويجبُ على الاَبِ بَـذْلُ اُجْـرَةِ الرِّضَـاعِ ، اِذا لـم يكُـن لِلْوَلَدِ مَالٌ ، ولِاُمِّـهِ اَن تُرْضِعَـهُ بِنَفْسِهـا وبِغَيْرِهـا ، ولَهَـا الأُجْـرَةُ . ولِلْمَوْلَـى اِجْبَـارُ اَمَتِـهِ علـى الرِّضـاعِ . ونِهَايَـةُ الرِّضَـاعِ حَـوْلان . ويَجُـوزُ الاِقْتِصَـارُ علـى اَحَـدَ وعشريـن شَهْـرًا . ولايَجُـوزُ نَقْصُـهُ عـن ذلـك . ولـو نَقَـصَ كـانَ جَـوْرًا . وتَجُوزُ الزِّيَادَةُ عن الحَوْلَيْن [2] شَهْرًا اَو شَهْرين [3] . ولا يَجِبُ على الوَالِـدِ دَفْـعُ اُجْـرَةِ مـا زَادَ عـن حَوْلَيْـن . والأُمُّ اَحَقُّ بِاِرْضَاعِهِ ، اِذا طَلَبَتْ ما يَطْلُبُ غيرُها .

ولو طَلَبَتْ زِيَادَةً ، كانَ للاَبِ نَزْعُهُ وتَسْلِيْمُهُ اِلى غَيْرِها . ولو تَبَرَّعَتْ اَجْنَبِيَّةٌ بِاِرْضَاعِهِ ، فَرَضِيَتِ الأُمُّ بالتَّبَرُّعِ ، فَهِيَ اَحَقُّ بِهِ . واِن لم تَرْضَ فَلِلْاَبِ

---

(١) و «كان» هنا تَامَّة .

(٢) في الجواهر : «على» الحَوْلَيْن .

(٣) في النُّسْخِ المُتَدَاولةِ : شهرًا وشهرين .

تَسْلِيْمُهُ الى المُتَبَرِّعَةِ .

فَـرْعٌ

لو اَدَّعَى الاَبُ وُجُودَ مُتَبَرِّعَةٍ ، واَنْكَرَتِ الاُمُّ ؛ فالقَوْلُ قَوْلُ الاَبِ ، لِاَنَّهُ يَدْفَعُ عن نفسِهِ وُجُوبَ الأُجْرَة ؛ على تَرَدُّدٍ .

ويُستَحَبُّ : اَن يُرضِعَ الصَّبِيُّ بِلَبَنِ اُمِّهِ ؛ فهو اَفْضَلُ .

[٣ ـ] واَمَّـا الحَضَانَةُ :

فـالاُمُّ اَحَـقُّ بالوَلَـدِ مُـدَّةَ الرِّضَـاعِ ، وهـي حَـوْلان ؛ ذَكَـرًا كـانَ اَو اُنثـى ؛ اِذا كانَـتْ حُـرَّةً مُسْلِمَـةً . ولا حَضَانـةَ لِلْاَمَـةِ ، ولا لِلْكَافِـرَةِ مـع المُسْلِمِ .

فاِذا فُصِلَ فالوَالِدُ اَحَقُّ بالذَّكَرِ ، والاُمُّ اَحَقُّ بالاُنْثَى حتَّى تَبْلُغَ سَبْعَ سِنِين ؛ وقيلَ : تِسْعًا ؛ وقيلَ : الاُمُّ اَحَقُّ بها مالَم تَتَزَوَّجْ ؛ والاَوَّلُ اَظهَرُ ، ثم يكونُ الاَبُ اَحَقَّ بها .

ولو تَزَوَّجَتِ الاُمُّ ، سَقَطَتْ حَضَانَتُها عن الذَّكَرِ والاُنْثَى ، وكانَ الاَبُ اَحَقَّ بهما .

ولو ماتَ ، كانَتِ الاُمُّ اَحَقَّ بهما من الوَصِيِّ . وكذا لو كَانَ الاَبُ مَمْلُوكًا اَو كافرًا ، كانَتِ الاُمُّ الحُرَّةُ اَحَقَّ بِهِمَا ، واِن تَزَوَّجَتْ . فلو اُعتِقَ كانَ حُكْمُهُ حُكْمَ الحُرِّ .

فـاِن فُقِـدَ الاَبَـوان ، فالحَضَانـةُ لِاَبِ الاَبِ ؛ فـاِن عُـدِمَ ؛ قيـلَ : كانَـتِ الحَضَانـةُ لِلاَقَـارِبِ ، وتَرَتَّبـوا تَرْتِيْـبَ الاِرْثِ ، نَظَـرًا الـى الآيـةِ [1] ؛ وفيـهِ

---

(١) وهي آيةُ : ٧٥ ؛ من سُوْرَةِ الاَنْفَال .

تَـرَدُّدٌ .

فُرُوعٌ اَرْبَعَةٌ

على هذا القَوْلِ

[«الاَوَّلُ»] : قالَ الشَّيْخُ «رَحِمَهُ الله» : اِذا اَجْتَمَعَتْ اُخْتٌ لِاَبٍ واُخْتٌ لِاُمٍّ ، كانت الحَضَانَةُ للاُخْتِ من الاَبِ ، نَظَرًا الى كَثرةِ النَّصِيْبِ في الارْث ؛ والاِشْكَالُ في اَصْلِ الاِستِحْقَاقِ ، وفي التَّرْجيح ؛ ومَنْشَأُهُ تَسَاوِيْهِما في الدَّرَجَةِ . وكذا قالَ : في اُمِّ الاُمِّ مع اُمِّ الاَبِ .

«الثَّانِي» : قالَ في جَدَّةٍ واَخَوَاتٍ ، الجَدَّةُ اَولَى ، لِاَنَّها اُمٌّ .

«الثَّالِثُ» : قالَ : اِذا اَجْتَمَعَتْ عَمَّةٌ وخالَةٌ ، فَهُمَا سَوَاءٌ .

«الرَّابِعُ» : قالَ : اِذا حَصَلَ جَمَاعةٌ مُتَساوون في الدَّرَجَةِ ، كالعَمَّةِ والخَالَةِ ، اُقرِعَ بينَهُم .

ومن لَوَاحِقِ الحَضَانةِ : ثَلَاثُ مَسَائلَ

«الاُوْلَى» : اِذا طَلَبَت الاُمُّ للرِّضَاعِ اُجْرَةً [ورقة ١٣٥ لوحة اَ] زائِدَةً عن غَيْرِها ، فلَهُ تَسْلِيْمُهُ الى الاَجنَبِيَّةِ ، وفي سُقُوطِ حَضَانةِ الاُمِّ تَرَدُّدٌ ؛ والسُّقُوطُ اَشبَهُ .

«الثَّانِيَةُ» : اِذا بَلَغَ الوَلَدُ رَشِيْدًا ، سَقَطَتْ وِلَايَةُ الاَبَوَيْنِ عَنْهُ ، وكان الخِيَارُ اليهِ في الاِنْضِمَامِ الى مَن شاءَ .

«الثَّالِثَةُ» : اِذا تَزَوَّجَتْ ، سَقَطَتْ حَضَانَتُها . فاِن طلَّقَها رَجْعِيَّةً ، فالحُكْمُ باقٍ . واِن بانَتْ مِنْهُ ؛ قيلَ : لم تَرْجِعْ حَضَانتُها ؛ والوَجْهُ الرُّجُوعُ .

النَّظَرُ الخَامِسُ

في : النَّفَقَاتِ

لاتَجِبُ النَّفَقَةُ اِلَّا بأَحَدِ اَسْبَابٍ ثَلَاثَةٍ : الزَّوْجِيَّةُ ؛ والقَرَابَةُ ؛ والمِلْكُ .

القَـوْلُ

في : نَفَقَةِ الزَّوْجَةِ

والكَلَامُ في : الشَّرْطِ ، وقَدَرِ النَّفَقَةِ ، واللَوَاحِقِ

والشَّرْطُ اِثْنَانِ :

«الاَوَّلُ» : اَن يكونَ العَقْدُ دائمًا .

«الثَّاني» : التَّمْكِينُ الكامِلُ ؛ وهو : التَّخْلِيَةُ بينَها وبينَهُ ، بحيثُ لايَخُصُّ موضِعًا ولا وَقتًا . فلو بذَلَتْ نفسَها في زَمَانٍ دونَ زَمَانٍ ، اَو مَكَانٍ دُوْنَ [مَكَانٍ] آخَرَ ، ممَّا يَسُوغُ فيهِ الاِستِمْتَاعُ ، لم يحصُل التَّمْكِيْنُ .

وفي وُجُوبِ النَّفَقَةِ بالعَقْدِ اَو بالتَّمْكِيْنِ تَرَدُّدٌ ؛ اَظْهَرُهُ بين الاَصْحَابِ وُقُوفُ الوُجُوبِ على التَّمْكِيْنِ .

وَمِن فُرُوْعِ التَّمْكِيْنِ

اَلَّا تَكُونَ صَغِيْرَةً ، يَحْرُمُ وَطْيُ مِثْلِها ، سَوَاءٌ كانَ زوجُها صَغِيْرًا اَو كَبِيْرًا ، ولو اَمكَنَ الاِستِمْتَاعُ مِنْها بِمَا دُوْنَ الوَطْي ، لِاَنَّهُ اَستِمْتَاعٌ نادِرٌ لا يُرغَبُ اليهِ في الغَالِبِ .

اَمـا لو كانت كبيرَةً ، وزَوجَها صَغِيْرًا [1] ؛ قالَ الشَّيْخُ [رَحِمَهُ اللهُ] : لا

---

(١) في المسالك والجواهر : وزَوْجُها صَغِيْرًا .

نَفَقَةَ لها ؛ وفيهِ اِشْكَالٌ ، مَنْشَأُهُ تحقُّقُ التَّمْكِيْنِ من طَرَفِها ؛ والاَشبَهُ وُجُوبُ الاِنْفَاقِ .

ولو كانَتْ مَرِيْضَةً اَو رَتْقَاءَ اَو قَرْنَاءَ ، لم تسقُطِ النَّفَقَةُ ، لِاِمْكَانِ الاِستِمْتَاعِ بما دُوْنَ الوَطْي قُبُلًا ، وظُهُورِ العُذْرِ فيهِ .

ولو اَتَّفَقَ الزَّوْجُ عَظِيْمَ الآلَةِ ، وهي ضَعِيْفَةٌ ، مُنِعَ من وَطْئِها ، ولم تسقُط النَّفَقَةُ ، وكانَتْ كالرَّتْقَاءِ .

ولو سافَرَت الزَّوْجَةُ بِاِذْنِ الزَّوْجِ ، لم تسقُط نَفَقَتُها ، سَوَاءٌ كانَ في واجِبٍ اَو مَنْدوبٍ اَو مُبَاحٍ . وكذا لو سَافَرَتْ في واجِبٍ بغيرِ اِذنِهِ ، كالحَجِّ الواجِبِ . اَمَّا لو سَافَرَتْ بغيرِ اِذْنِهِ ، في مَنْدُوبٍ اَو مُبَاحٍ ، سقَطَتْ نَفَقَتُها .

ولو صَلَّت اَو صَامَت اَو اَعْتَكَفَت بِاِذنِهِ ، اَو في واجِبٍ ، واِن لم يأذَن ، لم تسقُطْ نَفَقَتُها . وكذا لو بادَرَتْ اِلى شَيءٍ من ذلكَ نَدْبًا ، لِاَنَّ لَهُ فَسْخَهُ .

ولو اَستَمَرَّت مُخَالِفَةً ، تحقَّقَ النُّشُوزُ ، وسقَطَتِ النَّفَقَةُ . وتَثْبُتُ النَّفَقَةُ للمُطَلَّقَةِ الرَّجْعِيَّةِ ، كما تَثْبُتُ للزَّوْجةِ .

وتَسْقُطُ نَفَقَةُ البائنِ وسُكناها ، سَوَاءٌ كانَتْ عن طَلَاقٍ اَو فَسْخٍ . نَعَمْ ، لوكانَتْ مُطَلَّقَةً حَامِلًا ، لَزِمَ الاِنْفَاقُ عليها حتَّى تضَعَ [1] . وكذا السُّكْنَى .

وهل النَّفَقَةُ للحَمْلِ اَولِاُمِّهِ ؟ قالَ الشَّيْخُ «رَحِمَهُ اللهُ» : هي للحَمْلِ .

وتَظْهَرُ الفَائدَةُ في مَسَائلَ .

منها : في الحُرِّ اِذا تَزَوَّجَ اَمَةً ، وَشَرَطَ مَوْلَاها رِقَّ الوَلَدِ .

وفي العَبْدِ اِذا تَزَوَّجَ [ورقة ١٣٥ لوحة ب] اَمَةً اَو حُرَّةً ، وشرَطَ مَوْلَاهُ الاِنْفِرَادَ بِرِقِّ الولَدِ .

---

(١) وفي الجواهر : لو كانت المُطَلَّقَةُ حامِلًا ، لَزِمَهُ ...تَضَعَ .

وفي الحَامِلِ المُتَوَفَّى عنها زَوْجُها ؛ رِوَايَتَان : اَشْهَرُهُما اَنَّهُ لانَفَقَةَ لَهَا ، والاُخْرَى يُنْفَقُ عليها مِن نَصِيْبِ وَلَدِها .

وتَثْبُتُ النَّفَقَةُ للزَّوْجَةِ مُسْلِمَةً كانَتْ اَو ذِمِّيَّةً اَو اَمَةً .

واَمَّا قَدْرُ النَّفَقَةِ :

فَضَابِطُهُ : القِيَامُ بما تَحْتَاجُ المَرْاَةُ اليهِ ، من طَعَامٍ واِدَامٍ وكِسْوَةٍ واِسْكَانٍ واِخْدَامٍ وآلَةِ الاِدِّهَانِ ، تَبَعًا لِعَادَةِ اَمْثَالِها من اَهْلِ البَلَدِ .

وفي تَقْدِيْرِ الاِطْعَامِ خِلَافٌ ؛ فَمِنْهُم مَن قَدَّرَهُ بِمُدٍّ ، للرَفيعَةِ والوَضِيْعَةِ ، مِن المُوسِرِ والمُعْسِرِ ؛ ومِنْهُم مَن لم يُقَدِّر ، واَقْتَصَرَ على سَدِّ الخَلَّةِ ؛ وهو اَشبَهُ .

ويُرْجَعُ في الاِخْدَامِ اِلى عَادَتِها ؛ فَاِنْ كانَت مِن ذَوي الاِخْدَامِ وجَبَ ، واِلَّا خَدَمَت نفسَها . واذا وَجَبَتِ الخِدْمَةُ ، فالزَّوْجُ بالخِيَارِ . بينَ الاِنْفَاقِ على خَادِمِها اِن كانَ لها خَادِمٌ ، وبينَ اَبْتِيَاعِ خَادِمٍ ، اَو اَسْتِيْجَارِها ، اَو الخِدْمَةِ لَها بنفسِهِ . وليسَ لها التَّخَيُّرُ . ولا يَلْزَمُهُ اَكْثَرُ مِن خَادِمٍ واحِدٍ ، ولو كانَتْ من ذوي الحَشَم ؛ لِاَنَّ الاكْتِفَاءَ يحصُلُ بها . ومَن لا عادَةَ لَها بالاِخْدَامِ ، يَخْدِمُها مع المَرَضِ ، نَظَرًا الى العُرْفِ .

ويُرْجَعُ في جِنْسِ المأدُوْمِ والمَلْبُوسِ ، اِلى عَادَةِ اَمْثَالِها من اَهْلِ البَلَدِ . وكذا في المَسْكَنِ . ولَهَا المُطَالَبَةُ بالتَّفَرُّدِ بالمَسْكَنِ ، عن مُشَارِكٍ غيرِ الزَّوْجِ .

ولابُدَّ في الكِسْوةِ من زِيَادَةٍ في الشِّتَاءِ لِلتَّدَثُّرِ ، كالمَحْشُوَّةِ لِلْيَقْظَةِ ، واللِحَافِ لِلنَّوم . ويُرْجَعُ في جِنْسِهِ الى عَادَةِ اَمْثَالِ المَراَةِ . وتُزَادُ اِذا كانَتْ من ذَوِي التَّجَمُّلِ ، زِيَادَةً على ثِيَابِ البِذْلَةِ ، ما يَتَجَمَّلُ اَمثالُها بهِ .

وأَمَّا اللَّوَاحق ؛ فَمَسَائِلُ :

«الأُولى» : لو قَالَت : اَنَا اَخدِمُ نَفْسي ، وَلِيَ نَفَقَةُ الخَادمِ ، لم تَجِبْ اِجَابتُها . ولو بادَرَتْ بالخِدْمَةِ ، من غيرِ اِذْنٍ ، لم يكُن لَهَا المُطَالَبَةُ .

«الثَّانيةُ» : الزَّوْجَةُ تملِكُ نفقَةَ يَوْمِها معَ التَّمْكِينِ . فلو مَنَعَها وٱنْقَضَى اليَوْمُ ، ٱسْتَقَرَّت نَفَقَةُ ذلكَ اليوم ، وكذا نَفَقَةُ الاَيَّام ، وإن لم يُقَدِّرها الحَاكِمُ ، ولم يَحْكُم بها . ولو دَفَعَ لَهَا نَفَقَةً لِمُدَّةٍ ، وٱنْقَضَت تِلكَ المُدَّةُ مُمَكِّنةً ، فَقَدْ مَلَكَتِ النَّفَقَةَ . ولو ٱسْتَفْضَلَت مِنها ، اَو اَنفَقَت على نَفْسِها مِن غيرِها ، كانَتْ مِلكًا لَها . ولو دَفَعَ اِلَيْها كُسوَةً لِمُدَّةٍ ، جَرَتِ العادَةُ ببقائِها اِليها صَحَّ . ولو اَخلَقَتها قبلَ المُدَّةِ ، لم يَجِبْ عليهِ بدَلُها . ولو ٱنْقَضَتِ المُدَّةُ ، والكِسْوَةُ باقِيَةٌ ، طَالَبَتْهُ بِكِسْوَةٍ لما يُسْتَقْبَل . ولم سلَّمَ اِلَيْها نَفَقَةً لِمُدَّةٍ ، ثُمَّ طَلَّقَها قَبْلَ ٱنْقِضَائِها ، اِسْتَعَادَ نَفَقَةَ الزَّمَانِ المُتَخَلِّفِ ، اِلَّا نَصِيْبَ يومِ الطَّلَاقِ ؛ وأَمَّا الكِسْوَةُ فَلَهُ ٱسْتِعَادتُهَا ، مالَمْ تَنْقَضِ المُدَّةُ المَضْرُوْبَةُ لَها .

«الثَّالِثَةُ» : اِذا دَخَلَ بِها ، وٱسْتَمَرَّت [ورقة ١٣٦ لوحة اَ] تأكُلُ معَهُ وتَشْرَبُ على العَادَةِ ، لم يكُن لَهَا مُطَالَبَتُهُ بِمُدَّةِ مُؤَاكَلَتِهِ . ولو تَزَوَّجَها ولم يَدْخُل بها ، وٱنْقَضَت مُدَّةٌ لم تُطَالِبْهُ بِنَفَقَةٍ ، لم تَجِبْ [لَها] النَّفَقَةُ ؛ على القَوْلِ بأَنَّ التَّمْكِيْنَ موجِبٌ لِلنَّفَقَةِ اَو شَرطٌ فيها ، اِذ لَا وُثُوقَ بِحُصُولِ التَّمْكِيْنِ لو طَلَبَهُ .

تفريعٌ

على التَّمْكِيْنِ

لو كانَ غَائِبًا ، فَحَضَرَتْ عندَ الحَاكِم ، وبَذَلَت التَّمْكِينَ ، لم تَجِبِ النَّفَقَةُ

إِلَّا بعدَ إِعْلَامِهِ ، وَوُصُولِهِ اَو وَكِيْلِهِ ، وتَسَلُّمِها [1] . ولو أُعلِمَ ، فلم يُبَادِرْ ولم يُنفِذْ وَكِيْلًا ، سَقَطَ عَنْهُ قَدْرَ وصولِهِ ، وأُلزِمَ بما زَادَ . ولو نَشَزَتْ ، وَعَادَتْ إِلى الطَّاعَةِ ، لم تَجِبِ النَّفَقَةُ حتَّى يعلَمَ ، ويَنْقَضِي زَمَانٌ يُمْكِنُهُ الوُصُولُ إِليها اَو وَكِيْلُهُ . ولو اَرْتَدَّتْ سقَطَتِ النَّفَقَةُ . ولو غَابَ فاَسْلَمَتْ ، عَادَت نَفَقَتُها عندَ إِسْلَامِها، لِاَنَّ الرِّدَّةَ سَبَبُ السُّقُوطِ وقد زَالَت . وليسَ كذلك الأُولى ؛ لِاَنَّ [2] بالنُّشُوزِ خَرَجَتْ عن قَبْضِهِ [3] ، فلا تَسْتَحِقُّ النَّفَقَةَ إِلَّا بِعَوْدِها الى قَبْضِهِ [4] .

«الرَّابِعَةُ» : إِذا اَدَّعَت البَائِنُ اَنَّها حامِلٌ ، صُرِفَت إِلَيْها النَّفَقَةُ يَوْمًا فَيَوْمًا [5]، فإِن تَبَيَّنَ الحَمْلُ وإِلَّا اَسْتُعِيْدَت. ولا يُنفَقُ على بائنٍ غيرِ المُطَلَّقَةِ [الحامِلِ] ؛ وقالَ الشَّيخُ : يُنفَقُ ، لِاَنَّ النَّفَقَةَ لِلْوَلَدِ .

فَرْعٌ :

على قولِهِ «رحمهُ الله» : إِذا لاعَنَها فبانَت منهُ وهي حامِلٌ فلا نَفَقَةَ لَهَا، لِاَنْتِفَاءِ الوَلَد .

وكذا لو طَلَّقَها ، ثم ظَهَرَ بها حَمْلٌ ، فاَنْكَرَهُ ولَاعَنَها .

ولو اَكذَبَ نفسَهُ بعدَ اللِعانِ واَسْتَلْحَقَهُ ، لَزِمَهُ الإِنْفَاقُ ، لِاَنَّهُ مِن حُقُوقِ الوَلَدِ.

«الخَامِسَةُ» : قالَ الشَّيْخُ «رَحِمَهُ اللهُ» : نَفَقَةُ زَوْجَةِ المَمْلُوكِ تَتَعلَّقُ بِرَقَبَتِهِ ، إِن لم يَكُن مُكْتَسِبًا ، ويُبَاعُ منهُ في كُلِّ يومٍ بِقَدَرِ ما يَجِبُ عَلَيْهِ .

---

(١) في المسالك والجواهر : «وتَسْلِيْمِها» .

(٢) في الجواهر : لِاَنَّها .

(٣) في الجواهر : عن قَبْضَتِهِ .

(٤) في الجواهر : إِلى قَبْضَتِهِ .

(٥) في الجواهر : صُرِفَتْ النَّفَقَةُ إِليها .

وقالَ آخَرُون : تَجِبُ في ذِمَّتِهِ ؛ ولو قِيْلَ : تَلْزَمُ السَّيِّدَ ، لِوُقُوعِ العَقْدِ بِإِذْنِهِ، كانَ حَسَنًا .

قالَ «رَحِمَهُ اللهُ» : ولو كانَ مُكَاتَبًا ، لم تَجِبْ نَفَقَةُ ولَدِهِ من زَوْجَتِهِ ، وتلزَمُهُ نَفَقَةُ الوَلَدِ مِن اَمَتِهِ ، لِاَنَّهُ مالُهُ . ولو تَحَرَّرَ مِنْهُ شيءٌ ، كانَتْ نَفَقَتُهُ في مالِهِ ، بِقَدَرِ ما تحرَّرَ مِنْهُ .

«السَّادِسَةُ» : إِذَا طَلَّقَ الحَامِلَ رَجْعِيَّةً ، فادَّعَتْ اَنَّ الطَّلَاقَ بعدَ الوَضْعِ واَنكَرَ ؛ فالقَوْلُ قَوْلُها مع يَمِيْنِها . ويُحكَمُ عليهِ بالبَيْنُونَةِ تَدْيينًا لَهُ بِإِقْرَارِهِ ، ولَها النَّفَقَةُ اِسْتِصْحَابًا لِدَوَامِ الزَّوْجِيَّةِ .

«السَّابِعَةُ» : إذا كانَ لَهُ على زَوْجَتِهِ دَيْنٌ ، جَازَ اَن يُقَاصَّها يَوْمًا فَيَومًا ، إن كانَتْ مُوْسِرَةً ، ولايَجُوزُ مع اِعْسَارِها ، لِاَنَّ قَضَاءَ الدَّيْنِ فيما يَفْضُلُ عن القُوْتِ ، ولو رَضِيَتْ بِذَلك لم يَكُنْ لَهُ الِامْتِنَاعُ .

«الثَّامِنَةُ» : نَفَقَةُ الزَّوْجَةِ مُقَدَّمَةٌ على الاَقَارِبِ ، فما فَضُلَ عن قُوْتِهِ صَرَفَهُ اِليها ، ثم لا يدفَعُ اِلى الاَقَارِبِ اِلَّا ما يَفْضُلُ عن واجِبِ [نَفَقَةِ] الزَّوْجَةِ ، لِاَنَّها نَفَقَةُ معاوَضَةٍ ، وتَثْبُتُ في الذِّمَّةِ .

القَـوْلُ

في : نَفَقَةِ الاَقَارِبِ

والكَلَامُ : فِيْمَن يُنفَقُ عليهِ [1] ، وكَيْفِيَّةِ الاِنْفَاقِ ، واللَوَاحِقِ

[مَن يُنفَقُ عليهِ] :

تَجِبُ النَّفَقَةُ : على الاَبوَيْن ، والاَولَادِ اِجْمَاعًا . وفي وُجُوبِ الاِنْفَاقِ

---

(١) بداية : ورقة ١٣٦ ، لوحة ب ؛ من صورةِ المخطوطةِ المُعْتَمَدة .

على آباءِ الاَبَوَين وأُمَّهَاتِهم تَرَدُّدٌ ؛ اَظْهَرُهُ الوُجُوبُ .

ولا تَجِبُ النَّفَقَةُ على غَيْرِ العَمُودَين من الاَقَارِبِ ، كالِاخْوَةِ والاَعْمَامِ والاَخْوَالِ وغَيْرِهم ، لَكِنْ تُسْتَحَبُّ ، وتَتَاَكَّدُ [1] في الوَارِثِ مِنْهُم .

[كَيْفِيَّةُ الاِنْفَاقِ] :

ويُشْتَرَطُ في وُجُوبِ الاِنْفَاقِ: الفَقْرُ. وهل يُشْتَرَطُ العَجْزُ عن الِاكْتِسَابِ ؟ الاَظْهَرُ اَشْتِرَاطُهُ ، لِاَنَّ النَّفَقَةَ مَعُونَةٌ على سَدِّ الخَلَّةِ . والمُكْتَسِبُ قَادِرٌ ، فهو كالغَنِيِّ . ولا عِبْرَةَ بِنُقْصَانِ الخِلْقَةِ ، ولا نُقْصَانِ الحُكْم ، معَ الفَقْرِ والعَجْزِ . وتَجِبُ ولوكانَ فاسِقًا اَو كَافِرًا . وتَسْقُطُ اِذا كانَ مَمْلُوكًا ، وتَجِبُ على المَوْلَى.

ويُشْتَرَطُ في المُنْفِقِ القُدْرَةُ، فلو حَصَلَ لَهُ قَدْرُ كِفَايَتِهِ ، اقْتَصَرَ على نَفْسِهِ، فاِن فَضُلَ شَيءٌ فَلِزَوْجَتِهِ ، فاِن فَضُلَ فَلِلْاَبَوَيْن والاَوْلَادِ .

ولا تَقْدِيْرَ في النَّفَقَةِ ، بل الوَاجِبُ قَدْرُ الكِفَايَةِ ، من الاِطْعَامِ والكِسْوَةِ والمَسْكَن ، وما يُحتاجُ اِليهِ من زِيَادَةِ الكُسْوَةِ في الشِّتاءِ ، للتَدَثُّر يَقْظَةً ونَومًا .

ولايجبُ اِعْفَافُ مَن تَجِبُ النَّفَقَةُ لَهُ [2] ، ويُنْفِقُ على اَبيهِ دونَ اَوْلَادِهِ ، لاَنَّهم اِخْوَةُ المُنْفِقِ . ويُنْفِقُ على وَلَدِهِ واَوْلَادِهِ ، لِاَنَّهُم اَوْلَادٌ .

ولاتُقْضَى نَفَقَةُ الاَقَارِبِ ، لِاَنَّها مُؤَاسَاةٌ لِسَدِّ الخَلَّةِ ، فلا تَسْتَقِرُّ في الذِّمَّةِ ، ولـو قَدَّرَهـا الحَاكِمُ .

نَعَم ، لَوْ اَمَرَهُ بالاِسْتِدَانَةِ عليهِ فاسْتَدَانَ ، وجَبَ القَضَاءُ [لَهُ] .

---

(١) في المسالك والجواهر : ويُتَاَكَّدُ .

ويبدو هو الصَّحِيحُ ؛ اَي : ويَتَاَكَّدُ الاِستحبابُ ...

(٢) المُرَادُ بالاِعْفَافِ : اَنْ يُصَيِّرَهُ ذا عِفَّةٍ ، بأَن يُهَيِّىءَ لَهُ مُسْتَمْتَعًا ، بأَنْ يُزَوِّجَهُ اَو يُعْطِيَهُ مَهْرًا لِيَتَزَوَّج ... ؛ «المسالك : ٢ / ٣٤٣» .

وتَشْتَمِلُ اللَّوَاحِقُ على مَسَائِلَ :

«الأُولى» : تَجِبُ نَفَقَةُ الوَلَدِ على اَبِيْهِ ، ومعَ عَدَمِهِ اَو فَقْرِهِ ، فَعَلَى اَبِ الاَبِ وإن عَلَا ، لِاَنَّهُ اَبٌ ؛ ولو عُدِمَت الآبَاءُ ، فَعَلَى اُمِّ الوَلَدِ . وَمَعَ عَدَمِها اَو فَقْرِها ، فَعَلَى اَبيها واُمِّها وإن عَلَوا ، الاَقرَبُ فالاَقرَبُ . ومع التَّسَاوي يَشْتَرِكُونَ في الاِنْفَاقِ .

«الثَّانِيَةُ» : اذا كانَ لَهُ اَبَوَان ، وفَضُلَ لَهُ ما يَكْفِي اَحَدَهُما ، كانَا فيهِ سَوَاءً . وكَذَا لو كانَ اَبْنًا واَبًا . ولو كانَا اَبًا وَجَدًّا ، اَو اُمًّا وجَدَّةً ، خُصَّ بِهِ الاَقْرَبُ .

«الثَّالِثَةُ» : لو كَانَ لَهُ اَبٌ وجَدٌّ مُوْسِرَان ، فَنَفَقَتُهُ على اَبيهِ دُوْنَ جَدِّهِ . ولو كانَ لَهُ اَبنٌ و اَبٌ مُوْسِرَان ، كانَتْ نَفَقَتُهُ عليهما بالسَّوِيَّةِ .

«الرَّابعةُ» : اِذا دَافَعَ بالنَّفَقَةِ الواجِبَةِ ، اَجبَرَهُ الحَاكِمُ ؛ فاِن اَمْتَنَعَ حَبَسَهُ .

واِنْ كانَ لَهُ مَالٌ ظَاهِرٌ ، جَازَ اَن يأخُذَ مِنْ مَالِهِ ما يُصْرَفُ في النَّفَقَةِ .

واِنْ كانَ لَهُ عُرُوضٌ اَو عَقَارٌ اَو مَتَاعٌ ، جَازَ بيعُهُ ؛ لِاَنَّ حَقَّ النَّفَقَةِ كالدَّيْنِ .

القَـوْلُ

في : نَفَقَةِ المَمْلُوكِ

تَجِبُ النَّفَقَةُ على ما يَمْلِكُهُ الاِنْسَانُ ، مِن رَقِيْقٍ وبَهِيْمَةٍ . اَمَّا العَبْدُ والاَمَةُ فَمَوْلَاهُما بالخِيَار في الاِنْفَاقِ عليهما ، من خَاصِّهِ [ورقة ١٣٧ لوحة اَ] اَو من كَسْبِهما . ولا تَقْدِيْرَ لِنَفَقَتِهما ؛ بل ، الوَاجِبُ قَدْرُ الكِفَايَةِ من اِطْعَامٍ واِدَامٍ وكِسْوَةٍ .

ويُرْجَـعُ في جِنْسِ ذلك كُلِّهِ ، اِلى عَادَةِ مَمَاليكِ اَمْثَالِ السَّيِّدِ من اَهلِ بَلَدِهِ . ولو اَمْتَنَعَ عن الاِنْفَاقِ ، اُجبِرَ على بَيْعِهِ اَو الاِنْفَاقِ . ويَسْتَوِي في ذلكَ

القِنُّ والمُدَبَّرُ وأُمُّ الوَلَدِ .

ويَجُوزُ اَن يُخَارِجَ المَملوكَ ، بأَن يَضْرِبَ عليهِ ضَرِيْبَةً ، ويَجْعَلَ الفَاضِلَ لَهُ إذا رَضِيَ ، فإن فضُلَ قَدْرُ كِفَايَتِهِ وَكَلَه إليهِ ، وإلَّا كانَ على المَوْلى التَّمَامُ . ولايَجُوزُ اَن يَضْرِبَ عليهِ ما يقصُرُ كَسْبُهُ عَنْهُ ، ولا مالَا يَفْضُلُ مَعَهُ قَدْرُ نَفَقَتِهِ ، إلَّا إذا قامَ بها المَوْلى .

وأَمَّا نَفَقَةُ البَهَائمِ المَمْلُوكَةِ فَوَاجِبَةٌ ، سَوَاءٌ كانَتْ مأكولةً اَو لم تَكُنْ ؛ والوَاجِبُ القِيَامُ بما تَحْتَاجُ إليهِ ، فإن اَجْتَزَاَتْ بالرَّعْي وإلَّا عَلَفَها . فإن اَمْتَنَعَ أُجبِرَ على بَيْعِها ، اَو ذَبْحِها إن كانَتْ تُقصَدُ بالذَّبحِ ، اَو الإنْفَاقِ . وإن كانَ لَها وَلَدٌ، وُفِّرَ عليهِ من لَبَنِها قَدْرُ كِفَايَتِهِ. ولو اَجْتُزِيَ [1] بِغَيْرِهِ ، مِن رَعْيٍ اَو عَلْفٍ ، جازَ اَخذُ اللَبَنِ .

---

(١) في المسالك والجواهر : اَجْتَزَاَ .

الفهرست

كتابُ التجارة

الفصلُ الاَوَّلُ ـ فيما يُكتَسَبُ بهِ

الاَوَّلُ : المُحرَّمُ ٦

١ ـ الاَعيانُ النَّجسَةِ ٦

٢ ـ ما يحرُمُ لتحريمِ ما قُصِدَ به .. ٦

٣ ـ ما لا ينتفَعُ بهِ ٧

٤ ـ ما هو محرَّمٌ في نفسِهِ ٧

٥ ـ ما يجبُ على الاِنسان فعلُهُ .. ٨

الثَّاني : المكروهُ ٩

الثَّالثُ : المُباحُ ٩

الفصلُ الثاني ـ في : عَقدِ البيعِ

الاَوَّلُ : العَقدُ ١١

الثَّاني : الشُّروطُ ١٢

الثَّالثُ : الآدابُ ٢٠

الفصلُ الثالثُ ـ في : الخِيَارِ

الاَوَّلُ : الاَقسامُ ٢١

١ ـ خِيارُ المَجلسِ ٢١

٢ ـ خِيارُ الحَيوانِ ٢٢

٣ ـ خِيارُ الشرطِ ٢٣

٤ ـ خِيارُ الغَبنِ ٢٣

٥ ـ خِيارُ التَّأخير ٢٣

الثَّاني : الاَحكامُ ٢٥

الفصلُ الرابعُ ـ في : اَحكامِ العُقودِ

الاَوَّلُ : في النَقدِ والنَّسيئةِ ٢٨

الثَّاني : فيما يدخُلُ في المبيعِ ٣٠

الثَّالثُ : في التَّسليمِ ٣٤

الرَّابعُ : في اَختلافِ المتبايعَينِ ٣٨

الخَامسُ : في الشُّروطِ ٤٠

السَّادسُ : في اللَواحقِ ٤١

الفصلُ الخامسُ ـ في : اَحكامِ العيوبِ

الاَوَّلُ : في اَقسامِ العيوبِ ٤٣

الثَّاني : في اللَواحِقِ ٤٥

الفصلُ السادسُ ـ في : المُرابَحَةِ

القولُ : في المُرَابَحَةِ ٤٧

القولُ : في التَّوليَةِ ٥٠

القولُ : في المُواضَعَةِ ٥٠

الفصلُ السابعُ ـ في : الرِّبا والقَرضِ

١ ـ في بيان الجِنسِ ٥١

٢ ـ اعتبارُ الكيلِ والوَزنِ ٥٤
٣ ـ الصَّرفُ ٥٨

الفصلُ الثامنُ ـ في : بيعِ الثِّمارِ

١ ـ النَّخلُ ٦٣
٢ ـ الفواكهُ ٦٣
٣ ـ الخُضَرُ ٦٤
٤ ـ اللَّواحِقُ ٦٥

الفصلُ التاسعُ ـ في : بيعِ الحَيوان

الأَوَّلُ : فيمَن يصِحُّ تَملُّكُهُ ٦٨
الثَّاني : في أَحكامِ الابتياعِ ٦٩
الثَّالثُ : في اللَّواحِقِ ٧١

الفصلُ العاشرُ ـ في : السَّلَفِ

الأَوَّلُ : في السَّلَمِ ٧٥
الثَّاني : في شرائِطِهِ ٧٦
الثَّالثُ : في أَحكامِهِ ٨٠
الرَّابعُ : في الإِقالَةِ ٨٢
الخَامسُ : في القَرضِ ٨٣
١ ـ في حقيقتِهِ ٨٣
٢ ـ ما يصِحُّ إِقراضُهُ ٨٤
٣ ـ في أَحكامِهِ ٨٥
السَّادسُ : في دَينِ المَملوكِ ٨٦

كتابُ الرَّهنِ

الأَوَّلُ : في الرَّهنِ ٨٩
الثَّاني : في شرائطِهِ ٩١
الثَّالثُ : في الحَقِّ ٩٣
الرَّابعُ : في الرَّاهِنِ ٩٤
الخَامسُ : في المُرتَهِنِ ٩٥
السَّادسُ : في اللَّواحقِ ٩٨
١ ـ أَحكامٌ متعلِّقةٌ بالرَّاهِنِ ٩٨
٢ ـ أَحكامٌ متعلِّقَةٌ بالرَّهنِ ٩٩
٣ ـ النزاعُ الواقعُ فيهِ ١٠٣

كتابُ المُفْلِسِ

القولُ : في منعِ التصرُّفِ ١٠٦
القولُ : في اختصاصِ الغَريمِ ١٠٧
القولُ : في قسمةِ مالِهِ ١١١
القولُ : في النَّظَرِ في حبسِهِ ١١٣

كتابُ الحَجرِ

الفصلُ الأَوَّلُ ـ في : موجِباتِهِ

١ ـ الصِّغَرُ ١١٦

٢ ـ السَّفَهُ ١١٩
٣ ـ الرِّقُّ ١٢٠
٤ ـ المَرَضُ ١٢٠

الفصلُ الثاني ـ في : اَحْكَامِ الحَجْرِ

كِتَابُ الضَّمان

القسمُ الاَوَّل ـ في : ضَمَانِ المالِ

١ ـ في الضَّامِنِ ١٢٤
٢ ـ في الحقِّ المَضمونِ ١٢٦
٣ ـ في اللَواحِقِ ١٢٨

القسمُ الثَّاني ـ في : الحَوالَةِ

١ ـ في العَقدِ ١٣١
٢ ـ في الشُّروطِ ١٣٢
٣ ـ في الاَحكامِ ١٣٤

القسمُ الثالثُ ـ في : الكَفَالةِ

كتابُ الصُّلحِ

اَوَّلاً : تعريفُهُ ١٤١
ثانيًا : اَحكامُ النِّزاعِ في الاَملاكِ .. ١٤٤

كتابُ الشِّرْكَةِ

الاَوَّلُ : في اَقسامِها ١٥٠
الثَّاني : في القِسمَةِ ١٥٤
الثَّالثُ : في اللَواحِقِ ١٥٥

كتابُ المُضارَبَةِ

الاَوَّلُ : في العَقدِ ١٥٩
الثَّاني : في مالِ القِراضِ ١٦٢
الثَّالثُ : في الرِّبحِ ١٦٤
الرَّابعُ : في اللَواحِقِ ١٦٦

كتابُ المُزارَعَةِ

اَوَّلًا : الشروطُ ١٧٢
١ ـ كونُ النَّماءِ مُشاعًا بينَهُما ١٧٣
٢ ـ تعيينُ المُدَّةِ ١٧٤
٣ ـ كونُ الاَرضِ يُنتَفَعُ بها ١٧٥
ثانيًا : الاَحكامُ ١٧٧

كتابُ المُسَاقاةِ

الاَوَّلُ : في العَقدِ ١٨١
الثَّاني : ما يُسَاقَى عليهِ ١٨٢
الثَّالثُ : في المُدَّةِ ١٨٣
الرَّابعُ : في العَمَلِ ١٨٣
الخامسُ : في الفائِدةِ ١٨٥

السَّادسُ : في اَحكامِها ١٨٦

كتابُ الوديعةِ

الاَوَّلُ : في العَقدِ..... ١٩١
الثَّاني : في موجباتِ الضَّمَان..... ١٩٥
١ ـ في التَّفريطِ ١٩٥
٢ ـ في التَّعدِّي..... ١٩٥
الثالثُ : في اللَواحِقِ..... ١٩٧

كتابُ العاريَّةِ

الاَوَّلُ : في المُعِير ٢٠١
الثَّاني : في المُستَعِير ٢٠٢
الثَّالثُ : في العَينِ المُعَارَةِ ٢٠٤
الرَّابعُ : في الاَحكامِ..... ٢٠٦

كتابُ الإجارَةِ

الاَوَّلُ : في العَقدِ..... ٢٠٩
الثَّاني : في شرائِطِها ٢١١
١ ـ المتعاقدان جائزا التَّصرُّفِ. ٢١١
٢ ـ الأُجرَةُ معلومَةُ الوزنِ..... ٢١١
٣ ـ كونُ المنفَعَةِ مملوكةً ٢١٤
٤ ـ كونُ المنفَعَةِ معلومةً ٢١٤
٥ ـ كونُ المنفَعَةِ مُباحَةً..... ٢٢١
٦ ـ كونُ المنفَعَة مقدورةَ التَّسليم. ٢٢١
الثَّالثُ : في اَحكامِها..... ٢٢٢
الرَّابعُ : في التَّنازُعِ..... ٢٢٦

كتابُ الوَكالةِ

الاَوَّلُ : في العَقدِ..... ٢٢٨
الثَّاني : ما يَصِحُّ فيهِ النِّيابَةُ..... ٢٣٢
الثَّالثُ : في المُوكِّلِ..... ٢٣٤
الرَّابع : في الوكيلِ..... ٢٣٧
الخَامسُ : ما تثبتُ بهِ الوكالةُ..... ٢٤٢
السَّادسُ : في اللَواحِقِ..... ٢٤٤
السَّابعُ : في التَّنازُعِ..... ٢٤٧

كتابُ الوَقف

الاَوَّلُ : في العَقدِ..... ٢٥١
الثَّاني : في الشَّرائطِ ٢٥٣
١ ـ شرائطُ الموقوفِ..... ٢٥٣
٢ ـ شرائطُ الواقِفِ..... ٢٥٤
٣ ـ شرائطُ الموقوفِ عليهِ ٢٥٥
٤ ـ شرائطُ الوَقفِ..... ٢٥٩
الثَّالثُ : في اللَواحِقِ..... ٢٦٢

كتابُ الصَّدَقات

١ ـ تعريفُها ٢٦٩
٢ ـ مسائلُ ثلاث ٢٧٠

كتابُ السُّكنى والحَبس

١ ـ تعريفُهُ ٢٧١
٢ ـ اَحْكامُهُ ٢٧١

كتابُ الهِباتِ

الاَوَّلُ : في الحقيقَةِ ٢٧٤
الثَّاني : في حُكمِ الهِبات ٢٧٦

كتابُ السَّبقِ والرِّمايةِ

الاَوَّلُ : الاَلفاظُ المستعمَلَةُ فيهِ ٢٧٩
الثَّاني : ما يُسابَقُ عليهِ ٢٨١
الثَّالثُ : في عَقدِ المُسابَقَةِ ٢٨١
الرَّابعُ : في اَحكامِ النِّضالِ ٢٨٣

كتابُ الوصَايَا

الاَوَّلُ : في الوصيَّةِ ٢٨٧
الثَّاني : في المُوصِي ٢٨٩
الثَّالثُ : في المُوصَى بهِ ٢٩٠
١ ـ متعلَّقُ الوصيَّةِ ٢٩٠
٢ ـ الوصيَّةُ المُبهمَةُ ٢٩٤
٣ ـ اَحكامُ الوصيَّةِ ٢٩٥
الرَّابعُ : في المُوصَى لَهُ ٢٩٩
الخَامسُ : في الاَوصياءِ ٣٠٣
السَّادسُ : في اللَواحِقِ ٣٠٧
١ ـ مسائلُ ٣٠٧
٢ ـ في تصرُّفاتِ المَريضِ ٣١٠

كتابُ النِّكاحِ

القسمُ الاَوَّلُ ـ في : النكاحِ الدَّائمِ

الفصلُ الاَوَّلُ ـ في : آداب العَقدِ

١ ـ آدابُ العَقدِ ٣١٤
٢ ـ آدابُ الخَلوةِ بالمراَةِ ٣١٥
٣ ـ في اللَواحِقِ ٣١٧

الفصلُ الثاني ـ في : العقدِ

١ ـ الصِّيغةُ ٣٢١
٢ ـ الحُكمُ ٣٢٢

الفصل الثالثُ ـ في : اَولياءِ العَقدِ

١ ـ تعيينُ الاَولياءِ ٣٢٤

٢ ـ اللَواحِقِ ٣٢٥

الفصلُ الرابعُ ـ في : اَسبابِ التَّحريمِ

١ ـ النَّسَبُ ٣٢٨
٢ ـ الرِّضاعُ ٣٣٠
٣ ـ المُصاهَرَةُ ٣٣٦
٤ ـ استيفاءُ العَدَدِ ٣٤١
٥ ـ اللِعانُ ٣٤٢
٦ ـ الكُفرُ ٣٤٣

القسمُ الثاني ـ في : النِّكاحِ المُنقَطِعِ

الاَوَّلُ : في الاَركانِ ٣٥٢
١ ـ الصِّيغةُ ٣٥٢
٢ ـ المحلُّ ٣٥٣
٣ ـ المهرُ ٣٥٤
٤ ـ الاَجَلُ ٣٥٥
الثَّاني : في الاَحكامِ ٣

القسمُ الثَّالثُ ـ في : نِكاحِ الاِماءِ

الاَوَّلُ : في العَقدِ ٣٥٧
١ ـ العِتقُ ٣٥٩
٢ ـ البيعُ ٣٦١
٣ ـ الطَّلاقُ ٣٦٢
الثَّاني : في المِلكِ ٣٦٣
١ ـ مِلكُ الرَّقَبةِ ٣٦٣
٢ ـ مِلكُ المنفَعَةِ ٣٦٤

القسمُ الرابعُ ـ ما يلحَقُ بالنِّكَاحِ

الاَوَّلُ : ما يُرَدُّ بِهِ النِّكاحُ ٣٦٦
١ ـ في العيوبِ ٣٦٧
٢ ـ في اَحكامِ العيوبِ ٣٦٩
٣ ـ في التَّدليسِ ٣٧٠
الثَّاني : في المُهورِ ٣٧٢
١ ـ في المَهرِ الصَّحيحِ ٣٧٢
٢ ـ في التَّفويضِ ٣٧٤
٣ ـ في الاَحكامِ ٣٧٦
٤ ـ في التَّنازُعِ ٣٨٢
الثالثُ : في القَسْمِ والنُّشوزِ ٣٨٣
١ ـ القولُ : في القَسْمِ ٣٨٣
٢ ـ القولُ : في النُّشوزِ ٣٨٧
٣ ـ القولُ : في الشِّقاقِ ٣٨٨
الرابع : في اَحكامِ الأولادِ ٣٨٩
١ ـ في اِلحاقِ الاَولادِ ٣٨٩
٢ ـ في اَحكامِ الولادةِ ٣٩٢
الخامسُ : في النَّفَقاتِ ٣٩٧
١ ـ القولُ : في نفقَةِ الزَّوجَةِ ... ٣٩٧
٢ ـ القولُ : في نفقَةِ الاَقارِبِ .. ٤٠٢
٣ ـ القولُ : في نفقَةِ المملوكِ .. ٤٠٤